

الاحتفاظ بالملكية للضمان

- دراسة مقارنة -

رسول عبد الحسين عزيز

بإشراف

أ. د عزيز كاظم جبر الخفاجي

معهد العلميين للدراسات العليا / قسم القانون الخاص / التخصص

(القانون المدني)

Retention of title for security

-A comparative study-

Summary

If the seller retains ownership of the sold item in the sales contract he concludes with the buyer, until the buyer pays the full price, the resulting effect is that the seller remains the sole owner of the thing sold, and ownership does not transfer to the buyer until the full price is paid. If the seller does not pay the full price, The price has the right to recover the sold item, since he still owns it, and thus the seller avoids competing with the buyer's other creditors. Here the benefit of the condition of retaining ownership appears, and the guarantee that the law gives to the seller is crystallized. The sales contract regulates the buyer's position before the seller collects the price, but the contracting parties rarely address this issue, which calls us to refer to the general provisions, which determine the powers and rights of the buyer over the sold item before payment is actually and legally made. We will try in this section by dividing it into two requirements. We will dedicate the first requirement to the effectiveness of the condition of retaining ownership, while we will make the second requirement to the guarantee achieved by the condition of retaining ownership.

المخلص

إذا احتفظ البائع بملكية المبيع في عقد البيع الذي يبرمه مع المشتري، لحين تسديد المشتري كامل الثمن، فإن الأثر المترتب على ذلك هو أن يظل البائع، المالك الوحيد للشيء المبيع، ولا تنتقل الملكية إلى المشتري، لحين سداد كامل الثمن، فإذا لم يستوفِ البائع كامل الثمن يكون له الحق في استرداد المبيع، أنه ما زال مالكا له وبذلك يتجنب البائع مزاحمة سائر دائني المشتري، وهنا تظهر فائدة شرط الاحتفاظ بالملكية، ويتبلور الضمان الذي يخوله القانون للبائع. ويتولى عقد البيع تنظيم مركز المشتري قبل استيفاء البائع الثمن، غير أن المتعاقدين نادرا ما يتعرضان لهذه المسألة، الأمر الذي يدعونا إلى الرجوع إلى الأحكام العامة، التي تحدد سلطات وحقوق المشتري، على المبيع قبل السداد واقعا وقانونيا. وسنحاول في هذا المبحث عبر تقسيمه على مطلبين نخصص المطلب الأول لفعالية شرط الاحتفاظ بالملكية، في حين نعقد المطلب الثاني للضمان الذي يحققه شرط الاحتفاظ بالملكية.

المقدمة

أولاً- جوهر فكرة الموضوع : إن فكرة الضمان فكرة حية لذلك فهي متطورة، وهذا التطور قد أدى إلى تنوع كبير في الوسائل، والأدوات المستعملة في سبيل تحقيق الوظيفة المبتغاة من وراء الضمان. فلم ينحصر تصور الضمان في الواقعة القانونية، بل نراه في التصرف القانوني، إذا نشأ الضمان عن اتفاق البائع والمشتري، وأدى إلى احتفاظ البائع بملكية المبيع على الرغم من تسليم المبيع للمشتري.

ثانياً منهجية البحث: إن دراستنا للاحتفاظ بالملكية للضمان ستأخذ أسلوب المنهج المقارن سبيلا لمعالجة موضوع البحث فنسلط الضوء على التشريعات العراقية ونرى كيف عالجت مسألة احتفاظ البائع بملكية المبيع بعدها نعقد المقارنة بينه وبين التشريعات العربية المتمثلة بالقانون المدني المصري والأجنبية والمتمثلة بالقانون المدني الفرنسي ونرى كيف نظمت أحكامه.

ثالثاً أهمية البحث : بالنظر لتزايد أهمية الضمان لقيمة الأموال والأشياء التي انتقلت من البائع إلى المشتري وهذا يكشف دور الضمان في نطاق حق الملكية، وعلى ضوء ذلك يتم رصد هذه الظاهرة من خلال تصنيف الضمان في نطاق حق الملكية ليتم بعدها محاولة استخلاص القواعد المشتركة لكل مجموعة منها.

رابعاً إشكالية البحث: توجد مصطلحات متضاربتان مصلحة البائع ومصلحة المشتري، فمن هي الأولى بالرعاية والحماية لذلك فإن إشكالية البحث تكمن في إيجاد الضمانات التي من شأنها ان تحفظ للبائع حقه في استيفاء ثمن المبيع.

خامساً خطة البحث: سنوزع موضوع البحث على مطلبين نخصص المطلب الأول لفعالية شرط الاحتفاظ بالملكية أما المطلب الثاني نعده للضمان الذي يحققه شرط الاحتفاظ بالملكية. وبعد أن أكملنا دراستنا توصلنا إلى مجموعة من النتائج والتوصيات تم ذكرها في خاتمة هذا البحث ومن الله التوفيق.

المطلب الأول لفعالية شرط الاحتفاظ بالملكية

إذا نشأ العقد صحيحا ولم يطرأ عليه ما يجعله غير نافذ، ولا غير لازم كانت له قوة ملزمة. واستطاع المتعاقدين إجبار بعضهما على تنفيذ ما ورد فيه، وحتى يكون هذا التنفيذ ممكنا، ينبغي تحديد أطراف العقد أولاً، ومضمونة ثانياً، فالأصل أن العقد لا ينصرف إلى غير أطرافه، ومن ثم أن أثر العقد لا يسري إلا في حق الطرفين، غير أنه قد يسري أثر العقد في حق غيرهما استثناء من ذلك، وهو ما سنحاول بيانه، كل في

فرع مستقل عبر تقسيم هذا المطلب على فرعين مستقلين نخصص الفرع الأول لآثار شرط الاحتفاظ بالملكية فيما بين العاقدين، في حين نعقد الفرع الثاني لآثار شرط الاحتفاظ بالملكية قبل الغير.

