

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

وزارة التعليم العالي و البحث العلمي

جامعة وهران كلية الحقوق

- قسم القانون الخاص -

رسالة ماجستير تحت عنوان :

الملكية كأداة ضمان في مجال العلاقات التعاقدية

من تقديم و مناقشة الطالب :

بن عمارة محمد

اللجنة :

أستاذة التعليم العالي زناكي دليلة رئيسا .
الأستاذة المحاضرة ناصر فتيحة مقرا .
الأستاذ المحاضر محمد المدهون عضوا مناقشا .
الأستاذة المحاضرة بوخاتمي عفان فاطمة .. عضوا مناقشا .
الأستاذ المكلف بالدروس داودي إبراهيم عضوا مناقشا .

2006

الإهداء

إلى من له الفضل الأستاذ الدكتور شوطري أحمد
أستاذ العلوم السياسية بجامعة الجزائر عضو القيادة القومية
بالعراق و إلى جميع أساتذة كلية الحقوق بجامعة بغداد بالعراق .
إلى شريكة حياتي أم طاهر , التي لم ينقطع تشجيعها لي
لإنجاز الرسالة و كتمان المعاناة و تحمل مسؤولية الأسرة طوال مدة
6 سنوات كاملة .

إلى الأم الفاضلة رمز التحدي و الصبر
إلى الأب الفاضل رمز الصدق و الإخلاص .
إلى أبنائي , طاهر , سارة وئام , محمد نجيب .
إلى العراق مهد الحضارات

الشكر و التقدير

أشكر كل من ساهم في إنجاز هذه الرسالة :

- الأستاذة الدكتورة ناصر فتيحة المشرفة , على توجيهاتها و حرصها , حسن منهجيتها في البحث العلمي القانوني و لطفها .

- الأستاذ الدكتور محمد المدهون لمساعدته و نصائحه القيمة و كل ما قام به .

-الدكتور داودي إبراهيم على نبله و تواضعه و تقديمه لي رسالته القيمة جدا و التي ساعدتني كثيرا في إعداد الموضوع .

مقدمة

إحتل موضوع الضمانات مكانة هامة ضمن الدراسات القانونية , لكنه لم يأخذ حقه من البحث في القانون المدني الجزائري . فالضمانات لها تأثير كبير على الإلتزام من حيث الحجم و المدة و التكلفة . و قد كشفت الحياة العملية أن التأمينات التقليدية أدت إلى زيادة هذه التكلفة نتيجة إشتراط الرسمية كما هو الشأن بالنسبة للتأمينات العينية العقارية أو إشتراط الضامن كما في التأمينات الشخصية . زيادة على ذلك , فإن بعض التأمينات تؤدي إلى عرقلة تداول الأموال , فمثلا يصعب بيع عقارا مقيدا برهن رسمي , أو منقولا مرهونا رهنا

حيازيا . كما نجد أن بلوغ هذه التأمينات لغايتها غالبا ما يستغرق كثيرا من الوقت و النفقات نتيجة لإجراءات الحجز و التنفيذ و البيع في المزاد العلني.

و لعل من أهم الإلتزامات التعاقدية التي تتطلب الضمان , عقد البيع بإعتباره من أهم التصرفات القانونية المبرمة ما بين الأطراف . و عندما نتحدث على البيع نقصد حتما الشراء , إذ أننا نشترى لكي نكسب , و نتملك الشيء محل الشراء , و لو أنه يحصل أحيانا نشترى لكي نبيع . لكن هذا لا يمنع من أن نكون مالكي لما نشترى و لو لمدة قصيرة , و لهذا لما نتحدث عن البيع لا بد من المرور على الملكية (1) .

و لعل عند البحث عن عقد البيع لا بد أن نذكر أنه خضع لتحول جذري لما كان عليه الوضع عند الرومان , فأصبحت إرادة الأطراف اليوم قادرة على نقل الملكية من البائع إلى المشتري بمجرد إنعقاد العقد (2) .

(1) _ DAOUDI Brahim le transfert de la propriété et des risques dans la vente en droit français et algérien comparé , thèse doctorat , Paris 1984 , p 1

(2) DAOUDI Brahim op .cit. p 2

-2-

مقدمة

و عليه فإن عقد البيع أصبح يلزم البائع بنقل الملكية عكس ما كان معمولا به في القانون الروماني , إذ كان عقد البيع لا ينقل الملكية بذاته , بل الذي كان يتقلها وضع من الأوضاع المادية المعروفة في هذا القانون : كالإشهاد (mancipatio) أو التنازل القضائي (jure in cessione) أو القبض (traditio) أو التقادم (usucapio) (1) .

وعلى الرغم من المبدأ العام الذي يقرر أن ملكية المبيع تنتقل فورا من البائع إلى المشتري بمجرد العقد , فقد توجد بعض الصعوبات الفنية المرتبطة بالنظام القانوني لحق الملكية , بوصفه حقا عينيا أصليا محله دائما شيء معين بذاته , تحول دون إنتقالها من البائع إلى

المشتري فور إبرام عقد البيع . فمثلا إذا كان المبيع شيئا معيناً بالنوع لا تنتقل ملكيته من البائع إلى المشتري بمجرد إبرام عقد البيع , و إنما لا بد من إفراز المبيع و جعله معيناً بالذات و لو قبل التسليم (2) .

كما لا تنتقل ملكية المبيع فور إبرام العقد متى كان البيع منصبا على شيء مستقبلي , و ذلك لأن محله غير موجود وقت التعاقد و إنما سيوجد فيما بعد. و لا تنتقل أيضا إذا علق القانون إنتقالها على إستيفاء إجراء معين كما هو الحال بالنسبة للعقارات حيث يتطلب الأمر إستكمال إجراءات التسجيل و الشهر العقاري .

(1) - السنهوري الوسيط في شرح القانون المدني دار إحياء التراث العربي 1958 الجزء الرابع الفقرة 229
(2) Corinne Renault Brahinsky , l'essentiel du droit des contrats , Gualinc éditeur , PARIS 2000 page 10.

و هناك حالة لا تنتقل فيها الملكية من البائع إلى المشتري فور إبرام العقد لا لوجود إجراءات معينة و إنما حماية للبائع من المخاطر المالية التي قد يتعرض لها المشتري فيعلق نقلها على تنفيذ إلتزام معين كدفع الثمن كاملا و هي حالة البيع بشرط الإحتفاظ بالملكية .

كما أن هناك حالة أخرى تؤدي إلى نفس النتيجة و هي حماية الدائن من إعسار المدين و تضييعه للمال موضوع الإلتزام و هو ما يطلق عليه نقل الملكية على سبيل الضمان كبيع الوفاء و التصرف الإئتماني .

و بذلك نرى أنه تم توظيف الإحتفاظ بالملكية , و نقل الملكية لتحقيق نوع من الضمان يفوق في فعاليته التأمينات الأخرى . فالملكية لم تعد غاية في ذاتها , و إنما أصبحت وسيلة

لتحقيق غاية أخرى و هي الضمان رغم كل الصعوبات و الإعتراضات التي لقيتها الفكرة نظريا و عمليا (1) .

(1)

واجهت فرنسا صعوبة لتقبل فكرة كون الملكية نوع من التأمين و ذلك لإعتبارات نظرية و أخرى عملية :
فالإعتبارات النظرية إنحصرت في أن التأمينات العينية واردة على سبيل الحصر و بالتالي لا تأمين عيني بدون نص , خاصة لا يوجد أي نص يجعل من الملكية تأميننا عينيا و الحجة الثانية تعارض طبيعة حق الملكية كحق عيني أصلي مع إستخدامه كحق عيني تبعي , كما أن هذا النوع من الضمان لا يخول للدائن كل خصائص و مزايا الملكية لأن إستغلال المال يظل على عاتق المدين , و الحجة الثالثة كون الضمان الذي تعطيه الملكية , يؤدي إلى التضحية بمصالح الدائنين الآخرين كما أنه يؤدي إلى تبيد إئتمان المدين دفعة واحدة .
و أما الإعتبارات العملية فتمثلت في إجراءات الشهر لهذا النوع من الضمانات التي تعتبر إما بدائية أو غير موجودة , و كذلك إنتقال الضمان تبعاً لإنتقال الدين المضمون , يبدو في نظر البعض أمرا صعبا , لذلك ينبغي تسهيل تداول الحقوق و أن يكون في الإستطاعة تتبع تأمين الدين المضمون .
محمد حسين منصور , شرط الإحتفاظ بالملكية في بيع المنقول المادي , منشأة المعارف , الإسكندرية 1996 ص 12 .

-4-

مقدمة

لكن على الرغم من ذلك , فإن أيا من هذه الإعتراضات , لم تمنع الملكية بعدما أفرغت من حق الإنتفاع بالشيء , من أن تلعب دور الضمان تعطي للبائع حق الحصول على الإئتمان الذي طالما سعت إليه القوانين و الأنظمة عبر مراحل الإنسانية, و لطالما شغل فكر و تفكير علماء الفقه و القضاء لأجل إيجاد حل لما يبحث عنه الإنسان في علاقاته التعاقدية و سرعة تداول رؤوس الأموال بين الناس (1) .

و عليه فإن موضوع الرسالة يقتصر من جهة على دراسة توظيف الملكية لتحقيق نوع من الضمان بالاحتفاظ بها و المقصود هنا ملكية المنقولات المادية فقط و بالضبط السلع و البضائع ونسنتني العقارات , لأنها عقودا شكلية في القانون الجزائري تنتقل فيها الملكية وفق إجراءات خاصة , و نسنتني أيضا الحقوق المعنوية لإنعدام التسليم المادي فيها.

و من جهة أخرى ندرس نقل الملكية لتحقيق الضمان المرتقب سواء كان محل العقد عقارا أو منقولا لحماية الدائن من خطر إعسار المدين .

(1) علي سيد قاسم , شرط الاحتفاظ بالملكية و نظام الافلاس , دار النهضة العربية 1991 ص 12 و 15

-5-

مقدمة

و بناء على ما تقدم , يظهر أن الموضوع ذو أهمية ليس من الناحية النظرية التي تتمثل في توسيع فكرة الضمانات فحسب, بل حتى من الناحية العملية و ذلك بالبحث عما هو أفضل لحماية الدائن من خطر إعسار المدين . فحركة رؤوس الأموال أصبحت جامدة نوعا ما في الجزائر عدا ما يمكن إدخاره لدى مختلف البنوك , و الباقي من تعامل لا يتعدى مبالغ ضئيلة لا يمكن أن تحسب على الإستثمار الوطني , كل ذلك لإنعدام الضمانات التي لا تعدو أن تكون رهونا و ما عليها من مساوئ و متاعب لطول إجراءاتها .

فلنتساءل إذن هل تعتبر الضمانات القانونية كالحق في حبس المبيع و إسترداد المبيع بعد فسخ البيع و إمتياز البائع , و الضمانات الإتفاقية كالتأمينات العينية و الشخصية و الشرط الجزائي و الشرط المانع من التصرف , كافية لحماية حق الدائن من خطر إعسار المدين ؟ . ألا يمكن للدائن في الجزائر أن يلجأ إلى توظيف الملكية بالاحتفاظ بها لغاية إستيفاء الثمن أو نقلها لغرض الحصول على قروض لتدعيم الضمانات المعمول بها لتحقيق

ضمان فعال يحميه من خطر إفسار دائئه و يشجعه على الإقبال على توظيف أمواله على غرار الدول المتقدمة ككندا و فرنسا؟.

أي هل يمكن رجوعا إلى الأصل توظيف الملكية لتحقيق نوع من الضمان والاعتماد على وسيلة كان معمول بها و توظيفها في قالب حديث خاصة و نحن نعيش عصر العولمة و إقتصاد السوق و عدم قدرة المستهلك عامة على تحمل أعباء التأمينات الكلاسيكية المالية منها و الإجرائية ؟ .

فما هي إذن طريقة توظيف الملكية ؟ ووسيلة الوصول إلى ذلك ؟ و ما معنى الإحتفاظ الملكية و نقلها على سبيل الضمان ؟ و هل تعتبر هذه الوسيلة جديدة أم كانت معروفة من قبل ؟ و ما موقف المشرع الجزائري منها ؟ .

فدراستنا إذن تكون عن توظيف الإحتفاظ بالملكية و نقلها لتحقيق نوع من الضمان لمعرفة ما إذا كان ذلك يؤمن فعلا حق الدائن و يحميه من خطر إفسار مدينه أكثر مما توفره له التأمينات التقليدية الأخرى . ومدى إمكانية الاعتماد على الملكية كأسلوب ضمان حديث أصبح يفرض نفسه بإلحاح من الناحية العملية خاصة في البيوع بالتقسيط و البيوع الإيجارية .

هذا ما سنحاول الإجابة عنه بدراسة " شرط الاحتفاظ بالملكية على سبيل الضمان
في الفصل الأول " و دراسة " نقل الملكية على سبيل الضمان " في الفصل الثاني .

- 7 -

الفصل الأول : الاحتفاظ بالملكية

على سبيل الضمان

الإحتفاظ بالملكية على

-8-

الفصل الأول :
سبيل الضمان

يعد شرط الإحتفاظ بملكية المبيع حتى يدفع المشتري كامل الثمن المتفق عليه و الذي يدرجه البائع عادة في عقود البيع بالتقسيط , إستثناءا حقيقيا على مبدأ الإنتقال الفوري لملكية الأشياء المباعة بمجرد العقد , إستثناء يستند إلى إرادة المتعاقدين . إذ أن المبدأ الذي يقرر إنتقال ملكية المبيع إلى المشتري كأثر فوري لعقد البيع ليس من النظام العام , يجوز للمتعاقدين أن يتفقا على ما يخالفه أي إحتفاظ البائع بملكية المبيع و هو إتفاق يقصد منه توفير التأمين المناسب للبائع ليضمن له 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 " و لا تنتقل ملكية الأشياء المباعة إلى المشتري قبل سداد كامل الثمن .

في الواقع لا تظهر أهمية الدور التأميني لشرط الإحتفاظ بالملكية إلا في عقود البيع بالتقسيط الواقعة على المنقولات المادية وحدها . إذ يقتصر دوره من الناحية العملية عليها , ذلك أن البائع بعد تسليم المنقولات المبيعة يتعرض لفقد ضماناته القانونية دون أن يحصل على حقوقه قبل المشتري و ذلك متى أفلس هذا الأخير و عدم تمكنه من تسديد ما عليه . (1)

(1) A.Dédé.des problèmes juridiques que pose la clause de réserve de propriété rev .cr.leg.juris. 1937 p. 340.

الإحتفاظ بالملكية على سبيل

-9-

الفصل الأول
الضمان

و عليه فإن شرط الإحتفاظ بالملكية يثير تساؤلات هامة تتعلق بماهيته لتحديد تعريف له , البحث عن مدى أهميته , موضوعه و الاهداف التي يمكن أن يحققها . كما يطرح مسألة البحث عن مكانته ضمن الضمانات التي وفرها القانون للدائن , طبيعته القانونية في الفقه و القضاء و كذا موقف المشرع الجزائري منه مقارنة بنظيره الفرنسي , المصري و الألماني , و أخيرا أثاره فيما بين المتعاقدين و إتجاه الغير و أهم المشاكل التي يطرحها عمليا .

و بناء على ما تقدم ندرس ماهية شرط الإحتفاظ بالملكية و مكانته في مبحث أول , طبيعته القانونية في مبحث ثاني , أثاره فيما بين المتعاقدين وإتجاه الغير و أهم المشاكل التي يمكن يطرحها من الناحية العملية في مبحث ثالث.

المبحث الأول : ماهية شرط الإحتفاظ بالملكية و مكانته .

يقصد بماهية شرط الاحتفاظ بالملكية تعريفه , إبراز موضوعه أي الأموال التي يتعلق بها , الأهداف المتوخاة منه و أهم مميزاته و هذا ما سندرسه في مطلب أول .
مكانة الشرط ضمن ضمانات حماية الدائن من خطر إفسار المدين من خلال تطوره التاريخي في القانون الالمانى و الفرنسى في مطلب ثانى .

المطلب الأول : ماهية شرط الإحتفاظ بالملكية .

نتعرض في هذا المطلب لتعريف شرط الإحتفاظ بالملكية , مدى صحته , أهميته , موضوعه أي الأموال التي يتعلق بها , و كذا أهدافه و مميزاته .

الفرع الأول : تعريف شرط الإحتفاظ بالملكية و مدى صحته .

عرف شرط الإحتفاظ بالملكية عدة تعريفات يمكن حصرها ما بين معنى لغوي و آخر إصطلاحي من جهة , و ما بين تعريف الفقه الإسلامى و فقهاء القانون الوضعى من جهة أخرى , كما تباينت الآراء حول مدى صحته من مؤيد إلى معارض .
أ – تعريف شرط الإحتفاظ بالملكية :

المعنى اللغوي :

الشرط لغويا مصدر فعل فهو شرط للأمر الفلاني أي لازما له , و في القاموس يعتبر الشرط " إلزام الشيء و إلتزامه في بيع و نحوه " . و قد يطلق على المشروط نفسه , أي إسم المفعول فيراد به ما يلزمه الإنسان على نفسه (1) .

المعنى الاصطلاحي :

الشرط ما يتوقف وجود الشيء على وجوده و كان خارجا عن حقيقته أو ماهيته , و لا يلزم من وجوده وجود الشيء و لكن يلزم من عدمه عدم ذلك الشيء و هو بهذا المعنى إسم جامد لا مصدر فهو ليس فعلا و لا حدثا . مثال ذلك يشترط للقبول في الجامعة الحصول على شهادة البكالوريا , فهذه الشهادة شرط للقبول في الجامعة و من لا يحملها لا يقبل في الجامعة , و لكن ليس من المحتم قبول كل من يحمل هذه الشهادة (2) .

(1) عبد الباقي البكري , محاضرات في القانون المدني العراقي , وزارة التعليم العالي , بغداد العراق 1980 ص 157 .
(2) المرجع نفسه ص 157 .

الفصل الأول الضمان -11- الإحتفاظ بالملكية على سبيل

الشرط في الفقه الإسلامي :

يفرق الفقهاء المسلمون بين التعليق على الشرط و الإقتران بالشرط , مثال الأول ما إذا قال شخص لأخر " إذا سافر مدينتك فأنا كفيله " , فنشوء الكفالة يعلق على سفر المدين . لذلك يعرف الفقهاء المسلمون الشرط التعليقي أو التعليق على شرط بأنه : " ربط حصول أمر بحصول أمر آخر أو تعليق حصول مضمون جملة بحصول مضمون جملة أخرى مرتبطة بها بأداة الشرط " (1) .

و مثال الثاني شراء شيء بشرط تصليحه إذا إحتاج إلى التصليح خلال مدة معينة و الزواج بشرط أن لا يخرج الزوج زوجته من بلدها أو بشرط أن يكون للزوجة حق الطلاق .

الشرط لدى فقهاء القانون الوضعي :

يعرف فقهاء القانون الوضعي الشرط كوصف من أوصاف الإلتزام بأنه أمر مستقبل غير محقق الوقوع يعلق عليه نشوء الإلتزام أو زواله . فإذا كان نشوء الإلتزام هو الذي علق على تحقق الشرط قيل عنه " شرط واقف " و إن كان زوال الإلتزام هو الذي علق على

تحقق الشرط قيل عنه " شرط فاسخ " . يتفق هذا التعريف مع الشرط التعليقي الذي يقول به الفقهاء المسلمون , أما شرط الإحتفاظ بالملكية بوصفه بندا مدرجا في عقد البيع , بند من شأنه زرع الثقة في نفس البائع و حمله على إبرام عقود البيع دون خوف من إعسار المشتري . وردت بشأن شرط الإحتفاظ بالملكية عدة تعريفات بين فقهاء القانون المدني و القانون التجاري يمكن حصرها في تعريفيين :

يعرف فقهاء القانون المدني شرط الإحتفاظ بالملكية بأنه الشرط الذي بمقتضاه يحتفظ بائع مال معين بملكيته للمال إلى يوم الدفع الكامل للثمن المتفق عليه , و يتعلق الأمر بنظام إتفاقي لتأخير إنتقال الملكية تستهدف حماية المتصرف في مواجهة عجز أو عدم قدرة المتعاقد خاصة في حالة الإعسار (2).

-
- (1) عبد الباقي البكري , محاضرات في القانون المدني العراقي المرجع السابق ص 160 .
(2) علي حسن يونس . العقود التجارية - دار الفكر العربي 1998 ص 55 .

الإحتفاظ بالملكية على سبيل

--12--

الفصل الأول
الضمان

و يعرف الفقه التجاري شرط الإحتفاظ بالملكية بأنه عبارة عن بند مكتوب في عقد بيع البضائع أو المنقولات المادية (و بوجه خاص عقد البيع بالتقسيط) ينص على إحتفاظ بائع الشيء بملكيته له - على الرغم من تسليمه للمشتري الذي يصبح حائزا له - حتى يقوم هذا الأخير خلال مدة معينة بالوفاء بالثمن المتفق عليه جميعه , و إلا كان من حق البائع إسترداد المبيع و الحصول على تعويض مناسب إذا لزم الأمر . بمعنى أنه يؤخر إنتقال الملكية إلى حين أداء الثمن قاصدا بذلك الدخول في التفليسة بوصفه مالكا مستردا لا دائنا عاديا بالثمن (1).

أما القانون الجزائري : فعرف شرط الإحتفاظ بالملكية بمناسبة الحديث عن إلتزامات البائع وذلك بنص المادة 363 التي جاء فيها :

" إذا كان ثمن البيع مؤجلا جاز للبائع أن يشترط أن يكون نقل الملكية إلى المشتري موقوفا على دفع الثمن كله و لو تم تسليم الشيء المبيع " .

يفهم من النص أنه أعطى لطرفي العقد الإتفاق على إحتفاظ البائع بملكية المبيع لغاية إستيفاء الثمن كله , و ذلك من باب التأكيد على الزيادة في الضمان بغض النظر عن التأمينات الأخرى وجدت أم لم توجد فالقانون المدني الجزائري أعطى البائع ضمانا آخر لتوثيق العلاقة التعاقدية مع العلم أن لا وجود لمثل هذا النص في القانون الفرنسي رغم تأثير هذا الأخير على المشرع الجزائري .

(1).علي جمال الدين عوض . العقود التجارية . دار النهضة العربية 1987 ص 53 .

الإحتفاظ بالملكية على سبيل

-13-

الفصل الأول
الضمان

من خلال التعريفات السابقة يمكننا إستخلاص تعريف نراه أقرب إلى الصواب لأنه يجمع ما بين المميزات الخاصة لكل تعريف فنقول:

"أن شرط الإحتفاظ بالملكية هو الشرط الذي من خلاله يحتفظ بائع المنقولات المادية بملكيتها لها لغاية تسديد الثمن المتفق عليه كاملا من قبل المشتري و له الحق في إستردادها في حالة الإفلاس كمالك لها لا كدائن ممتاز " .

ب- مدى صحة شرط الإحتفاظ بالملكية :

إستقر الفقه على صحة شرط الإحتفاظ بالملكية سواء كان البيع تجاريا أو مدنيا و هذا ما ذهب إليه المشرع الجزائري و الفرنسي و المصري .

فإذا كان الثمن يدفع أقساطا جاز للمتعاقدين أن يتفقا على أن يستبقي البائع جزءا منه تعويضا له عن فسخ البيع إذا لم توف جميع الأقساط .
و مع ذلك يجوز للقاضي تبعا للظروف أن يخفض التعويض المتفق عليه إلى الحد المعقول و هو ما يعرف بمدى تدخل القضاء في تعديل العقود وفق مبدأ نسبية الرضائية و هذا ما أكدته المشرع الجزائري بنص المادة 119 من القانون المدني (1) . فإذا وفيت الأقساط جميعا , فإن إنتقال الملكية إلى المشتري تسري من وقت إبرام عقد البيع وتطبق أحكام البيع ولو سمي البيع إيجارا .

(1) المادة 119 الفقرة 2 من القانون المدني الجزائري : " و يجوز للقاضي ان يمنح المدين اجلا حسب الظروف كما يجوز له ان يرفض الفسخ اذا كان ما لم يوف به المدين قليل الاهمية بالنسبة الى كامل الالتزامات " .

الإحتفاظ بالملكية على سبيل

-14-

الفصل الأول
الضمان

فإشترط البائع الإحتفاظ بملكية المبيع لحين إستيفاء الثمن كله من المشتري , شرط صحيح حسب القانون المدني الجزائري الذي ينص في الفقرة الثانية من المادة 363 من القانون المدني الجزائري:

" فإذا كان الثمن يدفع أقساطا جاز للمتعاقدين أن يتفقا على أن يستبقي البائع جزءا منه على سبيل التعويض في حالة إذا وقع فسخ البيع بسبب عدم استيفاء جميع الأقساط و مع ذلك يجوز للقاضي تبعا للظروف ان يخفض التعويض المتفق عليه وفقا للفقرة الثانية من المادة 224 " .

و إذا كان الأصل أن البيع يرتب نقل ملكية المبيع إلى المشتري من يوم إبرام العقد بإعتبار أن إنتقال الملكية أثر مباشر لعقد البيع , فإنه يجوز مع ذلك أن يتفق الطرفان على

تنظيم وقت إنتقال الملكية على نحو مغاير , كما لو إرتضيا تأخير نقل الملكية إلى وقت لاحق لأنعقاد العقد .

أما في فرنسا فإن أغلب الفقه يرى أن مثل هذا الشرط صحيح , علما أن نصوص القانون المدني الفرنسي و التي تربط نقل الملكية بإنعقاد البيع , لا تعتبر ذلك من القواعد الآمرة و بالتالي يمكن الإتفاق على خلاف ذلك (1). خاصة و أنه بعد ما إنتشر العمل بشرط الإحتفاظ بالملكية , إضطر المشرع الفرنسي إلى التدخل لتنظيم هذا الشرط بقانون خاص و هو قانون تنظيم شرط الإحتفاظ بالملكية لسنة 1980 (2) .

(1) art 1138 c.c.f : " l'obligation de livrer la chose est parfaite par le seul consentement des parties contractantes " .

art 1583 : " elle est parfaite entre parties et la propriété est acquise de droit à l'acheteur à l'égard du vendeur dès qu'on est convenu de la chose et du prix quoique la chose n'ait pas encore été livrée ni le prix payé " .

(2) و هو القانون الخاص بشرط الإحتفاظ بالملكية رقم 335/80 الصادر في 12/05/1980 أنظر بالتفصيل حمد الله محمد حمد الله , حماية بائع المنقولات المادية من خلال شرط الإحتفاظ بالملكية , دار النهضة العربية , 1997 ص 5 .

الإحتفاظ بالملكية على سبيل

-15-

الفصل الأول
الضمان

في حين هناك من يرى أن مثل هذا الشرط يعتبر غير صحيح و على رأسهم الأستاذ "سارفوس" (SERVOS) و الذي يرى بأنه بسبب نص المادة 1583 من القانون المدني الفرنسي يعتبر كل إتفاق يتضمن شرط الإحتفاظ بالملكية سائر حتما في إتجاه مخالفة النظام العام (1) .

لكن هل يمكن إعتبار أن غياب مثل هذا النص الخاص بتنظيم شرط الإحتفاظ بالملكية في القانون المدني الفرنسي قبل قانون 1980 يعني أنه كان غير معروف؟ و هل يمكن إعتبار أن إعمال مثل هذا الشرط يعد مخالفا للنظام العام ؟ (2) .

الجواب يكون بالنفي , لأن تاريخ الإجتهد القضائي الفرنسي و حتى القديم منه , يدل على وجود مثل هذا الشرط . إذ قد سبق و أن فصل القضاء الفرنسي في العديد من العقود التي تتضمن إدراج مثل هذا الشرط , و حسب بعض الكتاب عرف التشريع الفرنسي القديم مشروع قانون سنة 1776 خاص بشرط الإحتفاظ بالملكية (3) . و في هذا الإطار يقول الأستاذ " بونتافيس " (Pontavice) أن قانون 1980 كان تطوراً فقط لنظام كان موجوداً من قبل لكن حجيته لم تكن نافذة في حق الدائنين (4).

-
- (1) -art 1583 c.c.F : " elle est parfaite entre les parties et la propriété est acquise de droit à l'acheteur à l'égard du vendeur dès qu'on est convenu de la chose et du prix quoique la chose n'ait pas encore été livrée ni le prix payé " - DAOUDI Brahim op.cit . p 157
(2) - DAOUDI Brahim op.cit . p 157
(3) DAOUDI Brahim op.cit . p 157
(4) - " La loi Dubanchet n'est pas une création spontanée c'est simplement le développement d'une institution qui a existé et qui rendait des services au commerçants avisés suivant de près la situation de leurs débiteurs " .
- DAOUDI Brahim op.cit . p 157

و من جهة أخرى هناك من يرفض طرح الأستاذ " سافوس " و هو ما نراه أقرب إلى الصواب و القائل بمخالفة شرط الإحتفاظ بالملكية للنظام العام المتماشي مع نص المادة 1583 من القانون المدني الفرنسي, لأن العرف أثبت عكس ذلك لوجود مثل هذا الشرط دوماً ضمن عقود البيع و إعتبره دائماً صحيحاً .
و القاعدة التي تقضي بأن وقت نقل الملكية محدد بتبادل إرادتي الطرفين لا تدخل ضمن النظام العام و أنه بالإمكان تعديل المادة 1583 المذكورة أعلاه لا للقول أن عقد البيع غير ناقل للملكية بل لأن نقلها غير مرتبط أصلاً بتبادل الإرادتين (1) .

و بناءا عليه يمكن القول أن شرط الإحتفاظ بالملكية كان موجودا و صحيحا حتى قبل قانون " ديبونشي " (Dubanchet) غير أن فعاليتها كانت محدودة خاصة و أن الشرط يندعم و لا تكون له حجية في مواجهة الدائنين إذا لم تتم إثارته قبل الحكم بالإفلاس و التسوية القضائية (2).

وعليه نقول أن شرط الإحتفاظ بالملكية شرط صحيح ليس فقط في نطاق البيوع الوطنية للبضائع , و إنما أيضا في مجال البيوع الدولية إذ يلجأ البائع -عادة - في الحالتين إلى الحصول على ضمانات للوفاء بالثمن , و هذه الضمانات عديدة , و من أهمها : النص على إحتفاظه بملكية المبيع حتى قيام المشتري بالوفاء بالثمن بكامله . أو أن يطلب تدخل شخص من الغير يضمن تنفيذ المشتري للعقد , و يكون هذا الغير -في الغالب - أحد البنوك , الذي يقوم بفتح إعتقاد غير قابل للإلغاء لصالح البائع أو يقبل ضمان الوفاء بالثمن إذا تخلف المشتري عن ذلك (3) .

(1)- DAOUDI Brahim op.cit . p 158

(2) --" ainsi la clause de réserve de propriété était valable même avant la loi Dubanchet seulement son efficacité était limitée ; dans la mesure où elle était inopposable à la masse des créanciers si elle n'avait pas produit ses effets avant le jugement prononçant le règlement judiciaire ou la liquidation des biens " . - DAOUDI Brahim op.cit . p 158

(3) PH.KAHN , la vente commerciale internationale , PARIS, 1961, P 198

الفرع الثاني: أموال شرط الإحتفاظ بالملكية .

بالنظر إلى النصوص القانونية التي تعالج شرط الإحتفاظ بالملكية , يمكن القول بأن الشرط المذكور يتعلق بالمنقولات بوجه عام أي أن محل هذا الشرط يرد على المنقولات .

و قد ذهب المشرع الجزائري إلى تحديد موضوع الشرط بالمنقولات لأن القانون المدني يتحدث عن " تسليم المبيع " و هو ما نلاحظه في المادة 363 من القانون المدني الجزائري و التي جاء فيها :

" إذا كان ثمن البيع مؤجلا جاز للبائع أن يشترط أن يكون نقل الملكية إلى المشتري موقوفا على دفع الثمن كله و لو تم تسليم الشيء المبيع " .
فمن خلال هذا النص يمكن القول أن المشرع قصد بيع المنقولات المادية دون العقارات و الحقوق المعنوية .

كذلك نجد أن نصوص القانون المدني الفرنسي لم تذكر إلا البضائع les marchandises و هذا ما أكدته قانون 1980 في باب آثار شرط الإحتفاظ بالملكية في عقود البيع (1) .

و مع ذلك جرت التقاليد التجارية على إعطاء لفظ "البضائع" معنى أكثر عمومية بحيث يتم تطبيق النصوص المذكورة أنفا على جميع المنقولات بما في ذلك المنقولات المعنوية meubles incorporels .

(1) P.DERRIDA. Art préc 298 .loi 1967

بيد أن هناك من لا يميل إلى مثل هذا الاتجاه , و يؤيد قصر تطبيق شرط الإحتفاظ بالملكية في المبدأ-على السلع و البضائع و غيرها من المنقولات المادية . و تتفق وجهة النظر هذه مع النظام القانوني في الجزائر و مع الإتجاه السائد في القانون الفرنسي و القانون الألماني الذي له السبق في تنظيم البيع مع شرط الإحتفاظ بالملكية (1) .

غير أننا لا نميل إلى مثل هذا الإتجاه إذ أننا نرى قصر تطبيق شرط الإحتفاظ بالملكية على السلع و البضائع دون غيرها من المنقولات المادية , فيه إجحاف بحقوق البائعين . و بهذا يكون من الأجدر تعميم إستعماله على المنقولات بوجه عام أي إجازة تأخير إنتقال ملكية المنقولات إلى حين تسديد الثمن كاملا و ذلك من باب الزيادة في الضمانات القانونية الممنوحة للبائع .

و بناء عليه يمكن تطبيق شرط الإحتفاظ بالملكية على عقود البيع التي يكون موضوعها منقولا تجاريا أو مدنيا عدا ما يخالفه بنص خاص (2) .

(1) - J.Guyenot .A.Fresy art préc 118-L com n° 3872 – M.Pedamon art préc 6
(2) - مثل قانون 1940-11 الفرنسي الخاص برهن المحل التجاري و قانون بيع السفن لسنة 1990 و قانون بيع الطائرات رقم 28 لسنة 1981 و إتفاقيات الملكية الفكرية مثل باريس لسنة 1883 و مدريد 1891 و لاهاي 1925 و لندن 1934 و الجزائر عضو في الاتحاد الدولي لحماية حقوق الملكية الصناعية و التجارية . و قد وافقت على الإتفاقيات المذكورة .

الفرع الثالث : أهداف و مميزات شرط الإحتفاظ بالملكية .

لشرط الإحتفاظ بالملكية أهداف تخدم الدائن أساسا , تحافظ على حقوقه في

إستيفاء ديونه , كما أن له مميزات ينفرد بها عن باقي ضمانات البائع .

أ- الأهداف :

" باع الطرف الأول (البائع) مع إحتفاظه بحق الملكية كشرط أساسي لهذا البيع و بالشروط الموضحة بعد إلى الطرف الثاني (المشتري) القابل لذلك ما يأتي (و يتم ذكر عدد البضائع وصفقتها " (2) . أما بشأن الثمن فينص العقد النموذجي على أنه : " تم هذا البيع بسعر إجمالي قدره ... دفع المشتري منه وقت التوقيع على هذا العقد بإيصال على حده مبلغ ... و يتعهد بسداد باقي الثمن للبائع و لأمره و إننه بمحل إقامته على ... -عدد الأقساط- كل قسط يقدر ب ... تستحق الدفع في أول كل شهر بالتوالي و يستحق أولها في ... -ذكر التاريخ - و آخرها في ... -ذكر التاريخ " .

4- أحقية البائع في إسترجاع البضاعة موضوع البيع من المشتري في حالة عدم التسديد قبل أو بعد الحكم بالإفلاس و التسوية القضائية , فقانون 1980 جاء لحماية البائع من جماعة الدائنين علما أن محكمة النقض الفرنسية إعتدت مثل هذا الموقف سنة 1934 (3).

(1) أنظر في الملحق نماذج من عقود فرنسية تتضمن شرط الإحتفاظ بالملكية .
(2) محمد احمد عبد الرحمن الزرقا , جواهر التبسيط في قواعد البيع بالتقسيط , دار النهضة العربية , القاهرة 2000 ص 9 .

(3) _ cass .com. 08/05/1979 bull.civ n° 147 p.116

ب- المميزات :

يتميز شرط الإحتفاظ بالملكية كأداة ضمان على خلاف التأمينات القانونية و الإتفاقية التي يتمتع بها البائع بالمميزات التالية :

1- كون الشرط ضمانا مطلقا للوفاء بالثمن للبائع , إذ أنه يجعل المشتري أمام إختيار لا يمكن التخلص منه , فإما أن يدفع ثمن البضاعة الحائز لها , و إما أن يقوم بردها إلى البائع , و ينطبق هذا الحل إذا أصبح المشتري في حالة تسوية قضائية أيضا .
ومن هذا الباب أيضا يكون شرط الإحتفاظ بالملكية إضافة إلى أنه ضمانا للبائع , فهو من أفضل أنواع الإئتمان الممنوحة للمشتري , فالنص على هذا الشرط لا يحول دون حصول المشتري على الإئتمان من جانب المانحين التقليديين له (كالبنوك مثلا) و يترتب على ذلك التقليل من حالات شهر الإفلاس (1) .

2- كون الشرط يؤدي إلى تقصير أجل أو مدة دفع الثمن , و أنه يحول دون وقوع حالات إفلاس متعاقبة " Faillites en chaîne " و ذلك لأن الشرط المذكور يسمح للبائع الذي يستوف الثمن بأن يسترد البضاعة المباعة , و قد أدى كل ذلك إلى إنتشار العمل بالشرط المذكور في غالبية الدول مثل ألمانيا و كندا (2) .

(1) علي سيد قاسم , شرط الإحتفاظ بالملكية و نظام الإفلاس, 1991 ص 16 و 23 .

(2) حسين الماحي , آثار شرط الإحتفاظ في البيع التجاري الإئتماني , دار أم القرى , 1995 ص 7 .

3- جعل من الدائن واضع الشرط دائنا ممتازا و فوق العادة فقط لمجرد أنه يستفيد من آثار الشرط , إذ أنه و بمناسبة حق الملكية يفلت من إفلاس و إعسار المدين رغم أن قانون

1980 لم يحظى بتزكية جل فقهاء القانون المتخصصون في الإفلاس , خاصة و أن الأمر يتعلق بتعميم أثر شرط الإحتفاظ بالملكية و عدم تفضيل طرف عن آخر (1) .

المطلب الثاني : مكانة شرط الإحتفاظ بالملكية .

يعتبر شرط الإحتفاظ بالملكية من الضمانات الإتفاقية و هو شرط يورده البائع أحيانا يحتفظ من خلاله بملكية المبيع إلى حين إستيفائه كل الثمن .

يرد شرط الإحتفاظ بالملكية غالبا بصورة صريحة في عقد البيع مؤجل الثمن أو البيع بالتقسيط .

و نظرا لعدم نفاذ الشرط المذكور في كل من القانونين المصري و الفرنسي سابقا قبل جماعة دائني المشتري المفلس , فإنه بات عديم الجدوى في ضمان حق البائع بصفة كاملة مما يدفعه في بعض الأحيان إلى الإحتفاظ بملكية المبيع بطريقة غير مباشرة من خلال صورة أخرى أكثر فاعلية في تأمين حقه مثل البيع الإجاري و التأجير الإئتماني .

