مجلة جامعة الانبار للعلوم القانونية والسياسية

اسم المقال: الطبيعة القانونية لشرط الاحتفاظ بالملكية على سبيل الضمان (دراسة مقارنة)
اسم الكاتب: أ.م.د. احمد شكر حمود الصبيحي
رابط ثابت: https://political-encyclopedia.org/index.php/library/675
تاريخ الاسترداد: 2026/11/01 11:42 +03

الموسوعة السياسيّة هي مبادرة أكاديمية غير هادفة للربح، تساعد الباحثين والطلاب على الوصول واستخدام وبناء مجموعات أوسع من المحتوى العلمي العربي في مجال علم السياسة واستخدامها في الأرشيف الرقمي الموثوق به لإغناء المحتوى العربي على الإنترنت.
لمزيد من المعلومات حول الموسوعة السياسيّة - Encyclopedia Political، يرجى التواصل على info@political-encyclopedia.org

استخدامكم لأرشيف مكتبة الموسوعة السياسيّة - Encyclopedia Political يعني موافقتك على شروط وأحكام الاستخدام المتاحة على الموقع https://political-encyclopedia.org/terms-of-use

تم الحصول على هذا المقال من موقع مجلة جامعة الانبار للعلوم القانونية والسياسية ورفده في مكتبة الموسوعة السياسيّة مستوفياً شروط حقوق الملكية الفكريّة ومتطلبات رخصة المشاع الإبداعي التي ينضوي المقال تحتها.

الطبيعة القانونية لشرط الاحتفاظ بالملكية على سبيل الضمان

(دراسة مقارنة)

الاستاذ المساعد الدكتور
حسين عبدالله عبد الرضا
كلية القانون – جامعة بغداد

أسيل ناظم محمد
طالبة ماجستير / قسم القانون الخاص
كلية القانون – جامعة بغداد

ملخص

ادى تطور الحياة الاقتصادية والاجتماعية وضعف الامكانيات المالية الى لجوء المشتري احياناً لإرجاء الوفاء بالثمن كلاً او بعضاً ، لذا كان لا بد للبائع ان يبحث عن وسيلة لضمان حقه في ثمن المبيع ، ومن هذا المنطلق ظهر شرط الاحتفاظ بالملكية كوسيلة للضمان تتيح للبائع الاحتفاظ بملكية المبيع رغم وجوده في حي ازة المشتري لحين تسديد كامل الثمن ، وقد اقرت التشريعات المختلفة صحة هذا الشرط ، ورغم المكانة البارزة لهذا الشرط على الصعيدين القانوني والاقتصادي فقد ظلت طبيعته القانونية تتسم بالغموض والتعقيد ، اذ تعددت الآراء الفقهية وتضاربت الاحكام القضائية دون الوصول الى نتيجة حاسمة بهذا الصدد ، الامر الذي حدا بنا الى الغور في غمار هذا الاختلاف من اجل تحديد اكثر دقة لهذه الطبيعة بما ينسجم مع احكام التشريع العراقي .

ABSTRACT

The development of economic and social life and the lack of financial possibilities led to the resort of the buyer sometimes to postpone the fulfillment of the price of both or some, So the seller had to look for a way to guarantee his right to the price of the sale, In this sense, the reservation clause of property emerged as a means of guarantee allowing the seller to retain ownership of the sale even though it was in the buyer's possession until full payment had been made, The various legislations have approved the validity of this clause, Despite its prominent legal and economic standing, its legal nature remained ambiguous and complex, As there

were many jurisprudential opinions and conflicting judicial rulings without reaching a decisive result in this regard, Which led us to the pit in the midst of this difference in order to determine more accurate this nature in line with the provisions of Iraqi legislation.

المقدمة :

الاصل ان عقد البيع من العقود الرضائية التي تتم بمجرد تراضي الطرفين دون الحاجة الى اي اجراء آخر ، وهو من العقود فورية التنفيذ اذ يتم تنفيذ الالتزام بنقل الملكية والالتزام بدفع الثمن فور ابرام العقد .

وعقد البيع من اكثر العقود تطوراً وتجدداً ، فحياة الناس قائمة على التبادل الحاصل بصور البيع المختلفة ، كما ان تجدد المعاملات نتيجة حتمية لتطور الحياة الاقتصادية في المجتمع واتساع مجالات نشاطه ، الامر الذي يدفع المشتري احياناً الى ارجاء الوفاء بالثمن كله او بعضه ، لذا كان لا بد للبائع ان يبحث عن وسيلة لضمان حقه في ثمن المبيع ، وحمايته من مزاحمة دائني المشتري في حالة اعساره او افلاسه قبل اكمال الثمن خاصة وان المبيع يكون في حيازة المشتري ، ومن هذا المنطلق ظهر شرط الاحتفاظ بالملكية في معاملات الناس كوسيلة للضمان تتيح للبائع الاحتفاظ بملكية المبيع رغم وجوده في حيازة المشتري لحين تسديد كامل الثمن ، كما اقرت التشريعات المختلفة صحة هذا الشرط ونصت عليه ، ومن هذه التشريعات قانون ١٢ مايو ١٩٨٠ الفرنسي الذي نظم اثار شرط الاحتفاظ بالملكية في عقود البيع بالنسبة للغير في اطار الاجراءات الجماعية للتسوية القضائية وتصفية الاموال ، وايضاً عمد المشرع الفرنسي الى تنظيم الشرط المذكور في قانونه المدني بموجب المرسوم التشريعي رقم (٣٤٦) في ٢٣ مارس ٢٠٠٦ ، وكذلك اجازه المشرع المصري في المادة (٤٣٠) من القانون المدني وحذا المشرع العراقي حذو نظيره المصري في المادة (٥٣٤) من القانون المدني التي نصت في فقرتها الاولى (اذا كان البيع مؤجل الثمن ، جاز للبائع ان يحتفظ بالملكية الى ان يستوفي الثمن كله حتى لو تم تسليم المبيع).

اما على صعيد الفقه فقد عرف شرط الاحتفاظ بالملكية تعريفات مختلفة ومنها (انه اتفاق بمقتضاه يحتفظ البائع بملكية الشيء المبيع ولو تم تسليمه الى ان يستوفي كامل الثمن).

اولاً : اهمية البحث

لقد ازدادت في الآونة الاخيرة اهمية شرط الاحتفاظ بالملكية على الصعيدين القانوني والاقتصادي ، اذ انه احتل مكانة بارزة في معاملات الافراد وخاصة في الوقت الحاضر بسبب اتساع المعاملات الاقتصادية وثقل حجمها النقدي ، ومن هنا ظهرت ضرورة الاعتماد على شرط الاحتفاظ بالملكية كوسيلة للضمان عن طريق التعطيل المؤقت لبعض الالتزامات ، ومما لا شك فيه ان هذا الشرط يحقق الفائدة لطرفي العقد ، اذ انه يهيئ السبيل للمشتري وخاصة اذا كان من

ذوي الموارد المحدودة للحصول على سلع ما كان يحصل عليها لو كان الثمن واجب الدفع فوراً ، وفي الوقت ذاته يمكن البائع من مضاعفة عملياته التعاقدية .

ثانياً : مشكلة البحث

تتجلى مشكلة البحث في معرفة الطبيعة القانونية لشرط الاحتفاظ بالملكية ، اذ تتسم الطبيعة القانونية لشرط الاحتفاظ بالملكية بالكثير من الغموض والتعقيد ، فقد تعددت الآراء الفقهية وتضاربت الاحكام القضائية دون الوصول الى نتيجة حاسمة في هذا الشأن ، وقد تباينت الآراء الفقهية في هذا الصدد بين من يحاول ادخال الشرط المذكور داخل اطار محدد لاحد الانظمة القانونية المتعارف عليها مثل فكرة الشرط او الاجل او الضمان ، وبين من يحاول ادخاله داخل اطار مركب لعدة انظمة قانونية في وقت واحد .

ثالثاً : منهج البحث

لقد أخترنا أن تكون هذه الدراسة مقارنة بين التشريع الفرنسي والمصري والعراقي ، من أجل أن نبين أوجه التقارب أو الاختلاف بين نصوص القانون العراقي وتلك القوانين ، ولغرض توضيح مواقف القوانين والوصول إلى نتائج مثمرة في تحديد الطبيعة القانونية لشرط الاحتفاظ بالملكية بما يتلاءم مع التشريع العراقي .

رابعاً:- خطة البحث

سوف نقوم بتقسيم البحث في موضوع الطبيعة القانونية لشرط الاحتفاظ بالملكية على سبيل الضمان على ثلاثة مباحث نخصص المبحث الأول لدراسة الطبيعة القانونية لشرط الاحتفاظ بالملكية باعتباره وصفاً (شرط او أجل) وذلك في مطلبين مستقلين ، نخصص المطلب الأول للطبيعة القانونية لشرط الاحتفاظ بالملكية باعتباره شرطاً ، ونخصص المطلب الثاني للطبيعة القانونية لشرط الاحتفاظ بالملكية باعتباره اجلاً ، ثم ننتقل بعدها إلى المبحث الثاني المخصص للطبيعة القانونية لشرط الاحتفاظ بالملكية باعتباره ضماناً وذلك في مطلبين ، أفردنا المطلب الأول لبحث الطبيعة القانونية لشرط الاحتفاظ بالملكية باعتباره ضمان اتفاقي ، ونخصص المطلب الثاني لبحث الطبيعة القانونية لشرط الاحتفاظ بالملكية باعتباره ضمان عيني ، اما المبحث الثالث فنخصصه للطبيعة القانونية المتعددة لشرط الاحتفاظ بالملكية ، وذلك في مطلبين نفرد الاول للطبيعة القانونية المزدوجة لشرط الاحتفاظ بالملكية ، ونخصص الثاني للطبيعة القانونية المركبة لشرط الاحتفاظ بالملكية ، ثم ننهي الموضوع بخاتمة نبين فيها أهم النتائج والتوصيات التي نرى إن من الضروري عرضها ونسأل الله التوفيق .

المبحث الاول

الطبيعة القانونية لشرط الاحتفاظ بالملكية باعتباره وصفاً

تردد الفقه والقضاء في فرنسا عند تحديد الطبيعة القانونية لشرط الاحتفاظ بالملكية بين فكرتي الشرط والاجل ، ومن اجل الاحاطة بموضوع الطبيعة القانونية لشرط الاحتفاظ بالملكية ، فان هذا المبحث سينبسط على مطلبين ، نخصص الاول

لإيضاح الطبيعة القانونية لشرط الاحتفاظ بالملكية باعتباره شرطاً ، ونخصص الثاني لبحث الطبيعة القانونية لشرط الاحتفاظ بالملكية باعتباره أجلاً .

المطلب الاول

الطبيعة القانونية لشرط الاحتفاظ بالملكية باعتباره شرطاً

اختلفت الآراء الفقهية التي اعتبرت البيع مع شرط الاحتفاظ بالملكية (شرطاً) ، بين اعتباره بيع معلق على شرط واقف او بيع معلق على شرط فاسخ او مقترن بشرط فاسخ صريح ، او بيع علق فيه انتقال الملكية على الوفاء بكامل الثمن ، وسوف نستعرض هذه الآراء في الفروع الثلاثة الاتية.

الفرع الاول

بيع معلق على شرط واقف

ذهب رأي في الفقه الفرنسي[١] الى ان البيع مع شرط الاحتفاظ بالملكية هو بيع معلق على شرط واقف ، يتمثل في وفاء المشتري بالثمن في الموعد المحدد ، وهذا هو الاتجاه السابق للقضاء الفرنسي[٢] قبل صدور قانون ١٢ مايو ١٩٨٠، فشرط الوفاء بالثمن هو شرط واقف يتوقف على تحققه وجود البيع ذاته ، ولا ينعقد البيع قبل الوفاء بكامل الثمن ، ويظل البائع مالكاً للمبيع ولا تنتقل الملكية للمشتري قبل الوفاء بكامل الثمن .

ولا يقدح في صحة هذا الوصف انتقال المبيع الى حيازة المشتري ، اذ ان البائع لم يقصد التخلي عن ملكية المبيع قبل حصوله على المقابل المتفق عليه[٣] .

ويكون المشتري قبل تحقق الشرط (تسديد كامل الثمن) مجرد صاحب حق معلق على شرط ، الا ان الصعوبة تظهر بصدد تحديد نطاق سلطته على المبيع الذي سلم اليه دون ان يكون مالكاً او حتى حائزاً له نظراً لتخلف الركن المعنوي للحيازة اي (نية التملك او الاعتقاد بحسن نية بانه مالك)[٤] ، كما انه ليس حائزاً للمبيع لمصلحة المالك ، وفي الوقت ذاته فانه يظهر بمظهر المالك[٥] ، ويخفف الاثر الرجعي للشرط الواقف من حدة هذه الصعوبة حيث يترتب على تحققه بعد تسديد كامل الثمن ، اعتبار المشتري مالكاً للمبيع منذ لحظة ابرام العقد[٦] .

ويترتب في ضوء هذا التكييف نتائج عملية هامة لشرط الاحتفاظ بالملكية وفقاً للقانون الفرنسي وهي :

اولاً : لا يستطيع المشتري التصرف بالمبيع خلال فترة التعليق ، اي قبل اكمال الثمن المتفق عليه وهذا ما نصت عليه الفقرة (٥) من المادة (١٣٠٤) من القانون المدني الفرنسي المعدلة بالمرسوم التشريعي رقم (١٣١) لسنة ٢٠١٦ بقولها (قبل ان تحقق الشرط المعلق ، المدين يجب ان يمتنع عن اي عمل من شأنه ان يمنع الاداء السليم للالتزام ؛ الدائن يستطيع ان يمارس الاجراءات التحفظية والاعتراض على تصرفات المدين التي تنطوي على غش او تزوير لحقوقه . وما تسلمه يستطيع استرداده ما لم يتحقق الشرط المعلق)[٧] .

اذ ان الطرف المدين بعقد بيع معلق على شرط واقف هو المشتري لأنه يقع على عاتقه تسديد الثمن. ويلاحظ المتأمل لهذا النص ان المشرع الفرنسي قد اعطى لصاحب الحق المعلق على

شرط واقف ، اتخاذ الوسائل التحفظية لمنع المدين من التصرف بالشيء محل الحق ، مما يعني ان المشرع الفرنسي قد اعتبر الحق المعلق على شرط واقف هو حق موجود فعلاً وليس مجرد امل .

وبناءاً عليه يستطيع البائع المحتفظ بالملكية بموجب شرط في العقد اتخاذ كافة الاجراءات التحفظية لحين تحقق الشرط المتفق عليه بتسديد كامل الثمن .

ثانياً : بعد تحقق الشرط يصبح المشتري مالكاً للمبيع ، ولكن يثار التساؤل بهذا الصدد عن التاريخ الذ يصبح به المشتري مالكاً للمبيع ، هل يصبح مالكاً من تاريخ تحقق الشرط ام يعتبر مالكاً من تاريخ ابرام عقد البيع استناداً الى فكرة الاثر الرجعي .

بالرجوع الى موقف المشرع الفرنسي نجد هناك موقفين متباينين ، الاول قبل صدور المرسوم التشريعي رقم ١٣١ لسنة ٢٠١٦ ، والموقف الثاني بعد صدور المرسوم المذكور وسنبينهما في ادناه:

الموقف الاول : قبل صدور المرسوم التشريعي رقم ١٣١ لسنة٢٠١٦

لدى الرجوع الى المادة (١١٧٩) الملغاة بموجب المرسوم المذكور انفاً كانت تنص (ينتج الشرط المحقق اثراً رجعياً يعود الى اليوم الذي ابرم فيه التعهد ، واذا توفي الدائن قبل تحقق الشرط انتقلت حقوقه الى ورثته) .

اذ يلاحظ من خلال هذا النص بان المشرع الفرنسي قد جعل الاثر الرجعي للشرط حتمياً ، اي ان المشتري يصبح مالكاً للمبيع اعتباراً من تاريخ ابرام العقد .

الموقف الثاني : بعد صدور المرسوم التشريعي رقم ١٣١ لسنة ٢٠١٦

اذ يلاحظ بان هناك ثمة انعطافه كبيرة في موقف المشرع الفرنسي ، اذ جعل الاصل في حالة تحقق الشرط ان ينتج اثره فوراً ، اي لا يكون له اثراً رجعياً مما يعني ان المشتري يصبح مالكاً للمبيع من تاريخ تحقق الشرط ، ولكنه قيد ذلك باتفاق الطرفين على خلاف هذا المبدأ ، اذ يمكن للأطراف ان يجعلوا للشرط اثراً رجعياً باتفاقهم ويلاحظ ذلك من خلال نص الفقرة (٦) من المادة (١٣٠٤) المعدلة بالمرسوم التشريعي رقم (١٣١) لسنة ٢٠١٦ التي نصت (الالتزام يصبح بدون قيد او شرط منذ تحقق الشرط المعلق . مع ذلك ، الطرفين يمكنهما التنبؤ او التوقع بان تحقق الشرط سينسحب على الماضي من تاريخ العقد .الشيء ، موضوع العقد ، لا يمكن ان يستمر او يبقى على الاقل بالنسبة الى مخاطر المدين ، الذي يبقى يحتفظ بالإدارة والحق في المنافع حتى تحقق الشرط . في حالة عدم تحقق الشرط المعلق ، الالتزام يعتبر غير موجود نهائياً)[٨] .

ونعتقد ان الموقف الجديد للمشرع الفرنسي الوارد في الفقرة (٦) من المادة ١٣٠٤ محل نظر ، اذ انه يتناقض مع موقفه في الفقرة (٥) من المادة نفسها باعتبار الحق المعلق على شرط واقف ، حق موجود فعلاً بدليل اعطاءه الدائن بالحق خلال فترة التعليق، صلاحية ممارسة الوسائل التحفظية للحفاظ على حقه في مواجهة المدين بالحق ، ذلك ان الاخذ بالأثر

الفوري كأصل عام يعني ان الحق لم يكن موجوداً قبل تحقق الشرط الواقف ، لان الشرط هو امر غير محقق الوقوع ، ولا يحق للدائن المطالبة به او المحافظة عليه ، فضلاً عن انه جعل وجود الحق رهناً باتفاق الطرفين ، الامر الذي يفتح الباب امام جدل فقهي وقضائي غير منتهي حول طبيعة الحق المعلق على شرط واقف ، فضلاً عن اضطراب المعاملات والمراكز القانونية في اي اتفاق معلق على شرط واقف .

ثالثاً : تحمل البائع تبعة هلاك المبيع في مرحلة التعليق[٩] ، اذ ان القانون المدني الفرنسي يربط تبعة الهلاك بالملكية وليس بالتسليم[١٠] ، ويظهر ذلك جلياً في الشق الاخير من الفقرة السادسة من المادة (١٣٠٤) السالف ذكرها بقولها (..الشيء ، موضوع العقد ، لا يمكن ان يستمر او يبقى على الاقل بالنسبة الى مخاطر المدين ، الذي يبقى يحتفظ بالإدارة والحق في المنافع حتى تحقق الشرط) فالمدين بتسليم المبيع هو البائع ، وهو الذي يتحمل تبعة هلاك المبيع في حالة احتفاظه بالملكية بالرغم من حصول التسليم ، وهذا ما ذهبت اليه محكمة النقض الفرنسية في احدى قراراتها[١١] الذي جاء فيه (عندما تبقى مخاطر خسارة الشيء على عاتق البائع الذي لايزال مالكاً تطبيقاً لبند الاحتفاظ بالملكية بالرغم من حصول التسليم ، يلزم المشتري المدين بالتزام رد المعدات في حالة عدم دفع ثمنها بالتزام بذل عناية وليس بالتزام تحقيق نتيجة ، ولا يقلب قضاة الموضوع عبء الاثبات عندما يعتبرون انه يعود للبائع ان يثبت ان المشتري لم يبذل في سبيل المحافظة على المعدات المتنازع عليها العناية التي يبذلها الشخص المعتاد) .

بالرغم من وجاهة هذا الرأي بشأن تحديد الطبيعة القانونية لشرط الاحتفاظ بالملكية الا انه تعرض للنقد الشديد للأسباب ادناه :

اولاً : ان الشرط الواقف حسب نص المادة (١٣٠٤) من القانون المدني الفرنسي المعدّلة بموجب المرسوم التشريعي المرقم (١٣١) لسنة ٢٠١٦ هو حدث مستقبل وغير مؤكد يعلق عليه نشوء الالتزام[١٢] ، فهو وصف ارادي يلحق الالتزام ، ومن المشكوك فيه في ظل القانون الفرنسي النظر الى نقل الملكية على انه التزام ، اذ ان ذلك يعني امكانية عدم تنفيذه ، اذ يعد نقل الملكية في القانون الفرنسي اثراً قانونياً محضاً لعقد البيع ، ويتحقق هذا الاثر بطريقة الية مطلقة يرتبها القانون[١٣] .

ثانياً : لا يجوز اختيار تنفيذ أحد الالتزامات الرئيسية في عقد البيع ، وهو الوفاء بالثمن ، ليكون شرطاً لانعقاد ذات العقد[١٤] ، فالشرط الواقف هو أمر عارض اضافي يلحق عنصراً جوهرياً من عناصر الحق ويمكن تصور الالتزام بدونه ، فهو وصف يلحق الحق بعد تكوينه[١٥] ، **والالتزام بدفع الثمن** ليس عنصراً في عقد البيع ، وانما هو أثر من أثار هذا العقد هذا من جانب ، ومن جانب آخر فأن عدم تنفيذ احد الطرفين لالتزامه يخول الطرف الاخر الامتناع بدوره عن التنفيذ ، فلا موجب اذاً لجعل عدم تنفيذ الالتزام بدفع الثمن شرطاً واقفاً ، اذ ان المشتري في البيع مع الاحتفاظ بالملكية يلتزم دائماً بدفع الثمن ويكون للبائع الحق في المطالبة بالوفاء به ، وله ايضاً حق طلب الفسخ عند تخلف المشتري عن الوفاء[١٦] .

ثالثاً : عجز تكييف الشرط الواقف عن تفسير اساس قيام البائع بتسليم المبيع الى المشتري

قبل استيفاء الثمن مع انه لا يوجد اي التزام بالتسليم قبل تحقق الشرط الواقف ، وهذا ما قضت به المادة (١١٨٢) الملغاة من القانون المدني الفرنسي بقولها (عندما يعقد الالتزام مقروناً بشرط معلق ، يبقى الشيء موضوع الاتفاق على مسؤولية المدين الذي **لم يلتزم بتسليمه** ، الا في حال تحقق الشرط ....) وقد اكدت الفقرة (٦) من المادة (١٣٠٤) المعدّلة بالمرسوم التشريعي رقم (١٣١) لسنة ٢٠١٦ السالفة الذكر هذا المعنى ، كما لا يصلح هذا التكييف لتبرير الاساس الذي يستند اليه المشتري في استعمال المبيع والانتفاع به رغم عدم انعقاد البيع .

رابعاً : يؤدي الاخذ بتكييف الشرط الواقف الى تحمل البائع تبعة الهلاك ، كما سبق ان بينا ان تبعة الهلاك في القانون الفرنسي منوطة بانتقال الملكية وهذا ما نصت عليه المادة (١١٩٦) من القانون المدني الفرنسي المعدلة بموجب المرسوم التشريعي رقم (١٣١) لسنة ٢٠١٦ بقولها (....ان نقل الملكية يتضمن نقل مخاطر الشيء...)[١٧] ، وهذا الامر لا يمكن القبول به ، لان المشتري تسلم المبيع على الرغم من عدم انتقال الملكية اليه ، لذلك ليس من العدل ان توضع تبعة هلاك المبيع على عاتق البائع الذي احتفظ بالملكية لحين استيفاء الثمن ، لان المبيع خرج من تحت يده ، ولا يستطيع حفظه وصيانته.