الفرع الأول آثار شرط الاحتفاظ بالملكية فيما بين العاقدين

إن مضمون الأثر النسبي للعقد، يصور العلاقة التعاقدية قاصرة على العاقدين، من حيث الآثار القانونية التي يربتها العقد، غير أن هذا الأصل والاستثناء على ذلك، أنه لا يوجد مانع من أن ينشئ العقد مركزاً واقعياً يكون حجة على الغير، إذا علم به.^(١) لما تقدم ذكره فإن شرط الاحتفاظ بالملكية إذا ما أتق عليه أطراف العقد، وتم إدراجه في عقد البيع، أنشأ مركزاً واقعياً، يصبح بموجبه للبائع الحق بالاحتجاج على الغير، بحقه في استرداد المبيع، عند تخلف المشتري عن تسديد الثمن.^(٢) فإذا حجز دائن المشتري على الشيء المبيع، فإن للبائع الحق في إقامة دعوى الاسترداد، ذلك، لأن الملكية لم تنتقل بعد إلى المدين (المشتري) المحجوز على أمواله^(٣) غير أن البائع أحياناً يواجه صعوبة في ممارسة هذا الحق، وذلك في حالة إفلاس المشتري قبل تسديد كامل الثمن، إذ قد تتعارض مصلحة البائع في استرداد المبيع، مع مصلحة باقي الدائنين لأن المبيع يمثل أحد عناصر الذمة المالية للمشتري.^(٤) والسؤال الذي يمكن أن يثار هو: هل يستطيع شرط الاحتفاظ بالملكية تحقيق مصلحة البائع، أو أن فاعلية هذا الشرط، تتلشى أمام قواعد الإفلاس الصارمة؟ وللإجابة على هذا السؤال ينبغي أن نبحث في مدى نفاذ شرط الاحتفاظ بالملكية، تجاه الدائنين. ويجب دراسة شرط ممارسة البائع لدعوى الاسترداد، وهذا يقتضي علينا أولاً تناول مركز المتعاقدين قبل، وبعد ميعاد الحلول، وفي الشطر الثاني مدى نفاذ شرط الاحتفاظ بالملكية تجاه الدائنين.

أولاً- المركز القانوني للبائع قبل حلول ميعاد الوفاء بالثمن: يبقى البائع مالكا للشيء المبيع، ولا تنتقل الملكية إلى المشتري لحين تسديد الثمن، وهذا لا يعيق نفاذ عقد البيع وتحقق أثره، غير أن الملكية تتراخي لحين الوفاء، إذ يلتزم البائع بتسليم المبيع، ووضعه تحت تصرف المشتري، ويلتزم البائع بضمان استحقاقه وعيوبه الخفية، وبهذا الصدد فقد نصت المادة (٥٧٩) من القانون المدني العراقي على انه (١- إذا كان الثمن مؤجلاً في عقد البيع أو رضي البائع بتأجيله بعد البيع فلا حق له في حبس المبيع بل يلزم بتسليمه إلى المشتري ولا يطالبه بالثمن قبل حلول الأجل) ومسؤولية البائع إذا ما اخل بالتزامه بتسليم المبيع، قبل انتقال الملكية فهي مسؤولية عقدية، أما بالنسبة للمركز القانوني للمشتري، فهو يكون ملتزماً بتسلم المبيع، وتكون له عليه سلطة قانونية ناشئة من انتقال المبيع إليه بعناصره دون ملكيته، فتحقق له سلطة الاستعمال، والاستغلال، دون التصرف، إذ تتأجل نقل ملكية المبيع، لحين تسديد الثمن. غير أن هناك من عدّ المشتري صاحب حق شخصي، قبل الوفاء بالثمن وانتقال الملكية، وقد اختلفت الآراء في هذا المجال، فهناك من يرى أن المشتري حائز عرضي، دون سند حيازة وهو قول غير صحيح، فالحيازة إما أن يكون لها سند قانوني، أو لا يكون لها سند قانوني^(٥)، كالواقعة القانونية كما في حالة الغصب^(٦)، والحقيقة أن المشتري استلم المبيع بموجب عقد، وبذلك فإن من غير السليم إنكار هذا الوجود القانوني، واعتباره كأن لم يكن. في حين يرى جانب آخر من الفقه أن المشتري يكون في مركز الوديع، وسندهم في ذلك أن البائع يستطيع استرداد المبيع دون فسخ عقد البيع^(٧)، وأيضا انتقد هذا الرأي نتيجة للاختلاف الكبير بين الوديع والمشتري، لاختلاف طبيعة عقد البيع عن الوديعة، من ناحية الأركان والالتزامات الخاصة بهما، فضلا عن أن إرادة الطرفين في الوديعة تهدف إلى إعادة الشيء. في حين أن إرادة المتعاقدين في عقد البيع تهدف إلى ضمان تنفيذ المشتري التزامه بتسديد ثمن المبيع للبائع.

ثانياً- المركز القانوني للمشتري قبل الوفاء بكامل الثمن وبعده: إذا لم يسدد المشتري الثمن المتفق عليه في عقد البيع، فلا يعد مالكا للشيء المبيع، ولا حائز له. غير انه يمكن وصفه بأنه واضعاً يده على المبيع، لأنه قد تسلمه من البائع، وتحديد السلطات التي يمكن أن يمارسها المشتري على الشيء المبيع، وما يترتب من نتائج على هذه الممارسة، وهذا ما أشارت إليه المادة ١٦١ من قانون التجارة العراقي الملغي رقم ٦٠ لسنة ١٩٤٣ على انه (شرط عدم تملك المشتري المبيع قبل تأدية الثمن كاملاً معتبر وخسارة المبيع المسلم في مثل هذا البيع ينتقل على عاتق المشتري اعتباراً من وقت التسليم)، فالمشتري يحظى بمركز ذو طابع خاص، فالمجرى العادي للأمر إن وضع اليد على المال ينشأ، إما عن واقعة قانونية، إذا لم توجد أي رابطة عقدية بين واضع اليد والمالك. أو يتم تنظيمه عن طريق التصرف القانوني، أي رابطة عقدية كما في عقد الوديعة أو الإيجار أو العارية. فمركز المشتري قبل تسديده كامل الثمن، ينشأ من أن هناك اتفاقاً بينه وبين المالك، وهذا الاتفاق يكون ضمن بنود عقد البيع، ولا يتم تنظيم سلطات المشتري قبل أن يكون مالكا للشيء المبيع، بعد تسديده كامل الثمن، وهذه السلطات تنشأ عن طريق حق الملكية، الذي يتم نقله عن طريق عقد البيع، غير أنه في حالة عدم تحقيق هذا الانتقال للملكية، فإننا سنكون أمام فراغ قانوني، لا يخلو من ترك انطباع بالقلق.^(٨) أما من الناحية العملية فإنه من غير الملائم، ومن غير المتصور، إمكانية منع المشتري من استعمال المبيع

