



كلية الحقوق

جامعة بنغازي

قسم القانون الخاص

"شروط الإحتفاظ بالملكية في مواجهة الغير"

قدمت هذه الدراسة استكمالاً لنيل درجة التخصّص العالي "الماجستير"

أعداد

نسرين شكري محمد محمود

إشراف أ. د. مفتاح عبدالسلام المهدي

العام الدراسي (1438 - 2017)

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

{ قَالُوا سُبْحَانَكَ لَا عِلْمَ لَنَا إِلَّا مَا عَلَّمْتَنَا

إِنَّكَ أَنْتَ الْعَلِيمُ الْحَكِيمُ }

صَدَقَ اللَّهُ الْعَظِيمُ

سورة البقرة الآية (32)

الإهداء

أهدي بحثي هذا وكل ما بذله من جهد في دراستي

إلى روح "والدي الغالي"

الذي طالما وقف إلى جانبي وساندني في مسيرتي العلمية

ويؤسفني جداً أن لا يشاركني هذا اللحظات في حياتي

كما أهدي نجاحي منذ بداية حياتي إلى هذه الساعة

إلى القلب الكبير

"والدتي الحبيبة"

أطال الله في عمرها

الباحثة

شكر وتقدير

نشكر الله سبحانه وتعالى على كل نعمة أنعم بها علينا ونحمده على أن وفقنا إلى ما نحن فيه وأن جعلنا مسلمين وما كنا لنهتدي لولا أن هدانا الله، وعملاً بقول الرسول الكريم من لم يشكر الناس لم يشكر الله.

أتقدم بأسمى آيات الشكر والعرفان لأستاذي الفاضل الأستاذ الدكتور/ **مفتاح عبدالسلام المهدي**. لقيامه بالأشراف على هذه الأطروحة، وكذلك لصبره وسعة صدره ومساندته لي حتى إتمام هذه الدراسة فجزاه الله عني كل خير.

كما أتقدم بالشكر والتقدير لكل أعضاء هيئة التدريس بكلية الحقوق بجامعة بنغازي لما يبذلونه من عطاء في سبيل النهوض بهذه الكلية ولا أنسي أن أشكر موظفين مكتبة كلية الحقوق بكل من جامعة عمر المختار وجامعة طرابلس وجامعة بنغازي لمساعدتهم لي في الحصول على المراجع والكتب اللازمة من خلال خبرتهم في هذا المجال.

كما أشكر كل من مد يد العون لي طيلة فترة دراستي وحتى كتابتي لآخر حرف في هذه الأطروحة وأخص بالذكر زوجي وأختي الأعزاء.

الباحثة

قائمة المحتويات

الصفحة	الموضوع
أ	الآية القرآنية
ب	الإهداء
ج	شكر وتقدير
د	المحتويات
1	المقدمة
3	المبحث التمهيدي

الفصل الأول

مفهوم شرط الإحتفاظ بالملكية

11	المبحث الأول: ماهية شرط الإحتفاظ بالملكية.
12	المطلب الأول: تحديد مفهوم شرط الإحتفاظ بالملكية
13	الفرع الأول: تعريف شرط الإحتفاظ بالملكية
16	الفرع الثاني: مشروعية شرط الإحتفاظ بالملكية
18	الفرع الثالث: مجال شرط الإحتفاظ بالملكية
19	الفرع الرابع: حكم شرط الإحتفاظ بالملكية
23	المطلب الثاني: تمييز شرط الإحتفاظ بالملكية عن غيره من ضمانات البيع الائتماني
24	الفرع الأول: البيع الايجاري
32	الفرع الثاني: التأجير التمويلي
42	الفرع الثالث: الشرط المانع من التصرف
45	الفصل الأول: مضمون الشرط المانع من التصرف

الصفحة	الموضوع
46	العصن الثاني: فاعلية الشرط في ضمان حق البائع
50	العصن الثالث: التمييز بين شرط الإحتفاظ بالملكية وشرط المنع من التصرف
53	المبحث الثاني: الطبيعة القانونية لشرط الإحتفاظ بالملكية
55	المطلب الأول: تكييف الفقهاء لشرط الإحتفاظ بالملكية.
56	الفرع الأول: شرط الإحتفاظ بالملكية شرط واقف
64	الفرع الثاني: شرط الإحتفاظ بالملكية شرط فاسخ
74	الفرع الثالث: البيع مع شرط الإحتفاظ بالملكية هو بيع مضاف إلى أجل واقف
88	المطلب الثاني: تكييف القضاء والقانون لشرط الإحتفاظ بالملكية.
89	الفرع الأول: اتجاه القضاء والقانون الفرنسي
101	الفرع الثاني: اتجاه القضاء والقانون المصري
106	الفرع الثالث: اتجاه القانون الليبي

الفصل الثاني

آثار شرط الإحتفاظ بالملكية في مواجهة الغير

110	مقدمة
112	مبحث تمهيدي: مفهوم الغير ومدى تأثيره باتفاقات المتعاقدين
124	المبحث الأول: مدى جواز الاحتجاج بشرط الإحتفاظ بالملكية في مواجهة الدائنين
126	المطلب الأول: الجدل حول جواز الاحتجاج بشرط الإحتفاظ بالملكية في مواجهة الدائنين
128	الفرع الأول: الاتجاه الرافض لنفذ شرط الإحتفاظ بالملكية في مواجهة الدائنين
135	الفرع الثاني: نقد الاتجاه الرافض لنفذ شرط الإحتفاظ بالملكية في مواجهة الدائنين
145	المطلب الثاني: نفاذ شرط الإحتفاظ بالملكية في مواجهة الدائنين

الصفحة	الموضوع
149	الفرع الأول: الشروط الشكلية لنفاذ شرط الإحتفاظ بالملكية في مواجهة الدائنين
163	الفرع الثاني: الشروط الموضوعية لنفاذ شرط الإحتفاظ بالملكية
178	المبحث الثاني: الاحتجاج بشرط الإحتفاظ بالملكية في مواجهة المتصرف إليهم
179	المطلب الأول: مدى نفاذ التصرفات التي يبرمها المشتري على المبيع
180	الفرع الأول: مشروعية تصرفات المشتري في البضاعة المبيعة تحت شرط الإحتفاظ بالملكية
199	الفرع الثاني: حقوق البائع في حالة تصرف المشتري في المبيع المحتفظ بملكيته
207	المطلب الثاني: تفادي مخاطر تصرف المشتري في المبيع المحتفظ بملكية
208	الفرع الأول: تعديل صورة التعاقد لضمان عدم تصرف المشتري في البضاعة
216	الفرع الثاني: صور الاتفاق على الترخيص للمشتري بالتصرف بالمبيع
223	المطلب الثالث: استفادة الغير من شرط الإحتفاظ بالملكية على سبيل الضمان
224	الفرع الأول: حوالة الحق
228	الفرع الثاني: الحلول الإتفاقي
234	الفرع الثالث: التنازل عن العقد
235	الفرع الرابع: تظهير الأوراق التجارية
236	الفرع الخامس: البيع المزدوج
241	الفرع السادس: موقف القضاء والقانون من انتقال الاستفادة من شرط الإحتفاظ بالملكية إلى الغير
248	الخاتمة
253	المراجع

المقدمة

إن القاعدة في عقد البيع هي أن ملكية العقار تنتقل بالتسجيل وملكية المنقول المعين بالنوع تنتقل بالفرز أما ملكية المنقول المعين بالذات فهي تنتقل بمجرد التعاقد، لكن هذه القاعدة ليست من النظام العام، فيجوز الاتفاق على ما يخالفها حيث يمكن الاتفاق على تأجيل نقل الملكية إلى حين سداد الثمن، ويندرج هذا البيع تحت طائفة البيوع الائتمانية، ولعل الصورة الغالبة والتي تتبادر إلى الأذهان عند الحديث عن البيع الائتماني تتمثل في البيع الآجل والبيع بالتقسيط.

حيث درج مؤخراً المتعاملون بالبيوع الآجلة والبيع بالتقسيط على إضافة شرط الاحتفاظ بملكية المبيع إلى حين استيفاء الثمن في عقودهم، وذلك زيادة في الائتمان، فنظّل ملكية المبيع للبائع ولا تنتقل إلى المشتري إلا بعد سداده لكامل الثمن، يلعب شرط الاحتفاظ بالملكية في هذا الفرض دوراً ائتمانياً بالنسبة لكلا طرفي العقد فالبائع يأتّم المشتري على الثمن، والمشتري يأتّم البائع على الملكية، ومن هنا تثور عدة إشكاليات، خاصة وإن المشرع الليبي لم يتناول هذا الشرط بالتفصيل واكتفي بالنص عليه ضمن مواد القانون المدني في المادة و 1/419، وأكد على صحته ونفاذه ضمن مواد القانون 23 لسنة 2010 بشأن النشاط التجاري الجديد، ولكنه لم يتناول أحكامه بالتفصيل، وهذا ما دفعنا إلى دراسة هذا الشرط لإلقاء الضوء عليه والتأكيد على أهميته في النهوض بالحياة الاقتصادية من خلال التعريف به وبطبيعته وآثاره خاصة وأن آثار هذا الشرط لا تقتصر فقط على المتعاقدين بل تمتد لتشمل الغير وهم جماعة الدائنين والمتصرف إليهم، إن مجرد إدراج هذا الشرط ضمن بنود العقد دون أن يكون له قوة للاحتجاج به في مواجهة دائني المشتري المفلس، وكذلك في مواجهة المتصرف إليهم والذين اكتسبوا حقوقاً على الشيء المبيع قبل انتقال ملكيته إلى المتصرف الثاني، لا يحقق الفائدة من هذا الشرط كشرط ائتماني،

فكان لابد من تدعيم شرط الإحتفاظ بالملكية وتشجيع المتعاملين على الاعتماد عليه في عقودهم، خاصة وإن الملكية أصبحت في القوانين الحديثة تلعب دوراً ضمانياً مهماً في تسيير الحياة الاقتصادية، فيمكن للأشخاص أن يبرموا عقودهم بالرغم من عدم توافر الإمكانيات المادية لديهم وأن يدخلوا في صفقات تنهض باقتصاد الدولة وتوفر فرص عمل، مع ضمان الطرف الآخر حصوله على حقه وذلك عن طريق احتفاظه بملكية الأشياء المباعة إلى حين سداد الثمن بالكامل، وذلك إذا أمنَّ إفلاس المشتري حيث إنه في حالة إفلاس هذا الأخير يمكنه استرداد مبيعاته دون أن يحد نفسه مضطراً للدخول ضمن دائني التقلية، كذلك إذا أمنَّ تصرف المشتري في البضاعة المباعة قبل سداده لثمنها تصرفاً مادياً أو قانونياً.

بناءً على كل ما سبق فإننا سنتناول في هذه الدراسة التعريف بشرط الإحتفاظ بالملكية وتوضيح دوره الائتماني وبيان طبيعته القانونية ثم إننا نسلط الضوء على آثار شرط الإحتفاظ بالملكية على الغير مستدلين في كل ذلك بنصوص القانون الفرنسي والقانون المصري والقانون الليبي، مستخدمين المنهج التحليلي المقارن، وسبب اختيارنا لهذا الجزئية تحديداً وهي أثر الشرط على الغير، نظراً لعدم اهتمام فقهاء القانون الليبي خاصة وفقهاء القانون عامة بالكتابة في هذا الجانب وإن وجدت دراسات تناولت شرط الإحتفاظ بالملكية فهي تتناوله بشكل عام دون التركيز على مدى تأثير الغير بهذا الشرط والذي لا يخفى على أحد تأثره بمثل هذا الشرط في حالة منحه أو ترتيب حق له على الشيء محل العقد في فترة الإحتفاظ بالملكية، وكذلك من ناحية مدى تأثير الغير بمثل هذا النوع من الشروط والذي ينقص من الجانب الايجابي لذمة المدين مما يضر بجماعة الدائنين بلا شك، لذا قسمنا هذه الدراسة إلى فصلين، الفصل الأول تناولنا فيه مفهوم شرط الإحتفاظ بالملكية وطبيعته.

والفصل الثاني تناولنا فيه آثار شرط الإحتفاظ بالملكية على الغير.

المبحث التمهيدي

نبذة عن فكرة الائتمان:

تطور الحياة الاقتصادية وحاجة الناس إلى الثقة والأمان في معاملاتهم أدت إلى ظهور صور جديدة من العقود والشروط التي تخللت هذه العقود لمسايرة هذا التطور، وقد ارتكزت هذه الحاجة على فكرة الائتمان، أي مدى ائتمان الأشخاص لبعضهم البعض في تعاملاتهم وفي إبرامهم للعقود سواء كانت مدنية أو تجارية.

وحيث أنه لا يوجد تعريف جامع مانع للائتمان من الناحية القانونية وخاصة أن (فكرة الائتمان) تعتبر واحدة في جوهرها وطبيعتها في كل من القانون المدني والقانون التجاري، لذلك سنقتصر على توضيح العناصر الأساسية للائتمان وهي ارتباط الائتمان بالثقة وارتباط الائتمان بالعقد والزمن⁽¹⁾.

وسنطرح هذه النقاط على هيئة تساؤلات:

السؤال الأول: ماذا يعني كون الائتمان يرتكز على الثقة؟

نجيب على هذا التساؤل يجب أن نعلم أولاً أن هناك مبدأً أساسياً شائعاً ومعبراً عن الارتباط الوثيق بين الائتمان والثقة، وهذا المبدأ رغم عبارته للوجيزة إلا أن دلالاته ذات مغزى كبير وعبارة المبدأ تقول "الائتمان مات الموفي السيئ قتله".

فماذا تعني كلمة ائتمان أن لم تكون تعني الثقة في حسن نية الشخص الذي يلتزم نحوك،

فالجانب النفسي للائتمان يتمثل في السؤال التالي:

هل لدينا الثقة في كلام شخص ما أم لا؟

(1) راجع د/ نبيل سعد، نحو قانون خاص بالائتمان، منشأة المعارف، 1991، ص 205 وما بعدها.

فإذا كانت الإجابة بالإيجاب يجب أن تذلل الصعاب، ويصبح دور الائتمان فيه شي من المجاز أو الرمز، وهنا يظهر لنا العنصر غير المادي للائتمان والذي يسمح بتكاثر لانهائي الثورات المادية، وبالرغم من ذلك فإنه ينبغي أن يصحب هذه الثقة في كلام الغير تنظيم قانوني خاص يعمل على تقويتها وإعطائها نطاقها الحقيقي ولكن الثقة شعور خفي يمكن أن يهتز أو يقضي عليه بكل سهولة ويكون من الصعب عندئذ إحيائها، وهذا القول يتعلق من جهة نظر عامة نفسية واجتماعية واقتصادية أيضاً حيث أن الثروات لا يمكن أن تزداد وتتكاثر إلا في مناخ من الثقة التي ينبغي أن تسود بين المتعاقدين وبفضل الائتمان يمكن أن ينطلق الكل ويؤمن ويعمل.

السؤال الثاني: ماذا يعني كون الائتمان يرتكز على العقد والزمن؟

للإجابة على هذا التساؤل نقول بداية إن كل تعريفات الفقهاء للائتمان تدور حول تأجير النقود أو وضع رأس المال أو القوة الشرائية تحت تصرف الغير ولكن ما هي وسيلة الأشخاص في تأجير النقود أو وضع رأس المال أو القوة الشرائية تحت تصرف الغير؟ الإجابة حتماً هي العقد⁽¹⁾.

وبما أن الائتمان الحال هو الارتباط بالنسبة للمستقبل، فلا يتصور ائتمان دون أن يكون أداء أحد المتعاقدين قد امتد من حيث الزمان، ولذلك نجد هناك تلازماً حتمياً بين الائتمان والمخاطر، فلا ائتمان بدون خطر، فمن يأتمن يتعرض لخطر عدم السداد، ومأمّن سبيل للتقليل من هذه المخاطر إلا بالالتجاء إلى التأمينات العينية أو الشخصية أو غيرها من وسائل الضمان كالعقد، فالتأمينات تضمن التنفيذ للمستقبل للالتزام، أي هي ارتباط مستقبل، فالأغراء الذي يقسمه

(1) راجع د/ نبيل سعد، المرجع السابق، ص 205 وما بعدها.

الائتمان الحال للمدين وهي مزايا حالة يجعله يأخذ على عاتقه التزاماً دون أن يدخل في اعتباره السريان المستقبل لهذا الالتزام.

ولهذا السبب نجد أن القوانين تعتبر إبرام عقود التأمينات العينية من التصرفات الخطرة التي تشترط فيها أهلية التصرف، وتحيطها ببعض الشكليات علاوة على ذلك فإن وسائل الضمان الأخرى غير التأمينات العينية والشخصية لا يمكن توفيرها إلا بشروط عقدية أو بآليات عقدية معينة فالائتمان مرتبط في جميع الأحوال بالعقد.

نخلص مما سبق إلى أنه إذا كان الائتمان يرتكز من الناحية الأخلاقية على الثقة التي تتحقق وفقاً لعوامل اقتصادية وقانونية، فهو من وجهة نظر قانونية يرتكز على العقد ذاته ففكرة الائتمان من الناحية القانونية تقتزن دائماً بفكرة العقد، فلائتمان فكرة لا تظهر إلا بمناسبة عقد معين، وفي داخل نطاق العقد فقط، كما أنه لا سبيل لضمان الائتمان إلا بإنشاء رابطة عقدية أو بإضافة شرط أو آليات معينة إلى العقد المتضمن ائتماناً.

وفي النهاية يمكن أن نضع تعريفاً وظيفياً للائتمان ليس المقصود منه الحسم والتحديد بقدر ما هو للإيضاح والبيان فالائتمان "هو الثقة التي بمقتضاها يرتضي أحد طرفي العقد إعطاء المتعاقد الآخر سواء حالاً أو بعد وقت محدد أداءً معيناً، على شكل رؤوس أموال نقدية أو أي شكل آخر لمساعدته أو السماح له بتحقيق نفع معين خلال مدة معينة وتزداد هذه الثقة وتعزز كلما اقتربت بضمان خاص يضمن استرداد هذا الأداء والمقابل الملائم لمنحه".

وهذا التعريف يتميز بأنه:

أولاً: يكشف عن جوهر الائتمان وهي الثقة.

ثانياً: يبين ارتباط الائتمان بالعقد سواء في مرحلة الإنشاء أو في مرحلة التنفيذ.

ثالثاً: يظهر لنا موضوع الائتمان والعرض منه.

رابعاً: يبرز الأجل باعتباره عنصراً مهماً في الائتمان⁽¹⁾.

هذا بالنسبة للائتمان بصفة عامة كفكرة أما بالنسبة للبيع الائتماني فيمكننا القول بأن عقد البيع يشكل في النظام الاقتصادي، النقدي، الوسيلة الأساسية للتبادل فهو أكثر العقود استعمالاً وأكثرها تنوعاً.

ومن حيث التنوع نجد أن البيع قد أضحى وسيلة قانونية محايدة كغيره من العقود الكبرى التقليدية، فقلما يمكن تمييزه عن الإيجار عندما يكون محله عرضه للتقلبات، كما أنه يصعب في كثير من الأحيان تمييزه عن الرهن عندما يكون تصرفاً ائتمانياً.

وتنوع عقد البيع يعود في المقام الأول إلى إدخال المتعاقدين أوصافاً أو قيوداً على التزاماتهما، كإضافة التزام أحدهما إلى أجل معين أو أجل معينه، أو اشتراطهما التضامن الشخصي عند تعدد الأطراف، أو التضامن العيني عند تعدد الأشياء.

كما أنه قد يعود هذا التنوع في عقد البيع إلى مجرد إضافة شروط تعاقدية كشرط الاسترداد أو الشرط المانع من التصرف أو شرط الإحتفاظ بالملكية أو غير ذلك من الشروط ، نتيجة لإدخال هذه الأوصاف أو القيود، أو الشروط على عقد البيع قد جعلته يقوم بوظائف أخرى

(1) راجع د/ نبيل سعد، نفس المرجع، ص221 وما بعدها. راجع كذلك د/ محمد حسين منصور، النظرية العامة للائتمان، منشأة دار المعارف، سنة 2005، ص33 وما بعدها بخصوص البيع الائتماني.

كإثبات الائتمان أو ضمانه، غير وظيفته التقليدية التي هي مجرد (نقل ملكية شيء مقابل ثمن نقدي)⁽¹⁾. ومن هنا نشأت فكرة البيع الائتمانية⁽²⁾.

والبيع الائتماني بيع موجود وصحيح، والأصل فيه أنه منجز، إلا أنه يتضمن اتفاقاً على تأجيل تنفيذ التزام أحد المتبايعين، ويوجد البيع الائتماني في كل حالة لا يتعاصر فيها تنفيذ الالتزامات المتولدة عنه، فإذا تأخر تنفيذ أحد هذه الالتزامات كان البيع ائتمانياً بالنسبة للطرف الدائن بهذا الالتزام يكون البيع ائتمانياً بالنسبة للبائع إذا كان التزام المشتري بسداد الثمن مؤجلاً كله أو بعضه، على الرغم من تسليم المبيع، ويكون البيع ائتمانياً بالنسبة للمشتري إذا كان التزام البائع بتسليم المبيع مؤجلاً على الرغم من قيام المشتري بسداد كل أو بعض الثمن، نفس الحكم إذا كان الالتزام المؤجل التنفيذ هو الالتزام بنقل الملكية.

(1) راجع في مفهوم عقد البيع التقليدي المراجع التالية:

- د/ سمير عبدالسيد تناغو، عقد البيع، الإسكندرية، مكتبة الوفاء القانونية، ط1، 2009، ص16.
- د/ محمد حسين منصور، الوجيز في عقد البيع، الإسكندرية، ص9.
- د/ محمد مبروك اللافي، شرح أحكام البيع والتأمين والوكالة في التشريع الليبي، المركز القومي للبحوث والدراسات العلمية، ط1، 1996، ص17.
- د/ محمد حسن قاسم، عقد البيع "القانون المصري واللبناني"، بيروت، الدار الجامعية، س 1999، ص19.
- د/ نبيل إبراهيم سعد، العقود المسماة "عقد البيع"، الإسكندرية، دار الجامعة الجديدة، ط3، 2008، ص39.
- د/ أنور سلطان، العقود المسماة شرح "عقدي البيع والمقايضة"، بيروت، دار النهضة العربية، 1980، ص131.
- د/ إبراهيم أبو النجا، عقد البيع في القانون المدني الليبي، الإسكندرية، دار الجامعة الجديدة للنشر، ط1، 1997، ص94.
- د/ محمد بن عبدالقادر محمد، المنهل في شرح العقود المسماة في القانون المدني الليبي، "عقد البيع"، زليتن، الناشر مكتبة زليتن الشعبية، ط2، 2009، ص13.
- د/ فايز أحمد عبدالرحمن، عقد البيع، الإسكندرية، دار المطبوعات الجامعية، س 2006، ص24.

(2) راجع د/ نبيل سعد، مرجع سابق، ص221 وما بعدها. راجع كذلك د/ محمد حسين منصور، النظرية العامة للائتمان، ص7 وما بعدها مرجع سابق.

يتضح من ذلك أن البيع الائتماني يوجد كلما ائتمن أحد الطرفين الآخر، أيّ كان محل هذا الائتمان حيث تكمن الحكمة من اعتبار البيع ائتمانياً وراء التنفيذ الآجل أو المستقبل للالتزام وما يحيط ذلك من مخاطر محتملة، إن عقد البيع بطبيعته عقد فوري التنفيذ، تتولد آثاره كاملة بمجرد انعقاده صحيحاً مستوفياً أركانه وشروطه، إلا أنه يجوز لأطرافه الاتفاق على تأجيل تنفيذ بعض آثاره فيصبح بذلك عقداً ائتمانياً نظراً للثقة التي يوليها الطرف الأول الذي قام بتنفيذ التزامه للطرف المدين بالالتزام المؤجل وما ينطوي عليه ذلك من مخاطر⁽¹⁾.

وقد تطور البيع الائتماني تطوراً ملحوظاً في العصر الحديث وازدادت أهميته على كل من الصعيد الاقتصادي والقانوني، فقد أدى تداخل العلاقات الاقتصادية وثقل حجمها النقدي إلى ازدهار فكرة الائتمان كوسيلة لمواجهة العجز المؤقت عن الوفاء بالالتزام الذي يتطلب جهداً ووقتاً إضافياً لذا تزايد اهتمام التشريعات الحديثة بتنظيم البيع الائتماني الذي أسفر العمل به عن تطبيقات وصور عديدة له وما يتتبع ذلك من مشاكل ومسائل متعددة الجوانب.

(1) راجع د/ محمد حسين منصور، النظرية العامة للائتمان، مرجع سابق، ص33 وما بعدها.

الفصل الأول

مفهوم شرط الإحتفاظ بالملكية

سنحاول في هذا الفصل الإجابة على التساؤلات التالية:

ما المقصود بشرط الإحتفاظ بالملكية؟ ومتى يتم اللجوء إليه؟

وما الغرض من هذا الشرط؟ وهل يعتبر ضماناً من ضمانات البيع الائتماني؟ وما الفرق

بينه وبين غيره من ضمانات البيع الائتماني الأخرى؟

ومن ضمن التساؤلات التي سنحاول الإجابة عليها في هذا الفصل ما هو التكييف القانوني

لهذا الشرط؟ وما طبيعة شرط الإحتفاظ بالملكية؟

هل ينطبق عليه وصف الشرط أم إنه يميل لأن يكون أجلاً لتنفيذ الالتزام؟ وما إذا كان

شرطاً وافقاً أم فاسخ؟ أم أنه بيع مضاف إلى أجل واقف، وغير ذلك من التساؤلات التي سنحاول

الإجابة عليها من خلال الخطة التالية:

المبحث الأول: ماهية شرط الإحتفاظ بالملكية.

المبحث الثاني: طبيعته القانونية لشرط الإحتفاظ بالملكية.

المبحث الأول

ماهية شرط الإحتفاظ بالملكية

قد سبق وأن بينا في بداية هذا البحث أن البيع الائتماني لا يقوم إلا على الثقة ولكي يكون لديك ثقة في كلام شخص ما فإنك حتماً تحتاج إلى ضمانه، وقد تعددت الضمانات في القانون المدني ما بين ضمانات قانونية وضمانات اتفاقية ويأتي شرط الإحتفاظ بالملكية كواحد من أهم الضمانات الاتفاقية التي جرى الاتفاق عليها وإدراجها ضمن بنود البيوع الائتمانية، والتي يحتاج فيها الدائن إلى ضمانه حقيقية لاستيفاء حقه متى كان أحد الاداءات مؤجل التنفيذ من أهداف هذه الدراسة معرفة ما إذا كان هذا الشرط يشكل ضمانه حقيقية فعلاً للبائع أم لا، ولكن قبل الخوض في أهداف الدراسة وتفصيلها فإننا سنحاول تحديد مفهوم شرط الإحتفاظ بالملكية ونوضح الفرق بينه وبين غيره من ضمانات البيع الائتماني.

المطلب الأول

تحديد مفهوم شرط الإحتفاظ بالملكية

إن تحديد مفهوم شرط الإحتفاظ بالملكية يساعدنا في تحديد طبيعة شرط الإحتفاظ

بالملكية.

ومن ثم دراسة آثاره فيما بعد، ولكي نتناول مفهوم شرط الإحتفاظ بالملكية في هذا المطلب

فإننا سنقسمه إلى أربعة فروع وهي:

الفرع الأول: تعريف شرط الإحتفاظ بالملكية.

الفرع الثاني: مشروعية شرط الإحتفاظ بالملكية.

الفرع الثالث: مجال شرط الإحتفاظ بالملكية.

الفرع الرابع: حكم شرط الإحتفاظ بالملكية.

الفرع الأول

تعريف شرط الإحتفاظ بالملكية

سبق وأن أوضحنا أن شرط الإحتفاظ بالملكية يأتي في البيوع الائتمانية وتحديداً البيع بالتقسيط، حيث يحتفظ البائع بالملكية ضماناً لاستيفاء كامل الثمن المؤجل⁽¹⁾.

فالقاعدة في عقد البيع أن الملكية بالنسبة للمبيع تنتقل إلى المشتري بمجرد إبرام عقد البيع⁽²⁾. وبقوة القانون إذا كان المبيع منقول معين بالذات أما إذا كان المبيع منقول معين بالنوع فلا تنقل الملكية إلا بالفرز، وإذا كان البيع وارداً على عقار فلا تنتقل ملكيه إلا من تاريخ التسجيل، فتنقل الملكية سواء نفذ المشتري التزامه بدفع الثمن أم لا، فالملكية إذا تنتقل إلى المشتري ولا يكون للبائع سوى الامتناع عن تسليم الشيء المبيع إلى حين استيفاء ثمنه بالكامل، ولكن تعزيزاً للائتمان التجاري بين المتعاقدين فإنه يجوز لطرفي عقد البيع الاتفاق على تأجيل انتقال الملكية إلى حين استيفاء كامل الثمن⁽³⁾.

(1) راجع د/ نبيل سعد، الملكية كوسيلة للضمان، دار الجامعية الجديدة، سنة 2007، ص13. كذلك د/ محمد حسين منصور، شرط الإحتفاظ بالملكية، دار الجامعية الجديدة، س 2007، ط1، ص24. وراجع في نفس السياق د/ صبري مصطفى حسن السبك، البيع بالتقسيط، مكتبة الوفاء القانونية، ص 2012، ط1، ص366.

(2) راجع د/ سمير عبدالسيد تناغو، عقد البيع، مرجع سابق، ص16.

راجع د/ أنور سلطان، القعود المسماة "شرح البيع والمقايضة"، مرجع سابق، ص131.

راجع د/ نبيل إبراهيم سعد، القعود المسماة "عقد البيع" مرجع سابق، ص39.

راجع د/ محمود سمير الشرقاوي، الالتزام بالتسليم في عقد البيع البضائع، مجلة القانون والاقتصاد، ع1، 2، ص46، 1976، ص322.

(3) راجع د/ نبيل إبراهيم سعد، مرجع سابق، ص141. د/ محمد علي عمران، شرح أحكام عقد البيع، بنغازي، المكتبة الوطنية، 173، ص170.

وهذا الاتفاق يعتبر صحيحاً طبقاً لنص المادة 1/430⁽¹⁾. من القانون المدني المصري والتي تنص على أنه إذا كان البيع مؤجلاً للثمن، جاز للبائع أن يشترط أن يكون نقل الملكية إلى المشتري موقوفاً على استيفاء الثمن كله ولو تم تسليم المبيع (وهذا نفسه ما تنص عليه القانون المدني الليبي).

كما أن التقنين المدني الألماني قد نظم هذا النوع من البيوع في نص المادة 455 حيث ينص على أنه "عندما يحتفظ البائع بملكية المنقول حتى الوفاء بالثمن، يعتبر ذلك في حالة الشك نقلاً للملكية معلقاً على شرط واقف، وهو دفع كامل الثمن مع إحتفاظ البائع بحق فسخ العقد إذا تأخر المشتري في هذا الوفاء، أما بالنسبة للقانون الفرنسي فإن الفقه في مجموعة يرى أن هذا الاتفاق صحيح أيضاً وذلك لأن نص م 1583 ونص المادة 1138 مدني فرنسي واللذان يربطان نقل الملكية بانعقاد البيع، ليسا من القواعد الآمرة وبعد انتشار شرط الإحتفاظ بالملكية في العمل أضطر المشرع الفرنسي إلى التدخل لتنظيم أثر هذا الشرط وبصفة خاصة في حالة إفلاس المشتري بالقانون رقم (80-335) 12 مايو 1980⁽²⁾. المعدل بقانون 25 يناير 1985م 121 والذي أجاز للبائع استرداد البضائع المباعة على الرغم من فتح إجراءات تفليسة المشتري، أي أن هذا القانون جعل للشرط المذكور حجية في مواجهة الدائنين⁽³⁾.

ولا يقتصر دور شرط الإحتفاظ بالملكية على الدور التأميني بل يمكن أن يتضمنه العقد لأسباب عديدة ومتنوعة، كمن يبيع محلاً تجارياً مع الإحتفاظ بملكيته لمدة معينة حتى يضمن عدم تصرف المشتري في المحل لشخص أجنبي يخشى منافسته والهبة المستترة في صورة بيع

(1) تقابلها بنفس الصياغة المادة 1/419 من القانون المدني الليبي.

(2) راجع د/ نبيل سعد، الملكية كوسيلة للضمان، مرجع سابق، ص14.

(3) راجع أ/ بن عمارة محمد تبارت، شرط الإحتفاظ بالملكية في القانون الجزائري بحث مأخوذ من الانترنت

www.star.times.com/?=130867.

حيث يحتفظ الواهب بملكته للعين لمدة يخشى فيها سوء تصرف الموهوب له فيها، ومن يبيع شيئاً مقابل التزام المشتري بأداء أعمال أو خدمات معينة ويحتفظ بملكية المبيع الوقت اللازم لإنجاز هذه الأعمال والبيع الذي يشترط فيه البائع إيراداً مرتباً مدى الحياة ويحتفظ فيه بملكته أي بملكية الأرض المباعة حتى يضمن بذلك أن يوفر له المشتري أسباب المعيشة⁽¹⁾.

(1) راجع د/ محمد حسين منصور، شرط الإحتفاظ بالملكية، مرجع سابق، ص 25.

الفرع الثاني

مشروعية شرط الإحتفاظ بالملكية

تردد الفقه بداية في إقرار مشروعية هذا الشرط، والذي يترتب عليه وجود المال في يد من لا يملكه، فيوهم بذلك الغير الذي يعتقد أنه مالك ويتعامل معه على هذا الأساس بينما هو غير مالك⁽¹⁾.

وقد ذهب بعض الشراح في بداية الأمر إلى القول ببطلان شرط الإحتفاظ بالملكية لمخالفته للنظام العام، باعتبار أنه يوجد مالاً في يد من لا يملكه وفي ذلك يقرر الأستاذ الدكتور السنهوري ... "إن اقتران البيع بالأجل لا شأن له بالالتزام بنقل الملكية، إذ الملكية لا تقتنر بأجل والذي يؤجل في عقد البيع عادة هو تسليم المبيع إلى المشتري ودفع الثمن إلى البائع، غير أن الاتجاه السائد بين الفقهاء هو جواز تأجيل نقل الملكية كقاعدة عامة، وخاصة في المنقول المعين بذاته، لأن البيع إذا كان ينشئ التزاماً بنقل الملكية، وكان الأصل أن ينقل هذا الالتزام حق الملكية من تلقاء نفسه إذا كان محل للالتزام شيئاً معيناً بذاته، أو بنقله مع مراعاة القواعد المتعلقة بالتسجيل أو تعيين محل الالتزام إذا لم يكن هذا شيئاً معيناً بذاته فإن للبائع والمشتري أن يغيرا من هذا الأصل لتحديد زمان مستقل لانتقال الملكية، لأن تحديد وقت انتقال الملكية بالعقد أمر ليس من المسائل المتعلقة بالنظام العام فجاز الاتفاق على اقتران الالتزام بنقل الملكية بأجل واقف"⁽²⁾.

(1) راجع د/ محمد حسين منصور، نفس المرجع السابق، ص26. كذلك د/ صبري مصطفى حسين السبك، مرجع سابق، ص368.

(2) راجع د/ إبراهيم الدسوقي، البيع بالتقسيط والبيوع الائتمانية الأخرى، جامعة الكويت، مطبوعات الجامعة، سنة 1984، ص275 هامش 593.

ولعل الاعتراض الواضح على شرط الإحتفاظ بالملكية جاء استناداً إلى الفقه الإسلامي حيث أستنتج البعض من هذا الفقه منافاة الشرط المذكور لمقتضى عقد البيع الذي من شأنه عند انعقاده مستوفياً شروط صحته ونفاذه ولزومه - أن ينقل الملك في الحال من البائع إلى المشتري⁽¹⁾.

وحقيقة الأمر أن الفقه الإسلامي يميز بين أمرين: الأول اشتراط البائع عدم تصرف المشتري في المبيع مطلقاً، الثاني اشتراط البائع عدم تصرف المشتري في المبيع حتى يعطى الثمن المؤجل، فالشرط في الحالة الأولى مخالف لمقتضى العقد بإجماع الفقهاء ويقع باطل، أما في الحالة الثانية فالقاعدة إنه إذا أورد الشرط لمسوغ مشروع كضمان الوفاء بالثمن وقع صحيحاً⁽²⁾.

أجاز القانون المدني صراحة شرط الإحتفاظ بالملكية بنصه على ذلك في المادة 1/419 من القانون المدني الليبي، والتي تقابلها م 1/430 من القانون المدني المصري، وقد أستقر شرط الإحتفاظ بالملكية في القوانين المعاصرة نظراً لما يحققه من مصالح اقتصادية مشروعة من جهة ولعدم مخالفته للنظام العام من جهة أخرى⁽³⁾.

(1) راجع د/ محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص 27. د/ إبراهيم الدسوقي، مرجع سابق، ص 267. راجع د/ أشرف عبدالرازق ويح، الوسيط في البيع بالتقسيط، مرجع سابق، ص 271. كذلك د/ بلال إبراهيم حامد، رسالة دكتوراه، مدى مشروعية البيع بالتقسيط وآثاره، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني، جامعة الأزهر، 1997، ص 210.

(2) راجع د/ محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص 27.

(3) راجع د/ محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص 27.

الفرع الثالث

مجال شرط الإحتفاظ بالملكية

إن مجال إعمال شرط الإحتفاظ بالملكية في الغالب هو بيع المنقولات المادية بالتقسيط، والتي تنتقل ملكيتها للمشتري بمجرد العقد ولو لم يتم دفع الثمن، لذا يؤجل البائع هذا الأثر وهو انتقال الملكية حتى يضمن حصوله على حقه في الحصول على الثمن أما بالنسبة للعقار فالأمر مختلف تماماً، لأن ملكيته لا تنتقل إلا بالتسجيل وعليه فإذا أراد البائع أن يضمن استيفاء حقه فما عليه إلا الامتناع عن إتمام إجراءات التسجيل والتي بدونها لا تنتقل ملكية العقار، وغالباً يتم الاتفاق بين المتبايعين على إرجاء التسجيل لحين الانتهاء من سداد الثمن⁽¹⁾.

ويندر اللجوء إلى شرط الإحتفاظ بالملكية في بيع المنقولات المعينة بالنوع ذلك أن ملكية تلك المنقولات لا تنتقل إلى المشتري.

بمجرد العقد بل يلزم الإفراز، وغالباً ما يعلق البائع ذلك الإجراء على استيفاء حقوقه، ويمكن أن يرد مثل هذا الشرط في بيوع الحقوق الذهنية كحق المؤلف والملكية الفنية والصناعية، ولعل التطبيق البارز في هذا المجال يتمثل في بيع المحل التجاري مع الإحتفاظ بملكيته وهو منقول معنوي.

إذا فالمجال الأنسب لشرط الإحتفاظ بالملكية هو بيع المنقول المعين بالذات.

(1) راجع د/ محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص 29. كذلك راجع د/ صبري مصطفى حسن السبك، المرجع السابق، ص 371.

الفرع الرابع

حكم شرط الإحتفاظ بالملكية

يثور التساؤل دائماً في بداية أي أمر حول حكمه من حيث الصحة والبطلان ومن حيث مدى الاحتجاج به بين الأطراف أو الاحتجاج به على الغير.

كان شرط الإحتفاظ بالملكية منذ الوهلة الأولى يعتبر شرطاً صحيحاً في كل من القانون المدني الليبي والقانون المدني المصري وكذلك التقنين المدني الألماني.

فهذا الاتفاق يعتبر صحيحاً طبقاً لنص المادة 430/ف1 مدني مصري والتي تقابلها المادة 419/ف1 من القانون المدني الليبي والتي تنص على إنه:

"إذا كان البيع مؤجل الثمن، جاز للبائع أن يشترط أن يكون نقل الملكية المشتري موقوفاً على استيفاء الثمن كله ولو تم تسليم المبيع"⁽¹⁾.

كما أن التقنين المدني الألماني قد نظم هذا النوع من البيوع في نص المادة 455 حيث ينص على انه عندما يحتفظ البائع بملكية المنقول حتى الوفاء بالثمن، يعتبر ذلك في حالة الشك، نقلاً للملكية معلقاً على شرط واقف، وهو دفع كامل الثمن مع إحتفاظ البائع بحق فسخ العقد إذا تأخر المشتري في هذا الوفاء⁽²⁾.

أما بالنسبة للقانون الفرنسي فإن الفقه في مجموعه يرى أن هذا الاتفاق صحيح أيضاً وذلك لأن نص المادة 1583 ونص المادة 1138 مدني فرنسي واللذان يربطان نقل الملكية بانعقاد البيع، ليسا من القواعد الآمرة. وبعدم انتشار شرط الإحتفاظ بالملكية في العمل اضطر المشرع

(1) راجع د/ نبيل إبراهيم سعد، الملكية كوسيلة للضمان، دار الجامعة الجديدة، سنة 2007، ص14.

(2) راجع د/ نبيل إبراهيم سعد، مرجع سابق، ص14.

الفرنسي إلى التدخل لتنظيم أثر هذا الشرط وبصفه خاصة في حالة إفلاس المشتري بالقانون رقم 12 مايو 1980⁽¹⁾. المعدل بقانون 25 - 1 - 1985⁽²⁾.

كما إن شرط الإحتفاظ بالملكية استثناءً حقيقياً على مبدأ الانتقال الفوري لملكية الأشياء المبيعة بمجرد العقد وهو استثناء يستند إلى إرادة المتعاقدين⁽³⁾.

بناءً على كامل ما سبق فإن الاتفاق على شرط الإحتفاظ بالملكية يعد دائماً صحيحاً فيما بين الأطراف إلا أن الاحتجاج به على الغير كان ولا يزال، يصطدم ببعض العقبات، خاصة في حالة إفلاس المشتري، كان القضاء في مصر يرفض أمكانية استرداد البائع للبضاعة المبيعة مع الإحتفاظ بملكيتها، في حالة عدم استيفاء ثمنها، بعد الحكم بشهر إفلاس المشتري. يجد البائع نفسه ضمن جماعة الدائنين على أمل الحصول على جزء ولو يسير من الثمن المستحق بعد التصفية الجماعية لأموال المشتري، ويؤدي ذلك إلى موقف شاذ حيث تباع البضاعة التي دخلت للمشتري حديثاً، ولا تزال مملوكة للبائع بمقتضى الشرط، بثمن بخس ليوزع غالباً على الدائنين الممتازين ويساهم البائع بذلك، بطريق غير مباشر في سداد الديوان العامة (ضرائب وتأمينات...) المستحقة على المشتري، ومن هنا كانت المخاطر الكبيرة وراء تسليم البضاعة إلى المشروعات المتعثرة وأحجام الموردين عن ذلك مما استتبع صعوبة حصول هذه المشروعات على ما يلزمها للبقاء أو للنهوض أو الخروج من عثرتها ووقوعها السريع في هاوية الإفلاس على التوالي وبطريقة تلحق بالأضرار بالاقتصاد القومي⁽⁴⁾.

(1) راجع د/ نبيل إبراهيم سعد، مرجع سابق، ص 14.

(2) راجع د/ بن عمارة محمد تبارت، شرط الإحتفاظ بالملكية في القانون الجزائري، أرشيف شؤون قانونية مرجع الكتروني www.star.times.com/?t=130867.

(3) راجع د/ علي سيد قاسم، شرط الإحتفاظ بالملكية ونظام الإفلاس، دار الفكر العربي للنشر، ص 1991، ص 21.

(4) راجع د/ محمد حسين منصور، النظرية العامة للائتمان، مرجع سابق، ص 61.

لكل ذلك، ونظراً لما لهذا الشرط من فائدة في التوفيق بين مصلحتي كل من البائع والمشتري في ضمان حق الأول في الثمن ومصلحة الثاني في دفع حركة نشاطه التجاري⁽¹⁾، فعليه يذهب الاتجاه نحو الإبقاء على هذا الشرط كأداة ضمان ووسيلة عملية ومتعارف عليها في مجال العلاقات التجارية، ولكن يبقى هناك طرف ثالث وهم الغير "دائني المشتري" حيث إن مصلحتهم تظل محل تهديد.

لذلك يجب تفعيل هذا الشرط بشكل أفضل في الواقع العملي لكي يقوم بدوره ويصبح أداة ائتمان إلى جانب دوره كوسيلة ضمان ... ويتأتى ذلك من خلال نفاذه قبل جماعه دائني المشتري المفلس، وذلك بالتوقف بين مصلحة جماعة الدائنين ومصلحة البائع لضمان حقه دون المساس بالائتمان الظاهري للدائنين، والوسيلة المناسبة كما يري الفقه هي تطلب الكتابة ثابتة التاريخ، ولا يلزم ثبوت الكتابة في محرر رسمي بل يكفي مجرد ورقة عرفية، وذلك منعاً لتحايل المشتري إضراراً بحقوق دائنية، ويجب إن يكون تاريخ الكتابة قبل أو لحظة تسليم البضاعة، ويمكن إعلام المتعاملين مع التاجر من خلال إلزامه يقيد البضاعة في سجل خاص أو جانب معين من دفاتره التجارية متى كانت محملة بشرط الإحتفاظ بالملكية، ليسهل الاطلاع عليه، مع تقدير جزاء مناسب لمخالفته لهذا الالتزام⁽²⁾.

وسنري إن هذا ما أخذ به القانون الليبي في نص م 520 من نصوص قانون النشاط الاقتصادي الجديد رقم 23 لسنة 1378 و. ر 2010 بشأن النشاط التجاري والتي جاء نصها يجوز الاحتجاج بالإحتفاظ بالملكية قبل أي كان إذا ثبت ذلك من ورقة ثابتة التاريخ وقبل الدائنين

(1) راجع د/ محمود بلال مهران، بحث بعنوان "الشروط المقترنة بعقد البيع في الفقه الإسلامي" منشور في مجلة القانون والاقتصاد ع59، مطبعة جامعة القاهرة للكتاب الجامعي، 1993، ص86-87. حيث جاء فيه (إذا اشترط أحد المتبايعين على الآخر شرطاً في مصلحة له ولم يكن هذا الشرط متعارضاً مع مقتضى عقد البيع أو متناقضاً مع نصوص الشريعة وقواعدها العامة كان الشرط صحيح باتفاق الفقهاء).

(2) راجع د/ محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص62.

إذا كانت الورقة ثابتة التاريخ، ويرجع تاريخها إلى ما قبل القيام بإجراءات التنفيذ على الشيء الواقع عليه الإحتفاظ بالملكية".

إن اشتراط ثبوت التاريخ يتفق وقواعد القانون المدني فيما يتعلق بنفاذ التصرف قبل الغير، إلا انه يخالف ما هو مستقر في القانون التجاري ولكن خطورة أثار نفاذ شرط الإحتفاظ بالملكية قبل الدائنين تستوجب ذلك الاستثناء لأن فائدته تعود على الجميع من خلال تحقيق الضمان والاستقرار اللازمين لحماية الائتمان التجاري، ولا يشكل ذلك مساساً قوياً بالرضائية الثابتة في المعاملات التجارية نظراً لأن المادة 15 من قانون الإثبات المصري ذكرت وسائل إثبات التاريخ على سبيل المثال لا الحصر، وللقاضي إن يعتد بأي أدله مستنداً إلى وقائع قاطعة لإثبات حقيقة تاريخ المحرر العرفي حتى لا يخل بالحماية التي كفلها المشرع للغير⁽¹⁾.

وهو ما أخذ به قانون التجارة المصري الجديد رقم 7 لعام 1999 بنصه في المادة 106/2 على انه: "مع عدم الإخلال بالأحكام الواردة في باب الإفلاس لا يكون شرط الإحتفاظ بالملكية نافذاً على الغير إلا إذا كان الشرط مدوناً في ورقة ذات تاريخ ثابت وسابق على حق الغير أو على إجراءات التنفيذ التي يتخذها الدائنون على المبيع، ولعل النفاذ هنا يعني أماكن استرداد المبيع أو استيفاء ما تبقي للبائع من ثمن من قيمة المبيع أو من حصيلة التصرف فيه، وذلك بالأفضلية على الدائنين الآخرين"⁽²⁾.

(1) راجع د/ محمد حسين منصور، النظرية العامة للائتمان، مرجع سابق، ص 62.

(2) نفس المرجع، ص 63.

المطلب الثاني

تمييز شرط الإحتفاظ بالملكية عن غيره من ضمانات البيع الائتماني

هناك العديد من ضمانات البيع الائتماني والتي يأتي من بينها شرط الإحتفاظ بالملكية وهذه الضمانات هي البيع الإيجاري والتأجير التمويلي وشرط المنع من التصرف والتي قد تعتبر صوره من صور تطبيق شرط الإحتفاظ بالملكية، ولكي نفرق بين شرط الإحتفاظ بالملكية وبين غيره من ضمانات البيع الائتماني نعرض لهذه الضمانات في الفروع التالية لكي نبين ماهيتها والتكييف القانوني لها.

الفرع الأول

البيع الإيجاري

أول ضمانات من ضمانات البيع الائتماني هو البيع الإيجاري أو البيع المقترن بالإيجار كما يسميه البعض ويمكننا تعريف البيع الإيجاري بأنه:

الاتفاق الذي بموجبه يسلم أحد الطرفين شيئاً معيناً للطرف الآخر لينتفع به فترة معينة في صورة إيجار في مقابل مبالغ دورية محددة، ثم يصير هذا الاتفاق بيعاً يملك بموجبه المنتفع الشيء الذي في يده إما بسداده لكل المبالغ المتفق عليها، أو بإعلان رغبته في الشراء، أو بوفاء المالك بوعده في حالة الاتفاق على ذلك.

يتضح من هذا التعريف أن البيع الإيجاري قد يتم بأحد الأمور الآتية:

أ. سداد المنتفع لكل المبالغ الدورية المتفق عليها في مواعيدها ويتملك بعدها الشيء المتعاقد عليه تلقائياً وهو ما يسمى البيع الإيجاري التلقائي.

ب. إعلان المنتفع رغبته في الشراء في نهاية المدة المتفق عليها ودفعة لما يتبقي عليه من ثمن وهو ما يسمى البيع الإيجاري مع استعمال الحق في الشراء.

ج. وفاء المالك بما قطعه على نفسه من وعد بالبيع وهو ما يطلق عليه الإيجار مع الوعد بالبيع⁽¹⁾.

وتجدر الإشارة إلى أنه في الحالتين الأخيرتين وهما توقف نقل الملكية على إعلان المشتري رغبته في الشراء أو وفاء المالك بوعده يجب أن يتم الاتفاق على ذلك عند بداية التعاقد

(1) راجع د/ حمدي أحمد سعد أحمد، البيع الإيجاري، دار الكتب القانونية، سنة 2007، ص 21 وما بعدها. كذلك راجع د/ محمد حسين منصور، النظرية العامة للائتمان، منشأة المعارف، الإسكندرية، ط 1، 2005، ص 41.

وأن يراعى ذلك في تحديد المقابل الذي يحصل عليه المالك حتى يتم التمييز بين هاتين الحالتين من حالات البيع الإيجاري وبين الإيجار المجرد مع الوعد بالبيع أو بالشراء المطلق⁽¹⁾. ويفضل البعض تسمية العقد بالإيجار البيعي وليس البيع الإيجاري حيث أن الإيجار يكون مقصوداً أصلاً من الطرفين إلا أنه يمكن أن يتحول إلى بيع بناءً على رغبة المستأجر⁽²⁾. وأركان البيع الإيجاري تتمثل في طرفا التعاقد وهما المالك والمنتفع أو المتلقي، ومحل التعاقد ويتمثل في الشيء المعقود عليه والمقابل أما بالنسبة للعناصر المميزة للبيع الإيجاري فهي:

1. انه عقد مركب لأنه يمزج بما لا يمكن فصله بين نوعين متميزين من العقود هما البيع والإيجار، وهذا يؤدي أيضاً إلى الخلط بينه وبين العديد من العقود التي تقوم على أي منهما.
2. لا يتم هذا العقد إلا بين شخصين أو طرفين هما: المؤجر البائع والمستأجر المشتري في المستقبل وهذا ما يميزه بدرجة كبيرة عن الإيجار التمويلي الذي يتسم بأن له ثلاثة أطرف هم المورد والمؤجر والمستأجر⁽³⁾.
3. يتم نقل الملكية إلى المستأجر في البيع الإيجاري - في معظم الأحيان تلقائياً - أي بمجرد انتهاء مدة الإيجار المنفق عليها بين الطرفين أو بمجرد وفاء المستأجر بالأقساط الدورية المطلوبة منه والتي تضمنت أجرة الانتفاع بالشيء وجزءاً من ثمن البيع⁽⁴⁾.

(1) راجع د/ حمدي أحمد سعد أحمد، المرجع السابق، ص 22.

(2) راجع د/ إبراهيم دسوقي أبو الليل، البيع بالتقسيط والبيع الائتمانية الأخرى، مرجع سابق، ص 316.

(3) راجع د/ حمدي أحمد سعد أحمد، نفس المرجع، ص 31.

(4) راجع د/ حمدي أحمد سعد أحمد، نفس المرجع، ص 31.

إذا فالبيع الإيجاري طريقة غير مباشرة لإحتفاظ البائع بملكية المبيع حتى يستوفي حقه قبل

المشتري، ويلجأ إليه البائع بدلاً من شرط الإحتفاظ بالملكية للأسباب التالية:

1. يأخذ المشتري صفة المستأجر ومن ثم يحظر عليه التصرف في العين المبيعة قبل الوفاء بالثمن المؤجل أو الأقساط المتفق عليها، وإذا خالف ذلك اعتبر تصرفه خيانة أمانة يقع تحت طائلة قانون العقوبات ذلك أن عقد الإيجار من عقود الأمانة⁽¹⁾.

2. باعتبار البائع مؤجر فإنه بإمكانه عند تخلف المشتري عن الوفاء بالثمن فسخ العقد والإحتفاظ بما قبضه بوصفه أجرة استحقتها مقابل انتفاع الطرف الآخر بالعين، أما في البيع مع شرط الإحتفاظ بالملكية فإن البائع يلتزم في حالة الفسخ برد ما تقضاه من ثمن ما لم يتضمن الاتفاق شرطاً صريحاً يستبقي البائع بمقتضاه كل أو بعض ما تم تحصيله على سبيل التعويض عن الفسخ، ويعد هذا الشرط شرطاً جزائياً ومن ثم يخضع لتقدير القاضي⁽²⁾.

3. يحتفظ البائع بملكية العين المؤجرة ومن ثم يمكنه استردادها من الطرف الآخر عند عدم وفائه بالإقساط ويستطيع المؤجر التمسك بحقه كمالك وأن يتذرع بما يخوله من ميزة التقدم والتتبع لكي يحول دون تنفيذ دائني الطرف الآخر على العين واستردادها من التفليسة وهو بذلك يأمّن إفلاس المشتري قبل الوفاء بالثمن، ويمكن للمؤجر تتبع العين في يد أي شخص ما لم يكن يجوز لذلك الشخص الحق في إن يحتمي بقاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية.

(1) راجع د/ محمد حسين منصور، النظرية العامة للائتمان، مرجع سابق، ص42.

(2) نفس المرجع ص43، إضافة إلى مرجع د/ عبدالرحمن جمعة، بحث بعنوان شرط الإحتفاظ بملكية المبيع في نطاق القانون المدني الأردني بالمقارنة مع الفقه الإسلامي والقوانين المدنية العربية، منشورات في (مجلة الشريعة والقانون)، المجلد 34، العدد2، س2007، ص468.

أما في حالة شرط الإحتفاظ بالملكية فإن البائع لا يمكنه المطالبة بالفسخ واسترداد المبيع ولا يكون له سوى حق التقدم في التفليسة باعتباره دائناً عادياً، ذلك أن المبيع يدخل هنا ضمن أصول المفلس، ولأن دائني المشتري عولوا على المبيع الموجود في حيازته كعنصر من عناصر ضمانهم العام⁽¹⁾.

غير أن القوانين الحديثة حاولت مسايرة القانون الألماني الذي يعزز من قوة شرط الإحتفاظ بالملكية، وحدث حذوه، حيث جاءت نصوص قانون النشاط الاقتصادي الليبي الجديد رقم 23 لسنة 1378 و. ر 2010 بشأن النشاط التجاري ومثله قانون التجارة المصري الجديد رقم 7 لسنة 1999 مؤكدة على نفاذ شرط الإحتفاظ بالملكية في مواجهة دائني المشتري المفلس مما يعزز ائتمان البائع.

- تكيف عقد البيع الإيجاري:

يعتبر البيع الإيجاري من حيث الأصل، بيعاً بالتقسيط مع الإحتفاظ بالملكية، ما لم تتجه إرادة الأفراد بوضوح إلى إبرام عقد إيجار حقيقة وفعلاً مع اقتران هذا العقد بوعد بالبيع يخصص للمستأجر الحق في تملك العين المؤجرة إذا ما رغب في ذلك ويخضع هذا العقد لأحكام الإيجار دون البيع⁽²⁾. هذا ما أورده بعض الفقهاء ولكن التشابه بين عقد البيع الإيجاري وعقد البيع من ناحية أن هدفهما هو نقل الملكية في مقابل الثمن الذي يسدد على أقساط، وتشابهه مع عقد الإيجار في تمكين المستأجر من الانتفاع، أي أن الغرض منه هو المنفعة وليس التملك، علاوة على أنه لا يترتب على فسخه إعادة المتعاقدين إلى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد، فلا يلتزم المؤجر برد الأجرة التي حصل عليها طول مدة العقد لأنها كانت مقابل انتفاع المستأجر بالشيء

(1) راجع د/ محمد حسين منصور، النظرية العامة للائتمان، مرجع سابق، ص43.

(2) راجع نفس المرجع ص45.

المؤجر، أدى هذا التشابه بين العقدين إلى اختلاف الفقه حول تكييف عقد البيع الإيجاري هل هو بيع أم إيجار؟

فلا شك أن مصلحة البائع تقتضي اعتباره إيجاراً لأنه في هذه الحالة يظل محتفظاً بملكية الشيء المبيع طوال مدة عقد الإيجار وبالتالي يتقي خطر إفلاس المشتري، إذ بوصفه مالكاً للشيء يستطيع أن يسترده من تقليسة المشتري وبذلك يتقي خطر قسمة الغرماء، ولا يجوز للمستأجر التصرف في هذا الشيء وإذا تصرف فيه يكون مبدداً ويخضع لعقوبة جريمة خيانة الأمانة⁽¹⁾.

أما المشتري فمن مصلحته اعتبار هذا العقد بيعاً حتى يتفادى النتائج السابقة "ليتمكن من استرداد ما دفعة من إقساط في حالة فسخ العقد...".

وقد قضى المشرع الليبي في الفقرة الرابعة من المادة 419 من القانون المدني الليبي ومثله المشرع المصري في المادة 430 ف 4 من القانون المدني المصري، على الجدل الذي أثير حول الطبيعة القانونية لعقد البيع الإيجاري، حيث إن عقد الإيجار هنا هو عقد صوري قصد به إخفاء العقد الحقيقي "الإيجار الساتر للبيع"⁽²⁾.

الذي اتجهت إليه إرادة الأطراف وهو البيع بالتقسيط، لذا فقد نصت الفقرة الرابعة من (م 430 ق م م، م 419 ف 4 ق م ل) على انه تطبق أحكام البيع بالتقسيط على هذا العقد ولو سمى المتعاقدان البيع إيجاراً والبيع هنا يكون بيعاً محضاً وبالتالي تطبق عليه أحكام البيع بالتقسيط ومنها انتقال ملكية الشيء المبيع إلى المشتري معلقة على شرط واقف منذ إبرام العقد، ويترتب على ذلك أن المشتري لا يعتبر مبدداً وبالتالي لا يخضع لعقوبة جريمة خيانة الأمانة إذا

(1) راجع د/ نجوى إبراهيم الدالي، عقد التأجير التمويلي، دار الجامعة الجديدة، 2005، ص 136.

(2) راجع د/ نجوى إبراهيم الدالي، مرجع سابق، ص 137.

تصرف في الشيء المبيع قبل الوفاء بالثمن، وكذلك لا يسترد البائع الشيء المبيع من تفضيلة المشتري⁽¹⁾. وتعد المنقولات مجالاً خصباً لتطبيق هذه العقود، حيث أن هذه العقود ترد عادة على الأجهزة الكهربائية كالغسالات والثلاجات... الخ، والآلات الزراعية والسيارات والآلات الصناعية، ويمكن أن ترد هذه العقود على العقارات أيضاً فنلاحظ في الفترة الأخيرة نظراً لحالة الركود في البيع والشراء، اتجاه مالكي الأبراج السكنية "في مصر" أو الأراضي القضاء إلى البيع الشقق السكنية أو الإدارية أو الأراضي القضاء بالتقسيط لتشجيع عملية الشراء بعد اتجاه الكثير من الأفراد إلى الإيجار بدلاً من التملك خاصة بعد توافر الكثير من الشقق والمحلات التي يمكن الحصول عليها بعد تطبيق القانون رقم 4 لسنة 1996 الخاص بالإيجار المؤقت "في مصر" بدلاً من دفع مبلغ كبير في شراء الشقة أو المحل لذلك تنبه الملاك إلى ذلك وبدأ كثير منهم في البيع بالتقسيط⁽²⁾. ونظراً لأن الأوضاع الاقتصادية من ركود حركة البيع والشراء في دولة مصر مشابهة تماماً لما هو عليه الوضع في ليبيا إن لم تكن أكثر تعقيداً، فنأمل أن يتجه الملاك الليبيون نفس الاتجاه من تسهيل عملية البيع والشراء بالتقسيط لتشمل العقارات أيضاً ولا تقتصر فقط على المنقولات لما في ذلك من فائدة تعود على الأفراد خاصة مع ما نلاحظه من اتجاه الأفراد في ليبيا إلى الإيجار بدلاً من الشراء نظراً لارتفاع أسعار البيع.

خلاصة القول أن هناك أوجه للتشابه بين عقد البيع بالتقسيط مع الإحتفاظ بالملكية وبين

البيع الإيجاري وهي كما يلي:

(1) راجع د/ محمد عبدالله الدليمي، العقود المسماة "أحكام والتأمين والوكالة" في القانون الليبي، طرابلس، مطبوعات الجامعة المفتوحة، ط1، 200، ص16، وقد أورد معظم فقهاء القانون الليبي هذا العقد تحت مسمى الإيجار الساتر للبيع باعتبار أن عقد البيع هو ما اتجهت إليه أردة الأطراف.

(2) راجع د/ نجوى إبراهيم الدالي، مرجع سابق، ص137.

1. أن كلاً منهما يحقق مصالح الطرفين معاً:

إذ أن كلاً منهما يسمح للمستهلكين بالحصول على احتياجاتهم من منقولات أو عقارات بالرغم من عدم تملكهم لثمنها في الحال كما يحقق كل منهما كذلك الائتمان اللازم للبائع بعدم انتقال الملكية تماماً إلى الطرق الآخر إلا بعد الوفاء بالثمن كاملاً.

2. أن انتقال الملكية في كل منهما يتوقف على وفاء المتلقي لها بالثمن كاملاً.

3. أن كلاً منهما يتم بين طرفين ولا يتطلب تدخل طرف ثالث كما هو الحال في التأجير التمويلي كما سنرى.

4. يسمح كل منهما للبائع باسترداد المبيع من تقيسة المشتري في حالة الإفلاس وعدم مشاركة الدائنين له في ثمنه.

ولكن على الرغم من هذا التشابه الكبير بين كل من البيع بالتقسيط مع شرط الإحتفاظ بالملكية والبيع الإيجاري إلا انه يوحد العديد من أوجه الاختلاف بينها والتي تتضح من خلال ما يلي:

1. أن البيع مع شرط الإحتفاظ بالملكية يبرم بقصد انتقال ملكية الشيء المبيع إلى المشتري والتي تتوقف على شرط الوفاء بالأقساط كاملة فالبيع هدف أساسي يقصده المتعاقد أي إما البيع الإيجاري فإنه يبرم بقصد الإيجار أولاً، ومن ثم تنتقل الملكية إلا بعد انتهاء فترة الإيجار أما البيع فههدف احتمالي قد يتحقق وقد لا يتحقق.

2. أن المقابل الذي يلتزم به من تنتقل إليه الملكية يختلف في كل من العقدين عن الآخر، ففي البيع بالتقسيط مع شرط الإحتفاظ بالملكية نجد أن المقابل يمثل ثمن الشيء المبيع فقط، أما في البيع الإيجاري فإن هذا المقابل يمثل جزءاً منه أجره للانتفاع بالشيء محل

التعاقد طوال المدة المتفق على اعتبارها إيجاراً بينما يمثل الجزء الآخر منه مقابلاً لانتقال الملكية، أي جزء من ثمن البيع في حالة إتمامه.

3. أن البيع بالتقسيط مع شرط الإحتفاظ بالملكية يتضمن عملية قانونية واحدة هي عملية البيع، أما البيع الإيجاري فإنه يتضمن عمليتين قانونيتين متميزتين هما عملية الإيجار والبيع⁽¹⁾.

أذاً بناءً على ما سبق نخلص إلى القول بأن البيع الإيجاري لم يحظ بتنظيم مستقل في القانون المدني الليبي، بناءً على نص م 419 ف 4، فإنه تطبق عليه أحكام البيع بالتقسيط مع الإحتفاظ بالملكية أي أنه متى وجد عقد إيجار سائر للبيع فإنه تطبق عليه أحكام البيع بالتقسيط وهو إلا سلم من وجهة نظرنا لما في تطبيق أحكام الإيجار من إضرار بحق المشتري الذي لا يستطيع استرداد ما تم دفعه في حالة فسخ العقد لاعتباره بدل منفعة أي مقابل انتفاعه بالشيء المستأجر، أي أن اعتباره إيجاراً يحقق الفائدة للبائع دون المشتري وهذا لا يتماشى مع القواعد العامة في العقود وهو تفضيل لمصلحة طرف على الآخر في العقود، كما إنه لا يتماشى مع تعاليم ديننا الإسلامي حيث أن هناك من الفقهاء من حرم عقد البيع الإيجاري متى تم اعتباره إيجاراً لعدة أسباب منها أنه لا يجوز عقد بيعتين في بيعة طبقاً لقواعد الفقه الإسلامي، كما أنه لا يجوز التعاقد إضراراً بأحد المتعاقدين⁽²⁾.

(1) راجع د/ حمدي أحمد سعد، البيع الإيجاري، دراسة قانونية مقارنة بأحكام الإيجار المنتهي بالتمليك في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص 124، 125. كذلك د/ صبري مصطفى حسن السبك، البيع بالتقسيط كصورة من صور البيوع التجارية، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، ط 1، 2012، ص 50-51.

(2) راجع في التفصيل أو في حول حكم عقد البيع الإيجاري وموقف الفقه الإسلامي منه، بحث منشور على الانترنت. د/ عبدالله الزبير عبدالرحمن، مقالة بعنوان "البيع الإيجاري وموقف الفقه الإسلامي منه"، السودان، 2012. <http://www.azubair.com/azubair/index.php/main/index/27/1/> راجع كذلك د/ حسن علي الشاذلي، الإيجار المنتهي بالتمليك، "بحث منشور في مجلة مجموع الفقه الإسلامي، ع 5، ج 4، سنة 1405 هـ .

الفرع الثاني

التأجير التمويلي

كذلك يعتبر التأجير التمويلي من ضمن ضمانات البيع الائتماني ويقصد به العقد الذي يلتزم فيه أحد الأشخاص بتمويل استغلال منقول أو عقار في مشروع اقتصادي، يحتفظ فيه الممول بملكية المال ضماناً لاستيفاء حقوقه قبل المستفيد⁽¹⁾.

يعد عقد التأجير التمويلي إحدى الوسائل الحديثة لمنح الائتمان فهو وسيلة مستحدثة احتلت مكانة مرموقة في الأسواق المالية لإمداد المشروعات الصناعية والتجارية بالتجهيزات والأدوات اللازمة⁽²⁾.