(1) DAOUDI Brahim op .cit. p 168

"ce n'est pas en avantageant Pierre au détriment de Paul ajoute t-il qu'on améliorera les conséquences des procédures collectives ... "

و من أجل توضيح مكانة شرط الإحتفاظ بالملكية نحاول إبراز تطوره في ظل القانون المقارن , و الذي تقتصر فيه على القانون الألماني و الفرنسي ثم نتعرض للضمانات القانونية

و الإتفاقية التي من شأنها ضمان حق البائع في إستيفاء الثمن من المشتري موضحين مدى فعاليتها في تحقيق ذلك مقارنة مع شرط الإحتفاظ بالملكية .

الفرع الأول : التطور التاريخي لمكانة شرط الإحتفاظ بالملكية في القانون المقارن .

لعل عند الحديث عن شرط الإحتفاظ بالملكية لا بد من المرور على القانون الألماني الذي نظمه و قنن له , و أعطى له مكانة بارزة تفوق الضمانات التقليدية , فكان له السبق القانوني في ذلك .

ثم التطرق إلى القانون الفرنسي الذي تأثر بنظيره الألماني من خلال التبادل التجاري بين البلدين فجعل للشرط تقنيا خاصا .

أ - في القانون الألماني :

يحتل شرط الإحتفاظ بالملكية مكانة بارزة في النظام القانوني الألماني إذ يبرز الشرط الفصل الجوهري داخل نطاق كل عقد بيع . فالألمان يقسمون عقد البيع إلى قسمين عقد منشئ للإلتزامات المتبادلة من جهة وعقد التصرف المجرد الناقل للملكية (العقد العيني) من جهة أخرى . و بالرغم من أنه يتم الإتفاق على شرط الإحتفاظ بالملكية عادة في العقد الملزم (الأول) الذي ينعقد باتا و بسيطا , فإن هذا الشرط الذي يوقف نقل الملكية لحين الوفاء بكامل الثمن ينحصر تأثيره في التصرف المجرد الذي لا يكون باتا بل موصوفا بالشرط (1) .

(1) Pedamon M.Rapport au congrés de A.N.C.J a Strasbourg oct 1980 GAZ.PAL 02 /12/1980

كما يحتل شرط الإحتفاظ بالملكية في ألمانيا أهمية بالغة على صعيد الإئتمان التجاري , إذ أن له مكانة بارزة إلى جانب نقل الملكية و الحقوق على سبيل الضمان بين مجموعة التأمينات التي ترد على المنقول (1) .

و لعل العامل المشترك بين كل هذه التأمينات , هو أنها إذا وردت على منقول مادي لا تقتضي تخلى المدين عن حيازته و لا تستلزم أي من إجراءات الشهر الخاصة بإعلام الغير بوجودها , مع كل ما يمكن أن يترتب على ذلك من أثار في حالة الإفلاس و التسوية القضائية , و ذلك كله خلاف الرهن الحيازي و رهن الحق التقليديين اللذين ينظمهما القانون المدني الألماني في المواد 1279 12 0 4 و ما بعدها (2).

و قد نشأ هذا النوع من التأمينات و تطور في ألمانيا لإجابة مقتضيات العمل و التي لم تتوقف عبر السنين عن التطور للتأقلم مع ضروريات الإئتمان و تصورات رجال الأعمال القائمين على تحرير التصرفات القانونية .

(1) - يستخدم الفقه الفرنسي نفس المصطلح و الواقع أن الكلمة لا تقبل الترجمة إلى الفرنسية لأن القانون الفرنسي لا يعرف هذا النظام .
(2) - Meissner g. l'opposabilité de la propriété aux tiers en droit allemand .

ب - في القانون الفرنسي :

حاول المشرع الفرنسي الإستفادة من التجربة الألمانية بصفة خاصة و اللحاق بالركب الأوروبي بصفة عامة . ف جاء قانون 12 مايو 1980 المعدل بقانون 25 يناير 1985 ليزيد من فعالية شرط الإحتفاظ بالملكية كأداة ضمان ووسيلة إئتمان , و لتقوية هذا الشرط من خلال إقرار نفاذه قبل جماعة دائني المشتري المفلس , فصدر التعديل المذكور بصعوبة بالغة إثر جدل حاد بين أنصاره و خصومه .

ينعى البعض على القانون المذكور مساسه الخطير بمبدأ المساواة بين الدائنين لصالح بعض البائعين , بمنحهم نوعا من الإمتياز المميز دون شهر على حساب باقي الدائنين العاديين , بل حتى الخزانة العامة و التأمين الاجتماعي و منظمات تأمين الأجور علما أن نفاذ الشرط من شأنه أن يدفع البنوك إلى تفصيل منح الإئتمان للمشروعات الموردة على حساب الإئتمان الممنوح للمشروعات المشتريّة التي ستفقد , بالتالي كل أنواع الإئتمان ما عدا ذلك الممنوح لها في الموردين و يستتبع ذلك نمو الإئتمان فيما بين المشروعات و الذي يعد أحد عوامل التضخم (1) .

(1) علي سيد قاسم , شرط الإحتفاظ بالملكية و نظام الإفلاس, 1991 ص 16 و 23 .

الفرع الثاني : مكانة شرط الاحتفاظ بالملكية ضمن ضمانات البائع في القانون الجزائري .

جاء القانون الجزائري بجملة من الضمانات من شأنها حماية البائع من خطر إفسار المشتري و ضياع حقه , و هي ضمانات إما قانونية أو إتفاقية . و عليه نقسم دراستنا هذه إلى قسمين , نتطرق فيها إلى الضمانات القانونية و الإتفاقية موضحين مدى قصورها بالنسبة لشرط الاحتفاظ بالملكية , و توضيح مكانة هذا الشرط ضمنها و مدى فعاليتها .

أ- الضمانات القانونية :

يتضح من نصوص القانون المدني الجزائري أن الضمانات التي يخولها القانون للبائع لإستيفاء حقه في الثمن تتمثل في حق حبس المبيع , الفسخ و إسترداد المبيع, التنفيذ على أموال الدين, حق الإمتياز الذي يعد ضمانا خاصة بالبائع . بينما تعد الضمانات الأخرى مجرد تطبيق للقواعد العامة و هو ما سوف نتعرض له بشيء من التفصيل .

1 - الحق في حبس المبيع :

يقصد بحق الحبس , الحق الذي منحه القانون للبائع في حبس المبيع حتى يستوفى الثمن المستحق الأداء . و يعد هذا الحق مجرد تطبيق للقواعد العامة في العقود الملزمة للجانبين حيث يقضي مبدأ حسن النية بأحقية المتعاقد في الامتناع عن تنفيذ إلتزامه حتى يقوم الطرف الآخر بتنفيذ الإلتزام المقابل , وهذا ما يسمى بالدفع بعدم التنفيذ .

و قد نصت على ذلك المادة 390 من القانون المدني الجزائري بقولها :

" - إذا كان تعجيل الثمن كله أو بعضه مستحق الدفع في الحال جاز للبائع أن يمسك المبيع إلى أن يقبض الثمن المستحق و لو قدم له المشتري رهنا أو كفالة , ما لم يمنحه البائع أجلا بعد انعقاد البيع.

- يجوز كذلك للبائع أن يمسك المبيع و لو لم يحل الأجل المتفق عليه لدفع الثمن إذا سقط حق المشتري في الأجل طبقا لمقتضيات المادة 212 " .

يفهم من النص أن يظل حق البائع في حبس المبيع قائما إلى أن يستوفي كامل الثمن و ملحقاته المستحقة , فالحق في الحبس لا يتجزأ و من ثم لا يجوز للمشتري المطالبة بتسليم بعض المبيع مقابل الجزء الذي تم سداه من الثمن (1). و لا يسقط الحق في الحبس حتى لو قدم المشتري رهنا أو كفالة , لأن البائع يطلب حقا واجب الوفاء في الحال ينقضي الحق في الحبس بنزول البائع عنه صراحة أو ضمنا كما لو قام بتسليم المبيع مختارا إلى المشتري أو منحه أجلا للتسديد.

مدى فعالية الحق في الحبس كأداة ضمان :

لكن السؤال الذي يطرح نفسه هو ما مدى فعالية الحق في الحبس ؟ , فرغم ما ذهب إليه المشرع الجزائري لحماية فعالة للدائن بموجب الحق في حبس المبيع , فإننا نعتقد أن هناك بعض الصعوبات تعترض هذا الحق يمكن إرجاعها للأسباب الآتية :

(1) ذلك أن الالتزام بالتسليم واجب الوفاء فور إبرام العقد مالم يوجد إتفاق أو عرف مخالف. (م 394 مدني جزائري : " إذا لم يعين الاتفاق أو العرف مكانا أو زمانا لتسلم المبيع وجب على المشتري ان يتسلمه في المكان الذي يوجد فيه المبيع وقت البيع و ان يتسلمه دون تاخير باستثناء الوقت الذي تتطلبه عملية التسلم ").

السبب الأول : أن المجال الطبيعي الذي يمكن للحق في الحبس أن يلعب فيه دورا فعالا هو البيع المنجز , حيث يجوز للبائع الإمتناع عن تسليم المبيع عند تقاعس المشتري في دفع الثمن الواجب الأداء , مفاد ذلك أن الحق في الحبس يتقرر في حالة ما إذا كان دفع الثمن واجبا وقت تسليم المبيع أو في حالة إستحقاق الثمن قبل حلول موعد التسليم.

غير أنه ينعدم دور الحق في الحبس في البيع الإئتماني الذي يكون الثمن فيه مؤجلا إلى وقت لاحق على موعد تسليم المبيع , و من ثم لا يستطيع البائع حبس المبيع في البيع المؤجل الثمن أو البيع بالتقسيط و هو ما نصت عليه المادة 202 من القانون المدني الجزائري بقولها :

" - ينقضي الحق في الحبس بخروج الشيء من يد حائزه أو محرزه .

- غير أنه لحابس الشيء إذا خرج من يده بغير علمه أو بالرغم من معارضته أن يطلب إسترداده إذا هو قام بهذا الطلب خلال 30 يوما من الوقت الذي علم فيه بخروج الشيء من يده ما لم تنقضى سنة من وقت خروجه ."

يفهم من النص أن الحق في الحبس من أسباب إنقضاء الحق في حبس الشيء بخروجه من يد الحائز , و هو ما لا يمكنه أن يوفر الحماية الكافية و اللازمة للدائن الذي فقد السيطرة على الشيء المبيع , رغم أن المشرع أعطاه الحق في إسترداده إذا خرج من بين يديه دون علمه لكن خلال مدة 30 يوما من يوم العلم أو بسنة من يوم خروجه من يده .

و مع ذلك يمكن ممارسة الحق في الحبس في البيوع الائتمانية في حالتين :

الحالة الأولى : إذا كان الإلتزام بتسليم المبيع مؤجل الوفاء هو الآخر بحيث يحل موعده مع حلول أجل الثمن أو بعد ذلك , أي تزامن دفع الثمن و تسليم المبيع .

الحالة الثانية : سقوط الأجل المقرر للمشتري لدفع الثمن طبقا للمادة 211 ق.م.ج (1) .

السبب الثاني : يرتبط الحق في الحبس بوجود المبيع في يد البائع , بينما نحن أمام تسليم البائع المبيع إلى المشتري دون أن يستوف الثمن . و من ثم فهو يتعرض لمخاطر عدم الوفاء و يريد بذلك الضمانة التي تؤمنه إخلال المشتري بإلتزامه . فالحق في الحبس لا ينفع في هذا المجال نظرا لأن البائع لا يستطيع إسترداد المبيع لحبسه و لو لم يستوف الثمن المستحق وليس للبائع أن يحبس المبيع حتى لو رجع إليه بطريق آخر كإعادة الآلة إلى البائع لإصلاحها (2).

(1) تنص المادة 211 من القانون المدني الجزائري على 3 حالات تؤدي إلى سقوط الأجل منها حالة الإفلاس أو الإنقاص من التأمينات أو عدم تقديم المدعي ما وعد به من تأمينات .

(2)السنهوري المرجع السابق فقرة 404.

السبب الثالث : أن الحق في حبس المبيع لا يمنع إنتقال ملكيته إلى المشتري طبقا للقواعد العامة حيث يمكنه التصرف في الشئ المحبوس سواء بالمبيع أو بترتيب أي حق عيني آخر كالرهن و الإنتفاع و الإرتفاق . و تسري هذه الحقوق في مواجهة الحابس إذا تم شهرها قبل ثبوت الحق في الحبس المتعلق بال عقار . أما إذا كان بصدد منقول فإن الحابس يمكنه الإحتجاج بحقه قبل الكفالة طالما كان حسن النية(1), و من المقرر أن مجرد الحق في حبس الشئ لا يثبت حق إمتياز عليه و قد نصت على ذلك المادة 201مدني جزائري و التي جاء فيها :

" مجرد الحق في حبس الشئ لا يثبت حق امتياز عليه .

و على الحابس أن يحافظ على الشئ وفقا لأحكام رهن الحيازة و عليه أن يقدم حسابا عن غلته "

و من ثم لا يستطيع البائع كحابس التنفيذ على العين المحبوسة بحقه إلا كدائن عادي يتعرض لمزاحمة سائر الدائنين , و ليس له الامتناع عن تسليم الشئ على من يرسو عليه المزاد لأن مباشرته إجراءات التنفيذ على المبيع تفيد نزوله عن حقه في الحبس و إستعداده لتسليمه .

أما إذا باشر التنفيذ دائن آخر كان للحابس الإمتناع عن تسليم الشئ إلى الراسي عليه المزاد حتى يستوفي حقه كاملا (2), و ليس للبائع الحابس التنفيذ على المبيع إذا تصرف فيه المشتري أثناء فترة الحبس لأن الشئ يكون قد خرج من ملك المدين أي من الضمان العام للدائنين و ليس للدائن حق تتبع الشئ و كل ماله و هو الامتناع عن تسليمه إلى المتصرف إليه حتى يقتضي حقه (3).

(1) جلال علي العدوي, رابطة الالتزام منشأة المعارف 1987 ص 145.
مصطفى الجمال, أحكام الإلتزام دار النهضة 1990 ص 362.
(2) عبد المنعم البدر اوي, أحكام الإلتزام منشأة المعارف 1980 ص 196 .
(3) محمود جمال الدين ذكي, الوجيز في النظرية العامة للإلتزامات دار الكتاب العربي 1978 ص 824.

يتضح مما سبق , أن الحق في الحبس لا يعطي البائع أولوية في إستيفاء حقه من المشتري على الدائنين الآخرين , رغم أن الحابس يوجد من الناحية الواقعية في مركز يمكنه من ذلك , إلا أن الأمر يتطلب توافر شروط الحق في الحبس من جهة .
و يلقي من جهة أخرى على عاتق الحابس الكثير فيما يتعلق بالمحافظة على العين و صيانتها إستتبع ذلك ضرورة البحث عن ضمانات أخرى لحق البائع في الثمن و بصفة خاصة في البيع مؤجل الثمن.

2 - فسخ عقد البيع و إسترداد المبيع :

يقصد بفسخ العقد و إسترداد المبيع , ذلك الجزاء الذي رتبته القانون عند إخلال المشتري بالتزامه بدفع الثمن المستحق عليه , إذ أجاز القانون للبائع أن يطلب فسخ البيع و إسترداد المبيع إذا لم يتلقى الثمن من المشتري .

و للتعرف على مضمون هذا الحق نعرض لحكم القواعد العامة في هذا المقام , ثم نبين الأحكام الخاصة بفسخ البيع و نستتبع ذلك بالتساؤل عن مدى فعالية الفسخ في ضمان حق البائع في إستيفاء الثمن .

حكم القواعد العامة :

أجاز القانون المدني الجزائري للقاضي أن يحكم بالفسخ إذا طلب البائع ذلك في حالة تخلف المشتري عن الوفاء بالثمن رغم إعداره , شرط أن يكون البائع قد قام بتنفيذ إلتزاماته الناشئة عن العقد أو مستعدا للقيام بها .

يتمتع القاضي بسلطة تقديرية في الحكم بالفسخ أو رفضه مع الاكتفاء بالتعويض و منح المدين مهلة للوفاء , و يكون الحكم الصادر بالفسخ منشئا لا كاشفا و هو ما نصت عليه المادة 119 مدني جزائري بقولها :

- " في العقود الملزمة للجانبين إذا لم يوف أحد المتعاقدين بالتزامه جاز للمتعاقد الآخر بعد إعداره المدين أن يطالب بتنفيذ العقد أو فسخه , مع التعويض في الحالتين إذا اقتضى الحال ذلك .

- و يجوز للقاضي أن يمنح المدين أجلا إذا إقتضت الظروف , كما يجوز له أن يرفض الفسخ إذا كان ما لم يوف به المدين قليل الأهمية بالنسبة إلى كامل الإلتزامات " و بناءا عليه يجوز للأطراف الإتفاق على فسخ العقد و هو ما يسمى بالشرط الفاسخ الصريح , إذ يجرّد هذا الشرط القاضي من سلطته التقديرية في الحكم بالفسخ و لكنه لا يعفي البائع من إعدار المشتري إلا إذا إتفقا صراحة على عدم الحاجة إلى الإعدار . كما أن الفسخ يكون قضائيا ما لم يتفقا صراحة على إعتبار العقد مفسوخا بمجرد إنقضاء الأجل المحدد للوفاء دون حاجة إلى رفع دعوى الفسخ .

أحكام خاصة بفسخ العقد الوارد على المنقول:

إذا كانت القواعد العامة السابقة تسري على كل البيوع الواردة على العقار و المنقول فإن المشرع الجزائري خص فسخ بيع المنقول بحكمين آخرين نعرض لهما فيما يلي:

الحكم الأول :

و هو الخاص ببيع العروض , حكم يعد خروجا على القواعد العامة لمواجهة الطبيعة الخاصة للمنقولات في سرعة و سهولة تداولها و تقلب أسعارها و يبدو ذلك واضحا في المسائل التجارية , حيث نكون بصدد عروض و سلع و بضائع يريد أصحابها سرعة إنهاء المعاملات بشأنها , إذ يقيم النص قرينة بسيطة يجوز إثبات

عكسها وهي أنه إذا أتفق في عقد بيع المنقول على موعد لدفع الثمن و تسليم المبيع فإن ذلك يكون بمثابة إتفاق على وجود شرط فاسخ صريح في العقد , يترتب عليه فسخ البيع تلقائيا دون حاجة إلى إعدار إذا إختار البائع ذلك في حالة عدم دفع المشتري للثمن في الميعاد و يشترط لإعمال هذا الحكم:

- أن نكون بصدد بيع منقول سلعة أو بضاعة أو سهم أو سندات.

- أن يكون هناك إتفاق على ميعاد واحد محدد لدفع الثمن و تسليم البيع , أما إذا كان ميعاد الثمن مختلف عن ميعاد التسليم فإن النص لا ينطبق .

- أن يتمسك البائع بحكم النص فهو مقرر لمصلحته في حالة تأخير المشتري عن الوفاء بالثمن و لكن بشرط ألا يكون عدم الدفع مرده تمسك المشتري بحقه في الحبس نتيجة تقصير البائع في الوفاء بالتزاماته و هو ما نصت عليه المادة 392 من القانون المدني الجزائري بقولها :

«في بيع العروض و غيرها من المنقولات إذا عين أجل لدفع الثمن و تسليم المبيع , يكون البيع مفسوخا وجوبا في صالح البائع و دون سابق إنذار إذا لم يدفع الثمن عند حلول الأجل و هذا ما لم يوجد إتفاق على خلاف ذلك " .
الحكم الثاني :

و هو حكم يخص البضائع المرسلة للتاجر المفلس المبيعة إليه ما دامت لم تدخل مخازنه و قد نصت على ذلك المادة 309 من القانون التجاري الجزائري :

"يجوز إسترداد البضائع المرسلة للمفلس المبيعة إليه ما دامت لم تسلم إلى مخازنه.
و مع ذلك لا يقبل الإسترداد إذا كانت البضائع قد تم بيعها قبل وصولها دون غش و بمقتضى فواتير او سندات صحيحة " .

يعتبر هذا الحكم أيضا إستثناء من القواعد العامة إذ أنه يجيز للبائع إسترداد البضائع التي لم تدخل بعد مخازن المشتري المفلس أو في حيازة وكيله بالعمولة , و لم يتم الوفاء بكامل الثمن المحدد لها , فيكفي هنا عدم السداد الجزئي و لو كان ضئيلا.

غير أنه يحظر على البائع إسترداد البضائع(1) إذا كان المشتري المفلس قد باعها قبل وصولها , و هذا معناه أن مشتري البضاعة أثناء الطريق من المشتري المفلس يعتبر حائزا لها بموجب سند ملكيتها . و يمكنه التمسك بتلك الحيازة في مواجهة البائع الأصلي إعمالا للنص المذكور الذي يعد تطبيقا لقاعدة " الحيازة في المنقول سند الملكية" و يسري نفس الحكم أيضا في حالة إرسال البائع البضائع إلى المشتري من المشتري منه المفلس و بناء على أمره .

و يختلف الفقه في تأصيل الحق في الإسترداد , فيرى البعض أن البائع لا يسترد ملكية البضاعة لأنها تكون قد إنتقلت إلى المشتري بمجرد العقد , بل يتعلق الأمر بإسترداده لحيازتها حتى يمكنه أن يباشر عليها حق الحبس من جديد (2) بينما يرى البعض الآخر أن الأمر يتعلق بحق البائع في فسخ البيع لعدم وفاء المشتري المفلس بثمن البضاعة التي لم تدخل حيازته بالفعل (3).

(1) هذا الحكم و أن كان يخص البضائع إلا أنه عام التطبيق بالنسبة لكافة المنقولات المبيعة - انظر في ذلك إبراهيم الدسوقي أبو الليل ص 141 .
(2) " رودير و أوبيتي " القانون التجاري دالوز 1990 ص 332 .
(3) مصطفى كمال طه القانون التجاري منشأة المعارف الإسكندرية 1985 ص 462 .

مدى فعالية الفسخ في ضمان حق البائع في إستيفاء الثمن :

الواقع أن نظام الفسخ لا يتفق مع طبيعة البيع الإئتماني و غايته , فالبائع يرمي إلى تنفيذ العقد لا إنحلاله تحقيقا لرواج نشاطه الإقتصادي , و من ثم فإنه يحرص ما أمكن على إستيفاء الثمن دون إسترداد المبيع .

لاشك أن الفسخ يمثل سلاحا تهديديا لحمل المشتري على السداد (1) إذا كان راغبا في الإحتفاظ بالمبيع , إلا أن المشتري المتعاسر غالبا ما لا تكون لديه تلك الرغبة لسبب أو لآخر, و هذا ما يفضله البائع خاصة و أن أعمال الأثر الرجعي للفسخ يتسم بالكثير من الصعوبات . علما أن الفسخ لا يقع في الأصل إلا بحكم من القضاء فالفسخ لا يقع بمجرد تخلف المشتري عن الوفاء بالثمن بل يستوجب الأمر عرض الأمر على المحكمة ليتبين القاضي مدى الإخلال بالإلتزام . رغم أنه يمكن للأطراف تضمين العقد شرطا صريحا فاسخا من شأنه أن يسلب المحكمة كل سلطة في الفسخ متى تحققت من حصول المخالفة الموجبة له , إلا أن ذلك يوجب أن تكون صياغة الشرط واضحة و لا تثير أي لبس حول مضمونه و مداه(2).

و من جهة أخرى نجد أن ملكية المبيع تنتقل في الأصل إلى المشتري بمجرد التعاقد و يصبح من حقه التصرف فيه ماديا أو قانونيا . في حين يؤدي الفسخ إلى محو العقد و إزالته بأثر رجعي , فيصعب إذن أعمال هذا الأثر لتعارض ذلك مع التصرفات التي يكون المشتري قد أجزاها على المبيع مما يستوجب في كثير من الحالات تحول حق البائع في الإسترداد إلى مجرد التعويض و الذي يمكن تصوره في حالتين :

(1) حيث يجوز له تفادي الفسخ بعرض الثمن قبل الحكم النهائي بفسخ البيع - عبد الحي حجازي مدى خيار الدائن بين التنفيذ و الفسخ - مجلة العلوم القانونية القاهرة العدد 20 عبر الانترنت ص 27 -
(2) انظر د/ محمد حسين منصور البحث السابق الذكر ص 44 - عبر انترنت-

الحالة الأولى : تصرف المشتري في المبيع ماديا باستهلاكه أو بتغيير حالته كتحويل الخشب إلى أثاث أو طحن الغلال أو تفصيل القماش إلى ملابس (1) كل هذا يعطل الفسخ و الإسترداد ولن يبق أمام الدائن إلا طلب التعويض .

الحالة الثانية : تصرف المشتري في المبيع تصرفا قانونيا قبل أن يتقرر الفسخ فإذا كان المبيع منقولاً و تسليمه للمتصرف إليه كان بحسن نية (2) تأثر حقه بالفسخ و لن يتمكن البائع من إسترداد المبيع و لا يكون أمامه سوى التعويض (3).

3 – إمتياز البائع :

الإمتياز بصفة عامة أولوية يقرها القانون لحق معين مراعاة منه لصفته و هو ما نصت عليه المادة 982 من القانون المدني الجزائري بقولها :

" الإمتياز أولوية يقرها القانون لدين معين مراعاة منه لصفته " .

فمن خلال هذا النص يخول الإمتياز لصاحبه أولوية إستيفاء حقه من ثمن المال المحمل به بالأولوية على الدائنين العاديين و الدائنين التاليين له في المرتبة , و له كذلك سلطة تتبع المال محل إمتيازه في أي يد يكون طالما كان هذا الإمتياز نافذا من مواجهة الغير (4) .

كما أنه يعتبر البائع دائنا بالثمن و يمكنه إلزام المشتري بالوفاء به و ذلك من خلال التنفيذ الجبري على أمواله , فالبائع شأنه في ذلك شأن باقي الدائنين يتمتع بحق الضمان العام على جميع أموال المشتري بما في ذلك الشيء المبيع .

(1) و لا يعتبر تغييرا لحالة المبيع يحول دون الفسخ أن يصبح المنقول عقارا بالتخصيص طالما ظل المنقول محتفظا بذاتية المادية كإلحاق الماشية و الآلات بالأرض الزراعية - السنهوري ج 4 ص 1037 هامش 3 .

(2) سواء كان مشتريا أو دائنا مرتبنا رهنا حيازيا .

(3) DERPRES j. les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles en droit civil et commercial français 1964 p 123 .

(4) و ذلك بالنسبة للإمتياز الخاص الذي يرد على مال معين . أما الإمتياز العام الذي يرد على مجموع أموال المدين فلا يمنح صاحبه حق التتبع - انظر تفصيلا : عبد الفتاح عبد الباقي - التأمينات الشخصية و العينية 1954 ص 673 .

ينطوي هذا الطريق بالنسبة للبائع على قدر كبير من المشقة و المخاطرة ,حيث يقتضي الأمر منه عناء الدخول في ساحات القضاء كمدعى يطالب بحقه بغية الحصول على حكم قضائي واجب النفاذ كسند تنفيذي يمكنه من التنفيذ على أموال المشتري بالإضافة إلى صعوبة تلك الإجراءات بتعويض البائع لمخاطر إفسار أو إفلاس المدين و الدخول في قسمة غرماء مع باقي الدائنين لذا خول المشرع البائع حق إمتياز على المبيع لضمان إستيفاء الثمن و ملحقاته .

لكن السؤال الذي يطرح نفسه هو عن مدى جدواه في ضمان إستيفاء البائع لثمن المبيع .
مدى فعالية إمتياز البائع في الضمان :

إن إمتياز البائع لا يؤمن حقه في الثمن بصورة مطلقة للأسباب الآتية :

1- إن إمتياز البائع لا يخوله التقدم بصفة مطلقة على سائر الدائنين فحق البائع يأتي في المرتبة الرابعة بعد حقوق الإمتياز العامة , كما تحدد مرتبة إمتياز بائع العقار بعد ذلك طبقا لوقت قيده أما إمتياز بائع المنقول فيأتي في الترتيب بعد كل من إمتياز المصروفات الزراعية و إمتياز المؤجر و إمتياز صاحب الفندق .

2- إن إمتياز البائع لا يخوله بصفة دائمة سلطة تتبع المبيع للتنفيذ عليه فقد تنتقل ملكية العقار المبيع إلى شخص آخر بموجب سند يطهره من الإمتياز كنزع ملكيته للمنفعة العامة أو بيعه جبرا في مزاد علني , حيث يترتب على تسجيل حكم مرسى المزاد تطهير العقار من الحقوق التي تنقله و ينتقل حق البائع إلى التعويض المستحق في الحالة الأولى و إلى الثمن الذي رسي به المزاد في الحالة الثاني و نفس الحكم في حالة إنتقال حيازة المنقول المبيع إلى شخص آخر حسن النية فالبايع لا يستطيع التمسك بحقه في مواجهة المشتري الثاني الذي يستند إلى مبدأ الحيازة بحسن نية .

3- يفقد البائع حقه في الإمتياز على المنقول المبيع في حالة هلاكه أو تغييره تغيرا تاما على نحو يؤدي إلى فقد ذاتيته و إضاعة معالمه , كتحويل القمح إلى دقيق أو خبز و تحول مواد البناء إلى مباني . و يبقى الإمتياز إذا كان التغيير لا يؤدي إلى إنعدام ذاتية المنقول أو ضياع معالمه كتحويل الخشب إلى أثاث و القماش إلى ملابس و إلحاق المنقول بالعقار ليصبح عقارا بالتخصيص . وإذا وضع المشتري المنقول في العين التي يستأجرها أو ضمن أمتعته في فندق لا يستطيع البائع التمسك بإمتيازه في مواجهة كل من المؤجر أو صاحب الفندق طالما كان حسن النية .

4- لا يسري إمتياز بائع المنقول الذي إنتقلت حيازته إلى المشتري المفلس في مواجهة جماعة الدائنين و لا يسري إمتياز بائع العقار في مواجهة جماعة الدائنين إلا إذا كان مقيدا قبل صدور حكم بشهر إفلاس المشتري , هذا من جهة و من جهة أخرى فإن أعمال البائع لحق الإمتياز من خلال التنفيذ على المبيع أمر يتطلب الكثير من الجهد و المشقة خاصة و أنه يوجد غالبا في حيازة المشتري مما قد يستوجب إتخاذ إجراءات الحجز التحفظي تقاديا لسوء نية الأخير .

ب- الضمانات الإتفاقية :

تعتبر الضمانات الإتفاقية و التي يدخل ضمنها شرط الإحتفاظ بالملكية , تلك الإتفاقات التي تتم ما بين البائع و المشتري , يكون موضوعها أن يحصل البائع بالإضافة إلى الضمانات القانونية , على ضمانات خاصة أخرى يؤمن بها حقه , و تتمثل عادة في التأمينات العينية و الشخصية , الشرط الجزائي و الشرط المانع من التصرف و عليه نحاول البحث عن هذه الضمانات مركزين على مدى فعاليتها في الضمان .

1- التأمينات الشخصية و العينية :

تتمثل التأمينات الشخصية و العينية في تخصيص مال معين من أموال المدين لضمان الوفاء بدين الدائن حيث يكون له حق التقدم في إستيفاء حقه على سائر الدائنين عند توزيع من هذا المال , و له أيضا حق تتبع المال و إعادته إلى ذمة مدينه ليمارس عليها حقه في التقدم .

يتمتع الدائن بحق الضمان العام على ذمة مدينه و يعني ذلك أن جميع أموال المدين الحاضرة منها و المستقبلية ضامنة للوفاء بديونه التجارية و المدنية , و يتساوى كل الدائنين في هذا الضمان . إلا من كان له منهم حق التقدم طبقا للقانون , و لذلك يحاول الدائن تقادي مخاطر إعسار أو إفلاس المدين , حيث يمكن أن يتعرض حقه للضياع إثر دخوله في قسمة غرماء مع باقي الدائنين بحصوله على ضمانه إتفاقية يقوى بها مركزه القانوني و من ضمن ذلك :

1- يمكن له الحصول على سبب من أسباب التقدم القانونية وهي التأمينات العينية التي تتمثل في تخصيص مال معين من أموال المدين لضمان الوفاء بدين الدائن . و قد نظمها المشرع الجزائري بنصوص محددة على سبيل الحصر ينشأ بعضها بالإتفاق كالرهن الرسمي و الرهن الحيازي , و ينشأ البعض الآخر بنص القانون كحقوق الإمتياز كما قد ينشأ بحكم قضائي كحق الاختصاص .

2- كما يمكن له أن يؤمن حقه من خلال التأمين الشخصي و الذي يتمثل في إلتزام شخص آخر مع المدين بالوفاء بالدين , فالدائن يكون أمامه أكثر من مدين بنفس الدين فإذا أعسر أحدهم كان يسر الآخر ضمانا للوفاء بحقه.

و لعل الكفالة (1) أبرز صورة للتأمين الشخصي , يوجد إلى جانبها أيضا التضامن وعدم قابلية الدين للإنقسام و الإنابة الناقصة ,حيث يوجد في هذه الحالات من يلزم شخصيا بالوفاء بالدين إلى جانب المدين الأصلي .

جدوى التأمينات العينية و الشخصية في ضمان حق البائع:

لا شك أن للتأمينات العينية و الشخصية أهمية في ضمان حق البائع لإستيفاء الثمن , حيث يضعه التأمين العيني في مركز متميز عن غيره من الدائنين و يقيه مخاطر إعسار المشتري . إلا أنه ليس من السهل دائما الحصول على تلك التأمينات حيث يصعب على المدين غالبا تقديمها سواء لعدم توافرها أو لإرتفاع تكلفتها , فقد لا يجد المشتري كفيلا يكفله أو مالا يقدمه رهنا . كما يشكل التأمين عبئا ماليا على المشتري الذي يكون غالبا في حاجة إلى الإئتمان . أضف إلى ذلك ما تتطوي عليه الضمانات السابقة من بعض المخاطر و العيوب , فالتأمينات العينية قد تسبقها حقوق أخرى كحقوق الإمتياز العامة و الرهون و حقوق الإمتياز الخاصة الأسبق في القيد , كما يقتضي الرهن الرسمي العديد من الإجراءات القانونية كالقيد و التجديد و إجراءات بيع العقار يلقي الرهن الحيازي على عاتق الدائن عدة إلتزامات تتعلق بحفظ و إستغلال المال المرهون تتوقف جدوى الكفالة على مدى يسر الكفيل الذي قد يتعرض هو الآخر لخطر الإعسار .

(1) الكفالة بنوعها : الشخصية أو المصرفية التي قد تأخذ شكل خطاب الضمان أو ضمان الأوراق التجارية بقبولها أو بكفالتها - انظر على جمال الدين عوض -عمليات البنوك - 1981 ص 484 . 519 .

2 - الشرط الجزائي :

يعتبر الشرط الجزائي مبلغا جزافيا يقدر به الطرفان مقدما التعويض المستحق عن الضرر الذي يلحق أحدهما نتيجة خطأ الطرف الآخر , بمعنى أنه تقدير إتفاقي للتعويض يتم الإتفاق عليه قبل وقوع الضرر بالفعل , حيث يتفق المتعاقدان مقدما على تقدير التعويض الذي يستحقه الدائن في حالة عدم تنفيذ المدين لإلتزامه أو التأخير فيه و هو ما نصت عليه المادة 183 من القانون المدني بقولها :

" يجوز للمتعاقدين أن يحددا مقدما قيمة التعويض بالنص عليها في العقد , أو في إتفاق لاحق , و تطبق في هذه الحالة أحكام المواد 176 الى 181 " .

يفهم من النص أن الشرط الجزائي في الأصل تقدير إتفاقي مقدم للتعويض إلا أن الأطراف يلجئون إليه أحيانا كجزاء مدني بهدف حث المتعاقد على تنفيذ إلتزامه.

فالشرط الجزائي يلعب أساسا دورا تعويظيا بحتا من خلال التحديد المسبق للتعويض عن الضرر المتوقع بسبب الإخلال بالإلتزام , لكن الأطراف يتفقون أحيانا على مبلغ يفوق قيمة الضرر بهدف تشديد مسؤولية المدين , فيقوم الشرط في هذه الحالة بدور التهديد المالي حيث يهدف إلى تحذير المدين من الإخلال بإلتزامه و تهديده بالجزاء الشديد المشترط لحمله على الوفاء في الموعد المتفق عليه.

كما يلجأ المتعاقدان في البيع الإئتماني أحيانا إلى الشرط الجزائي كوسيلة تأمينية لضمان قيام المدين بتنفيذ إلتزامه , حيث يتم الإئفاق على مبلغ كبير من المال يلتزم المدين بدفعه في حالة الإخلال بالإلتزام . و لكن فعالية الشرط المذكور في أداء تلك الوظيفة تتضاءل أمام السلطة التي يتمتع بها القاضي في إستبعاد تطبيقه أو تخفيضه , و هو ما نصت عليه المادة 823 من القانون المدني المصري بقولها :

" إذا تضمن عقد الوصية شرطا يقضي بمنع التصرف في مال فلا يصح هذا الشرط ما لم يكن مبنيا على باعث مشروع و مقصورا على مدة معقولة " (1) .

3- الشرط المانع من التصرف :

الشرط المانع من التصرف شرط يشترطه البائع على المشتري بعدم تصرف في المبيع قبل الوفاء بكامل الثمن , و الذي بمقتضاه يشترط المتصرف على المتصرف إليه لباعث مشروع عدم التصرف في شيء مدة زمنية معقولة . رغم أن المشرع الجزائري لم يقر مثل هذا الشرط بنص خاص , على خلاف ما فعله نظيره المصري و الذي إعتبره إستثناء عن القواعد العامة التي تقضي بحرية تصرف المالك في ملكه بشروطي الباعث المشروع و المدة المعقولة (2) .

(1) النص لا يوجد ما يقابله في القانون المدني الجزائري .

(2) -أضف إلى ذلك أن الشرط الجزائي لا يقي الدائن من مخاطر إفلاس أو إعسار المدين و تعرضه لمزاحمة سائر الدائنين

يكون الإتفاق على الشرط المانع من التصرف صحيحا أيضا في البيع الإئتماني مؤجل الثمن , حيث لا شك في مشروعية الباعث ألا و هو ضمان إستيفاء الثمن و حث المشتري على الوفاء به , و لا شك أيضا في أن مدة الشرط تكون معقولة لأنها تتمثل في فترة الوفاء بالأقساط المؤجلة .

كما يمكن أن يلعب الشرط المانع من التصرف بالملكية دورا هاما في حفظ و ضمان حق البائع في الثمن , نظرا لأن يد المشتري تظل مغلولة عن التصرف في العين حتى يتم الوفاء بكل الثمن , فهو بذلك يفقد مؤقتا أهم عنصر من عناصر حق الملكية و يقع كل تصرف مخالف للشرط المانع باطلا (1) , و يؤدي ذلك إلى حث المشتري على الوفاء بالثمن كي يتمكن من ممارسة مكنات حق الملكية كاملة .

و عليه فإن مدى فعالية الشرط المانع من التصرف تؤدي إلى بقاء المبيع في يد المشتري إلى حين الوفاء بكل الثمن , و من شأن ذلك ضمان فعالية حق البائع في طلب الفسخ و إسترداد المبيع في حالة التخلف عن الوفاء بالثمن , بل أن مخالفة حكم الشرط تخول المتعاقد الذي إشتراطه فضلا عن الطلب بطلان التصرف المخالف ,الحق في فسخ العقد الأصلي , و هذا نتيجة إخلال المشتري بأحد إلتزاماته الجوهرية مما يجيز للمتعاقد معه (البائع) طلب فسخ العقد .