المسلم إليه، ولاسيما إذا كان المبيع هو أدوات تجهيز فان هذا التسليم يكون غير ذي جدوى، ولا فائدة منه للمشتري، غير أن الاستعمال للشيء المبيع، قد يؤدي إلى استهلاكه. ومن ثم فإنه في حالة الاسترداد الناجم عن عدم تسديد الثمن، وهذه الحالة تمثل مشكلة في حالة كون المشتري غير موسر، إذ إن استعمال الشيء المبيع قد يصل إلى حد الاندماج وتحويلها، وفي هذه الحالة فلا تبقى على حالتها عند تحويلها، مما حدا ببعضهم أن يسندوا ذلك لفكرة الالتصاق، التي بمقتضاها يكون لصاحب الشيء، أن يملك ما اتصل به اتصالاً يتعذر معه فصله منه دون تلف^(٩) ونرى أن المشتري الذي لم يسدد ثمن المبيع، ولم يعد مالكا بعد، فله أن يبيعها إلى شخص آخر فإذا كان المشتري الثاني حسن النية، بمعنى لا يعلم بعدم ملكية المشتري الأول الشيء المبيع، فله أن يتمسك قبل البائع الأول، بقاعدة الحيابة في المنقول بحسن نية سند الملكية.^(١٠) وحسن النية مفترض دائما، ومن يدعي خلافه عليه إثبات العكس، ويقع على البائع الأول عبء إثبات سوء النية، وهو شرط الاحتفاظ بالملكية، زيادة على ذلك ينبغي أن تأخذ بعين الاعتبار، ما تضمنه القانون المدني العراقي والقوانين المقارنة التي اعتبرت أن بيع ملك الغير، قابلا للإبطال، والإبطال مقرر هنا لمصلحة المتصرف إليه فهو الوحيد الذي يمكنه التمسك به، غير أن هذا البطلان لا يكون له محل، إذا انتقلت ملكية الشيء المبيع إليه وأصبح ذلك له، لذا يكفي المشتري القيام بتسديد كامل الثمن، حتى يكون بيع المشتري الأول إلى المشتري الثاني، صحيحا ولا يمكن حصول الطعن به.^(١١) فضلا عن ذلك ينبغي الأخذ بنظر الاعتبار، ما ورد بأحكام المادة (١٣٥) مدني عراقي^(١٢) والتي اعتبرت بيع ملك الغير موقوفا على إجازة المالك، فإذا أجازته اعتبر توكيلا، ويطلب بالثمن، وإذا لم يجز بطل التصرف، والمشتري يواجه صعوبات قبل وفاءه بكامل الثمن، يمكن مواجهتها من خلال تضمين العقد شرط بموجبه، يجوز للمشتري استعمال المبيع قبل تسديده كامل الثمن وفقا لعقد البيع المبرم بينه وبين البائع، هذا الاشتراط يمنع البائع العديد المزايا منها أن يتصرف في المبيع، لأن تصرفه يشكل جريمة خيانة الأمانة^(١٣)، فضلا عن ذلك ممكن تشبيه الشيء المبيع بالفعل، إلى أن يتم دفع الثمن بالبضائع المودعة، إذا أخذنا بنظر الاعتبار إن الغاية من الوديعة هي غاية مؤقتة، إذ الالتزام برد الوديعة، هو إلتزام أساسي على المودع، مع العرض بوجود مدة العقد الوديعة على سبيل البيع. vent_depot غير أن الشيء المبيع يتم بيعه في هذه الحالة، لحساب المودع. هذا العقد الهجين المركب الذي يتكون من عقد وديعة يسبق عقد البيع بين ذات أطراف العقد يحمل نوعين من التعارض في الغايات التعاقدية، وهذا التعارض يزداد وضوحا قبل تسديد الثمن، كون المبيع سيخضع في ذات الوقت لأحكام الوديعة والبيع في الوقت نفسه. إذا ما أخذنا بنظر الاعتبار أن البائع يكون مسؤولا منذ تسليم الشيء، عن العيوب الخفية للشيء المبيع. وأيضا الضرر الذي يسببه الشيء المبيع، فإذا تزامن عقد البيع والوديعة على نفس الشيء المبيع، فإن الأمر لا يخلو من حصول مشكلة في ذلك.^(١٤)

الفرع الثاني استفادة الغير من الاحتفاظ بالملكية كأداة ضمان

يعد شرط الاحتفاظ بالملكية وسيلة لضمان حق البائع في الحصول على الثمن، مما ينعكس إيجابا على تشجيع الائتمان إذ يقبل البائع ويسهوله تسليم المبيع للمشتري، ولو لم يستلم الثمن. مع الاحتفاظ بملكيته المبيع لحين تسديد ثمنه، مما ينعكس إيجابا في ازدهار النشاط التجاري، وتوفير السيولة النقدية، لاستثمارها في مجالاتها الضرورية، من جانب آخر يمكن أن يؤدي شرط الاحتفاظ بالملكية إلى تقييد حرية المشتري في التصرف بالمبيع، خلال مدة ما قبل تسديد الثمن، ومن أجل حصول المشتري على رخصة من البائع، للتصرف بالمبيع. مع ضمان حق البائع بالحصول على ثمن المبيع، من حصيلته هذا التصرف، وأحيانا قد يحتاج البائع إلى الائتمان يمكنه نقل شرط الاحتفاظ بالملكية إلى الممول على سبيل الضمان يتضح من ذلك أن الأمر يقتضي نشوء عده علاقات قانونية، متشابكة بين أطراف العقد من جانب، ومن جانب آخر بين الممول والمقرض، الذي يقرض المشتري لضمان حقه، فالمسألة الرئيسية تكمن في الائتمان والتمويل، ليضمن كل طرف على حقه، ويحصل على الائتمان، ويتم ذلك من خلال الاستفادة من شرط الاحتفاظ بالملكية، على سبيل الضمان، ولتحقيق هذا الغرض هناك عده وسائل :-

أولاً-- **حوالة الحق** تتمثل باتفاق أو عقد يتفق فيه الدائن مع شخص ثالث أجنبي، على أن يحول له حقه الذي في ذمة المدين. فيحل هذا الشخص في الحق نفسه، وينتقل إليه الحق بصفاته وتأميناته و دفعه، وتتم حوالة الحق دون الحاجة، لرضاء المدين غير أنها لا تكون نافذة تجاه المدين، أو تجاه الغير، إلا إذا قبلها المدين، ويكون القبول ثابت التاريخ أو أعلنت له.^(١٥) وتمثل حوالة الحق كوسيلة لنقل الحق، يمكن سحب أحكامها على شرط الاحتفاظ بالملكية كوسيلة لضمان حق البائع، بوصفه تابعاً من توابع الحق المحال به، ويستوي فيه القابلية للحوالة جميع الحقوق الشخصية مدنية أم تجارية، سواء كان محلها مبلغا من النقود، أم أشياء، أو القيام بعمل، أو امتناع عن عمل، ويستوي كذلك أن يكون عينا معيناً بالذات، أو يكون الحق منجزاً، أو معلقاً على شرط، أو مقترناً بأجل، إذ ينتقل الحق إلى المحال له، بصفاته، التي كان عليها قبل الحوالة مع كافة تأميناته وملحقته، فإذا كان الحق مضموناً برهن رسمي، أو برهن حيازي، أو بكفالة، فإنه ينتقل مع هذه التأمينات^(١٦)،