اما في مصر فقد ذهب جانب من الفقه[١٨] من خلال تفسيرهم لنص المادة (٤٣٠) من القانون المدني المصري التي نصت في الفقرة الاولى منها(اذا كان البيع مؤجل الثمن ، جاز للبائع ان يشترط ان يكون نقل الملكية الى المشتري موقوفاً على استيفاء الثمن كله ولو تم تسليم المبيع) ، الى ان احتفاظ البائع بالملكية يعتبر بيعاً معلقاً على شرط واقف ، هو وفاء المشتري للثمن المؤجل في الموعد المحدد او وفاءه بالأقساط جميعاً في المواعيد المتفق عليها ، حتى لو سلم البائع المبيع للمشتري قبل استيفاء الثمن ، او قبل استيفاء اي قسط من اقساطه ، وفي هذه الحالة تنتقل الملكية الى المشتري معلقة على شرط واقف ، فاذا تحقق الشرط بوفاء المشتري الثمن فقد صار مالكاً للمبيع من بداية العقد باثر رجعي ، اما اذا تخلف الشرط فان ملكية المشتري التي كانت معلقة على شرط واقف تزول باثر رجعي لعدم تحقق الشرط ، اذ ان البيع يعتبر كأن لم يكن ، ولا يحتاج البائع في ذلك الى حكم بزوال البيع وفقاً للقواعد المقررة في الشرط الواقف.

وقد جاء في المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدي للقانون المدني المصري بصدد التعليق على المادة المذكورة اعلاه (وتجيز المادة ان يشترط البائع في حالة عدم سداد الاقساط وفسخ البيع تبعاً لذلك ، ان يستبقي الاقساط المدفوعة (وهي جزء من الثمن) على سبيل التعويض ، الا ان المشرع كيف هذا الاتفاق بانه شرط جزائي واجاز تخفيضه تطبيقاً للقواعد التي قررت في هذا الشأن ... وغني عن البيان ان البائع يستطيع بدلاً من المطالبة بفسخ البيع ، ان يطالب بتنفيذ العقد ، فيقتضي من المشتري ما بقي في ذمته من الاقساط **فهذا العقد بيع لا ايجار ، ويعتبر معلقاً على شرط واقف هو سداد الاقساط جميعها** ، فاذا ما سددت انتقلت الملكية الى المشتري منسحبة الى وقت البيع)[١٩] .

ويترتب على الاخذ بهذا التكييف نتيجتين هامتين:

النتيجة الاولى :اذا كان المبيع منقولاً وتصرف به المشتري تصرفاً باتاً لمشتر حسن النية لا يعلم ان ملكية المشتري معلقة على شرط واقف ، فقد تملكه المشتري الثاني تملكاً باتاً بموجب قاعدة (الحيازة في المنقول سند الملكية) ، ولا يعتبر تصرف المشتري الاول بيعاً لملك الغير، ذلك ان من الاستثناءات الواردة على بيع ملك الغير بيع الشيء المعين بالذات المملوك للبائع تحت شرط سواء كان واقفاً او فاسخاً[٢٠].

النتيجة الثانية: اذا افلس المشتري والشرط لا يزال معلقاً ، كان الباقي من الثمن ديناً في التفليسة يزاحم فيه البائع سائر دائني المشتري بوصفه دائن عادي ، اذ لا يكون امتياز البائع سارياً في مواجهة جماعة الدائنين ولا يستطيع البائع من جهة اخرى ان يسترد المبيع من التفليسة[٢١] .

وقد تعرض هذا التكييف القانوني الى انتقادات شديدة من قبل جانب آخر من الفقه في مصر على النحو الاتي :

اولاً : ان هذا التفسير يتسم بتبسيط الامور ويجرد شرط الاحتفاظ بالملكية من قيمته الائتمانية التي يسعى اليها البائع من وراء تضمينه في عقد البيع ، وينافي قصد المشرع في تحقيق ضمان قوي ابلغ من فسخ البيع ، كما يؤدي من جانب آخر الى تعقيد الامور وذلك بالسماح للمشتري بالتصرف بالمبيع ولو كانت تصرفاته موصوفة بالوصف نفسه[٢٢]، خاصة وان حق المشتري لا يعدو ان يكون حقاً غير مؤكد ، اي حقاً شرطياً وليس حقاً احتمالياً كما يرى البعض[٢٣] .

ثانياً : اذا كان شرط الاحتفاظ بالملكية شرطاً واقفاً ، فان المشتري لا يصبح مالكاً للمبيع الا بعد الوفاء بكامل الثمن ، وعليه فان تبعة الهلاك طبقاً للقانون المصري ستقع على البائع سواء كان الهلاك قبل التسليم او بعده استناداً للمادة (٢/٢٧٠) من القانون المدني ، استثناءً من الاثر الرجعي للشرط الواقف والتي نصت (ومع ذلك لا يكون للشرط اثر رجعي اذا اصبح تنفيذ الالتزام قبل تحقق الشرط غير ممكن لسبب اجنبي لا يد للمدين فيه) ، وتفسير ذلك انه اذا هلكت العين بسبب اجنبي قبل تحقق الشرط ، فقد كان مقتضى الاثر الرجعي للشرط عند تحققه اعتبار انها كانت على ملك الدائن بالتسليم (المشتري تحت شرط واقف) فتهلك عليه اذا كان قد تسلمها ، وتهلك على البائع اذا كان لم يسلمها للمشتري ، ولكن الفقرة الثانية من المادة (٢٧٠) استبعدت الاثر الرجعي للشرط على اساس ان هلاك العين يحول دون نشوء الالتزام لانعدام المحل ، ولا يكون للعقد اثر ولو تحقق الشرط بعد ذلك ، وكأن الطرفين لم يتعاقدا اصلاً ويكون هلاك الشيء عندئذ على مالكه البائع سواء كان الهلاك قبل التسليم او بعده[٢٤] ، بمعنى ان الاخذ بتكييف الشرط الواقف يوصلنا الى نتيجة غير مقبولة ، فالمبيع خرج من يد البائع وتسلمه المشتري وهو يقوم باستعماله والانتفاع به ، فليس من الانصاف ان يتحمل البائع تبعة الهلاك وحده .

ثالثاً : خلافاً للمنطق القانوني ان يصاغ الالتزام الرئيسي للمشتري المتمثل بدفع الثمن

في شكل شرط بالمعنى القانوني الدقيق ، اذ ان الشرط حسب تعريف الفقه[٢٥] هو امر مستقبل غير محقق الوقوع يعلق عليه وجود الالتزام او زواله ، فهو امر عارض ويعتبر واقعة خارجة عن ارادة الاطراف ، بينما تنفيذ العقد وبشكل خاص دفع الثمن ، يتوقف على ارادة المشتري في حالة التنفيذ الاختياري ، وعلى ارادة البائع في حالة التنفيذ الجبري ، وفي جميع الاحوال يتوقف على ارادة الطرفين[٢٦] ، لذا فان القول ان البيع مع شرط الاحتفاظ بالملكية هو بيع معلق على شرط واقف يتمثل بوفاء المشتري بكامل الثمن يعني تعليق العقد على شرط ارادي محض وهو امر يحظره القانون المصري[٢٧] .

فضلاً عما سبق من انتقادات نعتقد ان تخلف الشرط الواقف يؤدي الى عدم نشوء العقد ، ويعتبر كأن لم يكن ولا يكون قابلاً للتنفيذ الجبري ولا للتنفيذ الاختياري[٢٨] ، وهذا خلاف الواقع العملي اذ ان تخلف المشتري عن الوفاء بكامل الثمن في البيع مع شرط الاحتفاظ بالملكية لا يؤدي الى انعدام العقد ، بل يكون من حق البائع الامتناع عن تنفيذ التزاماته وله ايضاً طلب فسخ العقد .

وكذلك فقد ذهب جانب من الفقه[٢٩] في العراق الى الرأي ذاته في الفقه المصري عند تفسيرهم لنص المادة (٥٣٤) من القانون المدني العراقي ، فاعتبروا احتفاظ البائع بالملكية ، بيعاً معلقاً على شرط واقف هو وفاء المشتري بالثمن ، وهو بيع صحيح ويجب اعمال الشرط حتى لو سلم البائع المبيع الى المشتري قبل استيفاء كامل الثمن.

وقد سار القضاء العراقي على هذا التفسير في قضية[٣٠] تتلخص وقائعها بان شخصاً باع سيارته بالأقساط واحتفظ بملكية السيارة باسمه ، واشترط عدم انتقال هذه الملكية الى المشتري حتى تسديد القسط الاخير ، واستحقاق جميع الاقساط دفعة واحدة اذا تأخر المشتري في دفع احداها مدة ثلاثة ايام ، واشترط كذلك على المشتري عدم التصرف بالسيارة قبل تسديد القسط الاخير ، فخالف المشتري هذا الشرط وباع السيارة الى آخر وسلمها اليه ، فحجز البائع عليها حجزاً احتياطياً وهي في يد المشتري الثاني ، ثم اقام الدعوى على المشتري الاول طالباً الحكم عليه بدفع الاقساط جميعاً وتصديق الحجز الاحتياطي ، وفي المحاكمة طلب المشتري الثاني رفع الحجز الاحتياطي عن السيارة واعطاء المدعي الحق في الحجز على الاموال الاخرى للمشتري الاول ، وقد ردت محكمة البداءة طلبه وقالت في حكمها (ان عقد البيع بين المدعي كبائع والمدعى عليه كمشتر **معلق على شرط موقف (م٢٨٦)** .... وان المدعي بهذا الشرط قد احتفظ بالملكية لنفسه الى ان يسدد ثمنها ، وبالتالي يكون تصرف المدعى عليه بيعاً للغير قد خالف الشرط ، وللمدعي حق تتبع السيارة ...) وقد صدقت محكمة التمييز الحكم بتاريخ ١٩٦١/١٢/٢٤ .

بيد ان رأي الفقه والقضاء العراقي تعرض للنقد من قبل جانب آخر في الفقه وعلى النحو الاتي :

اولاً : ان صياغة نص المادة (٥٣٤) من القانون المدني العراقي تختلف عن صياغة المادة (٤٣٠) من القانون المدني المصري ، اذ انها لم تشر الى

جواز اشتراط البائع ان يكون نقل الملكية الى المشتري **موقوفاً** على استيفاء الثمن كله ، بل نصت على جواز احتفاظ البائع بالملكية ، اذ يجب ان لا يناط تكييف الشرط الواقف بإرادة المتعاقدين ، بل يتعلق التكييف بالواقعة الشرطية ذاتها ، فاذا كانت امراً عارضاً ، كانت شرطاً مع استيفاء باقي مقومات الشرط ، والّا لا يمكن عدها شرطاً[٣١] .

اذ لا يتصور اعتبار الثمن او الوفاء بالأقساط امراً عارضاً على عقد البيع ، بل هو اثر متولد عن عقد البيع ذاته ، مما يؤكد ابتعاد هذه الصورة عن فكرة تعليق انتقال الملكية على شرط واقف ، كما ان واقعة دفع الثمن هي واقعة قانونية منوطة بإرادة المشتري ، ان شاء دفع الثمن وان شاء امتنع[٣٢] ، وفي هذه الحالة يكون الشرط الواقف معلقاً على ارادة المدين المحضة ، ومعنى ذلك ان الرابطة العقدية تعتبر منحلة منذ البداية لان المدين ان شاء حقق الشرط وان شاء جعله غير متحقق ، وحكم هذا الشرط انه باطل هو والعقد المعلق عليه[٣٣] .

ثانياً : لو كان المشرع العراقي قد اعتبر البيع مع الاحتفاظ بالملكية بيعاً معلقاً على شرط واقف ، ما كان بحاجة الى تأكيد فكرة انتقال الملكية باثر رجعي الى لحظة ابرام العقد في الفقرة الثالثة من المادة (٥٣٤) ، لان فكرة الاثر الرجعي تثبت للشرط الواقف استناداً للقواعد العامة[٣٤] .

وتجنبنا للتكرار فان جميع الانتقادات التي وجهت للشرط الواقف والتي طرحت في الفقه المصري تنطبق بدورها في التشريع العراقي نظراً لتأثر المشرع العراقي في موقفه بالمشرع المصري.

لكل تلك الاسباب لم يحظ التكييف السابق بالتأييد المطلق في الفقه والقضاء.

الفرع الثاني

بيع معلق على شرط فاسخ

تباينت الآراء التي اخذت بهذا التكييف بصدد البيع مع شرط الاحتفاظ بالملكية ، بين اعتباره بيع معلق على شرط فاسخ ، او اعتباره بيع مقترن بشرط صريح فاسخ ، وقبل الخوض في ذلك يقتضي التفريق بين الشرط الفاسخ الذي يسميه البعض (الشرط الفاسخ العادي) وبين الشرط الصريح الفاسخ .

فالشرط الفاسخ : هو امر مستقبل غير محقق الوقوع يعلق عيه زوال الالتزام وله مقومات عدة منها : ان يكون امراً عارضاً ومستقبلاً وغير محقق الوقوع ، ويؤدي تحقق الشرط الفاسخ الى زوال الالتزامات المعلقة عليه باثر رجعي ، فيعتبر الالتزام كأن لم يكن دون حاجة الى حكم او اعذار[٣٥] .

اما الشرط الصريح الفاسخ : فهو اتفاق اطراف العقد مسبقاً على ان يكون العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه دون الحاجة الى حكم او دون ان يكون للقاضي سلطة تقديرية في ذلك ، عند عدم الوفاء بالالتزامات الناشئة عنه ، ولا يقع الفسخ الا بعد اعذار المدين مالم يتفق الاطراف صراحة على الاعفاء من الاعذار[٣٦] .

يتشابه الشرط الفاسخ العادي مع الشرط الصريح الفاسخ في ان كلاً منهما يتحقق على اثر حادثة مستقبلة غير محققة الوقوع ، يترتب على تحققها فسخ العقد من تلقاء نفسه بقوة القانون ، ولا يملك القاضي سلطة

الاعتراض عليه ، ويقتصر دوره على التحقق من توافر شروط اعماله ، واذا تطلب الامر صدور حكم قضائي فانه يكون كاشفاً وليس منشئاً للفسخ[٣٧] .

اما الفرق بين الشرطين فيتمثل في امرين:

الامر الاول : ان الواقعة الشرطية في الشرط الصريح الفاسخ ذات طابع شخصي ، وتتمثل بتخلف المدين عن تنفيذ التزامه ، اما الواقعة الشرطية في الشرط الفاسخ العادي ، فهي ذات طابع موضوعي ولا علاقة لها بعدم التنفيذ[٣٨] .

الامر الثاني : فان وقوع الفسخ بموجب الشرط الصريح الفاسخ يكون بناءً على ارادة الدائن اذ ان الفسخ مكنة مقررة لمصلحته ان شاء تمسك بالفسخ ، وان شاء طلب التنفيذ العيني للالتزام ، اما في حالة الفسخ بموجب الشرط العادي ، فان العقد يعتبر مفسوخاً من تلقاء نفسه بمجرد تحقق الواقعة الشرطية ، دون ان يكون لإرادة الطرفين دخل في ذلك[٣٩] .

وبعد هذا الاستعراض الموجز للتمييز بين نوعي الشرط الفاسخ ، فسوف نبحث الآراء التي قيلت في اعتبار البيع مع الاحتفاظ بالملكية شرطاً فاسخاً عادياً، او اعتباره بيع مقترن بشرط صريح فاسخ وذلك على النحو الاتي :

اولاً : بيع معلق على شرط فاسخ

مضمون هذا الرأي ان البيع مع شرط الاحتفاظ بالملكية هو بيع معلق على شرط فاسخ ، يتمثل بعدم وفاء المشتري بالثمن في الموعد المحدد في العقد ، وطبقاً للقواعد العامة في الشرط الفاسخ فإن ملكية المبيع تنتقل الى المشتري معلقة على شرط فاسخ منذ انعقاد البيع[٤٠] ، فاذا تحقق الشرط الفاسخ وذلك بعدم وفاء المشتري بالثمن في الموعد المحدد ، فان الملكية تزول عن المشتري باثر رجعي ويعود البائع مالكاً للمبيع ، بمعنى ان الملكية تنتقل مرتين : من البائع الى المشتري ثم من المشتري الى البائع[٤١] ، ويزول البيع بقوة القانون دون الحاجة الى حكم او اعذار[٤٢] ، ويرى البعض[٤٣] ان الاثر الذي يترتب على الشرط الفاسخ يتجلى في ان يعاد المتعاقدان الى الحالة التي كانا عليها قبل ابرام التصرف ، فيجب على المشتري اعادة المبيع الى البائع ، وكذلك تزول الحقوق التي رتبها المشتري على المال المبيع ، ويتم ذلك على اعتبار ان المتصرف لم يفقد ملكية المال مطلقاً ، وهذا ما تقضي به قاعدة الاثر الرجعي للشرط الفاسخ ، فكأنما البائع لم تنتقل منه الملكية بموجب هذا الاثر ابداً .

فاذا لم يتحقق الشرط فإن المشتري يعد مالكاً من وقت البيع ، وبذلك تصح جميع تصرفاته ، كل ما هنالك ان حقه قبل تحقق الشرط كان مهدداً بالزوال[٤٤] .

الا ان هذا الرأي محل نظر ، لأنه محض افتراض لا اساس له في القواعد العامة للشرط الفاسخ ، التي تقتضي انتقال ملكية المبيع الى المشتري منذ ابرام العقد وتكون جميع تصرفاته التي يجريها على المبيع صحيحة باعتبارها صادرة من المالك.

وقد اخذت بعض احكام القضاء الفرنسي بهذا التكييف قبل صدور قانون ١٢ مايو ١٩٨٠ ، اذ حاولت التقريب بين شرط الاحتفاظ بالملكية والشرط الفاسخ المنصوص عليه في المادة (١١٨٤) الملغاة من القانون المدني الفرنسي التي كانت تنص (يعتبر الشرط الملغي مفترضاً على

الدوام في العقود المتبادلة ، وذلك في الحالة التي يمتنع فيها احد الطرفين عن تنفيذ تعهده ، في هذه الحالة لا يلغى العقد حكماً ، انما يعود للطرف الذي لم ينفذ حياله التعهد ان يختار اما ارغام الطرف الاخر على تنفيذ الاتفاق عندما يكون التنفيذ ممكناً او طلب الغاؤه مع التعويض عن العطل والضرر ، ويجب ان يطلب الالغاء من القضاء ، ويجوز ان يمنح المدعى عليه مهلة تبعاً للظروف) .

الجدير بالذكر ان المشرع الفرنسي في التعديل التشريعي الاخير الصادر بموجب المرسوم التشريعي المرقم (١٣١) في ١٠ شباط ٢٠١٦ لم يفرد احكاماً خاصة بالشرط الفاسخ وانما عالجه مع الشرط الواقف في مادة واحدة وهي المادة المرقمة (١٣٠٤) بفقراتها السبعة الخاصة بالالتزامات الشرطية (L'obligation conditionnelle) ، ولم نجد في هذا التعديل نصاً مماثلاً للمادة (١١٨٤) الملغاة ، ونستشف من ذلك ان المشرع الفرنسي اكتفى بالقواعد العامة المتعلقة بالإخلال بالعقد المنصوص عليها في المواد (١٢١٧- ١٢٣١) محاولاً بذلك تجنب التكرار.

وقد قضت محكمة النقض الفرنسية في قرار لها[٤٥] (بأن دعوى الاسترداد المؤسسة على حكم المادتين (١١٨٤) و (١٦٥٤) من القانون المدني او على شرط يستبقي البائع بمقتضاه ملكية الاشياء المبيعة لا تنتج اثرها في مواجهة جماعة الدائنين الا اذا كانت قد رفعت قبل صدور الحكم بشهر الافلاس).

يستدل من هذا القرار ان تقاعس المشتري عن دفع اقساط الثمن ، لا يخول البائع الحق في استرداد الاشياء المبيعة التي سلمها للمشتري من التفليسة ، سواء كان طلب الاسترداد مبنياً على حكم المادة (١١٨٤) او المادة (١٦٥٤) التي اجازت البيع مع شرط واقف او فاسخ او كان الطلب مبنياً على شرط الاحتفاظ بالملكية ، مما يعني ان محكمة النقض الفرنسية قد ساوت بين الاثر المترتب على الشرط الفاسخ والاثر المترتب على شرط الاحتفاظ بالملكية ، ورتبت عليهما حكم واحد .

وقد تبنت محكمة استئناف اميان (Amiens) الفرنسية صراحة هذا التكييف عندما قضت في قرار لها[٤٦] بان عقد البيع المقترن بشرط الاحتفاظ بالملكية ، عقد بات ونافذ وهو الحل الذي يتفق في رأيها مع ارادة المتعاقدين ، والتي يكشف عنها بوضوح وجود الاشياء المبيعة في حيازة المشتري وانتهت بالقول الى (ان شرط الاحتفاظ بالملكية لا يمكن الا ان يشبه بالشرط الفاسخ الذي يترتب على تحققه وفقاً لنص المادة ١١٨٣ من المجموعة المدنية الفرنسية ، زوال الالتزام واعادة الحال الى ما كان عليه ، كما لو كان هذا الالتزام لم يوجد اصلاً) .

وكذلك قامت محكمة استئناف كولمار (COLMAR) الفرنسية في قرار لها[٤٧] باستخلاص النتائج التي يؤدي اليها الشرط الفاسخ ، فقضت ان ملكية الاشياء في البيع المقترن بشرط الاحتفاظ بالملكية ، تنتقل الى المشتري معلقة على شرط فاسخ (عدم الوفاء بكل اقساط الثمن) ، ومن ثم فان هذا الاخير يتحمل تبعة هلاكها قبل تحقق الشرط الفاسخ .

ولعل الذي دفع القضاء الفرنسي الى الاخذ بتكييف الشرط الفاسخ ، اذ ان هذا التكييف هو الذي يفسر سلطات المشتري على الشيء المبيع المحتفظ بملكيته قبل دفع الثمن والمتمثلة باستعماله والتصرف فيه ، كما انه يبرر وجود المبيع في حيازة المشتري .

ويترتب على الاخذ بهذا التكييف نتائج عملية هامة تتمثل في :

١- ان الملكية تنتقل الى المشتري فور العقد معلقة على شرط فاسخ ، لذلك يعتبر المشتري مالكاً للمبيع خلال فترة التعليق ، ويترتب على ذلك ان المشتري يتحمل تبعة هلاك المبيع بقوة قاهرة قبل تحقق الشرط الفاسخ[٤٨] .

٢- ان المشتري يستطيع ممارسة جميع انواع التصرفات على المبيع خلال فترة التعليق ، باعتباره المالك له من لحظة ابرام العقد ، رغم ان حقه في ملكية المبيع مهدد بالزوال في حالة تخلفه عن الوفاء بكامل الثمن[٤٩] .

وقد تعرض الشرط الفاسخ لذات الانتقادات التي تعرض لها الشرط الواقف ، من الشك في امكانية صياغة الالتزام الرئيسي للمشتري والمتمثل بدفع الثمن ، في صورة شرط بالمعنى الدقيق لهذه الكلمة ، نظراً لكون الشرط واقعة خارجة عن ارادة الاطراف في حين ان دفع الثمن يتوقف على ارادة المشتري في حالة التنفيذ الاختياري مما يجعل منه شرطاً ارادياً محضاً وهو امر محظور قانوناً[٥٠] .

وهناك انتقادات اخرى اختص بها الشرط الفاسخ وهي :

١- ان هذا التكييف يتجافى مع جوهر شرط الاحتفاظ بالملكية ، الذي يقتضي بقاء ملكية المبيع للبائع ، فلا تنتقل ملكيته الى المشتري حتى ينفذ التزامه بدفع الثمن[٥١] ، لذا فهو لا يتفق مع ارادة الطرفين ذلك ان نقل الملكية ذاته يكون موقوفاً طبقاً للاتفاق الصريح على استيفاء الثمن[٥٢] .

