



جمهورية العراق

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

جامعة بابل كلية القانون

التزاحم في نطاق البيوع الائتمانية

(دراسة مقارنة)

رسالة تقدم بها الطالب

تاج الدين باسم رشيد الراجحي

الى مجلس كلية القانون - جامعة بابل وهي جزء من متطلبات نيل درجة الماجستير

في القانون الخاص

بإشراف

أ.د هادي حسين عبد علي الكعبي

أستاذ القانون المدني



Abstract

This letter is looking for the subject of crowding within the scope of credit sales, as the role of economic factors has a clear impact on the development of guarantees for the parties to the contract, as these agree on contractual terms that regulate their needs to guarantee that provides them with access to their rights in an easy and easy way, if the general legal rules provide some guarantees to sellers enable them to protect their rights, but the practical reality revealed the inadequacy of these guarantees in achieving the desired goal, sellers have found in the field of commercial activities in European countries and with the help of the principle of the authority of the will through the inclusion of a condition under which the seller attaches the transfer of ownership of the sale to the buyer on the condition of fulfilling the full price is the employment of ownership as a guarantee, so the property imposed itself as an effective contractual guarantee to protect the seller's rights in credit sales to prevent the risk of not meeting the price, if the individual will is the driving element of the actions, but its effects within the scope of contracts depends on the agreement between the parties to the contract, where legal guarantees have become deficient in ensuring the rights of the creditor This is because of the procedures involved And complexes, so the credit disposition was reached as a guarantee in the sales contract, which aims to give the seller an effective guarantee in the face of others, so the right of ownership does not give the owner the three powers only, but has become a guarantee tool added to the other guarantees, and in light of this we researched the definition of credit sale and we communicated that it is a valid contract producing all effects under which the contractors agree to employ ownership as a guarantee for the seller to ensure his right to meet the price, in addition to researching the historical basis For the sale of credit, which is the laxity of the transfer of ownership until the payment of the price, and what distinguishes the sale of credit of the characteristics and distinguish it from legal guarantees and the agreement, the basis of the guarantee in the disposition of credit is to retain ownership differed views on the legal nature of the latter Vtqna that it is not a description of the description of the obligation for the lack of conditions, and not a guarantee in kind for the difference of the foundations to the basis of this guarantee we found an agreement guarantee as a condition associated with the contract, and then we looked at the competition of the seller with others and found that the legislator The Iraqi was the race over other legislation in comparison in the effectiveness of credit guarantee in the face of the disposer.



Republic of Iraq
Ministry of Higher Education and
Scientific Research
University of Babylon Faculty of Law

Crowding in the scope of credit sales
(comparative study)

A letter submitted by the student

Taj al-Din Bassem Rashid Al-Rajhi

to the Council of the College of Law - University of Babylon,
which is part of the requirements for obtaining a master's
degree in private law

Supervised by.

Prof. Dr. Hadi Hussein Abd Ali Al-Kaabi

2023 A.C

1445 A.H

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

(قَالُوا سُبْحَانَكَ لَا عِلْمَ لَنَا إِلَّا مَا عَلَّمْتَنَا إِنَّكَ أَنْتَ الْعَلِيمُ
الْحَكِيمُ)

سورة البقرة (٣٢)

صدق الله العلي العظيم



إلى من كان لي سنداً وعوناً عند الشدائد طوال عمري، إلى الرجل الأبرز في حياتي

أبي العزيز

إلى القلب المعطاء والصدر الحاني

أمي الحبيبة

إلى من شد الله ظمري فكانوا خير معين

إخواني وأخواتي

إلى من ساعدني ولو خرف في حياتي الدراسية.

الاب الروحي جاسم رشيد الراجحي

إلى هؤلاء جميعاً: أهديكم هذا العمل



اتوجه بجزيل الشكر وعظيم الامتنان الى استاذي الفاضل الاستاذ الدكتور هادي حسين عبد علي الكعبي، الذي تفضل بقبول الاشراف على هذه الرسالة ، و منحني من غزير علمه وطيب خلقه والكثير الكثير من وقته الثمين، ولما قدمه لي من توجيهات وارشادات علمية طوال مدة اشرافه ، وكان لتوجيهاته القيمة وآرائه السديدة و لتشجيعه الرائع المستمر ومساعدتي في جمع المصادر القانونية وله الاثر البالغ في اظهار الرسالة بالصورة التي عليها .

كما اتقدم بالشكر بخالص الشكر والعرفان الى اساتذتي الكرام اعضاء لجنة المناقشة المحترمون ، كما اتقدم بجزيل الشكر والامتنان الى اساتذتي الافاضل الذين درسوني في السنة التحضيرية ، و اخص بالشكر الدكتور ضمير حسين المعموري، والدكتور محمد جعفر الخفاجي، والدكتور حبيب عبيد العماري، والدكتور خير الدين كاظم عبيد، والدكتور فراس كريم شيعان والدكتورة وسن قاسم غني والدكتورة سماح حسين علي ، أطال الله أعمارهم وجعلهم مصابيح موقدة للعلم و طلابه .

كما اتقدم بالشكر ايضاً الى عميد كلية القانون جامعة بابل الدكتور ميري كاظم الخيكاني والدكتور عبد الرسول عبد الرضا الأسدي رئيس فرع القانون الخاص والدكتور ميثاق طالب عبد معاون العميد للشؤون العلمية والدراسات العليا لجهودهم المبذولة .

ولا يسعني الا ان اتقدم بجزيل الشكر والامتنان الى زملائي في السنة التحضيرية لما لهم دور في منحي الدافع المعنوي والتشجيع وتقديم المصادر و اخص بالشكر الاستاذة منى محمد كاظم الدليمي والاستاذ امير رحيم الحجامي والاستاذ فراس رضا عبد الشكري اسال الله ان يمنحهم التوفيق الدائم .

كما اتقدم بالشكر الى الموظفين في مكتبة كلية القانون جامعة بابل ، ومكتبة كلية القانون جامعة كربلاء ، ومكتبة العتبة الحسينية المقدسة، ومكتبة العتبة العباسية المقدسة ، ومكتبة كلية القانون جامعة الكوفة، و مكتبة الروضة الحيدرية ، و كلية القانون الجامعة العراقية ، و مكتبة كلية القانون جامعة كربلاء ،

واخيرا اتقدم بالشكر الجزيل الى كل من ساهم في اعداد هذه الرسالة جزاهم الله عني خير جزاء المحسنين.

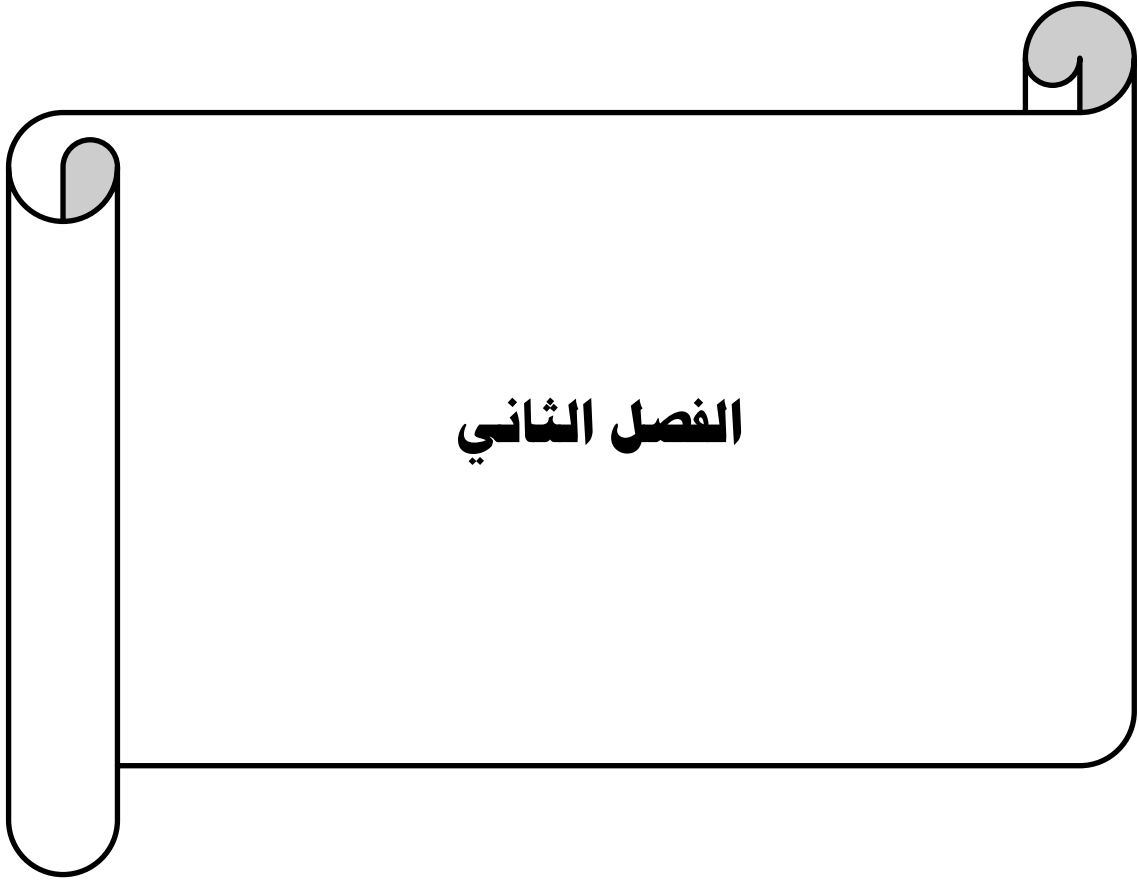
تبحث هذه الرسالة عن موضوع التزام في نطاق البيع الائتمانية، إذ ان العوامل الاقتصادية لها تأثير واضح في تطوير للضمانات بالنسبة لطرفي العقد، اذ يتفق هؤلاء على شروط تعاقدية تنظم حاجاتهم الى ضمان يوفر لهم الحصول على حقوقهم بطريقة ميسرة وسهلة، فاذا كانت القواعد القانونية العامة توفر بعض الضمانات للبائعين تمكنهم من حماية حقوقهم إلا أن الواقع العملي كشف عن قصور هذه الضمانات في تحقيق الغاية المطلوبة، فقد وجد البائعون في ميدان الانشطة التجارية في الدول الاوربية وبالاستعانة بمبدأ سلطان الارادة من خلال ادراج شرط بمقتضاه يعلق البائع نقل ملكية المبيع الى المشتري على شرط الوفاء بكامل الثمن هو توظيف الملكية كضمان، لذا فرضت الملكية نفسها كضمان اتفاقي فعال لحماية حقوق البائع في البيع الائتمانية توقيه من خطر عدم استيفاء الثمن، فاذا كانت الارادة الفردية هي العنصر المحرك للتصرفات، إلا أن أثارها في نطاق العقود يتوقف على الاتفاق بين اطراف العقد، إذ اضحت الضمانات القانونية قصورها في ضمان حقوق الدائن وذلك لما تنطوي عليه من اجراءات وتعقيدات، لذلك تم الوصول الى التصرف الائتماني كضمان في عقد البيع الذي يهدف الى منح البائع ضمان فعال في مواجهة الغير، فأصبح حق الملكية لا يمنح المالك السلطات الثلاث فقط بل اصبح اداة ضمان تضاف الى جملة الضمانات الاخرى، وفي ضوء ذلك بحثنا في تعريف البيع الائتماني و توصلنا الى انه عقد صحيح منتج لجميع الآثار بمقتضاه يتفق بمقتضاه المتعاقدين بتوظيف الملكية كضمان للبائع ليضمن حقه في استيفاء الثمن، بالإضافة الى البحث في الاساس التاريخي للبيع الائتماني الذي يتمثل بتراخي انتقال الملكية حتى سداد الثمن، وبماذا يتميز البيع الائتماني من خصائص وتمييزه عن الضمانات القانونية والاتفاقية، فأساس الضمان في التصرف الائتماني هو الاحتفاظ بالملكية فاختلقت جهات النظر في الطبيعة القانونية لهذا الاخير فتوصلنا الى انه ليس وصفاً من أوصاف الالتزام لعدم توفر شروطه، وليس ضمان عيني لاختلاف الأسس التي يقوم عليها هذا الضمان فوجدناه ضمان اتفاقي كشرط مقترن بالعقد، ومن ثم بحثنا في التزام البائع مع الغير فوجدنا أن المشرع العراقي كان السباق عن غيره من التشريعات محل المقارنة في فاعلية الضمان الائتماني في مواجهة المتصرف عليه ورتب عقوبة جزائية للمشتري المبدد، إلا أن هذا الضمان لا نجد له دور في مواجهة دائني المشتري، و توصلنا الى شروط استرداد البائع للمبيع.

المحتويات

رقم الصفحة	الموضوع
٦-١	المقدمة
٧	الفصل الاول : ماهية البيوع الائتمانية
٨	المبحث الاول : مفهوم البيوع الائتمانية
٩	المطلب الاول : تعريف البيوع الائتمانية
١١-٩	الفرع الاول : معنى البيوع الائتمانية
٢٠-١٢	الفرع الثاني : الاساس التاريخي لفكرة البيوع الائتمانية
٢٥-٢٠	الفرع الثالث : صور البيوع الائتمانية
٢٦	المطلب الثاني : خصائص البيوع الائتمانية
٢٦	اولا: البيع الائتماني عقد جوازي استثنائي.
٢٨-٢٦	ثانياً : البيع الائتماني هو عقد يرد على منقول.
٢٩-٢٨	ثالثاً : البيع الائتماني من العقود التي يدخلها الأجل .
٣١-٣٠	رابعا :- البيع الائتماني من البيوع الشائعة في المعاملات التجارية.
٣٢	المبحث الثاني : تمييز البيوع الائتمانية عما يشبهه به
٣٣	المطلب الاول : تمييز البيع الائتماني من الضمانات الاتفاقية
٣٨-٣٤	الفرع الاول : تمييز البيع الائتماني من الشرط الجزائي
٤٤-٣٩	الفرع الثاني : تمييز البيع الائتماني من بيع الوفاء
٥٠-٤٥	الفرع الثالث : تمييز البيع الائتماني من شرط منع من التصرف
٥١	المطلب الثاني : تمييز البيع الائتماني من الضمانات القانونية
٥٦-٥٢	الفرع الاول : تمييز البيع الائتماني من الحق في الحبس
٦٠-٥٧	الفرع الثاني : تمييز البيع الائتماني من امتياز البائع
٦١	الفصل الثاني : الاحكام القانونية المترتبة على البيوع الائتمانية
٦٣	المبحث الاول : الطبيعة القانونية للاحتفاظ بالملكية

الموضوع	رقم الصفحة
المطلب الاول : الاحتفاظ بالملكية وصفاً	٦٣
الفرع الاول : الاحتفاظ بالملكية شرط واقف	٧٠-٦٣
الفرع الثاني: الاحتفاظ بالملكية شرط فاسخ	٧٢-٧٠
الفرع الثالث : نقل الملكية معلق على شرط واقف	٧٥-٧٢
الفرع الرابع : الاحتفاظ بالملكية اجل	٧٨-٧٥
المطلب الثاني : الطبيعة المختلفة للاحتفاظ بالملكية	٧٩
الفرع الاول : بيع مضاف الى اجل واقف مع شرط فاسخ مقترن بشرط جزائي	٨٢-٧٩
الفرع الثاني : الاحتفاظ بالملكية ضمان عيني	٨٦-٨٢
الفرع الثالث : الاحتفاظ بالملكية ضمان اتفاقي	٨٩-٨٦
المبحث الثاني: الآثار المترتبة على البيوع الائتمانية	٩٠
المطلب الاول : أثر البيوع الائتمانية بين المتعاقدين	٩١
الفرع الاول : المركز القانوني للبائع	٩٦-٩١
الفرع الثاني : المركز القانوني للمشتري	١٠١-٩٦
المطلب الثاني: التزام البائع مع الغير	١٠٢
الفرع الاول: التزام البائع مع المتصرف اليه	١٠٧-١٠٢
الفرع الثاني: التزام البائع مع دائني المشتري	١١٧-١٠٧
المطلب الثالث : شروط دعوى استرداد البائع للمبيع	١١٨
الفرع الاول : الكتابة	١٢٢-١١٨
الفرع الثاني : بقاء المبيع على حالته العينية	١٢٤-١٢٢
الفرع الثالث : مراعاة الأجل عند رفع الدعوى	١٢٦-١٢٥
الخاتمة	١٢٧
المصادر	١٣٢





الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على سيد الخلق أجمعين محمد الصادق الأمين، المبعوث رحمة للعالمين وعلى آله وصحبه والتابعين، ومن تبعهم بإحسان الى يوم الدين، اللهم لا علم لنا الا ما علمتنا، اللهم علمنا بما ينفعنا وانفعنا بما علمتنا...

لا شك، أن إشباع الحاجة من السلع والخدمات، حتم خلق الادوات و الوسائل القانونية لهذا الاشباع، فقد ظهرت فكرة العقود منذ امدً بعيد لتحقيق تلك الغاية، و من هنا تدخلت التشريعات المختلفة واهتمت بتنظيم العقود الأكثر شيوعاً تحت اطار العقود المسماة، وفي مقدمتها العقد الأكثر استعمالاً و المتمثل بنقل الملكية، ألا وهو عقد البيع .

و على الرغم، من اهمية عقد البيع البالغة في الواقع العملي كوسيلة لحصول الافراد على ما يحتاجونه من اشياء، إلا أن هذه الاهمية بدأت تتضاءل إذ اقتضت على البيع الفوري في ظل التطورات الاقتصادية وكذلك القدرة المادية للأفراد، وهذا ما دعى الى تطور أساليب البيع، بما يسمح للمالك من بيع ما لديه من منقولات بوسيلة تضمن له الحصول على كافة حقوقه من خلال ضمان اتفاقي، وفق ما يتفق عليه مع شخص يرغب في تملك المبيع ولا تسمح له الظروف الاقتصادية في دفع ثمنها فوراً، وهذا ما حمل المالك الى البحث عن ضمانات جديدة تضعه في مركز قانوني قوي في مواجهة باقي دائني المشتري، إذ تعد الضمانات اليوم متنوعة وتطورها لم ينته بعد، ففي الواقع ان كل الدائنين ليس لديهم حاجة الى ذات الضمانات، وكل المدينين لا يمكن لهم تقديم الضمانات نفسها، فهذه الاخيرة ابانت تنوعاً تابعاً لتطور الحياة التجارية و الاقتصادية التي هي دائماً في تطور مستمر ومن اجل المحافظة على استقرار التعاملات في الميدان التجاري بما يقوم عليه من ثقة وائتمان وحماية حقوق أفراد، سعى المشرع الى تنظيم خاص سمي بنظام الافلاس، غايته حماية حقوق الدائنين من تصرفات مدينهم المفلس وحماية الدائنين من بعضهم البعض وذلك لتحقيق المساواة بينهم .

فالحياة العملية دفعت البائع الى البحث عن ضمان بسيط و قوي في الوقت نفسه، بعد ان ابانت الضمانات التقليدية قصورها في توفير الضمان بين المتعاقدين فأدت الى زيادة تكلفة الائتمان لما تفرضه من اتخاذ إجراءات الشهر والعلانية كما هو الحال بالنسبة للتأمينات العينية، او نتيجة اشتراط الضامن المقابل للخطر الذي يتحمله كما هو الحال بالنسبة للتأمينات الشخصية، وخاصة عندما يكون هناك تراحم بين الدائنين، إذ إنهم ليسوا في مرتبة واحدة في مواجهة المدين المفلس، وهنا ظهرت البيوع الائتمانية كوسيلة ضمان اتفاقية يحتفظ المالك بملكية المبيع حتى يضمن حصوله على كامل

الثلن ،و بدت في اول أمرها الى تحقيق تلك الغاية ،إذ تسمح للراغب في الشراء الحصول على ما يريده من منقولات لا يمتلك ثمنها في الوقت الحالي ،فينتفع بها في مقابل تسديد ثمنها بصورة اقساط دورية يتفق عليها مع المالك ويتضمن هذا الاتفاق ايضاً تملك الشيء المبيع تلقائياً بعد سداد الثمن .

نظراً الى كون القواعد المتعلقة بنقل الملكية ليست من النظام العام ، لم تعد الملكية غاية في ذاتها وانما اصبحت في صدد وسيلة لتحقيق غاية أخرى وهي الضمان ، فيجوز للمتعاقدين الاتفاق على تراخي نقل الملكية حتى سداد الثمن ،ويترتب على ذلك بقاءها للبائع وعدم انتقالها للمشتري وهذا ما كرسه المشرع العراقي والتشريعات محل المقارنة فأجاز للبائع ان يشترط ان نقل الملكية يكون موقوفاً حتى سداد الثمن ولو تم نقل حيازة المبيع الى المشتري ،باعتبار أن الاثر الناقل للملكية في عقد البيع غير مرتبط بالالتزام بتسليم المبيع .

ونتيجة الى ذلك فإن الدراسة في موضوع الضمانات لم تعد تنقيد في التنازع بين دور كل من التأمينات الشخصية والعينية ،وانما ظهرت وسائل جديدة أوضحت قصور التأمينات في مواجهة هذه المعطيات لذا تقلص العمل في التأمينات العينية وظهرت ضمانات اخرى كتوظيف الملكية كضمان في البيع لتحقيق نوع من الضمان الذي يفوق فعاليته التأمينات العينية التقليدية فهذا التطور يرجع الى زيادة اهمية الائتمان في العصر الحديث واتساع نطاقه مما ادى الى الاقبال المتزايد على الضمانات فالحاجة الى الامان اصبحت حاجة عصرية وعميقة .

وكما تجري العادة في كل بحث علمي لابد ان تتوفر جملة من الامور التي ينبغي ذكرها وهي كالآتي:-

اولاً:- التعريف بالموضوع .

دائماً يبحث البائع عن تأمينات في حال لم يستوف الثمن من المشتري ،فيقرر القانون بذلك له امتياز البائع في حال تم تسليم المبيع ،وعند عدم تسليم المبيع بعد ولم يكن هناك اتفاق بين اطراف العقد على تأجيل الثمن او تقسيطه على شكل دفعات ،فيقرر القانون للبائع الحق في حبس المبيع حتى ولو قدم المشتري ضماناً عينياً كالرهن ، او شخصي كالكفالة فلا يسقط حق البائع في الحبس، اما إذا كان البائع قد سلم المبيع وكان الثمن مؤجلاً جاز للبائع ان يحتفظ بملكية المبيع بموجب بند يدرج في العقد ضماناً لاستيفاء الثمن وهذا ما يسمى بالبيع الائتماني ،إذ إن أحد الأطراف يأتمن الآخر في تنفيذ التزاماته لمدة محدودة بغية تحقيق هدف معين وهو إرجاء دفع الثمن، فالذي يميز البيع الائتماني هو

تحديد اجل لسداد الثمن كله او بعضه فهو بيع صحيح ومنتج لبعض اثاره ،والأصل فيه انه يكون منجزاً الا انه يتضمن اتفاقاً على تأجيل تنفيذ أحد التزامات الطرفين .

وتأجيل دفع الثمن في البيع الائتماني لا يمنع من تسليم المبيع الى المشتري، كون ان هذا الاخير عند حيازته للبضاعة يظهر للجميع بصفته مالكا للمبيع ، فمن ناحية لا يمنع المشتري من التصرف في المبيع الى الغير ومن الثابت أنه إذا كان المتصرف اليه حسن النية وتسلم المبيع جاز له التمسك بقاعدة الحيازة من المنقول سند الملكية اتجاه البائع الاصلي ولا يستطيع استرداد المبيع ، من ناحية اخرى عند افلاس المشتري وظهور الدائنين الذين يرومون التنفيذ على البضاعة المحتفظ بملكيته بوصفها من موجودات الذمة المالية للمشتري وهنا تتعارض مصلحة البائع في البيع الائتماني لاسترداد المبيع مع مصلحة الدائنين ومصلحة المتصرف اليه حسن النية قبل سداد الثمن وتملك المشتري للمبيع.

ثانياً: - اشكالية وتساولات البحث.

البيع ائتماني اخذ ينتشر استعماله في الواقع العملي لما يوفره لصاحب الضمان من سهولة ويسر ،فقد اصبح هذا الموضوع يحظى باهتمام في مجال الائتمان ،إذ يجمع بين قانون الالتزامات باعتبار ان اطراف العقد تجمعهم العلاقة العقدية ،وقانون الاموال كونه اخذ يوظف حق عيناً اصلياً كضمان ،واثره على نظام الافلاس ، فبعد ان كان حق الملكية يمنح صاحبه سلطات التقليدية التي تتمثل في الاستعمال والاستغلال والتصرف اصبح بإمكانه ان يوظف دوراً جديداً وهو استعماله كضمان ، فكيف لحق عيني اصلي ان يخرج ويؤدي ضماناً ،على اعتبار ان الحقوق العينية التبعية تستعمل كضمان ،خاصة ان معظم البلدان اخذ بتنظيم البيع الائتماني في قوانينها ،ومنحت المالك المحتفظ بالملكية مركزاً يتميز به عن غيره لا توفره الضمانات التقليدية فاخذ هذا موضوع يثر عدة تساؤلات، ماذا يقصد بالبيع الائتماني وما هو نطاقه ؟،ماهو الاساس التاريخي لهذا البيع ؟ ،وماهي صور و خصائص البيع الائتماني ؟،فهل ان انتقال الملكية ودفع الثمن يتعاصران في الوقت نفسه ؟ ، وبم يتميز هذا الضمان عن الضمانات الاتفاقية والقانونية ؟.

ويثير البيع الائتماني بعض الصعوبات بين البائع والمشتري ،سواء فيما يتعلق بالمركز القانوني للمتعاقدين قبل الوفاء بالثمن ،ومدى احقية البائع في استرداد المبيع في حال عدم استيفاء الثمن وامكانية هذا الاسترداد ، وتدور الصعوبة الحقيقية في حال تصرف المشتري في المبيع الى شخص اخر حسن النية فهل يحقق هذا الضمان فاعليته في استرداد المبيع او تفقيدها قاعدة الحيازة المنقول سند الملكية ؟ ،ومدى احقية البائع في التمسك بهذا البند التعاقدي قبل الجماعة الدائنين عند افلاس المشتري

٢٠، ومدى استفادة صاحب الضمان من هكذا تصرفات فإذا كان هذا الضمان يوفر حماية كافية للبائع فما هي الشروط التي يجب ان تتوفر حتى يتمكن البائع من استرداد المبيع من الغير ؟، كون اغلب التشريعات تحمي الوضع الظاهر القائم ، وتقرر مبدأ المساواة بين الدائنين .

ثالثاً: أسباب اختيار موضوع البحث .

١- تطور البيع الائتماني تطوراً ملحوظاً في الوقت الحالي و اتسعت أهميته على الصعيد التجاري والقانوني ،كونه احتل مكانة بارزة في مجال المعاملات بين الافراد ،فأدى تداخل العلاقات الاقتصادية وثقل حجمها الى ازدهار فكرة الائتمان كوسيلة لمواجهة العجز الفوري للوفاء بالالتزامات ،لذا اهتمت التشريعات الحديثة بتنظيم البيع الائتماني الذي أسفر عن تطبيقات وصور عديدة له إلا أنها جميعها تهدف الى توفر حماية أكبر للمتعاقدین بتوظيف الملكية كضمان .

٢- ان آلية البيع الائتماني المتمثل بتراخي انتقال الملكية تتوقف على مسلك المشتري في مواجهة البائع فيما يتعلق بتنفيذ التزامه وهو الوفاء بكامل الثمن ،الا ان هذه الآلية تتأثر كثيراً بحالة المنقولات وما يطرأ عليها من أعمال تغير في طبيعتها وما يصدر عن المشتري من تصرفات تخرج حيازة هذا المنقول وتدخل في حيازة المتصرف اليه ،وهذا ما يؤدي الى تعارض الحقوق بين البائع والمتصرف اليه خاصة عندما يكون هذا الأخير حسن النية .

٣- تعارض أحكام قانون الإفلاس والصلح الواقي منه العراقي (النافذ) حيث ان المادة ٦٤١ تقضي لكل شخص أن يطالب باسترداد للأشياء التي تثبت له ملكيتها وقت إشهار الافلاس ،في حين نجد نص المادة ٦٤٦ تشير الى أن كل شرط من شأنه تمكين البائع من استرداد المبيع لا يحتج به في مواجهة الجماعة الدائنين .

٤- دراسة البيع الائتماني في ظل التطورات التشريعية أضحت ذات أهمية موضوعية وعملية ،فالأهمية الموضوعية تتجلى في الجدل الفقهي والقضائي في تحديد طبيعة الاحتفاظ بالملكية كونها تنسم بالغموض وتعدد الآراء والاتجاهات ،خصوصاً بعد صدور تعديل القانون المدني الفرنسي ٢٠٠٦ و ٢٠١٦ ونظم أحكام الاحتفاظ بالملكية ضمن فصل التأمينات ،اما من الناحية العملية فالموضوع ذو اهمية كونه يلعب دوراً مزدوجاً وهو الائتمان والضمان من جهة ،ناهيك على تأثيره على نظام الإفلاس من جهة أخرى .

٥- إن تعارض الحقوق بين الدائنين أمر كثير الوقوع في الواقع العملي ويتكرر دوماً ،لذلك فإن الرغبة الشديدة في الحصول على ضمان او العديد من الضمانات حتى يتمكن الدائن من استيفاء حقوقه ،يكشف لنا عدم وجود الثقة الواجب توفرها في نطاق المعاملات بين الأطراف ،وهذا يدل على الارتباط بين الضمان والإئتمان .

رابعاً: منهجية البحث.

سيتم بحث الموضوع بالاعتماد على المنهج التحليلي وذلك من خلال تحليل النصوص القانوني ،وبيان ملائمتها وفق نظام موضوعي ،في ضوء المفاهيم الحديثة، وتحليل وبيان الآراء الفقهية التي عالجت الموضوع ومناقشتها واعطاء رأينا مع بيان الأسباب.

كذلك اعتمادنا على المنهج المقارن ،بعدما عقدنا مقارنة بين الأحكام القانونية الواردة في القوانين المدنية فبدأنا بالقانون الفرنسي ومن ثم المصري واخيراً القانون العراقي ،وذلك لوجود تنظيم لهذا الموضوع في بعض المسائل في القوانين محل المقارنة ،فضلا عن ذلك الاستئناس بموقف بعض القوانين كلما دعت الحاجة الى ذلك ،وقد تم الاستعانة بالواقع العملي المتمثل بالاستشهاد بالأحكام القضائية وذلك لدعم وإثراء الجانب النظري بنظيره العملي وبيان مدى مطابقة التوجهات القضائية للمواقف القانونية والفقهية في موضوع البحث .

خامساً : نطاق بحث الموضوع .

إن البيع الائتماني لا يصح إبراده إلا في البيوع آجلة الثمن، فالتشريعات المدنية جاءت تنص على أنه إذا كان البيع مؤجل الثمن جاز للبائع أن يحتفظ بملكية المبيع الى أن يستوفي كامل الثمن ولو تم تسليم المبيع ،فلا يمكن ان يرد البيع الائتماني في البيوع معجلة الثمن .

فضلا عن ذلك فإن نطاق البحث سيكون في المنقولات ومنها المادي المعين بالذات إذ إن الملكية تنتقل بحكم القانون فور ابرام العقد، وهذا ما دفع البائع الى البحث عن ضمان حتى يستوفي كامل حقوقه ،اما المنقول المعين بالنوع فلا تنتقل الملكية فور التعاقد إذ يتوقف ذلك على الافراز ،الا ذلك لا يمنع من تأجيل انتقال الملكية حتى سداد الثمن كضمان للبائع ،اما بالنسبة للعقار فلا تنتقل ملكيته سواء فيما بين العاقدين ام في حق الغير الا بتسجيله ،ومؤدى ذلك ان انتقال ملكية المبيع يتم أحياناً بمجرد التعاقد ،ويتوقف بعض الأحيان على القيام ببعض الاعمال اللازمة للانتقال .

سادساً : خطة البحث.

أن بحث موضوع التزام في نطاق البيوع الائتمانية يبدأ بمقدمة عامة وفصلين ،الفصل الاول: ماهية البيوع الائتمانية ويقسم هذا الفصل على مبحثين يتناول الاول : مفهوم البيوع الائتمانية والذي بدوره يبين معنى البيع الائتماني وصوره والخصائص التي يتميز بها ،اما المبحث الثاني فيتناول :تميز البيوع الائتمانية مما يشتهر بها ،والذي يبحث في تمييز البيع الائتماني عن الضمانات الاتفاقية والقانونية.

اما ما يخص الفصل الثاني: النتائج القانونية المترتبة على البيوع الائتمانية والذي قسم على مبحثين ،المبحث الاول يتناول البحث في طبيعة الاحتفاظ بالملكية التي يعتبر الصورة المثلى للبيوع الائتمانية وباقي الصور هي امتداد للضمان نفسه ،في حين يتناول المبحث الثاني :الآثار المترتبة على البيوع الائتمانية ،فيبحث هذا الاخير في المراكز القانونية للمتاعدين ،كذلك تزامم البائع مانح الائتمان مع الغير ،واخيراً وليس آخراً يبحث هذا الفصل في شروط دعوى استرداد البائع للمبيع .

المحتويات

رقم الصفحة	الموضوع
6-1	المقدمة
7	الفصل الاول : ماهية البيوع الائتمانية
8	المبحث الاول : مفهوم البيوع الائتمانية
9	المطلب الاول : تعريف البيوع الائتمانية
11-9	الفرع الاول : معنى البيوع الائتمانية
20-12	الفرع الثاني : الاساس التاريخي لفكرة البيوع الائتمانية
25-20	الفرع الثالث : صور البيوع الائتمانية
26	المطلب الثاني : خصائص البيوع الائتمانية
26	اولا: البيع الائتماني عقد جوازي استثنائي.
28-26	ثانياً : البيع الائتماني هو عقد يرد على منقول.
29-28	ثالثاً : البيع الائتماني من العقود التي يدخلها الأجل .
31-30	رابعا :- البيع الائتماني من البيوع الشائعة في المعاملات التجارية.
32	المبحث الثاني : تمييز البيوع الائتمانية عما يشبهه به
33	المطلب الاول : تمييز البيع الائتماني من الضمانات الاتفاقية
38-34	الفرع الاول : تمييز البيع الائتماني من الشرط الجزائي
44-39	الفرع الثاني : تمييز البيع الائتماني من بيع الوفاء
50-45	الفرع الثالث : تمييز البيع الائتماني من شرط منع من التصرف
51	المطلب الثاني : تمييز البيع الائتماني من الضمانات القانونية
56-52	الفرع الاول : تمييز البيع الائتماني من الحق في الحبس
60-57	الفرع الثاني : تمييز البيع الائتماني من امتياز البائع
61	الفصل الثاني : الاحكام القانونية المترتبة على البيوع الائتمانية
63	المبحث الاول : الطبيعة القانونية للاحتفاظ بالملكية

الموضوع	رقم الصفحة
المطلب الاول : الاحتفاظ بالملكية وصفاً	63
الفرع الاول : الاحتفاظ بالملكية شرط واقف	70-63
الفرع الثاني: الاحتفاظ بالملكية شرط فاسخ	72-70
الفرع الثالث : نقل الملكية معلق على شرط واقف	75-72
الفرع الرابع : الاحتفاظ بالملكية اجل	78-75
المطلب الثاني : الطبيعة المختلفة للاحتفاظ بالملكية	79
الفرع الاول : بيع مضاف الى اجل واقف مع شرط فاسخ مقترن بشرط جزائي	82-79
الفرع الثاني : الاحتفاظ بالملكية ضمان عيني	86-82
الفرع الثالث : الاحتفاظ بالملكية ضمان اتفاقي	89-86
المبحث الثاني: الآثار المترتبة على البيوع الانتمانية	90
المطلب الاول : أثر البيوع الانتمانية بين المتعاقدين	91
الفرع الاول : المركز القانوني للبائع	96-91
الفرع الثاني : المركز القانوني للمشتري	101-96
المطلب الثاني: تزامم البائع مع الغير	102
الفرع الاول: تزامم البائع مع المتصرف اليه	107-102
الفرع الثاني: تزامم البائع مع دائني المشتري	117-107
المطلب الثالث : شروط دعوى استرداد البائع للمبيع	118
الفرع الاول : الكتابة	122-118
الفرع الثاني : بقاء المبيع على حالته العينية	124-122
الفرع الثالث : مراعاة الأجل عند رفع الدعوى	126-125
الخاتمة	127
المصادر	132

الفصل الاول

ماهية البيوع الائتمانية

إنّ عقد البيع ناقلاً للملكية بطبيعته ، والأصل أن عقد البيع من عقود فورية التنفيذ، إذ يتم تنفيذ الالتزامات المترتبة عليه، إلا أن حاجة المعاملات قد تجبر المشتري الى ارجاء الوفاء بكل الثمن او بعضه ، الامر الذي يضيف على البيع الصفة الائتمانية ، وتؤدي الى مخاطر معينة بالنسبة الى البائع لضمان حقه في استيفاء الثمن الأمر الذي يضطر من خلاله اللجوء الى البيوع الائتمانية (ضمانات اتفاقية) تحمل في طياتها بعض الخصائص تمكن البائع من المحافظة على حقوقه المترتبة على العقد المبرم مع الطرف الآخر ، بالإضافة الى ضمانات قانونية اخرى لاستيفاء حقه من المشتري في مواجهة دائنيه ، والتنوع في عقد البيع يعود إلى إدخال المتعاقدين أوصافاً أو قيوداً على التزاماتهما، كإضافة إلزام أحدهما إلى أجل معين أو آجال معينة، كما أنه قد يعود هذا التنوع في عقد البيع إلى مجرد إضافة شروط تعاقدية، كشرط الاحتفاظ بالملكية، أو شرط الاسترداد أو الشرط المانع من التصرف وغير ذلك من الشروط . نتيجة لإدخال هذه الأوصاف أو القيود أو الشروط على عقد البيع قد جعلته يقوم بوظائف أخرى، تتعلق بالائتمان والضمان بعيداً عن وظيفته التقليدية، الخاصة بمجرد نقل ملكية شيء مقابل ثمن نقدي ومن هنا نشأت فكرة البيوع الائتمانية^(١).

إنّ التطورات الاقتصادية وما أفرزته من تحرير التجارة وفي ظل مناخ تسود فيه الحرية التعاقدية ، أدت بدورها الى ظهور ضمانات اتفاقية جديدة ، أخذت تغير من أسس الضمانات التقليدية ، وبالأخص على مستوى الضمانات العينية ، إذ وجدت إنّ توظيف الملكية كضمان من خلال ما يسمى بالبيع الائتماني (الاحتفاظ بالملكية و البيع الايجاري) الامر الذي ادى الى ان تتعدى الملكية دورها التقليدي بوصفها حقاً عينياً أصلياً الى دور آخر اكثر تطوراً يتمثل بوظيفتها كضمان .

وبالرغم من التطور الكبير الذي لحق البيوع الائتمانية في مجال التعامل بين الناس ، وقدم الحديث عنها إلا أنه مع ذلك لم يحظ بالتنظيم التشريعي الوطني ، الذي يحدد معالمه ويبين احكامه على نحو تام في ظل الاختلافات بين الشّراح حول ماهية ، والاستقلالية ، في ذاته، ووصفه ، خصوصاً فيما يتعلق بأحكامه وآثاره ، ودارت حوله العديد من التساؤلات، لذا سنقسم هذا الفصل على مبحثين نتناول في الاول مفهوم البيوع الائتمانية ، ونعرض في المبحث الثاني تمييز البيوع الائتمانية عما يشته به من مصطلحات .

(١) د. نبيل ابراهيم سعد ، العقود المسماة ، عقد البيع ، ج ١ ، ط ١ ، دار النهضة العربية ، بيروت ، ١٩٩٧ ، ص ١٨٨ .

المبحث الاول

مفهوم البيوع الائتمانية

يعد عقد البيع من أهم العقود المسماة وأكثرها انتشاراً في التنظيمات القانونية والجانب العملي، وفي ظل التطورات الاقتصادية أصبحت القواعد العامة المنظمة لعقد البيع لا تشكل ضماناً قوياً، حتى يستطيع احد اطراف عقد البيع ان يستند اليها في تصرفاته، وفي ظل كل هذه التطورات، جعلت البائع يبحث عن ضمان بعيداً عن التعقيدات الاوضاع الائتمانية المعهودة فوجد في الضمانات الاتفاقية التي أقرها الواقع العملي غايته المنشودة، ونظراً لاحتياج الاشخاص لبعض السلع التي لا يستطيعون تقديم كامل ثمنها دفعة واحدة، لكونها ذات ثمن مرتفع او ضعف دخلهم المادي بإذ لا تكون هنالك مقدرة مادية لشرائها، لهذا شاع اللجوء لهذا النوع من البيوع بعد أن انتقلت معظم السلع من كونها كمالية الى ان اصبحت ضرورية.

وتتميز البيوع الائتمانية بانتقال حيازة المبيع الى المشتري على الفور، على الرغم من عدم سداد كامل الثمن، إذ يتم ذلك السداد على دفعات دورية^(١)، الا انه لا يفهم من ذلك ان البيع الائتماني ظهر لضمان البائع حقه في استيفائه للثمن فقط، أذ يمكن ان تتعداها الى مسائل اخرى غير متعلقة بالثمن، كالبيع المترتب على المحال التجارية مع الاحتفاظ بالملكية لمدة معينة حتى يضمن البائع عدم تصرف المشتري بالمبيع لشخص اجنبي يخشى منافسته كذلك الهبة المستترة في صورة بيع حتى يضمن الواهب عدم تصرف الموهوب له بسوء في المبيع^(٢)، وفي كل ذلك سوف نقسم هذا المبحث على مطلبين:- نبحث في

المطلب الاول :- التعريف البيع الائتماني .

المطلب الثاني:- خصائص البيع الائتماني .

(١) د. ابراهيم الدسوقي ابو الليل، البيع بالتقسيط والبيوع الائتمانية الاخرى، مطبوعات جامعة الكويت، ١٩٨٤، ص ٢٠.

(٢) د. محمد حسين منصور، شرط الاحتفاظ بالملكية، ط ١، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، ٢٠٠٧، ص ١٧.

المطلب الاول

تعريف البيوع الائتمانية

تعددت البيوع الائتمانية واختلفت باختلاف الغاية التي يهدف اليها اطراف العقد ، وعلى الرغم من هذا التنوع إلا أنها تهدف الى تحقيق غاية متعلقة بضمان تنفيذ الالتزامات العقدية المؤجلة لأحد طرفي العقد ، و لبيان تعريف البيوع الائتمانية سنقسم هذا المطلب على فرعين :-

الفرع الأول :- معنى البيع الائتماني .

الفرع الثاني:- أساس فكرة البيع الائتماني .

الفرع الاول

معنى البيوع الائتمانية^(١)

إنّ عقد البيع وإن كانت طبيعته عقداً فورياً التنفيذ تترتب عليه اثاره بمجرد ابرامه صحيحاً ، فيلتزم البائع بتسليم المبيع ويلتزم المشتري بسداد الثمن، إلا أن ذلك لا يمنع ان يتفق طرفاء العقد على تأجيل اثاره "فإذا كان نقل الملكية من طبيعة عقد البيع الا أنه لا يعد من مستلزماته" حسب رأى الفقه^(٢) ، فيصبح بذلك عقد مؤجل التنفيذ وهنا تتضاعف اهمية لصيرورته عقداً ائتمانياً لما يتضمنه من مخاطر تهدد من قام بتنفيذ التزامه اولاً ، الا انه يقدم فوائد جمة للمتعاقدین بتسهيل حصولهم على الحوائج مرتفعة الاثمان ، عن طريق تجزئة سداد الثمن او تأجيله فالبيع الائتماني هو عقد بيع موجود وصحيح، ومنجزاً إلا أنه يتضمن اتفاقاً على تأجيل تنفيذ التزام احد المتعاقدين او كليهما.

ذهب بعض الفقه^(٣) الى تعريف البيع الائتماني (هو كل حالة لا يتعاصر فيها تنفيذ التزامين أساسيين ، يرتبهما عقد البيع متمثلين بالتزام المشتري بسداد الثمن والتزام البائع بتسليم المبيع ، فيكون البيع ائتمانياً

(١) الائتمان ، يعرف بصفة عامة : بأنه مجموعة من الوسائل والعمليات التي تنتقل بمقتضاها مؤقتاً ملكية مال معين من شخص الى اخر ، على ان يسترده مالكه ، او يسترد ما يقابله في وقت لاحق . د. ابراهيم الدسوقي ابو الليل ، مصدر سابق ، ص ١٦ .

(٢) د . انور سلطان ، العقود المسماة عقدي البيع والمقايضة ، بدون طبعة ، دار النهضة العربية للطباعة والنشر ، بيروت ١٩٨٠ ، ص ٢٣ . - د. عباس الصراف ، شرح عقد البيع في القانون المدني الكويتي ، ط١ ، دار البحوث العلمية ، الكويت ، ١٩٧٥ ، ص ٦٧ .

(٣) د . ابراهيم الدسوقي ابو الليل ، مصدر سابق ، ص ١٧ .

للبيع إذا كان سداد الثمن مؤجلاً من المشتري ، ويكون البيع ائتمانيا بالنسبة الى المشتري إذا كان تسليم المبيع مؤجلاً من البائع).

وعرف البيع الائتماني أيضا "هو عقد بيع صحيح ، من شأنه ترتيب آثار كاملة إلا أن أحد الاطراف يأتين الآخر على إرجاء تنفيذ الالتزام ما لمدة محددة لسبب أو لأخر بغية تحقيق اهداف معينة"^(١).

ونجد في هذا التعريف، انه وسع من نطاق البيع الائتماني ، فجعل مفهوم الائتمان يمتد ايضا الى المشتري في حالة سداد الثمن و تأجيل تسليم المبيع من البائع ، ومن خلال الرجوع الى المادة ٥٣٤ من القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ والتشريعات محل المقارنة^(٢)، نلاحظ أن نص المادة بينت الضمانات البيع الائتماني للبائع فقط ، اضاف الى ذلك ان التعريف حدد الائتمان بالنسبة الى البائع هو عدم سداد الثمن من جانب المشتري ، اما الائتمان من جانب المشتري فيكون بتأجيل تسليم المبيع ، ولم يوضح هل ملكية المبيع استعملت كوسيلة للضمان ام استعمل ضمان اخر .

اما على المستوى التشريعي فقد انفرد المشرع الانكليزي في تعريف البيع الائتماني بأنه ؛ (اتفاق على بيع سلعة يكن سعر شرائها مدفوعاً على شكل خمسة اقساط او اكثر ولا يكون بيعاً مع شرط الاحتفاظ بالملكية)^(٣).

ونجد في هذا التعريف قد حدد الحد الادنى للاقساط التي يدفعها المشتري إذ لا تقل عن خمس دفعات والحد الاعلى مفتوح ، اضاف الى ذلك فإن هذا التعريف يستبعد البيع مع الاحتفاظ بالملكية من البيع الائتماني .

ومع اقرارنا أن التعريفات السابقة قد أصابت جانباً أو آخر من تعريف البيوع الائتمانية ، الا اننا نميل الى وضع تعريف بالشكل الاتي:-

البيع الائتماني :- هو عقد من شأنه ترتيب آثار كاملة على الشيء المبيع ، بمقتضاه يتم توظيف الملكية كضمان لصالح البائع ، ويبقى المشتري مجرد حائزاً للمبيع، ويتم الوفاء بالثمن على مراحل دورية تدفع كلا او بعضا.

(١) د. محمد حسين منصور ، مصدر سابق ، ص ١٦.

(٢) انظر نص المادة (٤٣٠) من القانون المدني المصري -المادة ٢٣٦٩ من القانون المدني الفرنسي .

(٣) See Article 1 of the English Lease Sale Act 1965.

إن التعريف المقترح يتضمن المزايا الآتية:-

١- أن البيع الائتماني هو عقد صحيح لذا تسري عليه احكام عقد البيع ، ويرتب اثاره بين الطرفين ، فيشكل ضماناً للدائن لأنه يبقيه مالكاً للمال محل الضمان طول مدة الائتمان ، والأهم من ذلك انه يمكن البائع من استرداد المبيع باعتباره مالكاً له.

٢- ان نطاق البيع الائتماني يتمثل في كل من المنقولات المعينة بالنوع والمعينة بالذات في حين لا نجد اثرا له في العقارات لأنها تنتقل بمجرد التسجيل .

٣- ان الثمن يتم وفاءه على شكل دفعات متساوية او مختلفة القيمة في مدد منتظمة اوغير منتظمة .

٤- لم يشر التعريف الى وقت انتقال الملكية لذا تنتقل وفقا للقواعد الخاصة لعقد البيع ، حتى فيما يتعلق بتسليم الشيء ، اصف الى ذلك في حال استعمال الملكية كضمان اتفاقي في بعض أنواع البيوع فإن انتقالها يسري بأثر رجعي الى وقت التعاقد .

٥- يجب سداد كامل الثمن من قبل المشتري بعد التسليم لأن البيع الائتماني يمكنه من تسلم المبيع ويرتب على ذلك انه طالما لم يدفع الثمن فإن المشتري لا يعد مالكاً للمبيع ، وبالتالي يتهدده خطر فقدانه حيازة المبيع .

فالبيع الائتماني هو عقد عادي ينعقد صحيحا نافذا ومن شأنه ترتيب أثاره كاملة ، وغاية ما فيه أن أحد الطرفين يأتمن الآخر على ارجاء تنفيذ التزام ما لمدة محددة لسبب او آخر ، فقد يتفق الطرفان على تأجيل دفع الثمن كليا أو جزئيا لأجل محدد ، او على ارجاء تسليم المبيع لحين الحصول عليه او استكمالها ، او ارجاء نقل الملكية لحين استيفاء الثمن ^(١).

لذا فمن الأهمية بمكان عدم الخلط بين البيوع الائتمانية والبيوع الموصوفة ، أي البيع المعلق على شرط والمضاف الى اجل ، ففي البيع المعلق على شرط يتوقف نفاذه او زواله بالكامل على تحقق الشرط او تخلفه ، وفي البيع المضاف الى اجل لا يكون العقد نافذا بالنسبة لكامل ما ينتجه من اثار . اما البيع الائتماني فهو ليس بيعا موصوفا إنما بيع بات منتجا لآثاره كافة وغاية الامر انه ينطوي على اتفاق المتعاقدين بتأخير احد الالتزامات التي يترتبها العقد الى وقت محدد او تحقيق واقعة معينة ^(٢) ، لذا فعقد البيع الائتماني يترتب اثاراً كاملة عدا الالتزام المتفق على تأجيله .

(١) د. محمد حسين منصور ، مصدر سابق ، ص ١٥.

(٢) د. سليمان مرقس ، الوافي في شرح القانون المدني ، ٣ في العقود المسماة ، المجلد الأول - عقد البيع ، طه ، بتقيح وتعضيد د. حبيب ابراهيم الخليلي ، ايريني للطباعة ، القاهرة ، ١٩٩٠ ، ص ١١٠.

الفرع الثاني

الأساس التاريخي لفكرة البيوع الائتمانية.

اولاً:- البيع الائتماني في الشرائع الغربية

الأصل في القانون الروماني القديم ، كما هو الحال أيضاً في القانون اليوناني ، كان التصرف الائتماني هو اول انواع التأمينات العينية التي عرفت القوانين في ذلك الوقت ، وهذا التصرف يمنح الدائن حق الملكية ذاته على سبيل الضمان ، إذ يعود سبب ذلك الى أن في ذلك الوقت كان من الصعب تصور حقوق عينية اخرى غير حق الملكية ، فإذا أتم الوفاء من جانب المدين ، يعيد الدائن الملكية الى المدين ^(١) .

لم يكن عقد البيع في الوهلة الاولى ناقلاً للملكية ، إذ كان البيع في القانون الروماني ، يقوم على اساس نقل الحيازة ، بل حتى التعهد بالبيع يكون منتجاً للأثار ، إذ تتمثل هذه التعهدات بتمكين المشتري من وضع يده على محل العقد واستعماله و استغلاله وضمان التعرض الصادر من جهته او من الغير ، اما نقل ملكية المبيع ، كان لابد لنقلها من اتباع احدى الاجراءات الشكلية المعروفة في هذا القانون ، ولا يتحقق كل ذلك الا إذا كان هناك بند في العقد يضمن انتقالها سواء التزم بها البائع ام لم يلتزم ^(٢) ، فالقاعدة في القانون الروماني ، هو ان الاتفاق ليس كافياً لنقل الملكية ، بل لابد من القيام بعمل اضافي لكي تنتقل الملكية ، لهذا ميز الشراح الرومان بين سند الملكية وهو العقد او الاتفاق وبين الطرائق الناقلة لها ^(٣) .

ويفهم مما تقدم أن عقد البيع في القانون الروماني كان يمر بمرحلتين ؛ الاولى :- هي مرحلة الاتفاق وانعقاد العقد ولا ترتب هذه المرحلة الا حقاً شخصياً ، والثانية :- هي اتباع إجراءات شكلية كالتسليم او الاشهاد او الدعوى الصورية .

(١) د. نبيل ابراهيم سعد ، الضمانات غير المسماة في القانون الخاص ، بدون طبعة ، دار الجامعة الجديدة ، الاسكندرية ، ٢٠٠٦ ، ص ١٦٢ .

(٢) د. عبد الرزاق احمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، ج ٤ ، عقد البيع ، مطابع النشر للجامعات المصرية ، القاهرة ، ١٩٦٠ ، ص ٤٠٧ وما بعدها - د . انور سلطان ، مصدر سابق ، ص ١٧ وما بعدها - د . اسماعيل غانم ، مذكرات في العقود المسماة عقد البيع ، بدون طبعة ، دار الكتاب العربي ، مكتبة عبدالله هبه ، ١٩٥٨ ، ص ١٨ وما بعدها . - د . سليمان مرقس ، العقود المسماة عقد البيع ، ط ٤ ، عالم الكتب ، القاهرة ، ١٩٨٠ ، ص ١٢ وما بعدها .

(٣) د. صبيح مسكوني ، القانون الروماني ، ط ٢ ، مطبعة الشفيق ، بغداد ، ١٩٧١ ، ص ١٦١ وما بعدها .

وعرف عقد البيع في القانون الروماني بأنه "عقد رضائي يلتزم به احد الطرفين وهو البائع بنقل الحيازة مستمرة وهادئة للشيء الى المشتري، الذي يلتزم بدوره بنقل ملكية مبلغ من النقود على سبيل الثمن للمبيع الى البائع"^(١).

ويتضح من التعريف المتقدم ان القانون الروماني لم يكن يربط التزاماً على البائع بنقل الملكية، وانما كان يتمثل التزامه بتمكين المشتري من حيازة المبيع من خلال وضع يده عليه دون تعرض من البائع او الغير، فالبائع يلتزم ضمناً ببذل ما في وسعه للحصول على الشيء المبيع حتى يتم نقل حيازته الى المشتري، فإذا لم يفلح في الحصول عليه التزم بتعويض المشتري عن الضرر الذي لحقه بسبب عدم تنفيذ التزامه بنقل الحيازة^(٢)، ويترتب على ذلك أن ملكية المبيع تبقى عند البائع دون نقلها الى المشتري وكان باستطاعة هذا الاخير من التصرف في المبيع الى شخص اخر بمجرد نقل الحيازة، أي أن بيع ملك الغير كان نافذاً وصحيحاً مادام البائع قادراً على نقل الحيازة الى شخص آخر^(٣)، فلا يمكن للمشتري الرجوع بالتعويض بمجرد ظهور ان المبيع غير مملوك له ولمجرد انه مهدد بنزع المبيع من تحت يده فيما لو استرده البائع الحقيقي^(٤).

وتعود الجذور التاريخية لهذا التصرف الى ان ، الملكية في القانون الروماني لا تنتقل الى الشخص الاجنبي، الا ان البائع يصبح ملتزماً بنقل الملكية في حالتين، تتمثل الاولى إذا نص العقد صراحة الى التزام البائع بنقل الملكية بالإضافة الى الحيازة ، والثانية إذا تصرف البائع بملك الغير بسوء نية ، وكان الطرف الآخر حسن النية فلأخير طلب التعويض لأنه لم يصبح المالك بسبب الغش البائع الذي اخل بواجباته الذي يقضي عليه بأن يتعامل مع المشتري بحسن نية وبدون غش^(٥)، كذلك لا يصح الاتفاق في عقد البيع على ان الملكية لا تنتقل الى المشتري^(٦).

(١) د.جبرائيل الينا ، القانون الروماني ، ط ١ ، مطبعة الاعتماد ، بغداد ، ١٩٤٩ ، ص ٦٠ . - د.محمود سلام الزناتي ، نظم القانون الروماني ، دار النهضة العربية ، بيروت ، ١٩٦٦ ، ص ١٧٧ . - د. محمد طه البشير و د. هشام الحافظ ، القانون الروماني ، الاموال والالتزام ، مطبعة جامعة بغداد ، ١٩٨٢ ، ص ١٦٢ .

(٢) د.محمود سلام الزناتي ، مصدر سابق ، ص ١٨٣ .

(٣) د. عبد الرزاق السنهوري ، مصدر سابق ، ص ٤٠٧ .

(٤) د. جبرائيل الينا ، مصدر سابق ، ص ٧٣ .

(٥) د.محمد طه البشير و د. هشام الحافظ ، مرجع سابق ، ص ١٦٨ .

(٦) د. جبرائيل الينا ، مصدر سابق ، ص ٧٣ - د. السنهوري ، مصدر سابق ، ص ٤٠٨ .

اما السؤال الذي يثار هل ان الضمانات القانونية في القانون الروماني كانت كافية حتى يتمكن البائع من خلالها من استيفاء حقه في الثمن ؟ .

أن البيع في القانون الروماني لم يكن متواجداً الا بصيغة واحدة من الصيغ المتبعة بنقل الملكية ، فإذا تم نقل الملكية بطريقة الاشهاد ، فإن الملكية تنتقل بمجرد تمام الاشهاد ، ولو لم يدفع الثمن لذلك كان الاشهاد يؤجل الى ما بعد دفع الثمن ، اما إذا تم نقل الملكية بطريقة التسليم ، فإن التسليم لا ينقل الملكية الى المشتري الا إذا دفع الثمن بالفعل ، وهذا ضمان قوي للبائع إذ يبقى مالكا للمبيع طالما لم يدفع المشتري الثمن ، وله استرداد المبيع ، الا أن لهذه القاعدة استثنائين تنتقل فيها الملكية بالتسليم قبل دفع الثمن :-

الاستثناء الاول :- إذا قدم المشتري الى البائع ضمانا بالثمن سواء كان ضمانا شخصيا ام عينيا ، كالكفيل او الراهن^(١) .

الاستثناء الثاني :- إذا ارتضى البائع ذمة المشتري قائمة اي إذا كان الثمن مؤجلا ففيها يترتب على التسليم نقل الملكية دون انتظار دفع الثمن^(٢).

فالضمانات المقررة في القانون الروماني للبائع قبل التسليم لم تكن تسمح لهذا الاخير فسخ عقد البيع عند عدم دفع الثمن من المشتري ، وانما يحتفظ البائع بالمبيع على اعتباره رهناً ، اما بعد تسليم المبيع فكان البائع يتعرض الى خطر جسيم فهو بهذا التصرف فقد حقه في الاسترداد الا أن هذا الأمر يختلف حسب الاجراء الناقل للملكية الى المشتري في حالتين^(٣) :-

اولا :- إذا كان الاجراء المتبع في نقل الملكية قد تم من خلال الاشهاد او الدعوى الصورية ، إذ يترتب هذا الاجراء زوال ملكية المبيع من المالك ولا يمكن للأخير المطالبة باسترداده ولا يكون سوى رفع دعوى شخصية للمطالبة بالثمن فهو يعد دائماً عادياً يتعرض لمزاحمة الدائنين للمشتري الآخرين عند إعساره .

الثانية :- إذا كان نقل الملكية قد تم بطريقة التسليم ، فلا يترتب على هذا التصرف نقلاً للملكية الا إذا تم دفع المشتري الثمن ، لذلك إذا تسلم المشتري المبيع قبل دفع الثمن ، فيعد المبيع لازال مملوكاً للبائع .

(١) د. محمود سلام الزناتي ، مصدر سابق ، ص ١٨١ - د. جبرائيل الينا ، مصدر سابق ، ص ٧٤.

(٢) د. صبيح مسكوني ، مصدر سابق ، ص ٢٧٢.

(٣) د. محمود سلام الزناتي ، مصدر سابق ، ص ٢٠٩.

وعندما تنوعت المعاملات التجارية واتسع نطاقها ، اخذ الناس في تبادل الاموال مع تأجيل دفع الثمن او تأجيل تسليم المبيع الى مواعيد تتطلبها الحياة التجارية والاقتصادية ،لهذا توصل الرومان الى تنظيم البيع بوصفه عقداً منشأاً للالتزامات مؤجلة التنفيذ دون الالتزام بالتسليم او دفع الثمن في مجلس العقد ،لهذا جعل الرومان البيع مؤجل النفاذ بالعقد الشفوي الرسمي او بعبارة ادق بعقدين شفويين ،أحدهما يتعهد البائع بالمال المبيع والثاني يتعهد المشتري بالثمن وهذا هو السبب في ان العقد كان يسمى عقد بيع وشراء^(١) ، و اختلف الشراح في تحديد ظهور البيع المؤجل والراجح انه يوجد منذ اقدم العصور ،إذ وجد نص قانوني يثبت وجود هذا النوع من البيوع ورد في كتاب "وجستيان" يقول فيه (لكن الاشياء المبيعة إذا سلمت فلا تكون ملكاً للمشتري الا إذا كان قد دفع ثمنها او رضى عنه البائع بأي شكل ،كأن قدم كفيلا او رهناً مثلاً ،وهذا ما تقضي به شريعة اللوح الاثنى عشر نفسها)،لذلك نرى ان هذا النص يدل على وجود البيع المؤجل في قانون اللوح الاثنى عشر^(٢).

و انتقلت النظرية الرومانية لعقد البيع الى القانون الفرنسي القديم إذ ضعفت الاجراءات المتبعة في القانون الروماني لنقل الملكية ك(التنازل والاشهار والدعوى الصورية....)^(٣) إذ اشترط التسليم الفعلي كشرط لنقل الملكية^(٤)،حتى جاء قانون نابليون الصادر عام ١٨٠٤م فجعل عقد البيع ناقلاً للملكية دون الحاجة الى اجراء اخر ،وعلى الرغم ان النصوص القانونية لا تزال تحمل ملامح تعريف القانون الفرنسي القديم لعقد البيع^(٥) ،إذ جاءت النصوص خالية من التزام البائع بنقل ملكية المبيع ،الآن نص المادة (١٥٨٣) جاءت قاطعة على ان البيع اصبح بذاته ناقلاً للملكية إذ تنص (يعد البيع تاماً بين الاطراف ، والملكية مكتسبة حكماً للمشتري تجاه البائع ،بمجرد الاتفاق على الشيء والثمن رغم عدم تسليم الشيء او عدم دفعه ثمنه بعد).

وفي ظل تطور العمليات الائتمانية ،فقد تدخل المشرع الفرنسي في تنظيم احد انواع العمليات الائتمانية وهو شرط الاحتفاظ بالملكية في قانون رقم (٣٣٥-٨٠) في ١٢ مايو ١٩٨٠ ،ليجعل من خلال تنظيمه لهذا البيع اداة ضمان ووسيلة ائتمان ،وقرر الاحتجاج بشرط الاحتفاظ بالملكية

(١) د.محمد طه البشير و د.هشام الحافظ ،مرجع سابق ،ص١٦٣.

(٢) د.صبيح مسكوني ،مصدر سابق ،ص٢٦٥ ومابعدھا .

(٣) د. جبرائيل الينا ، مصدر سابق ،ص١٦٣.

(٤) د. أنور سلطان ، مصدر سابق ،ص١٩.

(٥) انظر:- المادة ١٥٨٢ من القانون المدني الفرنسي (هو عقد يلتزم بمقتضاه طرف بتسليم شيء والاخر بدفع الثمن ، ويمكن ان يتم تنظيم البيع بسند رسمي او بسند ذي توقيع خاص).

والاعتراف بأثره الكامل اتجاه الدائني المشتري ، بعدما كانت المحاكم الفرنسية لا تعترف بهذا الضمان بأي اثر في حاله افلاس في مواجهه دائني المشتري^(١) ، ورغبة المشرع الفرنسي في اعطاء فاعلية لشرط الاحتفاظ بالملكية إذ نظمه ببعض المواد بموجب المرسوم التشريعي رقم (٣٤٦) الصادر في (٢٣) مارس ٢٠٠٦، إذ أجاز الاحتفاظ بملكية المال في العقود الناقلة لها حتى الوفاء الكلي للثمن^(٢)، كذلك انه نص على ان يكون الاتفاق صريح بالكتابة ، ويعود هذا السبب ، الى الطبيعة الاستثنائية لهذا البند التعاقدي ، إذ يمثل هذا استثناء من القواعد العامة لعقد البيع التي تقضي نقل الملكية فوراً^(٣)، إذ ان الكتابة ضرورية للاحتجاج بهذا الضمان^(٤).

وفي سبيل اعطاء فاعلية لشرط الاحتفاظ بالملكية نص المشرع الفرنسي الى امكانية استبدال المنقولات المثلية محل العقد الاصلي بمتليات اخرى تتشابه معها بالطبيعة والنوعية ، إذا كانت موجودة تحت يد المدين او محازة لدى الغير لحسابه ومصلحته ، لتكون هذه الأموال ضامنة لباقي الدين الواجب الدفع^(٥) ، والسبب في اشارة المشرع الفرنسي الصريحة لذلك ، لأن القاعدة العامة إن المتليات يقوم بعضها بذات النوع والطبيعة مقام بعضها الآخر بالوفاء ، ولذا فمن باب أولى أن يحل بعضها محل البعض الآخر في احوال الضمان المختلفة ومنها الاحتفاظ بالملكية لحين سداد الثمن بوصفه ضماناً اتفاقياً ليس إلا .

وفي ظل رغبة المشرع في إعطاء الفاعلية لشرط الاحتفاظ بالملكية ، وسد الثغرات التي يمكن ان يستغلها الطرف الآخر من العقد للتخلص من هذا الشرط ، فقد اعطى للمالك الحق في ممارسة كافة حقوقه على المبيع ، حتى لو تم دمج في مال مملوك للمشتري طالما يمكن فصلها دون ضرر^(٦).

(١) د. ابراهيم الدسوقي ابو الليل ، مصدر سابق ، ص ٢٧١.

(٢) انظر :- المادة ٢٣٦٧ من القانون المدني الفرنسي (يحتفظ بملكية المال على سبيل الضمانة، بفعل بند الاحتفاظ بالملكية الذي يعلق الأثر الناقل للعقد، حتى الوفاء الكلي للالتزام الذي يشكل الوفاء المقابل للدين)
(٣) مع مراعاة الاجراءات التي تطلبها القانون في العقارات والمنقولات.

(٤) انظر :- المادة ٢٣٦٨ من القانون المدني الفرنسي (يجب الاتفاق على الاحتفاظ بالملكية كتابة).

(٥) انظر :- المادة ٢٣٦٩ من القانون المدني الفرنسي (يمكن أن يرد حق الاحتفاظ بالملكية الواقع على المتليات ، على اموال تماثلها بذات الطبيعة والنوعية موجودة تحت يد المدين او لحسابه ، في حدود باقي الدين الواجب الدفع)

(٦) انظر المادة ٢٣٧٠ من القانون المدني الفرنسي (ان دمج منقول، موضوع احتفاظ بالملكية، بمال آخر لا يشكل عائقاً عائقاً امام ممارسة الدائن لحقوقه عندما يمكن فصل الأموال دون إلحاق الضرر بها).

ويمنح بند الاحتفاظ بالملكية الحق للبائع ، في استرداد البائع للمال المحفوظ بملكيته، في حالة تخلف او تقاعس المشتري من سداد الثمن ،وفي الوقت نفسه حفظ المشرع حق المشتري في الاقساط المدفوعة ،إذ أوجب على المالك اعادة الفرق بين القيمة للمال المسترد والاقساط المدفوعة^(١)

ولا يتوقف الضمان الذي أراده المشرع على حق البائع في استرداد المبيع من المشتري فحسب، فقد تحسب الى امكانية تصرف المشتري بالمبيع المحتفظ بملكيته الى الغير نظراً لان هذا العقد ينقل الحياة الى الطرف الاخر مما يسهل امكانية التصرف به ،لذا جعل من حق المالك ينتقل في حالة الهلاك او التصرف بالمال المحتفظ بملكيته الى المبلغ او التعويض محل المال عند هلاكه او التصرف به^(٢) ،لذا فقد اصبح بائع المنقول يتمكن من استعمال الملكية كضمان للحصول على الثمن ،والذي يعتبر من اهم الضمانات التي يتمتع بها البائع المحتفظ بملكية المبيع ، كما سمح المشرع الفرنسي باستعمال شرط الاحتفاظ بالملكية على العقارات ايضا^(٣).

ونلاحظ ان المشرع ركز على شرط الاحتفاظ بالملكية في المنقولات ،في حين لم ينص الا بمادة واحدة في حالة وروده على العقار ،إذ تعد المنقولات في هذا البند التعاقدية هي الميدان الرئيس لهذا الشرط ، ما سبب النقص التنظيمي فيما يتعلق للشرط الاحتفاظ بالملكية في العقار فإنه يعود الى صعوبة استعمال هذا الشرط لان جميع التصرفات الواردة على العقارات تتطلب شكلية معينة فنلاحظ الندرة استخدام الاحتفاظ بالملكية في التصرفات الواردة على العقار

ثانياً: - البيع الائتماني في الشرائع العربية.

رغم تعدد العقود في الحياة العملية لسكان وادي الرافدين الا أنه لم توضع نظرية علمية في الالتزامات ،في شريعة حمورابي والقوانين التي سبقتها ،بل عرفوا الجانب العملي لهذه النظرية ،وتشير

(١) انظر :-المادة ٢٣٧١ من القانون المدني الفرنسي(يمكن للدائن المطالبة بإعادة المال لاسترداد حق التصرف به، في حال التخلف عن التسديد الكامل للدين عند استحقاقه. تحسم قيمة المال المستعاد على سبيل الايفاء من رصيد الدين المضمون. إذا تجاوزت قيمة المال المستعاد مقدار الدين المضمون المستحق، يتوجب على الدائن للمدين مبلغ يعادل الفرق).

(٢) انظر :-المادة ٢٣٧٢ من القانون المدني الفرنسي(ان حق الملكية ينتقل إلى دين المدين تجاه المكتسب الثانوي أو تجاه تعويض التأمين البديل للمال).

(٣) انظر :- المادة ٢٣٧٣ من القانون المدني الفرنسي(إنَّ الضمانات على العقارات هي الامتيازات ورهن الحياة عقاري والرهونات العقارية. إن ملكية العقار يمكن أيضاً الاحتفاظ بها على سبيل الضمانة).

الوثائق أن عقد البيع رغم أهميته وشيوع استعماله لم تتعرض اليه شريعة حمورابي إلا بصورة عرضية لتنظيم الفوائد^(١)، ولم يكن عقد البيع يتطلب شكلية معينة في تلك الشريعة إلا في حالات معينة وخاصة ولم يكن يستوجب الاشهاد فيها^(٢)، إذ أن الكتابة في تلك المدة وعملية الاشهاد كانت تستعمل للإثبات^(٣).