وهذا الوصف ينسحب على ضمان حق البائع باحتفاظه بملكية المبيع، الذي لم يستوفي ثمنه كاملاً، في القانون المدني الفرنسي النافذ تشتت في المادة (١٦٩٠) منه في حوالة الحق أن يكون قبول المدين لها قد تم بتصرف رسمي، مما انعكس سلبياً على تطبيق حوالة الحق في المسائل التجارية لاشتراطها قبول المدين. نفاذ الحوالة، وتم القبول يتصرف رسمي من قبله. غير أن هناك رأي في الفقه يرى عدم إمكانية تحويل الاستفادة من شرط الاحتفاظ بالملكية إلى الغير بدلالة المادة (٣٦٥). من القانون المدني العراقي^(١٧)، التي تقضي بأن الحوالة تشمل الضمانات، كالكفالة والامتياز والرهن، وما حل من فوائد وأقساط، ويمكن نقل الاستفادة من شرط الاحتفاظ بالملكية للغير، بمجرد حصول الرضا بين الطرفين على الحوالة في الثمن المسمى. فبإمكان البائع تحويل حقه في الثمن، تجاه المشتري للغير، فإن احتفاظ البائع بملكية المبيع المقرر لضمان تسديد ثمنها لا يستفاد منه غيره. بمعنى آخر أن شرط الاحتفاظ بالملكية ينتقل للمحال له، لأنه ثمنه من ضمن الاقساط المقررة في المادة المذكورة^(١٨). أمام هذه الصعوبات والعقبات تدخل المشرع الفرنسي وأصدر قانون في ٢ يناير ١٩٨١ المعدل بقانون ٢٤ يناير ١٩٨٤ لتسهيل تداول الحقوق التجارية، عن طريق السماح بحوالتها إلى البنوك أو المؤسسات المالية، بمجرد تسليم القائمة أو الحافظة التي تتضمنها، فسمح القانون لجعل الديون المهنية الحاضرة والمستقبلية، أداة أتمان. إما عن طريق رهنها رهن حيازياً، أو من خلال التنازل عنها، ويكون ذلك عن طريق حصر الديون المتنازل عنها في قائمة، تعطى للمتنازل إليه، وبذلك تنتقل ملكية الدين على سبيل الضمان وبدون ثمن، واستكمالاً للإجراءات الشكلية، لابد من تعيين الديون، مع ذكر انه تنازل عنها، على وفق قانون ٢ يناير ١٩٨١ الفرنسي ولا يشترط إعلان المدين بالتنازل أو قبوله. غير إن قبولها يترتب آثاراً مهمة، فهو يعادل الالتزام بالدفع في حق الغير، واتجاه جماعة دائنين متنازل عليه ابتداءً من التاريخ المكتوب فيه القائمة ولو لم يكن ثابتاً^(١٩). وقد عرض على القضاء الفرنسي دعوى مضمونها، قيام المشتري بإعادة المبيع المحتفظ البائع بملكيته، وقد تنازل المشتري الأول عن ثمن المبيع للغير، فصلل التنازع بين الغير والبائع الأصلي، الذي مارس حقه في اقتضاء ثمن إعادة المبيع المحتفظ بملكيته، وقد قرر القضاء في صيغته بأحقية البائع، لأن المتنازل إليه (المشتري الثاني) اكتسب الحق في الثمن متقلاً بحق البائع الأصلي في المطالبة به، لأن الأسبقية في الحلول تتقدم على الحوالة^(٢٠).

ثانياً- الحلول ألتفاقي: إذا قضى شخص دين غيره، فالأصل أنه يقصد الرجوع عليه بما دفعه عنه، والرجوع عادة، أما أن يكون بدعوى شخصية، تقوم على أساس الوكالة، إذا كان بأمر المدين، أو من خلال الكسب دون سبب، إذا كان للدافع مصلحة بتسديد الدين، ولم يكن لديه نية التبرع، أو من خلال إقامة الدعوى العينية، التي تقام من قبل الدائن ضد المدين، ويكون الدين مضموناً بضمانات خاصة، وهذه الضمانات تنتقل لتضمن للموفاي، الحصول على ما وفى به، عن المدين. وهو ما يسمى بالوفاء مع الحلول، إذ إن الموفاي يحل محل الدائن في الحق، وينتقل الحق إليه بصفاته، وتأميناته ودفعه^(٢١). ولا شك أن في شرط الاحتفاظ بالملكية سيحل الموفاي محل البائع في عقد البيع المقترن بشرط الاحتفاظ بالملكية.

١- فوائد الوفاء مع الحلول :- للوفاء مع الحلول فوائد عدة في الحياة العملية ولكافة الأطراف، فهو مفيد للموفاي كونه يمكنه من استثمار أمواله، بطريقه مأمونة العواقب، إذ يكون الحلول باتفاق بين الموفاي والدائن، ويجب أن لا يتأخر الاتفاق على الحلول عن وقت الوفاء، ولا يستوجب الاتفاق شكل خاص، إلا انه محكوم في إثباته للقواعد العامة في الإثبات^(٢٢). وبالرجوع إلى المادة (٣٨٠) من القانون المدني العراقي النافذ^(٢٣) نجد أن الدائن بإمكانه استيفاء حقه، من شخص ثالث غير المدين، وإحلاله محله، في ما له من ضمانات، ودعاوى ضد المدين. وهذا الاتفاق صحيح، ومفيد لكل من الدائن، والمدين والموفاي، فالدائن لا يخسر شيئاً، بل بالعكس قد يحصل على حقه قبل حلول الأجل المحدد، وقد يوفر على نفسه المتاعب، التي يجربها التنفيذ على العين، التي له عليها الضمان العيني. وهو مفيد أيضاً للموفاي، لأنه يستثمر ماله بصورة مأمونة العواقب. وكذلك هو مفيد للمدين، لأنه يتوقى به قيام دائنه بالتنفيذ عليه، فيستبدل به دائناً جديداً يمنحه أجلاً للوفاء، وبصورة عامة فإن الوفاء مع الحلول، مفيد وغير مضر في الوقت ذاته، بأي طرف من أطراف الوفاء مع الحلول، من كفيل أو دائن آخر للمدين، لأنه لا يتغير بالنسبة إليهم، إلا اسم الدائن فقط^(٢٤).

