



ISSN2075-7220

الرقم الدولي:

ISSN2313-0377

الرقم الدولي الإلكتروني :

# مجلة المحقق المحلي للعلوم القانونية والسياسية

مجلة علمية فصلية محكمة تصدر عن كلية القانون بجامعة بابل

بعض البحوث التي وردت في هذا العدد:

- أ.د. ايمان طارق مكي
- زينب عبد каظم حسن
- أ.د. هادي حسين الكعبي
- تاج الدين باسم رشيد
- أ.د. نكري محمد حسين
- زينب عباس علي
- أ.م. د. حوراء أحمد شاكر
- مناهل عبد الحمزة عبد العباس
- مفهوم التنفيذ الجزئي للالتزام
- العقدي
- أثر توظيف الملكية كضمان في
- البيع الائتمانية
- التزام المستنبت بالمحافظة على
- الصف النباتي الجديد
- الركن المعاي لجريمة الإكراه على
- الزواج

العدد الرابع

2023

السنة الخامسة عشر

رقم الإيداع في دار الكتب والوثائق ببغداد 1291 لسنة 2009



ISSN: 075-7220  
ISSN ONLINE: 2313-0377

# **AL-Mouhaqiq Al-Hilly Journal**

## **For Legal and political science**

Quarterly Refereed and Scientific Journal Issued By  
College of Law in Babylon University

### **Some of the research included in this issue:**

- ◆ Prof.Dr. Iman Tariq AL-Shukri  
Zainab Abdel-Kazem Hassan
- ◆ Pro.Dr. Hadi Hussein Al-Kaabi  
Taj al-Din Bassem Rashid
- ◆ Prof.Dr.Zekra mohamed hoseen  
Zainab abas ali
- ◆ Asst.prof.Dr. Hawraa Ahmed Shaker  
Manahil Abdel Hamza Abdel Abbas
- ◆ the partial implementation of the contractual obligation  
(A Comparative Study)
- ◆ The effect of employing ownership as collateral in credit sales  
(A Comparative Study)
- ◆ Commitment The breeders in the governorate the new plant variety  
(A comparative study)
- ◆ The material element of the crime of forced marriage

**Fourth Issue**

**2023**

**fifteenth Year**

No. Deposit in the Archives office – office 1291 for the national Baghdad in 2009

# مجلة المحقق العلمي

## للعلوم والقانونية والإنسانية

مجلة علمية فصلية محكمة تصدر عن كلية القانون بجامعة بابل

العدد الرابع

السنة الخامسة عشر

2023

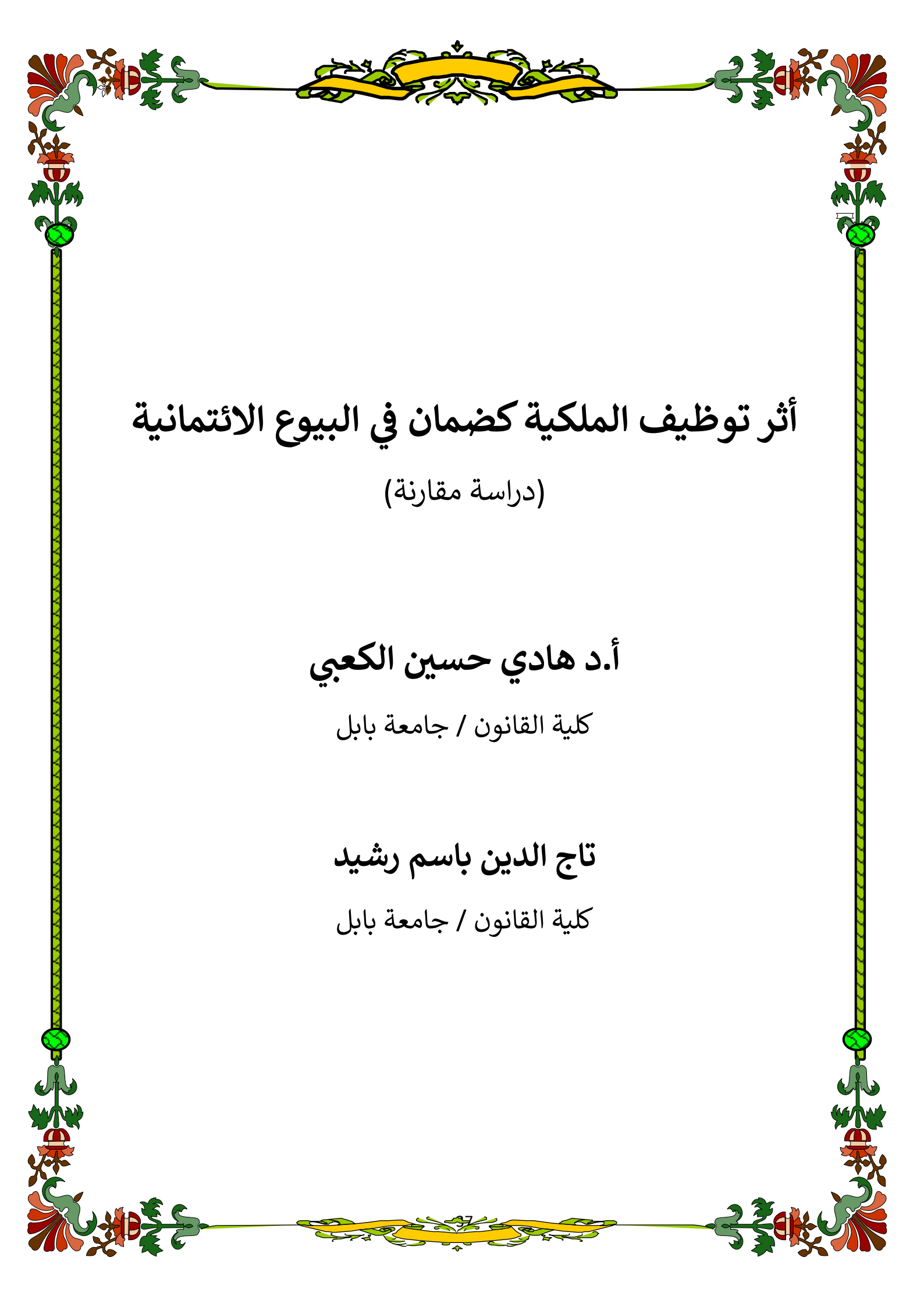
رقم الإيداع في دار الكتب والمخطوطات بغداد 1291 لسنة 2009

## الفهرس

العدد الرابع 2023

السنة الخامسة عشر

| ت | الموضوع                                                                                   | الباحث                                               | رقم الصفحة |
|---|-------------------------------------------------------------------------------------------|------------------------------------------------------|------------|
| 1 | مفهوم التنفيذ الجزئي للالتزام العقدي                                                      | أ.د. ايمان طارق مكي<br>زينب عبد الكاظم حسن           | 1 – 32     |
| 2 | اثر توظيف الملكية كضمان في البيوع الائتمانية ( دراسة مقارنة )                             | أ.د.هادي حسين الكعبي<br>تاج الدين باسم رشيد          | 33 - 68    |
| 3 | التزام المستنبت بالمحافظة على الصنف النباتي الجديد                                        | أ.د. ذكرى محمد حسين<br>زينب عباس علي                 | 69 - 95    |
| 4 | الركن المادي لجريمة الاكراه على الزواج                                                    | أ.م.د حوراء أحمد شاكر<br>مناهل عبد الحمزة عبد العباس | 96 - 123   |
| 5 | الاطار القانوني للجان التحقيقية او تقصي الحقائق المنشأة من قبل منظمة الامم المتحدة        | أ.م.د. انسام قاسم حاجم                               | 124 - 150  |
| 6 | التنظيم القانوني لعقد المضاربة ( دراسة مقارنة بالفقه الاسلامي)                            | م.د. حسن ضعيف حمود<br>أ.م.د. حبيب عبید مرزة          | 151 - 182  |
| 7 | الاعتراض على الحكم الاداري الغيائي ( دراسة مقارنة )                                       | م.د. احسان رحيم عبد محمد                             | 183 - 235  |
| 8 | آثر الغاء مكاتب المفتشين العموميين على الرقابة الإدارية ورقابة الهيئات المستقلة في العراق | م.د. محمد سالم لهيمص<br>م. قيس جاسم محمد             | 236 - 259  |
| 9 | الاطار القانوني لتنفيذ العقد الالكتروني                                                   | م.د. اريج محمد عبد المجيد                            | 260 - 286  |



# أثر توظيف الملكية كضمان في البيوع الائتمانية

(دراسة مقارنة)

أ.د هادي حسين الكعبي

كلية القانون / جامعة بابل

تاج الدين باسم رشيد

كلية القانون / جامعة بابل

## أثر توظيف الملكية كضمان في البيوع الائتمانية ( دراسة مقارنة )

أ.د. هادي حسيد الكبي

تاج الدين باسم رشيد

كلية القانون / جامعة بابل

كلية القانون / جامعة بابل

تاريخ استلام البحث: 2023/8/31

تاريخ قبول النشر: 2023/8/31

تاريخ نشر البحث: 2023/12/26

### الملخص

إن الهدف من توظيف حق الملكية كضمان في عقد البيع، يهدف الى ابقاء البائع مالكاً لمحل العقد الى حين حصوله على الثمن، فلم يكتفي البائع بالتأمينات التقليدية بما توفره من امتياز، حيث توصل الى انه كلما وجد حقه مرتبطاً بمحل العقد، كلما اصبح في مأمن في الحصول على الثمن، فلاحفاظ بالملكية كضمان اتفاقي في البيع الائتماني يترتب اثار بين طرفي العقد، فيشكل ضمانا للمدين كونه يبقيه مالكاً للمبيع حتى استيفاء الثمن، فيمكن هذا الضمان البائع عند تقاعس المشتري عن تنفيذ التزاماته او اعساره، من استرداد المال محل العقد كونه لا يزال مالكاً له، لهذا فان هذا الضمان يجعل المبيع بين شخصين، البائع الذي يحتفظ بالملكية، والمشتري الذي يحوزه، ويؤدي هذا التصرف الى مسائل قانونية مهمة، كتحديد مركز ألقانوني للمتعاقدين خلال فترة الضمان، والسلطات التي يمتلكها الطرفين، فحيازة المشتري للمال يجعله يظهر بمظهر المالك للمبيع، وقد ينتج عن هذه الحيازة من تصرفات مادية وقانونية يترتب بموجبها حقوقاً للغير على المبيع.

### المقدمة

#### اولا :- مدخل تعريفى للموضوع.

ان دور العوامل الاقتصادية تأثير واضح في تطوير للضمانات بالنسبة لطرفي العقد، اذ يتفق هؤلاء على شروط تعاقدية تنظم حاجاتهم الى ضمان يوفر لهم الحصول على حقوقهم بطريقة ميسرة وسهلة، فاذا كانت القواعد القانونية العامة توفر بعض الضمانات للبائعين تمكنهم من حماية حقوقهم الا ان الواقع العملي كشف عن قصور هذه الضمانات في تحقيق الغاية المطلوبة، فقد وجد البائعون في ميدان الانشطة التجارية في الدول الاوربية وبالاستعانة بمبدأ سلطان الارادة من خلال ادراج شرط بمقتضاه يعلق البائع نقل ملكية المبيع الى المشتري على شرط الوفاء بكامل الثمن هو توظيف الملكية كضمان، لذا فرضت الملكية نفسها كضمان اتفاقي فعال لحماية حقوق البائع في البيوع الائتمانية توقيه من خطر عدم استيفاء الثمن، فاذا كانت الارادة الفردية هي العنصر المحرك للتصرفات، الا ان اثارها في نطاق العقود يتوقف على الاتفاق بين اطراف العقد.

#### ثانيا:- اهمية البحث.

لم تحظى البيوع الائتمانية اهتماماً في التشريع العراقي، وهذا القصور التشريعي قد يولد العديد من المشكلات والصعوبات العملية حيث ان القواعد العامة قد لا تنسجم مع ما يرمى اليه اطراف العقد او تؤدي الى اضعاف هذا الضمان، فقد تتفاوت وقد تتعارض بشأنها الحلول المطروحة، بشكل يؤثر على مراكز العاقدین. فرغم ان البيع الائتماني يتوقف على مسلك المشتري بتجاه البائع فيما يتعلق بتنفيذ التزامه الاساسي، وهو الوفاء بكامل الثمن في ميعاد استحقاقه، الا ان هذه الالية تتأثر كثيراً بحالة المنقولات المبيعة، وما يطرأ على هذه المنقولات من اعمال قد تغير من طبيعتها، وما يصدر من المشتري من تصرفات تخرج المبيع من حيازته لها وتدخله في حيازة الغير.

**ثالثاً :- اشكالية البحث .**

الهدف من الائتمان هو بقاء الدائن مالكا للمال خلال فترة الضمان مع تمكينه من استرداد المبيع عند تخلف المدين عن الوفاء ، فما هو الاساس القانوني الذي يستند اليه المشتري في حيازة المبيع ،وماهي مصدر السلطات التي يمتلكها المشتري على المبيع ،حيث ان تواجد المال في حيازة الاخير قد ينتج عنه تصرفات قانونية ينشأ بموجبها حقوقاً للغير ومدى نفاذ هذا الضمان في مواجهتهم ،فهل يتمثل توظيف حق الملكية كضمان في المعاملات الائتمانية تمكين البائع من التمتع بمركز قانوني قوي وحماية كافية .

**رابعاً:- منهجية البحث.**

اعتمدنا في هذا البحث المنهج التحليلي المقارن للنصوص القانونية بين احكام القانون المدني العراقي،وتلك الاحكام التي وردت في كلاً من القانون المدني المصري،والقانون المدني الفرنسي،ومدى ملائمتها للواقع العملي ،وكذلك الاستعانة والاستشهاد بقرارات المحاكم القضائية لدعم الجانب النظري في موضوع محل البحث .

**خامساً:- هيكلية البحث.**

**المطلب الاول : اثر البيوع الائتمانية بين المتعاقدين.**

الفرع الاول :- المركز القانوني للبائع.

الفرع الثاني :-المركز القانوني للمشتري.

**المطلب الثاني : تزام البائع مع الغير.**

الفرع الاول :تزام البائع مع المتصرف اليه

الفرع الثاني :تزام البائع مع دائني المشتري .

**المطلب الثالث: شروط دعوى استرداد البائع للمبيع.**

الفرع الاول :- الكتابة.

الفرع الثاني :- بقاء المبيع على حالته العينية.

الفرع الثالث :- مراعاة الأجل عند رفع الدعوى



### اثر توظيف الملكية كضمان على البيوع الائتمانية .

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

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

المطلب الاول :- اثر البيوع الائتمانية بين المتعاقدين.

المطلب الثاني :- تراحم البائع مع الغير.

المطلب الثالث:- شروط دعوى استرداد البائع للمبيع.

### المطلب الاول

#### اثر البيوع الائتمانية بين المتعاقدين.

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

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

الفرع الاول :- المركز القانوني للبائع.

الفرع الثاني :- المركز القانوني للمشتري.



## الفرع الاول المركز القانوني للبائع

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

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

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

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

ذهب المشرع الفرنسي الى ان اساس التزام البائع بالتسليم المبيع الى المشتري هو قيام الاخير بدفع الثمن<sup>(9)</sup> ، الا في حالة واحدة وهي منح البائع للمشتري مهلة للدفع ، الا ان هذا الاستثناء يفقد فاعليته ولا يلتزم البائع بتسليم المبيع في حال افلاس المشتري<sup>(10)</sup> ويفهم من ذلك ان في حالة افلاس المشتري وتأجيل دفع الثمن يمتنع البائع عن التسليم ، لأنه مهدد بخسارة المبيع والثمن ، حيث يحق له حبس المبيع الا عند تقديم المشتري تأمين بالدفع .

اما على الصعيد القانون المدني المصري نجد ان المشرع المصري جعل اساس تسليم المبيع الى المشتري هو دفع الثمن من قبل هذا الاخير ، الا في حالتين الاولى هي قيام المشتري بتقديم ضمان عيني او شخصي ، والثانية هي منح اجلاً للمشتري بالسداد ، الا ان الحالة الاخير لا يكون لها دور في تسليم المبيع عند سقوط الاجل الممنوح الى المشتري ، حيث يحل الدين فوراً ، وبالتالي يستطيع البائع الرجوع الى الضمانات القانونية المتمثلة في الحق بحبس المبيع ، الا في حالة تقديم ضمانات كافية من قبل المشتري حتى يستطيع من حيازة المبيع<sup>(11)</sup> .

اما على مستوى التشريع العراقي فضلاً عن المشرع المصري ، فالقانون الزام البائع بتسليم المبيع الى المشتري في حالة تأجيل الثمن ، فلا يحق للبائع حبس المبيع على اعتبار انه لم يقبض الثمن ، الا عند سقوط

الاجل الممنوح للمشتري، فلهذا الأخير اما تقديم تأمينات كافية، او يحق للبائع حبس المبيع، على اعتبار ان سقوط الاجل يحل بموجبه الدين المؤجل فوراً<sup>(12)</sup>.