الآ أن تطور التجارة وما تتطلبه من ثقة وائتمان، أدت الى تسيير المعاملات بقيام فاصل زمني بين تسليم المبيع ودفع الثمن في حالة البيع مؤجل الثمن^(٤)، وبترتب عليه متى ما دفع المشتري الثمن أصبح المبيع ملكا له، ويقع على عاتق المشتري دفع الثمن في الوقت المتفق عليه، وبخلاف ذلك يجب على المشتري الذي تسلم المبيع ولم يدفع الثمن ان يرده الى البائع مع تعويضه^(٥)، إذ توصل البابليون الى البيع الاجل بواسطة حيل او طرائق ملتوية، فكان الثمن الذي اجل دفعه في تلك المدة يعتبر بمثابة محل قرض، وافق عليه البائع لصالح المشتري او بمثابة محل ودیعة، ولضمان نقل الملكية دون انتظار دفع الثمن يقوم الطرفان، بتضمين التصرف شروطا بالتنازل تختلف حسب الاماكن والازمنة خلال تلك المدة^(٦).

اما فيما يتعلق في القوانين المصرية القديمة التي جاءت بعد شريعة حمورابي، إذ يرى بعض الفقه الى أن القاعدة في القانون المصري القديم ان البائع لم يكن ملزما بنقل ملكية المبيع الى المشتري، وانما كانت الملكية تنتقل له بحكم قوة القانون، أي أن البيع كان فوري الثمن إذ كانت الملكية تنتقل فور ممارسة الطقوس الشكلية وكان الثمن يدفع وقت استلام المبيع^(٧)، ثم تطور الوضع فيما بعد في

(١) د. عباس العبودي، شريعة حمورابي دراسة مقارنة مع التشريعات الحديثة، ط ١، دار العلمية الدولية للنشر والتوزيع - دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠٠١، ص ١٦٦.

(٢) د. صوفي حسن ابو طالب، تاريخ النظم القانونية والاجتماعية، دار النهضة العربية، القاهرة، بدون سنة طبع، ص ٤٢١. - شعيب احمد الحمداني، قانون حمورابي، بدون طبعة، بيت الحكمة، ١٩٨٨، ص ١٣٢ - د. عباس العبودي، مرجع سابق ص ١٦١.

(٣) محمود الامين، ترجمة شريعة حمورابي، ط ١، دار الوراق للنشر المحدود، لندن، ٢٠٠٧، ص ١٤ وما بعدها.

(٤) د. صبيح مسكوني، تاريخ نظم العراقي القديم، ط ١، مطبعة الشفيق، بغداد، ١٩٧١، ص ٣١٦.

(٥) د. صبيح مسكوني، تاريخ نظم العراقي القديم، مصدر سابق، ص ٣٢٦.

(٦) د. عبد المجيد محمد الحفناوي، النظم الاجتماعية والقانونية، ط ٤، مؤسسة شباب الجامعة الاسكندرية. بدون سنة الطبع، ص ٢٨٢.

(٧) د. صوفي حسن ابو طالب، مرجع سابق، ص ٣٤٩.

العصور اللاحقة ، فأصبح من الجائز تأجيل دفع الثمن الى وقت لاحق من تسلم المبيع ، وكان البائع يحصل على تعهد من جانب المشتري بدفع الثمن بمعنى أن الملكية تنتقل رغم تأجيل دفع الثمن^(١). يتضح مما تقدم أن القانون العراقي القديم والقانون المصري المتمثلان بالحضارة البابلية والفرعونية قد عرف البيع الائتماني من خلال تنظيمه للبيع المؤجل الثمن ، كما تشير الى ذلك الشواهد التاريخية . اما في العصر الحديث فقد اجاز المشرع المصري البيع الائتماني الأجل من خلال نصه في القانون المدني إذ نصت المادة ٤٣٠ على :-

"(١) إذا كان البيع مؤجل الثمن ، جاز للبائع أن يشترط أن يكون نقل الملكية إلى المشتري موقوفاً على استيفاء الثمن كله ولو تم تسليم المبيع.

(٢) فإذا كان الثمن يدفع أقساطاً ، جاز للمتعاقد أن يتفقاً على أن يستبقى البائع جزءاً منه تعويضاً له عن فسخ البيع إذا لم توف . الأقساط ، ويجوز للقاضي تبعا للظروف أن يخفض التعويض المتفق عليه وفقاً للفقرة الثانية من المادة ٢٢٤.

(٣) وإذا وفيت الأقساط جميعاً ، فإن انتقال الملكية إلى المشتري يعتبر مستنداً إلى وقت البيع.

(٤) وتسري أحكام الفقرات الثلاث السابقة ولو سمي المتعاقدان البيع إيجاراً."

اما بالنسبة لموقف المشرع العراقي فقد تأثر بموقف المشرع المصري ، لذلك اجاز البيع الائتماني الاجل إذ نصت المادة ٥٣٤ من القانون المدني العراقي ، التي جاءت صياغتها مقاربة للنص المصري إذ اشارت الى :-

(١) - إذا كان البيع مؤجل الثمن، جاز للبائع ان يحتفظ بالملكية الى ان يستوفي الثمن كله حتى لو تم تسليم المبيع.

٢ - فإذا كان الثمن يدفع اقساطاً، جاز للمتبايعين ان يتفقاً على ان يستبقى البائع جزءاً منه تعويضاً له عن فسخ البيع إذا لم تسدد جميع الاقساط، ومع ذلك يجوز للمحكمة تبعا للظروف ان تخفض التعويض المتفق عليه، وفقاً لأحكام التعويضات الاتفاقية.

٣ - وإذا سددت الاقساط جميعاً انتقلت ملكية المبيع الى المشتري من وقت البيع، الا إذا وجد اتفاق على غير ذلك.

٤ - وتسري احكام الفقرات الثلاث السابقة حتى ولو سمي المتعاقدان البيع ايجاراً).

(١) د. عبد المجيد محمد الحفناوي ، مرجع سابق ، ص ٢٨٥ وما بعدها .

ومن الملاحظ ان المشرع العراقي يتفق مع المشرع المصري أن البيع الائتماني المتمثل بالاحتفاظ بملكية المبيع كضمان ، هو تصرف جوازي في حالة تأجيل الثمن او تقسيطه ، كذلك اجاز في الفقرة الثانية للمتعاقدین الاتفاق على استبقاء البائع جزء من الاقساط المدفوعة كتعويض عن فسخ البيع ، وفي حالة عدم وفاء الاقساط ، الاّ انه لم يترك هذا الامر لاتفاق الطرفين حتى لا يجعل احد العاقدین يقع تحت رحمة المتعاقد الاخر لاستغلال ظروفه ، فجعل هذا التعويض خاضعا للسلطة التقديرية للمحكمة وفقا لأحكام التعويض الاتفاقي بين الاطراف ، إذ يعد كشرط جزائي، الاّ أنه في الوقت نفسه ضمن للمشتري بمجرد الوفاء بكامل الثمن انتقلت الملكية اليه بأثر رجعي ، من وقت البيع ،دون القيام بأي اجراء، وجعل احكام الفقرات السابقة تسري على البيع الايجاري ،وهذا ما دفع الى عدّ البيع الايجاري ضرب من ضروب البيع الائتماني .

الفرع الثالث

صور البيوع الائتمانية

اولا :- الاحتفاظ بالملكية :- يعد الاحتفاظ بملكية المبيع حتى دفع كامل الثمن من المشتري استثناء حقيقي لمبدأ الانتقال الفوري لملكية الاشياء المبيعة بمجرد العقد ،وهذا الاستثناء اتفاقي يستند الى ارادة المتعاقدین ،لأن المبدأ الذي يقرر انتقال ملكية المبيع كأثر فوري في عقد البيع ليس من النظام العام فيجوز للمتعاقدین الاتفاق على ما يخالفه .

وعرف بعض الفقه ،الاحتفاظ بملكية المبيع بأنه "اتفاق بين طرفي العلاقة العقدية على تراخي انتقال الملكية على الرغم من انعقاد عقد البيع وقيام المشتري بتسلم المبيع وحيازته ويتمثل بصورة اجل يعطيه البائع الى المشتري ،لتنفيذ التزامه بدفع الثمن ويحتفظ بالملكية ضماناً لذلك" ^(١).

وفهم من التعريف السابق ،ان الاحتفاظ بالملكية لا يعني احتفاظ البائع بالملكية الى الابد ،لكن انتقال الملكية يتراخى حتى استيفاء كامل الثمن ، كذلك يرد هذا البند الاتفاقي في العقد ذاته او في اتفاق لاحق قبل نقل الملكية ، لأن هذا الاتفاق لو ورد بعد تنفيذ التزامات العقد اصبح عديم الاثر ،لان ملكية المبيع تكون قد انتقلت من البائع الى المشتري .

(١) د.هادي حسين الكعبي ، احتفاظ البائع بالملكية المبيع دراسة مقارنة، ط١ ،منشورات الحلبي الحقوقية ،٢٠١١، ص٣٢.

ويرى البعض أن تراخي انتقال الملكية لا يعني ان انتقال الملكية قد تم تأجيله لأنها بحسب طبيعتها حق عيني دائم في حين أن الأجل يجعلها مؤقتة وهو أمر يتعارض مع طبيعتها لذلك فإن الصحيح هو تعليق التزام نقل الملكية على شرط واقف هو حدوث الأمر الذي حدده الاتفاق، فالأجل لا يقترن بالملكية وانما بالالتزام المترتب على انتقالها^(١).

ونظراً الى ان قواعد نقل ملكية المبيع ، ليست من النظام العام^(٢)، لذا يجوز للمتبايعين الاتفاق على تراخي انتقال الملكية الى اجل محدد ، وينطوي هذا الاتفاق ، على بقاء الملكية للبائع وعدم انتقالها الى المشتري الا بعد الوفاء بكامل الثمن ، وادى الاحتفاظ بالملكية هنا دوراً تأمينياً مهماً لاستيفاء ثمن المبيع ، ويكون البيع حسب هذه العلاقة ائتمانياً ، بالنسبة لكل طرفي العلاقة العقدية ، فالبائع يأتمن المشتري على الثمن ، ويأتمن المشتري البائع على الملكية .

وتردد البعض في البدء بصحة الاحتفاظ بالملكية ، إذ يترتب عليه وجود المال في يد من لا يملكه ، فيظل بذلك الغير الذي يعتقد ان المشتري هو المالك ، ويتعامل معه على اساس ذلك بينما هو غير المالك^(٣) ، لذلك استقرت القوانين المعاصرة نظر لما يحققه البيع مع الاحتفاظ بالملكية، من مصالح اقتصادية مشروعة ، ولعدم مخالفة النظام العام من جهة اخرى ، ذلك انه من المقرر جواز الاتفاق على تراخي انتقال الملكية على شرط معين ، او تأجيل هذا الانتقال الى اجل محدد ، إذ انّ تحديد الوقت لانتقال الملكية وربطها بتنفيذ المشتري لالتزامه ليس من النظام العام .

ومجال تطبيق الاحتفاظ بالملكية عام التطبيق ، يمكن اللجوء اليه في كل من البيوع ، و يكون المجال الغالب لهذا البيع في المنقولات المادية ، إذ تنتقل ملكيتها الى المشتري بمجرد العقد ولو لم يتم دفع الثمن لذلك يلجئ البائع الى عمل مثل هذا الاتفاق حتى يضمن استيفاء حقوقه .

ويرى البعض^(٤) ، في حالة افلاس المشتري ، والشرط لايزال معلقاً كان الباقي من دين البائع ديناً في التقلية يزاحم به سائر داني المشتري ، إذ لا يكون امتياز البائع سارياً في مواجهة حق التقلية ، و لا يستطيع البائع من جانب اخر ان يسترد المبيع من التقلية فهذان الأمران يجريان على عكس ما يريد

(١) د.سمير تناغو ، احكام الالتزام والاثبات ، ط١ ، مكتبة الوفاء القانونية ، الاسكندرية ، ٢٠٠٩ ، ص ١٤٥ .

(٢) د.محمد حسين منصور ، مصدر سابق ، ص ٢٤ .

(٣) د.سليمان مرقص ، العقود المسماة عقد البيع ، مصدر سابق ، ص ١٠٧ . د . ابراهيم الدسوقي ابو الليل ، مصدر سابق

هامش ص ٢٧٥ .

(٤) د . عبد الرزاق السنهوري ، مصدر سابق ، ص ١٧٥ .

البائع عدم عد المشتري مبددا في حالة قيامه بالتصرف في المبيع ، وعدم استرداد المبيع عيناً من التقلية.

ونرى ان هذا التفسير يتسم بتبسيط الامور ويجرد الاحتفاظ بالملكية من كل قيمة في البيع ، وينعدم الضمان الذي يسعى له البائع من وراء تضمينه عقد البيع مثل هذا القيد، مما يخالف نية المتعاقدين كما ان هذا التفسير ، لا مبرر له وذلك لأنه يعطي مكنة للمشتري في التصرف في الشيء ، حتى وان كانت تصرفاته موصوفة بالوصف نفسه ، خصوصاً و أن حق المشتري لا يعدو ان يكون حقاً غير مؤكد و انماحقاً احتمالياً .

ثانياً :- البيع الايجاري :- يفضل البائع احياناً ان تكون الرابطة مع المشتري لمدة محددة في صورة عقد ايجار ، اي انه يتم اخفاء عقد البيع في صورة عقد ايجار يسمى بالإيجار السائر لعقد البيع او البيع الايجاري حسب ما يطلق عليه ، من خلال هذا التصرف يضمن البائع الاحتفاظ بملكته حتى يستوفي الثمن ، ويتفق المتعاقدان على انتقال ملكية المأجور تلقائياً بمجرد وفائه بكامل المبلغ^(١) ، وبذلك يضمن الطرف الاول عدم تصرف الطرف الثاني في البيع قبل سداد كامل الاقساط ، إذ ان عده مستأجر فعقد الايجار من عقود الامانة فيتعرض لعقوبة خيانة الامانة إذا تصرف في الشيء^(٢) .

ويعرف بأنه (اتفاق الذي يسلم احد الطرفين شيئاً معيناً للطرف الآخر ، لينتفع به فترة زمنية معينة في صورة ايجار في مقابل مبالغ دورية محددة ، ثم يصبح هذا الاتفاق بيعاً يتملك بموجبه المنتفع الشيء الذي في حيازته اما بسداده لكل المبالغ المتفق عليها او باعلان رغبته في الشراء ، او بوفاء المالك بوعده في حالة الاتفاق على ذلك)^(٣).

ويظهر البائع في هذا الاتفاق كالمؤجر ، ويبدو المشتري كالمستأجر ، ويتم الاتفاق على انتقال الشيء محل التعاقد الى المستأجر (المشتري) للانتفاع به ، ويحتفظ البائع بالملكية على اعتبار العقد القائم هو عقد ايجار ، وعند استيفاء كامل الثمن او الثمن المقسط الذي يظهر بصورة أجرة ، يتفق المتعاقدان على انتقال ملكية العين المستأجرة تلقائياً بمجرد وفائه بكل الاقساط كضمن للبيع ، وحتى يستر الطرفان عقد

(١) د. عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، ج ٤ ، مصدر سابق ، ص ١٧٧ .

(٢) د. اسماعيل غانم ، مصدر سابق ، ص ٣٢ . د. سليمان مرقص ، العقود المسماة عقد البيع ، مصدر سابق ، ص ٨٢ .

(٣) د. حمدي احمد سعد احمد ، البيع الايجاري ، دار الكتب القانونية ، مصر - المحلة الكبرى ، ٢٠٠٧ ، ص ٢٩ .

البيع، يتفقان في بعض الأحيان على أنه يجوز للمستأجر تملك الشيء في نهاية مدة الإيجار بعد سداد الأقساط، أن يعلن رغبته في التملك .

وعلى الرغم من الضمانات التي يوفرها البيع الإيجاري إلا أنه يلقي على عاتق المشتري العبء، إذ أن الأقساط المدفوعة كأجرة غالباً ما تكون أكبر من الأجرة التي تدفع في عقد الإيجار، فإذا تخلف المستأجر عن دفع الأقساط وفسخ العقد فإن الأثر المترتب على ذلك هو رد الشيء محل العقد إلى البائع ويحتفظ هذا الأخير بالأقساط المدفوعة على اعتبار أن العقد المبرم هو عقد إيجار وبذلك تكون الأجرة دفعت أعلى من الأجرة الحقيقية للشيء وهذا جور كبير للمستأجر^(١)، أضف إلى ذلك أن وجود حيازة المأجور بيد شخص لا يملكه، يوهم الغير أو من يتعاملون معه على أنه المالك على الرغم من أنه حائز وبذلك يؤدي إلى خلق عدم الاستقرار في المعاملات^(٢) .

وتعود فكرة البيع الإيجاري، فبعد ما فقد الاحتفاظ بالملكية بريقه وكان القضاء الفرنسي قبل التنظيم التشريعي لهذا القيد يرفض الاحتجاج بهذا الشرط في مواجهة سائر الدائنين الآخرين للمشتري، وبعد عقد البيع تام ناقل للملكية^(٣). وإزاء ذلك كان يتعين البحث عن بديل يسمح للبائع الذي لم يحصل على ثمن الشيء الذي باعه كاملاً بالحصول عليه في حالة تعرض المشتري للإفلاس، وهو ما دعا التجار بصفه خاصة إلى اللجوء إلى البيع الإيجاري، الذي ظهر في القانون الإنكليزي في عام ١٨٤٦ لجأ أحد تجار الآلات الموسيقية في انكلترا إلى هذا العقد قاصداً بذلك رواج مبيعاته بتمكين عملائه من الحصول عليها بطريق الائتمان، ونتيجة لذلك انتشرت هذه الوسيلة نتيجة تقدم الاختراعات، ولجأت إلى ذلك العديد من المصانع التي تقوم بتسليم منتجاتها إلى عملائها بشكل عقد إيجار ويتضمن امكانية تملك الآلات المؤجرة، بعد تمام سداد المبلغ على عدة أقساط معينة تمثل في الحقيقة ثمن هذه الآلات، وتعاضمت أهمية البيع الإيجاري بالانتشار هذه الطريقة بامتدادها إلى شركات

(١) د. اسماعيل غانم، مصدر سابق، ص ٣٤

(٢) د. سليمان مرقص، العقود المسماة عقد البيع، مصدر سابق، ص ٨٢.

(٣) L.Ayens: art. Prec. N°.1.

Et V. en ce Jurisprudence par ex:

Cass. req. 16 Juin 1885. D.P. 1886. 1, 237. Cass, Req. 17 Juill, 1897. D.P. 1898, 1, 269. Cass. civ. 22 dec. 1909. D. P. 1910-1-63. Cass. req, 12 mai 1936, 2, 1936-1-389.

نقلا عن، د. حمدي أحمد سعد، مصدر سابق، ص ١٨

المقاولات ،مما دفع المشرع الانكليزي الى التدخل لتنظيمها بنصوص قانونية وتم ذلك عام ١٩٣٨ ، ثم عام ١٩٥٤-١٩٥٧^(١).

ومن خلال العرض السابق للبيع الايجاري ، يثار تساؤل ، إذا كان عقد البيع من العقود فورية التنفيذ ، وكان عقد الايجار من العقود مستمرة التنفيذ فما هي طبيعة عقد البيع الايجاري من إذ المدة ؟.

و يرى بعض^(٢) ، ان البيع الايجاري في قسمه الاول هو عقد ايجار ، نجده بذلك يقع في دائرة العقود المستمرة ، وهذا بدوره يقودنا الى ان الفسخ في هذا الجزء ليس له اثر رجعي ، إذ يبقى الملك محتفظاً بالأقساط المدفوعة كأجرة ، واما جزء العقد الثاني فهو الغاية التي يبتغيها العاقدان فهو بيع ولما كان عقد البيع فوري التنفيذ حتى وان تم تقسيط الثمن الى أجزاء فذلك لا يغير من الطابع الفوري لعقد البيع ، لأن التقسيط ليس الا وسيلة للتيسير على المشتري لدفع الثمن ، لذلك يرى هذا الجانب ان عقد الايجار هو الغالب لأنه عقد مؤكد في تنظيم العلاقة بين الطرفين منذ ابتداء العلاقة العقدية ، اما انتقال الملكية الى المستأجر فأمر قائم على الاحتمال إذ ينقلب الايجار بيعاً او لا ينقلب ومن ثم تبدأ العلاقة بين الطرفين إيجاراً وتنتهي إيجاراً.

وعلى الرغم من الادلة القيمة التي استند عليها هذا الرأي الا انه محل نظر ، إذ ما السند القانوني الذي يملك به المستأجر الشيء المؤجر إذا كانت نهاية و بداية العلاقة العقدية بين الطرفين تبدأ إيجاراً وتنتهي إيجاراً ، كذلك الأجرة ففي الغالب أن الأجرة في هذا العقد تكون اعلى نسبيا من القيمة الايجارية للشيء .

وذهب اتجاه آخر^(٣) ، الى أن هذا العقد يعد إيجاراً وبيعاً في نفس الوقت ، فهو ايجار معلق على شرط فاسخ وبيع معلق على شرط واقف وكلاً من الشرط الواقف والشرط الفاسخ هنا هو دفع الثمن ، فإذا تحقق الشرط انفسخت الاجارة ونتج عقد البيع اثره بأثر رجعي الى وقت التعاقد ، وإذا تخلف امتنع على البيع أن ينتج أثره و تأييد الايجار نهائياً.

(١) د. ابراهيم الدسوقي ابو الليل ، مصدر سابق ، ص ٣٠٦ .

(٢) د. درع حماد ، البيع الايجاري دراسة مقارنة ، ط ١ ، مكتبة السنهوري ، بغداد ، ٢٠١٢ ، ص ٢٣ .

(٣) د. سعيد سعد عبد السلام ، الوجيز في العقود المدنية المسماة ، ج ٢ ، دار النهضة العربية ، ١٩٩٩ ، ص ٢٤٥ - .

د. سليمان مرقص ، العقود المسماة عقد البيع ، مصدر سابق ، ص ٨٢ .

ويؤخذ على هذا التكييف انه يعتبر العقد الواحد بيعاً وإيجاراً في نفس الوقت ويتحول الى عقد بيع او ايجار حسب الظروف وهذا وضع شاذ لا يتفق مع القواعد القانونية العامة، كذلك عند التحول الى عقد البيع يؤدي الى ان يكون عقد البيع بلا ثمن وسبب ذلك أن الوفاء بكل الاقساط يترتب تحقق الشرط الفاسخ وينفسخ عقد الايجار ولا يترتب على الفسخ اثر رجعي في العقود الزمنية لأن ما مضى من الزمن لا يعود^(١).

ويرى البعض الآخر^(٢) ، ان معيار التمييز ما إذا كان العقد بيعاً او ايجاراً ، عندما تعرض النزاع على القضاء يمكن للقاضي ان يتجه الى العنصر الاساسي للوصول الى نية الاطراف وهو كيفية سداد الثمن ، فإذا كانت الاقساط المسددة مرتفعة بدرجة كبيرة بالنسبة للشيء المأجور ، إذ يكون قد سدد جزءاً كبيراً من الثمن قبل تحقق البيع ، فإن اتفاق الاطراف على عده ايجاراً محل ريبه وشك ، ومن ثم فإن هذه المبالغ تعد قسطاً من الثمن ويكون بيعاً.

وفي ضوء ذلك نجد أن المشرع المصري فضلاً عن المشرع العراقي ايضاً^(٣) ، قد حسم هذا الخلاف بالنص على تطبيق عقد البيع على البيع الايجاري ، فهذا الاخير هو بيع مع الاحتفاظ بالملكية حتى سداد كامل الثمن لذلك فإن طبيعة عقد البيع الايجاري حسب الرأي التشريعي من إذ المدة هو عقد فوري التنفيذ حتى لو تم تقسيط الثمن على دفعات دورية او غير دورية من جانب المشتري .

(١) د. اسماعيل غانم ، مصدر سابق ، ص ٣٤.

(٢) د. ابراهيم الدسوقي ابو الليل ، مصدر سابق ، ص ٣٠٩.

(٣) المادة ٤٣٠ / ٤ من القانون المدني المصري ، والمادة ٥٣٤ / ٤ من القانون المدني العراقي .

المطلب الثاني

خصائص البيوع الائتمانية

لما كانت البيوع الائتمانية في حقيقتها عقد بيع، فإنه يتصف بالخصائص ذاتها التي يتصف بها هذا الأخير، لكن بالنظر الى كون البيع الائتماني، ذا طبيعة خاصة فإن له خصائص ذاتية ايضاً . فمن إذ كونه بيع عادي فهو يتسم بكونه عقداً رضائياً، وهو عقد معاوضة وعقد ملزم للجانبين ، ومحدد القيمة وناقل للملكية في بعض الانواع^(١)، ولا تثير هذه الخصائص اشكالاً في البيع الائتماني الا فيما يتعلق بكونه عقداً رضائياً ، إذ تشترط بعض التشريعات شكلاً خاصاً للعقد ، مما يجعل ذلك مداراً للبحث في مدى رضائية العقد، كما أن البيوع الائتمانية من العقود الشائعة في البيئة التجارية، اصف الى ذلك أن المشرع في العديد من دول العالم يتناول هذه العقود بتنظيم خاص ، وسنوضح ذلك تباعاً.

اولاً :- البيع الائتماني عقد جوازي استثنائي

انه اتفاق جوازي بين طرفي العلاقة العقدية في البيع مؤجل الثمن، ويتضح ذلك من خلال نص المادتين (٤٣٠) مدني مصري و (٥٣٤) مدني عراقي إذا استعمل المشرع عبارة (جاز للبائع) وهي عبارة تدل على الجواز ، كذلك نجد استعمال المشرع الفرنسي عبارة (يمكن الاحتفاظ)^(٢) والامكان يعني الجواز ايضاً ، اما كونها عقود ذات طبيعة استثنائية إذ خرج فيه المشرع على القواعد الخاصة، فيجب عند التعاقد بها ان تكون العبارة الدالة عليها واضحة وصريحة ولا غموض فيها ، إذ انّ القواعد الخاصة في عقد البيع تقتضي انتقال المبيع الى المشتري مع تسديد الأخير للثمن ، وبما أن المشرع أجاز للبائع الاتفاق على تعطيل بعض اثار عقد البيع ، فيعد ذلك استثناء من القواعد العامة.

ثانياً :- البيع الائتماني هو عقد يرد على منقول .

ينقسم العقد من إذ تكوينه ، على عقد رضائي وشكلي وعيني، ويعد البيع الائتماني من إذ الأصل عقداً رضائياً ، لأنه ينعقد بمجرد تطابق ارادتين ، دون الحاجة الى أي إجراء شكلي أو الى تسلم المبيع او دفع الثمن وان كان الغالب في العمل تدون البيوع الائتمانية في محرر لأجل الاثبات .

(١) المادة ٥٠٨ من القانون المدني العراقي ، المادة ٣ من قانون التسجيل العقاري رقم ٤٣ لسنة ١٩٧١ . المادة ١٠ من قانون المرور رقم ١٨ لسنة ٢٠١٩ .

(٢) انظر :- المادة ٢٣٦٧ من القانون المدني الفرنسي .

ألا أن البيع الائتماني يصبح عقداً شكلياً، في الأحوال التي يخرج فيها المشرع عن القاعدة العامة، مثال ذلك عقد بيع العقارات وعقد بيع الآلات والمكائن والسيارات، فينبغي في هذه الأحوال أن تتم مراعاة الشكلية التي يطلبها القانون والا كان مصير العقد باطلاً لأنه لم يستوف الشكل المطلوب قانوناً لانعقاده.

ويعد البيع الائتماني عقداً شكلياً، متى ماوجب القانون ذلك أو اتفق الطرفان على اتباع اوضاع معينة لا ينعقد العقد الا باتباعها كالاتفاق على تدوين العقد في محرر رسمي، فتكون الشكلية واجبة الاتباع قانونية أو باتفاق الطرفين، ويعد هذا الأخير صحيحاً طالما لم يخالف النظام العام والآداب .

إذا كانت الأحكام المتقدمة تتفق تماماً مع قواعد عقد البيع، إلا أنه من الممكن أن يشترط المشرع أحياناً وجوب كتابة عقد البيع لغرض تنبيه أطراف العقد إلى خطورة الأمر، الذي يقدمون عليه، فهل يعد العقد شكلياً؟.

تنص المادة (٢٢٦) (A) ف ٢ من تقنين الالتزامات السويسري^(١) على أن " صحة عقد البيع بالتقسيط خاضعة لمراعاة الشكلية الكتابية ، والعقد المحرر من قبل البائع بصفة اقرار، ينبغي أن يتضمن البيانات التالية :-

- ١ - اسم وعنوان سكن الطرفين ٢ - محل البيع ٣ - ثمن البيع النقدي الاضافات على الثمن مبينة بالفرنك ، نتيجة الدفع بالتقسيط ه ثمن البيع الاجمالي
- ٦ - كل الضرائب والرسوم الأخرى التي يتحملها المشتري .
- ٧ - مبلغ وميعاد استحقاق الدفعة الأولية ، والاقساط وكذلك عدد الاقساط
- ٨ - حق المشتري في أن يعلم البائع بعدوله عن العقد
- ٩ - اجل الدين ، شرط الاحتفاظ بالملكية ، انتهاء دين البائع
- ١٠ - الفوائد التي يتحملها المشتري في حالة التأخر عن الوفاء
- ١١ - محل وتاريخ توقيع العقد

وتعد الفقرة الثالثة من المادة ذاتها ان عقد البيع بالتقسيط باطلاً إذا خلا من ذكر : محل البيع ، مبلغ الدفعة الأولية ، ثمن البيع النقدي، ثمن البيع الاجمالي ، وحق المشتري في العدول.

(١) قانون الالتزامات السويسري الصادر ٣٠ آذار ١٩١١. طبعة عام ١٩٩٥ .

وهكذا نص المشرع السويسري على الشروط الشكلية لعقد البيع بالتقسيط بشكلية كتابية ،وفي مصر اشترط المشرع في قانون البيع التجارية رقم ١٠٠ لسنة ١٩٥٧ ، أن عقد البيع بالتقسيط يحضر بنسختين أصليتين ،وان يتضمن اسم البائع والمشتري ومحل البيع ومقدار الثمن ومدة الاقساط ومواعيدها ،وتسلم احدى النسخ الى المشتري، ألا ان شروط الكتابة هنا ليست لصحة العقد وانما للإثبات ،ويقتصر اثر الامتناع عن الكتابة تعرض الممتنع الى عقوبة جزائية^(١) .

وعليه في حالة اشتراط المشرع كتابة عقد البيع الائتماني وفق صيغة معينة ،ينظر الى الاثر المترتب من تلك الصيغة فإذا كان البطلان فالعقد يكون شكلياً، اما إذا كان الاثر المترتب عليه للإثبات فإن العقد يبقى رضائياً.

ثالثاً:- البيع الائتماني من العقود التي يدخلها الاجل

انّ الأجل يعد عنصراً أساسياً ومهماً في البيع الائتماني ،فالثمن يتم الوفاء به على شكل دفعات في اجال متعددة ، لكن هل يعد دخول الاجل في البيع الائتماني ويعبر بدوره من عقود المدة ام يبقى على الاصل من إذ كونه عقد فوري التنفيذ؟.

اختلف الفقه^(٢) ،في هذا الامر في تكييف عقد البيع الائتماني ،إذ عده البعض عقداً فورياً التنفيذ ،فيما اتجه البعض الاخر الى انه عقد مستمرا التنفيذ .ويترتب على هذا التكييف نتائج، تتمثل بضرورة الاعذار لاستحقاق الدائن التعويض عن التأخير في تنفيذ الالتزام في العقد الفوري ،وعدم وجوبه في العقد المستمر ،كذلك للأثر الرجعي المترتب على فسخ العقود الفورية ،وعدم حدوثه في العقد الزمني ،بالإضافة الى عدم تقبل العقود الفورية لتطبيق نظرية الطرف الطارئ الا إذا كانت مؤجلة بعكس العقد المستمر ،وايضا عدم تأثير وقف تنفيذ الطارئ في العقود الفورية و كم الالتزامات المترتبة عليها بينما يترتب على وقف التنفيذ في العقد الزمني نقص في كم الالتزامات الناتجة عنها لأنها محددة على أساس الزمن.

(١) المادة ٣٩ من قانون البيع التجارية رقم ١٠٠ لسنة ١٩٥٧

(٢) الاتجاه الاول : د. عبد الرزاق السنهوري ،الوسيط في شرح القانون المدني ،ج ١ ،نظرية الالتزام بوجه عام -مصادر الالتزام -،دار احياء التراث العربي ،بيروت ،بدون سنة طبع ،ص ١٦٥ . د ، عبد المجيد الحكيم ، الوسيط في نظرية العقد ،ج ١ ،شركة الطبع والنشر الاهلية ،بغداد ،١٩٦٧ ،ص ١٠٦ . د ،اسماعيل غانم ،النظرية العامة في الالتزام _مصادر الالتزام _،مكتبة عبد الله وهبه ، عابدين ، ١٩٦٦ ، ص ٧٣ .الاتجاه الثاني : د. حسن علي دنون ،النظرية العامة للالتزام ، ج ١ ، مطبعة المعارف ، بغداد ، ١٩٤٦ ، ص ٤٧ .

والخلاف لا يزال قائماً بين شراح القانون المدني في تحديد مفهوم العقد المستمر والعقد الفوري، فالخلاف ليس بالحجة أو البرهان، ويعلق أحد الفقهاء القانون قائلًا "اننا لا نجد بين نصوص القانون المدني الفرنسي أي نص يحدد معنى العقود الزمنية أو يقدم معياراً أو ضابطاً نستهدى به في تمييز هذه الضروب من العقود عن غيرها، لذلك كان الزاماً على الفقه القيام بهذه المهمة وسد النقص التشريعي، وقد أثارت الأبحاث التي قدمها الفقهاء في هذا الموضوع يثير خلافاً كبيراً بينهم إذ نستطيع القول أن فكرة العقد المستمر لم تخلص إلينا إلى - حد الآن - نقيّة واضحة محددة"^(١)، فالذين عدوا البيع الائتماني عقداً مستمراً استندوا في رأيهم على أن العقد الفوري لديهم هو العقد الذي ينفذ دفعة واحدة أما العقد المستمر فهو الذي ينفذ على دفعات متعددة، ويستغرق تنفيذه مدة من الزمن، ويرأيهم من الممكن أن يتحول العقد الفوري إلى عقد مستمر كالبيع بثمن مؤجل^(٢).

ويرى بعض الفقه^(٣)، أن العقود الفورية تتحدد فيها التزامات طرفيها بمجرد ارتباط الإيجاب بالقبول، فإذا تدخل الزمن فيها يكون التدخل عرضي لا بوصفه عنصراً جوهرياً، لذلك لا تأثير له في تحديد التزامات طرفي العقد، فعقد البيع فوري التنفيذ ويبقى كذلك ولو كان الثمن مؤجلاً، لأن الثمن في هذه الحالة ليس إلا عنصر عرضي، لا دخل له في تحديد مقدار الثمن الواجب دفعه إنما فقط تحديد وقت الالتزام بالوفاء، ومتى ظلّ الأجل وجب تنفيذ الالتزام،

ويذهب البعض الآخر^(٤) إلى تأييد هذا الرأي معللاً، أن البيع الآجل عقد فوري، لأن التزام المشتري يحل بإفلاسه بسبب سقوط الآجل، بينما دفع المستأجر للأجرة المستقبلية لا يحل بإفلاسه لأن الزمن ليس عرضي. ونرى أن هذا الرأي الأخير هو الأجدر بالتأييد، إذ بالإضافة إلى الأدلة السابقة نجد في البيع مع الاحتفاظ بالملكية كذلك عقد البيع الإيجاري عند سداد المدين (المشتري) آخر دفعة من الثمن يمتلك المبيع بأثر رجعي، ومن خلال هذا الأثر نجد أن البيع الائتماني هو بيع فوري التنفيذ.

(١) د. حسن علي ذنون، دور المدة في العقود المستمرة، مديرية دار الكتب للطباعة والنشر، جامعة الموصل، ١٩٨٨، ص ٦.

(٢) د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج ٤، مصدر سابق، ص ١٤٢.

(٣) د. اسماعيل غانم، النظرية العامة للالتزام أحكام الالتزام، مطبعة النصر، شبعا، ١٩٥٦، ص ٢٨ - د. السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج ١ مصدر سابق، ص ١٧٨.

(٤) حارث طاهر على الدباغ، البيع بالتقسيط دراسة مقارنة، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية القانون جامعة الموصل، ١٩٩٨، ص ٣٠.

رابعا :- البيع الائتماني من البيوع الشائعة في المعاملات التجارية

مع ظهور الشركات المتخصصة تمارس البيوع الائتمانية ،وتدخل المؤسسات المالية في تمويله ،ولأن شيوع البيع الائتماني في المعاملات التجارية حقيقه لا يمكن التحي عنها ،فإن التساؤل الذي يثار هل يعد البيع الائتماني عقداً مدنياً او تجارياً ،خصوصاً لو تم الاخذ بعين الاعتبار ان بعض التشريعات قد نظمتة^(١).

انّ التمييز بين العقود المدنية والعقود التجارية يوحي بأن هناك طائفة مستقلة من العقود يطلق عليها العقود التجارية تقف الى جانب العقود المدنية، ولكن بسبب كثرة هذه العقود لا تتميز لا في الاسم ولا في الاركان ولا في الطبيعة^(٢)،اي ان العقود نفسها قد تثبت لها الصفة المدنية والصفة التجارية ، اي لا يمكن القول بوجود طائفتين من العقود ، وانما تكمن التفرقة بين صفتين من العقود.

ويرى بعض الفقهاء^(٣)، ان المعيار الطبيعي ، للتفرقة بين العقود التجارية والعقود المدنية ، يتمثل في نظرية الاعمال التجارية ،فيكون العقد تجاري متى ما كان محله عملاً تجارياً، ويعتبر كذلك إذا ابرمه التجار لحاجاته التجارية ،وفقاً لنظرية الاعمال التجارية بالتبعية.

فبمقتضى الفقرة الاولى من المادة الخامسة من قانون التجارة العراقي ،يعد شراء المنقول او العقار لأجل البيع بقصد الربح يعتبر عملاً تجارياً فإذا قام شخص بشراء ،اموال بقصد بيعها بثمن مؤجل وتحقيق ربح من خلال ذلك ،كان العقد تجارياً بالنسبة له حتى وان كان مدنياً بالنسبة للطرف الاخر ،ولاحظ ان المشرع لم يأخذ بالأعمال التبعية التجارية^(٤)، والتزم السكوت فيما يتعلق بالأعمال المختلطة، وتظهر اهمية تجارية عقد البيع بالتقسيط بمتتبع تطبيق قواعد القانون العمل التجاري ،التي تهدف الى تحقيق اعتبار السرعة والائتمان.

(١) من التشريعات التي تناولت تنظيم البيع بالتقسيط (القانون المصري رقم ١٠٠ لسنة ١٩٥٧ -قانون التجارة العراقي الملغي رقم ١٤٩ لسنة ١٩٧٠ فقد عالج في الفصل الاول البيع بالتقسيط.

(٢) د. علي البارودي ،العقود وعمليات البنوك التجارية ،بدون طبعة ،دار المطبوعات الجامعية ، الاسكندرية ،٢٠٠١، ص٧.

(٣) د. مصطفى كمال طه ،العقود التجارية ،دار الفكر الجامعي ،الاسكندرية ،٣٠٠٥، ٩٠-علي البارودي ،مصدر سابق ،ص٩.

(٤) الاسباب الموجبة لقانون التجارة العراقي رقم ٣٠ لسنة ١٩٨٣ .

وبناء على ما تقدم يعد البيع الائتماني عملا تجاريا متى ما تم ادخاله ضمن الحالات التي يوردها
المشرع في قوانين التجارة للأعمال التجارية ،وكذلك يعتبر عملا تجاريا متى ما صدر من تاجر
لأغراضه التجارية وهذا لا يعني ان العقد كذلك بالنسبة لطرفي العقد ،فالغالب ان البائع يتعامل مع
جمهور من المستهلكين ،والمستهلك ليس تاجرا ،حتى لو كان كذلك فإنه يشتري السلعة لإشباع حاجاته

.

المبحث الثاني

تمييز البيوع الائتمانية عما يشته به .

البيوع الائتمانية لا شك انها تثير الكثير من المشاكل القانونية وخاصة تلك المتعلقة بضمانات تنفيذها وبعبارة ادق ضمانات تنفيذ الالتزامات المؤجلة ، فالبائع في حالة تأجيل الوفاء بالثمن يحتاج الى بعض الضمانات التي تكفل له حقوقه المؤجلة .

تبدأ هذه الضمانات بالضمان العام الذي يملكه سائر الدائنين ، والذي بموجبه تكون اموال المدين جميعها ضامنة للوفاء بديونه¹ ، بيد أن هذا الضمان العام يتميز بان جميع الدائنين يكونون امامه متساوين ، مما يعني تقسيم اموال المدين المكونة لهذا الضمان عليهم كلاً بنسبة دينه (قسمة غرماء) ، كما يتقدم على هؤلاء الدائنين العاديين ، الدائنون اصحاب التأمينات العينية ، وهناك ضمانات قانونية أخرى الى جانب هذا الضمان العام ، كالحق في الحبس، وامتنياز البائع ، وضمانات اتفاقية يمنحها له العقد باعتباره طرفاً فيه كالشرط الجزائي ، وشرط المنع من التصرف ، وبيع الوفاء .

. لذا يحوم التساؤل حول ما إذا كانت هذه الضمانات التي يكفلها النظام القانوني ، للتأمين والمحافظة على حق البائع وبيان مناطق الخلل فيها التي ادت العمل فيها ، الى العزوف عن الضمانات الاتفاقية الاخرى البديلة ، لتقوية الائتمان الذي يمنحه البائع للمشتري ، ولاريب ان ذلك كفيل باللقاء الضوء على تمييز هذا النظام القانوني عن غيره ، ولتسليط الضوء على مدى فعالية البيع الائتماني في ضمان حق البائع ، فسيتم اجراء مقارنة بينه وبين الضمانات الاتفاقية و القانونية السالف ذكرها ، لذا فان هذا المبحث سينقسم الى مطلبين ،

المطلب الأول :- تمييز البيع الائتماني من الضمانات الاتفاقية

المطلب الثاني :- تمييز البيع الائتماني من الضمانات القانونية

¹ انظر نص المادة ٢٣٤ مدني مصري والمادة ٢٦٠ مدني عراقي .

المطلب الاول

تمييز البيع الائتماني من الضمانات الاتفاقية

يمكن للبائع من خلال الاتفاق مع المشتري ،لأجل أن يؤمن سداد المشتري للثمن ،ان يحصل على ضمانات اتفاقية ،وعلى تعدد هذه الضمانات الاتفاقية الخاصة ،فلن تخرج من كونها اما ضمانات عينية او شخصية ، فقد يلجأ البائع الى إدراج شرط في العقد يجبر المشتري على سداد الثمن والّا تعرض للجزاء المتفق عليه ، او الى شرط يقيد بموجبه سلطة المشتري من التصرف بالشيء كالشرط المانع من التصرف ،وكذلك فقد يتفق البائع مع المشتري على استرداد المبيع خلال مدة معينة يقوم بموجبها البائع بإعادة الثمن وهذا هو بيع الوفاء .لذا سوف نقسم هذا المطلب الى ثلاث فروع.

الفرع الاول :- تمييز البيع الائتماني من الشرط الجزائي.

الفرع الثاني:- تمييز البيع الائتماني من بيع الوفاء .

الفرع الثالث :- تمييز البيع الائتماني من شرط المنع من التصرف .

الفرع الاول

تمييز البيع الائتماني من الشرط الجزائي

قد يتفق المتعاقدان في احد بنود العقود على مقدار التعويض الذي يجب على المدين ان يدفعه الى الدائن في حال عدم تنفيذ التزامه وهذا ما يسمى بالشرط الجزائي و يرتبط الأخير بالعقد على اعتبار أنه يشكل بنداً ضمن شروط العقد ،وهو يعد وسيلة من وسائل تنفيذ الالتزامات العقدية فهو إحدى الطريقتين لتنفيذ الالتزام قانوناً ،فأما ان يقوم الملتزم بتنفيذ التزامه عيناً ،وأما ان ينفذ هذا الالتزام عن طريق التعويض الاتفاقي ،وهو تعويض عن إخلال بالتزام عقدي .

ويعرف الشرط الجزائي (هو بند او شرط يدرج بالعقود والتصرفات القانونية المختلفة لكفالة احترامها وضمان تنفيذها ، إذ بموجب هذا الشرط يلتزم المتعاقد الذي يخل بالتزامه بأداء معين لصالح المتعاقد الآخر)^(١)، فهو في حقيقته ليس سببا في استحقاق التعويض ،فلا يتولد عنه التزام أصلي بالتعويض لكن يتولد عنه التزام تبعي بتقدير التعويض ،فهو التزام تبعي لا التزام أصلي^(٢).

والاتفاق على التعويض الاتفاقي سواء ادرج في العقد الاصلي ام كان في اتفاق لاحق ،فلا يكون شرطاً جزائياً الا إذا تم مقدماً قبل استحقاق التعويض ،وبهذا يتميز عن الصلح الذي يتفق فيه الدائن والمدين بعد ان يصبح التعويض مستحقاً على مبلغ معين لحسم النزاع بشأن تقدير التعويض^(٣) ويختلف عن التجديد الذي ينعقد بعد استحقاق التعويض للاستعاضة عنه بدين جديد كما انه يتميز عن العريون الذي لا يعد تعويضاً وإنما مقابلاً للحق في العدول عن العقد او مبلغاً معجلاً لتأكيد ان العقد اصبح باتاً لا يجوز الرجوع فيه^(٤) .

(١) د .ابراهيم الدسوقي ابو الليل ،الشرط الجزائي في العقود والتصرفات القانونية وفقا للقانونين المصري والكويتي

،بدون طبعة ،دار النهضة العربية ،١٩٨٢، ص١٠

(٢) د.عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني نظرية الالتزام بوجه عام ،ج٢ ،دار النهضة العربية

،١٩٦٨ ص٨٥٤ .د.عبد المنعم فرج صدة ،احكام الالتزام ،دار النهضة العربية للطباعة والنشر ،بيروت

،١٩٧٣، ص٤٠ .د.توفيق حسن فرج ،النظرية العامة للالتزام ،ج٢ ،بدون دار نشر ،١٩٧٨ ، ص٣٩ .

(٣) د.اسماعيل غانم ،النظرية العامة للالتزام احكام الالتزام ،مصدر سابق ،ص١٤٧ .

(٤) د.عبد المنعم فرج صدة ،مصدر سابق ،ص٤٠ .

ويطلق عليه بالشرط الجزائي لأنه يدرج عادة ضمن شروط العقد الاصلي ،يتم استحقاق التعويض على اساسه لهذا سمي بالشرط، وهو يفرض على المدين لعدم تنفيذ التزامه او اخلاله بتنفيذ الالتزام المترتب في ذمته او تأخير تنفيذه لهذا سمي جزائي^(١). لذا فهو تقدير اتفاقي للتعويض للتعويض الذي يتحمله المدين ،إذا اخل بالتزاماته التي تعهد بها ،فالتعويض هو جزاء للمسؤولية العقدية او التقصيرية ويقوم بتقديره القاضي، ليشمل ما لحق الدائن من خسارة ،و ما فاته من كسب.

وإذا كان الأصل أن تقدير التعويض يترك الى القاضي ،فلا مانع ان يعتمد الدائن والمدين على الاتفاق على هذا التعويض مسبقاً عند التعاقد او في وقت لاحق لكن قبل وقوع الضرر ،اي قبل الاخلال بالعقد^(٢)، فإذا قام اطراف العقد بذلك واشترطوا مقدار التعويض في حالة عدم تنفيذ العقد او الاخلال به اصبحنا امام شرطاً جزائياً ،ويكون مثل هذا الاتفاق صحيحا بالاستناد لمبدأ القوة الملزمة للعقد وبدوره يكون هذا الاتفاق شريعة العاقدين، لذا فهو تقدير اتفاقي للتعويض يتم تحديده جزافاً مسبقاً ، يتم تقدير التعويض المستحق نتيجة الاضرار المتوقعة حدوثها من جراء عدم تنفيذ الالتزام الأصلي^(٣). ويترتب على تبعية الشرط الجزائي ،ان بطلان الالتزام الاصلي يؤدي الى بطلان الالتزام التبعية ،وهذا ما ذهبت اليه محكمة تمييز كردستان في احدى قراراتها إذ قررت أن بطلان العقد الأصلي يترتب عليه بطلان الشرط الجزائي^(٤).

فشروط استحقاق الشرط الجزائي هي شروط استحقاق التعويض نفسها ، وتتمتع المحكمة بالسلطة التقديرية في الحكم بالشرط الجزائي او تخفيض او الاعفاء منه ،إذ نص القانون المدني العراقي الى انه (لا يكون التعويض الاتفاقي مستحقاً إذا اثبت المدين ان الدائن لم يلحقه اي ضرر ويجوز تخفيضه إذا ثبت المدين ان التقدير كان فادحاً او ان الالتزام الاصلي قد نفذ في جزء منه ، وليس للقاضي ان يزيد من مقدار الشرط الجزائي الا إذا كان المدين قد ارتكب غشاً او خطأ جسيماً

(١) د .عيد المجيد الحكيم ،أ.عبد الباقي البكري، أ.م محمد طه البشير ،القانون المدني واحكام الالتزام ،ج٢، مكتبة السنهوري ،بغداد ،٢٠١٢، ص٦٠.

(٢) د.سمير تناغو ،مصدر سابق ،ص٢٥٠.

(٣) د.عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني نظرية الالتزام بوجه عام ،ج٢ ،مصدر سابق ،ص٨٥١

(٤) قرار محكمة التمييز اقليم كردستان /الهيئة المدنية /المرقم ٢٢٢٩/ب/ المؤرخ ٢٠٢٣/١/١٠ (غير منشور).

فأنه يجوز للقاضي في الحالتين ان يجيب الدائن على ما يطلبه في زيادة التعويض^(١)، وقد تأثر المشرع العراقي بالمشرع المصري^(٢)، وبالتالي فقد جعل كلا المشرعين المصري والعراقي هذه السلطة التقديرية للمحكمة من النظام العام ، ولا يجوز الاتفاق على خلافها.

اما المشرع الفرنسي فقد اعطى السلطة التقديرية للقاضي ، عند التنفيذ الجزئي للعقد من تخفيض الشرط الجزائي ولو من تلقاء نفسه ، بما يتناسب مع ما تم تنفيذه ، واعطى للقاضي ايضا سلطة التدخل في زيادة الشرط الجزائي إذا كان التعويض المتفق عليه يقل عن قيمة الضرر الواقع ، ولم ينص القانون المدني الفرنسي على حق القاضي في الغاء الشرط الجزائي^(٣) ، وبذلك جعل التشريعات محل المقارنة السلطة التقديرية للمحكمة من النظام العام وكل الاتفاق على خلاف ذلك كأنه لم يكن.

وإذا كانت الوظيفة الأصلية للشرط الجزائي تعويضية بحتة ، فإن هذا الشرط يحمل في طياته معنى العقوبة والجزاء ، ويتحقق ذلك بصفة خاصة عندما تكون قيمته على من الضرر ، الذي وقع فعلا فيمثل الفرق بينهما ، نوعا من الجزاء يتحمله المدين المخل ، ويكون للشرط الجزائي دور جزائي بالقدر الذي يزيد فيه عن حقيقة الضرر التي لحقت الدائن ، وقد يقال ان الشرط الجزائي لا يستحق بالنسبة للدائن في حال عدم وجود ضرر ، إلا أنه ينقل عبء الاثبات ، فبغير وجود الشرط الجزائي يكون على الدائن اثبات مقدار الضرر الذي لحقه ، اما في حالة وجود الشرط الجزائي فان الضرر يكن مفترضا وينتقل الى المدين عبء اثبات انعدام الضرر حتى لا يلتزم بدفع التعويض

(١) انظر :- المادة ١٧٠ من القانون المدني العراقي.

(٢) المادة ٢٢٤ من القانون المدني المصري (١- لا يكون التعويض الاتفاقي مستحقا إذا اثبت المدين أن الدائن لم يلحقه اي ضرر ٢٠- ويجوز للقاضي أن يخفض هذا التعويض إذا اثبت المدين أن التقدير كان مبالغا فيه إلى درجة كبيرة، أو أن الالتزام الأصلي قد نفذ في جزء منه. ٣- ويقع باطلا كل اتفاق يخالف أحكام الفقرتين السابقتين) (٣) انظر :- المادة ٥/١٢٣١ من القانون المدني الفرنسي (عندما ينص العقد على أن من يتخلف عن التنفيذ يدفع مبالغا من المال على أساس العطل والضرر ، فلا يمكن أن يخصص للطرف الآخر مبلغ أكبر أو أقل. إلا أن القاضي يستطيع حتى حكما ، تخفيض الغرامة المتفق عليها أو زيادتها إذا كانت فاحشة أو زهيدة بشكل واضح. عندما يتم تنفيذ الالتزام جزئيا ، فإنه يمكن تخفيض الغرامة المتفق عليها من قبل القاضي وحتى حكما ، بما يتناسب مع فائدة التنفيذ الجزئي المعطى للدائن ، دون المس بتطبيق الفقرة السابقة. كل نص مخالف للفقرتين السابقتين يعتبر غير موجود. باستثناء عدم التخفيض النهائي ، لا تسري الغرامة إلا عندما يتم إنذار المدين).

الاتفاقي^(١)، في هذا الدور تكمن الوظيفة التعويضية لهذا الشرط ،بوصفه وسيلة من وسائل الضمان والتأمين ،لذلك يستعان بالشرط الجزائي بالبيوع سواء كانت مدنية ام تجارية ،عاجلة ام آجلة^(٢) .

ويجد الشرط الجزائي ايضا دوره في اتفاق المتعاقدين في عقد البيع على حلول جميع اقساط الثمن المؤجل فوراً بمجرد تأخر المشتري عن دفع احد الاقساط^(٣) ،كذلك في حالة تصرف المشتري في المبيع قبل سداد جميع المبلغ وبغير إذن كتابي من البائع^(٤) و يكثر وجود الشرط الجزائي في العقود الملزمة للجانبين كعقد البيع وبصفة خاصة في البيع الائتماني ، الذي يؤجل فيه دفع الثمن كله او بعضه الى اقساط ، ويحدد لكل منها اجل ، رغم تسلم المشتري المبيع ،. الا أن ملكيته لا تنتقل اليه الا بعد سداده كامل الثمن ، لجميع الاقساط المؤجلة

ويتضح لنا من الشرح السابق ، ان هناك اوجه شبه واختلاف بين الشرط الجزائي والبيع الائتماني ،ويتمثل في الاتي :-

١-انّ كليهما عبارة عن اتفاق يجب ان يبرم مقدماً ،او في اتفاق لاحق قبل حصول الاخلال بالالتزامات بالنسبة لطرفي العقد في الشرط الجزائي ،او قبل ان تنتقل ملكية المبيع من البائع الى المشتري بالنسبة للبيع الائتماني.

٢-انّ كليهما عبارة عن ضمانات اتفاقية ،يكون الغرض منهما هو تدارك الاخطار التي من الممكن ان تقع مستقبلا ،في حالة عدم تنفيذ طرفي العقد للالتزامات التي تقع على عاتقهما.

٣-يكون للقاضي السلطة التقديرية ،في التخفيف حدة هذه الضمانات ،إذ يمكن للقاضي أن يخفف او يزيد او يعفي المبلغ الملقى على عاتق المدين في الشرط الجزائي ،كذلك ايضاً في البيع الائتماني إذ تتدخل المحكمة لتخفف من التعويض ،استناداً الى السلطة الممنوحة لها بموجب القانون.

(١) د .سمير تناغو ،مصدر سابق ،ص٢٥٢.د.اسماعيل غانم ،النظرية العامة للالتزام احكام الالتزام ،مصدر سابق ،ص١٥٥.

(٢) د. ابراهيم الدسوقي ابو الليل ، البيع بالتقسيط والبيوع الائتمانية الاخرى ،مصدر سابق ص٢٥٣.

(٣) د.عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني ،ج١،مصدر سابق ، ص٨٥٢.

(٤) نص المادة ١٠٧ من قانون التجارة المصري النافذ (للبيع عند تصرف المشتري بالمبيع قبل اداء اقساط الثمن بأكملها وبغير إذن منه ان يطالب المشتري باداء الاقساط الباقية فوراً)

رغم كل الذي تقدم الا انه يوجد كثير من الاختلافات بينهما تتمثل بالاتي:-

١- يختلف الشرط الجزائي عن البيع الائتماني من إذ الطبيعة التي تؤدي بدورها الى اختلاف وظيفة كل منهما ، فالشرط الجزائي هو تعويض اتفاقي عن اخلال التزامات احد العاقدين ، في حين ان البيع الائتماني هو ضمان اتفاقي للبائع للحصول على كامل الثمن ، وبالتالي يترتب عليهما اختلاف الوظيفة كلا منهما ، فوظيفة الشرط الجزائي هي تعويضية ، اما البيع الائتماني فوظيفته تأمينية .

٢- لا يترتب على اقتران العقد بالشرط الجزائي تأجيل انتقال ملكية المبيع الى المشتري ، إذ يتمثل دوره في تقدير التعويض الذي يستحقه احد الطرفين في حال الاخلال بالالتزامات ، في حين يمنع البيع الائتماني انتقال ملكية المبيع الى المشتري لحين استيفاء كامل الثمن .

٣- لا يستطع البائع المتمسك بالشرط الجزائي من استرداد المبيع من المشتري في حالة سداد المشتري جزءاً من الثمن انما يطالب فقط بتخفيض الشرط الجزائي وتعود هذه السلطة التقديرية للمحكمة ، والتي تقوم بدورها بتقدير التعويض المناسب مع الضرر الذي لحق البائع ، في حين يستطيع البائع في البيع الائتماني من استرداد المبيع في حالة انتقال حيازته الى المشتري مع ولا يفقد حقه في بعض التشريعات في الاحتفاظ بالمبلغ المسدد من جانب المشتري .

٤- لا يستحق الشرط الجزائي ، الا بعد اعدار المدين من الدائن ، حتى يتم تنفيذ التزامه ، وذلك مراعاة للشروط التي يتطلبها القانون لاستحقاق التعويض ، في حين لا نجد في البيع الائتماني واجباً يلقي على عاتق البائع بأعدار المشتري حتى يسدد الثمن .

٥- الشرط الجزائي لا يوفر للبائع حماية تقيه او مركز ممتاز للدائن العادي ، من مخاطر اعسار المشتري او افلاسه ، إذ انه لا يقدم للبائع ضمانات عينية او شخصية ، في حين نجد في البيع الائتماني يكون نافذاً في مواجهة دائني المشتري المعسر او المفلس ، متى ما كان ثابت التاريخ وبالتالي يحمي البائع من مزاحمة سائر الدائنين .

وبناء على ما تقدم ، نلاحظ عدم فاعلية الشرط الجزائي لصالح البائع إذ لا يشكل ضماناً قوياً بالمقارنة مع الضمان الذي يشكله البيع الائتماني ، إذ تقل فاعلية الشرط الجزائي في حال تقدير التعويض من قبل السلطة الممنوحة للقاضي ، خاصة و ان السلطة الممنوحة للمحكمة تعد من قبيل النظام العام .

الفرع الثاني

تمييز البيع الائتماني من بيع الوفاء

الاصل ان عقد البيع يجب ان يكون باتاً ،اي لا رجعة فيه بمعنى متى ابرم عقد البيع وتوفرت جميع اركانه الخاصة ،انعقد صحيحاً مرتباً جميع آثاره و يؤدي الى نقل ملكية المبيع الى المشتري تامة ،الا ان هناك نوعاً من البيع لا يكون فيه البيع تاماً ،وهو ما يعرف ببيع الوفاء ،وهو بيع بشرط ان البائع متى مارد الثمن الى المشتري اعاده اليه هذا الاخير المبيع .

ويذهب الفقه الى تعريف بيع الوفاء (بأنه عقد يحتفظ البائع لنفسه بحق استرداد الشيء محل العقد في مقابل رد الثمن الاصلي ،والمصروفات خلال مدة معينة)^(١).

وبيع الوفاء يعد وسيلة من وسائل الضمان ،التي تعتمد على نقل الملكية على سبيل الضمان ،فالمالك يتجرد عن ملكه لدائنه ،فيتملك الدائن المبيع تحت شرط فاسخ ،وهو ان يرد البائع الثمن ومصروفات العقد ومصروفات الاسترداد والمصروفات التي يكون قد انفقها على المبيع ،فينفسخ العقد ويعود المبيع الى ملك البائع ^(٢) .

ولهذا نجد أن أركان بيع الوفاء ، هي اركان عقد أي بيع آخر ، رضا المتعاقدين والمبيع والثمن ، ولا يشترط التسليم ^(٣) ، ولابد ان يتفق المشتري مع البائع على ان يسترد الأخير المبيع في العقد نفسه، إذ تم الاتفاق عليه بعد البيع عد وعداً بالبيع من جانب المشتري ،ويترتب على هذا نتيجة هي ان جميع الحقوق التي يربتها المشتري بعد البيع الاول تنفذ في حق البائع بعد إعادة المبيع اليه ^(٤).

وقد ذهب الفقهاء الى اتجاهين في التكييف القانوني لبيع الوفاء وسنتناول ابرز الآراء التي ذكرت على ذلك :-

(١) د. سليمان مرقص ،مصدر سابق ،ص ٤٨٨ .

(٢) د. نبيل ابراهيم سعد، الملكية كوسيلة للضمان مصدر سابق ص ١٠٨ .

(٣) د . عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني العقود التي تقع على الملكية البيع والمقايضة ، ج ٤ ،

مصدر سابق، ص ١٥٢

(٤) د . انور سلطان ، مصدر سابق، ص ٣٠٧ وما بعدها .

الاتجاه الاول :-

يذهب بعض الفقه^(١)، الى ان الطبيعة القانونية لبيع الوفاء هو بيع معلق على شرط فاسخ ، ان يرد البائع الى المشتري المبالغ التي يتفق عليها في مدة معينة ، فإذا تحقق الشرط انفسخ عقد البيع وعد كأنه لم يكن ورجع المبيع الى ملك البائع ، وحتى يعد الشرط صحيحاً يجب توفر فيه أمران ١:- أن يكون الشرط معاصراً لعقد البيع ، فإذا تخلف الشرط عن عقد البيع فان البيع ينعقد باتاً ، ويكون الشرط اللاحق وعداً بالبيع او بيعاً معلقاً على شرط واقف تبعاً لنية العاقدین. ٢- الا تزيد المدة التي يصح الاسترداد على خمس سنوات في القانون المصري السابق و القانون المدني الفرنسي^(٢). ويترتب على هذا التكييف ان ملكية المبيع تنتقل الى المشتري ، إلا أنها مهددة بالزوال لأنه بمجرد تحقق الشرط تعود الملكية الى البائع .

ومن الواضح أن هذا الاتجاه يتفق مع موقف القانون المدني الفرنسي والقانون المدني المصري القديم ، إلا أنه لا يتفق مع موقف المشرع العراقي ، لأن ملكية المبيع لا تنتقل الى المشتري على اعتبار انه رهن حيازي .

الاتجاه الثاني :-

وذهب آخر^(٣)، الى ان بيع الوفاء هو عقد مركب من قرض ورهن حيازي ، فالمبلغ الذي يدفعه المشتري الى البائع هو قرض ، والمبيع الذي يتسلمه المشتري من البائع هو محل المال المرهون لضمان استيفاء الدين من البائع ، وعليه عندما يقوم البائع برد الثمن فإنه يجب على المشتري ان يقوم برد المبيع ، لذا فان هذا العقد يعد قرضاً مضموناً برهن وان كان المتعاقدان يطلقان عليه عقد بيع ، تطبيقاً للقاعدة التي تقضي (ان العبرة في العقود بالمقاصد والمعاني لا بالألفاظ والمباني)^٤ .

(١) د . عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، ج٤ ، مصدر سابق ، ص ١٦١ . - د . انور سلطان ، مصدر سابق ، ص ٣٠٨ . د . سليمان مرقص ، مصدر سابق ، ص ٤٨٨ . د . احمد السيد الزقرد ، الوجيز في عقد البيع في القانون المدني الكويتي ، جامعة الكويت كلية الحقوق ، الكويت ، بدون سنة نشر ، ص ٢٦٢ . د . سمير تناعو ، مصدر سابق ، ص ٣٤٨ .

(٢) انظر :- المادة ١٦٦٠ من القانون المدني الفرنسي (ان استرداد المبيع لايجوز اشتراطه لأجل يتجاوز الخمس سنوات ، وإذا تم اشتراطه لأجل اطول فإنه يتم تخفيضه الى خمس سنوات).

(٣) د . محمد طه البشير ، د . غني حسون طه ، الحقوق العينية الاصلية القسم الاول والثاني ، مكتبة السنهوري ، بغداد ، ٢٠١٦ ، ص ٥٢٠ .

^٤ انظر المادة ١١٥٥ من القانون المدني العراقي .

ولا يمكن قبول هذا التكييف في القانون المدني العراقي ،صحيح ان هناك تشابه بين بيع الوفاء من جهة والقرض المضمون بالرهن من جهة اخرى الا انه لا يقترب الى التطابق ،لاختلاف الاحكام فيما بينهما إذ في الرهن الحيازي لا يكون المرتهن ضماناً لأن يده يد أمان^(١) ،في حين في بيع الوفاء يكون المشتري ضاماً للشيء^(٢) ، كذلك من إذ المدة فيتحتم تحديد مدة لبيع الوفاء ،وهذه المدة لابد ان تكون قصيرة ،فيما نجد ان الرهن الحيازي غير مقترن بمدة .

اما عن حكم بيع الوفاء فقد اختلف في بعض التشريعات محل المقارنة بين صحة هذا البيع وبين بطلانه ، فبعدما كان القانون المدني المصري الملغي ينظم احكام بيع الوفاء ، لوحظ ان هذا البيع يصلح ساتراً لرهن يرد به ان يكون المرهون مملوكاً للمرتهن بمجرد عدم وفاء الراهن بالدين ، ويؤدي ذلك بدوره بالتحايل على النص الذي يحرم الاتفاق في عقد الرهن ان يصبح المرهون مملوكاً للمرتهن ، بمجرد عدم الوفاء بالدين ، لذلك تدخل المشرع بالقانون المصري بتعديل القانون القديم وجاء التعديل يقضي ببطلان هذا التصرف^٣ ، فإذا كان الشرط الوفاائي مقصوداً به اخفاء رهن عقاري فان العقد يعتبر باطلاً لا اثر له سواء بصفته بيعاً او رهناً . ويعتبر العقد المقصود به اخفاء رهن إذا اشترط فيه رد الثمن مع الفوائد او إذا بقيت العين المباعة في حيازة البائع بأي صفة من الصفات . ويجوز بكافة الطرائق اثبات العكس ما في العقد بدون التفات على النصوص^(٤) ، جاء القانون المدني الجديد إذ قرر بطلان بيع الوفاء الذي كان جائزاً في ظل القانون المدني القديم^(٥) ، ويجد البعض^(٦) ، إن الحكمة من ابطال بيع الوفاء في القانون المدني الجديد على الرغم انه يستجيب الى القواعد العامة ،على امكانية تعليق الملكية على شرط فاسخ ،أنه ثبت أن هذا البيع لا يبرم الا ساتراً لرهن تكون شروطه مجحفة بحق المدين ، إذ يحصل عادة

(١) انظر :-المادة ١٣٣٦ من القانون المدني العراقي .

(٢) انظر :-المادة ٣٩٩ من مجلة الاحكام العدلية (إذا كانت قيمة المال المباع بالرفاء مساوية للدين وهلك المال في يد المشتري سقط الدين في مقابله) .

٣ انظر : المادة ٤٦٥ من القانون المدني المصري .

(٤) د.سليمان مرقص ،مصدر سابق ،ص٤٨٨-٤٨٩ . د .عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني

العقود التي تقع على الملكية البيع والمقايضة ،مصدر سابق ، ص١٤٧-١٤٨

(٥) انظر :-المادة ٤٦٥ من القانون المدني المصري (إذا احتفظ البائع عند البيع بحق استرداد المبيع خلال مدة معينة وقع هذا البيع باطلاً)

(٦) د.سمير تناغو ،مصدر سابق ،ص٣٥٠ .

على مبلغ اقل بكثير من قيمة الشيء الذي يملكه ،اما مصلحة الدائن في ابرام هذا العقد فهو تقادي القاعدة الامرة التي تقضي ببطلان كل اتفاق يجعل للدائن الحق عند عدم استيفاء الدين وقت حلول الاجل ان يملك المال الرهون . وبهذا الأسلوب يكون المشرع المصري قضى على محاولات التحايل على احكام الرهن بواسطة بيع الوفاء.

وقد نظم المشرع الفرنسي بيع الوفاء ،فقد منح للبائع حق الاسترداد ، بمجرد اظهار الاخير رغبته للمشتري^(١) ،واستعداه ان يدفع الثمن والمصرفات الضرورية والنافعة جميعها قبل استرداد المبيع^(٢)،فيتم هذا الاسترداد بالإرادة المنفردة من جانب البائع ،يعلن فيه رغبته في استرداد المبيع مقابل اعادة الثمن الى المشتري ، وعند استرداد البائع المبيع فإنه يستعيده خالياً من جميع الحقوق التي يربتها عليه المشتري إذ لا تنفذ في حقه ،اما إذا كان المبيع عقار فإن الحقوق التي تترتب عليه من المشتري ، وقبل تأشير بيع الوفاء في السجل العقاري تسري اتجاه البائع ،والمهلة الممنوحة للبائع لاسترداد المبيع هي خمس سنوات ولا يجوز الاتفاق على مدة اكثر من ذلك .

واعتبر المشرع العراقي بيع الوفاء تصرفاً صحيحاً وقد عد بيع الوفاء رهناً حيازياً^(٣) إذ يذهب البعض ، الى القول ان نصوص القانون المدني العراقي توحى من الوهلة الاولى انه لا يعترف بعقد بيع الوفاء كعقد ناقل للملكية ، معلقة على شرط فاسخ ،كما فعلت القوانين الغربية ،ولا يرتب على هذا التصرف ،والبطلان كما فعل المشرع المصري ،وانما ذهب الى اعتبار بيع الوفاء رهناً حيازياً وهذا ما ذهب اليه الفقه الاسلامي^(٤) . فهل يقصد المشرع العراقي ان يطبق احكام الرهن الحيازي على بيع الوفاء او لا نظرا لاختلاف احكام كلا التصرفين ؟ .

(١) انظر :-المادة ١٦٥٩ من القانون المدني الفرنسي(ان حق استرداد البائع هو اتفاق يحتفظ بموجبه البائع بحق استرداد المبيع مقابل رد الثمن الاساسي)

(٢) انظر:-المادة ١٦٧٣ (إنَّ البائع الذي يستعمل شرط الاسترداد يتوجب عليه رد المصاريف والنفقات القانونية علاوة على الثمن الرئيسي للمبيع، وأيضاً الإصلاحات الضرورية، وتلك التي زادت في قيمته، وبمقدار هذه الزيادة. لا يمكن للبائع الدخول في الحيازة إلا بعد إيفاء كل هذه الالتزامات)

(٣) انظر :-المادة ١٣٣٣ من القانون المدني العراقي .

(٤) د.حسن علي ذنون ،شرح القانون المدني العراقي -عقد البيع-،مطبعة الرابطة ،بغداد ،١٩٥٣،ص٣٨٨.

يذهب البعض^(١) الى صعوبة القول إنّ المشرع العراقي كان يقصد تطبيق كل احكام الرهن على بيع الوفاء ، لان هناك فوارق جوهرية بين أحكامهما ، لذا فإن قصد المشرع قد يتجه الى القول بأن بيع الوفاء انما هو عقد يستتر بها قرضاً مضموناً بالرهن الحيازي .