ويتم ذلك عملاً بأن يكون صاحب العمل في حاجة إلى منقول أو عقار لاستغلاله في مشروعه لكنه لا يملك رأس المال اللازم لشرائه أو لا يرغب في تجميد رأس المال لهذا الغرض، فيتوجه إلى مؤسسة مالية متخصصة لتمويل العملية، ويقوم صاحب العمل بنفسه بعد توقيع عقد التأجير الائتماني، باختيار الشيء موضوع العقد، وتقوم المؤسسة المالية بالدفع وتظل متحفظة بملكية الشيء ويستفيد صاحب العمل منه بوصفه مستأجراً له لفترة بالخيار بين أمور ثلاثة رد الشيء أو تحديد استئجاره، أو شرائه بثمن محدد يراعي فيه المبالغ التي تم دفعها كأقساط إيجار، يتضح من ذلك أن عملية التأجير التمويلي تنطوي على جوانب ثلاثة:

(1) راجع د/ صبري مصطفى حسن السبك، مرجع سابق، ص73، كذلك راجع د/ هاني محمد دويدار، العقود التجارية والعمليات المصرفية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، سنة 1994، ص137، 138، د/ اشرف عبدالرازق ويح، الوسيط في البيع بالتقسيط، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني، دار النهضة العربية، ص34.

(2) راجع د/ محمد حسين منصور، النظرية العامة للائتمان، مرجع سابق، ص45.

تمويل عملية شراء الشيء، الإحتفاظ بملكيته على سبيل الضمان، والانتفاع به⁽¹⁾.

- السمة الائتمانية لعقد التأجير التمويلي:

بدراستنا لعقد التأجير التمويلي، نجد أن المؤجر يسلم المأجور معجلاً، ويستوفي مبالغ مالية بصورة دورية وبشكل مؤجل، أي أنه لا يتلقى كامل البدل لحظة انعقاد العقد، وأكثر من ذلك قد تمر سنوات قبل أن يستوفي المؤجر كامل البدل، ونحن نعلم أنه في البيع ترتبط فكرة الائتمان بالحالة التي يكون فيها تسليم الثمن أو تسليم المبيع مؤجلاً حيث إن الائتمان قد يكون من جانب البائع وقد يكون من جانب المشتري، فإذا كان تسليم المبيع مؤجلاً بينما تسلم الثمن معجلاً، احتاج المشتري لضمانات تؤكد قيام البائع بتسليم المبيع، وتضمن استرداده للثمن وهنا يكون الائتمان من جهة المشتري، أما في الحالة التي يتسلم المشتري المبيع ويكون أدائه للثمن مؤجلاً يحتاج البائع لضمانات تتعلق بحصوله على الثمن في حال إخفاق المشتري في سداد الثمن لأي سبب كان، والائتمان هنا من جانب البائع، وعليه فإنه في عقد التأجير التمويلي الائتمان من جهة البائع:

أما المخاطر التي يمكن أن تواجه المؤجر في عقد التأجير التمويلي فتتعلق بأي سبب يمكن أن يمنع المستأجر من دفع البدل المتفق عليه، ومن ذلك مثلاً إعساره أو شهر إفلاسه، أو تعنته في الدفع بلا مبرر، وكذلك توجد بعض المخاطر المتعلقة بالنشاط الذي يزاوله المستأجر ومن ذلك الإضراب، التأميم ونزع الملكية، مخاطر التعبيرات السياسية وعدم الاستقرار، مخاطر اقتصادية كاختفاء المواد الأولية المتعلقة بنشاط المستأجر من الأسواق أو حتى إغراض الجمهور عن السلعة التي ينتجها المستأجر لأي سبب آخر⁽²⁾.

(1) راجع د/ محمد حسين منصور، شرط الإحتفاظ بالملكية، مرجع سابق، ص 41، 42.

(2) راجع د/ نسرین سلامة محاسنة، مرجع سابق، ص 130.

لعل أبرز الضمانات التي يعطيها النظام القانوني لعقد التأجير التمويلي للؤجر أو مالك العين المؤجرة، أن هذا الأخير يحتفظ بالملكية، فإذا كان المأجور عقاراً ظل مسجلاً باسم المؤجر وأن كان منقولاً كان من حق المؤجر وضع لاصق باسمه على هذه المنقولات يفيد أنه هو المالك بل إن جوهر عقد التأجير التمويلي هو بقاء الرقبة ملكاً للمؤجر⁽¹⁾. وأي إخلال من جانب المستأجر بالتزامه بأداء الإيجار - الثمن - يعطي الحق للمؤجر في استرداد محل العقد المؤجر منقولاً كان أم عقاراً.

أما الجانب الآخر المتعلق بالانتماء هنا فهو السمعة المالية الجيدة للمستأجر، والمقصود هنا الرجوع إلى الطريقة التي يتم فيها تأجير الأموال حيث يمارس التأجير التمويلي شركات كبرى مرخصة وتستقبل هذه الشركات طلبات من طالبي الانتفاع بخدمات هذه الشركة، وفي هذه الطلبات يفصح مقدم الطلب عن العديد من المعلومات المتعلقة بوضعه المالي وأصوله الثابتة والنشاط الذي ينوي ممارسته ويوضح رأس المال المتوقع والدخول المتوقع من عملية التشغيل، ثم بعد ذلك يأتي دور شركة التأجير التمويلي، في التحقق من المركز المالي للمستأجر، فتبحث عن مدى نجاح المشروع الذي يباشره المستأجر، وتتأكد من وجود أصول ثابتة وسيولة مالية وعدم وجود مشكلات قانونية تتعلق بنشاط المستأجر كل هذه العوامل وغيرها تعد ضابطاً ائتمانياً للمؤجر، فإذا وجدت الشركة أن المستأجر ليس لديه مثل هذه المشكلات تتشجع في تأجيره المنقول أو العقار الذي يطلبه، ولا ترد طلبه على أن أبرز ما تركز عليه شركة التأجير التمويلي هو أن نسبة الأرباح المتوقعة بعد استكمال عملية التأجير وتسليم المأجور وتشغيله هي نسبة معقولة ومرضية بالنسبة لشركة التأجير التمويلي⁽²⁾

(1) راجع د/ نسرین سلامة محاسنة، مرجع سابق، ص 131.

(2) راجع د/ نسرین سلامة محاسنة، مرجع سابق، ص 132.

- أطراف عقد التأجير التمويلي:

عملية الإيجار التمويلي التقليدية تضم ثلاثة أطراف⁽¹⁾: المؤسسة المالية التي تشتري الأصول الإنتاجية محل العملية التمويلية، والبائع وهو منتج أو مورد هذه الأصول الإنتاجية، والمشروع المستفيد الذي يستأجر هذه الأصول الإنتاجية من المؤسسة المالية مدة محددة من الزمن وينتفع بوعده البيع الذي يلتزم به المؤجر عند نهاية مدة الإيجار⁽²⁾.

لعل الطابع المالي هو السمة المميزة للتأجير الائتماني حيث تقوم مؤسسات مالية متخصصة في تمويل شراء أجهزة ومعدات لازمة للاستغلال التجاري والمهني، فالمستأجر المستفيد من هذه الأشياء يحصل على تمويل كامل استثماراته دون حاجة إلى اللجوء إلى القروض⁽³⁾، أو تعطيل جزء من رأسماله مما يسمح له بالتوسع في مجال نشاطاته واستثماراته، يعد الاتفاق المذكور وسيلة من وسائل الائتمان الحديثة نظراً لما ينطوي عليه من طبيعة تمويلية حيث يركز في جوهره على تمويل عملية الشراء على سبيل الائتمان⁽⁴⁾.

يضاف إلى الجانب المالي الجانب القانوني المتمثل في عملية شراء الشيء وتمكين الغير من استعماله مع الإحتفاظ بملكيته على سبيل الضمان، حيث نكون أمام عملية قانونية مركبة من عدة عمليات في آن واحد:

أ. **الشراء بقصد التأجير:** حيث يقوم المؤجر بشراء التجهيزات والمعدات محل الإيجار من المورد أو الصانع.

(1) راجع د/ حسام الدين فتحي ناصف، التأجير التمويلي الدولي المنقول، بحث منشورات في مجلة العلوم القانونية والاقتصادية صادر عن كلية الحقوق، جامعة عين شمس، ع2، ص46، 2004، ص40.

(2) راجع د/ نسرین سلامة محاسنة، مرجع سابق، ص135.

(3) راجع د/ محمد حسين منصور، النظرية العامة للائتمان، مرجع سابق، ص46.

(4) راجع د/ علي سيد قاسم، الجوانب القانونية للإيجار التمويلي، دار النهضة العربية، ص156. كذلك د/نسرین سلامة محاسنة، مرجع سابق، ص137.

ب. **الوكالة:** حيث يوكل المؤجر، المستأجر في القيام بشراء الأشياء محل الإيجار على كافة عناصرها من نوع وكمية وغير ذلك، فالمستأجر هو الذي يقوم بتحديد هذه الأشياء وفقاً لاحتياجاته، ومن ثم فهو الذي يقوم كفني متخصص بالتعاقد مع البائع لحساب المؤجر المشتري الذي يقوم بتمويل العقد.

ج. **الإيجار⁽¹⁾:** حيث يتم تأجير الأشياء المشتراه إلى المستأجر لاستغلالها في تجارته أو مهنته، ويتميز الإيجار هنا عن الإيجار العادي بسمتين أساسيتين:

- **الأولى:** ارتفاع الأجرة نسبياً لأنه يراعى في تحديدها تغطية تكاليف الشراء وعائد مناسب للممول.

- **الثانية:** تحمل المستأجر كافة الأخطار التي تتعرض لها الأشياء والتجهيزات المسلمة له⁽²⁾.

د. **وعد منفرد بالبيع⁽³⁾:** أو بإعادة التأجير في نهاية مدة الإيجار، حيث يتضمن الاتفاق وعداً للمستأجر، إذا أعلن عن رغبته بتملك الأشياء محل العقد أو بإعادة استئجارها، فهو بالخيار بين الشراء أو الاستئجار أو الرد، ولا يعنى احتواء التأجير الائتماني لتلك العمليات القانونية تقسيمه أو تجزئته، بل أننا بصدد عملية قانونية مركبة من عدة عمليات تقليدية تكون في مجموعها تصرفاً قانونياً واحداً غير قابل للتجزئة ومستقلاً بذاته عن كل الأعمال القانونية المكونة له⁽⁴⁾.

(1) راجع د/ علي سيد قاسم، الجوانب القانونية للإيجار التمويلي، ص 152.

(2) راجع د/ إبراهيم دسوقي أبو الليل، البيع بالتقسيط والبيع الائتمانية الأخرى، مطبوعات جامعة الكويت، 1984، ص 38. د/ محمد حسين منصور، شرط الإحتفاظ بالملكية ص 44.

(3) راجع د/ علي سيد قاسم نفس المرجع، ص 153.

(4) راجع د/ محمد حسين منصور، شرط الإحتفاظ بالملكية ص 45.

وينقسم التأجير بشكل عام إلى نوعين: أما الأول فهو التأجير التشغيلي وفي هذا النوع من التأجير تكون مدة العقد أقل من العمر الإنتاجي للأصل ولا يستطيع المؤجر تغطية التكاليف وتحقيق أرباح إلا من خلال تكرار عملية التأجير، أما النوع الآخر فهو التأجير التمويلي وفي هذا النوع يكون ما يدفعه المستأجر يغطي ثمن الأصل والأرباح المتوقعة من قبل شركة التأجير التمويلي وهذا بدوره يأخذ الإشكال التالية:

1. **التأجير المباشر:** وهنا تنشأ العلاقة مباشرة بين المؤجر والمستأجر. والنوع الآخر.
2. **التأجير الممول:** حيث يلجأ المؤجر إلى ممول "مؤسسة مالية مقرضة" لمساعدته على التمويل ولو جزئياً. ويتمثل النوع الأخير.
3. **بالبيع وإعادة التأجير:** وهنا يقوم المستأجر ببيع الأصل إلى المؤجر ويستأجره منه ويستمر بالانتفاع به ومزايا هذه الطريقة أن المستأجر قد يدفع بهذه الطريقة مبالغ أقل مما لو لجأ إلى الاقتراض⁽¹⁾.

وبشكل أكثر تفصيلاً، فإن التأجير التمويلي هو أن يلجأ المستفيد الذي يعوزه رأس المال الكافي إلى مؤسسة تمويل، فيقوم بتحديد ما يحتاج من مواد وآلات، ويقوم الممول بشراء هذه المواد، وغالباً ما تتم هذه العملية من خلال إعطاء توكيل للمستفيد نفسه للقيام بعملية الشراء ثم تقوم الجهة الممولة بتأجير هذه المواد للمستفيد لمدة معينة، مقابل عوض متفق عليه، وبعد انتهاء مدة الإيجار يكون هناك بعض الخيارات للمستفيد وحسب ما يتفق عليه، وهي إرجاع هذه الآلات المالك (الممول) أو انتقال ملكيتها للمستفيد بثمن رمزي أو على سبيل الهبة⁽²⁾.

(1) راجع د/ نسرین سلامة محاسنة، مرجع سابق، ص125.

(2) راجع د/ نسرین سلامة محاسنة، مرجع سابق، ص126.

بناءً على كل ما سبق نستنتج أن الإيجار التمويلي وسيلة قانونية لتمويل الاستثمارات،
يتركب من عناصر تعاقدية مختلفة اندمجت فيما بينها بمقتضى شروط يدرجها الأطراف في العقد
إعمالاً لمبدأ سلطان الإرادة، وإذا كانت التغيرات الكمية تنتهي إلى أحداث تغيرات في الكيف، فإن
العناصر التعاقدية الداخلة في تكوين الإيجار التمويلي تفقد ذاتيتها الخاصة لتقدم لنا هذه الأداة
القانونية الجديدة للاتئمان والتي تستند إلى الفصل بين الملكية والاستعمال وتوفر التمويل اللازم
للمشروعات عن غير طريق التملك والإقراض فيستطيع المشروع أن يستحوذ على الأصول
الإنتاجية اللازمة له دون أن يضطر إلى دفع ثمنها جمعياً، وإنما يلتزم فقط بسداد الأجرة الدورية
طوال مدة عقد الإيجار كما أنه يستفيد من وعد بالبيع مقرر لمصلحته وملزم للبائع فيستطيع عند
نهاية مدة الإيجار - إذا أراد - أن يملك الأصول المؤجرة فيدفع ثمناً يدخل في الاعتبار عند
تقديره مجموع ما سدده من أجرة طوال مدة العقد، وتوفر هذه الوسيلة للمؤجر أكبر الضمانات
القانونية وأعظمها على الإطلاق إذ يظل مالكاً للأصول الإنتاجية مما يمكنه من استرداد هذه
الأصول المؤجرة إذا امتنع المستأجر عن دفع أقساط الأجرة مثله في ذلك مثل عقد البيع بالتقسيط
مع شرط الإحتفاظ بالملكية.

- أوجه الاختلاف بين الإحتفاظ بالملكية على سبيل الضمان وعقد التأجير التمويلي:

1. يختلف الإيجار التمويلي عن البيع بالتقسيط مع الإحتفاظ بالملكية في نقطة جوهرية حيث
أنه في حين تنتقل الملكية إلى المشتري بالتقسيط بمجرد الوفاء بالقسط الأخير من الثمن
ويكون انتقال الملكية بأثر رجعي لا يتمتع المستفيد في عقد الإيجار التمويلي سوى
بإمكانية تملك المنقول في نهاية مدة الاتفاق ولا يكون هذا بقوة القانون بل لابد من إعلان

إرادى من جانب المستفد لرغبته بالتملك ولا يكون انتقال الملكية بأثر رجعى بل من تاريخ قبوله تملك المنقول⁽¹⁾.

2. تستطيع شركة الإيجار التمويلى استرداد المنقول من تقيسة المستفد فى حين يصطدم البائع الذى احتفظ بملكته للمبيع على سبيل الضمان (فى بعض القوانين) بمصالح جماعة الدائنين حيث يميل القضاء إلى عدم الاعتراف بشرط الإحتفاظ بالملكية، واعتبار المبيع أصلاً من أصول المشتري المفلس⁽²⁾.

3. الإيجار الائتماني كوسيلة تمويلية يرمى إلى تحقيق عدة أهداف فى آن واحد من بين هذه الأهداف تحقيق ضمان للمؤجر الائتماني عن طريق الإحتفاظ بالملكية⁽³⁾. أى أن التأجير التمويلى اعم وأشمل من الإحتفاظ بالملكية الذى يأتي بصورة مقنعة فى عقد التأجير التمويلى كما سبق وأوضحنا.

4. البيع بالتسيط مع الإحتفاظ بالملكية يتضمن عملية قانونية واحدة وهى البيع بينما يتضمن التأجير التمويلى الإيجار والوكالة والوعد المنفرد بالبيع إضافة إلى الشراء بقصد التأجير. كما أن البيع يتم بين طرفين والتأجير التمويلى يتم بين ثلاث أطراف وهم الشركة المؤجرة والبائع أو المورد والمستأجر الذى يقوم باستغلال الأشياء المؤجرة⁽⁴⁾.

5. الإيجار التمويلى وإن كان يعتبر فى جوهرة عملية تمويلية إلا أنه لا يمكن اعتباره مجرد عملية ائتمان بسيطة "كشرط الإحتفاظ بالملكية" لذلك نجد أن هذه العمليات تتم فى الغالب

(1) راجع د/ هانى دويدار، مرجع سابق، ص129. كذلك د/ نجوى إبراهيم الدالى، مرجع سابق، ص154. كذلك عبدالفتاح محمد عبدالفتاح، رسالة دكتوراه نظام التأجير التمويلى فى القانون المصرى، جامعة 95 لسنة 1995.

(2) راجع د/ هانى دويدار، المرجع السابق، ص129، د/ نجوى إبراهيم الدالى، مرجع سابق، ص154.

(3) راجع د/ نبيل إبراهيم سعد، الملكية كوسيلة للضمان، مرجع سابق، ص78.

(4) راجع د/ محمد حسن منصور، شرط الإحتفاظ بالملكية، مرجع سابق، ص42.

عن طريق البنوك والمؤسسات المالية نظراً لأن التكلفة الاقتصادية لهذا الائتمان مرتفعة جداً⁽¹⁾.

6. الغالب في البيع بالتقسيط مع شرط الإحتفاظ بالملكية أنه يرد على منقولات مادية فحسب، بينما عقد التأجير التمويلي قدر يرد على عقار كما قد يرد على منقول ولكنه في كلتا الحالتين يهدف إلى تحقيق أغراض متشابهة⁽²⁾.

7. يفسخ عقد التأجير التمويلي من تلقاء نفسه في حالة عدم قيام المستأجر بسداد الأجرة المتفق عليها في المواعيد، ولا يترتب على الفسخ عودة المتعاقدين إلى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد، بمعنى أن المستأجر "المشروع المستفيد" لا يسترد الأجرة التي أداها طوال مدة العقد لأنها كانت مقابل انتفاعه بالمال المؤجر⁽³⁾. أما في البيع بالتقسيط فلا يجوز الحكم بالفسخ إذا كان ما تم تنفيذه من العقد 75% من التزامات المشتري أي ثلاثة أرباع الثمن وهو حكم أمر في هذا الموضوع حتى لا يفقد المشتري السلعة بعد سداد جزء كبير من ثمنها⁽⁴⁾. وهذا الحكم لا يجوز الاتفاق على مخالفته.

إضافة إلى كل ما سبق فإنه في عقد البيع بالتقسيط مع شرط الإحتفاظ بالملكية، تتجه نية طرفي العقد من بداية إبرامه إلى التصرف بالبيع في الشيء محل العقد مع تأجيل الوفاء بالثمن أو دفعة على أقساط دورية لعدم مقدرة المشتري على الدفع، أما في عقد التأجير

(1) راجع د/ نبيل إبراهيم سعد، مرجع سابق، ص 63.

(2) راجع د/ نبيل إبراهيم سعد نفس المرجع، ص 63.

(3) وفي رأينا هذا ما يميز شرط الإحتفاظ بالملكية حيث يسترد المشتري ما تم دفعه من أقساط في حالة فسخ عقد البيع ولا يحتفظ البائع إلا بجزء من كتعويض عن عدم التنفيذ وبأخذ هذا التعويض حكم الشرط الجزائي، فيرجع تقديره لقاضي الموضوع.

(4) راجع د/ نجوى إبراهيم الدالي، عقد التأجير التمويلي، مرجع سابق، ص 152.

التمويلي فهدف شركة التأجير التمويلي هو تمويل مشروع في حاجة إلى أصول إنتاجية لممارسة نشاطه⁽¹⁾.

وعقد التأجير التمويلي يشترط أن يكون المال المؤجر لازم لمباشرة نشاط إنتاجي سلمي أو خدمي طبقاً للفقرة 7 من م 1 من القانون رقم 95 لسنة 1995 المعدلة بالقانون رقم 16 لسنة 2001 في القانون المصري، أما في شرط الإحتفاظ بالملكية لا يشترط ذلك.

8. كما إن تصرف المستأجر في الشيء محل العقد في عقد التأجير التمويلي يعتبر مبدداً ومن ثم مرتكب لجريمة خيانة الأمانة التي يعاقب عليها القانون الجنائي، أما في البيع بالتقسيط مع شرط الإحتفاظ بالملكية إذا باع المشتري بالتقسيط الشيء محل العقد قبل أدائه القسط الأخير وانتقال الملكية إليه، فإن هذا البيع يسري في مواجهة البائع إذا كان المشتري الثاني حسن النية حيث يمكنه التمسك بقاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية⁽²⁾.

- تكيف التأجير التمويلي:

بعد أن عرضنا لأوجه الفرق أو التمييز بين شرط الإحتفاظ بالملكية والتأجير التمويلي فإننا نستنتج من كل ذلك أن الآراء اختلفت حول الطبيعة القانونية لعقد التأجير التمويلي وعليه فإن هناك من اعتبره صورة من صور البيع بالتقسيط مع الإحتفاظ بالملكية⁽³⁾، وكذلك من اعتبره قرض مع نقل الملكية على سبيل الضمان واتجاه ثالث يؤكد على طبيعة الخاصة العقد التأجير التمويلي. ورأي رابع يعتبره عقد إيجار مقترن بالوعد بالبيع ملزم لجانب واحد هو الممول.

(1) راجع د/ نجوى إبراهيم الدالي، مرجع سابق، ص154.

(2) راجع د/ نجوى إبراهيم الدالي نفس المرجع، ص157.

(3) راجع د/ هاني دويدار، مقالة بعنوان "عقد الإيجار التمويلي للمنقولات في ظل القانون اللبناني"، مجلة دراسات القانوني صادرة عن كلية الحقوق، جامعة بيروت العربية، س 2006، منشورات الحلبي الحقوقية، ص127.

لكن الرأي الراجح وهو ما نؤيده من وجهة نظرنا هو أن التأجير التمويلي عقد ذو طبيعة
ائتمانية حيث يحتفظ فيه المالك بملكية الأشياء المؤجرة على سبيل الضمان وعلى ذلك فإن شرط
الإحتفاظ بالملكية يستتر وراء فكرة الإيجار، فالتأجير التمويلي يعد تعبيراً مقنعاً عن شرط
الإحتفاظ بالملكية⁽¹⁾.

(1) راجع د/ محمد حسين منصور، شرط الإحتفاظ بالملكية، مرجع سابق، ص45. كذلك د/ علي سيد قاسم،
الجوانب القانونية للإيجار التمويلي، بالقاهرة، دار النهضة العربية، ص73 وما بعدها.

الفرع الثالث

الشرط المانع من التصرف

تنص المادة 832 من القانون المدني الليبي تحت عنوان شرط المنع من التصرف

على أنه:

1. إذا تضمن العقد أو الوصية شرطاً يقتضى بمنع التصرف في مال، فلا يصح هذا الشرط

ما لم يكن مبنياً على باعث مشروع، ومقصوراً على مدة معقولة.

2. ويكون الباعث مشروعاً متى كان المراد بالمنع من التصرف حماية مصلحة مشروعة

للمتصرف أو المتصرف إليه أو الغير.

3. والمدة المعقولة له يجوز أن تستغرق مدى حياة المتصرف أو المتصرف إليه أو الغير.

والمادة 833 تحت عنوان "مخالفة المنع من التصرف" "إذا كان شرط المنع من التصرف

الوارد في العقد أو الوصية صحيحاً طبقاً لأحكام المادة السابقة، فكل تصرف مخالف له يقع

باطلاً".

إن المنع من التصرف هو قيد على حرية المالك وهو من ضمن "القيود الاتفاقية"⁽¹⁾.

المعمول بها، والتي تعتبر استثناءً على القواعد العامة، فالأصل أنه في عقد البيع يلتزم البائع

بنقل الملكية إلى المشتري بمجرد إبرام عقد صحيح لازم مستوفياً جميع أركانه وشروطه ويكون

هذا العقد نافذ ومنتج لأحكامه وأثاره، ويكون للمشتري حق الاستعمال والاستغلال والتصرف.

(1) راجع د/ عبد الحميد عبدالله عبدالعال، الحقوق العينية والأصلية والتبعية، منشورات جامعة درنة، 1999،

ط1، ص62. د/ عبدالقادر محمد شهاب، محمد بن عبدالقادر محمد، الوجيز في الحقوق العينية، دار الكتب

القانونية ودار شتات للنشر والبرمجيات، 2008، ط1، ص54، 55.

ولا يأتي المنع من التصرف إلا استثناء وبشروط محددة بينها المادة 832 ق م ل، والتي تقابلها المادة 823 من القانون المدني المصري، وتتعلق هذه الشروط بضرورة أن يكون الباعث مشروعاً⁽¹⁾، ومقصوراً على مدة معقولة⁽²⁾، فإذا كان المشتري قد وفى بالثمن كاملاً واستلم المبيع فلا وجه لمنعه من التصرف في ملكة، كما إنه لا وجه لمنعه من الانتفاع به، باعتباره حقاً من الحقوق المقررة شرعاً وقانوناً، أما إذا كان الثمن أو جزء منه مقسطاً فإن التساؤل الذي يثار هنا هو: هل إذا دفع المشتري مقدم الثمن أو دفعة التعاقد المتفق عليها وقبض المبيع هل يملك التصرف في المبيع والانتفاع به؟

نظراً لأن التصرف في المبيع قبل الوفاء بجميع أقساط الثمن قد يلحق ضرراً بالبائع يصعب تعويضه فقد تدخل القانون لحماية البائع وضمان حقه، وتوجد قواعد نص عليها المشرع في هذا الشأن⁽³⁾.

وهكذا فإن الشرط المانع من التصرف في ليبيا ومصر يستمد شرعيته من المشرع نفسه، أما في فرنسا فلم يتدخل المشرع لإقراره بنص خاص، ومع ذلك فإن القضاء مستقر على إجازته طالما كان مبنياً على باعث مشروع ويحقق مصلحة جديرة بالرعاية⁽⁴⁾.

(1) راجع د/ عبد الحميد عبدالله عبدالعال، المرجع السابق، ص 64. د/ عبدالقادر محمد شهاب، د/ محمد بن عبدالقادر محمد، مرجع سابق، ص 56.

(2) راجع نفس المرجع، ص 65.

(3) راجع د/ صبري مصطفى حسن السبك، مرجع سابق، ص 354.

(4) راجع د/ صبري مصطفى حسن السبك، نفس المرجع، ص 354. كذلك د/ إبراهيم الدسوقي أبو الليل، البيع بالتقسيط والبيع الائتمانية الأخرى، ص 260.

الغصن الأول

مضمون الشرط المانع من التصرف

يمكن أن يشترط البائع عدم تصرف المشتري في المبيع قبل الوفاء بكامل الثمن، وهذا ما يعرف بالشرط المانع من التصرف الذي بمقتضاه يشترط المتصرف على المتصرف إليه، لباعث مشروع عدم التصرف في الشيء مدة زمنية معقولة⁽¹⁾.

ويقر المشروع الشرط المذكور استثناءً من القواعد العامة التي تقضي بحرية تصرف المالك في ملكه بشرطين هما: الباعث المشروع والمدة المعقولة⁽²⁾، كما سبق وأن أوضحنا، وهو ما عبرت عنه المادة 832 في فقراتها الثلاث.

وقد اتضح لنا من هذا النص أن الاتفاق على الشرط المانع من التصرف يكون صحيحاً في البيع الائتماني مؤجل الثمن، حيث لا شك في مشروعية الباعث ألا وهو ضمان استيفاء البائع للثمن، وحث المشتري على الوفاء به ولا شك أيضاً في أن مدة الشرط تكون معقولة لأنها تتمثل في فترة الوفاء بالأقساط المؤجلة⁽³⁾.

(1) راجع د/ محمد حسين منصور، شرط الإحتفاظ بالملكية، مرجع سابق، ص 62.

(2) راجع د/ محمد حسين منصور، نفس المرجع، ص 63.

(3) راجع د/ صبري السبك، مرجع سابق، ص 354. انظر في هذا استئناف مختلط 1911/3/2 م 23 ص 208 وقد اشترط فيه البائع - دون أن يحتفظ بملكية المبيع - إلا يتصرف المشتري في المبيع قبل الوفاء بثمنه، ما لم يوف المشتري من المشتري بالثمن (مشار إليه في هامش د/ الشهوري - الوسيط - ج 4، ص 220- هامش 1).

الغصن الثاني

فاعلية الشرط في ضمان حق البائع:

الشرط المانع من التصرف بمثابة بند يدرج في عقد البيع، وفيه يشترط البائع على المشتري، بأن لا يتصرف في الشيء المبيع مطلقاً أو أن لا يتصرف في الشيء المبيع لأشخاص يعينهم معينين يعينهم البائع وبذلك يحظر على المشتري التصرف في الشيء مطلقاً أو لأشخاص يعينهم البائع⁽¹⁾.

وما يهمننا في هذا السياق هو المنع المطلق أي عدم التصرف في الشيء المبيع لأياً كان إلى حين سداد كامل الثمن.

وبما أن شرط المنع من التصرف يندرج في عقد البيع فهذا يزيد من فأعليته نظراً لأنه من السهولة بما كان بمجرد الاطلاع على العقد تحقق العلم بوجوده بالنسبة لمن يتعامل مع المشتري المدين في عقد البيع.

لذا فإن هذا الشرط يلعب دوراً ائتمانياً هاماً بحفظ وضمان حق البائع في الثمن نظراً لأن يد المشتري تظل مغולה عن التصرف في العين حتى يتم الوفاء بكل الثمن، فهو بذلك يفقد - مؤقتاً - أهم عنصر من عناصر حق الملكية، ويقع كل تصرف مخالف للشرط المانع باطل⁽²⁾.

(1) راجع د/ فايز محمد حسين، الشروط المقترنة بعقد البيع، دار المطبوعات الجامعية، سنة 2010، ص118.

(2) راجع د/ محمد حسين منصور، شرط الإحتفاظ بالملكية، مرجع سابق، ص94. كذلك صبري السبك، مرجع سابق، ص365.

وتنص المادة 824 من القانون المدني المصري والمادة 833 من القانون المدني الليبي على انه: "أذا كان الشرط المنع من التصرف الوارد في العقد أو الوصية صحيحاً طبقاً لأحكام المادة السابقة، فكل تصرف مخالف له يقع باطلاً".

وقد اختلف الآراء حول طبيعة هذا البطلان بين قائل بالبطلان المطلق وقائل بالبطلان النسبي، وقد استقرت محكمة النقض المصرية على تفسيره بالبطلان النسبي⁽¹⁾.

ولكن الخلاف ثار بين الفقهاء حول نوع هذا البطلان هل هو بطلان مطلق أم بطلان

نسبي؟

- الاتجاه الأول:

ذهب هذا الاتجاه إلى أن هذا البطلان بطلان⁽²⁾ مطلق لعدم قابلية المبيع للتصرف فيه، وأيده جانب من الفقه وذلك على أساس أن جزاء التصرف في عين غير قابلة للتصرف فيها هو البطلان المطلق، وهو ما أيدته المذكرة الإيضاحية للقانون المدني المصري⁽³⁾، وهو كذلك ما نستشفه من المشروع الليبي الذي دأب على القول بأن التصرف الباطل بطلان مطلق هو ما عبر عنه النص بالقول - باطل - وان التصرف الباطل بطلان نسبي هو ما عبر عنه النص بالقول - قابل للبطلان.

- الاتجاه الثاني:

(1) راجع د/ محمد حسين منصور، نفس المرجع، ص4 هامش 1.
(2) راجع د/ عبدالحميد عبدالله عبدالعال، الحقوق العينية الأصلية والتبعية، ص66. د/ عبدالقادر محمد شهاب، د/ محمد بن عبدالقادر محمد، مرجع سابق، ص56.
(3) راجع د/ صبري مصطفى حسن سبك، البيع بالتقسيت، مرجع سابق، ص360.

ذهب هذا الاتجاه إلى إن هذا البطلان بطلان نسبي⁽¹⁾ على أساس إن البطلان المطلق يكون لكل ذي مصلحة التمسك به، وللمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها، كما أنه لا يزول بالإجازة وتلك نتائج لا تستقيم مع الغرض المقصود من الشرط المانع من التصرف، وهو حماية مصلحة خاصة لشخص معين، والذي يتعين معه أن يكون هو صاحب الشأن الأول في الانتفاع بتلك الحماية، الأمر الذي يستوجب أن يتوقف الحكم بالبطلان على مطالبته هو كما يكون له التنازل عن حقه في الإبطال بإجازة التصرف المخالف وهو ما استقرت عليه محكمة النقض المصرية⁽²⁾.

والذي نراه أن المشرع الليبي لم يكن مصيباً بتقريره للبطلان المطلق لكل تصرف مخالف للشرط المانع من التصرف، شأنه شأن المشرع المصري والذي ذهب بعيداً في تقريره للبطلان المطلق لتصرف المشتري في المبيع المحظور عليه التصرف فيه، حيث كان الأجر بكل المشرعين أن يقفا عند حد عدم النفاذ في حق البائع وبأن يكون نفاذ التصرف موقوفاً على إجازته، فإن أجازته نفذ وإن لم يجزه لم ينفذ وطبقت في شأنه الأحكام الخاصة بالتصرفات الموقوفة⁽³⁾.

وبما أن شرط المانع من التصرف يمنع المتصرف إليه من إحدى مكنات حق الملكية وذلك على خلاف شرط الإحتفاظ بالملكية الذي يحرم المشتري من كل مكنات حق الملكية إلى حين سداد كامل الثمن، فعليه وبما أن الحكم الذي رتبته القانون على قيام المشتري بالتصرف في

(1) راجع د/ صبري السبك، نفس المرجع، ص360.

(2) راجع عبدالحميد عبدالله عبدالعال، مرجع سابق، ص66. د/ عبدالقادر محمد شهاب، د/ محمد بن عبدالقادر محمد، مرجع سابق، ص57.

(3) راجع د/ صبري السبك، مرجع سابق، ص361.

المبيع الذي احتفظ البائع بملكيته هو عدم نفاذ هذا التصرف في حق البائع⁽¹⁾، فمن باب أولى أن يفرض هذا الحكم - عدم نفاذ التصرف - إذا ما اقتصر البائع على اشتراط منع التصرف وليس الإحتفاظ بالملكية، فليس من المنطقي أن يكون للشرط الأقل أثر أكبر من الشرط الأقوى⁽²⁾.

والحكم على كل تصرف يجريه المشتري بعدم النفاذ فيه من التهديد ما يجبر المشتري إلى المسارعة بالسداد حتى يتمكن من استعمال سلطاته على الشيء محل العقد كاملة دون قيد.

أضف إلى ذلك أن الشرط المانع من التصرف يؤدي إلى بقاء المبيع في يد المشتري إلى حين الوفاء بكامل الثمن، ومن شأن ذلك ضمان فعالية حق البائع في طلب الفسخ واسترداد المبيع في حالة التخلف عن الوفاء بالثمن⁽³⁾.

ولا يمنع وجود الشرط المانع من التصرف في العقد المتعاقدين من طلب فسخ العقد استناداً إلى الأحكام المقررة للفسخ في العقود الملزمة لجانبين⁽⁴⁾.

كما أن مخالفة حكم الشرط تخول المتعاقد الذي أشرطه فسخ العقد الأصلي، متى كان الشرط المذكور هو الدافع إلى التعاقد إذ لولا وجود هذا الشرط لما تم التعاقد وإبرام العقد إذ تكون مخالفة الشرط إخلالاً بالتزام جوهرى تجيز طلب الفسخ طبقاً للمادة 1/159 من القانون المدني الليبي، والمادة 1/157 من القانون المدني المصري.

نلاحظ من كل ما سبق أن شرط المنع من التصرف لا يحقق الائتمان الكافي للبائع حيث أنه لا يقدم أي ضمانات تمكن البائع من استيفاء حقه فهو يتزاحم مع باقي الدائنين في التنفيذ

(1) راجع د/ إبراهيم دسوقي أبو الليل، البيع بالتقسيط والبيع الائتمانية الأخرى، مرجع سابق، ص 263.

(2) راجع د/ صبري السبك، مرجع سابق، ص 361.

(3) راجع د/ محمد حسين منصور، نفس المرجع، ص 94. كذلك د/ صبري السبك، مرجع سابق، ص 365.

(4) راجع د/ محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص 94 هامش 2.

على أموال مدينهم عامة وثمان المبيع الوارد عليه المنع من التصرف خاصة، إلا إذا قرر التمسك بحق امتياز على ثمن المبيع⁽¹⁾.

الفصل الثالث

التمييز بين شرط الإحتفاظ بالملكية وشرط المنع من التصرف

لكي نميز بين شرط الإحتفاظ بالملكية والشرط المانع من التصرف يجب أن نفرق بين وضعين وهما الوضع العملي لكلا الشرطين والوضع النظري فما نراه من ناحية نظرية من صياغة النصوص ووصف الشروط وتنظيم الآثار قد لا يعتد به فعلاً حين نلاحظ التطبيق العملي.

وهذا ما يظهر لنا جلياً من خلال التفريق بين شرط الإحتفاظ بالملكية وشرط المنع من التصرف، وهو ما بين لنا أي الشرطين أجدى في ضمان حق البائع في الثمن. فإذا درسنا الفرق من ناحية نظرية فإن شرط الإحتفاظ بالملكية أقوى من الشرط المانع من التصرف وذلك لأن البائع الذي يحتفظ بملكية المبيع يكون في مركز أقوى من البائع الذي يشترط عدم التصرف في المبيع.

فالمشتري لا يتوفر لديه أي من عناصر الملكية في الحالة الأولى، بينما يتمتع في الحالة الثانية بحق الانتفاع بالمبيع واستغلاله دون التصرف فيه، أضف إلى ذلك أن البائع يمكنه استرداد المبيع لاحتفاظه بملكيته سواء من المشتري أو من تحت يد الدائن الحاجز، بينما لا يستطيع البائع الذي اشترط عدم التصرف في المبيع طلب استرداده إلا بعد الحكم بفسخ البيع⁽²⁾.

(1) راجع د/ صيري السبك، مرجع سابق، ص366.

(2) راجع د/ محمد حسين منصور، مرجع سابق، (شرط الإحتفاظ بالملكية) ص95.

ولكن إذا ما نظرنا للواقع العملي أو التطبيق العملي نجد أن شرط المنع من التصرف أقوى من شرط الإحتفاظ بالملكية، وذلك لأنه إذا قام المشتري بالتصرف في المبيع المحتفظ بملكيته كان التصرف غير نافذ في حق البائع لأنه وارد على ملك الغير⁽¹⁾.
أما إذا تصرف المشتري في المبيع بالمخالفة للشرط المانع من التصرف وقع التصرف باطلاً⁽²⁾.

ومن المعلوم أن التصرف غير النافذ يكون أقل قوة من التصرف الباطل، فالفرق بين التصرف الغير نافذ والتصرف الباطل هو أن التصرف غير النافذ يقتصر عدم نفاذه على الغير الأجنبي ممن لم يكن طرفاً في العقد ولكنه نافذ في حق المتعاقدين، أما التصرف الباطل يختل فيه عنصر من العناصر الأساسية التي تنبني عليها صحة التصرف وبهذا يصبح عديم الأثر وغير نافذ بطبيعته، إضافة إلى ذلك فإنه في حالة المنقول فإن شرط الإحتفاظ بالملكية لا يعتد به في مواجهة جماعة الدائنين إلا إذا كان مدوناً في ورقة ذات تاريخ ثابت وسابق على حق الغير أو على إجراءات التنفيذ التي يتخذها الدائنون على المبيع، بخلاف الحال بالنسبة للشرط المانع من التصرف، فالراجع إنه يرتب أثره كاملاً في مواجهة جماعة الدائنين لأن المال يصبح غير قابل للحجز عليه⁽³⁾.

(1) راجع د/ محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص 96.

(2) راجع في بيع ملك الغير، كتب عقد البيع ومنها:

د/ سمير عبدالسيد تناغو عقد البيع.

د/ محمد حسين منصور أحكام البيع.

د/ إبراهيم أبو النجا عقد البيع في القانون المدني الليبي.

د/ نبيل إبراهيم سعد عقد البيع.

(3) راجع د/ محمد حسين منصور، نفس المرجع، ص 96.

والواقع أن هذه النتيجة يمكن أن تكون محل جدل في حالة إفلاس المتصرف إليه الذي يقع المنقول، محل المنع من التصرف، في حيازته حيث يستقر القضاء كقاعدة عامة على تفضيل مصلحة الدائنين من خلال حماية الائتمان الظاهر الذي عولوا عليه⁽¹⁾.

كما إنه إذا تصرف المشتري في المنقول المحتفظ بملكيته وسلمه لمشتري حسن النية كان للمتصرف إليه أن يملك المبيع استناداً إلى قاعدة الحيازة في المنقول سند الحائز.

ولكن إذا تصرف المشتري في المنقول مخالفة لشرط المنع من التصرف وقع التصرف باطلاً وعليه فلا يجوز للمتصرف إليه أن يتمسك بقاعدة الحيازة التي تقتضي السبب الصحيح أي تصرفاً ناقلاً لملكية المنقول⁽²⁾.

ولكن إذا أخذنا بالرأي القائل بأن جزاء مخالفة الشرط المانع من التصرف يجب ألا يكون هو البطلان كما سبق وأن أوضحنا وأصبح عدم النفاذ هو جزاء مخالفة المتصرف إليه لشرط المنع من التصرف، حين إذن ترجح كفة شرط الإحتفاظ بالملكية لما يحققه من ضمان للبائع باعتباره ضماناً اتفاقية وليس مجرد قيد يحد من سلطات المالك كما هو الحال بالنسبة لشرط المنع من التصرف الذي ارتضاه المتصرف إليه بإرادته.

(1) راجع د/ الشهوري، الجزء الثامن، ص 645.

(2) راجع د/ محمد حسين منصور نفس المرجع، ص 97.

المبحث الثاني

الطبيعة القانونية لشرط الإحتفاظ بالملكية

للفظ الشرط معان متعددة فقد يطلق ويراد به الأحكام التي اتفق عليها المتعاقدان في العقد فيقال مثلا بالنسبة لعقد البيع أن من شروطه أن يتم تسليم المبيع في مكان معين أو أن يتم تسديد الثمن على أقساط معينه.

ففي هذه الأمثلة وغيرها لا نجد وصفا يلحق بالالتزام بل هي بنود ترد في العقد بمحض إرادته أطراف التعاقد وقد يطلق لفظ الشرط للدلالة على عنصر معين من العناصر التي يتطلبها القانون لترتيب اثر معين فيقال مثلا أن الرسمية من شروط انعقاد الهبة.

كما أن الحاجة شرط للالتزام بالنفقة فالشرط كوصف للالتزام ليس سوى عنصر عارض يضاف إلى التزام إرادي مستكمل لكافة العناصر التي اشترطها القانون فالشرط بهذا المعنى يكون مصدره الإرادة لا القانون⁽¹⁾.

ويعرف الشرط بأنه ذلك الأمر المستقبل غير المحقق الوقوع الذي يترتب عليه وجود الالتزام أو زواله، فالشرط الذي نقصده هنا هو أمر خارجي تضيفه الإرادة إلى التزام أستكمل عناصر تكوينه، وكونه من صنع الإرادة إنه يجري عليه اتفاق الطرفين.

وقد اختلفت الآراء في مدى اعتبار البيع مع شرط الإحتفاظ بالملكية شرطا واقفا أم شرطا فاسخا أم انه بيع مضاف إلى اجل واقف.

(1) راجع د/ محمود عبدالرحيم الذيب، بدء سريان الالتزام المشروط، دار الجامعة الجديدة، س2008، ص7 ما بعدها.

لذا سنتناول في المطالب القادمة التكييفات الفقهية والقضائية والقانونية لهذا البيع أو لهذا الشرط وهل تنطبق عليه فكرة الشرط فعلا أم إنه يميل لأن يكون أجلا؟ وهذا ما سنعرفه من خلال التقسيم التالي:

المطلب الأول: تكييف الفقهاء لشرط الإحتفاظ بالملكية.

المطلب الثاني: تكييف القضاء والقانون لشرط الإحتفاظ بالملكية.

المطلب الأول

تكييف الفقهاء لشرط الإحتفاظ بالملكية

اختلفت اتجاهات الفقهاء في تكييفهم لهذا الشرط، حيث أن دراسة الطبيعة القانونية لشرط الإحتفاظ بالملكية أثارت عدة تساؤلات، أولاً على نطاق التعليق على شرط، يثار التساؤل حول مدى اعتبار شرط الإحتفاظ بالملكية شرطاً واقفاً أم شرطاً فاسخاً.

وفي مرحلة أخرى أثير التساؤل حول مدى اعتبار شرط الإحتفاظ بالملكية تعليقاً على شرط أو إضافة إلى اجل، وأخيراً أثير التساؤل حول المركز القانوني للمشتري قبل الوفاء بكامل الثمن⁽¹⁾. التساؤل الأول هو شرط الإحتفاظ بالملكية شرط فاسخ أم واقف؟

للإجابة على هذا التساؤل فإننا سنبين الاتجاه القائل بأنه شرط واقف ونبين أدلته والانتقادات التي وجهت إليه، ثم سنعرض للاتجاه القائل بأنه شرط فاسخ وسنعرض أدلته كذلك والانتقادات التي تم توجيهها إليه. وسنعرض كذلك للرأي القائل بان البيع مع شرط الإحتفاظ بالملكية هو بيع مضاف إلى أجل واقف.

وعليه سنقسم هذا المطلب إلى ثلاثة فروع:

(1) راجع د/ نبيل إبراهيم سعد، الملكية كوسيلة للضمان، مرجع سابق، ص 26.

الفرع الأول

شرط الإحتفاظ بالملكية شرط واقف⁽¹⁾

ما هو الشرط الواقف؟

الشرط الواقف⁽²⁾ هو الشرط الذي يترتب على تحققه وجود الالتزام، وقبل هذا التحقق لا يكون الالتزام موجوداً، حيث تنص المادة 1/252 من القانون المدني الليبي (والتي تقابلها المادة 1/265 من القانون المدني المصري) على أن "يكون الالتزام معلقاً على شرط إذا كان وجود الالتزام متوقفاً على الشرط، بحيث إذا تحقق الشرط وجد الالتزام وإذا تخلف لم يوجد، فإن الشرط يكون في هذه الحالة شرطاً واقفاً، فالشرط الواقف إذا هو ذلك الشرط الذي يتوقف على وجوده وجود الالتزام، وعلى تخلفه عدم وجود الالتزام، باعتبار أنه لم يخرج إلى الوجود أصلاً كمن وعد شخص بجائزة إذا هو نجح في الامتحان مثلاً، فإن التزامه بدفع الجائزة لا يوجد قبل النجاح، فإذا لم ينجح، فإن التزامه بدفع الجائزة لا يوجد قبل النجاح، فإذا لم ينجح فإن الالتزام بدفع الجائزة يعتبر كأنه لم ينشأ أصلاً، أما إذا نجح فإن التزام الواعد بدفع الجائزة يصبح التزاماً نافذاً يجوز للموعد له أن يطالبه بالتنفيذ.

ويعبر الفقه الفرنسي عن هذا النوع من الشروط بأنه الشرط المعلق وهو تعبير دقيق بخلاف الشرط الواقف الذي يعني به الفقه المصري ذلك الشرط الذي يتوقف على وجوده الالتزام، فالتعليق للالتزام أدق من كونه واقفاً⁽³⁾.

(1) راجع د/ محمد علي البدوي، النظرية العام للالتزام، أحكام الالتزام، ط1، س2005، ص161.

(2) راجع د/ محمد إبراهيم البنداري، الالتزام بالتسليم في عقد البيع، جامعة القاهرة، رسالة دكتوراه، ص472.

(3) راجع د/ محمود عبدالرحيم الديب، بدء سريان الالتزام المشروط دراسة لفكرة الشرط في القانون المصري والفرنسي، جامعة الأزهر، دار الجامعة الجديدة، سنة 2008، ص52.

فإذا وجد الشرط المعلق كان الالتزام موجوداً وقائماً، وهو ما عبر عنه المشرع الليبي بالمادة 1/ 252 آنفاً والتي تقابلها المادة 1/ 265 من القانون المدني المصري، حيث ذكر أن الالتزام يكون معلقاً على شرط... الخ، فذكر التعليق ولم يذكر أنه واقف، وقد يكون ذلك هو الترجمة الدقيقة لكلمة Suspensive التي يعني بها الفقه الفرنسي أن الشرط معها يكون معلقاً، ويمكن الجمع بين الفقهاء بالتعبير عن هذا النوع بأنه "الشرط المعلق الواقف"⁽¹⁾.

والشرط المعلق في الفقه الفرنسي هو ذلك الشرط الذي يؤثر على مولد الالتزام، ويضيف هذا الفقه أن عدم التيقن من حدوث الواقعة يضع عليها شرطاً، مع وجود ثمة جهل بما إذا كان الأطراف يصبح كل منهم دائماً ومديناً على التوالي، فموقف الأطراف من الالتزام المعلق لم يتضح قبل حدوث الواقعة - محل التعليق - مثال ذلك، أن أعدك ببيع كتبتي القانونية عندما أكون قد تقدمت لامتحان الخاص بالدور القريب وحينئذ فإننا نجد بيعاً شرطياً، حيث يتوقف وجود البيع على واقعة مستقبلية، وهي واقعة غير مؤكدة للأسف⁽²⁾.

كل ما سبق كان تعريف بمفهوم الشرط الواقف، أما بخصوص النظرية القائلة بأن شرط الإحتفاظ بالملكية هو شرط واقف فإن مفاد هذه النظرية أن البيع مع شرط الإحتفاظ بالملكية هو بيع معلق على شرط واقف يتمثل في وفاء المشتري بالثمن، فشرط الوفاء بالثمن هو شرط واقف

(1) راجع د/ محمود عبدالرحيم الديب، مرجع سابق، ص26.

وفي تحليل معني الشرط الواقف وأثره في مرحلة التعلق وما بعد التعليق، راجع نفس المرجع، ص57، وما بعدها، إضافة إلى الكتب التالية د/ محمد شتا أبو السعد، الشرط كوصف للتراضي في القانون المدني المقارن والشريعة الإسلامية عالم الكتب للطباعة، سنة 1981، ص308، ما بعدها. كذلك راجع، د/ محمد شتا أبو السعد، أحكام العقود المعلقة على شرط، دار الجامعة الجديدة للنشر، سنة 2000، ص4، وما بعدها.

د/ هيثم حامد المصاروة، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، دار المطبوعات الجامعية، س 2006، ص42.

(2) راجع د/ محمود عبدالرحيم الديب، مرجع سابق، ص26.

يتوقف على تحققه وجود البيع ذاته ولا ينعقد البيع قبل الوفاء بالثمن ويظل البائع مالكا للمبيع، ولا تنتقل الملكية للمشتري قبل الوفاء بكامل الثمن⁽¹⁾.

ويخفف الأثر الرجعي للشرط من حدة هذه النتيجة حيث يترتب على تحققه (دفع الثمن)، اعتبار المشتري مالكا للبضاعة منذ لحظة أبرام العقد، ويكون المشتري قبل تحقق الشرط مجرد صاحب حق احتمالي أو شرطي، وتثور الصعوبة الحقيقية بصدد تحديد نطاق سلطاته على البضاعة التي سلمت إليه ويضع يده عليها دون أن يكون مالكا أو حتى حائزا لها نظرا لتخلف الركن المعنوي للحيازة أي توافر نية التملك أو الاعتقاد بحسن نية بأنه مالك⁽²⁾.

أي أنه إذا كان شرط الإحتفاظ بالملكية شرطا واقفاً، فإن المشتري لا يصبح مالكا للبضاعة، إلا بعد الوفاء الفعلي بكامل الثمن ويترتب على ذلك، بصفة خاصة، أنه طبقاً لقاعدة هلاك الشيء على مالكة أن البائع يظل مالكا وبالتالي يتحمل تبعه هلاك الشيء المبيع بقوة قاهرة قبل نقل الملكية طبقاً لنص المادة 1182 من القانون المدني الفرنسي⁽³⁾.

وفي القانون المصري ستقع تبعه الهلاك على المشتري إذا كان الهلاك بعد التسليم وعلى البائع إذا كان الهلاك قبل التسليم لأن تبعه الهلاك في القانون المصري ترتبط بالتسليم وليس بالملكية.

تتميز هذه النظرية بأنها تصلح سندا لنتيجتين عمليتين هما:

-
- (1) راجع د/ بسيوني محمود أبو عبده المحامي لدى الاستئناف العالي ومجلس الدولة 2010، بحث منشور على الانترنت بعنوان الإحتفاظ بالملكية (<http://Kenanaon Line.com/Baune>).
 - (2) راجع د/ محمد حسين منصور، شرط الإحتفاظ بالملكية، مرجع سابق، ص395، راجع كذلك بحث منشور على الانترنت بعنوان "شرط الإحتفاظ بالملكية، مجلة القانون والأعمال، قسم البحوث القانونية نشر بتاريخ يونيو 2013 (www.droitentreprise.org).
 - (3) راجع د/ نبيل إبراهيم سعد، الملكية كوسيلة للضمان، مرجع سابق، ص27.

1. لا يستطيع البائع التصرف في المبيع في مرحلة التعليق أي خلال الفترة المحددة لدفع الثمن، فليس للمدين تحت شرط واقف أن يقوم بأي عمل من شأنه أن يعوق الدائن من استعمال حقه عند تحقق الشرط، ومن المقرر إنه إذا تحقق الشرط أستند أثره إلى الوقت الذي نشأ فيه الالتزام، م 270 مدني مصري 257 من القانون الليبي، والمادة 1179 من القانون المدني الفرنسي.

ومن ثم يترتب على الوفاء انعقاد العقد وترتيب آثاره بأثر رجعي أي منذ يوم إبرامه معلقاً على شرط، ويصبح المشتري مالكا للمبيع منذ ذلك الحين ويسأل البائع عن تبديد المبيع قبل تحقق الشرط⁽¹⁾.

2. يتحمل البائع تبعه هلاك المبيع في مرحلة التعليق حيث تقضي المادة 1118 من القانون المدني الفرنسي بأن يتحمل المدين تبعه هلاك الشيء موضوع الاتفاق المعلق على شرط واقف لأنه لا يلتزم بتسليمه إلا بعد تحقق الشرط⁽²⁾.

- تقدير النظرية:

تعرضت هذه النظرية للنقد على اعتبار إنها لا تصلح أساساً لتكييف الطبيعة القانونية لشرط الإحتفاظ بالملكية، فإذا اعتبرنا أن شرط الإحتفاظ بالملكية شرط واقف إذاً ليس للمشتري إلا حق احتمالي أو شرطي ولذلك يكون من الصعوبة تحديد السلطات التي يباشرها المشتري على البضاعة المبيعة والمسلمة له، فالمشتري محرز لهذه البضاعة دون أن يكون مالكا أو حائزاً لها، لأنه ليس لديه نية التملك أي اعتقاده بحسن نية أنه مالك⁽³⁾.

(1) راجع د/ محمد حسين منصور، شرط الإحتفاظ بالملكية، مرجع سابق، ص 296، وكذلك عبدالرازق السنهوري، الوسيط، ج 3، فقرة 30، طبعة نادي القضاة.

(2) راجع د/ محمد حسين منصور، نفس المرجع، ص 296.

(3) راجع د/ نبيل إبراهيم سعد، الملكية كوسيلة للضمان، مرجع سابق، ص 28.

وقد بين الدكتور محمد حسين منصور، ما تعرضت له هذه النظرية من نقد في النقاط

التالية:

1. إن الشرط الواقف بحسب تعريفه كوصف إرادي يلحق الالتزام ويتوقف على تحققه وجود الالتزام ذاته، ومن المشكوك فيه تماماً في القانون الوضعي الفرنسي الحالي النظر إلى نقل الملكية على إنه التزام حيث يفترض ذلك في الواقع إمكانية عدم تنفيذه وبالتالي توقيع الجزاء بالرغم من أن التنفيذ يظل ممكناً، بينما يعد نقل الملكية في القانون المدني الفرنسي، "أثراً قانونياً محضاً لعقد البيع" ويتحقق هذا الأثر بطريقة آلية مطلقة⁽¹⁾⁽²⁾.
2. لا يمكن القول بأن الوفاء بالثمن، وهو التزام رئيسي ناتج عن عقد البيع، يعد شرطاً لانعقاده، حيث إن إرادة الأطراف تتجه فقط إلى تحصين البائع ضد عدم تنفيذ المشتري لالتزامه، ولا يجوز اختيار تنفيذ أحد الالتزامات الرئيسية للعقد، وهو الوفاء بالثمن ليكون شرطاً لصحة ذات العقد.

ويرى أنصار نظرية الشرط الواقف عدم صحة هذا النقد لأنه ليس من المستبعد تماماً في القانون الوضعي "أن يكون تنفيذ التزام أحد الأطراف في ذات الوقت، شرطاً لصحة تكوين العقد، فعقد القرض، مثلاً عقد عيني لا يتم إلا بتسليم مبلغ النقود ومن ثم فإن صحة إنشاء القرض تتوقف بالضرورة على تنفيذ أحد الطرفين لالتزامه، حقاً يوجد في هذه الحالة عقدان متتاليان ولكن الوعد بالقرض الملزم للجانبين يتميز بصعوبة عن القرض ذاته ويبدو ذلك بوضوح في حالة البيع، فطبقاً للمادة 1589 من القانون المدني الفرنسي، الوعد بالبيع يعادل البيع في حالة التراضي على المبيع والثمن.

(1) راجع د/ محمد حسين منصور، شرط الإحتفاظ بالملكية، مرجع سابق، ص 296.

(2) راجع د/ محمد شتا أبو السعد، الشرط كوصف للتراضي، عالم الكتب، 1981، ص 308.

وينبغي مع ذلك الإشارة إلى قضاء النقض الحديث⁽¹⁾. بصدد البيع العقاري حيث يميز بوضوح بين الآثار الناتجة عن مجرد وعد بالبيع ملزم للجانبين والآثار الناتجة عن البيع ذاته: "أن الوعد ببيع عقار الملزم للجانبين والمعلق على شرط واقف لا ينقل للمستفيد منه أي حق عقاري على العين، ويكون التزام الواعد، قبل تحقق الشرط، بالرغم من تعلقه بعقار، مجرد التزام بعمل لا يتولد عنه، بالنسبة للمستفيد منه سوى حقاً منقولاً"⁽²⁾.

يمكن على ضوء ذلك القضاء أن توجد أمام حلين متميزين عن مجرد الشرط المؤخر لنقل الملكية، يقتضي كل منهما تعليق هذا الانتقال على الوفاء بكامل الثمن، يمكن أن توجد. أولاً: بصدد بيع نهائي يتوقف تنفيذه على شرط واقف أو حلول أجل معين، وهذا هو التحليل التقليدي للوعد بالبيع الملزم للجانبين، أو توجد. ثانياً: أمام بيع يتأخر إتمامه إلى حين الوفاء بكامل الثمن، وهذا هو الوعد بالبيع الملزم للجانبين بالمعنى الضيق للكلمة، يتولد عن هذا الوعد، طبقاً لقضاء النقض السابق، مجرد التزام بإبرام عقد البيع، ولا ينتج عنه أي حق ملكية للمستفيد، وهو لا يتناقض مع تسليم البضاعة الذي يعد عملية مادية بحتة⁽³⁾.

3. تعجز النظرية القائلة بأن البيع مع الإحتفاظ بالملكية هو بيع معلق على شرط واقف عن تفسير أساس التزام البائع بالتسليم، ذلك انه في الواقع، لا يوجد أي التزام بالتسليم قبل تحقق الشرط الواقف الذي علق عليه البيع، بل أن أعمال قواعد البيع يؤدي إلى عدم التزام البائع بتسليم المبيع طالما لم يدفع المشتري الثمن المستحق الأداء⁽⁴⁾.

(1) المقصود هنا قضاء النقض الفرنسي 1197 - 1980 - j.c.p.ed.not 1979, 3eme civ.

(2) راجع د/ محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص 298.

(3) راجع د/ محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص 298.

(4) راجع د/ محمد حسين منصور، شرط الإحتفاظ بالملكية، مرجع سابق، ص 299.

وهو نقد في محلة من وجهة نظراً، فالتزام البائع بالتسليم يقابله التزام المشتري بدفع الثمن وفقاً للقواعد العامة في عقد البيع وبما أن التزام المشتري بدفع الثمن التزام مؤجل فلا أساس لالتزام البائع بالتسليم قبل تحقق الشرط الواقف وهو دفع الثمن.

4. يظل المبيع في البيع المعلق على شرط واقف، من عناصر الذمة المالية للبائع طالما لم يتحقق الشرط (دفع الثمن) ولا تتفق تلك النتيجة، في أغلب أحوال البيع مع شرط الاحتفاظ بالملكية مع إرادة الأطراف، بل أن قانون 12 مايو 1980 الفرنسي تقوم أحكامه على عكس ذلك، أي على فرض انتقال المبيع من ذمة البائع إلى ذمة المشتري⁽¹⁾. وإن كان يرى البعض بأن شرط الاحتفاظ بالملكية شرط استثنائي يمكن أن يضاف إليه شرط أخرى تعدل من القواعد العامة.

5. يقوم البائع رغم احتفاظه بملكية المبيع بتسليمه للمشتري دون تقييد حقه، غالباً، في استعماله أو التصرف فيه، فإذا قلنا بأن هذا البيع معلق على شرط واقف، فما هو الأساس الذي يقوم عليه هذا الحق؟ أي أن هذه النظرية لا تصلح لتبرير الأساس الذي يستند إليه المشتري في التصرف واستعمال المبيع رغم عدم انعقاد البيع⁽²⁾.

6. يرفض الفقه دائماً القول بان عدم تنفيذ أحد طرفي العقد لالتزاماته يعد شرطاً وافقاً لانعقاد العقد ذاته لأن عدم التنفيذ يخول، ببساطة الطرف الآخر الامتناع بدوره عن تنفيذ التزاماته، ومن ثم فإن تنفيذ العقد يكون في هذه الحالة خاضعاً لمطلق إرادة أحد طرفيه، أي أن العقد يكون معلقاً على شرط إرادي محض، وهذا أمر يحظره القانون صراحة بنصه على أن "لا يكون الالتزام قائماً إذا علق على شرط واقف يجعل وجود الالتزام متوقفاً على

(1) راجع د/ محمد حسين منصور، شرط الاحتفاظ بالملكية، مرجع سابق، ص 299.

(2) راجع د/ محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص 299

محض إرادة الملتزم"⁽¹⁾. نص المادة 254 من القانون المدني الليبي ومن المقرر أن المشتري في البيع مع شرط الإحتفاظ بالملكية يلتزم دائماً بدفع الثمن ويكون للبائع الحق في اقتضاء الوفاء به، وله أيضاً حق طلب الفسخ عند تخلف المشتري عن الوفاء⁽²⁾، وهو في نظري نقد منطقي وفي محله حيث كيف يكون امتناع أحد الإطراف عن القيام بالتزام أو تنفيذ التزامه هو الذي يمنع أو يوقف انعقاد العقد لأن فكرة الالتزامات المتقابلة في عقد البيع تخول الطرف الآخر أن يمتنع عن تنفيذ ما عليه من التزام أو إجبار الطرف الممتنع على تنفيذ التزامه لكل تلك الأسباب لم تحظى النظرية السابقة بقبول الاتجاه العام في الفقه والقضاء.

(1) تقابلها المادة (267) من القانون المدني المصري، والمادة (1174) من القانون المدني الفرنسي.

(2) راجع د/ محمد حسين منصور، نفس المرجع ، ص 299.

الفرع الثاني

شرط الإحتفاظ بالملكية شرط فاسخ⁽¹⁾

يعتبر الشرط الفاسخ على عكس من الشرط الواقف أو المعلق، فإذا كان وجود الالتزام في الشرط الأخير معلقاً على تحققه، فإن الالتزام في الشرط الفاسخ التزم موجود وقائم لم يعكر صفو وجوده شيء اللهم إلا تحقق ذلك الشرط، ففي هذه الحالة يتم زوال ما وجد من التزم سابق، وتنتهي معه هذا الكيان الذي تم بناؤه وأنتج ثماره، بحيث يصبح كأنه لم يكن قائماً من قبل، كلما كان ذلك ممكناً، ولذلك فإن الشرط الفاسخ هو ذلك الشرط الذي يترتب على تحققه زوال الالتزام، وعلى تخلفه بقاء الالتزام صحيحاً كما قام، فإن تأكد تخلفه صح الالتزام السابق دون وجود ما يززع كيانه إلى الأبد، ومن ثم فإن الالتزام المعلق على شرط فاسخ يكون قبل تحقق هذا الشرط موجوداً وناظراً، فإذا تحقق فإنه يزول وينقضي، ومثال ذلك:

أن يتفق المؤجر والمستأجر على إنهاء الإيجار في حالة انتقال المستأجر إلى بلد آخر، فإن تحقق النقل انقضى الالتزام الناشئ عن عقد الإيجار، فإن النقل في هذه الحالة وهو أمر مستقبل غير محقق الوقوع، ويعتبر شرطاً فاسخاً، فإذا تحقق ترتب عليه زوال الالتزام وهو الإيجار، أما إذا تخلف النقل وتم التأكد من ذلك فإن عقد الإيجار يصبح باتاً لا معلقاً⁽²⁾.

(1) راجع د/ محمد علي البدوي الأزهرى، مرجع سابق، ص 163.

(2) راجع د/ محمود عبدالرحيم الديب، بدء سريان الالتزام المشروط، مرجع سابق، ص 27.

إلا أن هذا النوع ما سمي فاسخاً إلا لأنه ينهي الالتزام فقط عند تحققه وإلا فهو التزام معلق أيضاً بمعنى إن الالتزام مع وجود الشرط الفاسخ هذا، ما هو إلا التزام معلق لحين التأكد من وقوع الشرط أو عدم وقوعه، مع اختلاف الأثر في الحالتين، ولذا فهو التزام غير مستقر بالرغم من وجوده وترتيب آثاره بل كافة آثاره ومع ذلك فهو معلق ورهن وقوع الشرط الفاسخ ولهذا يستمر عدم الاتزان معه متواجداً وشبهة إغائه قائمة، وليس هذا إلا التعليق، ولهذا فإنه يحسن بنا أن نطلق على هذا النوع من الشرط كتعبير دقيق "الشرط المعلق الفاسخ" بالمقابلة بالتعبير الدقيق، للشرط المعلق الواقف" وكأن التعليق صفة مشتركة في النوعين معاً⁽¹⁾.