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

فانتقال الملكية المبيع الى المشتري لم تعد تعتمد على تصرف يقوم به البائع او امر يتوقف عليه وانما يتوقف الامر على موقف المشتري في تحقيق شرط الوفاء بالثمن كله<sup>(13)</sup>، وتطبيقاً الى ذلك اذ اخل البائع بتسليم المبيع، او تأخر في تسليمه، فالمشتري عند الاخلال بذلك ان يطلب التنفيذ العيني الجبري اذا كان ممكناً، فضلاً عن ذلك يحق له ان يطلب فسخ العقد أياً كانت طبيعة اخلال البائع بالتزامه بالتسليم مع المطالبة بالتعويض، ويخضع طلب الفسخ للسلطة التقديرية للقاضي، فله ان يمنح البائع اجلاً لتنفيذ التزامه اذا اقتضت الظروف ذلك، كما له رفض طلب الفسخ، او اجابة المشتري الى طلبه بالفسخ<sup>(14)</sup>.

ومما يجدر بالإشارة في هذا السياق، ان المركز التعاقدي البائع، لا يثير اي شك في الفترة التي يكون فيها المبيع تحت حيازته، اي قبل تسليمه الى المشتري، حيث باعتباره لايزال المالك والحائز يجمع يدك جميع خصائص حق الملكية من صلاحيات استعمال واستغلال والتصرف الا ان الامر لا يبدو كذلك عند انتقال الحيازة الى المشتري، فهل يحق للبائع التصرف في المبيع، ام ان القيد الذي يمنع نقل الملكية حتى الوفاء بكامل الثمن، يمنع كذلك تصرف البائع في المبيع ونقسم الفقه في ذلك الى اتجاهين:-

**الاتجاه الاول:-** ويرى البعض الفقه<sup>(15)</sup>، ان سلطة البائع في التصرف في المبيع تنقيد عند انتقال الحيازة، كون المشتري يكون مالكا للمبيع فلا يمنع نقل الملكية من التصرف في المبيع فالذي انتقل اليه بالتسليم هو حيازة المبيع اما الملكية فانتقلت موقوفه، وهذا لا يمنع المشتري من التصرف في هذه الملكية الموقوفة ويكون تصرفه ملق على شرط واقف، فيجوز التصرف و الانتفاع في المبيع بالبيع والرهن، ويكون المشتري الثاني مالكا تحت شرط واقف، والقول بخلاف ذلك من شأنه ان يتعارض مع المصالح الاقتصادية المرجوة من البيوع الائتمانية، كون يترتب عليه تجميد البضاعة المبيعة المحتفظ بملكيته في حيازة المشتري دون استخدام<sup>(16)</sup>، لذلك نجد ان محكمة النقض الفرنسية نفت ان تكون الغاية التي توخاها المشرع عند تنظيم اثار الاحتفاظ بالملكية في قانون ١٢ مايو ١٩٨٠، هي عرقلة العمليات التداول التجارية، لاسيما ان البائع على يقين من ان حيازة المشتري للمبيع وحاجته اليه في نشاطه الصناعي او التجاري<sup>(17)</sup>، فشراء هذه المنقولات لا تحقق الفائدة للمشتري اذا ظل حابساً لها حتى سداد ثمنها كاملاً، فقد يكون تصرف المشتري بالمبيع بمثابة تدعيم مركزه المالي، بحيث يمكن من خلال هذا التصرف ن سداد اقساط الثمن في مواعيد استحقاقها<sup>(18)</sup>.

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

**الاتجاه الثاني:-** يذهب هذا الاتجاه<sup>(19)</sup>، الى ان قيام البائع مانح الائتمان بالتصرف في المبيع، تصرفاً قانونياً او مادياً فان هذا التصرف ينتج اثره اتجاه المشتري، فيكون هذا التصرف صحيح، لأنه يتصرف في شيء مملوك له، اذ ان انتقال الحيازة يؤدي الى حرمانه من مكنة الاستعمال فقط وبذلك تبقى للبائع سلطتي الاستغلال

والتصرف ، فيكون من حق البائع من استغلاله وتلقي ثماره بل والتصرف بيه ولا يكون للمشتري الاول حق استرداد المبيع من المتصرف الية الثاني لان الملكية لم تنتقل بعد الى المتصرف اليه الاول فخصوصية مركز المشتري قبل الوفاء بالثمن تنشأ من ان هناك عقد يربط بينه وبين المالك ، الا انه لا ينظم مسألة سلطات المشتري قبل ان يصبح مالكا ، لذلك لا يستطيع من الناحية القانونية ان يمارس على البضاعة اي سلطة مباشرة<sup>(20)</sup>.

ونحن بدوننا نؤيد الراي الاخير ، على اعتبار ان البائع هو المالك الوحيد للمبيع ، وان المشتري لم يملك المبيع بعد ، حيث يحق المشتري عند قيام البائع بالتصرف بالمبيع من المطالبة بالتعويض على اساس المسؤولية العقدية ، بالإضافة الى ضمان المشتري في الحصول على حقوقه فيحق له حبس المبيع الذي في حيازته<sup>(21)</sup> ، كذلك يحق لدائني البائع التعرض للمشتري والحجز على هذا المال باعتباره ما زال ملكا لمدينهم ، كما يحق لهم المطالبة بالثمن ، ولكن إذا تم سداد كامل الثمن من المشتري ففي هذه الحالة يتحقق البيع من تاريخ العقد وتنتقل الملكية للمشتري .

## الفرع الثاني

### المركز القانوني للمشتري

طالما ان الثمن المتفق عليه والمؤجل في ذات الوقت لم يدفع من جانب المشتري فان هذا الاخير لا يعتبر مالكا للشيء المبيع ، اذ في حالة تسلمه للشيء المباع فانه يعتبر واضع يد بطبيعة الحال وليس مالكا له ، وطبيعة مركز المشتري قبل الوفاء بالثمن تنشأ من ان هناك عقد ينظم علاقته بينه وبين البائع ، اذ بموجب هذا العقد يخول المشتري بعض سلطات حق الملكية الممنوحة له من جانب المالك ، لذلك يكون البائع قبل التسليم مالكا لجميع سلطات الملكية من استعمال واستغلال وتصرف ، لكن لكون ان البيع مع الاحتفاظ بالملكية بيع بات وصحيح ، فانه يرتب جميع اثار عقد البيع ما عدا الاثر المتعلق بنقل ملكية المبيع ، فمركز المشتري خلال فترة حيازته للمبيع وانتقال الملكية اليه تثير الشك ، فهل يكون المشتري في هذه الحالة نفس المركز المعتاد بموجب عقد البيع وبالتالي يخول عقد البيع سلطات المشتري العادي ان انه يعتبر بمجرد حائز للمبيع.

الراي الاول :- يرى البعض<sup>(22)</sup> ، ان المشتري لم يملك المبيع بعد لهذا لا يمكن ممارسة اي سلطة من سلطات حق الملكية ، فهو لا يتمتع بحيازة كاملة وانما هو مجرد حائز عرضي ولم يحدد هذا الراي وصف الحائز بالاستناد الى عقد محدد ، ومن هنا كان اقتراح البعض ان يلحق العقد المتضمن الاحتفاظ بالملكية شرط يمكن من خلاله المشتري من استعمال المنقولات المبيعة او استغلالها او التصرف بها ، حيث لا يمكن ممارسة اية سلطة على المبيع الا بمقتضى حق شخصي ينص عليه في العقد<sup>(23)</sup>.

من الجدير بالذكر ان واضع اليد على الشيء ينشأ اما عن مركز واقعي ، حيث لا يكون هنالك اية رابطة عقدية بين المالك وواضع اليد ، واما عن مركز قد تم تنظيمه عن طريق عقد من العقود كما هو الحال في (الوديعة او العارية او الايجار).

وعند الاخذ ان المشتري واضع يد دون ان يكون ذلك الى عقد محدد يجعل من المشتري غاصبا للعين ، وهذا الامر غير مقبول ، وذلك لكون الحيازة اسندت بتسلمه المبيع الى عقد بيع صحيح بين البائع والمشتري ، واذا اعتبر كذلك ان حيازة المشتري العرضية تستند الى عقود اخرى ( ايجار او وديعة او عارية ) ، فان ذلك لا يتناسب مع صفته كمشتري ينظم علاقته بينه وبين البائع عقد بيع ، على اعتبار ان البائع يسلم الشيء المبيع الى المشتري كون ان الاخير يملك هذا الشيء ، حتى وان كان الثمن مؤجلا ، بينما العقود السابقة تتضمن التزامات برد الشيء<sup>(24)</sup>.

ونحن نرى ان هذا الراي ينفي وجود عقد البيع خلال فترة تسديد الثمن المؤجل من جانب المشتري خصوصا ان القضاء الفرنسي ذهب الى ان العقد المحتفظ بملكية المبيع هو عقد بيع صحيح وبات<sup>(25)</sup> ، كذلك ينفي جميع

الاثار التي يترتبها العقد البيع عدا اثر نقل الملكية المؤجل , خصوصاً الى ان حيازة المشتري للمبيع جاءت بموجب عقد البيع لذلك ذهب الفقه في تفسير سلطات المشتري الى اراء:-

**الراي الثاني :-** ويذهب هذا الراي<sup>(26)</sup> ، ان المشتري يكون في مركز الوديع ،كون في حال عدم تنفيذ التزاماته الكاملة بدفع الثمن فان البائع يقوم باسترداد المبيع ،ومادام البائع يسترد المبيع دون الفسخ ،فان مركز المشتري قبل السداد الا فهو وديعاً .

### ولا يمكن الاخذ بهذا الراي لأسباب :

1- الوديعة هو عقد به يحيل المالك او من يقوم مقامه حفظ مال الى اخر ولا يتم الا بالقبض<sup>(27)</sup> ،ونجد هنا ان مركز الوديع في عقد الوديعة يختلف عن المشتري في عقد البيع ،ويرجع هذا الاختلاف الى اختلاف طبيعة كلا من العقدين فعقد الوديعة يلتزم الوديع بموجبه بحفظ المال المودع لديه ،حيث لا وديعة اذ لم يكن هنالك التزام بالحفظ ،في حين ان عقد البيع من عقود التصرف ولا يلتزم المشتري باي التزام بالحفظ فالغاية منه هو تملك الشيء المبيع<sup>(28)</sup> .

٢- ان الاصل في الوديعة انها تكون بلا مقابل فهي من العقود الملزمة من جانب واحد ،بخلاف عقد البيع الذي يعتبر من العقود الملزمة للجانبين فكل طرف في العقد يدفع بمقابل ما يأخذه من الطرف الاخر<sup>(29)</sup> .

٣- ان ارادة الطرفين في عقد البيع الائتماني، تنصرف الى ضمان الوفاء بالثمن من جانب المشتري<sup>(30)</sup> ، خلافاً للوديعة حيث ان ارادة العاقدین تنصرف الى اعادة الشيء كما هو<sup>(31)</sup> ،اذ ان الوديع يلتزم برد الشيء الذي اودع اليه كما هو ولا يرد شيء اخر ،فالالتزام بالرد هو الالتزام الاساسي .

٤- من حيث الاسترداد ان المودع يستطيع ان يسترد الوديعة متى يشاء دون شرط احداث خلل من المودع لديه ويترتب عليه انقضاء الوديعة<sup>(32)</sup> ،في حين ان البائع عند احتفاظه بالملكية في عقد البيع فلا يستطيع استرداد المبيع الا عند اخلال المشتري بدفع الثمن ولا يترتب على ذلك انتهاء عقد البيع<sup>(33)</sup> . وانسجماً مع كل هذه الاسباب فلا يمكن اعتبار المشتري في عقد البيع مع الاحتفاظ بالملكية على انه في مركز وديع ،نظراً لاختلاف احكام كلا العقدين والتزامات كل طرف في كليهما .

**الراي الثالث :-** ويذهب الى ان المشتري خلال فترة حيازته للمبيع الى حين سداد الثمن يكون في مركز المستأجر ، على اساس ان اثر انتقال الملكية يتراخي لحين سداد المشتري كامل الثمن ،فان البيع يقترن بالإيجار ،وان حيازة المشتري تحتاج الى تصرف قانوني فيكون بحسب هذا الراي انه بيع ايجاري<sup>(34)</sup> .

ونرى ان اصحاب هذا الراي تأثروا بمفهوم الحق الشخصي ،اذ ان صاحب الحق الشخصي الدائن (المشتري) ليس لديه الا سلطة غير مباشرة على الشيء موضع الحق ولا يستعمل هذه السلطة الا بواسطة المدين (البائع) ،فصاحب الحق العيني يصل مباشرة الى الشيء موضع الحق ،بخلاف صاحب الحق الشخصي حتى يستطع الوصول الى محل الحق فلا بد من توسط المدين بينه وبين هذا الشيء فهو لا يستعمل سلطه مباشرة كما هو الشأن في الحق العيني، بل يتقاضى حقا من المدين<sup>(35)</sup> . لهذا اعتبر ان المشتري قبل سداد الثمن ليس سوى صاحب حق شخصي ،اذ ان انتقال الملكية الى المشتري تجعله صاحب حق عيني، اذ ان المشتري من الناحية القانونية لا يمكن له ان يمارس اي سلطة من السلطات على المبيع ،كون ان هذه السلطات يخولها حق الملكية وهذا الحق لايزال محتفظاً به من طرف البائع طالما لم يدفع المشتري الثمن ،لهذا يعتبر ان المشتري صاحب حق شخصي .

وتعرض هذا الرأي للنقد<sup>(36)</sup>، اذ ان تغير ووصف عقد البيع يؤدي الى تغير الاحكام التي تنطبق عليهما ،وهذا بدوره يقود الى عدم تطبيق القانون الفرنسي الصادر ١٢ مايو ١٩٨٠ ،عند تغير والوصف القانوني للعقد . وان الطبيعة القانونية للبيع الايجاري ليست سوى عقد بيع مخفي تحت عقد ايجار ،حتى يتمكن البائع من ضمان حقوقه في الثمن ،فيعمد على بقاء الملكية بيده ،وعقد الايجار ليس الا عقد صوري اخفي وراءه العقد الحقيقي ،حتى يتمكن البائع من ضمان حقوقه<sup>(37)</sup> .وقد كشفت التشريعات ،محل المقارنة على صورية الايجار في هذه الحالة ،فتعتبر ان البيع الايجاري هو عقد بيع ابتداء وانتهاء ،لهذا عدّ بيعاً محضاً تسري عليه احكام عقد البيع حتى لو سماه المتعاقدان ايجاراً<sup>(38)</sup> .

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

فالارادة تلعب دور في نشوء اي تصرف قانوني ،فبعد البيع الائتماني لا يعد خروجاً عن القواعد الامرة في عقد البيع ، وانما يبقى في نطاق القواعد المفسرة ،لهذا فان المشتري لا يبتعد عن مركزه المعتاد في عقد البيع ،حيث تتجه الارادة بموجب عقد البيع مع بقاء الملكية كضمان الى تجزئة الملكية لفترة معينة ،فيمنح سلطتي الاستعمال والاستغلال لصالح المشتري ،وتتقيد سلطة التصرف لصالح البائع<sup>(39)</sup> .

ويجد هذا الرأي اساسه الى الحكم الصادر من محكمة النقض الفرنسية عام ١٨٣٤ والذي تقرر بموجبه ( حتى وان كانت نصوص القانون المدني الفرنسي المادتين (٥٤٤،٥٥٢) تحدد القواعد العامة المتعلقة بطبيعة واثار الملكية الا انه لا يوجد ما يمنع من اتفاق الاطراف الى اجراء تعديلات التي يتقبلها حق الملكية ) وستند بذلك الى مبدأ حرية التعاقد للقول انه بإمكان تجزئة وتقسيم حق الملكية ،الا انه تعرض الى النقد على اساس انه هذا الرأي يؤدي الى انشاء حقوق عينية جديدة<sup>(40)</sup> .

وان الاخذ بهذا الرأي محل نظر ،لان تجزئة سلطات الملكية الثلاثة لا تنشأ بذلك حقوقاً عينية جديدة ،حيث ان احتفاظ البائع بالملكية ،على الرغم من انتقال الحيازة الى المشتري ،ما هو الا ضمان تنفيذ المشتري لالتزامه بدفع الثمن<sup>(41)</sup> .

ويذهب جانب الى ان السلطات الممنوحة من جانب البائع الى المشتري ،يمكن اعتبارها حق عيني ناشئ عن تجزئة سلطات الملكية ،وهذا الحق العيني لا يعطي للمشتري الا سلطتي الاستعمال الشيء والانتفاع به عن حيازته للشيء ،ولا يعطي له سلطة التصرف به واستغلاله ،فهو يختلف عن حق الاستعمال التقليدي كون هذا الاخير لا يعطي لصاحبه سلطة مباشرة على الشيء المبيع<sup>(42)</sup> .