٢ - يترتب على تحقق الشرط الفاسخ (عدم دفع الثمن) ان على المشتري ان يعيد ملكية المبيع الى البائع مرة اخرى ، اي ان هناك نقل ثم اعادة نقل للملكية ، وهذا يناقي الالية التي يعمل بموجبها شرط الاحتفاظ بالملكية ، والتي تقتضي وقف انتقال الملكية المبيع الى المشتري ، وهي النتيجة التي اكدتها محكمة النقض الفرنسية عندما الغت حكم محكمة استئناف كولمار (Colmar) السالف الذكر ، لان قضاء هذه المحكمة حسب تعبيرها (قد اخرج شرط الاحتفاظ بالملكية عن طبيعته ، فمثل هذا الشرط يترتب عليه وقف انتقال ملكية المبيع الى المشتري ، حتى يبادر الى وفاء الثمن المتفق عليه في عقد البيع)[٥٣] .

ونعتقد ان هذا التكييف يتيح للمشتري التصرف في المبيع المحتفظ بملكيته ، باعتبار ان الملكية قد انتقلت اليه من لحظة العقد معلقة على شرط فاسخ ، وهو امر يتنافى مع مبدأ حرية الارادة في التعاقد ، اذ ان اشتراط البائع الاحتفاظ بالملكية كان لضمان حقوقه في الثمن ، ولمنع المشتري من التصرف في المبيع

تصرف المالك ، حتى يستطيع اجبار المشتري على دفع الثمن.

ثانياً : بيع مقترن بشرط صريح فاسخ

مضمون هذا الرأي ان البيع مع شرط الاحتفاظ بالملكية هو بيع بات يقترن بشرط صريح فاسخ ، يستعمله البائع كجزاء يتمكن بموجبه من فسخ العقد في حالة اخلال المشتري بالتزامه بالوفاء بالثمن ، بمعنى اخر ان شرط الاحتفاظ بالملكية عبارة عن شرط صريح فاسخ[٥٤] . ان وجود الشرط الصريح الفاسخ في العقد لا يمنع من انعقاده باتاً صحيحاً مرتباً لآثاره كافة بما في ذلك نقل الملكية ، اذ تنتقل مباشرة من البائع الى المشتري فور العقد[٥٥] ، فاذا تخلف المشتري عن الوفاء بالثمن انفسخ البيع بناءً على رغبة البائع دون الحاجة الى حكم ، وتعود اليه ملكية المبيع ويتمكن عندئذ من طلب استرداده .

ونجد ان هذا التكييف يصلح لتبرير عدة نتائج مترتبة على شرط الاحتفاظ بالملكية وهي :

١. حق المشتري في استعمال المبيع من وقت تسلمه من البائع الى وقت حلول موعد الوفاء بالثمن .
٢. التزام البائع بتسليم المبيع الى المشتري من وقت العقد رغم عدم استيفائه للثمن ، اذ يمنح المشتري اجلاً للوفاء به ، الا ان للبائع ان يفرض عليه في الوقت نفسه قيود تتعلق باستعمال المبيع والتصرف فيه ، لغرض ضمان بقاء المبيع بحالته التي كان عليها وقت البيع تحسباً لحالة فسخ البيع .
٣. تحمل المشتري لتبعة هلاك المبيع من وقت استلامه الى وقت حلول اجل الوفاء بكامل الثمن ، نظراً الى ان تبعة الهلاك في القانون الفرنسي ترتبط بالملكية .
٤. تفسير حق البائع باختيار التنفيذ العيني ، او اختيار الفسخ مع استرداد المبيع ، اذ ان اعمال الشرط الصريح الفاسخ يكون رهناً بإرادة البائع يستعمله وفق تقديره ان شاء تمسك به وان شاء منح المشتري مهلة للوفاء .

الا ان هذا الرأي لم يسلم من الانتقادات التي وجهت اليه وهي:

١. انه يتعارض مع ارادة المتعاقدين الذين قصدا ان يكون نقل الملكية ذاته موقوف على الوفاء بكامل الثمن ، فليس من شأن هذا التكييف حفظ الملكية للبائع ، بل نقلها الى المشتري ثم اعادة نقلها للبائع في حالة الفسخ[٥٦] .
٢. ان صياغة عبارات شرط الاحتفاظ بالملكية تختلف تماماً عن صياغة الشرط الصريح الفاسخ ، اذ ان مدلول هذا الشرط يقتضي تعليق نقل الملكية على وفاء المشتري بكامل الثمن ، في حين ان الشرط الصريح الفاسخ يقتضي ان تكون صيغته قاطعة الدلالة على وقوع الفسخ حتماً ومن تلقاء نفسه بمجرد تخلف المشتري عن الوفاء بالثمن[٥٧] .
٣. ان من الصعوبة بمكان اعتبار شرط الاحتفاظ بالملكية بمثابة شرط صريح فاسخ ، لاختلاف الغرض المقصود من كل منهما[٥٨] .

اذ يبدو لنا ان الغرض من شرط الاحتفاظ بالملكية هو ضمان حق البائع في دين الثمن عند تخلف المشتري عن الوفاء به عن طريق احتفاظه بملكية المبيع ، لذا فهو يمثل خروج على القواعد العامة في انتقال الملكية ، اما الغرض من الشرط الصريح الفاسخ فهو

استبعاد سلطة القاضي التقديرية في الحكم بالفسخ واعتبار العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه بمجرد الاخلال بالالتزامات التعاقدية ، لذا فهو يشكل خروجاً على القواعد العامة في الفسخ .

وبدورنا نجد انه لا يمكن اعتبار شرط الاحتفاظ بالملكية بمثابة شرط صريح فاسخ لاختلاف احكام كل منهما عن الاخر ، فالشرط الصريح الفاسخ حتى يتحقق الفسخ بموجبه يتطلب ثبوت قيامه وعدم العدول عنه ، وعليه فان البائع اذا قبل من المشتري الوفاء المتأخر بأقساط الثمن في عقد البيع المقترن بشرط صريح فاسخ ، فان ذلك يعتبر اسقاطاً لحقه في التمسك بهذا الشرط ، ولا يستطيع المطالبة بالفسخ بموجبه بعد ذلك ونستشف هذا المبدأ من قرار[٥٩] صادر عن محكمة النقض المصرية والذي تضمن (المقرر في قضاء محكمة التمييز انه اذا تضمن العقد شرطاً صريحاً فاسخاً ، فانه يلزم حتى يفسخ العقد بقوته ان يثبت قيامه وعدم العدول عن اعماله وتحقق الشرط الموجب لسريانه ، فان كان وقوع الفسخ مرتبطاً بالتأخير في سداد قسط في الموعد المحدد وتبين ان المؤجر قد اسقط حقه في استعمال الشرط الصريح الفاسخ المقرر لصالحه عند التأخر في سداد باقي الاقساط في مواعيدها بقبوله السداد بعد هذا الموعد منبئاً بذلك عن تنازله عن اعمال الشرط الصريح الفاسخ فان تمسكه بهذا الشرط من بعد ذلك لا يعد مقبولاً) ، بينما نجد ان حق البائع في الاحتفاظ بملكية المبيع لا يسقط في حالة قبوله الوفاء المتأخر من المشتري ، بل ان حقه يبقى قائماً لحين الوفاء بكامل الثمن .

الفرع الثالث

بيع معلق فيه انتقال الملكية على شرط واقف

لقد استمر تردد موقف القضاء الفرنسي حول الطبيعة القانونية لشرط الاحتفاظ بالملكية ، بين اعتباره شرط واقف حيناً او اعتباره شرط فاسخ حيناً اخر حتى عام ١٩٧٩ حين حسمت محكمة النقض الفرنسية هذا التردد بتبنيها لفكرة الشرط الواقف ، لكنها قررت ان هذا الشرط لا يوقف العقد ذاته ، انما يعلق الالتزام بنقل الملكية فقط[٦٠] ، وهناك اختلاف واضح بين الفرضين ، فاذا كان عقد البيع ذاته معلق على شرط واقف فان ذلك يعني ان العقد لا ينعقد قبل تحقق الشرط وتكون جميع اثاره موقوفة تماماً ، فاذا لم يتم الوفاء بالثمن زال العقد باثر رجعي واسترد البائع المبيع دون الحاجة الى اي اجراء اخر، اما اذا كان نقل الملكية فقط معلق على شرط واقف ، فان البيع ينعقد صحيحاً نافذاً منتجاً لآثاره عدا نقل الملكية الذي يتراخى الى حين تحقق الشرط الواقف ، فاذا لم يتحقق لم تنتقل الملكية الى المشتري ، اما الاثار الاخرى للعقد فتستمر ويجب في هذه الحالة انهاؤها عن طريق الفسخ[٦١] .

وقد تبنت محكمة النقض الفرنسية هذا الموقف حينما فصلت في طعن عرض عليها بشأن قضية والتي عرفت فيما بعد باسم قضية (Mecarex)[٦٢] .

اذ عرض على محكمة (ستراسبورج) نزاع قضائي بشأن عقد ابرم بين شركتين لتجهيز مجموعة من المعدات بالتقسيط ، وتضمن العقد شرطاً مؤداه (ان كل المواد المباعة تبقى ملكاً للبائع حتى الوفاء الكامل للثمن من قبل المشتري) ، وقد تم تسليم كل المعدات للمشتري

ولم يتبق الا عمليات التركيب وتجربة المعدات، اذ شب حريق في معامل المشتري قضى تماماً على المعدات المحتفظ بملكيتها ، لذا طالب البائع بدفع الثمن المتبقي ، الا ان المشتري لم يرفض التسديد فحسب بل طالب البائع بالفرق بين الجزء المدفوع من الثمن ومبلغ التأمين الذي تقاضاه المشتري من المؤمن .

قضت المحكمة المذكورة طبقاً لنصوص العقد بتحمل المشتري للمخاطر والتزامه بدفع كل الثمن ، وحين تم الطعن بالحكم لدى محكمة استئناف (كولمار) فقد ايدت الحكم البدائي استناداً الى ان البيع معلق على شرط فاسخ ، وان المشتري كان مالكاً للمعدات لحظة هلاكها ويتحمل بالتالي تبعة المخاطر ويلتزم بدفع كامل الثمن ، الا ان محكمة النقض الفرنسية نقضت حكم محكمة الاستئناف وقررت ان شرط الاحتفاظ بالملكية ليس شرطاً فاسخاً ، وان محكمة استئناف (كولمار) قد اخرجت شرط الاحتفاظ بالملكية عن طبيعته ، فهو ليس شرطاً فاسخاً لعقد البيع وانما شرط يوقف انتقال الملكية حتى الدفع الكامل للثمن ، وانتهت الى القاء تبعة الهلاك على عاتق البائع والزامه برد الجزء المدفوع من اقساط الثمن مع الفوائد مطروحاً منه مقدار التعويض الذي تقاضاه المشتري من المؤمن.

وقد تبنى المشرع الفرنسي الموقف المتقدم لمحكمة النقض عند اصداره لقانون ١٢ مايو ١٩٨٠ وهو القانون المتعلق بتنظيم اثار شرط الاحتفاظ بالملكية في عقود البيع بالنسبة للغير في اطار الاجراءات الجماعية للتسوية القضائية وتصفية الاموال ، وقد نص في مادته الاولى (ان الشرط يوقف نقل الملكية على الدفع الكامل للثمن)[٦٣] ، فهذا النص يقصد صراحة اخضاع نقل الملكية لدفع الثمن وهو ليس فاسخ وقد جعله المشرع نافذاً في حق جماعة الدائنين[٦٤] .

وتستبعد الاعمال التحضيرية لهذا القانون اي تردد بخصوص طبيعة الشرط ، اذ اكّد مقرر لجنة التشريعات امام مجلس الشيوخ (M.Rudloff) على اهمية التعريف الذي تضمنه التعديل الحكومي والذي يتفق مع مضمون الحكم الصادر من الدائرة التجارية لمحكمة النقض في ٢٠ نوفمبر ١٩٧٩ في قضية (Mecarex)[٦٥] ، وبذلك فقد وجدت مشكلة الطبيعة القانونية لشرط الاحتفاظ بالملكية حلاً لها بواسطة القانون المذكور بتغليب الاتجاه القائل بالأثر الواقف لشرط الاحتفاظ بالملكية دون الاثر الفاسخ[٦٦] .

الا ان السؤال الذي يطرح في هذا المقام: هل يقتصر تطبيق القانون المذكور على حالة الشرط الذي يوقف نقل الملكية فقط ام يمتد تطبيقه الى الشرط الذي يوقف انعقاد العقد ككل على وفاء الثمن ؟

ذهب رأي في الفقه الفرنسي[٦٧] ان حكم قانون ١٢مايو١٩٨٠ يطبق حتى اذا اوقف الشرط تكوين العقد على الوفاء بكامل الثمن ، اي ان الشرط الواقف الذي يلحق العقد ذاته يدخل من باب اولى في نطاق تطبيق القانون ، لان النص لم يفرق بين ما اذا كان البيع بسيطاً او موصوفاً ، وعليه لا يستبعد من نطاق تطبيق هذا القانون الشرط الذي يوقف العقد ذاته ، لان تعليق عقد البيع على دفع الثمن يؤدي في الوقت نفسه الى تعليق انتقال الملكية.

ثم جاء المرسوم التشريعي رقم ٣٤٦-٢٠٠٦ في ٢٣ اذار ٢٠٠٦ والذي نظم شرط الاحتفاظ بالملكية في المنقولات المادية ، فنص في المادة (٢٣٦٧) انه (

يمكن الاحتفاظ بملكية المال على سبيل الضمانة بفعل بند احتفاظ بالملكية يعلق الاثر الناقل للعقد حتى الايفاء الكلي للالتزام ، وهكذا تكون الملكية المحتفظ بها والضامنة للإيفاء مقابلة للدين) ، نجد ان المشرع الفرنسي قد نص ان بند الاحتفاظ بالملكية يعلق الاثر الناقل للعقد اي الاثر الناقل للملكية ، لكن هذا النص لم يرفع الغموض عن الطبيعة القانونية للاحتفاظ بالملكية[٦٨] ، فهل يعني ذلك ان العقد ذاته معلق على شرط واقف ام نقل الملكية وحده هو المعلق على شرط واقف؟ اذ سبق ان بينا ان هناك اختلاف في الاثار المترتبة على الفرضين ، كما ان الشرط الواقف يعلق انتقال الملكية الى المشتري سواء ورد على العقد ذاته ام على نقل الملكية فقط .

ويصلح هذا التكييف وفقاً للتشريع الفرنسي في تفسير بعض النتائج المترتبة على البيع مع شرط الاحتفاظ بالملكية وهي:

اولاً : التزام البائع بتسليم المبيع الى المشتري قبل استيفاء كامل الثمن نظراً لان العقد بات وتام ومرتباً لجميع اثاره الاخرى عدا نقل الملكية .

ثانياً : حق البائع في استرداد المبيع عند تقاعس المشتري عن الوفاء بالثمن ، اذ يتيح شرط الاحتفاظ بالملكية للبائع ان يسترد المبيع من المشتري عند تخلفه عن الوفاء بالثمن بموجب المادة (٢٣٧١) من القانون المدني الفرنسي ، وكذلك في حالة اعسار او افلاس المشتري قبل دفع الثمن دون التعرض لمزاحمة الدائنين باعتباره لا يزال مالكاً للمبيع[٦٩] .

الا ان الاخذ بهذا التكييف في التشريع الفرنسي يحقق نتيجة هامة ، مؤداها تحمل البائع تبعة هلاك المبيع رغم تسليمه الى المشتري ، لأنه يظل مالكاً له لحين استيفاء الثمن[٧٠] ، لذا فان مصلحة البائع تقتضي ان يكمل شرط الاحتفاظ بالملكية بشرط صريح يخالف قاعدة هلاك الشيء على مالكه ، والتي تعتبر من القواعد المكملة في التشريع الفرنسي[٧١] اي بامكان الاطراف الاتفاق على خلافها .

وقد اخذ بهذا التكييف جانب من الفقه المصري[٧٢] وسارت محكمة النقض المصرية على نهج نظيرتها الفرنسية ، اذ قضت في قرار لها[٧٣] (ان مؤدى نص المادة (٤٣٠ /٣،١) من القانون المدني ان البيع مع الاحتفاظ بحق الملكية هو بيع بات تام وان تراخى تنفيذ الالتزام بنقل الملكية الى حين سداد كامل الثمن ، فهو ليس بيعاً موقوفاً على شرط سداد الثمن ، وانما المعلق على هذا الشرط هو انتقال الملكية فقط ومن ثم ينتج العقد كافة اثار البيع ، فاذا تم سداد كامل الثمن تحقق الشرط الموقوف عليه تنفيذ الالتزام بنقل الملكية ومن ثم انتقلت باثر رجعي من وقت البيع) .

وقد اخذ جانب من الفقه العراقي[٧٤] بهذا التكييف ، كما اتخذت محكمة التمييز العراقية موقفاً

مماثلاً لنظيرتها المصرية في قرار لها[٧٥] قضت فيه (ان اشتراط عدم تسجيل الدار حتى دفع الثمن كاملاً هو شرط واقف يعلق عليه انتقال الملكية وهذا يعني ان المحكمة تميل الى الشرط الواقف....).

ويصلح هذا التكييف طبقاً للقانونين المصري والعراقي في تفسير بعض النتائج المترتبة على شرط الاحتفاظ بالملكية وهي :

اولاً : التزام البائع بتسليم المبيع الى المشتري قبل استيفاء كامل الثمن ، وذلك استناداً الى ان

البيع منعقد ومرتباً لأثاره كافة عدا نقل الملكية ، وكذلك التزام المشتري بأداء اقساط الثمن رغم عدم انتقال الملكية اليه.

ثانياً : تحمل المشتري تبعة هلاك المبيع بقوة قاهرة قبل الايفاء بكامل الثمن ، نظراً لكون العقد منعقد وليس موقوفاً وان تبعة الهلاك تدور مع التسليم وجوداً وعدماً ، فهي تنتقل مع انتقال الحيازة لا مع انتقال الملكية[٧٦] .

ثالثاً : حق البائع في استرداد المبيع من المشتري عند تخلفه عن الوفاء بالثمن باعتباره لايزال مالكاً للمبيع ، اذ ان نقل الملكية معلق على شرط واقف .

الا ان هذا التكييف لم يسلم من الانتقاد في الفقه العراقي[٧٧] وتتمثل هذه الانتقادات في :

اولاً : ان كانت الملكية وحدها معلقة على شرط واقف ، فان ذلك يؤدي الى زوال الملكية باثر رجعي عند عدم تحقق الشرط ، ويستتبع ذلك زوال البيع ايضاً مما يعني ان الشرط الواقف يؤثر على العقد ذاته وليس فقط نقل الملكية ، فلا يمكن من الناحية النظرية والعملية الفصل بين عقد البيع ونقل الملكية ، فالملكية هي جوهر عقد البيع فان كانت معلقة على شرط واقف ، اي على امر غير محقق الوقوع فان طبيعة العقد عندئذ تكون محل شك ، كما ان المشتري ان لم تنتقل اليه الملكية ، لا يستطيع التصرف نهائياً في المبيع وحينئذ لا جدوى من بيع لا قيمة له .

ثانياً : في حالة عدم تحقق الشرط الواقف (دفع الثمن في الموعد المحدد) فان ذلك يؤدي الى عدم انتقال الملكية بصورة نهائية طبقاً لأحكام الشرط الواقف ، في حين ان الواقع يشير الى خلاف ذلك اذ يستطيع البائع ان يمنح المشتري اجلاً اضافياً للوفاء دون ان يؤدي ذلك الى زوال عقد البيع .

والجدير بالذكر انه بموجب القواعد العامة للشرط كوصف للالتزام ، فان تصرف المالك تحت شرط سواء كان واقفاً او فاسخاً لا يعتبر تصرفاً في ملك الغير ، فاذا لم يتحقق الشرط الواقف او تحقق الشرط الفاسخ ، لم يكن للمتصرف اليه الرجوع على المتصرف مادام انه قد اشترى عالماً بالشرط ، فهو من الحالات التي تخرج عن نطاق بيع ملك الغير[٧٨] .

واستناداً لما تقدم فانه رغم وجاهة الانتقادات التي وجهت لهذا التكييف الا اننا نجد ان العبارة الاخيرة من الفقرة (اولاً) محل نظر ، اذ على فرض ان تعليق انتقال الملكية على شرط واقف يؤدي بالنتيجة الى تعليق العقد ذاته على هذا الشرط ، فان ذلك لا يمنع المشتري من التصرف في المبيع قبل تحقق الشرط الواقف ، ويكون تصرفه ايضاً موصوفاً بنفس الوصف ، فينتقل حقه الى المتصرف اليه بنفس الوصف الذي يتصف به .

المطلب الثاني

بيع مضاف الى اجل واقف

ازاء الانتقادات السابقة الى تكييف الشرط سواءً كان واقفاً او فاسخاً ، ظهر رأي في الفقه[٧٩] يرجح الاجل الواقف ، ومضمون هذا التكييف ان البيع مع شرط الاحتفاظ بالملكية هو بيع مضاف الى اجل واقف ، يتفق فيه الاطراف على ارجاء تنفيذ العقد الى حين حلول الاجل وهو الموعد المحدد لدفع الثمن ، وينبغي عند حلول الاجل الوفاء بكامل الثمن ، وفي هذه الحالة فان ملكية المبيع تنتقل من البائع الى المشتري من وقت الوفاء التام بالثمن وليس باثر رجعي[٨٠] ، فهو عقد منعقد وموجود

لكنه غير نافذ ، اذ نصت المادة (١١٨٥) الملغاة من القانون المدني الفرنسي (يختلف الاجل عن الشرط في انه لا يوقف مؤقتاً التعهد انما يؤجل تنفيذه فقط) ، وقد عدلت هذه المادة بموجب المرسوم التشريعي رقم (١٣١) لسنة ٢٠١٦ فاصبح رقم المادة (١٣٠٥) والتي تنص على (الالتزام يكون الى اجل عندما يؤجل استحقاقه او يؤخر الى وقوع حدث مستقبل ومعين ، على الرغم من التاريخ فيه يكون غير مؤكد)[٨١] ، ويترتب على ذلك ان تصرفات المشتري التي يجريها على المبيع قبل الوفاء بكامل الثمن تعتبر صادرة من غير المالك ولا تنفذ في حق البائع[٨٢] وتسري عليها احكام التصرف في ملك الغير ، اذ ان سلطة التصرف منوطة بانتقال الملكية .

استند اصحاب هذا الرأي الى عدم توفر مقومات الشرط في واقعة دفع الثمن ، ذلك ان الواقعة الشرطية يجب ان تكون غير محققة الوقوع وخارجة عن ارادة الطرفين ، في حين ان واقعة دفع الثمن تعتبر اثراً ملزماً لعقد البيع[٨٣] وتعتمد على ارادة المشتري في حالة التنفيذ الاختياري او على ارادة البائع في حالة التنفيذ الجبري ، لذا فان الاحتفاظ بالملكية يكيف بانه أجل واقف اكثر مما هو شرط[٨٤] .

واضافوا ايضاً ان شرط الاحتفاظ بالملكية تكمن وظيفته في الربط التام بين نقل الملكية ودفع الثمن ، مما يجعل نقل الملكية تابعاً لدفع الثمن وذلك طبقاً لصياغة قانون ١٢ مايو ١٩٨٠ ، فالدفع يكون شرطاً للنقل ، ولكن كلمة شرط لم تستخدم فيه بمعناها القانوني ، فهي لا تعني امر مستقبل غير محقق الوقوع خارج عن ارادة الطرفين ، وانما تعني فقط ان لا يكون هناك نقل الا اذا كان هناك دفع ، كالقول ان العقد لا يكون صحيحاً الا اذا كان هناك رضا ومحل وسبب[٨٥] .