ويلاحظ أن الفقه الفرنسي يعبر عن هذا النوع بالشرط اللاغوي، Condition Resolutoire ويقصد به ذلك الالتزام الذي سبق إنشاؤه كما إنه شرطي، وهذه هي صياغته، كما أن قطع رابطة الحق تعتمد على واقعة يكون تحقيقها غير معروف، ويضرب الفقه الفرنسي لهذا النوع من الشرط المثال الآتي، تبرع (بيير) بعشرة آلاف فرنك (لاندرية) غير انه وضع شرطاً يقضي بإلغاء هذا التبرع إذا توفي (بيير) قبل (اندرية)، فإذا تحقق هذا الشرط وسبق الواهب الموهوب له في الوفاة، فإن قيمة التبرع تعود إلى الذمة المالية للواهب وهو ما يسمى بشرط العودة، وهذه الواقعة مستقبلية غير محققة الوقوع، حيث لا يمكن معرفة من سوف يبقى على قيد الحياة، ومن يستوفى أولاً، غير أن هذا التبرع لا يوقف الالتزام، فهذا الالتزام يتم تنفيذه بانتظار وقت وفاة أحد المتعاقدين، فإذا ما تحقق الشرط فإن (بيير) سيأخذ مرة ثانية هذا المبلغ، حيث يلغي عقد التبرع⁽²⁾. فالشرط الفاسخ إذاً هو ما يترتب على تحققه زوال الالتزام بأثر رجعي بناءً

(1) راجع د/ محمود عبدالرحيم الديب، بدء سريان الالتزام المشروط، مرجع سابق، ص 27 وما بعدها.

(2) راجع د/ محمود عبدالرحيم الديب، مرجع سابق، ص 28.

على ما نصت عليه المادة 256-257 من القانون المدني الليبي⁽¹⁾. والمادة 269-270 من القانون المصري الليبي.

أ. مضمون النظرية:

ذهب أنصار نظرية الشرط الفاسخ إلى القول أن البيع مع شرط الإحتفاظ بالملكية هو بيع معلق على شرط فاسخ وهذا الشرط هو عدم الوفاء بالثمن في الميعاد المتفق عليه في العقد، هذا يعني أن للمشتري التملك وبكيفية تامة للشيء لكن حقه هذا يظل مهدداً بالزوال طيلة المدة المتفق عليها لأداء الثمن بحيث إذا ما تم أداء الثمن أصبح البيع تاماً ولم يبق مهدداً بالزوال أما عدم أداء الثمن يؤدي إلى زوال حق المشتري في المبيع وبأثر رجعي وبقوة القانون دون حاجة إلى حكم من القضاء وما يمكن ملاحظته حول هذا الاتجاه أنه على الأقل يفسر انتقال حيازة الشيء محل عقد البيع من طرف المشتري واستعماله والتصرف فيه، في إطار من الاستقلالية عن البائع لأن الالتزام تحت الشرط الفاسخ موجود ونافذ⁽²⁾. فالشرط الفاسخ لا يوقف تنفيذ الالتزام

(1) نص المادة (256) ق. م. ل:

1. يترتب على تحقق الشرط الفاسخ زوال الالتزام ويكون الدائن ملزماً يرد ما أخذه، فإذا استحال الرد لسبب هو مسئول عنه وجب عليه التعويض.

2. على أن أعمال الإدارة التي صدرت من الدائن تبقي نافذة رغم تحقق الشرط.

نص المادة (257) ق. م. ل:

1. إذا تحقق الشرط اسند أثره إلى الوقت الذي نشأ فيه الإلزام إلا إذا تبين من إرادة المتعاقدين أو من طبيعة العقد أن وجود الالتزام أم زواله إنما يكون في الوقت الذي حقق فيه الشرط.

2. ومع ذلك لا يكون للشرط أثر رجعي إذا أصبح تنفيذ الالتزام قبل تحقق الشرط غير ممكن لسبب أجنبي لا يد للمدين فيه) وهو ما نصت عليه المواد (269-270). م القانون المدني المصري.

(2) العقد المعلق على شرط فاسخ هو عقد قائم ونافذ، يؤثر على المركز القانوني للمتعاقدين، فالدائن من جهة تكون له طول مرحلة التعليق، نفس حقوق الدائن في العقد البسيط، وعليه نفس التزاماته، والمدين من جهة أخرى، يحتل مركز نظيرة في العقد المنجز، ويعبر عن ذلك عادة بأنه يتمتع بحقوقه أو امتيازاته، ويتحمل بنفس التزاماته ولا يقدر في ذلك أن الشرط قد يتحقق بعد التنفيذ، لأن المتعاقدين حين إبرام عقدهما معلقا على شرط فاسخ فقد إبرماه وهما عالمان بان مكنة تحقق الشرط القائمة ولو أردا غير ذلك لما علقاه، راجع د/ محمد شتا أبو سعد، الشرط كوصف للتراضي، مرجع سابق، ص 407.

ولكن هذا لا يمنع البائع من القيام بمجموعة من الإجراءات التي تحافظ له على ضمان حقه في أداء الثمن لأن البيع لازال مقيداً بشرط فاسخ قد يعيد حيابة الشيء محل البيع إلى البائع لهذا فله حق التتبع ضماناً لأداء الثمن⁽¹⁾.

إذا فالمشتري يمتلك المبيع ملكية تامة إلا أن حقه يظل مهدداً بالزوال ومن ثم يستطيع التصرف فيه بهذا الوصف. وإذا لم يفِ المشتري بالثمن في الميعاد المحدد تحقق الشرط الفاسخ ويزول البيع بأثر رجعي وبقوة القانون. وتعود ملكية المبيع التي انتقلت إلى المشتري بالتعاقد، إلى البائع بأثر رجعي بمجرد أن تخلف المشتري عن دفع الثمن⁽²⁾.

إن القول بأن البيع مع شرط الإحتفاظ بالملكية هو بيع معلق على شرط فاسخ قد يبرر وجود الأشياء المباعة في حيابة المشتري كما يفسر الرأي القائل بانتقال تبعة هلاكها - في القانون الفرنسي - إليه، إلا أن هذا النظر يتجافي مع جوهر شرط الإحتفاظ بالملكية الذي يقتضي استبقاء الأشياء المباعة على ملك البائع، فلا تنتقل ملكيتها إلى المشتري حتى ينفذ التزامه بدفع الثمن، أما منطق هذا الرأي فيرتب على عدم وفاء المشتري بكل أقساط الثمن فسخ البيع، ومن ثم يعود المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد، وعلى المشتري حينئذٍ أن يعيد ملكية الأشياء المباعة إلى البائع مرة أخرى، فهناك إذاً نقل ثم إعادة نقل للملكية، وهو ما ينافي الآلية التي يعمل وفقاً لها شرط الإحتفاظ بالملكية، إذ أن استرداد البائع للبضائع المباعة، بمقتضى هذا الشرط عند تخلف المشتري عن الوفاء بالثمن، لا يؤثر في وجود عقد البيع الذي يبقى صحيحاً ومنتجاً لكل آثاره، وهي النتيجة التي أكدت عليها محكمة النقض الفرنسية عندما

(1) راجع د/ بسيوني محمود أبو عبده، بحث في شرط الإحتفاظ بالملكية، مرجع سابق، مرجع الكتروني (<http://Kenana on Line. com/Baune 1. 2010>)

(2) راجع د/ محمد حسين منصور، شرط الإحتفاظ بالملكية، مرجع سابق، ص301، راجع كذلك بحث منشور في مجلة القانون والأعمال، بعنوان، شرط الإحتفاظ بالملكية، مرجع سابق، موقع الكتروني.

قررت أن "دعوى استحقاق البضاعة المباعة، ليست دعوى فسخ لعقد البيع، فيجوز للبائع إذاً أن يتقدم في تغطية المشتري مطالباً بباقي الثمن المستحق"⁽¹⁾، وقد ذهب أنصار نظرية الشرط الفاسخ إلى القول بأن تصرفات المشتري في الشيء يجب أن تكون تحت هذا الشرط⁽²⁾.

لقد كان الأخذ باعتبار شرط الإحتفاظ بالملكية شرطاً فاسخاً أو أن البيع مع شرط الإحتفاظ بالملكية هو بيع معلق على شرط فاسخ هو عدم دفع الثمن، هو الراجح في الفقه قبل صدور قانون 12 مايو 1980 الفرنسي، وقد ذهب القضاء أيضاً في نفس الاتجاه⁽³⁾.

بناءً على ما سبق، إذا كان شرط الإحتفاظ بالملكية شرطاً فاسخاً فإن المشتري يصبح في الحال مالكاً للبضائع ملكية تامة، ولكنها ملكية مهددة بالزوال، حيث أنه لو لم يتم الوفاء بالثمن يصبح البائع مالكاً لهذه البضاعة مرة أخرى، ففي هذه الحالة يوجد نقل للملكية ثم إعادة لنقل هذه الملكية، وإذا أخذنا بمنطق الأثر الرجعي للشرط فإنه عند تحقق الشرط الفاسخ يعتبر البائع الذي لم يستوف في النهاية الثمن كأن لم تنزل عنه قط ملكية الشيء المبيع وبالتالي يتحمل تبعه الهلاك، لكن في هذه الحالة قرر المشرع إذا هلك الشيء المبيع قبل تحقق الشرط بقوة قاهرة فإن تبعه الهلاك تقع عند تحققه على المشتري المادة 1182 من القانون المدني الفرنسي، وفي القانون الليبي ستقع تبعه الهلاك على المشتري إذا تسلم العين المادة 270 مدني ليبي، وذلك استثناء من الأثر الرجعي. وكذلك المادة 270 من القانون المدني المصري⁽⁴⁾.

(1) راجع د/ علي سيد قاسم، شرط الإحتفاظ بالملكية ونظام الإفلاس، نفس المرجع السابق، ص 29.

(2) راجع د/ بسيوني محمود أبو عبده، بحث بعنوان: شرط الإحتفاظ بالملكية، مرجع الكتروني سبقت الإشارة إليه.

(3) راجع د/ محمد حسين منصور، شرط الإحتفاظ بالملكية، مرجع سابق، ص 302.

(4) راجع د/ نبيل إبراهيم سعد، الملكية كوسيلة للضمان، مرجع سابق، ص 27.

ب. تقدير النظرية:

كما سبق وان أوضحنا بأن هذه النظرية وبلا شك تفسر سلطات المشتري على الشيء المبيع من استعمال وتصرف فيه إلا إنها لا تتفق مع إرادة الأطراف ولا قصد المشرع لأنه طبقاً لصريح الاتفاق ولنص القانون فإن نقل الملكية ذاته يكون موقوفاً على استيفاء الثمن⁽¹⁾. كما إنه سواء كان الشرط فاسخاً أم واقفاً فإن فكرة جعل أحد الالتزامات الأساسية في عقد البيع وهو دفع الثمن شرطاً لانعقاده في ذات الوقت لا يمكن القبول بها قانوناً ويثير الأخذ بفكرة "الشرط"⁽²⁾. بالمعنى الفني الدقيق اعتراضاً جوهرياً يتمثل في أنه من المشكوك فيه تماماً إمكانية صياغة تنفيذ الالتزام الرئيسي للمشتري في صورة شرط بالمعنى الفني لهذه الكلمة لان الشرط يعتبر واقعة خارجة عن إرادة المتعاقدين، بينما دفع الثمن يتوقف على محض إرادة المشتري في حالة التنفيذ الإختياري، وفي حالة التنفيذ الإجباري على إرادة البائع، فلا يمكن اعتبار دفع الثمن شرط لأنه التزام.

وقد سبق وأن عرضنا لحكم شرط الإحتفاظ بالملكية، وذكرنا أن فقهاء القرن التاسع عشر قرروا بمناسبة التعرض لصحة هذا الشرط أن الصفة المباشرة لنقل الملكية ليست من جوهر عقد البيع بل من طبيعته فقط، وانتهوا إلى أنه يجوز للأطرف الاتفاق على إرجاء هذا الانتقال، وانحصر النقاش فقط في الصفة المباشرة لنقل الملكية، أما الانتقال في ذاته لم يكن محل نقاش.

(1) راجع د/ محمد حسين منصور، شرط الإحتفاظ بالملكية، مرجع سابق، ص302.

(2) راجع د/ محمد شتا أبو السعد، الشرط كوصف للتراضي، عالم الكتب، 1981، ص19. وما بعدها.

رجع كذلك د/ هاشم عبدالمقصود سعد، رسالة دكتوراه، نظرية حرية العقود والشروط في الفقه الإسلامي، جامعة القاهرة، ص31. وما بعدها.

أن اعتبار نقل الملكية مجرد نتيجة احتمالية للبيع أمر يصعب توافقه مع مفهوم عقد البيع ذاته⁽¹⁾.

وهو نقد في محله من وجهة نظر الباحثة، فانتقال الملكية نتيجة حتمية لعقد البيع كل ما في الأمر إنه يمكن الاتفاق على تأجيلها فقط، لا يمكن جعلها أمر مهدد بالزوال لان ذلك يتنافي مع الأحكام العامة لنقل الملكية وقانون الالتزامات وهو ما لا يمكن إهداره، وأخيراً فإن اعتبار شرط الإحتفاظ بالملكية بمثابة شرط فاسخ لعقد البيع يتناقض مع روح الشرط ذاتها لأن هذا التكييف ليس من شأنه حفظ الملكية بل نقلها للمشتري ثم إعادة نقلها للبائع في حالة الفسخ⁽²⁾.

وهو في رأبي نقد صحيح لأن بهذه الكيفية شرط الإحتفاظ بالملكية لا يحقق أي نوع من الضمان الذي أراده البائع من إدراج هذا الشرط فما أراده البائع هو الائتمان باحتفاظه بالملكية وعدم نقلها للمشتري إلا بعد سداد الثمن والأخذ بهذا التفسير ينافي قصد البائع من هذا الشرط.

وقد ذهب بعض الفقهاء إلى القول بأن شرط الإحتفاظ بالملكية يفسر بأنه شرط واقف وفاسخ في آن واحد، فالبيع ليس باتاً ولكنه معلق على شرطاً واقف بالنسبة للمشتري وفاسخ بالنسبة للبائع. أما كونه شرطاً واقفاً، فهذا بالنسبة إلى المشتري حيث أن ملكية المبيع تكون معلقة على شرط واقف، هو الوفاء بالثمن، فإذا ما قام بسداد جميع الإقساط فإن الملكية تنتقل إليه بأثر رجعي فيكون مالكاً للعين المباعة منذ انعقاد العقد⁽³⁾.

وإذا لم يستطع الوفاء بالثمن، فإن العقد لا يتم لتخلف الشرط الواقف، وهو الوفاء بالثمن، أما كونه شرطاً فاسخاً فهذا بالنسبة للبائع، إذ أن الشرط يترتب على تحققه زوال الملكية عنه، منذ

(1) راجع د/ محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص 303.

(2) راجع د/ محمد حسين منصور، نفس المرجع، ص 303

(3) راجع د/ بلال حامد، رسالة دكتوراه بعنوان "مدى مشروعية البيع بالتقسيط وأثاره دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني"، جامعة الأزهر، س 1997، ص 265.

انعقاد العقد وإذا لم يستطع المشتري الوفاء بالإقساط، فإن الشرط يتخلف ويكون العقد كأن لم يكن، وتظل ملكية المبيع للبائع ملكية تامة باتة، وقد رد بعض الفقهاء على هذا الرأي بأن اعتبروا أن عقد البيع مع شرط الإحتفاظ بالملكية ليس معلقاً على شرط وإنما هو عقد بات، إلا أن الملكية هي التي تكون معلقة على شرط الوفاء بكامل الإقساط، باعتبارها أثراً من آثار عقد البيع وهذا ما يفهم من نص المادة 430 من القانون المدني المصري والمادة 419 من القانون المدني الليبي إذا أنها جعلت نقل الملكية موقوفاً على الوفاء بكامل الأقساط ولو تم تسليم المبيع⁽¹⁾.

ويبدو لي أن هذا هو التفسير الأرجح لأن البيع مع شرط الإحتفاظ بالملكية هو عقد موجود ويرتب كافة آثاره باستثناء نقل الملكية المعلق على الوفاء بكامل الإقساط، وحتى في حالة طلب الاسترداد يجوز للبائع أن يدخل في التفليسة مطالباً بالثمن لأن عقد البيع لا يزال موجوداً ويرتب كافة آثاره.

كما أن نصوص قانون 12 مايو سنة 1980، وقانون 25 يناير سنة 1985 قد أجازت للبائع أن يسترد البضائع المباعة تحت شرط الإحتفاظ بالملكية وهي النصوص التي طبقها القضاء فيما بعد والمعروف أن دعوى الاستحقاق هي الدعوى التي تحمي حق الملكية مما يبرهن في اعتقادنا على صحة نظرية الشرط الواقف ذلك لأن وفاء المشتري بكل أقساط الثمن يعني تخلف الشرط الواقف الذي علق التزام البائع بنقل ملكية البضاعة المباعة، ومن ثم يجوز للبائع أن يستردها مستنداً إلى حق ملكيته عليها كل ذلك مع بقاء عقد البيع صحيحاً ومنتجاً لآثاره

(1) راجع د/ بلال حامد، نفس المرجع، ص266.

القانونية الأخرى، فيجوز للبائع على الرغم من استرداده للبضاعة المبيعة أن يطالب المشتري بدفع الثمن بل وله أن يتقدم في تقيسة هذا الأخير مطالباً بباقي الأقساط المستحقة⁽¹⁾.

وفي معرض الحديث عن التكييفات الفقهية لشرط الإحتفاظ بالملكية لا يمكن تجاهل أراء الفقهاء الرومان في هذا الشرط، والذي اعتبروه شرطاً فاسخاً ليس فقط في تحديدهم لطبيعته بل في تسميته أيضاً، حيث يطلقون عليه الشرط الفاسخ وهذا ما جعلني أهتم بهذا الرأي، حيث إنهم لم يتناولوا هذا الشرط باعتباره شرط الإحتفاظ بالملكية بل الشرط الفاسخ مباشرة وكأنهم حسمو أمره هكذا.

حيث جاء في بعض الكتب بأنه "يعتبر الشرط الفاسخ ويطلق عليه شرط الإحتفاظ بالملكية" من النظم القانونية الأساسية عند الرومان، وهو من نتاج العقلية الرومانية البحتة، ولذا فهو من النظم القانونية الرومانية بالمعنى الدقيق، ومن ناحية ثانية فقد لاقى تطبيقاً واسعاً في القانون الروماني وخصوصاً في عقد البيع، نظراً لخصوصية هذا العقد في القانون الروماني، ولكن هذا لا يعنى أن نطاقه كان قاصراً على إدراجه في عقد البيع، بل كان شائع الاستعمال في الرهن والهبة وغيرهما، ويمكن تعريف شرط الإحتفاظ بالملكية أو (الشرط الفاسخ) بأنه:

"هو شرط يتم إدراجه في العقد بمقتضاه يفسخ العقد إذا تحققت واقعة معينة"، ولقد اتفق

الشرح على تعريف الشرط الفاسخ على النحو التالي:

(1) راجع د/ علي سيد قاسم، مرجع سابق، ص36، هامش 4 "تخلف شرط الواقف لا يترتب عليه فسخ العقد بحكم القانون، بل يجب طلبه من المحكمة ويكون للبائع أن يطلبه أو لا يطلبه وللمحكمة أن تجيبه إلى طلبه أو لا تجيبه.

الشرط الفاسخ هو شرط يتم إدراجه في عقد البيع بمقتضاه يتم فسخ البيع إذا لم يوف المشتري بالثمن للبائع في الميعاد المتفق عليه⁽¹⁾.

يتضح من كل هذه التعريفات أن فقهاء القانون الروماني اعتبروا شرط الإحتفاظ بالملكية هو الشرط الفاسخ.

أي أنه قد أطلق الرومان على شرط الإحتفاظ بالملكية اصطلاح الشرط الفاسخ "ولقد عالجه جوستينيان في موسوعته بوجه خاص بخصوص عقد البيع، ولذا فالمعالجة الأساسية للشرط الفاسخ في القانون الروماني كانت بمناسبة شرط الإحتفاظ بالملكية المدرج في عقد البيع⁽²⁾.

(1) راجع د/ فايز محمد حسين، الشروط المقترنة بعقد البيع، الإسكندرية، دار المطبوعات الجامعية، س2010، ص84-85. وقد جاء فيه أيضاً "والشرط الفاسخ قد يكون لمصلحة أياً من طرفي العقد ففي عقد البيع قد يكون الشرط الفاسخ مدرج لتحقيق مصلحة المشتري أو لمصلحة البائع، وأما في الهبة فهو يكون دائماً لمصلحة الواهب، أما في الرهن، أما في الرهن فقد كان له أحكام خاصة".

(2) نفس المرجع السابق، ص86.

الفرع الثالث

البيع مع شرط الإحتفاظ بالملكية هو بيع مضاف إلى أجل واقف

إن اعتبار شرط الإحتفاظ بالملكية هو شرط بالمعنى الفني للشروط لم يكن محل إجماع الفقهاء حيث ذهب البعض إلى اعتبار البيع مع شرط الإحتفاظ بالملكية هو بيع مضاف إلى أجل وليس معلقاً على شرط وسندهم في ذلك كما سبق وإن ذكرنا بأنه لا يصلح أن يكون أحد الالتزامات المتولدة عن العقد وهو دفع الثمن، عبارة عن مجرد شرط ، فالشرط يجب أن يكون مستقل عن العقد وغير خاضع لمحض إرادة أحد الأطراف.

فالشرط أمر مستقبلي غير محقق الوقوع وجوهر الشرط يتمثل في وجود شك يحوم حول وجود الالتزام أو زواله، وبالتالي زوال العقد برمته⁽¹⁾، وهو بذلك يختلف جوهرياً عن الأجل. والفائدة العملية للتفرقة بين الشرط والأجل تكمن بطبيعة الحال في الأثر الرجعي للشرط، ففإذا كان شرط الإحتفاظ بالملكية شرطاً واقفاً فإنه بمجرد دفع ثمن المبيع فإن المشتري يعتبر مالكاً لهذا المبيع من وقت إبرام العقد على العكس من ذلك إذا نظرنا إلى الإحتفاظ بالملكية على أنه أجل واقف فإن حلول هذا الأجل يؤدي إلى نقل الملكية دون أثر رجعي.

(1) راجع في حقيقة الشرط والفرق بينه وبين الأجل مرجع د/ محمد أبو سعد، أحكام العقود المتعلقة على شرط، الإسكندرية، دار الجامعة الجديدة للنشر، 2000، ص2.

وقد تعرضت المواد 252 إلى 254 من القانون المدني الليبي والمواد 265 إلى 270 من القانون المدني المصري للشروط اللازمة لقيام الشرط صحيحاً⁽¹⁾.

ويظهر جلياً من هذه النصوص أنه يجب أن يكون الشرط أمراً مستقلاً غير محقق الوقوع، وممكناً وغير مخالف للآداب والنظام العام وألا يكون الشرط معلقاً على مشيئة المدين أو الدائن⁽²⁾.

أما الأجل فهو أمر محقق الوجود، وهو وصف يلحق بالالتزام ويمكن أن يؤثر فيه من ناحيتين:

فهو قد يكون وافقاً أو فاسخاً، والأجل الواقف يحدد لنا بداية نفاذ الالتزام كأن يلتزم المشتري بدفع الثمن الخميس القادم أو يتعهد البائع بتسليم الشيء المبيع أول الشهر القادم، أما الأجل الفاسخ هو الذي يترتب على حلوله انقضاء الالتزام كما هو الحال في التزام المستأجر برد العين المؤجرة بعد سنة أو التزام ورشة بإصلاح مصاعد الفندق لمدة معينة أو التزام المحامي بالدفاع عن شركة لفترة زمنية محددة⁽³⁾.

(1) (252) ق.م.ل. تحت عنوان:

1. (الشرط والالتزام المعلق على شرط) يكون الالتزام معلقاً على شرط إذا كان وجوده وزواله مترتباً على

أمر مستقبل غير محقق الوقوع، م(253) الالتزام معلق على شرط غير ممكن أو غير مشروع.

2. لا يكون الالتزام قائماً إذا علق على شرط غير ممكن، أو على شرط مخالف للآداب والنظام العام هذا

إذا كان الشرط وفقاً أما إذا كان فاسخاً فهو نفسه الذي يعتبر غير قائم.

3. ومع ذلك لا يقوم الالتزام الذي علق على شرط فاسخ مخالف للآداب أو النظام العام إذا كان هذا

الشرط هو السبب الدافع للالتزام = م(254) الالتزام المعلق على شرط واقف لا يكون الالتزام قائماً

إذا علق على شرط واقف يجعل وجود الالتزام متوقفاً على محض إرادة الملتزم.

(2) راجع د/ محمد علي البدوي الأزهرى، النظرية العام للالتزام، أحكام الالتزام، بنغازي، دار الكتب الوطنية،

ط1، س2005، ص154.

(3) راجع د/ محمد علي البدوي الأزهرى، مرجع سابق، ص145.

كما أن مصدر الأجل يمكن أن يكون اتفاقاً صريحاً ويمكن أن يكون ضمناً يستنتج من طبيعة الالتزام ذاته، كما أنه قد يكون مصدره القانون أي النص القانوني كما هو شأن حق الانتفاع الذي ينتهي بموت المنتفع المادة 997 من القانون المدني الليبي⁽¹⁾.

كذلك فإن القانون قد خول القاضي الحق في أن يمنح المدين أجلاً للوفاء بالتزامه يطلق عليه "نظرة الميسرة" إذا استلزمت حالة المدين حسن النية ذلك، بشرط ألا يلحق الدائن ضرر جسيم من هذا التأجيل وهكذا يكون مصدر الأجل القاضي⁽²⁾.

وتختلف آثار الأجل بحسب ما إذا كان الأجل واقفاً أو فاسخاً فأثار الأجل الواقف تتميز بخاصيتين فهو التزام موجود إلا إنه غير نافذ أي غير حال الأداء، فالالتزام المضاف إلى أجل واقف هو التزام قائم وموجود ويعتبر المدين به مديناً ولو قبل حلول الأجل وهو التزام غير حال الأداء، لأن أجل الدين لم يأت بعد وبالتالي لا يجوز للدائن إجبار المدين على الوفاء بالدين⁽³⁾.

وقد حددت المادة 260 من القانون المدني الليبي ثلاث حالات يمكن استثناءها من القاعدة السابقة، حيث يمكن للدائن أن يطالب بالوفاء قبل حلول الأجل عند سقوط الحق في هذا الأجل، وتقابلها في القانون المدني المصري المادة 273 والحالات هي:

(1) نص م 997 ق. م. ل:

1. ينتهي حق الانتفاع بالقضاء الأجل المعين، فإن لم يعن له أجل عد مقرر لحياة المنتفع، وهو ينتهي على أي حال يموت المنتفع حتى قبل القضاء الأجل المعين.

2. وإذا كانت (...))

(2) راجع د/ محمد علي البدوي، نفس المرجع ، ص 146.

(3) راجع د/ محمد علي البدوي، نفس المرجع ، ص 145 وما بعدها.

1. إذا أشهر إفلاس المدين وفقاً للقانون المادة 1/260 مدني ليبي وهذا خاص بالتجار فقط، ولا يوجد نظام الإعسار الخاص بالمدنيين في القانون الليبي⁽¹⁾.
 2. إذا اضعف المدين بفعله إلى حد كبير ما أعطى للدائن من تأمينات خاصة 2/260 مدني ليبي، سواء كان بفعله أو لسبب لا دخل له فيه.
 3. تقاعس المدين عن تقديم ما وعد بتقديمه من تأمينات.
- أما بالنسبة للأجل الفاسخ فإنه يتم تنفيذ العقد قبل أن يحل الأجل الفاسخ طبقاً للقواعد العامة كما لو لم يكن هناك أجل فاسخ، فالالتزام المقترن بأجل فاسخ يعتبر منجزاً إلا أن تاريخ انقضائه مؤجل، ومتى حل الأجل الفاسخ فإن الالتزام ينقضي بدون أثر رجعي⁽²⁾.
- وبعد أن بينا الفرق بين الشرط والأجل سوف نبدأ بمضمون نظرية البيع المضاف إلى أجل واقف.

- مضمون النظرية:

مؤدى هذه النظرية أن البيع مع شرط الإحتفاظ بالملكية هو بيع مضاف إلى أجل واقف يتفق فيه الأطراف على إرجاء تنفيذ العقد إلى حين حلول الأجل وهو الموعد المحدد لدفع الثمن⁽³⁾.

(1) نص م 273 ق. م. م يسقط حق المدين في الأجل:

1. إذا شهر إفلاسه أو إعساره وفقاً لنصوص القانون.
 2. إذا شهر بفعله إلى حد كبير ما أعطى الدائن من تأمين خاص ولو كان هذا التأمين قد أعطى بعقد لاحق أو بمقتضى القانون هذا ما لم يؤثر الدائن أن يطالب بتكملة التأمين، أما إذا كان إضعاف التأمين يرجع إلى سبب لأدخل لإرادة المدين فيه فإن الأجل يسقط ما لم يقدم المدين للدائن ضمانا كافيا.
 3. إذا لم يقدم للدائن ما وعد في العقد يتقدمه من التأمينات.
- (2) راجع د/ محمد علي البدوي، نفس المرجع ، ص154.
- (3) راجع د/ بسيوني محمود أبو عبده، بحث بعنوان: شرط الإحتفاظ بالملكية، مرجع الكتروني سبق الإشارة إليه.

وينبغي عند حلول الأجل الوفاء بكامل الثمن وتنتقل ملكية البضاعة من البائع إلى المشتري، منذ ذلك الحين، دون أثر رجعي بخلاف الحال بالنسبة للبيع المعلق على شرط واقف، ولا يمنع ذلك، بطبيعة الحال إمكانية اتفاق الأطراف على مخالفة تلك الآثار أي جعل انتقال الملكية بأثر رجعي في حالة الأجل الواقف، وترتب انتقالها بأثر فوري في حالة الشرط الواقف أي أنه يجوز للإطراف باتفاق صريح استبعاد الأثر الرجعي للوفاء أياً كان التكيف الذي يمكن إضافته على هذه الواقعة، وتبدو أهمية هذه المسألة بالنسبة للغير الذي يرتب له المشتري حقاً على البضاعة قبل دفع كامل الثمن⁽¹⁾.

وعليه فقد أنكر فريق من الفقهاء وصف الاتفاق الذي يحتفظ بمقتضاه البائع بملكية البضاعة المبيعة حتى يوفى المشتري بثمن المبيع بأنه شرط ويرون أن العقد مقترن بأجل، فكل الالتزامات المتولدة عنه موجودة غير أن كلاً من التزام المشتري بسداد الثمن وكذلك التزام البائع بنقل ملكية المبيع مضافان إلى أجل، فلا ينفذان إلا من وقت تحقق الأجل، أي عندما يوفى المشتري بثمن البيع في الموعد المضروب له⁽²⁾.

كما قد ذهب البعض إلى القول بأنه من المهم معرفة ما إذا كان شرط الإحتفاظ بالملكية الذي يهدف إلى إفادة البائع من أحكام القانون 12 مايو 1980 وخاصة وأنه أصبح من الشروط المألوفة، قد أدخل أجلاً أم شرطاً⁽³⁾.

وذهبوا إلى أن نقطة البداية الصحيحة تبدأ من نصوص القانون الجديد، فقد نص هذا القانون على أن شرط الإحتفاظ بالملكية يوقف نقل الملكية إلى أن يتم الوفاء بكامل الثمن، وقد

(1) راجع د/ محمد حسين منصور، شرط الإحتفاظ بالملكية، مرجع سابق، ص315، وكذلك د/ نبيل إبراهيم سعد، مرجع سابق، ص34.

(2) راجع د/ علي سيد قاسم، شروط الإحتفاظ بالملكية ونظام الإفلاس، مرجع سابق، ص33.

(3) راجع د/ نبيل إبراهيم سعد، الملكية كوسيلة للضمان، مرجع سابق، ص34.

أفصحت الأعمال التحضيرية أن الأمر يتعلق بشرط وليس بأجل لكن ليس من المؤكد إن البرلمانين كان لديهم إدراك بالمعنى الفني لكلمة شرط فالتعبيرات التي استخدموها عادة لتصف واقعياً شرط الاحتفاظ بالملكية توحى بالاعتقاد بأنهم يقصدون الشرط في الوقت الذي ينصرف تفكيرهم فيه إلى أجل، فبالنسبة إليهم، البائع يشترط أن تبقى له الملكية حتى الوفاء بكامل الثمن وأن الملكية لا تنتقل إلى المشتري إلا عندما يدفع هذا الأخير كامل الثمن فإذا كنا بصدد شرط فإنه يجب أن تكون الصيغة على النحو التالي:

- الملكية لا تنتقل إلا إذا دفع المشتري الثمن⁽¹⁾:

وبالنسبة للالتزامات المتبادلة بين البائع والمشتري في الفترة قبل حلول الأجل تنشأ عن اتفاق إضافي ينظم العلاقة بينهما في هذه المرحلة والطبيعة القانونية لهذا الاتفاق تتوقف على ماهية شروطه وأحكامه فقد يتفق البائع مع المشتري بأن يلتزم هذا الأخير بدفع مبالغ معينة في مواعيد محددة على سبيل الوديعة على أن يكون المبلغ الأخير في موعد أداء كامل الثمن، ويلتزم البائع من جهته بتسليم الشيء محل عقد البيع على سبيل الوديعة أي الحيابة دون الحق في التصرف والاستعمال أو على سبيل الإيجار لمدة محدودة أي الاستعمال أو الانتفاع دون الحق في التصرف، وبطبيعة الحال فقبل حلول الأجل المتفق عليه للوفاء بكامل الثمن ليس للبائع أن يطالب باسترداد المبيع وفي المقابل ليس للمشتري الحق في المطالبة باسترداد الإقساط التي تم دفعها⁽²⁾.

وبحلول الأجل المتفق عليه يتم تنفيذ الالتزامات الناتجة عن عقد البيع حيث يتم الوفاء بالثمن عن طريق المقاصة مع المبالغ المودعة لدى البائع، ويتم التسليم بمجرد تبادل التراضي

(1) راجع د/ نبيل إبراهيم سعد، الملكية كوسيلة للضمان، مرجع سابق، ص 35.

(2) راجع د/ بسيوني محمود أبو عبده، مرجع سابق، مرجع الكتروني، د/ محمد حسين منصور، شرط الاحتفاظ بالملكية، مرجع سابق، ص 316.

بين الأطراف لأن المبيع يوجد سلفاً في حيازة المشتري، وإذا لم يتم دفع الثمن في الميعاد المحدد يزول البيع بقوة القانون، ويلتزم المشتري برد البضاعة التي تلقاها وبدفع التعويض عن الأضرار التي حلت بالبائع بسبب الإخلال بالالتزام، ويلتزم البائع برد الأقساط التي تلقاها من الثمن إلا في حالة وجود شرط جزائي يبيح له الإحتفاظ بها على سبيل التعويض، ويمكن اعتبار شرط الإحتفاظ بالملكية على سبيل المجاز شرطاً جزائياً⁽¹⁾.

وعليه فإن المشتري سيتحمل التزاماته بحسب هذا التكييف إما بوصفه مودعاً لديه أو مستأجراً وتقدر مسؤوليته. في حالة فسخ البيع، طبقاً للمادة 1302 من القانون المدني الفرنسي والمادة 210 من القانون المدني الليبي والمادة 207 من القانون المدني المصري والمتعلقة بهلاك الشيء الذي يلتزم المدين بتسليمه، والمادة 1137 من القانون المدني الفرنسي والمادة 214 من القانون المدني الليبي والمادة 211 من القانون المدني المصري والمتعلقة بالالتزام بالمحافظة على الشيء، وإذا أراد التخلص من التزامه بسبب القوة القاهرة تعين عليه إثباتها⁽²⁾.

فنكون من الناحية العملية أمام التزام بنتيجة يلتزم المشتري بتحقيقه، ولتدعيم هذا الالتزام يتم الاتفاق عادة على تحميل المشتري تبعة هلاك المبيع في نفس العقد المتضمن شرط الإحتفاظ بالملكية، ويشمل هذا الاتفاق، تحمل مخاطر نقل المبيع⁽³⁾، إن القول بهذا التفسير وهو أن البيع مع شرط الإحتفاظ بالملكية هو بيع مضاف إلى أجل واقف تنشأ فيه الالتزامات المتبادلة بين طرفيه عن اتفاق إضافي ينظم العلاقة بينهما، يبين سبب عدم انتقال ملكية البضائع للمشتري، حيث يؤدي اتفاق الأطراف إلى إرجاء ترتيب آثار البيع إلى أجل معين وتكون المعايير المعتادة لنقل الملكية غير قابلة للتطبيق قبل حلول الأجل ويظل المبيع ضمن عناصر الذمة

(1) راجع د/ محمد حسين منصور، شرط الإحتفاظ بالملكية، مرجع سابق، ص 317.

(2) راجع د/ محمد حسين منصور، شرط الإحتفاظ بالملكية، نفس المرجع، ص 317.

(3) المرجع السابق، ص 317.

المالية للبائع حتى حلول الأجل ودفع كامل الثمن، ويتحمل البائع تبعه هلاك البضاعة، في هذه الفترة سواء تم تسليمها للمشتري أم لا، ما لم يوجد اتفاق مخالف بطبيعة الحال⁽¹⁾، كما أن المشتري لا يترتب له أي حق عيني قبل الوفاء بكامل الثمن على البضاعة المشتراه بناءً على بيع مع شرط الإحتفاظ بالملكية، نظراً لأن هذا الشرط هو في الواقع مجرد أجل واقف ليس له أي اثر رجعي⁽²⁾.

فشرط الإحتفاظ بالملكية هو بيع نهائي تتوالى فيه الأحداث بالتدرج في حدود المدة المتفق عليها، فنجد مدة للتسليم ومدة للوفاء بالثمن الذي يرتبط بنقل الملكية، ويبدو التدرج في تنفيذ العقد أكثر وضوحاً بالوفاء عن طريق الإقساط المتتالية.

- تقدير النظرية:

نلخص نتائج النقاش السابق في عدة نقاط تتمثل في أسانيد وأدلة أصحاب النظرية والانتقادات الموجهة إليها:

1. حاول المنادون بهذه النظرية كما سبق وأن ذكرنا أن يجدوا سنداً لهم في القانون فكانت نقطة البداية من نصوص القانون الجديد 12 مايو 1980، بقولهم إن عبارته جاءت محايدة لأنها تقضي بأن شرط الإحتفاظ بالملكية يوقف نقل الملكية إلى أن يتم الوفاء بكامل الثمن، وقد أفصحت الأعمال التحضيرية عن أن الأمر يتعلق بشرط وليس بأجل⁽³⁾، حقاً أن الأعمال التحضيرية تكشف عن تعلق الأمر بشرط وليس بأجل، ولكن ليس من المؤكد أن البرلمانيين كان لديهم إدراك بالمعنى الفني لكلمة شرط فالتعبيرات التي

(1) راجع د/ محمد حسين منصور، شرط الإحتفاظ بالملكية، مرجع سابق، ص 317.

(2) راجع د/ إبراهيم دسوقي أبو الليل، البيع بالتقسيط والبيع الائتمانية الأخرى، مرجع سابق، ص 281.

(3) راجع د/ نبيل إبراهيم سعد، الملكية كوسيلة للضمان، مرجع سابق، ص 34. كذلك د/ محمد حسين منصور، شرط الإحتفاظ بالملكية، مرجع سابق، ص 320.

استخدموها عادة لتصف شرط الإحتفاظ بالملكية توجي بالاعتقاد بأنهم يتحدثون عن الشرط في الوقت الذي ينصرف تفكيرهم فيه إلى أجل، كما يضيف أصحاب هذا الرأي أنه ينبغي الأخذ في الحسبان أن واضعي القانون الجديد قصدوا صراحة الأخذ بتعريف الشرط الوارد في حكم Mecarex حقاً إن قضاة الاستئناف قد اعتبروا الشرط محل النزاع ليس شرطاً واقفاً وإنما شرطاً فاسخاً، ولكن الدائرة التجارية لمحكمة النقض الفرنسية لم تأخذ بهذه المقابلة بين نوعي الشرط واقتصرت على تقرير أن الشرط قد نص بطريقة واضحة ومحددة على أن نقل الملكية سيكون موقوفاً حتى الوفاء بكامل الثمن، فيمكن أن نجد دائماً أن الفكرة الأساسية هي أن نقل الملكية قد تأخر بسبب الشرط حتى الوفاء بكامل الثمن⁽¹⁾.

وعلى أية حال فإن القضاء السابق على صدور قانون 1980/5/12 وإن تردد بين الشرط الواقف والشرط الفاسخ إلا إنه لم يجد نفسه في مواجهة صعوبة عملية تتعلق بالخيار بين الشرط والأجل، ومن الجدير بالذكر أن القضاء البلجيكي قد انحاز بوضوح إلى فكرة الأجل الواقف ولم يأخذ بفكرة الشرط⁽²⁾.

2. يذهب أنصار هذه النظرية إلى القول بأنه من خصائص الشرط أنه أمر مستقبل غير محقق الوقوع خارج عن إرادة المتعاقدين أي لا يتعلق بمحض إرادة المدين إن شاء حقق الشرط وإن شاء جعله يتخلف، فإذا أصبح تحقق الشرط مرتبطاً بمشيئة المدين وحدها، اعتبر هذا الشرط الواقف باطلاً ومن ثم يسقط كل التزام معلق على شرط واقف هو محض إرادة المدين، وسداد الثمن لا يصلح أن يكون شرطاً واقفاً لأنه يتعلق بمحض إرادة

(1) راجع د/ نبيل إبراهيم سعد، مرجع سابق، ص 35.

(2) راجع د/ محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص 321.

المدين⁽¹⁾. في حالة التنفيذ الإرادي وإرادة البائع في حالة التنفيذ الجبري ومن ثم لا يمكن عده واقعة خارجة عن إرادة المتعاقدين⁽²⁾، ولكن هذا الرأي يمكن تفنيده، لأن القول بأن الوفاء بالثمن شرط إرادي محض قد جانبه الصواب، وذلك لأن الشرط الإرادي الباطل هو الذي يتعلق بمحض إرادة الملتزم والملاحظ أن المدين الملتزم بنقل الملكية هنا ليس المشتري الذي يتعهد بسداد الإقساط في المواعيد المحددة وإنما البائع نفسه⁽³⁾، ويذهب أنصار نظرية الأجل إلى القول بأنه حقاً الصفة غير المؤكدة للواقعة تعد معياراً للتمييز بين الشرط والأجل، إلا أنه ينبغي تحديد مدلول هذا المعيار، حيث ينبغي لوجود الشرط أن تكون الواقعة غير محققة الوقوع⁽⁴⁾. فلكي نكون أمام شرط حقيقي يتعين أن تكون الواقعة غير محققة من الناحية الموضوعية، فموت شخص معين لا يمكن أن يكون شرطاً لعقد أو التزام حتى الموت سيكون مؤكداً ولو أن التاريخ غير محدد، ومن ثم فهو أجل مؤكد، إن عدم حدوث الواقعة من الناحية الموضوعية لا يكفي بل يتعين كذلك ألا يكون طرفا العقد قد نظر إلى تحقيق الواقعة على أنها أمر محقق أو مؤكد، وبمعنى آخر يشترط أن يكون عدم التحقق من الواقعة، موضوعياً في ذاته وشخصياً في نظر المتعاقدين، ولذلك فلا نكون أبداً أمام شرط طالما لم يقصد المتعاقدان تعليق اتفاقهما على تحقيق واقعة غير محققة الوقوع ولو من وجهة نظرهما⁽⁵⁾، ولأن سداد الثمن في البيع الائتماني لا يواجه

(1) راجع د/ علي سيد قاسم، مرجع سابق، ص 32.

(2) راجع د/ إبراهيم دسوقي أبو الليل، مرجع سابق، ص 286. كذلك راجع د/ نبيل إبراهيم سعد، الملكية كوسيلة للضمان، مرجع سابق، ص 36.

(3) راجع د/ علي سيد قاسم، مرجع سابق، ص 34.

(4) راجع د/ محمد حسين منصور، شرط الإحتفاظ بالملكية، ص 322.

(5) راجع د/ محمد حسين منصور، شرط الإحتفاظ بالملكية، مرجع سابق، ص 323. كذلك د/ إبراهيم دسوقي أبو الليل، مرجع سابق، ص 287.

كمجرد أمر احتمالي، بل باعتباره أمراً مؤكداً ومحققاً، فإن التزام المشتري به لا يكون احتمالياً ولا يؤثر في ذلك احتمال إفلاس أو إعسار المشتري وإلا لأصبحت كافة الالتزامات المترتبة على البيوع الائتمانية التزامات شرطية وهذا ما لم يقل به أحد⁽¹⁾.

في رأينا أن القول بأن دفع الثمن التزام محقق الوجود عن عقد البيع ومن ثم فإنه يفترق إلى أحد العناصر المميزة للشرط قد أغفل التمييز بين التزام المشتري بدفع الثمن وتنفيذ هذا الالتزام فعلاً، فوجود هذا الالتزام ليس محل شك إلا إن الوفاء به من جانب المشتري هو أمر احتمالي غير محقق الوقوع لأن احتمال عدم السداد قائم والتوقف عن الدفع متكرر الوقوع في نطاق الأعمال التجارية وإلا لتساءلنا عن الفائدة من وراء اشتراط البائع الإحتفاظ بملكية المبيع⁽²⁾، وقد أكد أنصار هذه النظرية كذلك على أن نقل الملكية هو نتيجة ضرورية وحتمية لعقد البيع لأنه من آثاره، وجعلها مجرد نتيجة احتمالية لا يتفق مع جوهر هذا العقد وطبيعته⁽³⁾. وإن كان بعض الشراح قد تناول نقل الملكية باعتباره التزام وليس أثراً⁽⁴⁾، إلا إننا نرجح ما ذهب إليه الفقه من اعتباره أثراً يتحقق بمجرد إبرام عقد البيع ألياً، وهو ما ذهب إليه القانون الفرنسي⁽⁵⁾.

والواقع أن الوفاء في البيع الائتماني مضاف إلى أجل يؤخر استحقاقه ويقتصر دور شرط الإحتفاظ بالملكية على الربط التام بين التزامات المتتابعين أي تطبيقاً للمبدأ العام للدفع بعدم التنفيذ المقرر في نطاق العقود الملزمة للجانبين ومنها عقد البيع⁽⁶⁾. وذلك

(1) راجع د/ إبراهيم دسوقي أبو الليل، مرجع سابق، ص 287.

(2) راجع د/ علي سيد قاسم، مرجع سابق، ص 34.

(3) راجع د/ إبراهيم دسوقي أبو الليل، مرجع سابق، ص 286.

(4) راجع د/ علي سيد قاسم، مرجع سابق، ص 32.

(5) راجع د/ نبيل إبراهيم سعد، مرجع سابق، ص 36.

(6) راجع د/ علي سيد قاسم، مرجع سابق، ص 34.

يجعل نقل الملكية تابعاً للوفاء بالثمن طبقاً للقانون 335 / 12 مايو 1980 فالوفاء يكون إذاً شرطاً لنقل الملكية إلا أن كلمة شرط لم تستخدم هنا في معناها الفني، فهي لا تعني بأن الحدث غير محقق الوقوع والخارج عن إرادة الأطراف، بل تعني فقط أن نقل الملكية لن يتم إلا إذا تم الوفاء بالثمن، كقولنا بأن العقد لا يكون صحيحاً إلا إذا تضمن تراضي ومحل وسبب⁽¹⁾.

ويخلص أنصار هذا الاتجاه إلى أن شرط الإحتفاظ بالملكية هو أجل يترتب عليه وقف نقل الملكية إلى حين سداد الثمن كاملاً.

وعلى ضوء ذلك يمكن أن يكتفي بتحديد نفس المدة لدفع الثمن ولنقل الملكية، لكن يمكن الأخذ في الاعتبار المدد الإضافية التي يمكن أن تمنح للمشتري للوفاء بالثمن، ومن جانب البائع سيكون الأمر أكثر سهولة وأكثر تأكيداً بأن يؤخر نقل الملكية حتى الوفاء الفعلي بالثمن فالأجل يكون، بدون شك غير مؤكد ولكنه لا يكون بأي حال من الأحوال شرطاً بالمعنى الفني كما سبق وإن بينا لأن الدفع ونقل الملكية التزامان مؤكدان بالنسبة للأطراف⁽²⁾.

3. إضافة إلى ما سبق فإن نصوص قانون 12 مايو 1980، وقانون 25 يناير 1985، قد أجازت للبائع أن يسترد البضائع المباعة تحت شرط الإحتفاظ بالملكية وهي النصوص التي طبقها القضاء فيما بعد، والمعروف أن دعوى الاستحقاق هي الدعوى التي تحمي حق الملكية والتي بناءً عليها يجوز للبائع أن يسترد المبيع مستنداً إلى حق ملكيته له، في

(1) راجع د/ محمد حسين منصور، شرط الإحتفاظ بالملكية، مرجع سابق، ص323. كذلك راجع د/ نبيل إبراهيم سعد، مرجع سابق، ص37. كذلك راجع د/ إبراهيم دسوقي أبو الليل، مرجع سابق، ص288. كذلك راجع د/ علي سيد قاسم، مرجع سابق، ص34.

(2) راجع د/ نبيل إبراهيم سعد، مرجع سابق، ص38. كذلك راجع د/ محمد حسين منصور، مرجع سابق،

حالة الأخذ بنظرية الشرط الواقف، متى تقاعس المشتري عن الوفاء بكامل الأقساط، يعني تخلف الشرط الواقف، الذي علق التزام البائع بنقل ملكية البضاعة المبيعة، كل ذلك مع بقاء عقد البيع صحيحاً ومنتجاً لآثاره القانونية الأخرى.

إلا إن هذا الأمر يختلف إذا أخذنا بوصف شرط الإحتفاظ بالملكية بأنه أجل لأن البائع لا يستطيع أن يسترد البضاعة المبيعة قبل أن يتوصل إلى إلغاء عقد البيع وفسخ العلاقة التعاقدية وفقاً لأحكام المادة 1184 من المجموعة المدنية الفرنسية والمادة 157 من القانون المصري⁽¹⁾. والتي تقابلها بنفس الصياغة المادة 159 من القانون المدني الليبي.

ويقول الأستاذ السنهوري أن "الاتفاق على تأخير نقل الملكية ليس اتفاقاً على أجل تنتقل بعده الملكية، بل هو اتفاق على شرط يعلق انتقال الملكية إلى تحققه، ذلك أن الملكية تستعصي طبيعتها على أن تقترن بأجل فالأجل يجعلها مؤقتة والملكية حق دائم لا يلحقه التوقيت فتأخر نقل الملكية إلى حين التسليم ولوعين للتسليم مدة معينة، وهو تعليق لنقل الملكية على شرط التسليم، وليس تأجيلاً لنقل الملكية إلى حين انقضاء المدة المحددة وتأخير نقل الملكية إلى أن يحصل البائع عليها من المالك الحقيقي هو تعليق لنقل الملكية على شرط حصول البائع عليها، وكذلك تأخير نقل الملكية إلى تمام وفاء أقساط الثمن هو تعليق لنقل الملكية على شرط وفاء الأقساط"⁽²⁾.

وقد وجد من الفقهاء من خالف هذا الرأي، والذي ذهب إليه السنهوري، حيث قالوا "بأن للمتعاقدين الحرية الكاملة في إرجاء انتقال الملكية إلى ما بعد تمام عقد البيع، وسواء كان هذا الإرجاء إلى حلول وقت محدد أو إلى حدوث أمر قد يقع وقد لا يقع، وبعبارة أخرى يجوز إضافة

(1) راجع د/ علي سيد قاسم، مرجع سابق، ص 36.

(2) راجع د/ عبدالرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدنى، ج4، ص419، كذلك راجع د/ علي سيد قاسم، مرجع سابق، ص 37.

نقل الملكية إلى أجل، كما يجوز تعليق حدوثه على شرط فلا يوجد ثمة ما يمنع من أن يضاف انتقال الملكية إلى المشتري إلى أجل معلوم...⁽¹⁾.

وأخير فقد رأينا إن نظرية الأجل لا تصلح لتفسير الطبيعة القانونية لشرط الإحتفاظ

بالملكية.

(1) راجع د/ عبدالفتاح عبدالباقي، محاضرات في العقود، عقد البيع، ج2، دار الفكر العربي، ص127، 128.

المطلب الثاني

تكييف القضاء والقانون لشرط الإحتفاظ بالملكية

لا تختلف تكييفات الفقهاء التي سبق وأن سردناها عما أوردته أحكام المحاكم ونصوص القوانين من محاولات للوصول إلى القصد الحقيقي الذي يرمي إليه المتعاقدين من اشتراط هذا الشرط في العقد المبرم بينهم فدارت تكييفاتهم حول ثلاث اتجاهات رئيسية هي نفسها التكييفات التي ناقشها الفقهاء مستنديين إلى نصوص القانون تارة وإلى أحكام المحاكم تارة أخرى، وسنحاول في هذا المطلب جمع تلك الأحكام التي أصدرتها المحاكم في كل من فرنسا ومصر وليبيا وكذلك إدراج نصوص القوانين في هذه الدول موضحين اتجاه كل قانون.

الفرع الأول

اتجاه القضاء والقانون الفرنسي

بالنسبة لقضاء النقض الفرنسي فقد ساد فيه الاتجاه القائل بأن البيع مع شرط الإحتفاظ بالملكية هو بيع معلق على شرط فاسخ هو عدم الوفاء بالثمن في الميعاد المتفق عليه في العقد وقد كان هذا الاتجاه هو الراجح لدي القضاء الفرنسي⁽¹⁾.

وقد اتجهت بعض أحكام القضاء إلى التقريب بين الإحتفاظ بالملكية من جانب والشرط الفاسخ المنصوص عليه في المادتين 1184 - 1654 من المجموعة الفرنسية المجموعة المدنية. وإن كانت لم تطبق عليه نفس النظام القانوني لهذا الشرط الأخير، بل جعلت لكل منهما نظامه الخاص، ومع ذلك رأيت بعض أحكام قضاة الموضوع وجوب تحليل شرط الإحتفاظ بالملكية كشرط فاسخ يخضع لنفس النظام القانوني لهذا الشرط خضوعاً تاماً، باعتبار أنه هو فقط الذي يتفق مع سلطة المشتري على الشيء المبيع الذي يدفع ثمنه بعد⁽²⁾.

وقد قررت محكمة النقض الفرنسية في أحكام أخرى لها صراحة أنه لا يمكن تفسير شرط الإحتفاظ بالملكية على أنه شرط فاسخ صريح لأن شرط الإحتفاظ بالملكية يقضي صراحة وبوضوح بتعليق نقل الملكية فقط على الوفاء بكامل الثمن⁽³⁾.

نظراً لأن الشرط لا يكون له تأثير على إبرام عقد البيع ذاته، الذي ينعقد صحيحاً بمجرد اتفاق البائع والمشتري على المبيع وثمانه ومن ثم فغير صحيح ما يقال عادة من أن اشتراط البائع

(1) راجع د/ محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص 302. هامش 2 حيث أشار إلى أحكام النقض التي ذهبت في هذا الاتجاه. كذلك د/ علي سيد قاسم، مرجع سابق، ص 27. كذلك د/ نبيل إبراهيم سعد، مرجع سابق، ص 29. كذلك د/ إبراهيم دسوقي أبو الليل، مرجع سابق، ص 281 فقرة 224.

(2) راجع د/ إبراهيم دسوقي أبو الليل، مرجع سابق، ص 281.

(3) راجع د/ محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص 306. د/ نبيل إبراهيم سعد، مرجع سابق، ص 29.

على المشتري الإحتفاظ بملكية المبيع إلى حين الوفاء بكامل الثمن يجعل البيع معلقاً على شرط، سواء كان شرطاً فاسخاً أم شرطاً واقفاً.

غير صحيح كذلك، القول بأن هذا الشرط يجعل البيع ذاته ويرمته مضافاً إلى أجل، أي مؤجل التنفيذ.

ولا شك أن لتحديد ما إذا كان شرط الإحتفاظ بالملكية يقتصر أثره على نقل الملكية، أم يمتد كذلك إلى العقد نفسه، أهمية عملية وقانونية كبيرة.

فإذا كان الشرط يؤثر في عقد البيع، بحيث لا يبزم البيع مع هذا الشرط، أو على الأقل يؤجل في آثاره إلى حين سداد الثمن، فإن استرداد المبيع المسلم للمشتري يضع حداً للآثار القانونية التي تترتب على البيع دون حاجة لأي إجراء آخر.

وعلى العكس من ذلك إذا كان الشرط لا يؤثر على إبرام العقد وإنتاجية اللجوء إلى الطرق اللازمة لإنهاء العقد كالفسخ أو الشرط الفاسخ بصفة خاصة الذي يمكن أن يحتفظ به البائع بمقتضى شرط جزائي، والذي اقتضانا إلى هذا التحليل هو ما ذهبت إليه محكمة النقص الفرنسية في بعض أحكامها القديمة من اعتبارها هذا الشرط، أي شرط الإحتفاظ بالملكية شرطاً واقفاً يؤثر في عقد البيع ذاته⁽¹⁾.

كما أخذت بعض الأحكام الحديثة بهذا التحليل، بيد أن هذا التفسير واجه نقداً كبيراً، بحيث لا يجوز أن يكون دفع الثمن هو إلتزام أصلي ينشأ عن عقد البيع في الوقت ذاته شرطاً لانعقاده، إضافة إلى ما في ذلك من مناقضة ومخالفة لنية الطرفين اللذين رغبا فقط الاحتياط ضد عدم تنفيذ العقد أمام هذا المبدأ الذي قرره القضاء الفرنسي في حكمه الصادر في 20 ابريل 1970

(1) عرائض فرنسي 21 يوليو 1897، د اللوز 1898 -1- 269 - 271. مشار إليه في هامش ص278 كتاب "الربيع بالتقسيم والبيع الائتمانية الأخرى"، / إبراهيم دسوقي أبو الليل، مرجع سابق، ص ، د/ نبيل إبراهيم سعد، مرجع سابق، ص29.

فإن البيع في هذا الحالة إما أن يكون بيعاً أبرم نهائياً، ولكن تنفيذه موقوف إلى أجل أو معلق على شرط واقف، وهذا هو التحليل التقليدي للوعد المزدوج بالبيع⁽¹⁾.

وقد ظهر اتجاه لدى محكمة النقض الفرنسية بتفسير البيع مع شرط الإحتفاظ بالملكية بأنه بيع معلق فيه انتقال الملكية على الوفاء بكامل الثمن. وطبقاً لهذا الرأي، أن شرط الإحتفاظ بالملكية لحين الوفاء بكامل الثمن يتعلق فقط، بنقل الملكية، أي أننا أمام شرط واقف لنقل الملكية وليس لتكوين العقد، ويستند ذلك التحليل على فكرة أن نقل الملكية من طبيعة عقد البيع وليس من جوهره.

ويرى أنصار هذه النظرية أنها التفسير الوحيد الذي يتفق، في ذات الوقت، مع ظروف القانون من جهة والتطور القضائي من جهة أخرى ومن ثم فإن الشرط المذكور يرد على نقل الملكية وهو أمر لا يتعلق بالنظام العام، لذا ينبغي الفصل بين عقد البيع الذي ينعقد باتاً بين طرفية ونقل الملكية الذي يعلق على الوفاء بكامل الثمن.

فالبائع الذي يمنح المشتري أجلاً للوفاء دون النص على أجل مقابل لتسلم المبيع، يلتزم بتسليمه للمشتري بمقتضى عقد البيع، ونظراً لإحتفاظ البائع بملكيته فإنه يظل متحملاً تبعه هلاكه، ويترتب على عدم انتقال ملكية المبيع بقاءه ضمن عناصر الذمة المالية للبائع. ولا يجوز التعويل عليه كقيمة مالية في ذمة المشتري.

ينبغي التفرقة في هذا المجال، بين الشرط الواقف الذي يلحق العقد في جملته والشرط الذي يلحق الالتزام بنقل الملكية، أي أنه ينبغي التمييز بين ما إذا كان الشرط وصف في العقد ككل أم وصف لأحد الالتزامات الناشئة عنه، أي هل يتم تعليق عقد البيع على الشرط الواقف أم يقتصر التعليق على نقل الملكية؟

(1) راجع د/ إبراهيم دسوقي أبو الليل، مرجع سابق، ص280. نقض مدني فرنسي 30 ابريل 1970.

وتبدو أهمية التفرقة في أن عقد البيع المعلق على شرط واقف لا ينعقد قبل تحقق الشرط ولا يترتب بالتالي آثاره المعروفة. ونفس الشيء تقريباً في حالة ما إذا كانت كل آثار البيع مؤجلة لحين الوفاء بكامل الثمن. يؤدي قيام البائع باسترداد البضاعة المباعة لعدم استيفاء ثمنها، في هذا الفرض، إلى إنهاء الروابط القانونية الناتجة عن العقد وذلك دون حاجة إلى اتخاذ أي إجراء آخر.

أما إذا قلنا في الفرض الآخر بانعقاد البيع وترتيب كل آثاره ما عدا نقل الملكية، فإن استرداد البائع للبضاعة ليس من شأنه إنهاء العقد بل ينبغي اتخاذ إجراء آخر للوصول إلى تلك النتيجة. ويتمثل ذلك في دعوى الفسخ أو الشرط الفاسخ الصريح والتي عن طريقها يمكن بصفة خاصة تسوية حكم أقساط الثمن المدفوعة ويمكن للبائع الاحتفاظ بها، وعلى سبيل التعويض، بمقتضى وجود شرط جزائي في العقد⁽¹⁾.

وقد تبنت محكمة النقض الفرنسية هذا الاتجاه بمناسبة الحكم في قضية (Affaire Macarose) وذلك بتاريخ 21 نوفمبر 1979⁽²⁾. إذ أن شركة طلبت من شركة أخرى مجموعة من المعدات والتي يشكل كل جزء منها ثمناً مستقلاً، واحتفظت الشركة الموردة بملكية البضاعة لحين الوفاء بكامل الثمن، تم تسليم كل المعدات وتثبيتها لدى الشركة المشتريّة، وقد شب حريق قبل الانتهاء من اللمسات الأخيرة لتكريب وتجربة المعدات ف قضى تماماً على التجهيزات المقامة بما في ذلك البضاعة المحتفظ بملكيّتها ف طلبت الشركة الموردة الجزء المتبقي من الثمن، غير أن الشركة المشتريّة رفضت الدفع و طلبت استرداد الفرق بين الجزء المدفوع من الثمن ومبلغ التعويض الذي تقاضته من المؤمن، فعرض الأمر على محكمة ستراسبورغ التي

(1) راجع د/ محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص 307.

(2) راجع د/ علي سيد قاسم، مرجع سابق، ص 35. كذلك د/ نبيل إبراهيم سعد، مرجع سابق، ص 29.

قضت بتحميل المشتري المخاطر وإلزامه بدفع الثمن، وقد أيدت محكمة الاستئناف "كولمار" الحكم، استناداً إلى أن البيع معلق على شرط فاسخ، ومن ثم فإن المشتري كان مالكا للبضاعة وقت هلاكها ويتحمل بالتالي تبعة المخاطر، ويلتزم بدفع كل الثمن. فنقضت محكمة النقض الحكم مقررّة أن شرط الإحتفاظ بالملكية ليس شرطاً فاسخاً وإنما هو شرط واقف⁽¹⁾.

وعلى ذلك فإن وفاء المشتري بالثمن يعتبر كما انتهت إليه محكمة النقض الفرنسية، شرط يوقف نقل ملكية المبيع التي احتفظ بها البائع إليه، وهو شرط واقف وليس شرطاً فاسخاً⁽²⁾. وما يؤكد هذا الاتجاه حكم محكمة "متز" الصادر بناءً على الإحالة التي تضمنها حكم النقض السابق، فقد انحاز صراحة إلى نظرية الشرط الواقف للالتزام بنقل الملكية⁽³⁾.

وقد أبدى بعض الفقهاء ملاحظاتهم بخصوص هذا الاتجاه، وقالوا أنه إذا كان المشتري قد حصل على تعويض جزئي من مؤمنة، فإن التساؤل الذي يطرح نفسه هو لماذا لم يتخل المؤمن في القضية المرفوعة على البائع لطب استرداد التعويض الذي تم دفعه للمشتري؟ وإذا كان الأخير قد أراد تحميل البائع تبعه هلاك المبيع فلماذا قام بالتأمين عليها؟ لعل البائع اشترط عليه ذلك أو لعل المشتري أراد، كما هو الغالب، أجزاء التأمين على سبيل الإحتفاظ حتى ولو كان هناك شخص آخر يتحمل تبعه الهلاك، ومن المقرر في هذه الحالة، أن يسمح المؤمن له للمؤمن باستخدام حق الرجوع المقرر له قبل المدين بتحمل تعويض الضرر.

فلماذا لم يلجأ المؤمن إلى استخدام هذا الحق تجاه البائع؟

(1) راجع (www.star times.com) الشؤون القانونية، موقع الكتروني بتاريخ 2014 /12/2.

(2) راجع د/ علي سيد قاسم، مرجع سابق، ص 30.

(3) راجع د/ علي سيد قاسم، مرجع سابق، ص 35.

تجيب المحكمة على التساؤل الأول بقولها أن التأمين الذي يبرمه المشتري يكون لصالح من تخصصه البضاعة، ومن ثم فإن عدم الرجوع يمكن تفسيره بأن التزام المؤمن هو ذاته سواء انعقدت ملكية البضاعة للبائع أم للمشتري. يثور التساؤل آنذاك لماذا ينعقد التأمين لصالح من تخصصه البضاعة وليس لصالح المشتري. وعلى أية حال فإنه نظراً لأن التأمين ينعقد لصالح من خصه البضاعة فإن التعويض عن الهلاك يدفع للمالك أي البائع المحتفظ بالملكية وليس المشتري. هذا مع التزام البائع برد الأقساط التي حصلها. والواقع إنه يمكن القول بأن دفع التعويض سيكون موضوعاً للإثابة مع الوفاء وذلك لتفادي حصول المستفيد على التعويض دون أن يحصل العميل على الأقساط التي دفعها من الثمن. ويبدو في الحقيقة أن المشتري في القضية المعروضة حصل مباشرة على التعويض مما دفع الأطراف الثلاثة وكل من محكمة أول درجة والاستئناف المؤيد لها إلى تقرير تحمل المشتري بطبيعة الحال لمخاطر هلاك المبيع.

كما ذهبوا إلى القول بأن وقائع القضية لا تبدو على درجة كافية من الوضوح على نحو يجعل من حكم النقض مبدئاً عاماً في موضوع شرط الإحتفاظ بالملكية والواقع إنه فيما يتعلق بموضوع توريد المعدات التي تشكل جزءاً من العملية الإنتاجية، يمكن تعريف العقد بأنه أما بيع أو مقاولة لا تنتقل فيه الملكية أو المخاطر إلى المشتري إلا بعد أتمام تركيب المعدات وتجريبها.

قررت محكمة استئناف كولمار اعتبار العقد بيعاً مع النظر إلى شرط الإحتفاظ بالملكية على إنه شرط فاسخ. هذا ما تم عرضه على محكمة النقض والتي رفضت صراحة فكرة الشرط الفاسخ كما سبق وأوضحنا، أما مسألة تحمل تبعة الهلاك فقد تم حسمها في النهاية كما لو كنا بصدد عقد مقاولة وكان من الممكن إضفاء مثل هذا التكييف على العقد. ومن ثم فإنه ينبغي

لمعرفة موقف محكمة النقض النهائي في المسألة الانتظار حتى تتاح لها فرصة الفصل في واقعة تتعلق ببيع بحت وبسيط⁽¹⁾.

وعلى أية حال ينبغي النظر إلى حكم النقض كتعبير عن إرادتها في أن تعطي الكلمات معناها الكامل وترتب على المشروط كافة آثارها. وليس من الطبيعي أن نستخلص في الواقع من نفس الشرط جزءاً من آثاره المواتية لأحد الأطراف ونستبعد الجزء من الآثار غير المواتية له، ينبغي على البائع العلم بأن احتفاظه بالملكية يحمله تبعه المخاطر ما لم يتفق صراحة على عكس ذلك مع المشتري⁽²⁾.