٢- أنواع الحلول ألتفاقي : النوع الأول الحلول بالاتفاق مع الدائن، إذ يستطيع الدائن الحصول على حقه، من شخص ثالث غير المدين، وإحلاله محله في ما له من ضمانات ضد المدين، وهو ما تم بيانه. النوع الثاني الحلول بالاتفاق مع المدين، على وفق ما ورد بالمادة (٣٨٠) / ٢^(٢٥) من القانون المدني العراقي النافذ والمتضمنة اتفاق بين المدين والمقرض، بموجبه يقترض المدين مالا يوفي به الدين الذي بذمته، ويحل المقرض محل الدائن في الضمانات العينية، التي كان يتمتع بها ضماناً للدين، ولا يشترط رضا الدائن، على الرغم من أنه صاحب الحق، ولهذا النوع فوائد عملية، فهو فيه منفعة المدين دائماً، إذ يمكنه من الحصول على دائن بشروط اخف من الشروط السابقة، كأن يكون الدائن

الجديد، يقبل أن يقرض المدين قرضاً بفائدة أقل مما كان عليه دين الدائن الأول، أو يكون الدائن الجديد أكثر يسراً، وأقل تعنتاً في المطالبة من الدائن الأول، كذلك الفائدة لا تقتصر على المدين فقط، وإنما الفائدة تمتد للمقرض أيضاً، إذ تتمثل فائدة المقرض بالاستفادة من هذه العملية، عبر استثمار ماله في قرض مضمون، بضمانات عينيه كافيته، أما بالنسبة للدائن فتتضح فائدته من أنه يستلم حقه كاملاً، ولا يفقد منه شيئاً، ولا يضار أيضاً من ذلك الدائنين الآخرين التاليين له. باعتبار الدائن الأول كان سابقاً عليهم في الدرجة، وحل محله دائن جديد، فحقيقة الأمر أنه لم يتغير مركز الدائنين، لما كان عليه الأمر قبل الوفاء مع الحلول^(٢٦). ولولفاء مع الحلول شروط تضمنتها المادة (٣٨٠/٢)^(٢٧) من القانون المدني العراقي. هذه المقدمة لبيان وتوضيح الحلول الاتفاقي، في القانون المدني العراقي والقوانين المقارنة، وبيان مدى إمكانية سحب أحكامها، لتشجيع اللجوء لتضمين العقد شرط الاحتفاظ بالملكية، في المعاملات التجارية؟ والإجابة على ذلك تتمثل بالإيجاب. والسلب ليس موضوعنا، في حين إن كان الجواب إيجاباً فهل يترتب على ذلك إمكانية تطبيق الحلول، بصدد شرط الاحتفاظ بالملكية. بمعنى آخر هل ينتقل للأجنبي، من خلال الحلول الاتفاقي، لحق الملكية الذي يحتفظ به على البائع، وهو يحق له طلب استرداد المبيع لمصلحته، إذا لم يقم المشتري بتسديد الثمن المبيع المحدد.

الرأي الأول يرى أن الموفي يحل محل الدائن في الحق، وبصفاته، وتأميناته وتوابعه ودفعه، فإذا كان الحق تجارياً انتقل إلى الموفي بهذه الصفات، وما يترتب عليه من نتائج، ويدخل في ذلك بطبيعة الحال حق الملكية، الذي يحتفظ به لنفسه بموجب عقد البيع. وهنا الملكية لم يحتفظ بها لذاتها. وإنما على سبيل الضمان للحق في الحصول على الثمن، ومن ثم فإن المجري العادي للأمر ينتقل الضمان من الدائن إلى الموفي^(٢٨) زيادة على ذلك، فإنه يسمح للموفي بأن يحل محل الدائن، في دعوى الفسخ، وللشرط الصريح الفاسخ، ومن ثم فإن الموفي يستفيد كذلك من شرط الاحتفاظ بالملكية، ويستطيع استرداد المبيع، كما هو الحال في الفسخ، ولم يسلم هذا الرأي من النقد إذ يرى بعضهم^(٢٩) إن شرط الاحتفاظ بالملكية، لا تنتقل عن طريق الحلول فالأصل إن انتقال الملكية ليس على سبيل الضمان، وإذا كان القانون المدني، يقر بحلول الموفي محل الدائن في الحقوق والدعاوى والتأمينات تجاه المدين، وبالتالي فإن ذلك يشمل الحقوق المقررة للدائن على سبيل الضمان. ومن غير المعقول اعتبار عقد البيع. ذاته وهو نقل الملكية مجرد ملحق، أو تابع لهذا العقد، ولا يمكن اعتبار حق الملكية. مجرد تابع للحق في الحصول على ثمن، وينتقل من ثم معه^(٣٠) ولا يجوز الركون إلى فكره انتقال رخصة طلب الفسخ، إلى الموفي الذي حل محل الدائن، وسحب ذات الحكم قدر تعلق الأمر بشرط الاحتفاظ بالملكية، والقياس عليه لوجود اختلاف بينهما، لأن نفسه عقد البيع يؤدي إلى عودة الحال إلى ما كان عليه قبل التعاقد، وهذا لا يمثل غير نتيجة لإعمال فسخ عقد البيع، وليس نتيجة الحلول في ذاته^(٣١) فضلاً عن ذلك فإن رخصة طلب فسخ العقد، يعد مركزاً مقترناً يمنح للبائع، وهو يمثل التقابل بين الحقوق والالتزامات، بين طرفي العقد^(٣٢)، وهذا المركز المتميز المرتبط ارتباطاً وثيقاً بالحقوق والالتزامات ولا يمكن فصله عنها ويترتب على ذلك انتقاله معها في حاله حلول الموفي محل الدائن، في حين نجد أن شرط الاحتفاظ بالملكية عكس ذلك، فهو بند مضاف للعقد، باتفاق المتعاقدين إلى المركز المتميز الناجم عن طبيعة العقد الملزم للجانبين

الرأي الثاني يستند أصحاب هذا الرأي لما تضمنته المادة (٧١١) من القانون المدني الفرنسي أن ملكية الأموال تكتسب وتنتقل إما بالميراث أو الهبة أو الوصية وكأثر للالتزام، ولعل المشرع الفرنسي أراد مما ورد بنص المادة في أعلاه، انتقال الملكية بالاتفاق فيما بين المتعاقدين، ولكن مما يؤخذ على هذا الرأي أنه لم يتضمن القانون المدني الفرنسي سوى عقدين ينظمان نقل ملكية المبيع بعوض هما البيع والمقايضة، ولا يمكن للحلول الاتفاقي الذي نظمه المشرع الفرنسي في المادة (١٢٥٠) منه أن ينقل الملكية من تلقاء نفسه، حتى لو اتفق طرفا العقد صراحة على ذلك، والسبب أن الملكية تنتقل عن طريق عقد البيع، وليس عن طريق الحلول الاتفاقي، وبالتالي يجوز للبائع المرتبط بعقد بيع صحيح، أن ينقل ملكية المبيع الذي يحتفظ بملكيته، إلى أن يسدد الثمن لغير المشتري.^(٣٣)