ونرى ان هذه الاختلافات تتمثل في تحمل تبعة الهلاك إذ إن يد المشتري ، هي يد ضمان لأنه يمتلك المبيع ، اما يد المرتهن فتكون يد امان لأنه لا يكون مالكا ،

لكن السؤال الذي يثار ان المشرع العراقي عد بيع الوفاء رهناً حيازياً ، ما هو حكم العقد في حالة عدم تسديد البائع الثمن خلال المدة المعينة ، نلاحظ وعند تطبيق أحكام بيع الوفاء، يمتلك الدائن المرتهن (المشتري وفاء) الشيء المرهون (المباع وفاء) عند عدم قيام الراهن (البائع وفاء) برد الثمن والمصروفات الاخرى المتعلقة بالبيع التي تكون بمثابة الدين المضمون، خلال المهلة المحددة ومن ثم نكون أمام مخالفة للقواعد الآمرة التي تقضي ببطلان اتفاق تملك المرتهن المرهون^(٢)، في مقابل ثمن يتفق عليه المتعاقدان مسبقاً إذ يعد هذا البيع وسيلة يلجأ اليها المتعاقدان للتحايل على إجراءات التنفيذ على المال المرهون التي يحق للدائن المرتهن رهناً حيازياً القيام بها، فالقانون قد رسم للدائن المرتهن كيفية ممارسة هذا الحق، ومن ثم فان بيع الوفاء، يعد تعديلاً لحق الدائن المرتهن بالتنفيذ على المرهون ويكون وسيلة للتحايل على القواعد القانونية الآمرة التي تتضمن بطلان كل اتفاق يؤدي إلى تملك المرتهن للمال المرهون رهناً تأمينياً أو حيازياً عند عدم وفاء المدين بالالتزام المضمون.

و من خلال العرض السابق لبيع الوفاء نلاحظ أن هذا البيع يتشابه مع البيع الائتماني في عدة مسائل تتمثل بالآتي :-

(١) انظر : د.علي هادي العبيدي ،بيع الوفاء -دراسة مقارنة بين القانون المدني والفقه الاسلامي ص١٤، بحث منشور على الموقع الاتي :-

<https://ketabpedia.com> 2023/1/21 _ 9 :54 AM

(٢) انظر :-المادة ٢٣٤٨ مدني فرنسي (عند إنشاء رهن الحيازة أوبتاريخ لاحق، يمكن الاتفاق على أن يصبح المال المرهون ملكاً للدائن في حال عدم تنفيذ الالتزام المضمون.)المادة ١٣٠١ من القانون المدني العراقي (لا يغلق الرهن، فيقع باطلا كل اتفاق يجعل للمرتهن الحق عند عدم استيفاء الدين وقت حلول اجله في ان يمتلك العقار المرهون رهنا تأمينيا بالدين، او اي ثمن كان، او في ان يبيعه دون مراعاة الاجراءات التي فرضها القانون حتى لو كان هذا الاتفاق قد ابرم بعد الرهن.)

١- ان كليهما عبارة عن ضمان يبرم بين العاقدين وهو ضمان اتفاقي ويشترط ان يرد الاتفاق في العقد نفسه في البيع الوفاء ،اما البيع الائتماني من الممكن ان يرد في العقد ذاته قبل انتقال الملكية الى المشتري.

٢-ان كلا التصرفين يبرم لصالح المشتري إذ يضمن البائع في البيع الائتماني بتراخي نقل ملكية المبيع حتى يتمكن من الحصول على الثمن من جانب المشتري ،اما في بيع الوفاء فهو ضمان لصالح البائع حتى يتمكن من استرداد المبيع مقابل اعادة الثمن الى المشتري .

٢-كلا العقدين متعلقان بنقل ملكية المبيع على سبيل الضمان .

على الرغم من كل التشابهات بين البيعين التي تم ذكرها الا انه يوجد الكثير من الاختلافات بينهما تتمثل بالاتي:-

١-يختلف بيع الوفاء بتجريد البائع من الملكية والحيازة إذ تنتقل الى المشتري ويعتبر عقد البيع معلقاً على شرط فاسخ وهو اعادة الثمن والمصروفات الى المشتري ،اما البيع الائتماني إذ يحتفظ البائع فيه بملكية المبيع حتى سداد كامل الثمن من المشتري ويملك بموجه الاخير المبيع بأثر رجعي.

٢-حتى يعد عقد بيع الوفاء صحيحاً لابد من ان يرد الاتفاق على عقد البيع ذاته ،لانه إذا اتفق عليه بعد تمام البيع فيعد وعد بالبيع من جانب المشتري ،اما في البيع الائتماني فيمكن ان يرد الاتفاق على العقد ذاته او اتفاق لاحق قبل نقل الملكية الى المشتري .

٣-ان بيع الوفاء لكي يعد صحيحاً في القوانين التي تجيزه و لابد ان يقترن بمدة معينة بعد انقضاءها يملك المشتري المبيع بصورة نهائية ، في حين لا نجد مثل هذه المدة في البيع الائتماني .

الفرع الثالث

تمييز البيع الائتماني من شرط المنع من التصرف .

شرط المنع من التصرف هو قيد ارادي ،يرد على حق الملكية بدوره يقيد سلطة المالك فترة زمنية معينة في التصرف بالشيء محل العقد ،فهو استثناء من القواعد العامة التي تقضي بحرية المالك في التصرف بملكه ،في ضوء الحدود التي ترسمها التشريعات ،والذي يهدف من خلاله بتحقيق مصلحة المتصرف او المتصرف اليه .

لذا عرف شرط المنع من التصرف (قيد ارادي مؤقت يرد في تصرف قانوني ،يمنع المتصرف بمقتضاه المتصرف اليه من التصرف في المال محل الشرط لحماية مصلحة جدية)^(١).

انّ شرط المنع من التصرف قيد من القيود الارادية الواردة على حق الملكية ،ويستوي المنع ان يكون إرادياً من الجانبين (العقد) او من جانب واحد (الوصية)^(٢) وبمقتضاه يشترط المتصرف على التصرف اليه ،لباعث مشروع ،عدم التصرف في الشيء مدة زمنية معقولة^(٣).

وقد سار القضاء الفرنسي سابقا على القاعدة القاضية بجواز التصرف في المال ،وكل شرط يخالفها يكون شرطا مخالفا للنظام العام ، فحرم الشرط الذي يمنع من التصرف في المال ، لكنه في منتصف القرن التاسع عشر اخذ يفرق بين الشرط المانع من التصرف الدائم وهذا ابقى على حكم التحريم عليه ، والشرط المانع من التصرف مؤقتا وهذا أباحه^(٤). اما القانون الفرنسي النافذ فلم يجز الشرط المانع من التصرف^(٥) وقضى ببطلان كل اتفاق يؤدي الى حبس الاموال عن التداول الا

(١) محمد محمود محمد ، الشرط المانع من التصرف دراسة تحليلية ،رسالة ماجستير ، جامعة الازهر - غزة، ٢٠١٩، ص ١٧.

(٢) د . سعيد سعد عبد السلام ، حق الملكية فقهاء وقضاء، مطبعة حمادة الحديثة ، ٢٠٠٠، ص ١٣٤.

(٣) د. محمد حسين منصور ، مصدر سابق ، ص ٩٢.

(٤) د. عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني حق الملكية مع شرح مفصل للأشياء والاموال ، ج ٨ ، دار النهضة العربية ، بيروت ، ١٩٨٦، ص ٥٠٧.

(٥) انظر المادة ٥٤٤ :- ان الملكية هي حق بالتمتع والتصرف بالأشياء بصورة مطلقة ، شرط ان لا يتم استعمالها بصورة مخالفة للقانون والانظمة . المادة ٨٩٦ :- ان النص الذي يكلف بموجبه شخص بحفظ مال او اعادته الى

في حالات استثنائية لا تمثل الاصل العام فإذا ورد الشرط المانع من التصرف طبقت عليه الاحكام العامة المتعلقة بالشروط المقترنة بالعقد^(١) .

وقد انتهج القضاء المصري ما سار عليه القضاء الفرنسي حتى اضحت قاعدة مستقرة في مصر ،ثم جاء القانون المدني المصري النافذ و نص على (١- إذا تضمن العقد أو الوصية شرطاً يقضى بمنع التصرف في مال، فلا يصح هذا الشرط ما لم يكن مبنيًا على باعث مشروع، ومقصوراً على مدة معقولة. ٢- ويكون الباعث مشروعاً متى كان المراد بالمنع من التصرف حماية مصلحة مشروعة للمتصرف أو للمتصرف إليه أو الغير. ٣- والمدة المعقولة يجوز أن تستغرق مدى حياة المتصرف أو المتصرف إليه أو الغير)^(٢).

ونلاحظ من النص السابق ان المشرع المصري قد أباح الشرط المانع من التصرف الا انه قيد ذلك الشرط بقيود تتجهر في ،اولاً : ان يكون شرط المنع من التصرف مبني على مانع مشروع ،وبفهم من ذلك ان تكون هناك مصلحة جدية لهذا الشرط ،ولا فرق بين أن تكون المصلحة المراد حمايتها هي مقررة لمصلحة المشتراط ام المتصرف إليه أو الغير ،وتعود السلطة التقديرية للقاضي لتقدير هذه المصلحة . ثانياً:- ان يكون المنع من التصرف في المال لمدة معقولة ،وذلك منعاً لخروج المال من التداول ،إذ لا يجوز ان يكون المنع من التصرف مؤبداً ،وانما يجب ان يكون خلال مدة معقولة وهي المدة التي تستدعيها حماية المصلحة التي شكل المنع لأجلها ،فهي مدة مرنة يتم تقديرها وفق كل حالة بما يتلأم مع المصلحة من المنع .

اما موقف القانون المدني العراقي من شرط المنع من التصرف نجد خالياً من نصاً يمنعه او يجيزه ، وترك تلك المسألة لحكم القواعد العامة ،ومن بديهيات هذه القاعدة ان كل شرط غير ممنوع قانون ولا مخالف للنظام العام والآداب شرط صحيح ويجب احترامه ،وعلى هذا متى ما كان للشرط

شخص ثالث لاينتج اثره الا في حالة المرخص بها في القانون . المادة ١٥٩٤ :- كل من لايمنعه القانون يحق له ان يشتري ويبيع .

(١) انظر:- المادة ٩٠٠ من القانون المدني الفرنسي (ان بنود عدم جواز التصرف في المال الموهوب او الموصى به لا تعتبر صحيحة الا إذا كانت مؤقتة ومبررة لمصلحة مشروعة وجدية ،،وحتى في هذه الحالة يمكن للقضاء ان يمنح الموهوب او الموصى به إذن التصرف)

(٢) انظر :-المادة ٨٢٣ من القانون المدني المصري .

مصلحة مشروعة للمتصرف او المتصرف اليه او الغير ،وكان معيناً فيكون هذا الشرط صحيحاً ويجب العمل بمقتضاه وهذا الاتجاه الاول ^(١) .

ويذهب الاتجاه الاخر وهو الراجح عندنا ^(٢) ،الى عدم مشروعية الشرط المنع من التصرف ،إذ يعلل ان المشرع سمح بتأجيل انتقال الملكية حتى سداد كامل الثمن ،ولو كان يجيز الشرط المانع من التصرف لما اعتمد على القول بتأجيل انتقال الملكية ^(٣) ،فالشرط المانع من التصرف اكثر سهولة من اللجوء الى الاحتفاظ بالملكية.

اما موقف القضاء العراقي فإنه يؤيد ماذهب اليه الاتجاه الثاني إذ يرى ان القواعد العامة لا تقر صحة شروط المنع من التصرف لمخالفة هذا مقتضى العقد إذ قررت محكمة التمييز بأنه (إذا كان الشرط يتنافى مع حق المالك في التصرف بملكه فلا اعتبار لهذا الشرط لمخالفته للنظام العام) ^(٤) . وقد اختلفت الاتجاهات حول طبيعة هذا الشرط فذهب البعض الى عده انتقاص من أهلية المتصرف اليه ^(٥) ،واخذ اتجاه الآخر ان طبيعة هذا الشرط هو الامتناع عن القيام بعمل خلال مدة معينة ^(٦) ، في حين يذهب البعض الى ان طبيعة الشرط المانع ، هو تعديل لنظام الملكية العادي ^(٧) .

وان الاثر المترتب على طرفي العقد بموجب هذا المنع ، يتمثل في الامتناع عن التصرف في العين ، فلا يجوز للمتصرف له ان يتصرف في العين بأي انواع التصرفات ،إذ يمتنع عن ترتيب اي حق عيني آخر كحق الانتفاع والرهن مالم يقتصر المنع على نقل الملكية فقط ^(٨) ،ويترتب فقط ^(٨) ،ويترتب على ذلك ان المبيع يصبح غير قابل للتصرف بحكم الشرط المانع ،وبالتالي يصبح

(١) د . محمد طه البشير و اخرون ، مصدر سابق ،ص ٩١

(٢) د.دع حماد عبد ،الحقوق العينية الاصلية ،حق الملكية والحقوق المتفرعة عنها ،دار السنهوري ،بغداد ،٢٠١٨،ص ١١٢.

(٣) انظر :-المادة ٥٤٣ من القانون المدني العراقي .

(٤) رقم القرار ١٢٢٠ في ٢٨/٧/١٩٥٨ مجلة القضاء ،العدد الخامس ١٩٥٤،ص ١٨٠.

(٥) د.جميل الشراوي ،نظرية بطلان التصرف القانوني ،مطبعة جامعة القاهرة ،القاهرة،١٩٥٦،ص ١٠١.

(٦) د . محمد طه البشير ، د. غني حسون طه ، مصدر سابق ، ص ٩٢.

(٧) سلام عبد الزهرة الفتلاوي ، شرط المنع من التصرف دراسة مقارنة ،رسالة ماجستير مقدمة الى كلية القانون

جامعة بابل ،، ٢٠٠١ ،ص ٣٣ .

(٨) د . عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ،ج ٨ مصدر سابق ،ص ٥١٨.

غير قابل للحجز^(١). ولو كان الحجز صحيحاً لأمكن التحايل على الشرط المانع من التصرف ، بان يقترض الملك مالا ويدع الدائن يحجز على المبيع ويقتضي حقوقه منه^(٢) ، فإذا تصرف المشتري بالمبيع وقع هذا التصرف باطلاً ويكون طلب الإبطال من الشخص الذي له المصلحة من هذا الشرط.

ويتضح من هذا الاتفاق ، ان الشرط المانع من التصرف يكون صحيحاً في البيع مؤجل الثمن (البيع الائتماني)، إذ لاشك في مشروعيته الباعث الدافع الا وهو ضمان استيفاء الثمن وقيام المشتري الوفاء به ، ولاريب ان المدة الشرط تكون معقولة خلال مدة معينة وهي فترة تسديد الثمن المجزء^(٣).

وحتى يصبح شرط المانع من التصرف الوارد على العقار نافذاً اتجاه الغير ،يجب تسجيل هذا الشرط المانع ،ويقع عادة هذا التسجيل ضمن التصرف الاصيلي الذي ينقل العين محل التصرف مثقلة بهذا الشرط، ومن ثم يكون هذا الشرط المانع حجة على الغير وإذا وقع هذا التصرف مخالفاً للشرط المانع اعتبر باطلاً^(٤).

ويمكن ان يعاب شرط المانع من التصرف إذ انه لا يقدم ضمانات عينية او شخصية مباشرة للبائع ، تضمن له استيفاء حقه من الثمن ،إذ يبقى مهدداً بمخاطر إعسار المشتري ومزاحمة باقي الدائنين في حالة التنفيذ على اموال المشتري، إذ يدخل ثمن المبيع ضمن امواله بصورة خاصة ،الّا إذا تمسك البائع كحق امتياز على ثمن المبيع^(٥).

وتماشياً مع ما تم ذكره يوجد تشابه بين الشرط المانع من التصرف والبيع الائتماني يتمثل بالآتي:-

(١) والواقع أن هذه النتيجة يمكن ان تكون محل جدل في حالة افلاس المتصرف اليه الذي يقع على منقول محل المانع من التصرف في حيازته إذ يستقر القضاء كقاعدة عامة علي تفضيل الدائنين من خلال حماية الائتمان الظاهر الذي عولوا عليه. د.محمد حسين منصور ،مصدر سابق ص٩٦

(٢) د .عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ،ج٨ مصدر سابق ،ص٥١٨.

(٣) د.محمد حسين منصور ، مصدر سابق ، ص٩٣.

(٤) د .عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ،ج٨ مصدر سابق ،ص٥١٩.

(٥) د.محمد حسين منصور ، مصدر سابق ، ص٩٥.

١- ان شرط المنع من التصرف هو قيد اتفاقي يبرم بين العاقدین يمنع المتصرف اليه من التصرف في الشيء ، وكذلك ان البيع الائتماني يشترك مع شرط المنع إذ إنه ضمان اتفاقي يبرم بين العاقدین .

٢- انّ البيع الائتماني يحمل في طياته فكرة الشرط المانع من التصرف ، لان الضمان الذي يقوم به هذا البيع الائتماني هو تقييد سلطة المشتري بالتصرف بالشيء حتى الوفاء بكامل الثمن ، وبناء على ذلك نلاحظ إذ انّ كلا الضمانين يقيدان سلطة التصرف للعاقد الاخر .

٣- ويتشابه البيع الائتماني مع الشرط المانع من التصرف ، في ان كليهما ينقلان الحياة الى الطرف الاخر ، مرتبة عليها ضمانات اتفاقية.

٤- يسري في حق البائع في كل من البيع الائتماني والشرط المانع من التصرف في حالة تصرف الطرف الآخر في المبيع في مواجهة الغير .

٥- لا يمكن الاحتجاج بقاعدة الحياة في المنقول سند الملكية بوجه البائع الأصلي في العقد المقترن بعدم التصرف بالمبيع إذ أن البيع المقترن بالشرط المانع من التصرف ، لا يستطيع التصرف فيه إذ ان البيع قد تم على شيء غير قابل للتصرف فيه^(١) ، كذلك بالنسبة البيع الائتماني ، إذ انه لا ينقل الملكية الى المشتري ولا يستطيع ترتيب اي حقوق على الشيء بوصفه تصرف في ملك الغير ، ولهذا ينتفي السبب الصحيح لقاعده الحياة في المنقول سند الملكية.

الآ انه على الرغم من ذلك يوجد اختلاف بينهما يتمثل بالآتي :-

١- تختلف الآثار المترتبة على العقد الذي يجريه المشتري في كلا التصرفين ، في حين إذا قام المشتري بالتصرف في المبيع بالنسبة للبيع الائتماني ، كان التصرف غير نافذ اتجاه البائع الأصلي لأنه يرد على ملك الغير^(٢) ، في حين ان التصرف الذي يجريه المشتري على المبيع مخالفاً بذلك الشرط المانع من التصرف وقع هذا التصرف باطلاً^(٣).

(١) د . عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، ج٨ مصدر سابق ، ص٥٢٠.

(٢) انظر :- المادة ٢/١٣٥ من القانون المدني العراقي ، المادة ٢/٤٦٦ من القانون المدني المصري .

(٣) د . عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، ج٨ مصدر سابق ، ص٥١٨.

٢- ان ما يميز البيع الائتماني ،انه لا ينقل ملكية المبيع الى المشتري و لا يجرده الحيابة ،في حين ان الشرط المانع من التصرف يجرّد المتصرف من الملكية والحيابة ،لهذا يعد البيع الائتماني من الناحية النظرية اقوى من الشرط المانع من التصرف ،نظراً لان مركز البائع في البيع الائتماني اقوى من البائع في شرط المنع من التصرف ، لان المشتري في الحالة الاولى ، لا يملك عناصر الملكية ،بينما يتمتع بها في الحالة الثانية بالإضافة الى ذلك يستطيع البائع في البيع الائتماني ،من استرداد المبيع من يد المشتري او الدائن الحاجز .بينما لا يستطيع البائع الذي يشترط عدم التصرف في المبيع من استرداد المبيع الا بعد فسخ عقد البيع ^(١) .

٣- ان الشرط المانع من التصرف ،لا يقدم ضمانات قوية للبائع في حالة افلاس المشتري ومزاحمة الدائنين في حالة التنفيذ على اموال المشتري ، إذ انه لا يقدم ضمانات عينية او شخصية مباشرة للبائع ،لانه ينقل الملكية للمشتري الا انه يقيدھا لمدة معينة ، وبالتالي تدخل جميع اموال المشتري المفلس ،كضمان عام للدائنين ، اما في البيع الائتماني فنجد ان البائع يقصي دائني المشتري من مزاحمته على المبيع عند افلاس المشتري .

٤- ويشترط لصحة شرط المنع من التصرف حتى يمكن الاحتجاج به ، ان يكون هناك باعث دافع لحماية مصلحة مشروعة كذلك ان يكون المنع لمدة معقولة ، في حين لا نجد شروطاً في عقد البيع الائتماني الا ان يرد كتابة في القعد الاصلي او اتفاق لاحق قبل نقل الملكية.

٥- ان الطبيعة القانونية للبيع الائتماني تترد بين كونه وصف من اوصاف الالتزام ،او شرطاً مقترناً بالعقد ،او ضمان عيني ،اما الشرط المانع من التصرف فانه يتردد بين الالتزام السلبي بالامتناع عن العمل او انتقاص من اهلية المالك ،او تعديل لنظام حق الملكية .

(١) د.محمد حسين منصور ، مصدر سابق ، ص ٩٥.

المطلب الثاني

تمييز البيع الائتماني من الضمانات القانونية

ان اخلال المشتري بتنفيذ التزامه بالوفاء بالثمن ، يحق للبائع بموجب القواعد القانونية العامة في العقود الملزمة للجانبين ، ان يمتنع عن تنفيذ التزامه بتسليم المبيع الى المشتري ، إذا كان الاخير قد اخل بالتزاماته و احجم عن دفع ما هو مستحق من ثمن او ما تبقى منه ، ويمكن للبائع ايضاً التنفيذ على اموال المشتري من خلال التنفيذ الجبري ، إذ خوله المشرع حق التقدم على الدائنين في استيفاء الثمن ، كذلك يمكن للبائع ايضاً المطالبة بفسخ البيع واسترداد المبيع ، ويتضح ان بعض الضمانات التي خولها القانون للبائع تتمثل ، الحق في الحبس المبيع ، وحق امتياز البائع ، لذا سنقسم هذا المطلب على فرعين .

الفرع الاول :- تمييز البيع الائتماني من الحق في الحبس.

الفرع الثاني :- تمييز البيع الائتماني من امتياز البائع.

الفرع الاول

تمييز البيع الائتماني من حق البائع في الحبس

حق الحبس وسيلة من وسائل الضمان التي يتمتع بها اطراف العقد ، في العقود الملزمة للجانبين التي تولد التزامات متقابلة على اطرافها ، ويكون التزام كل طرف منها سبباً لالتزام الطرف الآخر ، وهذا التقابل يجعل تنفيذ التزام احد الطرفين مرتبطاً بالطرف الآخر ، ويترتب على ذلك هو عدم إجبار احد العاقدين من تنفيذ التزامه قبل قيام الطرف الآخر^(١) ، فليس من المقبول أن يطالب الدائن مدينه بأن يؤدي اليه ما التزم به قبل ان يوفي هو بدينه ، لهذا فحق الحبس ما يبرره من مقتضيات العدالة وحسن النية .^(٢)

ويعرف حق الحبس " وهو مكنة قانونية تمثل مصلحة مشروعة ومحمية ، مصدرها القانون ، تمارس هذه المكنة بواسطة الدفع أمام القضاء عند الاقتضاء ، تمنح صاحبها حق الدفع برفض رد الشيء الذي بحيازته ، بوجه كل شخص يطالب به ، حتى يستوفي كافة حقوقه المرتبطة بهذا الشيء " ^(٣).

وطبقاً للقواعد العامة يستطيع البائع ان يتمتع عن تسليم المبيع الى المشتري عند عدم قيام الاخير بدفع الثمن او ما تبقى منه ، والحق في الحبس لا يكون الا إذا كان الثمن مستحق الاداء ولم يدفع^(٤) ، سواء كان في ذلك تسليم المبيع ودفع الثمن واجب الاداء فور ابرام العقد ام مؤجل وحل الاجل المحدد للوفاء به ولم يدفع المشتري الثمن او كان التسليم واجب الاداء به في الحال والثمن مؤجل وحل ميعاد الثمن قبل ان يطالب البائع بالتسليم . والحق في الحبس بوصفه احد وسائل الضمان القانوني ، و يعد حقاً غير قابل للتجزئة ، اي يحق للدائن ان يحبس كل الشيء الموجود في يده الى ان يستوفي كامل حقه ، ولا يكون للمدين ان يطالب الدائن بتخليه عن جزء من الشيء المحبوس مقابل الجزء الذي اوفاه من دينه ، ولا يترتب على قبول الدائن الوفاء الجزئي

(١) د . ابراهيم الدسوقي ابو الليل ، البيع بالتقسيط والبيوع الائتمانية الاخرى ، مصدر سابق ، ص ٨٥ .

(٢) د. اسماعيل غانم ، النظرية العامة للالتزام احكام الالتزام ، مصدر سابق ، ص ٢٥٤ .

(٣) د. وجدي حاطوم ، حق الحبس في القانون المدني كوسيلة للضمان غير مباشرة ، ط ١ ، مشورات الحلبي الحقوقية ، ٢٠٠٧ ، ص ١٧-١٨ .

(٤) انظر :- المادة ٤٥٩ من القانون المدني المصري والمادة ٥٧٧ من القانون المدني العراقي .

سقوط حقه في الحبس ،ولا يجوز ايضاً ان يتعسف الدائن في استعمال حقه ^(١)، ويرى بعض الشراح ان الحق في الحبس في قوة حق الامتياز للدائن على العين المحرزة ولايجوز التوسع فيه ^(٢) .

و إنّ الحق في الحبس قد يرد على منقول او عقار فلا يتطلب تسجيله فهو يسري على كافة ^(٣) ، ولا يتطلب انذار المدين لاستعمال الدائن الحق في الحبس عند توافر شروطه ^(٤) ، ولا ترخيص من قبل القضاء لأنه عند المطالبة القضائية يضع الامر كله تحت امر القضاء ، بل ان الدائن يتوقف عن تنفيذ التزامه نحو مدينه فعلا حتى يستوفي حقه ^(٥) ، وليس من الضروري ان يعرض على المدين تنفيذ التزامه تنفيذ حقيقياً ، وانما يقتصر على وقف التنفيذ ، ويغلب ان يحكم على الدائن بتنفيذ التزامه اتجاه المدين بشرط ان ينفذ المدين التزامه نحوه ، وإذا تعذر معرفة من هو البادئ بتنفيذ الالتزام ، جاز للقضاء ان يحكم على كل منهما بإيداع ما التزم به في خزنة المحكمة او عند أمين ^(٦) .

ويعد موقف التشريعات من حق الحبس فهو من الضمانات القانونية في التشريعين المصري والعراقي ^(٧)، الا انه لا يمكن عده من وسائل الضمان العام للدائنين لان الضمان العام يمثل جميع اموال المدين الحاضرة والمستقبلية ، ومن المعلوم ان مبدأ المساواة بين الدائنين بالنسبة للضمان العام ليست مطلقة ، فهناك أسباب تقدم الافضلية لبعض الدائنين دون غيرهم ، نص عليها القانون ، وان اسباب الافضلية التي نص عليها القانون بموجب الاتفاق بين الاطراف وهي التأمينات العينية، لذلك فإن الدائن الذي يمتلك هذه التأمينات هو وحده الذي يتقدم على غيره ، من

(١) د. شريف رأفت محمد ، مفهوم الحق في الحبس وطبيعته كوسيلة للضمان في القانون المدني ، بحث منشور في مجلة الشريعة والقانون ، العدد ٣٥ ، ج ١ ، ٢٠٢٠ ، ص ١٧٩ .

(٢) د. محمد كامل مرسي ، التأمينات العينية والشخصية ، مطبعة النصر ، بدن مكان نشر ، ١٩٢٧ ، ص ٣٤٨ .

(٣) د. وجدي حاطوم ، مرجع سابق ، ص ٢١ .

(٤) د. انور سلطان ، الموجز في النظرية العامة للالتزام احكام الالتزام ، دار النهضة العربية ، الاسكندرية ، ١٩٨٣ ، ص ١٧٧ .

(٥) د. عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني نظرية الالتزام بوجه عام الاثبات - اثار الالتزام ، دار النهضة العربية ، الاسكندرية ، ١٩٦٨ ، ص ١١٤٣ .

(٦) د. عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني نظرية الالتزام بوجه عام الاثبات - اثار الالتزام ، ج ٣ ، دار النهضة العربية ، الاسكندرية ، ١٩٦٨ ، ص ١١٥٠ .

(٧) انظر :- المواد ٢٤٦-٢٤٨ من القانون المدني المصري و مواد ٢٨٠-٢٨٤ من القانون المدني العراقي .

الدائنين التاليين والعاديين ، إلا أن خارج هذه الضمانات ثمة دائنون عاديون يكونوا في مركز ممتاز يخولهم الافلات من مزاحمة باقي الدائنين وهذا هو حق التمسك بالحبس^(١).

اما المشرع الفرنسي قبل تعديل عام ٢٠٠٦م فاقصر حق الحبس على تطبيقات معينة متناثرة تضمنتها نصوص متعددة في القانون^(٢) لذلك لم يتضمن القانون الفرنسي تبين الحق في الحبس الا حديثاً ، فأصبح ينص بشكل صريح على الحق في الحبس^(٣).

والسؤال في هذا الصدد هل يعد الحق في الحبس صورة من صور الدفع بعدم التنفيذ ام لكل منهما نطاق وطبيعة خاصة ويذهب البعض الى ان لكل منهما صورة قانونية ونطاق خاص ، فحق الحبس لا يكون الا عند وجود تلازم مادي بين دين الحابس والشيء المحرز ، اما الدفع بعدم التنفيذ فهي وسيلة دفاع تعطي لكل شخص يقع عليه الالتزام ، ان يتمتع عن تنفيذ التزامه لحين قيام الطرف الاخر بتنفيذ التزامه المقابل^(٤)، نطاق الحق في الحبس اوسع فهو يفترض وجود التزامين كل منها مرتبط بالآخر سواء كان مصدرهما عمل قانوني كالعقد^(٥) ام واقعة قانونية كالفعل النافع^(٦) ويجب ان يكون محل الحق شيء مادي ، في حين نجد ان الدفع بعدم التنفيذ لا يرد الا في العقود الملزمة للجانبين فقط ولا يشترط وجود شيء مادي^(٧) ، وعليه فإن أكثر ما يختلط به فهم الدفع بعدم التنفيذ بحق الحبس هو عقد البيع ، فحق البائع في الامتناع عن التسليم حتى يقبض الثمن قد يرد حقه في الدفع بعدم التنفيذ كما يرد حق الحبس .

(١) د. وجدي حاطوم ، مرجع سابق ، ص ٢٢.

(٢) انظر :- المادة ١٦١٢ - إن البائع غير ملزم بتسليم الشيء المبيع إذا لم يدفع المشتري الثمن ، والبائع لم يمنحه مهلة ، ١٩٤٨ - يستطيع الوديع حجز الوديعة حتى الوفاء الكامل لما يتوجب له بسبب الايداع ، (٣) المادة ٢٢٨٦ - يمكن أن يحتج بحق الحبس على الشيء كل من: ١ تم تسليمه الشيء لحين إيفاء دينه، ٢ كان دينه غير المسدد ناشئاً عن عقد يلزمه بالتسليم . ٣ كان دينه غير المسدد قد نتج بمعرض وضع يده على الشيء، ٤ كل من يستفيد من رهن غير حيازي ان حق الحبس يزول عند التخلي الارادي عن الشيء.

(٤) د. وجدي حاطوم ، مرجع سابق ، ص ٩٠.

(٥) انظر :- المادة ٢٨٠ من القانون المدني العراقي (للبائع ان يحبس المبيع الى ان يؤدي المشتري جميع الثمن الحال وللعامل ان يحبس الشيء الذي يعمل فيه الى ان يستوفي الاجر المستحق سواء كان لعمله اثر في هذا الشيء او لم يكن وذلك كله وفقاً للاحكام التي قررها القانون. ٢ - وفي كل معاوضة مالية بوجه عام لكل واحد من المتعاقدين ان يحبس المعقود عليه وهو في يده حتى يقبض البذل المستحق

(٦) انظر :- المادة ٢٨١ من القانون المدني العراقي (يجوز لمن انفق على ملك غيره وهو في يده مصروفات ضرورية او نافعة او انشا فيه بناء او غرس فيه شجارا ان يتمتع عن رده حتى يستوفي ما هو مستحق له قانوناً الا ان يكون الالتزام بالرّد عن عمل غير مشروع).

(٧) انظر :- المادة ٢٨٢ من القانون المدني العراقي (لكل من التزم باداء شيء ان يتمتع عن الوفاء به ما دام الدائن الدائن لم يوف بالتزام في ذمته نشأ بسبب التزام المدين وكان مرتبطاً به)

فمدار بحثنا هو حق البائع في الحبس ،فحتى يمكن لهذا الاخير ممارسة هذا الحق لابد ان يكون الثمن مستحق الاداء اي ان لا يكون الثمن مؤجلاً^(١)، ولا يحق للمشتري ان يستولي على المبيع بدون إذن البائع ،ويشمل الحق في الحبس اصل المبيع وثماره الناتجة منه ، وعلى البائع ان يحافظ على المبيع في اثناء حبسه اياه وفقاً لأحكام الرهن الحيازي فيبذل في المحافظة عليه ،عناية الرجل المعتاد، ويقدم حساباً عن غلته ، لان الحبس لا ينفى استحقاق المشتري لثماره^(٢) .

وينقضي حق الحبس حتى يستوفي الحابس حقوقه جميعاً ،كذلك بنزول البائع عنه ،فإذا سلم البائع المبيع مختاراً للمشتري بعد ثبوت الحبس عد ذلك نزولاً عن حقه في الحبس فلا يستطيع بعد ذلك ان يسترده وانما يطالب بفسخ العقد لعدم وفاء المشتري بالتزاماته^(٣) .

يتبين من الشرح السابق انه يوجد تشابه بين حق الحبس والبيع الائتماني يتمثل بالآتي :-

١- يلتقي حق البائع في الحبس مع البيع الائتماني في انهما يهدفان الى ضمان حقوق البائع في استيفاء حقوقه من جانب المشتري الذي يمتنع عن الوفاء .

٢- يتشابه البيع الائتماني مع حق البائع في الحبس ان كلا الضمانين غير قابلين للتجزئة ، فلا يجوز المطالبة بجزء من المبيع من جانب المشتري مقابل الجزء الذي سده ، فيعد كل المبيع ضماناً للبائع.

على رغم التشابه السابق عرضه الا انه يوجد اختلافات بينهما تتمثل بالآتي :-

١- ان حق البائع في الحبس لا يمنع انتقال الملكية الى المشتري^(٤) وبالتالي يستطيع هذا الاخير التصرف به بكافة انواع التصرفات سواء بالبيع او الهبة او ترتيب حق عيني مثل الرهن والانتفاع وغيرها من الحقوق ،وتسري هذه التصرفات جميعها في وجه الحابس إذا تمت هذه التصرفات على عقار قبل ثبوت الحبس في إذ يمكن للبائع الاحتجاج بحقه إذا كان الشيء المحبوس منقولاً طالما كان حسن النية، في حين أن البيع الائتماني ينقل حيازة الشيء الى المتعاقد الاخر الا أنه يمنع من انتقال الملكية لحين الوفاء المشتري بكافة الثمن ، وبالتالي لا تسري الحقوق والتصرفات التي

(١) د . عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، ج٤ ، مصدر سابق ، ص٨٠٦.

(٢) د. سليمان مرقص ، مصدر سابق ، ص٣٦٠.

(٣) د . عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، ج٤ ، مصدر سابق ، ص٨٠٩-٨١٠.

(٤) محمد حسين منصور ، مصدر سابق ، ص٧٠ .

يجريها المشتري بدون إذن البائع باعتبار انه قد تصرف في ملك الغير^(١) ، في حين اعتبر المشرع التصرف في ملك الغير باطلا اي لا اثر له حتى وان الحقته اجازة إذ نصت المادة ١٥٩٩ من القانون المدني الفرنسي (ان بيع مال الغير هو باطل ، ويمكن ان يؤدي الى المطالبة بالخطأ والضرر عندما يجهل المشتري ان الشيء مملوك من الغير) .

٢- انّ النطاق الذي يمارس البائع حقه في الحبس هو في البيع منجز الثمن (الفوري)، وهذا ما يستنتج من نص المادة ٢٨٠ من القانون المدني العراقي (- للبائع ان يحبس المبيع الى ان يؤدي المشتري جميع الثمن الحال)، ومن ثم ينعدم حق البائع في الحبس بالبيع الائتماني لأنها بيع مؤجلة الثمن وهذا ما يستشف من نص المادة ٥٣٤ (إذا كان البيع مؤجل الثمن) .

٣- ان حق البائع في الحبس يشترط لممارسته هو وجود الشيء المحبوس تحت حيازة البائع ، وعليه لو تم تسليمه من البائع فلا يستطيع استرداده في سبيل الحصول على حقوقه لانه يعتبر تنازلاً عنه ، في حين ان البيع الائتماني على الرغم من عدم انتقال الملكية الى المتعاقد الاخر الا أنه لا يمنع من انتقال الحيازة اليه

٥- ان حق البائع في الحبس لا يعني اعطاء حق امتياز له ، للتنفيذ على الشيء المحبوس في سبيل استيفاء حقوقه وهذا يعني عند التنفيذ على العين المحبوسة يتعرض لمزاحمة باقي الدائنين للحصول على حقوقهم ، في حين ان البيع الائتماني هو حق مانع يعطي للبائع الحق في التقدم على سائر دائني المشتري المفلس ، و صحيح انه يجرّد البائع من الحيازة الا أنه يمنع من انتقال الملكية وبذلك لا يدخل في عناصر الذمة المالية للمشتري .

(١) انظر :- المادة ٤٦٦ و ٤٦٨ من القانون المدني المصري والمادة ١٣٥ من القانون المدني العراقي

الفرع الثاني

تمييز البيع الائتماني من امتياز البائع.

يتمتع البائع الدائن بالثمن بالضمانات التي يحددها القانون، و يمكنه من خلالها بالزام المشتري للوفاء بالثمن ، وذلك من خلال التنفيذ الجبري على امواله ، لذلك يتمتع البائع بضمان عام على جميع أموال المشتري شأنه في ذلك شأن باقي الدائنين ، لذا نجد المشرع انه منح البائع حق الامتياز على المبيع لضمان استيفاء حقه .

ويعود الاصل التاريخي لهذا الامتياز الى القانون الفرنسي القديم ^(١)، ولم يكن معروفاً في القانون الروماني لأن الملكية لا تنتقل بصورة مباشرة فكان يعطي للبائع حماية اكبر باعتبار البيع غير ناقل للملكية طالما لم يتم دفع الثمن وكان من حق البائع ان يسترد الشيء باعتباره مالكا له ^(٢).

ويعرف حق الامتياز (اولوية في الاستيفاء لدين معين مراعاة لصفة هذا الدين) ^(٣) ويخول حق الامتياز الاولوية في استيفاء حقه من ثمن المال مقدماً على الدائنين العاديين ، والدائنين التاليين له بالمرتبة ، ويكون له ميزة تتبع المال محل الحق . فالامتياز هنا يتقرر للحق ذاته وليس للدائن به على عكس التأمينات العينية الاخرى كالرهن التأميني والرهن الحيازي ، إذ يكون الامتياز للدائن وليس للحق ^(٤). والقانون هو الذي يتولى تحديد الحقوق التي تنتم بصفة ممتازة ، لذا لا نجد حقوق امتياز تترتب بموجب اتفاق ^(٥) ، وعند تقرير حق الامتياز من المشرع ، تملي الاعتبارات التي بموجبها تفضل بعض الديون على غيرها في المرتبة ، فالنسبة للبائع فد اضى المشرع ، على دين الثمن لاعتبارات تتعلق بالعدالة التي تقضي ان يتقدم حق البائع من ثمن الشيء المبيع فهو الذي

(١) د.سمير تناغو ، التأمينات الشخصية والعينية ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، ١٩٩٦، ص ٣٤٤.

(٢) د.محمد طه البشير و د.غني حسون طه ، مصدر سابق ، ص ٦٠٩.

(٣) انظر :- المادة ١٣٦١ من القانون المدني العراقي والمادة ١١٣٠ من القانون المدني المصري و المادة ٢١٠٢ من القانون المدني الفرنسي (ملغاة).

(٤) د.سمير تناغو ، التأمينات العينية والشخصية ، مصدر سابق ، ص ٢٨٥ . د.توفيق حسن فرج ، التأمينات الشخصية والعينية ، مؤسسة الثقافة الجامعية ، الاسكندرية ، ١٩٨٤، ص ٢٧٠ . د.محمد كامل مرسي ، مصدر سابق ، ص ٢٧٠.

(٥) د.عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني ، التأمينات الشخصية والعينية ، ج ١٠، دار احياء التراث العربي ، بيروت، ١٩٨٥، ص ٩٢٠.

منح المشتري دخول المبيع في ذمة المشتري دون ان يستوفي حقه من ثم فإن السماح للدائنين بالحصول على حقوقهم من ثمن المبيع ، يعد اثراء على حساب البائع^(١) .

والغرض من امتياز البائع هو تسهيل عقد البيع الاساس في الحياة الاقتصادية بتأمين دفع الثمن الى البائع الذي يقبل تأجيله^(٢)، ويشترط في نشوء حق الامتياز للبائع ، ان يكون هناك عقد بيع صحيح ناقل للملكية ، فلا يثبت الامتياز لبائع ملك الغير ، ولا بائع الاشياء المثلية قبل نقل ملكيتها بالإفراز، ولا بائع المنقول المفرز الذي يحتفظ البائع بملكه الى حين سداد كامل الثمن^(٣)، فان ذلك يمنع ان يصبح المنقول حتى عقارا بالتخصيص طالما انه لم يدفع ثمنه ، ويترتب على ذلك ان مرتهن العقار الذي خصص له هذا المنقول لخدمته لا يمتد رهنه الى هذا المنقول ، ولا ينشأ امتياز للبائع على هذا المنقول طالما انه لا يزال مملوكاً له بسبب عدم والوفاء بكامل الثمن^(٤) .

وحق الامتياز شأنه شأن باقي الحقوق العينية التبعية ، فهو حق لا يقبل التجزئة، فهو يشمل كل المبيع ولو كان الحق المضمون هو جزءاً من الثمن ، وعدم تجزئة حق الامتياز من طبيعة الحق ، ولا يمتد الى مستلزماته فيجوز الاتفاق على عكس ذلك ويخصص جزء من الشيء لوفاء بعض الدين^(٥) ويضمن الامتياز كذلك ملحقات الثمن ، كالمصروفات التي يكون البائع قد انفقها للمطالبة بالثمن والمصروفات التي عجلها لحساب المشتري ، كذلك فوائد الثمن ، التي تستحق للبائع قانوناً^(٦).

ويبقى حق الامتياز قائماً ما ظل المبيع موجوداً دون سداد الثمن من جانب المشتري ، ولكن إذا كان المبيع منقولاً ، تجب لاستمرار الامتياز عليه ، ان يظل محتفظاً بذاتيته ومعالمه الاصلية

(١) د.سمير تناغو ، التأمينات العينية والشخصية ، مصدر سابق ، ص ٣٤٤ . د.ابراهيم الدسوقي ابو الليل ، البيع بالتقسيط والبيوع الائتمانية الاخرى ، مصدر سابق ، ص ١٤٨ .

(٢) د.محمد كامل مرسي ، مصدر سابق ، ص ٣١١ .

(٣) د.سليمان مرقس ، حقوق الامتياز وحقوق الحبس ، المطبعة العالمية و بدون مكان نشر ، ١٩٥٢ ، ص ٥٥٥ .

(٤) د.سليمان مرقس ، التأمينات العينية ، ط ٢ ، دار النشر للجامعات المصرية القاهرة ، ١٩٥٩ ، ص ١١٢ وما بعدها .

(٥) د.عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، ج ١٠ ، مصدر سابق ، ص ٩٢٤ .

(٦) د. ابراهيم الدسوقي ابو الليل ، البيع بالتقسيط والبيوع الائتمانية الاخرى ، مصدر سابق ، ص ١٥٢ .

،فان فقد معالمه المميزة له فقد البائع حق امتياز زوال المحل^(١)، اما إذا لم يفقد ذاتيته رغم تغيره ،فأن الامتياز يظل مثقلا به^(٢).

وتماشيا مع ما تم ذكره فأن هناك تشابه بين امتياز البائع والبيع الائتماني يتمثل بالاتي:-

- ١- أن كليهما ضمانات لحق البائع في استيفاء حقوقه من الثمن من المشتري .
 - ٢- أن كليهما حسب الاصل ضمانات غير قابلة للتجزئة ،فلا حق للمشتري المطالبة بجزء من المبيع مقابل جزء من الثمن الذي تم دفعه ،حتى وان دفع المشتري اغلب الثمن .
 - ٣- ان حق امتياز بائع المنقول وكذلك البيع الائتماني لا يمكن الاحتجاج بهما اتجاه حائز المنقول حسن النية^(٣) .
- وفي هذا الإطار على الرغم التشابه الذي تم عرضه فإنه يوجد العديد من الاختلافات بينهما يتمثل في الآتي :-

- ١- ان امتياز البائع ،لا يخول التقدم بصفة مطلقة على سائر الدائني المشتري ، صحيح انه يتقدم على الدائنين العاديين الا انه يأتي في المرتبة بعد حقوق الامتياز العامة ،مثل امتياز المصروفات القضائية والمبالغ المستحقة للخرينة وامتياز ديون النفقة والمبالغ التي صرفت على المنقول لحفظه والمبالغ المستحقة للخدمة والاجراء ،وهذه المبالغ قد تستغرق اموال المشتري جميعها^(٤) ، في حين أن عقد البيع الائتماني يعطي للبائع الحق في استرداد المبيع من المشتري ويحميه من مزاحمة باقي دائني المشتري ،ايا كانت درجة او نوع ديونهم.
- ٢- حتى يترتب للبائع حق امتياز يشترط ان تنتقل الملكية فعلا الى المشتري ،لذلك لا يثبت حق الامتياز للبائع إذا كان عقد البيع باطلا او بيع ملك الغير او بائع الاشياء المثلية قبل فرزها حتى و أن كان البيع يتضمن شرط الاحتفاظ بالملكية ، خلافا للبيع الائتماني الذي لا تنتقل فيه الملكية كضمان حق البائع في الثمن .

(١) د.سمير تناغو ،التأمينات العينية والشخصية ،مصدر سابق ،ص٣٤٥.

(٢) د. ابراهيم الدسوقي ابو الليل ،البيع بالتقسيط والبيوع الائتمانية الاخرى ،مصدر سابق ،،ص١٥٧.

(٣) انظر المادة ١٣٦٤ من القانون المدني العراقي و المادة ١١٣٠ من القانون المدني المصري .

(٤) د.محمد حسين منصور ، مصدر سابق ، ص٨٤.

٣- ان البائع يفقد حقه بالامتياز على المنقول المبيع في حالة هلاكه ، او تغير معالمه تماماً الى نحو يؤدي الى تحويل ذاتيته واضاعة معالمه ، ويبقى الامتياز إذا كان التغير لا يؤدي الى انعدام ذاتيته ، في حين ان البيع الائتماني في حالة هلاك المبيع وكانت توجد تحت يد المشتري مثليات تشابهها بالطبيعة والنوعية ،يستطع البائع الاسترداد في حدود الدين واجب الدفع^(١).

٤- ان أعمال البائع لحق الامتياز من خلال التنفيذ على المبيع امر يتطلب الكثير من من الجهد والنفقات والمشقة ، خاصة ان المبيع يوجد تحت حيازة المشتري ،مما يتطلب إجراءات تحفظية تفادياً لسوء نية المشتري^(٢) ،في حين أن البيع الائتماني يتيح للبائع اللجوء الى دعوى الاسترداد عندما تتوفر شروطها دون الحاجة الى إجراءات التنفيذ على المبيع .

٥- يفقد امتياز البائع فاعليته في مواجهة حائز المنقول الذي يستند بحيازته بحسن نية ، في حين نجد ان البيع الائتماني يسري في مواجهة الغير كافة .

(١) المادة ٢٣٦٩ القانون المدني الفرنسي (يمكن أن يرد حق الاحتفاظ بالملكية الواقع على المثليات ، على اموال تماثلها بذات الطبيعة والنوعية موجودة تحت يد المدين او لحسابه ، في حدود باقي الدين الواجب الدفع)

(٢) د.محمد حسين منصور ، مصدر سابق ، ص ٨٥.

الفصل الثاني

الاحكام القانونية المترتبة على البيوع الائتمانية

تتطوي على البيوع الائتمانية قدراً من المخاطر ،فالانتمان يقوم على ركنين جوهريين هما الزمن والثقة ،فالانتمان يتجه صوب المستقبل ويرتبط بضمان حصول الدائن على حقه وعلى مدى الثقة بأن المدين سيقوم بالوفاء في موعد الاستحقاق ،بيد أن تلك الثقة قد لا تفي وحدها بالغرض المقصود ،وهو تحقيق الضمان الفعال للبائع في استيفاء حقه ومن هنا يأتي دور الائتمان الذي اساسه ابقاء ملكية المبيع بتوفير هذا الضمان المطلوب ،وفعالية هذا الضمان يكون في حالة سكون قبل حلول موعد استحقاق الثمن للبائع ،اما إذا حل ميعاد الاستحقاق وتخلف المشتري عن الثمن ،يتحرك الضمان الذي يوفره الائتمان .

فأورد المشرع العراقي فضلاً عن المشرع المصري صورتين للبيوع الائتمانية (الاحتفاظ بالملكية و البيع الايجاري) فأساس كلا التصرفين هو توظيف الملكية كضمان ،ويرى الفقه الغالب ان البيع الايجاري لا يعدو ان يكون عقداً سورياً اخفى وضعاً ظاهراً اراد المتعاقدان اخفاء العقد الاصلي وهو البيع كضمان لتلافي خطر افلاس المشتري فالغاية من هذا العقد هو البيع ،لذلك كثير من الفقه يستعمل معنى آخر للبيع الايجاري وهو الإيجار الساتر لعقد البيع⁽¹⁾، لذلك ينكر بعض الفقه عقد البيع الايجاري ويبررون بالقول أنّ هناك صعوبة فنية تحول دون الأخذ بهذه التكييف ،فالصعوبة تكون بعدم معقولية وصف العقد بيعاً وإيجاراً في الوقت ذاته ،نظراً لاختلاف طبيعة كل من العقدين، اما من ناحية اخرى ،فهذه الطبيعة تؤدي الى وجود عقد بيع بدون ثمن ،إذ ان فسخ العقد لعدم الوفاء بالأقساط مثلاً فان الفسخ ليس له اثر رجعي في عقد الايجار ،وعليه فإن المدة ما بين إبرام العقد والوفاء بالأقساط تعد فترة ايجار ويعتبر الثمن المدفوع في مقابل الانتفاع بالشيء اجرة لهذا فإذا انتهت العملية بالبيع فإنه لم يكن هنالك ثمن للمبيع⁽²⁾ . لذلك قيل في تبرير هذا التكييف ان استعمال الشيء يؤدي الى انقضاء عمره الاقتصادي ،ولما كانت السلع تلبى الحاجات الاقتصادية فإنه يجب الاخذ بهذا الاعتبار ،إذ أنّ البيع الايجاري حتى في حال عدم سداد المشتري للثمن واستعماله خيار الشراء ،يؤدي الى انتقاص قيمته الاقتصادية فهذا التصرف قد لا يسمح بإعادة بيعه أو إيجاره لانقضاء عمره الاقتصادي فيؤدي الى انتقاص جوهر هذا الشيء⁽³⁾.

وعلى ضوء ذلك نجد أن المشرع العراقي فضلاً عن المشرع المصري ،حسم ،هذا الخلاف بالنص على تطبيق حكم عقد البيع على البيع الايجاري⁽⁴⁾ ،لذلك فلا يصح القول بوجود الايجار ابتداء وبيع انتهاء او بوجود الايجار معلقاً على شرط فاسخ وبيع معلق على شرط واقف ،وانما يعد البيع الايجاري ،بأنه بيع ابتداء وبيع انتهاء وان علق فيه انتقال الملكية حتى سداد كامل الثمن ،فالبيع الايجاري هو بيع مع الاحتفاظ بالملكية حتى سداد كامل الثمن ، فالغرض الاساسي من هذا البيع هو توظيف الملكية كضمان من خلال تأجيل الثمن من جهة وتعليق انتقال الملكية على هذا الوفاء من جهة اخرى ،وبالوفاء بالثمن تنتقل الملكية بأثر رجعي اي منذ ابرام العقد ، لذلك فإن مقصد أطراف العقد هو بيع لا ايجار فالمعتبر في العقود هو القصد ونية المتعاقدين التي تتضح من معاني الالفاظ ،فالعبارة بما اضمّر لا بما اظهر⁽⁵⁾.

(1) د.عبد الرزاق السنهوري ،الوسيط في شرح القانون المدني، ج٤ ،مصدر سابق، ص١٧٠.د.عباس الصراف ،مصدر سابق ،ص٧٦.

(2) د.اسماعيل غانم ،الوجيز في عقد البيع ،مكتبة عبد الله وهبة ،القاهرة ،١٩٦٣، ص٣٧.

(3) د.هاني محمد دويدار ،النظام القانوني للتأجير التمويلي، ط٢، مكتبة الاشعاع القانونية ،الاسكندرية ،١٩٩٨، ص٦٢٣.

(4) المادة ٤٣٠ / ٤ من القانون المدني المصري ،والمادة ٤/٥٣٤ من القانون المدني العراقي .

(5) انظر : المادة 155 من القانون المدني العراقي (العبارة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني).

ويعد الائتمان الذي اساسه يتراخى انتقال الملكية كضمان اتفاقي يدرج في العقد و يرتب اثاراً قانونية بالنسبة لكل من المتعاقدين ،كما يتولد عنه أثار أخرى تسري في مواجهة الغير كالمصرف اليه ودائني المشتري ،فأنا سنقتصر على بيان الاثار العامة لهذا البند ،الذي يحتفظ البائع بمقتضاه بملكية المبيع حتى يقوم المشتري بسداد أقساط الثمن ،في مواجهة كل من المتعاقدين من ناحية ،ثم بيان مدى امكانية الاحتجاج بهذا البند في مواجهة الغير ،بيد ان تحديد الاثار القانونية للبيع الائتماني يقتضي بيان الطبيعة التي يضيفها القانون على هذا الاتفاق ، إذ أثارت الطبيعة القانونية للاتفاق الذي يحتفظ به البائع بملكية المبيع خلافاً كبيراً بين القضاء والفقه فقد ترددت آراء الفقهاء لأكثر من اتجاه، لذلك سنقسم هذا الفصل على مبحثين ،نبحث في الاول عن الطبيعة القانونية للاحتفاظ بالملكية ،ونتناول في الثاني الأثار المترتبة على البيوع الائتمانية .

المبحث الاول

الطبيعة القانونية للاحتفاظ بالملكية

أنّ لتحديد الطبيعة القانونية لاحتفاظ البائع بملكية المبيع أهمية بالغة ، ويعود سبب ذلك الى أن هذه المسألة تنسم بالغموض وتعدد وجهات النظر والآراء والاتجاهات ،وفي سبيل تحديد طبيعة هذا التصرف القانوني، وادخاله التصرف المذكور داخل إطار أحد التصرفات القانونية ، وسنعرض أهم الآراء التي كيفت الاحتفاظ بالملكية ،فمنهم من اعتبارها وصفا للالتزام ومنهم من اعتبارها ذو طبيعة مختلفة واخرون من يراها ضماناً . وعلى هذا الاساس سوف نقسم هذا المبحث على مطلبين نبحث :-

المطلب الاول :- الاحتفاظ بالملكية وصفاً .

المطلب الثاني :- الطبيعة المختلفة للاحتفاظ بالملكية .

المطلب الاول

الاحتفاظ بالملكية وصفاً .

اختلفت الاتجاهات في هذا التكييف بين فكرتي الشرط والأجل ،فذهب البعض الى عده بيعاً مقترناً بأجل ، في حين ذهب الاتجاه الثاني الى التعدد في فكرة الشرط فنقسم منهم على اعتباره شرطاً واقف وذهب القسم الاخر على عده شرطاً فاسخاً . إذ ترددت الاتجاهات الفقهية والقضائية في تحديد هذه الطبيعة ، ويعود سبب ذلك الى الاثار التي يرتبها البيع مع الاحتفاظ بالملكية ، واختلافه عن التصرفات القانونية الاخرى ، لذلك سنقسم هذا المطلب على عدة فروع :-

الفرع الاول :- الاحتفاظ بالملكية شرط واقف .

الفرع الثاني :- الاحتفاظ بالملكية شرط فاسخ .

الفرع الثالث :- نقل الملكية معلقاً على شرط واقف .

الفرع الرابع :- الاحتفاظ بالملكية أجل .

الفرع الاول

الاحتفاظ بالملكية شرط واقف

الفصل الثاني : النتائج القانونية المترتبة على البيوع الائتمانية

يذهب هذا الرأي أن البيع مع الاحتفاظ بالملكية هو بيع معلق على شرط واقف يتمثل في وفاء المشتري للثمن ، فشرط الوفاء بالثمن هو الشرط الواقف ، ويتوقف على تحققه نفاذ العقد و انتقال ملكيته الى المشتري ، ويبقى البائع قبل تحقق الشرط مالكا للمبيع ، ولا تنتقل الملكية الى المشتري حتى سداد كامل الثمن⁽¹⁾ .

اتجه القضاء الفرنسي في الوهلة الاولى الى تكييف طبيعة الاحتفاظ بالملكية الى شرط واقف يرد على العقد ، أي أن الشرط الواقف هنا يؤثر على العقد برمته⁽²⁾، إلا أن محكمة النقض الفرنسية ، قد قربت شرط الاحتفاظ بالملكية من الشرط الفاسخ ، دون أن تصل الى حد تشبيه نظامه القانوني بهذا الاخير⁽³⁾ . لكن صدر قرار من محكمة Colmar في ١٤ أكتوبر ١٩٧٧ ، في قضية Mecarex، وتم نقضه من الدائرة التجارية لمحكمة النقض الفرنسية، في ٢٩ نوفمبر ١٩٧٩ ، وقد قررت محكمة النقض الفرنسية أن محكمة (كولمار)، قد مسخت طبيعة الاحتفاظ بالملكية ، والذي كان ينص بصورة محددة ، على أن نقل الملكية موقفاً حتى سداد كامل الثمن⁽⁴⁾ .

وسار المشرع الفرنسي على المنوال نفسه في تكييف الاحتفاظ بالملكية على عده شرطاً واقفاً ، بعد صدور قانون ١٢ مايو ١٩٨٠ ونظم بموجب هذا القانون آثار الاحتفاظ بالملكية بالنسبة للغير ، ونصت المادة الاولى منه (وقف نقل الملكية الى ان يتم الوفاء بكامل الثمن) وبذلك جسدت هذه المادة موقف محكمة النقض في قضية (كولمار)⁽⁵⁾ .

ونلتمس مما تقدم ان الفائدة التي جاء بها قانون ١٢ مايو ١٩٨٠ قد تكفل في بيان تكييف الطبيعة للاحتفاظ بالملكية ، التي توقف نقل الملكية مع استبعاد الشرط الفاسخ في حالة عدم وفاء المشتري للثمن ، وهذا بدوره يبين ان الملكية مملوكة على الرغم من انتقال الحيازة الى المشتري الا أنها تبقى مملوكة للبائع .

ويترتب على هذا التكييف ان تبعة هلاك الشيء المبيع تبقى على عاتق البائع ، بموجب القواعد العامة التي تقضي ان تبعة الهلاك تنتقل مع الملكية⁽⁶⁾ ، واستنادا الى الطبيعة التي جاء بها قانون 12 مايو 1980 أن الملكية لا تزال تحت ملك البائع لذلك يتحمل تبعة الهلاك ، لذلك يكون من مصلحة البائع ان يكمل الاحتفاظ بالملكية بشرط صريح يخالف القواعد التي تتعلق بهلاك الشيء على مالكه ، والتي

(1) د. محمد حسين منصور ، مصدر سابق ، ص ٢٩٥

(2) V Toulouse 19 oct. 1960. D. 1962 p. 96 note Breau, Paris, 3 juil 1968. J.C.P. 69 II, 13820 note Guérin

نقلاً عن د. نبيل ابراهيم سعد ، الملكية كوسيلة للضمان ، مصدر سابق ص ٢٩ .

(3) V.E.SCHULZE, La clause de reserve de propriete eu droit civil et international prive franco-allemand, compare, these, paris, 1958. (dacty) p.239.

نقلاً عن د. صبري حمد خاطر ، الاحتفاظ بالملكية (دراسة تأصيلية في عقد البيع)، بحث منشور في مجلة جامعة النهرين ، المجلد الرابع ، العدد الخامس ، ٢٠٠٠ ، ص ١٠٢ .

(4) Bul, Civ, IV, no.300, p. 337. p. 166. obs. J. Hemard, obs. D. Von. Breitenstein, la clause de réserve de propriété et le risque d'une perte fortuite de la chose vendur, C.P.81 II. n.J. Ghestin.

نقلاً عن د. نبيل ابراهيم سعد ، الضمانات غير المسماة في القانون الخاص ، مصدر سابق ، ص ١٨٤ .

(5) د. محمد حسين منصور ، مصدر سابق ، ص 339.

(6) انظر :- المادة ١٣٠٤ | 6 من القانون المدني الفرنسي (.... إن الشيء موضوع الالتزام يبقى رغم ذلك خاضعاً لمخاطر المدين ، الذي يحتفظ بالإدارة وبحق الثمار إلى أن يتحقق الشرط).

الفصل الثاني : النتائج القانونية المترتبة على البيوع الائتمانية

تعد من حسن حظه مجرد قاعدة مكملة⁽¹⁾ . ويرى جانب من الفقه² أن تعديل القواعد المنظمة لتبعية الهلاك بموجب الاتفاق رأي غير سليم ، إذ أنّ القانون المدني الفرنسي جعل تبعية الهلاك منوطة بانتقال الملكية وهذا الامر من النظام العام ، ولا يجوز الاتفاق على خلافه.

وتعرض هذا التكييف الى نقد شديد ويتمثل بالاتي:-

١- ان تكييف الاحتفاظ بالملكية على انه شرط واقف ، يصعب من خلاله تفسير التزام البائع بتسليم المبيع ، إذ ان القواعد العامة لا ترتب التزاماً على عاتق البائع بالتسليم إذا لم يقبض كامل الثمن من جانب المشتري⁽³⁾ والعقد المعلق على شرط واقف لا يرتب اي اثر الا عند تحقق الشرط ، وهذا ما اكده القانون المدني الفرنسي إذ نص (..... أن الشيء موضع الالتزام يبقى على الرغم من ذلك خاضعاً لإرادة المدين الذي يحتفظ بالإدارة وبحق الثمار الى ان يتحقق الشرط) .

٢- لا يمكن القول إن عدم تنفيذ احد اطراف العقد للالتزامات يعد في الوقت ذاته شرطاً واقفاً لانعقاد العقد ، إذ يستطيع الطرف الآخر الدفع بعدم التنفيذ ويمتنع بدوره عن تنفيذ التزاماته كذلك ، وبهذا يكون تنفيذ التزامات العقد خاضعاً لشرط ارادي محض⁽⁴⁾ ، وهذا الامر لا يمكن ان يجيزه القانون⁽⁵⁾ .

٢- انّ الأخذ بهذا التكييف ، في ظل الرأي الذي يعتبر ، ان تبعية الهلاك تنتقل مع الملكية وهي من النظام العام ، الى تحمل البائع تبعية الهلاك ، إذ ان القانون المدني الفرنسي ربط تبعية الهلاك بنقل الملكية⁽⁶⁾ ، لذلك ليس من العدل ان يحوز المشتري المبيع ، وتقع تبعية هلاكه اعلى البائع ، وهذا التكييف يتنافى مع القانون الطبيعي ، وقواعد العدالة ، وكان من المناسب لو تم ربط تبعية الهلاك بالتسليم .

٣- لا يمكن الاخذ بهذا الرأي ، إذ لا يمكن القول بأن الوفاء بالثمن هو الالتزام الرئيس في عقد البيع ، يعد شرطاً لانعقاده ، إذ لو كان التزام المشتري بسداد الثمن غير مؤكد لما ابرم عقد البيع ، ولا يمكن اختيار احد الالتزامات الرئيسة لعقد البيع ليكون شرطاً لنفاذ العقد⁽⁷⁾ ، لان العقد يبرم قبل ترتيب الالتزامات على عاتق الطرفين ، فالشرط الواقف لدفع الثمن ليس عنصر من عناصر عقد البيع ، فدفع الثمن أثراً من آثار عقد البيع⁽⁸⁾ ،

ويرى الباحث أن تكييف الاحتفاظ بالملكية على انه شرط واقف حسب توجه الفقه والقضاء الفرنسي ، و تكييف محل نظر فهذا لا ينسجم مع ما يقصده البائع لضمان حقه ، إذ لا يمكن ان يتم ربط التزامات احد الطرفين ، شرطاً لانعقاد العقد ، كذلك ان التشريع الفرنسي يربط تبعية الهلاك مع نقل الملكية ، لذلك يكون من الطبيعي فإن مصلحة البائع تقتضي ان يكمل بند الاحتفاظ بالملكية بشرط صريح يخالف قاعدة هلاك الشيء على مالكه ، اضعف الى أن هذا التكييف يعجز ان تفسير اساس حيازة المشتري للمبيع ذلك لأنه لا يوجد اي التزام بالتسليم الا إذا تحقق الشرط الواقف الذي علق عليه عقد البيع ، وتعزيزاً الى ما تم ذكره فإن التعديل الذي جاء به التشريع الفرنسي عام ٢٠١٦ ان العقد المعلق على

(1) د.نبيل ابراهيم سعد ، الضمانات غير المسماة في القانون الخاص ، مصدر سابق ، ص ١٨٤ .- د.ابراهيم الدسوقي ابو الليل ، البيع بالتقسيط والبيوع الائتمانية الاخرى ، مصدر سابق ، ص ٢٨٤ .

2 د.صبري حمد خاطر ، مصدر سابق ، ص ١٠١ .

(3) انظر :- المادة ١٦١٢ من القانون المدني الفرنسي (ان البائع غير ملزم بتسليم الشيء المبيع إذا لم يدفع المشتري الثمن ولم يمنح مهلة للسداد)

(4) استاذنا د.هادي حسين الكعبي ، مصدر سابق ، ص ٥٢ .

(5) انظر :- المادة ١٣٠٤ من القانون المدني الفرنسي والمادة ٢٦٧ من القانون المدني المصري .

(6) انظر :- المادة ١١٩٦ من القانون المدني الفرنسي .

(7) د.محمد حسين منصور ، مصدر سابق ، ص ٢٩٧ .

(8) د.السنهوري ، ج ٣ ، مصدر سابق ، ص ٢٣ .

شرط واقف لا يرتب اثاره عند تحقق الشرط الأثر الرجعي الا إذا وجد اتفاق صريح يقضي على خلاف ذلك⁽¹⁾، وتكريساً لما تم ذكره حتى يضمن البائع حقوقه في التشريع الفرنسي فلا بد ان يدرج في العقد بالإضافة الى الاحتفاظ بالملكية، الى شرط ينقل تبعة الهلاك على المشتري، وحتى يضمن هذا الاخير اكتساب الملكية من تاريخ الانعقاد لابد ان يرد شرط صريح يخالف القواعد العامة ان المشتري يملك المبيع من وقت تحقق الشرط.

اما على مستوى التشريع المصري إذ نصت المادة ٤٣٠ في فقرتها الاولى على أنه (إذا كان البيع مؤجل الثمن، جاز للبائع ان يشترط ان يكون نقل الملكية الى المشتري موقوفاً على استيفاء الثمن كله، ولو تم تسليم المبيع)، وذهب جانب من الفقه⁽²⁾ الى تفسير نص المادة الى ان الاحتفاظ بالملكية المبيع، يعتبر بيعاً معلقاً على شرط واقف، وهو وفاء المشتري للثمن، ويبقى البائع محتفظاً بالملكية المبيع حتى استيفاء كامل الثمن من جانب المشتري، وترتب على هذا السداد هو سريان الأثر الرجعي لتملك المشتري المبيع منذ ابرام العقد، وجاء تفسير الفقه المصري الى أن نص المادة ٤٣٠ جاء قاطعاً الى ان الاحتفاظ بالملكية شرطاً واقفاً، ويذهب البعض الى انه لا يمكن القول انّ وفاء الثمن هو الالتزام الرئيس و ناتج من عقد البيع والذي يعد شرطاً لانعقاده، وبهذا التكييف يؤدي الى تناقض و مسخ ارادة الطرفين، في تحصين البائع ضد عدم التنفيذ، ولا يمكن اختيار احد التزامات الطرفين هو الوفاء بالثمن شرطاً لانعقاده⁽³⁾، لأن سداد الثمن من جانب المشتري ليس أمراً عارضاً بموجب الشرط الواقف.

ويترتب على هذا التكييف نتيجتين الاولى :- مفادها أن المشتري لو تصرف في المبيع إذا كان منقولاً، تصرفاً باتاً لمشتري ثان حسن النية لا يعلم ان الملكية معلقة على شرط، فقد تملكه المشتري الثاني بموجب قاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية، ولا يعتبر تصرف المشتري الاول بيعاً لملك الغير، وهذا من استثناءات بيع ملك الغير⁽⁴⁾، اما الثانية :- ففي حالة افلاس المشتري ولا يزال الشرط معلقاً، فالمالك الحقيقي للمبيع يزاحم الدائنين العاديين للمشتري الاول بصفته دائن عادي، فلا يستطيع البائع استرداد المبيع من أمين التفليسة⁽⁵⁾.

اما موقف القانون المدني العراقي إذ نصت المادة ٥٣٤ من القانون المدني العراقي على (إذا كان البيع مؤجل الثمن جاز للبائع ان يحتفظ بالملكية الى ان يستوفي الثمن كله، حتى لو تم تسليم المبيع) فذهبت محكمة التمييز العراقية الى انه (إذا اشترط ان الدار لا تسجل الا بعد دفع جميع الاقساط فإن نقل الملكية يكون معلقاً على شرط واقف وهو سداد الثمن)⁽⁶⁾، سار الفقه العراقي⁽⁷⁾، في هذا الاتجاه ايضاً،

(1) انظر :- المادة ١٣٠٤/6 من القانون المدني الفرنسي (...ان الالتزام يصبح محضاً او بسيطاً من تاريخ تحقق الشرط، الا ان العاقدین يستطيعون الاتفاق على ان يكون للشرط الواقف، اثر رجعي من تاريخ ابرام العقد).

(2) د. السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج٤، مصدر سابق، ص١٧٣. - د. انور سلطان، مصدر سابق، ص٢٩. د. جميل الشراوي، شرح العقود المدنية، البيع والمقايضة، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٦٧، ص١٣٧. د. جمال الدين العطيبي، التقنين المدني المصري، ج٣، البيع، دار النشر للجامعات المصرية، القاهرة، ١٩٤٩، ص٢٧. د. رمضان ابو السعود، دروس في القانون المدني المصري واللبناني، الدار الجامعية، بيروت، بدون سنة طبع، ص١٧.

(3) د. محمد حسين منصور، مصدر سابق، ص٢٩٧.

(4) د. سليمان مرقس، مصدر سابق، ص٥٠٩.

