

دور شرط الاحتفاظ بالملكية في البيع بالتقسيط(*)

حارث ظاهر الدباغ
مدرس القانون المدني المساعد
كلية القانون / جامعة الموصل

أ. د. جعفر محمد جواد الفضلي
أستاذ القانون المدني
كلية القانون / جامعة الموصل

المقدمة :

جرى العمل في عقود البيع بالتقسيط وبشكل مطرد على إدراج بند بموجبه يحتفظ البائع بملكية المبيع حتى سداد آخر قسط من الثمن ، بل أن البيع الايجاري ليس إلا حيلة يستتر فيها شرط الاحتفاظ بالملكية وراء فكرة الإجارة ، علاوة على ذلك ، يجعل المشرع في بعض الدول من الاحتفاظ بالملكية جزاءً من مقومات البيع بالتقسيط لا ينهض من دونه . وكما أن بعض الفقهاء نحووا هذا المنحى في تعريفهم لعقد البيع بالتقسيط ، لا بل أن منهم من لا يعالج البيع بالتقسيط إلا مقترناً بشرط الاحتفاظ بالملكية⁽¹⁾ .

هكذا يكاد يتحول الأصل وهو انتقال الملكية بمجرد العقد الى استثناء في البيع بالتقسيط إما باتفاق المتعاقدين على الاحتفاظ بالملكية أو تقرير المشرع لها . نظراً لأهمية هذا الشرط نرى وجوب التصدي لبحثه في مبحثين نكرس الأول منهما لمفهوم الشرط وطبيعته القانونية والثاني لآثار شرط الاحتفاظ بالملكية .

المبحث الأول

مفهوم شرط الاحتفاظ بالملكية وطبيعته القانونية

(*) بحث مستل من رسالة الماجستير الموسومة "البيع بالتقسيط - دراسة مقارنة" ، قدمت الى كلية القانون عام 1998 .

(1) انظر على سبيل المثال : د. السنهوري ، الوسيط ، ج4 ، مصدر سابق ، ص170 وما بعدها .

تتصدى أولاً لبيان مفهوم شرط الاحتفاظ بالملكية في البيع بالتقسيط
ثم نعرض بعد ذلك لبحث طبيعته القانونية وذلك في مطلبين متتاليين :

المطلب الأول

مفهوم شرط الاحتفاظ بالملكية

يخضع البيع بالتقسيط من حيث الأصل للقواعد العامة في انتقال الملكية السارية في عقد البيع ، وتقتضي تلك القواعد التفرقة بين المنقول والعقار ، فإذا كان المبيع منقولاً معيناً بذاته أو تم بيعه جزافاً انتقلت ملكيته الى المشتري فور التعاقد ، أما المنقول المعين بنوعه فلا تنتقل ملكيته إلا بالافراز⁽¹⁾ . وتصح هذه الأحكام في كل من التقنين الفرنسي والمصري والعراقي⁽²⁾ وفي القانون الانكليزي فان ملكية البضائع المعينة بالذات تنتقل الى المشتري في الوقت الذي يرغب المتعاقدان انتقالها فيه ، إلا أنه إذا تعذر استجلاء إرادة الطرفين فيفترض المشرع أن الملكية تنتقل وقت إبرام العقد ما دامت البضائع جاهزة للتسليم⁽³⁾ ولا يجعل القانون السويسري للعقد أثراً مباشراً في نقل الملكية ، وإنما يعلق هذا الانتقال على حصول التسليم فتقتضي المادة 714 من القانون المدني السويسري في فقرتها الأولى بأن "التسليم ضروري لإنتقال ملكية المنقولات" ، ويسمى الاتفاق على التسليم بالعقد العيني⁽⁴⁾ .

أما بصدد انتقال الملكية في العقار ، فلم تنتهج التشريعات مسلكاً موحداً ، وإنما تباينت أحكامها في هذا المجال ، وخالصة الامر وجود

(1) د. برهام محمد عطا الله . عقد البيع ، مؤسسة الثقافة الجامعية ، الاسكندرية ، 1983 ، ص 49-50 .

(2) أنظر المواد 1583 و 1606 مدني فرنسي ، 204-205 مدني مصري ، 531 مدني عراقي

(3) المادة 17 ف1 والمادة 18 من قانون بيع البضائع الانكليزي لعام 1979 ، وانظر مفصلاً :
D. W. Gerig, Sale of goods, Butterworths&Co. Publishers Ltd., London, 1979, P. 26-30.

(4) انظر :

اتجاهين الأول منهما يعد عقد بيع العقار عقداً رضائياً ، فيما يعتبره الآخر عقداً شكلياً .

ففي القانون الفرنسي يعد عقد بيع العقار عقداً رضائياً بموجبه تنتقل الملكية فيما بين المتعاقدين ، إلا أن انتقالها بالنسبة للغير لا يكون معتبراً إلا من وقت التسجيل⁽¹⁾ . وفي مصر يعد عقد بيع العقار عقداً رضائياً أيضاً إلا أنه لا ينقل الملكية فيما بين المتعاقدين ولا بالنسبة للغير إلا بالتسجيل⁽²⁾ . فالعقد غير المسجل يكون عقداً صحيحاً يرتب آثاره كافة عدا نقل الملكية ، إلا أنه ينشئ التزاماً على عاتق البائع بنقلها وهذا الالتزام يمكن تنفيذه جبراً عن البائع بالحصول على حكم بصفة ونفاذ عقد البيع يقوم تسجيله مقام تسجيل العقد في نقل الملكية⁽³⁾ .

على خلاف ما تقدم يعد عقد بيع العقار عقداً شكلياً في القانون الانجليزي والسويسري والعراقي . فينبغي أن يكون العقد في إنجلترا محرراً في سند كتابي (deed- document) وإلا كان غير قابل للتنفيذ أمام القضاء ، وإذا استوفى العقد هذه الشكلية فهو لا ينقل الملكية بذاته وإنما يمكن تنفيذه جبراً ، ولا يتم انتقال الملكية إلا بإجراء التصرف الناقل Conveyance عن طريق التسجيل⁽⁴⁾ .

(1) انظر المادة 1583 مدني فرنسي والمرسوم الصادر في 4 كانون الثاني 1955 الخاص بتنظيم الشهر العقاري ، وانظر أيضاً :د. عبد المنعم البدرأوي، مصدر سابق، ص271 .

(2) المادة 934 مدني مصري . والمادة 9 من قانون تنظيم الشهر العقاري المرقم 114 لسنة 1946 .

(3) وذلك عن طريق الدعوى المعروفة بدعوى صحة التعاقد . انظر بالتفصيل : السنهوري ، الوسيط ، ج4 ، مصدر سابق ، ص487 وما بعدها . وانظر أيضاً :د. سمير عبد السيد تناغو ، عقد البيع ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، 1973 ، ص164 وما بعدها .

(4) المادة 40 من قانون الملكية الانجليزي Law of Property Act لعام 1925 ، وانظر في ذلك أيضاً :

- Kenneth Smith and Denis J. Keenan , English Law, Fifth Edition, Pitman Publishing Ltd ..London 1975 . P.343-344 .
- F .H. Lawson , Op. Cit, P.53 .

وفي القانون السويسري لا ينعقد بيع العقار إلا إذا حرر في ورقة رسمية⁽¹⁾ acte authentique، وإذا استوفى العقد الشكل المتقدم فإنه لا ينقل الملكية الى المشتري بل يرتب بذمة البائع إما بنقلها ويتم هذا الانتقال عن طريق القيد في السجل العقاري Register Foncier⁽²⁾ .

ويعد عقد بيع العقار في القانون عقداً شكلياً أيضاً ، إلا أن هذه الشكلية لا تتجسد بالتحريير في سند عادي أو رسمي كما هو الحال في القانونين الانجليزي والسويسري إنما تتمثل بالتسجيل في دائرة التسجيل العقاري ويعد التسجيل ركناً في العقد لا ينعقد من دونه⁽³⁾ فالبيع غير المسجل يعد غير منعقد أو باطل ، أن جاز التعبير ، وليس له من أثر سوى أنه يلقي على عاتق الناكل التزاماً بدفع تعويض للطرف الآخر⁽⁴⁾ .

وبالتالي يكون المشرع العراقي قد غالى في الشكلية ، واختلف موقفه عن بعض الدول التي اعتبرت بيع العقار عقداً شكلياً أيضاً كسويسرا ، فمتى حرر بيع العقار هناك في ورقة رسمية اعتبر صحيحاً ومرتباً لالتزام على عاتق البائع بنقل الملكية فإذا امتنع جاز تنفيذه جبراً عنه بالحصول على حكم بالتسجيل ، ولا يجوز ذلك في القانون العراقي لسنة 1977 مجيزاً التنفيذ العيني في حالتي البناء والغراس⁽⁵⁾ ، كما أن محكمة التمييز اتجهت لاعتبار البيع غير المسجل عقداً غير مسمى

(1) المادة 216 ف1 من تقنين الالتزامات السويسري .

(2) تنص م/656 من القانون المدني السويسري "القيد في السجل العقاري ضروري لاكتساب ملكية العقارات" .

(3) انظر المادتان 508 و 1126 مدني عراقي والمادة 3 ف2 من قانون التسجيل العقاري رقم 43 لسنة 1971 .

(4) المادة 1127 مدني عراقي ، وانظر : د. غني حسون طه ، مصدر سابق ، ص 221 ، د. سعدون العامري ، مصدر سابق ، ص 113 .

(5) انظر للتفصيل : د. جعفر الفضلي ، الوجيز في العقود المدنية ، ص 86 .

وليس بعقد بيع والمسؤولية المترتبة على النكول هي مسؤولية عقدية⁽¹⁾

من مجمل العرض المتقدم يتضح أنه ليس ثمة ارتباط بين انتقال الملكية ودفع ثمن المبيع، بناءً على ذلك تنتقل الملكية في البيع بالتقسيط الى المشتري وفقاً للقواعد المتقدمة وبمجرد توافر شروط هذا الانتقال ، بيد أنه إذا كان "نقل الملكية من طبيعة عقد البيع إلا أنه ليس من مستلزماته" على حد تعبير الفقه⁽²⁾ والمقصود بذلك أن من الممكن انعقاد البيع دون أن يترتب على ذلك انتقال الملكية فوراً إنما يترأخى انتقالها الى فترة لاحقة بعد إبرامه ، كحالة بيع الأشياء المعينة بالنوع والأشياء المستقبلية وكذلك بيع العقار قبل التسجيل في بعض القوانين كما سبق بيانه .

وينعقد اجماع الفقه⁽³⁾ على أن القواعد التي قررها المشرع بصدد انتقال الملكية فور العقد ليست من النظام العام وليست سوى قواعد مكملة ومفسرة لإرادة المتعاقدين ، لذا يجوز الاتفاق على خلافها بجعل انتقال الملكية لاحقاً على إبرام العقد ، عن طريق إضافة حصول هذا الانتقال الى أجل أو تعليقه على شرط .

(1) انظر قرار محكمة التمييز المرقم 987 / حقوقية / 1968 في 15/12/1968 منشور في مجلة العلوم القانونية تصدر عن كلية الحقوق بجامعة بغداد ، العدد الأول ، 1969 ، ص 179 .

(2) د. أنور سلطان ، البيع ، مصدر سابق ، ص 24 ، د. حسن علي الذنون ، عقد البيع ، مصدر سابق ، ص 21 ؛ د. عباس الصراف ، شرح عقد البيع في القانون المدني الكويتي ، ط 1 ، دار البحوث العلمية ، الكويت ، 1975 ، ص 67 .

(3) د. توفيق حسن فرج ، مصدر سابق ، ص 188 ؛ د. جميل الشرفاوي ، مصدر سابق ، ص 136 ؛ د. خميس خضر ، عقد البيع ، مصدر سابق ، ص 111 ؛ د. عباس الصراف ، البيع الكويتي ، مصدر سابق ، ص 377 ؛ د. غني حسون طه ، مصدر سابق ، ص 209 ؛ د. منصور مصطفى ، مصدر سابق ، ص 96 .

يذهب رأي الى أنه لا يجوز إضافة انتقال الملكية الى أجل لأن الأجل يجعل مؤقتة ، والملكية حق دائم تستعصي طبيعته على التوقيت⁽¹⁾ لكن من الفقه من يرى - بحق- وجوب التفرقة بين الحق العيني ، وهو حق الملكية ذاته الذي لا يقبل التوقيت وبين الالتزام بنقل الملكية الذي هو بطبيعته كسائر الالتزامات قيد طارئ على الذمة ومصيره الى الزوال حتماً وبالتالي لا تستعصي طبيعته على التوقيت ولا تأبى إضافته الى أجل⁽²⁾ ، وعماد هذا الرأي انه في الأحوال التي يتراخى فيها انتقال الملكية عن العقد ينشأ على عاتق البائع التزام بنقلها ، كما لو باع تاجر محله التجاري على أن لا تنتقل ملكيته إلا بعد شهر يصفى فيه عملياته القائمة فيمكن تفسير ذلك بالقول ان التزام البائع بنقل الملكية قد نشأ بمجرد العقد ولكن أضيف تنفيذه الى أجل⁽³⁾ . وهذا التفسير أقرب الى الدقة من القول في مثل هذا الفرض أن البائع يحتفظ بمنفعة المبيع مدة الأجل مع نقل ملكية الرقبة فوراً⁽⁴⁾ .

ووفقاً لما تقدم ، يكون تطبيق القاعدة التي قررها القانون المدني العراقي في المادة 292 منه القاضية أنه "لا يصح في العقد اقتران الملكية بأجل" مقصوراً على الأجل الفاسخ لأن الملكية متى انتقلت فعلا لا يجوز توقيتها لكن يجوز قانوناً أن يتأخر انتقال حق الملكية عند اقترانه بأجل واقف . فيجوز مثلاً تأجيل التزام البائع بنقل ملكية المبيع مدة سنة ، ولكن لا يجوز الاتفاق على أن تنتقل ملكية المبيع الى المشتري مدة سنة تعود بعدها للبائع لأن ذلك يتعارض مع طبيعة حق الملكية الذي يأبى التوقيت⁽⁵⁾ .