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

ويذهب بعض الفقه<sup>(43)</sup> ،ان تجزئة سلطات حق الملكية ،وهي ليست الصورة الوحيدة لتجزئة خصائص حق الملكية فهناك صورة متعددة لهذه التجزئة كالمستأمن على البضائع و المستعير والمستأجر ،جميعهم يملكون سلطة الاستعمال والانتفاع دون التصرف لان الملكية لاتزال للمالك الاصيل.



وهذا الرأي محل نظر حيث ان تشبيه حق المشتري ،بحق المستأجر او المستأمن او المستعير ،فهؤلاء اصحاب حق شخصي وليس حق عيني ،والسلطات الممنوحة لهم جاءت بموجب عقد المبرم مع الطرف الاخر ،في حين لا نجد مثل هذه السلطات للمشتري في عقد البيع ،اضف الى ذلك ان حق المستأجر و المستعير ان احكامهم خاصة بطابع التأقيت وتستلزم رد الشيء ،الا ان المشتري في الاحتفاظ بالملكية حاز المبيع في رغبة منه في التملك .

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

### المطلب الثاني

#### تزامم البائع مع الغير

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

الفرع الاول :-تزامم البائع مع المتصرف اليه.

الفرع الثاني :- التزامم البائع مع دائني المشتري .

### الفرع الاول

#### تزامم البائع مع المتصرف اليه

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

ويذهب البعض الفقه الى ان تصرف المشتري بالمبيع المحتفظ بملكية تصرفاً ناقلاً للملكية الى الغير سيء النية وعند اثبات سوء نية المتصرف اليه يحق للبائع طلب استرداد المبيع ،فلا يمكن للمتصرف اليه ان يتمسك

بقاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية ،اذ يتخلف بذلك شروط تطبيق هذه القاعدة ،اذ ان حسن النية هو الشرط الاساس في تطبيق هذه القاعدة وترتيب اثارها<sup>(44)</sup>. فاذا ادعى البائع ان المتصرف اليه سيء النية ،اذ كان يعلم وقت بدء الحيازة ان المصرف غير المالك ،فعلى المالك يقع عبء اثبات ذلك ،وله ان يثبت سوء نية الحائز بكافة طرق الاثبات على اساس ان سوء النية واقعة مادية فيجوز اثباتها بالبينة والقرائن<sup>(45)</sup>. الا ان هذا الاثبات يصعب في اغلب الاحوال ،اضف الى ذلك ان حيازة المبيع من قبل المشتري يظهر امام الجميع بمظهر المالك ،والذي يدعم بدوره حسن نية المتصرف اليه المفترضة اصلا على اعتباره لا يعلم بوجود الشرط<sup>(46)</sup>.

اما اذا كان المتصرف اليه حسن النية ،اي انه يجهل ان المشتري الاول قد اشترى المبيع تحت شرط الاحتفاظ بالملكية ،ولا يعلم ذلك وكان يعتقد انه تلقى المبيع من مالكة الحقيقي جاهلا حقيقة السند الذي يستند اليه المشتري الاول ،ففي هذه الحالة يمكن له ان يملك المبيع المحتفظ بملكيتته مستنداً في ذلك الى قاعدة الحيازة في المنقول سند للملكية<sup>(47)</sup>. فالمنقول يجب ان يكون بين يدي الحائز المتصرف اليه ،فيسيطر عليه سيطرة فعلية تتفق في مظهرها مع الحق الذي يدعي الحائز لكسبه على المنقول<sup>(48)</sup>.

لذلك فالمفروض ان حائز المنقول قد تعامل مع غير المالك بموجب تصرف قانوني ناقل للملكية الا ان المتصرف اليه لم تنتقل اليه ملكية المبيع بعقد المبيع لأنه صادر من غير المالك ،وهو بيع ملك الغير وانما انتقلت اليه بالحيازة ذاتها<sup>(49)</sup>. لذلك فإن حماية المتصرف اليه بالنسبة لموضوع الاحتفاظ بالملكية المبيع ما هو الا تطبيق لقاعدة حماية حائز المنقول حسن النية ،لهذا ان ضمان البائع يتلاشى في مواجهة قاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية ،لان قيام المشتري في التصرف في المبيع يؤدي بدوره الى تملك الغير المبيع متى ما كان حسن النية ،الذي يؤدي بدوره الى فقدان الضمان الاتفاقي قيمته لان الملكية تجرد من البائع بموجب هذه القاعدة.

اما على المستوى التشريعي الفرنسي فلم يبع المشرع الفرنسي النيل من قاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية من خلال قانون ١٢ مايو ١٩٨٠ الذي نظم اثار الاحتفاظ بالملكية المبيع حيث جاء ليعطي البائع الحق في استرداد المبيع من يد المشتري عند عدم سداد الثمن<sup>(50)</sup>. الا انه اذا كان البائع يفقد حقه في استرداد المبيع المحتفظ بملكيتته من المتصرف اليه حسن النية والتي لم يستوفي ثمنها ،الا ان المشرع الفرنسي خول هذا البائع الحق في ان يقتضي حق ثمن المبيع من المتصرف اليه اذا لم يسدد المبلغ الى المشتري الاصلي كذلك حق البائع في الحصول على التعويض عند التأمين على المبيع<sup>(51)</sup>.

اما موقف محكمة النقض الفرنسية حيث انها لم تتردد لحظة في تأكيده ،على الرغم من صدور قوانين داعمة لشرط الاحتفاظ بالملكية ، حيث قررت ان النصوص المنظمة للاحتفاظ بالملكية ،لا تشكل استثناء على قاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية ،ومن ثم ليس من حق البائع الاصلي ان يطالب باسترداد المبيع المحتفظ بملكيتته من المتصرف اليه من المشتري الاصلي الا بعد اقامة دليل على سوء نية المتصرف اليه<sup>(52)</sup>. وتماشياً مع ما تم ذكره فاذا كان البائع يفقد ضمانه الاتفاقي في مواجهة المتصرف اليه حسن النية في استرداد المبيع ،الا انه على الرغم من ذلك لا يفقد حقه في مطالبة المتصرف اليه بالثمن ،فهو يطالب البائع بالثمن المستحق في ذمة المشتري منه الاصلي ،ام بالثمن المستحق في ذمة المشتري الثاني (المتصرف اليه)؟.

يرى البعض انه لا توجد صعوبة في حالة ما اذا كان الثمن المستحق في ذمة المتصرف اليه هو نفس مقدار الثمن الذي في ذمة المشتري ،اما اذا كان الثمن في البيع الثاني اقل من الثمن في البيع الاول ،فلا يحق للبائع الاصلي سوى المطالبة بالثمن المستحق في ذمة المشتري الثاني ،ويمكنه الرجوع الى المشتري الاول بفارق الثمن بين العقدين ،او الدخول ضمن جماعة الدائنين كدائن عادي في حالة افلاس المشتري ،واذا كان الثمن في البيع الثاني يفوق الثمن في العقد الاول وهذا هو الغالب ،فيكون من حق البائع الاصلي في الحصول على الثمن



المستحق من المشتري الثاني ولو زاد عن الثمن الاصلي، لان هذا الثمن يعبر قيمة البضاعة الفعلية وعلى اعتبار انه المالك الاصلي، لان هذا الثمن يحل محل البضاعة الواجب ردها للاحتفاظ بملكيته<sup>(53)</sup>.

الا ان محكمة النقص الفرنسية ذهبت الى عكس ذلك اذ قررت ان الثمن محل البضاعة، ليس من حق البائع الاصلي سوى المطالبة بالثمن المحدد في عقد البيع الاصلي الذي ابرمه مع المشتري، وتدخل زيادة في المبيع في الذمة المالية للمشتري، اي ان البائع يحصل على ما هو مستحق له في عقد البيع الاول دون الزيارة في الثمن من عقد البيع الثاني، لان الضمان البائع واحتفاظه بملكية المبيع ليست سوى ضمانه لاستيفاء الثمن<sup>(54)</sup>. في حين ذهبت بعض المحاكم الى انه لا يكون للبائع الاصلي الحق في المطالبة بالثمن من المتصرف اليه الا في حال اذا كان المتصرف في البضاعة قد تم بعد الحكم بشهر الافلاس المشتري الاول، الا ان محكمة النقص الفرنسية رفضت هذا الاتجاه ومقررة احقية البائع المطالبة بالثمن سواء تصرف قبل الحكم بإفلاس المشتري او بعده، بشرطين، الاول هو بقاء البضاعة على حالتها العينة لدى المتصرف اليه يوم الحكم بإفلاس المتصرف الاصلي، فيحق للبائع استرداد الثمن بنفس شروط استرداد البضاعة اما الشرط الثاني فيتمثل في بقاء المتصرف اليه مديناً بكامل المبلغ الى المشتري الاصلي او جزء من الثمن<sup>(55)</sup>.

اما على مستوى التشريع المصري فلا يوجد نص في القانون المدني يبين مدى حق البائع اتجاه المتصرف اليه في استرداد المبيع او الثمن المستحق للبضاعة، الا بعد صدور قانون التجارة، حيث نظمت احكام البيوع التجارية ومنها الاحتفاظ بالملكية وقررت نفاذ شرط الاحتفاظ بالملكية في حق الغير، بشرط ثبوت ذلك الشرط كتابة بتاريخ سابق على حق المتصرف اليه<sup>(56)</sup>.

وترتيب على هذا انه اصبح بصدد حكم خاص استثناء من قاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية، وعند قيام المشتري بالتصرف في المبيع الى الغير فان هذا التصرف لا ينفذ في حق البائع الذي احتفظ بملكية المبيع، اذ لا يطلب من البائع اثبات علم المتصرف اليه عند اجراء التصرف بعدم وفاء المشتري الاصلي بكامل الثمن، على اعتبار ان شرط الاحتفاظ بالملكية يسري في مواجهة المتصرف اليه طالما كان ثابت التاريخ في وقت سابق على اجراء التصرف، وبغض النظر عن حسن او سوء نية، اي ان المتصرف اليه لا يمكن له التمسك بقاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية<sup>(57)</sup>، لم يكتفي المشرع بعدم سريان قاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية في مواجهة البائع بل حظر على المشتري التصرف في المبيع بدون اذن مكتوب من البائع، فرض عقوبة جزائية في حق المشتري عن مخالفة احكام هذا القانون<sup>(58)</sup>، فوجد ان الغرض من هذا الحظر القانوني، هو توفير حماية للبائع المحتفظ بالملكية من خطر تصرف المشتري في المبيع قبل الوفاء بجميع اقساط الثمن، وحتى لا يحتج المتصرف اليه بقاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية متى ما كان حسن النية.

اما بالنسبة لموقف المشرع العراقي، فقد اعطى للبيع الائتماني فاعلية واستثناء من القواعد العامة، حيث قرر اعتبار المشتري الذي يتصرف في المنقول المحتفظ البائع بملكيته مرتكباً لجريمة خيانة الامانة<sup>(59)</sup>، وعند تطبيق احكام المتعلقة بقاعدة الحيازة في المنقول، نجد ان المادة ١١٦٣ من القانون المدني نصت على ماياتي (من حاز وهو حسن النية منقولاً او سنداً لحامله مستنداً في حيازته الى سبب صحيح، فلا تسمع عليه دعوى الملك من احد)، ونصت المادة ١١٦٤ على الاستثناءات من القاعدة السابقة (استثناء من احكام المادة السابقة يجوز لمالك المنقول او السند لحامله اذا كان قد اضاعه او خرج من يده بسرقة او غصب وخيانة امانة ان يسترده ممن يكون حائزاً له بحسن نية وبسبب صحيح في خلال ثلاث سنوات من وقت الضياع او السرقة او الغصب او خيانة الامانة). فيتضح من ذلك ان حائز المنقول بحسن نية وبسبب صحيح لا يمكنه ان يتمسك بحيازته اذا كان المنقول قد خرج من يد صاحبه لاحد الاسباب المتمثلة بالنص السابق.

والجدير بالذكر ان مختلف الانظمة القانونية تنسند الى الموازنة بين مصلحة البائع ومصلحة الغير، واي منها جدير بحماية اكثر حيث عند حيازة الغير المبيع لا يدل ذلك على مشروعية تصرف المشتري الذي يشكل مخالفة لنصوص العقد المبرم مع البائع ولا يدل ذلك على اضافة الصفة المشروعة على التصرفات المشتري

حيث انها لا تستحق مثل هذه الحماية القانونية<sup>(60)</sup> ، لهذا فان للمتصرف اليه حسن النية لا يجد اساس هذه الحماية في عقد البيع المبرم بينه وبين المشتري الاصلي ، وانما يجد فاعلية هذه الحماية في قاعده الحيازة في المنقول ، لان عقد البيع يقتضي ان يكون المبيع ملك البائع ، لهذا نجد ان المشرع العراقي اعطى الاحتفاظ بملكية المبيع فاعلية مشابهة لموقف المشرع المصري اذ اصبح عقد البيع المحتفظ به البائع بملكية المبيع يشكل استثناء من قاعدة الحيازة في المنقول ، وبذلك فقد غلب المشرع مصلحة البائع على مصلحة المتصرف اليه حسن النية .

## الفرع الثاني

### تزامم البائع مع دائني المشتري

ان العقد لا ينشأ التزامات الا بين اطرافه ولا يجوز للغير ان يطلب تنفيذه كما لا يجوز ان يجبر على تنفيذه<sup>(61)</sup> ، وهذا ما يسمى بمبدأ نسبية الاثر ويراد به ان ما يترتب على العقد من اثار يقتصر على طرفيه ولا يمتد الى غيره . واذا كان ما يترتب على العقد هو مجموعة من الالتزامات والحقوق فانها لا تنشأ الا لصالح المتعاقدين ولا تترتب الا على عاتقهما . فالعقد لا ينشأ حقا في صالح الغير ولا يحمل هذا الاخير على الالتزام<sup>(62)</sup> . الا ان العقد وان كان يعجز عن انشاء التزامات على عاتق الغير الا انه يخلق وضعاً قانونياً يمكن الاحتجاج به على الناس كافة ، فالعقد كوضع قانوني يمكن الاحتجاج به على الغير كما يمكن للغير الاحتجاج به على اطراف العقد ذاته<sup>(63)</sup> .

وهذا ما ذهبت اليه محكمة النقص الفرنسية حيث قررت ( اذا كان المبدأ ان الاتفاق لا اثر له الا في مواجهة اطرافه فان ذلك لا يمنع من البحث في التصرفات الاجنبية عنهم عن معلومات توضح القرار او ان يعتبر الاتفاق مركزاً واقعياً ذا حجة في مواجهة الغير )<sup>(64)</sup> ، واستناداً الى ذلك فان توظيف الملكية كضمان في البيع الائتماني حتى سداد كامل الثمن والنص عليه في العقد ينشأ مركزاً قانونياً للبائع بموجبه يمكنه من الاحتجاج به في مواجهة الغير عن افلاس المشتري قبل سداد الثمن .

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

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

### اولا :- موقف القانون والقضاء الفرنسي.

في القانون المدني الفرنسي سابقاً كان يخلو من تنظيم الاحتفاظ بملكية المبيع ، وعلى عدم جواز الاحتجاج به في مواجهة دائنين المشتري عن صدور تسوية قضائية او تصفية على امواله<sup>(65)</sup> ، والذي ادى بدوره الى تشكيل عقبة هامة امام اعمال دور الاحتفاظ بالملكية كضمان والذي ادى الى فقدان جانب كبير من فاعليته<sup>(66)</sup> . واستمر الاحتفاظ بالملكية في انعدام اثره عندما يكون المدين في حالة افلاس ، على اساس ان باقي الدائنين يأخذون في اعتبارهم الوضع الظاهر ، وهو ان الشيء يدخل في الضمان العام العناصر الذمة المالية للمدين وخاصة ان حيازة المدين للشيء المبيع تعزز دور هذا الوضع<sup>(67)</sup> . حيث كان قانون ١٣ يوليو ١٩٦٧ يحرم البائع من ممارسة حق الاسترداد المقرر له بموجب الاحتفاظ بالملكية في مواجهة جماعة الدائنين ، وبالرغم من ترجيح مصلحة الدائنين على مصلحة البائع ، كان القانون المذكور يخول البائع من الاحتفاظ بالمبيع او استرداد

في حالات استثنائية وهي وجود المبيع بعد في حيازة البائع ولم يسلمه بعد للمشتري، كذلك في حالة فسخ البيع او رفع دعوى الفسخ قبل الحكم بإفلاس المشتري<sup>(68)</sup>. وتدخل المشرع الفرنسي في قانون ١٢ مايو ١٩٨٠ على غرار القانون الالمانى<sup>(69)</sup>. مقررأ نفاذ شرط الاحتفاظ بالملكية في مواجهة دائني المشتري المفلس، حيث عدل هذا القانون نصوص قانون ١٣ يوليو ١٩٦٧ ليتمكن البائع من استرداد المبيع طالما بقيت على حالتها العينية موجودة لدى المشتري، على شرط ان يكون الاتفاق على تراخي انتقال الملكية حتى سداد كامل الثمن قد تم الاتفاق عليه بصورة مكتوبة بين الاطراف<sup>(70)</sup>. وجاء بعد ذلك قانون ٢٥ يناير ١٩٨٥ الخاص بالتقويم والتصفيه القضائية للمؤسسات، واخذ بالأساس بنصوص القانون المنظم لأثار شرط الاحتفاظ بالملكية، حيث اشار قانون ١٩٨٥ الى حق البائع في استرداد المبيع اذا وجد اتفاق مكتوب على الاحتفاظ بملكية المبيع حتى سداد كامل الثمن على ان يكون هذا الاتفاق اثناء انعقاد العقد او قبل التسليم، يمكن ان يسري هذا الشرط في مواجهة المشتري والدائنين الآخرين مالم يتفق عليه الطرفاء على الغائه كتاباً<sup>(71)</sup>، وقد تضمن هذا القانون ايضا ان البضائع المباعة مع شرط الاحتفاظ بالملكية يمكن المطالبة بها عند افلاس المدين لكن هذه المطالبة يمكن ان تتعطل نتيجة مدد الدفع المحددة من جانب التفليسة<sup>(72)</sup>، وينبغي لن تتم المطالبة فعلا خلال ثلاثة اشهر عند صدور الحكم بفتح التفليسة<sup>(73)</sup>، لكن هذه المطالبة لا تتضمن مسبقاً رفع دعوى الفسخ او اثاره الشرط الفاسخ لأنه يترتب على التفليسة تعطيلها<sup>(74)</sup>، وهذه المطالبة تفترض من حيث المبدأ ان تكون البضاعة مازالت في حالتها العينية. اذ ان المحاكم الفرنسية في البدء كانت متشدة في تقدير وجود البضائع بحالتها العينية حيث كانت ترفض دعوى الاسترداد المنقولات المبيعة متى اصبحت تلك المنقولات جزء مركبا من مجموع ايا كانت طبيعة التركيب، مادام يترتب على الاسترداد انخفاض قيمة المجموع<sup>(75)</sup>.