(5) د. السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج٤، ص١٨١.

(6) رقم الطعن ٣٨١/ح/١٩٦٨ في ١٩٧٠/٥/٢٣، منشور في مجلة القضاء، تصدر عن وزارة العدل العراقية، العدد ٣، السنة ٢٥، ١٩٧٠، ص٢٤٣.

(7) د. حسن علي ذنون، شرح القانون المدني العراقي، العقود المسماة مصدر سابق، ص١٢٥. د. عباس الصراف، شرح عقدي البيع والايجار في القانون المدني العراقي، مطبعة الاهالي، بغداد، ١٩٦٥، ص١٣٢. د. جعفر الفضلي، الوجيز في العقود المدنية، مطبعة التعليم العالي، الموصل، ١٩٧٠، ص٣٦. د. عصمت عبد المجيد بكر، الوجيز في العقود المدنية المسماة البيع والايجار، ط١، مكتبة زين الحقوقية، بيروت، ٢٠١٥، ص٢٠٠.

واعتبر الاحتفاظ بالملكية، بيع معلق على شرط واقف، إذ ان الملكية تبقى معلقة حتى وفاء المشتري للثمن، فهي غير منجزة، وهو بيع صحيح يجب اكمال الشرط حتى لو تم تسليم المبيع .

ورأي الفقه العراقي محل نظر إذ ان المادة ٥٣٤ من القانون المدني جاءت خالية من اعتبار الاحتفاظ بالملكية شرطاً، إذ أنها خالفت المادة ٤٣٠ من القانون المدني المصري التي جاءت صريحة في اشتراط البائع الاحتفاظ بالملكية .

ونلاحظ أن تكييف الاحتفاظ بالملكية في التشريع المصري يقترب من التشريع العراقي الا ان كليهما تعرضا لنقد شديد يتمثل بالآتي :-

١- انّ الشرط بموجب تعريفه حسب التشريع العراقي هو امر عارض، وهذا لا ينطبق على الاحتفاظ بالملكية لأن دفع الثمن من جانب المشتري هو ليس امراً عارضاً بل هو اثر متولد عن عقد البيع ذاته كذلك أن الشرط الواقف هو امر مستقبلي، يتعلق عليه نشوء الالتزام، ولا يمكن اعتبار واقعة انتقال الملكية او دفع الثمن امراً، مستقبلاً محتمل الوقوع لان الملكية ليس لها وجود واقعي، بل تتمثل بالخصائص التي تخولها (الاستعمال، الاستغلال، التصرف) ، كما ان المشرع العراقي لو كان يقصد أن العقد معلق على شرط واقف ما كان لينص على فكرة الأثر الرجعي لانتقال الملكية، لان هذا الوصف يلحق بالأحكام العامة للشرط الواقف^(١) .

٢- أن الغاية التي يستند عليه عقد البيع، هو نقل الملكية، فإذا كان البيع معلقاً على شرط واقف، أي على امر غير محقق الوقوع فان طبيعة العقد تكون محل شك، هل هو بيع ام لا، لذا لا يكون انتقال الملكية قائماً على احتمال^(٢)، كما أن القول بأن انتقال الملكية التزام هو امر يبقى محل ريب إذ ان الاتجاه الراجح أن الملكية تنتقل بحكم العقد وليس التزاماً للقيام بعمل او الامتناع عنه^(٣).

٣- انّ واقعة دفع الثمن من جانب المشتري، منوطة بأرادته هذا الاخير، ان شاء فعل او امتنع، وبهذا يعلق هذا الالتزام على بارادة المدين بدفع الثمن، وهذا الواقع لا ينسجم مع احكام الشرط^(٤) .

٤- انّ هذا التفسير يتسم بتبسيط الأمور، ويجرد الاحتفاظ بالملكية من كل قيمة، وبالتالي يجرد الضمان الذي يبيغيه البائع من خلال تضمين عقد البيع بالشرط الواقف، مما يخالف قصد المتعاقدين^(٥) .

ويرى الباحث أنه لا يمكن تطبيق فكرة الشرط الواقف على الاحتفاظ بالملكية، وذلك للاعتبارات الآتية :-

١- تنص المادة ٢٨٦ من القانون المدني العراقي على (.... ويشترط لصحة التعليق ان يكون مدلول فعل الشرط معدوماً على خطر الوجود لا محققاً ولا مستحيلاً) . وكما نرى ان مسالة دفع الثمن من عدمه متوقفة على إرادة المشتري أن شاء دفع وان شاء امتنع عن ذلك، وبالتالي فإن تعليق الشرط الواقف على ارادة المدين المحضة لا يتفق مع احكام القانون، ويعتبر شرطاً باطلاً ولا يقوم الالتزام اصلاً .

٢- ونجد أن الأثر المترتب في حالة تقاعس دفع المشتري للثمن^(٦)، في البيع مع الاحتفاظ بالملكية، هو استرداد المبيع، وبالرجوع الى نص المادة ٥٣٤ / ٢ من القانون المدني العراقي نجد ان حكم تخلف

(١) د. هادي حسين الكعبي، مصدر سابق، ص 51.

(٢) د. صبري حمد خاطر، مصدر سابق ص ١٠٦.

(٣) د. غني حسون طه، التعهد بنقل ملكية عقار وفق المادة ١١٢٧ من القانون المدني العراقي، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية والسياسية، بغداد، العدد الخاص، ١٩٨٤، ص ١٢٨ - ١٣١.

(٤) د. هادي حسين الكعبي، مصدر سابق، ص 52.

(٥) د. نبيل ابراهيم سعد، الملكية كوسيلة للضمان، مصدر سابق، ص ٢٣.

(٦) المادة ٢٣٧١ (يمكن للدائن المطالبة بإعادة المال لاسترداد حق التصرف به في حال التخلف عن التسديد الكامل للدين عند استحقاقه).

المشتري عن تنفيذ التزامه بدفع الثمن ،يترتب عليه فسخ الرابطة العقدية ، ولو كان قصد المشرع العراقي جعل الاحتفاظ بالملكية شرطاً واقعاً لما كان بحاجة الى إعادة النص على الفسخ في هذه المادة ، على انه في حالة عدم تحقق الشرط الواقف ،يزول الالتزام بقوة القانون طبقاً للأحكام المقررة للشرط .

٣- لو كان قصد المشرع العراقي أن الاحتفاظ بالملكية شرط واقف ، لما نص في الفقرة ٣ من المادة ٥٣٤ على تملك المشتري المبيع بأثر رجعي ، بنصها (وإذا سددت الاقساط جميعاً انتقلت ملكية المبيع الى المشتري من وقت البيع، الا إذا وجد اتفاق على غير ذلك) ، ولترك ذلك للقواعد العامة المنظمة للشرط في القانون المدني إذ تنص المادة ٢٩٠ (إذا تحقق الشرط واقفاً كان او فاسخاً استند اثره الى الوقت الذي تم فيه العقد الا إذا تبين من إرادة المتعاقدين أو من طبيعة العقد ان وجود الالتزام او زواله يكون في الوقت الذي تحقق فيه الشرط) . وفي هذا الصدد نقول إن الاحتفاظ بالملكية ليس شرطاً واقعاً كوصف للالتزام لعدم توفر شروطه في الشرط.

الفرع الثاني

الاحتفاظ بالملكية شرط فاسخ

ومضمون هذا التكييف ،أن الاحتفاظ بالملكية هو بيع معلق على شرط فاسخ ،وهو عدم وفاء المشتري للثمن ،في الوقت المتفق عليه وتنتقل ملكية المبيع طبقاً للقواعد العامة الى المشتري ،معلقة على شرط فاسخ منذ انعقاد عقد البيع^(١) .

وبموجب الشرط الفاسخ يملك المشتري المبيع ،الاً أن حقه هذا مهدد بالزوال ،ويستطيع المشتري التصرف بالمبيع تحت هذا الوصف ،وفي حالة عدم سداد المشتري للثمن ،يزول عقد البيع بأثر رجعي وبحكم القانون ،وتعود الملكية التي انتقلت الى المشتري بأثر رجعي الى البائع ،بمجرد تحقق الشرط^(٢) .

وكان هذا الرأي الراجح من الفقه الفرنسي قبل صدور قانون ١٢ مايو ١٩٨٠^(٣) ،وسار القضاء الاتجاه نفسه ايضاً^(٤) ، واعتبر القضاء الفرنسي الاحتفاظ بالملكية شرطاً فاسخ من نوع خاص ، لأن الاحكام التي تنطبق على الاحتفاظ بالملكية لا تنطبق عليه ،ألاً فيما يتعلق بسلطات المشتري على المبيع ، من خلال استعمال واستغلال الشيء^(٥) ، كذلك فان تكييف الاحتفاظ بالملكية على انه بيع معلق على شرط فاسخ ،يمكن البائع في حالة تخلف الشرط من استرداد المبيع ،هو الحكم ذاته المترتب في حالة افلاس المشتري بموجب المادة ٦١ من قانون ١٣ يوليو ١٩٦٧ ، المتعلقة بالشرط الفاسخ الذي يتحقق قبل الحكم بالإفلاس ، و التي تمنح البائع الحق في استرداد المبيع من الدخول كالضمان العام في اموال للمشتري المفلس^(٦) . واستناد الى هذا التكييف الذي يعني ان الملكية تنتقل الى المشتري حال العقد ،ويعتبر بذلك مالكا وفي حالة تخلف المشتري عن دفع الثمن ،فيتحقق بذلك الشرط الفاسخ ،وبذلك يعود البائع مالكا للمبيع ،وبذلك نكون امام نقل الملكية في اكثر من مرة ،الاولى عندما تنتقل الى المشتري حال انعقاد العقد ،والثانية في حالة تخلف المشتري عن دفع الثمن ،فيتحقق الشرط وينفسخ العقد وبذلك تعود الملكية

(١) نظر :-المادة ١٣٠٤ من القانون المدني الفرنسي و المواد ٢٦٩-٢٧٠ من القانون المدني المصري و المواد ٢٨٩-٢٩٠ من القانون المدني العراقي .

(٢) د.عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني ،ج٤، مصدر سابق ص173.

(٣) د.محمد حسين منصور ،مصدر سابق ،ص٣٠٢.

(٤) Civ. 22 oct. 1934.1.151 note J.Vandamme, S. 1935. 1.337, note Esmein Amiens 10 jan. 1974, D. 1974, D.1974.363, R.T.D. Com. 1975.166, obs.J. Hémar-T.G. inst. Valenciennes 30 nov. 1956. Gaz.Pal. 1957.1.461.

(٥) د.نبيل ابراهيم سعد ،الملكية كوسيلة للضمان ،مصدر سابق ،ص٢٩.

(٦) د.ابراهيم الدسوقي ابو الليل، البيع بالتقسيط والبيوع الائتمانية الاخرى ،مصدر سابق هامش ص٢٩٨.

الى البائع⁽¹⁾. وبهذا التكييف تنتقل الملكية الى المشتري ، ويستطيع من خلال حيازتها من القيام بكافة التصرفات من استعمال واستغلال وتصرف بوصفه مالكا ، الا أن ملكيته مهددة بالزوال ، وايضا يتحمل بدوره تبعة الهلاك على اعتبار انه الحائز والمالك في نفس الوقت .

وعلى الرغم من الادلة التي طرحت بشأن هذا التكييف خصوصا فيما يتعلق بتفسير السلطات الممنوحة الى المشتري على المبيع ، الا ان بعض الفقه⁽²⁾ ، يرى ان هذا التكييف لا ينسجم مع حرية الارادة في التعاقد ، إذ ان اشتراط البائع الاحتفاظ بملكية المبيع ، هو لضمان حقوقه بالثمن وللمنع المشتري من القيام بالتصرف بالشيء ، إذ ان الملكية تبقى للبائع ولا تنتقل الى المشتري حتى يتم الوفاء بالثمن لذلك لا يمكن عد الاحتفاظ بالملكية شرطا فاسخا ، للاختلاف الواضح بين الاحتفاظ بالملكية التي لاتزال تحت ملك البائع حتى يتمكن من خلالها من إجبار المشتري على سداد الثمن ، وبين الشرط الفاسخ الذي ينقل الملكية الى المشتري بصورة مالك ، ويستطيع من خلالها التصرف في الشيء .

ويرى الباحث أن هذا الطبيعة ، لا تتفق مع ارادة الاطراف ولا مع مقصد المشرع ، وذلك لان نقل الملكية يكون موقفاً طبقاً للاتفاق الصريح ، والنص القانوني على استيفاء الثمن ، كذلك لا يمكن القول ان احد الالتزامات الرئيسة للعقد يكون في الوقت نفسه شرطاً لانعقاده ، لذلك فإن عد الاحتفاظ بالملكية شرطاً فاسخاً لا يتلاءم مع مقصد العقدين ، لأن هذا التكييف ليس من شأنه حفظ الملكية بل نقلها للمشتري ثم اعادة نقلها للبائع في حالة الفسخ .

وذهب البعض الى ان الاحتفاظ بملكية المبيع ، هو عقد بيع غير بات معلق على شرط واقف ، وهو وفاء المشتري بالثمن في الوقت المحدد وتنتقل ملكية المبيع معلقة على شرط واقف الى المشتري ، وتبقى ملكية المبيع معلقة على شرط فاسخ ، وكل من الشرطين هما حدث واحد ، الغاية منهما هو الوفاء بالثمن من جانب المشتري في الزمن المحدد المتفق عليه . فإذا تحقق الشرط الواقف انتقلت الملكية بأثر رجعي الى المشتري ، ويتحقق في الوقت ذاته الشرط الفاسخ وتزول الملكية عن البائع بأثر رجعي كذلك⁽³⁾. إلا أن هذا الرأي لا يسلم من الانتقاد إذ ذهب البعض الى ان إدراج الشرط الفاسخ والواقف في حادثة واحدة هو امر مستحيل ، لأنه يجمع بين أمرين متناقضين ، بالإضافة الى ان الأحكام والاثار القانونية المترتبة على كليهما متباينة ومتناقضة⁽⁴⁾. اضعف الى ذلك كيف يتصور ان يكون المشتري مالكا والملكية معلقة على شرط واقف ، على الرغم ان النصوص التشريعية محل المقارنة تدل ان نقل الملكية ذاته موقوف على استيفاء الثمن ، وكيف تبقى الملكية للبائع معلقة على شرط فاسخ على الرغم ان المشرع لم ينص على ذلك ، لذلك فإن فكرة الازدواج ليس لها سند في الواقع والقانون .

وبالتالي لا يمكن التسليم بهذا التكييف على اعتبار ان الاحتفاظ بالملكية شرط فاسخ لوجود تناقض في كلا التصرفين لذلك يمكن ان نقول ان الاحتفاظ بالملكية ليس شرطا فاسخاً كوصف للالتزام لعدم توافر شروطه فيه .

الفرع الثالث

نقل الملكية معلق على شرط واقف

اخذت محكمة النقض الفرنسية فضلا عن محكمة النقض المصرية بهذا التكييف ، ومضمون هذه الطبيعة ان شرط الاحتفاظ بالملكية لحين الوفاء بكامل الثمن يتعلق فقط بنقل الملكية ، أي أن هذه الطبيعة

(1) د. صبري حمد خاطر ، مصدر سابق ص ١٠٠ .

(2) د. هادي حسين الكعبي ، مصدر سابق ، ص 55 .

(3) د. السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، ج ٤ ، مصدر سابق ، ص ١٧٣ .

(4) استاذنا د. هادي حسين الكعبي ، مصدر سابق ، ص 56 .

الفصل الثاني : النتائج القانونية المترتبة على البيوع الائتمانية

لا تسري على عقد البيع عند تكوينه وانما فقط على نقل الملكية، وتبرير هذا الاتجاه هو ان نقل الملكية من طبيعة العقد وليس من جوهره .

واخذ القضاء الفرنسي هذا الاتجاه من خلال دعوى عرضت عليه ، مضمونها ان شركة طلبت من اخرى مجموعة معدات يشكل كل جزء منها ثمنا مستقلا واحتفظت الشركة الموردة بملكية المبيعات لحين تسديد الثمن ، وتم تسليم المبيعات وحيازتها من الشركة المشتري ، وهلك المبيعات بسبب حريق قبل الانتهاء من التركيب وتجربة المعدات ، وطلبت الشركة الموردة الجزء المتبقي من الثمن فرفضت الشركة المشتري التسديد بل طلبت استرداد الفرق بين الجزء المدفوع من الثمن ومبلغ التعويض الواجب الدفع من المؤمن⁽¹⁾. وعرض الامر على محكمة (ستراسبورج) التي حكمت طبقاً لنصوص القانون ، يتحمل المشتري مخاطر الهلاك ، وايدت محكمة استئناف (كولمار) القرار استنادا على أن البيع معلق على شرط فاسخ من ثم يتحمل المشتري تبعة الهلاك ، ونقضت محكمة النقص الفرنسية القرار بشأن أن الاحتفاظ بالملكية ليس شرطاً فاسخاً ، احوالت الدعوى الى محكمة استئناف (ميثد) للفصل فيها ، واخذت باتجاه محكمة النقض وقررت أن البائع يتحمل تبعة الهلاك وبذلك يلتزم الأخير برد جزء من مبلغ التعويض الى المشتري⁽²⁾ .

وأخذ جانب من الفقه المصري بهذا التكييف⁽³⁾ ، وسار القضاء المصري⁽⁴⁾ ، على نهج محكمة النقض الفرنسية إذ قررت أن عقد البيع مع الاحتفاظ بالملكية هو عقد بات وأن تراخي انتقال الملكية حتى سداد كامل الثمن ، ليس بيعاً معلقاً على شرط واقف ، وانما المعلق على هذا الشرط هو انتقال الملكية فقط ومن ثم فإن العقد ينتج كافة الاثار ، فإذا تحقق الشرط انتقلت الملكية بأثر رجعي . واخذت محكمة التمييز العراقية موقفاً مشابهاً لنظيرتها المصرية عندما قررت (ان اشتراط عدم تسجيل الدار حتى دفع كامل الثمن هو شرط واقف يعلق عليه انتقال الملكية)⁽⁵⁾ ، وهذا يعني ان موقف المحكمة يأخذ باتجاه الشرط الواقف.

وينبغي ان نفرق في هذا المجال بين الشرط الواقف الذي يلحق العقد برمته والشرط الواقف الذي يلحق بالالتزام بنقل الملكية ، اي انه ينبغي التمييز بين ما إذا كان الشرط وصف للعقد ككل ام وصف لأحد الالتزامات الناشئة عنه ، اي ان السؤال في صدد هذا التكييف السابق هل ان نقل ملكية في عقد البيع هي اثر من أثار عقد البيع ام هي التزام مستقل تسري عليه اوصاف الالتزام ؟.

ونجد من خلال تعريف القانون المدني الفرنسي لعقد البيع "ان البيع هو عقد يلتزم بمقتضاه طرف بتسليم شيء والآخر بدفع الثمن ولكن ان يتم تنظيم البيع بسند رسمي او بموجب توقيع خاص"⁽⁶⁾، وفي ضوء هذا التعريف نجد ان المشرع لم ينشأ التزامات على البائع بنقل الملكية إذ ، جعل التزام البائع يتمثل بالتسليم والتزام المشتري بدفع الثمن ، ومن المشكوك منه ان القانون الفرنسي الوضعي في الوقت الحاضر لا يعتبر نقل الملكية على انه التزام لان ذلك يفترض في الواقع امكانية عدم التنفيذ على الرغم

(1) د. محمد حسين منصور ، مصدر سابق ، ص ٣٠٧.

(2) C. 20 novembre 1979 (affaire Mécarex). Taureau. Civ., IV, n. 300-R.D.Com. 1980.43 obs.

(3) د. حسام الدين كامل الاهوائي ، عقد البيع ، ط ١ ، ذات السلاسل للطباعة والنشر ، الكويت ، ١٩٨٩ ، ص ٢٧٢ . د. سليمان مرقس ، مصدر سابق ، ص ١١٠ .

(4) قرار طعن رقم ٤٦٠٩ / لسنة ٦١ ق في ٥ / ١٩٩٩ / قرار منشور لدى د. عزت الدسوقي ، الموسوعة الحديثة في احكام النقض لعام ١٩٩٩ ، دار محمود للنشر والتوزيع . بدون سنة نشر ، ص ٢١٨ .

(5) قرار رقم ٣٨١ لسنة ١٩٧٠ منشور في مجلة القضاء ، تصدر عن نقابة المحامين العراقية ، العدد ١٩٧٠ ، ٣ ، ص ٢٤٣ .

(6) انظر :- المادة ١٥٨٢ من القانون المدني الفرنسي .

من ان تنفيذه ممكناً ، الا انه طبقاً للقانون المدني الفرنسي يعتبر نقل الملكية اثرأ قانونياً محضاً وهذا الأثر يتم بطريقة الية و فورية (1). اضع الى ذلك ان المشرع في الباب السادس في الفصل الرابع عند تنظيم عقد البيع في التزامات البائع إذ نص على انه "يوجد التزامان رئيسان على البائع هما :-الالتزام بتسليم المبيع والالتزام ضمانه"(2) من خلال نص هذه المادة نلاحظ ان المشرع لم ينشئ التزامات على البائع بنقل ملكية فالبائع ينشأ التزاماً بنقل الملكية الى المشتري ويتم تنفيذ هذا الالتزام فوراً بحكم القانون ويبدو ان نقل الملكية كان اثرأ مباشراً لعقد البيع ، (3) ونرجح ان المشرع كان يقصد ان نقل الملكية هو الأثر المترتب على عقد البيع لأن طبيعة البيع هو عقل ناقل للملكية وتعليق التزام البائع بنقل الملكية الى المشتري على شرط واقف ، من شأنه ان يخرج عقد البيع من طبيعته القانونية ، إذ ان نقل الملكية يصبح احتمالاً ممكناً ان يتحقق او لا يتحقق .

اما على مستوى التشريع العراقي ومن خلال تعريف المشرع للعقد في المادة ٧٣ التي نصت على انه (العقد هو ارتباط الایجاب الصادر من احد العاقدین بقبول الاخر على وجه يثبت اثره في المعقود عليه) ومن خلال هذا المفهوم نلاحظ ان العقد ينتج اثار وليس التزامات بالمعنى الفني ، الا ان المشرع اوجب على البائع تسهيل مهمة نقل الملكية فالقاعدة أن الالتزام بنقل الملكية، ينقل من تلقاء نفسه متى ما قام البائع بما عسى ان يكون ضرورياً من الاعمال التمهيديّة لنقلها(4) .
وتعرض هذا التكييف للنقد يتمثل بالآتي :-

١- انّ القول انّ الملكية وحدها تعلق على شرط واقف ويعني ان الشرط إذا لم يتحقق فان ذلك يؤدي الى زوال الملكية باثر رجعي ، وهذا يؤدي الى زوال البيع ايضاً ولذلك ، فان الشرط يؤثر على العقد وحينئذ لامجال للقول ان الملكية وحدها تعلق على شرط ، وان القول ان الملكية تزول ويظل البيع قائماً فان في ذلك استحالة منطقيه ، فالملكية هي جوهر عقد البيع(5) .

٢- انّ القول بتخلف الشرط الواقف عند تعمد المشتري عدم دفع الثمن يفرغ الشرط من محتواه ، لأنه يؤدي الى تعلق الشرط بأرادة احد العاقدین او مشيئته وهذا لا يجوز ، ثم ان المدين إذا كان قادراً فأنه يجبر على التنفيذ عند الامتناع عن دفع الثمن(6) .

وهذا التحليل يتفق مع المبدأ الذي يقرر ان نقل الملكية من البائع الى المشتري ليس من النظام العام فيجوز تأخير انتقالها ، وهو ينسجم مع خصائص عقد البيع بوصفه من عقود المعاوضة وملزم للجانبين فهو يؤكد ارتباط وتقابل الالتزامات فالملكية لن تنتقل الا عندما يتم الوفاء بكامل الثمن ، وان اكثر ما يميز هذا التكييف انه يتلاءم مع الاحتفاظ بالملكية على تسليم البائع المبيع الى المشتري قبل استيفاء كامل الثمن وذلك لأن العقد بات ومنتج لجميع اثاره ، ونحن بدورنا على الرغم من الحجج القيمة لهذا التكييف ، لا يمكن ان نسلم به إذ انّ اوصاف الالتزام من المسلم به انها تسري على العقود ولا يمكن ان تسري على الاثار الناشئة عن العقد فهذا يتنافى مع جوهر ومضمون عقد البيع فإذا لم تنتقل الملكية لا يمكن القول بوجود البيع اصلاً ، فعقد البيع هو في ذاته ينقل ملكية المبيع ، كذلك ان التزام وفاء المشتري بالثمن هو التزام ناشئ عن عقد البيع ولا تتوفر فيه خصائص الشرط ، لأنه ليس معدوماً في اعتقادهم

(1) J. Ghestin, La clause de propriété, Rapport de droit civil, in actualité de droit de l'entreprise, t. 12 1982.p51,52.

(2) انظر :- المادة ١٦٠٣ من القانون المدني الفرنسي .

(3) د. عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، ج٤ ، مصدر سابق ، ص٤١٢ .

(4) انظر :- المادة ٥٣٥ من القانون المدني العراقي . (يلتزم البائع بما هو ضروري لنقل ملكية المبيع الى المشتري وان يكف عن اي عمل من شأنه ان يجعل نقل الملكية مستحيلاً او عسيراً) .

(5) د.صبري حمد خاطر ، مصدر سابق ، ص١١٠ .

(6) د.علي سيد قاسم ، شرط الاحتفاظ بالملكية ونظام الافلاس ، دار النهضة العربية ، بيروت ، ١٩٩١ ، ص٣١ .

لأنه امر محقق مما يسلبه صفة الشرط . اصف الى هذا ان الملكية إذا لم تنتقل فلا يستطيع المشتري من ممارسة اي سلطة على الشيء في حالة عدم تحقق الشرط في حالة عدم سداد المشتري كامل الثمن ، فإن ذلك يؤدي الى زوال الملكية بأثر رجعي ، وهذا يؤدي الى زوال عقد البيع ايضاً .

الفرع الرابع الاحتفاظ بالملكية أجل

ولكثره الانتقادات التي وجهت الى الاحتفاظ بالملكية على اعتبار انها شرط ، ظهر اتجاه يعد هذا العقد بيع مضاف الى أجل ، مؤدى ذلك أن البيع مع الاحتفاظ بالملكية هو بيع مضاف الى أجل ، يتفق فيه الطرفان على تأجيل تنفيذ العقد الى حين حلول الأجل وهو موعد تسديد الثمن .

ويذهب الاتجاه المؤيد لهذا التكييف الى توظيف الملكية كضمان يتمثل بصورة أجل يعطى للمشتري لسداد الثمن وبالتالي يكون دور الاحتفاظ بالملكية هو تأجيل نقل الملكية حتى حلول الأجل وهو دفع كامل الثمن ⁽¹⁾، وهذا التكييف يتعارض مع الأحكام القانونية ، التي تتمثل بفكرة الأثر الرجعي لهذا العقد إذ ان جميع التشريعات محل المقارنة أشارت الى فكرة الأثر الرجعي للاحتفاظ بالملكية ، وأن أساس هذه الفكرة تثبيت للشرط وليس للأجل ⁽²⁾ ، كذلك أن الأجل هو أمر مستقبلي محقق الوقوع وان اعطاء أجل للمشتري في المعاملات التجارية لدفع الثمن ، هو واقعة غير مؤكدة فيسار المشتري هو امر غير يقيني وصعب تقديره ، خصوصاً أن هذا النوع من البيوع ظهر في المعاملات التجارية ومن ثم يصعب بذلك القول ان انتقال الملكية مضافاً الى أجل غير مؤكد .

ويذهب البعض ⁽³⁾ الى ان السند التشريعي لقانون ١٢ مايو ١٩٨٠ أن نصوص هذا التشريع جاءت محايدة لأنها تقضي ان شرط الاحتفاظ بالملكية يوقف نقل الملكية الى ان يتم الوفاء بكامل الثمن ، وصحيح ان الاعمال التحضيرية للقانون كشفت ان الامر متعلق بشرط وليس بأجل ⁽⁴⁾ ، الا ان واضعي هذا القانون لم يكن لديهم ادراك للمعنى الفني للشرط ، إذ انّ التعبيرات توحى انهم يتحدثون عن شرط بينما ينصرف تفكيرهم الى أجل ، فإذا كان الامر يتعلق بشرط كان ينبغي ان تكون الصياغة على النحو الآتي (لا تنتقل الملكية الى المشتري الا إذا دفع الثمن) .

والواقع ان الوفاء في البيع الائتماني ، مضاف الى أجل يؤدي بدوره الى تأخير استحقاقه ، ويقتصر دور الاحتفاظ بالملكية على الربط التام بين نقل الملكية ودفع الثمن ، وبهذا القصد يجعل نقل الملكية طبقاً لقانون ١٢ مايو ١٩٨٠ ، تابعاً للوفاء ، فهذا الاخير يكون شرطاً لانتقال الملكية ، الا ان كلمة شرط لم تستعمل هنا في معناها كوصف للالتزام ، فهي لا تعني هنا الحدث غير محقق الوقوع وخارج عن أراده الاطراف ، بل تعني فقط ان نقل الملكية لن يتم الا إذا تم الوفاء بالثمن ، كمن يقول ان العقد لا ينعقد صحيحاً الا إذا تضمن تراض ومحل وسبب ⁽⁵⁾ . واخذ جانب من الفقه المصري بهذا التكييف وعدوا من الخطأ اعتبار الاحتفاظ بالملكية بانه شرط واقف إذ يتعلق الامر في الواقع بمجرد أجل يترتب عليه وفقاً للصيغة المستعملة في الغالب من جانب القضاء و العمل ، وقف نقل الملكية حتى دفع كامل الثمن ⁽⁶⁾ .

(1) د. بصري حمد خاطر ، مصدر سابق ، ص ١٠٥ .

(2) د . عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، ج ٣ ، مصدر سابق ، ص ٦١ .

(3) Ghestin et Goubeaux, Traité de Droit Civil, T. 1, Introduction Générale, L.G.D.J. 1987.p11.

(4) Million, Rapport, Document n. 1492, P. 5-ss. nt. 2 eme séance 18 avr. 1980 J.O., P. 568, Col. 2-Rudolf, Documents n. 14- Sénat, annexe au P.V. de la séance du 10 oct. 1979. P. 14- proposition

(5) د. محمد حسين منصور ، مصدر سابق ، ص ٣٢٣ .

(6) د. نبيل ابراهيم سعد ، الملكية كوسيلة للضمان ، مصدر سابق ، ص ٣٨ .

واسند اصحاب هذا الرأي حججاً على فكرة الأجل للاحتفاظ بالملكية تتمثل بالآتي :-

١- ان فكرة عدم سريان الأجل بأثر رجعي ليس من النظام العام ، إذ لا يوجد نص قانوني يحول دون الأثر الرجعي الى وقت نشوء العقد ، وان هذا الامر يعود الى اتفاق الطرفين ، إذ من خلال ارادة العاقدین يمكن أن يترد الأثر الرجعي للأجل^(١). ويؤخذ على هذا الرأي انه حتى يثبت للعقد الأثر الرجعي إذ لابد ان يقترن ذلك باتفاق يقضي بترتيب هذا الأثر ، إذ ان نص المادة ٥٣٤ اشارت الى ان الأثر الرجعي للاحتفاظ بالملكية يثبت بدون الاتفاق عليه ، الا إذا اتفق الطرفان على خلاف ذلك ، اي ان الاصل هو رجعية الأثر الى وقت نشوء العقد بدون الاتفاق عليه.

٢- ان دفع الثمن امر محقق الوقوع ، وعند عدم تنفيذ المشتري لالتزامه بسداد الثمن يستطيع البائع ان يستخدم وسائل التنفيذ الجبري و لا تبرأ ذمة المدين مطلقاً الا إذا تنازل البائع عن الأجل واسترد المبيع ، وهذا يعني ان البائع يستطيع الاستفادة من الضمانات القانونية في استرداد حقوقه .

٣- ان الاحتفاظ بملكية المبيع أجلاً ، فانه ذو طابع خاص إذ أن دفع الثمن محققاً على ارادة الطرفي العقد فان الهدف من هذا الأجل هو ضمان ومن ثم تنتقل الملكية ، لان الأجل هنا واقف ويتم بأثر رجعي مادام ذلك لا يضر بالبائع ويحقق مصلحة المشتري اما في حالة حصول ضرر للبائع فبإمكانه ان يشترط ان تنتقل الملكية من حلول الأجل^(٢) .

و على الرغم من الحجج القوية التي دعم بها هذا الاتجاه ، الا انه لم يسلم من النقد فتعرض الى انتقادات تتمثل بالآتي :-

١- ذهب الفقه^(٣) ، الى ان واقعة دفع الثمن في الاقل ، لا يمكن ان تعد واقعة محققة ، كما ان ازالة التباين بين الشرط والأجل خصوصاً ان كليهما يرتبان الأثر الرجعي امر يؤدي الى عدم التفرقة بين اوصاف الالتزام ، كما ان أرداة الأطراف لا يمكن لها ترتيب الأثر الرجعي للأجل على اعتبار ان القانون لا يوجد فيه نص يمنع ذلك بل على عكس ذلك ان ارادة الطرفين تستطيع تعديل اثر ارتداد الشرط الى وقت التعاقد كما نصت المادة ٢٩٠ من القانون المدني العراقي على (إذا تحقق الشرط واقفاً كان او فاسخاً استند اثره الى الوقت الذي تم فيه العقد الا إذا تبين من ارادة المتعاقدين او من طبيعة العقد ان وجود الالتزام او زواله يكون في الوقت الذي تحقق فيه الشرط).

٢- ويرى جانب من الفقه المصري ، أن الملكية تصعب بطبيعتها ان تقترن بأجل فالأجل يجعلها مؤقتة ، ومن خصائص حق الملكية انها دائمة لا يلحقها التأقيت ، فتأخير نقل الملكية الى حين تمام الوفاء بالثمن هو تعليق لنقل الملكية على شرط الوفاء الاقسط من المشتري^(٤) .

٣- ان البيع مع الاحتفاظ بالملكية هو بيع مضاف الى أجل واقف لا يمكن تطبيقها باي حال ، على البيع الذي لا يتضمن قيود على سلطة المشتري في التصرف في المبيع المسلم اليه ، فالواقع ان حق التصرف يتطلب نقل الملكية الى المتصرف ، وكذلك بالنسبة لاستعمال الاشياء القابلة للاستهلاك إذ لا يجوز للمشتري استعمالها الا إذا كان مالكا ، الا في حالة إذا كنا بصدد عارية استهلاك او ودیعة إذ يلتزم المستعير او المودع لديه برد الشيء المطابق ، ويصعب تصور امر على خلاف ذلك . ففي حالة تضمن البيع مع الاحتفاظ بالملكية نقل حق التصرف في المبيع للمشتري فان العقد في هذه الحالة لا يمكن تكييفه الا انه بيع معلق على شرط فاسخ^(٥) .

(١) د. بصيري حمد خاطر . مصدر سابق ، ص ١٠٥ .

(٢) المصدر نفسه ، ص ١٠٦ .

(٣) د. هادي حسن الكعبي ، مصدر سابق ، ص ٦٠ .

(٤) د. السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، ج ٣ ، مصدر سابق ، ص ٤٢٠ .

(٥) د. محمد حسن منصور ، مصدر سابق ، ص ٣٢٤ .

ونرى انه لا يمكن ان تنطبق هذه الطبيعة على الاحتفاظ بالملكية لأنه لا يمكن ان يكون للأجل اثر رجعي لان الحق موجود من قبل والأثر الرجعي مجاز يقصد به ارجاع امر الى وقت لم يكن فيه ذلك الامر موجوداً⁽¹⁾، اضافة الى هذا لا يكون هنالك ضرورة لهذا الضمان في العقد يحتفظ بملكية المبيع على اعتبار ان واقعة دفع الثمن أجلا محقق الوقوع ، فنحن نرى ان البائع نتيجة لذلك ليس بحاجة الى للاحتفاظ بالملكية كضمان ، كذلك لا يمكن ان يكون له أثر رجعي لأنه يؤدي الى عدم التمييز بين اوصاف الالتزام ، وحتى في حالة عدم وجود نص في القانون المدني العراقي يمنع فكرة الأثر الرجعي للأجل فأن ترتب هذا الأثر تناقص مع قواعد القانون المدني " لا مساخ للاجتهاد في مورد النص"⁽²⁾ ولو اراد المشرع العراقي ان يكون للأجل اثراً رجعياً لجاء في المادة ٢٩٣ (العقد المضاف الى أجل واقف ينقذ سببا في الحال ولكن يتأخر وقوع حكمه الى حلول الوقت المضاف اليه) ، بنفس صياغة المادة ١/٢٩٠ (إذا تحقق الشرط واقفا كان او فاسخا استند اثره الى الوقت الذي تم فيه العقد الا إذا تبين من ارادة المتعاقدين او من طبيعة العقد ان وجود الالتزام او زواله يكون في الوقت الذي تحقق فيه الشرط)، ان فكرة الأثر الرجعي في البيع المحتفظ بالبائع بملكته تثبت في حالة عدم النص عليها في العقد ، وترتب على ذلك ان تكيف الأجل لن ينطبق في حالة عدم وجود اتفاق يجعل للبيع اثر رجعي لانتقال الملكية عند سداد الثمن .

المطلب الثاني

الطبيعة المختلفة للاحتفاظ بالملكية .

وبعد عن عجزت الاتجاهات الفقهية السابقة على تحديد طبيعة الاحتفاظ بالملكية على اعتباره وصفاً ، وصعوبة اضافة تكييف قانوني على الاحتفاظ بالملكية ، بسبب تعدد وتباين الصور المرتبطة بهذا النوع من التصرفات وعلاقته في النشاطات التجارية لأنه المجال الغالب لأعمال مثل هذه التصرفات مما يتسم بالمرونة ومما يتطلب من سرعة وتجاوب مع مبدأ حرية التعاقد ، وفي سبيل كل هذا ظهرت اتجاهات مختلفة لتحديد طبيعة هذا النوع من التصرفات ، محاولة منهم لإضافة التكييف المناسب للاحتفاظ بالملكية ، ولبيان هذه الاتجاهات سنقسم هذا المطلب على فروع :-

الفرع الاول :- بيع مضاف الى أجل واقف مع شرط فاسخ مقترن بشرط جزائي .

الفرع الثاني :- الاحتفاظ بالملكية ضمان عيني.

الفرع الثالث :- الاحتفاظ بالملكية ضمان اتفاقي .

الفرع الاول

بيع مضاف الى أجل واقف مع شرط فاسخ مقترن بشرط جزائي.

وتعني هذه الطبيعة انه بيع مضاف الى أجل واقف يتفق فيه الطرفان الى تأخير تنفيذ الالتزامات المتمثلة بنقل الملكية لحين حلول الأجل، هو دفع الثمن من جانب المشتري ، فتنقل ملكية المبيع من البائع الى المشتري دون الأثر الرجعي، اما الشرط الفاسخ فهو عند عدم الوفاء بكامل الثمن يؤدي الى فسخ العقد بقوة القانون ، في حين ان الشرط الجزائي يتمثل باحتفاظ البائع بالثمن المدفوع من جانب المشتري عند تقاعس الاخير في دفع الثمن⁽³⁾ .

ويترتب على هذا التكييف عدة نتائج :-

(1) د. عبد الحي حجازي ، النظرية العامة للالتزام ، ج ١ ، مطبعة نهضة مصر بالقاهرة ، ١٩٥٤ ، ص ١٧٣ .

(2) انظر :- المادة ٢ من القانون المدني العراقي .

(3) Y. Demoures., La Vente avec réserve de propriété, R.T.D. Com.1982.33.n.71s

الفصل الثاني : النتائج القانونية المترتبة على البيوع الائتمانية

1- يبقى الشيء المبيع ضمن عناصر الذمة المالية للبائع⁽¹⁾، ويترتب على ذلك تحمل البائع تبعه الهلاك في القانون الفرنسي⁽²⁾، مالم يوجد اتفاق على خلاف ذلك على اعتبار ان تبعه الهلاك من القواعد المكملّة وليست الأمرة، في حين ان هذا التكييف ينسجم مع ما يذهب اليه التشريع المصري والعراقي، في ان تبعه الهلاك تنتقل بالتسليم⁽³⁾.

2- يتعرض المشتري لعقوبة جريمة خيانة الامانة، إذا تصرف في المبيع او انتفع به قبل سداد الثمن بطريقة تختلف عن الاستعمال المتفق عليه، لأن هذا التصرف يخالف الاتفاق قبل سداد الثمن الذي ينظم العلاقة بين الطرفين، والذي يتمثل في صورة ودیعة او عارية⁽⁴⁾.

3- إذا لم يتم وفاء الثمن من جانب المشتري عند حلول الأجل، فإن عقد البيع بدلا من ترتيب اثار كاملة يفسخ بقوة القانون، ويمكن ان يتضمن العقد بنداً يمنح بموجبه المشتري تحويل الاتفاق السابق الى بيع، اي تحول الوديعة او العارية الى بيع⁽⁵⁾، ووجود مثل هذا البند يؤدي الى وقاية المشتري من عقوبة خيانة الامانة في حال التصرف في المبيع⁽⁶⁾.

وفي هذا الصدد يثار تساؤل هل يمكن إقحام الأجل الواقف مع الشرط الفاسخ في عقد واحد وذلك لاختلاف الأحكام والآثار القانونية المترتبة على كيهما، خصوصاً فيما يتعلق بالآثر الرجعي الذي يوجد في الشرط الفاسخ دون الأجل الواقف، فنرى ان العقد جمع بين نقيضين في الآثار؟.

ويذهب البعض⁽⁷⁾ الى التخفيف من شدة هذه الآثار لتخفيف التناقض، إذ يرى أنه لا يوجد ما يمنع الاطراف من الاتفاق على مخالفة تلك الآثار، إذ يمكن لهم من ترتيب او استبعاد الأثر الرجعي للوفاء بالثمن اي كان التكييف الذي يعطى لهذه الواقعة، إذ إن هذه الرجعية في المقام الاول تهم الغير، الذين تقرر لهم حقوق على الشيء المبيع من جانب المشتري قبل الوفاء بالثمن، وذلك بقصد تحديد حسن النية لهم.

وان الاخذ تكييف، يفسر لنا عدم انتقال ملكية الشيء الى المشتري أيا كانت طبيعة هذا الشيء سواء معين بالذات ام النوع، إذ يؤدي هذا الاتفاق الى ارجاء ترتيب اثار عقد البيع لحين حلول الأجل، وبالتالي تكون المعايير المعتادة لنقل الملكية غير قابلة للتطبيق قبل حلول الأجل ويبقى المبيع ضمن عناصر الذمة المالية للبائع، ويتحمل البائع كمالك تبعه الهلاك في هذه لمدة، مالم يوجد اتفاق ينقل هذه التبعات المترتبة على تسليم الشيء الى المشتري⁽⁸⁾.

والالتزامات التي تلقى على عاتق المشتري في هذا الفرض، اما بوصفه (وديع) فإنه يتمكن من حيازة المبيع دون استعماله او التصرف به او (مستعيراً) الذي يتمكن من حيازته واستعماله دون التصرف بيه او (مستأجر) الذي يتمكن من الاستعمال دون التصرف مقابل اجرة تدفع، وتنظم هذه الالتزامات قبل حلول الأجل عن طريق اتفاق إضافي ينظم العلاقة بين البائع والمشتري في هذه المرحلة التي تتوقف على ماهية شروطه وأحكامه، وقبل حلول الأجل بالوفاء ليس من حق البائع ان يطلب استرداد المبيع، وليس للمشتري ان يطالب باسترداد الاقساط التي تم دفعها⁽⁹⁾.

(1) د. محمد حسين منصور، مصدر سابق، ص 331.

(2) انظر المادة 1304 / 6 من القانون المدني الفرنسي.

(3) انظر الماد 547 من القانون المدني العراقي و المادة 437 من القانون المدني المصري.

(4) د. علي سيد قاسم، مصدر سابق، ص 78.

(5) د. محمد حسين منصور، مصدر سابق، ص 331.

(6) انظر :- المادة 408 من قانون العقوبات الفرنسي الصادر عام 1992 والمادة 341 من قانون العقوبات المصري رقم 58 لسنة 1937 وايضا المادة 457 من قانون العقوبات العراقي رقم 111 لسنة 1969.

(7) د. نبيل ابراهيم سعد، الملكية كوسيلة للضمان، مصدر سابق، ص 34.

(8) د. محمد حسين منصور، مصدر سابق، ص 317-318.

(9) المصدر نفسه، ص 316.

وبحلول الأجل المتفق عليه، يتم تنفيذ الالتزامات الناتجة عن عقد البيع، فيكون الوفاء بالثمن عن طريق المقاصة، مع المبالغ المودعة عند البائع، ويتم التسليم بمجرد التراضي بين الطرفين، على اعتبار المبيع يوجد سابقاً عند المشتري⁽¹⁾. وعند عدم دفع الثمن في الوقت المحدد يزول البيع بقوة القانون، ويلتزم المشتري برد المبيع التي تلقاه، ودفع تعويض عن الأضرار التي لحقت بالبائع بسبب الإخلال بالالتزام، ويحتفظ البائع بالأقساط المدفوعة بموجب الشرط الجزائي الذي يمكنه من الاحتفاظ بالأقساط على سبيل التعويض⁽²⁾، إلا أن هذا التحليل لا ينسجم مع الموقف التشريعي إذ أن الفائدة من صدور قانون ١٢ مايو ١٩٨٠ انحصرت في الشروط التي توقف نقل الملكية مع استبعاد الشروط الفاسخة⁽³⁾.

وتعرض هذا الاتجاه في التكيف إلى انتقادات من الفقه المصري⁽⁴⁾، والتي تتمثل بالآتي :-

١- إن هذا التكيف ليس سوى محاولة توفيق بين عدة نظريات، ومن ثم فهي وإن جمعت بين عدة نظريات، إلا أنها تعرضت للانتقادات ذاتها التي وجهت إليها، بالإضافة إلى الصعوبات الناجمة عن عملية التوفيق بينهن داخل إطار واحد.

٢- هذه الطبيعة تقوم على عدة افتراضات ضمنية فيما يتعلق باتفاقات الطرفين، الأمر الذي يلقي على القاضي صعوبات، في التعرف على إرادة الطرفين، وإضفاء وصف قانوني عليها، بل إن هذا التكيف ضيف للقاضي عبء البحث والتحري بصدد كل فرض على حدة ليضيفي تكيف قانوني ملائم، وبهذا لا يقدم هذا التكيف العون للقضاء أو إضفاء جديد، بسبب الانتشار الواسع من هذه البيوع في الحياة، ولا ريب أن القضاء سيميل إلى التفسير الضيق لأنه أمام طبيعة استثنائية من الأصل العام التي تخالف المبادئ في قانون البيع والافلاس والمساواة بين الدائنين.

ويرى الباحث، وبما أن البيع مع الاحتفاظ بالملكية، هو استثناء من القواعد العامة، لذلك فلا بد أن يأتي باتفاق كتابي يدرج في العقد أو اتفاق لاحق قبل التسليم⁽⁵⁾، وبالتالي فإن الصيغة القانونية لهذه التكيفات لا يمكن أن تستنتج إلا إذا تم ذكرها في العقد، الذي يتضمن كل التفاصيل اللازمة لقيامها وبالتالي يصعب تفسير هذه الطبيعة المتعددة على عقد يدرج فيه بند الاحتفاظ بالملكية فقط، إذ لا يمكن ذكر هذه التفسيرات دون ذكرها في العقد صراحة. كذلك لا يمكن أخذ كل ميزة من تكيف معين واستبعاد سلبيات هذا التكيف مالم يوجد اتفاق على ذلك لذا يصعب الأخذ بهذه الطبيعة المتعددة.

الفرع الثاني

الاحتفاظ بالملكية ضمان عيني

ذهبت محكمة النقض الفرنسية إلى أن شرط الاحتفاظ بالملكية تأمين عيني، إذ كان المشرع الفرنسي متأثراً بهذا القرار عندما نظم الاحتفاظ بالملكية في القانون المدني⁽⁶⁾.

(1) المادة ١٦٠٦ من القانون المدني الفرنسي (... أو حتى بمجرد قبول الفرقاء إذا كان النقل غير ممكن بتاريخ البيع، أو إذا كان المبيع بحيازة المشتري لسبب آخر). تقابلها المادة ٤٣٥ من القانون المدني المصري والمادة ٥٣٩ من القانون المدني العراقي (إذا كانت العين المبيعة موجودة تحت يد المشتري قبل البيع فاشترها من المالك فلا حاجة إلى قبض جديد سواء كانت يد المشتري قبل البيع يد ضمان أو يد أمانة).

(2) د. محمد حسين منصور، مصدر سابق، ص ٣١٦.

(3) د. نبيل إبراهيم سعد، الملكية كوسيلة للضمان، مصدر سابق، ص ٣١.

(4) د. محمد حسين منصور، مصدر سابق، ص ٣٣٢-٣٣٥.

(5) المادة ٢٣٦٨ من القانون المدني الفرنسي (الاحتفاظ بالملكية يرد كتابة).

(6) Cour de cassation chambre commerciale Audience publique du 9 mai 1995.

تم الحصول على القرار من خلال الموقع التالي

الفصل الثاني : النتائج القانونية المترتبة على البيوع الائتمانية

يذهب بعض الفقه (1) ، الى عد طبيعة الاحتفاظ بالملكية على انه ضمان عيني يتمثل في صورة امتياز خاص ، في حين يذهب البعض (2) ، على اعتباره رهناً دون حيازة ، الا ان هذا الرأي تعرض للنقد من قبل البعض (3) ، الذي يستبعد فكرة الضمان العيني لان المشتري لم يصبح مالكا للمبيع حتى يقدم ضماناً عيناً للبايع ، فضلاً على ان الرهن دون حيازة يتطلب اجراءات معينة لا بد من مراعاتها حتى يعتد بها ، حتى ينتج الرهن اثره ، ثم ان تطبيق احكام الرهن يخرج الاحتفاظ بالملكية خارج نطاق عقد البيع ، كما ان الامتياز الخاص يستلزم النص عليه تشريعياً و لا يوجد مثل هذا النص .

ونرى من خلال الفقه المنتقد لهذا التكييف انه كان يعتقد ان هذا الرأي يقوم على فكرة التأمين العيني في حين ان هذا التكييف يشير الى فكرة الضمان العيني ، فما هو الاختلاف بين الضمان العيني والتأمين العيني ؟.

يجد البعض (4) ، الى ان فكرة الضمان اوسع من فكرة التأمينات ، فهذه الاخيرة تعبر عن نظام قانوني محدد له وسائله الفنية وسماته الخاصة ، في حين ان فكرة الضمانات تعبر عن وظيفة اقتصادية اكثر من تعبيرها عن نظام قانوني محدد ، وعلى ضوء ذلك ان التأمينات تعد نوعاً من انواع الضمانات ، لكن العكس غير صحيح إذ ليس من الضروري ان يكون كل ضمان نوعاً من انواع التأمينات ، ففكرة هذه الاخيرة أنشأت كفرع مستقل يقوم حول انظمة اساسية وهي الكفالة والرهن والامتياز ، بينما الضمانات لم تنحصر في فرع معين من فروع القانون وانما نجد ان هناك انظمة مختلفة في قانون الالتزامات او قانون الاموال الذي يقوم على تحقيق وظيفة الضمان بصفة اصلية او بصفة عارضة .

ونجد في نظرية الالتزامات ان هنالك قواعد لصيقة برابطة الالتزام ، تشكل في الغالب نوعاً من انواع الضمان الفعال ، وعلى سبيل المثال ، الفسخ لعدم التنفيذ او الدفع بعدم التنفيذ او المقاصة . بل يذهب الضمان الى اكثر ذلك إذ توجد انظمة مخصصة ، اساساً لتحقيق ضمان للدائنين من تلك الدعوى المباشرة ، والتضامن السلمي وفي قانون الاموال ، قد تم توظيف الاحتفاظ بالملكية ونقل الملكية ، بتحقيق نوع من الضمان يفوق في فعاليته التأمينات العينية ، فالملكية لم تعد أثراً للعقد او غاية في ذاتها ، وانا اصبحت تهدف الى ابعاد من ذلك ، إذ اوضحت وسيلة للضمان ، ومن امثلة ذلك نقل الملكية على سبيل الضمان ، بيع الوفاء ، التصرف الائتماني (5) .

وفي ضوء كل ذلك تعد الضمانات ، أثراً لمركز محدود او مجموعة من الروابط او لطبيعة هذه الروابط بينما ، نجد ان التأمينات تضاف الى رابطة الالتزام ولا تعد بحال من الاحوال أثراً لهذه الرابطة ، فهي تنشأ عن مصدر مستقل عن مصدر رابطة الالتزام التي تعمل على ضمان الوفاء بها ، فهي تنشأ عن

(1) V.Houin, note j.c.p. a.n. 14. 2 avril 1980.2978. et Derrida, La clause de reserve de(t) propre et le droit de la failte Revue de syndics et administrateur's judiciaires, n.2,1980,p.87.

مشار اليه د.صبري حمد خاطر ، مصدر سابق ، ص ١٠١ .

(2) D errida (Fi): La clause de reserve de propre "Te "La droit desprocedures collectires. Dalloz sirey. 1980. P.293

مشار اليه د.هادي حسين الكعبي ، مصدر سابق ، ص 60.

(3) د.صبري حمد خاطر ، مصدر سابق ، ص ١٠١ .

(4)L. Aynès, Les garanties du financement, Rapport de Synthèse présente au 82e congrès des notaires, 1985, Defrénois 1986 a 33779, no. 1, p.911.

(5) د.نبيل ابراهيم سعد ، الضمانات الغير مسماة ، مصدر سابق ، ص ١٥ .

الفصل الثاني : النتائج القانونية المترتبة على البيوع الائتمانية

قضاء او قانون او اتفاق ,ومن هنا بدأ التردد في ادخال بعض الضمانات اللصيقة برابطة الالتزام مثل الاحتفاظ بالملكية ، وحق الحبس ، والايجار الائتماني ، والتصرف الائتماني في التأمينات (1).

وهناك من يذهب الى ان الاحتفاظ بالملكية ، يؤدي الى تجزئة البيع الى عقد ينشأ التزامات بدفع الثمن ، والتزامات اخرى بنقل الملكية اي الى تجزئة التزامات عقد البيع (2) .

ونرى ان هذا الاتجاه يفصل عقد البيع في جهة والالتزامات المترتبة عليه في جهة اخرى ، فضلاً عن ان يؤدي الى استقلال نقل الملكية عن عقد البيع ، وهذا محل نظر ، فلا يمكن فصل عقد البيع عن نقل الملكية ، فالاحتفاظ بالملكية هو توفير ضمان للبائع وليس لتجزئة الالتزامات .

اما على المستوى التشريعي نجد ان المشرع الفرنسي أشار الى أن الاحتفاظ بالملكية الى انه (تأمين عيني) ، من خلال المرسوم التشريعي (211) الصادر في 12 فبراير 2007 ، والذي نص عليه في الكتاب الرابع الذي جاء تحت مسمى التأمينات (DES SÛRETÉS) (3) ، وفي هذا الباب جمع المشرع الفرنسي الاحكام المترتبة على التأمينات سواء شخصية ام عينية ، الى جانب استحداث تأمينات جديدة لم يكن القانون الفرنسي قد نظمها ، كالاحتفاظ بالملكية على سبيل الضمانة ، والضمان المستقل وخطاب النوايا ، وجاءت هذه المحاولات حتى تسير التطورات في نظام الائتمان و المعاملات التجارية المترابطة بها .

ونرى ان المشرع الفرنسي اعتبر الاحتفاظ بالملكية هو ضمان عيني تبقي وذلك من خلال الفقرة الثالثة من المادة 2367 من القانون المدني التي جاء فيها (ان الملكية المحتفظ بها هي ملحق الدين الضامنة للإيفاء) ، فعد ان الملكية هنا أتت بوظيفة عينية تبعية لغاية الضمان تعد تابعة للدين ، لكونها سخرت لضمان الوفاء بالثمن .

ويثار تساؤل في هذا الصدد ، هل ان العناصر او الاسس التي تركز عليها الضمانات العينية التبعية توجد في الوقت ذاته في الاحتفاظ بالملكية حتى يعد الأخير ضماناً عينياً تبعياً ؟.

يمكن استخلاص العناصر التي تركز عليها التأمينات العينية من خلال نص المادة 2333 من القانون المدني الفرنسي إذ عرفت الرهن (4) ، واستعرضت عناصره ، فهل تتوفر هذه العناصر في الاحتفاظ بالملكية المبيع ، وتتمثل العناصر الجوهرية للتأمينات العينية في الآتي :-

١- مبدأ التخصيص : التخصيص هو ان يذكر عند انعقاد الرهن في العقد الرسمي البيانات المتعلقة بالتخصيص اي البيانات التي تبين الاموال المرهونة ، وتحدد الدين المضمون كطبيعة العقار او جنسه وموقعه ومساحته وحدوده ، ومصدر الدين وتأريخه ومحلّه ومقداره (5) ، بعبارة أخرى أن التخصيص يتطلب تخصيص عين معينة لضمان دين معين .

(1) Ph. Malaurie, L. Aynès, Droit civil, les Sûretés, Droit du crédit, 2e édit, 1988, éd. cujas, no. 15, p.16.

نقلا عن د.نبيل ابراهيم سعد ، الضمانات غير المسماة ، مصدر سابق ، ١٦ .

(2) نبيل ابراهيم سعد ، الملكية كوسيلة للضمان ، مصدر سابق ، ص ٥١ .

(3) وتعني كمصطلح قانوني التأمينات العينية ، فتسمى التأمينات الشخصية كالكفالة (DU CAUTIONNEMENT) وتسمى التأمينات العينية كالامتياز (Du classement) ويطلق على الرهن مصطلح (Du gage) .

(4) المادة 2333 (إن رهن المنقول عبارة عن اتفاق يعطي منشئ الرهن إلى الدائن، حق استيفاء دينه على أموال، أو مجموعة من الأموال المادية الجاهزة النقدية، أو المستقبلية بالأفضلية على سائر الدائنين. يمكن أن تكون الديون المضمونة حالية أو مستقبلية في الحالة الأخير ينبغي أن تكون محددة).

(5) د. محمد طه البشير و د. غني حسون طه ، الحقوق العينية الاصلية والتبعية ، مصدر سابق ، ص ٤١٢ .

الفصل الثاني : النتائج القانونية المترتبة على البيوع الائتمانية

٢-التبعية :- التامين العيني التبقي لا يوجد مستقلا بنفسه ،بل لابد من التزام اصلي صحيح يسند اليه ،والاصل ان الرهن لا يوجد الا بعد وجود الالتزام الأصلي المضمون ،فهو يتبع بذلك الالتزام المضمون وجوداً وعدمأ كما يتبعه صحة وبطلاناً⁽¹⁾ .

٣- التقدم أو الاولوية : هو (استيفاء الدائن المرتهن حقه من ثمن المال المرهون أو ما يحل محله، بالأسبقية على غيره من الدائنين العاديين والدائنين المرتهنين التاليين له في المرتبة، واصحاب حقوق الامتياز المشروطة التسجيل، إذا كانت الواقعة المنشئة للأفضلية قد نشأت قبل تسجيل هذه الحقوق)⁽²⁾. اي انه الميزة اساسية لحق الرهن او بمعنى اخر ،هو الغاية التي ينشدها الطرفان عند التعاقد من إنشاء حق الرهن .

وعند التمعن في العناصر السابقة التي يستند عليها الرهن التبقي و مدى توافر هذه الاسس والعناصر في الاحتفاظ بالملكية نجد في ذلك ،ان مبدأ التخصيص لا ينطبق وغير موجود ،إذ ان المشتري لم يملك المبيع المحتفظ بملكيتة بعد حتى يقوم بتقديمه كضمان للدين يقدم الى البائع ، اما عنصر التبعية فلا يوجد في البيع لأنه ينشأ مستقلا بذاته كونه يوجد ضمن عقد واحد ، فحتى يعتبر الاحتفاظ بالملكية تابعاً لضمان الثمن ،فلا بد ان ينشأ مستقلا عن عقد البيع وليس مرتبطاً به ،اما الافضلية او الاولوية في التقدم على دائني المشتري ،فلا تتوفر في الاحتفاظ بالملكية في حالة حصول التزام بين الدائنين وهذا التفسير نجده واضحاً في توجه محكمة النقض الفرنسية عندما قررت ان شرط الاحتفاظ بالملكية لا يعطي حق الافضلية والاولوية على باقي الدائنين في استيفاء البائع لحقوقه⁽³⁾ .،بينما يكون دور الاحتفاظ بالملكية كضمان للبائع من ابعاد اي دائن للمشتري على الشيء المبيع بوصفه المالك .

وفي ضوء كل ذلك نجد ان المشرع الفرنسي نظم الاحتفاظ بالملكية على انه ضمان عيني ، فلا يمكن اعتبار الاحتفاظ بالملكية وفق هذا التكيف وفق القانون المدني الفرنسي لاختلاف الاجراءات التي تتعلق بالتأمينات العينية ، بالإضافة الى الأسباب التي تمنع من ان تنطبق هذه الطبيعة على الاحتفاظ بالملكية لاختلاف العناصر التي تستند اليها التأمينات العينية .

الفرع الثالث

الاحتفاظ بالملكية ضمان اتفاقي

اعتنق جانب من الفقه في العراق هذا الرأي⁽⁴⁾ ،على اعتبار ان الآراء الفقهية التي بحثت في طبيعة الاحتفاظ بالملكية ،لم تعط اي اهمية لمصدر نشوئه ،فهو يرى ان الاحتفاظ بالملكية هو ضمان اتفاقي ، على اساس ان مصدر نشأته هو ارادة البائع بالاتفاق مع المشتري ابتداءً، لان الاحتفاظ بالملكية لا يصح ايراده الا في البيوع مؤجلة الثمن ، لذلك فهو اتفاق جوازي لطرفي العقد وليس امراً وجوبياً⁽⁵⁾ ، يتمثل باستعمال حق الملكية لتنفيذ المشتري التزاماته بدفع كامل الثمن ،بعد ان انتقلت الحيازة من البائع الى المشتري مع تحويل هذا الاخير حق الاستعمال والانتفاع .

(1) د. توفيق حسن فرج ، التأمينات الشخصية والعينية – دراسة لعقد الكفالة والرهن والاختصاص والامتياز ، مؤسسة الثقافة الجامعية ، الإسكندرية ، 1984 ، ص ٩١ . د. محمد طه البشير و د. غني حسون طه ، الحقوق العينية الاصلية والتبعية ، مصدر سابق ، ص ٣٥٣ .

(2) احمد راضي كعيم الشمري ، الافضلية عند التزام في نطاق عقد الرهن ، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية القانون جامعة كربلاء ، ٢٠١٧ ، ص ٢٥ .

(3) Cour de cassation chambre commerciale. Audience publique du 15 octobre 2013.

تم الحصول على الحكم من الموقع التالي :-

تاريخ الزيارة <https://www.legifrance.gouv.fr/3/5/2023>

(4) د. هادي حسين الكعبي ، مصدر سابق ، ص 62

(5) انظر : المادة 2367 من القانون المدني الفرنسي ، والمادة ٤٣٠ من القانون المدني المصري ، والمادة ٥٣٤ من القانون المدني العراقي .

الفصل الثاني : النتائج القانونية المترتبة على البيوع الائتمانية

ويضيف هذا الرأي ايضاً⁽¹⁾، ان اعتبار الاحتفاظ بالملكية ضماناً اتفاقياً لا يخالف الاحكام العامة للعقد ، لان القانون اعطى للمتعاقدين تشديد الضمان أو تخفيفه وهذا الامر خاضع لإرادة الطرفين ، لان احكام الضمان العقدي ليست من النظام العام⁽²⁾ ،بالإضافة الى ان اغلب الدراسات الفقهية التي تناولت البيوع الائتمانية ، بحثت في الاحتفاظ بالملكية تحت عنوان ضمانات البائع في البيوع مؤجلة الثمن ، مما يدل على انه ضمان ، وهو اتفاقي لان مصدر نشوئه ارادة البائع .

على الرغم من وجهة هذا الرأي والادلة القوية التي قدمها في بيان تكيف الاحتفاظ بالملكية الا انه تعرض الى انتقادات من البعض⁽³⁾، تمثلت بالاتي :-

١- ان تحديد الطبيعة القانونية لتصرف معين ، يعني اعادته الى مجموعة الحقيقية التي ينتمي اليها ، وفي هذا تكيف ، لم ينسب الى نظام قانوني معين او مجموعة قانونية ، بل اقتصر دور التكيف على بيان على أنه ضمان (اتفاقي) ووظيفته في عقد البيع هو ضمان ، كما انه لم يحدد هل هو ضمان عيني او شخصي .

وهذا لا يعني صعوبة تحديد طبيعته ، وعلى اعتبار ضمان اتفاقي ويفهم على انه بند يدرج في العقد كضمان اتفاقي ، ونحن نعتقد انه شرط مقترن بالعقد كضمان اتفاقي ، يوفر بموجبه ضماناً كافية للبائع لاستيفاء حقه للثمن من جانب المشتري ، كذلك انه ضمان شخصي على اعتبار ان الملكية لاتزال مملوكة للبائع ولا يمكن عده ضماناً عينياً لاختلاف عناصر كلا منهما ، لهذا فهو ضمان شخصي من جانب المشتري يضمن بموجبه للبائع بسداد كامل الثمن ، حتى يتمكن من تملك المبيع .

٢- انه يشير الى ان الاحتفاظ بالملكية لا يمكن ايراده الا في عقود البيع مؤجلة الثمن ، في حين انه يمكن ان يرد في عقد الهبة المستترة في صورة بيع ، إذ يحتفظ الواهب بملكية العين لمدة معينة يخشى ان يتصرف الموهوب له فيها ، لان المشرع العراقي والمصري استعمل الاحتفاظ بالملكية على سبيل الجواز وليس الوجوب ، لذلك لا يكون استعماله على سبيل الحصر وانما على سبيل الجواز .

ونحن نرى انه من ضمانات البائع الاتفاقية لهذا من البديهي انه لا يوجد الا في عقد البيع حتى ، اما في حالة الهبة المستترة بصورة بيع فنحن نستبعد ابرام الواهب عقد بيع يحتفظ به بملكية المبيع إذ أن الاحتفاظ بالملكية وجد لضمان سداد كامل الثمن من جانب المشتري وهذا ما ذهبت اليه محكمة التمييز العراقية⁽⁴⁾ ، لذلك لا يمكن تصويره في الهبة ، إذ يستطيع الواهب ان يقرن العقد بشرط منع من التصرف يخشى به من تصرف الموهوب له بالشيء ، لذلك جاء الاحتفاظ بالملكية كاستثناء من القواعد العامة كضمان للبائع ، والاستثناء لا يجوز التوسع فيه .

٣- ان هذه الطبيعة اعتبرت الاحتفاظ بالملكية من قبيل الضمان العقدي ، الذي يمكن تخفيفه او تشديده بالاتفاق بين الطرفين ، في حين ان الضمانات العقدية تعتبر من التزامات البائع في عقد البيع الذي يشمل ضمان العيوب الخفيفة وضمان التعرض والاستحقاق ، وهي ضمانات مقررة لمصلحه المشتري خلافاً للاحتفاظ بالملكية الذي يقرر لمصلحة البائع .

(1) د. هادي حسين الكعبي ، مصدر سابق ، ص 62 ومابعدهما .

(2) د. انور سلطان ، مصدر سابق ، ص 342 . د. جعفر الفضلي ، مصدر سابق ، ص 120 ، سليمان مرقس ، مصدر سابق ، ص 373 .

(3) د. حسين عبدالله عبد الرضا و اسيل ناظم محمد ، الطبيعة القانونية لشرط الاحتفاظ بالملكية على سبيل الضمان ، بحث منشور في مجلة جامعة الانبار للعلوم القانونية والسياسية ، العدد 13 ، المجلد 2 ، 2017 ، ص 166 .

(4) قرار 729 / مدنية اولى / 1976 / في 9/2/1977 ، منشور في مجموعة الاحكام العدلية ، العدد الاول ، السنة الثامنة ، 1977 ، ص 24 والذي نصه (ليس البائع السيارة الاحتفاظ ملكيتها إذا تسلم قسماً من ثمنها نقداً وتسلم الباقي سكا ، الا ان الصك اداة وفاء حال والاحتفاظ بالملكية يكون في حالة تأجيل الثمن كله أو بعضه) .

الفصل الثاني : النتائج القانونية المترتبة على البيوع الائتمانية

وهذا لا يعني تجرد الاحتفاظ بالملكية من اعتباره ضماناً اتفاقياً ولا يفهم من الضمانات الاتفاقية العقدية التي تذكر في العقد على انها خصصت للمشتري وحده، و لأنها تدرج في صلب العقد اطلق عليها ضمانات اتفاقية عقدية ، لذلك فهي تدرج لتحقيق مصلحة احد العاقدين، وهنا جاءت لتحقيق مصلحة البائع .

٤- ان التكييف السابق يوجد فيه تناقض ، إذ انه يعتبر الاحتفاظ بالملكية ضماناً اتفاقياً لأن مصدر نشوئه هو ارادة البائع واتفاقه مع المشتري في البداية ،وفي الختام انتهى الى القول انه ضمان اتفاقي لان مصدر نشوئه ارادة البائع.

ونرى ان هذا الاتجاه في تحديد هذه الطبيعة لا يوجد فيه تباين واختلاف ،على اعتبار ان الاحتفاظ بالملكية هو ضمان اتفاقي مصدره ارادة البائع ،إذ انه كان يقصد ان اساس هذا الاتفاق هو ارادة البائع وينتهي بموافقة المشتري بإرادته ،على اعتبار ان الضمانات التي تترتب لصالح المشتري هي بموجب القانون حتى ولو لم يتم ذكرها في العقد ،فحتى يدرج هذا الاتفاق كضمان للبائع ،فإرادة هذا الاخير هي اساس الاتفاق مع المشتري .

وبناء هذا التكييف وتجسيدها لما تم ذكره فنحن نؤيد هذا الاتجاه على اعتبار ،ان الاحتفاظ بالملكية هو من قبيل الضمان اتفاقي ،يبرم لصالح البائع كضمان حقه في الثمن ،وبما انه ضمان اتفاقي فانه لا يتعدى نطاق الشرط مقترن بالعقد ،والذي يعرف بأنه " التزام بأمر مستقبل ممكن ومشروع يضيفه المتعاقدان على العقد المبرم بينهما بإذ يتقيد به حكم العقد تغييراً او تعديلاً او اضافة"⁽¹⁾، ويكون جزءاً من العقد وبنداً من بنوده ويكون هذا الشرط صحيحاً إذا كان يقتضيه العقد او يلائمه او جرى العرف به او فيه منفعة لاحد المتعاقدين او كلاهما ⁽²⁾، فقد يعمد المتعاقدان على تعديل الالتزامات يشترط ان يكون التسليم في مكان معين او ان يدفع الثمن على اقساط وفي كل هذه الحالات يعتبر شرطاً مقترناً بالعقد لا وصفاً للالتزام⁽³⁾ فهي شروط ملائمة وصحيحة تقترن بالعقد ولكنها لا تغير من آثاره وانما تؤكد ان تكون ملائمة معه ، فهي تقيد حكم العقد بالإضافة او التغيير او التعديل إذ أن مضمونها لا يغير من حكم العقد وانما يتفق معه⁽⁴⁾، فالاحتفاظ بالملكية هو ضمان اتفاقي كشرط مقترن بالعقد وهذا ينسجم مع نص المادة ١٣١ من القانون المدني العراقي (يجوز ان يقترن العقد بشرط يؤكد مقتضاه او يلائمه او يكون جارياً به العرف والعادة) لذلك نعتقد ان الاحتفاظ بالملكية هو شرط صحيح يتلاءم مع العقد وهو من قبيل تعديل الالتزامات التي يفرضها العقد ،كون ان المشرع العراقي اعطى للمتعاقد الحق في تعديل احكام العقد تشديداً او تخفيفاً او اسقاطاً⁽⁵⁾، إذ ان احكام الضمان العقدي يستطيع الاطراف الاتفاق على

(1) د . ايمان طارق شكري ، اثر الشرط في حكم العقد دراسة مقارنة ، ط ١ ، مكتبة زين الحقوقية والادبية ، ٢٠١٨ ، ص 20.