الرأي الثالث يرى أصحاب هذا الرأي، إن الحلول وسيلة فعالة ومناسبة، لانتقال الاستفادة من شرط الاحتفاظ بالملكية، غير إن الطبيعة القانونية الخاصة للحلول الاتفاقي تجعل منه خلاف ذلك، إذ يصبح وسيلة غير فعالة لهذا الانتقال، فالوفاء مع الحلول لا يقضي الدين، ولا التأمينات الضامنة له. وإنما يؤدي إلى انتقالها إلى الموفي، إما إذا تم تشبيه شرط الاحتفاظ بالملكية بعقد التأمين، بوصف أنه ينتقل بدوره مع الدين إلى الموفي^(٣٤) فلا بد من أن نأخذ بعين الاعتبار الطبيعة الخاصة لهذا الضمان، فنقل الملكية الأصل فيه أن يتم بقوه القانون كأثر لعقد البيع، غير إن اقتران العقد بشرط الاحتفاظ بالملكية، يؤخر انتقالها إلى المشتري، لحين تسديد كامل الثمن، ولتفادي النتيجة المشار إليها في أعلاه، والخاصة بالوفاء من الغير، يقتضي الأمر اتخاذ خطوة إضافية لئتم على ضوءها تعديل الأثر الناجم للوفاء من الغير، إذ يتم نقل الملكية للغير، ويعتبر هذا تسديد لثمن الشيء المبيع من الغير، ولا يتوقف الأمر على ذلك، بل إضافة لما يتعلق بانقضاء الدين كأثر للوفاء، فلا بد من سحب

الحكم ذاته، وتعديل الأثر المترتب على نقل الملكية، في حالة تسديد الثمن من الغير، ويشكل هذا التعديل صعوبة أمام نقل الاستقادة من شرط الاحتفاظ بالملكية للموفي، وللتخلص من هذه الإشكالية يكون من خلال تدوين شرط الاحتفاظ بالملكية، بالكتابة وتضمينها ضمن بنود العقد بالنص، كأن يكون ملكية المبيع تبقى لحين استيفاء الثمن من المشتري أو من الغير. ويحل الغير محل البائع في الاحتفاظ بملكية المبيع.

ثالثاً- التنازل عن العقد : يعرف التنازل عن العقد، بأنه تصرف قانوني، يقوم به احد الطرفين، تجاه الطرف الآخر، ويكون ذلك بترك مكانه لشخص أجنبي عن العقد. ليكون طرفاً أصلياً فيه، ويحل محل البائع، الذي يخرج من العقد بصورة نهائية، ويكون باتفاق الطرفين. أو هو نقل المركز التعاقدى لأحد الأطراف بما يتضمنه هذا المركز من حقوق والتزامات^(٣٥) بمعنى آخر هو اتفاق بموجبه ينقل احد الطرفين، لشخص ثالث، مجموعة الروابط التي تخصه في العقد. والتطبيقات كثيرة في القانون الوضعي، كعقد البيع، أو الإيجار، أو المقاوله، والعمل وغيرها. غير أن النظام القانوني للتنازل عن العقد، لا يزال متسماً بالغموض، وحوله كثير من الخلافات، وما يهمننا في هذا البحث، هو مدى إمكانية الاستقادة من شرط الاحتفاظ بالملكية، من خلال التنازل عن العقد؟ وللجواب على ذلك ما يجب معرفته إن تنازل البائع عن المبيع للغير، يجب أن يتضمن انتقال شرط الاحتفاظ بالملكية، إذ لا يقتصر الانتقال في الحقيقة على الحق وتوابعه، وإنما يشمل المركز التعاقدى في جملته، ومن ثم لا توجد صعوبة بخصوص انتقال ملكية المبيع التي يحتفظ بها البائع لنفسه، بمعنى آخر نقل الاستقادة من شرط الاحتفاظ بملكية المبيع، لأن حق الملكية في الواقع، لا ينتقل في حالة التنازل عن العقد كضمان للثمن. وإنما ينتقل في ذاته كنتيجة للعقد موضوع بحث التنازل نرى أن الانتقال بالطريقة المار ذكرها تبين وجود العديد من العيوب، منها إن الموفي الذي سيحل محل البائع حلولا كاملا، سيصبح مدينا تجاه المشتري بجميع الالتزامات. التي تقع على عاتق البائع، ولعل أهمها ضمان العيوب الخفية، فمن الصعب تصور نقل الالتزامات المترتبة على البائع إلى المتنازل إليه، فمن غير المتصور من الناحية العملية، قبول المتنازل إليه تحمل الالتزام بالضمان، أما من الناحية النظرية فلا يوجد إشكالية، استنادا لحرية التعاقدية، وما يجب معرفته إن التنازل عن العقد يتضمن في حقيقة الأمر حوالة حق، وواقع الحال إن التنازل يشترك مع حوالة الحق في العديد من النقاط، ولعل الفارق الرئيسي بين التنازل وحوالة الحق، أن التنازل ينقل جميع الحقوق والالتزامات، ما لم يوجد اتفاق آخر بغير ذلك، وبالتالي سيخضع عقد التنازل لنفس الإجراءات الشكلية المطلوبة في المادة (١٦٩٠) (٣٦) مدني فرنسي إذ يلزم لنفاذه في حق المتنازل عليه والغير، استيفاء تلك الإجراءات ولا شك في أن تلك الإجراءات الشكلية من شأنها أن تعيق اللجوء إلى التنازل عن العقد في المسائل التجارية.

المطلب الثاني الضمان الذي يحققه شرط الاحتفاظ بالملكية

لشرط الاحتفاظ بالملكية دور كبير في ضمان حق البائع في الحصول على ثمن المبيع وسنحاول في هذا المطلب تقسيمه على فرعين نخصص الفرع الأول الاحتجاج بحق البائع في مواجهة جماعة الدائنين في حين نخصص الفرع الثاني للمركز القانوني للبائع بعد التصرف بالمبيع.