ويبدو ذلك واضحاً من خلال استعمال المشرع الفرنسي لمصطلح (clause) في المادة الاولى من قانون ١٢ مايو ١٩٨٠[٨٦] وكذلك استعمله في صياغة المادة (٢٣٦٧) من المرسوم التشريعي رقم ١٣١ لسنة٢٠١٦[٨٧] ، وهذا المصطلح يستعمل باللغة الفرنسية بمعنى (بند) في العقد يحدد او يعفي من المسؤولية او يقيد الالتزامات ، في حين انه لو اراد ان يقصد به الشرط بمعناه القانوني واقفاً كان او فاسخاً لاستعمل مصطلح (Condition) الذي استخدمه في المادة (١٣٠٤) الخاصة بالالتزامات الشرطية .

فيترتب على شرط الاحتفاظ بالملكية ان يتأخر نقل الملكية ، وكذلك تأخر دفع الثمن نتيجة الاضافة الى أجل ، فدفع الثمن في الاجل المحدد يقابله نقل الملكية في الوقت نفسه ، وفي ضوء ذلك يمكن ان يكتفى بتحديد نفس المدة لدفع الثمن ونقل الملكية ، مع الاخذ بالاعتبار المدة الاضافية التي قد تمنح الى المشتري للوفاء بالثمن ، ومن جانب البائع سيكون الامر اكثر سهولة واكثر تأكيداً بان يؤخر نقل الملكية حتى استيفاء الثمن ، لان دفع الثمن ونقل الملكية بالرغم من تأجيلهما الا انهما التزامان مؤكدان بالنسبة للطرفين[٨٨] .

الا ان هذا التكييف تعرض للنقد الشديد من قبل انصار الشرط الواقف وعلى النحو الاتي :

اولاً:- ان الاعمال التحضيرية لقانون ١٢ مايو ١٩٨٠ افصحت بوضوح ان الامر يتعلق بشرط وليس باجل[٨٩] .

ثانياً:- لا يمكن اعتبار الاحتفاظ بالملكية لحين تسديد الثمن أجل واقف ، لان الاجل أمر محقق الوقوع حتى في حالة كون تأريخه غير

محدد ، فاذا كانت واقعة دفع الثمن تعد اجلاً وبذلك تكون محققة الوقوع لما كان البائع يشعر بالحاجة الى الحماية بواسطة الاحتفاظ بالملكية[٩٠] .

وقد رد انصار الاجل على هذه الانتقادات بقولهم:

اولاً :- ان عبارات قانون ١٢ مايو ١٩٨٠ جاءت محايدة لأنها تقضي ان شرط الاحتفاظ بالملكية يوقف نقل الملكية الى ان يتم الوفاء بكامل الثمن (une clause suspendant le transfert de propriété au paiement intégral du prix) ، حقاً ان الاعمال التحضرية تكشف عن تعلق الامر بشرط وليس أجل ، الا انه ليس من المؤكد ان البرلمانيين كان لديهم ادراك بالمعنى القانوني لكلمة شرط ، فالتعبيرات التي استخدموها عادة لتصف شرط الاحتفاظ بالملكية توحي بالاعتقاد انهم يتحدثون عن الشرط بينما ينصرف تفكيرهم الى الاجل[٩١] ، فبالنسبة لهم يشترط البائع احتفاظه بالملكية حتى الوفاء بكامل الثمن ، وان الملكية لا تنتقل الى المشتري الا عندما يدفع هذا الاخير كامل الثمن ، فلو كان الامر يتعلق بشرط كان ينبغي ان تكون الصياغة على النحو الاتي : لا تنتقل الملكية الى المشتري الا اذا دفع الثمن " la propriété ne serait transfère que si il payait le prix"[٩٢] .

ثانياً : - اما بصدد الصفة غير المؤكدة للواقعة والتي تعد معياراً لتمييز الشرط عن الاجل ، فينبغي تحديد دلالة هذا المبدأ ، اذ يتطلب لوجود الشرط ان تكون الواقعة غير مؤكدة من الناحية الموضوعية ، فموت شخص معين لا يعد شرطاً لأنه امر مؤكد حتى لو كان غير معلوم التاريخ ومن ثم فهو أجل ، ولا يكفي ان يكون عدم التحقق موضوعياً ، بل ينبغي ان يكون شخصياً ايضاً من وجهة نظر طرفي العقد[٩٣] ، اذ ان الوفاء بالثمن في البيع الائتماني لا ينظر اليه كأمر احتمالي وانما هو أمر مؤكد ، فالتزام المشتري بوفاء الثمن هو التزام بسيط غير معلق على شرط ولا يؤثر في ذلك امكانية اعساره عند حلول أجل الوفاء ، فالوفاء بالثمن في البيع الائتماني مضاف الى أجل يؤخر استحقاقه[٩٤] .

وقد اخذ جانب من الفقه المصري بالأجل الواقف[٩٥] مستندين الى حجج انصار هذا التكييف ، واعتبروا ان من الخطأ تكييف شرط الاحتفاظ بالملكية بانه شرط واقف ، اذ يتعلق الامر في الواقع بمجرد أجل يترتب عليه وفقاً للصيغة المستعملة في الغالب من جانب القضاء والواقع العملي ، وقف نقل الملكية حتى دفع كامل الثمن .

الا ان هذا التكييف انتقد في الفقه المصري ومن هذه الانتقادات قول الاستاذ السنهوري (ان الاتفاق على تأخير نقل الملكية ليس اتفاقاً على أجل تنتقل بعده الملكية ، بل هو اتفاق على شرط يعلق انتقال الملكية الى حين تحققه ، ذلك ان الملكية تستعصي طبيعتها على ان تقترن بأجل ، فالأجل يجعلها مؤقتة والملكية حق دائم لا يلحقه التوقيت ، فتأخير نقل الملكية الى تمام وفاء اقساط الثمن هو تعليق لنقل الملكية على شرط وفاء الاقساط)[٩٦] .

كما ذهب رأي اخر[٩٧] انه لا يمكن تطبيق تكييف الاجل على البيع مع شرط الاحتفاظ بالملكية ، بأية حال في حالة عدم تضمين عقد

البيع ، لأي قيد على حرية المشتري في استعمال المبيع او التصرف فيه ، اذ ان الحق في التصرف يقتضي نقل الملكية الى المشتري ، وكذلك الامر بالنسبة للأشياء التي تستهلك بمجرد الاستعمال ، اذ لا يجوز للمشتري استعمالها ما لم يكن مالكاً لها ، الا اذا كنا بصدد وديعة ناقصة او عارية استهلاك ، اذ يلتزم المودع لديه او المستعير برد شيء مطابق ، كما انه لغرض تطبيق تكييف الاجل ، يجب ان يدرك طرفي العقد ان الحقوق والالتزامات المتبادلة في الفترة ما بين انعقاد البيع وحلول الاجل ، تنبع من اتفاق اخر غير البيع ، فلا يدخل حق البائع قبل المشتري ضمن حساب مبيعاته ، ولا يدخل المبيع المسلم الى المشتري في ذمته المالية ، وبدون هذا الاتفاق فان البيع لا يمكن ان يكون سوى بيع معلق على شرط فاسخ.

كما قد يتبادر الى الذهن ان هذا التكييف يصطدم ببعض الاحكام القانونية ، التي عالجت شرط الاحتفاظ بالملكية في التشريع المدني المصري ، ومنها ما ورد في الفقرة الثالثة من المادة (٤٣٠) من القانون المدني المصري التي نصت (واذا وفيت الاقساط جميعاً فان انتقال الملكية الى المشتري يعتبر مستنداً الى وقت البيع) ، ذلك ان الاجل لا يرتد باثر رجعي[٩٨] ، وان المشرع المصري لم يعط الخيار للطرفين في تحديد تاريخ انتقال الملكية ، بل جعل انتقال الملكية بحكم القانون مستنداً الى وقت البيع ، خلافاً للمشرع العراقي[٩٩] الذي جعل انتقال الملكية مستنداً الى وقت البيع كأصل عام وسمح للطرفين الاتفاق على خلاف ذلك اي انه اجاز انتقال الملكية من تاريخ وفاء الاقساط .

وقد تبنى تكييف الاجل الواقف رأي في الفقه العراقي[١٠٠] الا انه اعتبره اجل ذو طابع خاص وصاغ بشأنه بعض الحجج الاتية :

اولاً:- ان ما نصت عليه المادة (٢٩٢) من القانون المدني العراقي انه (لا يصح اقتران الملكية بأجل) وهذا يعني بحسب ظاهر النص انه لا يجوز تكييف الاحتفاظ بالملكية على انه أجل ، ويمكن تجاوز هذا المانع بالقول ان المقصود من هذا النص ان المالك لا يمكن ان يكون مالكاً على سبيل التأقيت ، اي لا يجوز ان ابيعك داري على ان تكون مالكاً لمدة سنة او سنتين ، لان الملكية كحق عيني دائم يستعصي على التأقيت ، بيد ان تراخي انتقال الملكية الى أجل معين جائز ، والدليل على ذلك ان المشرع اجاز عدم انتقالها حتى دفع الثمن ، فالأجل لا يقترن بالملكية بل بانتقالها .

ثانياً :- ان الاحتجاج على هذا التكييف بعدم سريان الاجل باثر رجعي ، يرد عليه بانه لا يوجد نص قانوني يحول دون ان يرتد الاجل باثر رجعي الى وقت ابرام العقد ، كما ان تفسير عدم رجعية الاجل يرد الى ارادة المتعاقدين ، بانصرافها الى ترتيب اثر العقد من تاريخ حلول الاجل ، على خلاف الشرط اذ لو تحققت الارادة من وقوعه لأقرت سريانه من تاريخ العقد[١٠١] ، واذا كان الامر يعود الى سلطان الارادة فبإمكانها ان تغير ايضاً في طبيعة الاجل ، خاصة وان الفقرة الثالثة من المادة (٥٣٤) مدني عراقي بعد ان نصت على انتقال الملكية من وقت البيع عادت الى القول (الا اذا وجد اتفاق على غير ذلك) .

ثالثاً:- ان دفع الثمن أمر محقق ، فاذا لم يقم المشتري بدفع الثمن فبإمكان البائع اما ان يبقي على العقد مع الاحتفاظ بالملكية ، وبذلك

يحرم المشتري من سلطة التصرف في المبيع ، واما ان يطلب فسخ البيع فيزول العقد وشروطه .

رغم هذه الحجج القيمة المذكورة اعلاه الا اننا نجد ان تكييف الاجل الواقف محل نظر للأسباب الاتية :-

اولاً :- ان القول بعدم وجود نص قانوني يحول دون ان يكون للأجل اثر رجعي ، هو قول مرجوح ، اذ ان المادة الثانية من القانون المدني العراقي تقضي (لا مساغ للاجتهاد في مورد النص) ، ولو اراد المشرع ان يكون للأجل اثر رجعي كما هو للشرط ، لاستعمل في صياغته للفقرة الاولى من المادة (٢٩٣) التي نصت (العقد المضاف الى أجل واقف ينعقد سبباً في الحال ، ولكن يتأخر وقوع حكمه الى حلول الوقت المضاف اليه) الصياغة نفسها المستعملة في الفقرة الاولى من المادة (٢٩٠) المتعلقة بالشرط والتي نصت (اذا تحقق الشرط واقفاً كان او فاسخاً ، استند اثره الى الوقت الذي تم فيه العقد الا اذا تبين من ارادة المتعاقدين او من طبيعة العقد ان وجود الالتزام او زواله يكون في الوقت الذي تحقق فيه الشرط) ، كما ان المشرع في الفقرة الثالثة من المادة (٥٣٤) قد نص على انتقال الملكية الى المشتري من وقت البيع ، الا اذا وجد اتفاق على غير ذلك ، ويترتب على ذلك ان تكييف الاجل لن ينطبق في حالة عدم وجود اتفاق على الاثر الفوري لانتقال الملكية عند الوفاء بأقساط الثمن ، مما يعني ان هذا التكييف لن يستجيب لكل المواقف.

ثانياً :- ان القواعد المقررة في الاجل كوصف للالتزام ، تقتضي ان تكون تبعة هلاك العين محل الحق المؤجل بقوة قاهرة على الدائن[١٠٢] ، فالبيع مع الاحتفاظ بالملكية وفق تكييف الاجل الواقف هو بيع مضاف الى أجل واقف وهو الموعد المحدد لدفع الثمن ، فالدائن بالثمن هو البائع مما يعني ان تبعة الهلاك ستقع عليه رغم وجود المبيع في حيازة المشتري ، وفي ذلك معارضة للقاعدة التي تربط تبعة الهلاك بالتسليم ، وهي في ذات الوقت نتيجة غير منصفة ولا تتفق مع قصد البائع في ضمان حقه من خلال الاحتفاظ بملكية المبيع دون حيازته .

المبحث الثاني

الطبيعة القانونية لشرط الاحتفاظ بالملكية باعتباره ضماناً

ان الطبيعة الاستثنائية لشرط الاحتفاظ بالملكية التي تتمثل بكونه خروج على القواعد العامة لانتقال الملكية ، دفعت الفقه الى ضرورة تأصيله وردّه الى نظام قانوني معين ، لكن هذه المحاولات الفقهية كانت تشتمل على العديد من التناقضات بسبب اعتبار الاحتفاظ بالملكية شرط او أجل ، لذا حاول البعض تأصيل شرط الاحتفاظ بالملكية بالرجوع الى الوظيفة الرئيسية له في عقد البيع الا وهي (الضمان) .

الا ان القائلين بهذا التكييف ايضاً انقسموا الى فريقين ، فمنهم من يرى انه ضمان اتفاقي ومنهم من يرى انه ضمان عيني وسنوضح ذلك في المطلبين الآتيين .

المطلب الاول

الطبيعة القانونية لشرط الاحتفاظ بالملكية باعتباره ضمان اتفاقي

ذهب رأي في الفقه[١٠٣] ان شرط الاحتفاظ بالملكية هو ضمان اتفاقي على اساس ان مصدر نشوئه هو ارادة البائع واتفاقه مع

المشتري ابتداءً على ذلك ، فهو يرى ان شرط الاحتفاظ بالملكية لا يصح ايراده الا في عقود البيع المؤجلة الثمن مستنداً في ذلك الى نص المادتين (٤٣٠) مدني مصري و(٥٣٤) مدني عراقي ، وان هذا الضمان الاتفاقي يتمثل باستخدام حق الملكية ضماناً لتنفيذ المشتري التزامه بدفع الثمن المؤجل بعد ان انتقلت اليه حيازة المبيع وما تخوله تلك الحيازة من سلطتي الاستعمال والانتفاع .

كما يرى صاحب هذا الرأي ان احتفاظ البائع بالملكية يمثل صوغاً جديداً للالتزامات المتقابلة الناشئة عن عقد البيع والمتمثلة بانتقال ملكية المبيع الى المشتري والتزام المشتري بدفع الثمن ، وافترض انه في حالة عدم قيام المشتري بدفع الثمن على الرغم من تسلمه المبيع واستعماله والانتفاع به فيحق للبائع الاحتفاظ بملكية المبيع حتى يضمن قيام المشتري بتسديد الثمن[١٠٤] .

وكذلك اعتبر ان الاحتفاظ بالملكية ضمان اتفاقي لا يخالف الاحكام العامة لعقد البيع ، ذلك ان القانون اعطى الحرية للمتعاقدين بتشديد الضمان او تخفيفه في عقد البيع وان هذا الامر خاضع لإرادتهم لان احكام الضمان العقدي ليست من النظام العام[١٠٥] ، ثم يستدرك لتعزيز رايه بالقول ان مجمل الدراسات الفقهية التي تناولت موضوع البيوع الائتمانية قد بحثت احتفاظ البائع بملكية المبيع تحت عنوان ضمانات البائع في البيوع آجلة الثمن مما يدل بصورة لا تقبل الشك بانه ضمان وهو اتفاقي لان مصدر نشوئه ارادة البائع حسب قوله[١٠٦] .

وعند التأمل في هذا الرأي نجد انه لا يخلو من الصحة اذ مما لا شك فيه ان شرط الاحتفاظ بالملكية يلعب دوراً مهماً في ضمان حق البائع في ثمن المبيع ، والضمان هو الوظيفة الرئيسية للشرط المذكور ، وهو ضمان ذو مصدر ارادي لأنه ينشأ بالاتفاق بين طرفي العقد ، كما اننا نتفق مع الرأي المذكور ان الاحتفاظ بالملكية لا يخالف الاحكام العامة لعقد البيع .

الا انه رغم وجاهة هذا الرأي فإننا نعتقد انه محل نظر للأسباب الاتية :

اولاً : ان تحديد الطبيعة القانونية لتصرف معين يعني ارجاعه الى المجموعة الحقيقية التي ينتمي اليها ، وفي التكييف المتقدم لم ينسب شرط الاحتفاظ بالملكية الى نظام قانوني معين او مجموعة معينة ، بل اقتصر الامر على نسبته الى مصدر نشوئه وهو (الاتفاق) ووظيفته في عقد البيع وهي (الضمان) ، كما انه لم يحدد نوع هذا الضمان فيما اذا كان شخصي او عيني .

ثانياً : انه ذهب الى ان شرط الاحتفاظ بالملكية لا يصح ايراده الا في عقود البيع مؤجلة الثمن مستنداً في ذلك الى نص المادتين (٤٣٠) مدني مصري و (٥٣٤) مدني عراقي ، في حين ان شرط الاحتفاظ بالملكية يمكن ان يرد في عقود اخرى غير البيع كالهبة المستترة في صورة بيع، اذ يحتفظ الواهب بملكية العين لمدة معينة يخشى فيها سوء تصرف الموهوب له فيها، كما يمكن ان يرد في عقد المقايضة او في عقد حوالة الحق هذا من جانب ومن جانب آخر، فان اقتصار المشرعين العراقي والمصري باستعمال هذا الشرط على سبيل الضمان في البيع المؤجل الثمن هو امر جوازي لطرفي العقد وليس وجوبياً ، وبذلك لا يكون استعماله فيه على سبيل الحصر وانما على سبيل المثال .

ثالثاً : ان هذا التكييف قد اعتبر شرط الاحتفاظ بالملكية من قبيل الضمان العقدي الذي يمكن الاتفاق على تخفيفه او تشديده بالاتفاق بين طرفي العقد ، في حين ان الضمان العقدي يعتبر من التزامات البائع في عقد البيع والذي يشمل ضمان العيوب الخفية وضمان التعرض والاستحقاق وهي ضمانات مقررة لمصلحة المشتري خلافاً لشرط الاحتفاظ بالملكية الذي يتقرر لمصلحة البائع .

رابعاً : ان هذا الرأي ينطوي على تناقض ، اذ انه اعتبر شرط الاحتفاظ بالملكية ضمان اتفاقي لان مصدر نشوئه هو ارادة البائع واتفاقه مع المشتري ابتداءً ، وانتهى الى القول انه ضمان اتفاقي لان مصدر نشوئه ارادة البائع .

المطلب الثاني

الطبيعة القانونية لشرط الاحتفاظ بالملكية باعتباره ضمان عيني

حاول البعض تأصيل شرط الاحتفاظ بالملكية فاعتبروه بمثابة ضمان عيني ، فهناك من رأى [١٠٧] انه رهن دون حيازة [١٠٨] ، فيما ذهب رأي آخر [١٠٩] انه حق امتياز خاص ، الا ان هذه الآراء تعرضت للانتقاد من قبل رأي في الفقه [١١٠] ، والذي استبعد فكرة الضمان العيني ابتداءً تأسيساً على ان المشتري لم يصبح مالكاً لكي يقدم ملكية المبيع ضماناً عينياً للبائع ، كما ان الضمان العيني الذي يتمثل بالرهن يستلزم اجراءات قانونية محددة لا بد من مراعاتها ، حتى ينتج ذلك الرهن اثاره ، ثم ان تطبيق احكام الرهن يخرج الاحتفاظ بالملكية خارج نطاق عقد البيع ، كما ان الامتياز يستلزم النص عليه تشريعياً ولا يوجد مثل هكذا نص .

الا اننا نعتقد ان رأي القائلين بهذا التكييف ورأي المنتقدين لهم محل نظر ، اذ انه ينطوي على خلط بين فكرة الضمان العيني وبين فكرة التأمين العيني .

ذلك ان فكرة الضمان كما يرى احد الفقهاء [١١١] تعبر عن وظيفة اقتصادية اكثر من تعبيرها عن نظام قانوني محدد ، بينما على العكس من ذلك فان فكرة التأمينات تعبر عن نظام قانوني محدد له وسائله الفنية ومميزاته الخاصة والتي تتسم بنوع من الجمود والتطور البطيء ، فقانون التأمينات سواءً كانت شخصية او عينية ، أنشئ كفرع مستقل يقوم حول انظمة اساسية كالكفالة والرهن والامتياز وحق الاختصاص ، والتي تمتاز باستعمالها للوسائل الفنية لنظرية الالتزام او للحق العيني بصفة تبعية ، فهي ليست هدفاً لأي تصرف قانوني ، وتعمل على تخويل الدائن مكنة استيفاء حقه بالأولوية على غيره من الدائنين ، وهذه الاولوية معززة في الغالب بحق التتبع .

اما فكرة الضمانات فهي اوسع بكثير من فكرة التأمينات ، اذ انها لم تنحصر في فرع معين من فروع القانون ، وانما توجد هناك انظمة قانونية في مجال الالتزامات او مجال الاموال تقوم على تحقيق وظيفة الضمان بصفة اصلية او تبعية [١١٢] .

ففي مجال الالتزامات نجد بعض القواعد التي تشكل نوع من الضمانات الفعالة كالدفع بعدم التنفيذ او المقاصة ، كما توجد انظمة مخصصة اساساً لتحقيق ضمان الدائنين ، كالدعوى المباشرة التي تسمح للدائن العادي من مباشرة حقه في الضمان العام بصفة

مباشرة على ذمة مدينه بقصد مطالبة مدين مدينه بما هو مستحق في ذمة المدين[١١٣] .

اما في مجال الاموال فقد تم توظيف الملكية لتحقيق نوع من الضمان يفوق في فعاليته التأمينات العينية التقليدية التي تراجعت فعاليتها بسبب تطور قوانين الافلاس ، لذا تعتبر الضمانات اثراً لمركز محدد او لمجموعة من الروابط او اثر لطبيعة هذه الروابط ، في حين ان التأمينات تضاف الى رابطة الالتزام وتنشا عن مصدر مختلف مستقل عن هذه الرابطة التي تعمل على ضمان الوفاء بها ، فقد يكون مصدرها القانون او القضاء او الاتفاق[١١٤] .

وفي ضوء ما تقدم فان التأمينات العينية تعتبر نوع من الضمانات ، ولكن العكس غير صحيح اذ ليس بالضرورة ان يكون كل ضمان نوع من التأمينات[١١٥] ، لذا فان شرط الاحتفاظ بالملكية يعد ضمان عيني ، باعتباره يرد على حق الملكية وهو حق عيني اصلي ، فالملكية لم تعد غاية في ذاتها فقط وانما اصبحت وسيلة لتحقيق غاية اخرى وهي الضمان[١١٦] .

وهناك من يرى[١١٧] ان هذا الضمان يتمثل في الفصل بين الجانب الملزم للبيع المتمثل بالوفاء بالثمن في الموعد المحدد ، والجانب العيني للبيع والمتمثل بالأثر الناقل للملكية ، بمعنى ان شرط الاحتفاظ بالملكية يؤدي الى تجزئة البيع الى عقد ينشئ التزامات ونقل للملكية .

الا اننا نعتقد ان هذا الرأي محل نظر ، اذ ان نقل الملكية هو جوهر عقد البيع ولا يتصور وجود بيع دون نقل ملكية ، كما ان الالتزام بدفع الثمن من الالتزامات الرئيسية لعقد البيع ، وكل ما في الامر ان شرط الاحتفاظ بالملكية يوفر الضمان لحق البائع في دين الثمن من خلال الربط التام وليس الفصل بين انتقال الملكية والوفاء بالثمن .