(1) - تنص المادة 824 مدني مصري على أنه : (النص لا مثيل له في القانون الجزائري) " إذا كان شرط المنع من التصرف الوارد في العقد أو الوصية صحيحا طبقا لأحكام المادة السابقة فكل تصرف مخالف له يقع باطلا " . و يختلف الرأي حول طبيعة هذا البطلان بين قائل بالبطلان المطلق و قائل بالبطلان النسبي . انظر هذا الخلاف السنهوري ج4 ط 1991 ص 651 .

لكن مع ذلك يمكن أن يعاب على الشرط المانع من التصرف أنه لا يقدم ضمانات عينية أو شخصية مباشرة للبائع تضمن له إستيفاء حقه في الثمن , إذ أنه يظل مهددا بمخاطر إعسار المشتري و مزاحمة باقي الدائنين في حالة التنفيذ على أمواله بصفة عامة و على ثمن المبيع خاصة اللهم إلا إذا تمسك بحق إمتيازه كبائع على هذا الثمن .

المبحث الثاني : الطبيعة القانونية لشرط الإحتفاظ بالملكية

يقصد بالطبيعة القانونية لشرط الإحتفاظ بالملكية تحديد الوصف القانوني له , و ذلك من خلال ما ذهب له الفقه و القضاء و ما ذهب إليه القانون الجزائري و المقارن . و من أجل توضيح ذلك نتطرق لموقف كل منهما في مطلبين رئيسيين .

المطلب الأول : الطبيعة القانونية لشرط الإحتفاظ بالملكية في الفقه و القضاء .

إن محاولة التعرف على الطبيعة القانونية لشرط الإحتفاظ بالملكية مسألة في غاية التعقيد , لأنها تتسم بكثير من الغموض حيث تعددت الإتجاهات و تضاربت الأقوال الفقهية بشأنها كما صدرت فيها العديد من الأحكام القضائية في كل من فرنسا و مصر .

الفرع الأول: الطبيعة القانونية لشرط الإحتفاظ بالملكية في الفقه

إنقسم الفقه في تكييفه للطبيعة القانونية لعقد البيع المتضمن شرط الإحتفاظ بالملكية إلى فريقين أساسيين , يذهب الفريق الأول إلى القول بان مثل هذا البيع يعتبر بيعا معلقا على شرط واقف هو وفاء آخر قسط من الثمن , و بالعكس يذهب فريق آخر إلى أن البيع المقترن بالشرط المذكور يعتبر بيعا باتا كل ما في الأمر أن نقل الملكية من البائع إلى المشتري يتراخى إلا إذا دفع المشتري الثمن كله (1) .

و عليه نحاول حصر الآراء الفقهية التي تطرقت لفكرة شرط الإحتفاظ بالملكية ثم نتطرق بعد ذلك لما جاء به القضاء في هذا الشأن في كل من مصر و فرنسا .

تباينت الإتجاهات الفقهية في هذا الصدد بين فكرتي الشرط و الأجل , فيرى البعض في البيع المقترن بشرط الإحتفاظ بالملكية بيعا مضافا إلى أجل واقف , في حين ينقسم آخرون حول فكرة الشرط بين بيع معلق على شرط واقف و بيع معلق على شرط فاسخ .
و لذلك يمكن رد هذه الآراء إلى إتجاهين هامين الأول خاص بنظرية الشرط و الثاني متعلق بنظرية الأجل .

(1) حمد الله محمد حمد الله , حماية بائع المنقولات المادية , دار النهضة العربية 1997 ص 25 .

الإتجاه الأول : نظرية الشرط

الشرط (la condition) عارض مستقبل غير محقق الوقوع و غير مخالف للنظام العام و الآداب , يترتب على تحققه وجود الإلتزام أو زواله . فإذا كان وجود الإلتزام متوقفا على الشرط بحيث إذا تحقق الشرط وجد الإلتزام , فإن الشرط في هذه الحالة يكون شرطا واقفا " condition suspensive " أما إذا كان زوال الإلتزام هو المتوقع على تحقق الشرط فإن الشرط في هذه الحالة يكون شرطا فاسخا " condition résolutoire " , فإذا تحقق الشرط زال الإلتزام و أعتبر كان لم يكن أما إذا تخلف الشرط فإن الإلتزام يصبح باتا و نافذا فورا (1).

و بناءا عليه إنقسم الفقه في هذا الشأن بمناسبة شرط الإحتفاظ بالملكية بين القائلين بأن شرط الإحتفاظ بالملكية شرط واقف و القائلين أنه شرط فاسخ .
أ- شرط الإحتفاظ بالملكية شرط واقف:

مفاد هذه النظرية أن البيع مع شرط الإحتفاظ بالملكية بيع معلق على شرط واقف يتمثل في وفاء المشتري بالثمن , فشرط الوفاء بالثمن شرط واقف على تحققه وجود البيع ذاته و لا ينعقد البيع قبل الوفاء بالثمن , و يظل البائع مالكا للمبيع . و لا تنتقل الملكية للمشتري قبل الوفاء بكامل الثمن (2).

و يخفف الأثر الرجعي للشرط من حدة هذه النتيجة حيث يترتب على تحققه (دفع الثمن (إعتبار المشتري مالكا للبضاعة منذ لحظة إبرام العقد . و يكون المشتري قبل تحقق الشرط مجرد صاحب حق إحتمالي أو شرطي (3) . و تثور الصعوبة الحقيقية بصدد تحديد نطاق سلطاته على البضاعة التي سلمت إليه و يضع يده عليها دون أن يكون مالكا أو حتى حائزا لها لتخلف الركن المعنوي للحيازة أي توافر نية التملك.

(1) السنهوري الوسيط المرجع السابق من ص 5 إلى الصفحة 20 .

(2) Derrida d , 1979 r.t.d com 1975 n° 13

(3) J. M Verdier . les droits éventuels : contribution à l'étude de la formation successive des droits thèse PARIS 1955 .

تتميز هذه النظرية بأنها تصلح سنداً لنتيجتين عمليتين هما :

النتيجة الاولى :

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 إستعمال حقه عند تحقق الشرط . و من المقرر أنه إذا تحقق الشرط أستند أثره إلى الوقت الذي نشأ فيه الإلتزام و هو ما نصت عليه المادة 208 من القانون المدني الجزائري بقولها :

" اذا تحقق الشرط يرجع أثره إلى اليوم الذي نشأ فيه الإلتزام إلا إذا تبين من إرادة المتعاقدين أو من طبيعة العقد أن وجود الإلتزام أو زواله إنما يكون في الوقت الذي تحقق فيه الشرط " (1) .

يفهم من النص أنه يترتب على الوفاء إنعقاد العقد و ترتيب أثاره بأثر رجعي , أي منذ يوم إبرامه معلقاً على شرط , و يصبح المشتري مالكا للمبيع منذ ذلك الحين , و يسأل البائع عن تبديد المبيع قبل تحقق الشرط (2) .

النتيجة الثانية :

يتحمل البائع تبعة هلاك المبيع في مرحلة التعليق و هو ما أخذ به المشرع الفرنسي و المصري صراحة أي يتحمل المدين تبعة هلاك الشيء موضوع الاتفاق المعلق على شرط واقف لأنه لا يلتزم بتسليمه الا بعد تحقق الشرط (3) .

(1) تقابلها المادة 270 مدني مصري .

(2) السنهوري الوسيط المرجع السابق ج 3 فقرة 30 .

(3) السنهوري الوسيط المرجع السابق ج 4 فقرة 93 .

غير أن هذه النظرية وجهت إليها انتقادات أهمها :

1- تعجز النظرية القائلة بأن البيع مع الإحتفاظ بالملكية هو بيع معلق على شرط واقف عن تفسير أساس إلتزام البائع بالتسليم , ذلك أنه في الواقع لا يوجد أي إلتزام قبل تحقق الشرط الواقف الذي علق عليه البيع , بل أن أعمال قواعد البيع يؤدي إلى عدم إلتزام البائع بتسليم المبيع طالما لم يدفع المشتري الثمن المستحق الأداء و هذا ما يستخلص من المادة 390 من القانون المدني الجزائري التي جاء فيها :

" اذا كان تعجيل الثمن كله او بعضه مستحق الدفع في الحال جاز للبائع ان يمسك المبيع الى ان يقبض الثمن المستحق و لو قدم المشتري وهنا او كفالة هذا ما لم يمنحه البائع اجلا بعد انعقاد البيع " (1) .

2- يظل المبيع في البيع المعلق على شرط واقف ضمن عناصر الذمة المالية للبائع طالما لم يتحقق الشرط (عدم دفع الثمن) . و لا تتفق تلك النتيجة , في أغلب أحوال البيع مع الإحتفاظ بالملكية مع إرادة الأطراف , مع العلم أن قانون 1980 الفرنسي الخاص بشرط الإحتفاظ بالملكية تقوم أحكامه على عكس ذلك أي على فرض إنتقال المبيع من ذمة البائع إلى ذمة المشتري .

3- يقوم البائع رغم إحتفاظه بملكية المبيع , بتسليمه للمشتري دون تقييد حقه , غالبا في إستعماله أو التصرف فيه , فإذا كان هذا البيع معلق على شرط واقف , فما هو الاساس الذي يقوم عليه هذا الحق ؟ أي أن النظرية لا تصلح لتبرير الاساس الذي يستند اليه المشتري في التصرف وإستعمال المبيع رغم عدم إنعقاد البيع .

(1) تقابلها المادة 459 مدني مصري و المادة 1612 فرنسي التي جاء فيها :
Art 1612 " Le vendeur n'est pas tenu de délivrer la chose si l'acheteur n'en paye pas le prix et que le vendeur ne lui ait pas accordé un délai pour le payement " .

4- يرفض الفقه دائما القول بأن عدم تنفيذ أحد طرفي العقد لالتزاماته يعد شرطا واقفا لإنعقاد العقد ذاته لأن عدم التنفيذ يخول ببساطة , الطرف الآخر الامتناع بدوره عن تنفيذ التزاماته , و من ثم فإن تنفيذ العقد يكون في هذه الحالة خاضعا لمطلق إرادة أحد طرفيه , أي أن العقد يكون معلقا على شرط إرادي محض , و هذا أمر يمنعه القانون الجزائري صراحة بنص المادة 205 من القانون المدني التي جاء فيها :

" لا يكون الالتزام قائما إذا علق على شرط واقف يجعل وجود الالتزام متوقفا على محض إرادة الملتزم " , و عليه فإنه لكل تلك الأسباب لم تحظ النظرية السابقة بقبول الاتجاه العام في الفقه و القضاء (1).

ب- شرط الإحتفاظ بالملكية شرط فاسخ :

مفاد هذه النظرية أن البيع مع الإحتفاظ بالملكية بيع معلق على شرط فاسخ هو عدم الوفاء بالثمن في الميعاد المتفق عليه في العقد , تنتقل ملكية البضاعة طبقا للقواعد العامة إلى المشتري معلقة على شرط فاسخ منذ إنعقاد البيع . إذ يمتلك المشتري المبيع ملكية تامة إلا أن حقه يظل مهددا بالزوال و من ثم يستطيع التصرف فيه بهذا الوصف . و إذا لم يف المشتري بالثمن في الميعاد المحدد تحقق الشرط الفاسخ و يزول البيع بأثر رجعي بقوة القانون دون حاجة إلى حكم أو إعدار . و تعود ملكية المبيع , التي إنتقلت إلى المشتري بالتعاقد إلى البائع بأثر رجعي بمجرد التخلف عن الوفاء بالثمن (2).

(1) H.L et Mazeaud T 111 . N° 922

(2) السنهوري الوسيط ج 4 المرجع السابق فقرة 92 .

مؤدى ذلك أن الملكية تنتقل إلى المشتري ثم تعود مرة أخرى إلى البائع من جديد و يخفف من تلك النتائج دون إستبعادها كلية فكرة الأثر الرجعي للشرط . فالبائع الذي لم يستوف في البداية حقه في الثمن يظل كما لو لم تزول عنه قط صفة المالك للشيء المبيع إلا أن تبعة هلاكه تقع في هذه الحالة على عاتق المشتري .

لقد كان هذا هو الرأي الراجح في الفقه قبل صدور قانون 12-05-1980 الفرنسي . لا شك أن هذه النظرية تفسر سلطات المشتري على الشيء المبيع حيث يمكنه عمليا إستعماله و التصرف فيه إلا أنها لا تتفق مع إرادة الأطراف و لا مع قصد المشرع ذلك أن نقل الملكية ذاته يكون موقوفا طبقا لصريح الإتفاق و النص القانوني على إستيفاء الثمن , أضف إلى ذلك أنه لا يمكن قبول القول بأن دفع الثمن و هو أحد الإلتزامات الرئيسية للعقد , يكون في ذات الوقت شرطا لإنعقاده , و يثير الأخذ في هذا المجال بفكرة الشرط بالمعنى الفني الدقيق فاسخا كان أم واقفا إعتراضا جوهريا يتمثل في أنه من المشكوك فيه تماما إمكانية صياغة تنفيذ الإلتزام الرئيسي للمشتري في صورة شرط بالمعنى الفني لهذه الكلمة . فالشرط يعتبر في الواقع واقعة خارجة عن إرادة الأطراف بينما يتوقف تنفيذ العقد و خاصة دفع الثمن على إرادة المشتري , في حالة التنفيذ الإختياري و على إرادة البائع في حالة التنفيذ الجبري و على أية حال فإن الأمر يتوقف على إرادة الطرفين (1) .

(1) J. M Verdier . les droits éventuels : contribution à l'étude de la formation successive des droits cit op p 67.

مؤدى هذه النظرية أن البيع مع شرط الإحتفاظ بالملكية بيع مضاف إلى أجل واقف يتفق فيه الأطراف على إرجاء تنفيذ العقد إلى حين حلول الأجل و هو الموعد المحدد لدفع الثمن (1) , و ينبغي عند حلول الأجل الوفاء بكامل الثمن أن تنتقل ملكية البضاعة من البائع إلى المشتري منذ ذلك الحين و دون الأثر الرجعي بخلاف الحال بالنسبة للبيع المعلق على شرط واقف , و لا يمنع ذلك بطبيعة الحال إمكانية إتفاق الأطراف على مخالفة تلك الآثار أي جعل إنتقال الملكية بأثر رجعي في حالة الأجل الواقف . و ترتيب إنتقالها بأثر فوري في حالة الشرط الواقف , أي أنه يجوز للأطراف بإتفاق صريح ترتيب أو إستبعاد الأثر الرجعي للوفاء أيا كان التكيف الذي يمكن إضفائه على هذه الواقعة .

يعتبر الأجل بشكل عام أمر مستقبل محقق الوقوع , يترتب على وقوعه نفاذ الإلتزام أو انقضاؤه , فإذا كان نفاذ الإلتزام هو المترتب على الأجل , كان الأجل واقفا , إذ هو يقف تنفيذ الإلتزام أو أن يصبح مستحق الأداء إلى حين إنقضاء الأجل , و لعل الفرق الجوهرى بين الأجل و الشرط أن الأول محقق الوقوع بينما الثاني غير محقق الوقوع و من ثم كان الحق المعلق على شرط حقا ناقصا غير مؤكد الوجود , و كذلك كان للشرط أثر رجعي , أما الحق المقترن بأجل فحق موجود كامل , و ليس للأجل أثر رجعي و هو ما يمكن تطبيقه على شرط الإحتفاظ بالملكية وفق نص المادة 209 من القانون المدنى الجزائرى التى تنص :

" يكون الإلتزام لأجل إذا كان نفاذه أو إنقضاءه مترتبا على أمر مستقبل محقق الوقوع . و يعتبر الأمر محقق الوقوع متى كان وقوعه محتما , و لو لم يعرف الوقت الذى يقع فيه .

(1)Du pont a vice bull du conseil national des commissaires aux comptes déc. 1975 p 472 .

و بتفحص بسيط للرأى القائل بالشرط الواقف **Condition suspensive** يمكن نقده من

عدة نواحي نحصرها في الآتي :

1- من خصائص الشرط أنه أمر مستقبل غير محقق الوقوع لا يتعلق بمحض إرادة المدين إن شاء حقق الشرط و إن شاء جعله يتخلف , فإذا أصبح تحقق الشرط أو تخلفه مرتباً بمشيئة المدين وحدها , أعتبر هذا الشرط الواقف باطلاً , و من ثم يسقط كل إلتزام معلق على شرط واقف هو محض إرادة المدين **condition potestative** و سداد ثمن المبيع لا يصلح إذن أن يكون شرطاً واقفاً لأنه يتعلق بمحض إرادة المدين .

2- وفاء المشتري بالثمن إلتزام ناشئ عن عقد البيع و هو على هذا النحو أمر محقق الوقوع , فهو إلتزام موجود فعلاً و ليس معدوماً على خطر الوجود , و على ذلك لا يصلح أن يكون شرطاً لإنتقال الملكية إليه لأنه يفتقد بذلك إلى أهم خاصية للشرط كوصف للإلتزام .

3- من طبيعة البيع أنه عقد ناقل للملكية و تعليق إلتزام البائع بنقل الملكية على شرط واقف , من شأنه أن يخرج هذا العقد عن طبيعته القانونية , إذ أن نقل الملكية يصبح احتمالاً يمكن أن يتحقق أو لا يتحقق .

إلى جانب ما تقدم أن شرط الإحتفاظ بالملكية - حتى يوفي المشتري بالثمن المتفق عليه - لا يخرج البيع عن طبيعته القانونية كعقد ناقل للملكية , فمثل هذا الشرط يؤكد على الارتباط القائم بين إلتزامات الطرفين المتبادلة , و لا سيما إلتزام البائع بنقل الملكية و إلتزام المشتري بدفع الثمن , مما يجعل التنفيذ من جهة مقابلاً للتنفيذ من الجهة الأخرى و نعتقد أنه لا يعدو أن يكون تطبيقاً للمبدأ العام للدفع بعدم التنفيذ المقرر في نطاق العقود الملزمة للجانبين و من بينها عقد البيع .

نعرض للأسانيد التي يستند إليها أنصار النظرية و الإنتقادات التي وجهت إليها :

- يحاول المنادون بهذا الاتجاه أن يجدوا لهم سنداً من التشريع خاصة القانون الفرنسي الصادر 12-05-1980 بقولهم أنه جاء بنصوص محايدة دون تحديد طبيعة الشرط و أن المشرع حتماً تبنى ما قضت به محكمة النقض بصدد قضية " Mecarex " و التي لم تشر مطلقاً على عبارة شرط بل انصرفت صراحة إلى الأجل (1) .

- كما ينتقد الفقه النظرية بقولهم أن دفع الثمن في العلاقات التجارية بصفة خاصة واقعة غير مؤكدة , فيسار المشتري و خاصة التاجر في البيع الائتماني أمر غير يقيني و صعب التقدير و من ثم يصعب القول بان نقل الملكية مضاف إلى اجل غير مؤكد على هذا النحو .

يجيب أنصار نظرية الأجل على هذا النقد بقولهم : حقا أن الصفة غير المؤكدة للواقعة تعد معياراً لتمييز الشرط عن الأجل إلا انه ينبغي تحديد مدلول ذلك المبدأ , حيث ينبغي لوجود الشرط أن تكون الواقعة غير مؤكدة من الناحية الموضوعية , فموت شخص معين لا يعد شرطاً لأنه أمر مؤكد حتى و لو كان التاريخ غير مؤكد و من ثم فهو اجل مؤكد .

(1) J. M Verdier . op. cit p 88.

- إن النظرية القائلة بان البيع مع شرط الإحتفاظ بالملكية بيع مضاف إلى أجل واقف لا يمكن تطبيقها بأية حال على البيع الذي لا يتضمن أي قيد على حق المشتري في التصرف في المبيع المسلم إليه . فالواقع أن الحق في التصرف يقتضي نقل الملكية إلى المتصرف , و

نفس الشيء بالنسبة لإستعمال الأشياء القابلة للإستهلاك حيث لا يجوز للمشتري إستعمالها إلا إذا كان مالكا لها ما لم يكن بصدد عارية إستهلاك أو ودیعة ناقصة حيث يلتزم المستعير أو المودع لديه برد شيء مطابق , و من الصعب تصور الأمور خلاف ذلك . فإذا تضمن البيع مع شرط الإحتفاظ بالملكية نقل الحق في المبيع للمشتري فإن العقد في هذه الحالة لا يمكن تكيفه إلا بأنه بيع مقترن بشرط فاسخ هو عدم الوفاء بالثمن .

الفرع الثاني : الطبيعة القانونية لشرط الإحتفاظ بالملكية في القضاء.

منذ ما يزيد على قرن من الزمان وصفت محكمة النقض الفرنسية عقد البيع المقترن بشرط الإحتفاظ بالملكية أنه : "عقد بيع معلق على شرط واقف , و هو وفاء المشتري بكامل الثمن " (1) , إذ أنه " لم يقصد التخلي عن ملكيته قبل أن يحصل على المقابل المتفق عليه " (2) و لقد رددت محكمة "تولوز TOULOUSE " هذا القضاء السابق في حكمها الصادر في 1960/10/19 عندما إنتهت إلى أن " عقد البيع لا ينتج أثره الناقل للملكية إلا إذا تم الوفاء بكامل الثمن " (3) .

(1) - cass.req.22 juillet 1872 .cit .

(2) - " la vente demeurait , soumise à la condition suspensive du paiement total du prix".

cass .req. 21 juillet 1897 . d. 1898 p 272

(3) كما أشار البعض إلى حكم صادر من باريس في 1968/07/03 و الذي لم تتمكن من العثور عليه و كذلك الدكتور إبراهيم الدسوقي أبو الليل , الذي لخص مقاله " جستان " المشار إليها , في مؤلفه " البيع بالتقسيم و البيوع الائتمانية الأخرى " الكويت سنة 1984 بند 220 هامش 602 و لكننا رجعنا إلى هذا الحكم فوجدناه خارج دائرة هذا الموضوع , إذ يتعلق بمخالفة شروط بيع السلعة الاستهلاكية بالتقسيم و التي نص عليها الأمر الصادر في 1945/07/30 - انظر الأسبوع القانوني سنة 1969 رقم 1582 و تعليق " جيران " و لعلمهم فصدوا حكم باريس في 1969/01/24 . دالوز " 1970 المختصر ص 59

ووفقا لهذه الفكرة فإن عقد البيع لا ينتج آثاره القانونية ما لم يقم المشتري بتنفيذ إلتزامه بدفع الثمن , و هي بذلك تفسر سبب عجز المشتري عن التصرف في البضاعة المباعة قبل

سداد ثمنها , و تعطل في فرنسا بقاء تبعة هلاك هذه الأشياء المباعة على عاتق البائع حتى بعد تسليمها للمشتري (1) .

كما إتجهت بعض أحكام القضاء إلى التقريب بين شرط الإحتفاظ بالملكية و الشرط الفاسخ " PACTE COMMISSOIRE " المنصوص عليه في المادتين 1183 . 1654 من المجموعة المدنية الفرنسية المقابلة للمادة 363 من القانون المدني الجزائري , فقضت محكمة النقض الفرنسية بأن " دعوى الإسترداد المؤسسه على حكم المادتين 1184 و 1654 من القانون المدني الفرنسي أو على شرط يستبقي بمقتضاه البائع ملكية الأشياء المباعة , لا تنتج أثرها في مواجهة جماعة الدائنين إلا إذا كانت قد رفعت قبل صدور الحكم بشهر الإفلاس "(2).

فتعاس المشتري عن دفع أقساط الثمن لا يخول البائع الحق في إسترداد الأشياء المباعة و التي سبق تسليمها إليه من تفليسته "سواء تأسس طلب الإسترداد على حكم المادتين 1184 و 1654 من القانون المدني الفرنسي أو على شرط يحتفظ البائع بمقتضاه بملكية المبيع حتى يدفع المشتري كل أقساط الثمن " , ما لم يكن البائع قد أعلن نهائيا عن رغبته في مباشرة هذا الحق قبل إفلاس المشتري .

و يكفي للإعلان عن إرادة البائع في هذا الفرض " إرسال خطاب عادي أو تكس إلى المشتري يكشف بعبارة صريحة لا لبس فيها عن إرادة البائع في إسترداد البضاعة المباعة تحت شرط الإحتفاظ بالملكية (3) .

(1) Y.Demoures .la vente avec réserve de propriété R.T.D. Com. 1982 p.33

(2)cass . civ. 03/05/1935 s.1935 p. 227

(3)Rennes du 21/11/1979 inédit .cité par Garcin et thieffry .art.cit.

و لقد حددت محكمة استئناف "Amiens " صراحة مضمون هذا الفكرة عندما قضت بأن البيع المقترن بشرط الإحتفاظ بالملكية " عقد نهائي و نافذ " و هو الحل الذي يتفق

- في رأيها - مع إرادة المتعاقدين و التي يكشف عنها بوضوح وجود الأشياء المباعة في حياة المشتري , و إنتهت إلى أن " شرط الإحتفاظ بالملكية لا يمكن إلا أن يشبه بالشرط الفاسخ الذي يترتب على تحققه وفقا لنص المادة 1183 من المجموعة المدنية الفرنسية زوال الإلتزام و إعادة الحال إلى ما كانت عليه , كما لو كان هذا الإلتزام لم يوجد أصلا " (1).

ثم جاءت محكمة إستئناف " كولمار Colmar " فاستخلصت النتائج التي يقود إليها منطق التحليل السابق , فقررت أن ملكية الأشياء في البيع المقترن بشرط الإحتفاظ بالملكية تنتقل إلى المشتري معقدة على شرط فاسخ (عدم الوفاء بكل أقساط الثمن) , ومن ثم فإن هذا الأخير يتحمل تبعه هلاكها قبل تحقق الشرط الفاسخ (2) .

بيد أن القول بان شرط الإحتفاظ بالملكية شرط واقف يؤثر في عقد البيع ذاته محل للنظر , ذلك أنه يتجاوز قصد الطرفين إذ من الملاحظ أن البائع يبادر إلى تسليم البضاعة المباعة إلى المشتري , و كل ما يسعى إليه من وراء استبقاء ملكيتها هو توفير ضمانات فعالة تكفل له الحصول على المقابل المتفق عليه في العقد , عن طريق إيجاد نوع من الربط أو التلازم الحتمي بين نقل ملكية البضاعة المباعة إلى المشتري ووفاء هذا الأخير بالتزامه بدفع الثمن المتفق عليه (3) .

(1) Amiens du 10/01/1974 R.T.D Com. 1975 p. 166

(2) Colmar du 14/10/1977 inédit cité par von breitenstein .la cause de réserve de propriété et le risque d'une perte fortuite de la chose vendue R.T.D Com 1980p.43 .

y.Guyon : note sous METZ du 29/10/1980 D. 1981 également .

A.Martel -tribes. Les clauses de réserve de propriété : deux enseignements tirés d'un échec . J.C.P. 1977 . 2875 / Schulze . th . cit p. 245-249 .

(3) Mar tel-tribes.art cit ; Pérochon th cit .n° 32 et 66 .

و تصطدم فكرة تعليق عقد البيع على شرط واقف بعقبة أخرى , بإعتبار أن إلتزام المشتري بدفع الثمن إلتزام ناشئ عن عقد البيع و من غير الجائز أن يكون تنفيذ أحد إلتزامات الطرفين شرطا لأنعقاد البيع أو صحته قد يقال بأن هناك عقودا عينية لا تتم بمجرد التراضي

بل يجب لأنعقادها تسليم العين المتعاقد عليها, كعقد القرض مثلا , الذي يكون معلقا على تنفيذ أحد المتعاقدين (المقرض) لإلتزامه (1) غير أن القوانين الحديثة و في طبيعتها القانون المدني الجزائري على غرار القانون المصري قد أخذت بنظرية العقد العيني , و أصبح مجرد التراضي كقاعدة عامة كافيا لإبرام العقد (2) و هو إتجاه منطقي لأن التساؤل يثور عن مصدر إلتزام المتعاقد بالتسليم ؟ .

و القول بأن البيع معلق على شرط فاسخ قد يبرر وجود الأشياء المباعة في حياة المشتري , كما يفسر الرأي القائل بإنتقال تبعة هلاكها إليه , و هو الرأي الذي نفضله على أساس مبدأ العدالة و حرية التعاقد رغم عدم وضوح الرؤية جيدا في القانون الجزائري إلا أن هذا النظر يتجافى مع جوهر شرط الإحتفاظ بالملكية , الذي يقتضي إستبقاء الأشياء المباعة تحت ملكية البائع , فلا تنتقل ملكيتها إلى المشتري حتى ينفذ إلتزامه بدفع الثمن .

أما منوط هذا الرأي فيرتب على عدم وفاء المشتري بكل أقساط الثمن فسخ البيع , و من ثم يعود المتعاقدين إلى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد , و على المشتري حينئذ أن يعيد ملكية الأشياء المباعة إلى البائع مرة أخرى , فهناك إذن نقل ثم إعادة نقل الملكية , و هو ما يناهض الآلية التي يعمل وفقا لها شرط الإحتفاظ بالملكية , إذ أن إسترداد البائع للبضاعة المباعة , بمقتضى هذا الشرط و عند تخلف المشتري عن الوفاء بالثمن , لا يؤثر في وجود عقد البيع الذي يبقى صحيحا و منتجا لكل آثاره و هي النتيجة التي أكدتها محكمة النقض الفرنسية عندما قررت أن " دعوى إستحقاق البضاعة المباعة " **L'action en résolution**

revendication ليست دعوى فسخ لعقد البيع .

(1) راجع "جستان" المقار المشار إليها - و كذا الدسوقي المرجع السابق ص 220 .
(2) السنهوري - الوسيط المرجع السابق ج 1 ص 49 .

فيجوز للبائع إذن أن يتقدم في تغطية المشتري مطالبا بباقي الثمن المستحق , كما ألغت حكم محكمة إستئناف " كولمار Colmar " لأن قضاء هذه المحكمة قد " أخرج شرط الإحتفاظ بالملكية عن طبيعته فمثل هذا الشرط يترتب عليه وقف إنتقال ملكية المبيع إلى المشتري حتى يبادر إلى سداد الثمن المتفق عليه في عقد البيع بصفة كاملة .

المطلب الثاني : الطبيعة القانونية لشرط الإحتفاظ بالملكية في القانون الجزائري و المقارن .

تباينت الاختلافات بين كل من القانون الجزائري , الفرنسي و الألماني في نظرتهم لشرط الإحتفاظ بالملكية و هو ما سوف نتعرض له في فرعين , نتناول في فرع اول موقف القانون الجزائري ثم نتطرق لكل من القانون القانونيين الالمانى و الفرنسي في فرع ثاني .

الفرع الأول : الطبيعة القانونية لشرط الإحتفاظ بالملكية في القانون الجزائري .

ذهب المشرع الجزائري إلى إعتبار شرط الإحتفاظ بالملكية من الضمانات الإتفاقية التي يمكن للبائع فيها الإحتفاظ بحقه بالمبيع لغاية إستيفاءه الثمن من المشتري , فما هي الطبيعة القانونية لهذا الشرط في القانون الجزائري ؟ .

بالنظر لما جاء في نص المادة 363 من القانون المدني الجزائري و التي تعطي للبائع الحق في الإحتفاظ بالملكية إلى حين إستيفاءه الثمن من المشتري و يكون ذلك في حالة ما إذا كان البيع مؤجل الثمن و لو تم التسليم , و مع ذلك نجد أن الفقه وضع هذه المشكلة في نطاق الشرط الواقف و الشرط الفاسخ معا . بمعنى أن ملكية المبيع تنتقل في هذه الحالة معلقة على شرط واقف إلى المشتري و يستبقي البائع ملكية المبيع معلقة على شرط فاسخ .
و يلاحظ على هذا التكييف عدة ملاحظات :

- ما المقصود بالملكية الموقوفة و ما هي السلطات التي تعطىها للمشتري ؟ .
- كيف يتصور أن يكون المشتري مالكا , و لو كانت ملكية معلقة على شرط واقف رغم صراحة النص في أن نقل الملكية ذاته موقوف على إستيفاء الثمن ؟ .
- كيف تبقى الملكية لبائع معلقة على شرط فاسخ بالرغم من أن المشرع لم يصرح بذلك , كما أن إرادة الأطراف لم تفصح عن ذلك ؟ .

في الواقع أن كلا من البائع و المشتري ليس لديهما معا من الخصائص أكثر مما هو لدى المالك العادي , فهما معا المالك و المركز القانوني للأول قد إنتقص بما للثاني من سلطات , و على ذلك فإن القول بفكرة إزدواج حق الملكية على نفس الشيء ليس له أي سند في الواقع أو في القانون .

كما أنه طبقا لهذا التكييف سيصعب تحديد من الذي يتحمل تبعه الهلاك في حالة ما إذا هلك الشيء بسبب أجنبي قبل تحقيق الشرط و هو ما نصت عليه المادة 208 الفقرة 2 من القانون المدني الجزائري التي جاء فيها :

" غير أنه لا يكون للشرط أثر رجعي , إذا أصبح تنفيذ الإلتزام قبل تحقق الشرط غير ممكن لسبب لا يد للمدين فيه " .

يفهم من ذلك أن الفائدة العملية من التفرقة بين الشرط و الأجل في القانون الجزائري تكمن بطبيعة الحال في الأثر الرجعي للشرط . فإذا كان شرط الإحتفاظ بالملكية شرطا واقفا فإنه بمجرد دفع ثمن البضائع كاملا فإن المشتري يعتبر مالكا لهذه البضائع من وقت إبرام العقد , على العكس من ذلك إذا نظر إلى شرط الإحتفاظ بالملكية على أنه أجل واقف فإن حلول هذا الأجل يؤدي إلى نقل الملكية دون إثر رجعي.

و نرى أن التفسير الصحيح لنص المادة 363 من القانون المدني الجزائري يقترب إلى حد كبير من التفسير الألماني لنص المادة 455 مدني ألماني و هو على خلاف ما هو مستقر عليه في الفقه المصري .

و على ذلك فإن شرط الإحتفاظ بالملكية في القانون الجزائري يعتبر شرطا واقفا لا يعطي للمشتري حقا للملكية موصوفا بالملكية الموقوفة , و إنما بعض السلطات التي تتيحها السيطرة المادية و الفعلية على الشيء المبيع على إثر تسليمه له .

و تعتبر هذه السلطات مكونة لحق عيني ناشئ عن تجزئة حق الملكية , هذا الحق العيني لا يعطي لصاحبه إلا سلطة إستعمال الشيء المبيع بحالته في نطاق الاستعمال العادي للمشتري , و لا يعطي له سلطة التصرف في هذا الشيء أو إستغلاله .

و بذلك تتسجم الحقيقة الإقتصادية مع القانون كما أن التكييف يأخذ في الإعتبار الحالة النفسية للمشتري الذي يعتبر نفسه كمالك و ليس مجرد واضع يد ملتزم بالرد .

الإحتفاظ بالملكية على سبيل الضمان
-60- الفصل الأول

و من أجل توضيح الرؤية أكثر لا بد من التطرق و لو بإيجاز لموقف كل من القانونيين الألماني و الفرنسي في هذا الشأن بإعتبارهما السباقيين في دراسة شرط الإحتفاظ بالملكية .

الفرع الأول : الطبيعة القانونية لشرط الإحتفاظ بالملكية في القانون المقارن .

أ – في القانون الألماني :

إن معرفة الطبيعة القانونية لشرط الإحتفاظ بالملكية في القانون الألماني تقتضي الإنطلاق من معطيات مختلفة و إتباع منهج مغاير عن ذلك الذي سلكناه في القانون الفرنسي لإختلاف طبيعة النظام القانوني في كل من البلدين من جهة, و المكانة التي يحتلها الشرط المذكور و مدى تطوره من جهة أخرى (1) .

يقتضي الأمر توافر آليات للبحث سواء فيما يتعلق باللغة أو بالتخصص أو بالموضوع و هذا ما لا ندعيه لأنه صعب علينا و نحن بصدد البحث للتحكم في فهم الفكر الألماني في مجال العقود و خاصة عقد البيع , و ما ينجر عنه من ضمانات لذا نكتفي في هذا المقام بذكر النصوص القانونية و إبداء بعض الملاحظات الفقهية التي قد تعين على إلقاء الضوء اللازم لإبداء المقارنة مع هذا القانون بإعتباره مثلا يحتذى في تنظيم الموضوع ضمن نصوص القانون المدني منذ أمد بعيد مما جعله يحتل مكانة بارزة و متطورة في النشاط الإقتصادي و الفكر القانوني عامة و على الساحة القضائية خاصة (2) .

(1) مر القانون المدني بمراحل لحين صدوره في شكله الحالي المعدل , ففي عام 1874 شكلت لجنة لإعداد المشرع غير أنه رفض في 1888 ثم أعيد تعيين لجنة ثانية في 1890 أعدت مشروعا صودق عليه في 1896 ليدخل حيز التطبيق في 1900/01/01 و هو يتألف من 5 كتب الكتاب الأول أحكام عامة و الكتاب الثاني قانون الإلتزامات و الثالث قانون الأموال و الرابع قانون الأسرة و الخامس قانون الموارث .

(2) يسمى القانون المدني الألماني : das burgerliche gesezbuch (BGB)

- تقضي المادة 433 من القانون المدني الألماني على أن :

" يلتزم البائع , بمقتضى عقد البيع بتسليم الشيء المبيع و بنقل ملكيته للمشتري . و إذا ورد البيع على حق التزم البائع بنقله للمشتري . و إذا اقتضى هذا الحق حيازة شيء و جب على البائع تسليمه يلتزم المشتري بدفع الثمن المتفق عليه للبائع و يتسلم الشيء المبيع " .

و تنص المادة 929 على أنه :

" يلزم لنقل ملكية الشيء المنقول قيام المالك بتسليمه للمشتري إعمالا للإتفاق المبرم بينهما . و تنتقل الملكية بمجرد إتفاق الطرفين إذا كان الشيء الموجود سلفا في حيازة المشتري " .

و تقضي المادة 455 بأنه :

" إذا إحتفظ بائع المنقولات بملكيته إلى حين الوفاء بالثمن , فينبغي , عند الشك , اعتبار نقل الملكية معلقا على شرط صريح هو دفع كامل ثمن المبيع , و للبائع الحق في فسخ العقد إذا تأخر المشتري عن الوفاء " .

ييدي الفقه الألماني في هذا المقام , عدة ملاحظات و تساؤلات قد تعين على بيان

مركز شرط الإحتفاظ بالملكية و طبيعته في القانون الألماني :

الملاحظة الأولى : أن عقد البيع في القانون الألماني يتضمن عقدين :

الأول عقد التزامات : إلتزام البائع بنقل ملكية الشيء و تسليمه , و إلتزام المشتري بدفع الثمن و تسلم المبيع .

و يرد العقد الثاني على نقل الملكية : و يتم ذلك بوضع المال بين يدي المشتري .
يفرق القانون إذن بين العقد المنشئ للإلتزامات **Schuldrechtlichen Vertrag** و نقل الملكية ذاته **dinglichen vertrag** الذي يعد عقدا عينيا .