الفرع الأول الاحتجاج بحق البائع في مواجهة جماعة الدائنين

تأتي فعالية شرط الاحتفاظ بالملكية من اتفاق طرفي العقد، على تضمين العقد شرط ضمن بنوده، يحتفظ البائع بموجبه بملكية المبيع، لحين تسديد كامل الثمن، وهذا الشرط شائع الاستعمال في بيع الآلات الميكانيكية والدراجات وغيرها، من المنقولات. ويمثل شرط الاحتفاظ بالملكية وسيلة للضمان متلائمة مع محل العقد. ونقصد بذلك نقل الحيازة، فإذا لم يسدد المشتري كامل الثمن، استحق عليه، فللبائع الحق بمطالبتة باسترداد الشيء المبيع، بوصفه مالكا له، ومن ثم يتجنب مزاحمة باقي الدائنين، غير أن شرط الاحتفاظ بالملكية لازال عديم الأثر، عندما يكون المدين غير مليء، أي المدين في حاله إفلاس لأن الدائنين يأخذون بالحسبان الوضع الظاهر للمدين، وان الشيء المبيع يدخل في الضمان العام للمدين، وان حيازة المدين للشيء المبيع تعزز الوضع الظاهر بزمه المدين،^(٣٧) ويظهر ذلك جليا من خلال الاطلاع على أحكام المادة (٦٤٦) (٣٨) من قانون التجارة العراقي رقم ١٤٩ لسنة ١٩٧٠ الملغي، الذي لا زال نافذا بأحكامها المتعلقة بالإفلاس^(٣٩) إذ لم تمنح أي حجية لاحتفاظ البائع بملكية المبيع قبل جماعة الدائنين، واستنادا للمادة السالف ذكرها، لا يستطيع البائع طلب فسخ عقد البيع، أو طلب استرداد المبيع، وإنما أسقطت حق البائع بالامتنياز على المبيع. كذلك المادة (٦٤٦) من قانون التجارة العراقي الملغي رقم ١٤٩ لسنة ١٩٧٠ على انه (٢). وكل شرط يكون من شأنه تمكين البائع من استرداد البضائع أو الاحتفاظ بامتيازها عليها لا يحتج به على جماعة الدائنين.) يتضح من نص المادة في أعلاه أنها تضمنت عدم إمكانية الاحتجاج على جماعة الدائنين، بأي شرط يكون من شأنه تمكين البائع، من استرداد الشيء المبيع، أو الاحتفاظ بامتيازها على الشيء المبيع، مما تقدم يتضح إن المشرع العراقي لا يرتب الأثر، بالنسبة لاحتفاظ البائع بملكية المبيع، عندما يكون المشتري مفلسا، وبناء على ذلك فقد وجه انتقاد إلى المشرع العراقي^(٤٠) على موقفه هذا، لأنه جاء خلافا لمنطق العدالة التي يسعى إليها

المشروع، إذن فالمشروع العراقي في المادة سالفه الذكر، لم يراع المصلحة التي هي أولى بالحماية، إذ يسلم الشيء المبيع إلى المشتري قبل استلامه الثمن حرصاً منه للثقة والائتمان، وأن تصرفه هذا يتسم بحسن النية والمشروعية القانونية باحتفائه بالملكية المبيع، استناداً لأحكام المادة (٥٣٤) من القانون المدني العراقي وبناء على ذلك فإن أخذ المبيع وتقسيمه بين الدائنين أمر غير صحيح لأنه تصرف بملك الغير، ومنطق العدالة لا يقبل بوفاء الديون ممن لا علاقة لهم بها. وما يعزز ذلك ما ذهب إليه المادة (٢/١٢٩) من قانون التجارة العراقي الملغي رقم ١٤٩ لسنة ١٩٧٠ والتي نصت على أنه (٢) - ومع عدم الإخلال بالأحكام المنصوص عليها في باب الإفلاس لا يكون شرط الاحتفاظ بالملكية نافذاً على الغير إلا إذا كان مدوناً في ورقة ذات تاريخ ثابت وسابق على حق الغير أو على إجراءات التنفيذ التي يتخذها الدائنون على المبيع) وحيث إن المادة المار ذكرها تخص الإفلاس، الذي لازال نافذ من قانون التجارة رقم ١٤٩ لسنة ١٩٧٠ الملغي فإننا ندعو المشرع العراقي في حال تعديل القانون في أعلاه، وإصدار قانون تجارة جديد إعادة صياغة المادة في أعلاه على وفق ما يضمن حق البائع الاحتفاظ بالمبيع الذي لازال يحتفظ بملكته، ولا يزامه باقي دائني المدين المفلس. إما في مصر فقد ظل شرط الاحتفاظ بالملكية، عديم الأثر قبل الدائنين، فلا يستطيع الدائن استرداد الشيء المبيع من التفليسة، فيدخل المبيع في الضمان العام للمدين، وبذلك يدخل البائع مع باقي الدائنين في التنفيذ على أموال المدين، ليحصل كل دائن على دينه، ويحصل البائع على باقي ثمن المبيع، غير انه إذا تصرف المشتري في المبيع قبل تسديده الثمن، لم يعد مبدداً وأنه إذا أفلس يحق للبائع استرداد المبيع^(٤١) غير أنه إذا حجز دائنو المشتري على الشيء المبيع، فللبائع الحق أن يفسخ البيع، له حق امتياز على شيء المبيع، يتقدم به على باقي دائني المشتري.^(٤٢) ويلاحظ أن المشرع المصري أورد حكمين مختلفين على الرغم من اتحاد العلة في الحكمين، وهي عدم انتقال الملكية إلى المشتري لاحتفاظ البائع بملكية الشيء^(٤٣). ولعل السبب في ذلك يعود إلى التفسير الواسع للمادة (٣٥٤) من قانون التجارة المصري لسنة ١٩٨٣، التي تنص على أنه (إذا بيعت منقولات لأحد ثم أشهر إفلاسه فلا يكون للبائع حق في الدعوى بفسخ البيع ولا يجوز له إقامة الدعوى بالاسترداد إلا في الأحوال التي ستذكر بعد) ويرى جانب من الفقه أن القاعدة المشار إليها في المادة (٣٥٤) سالفه الذكر لا يمكن مخالفتها كونها من النظام العام، وبالتالي عدم جواز الاتفاق على ما يخالفها، حماية لدائني المشتري المفلس، إذا كان القصد من الاحتفاظ بالملكية هو رغبة البائع بتعزيز الضمانات العامة المقررة في الأحكام العامة وهذه الضمانات أسقطها المشرع المصري في قانون التجارة عن البائع، من النص المتقدم قد جاء بحكم مخالف لما هو موجود في القانون المدني المصري والخاص بجواز إقامة دعوى فسخ البيع والدعوى لاسترداد المبيع، في حال عدم تسديد المشتري ثمن المبيع. ولعل السبب في ذلك يرجع إلى المبيع عندما يكون في حيازة المشتري، وعلى الرغم من احتفاظ البائع بملكية المبيع، إلا أن الدائنين ينظرون للمبيع، على أنه جزء من الضمان العام الظاهري للمشتري، مما يدعو الإغيار إلى التعامل معه، بوصفه مالكا لما يحوزه، ولو سمح المشتري للبائع بفسخ العقد، أو أقام دعوى لاسترداد المبيع، فإن اثر ذلك سيكون هو الإخلال بالثقة والائتمان التجاري، ويترتب على ذلك شل المعاملات التجارية. إما بالنسبة للقانون الفرنسي فقد كان الشرط بادئ الأمر عديم الأثر، عندما يكون المدين في حالة إفلاس، بداعي أن الدائنين يأخذون بنظر الاعتبار، الوضع الظاهر للمدين الحائز للشيء المبيع، وما يؤدي من دور في تعزيز الائتمان والثقة، في إن المبيع هو من ضمن الضمان العام للمدين، فكل شخص يظهر بمظهر المالك، وزرع الاطمئنان في نفس جماعة الدائنين، ثقة مشروع بوصفه مالكا للشيء الذي تمت حيازته، على وفق هذا المظهر ويكون مصدراً لاكتساب الحق.^(٤٤) وقد اخذ القضاء الفرنسي في فكرة الملاءة الظاهرة للحائز، واعتبرها واجبة التطبيق. مكتفياً بالوضع الظاهر الذي يعزز الثقة به، على وفق قاعدة الحيازة في المنقول بحسن نية سندا للملكية، ولم يشترط حصول خطأ أو مسؤولية ممن يحتج عليه بالوضع الظاهر، وهذا الأمر ينسحب على المدين المفلس، وما يتعلق بأحكام وقواعد الإفلاس، التي تسعى لضمان، وتحقيق العدالة لمن تعاملوا معه بثقة، لحمايته من مخاطر الإفلاس.^(٤٥) ولعل السبب الذي استند عليه القضاء الفرنسي، بعدم احتجاج احتفاظ البائع بملكية المبيع، هو القواعد العامة لأحكام البيع والمتضمنة إن الملكية تنتقل من البائع إلى المشتري بمجرد إبرام العقد، والاتفاق على محل عقد البيع المتمثل بالمبيع والثمن^(٤٦)، وأن البيع الذي يكون محله شيئاً منقولاً، يصعب على الأعيان تحديد من هو مالكة الحقيقي، لعدم وجود سجلات سندات تعيد عقودها وهذا يقودنا لتطبيق قاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية^(٤٧). ولم تسلم فكرة الملاءة الظاهرة من النقد، بل وجهت إليها انتقادات مما أسهم بعدول الفقه والقضاء عن هذه الفكرة وتمنح الحماية اللازمة تجاه جماعة الدائنين، فتراجعت محكمة النقض الفرنسية عن موقفها السابق، إذ أخذت تصدر قراراتها لصالح البائع، بمجرد إخبارهم المشتري رغبته في استرداد المبيع قبل الحكم بالإفلاس.^(٤٨) وخطى خطوة أكثر قوة في أحكامها اللاحقة، إذ اعتمدت الرأي المتضمن تشبيه شرط احتفاظ البائع بملكية المبيع، بالشرط الفاسخ، والذي بموجبه يستطيع البائع في حالة عدم تمكنه من استرداد المبيع.^(٤٩) وأخذت المحاكم تقضي بصحة احتجاج البائع المحتفظ بملكية المبيع تجاه جماعة