-
- (1) د. السنهوري ، الوسيط ، ج 4 ، مصدر سابق ، ص 420 مع هامش (1) .
 (2) د. سليمان مرقس ، الوافي ، مصدر سابق ، ص 361 هامش (1) .
 (3) قارب : د. سمير تتاغو ، البيع ، مصدر سابق ، ص 154 .
 (4) د. سليمان مرقس ، الوافي ، مصدر سابق ، هامش ص 362 .
 (5) انظر في هذا المعنى : د. عبد الناصر توفيق العطار ، مصدر سابق ، ص 155 .

وشرط الاحتفاظ بالملكية ، موضوع البحث ، ليس إلا اتفاقاً على إرجاء أو تأخير انتقال الملكية وربط حصول هذا الانتقال بوفاء الثمن كاملاً ، ذلك أن البائع يشترط بقاء الملكية له وعدم انتقالها الى المشتري الى أن ينجز الأخير سداد كامل الاقساط . هذا الشرط ليس وليد العصر الحديث إنما ذو أصل روماني قديم ، ففي القانون الروماني إذا كان البيع معجل الثمن فإن ملكية المبيع لا تنتقل الى المشتري ، بالرغم من تسليمه ، إلا بعد دفع الثمن ، أما إذا كان البيع مؤجل الثمن فإن الملكية تنتقل الى المشتري حالاً بمجرد التسليم ولكن البائع يستطيع أن يحتفظ لنفسه بالملكية ويمنع انتقالها الى المشتري بموجب شرط ملحق بالتسليم يسمى "Pactum reservati dominii" (1) .

وفي العصر الحديث شاع هذا الشرط في عقود البيع بالتقسيط فأصبح من الشروط الدارجة التي لا يكاد يخلو منها عقد (Clause de Style) نظراً لما يخوله من ضمان للبائع فيبقى المبيع ملكاً له على الرغم من تسليمه الى المشتري فكأنما يصبح بحكم المرهون بحق بائعه (2) بل أن المشرع في بعض الدول يقرر الاحتفاظ بالملكية لمصلحة البائع بحكم القانون دون حاجة الى اشتراطه في العقد ، مثال ذلك في لبنان القانون الصادر في 20 أيار 1935 المتعلق بالبيع بالتقسيط للمركبات السيارة والآلات الزراعية والصناعية الذي يقضي في المادة الثالثة منه ببقاء ملكية المبيع للبائع الى أن يتم دفع الثمن بكامله رغم تسليمه للمشتري (3) . ونظمت بعض التشريعات هذا الشرط بنصوص

(1) انظر :

- F. De Zulueta, The Roman Law of Sale, Clarendon Press, Oxford, London, 1966, P.3, p.57 .

- C. Cardahi. Op. Cit. , p.352 .

(2) مصطفى أحمد الزرقاء ، شرح القانون المدني السوري ، العقود المسماة - عقد البيع والمقايضة ، ط6 ، مطابع فتي العرب ، دمشق 1965 ، ص 113 .

(3) انظر في تفصيلات ذلك : د. أدوار عبد ، مصدر سابق ، ص 132 وما بعدها . وانظر في

العراق قانون تمليك دور الضباط رقم 76 لسنة 1964 ، الذي يقرر في مادته الثانية عدم

صريحة كالقانون الانجليزي والسويسري والمصري والعراقي⁽¹⁾ كما أن القضاء الفرنسي أقر منذ وقت طويل صحة هذا الشرط دون الحاجة الى نص يجيزه الى مبدأ استناداً الى مبدأ حرية التعاقد⁽²⁾. كذلك أقره القضاء المصري القديم قبل صدور القانون المدني الحالي⁽³⁾.
والشرط المبحوث فيه عام التطبيق في سائر عقود البيع ذات الثمن المؤجل أو المقسط سواء أكان محلها منقولاً أم عقاراً لكنه لا يصح في البيع المعجل الثمن ، فليس لبائع السيارة الاحتفاظ بملكيتها إذا تسلم قسماً من ثمنها نقداً وتسلم بالباقي صكاً ، لأن الصك أداة وفاء والاحتفاظ بالملكية يكون في حالة تأجيل الثمن كله أو بعضه⁽⁴⁾. وعلى العموم ، فان المجال الحيوي لهذا الشرط البيع بالتقسيط للمنقولات المعينة بالذات ، حيث تبين أن ملكيتها تنتقل مباشرة بالعقد كقاعدة عامة ، الامر الذي لا يتماشى مع مصلحة البائع ، أما في المنقولات المعينة بالنوع فيقل اللجوء الى هذا الشرط نظراً لأن ملكيتها لا تنتقل إلا بالإفراز ، والغالب أن البائع لا يقوم بذلك حتى يستوفي حقوقه كاملة ، كما أن الشرط يتنافى مع طبيعة هذه المنقولات لأنها مما يستهلك بالاستعمال ، ويمكن الحصول عليها من الأسواق ، كالأطعمة والمنسوجات .

تسجيل الدار ملكاً بأسم المشتري إلا بعد تسديده كامل البدل ، ويعتبر القانون الكندي الاحتفاظ بالملكية من ماهية البيع بالتقسيط لا ينهض بدونه (م/1561) من القانون المدني الكندي . انظر : د. ابراهيم أبو الليل ، مصدر سابق ، ص 20 هامش (12) .

(1) المادة 189 من قانون ائتمان المستهلك الانجليزي ، 715 مدني سويسري ، 340 مدني مصري ، 534 مدني عراقي .

(2) J. Hamel, Op. Cit. , P. 41.

(3) انظر الأحكام المشار اليها في : الهلالي وزكي ، مصدر سابق ، ص 242 .

(4) قرار محكمة التمييز العراقية رقم 729 / مدينة أولى / 1976 في 9/2/1977 منشور في

مجموعة الأحكام العدلية ، العدد الأول ، السنة الثامنة ، 1977 ، ص 24 .

أما في بيع العقار ، فيستطيع بائعو العقارات بالتقسيط ضمان حقوقهم بالامتناع عن تسجيل البيع حتى قبض كامل أقساط الثمن ، بيد أن هذا الأمر قد لا يجدي نفعاً في القوانين التي تجعل من عقد بيع العقار غير المسجل منشأً للالتزام على عاتق البائع بنقل الملكية ، حيث يستطيع المشتري إجبار البائع على التسجيل عن طريق دعوى صحة ونفاذ عقد البيع ، لذا يحتاط البائعون لهذا الأمر بإدراجهم شرط يقضي بأن العقار لا يسجل باسم المشتري إلا عند سداد جميع الأقساط⁽¹⁾ ، ويحقق هذا الشرط فاعليته بالنسبة للبائع فلا يستطيع المشتري اللجوء الى الدعوى المذكورة لأن من شروط قبولها أن يكون التزام البائع بنقل الملكية صحيحاً نافذاً وهو ليس كذلك بمقتضى الشرط⁽²⁾ .

وبالرغم من أن القاعدة العامة هي صحة وجواز الاتفاق على احتفاظ البائع بملكية المبيع إلا أن المشرع أحياناً ، لسبب أو لآخر ، قد يتدخل لحظر هذا الشرط نسبياً بخصوص جانب معين من المعاملات ، فعلى سبيل المثال يحظر المشرع السويسري شرط الاحتفاظ بالملكية في

(1) د. محمد يوسف الزغيبي ، مصدر سابق ، ص 234 .

وتذهب محكمة التمييز في العراق الى أنه : "إذا شرط ان الدار لا تسجل إلا بعد دفع جميع الأقساط فان ذلك يعتبر نقلاً للملكية بشرط واقف هو تسديد جميع الأقساط" و خلاصة القضية أن شركة نفط العراق قامت بتسليم الدار موضوع الدعوى الى المميز لقاء الأقساط الشهرية التي يدفعها حتى إذا انتهى سداد بدل المبيع تقوم الشركة بتسجيل الدار بإسمة في دائرة التسجيل العقاري حسب التعامل الذي سارت عليه بقية منتسبيها . انظر القرار المرقم 381 /ح/ 1969 في 1970/5/23 ، منشور في مجلة القضاء ، العدد الثالث ؛ السنة الخامسة والعشرون 1970 ، ص 243 .

(2) د. خميس خضر ، العقود الكبيرة ، مصدر سابق ، ص 43 .

تجارة الماشية⁽¹⁾ . ويحظره القانون الكويتي في بيع السيارات بالتقسيط⁽²⁾ . ويكون الشرط باطلاً إذا أدرج في مثل هذه الحالات .
يثور التساؤل في القانون العراقي حول جواز شرط الاحتفاظ بالملكية في العقود الشكلية ألا وهي عقد بيع العقار وعقد بيع السيارة وعقد بيع المكائن ؟

من المعلوم أن الملكية تنتقل في هذه الحالات بالعقد المستوفي لأركانها وشروطه ومن ضمنها الشكلية ، ولا شك أنه إذا فرض القانون شكلاً معيناً لإنعقاد العقد فان هذا الشكل واجب الاتباع لأنه من النظام العام لا يسوغ للأفراد الاتفاق على مخالفته . وتأسيساً على ذلك فان شرط الاحتفاظ بالملكية يتعارض مع انتقال الملكية بحكم القانون بمجرد التسجيل ، لذا نعتقد أن هذا الشرط غير جائز في هذه العقود حيث ترجح المصلحة العامة المتمثلة بضمان استقرار المعاملات وحماية الأغيار على مصلحة الأفراد المتمثلة بشرط الاحتفاظ بالملكية ، ويؤيد ذلك أن دوائر التسجيل العقاري والمرور والكاتب العدل على التوالي تمتنع عن تسجيل هذا الشرط في سجلاتها . جدير بالذكر أن هذا الشرط كان شائعاً في بيوعات السيارات قبل صدور قرار مجلس قيادة الثورة المرقم 17 لسنة 1977 المعدل لقانون المرور ، والذي جعل عقد بيع السيارة عقداً شكلياً لا ينعقد إلا بالتسجيل في دائرة المرور ، ويبدو أن استحداث الشكلية قد حققت ما كان يبغيه البائع من ضمان ، فأصبح لا يقوم بتسجيل العقد إلا بعد استيفائه الثمن كاملاً ، وبالتالي فهو يحتفظ بالملكية من الناحية العملية ، ولم نعثر على قرار حديث للقضاء العراقي يوضح موقفه بصدد هذه المسألة .

(1) انظر المادة 715 ف2 من القانون المدني السويسري .

(2) المرسوم بالقانون رقم 57 لسنة 1980 المعدل للمادة 5 من قانون المرور الكويتي رقم 67

لسنة 1976 وفي انتقاد هذا الموقف انظر : د. حسام الدين الأهواني ، مصدر سابق ،

وبما أن شرط الاحتفاظ بالملكية يمثل خروجاً عن القواعد العامة . لذا وجب أن يكون الاتفاق عليه صريحاً لا لبس فيه ، فإبرام أي عقد بيع بالتقسيط لا ينشئ بحد ذاته احتفاظاً بالملكية⁽¹⁾ . فإذا نص في العقد على أنه إذا تأخر المشتري بوفاء أي قسط من الأقساط فإن بقية الأقساط تحل دفعة واحدة ، ونص فيه على حظر تصرف للمشتري بالمبيع الى حين سداد جميع الثمن ، فإن ذلك لا يفيد أن هذا البيع بالتقسيط محتفظ فيه بالملكية للبائع الى حين سداد جميع الثمن⁽²⁾ . وتذهب محكمة تمييز العراق الى أن الشركة المدعية قد باعت الطابعتين دون أن تشترط صراحة أن ملكيتهما تبقى لها حتى تسديد القيمة وكل ما في الأمر أن قسماً من قيمة الطابعتين بقي بذمة المشتري وحررت به كمبيالات تسدد مستقبلاً ، وعليه لا حق للمدعية في الطابعتين وإنما أصبح ما تبقى من الثمن ديناً لها بذمة المدعى عليه الأول⁽³⁾ .

وتبين لنا من إمعان النظر في عدد من قرارات القضاء العراقي وعلى رأسه محكمة التمييز ، انها لا تفرق بين شرط الاحتفاظ بالملكية المبحوث فيه وشرط آخر يدنو منه الى حد بعيد وهو الشرط المانع من التصرف . فتذهب محكمة التمييز في إحدى قراراتها بصدد شرط مدون في سند بيع سيارة يمنع المشتري من بيع السيارة الى شخص آخر قبل سداد الثمن "الى أن البائع قد احتفظ بملكية المبيع وهو السيارة

(1) قرار المحكمة الاتحادية السويسرية 53 1972 JT 153 ATF 110 منشور في :
- Scyboz et Gillieron . Op. Cit., p.112.

(2) استئناف مختلط مصري ، 19 نوفمبر 1935 حمامة 17-354 - 177 ، أورده د. سليمان مرقس البيع ، مصدر سابق ، ص 87.

(3) قرار محكمة التمييز 1056 / حقوقية / 1965 في 15/10/1966 منشور في قضاء محكمة تمييز العراق ، المجلد الرابع قرارات عامي 1966-1967 ، مطبعة الحكومية ، بغداد ، 1970 ، ص 89 .

المحجوزة حتى استيفاء كامل الثمن ولو تم تسليم المبيع..."⁽¹⁾ وتذهب في قرار آخر الى أن "العقد صريح في عدم جواز بيع المميز للسيارة إلا بعد تسديد ثمنها كاملاً ، وهذا الشرط موافق لحكم المادة 534 ف1 مدني التي نصت على أنه إذا كان البيع مؤجل الثمن جاز للبايع أن يحتفظ بالملكية ..."⁽²⁾ .