وهذا الضمان العيني غالباً ما يكون ذو مصدر ارادي ، اذ ان مصدر نشوئه هو اتفاق ارادتي البائع والمشتري ابتداءً على ذلك ، فهو اتفاق جوازي لطرفي العلاقة العقدية وليس امراً وجوبياً[١١٨] واحياناً قد يكون مصدره القانون في بعض التشريعات[١١٩] .

ولكن قد يثار التساؤل اذا صح اعتبار شرط الاحتفاظ بالملكية ضمان عيني فما هو تأثيره على طبيعة عقد البيع ؟ وما هي الاثار التي تترتب على هذا التكييف ؟

والاجابة عن هذا التساؤل تكون بمعرفة الالية التي يعمل بها شرط الاحتفاظ بالملكية ، فقد ذهب رأي في الفقه[١٢٠] ان الضمان الذي يحققه الشرط المذكور يتولد عن طريق التعطيل المؤقت لاهم اثر من اثار عقد البيع وهو نقل الملكية الى المشتري .

واذا اخذنا بالاعتبار هذه الالية ، نستنتج ان شرط الاحتفاظ بالملكية لا يؤثر في طبيعة عقد البيع ، فالعقد ينعقد صحيحاً باتاً بسيطاً غير موصوف ، وتترتب عليه جميع اثاره ماعدا نقل الملكية الذي يتعطل مؤقتاً لارتباطه بواقعة دفع الثمن كاملاً ، وهذا ما يفسر التزام البائع بتسليم المبيع الى المشتري قبل استيفاء كامل الثمن ، كما يفسر السلطات التي يمارسها المشتري على المبيع من استعمال واستغلال واحياناً تصرف ، اذا لم يكن هناك شرط في العقد يمنع المشتري من التصرف قبل الوفاء بكامل الثمن ، ولان القول بخلاف ذلك يؤدي الى انتفاء المصلحة التي سعى المشتري الى تحقيقها من خلال البيع بالتقسيط او بثمن مؤجل ، وكذلك يفسر تحمل المشتري لتبعة

هلاك المبيع قبل الوفاء بكامل الثمن ، اذ ان يده على المبيع تكون يد ضمان ، لأنه قبضه على سوم الشراء مع تسمية الثمن[١٢١] .

ولا يتعارض هذا التكييف مع حق البائع في استرداد المبيع في حالة تخلف المشتري عن الوفاء بالثمن ، فممارسة دعوى استرداد الشيء المبيع من طرف البائع لا يكون لها اي اثار على الالتزامات المتبادلة بين طرفي العقد ، فهذه الدعوى لا تؤدي الى فسخ عقد البيع بقوة القانون وهذا ما ذهبت اليه محكمة النقض الفرنسية في قرار لها[١٢٢] قضت فيه (ان دعوى استرداد المال المبيع مع شرط الاحتفاظ بالملكية ليست بدعوى الغاء البيع وان المقرض الذي حل محل البائع في الضمانة المتمثلة بالاحتفاظ بالملكية ليس ملزماً بإعادة المبالغ التي قبضها تنفيذاً لاتفاقية القرض الا بالقدر الذي تكون قيمة المال المسترد متجاوزة قيمة المبالغ التي ما زالت مستحقة له) .

ونجد ان هذا الحكم صحيح اذ ان شرط الاحتفاظ بالملكية لا يعتبر الية لفسخ عقد البيع ، والدليل على ذلك ان تأخر المشتري عن تسديد الثمن في الموعد المحدد لا يؤدي الى زوال عقد البيع ، ولا يمنع البائع من منح المشتري مهلة اخرى لتسديد الثمن .

وما يؤكد ذلك ان الغاية من ممارسة دعوى الاسترداد كما يذهب رأي في الفقه[١٢٣] هو حماية الدائن البائع من ضياع وزوال الشيء ، واعادة الاطراف الى الاوضاع السابقة على التعاقد على اساس حصول فسخ لاحق للعقد.

كما نجد ان هذا التكييف لا يتعارض مع الاثر الرجعي لانتقال الملكية ، اذ الهدف منه تحديد مراكز الغير في حالة تصرف المشتري في المبيع قبل الوفاء بكامل الثمن .

وكذلك لا يتعارض هذا التكييف مع الاحكام التي وردت في المادتين (٤٣٠) مدني مصري و (٥٣٤) مدني عراقي ، كما انه ينسجم مع الاحكام التي جاءت في المواد (١٠٤- ١٠٧) من قانون التجارة المصري النافذ رقم (١٧) لسنة ١٩٩٩ بخصوص عقد البيع بالتقسيط اذا كان تجارياً بالنسبة الى احد طرفيه او كليهما .

اذ يجد المتأمل لنص الفقرة الاولى من المادة (١٠٥) من قانون التجارة المصري انها اوردت حكماً خاصاً، فلم تجز الحكم بفسخ البيع اذا لم يدفع المشتري احد اقساط الثمن المتفق عليه ، اذا تبين انه قام بتنفيذ خمسة وسبعين بالمئة من التزاماته[١٢٤] وهو تطبيق لمبدأ حسن النية في تنفيذ العقود .

وكذلك نستشف من هذا النص ان عقد البيع بالتقسيط هو عقد منجز وبات وغير موصوف ، لان الفسخ انما يرد على العقود المنجزة وليس المعلقة ، ويبدو ان المشرع قد قصد عند تحديد نسبة الانجاز التضييق من حالات الفسخ لما تثيره من مشاكل عديدة .

وما يؤكد الاستنتاج المتقدم ان المشرع المصري في الفقرة الاولى من المادة (١٠٦) من القانون نفسه ، قد حمل المشتري تبعة هلاك المبيع من وقت تسليمه اليه في حالة احتفاظ البائع بالملكية[١٢٥] ، وهذا الحكم يعني بالتأكيد ان العقد غير معلق على شرط ، اذ لو كان الامر خلاف ذلك لوقعت تبعة الهلاك على البائع ، وبذلك يكون المشرع المصري في القانون التجاري قد حسم الخلاف حول طبيعة الاحتفاظ بالملكية الذي اثارته المادة (٤٣٠) من القانون المدني المصري . لكن تبقى المشكلة ان هذا التكييف لا يمكن تطبيقه على البيوع

المدنية ، اذ انه يقتصر كما اسلفنا على البيوع التجارية بالنسبة لاحد الطرفين او كلاهما .

اما على صعيد التشريع المدني الفرنسي فهناك من يرى[١٢٦] ان المشرع الفرنسي قد نظر الى شرط الاحتفاظ بالملكية على انه (تأمين عيني) من خلال المرسوم التشريعي (٣٤٦) في ٢٣ مارس ٢٠٠٦ ، اذ انه نص عليه في الكتاب الرابع من القانون المدني ، الذي جاء تحت مسمى التأمينات (suretés)[١٢٧] وفيه حاول المشرع الفرنسي جمع الاحكام القانونية المتعلقة بالتأمينات سواء كانت شخصية او عينية ، الى جانب استحداثه لتأمينات جديدة لم يكن القانون المدني الفرنسي ينظم احكامها رغم تواتر العمل بها ، كالضمان المستقل وخطاب النوايا والاحتفاظ بالملكية ، محاولة منه لمواكبة تطور نظام الائتمان والمعاملات التجارية المرتبطة به.

ويرى صاحب هذا الرأي[١٢٨] ان المشرع الفرنسي قد كرس الصفة التبعية التي يمتاز بها نظام التأمينات العينية وذلك في الفقرة الثانية من المادة (٢٣٦٧) من القانون المدني التي جاء فيها (وهكذا تكون الملكية المحتفظ بها والضامنة للإيفاء مقابلة للدين) ، فاعتبر ان الملكية الموظفة لغاية الضمان تعتبر تابعة للدين ، لكونها ترصد لضمان الوفاء بثمن المبيع .

الا ان التساؤل الذي يطرح في هذا المقام ، هل تتوفر في شرط الاحتفاظ بالملكية عناصر التأمينات العينية؟

والاجابة عن هذا التساؤل تستدعي استعراض العناصر الجوهرية للتأمينات العينية التي يمكن استخلاصها من تعريف الرهن[١٢٩] ، ثم البحث عن توفر هذه العناصر في شرط الاحتفاظ بالملكية.

وللتأمينات العينية ثلاثة عناصر جوهرية وهي :

العنصر الاول : التخصيص ، فالتامين العيني يتطلب تخصيص عين معينة لضمان دين معين ، فالتخصيص يتحقق برصد قيمة مال معين او مجموعة اموال لضمان الوفاء بالالتزام الاصلي[١٣٠]

العنصر الثاني: التبعية ، فالتامين العيني يفترض ان يكون على علاقة تبعية بالالتزام الاصلي ، فالتامين العيني لا يوجد لذاته بل لضمان الوفاء بحق آخر، وهذا ما يجعله تابعاً للحق المضمون يدور معه وجوداً وعدماً[١٣١] .

العنصر الثالث : الاولوية ، اهم ما يميز التأمينات العينية انها تمنح الدائن أولوية في استيفاء حقه مقدماً على بقية الدائنين عند حصول التزاحم فيما بينهم[١٣٢] .

وعند البحث عن مدى توفر هذه العناصر في شرط الاحتفاظ بالملكية ، نجد ان العنصر الاول وهو التخصيص غير موجود فيه ، لان المشتري لم تنتقل اليه ملكية المبيع حتى يقوم بتخصيصه لضمان دين الثمن ، وكذلك لا يتوفر العنصر الثاني في الشرط المذكور ، لأنه لا ينشأ عن مصدر مستقل عن عقد البيع ، بل يتم تضمينه في العقد الاساس وليس باستقلال عنه ، فحتى يكون شرط الاحتفاظ بالملكية تابعاً للعملية الائتمانية ينبغي ان يكون مضافاً لها ، وليس مرتبطاً بالعقد ذاته ، اي يستلزم ان يتحقق بوسيلة منفصلة ومستقلة عن العقد الاساس .

كما لا يتوفر في شرط الاحتفاظ بالملكية العنصر الثالث المتمثل بالأولوية ، لان الاولوية تفترض حصول التزاحم بين الدائنين ، بينما

يعمل شرط الاحتفاظ بالملكية على اقصاء البائع من اي تزاحم بينه وبين دائني المشتري .

رغم ذلك كله فان المشرع الفرنسي اعتبر شرط الاحتفاظ بالملكية تامين عيني ونظمه تشريعياً على هذا الاساس ، الا انه لا يمكن تطبيق التوجه الفرنسي باعتبار شرط الاحتفاظ بالملكية تأمين عيني في ظل قانوننا المدني ، للأسباب السابق ذكرها فضلاً عن اصطدامه بمبدأ حصرية التأمينات العينية وافتقار تنظيمه الى الاجراءات الشكلية التي تتطلبها التأمينات العينية .

المبحث الثالث

الطبيعة القانونية المتعددة لشرط الاحتفاظ بالملكية

بسبب الانتقادات التي تعرضت لها الاتجاهات السابقة ، ظهر اتجاه فقهي يرى صعوبة اضفاء طبيعة قانونية موحدة على البيع مع شرط الاحتفاظ بالملكية ، بسبب تعدد الصور العملية لهذا النوع من البيوع في النشاطات المدنية والتجارية ، مما يتطلب التجاوب مع مبدأ الحرية التعاقدية عند اجراء الوصف القانوني المناسب للبيع مع شرط الاحتفاظ بالملكية ، كما وان البائع يهدف من خلال احتفاظه بملكية المبيع لحين استيفاء الثمن الى تحقيق امرين هامين : **الامر الاول** : حث المشتري على دفع كامل الثمن ، من اجل تجنب ممارسة البائع لحق الاسترداد الذي يخوله استرداد المبيع من المشتري أياً كانت قيمة الاقساط المتبقية من الثمن ، **والامر الثاني** : ضمان حقه في المبيع في مواجهة دائني المشتري المعسر او المفلس ، اذ يخوله شرط الاحتفاظ بالملكية حق استرداد المبيع ، بشرط بقاءه على حالته العينية وقت الاسترداد دون مزاحمة باقي الدائنين له .

الا ان البائع من جهة اخرى لا تنصرف نيته كأصل عام ، الى وضع العقبات امام انتفاع المشتري بالمبيع او التصرف فيه ، والدليل على ذلك هو قيامه بتسليم المبيع الى المشتري رغم عدم وجود التزام على عاتقه بالتسليم قبل استيفاء كامل الثمن استناداً للقواعد العامة في البيع .

لذا فان تحديد الطبيعة القانونية للبيع مع شرط الاحتفاظ بالملكية ، يعتمد بشكل اساس على مدى احقية المشتري في استعمال المبيع والتصرف فيه ، وهذه الطبيعة قد تكون مزدوجة وقد تكون مركبة من عدة معايير .

في ضوء ما تقدم سنقسم هذا المبحث الى مطلبين ، نخصص الاول للطبيعة القانونية المزدوجة لشرط الاحتفاظ بالملكية ، ونخصص الثاني للطبيعة القانونية المركبة لشرط الاحتفاظ بالملكية .

المطلب الاول

الطبيعة القانونية المزدوجة للبيع مع شرط الاحتفاظ بالملكية

حاول بعض الفقهاء الدمج بين معيارين لتبرير الطبيعة القانونية للبيع مع شرط الاحتفاظ بالملكية ، فمنهم من جمع بين الشرط الواقف والشرط الفاسخ في تصرف واحد ، ومنهم من جمع بين الشرط الفاسخ والشرط الجزائي ، وهذا ما سيتم عرضه في الفرعين الآتيين :

الفرع الاول

بيع بشرط واقف وشرط فاسخ

حاول بعض الفقهاء[١٣٣] الدمج بين الشرط الواقف والشرط الفاسخ بالنسبة لواقعة احتفاظ البائع بملكية المبيع ، ومضمون هذا الاتجاه ان ملكية المبيع تنتقل معلقة على شرط واقف الى المشتري ، ويستبقي البائع ملكية المبيع معلقة على شرط فاسخ ، وكل من الشرط الواقف والشرط الفاسخ هنا حادث واحد وهو الوفاء بالثمن في الميعاد المحدد ، فاذا تم الوفاء انتقلت الملكية باثر رجعي الى المشتري ، وتحقق في الوقت ذاته الشرط الفاسخ وزالت الملكية عن البائع باثر رجعي ايضاً.

ورتب اصحاب هذا الرأي عليه النتائج الاتية :

اولاً : قبل تحقق الشرط يكون المشتري مالكاً للمبيع تحت شرط واقف ، ولا يمنع من وقف ملكيته ان يكون قد تسلم المبيع ، فالذي انتقل اليه بالتسليم هو الحيازة ، اما الملكية فانتقلت اليه بالبيع موقوفة ، ولكن ذلك لا يمنع المشتري من التصرف في هذه الملكية الموقوفة ، ويكون تصرفه ايضاً معلقاً على شرط واقف ، فاذا كان المبيع منقولاً وتصرف فيه المشتري لمشتر حسن النية لا يعلم ان ملكية المشتري معلقة ، تملكه المشتري الثاني تملكاً باتاً بموجب الحيازة ، فاذا افلس المشتري والشرط لايزال معلقاً ، كان الباقي من الثمن ديناً في التفليسة يزاحم فيه البائع سائر دائني المشتري ، اذ لا يكون امتياز البائع سارياً في حق التفليسة ، كما لا يستطيع البائع ان يسترد المبيع من التفليسة[١٣٤] .

ثانياً : اذا تحقق الشرط ووفى المشتري بالثمن فقد صار مالكاً للمبيع هو وثمراته منذ البداية، وزال عن البائع ملكيته للمبيع باثر رجعي[١٣٥] .

ثالثاً : اذا تخلف الشرط وتأخر المشتري عن دفع الثمن ، فان ملكية المشتري المعلقة تزول باثر رجعي وتعود الملكية باتة للبائع منذ البداية ، اذ البيع يعتبر كأن لم يكن ، ولا يحتاج البائع في ذلك الى حكم بزوال البيع ، لان تخلف الشرط الواقف وحده كاف في ذلك وفقاً للقواعد العامة المقررة في الشرط[١٣٦] .

على انه من الممكن القول بان البائع بالخيار ، فإما ان يعتبر ان الشرط الواقف قد تخلف فزال البيع ، واما ان ينفذ على اموال المشتري بالباقي من الثمن ويكون له على المبيع حق امتياز البائع ، وامكان اختياره للتنفيذ بباقي الثمن يؤسس على انه قد نزل عن الشرط وهو مقرر لمصلحته فيجوز له النزول عنه ، وقد يقال ان للبائع ان يعتبر تخلف الشرط الواقف راجعاً الى تعمد المشتري فقد امتنع عن الوفاء بالثمن ، فيكون الشرط في حكم المتحقق ويصبح البيع باتاً ويجوز للبائع ان ينفذ بالباقي من الثمن[١٣٧] ، ويكون للبائع ايضاً ان يطالب بتعويض ، وقد يكون التعويض هو الاحتفاظ بكل او بعض اقساط الثمن ، اذا وجد اتفاق على ذلك ، ويعتبر ذلك شرطاً جزائياً يخضع لسلطة القاضي التقديرية[١٣٨] .

ولعل اصحاب هذا الرأي قد استندوا على قاعدة فقهية قديمة[١٣٩] تقضي ان كلاً من الشرط الواقف والشرط الفاسخ يتضمن الاخر حتماً ، فالأمر المستقبل الذي يكون شرطاً واقفاً بالنسبة لاحد الطرفين ، يقوم بدور شرط فاسخ بالنسبة للآخر، وينتج عن ذلك ان الاتفاق على نقل الملكية اذا كان معلقاً على شرط ، فان من شانه ان ينشئ على الشيء حقي ملكية : الاول معلق على شرط واقف ، والثاني معلق على شرط فاسخ ، ولكن عندما يتحقق

الشرط او يتخلف فان احد هذين الحقين يستبعد الاخر، فالمالك تحت شرط واقف حقه غير كامل الوجود ، اما حق المالك تحت شرط فاسخ فهو كامل الوجود ولكنه مهدد بالزوال ، ومن ثم كان لهذا المالك ان يدير العين وان يتصرف فيها وان يطهر العقار المرهون ، وهو الذي يتحمل تبعة هلاك العين ، ويستطيع دائنوه ان ينفذوا بحقوقهم عليها[١٤٠] .

الجدير بالذكر ان هذه القاعدة الفقهية لم تكن مؤيدة في الفقه بحجة ان من ينقل الى غيره حقاً تحت شرط فاسخ وخاصة حق الملكية ، لا يمكن ان يجد في هذا الشرط الفاسخ نفسه سبباً تحت شرط واقف لاكتساب الملكية التي نقلها الى غيره[١٤١] .

الا ان هذا الرأي لم يسلم من النقد ، وتتمثل هذه الانتقادات الفقهية في :

اولاً : ان اقحام الشرط الواقف والشرط الفاسخ في واقعة واحدة هو امر مستحيل ، لأنه جمع بين نقيضين لاسيما وان الاحكام المتعلقة بهما والاثار القانونية المترتبة عليهما متباينة[١٤٢] .

ثانياً : ان القول بان المشتري يصبح مالكاً ولو كانت ملكية معلقة على شرط واقف ليس له سند في القانون ، اذ ان النص القانوني صريح بان نقل الملكية ذاته يكون موقوف على استيفاء الثمن هذا من جانب ، ومن جانب اخر فان المشرع لم يصرح بان الملكية تبقى للبائع معلقة على شرط فاسخ ، كما ان ارادة الافراد لم تفصح عن ذلك[١٤٣] .

ثالثاً : ان كلاً من البائع والمشتري ليس لديهما معاً من الخصائص اكثر مما هو لدى المالك العادي ، فهما معاً المالك ، والمركز القانوني للأول قد انتقص بما آل الى الثاني من سلطات ، وبذلك فان القول بفكرة ازدواج حق الملكية على نفس الشيء ليس له اي سند في الواقع او القانون[١٤٤] .

رابعاً : تضارب النتائج التي ساقها اصحاب هذا الرأي ، اذ انها جاءت متناقضة مع القواعد العامة للشرط الواقف ، فقد قضت هذه النتائج انه في حالة تخلف الشرط الواقف ، فان ذلك يؤدي الى زوال الملكية وبالتالي الى زوال البيع ، وكأنه لم يكن منذ البداية استناداً للأثر الرجعي للشرط ، ثم عادت وسمحت للبائع ان يختار التنفيذ على اموال المشتري بالباقي من الثمن ، وكأن البيع منعقد وبات ، مما يعني ان اعتبار العقد معلقاً على شرط او باتاً يكون مرهوناً بإرادة البائع ، وهو الذي يختار النتائج التي تترتب على تخلف الشرط بما يتناسب مع مصلحته ، تأسيساً على ان الشرط قد تقرر لمصلحته فيجوز له النزول عنه ، او على اساس ان للبائع ان يعتبر تخلف الشرط الواقف راجعاً الى تعمد المشتري عند امتناعه عن الوفاء بالثمن ، فيكون الشرط في حكم المتحقق ويصبح البيع باتاً ويجوز للبائع ان ينفذ بالباقي من الثمن[١٤٥] .

الا ان هناك من يرى[١٤٦] ان الاساس الذي بنيت عليه هذه النتائج محل نظر لسببين :

السبب الاول : ان التنازل عن الشرط يجب ان يحصل قبل تحققه وليس بعده ، لان فكرة الشرط الواقف تستلزم زوال الملكية بمجرد عدم تحقق الشرط ، لذلك لن يكون هناك ما يتنازل عنه البائع بعد زوال البيع ، اما **السبب الثاني**: فان القول بتخلف الشرط عند تعمد المشتري عدم دفع الثمن ، يفرغ الشرط من محتواه اذ يؤدي الى تعليق الشرط على محض ارادة المدين وهذا غير جائز ، ثم ان المدين اذا

كان قادراً على التنفيذ فالمفروض ان يجبر على ذلك ، وعند دفع الثمن حتى لو تم ذلك بالتنفيذ العيني الجبري فان الملكية سوف تنتقل .

وعلى هذا الاساس نعتقد ان هذا التكييف القانوني محل نظر للأسباب الاتية :

اولاً : وفقاً لهذا الرأي ، فان تبعة هلاك المبيع قبل تحقق الشرط الواقف سوف تقع على البائع ، رغم ان المبيع في حيازة المشتري ، وهي نتيجة تجافي فكرة العدالة التعاقدية ، اذ ان المبيع خرج من يد البائع واصبح في حيازة المشتري يستعمله وينتفع به ، فليس من العدل ان تقع على البائع تبعة الهلاك ، كما ان هذه النتيجة تتعارض مع نص القانون ، اذ ان يد المشتري على المبيع في هذه الحالة يد ضمان ، وهذا ما قضت به المادة (٥٤٨) من القانون المدني العراقي بقولها (ما يقبض على سوم الشراء مع تسمية الثمن ، اذا هلك او ضاع في يد القابض لزمه الضمان ، اما اذا لم يسم له ثمن كان امانة في يده فلا يضمن اذا هلك او ضاع دون تعد او تقصير منه) .

ثانياً : ان الاخذ بهذا الرأي يتيح للمشتري التصرف بالمبيع قبل تحقق الشرط الواقف ، بحجة ان تصرفه سيكون ايضاً معلق على شرط واقف ، وفي حالة كون المبيع منقول وتصرف به المشتري الى مشتر ثاني ، فان هذا الاخير يستطيع تملك المبيع وفق قاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية ، ومعنى ذلك ان يتعطل حق البائع في استرداد المبيع بعينه في حالة اخلال المشتري بالتزامه بالثمن ، اي تعطيل لاهم اثر من اثار شرط الاحتفاظ بالملكية وافراغ الشرط من جدواه .