ييدي القضاء مرونة واضحة بصدد هذه التفرقة في حالة بيع المنقول حيث يتم العقدان في تصرف قانوني وأحد (1) , و يثور التساؤل عما إذا كانت هذه العملية الثانية تعد عقدا بالمعنى الدقيق أم مجرد إجراء مادي لتنفيذ عقد البيع , كتصرف قانوني يرتب أثرا معيناً هو نقل ملكية الشيء المبيع ؟ و لعل ما يؤكد ذلك هو أن إتفاق الأطراف على أحكام البيع , بما في ذلك شروط التسليم , ينبغي أن يتم عند إبرام عقد البيع . أي أن المناولة تبقى العملية المادية للتسليم المتضمن لنقل الملكية (2) .

(1) Shuze E. la clause de réserve de propriété en droit civil et international privé franco-allemand comparé paris 158 p .12

(2) - و طبقاً للمادة قانون مدني ألماني 929 تنتقل ملكية الشيء المبيع , الموجود سلفاً في حيازة المشتري , بمجرد تبادل التراضي بين الأطراف , دون حاجة إلى إجراء عملية التسليم . ألا يدل ذلك على أن تلك العملية لا تضيف أي عنصر رضائي مكمل للبيع ؟ ألا يدل ذلك على أن عملية المناولة ليست عقدا بل مجرد تصرف مادي ؟ و طبقاً لصدر المادة 929 فإن التسليم يؤدي إلى نقل الملكية بشرط وجود إتفاق مسبق بين الأطراف على ذلك النقل . أي أن التسليم وحده لا ينقل الملكية بل ينبغي أن يتم ذلك تنفيذاً لعقد البيع . و يمكن أن التسليم بمناسبة عقود أخرى غير البيع مثل الإيجار و الوديعة و العارية , و ليس لمتلقي الشيء في هذه العقود أن يدعي إنتقال ملكيته له بمجرد تسلمه إياه لعدم وجود إتفاق على نقل الملكية بينه و بين المالك .

يكشف شرط الإحتفاظ بالملكية في القانون الألماني , عن عملية الفصل الجوهرية داخل كل بيع بين العقد المنشئ للإلتزامات **kaufvertrag** من جهة و التصرف المجرد الناقل للملكية من جهة أخرى **Ibereignung** (1) .

و يثور التساؤل حول موقع شرط الإحتفاظ بالملكية في عقد البيع الألماني , و هل يوجد في العقد الأول أم الثاني أي في التصرف الأول أم في الثاني ؟.

يتم الإتفاق على الشرط عادة , في العقد المنشئ للإلتزامات , حيث يجوز للبائع أن يشترط أثناء إبرام الإحتفاظ بملكية المبيع لحين سداد الثمن , و لا يجوز له كأصل عام أن يقتضي أي شرط إضافي لحظة تسليم المبيع بما في ذلك شرط الإحتفاظ بالملكية . و لا يمكن تصور الأمر على غير ذلك إلا إذا أبرم البيع دون منح المشتري أجل للوفاء بالثمن و رفض البائع تسليم المبيع إلا بشرط الإحتفاظ بملكيته , و حتى في هذه الحالة فإن الأمر لا يعدو أن يكون ملحق أو تعديل للعقد الأول .

الملاحظة الثالثة :

إن شرط الإحتفاظ بالملكية في القانون الألماني يعد نظاما قانونيا معقدا و لا يمكن فصله عن الإطار الموجود فيه , فهو يحتل مكانته في الواقع بحكم وظيفته الإقتصادية ضمن مجموعة التأمينات التي ترد على المنقولات دون حيازتها , إلى جانب نقل الملكية و حوالة الحق على سبيل الضمان (2) .

فكل هذه التأمينات تحتل مكانة هامة في القانون الألماني حيث تطورت على مر السنين إستجابة لإحتياجات الواقع العملي و مقتضيات الإئتمان بينما تعد في القانون الفرنسي مجرد إستثناء تنظمه قوانين خاصة (3).

(1) - Shuze E. la clause de réserve de propriété en droit civil et international privé franco-allemand comparé. 20 **المرجع نفسه ص**
(2) - Shuze E. la clause de réserve de propriété en droit civil et international privé franco-allemand comparé. 20 **المرجع نفسه ص**
(3) - Le transfert judiciaire de propriété (scherugsubereignug) - la cession judiciaire de créances

بدأت تظهر و تتطور في ألمانيا بشكل سريع و متزايد دون نص بل بالمخالفة للنصوص القائمة أحيانا تصرفات عديدة و عقودا و تأمينات , و من ثم فإن كلا منها يمكن أن يأخذ أشكالاً متعددة و متنوعة , فشرط الإحتفاظ بالملكية مثلا يظهر أحيانا في صورته البسيطة و يظهر أحيانا أخرى في صورته الممتدة أو المتسعة , حيث يمكن أن يمتد ليشمل البضاعة المحولة أو المركبة أو المصنعة .

و يمتد ليشمل إعادة بيع البضاعة من خلال جواله الحق في ثمنها , و يمكن أن يتسع لضمان كل ديون المشتري قبل البائع بل و ديون المشتري قبل الموردين الآخرين الذين يرتبطون بالبائع . لذا يبدو من الصعب بل و من الخطأ , محاولة البحث عن تكييف قانوني واحد , عبر الأنظمة القانونية التقليدية و على غرار القانون الفرنسي , لشرط الإحتفاظ بالملكية في القانون الألماني .

الملاحظة الرابعة :

إن المركز القانوني لكل من البائع و المشتري في البيع مع شرط الإحتفاظ بالملكية في القانون الألماني , يختلف تماما عن نظيره في القانون الفرنسي , فهذا المركز , بالإضافة إلى تغييره و تنوعه طبقا لنوع و طبيعة الشرط , يخول كل طرفيه حقوقا متميزة عن تلك المتعارف عليها في القانون الفرنسي .

يرى الفقه أن وجود الشرط المذكور يؤدي إلى الفصل في الملكية , بين المكنتات التي تتعلق بالضمان و بإعمال الحق من جهة و المكنتات التي تتعلق بالحيازة المباشرة للحق و الإنتفاع به من جهة أخرى .

فالأولى تظل للبائع بينما تنتقل الثانية للمشتري و عليه ينبغي التفرقة بين الشكل القانوني للنظام و غايته الاقتصادية , فالملكية تؤدي دورها فقط كأداة ضمان للحق , تقوم في الحقيقة بدور التأمين .

يكون للبائع المحتفظ بالملكية الحق في فسخ العقد و إسترداد المبيع بإرادته المنفردة في حالة تأخر المشتري عن الوفاء بالثمن , بالإضافة إلى حقه في التعويض عن إستعمال المبيع و تدهور قيمته , و للبائع الحق في إعادة بيع البضاعة للغير و الاعتراض على الحجز الذي يوقعه دائنو المشتري عليها . كما للبائع الحق في إسترداد المبيع من التفليسة أو التسوية القضائية للمشتري . و يستطيع البائع الاستفادة من مركزه القانوني للحصول على الإئتمان اللازم (1) .

كما يكون المشتري , في ذات الوقت , صاحب حق يسمى **Anwartschaftsrecht** يمثل قيمة إقتصادية معينة يمكن بمقتضاه الحصول على الإئتمان, و يمكنه التصرف فيه و طلب حمايته . فالمشتري يستطيع كقاعدة عامة إستعمال المبيع و التصرف فيه .
ب - في القانون الفرنسي .

تأثر القانون الفرنسي الذي عرف شرط الإحتفاظ بالملكية من قبل بالقانون الألماني و ذلك من خلال إتفاقية فينا التي أبرمت ما بين فرنسا و ألمانيا في 11/04/1980 , و التي كان موضوعها تسهيل تبادل السلع و البضائع بين البلدين و قد تضمنت الإتفاقية العديد من النقاط منها ضرورة ملائمة القانونين الداخلية مع الضمانات الموجودة في العقود النموذجية الألمانية للبيع و التي تتضمن عادة شرط الإحتفاظ بالملكية و ضرورة نفاذه في حق دائني المدين المفلس بعد شهر إفلاسه , و بناء عليه جاء قانون 12/05/1980 .

(1)_ Shuze E. la clause de réserve de propriété en droit civil et international privé - franco-allemand comparé paris 158 p .15

حظيت الطبيعة القانونية لشرط الإحتفاظ بالملكية بدراسات عديدة سبق دراستها و التي رأينا أنها دارت بين الشرط و الأجل , زاد من أهميتها إعتراف القانون الفرنسي الصادر في 1980 بحجية هذا الشرط بشروط معينة في مواجهة جماعة الدائنين للمشتري المفلس . و تتضمن أغلب الدراسات الفرنسية الحديثة لطبيعة الشرط ظهور ثلاثة اتجاهات بهذا الشأن :

الاتجاه الأول : يعتبر هذا الشرط واقفا يعلق إتمام عقد البيع نهائيا على الوفاء بالثمن .
الاتجاه الثاني : يعتبر هذا الشرط شرطا فاسخا " **condition résolutoire** " هو عدم الوفاء بالثمن . و في هذه الحالة فإن إنتقال الملكية يتم منذ نشوء العقد , و لكنه يزول بأثر رجعي في حالة عدم الوفاء بالثمن , و مع ذلك تظل المخاطر على عاتق المشتري حتى لحظة الفسخ .
الاتجاه الثالث : فتعتبر شرط الإحتفاظ بالملكية أجلا .

كما إتجه بعض الفقه الفرنسي إلى الأخذ بفكرة الأجل فإنتقال الملكية و تكوين عقد البيع ذاته , يتم تأخير إتمامهما حتى يتم الوفاء بالثمن (1) فشرط الإحتفاظ بالملكية يعتبر - تبعا لذلك - أجلا " **un terme** " و بعبارة أخرى فإن إلتزام البائع بنقل الملكية مضاف إلى أجل .

(1) Y.Loussourn , le transfert de propriété par l'effet des contrats ,cours de doctorat Paris 1969-1970 ,101-e du pontavice .Art préc 1221.

إلا أن الاتجاه السائد في القانون الفرنسي يرى أن شرط الإحتفاظ بالملكية شرط واقف , و هو ما أخذ به القانون الصادر في 1980/05/12 المادة 1 (1) . و كانت محكمة

النقض الفرنسية قد اعتنقت هذا الاتجاه حتى قبل صدور القانون المذكور , و ذلك في حكمها الشهير في قضية ميكاريكس Mecarex (2) .

و هكذا فإنه وفقا لهذا التحليل فإن البيع المقترن بشرط الإحتفاظ بالملكية يصبح بيعا معلقا على شرط واقف , و يعتبر الشرط ذاته بمثابة الشرط الواقف .

و على خلاف المادة 1583 مدني فرنسي فإن إنتقال الملكية (و ليس وجود العقد) يتأخر حتى يقوم المدين (المشتري) بأداء إلتزامه بدفع الثمن . فإذا لم يقم بالوفاء كان من حق البائع طلب فسخ العقد فإذا لم يكن قد تم النص على إنفساخ العقد بقوة القانون , في حالة عدم الوفاء و لو بقسط وأحد من الثمن , كما يكون من حق البائع أيضا , المطالبة بالتعويضات المناسبة , و من الممكن الإتفاق على حق البائع في الإحتفاظ بالأقساط التي حصل عليها كتعويض عما لحقه من ضرر بسبب فسخ العقد (3).

(1) - J.Guyenot .A.Fresy,Art préc 116 -y .
Demoures art préc 58- j.Hemard ,Traité théorique et pratique commercial , les contrats commerciaux 1953 n°190 .

(2) نقض تجاري فرنسي في 1979/11/20 الذي ألغى حكم محكمة كولمار التي اعتبرت أن شرط الإحتفاظ بالملكية شرطا فاسخا , رقم 8416 - 1980 , المجلة الفصلية للقانون التجاري الفرنسي 1980 -43 و ما بعدها - ايمانويل دي بونتايس مقالته المشار إليها , 1221 -دريدا المشار إليه 298 - محكمة استئناف متز في 1980/10/29 - جازيت دي باليه 1981 , 23 -
-نقض تجاري فرنسي في 1986/10/01 دالوز سيرى , 1986 -246 مع ملاحظة ميشيل كاريك .

(3) - Nancy 19/12/1985 d.1986 , 246 note M.Cabrillac préc idid obs Dérida

المبحث الثالث : آثار شرط الإحتفاظ بالملكية و بعض المشكلات الناتجة عنه .

إن لشرط الإحتفاظ بالملكية عدة آثار فيما بين المتعاقدين و اتجاه الغير خاصة فيما يتعلق بالحقوق و الإلتزامات كما أن له بعض المشاكل العملية يطرحها كتبعية الهلاك و التنازع مع حقوق عينية أخرى و هذا ما نحاول الإجابة عنه في مطلبين .

المطلب الأول : آثار شرط الإحتفاظ بالملكية .

يترتب على إدراج شرط الإحتفاظ بالملكية في عقد البيع آثار قانونية هامة بالنسبة لأطراف العقد . إذ يكون لكل منهما حقوقا قبل الآخر , كما يقع على عاتق كل من البائع و المشتري إلتزامات قانونية و أخرى عقدية قبل بعضهما البعض . و لعل من أهم الآثار المترتبة على النص على الشرط المذكور , تأخير لحظة إنتقال ملكية الشيء المبيع إلى المشتري حتى يقوم هذا الأخير بسداد الثمن كاملا .

على أن المسألة أيضا دقيقة و هامة , إذا ما تساءلنا عن آثار شرط الإحتفاظ بالملكية في موا جهة الغير , أي في مواجهة الدائنين العاديين للمشتري (الحائز للشيء) , و في مواجهة جماعة الدائنين إذا حدث أن أفلس المشتري قبل أن يفي بالثمن المتفق عليه بتمامه .

و من أجل تسليط الضوء على ذلك كله نحاول إبراز آثار الشرط فيما بين المتعاقدين في فرع أول , فنعالج أولا حقوق و الإلتزامات كل من البائع و المشتري , ثم آثار الشروط المتعلقة بإنتقال الملكية بينهما , ثم نتناول بعد ذلك آثار الشرط اتجاه الغير في فرع ثاني .

الفرع الأول : آثار شرط الإحتفاظ بالملكية فيما بين المتعاقدين.

من أجل إبراز الآثار التي يمكن أن تكون بين الطرفين نتطرق إلى حقوق و التزامات الطرفين المتعاقدين و كذلك آثار الشرط المتعلقة بانتقال الملكية بينهما .

أ- حقوق و التزامات الطرفين .

1 - حقوق و التزامات البائع :

يظل البائع حسب شرط الإحتفاظ بالملكية , مالكا ملكية خالصة للشيء المبيع قبل تسليمه إلى المشتري و بعد تسليمه إلى هذا الأخير . فإذا كان الشيء لا يزال في حيازة البائع (المالك) كان من حقه استعمال الشيء أو بيعه , مع التزامه بتسليم المشتري شيئا مماثلا لما اتفق عليه . هذا إذا اعتبر البيع معلقا على شرط واقف .

أما إذا اعتبر أن البيع معلق على شرط فاسخ فإن البائع يكون ملتزما بعدم التصرف في الشيء قبل تسليمه , و حتى لحظة تحقق الشرط , فقد عرفنا أن البيع المعلق على شرط فاسخ يترتب عليه نقل ملكية الشيء إلى المشتري منذ لحظة تكوين العقد .

و إذا كان محل عقد البيع صنع أشياء معينة خلال فترة زمنية مقبلة (كما في حالة عقود نجارة الأثاث الخشبي) فإنه لا حاجة إلى الاتفاق على احتفاظ البائع بالملكية , إذ تظل ملكية الشيء أثناء تصنيعه خالصة للبائع ما لم يوجد اتفاق مخالف .

و يلتزم البائع بتسليم الشيء المبيع إلى المشتري في الزمان و المكان المتفق عليهما (1) و إذا كان التسليم لا يجرد البائع - كمبدأ - من ملكيته للشيء إلا أنه بمجرد إنتقال حيازة الشيء إلى المشتري , يحرم على البائع الحق في استعمال الشيء أو الانتفاع به أو الحصة على ثماره أو عوائده . كما لا يجوز للبائع إعادة بيع الشيء أو التصرف فيه للغير (2) , و إلا فإنه لا تنفذ هذه التصرفات في مواجهة المشتري , فضلا عن إمكانية تعرض البائع للجزاء الجنائي المقرر لجنحة خيانة الأمانة (3) .

(1) محمود سمير الشرقاوي , الالتزام في عقد بيع البضائع 1991 ص 7 .

(2) احمد حسني . البيوع البحرية 1983 ص 318 و ما بعدها الطبعة الثانية .

(3) سليمان مرقس . شرح القانون المدني المرجع السابق ص 234 و ما يليها و ص 213 و ما يليها .

هذا و من حق البائع إستيفاء ثمن المبيع من المشتري , في الزمان و المكان المتفق عليهما , و أن يتم الدفع نقدا أو بشيكات أو غيرها من الأوراق التجارية أو بتحويل مصرفي حسب الاتفاق , و لا تنتقل ملكية الشيء المبيع إلا بعد دفع المشتري للثمن كاملا . و في مقابل ذلك يلتزم البائع بضمان خلو المبيع من العيوب الخفية , و العيوب الذاتية وبضمان التعرض و الاستحقاق (1) .

2- حقوق و التزامات المشتري :

إذا لم يكن المشتري قد إستلم الشيء المبيع بعد , فليس له الحق إستعمال ذلك الشيء أو أخذه من المالك الحائز له , كما لا يجوز له إعادة بيع الشيء قبل أو بعد إستلامه , ما لم يصبح المشتري مالكا بعد للشيء .
على أنه يحق للمشتري المطالبة باستلام الشيء المبيع بالحالة المتفق عليها , و في الزمان و المكان المتفق عليهما , كما يحق له الإستئثار بإستعمال و إستغلال الشيء المبيع بالطريقة المتفق عليها , و الحصول على عائد ذلك لنفسه ما لم يتفق على غير ذلك .
و إذا إستلم المشتري الشيء المبيع فانه يلتزم بالمحافظة عليه و إستعماله في الغرض المخصص لأجله , و عدم تحويل الشيء إلى هيئة مغايرة لهيئته الأصلية و لا يجز للمشتري التصرف في الشيء بالبيع أو بالرهن و إلا كان من حق البائع طلب فسخ العقد و إسترداد المبيع , مع الحصول على تعويضات مناسبة إذا لزم الأمر (2) .

(1) سمير السيد تناغو عقد البيع المرجع السابق ص 64 و ص 74 .

(2) سليمان مرقس . شرح القانون المدني المرجع السابق ص 235 .

و قد رفض القضاء الجزائري , السماح للبائع الرجوع بالطريق الجنائي على المشتري الذي أعاد بيع الشيء إلى آخرين .فالعقد بين الطرفين (البائع و المشتري الأول) إنما هو عقد بيع و ليس عقد إيجار أو وديعة أو عارية استعمال كما انه ليس عقد رهن حيازي يمكن أن يسمح للبائع - في حالة تصرف المشتري في البيع - بالرجوع جزائيا على هذا الأخير و اتهامه بارتكاب جنحة خيانة الأمانة أو التبيد (1).

و مع ذلك فالمؤكد أن إنتقال حيازة المبيع إلى المشتري لا يفقد البائع حق ملكيته للمبيع , و لا يجوز لدائني المشتري التنفيذ على الشيء المبيع الذي لا يشكل احد عناصر الذمة المالية للمشتري و إذا قام المشتري بإعادة بيع البضائع , فانه يمكن للبائع أن يطلب إبطال البيع , و لا يسري هذا البيع في حقه باعتباره مالكا للبضائع المبيعة و لو أجاز المشتري العقد , و ذلك تطبيقا للقواعد العامة في بيع ملك الغير (2) .

بيد انه من أهم المخاطر التي يتعرض لها البائع إذا قام المشتري الأول بإعادة بيع الشيء -رغم احتفاظ البائع بملكته للشيء بشرط في عقد البيع - إلى مشتري ثان حسن النية , إذ سيكون لهذا الأخير أن يتمسك قانونا في مواجهة البائع الأول , بقاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية , تطبيقا للقواعد العامة (3) .

و نذكر بان المشتري ملتزم أساسا بالوفاء بثمن البضائع للبائع حسب الطريقة المتفق عليها في الدفع , و إلا فلا تنتقل الملكية إلى الأول ' إلا بتمام الوفاء .

(1) J.Hematd op.cit n° 191 -cass.crim. 18 oct 1934 s.1936 1-39

-cass. sv - .crm .06/03/1937 d.1938 1. 32 note Nast- Y-Demoures

(2) جدير بالذكر أن بعض القوانين - كالقانون الألماني مثلا - تجيز إعادة بيع المشتري للشيء المبيع على الرغم من وجود شرط الإحتفاظ بالملكية على خلاف القانونين المصري و الفرنسي و الجزائري فإنهم لا يسمحان بهذا التصرف أنظر المادة 397 : " إذا باع شخص شيئا معيناً بالذات و هو لا يملكه فللمشتري الحق في طلب إبطال البيع و يكون الأمر كذلك و لو وقع البيع على عقار أعلن أو لم يعلن بيعه " .

(3) محمود سمير الشرقاوي الوجيز في العقود التجارية و الإفلاس 1974 طبعة أولى ص 27.32-

ب - أثار شرط الإحتفاظ بالملكية المتعلقة بإنتقال الملكية :

تبين مما سبق أن إدراج شرط الإحتفاظ بالملكية في عقد البيع , يحول دون الإنتقال الفوري للملكية -في لحظة إبرام العقد - من البائع إلى المشتري . و أن نقل الملكية يكون موقوفا حتى لحظة دفع الثمن بكامله من الأخير إلى الأول .

من المعروف أن البيع في القانون الروماني و القانون الفرنسي القديم لم يكن ناقلا للملكية أو منشئا لالتزام في ذمة البائع بنقل ملكية المبيع إلى المشتري . و كان الالتزام قاصرا على تمكين المشتري من الحياة الهادئة للمبيع , و بضمان التعرض سواء من جهة البائع نفسه أو من جهة الغير .

بيد انه لم يكن محظورا الاتفاق على نقل ملكية المبيع إلى المشتري , و على التزام البائع بالقيام بما يلزم من إجراءات لنقل الملكية إلى المشتري , و إنما كان من غير الجائز الاتفاق في عقد البيع على أن لا ينقل البائع ملكية الشيء المبيع إلى المشتري , و إلا فلا يعتبر هذا العقد بيعا . لذلك قيل بان " نشوء الالتزام بنقل ملكية المبيع كان من طبيعة عقد البيع و لو انه لم يكن من مستلزماته (1) .

و تحتل مسألة إنتقال الملكية أهمية معتبرة في البيوع التجارية بسبب وجود فترة زمنية تفصل -عادة- بين إبرام العقد و بين تسليم البضاعة إلى المشتري . فهل يصبح المشتري في هذه الحالة مالكا للبضائع وقت إبرام العقد أم عند استلامه لها ؟ هذا و من المهم أيضا تحديد تاريخ إنتقال الملكية بطريقة محددة في حالة إفلاس المشتري أو البائع نفسه . هذا فضلا عن أن تحديد إنتقال الملكية و إنتقال المخاطر له أهمية خاصة في المسائل التجارية (2) .

(1) سليمان مرقس . شرح القانون المدني -3 العقود المسماة المجلد الأول -عقد البيع 1980 الطبعة الرابعة ص 150

(2) TALLON , le transfert de propriété publication de l'institut des sciences juridiques et financières appliquées aux affaires de la faculté de droit de PARIS 1951 , 94 .

و عليه لا بد من التعرض لدراسة لحظة إنتقال الملكية الى المشتري و تحمل تبعة الهلاك في القانون الجزائري .

1- لحظة إنتقال ملكية البضائع إلى المشتري في القانون الجزائري :

البضائع منقولات مادية , لذا فانه تسري عليها القواعد العامة بشأن إنتقال الملكية , ما لم يوجد شرط مخالف .و المعروف أن المنقول قد يكون معيناً بالذات أو معيناً بالنوع و طبقاً للقواعد العامة , تنتقل الملكية من البائع إلى المشتري بمجرد العقد إذا كان محل الالتزام (الشيء المبيع) شيئاً معيناً بالذات يملكه البائع , و هذا ما نستخلصه من نصوص القانون المدني الجزائري .

و يستوي في ذلك أن يكون المشتري قد تسلم المنقول المبيع أو لم يتسلمه , كما تنتقل الملكية فور العقد , فيما بين المتعاقدين و في مواجهة الغير على السواء و قد نصت على ذلك المادة 165 من القانون المدني بقولها :

''' الالتزام بنقل الملكية أو أي حق عيني آخر من شأنه أن ينقل بحكم القانون الملكية أو الحق العيني إذا كان محل الالتزام شيئاً معيناً بالذات يملكه الملتزم و ذلك مع مراعاة الأحكام المتعلقة بالإشهار العقاري .''

كما تنص المادة 792 من نفس القانون :

" تنقل الملكية و غيرها من الحقوق العينية في العقار بالعقد متى كان الشيء مملوكاً للمتصرف طبقاً للمادة 164 و ذلك مع مراعاة النصوص التالية " (1).

أما إذا كان المبيع منقولاً معيناً بالنوع و المقدار (أي المثليات) فان ملكيته لا تنتقل من البائع إلى المشتري بمجرد البيع , و إنما بإفراز هذا الشيء (2) .

(1) أنظر عبد الحي حجازي العقود التجارية 1954 ص 21 .

(2) و هذا بنص المواد 793 و 166 مدني جزائري (تقابلها المواد 205 و 933 مدني مصري) و هذه هي الصورة الغالبة عملاً في البيع التجاري . انظر أيضاً محمد إبراهيم دسوقي القانون المدني ص 53 .

يثار التساؤل حول من يتحمل تبعه هلاك الشيء المبيع الذي انتقلت ملكيته -على الوجه السابق- إلى المشتري , دون أن يقوم البائع بتسليمه ذلك الشيء و في ذلك تنص المادة 396 مدني جزائري على انه :

" إذا هلك المبيع قبل التسليم لسبب لا يد للبائع فيه انفسخ البيع و استرد المشتري الثمن إلا إذا كان الهلاك بعد اعذار المشتري لتسلم المبيع " .

يربط المشرع المدني الجزائري -كمبدأ - بين تبعه هلاك الشيء و تسليمه بصرف النظر عن وقت إنتقال الملكية . و لا يتحمل المشتري (المالك) تبعه هلاك الشيء بقوة قاهرة إذا لم يكن قد تسلمه أو اعذره البائع لاستلام المبيع . و يسري هذا الحكم سواء أكان الهلاك كلياً أم جزئياً , أو إذا كان الهلاك أو التلف راجعاً إلى خطأ البائع نفسه و في هذا , تنص المادة 370 مدني جزائري:

" إذا نقصت قيمة المبيع قبل التسليم لتلف أصابه , جاز للمشتري أما أن يطلب فسخ البيع إذا كان النقص جسيماً بحيث لو طرأ قبل العقد لما تم البيع , و أما أن يبقى البيع إنقاص الثمن " .

الفرع الثاني : آثار شرط الإحتفاظ بالملكية إتجاه الغير .

الأصل أن العقد - بوجه عام - حجية في مواجهة أطرافه فقط (مبدأ نسبية آثار العقد) . فلا يجوز الاحتجاج بالعقد في مواجهة الغير إلا برضائه , أو إذا وجد نص قانوني يجعل شرطاً أو اتفاقاً نافذاً في مواجهة الغير .

و السائد في الفقه و القضاء في الجزائر هو عدم سريان شرط الإحتفاظ بالملكية في مواجهة جماعة الدائنين للمفلس و لو كان هذا الشرط قد وجد قبل الحكم بشهر إفلاس المشتري المفلس . و بعبارة أخرى فإنه بالرغم من تسليم الفقه و القضاء المذكورين بصحة هذا الشرط لا يجيز هؤلاء الاحتجاج به على دائني المشتري عند إفلاسه و ليس للبائع أن يطلب استرداد الشيء المبيع كمالك له , و إنما يدخل في التفليسة كدائن عادي يخضع لقسمة الغرماء (1) .

(1) - علي حسن يونس العقود التجارية دار الفكر العربي ص 56 .

غير أنه من المدهش أن يتعامل كل من الفقه و القضاء السائد في الجزائر مع مبدأ عدم الإحتجاج بشرط الإحتفاظ بالملكية في البيع التجاري في مواجهة الغير و جماعة الدائنين كما لو كان هذا المبدأ أحد المسلمات البديهية التي لا يتطرق إليها الشك(1) .

فمن المؤكد أن البضائع التي احتفظ البائع بملكيته بشرط صريح في عقد البيع لا تدخل في الذمة المالية للمفلس , و تعتبر هذه البضائع من الأموال المملوكة للغير التي يكون من حق أصحابها المطالبة باستردادها في حالة إفلاس المشتري فهذه البضائع يجب إلا تدخل في التفليسة و لا يشملها غل اليد و لا يلتزم بائعها بالدخول في التفليسة (2).

كما أن القضاء و الفقه الغالب في فرنسا كان يؤيد هذا المبدأ (أي عدم الإحتجاج بشرط الإحتفاظ بالملكية في مواجهة جماعة الدائنين) و يتمسك به حتى صدور قانون 1980/05/12 (3) كما انه في دول أخرى عديدة قضى بعدم نفاذ الشرط المذكور في مواجهة الغير , و تابع هذا الاتجاه محكمة النقض البلجيكية (4) و الفقه و القضاء البريطانيين ولا يجوز للبائع إسترداد البضائع من تفليسة المشتري على الرغم من النص في العقد على شرط الإحتفاظ بالملكية استنادا إلى نظرية الملكية الظاهرة وما يقع فيه الغير من خطأ حقيقي في تقدير حجم ائتمان المشتري (5) .

و قد يرى بعض الفقه أن الحل يهدف إلى حماية جماعة الدائنين من استئثار البائع بجميع أو اغلب المنقولات الموجودة في تفليسة المشتري و بذلك يحصل البائع وفقا للشرط المذكور على امتياز خاص له مرتبة تعلو على غيره من الامتيازات القانونية مما يخالف القواعد العامة التي تقضي بأنه لا امتياز إلا بنص قانوني (6) .

(1) _ محسن شفيق القانون التجاري المصري , الإفلاس المشار إليه ص 577 .

(2) - انظر بالتفصيل غل يد التاجر المفلس د. حمد الله محمد 1992 ص 38

(3) _W.GARCIN , j.t art préc 194 .

(4) _ Cass Belgique 9/02/1933 citée par .ch. CARDHI op cit 355 – p. scarano art préc 549 .

(5) Fresy art préc 118 .

(6) علي سيد قاسم شرط الإحتفاظ بالملكية و نظام الافلاس المرجع السابق ص 64 . 73

و يؤكد البعض أن كل ما سبق من حجج لا يبرر عدم نفاذ شرط الإحتفاظ بالملكية في مواجهة الغير أو جماعة الدائنين و انه لا يجوز التضحية بمصلحة البائع في سبيل حماية مصالح غيره من الدائنين .فالبضائع كما قال تعتبر في حالة الإفلاس من الأموال التي لا تدخل في التفليسة و لا يشملها غل اليد لأنها مملوكة للغير (البائع) .

بيد أن تغليب مصلحة البائع على مصلحة جماعة الدائنين يستلزم أن يكون هذا البائع نفسه حريصا و فطنا كان يكون قد طالب بالاسترداد منذ علمه بوقوف المشتري عن دفع ديونه أو أن يكون قد رفع دعوى بالفسخ أو بالاسترداد قبل الحكم بشهر إفلاس المشتري .

فان لم يكن البائع حريصا بهذا الشكل و لم يتخذ من الإجراءات ما يكفي لإعلام الدائنين بحقيقة ملكيته للبضائع محل المطالبة أو انه فشل في إثبات ذاتية البضائع التي يطالب باستردادها فانه لا يكون جديرا بالحماية و ليس إمامه سوى الدخول في جماعة الدائنين .

أ- الوضع في فرنسا قبل صدور قانون 1980/05/12 :

على الرغم من إقرار الجميع بفرنسا بصحة شرط الإحتفاظ بالملكية فقد ظهر فيها قبل صدور قانون 1980 مدرسة قوية ووقفت ضد التوسع في آثار شرط الإحتفاظ بالملكية و نادت بمبدأ يقضي بأن المساواة بين الدائنين عي روح الإفلاس .

و تزعم العميد "هوان " هذا الفكر الذي قال بان السماح لطائفة معينة من الدائنين و يعني أيضا إصابة المشروع المتعثر في مقتل , و ذلك بحرمانه من النهوض من عثرته و بناءا عليه ذهب أنصار هذه المدرسة إلى عدم الاحتجاج بالشرط المذكور في مواجهة جماعة الدائنين إذا كان الشرط المذكور لم ينتج آثار قبل الحكم بالتسوية القضائية أو بتصفية الأموال . (1) .

(1) - حمد الله محمد حمد الله , حماية بائع المنقولات المادية من خلال شرط الإحتفاظ بالملكية , دار النهضة العربية 1997 ص 125 .

و أما القضاء الفرنسي فانه على الرغم من تسليمه بصحة الشرط المذكور و لكنه حد من فعاليته استنادا إلى فكرة اليسار الظاهر للمشتري المفلس . و قضى بعدم نفاذ الشرط في مواجهة جماعة الدائنين ابتداء من لحظة (يوم) الحكم باعتبار المشتري في حالة التسوية القضائية أو تصفية الأموال " **Redressement judiciaire ou liquidation des biens** " ففي هذه اللحظة يفقد البائع تميزه و يفقد الاستفادة من شرط احتفاظه بملكية الشيء (1) .

و مع ذلك فقد اعترف القضاء الفرنسي الحديث و على رأسه محكمة النقض الفرنسية بحجية شرط الإحتفاظ بالملكية في مواجهة جماعة الدائنين في حالات معينة , كما إذا كان البائع قد عبر عن نيته الحاسمة في التمسك بالشرط المذكور قبل الحكم بشهر إفلاس المشتري أي إذا كان طلب استرداد البضاعة سابقا على الحكم بشهر الإفلاس (2) .

ب - الوضع في فرنسا بعد صدور قانون 1980/05/12 :

أجاز المشرع الفرنسي -مثل معظم مشرعي العالم - بقانون 1980/05/12 المعدل لقانون 1967/07/13 الاحتجاج بشرط الإحتفاظ بالملكية في مواجهة جماعة الدائنين , و اعترف لهذا الشرط بفعالية حتى بعد الحكم بالتسوية القضائية أو بتصفية أموال المشتري المفلس . و لقد أيد قانون 1985 المذكور , الحل الذي اعتمده المشرع من قبل في عام 1980 (3) .

(1) - محمد إبراهيم دسوقي القانون المدني المرجع الأسبق بند 58 ص 100 .

انظر أيضا علي سيد قاسم شرط الإحتفاظ بالملكية ص 58 59 .

(2) E. du pontavice art préc 1099-1100 . T.Com de Valenciennes 02/05/1933 G.P . 1933 , 424 P. SCARANO Art préc 549 et s -cass 28/03/ et 22/10/1934 D.P 1934 L. , 151 , s. 1934 , 337 note Esmein -ch .réq . 21-7 1897 d.p 1898 I. 271 G. Friedel art préc 129

(3) علي سيد قاسم بند 81 و ما يليه 92-97 المرجع السابق .

بيد أن نفاذ شرط الإحتفاظ بالملكية في مواجهة جماعة الدائنين و التسليم للبائع بحقه في استرداد البضاعة من أموال التفليسة و يتوقف على تحقق مجموعة من الشروط القانونية سنتعرض لدراستها فيما يلي :

الشرط الأول : _ - إشتراط كتابة الشرط (1) L'exigence d'un écrit :

توجب التشريعات بوجه عام أن يكون شرط الإحتفاظ بالملكية مكتوبا .و تستلزم بعض التشريعات أن يكون الشرط المذكور مكتوبا صراحة , بينما تكتفي تشريعات أخرى بان يكون الشرط ضمنيا و يأخذ القانون الفرنسي بالحل الأول , الذي يعتبر أن الكتابة الصريحة للشرط لازمة لصحة الاتفاق على الإحتفاظ بالملكية .

و قد سكت القانون الفرنسي عن بيان طبيعة تلك الكتابة , و لكن الفقه و القضاء الفرنسيين يتفقان على الأخذ بمفهوم الكتابة بالمعنى الواسع , و بمفهومها التجاري . فتشمل الكتابة أي مستند تعاقدي يستخدم في العادة في مجال العلاقات التجارية , مثل العقود النموذجية و الخطابات الموصى عليها و النشرات , و قسائم طلب البضائع أو قسائم تسليمها و الفواتير و المنشورات الدورية التلكس ... الخ , سواء أكان شرط الإحتفاظ بالملكية قد ورد منفردا أو مستقلا أو مندرجا في الشروط العامة للبيع (2) .

(1) SCARANO Art préc 538- Ripert et Roblot n° 3162 – Y-Demoures art préc 46-47-p- MALINYERNI op.cit n° 204- R.Houin et M.Pédamon op.cit n° 583-d. LAROCHE . chron . préc 1050.

(2) Scarans Art préc 538 et s .

و كتابة شرط الإحتفاظ بالملكية ليست شرطا لإثبات عقد بيع البضاعة أو لأثبات ذاته و إنما صيغة رسمية أو شكل رسمي لازم للاحتجاج بالشرط في مواجهة جماعة الدائنين . و يهدف المشرع من وجوب كتابة الشرط المذكور إلى استبعاد كل المنازعات و أوجه الغش من جانب البائع أو المشتري , مما يضر بجماعة الدائنين . و يجب إدراج الشرط في ورقة مكتوبة على ألا تتأخر الكتابة عن لحظة تسليم البضاعة على أقصى تقدير (1) . و يشترط لإعمال الشرط أن يكون واضحا في عباراته . و لا يوجب القانون الفرنسي موافقة المشتري صراحة على الشرط (2) و تكفي موافقته الضمنية . و لكن سكوت المشتري عن مناقشة الشرط لا يكفي لاعتباره موافقا عليه , و إنما يجب أن يتخذ المشتري موقفا ايجابيا , كقيامه بتنفيذ العقد و هو يعلم بوجود الشرط أو استلامه للبضاعة على الرغم من تحرير الشرط لحظة التسليم (3) .

و لا يلزم أن يقوم كل من البائع و المشتري شخصيا بالتوقيع على شرط الإحتفاظ بالملكية إذ أن إشتراط التوقيع على الشرط المكتوب لا يتفق -في رأي البعض - مع نية المشرع الفرنسي كما لا يتفق مع واقع مجال الأعمال (4) . و يثور التساؤل حول ما إذا كان من اللازم أن تتعدد الموافقات على شرط الإحتفاظ بالملكية , من جانب المشتري بشأن أو بمناسبة كل عملية على حدة أم انه يكفي صدور موافقة واحدة على الشرط و تسري على كل المعاملات المستمرة بين البائع و المشتري ؟ .

-
- (1) F.Derrida . chron préc n° 20- J.GHESTIN chron préc n° 56 -L-Com n° 3875- j. Guenot A.Fresy art préc 117- d.LAROVHE chron préc 1050 .
 - (2) (م. 121 من قانون 1985 - و لكن هذه المسألة محل خلاف فقهي وقضائي)
 - (3) Cass . 30/05/1989 - 06/06/1989 - 13/06/1989 - citées par B.Bouloc Ventes transports et autres contrast R.T.D.C.E 1990 Chron 91 .
 - (4) P.Scarano art préc 539 L- COM N° 3875.