لا شك أن هذا الخلط محل نقد لأن لكل من الشرطين ذاتيته وحكمه المستقل عن الآخر . فالشرط المانع من التصرف قيد من القيود الإرادية الواردة على حق الملكية يحد من سلطة المالك في التصرف بملكه أو يسلبها⁽³⁾ . وقد اشترط المشرع المصري والقضاء الفرنسي لصحته شرطين أولهما ، أن يكون مبنياً على باعث مشروع والثاني ، أن يكون مقصوراً على مدة معقولة ، ويتحقق هذان الشرطان بدهاءة في البيع بالنقسيط نظراً لمشروعية الباعث وهو ضمان استيفاء الثمن ، ولكون مدته معقولة ، وهي مدة الوفاء بالأقساط المؤجلة⁽⁴⁾ . فإذا تصرف

(1) قرار محكمة التمييز رقم 456/ مدينة الثالثة / 1974 في 1974/7/2 منشور في النشرة القضائية ، العدد الثالث ، السنة الخامسة 1974 ، ص 24 .

(2) قرار محكمة التمييز المرقم 556 / مدينة أولى / 1976 مستعجلة في 1979/9/8 . مجموعة الأحكام العدلية ، العدد الثالث ، السنة السابعة ، 1976 ، ص 11 . وانظر أيضاً في نفس المعنى القرار المرقم 3046 / حقوقية / 1962 في 1962/11/28 أورده : حسن الفكهاني ، موسوعة القضاء والفقهاء للدول العربية ، ج 16 ، القاهرة ، 1977 ، ص 517 .

(3) محمد طه البشير ود. غني حسون طه ، الحقوق العينية ، وزارة التعليم العالي والبحث العلمي ، دار الكتب للطباعة والنشر ، جامعة الموصل ، 1982 ، ص 89-90 .

(4) انظر المادتان 823 و 824 مدني مصري . وانظر أيضاً في موقف القضاء الفرنسي : د. عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، ج 8 ، حق الملكية ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت ؛ 1967 ، ص 509 وما بعدها .

المشتري في البيع بالتقسيط خلافاً للمنع كان تصرفه باطلاً لعدم قابلية المحل (المبيع) للتصرف⁽¹⁾.

هكذا فإن الاختلاف بين شرط الاحتفاظ بالملكية والشرط المانع من التصرف يتجلى في أن الأول يجعل الملكية لا تنتقل الى المشتري ولا يصبح مالكاً إلا عند وفاء الثمن ، أما الثاني فإن الملكية تنتقل الى المشتري ويصبح مالكاً وله مباشرة سلطات الملكية من استعمال واستغلال عدا مكنة التصرف التي يحرم منها ما دامت كامل الأقساط لم توف بعد . كما أن تصرف المشتري في حالة الاحتفاظ بالملكية يكون تصرفاً في ملك البائع ، أما في حالة المنع فيكون تصرفاً في ملكه ، لكنه يبطل لأن المبيع غير قابل للتصرف فيه.

ولا يوجد نص في القانون العراقي يجيز أو يحظر الشرط المانع من التصرف ، ولعل ذلك ما حدا بالقضاء الى تطبيق أحكام شرط الاحتفاظ بالملكية عليه ، كما أن الفقه العراقي اختلف في صحته ، فيذهب البعض الى إجازته استناداً الى القواعد العامة ويرى فيه آخرون استثناءً خطيراً لا يثبت إلا بنص صريح⁽²⁾.

ونميل الى ترجيح الرأي الأول ، استناداً الى نص المادة 131 في الشروط التقيدية التي تقضي بصحة كل شرط فيه نفع لأحد العاقدين أو للغير ما لم يكن ممنوعاً قانوناً ولا مخالفاً للنظام العام والآداب ، فالشرط المانع من التصرف لا يعدو كونه تطبيقاً لأحكام القواعد العامة فيعمل به من غير نص⁽³⁾ . ولكن لا يجوز اعتباره شرط احتفاظ

(1) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري . ج 6 ، مصدر سابق ، ص 77 .

(2) انظر في استعراض هذا الخلاف : استاذتنا د. ليلي عبد الله سعيد ، دور الإرادة في تقيد حق الملكية ، بحث منشور في مجلة الحقوق تصدر عن كلية الحقوق في الجامعة الكويت ، العدد الرابع ، ديسمبر ، 1982 ، ص 216-217 .

(3) انظر من هذا الرأي : السنهاوري ، الوسيط ، ج 8 ، مصدر سابق ، ص 506 هامش (2) ، استاذتنا ليلي عبد الله سعيد . مصدر سابق ، ص 217 ، محمد طه بشير ، وعلي حسن

بالملكية للأسباب المتقدمة ، كما لا يجوز القضاء ببطلانه⁽¹⁾ لأن من غير المعقول أن يجيز المشرع العراقي شرط الاحتفاظ بالملكية وهو الشرط الأقوى ويحظر الشرط المانع وهو الأدنى قوة وأثراً⁽²⁾ .

لكن ما مدى صحة شرط الاحتفاظ بالملكية في الفقه الاسلامي ؟
أن البيع في الفقه الاسلامي هو عقد معاوضة تمليك بتمليك⁽³⁾
فحكم البيع ومقتضاه هو ثبوت الملك في المبيع للمشتري وثبوت الملك في الثمن للبائع⁽⁴⁾ . ولأن مثل هذا الشرط لم يرد له ذكر لدى الفقهاء القدامى فلا مناص من الرجوع الى الآراء المختلفة بصدده حرية الشروط العقدية ، ومدى اعتبارها شرعاً ، ومجمل القول ، ان الاجتهادات الفقهية الاسلامية في هذا الصدد يمكن تصنيفها الى قسمين : اجتهادات تمسكت بمقتضى العقد واخرى اتجهت الى اطلاق حرية الشروط⁽⁵⁾ . فالاتجاه الأول يمنع المتعاقدين من اشتراط ما يخالف مقتضى العقد أي أثره ، لأن آثار العقد وأحكامه تترتب بحكم الشارع لا

(1) وكان الاتجاه السابق لمحكمة التمييز القضاء ببطلانه ، فجاء في إحدى قراراتها " إذا شرط في عقد البيع عدم جواز بيع السيارة المباعة الى الغير قبل تسديد كامل الثمن فلا يعتد بهذا الشرط لمنافاته لمقتضى العقد" . رقم القرار 245/ص/1958 في 13/2/1958 المنشور في مجلة القضاء ، العدد الثالث ، السنة السادسة عشر ، 1958 ، ص 157 .

(2) وقد أقر القضاء المصري التفرقة ما بين الشرطين حتى قبل صدور التقيين المدني الحالي الذي نظم الشرط المانع ، فجاء في إحدى قراراته : أن البائع قد يشترط - دون أن يحتفظ بملكية المبيع- ألا يتصرف المشتري في المبيع قبل الوفاء بثمنه . استئناف مختلط 12 مارس 1911 م 23 ، ص 208 ، أورده : السنهوري ، ج 4 ، مصدر سابق ، ص 173 هامش (1) .

(3) الكاساني ، مصدر سابق ، ص 166 .

(4) انظر المادة 427 من مرشد الحبران ، والمادة 369 من مجلة الأحكام العدلية .

(5) د. عدنان خالد التركماني ، ضوابط العقد في الفقه الاسلامي ، ط 1 ، دار الشروق للنشر ، جدة ، السعودية ، 1981 ، ص 228.

دخل لإرادة الانسان فيها ، وهو مبنى الاجتهاد الحنفي والشافعي وبعض المالكية⁽¹⁾ . لذا فان الشرط المبحوث فيه لا يصح في ظل هذه المذاهب لأنه يخالف مقتضى عقد البيع ، وهو انتقال الملكية في الحال الى المشتري . بالرغم من ذلك اجتهد بعض الفقهاء المعاصرين في تصحيح هذا الشرط في ظل مجلة الأحكام العدلية⁽²⁾ . وقد استند البعض في ذلك الى كونه شرطاً مقترناً بالعقد ، وبالرغم من اعتباره فاسداً في أصل المذهب الحنفي ، إلا أن المجلة لم يؤخذ فيها بمذهب أبي حنيفة في الشرط الفاسد⁽³⁾ . وذهب رأي آخر في تصحيحه استناداً الى أنه شرط تعليلي مستنداً الى إطلاق نصوص المجلة في أن المعلق بالشرط يجب ثبوته عندما يثبت الشرط (م/82 مجلة) وأن المواعيد بصورة التعاليق تكون لازمة (م/84 المجلة)⁽⁴⁾ . ولكن هاتان القاعدتان لا حجة فيهما على المطلوب ، فالأولى تفيد عدم رجعية أثر الشرط في الفقه الاسلامي خلافاً للقوانين في عدم الزامية الوعد⁽⁵⁾ .

(1) د. مصطفى أحمد الزرقاء ، الفقه الإسلامي في فقهه الجديد ، ج1 - المدخل للفقه العام ، ط8 ، مطبعة الحياة ، دمشق ، 1964 ، ص514 .

(2) وذلك عندما كانت مطبقة في الكويت حتى عام 1980 قبل صدور القانون المدني الكويتي ، انظر في هذه الاجتهادات : د. محمد وحيد الدين سوار ، تعليق انتقال الملكية باتفاق المتبايعين على أداء جميع الثمن في القانون المدني الكويتي والفقه الاسلامي ، بحث منشور في مجلة الإدارة العامة ، يصدرها معهد الإدارة العامة بالرياض (السعودية) ، العدد 52 ، ديسمبر 1986 ، ص209 وما بعدها .

(3) د. محمود جمال الدين زكي ، قانون عقد البيع في القانون المدني ، منشورات كلية الحقوق ، جامعة الكويت ، 1974-1975 ، ص177 .

(4) د. عامر الصراف ، البيع الكويتي ، مصدر سابق ، ص375 .

(5) د. محمد وحيد سوار ، مصدر سابق ، ص214-215 .

ويبقى الرأي الأقرب للصواب تصحيح الشرط باعتباره من قبيل الشرط المتعارف عليه⁽¹⁾ لأن العرف مصحح للشروط بنظر الفقهاء الأحناف ، فالناس اليوم اعتادوا إدراج هذا الشرط في عقودهم لذا ينقلب صحيحاً ولو كان مخالفاً لمقتضى البيع⁽²⁾ .

يذهب الاتجاه الثاني في الفقه الإسلامي الى أن الأصل هو حرية الشروط العقدية وهو مذهب الحنابلة وجماعة من فقهاء المالكية ، وقد بلغ شأواً كبيراً على يد الفقيهين المجتهدين ابن تيمية وابن الجوزية ، فهم أقرب الى الفقه القانوني الأخذ بمبدأ سلطان الإرادة⁽³⁾ .

يقول ابن تيمية "ان الأصل في العقود والشروط الجواز والصحة ، ولا يحرم منها ويبطل إلا ما دل الشرع على تحريمه وإبطاله ثم يبين أن الامام أحمد أكثر الفقهاء الأربعة تصحيحاً للشروط ، ولا يمنعه من اعتبار الشرط كونه مخالفاً لمقتضى العقد أو لم يرد به نص ، فقد بلغه في العقود والشروط من الآثار عن النبي (صلى الله عليه وسلم) والصحابة ما لا تجده عند غيره من الأئمة⁽⁴⁾ . بل أن الإمام أحمد أجاز

(1) وهو موقف المشرع الاردني في تأصيل المادة 487 من القانون المدني الاردني المتعلقة بشرط الاحتفاظ بالملكية ، انظر : المذكرات الايضاحية للقانون المدني الاردني ، ج2 ، ط3 ، إصدار المكتب الفني لنقابة المحامين الاردنيين ، مطبعة التوفيق ، عمان 1992 ، ص501 .

(2) مصطفى الزرقاء ، مصدر سابق ، ص1517 ، محمد سلام منكور ، مصدر سابق ، ص649 .

(3) د. وهبة الزحيلي ، مصدر سابق ، ص206 . تنص المادة 1134 مدني فرنسي على أن "العقود المبرمة على وجه صحيح تنزل منزل القانون بالنسبة الى عاقيدها" . قارب الفقيه ابن تيمية "الأصل في العقود رضی المتعاقدين وموجبها هو ما أوجاه على أنفسهما بالتعاقد" ابن تيمية ، القواعد النورانية الفقهية ، مصدر سابق ، ص203 .

(4) ابن تيمية ، القواعد النورانية ، مصدر سابق ، ص188 .

تعليق البيع بشرط⁽¹⁾ خلافاً لبقية الفقهاء الذين يرون أن عقود التمليكات كالبيع والهبة والقرض لا تقبل التعليق بحال لمنافاة ذلك لمقتضى العقد . نرى أن هذا الاتجاه هو الذي يتفق مع أصل الشريعة في التيسير ورفع الحرج عن المسلمين في معاملاتهم ، لذا لا تثريب علينا في تصحيح شرط الاحتفاظ بالملكية استناداً الى آراء مجتهدي الحنابلة ، وكذلك قياساً على إجازتهم أحتفاظ البائع المبيع بمنافع المبيع مدة من الزمن تنتقل بعدها الى المشتري⁽²⁾ .

المطلب الثاني

الطبيعة القانونية لشرط الاحتفاظ بالملكية

في ظل غياب النص التشريعي ، احتدم الخلاف في الفقه والقضاء الفرنسي حول الطبيعة القانونية لشرط الاحتفاظ بالملكية ، وأسفرت الدراسات في هذا الصدد عن تقديم ثلاثة تكييفات:

1. شرط واقف يعلق نشوء عقد البيع على الوفاء بالثمن .
 2. شرط فاسخ يؤدي الى فسخ العقد في حالة عدم الوفاء بالثمن .
 3. شرط واقف يعلق نقل الملكية فقط على شرط دفع الثمن .
- فضلاً عن ذلك ، اتجه بعض الفقه الى أن الشرط المبحوث فيه من قبيل الأجل لا الشرط باعتباره وصفاً للالتزام⁽³⁾ .
- لذا نرى أن التوصل الى إعطاء هذا الشرط الوصف القانوني الصحيح يتأتى من خلال آثاره بعض التساؤلات ومحاولة الإجابة عنها :

(1) ابن تيمية ، نظرية العقد ، دار المعرفة للطباعة والنشر ، بيروت ، بلا سنة طبع ، ص 227

(2) انظر : أبن تيمية ، القواعد النورانية ، مصدر سابق ، ص 189 ، 219 .