ثالثاً : ان افلاس المشتري قبل تحقق الشرط يؤدي الى دخول البائع في التفليسة بدين الثمن كدائن عادي ويتعرض لمزاحمة باقي الدائنين رغم انه لا يزال مالكاً للمبيع ، وفي ذلك اضعاف للضمان الذي يحققه شرط الاحتفاظ بالملكية، في حين نجد ان التشريعات المقارنة[١٤٧] والمبادئ التي استقر عليها القضاء الفرنسي[١٤٨] ، تمنح البائع حق استرداد المبيع المحتفظ بملكيته من تفليسة المشتري .

رابعاً : ان اعطاء البائع حرية اعتبار العقد موقوفاً او باتاً من خلال اختيار طريقة اقتضاء حقه من المشتري ، يؤدي الى زعزعة استقرار المعاملات واضعاف الائتمان الذي يعتبر عصب النشاط الاقتصادي ، والسماح للبائع باستغلال ظروف المشتري وحاجته الى الحصول على البضاعة دون ان تتوفر لديه سيولة نقدية كافية لدفع الثمن فوراً ، فيتحكم البائع بالأثار المترتبة على تأخر المشتري في وفاء اقساط الثمن ، الامر الذي يؤدي الى اختلال التوازن العقدي ، ونعتقد ان ذلك بعيد تماماً عن اهداف المشرع عندما سمح بالاحتفاظ بالملكية في البيع الائتماني ، والذي اراد من خلاله خلق نوع من المرونة واليسر في التبادل الاقتصادي .

الفرع الثاني

بيع بشرط فاسخ وشرط جزائي

ذهب رأي في الفقه الفرنسي[١٤٩] ان البيوع المقترنة بشرط الاحتفاظ بالملكية يمكن ان تكون ذات طبيعة قانونية مزدوجة او ذات طبيعة قانونية مركبة ، اما بالنسبة للطبيعة المزدوجة فقد تضمنت ان البيع مع شرط الاحتفاظ بالملكية هو بيع بسيط يقترن بشرط فاسخ يتمثل بعدم الوفاء بالثمن في الميعاد

المحدد ، وشرط جزائي يتمثل باحتفاظ البائع بالفرق بين قيمة البضاعة المستردة من المشتري والمقدار المتبقي له من الثمن في ذمته ، بمعنى اخر ان للبائع في حالة تحقق الشرط الفاسخ المتمثل بعدم الوفاء بالثمن ، ان يسترد المبيع من المشتري مع احتفاظه بالأقساط المدفوعة من الثمن كشرط جزائي .

اما السلطات التي يمنحها البائع للمشتري على المبيع فتكون احدى ثلاث صور :

الصورة الاولى : ان لا يضع البائع اي قيد على حق المشتري في استعمال المبيع او التصرف فيه (سواء كان مع او بدون شرط ناقل لتبعة الهلاك)[١٥٠] .

الصورة الثانية : ان يفرض البائع على المشتري عدة التزامات حول حقه في الانتفاع دون التصرف بالمبيع ، وتتعلق هذه الالتزامات بحفظ المبيع وتمييزه ، اي الحفاظ على ذاتيته وشروط استعماله على نحو يضمن بقاءه على حالته العينية ، فضلاً عن التزام المشتري ان يحيل الى البائع الحقوق الناتجة عن اعادة بيع المبيع ، ويؤدي الاخلال باي من هذه الالتزامات شأنه شأن عدم الوفاء بالثمن الى الفسخ التلقائي للبيع[١٥١] .

الصورة الثالثة : ان يقيد البائع حق المشتري في التصرف ، وذلك بان يحظر عليه اعادة بيع الشيء قبل الوفاء بكامل الثمن ، والواقع ان المال يكون قد انتقل من ذمة البائع الى ذمة المشتري ، ولا ينازع الاول ملكية الثاني للمبيع ويقتصر الامر على ان حق المشتري في التصرف يكون موقوفاً لحين سداد الثمن ، فحق التصرف في المبيع ينتقل بذاته الى المشتري ، الا ان ممارسة هذا الحق تكون موقوفة على الوفاء بالثمن[١٥٢] .

وهناك من يرى[١٥٣] ان القيود التي يفرضها البائع الذي لم يستوف الثمن على حق المشتري في الانتفاع بالمبيع والتصرف فيه ، لا تؤثر على انتقال الملكية بل تتعلق بممارسة حق الملكية ، وان هذه القيود يجب النظر اليها على انها شروط للبيع ، فالبائع من حقه الامتناع عن تسليم المبيع طالما لم يستوف حقه في الثمن[١٥٤] ، ويجوز له ان يشترط لتسليم المبيع قبول المشتري للقيود التي يفرضها عليه بصدد سلطاته في الانتفاع والتصرف[١٥٥] .

وهناك من رتب على هذا الرأي القانوني النتائج الاتية[١٥٦] :

اولاً : يستمد المشتري حقه في الانتفاع والتصرف من عقد البيع ذاته ، اي من حقه في ملكية المبيع ، مالم ترد قيود معينة على هذا الحق لحين الوفاء بالثمن .

ثانياً : يتحمل المشتري بوصفه المالك تبعة هلاك المبيع ، وبصفة خاصة المخاطر التي يتعرض لها اثناء النقل ، ويجوز للبائع لزيادة الضمان ان يلزم المشتري بإجراء تامين على البضاعة او يقوم هو نفسه بإبرام هذا التامين .

ثالثاً : يدخل المبيع ضمن عناصر الذمة المالية للمشتري ، شانه شان البيع العادي تماماً ، ويخضع للقواعد العامة من الناحية المحاسبية والضريبية وكذلك الامر بالنسبة للبائع حيث يخرج المبيع من ذمته المالية .

رابعاً : لا يتعرض المشتري لتطبيق العقوبة المقررة لجريمة خيانة الامانة المقررة في قانون العقوبات ، في حالة تصرفه بالمبيع قبل اكمال الثمن ، مالم تتوفر الشروط العامة لتطبيق عقوبة هذه الجريمة بمخالفة الشروط التي يفرضها البائع على المشتري في ممارسة حق التصرف في المبيع .

خامساً : ان حق البائع في الاسترداد يرد على كل البضاعة التي باعها مع الاحتفاظ بملكيتها، ولا يلتزم البائع طبقاً للشرط الجزائي برد الاقساط المدفوعة من الثمن ويكون بمثابة تعويض يخضع للسلطة التقديرية للقاضي بتعديله ان كان مبالغاً فيه.

سادساً : يجب لإمكان الاحتجاج بحق الاسترداد قبل الغير ان تتوفر الشروط التي وضعها المشرع الفرنسي في قانون ١٢ مايو ١٩٨٠ ، وذلك بوجود اتفاق كتابي على شرط الاحتفاظ بالملكية قبل تسليم المبيع وبقاء البضاعة على حالتها العينية التي كانت عليها وقت البيع ، وان يقدم طلب الاسترداد خلال ثلاثة اشهر من تاريخ المباشرة بإجراءات التسوية القضائية ، اما مقدار الزيادة المتمثل في الفرق بين قيمة البضاعة المحتفظ بملكيتها والاقساط المدفوعة للبائع فإنها تدخل ضمن التفليسة .

ونعتقد ان هذا الرأي القانوني والنتائج المترتبة عليه محل نظر للأسباب الاتية :

اولاً : ان هذا التكييف اعتبرت البيع مع الاحتفاظ بالملكية بيعاً مقترناً بشرط فاسخ وشرط جزائي من جانب ، ومن جانب اخر اعتبرته بيع بسيط ، رغم ان الشرط الفاسخ يعتبر من الاوصاف المعدلة للالتزام بوجوده يكون البيع موصوفاً وليس بسيطاً .

ثانياً : من النتائج المترتبة على هذا التكييف انتقال ملكية المبيع الى المشتري ، اذ ليس من شأن القيود التي يفرضها البائع على المشتري منع انتقال ملكية المبيع ، الا ان ممارسة هذا الحق تكون موقوفة على الوفاء بالثمن ، لذا فان هذه النتيجة محل نظر لسببين :

السبب الاول : انها تتعارض مع نصوص القانون الفرنسي[١٥٧] التي قضت ان شرط الاحتفاظ بالملكية يوقف نقل الملكية الى ان يتم الوفاء بكامل الثمن .

السبب الثاني : انها هذه النتيجة تؤدي الى الخلط بين شرط الاحتفاظ بالملكية والشرط المانع من التصرف الذي لا يوقف نقل ملكية المبيع الى المشتري ولكنه يحدد سلطته في التصرف لمدة معينة وقد سبق ان بحثنا اوجه الشبه والاختلاف بينهما وتبين ان لكل منهما نظام قانوني متميز ولا موجب للخلط بينهما .

ثالثاً : تتضمن نتائج هذا التكييف تناقضات واضحة ، فهو من جانب يفيد ان المبيع يدخل في عناصر الذمة المالية للمشتري من الناحية المحاسبية والضريبية ويخرج من عناصر الذمة المالية للبائع ، ومن جانب اخر يعطي للبائع حق استرداد المبيع من تفليسة المشتري عند توافر شروط الاسترداد ، فما هو الاساس القانوني لحق البائع في استرداد مال خرج من ذمته المالية ودخل في ذمة المشتري ؟ ، وليس هذا فحسب بل ان ذلك يتعارض مع حقوق دائني المشتري الذين اعتمدوا على اساس وجود المبيع في الذمة المالية لمدينهم .

المطلب الثاني

الطبيعة القانونية المركبة لشرط الاحتفاظ بالملكية

ذهب رأي في الفقه الفرنسي[١٥٨] الى ان البيوع المقترنة بشرط الاحتفاظ بالملكية يمكن ان تكون ايضاً ذات طبيعة قانونية مركبة ، ومن اجل الاحاطة بهذا الموضوع فسنتولى بحثه في فرعين ، نخصص الاول لمضمون الطبيعة المركبة والنتائج المترتبة عليها ، ونخصص

الثاني لبيان الانتقادات التي وجهت للطبيعة المركبة لشرط الاحتفاظ بالملكية .

الفرع الاول

مضمون الطبيعة القانونية المركبة والنتائج المترتبة عليها

يذهب البعض الى ان البيع مع شرط الاحتفاظ بالملكية هو بيع مضاف الى أجل واقف مع شرط فاسخ ومقترن باتفاق مرحلي وشرط جزائي ، فهو بيع مضاف الى أجل واقف يتفق فيه الاطراف على ارجاء تنفيذ العقد الى حين حلول الاجل ، وهو الموعد المحدد لدفع الثمن ، وينبغي عند حلول الاجل الوفاء بكامل الثمن ، فتنتقل ملكية المبيع من البائع الى المشتري دون اثر رجعي ، اما الشرط الفاسخ فيتمثل بعدم الوفاء بكامل الثمن ويؤدي الى وقوع فسخ العقد بقوة القانون[١٥٩] .

والتساؤل الذي يطرح في هذا المقام كيف يمكن الجمع بين الاثر الفوري للأجل الواقف والاثر الرجعي للشرط الفاسخ في عقد واحد ؟

اذ ان هناك اختلاف جذري في الاثار المترتبة على الاجل والشرط كوصفين من اوصاف الالتزام ، فكيف يتم انعقاد العقد باثر فوري عند الوفاء بكامل الثمن ، وكيف يزول العقد باثر رجعي عند عدم الوفاء بالثمن في الموعد المحدد؟ ، فيبدو الامر كأنه جمع بين نقيضين في عقد واحد .

الا ان هناك من يحاول التخفيف من حدة هذا التناقض بالقول ، انه لا يوجد ما يمنع طرفي العقد من مخالفة تلك الاثار باتفاق صريح ، اذ يجوز لهم ترتيب او استبعاد الاثر الرجعي للوفاء أياً كان الوصف الذي يمكن اضفائه على هذه الواقعة ، اذ ان هذه المسألة لا تستوقف نظر الافراد كثيراً عند ابرام العقد ، الا ان اهميتها تكمن اساساً بالنسبة للغير الذي يرتب له المشتري حقاً على المبيع قبل دفع كامل الثمن ، وذلك بقصد تحديد حسن نيتهم[١٦٠] .

اما بالنسبة للالتزامات المتبادلة بين البائع والمشتري في الفترة قبل حلول اجل الوفاء بالثمن ، فينظمها اتفاق اضافي في هذه المرحلة ، وتتوقف الطبيعة القانونية لهذا الاتفاق على ماهية شروطه واحكامه ، فقد يلتزم المشتري بان يدفع للبائع مبالغ معينة في مواعيد محددة على سبيل الوديعة ، على ان يكون المبلغ الاخير في موعد الوفاء بكامل الثمن ، ويلتزم البائع في المقابل بتسليم المبيع الى المشتري على سبيل الوديعة (حيازة المبيع دون احقيته في استعمال المبيع او التصرف فيه) ، او على سبيل العارية (حيازة المبيع مع الحق في استعماله دون التصرف فيه) او على سبيل الاجارة (أحقية الاستعمال دون التصرف مقابل اجرة معينة) ، وقبل حلول الاجل المحدد للوفاء ليس للبائع ان يطالب باسترداد المبيع ، وليس للمشتري ان يطالب باسترداد الاقساط التي تم دفعها[١٦١] .

وبحلول الاجل المتفق عليه يتم تنفيذ الالتزامات الناتجة عن عقد البيع ، اذ يتم الوفاء بالثمن عن طريق المقاصة مع المبالغ المودعة لدى البائع ، ويتم التسليم بمجرد تبادل التراضي بين الاطراف لان المبيع يوجد سلفاً في حيازة المشتري[١٦٢] ، واذا لم يتم دفع الثمن في الموعد المحدد فيزول البيع بقوة القانون ويلتزم المشتري برد المبيع ، اما الشرط الجزائي فيتمثل باحتفاظ البائع بالأقساط التي استوفاها من الثمن على سبيل التعويض عن الاضرار التي اصابته بسبب الاخلال بالالتزام

ويكون خاضعاً بطبيعة الحال لسلطة القاضي التقديرية[١٦٣] .

ان الاخذ بهذا التكييف القانوني يفسر عدم انتقال ملكية المبيع المسلم الى المشتري سواءً كان معين بالذات او معين بالنوع ، حيث يؤدي اتفاق طرفي العقد الى ارجاء ترتيب اثار البيع الى اجل معين[١٦٤] .

ويترتب على الاخذ بهذا التكييف النتائج الاتية:

اولاً : بقاء المبيع ضمن عناصر الذمة المالية للبائع حتى حلول الاجل ودفع كامل الثمن[١٦٥] ، ويترتب على ذلك تحمل البائع لتبعة هلاك المبيع في هذه الفترة ، مالم يوجد اتفاق على خلاف ذلك ، اذ ان قاعدة تبعة الهلاك على المالك في القانون الفرنسي ، هي قاعدة مكملة وليست آمرة ويجوز الاتفاق على خلافها .

ثانياً : يتعرض المشتري لعقوبة جريمة خيانة الامانة اذا تصرف في المبيع او استعمله قبل الوفاء بكامل الثمن بطريقة تخالف الاستعمال المتفق عليه ، لان التصرف في هذه الحالة يقع خلافاً للاتفاق المرحلي الذي يحكم علاقة البائع بالمشتري ، والذي يتمثل غالباً في صورة وديعة او عارية وهي من عقود الامانة[١٦٦] .

ثالثاً : اذا لم يتم الوفاء بكامل الثمن عند حلول الاجل ، فان عقد البيع بدلاً من ترتيب اثاره كاملة بموجب احكام الاجل الواقف ، فانه ينفسخ بقوة القانون بموجب احكام الشرط الفاسخ ، الا انه يجوز ان يتضمن العقد بنداً يكون بموجبه للمشتري الحق في تحويل الاتفاق المرحلي الى بيع ، اي تحويل الوديعة او العارية الى بيع ، ويؤدي وجود مثل هذا البند الى حماية المشتري من التعرض لعقوبة جريمة خيانة الامانة في حالة تصرفه بالمبيع قبل اكمال الثمن[١٦٧] .

الفرع الثاني

الانتقادات التي وجهت للطبيعة القانونية المركبة

ان الطبيعة القانونية المركبة لشرط الاحتفاظ بالملكية كانت محلاً للانتقاد من قبل رأي في الفقه المصري[١٦٨] والذي ساق بشأنه الانتقادات الاتية :

اولاً : ان هذه التكييف ينطوي على نظام قانوني معقد من خلال التفسيرات المتقدمة ، اذا انه ليس سوى محاولة للتوفيق بين عدة نظريات وهي : الشرط الواقف لنقل الملكية ، والبيع المعلق على شرط فاسخ ، والبيع المضاف الى أجل واقف ، لذا فهو وان جمع بين مزايا تلك النظريات ، الا انه عرضة لذات الانتقادات الموجهة اليهن ، فضلاً عن الصعوبات الناجمة عن التوفيق بين تلك النظريات داخل اطار عقد واحد ، فلا يمكن اعمال اثار معينة من الشرط او الاجل واهمال اثار اخرى ، او انتقاء الاثار التي تنسجم مع مصالح طرفي العقد .

ثانياً : ان هذا التكييف قائم على عدة افتراضات ضمنية فيما يتعلق باتفاقات الاطراف ، الامر الذي يؤدي الى زيادة اعباء القاضي في محاولة التقصي عن ارادة طرفي العقد الضمنية مستعيناً بالعرف التجاري المرن والمتطور ، بصدد كل فرض على حدة للوصول الى الوصف القانوني الصحيح ، وبذلك لم يقدم هذا التكييف العون للقضاء في حل الخلافات التي تنشأ بصدد هذا النوع الواسع الانتشار من عقود البيع ، بل لا شك ان القاضي سيميل الى التفسير الضيق لأنه سيكون امام مسألة ذات طبيعة استثنائية على القواعد

العامة للبيع والقواعد العامة للإفلاس والمساواة بين الدائنين .

ثالثاً : ان هذا التكييف لا يخول المشتري الحق في التصرف ، الذي يعتبر الغاية الرئيسية من وراء التبادل التجاري ، وبذلك يكون قد سلب الفائدة التي يرجوها المشتري من الحصول على المبيع ، كما انه لا ينطبق على البيع الذي يسمح فيه البائع باستعمال المبيع القابل للاستهلاك بمجرد الاستعمال .

رابعاً : ان امكانية تطبيق هذا التكييف على البيع مع شرط الاحتفاظ بالملكية تقتضي وجود عقد يتضمن جميع تلك التفاصيل كتابة ، اذ لا يمكن افتراض وجودها دون النص عليها صراحة .

الخاتمة

بعد أن انتهينا من البحث في موضوع الطبيعة القانونية لشرط الاحتفاظ بالملكية توصلنا إلى بعض النتائج والتوصيات تتمثل بما يأتي :-

أولاً:- النتائج

١- مما سبق يتبين ان البيع مع شرط الاحتفاظ بالملكية ، ليس بيعاً معلقاً على شرط أياً كان نوعه ، فلكي نكون امام شرط حقيقي يتعين ان تكون الواقعة الشرطية غير محققة الوقوع من الناحية الموضوعية ، بيد ان عدم التحقق من حدوث الواقعة من الناحية الموضوعية لا يكفي، بل يتعين كذلك ان لا يكون طرفا الالتزام قد اعتبراه امر محقق او مؤكد الوقوع ، بمعنى اخر يجب ان يكون عدم التحقق من الواقعة موضوعياً في ذاته وشخصياً في نظر المتعاقدين ، ولذلك لا نكون ابداً امام شرط طالما لم يقصد المتعاقدان تعليق اتفاقهما على تحقيق واقعة غير محققة الوقوع ولو من وجهة نظرهما ، كما ان التزام المشتري بالوفاء بالثمن ليس امراً احتمالياً ، بل هو امر مؤكد ومحقق ولا يؤثر في ذلك احتمال اعسار او افلاس المشتري ، وبصفة عامة عدم وفاءه بالثمن ، والا لأصبحت كافة الالتزامات في البيوع الائتمانية التزامات شرطية وهذا لا يتفق مع اغراض البيع الائتماني.

٢- ان تكييف الاجل الواقف لا تستجيب لكل المواقف ، اذ انه لا ينطبق في حالة عدم وجود اتفاق بين البائع والمشتري على الاثر الفوري لانتقال الملكية عند الوفاء بكامل الثمن هذا من جانب ، ومن جانب اخر يترتب على الاخذ به ان تقع تبعة هلاك المبيع بقوة قاهرة قبل الوفاء بكامل الثمن على البائع ، رغم وجود المبيع في حيازة المشتري ، وهي نتيجة لا تتفق مع قصد البائع وتخالف قاعدة ارتباط تبعة الهلاك بالتسليم المستمدة من الفقه الاسلامي والمستقرة في التشريع العراقي .

٣- اما بخصوص تعدد الطبيعة القانونية للبيع مع شرط الاحتفاظ بالملكية ، فلم تكن سوى محاولة للتوفيق بين عدة نظريات ضمن نطاق عقد واحد ، واحتوائها على العديد من النتائج المتناقضة فضلاً عن انطوائها على نظام قانوني معقد ، يقوم على انتقاء الاثار القانونية لكل من الشرط والاجل واهمال الاثار الاخرى ، كما انها لم تقدم العون الى القضاء في حل الخلافات الناشئة عن هذا النوع من البيوع الواسع الانتشار ، بل على العكس اذ ان العمل بها يلقي على كاهل القاضي عبئ التحقق من توفر عناصر كل نظرية على حدة ، اذ ان

القاضي لا يستطيع افتراض وجود جميع هذه التفاصيل عند قيامه بعملية تكييف العقد ، بل لابد ان تكون هذه التفاصيل مثبتة كتابة من قبل طرفي العقد ، وهو امر نادر الحدوث في الواقع العملي .

٤- اما تكييف شرط الاحتفاظ بالملكية باعتباره ضمان اتفاقي ، فقد عجز عن تحديد طبيعته القانونية واقتصر على رده الى مصدر نشوئه وهو الاتفاق ووظيفته الرئيسية في عقد البيع وهي الضمان ، اما اعتباره ضمان عيني من الضمانات غير المسماة ، فقد كان اقرب الاوصاف واكثرها انسجاماً مع احكام شرط الاحتفاظ بالملكية من حيث مدى تأثيره في طبيعة عقد البيع ، الا انه كسابقه عجز عن تحديد الطبيعة القانونية ، اذ انه قائم على الدور الذي يؤديه شرط الاحتفاظ بالملكية في عقد البيع آجل او مقسط الثمن .

٥- نعتقد ان شرط الاحتفاظ بالملكية من قبيل الشرط المقترن بالعقد ، والذي يراد به (كل التزام بأمر مستقبل ممكن مشروع يضيفه المتعاقدان الى العقد المبرم بينهما بحيث يتقيد به حكم العقد تغييراً او تعديلاً او اضافة) وهذا الشرط يكون جزءً من العقد وبنداً من بنوده ، ويكون هذا الشرط صحيحاً اذا كان مما يقتضيه العقد او يلائمه او جرى به العرف والعادة او فيه منفعة لاحد المتعاقدين او كلاهما ، مالم يكن ممنوعاً او مخالفاً للنظام العام او الآداب ، اذ تنتفي صحته في هذه الحالة فسيكون باطلاً .

واستناداً لما يحققه شرط الاحتفاظ بالملكية من ضمان لحق البائع في دين الثمن ، فانه يعتبر من الشروط التي تلائم العقد لأنه يوثق استيفاء الثمن، اذ ان الشرط الملائم للعقد هو الشرط الذي لا يقتضيه العقد ولكنه يؤكد ما يجب به ويقرر حكمه معنىً كاشتراط تقديم رهن او كفيل بالثمن ، كما يمكن اعتباره من الشروط التي فيها منفعة معلومة لكلا المتعاقدين ، اذ انه يحقق مصلحة للبائع في ضمان حقه في الثمن ويحقق مصلحة للمشتري في الحصول على المبيع دون ان يكون مضطراً الى دفع الثمن كاملاً دفعة واحدة ، مما يعني انطباق معيارين من اصل اربعة للشرط المقترن بالعقد على شرط الاحتفاظ بالملكية ، ويترتب عليه تقييد انتقال ملكية المبيع الى المشتري حتى وفاءه بجميع اقساط الثمن ، اما عقد البيع فيظل عقداً بسيطاً غير موصوف منجزاً تترتب عليه جميع الاثار عدا نقل الملكية الذي تقيد بموجب الشرط ، وهذا ما يفسر وجود المبيع في حيازة المشتري ، والتزام الاخير بأداء اقساط الثمن الى البائع ، فاذا تخلف المشتري عن الوفاء بالثمن فان العقد لا ينفسخ بقوة القانون ، بل يحتاج الى اتخاذ اجراء من البائع لفسخه ، دون ان يؤثر ذلك على حق البائع في استرداد المبيع .