ومن هنا نجد الفاعلية والدور الذي يعطيه العقد الذي يتضمن الاحتفاظ بملكية المبيع بالنسبة للبائع، ففي قانون ٢٥ يناير لسنة ١٩٨٥ فان عقد البيع الذي لا يتضمن مثل الشرط المذكور يصبح البائع في مركز قانوني لا يمكنه من ضمان حقوقه في مواجهة الدائنين، الا ان البائع يستطيع استرداد المبيع غير مدفوع الثمن من جانب المشتري الا في حالات معينة اشار اليها القانون وهي<sup>(76)</sup>:-

١- في حال اصدار حكم بفسخ عقد البيع قبل صدور حكم التسوية القضائية، او اذا كان العقد يتضمن شرط فاسخ وتحقق واطهر البائع رغبته بالفسخ بشكل صريح قبل صدور حكم التسوية القضائية.

٢- عند رفع دعوى الفسخ او دعوى الاسترداد في حال عدم سداد المشتري الثمن قبل صدور حكم التسوية القضائية وأستند البائع في دعواه الى سبب لا يتعلق بوفاء المشتري بالثمن.

وبهذا التعديل التشريعي يكون المشرع الفرنسي قد خطا نحو تعزيز احكام الاحتفاظ بالملكية وترصين نظام قانوني متكامل له، واعطاء البائع سنداً قانونياً. لنفاذ هذا الضمان اتجاها جماعة الدائنين، حيث ان الافلاس لا يشكل عائقاً قانونياً نحو ممارسة البائع لحقه في استرداد المبيع من المشتري حفاظاً عليه من التبديد<sup>(77)</sup>، اذ يرى البعض<sup>(78)</sup>، فالحكمة من التعديل التشريعي الفرنسي هو تقوية شرط الاحتفاظ بالملكية لكثرة اللجوء اليه في لمعاملات وحرص البائعون على ادراجه في البيوع الائتمانية، والحد من الاثار السلبية للإفلاس وتأثيرها على الحياة الاقتصادية والاجتماعية، اضافة الى ذلك ان القانون الفرنسي اصبح بمعزل عن باقي التشريعات الاوربية وظهر بمظهر متأخر عن استيعاب التطور الحديث لمضمون الاحتفاظ بالملكية، ذلك التطور الذي برع فيه المشرع الالمانى وكذلك البلجيكي وايضا سويسري، بل ان موقف المشرع الفرنسي بات يشكل عقبة امام توحيد التشريعات الاوربية، خاصة مشروع الاتفاقية الاوربية بصدد الافلاس.

اما موقف محكمة النقض الفرنسية فقد سارت في الاتجاه المتشدد قبل صدور قانون ١٢ مايو ١٩٨٠، ضد البائع المقررة عدم احقية هذا الاخير في مواجهة جماعة دائنين المشتري<sup>(79)</sup>، لان المحكمة فضلت بذلك مصلحة الدائنين لانهم عولوا على الوضع الظاهر للمدين الذي ساهم المبيع المحتفظ بملكته بيساره كذلك رغبة

المحكمة في تحقيق المساواة بين الدائنين بما فيهم البائع على اعتبار هذا الأخير دائن عادي<sup>(80)</sup>، حيث استند القضاء الفرنسي في إصدار القرار حول عدم الاحتجاج بالاحتفاظ بملكية المبيع على دائنين المشتري على ما هو مقرر في نصوص القانون المدني من أن ملكية المبيع تنتقل بمجرد انعقاد العقد والاتفاق على المبيع والتمن من قبل أطرافه<sup>(81)</sup>.

ومن خلال ضغط الفقه الفرنسي بضرورة تعديل أحكام القانون المدني الفرنسي المتعلقة بأثر إفلاس المشتري على حقوق البائع المحتفظ بملكية المبيع، وظهور القانون الفرنسي بمظهر متأخر عن القوانين الأوروبية المنظمة للاحتفاظ بملكية المبيع، في إعطاء هذا الأخير أثراً قانونياً عند الحكم بإفلاس المشتري وتمسك البائع في استرداد حقوقه<sup>(82)</sup>. إلا أن محكمة النقض عدلت عن الرأي السابق قررت فاعلية شرط الاحتفاظ بالملكية في مواجهة دائنين المشتري، ومكنت البائع من استرداد المبيع إذا كان قد أعرب بوضوح، وبتصرف رسمي عن إرادته بالتمسك بهذا الشرط لمدرج بالعقد قبل الحكم بإفلاس المشتري<sup>(83)</sup>. واستندت المحكمة في قرارها على أن التنظيم القانوني للإفلاس، لا يمثل عائقاً نحو ممارسة البائع حقه في الاسترداد بالإضافة إلى أن المساواة التي يريدها القانون تقتصر على الدائنين، وعندما يطالب البائع بالاسترداد يتصرف على اعتباره المالك وليس كدائن<sup>(84)</sup>.

ونرى أن التدخل التشريعي الذي أعطى فاعلية للاحتفاظ بالملكية لم يقصد تعديل القواعد العامة للإفلاس بحماية الوضع الظاهر، بل سارت نية المشرع في إعطاء فاعلية والحد من القضاء الذي ينكر الاحتفاظ بالملكية اتجاه دائني المشتري المفلس، ويؤدي هذا التعديل التشريعي في القانون المدني الفرنسي، بلا شك إلى تقوية الاحتفاظ بالملكية وكثرة اللجوء إليه في المعاملات وحرص البائعين على إدراجه في عقود البيع الائتمانية، وبالتالي يظل حق البائع قائماً حتى بعد صدور حكم بشهر الإفلاس المشتري، ويخرج البائع بالتالي من الدخول في تراحم مع الدائنين لأنه يستطيع من خلال دعواه من استرداد المبيع.

## ثانياً:- موقف القانون المصري.

لم يجيز قانون التجارة المصري، للبائع الاحتجاج بالاحتفاظ بملكية المبيع في مواجهة الدائنين العاديين فعند إفلاس المشتري قبل الوفاء بكامل الثمن كان الجزء المتبقي منه ديناً في التفليسة يزاحم فيه البائع سائر دائني المشتري إذ نصت المادة ٣٤٥ من القانون المذكور على (إذا بيعت منقولا لأحد ثم أشهر إفلاسه فلا يكون للبائع الحق في الدعوى في بفسخ البيع ولا يجوز له إقامة الدعوى بالاسترداد)، حيث أن هذا القانون لم يرد في الفصل الخاص بالاسترداد، نص يجيز استرداد البائع للمبيع الذي احتفظ بملكته في العقد<sup>(85)</sup>، وهذا ما اتجهت إليه القضاء المصري في عدم جواز تمسك البائع في استرداد المبيع ولا سبيل له إلا الاشتراك في التفليسة بوصفه دائناً عادياً تسري عليه قسمة غرماء<sup>(86)</sup>.

لذلك استمر الفقه المصري إلى عدم الاعتراف بالاحتفاظ بالملكية كضمان للبائع لاسترداد المبيع من التفليسة ويدخل مع الدائنين كدائن عادي للحصول على باقي الثمن عند التنفيذ على أموال المدين<sup>(87)</sup>. إذا أن المشرع فضل مصلحة الدائنين على مصلحة البائع فلا يجوز للبائع أن يطلب استرداد المبيع أو فسخ البيع، كما يسقط حقه في الامتياز<sup>(88)</sup>، إذ أن الاحتجاج بالاحتفاظ بالملكية المبيع لا يسري في مواجهة الجماعة الدائنين سواء كان ثابت التاريخ وسابق على شهر إفلاس المشتري أم لم يكن<sup>(89)</sup>، كون أن المادة ٣٥٤ الواردة في قانون التجارة متعلقة بالنظام العام ولا يجوز الاتفاق على خلافها، وذلك لحماية دائني المشتري المفلس متى ما تبين أن قصد البائع للاحتفاظ بالملكية كضمان مقرر له بموجب القواعد العامة إلا أن المشرع التجاري قد أبعد عنها<sup>(90)</sup>. وبعد صدور قانون التجارة رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ فقد أثارت أحكام هذا القانون اختلاف الفقهاء حول نفاذ الاحتفاظ بالملكية في مواجهة الدائنين إلى أكثر من اتجاه :-

**الاتجاه الاول :-** ويذهب هذا الاتجاه الى ان الاحتفاظ بالملكية يمكن من بقاء الملكية على سبيل الضمان للبائع ،ومن ثم يتمتع دائني المشتري من التنفيذ على المبيع لأنه لا يعتبر مملوك لمدينهم المشتري ،ولا يدخل المبيع في الضمان العام المقرر لهم ،لكن يشترط لترتيب هذه الاثار ان يكون الاحتفاظ بالملكية مدوناً في ورقة ذات تاريخ ثابت وسابق على حق الغير او اجراءات التنفيذ التي يتخذها الدائنون على المبيع<sup>(91)</sup>، الا ان الاحتفاظ بالملكية يتعطل اثره كلياً عند افلاس المشتري ،فلا يجوز للبائع فسخ البيع او استرداد المبيع ،كما يسقط الامتياز المقرر للبائع ،وهذا الامر منطقي اذ ان في اعمال اثر الاحتفاظ بالملكية في مواجهة الدائنين هو اهدار لمبدأ المساواة بين الدائنين ،هذا فضلا ان دائنين المشتري المفلس قد ادخلوا المبيع في حسابهم عند منحه الائتمان ،فلا يجوز ان يخيب البائع ظنهم بعد ان وقعهم بتسليمه المبيع في ائتمان المشتري المفلس<sup>(92)</sup>.

ونعتقد بان هذا الرأي محل نظر ،اذ انه على تناقض واضح ،ففي البدء اعطى فاعلية ونفاذ الاحتفاظ بالملكية في مواجهة الدائنين ،ولا يدخل المبيع كضمان عام على اعتبار انه لا يمكن اقام المبيع ضمن عناصر الذمة المالية للمفلس ، ثم انتهى الى القول ان الاحتفاظ بالملكية يتعطل كلياً عن افلاس المشتري ولا يمكن الاحتجاج به على الدائنين ،وهذا لا ينسجم مع الموقف التشريعي الذي جاء بنص صريح بنفاذ الاحتفاظ بالملكية اتجاه الغير متى ما كان مدوناً في ورقة ثابتة التاريخ<sup>(93)</sup>.

**الاتجاه الثاني :-** ويذهب اصحاب هذا الاتجاه ان الاحتفاظ بالملكية لا يحقق الغاية منه عند افلاس المشتري اذ لا يحتج به مطلقاً في مواجهة الجماعة الدائنين<sup>(94)</sup> ،فقد درج القضاء الى عدم الاعتداد به عند افلاس المشتري ،اذ يقتصر دور البائع على ان يكون دائناً عادياً بالثمن يجب عليه الدخول بالتفليسة والخضوع لقسمة غرماء .اذ يأبى القضاء ان يكون البائع في مركز ممتاز عن دائني المشتري المفلس تحقيقاً لمبدأ المساواة بين الدائنين<sup>(95)</sup>. اذ يستند اصحاب هذا الرأي الى النصوص الواردة الواردة في الإفلاس من القانون الحالي اذ ان المشرع التجاري وضع نصوصاً خرج فيها على القواعد العامة ،كانت الغاية منها حماية الائتمان التجاري ورعاية دائني المشتري المفلس على حساب البائع المطالب بالاسترداد<sup>(96)</sup>.

وهذا الرأي محل نظر اذا ان عدم الاحتجاج بنفاذ الاحتفاظ بالملكية هو انكار لأحكام المادة ١٠٦ التي جاءت بنفاذ الشرط في مواجهة الجماعة الدائنين متى ما كان مدوناً وثابت التاريخ وسابقاً على حق الغير.

**الاتجاه الثالث :-** وعلى خلاف الاتجاهين السالف ذكرهما يعترف البعض بحجية الاحتفاظ بالملكية على الجماعة الدائنين ، كون مبدأ عدم جواز الاحتجاج بهذا الضمان على الجماعة الدائنين لا يستند على نص قانوني ،حتى وان كان القضاء قد اقره فهو مبني على غير اساس قانوني ،بل ان التسليم بهذا المبدأ يتعارض من النصوص الصريحة التي تجيز الاحتجاج بالاحتفاظ بالملكية<sup>(97)</sup> ، اذ بصدر قانون التجارة اذ تغيرت نظرة المشرع عن القانون السابق و نص على نفاذ الا الاحتفاظ بالملكية على الدائنين<sup>(98)</sup> ،حيث لا يجوز لهم التنفيذ على المبيع الذي احتفظ البائع بملكته حتى سداد الثمن ،ومن ثم يجوز للبائع ان يسترد المبيع من التفليسة<sup>(99)</sup> ، طالما قدم اثبات على ملكيته له وذلك طبقاً للنص الخاص بالإفلاس<sup>(100)</sup> ،الا انه يشترط ان يكون الاحتفاظ بالملكية مدوناً في تاريخ ثابت وسابق على اجراءات التنفيذ او شهر الإفلاس ، ولا يمكن الاعتراض على كل ذلك بنص المادة ٦٣١ حيث ينصرف ذلك الى حالات البيع العادي وكل شرط اخر عدى الاحتفاظ بالملكية حيث ورد بها حكم خاص كاستثناء من هذا الاصل العام ،بل يعد هذا الحكم تطبيقاً للمبدأ العام في المادة ٦٢٦.

ونرى ان هذا الرأي محل نظر اذ يعتبر الاحتفاظ بالملكية استثناء من نص المادة ٦٣١ ، وعند قراءة نص المادة ١٠٦ بداء المشرع بالقول (مع عدم الاخلال بأحكام المنصوص عليها في باب الإفلاس) وهذا يدل على عدم اعتباره استثناء ،بدليل انه اورد في المادة ٤١ من ذات القانون حق بائع المحل التجاري من استرداده في مواجهة الجماعة الدائنين ،وبدء الصياغة بالقول (استثناء من الاحكام المنصوص عليها في باب الإفلاس يجوز



لبائع المتجر الذي لم يستوف الثمن بكامله الاحتجاج على الجماعة الدائنين في تفليسه المشتري (...). لو اراد المشرع نفاذ الاحتفاظ بالملكية في مواجهة الدائنين كاستثناء من الاصل العام لنص ذلك صراحة في المادة ١٠٦ كما نص صراحة في المادة ٤١.

اضف الى ذلك ان المادة ٦٣١ اوردت الحالات التي لا يجوز الاحتجاج بها في مواجهة الدائنين اذ نصت(وكل شرط يكون من شأنه تمكين البائع من استرداد البضائع او الاحتفاظ بالامتياز عليها لا يحتج به على الجماعة الدائنين)،ونلاحظ ان المشرع اورد عدة حالات منع من خلالها استرداد المبيع وليس الفسخ فقط ،كذلك لم يأتي بنص صريح يجعل من خلاله نص الاحتفاظ بالملكية استثناء من هذه المادة .