(3) انظر في استعراض هذه الاتجاهات :

- William Garcin et Jean Thieffry , La Clause de reserve de propriete , Publie Faculte de droit et Sciences Economiques Montpellier , Paris, 1980 , P.44 etc.

أولاً : الشرط واقف أم فاسخ ؟

لا شك أن ثمة نتائج عملية خطيرة تتمخض عن التسليم بأحد نوعي الشرط ، فاعتبار شرط الاحتفاظ بالملكية شرطاً فاسخاً ، هو عدم الوفاء بالثمن ، يؤدي الى أن يصبح المشتري حالاً مالكاً للمبيع ولكن إذا تحقق الشرط زالت ملكيته بأثر رجعي واسترد البائع صفته كمالك ويعتبر كأن لم يفقد قط ملكية المبيع ، وهكذا نكون أمام انتقال للملكية ثم عودتها ، وبالعكس تماماً إذا اعتبرناه شرطاً واقفاً ، هو الوفاء بالثمن كاملاً ، فلا يصبح المشتري مالكاً للمبيع إلا إذا تحقق الشرط ويبقى البائع مالكاً له وتمتعاً بكل ما يخوله حق الملكية من سلطات ، ومتى تحقق الشرط انتقلت الملكية الى المشتري⁽¹⁾ .

فالمشتري تحت شرط فاسخ مالك أما المشتري تحت شرط واقف ليس مالكاً بل مجرد حائز⁽²⁾ ، وهذا التمييز ضروري في معرفة مدى السلطات التي يمارسها المشتري على المبيع. فقد تأرجح القضاء الفرنسي مدة من الزمن بين نوعي الشرط ، ولكن كثيراً من القضاة الفرنسيين ارتأوا تكييفه كشرط فاسخ أخذين بنظر الاعتبار أن هذا التكييف هو الذي ينسجم مع السلطات الفعلية التي يمارسها المشتري على المبيع الذي لم يوف ثمنه خصوصاً امكانية استعماله واستغلاله . فتكييف الشرط على أنه واقف لعقد يتضمن عدة محاذير ، فهو بعيد عن حقائق الواقع ومخالف للقواعد العامة في نظرية العقد فالأطراف تعاقدوا بشكل بات ونفذوا التزاماتهم باحترام كتسليم المبيع وضمانه دون انتظار تحقق الشرط المزعوم⁽³⁾ .

(1) Antoine Brocca Manuel de la Clause de reserve de Propriete, Lyon , 1982, p.21 .

(2) Mazeaud (H.L.J) et Chabas , Op. Cit., P. 1112 .

(3) Garcin et Thieffry, Op. Cit., p. 47 .

والقرارات التي يشيران اليها . بصدد اعتباره شرط واقف :

- Toulouse 19 oct. 1960 . D. 1962 , p. 96 : paris 3 Juillet 1968 , J.C.P. 1969. II. 15820 .

وبصدد اعتباره شرط فاسخ :

- Trib . Civ . Valenciennes 30 Nov . 1956 . Gaz . pal . 1957 , I, 461

ثانياً : الشرط يعلق عقد البيع ذاته أم نقل الملكية فقط ؟

تقدم أن القضاء الفرنسي قد كيف البيع بالتقسيط مع الاحتفاظ بالملكية بأنه بيع معلق على شرط واقف ، أو بيع معلق على شرط فاسخ لكنه في قراراته الأكثر حداثة مال الى الشرط الأخير ، واستمر الحال كذلك حتى عام 1979 حيث حسمت محكمة النقض الفرنسية الأمر بتبنيها الشرط الواقف لكنها قررت أن هذا الشرط لا يؤثر على العقد في جملته ، إنما يعلق فقط الالتزام بنقل الملكية . وللتمييز ما بين تعليق عقد البيع على شرط واقف واقتصار هذا التعليق على نقل الملكية فقط أهمية كبيرة ، ففي الحالة الأولى لا ينفذ العقد قبل تحقق الشرط وبالتالي فان جميع آثاره تكون موقوفة ، فإذا لم يتم وفاء الثمن زال العقد بأثر رجعي واسترد البائع المبيع وبذلك تنتهي تماماً الآثار القانونية للناشئة عن العقد ، أما في الفرض الثاني فينعقد البيع صحيحاً نافذاً ويرتب كافة آثاره ، عدا نقل الملكية الذي يتراخي لحين تحقق الشرط ، فإذا لم يتحقق امتنع انتقال ملكية المبيع ، أما الآثار الأخر الناشئة عن العقد فتستمر وينبغي انهاؤها باتخاذ اجراء آخر كدعوى الفسخ⁽¹⁾ .

خلاصة القضية التي تبنت فيها محكمة النقض الفرنسية الاتجاه المتقدم والتي اشتهرت فيما بعد بأسم قضية Mecarex⁽²⁾ ، ان شركتين كانتا قد ابرمتا عقد بيع بالتقسيط التزمت فيه إحداهما بتجهيز مواد معينة والآخرى بوفاء الثمن على أقساط وتضمن العقد شرطاً يقضي بأن "كل المواد المباعة تبقى ملكاً للبائع حتى الوفاء الكامل من قبل المشتري" ، تم تسليم معظم التجهيزات ولم يتبق إلا القليل لتشغيلها حين شب حريق في معامل المشتري أدى الى تلف التجهيزات ولم يبق إلا القليل لتشغيلها

- Amiens 10 Janv . 1974, p. 363 Gaz .pal . 1974, I, 457 .

(1) A. Brocca , Op. Cit., p. 26 .

(2) انظر في تعليق مسهب حول القضية :

- D. Von Breitenstein , La Clause de reserve de propriete et le risque d'une perte fortuite de la chose vendue, Rev. Trim . Dr. Com. 1980. P. 43 etc .

حين شب حريق في معامل المشتري أدى الى تلف التجهيزات . طالب البائع بدفع المتبقي من الثمن إلا أن المشتري لم يرفض التسديد فحسب وإنما طالب بإعادة الأقساط المدفوعة سابقاً . حكمة محكمة الاستئناف لصالح البائع وحملت المشتري تبعة الهلاك باعتبار الشرط المشار اليه لا يحل كشرط واقف وإنما كشرط فاسخ ، فيكون المشتري مالكاً وعليه تقع تبعة الهلاك⁽¹⁾ . لكن محكمة النقض بتاريخ 1979/11/20 نقضت هذا القرار واعتبرت أن محكمة الاستئناف قد غيرت من طبيعة الشرط ، فهو ليس شرطاً فاسخاً لعقد البيع ، وإنما شرط يوقف انتقال الملكية حتى الدفع الكامل للثمن وانتهت الى القاء تبعة على عاتق البائع وألزمته برد ما قبضه من أقساط⁽²⁾ .

وهذا التكييف يبرر تنفيذ المتعاقدين لالتزاماتهم المتبادلة التي تكون غير مشروطة ، كما يمكن دعم هذا التكييف من خلال الشرط الفاسخ الصريح للعقد الذي يوجد غالباً جنباً الى جنب مع شرط الاحتفاظ بالملكية⁽³⁾ . وقد تبنى المشرع الفرنسي اتجاه محكمة النقض عند إصداره للقانون المرقم 80-335 في 12 أيار 1980 والذي نص في مادته الأولى وبالحرط أن الشرط "يوقف نقل الملكية على الدفع الكامل للثمن"⁽⁴⁾ .

ثالثاً : الاحتفاظ بالملكية في حقيقته شرط أم أجل ؟

يرى جانب من الفقه الفرنسي أن شرط الاحتفاظ بالملكية هو ليس شرطاً واقفاً ولا شرطاً فاسخاً ، إنما في حقيقته أجل (terme) يؤخر نقل

(1) يربط القانون الفرنسي تبعة الهلاك بالملكية وسيأتي بيانه لاحقاً .

(2) Cass. Com. 20 nov 1979 (Affaire Mecarex) Bull. Civ., IV, No. 300 .

(3) Von , Breitenstein, Op. Cit., p.47 .

(4) “...une Clause suspendant le transfert de propriete au paiement integral du prix” Art. I du la loi No.80-335 du 12 mai 1980 .

الملكية⁽¹⁾ وواضح ما لهذا الأمر من أهمية خصوصاً فيما يتعلق بالأثر الرجعي وعدمه ، فإذا كان دفع الثمن شرطاً وتم تحققه اعتبر المشتري مالكا للمبيع من لحظة إبرام العقد وبأثر رجعي ، وبالتالي تكون التصرفات التي أجراها على المبيع صحيحة نافذة ، أما إذا كان وفاء الثمن أجلاً فاننتقال الملكية لا يترد بأثر رجعي فتكون تصرفات المشتري التي أجراها قبل الوفاء صادرة من غير مالك⁽²⁾ .

تنصب معارضة هذا الاتجاه على عدم توافر مقومات الشرط في واقعة الوفاء بالثمن ، ذلك أن الواقعة المستقبلية في الشرط ينبغي أن تكون غير محققة الوقوع وخارجة عن رغبات الأطراف⁽³⁾ بينما الوفاء بالثمن مفروض بالعقد ويعتمد على إرادة المشتري وأيضاً إرادة البائع في حالة التنفيذ الجبري ، لذا فإن بند الاحتفاظ بالملكية كيف بأنه أجل واقف أكثر مما هو شرط⁽⁴⁾ .

ويرد على ذلك أن الشرط إذا كان في الأصل ينأى عن الخضوع لإرادة الأشخاص هذا هو الشرط الاحتمالي ، إلا أن الإرادة يمكن أن تلعب دوراً في تحقق الشرط ، وهذا أمر يقره القانون ما دام الشرط لا يصل الى حد اعتباره شرطاً إرادياً محضاً ، فالوفاء بالثمن ليس سوى شرط إرادي بسيط طالما لا تستبد بتحقيقه إرادة أحد المتعاقدين بل تساهم فقط في تحقيقه ، ولكنها تكون محكومة بظروف وملابسات خاصة⁽⁵⁾ . فمن المتوقع دائماً أن يسوء الوضع الاقتصادي للمشتري فلا يتمكن من الوفاء بالاقساط ، بينما يقتضي الأجل أن يكون حدوث

(1) Luc Bihl , Op. Cit ., p.280 .

(2) انظر في المقارنة بين الشرط والأجل : السنهوري ، الوسيط ، ج 3 ، مصدر سابق ، ص 131 .

(3) وهذا ما تقرره المادة 1181 مدني فرنسي .

(4) A.Brocca , Op. Cit., p.25 .

(5) انظر : د. محمد شتا أبو سعد ، الشرط كوصف للتراضي في القانون المدني المقارن والشريعة الاسلامية ، منشورات عالم الكتب ، القاهرة ، 1980 ، ص 119-122 .

الواقعة أمراً محتملاً لا يكتنفه أدنى شك ، ويشير الاستاذ Brocca بحق الى أنه لو كان الوفاء بالثمن محقق الوقوع لما كان البائع يشعر بالحاجة الى الحماية عن طريق اشتراط الاحتفاظ بالملكية⁽¹⁾ .

يلاحظ ، بعد العرض المتقدم ، ان اعتبار الشرط محل البحث شرطاً واقفاً لنقل الملكية هو الأقرب الى الدقة طالما ان الوفاء بالثمن قد لا يتحقق في حالة افلاس أو اعسار المشتري وهي حالات كثيرة الحدوث ، كما أن البائع لا ينظر الى هذا الوفاء باعتباره أمراً محققاً بل يكتنفه الشك والاحتمال .

والتكييف الذي انتهينا عنده أخذت به التقنيات محل المقارنة ، ففي انجلترا يعرف البيع بالتقسيم مع الاحتفاظ بالملكية بالبيع المشروط Conditional Sale لكن هذا البيع غير معلق على شرط كما قد توحى بذلك تسميته ، فتعريفه الوارد في المادة 189 من قانون ائتمان المستهلك ، يظهر بجلاء أن الملكية تبقى للبائع حتى تحقق شرط معين هو عادة وفاء كامل الثمن ، فتنتقل الملكية الى المشتري عند تحقق الشرط⁽²⁾ . كما ينظم المشرع السويسري شرط الاحتفاظ بالملكية⁽³⁾ ، إلا أن النصوص لا تكشف صراحة عن طبيعة هذا الشرط ، مع ذلك استقر القضاء السويسري وعلى رأسه المحكمة الاتحادية العليا منذ زمن بعيد على أن الشرط هو شرط واقف Condition suspensive يعلق نقل الملكية الذي يتم بالتسليم⁽⁴⁾ .

(1) Brocca , Op. Cit., p. 25-26 .

-- Babb and C. Martin, Op. Cit., p.207 .

- E.astwood, Op. Cit., p. 93-94 .

(3) المادتان 715 و716 مدني سويسري ، والمادة 226 (A) التزامات سويسري .

(4) انظر :

- paul - Henri Steinauer, Les droit reels, Tom II, Editions Staempfli & Cie SA Berne, 1990 , p.222 .

وانظر قرار المحكمة الاتحادية المشار اليه :

- ATF 58/1932 II 347= JdT 1933 I402 .

وتنص المادة 430 من القانون المدني المصري في فقرتها الأولى أنه "إذا كان البيع مؤجل الثمن ، جاز للبائع أن يشترط أن يكون نقل الملكية الى المشتري موقوفاً على استيفاء الثمن كله ولو تم تسليم المبيع"⁽¹⁾ ، كما أن المشرع العراقي أخذ بعبارة المشروع التمهيدي للقانون المدني المصري وقننها بالمادة 534 / ف1 التي تنص على "إذا كان البيع مؤجل الثمن جاز للبائع أن يحتفظ بالملكية الى أن يستوفي الثمن كله حتى لو تم تسليم المبيع" .