ثانياً : التوصيات

ان صياغة المادة (٥٣٤) من القانون المدني العراقي لم تحسم بشكل قاطع الطبيعة القانونية لشرط الاحتفاظ بالملكية ، ومن اجل رفع هذا الغموض نقترح اعادة صياغة الفقرة الاولى من المادة المذكورة لتكون كالاتي :

(اذا كان البيع مؤجل الثمن كلاً او بعضاً جاز للطرفين الاتفاق على تعطيل نقل الملكية مؤقتاً لحين استيفاء الثمن كله ولو تم تسليم المبيع) .

الهوامش

([1]) Derrida F : La clause de réserve de propriété et droit des procédures collectives,D.1980.

مشار اليه لدى د. محمد حسين منصور ، شرط الاحتفاظ بالملكية ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، الاسكندرية ، ٢٠٠٧.،ص٢٩٥

([2]) ينظر على سبيل المثال الاحكام الاتية للقضاء الفرنسي :
Réq. 21 JUILLET . 1897 .10269 , TOULOUSE 19 OCT 1960 . D . 1962,P.96, Breau – Paris . 3 JUILLET .1968, J.C.P 1969 .II.15820.
مشار اليها لدى د. محمد حسين منصور ، مرجع سابق ، ص٢٩٥ .

([3]) ينظر د. علي سيد قاسم ، شرط الاحتفاظ بالملكية ونظام الافلاس، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٩١.، بند ٢١ ، ص٢٥.

([4]) ينظر د. محمد حسين منصور ، مرجع سابق ، ص٢٩٥ .

([5]) ينظر د. صبري حمد خاطر ، الاحتفاظ بالملكية ، دراسة تأصيلية في عقد البيع ، بحث منشور في مجلة جامعة النهرين ، المجلد الرابع ، العدد الخامس ، تموز ، عام ٢٠٠٠ ، ص١٠١ .

([6]) ينظر د. محمد حسين منصور ، مرجع سابق ، الصفحة نفسها .

([7]) Article 1304-5

((Avant que la condition suspensive ne soit accomplie, le débiteur doit s'abstenir de tout acte conservatoire et attaquer les actes du débiteur accomplis en fraude de ses droits. Ce qui a été payé peut être répété tant que la condition suspensive ne s'est pas accomplie)) . ف

([8])Article 1304-6

((L'obligation devient pure et simple à compter de l'accomplissement de la condition suspensive .Toutefois, les parties peuvent prévoir que l'accomplissement de la condition rétroagira au jour du contrat. La chose, objet de l'obligation, n'en demeure pas moins aux risques du débiteur, qui en conserve l'administration et a droit aux fruits jusqu'à l'accomplissement de la condition .En cas de défaillance de la condition suspensive, l'obligation est réputée n'avoir jamais existé.)) ف

([9]) يقصد به الهلاك الناتج عن قوة قاهرة او حادث فجائي ، وليس بتعد او تقصير من البائع او المشتري.

([10]) ينظر جيروم هوييه ، المطول في القانون المدني (العقود الرئيسية الخاصة) ، المجلد الاول ، ترجمة منصور القاضي ، ط١ ، مجد المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع ، بيروت ، ٢٠٠٣ ، ص١٨٨.

([11]) قرار رقم (٣٢١ د ١٩٨٣) ، نقض تجارية ١٩ تشرين الثاني / اكتوبر ١٩٨٢ ، منشور في متن القانون المدني الفرنسي باللغة العربية ، طبعة(١٠٨) ، دالوز، فرنسا ، ٢٠٠٩، ص١٠٩٦ .

([12])Article 1304

((L'obligation est conditionnelle lorsqu'elle dépend d'un événement futur et incertain. La condition est suspensive lorsque son accomplissement rend l'obligation pure et simple. Elle est résolutoire lorsque son accomplissement entraîne l'anéantissement de l'obligation)) .

([13]) ينظر د. محمد حسين منصور، مرجع سابق ، ص٢٩٦و٢٩٧ .

([14]) المرجع السابق ، ص٢٩٧ .

([15]) ينظر د. عبد الرزاق احمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الثالث ، نظرية الالتزام بوجه عام،تنقيح المستشار احمد مدحت المراغي، منشأة المعارف،الاسكندرية، مصر،٢٠٠٤، بند (١٥) ص٢٠ .

([16]) ينظر د. محمد حسين منصور ، مرجع سابق ، ص٢٠٠ .

([17]) Art .1196(....Le transfert de propriété emporte transfert des risques de la chose).

([18]) ينظر د. انور سلطان ، العقود المسماة ، شرح عقدي البيع والمقايضة ، ط١، مطبعة دار نشر الثقافة ، الاسكندرية ، ١٩٥١ ، بند (١٥٤) ، ص١٧٢ ، وينظر كذلك المستشار انور طلبة ، المطول في شرح القانون المدني ، ط٢ ، ج٦ ، المكتب الجامعي الحديث ، الاسكندرية ،٢٠٠٦ ، ص٤٣٨ ، وايضا د. رمضان ابو السعود ، دروس في القانون المصري واللبناني ، الدار الجامعية ، بيروت ، دون سنة طبع ، ص١٧ ، وكذلك د. محمد لبيب ، شرح احكام عقد البيع ، دار النهضة العربية، القاهرة ،١٩٦١ ، ص٨٥ و٨٦ ، وينظر ايضا د. جميل الشرقاوي ، شرح العقود المدنية ، البيع والمقايضة، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٦٧

، ص١٣٧ ، وايضاً جمال الدين العطيفي ، التقنين المدني المصري ،ج٣، البيع ، دار النشر للجامعات المصرية ، القاهرة ،١٩٤٩ ، ص٢٧، وينظر كذلك عطا الله مدكور، القانون المدني ، مجموعة الاعمال التحضيرية ، ج٤ ، مطابع مدكور ، القاهرة ، ١٩٥٠ ، ص٥٠-٥١ .

(١٩) ينظر مجموعة الاعمال التحضيرية للقانون المدني المصري ، ج٤ ، مطابع مدكور ، القاهرة ، ١٩٥٠، ص٤٩ .

(٢٠) ينظر في الحالات التي تخرج عن نطاق بيع ملك الغير لدى د. السنهوري ، الوسيط ج٤، مرجع سابق ، بند (١٥٤) ، ص٢٣٤ .

(٢١) ينظر د. السنهوري ،الوسيط ، ج٤ ، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الرابع ، البيع والمقايضة، تنقيح المستشار احمد مدحت المراغي، منشأة المعارف، الاسكندرية ، مصر ،٢٠٠٤ ، بند (٩٢) ، ص١٤٧ .

(٢٢) د. نبيل ابراهيم سعد ، الملكية كوسيلة للضمان، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، ٢٠٠٧، ص٢٣.

(٢٣) الجدير بالذكر ان هناك فرقين اساسيين بين الحق المشروط والحق الاحتمالي وهما :
اولاً: يمكن تصور قيام الحق المشروط دون الشرط ، اذ ان الشرط امر عارض ، اما الحق الاحتمالي فحق بنقصه عنصر من العناصر الجوهرية حتى يكون حقاً كاملاً ، ومن ثم لا يمكن تصور هذا الحق الكامل دون هذا العنصر الجوهري .
ثانياً: اذا تحقق الشرط في الحق المشروط كان لتحققه اثر رجعي ، اما اذا استكمل الحق الاحتمالي العنصر الجوهري الذي ينقصه فيصبح حقاً كاملاً دون اثر رجعي، ومن ثم يوجد الحق الكامل من وقت استكمال العنصر الجوهري لا من وقت وجود الحق الاحتمالي . ينظر تفصيل ذلك لدى د. السنهوري ، الوسيط ج٣، بند(١٦) ص٢٢ .

(٢٤) ينظر د. نبيل ابراهيم سعد ، الضمانات غير المسماة في القانون الخاص ، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية ،٢٠٠٦ ، هامش (١) ، ص١٨٣ .

(٢٥)د. السنهوري ، الوسيط ج٣، مرجع سابق ، بند (٣) ، ص٥ .

(٢٦) ينظر د. نبيل ابراهيم سعد ، الملكية كوسيلة للضمان ، مرجع سابق ، ص٣٦ .

(٢٧) اذ تنص المادة (٢٦٧) مدني مصري (لا يكون الالتزام قائماً اذا علق على شرط واقف يجعل وجود الالتزام متوقفاً على محض ارادة الملتزم) .

(٢٨) اذ تنص المادة (٢٦٨) مدني مصري (اذا كان الالتزام معلقاً على شرط واقف ، فلا يكون نافذاً الا اذا تحقق الشرط ، اما قبل تحقق الشرط فلا يكون الالتزام قابلاً للتنفيذ القهري ، ولا للتنفيذ الاختياري على انه يجوز للدائن ان يتخذ من الاجراءات ما يحافظ به على حقه) .

(٢٩) ينظر د. عباس حسن الصراف ، شرح عقد البيع والايجار في القانون المدني العراقي ، مطبعة الاهالي ، بغداد ،١٩٥٦ ، ص١٣٢ ، وايضا د. كمال قاسم ثروت، شرح احكام عقد البيع ، دراسة مقارنة ، ط٢ ، مطبعة الرصافي ، بغداد ، ١٩٧٦ ، ص٣٤٥ ، وكذلك د. غني حسون طه ، الوجيز في العقود المسماة ، عقد البيع ، مطبعة المعارف ، بغداد ،١٩٦٩ ، ص٣٦ ، وينظر ايضا د. جعفر الفضلي ، الوجيز في عقد البيع ، مكتبة زين الحقوقية والادبية ، بيروت ، ٢٠١٣ ، ص١٠٢ ، وكذلك د، حسن علي الذنون ، شرح القانون المدني العراقي ، العقود المسماة ، عقد البيع ، مطبعة الرابطة ، بغداد ، ١٩٥٣ ، ص١٢٥ ، وايضا د. جعفر الفضلي ، البيع بالتقسيط ، بحث منشور في مجلة الرافدين للحقوق ، تصدر عن كلية القانون ، جامعة الموصل ، العدد الاول، ١٩٩٦ ، ص٤٩ .

(٣٠) قرار حكم مشار اليه لدى د. عبد المجيد الحكيم ، الموجز في شرح القانون المدني العراقي ، ج٢ ، ط٢ ، احكام الالتزام ، شركة الطبع والنشر الاهلية ، بغداد،١٩٦٧ ، هامش (١) ، ص١٥٦و١٥٧.

(٣١) ينظر د. هادي حسين الكعبي ، احتفاظ البائع بملكية المبيع ، دراسة مقارنة ، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت،٢٠١١، ص٢٥ .

(٣٢) د . عبد المجيد الحكيم ، مرجع سابق ، بند (٣٠٣) ص١٥١ .

(٣٣) ينظر د. صبري حمد خاطر ، الاحتفاظ بالملكية ، دراسة تأصيلية في عقد البيع ، بحث منشور في مجلة جامعة النهرين ، المجلد الرابع ، العدد الخامس ، تموز ، عام ٢٠٠٠ ، ص١٠٤ .

(٣٤) ينظر د. هادي حسين الكعبي ، مرجع سابق ، ص٥٠ .

(٣٥) ينظر د . السنهوري ، الوسيط ج٣ ، مرجع سابق ، بند (٣٩) ، ص٥٢ .

(٣٦) ينظر د. محمد حسين منصور ، الشرط الصريح الفاسخ، دار الجامعة الجديدة ، الاسكندرية ، مصر ، ٢٠٠٧ ، ص١٦.

(٣٧) المرجع السابق ، ص١٦ .

(٣٨) المرجع السابق ، ص١٧ .

(٣٩) المرجع سابق ، ص١٧ .

(٤٠) ينظر د. محمد حسين منصور ، شرط الاحتفاظ بالملكية ، مرجع سابق ، ص٣٠١ .

(41) Marie Jeanne Campana: Etude comparée sur la propriété utilisée comme surete,Working Paper Law, European Université Institute, Florence ,2001,p.5. Available on: http://cadmus.eui.eu/bitstream/handle/1814/166/law01-02.pdf?sequence=1

(٤٢) ينظر د. السنهوري ، الوسيط ج٣ ، مرجع سابق ، بند (٣٩) ، ص٥٢ .

(٤٣) ينظر د . نوري حمد خاطر ، الاثر الرجعي للتصرف القانوني ، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية القانون ، جامعة بغداد ، ١٩٨٦ ، ص(٢٥) ، و ينظر كذلك د. ابراهيم دسوقي ابو الليل ، البيع بالتقسيط والبيوع الائتمانية الاخرى ، مطبوعات الجامعة ، جامعة الكويت ،١٩٨٤، ص٢٢٨ .

(٤٤) د . صبري حمد خاطر ، مرجع سابق ، ص١٠٠ .

(45) Cass.civ.3 Mai 1935.S.1945,p.227

قرار حكم مشار اليه لدى د. علي سيد قاسم ، مرجع سابق ، ص٢٦ .

(46) AMIENS,10 Janv1974, R.T.D.Com.1975,p.166. ف

قرار مشار اليه لدى د. علي سيد قاسم ، مرجع سابق ، ص٢٧

(47) Colmar du 14 Oct 1977

قرار حكم مشار اليه لدى د. علي سيد قاسم ، مرجع سابق ، ص٢٧.

(48) Marie Jeanne ,op cit, p 5.

(49) Ibid. p. 5.

(٥٠) ينظر د . محمد حسين منصور ، شرط الاحتفاظ بالملكية ، مرجع سابق ، ص٣٠٢ ، وايضاً د. ابراهيم ابو الليل ، مرجع سابق ، ص٢٨١ .

(٥١) ينظر د. علي سيد قاسم ، مرجع سابق ، ص٢٩ .

(٥٢) ينظر د . محمد حسين منصور ، شرط الاحتفاظ بالملكية ، مرجع سابق ، ص٣٠٢.

(٥٣) Cass.Com.20 nov.1979,D.I.R,1979.

قرار حكم مشار اليه لدى د. علي سيد قاسم ، مرجع سابق ، ص٢١ .

(٥٤) Demoures .Y: La vente avec réserve de propriété ,R.T.D.COM,1982,P.39.

مشار اليه لدى د. محمد حسين منصور ، شرط الاحتفاظ بالملكية ، مرفجع سابق ، ص٣٠٤ .

(٥٥) مع مراعاة الافراز بالنسبة للمنقول المعين بالنوع والتسجيل بالنسبة للعقار .

(٥٦) ينظر د. محمد حسين منصور ، شرط الاحتفاظ بالملكية ، مرجع سابق ، ص٣٠٥ .

(٥٧) ينظر د. محمد حسين منصور ، الشرط الصريح الفاسخ ، مرجع سابق ، ص٥١ .

(٥٨) ينظر د. محمد حسين منصور ، شرط الاحتفاظ بالملكية، مرجع سابق ، ص٣٠٥ .

(٥٩) القرار المرقم(نقض ١١٦٧٢ لسنة ٨٢ ق- جلسة ٢٠١٣/٤/١٠) قرار منشور في المستحدث من المبادئ التي قررتها دوائر الايجارات الصادر عن المكتب الفني لمحكمة النقض المصرية،٢٠١٣ ، ص١٤و١٥ .

(٦٠) ينظر د. نبيل ابراهيم سعد ، الضمانات غير المسماة ، مرجع سابق ، ص١٨٤ .

(٦١) ينظر د . محمد حسين منصور ، شرط الاحتفاظ بالملكية، مرجع سابق ، ص٣٠٨ .

(62) Cass.com 20 nov . 1979 (Affaire Mecarex) Bull.civ,IV,NO77-15-978,Inédit cite par P. Denis Voinot, réserve de propriete,Dalloz,Paris,2008. ف

(63) .. une clause suspendant le transfert de propriété au paiement intégral du prix….. "Art (1) du la Lio No 335-80 du 12 mai 1980 .Availabl on: https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006070721 ف

(64) Marie Jeanne,Op.cit,p5. ف

(٦٥) ينظر د. نبيل ابراهيم سعد ، الملكية كوسيلة للضمان ، مرجع سابق ، ص ٣١ .

(٦٦) J.GHESTIN: Reflexions d'UN civiliste sur la clause de réserve de propriété .D. 1980.1.p.8.

مشار اليه لدى د . محمد حسين منصور ، شرط الاحتفاظ بالملكية ، مرجع سابق ، ص٣٤٠ .

(67) J.Ghestin: Reflexions d'UN civiliste sur la clause de réserve de propriété .D. 1980.1.p.17.

مشار اليه لدى د. محمد حسين منصور ، مرجع سابق ، ص٣٤٢

(68) P. Denis voinot: , réserve de propriete,Dalloz,Paris,2008 p.8.

(69) P.Denis voinot , op.cit ,p.9.

(70) Marie Jeanne ,op.cit,p.5.

(٧١) ينظر في موقف التشريع الفرنسي من تبعة الهلاك لدى د. محمد حسين منصور ، شرط الاحتفاظ بالملكية ، مرجع سابق ، ص٣٤٢ ، وكذلك د. نبيل ابراهيم سعد ، الملكية كوسيلة للضمان ، مرجع سابق ، ص٣١ .

(٧٢) ينظر د. عبد المنعم البدراوي ، عقد البيع في القانون المدني ، الطبعة الاولى ، دار الكتاب العربي ، مصر ، ١٩٥٧ ، ص٢٥٧و٢٥٨ ، وايضا د. توفيق حسن فرج ، عقد البيع والمقايضة ، المكتب المصري الحديث للطباعة والنشر ، الاسكندرية ، ١٩٧٠، ص١٨٨ ، وكذلك د. سليمان مرقس ، شرح القانون المدني ، العقود المسماة ، المجلد الاول ، عقد البيع ، ط٤، عالم الكتب ، القاهرة ،١٩٨٠، ص١١٠ ، وينظر ايضا د. حسام الدين كامل الاهواني ، عقد البيع ، ط١ ، ذات السلاسل للطباعة والنشر ، الكويت ، ١٩٨٩ ، ص٢٧٢ .

(٧٣) قرار طعن رقم ٤٦٠٩ لسنة ٦١ ق في ١٩٩٩/٧/٥ ، قرار منشور لدى د. عبد الحكم فودة ، موسوعة التعليق على القانون المدني في ضوء قضاء النقض ،ج٣ ، العقود التي تقع على الملكية ، المكتب الفني للموسوعات القانونية ، الاسكندرية ، بدون سنة طبع ، ص٣٠ .

(٧٤) ينظر د. سعيد مبارك ود. طه الملا حويش و د. صاحب عبيد الفتلاوي ، الموجز في العقود المسماة ، مكتبة السنهوري ، بغداد ، ٢٠١٢ ، ص٨٥ .

(٧٥) قرار رقم (٣٨١) لسنة ١٩٧٠ منشور في مجلة القضاء الصادرة عن نقابة المحامين العراقية ، العدد الثالث ، ١٩٧٠ ، ص٢٤٣ .

(٧٦) ينظر موقف التشريع المصري من تبعة الهلاك لدى د. السنهوري ، الوسيط ج٤ ، مرجع سابق ، بند (٣١٨)، ص٥٣٥ ، وينظر في موقف التشريع العراقي من تبعة الهلاك لدى د. حسن علي الذنون ، شرح القانون المدني العراقي ، العقود المسماة ، عقد البيع ، مطبعة الرابطة ، بغداد ، ١٩٥٣، ص١٧٨ .

(٧٧) ينظر في انتقاد هذا الاتجاه د. صبري حمد خاطر ، مرجع سابق ، ص١٠٩ .

(٧٨) ينظر د. عبد المنعم البدراوي ، مرجع سابق ، بند (٣٨٩) ص٥٧٣ ، وكذلك د. السنهوري ، الوسيط ج٤ ، مرجع سابق ، بند (١٥٤) ص٢٣٤ .

(79) Pontavice: Intérêts et limites de la clause de réserve de propriété ,R.Banque,triage a part,1982,p.122.

مشار اليه لدى د. محمد حسين منصور ، شرط الاحتفاظ بالملكية ، مرجع سابق ، ص٣١٥ ، والذي اوضح ان المؤلف عدل عن رأيه بعد صدور قرار النقض في قضية (Mecarex) السالفة الذكر .

(٨٠) ينظر د. محمد حسين منصور ، شرط الاحتفاظ بالملكية ، مرجع سابق ، ص٣١٥.

(٨١) Article 1305

" L'obligation est à terme lorsque son exigibilité est différée jusqu'à la survenance d'un événement futur et certain, encore que la date en soit incertaine "

(٨٢) اذ ان التصرف في هذه الحالة لا تشمله الاستثناءات التي تخرج عن نطاق بيع ملك الغير ، فالاستثناء لا يقاس عليه ولا يتوسع في تفسيره .

(٨٣) J.Ghestin: la clause de réserve de propriété ,Rapport de droit civil, Actualités, de droit de L'entreprise,T.12,Paris,1980 n27,p54.

(٨٤) ينظر حارث طاهر علي الدباغ ، البيع بالتقسيط ، دراسة مقارنة ، رسالة ماجستير ، كلية القانون ، جامعة الموصل ، ١٩٩٨ ، ص١١٦ .

(85) J.Ghestin:op.cit,n27,p54.

(86) Art(1)du la Lio No 335-80 du 12 mai 1980

"" …ainsi que les : marchandises; vendues avec une **clause** suspendant le transfert de propriété au paiement intégral du prix lorsque cette clause a été convenue entre les parties dans un écrit établi ,au plus tard , au moment de la livraison""

(87) Art (2367) " La propriété d'un bien peut être retenue en garantie par l'effet d'une **clause** de réserve de propriété qui suspend l'effet translatif d'un contrat jusqu'au complet paiement de l'obligation qui en constitue la contrepartie."

(88) J.Ghestin,op.cit,n27,p54.

(89) V.Millon: Rapport, Document no.1492,p.5.

مشار اليه لدى د. محمد حسين منصور ، شرط الاحتفاظ بالملكية ، مرجع سابق ، ص٣٢٠.

(٩٠) Juan, Conseils pour la rédaction d'une clause de réserve de propriété ,gaz.pal,7et 8.1980,p.3.

مشار اليه لدى د. صبري حمد خاطر ، مرجع سابق ، ص١٠٦

(91) J.Ghestin,op.cit,n24,p50.

(92) V. Millon: Rapport, Document no.1492 ,p.3.

مشار اليه لدى د. محمد حسين منصور ، شرط الاحتفاظ بالملكية ، مرجع سابق ، ص٣٢١

(93) J .Ghestin: : Réflexions d'UN civiliste sur la clause de réserve de propriété .D. 1980,no.14

مشار اليه لدى د. محمد حسين منصور ، مرجع سابق ، ص٣٢٢ .

(٩٤) ينظر د. محمد حسين منصور ، مرجع سابق ، ص٣٢٣ ، وكذلك د. ابراهيم ابو الليل ، مرجع سابق ، ص٢٨٧ .

(٩٥) ينظر د. نبيل ابراهيم سعد، الملكية كوسيلة للضمان ، مرجع سابق ، ص٣٨ . وكذلك ابراهيم ابو الليل ، مرجع سابق ، ٢٨٦ .