**ثالثاً :- موقف القانون العراقي.**

اشار المشرع العراقي الى احقية البائع في الاسترداد ,عند افلاس المشتري قبل سداد كامل الثمن وبالرجوع الى قانون التجارة رقم ١٤٩ لسنة ١٩٧٠ (الملغى) الذي لاتزال النصوص الواردة في الافلاس نافذه منه فنجد ان القانون ميز بين فرضين في امكانية استرداد البائع من استرداد المبيع من تفليسه المشتري, اذ ان المشرع وضع قاعدة عامة تخول كل شخص الحق في الاسترداد الاشياء التي يملكها والموجودة في حيازة المفلس متى استطاع اثبات ملكيته لها. وكلا الفرضين تستند الى حيازة المبيع .

#### **الحالة الاولى :- حق البائع في استرداد المبيع من التفليسة.**

اجاز المشرع عند انعقاد البيع وقيام البائع بتسليم المشتري المبيع ،على الرغم من عدم سداد كامل الثمن ،ثم افلس المشتري وكان المبيع في طريقه الى المشتري ،اذ ان المشرع وضع مبدأ عام يقضي بحق البائع في استرداد المبيع قبل دخول مخازن او مخزن وكيله المكلف ببيعها ،عندئذ يكون من حق البائع الاسترداد ،الا ان هذا مقيد بشرط بقاء البضاعة على حالتها العينية ،ولم يكن المشتري قد تصرف بها<sup>(101)</sup>. ونتيجة لذلك عند يتضمن العقد احتفاظ البائع بملكية المبيع لحين سداد الثمن يستطيع هذا الاخير من استرداد المبيع من التفليسة ،ويمكن الاحتجاج بهذا البند الاتفاقي في مواجهة الدائنين ،مادامت البضاعة تحتفظ بحالتها العينية ولم تدخل مخازن المشتري او وكيله.

#### **الحالة الثانية :- عدم امكانية البائع استرداد المبيع من التفليسة.**

اذا كان المشرع قد اجاز للبائع حق الاسترداد قبل وصولها الى مخزن المشتري المفلس او مخزن وكيله المكلف ببيعها ،الا انه حرم البائع من هذا الحق تتعارض فيها مصلحة البائع مع مصلحة الجماعة الدائنين ففضل هؤلاء لارتباط حقوقهم بالمبيع ،فلا يستطيع البائع طلب فسخ البيع او استرداد البضاعة كما يسقط حقه في الامتياز ،استناداً الى الفقرة الاولى من المادة ٦٤٦ اذ نصت (إذا أفلس المشتري قبل دفع الثمن وبعد دخول البضائع مخازنه أو مخازن وكيله المكلف ببيعها فلا يجوز للبائع أن يطلب فسخ البيع أو استرداد البضائع كما يسقط حقه في الامتياز)<sup>(102)</sup>. كما نصت الفقرة الثانية من المادة نفسها (وكل شرط يكون من شأنه تمكين البائع من استرداد البضائع أو الاحتفاظ بامتيازها عليها لا يحتج به على جماعة الدائنين).

ويتضح من ذلك المشرع قد منع البائع من حق الحبس باعتباره احدى الضمانات القانونية ولا يكون للبائع سوى الدخول كدائن عادي في التفليسة ،لان المشرع اسقط عنه حق الامتياز المقرر لبائع المنقول ،اذ ان المشرع فضل مصلحة الدائنين الذين اعتمدوا على وجود المبيع في حيازة المدين ، وجرّد المشرع وكل شرط يضعه البائع لكي يحتّمى به من خطر افلاس المشتري بعد تسليم البضاعة اليه ،لهذا لا يجد الاحتفاظ بالملكية فاعلية كضمان للبائع عند افلاس المشتري وحيازته للمبيع في التشريع العراقي .

ويرى الفقه<sup>(103)</sup> ،ان موقف المشرع العراقي منتقد لأنه يجافي منطق العدالة التي يسعى التشريع الى تحقيقها لان مصلحة البائع هي الاولى بالرعاية لقيام الاخير بتسليم المبيع الى المشتري قبل سداد كامل الثمن ،وذلك



مراعاة منه للائتمان والثقة ولاسيما ان المشرع العراقي اضى على تصرفه صفة المشروعية باحتفاظه بملكية المبيع اسناداً الى المادة ٥٣٤ من القانون المدني والذي عده القانون الفقه والقضاء بانه صحيح ومشروع ، لذلك فان اخذ المبيع وهو لا يزال تحت ملك البائع واعطائه للدائنين امر غير مقبول قانوناً ، لأنه يعني اجبار الاغيار على الوفاء بديون لا علاقة لهم بها .

على الرغم من ان المشرع العراقي اعطى الاحتفاظ بالملكية دوره في مواجهة المتصرف اليه وحق البائع في استرداد المبيع الا انه لم يقرر نفاذه في مواجهة التفليسة ، لذلك نأمل من المشرع العراقي ان يأخذ بما ذهب اليه المشرع الفرنسي ، من اعطاء دور وفاعلية الاحتفاظ بالملكية في مواجهة الجماعة الدائنين بعد الحكم بإفلاس المشتري .

### المطلب الثالث

#### شروط دعوى استرداد البائع للمبيع.

ان امكانية منح البائع دعوى استرداد المنقول المبيع في التصرف الائتماني من حيازة المشتري المتقاعس عن دفع الثمن يعد امراً طبيعياً في حالة يسار الاخير ، اي تمتعه بضمان عام قوي ، اما في الحالة التي يشكل فيها ممارسة تلك الدعوى مساساً بالضمان العام للدائنين الذين عولوا على المبيع كعنصر مهم لحقوقهم ، فان ذلك يعتبر تفضيلاً لحق البائع على حقوقهم وخروجاً على القواعد العامة للإفلاس التي اقوم على المساواة بين الدائنين وحماية الوضع الظاهر ، وحتى يمكن للبائع من حق استرداد المبيع لابد من توفر شروط تتطلبها دعوى الاسترداد لهذا سنقسم هذا المطلب الى ثلاث افرع.

الفرع الاول :- الكتابة.

الفرع الثاني :- بقاء المبيع على حالته العينية.

الفرع الثالث :- مراعاة الاجل عند رفع الدعوى.

### الفرع الاول

#### الكتابة.

الاصل في توظيف الملكية كضمان يجب ان يكون محلاً للاتفاق بين البائع والمشتري وقت انعقاد العقد او بعده قبل تسليم المبيع ، وتأخذ بهذا الحكم الانظمة القانونية التي تقضي بانه اذا كان محل عقد البيع منقولاً معين بالذات تنتقل الملكية بمجرد العقد كما هو الحال في القانون الفرنسي<sup>(104)</sup> والمصري والعراقي<sup>(105)</sup> ، ففي هذه الانظمة اذ تم الاتفاق على الاحتفاظ بالملكية بعد انعقاد العقد ، فان ذلك الاتفاق يكون عديم الاثر اذا ان الملكية المبيع تكون قد انتقلت بالفعل من البائع الى المشتري بمجرد العقد<sup>(106)</sup> .

منح المشرع الفرنسي البائع الحق في دعوى الاسترداد في مواجهة الغير استثناء لأسباب معينة الا انه احاط اعمالها بضمانات قوية حتى لا تكون ممارستها على غش او ضرر بحقوق الدائنين ولكي تحقق الهدف المقصود من وراء تقريرها . وطبقاً للقواعد العامة لا يخضع الاحتفاظ بالملكية الى شكلية معينة لنفاذه او اثباته . وخرج المشرع عن هذه القواعد العامة ونص صراحة فيما يتعلق بالاحتفاظ بالملكية ونص في قانون ١٢ مايو ١٩٨٠ على انه لا يجوز للبائع طلب استرداد المبيع المحتفظ بملكيته في مواجهة الدائنين الا اذا كان هناك اتفاق مكتوب ، واشترط المشرع الفرنسي كذلك في التعديل التشريعي رقم ٣٤٦ لسنة ٢٠٠٦ في القانون المدني النافذ على ان يكون الاحتفاظ بالملكية مكتوباً<sup>(107)</sup> . واخذ المشرع المصري بالاتجاه نفسه في قانون التجارة النافذ حين اشار (مع عدم الإخلال بالأحكام المنصوص عليها في باب الإفلاس لا يكون شرط الاحتفاظ بالملكية نافذاً على الغير

إلا إذا كان الشرط مدوناً في ورقة ذات تاريخ ثابت وسابق على حق الغير أو على إجراءات التنفيذ التي يتخذها الدائنون على المبيع<sup>(108)</sup>.

والحكمة من اشتراط الكتابة هي حماية الطرفين ، ولتنبيه المتعاقدين لأهمية الاحتفاظ بالملكية وطبيعته الاستثنائية التي تمثل خروج عن القواعد العامة للبيع<sup>(109)</sup>، وكذلك لتجنب الغش بقصد الاضرار بحقوق الغير في حالة افلاس المشتري أو تقاعس عن دفع الثمن<sup>(110)</sup>.

وتماشياً مع ما تم ذكره فإن السؤال الذي يطرح في هذا الصدد هل يتطلب ان يرد الاحتفاظ بالملكية ضمن بنود العقد العامة أولاً بد ان يرد في اتفاق مستقل بوثيقة خاصة؟ ، على اعتبار اننا امام اتفاق يرد على تراخي نقل الملكية حيث يعتبر استثناء من القواعد العامة .

يذهب اتجاه الى انه لا بد من وجود وثيقة خاصة تنظم مبدأ واحكام هذا البند المذكور، وهذا الاتجاه المتشدد يرى ان الاتفاق ينبغي ان يرد على الاحتفاظ بالملكية ، على اعتبار انه امام اتفاق ذو طبيعة استثنائية تستوجب الالتزام بالتفسير الضيق ، ولا بد من علم الاطراف به وبيان احكامه في وثيقة خاصة قاطعة حسماً لكل خلاف قد يثار حول وجوده<sup>(111)</sup>.

ويرى اتجاه اخر بانه يكفي ان يرد الاحتفاظ بالملكية ضمن الشروط العامة<sup>(112)</sup> في الوثيقة التي تتضمن عقد البيع ، ولا يلزم بالضرورة الاتفاق عليه في وثيقة خاصة ، بل يكفي ان يرد ان يرد في الشروط الخاصة في عقد البيع او اية وثيقة اخرى كطلب البضاعة او اذن تسليم او الفاتورة التي تساهم في تحديد وبيان مضمونه<sup>(113)</sup>، الا ان حرية البائع في تضمين عقد البيع بهذا الاتفاق مرهونة بقبول المشتري للاحتفاظ بالملكية . وهذا الرأي الاخير هو الذي يتفق من المبادئ العامة للقانون ، حيث ان كتابة الاحتفاظ بالملكية ليست مطلوبة لصحته ، بدليل ان هذا الشرط كان يعتبر صحيحاً قبل صدور قانون ١٢ مايو ١٩٨٠ ، وهذه الكتابة ليست الا حماية رضا المشتري ، فالكتابة شرطاً للاحتجاج على الغير<sup>(114)</sup>.

وعندما يرد الاحتفاظ بالملكية ضمن وثيقة خاصة ، كخطاب التصديق او اذن التسليم او الفاتورة وعلم المشتري به ويعتبر قبول الاخير لعقد البيع يعادل تماماً قبول الاحتفاظ بالملكية<sup>(115)</sup>، الا ان وجود هذا الاتفاق المذكور في الشروط العامة لعقد البيع فلا يمكن للبائع ان يتمسك بهذا الضمان الاتفاقي واعتباره نافذاً بحق المشتري الا اذا كان الاخير قد علم بهذا الاتفاق وقبله<sup>(116)</sup>.

وما يثار في هذا الصدد ، هل يشترط العلم الحقيقي بالاحتفاظ بالملكية ام يكفي العلم المفترض من جانب المشتري ؟.

ذهب القضاء الفرنسي<sup>(117)</sup> الى ضرورة العلم الفعلي للاحتفاظ بالملكية من جانب المشتري حين يرد هذا الاتفاق ضمن الشروط العامة في العقد ، ولا مجال الى اعمال نظرية العلم المفترض بهذا الخصوص ، ومتى توفر علم المشتري بالاحتفاظ بالملكية المدرج ضمن الشروط العامة للعقد تثار بعد ذلك مسألة قبول المشتري ، فصحة الاحتفاظ بالملكية تتوقف على قبول هذا الاخير فلا غنا علم المشتري بوجود الشرط عن قبوله له .

لا يوجد صعوبة اذا كان قبول المشتري صريحاً قاطع الدلالة<sup>(118)</sup> ، الا ان الامر يصعب عندما يرد الاحتفاظ بالملكية ضمن الشروط العامة في عقد البيع ويعلم المشتري بهذا الاتفاق دون الاعتراض من جانبه ، فهل يعتبر السكوت من جانبه قبولاً ضمناً<sup>(119)</sup> ، ويمكن الاحتجاج به في مواجهة الغير؟.

تردد القضاء الفرنسي في بادئ الامر في قبول المشتري الضمني للاحتفاظ بالملكية خاصة عندما يرد في الشروط العامة للعقد<sup>(120)</sup> ، الا ان محكمة النقض الفرنسية حسمت الامر وقررت وجوب ثبوت قبول المشتري بهذا الضمان<sup>(121)</sup> ، ويمكن ان يتضح هذا القبول من خلال تنفيذه للعقد وهو على بينه من وجود هذا الاتفاق ضمن الشروط العامة في العقد ، وينبغي ان يكون الاحتفاظ بالملكية منصوص عليه كتابة وان يقبله المشتري على الاكثر عند تسلمه البضاعة ، وقبول المشتري الشرط المذكور لا يلزم بالضرورة ان يكون مكتوباً وعند

قيامه بتنفيذ العقد مع علمه الكامل بالاحتفاظ بالملكية يعد قبولاً منه له كذلك مجرد توقيع المشتري على الفاتورة طالما كان الاتفاق على الاحتفاظ بالملكية مكتوباً و واضحاً<sup>(122)</sup>.

أما سكوت المشتري دون الاعراض عن الاحتفاظ بالملكية فهو وضع سلبي لا يدل على شيء حسب الاصل ولا يسري على اطلاقه، حيث نجد ان المشرع الفرنسي في القانون اشار الى ( لا يعتبر السكوت قبولاً مالم يتبين خلاف ذلك في القانون او العرف او العلاقات التجارية او الظروف الاخرى )<sup>(123)</sup>، وهذا هو موقف المحكمة النقض الفرنسية على السكوت حيث قررت ( اذا كان السكوت في المبدأ لا يعادل القبول ، لا يكون الامر كذلك عندما تسمح الظروف بالعطاء السكوت معنى القبول )<sup>(124)</sup>. الا اننا نجد ان محكمة النقض الفرنسية قد خرجت عن كل ذلك وقررت استبعاد استنتاج موافقة المشتري على الاحتفاظ بالملكية من مجرد قرائن وان سكوته لا يعني قبول مطلقاً<sup>(125)</sup>. اما الوقف التشريعي المصري فضلاً عن المشرع العراقي فاعتبره السكوت قبولاً بوجه خاص في حالات استثنائية، من شأنها ان تحمل على القبول وهو ما يسمى بسكوت الملبس<sup>(126)</sup>، الا ان القضاء المصري اختلف في طبيعة السكوت فاعتبره تارة وضع سلبي لا يدل على شيء ولا يعتبر افصاحاً عن الارادة او تعبيراً عنها<sup>(127)</sup>، وتارة اخرى اعتبره بمثابة اقرار واستثناء من القاعدة الفقهية (لا ينسب الى الساكت قول)<sup>(128)</sup>.

أما عبء اثبات وجود الاتفاق على الاحتفاظ بالملكية مكتوباً وقبول المشتري له، فيقع على عاتق البائع لان الاخير يعتبر الدائن حسب القواعد العامة والسبب الثاني انه يدعي خلاف الاصل والذي هو انتقال الملكية المبيع عند ابرام العقد .

أما موقف المشرع العراقي فلم يتطرق الى شرط الكتابة للاحتفاظ بالملكية ونأمل من المشرع التدخل ومعالجة هذا النقص التشريعي والنص على اشتراط الكتابة وبيان موقفه ، والغاية من الكتابة هل هي للثبات حتى تسري في مواجهة الجماعة الدائنين.

## الفرع الثاني

### بقاء المبيع على حالته العينية.

يشترط لممارسة البائع حقه في الاسترداد المبيع ، ان يكون موجوداً بعينه ، والا يكون هناك مانع قانوني يحول دون ممارسة البائع لهذا الحق ، حيث اذا فقد المبيع حالته العينية نتيجة لتحوله لشيء اخر فلامحل لاسترداده لعدم توفر شرط وجود المبيع .