كما يرى البعض أنه بالنسبة للبائع الذي يتحمل تبعه الهلاك باعتباره مالكاً رغم تسليمه المبيع للمشتري، ينبغي أن تنحصر الخسارة في حالة هلاك بضاعة، بالنسبة له في رد قيمتها دون الالتزام بالتسليم مرة أخرى، بينما يستطيع المتعاقد في حالة عقد المقاومة، أن يطلب التوريد من جديد إذا هلكت المعدات قبل تسليمها نهائياً.

ويستقر العمل التجاري الدولي على انتقال تبعه الهلاك إلى المشتري عند تسليمه المبيع ويقتضي القانون الموحد لاتفاقية لاهاي انتقال تحمل التبعة مع التسليم، ويخالف حكم النقض بطبيعة الحال هذا العمل، لا شك أن الأمر يمكن الاتفاق على ما يخالفه، حيث يجوز للأطراف تحديد ميعاد ومكان التسليم بحرية. ويمكن للأطراف تحديد لحظة انتقال تبعه هلاك المبيع المحتفظ بملكته.

إضافة إلى أن النظرية القائلة بأن البيع مع شرط الإحتفاظ بالملكية هو بيع بات علق فيه انتقال الملكية على الوفاء بالثمن تعجز عن تبرير حق المشتري في استعمال المبيع تلقى ثماره

(1) راجع د/ محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص 311.

(2) راجع د/ محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص 312.

والتصرف فيه. ذلك أن تعليق انتقال الملكية يستنتج بالضرورة من حرمان المشتري من استعمال الحقوق التي تتضمنها الملكية، ما لم يخول ذلك بمقتضى اتفاق آخر صريح أو ضمني.

في حالة عدم وفاء المشتري بالثمن في الميعاد المحدد وأراد البائع في هذه الحالة استرداد المبيع، فهل يتم ذلك بنفس الطريقة التي تجري في حالة فسخ البيع وهل معني ذلك أن للشرط المذكور أثر أن تعليق انتقال الملكية ووقوع الفسخ دون أن يكون للقاضي سلطة منح المدين أجلاً للوفاء؟ هذا ما حاول الإجابة عنه أصحاب الاتجاه القائل بأن البيع مع شرط الإحتفاظ بالملكية هو بيع مضاف إلى أجل واقف والتي سبق لنا وأن شرحناها، وبتطبيق هذه النظرية على الواقعة التي عرضت على محكمة النقض، فإن ظروف الدعوى ولو لم يوجد اتفاق صريح على تحمل المشتري تبعه هلاك المبيع، تدفع إلى الاعتقاد بوجود تحمل المشتري نتائج حريق البضاعة. إن عملية إيداع البضاعة قد تمت في الواقع لمصلحة المشتري ومن ثم لا يلتزم البائع بإثبات خطأ الأول لتحمله مسؤولية هلاكها بل إن المشتري يكون مسؤولاً عن الهلاك، ولا يمكنه التخلص من المسؤولية إلا بإثبات السبب الأجنبي.

وتلك مسألة ليست باليسيرة وبفرض أن محكمة النقض رفضت تكييف العقد في الواقعة المعروضة، بأنه بيع معلق على شرط فاسخ، فإن المشكلة لن تثور أصلاً نظراً لأن المشتري يستحمل تبعه الهلاك بوصفه مالكاً للبضاعة، كما إن البيع مع شرط الإحتفاظ بالملكية لا يتولد عنه أي حق عيني للمشتري، ونظراً لأن الشرط المذكور هو مجرد أجل واقف فليس له أي أثر رجعي والمشتري لا ولن يكون له أي حق عيني على البضاعة المباعة قبل الوفاء بكامل الثمن⁽¹⁾.

(1) راجع د/ محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص 318.

وفي مراحل التطور الأخيرة والسابقة على صدور قانون 12 مايو 1970 اتجه القضاء إلى تكييف شرط الإحتفاظ بالملكية على إنه شرط واقف⁽¹⁾.

والملاحظ أن الدائرة التجارية لمحكمة النقض الفرنسية لم تأخذ بالمقابلة بين الشرط الواقف والشرط الفاسخ، واقتصرت على تقرير أن الشرط قد نص بطريقة واضحة ومحددة على أن نقل الملكية سيكون موقوفاً حتى الوفاء بكامل الثمن، فيمكن أن نجد دائماً أن الفكرة الأساسية هي أن نقل الملكية قد تأخر بسبب الشرط حتى الوفاء بكامل الثمن.

استمر هنا التردد في أحكام القضاء الفرنسي بين الشرط الواقف والشرط الفاسخ على النحو السابق بيانه، قبل صدور قانون 12 مايو 1980، ولكن دون أن يعرض للخيار بين الشرط والأجل وما يواجه ذلك من صعوبات⁽²⁾.

بالنسبة للقانون الفرنسي فإن قانون 12 مايو 1980 المتعلق بتنظيم آثار شرط الإحتفاظ بالملكية في عقود البيع، فإنه ينظم فقط آثار الشرط بالنسبة للغير في إطار الإجراءات الجماعية للتسوية القضائية أو لتصفية الأموال، ولم يعنى بتنظيم آثار الشرط فيما بين الأطراف.

كما أن المادة الأولى منه لم تتكلم إلا عن، الشرط الموقوف لنقل الملكية على دفع كامل الثمن" بالرغم من أن العنوان يتضمن كلمة "شروط" الإحتفاظ بالملكية في عقود البيع مما يدفعنا للاعتقاد بوجود عدة أنواع من الشروط" وهذا التباين في الصياغة يفسر الصعوبات التي تواجه الشراح عند دراسة هذا الشرط.

(1) راجع د/ نبيل إبراهيم سعد، مرجع سابق، ص30.

(2) راجع د/ نبيل إبراهيم سعد، مرجع سابق، ص35. وذلك بعكس قضاء الدول المجاورة كالقضاء البلجيكي مثلاً والذي أخذ بوضوح بفكرة الأجل الواقف ولم يأخذ بفكرة الشرط الواقف، راجع في ذلك د/ علي سيد قاسم، مرجع سابق، ص33. كذلك د/ محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص321.

أن تحديد طبيعة شرط الإحتفاظ بالملكية وجدت لها حلاً في القانون الفرنسي 12 مايو 1980 الذي أشار في مادته الأولى إلى "وقف نقل الملكية إلى أن يتم الوفاء بكامل الثمن" أي اعتبره شرطاً واقفاً أي أن نص القانون جاء تجسيداً لموقف حكمة النقض الفرنسية السابق الإشارة إليه.

وقد فسر الفقهاء ذلك بأن المشرع بتبنيه تلك الصياغة يكون قد انحاز إلى الاتجاه القائل بالأثر الواقف لشرط الإحتفاظ بالملكية دون الأثر الفاسخ⁽¹⁾.

وقد ذهب البعض أثناء تفسير هذا النص إلى القول بأن "البيع مع شرط الإحتفاظ بالملكية هو بيع معلق على شرط واقف يتمثل في الوفاء بكامل الثمن". وقد حدد (Mourot) باسم الحكومة أثناء تقديمه اقتراحاً بتعديل النص ليصبح في صورته الحالية، أنه "من بين أهدافه وضع تعريف لشرط الإحتفاظ بالملكية، الذي لم يتم تحديد مضمونه حتى ذلك الحين بأي نص قانوني". ويتضح من النص أنه يقصد وقف نقل الملكية. وأخيراً فإن مقرر لجنة القوانين بمجلس الشيوخ (M. Rudloff) أصر بدوره على أهمية التعريف الوارد بالتعديل الحكومي، مبيناً أنه يتفق مع قضاء النقض الصادر في 20 نوفمبر 1979 في قضية (Mecarex) وينتهي الفقه إلى أن الفائدة من قانون 12 مايو 1980 تقتصر بفسخ البيع في حالة عدم الوفاء بالثمن.

وينتقد البعض موقف المشرع استناداً إلى أن النظرية التي تعتبر البيع مع شرط الإحتفاظ بالملكية بيعاً مع وقف نقل الملكية لم تفسر الأساس الذي يستند إليه المشتري، الذي لم يصبح بعد مالكا في الاستعمال والتصرف في المبيع المحتفظ بملكيته، أن ذهن المشرع لم يتجه بالتأكيد إلى تنظيم العلاقة بين البائع والمشتري، إلا إنه كان من الأفضل بلا شك تبني صياغة أكثر

(1) راجع د/ محمد حسين منصور، شرط الإحتفاظ بالملكية، مرجع سابق، ص 339. راجع كذلك د/ بسيوني محمود أبو عبده، بحث في شرط الإحتفاظ بالملكية، مرجع سابق، (Kenanaon Line.com/baune)

حياداً من تلك الواردة كعنوان للقانون مثل "البضاعة المباعة مع الإحتفاظ بالملكية بملكيتها لحين سداد كامل الثمن" وهذه الصياغة وردت في المادة الثالثة من القانون 12 مايو 1980.

بناء على كل ما سبق يمكن القول بأن الاتجاه الغالب في الفقه هو إن ما ذهبت إليه عبارات القانون الفرنسي 12 مايو 1980 هو الأخذ بنظرية الشرط الواقف لنقل الملكية لحين استيفاء الثمن وهو ما ذهبت إليه محكمة النقض.

غير أن هناك اتجاه فقهي يتعارض مع هذا القول، محاولاً الوصول بتفسيره للنص إلى تحديد للطبيعة القانونية للشرط بالبحث عن النية المفترضة أو التفسير الضمني غير الصريح للمشرع، والذي يعتبر بحسب هذا الاتجاه شرط الإحتفاظ بالملكية هو بيع مقترن بشرط فاسخ صريح مع إن محكم النقض رفضت بصراحة فكرة الشرط الفاسخ⁽¹⁾.

ويرى المنادون بنظرية البيع المضاف إلى أجل واقف أنه ينبغي الأخذ في الحسبان، طبقاً لهذا الاتجاه أن واضعي قانون 12 مايو 1980 قصدوا صراحته تبني تعريف الشرط الوارد في قضاء محكمة النقض بصدد قضية (Mecarex) والواقع أن الحكم لم يتضمن أية إشارة إلى كلمة - شرط- إن مضمونه يكمن في فكرة رئيسية هي أن نقل الملكية يتأخر بسبب أعمال الشرط حتى الوفاء بكامل الثمن⁽²⁾.

فيقول أصحاب هذا الاتجاه أن ألفاظ المادة الأولى من القانون تبدو غير متناسقة مع أحكام القانون نفسه الذي يفرض على المشتري، فيما يتعقل بالجانب المالي "الحاسبي" التزامات المالك. أراد المشرع في الواقع بيان أن شرط الإحتفاظ بالملكية لا يغير شيئاً بالنسبة لوقت الواقعة

(1) راجع د/ محمد حسين منصور، شرط الإحتفاظ بالملكية، مرجع سابق، ص344.

(2) راجع د/ محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص321.

المنشئة للضريبة مثلاً، حيث تتمثل تلك الواقعة دائماً في التسليم المادي كما لو كان البيع خالياً من شرط الإحتفاظ بالملكية.

أضاف إلى ذلك أن المشرع بهدف إعلام الغير بوجوب قيد البضاعة المحتفظ بملكيته في جانب مستقل عن الأموال التي يمتلكها المشتري، ويعني ذلك اعتراف المشتري ضمناً بملكية المشتري لها مؤدى ذلك أن القانون 12 مايو 1980 يعترف بأن البضاعة المحتفظ بملكيته تدخل في الذمة المالية للمشتري.

ويلخص هذا الفقه من كل ذلك إلى نتيجة واحدة هي أن البيع مع شرط الإحتفاظ بالملكية هو بيع مقترن بشرط فاسخ صريح هو عدم دفع الثمن، لم يتعرض المشرع لمسألة ما إذا كان البائع والذي استرد البضاعة في حالة عدم استيفاء ثمنها ملزماً برد الأقساط التي تلقاها من الثمن أم يحتفظ بها على سبيل التعويض، ولكن يمكن القول بأن شرط الإحتفاظ بالملكية يقوم مقام الشرط الجزائي، ويستطيع القاضي التدخل لتقدير مقدار التعويض المستحق للبائع، وهو بالنسبة لهذا التعويض يدخل ضمن جماعة الدائنين ويخضع لنفس الأحكام⁽¹⁾.

أخيراً فإن القضاء وإن كان متردداً بين الشرط الفاسخ والشرط الواقف ورغم عدم استقراره على تكيف معين حتى بعد صدور القانون 12 مايو 1980، إلا إنه طبق نصوص القانون التي أجازت للبائع أن يسترد البضائع المباعة تحت شرط الإحتفاظ بالملكية قانون 12 مايو 1980، وقانون 25 يناير 1985⁽²⁾.

(1) راجع د/ محمد حسين منصور، شرط الإحتفاظ بالملكية، مرجع سابق، ص345.

(2) راجع د/ علي سيد قاسم، مرجع سابق، ص36.

الفرع الثاني

اتجاه القضاء والقانون المصري

يختلف الأمر كثيراً أمام المحاكم المصرية وقضاء النقض المصري عن الوضع أمام محكمة النقض الفرنسية حيث استقرت أحكام المحاكم في مصر على اعتبار مثل هذا العقد بيعاً صحيحاً وليس موقوفاً على شرط غاية الأمر أن الثمن فيه يكون مؤجلاً، وإن نقل الملكية وحدة هو الذي يكون موقوفاً على استيفاء كامل الثمن، فالبيع في هذا الفرض ينتج جميع آثاره القانونية فيما عدا التزام البائع بنقل الملكية إذ إنه يتراخي إلى حين الوفاء بجميع أقساط الثمن⁽¹⁾.

فالواقع لم يثير تحديد طبيعة شرط الإحتفاظ بالملكية أي جدل أمام محكمة انقض المصرية والسبب وراء ذلك أن القضاء المصري كان يرفض إعمال هذا الشرط في حالة إفلاس المشتري، ومن ثم لا يجيز للبائع استرداد المبيع في هذه الحالة. ويسقط حق البائع في الاسترداد أيضاً إذا اكتسب الغير على المنقول حقاً عينياً واستند إلى حيازته له بحسن نية ونفس الشيء إذا فقد المبيع حالته العينية بالتحويل أو الاندماج، لكل تلك الأسباب انعدمت الأهمية العملية لاشتراط مثل هذا الشرط عديم الفائدة ولم يعد بفضل المتعاملون اللجوء إليه لعدم فاعليته في تحقيق الهدف من إدراجه في العقد⁽²⁾.

تغير الوضع تماماً بعد صدور القانون 17 لسنة 1999 التجاري المصري الجديد والذي أجاز التمسك بالشرط قبل جماعة دائني المشتري المفلس، مما عزز من فاعلية الشرط وشجع المتعاملين على تضمينه عقودهم، مما استتبع ضرورة تحديد الطبيعة القانونية لهذا الشرط.

(1) راجع د/ علي سيد قاسم، مرجع سابق، ص 38.

(2) راجع د/ محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص 355.

بالنسبة لنصوص القانون المدني المصري تنص صراحة على اعتبار شرط الإحتفاظ بالملكية شرطاً موقفاً لنقل الملكية إلى حين سداد الثمن.

فقد جاء في المادة 430 من فقرتها الأولى إنه (إذ كان البيع مؤجل الثمن، جاز للبائع أن يشترط أن يكون نقل الملكية إلى المشتري موقفاً على استيفاء الثمن كله ولم تم التسليم).

وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيد في هذا الصدد:

"تجيز المادة أن يشترط البائع، إذا كان الثمن مؤجلاً أن يحتفظ بالملكية إلى أن يستوفي كل الثمن، حتى ولو سلم المبيع قبل ذلك. وهذا ضمان تلجأ إليه عادة الشركات التي تبيع سلعاً بالتقسيط - كالألات وعربات النقل والأراضي التي تباع بأثمان مقسطة. فإحتفاظ البائع بملكية المبيع حتى يستوفي الثمن أبلغ في الضمان من فسخ البيع بعد أن تكون الملكية قد انتقلت"⁽¹⁾.

وبمقارنة ما جاء في نص القانون المصري بما جاء في القانون الفرنسي⁽²⁾.

وكذلك ما جاء في القانون الألماني الذي يعتبر رائداً في أعمال هذا الشرط والذي نص في مادته 455 على إنه "إذا احتفظ بائع المنقول بملكيته إلى حين الوفاء بالثمن، فينبغي عند الشك، اعتبار نقل الملكية معلقاً على شرط صريح هو دفع كامل ثمن المبيع وللبيع الحق في فسخ العقد إذا تأخر المشتري عن الوفاء".

نلاحظ أن كل من هذه القوانين حصرت الغرض من شرط الإحتفاظ بالملكية في ضمان استيفاء الثمن مع إنه من المتصور النص على الشرط لتحقيق أهداف أخرى.

(1) راجع د/ محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص 353.

(2) في المادة 65 من قانون 13 يوليو 1967. المعدلة بقانون 12 مايو 1980.

وقد جاء نص القانون المصري شاملاً للبيع الوارد على عقار إضافة إلى البيع الوارد على منقول، وذلك بخلاف كل من القانون الفرنسي والقانون الألماني اللذان حصراً مجال أعمال شرط الإحتفاظ بالملكية في حالة البيع الوارد على المنقول⁽¹⁾.

بالرغم من أن القانون المدني الفرنسي لم ينظم شرط الإحتفاظ بالملكية، إلا أنه ظهر في العمل وأقره الفقه والقضاء استناداً إلى مبدأ الحرية التعاقدية وعدم تعلق نقل الملكية بالنظام العام، وكذلك الحال بالنسبة للقانون المصري القديم، وقد جاء الحكم في القانون المدني الحالي تأثراً بما كان يجري عليه العمل في المحاكم، ويترتب على ذلك أنه يمكن القول بأن كافة الاجتهادات المبداة في القانون الفرنسي بصدد البيعة القانونية للشرط يمكن أن تنطبق على القانون المصري... وقد تأثر القانون المصري في هذا المقام بالقضاء الصادر في ظل التقنين المدني القديم دون نص تأثراً بالقضاء الفرنسي وأحكامه المتعلقة بتكييف الشرط⁽²⁾.

ومن بين أحكام المحاكم المصرية في هذا الصدد استئناف مختلط 6 يونيو سنة 1934 والذي جاء فيه: "تبقى الملكية للبائع حتى يستوفي الثمن جميعه ويجوز له ما لم يدفع الثمن كله أن يرفع دعوى باسترداده حين يحجز عليه دائن آخر للمشتري، لأن الملكية لم تنتقل إلى هذا المشتري". محكمة الإسكندرية الابتدائية الأهلية⁽³⁾. ومع ذلك فقد انتهت محكمة الاستئناف الأهلية في 8 نوفمبر 1938 إلى أن العقد "بيع منجز ناقل للملكية في الحال موقوفاً على شرط الفسخ في حالة عدم الوفاء ويجوز لدائني المشتري للحجز على المبيع لأنه ملك للمشتري"⁽⁴⁾.

(1) راجع د/ محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص 354.

(2) راجع د/ محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص 356.

(3) راجع د/ علي سيد قاسم، نفس المرجع السابق، ص 39، مشار فيها إلى مجلة المحاماة، السنة 16، ص 234.

(4) راجع د/ علي سيد قاسم، نفس المرجع، ص 39 مشار فيها كذلك إلى مجلة المحاماة س 19، ص 939، إضافة إلى حكم استئناف، القاهرة 28 أكتوبر 1958، مشار إليه في مجلة المحاماة السنة 39، ص 1205.

ويرى البعض أنه ليس صحيحاً اتجاه بعض المحاكم تأثراً باتجاه بعض الفقه الفرنسي إلى اعتبار البيع مع شرط الإحتفاظ بالملكية بيعاً مضافاً إلى أجل واقف لنفس الانتقادات الموجهة لتلك النظرية من قبل أصف إلى ذلك تعارضها الواضح مع صريح نص الفقرة الأولى من المادة 430 مدني مصري⁽¹⁾.

وذهب اتجاه إلى أنه من الصعب وضع تكييف موحد للبيع مع شرط الإحتفاظ بالملكية حيث يختلف الأمر بحسب الفروض والمواقف نظراً لأن المسألة لا تتعلق بالنظام العام وتتسم بالمرونة والتطور لاتصالها بالمعاملات الجارية وعلاقات الائتمان، ومن ثم فإن للأطراف حرية تنظيم العلاقة بالطريقة التي يرضونها على ضوء طبيعة العلاقة والهدف منها⁽²⁾.

فالقاضي يستطيع إجراء التكييف الصحيح للعقد على ضوء دراسة أحكامه الصريحة أو الضمنية من خلال التعرف على إرادة الطرفين العرف السائد، ولا نعتقد أن القاضي المصري يكون بحاجة عملاً إلى البحث عن تكييف للعقد كنقطة انطلاق لحل النزاع المعروض عليه، وإذا عرض عليه الأمر فإنه يستهدي بأحكام العقد الصريحة أو الضمنية.

وقد أتحت للمحاكم المصرية فرصة للتعرض للموضوع حديثاً بمناسبة "المجال الغالب لأعمال الشرط المذكور في مصر وهو بيع المركبات والمعدات". فالمشتري يستطيع استغلال السيارة دون التصرف فيها لإحتفاظ البائع بملكيته، أمن المشتري على السيارة التي يحتفظ البائع بملكيته، تعرض السيارة لحادث أدى إلى إلحاق بعض التلفيات بها ثار النزاع حول تحديد صاحب الحق في تقاضي مقابل التامين، قررت المحكمة أنه إذا كانت قيمة إصلاح الإضرار التي سببها الحادث هي من حق المؤمن له، الذي صدرت الوثيقة باسمه وقام بسداد أقساط

(1) راجع د/ محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص 359.

(2) راجع د/ محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص 360.

التأمين لأنه هو المستغل للسيارة ومن حقه أن تظل السيارة في حالة صالحة للاستعمال والاستغلال. أما الشركة البائعة فإن حقها في اقتضاء باقي الثمن إنما تضمنه السندات الإذنية الصادرة من المشتري، كما تضمنه السيارة ذاتها التي احتفظت بملكيتها، أما كونها هي المستفيدة من عقد التأمين فإن ذلك لا يعطيها إلا الحق في قبض مقابل التأمين في حالة الهلاك الكلي، يكشف هذا الحكم عن نظرة المحكمة إلى حقيقة قصد المتعاقد من شرط الإحتفاظ بالملكية كأداة ضمان للحق في الثمن، ومن ثم فهي تقرر أن هذا الحق مضمون بالسندات الإذنية والسيارة ذاتها، وبالتالي، قبض مقابل التأمين في حالة الهلاك الكلي. أما استعمال واستغلال السيارة فحق للمشتري ومن ثم فهو يستفيد من التأمين الذي يكفل هذا الحق عن طريق إصلاح السيارة.

إن هذا القضاء الجدير بالتأييد لا يتفق مع أي من التكييفات التقليدية المراد إضافتها على البيع محل البحث، إن تقرير حق الاستغلال للمشتري لا يتمشي والقول بوقف البيع أو نقل الملكية أو بإضافته إلى أجل ومن الصعب كذلك قبول فكرة الشر الفاسخ لأن ذلك معناه انتقال الملكية مباشرة إلى المشتري، ولو معلقة على شرط فاسخ، وهو أمر مخالف لقصد المتعاقدين، فالهدف من شرط الإحتفاظ بالملكية هو ضمان حق البائع في الثمن دون وضع عقبة أمام المشتري في استعمال المبيع والتصرف فيه، لذلك يكون للبائع مكات معينة لا تتعارض البتة مع مكات المشتري، فالقضاء يجري أحكامه على البيع من منطلق التوفيق بين كل هذه الاعتبارات دون التقيد أو الانطلاق من تكييف محدد للعقد⁽¹⁾.

(1) راجع د/ محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص 361 وما بعدها.

الفرع الثالث

اتجاه القانون الليبي

من المقرر في القانون المدني الليبي أن الاتفاق على تأجيل نقل الملكية إلى حين الوفاء بالثمن لا يؤثر في صحة عقد البيع، بل يقتصر فقط على تعليق انتقال الملكية أي ملكية المبيع على سداد كامل الثمن، فالمشتري لا يصبح نهائياً مالكا للمبيع قبل تحقق الشرط الواقف الذي يعلق انتقال الملكية إليه على تمام الوفاء بالثمن، وقد جاء المشرع الليبي فعالج في المادة 419 من القانون المدني أحكام البيع المقترن بشرط الإحتفاظ بالملكية واعتبر هذا العقد بيعاً صحيحاً وباتاً وليس موقوفاً على شرط، وإنما انتقال الملكية باعتباره من آثار عقد البيع هو وحده الموقوف على استيفاء الثمن.

فالبيع في هذا الفرض ينتج جميع آثاره القانونية فيما عدا الالتزام بنقل الملكية والذي يقع على عاتق البائع حيث يتراخي تنفيذ هذا الالتزام إلى حين وفاء المشتري بجميع أقساط الثمن. أما التزامات البائع الأخرى كالتزامه بالتسليم والتزامه بالضمان وكذلك التزامات المشتري بالتسليم وتحمل نفقات العقد فإنها تكون نافذة جميعها ما لم ينص الاتفاق على خلاف ذلك.

فإذا ما قام المشتري بسداد المبلغ المحدد في العقد فإنه يكون تحقق الشرط الواقف الذي علق عليه انتقال ملكية المبيع ومن ثم تنتقل الملكية إلى المشتري بأثر رجعي أي يعتبر مالكا من تاريخ إبرام العقد لكن عقد قيام المشتري بدفع الثمن كله أو تقاعسه عن دفع بعض الأقساط فإنه يعتبر ممتعاً عن تنفيذ التزامه ومن ثم يختف اشط الواقف الذي علق عليه انتقال الملكية، ويزول حق المشتري بأثر رجعي ويظل المبيع على تلك البائع، ولكن دون أن يؤثر ذلك في عقد

البيع الذي انعقد صحيحاً من البداية فيجوز للبائع أن يطالب المشتري بتنفيذ التزامه ويتقاضى منه باقي الثمن.

وتنص المادة 419 من القانون المدني الليبي تحت عنوان "بيع مؤجل الثمن" على إنه.

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

2. فإذا كان الثمن يدفع أقساطاً، جاز للمتعاقدين أن يتفقا على أن يستبقى البائع جزءاً منه تعويضاً له عن فسخ البيع إذا لم توف جميع الأقساط ومع ذلك يجوز للقاضي تبعاً للظروف أن يخفض التعويض المتفق عليه وفقاً للفقرة الثانية من المادة 227.

3. وإذا وفيت الأقساط جميعاً، فإن انتقال الملكية المشتري يعتبر مستنداً إلى وقت البيع.

4. وتسرى أحكام الفقرات الثلاث السابقة ولو سمي المتعاقدان البيع إيجاراً.

وتأسيساً على ما سبق فإن المشرع الليبي قد أعتق نظرية الشرط الواقف. ومن ثم فإن شرط الإحتفاظ بالملكية حتى تمام الوفاء بالثمن المقرر في عقد البيع يعتبر وفقاً لأحكام القانون المدني الليبي شرطاً واقفاً، ولكن أثره لا يمتد إلى عقد البيع نفسه، إذ أن هذا العقد بات وليس موقوفاً على شرط، وإنما يعلق فقط التزام البائع بنقل الملكية المتولد عن عقد البيع إلى حين تحقق الشرط الواقف.

إما بالنسبة لتكييف القضاء الليبي لشرط الإحتفاظ بالملكية فإن المحاكم الليبية مثلها مثل المحاكم المصرية لم تجد نفسها مضطرة إلى الاجتهاد في محاولة لوضع تكييف محدد لهذا الشرط وتعاملت معه على إنه شرط واقف لنقل الملكية مستقرة بذلك على ما نص عليه القانون

المدني الليبي صراحة، وقد ورد في حكم صادر من المحكمة العليا الليبية أن: "التزام البائع بنقل ملكية المبيع للمشتري معلق على قيام المشتري بالوفاء بالتزامه"⁽¹⁾.

طعن مدني 45 س 26 ق.

أي لا يستطيع المشتري إجبار البائع على الوفاء بالتزامه بنقل ملكية المبيع إليه إذا لم يكن هو قد وفي التزامه.

وإن كنا نرى أن الطبيعة الاستثنائية لشرط الإحتفاظ بالملكية تجعل من الصعب الاستمرار على تكييف محدد لهذا الشرط وإن كانت بعض القوانين اعتمدت تكييف صرحت ونصت عليه صراحة وأخذت أحكام القضاء ببعض التكييفات التي وجدت أسانيد للأخذ بها في كل حالة على حدا.

(1) مجلة المحكمة العليا، ع2، س18، ربيع الأول 1390، 1982، ص71.

الفصل الثاني
آثار شرط الإحتفاظ بالملكية
في مواجهة الغير

مقدمة:

من القواعد المعروفة في القانون المدني قاعدة الأثر النسبي للعقد أي نسبة الأثر الملزم للعقد. فالعقد منذ إبرامه حتى لحظة تنفيذه لا يلزم إلا طرفية بكل ما ورد فيه من حقوق وواجبات وبكل شروطه وأحكامه، ولكن هذه القاعدة لها استثناءات فقد يمتد أثر العقود وكذلك الشروط ليحتج بها على غير أطراف العقد فالعقد لا يلزم الغير ولكنه قد يكسبه حقاً بحسب ما ورد في نص المادة 154 من القانون المدني الليبي.

وشرط الإحتفاظ بالملكية كشرط وارد في عقد البيع مؤجل الثمن يلتزم به كل من البائع والمشتري بناءً على ما تم الاتفاق عليه بينهما في العقد من تأجيل نقل الملكية من البائع إلى المشتري إلى حين سداد الثمن" فهل يلزم به غيرهما أو يكسبه حقاً أو يحتج به على غير أطراف العقد كاستثناء من القاعدة سابقة الذكر وهي نسبة الأثر الملزم للعقد؟

إن شرط الإحتفاظ بالملكية يرتب أثراً بين أطراف عقد البيع الوارد فيه هذا الشرط، وهذه الآثار تتعكس على عناصر حق الملكية من استعمال واستغلال وتصرف وعلى المركز القانوني لكل من البائع والمشتري سواء قبل قيام المشتري بالوفاء بالثمن أو بعد وفائه بالثمن كما ينعكس تأثير شرط الإحتفاظ بالملكية على تبعه الهلاك⁽¹⁾.

والتي طبقاً للقانون الليبي ترتبط بالتسليم أي أن البائع يتحمل تبعه الهلاك قبل تسليمه للشيء المبيع للمشتري وتنتقل تبعه الهلاك لتقع على المشتري بعد التسليم كما أن البائع يتحمل تبعه المخاطر والهلاك بقوة قاهرة متى كان ممتنعاً عن التسليم إلى المشتري بسوء نية.

(1) راجع في (تبعه الهلاك) د/ سمير عبدالسيد تناغوا عقد البيع، مكتبة الوفاء القانونية، ط1، 2009، ص229.

د/ محمد مبروك اللافي، شرح أحكام البيع والتأمين والوكالة في التشريع الليبي، المركز القومي للبحوث والدراسات العلمية، ط1، 1996، ص 126.

أما في حالة عدم قيام المشتري بسداد الثمن بسبب إفلاسه فإن الوضع يختلف فإن
الوضع يختلف هنا عما إذا كان البائع لم يقدّم بتسليم المبيع إلى المشتري حيث أنه في هذه الحالة
لا تنور أية مشكلة فيحتفظ البائع بالمبيع ويفسخ العقد، أما إذا قام البائع بتنفيذ التزامه بالتسليم⁽¹⁾
وسلم المبيع إلى المشتري فهنا تنور إشكالية استرداد المبيع من التفتيس ومدى إمكانية الاسترداد
وشروطه، وهل يحتج بشرط الإحتفاظ بالملكية في مواجهة جماعة الدائنين أم لا؟ وفي حالة ما
إذا قام المشتري بالتصرف في الشيء المبيع لمشتري ثان حسن النية هل يجوز للبائع المطالبة
بتنفيذ العقد وسداد باقي الثمن من التفتيس حيث أنه لا يمكنه المطالبة بإبطال البيع الثاني أو
المطالبة بفسخه إلا إذا اثبت سوء نية المتصرف إليه الثاني وذلك بإثبات علمه بعدم انتقاله ملكية
المبيع إلى المشتري الأول، والمطالبة بالتعويض أم أن له أن يطالب بالثمن الموجود في ذمه
المتصرف إليه الثاني، كذلك ما مدى إمكانية نقل الاستفادة من شرط الإحتفاظ بالملكية للغير
على سبيل الضمان؟

سنحاول التعرض لكل هذه الإشكاليات من خلال الخطة التالية.

مبحث تمهيدي: مفهوم الغير ومدى تأثيره باتفاقات المتعاقدين.

المبحث الأول: مدى جواز الاحتجاج بشرط الإحتفاظ بالملكية في مواجهة الدائنين.

المبحث الثاني: الاحتجاج بشرط الإحتفاظ بالملكية في مواجهة المتصرف إليهم.

(1) راجع في الالتزام بالتسليم، د/ محمد إبراهيم بناري، الالتزام بالتسليم في عقد البيع، جامعة القاهرة، رسالة
دكتوراه، د/ محمد سمير الشرقاوي، بحث بعنوان الالتزام بالتسليم في عقد بيع البضائع، منشور في مجلة القانون
والاقتصاد للبحوث القانونية والاقتصادية، 1976، ع2، 1، س46، ص7، د/ محمد بن عبدالقادر محمد، المنهل
في شرح العقود المسماة في القانون المدني الليبي، عقد البيع، مكتبة زليتن الشعبية، ط2، 2009، ص183.
د/ محمد عبدالله الدليمي، العقود المسماة، أحكام البيع والتأمين والوكالة في القانون الليبي، طرابلس الجامعة
المفتوحة، ط1، 2000، ص91. د/ سمير عبدالسيد تناغو عقد البيع، مرجع سابق، ص204.

مبحث تمهيدي

مفهوم الغير ومدى تأثيره باتفاقات المتعاقدين

إن دراسة مفهوم الغير بالنسبة للأثر الملزم للعقد ذات أهمية متميزة، فالغير أحد المصطلحات التي تستخدم في التشريعات دون أن يتدخل المشرع لتحديد معناها، وهذا ما يصدق على التشريع الليبي، إذ أن المشرع سكت عن تحديد معني الغير بالنسبة لأثر العقد، والغير مصطلح يختلف باختلاف موضعه فالغير في القانون المدني ليس هو الغير في القانون الجنائي وهو يختلف كذلك عن الغير في الفقه الإسلامي.

بناءً على ذلك فقد أصبح تعريفه مهمة فقهية وقد حاول الفقه أن يعرف الغير على إنه "الشخص الأجنبي عن العقد"⁽¹⁾، أي الشخص الأجنبي تماماً والذي لم يكن لا طرفاً في العقد ولا خلفاً عاماً ولا خاصاً⁽²⁾ لأحد المتعاقدين كالدائن الذي يعد غيراً دائماً في مجال الأثر الملزم للعقد لأنه لا يخلف مدينة في شيء فهو لا يكتسب حقوق مدينة ولا يلتزم بالتزاماته، وإن تأثر بتصرفات مدينة فيقدر تأثرها في الضمان العام فحسب⁽³⁾.

(1) راجع د/ محمد على البسوي الأزهرى، النظرية العامة للالتزام، الجزء الأول، مصادر الالتزام، المركز القومي للبحوث والدراسات العلمية، طرابلس، ط4، 2003، ص249. د/ عبدالحكم فوده، النسبية والغيرية في القانون المدني، دار الفكر الجامعي، 1996، ص2.

د/ نجوى فوزي شفيق أبو هيبية، رسالة دكتوراه "التصرف عن الغير" جامعة القاهرة، 1994، ص60.

(2) في تفصيل الخلف العام والخلف الخاص راجع د/ سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني في الالتزامات، م1، نظرية العقد والإرادة المنفردة، 1987، ط1، ص57.

راجع د/ عبدالسلام علي المزوغي، الفطرية العامة لعلم القانون، الكتاب الثالث نظرية الالتزامات، ج1، المصادر الإرادية للالتزام، المجلد الثاني، ص767، وما بعدها.

(3) د/ نجوى فوزي شفيق أبو هيبية، رسالة دكتوراه، مرجع سابق، ص60.

غير أن هذا الأسلوب في تعريف الغير يثير التساؤل عن المعيار الذي يتم بموجبه تعريف الغير وعلى الرغم من أن الفقه لم يضع معياراً بهذا الخصوص إلا أن الملاحظ أنه يستند إلى فكرة أن الغير هو من لا ينصرف إليه أثر العقد.

فالأصل في التصرفات إنها لا تولد أثارها إلا في دائرة الأطراف وحدهم فمن لم ترتض إرادته انصراف هذا الأثر إليه يظل بمنأى عن هذا الأثر فلا يصبح بموجبه دائناً ولا مديناً، وهذا المبدأ كما أشرنا المعروف بمبدأ (نسبية أثر التصرفات)⁽¹⁾. وهذا الشخص الذي لم ترتض إرادته أثار التصرف هو الذي يعنيه اصطلاح الغير في مجال الأثر الملزم⁽²⁾.

فدائرة الغير تبدو رحبة للغاية إذا تضم الكل ما عدا الأطراف في التصرف ودائماً ما نلاحظ أن مفهوم الغير بتحدد عن طريق الاستبعاد أو بالمفهوم السلبي⁽³⁾.

وهناك أحوال يعتبر فيها أيضاً الخلف العام وكذلك الخلف الخاص من الغير إذا لم تتوافر الشروط التي أوجبتها المادتين 145، 146 من القانون المدني الليبي.

وبناءً عليه إذا لم ينصرف أثر العقد إلى الخلف وإذا لم يتأثر به الدائن العادي فأهم حينئذ طبقاً لهذا الفقه يعتبرون من الغير⁽⁴⁾.

(1) راجع د/ محمد محيي الدين إبراهيم سليم، نطاق مبدأ نسبية أثر العقد، دار المطبوعات الجامعية، 2007، ط1، ص30. فيما يخص نطاق مبدأ نسبية أثر العقد في القانون المصري والانجليزي والاستثناءات الواردة عليه.

(2) راجع د/ نجوى فوزي شفيق أبو هيبية، رسالة دكتوراه، مرجع سابق، ص58 وما بعدها.

(3) هامش رقم 4، ص49، مرجع د/ نجوى فوزي شفيق أبو هيبية مشار فيه إلى أن، تحديد الغير عن طريق الاستبعاد هو الأسلوب الذي ارتضه غالبية الشراح وفي هذا يقول د. عبدالحى مجازي (أن فكرة الغير لا يمكن تحديدها بطريق الحصر ولا بد في تحديدها من الالتجاء إلى طريق الاستبعاد فنقول أن الغير هو من ليس طرفاً في التعاقد ولا خلقاً لطرفي العقد.

(4) راجع د/ صبري حمد خاطر، رسالة دكتوراه بعنوان "الغير عن العقد" الدار العلمية الدولية ودار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ط1، 2001، ص25.

إن الفقه التقليدي ينظر إلى مفهوم الغير⁽¹⁾. من جهتين، الأولى جهة أثر العقد الملزم والذي يمثل علاقة التزام تنشأ بين المتعاقدين، حيث لا ينصرف هذا الأثر إلى "الغير" بموجب مبدأ نسبية أثر العقد⁽²⁾. كما أوضحنا، والجهة الثانية هي حجيته التي تعني أن للعقد وجوداً قانونياً يؤدي إلى أن "الغير" وإن لم يكن طرفاً في العقد إلا أنه قد يتأثر به سلباً أو إيجاباً، وهذا ما نرمي إليه هنا فالغير الذي نقصده من هذه الدراسة هم الأشخاص الذين يمكن أن يحتج في مواجهتهم بشرط الإحتفاظ بالملكية، لنبين مدى نفاذ هذا الشرط في حقهم من عدمه. باعتباره شرطاً وارداً في عقد البيع مؤجل الثمن.

سبق وأن ذكرنا أن البائع في عقد البيع مع شرط الإحتفاظ بالملكية، قد يختل ائتمانه وذلك في حالة إفلاس المشتري قبل سداد كامل الثمن أو جزء منه، ذلك أن دائني المشتري يدخلون مع البائع في التفليسة وبدخل المبيع المحتفظ بملكيته في الضمان العام للدائنين⁽³⁾.

وذلك طبقاً لمبدأ المساواة بين الدائنين، ولأن الدائنين قد عولوا على اليسار الظاهر لمدينهم "المشتري" عند رؤيتهم المبيع المحتفظ بملكيته في حيازته وهم ليسوا على دراية بعدم سداد ثمن هذا المبيع وبأن ملكيته لم تنتقل لمدينهم يعد، وفق نظرية الوضع الظاهر لا يمكن أخراج هذه البضائع المحتفظ بملكيتها من التفليسة لأن في ذلك أضراراً بالدائنين (حيث أن الضمان العام للدائنين يتأثر بما يجريه المدين من تصرفات قانونية يترتب عليها الإنقاص من حقوقه أو الزيادة في التزاماته، والدائن الذي يتلقى حقاً أو يتحمل ديناً يستمده بصورة مباشرة من تصرفات مدينة إذا أنه لن يختص وحدة بالآثار القانونية لتصرفات مدينة، بل يتمثل في ذلك مع

(1) راجع د/ عبدالسلام علي المزوغي، مرجع سابق، ص 779.

(2) راجع د/ عبدالرزاق أحمد الشهوري، نظرية العقد، ج 2، منشورات الحلبي، بيروت، 1998، ص 727.

(3) راجع د/ عبدالرزاق أحمد الشهوري، نظرية العقد، مرجع سابق، ص 746.

كافة الدائنين العاديين لهذا المدين ويقتصر الأمر على مجرد الاحتجاج بعقود المدين في مواجهتهم⁽¹⁾.

وبما أنه يمكن للغير الاحتجاج بالعقد في مواجهة المتعاقدين كما إنه يمكن للمتعاقدين الاحتجاج بالعقد في مواجهة الغير⁽²⁾. وهذا بناءً على المبدأ الروماني حيث أن الإنفاق لا يمكن أن يلزم الغير الذي لم يكن طرفاً فيه كما لا يمكن أن يكسبه حقاً ولكنه لا يمنع العاقد من الاحتجاج به على الغير⁽³⁾. فإنه لا يوجد ما يمنع من احتجاج الدائن "البائع" بشرط الإحتفاظ بالملكية في مواجهة جماعة الدائنين كما سنرى.

كما إن المشتري قد يقوم بالتصرف في الشيء المبيع أو البضائع المحتفظ بملكيته بالبيع قبل سداد كامل الثمن حينها نتساءل عن مدى صحة هذا التصرف وشروطه وهل يمكن اعتبار المتصرف إليه الثاني مدين بثمن البضائع المحتفظ بملكيته للبائع الأصلي (المالك) في حالة اكتساب التصرف إليه الثاني للملكية بناء على قاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية إذا توافرت بشروطها وهي الحيازة بسبب صحيح وبحسن نية⁽⁴⁾.

وغيرها من الفروض والتساؤلات التي ستجيب عنها في المباحث التالية:

(1) راجع د/ أحمد شوقي محمد عبدالرحمن، جزء الإخلال بالعقد في القانون المدني، منشأة المعارف، 2010، ط1، ص168.

(2) (يذهب البعض إلى القول بأن الغير قد يكون أجنبياً عن العقد المبرم، وقد يكون غير أجنبي فيه، فيكون أجنبياً عن العقد إذا لم يكن له الحق فيه، ويتحقق ذلك في كل شخص لا تربطه صلة بالعاقد أو بمحل العقد، يكون غير أجنبي إذا كان له حق في العقد يخوله الطعن فيه) راجع د/ حسن محمد محمد بودي، حقوق الغير في العقود المالية، دار الكتب القانونية ودار شتات للنشر والبرمجيات، ط1، سنة 2010، ص17.

(3) راجع د/ عبدالحكيم فودة، مرجع سابق، ص 42.

(4) راجع في تحديد معني حسن النية د/ نبيل صابر فرج عيد، رسالة دكتوراه بعنوان "حماية الخلف الخاص في التصرفات العقارية من زوال سند السلف"، جامعة عين شمس، القاهرة، 2001، ص19.

إضافة إلى كل ما سبق فإن شرط الإحتفاظ بالملكية قد تنتقل الاستفادة منه إلى الغير على سبيل الضمان وعليه فيكون الغير المقصود في هذه الدراسة هم الدائنين والمتصرف إليهم من أحد أطراف العقد إضافة إلى من ينتقل إليه بشرط الإحتفاظ بالملكية على سبيل الضمان في حالة انتقاله.

وعليه تهدف دراستنا إلى بيان مدى جواز الاحتجاج في مواجهة الغير بشرط الإحتفاظ بالملكية الوارد في عقد البيع مؤجل الثمن، ولكن قبل أن ندخل في تفاصيل الدراسة أريد أن أوضح بداية كيف يمكن أن يتعاقد هذا الغير أخلاقياً بحقوق قائمة مادام ليس طرفاً فيها ولا يكتسب منها أي حق ولا تلزمه بأي التزام كما سبق وأوضحنا وما مدى احترامه لهذه الحقوق باعتبارها حقوق قائمة بين أطرافها ويجوز الاحتجاج بها في مواجهته.

ونبدأ ذلك بالسؤال التالي وهو ماذا يعني تعاقد الغير أخلاقياً بحقوق قائمة:

إبرام عقد البيع أو غيره من العقود يخلف مراكز قانونية يجب احترامها وهي المركز القانوني للبائع والمركز القانوني للمشتري، وكذلك الشروط الواردة في هذه العقود يجب احترامها ومراعاتها وعدم الالتزام بما ينافيها تجاه الغير.

فالعقد بما يحمل في طياته من اشتراطات يعبر عنها بالحقوق، فما يتم الاتفاق عليه في العقد يعتبر حقاً لأحد طرفية والتزاماً على عاتق الطرف الآخر، لا يصح للغير الإخلال بهذا الحق عن طريق قيام عقد جديد معارض للحق القائم متى كان عالمياً بوجوده.

أي إن العقد لا يلزم طرفية فقط بل يلزم الغير بالامتناع عن التعاقد أخلاقياً به وهذا بحسب ما يرى البعض التزام أخلاقي قبل أن يكون التزام قانوني.

فالحقوق بكافة أنواعها سواء كانت شخصية أو عينية أو حتى ذهنية تشكل مركزاً قانونياً يعترف به القانون ويحميه، ومن ثم يقع على عاتق الغير واجب احترام هذا الحق وعدم التنكر له وهذا ما يعبر عنه بالحجية المطلقة للحقوق بكافة أنواعها في مواجهة الغير⁽¹⁾.

على إنه لا يشترط أن يقع إخلالاً من الغير بالحق القائم حتى يحتج في مواجهته بهذا الحق.

فمثلاً بالنسبة لشرط الإحتفاظ بالملكية فإنه لكي يحتج به البائع في مواجهة دائني المشتري لا يفترض إخلالاً منهم بهذا الحق الثابت للبائع بموجب عقد البيع مؤجل الثمن، لأنه لا يتصور إخلال الدائنين بشرط وارد في عقد لم يكسبهم حقاً ولم يرتب عليهم التزاماً ولكنه فالواقع يسبب لهم ضرراً، حيث إن إثبات حجية حق البائع في مواجهتهم يؤدي إلى إفراغ ذمة مدينهم المشتري" إخراج المبيع من الضمان العام للدائنين على النحو الذي سنقوم بتفصيله في المباحث القادمة.

فهنا لا يكون بحسب وجهة نظري هناك إخلالاً من جانب الغير الدائن بالحق الثابت للبائع باعتباره حقاً قائماً سابق على إفلاس المشتري، ومع ذلك فقد أجازت القوانين الحديثة الاحتجاج بهذا الشرط والذي يمثل "حق البائع في الضمان" ومن ثم استرداده للمبيع من التفليسة متى توافرت شروط ممارسته لحقه في الاسترداد ومتى توافرت في الاتفاق على الإحتفاظ بالملكية الشروط التي تتطلبها المادة 520 من القانون 23 لسنة 2010 بشأن النشاط التجاري في ليبيا.

(1) راجع د/ محمد إبراهيم دسوقي، التعاقد إخلالاً بحقوق الغير، دار إيهاب للنشر والتوزيع، 1985، ط1، ص190.

وعليه فليس صحيحاً القول بأن مسألة الحجية هذه لا تثور إلا عندما يقع من الغير إخلالاً بالحق القائم، أما قبل ذلك فلا محل للاحتجاج بالحق على الغير⁽¹⁾.

أما بالنسبة للمتصرف إليه الثاني من المشتري - المدين - الذي لم تنتقل إليه الملكية بعد فإنه لا يحتج في مواجهته بشرط الإحتفاظ بالملكية إلا إذا كان تعاقد إخلالاً بالحق القائم للبائع وذلك بأن كان يعلم بوجود هذا الحق ومع ذلك تعاقد مع المتصرف إليه الأول بسوء نية أي وهو يعلم أن المبيع الذي اشتراه ليس مملوكاً للمشتري وأن ملكيته لم تنتقل إليه بعد وإن البائع الأول - المالك للمبيع - سبق وأن تعاقد مع المشتري بشرط احتفاظه بملكية المبيع إلى حين سداد الثمن. فحق البائع هنا في تملك المبيع هو حق قائم لا يجوز التعاقد إخلالاً به، وإنكاراً له. حيث إنه ليس كل عمل يقوم به الغير مما يعد إخلالاً بالحق القائم، بل يجب أن ينطوي عمل الغير على إنكار الحق، سوء النية "أو الغش" بحيث لو ترك الغير دون مواجهة من صاحب الحق، لأمكن له أن يهدم هذا الحق أو على الأقل يصبح حقاً مجرداً من الفاعلية⁽²⁾.

فالعمل السنوي يصدر من الغير، والذي يخل بالحق القائم ويثير مسألة حجية الحقوق هو عمل قانوني أو "تصرف" يترتب للغير حقاً معارضاً للحق القائم إنكاراً له وإبطالاً لمفعوله مع العلم بما ينطوي عليه هذا العمل من إخلال بالحقوق القائمة، ومن ثم فإن إخلال الغير بالحقوق القائمة يتطلب اجتماع عناصر ثلاث وهي:

1. الأداة القانونية للإخلال بالحق "العقد".

2. الحق المعارض للحق القائم.

3. علم الغير بالإخلال بالحق القائم.

(1) راجع د/ محمد إبراهيم دسوقي، مرجع سابق، ص 190.

(2) راجع د/ محمد إبراهيم دسوقي، مرجع سابق، ص 190.

أولاً: الأداة القانونية للإخلال بالحق القائم⁽¹⁾:

العمل الصادر من الغير إخلالاً بالحق القائم والذي يثير مسألة الحجية يجب أن يكون تصرفاً قانونياً لا مادياً.

والأعمال القانونية من الغير لا تثير مسألة الحجية إلا إذا كانت تنطوي على ادعاء بحق جديد يعارض الحق القائم.

وبالتالي يتحدد الإخلال بحجية الحقوق القائمة بالحالة قيام عقد جديد شارك فيه الغير ويكون من شأن هذا العقد قيام حق معارض للحق القائم.

فإذا اشترى الشخص عقاراً من غير مالكة فهذا عمل قانوني يتضمن إنكار ملكية المالك الأصلي فيجوز لهذا الأخير أن يحتج بحقه العيني في مواجهة مدعي الملكية.

وإذا تواطأ الغير مع المدين على إخراج مال معين من ذمه هذا المدين إضراراً بدائنيه، فهذا عمل قانوني يترتب عليه قيام حق يعارض الحق الشخصي لباقي الدائنين العاديين وما لهم من ضمان عام على أموال المدين⁽²⁾.

ثانياً: الحق المعارض لحق قائم:

ويقوم التعارض بين الحقوق كلما كان من شأن قيام الحق الجديد إنكار الوجود القانوني للحق الأول.

(1) راجع د/ محمد إبراهيم دسوقي، مرجع سابق، ص 192 وما بعدها.

(2) مثلاً نفرض أن يتواطأ المدين مع الغير على إبرهم عقد بيع واشترط احتفاظ البائع بملكية المبيع إلى حين استيفاء الثمن، خفي هذا العمل إضراراً بالدائنين لأنه يخرج المبيع من ذمة مدينهم فلا يمكنهم الاستفادة من قيمته في زيادة ضمانهم العام واستيفاء حقوقهم، حيث يسترده البائع استناداً إلى أن ملكية المبيع لم تنتقل إلى المشتري بعد فحص البائع المحتفظ بملكيته هنا يعارض الحق الشخصي لباقي الدائنين العاديين، وهم بالنسبة لعقودهم مع مدينهم يعتبرون البائع من الغير تعاقداً مع المشتري - المدين - إخلالاً بحقوقهم القائمة.

فمثلاً في حالة بيع ملك الغير، يتضمن هذا العقد إنشاء حق عيني معارض لحق الملكية القائم للمالك الحقيقي، فيقوم التعارض هنا من واقع أنه لا يتصور أن تكون الملكية الكاملة ثابتة للمالك الأصلي وللمشتري من الغير في ذات الوقت⁽¹⁾.

كما هو الحال بالنسبة لتصرف المشتري في عقد البيع مع شرط الإحتفاظ بالملكية إلى حين استيفاء الثمن في الشيء المبيع إلى الغير - المتصرف إليه الثاني - بدون إذن المالك الأصلي - البائع المحتفظ بالملكية - فهو يتصرف في المبيع دون أن يكون مالكا له فيعتبر بائع لمالك الغير.

ويقوم التعارض ولو كان كل من الحقين من نوع مختلف وذلك يتحقق في بيع مالك الغير، حيث يترتب العقد حقاً شخصياً تجاه البائع بنقل ملكية الشيء المبيع، وهو حق يتعارض مع حق الملكية القائم للمالك الأصلي⁽²⁾.

ثالثاً: علم الغير بتعارض حقه مع حق قائم:

للحقوق بكافة أنواعها حجيتها المطلقة تجاه الغير، فالحق يعترف به القانون ويكفل له الحماية وبالتالي له وجود قانوني تجاه الغير، على إنه إذا كان علم الغير ليس أمراً ضرورياً لقيام الحق أو تعديله أو انتقاله لأن ذلك قاصر على العلاقة ما بين صاحب الحق والمدين بالحق⁽³⁾.

أما في العلاقة الخارجية للحق أي العلاقة بين صاحب الحق والغير وهي المجال الوحيد للاحتجاج بالحق، فالأمر يختلف فالحق له وجود قانوني تجاه الغير وهو ما يتطلب اعترافه بوجوده والامتناع عن أي عمل قانوني من شأنه قيام حق معارض للحق القائم وبالتالي لا يمكن

(1) راجع د/ محمد إبراهيم دسوقي، نفس المرجع، ص 199.

(2) راجع د/ محمد إبراهيم دسوقي، نفس المرجع، ص 201.

(3) راجع د/ محمد إبراهيم دسوقي، مرجع سابق، ص 202.

للغير أن يوائم مسلكه بهذه الصورة تجاه الحقوق القائمة إلا إذا كان يعلم بوجودها أو على الأثر يكون بإمكانه العلم بذلك⁽¹⁾.

وللتوفيق بين حماية الحقوق القائمة وحماية الغير في التعاقد واكتساب الحقوق الجديدة، يجب اشتراط علم الغير بوجود حق قائم يتعارض مع حق الحديد، على أن علم الغير بالحق لا يشترط أن يكون فعالياً فمجرد إقرار نظام للعلائية يؤدي إلى أماكن علم الغير بالحق وإن لم يعلم بع فعالاً يكفي، وهذا ما يسمى بالعلم المفترض للغير بوجود الحق، وهذه القاعدة تقوم على ركنين:

أولهما: تهيئة السبيل أمام الغير للعلم بالحق وتمكينه من ذلك بطريقة ميسرة وعملية.

ثانيهما: افتراض أن الغير قد علم بوجود الحق ولو لم يعلم به فعلاً.

وبالنسبة للركن الأول، فإن المشروع عدة يعتد في ذلك بأحد أمرين:

الأمر الأول: الظروف الظاهرة المحيطة بالحق مما يشير إلى قيام الحق حسب المألوف

من الأمر.

الأمر الثاني: إلزام صاحب نفسه باتخاذ إجراء ما لتمكين الغير من العلم بالحق

- كنظام الشهر في السجل العقاري مثلاً-.

وهو الحالة الأولى يقيم الافتراض على وجود علانية مادية تشير إلى قيام الحق، ومن ذلك

أن حيازة المنقول المادي تشير إلى ملكية الحائز فالحيازة صورة الملكية، ومن ثم فهذه العلامة

المادية على وجود الحق العيني، تفترض علم الغير بالحق ومن ثم يصبح قابلاً للاحتجاج به في

مواجهته⁽²⁾.

(1) راجع د/ محمد إبراهيم دسوقي، مرجع سابق، ص 203.

(2) نفس المرجع، ص 206.

وفي الحالة الثانية يقيم الافتراض بالعلم بالحق على قيام صاحب الحق بشهر هذا الحق بالطريقة القانوني.

فقد يلجأ المشرع بصدد الحقوق العينية بوجه خاص وبعض الحقوق الشخصية إلى إقرار نظام العلانية الحقوق بإلزام صاحب الحق بتسجيل السند الذي انشأ الحق أو كشف عنه في سجلات رسمية يمكن للغير الاطلاع عليها، وبالتالي يفترض علمه بوجود الحق فيمكن عندئذ لصاحب الحق أن يحتج في مواجهة الغير بالوجود القانوني لحقه هذا⁽¹⁾.

فإذا ما أقام المشرع التزاماً على صاحب الحق بشهر حقه، فإن الحق غير المشهر لا يكون حدة على الغير ولو كان يعلم بوجوده حقيقة، فيفترض علم الغير بوجود الحق المشهر ولو اثبت عدم علمه به في الحقيقة، وافترض علم الغير بالحق المشهر يقوم على قاعدة قانونية موضوعية قوامها أن شهر الحق يردى حتما على علم الغير به⁽²⁾.

بناءً على ما سبق فإنه بالنسبة لشرط الإحتفاظ بالملكية فإنه لا يحتج به على الغير إلا إذا كان مكتوباً، والكتابة وإن كانت وسيلة إثبات فهي شرط للاحتجاج به على الغير أيضاً. وهذا ما جاءت به المادة 520 من القانون رقم 23 لسنة 2010 بشأن النشاط التجاري في ليبيا والتي نصها:

"يجوز الاحتجاج بالإحتفاظ بالملكية قبل اي كان إذا اثبت ذلك من ورقة ثابتة التاريخ، وقبل الدائنين إذا كانت الورقة ثابتة التاريخ ويرجع تاريخها إلى ما قبل القيام بإجراءات التنفيذ على الشيء الواقع عليه الإحتفاظ بالملكية".

(1) راجع د/ محمد إبراهيم دسوقي، مرجع سابق، ص 209.

(2) راجع د/ محمد إبراهيم دسوقي، مرجع سابق، ص 209.

أي بكتابة الشرط في ورقة ثابتة التاريخ يفترض علم الغير بهذا الشرط ومن ثم جواز الاحتجاج على الغير بشرط الإحتفاظ بالملكية إذا طبقا لكل ما سبق شرحه عن مدى الاحتجاج على الغير بالحقوق القائمة عرفنا أنه لكي يحتج بهذه الحقوق على الغير فإنه يشترط عليه بها سواء حقيقة أو افتراضاً وذلك بوجود نظام للشهر يفترض معه العلم بالحق ومن ثم جواز الاحتجاج به، وسنناقش مدى جواز الاحتجاج بشرط الإحتفاظ بالملكية في مواجهة الدائنين والمتصرف إليهم في المباحث التالية:

المبحث الأول

مدى جواز الاحتجاج بشرط الاحتفاظ

بالملكية في مواجهة الدائنين

يعد شرط الإحتفاظ بملكية المبيع حتى يدفع المشتري كامل الثمن المتفق عليه والذي يدرجه البائع عادة في عقود البيع بالتقسيط استثناءً حقيقياً على مبدأ الانتقال الفوري لملكية الأشياء المباعة بمجرد العقد وهو استثناء يستند إلى إرادة المتعاقدين، إذ كما قلنا من قبل أن المبدأ الذي يقرر انتقال ملكية المبيع إلى المشتري كأثر فوري لعقد البيع ليس من النظام العام فيجوز إذا للمتابعين أن يتفقا على ما يخالفه، وهو اتفاق يقصد به توفير الائتمان المناسب للبائع، ليضمنه وفاء المشتري بالتزامه بدفع الثمن فالبائع لا يريد أن يفقد ملكية الأشياء المباعة قبل أن يقوم الطرف الآخر بتقديم المقابل الذي تعهد به، فيظل المبيع بمقتضاه "على ملك البائع حتى يتحقق هذا الشرط" ولا تنتقل ملكية الأشياء المباعة إلى المشتري قبل سداد كامل الثمن، وفي الواقع لا تظهر أهمية الدور الائتماني لشرط الإحتفاظ بالملكية إلا في عقود البيع بالتقسيط الواقعة على المنقولات المادية وحدها كما سبق وأن بينا عند حديثنا عن مجال الشرط، إذ يقتصر دوره من الناحية العلمية عليها، وذلك أن البائع بعد تسليم المنقولات المباعة يتعرض لفقد ضماناته القانونية، دون أن يحصل على حقوقه قبل المشتري وذلك متى أفلس هذا الأخير، وخاصة متى دخلت هذه المنقولات في الضمان العام للدائنين بناءً على نص المادة 237 من القانون المدني الليبي والتي تنص على أن أموال المدين كلها ضامنة لديونه، والمادة 1057 من قانون رقم 23 لسنة 2010 بشأن النشاط التجاري الليبي والتي تنص على أنه يترتب على التفليسة أتحاد الدائنين على أموال المفلس.

ولكن القول بأن هذه المنقولات تدخل ضمن التفليسة أم لا، أي هل يحتج بشرط إحتفاظ
البائع بملكية هذه المنقولات أم إنه لا يمكن الاحتجاج بهذا الشرط في مواجهة الدائنين؟ فيه
اختلاف ما بين نصوص القانون وأحكام القضاء وراء الفقهاء، وبناءً على ذلك فإننا سنقوم
بتقسيم هذا المبحث إلى مطلبين:

المطلب الأول: الجدل حول جواز الاحتجاج بشرط الإحتفاظ بالملكية في مواجهة الدائنين.

المطلب الثاني: نفاذ شرط الإحتفاظ بالملكية في مواجهة الدائنين.

المطلب الأول

الجدل حول جواز الاحتجاج بشرط الإحتفاظ بالملكية في مواجهة الدائنين.

يترتب على حكم شهر الإفلاس بانتظام دائني المفلس في هيئة يمثلها أمين التفليسة تسمى بجماعة الدائنين وتتألف هذه الجماعة بوجه خاص من الدائنين العاديين الذين يكون لهم مركزاً مستقل إزاء المدين من جهة، ومركزاً مستقلاً إزاء مختلف طوائف ذوي الحقوق من جهة أخرى. وطوائف ذوي الحقوق هذه متعددة تبعاً للظروف إذ تشمل: الدائنين الذين يلتزم أمامهم عدة أشخاص بالوفاء بنفس الدين بوصفهم مدينين متضامنين أو كفلاء والدائنين الممتازين المرتهنيين والدائنين الذين لهم الحق في الحبس أو المقاصة أو الفسخ والملاك الذين لهم حق الاسترداد ومصالح هذه الطوائف المختلفة من ذوي الحقوق متعارضة مع مصالح جماعة الدائنين⁽¹⁾.

ذلك أن مصلحة هذه الجماعة تتحقق في تطبيق مبدأ المساواة على الجميع والإحتفاظ التفليسة بكل أموال المدين، حتى يعظم النصيب الذي يناله كل من أفراد هذه الجماعة عند اقتسام الأموال قسمة الغرماء، وعلى النقيض من ذلك فإن مصلحة مختلف طوائف ذوي الحقوق الذين يقفون في مواجهة جماعة الدائنين تتمثل في أعمال حقوقهم التي تهىء لهم مركزاً أفضل من مركز الدائنين العاديين⁽²⁾. وتحاول القوانين جاهدة تسوية هذا النزاع والتوفيق بين المصالح المتعارضة بما يكفل احترام مبدأ المساواة من جهة واحترام الحقوق المكتسبة لبعض الطوائف من جهة أخرى، وما يهنا هنا هو محاولة التوفيق بين مصلحة الدائنين العاديين وبين مصلحة

(1) راجع د/ مصطفى كمال طه، أ/ وائل أنور بندق، أصول الإفلاس، دار الفكر الجامعي، 2005، ط1، ص131.

(2) راجع د/ مصطفى كمال طه، أ/ وائل أنور بندق، أصول الإفلاس، مرجع سابق، ص 131.

الملاك الذين لهم حق الاسترداد بناءً على شرط الإحتفاظ بالملكية أي مدى جواز الاحتجاج

بحق البائع المحتفظ بملكيته في مواجهة جماعة دائني المشتري ولدراسة مدى جواز الاحتجاج

بشرط الإحتفاظ بالملكية في مواجهة جماعة الدائنين نقسم هذا المطلب إلى فرعين:

الفرع الأول: الاتجاه الرافض لنفاذ شرط الإحتفاظ بالملكية في مواجهة الدائنين.

الفرع الثاني: نقد الاتجاه الرافض لنفاذ شرط الإحتفاظ بالملكية في مواجهة الدائنين.

الفرع الأول

الاتجاه الرافض لنفاذ شرط الإحتفاظ بالملكية في مواجهة الدائنين

إن الاتفاق الذي يحتفظ البائع بمقتضاه بملكية المبيع إلى حين وفاء المشتري بالثمن جميعه وكيف قانوناً بأنه شرط واقف ليس لعقد البيع - فهذا العقد صحيح ومنجز - وإنما فقط واقف لالتزام البائع بنقل الملكية.

فالبائع يلتزم بتسليم المبيع وبضمان الاستحقاق والعيوب الخفية، كما يلتزم المشتري بتسلم المبيع وبدفع الأقساط ومن ثم فإن حيازة الشيء المبيع تنتقل بالتسليم من البائع إلى المشتري بينما تظل ملكيته مستقرة في ذمة البائع.

وباستقراء نصوص القانون المدني الليبي نجد أن المشرع الليبي على غرار المشرع المصري، قد اعترف في المادة 419 من القانون المدني الليبي⁽¹⁾. صراحة بصحة شرط الإحتفاظ بملكية المبيع المقرر لمصلحة البائع في عقد البيع، وهذا الحل أيده فقهاء القانون الليبي، وفقهاء القانون المصري واستقر عليه القضاء في مصر قبل صدور القانون المدني رقم 131 لسنة 1948⁽²⁾.

ولكن بالرغم من هذا الاتفاق على صحة هذا الشرط، فإن القضاء⁽³⁾، قد استقر في مصر كما في فرنسا قبل صدور القانون 335 الصادر في 12 مايو سنة 1980، على أن شرط إحتفاظ البائع بملكية المبيع ليس بحجة على مجموعة دائني تقليسة المشتري وقد حظي هذا القضاء

(1) والتي تقابلها مادة 430 ن القانون المدني المصري نفس الصياغة كذلك نص عليه القانون التجاري الليبي عام 1953 في المادة 107.

(2) راجع د/ علي سيد قاسم، نفس المرجع السابق، ص71.

(3) راجع د/ محمد حسين منصور، شرط الإحتفاظ بالملكية، مرجع سابق، ص 153، د/ بلال حامد، مرجع سابق، ص 275.