(2) د.ذكرى محمد حسين و د.نصير صبار ، الحماية المدنية من الشروط المألوفة في العقود التجارية ، بحث منشور في مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية ، جامعة بابل ، العدد الاول ، ٢٠٠٩ ، ص ٤٨ .

(3) د.توفيق حسن فرج ، النظرية العامة للالتزام ، ج ٢ ، بدون دار نشر ، ١٩٧٨ ، ص ٩٥ .

(4) د.منصور حاتم محسن ، التغيير في جزء من اجزاء العقد واثره في العدالة التبادلية ، بحث منشور في جامعة بابل العلوم الانسانية ، المجلد ٢٣ ، العدد ٤ ، ٢٠١٥ ، ص ١٦٨٩ .

(5) انظر المادة 259/2 من القانون المدني العراقي و المادة 217/2 من القانون المدني المصري تقابلها المادة 1627

من القانون المدني الفرنسي .

الفصل الثاني : النتائج القانونية المترتبة على البيوع الائتمانية

خلافها لأنها ليست من النظام العام⁽¹⁾. ويمكن اعتباره توثيق استيفاء الثمن من جانب المشتري ، لذلك يعتبر عقد البيع المحتفظ فيه البائع بملكية المبيع عقداً بسيطاً غير موصوف تترتب عليه بعض الآثار عدا نقل الملكية التي تعد وسيلة ضمان للبائع ، وهذا ما يدل بصورة واضحة على حيابة المشتري للمبيع .

(1) د. انور سلطان ، مصدر سابق، ص ٢٧٦. د. جعفر الفضلي ، مصدر سابق ، ص ١١٩. د. نبيل ابراهيم سعد ، العقود المسماة ، مصدر سابق، ص ٤٣٤.

المبحث الثاني

الأثار المترتبة على البيوع الائتمانية .

يرتب البيع عملية بسيطة عندما يتم طرفاً عقد البيع بعد اتفاقهما تنفيذ الالتزامات التي يترتبها العقد المتعلقة بتسليم المبيع والوفاء بالثمن ، الا ان هذه العملية أصبحت قليلة الحدوث في مجال المعاملات التجارية فالغالب في مثل هذه المعاملات هو عدم التزام بين واقعتي تسليم المبيع والوفاء بالثمن ، وتجنباً للمخاطر المتمثلة بعدم قدرة المشتري على سداد الثمن يلجأ البائع الى توظيف الملكية كضمان حتى سداد الثمن .

ان العقد الذي يترأخي فيه انتقال ملكية المبيع الى المشتري حتى سداد كامل الثمن يترتب اثاراً فيما يتعلق بمركز البائع والمشتري خلال المدة السارية من لحظة ابرام عقد البيع الى الحظة التي يتأكد فيها مصير المبيع ، بالإضافة الى ذلك فان هذا الائتمان يؤدي الى مشكلتين ، تتمثل الاولى في ان من يحوز المبيع يظهر بمظهر المالك استناداً الى قاعدة الحيازة في المنقول سنداً للملكية وان كان عقده سابقاً على العقد الاول فهذا يؤدي الى تراحم الحقوق بين البائع الائتماني والمتصرف اليه الحائز ، وتتجلى الثانية في حال توقف المشتري عن السداد بسبب افلاسه إذ تتعارض مصلحة البائع مانح الائتمان في استرداد المبيع مع مصلحة دائني المشتري على اعتباره احد عناصر الذمة المالية للمشتري للتنفيذ عليه ، وبما ان المشرع العراقي فضلاً عن المشرع المصري اضاف الاحكام والاثار ذاتها المترتبة على الاحتفاظ بالملكية على البيع الايجاري إذ جعل كليهما بيعاً ائتمانياً اساسه ابقاء الملكية كضمان . ، وسوف نعرض في هذا المبحث الاثار القانونية لمراكز اطراف العقد ، والدور الذي يعطيه البيع الائتماني في بيان فاعليته في مواجهة حقوق الغير ، لذلك سنقسم هذا المبحث على ثلاثة مطالب :-

المطلب الاول :- اثر البيوع الائتمانية بين المتعاقدين.

المطلب الثاني :- تراحم البائع مع الغير.

المطلب الثالث :- شروط دعوى استرداد البائع للمبيع.

المطلب الاول

أثر البيوع الائتمانية بين المتعاقدين.

أصبح توظيف حق الملكية كضمان قصداً في الحصول على ضمانات لا تتوفر في وسائل اخرى فالدائن أصبح لا يكتفي بما تحققه الضمانات من اولوية وتتبع كما في التأمينات العينية ولا الحصول على ضمانات شخصية و اخذ يبحث عن ضمان اكثر فاعلية حتى يضمن بقاء حقه مرتبطاً بمحل العقد .

والبيع الائتماني يبقي مانح الائتمان مالاً للمبيع حتى استيفاء كامل الثمن ، وهذا يؤدي الى ان المبيع يكون بين شخصين البائع الذي احتفظ بملكيته ، والمشتري الذي يحوز المال ، مما يتطلب تحديد مركز طرفي العقد وتحديد سلطات كل منهما ، فهذا الضمان الاتفاقي يمكن مانح الائتمان من استرداد ملكه في حالة تخلف المدين بسداد الثمن ، ومركز كل من البائع والمشتري يشوبه بعض الغموض خاصة ان سلطات المبيع ستوزع بين البائع والمشتري ، لذا سنقسم هذا المطلب على فرعين :-

الفرع الاول :- المركز القانوني للبائع.

الفرع الثاني :- المركز القانوني للمشتري.

الفرع الاول

المركز القانوني للبائع

يبقى البائع الذي يحتفظ بملكية المبيع لحين الوفاء بكامل الثمن المالك الوحيد له قبل تسديد المبلغ ، ولا تنتقل الملكية الى المشتري الا بعد وفاء كامل الثمن (1)، الا ان عقد البيع يرتب التزامات على عاتق البائع بنقل الحيازة الى المشتري (2) ، ويجد هذا الالتزام اساسه في عقد البيع إذ انه يولد في ذمة البائع التزاما بتسليم المبيع ، فهو من مقتضيات عقد البيع إذ يمثل التسليم اهمية خاصة بالنسبة للمشتري إذ بتنفيذ هذا الالتزام ، يمكن للمشتري من الانتفاع بالمبيع (3)، إذ لا خير في التزامات البائع في ابرام عقد البيع وتأجيل نقل ملكية المبيع إذا لم يتضمن هذا العقد بتسليم المبيع حتى يتمكن المشتري من حيازته والانتفاع به .

فالتزام البائع بتسليم المبيع يعتبر من الالتزامات الأصلية التي تقع على عاتقه ولو لم ينص عليه في العقد، وبذلك يكون هذا الالتزام واجب التنفيذ بمجرد تمام العقد ولو كان الثمن مؤجلاً، ما لم يتفق الطرفان على خلاف ذلك (4). ويتضمن ايضاً التزام البائع بالمحافظة على الاشياء المبيعة ليقوم بتسليمها بالحالة التي كانت عليها وقت العقد ، وبذلك يكون البائع قد اوفى بالتزاماته (5) .

فالبائع مانح الائتمان ، إذ يخضع الاثر الناقل للملكية لاحترام الاجل الذي يتم فيه الوفاء بالثمن ، وهذا التصرف يؤدي الى تجزئة الالتزامات في عقد البيع ، فمنها ما يكون فوري التنفيذ كالالتزام بالتسليم وغيرها ، ونقل الملكية فيتم في مرحلة لاحقة لذلك ان هذا الضمان يفصل بين الجانب الملزم والجانب العيني (6) ، لذلك لا يستطيع البائع الامتناع عن التسليم بدعوى انه لم يتسلم الثمن، استنادا الى حقه في الحبس ، لأنه اراد النزول عن حقه بإعطاء المشتري اجلاً لتنفيذ التزامه بدفع كامل الثمن (7)، لذلك يمنع على البائع ان يأتي بأي عمل من شأنه ان يعوق استعمال المشتري لحقوقه الناشئة عن عقد البيع (8)، الا ان هذا التصرف لا يفقد البائع من خلاله ملكية المبيع، الا انه لا يعتبر في الوقت نفسه مانعاً من تسليم المبيع الى المشتري، كون ان الالتزام بالتسليم التزاماً مستقلاً عن التزام نقل الملكية .

لكن السؤال الذي يثار ، هل يحق للبائع في البيع مؤجل الثمن ، الامتناع عن تسليم المبيع الى المشتري ، وفي حال قيامه بالتسليم ، ما هو السند القانوني على ذلك ، على الرغم ان انتقال الملكية مؤجلة الى استيفاء كامل الثمن ، وماهي المسؤولية المترتبة عليه؟.

(1) محمد حسين منصور ، مصدر سابق ، ص ١١٣ .

(2) انظر :- المادة ١٦٠٣ من القانون المدني الفرنسي (يوجد التزامان رئيسيان على البائع هما : التزام تسليم المبيع والتزام ضمانه) نصت المادة ٤٣٥ من القانون المدني المصري (يكون التسليم بوضع المبيع تحت تصرف المشتري بإذ يتمكن من حيازته والانتفاع به دون عائق ولو لم يستولي عليه استيلاء مادياً مادام البائع قد أعلم بذلك ، ويحصل هذا التسليم على النحو الذي يتفق مع طبيعة الشيء المبيع) . مادة ٥٣٨ من القانون المدني العراقي (تسليم المبيع يحصل بالتخلية بين المبيع والمشتري على وجه يتمكن به المشتري من قبضه دون حائل).

(3) د. محمد حسن قاسم ، الوسيط في عقد البيع ، دار الجامعة الجديدة ، الاسكندرية ، ٢٠١١، ص ٢٥٥ .

(4) د. اشرف عبد الرزاق ، الوسيط في البيع بالتقسيط، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٦، ص ٢٦٤ .

(5) انظر :- المادة ١٦١٤ من القانون المدني الفرنسي، والمادة ٤٣١ من القانون المدني المصري.

(6) د. نبيل ابراهيم سعد ، الملكية كوسيلة للضمان ، مصدر سابق، ص ٥١ .

(7) د. هادي حسين الكعبي ، مصدر سابق ، ص 91 .

(8) د. عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، ج ٤، مصدر سابق ، ص ١٧٥ .

الفصل الثاني : النتائج القانونية المترتبة على البيوع الائتمانية

ذهب المشرع الفرنسي الى ان اساس التزام البائع بتسليم المبيع الى المشتري هو قيام الاخير بدفع الثمن (1)، الا في حالة واحدة وهي منح البائع مهلة الدفع للمشتري، الا ان هذا الاستثناء يفقد فاعليته ولا يلتزم البائع بتسليم المبيع في حال افلاس المشتري (2) ويفهم من ذلك ان في حالة افلاس المشتري وتأجيل دفع الثمن يتمتع البائع عن التسليم، لأنه مهدد بخسارة المبيع والثمن، إذ يحق له حبس المبيع الا عند تقديم المشتري تأميناً بالدفع .

اما على صعيد القانون المدني المصري فنجد ان المشرع المصري جعل اساس تسليم المبيع الى المشتري هو دفع الثمن من قبل هذا الاخير ، الا في حالتين الاولى هي قيام المشتري بتقديم ضمان عيني او شخصي ، والثانية هي منح اجل للمشتري بالسداد ، الا ان الحالة الاخيرة لا يكون لها اثر في تسليم المبيع عند سقوط الاجل الممنوح للمشتري ، إذ يحل الدين فوراً ، وبالتالي يستطيع البائع الرجوع الى الضمانات القانونية المتمثلة في الحق بحبس المبيع ، الا في حالة تقديم ضمانات كافية من المشتري حتى يتمكن من حيازة المبيع (3) .

اما على مستوى التشريع العراقي فضلا عن المشرع المصري ، فالقانون ألزم البائع بتسليم المبيع الى المشتري في حالة تأجيل الثمن ، فلا يحق للبائع حبس المبيع على اعتبار انه لم يقبض الثمن ، الا عند سقوط الاجل الممنوح للمشتري ، فلهذا الاخير اما تقديم تأمينات كافية ، او يحق للبائع حبس المبيع ، على اعتبار ان سقوط الاجل يحل بموجبه الدين المؤجل فوراً (4) .

واستنادا الى ما تم ذكره فان مسؤولية البائع بتسليم المبيع ، تكون مسؤولية عقدية ناشئة من خلال عقد البيع ، إذ حتى وان كان الثمن مؤجلاً ، فلا يستطيع ان يتمتع عن تسليم المبيع الى المشتري على اعتبار انه لم يستوف الثمن ، إذ ان حق البائع في حبس المبيع يثبت في حالة سقوط الاجل الممنوح للمشتري وكذلك في البيوع التي يكون فيها دفع الثمن حالاً وليس في البيوع الآجلة فقط ، لان البائع ارتضى ان يتم تأجيل الثمن ، فلا يتأخر حق المشتري في القبض .

فانتقال ملكية المبيع الى المشتري لم تعد تعتمد على تصرف يقوم به البائع او امر يتوقف عليه وانما يتوقف الامر على موقف المشتري في تحقيق شرط الوفاء بالثمن كله (5) ، وتطبيقاً لذلك إذا اخل البائع بتسليم المبيع ، او تأخر في تسليمه ، فللمشتري عند الاخلال بذلك ان يطلب التنفيذ العيني الجبري إذا كان ممكناً ، فضلاً عن ذلك يحق له ان يطلب فسخ العقد أياً كانت طبيعة اخلال البائع بالتزامه بالتسليم

(1) انظر:- المادة ١٦١٢ من القانون المدني الفرنسي (ان البائع غير ملزم بتسليم الشيء المبيع إذا لم يدفع المشتري الثمن ، ولم يمنح مهلة للدفع).

(2) انظر:- المادة ١٦١٣ من القانون المدني الفرنسي (لا يعتبر البائع ملزماً بالتسليم أيضاً، حتى ولو منح المشتري مهلة للدفع، إذا أفلس المشتري منذ تاريخ البيع أو إذا كان في حالة إعسار بإذ إن البائع يوجد في خطر محقق بخسارة الثمن، إلا إذا قام المشتري بتقديم كفالة بالدفع في الأجل المحدد).

(3) انظر:- المادة ٤٥٩ من القانون المدني المصري (1- إذا كان الثمن كله أو بعضه مستحق الدفع في الحال فللبائع أن يحبس المبيع حتى يستوفى ما هو مستحق له ولو قدم المشتري رهناً أو كفالة. هذا ما لم يمنح البائع المشتري أجلاً بعد البيع. 2- وكذلك يجوز للبائع أن يحبس المبيع ولو لم يحل الأجل المشتري لدفع الثمن إذا سقط حق المشتري في الأجل).

(4) انظر:- المادة ٥٧٩ من القانون المدني العراقي (١- إذا كان الثمن مؤجلاً في عقد البيع او رضي البائع بتأجيله بعد البيع فلا حق في حبس المبيع بل يلزم بتسليمه الى المشتري ولا يطالبه بالثمن قبل حلول الاجل. 2- على انه يجوز للبائع ان يحبس المبيع حتى لو لم يحل الاجل المشتري لدفع الثمن، إذا كان المشتري قد اضعف ما قدمه من تأمينات للوفاء بالثمن، او كان في حالة اعسار يوشك معها ان يضيع الثمن على البائع، هذا ما لم يقدم المشتري كفالة).

(5) د.حسين الماحي، مصدر سابق، ص ٢٦.

الفصل الثاني : النتائج القانونية المترتبة على البيوع الائتمانية

مع المطالبة بالتعويض ، ويخضع طلب الفسخ للسلطة التقديرية للقاضي ، فله ان يمنح البائع اجلا لتنفيذ التزامه إذا اقتضت الظروف ذلك ، كما له رفض طلب الفسخ ، او اجابة المشتري الى طلبه بالفسخ (1). ومما يجدر الإشارة في هذا السياق ، ان المركز التعاقدي للبائع ، لا يثير اي شك في المدة التي يكون فيها المبيع تحت حيازته ، اي قبل تسليمه الى المشتري ، إذ بوصفه لايزال المالك والحائز يجمع بذلك جميع خصائص حق الملكية من صلاحيات استعمال واستغلال والتصرف الا ان الامر لا يبدو كذلك عند انتقال الحيازة الى المشتري. فهل يحق للبائع التصرف في المبيع ، ام ان القيد الذي يمنع نقل الملكية حتى الوفاء بكامل الثمن ، يمنع كذلك تصرف البائع في المبيع حيث انقسم الفقه في ذلك على اتجاهين:-

الاتجاه الاول:- يذهب الى (2) ، ان سلطة البائع في التصرف في المبيع تنقيد عند انتقال الحيازة ، كون المشتري يكون مالكا للمبيع فلا يمنع نقل الملكية من التصرف في المبيع فالذي انتقل اليه بالتسليم هو حيازة المبيع اما الملكية فانقلت موقوفه ، وهذا لا يمنع المشتري من التصرف في هذه الملكية الموقوفة ويكون تصرفه ملعفاً على شرط واقف ، فيجوز التصرف و الانتفاع في المبيع بالبيع والرهن ، ويكون المشتري الثاني مالكا تحت شرط واقف ، والقول بخلاف ذلك من شأنه ان يتعارض مع المصالح الاقتصادية المرجوة من البيوع الائتمانية ، لانه يترتب عليه تجميد البضاعة المباعة المحتفظ بملكيته في حيازة المشتري دون استعمال (3) ، لذلك نجد ان محكمة النقض الفرنسية نفت ان تكون الغاية التي توخاها المشرع عند تنظيم اثار الاحتفاظ بالملكية في قانون ١٢ مايو ١٩٨٠ ، هي عرقلة عمليات التداول التجارية ، لاسيما و ان البائع على يقين من ان حيازة المشتري للمبيع وحاجته اليه في نشاطه الصناعي او التجاري (4) ، ف شراء هذه المنقولات لا تحقق الفائدة للمشتري إذا ظل حابساً لها حتى سداد ثمنها كاملاً ، فقد يكون تصرف المشتري بالمبيع بمثابة تدعيم مركزه المالي ، بإذ يمكن من خلال هذا التصرف من سداد اقساط الثمن في مواعيد استحقاقها (5).

ويؤخذ على هذا الاتجاه ان هذا التصرف يؤدي الى خطورة يتعرض لها ضمان البائع ، إذ ان تصرف المشتري في المنقولات يترتب نتيجة هامة ، وهي اكتساب الغير ملكية المنقول ، ويقابل هذا فقدان البائع ضمان الاتفاقي الذي يوفره الاحتفاظ بالملكية ، ولا يتمتع الا بمركز دائن عادي فيما يتعلق بالحصول على الثمن .

الاتجاه الثاني:- يذهب هذا الاتجاه (6) ، الى ان قيام البائع مانح الائتمان بالتصرف في المبيع ، تصرفاً قانونياً او مادياً فان هذا التصرف ينتج اثره في مواجهة المشتري ، فيكون هذا التصرف صحيح ، لانه يتصرف في شيء مملوك له ، إذ ان انتقال الحيازة يؤدي الى حرمانه من مكنة الاستعمال فقط وبذلك تبقى للبائع سلطتي الاستغلال والتصرف ، فيكون من حق البائع من استغلاله وتلقي ثماره بل والتصرف به ولا يكون للمشتري الاول حق استرداد المبيع من المتصرف اليه الثاني لأن الملكية لم تنتقل بعد الى المتصرف اليه الاول فخصوصية مركز المشتري قبل الوفاء بالثمن تنشأ من أن هناك

(1) د. محمد حسن قاسم ، مصدر سابق ، ص ٢٧٦-٢٧٧-٢٧٨.

(2) د. عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، ج ٤ ، مصدر سابق ، ص ١٧٤.

(3) د. علي سيد قاسم ، مصدر سابق ، ص ٤٤.

(4) Cass.Com.ler oct. 1985, cit.; aussi, note Derrida, D. 1986, 1.R., p.169 et s.; B.Soinne, Survie et disparition du droit de la faillite, J.C.P.1982, éd.C.I.13903.

(5) د. حسين الماحي ، مصدر سابق ، ص ١٢٧.

(6) محمد حسين منصور ، مصدر سابق ، ص ١١٣.

الفصل الثاني : النتائج القانونية المترتبة على البيوع الائتمانية

عقد يربط بينه وبين المالك ،الا انه لا ينظم مسألة سلطات المشتري قبل أن يصبح مالكا ،لذلك لا يستطيع من الناحية القانونية ان يمارس على البضاعة اي سلطة مباشرة⁽¹⁾. ونحن بدورنا نؤيد الرأي الأخير ،على اعتبار ان البائع هو المالك الوحيد للمبيع ،وان المشتري لم يملك المبيع بعد، إذ يحق المشتري عند قيام البائع بالتصرف بالمبيع من المطالبة بالتعويض على أساس المسؤولية العقدية ،بالإضافة الى ضمان المشتري في الحصول على حقوقه فيحق له حبس المبيع الذي في حيازته⁽²⁾، كذلك يحق لدائني البائع التعرض للمشتري والحجز على هذا المال بوصفه ما زال ملكا لمدينهم ، كما يحق لهم المطالبة بالثمن، ولكن إذا تم سداد كامل الثمن من المشتري ففي هذه الحالة يتحقق البيع من تاريخ العقد وتنتقل الملكية للمشتري .

الفرع الثاني

المركز القانوني للمشتري

طالما أن الثمن المتفق عليه والمؤجل في الوقت ذاته لم يدفع من جانب المشتري فان هذا الأخير لا يعد مالكا للشيء المبيع ، إذ في حالة تسلمه للشيء المباع فانه يعتبر واضع يد بطبيعة الحال وليس مالكا له ، وطبيعة مركز المشتري قبل الوفاء بالثمن تنشأ من ان هناك عقد ينظم علاقته بينه وبين البائع ،إذ بموجب هذا العقد يخول المشتري بعض سلطات حق الملكية الممنوحة له من جانب المالك، لذلك يكون البائع قبل التسليم مالكا لجميع سلطات الملكية من استعمال واستغلال وتصرف، لكن لكون ان البيع مع الاحتفاظ بالملكية بيع باتاً وصحيح ،فانه يرتب جميع اثار عقد البيع ما عدا الاثر المتعلق بنقل ملكية المبيع ،فمركز المشتري خلال فترة حيازته للمبيع وانتقال الملكية اليه تثير الشك ،فهل يكون المشتري في هذه الحالة المركز نفسه المعتاد بموجب عقد البيع وبالتالي يخول بموجب هذا الأخير سلطات المشتري العادي أم أنه يعتبر بمجرد حائز للمبيع؟، وينسم الفقه في ذلك الى اراء :-

الرأي الاول :- يرى البعض⁽³⁾، ان المشتري لم يملك المبيع بعد لهذا لا يمكن ممارسة اي سلطة من سلطات حق الملكية ،فهو لا يتمتع بحيازة كاملة وانما هو مجرد حائز عرضي ولم يحدد هذا الرأي وصف الحائز بالاستناد الى عقد محدد ،ومن هنا كان اقتراح البعض ان يلحق العقد المتضمن الاحتفاظ بالملكية شرط يمكن من خلاله المشتري من استعمال المنقولات المبيعة او استغلالها او التصرف بها ،إذ لا يمكن ممارسة أية سلطة على المبيع الا بمقتضى حق شخصي ينص عليه في العقد⁽⁴⁾. من الجدير بالذكر ان واضع اليد على الشيء ينشأ أما عن مركز واقعي ،إذ لا يكون هنالك أية رابطة عقدية بين المالك وواضع اليد ،واما عن مركز قد تم تنظيمه عن طريق عقد من العقود كما هو الحال في (الوديعة أو العارية أو الايجار).

وعند الاخذ بأن المشتري واضع يد دون ان يكون ذلك الى عقد محدد يجعل من المشتري غاصباً للعين ، وهذا الامر غير مقبول ، وذلك لكون الحيازة اسندت بتسلمه المبيع الى عقد بيع صحيح بين البائع والمشتري ،وإذا اعتبر كذلك ان حيازة المشتري العرضية تستند الى عقود اخرى (ايجار او وديعة او عارية) ، فان ذلك لا يتناسب مع صفته كمشتري ينظم علاقته بينه وبين البائع عقد بيع ،على

(1) د.نبيل ابراهيم سعد ،الملكية كوسيلة للضمان ،مصدر سابق ،ص٤٢.

(2) انظر المادة ٢٨٤ |1 من القانون المدني العراقي (يزول الحق في الحبس بزوال الحيازة)

(3) J. Ghestin, rapport de synthèse. in actualité de droit de l'entreprise, t.12, p.291, no. 20.

مشار اليه : د. نبيل ابراهيم سعد ،الملكية كوسيلة للضمان ،مصدر سابق ،ص٤١.

- R.A. Eastwood, L.L.d, The contract of sale of good, second edition. 1946. p.94..

مشار اليه : د. صبري حمد خاطر - مصدر سابق - ص ١١٢.

(4) د.حسين الماحي ،مصدر سابق ،ص٢٧ وما بعدها .

الفصل الثاني : النتائج القانونية المترتبة على البيوع الائتمانية

اعتبار ان البائع يسلم الشيء المبيع الى المشتري كون ان الاخير يملك هذا الشيء ، حتى وان كان الثمن مؤجلاً ، بينما العقود السابقة تتضمن التزامات برد الشيء⁽¹⁾.

ونحن نرى ان هذا الرأي ينفي وجود عقد البيع خلال فترة تسديد الثمن المؤجل من جانب المشتري خصوصاً ان القضاء الفرنسي ذهب الى ان العقد المحتفظ بملكية المبيع هو عقد بيع صحيح وبات⁽²⁾ ، كذلك ينفي جميع الاثار التي يربتها عقد البيع عدا اثر نقل الملكية المؤجل ، خصوصاً الى ان حيازة المشتري للمبيع جاءت بموجب عقد البيع لذلك .

الرأي الثاني :- ويذهب هذا الرأي⁽³⁾ ، ان المشتري يكون في مركز الوديع ، كون في حال عدم تنفيذ التزاماته الكاملة بدفع الثمن فان البائع يقوم باسترداد المبيع ، ومادام البائع يسترد المبيع دون الفسخ ، فان مركز المشتري قبل السداد الا فهو وديعاً .

ولا يمكن الاخذ بهذا الرأي لأسباب التالية:

1- الوديعة هو عقد به يحيل المالك او من يقوم مقامه حفظ مال الى اخر ولا يتم الا بالقبض⁽⁴⁾ ، ونجد هنا ان مركز الوديع في عقد الوديعة يختلف عن المشتري في عقد البيع ، ويرجع هذا الاختلاف الى اختلاف طبيعة كلا من العقدين فعقد الوديعة يلتزم الوديع بموجبه بحفظ المال المودع لديه ، إذ لا وديعة إذ لم يكن هنالك التزام بالحفظ ، في حين ان عقد البيع من عقود التصرف ولا يلتزم المشتري باي التزام بالحفظ فالغاية منه هو تملك الشيء المبيع⁽⁵⁾.

2- انّ الاصل في الوديعة انها تكون بلا مقابل فهي من العقود الملزمة لجانب واحد ، بخلاف عقد البيع الذي يعتبر من العقود الملزمة للجانبين فكل طرف في العقد يدفع مقابل ما يأخذه من الطرف الاخر⁽⁶⁾.

3- انّ ارادة الطرفين في عقد البيع الائتماني، تنصرف الى ضمان الوفاء بالثمن من جانب المشتري⁽⁷⁾ ، خلافاً للوديعة إذ انّ ارادة العاقدین تنصرف الى اعادة الشيء كما هو⁽⁸⁾ ، إذ إن الوديع يلتزم برد الشيء الذي اودع اليه كما هو ولا يرد شيئاً آخر ، فالالتزام بالرد هو الالتزام الأساسي .

(1) د.هادي حسين الكعبي ، مصدر سابق ، ص ٧٤. د.نبيل ابراهيم سعد ، الضمانات غير المسماة في القانون الخاص ، مصدر سابق ، ص ١٩٨.

(2) Cour de cassation chambre commerciale. Audience publique 17 octobre 2018.

<https://www.legifrance.gouv.fr>

تم الحصول على القرار من الموقع الاتي :-

(3) cite par Brocca op.cit.p.27.

مشار اليه عند : د. صبري حمد خاطر - مصدر سابق - ص ١١٢ .

(4) المادة ١٩١٥ من القانون المدني الفرنسي نصت (الإيداع هو عقد بوجه عام يستلم بموجبه الشيء من الغير مع الالتزام بحفظه واعادته سليماً عيناً). أيضاً المادة ٧٦٨ من القانون المدني المصري نصت (الوديعة عقد يلتزم به شخص ان يتسلم من اخر على ان يتولى حفظ هذا الشيء وعلى ان يرده عيناً). كذلك المادة ٩٥١ من القانون المدني العراقي (الايداع عقد به يحيل المالك او من يقوم مقامه حفظ ماله الى اخر ولا يتم الا بالقبض).

(5) د. عبد الرزاق السنهوري الوسيط ، ج 7 ، العقود الواردة على العمل ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٦٤ - ص ٦٧٨ .

(6) المادة ١٩١٧ من القانون المدني الفرنسي (الوديعة هي من بحسب الاصل عقد مجاني). ايضاً المادة ٩٦٨ من القانون المدني العراقي (ليس للوديعة ان ياخذ اجرة على حفظ الوديعة، ما لم يشترط ذلك في العقد).

(7) د. صبري حمد خاطر - مصدر سابق - ص ١١٣ .

(8) انظر المادة ١٩٣٢ من القانون المدني الفرنسي (يجب على الوديع أن يعيد الوديعة نفسها التي سلمت إليه وهكذا يتوجب أن يحصل رد المبالغ النقدية بالعملة نفسها التي تم فيها الإيداع، سواء في حال ارتفاع قيمتها او في حال انخفاضها).

الفصل الثاني : النتائج القانونية المترتبة على البيوع الائتمانية

٤- من إذ الاسترداد ان المودع يستطيع ان يسترد الوديعة متى يشاء دون شرط احداث خلل من المودع لديه ويترتب عليه انقضاء الوديعة⁽¹⁾، في حين ان البائع عند احتفاظه بالملكية في عقد البيع فلا يستطيع استرداد المبيع الا عند اخلال المشتري بدفع الثمن ولا يترتب على ذلك انتهاء عقد البيع⁽²⁾. وانسجاماً مع كل هذه الاسباب فلا يمكن اعتبار المشتري في عقد البيع مع الاحتفاظ بالملكية على انه في مركز وديع، نظراً لاختلاف احكام كلا العقدين والتزامات كل طرف في كليهما .

الرأي الثالث :- ويذهب الى ان المشتري خلال مدة حيازته للمبيع الى حين سداد الثمن يكون في مركز المستأجر ، على اساس ان اثر انتقال الملكية يتراخى لحين سداد المشتري كامل الثمن ، فان البيع يقترن بالإيجار ، وان حيازة المشتري تحتاج الى تصرف قانوني فيكون بحسب هذا الرأي انه بيع ايجاري⁽³⁾.

ونرى ان اصحاب هذا الرأي تأثروا بمفهوم الحق الشخصي ، إذ ان صاحب الحق الشخصي الدائن (المشتري) ليس لديه الا سلطة غير مباشرة على الشيء موضع الحق ولا يستعمل هذه السلطة الا بواسطة المدين (البائع) ، فصاحب الحق العيني يصل مباشرة الى الشيء موضع الحق ، بخلاف صاحب الحق الشخصي حتى يستطع الوصول الى محل الحق فلا بد من توسط المدين بينه وبين هذا الشيء فهو لا يستعمل سلطه مباشرة كما هو الشأن في الحق العيني ، بل يتقاضى حقا من المدين⁽⁴⁾. لهذا اعتبر ان المشتري قبل سداد الثمن ليس سوى صاحب حق شخصي ، إذ ان انتقال الملكية الى المشتري تجعله صاحب حق عيني. إذ ان المشتري من الناحية القانونية لا يمكن له ان يمارس اي سلطة من السلطات على المبيع ، كون ان هذه السلطات يخولها حق الملكية وهذا الحق لا يزال محتفظاً به من طرف البائع طالما لم يدفع المشتري الثمن ، لهذا يعد ان المشتري صاحب حق شخصي .

وتعرض هذا الرأي للنقد⁽⁵⁾، إذ ان تغير ووصف عقد البيع يؤدي الى تغيير الاحكام التي تنطبق عليهما ، وهذا بدوره يقود الى عدم تطبيق القانون الفرنسي الصادر ١٢ مايو ١٩٨٠ ، عند تغيير الوصف القانوني للعقد . وان الطبيعة القانونية للبيع الايجاري ليست سوى عقد بيع مخفي تحت عقد ايجار ، حتى يتكمن البائع من ضمان حقوقه في الثمن ، فيعتمد على بقاء الملكية بيده ، وعقد الايجار ليس الا عقد صوري اخفي وراءه العقد الحقيقي ، حتى يتكمن البائع من ضمان حقوقه⁽⁶⁾. وقد كشفت التشريعات ، محل المقارنة عن صورية الايجار في هذه الحالة ، فتعتبر أن البيع الايجاري هو عقد بيع ابتداء وانتهاء ، لهذا عدّ بيعاً محضاً تسري عليه احكام عقد البيع حتى لو سماه المتعاقدان ايجاراً⁽⁷⁾.

(1) المادة ١٩٤٤ من القانون المدني الفرنسي (يجب إعادة الوديعة إلى المودع عندما يطالب بردها حتى ولو كان العقد قد حدد مهلة معينة للرد إلا إذا تبين وجود حجز احتياطي في يد الوديع أو معارضة للرد ولنقل الشيء المودع). ايضا المادة ٩٦٩ من القانون المدني العراقي (للمودع في كل وقت ان يطلب رد الوديعة مع زوائدها، كما ان للوديع ان يطلب ردها متى شاء).

(2) انظر المادة ٢٣٧١ من القانون المدني الفرنسي (يمكن للدائن المطالبة بإعادة المال لاسترداد حق التصرف به، في حال التخلف عن التسديد الكامل للدين عند استحقاقه).

(3) V. Aopnwn de martel - tribes.cit -Brocca, op. cit. p. 28.

مشار اليه عند : دهادي حسين الكعبي ، مصدر سابق ، ص 76 .

(4) د . عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، ج ٨ مصدر سابق ، ص ١٨٦-١٨٧ .

(5) د . صبري حمد خاطر - مصدر سابق - ص ١١3 .

(6) د . عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، ج ٤ ، مصدر سابق ، ص ١٧٨ .

(7) انظر المادة ٤٣٠ من القانون المدني المصري . وايضا المادة ٥٣٤ من القانون المدني العراقي .

الفصل الثاني : النتائج القانونية المترتبة على البيوع الائتمانية

الرأي الرابع:- وفي ظل الانتقادات التي وجهت الى كل هذه الآراء التي حاولت ان تحدد مركز المشتري ، فذهب البعض الى ايجاد حلول لبيان المركز القانوني للمشتري ، فاسند ذلك الى دور الارادة التي تحدد سلطات كل طرف في العقد ، لأنها تلعب دور كبير وفي تكوين ونشوء العقد .

فالإرادة تلعب دور في نشوء اي تصرف قانوني ، فعقد البيع الائتماني لا يعد خروجاً عن القواعد الامرة في عقد البيع ، وانما يبقى في نطاق القواعد المفسرة ، لهذا فان المشتري لا يبتعد عن مركزه المعتاد في عقد البيع ، إذ تتجه الارادة بموجب عقد البيع مع بقاء الملكية كضمان لتجزئة الملكية لفترة معينة ، فيمنح سلطتي الاستعمال والاستغلال لصالح المشتري ، وتتقيد سلطة التصرف لصالح البائع (1).

ويجد هذا الرأي أساسه الى الحكم الصادر من محكمة النقض الفرنسية عام ١٨٣٤ والذي تقرر بموجبه (حتى وان كانت نصوص القانون المدني الفرنسي المادتين (٥٥٢، ٥٤٤) تحدد القواعد العامة المتعلقة بطبيعة واثار الملكية الا انه لا يوجد ما يمنع من اتفاق الاطراف الى اجراء تعديلات التي يتقبلها حق الملكية) وأستند بذلك الى مبدأ حرية التعاقد للقول انه بإمكان تجزئة وتقسيم حق الملكية ، الا أنه تعرض الى النقد على اساس انه هذا الرأي يؤدي الى انشاء حقوق عينية جديدة (2).

وان الاخذ بهذا الرأي محل نظر ، لان تجزئة سلطات الملكية الثلاثة لا تنشأ بذلك حقوقاً عينية جديدة ، إذ ان احتفاظ البائع بالملكية ، على الرغم من انتقال الحيازة الى المشتري ، ما هو الا ضمان تنفيذ المشتري لالتزامه بدفع الثمن (3) .

ويذهب جانب من الفقه الى ان السلطات الممنوحة من جانب البائع الى المشتري ، يمكن اعتبارها حقاً عينياً ناشئاً عن تجزئة سلطات الملكية ، وهذا الحق العيني لا يعطي للمشتري الاً سلطتي الاستعمال الشيء والانتفاع به عن حيازته للشيء ، ولا يعطي له سلطة التصرف به واستغلاله ، فهو يختلف عن حق الاستعمال التقليدي كون هذا الاخير لا يعطي لصاحبه سلطة مباشرة على الشيء المبيع (4).

ويؤخذ على هذا الرأي انه يجعل من استعمال المشتري للمبيع حقاً عينياً ناشئاً عن تجزئة حق الملكية إذ ان السلطات التي يخولها حق الملكية من استعمال واستغلال وتصرف تتجزأ بين المشتري والبائع وهذا بدوره يؤدي الى انشاء حقوق عينية جديدة ، ثم يضيف عن استعمال المشتري للمبيع يختلف عن الاستعمال التقليدي ، وهذا بدوره يقودنا الى تساؤل هل يوجد استعمال تقليدي واستعمال غير تقليدي ، وهل يمكن تصور حق عيني يكون استعماله غير تقليدي ، لذا نرى ان هذا الرأي غير موفق .

ويذهب بعض الفقه (5) ، ان تجزئة سلطات حق الملكية ، وهي ليست الصورة الوحيدة لتجزئة خصائص حق الملكية فهناك صورة متعددة لهذه التجزئة كالمستأمن على البضائع و المستعير والمستأجر ، جميعهم يملكون سلطة الاستعمال والانتفاع دون التصرف لان الملكية لا تزال للمالك الاصلي .

وهذا الرأي محل نظر إذ ان تشبيه حق المشتري ، بحق المستأجر او المستأمن او المستعير ، فهو لاء اصحاب حق شخصي وليس حق عيني ، والسلطات الممنوحة لهم جاءت بموجب العقد المبرم مع الطرف الاخر ، في حين لا نجد مثل هذه السلطات للمشتري في عقد البيع ، اذ ان ذلك ان حق

(1) Derrupe (J), La Nature juridique du droit du preneur a baillet la distinction des droit de ceance These Toulouse, 1955. p. 257.

(2) د. ابراهيم الدسوقي ابو الليل ، البيع بالتقسيط والبيوع الائتمانية الاخرى ، مصدر سابق ، هامش ص ٢٩٣ .

(3) د . هادي حسين الكعبي ، مصدر سابق ، ص 79 .

(4) د. نبيل ابراهيم سعد ، الملكية كوسيلة للضمان ، مصدر سابق ، ص ٢١ .

(5) استاذنا د. هادي حسين الكعبي ، مصدر سابق ، ص 79 .

الفصل الثاني : النتائج القانونية المترتبة على البيوع الائتمانية

المستأجر و المستعير أن أحكامهم خاصة بطابع التأقيت وتستلزم رد الشيء ،الا ان المشتري في الاحتفاظ بالملكية حاز المبيع في رغبة منه في التملك .

ونرى بدورنا لا يمكن اعتبار المشتري صاحب حق عيني كون ان هذا الحق هو سلطة مباشرة للشخص على شيء ،وهذا لا يمكن ان نجده في البيوع الائتمانية لان المشتري لا يملك المبيع بعد وانما يظهر كصاحب حق شخصي إذ لا يستطيع الوصول الى المبيع وحيازته ولا ان يستعمل حقه الا إذا توسط المدين (البائع) بينه وبين هذا الشيء فهو يملك سلطة غير مباشرة , وسلطة المشتري تأتي من خلال قيام البائع بتحديد اثار الاحتفاظ بالملكية خاصة فيما يتعلق بسلطات المشتري على المبيع لان اهميته تتعاضد للبائع ،فيجب على هذا الاخير ان يكون اكثر حرصاً بمدى السلطات المخولة للمشتري والا فإن في حال عدم وجود نص يمنع المشتري من استعمال والتصرف في المنقولات يعتبر ترخيصاً من البائع ،لأن المقصود من الائتمان هو امتلاك وسيلة ضغط على المشتري حتى يوفي الثمن .

المطلب الثاني

تزامم البائع مع الغير

إن الدور الذي يمنحه البيع الائتماني الذي اساسه ابقاء الملكية كضمان للوفاء بالثمن لا يتقيد فقط في حث المشتري على تنفيذ التزامه بالوفاء بكامل الثمن ،وبالتالي يتمكن من الاستفادة من خصائص حق الملكية في الانتفاع والتصرف في المبيع وبذلك تنحصر هذه الخصائص كاملة بين يديه ، بل يتعدى ذلك في نفاذ حق البائع اتجاه الغير ،اي حماية حقه في مواجهة حقوق الغير إذ تكمن فعالية الضمان الاتفاقي واهميته في امكانية الاحتجاج به على الغير سواء كان دائناً للمشتري ،ام متصرفاً اليه في المبيع ،وفي ضوء ذلك سنقسم هذا المطلب على فرعين .

الفرع الاول :-تزامم البائع مع المتصرف اليه.

الفرع الثاني :- تزامم البائع مع دائني المشتري .

الفرع الاول

تزامم البائع مع المتصرف اليه

من الثابت ،انه عند تصرف المشتري في المبيع المنقول الى شخص اخر حسن النية وسلم اليه كان من حق المتصرف اليه التمسك بنفاذ حقه في مواجهة البائع الاصلي ،استنادا الى قاعدة حيازة في المنقول سند الملكية ،و لا يستطيع البائع الاصلي ان يطلب استرداد المبيع ،والاصل ان المتصرف اليه يكون حسن النية لا يعلم تعلق حق البائع بالمبيع بالاحتفاظ بملكيته لان المشرع لم يفرض اجراءات تتعلق بتسجيل مثل هكذا تصرفات ،ويلقى على البائع اثبات سوء نية المتصرف اليه الحائر ،اي علمه بان المتصرف لم يكن مالكا للعين المتصرف فيهما وعند اثبات سوء نية المتصرف اليه جاز للبائع استرداد المبيع. وتماشياً مع ما تم ذكره فهل تسري احكام القواعد الخاصة هذه على عقد البيع المحتفظ بملكية المبيع على اعتبار ان البائع لا يزال هو مالك الاصلي للمبيع ،وبالتالي تنعدم فاعلية قاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية ، وبدوره تسري مثل هذه التصرفات على المتصرف اليه وبالتالي لا يمكن لهذا الاخير الاحتجاج بهذه القاعدة ؟.

ويذهب بعض الفقه الى ان تصرف المشتري بالمبيع المحتفظ بملكه تصرفاً ناقلاً للملكية الى الغير سيء النية وعند اثبات سوء نية المتصرف اليه يحق للبائع طلب استرداد المبيع ،فلا يمكن للمتصرف اليه ان يتمسك بقاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية ،إذ يختلف بذلك شروط تطبيق هذه القاعدة ،إذ ان

الفصل الثاني : النتائج القانونية المترتبة على البيوع الائتمانية

حسن النية هو الشرط الأساسي في تطبيق هذه القاعدة وترتيب اثارها⁽¹⁾. فإذا ادعى البائع ان المتصرف اليه سيء النية، إذ كان يعلم وقت بدء الحيازة ان المتصرف غير مالك، فعلى المالك يقع عبء اثبات ذلك⁽²⁾. إلا ان هذا الاثبات يصعب في أغلب الاحوال، اضافة الى ذلك ان حيازة المبيع من المشتري يظهر امام الجميع بمظهر المالك، والذي يدعم بدوره حسن نية المتصرف اليه المفترضة اصلا على اعتباره لا يعلم بوجود الشرط⁽³⁾.

اما إذا كان المتصرف اليه حسن النية، أي انه يجهل ان المشتري الاول قد اشترى المبيع تحت شرط الاحتفاظ بالملكية، ولا يعلم ذلك وكان يعتقد انه تلقى المبيع من مالكة الحقيقي جاهلا حقيقة السند الذي يستند اليه المشتري الاول، ففي هذه الحالة يمكن له ان يملك المبيع المحتفظ بملكيته مستنداً في ذلك الى قاعدة الحيازة في المنقول سنداً للملكية⁽⁴⁾. فالمنقول يجب ان يكون بين يدي الحائز المتصرف اليه، فيسيطر عليه سيطرة فعلية تتفق في مظهرها مع الحق الذي يدعي الحائز لكسبه على المنقول⁽⁵⁾. لذلك فالمفروض ان حائز المنقول قد تعامل مع غير المالك بموجب تصرف قانوني ناقل للملكية الا ان المتصرف اليه لم تنتقل اليه ملكية المبيع بعقد المبيع لأنه صادر من غير المالك، وهو بيع ملك الغير وانما انتقلت اليه بالحيازة ذاتها⁽⁶⁾. لذلك فإن حماية المتصرف اليه بالنسبة لموضوع الاحتفاظ بملكية المبيع ما هو الا تطبيق لقاعدة حماية حائز المنقول حسن النية، لهذا فإن ضمان البائع يتلاشى في مواجهة قاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية، لأن قيام المشتري في التصرف في المبيع يؤدي بدوره الى تملك الغير المبيع متى ما كان حسن النية، الذي يؤدي بدوره الى فقدان الضمان الاتفاقي قيمته لأن الملكية تجرد من البائع بموجب هذه القاعدة.

اما على مستوى التشريع الفرنسي فلم يبع المشرع الفرنسي النيل من قاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية من خلال قانون ١٢ مايو ١٩٨٠ الذي نظم اثار الاحتفاظ بملكية المبيع إذ جاء ليعطي البائع الحق في استرداد المبيع من يد المشتري عند عدم سداد الثمن⁽⁷⁾. إلا أنه إذا كان البائع يفقد حقه في استرداد المبيع المحتفظ بملكيته من المتصرف اليه حسن النية والتي لم يستوف ثمنها، إلا أن المشرع الفرنسي خول هذا البائع الحق في ان يقتضي حق ثمن المبيع من المتصرف اليه إذا لم يسدد المبلغ الى المشتري الاصيل كذلك حق البائع في الحصول على التعويض عند التأمين على المبيع⁽⁸⁾.

اما موقف محكمة النقض الفرنسية إذ انها لم تتردد لحظة في تأكيده، على الرغم من صدور قوانين داعمة لشرط الاحتفاظ بالملكية، إذ قررت ان النصوص المنظمة للاحتفاظ بالملكية، لا تشكل استثناء على قاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية، ومن ثم ليس من حق البائع الاصيل ان يطالب باسترداد

(1) د.هادي حسين الكعبي، مصدر سابق، ص ١١٨، د. نبيل ابراهيم سعد، الملكية كوسيلة للضمان، مصدر سابق، ص ٤٦.

(2) د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج 9، اسباب كسب الملكية، دار احياء التراث العربي، بدون سنة النشر، ص 1142.

(3) حارث طاهر علي الدباغ، مصدر سابق، ص ١٢٦.

(4) انظر :- المادة ٢٢٧٦ من القانون المدني الفرنسي والمادة ٩٧٦ من القانون المدني المصري كذلك المادة ١١٦٣ من القانون المدني العراقي .

(5) د.محمد طه البشير و غني حسون طه، الحقوق العينية الاصلية - التبعية، مصدر سابق، ص ٢٥٣.

(6) د.عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج ٩، مصدر سابق، ص ١١١٧.

(7) د.محمد حسين منصور، مصدر سابق، ص ٢٢٨.

(8) م ٦٦ من قانون ١٣ يوليو ١٩٦٧، م ١٢٢ من قانون ٢٥ يناير ١٩٨٥. والمادة ٢٣٧٢ من القانون المدني الفرنسي (ان حق البائع ينتقل إلى دين المشتري المتصرف بالمبيع تجاه المتصرف اليه الثانوي أو تجاه تعويض التأمين البديل للمال).

الفصل الثاني : النتائج القانونية المترتبة على البيوع الائتمانية

المبيع المحتفظ بملكيته من المتصرف اليه من المشتري الاصيلي الا بعد اقامة دليل على سوء نية المتصرف اليه⁽¹⁾.

وتماشياً مع ما تم ذكره فإذا كان البائع يفقد ضمانه الاتفاقي في مواجهة المتصرف اليه حسن النية في استرداد المبيع ،الا انه على الرغم من ذلك لا يفقد حقه في مطالبة المتصرف اليه بالثمن ،فهل يطالب البائع بالثمن المستحق في ذمة المشتري منه الاصيلي ،ام بالثمن المستحق في ذمة المشتري الثاني (المتصرف اليه)؟.

و يرى البعض انه لا توجد صعوبة في حالة ما إذا كان الثمن المستحق في ذمة المتصرف اليه هو مقدار الثمن نفسه الذي في ذمة المشتري ،اما إذا كان الثمن في البيع الثاني اقل من الثمن في البيع الاول ،فلا يحق للبائع الاصيلي سوى المطالبة بالثمن المستحق في ذمة المشتري الثاني ،ويمكنه الرجوع الى المشتري الاول بفارق الثمن بين العقدين ،او الدخول ضمن جماعة الدائنين كدائن عادي في حالة افلاس المشتري ،وإذا كان الثمن في البيع الثاني يفوق الثمن في العقد الاول وهذا هو الغالب ،فيكون من حق البائع الاصيلي في الحصول على الثمن المستحق من المشتري الثاني ولو زاد عن الثمن الاصيلي ،لان هذا الثمن يعبر عن قيمة البضاعة الفعلية وعلى اعتبار انه المالك الاصيلي ،لان هذا الثمن يحل محل البضاعة الواجب ردها للاحتفاظ بملكيتها⁽²⁾.

الا ان محكمة النقض الفرنسية ذهبت الى عكس ذلك إذ قررت ان الثمن محل البضاعة ،ليس من حق البائع الاصيلي سوى المطالبة بالثمن المحدد في عقد البيع الاصيلي الذي ابرمه مع المشتري ،وتدخل زيادة في المبيع في الذمة المالية للمشتري ،اي ان البائع يحصل على ما هو مستحق له في عقد البيع الاول دون الزيارة في الثمن من عقد البيع الثاني ،لان الضمان البائع واحتفاظه بملكية المبيع ليست سوى ضمانه لاستيفاء الثمن⁽³⁾ . في حين ذهبت بعض المحاكم الى انه لا يكون للبائع الاصيلي الحق في المطالبة بالثمن من المتصرف اليه الا في حال إذا كان التصرف في البضاعة قد تم بعد الحكم بشهر الافلاس المشتري الاول ،الا ان محكمة النقض الفرنسية رفضت هذا الاتجاه ومقررة احقية البائع المطالبة بالثمن سواء تصرف قبل الحكم بإفلاس المشتري او بعده بشرطين ،الاول هو بقاء البضاعة على حالتها العينية لدى المتصرف اليه يوم الحكم بإفلاس المتصرف الاصيلي ،فيحق للبائع استرداد الثمن شروط استرداد البضاعة نفسها اما الشرط الثاني فيتمثل في بقاء المتصرف اليه مديناً بكامل المبلغ الى المشتري الاصيلي او جزء من الثمن⁽⁴⁾ .

اما على مستوى التشريع المصري فلا يوجد نص في القانون المدني يبين مدى حق البائع اتجاه المتصرف اليه في استرداد المبيع او الثمن المستحق للبضاعة ،الا بعد صدور قانون التجارة ،إذ نظمت

(1) Réciv., VRevendication, N73s- Nouv. Rép., V. Possession, n. 44s. Com. 1er oct. 1985, Bull Civ. IV, n. 224. Com. 19 mai 1987. Bull. Civ. IV., 120.

(2) د. محمد حسين منصور ،مصدر سابق ،ص 31.

(3) Com. 15 jan. 1991, Bull. Civ. IV, n. 31

تم الحصول على القرار من الموقع التالي

<https://www.legifrance.gouv.fr/29/4/2023> تاريخ الزيارة

(4) Com. 27. mai 1986. Bull, Civ. IV.. n. 102- 12 Fev. 1991. Ibid, n. 72. J. Mestre. obs. op.cit

مشار اليه عند ،د. محمد حسين منصور ،مصدر سابق ،ص 32.

الفصل الثاني : النتائج القانونية المترتبة على البيوع الائتمانية

احكام البيوع التجارية ومنها الاحتفاظ بالملكية وقررت نفاذ شرط الاحتفاظ بالملكية في حق الغير ، بشرط ثبوت ذلك الشرط كتابة بتاريخ سابق على حق المتصرف اليه⁽¹⁾ .

ويترتب على هذا انه اصبح بصدد حكم خاص استثناء من قاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية ، وعند قيام المشتري بالتصرف في المبيع الى الغير فان هذا التصرف لا ينفذ في حق البائع الذي احتفظ بملكية المبيع ، إذ لا يطلب من البائع اثبات علم المتصرف اليه عند اجراء التصرف بعدم وفاء المشتري الاصيلي بكامل الثمن ، على اعتبار ان شرط الاحتفاظ بالملكية يسري في مواجهة المتصرف اليه طالما كان ثابت التاريخ في وقت سابق على اجراء التصرف ، وبغض النظر عن حسن او سوء نية ، أي أن المتصرف اليه لا يمكن له التمسك بقاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية⁽²⁾ ، لم يكتف المشرع بعدم سريان قاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية في مواجهة البائع بل حظر على المشتري التصرف في المبيع بدون إذن مكتوب من البائع ، وفرض عقوبة جزائية في حق المشتري عن مخالفة احكام هذا القانون⁽³⁾ ، فنجد ان الغرض من هذا الحظر القانوني ، هو توفير حماية للبائع المحفظ بالملكية من خطر تصرف المشتري في المبيع قبل الوفاء بجميع اقساط الثمن ، وحتى لا يحتج المتصرف اليه بقاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية متى ما كان حسن النية.

اما بالنسبة لموقف المشرع العراقي ، فقد اعطى للبيع الائتماني فاعلية واستثناء من القواعد العامة ، إذ قرر اعتبار المشتري الذي يتصرف في المنقول الذي احتفظ البائع بملكيته مرتكباً لجريمة خيانة الامانة⁽⁴⁾ ، وعند تطبيق الأحكام المتعلقة بقاعدة الحيازة في المنقول ، نجد ان المادة ١١٦٣ من القانون المدني نصت على ماياتي (من حاز وهو حسن النية منقولاً او سنداً لحامله مستنداً في حيازته الى سبب صحيح ، فلا تسمع عليه دعوى الملك من احد) ، ونصت المادة ١١٦٤ على الاستثناءات من القاعدة السابقة (استثناء من احكام المادة السابقة يجوز لمالك المنقول او السند لحامله إذا كان قد اضاعه او خرج من يده بسرقة او غصب وخيانة امانة ان يسترده ممن يكون حائزاً له بحسن نية وبسبب صحيح في خلال ثلاث سنوات من وقت الضياع او السرقة او الغصب او خيانة الامانة). فيتضح من ذلك ان حائز المنقول بحسن نية وسبب صحيح لا يمكنه ان يتمسك بحيازته إذا كان المنقول قد خرج من يد صاحبه لاحد الاسباب المتمثلة بالنص السابق .

والجدير بالذكر ان مختلف الانظمة القانونية تستند الى الموازنة بين مصلحة البائع ومصلحة الغير ، واي منها جدير بحماية اكثر إذ عند حيازة الغير المبيع لا يدل ذلك على مشروعية تصرف المشتري الذي يشكل مخالفة لنصوص العقد المبرم مع البائع ولا يدل ذلك على اضافة الصفة المشروعة على تصرفات المشتري إذ إنها لا تستحق مثل هذه الحماية القانونية⁽⁵⁾ ، لهذا فان المتصرف اليه حسن النية

(1) انظر :- المادة ١٠٦ من قانون التجارة المصري رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ (مع عدم الإخلال بالأحكام المنصوص عليها في باب الإفلاس لا يكون شرط الاحتفاظ بالملكية نافذاً على الغير إلا إذا كان الشرط مدوناً في ورقة ذات تاريخ ثابت وسابق على حق الغير).

(2) د. عبد الحميد الشواربي ، الالتزامات والعقود التجارية وفقاً لقانون التجارة رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ ، ج ١ ، منشأة المعارف الاسكندرية ، ٢٠٠١ ، ص ٥٢٨ . د. محمد حسين منصور ، مصدر سابق ، ص ٢٢٦ .

(3) انظر المادة ١٠٧ من قانون التجارة المصري رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ (لا يجوز للمشتري التصرف في المبيع قبل أداء الأقساط بأجمعها إلا بإذن مكتوب من البائع وكل تصرف يجريه المشتري بالمخالفة لهذا الحكم لا يكون نافذاً في حق البائع) (يعاقب المشتري عند مخالفة أحكام الفقرة الأولى بالحبس مدة لا تجاوز ستة أشهر وبغرامة لا تجاوز ٥٠٠ جنيه....).

(4) المادة ٤٥٥ من قانون العقوبات رقم ١١١ لسنة ١٩٦٩ (يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على سنة وبغرامة لا تزيد على مائة دينار او باحدى هاتين العقوبتين من اشترى مالا منقولاً احتفظ البائع بملكيته الى ان يستوفي ثمنه كله فتصرف به تصرفاً يخرج منه حوزته دون إذن سابق من البائع . ولا تقام الدعوى الا بناء على شكوى البائع وتنقضي الدعوى بتنازل البائع عن شكواه قبل صدور حكم نهائي فيها ، ويوقف تنفيذ الحكم فيها إذا حصل التنازل بعد صدور الحكم).

(5) د. هادي حسين الكعبي ، مصدر سابق ، ص ١١٨ .

الفصل الثاني : النتائج القانونية المترتبة على البيوع الائتمانية

لا يجد اساس هذه الحماية في عقد البيع المبرم بينه وبين المشتري الاصلي وانما يجد فاعلية هذه الحماية في قاعده الحيازة في المنقول ، لان عقد البيع يقتضي ان يكون المبيع ملكاً للبائع , لهذا نجد ان المشرع العراقي اعطى الاحتفاظ بملكية المبيع فاعلية مشابهة لموقف المشرع المصري إذ اصبح عقد البيع المحتفظ به البائع بملكية المبيع يشكل استثناء من قاعدة الحيازة في المنقول ، وبذلك فقد غلب المشرع مصلحة البائع على مصلحة المتصرف اليه حسن النية .

الفرع الثاني

تزامم البائع مع دائني المشتري

ان العقد لا ينشئ التزامات الا بين اطرافه ولا يجوز للغير ان يطلب تنفيذه كما لا يجوز ان يجبر على تنفيذه (1)، وهذا ما يسمى بمبدأ نسبية اثر العقد ويراد به ان ما يترتب على العقد من اثار يقتصر على طرفيه ولا يمتد الى غيره . وإذا كان ما يترتب على العقد هو مجموعة من الالتزامات والحقوق فأنها لا تنشأ الا لصالح المتعاقدين ولا تترتب الا على عاتقهما . فالعقد لا ينشأ حقا لصالح الغير ولا يحمل هذا الاخير الى التزام (2). الا ان العقد وان كان يعجز عن انشاء التزامات على عاتق الغير الا انه يخلق وضعاً قانونياً يمكن الاحتجاج به على الناس كافة ، فالعقد كوضع قانوني يمكن الاحتجاج به على الغير كما يمكن للغير الاحتجاج به على اطراف العقد ذاته (3).

وهذا ما ذهبت اليه محكمة النقص الفرنسية إذ قررت (إذا كان المبدأ ان الاتفاق لا اثر له الا في مواجهة اطرافه فان ذلك لا يمنع من البحث في التصرفات الاجنبية عنهم عن معلومات توضح القرار او ان يعتبر الاتفاق مركزاً واقعياً ذا حجة في مواجهة الغير) (4) ، واستناداً الى ذلك فان توظيف الملكية كضمان في البيع الائتماني حتى سداد كامل الثمن والنص عليه في العقد ينشأ مركزاً قانونياً للبائع بموجبه يمكنه من الاحتجاج به في مواجهة الغير عن افلاس المشتري قبل سداد الثمن .

ان فاعلية الاحتفاظ بملكية المبيع كوسيلة لضمان حق البائع في الثمن ، تكمن في امكانية استرداد المبيع في حالة تقاعس المشتري عن دفعه الثمن ، ولا يتعرض البائع لأية صعوبة في حال بقاء المبيع تحت حيازة المشتري الممتنع عن دفع الثمن . وفي حالة تصرف الاخير في المبيع كان تصرفه وارداً على ملك الغير ، ويمكن للمالك الاصلي استرداد المبيع من المتصرف اليه .

ويثار تساؤل في هذا الصدد ، هل يحق للبائع استرداد المبيع في عند الحجز عليه من دائنو المشتري على اعتبار ان المبيع لم تنتقل ملكيته بعد الى المشتري وبالتالي يتقدم البائع على دائني المشتري في استرداده للمبيع المحجوز عليه ؟، وهل يمكن لدائني المشتري الاحتجاج بتنفيذ مدينهم (المشتري) جزءاً من التزاماته بدفع الثمن وبسبب افلاسه توقف عن الدفع وبالتالي يدخل المبيع في عناصر الذمة المالية للمشتري للتنفيذ عليه على اعتبار سداد جزءاً من ثمن المبيع ؟.

اولاً :- موقف القانون والقضاء الفرنسي.

(1) انظر المادة ١١٩٩ من القانون المدني الفرنسي .

(2) د . عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني ، ج ١ ، الالتزام بوجه عام - مصادر الالتزام ، دار احياء التراث العربي ، بيروت ، بدون سنة نشر ، ص ٤٥٠ . د. سليمان مرقس ، الوافي في شرح القانون المدني - ٢ - ، في الالتزامات ، المجلد الاول ، نظرية العقد والارادة المنفردة ، ط ٤ ، مطبعة السلام ، ١٩٨٧ ، ص ٥٦٤ .

(3) نصت المادة ١٢٠٠ من القانون المدني الفرنسي (يجب على الغير احترام المركز القانوني الناشئ عن العقد . يستطيع الغير الاحتجاج به خاصة لتقديم الإثبات لواقعة ما).

(4) Cass, cir, 3^o zi, Mars, 1972, Bull, car, TII, p136

نقلا عن د. هادي حسين الكعبي ، مصدر سابق ، ص ٩٨ .

الفصل الثاني : النتائج القانونية المترتبة على البيوع الائتمانية

في القانون المدني الفرنسي سابقاً كان يخلو من تنظيم الاحتفاظ بملكية المبيع ،وعلى عدم جواز الاحتجاج به في مواجهة دائني المشتري عن صدور تسوية قضائية او تصفية على امواله⁽¹⁾ ،والذي ادى بدوره الى تشكيل عقبة هامة امام اعمال دور الاحتفاظ بالملكية كضمان والذي ادى الى فقدان جانب كبير من فاعليته⁽²⁾. واستمر الاحتفاظ بالملكية في انعدام اثره عندما يكون المدين في حالة افلاس ،على اساس ان باقي الدائنين يأخذون في اعتبارهم الوضع الظاهر ،وهو ان الشيء يدخل في الضمان العام لعناصر الذمة المالية للمدين وخاصة ان حيازة المدين للشيء المبيع تعزز دور هذا الوضع⁽³⁾. إذ كان قانون ١٣ يوليو ١٩٦٧ يحرم البائع من ممارسة حق الاسترداد المقرر له بموجب الاحتفاظ بالملكية في مواجهة جماعة الدائنين ،وبالرغم من ترجيح مصلحة الدائنين على مصلحة البائع ،كان القانون المذكور يخول البائع من الاحتفاظ بالمبيع او استرداد في حالات استثنائية وهي وجود المبيع بعد في حيازة البائع ولم يسلمه بعد للمشتري ،كذلك في حالة فسخ البيع او رفع دعوى الفسخ قبل الحكم بإفلاس المشتري⁽⁴⁾ . وتدخل المشرع الفرنسي في قانون ١٢ مايو ١٩٨٠ على غرار القانون الالماني⁽⁵⁾. مقررأ نفاذ شرط الاحتفاظ بالملكية في مواجهة دائني المشتري المفلس ،إذ عدل هذا القانون نصوص قانون ١٣ يوليو ١٩٦٧ ليتمكن البائع من استرداد المبيع طالما بقى على حالته العينية موجودة لدى المشتري ،على شرط ان يكون الاتفاق على تراخي انتقال الملكية حتى سداد كامل الثمن قد تم الاتفاق عليه بصورة مكتوبة بين الاطراف لسهولة الاثبات ونفاذه في حق الدائنين⁽⁶⁾ . وجاء بعد ذلك قانون ٢٥ يناير ١٩٨٥ الخاص بالتقويم والتصفية القضائية للمؤسسات ،واخذ بالأساس بنصوص القانون المنظم لأثار شرط الاحتفاظ بالملكية، إذ اشار قانون ١٩٨٥ الى حق البائع في استرداد المبيع إذا وجد اتفاق مكتوب على الاحتفاظ بملكية المبيع حتى سداد كامل الثمن على ان يكون هذا الاتفاق اثناء انعقاد العقد او قبل التسليم ،يمكن ان يسري هذا الشرط في مواجهة المشتري والدائنين الاخرين مالم يتفق عليه الاطراف على الغائه كتاباً⁽⁷⁾ ، وقد تضمن هذا القانون ايضا ان البضائع المباعة مع شرط الاحتفاظ بالملكية يمكن المطالبة بها عند افلاس المدين لكن هذه المطالبة يمكن ان تتعطل نتيجة مدد الدفع المحددة من جانب التفليسة⁽⁸⁾ ،وينبغي لن تتم المطالبة فعلا خلال ثلاثة اشهر عند صدور الحكم بفتح التفليسة⁽⁹⁾ ،لكن هذه المطالبة لا تتضمن مسبقاً رفع دعوى الفسخ او اثاره الشرط الفاسخ لأنه يترتب على التفليسة تعطيلها⁽¹⁰⁾ ،وهذه المطالبة تفترض من إذ المبدأ ان تكون البضاعة مازالت في حالتها العينية . إذ ان المحاكم الفرنسية في البدء كانت متشددة في تقدير وجود البضائع بحالتها العينية إذ كانت ترفض دعوى الاسترداد المنقولات المبيعة متى اصبحت تلك المنقولات جزء مركبا من مجموع ايا كانت طبيعة التركيب ،مادام يترتب على الاسترداد انخفاض قيمة المجموع⁽¹¹⁾.

(1) Ripert, traité élémentaire de droit Commercial par Roblot, T. 11, 8 eme éd. n. 3145.

نقلا عن د. محمد حسين منصور ،مصدر سابق ،ص ١٥٦.

(2) Mestre, De l' ancien sur la clause de réserve de propriété, Journ agréés. 982. 205.

(3) د. نبيل ابراهيم سعد ،الملكية كوسيلة للضمان ،مصدر سابق ،ص ٥٢.

(4) د. محمد حسين منصور ،مصدر سابق ،ص ١٥٧.

(5) د. نبيل ابراهيم سعد ،الملكية كوسيلة للضمان ،مصدر سابق ،ص ٥٢.

(6) د. ابراهيم الدسوقي ابو الليل ،البيع بالتقسيط والبيوع الائتمانية الاخرى ، مصدر سابق ص ٢٧٨.

(7) Loi du 25 janvier 1985, article 121.

(8) د. نبيل ابراهيم سعد ،الضمانات غير المسماة في القانون الخاص ،مصدر سابق ،ص ٢٠٧-٢٠٨.

(9) Loi du 25 janvier 1985, article 115.

(10) Loi du 13 juillet 1967, article 66.

(11) د.حسين الماحي، مصدر سابق ،ص ٨٦.

الفصل الثاني : النتائج القانونية المترتبة على البيوع الائتمانية

ومن هنا نجد الفاعلية والدور الذي يعطيه العقد الذي يتضمن الاحتفاظ بملكية المبيع بالنسبة للبائع، ففي قانون ٢٥ يناير لسنة ١٩٨٥ فإن عقد البيع الذي لا يتضمن مثل الشرط المذكور يصبح البائع في مركز قانوني لا يمكنه من ضمان حقوقه في مواجهة الدائنين، إلا أن البائع يستطيع استرداد المبيع غير مدفوع الثمن من جانب المشتري إلا في حالات معينة أشار إليها القانون وهي (1) :-

١- في حال اصدار حكم بفسخ عقد البيع قبل صدور حكم التسوية القضائية، أو إذا كان العقد يتضمن شرط فاسخ وتحقق وظهر البائع رغبته بالفسخ بشكل صريح قبل صدور حكم التسوية القضائية.

٢- عند رفع دعوى الفسخ أو دعوى الاسترداد في حال عدم سداد المشتري الثمن قبل صدور حكم التسوية القضائية وأستند البائع في دعواه الى سبب لا يتعلق بوفاء المشتري بالثمن .

وبهذا التعديل التشريعي يكون المشرع الفرنسي قد خطى نحو تعزيز احكام الاحتفاظ بالملكية وترصين نظام قانوني متكامل له، واعطاء البائع سنداً قانونياً. لنفاذ هذا الضمان اتجاه جماعة الدائنين، إذ أن الافلاس لا يشكل عائقاً قانونياً نحو ممارسة البائع لحقه في استرداد المبيع من المشتري حفاظاً عليه من التبدد (2)، إذ يرى البعض (3) أن الحكمة من التعديل التشريعي الفرنسي هو تقوية شرط الاحتفاظ بالملكية لكثرة اللجوء اليه في لمعاملات وحرص البائعين على ادراجه في البيوع الائتمانية، والحد من الآثار السلبية للإفلاس وتأثيرها على الحياة الاقتصادية والاجتماعية، اضافة الى ذلك أن القانون الفرنسي أصبح بمعزل عن باقي التشريعات الأوروبية وظهر بمظهر متأخر عن استيعاب التطور الحديث لمضمون الاحتفاظ بالملكية، ذلك التطور الذي برع فيه المشرع الألماني وكذلك البلجيكي وايضا السويسري، بل أن موقف المشرع الفرنسي بات يشكل عقبة امام توحيد التشريعات الأوروبية، خاصة مشروع الاتفاقية الأوروبية بصدد الافلاس .

أما موقف محكمة النقض الفرنسية فقد سارت في الاتجاه المتشدد قبل صدور قانون ١٢ مايو ١٩٨٠ ، ضد البائع المقررة عدم احقية هذا الأخير في مواجهة جماعة دائني المشتري (4)، لأن المحكمة فضلت بذلك مصلحة الدائنين لأنهم عولوا على الوضع الظاهر للمدين الذي ساهم المبيع المحتفظ بملكيته بيساره كذلك رغبة المحكمة في تحقيق المساواة بين الدائنين بما فيهم البائع على اعتبار هذا الأخير دائن عادي (5)، إذ استند القضاء الفرنسي في اصدار القرار حول عدم الاحتجاج باحتفاظ بملكية المبيع على دائني المشتري على ما هو مقرر في نصوص القانون المدني من أن ملكية المبيع تنتقل بمجرد انعقاد العقد والاتفاق على المبيع والثمن من قبل أطرافه (6).