سلك المشرع الفرنسي في قانون التصفية القضائية للمؤسسات نفس النهج الذي اتبعه المشرع في القانون المنظم لأثار الاحتفاظ بالملكية فأجاز للبائع حق الاسترداد المبيع من التفليسة ، متى وجدت بعينها تحت يد المشتري ، ولا يجيز القانون الا البضائع المحفوظ بملكيتها ولكي يجوز الاسترداد لا بد ان تكون البضاعة موجودة بعينها<sup>(129)</sup> ، الا اننا نجد ان القضاء الفرنسي لم يشترط وجود البضاعة ذاتها بعينها فقد قرر الى اكثر من ذلك ، ان تم قبول دعوى استرداد البضائع التي اختلطت بأخرى مشتري من نفس البائع طالما كانت من نفس الطبيعة والجودة<sup>(130)</sup> . الا ان المشرع الفرنسي في القانون المدني منح البائع ضمان اكثر اذ لم يشترط بقاء المبيع بحالته العينية اذ اشار الى امكانية البائع من ممارسة حقه في الاسترداد على الموال تشابهها بالطبيعة والنوعية الموجودة تحت يد المدين او الواقعة تحت حيازة الغير لحساب المدين<sup>(131)</sup> . اما على مستوى القانون المصري فنجد ان المشرع في قانون التجارة النافذ اشترط عند فسخ عقد البيع بمقتضى شرط في العقد جاز للبائع استرداد المبيع وينبغي ان تكون البضاعة المراد استردادها هي ذاتها التي تسلمها المشتري<sup>(132)</sup> ، وبنفس الاتجاه سار المشرع العراقي في القانون التجارة النافذ<sup>(133)</sup> .

وتلقي المحاكم الفرنسية على البائع عبء اثبات وجود البضاعة لدى المشتري ، اذ يستطيع ان يقيم دليل على ذلك بكافة طرق الاثبات يوم النطق بحكم افلاس المشتري ، لذلك رفضت محكمة النقض الفرنسية وقررت بطلان

كل شرط يعفي البائع من عبء الإثبات، إذ لا يجوز قبول دعوى الاسترداد إلا بعد اثبات أن البضاعة موجودة في حيازة المشتري، ولا يجوز للمتعاقدین الاتفاق على ما يخالف ذلك لأنه يعتبر من النظام العام<sup>(134)</sup>. فالقضاء الفرنسي كان متشدد في تقدير وجود البضائع بحالتها العينية، إذ كان يرفض كل دعوى استرداد المنقولات المبيعة متى أصبحت جزءاً مركباً في مجموع أي كانت طبيعة التركيب، مادام يترتب على الاسترداد انخفاض قيمة المجموع<sup>(135)</sup>، إلا أن محكمة النقض الفرنسية خففت من حدة الاتجاه السابق، فقد أجازت للبائع استرداد البضاعة المدمجة أي كانت طبيعة الاندماج متى أصبح هذا الاسترداد لا يستلزم إلا عملية حل لا ترتب أي ضرر أو تلف مادياً جسيماً في المجموع<sup>(136)</sup>. وقد تنبى المشرع الفرنسي اتجاه محكمة النقض الفرنسية في قانون التصفية القضائية، لفكرة وجود البضاعة بعينها واعتبر أن البضاعة موجودة حتى لو أدمجت في مال آخر مادام استرجاعها يمكن أن يحدث دون تلف لها وللمنقول<sup>(137)</sup>، وأن المطالبة بالاسترداد تقتض من حيث المبدأ بقاء البضاعة على حالتها العينية، إلا أن القانون خفف من حدة هذه القاعدة والسماح بالحلول العيني في حالتين<sup>(138)</sup>، الأولى: -إعادة البيع حيث أن المطالبة ستتنصب عندئذ على الثمن بشرط ألا يكون قد تم دفعه للمشتري، والثانية: - حالة هلاك البضاعة حيث أن المطالبة ستتنصب على التعويض في حالة التأمين عليها . ولم يشير قانون ٢٥ يناير ١٩٨٥ لفرضية اندماج المنقول المبيع المحتفظ بملكه بغيره من الأموال العقارية، إلا أن الوضع قد تغير بعد صدور التعديل للقانون المدني الفرنسي والذي نظم من خلاله الاحتفاظ بالملكية الذي أشار إلى حق البائع في الاسترداد عندما نص على (لا يحول دمج المنقول موضوع الاحتفاظ بالملكية بمال آخر ...) <sup>(139)</sup>، فعبارة (مال آخر) بالمعنى الاصطلاحي يقصد بها المنقول والعقار (الأموال جميع الحقوق التي تقوم على شيء يمكن أن تكون له قيمة مادية، مثل الاستثمار الارتفاق الاسم التجاري، العقارات، حقوق التأليف وشهادات الاختراع، إلخ، وكل ما يحوزه الناس من ملك ورأسمال ونتاج ...) <sup>(140)</sup> وهكذا نرى أن وجود البضاعة على حالتها العينية، شرطاً حتى يحق للبائع المطالبة بالاسترداد، إلا أن هذا الشرط يقل حدته عند وجود أموال تحت يد المدين تشابهها بالطبيعة والنوعية، وأن حالة التصاق المنقول لا تشكل عائقاً أمام البائع للمطالبة بحقوقه طالما يمكن فصل الأموال دون الحاق الضرر بها، ونأمل من المشرع العراقي أن يحذو بنظيره الفرنسي في تنظيم الاحتفاظ بالملكية و نفاذه اتجاه الغير ولا يكتفي بحكم القواعد العامة، حتى يجد هذا الضمان فاعليته .

### الفرع الثالث

#### مراعات الأجل عند رفع الدعوى

إذا استطاع البائع أن يثبت وجود البضاعة بحالتها العينية وقت صدور حكم الإفلاس للمشتري، ووجود اتفاق كتابي على الاحتفاظ بالملكية من جانب البائع، فلا يبقى أمام البائع إلا أن يرفع دعوى الاسترداد البضاعة المبيعة مع مراعات الأجل المحدد .

لم يحدد التشريع العراقي والمصري المدة المعينة التي يلتزم بها البائع لرفع دعوى الاسترداد على البيع المحتفظ بملكته، بخلاف القانون الفرنسي إذ نص في القانون التسوية القضائية وتصفية الأصول والإفلاس الشخصي الفرنسي فإن دعوى استرداد المنقول لا تقبل إلا خلال مدة أربع أشهر تبدأ<sup>(141)</sup>، من تاريخ نشر الحكم المفتتح لإجراءات التسوية القضائية أو تصفية الأموال، أي من تاريخ آخر إجراء نص عليه وأن المدة المذكورة تم تعديلها بقانون تنظيم آثار الاحتفاظ بالملكية من خلال إعادة صياغة المادة بعد أن كانت المدة عام، ولم يكتفي المشرع الفرنسي بذلك فقد جاء بقانون التصفية القضائية للمؤسسات ليختصر تلك المدة إلى ثلاثة أشهر تبدأ ليس من تاريخ نشر الحكم المفتتح للإجراءات الجماعية في مواجهة المشتري وإنما من تاريخ صدور الحكم التسوية القضائية<sup>(142)</sup>. ولوحظ أن هذا التعديل يؤدي إلى إضرار البائع، لأن الأخير قد لا يعلم لمسالة

تعرض المدين للإجراءات الجماعية، الامر الذي دفع المشرع الفرنسي الى تعديل المدة ونص على بدء سريان مدة ثلاث شهور من تاريخ نشر الحكم، باعتباره تاريخ يحقق الامن القانوني لذوي الشأن<sup>(143)</sup>.

ويرى البعض<sup>(144)</sup>، ان هذه المدة بالغة القصر، على اعتبار ان البائع قد لا يعلم صدور الحكم بفتح الاجراءات الجماعية ضد المشتري الا بعد نشره، وان اجراءات الاعلان والنشر قد تستغرق وقت طويل فلا تبقى امام البائع الا القليل من الوقت عليه ان يتخذ قراره وان يقدم طلب الاسترداد الى المحكمة المختصة، والا رفض طلبه بعد انقضاء الاجل القانوني، فيحين يذهب اتجاه اخر<sup>(145)</sup>، ان الهدف من قصر هذه المدة هو سرعة تحديد اصول واموال المشتري، فاذا ما تقاعس البائع عن استرداد البضاعة المحتفظ بملكيتها كان مهماً ومستحقاً لعدم قبول دعواه عند انتهاء الاجل المحدد، لان بإهماله يساهم في خلق مظهر مخادع لا ينبئ عن حقيقة الاموال المشروع الخاضع للإجراءات الجماعية

والجدير بالذكر ان المدة المحددة لرفع دعوى الاسترداد هي مدة سقوط لا تقبل الوقف او الانقطاع، اذ ان الغاية من هذا التقادم هو حماية الاوضاع الظاهرة او جزاء لإهمال المدين فالمساعي الودية لا يمكن ان تؤدي الى تمديد المدة<sup>(146)</sup>.

اذ بتوافر شروط الدعوى يحق للبائع من المطالبة القضائية باسترداد المبيع المحتفظ بملكيته باعتباره مالاً، ولا تقبل دعوى الاسترداد بطبيعتها التجزئة فهي تمارس على كافة المبيع المحتفظ بملكيته، ولو كان المتبقي للبائع جزءاً من الثمن وذلك لان محل الدعوى هي الملكية كوسيلة من وسائل لضمان، لذلك فهذا المحل لا يقبل التجزئة، ويتضح على كل ما سبق ان البائع المحتفظ بالملكية الى حين استيفاء الثمن كله يتمتع بمركز متميز خاصة عن مقارنه مركز البائع من الدائنين اصحاب الحقوق السابقة واللاحقة على افتح اجراءات التصفية اذ يتمتع بضمان خاص يقرره القانون.

## الخاتمة

### اولاً :-النتائج.

- ١-ان البيع الائتماني كضمان، يقوم على اساس تخصيص المال لضمان الوفاء بالثمن، فله خاصية ائتمانية تميزه عن غيره من الضمانات فلا يحتاج الى اجراءات الشهر والعلانية، فيرتب اثار بين المتعاقدين يبقى الدائن مالاً للمبيع ويمكنه من استرداده في حال تخلف المدين عن الوفاء بالتزاماته.
- ٢-ان توظيف الملكية على سبيل الضمان لا تمنح البائع التنفيذ على المال محل الضمان بالأفضلية على دائني المشتري، وانما يخوله حق استرداد المبيع.
- ٣-ان حق للبائع في استرداد عند توظيف حق الملكية كضمان، تتأثر بطبيعة المبيع فلا بد من بقاء المال على حالته العينية عند طلب الاسترداد.
- ٤-ان حق البائع القانوني في الاسترداد في التشريعات المنظمة للبيوع الائتمانية، ادى الى تعديل في قانون الافلاس، ليصبح بائع المنقول الائتماني دائناً متميزاً عن سائر الدائنين العاديين للمشتري المفلس، ويتم بذلك من عدم جدوى المبادئ قانون الافلاس في مواجهته، ذات الطبيعة الامرة، سواء حماية الوضع الظاهر او المساواة بين الدائنين.

### ثانياً:- التوصيات.



- ١- على المشرع العراقي استيعاب التطور الحديث للبيوع الائتمانية و يتجه الى ما ذهب اليه التشريع الفرنسي ، عن طريق تعزيز مركز البائع مانح الائتمان بقواعد قانونية تزيد من فاعلية توظيف الملكية كضمان، وتكفل للبائع الاحتجاج بهذا الضمان قبل الجماعة دائني المشتري ، وتمكنه من استرداد المبيع .
- ٢- على المشرع العراقي ان يعمل على تكريس ، شروط يمكن من خلالها الاحتجاج في مواجهة الغير ، كاشتراط الكتابة لأثبات هذا الضمان ، واشتراط بقاء المبيع على حالته العينية او وجود اموال تشابهها بالطبيعة والنوعية في حيازة المشتري او لحسابه ، كذلك مراعاة الاجل القانوني عند طلب الاسترداد.

## الهوامش

- (١) د. محمد حسين منصور ، شرط الاحتفاظ بالملكية ط١ ، دار الجامعة الجديدة ، الاسكندرية ، 2007 ، ص١١٣ .
- (٢) انظر :- المادة ١٦٠٣ من القانون المدني الفرنسي (يوجد التزامان رئيسيان على البائع هما : التزام تسليم المبيع والتزام ضمانه ) نصت المادة ٤٣٥ من القانون المدني المصري ( يكون التسليم بوضع المبيع تحت تصرف المشتري بحيث يتمكن من حيازته والانتفاع به دون عائق ولو لم يستولي عليه استيلاء ماديا مادام البائع قد أعلم بذلك ، ويحصل هذا التسليم علي النحو الي يتفق مع طبيعة الشيء المبيع ) . مادة ٥٣٨ من القانون المدني العراقي (تسليم المبيع يحصل بالتخلية بين المبيع والمشتري على وجه يتمكن به المشتري من قبضه دون حائل).
- (٣) د. محمد حسن قاسم ، الوسيط في عقد البيع ، دار الجامعة الجديدة ، الاسكندرية ، ٢٠١١ ، ص٢٥٥ .
- (٤) د. اشرف عبد الرزاق ، الوسيط في البيع بالتقسيط ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٦ ، ص٢٦٤ .
- (٥) انظر :- المادة ١٦١٤ من القانون المدني الفرنسي ، والمادة ٤٣١ من القانون المدني المصري .
- (٦) د. نبيل ابراهيم سعد ، الملكية كوسيلة للضمان ، دار الجامعة الجديدة ، الاسكندرية ، ٢٠٠٧ ، ص٥١ .
- (٧) د. هادي حسين الكعبي ، احتفاظ بالملكية المبيع دراسة مقارنة ، ط١ ، منشورات الحلبي الحقوقية ، ٢٠١١ ، ص٩١ .
- (٨) د. عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، ج٤ ، العقود التي تقع على الملكية - البيع والمقايضة - ، دار احياء التراث العربي ، دون سنة نشر ، ص١٧٥ .
- (٩) انظر :- المادة ١٦١٢ من القانون المدني الفرنسي ( ان البائع غير ملزم بتسليم الشيء المبيع اذا لم يدفع المشتري الثمن ، ولم يمنح مهلة للدفع).
- (١٠) انظر :- المادة ١٦١٣ من القانون المدني الفرنسي (لا يعتبر البائع ملزماً بالتسليم أيضاً، حتى ولو منح المشتري مهلة للدفع، إذا أفلس المشتري منذ تاريخ البيع أو إذا كان في حالة إعسار بحيث إن البائع يوجد في خطر محقق بخسارة الثمن، إلا إذا قام المشتري بتقديم كفالة بالدفع في الأجل المحدد).
- (١١) انظر :- المادة ٤٥٩ من القانون المدني المصري (١- إذا كان الثمن كله أو بعضه مستحق الدفع في الحال فللبائع أن يحبس المبيع حتى يستوفي ما هو مستحق له ولو قدم المشتري رهناً أو كفالة. هذا ما لم يمنح البائع المشتري أجلاً بعد البيع. ٢- وكذلك يجوز للبائع أن يحبس المبيع ولو لم يحل الأجل المشتري لدفع الثمن إذا سقط حق المشتري في الأجل).
- (١٢) انظر :- المادة ٥٧٩ من القانون المدني العراقي (١- اذا كان الثمن مؤجلاً في عقد البيع او رضي البائع بتأجيله بعد البيع فلا حق في حبس المبيع بل يلزم بتسليمه الى المشتري ولا يطالبه بالثمن قبل حلول الاجل. ٢- على انه يجوز للبائع ان يحبس المبيع حتى لو لم يحل الاجل المشتري لدفع الثمن، اذا كان المشتري قد اضعف ما قدمه من تأمينات للوفاء بالثمن، او كان في حالة اعسار يوشك معها ان يضيع الثمن على البائع، هذا ما لم يقدم المشتري كفالة).
- (١٣) د. حسين الماحي ، اثار شرط الاحتفاظ بالملكية في البيع التجاري الائتماني ، ط١ ، دار ام القرى ، المنصورة ، ١٩٩٥ ، ص٢٦ .
- (١٤) د. محمد حسن قاسم ، مصدر سابق ، ص٢٧٦-٢٧٧-٢٧٨ .
- (١٥) د. عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، ج٤ ، مصدر سابق ، ص١٧٤ .
- (١٦) د. علي سيد قاسم ، شرط الاحتفاظ بالملكية ونظام الافلاس ، دار النهضة العربية ، بيروت ، ١٩٩١ ، ص٤٤ .
- (١٧) Cass.Com.ler oct. 1985, cit.; aussi, note Derrida, D. 1986, 1.R., p.169 et s.; B.Soinne, Survie et disparition du droit de la faillite, J.C.P.1982, éd.C.I.13903.
- (١٨) د. حسين الماحي ، مصدر سابق ، ص١٢٧ .
- (١٩) محمد حسين منصور ، مصدر سابق ، ص١١٣ .
- (٢٠) د. نبيل ابراهيم سعد ، الملكية كوسيلة للضمان ، مصدر سابق ، ص٤٢ .
- (٢١) انظر المادة ٢٨٤ من القانون المدني العراقي (يزول الحق في الحبس بزوال الحيازة)
- (٢٢) J. Ghestin, rapport de synthèse. in actualite de droit de T'entreprise, t.12, p.291, no. 20.