ويرى الاستاذ السنهوري أن البيع في هذه الحالة هو بيع معلق على شرط واقف هو وفاء المشتري بكامل الأقساط في مواعيدها المحددة ، ويضيف أن ملكية المبيع تنتقل الى المشتري معلقة على شرط واقف ويستتقي البائع ملكية المبيع معلقة على شرط فاسخ ، وكل من الشرط الواقف والفاسخ هنا حادث واحد هو وفاء المشتري بأقساط الثمن...⁽²⁾

يتضح أن الرأي المتقدم⁽³⁾ يجعل البيع بالتقسيط مع الاحتفاظ بالملكية بيعاً موصوفاً أي معلقاً على شرط ، لا بيعاً باتاً ، ولنا على هذا الرأي المآخذ الآتية :

(1) وتشير الأعمال التحضيرية الى أن هذه المادة قد نقلت عن المشروع الفرنسي - الإيطالي م/331 وعن التقنين الالمانى م/445 . وجاء في صدد هذه الفقرة أن هذا الشرط ضمان تلجأ اليه عادة الشركات التي تبيع سلعتها بالتقسيط ، كالألات وعربات النقل والأراضي التي تباع بأثمان مقسطة ، فاحتفاظ البائع بملكية المبيع حتى يستوفي الثمن أبلغ في الضمان من فسخ البيع بعد أن تكون الملكية قد انتقلت . مجموعة الأعمال التحضيرية ، ج4 ، مصدر سابق ، ص48-49 .

(2) د. السنهوري ، الوسيط ، ج4 ، مصدر سابق ، ص173-174 .

(3) من هذا الرأي أيضاً : د. جعفر الفضلي ، الوجيز ، مصدر سابق ، ص80 . دار رمضان أبو السعود ، البيع ، مصدر سابق ، ص26 . د. عباس الصراف ، البيع والإيجار ، مصدر سابق ، ص28-29 . د. علي حسن يونس ، مصدر سابق ، ص56 .

1. ان نص المادة 430 ف1 من القانون المدني المصري صريح في أن انتقال الملكية وحده وليس عقد البيع ، هو الذي يكون معلقاً على شرط واقف هو وفاء كامل الثمن ، لذا لا يمكن الخروج عن ظاهر النص بالتأويل والاجتهاد حيث لا مساغ للاجتهاد في مورد النص .
2. ان الاعمال التحضيرية للمشروع التمهيدي للقانون المدني المصري تشير بوضوح الى أن الشرط المتقدم يقتصر أثره على انتقال الملكية ولا يمتد إلى عقد البيع ذاته . كما أن القضاء المصري يرى "ان البيع مع احتفاظ البائع بالملكية حتى يستوفي الثمن كله بيع بات وليس موقوفاً على استيفاء كامل الثمن .. فالبيع ينعقد بمجرد العقد وينتج جميع آثاره فيما عدا التزام البائع بنقل الملكية ، فإنه يتراخى لحين الوفاء بجميع الثمن"⁽¹⁾ وهذا الرأي مدعوم بالتأييد من جانب عريض من الفقه⁽²⁾ .
3. ان الرأي المتقدم ، الذي يجعل البيع بالتقسيط مع الاحتفاظ بالملكية بيعاً معلقاً على شرط واقف ، قد ساد في فرنسا درحاً من الزمن ، إلا أنه أصبح الآن مهجوراً في كل من القضاء والفقه بعد أن تصدع إزاء شدة الانتقادات التي وجهت اليه على النحو المبين آنفاً .
وبقدر تعلق الأمر بالقانون العراقي نميل الى اعتبار شرط الاحتفاظ بالملكية من قبيل الشرط التقييدي من الفقه الاسلامي والذي تجهله

(1) قرار محكمة استئناف القاهرة ، 28/اكتوبر/1958 ، المحاماة ، ص125 ، اورده :د. علي

جمال الدين عوض ، العقود التجارية ، مصدر سابق ؛ ص52 هامش (2) .

(2) من هذا الرأي : د. توفيق حسن فرج ، مصدر سابق ، ص188 . د. حسام ، مصدر سابق

، ص272 . د. سليمان مرقس ، الوافي ، مصدر سابق ، ص110 . د. عبد العزيز عامر

، مصدر سابق ، ص124 . د. عبد المنعم السيد راوي ، مصدر سابق ، ص257-258

التشريعات الاخر ، وهذا الشرط يتناول أثر العقد وحكمه فيقيده بعد أن كان مطلقاً⁽¹⁾ .

المبحث الثاني

آثار شرط الاحتفاظ بالملكية

متى اقترن البيع بالتقسيط بشرط الاحتفاظ بالملكية ترتب على ذلك آثار تختلف عن تلك التي تنتج عن البيع بالتقسيط بصورته البسيطة ، ولا تقتصر هذه الآثار على العلاقة بين الطرفين فحسب إنما تمتد الى الغير أيضاً ، وذلك في حالتي التصرف بالمبيع وإفلاس المشتري . وسنبحث أولاً في أثر الشرط فيما بين المتعاقدين ثم أثره بالنسبة للغير في مطلبين متتاليين :

المطلب الأول

أثر الشرط فيما بين المتعاقدين

تقدم أن البيع بالتقسيط مع الاحتفاظ بالملكية يعد بيعاً باتاً وان انتقال الملكية وحده يكون موقوفاً على وفاء الاقساط كافة ، ولكن لا أثر للشرط على بقية الالتزامات الناشئة عن عقد البيع ولا يترتب عليه تعطيلها ، فينبغي على البائع أن يقوم بتسليم المبيع للمشتري وفقاً لشروط التعاقد، كما أن عليه ضمان تعرض الغير للمشتري في حيازته للمبيع وضمن عيوبه الخفية . وبالمقابل يلتزم المشتري بسداد أقساط الثمن بالكيفية المنفق عليها وبتسليم المبيع وتحمل نفقات ومصاريف البيع ، فهذه الالتزامات يتعين تنفيذها كما لو كنا بصدد عقد بيع اعتيادي . إلا أن نقل الملكية ، وهو جوهر البيع ومقصوده ، يتراخى تنفيذه عن العقد وبالأخرى يعلق على شرط واقف هو وفاء الثمن كاملاً .

ويذهب رأي الى أن تعليق حق الملكية على شرط واقف يجعل لهذا الحق مالكين، مالكاً تحت شرط واقف وهو من انتقلت اليه الملكية معاقدة

(1) انظر المادة (131) مدني عراقي ، وانظر في التمييز بين الشرط التقيدي والتعليقي : زكي

على هذا الشرط، ومالكاً تحت شرط فاسخ هو من انتقلت منه الملكية الى المالك تحت شرط واقف، ويكون المالك تحت شرط واقف ذا حق غير كامل الوجود، أما المالك تحت شرط فاسخ فحقه كامل الوجود⁽¹⁾ غير أنه من الصعوبة بمكان التسليم بهذا الرأي الذي يجعل لكل من البائع والمشتري في البيع بالتقسيط مع الاحتفاظ بالملكية صفة المالك ، وهذا غير سائغ ، ومن المنطق القول أن الشرط هو وصف للالتزام يقترن بالحق الشخصي لا بالحق العيني وهو حق الملكية ، فمن الأجر بنا هنا الرجوع الى ما قررناه سلفاً من أنه متى تراخى انتقال الملكية نشأ التزام بنقلها على عاتق البائع ، وفي هذا الفرض فان الالتزام بنقل الملكية هو الذي يعلق على شرط واقف وبالتالي فانه يكون غير كامل الوجود ، ومتى تحقق الشرط اكتمل وجوده وأدى الى نقل الملكية حقاً الى المشتري ، وهذا التحليل برأينا يتلافى الكثير من الصعوبات ويؤدي الى القول أن البائع وحده يبقى مالكا للمبيع على وجه الاستقلال ، أما المشتري فهو ليس بمالك قبل تحقق الشرط وإنما مجرد حائز للمبيع⁽²⁾ . وبما أن مركز المشتري هو مجرد حائز للمبيع ليس إلا ، فإنه لا يستطيع ، من الناحية النظرية ، ممارسة أية سلطة من سلطات المالك ، كالاستعمال والاستغلال والتصرف . بيد أن الأمر يختلف في الواقع العملي ، حيث يتجلى الغرض من البيع بالتقسيط في تمكين المشتري من الانتفاع بالشيء وتنتج إرادة الطرفين ضمناً لتحقيق تلك الغاية ، لذا نجد أن المشتري يستعمل المبيع ويستغله بل ويتصرف به أحياناً ، ويتضمن الاتفاق غالباً بنوداً آخر مكملة تحدد سلطات المشتري على المبيع المحقق بملكه كجعل يده عليه على سبيل الوديعة أو الإجارة⁽³⁾ .

(1) د. السنهوري ، الوسيط ، ج4 ، مصدر سابق ، ص40-41 . د. عبد المجيد الحكيم

وأخرون ، الوجيز ، ج2 ، مصدر سابق ، ص166 .

(2) وهذا ما يشير اليه بالفعل جانب من الفقه الفرنسي :

- W. Garcin et J.Thieffry, Op. Cit, P.43 .

(3) A. Brocca , Op. Cit., p.27 .

وبما أن ملكية المبيع تبقى للبائع الى حين سداد جميع الثمن ، فان تصرف المشتري بالمبيع يكون وارداً على شيء لا يملكه ، ويخضع بالتالي لأحكام التصرف بملك الغير⁽¹⁾ . وفي القانون العراقي يكون هذا التصرف تصرف فضولي ويخضع لأحكام المادة 135 فيكون موقوفاً على إجازة المالك إن أجازته نفذ وإلا فيبطل ، ويجب ان يستعمل خيار الاجازة أو النقص خلال ثلاثة أشهر من اليوم الذي يعلم فيه المالك بصدور العقد ، فإذا لم يصدر منه ما يدل على الرغبة في نقض العقد اعتبر نافذاً⁽²⁾ . ويترتب كذلك على عدم اعتبار المشتري مالكاً أنه إذا قام برصد المنقول المبيع الذي احتفظ البائع بملكيته لخدمة عقار مملوك له فإن ذلك لا يجعله عقاراً بالتخصيص ، فإذا أراد البائع التنفيذ بباقي الثمن فله أن يحجز على المبيع حجز منقول ولا يلزم باتخاذ إجراءات الحجز على العقار⁽³⁾ . وإذا احتفظ البائع بملكية آلة زراعية منع ذلك من أن تصبح هذه الآلة عقار بالتخصيص في أرض المشتري ولا تدخل

(1) انظر : د. أحمد شرف الدين ، حكم بيع السيارات قبل سداد جميع أقساط الثمن في القانون

الكويتي ، تعليق منشور بمجلة المحامي ، تصدرها جمعية المحامين الكويتية ، السنة

الرابعة ، الاعداد 8-10 ، 1980 ، ص65 وما بعدها .

(2) وتذهب محكمة التمييز الى ان بيع المصحح عليه للسيارة الى (ج) لا ينفذ بحق طالب

التصحیح الذي يعد لا يزال مالكاً للسيارة عند ثبوت عدم تسديد جميع الثمن اليه . رقم

القرار 911/3م/1972 في 1972/10/5 . النشرة القضائية ، العدد الرابع ، السنة الثالثة ،

==

1972 ، ص20 .

==

وتذهب أيضاً الى أن البائع قد احتفظ بملكية المبيع وهو السيارة المحجوزة حتى استيفاء

كامل الثمن مما يكون بيع السيارة الى الشخص الثالث قبل دفع كامل الثمن الى البائع غير

معتبر ، إلا إذا وافق البائع على البيع بدون تمسكه بهذا الشرط . رقم القرار 456/3م/1974

في 1974/7/2 مشار اليه سابقاً .

(3) د. سليمان مرقس ، البيع ، مصدر سابق ، ص84-85 .

بالتالي في ضمان الرهن للدائن المرتهن ، لأن المدين الراهن الذي اشترى المنقول لما يصبح بعد مالكا للمنقول الذي احتفظ البائع بملكيته حتى تمام الوفاء⁽¹⁾ . ومن حق البائع طلب وضع الحجز على البيع ولو قد أصبح بيد الغير ، لأن احتفاظه بالملكية يمنع المشتري من التصرف فيه دون موافقة البائع⁽²⁾ .

ويثير الشرط ثلاث مسائل أساسية في العلاقة بين البائع والمشتري أولها تحديد من تقع عليه تبعة هلاك المبيع بسبب أجنبي ، والثانية امكانية خضوع المشتري لعقوبة جريمة خيانة الأمانة إذا تصرف بالمبيع ، والثالثة : حول مصير شرط الاحتفاظ بالملكية.

ففي كل من القانونين الفرنسي والانكليزي ترتبط تبعة الهلاك بالملكية ، وفقاً لقاعدة ان الشيء يهلك على حساب مالكة⁽³⁾ Res Perit domino ، فإذا هلك المبيع الذي احتفظ البائع بملكيته في يد المشتري فإنه يهلك على حساب البائع وينبغي عليه رد ما تسلمه من أقساط الى المشتري فتبعة هلاك المبيع تقع على البائع قبل انتقال الملكية على الرغم من تسليمه الى المشتري ، وينقد جانباً من الفقه⁽⁴⁾ بحق الحكم المتقدم ولعل ما يخفف من وطأته أن بالامكان مخالفته ، لذا تتضمن

(1) استئناف مختلط مصري 25 يونيو 1942 م 54 ص 256 ، أورده : د. عبد السلام ذهني ، مصدر سابق ، ص 225 ، وانظر أيضاً الأحكام المشار اليها في : السنهوري ، الوسيط ، ج 4 ، مصدر سابق ، ص 35 هامش (1) .

(2) قرار محكمة تمييز العراق ، رقم 38/حقوقية ثانية/1969 في 1969/10/29 منشور في قضاء محكمة تمييز العراق ، المجلد السادس ، قرارات عام 1969 ، دار الحرية للطباعة ، بغداد ، 1972 ، ص 248 .