ومن خلال ضغط الفقه الفرنسي بضرورة تعديل احكام القانون المدني الفرنسي المتعلقة بأثر افلاس المشتري على حقوق البائع المحتفظ بملكية المبيع، وظهور القانون الفرنسي بمظهر متأخر عن القوانين الأوروبية المنظمة للاحتفاظ بملكية المبيع، في اعطاء هذا الأخير أثراً قانونياً عند الحكم بإفلاس

(1) Loi du 25 janvier 1985, article 117.

(2) د. هادي حسين الكعبي، مصدر سابق، ص ١٠٣.

(3) د. محمد حسين منصور، مصدر سابق، ص ١٦١.

(4) د. إبراهيم الدسوقي أبو الليل، البيع بالتقسيط والبيوع الائتمانية الأخرى، مصدر سابق ص ٢٧٧.

Civ. 28 Mars et 22 Oct. 1934, D. 1934.1.151 note Vandamme, S. 1935, 1,337 note Esmein-Req 17 Juill. 1895, D. 1896.1.57, note Thaller.

نقلا عن د. محمد حسين منصور، مصدر سابق، ص ١٥٧.

(5) Traller, Droit Commercial, Paris 1910, n. 1497-Com. 7 juill 1976. D. 1878.70 note Honorat

(6) نصت المادة ١٥٨٣ من القانون المدني الفرنسي (يعتبر البيع تاماً بين الأطراف والملكية مكتسبة حكماً للمشتري تجاه البائع، بمجرد أن تم الاتفاق على المبيع والثمن وإن لم يتم تسليم المبيع ولا دفع ثمنه بعد).

الفصل الثاني : النتائج القانونية المترتبة على البيوع الائتمانية

المشتري وتمسك البائع في استرداد حقوقه (1). إلا أن محكمة النقض عدلت عن الرأي السابق فقررت فاعلية شرط الاحتفاظ بالملكية في مواجهة دائني المشتري ، ومكنت البائع من استرداد المبيع إذا كان قد أعرب بوضوح ، وبتصرف رسمي عن إرادته بالتمسك بهذا الشرط المدرج بالعقد قبل الحكم بإفلاس المشتري (2). واستندت المحكمة في قرارها على أن التنظيم القانوني للإفلاس ، لا يمثل عائقاً نحو ممارسة البائع حقه في الاسترداد بالإضافة إلى أن المساواة التي يريدها القانون تقتصر على الدائنين ، وعندما يطالب البائع بالاسترداد يتصرف على اعتباره المالك وليس كدائن (3). ونرى أن التدخل التشريعي الذي أعطى فاعلية للاحتفاظ بالملكية لم يقصد تعديل القواعد العامة للإفلاس بحماية الوضع الظاهر ، بل سارت نية المشرع في إعطاء فاعلية والحد من القضاء الذي ينكر الاحتفاظ بالملكية اتجاه دائني المشتري المفلس ، ويؤدي هذا التعديل التشريعي في القانون المدني الفرنسي ، بلا شك إلى تقوية الاحتفاظ بالملكية وكثرة اللجوء إليه في المعاملات وحرص البائعين على إدراجهم في عقود البيع الائتمانية ، وبالتالي يظل حق البائع قائماً حتى بعد صدور حكم بشهر الإفلاس المشتري ، ويخرج البائع بالتالي من الدخول في تراحم مع الدائنين لأنه يستطيع من خلال دعواه من استرداد المبيع .

ثانياً:- موقف القانون المصري.

لم يجز قانون التجارة المصري (الملغى) ، للبائع الاحتجاج بالاحتفاظ بملكية المبيع في مواجهة الدائنين العاديين فعند إفلاس المشتري قبل الوفاء بكامل الثمن كان الجزء المتبقي منه ديناً في التفليسة يزاحم فيه البائع سائر دائني المشتري إذ نصت المادة ٣٤٥ من القانون المذكور على (إذا بيعت منقولاً لأحد ثم أشهر إفلاسه فلا يكون للبائع الحق في الدعوى في بفسخ البيع ولا يجوز له إقامة الدعوى بالاسترداد) ، إذ أن هذا القانون لم يورد في الفصل الخاص بالاسترداد ، نص يجيز استرداد البائع للمبيع الذي احتفظ بملكته في العقد (4) ، وهذا ما اتجه إليه القضاء المصري في عدم جواز تمسك البائع في استرداد المبيع ولا سبيل له إلا الاشتراك في التفليسة بوصفه دائناً عادياً تسري عليه قسمة غرماء (5). لذلك استمر الفقه المصري إلى عدم الاعتراف لاحتفاظ بالملكية كضمان للبائع لاسترداد المبيع من التفليسة ويدخل مع الدائنين كدائن عادي للحصول على باقي الثمن عند التنفيذ على أموال المدين (6). إذ أن المشرع فضل مصلحة الدائنين على مصلحة البائع فلا يجوز للبائع أن يطلب استرداد المبيع أو فسخ البيع ، كما يسقط حقه في الامتياز (7)، إذ أن الاحتجاج بالاحتفاظ بملكية المبيع لا يسري في مواجهة الجماعة الدائنين سواء كان ثابت التاريخ وسابق على شهر إفلاس المشتري أم لم يكن (8) ، كون أن المادة ٣٥٤ الواردة في قانون التجارة متعلقة بالنظام العام ولا يجوز الاتفاق على خلافها ، وذلك لحماية

(1) د. هادي حسين الكعبي ، مصدر سابق ، ص ١٠٢.

(2) Com.22 déc. 1975, D. 1976. 22-8 mai 1979 e 18 juin 1977, Gaz. Pal. 2.508.

(3) د. إبراهيم الدسوقي أبو الليل ، البيع بالتقسيط والبيوع الائتمانية الأخرى ، مصدر سابق ، ص ٢٩٦.

(4) انظر :- مواد من ٣٧٦ - ٣٨٩ من قانون التجارة المصري الصادر في ١٣ نوفمبر ١٨٨٣ (الملغى) .

(5) استئناف القاهرة ٢٨ يناير ١٩٥٨ / رقم ٢٩٥ ، س ٧٤ ق ، أورده د. حسين الماحي ، مصدر سابق ، ص ١١١.

(6) د. عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، ج ٤ ، مصدر سابق ، ص ١٧٥ . د. رمضان أبو السعود ، مصدر سابق ، ص ٥٨.

(7) د. محمد حسين منصور ، مصدر سابق ، ص ١٥٣.

(8) د. حسني المصري ، العقود التجارية في القانون الكويتي والمصري المقارن ، ط ١ ، مكتبة الصفا ، الكويت ، ١٩٩٠ ، ص ٩٩.

الفصل الثاني : النتائج القانونية المترتبة على البيوع الائتمانية

دائني المشتري المفلس متى ما تبين ان قصد البائع للاحتفاظ بالملكية كضمان مقرر له بموجب القواعد العامة الا ان المشرع التجاري قد ابعدها عنه⁽¹⁾.

وبعد صدور قانون التجارة رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ فقد اثارت احكام هذا القانون اختلاف الفقهاء حول نفاذ الاحتفاظ بالملكية في مواجهة الدائنين الى اكثر من اتجاه :-

الاتجاه الاول :- ويذهب هذا الاتجاه الى ان الاحتفاظ بالملكية يمكن من بقاء الملكية على سبيل الضمان للبائع ،ومن ثم يتمتع دائني المشتري من التنفيذ على المبيع لأنه لا يعتبر مملوك لمدينهم المشتري ،ولا يدخل المبيع في الضمان العام المقرر لهم ،لكن يشترط لترتيب هذه الاثار ان يكون الاحتفاظ بالملكية مدوناً في ورقة ذات تاريخ ثابت وسابق على حق الغير او اجراءات التنفيذ التي يتخذها الدائنون على المبيع⁽²⁾، الا ان الاحتفاظ بالملكية يتعطل اثره كلياً عند افلاس المشتري ،فلا يجوز للبائع فسخ البيع او استرداد المبيع ،كما يسقط الامتياز المقرر للبائع ،وهذا الامر منطقي إذ ان في اعمال اثر الاحتفاظ بالملكية في مواجهة الدائنين هو اهدار لمبدأ المساواة بين الدائنين ،هذا فضلاً ان دائنين المشتري المفلس قد ادخلوا المبيع في حسابهم عند منحه الائتمان ،فلا يجوز ان يخيب البائع ظنهم بعد ان وقعهم بتسليمه المبيع في ائتمان المشتري المفلس⁽³⁾.

ونعتقد بان هذا الرأي محل نظر ،إذ انه على تناقض واضح ،ففي البدء اعطى فاعلية ونفاذ الاحتفاظ بالملكية في مواجهة الدائنين ،ولا يدخل المبيع كضمان عام على اعتبار انه لا يمكن اقام المبيع ضمن عناصر الذمة المالية للمفلس ، ثم انتهى الى القول ان الاحتفاظ بالملكية يتعطل كلياً عن افلاس المشتري ولا يمكن الاحتجاج به على الدائنين ،وهذا لا ينسجم مع الموقف التشريعي الذي جاء بنص صريح بنفاذ الاحتفاظ بالملكية اتجاه الغير متى ما كان مدوناً في ورقة ثابتة التاريخ⁽⁴⁾.

الاتجاه الثاني :- ويذهب اصحاب هذا الاتجاه ان الاحتفاظ بالملكية لا يحقق الغاية منه عند افلاس المشتري إذ لا يحتج به مطلقاً في مواجهة جماعة الدائنين⁽⁵⁾ ،فقد درج القضاء الى عدم الاعتراف به عند افلاس المشتري ،إذ يقتصر دور البائع على ان يكون دائناً عادياً بالثمن يجب عليه الدخول بالتفليسة والخضوع لقسمة غرماء .إذ يأبى القضاء ان يكون البائع في مركز ممتاز عن دائني المشتري المفلس تحقيقاً لمبدأ المساواة بين الدائنين⁽⁶⁾ .إذ يستند اصحاب هذا الرأي الى النصوص الواردة في باب الإفلاس من القانون الحالي إذ ان المشرع التجاري وضع نصوصاً خرج فيها على القواعد العامة كانت الغاية منها حماية الائتمان التجاري ورعاية دائني المشتري المفلس على حساب البائع المطالب بالاسترداد⁽⁷⁾.

(1) د.محمد سامي مذكور و د.علي حسن يونس ،القانون التجاري ، الافلاس ،دار الفكر العربي ،القاهرة ،بدون سنة طبع ،ص٢٦٦.

(2) د.مصطفى كمال طه ،العقود التجارية ،دار الفكر الجامعي ،الاسكندرية ،٢٠٠٨، ص٣٤.

(3) د.علي البارودي ،مصدر سابق ،ص٤٣.

(4) انظر :- المادة ١٠٦ من قانون التجارة المصري رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ .(مع عدم الإخلال بالأحكام المنصوص عليها في باب الإفلاس لا يكون شرط الاحتفاظ بالملكية نافذاً على الغير إلا إذا كان الشرط مدوناً في ورقة ذات تاريخ ثابت وسابق على حق الغير أو على إجراءات التنفيذ التي يتخذها الدائنون على المبيع).

(5) د.محمود سمير الشرفاوي، القانون التجاري ،ج٢، دار النهضة العربية ،القاهرة ،١٩٨١، ص١٦١ .د.محسن شفيق الوسيط في شرح القانون التجاري المصري ،ج٢، دار نشر الثقافة بالاسكندرية ١٩٥١، ص٨٠٣ .د.سعيد محمد السعيد اثار حكم شهر الافلاس على الجماعة الدائنين ،مؤسسة الاخوة للطباعة ،القاهرة ،١٩٩٢، ص٢٦٥.

(6) د.احمد محمود خليل، الافلاس التجاري والاعسار المدني، منشأ المعارف الاسكندرية ،بدون سنة نشر ،ص٢١٨ .د.عبد الحميد الشواربي ،مصدر سابق ،ص٥٣٤.

(7) المادة ٦٣١ من قانون التجارة رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ [١-] إذا افلس المشتري قبل دفع الثمن وبعد دخول البضائع مخازنه او مخازن وكيله المكلف ببيعها فلا يجوز للبائع ان يطلب فسخ البيع او استرداد البضائع كما يسقط حقه في

الفصل الثاني : النتائج القانونية المترتبة على البيوع الائتمانية

وهذا الرأي محل نظر إذا ان عدم الاحتجاج بنفاذ الاحتفاظ بالملكية هو انكار لأحكام المادة ١٠٦ التي جاءت بنفاذ الشرط في مواجهة الجماعة الدائنين متى ما كان مدوناً وثابت التاريخ وسابقاً على حق الغير.

الاتجاه الثالث :- وعلى خلاف الاتجاهين السالف ذكرهما يعترف البعض بحجية الاحتفاظ بالملكية على الجماعة الدائنين ، كون مبدأ عدم جواز الاحتجاج بهذا الضمان على الجماعة الدائنين لا يستند على نص قانوني ، حتى وان كان القضاء قد اقره فهو مبني على غير اساس قانوني ، بل ان التسليم بهذا المبدأ يتعارض من النصوص الصريحة التي تجيز الاحتجاج بالاحتفاظ بالملكية^(١) ، إذ بصدر قانون التجارة تغيرت نظرة المشرع عن القانون السابق و نص على نفاذ الاحتفاظ بالملكية على الدائنين^(٢) ، إذ لا يجوز لهم التنفيذ على المبيع الذي احتفظ البائع بملكيته حتى سداد الثمن ، ومن ثم يجوز للبائع ان يسترد المبيع من التفليس^(٣) ، طالما قدم اثبات على ملكيته له وذلك طبقاً للنص الخاص بالإفلاس^(٤) ، الا انه يشترط ان يكون الاحتفاظ بالملكية مدوناً في تاريخ ثابت وسابق على اجراءات التنفيذ او شهر الإفلاس ، ولا يمكن الاعتراض على كل ذلك بنص المادة ٦٣١ إذ ينصرف ذلك الى حالات البيع العادي وكل شرط اخر عدا الاحتفاظ بالملكية إذ ورد بها حكم خاص كاستثناء من هذا الاصل العام ، بل يعد هذا الحكم تطبيقاً للمبدأ العام في المادة ٦٢٦.

ونرى ان هذا الرأي محل نظر إذ يعتبر الاحتفاظ بالملكية استثناء من نص المادة ٦٣١ ، وعند قراءة نص المادة ١٠٦ بدء المشرع بالقول (مع عدم الاخلال بأحكام المنصوص عليها في باب الإفلاس) وهذا يدل على عدم اعتباره استثناء ، بدليل انه اورد في المادة ٤١ من ذات القانون حق بائع المحل التجاري من استرداده في مواجهة الجماعة الدائنين ، وبدء الصياغة بالقول (استثناء من الاحكام المنصوص عليها في باب الإفلاس يجوز لبائع المتجر الذي لم يستوف الثمن بكامله الاحتجاج على الجماعة الدائنين في تفليسه المشتري) و لو اراد المشرع نفاذ الاحتفاظ بالملكية في مواجهة الدائنين كاستثناء من الاصل العام لنص ذلك صراحة في المادة ١٠٦ كما نص صراحة في المادة ٤١.

اضف الى ذلك ان المادة ٦٣١ اوردت الحالات التي لا يجوز الاحتجاج بها في مواجهة الدائنين إذ نصت (وكل شرط يكون من شأنه تمكين البائع من استرداد البضائع او الاحتفاظ بالامتياز عليها لا يحتج به على الجماعة الدائنين)، ونلاحظ ان المشرع اورد عدة حالات منع من خلالها استرداد المبيع وليس الفسخ فقط ، كذلك لم ياتي بنص صريح يجعل من خلاله نص الاحتفاظ بالملكية استثناء من هذه المادة .

ثالثاً :- موقف القانون العراقي.

اشار المشرع العراقي الى احقية البائع في الاسترداد ، عند افلاس المشتري قبل سداد كامل الثمن وبالرجوع الى قانون التجارة رقم ١٤٩ لسنة ١٩٧٠ (الملغى) الذي لاتزال النصوص الواردة في الافلاس نافذه منه فنجد ان القانون ميز بين فرضين في امكانية استرداد البائع من استرداد المبيع من تفليس المشتري ، إذ ان المشرع وضع قاعدة عامة تخول كل شخص الحق في استرداد الاشياء التي يملكها والموجودة في حيازة المفلس متى استطاع اثبات ملكيته لها. وكلا الفرضين تستند الى حيازة المبيع .

الامتياز. ٢- وكل شرط يكون من شأنه تمكين البائع من استرداد البضائع او الاحتفاظ بالامتياز عليها لا يحتج به على الجماعة الدائنين.)

(١) د. علي سيد قاسم ، مصدر سابق ، ص ٨٩.

(٢) انظر :- المادة ١٠٦ من قانون التجارة المصري رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩.

(٣) د. محمد حسين منصور ، مصدر سابق ، ص ١٥٥.

(٤) انظر :- المادة ٦٢٦ من قانون التجارة المصري رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩.

الحالة الاولى :- حق البائع في استرداد المبيع من التفليسة.

اجاز المشرع عند انعقاد البيع وقيام البائع بتسليم المشتري المبيع ،على الرغم من عدم سداد كامل الثمن ،ثم افلس المشتري وكان المبيع في طريقه الى المشتري ،إذ ان المشرع وضع مبدأ عام يقضي بحق البائع في استرداد المبيع قبل دخول مخازن او مخزن وكيله المكلف ببيعها ،عندئذ يكون من حق البائع الاسترداد ،الا ان هذا مقيد بشرط بقاء البضاعة على حالتها العينية ،ولم يكن المشتري قد تصرف بها⁽¹⁾. ونتيجة لذلك عند يتضمن العقد احتفاظ البائع بملكية المبيع لحين سداد الثمن يستطيع هذا الاخير من استرداد المبيع من التفليسة ،ويمكن الاحتجاج بهذا البند الاتفاقي في مواجهة الدائنين ،مادامت البضاعة تحتفظ بحالتها العينية ولم تدخل مخازن المشتري او وكيله.

الحالة الثانية :- عدم امكانية البائع استرداد المبيع من التفليسة.

إذا كان المشرع قد اجاز للبائع حق الاسترداد قبل وصولها الى مخزن المشتري المفلس او مخزن وكيله المكلف ببيعها ،الا انه حرم البائع من هذا الحق في الاحوال التي تتعارض فيها مصلحة البائع مع مصلحة الجماعة الدائنين ففضل هؤلاء لارتباط حقوقهم بالمبيع ،فلا يستطيع البائع طلب فسخ البيع او استرداد البضاعة كما يسقط حقه في الامتياز ،استناداً الى الفقرة الاولى من المادة ٦٤٦ إذ نصت (إذا أفلس المشتري قبل دفع الثمن وبعد دخول البضائع مخازنه أو مخازن وكيله المكلف ببيعها فلا يجوز للبائع أن يطلب فسخ البيع أو استرداد البضائع كما يسقط حقه في الامتياز)⁽²⁾. كما نصت الفقرة الثانية من المادة نفسها (وكل شرط يكون من شأنه تمكين البائع من استرداد البضائع أو الاحتفاظ بامتيازها عليها لا يحتج به على جماعة الدائنين).

ويتضح من ذلك المشرع قد منع البائع من حق الحبس باعتباره احدى الضمانات القانونية ولا يكون للبائع سوى الدخول كدائن عادي في التفليسة ،لان المشرع اسقط عنه حق الامتياز المقرر لبائع المنقول ،إذ ان المشرع فضل مصلحة الدائنين الذين اعتمدوا على وجود المبيع في حيازة المدين ،وجرد المشرع وكل شرط يضعه البائع لكي يحتمى به من خطر افلاس المشتري بعد تسليم البضاعة اليه ،لهذا لا يجد الاحتفاظ بالملكية فاعلية كضمان للبائع عند افلاس المشتري وحيازته للمبيع في التشريع العراقي .

ويرى الفقه⁽³⁾ ،ان موقف المشرع العراقي منتقد لأنه يجافي منطق العدالة التي يسعى التشريع الى تحقيقها لان مصلحة البائع هي الاولى بالرعاية لقيام الاخير بتسليم المبيع الى المشتري قبل سداد كامل الثمن ،وذلك مراعاة منه للائتمان والثقة ولاسيما ان المشرع العراقي اضى على تصرفه صفة المشروعية باحتفاظه بملكية المبيع اسناداً الى المادة ٥٣٤ من القانون المدني والذي عده القانون الفقه والقضاء بانه صحيح ومشروع ،لذلك فان اخذ المبيع وهو لايزال تحت ملك البائع واعطائه للدائنين امر غير مقبول قانوناً ،لأنه يعني اجبار الاغيار على الوفاء بديون لا علاقة لهم بها . على الرغم من ان المشرع العراقي اعطى الاحتفاظ بالملكية دوره في مواجهة المتصرف اليه وحق البائع في استرداد المبيع الا انه لم يقرر نفاذه في مواجهة التفليسة ،لذلك نأمل من المشرع العراقي ان يأخذ بما ذهب اليه المشرع الفرنسي ،من اعطاء دور وفاعلية الاحتفاظ بالملكية في مواجهة الجماعة الدائنين بعد الحكم بإفلاس المشتري .

(1) الفقرة الثانية من المادة ٦٤٥ من قانون التجارة رقم ١٤٩ لسنة ١٩٧٠ (-) وإذا أفلس المشتري بعد إرسال البضائع اليه وقبل دخولها مخازنه أو مخازن وكيله المكلف ببيعها جاز للبائع استرداد حيازتها ومع ذلك لا يجوز الإسترداد إذا فقدت البضائع ذاتيتها أو تصرف فيها المفلس قبل وصولها بغير تدليس بمقتضى قوائم الملكية أو وثائق النقل الى مشتر حسن النية).

(2) لايزال الباب الخامس المتعلق بالافلاس والصلح الواقي منه من قانون التجارة رقم ١٤٩ لسنة ١٩٧٠ نافذاً.

(3) د.هادي حسين الكعبي ،مصدر سابق ،ص ١٠٦.

المطلب الثالث

شروط دعوى استرداد البائع للمبيع.

ان امكانية منح البائع دعوى استرداد المنقول المبيع في التصرف الائتماني من حيازة المشتري المتقاعس عن دفع الثمن يعد امراً طبيعياً في حالة يسار الاخير ،اي تمتعه بضمان عام قوي ،اما في الحالة التي يشكل فيها ممارسة تلك الدعوى مساساً بالضمان العام للدائنين الذين عولوا على المبيع كعنصر مهم لحقوقهم ،فان ذلك يعتبر تفضيلاً لحق البائع على حقوقهم وخروجاً على القواعد العامة للإفلاس التي تقوم على المساواة بين الدائنين وحماية الوضع الظاهر، وحتى يمكن للبائع من حق استرداد المبيع لابد من توفر شروط تتطلبها دعوى الاسترداد لهذا سنقسم هذا المطلب الى ثلاث افرع.

الفرع الاول :- الكتابة.

الفرع الثاني :- بقاء المبيع على حالته العينية.

الفرع الثالث :- مراعاة الاجل عند رفع الدعوى.

الفرع الاول

الكتابة.

الاصل في توظيف الملكية كضمان يجب ان يكون محلاً للاتفاق بين البائع والمشتري وقت انعقاد العقد او بعده قبل تسليم المبيع ،وتأخذ بهذا الحكم الانظمة القانونية التي تقضي بانه إذا كان محل عقد البيع منقولاً معين بالذات تنتقل الملكية بمجرد العقد كما هو الحال في القانون الفرنسي⁽¹⁾ والمصري والعراقي⁽²⁾ ، ففي هذه الانظمة إذ تم الاتفاق على الاحتفاظ بالملكية بعد انعقاد العقد ،فان ذلك الاتفاق يكون عديم الاثر إذ ان الملكية المبيع تكون قد انتقلت بالفعل من البائع الى المشتري بمجرد العقد⁽³⁾ . منح المشرع الفرنسي البائع الحق في دعوى الاسترداد في مواجهة الغير استثناء لأسباب معينة الا انه احاط اعمالها بضمانات قوية حتى لا تكون ممارستها على غش او ضرر بحقوق الدائنين ولكي تحقق

(1) انظر :- المادة ١٥٨٣ من القانون المدني الفرنسي(يعتبر البيع تاماً بين اطراف والملكية مكتسبة حكماً للمشتري اتجاه البائع منذ الاتفاق على الشيء والثمن رغم عدم تسليم الشيء او عدم دفع الثمن دفعه بعد) .

(2) المادة ٢٤٧ من القانون المدني العراقي(الالتزام بنقل الملكية او اي حق عيني اخر ينقل من تلقاء نفسه هذا الحق إذا كان محل الالتزام شيئاً معيناً بالذات يملكه الملتزم وذلك دون اخلال بالقواعد المتعلقة بالتسجيل.) تقابلها المادة ٢٠٤ من القانون المدني المصري.

(3) د.حسين الماحي ،مصدر سابق ،ص ٨ .

الفصل الثاني : النتائج القانونية المترتبة على البيوع الائتمانية

الهدف المقصود من وراء تقريرها. وطبقاً للقواعد العامة لا يخضع الاحتفاظ بالملكية الى شكلية معينة لنفاده او اثباته . وخرج المشرع عن هذه القواعد العامة ونص صراحة فيما يتعلق بالاحتفاظ بالملكية ونص في قانون ١٢ مايو ١٩٨٠ على انه لا يجوز للبائع طلب استرداد المبيع المحتفظ بملكته في مواجهة الدائنين الا اذا كان هناك اتفاق مكتوب ، واشترط المشرع الفرنسي كذلك في التعديل التشريعي رقم ٣٤٦ لسنة ٢٠٠٦ في القانون المدني النافذ على ان يكون الاحتفاظ بالملكية مكتوباً^(١). واخذ المشرع المصري بالاتجاه نفسه في قانون التجارة النافذ حين اشار (مع عدم الإخلال بالأحكام المنصوص عليها في باب الإفلاس لا يكون شرط الاحتفاظ بالملكية نافذاً على الغير إلا إذا كان الشرط مدوناً في ورقة ذات تاريخ ثابت وسابق على حق الغير أو على إجراءات التنفيذ التي يتخذها الدائنون على المبيع)^(٢).

والحكمة من اشتراط الكتابة هي حماية الطرفين ، ولتنبيه المتعاقدين لأهمية الاحتفاظ بالملكية وطبيعته الاستثنائية التي تمثل خروج عن القواعد العامة للبيع^(٣)، وكذلك لتجنب الغش بقصد الاضرار بحقوق الغير في حالة افلاس المشتري او تقاعس عن دفع الثمن^(٤).

وتماشياً مع ما تم ذكره فان السؤال الذي يطرح في هذا الصدد هل يتطلب ان يرد الاحتفاظ بالملكية ضمن بنود العقد العامة او لا بد ان يرد في اتفاق مستقل بوثيقة خاصة؟ ، على اعتبار اننا امام اتفاق يرد على تراخي نقل الملكية إذ يعتبر استثناء من القواعد العامة .

يذهب اتجاه الى انه لا بد من وجود وثيقة خاصة تنظم مبدأ واحكام هذا البند المذكور، وهذا الاتجاه المتشدد يرى ان الاتفاق ينبغي ان يرد على الاحتفاظ بالملكية ، على اعتبار انه امام اتفاق ذو طبيعة استثنائية تستوجب الالتزام بالتفسير الضيق ، ولا بد من علم الاطراف به وبيان احكامه في وثيقه خاصه قاطعة حسماً لكل خلاف قد يثار حول وجوده^(٥).

ويرى اتجاه اخر بانه يكفي ان يرد الاحتفاظ بالملكية ضمن الشروط العامة^(٦)، في الوثيقة التي تتضمن عقد البيع ، ولا يلزم بالضرورة الاتفاق عليه في وثيقة خاصة ، بل يكفي ان يرد في الشروط الخاصة في عقد البيع او اية وثيقة اخرى كطلب البضاعة او إذن تسليم او الفاتورة التي تساهم في تحديد وبيان مضمونه^(٧)، الا ان حرية البائع في تضمين عقد البيع بهذا الاتفاق مرهونة بقبول المشتري للاحتفاظ بالملكية . وهذا الرأي الاخير هو الذي يتفق مع القواعد و المبادئ العامة للقانون ، إذ ان كتابة الاحتفاظ بالملكية ليست مطلوبة لصحته ، بدليل ان هذا الشرط كان يعتبر صحيحاً قبل صدور قانون ١٢ مايو ١٩٨٠ ، وهذه الكتابة ليست الا حماية رضا المشتري ، فالكتابة شرطاً للاحتجاج على الغير^(٨).

وعندما يرد الاحتفاظ بالملكية ضمن وثيقة خاصة ، كخطاب التصديق او إذن التسليم او الفاتورة وعلم المشتري به ويعتبر قبول الاخير لعقد البيع يعادل تماماً قبول الاحتفاظ بالملكية^(٩)، الا ان وجود هذا

(١) المادة ٢٣٦٨ من القانون المدني الفرنسي (الاحتفاظ بالملكية يتم كتابة) .

(٢) انظر :- المادة ١٠٦ من قانون التجارة المصري رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ .

(٣) د. هادي حسين الكعبي ، مصدر سابق ، ص ٣٠ .

(٤) د. محمد حسين منصور ، مصدر سابق ، ص ١٦٣ .

(٥) Rapport du Fidal présenté au Congrès des conseils juridiques de Strasbourg des 10.12 oct. 1980, n. 60-

(٦) الشروط العامة :- هي مجموعة الاحكام التي يستعين بها المتعاملون في حكم ارتباطهم التعاقدية ، والتي تعتبر جزءا من العقد ولها ما للعقد من قوة ملزمة ، بشرط علم وقبول الطرف الاخر بها) . د. حسين الماحي ، مصدر سابق ، ص ١١ .

(٧) Com. 29 mars 1989. R.D. Com. 1989, 715 obs. Bouloc

مشار اليه عند د. محمد حسين منصور ، مصدر سابق ، ص ١٦٥ .

(٨) د. نبيل ابراهيم سعد ، الضمانات غير المسماة في القانون الخاص ، مصدر سابق ، ص ٢٠٩ .

(٩) د. نبيل ابراهيم سعد ، الملكية كوسيلة للضمان ، مصدر سابق ، ص ٥٤ .

الفصل الثاني : النتائج القانونية المترتبة على البيوع الائتمانية

الاتفاق المذكور في الشروط العامة لعقد البيع فلا يمكن للبائع ان يتمسك بهذا الضمان الاتفاقي واعتباره نافذاً بحق المشتري الا إذا كان الاخير قد علم بهذا الاتفاق وقبله⁽¹⁾.

وما يثار في هذا الصدد ، هل يشترط العلم الحقيقي بالاحتفاظ بالملكية ام يكفي العلم المفترض من جانب المشتري ؟.

ذهب القضاء الفرنسي⁽²⁾ الى ضرورة العلم الفعلي للاحتفاظ بالملكية من جانب المشتري حين يرد هذا الاتفاق ضمن الشروط العامة في العقد، ولا مجال الى اعمال نظرية العلم المفترض بهذا الخصوص، ومتى توفر علم المشتري بالاحتفاظ بالملكية المدرج ضمن الشروط العامة للعقد تثار بعد ذلك مسألة قبول المشتري، فصحة الاحتفاظ بالملكية تتوقف على قبول هذا الاخير فلا غنى علم المشتري بوجود الشرط عن قبوله له .

لا توجد صعوبة إذا كان قبول المشتري صريحاً قاطع الدلالة⁽³⁾، الا ان الامر يصعب عندما يرد الاحتفاظ بالملكية ضمن الشروط العامة في عقد البيع ويعلم المشتري بهذا الاتفاق دون الاعتراض من جانبه، فهل يعتبر السكوت من جانبه قبولاً ضمناً⁽⁴⁾، ويمكن الاحتجاج به في مواجهة الغير؟.

تردد القضاء الفرنسي في بادئ الامر في قبول المشتري الضمني للاحتفاظ بالملكية خاصة عندما يرد في الشروط العامة للعقد⁽⁵⁾، الا ان محكمة النقض الفرنسية حسمت الامر وقررت وجوب ثبوت قبول المشتري بهذا الضمان⁽⁶⁾، ويمكن ان يتضح هذا القبول من خلال تنفيذه للعقد وهو على بينه من وجود هذا الاتفاق ضمن الشروط العامة في العقد، وينبغي ان يكون الاحتفاظ بالملكية منصوص عليه كتابة وان يقبله المشتري على الاكثر عند تسلمه البضاعة، وقبول المشتري الشرط المذكور لا يلزم بالضرورة ان يكون مكتوباً وعند قيامه بتنفيذ العقد مع علمه الكامل بالاحتفاظ بالملكية يعد قبولاً منه له كذلك مجرد توقيع المشتري على الفاتورة طالما كان الاتفاق على الاحتفاظ بالملكية مكتوباً و واضحاً⁽⁷⁾.

اما سكوت المشتري دون الاعتراض عن الاحتفاظ بالملكية فهو وضع سلبي لا يدل على شيء حسب الاصل ولا يسري على اطلاقه، إذ نجد ان المشرع الفرنسي في القانون المدني اشار الى (لا يعتبر السكوت قبولاً مالم يتبين خلاف ذلك في القانون او العرف او العلاقات التجارية او الظروف الاخرى)⁽⁸⁾، وهذا هو موقف محكمة النقض الفرنسية على السكوت إذ قررت (إذا كان السكوت في

(1) د.حسين الماحي، مصدر سابق، ص ١٢.

(2) Cass. 10 déc. 1991, Cass. 11 mai 1993, D. 1993, Somm. commentés par Fraçoise PEROCHON, pp. 287 ets.

(3) المادة ١١١٣ من القانون المدني الفرنسي (يتكون العقد من التقاء الايجاب والقبول اللذين يعبر الفرقاء من خلالهما عن ارادتهم بالتعاقد ، ويمكن ان تنتج عن هذه الارادة عن تصريح او سلوك لا لبس فيه صادر عن صاحبه). المادة ٩٠ من القانون المدني المصري (كما يكون الايجاب او القبول بالمشافهة يكون بالمكاتبة وبالإشارة الشائعة الاستعمال ولو من غير الاخرس وبالمبادلة الفعلية الدالة على التراضي وباتخاذ اي مسلك اخر لا تدع ظروف الحال شكاً لدلته على التراضي). تقابلها المادة ٧٩ من القانون المدني العراقي.

(4) القبول الضمني هو وضع ايجابي يستخلص من ظروف ايجابية اما السكوت هو مجرد وضع سلبي . د.حسن علي دنون، النظرية العامة للالتزام، دار الحرية للطباعة، بغداد، ١٩٧٦، ص ٤٤.

(5) د.حسين الماحي، مصدر سابق، ص ١٤.

(6) Com. 5 nov. 1985 Bull, Civ. IV, n. 258-Com. 25 fev. 1986, Bull. Civ. IV. n. 31.

مشار اليه عند د.محمد حسين منصور، مصدر سابق، ص ١٦٧.

(7) Com. 19 fév. 1985. Bull. Civ. IV, n68-Com. 22 juin 1983. R.D. Comm, 1985, 561, obs. Bouloc.

(8) انظر :-المادة ١١٢٠ من القانون المدني الفرنسي.

الفصل الثاني : النتائج القانونية المترتبة على البيوع الائتمانية

المبدأ لا يعادل القبول ، لا يكون الامر كذلك عندما تسمح الظروف بالعطاء السكوت معنى القبول (1). الا اننا نجد ان محكمة النقض الفرنسية قد خرجت عن كل ذلك وقررت استبعاد استنتاج موافقة المشتري على الاحتفاظ بالملكية من مجرد قرائن وان سكوته لا يعني قبول مطلقاً (2). اما الموقف التشريعي المصري فضلاً عن المشرع العراقي فاعتبره السكوت قبولاً بوجه خاص في حالات استثنائية، من شأنها ان تحمل على القبول وهو ما يسمى بسكوت الملابس (3)، الا ان القضاء المصري اختلف في طبيعة السكوت فاعتبره تارة وضع سلبي لا يدل على شيء ولا يعتبر افصاحاً عن الارادة او تعبيراً عنها (4)، وتارة اخرى اعتبره بمثابة اقرار واستثناء من القاعدة الفقهية (لا ينسب الى الساكت قول) (5).

اما عبء اثبات وجود الاتفاق على الاحتفاظ بالملكية مكتوباً وقبول المشتري له ، فيقع على عاتق البائع لان الاخير يعتبر الدائن حسب القواعد العامة والسبب الثاني انه يدعي خلاف الاصل والذي هو انتقال الملكية المبيع عند ابرام العقد .

اما موقف المشرع العراقي فلم يتطرق الى شرط الكتابة للاحتفاظ بالملكية ونأمل من المشرع التدخل ومعالجة هذا النقص التشريعي والنص على اشتراط الكتابة وبيان موقفه ، والغاية من الكتابة هل هي للنفاذ ام للاثبات حتى تسري في مواجهة الجماعة الدائنين.

الفرع الثاني

بقاء المبيع على حالته العينية.

يشترط لممارسة البائع حقه في استرداد المبيع ، ان يكون موجوداً بعينه ، والا يكون هناك مانع قانوني يحول دون ممارسة البائع لهذا الحق ، إذ إذا فقد المبيع حالته العينية نتيجة لتحوله لشيء اخر فلامحل لاسترداده لعدم توفر شرط وجود المبيع .

سلك المشرع الفرنسي في قانون التصفية القضائية للمؤسسات نفس النهج الذي اتبعه المشرع في القانون المنظم لأثار الاحتفاظ بالملكية فأجاز للبائع حق استرداد المبيع من التفليسة ، متى وجدت بعينه تحت يد المشتري ، ولا يجيز القانون الا البضائع المحتفظ بملكيته ولكي يجوز الاسترداد لابد ان تكون البضاعة موجوده بعينها (6) ، الا اننا نجد ان القضاء الفرنسي لم يشترط وجود البضاعة ذاتها بعينها فقد قرر الى اكثر من ذلك ، إذ تم قبول دعوى استرداد البضائع التي اختلطت بأخرى مشتتة من نفس البائع طالما كانت من نفس الطبيعة والجودة (7) . الا ان المشرع الفرنسي في القانون المدني منح البائع ضمان اكثر إذ لم يشترط بقاء المبيع بحالته العينية إذ اشار الى امكانية البائع من ممارسة حقه في الاسترداد على الاموال تشابهها بالطبيعة والنوعية الموجودة تحت يد المدين او الواقعة تحت حيازة

(1) قرار رقم ٢٢٣ ، ٢٠٠٦ نقض مدني ١-٢٤ ايار /مايو ٢٠٠٥ ، القانون المدني الفرنسي بالعربية ، طبعة ١٠٨ ، دالوز ، فرنسا ، ٢٠٠٩ ، ص ١٠٠٩ .

(2) Com 11 mai 1984, Bull. Civ., IV, IV, n. 154

تم الحصول على القرار من الموقع التالي:-

تاريخ الزيارة <https://www.legifrance.gouv.fr/12/5/2023>

(3) انظر المادة ٩٨ من القانون المدني المصري ، تقابلها المادة ٨١ من القانون المدني العراقي .

(4) طعن رقم ٩٩٣ لسنة ٨٠ قضائية/الجلسة ١٧/٢٠١٥/١٥ ، تم الحصول على القرار عبر موقع محكمة النقض المصرية .

تاريخ الزيارة <https://www.cc.gov.eg/13/5/2023>

(5) طعن رقم ٧٥٤ لسنة ٦٩ قضائية/جلسة ٥/٢٠٠٥/١٤ ، تم الحصول على القرار عبر موقع محكمة النقض المصرية .

تاريخ الزيارة <https://www.cc.gov.eg/13/5/2023>

(6) Loi du 25 janvier 1985, article 121 .

(7) Com. 18 Mars 1988, Bull. Civ., IV, n. 112.

الفصل الثاني : النتائج القانونية المترتبة على البيوع الائتمانية

الغير لحساب المدين⁽¹⁾ . اما على مستوى القانون المصري فنجد ان المشرع في قانون التجارة النافذ اشترط عند فسخ عقد البيع بمقتضى شرط في العقد جاز للبائع استرداد المبيع وينبغي ان تكون البضاعة المراد استردادها هي ذاتها التي تسلمها المشتري⁽²⁾، وبنفس الاتجاه سار المشرع العراقي في القانون التجارة النافذ⁽³⁾.

وتلقي المحاكم الفرنسية على البائع عبء اثبات وجود البضاعة لدى المشتري، إذ يستطيع ان يقيم دليل على ذلك بكافة طرق الاثبات يوم النطق بحكم افلاس المشتري، لذلك رفضت محكمة النقض الفرنسية وقررت بطلان كل شرط يعفي البائع من عبء الاثبات، إذ لا يجوز قبول دعوى الاسترداد الا بعد اثبات ان البضاعة موجودة في حيازة المشتري، ولا يجوز للمتعاقدين الاتفاق على ما يخالف ذلك لأنه يعتبر من النظام العام⁽⁴⁾.

فالقضاء الفرنسي كان متشدد في تقدير وجود البضائع بحالتها العينية، إذ كان يرفض كل دعوى استرداد المنقولات المبيعة متى اصبحت جزءاً مركباً في مجموع اي كانت طبيعة التركيب، مادام يترتب على الاسترداد انخفاض قيمة المجموع⁽⁵⁾، الا ان محكمة النقض الفرنسية خففت من حدة الاتجاه السابق، فقد اجازت للبائع استرداد البضاعة المدمجة اي كانت طبيعة الاندماج متى اصبحت هذا الاسترداد لا يستلزم الا عملية حل لا ترتب اي ضرر او تلف مادياً جسيماً في المجموع⁽⁶⁾. وقد تنبى المشرع الفرنسي اتجاه محكمة النقض الفرنسية في قانون التصفية القضائية، لفكرة وجود البضاعة بعينها واعتبر ان البضاعة موجودة حتى لو ادمجت في مال اخر مادام استرجاعها يمكن ان يحدث دون تلف لها وللمنقول⁽⁷⁾، وان المطالبة بالاسترداد تفترض من إذ المبدأ بقاء البضاعة على حالتها العينية، الا ان القانون خفف من حدة هذه القاعدة والسماح بالحلول العيني في حالتين⁽⁸⁾، الاولى :- التصرف في المبيع إذ ان المطالبة ستنصب عندئذ على الثمن بشرط الا يكون قد تم دفعه للمشتري، والثانية :- حالة هلاك البضاعة إذ ان المطالبة ستنصب على التعويض في حالة التأمين عليها .

ولم يشير قانون ٢٥ يناير ١٩٨٥ لفرضية اندماج المنقول المبيع المحتفظ بملكته بغيره من الاموال العقارية، الا ان الوضع قد تغير بعد صدور التعديل للقانون المدني الفرنسي والذي نظم من خلاله الاحتفاظ بالملكية الذي اشار الى حق البائع في الاسترداد عندما نص على (لا يحول دمج المنقول موضوع الاحتفاظ بالملكية بمال اخر ...) ⁽⁹⁾، فعبارة (مال اخر) بالمعنى الاصطلاحي يقصد بها المنقول والعقار (الاموال جميع الحقوق التي تقوم على شيء يمكن أن تكون له قيمة مادية، مثل

(1) المادة ٢٣٦٩ من القانون المدني الفرنسي (يمكن ممارسة حق الاحتفاظ بالملكية على الاشياء قابلة للاستهلاك من اموال تشابهها طبيعة ونوعية بوضع المدين او لحسابه ،في حدود ماتبقى من الدين المستحق).

(2) انظر :- المادة ٦٢٩ من قانون التجارة المصري رقم ١٨ لسنة ١٩٩٩ نصت (إذا فسخ عقد البيع بحكم او بحكم او بمقتضى شرط في العقد قبل صدور الحكم بشهر افلاس المشتري جاز للبائع استرداد البضائع كلها أو بعضها في التفليسة بشرط ان توجد عينا).

(3) انظر :- المادة ٦٤٥ من قانون التجارة العراقي رقم ١٤٩ لسنة ١٩٧٠ (.....جاز للبائع استرداد حيازتها ومع ذلك لا يجوز الإسترداد إذا فقدت البضائع ذاتيتها).

(4) Com. 9 Jan. 1990, Bull. Civ. IV, n. 8.

(5) Paris, 25 oct. 1983, Gaz. Pal. 1984, p. 19, Rennes. 12 sept. 1984, D. 1986, I.R., p. 170.

(6) Cass. 8 déc. 1987, R.T.D. Comm. 1988, cass. 17 mai 1994, D. 1994, I.R., p.

مشار اليه د.حسين الماحي، مصدر سابق، ص٨٧.

(7) Loi du 25 janvier 1985, article 121 .

(8) Loi du 25 janvier 1985, article 122. Code civil français article 2372.

(9) انظر :- المادة ٢٣٧٠ من القانون المدني الفرنسي نصت (ان دمج المنقول موضوع الاحتفاظ بالملكية بمال اخر لا يشكل عائقاً ،امام ممارسة الدائن لحقوقه عندما يمكن فصل الاموال دون الحاق الضرر بها).

الفصل الثاني : النتائج القانونية المترتبة على البيوع الائتمانية

الاستثمار الارتفاق الاسم التجاري، العقارات ،حقوق التأليف شهادات الاختراع، إلخ، وكل ما يحوزه الناس من ملك ورأسمال ونتاج ...⁽¹⁾

وهكذا نرى ان وجود البضاعة على حالتها العينية، شرطاً حتى يحق للبائع المطالبة بالاسترداد، الا ان هذا الشرط يقل حدته عند وجود اموال تحت يد المدين تشابهها بالطبيعة والنوعية، وان حالة التصاق المنقول لا تشكل عائقاً امام البائع للمطالبة بحقوقه طالما يمكن فصل الاموال دون الحاق الضرر بها، ونأمل من المشرع العراقي ان يحدو بنظيره الفرنسي في تنظيم الاحتفاظ بالملكية و نفاذه اتجاه الغير ولا يكتفي بحكم القواعد العامة، حتى يجد هذا الضمان فاعليته .

الفرع الثالث

مراعات الأجل عند رفع الدعوى

إذا استطاع البائع ان يثبت وجود البضاعة بحالتها العينية وقت صدور حكم الافلاس للمشتري، ووجود اتفاق كتابي على الاحتفاظ بالملكية من جانب البائع، فلا يبقى امام البائع الا ان يرفع دعوى استرداد البضاعة المبيعة مع مراعاة الاجل المحدد .

حيث نص القانون الفرنسي في قانون التسوية القضائية وتصفية الاصول والافلاس الشخصي الفرنسي بأن دعوى استرداد المنقول لا تقبل الا خلال مدة اربعة اشهر تبدأ⁽²⁾، من تاريخ نشر الحكم المفتتح لإجراءات التسوية القضائية او تصفية الاموال، اي من تاريخ اخر اجراء نص عليه وان المدة المذكورة تم تعديلها بقانون تنظيم اثار الاحتفاظ بالملكية من خلال اعادة صياغة المادة بعد ان كانت المدة عام، ولم يكتفي المشرع الفرنسي بذلك فقد جاء بقانون التصفية القضائية للمؤسسات ليختصر تلك المدة الى ثلاثة اشهر تبدأ ليس من تاريخ نشر الحكم المفتتح للإجراءات الجماعية في مواجهة المشتري وانما من تاريخ صدور الحكم بالتسوية القضائية⁽³⁾. ولوحظ ان هذا التعديل يؤدي الى اضرار البائع، لان الاخير قد لا يعلم بمسالة تعرض المدين للإجراءات الجماعية، الامر الذي دفع المشرع الفرنسي الى تعديل المدة ونص على بدء سريان مدة ثلاث شهور من تاريخ نشر الحكم، باعتباره تاريخ يحقق الامن القانوني لذوي الشأن⁽⁴⁾ .

ويرى البعض⁽⁵⁾، ان هذه المدة بالغة القصر، على اعتبار ان البائع قد لا يعلم صدور الحكم بفتح الاجراءات الجماعية ضد المشتري الا بعد نشره، وان اجراءات الاعلان والنشر قد تستغرق وقت طويل فلا تبقى امام البائع الا القليل من الوقت عليه ان يتخذ قراره وان يقدم طلب الاسترداد الى المحكمة المختصة، والا رفض طلبه بعد انقضاء الاجل القانوني، في حين يذهب اتجاه اخر⁽⁶⁾ الى ان الهدف من قصر هذه المدة هو سرعة تحديد اصول واموال المشتري، فإذا ما تقاعس البائع عن استرداد البضاعة المحتفظ بملكيته كان مهماً ومستحقاً لعدم قبول دعواه عند انتهاء الاجل المحدد، لان بإهماله يساهم في خلق مظهر مخادع لا ينبئ عن حقيقة الاموال المشروع الخاضع للإجراءات الجماعية

(1) د.روحي البعلبكي و مورييس نخلة و صلاح مطر، القاموس القانوني الثلاثي، ط ١، منشورات الحلبي الحقوقية ٢٠٠٢، ص ٢٨٧.

(2) Loi du 13 juillet 1967, article 59.

(3) Loi du 25 janvier 1985, article 115.

(4) Loi du 10 juin 1994, article 57 (La revendication des meubles ne peut être exercée que dans le délai de trois mois suivant la publication du jugement ouvrant la procédure de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire immédiate.)

(5) د.علي سيد قاسم، مصدر سابق، ص ١١٤.

(6) د.حسين الماحي، مصدر سابق، ص ٩٥.

الفصل الثاني : النتائج القانونية المترتبة على البيوع الائتمانية

والجدير بالذكر ان المدة المحددة لرفع دعوى الاسترداد هي مدة سقوط لا تقبل الوقف او الانقطاع ، إذ ان الغاية من هذا التقادم هو حماية الاوضاع الظاهرة او جزاء لإهمال المدين فالمساعي الودية لا يمكن ان تؤدي الى تمديد المدة (1).

إذ بتوافر شروط الدعوى يحق للبائع من المطالبة القضائية باسترداد المبيع المحتفظ بملكيته باعتباره مالكا ، ولا تقبل دعوى الاسترداد بطبيعتها التجزئة فهي تمارس على كافة المبيع المحتفظ بملكيته ، ولو كان المتبقي للبائع جزءاً من الثمن وذلك لان محل الدعوى هي الملكية كوسيلة من وسائل لضمان ، لذلك فهذا المحل لا يقبل التجزئة ، ويتضح على كل ما سبق ان البائع مأنح الائتمان الى حين استيفاء الثمن كله يتمتع بمركز متميز خاصة عن مقارنه مركز البائع مع الدائنين اصحاب الحقوق السابقة واللاحقة على افتتاح اجراءات التصفية إذ يتمتع بضمان خاص يقرره القانون .

اما التشريع المصري فلم يعط اي فاعلية لضمان البائع في استرداده للمبيع من قبل التفليسة ، وكذلك عن المشرع العراقي ، الا ان هذا الاخير اقر بفاعلية هذا الضمان في مواجهة المتصرف اليه ، فلا يمكن لهذا الاخير ان يتمسك بحيازته ، إذ يشكل هذا الضمان استثناء من قاعدة الحيازة ، لذلك جوز القانون للمالك طلب استرداد المبيع من الحائز خلال ثلاث سنوات من وقت خروج المبيع (2) ، لهذا فأن هذا الاستثناء يعطل تلك القاعدة تعطيلاً مؤقتاً ، فإذا انقضت تلك المدة يستطيع الحائز التمسك بحيازته في مواجهة المالك الحقيقي (3) ، فذهبت محكمة التمييز في احد قراراتها إذ نص (إذا احتفظ بائع الماكنة بملكيتها لحين سداد جميع ثمنها فله إذا باعها مشتريها ان يتتبع الماكنة في اي يد كانت لاستحصال الثمن (4) . وكذلك القرار الذي نصه (ليس لبائع السيارة ان يحجزها لقاء الثمن المؤجل بعد ان باعها مشتريها لشخص اخر ، إذا لم يحتفظ البائع بحق ملكية السيارة لحين سداد الثمن) (5).

(1) د. عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، ج ٣ ، مصدر سابق ، ص ٩٩٤ .

(2) انظر : المادة ١١٦٤ من القانون المدني العراقي .

(3) د. محمد طه البشير و د. غني حسون طه ، مصدر سابق ، ص ٢٥٩ .

(4) قرار ١٢/٣٩٨ م/٢٠/١٩٧٥ في ١٠/٣٠/١٩٧٥ / مجموعة الاحكام العدلية - العدد الرابع - السنة السادسة - ١٩٧٥ - ص ١٢ .

(5) القرار المرقم ١١٦٧/٢ م/١٩٧٤ في ٣/١٢/١٩٧٤ / ابراهيم المشاهدي ، المبادئ القانونية في قضاء محكمة التمييز ، قسم القانون المدني ، مطبعة العمال المركزية ، الاسكندرية ، ١٩٨٨ ، ص ١٧٤ .

المبحث الثاني

الأثار المترتبة على البيوع الائتمانية .

يرتب البيع عملية بسيطة عندما يتم طرفا عقد البيع بعد اتفاقهما تنفيذ الالتزامات التي يربتها العقد المتعلقة بتسليم المبيع والوفاء بالثمن ،الا ان هذه العملية اصبحت قليلة الحدوث في مجال المعاملات التجارية فالغالب في مثل هذه المعاملات هو عدم التزام بين واقعتي تسليم المبيع والوفاء بالثمن ،وتجنباً للمخاطر المتمثلة بعدم قدرة المشتري على سداد الثمن يلجأ البائع الى توظيف الملكية كضمان حتى سداد الثمن .

ان العقد الذي يتراخي فيه انتقال ملكية المبيع الى المشتري حتى سداد كامل الثمن يترتب اثاراً فيما يتعلق بمركز البائع والمشتري خلال المدة السارية من لحظة ابرام عقد البيع الى اللحظة التي يتأكد فيها مصير المبيع ، بالإضافة الى ذلك فان هذا الائتمان يؤدي الى مشكلتين ،تتمثل الاولى في ان من يحوز المبيع يظهر بمظهر المالك استناداً الى قاعدة الحيازة في المنقول سنداً للملكية وان كان عقده سابقاً على العقد الاول فهذا يؤدي الى تزامم الحقوق بين البائع الائتماني والمتصرف اليه الحائز ،وتتجلى الثانية في حال توقف المشتري عن السداد بسبب افلاسه إذ تتعارض مصلحة البائع مانح الائتمان في استرداد المبيع مع مصلحة دائني المشتري على اعتباره احد عناصر الذمة المالية للمشتري للتنفيذ عليه ،وبما ان المشرع العراقي فضلاً عن المشرع المصري اضفى الاحكام والاثار ذاتها المترتبة على الاحتفاظ بالملكية على البيع الاجاري إذ جعل كليهما بيعاً ائتمانياً اساسه ابقاء الملكية كضمان . ، وسوف نعرض في هذا المبحث الاثار القانونية لمراكز اطراف العقد ،والدور الذي يعطيه البيع الائتماني في بيان فاعليته في مواجهة حقوق الغير ، لذلك سنقسم هذا المبحث على ثلاثة مطالب:-

المطلب الاول :- اثر البيوع الائتمانية بين المتعاقدين.

المطلب الثاني :- تزامم البائع مع الغير.

المطلب الثالث:- شروط دعوى استرداد البائع للمبيع.

المطلب الاول

أثر البيوع الائتمانية بين المتعاقدين.

اصبح توظيف حق الملكية كضمان قصداً في الحصول على ضمانات لا تتوفر في وسائل اخرى فالدائن اصبح لا يكتفي بما تحققه الضمانات من اولوية وتتبع كما في التأمينات العينية ولا الحصول على ضمانات شخصية و اخذ يبحث عن ضمان اكثر فاعلية حتى يضمن بقاء حقه مرتبطاً بمحل العقد .

والبيع الائتماني يبقي مانح الائتمان مالكا للمبيع حتى استيفاء كامل الثمن ،وهذا يؤدي الى ان المبيع يكون بين شخصين البائع الذي احتفظ بملكيته ،والمشتري الذي يحوز المال ،مما يتطلب تحديد مركز طرفي العقد وتحديد سلطات كل منهما ،فهذا الضمان الاتفاقي يمكن مانح الائتمان من استرداد ملكه في حالة تخلف المدين بسداد الثمن ، ومركز كل من البائع والمشتري يشوبه بعض الغموض خاصة ان سلطات المبيع ستتوزع بين البائع والمشتري،لذا سنقسم هذا المطلب على فرعين :-

الفرع الاول :- المركز القانوني للبائع.

الفرع الثاني :- المركز القانوني للمشتري.

الفرع الاول

المركز القانوني للبائع

يبقى البائع الذي يحتفظ بملكية المبيع لحين الوفاء بكامل الثمن المالك الوحيد له قبل تسديد المبلغ ، ولا تنتقل الملكية الى المشتري الا بعد وفاء كامل الثمن ^(١)،الا ان عقد البيع يرتب التزامات على عاتق البائع بنقل الحيازة الى المشتري ^(٢) ، ويجد هذا الالتزام اساسه في عقد البيع إذ انه يولد في ذمة البائع التزاما بتسليم المبيع ،فهو من مقتضيات عقد البيع إذ يمثل التسليم اهمية خاصة بالنسبة

(١) محمد حسين منصور ،مصدر سابق ،ص ١١٣ .

(٢) انظر :-المادة ١٦٠٣ من القانون المدني الفرنسي (يوجد التزامان رئيسيان على البائع هما : التزام تسليم المبيع والتزام ضمانه) نصت المادة ٤٣٥ من القانون المدني المصري (يكون التسليم بوضع المبيع تحت تصرف المشتري بإذ يتمكن من حيازته والانتفاع به دون عائق ولو لم يستولي عليه استيلاء ماديا مادام البائع قد أعلم بذلك ، ويحصل هذا التسليم علي النحو الي يتفق مع طبيعة الشيء المبيع). مادة ٥٣٨ من القانون المدني العراقي(تسليم المبيع يحصل بالتخلية بين المبيع والمشتري على وجه يتمكن به المشتري من قبضه دون حائل).

الفصل الثاني : النتائج القانونية المترتبة على البيوع الائتمانية

للمشتري إذ بتنفيذ هذا الالتزام ، يمكن للمشتري من الانتفاع بالمبيع ^(١)، إذ لا خير في التزامات البائع في ابرام عقد البيع وتأجيل نقل ملكية المبيع إذا لم يتضمن هذا العقد بتسليم المبيع حتى يتمكن المشتري من حيازته والانتفاع به .

فالتزام البائع بتسليم المبيع يعتبر من الالتزامات الأصلية التي تقع على عاتقه ولو لم ينص عليه في العقد، وبذلك يكون هذا الالتزام واجب التنفيذ بمجرد تمام العقد ولو كان الثمن مؤجلاً، ما لم يتفق الطرفان على خلاف ذلك ^(٢). ويتضمن ايضاً التزام البائع بالمحافظة على الاشياء المبيعة ليقوم بتسليمها بالحالة التي كانت عليها وقت العقد، وبذلك يكون البائع قد اوفى بالتزاماته ^(٣) .

فالبائع مانح الائتمان ، إذ يخضع الاثر الناقل للملكية لاحترام الاجل الذي يتم فيه الوفاء بالثمن ، وهذا التصرف يؤدي الى تجزئة الالتزامات في عقد البيع ، فمنها ما يكون فوري التنفيذ كالالتزام بالتسليم وغيرها ، ونقل الملكية فيتم في مرحلة لاحقة لذلك ان هذا الضمان يفصل بين الجانب الملزم والجانب العيني ^(٤) ، لذلك لا يستطيع البائع الامتناع عن التسليم بدعوى انه لم يتسلم الثمن، استنادا الى حقه في الحبس ، لأنه اراد النزول عن حقه بإعطاء المشتري اجلاً لتنفيذ التزامه بدفع كامل الثمن ^(٥)، لذلك يمنع على البائع ان يأتي بأي عمل من شأنه ان يعوق استعمال المشتري لحقوقه الناشئة عن عقد البيع ^(٦)، الا ان هذا التصرف لا يفقد البائع من خلاله ملكية المبيع، الا انه لا يعتبر في الوقت نفسه مانعاً من تسليم المبيع الى المشتري، كون ان الالتزام بالتسليم التزاماً مستقلاً عن التزام نقل الملكية .

لكن السؤال الذي يثار ، هل يحق للبائع في البيع مؤجل الثمن ، الامتناع عن تسليم المبيع الى المشتري ، وفي حال قيامه بالتسليم ، ما هو السند القانوني على ذلك ، على الرغم ان انتقال الملكية مؤجلة الى استيفاء كامل الثمن ، وما هي المسؤولية المترتبة عليه؟.

(١) د. محمد حسن قاسم ، الوسيط في عقد البيع ، دار الجامعة الجديدة ، الاسكندرية ، ٢٠١١، ص ٢٥٥.

(٢) د. اشرف عبد الرزاق ، الوسيط في البيع بالتقسيط، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٦، ص ٢٦٤.

(٣) انظر :- المادة ١٦١٤ من القانون المدني الفرنسي، والمادة ٤٣١ من القانون المدني المصري.

(٤) د. نبيل ابراهيم سعد ، الملكية كوسيلة للضمان ، مصدر سابق، ص ٥١.

(٥) د. هادي حسين الكعبي ، مصدر سابق ، ص ٩١.

(٦) د. عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، ج ٤، مصدر سابق ، ص ١٧٥.

الفصل الثاني : النتائج القانونية المترتبة على البيوع الائتمانية

ذهب المشرع الفرنسي الى ان اساس التزام البائع بتسليم المبيع الى المشتري هو قيام الاخير بدفع الثمن^(١)، الا في حالة واحدة وهي منح البائع مهلة الدفع للمشتري، الا ان هذا الاستثناء يفقد فاعليته ولا يلتزم البائع بتسليم المبيع في حال افلاس المشتري^(٢) ويفهم من ذلك ان في حالة افلاس المشتري وتأجيل دفع الثمن يمتنع البائع عن التسليم، لأنه مهدد بخسارة المبيع والثمن، إذ يحق له حبس المبيع الا عند تقديم المشتري تأميناً بالدفع .

اما على صعيد القانون المدني المصري فنجد ان المشرع المصري جعل اساس تسليم المبيع الى المشتري هو دفع الثمن من قبل هذا الاخير ، الا في حالتين الاولى هي قيام المشتري بتقديم ضمان عيني او شخصي ، والثانية هي منح اجل للمشتري بالسداد ، الا ان الحالة الاخيرة لا يكون لها اثر في تسليم المبيع عند سقوط الاجل الممنوح للمشتري ، إذ يحل الدين فوراً ، وبالتالي يستطيع البائع الرجوع الى الضمانات القانونية المتمثلة في الحق بحبس المبيع ، الا في حالة تقديم ضمانات كافية من المشتري حتى يتمكن من حيازة المبيع^(٣) .

اما على مستوى التشريع العراقي فضلا عن المشرع المصري ، فالقانون ألزم البائع بتسليم المبيع الى المشتري في حالة تأجيل الثمن ، فلا يحق للبائع حبس المبيع على اعتبار انه لم يقبض الثمن ، الا عند سقوط الاجل الممنوح للمشتري ، فلهذا الاخير اما تقديم تأمينات كافية ، او يحق للبائع حبس المبيع ، على اعتبار ان سقوط الاجل يحل بموجبه الدين المؤجل فوراً^(٤).

(١) انظر:- المادة ١٦١٢ من القانون المدني الفرنسي (ان البائع غير ملزم بتسليم الشيء المبيع إذا لم يدفع المشتري الثمن ، ولم يمنح مهلة للدفع).

(٢) انظر:- المادة ١٦١٣ من القانون المدني الفرنسي (لا يعتبر البائع ملزماً بالتسليم أيضاً، حتى ولو منح المشتري مهلة للدفع، إذا أفلس المشتري منذ تاريخ البيع أو إذا كان في حالة إعسار بإذ إن البائع يوجد في خطر محقق بخسارة الثمن، إلا إذا قام المشتري بتقديم كفالة بالدفع في الأجل المحدد).

(٣) انظر :- المادة ٤٥٩ من القانون المدني المصري (١-إذا كان الثمن كله أو بعضه مستحق الدفع في الحال فللبائع أن يحبس المبيع حتى يستوفى ما هو مستحق له ولو قدم المشتري رهناً أو كفالة. هذا ما لم يمنح البائع المشتري أجلاً بعد البيع. ٢- وكذلك يجوز للبائع أن يحبس المبيع ولو لم يحل الأجل المشتري لدفع الثمن إذا سقط حق المشتري في الأجل)

(٤) انظر :- المادة ٥٧٩ من القانون المدني العراقي (١-إذا كان الثمن مؤجلاً في عقد البيع او رضي البائع بتأجيله بعد البيع فلا حق في حبس المبيع بل يلزم بتسليمه الى المشتري ولا يطالبه بالثمن قبل حلول الاجل. ٢-على انه يجوز للبائع ان يحبس المبيع حتى لو لم يحل الاجل المشتري لدفع الثمن، إذا كان المشتري قد اضعف ما قدمه من تأمينات للوفاء بالثمن، او كان في حالة اعسار يوشك معها ان يضيع الثمن على البائع، هذا ما لم يقدم المشتري كفالة).

الفصل الثاني : النتائج القانونية المترتبة على البيوع الائتمانية

واستنادا الى ما تم ذكره فان مسؤولية البائع بتسليم المبيع ،تكون مسؤولية عقدية ناشئة من خلال عقد البيع ، إذ حتى وان كان الثمن مؤجلاً ،فلا يستطيع ان يمتنع عن تسليم المبيع الى المشتري على اعتبار انه لم يستوف الثمن ،إذ ان حق البائع في حبس المبيع يثبت في حالة سقوط الاجل الممنوح للمشتري وكذلك في البيوع التي يكون فيها دفع الثمن حالاً وليس في البيوع الآجلة فقط ،لان البائع ارتضى ان يتم تأجيل الثمن ،فلا يتأخر حق المشتري في القبض .

فانتقال ملكية المبيع الى المشتري لم تعد تعتمد على تصرف يقوم به البائع او امر يتوقف عليه وانما يتوقف الامر على موقف المشتري في تحقيق شرط الوفاء بالثمن كله^(١)، وتطبيقاً لذلك إذا اخل البائع بتسليم المبيع ، او تأخر في تسليمه ،فللمشتري عند الاخلال بذلك ان يطلب التنفيذ العيني الجبري إذا كان ممكناً ، فضلاً عن ذلك يحق له ان يطلب فسخ العقد أياً كانت طبيعة اخلال البائع بالتزامه بالتسليم مع المطالبة بالتعويض ، ويخضع طلب الفسخ للسلطة التقديرية للقاضي ،فله ان يمنح البائع اجلا لتنفيذ التزامه إذا اقتضت الظروف ذلك ،كما له رفض طلب الفسخ ،او اجابة المشتري الى طلبه بالفسخ^(٢).

ومما يجدر الإشارة في هذا السياق ،ان المركز التعاقدي للبائع ،لا يثير اي شك في المدة التي يكون فيها المبيع تحت حيازته ،اي قبل تسليمه الى المشتري ،إذ بوصفه لايزال المالك والحائز يجمع بذلك جميع خصائص حق الملكية من صلاحيات استعمال واستغلال والتصرف الا ان الامر لا يبدو كذلك عند انتقال الحيازة الى المشتري، فهل يحق للبائع التصرف في المبيع ، ام ان القيد الذي يمنع نقل الملكية حتى الوفاء بكامل الثمن ،يمنع كذلك تصرف البائع في المبيع حيث انقسم الفقه في ذلك على اتجاهين:-

الاتجاه الاول:- يذهب الى^(٣) ،ان سلطة البائع في التصرف في المبيع تنقيد عند انتقال الحيازة ، كون المشتري يكون مالكا للمبيع فلا يمنع نقل الملكية من التصرف في المبيع فالذي انتقل اليه بالتسليم هو حيازة المبيع اما الملكية فانتقلت موقوفه ،وهذا لا يمنع المشتري من التصرف في هذه الملكية الموقوفة ويكون تصرفه ملحقاً على شرط واقف ،فيجوز التصرف و الانتفاع في المبيع بالبيع والرهن، ويكون المشتري الثاني مالكا تحت شرط واقف ، والقول بخلاف ذلك من شأنه ان يتعارض مع

(١) د.حسين الماحي ،مصدر سابق ،ص٢٦.

(٢) د.محمد حسن قاسم ،مصدر سابق ،ص٢٧٦-٢٧٧-٢٧٨.

(٣) د.عبد الرزاق السنهوري ،الوسيط في شرح القانون المدني ،ج٤،مصدر سابق ،ص١٧٤.

الفصل الثاني : النتائج القانونية المترتبة على البيوع الائتمانية

المصالح الاقتصادية المرجوة من البيوع الائتمانية ،لانه يترتب عليه تجميد البضاعة المباعة المحتفظ بملكيتها في حياة المشتري دون استعمال^(١)، لذلك نجد ان محكمة النقض الفرنسية نفت ان تكون الغاية التي توخاها المشرع عند تنظيم اثار الاحتفاظ بالملكية في قانون ١٢ مايو ١٩٨٠ ،هي عرقلة عمليات التداول التجارية ،لاسيما و ان البائع على يقين من ان حياة المشتري للمبيع وحاجته اليه في نشاطه الصناعي او التجاري^(٢)، فشراء هذه المنقولات لا تحقق الفائدة للمشتري إذا ظل حابساً لها حتى سداد ثمنها كاملاً ،فقد يكون تصرف المشتري بالمبيع بمثابة تدعيم مركزه المالي ،بإذ يمكن من خلال هذا التصرف من سداد اقساط الثمن في مواعيد استحقاقها^(٣).

ويؤخذ على هذا الاتجاه ان هذا التصرف يؤدي الى خطورة يتعرض لها ضمان البائع ،إذ ان تصرف المشتري في المنقولات يترتب نتيجة هامة، وهي اكتساب الغير ملكية المنقول ،ويقابل هذا فقدان البائع ضمان الاتفاق الذي يوفره الاحتفاظ بالملكية ،ولا يتمتع الا بمركز دائن عادي فيما يتعلق بالحصول على الثمن .

الاتجاه الثاني:- يذهب هذا الاتجاه^(٤)،الى ان قيام البائع مانح الائتمان بالتصرف في المبيع ،تصرفاً قانونياً او مادياً فان هذا التصرف ينتج اثره في مواجهة المشتري ،فيكون هذا التصرف صحيح ،لأنه يتصرف في شيء مملوك له ، إذ ان انتقال الحياة يؤدي الى حرمانه من مكنة الاستعمال فقط وبذلك تبقى للبائع سلطتي الاستغلال والتصرف ، فيكون من حق البائع من استغلاله وتلقي ثماره بل والتصرف به ولا يكون للمشتري الاول حق استرداد المبيع من المتصرف اليه الثاني لأن الملكية لم تنتقل بعد الى المتصرف اليه الأول فخصوصية مركز المشتري قبل الوفاء بالثمن تنشأ من أن هناك عقد يربط بينه وبين المالك ،الا انه لا ينظم مسألة سلطات المشتري قبل أن يصبح مالكا ،لذلك لا يستطيع من الناحية القانونية ان يمارس على البضاعة اي سلطة مباشرة^(٥).

ونحن بدورنا نؤيد الرأي الأخير ،على اعتبار ان البائع هو المالك الوحيد للمبيع ،وان المشتري لم يملك المبيع بعد، إذ يحق المشتري عند قيام البائع بالتصرف بالمبيع من المطالبة بالتعويض على

(١) د.علي سيد قاسم ،مصدر سابق ،ص٤٤.

(٢) Cass.Com.1er oct. 1985, cit.; aussi,note Derrida, D. 1986, I.R.,p.169 et s.;B.Soinne, Survie et disparition du droit de la faillite, J.C.P.1982, éd.C.I.13903.