(٩٦) ينظر كتابه : الوسيط ج٤ ، بند (٢٣٦) ، ص٣٦ .

(٩٧) ينظر د. محمد حسين منصور ، شرط الاحتفاظ بالملكية ، مرجع سابق ، ص٣٢٢ .

(٩٨) ينظر د. السنهوري ، الوسيط ج٣ ، بند (٤٩) ، ص٧١ .

(٩٩) ينظر نص الفقرة الثالثة من المادة (٥٣٤) مدني عراقي التي سبق الاشارة اليها .

(١٠٠) ينظر د. صبري حمد خاطر ، مرجع سابق ، ص١٠٥ .

(١٠١) يذهب الاستاذ السنهوري في تفسير فكرة الاثر الرجعي للشرط ، انها تستجيب لظروف التعاقد في اكثر الاحوال وللنية المحتملة للطرفين ، ذلك ان المتعاقدين لا يعلمان وقت التعاقد ما اذا كان الشرط يتحقق او لا يتحقق ، ولو كانا يعلمان ذلك لما علقا عليه العقد ولجعلاه عقدا بسيطا منجزا ، فيمكن تفسير نيتهما انهما ارادا ان يسندا اثر العقد الى وقت التعاقد لا الى وقت تحقق الشرط وهذا الرأي يتفق مع مبدأ سلطان الارادة . ينظر كتابه : الوسيط ج٣ ، مرجع سابق ، بند (٤٢) ، ص٦٠ .

(١٠٢) ينظر د. عبد المجيد الحكيم ، مرجع سابق ، بند (٣٦٥) ، ص١٨٦ .

(١٠٣) ينظر د. هادي حسين الكعبي ، مرجع سابق ، ص٦١-٦٢ .

(١٠٤) ينظر د. هادي حسين الكعبي ، مرجع سابق ، ص٦٢ .

(١٠٥) المرجع السابق ، الصفحة نفسها .

(١٠٦) المرجع السابق ، ص٦٣ .

(107) Derrida(Fi): la clause de réserve de propriété et la droit des procédures colectires.Dalloz,sirey,1980,p.293.

مشار اليه لدى د. هادي حسين الكعبي ، مرجع سابق ، ص٦٠ .

(١٠٨) يقصد به الرهن الحيازي دون حيازة : وهو نوع من رهن المنقولات يرد على انواع معينة من المنقولات المتعلقة بالأنشطة الاقتصادية ، كالسفن والطائرات يهدف الى التوفيق بين تمويل النشاط الاقتصادي بضمان ادواته واستمراره وكفالة حق الدائن في استيفاء حقوقه ، ويتيح هذا النوع من الرهن للمدين باستغلال الشيء المرهون دون ان يتخلى عن حيازته ، ومن اجل ضمان حق الدائن فان التشريعات التي تنظمه تتطلب الكتابة ، اضافة الى شهر الرهن كأجراء جديد ينصب على المنقولات ، وتعطي للدائن حق المراقبة والتفتيش فضلا عن الجزاءات الجنائية عند اخلال المدين بالتزامات الامانة . لمزيد من التفاصيل ينظر د. منصور حاتم محسن ، رهن المنقول المادي دون حيازة (المفهوم والاثر) ، بحث منشور في مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية ، جامعة بابل ، المجلد (٩) ، العدد الاول ، السنة التاسعة ، ٢٠١٧ ، ص٤٤- ٩٨.

(١٠٩) V.Houin,not,J.C.P.A.N 14.2Avril 1980.2978.

مشار اليه لدى د. صبري حمد خاطر ، مرجع سابق، ص١٠١ .

(١١٠) ينظر د. صبري حمد خاطر ، المرجع السابق ، ص١٠١.

(١١١) ينظر د. نبيل ابراهيم سعد ، الضمانات غير المسماة ، مرجع سابق ، ص١٤-١٦ .

(١١٢) المرجع السابق ، ص١٥ .

(١١٣) ينظر د. محمد العلواني ، توظيف الملكية كضمان في عمليات الائتمان ، ط١ ، مكتبة دار الامان ، الرباط ، المغرب ، ٢٠١٢ ، ص٤١٠ .

(١١٤) ينظر د. نبيل ابراهيم سعد ، الضمانات غير المسماة ، مرجع سابق ، ص١٥ .

(١١٥) المرجع السابق ، ص١٤ .

(١١٦) المرجع السابق ، ص١٥ .

(١١٧) ينظر د. نبيل ابراهيم سعد ، الملكية كوسيلة للضمان ، مرجع سابق ، ص٥١ .

(١١٨) وهذا ما يتبين بوضوح من خلال نص المادة (٤٣٠) مدني مصري و(٥٣٤) مدني عراقي اذ تتضمن كلتاهما عبارة (جاز للبائع) .

(١١٩) مثال ذلك ما نص عليه المشرع المغربي في الظهير الشريف المؤرخ في ١٧ تموز ١٩٣٦ المتعلق ببيع السيارات بالتقسيط اذ نصت المادة السادسة منه (في بيع السيارات بالتقسيط الذي يتم حسبما سبق بيانه في الفصلين ٣و٤ اعلاه ، فان ملكية الشيء وتوابعه تبقى محفوظة للبائع الى ان يتم اداء الثمن كاملا ، حتى في حالة افلاس او اعسار المدين ، وتحت اي يد كانت السيارة) .
مشار الى موقف المشرع المغربي لدى د. محمد العلواني، مرجع سابق ، ص١٦٢ .

(١٢٠) ينظر د. محمد العلواني ، مرجع سابق ، ص٤١٤.

(١٢١) ينظر نص الفقرة الاولى من المادة (٥٤٨) مدني عراقي التي نصت (ما يقبض على سوم الشراء مع تسمية الثمن ، اذا هلك او ضاع في يد القابض لزمه الضمان ....) .

(١٢٢) قرار رقم(٢٣) ، نقض تجارية في ٢٣ كانون الثاني ٢٠٠١ ، منشور في متن القانون المدني الفرنسي باللغة العربية ، طبعة (١٠٨) ، دالوز ، فرنسا ، ٢٠٠٩، ص١٥٣٩.

(١٢٣) ينظر د. محمد العلواني ، مرجع سابق ، ص٤١٦.

(١٢٤) اذ نصت (اذا لم يدفع المشتري احد اقساط الثمن المتفق عليه فلا يجوز الحكم بفسخ البيع اذا تبين انه قام بتنفيذ خمسة وسبعين في المائة من التزاماته) .

(١٢٥) اذ نصت (اذا احتفظ البائع بملكية المبيع حتى اداء اقساط الثمن بأكملها اكتسب المشتري هذه الملكية بأداء القسط الاخير ، ويتحمل المشتري تبعة هلاك المبيع من وقت تسليمه اليه) .

(١٢٦) ينظر د. محمد العلواني ، مرجع سابق ، ص٤٥٤.

(١٢٧) تستخدم كلمة (suretés) كمصطلح قانوني في اللغة الفرنسية للدلالة على التأمينات ، فيطلق على التأمينات الشخصية كالكفالة (suretés personnelles) ويطلق على التأمينات العينية كالرهن والامتياز (suretés réelles) . ينظر خليل شيبوب ، المعجم القانوني ، مطبعة دار نشر الثقافة ، الاسكندرية، ١٩٤٩ ، ص٦٨٤ .

(١٢٨) ينظر د. محمد العلواني، مرجع سابق ، الصفحة نفسها.

(١٢٩) عرفت المادة (٢٣٣٣) من القانون المدني الفرنسي رهن المنقول المادي انه (اتفاق يعطي بمقتضاه منشئ الرهن الى الدائن حق استيفاء دينه على اموال او مجموعة من الاموال المنقولة المادية الحاضرة او المستقبلية بالأفضلية على سائر الدائنين) .

(١٣٠) ينظر د. محمد العلواني ، مرجع سابق ، ص٤٠٤.

(١٣١) المرجع السابق ، ص٤٠٥ .

(١٣٢) المرجع السابق ، ص٤٤٧ .

(١٣٣) ينظر د. السنهوري ، الوسيط ج٤ ، مرجع سابق ، بند (٩٢) ، ص١٤٦ ، وينظر ايضا المستشار انور طلبة، مرجع سابق ، ص٤٣٨ .

(١٣٤) ينظر السنهوري ، الوسيط ج٤ ، مرجع سابق ، بند (٩٢) ، ص١٤٧ .

(١٣٥) ينظر السنهوري ، الوسيط ج٤ ، مرجع سابق ، بند (٩٢) ، ص١٤٨ .

(١٣٦) المرجع السابق ، بند (٩٢) ، ص١٤٨ .

(١٣٧) المرجع السابق ، هامش رقم (٢)، الصفحة نفسها.

(١٣٨) المرجع السابق ، بند (٩٢) ، ص١٤٩ .

(١٣٩) ينظر بودري وبارد ، ج٣ (التزامات ٢) ط٣ ف٧٧٥ نقلاً عن د. عبد المجيد الحكيم ، مرجع سابق ، بند(٢٩٧) ، ص١٤٧و١٤٨ ، وينظر كذلك د. السنهوري، الوسيط ج٣ ، بند (٣١) ، ص٣٩ .

(١٤٠)د. السنهوري ، الوسيط ج٣ ، مرجع سابق، بند (٣١) ، ص٤٠

(١٤١) د. عبد المجيد الحكيم ، المرجع السابق، بند(٢٩٧) ، ص١٤٨.

(١٤٢) ينظر د. هادي حسين الكعبي ، مرجع سابق، ص٥٦ .

(١٤٣) ينظر د. نبيل ابراهيم سعد ، الملكية كوسيلة للضمان ، مرجع سابق ، ص٣٣ .

(١٤٤) المرجع السابق ، الصفحة نفسها .

(١٤٥) ينظر د. صبري حمد خاطر ، مرجع سابق ، ص١١٠ .

(١٤٦) المرجع السابق ، الصفحة نفسها .

(١٤٧) على سبيل المثال قانون ١٢ مايو ١٩٨٠ الفرنسي الذي اعطى للبائع حق استرداد المبيع المحتفظ بملكيته من تفليسة المشتري وقانون التجارة المصري النافذ رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ الذي جعل شرط الاحتفاظ بالملكية نافذا في مواجهة دائني المشتري متى كان ثابت التاريخ بالكتابة

(١٤٨) اذ قضت محكمة النقض الفرنسية في بعض قراراتها بإعطاء البائع حق استرداد المنقولات المبيعة تحت شرط الاحتفاظ بالملكية خلال ثلاثة اشهر من تاريخ نشر الحكم المفتتح للإجراءات الجماعية في مواجهة المشتري ومن هذه القرارات :

Cass.com 22 Avril 1997,Dalloz,p.126,no.93-10-114;

Cass.com 5mai 2004 ,Bull .n 81.

Available on:

https://www.courdecassation.fr/documents_traduits_2850/1593_1585_1576_1610_2852/1590_1575_19330.html

(١٤٩) Demoures.Y: La vente avec réserve de propriété ,R.T.D.COM.1982.33.p.18

مشار اليه لدى د. محمد حسين منصور ، شرط الاحتفاظ بالملكية ، مرجع سابق ، ص ٣٢٧ .

(١٥٠) ينظر د. محمد حسين منصور ، مرجع سابق ، الصفحة نفسها .

(١٥١) المرجع السابق ، الصفحة نفسها .

(١٥٢) المرجع السابق ، ص٣٢٨ .

(١٥٣) المرجع السابق ، الصفحة نفسها .

(١٥٤) ينظر نص المادة (١٦١٢) من القانون المدني الفرنسي الذي تضمن (لا يلزم البائع بتسليم الشيء المبيع اذا لم يدفع الشاري الثمن ولم يمنحه البائع مهلة للدفع) ، وكذلك نصت المادة (٤٥٩) من القانون المدني المصري (اذا كان الثمن كله او بعضه مستحق الدفع في الحال فللبائع ان يحبس المبيع حتى يستوفي ما هو مستحق له ولو قدم المشتري رهنا او كفالة هذا مالم يمنح البائع المشتري اجلا بعد البيع) وكذلك نصت المادة (٥٣٦) مدني عراقي (على البائع ان يسلم المبيع وتوابعه الى المشتري عند نقده الثمن ، ولو شرط اخذ المبيع في وقت معين قبل نقده الثمن للبائع جاز) .

(١٥٥) ينظر د. محمد حسين منصور ، شرط الاحتفاظ بالملكية ، مرجع سابق ، ص٣٢٨ .

(١٥٦) ينظر في عرض نتائج هذا التكييف د. محمد حسين منصور ، مرجع سابق ، ص٣٢٨ – ٣٣٠ .

(١٥٧) ينظر نص المادة (٢٣٦٧) مدني فرنسي وكذلك المادة الاولى من قانون ١٢ مايو ١٩٨٠ التي سبق الاشارة اليها .

(158) Demoures .Y: La vente avec réserve de propriété ,R.T.D.COM.1982.33,n7

مشار اليه لدى د. محمد حسين منصور ، شرط الاحتفاظ بالملكية مرجع سابق ، ص ٣٢٧ .

(159) Demoures.Y: La vente avec réserve de propriété R.T.D.COM.1982.33,n7

مشار اليه لدى د. محمد حسين منصور ، شرط الاحتفاظ بالملكية ، مرجع سابق ، ص٣٢٧ .

(١٦٠) ينظر د. نبيل ابراهيم سعد ، الضمانات غير المسماة ، مرجع سابق ، ص١٨٩ .

(١٦١) ينظر د. محمد حسين منصور ، شرط الاحتفاظ بالملكية ، مرجع سابق ، ص٣١٦.

(١٦٢) وهذا ما يسمى بالتسليم الحكمي ، ينظر نص الفقرة الثانية من المادة (٤٣٥) مدني مصري التي قضت (يجوز ان يتم التسليم بمجرد تراضي المتعاقدين اذا كان المبيع في حيازة المشتري قبل البيع ....) ، وكذلك نص المادة (٥٣٩) مدني عراقي بقولها (اذا كانت العين المبيعة موجودة تحت يد المشتري قبل البيع ، فاشتراها من المالك فلا حاجة الى قبض جديد سواء كانت يد المشتري يد ضمان او يد امانة) .

(١٦٣) ينظر د. محمد حسين منصور ، مرجع سابق ، ص٣١٧ .

(١٦٤) ينظر د. محمد حسين منصور ، شرط الاحتفاظ بالملكية، مرجع سابق ، ص٣١٧ .

(١٦٥) المرجع السابق ، ص٣٣١ .

(١٦٦) المرجع السابق ، ص٣٣٢ .

(١٦٧) المرجع السابق ، الصفحة نفسها .

(١٦٨) المرجع السابق ، ص٣٣٢ – ٣٣٥ .

المصادر والمراجع

اولا : الكتب باللغة العربية

١- د. ابراهيم دسوقي ابو الليل ، البيع بالتقسيط والبيوع الائتمانية الاخرى ، مطبوعات الجامعة ، جامعة الكويت ،١٩٨٤.

٢- د. انور سلطان ، العقود المسماة ، شرح عقدي البيع والمقايضة ، ط١ ، مطبعة دار نشر الثقافة ، الاسكندرية ، ١٩٥١ .

٣- المستشار انور طلبة ،المطول في شرح القانون المدني ج٦، ط٢ ،المكتب الجامعي الحديث ، الاسكندرية ، ٢٠٠٦ .

٤- د. توفيق حسن فرج ، عقد البيع والمقايضة، المكتب المصري الحديث للطباعة والنشر ، الاسكندرية ، ١٩٧٠.

٥- د. جعفر محمد جواد الفضلي ، الوجيز في عقد البيع ، مكتبة زين الحقوقية والادبية ، بيروت ٢٠١٣.

٦- د. جمال الدين العطيفي ، التقنين المدني المصري ، ج٣ ، البيع ، دار النشر للجامعات المصرية ، القاهرة ، ١٩٤٩ .

٧- د. جميل الشرقاوي ، شرح العقود المدنية ، البيع والمقايضة ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٦٧.

٨- جيروم هوييه ، المطول في القانون المدني (العقود الرئيسية الخاصة) ، المجلد الاول ، ترجمة منصور القاضي ، ط١ ، مجد المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع ، بيروت ، ٢٠٠٣.

٩- د. حسن علي الذنون ، شرح القانون المدني العراقي ، العقود المسماة ، عقد البيع ، مطبعة الرابطة ، بغداد ، ١٩٥٣.

١٠- د. حسام الدين كامل الاهواني ، عقد البيع ، ط١ ، ذات السلاسل للطباعة والنشر ، الكويت ، ١٩٨٩.

١١- خليل شيبوب ، المعجم القانوني ، مطبعة دار نشر الثقافة ، الاسكندرية ، ١٩٤٩.

١٢- د. رمضان ابو السعود ، دروس في القانون المصري واللبناني ، الدار الجامعية ، بيروت، دون سنة طبع.

١٣- د. سعيد مبارك ود. طه الملا حويش و د. صاحب عبيد الفتلاوي ، الموجز في العقود المسماة ، مكتبة السنهوري ، بغداد ، ٢٠١٢

١٤- د. سليمان مرقس ، شرح القانون المدني ، العقود المسماة ، المجلد الاول ، عقد البيع ، ط٤، عالم الكتب ، القاهرة ، ١٩٨٠ .

١٥- د. عباس حسن الصراف ، شرح عقد البيع والايجار في القانون المدني العراقي ، مطبعة الاهالي ، بغداد ،١٩٥٦.

١٦- د. عبد الرزاق احمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الثالث ، البيع والمقايضة ، تنقيح المستشار احمد مدحت المراغي، منشأة المعارف ،الاسكندرية ، مصر ،٢٠٠٤ .

١٧- د. عبد الرزاق احمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الرابع ، البيع والمقايضة ، تنقيح المستشار احمد مدحت المراغي، منشأة المعارف ،الاسكندرية ، مصر ،٢٠٠٤ .

١٨- د. عبد الرزاق احمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الثامن ، البيع والمقايضة ، تنقيح المستشار احمد مدحت المراغي، منشأة المعارف ،الاسكندرية، مصر ،٢٠٠٤ .

١٩- د. عبد المجيد الحكيم ، الموجز في شرح القانون المدني العراقي ، ج٢ ، ط٢ ، احكام الالتزام ، شركة الطبع والنشر الاهلية ، بغداد ،١٩٦٧.

٢٠- د. عبد المجيد الحكيم و د. عبد الباقي البكري ود. محمد طه البشير ، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي ، ج١ ، مكتبة السنهوري ، بغداد ، ٢٠١٢

٢١- د. عبد المنعم البدراوي ، عقد البيع في القانون المدني ، الطبعة الاولى ، دار الكتاب العربي ، مصر ، ١٩٥٧.

٢٢- د. عطا الله مدكور ، القانون المدني ، مجموعة الاعمال التحضيرية ، ج٤ ، مطابع مدكور ، القاهرة ، ١٩٥٠ .

٢٣- د. علي سيد قاسم ، شرط الاحتفاظ بالملكية ونظام الافلاس ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٩١.

٢٤- د. غني حسون طه ، الوجيز في العقود المسماة ، عقد البيع ، مطبعة المعارف ، بغداد ،١٩٧٠.

٢٥- د. كمال قاسم ثروت ، شرح احكام عقد البيع ، دراسة مقارنة ، ط٢ ، مطبعة الرصافي ، بغداد ، ١٩٧٦ .

٢٦- مجموعة الاعمال التحضيرية ، ج٤، مطابع مدكور ، القاهرة ، دون سنة طبع .

٢٧-د. محمد العلواني ، توظيف الملكية كضمان في عمليات الائتمان ، ط١ ، مكتبة دار الامان، الرباط ، المغرب ،٢٠١٢.

٢٨-د. محمد حسين منصور ، شرط الاحتفاظ بالملكية ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، الاسكندرية ، ٢٠٠٧.

٢٩-د. محمد حسين منصور ، الشرط الصريح الفاسخ ، دار الجامعة الجديدة ، الاسكندرية ، مصر ، ٢٠٠٧ .

٣٠-د. محمد كامل مرسي، العقود المسماة ، عقد البيع والمقايضة، ج٦، المطبعة العالمية ، القاهرة ، ١٩٥٣.

٣١-د . محمد لبيب ، شرح احكام عقد البيع ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٦١ .

٣٢-د. نبيل ابراهيم سعد ، الملكية كوسيلة للضمان ، دار الجامعة الجديدة ، الاسكندرية،٢٠٠٧ .

٣٣-د. نبيل ابراهيم سعد ،الضمانات غير المسماة في القانون الخاص ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، الاسكندرية ،٢٠٠٦ .

٣٤-د. هادي حسين الكعبي ، احتفاظ البائع بملكية المبيع ، دراسة مقارنة ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ،٢٠١١.

ثانياً : الرسائل الجامعية والاطاريح

١- ايمان طارق الشكري ، اثر الشرط في حكم العقد ، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية القانون ، جامعة بابل ، ١٩٩٨ ، ص١١ .

٢- حارث طاهر علي الدباغ ، البيع بالتقسيط ، دراسة مقارنة ، رسالة ماجستير ، كلية القانون ، جامعة الموصل ، ١٩٩٨.

٣- د . نوري حمد خاطر ، الاثر الرجعي للتصرف القانوني ، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية القانون ، جامعة بغداد ، ١٩٨٦.

ثالثاً : البحوث المنشورة

٤- د. جعفر الفضلي ، البيع بالتقسيط ، بحث منشور في مجلة الرافدين للحقوق ، تصدر عن كلية القانون ، جامعة الموصل ، العدد الاول ، ١٩٩٦.

٥- د. ذكرى محمد حسين ود. نصير صبار ، الحماية المدنية من الشروط المألوفة في العقود التجارية ، بحث منشور في مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية الصادرة عن جامعة بابل ، العدد الاول ، ٢٠٠٩ .

٦- د. صبري حمد خاطر ، الاحتفاظ بالملكية ، دراسة تأصيلية في عقد البيع ، بحث منشور في مجلة جامعة النهرين ، المجلد الرابع ، العدد الخامس ، تموز ، عام ٢٠٠٠.

٧- د. منصور حاتم محسن ، رهن المنقول المادي دون حيازة (المفهوم والاثر) ، بحث منشور في مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية ، جامعة بابل ، المجلد (٩) ، العدد الاول ، السنة التاسعة ، ٢٠١٧.

رابعاً : المواقع الاليكترونية

موقع محكمة النقض الفرنسية

https://www.courdecassation.fr/documents_traduits_2850/1593_1585_1576_1610_2852/1590_1575_19330.html

رابعاً : المجموعات القضائية

١- المستحدث من المبادئ التي قررتها دوائر الايجارات الصادر عن المكتب الفني لمحكمة النقض المصرية ،٢٠١٣ .

٢- د. عبد الحكم فودة ، موسوعة التعليق على القانون المدني في ضوء قضاء النقض ،ج٣ ، العقود التي تقع على الملكية ، المكتب الفني للموسوعات القانونية ، الاسكندرية ، بدون سنة طبع .

٣- مجلة القضاء الصادرة عن نقابة المحامين العراقية ، العدد الثالث ، ١٩٧٠.

خامساً : القوانين

١. القانون المدني الفرنسي لعام ١٨٠٤.
٢. القانون المدني المصري رقم(١٣١) لعام ١٩٤٨.
٣. القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لعام ١٩٥١ .
٤. قانون رقم (٣٣٥–٨٠) في ١٢ مايو ١٩٨٠ الفرنسي .
٥. قانون التجارة المصري رقم (١٧) لسنة ١٩٩٩ .

سادساً : المراجع الاجنبية

1- Marie Jeanne Campana: Etude comparée sur la propriété utilisée comme surete,Working Paper Law, European Université Institute, Florence ,2001 ف

2- P. Denis Voinot: réserve de propriete,Dalloz,Paris,2008

3- J.Ghestin: la clause de réserve de propriété ,Rapport de droit civil Actualités, de droit de L'entreprise,T.12,Paris,1980