(3) المادة 1138 مدني فرنسي / والمادة 20 ف1 من قانون بيع البضائع الانجليزي .

(4) انظر :

- Von Brietenstien, Op . Cit., p.48-49 .
- Eastwood , Op. Cit., p. 95 .

عقود البيع بالتقسيط غالباً بندا صريحاً يقرر تحمل المشتري تبعة هلاك المبيع من لحظة تسليمه اليه .

وفي القانون السويسري تنتقل تبعة الهلاك الى المشتري بمجرد ابرام العقد ، ما لم يتفق المتعاقدان أو يتبين من الظروف اتجاه إرادتهما الى خلاف ذلك⁽¹⁾ . لذا فاننقل تبعة الهلاك الى المشتري لا يرتبط بنقل الملكية ولا حتى بتسليم المبيع إنما بانقضاء العقد .

وكان موقف المشرع المصري والعراقي أكثر دقة ومنطقية في ربط تبعة الهلاك بالتسليم دون الملكية⁽²⁾ . وبالتالي متى تم تسليم المبيع الذي احتفظ بملكته الى المشتري تحمل المشتري تبعة الهلاك من وقت التسليم ، والحكم المتقدم يتفق مع ما هو مقرر في الفقه الاسلامي والذي سار على هديه المشرع العراقي في التمييز بين يد الأمانة ويد الضمان في تحديد من يتحمل تبعة هلاك المال المملوك تحت يد غير مالكة⁽³⁾ ، فمن وضع يده على مال مملوك لغيره بإذن المالك وكان واضع اليد يرمي الى تملك المال فتكون يده يد ضمان ويتحمل بالتالي تبعة الهلاك ، ومثاله القابض للمبيع على سوم الشراء⁽⁴⁾ ، لذلك ومن باب أولى تكون يد المشتري على المبيع الذي احتفظ بملكته يد ضمان أيضاً لأنه

(1) المادة 185 ف1 من تقنين الالتزامات السويسري .

(2) انظر المادة 437 مدني مصري ، والمادة 547 مدني عراقي . ونظراً لعدالة هذا الحكم فقد أخذت به اتفاقية لاهاي للبيع الدولي للبضائع 1964 (م/97) وكذلك اتفاقية الامم المتحدة عام 1980 (م/66) ، انظر : د. محسن شفيق ، مصدر سابق ، ص170 .

(3) انظر المواد 426-427-428 مدني عراقي . وانظر مفصلاً في هذا الصدد : استاذتنا د. ليلى عبد الله سعيد ، يد الأمانة ويد الضمان في الفقه الاسلامي والقانون المدني العراقي ، بحث منشور بمجلة دراسات علوم الشريعة والقانون ، تصدر عن الجامعة الاردنية ، المجلد 23 ؛ العدد 1 ؛ 1996 ، ص14 وما بعدها .

(4) انظر م/548 مدني عراقي .

يقصد من حيازته التملك وعلى ذلك يكون ضامناً هلاك الشيء وتلفه⁽¹⁾

وإذا كان المشتري يحوز مالاً مملوكاً للبائع طيلة فترة سداده للأقساط ، فهل يخضع لعقوبة خيانة الأمانة (abus de confiance) إذا تصرف بالمبيع الى الغير ؟

القاعدة العامة في معظم التشريعات في هذا الصدد انه بالرغم أن تصرف المشتري قد انصب على مال ما يزال مملوكاً للبائع ، إلا أن جريمة خيانة الأمانة لا تنهض لأنها تفترض أن يكون المجني عليه قد سلم المال الى الجاني بعقد من عقود الأمانة التي يحددها المشرع حصراً والتي ليس من بينها البيع بالتقسيط⁽²⁾ ، و رغبة من البائعين بالتقسيط في توقيع الجزاء الجنائي على المشتري لجأوا الى ستر البيع بالتقسيط بصورة عقد ايجار عن طريق البيع الايجاري ، إلا أن القضاء والمشرع أحياناً سرعان ما أحبط هذه المحاولة ورد للعقد صفته الأصلية رافضاً توقيع عقوبة خيانة الأمانة⁽³⁾ .

لكن المشرع العراقي لم يشأ أن يقصر نطاق تحقق جريمة خيانة الأمانة على حالة تسليم الشيء الى الجاني بعقد من عقود الأمانة أو على سبيل الأمانة إنما وسع نطاق الجريمة لتشمل حالة ما إذا كان المال

(1) انظر عكس هذا الرأي : د. السنهوري ، الوسيط ، ج4 ، مصدر سابق ، ص178 هامش

(1) حيث ينتهي الى القاء تبعه الهلاك على البائع . ومن هذا الرأي أيضاً : د. ابراهيم أبو

الليل ، مصدر سابق ، ص282 .

(2) وهذه العقود هي الوديعة ، والإجارة ، وعارية الاستعمال ، والرهن الحيازي ، والوكالة ،

والعمل ، انظر : م/341 عقوبات مصري ، والمادة 408 عقوبات فرنسي .

(3) ومن المؤكد أن ايقاع العقوبة في مثل هذه الحالة مخالف للقاعدة المقررة في القانون الجنائي

((لا عقوبة إلا بنص)) فكان البائع ينشئ بمحض إرادته حالة جنائية لم ينص عليها قانون

العقوبات ولا يملك الافراد تأثيم "أفعال لم يحرمها المشرع . د. عبد السلام ذهني ، مصدر

سابق ، ص232 .

"قد عهد به الى الجاني بأي كيفية كانت أو سلم له لأي غرض كان"⁽¹⁾ ويستشف من العبارة الأخيرة أن المشرع لم يشترط لتحقق الجريمة إلا أن يكون هناك تسليم رضائي سابق على ارتكابها وبالتالي انفراد المشرع العراقي عن غالبية التشريعات العقابية الأخرى⁽²⁾. وقد أكد المشرع هذا النهج صراحة بصدد البيع بالتقسيط مع الاحتفاظ بالملكية فجاء في المادة 455 عقوبات "يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على سنة وبغرامة لا تزيد على مائة دينار أو بإحدى هاتين العقوبتين من اشترى مالاً منقولاً احتفظ البائع بملكيته الى ان يستوفي ثمنه كله فتصرف به تصرفاً يخرج من حوزته دون إذن سابق من البائع...".

بناء على ذلك ، فقد اعتبر المشرع العراقي تصرف المشتري بالمال المبيع بالتقسيط والذي احتفظ البائع بملكيته من الجرائم الملحقة بخيانة الأمانة حماية لحقوق البائعين⁽³⁾.

ويتضح من نص المادة أن الجريمة تتطلب لقيامها شروطاً أربعة :

1. أن يكون محل الجريمة مالاً منقولاً احتفظ البائع بملكيته الى حين وفاء ثمنه كاملاً .
2. أن يكون المشتري قد تصرف بالمال تصرفاً يخرج من حوزته .
3. توافر القصد الجنائي ، وهو علم المشتري ان المال ما يزال مملوكاً للبائع وانصراف ارادته الى حرمانه منه كضمان لحقه في حالة عدم تسديد الثمن⁽¹⁾ .

(1) انظر م/453 عقوبات عراقى .

(2) صفاء مهدي الطويل ، جريمة خيانة الأمانة في القانون العراقي ، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية القانون ، جامعة بغداد ، 1982 ص137 .

(3) د. جعفر الفضلي ، البيع بالتقسيط ، مصدر سابق ، ص34 .

ومن هنا فليس صحيحاً ما يذهب اليه بعض شراح القانون المدني العراقي أن تصرف المشتري بالمبيع في هذا الفرض لا يحقق جريمة خيانة الأمانة . لأن هذا القول لا يصح في القانون العراقي . انظر : د. غني حسون طه ، مصدر سابق ، ص212 ؛ كمال ثروت ، مصدر سابق ، ص177 هامش (1) .

وبما أن هذه الجريمة تحمي مصلحة خاصة للبائع فلا تقام الدعوى الجزائية فيها إلا بشكوى منه ، ويجوز له التنازل عن شكواه قبل صدور حكم نهائي فيها وأوجب المشرع إيقاف تنفيذ الحكم إذا حصل التنازل بعد صدوره⁽²⁾ . ونرى أن الحكمة من ذلك أن المشتري قد يقوم بسداد الثمن كاملاً الى البائع خلال مرحلة التحقيق أو المحاكمة أو فترة تنفيذ العقوبة وبالتالي يبقى ثمة مصلحة للبائع في استمرار ايقاع العقوبة عليه بعد أن استوفى حقه منه .

ونرى أن موقف المشرع العراقي المنوه عنه قد أعطى للبائعين ضماناً هاماً إذ يقترن الجزاء الجنائي بالجزاء المدني ، ويشكل عاملاً يردع المشتري من الإضرار بحقوق البائعين بالتقسيط ، بل أن المشرع في بعض الدول وإزاء استحالة تطبيق عقوبة خيانة الأمانة هناك لجأ الى انشاء جريمة جديدة خاصة ، كما فعل المشرع المصري عند إصداره للقانون رقم 100 لسنة 1957 باستحداثه جريمة تصرف المشتري بالشيء المبيع بالتقسيط قبل الوفاء بثمنه⁽³⁾ . وإذا كانت الآثار المتقدمة تترتب طالما لم يتم سداد الأقساط ، فإن انتهاء مرحلة التعليق تتضمن فرضين :

1. حالة وفاء الأقساط كافة : إذا أوفى المشتري الثمن كاملاً تحقق الشرط الواقف وانتقلت الى المشتري بأثر رجعي مستنداً الى وقت

(1) انظر :د. فخري عبد الرزاق الحديثي ، شرح قانون العقوبات - القسم الخاص ، مطبعة الزمان ، بغداد ، 1996 ، ص377-378 .

(2) الشرط الأخير للمادة 455 من قانون العقوبات العراقي .

(3) تنص المادة 42 من القانون المذكور " يحظر على المشتري - بدون إذن سابق من البائع- أن يتصرف بأي نوع من أنواع التصرفات في السلعة موضوع التقسيط قبل الوفاء بثمنها" ونص المادة 45 على معاقبة من يخالف نص المادة (42) بالحبس مدة لا تزيد على ثلاثة أشهر وبغرامة لا تتجاوز مائة جنييه أو بإحدى هاتين العقوبتين . وهذه العقوبة تطبيق ولو لم يوجد شرط احتفاظ بالملكية في العقد ؛ ، انظر في تفصيلات ذلك : د. مراد منير فهيم ، مصدر سابق ، ص36-37

البيع وليس الى وقت تحقق الشرط ، وإذا كان المشتري قد تصرف بالمبيع تعد تصرفاته نافذة منذ البداية ، كما تصبح ثمرات المبيع ملكاً للمشتري من وقت العقد⁽¹⁾ ، ولما كان الأجل مقررراً لمصلحة المشتري فيجوز له أن ينزل عنه وان يوفي الثمن فوراً في أي وقت وبالتالي يتعجل انتقال الملكية اليه⁽²⁾ .

2. حالة عدم وفاء الأقساط : إذا اخل المشتري بسداد الأقساط امتنع انتقال الملكية اليه ، ويذهب جانب من الفقه الى أن عقد البيع يزول بأثر رجعي لمجرد تخلف الشرط الواقف لنقل الملكية ويعتبر كأن لم يكن⁽³⁾ ، بيد أن هذا الرأي لا يصح إلا إذا كان الطرفان قد اتفقا على شرط فاسخ صريح مؤداه اعتبار العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه دون الحاجة الى حكم عند الاخلال بالوفاء ، اما بغياب مثل هذا الشرط فلا ينسحب أثر تخلف الشرط على عقد البيع ذاته ، إنما يؤدي فقط الى امتناع نقل الملكية ويبقى عقد البيع قائماً⁽⁴⁾ ويكون للبائع الخيار بين أمرين :

I. طلب فسخ العقد واسترداد المبيع مع التعويض وفقاً للقواعد العامة في الفسخ القضائي .

(1) د. توفيق حسن فرج ، مصدر سابق ، ص 189 .

(2) استئناف مختلط مصري 10 مايو 1943 م 55 ص 148 ، أورده : د. سليمان مرقس ، البيع ، مصدر سابق ، ص 84 هامش (1) .

(3) د. توفيق حسن فرج ، مصدر سبق ، ص 190 ؛ د. رمضان أبو السعود ، البيع ، مصدر سابق ، ص 27 ؛ د. عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط ، ج 4 ، مصدر سابق ، ص 175 ؛ د. كمال ثروت ، مصدر سابق ، ص 116 .

(4) من هذا الرأي : د. اسماعيل غانم ، مصدر سابق ، ص 123 ؛ د. خميس خضر ، البيع ، مصدر سابق ، ص 112 ؛ د. سليمان مرقس ، مصدر سابق ، ص 86 ؛ د. محمد لبيب شيت ، مصدر سابق ، ص 113 .

II. كما يمكن للبائع التمسك بالعقد والمطالبة بتنفيذه والزام المشتري بباقي الثمن⁽¹⁾. ويقرر القضاء المصري أنه إذا قام بائع الآلة المحتفظ بحق الملكية بتنفيذ الحكم الصادر له ضد المشتري بدفع بقية الثمن وبيع هذه الآلة بالذات ، فإنه بذلك يختار نهائياً طريق الدفع . فلا يحق له بعد ذلك أن يعدل عنه ويتمسك بالاحتفاظ بالملكية الذي سقط حقه فيه لنزوله الضمني عنه⁽²⁾ . على أن مجرد حصول البائع على حكم بباقي الثمن لا يفيد حتماً نزوله عن شرط الاحتفاظ بالملكية .