لا يوجد نص صريح في هذا الشأن . و يذهب البعض إلى انه تكفي الكتابة و موافقة المشتري على الشرط مرة واحدة , و تسري هذه الموافقة على جميع العمليات اللاحقة بينه و بين البائع . إلا أننا نؤيد القول بضرورة تجدد الكتابة و الموافقة على الشرط من جانب المشتري بمناسبة كل عملية على حده . و أن يتم كتابة الشرط في الوقت المتفق عليه بين الطرفين بحيث يكون هناك اتفاق مكتوب في وقت لا يتجاوز بحال لحظة تسليم البضاعة و بعبارة أخرى يجب أن تتعلق موافقة المشتري و كذلك الشرط المكتوب بالبضاعة محل العقد أو محل التسليم و ليس ببضاعة أخرى سبق تسليمها (1).

الشرط الثاني : إشتراط الشهر . L'exigence d'une publicité.

يعرف القانون الفرنسي نوعاً من إجراءات الشهر إذ يوجب المشرع بان يتم إعلام الغير بوجود شرط الإحتفاظ بالملكية عن طريق وضع بيان بذلك يظهر في ميزانية كل من الطرفين .

و مع ذلك يلاحظ أن هذا النوع من الشهر لا يطبق في الواقع و أن الأمر يتعلق بإعلام الغير بالشرط و ليس بشهر خاص للكتابة المتضمنة لشرط الإحتفاظ بالملكية (2) فقد تم العدول عن الأخذ بنظام الشهر الحقيقي سواء من جانب القانون الفرنسي المذكور أو في المشروع الأوروبي المشترك (3) .

(1) E. du pontatifice art préc 1379 - cass . com . 10/02/1987 -25/02/1986 - 05/11/1985 - p.Scarano art préc 540 – f.Derrida. -chron préc n° 22 - cass .com 15/11/1988 R.Houin .M.Pedamon op cit n° 583 .

(2) علي سيد قاسم شرط الإحتفاظ بالملكية و نظام الافلاس المرجع السابق بند 98 .

(3) ايمانويل دي بوتنافيس مقالته السابقة 1381 .

حقيقة أن قانون 1980 المذكور نص على كتابة الشرط أو العملية في أصول ميزانية البائع و في أصول ميزانية المشتري و ذلك بهدف إعلام الغير " بحقيقة المركز المالي للمشتري " حتى لا ينخدع الغير في " يساره الظاهر " و يكون على علم بان المشتري لم يملك بعد البضاعة الموجودة في حيازته و انه لن يكون مالكا لها إلا بعد الوفاء بكل ثمنها (1) , لكن هذا الحل لا يحقق عملية الشهر الفعال للشرط حيث انه يتم عمل الميزانية بعد انتهاء السنة المالية بعدة أشهر , و لا يعلم الغير بها إلا متأخرا جدا . لذلك لا يمكن التأكد من أن الوضع في نهاية السنة المالية هو نفسه أم لا الذي كان موجودا لحظة نشر الميزانية (2) .

و يلاحظ من ناحية أخرى أن القانون الفرنسي لم يفرض أي جزاء خاص في حالة عدم الإشهار بواسطة البائع أو المشتري . لذلك يمكن القول بان عدم قيام الأول بشهر شرط الإحتفاظ بالملكية لن يمنعه من استرداد البضاعة أو الاحتجاج بالشرط في مواجهة جماعة الدائنين . طالما تم كتابة الشرط في الموعد المحدد قانونا كما عرفنا و بالمثل فان عدم كتابة الشرط على سطر خاص من أصول ميزانية المشتري لن يعطي هذا الأخير -و هو مقصر -الحق في رفض رد البضاعة - التي لم يدفع ثمنها كاملا -إلى البائع - .

الشرط الثالث : بقاء البضاعة على حالتها في حيازة المشتري .

لم يحدد القانون الفرنسي لسنة 1980 المقصود بعبارة " على حالتها أو بعينها " مما أدى إلى وجود خلاف في تفسيرها عندما يتعلق الأمر بالبضاعة المبيعة تحت شرط الإحتفاظ بالملكية ويرى بعض الفقه أن المعيار الذي فرضه القانون معيار واضح و انه يعني ضرورة أن تكون البضاعة معينة أي مماثلة مع تلك التي كانت في لحظة استلام المشتري لها و قابلة للتعين بالذات . و يكون محل الاسترداد هو البضاعة موضوع عقد البيع المقترن بشرط الإحتفاظ بالملكية و ليس أية بضاعة أخرى و لو كانت متماثلة مع تلك البضاعة أو تم بيعها بعقد سابق و لو بواسطة نفس البائع (3) .

(1) علي سيد قاسم المرجع السابق بند 98 .
(2) ايمانويل دي بونتايس مقالته السابقة ص 1381 .
(3) _ ايمانويل دي بونتايس مقالته السابقة 1375 .

فإعمال حق البائع (الذي لم يقبض الثمن قبل فتح إجراءات تفليسة المشتري) في استرداد البضاعة مشروط بان يثبت البائع وجود تلك البضائع بعينها و بحالتها الأولى . فعلى البائع عبء إثبات تعيين البضاعة ذاتيا مما يمكن تمييزها عن غيرها من البضائع المتماثلة معها (أي من نفس النوع) و الموجودة في حيازة المشتري أو في مخازنه . و إذا فشل البائع في هذا الإثبات فإنه يفقد حقه في الاسترداد حتى و لو كان من الراجح أن المشتري لا يحصل (يشتري) على مثل هذا النوع من البضائع إلا من نفس البائع (1) .

و إذا كانت البضاعة قابلة للاستهلاك فإنه يكفي أن تكون معينة بالذات (منفصلة) عن غيرها . و بالعكس يكون من غير الممكن استرداد تلك البضاعة إذا اختلطت ببضائع أخرى متماثلة معها , موجودة في حيازة المشتري (2) .

و بقاء البضاعة على حالتها و معينة بذاتها , يقتضي إلا تكون محلا لأية عمليات تؤدي إلى تغير شكلها , أو إلى تغير طبيعتها أو إلى اندماجها في مجموعها في منتج آخر و إرتباطها به إرتباطا قويا , و أن كان بقاء البضاعة معينة بذاتها لا يحول بالطبع دون خضوعها لعمليات التخزين و الترتيب أو بالهمة الواجبة لحفظها في حالة حسنة (3) .

و بناء عليه يشترط لإمكان إسترداد البضاعة بواسطة البائع إلا يكون قد تم تحويل البضاعة أو إدماجها في بضاعة أخرى بواسطة المشتري الخاضع لشرط الإحتفاظ بالملكية البسيط و يسري هذا الحكم و لو لم يتم النص عليه صراحة إذ أن هذا الشرط يتضمن في ذاته منع تحويل البضاعة إلى هيئة أخرى فهذا التحويل يحول - أن حدث - دون إعمال هذا الشرط .

(1) سميحة القليوبي الأسس القانونية لعمليات البنوك 1988 ص 109 .

(2) Ripert et robloz n° 3161 – cass 20/06/1989 R.D.S. 1989 IR 233 L.com n° 3874 .

(3) F.Derrida droit de faillites som commentés R.D 1986 .169 et la juris citées – versailles 11/03/1987 R.D.S 1987 .

و مع ذلك فهناك سلع يمكن استعمالها بواسطة المشتري حتى قبل الوفاء بالثمن بكامله مثل الماكينات و السيارات و أدوات التجهيز .و بالعكس فانه إذا كانت السلع استهلاكية فان النص على شرط الإحتفاظ بالملكية لصالح البائع يحول دون استعمال المشتري لها , لان هذه السلع أو الأموال ستستهلك بمجرد الاستعمال الأول و لن يتمكن من استردادها إذا تخلف المشتري عن الوفاء بالثمن .و من ثم يكون من مصلحة المشتري -في مثل هذه الحالات - الإسراع في دفع الثمن حتى يمكنه استعمال الشيء(1).

كذلك فان إشتراط أن تكون البضاعة معينة بذاتها حتى يمكن استردادها سيترتب عليه عدم إمكان إعمال شرط الإحتفاظ بالملكية فيما بين الموردين و عملائهم الذين يرتبطون معا بشرط حساب جاري . فالاتفاق على الحساب الجاري يؤدي-كما نعرف- إلى فقد المدفوعات (الحقوق و الديون) لذاتيتها بمجرد قيدها في الحساب الجاري .و يصبح كل مدفوع مفردا في الحساب و لا يتحدد موقف طرفي الحساب بوصفهما دائنين أو مدينين إلا في نهاية المدة أي بقل الحساب و معرفة الرصيد النهائي (2).

وهكذا يكون من غير الممكن تحديد ذاتية البضاعة التي لم يدفع ثمنها لكي يمارس البائع حقه في استردادها و لذلك فعلى من يريد النص على الإحتفاظ بملكية البضائع أن يتجنب-بقدر الإمكان - إلا يرتبط بعقد حساب جاري بالنسبة للبيع مع شرط الإحتفاظ بالملكية (3) .

-
- (1) Y.Demoures Art préc p 45 .
 - (2) Guyenot et a.f art préc p 118
 - (3) F.Derrida chron préc p 300.

و قد ذكرنا أن تحويل البضاعة أو اندماجها في بضاعة أخرى يترتب عليه عدم جواز استردادها و هذا الاندماج و كذلك التصاق البضاعة أو إلحاقها بشيء آخر يمكن أن يكون هذا الشيء منقول أو عقار . و في هذه الحالة الأخيرة فإن مالك العقار يصبح بالضرورة مالكا للمواد الأولية التي استخدمت في بناء العقار , حيث لا يمكن فصلها عن ذلك العقار دون تلف . مثال ذلك الاسمنت المستخدم في بناء المنازل . و بالعكس فإنه إذا كان من الممكن فصل البضاعة عن العقار , فإنه يجوز للبائع تحت شرط الإحتفاظ بالملكية , استرداد تلك البضاعة , و مثال ذلك الأبواب , الشبابيك و المرايا و النجف و الأقفال و الأسلاك الكهربائية (1) .

المطلب الثاني : بعض المشكلات الناتجة عن شرط الإحتفاظ بالملكية

إنتهينا فيما سبق إلى أن الإتفاق الذي يحتفظ البائع بمقتضاه بملكية المبيع لحين وفاء المشتري بالثمن جميعه , وكيف على أنه شرط واقف ليس لعقد البيع فهذا العقد صحيح و منجز , و انما فقط واقف لالتزام البائع بنقل الملكية , فالبائع إذن يلتزم بتسليم المبيع و بضمان و العيوب الخفية .

كما يلتزم المشتري بتسلم المبيع و بدفع أقساط الثمن , و من ثم فإن حيازة الشيء المبيع تنتقل بالتسليم من البائع إلى المشتري بينما تظل ملكيته مستقرة في ذمة البائع , و قد يطرح هذا الوضع بعض المشكلات القانونية الهامة نعالج أهمها فيما يلي :

(1) علي سيد قاسم شرط الإحتفاظ بالملكية المرجع السابق ص 51 .

إذا هلك المبيع قبل تحقق الشرط الواقف لنقل الملكية هلاكاً كلياً أو جزئياً بقوة قاهرة أو حادث مفاجئ وقعت تبعة الهلاك على عاتق البائع إعمالاً لقاعدة أن الشيء يهلك على مالكه حتى ولو كان الهلاك قد طرأ بعد تسليم المبيع إلى المشتري وهو ما تنص عليه المادة 369 من القانون المدني الجزائري التي جاء فيها :

" إذا هلك المبيع قبل تسليمه بسبب لا يد للبائع فيه سقط البيع و إسترده المشتري الثمن إلا إذا وقع الهلاك بعد إعداره المشتري بتسليم المبيع " .

يفهم من النص أن يكون ذلك صحيحاً طالما أنه لم يحدث خطأ هذا الأخير أو إهماله ، إذ ينصب في ذمة المشتري التزام بالمحافظة على الشيء المبيع الذي سلم إليه ، و هو إلتزام ببذل عناية ز ليس بتحقيق نتيجة (1) .

فعقد البيع المقترن بشرط الإحتفاظ بالملكية يلقي على البائع الذي إحتفظ بملكية المبيع ضماناً للحصول على كامل الثمن المنصوص عليه في العقد عبئاً ثقيلاً ، لأنه يتحمل تبعة هلاك المبيع بقوة قاهرة أو بحادث مفاجئ بالرغم من إنتقال حيازته إلى المشتري ، و إن كان قد إحتفظ بملكيته كتأمين إضافي يضمن له الحصول على أقساط الثمن المستحقة له (2) .

(1) _ حكم محكمة النقض الفرنسية 1982-05-19 .

(2) _ Cass . com 20 nov 1979 cit ; " la machine bien que entreposée dans les locaux de l'acheteur est aux risques du vendeur " Mets 29/10/1980 .

راجع أيضا مقالة الدكتور سليمان مرقس عن تبعة الهلاك مجلة القانون و الاقتصاد سنة 1936 ص 323
راجع أيضا رسالة الدكتور داودي إبراهيم المذكورة سابقا ص 160 و ما بعدها .

و عليه فإن عقود البيع المقترنة بشرط الإحتفاظ بالملكية تعالج عادة هذه المشكلة فنتضمن شرطا آخر بمقتضاه تنتقل تبعة الهلاك الكلي أو الجزئي من البائع المحتفظ بالملكية إلى المشتري الذي إنتقلت إليه حيازة المبيع , أو يفرض على المشتري أن يؤمن على المبيع لمصلحة البائع , و خصوصا أن القواعد التي تنظم تحمل تبعة الهلاك ليست من النظام العام . أما المشرع الجزائري فقد نسج على منوال المشرع الألماني فلم يربط تبعة الهلاك بالملكية و إنما بالتسليم , فإذا هلك المبيع بقوة قاهرة قبل تسليمه إلى المشتري فإن البائع يتحمل تبعة الهلاك حتى و لو كان البيع منصبا على منقول معين بالذات إنتقلت ملكيته إلى المشتري فور العقد .

أما إذا هلك المبيع بعد تسليمه للمشتري فإن هذا الأخير يتحمل تبعة الهلاك و لو كانت الملكية لم تنتقل إليه بعد و هو ما نصت عليه المادة 369 من القانون المدني الجزائري المذكورة أعلاه (1) .

فالقانون الجزائري إذن لا يربط بين تبعة الهلاك و بين إنتقال الملكية و إنما تنتقل تبعة الهلاك الكلي و الجزئي مع إنتقال الحيازة أي التسليم , أي دون عبءة بإنتقال الملكية (2) و تطبيقا لذلك فإن هلاك المبيع بعد تسليمه إلى المشتري و قبل تحقق الشرط الواقف لنقل الملكية تقع تبعته على هذا المشتري و هو الحل الذي أخذ به القانون الموحد للبيع الدولي للمنقولات المادية (3).

(1) أنظر أيضا السنهوري الوسيط المرجع السابق ج 4 البند 316
(2) كذلك فعل المشرع المصري المادة 437 من القانون المدني - أنظر أيضا إستئناف القاهرة 10-28-1958
(3) انظر الفصل الرابع من إتفاقية الامم المتحدة للبيع الدولي للبضائع سنة 1980 المواد من 66 الى 70 .

الفرع الثاني : - تنازع شرط الإحتفاظ بالملكية و الحقوق العينية التبعية المترتبة على الشيء المبيع :

قد تنقرر على الشيء المبيع الذي إحتفظ البائع بملكته حقوق عينية مع العلم أن المشتري تحت شرط الإحتفاظ بالملكية إذا أعاد بيع المنقول قبل تحقق الشرط الواقف لإنتقال الملكية , فإن المشتري منه إذا كان حسن النية يمكنه التمسك بقاعدة الحيابة في المنقول سند الملكية في مواجهة البائع الأصلي الذي إحتفظ بملكته حتى تمام الوفاء بالثمن , و حسن النية مفترض و من يدعي عكسه عليه يقع عبء الإثبات فإذا ما اكتسب الغير ملكيته المبيع بالحيابة لم يستطع المالك الحقيقي أن يسترده منه .

و هذا الفرض لا يثير صعوبة تذكر , كما أن هناك فرضا آخر لا يثير أيضا صعوبة كبيرة و هو المتعلق بالامتياز المقرر لمؤجر العقار عندما يضع المشتري البضاعة المبيعة تحت شرط الإحتفاظ بالملكية في عقار يستأجره من الغير , فعندئذ يستطيع مالك العقار أن يمارس إمتيازه على كل المنقولات الموجودة داخل العقار حتى و لو لم تكن مملوكة للمستأجر شريطة أن يعلم بعدم ملكية المستأجر لها , و ذلك وفقا للأوضاع التي نص عليها القانون المدني الجزائري في) المادة 955 من القانون المدني الجزائري التي جاء فيها :
" يكون لأجرة المباني و الأراضي الزراعية لسنتين أو لكامل مدة الإيجار أن قلت عن ذلك , و كل حق آخر للمؤجر بمقتضى عقد الإيجار امتياز على كل ما يكون موجودا بالعين المؤجرة و مملوكا للمستأجر من منقول قابل للحجز و من محصول زراعي " (1)

(1-) انظر أيضا المادة 1143 من القانون المدني المصري و المادة 1202 من المجموعة المدنية الفرنسية .

غير أن المشكلة التي ثارت أمام القضاء , هي تلك المتعلقة بالتنازع بين شرط الإحتفاظ بالملكية و إمتياز الناقل و الرهن الذي يربته المشتري على البضاعة التي ابتاعها تحت شرط الإحتفاظ بالملكية و التي لم تنتقل إليه ملكيتها بعد .

و لقد استقر القضاء على أن شرط الإحتفاظ بالملكية لا يمكن أن يضر بحقوق الغير الذي تقرر له رهن حيازي على البضاعة المطالب باستردادها (1) فالبايع الذي احتفظ بملكية المبيع لا يستطيع أن يتمسك بحقه في مواجهة الدائن الذي تقرر له رهن حيازي على هذه البضاعة ما لم يثبت علم الدائن المرتهن بوجود شرط الإحتفاظ بالملكية (2) مستندا في ذلك إلى قاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية (3) .

الفرع الثالث : - إنتقال شرط الإحتفاظ بالملكية la transmission

إن الهدف من إدراج شرط الإحتفاظ بالملكية في عقد البيع هو توفير ضمان إضافي للبايع يؤمن له الحصول على قيمة الثمن الذي تعهد المشتري بسداده , و يقيه خطر إفلاس هذا الأخير , و يجنبه مخاطر قسمة الغرماء , لأنه يستقل وحده بالشيء المبيع فيسترده من تفضيلة المشتري بمقتضى دعوى الاستحقاق .

و لذلك يثور التساؤل حول إمكان إنتقال هذا التأمين الإضافي إلى الغير مع إنتقال الدين الذي يضمنه إليه ؟ .

(2) Paris 21/11/1984 rev juris com 1985 p / 299

(3) Cass. Com 3/10/1989 j.c.p 1989 iv , p, 387

(4) Paris 2/10/1987 R.T.D Com 1988 p . 679

لهذا التساؤل أهمية عملية كبيرة إذ أن الرد الايجابي عليه يعني أنه في حالة الإئتمان المصرفي الممنوح للبائع مثلا , فان البنك الموفي يحل محل هذا البائع في حقه قبل المشتري بما لهذا الحق من خصائص و ما يلحقه من توابع , و ما يكلفه من تأمينات و ما يرد عليه من دفع , و من هذه التوابع و التأمينات شرط الإحتفاظ بالملكية أو بعبارة أخرى الملكية المحتفظ بها (1) , كما يستطيع المشتري بدوره متى كان الإئتمان المصرفي ممنوحا له أن يحل البنك محل البائع الذي إستوفى ثمن المبيع في حقه بما لهذا الحق من خصائص و توابع و تأمينات و ما يرد عليه من دفع و منها شرط الإحتفاظ بالملكية .

إختلف الرأي بشأن الإجابة على هذا التساؤل بين مؤيد لفكرة الإنتقال و معارض :

الرأي الأول : يذهب إلى أن الملكية حق عيني أصيل و الأصل يقضي أن لا تنتقل إلى الغير إلا بمقتضى تصرف قانوني ناقل لها , فلا يجوز إذن أن تنتقل إلى شخص آخر كتابع أو كتأمين لحق شخصي , لأنها تصبح بذلك حقا عينيا تبعا جديدا , و هو عندهم غير جائز لأن الحقوق العينية قد وردت في القانون على سبيل الحصر أضف إلى ما تقدم أن الوفاء بالثمن سواء أكان من المشتري أو من غيره يتحقق به الشرط الواقف و من ثم تنتقل ملكية المبيع بمجرد تحققه من ذمة البائع إلى ذمة المشتري و ينتهي بذلك دور شرط الإحتفاظ بالملكية (2) .

(1) - Pérochon ; th, cit , n° 134 ; aussi , Mousseron art cit

(2) - Acquaviva et bacrot art cit - Mousseron et pérochon art cit - Nancy 19/12/1985 d. 1986 I.R p, 169 obs Derrida

الرأي الثاني :

و من جانبنا ننضم إلى رأي آخر يرى في شرط الإحتفاظ بالملكية تابعا لدين الثمن , و على ذلك فإنه ينتقل بالحلول الإتفاقي إلى البنك الذي يوفي بثمان البيع وفقا للقواعد العامة في نظرية الحلول و هو ما يستخلص من المادة 262 من القانون المدني الجزائري التي جاء فيها :

" يتفق الدائن الذي استوفى حقه من غير المدين مع هذا الغير على أن يحل محله و لو لم يقبل المدين ذلك , و لا يصح أن يتأخر هذا الاتفاق عن وقت الوفاء " .

فضلا على أن الموفي يحل محل البائع في حقه , بما له من تأمين عيني و هو حق الامتياز , و ما يلحق به من تابع و هو دعوى الفسخ , فيجوز للموفي إذا لم يستوف من المشتري الثمن الذي دفعه للبائع أن يطلب فسخ البيع و أن يتسلم المبيع من المشتري وفاء بحقه (1) .

(1) - أنظر بالتفصيل السنهوري الوسيط المرجع السابق ج 3 الفقرة 393 ص 690 .

الفصل الثاني :

نقل الملكية

على سبيل الضمان

تعرضنا في الفصل السابق للإحتفاظ بالملكية على سبيل الضمان و الذي رأينا فيه كيف يضمن البائع حقه من خلال إحتفاظه بملكية الشيء المبيع لغاية قبض الثمن من المشتري المعرض لخطر الإعسار .

و نتعرض في هذا الفصل لشكل آخر توظف فيه الملكية لتلعب دور الضمان غير أن العملية هنا تقتضي نقل الملكية على سبيل الضمان و ليس الإحتفاظ بها .

و للوقوف على مدى ما يحققه نقل الملكية من ضمان , سنتعرض لشكلين يتعلق بهما هذا النوع من التأمين , الأول خاص ببيع الوفاء نخصص له المبحث الأول و الثاني خاص بالتصرف الإئتماني نخصص له المبحث الثاني .

المبحث الأول : بيع الوفاء *Vente à réméré*

نتعرض في هذا المبحث لماهية بيع الوفاء للتعرف على آلية عمل هذا النظام في مطلب أول , ثم نتعرض لطبيعته القانونية في الفقه و القانون و موقف المشرع الجزائري منه في مطلب ثاني , ثم ندرس إنقضاء بيع الوفاء بممارسة حق الإسترداد في بيع الوفاء بالنسبة للتشريعات التي كانت تعترف به كالقانون المصري أو التي لا تزال كذلك كالقانون الفرنسي في مطلب ثالث .

المطلب الأول : ماهية بيع الوفاء

نتعرض في هذا المطلب لتعريف بيع الوفاء في فرع أول , الأركان التي يقوم عليها في فرع ثاني , ثم تمييزه عما يشبهه من عقود كالبيع المعلق على شرط فاسخ و بيع العهدة و بعض الصور العملية التي تخفي بيع وفاء و التي يتستر خلفها البعض بعدما أضحى هذا النوع من البيع ممنوعا في فرع ثالث .

الفرع الأول : تعريف بيع الوفاء

مر بيع الوفاء بعدة مراحل من إقرار إلى منع إلى تحريم خاصة لدى الفقهاء المسلمون الذين خصصوا له حيزا معتبرا , و نتيجة لذلك عرف عدة تعريفات يمكن حصرها في الآتي :

عرف البعض بيع الوفاء بأنه عقد يحتفظ بمقتضاه البائع لنفسه بحق إسترداد الشيء في مقابل رد الثمن الأصلي و المصروفات خلال مدة معينة (1) .

كما عرفه البعض الآخر بأنه عقد يلتزم فيه المشتري بعد البيع التام أن يعيد المبيع إلى البائع مقابل رد الثمن , و يجوز أن يكون موضوعه أشياء منقولة و غير منقولة (2) .

تعريف الفقه الإسلامي لبيع الوفاء :

أخذ بيع الوفاء في الفقه الإسلامي حيزا من الجدل بين مؤيد و رافض و معدل في أحكامه . فيسميه البعض بيع بشرط إعادة الملكية , و يسميه البعض الآخر البيع الجائر . و لعله مبني على أنه بيع صحيح لحاجة التخلص من الربا حتى يسوغ للمشتري أكل ريعه , و بعضهم يسميه بيع المعاملة ووجهه أن المعاملة ربح الدين و هذا يشتريه الدائن به بمقابلة دينه (3) .

(1) _ انظر السنهوري الوسيط ج4 المجلد الأول فقرة 83 ص 158 .

(2) المادة 473 من قانون الموجبات و العقود اللبناني .

(3) -من توصيات ملتقى الفكر الإسلامي الكويت 15-20 نوفمبر 1985 المجلة الكويتية 1985 ص 20-28 .

و منهم من قال : البيع الذي تعارفه أهل زماننا إحتيالا على الربا و سموه بيع وفاء , هو رهن في الحقيقة لا يملكه , و لا ينتفع به إلا بإذن مالكة و هو ضامن لما أكل من ثمره و أتلف من شجرة و يسقط الدين بهلاكه .

و بعضهم قال : صح بيع الوفاء في العقار إستحسانا من بعض المتأخرين و اختلف في المنقول فبعضهم أجازة و منهم من لم يجزه , فبيع الوفاء له صورة البيع و فيه بعض أحكامه كإنتفاع المشتري بالمبيع و البائع بالثمن و فيه معنى الرهن بل قيل أنه رهن حقيقي , لأن الشرط أن يرد المشتري ما إشتراه إذا أبدى له البائع بعد مدة معينة ما أخذه من الثمن و لكن ليس للمرتهن في الرهن الشرعي أن ينتفع بالمرهون , و فيه نوع من الإقالة ما دام المشتري قبل رد المبيع إذا طلب بئعه ذلك و رد إليه الثمن.

فهو بيع لحين الوفاء أو هو بعبارة صريحة : قرض ربوي موثق برهن و الربا فيه يتمثل في منافع المرهون التي يتمتع بها المقرض (1).

فصورة هذا البيع أن يقول البائع للمشتري : بعث لك هذا العقار بألف دينار أو بالدين الذي لك في ذمتي و هو ألف دينار بشرط إن متى رددت إليك الثمن أو أديت لك الدين رددت إلى المبيع .

ذكر ابن نجيم في كتاب (الأشباه و النظائر) " قول الحنفية بأن الوفاء صحيح لحاجة الناس إليه فرارا من الربا و ما ضاق على الناس أمرا إلا و إتسع حكمه و قد أجازة الحنفية إستحسانا أي على خلاف القياس و يبدو أن باب الإستحسان عندهم واسع (2).

(1) ابن نجيم - الأشباه و النظائر - ص 56-59

(2) - من كتاب نظام التامين للأستاذ مصطفى الزرقاء ص 36-37 -

يقول الأستاذ مصطفى الزرقاء:

" فهو (بيع الوفاء) عقد جديد ذو خصائص و موضوع و غاية و يختلف فيها عن كل عقد آخر من القعود المسماة المعروفة لدى فقهاء الشريعة , فهو بنطوي على غاية براها الفقهاء محرمة لأنه يخفي وراءه لونا من الربا المستور , و هو الحصول على منفعة من وراء القرض حيث يدفع فيه الشخص مبلغا من النقود , و يسميه ثمنا لعقار و يسلمه صاحبه إلى دافع المبلغ الذي يسمى في الظاهر بانعا متى وفى المبلغ المأخوذ على سبيل الثمينة إسترد العقار , و نتيجة ذلك أن من يسمى مشتريا بالوفاء لا يستطيع أن يتصرف بالعقار الذي اشتراه بل عليه الإحتفاظ بعينه كالمرهون لأنه يكلف رده لصاحبه متى أعاد الثمن إليه و لكل منهما الرجوع عن هذا العقد أي فسخه و طلب التراد و لو حددت له مدة . هذه خلاصة بيع الوفاء الذي تعارفه الناس " .

و قد ثار خلاف حوله و تعارفه الناس في بخارى و بلخ بإيران في القرن الخامس الهجري و ثارت حوله إختلافات بين فقهاء ذلك العصر حول جوازه أو تحريمه .

فمن الفقهاء من نظر إلى صورته فأعتبره بيعا و طبق عليه شرائط البيع و قالوا بأنه بيعا فاسدا لأن الشرط المقترن به مفسد .

و منهم من إعتبره بيعا صحيحا و ألغى فيه شرط الإعادة معتبرا أن هذا الشرط من قبيل الشرط اللغو لا الشرط المفسد و أفتى بذلك , و فيه ضرر عظيم للبائع لأن الثمن فيه عادة أقل من القيمة الحقيقية للعقار كالدين المرهون فيه .

و منهم من نظر إلى غايته لا إلى صورته فرآه في معنى الرهن الذي شرط فيه إنتفاع المرتهن بالمرهون فإعتبره رهنا و ألغى فيه شرط الإنتفاع و أفتى بذلك (1).

و قد أبرز المخالفون بعد ذلك أنفسهم و إستقرت الفتوى في المذهب الحنفي على ما سمي " القول الجامع " و هو أن بيع الوفاء ليس بيعا صحيحا و لا بيعا فاسدا و لا رهنا و إنما هو عقد جديد فرضته الحاجة الملحة إليه , و لكن فيه مشابهة من كل عقد من هذه الثلاثة لذلك قرر له فقهاء المذهب فيما بعد أحكاما مستمدة من هذه العقود الثلاثة جميعا و لم يلحقوه بأحدهما و يطلقوا عليه أحكاما و بهذا القول الجامع أخذت مجلة الأحكام العدلية (2) .

(1) - الشيخ بدر الدين محمود بن قاضي سماوة - جامع الفصول - الفصل 18 -
قال العلامة الشيخ بدر الدين محمود بن قاضي سماوة نقلا عن فتاوى الإمام نجم الدين عمر بن محمد النسفي ما نصه:

" البيع الذي تعارفه أهل زماننا إحتيالا للربا و أسموه بيع الوفاء هو رهن في الحقيقة لا يملكه المشتري و لا ينتفع به إلا بإذن مالكة و هو ضامن لما أكل من ثمره و أتلف من شجره فلا يسقط الدين بهلاكه لا فرق عندنا بينه و بين الرهن في حكم من الأحكام لأن المتعاقدين و إن سمياه بيعا لكن غرضهما الرهن و الإستيناق بالدين إذ العاقد (أي البائع) يقول لكل أحد بعد هذا العقد رهنت ملكي فلانا و المشتري يقول إرتهنت ملك فلان و العبرة في التصرف للمقاصد و المعاني "

ثم قال السيد الإمام : قلت للإمام الحسن الماتريدي : قد فشا هذا البيع بين الناس , و فتواك أنه رهن , و أنا أيضا على ذلك فالصواب أن نجتمع الأئمة و نتفق على هذا و نظهره بين الناس فقال : المعتبر اليوم فتوانا و قد ظهر ذلك بين الناس فمن خالفنا فليبرز نفسه و ليقم الدليل "

(2) مجلة الأحكام العدلية : (مجلة الأحكام العدلية في فقه المعاملات في المذهب الحنفي . دار ابن حزم بيروت 1974 _ تحتوي على القوانين الشرعية حررتها لجان اسلامية عثمانية سنة 1876 لتكون مرجعا للفقهاء . ترجمها من اللغة التركية إلى العربية محمد شاكر بن رابع الحنبلي الدمشقي و طبعت سنة 1917 بها 1871 مادة)

المادة 118 : " بيع الوفاء هو البيع بشرط أن المشتري متى رد الثمن يرد إليه المبيع , و هو في حكم البيع الجائر بالنزح إلى انتفاع المشتري به , و في حكم البيع الفاسد بالنزح إلى كون كل من الطرفين مقتدرا على الفسخ و في حكم الرهن بالنظر إلي أن المشتري يقدّر على بيعه إلى الغير "

المادة 396 : " كما أن البائع وفاء له أن يرد الثمن و يأخذ المبيع كذلك للمشتري أن يرد المبيع و يسترد الثمن "

المادة 397 : ليس للبائع و لا للمشتري بيع الوفاء لشخص آخر أي (لا يجوز لمن اشترى بالوفاء أن يبيعه لغيره) .
المادة 398 : إذا شرط في بيع الوفاء أن يكون قدر من منافع المبيع للمشتري صح ذلك مثلا تقاول البائع و المشتري و تراضيا على أن الكرم المبيع وفاء تكون غلته مناصفة بين البائع و المشتري صح و لزم الإيفاء بذلك على الوجه المشروع .

المادة 401 : إذا مات أحد الطرفين وفاء انتقل حق الفسخ للوارث .
أما بيع الإستغلال كما في المجلة المادة 119 : بأن بيع العقار أو الآلة بيع وفاء على أن يستأجر البائع المبيع فصورته إذن أن يبيع إلى آخر عقاره على أن يستأجره منه بأجرة معينة و على أنه متى رد إليه الثمن رد إليه عقاره .

نقل الملكية على سبيل

-94-

الفصل الثاني :

الضمان

و قد أجازته الحنفية إستحسانا و سموه بيع إستغلال لأن المشتري يستغل العقار المبيع بواسطة تأجيره للبائع .

و الأسباب التي تدعو إلى مثل هذا الإتفاق Vente à réméré أنه قد تصيب المرء ضائقة مالية , يضطر معها إلى الإقدام على بيع نفيس ماله و أغلى ما عنده ليفك به ضائقته، كإقدام الولد على بيع ما ورث عن والديه، أو إقدام المرأة على بيع حلي أهداها زوجها إياها عند زواجهما، أو إقدام الرجل على بيع ما أهدته إليه زوجته بمناسبة معينة ، أو إقدام المرء على بيع بيت يسكن فيه وأسرته ليس لديهم مأوى غيره , أو بيع مصنع أو مشروع يتكسب منه، أو سيارة يعمل عليها ويتكسب بها أو نحو ذلك .

فإذا أقدم أحد من هؤلاء على مثل هذا البيع، فإنه لا يقصد من إجرائه في الغالب الأعم التخلص من المبيع بنقل ملكيته إلى غيره , وإنما الحصول على مال ممن يسلم إليه هذا المبيع لإزالة عسرته، مشترطا عليه الإحتفاظ بحقه في إسترداد المبيع مرة أخرى إذا رد إليه المال الذي أخذه منه .

و عليه يمكننا أن نعرف بيع الوفاء بأنه وسيلة من وسائل الضمان التي تعتمد على نقل الملكية على سبيل الضمان , فالمالك يتجرد عن ملكه لدائنه , فيتملك الدائن المبيع تحت شرط فاسخ , هو أن يرد البائع الثمن و المصروفات للدائن فينفسخ العقد و يعود المبيع إلى ملك البائع بأثر رجعي .

يقوم بيع الوفاء على الأركان المعروفة في أي عقد , رضاء المتعاقدين و المبيع و الثمن و لا يشترط التسليم . فهو بيع يوصف بأنه بيع معلق على شرط فاسخ يتمثل في رد البائع إلى المشتري المبالغ المتفق عليها - و هي غالبا الثمن و المصروفات - في مدة زمنية معينة . فإذا تحقق هذا الشرط, إنفسخ البيع و أعتبر كأن لم يكن , و رجع المبيع إلى ملك البائع و أعتبر أنه يخرج من ملكه أصلا.

غير أن مثل هذا الشرط لا يعتبر صحيحا في بيع الوفاء إلا بتوافر شرطين و هما :

- أن يكون الشرط معاصرا لعقد البيع و لو لم يكن مذكورا في عقد البيع ذاته فالمعاصرة الذهنية(1) تكفي فإذا تخلف الشرط عن عقد البيع فإن البيع ينعقد باتا و يكون الشرط اللاحق إما وعدا بالبيع أو بيعا معلقا على شرط واقف تبعا لنية المتعاقدين (2).

-ألا تزيد المدة التي يصح فيها الإسترداد على خمس سنوات كما ذهبت إليه بعض التشريعات (3) .

(1) نقصد بالمعاصرة الذهنية توافر نية الإحتفاظ بحق إسترجاع المبيع لدى البائع لحظة التعاقد .

(2) السنهوري ج 4 المجلد الأول فقرة 85 ص 161 و 162 .

(3) - حددها القانون المصري في التقنين المدني السابق 5 سنوات و التقنين المختلط سنتان أما في التقنين المدني الفرنسي فهي 5 سنوات - و في القانون اللبناني 3 سنوات (م.474 موجبات و عقود) و أما القانون الجزائري فلم يتطرق لذلك لأنه يرفض أصلا مثل هذا النوع من البيوع و لو كان كذلك لفضلنا مدة 3 سنوات مثلما ذهب إليه المشرع اللبناني و كذلك قياسا بنص المادة 359 من القانون المدني الجزائري الخاصة بالغبن و التي حددت مدة التقادم في دعاوى تكملة الثمن بسبب الغبن هي 3 سنوات .

و يستعمل البائع حق الإسترداد بمجرد إظهار البائع للمشتري إستعداده أن يدفع له فورا الثمن و المصروفات فيتم الإسترداد بالإرادة المنفردة من جانب البائع يعلن فيها رغبته في إسترداد المبيع مع إستعداده لرد الثمن و المصروفات , و هذا ما إستقر عليه القضاء الفرنسي

إذ يعتبر أن الإسترداد على هذا النحو يكون هو نفسه معلقا على شرط واقف , و يتحقق الشرط بأن يرد البائع للمشتري فعلا الثمن و المصروفات فإن لم يردّها أعتبر الإسترداد كأن لم يكن فيخلص للمشتري ملك المبيع باتا و يؤمن بذلك مزاحمة دائني البائع.

و يصبح المشتري بعد تسجيل بيع الوفاء إذا كان المبيع عقارا , مالكا للمبيع تحت شرط فاسخ و له أن يتصرف فيه و لكن يكون تصرفه معلقا على هذا الشرط , فله أن يبيع و أن يهب و أن يرهن , فإذا تحقق الشرط فسخت كل هذه التصرفات . و يستطيع أن يطهر العقار مما عليه من رهون , و يبقى هذا التصرف نافذا حتى لو تحقق الشرط الفاسخ كما له أن يطلب الأخذ بالشفعة .

ويبقى تصرفه هذا أيضا نافذا و لو تحقق الشرط , و له من باب أولى أن يقوم بأعمال الإدارة كأن يؤجر العين , و يكون إيجاره نافذا حتى لو تحقق الشرط الفاسخ ورد العين إلى البائع , و يلتزم هذا بتنفيذ الإيجار إذا كان ثابت التاريخ و وقع دون غش .