بقبول جمهور الفقه في مصر⁽¹⁾. أو على الأقل على سكوت فقهاء القانون التجاري المصري عن مناقشته⁽²⁾. كما هو حال فقهاء القانون التجاري الليبي ولم يتعرض له القضاء الليبي حيث لم يعرض إلى الآن حكم إفلاس على المحكمة العليا الليبية معني ذلك إنه على الرغم من الاعتراف بصحة شرط الإحتفاظ بالملكية في القانون المدني، فإن فقهاء القانون التجاري المصري يجمعون على إنه بعد إفلاس المشتري لا يجوز الاحتجاج بشرط الإحتفاظ بملكية البضاعة التي تسلمها المشتري في مواجهة جماعة دائنيه، ويقدمون لرأيهم عدداً من الحجج منها ما جاء في بعض كتب الفقه القانوني في هذا الصدد وهي أن الشرط الذي (بمقتضاه يحتفظ البائع في العقد بملكية المبيع حتى يدفع الثمن بتمامه، بمعنى أن يؤخر انتقال الملكية إلى حين أداء الثمن قاصداً بذلك الدخول في التفليسة - إن أفلس المشتري - بوصفة مالكاً مسترداً لا دائناً عادياً بالثمن، وقد ثبت القضاء على عدم جواز الاحتجاج بهذا الشرط في مواجهة جماعة الدائنين متى أفلس المشتري قبل أداء الثمن، وأجبر البائع على الدخول في التفليسة بوصفة دائناً عادياً تسري عليه قسمة الغرماء ويستند القضاء في ذلك إلى عدم جواز الاتفاق على خلاف أحكام المادة 354 من القانون التجاري المصري، وإلى أن البضاعة تصبح بمجرد دخولها مخازن المشتري جزءاً من الضمان العام الذي يعتمد عليه الدائنون فليس من المقبول حرمانهم من هذا الضمان ولاسيما أنه ما كان في استطاعتهم الوقوف على وجود الشرط المذكور)⁽³⁾.

(1) راجع د/ علي سيد قاسم، شروط الإحتفاظ بالملكية ونظام الإفلاس، مرجع سابق، ص 67.

(2) راجع د/ بلال حامد، مرجع سابق، ص 275.

(3) الرأي ما بين القوسين للدكتور محسن شفيق، مشار إليه في كتاب د/ علي سيد قاسم، مرجع سابق، ص 71.

علماً بأن المادة 354 من القانون التجاري المصري القديم تنص على أنه (إذا بيعت منقولات لأحد ثم أشهر إفلاسه فلا يكون للبائع حق في الدعوى بفسخ البيع ولا تجوز له إقامة الدعوى بالاسترداد إلا في الأحوال التي ستذكر فيما بعد) ولم يرد في الفصل الخاص بالاسترداد (المواد من 376 إلى 389) حكم يجيز استرداد البائع للمبيع الذي احتفظ بملكيته فيعقد البيع⁽¹⁾.

فإذا أفلس المشتري قبل الوفاء كان المتبقي من الثمن ديناً في التفليسة يزاحم فيه البائع سائر دائني المشتري نظراً لأن امتياز البائع لا يسري في حق التفليسة من جهة ولا يكون له استرداد المبيع من التفليسة من جهة أخرى⁽²⁾.

وأساس هذا الحكم أن البضاعة متى دخلت في حيازة المشتري أصبحت عنصر ائتمان ظاهر اعتمد عليه الدائنون العاديون عند تعاملهم معه معايير التضحية بمصلحة البائع في سبيل مقتضيات الائتمان⁽³⁾.

ويسوق جمهور الفقهاء تأييداً لاجتماعهم حكماً لمحكمة الاستئناف المختلطة انتهت فيه إلى أن "الشرط الوارد بعقد البيع بإحتفاظ البائع بالملكية ليس بحجة على مجموعة ديانة تفليسة المشتري" وأكدوا على أن البضاعة متى دخلت مخازن المشتري أصبحت جزءاً من الضمان العام للمدانيين وإن الاسترداد في هذا الفرض يخالف النصوص القانونية المنظمة للإفلاس والتي تهدف إلى تحقيق المساواة بين الدائنين⁽⁴⁾.

حيث جاء في كتب الإفلاس إنه "لا يحتج على جماعة الدائنين في حالة إفلاس المشتري بعد دخول البضاعة في حيازته بأي شرط في عقد البيع يهدف إلى حماية البائع ويؤدي إلى فسخ

(1) راجع د/ محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص 154. د/ بلال حامد مرجع سابق، ص 275.

(2) راجع د/ حسني المصري، القانون التجاري، العقود التجارية، دار النهضة العربية، 1988، ط 1، ص 89.

(3) راجع د/ مصطفى كمال طه، أ/ وائل أنور بندق، مرجع سابق، ص 137. بالإضافة إلى د/ صبري مصطفى حسن السبك، البيع بالتقسيط، مرجع سابق، ص 260، 266.

(4) راجع د/ علي سيد قاسم، مرجع سابق، ص 72.

العقد أو الاسترداد بالمخالفة لهذه الأحكام وتنص المادة 531 فقرة 2 من قانون رقم 17 لسنة 1999 التجاري المصري على أن "كل شرط يكون من شأنه تمكين البائع من استرداد البضائع أو الإحتفاظ بامتيازها عليها لا يحتج به على جماعة الدائنين" وتقريراً على ذلك يمنع الاسترداد لو اشترط البائع في عقد البيع الإحتفاظ بملكية المبيع حتى استيفاء الثمن بأسره⁽¹⁾.

يتفق هذا الاتجاه في الحقيقة مع الرأي الذي ساد في فرنسا والذي اشرنا إليه سابقاً، ففي فرنسا قبل القانون رقم 335 الصادر في 12 مايو 1980 لم يكن يحتج بشرط الإحتفاظ بالملكية في مواجهة الدائنين، وقد حظي هذا الرأي حينها بتأييد محكمة النقض الفرنسية في أكثر من مناسبة، حيث أعلنت المحكمة العليا الفرنسية قبل مطلع هذا القرن أن شرط الإحتفاظ بملكية المبيع "لا يحتج به عند إفلاس المشتري فلا يجوز للبائع أن يسترد البضاعة التي أدخلت مخازن هذا المشتري والتي أصبحت نتيجة لحيازته الواضحة لها عنصراً من عناصر يساره الظاهر"⁽²⁾.

وأكدت محكمة النقض الفرنسية قضاءها السابق مرة أخرى عندما رفضت "استرداد البائع للمنفولات المبيعة من تقليصة المشتري الذي تسلمها فعلاً وأصبحت بذلك عنصراً من عناصر يساره الظاهر سواء بعد ذلك أكان طلب الاسترداد مستنداً إلى دعوى الفسخ المنصوص عليها في المادتين 1184 و 1564 من المجموعة المدنية الفرنسية أم إلى شرط علق انتقال الملكية إلى المشتري على الوفاء بالثمن جميعه"⁽³⁾.

ومن ثم فإن بعد إجراءات الإفلاس ضد المشتري كان يشكل عقبة هامة أمام إعمال شرط الإحتفاظ بالملكية ويفقده بالتالي جانباً كبيراً من أهميته كأداة ضمان⁽⁴⁾.

(1) راجع د/ مصطفى كامل طه، أ/ وائل أنور بندق، مرجع سابق، ص 168.

(2) راجع د/ علي سيد قاسم، مرجع سابق، ص 27.

(3) راجع د/ علي سيد قاسم، مرجع سابق، ص 73.

(4) راجع د/ محمد حسين منصور، شرط الإحتفاظ بالملكية، مرجع سابق، ص 156.

وقد استند القضاء الفرنسي في تقريره عدم الاحتجاج بشرط الإحتفاظ بالملكية على دائني المشتري المفلس، إلى ما هو متفق عليه من أن ملكية المبيع تنتقل بمجرد الاتفاق بين البائع والمشتري على المبيع والتمن المحدد له، وذلك إعمالاً للمادة 1583 من المجموعة المدنية الفرنسية هذا بالإضافة إلى أنه بالنسبة للمنقولات لا يوجد - باستثناء حالة النص الصريح ن المشرع - شهر للبيوع التي ترد عليها، ومن ثم فلا يستطيع الغير معرفة الحقوق التي تنتقل هذه الأشياء، الأمر الذي يؤدي إلى الاعتماد على قاعدة الحيازة في المنقول سند الحائز⁽¹⁾.

لكل ذلك ولأن الدائنين يأخذون في اعتبارهم الوضع الظاهر وهو أن الشيء يدخل في الضمان العام للمدين فقد ظل هذا الشرط عديم الأثر عندما يكون المدين في حالة إفلاس⁽²⁾. ولقد عدد الأستاذ (ليونيه) الأسباب التي استند إليها الرافضون للاحتجاج بشرط الإحتفاظ بالملكية في مواجهة جماعة الدائنين فيما يلي:

1. إن إجازة الاحتجاج بشرط الإحتفاظ بالملكية من شأنه أن يخول البائع امتيازاً فعلياً يسبق كافة الامتيازات المقررة لغيره من الدائنين وهو امتياز عام يمكن أن يمتد إلى معظم أموال المدين المفلس وهو امتياز فيه خفاء إذاً لا يعلم به سائر الدائنين فلا يفيد منه إلا الباعة الذين أخذوا حذرهم والذين يمكنهم مركزهم المتميز في السوق من فرض شروطهم، ومنها شرط الإحتفاظ بالملكية إلى حين سداد الثمن.

2. إن إجازة الاحتجاج بشرط الإحتفاظ بالملكية في مواجهة جماعة الدائنين ستجعلهم أكبر ضحية لهذا الشرط فدائنو المشتري وقد ارتكوا عند منحهم ائتمانهم له إلى وجود المنقولات المباعة في حيازته، وتعلق بها ضمانهم العام لأنها تمثل عنصراً من عناصر

(1) راجع د/ إبراهيم دسوقي أبو الليل، البيع بالتقسيط والبيع الائتمانية الأخرى، مرجع سابق، ص 295.

(2) راجع د/ نبيل إبراهيم سعد، الملكية كوسيلة للضمان، مرجع سابق، ص 52.

يساره الظاهر، فليس من العدل أن يفاجئوا بأن جانباً من هذا الضمان قد انهار وإنه قد غرر بهم ولن تراعى إلا مصلحة الباعة الذين استطاعوا أن يملوا على المشتري في عقد البيع قبول شرط الإحتفاظ بالملكية إلى حين سداد الثمن.

وهذه النتائج بلا شك سوف تضعف من قدرة التجارة والمشاريع على الحصول على التمويل الضروري والائتمان اللازم للاستمرار في نشاطهم لأن المقرضين سيترددون كثيراً في منحهم الائتمان الذي يحتاجونه ومن ثم يتوقف المشروع ويفقد العاملون فيه مصدر عيشهم كما يخسر المجتمع خلية إنتاجية حية فضلاً عن الآثار الاقتصادية الأخرى التي تنشأ عن توقف المشروع التجاري عن الدفع⁽¹⁾.

لكل ذلك فقد حاول القضاء في كل من مصر وفرنسا التخفيف من نتائج الاتجاه الرافض لمبدأ نفاذ شرط الإحتفاظ بالملكية الوارد في عقد البيع في مواجهة جماعة الدائنين، مدرج على معاملة هذا الشرط نفس المعاملة المقررة للشرط الفاسخ الصريح⁽²⁾. أو الضمني المقرر في العقود الملزمة للجانبين، ومن ثم يجوز الاحتجاج به في مواجهة جماعة الدائنين إذا كانت دعوى الاسترداد قد رفعت قبل شهر إفلاس المشتري، بحجة أن الحكم بشهر إفلاس المشتري لا يؤثر في حقوق الأطراف التي تحددت لحظة طلبه⁽³⁾.

(1) راجع د/ علي سيد قاسم، مرجع سابق، ص 73، 74.

بالإضافة إلى د/ بلال حامد، رسالة دكتوراه بعنوان لا مدي مشروعية البيع بالتقسيط وآثاره مرجع سابق، ص 276.

م/ حمزة شراين، رسالة ماجستير بعنوان "الملكية كوسيلة لدعم الائتمان"، جامعة الجزائر، كلية الحقوق، السنة الجامعة، 2007، ص 105.

(2) راجع د/ محمد إبراهيم دسوقي، مرجع سابق، ص 298.

(3) راجع د/ علي سيد قاسم، مرجع سابق، ص 74.

بل إن محكمة النقض الفرنسية منحت البائع مكنة استرداد المبيع إذا كان قد أعرب عن إرادته في التمسك بالشروط المدرج في العقد بطريقة واضحة وخالية من اللبس قبل الحكم بشهر إفلاس المشتري⁽¹⁾.

كأن يقوم مثلاً بإعذار المشتري أو بتكليفه بالحضور أمام قاضي الأمور المستعجلة، كما قرر القضاء إن مجرد الأخطار بذلك ولو بخطاب عادي يكفي لثبوت حق البائع⁽²⁾.

وفي 20 مايو 1955 قنن المشرع الفرنسي هذا القضاء فأجاز استرداد البضاعة المبيعة من تقليبة المشتري متى كان البيع قد فسخ قبل شهر الإفلاس أما بحكم أو إعمالاً لشروط فاسخ صريح مدرج بالعقد أو متى كانت دعوى الفسخ قد رفعت قبل صدور حكم شهر الإفلاس⁽³⁾.

وكذلك قد خول القانون الفرنسي الصادر في 13 يوليو 1967 البائع المحتفظ بالملكية مكنة الإحتفاظ بالمبيع واسترداده في حالات استثنائية نص عليها في المواد 63، 64 من القانون المذكور وهي:

1. حالة وجود المبيع في حيازة البائع.
2. وجود المبيع في الطريق إلى المشتري.
3. حالة فسخ البيع أو رفع دعوى فسخ البيع قبل الحكم بشهر الإفلاس⁽⁴⁾.

(1) راجع د/ محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص 157.

(2) راجع د/ إبراهيم دسوقي أبو الليل، مرجع سابق، ص 298.

(3) راجع د/ علي سيد قاسم، مرجع سابق، ص 75.

(4) راجع د/ محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص 156.

الفرع الثاني

نقد الاتجاه الرافض لنفاذ شرط الإحتفاظ بالملكية في مواجهة الدائنين

بالرغم من الاتجاه إلى التخفيف من غلواء مبدأ عدم جواز الاحتجاج بشرط الإحتفاظ بالملكية في مواجهة دائني المشتري الذي انتقلت إليه حيازة البضاعة المباعة قبل إفلاسه من جانب القضاء والفقهاء الفرنسي مما أدى إلى تضيق نطاق المبدأ السابق بصدور قانون 2 يوليو سنة 1966 المنظم للإيجاز التمويلي⁽¹⁾.

إلى أن انتهى الأمر بإلغاء المبدأ بصدور القانون 12 مايو لسنة 1930 بشأن التقويم والتصفية القضائية للمشروط وبالرغم من اعتراف القانون المدني المصري بصحة شرط الإحتفاظ بالملكية وتنظيمه لأحكامه، إلا أن مبدأ عدم نفاذ شرط الإحتفاظ بالملكية في مواجهة الدائنين ظل موضع احترام الفقه في مصر يردده الفقهاء كمسلمة بديهية لا يتطرق إليها الشك⁽²⁾.

وقد حاول بعض الفقهاء تحليل هذا المبدأ ومناقشة الدعائم التي قام عليها ليبرهنوا على عدم صحته، لذا سنعرض هذه الدعائم وما تعرضت له من نقد يمكن القول بأن أنصار هذا المبدأ يستندون في تأييدهم له على ثلاثة أسس وهي:

1. فكرة النظام العام.
2. نظرية الأوضاع الظاهرة.
3. مبدأ المساواة بين الدائنين.

(1) الإيجار التمويلي نظمه المشروع الليبي بالقانون رقم 15 لسنة 2010 بشأن التأجير التمويلي.

(2) راجع د/ علي سيد قاسم، مرجع سابق، ص 77.

أولاً: النظام العام⁽¹⁾:

يذهب فقهاء هذا الاتجاه إلى القول بمخالفة شرط الإحتفاظ بالملكية للنظام العام.

ويفسرون ذلك بأن المشرع المصري في المادة 354 من قانون التجارة القديم "والتي تقابلها المادة 550 من القانون التجاري الفرنسي القديم لسنة 1807" نص على عدم جواز استرداد البائع للمبيع إلا في أحوال معينة والتي جاء ذكرها في المواد 383 , 384 من قانون التجارة الفرنسي القديم قبل التعديل "وهذه الأموال هي أن لا تكون البضائع قد دخلت مخازن المشتري أو مخازن وكيله بالعمولة الموكل ببيعها ولم يكن هذا المشتري قد تصرف فيها أثناء وجودها في الطريق"⁽²⁾.
وحيث إنه يعتبر هذه الأحكام الواردة في المواد السابقة تتعلق بالنظام العام ومن ثم لا يصح الاتفاق علي مخالفتها⁽³⁾.

وعليه فلا مجال لنفاذ شرط الإحتفاظ بالملكية في مواجهة الدائنين لأن الحكم هنا متعلق بالنظام العام وليس اتفاقي والبضاعة وأن لم يستوفي البائع ثمنها إلا إنها دخلت مخازن المشتري المفلس⁽⁴⁾. وبالنسبة للقانون الفرنسي القديم فالمادة 550 كانت تحول بين البائع وبين فسخ العقد وتسقط الامتياز المقرر له على المنقول المبيع وتحظر عليه استرداده من تفليسة المشتري ومن باب أولى تمنعه من الاسترداد المبني على شرط الإحتفاظ بالملكية لاعتبارها إياه باطلاً حيث قضي بأنه "لا يجوز الاحتجاج بالشرط الذي يحتفظ البائع بمقتضاه بملكية البضاعة المباعة حتى الوفاء بأقساط الثمن في مواجهة جماعة الدائنين لأنه مخالف للنظام العام"⁽⁵⁾.

(1) راجع د/ علي سيد قاسم، مرجع سابق، ص 78.

(2) راجع د/ محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص 154.

(3) راجع د/ علي سيد قاسم، مرجع سابق، ص 78.

(4) راجع د/ بلال حامد، رسالة دكتوراه، "مدى مشروعية البيع بالتقسيط وأثاره"، مرجع سابق، ص 275.

(5) راجع د/ علي سيد قاسم، مرجع سابق، ص 79.

حقيقة يظهر لنا جلياً مدى تناقض الأساس الذي يستند إليه الرافضون لنفاذ الشرط، إذ إنه من المعلوم أن جزاء مخالفة الشرط للنظام العام هو البطلان وليس مجرد عدم النفاذ⁽¹⁾.

هذا من جانب ومن جانب آخر فقد ذكرنا سابقاً أن شرط الإحتفاظ بالملكية المبيع إلى حين استيفاء الثمن الوارد في عقد البيع شرط صحيح ومنتج لأثاره القانونية، بل أن المشرع أقر صحته وعالج أثاره بنص قانوني صريح⁽²⁾.

ويؤكد جانب من الفقه سواء الفرنسي بالنسبة للقانون الفرنسي والمصري بالنسبة للقانون المصري أن نص المادتين 550 و 576 من قانون التجارة الفرنسي القديم، وكذلك المواد 354 و 383 و 384 من قانون التجارة المصري القديم تتعلق هذه المواد بعقد البيع الذي انتقلت فيه ملكية المبيع فور إبرامه من البائع إلى المشتري، ولا يدخل في حكمها البيع الذي يتضمن شرطاً يعلق فيه انتقال الملكية على الوفاء بالثمن، وبعبارة أخرى لا يقع البيع الذي يؤجل فيه انتقال الملكية إلى حين استيفاء كامل الثمن تحت طائلة هذه المواد ومن ثم لا يوجد ما يمنع من طلب الاسترداد المقدم من البائع⁽³⁾.

(1) لمعرفة الفرق بين البطلان وعدم النفاذ راجع د/ أحمد شوقي محمد عبدالرحمن، جزاء الإخلال بالعقد في القانون المدني، منشأة المعرفة سنة 2010، ص12.

د/ محمد علي البدوي، مرجع سابق، ص173، د/ سمير عبدالسد تناغو، مصادر الالتزام، منشأة المعارف س 2005، ص90.

راجع د/ محمد صبري السعدي، بحث بعنوان "نظرية البطلان في القانون المدني الجزائري"، منشور في مجلة العلوم القانونية، جامعة قسنطينة، منشأة س1، ع1، يوليو 1982، ص95.

(2) راجع الفصل الأول من هذه الدراسة جزئية بعنوان، مشروعية شرط الإحتفاظ بالملكية" كذل نص المادة 419 من القانون المدني الليبي المادة 430 من القانون المدني المصري.

(3) راجع د/ علي سيد قاسم، مرجع سابق، ص80.

ثانياً: نظرية الأوضاع الظاهرة⁽¹⁾:

وأساس هذه النظرية إن وجود المبيع في حيازة المشتري يجعله عنصراً من عناصر اليسار الظاهر ويعزز ائتمانه الظاهر.

فالبضائع متى دخلت مخازن المشتري اعتمد عليها الدائنون في تقديرهم للضمان العام⁽²⁾. ومن ثم منحوه ائتمانهم، وقد ذكرنا ذلك سابقاً عند سردنا لحجج الرافضين للاحتجاج بشرط الإحتفاظ بالملكية في مواجهة الدائنين، حيث يرى أنصار هذا المبدأ أنه ليس من العدل أن يفاجأ الدائنون باسترداد البائع لهذه البضائع، خاصة وأن بيع المنقولات لم يحيطه القانون بوسائل للعانية والشهر ليتمكن الغير من الاطلاع على كون هذه البضائع لم يدفع ثمنها بعد، وإنه من المحتمل فسخ البيع واستردادها، وهذه النظرية تعد استصحاباً للمبدأ العام الذي يقرر أن الحيازة في المنقول سند الملكية⁽³⁾.

والحقيقة أيضاً أن هذه الحجة كسابقتها لا تصمد كثيراً أمام النظرة المتمعنة لأن القول بالاعتماد على حالة اليسار الظاهر للمشتري المفلس يقتضي هنا التفرقة بين طائفتين من الدائنين:

الطائفة الأولى:

الدائنون الذين نشأ ديونهم قبل انعقاد البيع بالتقسيط مع الإحتفاظ بالملكية وقبل دخول البضاعة مخازن التاجر، إذ لا ذنب للبائع في خلق حالة اليسار الظاهرة لأنهم لم يعولوا على وجود البضاعة المبيعة في مخازن التاجر ومن ثم ما كان يجب أن يحتجوا بهذا المبدأ.

(1) راجع د/ علي سيد قاسم، مرجع سابق، ص 81. د/ نبيل صابر فرج عبد، مرجع سابق، ص 35.

(2) راجع د/ بسيوني محمود أبو عبده، مرجع الكتروني، مشار إليه سابقاً.

(3) راجع د/ إبراهيم دسوقي أبو الليل، مرجع سابق، ص 295، د/ مصطفى كامل طه، أ/ وائل أنور بندق، مرجع سابق، ص 167، د/ صبري مصطفى حسن السبك، مرجع سابق، ص 260 - 266، د/ نبيل إبراهيم سعد، مرجع سابق، ص 52.

الطائفة الثانية:

الدائنون الذين نشأت ديونهم بعد انعقاد البيع بالتقسيط ودخول البضاعة مخازن المشتري، وهؤلاء يجوز لهم الادعاء بأنهم ارتكوا إلى حالة اليسار الظاهرة، والرأي السابق لا يفرق بين الطائفتين، فنحن لا نجد أثراً لهذه التفرقة التي يقتضيها المنطق، عند الرافضين لنفاذ شرط الإحتفاظ بالملكية في مواجهة الدائنين، إذا إنهم يشيرون إلى نظرية الأوضاع الظاهرة دون تفرقة بين الطائفتين⁽¹⁾.

إضافة إلى ذلك فإن قضاء محكمة النقض الفرنسية والذي تم تقنينه في المادة 548 من قانون التجارة الصادر في سنة 1807 كان "يجيز استرداد البضاعة المباعة من تقليسة المشتري متى كان عقد البيع قد فسخ قبل شهر الإفلاس بمقتضي حكم قضائي أو إعمالاً لشرط فاسخ" ومثله نص المادة 629 من القانون 17 لسنة 1999 التجاري المصري الجديد، ولا شك في تناقض هذه النتيجة مع نظرية حماية الأوضاع الظاهرة⁽²⁾.

فالشرط الفاسخ شأنه شأن شرط الإحتفاظ بالملكية لا يخضع لأي من إجراءات الشهر والعلانية.

(1) بلال حامد مرجع سابق، ص 276، د/ علي سيد قاسم، مرجع سابق، ص 82. وتجدر الإشارة هنا إنه لكي يقع الإخلال بحقوق الغير كما ذكرنا سابقاً عند حديثنا عن التعاقد الإخلال بحقوق الغير "يجب أن يكون الإخلال بالحق عن طريق قيام حق جديد معارض لحق قائم يعلم الغير بوجوده" راجع د/ محمد إبراهيم دسوقي، مرجع سابق، ص 295 "وعند تطبيقها لهذا الشرط على الفرضية التي أمامنا نقول أن الدائنين اللاحق حقهم على شرط الإحتفاظ بالملكية يفترض علمهم بهذا الشرط مادام مكتوباً فيجتاح به عليهم، وإلا اعتبر ذلك إخلالاً بالحق القائم للبايع بالإحتفاظ بالملكية، أما الدائنين السابق حقهم على شرط الإحتفاظ بالملكية فنقول إنهم لم يعولوا على هذا المبيع ومن ثم لم يكن له تأثير على اليسار الظاهر على مدتهم والذي عول عليه الدائنين اللاحقين في تقديرهم للضمان العام ومن ثم ينتفي سبب استنادهم على نظرية الأوضاع بالظاهرة لأن حقوقهم وديونهم سابقة على عقد البيع مع شرط الإحتفاظ بالملكية إلى حين استفاء الثمن.

(2) راجع د/ علي سيد قاسم، مرجع سابق، ص 83.

كما إنه يمكن القول بأن البيع بالتقسيط مع شرط الإحتفاظ بالملكية إلى حين استيفاء الثمن قد ذاع في كل المجالات حتى أصبح هذا الشرط عادة اتفاقية بحيث جرى العمل على النص عليها في البيوع الواردة على المنقولات الهامة كالسيارات والآلات الزراعية والصناعية فيمكن للدائن لو بذل قسطاً من العناية أن يعلم بأن هذه البضاعة متعاقدة عليها تحت يشرط الإحتفاظ بالملكية أم لا⁽¹⁾.

وإذا نظرنا إلى نصوص القانون التجاري المصري نلاحظ أن المادة 379 والتي تجيز "استرداد ما يكون موجوداً بعينه من البضاعة كلها أو بعضها تحت يد المفلس أو تحت يد غيره على ذمته إذا كان المالك سلمها للمفلس على سبيل الوديعة أو لأجل بيعها على ذمة مالكاها...".
فعل الرغم من أن هذا النص لا يجيز للمالك الاسترداد إلا في حالتين:

1. حالة البضاعة المودعة لدى المفلس.
2. حالة البضاعة المسلمة لوكيل العمولة المكلف ببيعها ثم أفلس وهو ما نصت عليه المادة 627 من القانون 17 لسنة 1999 من قانون التجارة المصري الجديد⁽²⁾.

ومثلها جاءت المادة 65 من القانون 13 يوليو لسنة 1967 في فرنسا، فإن الفقه في فرنسا ومصر قد اتجه جانب منه إلى بسط حكم هذه المواد إلى كل الحالات التي توجد فيها البضائع والأشياء المنقولة بوجه عام في حيازة المفلس على وجه الوكالة، وعارية الاستعمال أو الرهن أو إلا يجاز، ومن ثم يتبين الاسترداد في كل الحالات السابقة وكذلك للمشتري الذي اكتسب الملكية

(1) راجع د/ بلال حامد مرجع سابق، ص 276. د/ علي سيد قاسم، مرجع سابق، نفس الصفحة.

(2) راجع د/ مصطفى كمال طه، أ/ وائل أنور بندق، مرجع سابق، ص 171.

قبل شهر حكم الإفلاس بل ولكل ما يملك يستطيع أن يثبت ملكيته للمنقولات الموجود في
التقليسة⁽¹⁾.

ولا يخفي على أحد أن كل حالات الاسترداد هذه من شأنها خلق مظهر اليسار الظاهر
على المدين مما يوهم دائنيه عن حقيقة مركزه المالي.

وكل هذا يتجافي مع نظرية الأوضاع الظاهرة التي استبعد من أجلها مبدأ الاحتجاج بشرط
الإحتفاظ بالملكية في مواجهة الدائنين، وهكذا وبعد أن أقر بعض الفقه في فرنسا بأن المحكمة
العليا لم تعول كثيراً على فكرة حماية الأوضاع الظاهرة عند نظر طلب الاسترداد بل صار شغلها
الشاغل منع التواطؤ بين البائع والمشتري للإضرار بالدائنين ومنع الغش⁽²⁾. وبناءً عليه تسقط
الحجة الثانية المستمدة من هذه النظرية.

ثالثاً: مبدأ المساواة بين الدائنين⁽³⁾:

وبعني هذا المبدأ أن أموال المدين كلها مضافة لجميع ديونه، فإذا لم تكن هذه الأموال
كافية للوفاء بجميع ديونه اقتسمها الدائنون طبقاً لقواعد قسمة الغرماء كل بنسبة دينه.
وبناءً على هذا المبدأ يجب أن يخضع بائع المنقول المحتفظ بملكيته لقسمة الغرماء، ولا
يجوز له أن ينفرد بالمبيع الذي سلمه للمشتري المفلس ويستوفي حقه منه دون سائر الدائنين
الداخلين في التقليسة.

لكن هذا المبدأ ليس مطلقاً بل ترد عليه العديد من الاستثناءات، فقد نصت القوانين على
مجموعة من الأموال أو الحقوق التي لا تشملها التقليسة منها القانون رقم 23 لسنة 2010 بشأن

(1) راجع د/ علي سيد قاسم، مرجع سابق، ص 84.

(2) راجع د/ علي سيد قاسم، مرجع سابق، ص 85.

(3) راجع د/ علي سيد قاسم، مرجع سابق، ص 86. د/ اشرف عبدالرازق يح، الوسيط في البيع بالتقسيط،
ص 282.

النشاط الاقتصادي في ليبيا في مادته 1051 و 1058، كذلك القانون رقم 17 لسنة 1999 التجاري المصري الجديد في المواد 1138 و 1139 و 1140 و 1141، وبناءً على ذلك فإن الدائنين المرتهنين وأصحاب حقوق الامتياز العقارية وأصحاب حقوق الاختصاص يجوز لهم بسبب امتيازاتهم التي تدرأ عنهم خطر إفلاس مدينهم مباشرة دعاويهم والتنفيذ على الأموال المحملة بتأميناتهم⁽¹⁾.

كذلك أصحاب حقوق الامتياز العامة والتي ترد على أموال المدين المنقولة أو العقارية كامتياز المصرفيات القضائية والمبالغ المستحقة للخزانة العامة وامتياز النفقة... الخ كلها امتيازات لا تتأثر بشهر إفلاس المدين ويستوفي أصحابها حقوقهم بحسب ترتيبها قانوناً، وهذه كلها ضمانات تنقل كاهل الدائنين العاديين لأنهم تقلل من حجم ضمانهم العام وقد تخرجهم من التقلية صفر اليدين.

كما إن هذه الاستثناءات أدت إلى تراجع مبدأ المساواة بين الدائنين وذلك لعدم مواكبته لتطورات الحياة الاقتصادية الجديدة والتي على ضوءها يمنح الائتمان، وعلى فرض بقاء هذا المبدأ فإنه لا يوجد ما يمنع من أن يدخل عليه استثناءاً آخر إلى جانب كل هذه الاستثناءات التي كادت تلغيه.

فيمكن بحسب أصحاب هذا الرأي أن يسمح للبائع باسترداد البضائع المسلمة للمشتري من

التقلية متى كان شرط الإحتفاظ بالملكية وارداً في عقد البيع المبرم بينهما⁽²⁾.

(1) راجع د/ علي سيد قاسم، مرجع سابق، ص 87.

(2) وقد ذهب رأي إلى القول بأن الامتياز الذي يقرره القانون البائع طبقاً من القانون المدني المصري 1145، 1147 هو امتياز لا يثبت إلا البيع الصحيح الناقل للملكية لذلك فهو لا يثبت البائع الذي يحتفظ بالملكية بملكية المبيع إلى حين استيفاء الثمن راجع د/ حسين منصور، مرجع سابق، ص 85. د/ الشهوري، الوسيط، ج 1، ص 992.

وهو استثناء لا تتحقق فائدته كما سبق وأن ذكرنا عن ما تحققه السماح للبائع باسترداد البضائع المحتفظ بملكيته من تقليسة المشتري من تشجيع للمستفيدين على الاستمرار في إمداد المشروعات بما تحتاجه من مواد مع الإحتفاظ بملكيته للنهوض بها وتخطى عقبات نقص السيولة وصعوبات الحياة التجارية، الخروج من عثرتها وتجنب الوقوع في الإفلاس ولا يخفي تأثير ذلك على الوضع الاقتصادي بصفة عامة⁽¹⁾.

بناءً على ذلك لن يثير تقرير مثل هذا الاستثناء على مبدأ المساواة بين الدائنين صعوبة كبيرة في القانون الليبي الذي أجاز الاحتجاج بهذا الشرط ولكن بضوابط معينة نص عليها في المادة 520 من قانون النشاط الاقتصادي والتي جاءت بنفس صياغة المادة 107 من القانون التجاري الصادر 1953 وسنين هذه الضوابط في الفروع اللاحقة.

أخيراً بعد عرضنا للحجج التي استند إليها الرافضون لمبدأ نفاذ شرط الإحتفاظ بالملكية في مواجهة الدائنين، وسقوط هذه الحجج الواحدة تلو الأخرى، نستنتج عدم رجاحة هذا الاتجاه الرافض وقيامه على غير أساس سواء من الناحية القانونية أو من الناحية العملية.

فمن الناحية القانونية:

مبدأ عدم جواز الاحتجاج بشرط الإحتفاظ بالملكية في مواجهة جماعة الدائنين مبدأ قضائي لا يستند إلى أي قاعدة في القانون⁽²⁾.

بل إنه يتعارض مع النصوص القانونية التي نصت على جواز وصحة هذا الشرط وبالنسبة للقضاء الليبي فلم يتعرض له بحسب علمنا لعدم صدور أحكام إفلاس أمام المحاكم الليبية.

(1) راجع د/ صبري مصطفى حسن السبك، مرجع سابق، ص 375.

(2) راجع د/ علي سيد قاسم، مرجع سابق، ص 89.3

أما بالنسبة لنصوص القانون التي أجازت هذا الشرط هي المادة 419 من القانون المدين الليبي، والمادة 519 و 520 من القانون رقم 23 لسنة 2010 بشأن النشاط الاقتصادي في ليبيا. كذلك في مصر نص عليه القانون المدني في المادة 430، وكذلك القانون التجاري الجديد رقم 17 لسنة 1999، في المادة 106 ، 107 وعالج آثاره.

فلا يجوز إذاً تعطيل آثار هذا الشرط وقد ثبتت الحاجة الملحة إليه في ظل الأوضاع الراهنة.

أما من الناحية العملية:

يهدف التاجر من وراء نشاطه إلى تحقيق الربح عن طريق الشراء وإعادة البيع فإذا تعرض للإفلاس فإن إفلاسه هذا أمر عارض وحادث استثنائي فلا يجوز معاقبة البائع الذي منح ائتمانه للتاجر وسلمه الأدوات والبضائع التي يحتاجها لتحقيق الربح وليجنبه مخاطر الوقوع في الإفلاس والتضحية به من أجل مبدأ المساواة بين الدائنين الذي اثبت عدم مواكبته لمعطيات الحياة الاقتصادية الجديدة فهذا البائع أولى بالرعاية من جماعة الدائنين⁽¹⁾.

(1) راجع د/ بلال حامد مرجع سابق، ص276. د/ علي سيد قاسم، مرجع سابق، ص95.

المطلب الثاني

نفاذ شرط الإحتفاظ بالملكية في مواجهة الدائنين

رأينا كيف تم التخلي عن مبدأ عدم جواز الاحتجاج بشرط الإحتفاظ بالملكية في مواجهة الدائنين تدريجياً حتى الوصول إلى النص على نفاذ هذا الشرط في مواجهة الدائنين في القانون ومن ثم السماح للبائع المحتفظ بملكية المبيع بحق استرداده من تفضيلة للمشتري وذلك اعترافاً من فقهاء القانون بأهمية هذا الشرط وحتى يحقق الضمان المأمول من ورائه ونظراً للمزايا التي يحققها نفاذ شرط الإحتفاظ بالملكية من الناحية الاقتصادية تحديداً، والتي تتمثل في:

1. التقليل من حالات الإفلاس عن طريق تشجيع الموردين على الاستمرار في تزويد التاجر ما يحتاجه من بضائع حتى حين اضطراب أحواله التجارية لأنه مطمئنون إلى إمكانية استرداد هذه البضائع في النهاية دون مزاحمة الدائنين وما يترتب على ذلك من تقاضي مخاطرة إفلاس التجارة⁽¹⁾.
2. الحد من ظاهرة الإفلاسات المتتابة، ذلك أن إفلاس عميل كبير قد يترتب عليه إفلاس تاجر الجملة الذي سلمه البضاعة قبل أن يقبض ثمنها وإفلاس تاجر الجملة يؤدي بدوره إلى شهر إفلاس منتج البضائع الذي لم يستوف ثمنها منه، فتأكيد فاعلية هذا الشرط من خلال نفاذه من مواجهة جماعة الدائنين من شأنه يمنع سلسلة الإفلاسات التي تؤثر حتماً على الحياة الاقتصادية والاجتماعية⁽²⁾.

(1) راجع د/ محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص 161.

(2) مما يؤكد ذلك تناقص حالات الإفلاس في ألمانيا والتي يجيز قانونها مبدأ للاحتجاج بشرط الإحتفاظ بالملكية والتي تعتبر السبابة في الأخذ بهذا المبدأ منذ مطلع القرن الحالي مقارنة بحالات الإفلاس في فرنسا عن نفس الفترة حيث كان القضاء الفرنسي يأخذ فيها بمبدأ عدم جواز الاحتجاج بهذا الشرط في مواجهة جماعة الدائنين، راجع د/ علي سيد قاسم، مرجع سابق، ص 5.

3. يساهم أعمال هذا الشرط في محاربة التضخم وتخفيض الأسعار حيث إنه يدفع المشتري للسداد الفوري أو خلال فترة قصيرة مما يقلل من قيمة الفوائد المستحقة⁽¹⁾. لكل ذلك يمتنا القول بأن نفاذ شرط الإحتفاظ بالملكية في مواجهة الدائنين تجله أقوى الضمانات التي تكفل للبائع استيفاء حقوقه قبل المشتري، لأن البضاعة المباعة بمقتضى هذا الشرط تبقى على ملك البائع وإن تسلمها المشتري ولن تسقط في الضمان العام لدائنيه ليستطيع البائع استردادها دون مزاحمة أحد متقدماً حتى على أصحاب الديون الممتازة⁽²⁾. ولعل رغبة المشرعين في الإفادة من هذا الشرط ولتنشيط الحركة الاقتصادية والنهوض بالمشروعات المتعثرة كان الدافع الأساسي للتعديلات التشريعية في كل من فرنسا ومصر، حيث تطلع المشرع الفرنسي إلى نظيرة الألماني، ونظرائه في كل من سويسرا وبلجيكا وإيطاليا وانجلترا⁽³⁾. وتدخل لتقوية الشرط المذكور بقانون 12 مايو لسنة 1980⁽⁴⁾. مقررأ نفاذه على جماعة الدائنين ليواكب بذلك باقي التشريعات الأوروبية في طريقها إلى التوحيد⁽⁵⁾.

(1) راجع د/ محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص 158-160. د/ علي سيد قاسم، مرجع سابق، ص 4 وما بعدها.

(2) راجع د/ محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص 158-160. د/ علي سيد قاسم، مرجع سابق، ص 6.

(3) راجع د/ إبراهيم دسوقي أبو الليل، مرجع سابق، ص 271 ما بعدها.

(4) نص القانون الفرنسي "يمكن استرداد البضائع طالما بقيت على طبيعتها الموجودة لدى المدين سواء على سبيل الوديعة أو بقصد بيعها لحساب المالك، ونفس الشيء بالنسبة للبضائع التي يعى مع اشتراط عدم انتقال ملكيتها إلى المشتري إلا بعد سداد كامل الثمن، على أن يكون من الشرط قد تم الاتفاق عليه في صورة مكتوبة بين الأطراف في وقت لا يجاوز لحظة تسليم المبيع".

(5) راجع د/ محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص 161.

وكذلك تأثر المشرع المصري حديثاً بذلك ونص في المادة 106 من قانون التجارة الجديد رقم 17 لسنة 1999 على تقوية هذا الشرط وقضي بنفاذه في مواجهة الغير والدائنين بشرط الاتفاق عليه كتابة وبثبوت تاريخه⁽¹⁾.

أما بالنسبة للقانون التجاري الليبي فقد كان سابقاً للأخذ بالاحتجاج بهذا الشرط في مواجهة الغير والدائنين خاصة، حيث نص على ذلك في القانون التجاري القديم الصادر سنة 1953 في المادة 108 منه، وكذلك جاء النص الجديد بنفس الصياغة في المادة 520 من القانون 23 لسنة 2010 بشأن النشاط التجاري في ليبيا، ويبدو أن المشرع الليبي كان متأثراً بالقانون الألماني والذي ازدهر عنده شرط الإحتفاظ بالملكية منذ القدم، وقد جاء نص القانون التجاري الليبي كما يلي:

"يجوز الاحتجاج بالإحتفاظ بالملكية قبل أي كان إذا ثبت ذلك في ورقة ثابتة التاريخ، وقبل الدائنين إذا كانت الورقة ثابتة التاريخ ويرجع تاريخها إلى ما قبل القيام بإجراءات التنفيذ على الشيء الواقع عليه الإحتفاظ بالملكية".

يستفاد من هذا النص أن المشرع الليبي اشترط أن يكون الشرط مكتوباً في ورقة ذات تاريخ ثابت وسابق على إجراءات التنفيذ.

بعد استقراءنا لنصوص القانون الفرنسي والمصري والليبي يمكننا القول بأنه لكي يتمكن البائع من ممارسة حقه بالاحتجاج بشرط الإحتفاظ بالملكية في مواجهة الدائنين، فإنه يجب أن

(1) راجع د/ صبري مصطفى حسن السبكي، مرجع سابق، ص 376.

نص القانون المصري / 106 (مع عدم الإخلال بالأحكام المنصوص عليها في باب الإفلاس لا يكون شرط الإحتفاظ بالملكية نافذاً على الغير إلا إذا كان الشرط مدوناً في ورقة ذات تاريخ ثابت وسابق على حق الغير وعلى إجراءات التنفيذ التي يخذها الدائنون على المبيع).

يراعي الضوابط التي نصت عليها القوانين حتى لا تنطوي ممارسته لهذا الحق على أي غشي أو أضرار بحقوق الدائنين وحتى يحقق الهدف المقصود من راء تقريره⁽¹⁾.

ويمكن أجمال هذه الضوابط تحت طائفتين من الشروط الطائفة الأولى وهي طائفة الشروط الشكلية وستخصص لها الفرع الأول، أما الطائفة الثانية فهي طائفة الشروط الموضوعية وستخصص لها الفرع الثاني.

(1) راجع د/ بسيوني محمود أبو عبده، مرجع الكتروني، مشار إليه.

الفرع الأول

الشروط الشكلية لنفاذ شرط الإحتفاظ بالملكية في مواجهة الدائنين

طبقاً للقواعد العامة لا يخضع شرط الإحتفاظ بالملكية لشكلية معينة في إثباته أو نفاذه⁽¹⁾.
خرج المشرع الفرنسي على تلك القواعد ونص صراحة على أنه "لا يجوز للبائع طلب استرداد المبيع في مواجهة جماعة الدائنين إلا إذا كان هناك اتفاقاً مكتوباً على الشرط قبل تسليم المبيع للمشتري"⁽²⁾.

فهذا النص يعتبر استثناءً على القواعد العامة والعرف التجاري القائمين على مبدأ الرضائية. وحرية الإثبات في المسائل التجارية التي تعتمد على السرعة والائتمان.
واشترط الكتابة هنا ما هو إلا حماية للدائنين من تواطؤ المشتري المفلس مع الموردين وتفادياً للغش.

لذلك أضيف هذا النص في القانون الفرنسي الصادر في 12 مايو 1980 وكذلك اشترك المشرع المصري الكتابة، ومثله في ذلك المشرع الليبي في نص المادة 520 من قانون النشاط التجاري الجديد نص على ثبوت الشرط في ورقة ثابتة التاريخ⁽³⁾. ويكون تاريخها سابق على إجراءات التنفيذ⁽⁴⁾.

(1) نص القانون المدني الليبي المادة 419، ونص القانون المدني المصري م430.

(2) راجع د/ محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص164.

(3) راجع د/ محمد عزمي البكري، موسوعة للفقهاء والقضاء في القانون المدني "البيع والمقايضة" المجلد السادس، دار محمود، القاهرة، ص 305 وما بعدها في معني ثبوت التاريخ.

(4) راجع د/ اشرف عبدالرزاق ويح، مرجع سابق، ص282.

فإضافة إلى اشتراط الكتابة يشترط أن تكون الكتابة سابقة على موعد التسليم أو إجراءات التنفيذ، وقد تتطلب بعض القوانين من إجراءات الشهر المحاسبي⁽¹⁾. وميعاداً محدداً لرفع دعوى الاسترداد.

أولاً: الكتابة:

بناءً على نص القانون الفرنسي يجب أن يكون هناك اتفاق على شرط الاحتفاظ بالملكية وأن يكون هذا الاتفاق مكتوباً وأن تكون الكتابة غير متأخرة عن وقت التسليم، وسبق أن قلنا أن القصد من وراء ذلك هو تجنب الغش والتواطؤ بين البائع والمشتري إضراراً بالدائنين. فيدعيان بوجود الشرط على خلاف الحقيقة⁽²⁾.

واشترط ثبوت التاريخ يتفق وقواعد القانون المدني في نفاذ التصرف قبل الغير لكن ما المقصود بشرط الكتابة؟ وما طبيعة الكتابة المطلوبة؟

أ. المقصود بشرط الكتابة:

الكتابة المطلوبة هنا ليست شرطاً لصحة شرط الاحتفاظ بالملكية وإنما شرط لنفاذ هذا الشرط في مواجهة الدائنين، فهي بحسب ما يرى البعض "شرط تكميلي" لا يترتب على تخلفها بطلان الاتفاق وإنما تمنحه أثراً يزيد قوة.

ولم يتطلب المشرع شكلاً معيناً في الكتابة فتكو في إذا الكتابة العرفية، ويكفي أن يكتب شرط الاحتفاظ بالملكية في أي من المستندات المستخدمة في المعاملات التجارية كالمراسلات المتبادلة بين الأطراف وقوائم الأسعار وغيرها⁽³⁾.

(1) راجع د/ علي سيد قاسم، مرجع سابق، ص 112.

(2) راجع د/ علي سيد قاسم، مرجع سابق، ص 105. د/ نبيل صابر فرج عبد، مرجع سابق، ص 23. د/ محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص 165. د/ بسيوني محمود أبو عبده، مرجع الكتروني، مشار إليه.

(3) راجع د/ علي سيد قاسم، مرجع سابق، ص 106.

ب. طبيعة الكتابة المطلوبة:

ذهب اتجاه في الفقه إلى اشتراط أن تكون هناك وثيقة عقدية خاصة تنظم مبدأ وأوضاع شرط الإحتفاظ بالملكية⁽¹⁾، وإن يتم التوقيع عليها من المتعاقدين أو ممن ينوب عنهما، ومؤدي هذا الاتجاه المتشدد أن الاتفاق ينبغي أن ينصب بصفة خاصة على شرط الإحتفاظ بالملكية حيث إننا أمام شرط ذي طبيعة خاصة يستلزم التفسير الضيق⁽²⁾.

في الواقع إن هذا التفسير لا يتفق مع ما تتطلبه حاجات التجارة من تيسير وتبسيط للأنظمة القانونية التي تحكمها، فأى مستند يستعمله المتعاملون في النشاط التجاري يكون محرراً مكتوباً يصح الاستناد إليه⁽³⁾.

ظهر اتجاه آخر أقل تشدداً يتفق مع العرف والعادات التجارية، يكفي بأن يرد الشرط المكتوب في الوثيقة التي تتضمن عقد البيع أي أن تتضمن الشروط العامة شرط الإحتفاظ بالملكية فلا يلزم بالضرورة أن يجسد الاتفاق عليه في وثيقة خاصة، فيكفي أن يكون مكتوباً سواء كانت الكتابة في وثيقة عقدية أو إذن التسليم أو في الفاتورة والتي تكون عقد البيع وتحدد مضمونه فيعتبر قبوله لعقد البيع هنا قبولاً للشرط⁽⁴⁾.

وقد ساد الاتجاه الثاني بالفعل لاتفاقه مع المبادئ العامة للقانون حيث أن الكتابة المطلوبة طبقاً لهذا القانون تعتبر شرطاً للاحتجاج بالشرط في مواجهة الدائنين وذلك لتجنب الغش والتواطؤ للإضرار بحقوق الدائنين⁽⁵⁾.

(1) راجع د/ نبيل إبراهيم سعد، مرجع سابق، ص 53.

(2) راجع د/ محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص 165. د/ بسيوني محمود أبو عبده، مرجع الالكتروني، مشار إليه.

(3) د/ بسيوني محمود أبو عبده، مرجع الالكتروني.

(4) راجع د/ نبيل إبراهيم سعد، مرجع سابق، ص 54. د/ محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص 166.

(5) راجع د/ علي سيد قاسم، مرجع سابق، ص 108.

وبكفي قبول المشتري لعقد البيع أيا كان شكله حتى تتوافر الكتابة لذلك يكفي لضمان حماية الدائنين من غش وتواطؤ المتعاقدين أن يكون قبول الشرط مؤكداً وأن يتم قبل تسليم البضاعة لقبول المشتري لا يلزم أن يكون مكتوباً، والذين تطلبوا الكتابة هم أصحاب الاتجاه المتشدد⁽¹⁾. حيث إنهم اشترطوا أن يكون الشرط مكتوباً في اتفاق خاص وأن تكون عبارات الشرط واضحة وقاطعة الدلالة وأن يكون علم المشتري بهذا الشرط مؤكداً⁽²⁾.

لكن الاتجاه الغالب فقهاء وقضاء لا يتطلب قبول المشتري الصريح لشرط الإحتفاظ بالملكية، وطبقاً للاتجاه الموسع فقيام المشتري بتنفيذ العقد مع علمه الكامل بشرط الإحتفاظ بالملكية المكتوب فيه يعد قبولاً منه له بل ويعد قبولاً كذلك مجرد توقيع المشتري على إذن التسليم أو الفاتورة التي ظهر عليها. ولكن لا يمكن استنتاج موافقة المشتري على الشرط من مجرد القرائن وإن سكوته لا يعني مطلقاً القبول⁽³⁾.

وإن كان القضاء الفرنسي قد ذكر في أحد أحكام النقض أن "سكوت المشتري المستمر يفيد قبوله لشرط الإحتفاظ بالملكية المدرج في مراسلات البائع معه" مما يجوز معه الاحتجاج به في مواجهة جماعة الدائنين فلا يجوز للمشتري إذاً أن يتذرع بسكوته ليتخلص من شرط الإحتفاظ بالملكية⁽⁴⁾.

(1) راجع د/ حسين الماحي، آثار شرط الإحتفاظ بالملكية في البيع الائتماني، دار أم القرى، المنصورة، ط1، 1990، ص 12، 13.

(2) راجع د/ حسين الماحي، نفس المرجع، ص15، حيث يشير إلى حكم محكمة النقض الفرنسية الصادر في 11 مايو 1983 حيث قضت (بان قيام المشتري بتنفيذ العقد عن علم بالشروط العامة لعقد البيع المتضمنة شرط الإحتفاظ بالملكية والمرسلة إليه من قبل البائع يعد قبولاً للشرط المذكور).

(3) راجع د/ محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص167. راجع د/ نبيل إبراهيم سعد، مرجع سابق، ص54.

(4) راجع د/ علي سيد قاسم، مرجع سابق، ص108.

ويثور التساؤل إذا كان هناك عمليات توريد بصفة مستمرة بين نفس الطرفين فهل يكفي أن يرد شرط الإحتفاظ بالملكية في الشروط العامة للبيع والتي تحكم البيوع المتتالية، أم يجب كتابة شرط الإحتفاظ بالملكية بالنسبة لكل عملية على حدة؟ أمام عدم وجود نص صريح في هذا الشأن ذهب البعض إلى الاكتفاء بكتابة شرط الإحتفاظ بالملكية في الشروط العامة التي تحكم البيوع المتتالية لكي يمكن الاحتجاج به في مواجهة الدائنين دون حاجة للنص عليه بمناسبة كل بيع على حدة⁽¹⁾. بينما يري البعض ضرورة تجديد الكتابة والموافقة على الشرط من جانب المشتري بمناسبة كل عملية⁽²⁾.

وأيدت محكمة النقض الفرنسية هذا الاتجاه بقولها "إنه لا يكفي مجرد وجود اتفاق على مبدأ إتمام المعاملات بين الطرفين مع شرط الإحتفاظ بالملكية، إذ العبرة بكل عملية على حدة"⁽³⁾. فكل بيع منها يعتبر عملية مستقلة⁽⁴⁾.

إذاً فالكتابة التي يتطلبها القانون لنفاذ الشرط في مواجهة الدائنين هي الكتابة البسيطة ولو لم تكن موقعة أيا كانت طبيعتها أو شكلها والكتابة هنا مطلوبة من البائع أما المشتري فيكفي ثبوت قبوله للشرط المكتوب.

ثانياً: ثبوت الكتابة قبل تسم البضاعة:

اكتفي المشرع الليبي باشتراط ثبوت كتابة شرط الإحتفاظ بالملكية في ورقة ثابتة التاريخ ويرجع تاريخاً إلى ما قبل القيام بإجراءات التنفيذ على البضائع الواقع عليها شرط الإحتفاظ

(1) راجع د/ علي سيد قاسم، المرجع السابق، ص109.

(2) رجع د/ حمدالله محمد حمدالله، حماية المنقولات المادية من خلال شرط الإحتفاظ بالملكية، مرجع سابق، ص62.

(3) راجع د/ محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص168.

(4) راجع د/ علي سيد قاسم، المرجع السابق، ص110.

بالملكية ومثله المشرع المصري، فتاريخ الكتابة يجب أن يسبق إجراءات التنفيذ فقط طبقاً لأحكام الإفلاس، حيث لم تتطلب هذه القوانين أن تكون الكتابة ثابتة قبل التسليم أو معاصرة له، وعليه فتصح الكتابة اللازمة لنفاذ شرط الإحتفاظ بالملكية في مواجهة الغير حتى وإن جاءت بعد تسليم البضاعة المبيعة إلى المشتري بحسب القانون الليبي والقانون المصري متى كانت ثابتة في ورقة ثابتة التاريخ ويعود تاريخها إلى ما قبل بدء إجراءات التنفيذ.

إن اشتراط ثبوت التاريخ يتفق وقواعد القانون المدني فيما يتعلق بنفاذ التصرف قبل الغير إلا إنه يخالف ما هو مستقر في القانون التجاري، لعل خطورة آثار نفاذ شرط الإحتفاظ بالملكية قبل الدائنين تستوجب هذا الاستثناء الذي تعود فائدته على الجميع من خلال تحقيق الضمان والاستقرار اللازمين لحماية الائتمان التجاري ولا يشكل ذلك مساساً قوياً بالرضائية الثابتة في المعاملات التجارية⁽¹⁾.

وذلك بخلاف الحال في كل من القانون الفرنسي والقانون الألماني⁽²⁾. حيث يشترط المشرع الفرنسي أن تكون الكتابة سابقة أو على الأكثر معاصرة لتسليم البضاعة المبيعة إلى المشتري، فلا يجوز الاحتجاج بشرط الإحتفاظ بالملكية في مواجهة الدائنين متى كانت الكتابة لاحقة على تسليم البضاعة إلى المشتري⁽³⁾.

وذلك لتفادي الغش والتواطؤ بقصد الإضرار بالدائنين حيث يفقدهم الشرط جزءاً هاماً من ضمانهم العام.

والتسليم طبقاً للقواعد العامة يتم عادة بتمام وضع البضاعة مادياً في حيازة المشتري⁽⁴⁾.

(1) راجع د/ محمد حسين منصور، النظرية العامة للائتمان، مرجع سابق، ص 62.

(2) راجع د/ محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص 173

(3) راجع د/ علي سيد قاسم، المرجع السابق، ص 110.

(4) راجع د/ محمد إبراهيم بندري، الالتزام بالتسليم في عقد البيع، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة.

ويتوقف تحديد لحظة التسليم الفعلية على شروط البيع وأوضاع النقل، ويختلف الأمر بطبيعة الحال بحسب ما إذا كان البيع فوب أو سيف⁽¹⁾.

ويقع على عاتق البائع إثبات وقت الكتابة، فمن مصلحته الحرص على بيان تاريخ وجود الشرط ولحظة تسليم البضاعة⁽²⁾.

ويمكن إثبات تاريخ شرط الإحتفاظ بالملكية طبقاً للعرف التجاري بكافة طرق الإثبات، ويحتفظ قاضي الموضوع بسلطته التقديرية عند تقدير الأدلة ووسائل الإثبات المقدمة⁽³⁾.

أخيراً فإن قيام البائع بإضافة الشرط المكتوب لاحقاً بعد التسليم تجعل منه بلا فائدة، ولو قبل المشتري بهذا الشرط تكون بصدد نقل الملكية على سبيل الضمان⁽⁴⁾، وقد يتعارض ذلك مع قاعدة حظر رهن المنقول دون التخلي عن حيازته⁽⁵⁾.

فضلاً عن إن مثل هذا الاتفاق اللاحق على كتابة الشرط قد يخضع للبطلان إذا وقع خلال فترة الريبة بوصفة تقريراً لتأمين لاحق على نشأة الدين⁽⁶⁾.

ولما في ذلك من شبهة التواطؤ بين البائع والمشتري للإضرار بجماعة الدائنين وتفضيل مصلحة البائع.

-
- (1) راجع د/ محمود سمير الشرقاوي، بحث بعنوان "الالتزام بالتسليم في عقد بيع البضائع"، منشورات في مجلة القانون والاقتصاد، ع 2 ص 46، 1976، ص 309.
 - (2) راجع أ/ حمزة شرابين، مرجع سابق، ص 106.
 - (3) راجع د/ علي سيد قاسم، مرجع سابق، ص 112.
 - (4) راجع د/ أحمد إبراهيم حسن، التصرف الائتماني ونقل الملكية على سبيل الضمان في القانون الروماني، مؤسسة الثقافة الجامعية، الإسكندرية (التفصيل أكثر حول الملكية على سبيل الضمان).
 - (5) راجع د/ محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص 174 هامش 1.
 - (6) راجع د/ علي سيد قاسم، مرجع سابق، ص 111.
- كذلك المادة 1072 من القانون التجاري الليبي 23 لسنة 2010.
- المادة 598 من القانون التجاري المصري 17 لسنة 1999.

ثالثاً: إجراءات الشهر المحاسبي:

قد اكتفي كل من المشرع الليبي في القانون 23 لسنة 2010 بشأن النشاط التجاري والمشرع المصري في القانون 17 لسنة 1999 التجاري الجديد باشتراط الكتابة دون أن يشترط قيام البائع أو المشتري بأي من إجراءات الشهر وذلك نظراً لما تنطوي عليه هذه الإجراءات من أعباء مالية وإدارية للبائع.

أما بالنسبة للمشرع الفرنسي فقد نص في الفقرة الثالثة من المادة الثالثة من قانون 12 مايو لسنة 1980 على إخضاع البيع مع شرط الإحتفاظ بالملكية لنوع من إجراءات الشهر المحاسبي⁽¹⁾، فأوجب إبراز البضاعة المباعة تحت شرط الإحتفاظ بالملكية في قيد مستقل من الجانب الايجابي لميزانية المشتري وأيضاً إبراز الحق الناجم عن هذا البيع في قيد مستقل من الجانب الايجابي لميزانية البائع⁽²⁾.

وتكمن الحكمة من وراء هذا الإجراء ذي الطبيعة المحاسبية في إعلام الغير بحقيقة مركز المشتري المالي، فلا يرتكن إلى يساره الظاهر ويتعرف على طبيعة حيازته للبضاعة الموجودة في مخازنه والتي لن تدخل في ملكه إلا بعد تمام سداد الثمن⁽³⁾.

ولكن هذا الإجراء ليس شرطاً لنفاذ شرط الإحتفاظ بالملكية قبل دائني المشتري واسترداد المبيع من التفليسة.

حيث إن عدم إجراء القيد المحاسبي لا يحول دون احتجاج البائع بشرط الإحتفاظ بالملكية ومن ثم تفادي مزاحمة الدائنين، طالما كان هذا الشرط مكتوباً في ورقة ثابتة التاريخ وبتاريخ

(1) راجع د/ علي سيد قاسم، مرجع سابق، ص 112.

(2) راجع د/ محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص 175.

راجع أ/ حمزة شرابين، مرجع سابق، ص 107.

(3) راجع د/ علي سيد قاسم، مرجع سابق، ص 112.

سابق على تسليم البضاعة كما في القانون الفرنسي، وسابق على حق الغير وإجراءات التنفيذ كما ينص القانون الليبي ونظيره القانون المصري.

وليس للمشتري أن يتمسك بعدم قيد هذا الشرط في ميزانيته للتهرب من استرداد البائع للبضاعة⁽¹⁾.

كما إن القانون الفرنسي لم يفرض جزاءً معيناً يقع عند مخالفة هذا الإجراء، ومن ثم تقل فاعليته في تقاضي الإمكانات التي تنجم عن عدم إبرازه في قيد مستقل، وحيث يمكن أن يؤدي خفاءه إلى نتائج سلبية فيما يتعلق بحقوق المالك الدائن في مواجهة الغير حسن النية⁽²⁾.
وكما تقل فاعلية الإجراء كذلك تقل فاعلية شرط الإحتفاظ بالملكية إذا لم يقترن بجراء يطبق في حالة مخالفة المشتري لأحكامه⁽³⁾.

أخيراً فإن القواعد السابقة فيما يتعلق بالشهر مأخوذة من القواعد العامة في العقود والتي تتسم بالرضائية وعدم خضوعه للشكالية ولا أي من إجراءات الشهر، نظراً لما تنطوي عليه هذه الإجراءات من أعباء مالية وإدارية.

لذا فلم يعرف القانون المصري مثل هذا الإجراء ولم يؤخذ به إلا بصدد بيع السيارات ولم يمتد العمل به خارج هذا المجال⁽⁴⁾.

(1) راجع د/ محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص 176. راجع أ/ حمزة شرابين، مرجع سابق، ص 107.

(2) راجع د/ محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص 176.

(3) راجع د/ نبيل إبراهيم سعد، مرجع سابق، ص 291.

(4) راجع د/ محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص 179. هامش 1

الذي ذكر فيه "وذلك عن طريق التأشير بخط وبلون مغاير، بحفظ ملكية السيارة في رخصة السيارة على رخصة تسييرها، وتضمنين الملف الخاص بها في إدارة المرور بياناً بذلك ومن ثم لا يجوز عملاً نقل ملكية السيارة للغير قبل تطهيرها من شرط الإحتفاظ بالملكية.

فنتساءل هنا عما إذا كان من المناسب وجود مثل هذا الإجراء في القانون الليبي لضمان حقوق الغير حيث يتحقق بالشهر والعلانية العلم الحقيقي بالشرط ومن ثم تصور الإخلال بحقوق الغير كما ذكرنا سابقاً عند حديثاً عن (مدى الإخلال بحقوق الغير) وقلنا أنه ليتحقق الإخلال فيجب أن يكون المتعاقد عالماً بوجود الحق وبأسبقيته على حقه وبالشهر يتحقق العلم، لذا فمن الممكن فرض إجراء للشهر كالتسجيل في سجل خاص يتضمن الشروط الاستثنائية "كشرط الإحتفاظ بالملكية"، أو تحديد سجل خاص بالتأمينات الواردة على منقول وتدوينها فيه ومن بينها شرط الإحتفاظ بالملكية.

ومن ثم إذا قام البائع بهذا الإجراء، ثم طالب الدائنين بالتنفيذ على البضاعة محل شرط الإحتفاظ بالملكية رغم علمهم بهذا الشرط وارادو إدخالها في التفليسة أو أكثر المشتري ملكية البائع لها وأنه لم يوفي ثمنها بعد اعتبر ذلك إخلالاً منه بحق البائع.

رابعاً: ميعاد دعوى الاسترداد:

في حالة إفلاس المشتري بعد دخول البضائع إلى مخازنه فإنه طبقاً للقواعد العامة لا يمكن للبائع الذي لم يستوف ثمن البضائع بعد، أن يسترد هذه البضاعة استناداً لانتقال ملكيتها للمشتري المفلس، وكذلك استناداً إلى مبدأ الحيازة الظاهرة⁽¹⁾.

ولكن استثناءً من ذلك أجاز القانون للبائع الذي يشترط الإحتفاظ بملكية البضاعة المبيعة إلى حين استيفاء الثمن كاملاً استرداد هذه البضاعة بالرغم من دخولها مخازن المشتري، والاحتجاج بهذا الشرط في مواجهة الدائنين، لأن ملكيتها لم تنتقل إليه بعد واستثناءً من مبدأ الحيازة الظاهرة وذلك متى تقدم بطلب الاسترداد خلال ثلاثة أشهر تبدأ من تاريخ صدور الحكم

(1) راجع د/ صبري مصطفى حسن السبك، مرجع سابق، ص 265. راجع د/ محمد إبراهيم دسوقي، مرجع سابق، ص 143.

كذلك نص المادة 630، قانون 2 من القانون التجاري المصري. والمادة 1084 من القانون التجاري الليبي.

المفتتح لإجراءات التسوية أو التصفية القضائية بحسب المادة 115 من القانون 98 الصادر في 25 يناير 1985⁽¹⁾.

ولكن هذه المطالبة لا تتضمن بالضرورة رفع دعوى الفسخ مسبقاً أو إثارة الشرط الفاسخ، متى ضمنه المتعاقدان العقد المبرم بينهم - لأنه يترتب على فتح التفليسة تعطيلهما⁽²⁾. ويرى بعض القضاة - أن هذه المطالبة يجب أن تكون قضائية فلا يغني عنها أي خطابات مهما كان شكلها بينما اكتفي القضاة الفرنسي بمجرد رغبة البائع الصريحة في الاحتجاج بشرط الإحتفاظ بالملكية دون حاجة للمطالبة القضائية قبل صدور الحكم بالإفلاس، كما قرر القضاة أن مجرد الإخطار بذلك ولو بخطاب مادي يكفي لثبوت حق البائع وقد شبهه البعض بالشرط الفاسخ فيما يتعلق بالأثر المترتب على إفلاس المشتري وهو إمكانية استرداد البضاعة⁽³⁾.

وقد كان القانون الفرنسي الصادر في 12 مايو 1980، ينص على إنه لا تقبل دعوى استرداد المنقول إلا خلال مدة 4 أشهر من تاريخ نشر الحكم المفتتح لإجراءات التسوية أو التصفية. أما بالنسبة للقانون المصري فإنه طبقاً للحكم العام في الاسترداد ينص على تقادم دعوى الاسترداد بمضي سنة من تاريخ نشر حكم شهر الإفلاس في الصحيفة اليومية التي تعينها المحكمة طبقاً للمادة 632 من قانون التجارة، وهي نفس المدة التي كان ينص عليها القانون الفرنسي في المادة 59 قانون 13 يوليو 1967⁽⁴⁾.

(1) راجع د/ علي سيد قاسم، مرجع سابق، ص 114.

(2) راجع د/ نبيل إبراهيم سعد، مرجع سابق، ص 55.

(3) راجع د/ محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص 181. راجع د/ إبراهيم دسوقي، مرجع سابق، ص 297-298.