- مشار اليه : د. نبيل ابراهيم سعد ، الملكية كوسيلة للضمان ، مصدر سابق ، ص ٤١ .
- R.A. Eastwood, L.L.d, The contract of sale of good, second edition. 1946. p.94..
- مشار اليه : د. صبري حمد خاطر ، الاحتفاظ بالملكية (دراسة تأصيلية في عقد البيع )، بحث منشور في مجلة جامعة النهرين ، المجلد الرابع ، العدد الخامس ، ٢٠٠٠ ، ص ١١٢ .
- (23) د. حسين الماحي ، مصدر سابق ، ص ٢٧ وما بعدها .
- (24) د. هادي حسين الكعبي ، مصدر سابق ، ص ٧٤ . د. نبيل ابراهيم سعد ، الضمانات غير المسماة في القانون الخاص ، دار الجامعة الجديدة ، الاسكندرية ، ٢٠٠٦ ، ص ١٩٨ .
- (25) Cour de cassation chambre commerciale. Audience publique 17 octobre 2018.  
https://www.legifrance.gouv.fr
- تم الحصول على القرار من الموقع الاتي :-
- (26) cite par Brocca op.cit.p.27.
- مشار اليه عند : د. صبري حمد خاطر - مصدر سابق - ص ١١٢ .
- (27) المادة ١٩١٥ من القانون المدني الفرنسي نصت (الإيداع هو عقد بوجه عام يستلم بموجبه الشيء من الغير مع الالتزام بحفظه واعادته سليماً عيناً). أيضاً المادة ٧٦٨ من القانون المدني المصري نصت ( الوديعة عقد يلتزم به شخص ان يتسلم من اخر على ان يتولى حفظ هذا الشيء وعلى ان يردده عيناً ). كذلك المادة ٩٥١ من القانون المدني العراقي (الايداع عقد به يحيل المالك او من يقوم مقامه حفظ ماله الى اخر ولا يتم الا بالقبض).
- (28) د. عبد الرزاق السنهوري الوسيط ، ج ٧ ، العقود الواردة على العمل ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٦٤ ، ص ٦٧٨ .
- (29) المادة ١٩١٧ من القانون المدني الفرنسي (الوديعة هي من الأساس وبحصر المعنى عقد مجاني). أيضاً المادة ٩٦٨ من القانون المدني العراقي (ليس للوديع ان يأخذ اجرة على حفظ الوديعة، ما لم يشترط ذلك في العقد).
- (30) د. صبري حمد خاطر - مصدر سابق - ص ١١٣ .
- (31) انظر المادة ١٩٣٢ من القانون المدني الفرنسي (يجب على الوديع أن يعيد الوديعة نفسها التي سلمت إليه. قال اليه وهكذا يتوجب أن يحصل رد المبالغ النقدية بالعملة نفسها التي تم فيها الإيداع، سواء في حال ارتفاع قيمتها او في حال انخفاضها ).
- (32) المادة ١٩٤٤ من القانون المدني الفرنسي ( يجب إعادة الوديعة إلى المودع عندما يطالب بردها حتى ولو كان العقد قد حدد مهلة معينة للرد إلا إذا تبين وجود حجز احتياطي في يد الوديع أو معارضة للرد ولنقل الشيء المودع ). أيضاً المادة ٩٦٩ من القانون المدني العراقي (للمودع في كل وقت ان يطلب رد الوديعة مع زوائدها، كما ان للوديع ان يطلب ردها متى شاء).
- (33) انظر المادة ٢٣٧١ من القانون المدني الفرنسي (يمكن للدائن المطالبة بإعادة المال لاسترداد حق التصرف به، في حال التخلف عن التسديد الكامل للدين عند استحقاقه).
- (34) V. Aopnwn de martel - tribes.cit -Brocca, op. cit. p. 28.
- مشار اليه عند : د. هادي حسين الكعبي ، مصدر سابق ، ص ٧٦ .
- (35) د. عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، ج ٨ ، حق الملكية مع شرح مفصل للأشياء والاموال ، دار النهضة العربية ، بيروت ، ١٩٨٦ ، ص ١٨٦ وما بعدها .
- (36) د. صبري حمد خاطر - مصدر سابق - ص ١١٣ .
- (37) د. عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، ج ٤ ، مصدر سابق ، ص ١٧٨ .
- (38) انظر المادة ٤٣٠ من القانون المدني المصري . وايضا المادة ٥٣٤ من القانون المدني العراقي .
- (39) Derrupe (J), La Nature juridique du droit du preneur a baillet la distinction des droit de ceance These Toulouse, 1955. p. 257.
- (40) د. ابراهيم الدسوقي ابو الليل ، البيع بالتقسيط والبيع الائتمانية الاخرى ، مطبوعات جامعة الكويت ، 1984 ، هامش ص ٢٩٣ .
- (41) د. هادي حسين الكعبي ، مصدر سابق ، ص ٧٩ .
- (42) د. نبيل ابراهيم سعد ، الملكية كوسيلة للضمان ، مصدر سابق ، ص ٢١ .
- (43) د. هادي حسين الكعبي ، مصدر سابق ، ص ٧٩ .
- (44) د. هادي حسين الكعبي ، مصدر سابق ، ص ١١٨ ، د. نبيل ابراهيم سعد ، الملكية كوسيلة للضمان ، مصدر سابق ، ص ٤٦ .
- (45) د. عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، ج ٩ ، اسباب كسب الملكية ، دار احياء التراث العربي ، بدون سنة النشر ، ص ١١٤٢ .
- (46) حارث طاهر على الدباغ ، البيع بالتقسيط دراسة مقارنة ، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية القانون جامعة الموصل ، ١٩٩٨ ، ص ١٢٦ .
- (47) انظر :- المادة ٢٢٧٦ من القانون المدني الفرنسي والمادة ٩٧٦ من القانون المدني المصري كذلك المادة ١١٦٣ من القانون المدني العراقي .
- (48) د. محمد طه البشير و د. غني حسون طه ، الحقوق العينية الاصلية والتبعية ، دار السنهوري ، بغداد ، ٢٠١٦ ، ص ٢٥٣ .
- (49) د. عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، ج ٩ ، مصدر سابق ، ص ١١١٧ .
- (50) د. محمد حسين منصور ، مصدر سابق ، ص ٢٢٨ .

- (51) م ٦٦ من قانون ١٣ يوليو ١٩٦٧، م ١٢٢ من قانون ٢٥ يناير ١٩٨٥. والمادة ٢٣٧٢ من القانون المدني الفرنسي (إن حق الملكية ينتقل إلى دين المدين تجاه المكتسب الثانوي أو تجاه تعويض التأمين البديل للمال).
- (52) Réciv., VRevendication, N73s- Nouv. Rép., V. Possession, n. 44s. Com. 1er oct. 1985, Bull Civ. IV, n. 224. Com. 19 mai 1987. Bull. Civ. IV., 120.
- (53) د. محمد حسين منصور، مصدر سابق، ص ٢٣١.
- (54) Com. 15 jan. 1991, Bull. Civ. IV, n. 31
- تم الحصول على القرار من الموقع التالي  
<https://www.legifrance.gouv.fr/٢٩/٤/٢٠٢٣>  
 تاريخ الزيارة ٢٠٢٣/٤/٢٩
- (55) Com. 27. mai 1986. Bull, Civ. IV.. n. 102- 12 Feb. 1991. Ibid, n. 72. J. Mestre. obs. op.cit
- مشار اليه عند د. محمد حسين منصور، مصدر سابق، ص ٢٣٢
- (56) انظر :- المادة ١٠٦ من قانون التجارة المصري رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ (مع عدم الإخلال بالأحكام المنصوص عليها في باب الإفلاس لا يكون شرط الاحتفاظ بالملكية نافذاً على الغير إلا إذا كان الشرط مدوناً في ورقة ذات تاريخ ثابت وسابق على حق الغير....).
- (57) د. عبد الحميد الشواربي، الالتزامات والعقود التجارية وفقاً لقانون التجارة رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩، ج ١، منشأة المعارف الاسكندرية، ٢٠٠١، ص ٥٢٨. د. محمد حسين منصور، مصدر سابق، ص ٢٢٦.
- (58) انظر المادة ١٠٧ من قانون التجارة المصري رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ (لا يجوز للمشتري التصرف في المبيع قبل أداء الأقساط بأجمعها إلا بإذن مكتوب من البائع وكل تصرف يجريه المشتري بالمخالفة لهذا الحكم لا يكون نافذاً في حق البائع....) (يعاقب المشتري عند مخالفة أحكام الفقرة الأولى بالحبس مدة لا تتجاوز ستة أشهر وبغرامة لا تتجاوز ٥٠٠ جنيه...).
- (59) المادة ٤٥٥ من قانون العقوبات رقم ١١١ لسنة ١٩٦٩ (يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على سنة وبغرامة لا تزيد على مائة دينار او باحدى هاتين العقوبتين من اشترى مالا منقولا احتفظ البائع بملكته الى ان يستوفي ثمنه كله فتصرف به تصرفا يخرج من حوزته دون اذن سابق من البائع. ولا تقام الدعوى الا بناء على شكوى البائع وتنقضي الدعوى بتنازل البائع عن شكواه قبل صدور حكم نهائي فيها، ويوقف تنفيذ الحكم فيها اذا حصل التنازل بعد صدور الحكم).
- (60) د. هادي حسين الكبي، مصدر سابق، ص ١١٨.
- (61) انظر المادة ١١٩٩ من القانون المدني الفرنسي.
- (62) د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج ١، الالتزام بوجه عام - مصادر الالتزام، دار احياء التراث العربي، بيروت، بدون سنة نشر، ص ٤٥٠. د. سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني - ٢، في الالتزامات، المجلد الاول، نظرية العقد والارادة المنفردة، ط ٤، مطبعة السلام، ١٩٨٧، ص ٥٦٤.
- (63) نصت المادة ١٢٠٠ من القانون المدني الفرنسي (يتوجب على الغير احترام الوضع القانوني الناشئ عن العقد. يستطيع الغير الاحتجاج به خاصة لتقديم الإثبات على واقع).
- (64) Cass, cir, 3° zi, Mars, 1972, Bull, car, TII, p136
- نقلا عن د. هادي حسين الكبي، مصدر سابق، ص ٩٨.
- (65) Ripert, traité élémentaire de droit Commercial par Roblot, T. 11, 8 eme éd. n. 3145.
- نقلا عن د. محمد حسين منصور، مصدر سابق، ص ١٥٦.
- (66) Mestre, De l' ancien sur la clause de réserve de propriété, Journ agrées. 982. 205.
- (67) د. نبيل ابراهيم سعد، الملكية كوسيلة للضمان، مصدر سابق، ص ٥٢.
- (68) د. محمد حسين منصور، مصدر سابق، ص ١٥٧.
- (69) د. نبيل ابراهيم سعد، الملكية كوسيلة للضمان، مصدر سابق، ص ٥٢.
- (70) د. ابراهيم الدسوقي ابو الليل، البيع بالتقسيط والبيع الائتمانية الاخرى، مصدر سابق ص ٢٧٨.
- (71) Article 121 (Peuvent également être revendiqués, s'ils se retrouvent en nature au moment de l'ouverture de la procédure, les biens vendus avec une clause de réserve de propriété subordonnant le transfert de propriété au paiement intégral du prix. Cette clause, qui peut figurer dans un écrit régissant un ensemble d'opérations commerciales convenues entre les parties, doit avoir été convenue entre les parties dans un écrit établi, au plus tard, au moment de la livraison. Nonobstant toute clause contraire, la clause de réserve de propriété est opposable à l'acheteur et aux autres créanciers, à moins que les parties n'aient convenu par écrit de l'écarter ou de la modifier)
- (72) د. نبيل ابراهيم سعد، الضمانات غير المسماة في القانون الخاص، مصدر سابق، ص ٢٠٧-٢٠٨.
- (73) Loi du 25 janvier 1980, article 115.
- (74) Loi du 13 juillet 1967, article 66.
- (75) د. حسين الماحي، مصدر سابق، ص ٨٦.

(76) Article 117 (Peuvent être revendiquées, si elles existent en nature, en tout ou partie, les marchandises dont la vente a été résolue antérieurement au jugement ouvrant le redressement judiciaire soit par décision de justice, soit par le jeu d'une condition résolutoire acquise.

La revendication doit pareillement être admise bien que la résolution de la vente ait été prononcée ou constatée par décision de justice postérieurement au jugement ouvrant le redressement judiciaire lorsque l'action en revendication ou en résolution a été intentée antérieurement au jugement d'ouverture par le vendeur pour une cause autre que le défaut de paiement du prix.

(77) د. هادي حسين الكعبي، مصدر سابق، ص ١٠٣.

(78) د. محمد حسين منصور، مصدر سابق، ص ١٦١.

(79) د. ابراهيم الدسوقي ابو الليل، البيع بالتقسيط والبيع الائتمانية الاخرى، مصدر سابق ص ٢٧٧.

Civ. 28 Mars et 22 Oct. 1934, D. 1934.1.151 note Vandamme, S. 1935, 1,337 note Esmein-Req 17

Juill. 1895, D. 1896.1.57, note Thaller.

نقلا عن د. محمد حسين منصور، مصدر سابق، ص ١٥٧.

(80) Traller, Droit Commercial, Paris 1910, n. 1497-Com. 7 juill 1976. D. 1878.70 note Honorat

(81) نصت المادة ١٥٨٣ من القانون المدني الفرنسي (يعتبر البيع تاماً بين الأطراف والملكية مكتسبة حكماً للمشتري تجاه البائع، منذ أن تم الاتفاق على الشيء والتمن رغم عدم تسليم الشيء أو عدم دفع ثمنه بعد).

(82) د. هادي حسين الكعبي، مصدر سابق، ص ١٠٢.

(83) Com.22 déc. 1975, D. 1976. 22-8 mai 1979 e 18 juin 1977, Gaz. Pal. 2.508.

(84) د. ابراهيم الدسوقي ابو الليل، البيع بالتقسيط والبيع الائتمانية الاخرى، مصدر سابق، ص ٢٩٦.

(85) انظر :- مواد من ٣٧٦ - ٣٨٩ من قانون التجارة المصري الصادر في ١٣ نوفمبر ١٨٨٣ (الملغي).

(86) استئناف القاهرة ٢٨ يناير ١٩٥٨ / رقم ٢٩٥، س ٧٤ ق، اورده د. حسين الماحي، مصدر سابق، ص ١١١.

(87) د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج ٤، مصدر سابق، ص ١٧٥. د. رمضان ابو السعود، شرح احكام القانون المدني العقود المسماة، ط ١، القسم الاول، منشورات الحلبي الحقوقية، ٢٠١٠، ص ٥٨.

(88) د. محمد حسين منصور، مصدر سابق، ص ١٥٣.

(89) د. حسني المصري، العقود التجارية في القانون الكويتي والمصري المقارن، ط ١، مكتبة الصفار، الكويت، ١٩٩٠، ص ٩٩.

(90) د. محمد سامي مذكور و د. علي حسن يونس، القانون التجاري، الافلاس، دار الفكر العربي، القاهرة، بدون سنة طبع، ص ٢٦٦.

(91) د. مصطفى كمال طه، العقود التجارية، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، ٢٠٠٨، ص ٣٤.

(92) د. علي البارودي، العقود وعمليات البنوك التجارية، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، ٢٠٠١، ص 43.

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

(94) د. محمود سمير الشرقاوي، القانون التجاري، ج ٢، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨١، ص ١٦١. د. محسن شفيق، الوسيط في شرح القانون التجاري المصري، ج ٢، دار نشر الثقافة بالاسكندرية ١٩٥١، ص ٨٠٣. د. سعيد محمد السعيد، آثار حكم شهر الافلاس على الجماعة الدائنين، مؤسسة الاخوة للطباعة، القاهرة، ١٩٩٢، ص ٢٦٥.

(95) د. احمد محمود خليل، الافلاس التجاري والاعسار المدني، منشأ المعارف الاسكندرية، بدون سنة نشر، ص ٢١٨. د. عبد الحميد الشواربي، مصدر سابق، ص ٥٣٤.

(96) المادة ٦٣١ من قانون التجارة رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ (1-إذا افلس المشتري قبل دفع الثمن وبعد دخول البضائع مخازنه او مخازن وكيله المكلف ببيعها فلا يجوز للبائع ان يطلب فسخ البيع او استرداد البضائع كما يسقط حقه في الامتياز. 2- وكل شرط يكون من شأنه تمكين البائع من استرداد البضائع او الاحتفاظ بالامتياز عليها لا يحتج به على الجماعة الدائنين).

(97) د. علي سيد قاسم، مصدر سابق، ص ٨٩.

(98) انظر :- المادة ١٠٦ من قانون التجارة المصري رقم ١٨ لسنة ١٩٩٩.

(99) د. محمد حسين منصور، مصدر سابق، ص ١٥٥.

(100) انظر :- المادة ٦٢٦ من قانون التجارة المصري رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩.

(101) الفقرة الثانية من المادة ٦٤٥ من قانون التجارة رقم ١٤٩ لسنة ١٩٧٠ (- وإذا افلس المشتري بعد إرسال البضائع اليه وقبل دخولها مخازنه أو مخازن وكيله المكلف ببيعها جاز للبائع استرداد حيازتها ومع ذلك لا يجوز الإسترداد إذا فقدت البضائع ذاتيتها أو تصرف فيها المفلس قبل وصولها بغير تدليس بمقتضى قوائم الملكية أو وثائق النقل الى مشتر حسن النية).