و إذا كان بيع الوفاء صادرا عن غير مالك , فإن الأمر يختلف باختلاف موضوع العقد فإذا كان المبيع منقولاً ملكه المشتري إذا كان حسن النية بموجب الحيابة , و للمالك الحقيقي أن يستعمل حق الإسترداد , و إذا كان عقارا أمكن للمشتري أن يملكه بالتقادم الخمسي إذا كان حسن النية , و للبائع حسن النية إذا إسترد المبيع أن يضم مدة حيابة المشتري إلى مدة حيابته إذا إقترنت بسبب صحيح لأن المشتري يعتبر حائزا لحسابه (1).

(1) - أنور سلطان - الموجز في النظرية العامة للإلتزام - الجزء الثاني منشأة المعارف 1964 ص 375 هامش رقم 1 .

أما إذا كان المبيع عقارا أو منقولاً و له أن يضم مدة حيازة البائع , فإذا ملك المبيع بالتقادم بقي للبائع حقه في الإسترداد , و يصبح البائع مالكا تحت شرط واقف . فإذا تصرف المشتري في المبيع ثم تحقق الشرط , عادت الملكية إلى البائع بأثر رجعي و أمكن هذا أن يسترد المبيع ممن تصرف له المشتري . و للبائع أن يتصرف في ملكيته المعلقة على شرط واقف و أن يرهنها خاضعة لهذا الشرط (1).

و أما إذا كان المبيع عقارا و جب التسجيل أو القيد . و للبائع زيادة على ذلك حق شخصي في ذمة المشتري يستطيع بموجبه أن يسترد المبيع في مواجهته حتى لو إنتقل إلى يد أجنبي.

الفرع الثالث : تمييز بيع الوفاء عما يشبهه من عقود

بما أن بيع الوفاء ليس إلا بيعا معلقا على شرط فاسخ , و كان دون سائر البيوع المعلقة على شرط فاسخ بيعا باطلا في التقنين المدني الجزائري , أصبح تمييزه عن هذه البيوع و تحديد نطاقه أمر بالغ الأهمية , حتى يختص هو وحده بالبطلان و عليه نميز بينه و بين البيع المعلق على شرط فاسخ و بينه و بين الرهن ثم و كذلك بيع العهدة و بعض العقود التي تخفي بيع الوفاء بصور أخرى .

(1) - أنور سلطان المرجع السابق ص 375.

لا صعوبة في تمييز الشرط الوفاي عن الشرط الفاسخ المتعلق بأي عقد بيع آخر كالبيع بشرط التجربة (1) و ذلك بالنظر لمعيار الإرادة .

إن الشرط الوفاي شرط يتعلق حتما بإرادة البائع , إذ هو يسترد المبيع متى أعلن رغبته في ذلك فإذا كان الشرط الفاسخ غير متعلق بإرادة البائع , أو متعلقا بها و بأمر خارج عنها , لم يكن هذا الشرط الفاسخ شرطا وفائيا , وكان البيع المعلق عليه بيعا صحيحا . مثل ذلك أن يبيع موظف دارا له في مدينة ما و يعلق البيع على شرط فاسخ هو نقله إلى هذه المدينة إذ يحتاج عند ذلك إلى الدار لسكنها , فالبيع هنا معلق على شرط خارج عن إرادة البائع و يكون صحيحا . و إذا باع شخص دارا و علق البيع على شرط فاسخ هو أن يتزوج فالشرط هنا مختلط يتعلق بإرادته و بإرادة الزوجة . فلا يكون شرطا وفائيا و يكون البيع المعلق عليه بيعا صحيحا .

غير أن هناك إشكال يطرح و هو عندما يكون الشرط الفاسخ متعلقا بإرادة البائع و ليس بشرط وفائيا ويبقى معه البيع صحيحا , و شرط مثله متعلق بإرادة البائع و هو شرط وفائي فيبطل معه البيع .

و عليه لابد من التمييز بين الشرطين وفق الاعتبار الآتي :

_ في بعض الأحوال يجعل البائع لنفسه حق الفسخ ليستبقي فسحة من الوقت يتروى فيها كما في البيع مع الإحتفاظ بحق العدول أو البيع المقترن بخيار الشرط ففي هذه الحالة يكون الشرط للتروي فيصح الشرط و يصح معه البيع (2).

_ و في أحوال أخرى يجعل البائع لنفسه حق الفسخ على أمل أن يسترد المبيع برد الثمن ففي هذه الحالة يكون الشرط وفائيا فيبطل و يبطل معه البيع .

فالشرط الصحيح هو ما كان للتروي و الشرط الباطل هو ما كان للتمكن من استرداد

المبيع (3).

(1) البيع بشرط التجربة منصوص عليه بالمادة 355 من القانون المدني الجزائري .

(2) أما البيع بشرط التجربة فقد يكون بيعا معلقا على شرط فاسخ و لكن الشرط هنا لا يتعلق لإرادة البائع بل بإرادة المشتري و القول فيه على كل حال للخبراء لا للمشتري .

(3) السنهوري الوسيط الجزء 4 ص 127 الفقرة الثانية .

ب- بيع الوفاء و الرهن :

بما أن بيع الوفاء طريقاً من طرق التأمين يتجرد فيه المالك من ملكه تحت شرط فاسخ هو أن يرد البائع الثمن و المصروفات للدائن فيعود المبيع إلى ملك البائع بأثر رجعي فإن الرهن الحيازي لا يتجرد الراهن عن الملك بل عن الحيازة فقط , و في الرهن الرسمي لا يتجرد عن الملك و لا عن الحيازة , و من هنا يظهر أن الرهنيين يفضلان بيع الوفاء من هذه الناحية الهامة .

كما أن بيع الوفاء يمتاز على كل من الرهنيين بالمميزات التالية :

- 1 - يمتاز عن الرهن الحيازي بأن المبيع وفاء إذا هلك في يد المشتري هلك عليه دون البائع أما إذا هلكت العين المرهونة في يد المرتهن فإنها تهلك على الراهن دون المرتهن .
- 2- إن المشتري في بيع الوفاء لا شأن له ببقية أموال البائع الخارجة عن المبيع , أما المرتهن فله عدا حقه العيني على الشيء المرهون حق شخصي يضمه جميع أموال الراهن .
- 3 - يمتاز بيع الوفاء على الرهن الرسمي بأنه لا حاجة فيه إلى ورقة رسمية و الرهن الرسمي لا بد لانعقاده من ورقة رسمية , كما أنه يجوز في العقار و في المنقول عكس الرهن الرسمي المنحصر في العقار أو المنقولات المنصوص عليها بنصوص خاصة كرهن الطائرات و السفن و المحلات التجارية .

ج- بيع الوفاء و بيع العهدة :

إذا كان بيع الوفاء عقد بمقتضاه يحتفظ البائع لنفسه بحق إسترداد الشيء في مقابل رد الثمن الأصلي و المصروفات خلال مدة معينة فإن بيع العهدة يتميز عنه بأنه عقد يتعهد بمقتضاه المشتري برد المبيع إلى البائع متى أوفى هذا الأخير بإرجاع الثمن و المصروفات. و عليه فإن بيع العهدة من هذا الباب شبيه ببيع الوفاء إذ يعتبر بيع صحيح جائز و تثبت به الحجة شرعا و عرفا على قول القائلين به و قد جرى عليه العمل في غالب جهات المسلمين من زعم قديم و حكمت بمقتضاه الحكام و أقره من يقول به من علماء المسلمين مع أنه ليس من مذهب الشافعي و إنما إختاره الفقه للضرورة الماسة إليه و مع ذلك فالإختلاف في صحته من أصله و في التفريع عليه لا يخفى على من له إلمام بالفقه .

و صورته أن يتفق الطرفان على أن البائع متى أراد رجوع المبيع إليه أتى بمثل الثمن المعقود عليه , و له أن يقيد الرجوع بمدة فليس له الفك (أي الرجوع) إلا بعد مضيها ثم بعد ذلك يعقدان عقدا صحيحا بلا شرط إذ لو وقع شرط العهدة المذكور في صلب العقد أبطله و للمتعهد ووارثه التصرف فيه تصرف الملاك ببيع و غيره و لو بأزيد من الثمن الأول , فإذا أراد المعهد الفك أتى بمثل ما بذلك للمتعهد و يرجع هذا المتعهد على المتعهد منه فيبذل له مثل ما وقع عليه العقد بينهما و يفسخ عليه ثم هو يفسخ على المعهد الأول ووارث كل كمورثه (1)

فالشرط ينبغي أن يكون قبل العقد أو بعد إنتهاء مجلس الخيار .
و يمكن للمشتري أن يشترط عدم الرد قبل مضي سنة من ملكه , أو أن مضي حول و لم يرد يصير قطعا خالصا للمشتري .

(1) - الشيخ بدر الدين محمود بن قاضي سماوة - جامع الفصول - الفصل 18 -

و من خلال ما سبق تظهر في عقد الوفاء و عقد العهدة ثلاثة فوارق و هي :

1- أن شرط الرد - أي إرجاع المبيع لبائعه - ينبغي أن يكون في صلب العقد في بيع الوفاء أما في بيع العهدة إذا كان الشرط في صلب العقد أو مجلس الخيار أبطله و لذا ينبغي أن يشترط الرد قبل العقد أو بعد إنتهاء مجلس الخيار .

2- في بيع الوفاء لا يجوز بيع المبيع و في بيع العهدة يجوز أذ أنه في بيع الوفاء يكون البائع خلال مدة التعليق مقيدا بشرط فاسخ مضمونه إحتفاظ البائع بحق إرجاع المبيع من المشتري خلال مدة معينة إن هو دفع الثمن و المصروفات المتفق عليها فهو بذلك ملزم باحترام الشرط الذي تعهد به فيمتنع عليه التصرف في المبيع المثقل بشرط التراد الذي صادق عليه اما في بيع العهدة فلا يوجد مثل هذا الشرط في عقد البيع بل شرط التعهد شرط مستقل تماما عن العقد إذ يكون إما لاحقا أو سابقا عن عقد البيع و لذلك يكون من حقه التصرف في المبيع .

3- في بيع الوفاء يجوز لكل من البائع و المشتري الرجوع عن هذا العقد أي فسخه و طلب التراد و لو حددت له مدة , و في بيع العهدة يجوز للمشتري أن يشترط عدم التراد قبل مضي سنة أو أكثر من ملكه و معنى ذلك إدراج شرط في العقد مفاده أن العقد يصبح نهائيا بمجرد إبرامه أي أن يصبح باتا و نهائيا و لا رجعة فيه و هو ما لا يمكن أن يدرج في عقود بيع الوفاء (1) .

(1) - الشيخ بدر الدين محمود بن قاضي سماوة - جامع الفصول - الفصل 18 -

4- إذا كان لدور الإرادة أهمية كبرى في مجال بيع الوفاء فإنها تختلف تماما عما هو في بيع العهدة , فإذا كانت إرادة البائع هي الأساس في بيع الوفاء و التي يجب أن

تكون معاصرة لعقد البيع فإنها في بيع العهدة إما أن تكون سابقة أو لاحقة لعقد البيع و إلا أبطلته طبقا للقانون الجزائري الذي أبطل بيع الوفاء .

د - تصرفات عملية مخفية لبيع وفاء :

يمكن أن نتصور بعد أن أصبح بيع الوفاء باطلا طبقا للقانون الجزائري كما فعل نظيره المصري , أن تتحايل الناس لتجنب هذا الحكم بإحدى هذه الوسائل :

الوسيلة الأولى :

بيع المالك العين للمشتري بيعا تاما ثم يبيع المشتري بعقد جديد نفس العين للبائع معلقا البيع على شرط واقف هو أن يسترد الثمن و المصروفات في مدة معينة أي أن المشتري يضمن حقه في الثمن بشكل غير مباشر دون المرور على بيع الوفاء و أن هذه الوسيلة نادرة جدا و ذلك لصعوبتها من الناحية العملية من جهة و لكلفة مصاريف نقل الملكية و إعادة الملكية من جهة أخرى .

الوسيلة الثانية :

بيع المالك العين للمشتري بيعا تاما ثم يبيع المشتري العين لأجنبي بعقد ثان ثم يبيع الأجنبي العين للبائع بعقد ثالث معلقا البيع على شرط واقف هو أن يرد البائع الثمن و المصروفات خلال مدة معينة .
و تمتاز هذه الوسيلة الثانية عن الوسيلة الأولى في أنه قد توسط أجنبي ما بين البائع و المشتري فجعل الشبهة أبعد .

الوسيلة الثالثة :

أن يرهن المالك العين عند الدائن و يشترط الدائن أن يمتلك العين إذا لم يستوف الدين في الميعاد فيصل بذلك إلى النتيجة التي كان يصل إليها ببيع الوفاء و هذه الطريقة منعها القانون المدني الجزائري صراحة نص المادة 903 من القانون المدني الجزائري :

" يكون باطلا كل إتفاق يجعل للدائن الحق عند عدم إستيفاء الدين وقت حلول أجله في أن يمتلك العقار المرهون في نظير ثمن معلوم أيا كان , أو في أن يبيعه دون مراعاة للإجراءات التي فرضها القانون و لو كان هذا الإتفاق قد أبرم بعد الرهن .

غير أنه يجوز بعد حلول الدين أو قسط منه الإتفاق على أن يتنازل المدين لدائنه على العقار المرهون وفاء لدينه " .

الوسيلة الرابعة :

أن يعمد المتعاملان إلى إخفاء بيع الوفاء تحت ستار بيع بات لا يوجد فيه شرط وفائي و يحرران بالشرط الوفائي ورقة مديونية أخرى بينهما قد يؤخران تاريخها عن تاريخ البيع البات . و قد كشف القضاء منذ عهد التقنين المدني المصري السابق عن هذا التحايل .

و هناك صورة يسهل تمييزها عن صورة بيع الوفاء و إن كانت بيعا معلقا على شرط فاسخ و يتحقق الشرط بإرادة البائع :

يشترط فيها البائع على المشتري أن يكون البيع معلقا على شرط فاسخ هو عدم الوفاء بالثمن أو بقسط منه في الميعاد المتفق عليه . و تتميز هذه الصورة عن بيع الوفاء بأن الثمن فيها مؤجل أما الثمن في بيع الوفاء فيكون عادة معجلا أو قريب الأجل . و يكون الفسخ في هذه الصورة راجعا إلى أن البائع لم يستوف الثمن , أما الفسخ في بيع الوفاء فيرجع إلى أن البائع قد إستوفى الثمن ثم رده إلى المشتري (1) .

(1) - السنهوري الوسيط ج 4 المرجع السابق ص 128 .

و إذا إشتبه القاضي في حقيقة البيع أبطله ووجب عليه ألا يقف عند تكييف الطرفين للعقد بل يحلل الصفقة أو مجموعة الصفقات ليرى هل الغرض من ذلك هو ضمان رد المبيع إلى البائع إذا رد الثمن فإذا لم يرده خلصت ملكية المبيع للمشتري , فعند ذلك يكون التصرف ساترا لبيع وفاء و يجب عليه الحكم ببطلانه .

و نرى أنه في الصورتين الأولى و الثانية و فيهما صدر البيع معلقا على شرط واقف إلى البائع من المشتري أو أجنبي إذا سلم المشتري أو الأجنبي المبيع إلى البائع بالرغم من أن ملكية هذا البائع لا تزال معلقة على شرط واقف , أو كان على البائع أن يرد الثمن مع الفوائد , أو قامت قرائن أخرى كان يرد البائع ثمنا اكبر أو تطول مدة التعليق كما يكون عادة في مدة الإسترداد في البيع الوفايي سهل على القاضي أن يتبين أن العقد يستر بيع وفاء فيقضي ببطلانه .

و قد يعد المشتري البائع بإعادة بيع المبيع له إذا أبدى البائع رغبته في الشراء في مدة معينة فمثل هذا العقد جائز . و هو يختلف جوهريا عن بيع الوفاء إذ البائع فيه قد تجرد عن ملكية المبيع تجردا نهائيا , و ليس له إلا حق شخصي قد لا يستطيع بموجبه أن يسترد المبيع و ذلك إذا تصرف المشتري فيه قبل أن يبدي البائع رغبته في الشراء . إما في بيع الوفاء فقد إستبقى البائع على المبيع حق ملكية معلقا على شرط واقف , و هو واثق من إسترداد المبيع إذا هو إستعمل حقه في الإسترداد .

المطلب الثاني : الطبيعة القانونية لبيع الوفاء

يقصد بالطبيعة القانونية لبيع الوفاء تحديد التكليف القانوني لهذا النوع من البيع أهو بيع تام أم بيع معلق على شرط أم هو نوع من أنواع الرهن . و عليه نحاول إبراز موقف الفقه في فرع أول , ثم نتطرق لموقف القانون في فرع ثاني .

الفرع الأول : الطبيعة القانونية لبيع الوفاء في الفقه .

تباينت الآراء الفقهية في مسألة بيع الوفاء بين مؤيد و معارض , بين الفقهاء المسلمون و فقهاء القانون الوضعي . و لتوضيح كل ذلك نتطرق أولاً لفقهاء القانون الوضعي ثم نسلط الضوء على ما جاء في الفقه الإسلامي .

أ- رأي فقهاء القانون الوضعي :

إنقسم فقهاء القانون الوضعي ما بين معارض لبيع الوفاء و مطالب بإلغاء جميع النصوص التي كانت تعالجه , و مؤيد له و مطالب بضرورة الإبقاء عليه و تنظيمه و بذلك وجدنا أنفسنا أمام رأيين في هذا الشأن :

الرأي الأول : الرافضون لبيع الوفاء

ذهب الفريق الأول إلى المطالبة بإلغاء بيع الوفاء و حذف نصوصه جملة واحدة , و عدم النص عليه حتى لإبطاله إكتفاءً بأحكام الرهن , و إن تبين من العمل أن كثيراً من البيوع الوفائية تستر رهونا حيازية عقارية , و قد دلت أصحاب هذا الرأي على صحة ما ذهبوا إليه بما يلي :

- أن بيع الوفاء لا وجود له إلا من الناحية النظرية , و هو في الحقيقة يهدف إلى تحقيق أحكام الرهن من أيسر السبل , فنظام الرهن بنوعيه يغني عنه و خاصة الرهن الحيازي (1).

(1) ذ/ السنهوري الوسيط ج 4 المرجع السابق ص 164-165-

- إن هذا النظام يقضي على مزية حماية الملكية الصغيرة المتمثلة ، فيستطيع الدائن عن طريق بيع الوفاء أن يشتري أرض الفلاح الصغير و تخلص له ملكيتها إذا لم يسترد البائع الأرض ، و كان يستطيع ذلك عن طريق الرهن إذ لا يستطيع الحجز على الأرض و هي لا تزيد على ملكية صالحة للإطعام و العمل .

بمعنى أن بيع الوفاء يدفع صغار الملاك إلى بيع أموالهم و هم يعتقدون أنهم سيستردونها و الغالب أنهم يعجزون عن ذلك فتضيع عليهم أموالهم بأبخس الأثمان لأن البائع في البيع الوفاي لا يستطيع أن يبيع ماله مرة ثانية بيعا تاما و يستطيع ذلك في نظام الرهن (1) .

الرأي الثاني : المؤيدون لبيع الوفاء

في حين ذهب الفريق الآخر و هو ما نفضله إلى الإبقاء على نظام بيع الوفاء ، لأن في حذف هذا النوع من البيوع إنعدام لبعض التصرفات المقبولة التي جرى عليها العمل خاصة في ظل الحياة العملية في الجزائر .

و ليس من الصواب القول أن كل بيع وفائي يستر رهنا ، لأن المشتري في بيع الوفاء الحقيقي يطمح بعد إنقضاء المدة في أن يكون مالكا ملكا باتا و البائع يطمح في أن يسترد ملكه ، فإذا حرم البائع من هذا التصرف و ألحت عليه الحاجة و كان من صغار الملاك أضطر إلى بيع ملكه بيعا نهائيا . و ما دام القانون قد وضع الضمانات التي رأها كافية لحفظ الملك لصاحبه إذا رد الثمن فلا محل لمنع التعامل ببيع الوفاء .

(1) _ و هو ما يفسر المسلك الذي سلكه المشرع الجزائري في المادة 396 من القانون المدني بقولها : " يكون البيع باطلا اذا احتفظ البائع يوم البيع بحق إسترداد المبيع في أجل معين " .

و أما ما قيل من أن البائع في البيع الوفاي لا يستطيع بيع ملكه مرة أخرى بيعا نهائيا حجة مردودة لأنه يستطيع بيع حقه المعلق على شرط واقف و هذا لا يختلف كثيرا عن بيع ماله المرهون مثقلا بالرهن .

ب - رأي الفقهاء المسلمون :

إختلف الفقهاء المسلمون في تكييف هذا البيع، أهو بيع حقيقة أم رهن؟ كما اختلفوا في حكمه، أهو صحيح أم باطل؟.

يرى البعض انه بيع صحيح مثل الحنابلة لانه موروث عن عرف جرى التعامل به سابقا دون ان يكون له اثر سيء .

في حين يرى بعض الحنفية وجمهور المالكية أنه بيع باطل، لأن بيع الوفاء كبيع الهازل فكلا منهما لم يقصد منه حقيقة التصرف أو ترتيب آثاره عليه، كما أن هذا البيع يكون بيعا حقيقة إذا عجز البائع عن رد الثمن للمشتري، ويكون قرضا إذا تمكن البائع من رد الثمن على المشتري، وبين عقدي البيع والقرض تناف في الأحكام، فالعقد المتردد بينهما يكون باطلا و حفاظا على مصالح الناس اعتبروه رهنا صحيحا (1) .

و عليه يمكننا حصر ذلك كله في رأيين :

(1) علي السيد عبد الحكيم الصافي ، الضمان في الفقه الإسلامي ، مطبعة الآداب بالنجف الأشرف 1974 ، رقم الطبعة 122 ص 20 وما بعدها .

الرأي الأول : بيع الوفاء بيع صحيح

يرى بعض الحنفية وبعض الحنابلة أنه بيع صحيح، لما روي عن أبي هريرة رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: "المسلمون عند شروطهم إلا شرطاً أحل حراماً أو حرم حلالاً"، حيث أوجب الحديث الوفاء بالشرط إذا لم يترتب عنه حل ما حرمه الله تعالى أو حرمة ما أحله الله سبحانه، وإشتراط رد المبيع على بائعه إذا رد الثمن إلى المشتري، شرط لا يحل حراماً ولا يحرم حلالاً، فهو شرط صحيح يجب الوفاء به، والبيع المتضمن له بيع صحيح كذلك، ولأنه ليس في أدلة الشرع وقواعد الفقه الكلية ما يمنع من تعليق البيع على شرط، فيصح البيع المقترن بشرط رد المبيع على بائعه إذا رد ثمنه إلى المشتري، ويجب الوفاء بمقتضاه، ويرى بعض المالكية وبعض الحنابلة أنه رهن باطل، لأن بيع شيء بشرط رده إلى البائع عند رد الثمن إلى المشتري يؤدي إلى الربا، لأنه يشتمل على إقراض البائع ثمن المبيع في مقابل إنتفاع المشتري بالمبيع منذ إبرام عقد البيع إلى وقت رد البائع مثل الثمن إلى المشتري.

وهذا الإنتفاع من دون عوض يبذله المشتري للبائع، والقرض الذي يجر إلى مقرضه نفعاً باب من أبواب الربا المنهي عنه، ومما يدل له ما روي عن أنس رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: "إذا أقرض أحدكم قرصاً فأهدى إليه أو حمله على الدابة، فلا يركبها ولا يقبله إلا أن يكون جرى بينه وبينه قبل ذلك". وما روي عن أنس رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: "إذا أقرض فلا يأخذ هدية"، وما روي عن أبي بردة رضي الله عنه قال: "أتيت المدينة فلقيت عبداً لله بن سلام رضي الله عنه، فقال: ألا تجيء فأطعمك سويقاً وتمراً وتدخل في بيتي، ثم قال: إنك بأرض الربا بها فاحش، إذا كان لك على رجل حق فأهدى إليك حمل تبن أو حمل شعير أو حمل فلا تأخذه فإنه ربا" (1).

(1) _ علي السيد عبد الحكيم الصافي - الضمان في الفقه الاسلامي المرجع السابق ص 25 .

وذهب جمهور الحنفية إلى أن بيع الوفاء بيع باطل لكن يمكن إعتبره رهنا صحيحا، لأن البائع لما إشتراط على المشتري رد المبيع عليه عند رد الثمن أتى بمعنى الرهن، لأن فيه يؤخذ المرهون عند قضاء الدين.

والعبرة في العقود بالمقاصد والمعاني لا بالألفاظ والمباني (قاعدة فقهية) . والذي يظهر رجحانه من مذاهب الفقهاء في بيع الوفاء، هو ما ذهب إليه القائلون بأنه رهن صحيح تسري عليه أحكام الرهن لا أحكام البيع لما إستدلوا به، ولأن المتعاقدين إذا تراضيا على العقد مقترنا بشرط رد المبيع إلى البائع إذا رد الثمن إلى المشتري، فإن إرادتهما لم تتصرف منذ البداية إلى بيع، بل إنصرفت إلى رهن المبيع بدين (هو الثمن)، وأنه في حال الوفاء بالدين يفك رهن هذا المبيع، فإن عجز البائع عن الوفاء بالدين (الثمن)، كان من حق الدائن المرتهن بيعه من نفسه وفاء بحقه، وإعتبر المقصود في العقود يعول عليه في حكمها شرعا (1) .

ولذا , فإن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع العينة لأنه يتدرع بها إلى الربا، مع أنه بيع تم بألفاظه وتوافرت له أركان وشروط البيع الصحيح، ولا يمكن إعتبر الوفاء بيعا حقيقيا، لأن البائع ما قصد التخلص من المبيع بنقل ملكيته إلى المشتري، فقد يكون المبيع هو كل ما يملك أو أن يكون من كريم ماله ونفيسه، وقد دفعته حاجته إلى أن يبرم عليه هذا التصرف.

(1) _ علي السيد عبد الحكيم الصافي - الضمان في الفقه الإسلامي المرجع السابق ص 26 .

أ_ في القانون الجزائري :

ذهب المشرع الجزائري إلى إبطال بيع الوفاء إذ أنه نص على أنه إذا احتفظ البائع يوم البيع بحق الإسترداد للشيء المبيع وقع العقد باطلا و هذا ما نصت عليه المادة 396 من القانون المدني الجزائري التي جاء فيها : " يكون البيع باطلا إذا احتفظ البائع يوم البيع بحق إسترداد الشيء المبيع في أجل معين " .

يفهم من النص أن بيع الوفاء يعتبر باطلا في التقنين المدني الجزائري , و يمكن تأسيس هذا البطلان على النص الصريح الذي ورد فيه و لا يمكن القول أنه راجع إلى أن المشرع قد إستحدث تغييرا في نظرته إلى النظام العام فوجد أن بيع الوفاء أمر مخالف للنظام العام فيكون باطلا تطبيقا للقواعد العامة في البطلان .

و أحكام هذا البطلان هي الأحكام التي تقرها القواعد العامة . فهو بطلان مطلق لا تلحقه الإجازة , و لا يرد عليه التقادم , و يستطيع أن يتمسك به كل من كانت له مصلحة فيه , و يجوز للمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها . و لا يترتب عليه أثرا لا فيما بين المتعاقدين و لا بالنسبة للغير , و لا يمكن حمل بيع الوفاء على أنه يستر في الحقيقة رهنا فتجري عليه أحكام الرهن . والعقد السائر هنا عقد باطل بحكم القانون لا يصلح أن يستر أي تصرف آخر . و قد قصد المشرع إبطال بيع الوفاء أصلا سواء باعتباره بيعا أو رهنا بغية إلزام المشتري برد المبيع و ثمراته إلى البائع , و له أن يسترد المصروفات الضرورية و المصروفات النافعة , و ذلك كله طبقا للقواعد المقررة في هذا الشأن .

و يجب على البائع أن يرد للمشتري فورا ما قبضه من ثمن و لا يعتد بالأجل , و يكون الرد بموجب قاعدة إسترداد غير المستحق . و لا يكون المبيع مثقلا بأي حق عيني لضمان رد الثمن , فإن بيع الوفاء جعله القانون باطلا بإعتباره بيعا أو رهنا . و إذا كان قد سبق تسجيله فعند تقرير البطلان يؤشر بذلك على هامش التسجيل .

و عليه إذا تصرف المشتري في المبيع بيع أو رهن أعتبر التصرف صادرا من غير مالك و جرى عليه حكم التصرف في ملك الغير و الذي يكون فيه الحق للمشتري طلب

إبطال البيع و يكون الأمر كذلك و لو وقع البيع على عقار أعلن أو لم يعلن بيعه كما أن البيع لا يكون ناجزا في حق مالك الشيء المبيع و لو أجازته المشتري و هو ما يستخلص من نص المادة 397 من القانون المدني الجزائري التي جاء فيها :

" إذا باع شخص شيئا معيناً بالذات و هو لا يملكه فللمشتري الحق في طلب إبطال البيع و يكون الأمر كذلك و لو وقع البيع على عقار أعلن أو لم يعلن بيعه .
" و في كل حالة لا يكون هذا البيع ناجزا في حق مالك الشيء المبيع و لو أجازته المشتري يفهم من النص أيضا انه إذا ما تصرف البائع في المبيع فتصرفه صحيح لأنه المالك .

و إذا إنقضت المدة المحددة للإسترداد و لم يسترد البائع المبيع فإن ذلك لا يمنعه من التمسك ببطلان البيع و قد يبقى المشتري واضعا يده على المبيع , كمالك مالكا باتا بعد إنقضاء مدة الإسترداد و يستطيع في هذا الحالة أن يملك المبيع بالتقادم الطويل دون التقادم القصير . أما إذا إسترد البائع المبيع فلا عبرة بهذا الإسترداد و يرجع المبيع إلى البائع لا بحكم الإسترداد و فسخ البيع بل بحكم أن البيع باطل من الأصل .

و لا يصلح بيع الوفاء و هو بيع باطل أن يكون سببا صحيحا للتقادم القصير . على أن المشتري وفاء إذا باع العين لمشتري حسن النية , ملكها المشتري الثاني في المنقول بالحيازة وأمكن أن يملكها في العقار بالتقادم القصير . لأن البيع الصادر من المشتري وفاء بيع صادر من غير ملك فيجري عليه أيضا حكم التصرف في ملك الغير .

كما أنه نص على العديد من المواد في مجال الرهون كالمادة 309 من القانون المدني التي جاء فيها :

" يتقادم بخمس سنوات كل حق دوري متجدد و لو أقر به المدين كأجرة المباني و الديون المتأخرة و المرتبات و الأجور و المعاشات " .

و عليه نرى أنه كان على المشرع الجزائري تنظيم بيع الوفاء لأن العمل أثبت الحاجة إليه , و في الإمكان حماية صغار الملاك و الفلاحين , بالكشف عن البيوع الوفائية الساترة الرهون و محاربتها بكافة الإجراءات التي يراها القاضي مناسبة بما له من سلطة تقديرية و ذلك مراقبة مقدار الثمن الواجب إرجاعه من قبل البائع الذي يرغب في إرجاع المبيع و إرجاع المصروفات و الفوائد إلى الحد المعقول تجنباً لفكرة التعامل بالربا من باب استعمال بيوع الوفاء , و كذلك مراقبة التحايل على الموثقين بمضاعفة ثمن الإرجاع و ذلك بالاستعانة بالخبراء و رجال الفن عند تقدير ثمن الإرجاع في حالة حصول نزاع بين الطرفين .

ب- في القانون المصري :

ذهب المشرع المصري إلى إبطال بيع الوفاء - و هذا ما إقتدى به المشرع الجزائري - إذ أنه مر بمرحلتين الأولى في عهد التقنين القديم لسنة 1923 و الثانية في عهد التقنين الحديث لسنة 1948 , فبظهور القانون المدني الجديد في مصر تغير الأمر و أصبح التعامل بعقود بيوع الوفاء يقع تحت طائلة البطلان و هذا ما يمكن استخلاصه من المادة 465 من القانون المدني المصري الجديد التي جاء فيها :

" إذا احتفظ البائع عند البيع بحق إسترداد المبيع خلال مدة معينة وقع البيع باطلا " .

كان بيع الوفاء في عهد التقنين المدني المصري القديم طريقاً من طرق التأمين , يتجرد فيه المالك من ملكه لدائنه , فيتملك الدائن المبيع تحت شرط فاسخ هو أن يرد البائع الثمن و المصروفات للدائن , فينفسخ البيع و يعود المبيع إلى ملك البائع بأثر رجعي . فالبائع

وفاء هو المدين , و المشتري وفاء هو الدائن , يتجرد الأول من ملكه للثاني على أمل إسترداده في المستقبل . أما في الرهن الحيازي فلا يتجرد الراهن عن الملك بل عن الحياة فقط , و في الرهن الرسمي لا يتجرد عن الملك و لا الحياة فظاهر أن الرهنيين يفضلان بيع الوفاء من هذه الناحية الهامة .

و يمتاز بيع الوفاء -من ناحية أخرى أكثر أهمية - على كل من الرهنيين (الرسمي و الحيازي) فهو يمتاز على الرهن الحيازي بأن المبيع وفاء إذا هلك في يد المشتري هلك عليه دون البائع , أما إذا هلكت العين المرهونة في يد المرتهن فإنها تهلك على الراهن دون المرتهن .

ثم أن المشتري في بيع الوفاء لا شأن له ببقية أموال البائع الخارجة عن البيع , أما المرتهن فله عدا حقه العيني على الشيء المرهون حق شخصي يضمه جميع أموال الراهن و هو ما يطلق عليه الضمان العام كما يمتاز بيع الوفاء عن الرهن الرسمي بهاتين الميزتين المذكورتين أعلاه , دون إشتراط الرسمية .

و يمكن أن يقع على منقول عكس ما هو عليه الرهن الرسمي الذي لا يقع إلا على العقار و هذه أيضا ميزة أخرى . و من الناحية العملية كثيرا ما يتخذ بيع الوفاء سترا لإخفاء رهن حيازي (1) و لو كشفنا عنه لكان غير مشروع و يتحقق ذلك في الفروض الآتية :

(1) - السنهوري الوسيط ج 4 المرجع السابق ص 148 .

1- عندما يقصد المتعاقدان إبرام قرض بربا فاحش مضمون برهن حيازي فلا يكشفان عن هذا القصد لعدم مشروعيته بل يلجئان إلى بيع الوفاء , فيبيع المدين من الدائن عينا بيعا وفائيا ثم يستأجرها و يدفع أجره هي عبارة عن الربا الفاحش , أو يشترط عليه

المشتري (الدائن) إذا أراد إسترداد العين أن يدفع ثمنا يكون أكثر من الثمن الذي قبضه , و الفرق ربا فاحش (1) .

2- أو عندما يقصد المتعاقدان التخلص من بطلان شرط إمتلاك المرتهن للشيء المرهون إذا لم يف الراهن بالدين , فيلجأ إلى بيع الوفاء , فيتخذ الدائن المرتهن ما سماه المشتري وفاء ما إقترضه و سماه ثمنا في بيع الوفاء .

3- أو عندما يقصد المتعاقدان التخلص من قانون تحديد الملكية فيسميان رهن الحيازة بيع وفاء . فلا يحتاج الدائن (المشتري وفاء) إلى الحجز و البيع بل يمتلك المرهون (المبيع وفاء) بمجرد عدم قيام المدين (البائع وفاء) بسداد الدين .

و قبل قانون رقم 50/49 لسنة 1923 كان القاضي إذا عرض عليه عقد موصوف بأنه بيع وفاء يفسره حسب نية المتعاقدين الحقيقية , فيعتبره بيع وفاء أو رهن , و يجري على كل عقد حكمه . ثم صدر هذا القانون قاضيا بأن العقد الموصوف بأنه بيع وفاء إذا كان واقعا على عقار , و تبين أنه رهن فإنه يكون باطلا لا بإعتباره بيع وفاء فحسب بل أيضا بإعتباره رهنا .

(1) -و طبقا لقانون رقم 50/49 لسنة 1923 يكون كل من بيع الوفاء و الرهن باطلا و يصبح المشتري دائنا عاديا يستحق فوائد عن المبلغ الذي دفعه ثمنا و الإتفاق على الأجرة هو في حقيقته إتفاق على الفائدة فيجب إنزال الأجرة إلى الحد المسموح به قانونا للفوائد الإتفاقية (انظر نقض مدني 1948/02/26 مجموعة عمر 5 رقم 275 ص 549-) و قد نقضت محكمة استئناف أسيوط بأنه إذا باع شخص لأخر عقارا بيعا وفائيا ثم حكمت المحكمة ببطلانه سواء باعتباره عقد بيع أو رهن فإن حق المشتري في إسترداد ما دفعه من الثمن لا يبدأ حساب مدة سقوطه إلا من يوم صيرورة هذا الحكم نهائيا (1937/02/13- المجموعة الرسمية 38 رقم 157 =-).

نقل الملكية على سبيل

-115-

الفصل الثاني :
الضمان

و لذلك كله قرر المشرع إلغاء بيع الوفاء معتبرا أن هذا النوع من البيع لم يعد يستجيب لحاجة حيوية في التعامل , إنما هو وسيلة ملتوية من وسائل الضمان تبدأ ستارا لرهن , و تنتهي رهن إلى تجريد البائع من ملكه بثمن بخس . و الواقع أن من يعمد إلى بيع الوفاء لا يحصل

على ثمن يتناسب مع قيمة المبيع , بل يحصل عادة على ما يحتاج إليه من مال و لو كان اقل بكثير من هذه القيمة .

المطلب الثالث : إنقضاء بيع الوفاء بحق الإسترداد

يقصد بحق الاسترداد إسترجاع الشيء المبيع للبائع الذي نقل ملكيته للمشتري له وفاء , و من أجل توضيح هذا الحق نحاول توضيح من هم الأشخاص الذين من حقهم ممارسة هذا الحق و ما هي المدة المسموح بها و كيفية القيام بالاسترجاع و ما هي آثار الاسترجاع .

الفرع الأول : أشخاص الاسترداد

القاعدة أن البائع هو الذي يستعمل حق الإسترداد وورثته من بعده , و من إنتقل إليه حق البائع أي خلفه الخاص و قد سبق و أن قضت محكمة النقض بأنه يجوز عرض ثمن المبيع وفائيا على المشتري من أحد الورثة من مال الورثة جميعا و يكون الوارث الذي قام بالعرض قد باشره نيابة عنهم .

و لما كان حق الإسترداد مخولا أصلا للبائع ولورثته فإنه يجوز إستعماله لمن يقوم مقام الورثة و هو الدائن لهم و الملتزمون قبله بنقل ملكية العين محل الإسترداد إليه . و إذن فمتى كان ورثة البائع وفائيا قد باعوا العين إلى شخص ورفعوا الدعوى بطلب إسترداد هذه العين من المشتري وفائيا , ثم تنازل بعض الورثة عن طلب الإسترداد محتفظين بحقهم في الثمن المودع , فإن الحكم إذ قبل تدخل المشتري من الورثة منضمًا إلى باقي المدعين في طلب الإسترداد لا يكون قد خالف القانون (1) .

(1) - نقض مدني مصري 1954/12/02 مجموعة أحكام النقض 6 رقم 26 ص 199.