(٣) د.حسين الماحي،مصدر سابق،ص١٢٧.

(٤) محمد حسين منصور ،مصدر سابق ،ص١١٣.

(٥) د.نبيل ابراهيم سعد ،الملكية كوسيلة للضمان ،مصدر سابق ،ص٤٢.

الفصل الثاني : النتائج القانونية المترتبة على البيوع الائتمانية

أساس المسؤولية العقدية ،بالإضافة الى ضمان المشتري في الحصول على حقوقه فيحق له حبس المبيع الذي في حيازته ^(١)، كذلك يحق لدائي البائع التعرض للمشتري والحجز على هذا المال بوصفه ما زال ملكا لمدينهم ، كما يحق لهم المطالبة بالثمن، ولكن إذا تم سداد كامل الثمن من المشتري ففي هذه الحالة يتحقق البيع من تاريخ العقد وتنتقل الملكية للمشتري .

الفرع الثاني

المركز القانوني للمشتري

طالما أن الثمن المتفق عليه والمؤجل في الوقت ذاته لم يدفع من جانب المشتري فان هذا الأخير لا يعد مالكا للشيء المبيع ، إذ في حالة تسلمه للشيء المباع فانه يعتبر واضع يد بطبيعة الحال وليس مالكا له ، وطبيعة مركز المشتري قبل الوفاء بالثمن تنشأ من ان هناك عقد ينظم علاقته بينه وبين البائع ،إذ بموجب هذا العقد يخول المشتري بعض سلطات حق الملكية الممنوحة له من جانب المالك، لذلك يكون البائع قبل التسليم مالكا لجميع سلطات الملكية من استعمال واستغلال وتصرف ،لكن لكون ان البيع مع الاحتفاظ بالملكية بيع باتاً وصحيح ،فانه يترتب جميع اثار عقد البيع ما عدا الاثر المتعلق بنقل ملكية المبيع ،فمركز المشتري خلال فترة حيازته للمبيع وانتقال الملكية اليه تثير الشك ،فهل يكون المشتري في هذه الحالة المركز نفسه المعتاد بموجب عقد البيع وبالتالي يخول بموجب هذا الاخير سلطات المشتري العادي أم أنه يعتبر بمجرد حائز للمبيع؟، وينسم الفقه في ذلك الى اراء :-

الرأي الاول :- يرى البعض ^(٢)، ان المشتري لم يملك المبيع بعد لهذا لا يمكن ممارسة اي سلطة من سلطات حق الملكية ،فهو لا يتمتع بحيازة كاملة وانما هو مجرد حائز عرضي ولم يحدد هذا الرأي وصف الحائز بالاستناد الى عقد محدد ، ومن هنا كان اقتراح البعض ان يلحق العقد المتضمن الاحتفاظ بالملكية شرط يمكن من خلاله المشتري من استعمال المنقولات المباعة او استغلالها او

(١) انظر المادة ٢٨٤ | من القانون المدني العراقي (يزول الحق في الحبس بزوال الحيازة)

(2) J. Ghestin, rapport de synthèse. in actualité de droit de T'entreprise, t.12, p.291, no.

20.

مشار اليه : د. نبيل ابراهيم سعد ،الملكية كوسيلة للضمان ،مصدر سابق ،ص ٤١.

- R.A. Eastwood, L.L.d, The contract of sale of good, second edition. 1946. p.94..

مشار اليه : د. صبري حمد خاطر - مصدر سابق - ص ١١٢.

الفصل الثاني : النتائج القانونية المترتبة على البيوع الائتمانية

التصرف بها ،إذ لا يمكن ممارسة أية سلطة على المبيع الا بمقتضى حق شخصي ينص عليه في العقد^(١).

من الجدير بالذكر ان واضع اليد على الشيء ينشأ أما عن مركز واقعي ،إذ لا يكون هنالك أية رابطة عقدية بين المالك وواضع اليد ،واما عن مركز قد تم تنظيمه عن طريق عقد من العقود كما هو الحال في (الوديعة أو العارية أو الايجار).

وعند الاخذ بأن المشتري واضع يد دون ان يكون ذلك الى عقد محدد يجعل من المشتري غاصباً للعين ، وهذا الامر غير مقبول ، وذلك لكون الحياة اسندت بتسلمه المبيع الى عقد بيع صحيح بين البائع والمشتري ،وإذا اعتبر كذلك ان حياة المشتري العرضية تستند الى عقود اخرى (ايجار او وديعة او عارية) ، فان ذلك لا يتناسب مع صفته كمشتري ينظم علاقته بينه وبين البائع عقد بيع ،على اعتبار ان البائع يسلم الشيء المبيع الى المشتري كون ان الاخير يمتلك هذا الشيء ، حتى وان كان الثمن مؤجلاً ، بينما العقود السابقة تتضمن التزامات برد الشيء^(٢).

ونحن نرى ان هذا الرأي ينفي وجود عقد البيع خلال فترة تسديد الثمن المؤجل من جانب المشتري خصوصاً ان القضاء الفرنسي ذهب الى ان العقد المحتفظ بملكية المبيع هو عقد بيع صحيح وبات^(٣) ، كذلك ينفي جميع الاثار التي يرتبها عقد البيع عدا اثر نقل الملكية المؤجل ، خصوصاً الى ان حياة المشتري للمبيع جاءت بموجب عقد البيع لذلك .

الرأي الثاني :- ويذهب هذا الرأي^(٤) ، ان المشتري يكون في مركز الوديع ،كون في حال عدم تنفيذ التزاماته الكاملة بدفع الثمن فان البائع يقوم باسترداد المبيع ،ومادام البائع يسترد المبيع دون الفسخ ،فان مركز المشتري قبل السداد الا فهو وديعاً .

ولا يمكن الاخذ بهذا الرأي لأسباب التالية:

(١) د.حسين الماحي ،مصدر سابق ،ص٢٧ وما بعدها .

(٢) د.هادي حسين الكعبي ،مصدر سابق ،ص٧٤ .د.نبيل ابراهيم سعد ،الضمانات غير المسماة في القانون الخاص ،مصدر سابق ،ص١٩٨ .

(3) Cour de cassation chambre commerciale. Audience publique 17 octobre 2018.

تم الحصول على القرار من الموقع الاتي :-

<https://www.legifrance.gouv.fr>

(4) cite par Brocca op.cit.p.27.

مشار اليه عند : د. صبري حمد خاطر - مصدر سابق - ص ١١٢.

الفصل الثاني : النتائج القانونية المترتبة على البيوع الائتمانية

١- الوديعة هو عقد به يحيل المالك او من يقوم مقامه حفظ مال الى اخر ولا يتم الا بالقبض^(١)، ونجد هنا ان مركز الوديع في عقد الوديعة يختلف عن المشتري في عقد البيع، ويرجع هذا الاختلاف الى اختلاف طبيعة كلا من العقدين فعقد الوديعة يلتزم الوديع بموجبه بحفظ المال المودع لديه، إذ لا وديعة إذ لم يكن هنالك التزام بالحفظ، في حين ان عقد البيع من عقود التصرف ولا يلتزم المشتري باي التزام بالحفظ فالغاية منه هو تملك الشيء المبيع^(٢).

٢- انّ الاصل في الوديعة انها تكون بلا مقابل فهي من العقود الملزمة لجانب واحد، بخلاف عقد البيع الذي يعتبر من العقود الملزمة للجانبين فكل طرف في العقد يدفع مقابل ما يأخذه من الطرف الاخر^(٣).

٣- انّ ارادة الطرفين في عقد البيع الائتماني، تتصرف الى ضمان الوفاء بالثمن من جانب المشتري^(٤)، خلافاً للوديعة إذ انّ ارادة العاقدین تتصرف الى اعادة الشيء كما هو^(٥)، إذ إن الوديع يلتزم برد الشيء الذي اودع اليه كما هو ولا يرد شيئاً آخر، فالالتزام بالرد هو الالتزام الأساسي .

٤- من إذ الاسترداد ان المودع يستطيع ان يسترد الوديعة متى يشاء دون شرط احداث خلل من المودع لديه ويترتب عليه انقضاء الوديعة^(٦)، في حين ان البائع عند احتفاظه بالملكية في عقد البيع

(١) المادة ١٩١٥ من القانون المدني الفرنسي نصت (الإيداع هو عقد بوجه عام يستلم بموجبه الشيء من الغير مع الالتزام بحفظه واعادته سليماً عيناً). أيضاً المادة ٧٦٨ من القانون المدني المصري نصت (الوديعة عقد يلتزم به شخص ان يتسلم من اخر على ان يتولى حفظ هذا الشيء وعلى ان يرده عيناً). كذلك المادة ٩٥١ من القانون المدني العراقي (الايداع عقد به يحيل المالك او من يقوم مقامه حفظ ماله الى اخر ولا يتم الا بالقبض).

(٢) د . عبد الرزاق السنهوري الوسيط ، ج٧ ، العقود الواردة على العمل ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٦٤ - ص ٦٧٨ .

(٣) المادة ١٩١٧ من القانون المدني الفرنسي (الوديعة هي من بحسب الاصل عقد مجاني). ايضا المادة ٩٦٨ من القانون المدني العراقي (ليس للوديع ان ياخذ اجرة على حفظ الوديعة، ما لم يشترط ذلك في العقد).

(٤) د. صبري حمد خاطر - مصدر سابق - ص ١١٣.

(٥) انظر المادة ١٩٣٢ من القانون المدني الفرنسي (يجب على الوديع أن يعيد الوديعة نفسها التي سلمت إليه وهكذا يتوجب أن يحصل رد المبالغ النقدية بالعملة نفسها التي تم فيها الإيداع، سواء في حال ارتفاع قيمتها او في حال انخفاضها).

(٦) المادة ١٩٤٤ من القانون المدني الفرنسي (يجب إعادة الوديعة إلى المودع عندما يطالب بردها حتى ولو كان العقد قد حدد مهلة معينة للرد إلا إذا تبين وجود حجز احتياطي في يد الوديع أو معارضة للرد ولنقل الشيء المودع). ايضا المادة ٩٦٩ من القانون المدني العراقي (للمودع في كل وقت ان يطلب رد الوديعة مع زوائدها، كما ان للوديع ان يطلب ردها متى شاء).

الفصل الثاني : النتائج القانونية المترتبة على البيوع الائتمانية

فلا يستطيع استرداد المبيع الا عند اخلال المشتري بدفع الثمن ولا يترتب على ذلك انتهاء عقد البيع^(١) . وانسجماً مع كل هذه الاسباب فلا يمكن اعتبار المشتري في عقد البيع مع الاحتفاظ بالملكية على انه في مركز وديع ، نظراً لاختلاف احكام كلا العقدين والتزامات كل طرف في كليهما .

الرأي الثالث :- ويذهب الى ان المشتري خلال مدة حيازته للمبيع الى حين سداد الثمن يكون في مركز المستأجر ، على اساس ان اثر انتقال الملكية يتراخى لحين سداد المشتري كامل الثمن ، فان البيع يقترن بالإيجار ، وان حيازة المشتري تحتاج الى تصرف قانوني فيكون بحسب هذا الرأي انه بيع ايجاري^(٢) .

ونرى ان اصحاب هذا الرأي تأثروا بمفهوم الحق الشخصي ، إذ ان صاحب الحق الشخصي الدائن (المشتري) ليس لديه الا سلطة غير مباشرة على الشيء موضع الحق ولا يستعمل هذه السلطة الا بواسطة المدين (البائع) ، فصاحب الحق العيني يصل مباشرة الى الشيء موضع الحق ، بخلاف صاحب الحق الشخصي حتى يستطع الوصول الى محل الحق فلا بد من توسط المدين بينه وبين هذا الشيء فهو لا يستعمل سلطه مباشرة كما هو الشأن في الحق العيني ، بل يتقاضى حقا من المدين^(٣) . لهذا اعتبر ان المشتري قبل سداد الثمن ليس سوى صاحب حق شخصي ، إذ ان انتقال الملكية الى المشتري تجعله صاحب حق عيني ، إذ ان المشتري من الناحية القانونية لا يمكن له ان يمارس اي سلطة من السلطات على المبيع ، كون ان هذه السلطات يخولها حق الملكية وهذا الحق لا يزال محتفظاً به من طرف البائع طالما لم يدفع المشتري الثمن ، لهذا يعد ان المشتري صاحب حق شخصي .

وتعرض هذا الرأي للنقد^(٤) ، إذ ان تغير ووصف عقد البيع يؤدي الى تغيير الاحكام التي تنطبق عليهما ، وهذا بدوره يقود الى عدم تطبيق القانون الفرنسي الصادر ١٢ مايو ١٩٨٠ ، عند تغيير الوصف القانوني للعقد . وان الطبيعة القانونية للبيع الايجاري ليست سوى عقد بيع مخفي تحت عقد ايجار ، حتى يتكمن البائع من ضمان حقوقه في الثمن ، فيعتمد على بقاء الملكية بيده ، وعقد الايجار

(١) انظر المادة ٢٣٧١ من القانون المدني الفرنسي (يمكن للدائن المطالبة بإعادة المال لاسترداد حق التصرف به، في حال التخلف عن التسديد الكامل للدين عند استحقاقه).

(٢) V. Aopnwn de martel – tribes.cit – Brocca, op. cit. p. 28.

مشار اليه عند : دهادي حسين الكعبي ، مصدر سابق ، ص ٧٦ .

(٣) د . عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، ج ٨ مصدر سابق ، ص ١٨٦-١٨٧ .

(٤) د . صبري حمد خاطر - مصدر سابق - ص ١١٣ .

الفصل الثاني : النتائج القانونية المترتبة على البيوع الائتمانية

ليس الا عقد صوري اخفي وراءه العقد الحقيقي ،حتى يتكمن البائع من ضمان حقوقه ^(١).وقد كشفت التشريعات ،محل المقارنة عن صورية الايجار في هذه الحالة ،فتعتبر أن البيع الايجاري هو عقد بيع ابتداء وانتهاء ،لهذا عدَّ بيعاً محضاً تسري عليه احكام عقد البيع حتى لو سماه المتعاقدان ايجاراً ^(٢) .

الرأي الرابع:- وفي ظل الانتقادات التي وجهت الى كل هذه الآراء التي حاولت ان تحدد مركز المشتري ،فذهب البعض الى ايجاد حلول لبيان المركز القانوني للمشتري ،فاُسند ذلك الى دور الارادة التي تحدد سلطات كل طرف في العقد ،لأنها تلعب دور كبير وفي تكوين ونشوء العقد .

فالإرادة تلعب دور في نشوء اي تصرف قانوني ،فعقد البيع الائتماني لا يعد خروجاً عن القواعد الامرة في عقد البيع ، وانما يبقى في نطاق القواعد المفسرة ،لهذا فان المشتري لا يبتعد عن مركزه المعتاد في عقد البيع ،إذ تتجه الارادة بموجب عقد البيع مع بقاء الملكية كضمان لتجزئة الملكية لفترة معينة ،فيمنح سلطتي الاستعمال والاستغلال لصالح المشتري ،وتنقيد سلطة التصرف لصالح البائع ^(٣).

ويجد هذا الرأي أساسه الى الحكم الصادر من محكمة النقض الفرنسية عام ١٨٣٤ والذي تقرر بموجبه (حتى وان كانت نصوص القانون المدني الفرنسي المادتين (٥٤٤،٥٥٢) تحدد القواعد العامة المتعلقة بطبيعة واثـر الملكية الا انه لا يوجد ما يمنع من اتفاق الاطراف الى اجراء تعديلات التي يتقبلها حق الملكية) وأُستند بذلك الى مبدأ حرية التعاقد للقول انه بإمكان تجزئة وتقسيم حق الملكية ،الآ أنه تعرض الى النقد على اساس انه هذا الرأي يؤدي الى انشاء حقوق عينية جديدة ^(٤).

وان الاخذ بهذا الرأي محل نظر ،لان تجزئة سلطات الملكية الثلاثة لا تنشأ بذلك حقوقاً عينية جديدة ،إذ ان احتفاظ البائع بالملكية ،على الرغم من انتقال الحيازة الى المشتري ،ما هو الا ضمان تنفيذ المشتري لالتزامه بدفع الثمن ^(٥) .

ويذهب جانب من الفقه الى ان السلطات الممنوحة من جانب البائع الى المشتري ،يمكن اعتبارها حقاً عينياً ناشئاً عن تجزئة سلطات الملكية ،وهذا الحق العيني لا يعطي للمشتري الا سلطتي الاستعمال

(١) د . عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، ج ٤ ، مصدر سابق ، ص ١٧٨ .

(٢) انظر المادة ٤٣٠ من القانون المدني المصري . وايضا المادة ٥٣٤ من القانون المدني العراقي .

(٣) Derrupe (J), La Nature juridique du droit du preneur a baillet la distinction des droit de ceance These Toulouse, 1955. p. 257.

(٤) د.ابراهيم الدسوقي ابو الليل ، البيع بالتقسيط والبيوع الائتمانية الاخرى ، مصدر سابق ، هامش ص ٢٩٣ .

(٥) د . هادي حسين الكعبي ، مصدر سابق ، ص ٧٩ .

الفصل الثاني : النتائج القانونية المترتبة على البيوع الائتمانية

الشيء والانتفاع به عن حيازته للشيء ،ولا يعطي له سلطة التصرف به واستغلاله ،فهو يختلف عن حق الاستعمال التقليدي كون هذا الاخير لا يعطي لصاحبه سلطة مباشرة على الشيء المبيع ^(١).

ويؤخذ على هذا الرأي انه يجعل من استعمال المشتري للمبيع حقاً عينياً ناشئاً عن تجزئة حق الملكية إذ ان السلطات التي يخولها حق الملكية من استعمال واستغلال وتصرف تتجزأ بين المشتري والبائع وهذا بدوره يؤدي الى انشاء حقوق عينية جديدة ،ثم يضيف عن استعمال المشتري للمبيع يختلف عن الاستعمال التقليدي ،وهذا بدوره يقودنا الى تساؤل هل يوجد استعمال تقليدي واستعمال غير تقليدي ، وهل يمكن تصور حق عيني يكون استعماله غير تقليدي ،لذا نرى ان هذا الرأي غير موفق .

ويذهب بعض الفقه ^(٢) ،ان تجزئة سلطات حق الملكية ،وهي ليست الصورة الوحيدة لتجزئة خصائص حق الملكية فهناك صورة متعددة لهذه التجزئة كالمستأمن على البضائع و المستعير والمستأجر ،جميعهم يملكون سلطة الاستعمال والانتفاع دون التصرف لان الملكية لاتزال للمالك الاصيلي .

وهذا الرأي محل نظر إذ ان تشبيه حق المشتري ،بحق المستأجر او المستأمن او المستعير ،فهؤلاء اصحاب حق شخصي وليس حق عيني ،والسلطات الممنوحة لهم جاءت بموجب العقد المبرم مع الطرف الاخر ،في حين لا نجد مثل هذه السلطات للمشتري في عقد البيع ،اضف الى ذلك ان حق المستأجر و المستعير أن أحكامهم خاصة بطابع التأقيت وتستلزم رد الشيء ،الا ان المشتري في الاحتفاظ بالملكية حاز المبيع في رغبة منه في التملك .

ونرى بدورنا لا يمكن اعتبار المشتري صاحب حق عيني كون ان هذا الحق هو سلطة مباشرة للشخص على شيء ،وهذا لا يمكن ان نجده في البيوع الائتمانية لان المشتري لا يملك المبيع بعد وانما يظهر كصاحب حق شخصي إذ لا يستطيع الوصول الى المبيع وحيازته ولا ان يستعمل حقه الا إذا توسط المدين (البائع) بينه وبين هذا الشيء فهو يملك سلطة غير مباشرة ، وسلطة المشتري تأتي من خلال قيام البائع بتحديد اثار الاحتفاظ بالملكية خاصة فيما يتعلق بسلطات المشتري على المبيع لان اهميته تتعاضد للبائع ،فيجب على هذا الاخير ان يكون اكثر حرصاً بمدى السلطات المخولة للمشتري والا فإن في حال عدم وجود نص يمنح المشتري من استعمال والتصرف في المنقولات يعتبر ترخيصاً من البائع ،لأن المقصود من الائتمان هو امتلاك وسيلة ضغط على المشتري حتى يوفي الثمن .

(١) د.نبيل ابراهيم سعد ،الملكية كوسيلة للضمان ،مصدر سابق ،ص٢١ .

(٢) استاذنا د.هادي حسين الكعبي ،مصدر سابق ،ص٧٩ .

المطلب الثاني

تزامم البائع مع الغير

إن الدور الذي يمنحه البيع الائتماني الذي اساسه ابقاء الملكية كضمان للوفاء بالثمن لا يتقيد فقط في حث المشتري على تنفيذ التزامه بالوفاء بكامل الثمن ،وبالتالي يتمكن من الاستفادة من خصائص حق الملكية في الانتفاع والتصرف في المبيع وبذلك تنحصر هذه الخصائص كاملة بين يديه ، بل يتعدى ذلك في نفاذ حق البائع اتجاه الغير ،اي حماية حقه في مواجهة حقوق الغير إذ تكمن فعالية الضمان الاتفاقي واهميته في امكانية الاحتجاج به على الغير سواء كان دائناً للمشتري ،ام متصرفاً اليه في المبيع ،وفي ضوء ذلك سنقسم هذا المطلب على فرعين .

الفرع الاول :-تزامم البائع مع المتصرف اليه.

الفرع الثاني :- تزامم البائع مع دائني المشتري .

الفرع الاول

تزامم البائع مع المتصرف اليه

من الثابت ،انه عند تصرف المشتري في المبيع المنقول الى شخص اخر حسن النية وسلم اليه كان من حق المتصرف اليه التمسك بنفاذ حقه في مواجهة البائع الاصلي ،استنادا الى قاعدة حيازة في المنقول سند الملكية ،و لا يستطيع البائع الاصلي ان يطلب استرداد المبيع ،والاصل ان المتصرف اليه يكون حسن النية لا يعلم تعلق حق البائع بالمبيع بالاحتفاظ بملكته لان المشرع لم يفرض اجراءات تتعلق بتسجيل مثل هكذا تصرفات ،ويلقى على البائع اثبات سوء نية المتصرف اليه الحائز ،اي علمه بان المتصرف لم يكن مالكا للعين المتصرف فيهما وعند اثبات سوء نية المتصرف اليه جاز للبائع استرداد المبيع. وتماشياً مع ما تم ذكره فهل تسري احكام القواعد الخاصة هذه على عقد البيع المحتفظ بملكية المبيع على اعتبار ان البائع لايزال هو مالك الاصلي للمبيع ،وبالتالي تتعدم فاعلية قاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية ، وبدوره تسرى مثل هذه التصرفات على المتصرف اليه وبالتالي لا يمكن لهذا الاخير الاحتجاج بهذه القاعدة ؟.

ويذهب بعض الفقه الى ان تصرف المشتري بالمبيع المحتفظ بملكته تصرفاً ناقلاً للملكية الى الغير سيء النية وعند اثبات سوء نية المتصرف اليه يحق للبائع طلب استرداد المبيع ،فلا يمكن للمتصرف اليه ان يتمسك بقاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية ،إذ يختلف بذلك شروط تطبيق هذه

الفصل الثاني : النتائج القانونية المترتبة على البيوع الائتمانية

القاعدة ، إذ ان حسن النية هو الشرط الأساسي في تطبيق هذه القاعدة وترتيب اثارها^(١). فإذا ادعى البائع ان المتصرف اليه سيء النية ، إذ كان يعلم وقت بدء الحيابة ان المتصرف غير مالك ، فعلى المالك يقع عبء اثبات ذلك^(٢). إلا ان هذا الاثبات يصعب في أغلب الاحوال ، اضافة الى ذلك ان حيابة المبيع من المشتري يظهر امام الجميع بمظهر المالك ، والذي يدعم بدوره حسن نية المتصرف اليه المفترضة اصلا على اعتباره لا يعلم بوجود الشرط^(٣).

اما إذا كان المتصرف اليه حسن النية ، اي انه يجهل ان المشتري الاول قد اشترى المبيع تحت شرط الاحتفاظ بالملكية ، ولا يعلم ذلك وكان يعتقد انه تلقى المبيع من مالكة الحقيقي جاهلا حقيقة السند الذي يستند اليه المشتري الاول ، ففي هذه الحالة يمكن له ان يملك المبيع المحتفظ بملكيته مستنداً في ذلك الى قاعدة الحيابة في المنقول سنداً للملكية^(٤). فالمنقول يجب ان يكون بين يدي الحائز المتصرف اليه ، فيسيطر عليه سيطرة فعلية تتفق في مظهرها مع الحق الذي يدعي الحائز لكسبه على المنقول^(٥) . لذلك فالمفروض ان حائز المنقول قد تعامل مع غير المالك بموجب تصرف قانوني ناقل للملكية الا ان المتصرف اليه لم تنتقل اليه ملكية المبيع بعقد المبيع لأنه صادر من غير المالك ، وهو بيع ملك الغير وانما انتقلت اليه بالحيابة ذاتها^(٦). لذلك فإن حماية المتصرف اليه بالنسبة لموضوع الاحتفاظ بملكية المبيع ما هو الا تطبيق لقاعدة حماية حائز المنقول حسن النية ، لهذا فإن ضمان البائع يتلاشى في مواجهة قاعدة الحيابة في المنقول سند الملكية ، لأن قيام المشتري في التصرف في المبيع يؤدي بدوره الى تملك الغير المبيع متى ما كان حسن النية ، الذي يؤدي بدوره الى فقدان الضمان الاتفاقي قيمته لأن الملكية تجرد من البائع بموجب هذه القاعدة.

(١) د.هادي حسين الكعبي ، مصدر سابق ، ص ١١٨ ، د. نبيل ابراهيم سعد ، الملكية كوسيلة للضمان ، مصدر سابق ، ص ٤٦ .

(٢) د. عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، ج ٩ ، اسباب كسب الملكية ، دار احياء التراث العربي ، بدون سنة النشر ، ص ١١٤٢ .

(٣) حارث طاهر علي الدباغ ، مصدر سابق ، ص ١٢٦ .

(٤) انظر :- المادة ٢٢٧٦ من القانون المدني الفرنسي والمادة ٩٧٦ من القانون المدني المصري كذلك المادة ١١٦٣ من القانون المدني العراقي .

(٥) د. محمد طه البشير و غني حسون طه ، الحقوق العينية الاصلية - التبعية ، مصدر سابق ، ص ٢٥٣ .

(٦) د. عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، ج ٩ ، مصدر سابق ، ص ١١١٧ .

الفصل الثاني : النتائج القانونية المترتبة على البيوع الائتمانية

اما على مستوى التشريع الفرنسي فلم يبع المشرع الفرنسي النيل من قاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية من خلال قانون ١٢ مايو ١٩٨٠ الذي نظم اثار الاحتفاظ بملكية المبيع إذ جاء ليعطي البائع الحق في استرداد المبيع من يد المشتري عند عدم سداد الثمن ^(١). إلا أنه إذا كان البائع يفقد حقه في استرداد المبيع المحتفظ بملكيته من المتصرف اليه حسن النية والتي لم يستوف ثمنها ، إلا أن المشرع الفرنسي خول هذا البائع الحق في ان يقتضي حق ثمن المبيع من المتصرف اليه إذا لم يسدد المبلغ الى المشتري الاصلي كذلك حق البائع في الحصول على التعويض عند التأمين على المبيع ^(٢) .

اما موقف محكمة النقض الفرنسية إذ انها لم تتردد لحظة في تأكيده ،على الرغم من صدور قوانين داعمة لشرط الاحتفاظ بالملكية ، إذ قررت ان النصوص المنظمة للاحتفاظ بالملكية ، لا تشكل استثناء على قاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية ،ومن ثم ليس من حق البائع الاصلي ان يطالب باسترداد المبيع المحتفظ بملكيته من المتصرف اليه من المشتري الاصلي الا بعد اقامة دليل على سوء نية المتصرف اليه ^(٣).

وتماشياً مع ما تم ذكره فإذا كان البائع يفقد ضمانه الاتفاقي في مواجهة المتصرف اليه حسن النية في استرداد المبيع ،الا انه على الرغم من ذلك لا يفقد حقه في مطالبة المتصرف اليه بالثمن ،فهو يطالب البائع بالثمن المستحق في ذمة المشتري منه الاصلي ،ام بالثمن المستحق في ذمة المشتري الثاني (المتصرف اليه)؟.

و يرى البعض انه لا توجد صعوبة في حالة ما إذا كان الثمن المستحق في ذمة المتصرف اليه هو مقدار الثمن نفسه الذي في ذمة المشتري ،اما إذا كان الثمن في البيع الثاني اقل من الثمن في البيع الاول ،فلا يحق للبائع الاصلي سوى المطالبة بالثمن المستحق في ذمة المشتري الثاني ،ويمكنه الرجوع الى المشتري الاول بفارق الثمن بين العقدين ،او الدخول ضمن جماعة الدائنين كدائن عادي في حالة افلاس المشتري ،وإذا كان الثمن في البيع الثاني يفوق الثمن في العقد الاول وهذا هو الغالب ،فيكون من حق البائع الاصلي في الحصول على الثمن المستحق من المشتري الثاني ولو زاد عن

(١) د.محمد حسين منصور ،مصدر سابق ،ص٢٢٨.

(٢) م ٦٦ من قانون ١٣ يوليو ١٩٦٧،م ١٢٢ من قانون ٢٥ يناير ١٩٨٥. والمادة ٢٣٧٢ من القانون المدني الفرنسي (ان حق البائع ينتقل إلى دين المشتري المتصرف بالمبيع تجاه المتصرف اليه الثانوي أو تجاه تعويض التأمين البديل للمال).

(3) Réciv., VRevendication, N73s– Nouv. Rép., V. Possession, n. 44s. Com. 1er oct.

1985, Bull Civ. IV, n. 224. Com. 19 mai 1987. Bull. Civ. IV., 120.

الفصل الثاني : النتائج القانونية المترتبة على البيوع الائتمانية

التمن الاصلي ،لان هذا التمن يعبر عن قيمة البضاعة الفعلية وعلى اعتبار انه المالك الاصلي ،لان هذا التمن يحل محل البضاعة الواجب ردها للاحتفاظ بملكيته^(١).

الا ان محكمة النقص الفرنسية ذهبت الى عكس ذلك إذ قررت ان التمن محل البضاعة ،ليس من حق البائع الاصلي سوى المطالبة بالتتمن المحدد في عقد البيع الاصلي الذي ابرمه مع المشتري ،وتدخل زيادة في المبيع في الذمة المالية للمشتري ،اي ان البائع يحصل على ما هو مستحق له في عقد البيع الاول دون الزيارة في التمن من عقد البيع الثاني ،لان الضمان البائع واحتفاظه بملكية المبيع ليست سوى ضمانه لاستيفاء التمن^(٢) . في حين ذهبت بعض المحاكم الى انه لا يكون للبائع الاصلي الحق في المطالبة بالتتمن من المتصرف اليه الا في حال إذا كان التصرف في البضاعة قد تم بعد الحكم بشهر الافلاس المشتري الاول ،الا ان محكمة النقص الفرنسية رفضت هذا الاتجاه ومقررة احقية البائع المطالبة بالتتمن سواء تصرف قبل الحكم بإفلاس المشتري او بعده، بشرطين ،الاول هو بقاء البضاعة على حالتها العينية لدى المتصرف اليه يوم الحكم بإفلاس المتصرف الاصلي ،فيحق للبائع استرداد التمن شروط استرداد البضاعة نفسها اما الشرط الثاني فيتمثل في بقاء المتصرف اليه مديناً بكامل المبلغ الى المشتري الاصلي او جزء من التمن^(٣) .

اما على مستوى التشريع المصري فلا يوجد نص في القانون المدني يبين مدى حق البائع اتجاه المتصرف اليه في استرداد المبيع او التمن المستحق للبضاعة ،الا بعد صدور قانون التجارة ،إذ نظمت احكام البيوع التجارية ومنها الاحتفاظ بالملكية وقررت نفاذ شرط الاحتفاظ بالملكية في حق الغير ،بشرط ثبوت ذلك الشرط كتابة بتاريخ سابق على حق المتصرف اليه^(٤) .

(١) د .محمد حسين منصور ،مصدر سابق ،ص ٢٣١.

(2) Com. 15 jan. 1991, Bull. Civ. IV, n. 31

تم الحصول على القرار من الموقع التالي

<https://www.legifrance.gouv.fr/٢٩/٤/٢٠٢٣> تاريخ الزيارة

(3) Com. 27. mai 1986. Bull, Civ. IV.. n. 102- 12 Fev. 1991. Ibid, n. 72. J. Mestre. obs. op.cit

مشار اليه عند ،د .محمد حسين منصور ،مصدر سابق ،ص ٢٣٢

(٤) انظر :- المادة ١٠٦ من قانون التجارة المصري رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ (مع عدم الإخلال بالأحكام المنصوص عليها في باب الإفلاس لا يكون شرط الاحتفاظ بالملكية نافذاً على الغير إلا إذا كان الشرط مدوناً في ورقة ذات تاريخ ثابت وسابق على حق الغير).

الفصل الثاني : النتائج القانونية المترتبة على البيوع الائتمانية

ويترتب على هذا انه اصبح بصدد حكم خاص استثناء من قاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية ،وعند قيام المشتري بالتصرف في المبيع الى الغير فان هذا التصرف لا ينفذ في حق البائع الذي احتفظ بملكية المبيع ،إذ لا يطلب من البائع اثبات علم المتصرف اليه عند اجراء التصرف بعدم وفاء المشتري الاصيلي بكامل الثمن ،على اعتبار ان شرط الاحتفاظ بالملكية يسري في مواجهة المتصرف اليه طالما كان ثابت التاريخ في وقت سابق على اجراء التصرف ،وبغض النظر عن حسن او سوء نية ،أي أن المتصرف اليه لا يمكن له التمسك بقاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية ^(١)،لم يكتف المشرع بعدم سريان قاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية في مواجهة البائع بل حظر على المشتري التصرف في المبيع بدون إذن مكتوب من البائع ،وفرض عقوبة جزائية في حق المشتري عن مخالفة احكام هذا القانون ^(٢) ،ف نجد ان الغرض من هذا الحظر القانوني ،هو توفير حماية للبائع المحتفظ بالملكية من خطر تصرف المشتري في المبيع قبل الوفاء بجميع اقساط الثمن ،وحتى لا يحتج المتصرف اليه بقاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية متى ما كان حسن النية.

اما بالنسبة لموقف المشرع العراقي ،فقد اعطى للبيع الائتماني فاعلية واستثناء من القواعد العامة ،إذ قرر اعتبار المشتري الذي يتصرف في المنقول الذي احتفظ البائع بملكيته مرتكباً لجريمة خيانة الامانة ^(٣)، وعند تطبيق الأحكام المتعلقة بقاعدة الحيازة في المنقول ،نجد ان المادة ١١٦٣ من القانون المدني نصت على ماياتي (من حاز وهو حسن النية منقولاً او سنداً لحامله مستنداً في حيازته الى سبب صحيح، فلا تسمع عليه دعوى الملك من احد)،ونصت المادة ١١٦٤ على الاستثناءات من القاعدة السابقة (استثناء من احكام المادة السابقة يجوز لمالك المنقول او السند لحامله إذا كان قد اضاعه او خرج من يده بسرقة او غصب وخيانة امانة ان يسترده ممن يكون حائزاً له بحسن نية

(١) د. عبد الحميد الشواربي ،الالتزامات والعقود التجارية وفقاً لقانون التجارة رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ ،ج ١ ،منشأة المعارف الاسكندرية ،٢٠٠١، ص ٥٢٨. د. محمد حسين منصور ،مصدر سابق ،ص ٢٢٦.

(٢) انظر المادة ١٠٧ من قانون التجارة المصري رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ (لا يجوز للمشتري التصرف في المبيع قبل أداء الأقساط بأجمعها إلا بإذن مكتوب من البائع وكل تصرف يجريه المشتري بالمخالفة لهذا الحكم لا يكون نافذاً في حق البائع....) (يعاقب المشتري عند مخالفة أحكام الفقرة الأولى بالحبس مدة لا تجاوز ستة أشهر وبغرامة لا تجاوز ٥٠٠ جنيه...).

(٣) المادة ٤٥٥ من قانون العقوبات رقم ١١١ لسنة ١٩٦٩ (يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على سنة وبغرامة لا تزيد على مائة دينار او باحدى هاتين العقوبتين من اشترى مالا منقولاً احتفظ البائع بملكيته الى ان يستوفي ثمنه كله فتصرف به تصرفاً يخرج من حوزته دون إذن سابق من البائع. ولا تقام الدعوى الا بناء على شكوى البائع وتتقضي الدعوى بتنازل البائع عن شكواه قبل صدور حكم نهائي فيها، ويوقف تنفيذ الحكم فيها إذا حصل التنازل بعد صدور الحكم).

الفصل الثاني : النتائج القانونية المترتبة على البيوع الائتمانية

وبسبب صحيح في خلال ثلاث سنوات من وقت الضياع او السرقة او الغصب او خيانة الامانة).
فيتضح من ذلك ان حائز المنقول بحسن نية وسبب صحيح لا يمكنه ان يتمسك بحيازته إذا كان
المنقول قد خرج من يد صاحبه لاحد الاسباب المتمثلة بالنص السابق .

والجدير بالذكر ان مختلف الانظمة القانونية تستند الى الموازنة بين مصلحة البائع ومصلحة الغير
،واي منها جدير بحماية اكثر إذ عند حيازة الغير المبيع لا يدل ذلك على مشروعية تصرف المشتري
الذي يشكل مخالفة لنصوص العقد المبرم مع البائع ولا يدل ذلك على اضعاف الصفة المشروعة على
تصرفات المشتري إذ إنها لا تستحق مثل هذه الحماية القانونية^(١) ، لهذا فان المتصرف اليه حسن النية
لا يجد اساس هذه الحماية في عقد البيع المبرم بينه وبين المشتري الاصلي وانما يجد فاعلية هذه
الحماية في قاعده الحيازة في المنقول ،لان عقد البيع يقتضي ان يكون المبيع ملكاً للبائع ، لهذا نجد ان
المشرع العراقي اعطى الاحتفاظ بملكية المبيع فاعلية مشابهه لموقف المشرع المصري إذ اصبح عقد
البيع المحتفظ به البائع بملكية المبيع يشكل استثناء من قاعدة الحيازة في المنقول ،وبذلك فقد غلب
المشرع مصلحة البائع على مصلحة المتصرف اليه حسن النية .

الفرع الثاني

تزامم البائع مع دائني المشتري

ان العقد لا ينشئ التزامات الا بين اطرافه ولا يجوز للغير ان يطلب تنفيذه كما لا يجوز ان يجبر
على تنفيذه^(٢) ، وهذا ما يسمى بمبدأ نسبية اثر العقد ويراد به ان ما يترتب على العقد من اثار يقتصر
على طرفيه ولا يمتد الى غيره . وإذا كان ما يترتب على العقد هو مجموعة من الالتزامات والحقوق
فأنها لا تنشأ الا لصالح المتعاقدين ولا تترتب الا على عاتقهما .فالعقد لا ينشأ حقا لصالح الغير ولا
يحمل هذا الاخير الى التزام^(٣) .الا ان العقد وان كان يعجز عن انشاء التزامات على عاتق الغير الا

(١) د.هادي حسين الكعبي ،مصدر سابق،ص١١٨ .

(٢) انظر المادة ١١٩٩ من القانون المدني الفرنسي .

(٣) د .عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني ،ج ١ ، الالتزام بوجه عام - مصادر الالتزام ،دار احياء
التراث العربي ،بيروت،بدون سنة نشر ،ص٤٥٠ . د.سليمان مرقس ، الوافي في شرح القانون المدني -٢- ،في
الالتزامات ،المجلد الاول ،نظرية العقد والارادة المنفردة ،ط٤ ، مطبعة السلام ،١٩٨٧، ص٥٦٤ .

الفصل الثاني : النتائج القانونية المترتبة على البيوع الائتمانية

انه يخلق وضعاً قانونياً يمكن الاحتجاج به على الناس كافة ، فالعقد كوضع قانوني يمكن الاحتجاج به على الغير كما يمكن للغير الاحتجاج به على اطراف العقد ذاته ^(١).

وهذا ما ذهبت اليه محكمة النقص الفرنسية إذ قررت (إذا كان المبدأ ان الاتفاق لا اثر له الا في مواجهة اطرافه فان ذلك لا يمنع من البحث في التصرفات الاجنبية عنهم عن معلومات توضح القرار او ان يعتبر الاتفاق مركزاً واقعياً ذا حجة في مواجهة الغير) ^(٢) ، واستناداً الى ذلك فان توظيف الملكية كضمان في البيع الائتماني حتى سداد كامل الثمن والنص عليه في العقد ينشأ مركزاً قانونياً للبائع بموجبه يمكنه من الاحتجاج به في مواجهة الغير عن افلاس المشتري قبل سداد الثمن .

ان فاعلية الاحتفاظ بملكية المبيع كوسيلة لضمان حق البائع في الثمن ، تكمن في امكانية استرداد المبيع في حالة تقاعس المشتري عن دفع الثمن ، ولا يتعرض البائع لأية صعوبة في حال بقاء المبيع تحت حيازة المشتري الممتنع عن دفع الثمن . وفي حالة تصرف الاخير في المبيع كان تصرفه وارداً على ملك الغير ، ويمكن للمالك الاصلي استرداد المبيع من المتصرف اليه .

ويثار تساؤل في هذا الصدد ، هل يحق للبائع استرداد المبيع في عند الحجز عليه من دائنو المشتري على اعتبار ان المبيع لم تنتقل ملكيته بعد الى المشتري وبالتالي يتقدم البائع على دائني المشتري في استرداده للمبيع المحجوز عليه ؟ ، وهل يمكن لدائني المشتري الاحتجاج بتنفيذ مدينهم (المشتري) جزءاً من التزاماته بدفع الثمن وبسبب افلاسه توقف عن الدفع وبالتالي يدخل المبيع في عناصر الذمة المالية للمشتري للتنفيذ عليه على اعتبار سداد جزءاً من ثمن المبيع ؟.

اولاً :- موقف القانون والقضاء الفرنسي.

في القانون المدني الفرنسي سابقاً كان يخلو من تنظيم الاحتفاظ بملكية المبيع ، وعلى عدم جواز الاحتجاج به في مواجهة دائني المشتري عن صدور تسوية قضائية او تصفية على امواله ^(٣) ، والذي ادى بدوره الى تشكيل عقبة هامة امام اعمال دور الاحتفاظ بالملكية كضمان والذي ادى الى فقدان جانب كبير من فاعليته ^(٤) . واستمر الاحتفاظ بالملكية في انعدام اثره عندما يكون المدين في حالة

^(١) نصت المادة ١٢٠٠ من القانون المدني الفرنسي (يجب على الغير احترام المركز القانوني الناشئ عن العقد. يستطيع الغير الاحتجاج به خاصة لتقديم الإثبات لواقعة ما).

^(٢) Cass, cir, 3^o zi, Mars, 1972, Bull, car, TII, p136

نقلا عن د.هادي حسين الكعبي ،مصدر سابق ،ص٩٨.

^(٣) Ripert, traité élémentaire de droit Commercial par Roblot, T. 11, 8 eme éd. n. 3145.

نقلا عن د.محمد حسين منصور ،مصدر سابق ،ص١٥٦.

^(٤) Mestre, De l' ancien sur la clause de réserve de propriété, Journ agréés. 982. 205.

الفصل الثاني : النتائج القانونية المترتبة على البيوع الائتمانية

افلاس ،على اساس ان باقي الدائنين يأخذون في اعتبارهم الوضع الظاهر ،وهو ان الشيء يدخل في الضمان العام لعناصر الذمة المالية للمدين وخاصة ان حيازة المدين للشيء المبيع تعزز دور هذا الوضع ^(١). إذ كان قانون ١٣ يوليو ١٩٦٧ يحرم البائع من ممارسة حق الاسترداد المقرر له بموجب الاحتفاظ بالملكية في مواجهة جماعة الدائنين ،وبالرغم من ترجيح مصلحة الدائنين على مصلحة البائع ،كان القانون المذكور يخول البائع من الاحتفاظ بالمبيع او استرداد في حالات استثنائية وهي وجود المبيع بعد في حيازة البائع ولم يسلمه بعد للمشتري ،كذلك في حالة فسخ البيع او رفع دعوى الفسخ قبل الحكم بإفلاس المشتري ^(٢) . وتدخل المشرع الفرنسي في قانون ١٢ مايو ١٩٨٠ على غرار القانون الالماني ^(٣). مقررأ نفاذ شرط الاحتفاظ بالملكية في مواجهة دائني المشتري المفلس ،إذ عدل هذا القانون نصوص قانون ١٣ يوليو ١٩٦٧ ليتمكن البائع من استرداد المبيع طالما بقي على حالته العينية موجودة لدى المشتري ،على شرط ان يكون الاتفاق على تراخي انتقال الملكية حتى سداد كامل الثمن قد تم الاتفاق عليه بصورة مكتوبة بين الاطراف لسهولة الاثبات ونفاذه في حق الدائنين ^(٤) . وجاء بعد ذلك قانون ٢٥ يناير ١٩٨٥ الخاص بالتقويم والتصفية القضائية للمؤسسات ،واخذ بالاساس بنصوص القانون المنظم لأثار شرط الاحتفاظ بالملكية، إذ اشار قانون ١٩٨٥ الى حق البائع في استرداد المبيع إذا وجد اتفاق مكتوب على الاحتفاظ بملكية المبيع حتى سداد كامل الثمن على ان يكون هذا الاتفاق اثناء انعقاد العقد او قبل التسليم ،يمكن ان يسري هذا الشرط في مواجهة المشتري والدائنين الاخرين مالم يتفق عليه الاطراف على الغائه كتاباً ^(٥) ، وقد تضمن هذا القانون ايضا ان البضائع المباعة مع شرط الاحتفاظ بالملكية يمكن المطالبة بها عند افلاس المدين لكن هذه المطالبة يمكن ان تتعطل نتيجة مدد الدفع المحددة من جانب التفليسة ^(٦)، وينبغي لن تتم المطالبة فعلا خلال ثلاثة اشهر عند صدور الحكم بفتح التفليسة ^(٧)، لكن هذه المطالبة لا تتضمن مسبقاً رفع دعوى الفسخ او اثاره الشرط الفاسخ لأنه يترتب على التفليسة تعطيلها ^(٨) ،وهذه المطالبة تفترض من إذ المبدأ ان تكون

(١) د. نبيل ابراهيم سعد ،الملكية كوسيلة للضمان ،مصدر سابق ،ص٥٢.

(٢) د. محمد حسين منصور ،مصدر سابق ،ص١٥٧.

(٣) د. نبيل ابراهيم سعد ،الملكية كوسيلة للضمان ،مصدر سابق ،ص٥٢.

(٤) د. ابراهيم الدسوقي ابو الليل ،البيع بالتقسيط والبيوع الائتمانية الاخرى ، مصدر سابق ص٢٧٨.

(٥) Loi du 25 janvier 1985, article 121.

(٦) د. نبيل ابراهيم سعد ،الضمانات غير المسماة في القانون الخاص ،مصدر سابق ،ص٢٠٧-٢٠٨.

(٧) Loi du 25 janvier 1985, article 115.

(٨) Loi du 13 juillet 1967, article 66.

الفصل الثاني : النتائج القانونية المترتبة على البيوع الائتمانية

البضاعة مازالت في حالتها العينية . إذ ان المحاكم الفرنسية في البدء كانت متشددة في تقدير وجود البضائع بحالتها العينية إذ كانت ترفض دعوى الاسترداد المنقولات المباعة متى أصبحت تلك المنقولات جزء مركبا من مجموع ايا كانت طبيعة التركيب ، مادام يترتب على الاسترداد انخفاض قيمة المجموع (١).

ومن هنا نجد الفاعلية والدور الذي يعطيه العقد الذي يتضمن الاحتفاظ بملكية المبيع بالنسبة للبائع ، ففي قانون ٢٥ يناير لسنة ١٩٨٥ فان عقد البيع الذي لا يتضمن مثل الشرط المذكور يصبح البائع في مركز قانوني لا يمكنه من ضمان حقوقه في مواجهة الدائنين ، الا ان البائع يستطيع استرداد المبيع غير مدفوع الثمن من جانب المشتري الا في حالات معينة اشار اليها القانون وهي (٢) :-

١- في حال اصدار حكم بفسخ عقد البيع قبل صدور حكم التسوية القضائية ، او إذا كان العقد يتضمن شرط فاسخ وتحقق وظهر البائع رغبته بالفسخ بشكل صريح قبل صدور حكم التسوية القضائية.

٢- عند رفع دعوى الفسخ او دعوى الاسترداد في حال عدم سداد المشتري الثمن قبل صدور حكم التسوية القضائية وأستند البائع في دعواه الى سبب لا يتعلق بوفاء المشتري بالثمن .

وبهذا التعديل التشريعي يكون المشرع الفرنسي قد خطى نحو تعزيز احكام الاحتفاظ بالملكية وترصين نظام قانوني متكامل له ، واعطاء البائع سنداً قانونياً. لنفاذ هذا الضمان اتجاه جماعة الدائنين ، إذ ان الافلاس لا يشكل عائقاً قانونياً نحو ممارسة البائع لحقه في استرداد المبيع من المشتري حفاظاً عليه من التبديد (٣)، إذ يرى البعض (٤) ان الحكمة من التعديل التشريعي الفرنسي هو تقوية شرط الاحتفاظ بالملكية لكثرة اللجوء اليه في لمعاملات وحرص البائعين على ادراجه في البيوع الائتمانية ، والحد من الآثار السلبية للإفلاس وتأثيرها على الحياة الاقتصادية والاجتماعية ، اضافة الى ذلك ان القانون الفرنسي اصبح بمعزل عن باقي التشريعات الاوربية وظهر بمظهر متأخر عن استيعاب التطور الحديث لمضمون الاحتفاظ بالملكية، ذلك التطور الذي برع فيه المشرع الالمانى وكذلك البلجيكي وايسوا السويسري ، بل ان موقف المشرع الفرنسي بات يشكل عقبة امام توحيد التشريعات الاوربية ، خاصة مشروع الاتفاقية الاوربية بصدد الافلاس .

(١) د. حسين الماحي، مصدر سابق، ص ٨٦.

(٢) Loi du 25 janvier 1985, article 117.

(٣) د. هادي حسين الكعبي، مصدر سابق، ص ١٠٣.

(٤) د. محمد حسين منصور، مصدر سابق، ص ١٦١.

الفصل الثاني : النتائج القانونية المترتبة على البيوع الائتمانية

اما موقف محكمة النقض الفرنسية فقد سارت في الاتجاه المتشدد قبل صدور قانون ١٢ مايو ١٩٨٠ ، ضد البائع المقررة عدم احقية هذا الاخير في مواجهة جماعة دائنيي المشتري^(١)، لان المحكمة فضلت بذلك مصلحة الدائنين لانهم عولوا على الوضع الظاهر للمدين الذي ساهم المبيع المحتفظ بملكيتة ببساره كذلك رغبة المحكمة في تحقيق المساواة بين الدائنين بما فيهم البائع على اعتبار هذا الاخير دائن عادي^(٢)، إذ استند القضاء الفرنسي في اصدار القرار حول عدم الاحتجاج باحتفاظ بملكية المبيع على دائنيي المشتري على ما هو مقرر في نصوص القانون المدني من ان ملكية المبيع تنتقل بمجرد انعقاد العقد والاتفاق على المبيع والتمن من قبل اطرافه^(٣).

ومن خلال ضغط الفقه الفرنسي بضرورة تعديل احكام القانون المدني الفرنسي المتعلقة بأثر افلاس المشتري على حقوق البائع المحتفظ بملكية المبيع ،وظهور القانون الفرنسي بمظهر متأخر عن القوانين الاوربية المنظمة للاحتفاظ بملكية المبيع ،في اعطاء هذا الاخير اثرًا قانونياً عند الحكم بإفلاس المشتري وتمسك البائع في استرداد حقوقه^(٤). الا ان محكمة النقض عدلت عن الرأي السابق فقررت فاعلية شرط الاحتفاظ بالملكية في مواجهة دائنيي المشتري ،ومكنت البائع من استرداد المبيع إذا كان قد اعرب بوضوح ،وبتصرف رسمي عن ارادته بالتمسك بهذا الشرط المدرج بالعقد قبل الحكم بإفلاس المشتري^(٥). واستندت المحكمة في قرارها على ان التنظيم القانوني للإفلاس ،لا يمثل عائقاً نحو ممارسة البائع حقه في الاسترداد بالإضافة الى ان المساواة التي يريدها القانون تقتصر على الدائنين ،وعندما يطالب البائع بالاسترداد يتصرف على اعتباره المالك وليس كدائن^(٦).

(١) د.ابراهيم الدسوقي ابو الليل ،البيع بالتقسيط والبيوع الائتمانية الاخرى ، مصدر سابق ص٢٧٧.

Civ. 28 Mars et 22 Oct. 1934, D. 1934.1.151 note Vandamme, S. 1935, 1,337 note Esmein-Req 17 Juill. 1895, D. 1896.1.57, note Thaller.

نقلا عن د . محمد حسين منصور ،مصدر سابق ،ص١٥٧.

(2) Traller, Droit Commercial, Paris 1910, n. 1497-Com. 7 juill 1976. D. 1878.70 note Honorat

(3) نصت المادة ١٥٨٣ من القانون المدني الفرنسي (يعتبر البيع تاما بين الأطراف والملكية مكتسبة حكماً للمشتري تجاه البائع، بمجرد أن تم الاتفاق على المبيع والتمن وان لم يتم تسليم المبيع ولا دفع ثمنه بعد).

(4) د.هادي حسين الكعبي ،مصدر سابق ،ص١٠٢.

(5) Com.22 déc. 1975, D. 1976. 22-8 mai 1979 e 18 juin 1977, Gaz. Pal. 2.508.

(٦) د.ابراهيم الدسوقي ابو الليل ،البيع بالتقسيط والبيوع الائتمانية الاخرى ،مصدر سابق،ص٢٩٦.

الفصل الثاني : النتائج القانونية المترتبة على البيوع الائتمانية

ونرى ان التدخل التشريعي الذى اعطى فاعلية للاحتفاظ بالملكية لم يقصد تعديل القواعد العامة للإفلاس بحماية الوضع الظاهر ، بل سارت نية المشرع في اعطاء فاعلية والحد من القضاء الذي ينكر الاحتفاظ بالملكية اتجاه دائني المشتري المفلس ، ويؤدي هذا التعديل التشريعي في القانون المدني الفرنسي ، بلا شك الى تقوية الاحتفاظ بالملكية وكثرة اللجوء اليه في المعاملات وحرص البائعون على ادراجه في عقود البيع الائتمانية ، وبالتالي يظل حق البائع قائماً حتى بعد صدور حكم بشهر الإفلاس المشتري ، ويخرج البائع بالتالي من الدخول في تراحم مع الدائنين لأنه يستطيع من خلال دعواه من استرداد المبيع .

ثانياً:- موقف القانون المصري.

لم يجز قانون التجارة المصري (الملغى) ، للبائع الاحتجاج بالاحتفاظ بملكية المبيع في مواجهة الدائنين العاديين فعند افلاس المشتري قبل الوفاء بكامل الثمن كان الجزء المتبقي منه ديناً في التفليسة يزاحم فيه البائع سائر دائني المشتري إذ نصت المادة ٣٤٥ من القانون المذكور على (إذا بيعت منقولاً لاحد ثم اشهر افلاسه فلا يكون للبائع الحق في الدعوى في بفسخ البيع ولا يجوز له اقامة الدعوى بالاسترداد) ، إذ ان هذا القانون لم يورد في الفصل الخاص بالاسترداد ، نص يجيز استرداد البائع للمبيع الذي احتفظ بملكيته في العقد^(١) ، وهذا ما اتجه اليه القضاء المصري في عدم جواز تمسك البائع في استرداد المبيع ولا سبيل له الا الاشتراك في التفليسة بوصفه دائناً عادياً تسري عليه قسمة غرماء^(٢).

لذلك استمر الفقه المصري الى عدم الاعتراف لاحتفاظ بالملكية كضمان للبائع لاسترداد المبيع من التفليسة ويدخل مع الدائنين كدائن عادي للحصول على باقي الثمن عند التنفيذ على اموال المدين^(٣) . إذ ان المشرع فضل مصلحة الدائنين على مصلحة البائع فلا يجوز للبائع ان يطلب استرداد المبيع او فسخ البيع ، كما يسقط حقه في الامتياز^(٤) ، إذ ان الاحتجاج بالاحتفاظ بملكية المبيع لا يسري في

(١) انظر :- مواد من ٣٧٦ - ٣٨٩ من قانون التجارة المصري الصادر في ١٣ نوفمبر ١٨٨٣ (الملغى) .

(٢) استئناف القاهرة ٢٨ يناير ١٩٥٨ / رقم ٢٩٥ ، س ٧٤ ق ، اورده د.حسين الماحي ، مصدر سابق ، ١١١ .

(٣) د.عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، ج ٤ ، مصدر سابق ، ص ١٧٥ . د.رمضان ابو السعود ، مصدر سابق ، ص ٥٨ .

(٤) د.محمد حسين منصور ، مصدر سابق ، ص ١٥٣ .

الفصل الثاني : النتائج القانونية المترتبة على البيوع الائتمانية

مواجهة الجماعة الدائنين سواء كان ثابت التاريخ وسابق على شهر افلاس المشتري ام لم يكن^(١) ، كون ان المادة ٣٥٤ الواردة في قانون التجارة متعلقة بالنظام العام ولا يجوز الاتفاق على خلافها ، وذلك لحماية دائني المشتري المفلس متى ما تبين ان قصد البائع للاحتفاظ بالملكية كضمان مقرر له بموجب القواعد العامة الا ان المشرع التجاري قد ابعدها عنه^(٢) .

وبعد صدور قانون التجارة رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ فقد اثارت احكام هذا القانون اختلاف الفقهاء حول نفاذ الاحتفاظ بالملكية في مواجهة الدائنين الى اكثر من اتجاه :-

الاتجاه الاول :- ويذهب هذا الاتجاه الى ان الاحتفاظ بالملكية يمكن من بقاء الملكية على سبيل الضمان للبائع ، ومن ثم يتمتع دائني المشتري من التنفيذ على المبيع لأنه لا يعتبر مملوك لمدينهم المشتري ، ولا يدخل المبيع في الضمان العام المقرر لهم ، لكن يشترط لترتيب هذه الآثار ان يكون الاحتفاظ بالملكية مدوناً في ورقة ذات تاريخ ثابت وسابق على حق الغير او اجراءات التنفيذ التي يتخذها الدائنون على المبيع^(٣) ، الا ان الاحتفاظ بالملكية يتعطل اثره كلياً عند افلاس المشتري ، فلا يجوز للبائع فسخ البيع او استرداد المبيع ، كما يسقط الامتياز المقرر للبائع ، وهذا الامر منطقي إذ ان في اعمال اثر الاحتفاظ بالملكية في مواجهة الدائنين هو اهدار لمبدأ المساواة بين الدائنين ، هذا فضلاً ان دائنين المشتري المفلس قد ادخلوا المبيع في حسابهم عند منحه الائتمان ، فلا يجوز ان يخيب البائع ظنهم بعد ان اوقعهم بتسليمه المبيع في ائتمان المشتري المفلس^(٤) .

ونعتقد بان هذا الرأي محل نظر ، إذ انه على تناقض واضح ، ففي البدء اعطى فاعلية ونفاذ الاحتفاظ بالملكية في مواجهة الدائنين ، ولا يدخل المبيع كضمان عام على اعتبار انه لا يمكن اقام المبيع ضمن عناصر الذمة المالية للمفلس ، ثم انتهى الى القول ان الاحتفاظ بالملكية يتعطل كلياً عن

(١) د. حسني المصري ، العقود التجارية في القانون الكويتي والمصري المقارن ، ط١ ، مكتبة الصفار ، الكويت ، ١٩٩٠ ، ص ٩٩ .

(٢) د. محمد سامي مذكور و د. علي حسن يونس ، القانون التجاري ، الافلاس ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، بدون سنة طبع ، ص ٢٦٦ .

(٣) د. مصطفى كمال طه ، العقود التجارية ، دار الفكر الجامعي ، الاسكندرية ، ٢٠٠٨ ، ص ٣٤ .

(٤) د. علي البارودي ، مصدر سابق ، ص ٤٣ .

الفصل الثاني : النتائج القانونية المترتبة على البيوع الائتمانية

افلاس المشتري ولا يمكن الاحتجاج به على الدائنين ،وهذا لا ينسجم مع الموقف التشريعي الذي جاء بنص صريح بنفاذ الاحتفاظ بالملكية اتجاه الغير متى ما كان مدوناً في ورقة ثابتة التاريخ^(١).

الاتجاه الثاني :- ويذهب اصحاب هذا الاتجاه ان الاحتفاظ بالملكية لا يحقق الغاية منه عند افلاس المشتري إذ لا يحتج به مطلقاً في مواجهة جماعة الدائنين^(٢) ،فقد درج القضاء الى عدم الاعتماد به عند افلاس المشتري ،إذ يقتصر دور البائع على ان يكون دائناً عادياً بالثمن يجب عليه الدخول بالتفليسة والخضوع لقسمة غرماء .إذ يأبى القضاء ان يكون البائع في مركز ممتاز عن دائني المشتري المفلس تحقيقاً لمبدأ المساواة بين الدائنين^(٣). إذ يستند اصحاب هذا الرأي الى النصوص الواردة في باب الإفلاس من القانون الحالي إذ ان المشرع التجاري وضع نصوصاً خرج فيها على القواعد العامة كانت الغاية منها حماية الائتمان التجاري ورعاية دائني المشتري المفلس على حساب البائع المطالب بالاسترداد^(٤).

وهذا الرأي محل نظر إذا ان عدم الاحتجاج بنفاذ الاحتفاظ بالملكية هو انكار لأحكام المادة ١٠٦ التي جاءت بنفاذ الشرط في مواجهة الجماعة الدائنين متى ما كان مدوناً وثابت التاريخ وسابقاً على حق الغير .

الاتجاه الثالث :- وعلى خلاف الاتجاهين السالف ذكرهما يعترف البعض بحجية الاحتفاظ بالملكية على الجماعة الدائنين ، كون مبدأ عدم جواز الاحتجاج بهذا الضمان على الجماعة الدائنين لا يستند على نص قانوني ،حتى وان كان القضاء قد اقره فهو مبني على غير اساس قانوني ،بل ان التسليم

(١) انظر :- المادة ١٠٦ من قانون التجارة المصري رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩. (مع عدم الإخلال بالأحكام المنصوص عليها في باب الإفلاس لا يكون شرط الاحتفاظ بالملكية نافذاً على الغير إلا إذا كان الشرط مدوناً في ورقة ذات تاريخ ثابت وسابق على حق الغير أو على إجراءات التنفيذ التي يتخذها الدائنون على المبيع).

(٢) د.محمود سمير الشرقاوي، القانون التجاري ،ج٢، دار النهضة العربية ،القاهرة ،١٩٨١، ص١٦١. د.محسن شفيق الوسيط في شرح القانون التجاري المصري ،ج٢، دار نشر الثقافة بالاسكندرية ١٩٥١، ص٨٠٣. د.سعيد محمد السعيد اثار حكم شهر الافلاس على الجماعة الدائنين ،مؤسسة الاخوة للطباعة ،القاهرة ،١٩٩٢، ص٢٦٥.

(٣) د.احمد محمود خليل، الافلاس التجاري والاعسار المدني، منشأ المعارف الاسكندرية ،بدون سنة نشر ،ص٢١٨. د.عبد الحميد الشواربي ،مصدر سابق ،ص٥٣٤.

(٤) المادة ٦٣١ من قانون التجارة رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ (١-إذا افلس المشتري قبل دفع الثمن وبعد دخول البضائع مخازنه او مخازن وكيله المكلف ببيعها فلا يجوز للبائع ان يطلب فسخ البيع او استرداد البضائع كما يسقط حقه في الامتياز. ٢- وكل شرط يكون من شأنه تمكين البائع من استرداد البضائع او الاحتفاظ بالامتياز عليها لا يحتج به على الجماعة الدائنين).

الفصل الثاني : النتائج القانونية المترتبة على البيوع الائتمانية

بهذا المبدأ يتعارض من النصوص الصريحة التي تجيز الاحتجاج بالاحتفاظ بالملكية^(١) ، إذ بصدر قانون التجارة تغيرت نظرة المشرع عن القانون السابق و نص على نفاذ الاحتفاظ بالملكية على الدائنين^(٢) ، إذ لا يجوز لهم التنفيذ على المبيع الذي احتفظ البائع بملكيته حتى سداد الثمن ، ومن ثم يجوز للبائع ان يسترد المبيع من التفليس^(٣) ، طالما قدم اثبات على ملكيته له وذلك طبقاً للنص الخاص بالإفلاس^(٤) ، الا انه يشترط ان يكون الاحتفاظ بالملكية مدوناً في تاريخ ثابت وسابق على اجراءات التنفيذ او شهر الافلاس ، ولا يمكن الاعتراض على كل ذلك بنص المادة ٦٣١ إذ ينصرف ذلك الى حالات البيع العادي وكل شرط اخر عدا الاحتفاظ بالملكية إذ ورد بها حكم خاص كاستثناء من هذا الاصل العام ، بل يعد هذا الحكم تطبيقاً للمبدأ العام في المادة ٦٢٦ .

ونرى ان هذا الرأي محل نظر إذ يعتبر الاحتفاظ بالملكية استثناء من نص المادة ٦٣١ ، وعند قراءة نص المادة ١٠٦ بداء المشرع بالقول (مع عدم الاخلال بأحكام المنصوص عليها في باب الافلاس) وهذا يدل على عدم اعتباره استثناء ، بدليل انه اورد في المادة ٤١ من ذات القانون حق بائع المحل التجاري من استرداده في مواجهة الجماعة الدائنين ، وبدء الصياغة بالقول (استثناء من الاحكام المنصوص عليها في باب الافلاس يجوز لبائع المتجر الذي لم يستوف الثمن بكامله الاحتجاج على الجماعة الدائنين في تفليسه المشتري) و لو اراد المشرع نفاذ الاحتفاظ بالملكية في مواجهة الدائنين كاستثناء من الاصل العام لنص ذلك صراحه في المادة ١٠٦ كما نص صراحه في المادة ٤١ .

اضف الى ذلك ان المادة ٦٣١ اوردت الحالات التي لا يجوز الاحتجاج بها في مواجهة الدائنين إذ نصت (وكل شرط يكون من شأنه تمكين البائع من استرداد البضائع او الاحتفاظ بالامتياز عليها لا يحتج به على الجماعة الدائنين) ، ونلاحظ ان المشرع اورد عدة حالات منع من خلالها استرداد المبيع وليس الفسخ فقط ، كذلك لم ياتي بنص صريح يجعل من خلاله نص الاحتفاظ بالملكية استثناء من هذه المادة .

ثالثاً :- موقف القانون العراقي .

اشار المشرع العراقي الى احقية البائع في الاسترداد ، عند افلاس المشتري قبل سداد كامل الثمن وبالرجوع الى قانون التجارة رقم ١٤٩ لسنة ١٩٧٠ (الملغى) الذي لاتزال النصوص الواردة في الافلاس

(١) د.علي سيد قاسم ، مصدر سابق ، ص ٨٩ .

(٢) انظر :- المادة ١٠٦ من قانون التجارة المصري رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ .

(٣) د.محمد حسين منصور ، مصدر سابق ، ص ١٥٥ .

(٤) انظر :- المادة ٦٢٦ من قانون التجارة المصري رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ .

الفصل الثاني : النتائج القانونية المترتبة على البيوع الائتمانية

نافذه منه فنجد ان القانون ميز بين فرضين في امكانية استرداد البائع من استرداد المبيع من تفليسة المشتري، إذ ان المشرع وضع قاعدة عامة تخول كل شخص الحق في استرداد الاشياء التي يملكها والموجودة في حيازة المفلس متى استطاع اثبات ملكيته لها. وكلا الفرضين تستند الى حيازة المبيع .

الحالة الاولى :- حق البائع في استرداد المبيع من التفليسة.

اجاز المشرع عند انعقاد البيع وقيام البائع بتسليم المشتري المبيع ،على الرغم من عدم سداد كامل الثمن ،ثم افلس المشتري وكان المبيع في طريقه الى المشتري ،إذ ان المشرع وضع مبدأ عام يقضي بحق البائع في استرداد المبيع قبل دخول مخازن او مخزن وكيله المكلف ببيعها ،عندئذ يكون من حق البائع الاسترداد ،الا ان هذا مقيد بشرط بقاء البضاعة على حالتها العينية ،ولم يكن المشتري قد تصرف بها^(١). ونتيجة لذلك عند يتضمن العقد احتفاظ البائع بملكية المبيع لحين سداد الثمن يستطيع هذا الاخير من استرداد المبيع من التفليسة ،ويمكن الاحتجاج بهذا البند الاتفاقي في مواجهة الدائنين ،مادامت البضاعة تحتفظ بحالتها العينية ولم تدخل مخازن المشتري او وكيله.

الحالة الثانية :- عدم امكانية البائع استرداد المبيع من التفليسة.

إذا كان المشرع قد اجاز للبائع حق الاسترداد قبل وصولها الى مخزن المشتري المفلس او مخزن وكيله المكلف ببيعها ،الا انه حرم البائع من هذا الحق في الاحوال التي تتعارض فيها مصلحة البائع مع مصلحة الجماعة الدائنين بفضل هؤلاء لارتباط حقوقهم بالمبيع ،فلا يستطيع البائع طلب فسخ البيع او استرداد البضاعة كما يسقط حقه في الامتياز ،استناداً الى الفقرة الاولى من المادة ٦٤٦ إذ نصت (إذا أفلس المشتري قبل دفع الثمن وبعد دخول البضائع مخازنه أو مخازن وكيله المكلف ببيعها فلا يجوز للبائع أن يطلب فسخ البيع أو استرداد البضائع كما يسقط حقه في الامتياز)^(٢). كما نصت الفقرة الثانية من المادة نفسها (وكل شرط يكون من شأنه تمكين البائع من استرداد البضائع أو الاحتفاظ بامتيازها عليها لا يحتج به على جماعة الدائنين).

ويتضح من ذلك المشرع قد منع البائع من حق الحبس باعتباره احدى الضمانات القانونية ولا يكون للبائع سوى الدخول كدائن عادي في التفليسة ،لان المشرع اسقط عنه حق الامتياز المقرر للبائع

(١) الفقرة الثانية من المادة ٦٤٥ من قانون التجارة رقم ١٤٩ لسنة ١٩٧٠. وإذا أفلس المشتري بعد إرسال البضائع اليه وقبل دخولها مخازنه أو مخازن وكيله المكلف ببيعها جاز للبائع استرداد حيازتها ومع ذلك لا يجوز الإسترداد إذا فقدت البضائع ذاتيتها أو تصرف فيها المفلس قبل وصولها بغير تدليس بمقتضى قوائم الملكية أو وثائق النقل الى مشتر حسن النية).

(٢) لايزال الباب الخامس المتعلق بالافلاس والصلح الواقي منه من قانون التجارة رقم ١٤٩ لسنة ١٩٧٠ نافذا.

الفصل الثاني : النتائج القانونية المترتبة على البيوع الائتمانية

المنقول ، إذ ان المشرع فضل مصلحة الدائنين الذين اعتمدوا على وجود المبيع في حيازة المدين ، وجرى المشرع وكل شرط يضعه البائع لكي يحتوى به من خطر افلاس المشتري بعد تسليم البضاعة اليه ، لهذا لا يجد الاحتفاظ بالملكية فاعلية كضمان للبائع عند افلاس المشتري وحيازته للمبيع في التشريع العراقي .