المطلب الثاني

أثر شرط الاحتفاظ بالملكية بالنسبة للغير

لا يقتصر شرط الاحتفاظ بالملكية في اثره على العلاقة فيما بين المتعاقدين ، بل يمتد اثره الى الغير ايضا . ونعالج اولا مدى الاحتجاج بشرط الاحتفاظ بالملكية تجاه الغير الذي تصرف له المشتري بالمبيع ، ثم نعقب بدراسة نفاذ هذا الشرط تجاه الدائنين في حالة افلاس المشتري

أولا : حالة تصرف المشتري بالمبيع :

إذا تصرف المشتري بالمبيع الذي احتفظ البائع بملكيته ، فإما ان يكون تصرفه متصفاً الصفة ذاتها ، أي أن المتصرف اليه يعلم حق البائع بالمبيع بمقتضى شرط الاحتفاظ بالملكية فيكون هذا التصرف صحيحاً ، وينتقل المبيع الى المتصرف اليه محملاً بالقيود ذاته الوارد على ملكيته ، أي يكون البيع الثاني موقوفاً فيه انتقال الملكية على شرط

(1) انظر : مجموعة الأعمال التحضيرية ، ج4 ، مصدر سابق ، ص49 .

(2) استئناف مختلط مصري ، 6 فبراير 1943 ، المحاماة 15 ، رقم 184 ، ص388 . أورده :

د. محمد كامل مرسي ، مصدر سابق ، هامش ص216 .

الوفاء بالثمن للبائع الاصيلي⁽¹⁾. واما ان يكون تصرفه باتا مطلقا فيكون صادرا من غير مالك وتطبيق احكام التصرف في ملك الغير حسب نظام القانوني المعمول به ، فيكون البيع موقوفا في قانون العراقي وباطلا نسبيا ، أي قابلا للإبطال لمصلحة المشتري ، في التقنينات الاخرى⁽²⁾. وفي كل الاحوال فهو لا ينفذ بحق البائع المالك الحقيقي ، الذي يكون له استرداد المبيع ، ويستطيع في سبيل ذلك الحجز عليه تحت يد الغير المتصرف اليه لانه لايزال مالكا له⁽³⁾.

وإذا كان للبائع ان يسترد المبيع المحتفظ بملكيته ، الا ان المبيع اذا كان منقولاً وتسلمه المتصرف اليه بحسن نية جاهلا الاحتفاظ بالملكية ، جاز للمتصرف اليه ان يتمسك تجاه البائع بقاعدة (الحيازة في المنقول سند الملكية) فيتعطل حق الاسترداد . لكن البائع قد يفلح في استرداد المبيع متى اثبت عدم توافر شروط تطبيق قاعدة الحيازة في المنقول ، خصوصا اثبات سوء النية

(1) انظر : احمد نجيب الهلالي وحامد زكي ، مصدر سابق ، ص 167 - 168 ، د. عبد المنعم البدرابي ، مصدر سابق ، ص 573 .

(2) انظر المواد 135 مدني عراقي ، 466 مدني مصري ، 1599 مدني فرنسي . وفي القانون السويسري يكون بيع ملك الغير صحيحا لكنه قابل للفسخ لعدم استطاعة البائع تنفيذ التزامه بنقل الملكية وذلك وفقا للقواعد العامة دون وجود نص . انظر السنهوري ، الوسيط ، ج4 ، المصدر السابق ، ص 283 هامش (2) .

(3) وبهذا الصدد قررت محكمة التمييز انه " اذا احتفظ بائع الماكنة بملكيتها لحين تسديد جميع ثمنها فله اذا باعها مشتريها ان يتتبع الماكنة في أي يد كانت لاستحصال الثمن القسط " . رقم القرار 398 ، م 1 ، 1975 في 10 / 10 / 1975 ، مجموعة احكام العدلية ، العدد الرابع ، السنة السادسة ، 1975 ، ص 12 ، وتقرر ايضا انه " ليس لبائع السيارة ان يحجزها لقاء ثمنها المؤجل بعد ان باعها مشتريها لشخص اخر اذا لم يحتفظ البائع الاول بحق بقاء ملكية السيارة له لحين تسديد الثمن " ، رقم القرار 1167 ، م 2 ، 1974 في 3 / 12 / 1974 . النشرة القضائية ، العدد الرابع ، السنة الخامسة ، 1974 ، ص 29 .

المتصرف اليه بأنه كان يعلم بوجود شرط الاحتفاظ بالملكية وان من تصرف له ليس مالكا للمبيع⁽¹⁾. الا ان هذا الاثبات عسير في معظم الاحوال فضلا ان مشتري المبيع الذي احتفظ البائع بملكيته يحوزه امام الجميع ظاهرا عليه بمظهر المالك ، فذلك يدعم حسن نية المتصرف اليه المفترضة اصلا باعتباره لا يعلم بالشرط وهذا الافتراض كفيل بدفع دعوى البائع بالاسترداد .

ويطبق القضاء الفرنسي قاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية⁽²⁾، بصرامة لدحض مطالبة البائع بالاسترداد المستندة الى شرط الاحتفاظ بالملكية ، ففي قضية مفادها ان زوجا كان قد اهدى زوجته كتبا اشترها بالتقسيط ، فلما حصل الطلاق بينهما امتنع عن دفع الاقساط ، طالب البائع المحتفظ بالملكية بالاسترداد ، فقضت له محكمة (بورديو) بذلك تجاه زوجة المشتري ، الا ان محكمة النقض نقضت هذا القرار مستندة الى انه قد تضمن خرقا للقاعدة المقررة في المادة 2279 من القانون المدني ، فالزوجة انما كانت قد استفادت من هدية صغيرة وكانت بحسن نية للكتب موضوع الدعوى⁽³⁾.

⁽¹⁾ وقد حكم القضاء المصري بالاسترداد في قضية كان فيها المتصرف اليه صاحب معرض للسيارات فاستنتجت المحكمة ان المتصرف اليه سيء النية لم يطالب البائع اليه بمستندات ملكتيه مع علمه ان بيع السيارات بالتقسيط منتشر جدا وينحتمل ان تكون السيارة ما تزال مملوكة للغير ، استئناف مختلط ، 21 مايو 1935 ، م/47 ، ص321 ، اشار اليه : سليمان مرقس ، الايجار ، المصدر السابق ص83 هامش (65) .

⁽²⁾ “En Fait de Meubles , la Possession Vaut Titre “

وهي القاعدة المنصوص عليها بالمادة 2279 مدني فرنسي .

⁽³⁾ Dam Setrin C/ ste . Editions Andre Vial et autres , Gaz .Pal 10 Juillet 1980 .
Panorama de Jurisprudence .

المشار اليه في :

- Garcin et Thieffry , Op .Cit , 43-44 .

ويبرر الموقف المتقدم أن قاعدة الحيازة في المنقول وضعت لاستقرار المعاملات وبغية تسهيل تداول المنقولات لذا لا يقوى شرط الاحتفاظ بالملكية على الوقوف بوجه هذه القاعدة ولا يشكل استثناء عليها⁽¹⁾ ، فالبايع المحتفظ بالملكية يفقد حقه في الاسترداد متى تصرف المشتري بالمبيع الى الغير حسن النية⁽²⁾ .

يختلف الأمر في القانون السويسري ، حيث أوجب المشرع شهر شرط الاحتفاظ بالملكية عن طريق تسجيله في سجل عام تمسكه دائرة المتابعة⁽³⁾ وهذا الإشهار كفيل باثبات سوء نية المتصرف اليه ، أي افتراض علمه بهذا الشرط ، وبالتالي لا يستطيع التمسك بقاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية المقررة بالمادة 714 ف2 من القانون المدني السويسري ، مما يمكن للبايع من استرداد المبيع⁽⁴⁾ . كذلك الحال في القانون الانجليزي حيث سبق بيان أن المشتري في البيع بالتقسيط المشروط أصبح بفضل قانون انتمان المستهلك مستبعداً من نطاق تطبيق المادة 25 من قانون بيع البضائع وبالتالي غير قادر على نقل الملكية الى المتصرف اليه⁽⁵⁾ .

(1) Luc Bihl, Op. Cit., p. 279-280 .

وانظر كذلك د. اسماعيل غانم ، مصدر سابق ، ص 124-125 ؛ د. محمد لبيب شيت ، مصدر سابق ، ص 113-114 .

(2) وإذا كان هذا هو الحكم العام في القانون الفرنسي إلا أن ثمة قوانين هناك أخضعت بعض البيوع لنظام الاشهار مثال ذلك القانون الصادر في يابر 1951 الخاص بالبيع بالتقسيط لمعدات التجهيز المهنية ، فإذا روعيت اجراءات الشهر جاز للبايع الاحتجاج بالملكية تجاه الكافة ومنهم الغير المتصرف اليه بالمبيع .

أنظر :

- De Juglart et Ippolito , Op . Cit . , p. 312 .

(3) المادة 715 ف1 من القانون المدني السويسري .

(4) Paul – Henri Steinauer . Op . Cit., P. 218 .

(5) راجع ما ذكر أيضاً بصدد البيع الايجاري ص52 من هذه الدراسة .

ولكن ما حكم القانون العراقي في هذا الصدد ؟
من خلال إمعان النظر في المادتين 1163 و1164 يمكن القول أن للمتصرف اليه أن يدفع مطالبة البائع المحتفظ بالملكية بالاسترداد عن طريق تمسكه بقاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية المقررة بالمادة 1163 ، إلا أن المادة 1164 تجيز لمالك المنقول الذي خرج من يده بضياح أو سرقة أو غضب أو خيانة أمانة استرداده من حائزه حسن النية ، ولما كان تصرف المشتري بالمبيع الذي احتفظ البائع بملكيته يشكل جريمة خيانة أمانة استناداً الى صريح نص المادة 445 عقوبات عراقي ، فإنه يجوز للبائع استناداً الى المادة 1164 خلال مدة ثلاث سنوات أن يسترد المبيع من يد المتصرف اليه بالرغم من أنه يحوزه بحسن نية وبسبب صحيح . معنى ذلك أن مفعول قاعدة الحيازة في المنقول سوف يتعطل وقتياً خلال هذه الفترة التي يخول فيها البائع ممارسة حقه بالاسترداد⁽¹⁾ .

وهكذا نرى أن المشرع العراقي قد قطع شوطاً بعيداً في ضمان مصلحة البائعين بالتقسيط عن طريق شرط الاحتفاظ بالملكية الذي يعد ذا فاعلية كبيرة في التشريع العراقي⁽²⁾ .

ثانياً : حالة إفلاس المشتري :

يؤدي الإفلاس الى تصفية جماعية لأموال التاجر المفلس كافة ، فإذا كان المشتري قد استلم البضاعة أو دخلت مخازنه ، ثم أشهر إفلاسه لا يبقى للبائع الذي لم يستوف حقه الثمن سوى الدخول في التفليسة كدائن عادي يخضع لقسمة الغرماء فلا يستطيع مباشرة دعوى

(1) ومدة الثلاث سنوات هي مدة سقوط لا مدة تقادم لذا فهي لا تكون عرضة للوقوف أو الانقطاع . انظر : محمد طه البشير وغني حسون طه ، مصدر سابق ، ص 259 .

(2) ولا مثيل لهذا الحكم في القانون المصري لأن المادة 977 منه لا تجيز الاسترداد إلا في حالتها الضياح والسرقة دون خيانة الأمانة ، كما أن تصرف المشتري بالمبيع المحتفظ بملكته لا يشكل جريمة خيانة أمانة وفق ما تقدم .

الفسخ والاسترداد ، كما يسقط حقه في الامتياز تحقيقاً لمبدأ المساواة بين الدائنين⁽¹⁾ .

وقد استقر الأمر في فرنسا أن شرط الاحتفاظ بالملكية لا يمكن التمسك به تجاه دائني المشتري ، وقد تبنت محكمة النقض الفرنسية هذا المبدأ بوضوح منذ قرار لها عام 1934 جاء فيه "ان الأموال المنقولة التي بيعت لأحد التجار الذي وقع بعد ذلك تحت طائلة الإفلاس والتصفية القضائية تشكل عنصراً من عناصر ملأته الظاهرة ، فليس بالمستطاع استردادها من قبل البائع في مواجهة جماعة الدائنين لا عن طريق دعوى الفسخ وفقاً للمواد 1184 و 1654 مدني ولا تأسيساً على الشرط العقدي الذي يوقف نقل الملكية حتى الدفع الكامل للثمن"⁽²⁾ .

يتضح أن الموقف المتقدم يستند إلى فكرة الملاءة الظاهرة *La Solvabilite apparente* ، فالوضع الظاهر الحيازي يلعب دوراً في الشهرة والاعتبار التجاري الذي يتحدد بالنسبة للمشتري بالقياس إلى البضاعة المودعة في مخازنه ، فعندما تكون الأموال المباعة في حيازة المشتري فإن الدائنين يفترضون أن له صفة المالك فيتعاملون معه ويمنحونه ائتمانهم على هذا الأساس ، لذلك فإن قوانين الإفلاس تسعى لضمان العدالة في المعاملة بين جميع هؤلاء الأشخاص الذين ثقتهم في مدينهم فعليهم بالتساوي تحمل مخاطر إفلاسه⁽³⁾ .

لكن نظرية الملاءة الظاهرة تعرضت لاحقاً لانتقادات شديدة في الفقه ، فهي تبنى ائتمان التاجر على أموال لم توف وربما لن يكون بمقدوره وفاؤها ، كما أن وجود البضاعة في المخزن إذا كان معتمداً في منح الائتمان في القرن التاسع فإنه لم يعد مقبولاً اليوم ، فبدأ القضاء الفرنسي يحد عن موقفه المتصلب ويقبل الاحتجاج بشرط الاحتفاظ

(1) د. رزق الله أنطاكي ونهاد السباعي ، مصدر سابق ، ص 707 .

(2) Cass Civ. 28 mars et 22 Oct. 1934 : D.P. 1934 , I, 151 note vandamme. A. Brocca , Op. Cit., p. 17 .

(3) Roger Houin . L' introduction de la clause de reserve de propriete dans le droit Francais de la Faillite, J. C. P , 1980 – 1- no. 2978 .