كما أنه يحق لدائني البائع إذا كان هذا الأخير معسرا , أن يستعملوا حقه باسمه وفقا لأحكام الدعوى المباشرة و في فرنسا للمشتري إلزام الدائنين بتجريد البائع من أمواله الأخرى قبل إستعمال حق الإسترداد (1) .

و يستعمل حق الإسترداد ضد المشتري أو رثته من بعده . و يجوز أيضا إستعماله ضد المشتري من المشتري (أي الخلف الخاص) إلا إذا كان المبيع منقولاً و كان المشتري الثاني حسن النية فإنه يملك المبيع ملكاً باتاً , و يبقى للبائع أن يرجع بتعويض على المشتري .
أما إذا كان المشتري الثاني يعلم بشرط الإسترداد أو كان المبيع عقاراً . فإنه يجوز للبائع أن يسترد منه المبيع و لا يدفع إلا الثمن المتفق عليه بينه و بين المشتري الأول حتى لو كان هذا الثمن أقل مما إشتري به المشتري الثاني , و يرجع هذا على البائع له -أي على المشتري -بالفرق .

أما إذا كان الثمن الذي إشتري به المشتري الثاني أقل , فإنه يسترد من البائع الثمن الأكثر و لا يرد الفرق إلى المشتري لأنه تلقى عنه حقوقه بالثمن الذي دفعه له . و يلاحظ أن إسترداد البائع من المشتري الثاني يكون بموجب دعوى عينية هي دعوى الإستحقاق (2) , إذ يرجع المبيع إلى ملك البائع بإستعمال حق الإسترداد .

(1) السنهوري الوسيط الجزء 4 - عقد البيع - ص 155 و الذي يحيل على بلأنيول و ريبير و هامل فقرة 194 و الأستاذين احمد نجيب الهلالي و حامد زكي فقرة 388 - الأستاذ سليمان مرقس فقرة 258 .

(2) - دعوى الاستحقاق هي الدعوى التي يرفعها البائع على المشتري الثاني باسمه الشخصي و الاستحقاق المقصود هنا و هو ما يتعلق بحق الملكية كاملاً - أنظر محمد عبد الله أبو هزيم - الضمان في عقد البيع - دار الفيحاء - الاردن 1986 ص 97 .

و قد تقدم أن للبائع عدا هذا يمكنه رفع دعوى شخصية (1) قبل المشتري الأول و التي تظهر فائدتها في حالتين (2) :

الحالة الأولى :

عند عدم تأكد البائع من أن المبيع تحت يد المشتري الثاني, إذ يجوز أن يكون هذا قد باعه لثالث , ففي هذه الحالة لا يستطيع أن يستعمل حق الإسترداد ضد المشتري الثاني , و هو يعلم أين ذهبت العين , فخير طريق يسلكه , هو أن يستعمل حق الإسترداد ضد المشتري الأول بموجب حقه الشخصي . فيضمن أن يكون إستعماله لحق الإسترداد صحيحا .

الحالة الثانية :

إذا كان المبيع منقولاً و قد ملكه المشتري الثاني حسن النية بالحيازة (3) , فلا يستطيع في هذه الحالة أن يرفع عليه دعوى الإسترداد و لا يبقى له إلا الرجوع بتعويض على المشتري الأول بموجب حقه الشخصي . و يقع الإسترداد على نفس المبيع , سواء كان ملكاً كاملاً أو حصة مشاعة أو حصصاً مقسومة .

(1) الدعوى الشخصية هي دعوى عادية مبنية على أساس الضرر تقوم على المسؤولية العقدية و التي يثبت فيها البائع وجود خطأ عقدي من طرف المشتري الذي تصرف في المبيع .

(2) المواد 423/346 من القانون المدني المصري السابق رقم 50/49 لسنة 1923.

(3) و هذا راجع لقاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية و التي يجب ان تستند على أساس صحيح و حسن النية

نقل الملكية على سبيل

-118-

الفصل الثاني :
الضمان

غير ان هذه القاعدة ليست على إطلاقها فقد ترد عليها استثناءات نذكر منها :

1- حالة تعدد البائعين :

قد يتعدد البائع بان يرثه ورثة متعددون , أو أن يكون هو نفسه في الأصل متعددا . فإذا كان البيع بعقد واحد و بثمن واحد جاز للمشتري أن يطلب من البائعين جميعاً أن يتفقوا فيما بينهم على إسترداد كل المبيع أو لا يستردون شيئاً أصلاً . و لا بد من إتفاق الجميع على

الإسترداد , فلو عرض أحدهم أن يسترد كل المبيع لنفسه لم يجبر المشتري على إجابة هذا الطلب إلا إذا نزل باقي البائعون للبائع الذي يريد الإسترداد عن حقهم فيه .
أما إذا لم يستعمل المشتري حقه في طلب إتفاق البائعين على الإسترداد , فكل بائع لا يسترد إلا نصيبه و بذلك ينقسم حق الإسترداد (1).

2- حالة تعدد المشتريين :

و قد يتعدد المشتري بأن يرثه ورثة متعددون أو يكون هو نفسه في الأصل متعددا . فيستطيع البائع أن يستعمل حقه في الإسترداد ضد كل واحد منهم بقدر نصيبه و قد قضت محكمة النقض المصرية بأنه و أن كان الإسترداد ي يقع بحسب الأصل - إلا على المبيع كما هو , فإن الفقرة الثانية من المادة 346 من القانون المدني (السابق) قد استثنت الحالة التي تكون فيها دعوى الإسترداد " مقامة على ورثة المشتري بالنسبة إلى الحصاص المشاعة بينهم أو المفروزة التي يملكها كل منهم " , و هذا لا يصح معه القول بأن توجيه العرض أو الدعوى إلى بعض الورثة يعتبر توجيهها إلى الباقين .

و إذا كان البائع عند وفاة المشتري أن يجرى دعوى الإسترداد بمطالبة بعض الورثة دون الآخرين فإن القول بأنه عند تجزئة الدعوى تعتبر الإجراءات موجهة إلى جميع الورثة يكون قولاً غير سديد (2).

(1) -انظر المواد 1668-1670 مدني فرنسي و هي مجرد تطبيقات للقواعد العامة .
(2) نقض مدني 1945/02/08 مجموعة 4 رقم 204 ص 57 .

أما إذا وقع المبيع كله من نصيب أحد الورثة , إستعمل البائع حقه في الإسترداد ضد هذا الوارث بالنسبة إلى كل المبيع . و يبقى سائر الورثة كل منهم مسئولاً بدعوى شخصية بمقدار نصيبه و ذلك فيما إذا تعذر إسترداد الشيء المبيع من تحت يد الوارث الذي وقع في نصيبه كل المبيع بأن كان مثلاً منقولاً و ملكه مشتر ثان حسن النية بالحيازة و ليس للورثة أو

للمشتري أن يطلبوا من البائع إسترداد كل الشيء المبيع كما في حالة تعدد البائع , بل ينقسم هنا حق الإسترداد حتما (1) .

3- حالة الحصة الشائعة في العقار :

و قد يكون البيع وفاء منصب على حصة شائعة في عقار و إشتري مشتريها الحصة الباقية من مالها بعد طلب هذا المالك مقاسمته , فللمشتري المذكور عند مطالبة بائعه الأول بإسترداد الحصة المبيعة بيع وفاء أن يلزمه بأخذ العين بتمامها . ذلك أن المشتري وفاء قد إضطر لحفظ الحصة المشاعة التي إشتراها , أن يشتري حصة الشريك فلزم البائع أن يستردها مع الحصة المشاعة و أن يرد إلى المشتري الثمن الذي دفعه للشريك . و لكن للمشتري أن يحتفظ بما إشتراه في طلب المقاسمة و أن يرد للبائع الحصة المشاعة التي إشتراها منه فقط فإذا لم يشتري المشتري وفاء حصة الشريك عند طلب القسمة , بل بيعت كل العين لهذا الشريك أو لأجنبي فثمن الحصة المشاعة المبيعة وفاء هو الذي يستعمل فيه حق الإسترداد (2).

و يلاحظ أنه إذا كان المشتري وفاء هو الذي طلب القسمة فليس له أن يطالب البائع إلا بإسترداد الحصة التي إشتراها منه , و إذا خرجت العين من يده نتيجة للقسمة لم تسر القسمة في حق البائع وفاء بل له أن يسترد حصته المبيعة من يد من انتقلت إليه , و له دعوى شخصية ضد المشتري وفاء .

(1) - المواد 432/346 مدني مصري سابق و المادة 1672 مدني فرنسي .

(2) - السنهوري الوسيط الجزء 4 - عقد البيع - ص 156 و الذي يحيل على بودري وسينيا فقرة 657- بلانيول و ريبير و هامل فقرة 196- قارن الأستاذ أنور سلطان فقرة 378
- أنظر المواد 433/347 مدني مصري سابق و المادة 1766 مدني فرنسي.

الفرع الثاني : مدة الاسترداد

يقصد بمدة الإسترداد المدة التي يمكن فيها للبائع إسترداد ملكية المبيع من المشتري بعدما سدد ما عليه و بما أن القانون الجزائري (1) لم يطرق إلى ذلك فإننا نتطرق إلى التشريعات الأخرى و موقف القضاء في كل من فرنسا و مصر في هذا الشأن .

إن الحد الأقصى للمدة التي يجوز أن يستعمل فيها حق الإسترداد هي 5 سنوات فإذا إتفق المتعاقدان على أقل من هذه المدة , سرى ما إتفقا عليه (2) . و إن إتفقا على أكثر إنقص ما إتفقا عليه إلى 5 سنوات, و قد قضت محكمة الاستئناف الوطنية المصرية بأن العقد الذي يظهر من روايته أنه بيع وفائي باستكمال أوضاع البيع الوفاي تسري عليه الأحكام المختصة بذلك , و لا يصح اعتباره بيعا تحت شرط أحقية البائع في الفسخ في أي وقت أراد فإذا عين في العقد المذكور ميعاد لإسترداد البائع العين المباعة أكثر من 5 سنوات وجب تنزيل الميعاد إلى 5 سنوات . و حق الرجوع في البيع إما أن يكون مطلقا بلا قيد و إما أن يكون مقيدا بشرط فاسخ و في جميع هذه الأحوال لا يعرف إلا بيع وفائي و لا يمكن أن تتجاوز مدة الرجوع 5 سنوات (3) .

و أما إذا سكتا عن تعيين المدة أعتبرت 5 سنوات (4) و المدة تحسب بالتقويم الهجري بحسب المتبع في عهد التقنين المدني القديم و تبدأ من وقت البيع (5) , و لا يدخل يوم البيع رغم إدخال يوم الإسترداد في الحساب , كما تحسب أيام الأعياد ولو إنتهى بها الميعاد , لأن المدة مدة سقوط لا مدة تقادم , و من ثم تسري على القاصر و لو لم يكن له نائب (6).

-
- (1) - و قد سبق و أن إقترحنا أن يأخذ المشرع الجزائري بمعدل المدد و هي 3 سنوات مثلما فعل المشرع اللبناني .
(2) - حددها القانون المصري في التقنين المدني السابق لسنة 1923 هو 5 سنوات و التقنين المختلط سنتان أما في التقنين المدني الفرنسي فهي 5 سنوات - و في القانون اللبناني 3 سنوات..
(3) - السنهوري الوسيط الجزء 4 - عقد البيع - ص 156 و الذي يحيل على الأستاذ أنور سلطان فقرة 319
(4) أو من وقت تحقق الشرط الوافف إذا كان بيع الوفاء معلقا أيضا على شرط واقف .
(5) - السنهوري الوسيط الجزء 4 - عقد البيع - ص 156 و الذي يحيل على الأستاذ أنور سلطان فقرة 319 -
(6) - تنص المادة 427/342 مدني مصري قديم على أن :
" الميعاد المذكور محتم بحيث يترتب على تجاوزه سقوط حق الإسترداد و لا يجوز للمحكمة أن تحكم بعدم سقوط الحق في أي حال من الأحوال و لو في حالة القوة القاهرة " .

فإذا إنقضى الميعاد و لم يستعمل البائع حقه في الإسترداد أصبح بيع الوفاء الذي كان معلقا على شرط فاسخ بيعا تاما , و أصبح المشتري مالكا للمبيع ملكا باتا منذ البيع لا منذ

إنقضاء المدة فحسب فأصبحت جميع تصرفاته في البيع باطة و على العكس من ذلك تزول ملكية البائع بأثر رجعي منذ البيع و تزول جميع تصرفاته و تعتبر كأنها لم تكن , لأن هذا كله كان معلقا على شرط واقف و لم يتحقق الشرط , فإذا كان بيع الوفاء لم يسجل ثم أصبح باطا على النحو المشار إليه جاز للمشتري رفع دعوى صحة التعاقد (1) .

ذهب القضاء المصري بأنه إذا كان البائع يبيعا وفائيا لم يستعمل حقه في إسترداد المبيع في الميعاد المتفق عليه و رفع المشتري - بعد فوات مدة الإسترداد - دعوى صحة تعاقد على إعتبار أن هذا البيع باطا و تبينت المحكمة من بحثها واقعة تخلف شرط الإسترداد أن المهلة المحددة للإسترداد قد إنقضت بغير أن ينفذ هذا الشرط , فإنه يكون لها أن تقضي بصحة التعاقد على إعتبار أن العقد أصبح يبيعا باطا , و هذا التحول في طبيعة العقد يتم حتما بحكم القانون بمجرد تخلف الشرط هذا و لا يوجد ما يمنع حتى قبل أن يصبح بيع الوفاء باطا , من أن يطلب المشتري تسجيله على إعتبار أنه لا يزال بيع وفاء فيرفع دعوى صحة التعاقد على هذا الأساس (2).

أما المتعاقدان فيستطيعان بإتفاق لا حق , مد الميعاد إذا كان أقل من الحد الأقصى بحيث لا تجاوز المدة بعد المد هذا الحد . و إذا إتفق المتعاقدان في البداية على مدة معينة ثم مدداها بعد ذلك , فإن كان الإتفاق على الحد قبل إنتهاء المدة الأولى فالحكم ما تقدم , و إذا كان بعد إنتهاء المدة الأولى أمكن تفسير ذلك بان بيع الوفاء أصبح باطا بإنتهاء المدة الأولى و أن المتعاقدين إتفقا بعد ذلك على بيع معلق على شرط واقف و حدد لتحقق الشرط مدة هي مقدار ما مد من الأجل .

(1)- قارن مع القضاء المصري استئناف مصر 1937/12/14 المجموعة الرسمية 39 رقم 41 -

(2)- نقض مدني 1945/02/01 مجموعة 4 رقم 203 ص 556 -

و يذهب رأي آخر إلى أن شرط المد يعتبر وعدا من جانب المشتري بإعادة بيع المبيع للبائع , و من ثم , لا يكون له ثرا رجعيا و لا يضر بحقوق للغير المكتسبة في الفترة بين المد و الإسترداد (1) و لا يجوز في جميع الأحوال أن يضر الإتفاق على مد المدة بحقوق

الغير (2), فإذا افترضنا أن المدة التي حددت أولاً هي سنتان , و في غضون السنة الأولى رتب المشتري وفاء رهنا على العقار المبيع , ثم إتفق مع البائع قبل إنتهاء الميعاد على مده سنة ثلاثة فإن الرهن يصبح باتا بإنقضاء السنتين لأن الدائن المرتهن كسب حقه معلقا على شرط فاسخ يجب أن يتحقق في هذه المدة فإذا إنقضت و لم يتحقق صار حقه باتا . و أما إذا كسب دائن آخر رهنا على العقار بعد مد الميعاد و لو قبل إنتهاء السنتين فالميعاد الثاني الممدود هو الذي لا يسري لا الميعاد الأول (3).

الفرع الثالث : كيفية الاسترداد

إختلف الفقه حول كيفية استعمال البائع لحقه في الإسترداد فمنهم من ذهب إلى إلى أن البائع يستعمل حقه في الإسترداد بعرضه الثمن و المصروفات على المشتري عرضا حقيقيا , و فريق ثان يذهب إلى جواز الإقتصار على العرض الفعلي دون العرض الحقيقي , و فريق ثالث يذهب إلى عدم ضرورة العرض إطلاقا و يكفي إظهار البائع للمشتري إستعداده أن يدفع له فورا الثمن و المصروفات , فيتم الإسترداد بإرادة منفردة من جانب البائع يعلن بها رغبته في إسترداد المبيع مع إستعداده لرد الثمن و المصروفات (4).

(1) - السنهوري الوسيط الجزء 4 - عقد البيع - ص 156 و الذي يحيل على احمد نجيب الهلالي و حامد زكي فقرة 487 ص 495 .

(2) - السنهوري الوسيط الجزء 4 - عقد البيع - ص 156 و الذي يحيل على - أنور سلطان فقرة 319 ص 369

(3) - السنهوري الوسيط الجزء 4 - عقد البيع - ص 156 و الذي يحيل على احمد نجيب الهلالي و حامد زكي فقرة 487 ص 496- 497 .

(4) - السنهوري الوسيط ج4 ص 160 و الذي يحيل على محمد حلمي عيسى فقرة 781 . و مع ذلك فقد قضت محكمة استئناف مصر بأنه يجب إلى جانب إبداء الرغبة في دفع الثمن فعلا في الميعاد لوضوح نص المادة 238 مدني معدلة بالقانون رقم 49 لسنة 1923 و لا محل بعد هذا التعديل للاستناد على عبارة المادة 344 مدني للقول بغير ذلك لأن المادة الأخيرة في الواقع إنما وضعت خاصة لبيان ما يجب على البائع دفعه فورا (نقض 1938/10/26 المجموعة الرسمية رقم 20) .

أما في مصر فالقضاء و الفقه يذهبان إلى الأخذ بهذا الرأي , و هو أن مجرد إظهار البائع إستعداده لدفع الثمن و المصروفات كاف (1) . و لكن يحسن إذا أخذ بهذا الرأي

التماشي مع القضاء الفرنسي في أن الإسترداد على هذا النحو يكون معلقا على شرط واقف هو الدفع الفعلي , فإذا لم يتحقق هذا الشرط لم يعتبر البائع قد إسترد و أصبح البيع باتا لعدم الإسترداد و بذلك يخلص للمشتري ملك المبيع فلا يزاحمه فيه دائنوا البائع (2).

و بهذا الرأي الأخير أخذ القضاء في فرنسا و هو ما نراه إقرب إلى الصواب , و يزيد عليه أن الإسترداد على هذا النحو يكون هو نفسه معلقا على شرط واقف , و يتحقق الشرط بأن يرد البائع للمشتري فعلا الثمن و المصروفات فإن لم يردها أعتبر الإسترداد كأن لم يكن فيخلص للمشتري ملك المبيع و يأمن بذلك مزاحمة دائني البائع (3) .

الفرع الرابع : آثار الاسترداد

تترتب على إستعمال البائع لحق الإسترداد عدة آثار و نتائج هامة يمكن إجمالها في

الآتي :

ينفسخ بيع الوفاء و يعتبر كأن لم يكن:

تتفسخ تصرفات المشتري وفاء في المبيع وقد كانت معلقة على شرط فاسخ فتتحقق

الشرط (4)بأثر رجعي و تتفد كل تصرفات البائع و قد كانت معلقة على شرط واقف فتتحقق

الشرط أيضا من تاريخ إبرام بيع الوفاء .

(1) - السنهوري الوسيط ج4 ص 160 و الذي يحيل على سليمان مرقس فقرة 261 ص 440
(2) - و هكذا كان المشروع التمهيدي للتقنين المدني الجديد إذ تضمن نص المادة 2/622 من المشروع و التي تقضي : " و يجوز للمشتري أن يحدد للبائع ميعادا يلزمه فيه أن يعرض المبالغ المنصوص عليها في الفقرة السابقة عرضا حقيقيا . فإذا إنقضى الميعاد و لم يقم البائع بذلك أعتبر فسخ البيع الذي ترتب على إستعمال حق الإسترداد كأن لم يكن " .

(3) - Ripert et boulangier , traité de droit civil d'après le traité de planiol tome 3 n° 1402 .

(4) - Ripert et boulangier idem n°1403

يصبح البائع مدينا بما يأتي :

1- أصل الثمن : و ليس من المحتم أن يكون الثمن الذي يردده البائع هو نفس الثمن الذي دفعه المشتري و إن كان هذا هو الذي يقع غالبا . و لكن قد يتفق المتعاقدان على أن البائع يرد ثمنا أكثر أو اقل إلا أنه في حالة إشتراط رد ثمن أكثر , يكون هذا موجبا للشك في أن العقد رهن بربا فاحش و ليس على البائع رد فوائد الثمن , و يكون المشتري قد إستغل المبيع مدة البيع الوفاي و يقوم ذلك مقام الفوائد حتى لا يجمع بين الفوائد و الربح , بل أن إشتراط رد الفوائد يعتبر من القرائن على أن بيع ليس ببيع وفاء و إنما هو رهن .

2 - المصروفات المترتبة على البيع : و هي التي تترتب على إسترداد المبيع فيرد البائع للمشتري رسوم التسجيل , و يتحمل مصروفات الإسترداد من نقل المبيع و التأشير على هامش التسجيل و غير ذلك .

3- المصروفات الضرورية التي صرفها المشتري في صيانة المبيع , و كذلك في المصروفات النافعة , يرد أقل القيمتين , أي ما صرف فعلا و ما زاد في قيمة المبيع و يشترط في المصروفات النافعة ألا تكون فاحشة , فقد يعتمد المشتري تحسين المبيع تحسينا يعجز البائع عن رد مصروفاته , ففي هذه الحالة يكون البائع غير ملزم بردها و على المشتري أن يرد الشيء إلى أصله و ينزع منه ما زاد عليه من بناء أو غراس أو غير ذلك و قد قضت محكمة النقض المصرية بان البائع وفاقيا لا يلزم برد المصروفات الضرورية التي صرفها المشتري لحفظ المبيع من التلف أو الهلاك و كذلك بالمصروفات التي تزيد قيمة المبيع بقدر ما زاد من قيمته بشرط إلا تكون فاحشة و إما المصروفات التي ينفقها المشتري لإستغلال المبيع وفاقيا فلا يلزم بها البائع متى كان إنفاقها في مقابل إستغلاله لهذا المبيع و قبض ثمراته .(1)

(1) -- نقض مدني 1954/12/02 مجموعة أحكام النقض 6 رقم 26 ص 199 -

و ليس للمشتري حق إمتياز على المبيع , لأن الإسترداد فسخ للبيع الأول و ليس بيعا جديدا , و لكن يستطيع المشتري أن يعتبر الإسترداد كأن لم يكن إن لم يستوف الديون المتقدم ذكرها على الرأي الذي ذهب إليه الفقه , و للمشتري على كل حال حبس المبيع حتى إستيفاء هذه الديون .

ج- يصبح المشتري مدينا برد المبيع :

لا يرد المشتري الثمرات لأنها في مقابل الفوائد , و يستحق منها بنسبة المدة التي بقي فيها بيع الوفاء دون فسخ سواء كانت الثمرات طبيعية كمحصول الأرض , أو مدنية كأجرة المنزل . وأما إذا نقص المبيع , فالأمر لا يخلو من فرضين , إن كان بغير فعل المشتري لم يلزم بشيء , و إما بفعل المشتري فهو مسؤول عنه مسئولية مدنية عقدية مبنية على اساس الاخلال بالتزام تعاقدى (1).

المبحث الثاني : التصرف الإئتماني LA

FIDUCIE

قبل الوقوف على مدى ما يحققه التصرف الإئتماني من ضمان يجب أولا أن نعرض لفكرة التصرف الإئتماني لبيان كيفية عمل هذا النظام و أهميته في مطلب اول , ثم نقارن ما بينه و بين بيع الوفاء و الرهن الحيازي في مطلب ثاني , ثم نتطرق بعد ذلك لما يمكن أن يحققه من ضمان في مطلب ثالث . علما أن المشرع الجزائري لم يعرف مثل هذا التصرف و لم ينظمه و عليه نحاول أن نجتهد لمطالبة المشرع بضرورة الإهتمام بهذا النوع من الضمان و تنظيمه على غرار ما فعلته بعض التشريعات .

(1) - السنهوري الوسيط المرجع السابق ج4 ص 162-163 -

المطلب الأول : ماهية التصرف الإئتماني

لتحديد ماهية التصرف الائتماني ينبغي أن نعرفه أولاً , ثم التعرض لمراحل تطوره منذ نشوء القانون الروماني :

الفرع الأول : تعريف التصرف الائتماني

التصرف الائتماني عقد بمقتضاه يتصرف شخص إلى آخر في مال معين على سبيل الضمان لحق معين على أن يلتزم المتصرف إليه بنقل ملكية هذا المال مرة أخرى إلى البائع (1) , كما عرفه القانون المدني الكندي " Québec " الصادر سنة 1955 المعدل سنة 1991 و خص له الفصل الثاني إذ شمله بالتحليل المستفيض في أكثر من 28 مادة بأنه عقد ينقل بمقتضاه مجموعة من الأموال من ذمة المتصرف الائتماني إلى ذمة شخص آخر هو المتصرف إليه الائتماني و العقد يحدد السلطات المقررة للمتصرف إليه الائتماني على هذه الأموال . و على المتصرف الائتماني أن يحتفظ بهذا الأموال كمجموع مستقل في ذمته بعيداً عن أيدي دائنيه الشخصيين (2) .

(1) نصوص القانون المدني الكندي " Québec " لسنة 1955 المعدل سنة 1991 و الذي تضمن 22 مادة تعالج التصرف الائتماني :

(2) - CHAPITRE DEUXIÈME : DE LA FIDUCIE

SECTION I

DE LA NATURE DE LA FIDUCIE

1260. La fiducie résulte d'un acte par lequel une personne, le constituant, transfère de son patrimoine à un autre patrimoine qu'il constitue, des biens qu'il affecte à une fin particulière et qu'un fiduciaire s'oblige, par le fait de son acceptation, à détenir et à administrer.
1261. Le patrimoine fiduciaire, formé des biens transférés en fiducie, constitue un patrimoine d'affectation autonome et distinct de celui du constituant, du fiduciaire ou du bénéficiaire, sur lequel aucun d'entre eux n'a de droit réel.

1264. La fiducie est constituée dès l'acceptation du fiduciaire ou, s'ils sont plusieurs, de l'un d'eux.

Lorsque la fiducie est établie par testament, les effets de l'acceptation rétroagissent au jour du décès.

1265. L'acceptation de la fiducie dessaisit le constituant des biens, charge le fiduciaire de veiller à leur affectation et à l'administration du patrimoine fiduciaire et suffit pour rendre certain le droit du bénéficiaire.

يستخلص من نصوص القانون المدني الكندي على أن التصرف الائتماني يمكن أن يكون بين شخصين أو أكثر يسمى الأول متصرف ائتماني ، و الثاني متصرف إليه ائتماني بحيث يقدم المتصرف و هو المدين الذي يرغب في الحصول على قرض أو ضمان عقارا أو منقولا مملوك له للثاني و هو الدائن الذي يمنح القرض أو الضمان على أن يوضع المال محل الضمان بين يديه تكون له صفة الحارس عليه حسب نصوص العقد . و يكون هذا التصرف إما بعقد رضائي بين الطرفين أو بموجب وصية أو بنص قانوني أو بحكم قضائي . (1) .

فإذا كان التصرف الائتماني بموجب عقد لا تكون له حجة في مواجهة الغير إلا إذا كان مسجلا و مشهرا لدى المصالح المختصة حسب طبيعة الشيء محل التصرف الائتماني . (2) .

مثال عن ذلك عمر بحاجة لمال لسد حاجة معينة يطلب من زيد أن يقرضه مبلغ معين ، غير أن هذا الأخير يرفض أن يقدم المال بدون ضمان و بنفس الوقت يرفض الضمانات التقليدية كالرهون أو الكفالة ، فيقدم له عمر مسكنا ملكا له كضمان بموجب تصرف ائتماني فيحول له الملكية بدون أي مقابل لمدة محدودة لغاية الوفاء فتعاد له الملكية مرة أخرى .

(1) القانون الكندي المذكور سابقا :

1262. La fiducie est établie par contrat, à titre onéreux ou gratuit, par testament ou, dans certains cas, par la loi. Elle peut aussi, lorsque la loi l'autorise, être établie par jugement.

(2) القانون الكندي المذكور سابقا :

1263. La fiducie établie par contrat à titre onéreux peut avoir pour objet de garantir l'exécution d'une obligation. En ce cas, la fiducie doit, pour être opposable aux tiers, être publiée au registre des droits personnels et réels mobiliers ou au registre foncier, selon la nature mobilière ou immobilière des biens transférés en fiducie.

Le fiduciaire est, en cas de défaut du constituant, assujéti aux règles relatives à l'exercice des droits hypothécaires énoncées au livre Des priorités et des hypothèques.

و قد حدد القانون السلطات التي تخول للمتصرف إليه شخصا طبيعيا أو معنويا الذي يكون حارسا على الشيء محل التصرف الائتماني و الذي ليس له حق التصرف في هذا الشيء بل يتقيد بالعقد و القانون في هذا الإطار لأنه يكون مالكا لكن ملكيته مقيدة بما جاء في العقد , فالملكية هنا أداة ضمان فقط كما يمكنه أن يعين شخصا ثالثا يساعده في ذلك بعد موافقة المتصرف و في حالات معينة, و خاصة عند النزاع تصدر المحكمة بناء على طلب المتصرف إليه أو المتصرف حكما يقضي بتعيين متصرف إليه مساعدا أو أكثر و الذي لا يكون دائئا أو مدينا (1) .

(1) - حدد القانون الكندي المذكور سالفًا كيفية تسيير و إدارة الشيء محل التصرف في المواد :

SECTION

DE L'ADMINISTRATION DE LA FIDUCIE

§ 1. — De la désignation et de la charge du fiduciaire

1274. La personne physique pleinement capable de l'exercice de ses droits civils peut être fiduciaire, de même que la personne morale autorisée par la loi.

1275. Le constituant ou le bénéficiaire peut être fiduciaire, mais il doit agir conjointement avec un fiduciaire qui n'est ni constituant ni bénéficiaire.

1276. Le constituant peut désigner un ou plusieurs fiduciaires ou pourvoir au mode de leur désignation ou de leur remplacement.

1277. Le tribunal peut, à la demande d'un intéressé et après un avis donné aux personnes qu'il indique, désigner un fiduciaire lorsque le constituant a omis de le désigner ou qu'il est impossible de pourvoir à la désignation ou au remplacement d'un fiduciaire.

Il peut, lorsque les conditions de l'administration l'exigent, désigner un ou plusieurs autres fiduciaires.

1278. Le fiduciaire a la maîtrise et l'administration exclusive du patrimoine fiduciaire et les titres relatifs aux biens qui le composent sont établis à son nom; il exerce tous les droits afférents au patrimoine et peut prendre toute mesure propre à en assurer l'affectation.

Il agit à titre d'administrateur du bien d'autrui chargé de la pleine administration.

ينتهي عقد التصرف الائتماني بانقضاء الالتزام الذي أنشئ من اجل ضمانه بالوفاء أو ما يعادل الوفاء أو ما دون الوفاء بما في ذلك أصل الدين و الفوائد , كما يمكن أن ينتهي التصرف الائتماني بانتهاء المدة التي حددها الطرفان في العقد (1) , فإذا إنتهت المدة المحددة في العقد أو وصلت إلى أقصاها 100 سنة حسب القانون أعيدت ملكية المال و حيازته محل التصرف لمالكه الأول أي المتصرف (2) .

(1) - حددها القانون الكندي ب 100 سنة كاملة :

1272. Le droit du bénéficiaire du premier ordre s'ouvre au plus tard à l'expiration des 100 ans qui suivent la constitution de la fiducie, même si un terme plus long a été stipulé. Celui des bénéficiaires des ordres subséquents peut s'ouvrir postérieurement, mais au profit des seuls bénéficiaires qui ont la qualité requise pour recevoir à l'expiration des 100 ans qui suivent la constitution de la fiducie.

Les personnes morales ne peuvent jamais être bénéficiaires pour une période excédant 100 ans, même si un terme plus long a été stipulé.

(2) انظر القانون الكندي بالتفصيل :

SECTION

DE LA FIN DE LA FIDUCIE

1296. La fiducie prend fin par la renonciation ou la caducité du droit de tous les bénéficiaires, tant du capital que des fruits et revenus.

Elle prend fin aussi par l'arrivée du terme ou l'avènement de la condition, par le fait que le but de la fiducie a été atteint ou par l'impossibilité, constatée par le tribunal, de l'atteindre.

1297. Le fiduciaire doit, au terme de la fiducie, remettre les biens à ceux qui y ont droit.

À défaut de bénéficiaire, les biens qui restent au terme de la fiducie sont dévolus au constituant ou à ses héritiers.

1298. Les biens de la fiducie d'utilité sociale qui prend fin par suite de l'impossibilité de l'accomplir sont dévolus à une fiducie, à une personne morale ou à tout autre groupement de personnes ayant une vocation se rapprochant le plus possible de celle de la fiducie. La désignation en est faite par le tribunal, sur la recommandation du fiduciaire. Le tribunal prend aussi l'avis de la personne ou de l'organisme désigné par la loi, si la fiducie était soumise à leur surveillance.

و بناء على ما تقدم يمكننا تعريف التصرف الائتماني بأنه عقد يقوم بمقتضاه شخص يدعى المتصرف بنقل ملكية و حيازة مال معين لشخص آخر يدعى المتصرف إليه مقابل قرض أو ضمان ليقوم بتسييره و حراسته بنفسه أو بمساعدة شخص ثالث دون التصرف فيه على أن يتعهد بإرجاعه خلال مدة يحددها العقد أو بعدما يكون قد إستوفى حقه المستحق الأداء .

الفرع الثاني : التطور التاريخي للتصرف الائتماني

ترجع نشأة التصرف الائتماني إلى القانون الروماني أساسا أين لم يكن هذا القانون في مراحل تطوره الأولى يفرق بين الشيء و الحق الذي يرد عليه من ناحية (1), و عدم التفرقة بين الملكية و غيرها من الحقوق العينية الأصلية من ناحية أخرى . و نتيجة لذلك ظهرت الحاجة إلى التصرف الائتماني كأداة ضمان بعد ما تعرضت التأمينات العينية لعدة إنكاسات , إذ يعتبر ظهور التصرف الائتماني وسيلة لمواجهة الحاجة إلى ضمان قوي لا يعرض صاحبه للمخاطر التي يتعرض لها صاحب التأمين العيني في حالة إفلاس المدين (2) .

(1) كان القانون الروماني يخلط بين "الشيء و المال " و تسمية الأشياء بالأموال مع أن لكل من الاصطلاحين مدلولاً خاصاً به . ذلك أن المقصود بالمال في عرف القانون هو الحق ذو القيمة المالية أياً كان نوعه و محله , أي سواء أكان حقاً عينياً أم شخصياً أم حقاً ذهنياً أو فكرياً . أما الشيء فيراد به الدلالة على محل ذلك الحق . سواء أكان هذا الشيء مادياً أم غير مادي , و من المسلم به أن القانون لا يهتم بالأشياء إلا باعتبارها محلاً للحقوق . و أن الحقوق التي يعني بها القانون المدني هي الحقوق ذات القيمة المالية , فهذه الحقوق هي الأموال , أما الأشياء فهي محال هذه الحقوق . و قد تفتن الفكر القانوني الحديث لما وقع فيه القانون الروماني من خلط فقرروا أم كل شيء لا يخرج عن التعامل بطبيعته أو بحكم القانون يصح أن يكون محلاً للحقوق المالية , و أن المال هو كل حق له قيمة مادية و بذلك عني المشرعون التمييز ما بين الأشياء و الأموال و الواقع أن هذا المفهوم المتطور لفكرتي الأشياء و الأموال قد مر بمراحل متعددة حتى استقر اليوم في الفقه المعاصر و بعض التشريعات المعاصرة الحديثة ذلك أن تعبير الأموال كان يطلق في البداية على الأشياء التي يمكن الاستئثار بها و تملكها فلم تعتبر أموالاً , ثم وجد بعد ذلك أن فكرة المال ليست قاصرة على الأشياء وحدها فهناك حقوق ترد على هذه الأشياء تعتبر بحد ذاتها أموالاً كحقوق الارتفاق مثلاً , إلى جانب الحقوق الشخصية و هي حقوق ذات قيمة مالية دون شك و محلها كما هو معلوم عمل أو امتناع عن عمل و ليس شيئاً من الأشياء أضف إلى ذلك القيم المعنوية التي ظهرت نتيجة التطورات الاجتماعية و الاقتصادية التي أصبحت تعتبر عنصراً من عناصر ثروة الأفراد و الهيئات و مجالاً لعلاقات قانونية متنوعة و بالتالي مصدراً لمنافع تقوم بالمال فكان لا بد من فسح المجال أمام هذه الحقوق لكي تدخل في معنى المال . و مع ذلك فإن الخلط بين الأشياء و الأموال ما يزال شائعاً . على أن بعض التشريعات التي ميزت بنصوص صريحة بين الأشياء و الأموال عادت و خلطت في نصوص أخرى بين هذين المفهومين كالقانون المدني الجزائري المادة 350 منه و الذي اعتبر ما يلتزم بنقله البائع شيء .

(2) الحقوق العينية في القوانين المدنية على نوعين : حقوق عينية أصلية و حقوق عينية تبعية فالصفة العينية هي التي تجمع بينهما , و الفرق بينهما السلطة التي يقرها القانون فإذا كانت مباشرة على الشيء دون توسط كان الحق عيني أصلي كحق الملكية و ما يتفرع عنها , و الحقوق التي تتفرع عنها هي حق التصرف , حقوق المنفعة و الاستعمال و السكن و المساطحة , حقوق الارتفاق , حق الوقف , حق الإيجار الطويل - هذا حسب القانون المدني العراقي المادة 68 - فهذه الحقوق لم تكن معروفة لدى القانون الروماني لأنه لم يكن يعرف الملكية كسلطة يخولها القانون للمالك على الشيء بمنحه حق الاستغلال و الاستعمال و التصرف و ليس الحيازة .

و من هنا ظهرت الحاجة إلى تصرف معين يحقق عدة أغراض لسد هذا النقص سواء في مجال الالتزامات أو الضمان , لذلك نجد أن القانون الروماني عرف نوعين من التصرف الإئتماني , التصرف الإئتماني على سبيل الأمانة (Fiducia cum amico) و التصرف الإئتماني على سبيل الضمان (Fiducia cum creditore) (1).

فأما الأول فيكون بنقل شخص ملكية شيء لشخص آخر لا في سبيل ضمان دين بل على سبيل الأمانة كذهاب المتصرف إلى سفر أو حرب أو ما شابه ذلك تعاد له الملكية عند عودته منحها للمتصرف إليه فقط خوفاً عليها من الضياع لإمكانية طول مدة غيابه (Fiducia cum amico) و هذا ليس موضوعنا لان التصرف هنا أستخدم ليؤدي الأغراض التي تقوم بها الوديعة و العارية في القوانين الحديثة (2) .