(4) راجع د/ محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص 179.

ويلاحظ أن المشرع الفرنسي قد ضرب ميعاداً قصيراً يجب رفع دعوى الاسترداد خلاله، وذلك حتى يتبين للدائنين في وقت مبكر حقيقة المركز المالي لمدينهم وتتحدد الأموال التي يشملها الضمان العام ولكي يتعرف السنديك - مأمور التفليسة - والمدين بدورهما على الأموال التي ستبقى في حيازته فيستطيع تقديم مقترحاته في الاستمرار في تجارته والصلح مع الدائنين، وحتى لا تطول إجراءات التفليسة عند فشل مفاوضات الصلح⁽¹⁾.

إن هذه المدة تنطوي على جميع دعاوي استرداد الأموال من التفليسة ولا تقتصر فقط على دعوى استرداد المنقول المحتفظ بملكيتته، فبمجرد ثبوت الحكم بشهر الإفلاس وحلول الديون المؤجلة⁽²⁾. فإنه يبدأ حساب المدة التي يجب على البائع أن يطالب فيها باسترداد البضاعة المباعة دون حاجة إلى انتظار حلول المواعيد المتفق عليها للوفاء بالثمن، غير أن مأمور التفليسة غير ملزم بقبول هذا الطلب حيث يمكنه التمسك بتنفيذ العقد عن طريق عرض الوفاء بالثمن أو تقديم الضمان الكافي للبائع⁽³⁾.

وهو ذاته ما نص عليه المشرع الليبي في المادة 1082 من القانون 23 لسنة 2010، حيث يسعى مأمور التفليسة إلى إنقاذ المشروع وإقالته من عثرته عن طريق الاستفادة من البضائع الموجودة لممارسة نشاط المفلس.

(1) راجع د/ علي سيد قاسم، مرجع سابق، ص 43. راجع د/ محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص 180.

كذلك نص المادة 630 من قانون التجاري الجديد.

(2) راجع د/ صيري مصطفى السبك، مرجع سابق، ص .

(3) راجع د/ محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص 180 ، 182.

وتجدر الإشارة هنا إلى أن مدة الثلاثة أشهر - أو العام بحسب القانون المصري - هي ميعاد سقوط بمروره الحق في مباشرة دعوى الاسترداد ويسقط حق البائع في التقدم كدائن عادي بدين الثمن ضمن جماعة الدائنين إذا لم يكن قد تقدم إلى التفليسة في المواعيد المقررة⁽¹⁾. فالرأي الغالب في الفقه والقضاء في ظل قانون 12 مايو 1980 يتجه إلى القول بأن الميعاد المحدد للمالك ليرفع خلاله دعوى استرداد المنقول من تفليسة المشتري لا يقبل الوقف ولا الانقطاع ويترتب على انقضائه الحكم برفض دعاوي استرداد المنقولات أياً كان سندها القانوني ومهما كان قيمة المنقولات المطالب بها⁽²⁾.

أما بالنسبة للمشرع الليبي وإن كان قد اعترف بنفاذ شرط الإحتفاظ بالملكية في مواجهة الدائنين، وبحق البائع في استرداد البضائع طبقاً للمادة 1084 من القانون التجاري والمادة 515 من القانون ذاته إلا أنه لم يحدد موعداً لممارسة حق استرداد البائع للبضائع المحتفظ بمليكتها ولكن باستقرائنا للحكم العام في استرداد المنقولات في حالة إفلاس المشتري والذي نص عليه في المادة 1112 من القانون 23 لسنة 2010، نجد أنه أنزل عليه حكم باقي الطلبات التي تدرج في قائمة الديون فجاء هذا النص المعنون بـ "عرائض استرداد المنقولات واسترجاعها وفصل بعضها عن بعض". وينص فيه على إنه: (تطبق أحكام المواد من 1101 إلى 1111 في شأن طلبات استرداد للمنقولات التي في حيازة المفلس واسترجاعها وفصل بعضها عن بعض وإذا تأخر الطالب في تقديم طلبه وفق لما جاء في المادة (1110) جاز للقاضي أن يوقف بيع الأشياء المطالب بإرجاعها واستردادها أو فصل بعضها عن بعض مع تقديم ضمان إن رأي ذلك أو في

(1) راجع د/ محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص 181.

راجع د/ بسيوني محمود أبو عبده، مرجع الكتروني، مشار إليه سابقاً.

(2) راجع د/ علي سيد قاسم، مرجع سابق، ص 115.

جميع الأحوال يجب على القاضي أن يستمع إلى المفلس قبل إصداره قراره في شأن تلك الطلبات....).

وبالعودة إلى النصوص من 1101 إلى 1111، من القانون التجاري الليبي نجد أنه طبقاً لنص المادة 1101 يختص مأمور التفليسة بتبليغ الدائنين وغيرها من أصحاب الحقوق العينية بالأجل الذي يجب عليهم أن يقدموا طلباتهم خلاله إلى قلم الكتاب، ونص على بيانات طلب الاسترداد في المادة 1102، وأنه يترتب على طلب الاسترداد وقف سريان الأجل المسقطه للحقوق بحسب المادة 1103، وتدرج طلبات الاسترداد في قائمة الديون التي يوقع عليها القاضي والكتاب، وتقبل القائمة بقرار من القاضي ينص فيه على إنها واجبة النفاذ ابتداءً من تاريخ آخر اجتماع طبقاً للمادة 1106 أي خلال الخمسة عشر يوماً التالية لآخر اجتماع للدائنين وفق ف4 من المادة 1105، وهذا بناءً على تحليلنا الشخصي لهذه النصوص ولكن يمكنني القول كذلك بأنه وبما أن المشرع أنزل حكم الطلبات التي يتقدم بها الدائنون لإدراجهم في قائمة الديون على عرائض استرداد المنقولات طبقاً لنص المادة 1112، فإنه يمكن القول بإمكانية تطبيق نص المادة 1021 فقرة 4 والذي نص على إنه يجب تحديد مدة 30 يوم من تاريخ صدور الحكم يقدم خلالها الدائنون ومن لهم حقوق عينية على أموال منقولة في حيازة المفلس طلباتهم إلى قلم كتاب المحكمة وهو الأرجح لأن البائع الذي يحق له طلب الاسترداد هو من ضمن الدائنين الذين لهم حقوق عينية على البضاعة المباعة تحت شرط الإحتفاظ بالملكية، ومن ثم فعليه أن يتقدم بطلب استرداد منقولاته خلال 30 يوم من تاريخ صدور الحكم بشهر إفلاس المشتري المفلس.

الفرع الثاني

الشروط الموضوعية لنفاذ شرط الإحتفاظ بالملكية

لكي تتحقق الفائدة من تقرير حق البائع في الاحتجاج بشرط الإحتفاظ بالملكية في مواجهة الدائنين ومن ثم ممارسته لحقه في استرداد البضائع من تقليسة المشتري، فإنه يجب أن تكون هذه البضائع محتفظة بحالتها العينية وأن تكون موجودة تحت يد المشتري عندئذ إجراءات التنفيذ الجماعي وإن لا يعارض السنديك - مأمور التقليسة في رد البضاعة المبيعة إلى البائع الذي يشترط احتفاظه بملكيته إلى حين سداد الثمن.

أولاً: بقاء البضائع محتفظة بطبيعتها العينية:

يشترط لقبول دعوي استرداد البضائع في حالة عدم استيفاء الثمن من المشتري، احتفاظها بطبيعتها أي بقائها على حالتها العينية، التي تسلمها بها المشتري، فإذا تلفت أو تم إدماجها في شيء آخر مما ترتب عليه اختفاء معالمها الأساسية فإنه لا يحق للمالك استردادها⁽¹⁾.

أما إذا كنت التغييرات التي دخلت على البضائع لم يترتب عليها فقدان نوعيتها وذاتيتها كما في حالة قطع الأثاث التي تم ترميمها دون المساس بجوهرها أو بشكلها العام فإن حق البائع في استردادها يظل ممكناً. وقد نص المشرع الليبي على أحقيته البائع في استرداد البضاعة المبيعة ما دامت موجودة بحالتها في المادة 515 ضمن القواعد العامة في الاسترداد ودراسة هذا الشرط تقتض بنا الإجابة على عدة تساؤلات بخصوص طبيعة البضائع والحالة العينية لها فما هي الأشياء التي يغطيها الشرط؟ وهل يشترط نوع معين من البضائع لكي يتمكن البائع من

(1) راجع د/ صبري مصطفى حسن السبك، مرجع سابق، ص 267. "كذلك في حالة الغلال التي تم تحويلها إلى دقيق ثم إلى خبز وحالة القطن التي تم تحويله إلى نسيج ثم إلى ملابس.

الاسترداد؟ وهل يجب تمييز المبيع وتعيينه بالذات؟ أم إنه يجوز استرداده حتى وإن اختلط بغيره من البضائع؟ وما القيود التي قد تحول دون الاسترداد؟

1. الأشياء التي يغطيها شرط الإحتفاظ بالملكية:

نصت المادة 212 من القانون 98 الصادر في 25 يناير 1985 على جواز استرداد البضائع المباعة تحت شرط الإحتفاظ بالملكية، وقد اختلفت التفسيرات القضائية لكلمة "البضائع". فذهبت محكمة "منتون التجارية" إلى تعريف البضائع بأنها: "تلك المنقولات التي تشتري من أجل بيعها بحالتها أو بعد تعديلها". ومن ثم فلا تشتمل الأجهزة والمعدات وأدوات الإنتاج والسيارات التي يستخدمها المشروع في نشاطه بحسب هذا التفسير على اعتبار أن هذه الأشياء تخضع لقوانين خاصة تنظم رهنها رهنًا رسمياً⁽¹⁾.

بينما ألغت محكمة (اكس - ان - بروفنس) هذا الحكم مستندة إلى أن المفهوم التقليدي لكلمة البضائع في ظل القانون التجاري هي كل الأشياء والقيم المنقولة ثم حسمت محكمة النقض الفرنسية هذا الخلاف عندما قررت أن النص المذكور لا يميز بين ما إذا كانت البضاعة المباعة من الأشياء القابلة للاستهلاك أو معدات التجهيز من ناحية أو بين ما إذا كان بائعها يمكنه أو لا يمكنه الإفادة من ضمانات خاصة، وعليه وبناءً على ما سبق فإن لفظة البضائع تفسر تفسيراً واسعاً بحيث يشمل كل المنقولات المادية سواء كانت من الأصول الثابتة أو المتداولة⁽²⁾.

(1) راجع د/ علي سيد قاسم، مرجع سابق، ص 98.

(2) راجع د/ علي سيد قاسم، مرجع سابق، ص 99.

2. أن تكون البضاعة معينة بالذات:

فيجب أن تكون البضاعة المراد استردادها هي ذاتها التي تم تسليمها إلى المشتري، ويستوجب ذلك بقاءها على صورتها على نحو يسهل معه تمييزها دون لبس أو غموض، عن غيرها من الأشياء الموجودة في حيازة المشتري⁽¹⁾.

فإذا كانت من الأشياء المثلية واختلطت ببضاعة مثلها فإن استردادها يصبح مستحيلاً فالبايع لا يسترد أية بضاعة حتى ولو كانت مماثلة لبضاعته في النوع والصفة والكمية⁽²⁾.

وإن كان بعض القضاء يقبل رد الأشياء المثلية إذا كان مرقمة أو تحمل علامات محددة بل إنه يجيز استرداد المثلية ولو كانت غير مميزة طالما قام الدليل القطعي على إنها تخص المسترد، مثال ذلك السماح باسترداد البضاعة الموجودة في مخزن المشتري المفلس حيث ثبت أن الكمية الموجودة في آخر ما تم توريده إليه من طالب الاسترداد، ولم تصل أي كميات أخرى بعد ذلك⁽³⁾.

ويبدو أن هذا ما أخذ به المشرع المصري بحسب نص المادتين 628 و 629 من القانون التجاري⁽⁴⁾.

(1) راجع د/ محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص 183.

(2) راجع د/ علي سيد قاسم، مرجع سابق، ص 100.

(3) راجع د/ علي سيد قاسم، مرجع سابق، ص 185.

(4) م 628 "1- يجوز استرداد الأوراق التجارية وغيرها من الأوراق ذات القيمة المسلمة إلى المفلس لتحميلها أو لتخصيصها لوفاء معين إذا وجدت عيناً في التفليسة ولم تكن قيمتها قد دفعت.

2- ولا يجوز استرداد أوراق النقد المودعة لديه إلا إذا أثبت طالب الاسترداد ذاتيتها؟

م 620 "1- إذا فسخ عقد البيع بحكم أو بمقتضى شرط في العقد قبل صدور الحكم بشهر إفلاس المشتري جاز للبايع استرداد البضائع كلها أو بعضها من التفليسة بشرط أن توجد عيناً.

2- ويجوز الاسترداد أو دعوى الفسخ قد رفعت قبل صدور هذا الحكم.

ويقع على عاتق البائع إثبات ذاتية البضائع بكافة طرق الإثبات، ويتم ذلك بمقارنة قوائم البضائع التي لم يدفع ثمنها بقوائم البضائع التي تسلمها المشتري من البائع والموجودة فعلاً تحت يده، ولا شك أن طريقة تغليف البضاعة وأرقامها وعلامتها التجارية من الوسائل التي تيسير الإثبات على البائع، ويخضع تحديد ذاتية البضاعة للسلطة التقديرية لقاضي الموضوع باعتباره من مسائل الواقع⁽¹⁾.

وذاتية البضاعة تقتضي بالطبع تمييزها وعدم دمجها في أشياء أخرى أما مجرد إدخال تعديل عليها قطع الأثاث مثلاً فإنه لا يتعارض مع ذاتيتها ومن ثم يجوز استردادها طبقاً لقانون 3 من المادة 121 من قانون 25 يناير 1985 والتي أضافها المشرع الفرنسي بالقانون 10 يوليو 1994⁽²⁾.

3. القيود التي تحول دون الاسترداد:

قد يحول دون استرداد البضاعة المبيعة أحد القيود التالية فيفقد البائع حقه في الاحتجاج بشرط الإحتفاظ بالملكية في مواجهة جماعة الدائنين ومن ثم يدخل كدائن عادي في التقلية:

أ. بيع البضاعة إلى المشتري حسن النية:

فإذا ما اكتسب الغير ملكية المبيع الحيابة وبحسن نية، لم يستطع المالك الأصلي أن يسترده منه وسنعرض لهذا الفرض بتفصيل أو في عند شرحنا لمدي نفاذ شرط الإحتفاظ بالملكية في مواجهة المتصرف إليهم.

(1) راجع د/ علي سيد قاسم، مرجع سابق، ص 100 ، 101.

(2) راجع د/ صيري مصطفى السبك، مرجع سابق، ص 260.

راجع د/ نبيل إبراهيم سعد، مرجع سابق، ص 49.

ب. الالتصاق:

ويقصد به اتصال شيئين أو امتزاجهما بطريقة تجعل من المستحيل فصل أحدهما عن الآخر دون تلف، فيجب أن يكون كل من الشيئين مستقلاً ومتميزاً عن الآخر وأن يتم الالتصاق دون اتفاق بين الملاك⁽¹⁾.

فيحول دون استرداد البائع للشيء المبيع التصاقه بشيء آخر مملوك لشخص آخر، ودون اتفاق بينهما على ذلك.

حيث إنه طبقاً لقواعد الالتصاق فإنه عند اندماج شيئين مملوكين لشخصين مختلفين التصاقهما ببعض بحيث يصعب الفصل بينهما دون تلف أو خلل تسند ملكية الشيء كاملاً بعد الاندماج لمالك الشيء الأصلي، فيصبح بذلك مالك للشيء التابع ومن ثم يستحيل استرداده⁽²⁾.
والالتصاق إما يكون بمنقول أو بعقار.

1. الالتصاق بالعقار:

فعندما تكون البضاعة المبيعة تحت شرط الإحتفاظ بالملكية مواد بناء مثلاً، وتستخدم في إقامة منشأة على أرض مملوكة للمشتري أو للغير، وتتخذ حيزاً ثابتاً ومستقراً بحيث يصعب نزعها دون أن يصيب هذه المنشآت والمواد ضرر جسيم أو تلف فتصبح جزءاً من العقار ويمتلكها مالك العقار عملاً بقاعدة أن مالك الأرض مالك لما فوقها وما تحتها علواً وعمقاً⁽³⁾.

ومن ثم ينقضي شرط الإحتفاظ بالملكية المقرر لمصلحة البائع باعتبار أن هذه الأشياء بعد اندماجها أصبحت عقاراً بطبيعتها⁽⁴⁾. أي عقاراً بالتخصيص. والواقع أنه بتأمل المادة 524

(1) راجع د/ عبد الحميد عبدالله عبدالعال، الحقوق العينية الأصلية والتبعية، مرجع سابق، ص 167.

(2) راجع د/ علي سيد قاسم، مرجع سابق، ص 49.

(3) راجع د/ عبد الحميد عبدالله عبدالعال، مرجع سابق، ص 169.

(4) راجع د/ علي سيد قاسم، مرجع سابق، ص 49.

مدني فرنسي نجد إنها تشترط لكي يصبح المنقول عقاراً بالتخصيص أن يكون مملوكاً لنفس المالك الذي خصه لخدمة عقاره واستغلاله، ومن ثم يجب أن يكون العقار والمنقول المخصص لخدمته في مالك شخص واحد⁽¹⁾.

وبما أن المبيع للمحتفظ بملكيته لم يصبح مملوكاً لمالك العقار بعد فإنه لا يمكن أن يكتسب صفة العقار بالتخصيص إلا بعد سداد ثمنه من المشتري (مالك العقار).

أما قبل ذلك يظل المنقول محتفظاً بذاتيته ومن ثم لا ينقضي شرط الإحتفاظ بالملكية ويجوز الاحتجاج به في مواجهة دائني (مالك العقار) المشتري، ويبقى حق البائع في استرداد المبيع قائماً، وذلك بالنسبة للأشياء التي توضع على الأرض وترصد لخدمتها دون أن تثبت فيها على نحو يستحيل معه نقلها دون تلف، أو أجزاء العقار التي يمكن نقلها منه وإعادةها إليها بدون تلف أو خلل كأجهزة التكييف والأقفال ومواسير المياه وغيرها⁽²⁾، حيث إنها تظل محتفظة بذاتيها وطبيعتها المنقولة.

أما الأشياء التي لا يمكن فصلها ونقلها دون تلف فإنه لا يمكن للبائع التمسك بحقه في استردادها.

2. الالتصاق بمنقول آخر⁽³⁾:

تنص المادة 935 من القانون المدني الليبي على إنه "إذا التصق منقولان لمالكين مختلفين بحيث لا يمكن فصلهما دون تلف ولم يكن هناك اتفاق بين المالكين نصت المحكمة في الأمر مسترشدة بقواعد العدالة ومراعية في ذلك الضرر الذي حدث وحالة الطرفين حسن نية كل منهما".

(1) راجع د/ محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص 191.

(2) راجع د/ علي سيد قاسم، مرجع سابق، ص 50. د/ محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص 192.

(3) راجع د/ عبدالحميد عبدالله عبدالعال، مرجع سابق، ص 175.

وفي نفس الصياغة جاء نص المادة 931 من القانون المدني المصري، أما المشرع الفرنسي فقد كرس 13 مادة لمعالجة هذه المشكلة اعتماداً على قاعدة الفرع يتبع الأصل⁽¹⁾. وبناءً عليه يفقد البائع ملكية البضاعة المحتفظ بملكيتها إذا اندمجت في منقول آخر أكثر قيمة، أو إذا كان العمل المبذول في دمجها وتحويلها أكبر من قيمة البضاعة ذاتها. فقضي بأن "موارد البطانة ومواد الحشو الأخرى المستخدمة في حياكة الملابس لا يستطيع أن يستردها نجد أن التصقت بالأقمشة وصنع ثياباً"⁽²⁾.

حيث إنه لا يجوز استرداد البضاعة التي بيعت تحت شرط الإحتفاظ بملكيتها إذا تم تحويلها أو إدماجها ضمن مواد أخرى بحيث يصعب فصلها دون فقدانها لحالتها العينية، أما إذا ظلت البضاعة محتفظة بذاتها رغم التصاقها بمنقول آخر، فإنه يجوز للبائع استردادها ومن ثم قضت محكمة النقض بأنه "يجوز استرداد البطاريات طالما كان من الممكن فصلها عن الآلات"⁽³⁾.

ومع ذلك حاول البعض أن يستند إلى نص المادة 570 مدني فرنسي والخاص بحق الالتصاق في الأشياء المنقولة والتي تقتضي بأن المالك الحق في المطالبة بالشيء الذي تم صنعة من مواد تخصه بشرط أن يدفع مقابل أجره اليد العاملة، للقول بأن البائع مازال مالكاً للبضائع التي تم تحويلها، ولكن فالواقع هذه الحجة لا يمين الأخذ بها للاعتبارات التالية:

1. الكل متفق على عدم إعطاء هذه المادة⁽⁴⁾، من القانون الفرنسي إلا نطاقاً محدداً للغاية، فهي تنص على حق الالتصاق يخضع كلية لقواعد العدالة الطبيعية وهذه القواعد تستخدم

(1) راجع د/ علي سيد قاسم، مرجع سابق، ص 50.

(2) راجع د/ علي سيد قاسم، نفس الصفحة.

(3) راجع د/ محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص 194. د/ علي سيد قاسم، مرجع سابق، ص 51.

(4) يقصد بهذه المادة - 565 من القانون المدني الفرنسي وما بعدها فتشمل المادة 570.

للاسترشاد بها من قبل القاضي في الحالات غير المنصوص عليها طبقاً للظروف الخاصة بكل حالة.

2. هذه الحلول التي تمليها قواعد العدالة لا يمكن أن ترجع على اشتراط الوجود العيني للبضائع المباعة والذي استقر عليه القضاء نهائياً.

3. المادة 121 قانون 25 يناير 1985، تنظم حالة خاصة للمطالبة في مواجهة الغير، وأن الشروط الخاصة بهذه المطالبة لا يمكن أن تستبعد بالإحالة إلى النصوص العامة.

4. إن شرط الوجود العيني للبضائع يقصد به تنظيم مسألة سابقة على التعيين الذاتي للبضاعة، بينما المادة 570 مدني فرنسي تقتض أن الالتصاق حدث بالفعل فيقتصر دورها على فض التنازع بين مصالح كل من المالك ومن قام بالتحويل طبقاً لقواعد العدالة⁽¹⁾.

ج. التحول:

ويقصد به خضوع الأشياء المباعة تحت شرط الإحتفاظ بالملكية لعملات تحويل غيرت من طبيعتها التي كانت عليها وقت التسليم، فينقض شرط الإحتفاظ بالملكية وحق البائع في الاسترداد بسبب واقعة التحول⁽²⁾.

ولكن ما هو المعيار الذي على أساسه نحكم بأن هناك تحولاً قد غير من طبيعة الأشياء

المباعة؟

لكي نجيب على هذا التساؤل يجب أن نفرق بين التحول الذي يكون نتيجة لعمل المشتري والتحول الطبيعي الذي يقتضيه التطور العادي للأمر أو تقتضيه طبيعة المبيع.

(1) راجع د/ نبيل إبراهيم سعد، مرجع سابق، ص 45، 46.

(2) راجع د/ علي سيد قاسم، مرجع سابق، ص 52.

بالنسبة للتحويل الذي يكون نتيجة لعمل قام به المشتري نفرق بين ما إذا كان مجرد استخدام للمنقولات أو تجهيز للاستخدام وبين ما إذا كانت البضاعة قد استخدمت في إنتاج شيء جديد.

فنقول أن مجرد استخدام المنقولات المبيعة كالألات والمعدات وإصلاحها لا يغير من طبيعتها، كذلك فإن مجرد تجهيزها للاستخدام فيما أعدت له لا يدخل تغييراً على طبيعتها. وعليه فيجوز استرداد الأخشاب المبيعة تحت شرط الإحتفاظ بالملكية بعد أن تم تجفيفها وقبل أن تقطع أو تنشر أو تبسط أو تلتصق.

أما إذا استخدمت البضاعة المبيعة تحت شرط الإحتفاظ بالملكية في إنتاج شيء جديد بفضل ما بذله المشتري من عمل فني، كنحت تمثال من رخام اشتراه صانعة تحت شرط الإحتفاظ بالملكية، فإن هذا الناتج الجديد يفقد الشيء المبيع طبيعته الخاصة وذاتيته التي كان عليها وقت تسليمه للمشتري⁽¹⁾.

واستقر قضاء النقض على إنه يدخل في سلطة محكمة الموضوع تقدير ما إذا كانت البضائع المسلمة للمشتري لم يتم تحويلها أو دمجها في مواد أخرى وأنها لا تزال على حالتها العينية وقت الحكم بشهر الإفلاس - وهو الوقت الذي يعتد به للتعرف على حالة البضاعة المراد استردادها - ويقع عبء الإثبات على طالب الاسترداد ويتم إثبات ذلك بكافة طرق الإثبات⁽²⁾.

أما بالنسبة للتحويل الطبيعي الذي يطرأ على البضاعة المبيعة الذي يقتضيه طبيعة المبيع، قد اتجه القضاء الفرنسي إلى رفض طلب الاسترداد وانقضاء شرط الإحتفاظ بالملكية بسبب واقعة التحويل الطبيعي، فقضي برفض طلب استرداد "كتاكييت مقدم من البائع الذي احتفظ

(1) راجع د/ علي سيد قاسم، مرجع سابق، ص 53.

(2) راجع د/ محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص 194.

بملكيتها لحين تمام الوفاء بثمنها وذلك بعد أن كبرت هذه الكتاكيت وأصبحت دجاجاً بياضاً نتيجة لما وفره المشتري لهان غذاء ورعاية⁽¹⁾.

بينما أجاز نفس القضاء "استرداد الأفراخ التي بلغت من العمر واحد وعشرين أسبوعاً وقت التسليم، بعد أن أصبحت دجاجاً بياضاً عند تقديم طلب الاسترداد" إذا لم يطرأ عليها في هذا الفرض تحول جوهرى يغير طبيعتها⁽²⁾.

ولمساعدة البائع في استيفاء حقه على البضاعة المحتفظ بملكيتها ذهب البعض إلى القول بتوسيع نطاق شرط الإحتفاظ بالملكية ليشمل ليس فقط البضائع المحتفظ بملكيتها وإنما يمتد إلى ناتج التحول أو التغيير، فينسب حق الملكية للبائع على الناتج الجديد لعملية تحويل البضائع المحتفظ بملكيتها، وهو ما يعرف بشرط الإحتفاظ بالملكية الممتد أو المضاعف.

وقد أخذ به القانون الألماني حيث فرق بينه وبين شرط الإحتفاظ بالملكية البسيط من حيث طبيعة البائع التي يمكن استردادها، فقصر نفاذ شرط الإحتفاظ بالملكية البسيط على المنقولات الثابتة والغير قابلة للتحويل كالأجهزة الكهربائية والتجهيزات التي تخصص للاستخدام بذاتها أما بالنسبة للمنقولات المعدة للتداول التجاري والاستغلال سواء بذاتها أو بعد تحولها فتخضع لشرط الإحتفاظ بالملكية الممتد⁽³⁾.

أما بالنسبة للقانون الفرنسي فلم يعترف بنفاذ شرط الإحتفاظ بالملكية الممتد على الغير، حيث استقر الفقه والقضاء على عدم جواز الاحتجاج بشرط الإحتفاظ بالملكية الممتد في مواجهة الغير، ويقتصر حق البائع في الاسترداد على البضائع الغير قابلة للاستهلاك بشكل مباشر

(1) راجع د/ علي سيد قاسم، مرجع سابق، ص 53.

(2) راجع د/ علي سيد قاسم، نفس المرجع، ص 54.

(3) راجع د/ محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص 196، 197.

بمجرد الحصول عليها وكذلك البضائع غير القابلة للتداول أو التحويل دون أن يمتد إلى ناتج التحويل أو التغيير⁽¹⁾.

فينقضي بناءً على القانون الفرنسي شرط الإحتفاظ بالملكية ويدخل البائع في التقلية ضمن جماعة الدائنين ويخضع لقسمة الغرماء.

ثانياً: وجود البضائع تحت يد المشتري عند بدء الإجراءات الجماعية:

العبرة بوجود البضاعة بحالتها العينية هو يوم بدء الإجراءات الجماعية بحسب الفقه والقضاء الفرنسي.

فكي يحتج بشرط الإحتفاظ بالملكية الوارد في عقد البيع في مواجهة الدائنين، يجب إثبات ذاتية البضاعة يوم النطق بحكم الإفلاس وهو الوقت الذي يعتد به للتعرف على البضاعة المراد استردادها، فيتحدد بناءً عليه الطرف الذي يرجع عليه البائع المورد في المطالبة بالتعويض أو بالثمن، بحسب ما إذا كان التغيير وعدم وجود البضاعة راجع إلى اندماجها وتحويلها أو تداولها وبيعها إلى مشتري حسن النية.

فالعبرة إذا عند إثبات ذاتية البضاعة المطالب باستردادها ليست بتاريخ تقديم طلب الاسترداد وإنما بتاريخ صدور الحكم المفتوح للإجراءات الجماعية في مواجهة المشتري، فإذا كانت البضائع موجودة بعينها تحت يد المشتري عند صدور هذا الحكم ثم فقدت ذاتيتها بعد ذلك لاختلاطها ببضائع مماثلة مملوكة للمفلس مثلاً فإن خطر ذلك لا يتحملة البائع وإنما يقع على عاتق السنديك - مأمور التقلية - الذي أهمل في النهوض بواجباته⁽²⁾.

(1) راجع د/ علي سيد قاسم، مرجع سابق، ص 54. د/ نبيل إبراهيم سعد، مرجع سابق، ص 44.

د/ بلال إبراهيم حامد مرجع سابق، ص 273.

د/ نبيل إبراهيم سعد، مرجع سابق، ص 55.

(2) راجع د/ علي سيد قاسم، مرجع سابق، ص 102.

كذلك أن تكون البضائع تحت يد المشتري أي في حيازته حتى يتمكن البائع من استردادها، فإذا كان قد تصرف فيها إلى الغير فلا يمكن للمورد الاحتجاج بشرط الإحتفاظ بالملكية هنا والمطالبة باسترداد البضاعة بل ينتقل حقه إلى مجرد التعويض والذي يخضع فيها لقسمة الغرماء أو مطالبة المشتري الثاني بأن يؤدي له الثمن أو الجزء المتبقي منه⁽¹⁾.

فقاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية، تمثل عقبة قد تحول بين البائع وبين استرداده للبضاعة المبيعة تحت شرط الإحتفاظ بالملكية.

حيث أن خروج البضاعة المبيعة من المشتري إلى الغير، من شأنه أن يحول دون إمكانية الاحتجاج بشرط الإحتفاظ بالملكية في مواجهة الكافة وليس الدائنين فقط.

ويزداد الأمر سوءاً إذا كان المشتري المفلس قد استلم الثمن نقداً وفور البيع، إذا يصبح عندئذ البائع المورد دائن عادي يخضع لقسمة الغرماء.

أما إذا كان المشتري المفلس لم يقبض الثمن كله أو بعضه من المشتري منه، فإن المادة 122 من القانون 25 يناير 1985⁽²⁾.

تجبر للبائع - المورد - مطالبة المشتري الثاني مباشرة بأن يؤدي له الثمن كما سبق وأن أوضحنا. وأخيراً يذهب البعض إلى القول بأنه تعتبر البضائع في حيازة المشتري متى دخلت مخازنه أو متى وجدت على الرصيف المخصص له في ميناء الوصول، حيث أن العبارة بالتسليم القانوني لا التسليم الفعلي للبضائع والذي بناءً عليه تنتقل نتيجة الهلاك من البائع إلى المشتري⁽³⁾.

(1) راجع د/ نبيل إبراهيم سعد، مرجع سابق، ص 55.

د/ علي سيد قاسم، مرجع سابق، ص 103.

(2) نفس المرجع.

(3) راجع د/ محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص 127. هامش 1 .

ثالثاً: عدم معارضة مأمور التفليسة للاسترداد:

فقد يعارض مأمور التفليسة طلب البائع لاسترداد المنقولات التي سبق وأن اشترط الإحتفاظ بملكيتها، وذلك متى رأى جدوى الاستمرارية في نشاط التاجر المفلس، وقدر أهمية هذه المنقولات في المشروع وأقالته من عثرته، فحينها ينقضي شرط الإحتفاظ بالملكية ولا يمكن للمورد التمسك باسترداد البضاعة المبيعة، ويتعهد مأمور التفليسة بدفع الثمن أو الإقساط المتبقية منه في ذمة المشتري المفلس.

بالنسبة للقانون الفرنسي الصادر في 1 يوليو 1967، فقد كان يجيز - للسنديك - أن يطالب بتنفيذ العقود التي أبرمها المفلس قبل شهر إفلاسه إذا قدر ضرورة ذلك، على أن ينفذ ما كان قد تعهد به المشتري أمام البائع، فيعترض - السنديك - على الاسترداد متى رأى أهمية استبقاء البضاعة المطالب باستردادها للاستمرار في المشروع مع التزامه بدفع الثمن أو ما بقي منه في ذمة المشتري المفلس فوراً⁽¹⁾.

وأجازت الفقرة 2 من المادة 121 من قانون 25 يناير لسنة 1985 نفس الحكم، مع تعديل يتناسب مع الغاية التي يهدف إليها المشرع وهي إقالة المشروع من عثرته وإنقاذه والعمل على استمراريته، حيث لم يلزم النص الجديد - المدير - بالوفاء الفوري لصعوبة ذلك في ظل إفلاس التاجر، ولكنه حدد الفترة التي يلتزم فيها - المدير - بدفع الأقساط، وجاء فيه "يجوز للمدير أن يعترض على الاسترداد وأنه لا يلزم بالسداد الفوري ولكن في المواعيد التي يحددها القاضي المشرف على الإجراءات الجماعية، على أن لا يتجاوز موعد السداد الفترة المحددة لملاحظة أعمال المشروع الخاضع لإجراءات الإقامة أو التصفية القضائية وهي ثلاثة أشهر تبدأ من تاريخ

(1) راجع د/ علي سيد قاسم، مرجع سابق، ص 104.

الحكم المفتوح للإجراءات الجماعية ويلتزم - المدير - في هذا الفرض بأن يقدم للبائع تأميناً مناسباً يضمن له الحصول على حقه⁽¹⁾.

أما القانون المصري فقد جاء بناءً على نص قانون 3 للمادة 630 من قانون 17 لسنة 1999، نفس حكم القانون الفرنسي القديم حيث اشترط أن يدفع - مأمور التفليسة - الثمن فوراً، كما إنه اشترط أن يمارس لمأمور حقه في الاعتراض على طلب الاسترداد بعد استئذان قاضي التفليسة.

فيجوز للسنديك - أمين التفليسة - إبطال مفعول دعوي الاسترداد عن طريق تمسكه بتنفيذ عقد البيع، متى رأى أن مصلحة جماعية الدائنين تتحقق بتنفيذ العقد، كما لو عاد ذلك التنفيذ على التفليسة بمزايا معينة أو كان من شأنه تجنب الحكم بالتعويض عند عدم التنفيذ، وما يترتب على دفع هذا التعويض من إنقاص أموال التفليسة، أو كان المال المراد استرداده مرتفع القيمة⁽²⁾. وقد نص القانون الليبي كذلك على نفس الأحكام التي جاء بها كل من القانون الفرنسي والقانون المصري، حيث جاء نص المادة 1082 من قانون النشاط التجاري الجديد بالصياغة التالية:

"إذا أفلس المشتري وكان الثمن مؤجل الأداء أو بالتقسيط جاز للمأمور أن يحل محل المفلس في العقد بإذن من القاضي المنتدب، إلا أنه يجوز للبائع أن يطلب ضماناً ما لم يتقدم المأمور بدفع الثمن حالاً بعد خصم الفائدة القانونية، وفي البيع بالتقسيط مع شرط الإحتفاظ بالملكية لا يكون إفلاس البائع سبباً في إلغاء العقد".

(1) راجع د/ علي سيد قاسم، مرجع سابق، ص 104.

د/ محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص 182.

(2) راجع د/ محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص 180، هامش 4 وكذلك نص المادة 1084 من قانون 23 لسنة 2010 بشأن النشاط التجاري السلبي.

نلاحظ من صياغة النص حرص المشرع الليبي على إتمام العقود التي يبرمها المفسر مادام ذلك في مصلحة جماعة الدائنين والمشتري وللتقليسة بصفة عامة، ولكنه اشترط لإتمام مأمور التقليسة لعقود المفسر أن يطلب إذن القاضي المنتدب، وهو نفس الشرط الذي أورده نص القانون المصري كذلك نص المشرع الليبي على تقديم تأمين للبائع لضمان استيفاء حقه وهو ذاته ما جاء به القانون الفرنسي، أي أنه أجاز أن لا يكون الوفاء فوراً فمن الممكن أن يكون الوفاء على دفعات إذا، وهذا يتناسب كما سبق وأن أوضحنا مع غاية المشرع وهي إقالة المشروع من عثرته وإنقاذه من الإفلاس، ومن ثم الوصول إلى تنفيذ العقود بدل إلغائها وذلك للاستفادة من البضائع المتعاقد عليها والتي طالب البائع باستردادها، ويتأكد لنا حرص المشرع الليبي على عدم إلغاء العقود في حالة الإفلاس من الفقرة الأخيرة من المادة 1082 والتي نص فيها على إنه "لا يكون إفلاس البائع سبباً في إلغاء العقد"⁽¹⁾.

فيكون لمأمور التقليسة الاعتراض على طلب الاسترداد عن طريق تمسكه بتنفيذ العقود أما بالوفاء بالتمثن أو بتقديم الضمان الكافي في حالة الدفع على أقساط.

بناءً على كل ما سبق ينقضي شرط الإحتفاظ بالملكية وبالتالي حق البائع في استرداد المنقولات المبيعة من تقليسة المشتري من قام مأمور التقليسة بعرض الوفاء بالتمثن فوراً وعلى أقساط مع تقديم ضمان مناسب.

وبذلك نكون قد انتهينا من عرضنا كافة الشروط الشكلية والموضوعية لممارسة البائع حقه في الاحتجاج بشرط الإحتفاظ بملكية البضائع المبيعة في مواجهة جماعة الدائنين، أما بالنسبة لمدى نفاذ شرط الإحتفاظ بالملكية في مواجهة المتصرف إليهم فقد خصصنا له المبحث التالية...

(1) كذلك نص المادة 1081 من نفس القانون نصت على عدم إلغاء العقد.

المبحث الثاني

الاحتجاج بشرط الإحتفاظ بالملكية في مواجهة المتصرف إليهم

إن إحتفاظ البائع في البيع الائتماني الذي يبرمه مع المشتري بملكية المبيع إلى حين استيفائه كامل الثمن، يترتب عليه أن يبقى البائع وهو المالك الوحيد للمبيع، ولا تنتقل ملكية هذا المبيع إلى المشتري إلا بعد سداد كامل الثمن.

فيكون المشتري قبل سداده للثمن مجرد حائز للمبيع ومن ثم يثور التساؤل حول خصائص حق الملكية التي تنقلها له هذه الحيازة، أي السلطات التي يمكن أن يمارسها المشتري على البضاعة المباعة والنتائج المترتبة على ممارسة هذه السلطات من حيث مدى مشروعيتها، حيث أن مركز المشتري في هذه المرحلة له طابع خاص تماما، وخصوصية هذا المركز تأتي من وجود عقد يربط بين المشتري وبين البائع المحتفظ بملكيته، ينظم علاقة الأطراف في حدود عقد البيع فقط، دون أن ينظم مسألة تحديد سلطات المشتري قبل أن يصبح مالكا عن طريق الوفاء بكامل الثمن⁽¹⁾.

فإذا تصرف المشتري قبل وفائه بالثمن في البضاعة المباعة أو رتب عليها حقا عينيا، في هذه الحالة نتساءل عن مدى صحة هذه التصرفات ومدى تأثيرها على إئتمان البائع، فهل يفقد البائع حقه في الضمان أم انه ينتقل إلى ثمن المبيع في حالة نقل ملكيته إلى الغير، وهل يمكن للمورد والبائع تفادي مخاطر تصرفات المشتري على البضاعة المباعة تحت شرط الإحتفاظ بالملكية. وأخيرا هل يمكن نقل الاستفاداة من شرط الإحتفاظ بالملكية للغير؟.. للإجابة على كل هذه التساؤلات ننظم الخطة التالية:

(1) راجع د/ نبيل إبراهيم سعد، مرجع سابق، ص 41. راجع د/ إبراهيم دسوقي أبو الليل، مرجع سابق، ص 290.

المطلب الأول

مدى نفاذ التصرفات التي يبرمها المشتري على المبيع

يقصد بالتصرفات عادة نوعان من الأعمال وهي:

التصرفات المادية والتصرفات القانونية، التصرفات المادية تهدف إلى إجراء تغيير مادي في الشيء محل الملكية كالبناء في الأرض أو إعدام الشيء باستهلاكه، وسلطة التصرف المادي في الشيء مقصورة على مالكة فقط، والتصرفات القانونية ويقصد بها نقل ملكية الشيء أو تقرير حق عيني عليه سواء كان الحق عيني أصلي متفرع عن حق الملكية أو الحقوق العينية التبعية كالرهن مثلاً.

وسلطة التصرف القانوني ليست مقصورة على المالك، فهي تثبت لكل صاحب حق عيني، إلا أن سلطة المالك تظل أوسع مدى مما لغيره والتصرف المادي ينصب على الشيء ذاته أما التصرف القانوني فينصب على الحق ذاته⁽¹⁾.

وما يهمنا هنا التصرفات القانونية التي يمارسها المشتري دون التصرفات المادية فنقسم هذا

المطلب إلى الفروع التالية:

(1) راجع د/ محمد وحيد الدين سوار، حق الملكية في ذاته، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 1997، ص44، 45.

الفرع الأول

مشروعية تصرفات المشتري في البضاعة المبيعة تحت شرط الإحتفاظ بالملكية

سنحاول من خلال هذا الفرع أن نبين اختلاف الآراء حول تحديد سلطات المشتري على البضاعة المبيعة قبل الوفاء بالثمن ومن ثم نوضح اتجاه القوانين الحديثة في الاعتراف للمشتري ببعض هذه السلطات على البضاعة في فترة الإحتفاظ بالملكية تحقيقاً لمقاصد الأطراف من وراء اشتراطهم لمثل هذا الشرط.

أولاً: سلطات المشتري على البضائع المحتفظ بملكيته:

المقصود بسلطات المشتري على المبيع أي عناصر حق الملكية التي يتمتع بها المشتري في هذه المرحلة وعناصر حق الملكية هي المكينات التي يمارسها المالك على الشيء المملوك له وهي الاستعمال - الاستغلال - التصرف والأصل إن من حق المالك مباشرتها جميعاً على الشيء⁽¹⁾.

أما المشتري فلم يصبح مالكا بعد بل مجرد حائز عرضي أو مجرد واضح يد بحسب رأي البعض، وبما أن الملكية تظل للبائع - والحياسة تنتقل للمشتري فما مدى إمكانية تجزئه حق الملكية في حقوق عينية أخرى غير الحقوق العينية المعروفة والتي ينظمها القانون؟ وهل شرط الإحتفاظ بملكية ينقل للمشتري حق الاستعمال دون حق التصرف سواء للبيع أو بالرهن مثلاً؟ لقد اختلفت الآراء حول! إمكانية الفصل بين مكينات حق الملكية وتجزئته بحيث يبقى بعضها للمالك وينتقل بعضها الآخر للمشتري بالرغم من أنه لم يصبح مالكا بعد وما يترتب على ذلك من نتائج.

(1) راجع د/ محمد وحيد الدين سوار، مرجع سابق، ص 43.

د/ عبدالحميد عبدالله عبدالعال، مرجع سابق، ص 39.

ولكن الراجح هو الاعتراف للمشتري لبعض سلطات المالك في هذه الفترة، ذلك أن القول بعدم أحقية المشتري بممارسة أي من سلطات حق الملكية على البضاعة المبيعه، من شأنه أن يتناقض مع المصالح الاقتصادية المرجوة من البيوع الائتمانية، ويفقد شرط الإحتفاظ بالملكية الكثير من قيمته العملية وخاصة في قطاع التجارة، إذ يترتب عليه تجميد البضاعة المحتفظ بملكيته في مخازن المشتري دون استخدام، في حين أن المشتري تاجر يسعى إلى الوفاء بقيمة الأقساط المستحقة ومصاريف البيع من الأرباح التي يأمل في تحقيقها من وراء الانتفاع بهذه الأشياء المبيعه في حاجات تجارته أو من إعادة تصنيعها أو تحويلها، لذلك نفت محكمة النقض الفرنسية أن تكون الغاية التي توخاها المشرع عندما نظم شرط الإحتفاظ بالملكية بالقانون 335 لسنة 1980 هي عرقلة عمليات التداول التجارية، كل ما هنالك أنه يقع على عاتق المشتري واجب المحافظة على المبيع وأن يبذل بذلك العناية العادية⁽¹⁾.

كما إن الفقه الفرنسي يرى إن عقد البيع المتضمن شرط الإحتفاظ بالملكية ينقل بعض خصائص الملكية في شكل حق عيني وهذا ما تم تحليله علي انه تجزئه لحق الملكية⁽²⁾. فيكون لشرط الإحتفاظ الملكية أثره في الفصل بين مكنات حق الملكية وهي الاستعمال والاستغلال والتصرف، الأول منه ينقل إلى المتصرف إليه الذي يصبح صاحب حق استعمال وانتفاع بالمال الذي بين يديه، بخلاف حق التصرف كحق عيني تقليدي لا يعطي إلا لصاحبه- المالك- كما انه لا يجوز النزول عنه إلا بشرط صريح أو مبرر قوي وينقضي بوفاة صاحبه⁽³⁾. أما بالنسبة للقضاء في فرنسا فعادة ما يشار إلى حكم قديم جدا صادر من غرفة العرائض

والذي وضع المبدأ الآتي:

(1) راجع د/ علي سيد قاسم، مرجع سابق، ص 43، 44.

(2) راجع د/ نبيل إبراهيم سعد، مرجع سابق، ص 15.

(3) نفس المرجع، ص 20.

إن النصوص المنظمة لطبيعة وأثار الملكية لا تعتبر نصوصاً تحريمية وهي لا تستبعد ما يمكن أن يتعرض له حق الملكية من تعديل أو تجزئه.

وبالنسبة لما رآه الفقه من أمكانية تجزئة حق الملكية في القائلون بذلك يستندون إلى مبدأ حرية التعاقد، وإن كان البعض يؤكد على أن هذه الحرية لم تستعمل لا في العمل ولا في القضاء⁽¹⁾.

وحتى بالنسبة للأحكام التي يستشهد بها عادة في تأييد حرية إنشاء حقوق عينية جديدة فإن تقتصر على السماح بإمكانية فصل ملكية العلو عن ملكية السفلى، أو فصل ملكية الثمار أو المنتجات الناشئة عن نفس الأرض⁽²⁾.

فهذه الأحكام التي تسمح بإنشاء حقوق عينية جديدة تكون نتيجة لتجزئة حق الملكية إلى حقوق من نفس النوع كحق ملكية السطح، كما أن مبدأ الحرية التعاقدية في إنشاء الحقوق العينية يصطدم بعدة عقبات هي:

1. بما أن الأمر يتعلق بحق عيني مطلق فإنه يلزم الكافة باحترامه وهذا يتناقض مع مبدأ نسبية أثر العقد المنشئ للحق.
2. إنشاء حقوق عينية يرتبط دائماً بوجود إجراءات ووسائل للشهر أو العلنية حتى يعلم به الغير، وهذه الإجراءات لا يتصور وجودها إلا بالنسبة للحقوق والتصرفات التي ينظمها القانون.

(1) راجع د/ نبيل إبراهيم سعد، مرجع سابق، ص 18.

راجع د/ إبراهيم دسوقي أبو الليل، مرجع سابق، ص 293 هامش 642.

(2) راجع في تحديد ملكية العلو وملكية السفلى وملحقات حق الملكية المرجح التالي

راجع د/ عبدالحميد عبدالله عبدالعال، مرجع سابق، ص 39، ص 75.

3. النظام العام المتعلق بطريقة مباشرة بوسائل انتقال الأموال وسلامة الاتفاقات يجعل من الصعب القول باستطاعة الأطراف إنشاء حقوق عينية جديد قابلة للاحتجاج بها في مواجهة الكافة⁽¹⁾.

وقد تولى القائلون بإمكانية تجزئة حق الملكية، تنفيذ هذه الاعتراضات بالقول "إنه في وسائل المنقول الحياة تقوم مقام العلنية اللازمة لإعلام الغير، وهكذا فإن بيعاً متضمناً شرط الإحتفاظ بالملكية يتعاصر معه دائماً تسليم البضاعة محل النزاع، كما أن الأمر لا يتعلق بإنشاء حق عيني جديد، ولكن مجرد تجزئته لحق الملكية"⁽²⁾.

علاوة على ذلك نص القانون على غالبية صور الحق العيني والتي كانت نتيجة لتجزئة حقوق سابقة وبناء عليه يمكننا إن نتصور غيرها وقد انتهى هذا الرأي إلى أنه لا يوجد في فرنسا لا يمنع من تشجيع التطور والأخذ بما وصل إليه الألمان كما سنرى من إقرار حق Anwartschaftsrecht أي حق في مرحلة التكوين أو حق احتمالي، بما يحققه الأخذ بهذا الرأي من مزايا وهي:

1. توافق الحقيقة الاقتصادية مع القانون، ففي أي شيء يستخدم استلام أدوات التجهيز المبيعة تحت شرط الإحتفاظ بالملكية إذا كان المتصرف إلية لا يستطيع استعمالها.
2. الأخذ في الاعتبار الطابع الديناميكي المتطور وليس الطابع الثابت الحال لكل عملية.

(1) راجع د/ إبراهيم دسوقي أبو الليل، مرجع سابق، ص 294 هامش 642.

د/ نبيل إبراهيم سعد، مرجع سابق، ص 16.

(2) راجع د/ نبيل إبراهيم سعد، نفس المرجع، ص 21.

3. كذلك الأخذ في الاعتبار الحالة النفسية للمشتري الذي يعتبر نفسه مالكاً وليس مجرد واطع يد، إضافة إلى قبوله للأعباء التي يفرضها عليه المورد بطريق التعاقد كتحمل تبعات الهلاك⁽¹⁾، وتأمين المخاطر... إلخ.

4. إخراج مركز المشتري من نطاق القوة الملزمة الروابط التعاقدية التي وضع فيها أساساً⁽²⁾.
أما بالنسبة للفقهاء والقضاء الألماني: فإن الفقهاء الألمان يجمعون على أن المشتري في البيع المتضمن الإحتفاظ بالملكية لم يصبح مالكا بعد⁽³⁾. ولكنه صاحب حق يسمى بالألمانية Anwartschaftsrecht أي حق في دور التكوين أو في مرحلة الترقب، على البضائع المتنازع عليها ويرى بعض الفقهاء أن خصائص هذا الحق تنحصر في حيازة البضائع ورخصة التصرف في هذا الحق، بينما يرى البعض الآخر أن مكونات هذا الحق تنحصر في الحيازة والحق في الاستعمال والتمتع بهذه البضائع. واختلفت الآراء حول طبيعة هذا الحق⁽⁴⁾.

وقد أخذ القضاء الألماني بالرأي القائل بأن هذا الحق عبارة عن حق عيني حقيقي تابع لعقد البيع، بحيث يختفي هذا الحق إذا لم يدفع الثمن ويستخدم القضاء الألماني تعبيرات مختلفة

(1) كما نعلم فإن نتيجة الهلاك في القانون الفرنسي تقع على المالك، فهي لا تنتقل بالتسليم، وإحتفاظ البائع بالملكية يعني أن تبعة المخاطر تقع عليه حتى ولو سلم البائع للمشتري، إلا أنه قد يشترط في العقد على المشتري تحمل تبعة المخاطر، وهو شرط جائز لأن قاعدة تبعة الهلاك على المالك ليست من الأمور المتعلقة بالنظام ويجوز الاتفاق على مخالفتها.

(2) راجع د/ نبيل إبراهيم سعد، مرجع سابق، ص 22.

(3) راجع د/ محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص 121.

(4) هناك من قال إنه حق شخصي ومن قال بأنه حق عيني تابع لعقد البيع واتجاه آخر يرى بأنه حق ذو طبيعة خاصة يجمع بين صفات الحق الشخصي والحق العيني راجع في تفصيل ذلك د/ نبيل إبراهيم سعد، مرجع سابق.

للدلالة على هذا الحق مثل - حق مقارب للحق في كامل هيئته - مجرد مرحلة للملكية - هذا الحق لا يعدو أن يكون حقا للملكية ولكن في درجة أقل وإن كان من نفس الطبيعة⁽¹⁾.

وليس هناك ما يمنع المشتري من التصرف في هذا الحق طبقا لوسائل نقل الملكية فإذا تم الوفاء بكامل الثمن فإن حق الملكية ينتقل مباشرة من المورد - والبائع - إلى المتصرف إليه الثاني، دون أن يمر بذمة المشتري الأول.

كما إن الحجز الذي يقوم به أحد الدائنين - دائني المتصرف إليه الأول - قبل الوفاء بالثمن لا يضر بالمتصرف إليه الثاني، لأنه لا يحتج به في مواجهته⁽²⁾.

وقد ظهرت اثر ذلك فكرة ازدواجية حق الملكية على نفس الشيء وجوهر هذه الفكرة يدور

حول:

أن خصائص كل من حق المتصرف إليه - المشتري - وحق المورد - البائع - تعتبر في حقيقتها من نفس الطبيعة وقد لاحظ البعض أن كلا من المورد والمتصرف إليه ليس لذيهما معا من السلطات أكثر مما هو لدى المالك - بمفرده - فهما معا المالك، والمركز القانوني للأول قد انتقص بما آل للثاني من سلطات⁽³⁾.

كما قال البعض بانقسام حق الملكية⁽⁴⁾.

(1) راجع د/ محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص 122.

د/ نبيل إبراهيم سعد، مرجع سابق، ص 18.

(2) راجع د/ محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص 121.

د/ نبيل إبراهيم سعد، مرجع سابق، ص 18.

(3) راجع د/ نبيل إبراهيم سعد، مرجع سابق، ص 19.

(4) ويقول هؤلاء حق الملكية ينقسم قسمة كيفية ترد على جزء من هذا الحق دون أن يؤدي دفع قسط إلى انتقال إضافي وقسمة كيفية، ترد على خصائص الملكية، ولكن دون أن يحدد هؤلاء الأساس الذي يستندون إليه في إقرارهم لهذا التقسيم.

فتثبت الحيابة والاستعمال للمتصرف إليه - المشتري - أما الضمان والتصرف في الحق فتبقى للمورد - البائع - المالك الحقيقي. ويدخلون حق المتصرف إليه ضمن طائفة الحقوق العينية الواردة على سبيل الحصر. غير أن هناك شك في هذا التحليل على أساس أنه يأخذ الموضوع من زاوية الثبات أي الوضع وقت التعاقد دون النظر إلى ما قد يطرأ في المستقبل من متغيرات وعليه يقول أحد الفقهاء "بأنه ينبغي أن يأخذ الوضع في الاعتبار من منظور الحركة لا الثبات - ومن زاوية الاستخلاف الذي يتم على نفس الحق بين المالك السابق - المورد - والمالك اللاحق - المشتري - فحق التمني أو الترقب بحسب ما أطلق عليه الفقه، يمثل مرحلة انتقالية لفقدان الحق من جانب مالكة القديم واكتساب هذا الحق من جانب مالكة الجديد، هذا التطور يصل إلى منتهاه عندما يتم دفع الثمن"⁽¹⁾.

وأخيراً فإنه لم يعد من المتنازع فيه في الوقت الراهن إن حق المشتري المرتقب طبقاً للفقه الألماني يعد حقا عينيا جديداً⁽²⁾.

فيحتج به في مواجهة الآخرين، ويجوز للمشتري أن يقتضي حمايته طبقاً لقواعد المسؤولية التقسيمية في حالة الاعتداء عليه من الغير.

ويجوز له التصرف فيه على سبيل الضمان لصالح المصرف الذي يمنحه الائتمان. وباستقراء رأي الفقه المصري، نستنتج أنه يرى أن المشتري يكون مالكا للمبيع تحت شرط واقف وذلك قبل أن يتم الوفاء بكامل الثمن، والذي انتقل إليه بتسليم هو الحيابة - حيابة المبيع أما الملكية فانتقلت موقوفة بالمبيع - ولكن ذلك لا يمنع المشتري من أن يتصرف في هذه الملكية

(1) راجع د/ نبيل إبراهيم سعد، مرجع سابق، ص 19، 20.

(2) راجع د/ محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص 122.

الموقوفة، ويكون تصرفه هو أيضا معلقا على شرط واقف⁽¹⁾، أي أنه لا يكون تصرفا باتا ومنجزا، فيجوز له أن يتصرف في المبيع بالبيع والرهن ويكون المشتري منه مالكا تحت شرط واقف، كما يكون للمرتهن حق رهن على شرط واقف، وإذا كان المبيع منقولا وتصرف فيه المشتري تصرفا باتا لمشتري حسن النية، فقد تملكه تملكا باتا بموجب الحيازة، ولا يعتبر المشتري الأول هنا مبددا، لأن التبديد يقتضي قيام عقد معين وليس البيع بالتقسيط من بينها، ولا يخفي على أحد إن عدم اعتبار المشتري مبددا عند تصرفه فالمبيع أمر يجرى على غير ما يشتهي البائع⁽²⁾.

ذهب البعض إلى القول بأن هذا التفسير يجرّد شرط الإحتفاظ بالملكية من قيمته كأداة ضمان، حيث ينعدم الضمان الذي يسعى إليه البائع من وراء تضمينه عقد البيع مثل هذا الشرط. كما أن هذا التفسير يؤدي إلى تعقيد الأمور تعقيداً لا مبرر له وذلك بإعطاء المشتري سلطة التصرف في الشيء المبيع، حتى وإن كانت هذه التصرفات موقوفة على إتمام البيع الأول وانتقال الملكية للمشتري، خاصة إن حق المشتري لا يعدو أن يكون حقا غير مؤكد واحتمالي.

كما يذهب هذا الرأي على خلاف ما ذهب إليه الفقه الألماني الذي استوحى منه المشرع النص وكذلك الفقه الفرنسي، إلى أن البائع يحتفظ بالملكية ولا يكون للمشتري إلا حق استعمال الشيء المبيع والتصرف في هذا الحق وفي هذه الحدود فقط.

بناء على ذلك يقول البعض أن قصد المشرع مما ورد في المادة 1/430 من القانون المدني المصري يفيد أن البائع يحتفظ بالملكية إلى أن يستوفي كل الثمن حتى ولو سلم المبيع قبل ذلك، وإن الغرض من هذا الشرط هو تحقيق ضمان قوي أبلغ من فسخ البيع بعد أن تكون الملكية قد انتقلت.

(1) راجع د/ محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص 220.

(2) راجع د/ عبدالرزاق أحمد الشهوري، الوسيط، ج4، المجلد الأول، ص 173.

لذلك جاءت المادة 42 من القانون رقم 100 لسنة 1957 وحظرت على المشتري التصرف في المبيع قبل الوفاء بالثمن دون موافقة البائع، وإلا فهو يتعرض عند مخالفته لهذا الخطر لجزاء جنائي⁽¹⁾.

فيكون بذلك هذا الرأي تأييدا للاحتجاج بشرط الإحتفاظ بالملكية في مواجهة المتصرف إليه، فتوجه إليه كافة الانتقادات التي تعرض لها هذا الرأي في كل من الفقه الفرنسي والألماني، وتتصرف إليه كافة الاجتهادات السابقة، ومنها أن منع المشتري من ممارسة سلطات المالك على الشيء المبيع يتعارض مع ما تتطلبه التعاملات الاقتصادية من حرية التداول والتشجيع على التبادل التجاري⁽²⁾. وغير ذلك من الانتقادات التي عرضناها سابقا.

بعد عرضنا للاتجاهات الفقهية والقضائية المعاصرة في تحديد مدى أمكانية تجزئة حق الملكية ومن ثم الفصل بين مكنات حق الملكية لإثبات بعض السلطات للمشتري على البضاعة المسلمة إليه قبل وفائه بالثمن نستنتج إنه إذا لم يتم الاتفاق في عقد البيع على السلطات التي يتم منحها للمشتري في فترة الإحتفاظ بالملكية فإن ذلك يدفعنا إلى الرجوع إلى القواعد العامة التي تحدد سلطات وحقوق المشتري على المبيع قبل سداده ثمنه واقعا وقانونيا "أي من ناحية نظريه":

من ناحية نظريه بحثه:

المشتري لا يملك أية سلطة حيال الأشياء التي اشتراها دون إن يسدد ثمنها إلا أن القانون لا يفرض عليه أي جزاءات عند مخالفته للالتزام الذي يقع على عاتقه بعدم التصرف في المبيع

(1) راجع د/ إبراهيم دسوقي أبو الليل، مرجع سابق، ص30. هامش 662.

(2) راجع د/ نبيل إبراهيم سعد، مرجع سابق، ص25.

قبل سداد الثمن، سوى ذلك جزاء المدني المتمثل في الحكم بالتعويض والذي ستكون فاعليته نسيبه للغاية إذا ما كان للمشتري غير موسر⁽¹⁾.

أما على نطاق الجزاء الجنائي فإن عقد البيع لا يعتبر من عقود الأمانة وبالتالي عند تصرف المشتري في المبيع في فترة الإحتفاظ بالملكية لن تتوافر جريمة خيانة الأمانة⁽²⁾.

وعليه فإن عدم اقتران شرط الإحتفاظ بالملكية بجزاء يطبق في حالة مخالفة المشتري لأحكامه تجعل فاعليته محدودة بعض الشيء⁽³⁾.

أما من ناحية واقعيه:

فلا يمكن حرمان المشتري الذي لم يسدد ثمن استعمال الأشياء التي في حيازته، وكذلك الانتفاع بها وإلا كان التسليم عديم الفائدة بالنسبة له، وإن كان هذا الانتفاع قد يثير بعض المشكلات في حالة استرداد البائع للأشياء المبيعه إذا تخلف المشتري عن سداد الثمن⁽⁴⁾.

كما يمكن للمشتري الذي لم يدفع ثمن البضاعة والذي لم يصبح مالكا بعد أن يبيعه إلى شخص آخر - أي أن يتصرف فيها بنقل ملكيتها للغير - وهذا الغير يصبح حائزا.

(1) راجع د/ إبراهيم دسوقي أبو الليل، مرجع سابق، ص 290.

د/ نبيل إبراهيم سعد، مرجع سابق، ص 43.

(2) راجع د/ محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص 115.

د/ نبيل إبراهيم سعد، مرجع سابق، ص 43.

د/ إبراهيم دسوقي أبو الليل، مرجع سابق، ص 300، هامش 663.

(3) راجع د/ إبراهيم دسوقي أبو الليل، مرجع سابق، ص 291.

(4) راجع د/ محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص 116.

د/ إبراهيم دسوقي أبو الليل، مرجع سابق، ص 291.

د/ نبيل إبراهيم سعد، مرجع سابق، ص 43.

فإذا كان المتصرف إليه الحائز حسن النية⁽¹⁾، أي لا يعلم بعدم ملكية البائع - المشتري الأول - للبضاعة المباعة فإنه يستطيع أن يدفع مطالبة المالك - البائع الأول - بقاعدة الحيابة في المنقول بحسب نية سند الملكية⁽²⁾. طبقاً للمادة 2269 من القانون الفرنسي^(*) وحسن النية يكون مفترضاً وعلى من يدعي العكس أثبات ذلك⁽³⁾. فإذا استطاع البائع إثبات سوء نية المتصرف إليه الثاني، حاز له استرداد المبيع ولا يكون للمتصرف إليه الثاني الحق في مطالبته بالثمن الذي اشترى به المبيع من المشتري الأول⁽⁴⁾.

وإذا كان للبائع - المالك - التمسك بأحكام بيع ملك الغير⁽⁵⁾، وقابليته للإبطال فإنه في الواقع بطلان نسبي لا يمكن أن يطالب به إلا من المشتري نفسه⁽⁶⁾. - أي المتصرف إليه الثاني

(1) راجع في تفصيل أكثر حول مفهوم حسن النية . د/ جمال خليل بشار، النية وأثرها في البناء في ملك الغير، دار الجامعة الجديدة، 1999، ص 11 وما بعدها. د/ عبدالحليم عبداللطيف القوني، حسن النية وأثرها في التصرفات، جامعة المنوفية، 2004، ص 504. د/ محمد جمال عيسى، بحث بعنوان "حسن النية في العقود" منشور في المجلة القانونية الاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة الزقازيق، ع23، 2008.

(2) راجع د/ إبراهيم دسوقي أبو الليل، مرجع سابق، ص 291. د/ نبيل إبراهيم سعد، مرجع سابق، ص 46. د/ محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص 117
(*) تقابلها المادة 980/ق 1 من القانون المدني الليبي.
والمادة 976 / ق 1 من القانون المدني المصري.

(3) راجع د/ علي سيد قاسم، مرجع سابق، ص 47.

(4) راجع د/ سليمان مرقص، عقد البيع، القاهرة، 1990، ص 113.

(5) راجع في أحكام بيع ملك الغير د/ أنور سلطان، العقود المسماة، شرح عقدي البيع والمقايضة، دار النهضة العربية، بيروت، سنة 1930، ص 323.

كذلك بالنسبة للأحكام العامة لبيع ملك الغير، المستشار/ أنور العمروسي، البيوع الباطلة في القانون المدني، دار محمود للنشر والتوزيع، القاهرة، ص 164، د/ جمال الكامل، أحكام بيع ملك الغير، ط3، د/ عبدالرحمن أحمد جمعة الحالشة، الوجيز في القانون المدني الأردني، عقد البيع، دار وائل للنشر، ط1، سنة 2005، ص 573، د/ لاشين محمد يونس الغياني، البيع ملك الغير، مكتبة جامعة طنطا للنشر، ط1، س 1986، ص 23.

(6) راجع في حقيقة فكرة القابلية للإبطال، د/ حمدي المغروي محمد عرفة إجازة العقد القابل للإبطال، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، كلية الحقوق، سنة 2008، ص 248. كذلك د/ سمير عبدالسيد تناغو، مصادر الالتزام، منشأة المعارف، الإسكندرية، سنة 2005، ص 103. د/ رمضان جمال كامل، مرجع سابق، ص 322.

- أما المالك الحقيقي فلا يستطيع التمسك بالإبطال لأنه ليس طرفاً في العقد، ولكن يمكن جعل هذا العقد صحيحاً بأن يصبح البائع - المتصرف إليه الأول - مالكا، وذلك عن طريق دفعه للثمن إلى البائع الأصلي - المالك⁽¹⁾.

ثانياً: الاعتراف بنفاذ تصرفات المشتري في مواجهة المالك الأصلي قانوناً:

لقد استقرت آراء الفقهاء الفرنسيين والألمان على إمكانية تجزئة حق الملكية في حقوق عينية جديدة والاعتراف بإقرار حق في مرحلة التكوين أو حق مرتقب للمشتري على البضاعة المبيعة ومن ثم تمتع المشتري ببعض السلطات على المبيع المحتفظ بملكيته.

لكن بالرجوع إلى القوانين الحديثة وبالتحديد النصوص المنظمة لعقد البيع نجد أنها تتفق جميعاً على أن البيع حتى يصبح عقداً ناقلاً للملكية من البائع إلى المشتري فإنه يجب أن يكون البائع مالكا للشيء المبيع⁽²⁾، ذلك أن فاقداً لشيء لا يعطيه.