بالملكية على جماعة الدائنين إذا كان البائع قد أعلن رسمياً رغبته بالاستفادة من الشرط قبل الحكم بشهر إفلاس المشتري⁽¹⁾. ثم تدخل المشرع الفرنسي أخيراً مقررأ نفاذ شرط الاحتفاظ بالملكية تجاه دائني المشتري بالقانون الصادر في 12 أيار 1980 المعدل للقانون المرقم 67-563 لعام 1967 الخاص بتصفية الأموال والإفلاس ، ويحتل هذا الحكم الآن المادة 121 من قانون الإفلاس الفرنسي النافذ رقم 98-85 لعام 1985 .

وبمقتضى التعديل التشريعي يجوز للبائع المحتفظ بالملكية استرداد البضائع من تفليسة المشتري متجنباً مزاحمة بقية الدائنين له بالشروط الآتية :

1. أن يتم الاتفاق على الشرط كتابة بشكل صريح قبل تسليم البضاعة الى المشتري أو على الأكثر حتى لحظة التسليم .
 2. أن يكون المبيع محتفظاً بذاتيته ويمكن تمييزه وفصله عن غيره في لحظة ممارسة الاسترداد .
 3. ينبغي تمسك البائع بحق ملكيته تجاه التفليسة خلال أربعة أشهر من يوم إشهار حكم افلاس المشتري⁽²⁾ .
- لا شك أن هذا الموقف الجديد للمشرع الفرنسي قد أدى الى تعزيز فعالية شرط الاحتفاظ بالملكية ، وقد برر بأنه يضع القانون الفرنسي

(1) A. Brocca . Op. Cit., p.19 .

وانظر القضاء المنوه عنه :

- Cass . Com. 22 Dec. 1975: D.P. 1976 Somm., 22 .

(2) انظر :

- Luc Bihl , Op .Cit ., P. 278-279.

وقد حكم القضاء الفرنسي بأن ليس لبائع الصوف استرداده إذا تحول الى منتجات صوفية .

- Trib Com. Nice, 27 Oct. 1980 , D. 1981 . IR. 9 .

ولا يمكن استرداد المواد المندمجة في تركيب السيارات .

- Trib. Com. 18 julill 1989 : Bull. Civ. IV. No. 228. D. 1991. Somm. 45 .

ولا تسترد الحيوانات بعد ذبحها .

- com. 22mars 1994 Bull Civ IV, no. 121 –comp .

جنباً الى جنب مع نظرائه الأوربيين خصوصاً القوانين في ألمانيا وسويسرا وبلجيكا وإيطاليا ، كما أنه ينسجم مع مشروع الاتفاقية الأوربية الموحدة للإفلاس⁽¹⁾ .

على خلاف القانون الفرنسي الذي اكتفى بمجرد كتابة الشرط أوجب المشرع السويسري خضوعه للإشهار فنصت المادة 715 من القانون المدني ، بأن "الشرط الذي بموجبه يحتفظ البائع بملكية المنقول المسلم الى المشتري لا يعتد به إلا إذا تم قيده في محل الإقامة الحالي لهذا الأخير ، في سجل عام ممسوك من قبل دائرة المتابعة" . إن هذا الإشهار القانوني يمكن الاغيار الذين يرومون منح ائتمان للمشتري من ملاحظة السجل ليعلموا ما هي الأموال التي بعهدته والتي تعود ملكيتها في الحقيقة للآخرين . وهكذا يعتبر هذا الإشهار حجة بحقهم ، لذلك يتمكن البائع من استرداد المبيع المحتفظ بملكيته تجاه جماعة الدائنين على أن تتم مراعاة إجراءات الشهر القانونية ، وهذا الإشهار خاص بالمنقولات دون العقارات⁽²⁾ .

وقد أقر القضاء الانجليزي منذ القدم حق البائع المحتفظ بالملكية في الاسترداد عند إفلاس المشتري ، وذلك في قضية فحواها أن شخصاً باع بالتقسيط لآخر محركاً غازياً لإستخدامه في عمله ، على أن تبقى ملكية المحرك للبائع ، حتى يتم وفاء الأقساط كاملة . ولكن المشتري بعد أن استلم الجهاز وقع طائلة الإفلاس فطالب البائع باسترداد المحرك باعتباره ما يزال مالكة ، أقر مجلس اللوردات بلا تردد مطالبته بالاسترداد⁽³⁾ ، وسنرى لاحقاً أن قانون ائتمان المستهلك وضع قيوداً على حق الاسترداد هدفها حماية المشتري .

(1) Roger Houm . Op. Cit., P.2978 .

(2) انظر مفصلاً بصدد إجراءات الشهر في القانون السويسري :
- Paul – Henri Steinauer , Op . Cit., p. 218-222 .

(3) قضية :
- McEntire V. Crrossley Bros Ltd . (1895) .

أما في مصر فقد استقرت أحكام القضاء على عدم جواز الاحتجاج بالشرط تجاه دائني التفليسة ، حيث توسع المصري في تطبيق المادة 354 من قانون التجارة التي تنص على "إذا بيعت منقولات لأحد ثم أشهر إفلاسه فلا يكون للبائع حق في الدعوى بفسخ البيع ولا تجوز له إقامة الدعوى بالاسترداد"⁽¹⁾ .

وفي القانون العراقي تنص المادة 646 النافذة من قانون التجارة لعام 1970⁽²⁾ أنه "إذا أفلس المشتري قبل دفع الثمن وبعد دخول البضائع مخازنه أو مخازن وكيله المكلف ببيعها ، فلا يجوز للبائع أن يطلب فسخ البيع أو استرداد البضائع ، كما يسقط حقه في الامتياز" يفهم من ذلك أن مجرد تسليم البضائع للمشتري الذي يقع تحت الإفلاس يمنع البائع من استردادها وقد قضت الفقرة الثانية من هذه المادة على فاعلية شرط الاحتفاظ بالملكية بالقول "وكل شرط يكون من شأنه تمكين البائع من استرداد البضائع أو الاحتفاظ بامتيازها عليها لا من شأنه تمكين البائع من استرداد البضائع أو الاحتفاظ بامتيازها عليها لا يحتج به على جماعة الدائنين" .

الخاتمة :

- Diamond , Comm. And Cons. Credit, Op. Cit., p. 279 .

(1) انظر : د. عبد المنعم البدر اوي ، مصدر سابق ، ص 261 والأحكام التي يشير إليها في هامش (1) ، ص 262 .

(2) يقتضي التنويه الى أن الباب الخاص بالإفلاس المواد (566-791) من قانون التجارة السابق رقم 149 لسنة 1970 لا يزال نافذاً بموجب المادة (331) من قانون التجارة الحالي 30 لعام 1984 .

تبين لنا من هذه الدراسة ان شرط الاحتفاظ بالملكية في البيع بالتقسيط ما هو الا شرط واقف يجعل نقل الملكية وحده معلقا على سداد الاقساط كافة وتتفاوت مكانة الشرط في التقنيات المقارنة قوة وضعفا فبينما يعجز في القانون المصري عن توفير حماية فاعلة للبائع بالتقسيط يحتل مكانة بارزة في القانونين الانجليزي والسويسري ويتبلور دوره كضمان يميني يكفل للبائع استيفاء حقه فيما يميل الاتجاه التشريعي الحديث في فرنسا نحو تعضيد هذا الشرط وتفعيله . واما القانون العراقي فيقف بين هذا وذاك فيجيز الاحتجاج بالشرط تجاه المتصرف اليه حسن النية ويمنع نفاذ تجاه الدائنين في حالة الافلاس .

كما راينا بان الشرط الاحتفاظ بالملكية يعد اهم وافضل ضمان يمكن توفيره للبائع بالتقسيط كونه ينصب على السلعة المباعة ذاتها ، فيما تقف الضمانات الاخرى القانونية منها والاتفاقية عاجزة عن تلبية حاجة البائع بالتقسيط الى السهولة والسرعة .

واخيرا ندعو المشرع العراقي بتدعيم شرط الاحتفاظ بالملكية عن طريق اسباغ مزيد من الفاعلية عليه لكي يغني البائعين بالتقسيط تماما عن اللجوء الى الوسائل الاخرى لضمان حقوقهم ، وبما ان المشرع قد قبل نفاذ الشرط تجاه المتصرف اليه حسن النية ، فلم يبقى سوى اقرار نفاذه تجاه دائني تفليسة المشتري ، ولكي ينبغي في نفس الوقت مراعاة مصلحة الاغيار وعدم اهدار حقوقهم عن طريق منع تحايل المشتري اضراراً بهم ويتأتى ذلك عن طريق تقرير عدم نفاذه الشرط تجاه الغير الا اذا كان مدونا في محرر بتاريخ ثبات سابق على حق الغير .

مصادر البحث :

أولاً : المصادر العربية :

1. د. أحمد شرف الدين ، حكم بيع السيارات قبل سداد جميع أقساط الثمن في القانون الكويتي ، تعليق منشور بمجلة المحامي ، تصدرها جمعية المحامين الكويتية ، السنة الرابعة ، الأعداد 8-10 ، 1980 .
2. أحمد نجيب الهلالي و د. حامد زكي ، شرح القانون المدني – عقود البيع والحوالة والمقايضة ، ط3 ، مطبعة الفجالة الجديدة ، القاهرة ، 1953 .
3. د. اسماعيل غانم ، الوجيز في عقد البيع، مكتبة عبد الله وهبة، القاهرة ، 1963 .
4. د. أنور سلطان ، العقود المسماة شرح عقدي البيع والمقايضة ، دار النهضة العربية ، بيروت ، 1983 .
5. د. باسم محمد صالح ، القانون التجاري ، القسم الاول ، ط2 ، وزارة التعليم العالي والبحث العلمي ، مطبعة دار الحكمة ، بغداد ، 1992 .
6. د. برهام محمد عطا الله ، عقد البيع ، مؤسسة الثقافة الجامعية ، الاسكندرية ، 1983 .
7. د. جعفر الفضلي ، الوجيز في العقود المدنية – البيع والايجار والمقاوله ، ط2 ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، 1997 .
8. د. توفيق حسن فرج ، عقد البيع والمقايضة ، المكتب المصري الحديث للطباعة والنشر ، الاسكندرية ، 1970 .
9. د. رمضان أبو السعود ، دروس في العقود المسماة عقد الايجار في القانونين المصري والبناني ، بيروت ، 1986 .
10. د. سعدون العامري ، الوجيز في العقود المسماة البيع والايجار ، 1974 .
11. د. سليمان مرقس ، الوافي في شرح القانون المدني في العقود المسماة عقد البيع ، ج3 ، ط5 .
12. د. سمير تناغو ، عقد البيع ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، 1973 .

13. عبد الرزاق أحمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، ج4 ، العقود التي تقع على الملكية ، المجلد الاول ، البيع والمقايضة ، مطبعة دار النشر للجامعات المصرية ، 1960 وكتاب حق الملكية ، دار احياء التراث ، بيروت ، 1967 .
14. عبد المنعم البدر اوي ، عقد البيع في القانون المدني ، دار الكتاب العربي ، القاهرة ، 1957 .
15. د. عدنان خالد التركماني ، ضوابط العقد في الفقه الاسلامي ، ط1 ، دار الشروق للنشر ، جدة ، السعودية ، 1981 .
16. د. علي جمال الدين عوض ، العقود التجارية ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، 1968 .
17. د. غني حسون طه ، الوجيز في العقود المسماة عقد البيع ، ج1 ، مطبعة المعارف ، بغداد ، 1969-1970 .
18. د. فخري عبد الرزاق الحديثي ، شرح قانون العقوبات - القسم الخاص ، مطبعة الزمان ، بغداد ، 1996 .
19. د. كمال ثروت الرنداوي ، شرح أحكام عقد البيع ، ط1 ، مطبعة دار السلام ، بغداد ، 1973 .
20. د. محمد شنتا أبو سعد ، الشرط كوصف للتراضي في القانون المدني المقارن والشريعة الاسلامية ، منشورات عالم الكتب ، القاهرة ، 1980 .
21. محمد طه البشير و د. غني حسون طه ، الحقوق العينية ، وزارة التعليم العالي والبحث العلمي ، دار الكتب للطباعة والنشر ، جامعة الموصل ، 1982 .
22. د. محمد لبيب شنب ، شرح أحكام عقد البيع ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1966 .
23. محمود جمال الدين زكي ، قانون عقد البيع في القانون المدني ، منشورات كلية الحقوق ، جامعة الكويت ، 1974-1975 .
24. د. مصطفى أحمد الزرقاء ، الفقه الإسلامي في فقهه الجديد ، ج1 - المدخل للفقه العام ، ط8 ، مطبعة الحياة ، دمشق ، 1964 .

25. د. مصطفى أحمد الزرقاء ، شرح القانون المدني السوري – العقود المسماة عقد البيع والمقايضة ، ط6 ، مطابع فتي العرب ، دمشق ، 1965 .

ثانياً : المصادر الاجنبية :

1. Antoine Brocca Manuel de la Clause de reserve de Propriete, Lyon , 1982 .
2. Choucri Cardah: La Vent en droit Compare Occidental el Oriental, Li G. D. J., Paris, 1968 .
3. D. Von Breitenstein , La Clause de reserve de propriete et le risque d'une perte fortuite de la chose vendue, Rev. Trim . Dr. Com. 1980 .
4. F. De Zulueta, The Roman Law of Sale, Clarendon Press, Oxford, London, 1966 .
5. Joseph Hamel, Vente a temperament et Location – Vente, Dalloz, 1930.
6. Kenneth Smith and Denis J. Keenan , English Law, Fifth Edition, Pitman Publishing Ltd ..London 1975 .
7. paul - Henri Steinauer, Les droit reels, Tom II, Editions Staempfli & Cie SA Berne, 1990 .
8. Roger Houin . L' introduction de la clause de reserve de propriete dans le droit Francais de la Faillite, J. C. P , 1980 .
9. William Garcin et Jean Thieffry , La Clause de reserve de propriete , Publie Faculte de droit et Sciences Economiques Montpellier , Paris, 1980 .