(102) لايزال الباب الخامس المتعلق بالافلاس والصلح الواقي منه من قانون التجارة رقم ١٤٩ لسنة ١٩٧٠ نافذاً.

(103) د. هادي حسين الكعبي، مصدر سابق، ص ١٠٦.

(104) انظر :- المادة ١٥٨٣ من القانون المدني الفرنسي (يعتبر البيع تاماً بين اطراف والملكية مكتسبة حكماً للمشتري اتجاه البائع منذ الاتفاق على الشيء والتمن رغم عدم تسليم الشيء أو عدم دفع الثمن دفعه بعد).

(105) المادة ٢٤٧ من القانون المدني العراقي (الالتزام بنقل الملكية او اي حق عيني اخر ينقل من تلقاء نفسه هذا الحق اذا كان محل الالتزام شيئاً معيناً بالذات يملكه الملتزم وذلك دون اخلال بالقواعد المتعلقة بالتسجيل). تقابلها المادة ٢٠٤ من القانون المدني المصري.

(106) د.حسين الماحي، مصدر سابق، ص ٨.

(107) المادة ٢٣٦٨ من القانون المدني الفرنسي ( الاحتفاظ بالملكية يتم كتابة ).

(108) انظر :- المادة ١٠٦ من قانون التجارة المصري رقم ١٨ لسنة ١٩٩٩.

(109) د.هادي حسين الكعبي، مصدر سابق، ص ٣٠.

(110) د.محمد حسين منصور، مصدر سابق، ص ١٦٣.

(111) Rapport du Fidal présenté au Congrès des conseils juridiques de Strasbourg des 10.12 oct. 1980, n. 60-

(112) الشروط العامة )هي مجموعة الاحكام التي يستعين بها المتعاملون في حكم ارتباطهم التعاقدية، والتي تعتبر جزءاً من العقد ولها ما للعقد من قوة ملزمة، بشرط علم وقبول الطرف الاخر بها). د.حسين الماحي، مصدر سابق، ص ١١.

(113) Com. 29 mars 1989. R.D. Com. 1989, 715 obs. Bouloc

مشار اليه عند د.محمد حسين منصور، مصدر سابق، ص ١٦٥.

(114) د.نبيل ابراهيم سعد، الضمانات غير المسماة في القانون الخاص، مصدر سابق، ص ٢٠٩.

(115) د.نبيل ابراهيم سعد، الملكية كوسيلة للضمان، مصدر سابق، ص ٥٤.

(116) د.حسين الماحي، مصدر سابق، ص ١٢.

(117) Cass. 10 déc. 1991, Cass. 11 mai 1993, D. 1993, Somm. commentés par Fraçoise PEROCHON, pp. 287 ets.

(118) المادة ١١١٣ من القانون المدني الفرنسي (يتكون العقد من التقاء الايجاب والقبول اللذين يعبر الفرقاء من خلالهما عن ارادتهم بالتعاقد، ويمكن ان تنتج عن هذه الارادة عن تصريح او سلوك لا لبس فيه صادر عن صاحبه). المادة ٩٠ من القانون المدني المصري (كما يكون الايجاب او القبول بالمشافهة يكون بالمكاتبه وبالاشارة الشائعة الاستعمال ولو من غير الاخرس وبالمبادلة الفعلية الدالة على التراضي وبتأخذ اي مسلك اخر لا تدع ظروف الحال شكاً لادلتها على التراضي). تقابلها المادة ٧٩ من القانون المدني العراقي.

(119) القبول الضمني هو وضع ايجابي يستخلص من ظروف ايجابية اما السكوت هو مجرد وضع سلبي. د.حسن علي ذنون، النظرية العامة للالتزام، دار الحرية للطباعة، بغداد، ١٩٧٦، ص ٤٤.

(120) د.حسين الماحي، مصدر سابق، ص ١٤.

(121) Com. 5 nov. 1985 Bull, Civ. IV, n. 258-Com. 25 fev. 1986, Bull. Civ. IV, n. 31.

مشار اليه عند د.محمد حسين منصور، مصدر سابق، ص ١٦٧.

(122) Com. 19 fév. 1985. Bull. Civ. IV, n68-Com. 22 juin 1983. R.D. Comm, 1985, 561, obs. Bouloc.

(123) انظر :- المادة ١١٢٠ من القانون المدني الفرنسي.

(124) قرار رقم ٢٢٣، د ٢٠٠٦ نقض مدني ١-٢٤ ايار /مايو ٢٠٠٥، القانون المدني الفرنسي بالعربية، طبعة ١٠٨، دالوز، فرنسا، ٢٠٠٩، ص ١٠٠٩.

(125) Com 11 mai 1984, Bull. Civ., IV, IV, n. 154

تم الحصول على القرار من الموقع التالي:-

تاريخ الزيارة <https://www.legifrance.gouv.fr/12/5/2023>

(126) انظر المادة ٩٨ من القانون المدني المصري، تقابلها المادة ٨١ من القانون المدني العراقي.

(127) طعن رقم ٩٩٣ لسنة ٨٠ قضائية/الجلسة ٢٠١٧/٥/١٥، تم الحصول على القرار عبر موقع محكمة النقض المصرية.

تاريخ الزيارة <https://www.cc.gov.eg/13/5/2023>

(128) طعن رقم ٧٥٤ لسنة ٦٩ قضائية/جلسة ٢٠٠٥/٥/١٤، تم الحصول على القرار عبر موقع محكمة النقض المصرية.

تاريخ الزيارة <https://www.cc.gov.eg/13/5/2023>

(129) Loi du 25 janvier 1985, article 121 (Peuvent également être revendiqués, s'ils se retrouvent en nature au moment de l'ouverture de la procédure, les biens vendus avec une clause de réserve de propriété subordonnant le transfert de propriété au paiement intégral du prix. Cet .....)

(130) Com. 18 Mars 1988, Bull. Civ., IV, n. 112.

(131) المادة ٢٣٦٩ من القانون المدني الفرنسي ( يمكن ممارسة حق الاحتفاظ بالملكية على الاشياء قابلة للاستهلاك من اموال تشابهها طبيعة ونوعية بوضع المدين او لحسابه، في حدود ماتبقى من الدين المستحق ).

(132) انظر :- المادة ٦٢٩ من قانون التجارة المصري رقم ١٨ لسنة ١٩٩٩ نصت (اذا فسخ عقد البيع بحكم او بحكم او بمقتضى شرط في العقد قبل صدور الحكم بشهر افلاس المشتري جاز للبائع استرداد البضائع كلها أو بعضها في التفليسة بشرط ان توجد عينا).

(133) انظر :- المادة ٦٤٥ من قانون التجارة العراقي رقم ١٤٩ لسنة ١٩٧٠ (.....جاز للبائع استرداد حيازتها ومع ذلك لا يجوز الإسترداد إذا فقدت البضائع ذاتيتها .....).

(134) Com. 9 Jan. 1990, Bull. Civ. IV, n. 8.

(135) Paris, 25 oct. 1983, Gaz. Pal. 1984, p. 19, Rennes. 12 sept. 1984, D. 1986, I.R., p. 170.

(136) Cass. 8 déc. 1987, R.T.D. Comm. 1988, cass. 17 mai 1994, D. 1994, I.R., p.

مشار اليه د.حسين الماحي، مصدر سابق، ص ٨٧.

(137) Loi du 25 janvier 1985, article 121 (La revendication en nature peut s'exercer dans les mêmes conditions sur les biens mobiliers incorporés dans un autre bien mobilier lorsque leur récupération peut être effectuée sans dommage pour les biens eux-mêmes et le bien dans lequel ils sont incorporés. La revendication en nature peut également s'exercer sur des biens fongibles lorsque se trouvent entre les mains de l'acheteur des biens de même espèce et de même qualité).

(138) Loi du 25 janvier 1985, article 122. Code civil français article 2372.

(139) انظر :- المادة ٢٣٧٠ من القانون المدني الفرنسي نصت ( ان دمج المنقول موضوع الاحتفاظ بالملكية بمال اخر لا يشكل عائقاً، امام ممارسة الدائن لحقوقه عندما يمكن فصل الاموال دون الحاق الضرر بها ).

(140) د.روحي البعلبكي و مورييس نخلة و صلاح مطر ،القاموس القانوني الثلاثي ،ط١، منشورات الحلبي الحقوقية ،٢٠٠٢، ص ٢٨٧.

(141) Loi du 13 juillet 1967, article 59.

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

(143) Loi du 10 juin 1994, article 57 (La revendication des meubles ne peut être exercée que dans le délai de trois mois suivant la publication du jugement ouvrant la procédure de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire immédiate.)

(144) د.علي سيد قاسم ،مصدر سابق ،ص ١١٤.

(145) د.حسين الماحي ،مصدر سابق ،ص ٩٥.

(146) د.عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني ،ج ٣، نظرية الالتزام بوجه عام الاوصاف -الحوالة- الانقضاء ،دار احياء التراث العربي ،بيروت ،بدون سنة نشر ،ص ٩٩٤.

## المصادر

### اولاً:- الكتب العامة.

1. د.ابراهيم الدسوقي ابو الليل ,البيع بالتقسيط والبيع الانتمانية الاخرى, مطبوعات جامعة الكويت ,1984.
2. د.احمد محمود خليل، الافلاس التجاري والاعسار المدني، منشأ المعارف الاسكندرية ،بدون سنة نشر.
3. د.اشرف عبد الرزاق ،الوسيط في البيع بالتقسيط، دار النهضة العربية ،القاهرة ،٢٠٠٦.
4. د.حسني المصري ،العقود التجارية في القانون الكويتي والمصري المقارن ،ط١، مكتبة الصفار ،الكويت ،١٩٩٠.
5. د.حسين الماحي ،اثار شرط الاحتفاظ بالملكية في البيع التجاري الائتماني، ط١، دار ام القرى ،المنصورة، ١٩٩٥.
6. د.رمضان ابو السعود ،شرح احكام القانون المدني العقود المسماة ،ط١، القسم الاول، منشورات الحلبي الحقوقية ،٢٠١٠.



7. د.روحي البعلبكي و مورييس نخلة و صلاح مطر ،القاموس القانوني الثلاثي ،ط١، منشورات الحلبي الحقوقية ،٢٠٠٢.
8. د.سعيد محمد السعيد ،اثار حكم شهر الافلاس على الجماعة الدائنين ،مؤسسة الاخوة للطباعة ،القاهرة ،١٩٩٢،
9. د.سليمان مرقس ، الوافي في شرح القانون المدني -٢- ،في الالتزامات ،المجلد الاول ،نظرية العقد والارادة المنفردة ،ط٤، مطبعة السلام ،١٩٨٧.
10. د.عبد الحميد الشواربي ،الالتزامات والعقود التجارية وفقاً لقانون التجارة رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ ،ج١ ،منشأة المعارف الاسكندرية ،٢٠٠١.
11. د.عبد الرزاق السنهوري ،الوسيط في شرح القانون المدني ،ج٤،العقود التي تقع على الملكية -البيع والمقايضة-،دار احياء التراث العربي ،بدون سنة نشر.
12. د.عبد الرزاق السنهوري ،الوسيط في شرح القانون المدني ،ج٨ ،حق الملكية مع شرح مفصل للأشياء والاموال ،دار النهضة العربية ،بيروت ،١٩٨٦.
13. د.عبد الرزاق السنهوري ،الوسيط في شرح القانون المدني ،ج٩ ،اسباب كسب الملكية ،دار احياء التراث العربي ،بيروت،بدون سنة نشر.
14. د.عبد الرزاق السنهوري الوسيط ، ج7 ، العقود الواردة على العمل ، دار النهضة العربية ،القاهرة ،١٩٦٤،
15. د.عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني ،ج١ ، الالتزام بوجه عام - مصادر الالتزام ،دار احياء التراث العربي ،بيروت،بدون سنة نشر.
16. د.عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني ،ج٣،نظرية الالتزام بوجه عام الاوصاف - الحوالة-الانقضاء ،دار احياء التراث العربي ،بيروت ،بدون سنة نشر.
17. د.علي البارودي ،العقود وعمليات البنوك التجارية ،دار المطبوعات الجامعية ،الاسكندرية ،٢٠٠١.
18. د.علي سيد قاسم ،شرط الاحتفاظ بالملكية ونظام الافلاس ،دار النهضة العربية ،بيروت ،١٩٩١.
19. د.محسن شفيق ،الوسيط في شرح القانون التجاري المصري ،ج٢،دار نشر الثقافة بالاسكندرية ١٩٥١.
20. د.محمد حسن قاسم ،الوسيط في عقد البيع ، دار الجامعة الجديدة ، الاسكندرية ،٢٠١١.
21. د.محمد حسين منصور ،شرط الاحتفاظ بالملكية ،ط1 ،دار الجامعة الجديدة ،الاسكندرية ،2007.
22. د.محمد سامي مذكور و د.علي حسن يونس ،القانون التجاري ، الافلاس ،دار الفكر العربي ،القاهرة ،بدون سنة نشر.
23. د.محمد طه البشير و د.غني حسون طه ،الحقوق العينية الاصلية والتبعية ،دار السنهوري،بغداد ،٢٠١٦.
24. د.محمود سمير الشرقاوي،القانون التجاري ،ج٢،دار النهضة العربية ،القاهرة ،١٩٨١.
25. د.مصطفى كمال طه ،العقود التجارية ،دار الفكر الجامعي ،الاسكندرية ،٢٠٠٨.
26. د.نبيل ابراهيم سعد ،الضمانات غير المسماة في القانون الخاص ،دار الجامعة الجديدة ،الاسكندرية ،٢٠٠٦،
27. د.نبيل ابراهيم سعد ،الملكية كوسيلة للضمان ،دار الجامعة الجديدة ،الاسكندرية ،٢٠٠٧.
28. د.هادي حسين الكعبي ، احتفاظ بالملكية المبيع دراسة مقارنة،ط١ ،منشورات الحلبي الحقوقية ،٢٠١١.

#### ثانياً:- الرسائل والبحوث.

1. د.صبري حمد خاطر ،الاحتفاظ بالملكية (دراسة تأصيلية في عقد البيع )،بحث منشور في مجلة جامعة النهريين ،،المجلد الرابع ،العدد الخامس،٢٠٠٠.



2. حارث طاهر على الدباغ ،البيع بالتقسيط دراسة مقارنة ،رسالة ماجستير مقدمة الى كلية القانون جامعة الموصل ،١٩٩٨.

ثالثاً:- المصادر الاجنبية .

1. Derrupe (J), La Nature juridique du droit du preneur a baillet la distinction des droit de ceance These Toulouse, 1955
2. J. GHESTIN, Réflexions d'un civiliste sur la clause de réserve de propriété, D. 1981.

رابعاً:- المواقع الالكترونية

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

خامساً:- القوانين.

- 1- القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951.
- 2- قانون العقوبات العراقي رقم 111 لسنة 1969.
- 3- قانون التجارة العراقي رقم 149 لسنة 1970 (الملغي).
- 4- قانون التجارة العراقي رقم 30 لسنة 1984.
- 5- قانون التجارة المصري الصادر في 13 نوفمبر 1883.
- 6- القانون المدني المصري رقم 139 لسنة 1948.
- 7- قانون التجارة المصري رقم 17 لسنة 1999.
- 8- القانون المدني الفرنسي الصادر في 21 مارس سنة 1804.
- 9- قانون التسوية القضائية والتصفية الفرنسي الصادر في 13 يوليو 1967 .
- 10- قانون تنظيم اثار الاحتفاظ بالملكية الفرنسي الصادر في 12 مايو 1980 .
- 11- قانون الخاص بالتقويم والتصفية القضائية للمؤسسات الفرنسي الصادر في 25 يناير 1985.

### **Abstract**

The purpose of employing the right of ownership as a guarantee in the contract of sale, aims to keep the seller owner of the place of the contract until he gets the price, the seller was not satisfied with traditional insurances including the privilege provided, where he reached that the more he found his right linked to the place of the contract, the more he became safe in obtaining the price, retaining ownership as an agreement guarantee in the sale of credit arranges effects between the parties to the contract, it constitutes a guarantee for the debtor as he keeps him the owner of the sale until the price is met, this guarantee can the seller When the buyer fails to implement his obligations or insolvency, from the recovery of the money subject to the contract being still the owner of it, so this guarantee makes the sale between two people, the seller who retains the ownership, and the buyer who possesses it, and this disposition leads to important legal issues, such as determining the legal status of the contractors during the warranty period, and the authorities owned by the parties, the buyer's possession of the money makes him appear as the owner of the sale, and this possession may result from material and legal actions under which rights for others on the sale result.

# ***The effect of employing ownership as collateral in credit sales***

*(A Comparative Study)*

***Pro. Dr. Hadi Hussein Al-Kaabi***

*University of Babylon / College of Law*

***Taj al-Din Bassem Rashid***

*University of Babylon / College of Law*