ويرى الفقه^(١) ، ان موقف المشرع العراقي منتقد لأنه يجافي منطق العدالة التي يسعى التشريع الى تحقيقها لان مصلحة البائع هي الاولى بالرعاية لقيام الاخير بتسليم المبيع الى المشتري قبل سداد كامل الثمن ، وذلك مراعاة منه للائتمان والثقة ولاسيما ان المشرع العراقي اضاف على تصرفه صفة المشروعية باحتفاظه بملكية المبيع اسناداً الى المادة ٥٣٤ من القانون المدني والذي عده القانون الفقه والقضاء بانه صحيح ومشروع ، لذلك فان اخذ المبيع وهو لا يزال تحت ملك البائع واعطائه للدائنين امر غير مقبول قانوناً ، لأنه يعني اجبار الاغيار على الوفاء بديون لا علاقة لهم بها .

على الرغم من ان المشرع العراقي اعطى الاحتفاظ بالملكية دوره في مواجهة المتصرف اليه وحق البائع في استرداد المبيع الا انه لم يقرر نفاذه في مواجهة التفليسة ، لذلك نأمل من المشرع العراقي ان يأخذ بما ذهب اليه المشرع الفرنسي ، من اعطاء دور وفاعلية الاحتفاظ بالملكية في مواجهة الجماعة الدائنين بعد الحكم بإفلاس المشتري .

(١) د.هادي حسين الكعبي ، مصدر سابق ، ص ١٠٦ .

المطلب الثالث

شروط دعوى استرداد البائع للمبيع.

ان امكانية منح البائع دعوى استرداد المنقول المبيع في التصرف الائتماني من حيازة المشتري المتقاعس عن دفع الثمن يعد امراً طبيعياً في حالة يسار الاخير ،اي تمتعه بضمان عام قوي ،اما في الحالة التي يشكل فيها ممارسة تلك الدعوى مساساً بالضمان العام للدائنين الذين عولوا على المبيع كعنصر مهم لحقوقهم ،فان ذلك يعتبر تفضيلاً لحق البائع على حقوقهم وخروجاً على القواعد العامة للإفلاس التي تقوم على المساواة بين الدائنين وحماية الوضع الظاهر، وحتى يمكن للبائع من حق استرداد المبيع لابد من توفر شروط تتطلبها دعوى الاسترداد لهذا سنقسم هذا المطلب الى ثلاث افرع.

الفرع الاول :- الكتابة.

الفرع الثاني :- بقاء المبيع على حالته العينية.

الفرع الثالث :- مراعاة الاجل عند رفع الدعوى.

الفرع الاول

الكتابة.

الاصل في توظيف الملكية كضمان يجب ان يكون محلاً للاتفاق بين البائع والمشتري وقت انعقاد العقد او بعده قبل تسليم المبيع ،وتأخذ بهذا الحكم الانظمة القانونية التي تقضي بانه إذا كان محل عقد البيع منقولاً معين بالذات تنتقل الملكية بمجرد العقد كما هو الحال في القانون الفرنسي ^(١) والمصري والعراقي ^(٢) ، ففي هذه الانظمة إذ تم الاتفاق على الاحتفاظ بالملكية بعد انعقاد العقد ،فان ذلك الاتفاق يكون عديم الاثر إذ ان الملكية المبيع تكون قد انتقلت بالفعل من البائع الى المشتري بمجرد العقد ^(٣) .

منح المشرع الفرنسي البائع الحق في دعوى الاسترداد في مواجهة الغير استثناء لأسباب معينة الا انه احاط اعمالها بضمانات قوية حتى لا تكون ممارستها على غش او ضرر بحقوق الدائنين ولكي تحقق الهدف المقصود من وراء تقريرها. وطبقاً للقواعد العامة لا يخضع الاحتفاظ بالملكية الى شكلية معينة

(١) انظر :- المادة ١٥٨٣ من القانون المدني الفرنسي (يعتبر البيع تاماً بين اطراف والملكية مكتسبة حكماً للمشتري

اتجاه البائع منذ الاتفاق على الشيء والثمن رغم عدم تسليم الشيء او عدم دفع الثمن دفعه بعد) .

(٢) المادة ٢٤٧ من القانون المدني العراقي (الالتزام بنقل الملكية او اي حق عيني اخر ينقل من تلقاء نفسه هذا الحق إذا كان محل الالتزام شيئاً معيناً بالذات يملكه الملتزم وذلك دون اخلال بالقواعد المتعلقة بالتسجيل.) تقابلها المادة ٢٠٤ من القانون المدني المصري.

(٣) د.حسين الماحي ،مصدر سابق ،ص ٨ .

الفصل الثاني : النتائج القانونية المترتبة على البيوع الائتمانية

لنفاده او اثباته . وخرج المشرع عن هذه القواعد العامة ونص صراحة فيما يتعلق بالاحتفاظ بالملكية ونص في قانون ١٢ مايو ١٩٨٠ على انه لا يجوز للبائع طلب استرداد المبيع المحتفظ بملكيته في مواجهة الدائنين الا إذا كان هناك اتفاق مكتوب ، واشترط المشرع الفرنسي كذلك في التعديل التشريعي رقم ٣٤٦ لسنة ٢٠٠٦ في القانون المدني النافذ على ان يكون الاحتفاظ بالملكية مكتوباً^(١). واخذ المشرع المصري بالاتجاه نفسه في قانون التجارة النافذ حين اشار (مع عدم الإخلال بالأحكام المنصوص عليها في باب الإفلاس لا يكون شرط الاحتفاظ بالملكية نافذاً على الغير إلا إذا كان الشرط مدوناً في ورقة ذات تاريخ ثابت وسابق على حق الغير أو على إجراءات التنفيذ التي يتخذها الدائنون على المبيع)^(٢).

والحكمة من اشتراط الكتابة هي حماية الطرفين ، ولتنبيه المتعاقدين لأهمية الاحتفاظ بالملكية وطبيعته الاستثنائية التي تمثل خروج عن القواعد العامة للبيع^(٣)، وكذلك لتجنب الغش بقصد الاضرار بحقوق الغير في حالة افلاس المشتري او تقاعس عن دفع الثمن^(٤).

وتماشياً مع ما تم ذكره فان السؤال الذي يطرح في هذا الصدد هل يتطلب ان يرد الاحتفاظ بالملكية ضمن بنود العقد العامة اولا بد ان يرد في اتفاق مستقل بوثيقة خاصة؟ ، على اعتبار اننا امام اتفاق يرد على تراخي نقل الملكية إذ يعتبر استثناء من القواعد العامة .

يذهب اتجاه الى انه لا بد من وجود وثيقة خاصة تنظم مبدأ واحكام هذا البند المذكور، وهذا الاتجاه المتشدد يرى ان الاتفاق ينبغي ان يرد على الاحتفاظ بالملكية ، على اعتبار انه امام اتفاق ذو طبيعة استثنائية تستوجب الالتزام بالتفسير الضيق ، ولا بد من علم الاطراف به وبيان احكامه في وثيقه خاصه قاطعة حسماً لكل خلاف قد يثار حول وجوده^(٥) .

(١) المادة ٢٣٦٨ من القانون المدني الفرنسي (الاحتفاظ بالملكية يتم كتابة) .

(٢) انظر :- المادة ١٠٦ من قانون التجارة المصري رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ .

(٣) د.هادي حسين الكعبي ،مصدر سابق ،ص ٣٠ .

(٤) د.محمد حسين منصور ،مصدر سابق ،ص ١٦٣ .

(٥) Rapport du Fidal présenté au Congrès des conseils juridiques de Strasbourg des 10.12 oct. 1980, n. 60-

الفصل الثاني : النتائج القانونية المترتبة على البيوع الائتمانية

ويرى اتجاه آخر بأنه يكفي ان يرد الاحتفاظ بالملكية ضمن الشروط العامة^(١)، في الوثيقة التي تتضمن عقد البيع، ولا يلزم بالضرورة الاتفاق عليه في وثيقة خاصة، بل يكفي ان يرد في الشروط الخاصة في عقد البيع او اية وثيقة اخرى كطلب البضاعة او إذن تسليم او الفاتورة التي تساهم في تحديد وبيان مضمونه^(٢)، الا ان حرية البائع في تضمين عقد البيع بهذا الاتفاق مرهونة بقبول المشتري للاحتفاظ بالملكية . وهذا الرأي الاخير هو الذي يتفق مع القواعد و المبادئ العامة للقانون، إذ ان كتابة الاحتفاظ بالملكية ليست مطلوبة لصحته، بدليل ان هذا الشرط كان يعتبر صحيحاً قبل صدور قانون ١٢ مايو ١٩٨٠، وهذه الكتابة ليست الا حماية رضا المشتري، فالكتابة شرطاً للاحتجاج على الغير^(٣).

وعندما يرد الاحتفاظ بالملكية ضمن وثيقة خاصة، كخطاب التصديق او إذن التسليم او الفاتورة وعلم المشتري به ويعتبر قبول الاخير لعقد البيع يعادل تماماً قبول الاحتفاظ بالملكية^(٤)، الا ان وجود هذا الاتفاق المذكور في الشروط العامة لعقد البيع فلا يمكن للبائع ان يتمسك بهذا الضمان الاتفاقي واعتباره نافذاً بحق المشتري الا إذا كان الاخير قد علم بهذا الاتفاق وقبله^(٥). وما يثار في هذا الصدد، هل يشترط العلم الحقيقي بالاحتفاظ بالملكية ام يكفي العلم المفترض من جانب المشتري؟.

ذهب القضاء الفرنسي^(٦) الى ضرورة العلم الفعلي للاحتفاظ بالملكية من جانب المشتري حين يرد هذا الاتفاق ضمن الشروط العامة في العقد، ولا مجال الى اعمال نظرية العلم المفترض بهذا الخصوص، ومتى توفر علم المشتري بالاحتفاظ بالملكية المدرج ضمن الشروط العامة للعقد تثار بعد ذلك مسألة قبول المشتري، فصحة الاحتفاظ بالملكية تتوقف على قبول هذا الاخير فلا غنى علم المشتري بوجود الشرط عن قبوله له .

(١) الشروط العامة :- هي مجموعة الاحكام التي يستعين بها المتعاملون في حكم ارتباطهم التعاقدية، والتي تعتبر جزءاً من العقد ولها ما للعقد من قوة ملزمة، بشرط علم وقبول الطرف الاخر بها) . د.حسين الماحي، مصدر سابق، ص ١١.

(2) Com. 29 mars 1989. R.D. Com. 1989, 715 obs. Bouloc

مشار اليه عند د.محمد حسين منصور، مصدر سابق، ص ١٦٥.

(٣) د.نبيل ابراهيم سعد، الضمانات غير المسماة في القانون الخاص، مصدر سابق، ص ٢٠٩.

(٤) د.نبيل ابراهيم سعد، الملكية كوسيلة للضمان، مصدر سابق، ص ٥٤.

(٥) د.حسين الماحي، مصدر سابق، ص ١٢.

(6) Cass. 10 déc. 1991, Cass. 11 mai 1993, D. 1993, Somm. commentés par Fraçoise PEROCHON, pp. 287 ets.

الفصل الثاني : النتائج القانونية المترتبة على البيوع الائتمانية

لا توجد صعوبة إذا كان قبول المشتري صريحاً قاطع الدلالة^(١)، إلا أن الأمر يصعب عندما يرد الاحتفاظ بالملكية ضمن الشروط العامة في عقد البيع ويعلم المشتري بهذا الاتفاق دون الاعتراض من جانبه، فهل يعتبر السكوت من جانبه قبولاً ضمناً^(٢)، ويمكن الاحتجاج به في مواجهة الغير؟.

تردد القضاء الفرنسي في بادئ الأمر في قبول المشتري الضمني للاحتفاظ بالملكية خاصة عندما يرد في الشروط العامة للعقد^(٣)، إلا أن محكمة النقض الفرنسية حسمت الأمر وقررت وجوب ثبوت قبول المشتري بهذا الضمان^(٤)، ويمكن أن يتضح هذا القبول من خلال تنفيذه للعقد وهو على بينه من وجود وجود هذا الاتفاق ضمن الشروط العامة في العقد، وينبغي أن يكون الاحتفاظ بالملكية منصوص عليه كتابة وأن يقبله المشتري على الأكثر عند تسلمه البضاعة، وقبول المشتري الشرط المذكور لا يلزم بالضرورة أن يكون مكتوباً وعند قيامه بتنفيذ العقد مع علمه الكامل بالاحتفاظ بالملكية يعد قبولاً منه له كذلك مجرد توقيع المشتري على الفاتورة طالما كان الاتفاق على الاحتفاظ بالملكية مكتوباً و واضحاً^(٥).

أما سكوت المشتري دون الاعتراض عن الاحتفاظ بالملكية فهو وضع سلبي لا يدل على شيء حسب الأصل ولا يسري على إطلاقه، إذ نجد أن المشرع الفرنسي في القانون المدني أشار إلى (لا يعتبر السكوت قبولاً مالم يتبين خلاف ذلك في القانون أو العرف أو العلاقات التجارية أو الظروف الأخرى)^(٦)، وهذا هو موقف محكمة النقض الفرنسية على السكوت إذ قررت (إذا كان السكوت في المبدأ لا يعادل القبول، لا يكون الأمر كذلك عندما تسمح الظروف بالعطاء السكوت معنى القبول^(٧)).

(١) المادة ١١١٣ من القانون المدني الفرنسي (يتكون العقد من النقاء الإيجاب والقبول اللذين يعبر الفرقاء من خلالهما عن إرادتهم بالتعاقد ، ويمكن أن تنتج عن هذه الإرادة عن تصريح أو سلوك لا لبس فيه صادر عن صاحبه). المادة ٩٠ من القانون المدني المصري (كما يكون الإيجاب أو القبول بالمشافهة يكون بالمكاتبه وبالإشارة الشائعة الاستعمال ولو من غير الأخرس وبالمبادلة الفعلية الدالة على التراضي وباتخاذ أي مسلك آخر لا تدع ظروف الحال شكاً لدلته على التراضي). تقابلها المادة ٧٩ من القانون المدني العراقي.

(٢) القبول الضمني هو وضع إيجابي يستخلص من ظروف إيجابية أما السكوت هو مجرد وضع سلبي . د.حسن علي دنون ، النظرية العامة للالتزام ، دار الحرية للطباعة، بغداد، ١٩٧٦، ص ٤٤.

(٣) د.حسين الماحي ، مصدر سابق ، ص ١٤.

(٤) Com. 5 nov. 1985 Bull, Civ. IV, n. 258-Com. 25 fev. 1986, Bull. Civ. IV. n. 31.

مشار إليه عند د.محمد حسين منصور ، مصدر سابق ، ص ١٦٧.

(٥) Com. 19 fév. 1985. Bull. Civ. IV, n68-Com. 22 juin 1983. R.D. Comm, 1985, 561, obs. Bouloc.

(٦) انظر :-المادة ١١٢٠ من القانون المدني الفرنسي.

الفصل الثاني : النتائج القانونية المترتبة على البيوع الائتمانية

(١). الا اننا نجد ان محكمة النقض الفرنسية قد خرجت عن كل ذلك وقررت استبعاد استنتاج موافقة المشتري على الاحتفاظ بالملكية من مجرد قرائن وان سكوته لا يعني قبول مطلقاً (٢). اما الموقف التشريعي المصري فضلا عن المشرع العراقي فاعتبره السكوت قبولا بوجه خاص في حالات استثنائية، من شأنها ان تحمل على القبول وهو ما يسمى بسكوت الملابس (٣)، الا ان القضاء المصري اختلف في طبيعة السكوت فاعتبره تارة وضع سلبي لا يدل على شيء ولا يعتبر افصاحاً عن الارادة او تعبيراً عنها (٤)، وتارة اخرى اعتبره بمثابة اقرار واستثناء من القاعدة الفقهية (لا ينسب الى الساكت قول) (٥).

اما عبء اثبات وجود الاتفاق على الاحتفاظ بالملكية مكتوباً وقبول المشتري له، فيقع على عاتق البائع لان الاخير يعتبر الدائن حسب القواعد العامة والسبب الثاني انه يدعي خلاف الاصل والذي هو انتقال الملكية المبيع عند ابرام العقد .

اما موقف المشرع العراقي فلم يتطرق الى شرط الكتابة للاحتفاظ بالملكية ونأمل من المشرع التدخل ومعالجة هذا النقص التشريعي والنص على اشتراط الكتابة وبيان موقفه، والغاية من الكتابة هل هي للنفاذ ام للاثبات حتى تسري في مواجهة الجماعة الدائنين.

الفرع الثاني

بقاء المبيع على حالته العينية.

يشترط لممارسة البائع حقه في استرداد المبيع، ان يكون موجوداً بعينه، والا يكون هناك مانع قانوني يحول دون ممارسة البائع لهذا الحق، إذ إذا فقد المبيع حالته العينية نتيجة لتحويله لشيء اخر فلامحل لاسترداده لعدم توفر شرط وجود المبيع .

(١) قرار رقم ٢٢٣، ٢٠٠٦ نقض مدني ١-٢٤ ايار /مايو ٢٠٠٥، القانون المدني الفرنسي بالعربية، طبعة ١٠٨، دالوز، فرنسا، ٢٠٠٩، ص ١٠٠٩.

(2) Com 11 mai 1984, Bull. Civ., IV, IV, n. 154

تم الحصول على القرار من الموقع التالي:-

تاريخ الزيارة <https://www.legifrance.gouv.fr/12/5/2023>

(٣) انظر المادة ٩٨ من القانون المدني المصري، تقابلها المادة ٨١ من القانون المدني العراقي.

(٤) طعن رقم ٩٩٣ لسنة ٨٠ قضائية/الجلسة ١٧/٥/١٥، تم الحصول على القرار عبر موقع محكمة النقض المصرية المصرية .

تاريخ الزيارة <https://www.cc.gov.eg/13/5/2023>

(٥) طعن رقم ٧٥٤ لسنة ٦٩ قضائية/الجلسة ٥/١٤، تم الحصول على القرار عبر موقع محكمة النقض المصرية.

تاريخ الزيارة <https://www.cc.gov.eg/13/5/2023>

الفصل الثاني : النتائج القانونية المترتبة على البيوع الائتمانية

سلك المشرع الفرنسي في قانون التصفية القضائية للمؤسسات نفس النهج الذي اتبعه المشرع في القانون المنظم لأثار الاحتفاظ بالملكية فأجاز للبائع حق استرداد المبيع من التفليسة ، متى وجدت بعينها تحت يد المشتري ، ولا يجيز القانون الا البضائع المحتفظ بملكيته ولكي يجوز الاسترداد لابد ان تكون البضاعة موجوده بعينها^(١) ، الا اننا نجد ان القضاء الفرنسي لم يشترط وجود البضاعة ذاتها بعينها فقد قرر الى اكثر من ذلك ، إذ تم قبول دعوى استرداد البضائع التي اختلطت بأخرى مشترة من نفس البائع طالما كانت من نفس الطبيعة والجودة^(٢) . الا ان المشرع الفرنسي في القانون المدني منح البائع ضمان اكثر إذ لم يشترط بقاء المبيع بحالته العينية إذ اشار الى امكانية البائع من ممارسة حقه في الاسترداد على الاموال تشابهها بالطبيعة والنوعية الموجودة تحت يد المدين او الواقعة تحت حيازة الغير لحساب المدين^(٣) . اما على مستوى القانون المصري فنجد ان المشرع في قانون التجارة النافذ اشترط عند فسخ عقد البيع بمقتضى شرط في العقد جاز للبائع استرداد المبيع وينبغي ان تكون البضاعة المراد استردادها هي ذاتها التي تسلمها المشتري^(٤) ، وب نفس الاتجاه سار المشرع العراقي في القانون التجارة النافذ^(٥) .

وتلقي المحاكم الفرنسية على البائع عبء اثبات وجود البضاعة لدى المشتري ، إذ يستطيع ان يقيم دليل على ذلك بكافة طرق الاثبات يوم النطق بحكم افلاس المشتري ، لذلك رفضت محكمة النقض الفرنسية وقررت بطلان كل شرط يعفي البائع من عبء الاثبات ، إذ لا يجوز قبول دعوى الاسترداد الا بعد اثبات ان البضاعة موجوده في حيازة المشتري ، ولا يجوز للمتعاقدين الاتفاق على ما يخالف ذلك لأنه يعتبر من النظام العام^(٦) .

فالقضاء الفرنسي كان متشدد في تقدير وجود البضائع بحالتها العينية ، إذ كان يرفض كل دعوى استرداد المنقولات المبيعة متى اصبحت جزءاً مركباً في مجموع اي كانت طبيعة التركيب ، مادام يترتب

(1) Loi du 25 janvier 1985, article 121 .

(2) Com. 18 Mars 1988, Bull. Civ., IV. n. 112.

(3) المادة ٢٣٦٩ من القانون المدني الفرنسي (يمكن ممارسة حق الاحتفاظ بالملكية على الاشياء قابلة للاستهلاك من اموال تشابهها طبيعة ونوعية بوضع المدين او لحسابه ، في حدود ماتبقى من الدين المستحق) .

(4) انظر :- المادة ٦٢٩ من قانون التجارة المصري رقم ١٨ لسنة ١٩٩٩ نصت (إذا فسخ عقد البيع بحكم او بحكم او بمقتضى شرط في العقد قبل صدور الحكم بشهر افلاس المشتري جاز للبائع استرداد البضائع كلها أو بعضها في التفليسة بشرط ان توجد عينا) .

(5) انظر :- المادة ٦٤٥ من قانون التجارة العراقي رقم ١٤٩ لسنة ١٩٧٠ (.....جاز للبائع استرداد حيازتها ومع ذلك لا يجوز الإسترداد إذا فقدت البضائع ذاتيتها) .

(6) Com. 9 Jan. 1990, Bull. Civ. IV, n. 8.

الفصل الثاني : النتائج القانونية المترتبة على البيوع الائتمانية

على الاسترداد انخفاض قيمة المجموع^(١)، إلا أن محكمة النقض الفرنسية خفت من حدة الاتجاه السابق، فقد اجازت للبائع استرداد البضاعة المدمجة أي كانت طبيعة الاندماج متى أصبح هذا الاسترداد لا يستلزم إلا عملية حل لا ترتب أي ضرر أو تلف مادياً جسيماً في المجموع^(٢). وقد تنبى المشرع الفرنسي اتجاه محكمة النقض الفرنسية في قانون التصفية القضائية، لفكرة وجود البضاعة بعينها واعتبر أن البضاعة موجودة حتى لو ادمجت في مال آخر مادام استرجاعها يمكن أن يحدث دون تلف لها وللمنقول^(٣)، وأن المطالبة بالاسترداد تفترض من إذ المبدأ بقاء البضاعة على حالتها العينية، إلا أن القانون خفف من حدة هذه القاعدة والسماح بالحلول العيني في حالتين^(٤)، الأولى :- التصرف في المبيع إذ أن المطالبة ستنتصب عندئذ على الثمن بشرط ألا يكون قد تم دفعه للمشتري، والثانية :- حالة هلاك البضاعة إذ أن المطالبة ستنتصب على التعويض في حالة التأمين عليها .

ولم يشير قانون ٢٥ يناير ١٩٨٥ لفرضية اندماج المنقول المبيع المحتفظ بملكيته بغيره من الأموال العقارية، إلا أن الوضع قد تغير بعد صدور التعديل للقانون المدني الفرنسي والذي نظم من خلاله الاحتفاظ بالملكية الذي أشار إلى حق البائع في الاسترداد عندما نص على (لا يحول دمج المنقول موضوع الاحتفاظ بالملكية بمال آخر ...) ^(٥)، فعبارة (مال آخر) بالمعنى الاصطلاحي يقصد يقصد بها المنقول والعقار (الأموال جميع الحقوق التي تقوم على شيء يمكن أن تكون له قيمة مادية، مثل الاستثمار الارتفاق الاسم التجاري، العقارات، حقوق التأليف شهادات الاختراع، إلخ، وكل ما يحوزه الناس من ملك ورأسمال ونتاج ...) ^(٦)

وهكذا نرى أن وجود البضاعة على حالتها العينية، شرطاً حتى يحق للبائع المطالبة بالاسترداد، إلا أن هذا الشرط يقل حدته عند وجود أموال تحت يد المدين تشابهها بالطبيعة والنوعية، وأن حالة التصاق

(1) Paris, 25 oct. 1983, Gaz. Pal. 1984, p. 19, Rennes. 12 sept. 1984, D. 1986, I.R., p. 170.

(2) Cass. 8 déc. 1987, R.T.D. Comm. 1988, cass. 17 mai 1994, D. 1994, I.R., p.

مشار إليه د.حسين الماحي، مصدر سابق، ص ٨٧.

(3) Loi du 25 janvier 1985, article 121 .

(4) Loi du 25 janvier 1985, article 122. Code civil français article 2372.

(٥) انظر :- المادة ٢٣٧٠ من القانون المدني الفرنسي نصت (أن دمج المنقول موضوع الاحتفاظ بالملكية بمال آخر لا يشكل عائقاً، أمام ممارسة الدائن لحقوقه عندما يمكن فصل الأموال دون إلحاق الضرر بها).

(٦) د.روحي البعلبكي و مورييس نخلة و صلاح مطر، القاموس القانوني الثلاثي، ط١، منشورات الحلبي الحقوقية

٢٠٠٢، ص ٢٨٧.

المنقول لا تشكل عائقاً امام البائع للمطالبة بحقوقه طالما يمكن فصل الاموال دون الحاق الضرر بها ،ونأمل من المشرع العراقي ان يحذو بنظيره الفرنسي في تنظيم الاحتفاظ بالملكية و نفاذه اتجاه الغير ولا يكتفي بحكم القواعد العامة ،حتى يجد هذا الضمان فاعليته .

الفرع الثالث

مراعات أجل عند رفع الدعوى

إذا استطاع البائع ان يثبت وجود البضاعة بحالتها العينية وقت صدور حكم الافلاس للمشتري ،ووجود اتفاق كتابي على الاحتفاظ بالملكية من جانب البائع ،فلا يبقى امام البائع الا ان يرفع دعوى استرداد البضاعة المبيعة مع مراعاة الاجل المحدد .

حيث نص القانون الفرنسي في قانون التسوية القضائية وتصفية الاصول والافلاس الشخصي الفرنسي بأن دعوى استرداد المنقول لا تقبل الا خلال مدة اربعة اشهر تبدأ^(١)، من تاريخ نشر الحكم المفتتح لإجراءات التسوية القضائية او تصفية الاموال ،اي من تاريخ اخر اجراء نص عليه وان المدة المذكورة تم تعديلها بقانون تنظيم اثار الاحتفاظ بالملكية من خلال اعادة صياغة المادة بعد ان كانت المدة عام ، ولم يكتفي المشرع الفرنسي بذلك فقد جاء بقانون التصفية القضائية للمؤسسات ليختصر تلك المدة الى ثلاثة اشهر تبدأ ليس من تاريخ نشر الحكم المفتتح للإجراءات الجماعية في مواجهة المشتري وانما من تاريخ صدور الحكم بالتسوية القضائية^(٢). ولوحظ ان هذا التعديل يؤدي الى اضرار البائع ،لان الاخير قد لا يعلم بمسالة تعرض المدين للإجراءات الجماعية ،الامر الذي دفع المشرع الفرنسي الى تعديل المدة ونص على بدء سريان مدة ثلاث شهور من تاريخ نشر الحكم ،باعتباره تاريخ يحقق الامن القانوني لذوي الشأن^(٣) .

ويرى البعض^(٤)، ان هذه المدة بالغة القصر، على اعتبار ان البائع قد لا يعلم صدور الحكم بفتح الاجراءات الجماعية ضد المشتري الا بعد نشره ،وان اجراءات الاعلان والنشر قد تستغرق وقت طويل فلا تبقى امام البائع الا القليل من الوقت عليه ان يتخذ قراره وان يقدم طلب الاسترداد الى المحكمة

(1) Loi du 13 juillet 1967, article 59.

(2) Loi du 25 janvier 1985, article 115.

(3) Loi du 10 juin 1994, article 57 (La revendication des meubles ne peut être exercée que dans le délai de trois mois suivant la publication du jugement ouvrant la procédure de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire immédiate.)

(4) د.علي سيد قاسم ،مصدر سابق ،ص ١١٤ .

الفصل الثاني : النتائج القانونية المترتبة على البيوع الائتمانية

المختصة ،والا رفض طلبه بعد انقضاء الاجل القانوني ، في حين يذهب اتجاه اخر^(١) الى ان الهدف من قصر هذه المدة هو سرعة تحديد اصول واموال المشتري ،فإذا ما تقاعس البائع عن استرداد البضاعة المحتفظ بملكيته كان مهماً ومستحقاً لعدم قبول دعواه عند انتهاء الاجل المحدد ،لان بإهماله يساهم في خلق مظهر مخادع لا ينبئ عن حقيقة الاموال المشروع الخاضع للإجراءات الجماعية

والجدير بالذكر ان المدة المحددة لرفع دعوى الاسترداد هي مدة سقوط لا تقبل الوقف او الانقطاع ،إذ ان الغاية من هذا التقادم هو حماية الاوضاع الظاهرة او جزاء لإهمال المدين فالمساعي الودية لا يمكن ان تؤدي الى تمديد المدة^(٢).

إذ بتوافر شروط الدعوى يحق للبائع من المطالبة القضائية باسترداد المبيع المحتفظ بملكيته باعتباره مالكا ،ولا تقبل دعوى الاسترداد بطبيعتها التجزئة فهي تمارس على كافة المبيع المحتفظ بملكيته ،ولو كان المتبقي للبائع جزءاً من الثمن وذلك لان محل الدعوى هي الملكية كوسيلة من وسائل لضمان ،لذلك فهذا المحل لا يقبل التجزئة ، ويتضح على كل ما سبق ان البائع مانح الائتمان الى حين استيفاء الثمن كله يتمتع بمركز متميز خاصة عن مقارنه مركز البائع مع الدائنين اصحاب الحقوق السابقة واللاحقة على افتتاح اجراءات التصفية إذ يتمتع بضمان خاص يقرره القانون .

اما التشريع المصري فلم يعط اي فاعلية لضمان البائع في استرداده للمبيع من قبل التفليسة ،وكذلك عن المشرع العراقي ،الا ان هذا الاخير اقر بفاعلية هذا الضمان في مواجهة المتصرف اليه ،فلا يمكن لهذا الاخير ان يتمسك بحيازته ،إذ يشكل هذا الضمان استثناء من قاعدة الحيازة ،لذلك جوز القانون للمالك طلب استرداد المبيع من الحائز خلال ثلاث سنوات من وقت خروج المبيع^(٣) ،لهذا فأن هذا الاستثناء يعطل تلك القاعدة تعطيلاً مؤقتاً ،فإذا انقضت تلك المدة يستطيع الحائز التمسك بحيازته في مواجهة المالك الحقيقي^(٤) ،فذهبت محكمة التمييز في احد قراراتها إذ نص (إذا احتفظ بائع الماكنة بملكيته لحين سداد جميع ثمنها فله إذا باعها مشتريها ان يتتبع الماكنة في اي يد كانت لاستحصال

(١) د.حسين الماحي ،مصدر سابق ،ص ٩٥.

(٢) د.عبد الرزاق السنهوري ،الوسيط في شرح القانون المدني ،ج ٣، مصدر سابق ،ص ٩٩٤.

(٣) انظر :المادة ١١٦٤ من القانون المدني العراقي .

(٤) د.محمد طه البشير و د.غني حسون طه ،مصدر سابق ،ص ٢٥٩.

الفصل الثاني : النتائج القانونية المترتبة على البيوع الائتمانية

الثلث (١). وكذلك القرار الذي نصه (ليس لبائع السيارة ان يحجزها لقاء الثلث المؤجل بعد ان باعها مشتريها لشخص اخر ،إذا لم يحتفظ البائع بحق ملكية السيارة لحين سداد الثلث) (٢).

(١) قرار ٣٩٨/م/٢/٩٧٥ في ٣٠/١٠/١٩٧٥ /مجموعة الاحكام العدلية - العدد الرابع - السنة السادسة - ١٩٧٥ - ص ١٢ .

(٢) القرار المرقم ١١٦٧/م/٢/١٩٧٤ في ٣/١٢/١٩٧٤ / ابراهيم المشاهدي ،المبادئ القانونية في قضاء محكمة التمييز ،قسم القانون المدني ،مطبعة العمال المركزية ،الاسكندرية، ١٩٨٨، ص ١٧٤ .

A decorative banner with a central rectangular box containing the word "Abstract" in bold black font. The banner has a light gray background and a black border, with pointed ends on the left and right sides.

Abstract

This letter is looking for the subject of crowding within the scope of credit sales, as the role of economic factors has a clear impact on the development of guarantees for the parties to the contract, as these agree on contractual terms that regulate their needs to guarantee that provides them with access to their rights in an easy and easy way, if the general legal rules provide some guarantees to sellers enable them to protect their rights, but the practical reality revealed the inadequacy of these guarantees in achieving the desired goal, sellers have found in the field of commercial activities in European countries and with the help of the principle of the authority of the will through the inclusion of a condition under which the seller attaches the transfer of ownership of the sale to the buyer on the condition of fulfilling the full price is the employment of ownership as a guarantee, so the property imposed itself as an effective contractual guarantee to protect the seller's rights in credit sales to prevent the risk of not meeting the price, if the individual will is the driving element of the actions, but its effects within the scope of contracts depends on the agreement between the parties to the contract, where legal guarantees have become deficient in ensuring the rights of the creditor This is because of the procedures involved And complexes, so the credit disposition was reached as a guarantee in the sales contract, which aims to give the seller an effective guarantee in the face of others, so the right of ownership does not give the owner the three powers only, but has become a guarantee tool added to the other guarantees, and in light of this we researched the definition of credit sale and we communicated that it is a valid contract producing all effects under which the contractors

agree to employ ownership as a guarantee for the seller to ensure his right to meet the price, in addition to researching the historical basis For the sale of credit, which is the laxity of the transfer of ownership until the payment of the price, and what distinguishes the sale of credit of the characteristics and distinguish it from legal guarantees and the agreement, the basis of the guarantee in the disposition of credit is to retain ownership differed views on the legal nature of the latter Vtqna that it is not a description of the description of the obligation for the lack of conditions, and not a guarantee in kind for the difference of the foundations to the basis of this guarantee we found an agreement guarantee as a condition associated with the contract, and then we looked at the competition of the seller with others and found that the legislator The Iraqi was the race over other legislation in comparison in the effectiveness of credit guarantee in the face of the disposer.

Republic of Iraq

Ministry of Higher Education and

Scientific Research

University of Babylon Faculty of Law



**Crowding in the scope of credit sales
(comparative study)**

A letter submitted by the student

Taj al-Din Bassem Rashid Al-Rajhi

to the Council of the College of Law - University of Babylon,
which is part of the requirements for obtaining a master's
degree in private law

Supervised by.

Prof. Dr. Hadi Hussein Abd Ali Al-Kaabi

2023 A.C

1445 A.H

أولاً: الاستنتاجات.

١- البيع الائتماني هو عقد بيع ينعقد صحيحاً وناظراً ويرتب بعض اثاره وغاية ما فيه هو بقاء البائع مالكاً للمحل العقد حتى يستوفي كامل حقوقه ، فلم تعد يكتفي بما تزوده الضمانات القانونية والاتفاقية الاخرى ، وانما توصل الى انه كلما كان الحق مرتبطاً بمحل العقد كلما كان في مأمن في استيفاء كامل حقه .

٢- ان البيع الائتماني اصبح غاية ينشدها البائع في مواجهة المشتري المتقاعس عن دفع الثمن في التشريعات محل المقارنة ، لما يوفره له من ضمانات ضد المخاطر التي تهدده من اعسار المدين ومزاحمة باقي الدائنين ، وهنا جاءت الملكية مركز جديداً يتمثل وظيفته في الاستيثاق للدين وتوفير ضمان للدائن ، بالإضافة الى مفهومها التقليدي باعتباره حقاً عينياً أصلياً يخول المالك سلطة الاستعمال وحرية التصرف وكيفية الاستغلال ، خاصة بعد قصور الضمانات التقليدية من توفير الضمان والحماية للدائن ضد مخاطر اعسار المدين.

٣- ان الضمان الذي يستخدمه البائع في البيع الائتماني ، الذي يتمثل بتأجيل نقل الملكية حتى سداد الثمن ، لم يكن حديث النشأة ، حيث توصل الرومان في عهد قانون الاالواح الاثني عشر الى عقد البيع الرضائي نتيجة لتنوع المعاملات التجارية والاقتصادية اذ ان تيسير المعاملات تقوم على اساس الائتمان اي تأجيل الثمن او تأجيل نقل الملكية فأخذ عقد البيع ينشأ التزامات مؤجلة التنفيذ دون الالتزام بالتسليم او دفع الثمن ومن ثم انتقلت هذه التصرفات الى القانون الفرنسي القديم ، وفي ظل التطورات الاقتصادية الحديثة تدخلت التشريعات بتنظيم البيوع الائتمانية فجعلت منه وسيلة ائتمان وضمان للبائع ، اما في الشرائع العربية القديمة وبسبب تنوع المعاملات ايضاً ادى الى وجود فاصل زمني بين تسليم المبيع ودفع الثمن في البيع المؤجل ، وهذا ما يدل على ان تأجيل انتقال الملكية حتى دفع الثمن كان متواجداً منذ القدم في الشرائع القديمة .

٤- يتميز البيع الائتماني عن الضمانات الاتفاقية الاخرى من حيث اختلاف طبيعة ووظيفة كل منهما ، اذ لكل ضمان اتفاقي وظيفة خاصة يتميز به عن غيره ، فالشرط الجزائي يتمثل دوره في تقدير التعويض جزاء اخلال بالالتزامات ، ولا يستحقه الدائن الا بعد اتباع اجراءات معينة فوظيفة الشرط الجزائي تعويضية في حين نجد ان البيع الائتماني وظيفته تأمينية تمنع انتقال ملكية المبيع الى

المشتري كضمان ،في حين لانجد مثل هذا الاثر في الشرط المانع من التصرف وبيع الوفاء،لهذا فلكل ضمان اتفاقي وظيفة ذاتيه وحكم يختلف به عن غيره .

٥-يختلف البيع الائتماني عن الضمانات القانونية سواء من خلال وجودها او من خلال تطبيقها وتوفيرها ،فالضمانات القانونية هي وليدة التشريعات وموجوده بموجب القوانين والانظمة فتكون الزامية وتطبق تلقائياً، بينما يكون البيع الائتماني كضمان نتيجة للاتفاق بين اطراف العقد ،ولا يمكن الالتزام به الا اذ نص عليه العقد صراحة ،بالاضافة الى ان البيع الائتماني ،وحتى يمكن الاحتجاج بهذا الاخير امام القضاء لابد للدائن ان يثبت ان المدين لم يلتزم بالاتفاق المبرم بين الطرفين ،لذلك تختلف الضمانات باختلاف نوع التعامل ومصدر وجودها والوظيفة التي يمكن ان تؤديها .

٦- لايمكن اعتبار الاحتفاظ بالملكية بيع معلق على شرط واقف ،حيث ان القواعد العامة تقضي ان الالتزام المعلق على شرط واقف هو التزام غير كامل الوجود ولا يترتب اي اثر الا اذا تحقق الشرط ،وبالتالي تعجز هذه الطبيعة عن تفسير اساس التزام البائع بتسليم المبيع الى المشتري اذ لا يوجد اي التزام قبل تحقق الشرط ،ولايمكن عد الوفاء بالثمن وهو التزام اساسي في عقد البيع شرطاً لانعقاده ،لان الشرط امر عارض و مستقبلي غير محقق الوقوع ،فلايمكن اعتبار التزام دفع الثمن او نقل الملكية شرطاً لانعقاد العقد كونها منوطة بارادة الاطراف .

٧-لم يعد الشرط الواقف يرتب الاثر الرجعي عند تحققه في القانون المدني الفرنسي ،حيث تغير موقف المشرع واصبح لايحقق هذا الاثر ولم يجعل المشرع مبدأ الاثر الرجعي من النظام العام ،بل جعل للمتعاقدن الحق في ان يفصحا عن نيتهما فاذا كانا يردان ان يجعللا للشرط اثراً رجعياً فليس عليهما الا بيان ذلك ،وعند ذلك يكون لتحقيق للشرط اثر رجعي.

٨-ان القول بان الاحتفاظ بالملكية بيع معلق على شرط فاسخ ،يتناقض مع روح الاحتفاظ بالملكية ،لان هذا التكييف يترتب عليه انتقال الملكية الى المشتري يستطع اجراء اي تصرف قانوني ،ثم اعادتها الى البائع عند الفسخ ،وكل ذلك يتنافى مع المقصود من الاحتفاظ بالملكية .

٩-ان اعتبار الاحتفاظ بالملكية اجلاً فأن هذا الاخير طبقاً للقواعد العامة امراً محقق الوقوع ،واذا كان واقعة دفع الثمن امر محقق الوقوع فالبائع لا يحتاج الى ضمان باحتفاظه بالملكية ،كما ان الاجل لا يترتب اثر رجعي ،والقول بإمكانية الاتفاق على ذلك لا يتفق بموقف بعض التشريعات ،كذلك يصعب التمييز بين الشرط والاجل .

١٠- ان الاخذ بتكييف الطبيعة المركبة للاحتفاظ بالملكية كونها ليست الا محاولة جمع بين مزايا عدة تكييفات سبق وان تطرق اليها الفقه ،الا انها تتعرض لذات الانتقادات الموجهة اليهن ،فهي تقوم على

عدة افتراضات ضمنية الذي بدوره يزيد من مهمة القضاء صعوبة بقصد التعرف على ارادة الاطراف، من ثم لاتكون هذه النظرية قد منحت عوناً بل اضافت بعض الصعوبات .

١١-لايمكن القول ان الاحتفاظ بالملكية ضمان عيني يقوم على اساس التأمين العيني ،حيث ان المشتري لم يملك المبيع بعد وهذا يتعارض مع مبدأ تخصيص الرهن ،كذلك لا يوجد التزام اصلي حتى يمكن التسليم بأن الاحتفاظ بالملكية هو تأمين عيني حتى يتبع الالتزام المضمون وجوداً وعدمًا،بالاضافة الى التأمينات العينية تقرر مبدأ الافضلية على باقي الدائنين ،وهذا لا يستقيم مع الاحتفاظ بالملكية كونه يؤدي الى اقصاء اي دائن عادي او غير عادي عن الشيء المبيع .

١٢- طبيعة الاحتفاظ بالملكية هي ضمان اتفاقي كشرط مقترن بالعقد ،فهي تعديل للالتزامات التي يفرضها العقد على المتعاقدين،وهذا التكيف يتناسب مع المادة ١٣١ من القانون المدني العراقي ،فهذا الشرط قد غير من حكم العقد تغييراً يخالف الحكم الذي يرتبه عقد البيع الذي يقضي بانتقال ملكية المنقول المادي المعين بالذات فور ابرام العقد .

١٣-لايحق للبائع الامتناع عن تسليم المبيع في البيع الائتماني فالالتزامات التي تقع على عاتق البائع تعتبر في ذات الوقت حقوقاً للمشتري فتتمثل بوجوب تسليم المبيع بالحالة التي كان عليها وقت التعاقد والمحافظة على المبيع ،كون مخالفة هذه الالتزامات يترتب مسؤولية عقدية ناشئة عن عقد البيع،حتى وان كان الثمن مؤجلاً فلا يستطيع البائع ان يمتنع عن التسليم ،لأننا بصدد عقد بيع صحيح ونافذ يترتب جميع اثاره ماعدا نقل الملكية مؤجل لحين سداد الثمن .

١٤- ان المشتري في هذا الضمان من الناحية القانونية لا يمكنه ان يمارس اي سلطة على المبيع ،الا اذا وجد اتفاق صريح يحدد السلطات التي يتمتع بها المشتري في تلك الفترة ،لان اهمية هذا الضمان تتعاطم في مدى حرص البائع في منح السلطات للمشتري ،وعند عدم وجود شرط يمنع هذا الاخير من استغلال المبيع او التصرف به يعتبر ترخيصاً بهذه السلطات ،وهذا القول يتفق مع نية البائع فالغاية هو امتلاك ضمان يتمكن من خلاله الضغط على المشتري كي يوفي بكل ما هو مستحق في ذمته .

١٥-ان المشرع الفرنسي لم يحاول النيل من قاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية الا انه اعطى الحق للبائع للمطالبة بثمن المبيع من المتصرف اليه اذا لم يوف الثمن الى المشتري الاصلي ،في حين نجد ان المشرع المصري اعطى فاعلية لضمان البائع وقرر نفاذ حق البائع مانح الائتمان في مواجهة الغير بشرط ثبات ذلك كتابة و بتاريخ سابق عن التصرف ،ولم يكتف بذلك بل حظر على المشتري التصرف

بالمبيع بدون اذن مكتوب من البائع، اما بالنسبة للمشرع العراقي فقد كان السّباق في اعطاء هذا الضمان للبائع حيث اعتبر في المادة ٤٥٥ من قانون العقوبات تصرف المشتري في المبيع المحتفظ بملكية مرتكباً لجريمة خيانة الامة، وبذلك يشكل هذا الضمان استثناء من المادة ١١٦٤ من القانون المدني العراقي وبذلك فان حائز المنقول حسن النية وسبب صحيح لا يمكنه التمسك بقاعدة الحيابة المنقول سند للملكية .

١٦-تدخل المشرع الفرنسي وقرر نفاذ البيع الائتماني في مواجهة دائني المشتري المفلس وبذلك يمنع من دخول المبيع في التفليسة ،واعطى للبائع الاحقية في المطالبة في استرداد المبيع خلال ثلاث اشهر عند صدور حكم الافلاس ،بينما نجده هذا الضمان لا يسري في التشريع المصري في مواجهة دائني المشتري على الرغم ان المادة ١٠٦ من قانون التجارة اعطت فاعلية الاحتفاظ بالملكية في مواجهة الغير الا ان قانون الافلاس لم يعطي اي اهمل هذا الضمان وجعل كل شرط يمكن البائع يمكن البائع من استرداد المبيع لا يحتج به على الجماعة الدائنين ،اما بالنسبة للمشرع العراقي فلم يعطي اي اهتمام بأدراج نصوص تبين مدى امكانية الاحتجاج بهذا الضمان في مواجهة الغير .

١٧-احاط المشرع الفرنسي امكانية البائع في استرداد المبيع بشروط قوية حتى لا يؤدي هذا التصرف الى التعسف في استعمال الحق بقصد الحاق الضرر بالغير ،فأشترط ان يكون توظيف الملكية كضمان مكتوباً ،كذلك يشترط بقاء المبيع على حالته العينية او اموال تشابهها بالطبيعة والنوعية موجودة عند المشتري ويشترط ايضاً رفع دعوى الاسترداد خلال ثلاث اشهر من تاريخ صدور حكم التسوية ،اما المشرع المصري فأشترط ان يكون الضمان مدوناً في ورقة ذات تاريخ سابق على الاجراء ،ويشترط ايضاً بقاء البضاعة ذاتها التي تسلمها المشتري ،ولم يبين المدة التي ينبغي على البائع ان يطالب بالاسترداد،اما المشرع العراقي فلم يتطرق الى شرط الكتابة، وانما اشترط لاسترداد البائع البضاعة هو بقائها على حالتها العينية ذاتها ،ولم يحدد المدة التي يلتزم البائع بها لرفع دعواه .

ثانياً : المقترحات.

ومن خلال البحث في مجمل القانون المدني العراقي ومحاولة تقصي احكامه في القوانين محل المقارنة ،نجد ان البيع الائتماني لم يحظ بتنظيم تشريعي خاص ينسجم مع التطورات الاقتصادية ،وانما تطبيق عليه بعض النصوص القانونية معينة التي لم تعط حلول كاملة للمسائل التي يثيرها الموضوع في الواقع العملي ،وتطبيق القواعد العامة على هذا الموضوع التي لا غنى عنها في جميع التصرفات القانونية الا انها اثبتت عدم كفاية تلك القواعد للإحاطة بكافة الجوانب التي يثيرها البيع الائتماني ،لذلك يحتاج هذا

الاخير الى زيادة الاهتمام تشريعي ،لتحقيق التوازن بين مصلحة البائع والمشتري ،واضفاء قدر اكبر من الفعالية للاحتفاظ بالملكية كي يقوم بأداء دوره في تنشيط الحركة التجارية ويصبح اداة للائتمان الى جانب دوره كوسيلة للضمان، ويغني الافراد عن البحث عن وسائل جديدة لضمان حقوقهم ،ونأمل من المشرع ان يأخذ بالمقترحات في اي تنظيم تشريعي خاص او تعديل مستقبلي :-

١-ندعو المشرع العراقي الى تعديل المادة (٥٣٤) من القانون المدني ،والنص على ضرورة كتابة الاحتفاظ بملكية المبيع ومعالجة هذا القصور التشريعي ،لتنبيه المتعاقدين لأهمية الاحتفاظ بالملكية وطبيعته الاستثنائية التي تمثل خروج عند القواعد العامة لعقد البيع ، ونقترح اضافة فقرة تنص على انه لا يجوز للبائع طلب استرداد المبيع في مواجهة جماعة الدائنين إلا إذا كان هناك اتفاق مكتوب على الشرط عند ابرام العقد او قبل تسليم المبيع للمشتري .

٢-ندعو المشرع العراقي اضافة نص يكون من خلاله الاحتفاظ بالملكية استثناء من المادة (٦٤٦) من قانون الافلاس والصلح الواقي منه ونقترح اليه النص الاتي (استثناء من الاحكام المنصوص عليها في قانون الافلاس ،لا يكون الاحتفاظ بالملكية نافذاً في مواجهة دائنين المشتري الا اذا كان مدوناً في ورقة ذات تاريخ سابق على حقوقهم).

٣-لابد للمشرع العراقي ان يواكب ما توصلت اليه التشريعات محل المقارنة في موضوع توظيف الملكية كضمان ،عن طريق تعزيز مركز البائع تكفل لهذا الاخير ممارسة حقة في الاسترداد ،والاخذ بما ذهب اليه المشرع الفرنسي اذ لم يشترط ان تكون المبيع المراد استرداده هو ذاته الذي تسلمه المشتري، بل منح البائع امكانية ممارسة البائع حق الاسترداد على اموال تشابهها بالطبيعة والنوعية موجودة تحت حيازة المشتري او الواقعة تحت حيازته الغير لحسابه .

٤-كما نقترح على المشرع العراقي معالجة تحول المبيع المحتفظ بملكيته او اندماجه او يصبح عقاراً بالتخصيص يصعب فصله دون ضرر ،فالواقع ان اغلب القوانين التي نظمت الاحتفاظ بالملكية غلبت مصلحة البائع عند اندماج المبيع بشيء اخر مملوك للمشتري وامكانية استرداده عندما يمكن فصلها دون الحاق الضرر بها ،الا انه لم يتطرق الى موضوع صعوبة فصلها ،ونأمل من المشرع العراقي معالجة التحول و وضع معيار له .

- القرآن الكريم ، كتاب الله سبحانه وتعالى المنزل على نبيه محمد صلى الله عليه واله وسلم.

أولاً: الكتب.

١. د.ابراهيم الدسوقي ابو الليل ،البيع بالتقسيط والبيع الائتمانية الاخرى، مطبوعات جامعة الكويت ١٩٨٤.
٢. د.ابراهيم الدسوقي ابو الليل ،الشرط الجزائي في العقود والتصرفات القانونية وفقا للقانونين المصري والكويتي ،بدون طبعة ،دار النهضة العربية ،١٩٨٢.
٣. ابراهيم المشاهدي ،المبادئ القانونية في قضاء محكمة التمييز ،قسم القانون المدني ،مطبعة العمال المركزية ،الاسكندرية،١٩٨٨.
٤. د.احمد السعيد الزقرد ،الوجيز في عقد البيع في القانون المدني الكويتي ،جامعة الكويت كلية الحقوق ،الكويت ،بدون سنة نشر.
٥. د.احمد محمود خليل،الافلاس التجاري والاعسار المدني،منشأ المعارف الاسكندرية ،بدون سنة نشر.
٦. د.اسماعيل غانم ،النظرية العامة في الالتزام _مصادر الالتزام_، مكتبة عبد الله وهبه ، عابدين ، ١٩٦٦
٧. د.اسماعيل غانم ،النظرية العامة للالتزام احكام الالتزام ،مطبعة النصر ،شبرا،١٩٥٦.
٨. د.اسماعيل غانم ،مذكرات في العقود المسماة عقد البيع ،بدون طبعة ، دار الكتاب العربي ،مكتبة عبدالله هبه ،١٩٥٨.
٩. د.اشرف عبد الرزاق ،الوسيط في البيع بالتقسيط، دار النهضة العربية ،القاهرة ،٢٠٠٦.
١٠. د.انور سلطان ، العقود المسماة عقدي البيع والمقايضة ،بدون طبعة ،دار النهضة العربية للطباعة والنشر ،بيروت ،١٩٨٠.
١١. د.انور سلطان ، الموجز في النظرية العامة للالتزام احكام الالتزام ، دار النهضة العربية ، الاسكندرية ، ١٩٨٣.
١٢. د.ايمان طارق شكري ، اثر الشرط في حكم العقد دراسة مقارنة ، ط ١ ،مكتبة زين الحقوقية والادبية ، ٢٠١٨.
١٣. د.توفيق حسن فرج ، التأمينات الشخصية والعينية - دراسة لعقد الكفالة والرهن والاختصاص والامتياز ، مؤسسة الثقافة الجامعية ، الإسكندرية،١٩٨٤.

١٤. د.توفيق حسن فرج ،التأمينات الشخصية والعينية ،مؤسسة الثقافة الجامعية ،الاسكندرية ،١٩٨٤.
١٥. د.توفيق حسن فرج ،النظرية العامة للالتزام ،ج٢، بدون دار نشر ،١٩٧٨.
١٦. د.جبرائيل الينا ،القانون الروماني ،ط١ ،مطبعة الاعتماد ، بغداد ،١٩٤٩.
١٧. د.جعفر الفضلي ، الوجيز في العقود المدنية ،مطبعة التعليم العالي،الموصل،١٩٧٠.
١٨. د.جمال الدين العطيفي ،التقنين المدني المصري ،ج٣،البيع ،دار النشر للجامعات المصرية ،القاهرة ،١٩٤٩.
١٩. د.جميل الشرقاوي ،شرح العقود المدنية ،البيع والمقايضة ،دار النهضة العربية ،القاهرة ،١٩٦٧.
٢٠. د.جميل الشرقاوي ،نظرية بطلان التصرف القانوني ،مطبعة جامعة القاهرة ،القاهرة،١٩٥٦.
٢١. د.حسام الدين كامل الاهوائي ،عقد البيع ،ط١، ذات السلاسل للطباعة والنشر ،الكويت ،١٩٨٩.
٢٢. د.حسن علي ذنون ، دور المدة في العقود المستمرة ، مديرية دار الكتب للطباعة والنشر ،جامعة الموصل ، ١٩٨٨.
٢٣. د.حسن علي ذنون ،النظرية العامة للالتزام ، ج ١ ،مطبعة المعارف ، بغداد ، ١٩٤٦.
٢٤. د.حسن علي ذنون ،شرح القانون المدني العراقي -عقد البيع-،مطبعة الرابطة ،بغداد ،١٩٥٣.
٢٥. د.حسني المصري ،العقود التجارية في القانون الكويتي والمصري المقارن ،ط١،مكتبة الصفار ،الكويت ، ١٩٩٠.
٢٦. د.حمدي احمد سعد احمد ، البيع الايجاري ،دار الكتب القانونية ،مصر -المحلة الكبرى ،٢٠٠٧.
٢٧. د.درع حماد ،البيع الايجاري دراسة مقارنة ،ط١ ،مكتبة السنهوري ،بغداد،٢٠١٢.
٢٨. د.درع حماد عبد ،الحقوق العينية الاصلية ،حق الملكية والحقوق المتفرعة عنها ،،دار السنهوري ،بغداد ،٢٠١٨.
٢٩. د.رمضان ابو السعود ،دروس في القانون المدني المصري واللبناني ،الدار الجامعية ،بيروت ،بدون سنة طبع.
٣٠. د.رمضان ابو السعود ،شرح احكام القانون المدني العقود المسماة ،ط١، القسم الاول،منشورات الحلبي الحقوقية ،٢٠١٠.
٣١. د.روحي البعلبكي و مورييس نخلة و صلاح مطر ،القاموس القانوني الثلاثي ،ط١،منشورات الحلبي الحقوقية ،٢٠٠٢.
٣٢. د.سعيد سعد عبد السلام ، حق الملكية فقهاء وقضاء، مطبعة حمادة الحديثة ، ٢٠٠٠.
٣٣. د.سعيد سعد عبد السلام ،الوجيز في العقود المدنية المسماة ،ج٢،دار النهضة العربية ،١٩٩٩.

٣٤. د. سعيد محمد السعيد ، اثار حكم شهر الافلاس على الجماعة الدائنين ، مؤسسة الاخوة للطباعة ، القاهرة ، ١٩٩٢ .
٣٥. د. سليمان مرقس ، حقوق الامتياز وحق الحبس ، المطبعة العالمية و بدون مكان نشر ، ١٩٥٢ .
٣٦. د. سليمان مرقس ، العقود المسماة _ عقد البيع _ ط٤ ، عالم الكتب ، القاهرة ، ١٩٨٠ .
٣٧. د. سليمان مرقس ، الوافي في شرح القانون المدني ، في العقود المسماة ، المجلد الأول - عقد البيع ، بتقيق وتعصيد د. حبيب ابراهيم الخليلي ، ايريني للطباعة ، القاهرة ، ١٩٩٠ .
٣٨. د. سليمان مرقس ، الوافي في شرح القانون المدني - ٢ - ، في الالتزامات ، المجلد الاول ، نظرية العقد والارادة المنفردة ، ط٤ ، مطبعة السلام ، ١٩٨٧ .
٣٩. د. سليمان مرقس ، التأمينات العينية ، ط٢ ، دار النشر للجامعات المصرية القاهرة ، ١٩٥٩ .
٤٠. د. سمير تناغو ، احكام الالتزام والاثبات ، ط١ ، مكتبة الوفاء القانونية ، الاسكندرية ، ٢٠٠٩ .
٤١. د. سمير تناغو ، التأمينات الشخصية والعينية ، منشاة المعارف ، الاسكندرية ، ١٩٩٦ .
٤٢. شعيب احمد الحمداني ، قانون حمورابي ، بدون طبعة ، بيت الحكمة ، ١٩٨٨ .
٤٣. د. صبيح مسكوني ، تاريخ نظم العراقي القديم ، ط١ ، مطبعة الشفيق ، بغداد ، ١٩٧١ .
٤٤. د. صبيح مسكوني ، القانون الروماني ، ط٢ ، مطبعة الشفيق ، بغداد ، ١٩٧١ .
٤٥. د. صوفي حسن ابو طالب ، تاريخ النظم القانونية والاجتماعية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، بدون سنه طبع .
٤٦. د. عباس الصراف ، شرح عقدي البيع والايجار في القانون المدني العراقي ، مطبعة الاهالي ، بغداد ، ١٩٦٥ .
٤٧. د. عباس الصراف ، شرح عقد البيع في القانون المدني الكويتي ، ط١ ، دار البحوث العلمية ، الكويت ، ١٩٧٥ .
٤٨. د. عباس العبودي ، شريعة حمورابي دراسة مقارنة مع التشريعات الحديثة ، ط١ ، دار العلمية الدولية للنشر والتوزيع - دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، ٢٠٠١ .
٤٩. د. عبد الحميد الشواربي ، الالتزامات والعقود التجارية وفقاً لقانون التجارة رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ ، ج١ ، منشاة المعارف الاسكندرية ، ٢٠٠١ .
٥٠. د. عبد الحي حجازي ، النظرية العامة للالتزام ، ج١ ، مطبعة نهضة مصر بالفسالة ، القاهرة ، ١٩٥٤ .
٥١. د. عبد الرزاق احمد السنهاوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، ج٤ ، عقد البيع ، مطابع النشر للجامعات المصرية ، القاهرة ، ١٩٦٠ .

٥٢. د. عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني نظرية الالتزام بوجه عام -الاثبات -اثار الالتزام ،دار النهضة العربية،الاسكندرية ، ١٩٦٨ .
٥٣. د. عبد الرزاق السنهوري ،الوسيط في شرح القانون المدني ،ج ١ ،نظرية الالتزام بوجه عام -مصادر الالتزام -،دار احياء التراث العربي ،بيروت ،بدون سنة طبع .
٥٤. د. عبد الرزاق السنهوري ،الوسيط في شرح القانون المدني ،ج ٢ ،دار النهضة العربية ،القاهرة ،١٩٦٨ .
٥٥. د. عبد الرزاق السنهوري ،الوسيط في شرح القانون المدني ،ج ٩ ،اسباب كسب الملكية ،دار احياء التراث العربي ،بيروت ،بدون سنة نشر .
٥٦. د. عبد الرزاق السنهوري ،الوسيط في شرح القانون المدني حق الملكية مع شرح مفصل للاشياء والاموال ، ج ٨ ،دار النهضة العربية ،بيروت ،١٩٨٦ .
٥٧. د. عبد الرزاق السنهوري الوسيط ، ج ٧ ، العقود الواردة على العمل ، دار النهضة العربية ،القاهرة ،١٩٦٤ .
٥٨. د. عبد الرزاق السنهوري،الوسيط في شرح القانون المدني ،التأمينات الشخصية والعينية ،ج ١٠،دار احياء التراث العربي ،بيروت،١٩٨٥ .
٥٩. د. عبد الرزاق السنهوري،الوسيط في شرح القانون المدني ،ج ٣،نظرية الالتزام بوجه عام الاوصاف -الحالة-الانقضاء ،دار احياء التراث العربي ،بيروت ،بدون سنة نشر .
٦٠. د. عبد المجيد الحكيم، الوسيط في نظرية العقد ،ج ١ ،شركة الطبع والنشر الاهلية ،بغداد ،١٩٦٧ .
٦١. د. عبد المجيد محمد الحفناوي ،النظم الاجتماعية والقانونية ،ط ٤ ، مؤسسة شباب الجامعة الاسكندرية .بدون سنة الطبع .
٦٢. د. عبد المنعم فرج صدة ،احكام الالتزام ،دار النهضة العربية للطباعة والنشر ،بيروت ،١٩٧٣ .
٦٣. د. عصمت عبد المجيد بكر ،الوجيز في العقود المدنية المسماة البيع والايجار ، ط ١ ، مكتبة زين الحقوقية ،بيروت ،٢٠١٥ .
٦٤. د. علي البارودي ،العقود وعمليات البنوك التجارية ،بدون طبعة ،دار المطبوعات الجامعية ، الاسكندرية ،٢٠٠١ .
٦٥. د. علي البارودي ،العقود وعمليات البنوك التجارية ،دار المطبوعات الجامعية ،الاسكندرية ،٢٠٠١ .
٦٦. د. علي سيد قاسم ،شرط الاحتفاظ بالملكية ونظام الافلاس ،دار النهضة العربية ،بيروت ،١٩٩١ .

٦٧. د. عبد المجيد الحكيم ،أ. عبد الباقي البكري، أ.م محمد طه البشير ،القانون المدني واحكام الالتزام ج٢، مكتبة السنهوري ،بغداد، ٢٠١٢.
٦٨. د. عزت الدسوقي ،الموسوعة الحديثة في احكام النقص لعام ١٩٩٩، دار محمود للنشر والتوزيع بدون سنة نشر.
٦٩. د. محسن شفيق ،الوسيط في شرح القانون التجاري المصري ،ج٢، دار نشر الثقافة بالاسكندرية ١٩٥١.
٧٠. د. محمد حسن قاسم ،الوسيط في عقد البيع ، دار الجامعة الجديدة ، الاسكندرية ، ٢٠١١.
٧١. د. محمد حسين منصور ،شرط الاحتفاظ بالملكية ،ط ١، دار الجامعة الجديدة ،الاسكندرية ، ٢٠٠٧.
٧٢. د. محمد سامي مدكور و د. علي حسن يونس ،القانون التجاري ، الافلاس ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، بدون سنة نشر.
٧٣. د. محمد طه البشير و د. غني حسون طه ، الحقوق العينية الاصلية القسم الاول والثاني ، مكتبة السنهوري ،بغداد ، ٢٠١٦.
٧٤. د. محمد طه البشير و د. هشام الحافظ ،القانون الروماني ،الاموال والالتزام ،مطبعة جامعة بغداد، ١٩٨٢.
٧٥. د. محمد كامل مرسي ،التأمينات العينية والشخصية ،مطبعة النصر ،بدن مكان نشر ، ١٩٢٧.
٧٦. د. محمود الامين ، ترجمة شريعة حمورابي ،ط ١، دار الوراق للنشر المحدود ،لندن ، ٢٠٠٧.
٧٧. د. محمود سلام الزناتي ،نظم القانون الروماني ،دار النهضة العربية ،بيروت ، ١٩٦٦.
٧٨. د. محمود سمير الشراقوي ،القانون التجاري ،ج٢، دار النهضة العربية ،القاهرة ، ١٩٨١.
٧٩. د. مصطفى كمال طه ،العقود التجارية ،دار الفكر الجامعي ،الاسكندرية ، ٢٠٠٨.
٨٠. د. مصطفى كمال طه ،العقود التجارية ،دار الفكر الجامعي ،الاسكندرية ، ٢٠٠٥.
٨١. د. نبيل ابراهيم سعد ،الضمانات غير المسماة في القانون الخاص ،بدون طبعة ،دار الجامعة الجديدة ،الاسكندرية ، ٢٠٠٦.
٨٢. د. نبيل ابراهيم سعد ،العقود المسماة ،عقد البيع ،ج ١ ،ط ١، دار النهضة العربية ،بيروت ، ١٩٩٧.
٨٣. د. نبيل ابراهيم سعد ،الملكية كوسيلة للضمان ،دار الجامعة الجديدة ،الاسكندرية ، ٢٠٠٧.
٨٤. د. هادي حسين الكعبي ، احتفاظ بالملكية المبيع دراسة مقارنة ،ط ١ ، منشورات الحلبي الحقوقية ، ٢٠١١.

٨٥. د. هاني محمد دويدار ، النظام القانوني للتأجير التمويلي، ط٢، مكتبة الاشعاع القانونية ، الاسكندرية ١٩٩٨.

٨٦. د. وجدي حاطوم ، حق الحبس في القانون المدني كوسيلة للضمان غير مباشرة ، ط ١، مشورات الحلبي الحقوقية، ٢٠٠٧.

ثانياً: الرسائل و الاطاريح

١. احمد راضي كعيم الشمري ، الافضلية عند التزام في نطاق عقد الرهن ، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية القانون جامعة كربلاء ، ٢٠١٧.

٢. حارث طاهر على الدباغ ، البيع بالتقسيط دراسة مقارنة ، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية القانون جامعة الموصل ، ١٩٩٨.

٣. سلام عبد الزهرة الفتلاوي ، شرط المنع من التصرف دراسة مقارنة ، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية القانون جامعة بابل ، ٢٠٠١.

ثالثاً: البحوث:

١- د. شريف رأفت محمد ، مفهوم الحق في الحبس وطبيعته كوسيلة للضمان في القانون المدني ، بحث منشور في مجلة الشريعة والقانون ، العدد ٣٥ ، ج ١ ، ٢٠٢٠.

٢- د. غني حسون طه، التعهد بنقل ملكية عقار وفق المادة ١١٢٧ من القانون المدني العراقي ، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية والسياسية ، بغداد، العدد الخاص ، ١٩٨٤ .

٣- د. صبري حمد خاطر ، الاحتفاظ بالملكية (دراسة تأصيلية في عقد البيع)، بحث منشور في مجلة جامعة النهريين ، المجلد الرابع ، العدد الخامس ، ٢٠٠٠.

٤- د. حسين عبدالله عبد الرضا و اسيل ناظم محمد ، الطبيعة القانونية لشرط الاحتفاظ بالملكية على سبيل الضمان ، بحث منشور في مجلة جامعة الانبار للعلوم القانونية والسياسية ، العدد ١٣ ، المجلد ٢ ، ٢٠١٧.

٥- د. ذكرى محمد حسين و د. نصير صبار ، الحماية المدنية من الشروط المألوفة في العقود التجارية ، بحث منشور في مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية ، جامعة بابل ، العدد الاول ، ٢٠٠٩.

٦- د. منصور حاتم محسن ، التغيير في جزء من اجزاء العقد واثره في العدالة التبادلية ، بحث منشور في جامعة بابل العلوم الانسانية ، المجلد ٢٣ ، العدد ٤ ، ٢٠١٥.

٤. محمد محمود محمد ، الشرط المانع من التصرف دراسة تحليلية ، رسالة ماجستير مقدمة الى جامعة الازهر غزة ، ٢٠١٩.

رابعاً : المجموعات القضائية

١. مجلة القضاء ،تصدر عن وزارة العدل العراقية،العدد ٣،السنة ٢٥ ، ١٩٧٠.
٢. مجموعة الاحكام العدلية ، العدد الأول ، السنة الثامنة ، ١٩٧٧.
٣. مجموعة الاحكام العدلية - العدد الرابع - السنة السادسة - ١٩٧٥.

خامساً : المواقع الالكترونية

<https://ketabpedia.com>

<https://www.legifrance.gouv.fr>

سادساً : المصادر الاجنبية

1. Derrupe (J), La Nature juridique du droit du preneur a baillet la distinction des droit de ceance These Toulouse, 1955.
2. J. GHESTIN, Réflexions d'un civiliste sur la clause de réserve de propriété, D. 1981.
3. J. Ghestin, La clause de propriété, Rapport de droit civil, in actualité de droit de l'entreprise, t. 12 1982.
4. Ghestin et Goubeaux, Traité de Droit Civil,T. 1, Introduction Générale, L.G.D.J. 1977.
5. Millon, Rapport doc. n. 1492, Ass. Nat. 1er session 1979-1980.
6. Y.Demoures.,La Vente avec réserve de propriété, R.T.D. Com.1982.33.

سابعاً :القوانين العراقية :

١. القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١.
٢. قانون العقوبات العراقي رقم ١١١ لسنة ١٩٦٩.
٣. قانون التجارة العراقي رقم ١٤٩ لسنة ١٩٧٠ (الملغي).
٤. قانون التسجيل العقاري رقم ٤٣ لسنة ١٩٧١.
٥. قانون التجارة العراقي رقم ٣٠ لسنة ١٩٨٤.
٦. قانون المرور رقم ١٨ لسنة ٢٠١٩.

ثامناً : القوانين المقارنة

٧. قانون التجارة المصري الصادر في ١٣ نوفمبر ١٨٨٣.
٨. القانون المدني المصري رقم ١٣٩ لسنة ١٩٤٨.
٩. قانون البيوع التجارية رقم ١٠٠ لسنة ١٩٥٧.
١٠. قانون التجارة المصري رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩.
١١. القانون المدني الفرنسي الصادر في ٢١ مارس سنة ١٨٠٤.
١٢. قانون التسوية القضائية والتصفية الفرنسي الصادر في ١٣ يوليو ١٩٦٧ .
١٣. قانون تنظيم آثار الاحتفاظ بالملكية الفرنسية الصادر في ١٢ مايو ١٩٨٠ .
١٤. قانون الخاص بالتقويم والتصفية القضائية للمؤسسات الفرنسية الصادر في ٢٥ يناير ١٩٨٥.
١٥. قانون الالتزامات السويسري الصادر ٣٠ آذار ١٩١١. طبعة عام ١٩٩٥ .
١٦. قانون البيع الايجاري الانكليزي لسنة ١٩٦٥.