و الثاني التصرف الإئتماني على سبيل الضمان (Fiducia cum creditore) و هو موضوع بحثنا هدفه الحصول على قرض أو ضمان و هو بهذا المعنى يلعب دوراً هاماً باعتبار أول نوع من أنواع التأمينات العينية التي ظهرت في القانون الروماني , و ذلك لأن الفكر القانوني و الصياغة القانونية لم تكن قد إرتقت بعد إلى حد الفصل بين الملكية و الحيابة , فقد كان حق الملكية يختلط بالشيء الوارد عليه , و بالتالي كان النظر إلى الملكية على إعتبار أنها السيطرة المادية على الشيء أكثر من كونها حق و لذلك كان من المتعذر فصل الملكية عن الحيابة . و أصبح من المحتم أن من تنتقل إليه السيطرة المادية على الشيء يكن مالكا له (3) .

(1) -انظر أكتهم احمد إبراهيم حسن -التصرف الإئتماني أو نقل الملكية على سبيل الضمان في القانون الروماني مؤسسة الثقافة الجامعية 1990 ص 5 و ما بعدها .
(2) Ch . Larroumet la fiducie inspirée du trust d . 1990 chr 119
(3) . - قارن أكتهم احمد إبراهيم حسن -التصرف الإئتماني أو نقل الملكية على سبيل الضمان في القانون الروماني ص 10 و انظر في الأسباب الأخرى التي أدت إلى ظهور هذه الوسيلة من التأمين العيني في العصور القديمة ص 9 و ما بعدها . انظر هامش الصفحة 108 من الاطروحة الفقرة 2 و التي توضح عدم تفرقة القانون الروماني بين الملكية و الحيابة و بين الشيء و المال .

و قد كان التصرف الإئتماني على سبيل الضمان في القانون الروماني يتمثل في قيام المدين بنقل ملكية الشيء إلى الدائن بالطرق العادية لنقل الملكية في القانون الروماني مع إلزام الدائن بمقتضى الإتفاق الإئتماني بإعادة نقله للمدين مرة أخرى عند وفائه بالدين المضمون (1) .

و رغم أن القانون الروماني عرف هذا النوع من التصرفات و إعتبره من أقدم العقود العينية إلا أن ذلك لا يعني أن القوانين الحديثة أهملته بل في وقتنا الحاضر أخذت به أغلب دول العالم كالقانون الألماني و الانجليزي (2) .

ففي القوانين الحديثة لم يخنف التصرف الإئتماني على سبيل الضمان بل أصبح يسمى في القانون الألماني " **Sicherungstreuhand** " و الذي يعتبره من أكثر التأمينات العينية الواردة على المنقولات عموما بالرغم من غياب التنظيم التشريعي له في هذا القانون (3) و كذلك النظم الأنجلوأمريكا عرفت أيضا نظاما مشابها للتصرف الإئتماني يطلق عليه اسم " تروست " (4) كما عرف في فرنسا مؤخرا مشروع قانون للتصرف الإئتماني في 20-02-1992 غير أنه لم يرى النور ليومنا هذا (5) أما القانون الجزائري فلم يعرف مثل هذا النوع كما لم يعرف بيع الوفاء و إكتفى بأحكام الرهن الحيازي في هذا الإطار .

(1) سبق شرحه في التعريف الصفحة 104-108 من الأطروحة .

(2) C.Witz la fiducie sûreté en droit français . l'évolution du droit des sûretés rev.jur.com.fév -

1982 .67

(3) CH. Larroumet.op.cit.p.119-

(4) عرفه القانون الانجليزي بعد الحرب الثانية تحت اسم trust .

De quoi s'agit-il ?

Le trust est une institution juridique répandue essentiellement dans les Etats de "common law". Il n'en demeure pas moins une réalité économique et juridique en Suisse: il occupe, en particulier, une place importante dans les affaires de gestion de fortunes privées que réalisent les banques suisses sur le plan international, sans parler du rôle non négligeable qu'il joue dans le financement d'entreprises. Par ailleurs, les sociétés fiduciaires et les études d'avocats tendent également à intensifier leurs activités en matière de planification et d'administration des trusts. Si ceux-ci tendent à prendre une importance croissante dans le domaine économique, la situation juridique actuelle, s'agissant du trust, n'en est pas moins ressentie comme insatisfaisante. Afin d'asseoir la reconnaissance du trust sur des bases juridiques fiables, de manière à renforcer la sécurité du droit dans l'intérêt de tous les acteurs intéressés, la Suisse devra ratifier la Convention de La Haye relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance. L'avant-projet prévoit aussi une adaptation de la loi fédérale sur le droit international privé et de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite.

(5) L.MARTIN sûretés traqués crédit détraqué banque 1975 1138 .

المطلب الثاني : تمييز التصرف الائتماني عن بيع الوفاء و الرهن الحيازي .

لوقوف على حقيقة التصرف الائتماني لا بد من التمييز بينه و بين الأنظمة التي تتشابه معه من حيث الانعقاد و الغاية كبيع الوفاء و الرهن الحيازي و إبراز أهميته مقارنة مع هذه الأنظمة .

الفرع الأول : التصرف الائتماني و بيع الوفاء

إذا كان بيع الوفاء عقد يحتفظ بمقتضاه البائع لنفسه بحق إسترداد الشيء في مقابل رد الثمن الأصلي و المصروفات خلال مدة معينة فإن التصرف الائتماني عقد يقوم بمقتضاه شخص يدعى المتصرف بنقل ملكية و حيازة مال معين لشخص آخر يدعى المتصرف إليه مقابل قرض أو ضمان على أن يتعهد بإرجاعه خلال مدة يحددها العقد أو بعدما يكون قد إستوفى حقه المستحق الأداء .

يبدو من خلال التعريفين أن الهدف النهائي من كل منهما واحدا و هو نقل الملكية على سبيل الضمان إلا أن هناك فروقا جوهرية بينهما يمكن تقديرها في الآتي :

1 - في بيع الوفاء نجد أن جميع أركان عقد البيع مجتمعة من رضا المتعاقدين و المبيع و الثمن كل ما هنالك أن هذا البيع معلق على شرط فاسخ هو رد البائع الثمن و ملحقاته , أما التصرف الائتماني لا شأن له بالبيع لأن المتصرف إليه لم يدفع أي ثمن و لكن نقل الملكية يتم على سبيل الضمان أي في مقابل منح الإئتمان للمدين الائتماني , كقرض يمنحه المتصرف إليه و لذلك لا يعتبر الثمن ركنا جوهريا في التصرف الائتماني .

2 - إن منح الضمان في التصرف الائتماني يتم بوسيلة مستقلة و منفصلة عن رابطة الإلتزام على عكس بيع الوفاء الذي يتضمن في ذاته العملية الائتمانية ووسيلة ضمانها , و لهذا فإن التصرف الائتماني أقرب إلى التأمينات العينية منه إلى البيع .

3 - و كذلك فإن التصرف الائتماني لا يتضمن أي حد أقصى للمدة التي يصح فيها الإسترداد كما هو الشأن في بيع الوفاء الذي تحدد فيه المدة ما بين سنتين إلى 5 سنوات حسب التشريعات المختلفة كالقانون الفرنسي و المصري و اللبناني (1) .

الفرع الثاني : التصرف الائتماني و الرهن الحيازي

إذا كان التصرف الائتماني عقد يربط بين الدائن و المدين يتعهد بموجبه هذا الأخير أن يضع ملكية و حيازة مال له عقارا أو منقولاً بين يدي دائئه مقابل قرض أو ضمان يحصل عليه منه على أن يعيد له هذا المال بعد تسديد ما عليه , فإن الرهن الحيازي حق عيني تبقي مقرر للدائن ضماناً لاستيفاء حقه يقدم خلاله المدين مالا منقولاً له يبقى في حيازة دائئه لغاية تسديد ما عليه من دين يعطي له حق التقدم على باقي الدائنين عند الإعسار و هو ما نصت عليه المادة 948 من القانون المدني الجزائري بقولها :

" ا لرهن الحيازي عقد به يلتزم به شخص ضماناً لدين عليه او على غيره ان يسلم الى الدائن او الى اجنبي يعينه المتعاقدان شيئاً يرتب عليه للدائن حقا عينيا يخوله حبس الشيء لحين إستيفاء الدين . و ان يتقدم الدائنين العاديين و الدائنين التاليين له في المرتبة في إقتضاء حقه من ثمن هذا الشيء في أي يد يكون " .

(1) حددها القانون المصري في التقنين المدني السابق 5 سنوات و التقنين المختلط سنتان أما في التقنين المدني الفرنسي فهي 5 سنوات - و في القانون اللبناني 3 سنوات (م.474 موجبات و عقود) و أما القانون الجزائري فلم يتطرق لذلك لأنه يرفض أصلاً مثل هذا النوع من البيوع و لو كان كذلك لفضلنا مدة 3 سنوات مثلما ذهب اليه المشرع اللبناني و كذلك قياساً بنص المادة 359 من القانون المدني الجزائري الخاصة بالغبن و التي حددت مدة التقادم في دعاوى تكملة الثمن بسبب الغبن هي 3 سنوات .

و عليه من خلال إستقراء النص نلاحظ أن التصرف الائتماني يتفق مع الرهن الحيازي في النقاط التالية :

- 1- يقترب التصرف الائتماني من الرهن الحيازي من حيث الوظيفة إذ أنهما يهدفان إلى ضمان حق الدائن من خطر إفسار المدين فكلاهما حق عيني تبعي و هو حق لا يقوم بذاته بل يستند وجوده إلى وجود حق آخر يسمى الحق الرئيسي و هو حق شخصي (دين) يتقرر الحق العيني التبعي ضمنا للوفاء به .
- 2 - في كليهما يسلم المال محل الضمان إلى الدائن أو إلى أجنبي يبقى في حيازته لحين إستيفاء الدين المضمون و عليه يكون ركن الحيازة ركن أساسي .
- 3 - كلاهما عقد يعطي للدائن الحق في حبس المال محل الضمان لغاية إستيفاء الدين .

غير أن التصرف الائتماني يمتاز عن الرهن الحيازي ليس فقط من حيث الشكل و لكن أيضا من حيث الآثار و عليه يمكن حصر الفروق في الآتي :

- 1- الرهن الحيازي عقد ينقل حيازة منقول حيازة مادية من المدين الراهن إلى الدائن المرتهن في حين التصرف الائتماني ينقل الملكية و الحيازة من المتصرف إلى المتصرف إليه .
- 2- في الرهن الحيازي لا يسكب الدائن ملكية الشيء المرهون , حتى و لو لم يسدد المدين الراهن لما عليه من دين أو انقضاء المدة في حين أن التصرف الائتماني يخول للمتصرف إليه الائتماني حق الملكية الفوري و الحال الذي يجنبه مزاحمة باقي الدائنين .
- 3- يقوم الرهن الحيازي على ركن الحيازة أي أن موضوعه ينصب على المنقولات في حين يقوم التصرف الائتماني على نقل الحيازة و الملكية من جهة و من جهة أخرى يكون موضوعه عقارات و منقولات .

4- في التصرف الائتماني يكون تنفيذ الضمان فيه أسهل و ايسر من الرهن الحيازي فإذا كان هذا الأخير يتطلب إتباع إجراءات البيع بالمزاد العلني فإنه في التصرف الائتماني يحصل الدائن على حقوقه بطريقة ميسرة أي أن تملك المال محل التصرف ملكية تامة و نهائية بعدما كانت معلقة على تسديد المتصرف لما عليه من دين .

5- الرهن الحيازي لا يكون نافذا في حق الغير إلا إذا انتقلت الحيازة من المدين الراهن إلى الدائن المرتهن وفقا لقاعدة الحيازة في المنقول سند للملكية إذا كانت الحيازة قائمة على حسن نية و سند صحيح في التصرف الائتماني لا يكون نافذا إلا إذا سجل و أشهر وفق إجراءات خاصة حسب كل تشريع يأخذ بنظام التصرف الائتماني (1) .

المطلب الثالث : الضمان الناشئ عن التصرف الائتماني

يترتب على التصرف الائتماني نقل ملكية الشيء إلى المتصرف إليه , لكن نقل الملكية في هذا التصرف ليس مقصودا في ذاته و إنما لتحقيق غاية أخرى و هي الضمان , و قد انعكست هذه الطبيعة على أحكام التصرف الائتماني ذاتها .
غير أن الطبيعة الخاصة للتصرف الائتماني تؤدي إلى التساؤل عما إذا كان يعتبر حق ملكية الشيء الناشئ عن التصرف الائتماني مختلفا عن حق الملكية في شكله العادي .

(1) المادة 1263 من القانون المدني الكندي :

1263. La fiducie établie par contrat à titre onéreux peut avoir pour objet de garantir l'exécution d'une obligation. En ce cas, la fiducie doit, pour être opposable aux tiers, être publiée au registre des droits personnels et réels mobiliers ou au registre foncier, selon la nature mobilière ou immobilière des biens transférés en fiducie.

Le fiduciaire est, en cas de défaut du constituant, assujéti aux règles relatives à l'exercice des droits hypothécaires énoncées au livre Des priorités et des hypothèques.

السبب في هذا التساؤل يكمن في أن ملكية الدائن لا تصبح ملكية بائنة و نهائية إلا إذا تخلف المدين عن الوفاء بما عليه من دين أو لم ينقص هذا الدين بأي سبب من أسباب الإنقضاء الأخرى كالوفاء و ما يعادل الوفاء و ما دون الوفاء (1) , أما في غير ذلك من الحالات فإنه يجب أن تعود ملكية الشيء محل التصرف الإئتماني إلى المدين مرة أخرى بمقتضى الإلتزام بالرد الناشئ عن هذا التصرف (2) .

في الواقع إن حق الدائن الإئتماني في ملكية الشيء محل التصرف الإئتماني لا يختلف عن الصورة العادية لحق الملكية , كل ما هنالك أن المالك الإئتماني يكون مقيدا في ممارسة حقه بالإلتزامات الناشئة عن الإلتفاق الإئتماني و ذلك وفق ما حدده العقد ذاته . و يرجع عدم إستقرار حق الملكية للدائن إلى أن الملكية خرجت عن وظيفتها الرئيسية باعتبارها حقا عينيا أصليا مقصود في ذاته و لذاته لتقوم بدور التامين و تأخذ صفة الحق العيني التبعية (3) , و لذلك أصبح مصير حق الملكية مرتبطا بالوفاء بالدين المضمون . و يترتب على التصرف الإئتماني أن يصبح الدائن الإئتماني مالكا للشيء محل التصرف و يستطيع أن يتصرف فيه للغير و يكون هذا التصرف نافذا في حق المدين الذي فقد كل حق عيني على الشيء . لكن إذا قام المدين بالوفاء بالإلتزامه بعد ذلك فإن الدائن لا يستطيع أن يرد إليه الشيء محل التصرف الإئتماني و بالتالي يصبح مسئولا أمام المدين .

(1) - علي سيد قاسم المرجع السابق ص 77 .

(2) - انظر في انقسام فقهاء القانون الروماني حول تحديد طبيعة هذا الحق - احمد حسن- المرجع

السابق- ص 74 .

(3) - الحق العيني الأصلي هو الحق القائم بذاته فهو السلطة المباشرة التي قررها القانون لفائدة شخص معين على شيء معين كحق الملكية مثلا أما الحق العيني التبعية فهو الحق التابع للإلتزام أو لحق شخصي كرابطة الإلتزام مهمته الضمان كالرهن الرسمي و الرهن الحيازي و الاختصاص و الامتياز .

فمصدر قوة التصرف الائتماني تكمن في أن الدائن الائتماني لم يعد يخشى أي شيء على حقه و لكن أصبح المدين هو الذي يخشى عدم إستطاعته إسترداد الشيء محل التصرف الائتماني فالدائن يقع على عاتقه مجرد إلتزام شخصي بالرد ناشئ عن التصرف الائتماني (1) ففي حالة إفلاس المدين مثلا ، فإن الدائن لا يخشى شيئا ، حيث أن الشيء محل التصرف الائتماني قد إنتقلت إليه ملكيته و لم يعد يدخل في الضمان العام للمدين و لم يتعلق به حقوق الدائنين و بالتالي لا يتعرض الدائن لأية مزاحمة من أحد فالملكية هنا تمثل ضمانا قويا ضد مخاطر إعسار أو إفلاس المدين .

و بناءا على كل ذلك بات من الضروري على المشرع الجزائري الاهتمام بهذا النوع من الضمان لما له من فعالية تفوق التأمينات الأخرى و تزيد من حظوظ الدائن في استيفاء حقه من المدين المفلس و حثه على التعامل بكل ثقة و حرية .

(1) -- علي سيد قاسم المرجع السابق ص78.

الخاتمة

من دارستنا للموضوع إضح لنا أن الصياغة القانونية و الوسائل الفنية للضمان و التي إستقرت مدة من الزمان في نطاق قانون التأمينات بدأت تتطور بتطور العالم في ظل

العولمة و إقتصاد السوق . فقانون التأمينات يبدو اليوم غير ملائم مع ما يجري في مجال حركة رؤوس الأموال و تبادل السلع و البضائع , فهو بذلك عاجز عن إستيعاب التطور و حاجة ماسة إلى ضمانات قوية و فعالة , مما أدى بالدائنين إلى التخلي شيئا فشيئا عن قانون الإلتزامات و قانون الأموال لتوظيف بعض الوسائل القديمة أو إبتداع وسائل جديدة لإشباع هذه الحاجة العصرية للضمان , منها الملكية كوسيلة فعالة للضمان لسهولة إنشاءها و تنفيذها و قلة تكلفتها .

و نتج عن هذا كله , أن شهد الفكر القانوني تطورا هائلا في مجال الضمانات فلم يعد الرهن الرسمي يقتصر على العقارات بل إمتد إلى المنقولات ذات الطبيعة الخاصة التي يمكن تعيينها تعيينا ذاتيا , كما أن الرهن الحيازي إتسع نطاقه فلم يعد يستلزم في بعض الحالات نقل الحيازة . و أن البعض فضل الأخذ بالملكية و توظيفها لتقوم بمهمة أخرى و هي الضمان و بهذا تصبح حقا عينيا تبعيو نقلها من حق عيني أصلي إلى حق عيني تبعيا إلى جانب كونها حقا عينيا أصليا .

كما أننا تمكنا من دراسة مقارنة بين القانون الجزائري و بعض التشريعات الأخرى إلى إلقاء الضوء على النظام القانوني للضمان , إبتداءا بالتطور التاريخي وصولا للملكية مقارنة مع الضمانات القانونية و الإتفاقية المنصوص عليها في التشريع الجزائري , كما إطلعنا على تفاعله مع الواقع الإجتماعي و الإقتصادي , و قدرته على العصرية و التحديث , و ما قد ينطوي عليه من توافق في الأهداف و الصياغة بتوظيف الملكية بالإحتفاظ بها أو بنقلها على سبيل الضمان كل ذلك حماية للبائع من خطر إعسار المشتري .

وتوصلنا بدراستنا لنظام الضمان من خلال كل من القانون الجزائري , المصري , الفرنسي و الألماني , و تقييمهم و تحليلهم و معرفة مدى قدرة توظيف الملكية على التطور و الإستجابة لمقتضيات الواقع و المعاملات المعاصرة الى :

أولا : أن المشرع الجزائري متأثرا بنظيره المصري لم ينظم شرط الإحتفاظ بالملكية بل إكتفى فقط بالإشارة إليه . وأن المشرع الفرنسي الحديث لم يضع تنظيميا شاملا له , بل إقتصر على تنظيم جانب واحد فقط ليزيد من فعالية الشرط و قوته , و يتعلق الأمر

بأحقية البائع في إسترداد المبيع من تفضيلة المشتري المفلس , و ذلك على طريقة نظيره الألماني منذ إبرام إتفاقية فينا بتاريخ 1980/04/11 الخاصة بتبادل السلع و البضائع بين البلدين .

فشرط الاحتفاظ بالملكية يعرف اليوم ثلاثة نماذج في تنظيم الشرط : النموذج الجزائري على غرار المصري الأكثر ضعفا . النموذج الألماني الأكثر قوة و تطور حيث يحتل الشرط المذكور مكانة كبيرة على صعيد التبادل التجاري و علاقات الإئتمان . النموذج الفرنسي الذي يحتل مكانة وسط , و يحاول الخلاص من نقطة الضعف التي كان يشترك فيها مع القانونين الجزائري و المصري (عدم نفاذ الشرط قبل دائني المشتري المفلس) و هو اليوم يفرض عليه التطور الإقتصادي الأخذ بالحل الألماني .

ثانيا : توظيف الملكية بشكل آخر لا بالإحتفاظ بها لغاية إستيفاء البائع لحقه من المشتري الذي يمكن أن يقع في إفلاس محتمل بل بنقلها لتؤدي نفس الوظيفة و هي الضمان كما هو الحال في بيع الوفاء و التصرف الائتماني و الذي سلف أن أبرزنا فوائدهما من حيث الضمان و الفعالية التي تفوق الضمانات التقليدية التي أصبحت حملا ثقيلًا على البائعين الذين سرعان ما تخلوا عنها بحثا عما هو أفضل في ظل العولمة و إقتصاد السوق .

و نستنتج من هذا كله :

- أنه لا بد من الأخذ بمفهوم واسع و حديث لفكرة الضمانات في نطاق القانون الخاص , مفهوم يفرضه الواقع الاقتصادي في ظل العولمة و التخلي عن التأمينات بمفهومها التقليدي , و هذا ما تبرره طبيعة و مصدر كل منهما :

فمن حيث الطبيعة : نجد أن الضمانات لا تعتمد على آلية الأولوية و التتبع كما في التأمينات العينية و التأمينات الشخصية , و إنما تعمل بصفة عامة على إلغاء أو تقليل المخاطر التي يتعرض لها الدائن في إستيفاء حقه و تعزيز مركزه .

و من حيث المصدر : نجد أن هذه الضمانات تنشأ من نفس رابطة الإلتزام بينما نجد أن التأمينات التقليدية تضاف إلى رابطة الإلتزام و لا تعد بحال من الأحوال أثر لهذه الرابطة فهي تنشأ دائما من مصدر مستقل عن مصدر رابطة الإلتزام التي تعمل على ضمان الوفاء بها .

- أن توظيف الملكية في مجال الإلتزام يمكن أن يعمل جنبا إلى جنب مع نظم التأمينات التقليدية لتعطي الدائن (البائع) ضمانا قويا بالرغم من بقائه دائنا عاديا . هذا الضمان يتمثل في مركز متميز يوجد فيه الدائن (البائع) مصادفة مما يترتب عليه الإفلات من مزاحمة باقي الدائنين له , بالتالي الخروج على مبدأ المساواة بين الدائنين .

- أن أمام الدائن (البائع) توظيف وسائل قانونية تقليدية في قانون الإلتزامات كالملكية طبقا لمبدأ الحرية التعاقدية , يحقق لنفسه مركزا عقديا متميزا خارج نطاق التأمينات , والعودة كما كان الشأن في القوانين القديمة إلى الحياة و الملكية في نطاق الضمان .

على هذا الأساس و نظرا لكون الأحكام المطبقة في هذا الصدد في القانون الجزائري غير واضحة نقترح على المشرع الآتي :

- تنظيم شرط الإحتفاظ بالملكية تنظيما تفصيليا على طريقة القوانين الحديثة , القانون الفرنسي , الألماني و الكندي لتحقيق الأهداف الإقتصادية و القانونية , فعليه تنظيم وسائل شهره و علانيته لتحقيق الحماية اللازمة للغير .

- إلغاء الفقرة الرابعة من المادة 363 من القانون المدني التي جاء فيها : " تسري أحكام الفقرات الثلاثة السابقة حتى و لو أعطى المتعاقدان للبيع صفة الإيجار " , و هذا

معناه سريان أحكام البيع لأجل أو بالتقسيت على عقد البيع الايجاري رغم إختلاف الأهداف الاقتصادية و القانونية لكل من العقدين و ضرورة تنظيم كلاهما تنظيميا محكما .

- إعادة النظر في مسألة أسباب تقرير بطلان بيع الوفاء بنص المادة 396 من القانون المدني التي جاء فيها : " يكون البيع باطلا إذا إحتفظ البائع يوم البيع بحق إسترداد الشيء المبيع في أجل معين " , و التي تبدو غامضة , كما أنه لم ينص على الأسباب التي توقعها واضعوا التقنين المدني الجزائري من وراء إجازة بيع الوفاء رغم أن هناك دولا متقدمة لا تزال تأخذ به كندا و فرنسا ولبنان وما ذهبت إليه الشريعة الإسلامية خاصة و أنها المصدر الثاني للتشريع في الجزائر .

- أما التصرف الإئتماني فإن دراسته أصبحت ضرورية لأنه يستجيب إلى حاجات اقتصادية مشروعة إذ يخضع لمبدأ الحرية التعاقدية و عليه يمكن الاستفادة منه كوسيلة لتحقيق الضمان في نطاق الديون بصفة خاصة بعدما ثبت جدواه لسهولة أبرامه و فعاليته عن الرهن الحيازي في هذا المجال .

تم بحمد الله و فضله .

ABREVIATIONS UTILISEES

ART	: Article
ART . PREC	: article précédent
BULL.CIV	: Bulletin civil de la cour de cassation CASS
	: cassation
CASS COM	: cassation commerciale
COM	: commerciale
CASS.CIV	: Cour de cassation , chambre civile
C.A	: Cour d'appel
CHRON	: chronique
CONC	: conclusion
D.	: Dalloz
ED	: Edition
IBID	: la même référence
I.R	: informations rapides
IDEM	: même ouvrage
Juris . class . civ	: juris classeur civil

JUR	: jurisprudence
Op . cit	: ouvrage cité
P	: page
Précité préc	: référence déjà citée
LEG	: législation
L.G.D.J	: Librairie générale de droit et de jurisprudence
N	: Numéro
R.T.D civ	: revue trimestrielle de droit civil
Req	: cour de cassation chambre des requêtes
REV	: revue
RTD COM	: revue trimestrielle commerciale
TH	: thèse
T.G.I	: tribunal de grande instance
T	: tome
Th . cit	: thèse citée

نماذج من عقود تتضمن شرط الاحتفاظ بالملكية على سبيل الضمان .

الوسائل الحديثة في مجال
الضمانات أقرتها الجمعية
العامة الكندية بموجب مشروع
قانون صادر في
1998/03/31 يحمل رقم 181
أين أقر بيع الوفاء و شرط الاحتفاظ
بالملكية

قائمة المراجع :

أولا : باللغة العربية :

المراجع العامة :

- 1_ ابتسام القرام , المصطلحات القانونية في التشريع الجزائري , قصر الكتاب , البلدة , الجزائر .1998.
- 2_ أنور سلطان , شرح عقدي البيع و المقيضة , الإسكندرية 1992.
- 3_ إسماعيل غانم , الوجيز في عقد البيع , القاهرة 1963.
- 4_ أكثم الخولي – الموجز في القانون التجاري – القاهرة 1970
- 5_ توفيق حسن فرج , عقد البيع و عقد المقيضة , الإسكندرية 1970.
- 6_ ثروت عبد الرحيم – القانون التجاري المصري القاهرة 1982
- 7_ جلال علي العدوى , عقد البيع , الإسكندرية .1988
- 8_ سليمان مرقس – شرح القانون المدني – العقود المسماة – عقد البيع القاهرة 1990
- 9_ سمير تناغو , عقد البيع , الإسكندرية , منشأة المعارف 1990.
- 10_ عبد الرزاق السنهوري – الوسيط في شرح القانون المدني – الأجزاء 1-2-3-4-9-10 بيروت .1970
- 11_ عبد العزيز باشا فهمي – ترجمة مدونة جستتيان بيروت 1980 ..
- 12_ عبد المنعم البدراوي , عقد البيع , القاهرة 1960.
- 13_ علي علي سليمان , محاضرات في عقد البيع , الجزائر 1975.

- 14_ محمد طه البشير , الحقوق العينية , الجزء 1-2 , وزارة التعليم العالي والبحث العملي , بغداد 1982 .
- 15_ مصطفى الجمال - عقد البيع - الإسكندرية . 1986
- 16_ محمد حسنين , عقد البيع في القانون المدني الجزائري , ديوان المطبوعات الجامعية , الجزائر 1983 .

المراجع المتخصصة :

- 1- --- احمد إبراهيم حسن , التصرف الائتماني أو نقل الملكية على سبيل الضمان في القانون الروماني , مؤسسة الثقافة الجامعية . 1990
- 2- -- حمد الله محمد حمد الله , حماية بائع المنقولات المادية من خلال شرط الاحتفاظ بالملكية , دار النهضة العربية , 1997 .
- 3 -- حسين الماحي , أثار شرط الاحتفاظ بالملكية في البيع التجاري الائتماني , دار أم القرى , 1995 .
- 4- -- محمد حسين منصور , شرط الاحتفاظ بالملكية في بيع المنقول المادي , منشأة المعارف , الإسكندرية 1996 .
- 5- --- - محمد احمد عبد الرحمن الزرقا , جواهر التبسيط في قواعد البيع بالتقسيط , دار النهضة العربية , القاهرة 2000 .
- 6- -- نبيل إبراهيم سعد , الضمانات غير المسماة , منشأة المعارف , الإسكندرية 2000.
- 7 - - نبيل إبراهيم سعد , نحو قانون خاص بالائتمان , منشأة المعارف , الإسكندرية 1991 .
- 8 - - علي سيد قاسم , شرط الاحتفاظ بالملكية و نظام الإفلاس , دار النهضة العربية , القاهرة . 1991
- 9 -- علي السيد عبد الحكيم الصافي , الضمان في الفقه الإسلامي , مطبعة الآداب , النجف الأشرف , العراق . 1977
- 10 - سميحة القليوبي , الأسس القانونية لعمليات البنوك , دار الفكر العربي 1988

باللغة الفرنسية:

ouvrages spécialisés:

- 1 - A.Martel – tribes . la clause de réserve de propriété , 1977.
- 2 - J.Gueynot A.Fresy , Similitudes et divergences de la conception de la réserve de propriété en droit français et anglais 1984.
- 3 - M.STORCK, revendication des marchandises et sort d'un contrat de vente conclu avec une clause de réserve de propriété , d.s 1988.
- 4 - PH.KAHIM, la vente commerciale internationale PARIS 1961.
- 5 - S.Cardi , la vente en droit comparé occidental et oriental , paris 1968.

Thèses :

- 1 - Daoudi Brahim le transfert de la propriété et des risques dans la vente en droit français et algérien comparés , paris 1984
- 2 - F.Pérochon , la réserve de propriété dans la vente de meubles corporels , th.Montpellier , litec, 1988.
- 3 - Juan – Bonhomme , le transfert des risques dans la vente de meubles corporels , th. Montpellier , 1978. .
- 4 - L.Aynès , la cession de contrat et les opérations juridiques th.Paris 1984
- 5 - Schulze , le mécanisme de la réserve de propriété en droit civil et international privé Franco-allemand , th.Paris 1976.

Revue et photocopies :

- 1 - A.Dédé , des problèmes juridiques que pose la clause de réserve de propriété ,rev.cr.leg.juris.1937 .
- 2 - M.Pédamon la réserve de propriété en droit allemand et en droit français ,revu jur com n°spécial fév. 1982.
- 3 - Service de recherche juridiques comparatives , l'étude des effets de la clause de réserve de propriété dans la vente commerciale (photocopié) paris , 1976.
- 4- Sophie DRUFFFIN –BRICCA Laurence – caroline HENRY , introduction au droit et droit civil , Gualino éditeur EJA – PARIS – 2003
- 5 - - Sophie DRUFFFIN –BRICCA Laurence – caroline HENRY , droit civil , les obligations Gualino éditeur EJA – PARIS – 2004
- 6-Corinne Renault – Brahinsky , l'essentiel du droit des contrats , Gualino éditeur EJA – PARIS – 2000
- 7 - - T.M Margellos , la protection du vendeur d'objets mobiliers corporels à crédit , à travers la clause de réserve de propriété L.G.D.J , 1989.
- 8 - Y .Loussouarn , le transfert de propriété par l'effet des contrats , cours pour le doctorat (photocopié) paris , 1969-1970.
- 9- Y.Demoures , la vente avec réserve de propriété R.T.D com 1982.

القوانين :

- 1 _ القانون المدني الجزائري , أمر رقم 58/75 المؤرخ في 26/09/1975 المعدل بالقانون رقم 10/05 المؤرخ في 20 يونيو 2005 الجريدة الرسمية 44 الصادرة في 26 جوان 2005 .
- 2 - القانون التجاري الجزائري أمر رقم 59/75 الصادر في 26/09/1975 المعدل و المتمم بقانون 02/05 الصادر في 6 فبراير 2005 .
- 3 -- القانون المدني المصري رقم 131 الصادر في 16 يوليو 1948
- 4- القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951 .
- 5 - مجلة الأحكام العدلية في فقه المعاملات في الفقه الحنفي , دار ابن حزم بيروت 1974 .
- 6 - مرشد الحيران إلى معرفة أحوال الإنسان , الدار العربية للتوزيع و النشر عمان 1987 .

7 - Code civil français décret du 5 mars 1803 et promulgué le 24 du même mois 15 mars 1803 Dalloz codes d'audiences 1 janvier 1958 29 e ed

Sites internet :

www.google.com
www.yahoo.fr
www.law-book.net
www.cac.educ.eg
www.ju.edu.jo
www.fikr.com
www.alkitab.com
www.resalah.com
www.khayma.com/arabic
www.lemonde.fr
www.larousse-bilingues.com

تشكرات
إهداءات
مقدمة

الفصل الأول : الاحتفاظ بالملكية على سبيل الضمان8
المبحث الأول : ماهية شرط الاحتفاظ بالملكية و مكانته

9.....

المطلب الأول : ماهية شرط الاحتفاظ بالملكية

9.....

الفرع الأول : تعريف شرط الاحتفاظ بالملكية و مدى صحته

10.....

أ - تعريف شرط الاحتفاظ بالملكية

10.....

ب - مدى صحة شرط الاحتفاظ

13.....الملكية

الفرع الثاني :أموال شرط الاحتفاظ بالملكية

17.....

الفرع الثالث : أهداف و مميزات شرط الاحتفاظ بالملكية

19.....

أ- أهداف شرط الاحتفاظ بالملكية

19

ب- مميزات شرط الاحتفاظ بالملكية

21.....

المطلب الثاني :مكانة شرط الاحتفاظ بالملكية

22.....

الفرع الأول : التطور التاريخي لمكانة شرط الاحتفاظ بالملكية

23.....

أ- في القانون الألماني

23.....

ب- في القانون الفرنسي

25.....

الفرع الثاني : مكانة شرط الاحتفاظ بالملكية ضمن ضمانات

26.....البائع

أ - الضمانات القانونية 26

ب - الضمانات الاتفاقية 38

المبحث الثاني: الطبيعة القانونية لشرط الاحتفاظ

بالملكية.....44

المطلب الأول: الطبيعة القانونية لشرط الاحتفاظ بالملكية في الفقه و

القضاء.....44

45.....الفرع الأول: في الفقه

الاتجاه الأول: نظرية الشرط

46.....

46..... أ- الشرط الواقف

49..... ب- الشرط الفاسخ

الاتجاه الثاني: نظرية الأجل

51.....

الفرع الثاني: في

القضاء.....54

المطلب الثاني: الطبيعة القانونية لشرط الاحتفاظ بالملكية في القانون

الجزائري و المقارن

58.....

الفرع الأول: الطبيعة القانونية لشرط الاحتفاظ بالملكية في

القانون الجزائري 58 الفرع الثاني: الطبيعة القانونية

لشرط الاحتفاظ بالملكية في القانون المقارن.60

أ- في القانون الألماني

60.....

ب- في القانون الفرنسي

64.....

المبحث الثالث: آثار شرط الاحتفاظ بالملكية و بعض المشكلات الناتجة عنه

67.....

المطلب الأول: آثار شرط الاحتفاظ بالملكية

67.....

الفرع الأول : آثار شرط الاحتفاظ بالملكية فيما بين المتعاقدين

68.....

أ- حقوق و التزامات الطرفين

68.....

ب- آثار شرط الاحتفاظ بالملكية المتعلقة بانتقال الملكية

71.....

الفرع الثاني : آثار شرط الاحتفاظ بالملكية في اتجاه الغير

73

أ- الوضع في فرنسا قبل صدور قانون

75.....1980/05/12

ب- الوضع في فرنسا بعد قانون 1980

76.....

1- الشرط الأول : كتابة الشرط

77.....

2- الشرط الثاني : اشتراط الشهر

79.....

3- الشرط الثالث : بقاء البضاعة في يد المشتري

80.....

المطلب الثاني : بعض المشكلات الناتجة عن شرط الاحتفاظ بالملكية

83.....

الفرع الأول : تحمل تبعة الهلاك

84.....

الفرع الثاني : التنازع بين شرط الاحتفاظ بالملكية و بعض

الحقوق العينية. 86

الفرع الثالث : انتقال شرط الاحتفاظ بالملكية

87.....

الفصل الثاني : نقل الملكية على سبيل الضمان 90.....

المبحث و الأول : بيع الوفاء 90.....

<u>المطلب الأول</u> : ماهية بيع الوفاء	91.....
<u>الفرع الأول</u> : تعريف بيع الوفاء	91.....
<u>الفرع الثاني</u> : أركان بيع الوفاء	95.....
<u>الفرع الثالث</u> : تمييزها ببيع الوفاء عما يشبهه من عقود	97.....
أ- بيع الوفاء و البيع المعلق على شرط فاسخ	98.....
ب- بيع الوفاء و الرهن	99.....
ج- بيع الوفاء و بيع العهدة	100.....
د - تصرفات عملية تخفي بيع و فاء	102.....
<u>المطلب الثاني</u> : الطبيعة القانونية لبيع الوفاء	105.....
<u>الفرع الأول</u> الطبيعة القانونية لبيع الوفاء: في الفقه	105.....
أ- رأي فقهاء القانون الوضعي	105.....
1- الراضون لبيع الوفاء	105.....
2- المؤيدون لبيع الوفاء	106.....
ب- رأي الفقهاء المسالمون	107.....
1- بيع الوفاء بيع صحيح	108.....
2- بيع الوفاء بيع باطل و رهن صحيح	109.....

الفرع الثاني: بيع الوفاء في القانون الجزائري و المصري
110.....

أ - ف في القانون الجزائري
110.....

ب- ف في القانون المصري
112.....

المطلب الثالث: انقضاء بيع الوفاء بحق الاسترداد
115.....

الفرع الأول: أسباب الاسترداد
115.....

الفرع الثاني: مدة الاسترداد 120.....

الفرع الثالث: كيفية الاسترداد 122.....

الفرع الرابع: آثار الاسترداد
123.....

المبحث الثاني: التصرف الائتماني

125.....

المطلب الأول: ماهية التصرف الائتماني

126.....

الفرع الأول: تعريف التصرف

126..... الائتماني

الفرع الثاني: التطور التاريخي للتصرف الائتماني

130.....

المطلب الثاني: تمييز التصرف الائتماني عن بيع الوفاء و الرهن

الفرع الأول: التصرف الائتماني و بيع الوفاء الحيازي 133....

133.....

الفرع الثاني: التصرف الائتماني و الرهن الحيازي

134.....

المطلب الثالث: الضمان الناشئ عن التصرف الائتماني

136.....

خاتمة

المختصرات المستخدمة في الأطروحة ABREVIATIONS UTILISEES

نماذج من عقود تتضمن شرط الاحتفاظ بالملكية .

الوسائل الحديثة في مجال الضمانات التي أقرتها الجمعية العامة
الكندية 1998
قائمة المراجع .
الفهرس .