والمشتري تحت شرط الاحتفاظ بالملكية لا يعتبر قبل تمام الوفاء بالثمن مالكا للمبيع، ومن ثم إذا قام ببيعه أو رهنه قبل تحقق هذا الشرط الواقف فإن ملكية المبيع لا تنقل إلى المتصرف إليه، ويعتبر المشتري الأول بائع لملك الغير إذا أبرم مع المتصرف إليه عقد منجزاً، وبالرجوع إلى أحكام بيع ملك الغير⁽³⁾، نقول أن هذا البيع قابل للإبطال لمصلحة المتصرف إليه فإذا لم يطالب المشتري الثاني - المتصرف إليه - بإبطاله كان العقد صحيحاً بين المتعاقدين ولكنه غير نافذ في مواجهة المالك الأصلي إلا إذا قام بإجازته⁽⁴⁾. فيقر بذلك تصرف المشتري على المبيع

(1) راجع د/ إبراهيم دسوقي أبو الليل، مرجع سابق، ص 292.

(2) راجع د/ نبيل إبراهيم سعد، عقد البيع، مرجع سابق، ص 155.

كذلك نص المادة 407 من القانون المدني الليبي.

نص المادة 418 من القانون المدني المصري.

(3) راجع نص المادة 453 من القانون المدني الليبي والمادة 466 من القانون المدني المصري.

(4) راجع د/ حمدي المغوري محمد عرفة، إجازة العقد القابل للإبطال، مرجع سابق، ص 240.

ويصبح حينها العقد نافذاً في حقه وينقلب صحيحاً كذلك الحكم إذا انتقلت ملكية المبيع من المالك إلى البائع - المشتري الأول - بعد صدور العقد الثاني⁽¹⁾. ولكن البائع قبل ذلك لا يمكن أن يطالب بإبطال العقد الثاني لأنه ليس طرفاً فيه⁽²⁾. ويكون بإمكانه فقط أن يرجع على المشتري بالثمن والتعويض⁽³⁾. فإذا كان المشتري معسراً أو مفلساً فيدخل المالك كدائن عادي يخضع لقسمة الغرماء وهذا بالطبع يضعف دور شرط الإحتفاظ بالملكية فالضمان.

أما المتصرف إليه الثاني فيكون له أن يدفع في مواجهة المالك إذا طالب بالاسترداد بالحيازة، لأنه يكون قد اكتسب الملكية ليس بناء على العقد القابل للإبطال وإنما استناداً إلى مبدأ "حيازة المنقول بحسن نية سند الملكية" وحسن النية مفترض⁽⁴⁾. وعلى من يدعي سوء نية المتصرف إليه الثاني أي علمه بعدم ملكية البائع المبيع - يقع عبء الإثبات، ويمكنه إثبات ذلك بكافة طرف الإثبات⁽⁵⁾.

فإذا ما اكتسب المتصرف إليه الثاني ملكية المبيع بالحيازة بحسن نية لم يستطع المالك الحقيقي أن يسترد منه⁽⁶⁾. ولكن إذا أثبت المالك الحقيقي سوء نية المتصرف إليه فإنه يثبت له

-
- (1) راجع نص المادة 1/456 من القانون المدني الليبي. والمادة 1/467 من القانون المدني المصري.
 - (2) ويكون العقد هنا قابلاً للأبطال وغير نافذ في ذات الوقت وهذا الوضع يشير الجدل نوعاً ما نظراً للازدواجية الجزاء، راجع في ذلك د/ نبيل إبراهيم سعد، عقد البيع، مرجع سابق، ص 158،
 - (3) راجع د/ نبيل إبراهيم سعد، عقد البيع، مرجع سابق، ص 102. د/ علي السيد قاسم، مرجع سابق، ص 103.
 - (4) بحسب ما نص عليه القانون المدني الليبي م 969 ف3 والقانون المدني المصري م 965 ق3. في مدى اشتراط حسن النية في بيع ملك الغير راجع د/ مبارك عبدالمحسن عجبر حمدان، التزام البائع بضمان تعرض لغير في القانون المصري والكويتي، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، كلية الحقوق، 2009، ص 110.
 - (5) نص المادة 968 من القانون المدني الليبي، والمادة 964 من القانون المدني المصري.
 - (6) راجع د/ علي سيد قاسم، مرجع سابق، ص 47. د/ نبيل إبراهيم سعد، الملكية كوسيلة للضمان، مرجع سابق، ص 46.

حق الاسترداد، ولا يكون للمتصرف إليه حق مطالبته بالثمن الذي اشترى به المبيع من المشتري الأول⁽¹⁾. هذا بالنسبة للنصوص المنظمة للبيع بصفه عامه.

وبالرجوع إلى النصوص المنظمة لشرط الإحتفاظ بالملكية.

فإن القانون الفرنسي رقم 98 لسنة 1985 أجاز للمشتري أن يتصرف في المبيعات المحتفظ بملكيته لأن ذلك يتناسب مع الحالة النفسية التي يوجد فيها المشتري الحائز للمبيع الذي يتصرف كمالك وتحقيقاً للمصالح الاقتصادية من وراء هذا الشرط الذي حتماً لم يتم أدراجه لعرقلة حركة النشاط التجاري والوقوف حجر عثرة في موجة المتعاملين، ولكنه في المقابل وحتى لا يضيع حق البائع في الضمان فقد أجاز له الرجوع على المشتري الثاني بالثمن حيث قرر المشرع الفرنسي في المادة 122 من القانون رقم 98 الصادر في 25 يناير 1985، للبائع تحت شرط الإحتفاظ بالملكية دعوى مباشرة من مواجهة الغير - المشتري الثاني - تجيز له أن يطالبه بالوفاء بالثمن كله أو بأقساطه المستحقة والثابتة في ذمته، وتعتبر هذه القاعدة تطبيقاً لمبدأ قديم يقرر أن ثمن الشيء يحل محله⁽²⁾.

وذلك يتحقق فقط في حالة ما إذا كان - المشتري الأول - البائع لم يقبض الثمن فوراً من المشتري الثاني - المتصرف إليه - سواء كله أو بعضه، إما إذا كان البيع الثاني قد تم نقداً وقبض البائع الثاني - المشتري - الثمن من المشتري الثاني - المتصرف إليه - فور البيع، يسوء موقف المالك الأصلي حيث يصبح مجرد دائن عادي يخضع لقسمه الغرماء في حالة إفلاس المتصرف إليه الأول، إما في حالة يساره فإنه يرجع عليه بالتعويض والباقي من الثمن⁽³⁾.

(1) راجع أ/ حمزة شرايين، الملكية كوسيلة لدعم الائتمان، مرجع سابق، ص 111.

(2) راجع د/ علي سيد قاسم، مرجع سابق، ص 48.

(3) راجع د/ علي سيد قاسم، مرجع سابق، ص 103. وقد جاء هذا الحم أيضاً في المادة 66 من القانون رقم 563 الصادر في 13 يوليو 1967 بعد تعديلها في 12 مايو 1980.

أخيراً فإن أحكام القانون الفرنسي الخاصة بشرط الإحتفاظ بالملكية تنظم فقط شرط الإحتفاظ بالملكية البسيط فلا يمتد نفاذ هذا الشرط على البضاعة في يد المتصرف إليه الثاني وذلك بعكس شرط الإحتفاظ بالملكية الممتد.

والذي يأخذ به القانون الألماني والذي ينفذ على البضاعة في يد الغير.

كما أن محكمة النقض الفرنسية لم تتردد لحظة في عدم جواز نفاذ شرط الإحتفاظ بالملكية في مواجهة المتصرف إليهم، رغم صدور القوانين المعززة لشرط الإحتفاظ بالملكية، حيث قررت محكمة النقض في أكثر من مناسبة أن النصوص المنظمة لهذا الموضوع - الشرط - وأحقية البائع في استرداد المبيع لا تشكل استثناءً على نص المادة 2279 مدني التي تقرر مبدأ الحيازة بحسن نية، وعليه فإن المالك ليس له أن يطالب استرداد المبيع من المتصرف إليه الثاني إلا إذا أثبت علمه بعدم ملكية البائع الثاني للمبيع⁽¹⁾. ذلك أن المادة 2279 ترمي إلى استقرار التصرفات الواردة على المنقولات لتسهيل تداولها.

كذلك الحال بالنسبة للقانون الألماني حيث قرر نفس المبدأ، فطبقاً للمادة 932 بممتلك المتصرف إليه الشيء ولو لم يكن مملوكاً للمتصرف بشرط أن يكون التصرف قد أبرم وفقاً للمادة 929 أي أن ينتقل الشيء إلى المتصرف إليه وأن يتم الاتفاق على نقل ملكيته بين المتصرف والمتصرف إليه، فالنص يقيم قريته مؤداها أن حائز الشيء هو مالكة وهذا ما يحقق نوعاً من استقرار النشاط التجاري، حيث أن من يشتري بضاعة ممن يحوزها ليس ملزماً بالتحري عن

(1) يتعلق الحكم ببضاعة تم تصرف المشتري منها من خلال تظهير سند الشحن وتسليمها للمتصرف إليه، رفضت المحكمة طلب البائع الأصلي استرداد البضاعة التي يحتفظ بملكيتها من المتصرف إليه الثاني الذي اكتسب ملكيتها بمجرد حيازته للسند بحسن نية. راجع د/ محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص 227. هامش 2. راجع/ د اشرف عبدالرازق ويح، الوسيط في البيع بالتقسيط، مرجع سابق، ص 219.

ملكيتها لها، وبناءاً على ذلك إنه إذا تصرف المشتري في البضاعة إلى الغير حسن النية سقط حق البائع في استردادها من بين يدي المتصرف إليه الثاني إلا إذا أثبت سوء نيته⁽¹⁾.

بالنسبة للقانون المصري فإن النصوص المنظمة لشرط الإحتفاظ بالملكية سواء في القانون التجاري القديم 1957، أو حتى في القانون التجاري الجديد 1999، تجيز دائماً للمشتري التصرف في المبيع المحتفظ بملكيته ولكن بضوابط وشرط حتى لا يضحى بمصلحة البائع المحتفظ بالملكية في مقابل تحقيق مصلحة المشتري - البائع الثاني - فكما ذكرنا سابقاً فإن المشرع المصري قد حظر في المادة 212 من القانون 100 لسنة 1957 على المشتري أن يتصرف بدون إذن سابق من البائع بأي من أنواع التصرفات في السلعة محل البيع بالتقسيط قبل الوفاء يثمنها، وذلك حتى أن لم يتضمن العقد شرط الإحتفاظ بالملكية، كما حرمت المادة 45 التصرف في الشيء المبيع قبل الوفاء بكامل الثمن وفرضت عقوبة في حالة مخالفة أحكامها⁽²⁾. ويكفي إثبات الإذن بكافة طرق الإثبات حيث لم يشترط هذا القانون الإثبات كتابة⁽³⁾.

كذلك أكدت نصوص القانون الجديد على عدم جواز الاحتجاج بشرط الإحتفاظ بالملكية على الغير إلا إذا كان ثابتاً في ورقة ذات تاريخ ثابت وسابق على حق الغير طبقاً للمادة 106 ف2 من القانون رقم 17 لسنة 1999. أما المادة 107 من ذات القانون فاشتراط أن يكون التصرف بناءً على إذن مكتوب من البائع سواء كان الإذن معاصراً أو لاحقاً للتصرف حيث لم تشترط هذه المادة الإذن السابق فتكون إذا الإجازة اللاحقة كالوكالة السابقة⁽⁴⁾.

(1) راجع د/ محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص 228.

(2) راجع د/ علي سيد قاسم، مرجع سابق، ص 48. حيث جاء فيها أن عقد المخالف لهذا الحكم هي الحبس مدة لا تزيد عن 3 شهور وغرامة لا تتجاوز 100 دنية أو بإحدى هاتين العقوبتين". كذلك د/ محمد عزمي البكري، موسوعة الفقه القضاء في القانون المدني، سابق الإشارة إليه ص 307، 308.

(3) راجع/ د اشرف عبدالرازق ويح، مرجع سابق، ص 223.

(4) راجع/ د اشرف عبدالرازق ويح، مرجع سابق، ص 223.

وأكدت على أن ما يجريه المشتري من تصرفات على المبيع قبل سداد الثمن لا يكون نافذاً من حق البائع إذا اثبت سوء نية المتصرف إليه، أي عمله وقت إجراء التصرف بأن المشتري لم يدفع الثمن كاملاً. فيجوز للبائع أن يطالب المشتري بأداء الأقساط الباقية فوراً إذا تصرف في المبيع مخالفة للخطر الوارد في النص، كما أن هذا النص أقر جزاءً يوقع المشتري المخالف يتمثل في الحبس مدى لا يتجاوز ستة أشهر والغرامة التي لا تتجاوز 500 جنية أو بإحدى هاتين العقوبتين⁽¹⁾.

لقد أخذ المشرع الليبي بنفس حكم المشرع المصري من حيث نفاذ شرط الإحتفاظ بالملكية في حق المتصرف إليه، وذلك في نص المادة 520 من قانون النشاط التجاري الجديد 2010، بشرط ثبوته كتابة في ورقة ذات تاريخ ثابت⁽²⁾.

فالراجح في رأينا أن لفظ - أي كان - يشمل المتصرف إليهم، حيث جاء في النص أنه يجوز الاحتجاج بالإحتفاظ بالملكية قبل - أي كان - إذا ثبت ذلك من ورقة ثابتة التاريخ...⁽³⁾. ويمكن تفسير ذلك بأن المشرع الليبي اشترط الكتابة في ورقة ثابتة التاريخ فقط ولم يشترط أن تكون هذه الكتابة سابقة على ثبوت حق الغير - المتصرف إليه مثلاً-⁽⁴⁾.

وعليه فإن شرط الإحتفاظ بالملكية يكون نافذاً قبل أي كان بما فيهم المتصرف إليهم، متى كان مكتوباً ولم يشترط القانون الليبي شكل معين في الكتابة ولا أسبقيتها على حق الغير فتكون في أي وقت.

(1) راجع د/ نبيل إبراهيم سعد، مرجع سابق، ص 25 راجع/ د اشرف عبدالرازق ويح، مرجع سابق، ص 224.
(2) وهو نفس حكم القانون القديم 1953 والذي نص عليه في المادة 108 من القانون التجاري الليبي.
(3) رجع نص المادة 108 - من القانون 23 لسنة 2010 بشأن النشاط التجاري الليبي.
(4) وقد ذكرنا سابقاً أن القانون الليبي اشترط أسبقية الكتابة على ثبوت حق الدائنين، وذلك للاحتجاج بهذا الشرط في مواجهتهم.

يترتب على ذلك أننا أصبحنا أمام حكم خاص يشكل استثناءً على قاعدة الحيابة في المنقول، في كل من القانونين المصري والليبي.

ومن ثم فإذا قام المشتري بالتصرف في البيع إلى الغير فإن هذا التصرف لا ينفذ في حق - البائع - المالك - وذلك دون حاجة إلى تكليف بإثبات سوء نية المتصرف إليه وقت إجراء التصرف فشرط الإحتفاظ بالملكية بناءً على هذا الحكم الخاص في كل من القانون الليبي والقانون المصري، ينفذ في مواجهة المتصرف إليه طالما كان ثابت التاريخ وفي وقت سابق على إجراء التصرف بحسب نص المواد 106 - 107 من القانون التجاري المصري الجديد، والمادة 520 من القانون التجاري الليبي الجديد.

وهذا في الواقع يعتبر تطوراً مشهوداً في مجال المعاملات الاقتصادية واستمرارها. وإن كان يلقي بالعبء على مشتري البضائع بأن يتأكد في كل مرة يتعامل فيها من ملكية الحائزين لها، وبأنها ملكية ثباته غير موقوفة على شرط الإحتفاظ بملكيتها لصالح أحد الموردين⁽¹⁾.

ولكن مما يخفف من وطأة ذلك أن هذه الإشكالية لن تثور عملاً إلا بصدد السلع المعمرة والمبيعات ذات القيمة الكبرى التي تستدعي قيمتها تحمل عبء التأكد من ملكية البائع لها.

- **تعقيب:** نرى من وجهة نظرنا تأييد القول بإعطاء المشتري سلطة التصرف في البضائع المباعة تحت شرط الإحتفاظ بالملكية قبل الوفاء بالثمن، ولكن بشروط وفي حدود معينة وكذلك فرض جزاء على المشتري الذي يتصرف بالمخالفة لهذا الحظر أو لهذه الشروط كما فعل المشرع المصري، حتى نضمن فعالية شرط الإحتفاظ بالملكية، التي ستكون محدودة بعض الشيء إذا لم يقترن بجزاء يطبق على المشتري المخالف لأحكامه كما سبق

(1) راجع د/ محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص 226.

وأوضحنا، وذلك لما يحققه الأخذ بهذا التوجه من تشجيع التداول التجاري للسلع، وتحقيق المقصود منه اشتراط مثل هذا الشرط وهو حتماً عدم عرقلة حركة النشاط الاقتصادي بالإضافة إلى توفير الضمان للبائع بأن المشتري لن يتصرف إلا بإذن مكتوب منه. ولكن هذا يدفعنا إلى التساؤل عن ضمانات وحقوق البائع في ظل القوانين التي لم تعترف بنفاذ شرط الإحتفاظ بالملكية في مواجهة المتصرف إليهم وهذا ما نتطرق إليه في الفرع التالي:

الفرع الثاني

حقوق البائع في حالة تصرف المشتري في المبيع المحتفظ بملكيته

بما أن البائع يفقد حقه في استرداد البضاعة المباعة والتي يحتفظ بملكيتها إلى حين استيائه للثمن، في حالة تصرف المشتري فيها إلى الغير حسن النية في فترة الإحتفاظ بالملكية، فإن ذلك يدفعنا عن التساؤل حول تأثير تصرفات المشتري على ضمان البائع سواء كان تصرف المشتري بترتيب حق عيني على البضاعة أو بنقل ملكيتها إلى الغير.

أولاً: شرط الإحتفاظ بالملكية والحقوق العينية التي يمكن أن تنشأ على البضاعة:

قد تنقرر على الشيء المبيع الذي احتفظ البائع بملكته حقوق عينية أو حقوق امتياز كالرهن وامتياز المؤجر مثلاً.

ويكون الامتياز المقرر لمؤجر العقار عندما يضع المشتري البضاعة المباعة تحت شرط الإحتفاظ بالملكية في عقار يستأجره من الغير، فعندئذ يستطيع مالك العقار أن يمارس امتيازاه على كل المنقولات الموجودة داخل العقار حتى ولو لم تكن مملوكة للمستأجر بشرط أن لا يعلم بعدم ملكية المستأجر لها، وذلك وفقاً لما نص عليه القانون المدني الفرنسي في المادة 1202⁽¹⁾، فليس للبائع في هذه الحالة استرداد المبيع من صاحب حق الامتياز حسن النية إلا متقلاً بهذا الامتياز⁽²⁾.

(1) راجع د/ علي سيد قاسم، مرجع سابق، ص 63. كذلك نص المواد 1147 ف2 من القانون المدني الليبي، 1143 ف2 من القانون المدني المصري.

(2) راجع د/ محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص 234.

كذلك فإن المشتري قد يرتب رهناً على البضاعة التي اشتراها تحت شرط الإحتفاظ بالملكية، والتي لم تنتقل إليه ملكيتها بعد⁽¹⁾.

والمعروف أنه يلزم لصحة الرهن ونفاذه أن يكون الراهن مالكاً للشيء المرهون⁽²⁾. ومن ثم وطبقاً للقواعد العامة لا يكون للمشتري رهن المبيع الذي احتفظ البائع بملكته إلى حين سداد الثمن.

وعليه إذا قام المشتري في فترة الإحتفاظ بالملكية أي قبل سداده للثمن برهن المبيع فلا يكون هذا الرهن نافذاً في مواجهة البائع فيحق له استرداده عند تخلف المشتري عن الوفاء بالثمن غير محمل بأي امتياز.

وبالنظر إلى القانون الفرنسي الذي يحتج دائماً بمبدأ "الحيازة في المنقول سند الملكية" فإن حق البائع في الاسترداد يمكن أن يتعطل بسبب حيازة الدائن المرتهن للمنقول المبيع بحسن نية، طبقاً للمادة 2279 من المدونة المدنية الفرنسية فلا يمكن للبائع أن يطالب المرتهن الحائز بحسن نية باسترداد المبيع المحتفظ بملكته، فتعتبر الحيازة قرينة على حسن النية، فللحائز المرتهن أن يتمسك بالرهن في مواجهة البائع المحتفظ بالملكية وهذا الأخير يقع عليه عبء إثبات سوء نية الدائن المرتهن لكي يمكنه المطالبة بإسترداده من يديه⁽³⁾.

وقد استقر القضاء على أن شرط الإحتفاظ بالملكية لا يمكن أن يضر بحقوق الغير الذي تقرر له رهن حيازي على البضاعة المطالب بإستردادها⁽⁴⁾، مستنداً في ذلك إلى قاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية، ولا شك أن في ذلك إضرار بضمان البائع، وهذا ما أثار إشكالية أمام

(1) راجع د/ علي سيد قاسم، مرجع سابق، ص 64.

(2) راجع د/ إبراهيم دسوقي أبو الليل، مرجع سابق، ص 293.

(3) راجع د/ محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص 234.

(4) راجع د/ علي سيد قاسم، مرجع سابق، ص 64.

القضاء الفرنسي بسبب النزاع بين شرط الإحتفاظ بالملكية وامتياز الرهن دون أن ينتهي إلى إقرار ما يضمن حق البائع في هذه الفرضية.

أما بالنسبة لحق الامتياز العام، فإنه لا يمكن تصور قيام تزامم بين البائع المحتفظ بالملكية وبين الدائن صاحب الامتياز العام - كالخزانة العامة - الذي له الحق في استيفاء دينه بالأولوية على كل ما لدى المدين من أموال وقت التنفيذ، حيث أن حق البائع في الاسترداد يجنبه عبء الدخول في تغطية المشتري كما سبق وأن أوضحنا عند شرحنا لأثر شرط الإحتفاظ بالملكية في مواجهة الدائنين.

أخيراً فإنه بالنسبة لكل من القانون المصري والقانون الليبي أقر نفاذ شرط الإحتفاظ بالملكية قبل الغير و - أي كان - متى كان مدوناً في ورقة ثابتة التاريخ.

فنص القانون المصري في المادة 106 ف2، والذي جاء فيه نفاذ الشرط على الغير، يفهم منه أن لفظ الغير يشمل كذلك الدائن المرتهن والدائن صاحب حق الامتياز كالمؤجر⁽¹⁾.

كذلك بالنسبة للقانون الليبي الجديد في المادة 520 والذي نص على نفاذ الشرط في مواجهة أي كان متى كان مدوناً في ورقة ثابتة التاريخ فينصرف الحكم حتماً إلى كل من يكتسب حقاً على المبيع يتعارض مع شرط الإحتفاظ بالملكية.

ومن ثم فإن الدائن المرتهن لا يستطيع التمسك بالرهن في مواجهة البائع المحتفظ بملكية المبيع المرهون ولو كان هذا الدائن حائزاً له بحسن نية أي لا يعلم بوجود شرط الإحتفاظ بالملكية، ونفس الحكم بالنسبة للدائن صاحب الامتياز العام أو الخاص.

حيث أن هذا النص الخاص في كل من القانون الليبي والقانون المصري يعطل حكم قاعدة الحيابة في المنقول سند الملكية.

(1) راجع د/ محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص 235.

ثانياً: حق البائع في ثمن المبيع المحتفظ بملكيته قبل المتصرف إليه من المشتري:

إذا تصرف المشتري في المبيع المحتفظ بملكيته قبل سداد الثمن تصرفاً ناقلاً للملكية لا شك أن في ذلك إساءة لمركز المالك الأصلي الذي يفقد حقه في استرداد البضاعة من يد المتصرف إليه الثاني، لذا فإن القانون الفرنسي لم يشأ أن يحرم البائع الأصلي من حقه في استيفاء الثمن استناداً إلى مقولة ثمن الشيء يحل محله.

لذا فقد خول المشرع الفرنسي هذا البائع - المالك - الحق في استيفاء حقه من المشتري الثاني - المتصرف إليه - مادام لم يدفع للبائع الثاني - المشتري الأصلي الثمن فوراً، وذلك طبقاً لما ورد في نص المادة 122 من القانون 98 لسنة 1985 التي تجيز للبائع مطالبة المشتري الثاني مباشرة بأن يؤدي له الثمن أو ما تبقى منه في ذمته، بشرط إلا يكون قد تم دفعه نقداً أو قيمة أو وقعت به المقاصة فيما بين المدين والمشتري الأصلي⁽¹⁾. فالمتصرف إليه لا يجبر على الدفع مرتين.

ولكن موقف البائع الأصلي يزداد سوءاً إذا كان البيع الثاني قد تم نقداً وقبض المشتري الأصلي الثمن من المتصرف إليه فور البيع، فيسقط حق البائع الأصلي في الاسترداد بالنسبة للثمن كما سقط حقه في استرداد البضاعة المبيعة تحت شرط الإحتفاظ بالملكية ويصبح عندئذ مجرد دائن عادي يخضع لقسمة الغرماء⁽²⁾.

وتجدر بنا التفرقة بين أمرين إذا كان الدفع يتم عن طريق تحرير ورقة تجارية كمبيالة أو

سند إذني مثلاً.

(1) راجع د/ نبيل إبراهيم سعد، مرجع سابق، ص55، د/ علي سيد قاسم، مرجع سابق، ص48، ويمكن أن نجد أساساً لذلك في القواعد العامة وهي إمكانية الوفاء من الغير أو للغير، راجع في ذلك د/ عبدالحكم فودة، النسبية والغيرية في القانون المدين، دار الفكر الجامعي، سنة 1996، ص90.

(2) راجع د/ علي سيد قاسم، مرجع سابق، ص103.

وهما أنه إذا قام المشتري الثاني - المتصرف إليه - بتحرير ورقة تجارية للمشتري الأصلي للوفاء له بالثمن الثابت في ذمته، وبقيت هذه الورقة موجودة عند المشتري الأصلي لحظة النطق بحكم إفلاسه، ثبت الحق للبائع الأصلي في مطالبة المتصرف إليه بالثمن. أما إذا تم تحرير الورقة التجارية وكانت موجودة أصلاً لدى المتصرف إليه الثاني، ثم قام هذا بتدويرها للمشتري الأصلي، سقط حق البائع الأصلي في اقتضاء الثمن من المتصرف إليه الثاني⁽¹⁾.

ولكي ينتقل حق البائع الأصلي من الحق في استرداد البضاعة إلى الحق في استرداد الثمن يجب أن يكون المتصرف إليه حسن النية بأن كان لا يعلم بوجود شرط الإحتفاظ بالملكية⁽²⁾.

فإذا كان المتصرف إليه عالماً بعدم انتقال الملكية إلى البائع الثاني وبوجود شرط الإحتفاظ بالملكية، فيكون للبائع الأصلي حق استرداد البضاعة المبيعة ويعتبر محظوظاً البائع الذي لم يتصرف الغير في بضاعته وحيث يجد هنا شرط الإحتفاظ بالملكية حجتة القوية ونفاذه، فإذا هلكت البضاعة انتقل حق البائع المالك إلى مبلغ التامين⁽³⁾.

والمتصرف حسن النية حماه القانون بعدم مباشرة دعوى الاسترداد في مواجهته إلا بالثمن وهذا ما يفهم من المادة 1163 من القانون المدني الفرنسي، فحتى مع وجود البضاعة بحالتها العينية لدى المتصرف إليه فإن حق البائع الأصلي يقتصر على استرداده لثمن تلك البضاعة ولكن بتوافر شروط معينة:

(1) راجع د/ محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص 230.

(2) راجع د/ بلال حامد، مدى مشروعية البيع بالتقسيط، مرجع سابق، ص 277.

(3) راجع د/ نبيل إبراهيم سعد، مرجع سابق، ص 55.

1. حسن نية المتصرف إليه أي عدم علمه بوجود شرط الإحتفاظ بالملكية.
 2. بقاء البضاعة على حالتها العينية لدى المتصرف إليه يوم الحكم بشهر إفلاس المشتري الأصلي.
 3. بقاء المتصرف إليه مديناً بثمن البضاعة للمشتري الأصلي⁽¹⁾.
 4. أن يحترم البائع الأجل القانونية للمطالبة بالاسترداد.
 5. أن يثبت البائع الأصلي سند ملكيته وثبوت شرط الإحتفاظ بالملكية كتابة.
- أي أن حق البائع في استيفاء الثمن من المشتري الثاني يمارس بنفس شروط ممارسة حقه في استرداد البضاعة بعينها والتي سبق وأن تعرضنا لها.
- نلاحظ مما سبق أن هذه الشروط والتقسيمات قد مالت إلى حماية الضمان العام على حساب البائع المحتفظ بملكه البضاعة⁽²⁾.
- ومما يؤكد ذلك أن المشرع الفرنسي بالرغم من وجود البضاعة بحالتها العينية لدى المتصرف إليه الثاني، إلا أنه لم يعط البائع الأصلي الحق في استرداد البضاعة، واكتفى بالسماح له باسترداد الثمن فقط، وهذا ما يؤكد عدم رغبة المشرع الفرنسي في التضحية بمبدأ "الحيازة في المنقول بحسن نية سند الملكية".
- ولا يخفي على أحد أن اشتراط وجود البضاعة بحالتها العينية لاستيفاء الثمن يصعب الأمر على البائع في استيفائه لحقه لأن وجود البضاعة بحالتها العينية التي بيعت بها من النادر حصوله حيث أنه غالباً ما تكون البضاعة قد تغيرت أو اندمجت أو تم التصرف فيها إلى الغير، فيجد البائع نفسه بلا ضمان.

(1) راجع د/ محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص 232.

(2) راجع/ مجلة القانون والأعمال، بحث بعنوان شرط الإحتفاظ بالملكية، منشورات على الانترنت (<http://www.droitentreprise.orgwed/?p=199>) يونيو 2013.

ورجوع البائع مباشرة على المتصرف إليه مطالباً إياه بالثمن المستحق في ذمته يجد أساسه في أحد نظامين، إما حوالة الحق أو الدعوى المباشرة. ب

بالنسبة للدعوى المباشرة فقد تضمن القانون الفرنسي نصاً يجيز للبائع الحق في الرجوع على مدين مدينه ليطالبه ما هو مستحق في ذمته كله أو بعضه⁽¹⁾.

أما بخصوص حالة الحق، فتتمثل في اتفاق الدائن مع أجنبي على أن يحيل له حقه الموجود في ذمة مدين معين، وتتم الحوالة دون حاجة إلى رضاء المدين، إلا إنها لا تكون نافذة قبل المدين أو قبل الغير إلا إذا علم بها أو قلبها⁽²⁾.

وفي حالة اختلاف الثمن بين البيع الأول والبيع الثاني فهل يطالب البائع بالثمن المستحق من البيع الأول في ذمة المشتري الأصلي، أم أن مطالبته تنصب على الثمن المستحق من البيع الثاني في ذمة المتصرف إليه؟

للإجابة على هذا التساؤل نقول إنه إذا كان الثمن في البيع الثاني أقل من الثمن في البيع الأول، فلا يحق للبائع الأصلي مطالبة المشتري الثاني إلا بالثمن المستحق في ذمته من البيع الثاني، أما ما زاد عن ذلك فيعود به البائع الأصلي على المشتري الأول، وفي حالة إفلاس الأخير يدخل البائع في التفليسة لاستيفاء ما تبقى من ثمن المبيع كدائن عادي.

أما إذا كان الثمن في البيع الثاني أكثر من البيع الأول فإن البعض يرى أنه من حق البائع الأصلي المطالبة بالثمن المستحق من البيع الثاني لأنه يمثل القيمة الفعلية للبضاعة وقت ردها، ولو فاق الثمن المنفق عليه في البيع الأول، أما محكمة النقض الفرنسية فقد قررت أن البائع لا

(1) راجع د/ علي سيد قاسم، مرجع سابق، ص 103.

(2) راجع د/ بسيوني محمود أبو عبده، مرجع الكتروني سابق الإشارة إليه، كذلك راجع نص المادة 292 من القانون المدني الليبي، والمادة 305 من القانون المدني المصري بخصوص حوالة الحق.

يجوز له المطالبة إلا بالثمن المستحق من البيع الأول وما زاد عن ذلك فهو من حق المشتري الأصلي ويدخل في ذمته⁽¹⁾.

أما بالنسبة لوقت التصرف في البضاعة المباعة، الذي ينشأ عنه الحق في المطالبة بالثمن فإن محكمة النقض قررت إمكانية مباشرة هذا الحق سواء تم التصرف قبل الحكم بشهر إفلاس المشتري الأول أو بعده مع مراعاة الشروط السابقة الإشارة إليها⁽²⁾.

ويلاحظ أنه بالنسبة للقانون الألماني فإنه يجيز للأطراف الاتفاق على مدي نطاق شرط الإحتفاظ بالملكية إلى ثمن البيع الثاني عن طريق حوالة مسبقاً للبيع الأصلي، وقد درج العمل على ذلك بحث لا يقتصر فقط على الأشياء المباعة وإنما يمتد أيضاً إلى ثمن إعادة البيع، فينص في العقد على أن يصبح المشتري الثاني ملتزماً أمام البائع الأصلي بدفع باقي الأقساط، ويعرف شرط الإحتفاظ بالملكية الذي يشمل ناتج التغيير أو ثمن إعادة البيع بشرط الإحتفاظ بالملكية الممتد، وقد أجازته القانون الألماني وكذلك القضاء الانجليزي وفقاً لما يعرف بنظرية - التتبع - المعروفة في نظام "الترست" في المملكة المتحدة، والتي مد نطاقها إلى شرط إحتفاظ بالملكية الوارد في عقد البيع عندما أقر حق البائع في قضية رومالبا سنة 1976، الشهيرة، في استرداد الثمن الناتج من إعادة بيعها مرة أخرى إلى مشتر آخر اشتراها من المشتري الأول صاحب الملكية الموقوفة على تمام الوفاء بالثمن للبائع الأصلي⁽³⁾.

(1) راجع د/ محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص 231.

(2) راجع د/ محمد حسين منصور، نفس المرجع، ص 232.

(3) راجع د/ علي سيد قاسم، مرجع سابق، ص 55.

المطلب الثاني

تفادي مخاطر تصرف المشتري في المبيع المحتفظ بملكيته

قد لا يكفي مجرد منح البائع الحق في استيفاء الثمن من المتصرف إليه الذي اكتسب ملكية البضاعة بالحيازة بحسن نية، لما تتطلبه ممارسة هذا الحق من شروط تقيّد البائع الأصلي في استيفاء حقه، فيجد البائع نفسه صفر اليدين إذا كانت البضاعة قد فقدت ذاتيتها، واندمجت في أشياء أخرى أو تصرف فيها المتصرفُ إليه الثاني مثلاً.

لذا قد يحاول البائعون التحايل بتكليف عقودهم وتسميتها بأسماء أحد العقود التي يجرمها القانون الجنائي الفرنسي مثلاً طبقاً للمادة 408 التي تنطبق عليها جريمة خيانة الأمانة، وتلك بهدف منع المشتري الأصلي من التصرف في البضاعة وإلا اعتبر مبدداً، كذلك قد يلجأ البائعون لتفادي المشكلات التي تنجم عن تصرف المشتري في البضاعة ولتجنب الدخول في منازعات، إلى الاتفاق ابتداءً وقت التعاقد على الترخيص للمشتري بحق التصرف في المبيع المحتفظ بملكيته، بإحدى الصيغ التي تضمن للبائع استيفاء حقه، فإذا لم يستوف المشتري شرط هذا الترخيص اعتبر مخالفاً لأحكام العقد، بناءً على ذلك سنتناول هذا المطلب في فرعين:

الفرع الأول

تعديل صورة التعاقد لضمان عدم تصرف المشتري في البضاعة

لقد رأينا أن نفاذ شرط الإحتفاظ بالملكية في مواجهة المتصرف إليهم يتأرجح بين اتجاهين، اتجاه يرى نفاذ هذا الشرط وأحقية البائع في استيفاء حقه باسترداده للبضاعة المبيعة تحت شرط الإحتفاظ بالملكية ولكن ضمن شروط معينة وإلا فقد البائع هذا الحق، واتجاه يرى عدم نفاذ هذا الشرط في مواجهة المتصرف إليهم وتفضيل ضمان الغير حسن النية على ضمان البائع. يؤدي ذلك حتماً إلى إنقاص فعالية شرط الإحتفاظ بالملكية وعدم جدواه في ضمان حق البائع، وقد نتج عن ذلك ظهور العديد من صور التعاقد في العمل تهدف إلى إعادة تنظيم مركز المشتري في مرحلة ما قبل سداد الثمن على نحو يضمن عدم تصرفه في البضاعة المبيعة والمساس بضمان البائع وهذه الصور هي:

أولاً: عقد الوديعة:

الوديعة هي عقد يلتزم به شخص أن يتسلم شيئاً من آخر على أن يتولى حفظ هذا الشيء أو على أن يرده عيناً⁽¹⁾.

وفي مجال شرط الإحتفاظ بالملكية فإنه قد يشترط البائع على المشتري أن هذا الأخير يحوز البضاعة قبل الوفاء بكامل الثمن طبقاً لعقد وديعة بينه وبين البائع⁽²⁾.

ويدرج هذا الشرط في العقد المبرم بينهما.

(1) نص المادة 718 من القانون المدني الليبي، والمادة 718 من القانون المدني المصري.

(2) راجع د/ نبيل إبراهيم سعد، مرجع سابق، ص 47.

مثل هذا الاشتراط يحقق العديد من المزايا للبائع، منها ضمان عدم تصرف المشتري في البضاعة وذلك أن عقد الوديعة من عقود الأمانة فإذا تصرف المشتري في المبيع قبل سداده للثمن اعتبر مبدداً وتعرض للعقوبة المقررة لجريمة خيانة الأمانة⁽¹⁾.

يضمن البائع بذلك بقاء المبيع في يد المشتري حتى يستوفي كامل الثمن⁽²⁾.

إلا أن إضفاء هذا التكييف على عقد البيع المتضمن شرط الاحتفاظ بالملكية تعرض لكثير من الانتقادات من جانب الفقه وهي:

1. ليس من المقطوع به أن بسط الحماية الجنائية في العلاقات التجارية يعتبر أمراً مستحباً، فالجزاء الجنائي إذا طُبِّق بالفعل يؤدي إلى شل العلاقات التجارية وتجميدها، مما يدفع القضاء إلى الإحجام عن تطبيقه، فإذا لم يُطَبَّق فإنه يؤدي إلى انتكاسة لقوة الزجر التي يتمتع بها القانون الجنائي.

2. تبدي المحاكم تحفظاً في قبول مثل هذا التكييف مما يعرضه لخطر عدم الاعتراف به ووقف استعماله في الواقع العملي، حيث إنه بالرغم من صدور قانون 12 مايو 1980 في فرنسا، الذي يسمح باسترداد البضائع المباعة عن التفليسة فإن ذلك لا يعني أنه من الممكن تشبيه البضاعة المبيعة قبل دفع الثمن بالبضاعة المودعة خاصة وأن الغاية من الوديعة هي غاية مؤقتة والالتزام بالرد هو التزام أساسي للمودع لديه، وهذا يختلف تماماً عن الوضع الحقيقي للبضاعة المبيعة تحت شرط الاحتفاظ بالملكية قبل الوفاء بالثمن.

3. هذا الاشتراط يضعنا أمام عقد وديعة على سبيل البيع، فالبضاعة تُباع في هذه الحالة لحساب المودع، هذا العقد المركب من عقدين هو عقد هجين يتكون من عقد وديعة يسبق

(1) راجع د/ إبراهيم دسوقي أبو الليل، مرجع سابق، ص 292.

(2) راجع د/ محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص 236.

عقد البيع بين نفس المتعاقدين، يؤدي ذلك حتماً إلى وجود تناقض في الغايات التعاقدية مما يثير العديد من المشاكل الدقيقة والحساسة بسبب خضوع البيع قبل دفع الثمن لأحكام البيع والوديعة معاً، فيمكن اعتبار البائع مسؤولاً منذ التسليم عن ضمان العيوب الخفية وكذلك عن الأضرار الناجمة عن البضاعة طبقاً لأحكام مسئولية البائع المهني ويتعارض ذلك بطبيعة الحال مع إضفاء وصف الوديعة على تلك العلاقة⁽¹⁾.

بالرغم من هذه الانتقادات فقد اعتنق المشرع الألماني⁽²⁾. النظرية الرومانية واعتبر أن المنقولات المباعة والمسلمة إلى المشتري تعد قبل السداد وديعة لديه، ويلاحظ أن فكرة الوديعة التي لجأ لها الألمان تقدم للبائع فائدة كبيرة لأن المادة 65 من القانون الألماني الصادر في 1967 قررت أن البضائع المسلمة للمشتري كوديعة يمكن استردادها، ولو في حالة إفلاس المشتري وهذا ما يحقق الضمان الفعلي دون حاجة إلى فسخ عقد البيع، ويستقل عقد الوديعة تماماً عن عقد البيع⁽³⁾.

ثانياً: عارية الاستعمال:

العارية عقد يلتزم به المعير أن يسلم للمستعير شيئاً غير قابل للاستهلاك ليستعمله بلا عوض لمدة معينة أو في غرض معين على أن يرده بعد الاستعمال⁽⁴⁾. يلجأ البائعون أحياناً إلى

(1) بالعودة إلى أحكام القانون الألماني نجد أن ملكية المبيع فيه لا تنتقل بمجرد البيع، بل تنتقل نتيجة عقد ناقل للملكية، فوفقاً للمادة 433 من المجموعة المدنية الألمانية يلتزم البائع بتسليم المبيع إلى المشتري، كما يلتزم بنقل الملكية إليه، فنقل الملكية لا يتم إلا بمقتضى عقد عيني آخر، ولذلك فإن عدم نقل الملكية يمكن أن يتم عملاً بتأخير العقد العيني المخصص لنقل الملكية، وذلك ما يحدث بالنسبة للبيع بالتقسيط حيث يتفقد المتعاقدان على تأخير إجراء هذا العقد إلى ما بعد سداد جميع الأقساط مما يقدم حماية كبيرة للبائع حين إفلاس المشتري، راجع د/ إبراهيم الدسوقي، مرجع سابق، ص 273، هامش 590.

(2) راجع د/ نبيل إبراهيم سعد، مرجع سابق، ص 48. د/ محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص 237.

(3) راجع د/ إبراهيم الدسوقي، مرجع سابق، ص 274.

(4) نص المادة 634 من القانون المدني الليبي، والمادة 635 من القانون المدني المصري.

تكملة شرط الإحتفاظ بالملكية بشرط إضافي يسمح للمشتري باستعمال المبيع وقد يسمح له بتحويل المبيع أو بيعه كذلك تتميز هذه الصورة بتمكين المشتري من الانتفاع من المبيع مما يحقق الغاية من شرائه، وإن كان السماح له بتحويل البضائع يتنافي مع حق البائع في الاسترداد سواء استرداد البضاعة أو الثمن والذي يشترط فيها وجود البضاعة في حالتها العينية حتى يمكن المطالبة بها⁽¹⁾.

إضافة إلى ذلك فإنه من الصعب السماح بصفة عامة بترتيبات تعاقدية تكون قابلة للاحتجاج بها على الغير، خاصة وإن قانون 12 مايو 1980 قد قرر نفاذ شرط الإحتفاظ بالملكية في مواجهة الدائنين، فيكون سريانه في مواجهتهم استناداً إلى القانون وليس لإرادة الأطراف، ولم يذهب المشرع إلى أبعد من ذلك تمسكاً منه بقاعدة الحيابة بحسن نية التي يعطيها القانون الفرنسي الحماية الكاملة كما سبق أن أوضحنا.

فلا يمكن إذاً الاحتجاج بهذه البنود التكميلية المضافة لشرط الإحتفاظ بالملكية في مواجهة المتصرف إليه إلا إذا كان على علم فعلي بها طبقاً للقواعد العامة في نفاذ العقود⁽²⁾.

لكل ذلك لم ينجح اللجوء إلى فكرة عارية الاستعمال وقررت محكمة النقض الفرنسية بطلان حقه المجانية هنا استناداً إلى أن اشتراط الأقساط يناقض مجانية هذا الاتفاق⁽³⁾.

ثالثاً: حق عيني جديد:

يكون ذلك بالاعتراف لاتفاق الأطراف بإمكانية إنشاء حق عيني جديد وليس مجرد التزام يحتج به على الغير بما فيه المتصرف إليه.

(1) راجع د/ نبيل إبراهيم سعد، مرجع سابق، ص 48.

(2) راجع د/ محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص 238. د/ نبيل إبراهيم سعد، مرجع سابق، ص 49.

(3) راجع د/ إبراهيم دسوقي أبو الليل، مرجع سابق، ص 291.

ولكن كما سبق وأن شرحنا عند تناولنا لسلطات المشتري على البضاعة المباعة في فترة الإحتفاظ بالملكية، فإن هذا الأمر يصعب الأخذ به ذلك أنه يثير الكثير من التساؤلات التي سبق أن طرحناها والمتمثلة في مدى إمكانية تجزئة حق الملكية إلى حقوق عينية أخرى غير تلك التي ينص عليها القانون.

وهل يمكن للأطراف نتيجة لاتفاقهم على توزيع عناصر الملكية بين البائع والمشتري إنشاء حق عيني جديد لم ينظمه القانون المدني؟

وقد لاحظنا عند محاولة الوصول إلى إجابة عن كل هذه التساؤلات أن الآراء التي ذهبت إلى إمكانية هذه التجزئة أو هذا الفصل بين عناصر الملكية استندت إلى أحكام تتعلق بإمكانية فصل ملكية العلو عن ملكية السفلى أو فصل ملكية الثمار والمنتجات عن ملكية الأرض أي أن الحقوق التي تسمح بإنشاء هذه الأحكام تنجم عن تجزئة الملكية إلى حقوق من نفس النوع تحت أي شكل من أشكال الملكية المشتركة وليست حقوقاً عينية جديدة.

ويستند الفقه المؤيد لخلق حقوق عينية جديدة إلى مبدأ الحرية التعاقدية ولكن رأينا أن هذا الاستناد يصطدم بعدة عقبات تناولناها في موضعها.

أما الفقه الألماني فقد اعترف للمشتري بحق مرتقب أو حق في دور التكوين (Anwartschaftserchet) والذي يجوز التصرف فيه بوسائل نقل الملكية دون وسائل حوالة الحق⁽¹⁾.

(1) ويذهب رأي إلى القول بعدم جواز القياس على الوضع في القانون الألماني الذي ينظم بصفة أساسية مراكز دائمة، فحق المشتري المرتقب كما يسميه القانون الألماني ينبغي النظر إليه من قبل الاستخلاف الذي يتم على نفس الحق بين شخصين المالك السابق والمالك اللاحق فهو يمثل مرحلة انتقالية في التطور التدريجي لفقدان الحق من قبل مالكة القديم واكتساب هذا الحق من جانب مالكة ويكتمل هذا التطور كامل الثمن.

وقد اختلف الفقه حول الطبيعة القانونية لحق المشتري السابق فهناك مَنْ قال بأنه حق شخصي ومن قال بأنه حق عيني واتجاه ثالث يرى بأنه حق ذو طبيعة خاصة، إلا أن الراجح عند القضاء الألماني هو إقرار هذا الحق دون أن يضيف عليه تكييفاً محدداً. أخيراً فإن محاولة كل من القانون الألماني والقانون الفرنسي إقرار فكرة الحق العيني الجديد الناجم عن تجزئة حق الملكية بطريقة مختلفة عن الفصل المعروف بين عناصر حق الملكية الثلاث وهي الاستعمال والاستغلال والتصرف - والتي في الأصل تثبت بمجرد التعاقد طبقاً للقواعد العامة⁽¹⁾. هذه المحاولة لا يمكن الاعتراف بها، ولا يقبلها الفقه لاستحالة وضعها موضع التنفيذ في العمل والقضاء، حيث إن تقسيم حق الملكية تقسيماً جديداً ليس بالأمر الميسور وتبدو صعوبته في كيفيته أي هل يتم بطريقة كمية أو كيفية؟

وغير ذلك من الانتقادات التي أثبتت عدم جدوى فكرة الحق العيني الجديد والتي تحيل إليها في الفرع الأول من المطلب الأول من المبحث الثاني من هذا الفصل.

بناءً على ما سبق يمكننا القول بأن هذه الترتيبات التعاقدية تنشئ التزاماً في ذمة أطراف التعاقد دون أن تنشئ حقاً عينياً جديداً نظراً لما رأيناه من تردد الفقه والقانون الوضعي في السماح بتجزئة حق الملكية في غير الحالات الواردة على سبيل الحصر⁽²⁾.

رابعاً: الشرط المانع من التصرف⁽³⁾:

يقتضي هذا الشرط منع المشتري من التصرف في البضاعة المبيعة تحت شرط الاحتفاظ بالملكية قبل الوفاء بالنئمن، ذلك أن قيام المشتري بنقل ملكية البضاعة إلى الغير المتصرف إليه، يلغي فعالية شرط الاحتفاظ بالملكية في ضمان حقوق البائع، وذلك لخروج البضاعة المبيعة من

(1) راجع/ د اشرف عبدالرازق ويح، مرجع سابق، ص 219.

(2) راجع د/ نبيل إبراهيم سعد، مرجع سابق، ص 49.

(3) نص المادة 832 من القانون المدني الليبي. والمادة 823 من القانون المدني المصري.

يد المشتري ومن ثم عدم إمكانية استرداده، وبالتالي يلجأ البائع لتفادي هذه الإشكالية إلى إضافة بند في عقد البيع تحت شرط الاحتفاظ بالملكية، يشترط فيه عدم تصرف المشتري في البضاعة المسلمة إليه قبل سداد ثمنها.

غير أن هذا الشرط لا يمكن تصوره بالنسبة للبضائع التي يشتريها التاجر من أجل إعادة بيعها كما في حالة تاجر الجملة الذي يشتري البضاعة لبيعها لتاجر التجزئة ومن ثمنها يسد الأقساط فمثل هذه البيوع لا تستقيم مع هذا الحظر، لأنه يؤدي إلى عرقلة حركة النشاط التجاري، فيضطر المتعاملون في هذا النوع من البيوع - يوجد هذا الشرط - إما إلى الوفاء الفوري أي نقداً، أو إلى الحصول على ائتمان مناسب ودفن الثمن على مراحل من مصدر تمويل خارجي، وعليه فإن إمكانية إدراج مثل هذا الحظر تنحصر فقط في البيوع الواردة على بضائع مخصصة لاستخدام المشتري.

كما أن الجزاء المقرر في حال عدم الالتزام بهذا المنع يبدو محدوداً لان الالتزام الذي يفرضه شرط المنع من التصرف هو الامتناع عن عمل ينقلب في حالة الإخلال به إلى مجرد التزام بالتعويض⁽¹⁾. طبقاً لنص المادة 1142 من القانون المدني الفرنسي⁽²⁾.

خامساً: البيع الإيجاري⁽³⁾:

سبق أن ذكرنا أن البائع قد يلجأ إلى إضفاء صفة عقد من العقود - التي تشكل مخالفة أحكامها جريمة خيانة أمانة ويعتبر المدين المخالف لها مبدداً - على عقد البيع المتضمن شرط

(1) راجع د/ محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص 234.

(2) ت. تقابلها المادة 215، 217 من القانون المدني الليبي، والمادة 212، 214 من القانون المدني المصري.

(3) راجع في تفصيل البيع الإيجاري الفصل الأول من هذه الدراسة - تمييز شرط الاحتفاظ بالملكية عما يشته به.

الإحتفاظ بالملكية لضمان عدم خروج البضاعة من حيازة المشتري وعدم تصرفه فيها للغير حسن النية، ولا شك أن عقد الإيجار ضمن طائفة هذه العقود.

فيقوم البائع بإعطاء العقد الذي يربطه بالمشتري وصف الإيجار نظراً لما يحققه هذا الوصف من ضمان لعدم استطاعة المشتري باعتباره مستأجراً التصرف في البضاعة بالبيع قبل الوفاء بالثمن وإلا اعتبر مرتكباً لجريمة التبديد، كما يجوز للبائع باعتباره مؤجراً استرداد المبيع في أي وقت من المشتري حتى في حالة إفلاسه، لتمتعه بامتياز خاص.

إلا أن هذا الوصف الذي يضيفه البائع على العلاقة التعاقدية اثبت عدم فعاليته نظراً لأن معظم القوانين تنص على تطبيق أحكام عقد البيع على البيوع المتضمنة شرط الإحتفاظ بالملكية، حتى وإن سعى المتعاقدان البيع إيجاراً⁽¹⁾.

كذلك فإن القضاء يرفض دائماً الأخذ بهذا التكييف الذي يضيفه الأطراف على العقد ويسبغ عليه وصفه الحقيقي كعقد بيع وليس عقد إيجار⁽²⁾.

وبعد بعض التردد استقر القضاء الفرنسي نهائياً على اعتبار أن إعادة بيع الشيء من حائزه لا يكون - كقاعدة عامة - خيانة أمانة حتى مع إضافة شرط إلى الإيجار البيعي أو إلى البيع مع الإحتفاظ بحق الملكية يقبل بمقتضاه المشتري رهناً لصالح البائع على الشيء المسلم له، فالبايع لا يستطيع أن يحتفظ بصفتي المالك والدائن المرتهن، خاصة وأن الرهن لا ينقرر إلا إذ كان الراهن له الحيازة على المنقول المرهون⁽³⁾.

(1) نص المادة 419 / 4 من القانون المدني الليبي، والمادة 4/430 من القانون المدني المصري "وتسري أحكام الفقرات الثلاثة ولو سمي المتعاقدان البيع إيجاراً".

(2) راجع د/ محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص244. د/ إبراهيم دسوقي أبو الليل، مرجع سابق، ص290.

(3) راجع د/ إبراهيم دسوقي أبو الليل، مرجع سابق، ص291.

الفرع الثاني

صور الاتفاق على الترخيص للمشتري بالتصرف بالبيع

لقد أثبت الواقع العملي عدم جدوى أي من صور التعاقد التي قد يضيفها البائع على العلاقة التعاقدية بينه وبين المشتري، وإصرار القضاء الدائم على الأخذ بالوصف الحقيقي للعقد، حتى مع أعطائه مسميات أخرى من قبل الأطراف.

إذاً فإن احتمال تصرف المشتري في البضاعة المحتفظ بملكيته قبل الوفاء بالثمن يظل قائماً، نظراً لعدم وجود وسيلة قانونية حاسمة قادرة على منع المشتري من إجراء هذا التصرف الذي قد يترتب عليه إهدار حقوق البائع - إذا كان المتصرف إليه حسن النية -.

ومع وجود مثل هذا الاحتمال قد يرى البائع أنه من الأفضل الترخيص للمشتري بالتصرف في المبيع مع التزام الحيطة والحذر وذلك عبر أخذ الضمانات التي تكفل له استيفاء حقه من ثمار التصرف الذي قد يجريه المشتري على البضاعة المباعة، حيث إن السماح للمشتري بالتصرف في البضائع المعدة أساساً لاستهلاكها والاتجار فيها ينعش نشاطه التجاري، ويوفر له السيولة اللازمة فيساعده من ثم على سداد الثمن، وهو في سبيل تصريحه للمشتري بإمكانية التصرف وبحثه عن الضمانات التي تقيه مغبة هذا التصرف، فإنه يحاول التوفيق بين مصلحتين أساسيتين هما:

1. ضمان حق البائع في استيفائه الثمن.
2. سهولة تحرك البضاعة عبر التبادل التجاري من خلال إطلاق حرية المشتري في التصرف فيها⁽¹⁾.

(1) راجع د/ محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص 247.

ويمكن أن يأتي الاتفاق المرخص للمشتري بالتصرف في المبيع الذي يحتفظ البائع بملكته

لحين استيفاء الثمن متضمناً إحدى الصياغات التالية:

أولاً: في حالة البيع النقدي بالنسبة للبيع الثاني:

يجوز الاتفاق صراحة على أنه في حالة إعادة بيع المشتري للبضاعة نقداً يلزم بالوفاء

الفوري للبائع رغم عدم حلول موعد السداد المتفق عليه أصلاً⁽¹⁾.

أما في حالة ما إذا تم البيع الثاني بثمن مؤجل فإن موعد الوفاء بالثمن في البيع الأول

يكون نفسه موعد الوفاء بالثمن في البيع الثاني أفضل للبائع الأصلي الذي قد يتغير من البيع

الثاني إذا كان موعد السداد فيه يسبق الموعد المتفق عليه في البيع الأول.

ولكن تنعدم فائدة هذا الضمان في حالة تصرف المشتري في المبيع بالبيع بثمن فوري،

وتخلفه عن الوفاء بثمن البيع الأول - إذ لا يوجد ما يضمن تنفيذ التزامه سوى القواعد العامة هنا

- وذلك لعدم وجود جزاء يوقع عليه حالة مخالفته للاتفاق المذكور سوى التزامه بتعويض البائع

الأصلي ومن ثم يفقد البائع حقه في استرداد المبيع الذي تم التصرف فيه للغير، ويتبعه بالتأكيد

فقدانه لحقه في استرداد الثمن نظراً للوفاء الفوري في البيع الثاني.

وأخيراً فإن تضمين الاتفاق المرخص للمشتري بالتصرف في المبيع لمثل هذه الصياغة أو

البند، وإن كان لا يخدم ضمان البائع إلا أنه لا يزيد مركزه سوءاً ذلك أن احتمال تصرف

المشتري في البيع قبل وفائه بثمنه يظل قائماً حتى وإن كان هناك شرط صريح يمنعه من حيث

المبدأ قبل التصرف إليه الثاني حسن النية⁽²⁾.

(1) راجع أ/ حمزة شرايين، رسالة ماجستير، جامعة قسنطينة، مرجع سابق، ص 113.

(2) راجع د/ محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص 248.

ثانياً: إلزام المتصرف إليه الثاني بالوفاء للبائع الأصلي:

أي الاتفاق على إنه في حالة قيام المشتري بالتصرف في البضاعة للغير فإنه يلزم المتصرف إليه الثاني بالوفاء للبائع الأصلي⁽¹⁾، بالثمن المستحق له وذلك من المبلغ الموجود في ذمته للمشتري الأصلي.

فالواقع يُعد هذا تطبيقاً للإجابة الناقصة بحسب نص المادة 1275 من القانون المدني الفرنسي⁽²⁾.

فيكون للبائع الأصلي مديونات بنفس الدين، وذلك بخلاف الإجابة الكاملة التي تتضمن تجديداً للالتزام بتغيير المدين ويترتب عليه أن تبرأ ذمة المشتري الأول قبل البائع الأصلي، وبما أن تجديد الالتزام لا يفترض فإنه إذا لم يوجد اتفاق صريح على الإجابة الكاملة فإننا تكون بصدد إجابة ناقصة⁽³⁾، لما في ذلك من تحقيق لمصلحة البائع الأصلي الذي يمكنه في حالة عدم سداد الثمن من المتصرف إليه - المناب - الرجوع على المشتري - المنيب - لأن ذمته لم تبرأ من الدين⁽⁴⁾.

لا يخفي ما لهذه الصياغة من مثالب فهي كسابقتها من حيث إنها تنحصر في التزام المدين بأداء معين ينقلب في حالة عدم التنفيذ إلى التزام بالتعويض إضافة إلى أن هنا الاتفاق يتعارض مع أساليب التعامل التجاري ومقتضيات السرية التي تهدف إلى المضاربة وتحقيق

(1) راجع أ/ حمزة شرايين، رسالة ماجستير، مرجع سابق، ص113.

(2) نص المادة 346 - 348 من القانون المدني الليبي. والمادة 359 - 361 من القانون المدني المصري.

(3) راجع د/ محمد علي البدوي الأزهرى، النظرية العامة للالتزام، مرجع سابق، ص238.

(4) راجع د علي السيد قاسم، مرجع سابق، ص60. "الوفاء الصادر من المدين أو من نائبه ينقضي به الدين أما الوفاء الصادر من الغير فلا ينقضي به الدين الأصلي"، راجع كذلك د/ عبدالحكيم فوده، مرجع سابق، ص90. "الوفاء من الغير للغير".

هامش الريح⁽¹⁾. لأنه يؤدي إلى اطلاع كافية الأطراف وإحاطتهم علماً بالثمن الحقيقي لكل من الصفقتين أي البيع الأول والبيع الثاني.

ثالثاً: تحرير ورقة تجارية على سبيل الضمان:

قد يتم البيع الثاني بثمن مؤجل، فيجوز حينها أن يقوم البائع بالاتفاق مع المشتري على الترخيص له بمثل هذا التصرف قبل الوفاء بكامل الثمن ولكن بشرط أن يتم تحرر ورقة تجارية بهذا الثمن⁽²⁾. وأن يقوم المشتري الثاني بتدوير هذه الورقة لحساب البائع على سبيل الضمان أي - تظهير تأميني - لحين حلول موعد استحقاق حقه في الثمن.

إن إعادة البيع بثمن مؤجل يخول البائع الأصلي الحق في استرداد الثمن الموجود في ذمة المتصرف إليه كما سبق أن أوضحنا، ومن ثم فإن الاتفاق على قيام المتصرف إليه بأداء الثمن إلى البائع الأصلي مباشرة لا يضيف جديداً لأنه يجد أساسه في الدعوى المباشرة وحوالة الحق. أما إذا يتم ذلك بتحرير ورقة تجارية من المتصرف إليه إلى المشتري الأصلي الذي يقوم بدوره بتدويرها للبائع الأصلي، فإن ذلك يحمي البائع الأصلي من غش المشتري الأول المتصرف إليه وذلك بتحاييلهما من أجل إسقاط حقه في طلب الثمن الموجود في ذمة المتصرف إليه من خلال الوفاء به قبل موعد السداد المتفق عليه.

ومع ذلك لم تسلم هذه الصياغة من النقد وذلك لأنها تتعرض مع أساليب التعامل

التجاري ومقتضيات السرية لما تؤدي إليه من كشف للصفقة ومعرفة تفاصيلها⁽³⁾.

(1) راجع د/ محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص 243.

(2) راجع أ/ حمزة شرابين، مرجع سابق، ص 114.

(3) راجع د/ محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص 250.

إضافة إلى طبيعة التزام المدين في هذا الاتفاق، حيث إنه التزم بأداء ينقلب إلى مجرد التزم بالتعويض في حالة عدم تنفيذه، كما أنه لا يمكن الوفاء بهذا الالتزام في حالة إفلاس المدين به.

رابعاً: حوالة الحق المسبق:

يستطيع البائع أن يدعم ضمانه المستمد من شرط الإحتفاظ بالملكية بضمان إضافي، إذا ما رغب مدينه المشتري في أن يتصرف في المنقولات المباعة قبل إتمام الوفاء بالثمن، وذلك بأن يطلب من المشتري أن يحيل إليه حقوقه التي تنشأ في ذمة الغير من جراء تصرفه في هذه المنقولات⁽¹⁾.

لقد تردد القضاء في فرنسا حول الاعتراف بصحة هذا الاتفاق نظراً لكونه يتعلق بحوالة حق احتمالي⁽²⁾.

أما في ألمانيا فقد اتسع حكم القانون الألماني ليشمل الشرط المعتد⁽³⁾. والذي يقضي بانتقال حق البائع إلى التنفيذ على البضاعة المحولة في صورتها الجديدة وكذلك انتقال حق البائع إلى ثمن البضاعة المحتفظ بملكيتها ويتم ذلك عن طريق شرط الحوالة المسبقة للحقوق المستقبلية أي الحقوق التي ستنشأ عن إعادة بيع المشتري للبضاعة المسلمة إليه⁽⁴⁾.

(1) راجع د/ حسين الماحي، مرجع سابق، ص 137.

(2) وإن كانت هذه الفكرة ظلت تراود المشرع بدليل إعادة طرح مناقشتها وتبنيها بمناسبة القانون الخاص بتسهيل منع الائتمان للمشروعات، وهو القانون المسمى بقانون (ديلي) الصادر في 2 يناير 1981 والذي تم تعديله ي 24 يناير 1984، وبعد هذا القانون طوراً ملحوظاً في القانون الفرنسي بالنسبة للتصرف الائتماني بصفة عامة ونقل الحقوق على سبيل الضمن بصفة خاصة د/ محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص 151. هامش 1. د/ نبيل إبراهيم سعد، مرجع سابق، ص 17.

(3) راجع د/ علي سيد قاسم، مرجع سابق، ص 54.

(4) راجع د/ محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص 251.

وذلك متصور بالنسبة للبضائع التي يحصل عليها المشتري التاجر بقصد إعادة بيعها، كما هو الحال بالنسبة للعلاقة بين تجار الجملة وتجار التجزئة، التي يقتضي تنظيمها التصريح للمشتري بإعادة بيع البضاعة المسلمة له في فترة الإحتفاظ بالملكية أي قبل سداد ثمنها. تؤدي الحوالة المسبقة إلى امتداد حق البائع الأصلي إلى ثمن البضاعة في ذمة المتصرف إليه الثاني، وتتم هذه الحوالة بمجرد تبادل التراضي بين البائع الأصلي والمشتري الأصلي، دون أي إجراءات شكلية، ويكتفي القضاء بأن تكون الحقوق المحالة على سبيل الضمان قابلة للتحديد، وهو ما نجم عنه وجود شرط الحوالة المسبقة بصفة دائمة ضمن الشروط العامة لعقود التوريد التي بناءً عليها ينظم الأطراف علاقتهم التعاقدية صراحة أو ضمناً. وقد يحتفظ المشتري الأصلي لنفسه بالحق في تحصيل الحقوق التي أحالها لبائع، كما أنه قد يزود المورد بأسماء مدينة ومقدار حقوقه في ذمتهم حتى يقوم بتحصيلها منهم. غير أن شرط الحوالة المسبقة يصطدم في بعض الأحيان بمعارضة بعض المتصرف إليهم في البضاعة، يشترطون عدم قابلية دين الثمن للحوالة، أو يشترطون الحصول على موافقتهم لإمكانية هذه الحوالة، إلا أن المحكمة العليا في ألمانيا ترفض ترتيب أي جزاء على مخالفة هذه الشروط التي يشترطها المتصرف إليهم التي تتعارض مع المفاهيم الحديثة للاتئمان⁽¹⁾. وأخيراً نستخلص من عرضنا السابق أن تعديل صورة التعاقد وإعادة تنظيم حقوق المشتري والتزاماته وإضفاء التكييفات القانونية المختلفة على عقد البيع المتضمن شرط الإحتفاظ بالملكية إلى حين سداد الثمن باتفاق الأطراف وكذلك إضافة الصياغات المختلفة إلى بنود الاتفاق الذي يرخص للمشتري بالتصرف في البيع، سواء كانت تتم بصورة تكميلية أو بديلة فإنها لم تكشف عن جدواها في حماية البائع الأصلي من مخاطر تصرف المشتري في المبيع قبل سداد الثمن.

(1) راجع د/ محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص 252.

وذلك إما بسبب تفضيل بعض القوانين المحافظة على فعالية مبدأ الحيابة في المنقول بحسن نية سند الملكية⁽¹⁾، أو بسبب عدم وجود جزء مناسب لمخالفة المشتري لهذه الشروط التي تُضاف إلى عقد البيع الوارد على البضائع المحتفظ بملكيتها إلى حين سداد الثمن. لذلك ينادي بعض الفقهاء بضرورة النص صراحة في القانون على نفاذ شرط الإحتفاظ بالملكية قبل الغير المتصرف إليه - ومن ثم أحقية البائع في استرداد المبيع من المتصرف إليه حسن النية.

ولتفادي المساس بقاعدة الحيابة وأهميتها في استقرار المعاملات المدنية والتجارية، فإنه قد يكون من المناسب البحث عن وسيلة الشهر تكوم ملائمة لطبيعة المبيع كمنقول مادي من جهة وكذلك ألا تتعارض مع ما تقتضيه العلاقات التجارية من سرعة وسهولة من جهة أخرى⁽²⁾.

المطلب الثالث

استفادة الغير من شرط الإحتفاظ بالملكية على سبيل الضمان

(1) راجع د/ إبراهيم دسوقي أبو الليل، مرجع سابق، ص 293.

(2) راجع د/ محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص 245.

إن الهدف من اشتراط الإحتفاظ بالملكية في عقد البيع إلى حين سداد الثمن هو توفير ضمان إضافي للبائع حتى يتمكن من استيفاء حقه دون أن يتعرض لمخاطر إفلاس المشتري أو تصرفه في المبيع إلى الغير.

وقد يحتاج هذا البائع إلى التمويل قبل حلول موعد الوفاء المتفق عليه في عقد البيع، فهل يمكن للبائع أن ينقل هذا الضمان الإضافي إلى الغير - الممول المصرف مثلاً - مقابل حصوله على هذا التمويل؟

فالواقع إن الفكرة الرئيسية التي يدور حولها هذا التساؤل تكمن في الائتمان الذي هو محور النشاط التجاري، الذي في سبيل الحصول عليه يضطر الأطراف إلى الدخول في علاقات متشابكة بين المصرف الممول - المقرض من جهة وبين البائع والمشتري من جهة أخرى حيث يجد كل طرف نفسه حريصاً على ضمان حقوقه وتيسير حصوله على التمويل المناسب كذلك.

بناءً على ذلك فإنه لكي تُنقل الاستفادة من شرط الإحتفاظ بالملكية للغير على سبيل الضمان يمكن اتباع الوسائل التالية:

الفرع الأول حوالة الحق

حوالة الحق هي اتفاق يحول بمقتضاه الدائن ماله من حق قبل المدين إلى شخص آخر يصبح دائماً مكانه، فيكون الدائن الأصلي محيلاً والدائن الجديد محالاً له والمدين محالاً عليه. والحوالة قد تتم بقصد التبرع فينقضي فيها المقابل وتكون الحوالة هنا عبارة عن هبة فتأخذ حكمها، وقد تتم في مقابل ثمن نقدي يلتزم به المحال له للمحيل فتكون الحوالة بيعاً وتأخذ حكمه، وأن يكون قصد المتعاقدين منها مجرد إنشاء تأمين خاص وفي هذه الحالة تنشئ الحوالة للمحال له رهناً ولا يترتب عليها نقل الملكية في الحق المحال به⁽¹⁾.

وطبقاً لنص المادة 290 من القانون المدني الليبي فإنه تتم الحوالة دون حاجة إلى رضا المدين⁽²⁾، إلا أنها تكون نافذة تجاهه إلا إذا قبلها أو لعلم بها، ويجب أن يكون هذا القبول ثابت التاريخ بحسب نص المادة 292 من القانون المدني الليبي⁽³⁾.

وقد جاءت المادة 1690 من القانون المدني الفرنسي بنفس المعنى إضافة إلى اشتراطها أن يكون قبول المدين لها قد تم بتصرف رسمي، ولكن مثل هذا الاشتراط يتضارب مع طبيعة المعاملات التجارية، لذا حاولت القوانين الحديثة التخفيف من حدة هذا التضارب، وذلك بصور قانون (ديلي) 2 يناير 1981 الذي تم عدل بقانون 24 يناير 1984⁽⁴⁾.

(1) راجع د/ هيثم حامد المصاروة، مرجع سابق، ص 64. د/ محمد علي البدوي، أحكام الالتزام، مرجع سابق، ص 210.

(2) تقابلها المادة 3030 من القانون المدني المصري.

(3) تقابلها المادة 305 من القانون المدني المصري.

(4) وذلك عن طريق المشروع المقدم من أحد أعضاء (M. Daily) الرامي في تسهيل تداول الحقوق التجارية عن طريق السماح بحوالتها إلى البنوك والمؤسسات المالية بمجرد تسليم القائمة. راجع د/ محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص 259 هامش 2، بالإضافة إلى مصير الشرط في القانون الألماني، 146. د/ نبيل إبراهيم سعد، مرجع سابق، ق 57.

ويسمح هذا القانون بجعل الديون المهنية الحاضرة والمستقبلية أداة ائتمان إما برهنها رهنًا حيازياً أو من خلال التنازل عنها، وطبقاً لهذا القانون فإن هذا التنازل يمكن أن يؤدي إلى نقل ملكية الدين على سبيل الضمان وبدون مقابل، ويتم ذلك وفق إجراءات مسيرة تتمثل في:

1. حصر الديون المتنازل عنها في قائمة تعطي للمتنازل له.

2. تعيين الديون تعييناً ذاتياً.

أن يذكر الدائن له تنازل عن هذه الديون وفقاً لقانون ديلي 2 يناير 1981.

ولا يلزم إعلان المدين بهذا التنازل ومن ثم فلا يشترط قبوله، ولكن في حالة قبوله فإن هذا التنازل يسري في حقه فيلتزم بالدفع قبل الغير وقبل جميع دائني المتنازل عليه ابتداءً من التاريخ المكتوب على القائمة ولو لم يكن ثابتاً وقد كان لهذا التطور القانوني أثره على القضاء الفرنسي⁽¹⁾.

ولكن تظهر صعوبة الأخذ بهذه الوسيلة لنقل الحق في معرفة ما إذا كان من الممكن الاستفادة من شرط الإحتفاظ بالملكية باعتباره من توابع الحق المحال به، حيث إن القانون المدني قد نص على هذه التأمينات التابعة للحق التي تنتقل معه وذلك بنصه في المادة 1692 من القانون المدني الفرنسي على أن حوالة الحق تشمل ضماناته كالكفالة والامتياز والرهن⁽²⁾.

(1) حيث عرض على القضاء هذا الأمر بمناسبة قيام مشتري بإعادة بيع بضاعة محتفظ بملكيتها للبائع الأصلي، تنازل المشتري عن الثمن الغير، فثار التنازع بين هذا الغير المتنازل له والبائع الأصلي الذي جاء يمارس حقه في اقتضاء ثمن إعادة بيع البضاعة التي يحتفظ بملكيتها قرر القضاء أولوية حق البائع الأصلي لأن المتنازل له اكتسب الحق في الثمن متقلاً بحق البائع الأصلي في المطالبة به ويحل الحق في الثمن الناتج عن إعادة البيع، محل البضاعة المحتفظ بملكيتها، ويتم هذا الحل في نفس اللحظة التي يولد فيها هذا الحق في الثمن أي لحظة إعادة البيع، ومن ثم فإن المصرف المحل إليه يكون قد اكتسب حقاً ممن لم يعد مالكا لها استناداً إلى أن الحل يسبق الحوالة، راجع د/ محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص 261.

(2) يقابلها في القانون الليبي نص المادة 294 . والمادة 307 من القانون المدني المصري.

فما مدى اعتبار الضمانات المنصوص عليها في هذا القانون واردة على سبيل الحصر ومن ثم عدم جواز اعتبار شرط الإحتفاظ بالملكية مجرد ضمان تابع لحق البائع في الثمن ومن ثم انتقاله معه، أم إنها ضمانات واردة على سبيل المثال ومن ثم جواز إضافة غيرها من الضمانات ومنها شرط الإحتفاظ بالملكية إليها.

بمعنى آخر وهل يتعلق الأمر بتأمين عيني جديد أم بحق عيني تبعية يتبع الدين المضمون وينتقل معه؟

لقد ذهب بعض الفقهاء إلى القول بأن استعمال الملكية على سبيل الضمان قد تم أُقِرَّ في القانون الوضعي مما يسمح بتشبيهه بالتأمين العيني بالمعنى الفني للكلمة، وليدل على ذلك فقد استشهد بمثال الإيجار التمويلي، الذي تلعب الملكية فيه دور الضمان⁽¹⁾، حيث اعتبر أن ظهور نظام التأجير التمويلي مثلاً والاعتراف بصحة شرط الإحتفاظ بالملكية وجواز الاحتجاج به على الغير قد ترتب عليه على الأقل - تغيير في وظيفة حق الملكية ليصبح مجرد تأمين أو أداة ضمان⁽²⁾.

يبدو أن جانباً من أصحاب هذا الرأي قدر ضرورة انتقال شرط الإحتفاظ بالملكية مع الدين المضمون، لذلك اقترحوا أساليب قانونية تيسر انتقال الملكية المحتفظ بها من البائع الدائن إلى الغير - الممول أو الموفي. ومنها أسلوب حوالة الحق.

لكن الغالب من الفقه يذهب إلى انتقاد هذا الاستشهاد والتشكيك في إمكانية إنشاء تأمينات عينية جديدة غير تلك الواردة على سبيل الحصر.

(1) راجع د/ نبيل إبراهيم سعد، مرجع سابق، ص58.

(2) راجع د/ علي سيد قاسم، مرجع سابق، ص60.

وعليه فإنه لا يمكن القول بانتقال الاستفادة من شرط الإحتفاظ بالملكية إلى الغير⁽¹⁾.
بمجرد التراضي على حوالة الحق في الثمن المحدد له، فالبايع يمكنه حوالة حقه في الثمن قبل
المشتري للغير - المصرف والممول إلا أن شرط الإحتفاظ بالملكية المقرر لضمان الوفاء بهذا
الثمن لا يمكن أن يستفيد منه الغير المحال له فلا ينتقل إليه الشرط لأنه لا يندرج ضمن
الضمانات المقررة في النص السالف الذكر.

إلا أن الوضع يختلف في القانون الألماني الذي يجري العمل فيه على جعل كل قيمة
اقتصادية ممكنة أداة ائتمان، ومن ثم ليس كل التأمينات توجب على الدائن أن يكون حائزاً لهذا
المنقول الوارد عليه التأمين، فلا شك إذاً في إمكانية قيام البائع بحوالة حقه في الثمن وشرط
الإحتفاظ بالملكية الضمان له في سبيل حصوله على الائتمان اللازم⁽²⁾.

(1) راجع د/ نبيل إبراهيم سعد، مرجع سابق، ص 59.

(2) راجع د/ محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص 262.

الفرع الثاني

الحلول الإتفاقي

الحلول الإتفاقي كما ينظمه القانون المدني الليبي في المواد (314، 315، 316)⁽¹⁾. يعني أن يحل الموفي محل الدائن في استيفاء حقه من الدين سواء كان الحلول من جانب الدائن أو من جانب المدين أي البائع أو المشتري بالنسبة لشرط الإحتفاظ بالملكية. ويكون الحلول بواسطة البائع في - حالة الائتمان المصرف المصنوع للبائع مثلاً - ويتمثل في اتفاق البائع مع الموفي - المصرف - على أن يحل محله في حقوقه قبل المشتري بما لهذا الحق من خصائص وما يكفله من تأمينات ومن هذه التأمينات - الملكية المحتفظ بها - ولو لم يقبل المشتري بذلك، ويجب أن يتم هذا الاتفاق وقت الوفاء وإلا فيعتبر غير صحيح. أما في حالة الحلول بواسطة المشتري - أي الائتمان المصرفي الممنوح للمشتري - يتمثل في قيام المشتري الذي اقترض مالياً وفي به الدين إحلال المقرض - المصرف - الموفي محل البائع - الدائن - الذي استوفي الثمن، في حقه بما لهذا الحق من خصائص ويكفله من تأمينات ومنها شرط الإحتفاظ بالملكية، ولو بغير رضا هذا الدائن على أنه يجب أن يذكر في عقد القرض أن المال قد خصص للوفاء بالدين، وفي المخالصة أن الوفاء كان من المال الذي اقرضه الدائن الجديد - المصرف⁽²⁾.

ويشترط المشرع الفرنسي لصحة الحلول إتمامه في ورقة رسمية أما موثق. وإن كان هذه الشكلية تؤدي عملياً إلى استبعاد اللجوء لتلك المصورة من الحلول في المسائل التجارية من

(1) يقابلها في القانون المصري المواد (327، 328، 329) والمادة 1250 من القانون المدني الفرنسي.
(2) راجع د/ علي سيد قاسم، مرجع سابق، ص 95. د/ محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص 263 د/ إبراهيم دسوقي أبو الليل، مرجع سابق، ص 519. هامش 591.

القانون الفرنسي، لكن الصياغة المبسطة للحلول في القانون الليبي ومثله القانون المصري تؤدي على تقوية الائتمان التجاري وتيسير الحصول عليه، وهذا من شأنه أن يزيد من أهمية الدور الذي يلعبه شرط الإحتفاظ بالملكية كأداة سهلة غير مكلفة، وفعالة لضمان الائتمان الممنوح.

لكن هل فعلاً يستطيع البائع الذي يستوفي حقه من الغير أن ينقل إليه من خلال الحلول الإتفاقي حقه في الملكية المحتفظ بها؟ وهل يستطيع الغير الذي يحل محل البائع في حقوقه قبل المشتري ودائنيه أن يطلب استرداد المبيع لصالحه في حالة عدم استبقائه لإقساط الثمن المحددة؟

فالواقع اختلف الرأي في شأن إجابة هذا التساؤل على النحو التالي:

الاتجاه الأول:

فهناك من الفقهاء من ذهب إلى أن حلول الغير محل الدائن يمتد ليشمل كل الخصائص المرتبطة بالحق وما يكلفه من تأمينات ومنها حق الإحتفاظ بالملكية، حيث إن الملكية في هذا الفرض يحتفظ بها البائع على سبيل الضمان، لذا من الطبيعي أن ينتقل هذا الضمان إلى الغير الموفي - البنك⁽¹⁾، وذلك بحسب ما نصت عليه المادة 316 من القانون المدني الليبي التي جاء فيها (من حل قانوناً أو اتفاقاً محل الدائن كان له حقه بما لهذا الحق من خصائص وما يلحقه من توابع وما يكفله من تأمينات)⁽²⁾، كما أن القانون الوضعي يسمح للموفي أن يحل محل الدائن في دعوى الفسخ والشرط الفاسخ، ولذلك انتهى هذا الرأي إلى أن الموفي يستفيد أيضاً من شرط الإحتفاظ بالملكية وقد أشار هؤلاء الفقهاء إلى حكم محكمة القاهرة 20 فبراير 193⁽³⁾.

(1) راجع د/ محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص 264.

(2) يقابله نص المادة 329 من القانون المدني المصري.

(3) راجع د/ نبيل إبراهيم سعد، مرجع سابق، ص 57. كذلك هامش 3 ص 264 من مرجع د/ محمد حسين منصور، مرجع سابق.

اعترض البعض على هذا الاتجاه استناداً إلى المشرع الفرنسي لا يعرف كمبدأ عام انتقال الملكية على سبيل الضمان وإن كان يقر الحلول محل الدائن في التأمينات والحقوق المقررة في الدائن قبل الدين على سبيل الضمان إلا أنه من الصعب القول بأن موضوع عقد البيع ذاته وهو نقل الملكية يعد مجرد تابع أو ملحق لهذا العقد، كما لا يمكن اعتبار حق الملكية مجرد تابع للحق في الثمن أن تأمين لهذا لاحق وبالتالي ينتقل معه⁽¹⁾.

كما إن تشبيه شرط الإحتفاظ بالملكية بالشرط الفاسخ يعتبر بعيداً عن الحقيقة، وذلك لأنه إذا كان فسخ البيع يسمح بالمطالبة برد البضائع، فإن ذلك ليس سوى نتيجة لأعمال دعوى الفسخ وليس نتيجة الحلول في ذاته، كما أن رخصة طلب الفسخ تعتبر مركزاً متميزاً مرتبطاً ارتباطاً وثيقاً بالتقابل بين حقوق الأطراف والتزاماتهم في العقود الملزمة للجانبين هذا المركز باعتباره صفة ملاصقة لتلك الحقوق والالتزامات فإنه يكون غير قابل للانفصال عنها مما يسمح بانتقاله نتيجة الحلول، أما بالنسبة لشرط الإحتفاظ بالملكية فإنه يعتبر عنصراً مضافاً باتفاق الأطراف إلى المركز المتميز الناشئ عن طبيعة العقد الملزمة للجانبين، أما بالنسبة للقضاء قبل 12 مايو 1980 فإنه قد أخضع شرط الإحتفاظ بالملكية لنظام الشرط الفاسخ، ولكن فالواقع القارئ بتمعن للأحكام الفرنسية يكشف إنه لم يقل بوضوح بوجود تشابه بين الشرطين⁽²⁾.

الاتجاه الثاني:

يذهب إلى القول بإمكان انتقال الملكية بالاتفاق أي الحلول الإتفاقي استناداً إلى نص المادة 711 من القانون المدني الفرنسي التي تقتضي بأن ملكية الأموال تكتسب وتنتقل بالميراث

(1) راجع د/ محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص 265. كذلك د/ محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص 59.

(2) راجع د/ نبيل إبراهيم سعد، مرجع سابق، ص 58. د/ محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص 266.

والهبة والوصية وكأثر للالتزام، وانتقالها كأثر للالتزام يعني إمكانية الاتفاق على نقل الملكية بالحلول.

فالواقع من الصعب الأخذ بهذا الرأي بحسب رأي البعض ذلك لأن الملكية في القانون الفرنسي لا تنتقل إلا بالبيع أو المقايضة، وفي حالة اتفاق الأطراف صراحة على نقلها فإننا لا نكون بصدد حلول بل بيع وذلك يتتبع التسليم بأنه يجوز للبائع المرتبط بعقد بيع صحيح أن ينتقل ملكية المبيع الذي يحتفظ بملكيته لحين استيفاء الثمن لشخص آخر من الغير وهو غير جائز، لأنه يعتبر إخلالاً منه بالتزامه بالتعاقد تجاه المشتري.

كما أن القول بالحلول يعني أن الملكية حق عيني تبقي جديد وهو عندهم غير جائز لأن الحقوق العينية وردت في القانون على سبيل الحصر⁽¹⁾.

كما أن حلول المقرض محل البائع في حقوقه الناتجة عن شرط الإحتفاظ بالملكية لا يجدي نفعاً له فالواقع إلا في حالة بقاء البضاعة في يد المشتري، حيث إنه إذا أقام المشتري بيعها فإنه لا يمكن المطالبة باستردادها من بين يدي المتصرف إليه الحائز لها بحسن نية، أيأ كان صاحب الحق في هذا الاسترداد⁽²⁾.

الاتجاه الثالث:

يتساءل البعض عن مدى إمكانية اعتبار شرط الإحتفاظ بالملكية تأميناً عينياً تبعياً لدين الثمن الذي يضمنه، ومن ثم ينتقل معه؟

الدافع وراء هذا التساؤل هو ما يلاحظه الفقه من أن استعمال الملكية على سبيل الضمان أصبح أمراً معترفاً به في القانون الوضعي، انتهينا سابقاً إلى القول بأنه لا يمكن الاعتراف

(1) راجع د/ علي سيد قاسم، مرجع سابق، ص 59، 60. د/ نبيل إبراهيم سعد، مرجع سابق، ص 59.

(2) راجع د/ محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص 267.

بإمكانية إنشاء حقوق عينية تبعية جديدة، لأن الحقوق العينية واردة في القانون على سبيل الحصر.

إذا كانت الملكية تؤدي دور التأمين بوصفها وسيلة ضمان للوفاء بالثمن، فإن ذلك لا يعني إنها تنقلب إلى تأمين عيني بالمعنى الدقيق حيث لا ينبغي الخلط بين وظيفة الأداة كغاية يرمي إليها الأطراف وتكييفه الذي يخضع لرقابة القضاء، كما أن القول بإمكانية إنشاء تأمينات عينية جديدة من شأنه المساس بالضمان العام للدائنين الذين ينبغي أن يكونوا هم والغير عامة على علم بالمركز المتميز الذي يمنح لبعض الدائنين، لذا ينبغي التأكيد على أن انتقال الاستفادة من شرط الإحتفاظ بالملكية إلى الغير محل شك في سياق القانون الوضعي⁽¹⁾.

الاتجاه الرابع:

يذهب هذا الاتجاه إلى القول بأنه من المؤكد أن الوفاء مع الحلول لا يؤدي إلى انقضاء الدين ولا التأمينات الضامنة له، بل على العكس من ذلك يؤدي إلى انتقالها إلى الموفي، ومن ثم فإن شرط الإحتفاظ بالملكية كنوع من التأمين ينتقل هو الآخر مع الحق إلى الموفي⁽²⁾. ويرى أصحاب هذا الرأي أن الحلول أحس وسيلة لهذا الانتقال خصوصاً وأن الموفي يحل محل البائع في حقه بماله من تأمين عيني وهو حق الامتياز وما يلحق به من تابع وهو عدوى الفسخ، فيجوز للموفي إذا لم يستوف من المشتري الثمن الذي دفعه للبائع أن يطلب فسخ البيع وأن يتسلم المبيع من المشتري وفاءً لحقه⁽³⁾.

(1) راجع د/ محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص 268. د/ نبيل إبراهيم سعد، مرجع سابق، ص 58، 59.

(2) راجع د/ نبيل إبراهيم سعد، مرجع سابق، ص 59.

(3) راجع د/ علي سيد قاسم، مرجع سابق، ص 60، 62 وقد ذكرنا ما الوفاء الصادر من الغير فلا ينقضي به الدين الأصلي، فلا ضرر إذاً في أن يحل الموفي له في حقه قبل المدين بما لهذا الحق من خصائص وتوابع و ضمانات.

ولكن جاء النقد لهذا الاتجاه من بعض الفقهاء الذين اعترضوا على ما ذهب إليه من اعتبار أن الحلول أحسن وسيلة لانتقال الاستفاداة من شرط الإحتفاظ بالملكية، حيث ينبغي أن تأخذ بعين الاعتبار الطبيعة الخاصة للحلول التي تجعل منه وسيلة غير مناسبة لهذا الانتقال، فنقل ملكية المنقول المعين بالذات يتم بقوة القانون وقت التعاقد، ونتيجة الشرط الإحتفاظ بالملكية. نجد أن هذا الانتقال قد تأخر إلى أن يتم الوفاء بكامل الثمن فإذا تم الوفاء بالثمن عن طريق الغير - المصرف - إلى الدائن فإنه سيكون هناك دفع لثمن يؤدي إلى نقل الملكية في صالح المشتري وليس في صالح المصرف وذلك طبقا لشرط الإحتفاظ بالملكية ذاته⁽¹⁾. ولتفادي هذه الإشكالية يمكن الاتفاق على صياغة لشرط الإحتفاظ بالملكية تعدل من آثاره ومنها وقت انتقال الملكية مثلا.

كالنص على أن الملكية لا تنتقل إلا بعد الوفاء بكامل الثمن من المشتري نفسه أو النص على أن الملكية لا تنتقل إلى المشتري في حالة وفاة الغير بالثمن، ويحل هذا الغير محل البائع في الإحتفاظ بالملكية⁽²⁾.

لكن إذا كان من الممكن طبقا لمبدأ حرية التعاقد القيام بهذا التعديل إلا أن الفقه يؤكد على أن قانون 12 مايو 1980 لا ينطبق إلا على شرط الإحتفاظ بالملكية البسيط، وهذه الصياغة الجديدة لا تجعل منه شرطا بسيطا وبالتالي فلا يمكن الاحتجاج به في مواجهة الدائنين⁽³⁾.

(1) راجع د/ نبيل إبراهيم سعد، مرجع سابق، ص 59. د/ محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص 269.

(2) راجع د/ محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص 270.

(3) راجع د/ نبيل إبراهيم سعد، مرجع سابق، ص 60.

الفرع الثالث

التنازل عن العقد

التنازل عن العقد هو عبارة عن نقل المركز التعاقدي لأحد الأطراف بما يتضمنه هذا المركز من حقوق والتزامات، ينتج عنه نقل جميع الروابط القانونية التي تخص أحد المتعاقدين في العقد إلى الغير.

توجد تطبيقات عديدة لهذا التنازل في القانون حالياً، ولكن تحديد النظام القانوني لهذا التنازل لا يزال يشير صعوبة لما يتسم به من غموض⁽¹⁾.

وعليه فلنا أن نتساءل عن إمكانية انتقال شرط الإحتفاظ بالملكية عن طريق التنازل عن العقد!

فالواقع أن هذا الغرض لا يثير أي صعوبة حيث إن التنازل من البائع عن عقد البيع إلى المصرف الممول يقتضي منه نقل المركز القانوني للبائع بالكامل، ولا شك أنه يشمل شرط الإحتفاظ بالملكية، أي إمكانية نقل الاستفادة من شرط الإحتفاظ بالملكية للمصرف ليس كضمانه للحق في الثمن وإنما نتيجة للعقد موضوع التنازل⁽²⁾.

لكن تثار إشكالية يطرحها أحد الفقهاء هنا وهي أن حلول المصرف عن طريق تنازل له من البائع حلولا كاملا، يعني أن يصبح المصرف مدينا قبل المشتري بكل الالتزامات التي تقع على عاتق البائع ومنها ضمان العيوب الخفية.

(1) راجع د/ نبيل إبراهيم سعد، مرجع سابق، ص 60.

(2) راجع د/ محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص 171.

حقيقة لا يمكن تصور قبول المصرف لتحمل مثل هذا الالتزام عملاً حتى إذا تم الاتفاق في عقد التنازل على بقاء الالتزام بالضمان على عاتق المتنازل - البائع - فإنه يخشى في هذه الحالة من قيام المحكمة بإعادة تكييف العقد وإعطائه وصفاً آخر يتفق مع أحكامه بعد إضافة هذا الاتفاق.

ومن الصعب كذلك قبول تحمل المصرف لمثل هذه المخاطر مع وجود احتمال لفقدان فاعلية شرط الإحتفاظ بالملكية بالنسبة له، وذلك متى قام المشتري بإعادة بيع البضاعة إلى غير حسن النية، فلا يستطيع المتنازل له وقتها التمسك بهذا الشرط في مواجهة المتصرف إليه، حيث لا يمكن أن يكون للمصرف حقوقاً أكثر من تلك التي يتمتع بها البائع⁽¹⁾.

(1) راجع د/ محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص 172.

الفرع الرابع

تدوير الأوراق التجارية

إذا قام المشتري بتحرير ورقة تجارية للبائع بالثمن مستحقة الدفع بتاريخ لاحق ثم قام البائع بتظهيرها لتظهير ناقل للملكية لشخص آخر فهل يستفيد هذا الشخص من شرط الإحتفاظ بالملكية الوارد في هذا البيع؟

من الثابت أن التدوير ينقل كل الحقوق التي تتولد عن الكمبيالة وذلك بحسب ما نصت عليه المادة 118 من القانون التجاري الفرنسي يذهب القضاء إلى أن المقصود من هذا النص هو أن المظهر إليه يستفيد من التأمينات التي تضمن الوفاء بالثمن، وبما أن شرط الإحتفاظ بالملكية عبارة عن ضمان لاستيفاء البائع للثمن، إذا فهو ينتقل إلى المظهر إليه المستفيد بالورقة التجارية المحررة بمناسبة هذا البيع⁽¹⁾.

ولكن ما يجدر الانتباه إليه هنا هو الاستيثاق من مدى اعتبار شرط الإحتفاظ بالملكية مجرد ضمانه مقرره للبائع وهو أمر لا يزال يثير الجدل بحسب ما أوردنا سابقاً.

أي أنه يمكن الاعتراف بإمكانية نقل الاستفادة من شرط الإحتفاظ بالملكية الوارد في عقد البيع، إلى الغير عن طريق تظهير ورقة تجارية المحررة بمناسبة هذا البيع، تظهيراً ناقلاً للملكية إذا انتهينا إلى اعتبار شرط الإحتفاظ بالملكية مجرد ضمان، وإلا فلا يمكن التسليم بإمكانية هذا الانتقال.

(1) راجع د/ محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص 274.

الفرع الخامس

البيع المزدوج

استمر الفقهاء في البحث عن وسائل يمكنهم من خلالها نقل الاستفادة من شرط الإحتفاظ بالملكية على سبيل الضمان، ليتمكن الغير من الاحتجاج بهذا الشرط، فاقترح جانب من الفقه طرناً قانونية تقوم في مجملها على فكرة البيع المزدوج، تقوم هذه الفكرة على بيع البضاعة للمصرف وربط هذا البيع عملية بيعها للمشتري الأصلي.

حيث يرى الفقهاء أن أعمال دعوة الاسترداد الواردة في القانون 12 مايو 1980 يفترض وجود عقد بيع بين المشتري بالمفلس وطالب الاسترداد، لنا كان من الضروري حتى يستفيد المصرف من دعوى الاسترداد، أن يظهر بمطهر مالك البضاعة - بائعها - وذلك يقتضي أنه قام بشرائها سابقاً من البائع الأصلي⁽¹⁾.

وقد ظهرت أكثر من صياغة لتطبيق هذه الفكرة، كأن يشتري المصرف البضاعة محل العقد لحسابه ثم يعيد بيعها إلى المقترض على أن يحتفظ بملكيتها إلى حين تمام الوفاء بالثمن. أو أن يعيد المشتري بيع البضاعة التي اشتراها لحساب نفسه وسدد ثمنها إلى المصرف ثم يشتريها منه تارة أخرى على أن يحتفظ المصرف بملكيتها بمقتضى شرط يدرجه في عقد البيع⁽²⁾.

بل اقترح البعض صياغات أكثر تعقيداً تتمثل في الفرض التالي:

(أ) بائع ، (ب) مشتري ، (ج) المصرف الممول⁽³⁾.

(1) راجع د/ محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص 275.

(2) راجع د/ علي سيد قاسم، مرجع سابق، ص 61.

(3) راجع د/ علي سيد قاسم، مرجع سابق، ص 61.

1. بيرم - أ - عقد بيع مع - ب - (أ - ب) يشترك فيه الإحتفاظ بالملكية إلى حين الوفاء بكامل الثمن.

2. بيرم (أ) حوالة مع (ج) فيحيل دينه قبل (ب) إلى (ج)، ويحصل منه على قيمته فوراً، وتكون الحوالة معلقة على شرط فاسخ وهو عدم الوفاء بالثمن

3. بيرم (أ) عقد بيع مع (ج) أيضاً فيبيعه المبيع المحتفظ بملكيته على أن يكون البيع معلقاً على شرط فاسخ أيضاً وهو الوفاء بالثمن من جانب (ب).

تكون إذا أمام عقد بيع (أ - ب) معلق على شرط واقف وهو الوفاء بالثمن وأمام حوالة (أ - ج) معلقة على شرط فاسخ هو عدم الوفاء بالثمن وكذلك عقد بيع (أ - ج) معلق على شرط فاسخ هو الوفاء بالثمن.

إذا وفى المشتري بقيمة الثمن في ميعاد الاستحقاق انتقلت إليه الملكية لأن الشرط الواقف في عقد البيع (أ ب) قد يحقق، وبناءً عليه يفسح عقد البيع (أ - ج) لتخلف الشرط الفاسخ وهو عدم الوفاء بالثمن.

أما إذا تقاعس المشتري عن الوفاء فسح عقد البيع (أ - ب) لعدم تحقق الشرط الواقف، وانمحت الحوالة (أ - ج) لتحقق الشرط الفاسخ، وتأكد البيع (أ - ج) لتخلف الشرط الفاسخ، وأصبح من حق (ج) أن يعود على (أ) ليرد له قيمة الحوالة، وأن يطالب (ب) المشتري المتقاعس باسترداد المبيع بصراحة هذه الصياغة المقترحة لانتقال شرط الإحتفاظ بالملكية على درجة عالية من التعقيد فضلاً عن أن ظهرها الصورية والاصطناع ومن ثم يصعب الاحتجاج بها في مواجهة جماعة الدائنين عند إفلاس المشتري⁽¹⁾.

(1) راجع د/ علي سيد قاسم، مرجع سابق، ص 62.

كما إن اتباع مثل هذا الأسلوب يؤدي إلى وضع المصرف موضع البائع الفعلي للبضاعة ويتنافى ذلك مع طبيعة النشاط المهني للمصرف فكما ذكرنا سابقاً فإن المركز القانوني البائع وما يحويه من مسؤوليات فيما يتعلّق بضمان العيوب الخفية مثلاً، ليس من شأنها أراء المصارف بالدخول في تلك العمليات القانونية التي ينحصر الهدف من رائها في نقل الملكية على سبيل الضمان⁽¹⁾.

وبالنسبة لرأي القضاء فقد كان موقفه عدائياً من هذه الأساليب حيث أدان هذه الأساليب التعاقدية لأنها تخفي عكس ما تظهر فقد قضت محكمة النقض بمناسبة عقد أبرم في هولندا⁽²⁾، تم بمقتضاه (نقل الملكية على سبيل الضمان) بأن هذا العقد يخفي وراءه رهناً حيازياً باطلاً، حيث يتمتع قيام مثل هذا الرهن دون التخلي عن حيازة المال المرهون⁽³⁾.

شبه القضاء في هذا الحكم حوالة ملكية الأموال المنقولة على سبيل الضمان بعقد الرهن الحيازي المتضمن شرط الإحتفاظ بملكية المال عند عدم الوفاء بالدين وهذا الاتفاق يحظره القانون ومن ثم فلا يترتب عليه أي أثر ويقع باطلاً.

لقد وصل القضاء إلى هذه النتيجة من خلال حالة من سلطة من تكييف العقود، حيث تُكَيَّف الحوالة على سبيل الضمان على أنها رهن متضمن لشرط التملك عند عدم الوفاء، وهي نفس النتيجة التي كان سيصل إليها إن استند إلى نظرية الصورية مباشرة⁽⁴⁾.

يعتبر القضاء أن نقل الملكية على سبيل الضمان يعد من قبيل الرهن وذلك من خلال سلطته في تكييف العقود وإعماله لرقابته القانونية على هذا التكييف لذا فهو يرى أن نقل الملكية

(1) راجع د/ محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص 277.

(2) يعترف النظام الهولندي قانونياً بإمكانية نقل الملكية على سبيل الضمان.

(3) حيث أن نقل الملكية الضمان يتم دون التخلي عن الحيازة.

(4) راجع د/ محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص 279.

لا يمكن أن يتم إلا عن طريق أحد العقود المسماة حتى بعد صدور القانون 112 مايو 1980 وتبنيه لفكرة نقل الملكية على سبيل الضمان، وتبني القانون الوضعي لعدة تطبيقات لهذه الفكرة خاصة فيما يتعلق بالحقوق والأصول المنقولة والبضائع، فإن القضاء ظل متردداً في الأخذ بها. ولكن من المتصور أن ذبوع استعمال هذه الفكرة وتبني تلك الأساليب التعاقدية التي ذكرناها أنشأ في العمل سوف يؤدي إلى حث محكمة النقض لتغيير قضائها ليتواءم مع الاحتياجات التي يكشف عنها الواقع العملي.

كما إنه لابد من حدوث الاختلاف والتردد بين محاكم الموضوع بدوائرها ودرجاتها المختلفة حتى يتغير موقف القضاء بالتدرج، فلا مناص من التضحية ببعض الأساليب المعتادة لتستقر الأساليب التعاقدية الجديدة في الواقع العملي⁽¹⁾. وذلك نتيجة طبيعية للتطور القانوني الذي لابد منه لمسايرة التطور الاقتصادي والسياسي كذلك.

(1) راجع د/ محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص 280.

الفرع السادس

موقف القضاء والقانون من انتقال الاستفادة من شرط الإحتفاظ بالملكية إلى الغير

سنبين في هذا المقام موقف قضاء النقض الفرنسي وكذلك القانون المصري والليبي من مدى إمكانية الاستفادة من شرط الإحتفاظ بالملكية للغير كوسيلة للضمان وما هو الأسلوب الملائمة لهذا الانتقال.

أولاً: موقف محكمة النقض الفرنسية:

بعد تضارب اتجاهات قضاء الموضوع حول مدى إمكانية نقل الاستفادة من شرط الإحتفاظ بالملكية إلى الغير بين مؤيد ومعارض وحول الوسيلة القانونية الملائمة لتحقيق ذلك الانتقال قررت محكمة النقض الفرنسية في حكمين لها إمكانية هذا الانتقال عن طريق الحلول الإتفاقي.

فطبقاً للقانون المدني فالشخص الذي يحل محل الدائن يمكنه استخدام كل الدعاوي المخولة له والمرتبطة بهذا الحق المحال به معني ذلك أن المصرف الموفي - المحال له - سواء قام بالوفاء باتفاقه مع البائع أم باتفاقه مع المشتري، يحل محل الطرف المحيل في حقه قبل المحال عليه.

والحلول بحسب الأصل يرد على أصل الحق والدعاوى المرتبطة بهذا الحق "كما ذكرنا سابقاً عند حديثنا عن انتقال الاستفادة من شرط الإحتفاظ بالملكية إلى الغير عن طريق الحلول الإتفاقي" ودعوى الاسترداد من بين هذه الدعاوي ولا مجال للفرقة في حالة إفلاس المشتري بين

ما إذا كان طالب الاسترداد هو البائع أم الغير "الممول" الذي حل محله في حقوقه قبل المشتري المحال عليه.

كما أن الملكية المحتفظ بها تعد من ملحقات الحق في الثمن فهي ضمانه له ومن ثم تنتقل معه بهذا الوصف بقوة القانون.

وبترتب على ذلك أن المصرف المحال له يستفيد تلقائياً من شرط الإحتفاظ بالملكية في ضمان حقه.

بالنسبة للأحكام التي قررت فيها محكمة النقض إمكانية هذا الانتقال عن طريق الحلول هي:

- الحكم الأول:

يتعلق ببيع سيارة تحت شرط الإحتفاظ بملكيته إلى حين سداد الثمن، ثم اقتراض جزء من ثمنها. حل المقرض محل البائع في حقوقه قبل المشتري، بعد إفلاس المشتري قامت شرطة التأمين بتعويض المقرض وحلت محله في حقه قبل المفلس بكل ما يتولد عن هذا الحق من حقوق وامتيازات و ضمانات.

طلبت شركة التأمين استناداً على شرط الإحتفاظ بالملكية من السنديك(*) استرداد السيارة، أقرت محكمة الاستئناف هذا الطلب، طعن السنديك على الحكم بالنقض مستنداً إلى أن الحلول ليس وسيلة لنقل الملكية ومن ثم فإن المؤمن لم يصبح مالكا للسيارة وليس من حقه التمسك بشرط الإحتفاظ بالملكية.

(*) مأمور التفليسة.

رفضت محكمة النقض الطعن مقررته أن الحلول الإتفاقي بنقل الحق إلى الدائن الجديد بكل مزاياه وتوابعه، وشرط الإحتفاظ بالملكية يرتبط بالحق في الثمن ويخصص لخدمته وحده بهدف ضمان الوفاء به، ومن ثم يكون الحكم المطعون عليه قد أجاب صحيح القانون⁽¹⁾.

- الحكم الثاني:

يتعلق هذا الحكم بقرض خصص لدفع جزء من ثمن سيارتين حل المقرض محل البائع في كل حقوقه ودعاويه قبل المشتري بما في ذلك دعوى الاسترداد المستندة إلى شرط الإحتفاظ بالملكية، طعن السنديك بالنقض على حكم الاستئناف الصادر بهذا المعنى أي الذي يقضي بحصة هذا الحلول واستند السنديك إلى أن دفع المقرض للثمن أدى إلى نقل ملكية السيارتين إلى المشتري وليس للمقرض، ومن ثم ليس لهذا الأخير طلب استردادهما، أضاف إلى ذلك أن المقرض لم يدفع سوء جزء من الثمن ومن ثم لا يجوز له أن يطالب بالاسترداد مستنداً إلى شرط الإحتفاظ بالملكية.

رفضت محكمة النقض الطعن مقررته أن المقرض حل محل البائع في حقوقه ودعاويه قبل المشتري بما في ذلك دعوى الاسترداد، ونظراً لأن الاسترداد يتعلق بشيء معين بالذات فإن الالتزام بالرد لا يقبل التجزئة ومن ثم فإن القضاء أنه ينبغي أن يعطي الموفي أكبر قدر من الضمانات التي تمكنه من استيفاء حقه، وتشمل الحقوق والدعاوي التي تنتقل إليه مع الحق الأصلي بما في ذلك ملحقات الحق كالرهن والكفالة ودعاوي الضمان والفسخ والمسؤولية التقصيرية. لذا استقر القضاء على انتقال دعوى الاسترداد المبينة على شرط الإحتفاظ بالملكية إلى الموفي حتى ولو كانت هذه الدعوى مستقلة عن دعوى فسخ البيع.

(1) راجع د/ محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص 283.

فمن الصعب تصور عدم انتقال دعوى الاسترداد للموفي لأن من شأن ذلك وضع المشتري
لفي موضع متناقض أمام كل من البائع الذي يتقدم بطلب الاسترداد، والموفي الذي حل حله في
الثمن ويقوم في ذات الوقت بطلب الوفاء به، فيختار المشتري حول أي الطرفين واجب الوفاء⁽¹⁾.
وقد ثار التساؤل حول ما إذا كان من الممكن أعمال هذا القضاء بالنسبة لحالة الحق.
فالواقع أمام عموم المبدأ الذي أرسته محكمة النقض فإن الفقهاء يرون إمكانية ذلك، حيث
قررت محكمة النقض بأن الوفاء مع الحل ينقل الحق الأصلي بكل مزاياه وملحقاته.
لم يرد مصطلح "ملحقات" في المادة 1250 من القانون المدني الفرنسي التي تتكلم عند
انتقال الحقوق والدعاوى والامتيازات والمرهون للموفي "المحال له".
أما بالنسبة للمادة 1692 التي تتكلم عن حوالة الحق تنص صراحة على أن حوالة الحق
تشمل "ملحقاته" كالكفالة والامتياز والرهن.
فإذا اعتبرنا شرط الإحتفاظ بالملكية من ملحقات الحق في الثمن فإنه يجوز للمصرف
المحال إليه هذا الحق الاستفادة من هذا الشرط إما عن طريق التنازل عن الحق في الثمن طبقاً
لقانون ديولي السابق الإشارة إليه.
أو بمناسبة عملية خصم الكمبيالة المتضمنة لثمن البضاعة، ومما يؤدي هذا القول،
التطور الملحوظ للقضاء الفرنسي على إثر التطور التشريعي الحديثة سواء فيما يتعلق بنفاذ شرط
الإحتفاظ بالملكية في مواجهة الغير أو بجعل الديون الحاضرة والمستقبلية أداة ائتمان تأثراً
بالقانون الألماني والاتجاه العام للقوانين الأوروبية التي تسعى إلى التوحيد⁽²⁾.

(1) راجع د/ محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص 284.

(2) راجع د/ محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص 286.

ثانياً: وضع المسألة في القانون الوضعي:

لقد رأينا سابقاً كيف أصبح شرط الإحتفاظ بالملكية له قوة الإحتجاج به في مواجهة جماعة الدائنين، وفي مواجهة المتصرف إليهم في كل من القانون الليبي والقانون المصري. صحيح إنه يلزم توافر شروط معينة حتى يعترف القانون ومن ثم القضاء بنفاذ هذا الشرط، ولكن بمجرد توافر هذه الشروط التي سبق أن تعرضنا لها فإن البائع - المالك - يمكنه الإحتجاج بشرط الإحتفاظ بالملكية الوارد في عقد البيع في مواجهة الغير.

لا شك أن هذا التغيير في موقف القانون المصري والذي لم يكن يعترف بنفاذ الشرط في مواجهة جماعة دائني المفلس، كما أنه كان يفضل أعمال قاعدة الحيابة في مواجهة البائع الأصلي، يعتبر تطوراً هاماً في القانون المصري سواء على صعيد القانون المدني أو على صعيد القانون التجاري الجديد، من شأنه تدعيم فعالية الشرط كأداة ضمان للوفاء بالثمن ومن ثم يكمن أن يصل به هذا التطور إلى الاعتراف بإمكانية نقل الاستفادة من شرط الإحتفاظ بالملكية للغير على سبيل الضمان.

أما بالنسبة للقانون الليبي فقد اعترف بنفاذ شرط الإحتفاظ بالملكية في مواجهة الغير قبل ذلك، حيث رأينا كيف أن نصوص القانون التجاري القديم 1953 تكررت بنفس الصياغة ضمن نصوص القانون التجاري الجديد 23 لسنة 2010⁽¹⁾، التي نصت على أنه يحتج بشرط الإحتفاظ بالملكية قبل (أي كان) وقبل (الدائنين) وفي ظل توافر الشروط التي تناولناها سابقاً.

نصوص القانون الليبي هذه من شأنها المساهمة في ازدهار شرط الإحتفاظ بالملكية والوصول به إلى حد نقل الاستفادة منه على سبيل الضمان.

(1) المواد 107، 108 من القانون التجاري الليبي القديم 1953 هي نفسها حيث تكررت بنفس الصياغة ي المواد 519 و 520 من قانون النشاط التجاري الجديد 2010.

بناءً على ما سبق فإنه باستقراء نصوص القانون المدني الليبي وكذلك نصوص القانون المدني المصري، نرى أنها تسمح بالأخذ بالأساليب الحديثة في القانون الفرنسي، بل أكثر من ذلك أن اتسام نصوص هذه القوانين بالمرونة والرضائية وعدم اعتمادها على الشكلية التي وقفت حاجزاً أمام تطور القانون والقضاء الفرنسي، يجعلها اقدر على الأخذ بهذه الأساليب واعتمادها، ففيما يتعلق بالوفاء مع الحلول تنص المادة 316 من القانون المدني الليبي على أنه "من حل قانوناً أو اتفاقاً محل الدائن كان له حقه بما لهذا الحق من خصائص، ما يلحقه من توابع" وما يكفله من تأمينات".

وشرط الإحتفاظ بالملكية بما إنه من توابع الحق فهو ينتقل معه. وبنفس الصياغة جاء نص المادة 329 من القانون المصري فينطبق عليه نفس الحكم إذاً.

كذلك بالنسبة لحالة الحق حيث نصت المادة 294 من القانون المدني الليبي على أن "حالة الحق تشمل ضماناته، كالكفالة والامتياز والرهن..." فالنص لم يذكر الضمانات على سبيل الحصر بل على سبيل المثال، وبعد شرط الإحتفاظ بالملكية أحد ضمانات الوفاء بالحق في الثمن، ومن ثم فإنه ينتقل مع هذا الحق إلى المحال له.

وقد جاء نص المادة 307 من القانون المدني المصري بنفس الحكم فينطبق عليه نفس النتيجة وهي إمكانية حوالة الحق في الاستفادة من شرط الإحتفاظ بالملكية مع حوالة الحق في الثمن إلى المحال له.

وقد أكدت ذلك المحكمة العليا المصرية بقولها "بأن الحق المحال به ينتقل بالحوالة من المحيل إلى المحال له بصفاته ودفوعه كما تنتقل معه توابعه ومنها الدعاوي التي تؤكد".

ولكن كل هذه النصوص التي تعرضنا لها سواء في القانون الليبي أو القانون المصري هي نصوص عامة، لا تغني عن أهمية تدخل المشرع في هذه الدول لكي يدعم شرط الإحتفاظ بالملكية بالنصوص اللازمة ليؤدي هذا الشرط دوره الائتماني ويساهم في ازدهار النشاط الاقتصادي.

فيجب تناول هذه الأحكام المستفادة من النصوص العامة، في نصوص خاصة تعالج مدى إمكانية نقل الاستفادة من شرط الإحتفاظ بالملكية إلى الغير على سبيل الضمان بالتفصيل.

الخاتمة

تناولنا في هذه الأطروحة بشرط الإحتفاظ بالملكية على الغير سواء جماعة الدائنين أو المتصرف إليهم، وخلصنا للنتائج والتوصيات الآتية:

(أ) نتائج الدراسة:

أولاً: تبين لنا من هذه الدراسة أن شرط الإحتفاظ بالملكية يثير الكثير من الجدل حول محاسنه ومساوئه في الواقع العملي .

ثانياً: اختلاف الآراء حول طبيعته وآثاره القانونية، لذا نتأرجح أحكامه في التشريع والقضاء بين الثبات والتطور طبقاً للنظام القانوني السائد في الدولة وظروفها الاقتصادية.

ثالثاً: تساعد الدراسة المقارنة على إلقاء الضوء على النظام القانوني للشرط من كل زواياه ومدى انسجامه مع الواقع الاقتصادي وقدرته على التطور تبعاً لتطور النظام الاقتصادي، حيث تفيد دراستنا لشرط الإحتفاظ بالملكية في كل من القانون الفرنسي والقانون المصري والقانون الليبي في فهم هذا الشرط انطلاقاً نحو الوصول إلى تقييمه وتحليل نصوصه لمعرفة مدى قدرتها على مواكبة مقتضيات الواقع والاقتصاد الحديث.

رابعاً: استنتاجاً من هذه الدراسة وصلنا إلى أن القضاء في ليبيا لم تطرح عليه أي أحكام متعلقة بشرط الإحتفاظ بالملكية فلم تتعرض المحكمة العليا في ليبيا لتحديد الطبيعة القانونية لشرط الإحتفاظ بالملكية كما أن فقهاء القانون الليبي لم يتناولوا في دراساتهم تحديد طبيعة شرط الإحتفاظ بالملكية في القانون الليبي، وذلك بعكس القضاء والفقهاء في كل من فرنسا ومصر.

خامساً: اعترف القانون الليبي بنفاذ شرط الإحتفاظ بالملكية في مواجهة الغير بشرط أن يكون مكتوباً وأن تكون الكتابة ثابتة التاريخ وبعد هذا تطوراً في صالح القانون الليبي أو نقطة بداية تشجع فقهاء القانون على العمل على تنظيم هذا الشرط وتفصيل أحكامه بشكل أفضل، حيث أن المشرع الليبي لم يشترط سوى الكتابة دون اشتراط أسبقيته على التصرف أو قيام حق الغير كما فعل المشرع المصري.

سادساً: إمكانية انتقال الاستفادة من شرط الإحتفاظ بالملكية إلى الغير على سبيل الضمان سواء بحوالة الحق أو عن طريق الحلول الاتفاقي أو التنازل عن البيع أو بتظهير الأوراق التجارية والبيع المزدوج.

سابعاً: كذلك فإن اشتراط الكتابة الثابتة يتفق وقواعد القانون المدني فيما يتعلق بنفاذ التصرف قبل الغير.

(ب) التوصيات:

خلصنا من هذه الدراسة إلى مجموعة من التوصيات التي وجودها ينفع شرط الإحتفاظ بالملكية ويزيد من فعاليته وهي:

1. يجب أن يقترن شرط الإحتفاظ بالملكية بجزاء يوقع على المشتري حالة مخالفة لأحكام هذا الشرط.

2. إلزام التاجر بقيد البضاعة التي يشتريها محملة شرط الإحتفاظ بالملكية في سجل خاص أو جانب معين من دفاتر التجارية ليسهل الاطلاع عليه، مع تقدير الجزاء المناسب على مخالفته لهذا الالتزام، ولعل إهدار الثقة في التاجر المخالف إثر توقيع الجزاء عليه يعد جزءاً رادعاً في هذا المقام.

3. يؤخذ على المشرع الليبي إنه لم ينظم البيع مع شرط الإحتفاظ بالملكية بالتفصيل في باب مستقل، فلم يتعرض لأحكامه وآثاره وكيفية الاحتجاج به وشروط الاسترداد في حالة إفلاس المشتري المدين، وما إلى ذلك من الإشكاليات التي تثور عند التطبيق العملي الدفع شرط الإحتفاظ بالملكية في مواجهة الدائنين، لذلك نوصي بتنظيم هذا الشرط بشكل دقيق.

4. كما أن أحكام البيع بالتقسيط عامة والبيع مع شرط الإحتفاظ بالملكية خاصة جاءت متناثرة بين نصوص القانون المدني والقانون التجاري، وحتى في القانون التجاري لم يشملها عنوان واحد، فنتمنى من المشرع الليبي أن بنص على أحكام هذا الشرط مفصلة وخاصة الحالات التي يجوز فيها استرداد البضائع المباعة تحت شرط الإحتفاظ بالملكية وعدم الاكتفاء بالنص على الحالات التي يجوز فيها الاسترداد للبضائع المباعة بناءً على عقد ناقل الملكية ما لم تدخل في حيازة المشتري المفلس المادة 1084 قانون 23 لسنة 2010 بشأن النشاط التجاري الليبي علماً بأن تقرير إعمال شرط الإحتفاظ بالملكية قبل جماعة الدائنين والاعتراف بحق البائع في استرداد بضاعته لا يشكل خروجاً على القواعد العامة بل عودة إليها.

5. أخيراً أن الدور الائتماني لشرط الإحتفاظ بالملكية، يستوجب إضفاء أكبر قدر من الفعالية عليه كي يقوم بدوره في تنشيط الحركة المالية وتدعيم التبادل التجاري ويصبح أداة ائتمان إلى جانب دوره كوسيلة ضمان، ويعني المتعاملون عن البحث عن وسائل أخرى لضمان حقوقهم، صريحة أو مقنعة كالبيع الايجاري والتأجير الائتماني والإيجار المقترن بوعد بالبيع... ويكون ذلك من خلال الاعتراف بنفاذه قبل جماعة الدائنين، وهذا ما يستدعي التوفيق بين مصلحة جماعة الدائنين ومصلحة البائع أي ضمان حصوله على حقه دون المساس الائتمان الظاهري للدائنين، وذلك من خلال تنظيم وسيلة لشهر هذا الشرط.

نخلص من ذلك إنه ليس المطلوب تعديل القواعد العامة في عقد البيع وقواعد الإفلاس بل يجب تقوية شرط الاحتفاظ بالملكية في ذاته من خلال الاعتراف بنفاذه قبل الغير وهذا ما أخذ به المشرع الليبي فعلاً وإن لم يظهر هذا الشرط في الواقع العملي في ليبيا بالدرجة الكافية للقول بقوته وانتشاره بالرغم من تطوره من الناحية النظرية.

تم بعون الله وتوفيقه

قائمة المراجع

أولاً: الكتب العامة:

1. د/ إبراهيم أبو النجا، عقد البيع في القانون المدني الليبي، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، الطبعة الأولى، سنة 1997.
2. د/ أنور العمروسي، البيوع الباطلة في القانون المدني، دار محمود للنشر والتوزيع، القاهرة.
3. د/ أنور سلطان، العقود المسماة شرح "عقدي البيع والمقايضة"، دار النهضة العربية، بيروت، سنة 1980.
4. د/ حسني المصري، القانون التجاري، العقود التجارية، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى، سنة 1988.
5. د/ سمير عبدالسيد تناغو، عقد البيع، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، الطبعة الأولى، سنة 2009.
6. د/ سمير عبدالسد تناغو، مصادر الالتزام، منشأة المعارف، الإسكندرية، سنة 2005.
7. د/ سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، المجلد الأول، نظرية العقد والإرادة المنفردة، الطبعة الأولى، سنة 1987.
8. د/ عبدالرازق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الثالث، طبعة نادي القضاة.
9. د/ عبدالرازق السنهوري، نظرية العقد، الجزء الثاني، منشورات الحلبي، بيروت، 1998.
10. د/ عبدالقادر محمد شهاب، د/ محمد بن عبدالقادر محمد، الوجيز في الحقوق العينية، الطبعة الأولى، دار الكتب القانونية، ودار شتات للنشر والبرمجيات، سنة 2008.

11. د/ عبدالفتاح عبدالباقي، محاضرات في العقود، عقد البيع، الجزء الثاني، دار الفكر العربي، بدون سنة نشر.
12. د/ عبدالحميد عبدالله عبدالعال، الحقوق العينية والأصلية والتبعية، منشورات جامعة درنة، الطبعة الأولى، سنة 1999.
13. د/ عبدالرحمن أحمد جمعة الحالاثة، الوجيز في القانون المدني الأردني، عقد البيع، دار وائل للنشر، طبعة الأولى، سنة 2005.
14. د/ عبدالسلام علي المزوغي، النظرية العامة لعلم القانون، الكتاب الثالث نظرية الالتزامات، الجزء الأول، المصادر الإرادية للالتزام، المجلد الثاني.
15. د/ فايز أحمد عبدالرحمن، عقد البيع، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، سنة 2006.
16. د/ محمد مبروك اللافي، شرح أحكام البيع والتأمين والوكالة في التشريع الليبي، المركز القومي للبحوث والدراسات العلمية، طبعة الأولى، سنة 1996.
17. د/ محمد حسين منصور، أحكام البيع، الإسكندرية.
18. د/ محمد علي البدوي، النظرية العام للالتزام، دار الكتب الوطنية، الطبعة الأولى، أحكام الالتزام، سنة 2005.
19. د/ محمد علي البدوي، النظرية العام للالتزام، الجزء الأول، مصادر الالتزام المركزي القومي للبحوث والدراسات العلمية، طرابلس، الطبعة الرابعة، سنة 2003.
20. د/ محمد حسن قاسم، عقد البيع، دراسة مقارنة بين القانون المصري والقانون اللبناني"، بيروت، الدار الجامعية، سنة 1999.

21. د/ محمد بن عبدالقادر محمد، المنهل في شرح العقود المسماة في القانون المدني الليبي، عقد البيع، مكتبة زليتن للنشر، زليتن، الطبعة الثانية، سنة 2009.
22. د/ محمد علي عمران، شرح أحكام عقد البيع في القانون المدني الليبي، دراسة مقارنة بين القانون الليبي والقانون المصري، المكتبة الوطنية.
23. د/ محمد عزمي البكري، موسوعة لفقته والقضاء في القانون المدني "البيع والمقايضة" المجلد السادس، دار محمود للنشر، القاهرة.
24. د/ محمد عبدالله الدليمي، العقود المسماة "أحكام والتأمين والوكالة" في القانون الليبي، طرابلس، مطبوعات الجامعة المفتوحة، الطبعة الأولى، سنة 2000.
25. أ/ مراد محمود الرعوي، الموسوعة العالمية للمعرفة القانون المدني والتشريعات المكملة له، الجزء الأول، منشورات المركز القومي للدراسات القانونية وبحوث حقوق الإنسان، سنة 2004.
26. د/ نبيل إبراهيم سعد، العقود المسماة "عقد البيع"، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، الطبعة الثالث، سنة 2008.
27. د/ هيثم حامد المصاروة، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، دار المطبوعات الجامعية، سنة 2006.

ثانياً: المراجع الخاصة والرسائل:

1. د/ اشرف عبدالرازق ويح، الوسيط في البيع بالتقسيط، دار النهضة العربية.
2. د/ إبراهيم الدسوقي أبو الليل، البيع بالتقسيط والبيوع الائتمانية الأخرى، جامعة الكويت، مطبوعة الجامعة، سنة 1984.

3. د/ أحمد إبراهيم حسن، التصرف الائتماني ونقل الملكية على سبيل الضمان في القانون الروماني، مؤسسة الثقافة الجامعية، الإسكندرية، بدون سنة نشر.
4. د/ بلال إبراهيم حامد، مدى مشروعية البيع بالتقسيط وأثاره، رسالة دكتوراه، جامعة الأزهر، سنة 1997.
5. د/ جمال خليل بشار، النية وأثرها في البناء في ملك الغير، دار الجامعة الجديدة، 1999.
6. د/ جمال الكامل، أحكام بيع ملك الغير، الطبعة الثالثة.
7. د/ حسن محمد محمد بودي، حقوق الغير في العقود، دار الكتب القانونية ودار شتات للنشر والبرمجيات، الطبعة الأولى، سنة 2010.
8. د/ حسين الماحي، آثار شرط الإحتفاظ بالملكية في البيع الائتماني، دار أم القرى، المنصورة، الطبعة الأولى، سنة 1990.
9. د/ حمدي أحمد سعد أحمد، البيع الإيجاري، دار الكتب القانونية، الطبعة الأولى، سنة 2007.
10. د/ حمدي المغروي محمد عرفة، إجازة العقد القليل للأبطال، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، كلية الحقوق، سنة 2008.
11. د/ حمدالله محمد حمدالله، حماية بائع المنقولات المادية من خلال شرط الإحتفاظ بالملكية، درا النهضة العربية، القاهرة، 1996-1997.
12. م/ حمزة شرابين، الملكية كوسيلة لدعم الائتمان، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، سنة 2007.

13. د/ صبري مصطفى حسن السبك، البيع بالتقسيط، مكتبة الوفاء القانونية، الطبعة الأولى، سنة 2012.
14. د/ صبري حمد خاطر، الغير عن العقد رسالة دكتوراه، الدار العلمية الدولية، ودار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الطبعة الأولى، سنة 2001.
15. د/ عبدالحليم عبداللطيف القوني، حسن النية وأثره في التصرفات القانونية، جامعة المنوفية، سنة 2004.
16. د/ عبدالحكم فوده، النسبية والغيرية في القانون المدني، دار الفكر الجامعي، سنة 1996.
17. د/ علي سيد قاسم، شرط الإحتفاظ بالملكية ونظام الإفلاس، دار الفكر العربي للنشر، سنة 1991.
18. د/ علي سيد قاسم، الجوانب القانونية للإيجار التمويلي، دار النهضة العربية، بدون سنة نشر.
19. د/ فايز محمد حسين، الشروط المقترنة بعقد البيع، دار المطبوعات الجامعية، سنة 2010.
20. د/ لاشين محمد يونس الغياني، بيع ملك الغير، مكتبة جامعة طنطا للنشر، الطبعة الأولى، سنة 1986.
21. د/ محمد إبراهيم دسوقي، التعاقد إخلالاً بحقوق الغير، دار إيهاب للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، سنة 1985.
22. د/ محمد حسين منصور، النظرية العامة للائتمان، منشأة دار المعارف، سنة 2005.
23. د/ محمد حسين منصور، شرط الإحتفاظ بالملكية، دار الجامعية الجديدة، سنة 2007.
24. د/ محمد حسين منصور، الوجيز في عقد البيع، الإسكندرية.

25. د/ محمد إبراهيم البنداري، الالتزام بالتسليم في عقد البيع، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة.
26. د/ محمد شتا أبو السعد، أحكام العقود المعلقة على شرط، دار الجامعة الجديدة للنشر، سنة 2000.
27. د/ محمد شتا أبو السعد، الشرط كوصف للتراضي في القانون المدني المقارن والشريعة الإسلامية عالم الكتب للطباعة، سنة 1981.
28. د/ محمد محيي الدين إبراهيم سليم، نطاق مبدأ نسبية أثر العقد، دار المطبوعات الجامعية، الطبعة الأولى، سنة 2007.
29. د/ محمد وحيد الدين سوار، حق الملكية في ذاته، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، سنة 1997.
30. د/ محمود عبدالرحيم الديب، بدء سريان الالتزام المشروط، جامعة الأزهر، دار الجامعة الجديدة، سنة 2008.
31. د/ مصطفى كمال طه، أ/ وائل أنور بندق، أصول الإفلاس، دار الفكر الجماهيري، الطبعة الأولى، سنة 2005.
32. د/ نبيل إبراهيم سعد، نحو قانون خاص بالانتماء، منشأة المعارف، سنة 1991.
33. د/ نبيل إبراهيم سعد، الملكية كوسيلة للضمان، دار الجامعة الجديدة، سنة 2007.
34. د/ نبيل صابر فرج عيد، حماية الخلف الخاص في التصرفات العقارية من زوال سند السلف، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، القاهرة، سنة 2001.
35. د/ نجوى إبراهيم الدالي، عقد التأجير التمويلي، دار الجامعة الجديدة، سنة 2005.

36. د/ نجوى فوزي شفيق أبو هيبية، التصرف عن الغير، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، سنة 1994.

37. د/ هاني محمد دويدار، العقود التجارية والعمليات المصرفية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، سنة 1994.

38. د/ هاشم عبدالمقصود سعد، نظرية حرية العقود والشروط في الفقه الإسلامي، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة.

ثالثاً: الدوريات:

1. د/ حسام الدين فتحي ناصف، مقالة بعنوان "التأجير التمويلي الدولي المنقول، دراسة للقواعد المادية وقواعد تنازع القانون الواجب التطبيق على التأجير التمويلي في القوانين الوطنية واتفاقية أوتاوا الموقعة، 1998، منشورات في مجلة العلوم القانونية، العدد الثاني، السنة السادسة والأربعون، عام 2004، كلية الحقوق، جامعة عين شمس.

2. د/ حسن علي الشاذلي، مقالة بعنوان "الإيجار المنتهي بالتمليك"، منشور في مجلة مجموعة الفقه الإسلامي، العدد الخامس، الجزء الرابع، سنة 1405هـ.

3. / عبدالرحمن أحمد جمعة الحالاثة، مقالة بعنوان " شرط الإحتفاظ بالملكية المبيع في نطاق القانون المدني الأردني بالمقارنة مع الفقه الإسلامي والقوانين المدنية العربية"، منشور في مجلة الشريعة والقانون.

4. د/ محمد صبري السعدي، مقالة بعنوان "نظرية البطلان في القانون المدني الجزائري"، منشورات في مجلة العلوم القانونية، جامعة قسنطينة، السنة الأولى، العدد الأول، يوليو 1982.
5. د/ محمد جمال عيسي، مقالة بعنوان "حسن النية في العقود" منشور في المجلة القانونية الاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة الزقازيق، العدد الثالث والعشرون، سنة 2008.
6. د/ محمود سمير الشقاوي، مقالة بعنوان "الالتزام بالتسليم في عقد البيع البضائع"، منشور في مجلة القانون والاقتصاد والبحوث القانونية والاقتصادية، العدد الأول والثاني، السنة السادسة والأربعون، عام 1976.
7. د/ محمود بلال مهران، مقالة بعنوان "الشروط المقترنة بعقد البيع في الفقه الإسلامي" منشور في مجلة القانون والاقتصاد العدد التاسع وخمسون، مطبعة جامعة القاهرة للكتاب الجامعي، سنة 1993.
8. د/ نسرین سلامة محاسنة، مقالة بعنوان "التأجير التمويلي في القانون الأردني مقارناً بالإجارة المنتهية بالتملك وفق الفقه الإسلامي"، منشور في مجلة الحقوق، العدد الرابع، السنة الثانية والثلاثون، محرم 1430، ديسمبر 2008، كلية القانون، جامعة اليرموك المملكة الأردنية الهاشمية.
9. د/ هاني محمد دويدار، أستاذ القانون التجاري والبحري، مقالة بعنوان "عقد الإيجار التمويلي للمنقولات في ظل القانون اللبناني"، منشور مجلة دراسات القانوني الصادرة عن كلية الحقوق، جامعة بيروت العربية، سنة 2006، منشورات الحلبي الحقوقية.

رابعاً: المواقع الالكترونية:

1. <http://Kenana on Line. com/ basune>
بحث بعنوان "شرط الإحتفاظ بالملكية" د/ بسيوني محمود أبو عبده 2010.
2. <http/aziamar. blogspot. com>
بحث بعنوان "شرط الإحتفاظ بالملكية" أ/ عبدالعزيز حسين عمار منشور بتاريخ 1 مايو 2011.
3. <http/www.azubair.com/azubair/index.php/main/index/127>
بحث بعنوان "البيع الإيجاري وموقف الفقه الإسلامي منه" د/ عبدالله الزبير عبدالرحمن، السودان،
2012.
4. <http:/ www.droitentreprise.orgwed/?p=199>
بحث بعنوان "شرط الإحتفاظ بالملكية، مجلة القانون والأعمال، منشور بتاريخ يونيو 2013 بقسم
البحوث القانونية.
5. www.star times.com
الشؤون القانونية، بتاريخ 2/12/2014.
6. www.star times. com/?t=130867
بحث بعنوان "شرط الإحتفاظ بالملكية في القانون الجزائري" أ/ بن عمارة محمد تبارت، 2014.

خامساً: التشريعات:

1. القانون المدني الليبي.
2. القانون المدني المصري.
3. القانون 23 لسنة 2010، بشأن النشاط التجاري الليبي.
4. القانون التجاري الليبي القديم الصادر في 1953.
5. القانون 15 لسنة 2010 بشأن التأجير التمويلي في ليبيا.
6. القانون 17 لسنة 1999 التجاري المصري الجديد.
7. القانون التجاري المصري القديم الصادر في 1957.