الدائنين، والمطالبة باسترداد المبيع في حالة عدم تسديد الثمن مستنديين في ذلك إلى أحكام الإفلاس، ولا يحول دون قيام البائع بإقامة دعوى الاسترداد، إذ يقيم الدعوى بوصفه أو بوصفه مالكا للمبيع لا دائنا للمدين^(٥٠). على أثر ذلك ونتيجة للضغط تدخل المشرع الفرنسي، وأصدر قانون ١٢ مايو ١٩٨٠ والمسمى بقانون Dubouchat معدلا المادة (٦٥) من قانون ١٣ يوليو ١٩٦٧ فيصبح بموجبه شرط الاحتفاظ بالملكية، نافذا قبل جماعة الدائنين في حالة الإفلاس، ويفسر التعديل في أعلاه رغبة المشرع الفرنسي في السير في هذا الصدد، على ما سارت عليه أغلب التشريعات الأوروبية، والسبب الآخر اقتصادي، وهو نقل عبء الائتمان على عاتق المشتري، وحثه على الوفاء بالتزامه بأسرع وقت ممكن، فضلاً عن ذلك أنه قيد من آثار الإفلاس بالنسبة للمشتري بعدها صدر قانون ٢٥ يناير ١٩٨٥ والمتعلق بالتقويم والتصفيح القضائية للمؤسسات، المتضمن أن المبيع مع شرط الاحتفاظ بالملكية يمكن المطالبة به في حالة إفلاس المشتري.^(٥١) غير أن المطالبة تتعطل نتيجة عدم الدفع المحدد من جانب، وصحة التفليسة، التي تنتهي بانتهاء المدة، أما بالنسبة للشكليات ووسائل الشهر والعلانية، لشرط الاحتفاظ بالملكية، إذ اقتصرت لأقل ضرر ممكن، فيكتفي ان يكون الشرط مكتوباً وقت تسليم المبيع، ولعل السبب من اشتراط الكتابة تجنب حصول الغش بمواجهة باقي الدائنين، لأن شرط الاحتفاظ بالملكية أصبح نافذا في مواجهتهم^(٥٢) ولم يتوقف الأمر عند هذا الحد، فبعد صدور المرسوم التشريعي رقم ١٣١ لسنة ٢٠١٦، الذي بموجبه تم تعديل القانون المدني الفرنسي، نصت المادة (٤ / ١٣٠٤ / ٦) على (الالتزام يصبح بدون قيد أو شرط منذ تحقق الشرط المعلق ومع ذلك الطرفين يمكنهم التنبؤ أو التوقع بان تحقق الشرط سينسحب على الماضي من تاريخ العقد الشيء موضوع العقد لا يمكن إن يستمر او يبقى على الاقل بالنسبة إلى مخاطر المدين الذي يبقى يحتفظ بالإدارة والحق في المنافع حتى تحقق الشرط في حالة عدم تحقق الشرط المعلق الالتزام يعتبر غير موجود نهائياً) ويلاحظ أن هناك انعطافاً كبيراً في موقف المشرع الفرنسي فالمتمامل بنص المادة سالفة الذكر، يرى أن تحقق شرط الاحتفاظ بالملكية ينتج أثره حالاً. بمعنى: إن الاحتفاظ بالملكية ليس له اثر رجعي، ومن ثم يكون المشتري مالكا للمبيع من وقت تحقق الشرط، ومع ذلك فان نص المادة ليس من النظام العام، ومن ثم يحق لطرفي العقد الاتفاق خلاف ذلك، فيحق لهم أن يجعلوا شرط الاحتفاظ بالملكية أثراً رجعياً، وعليه يجب أن يؤخذ بالحسبان، أن الشرط يجب أن يكون محل اتفاق بين طرفين، وهذا الاتفاق قد يرد بصفة خاصة مستقلاً عن عقد البيع، أو يتضمن العقد فقرة منه تتضمن شرط احتفاظ البائع بالملكية، والفائدة من الكتابة هو لضمان حقوق البائع، إذ بإمكانه الاحتجاج في مواجهة الدائنين هذا من جانب، ومن جانب آخر لضمان عدم حصول الغش بإضراراً بحقوقهم، لذا يكفي الضمان هذه الحماية أن يكون قبول الشرط مؤكداً، وأن حصل قبل تسليم المبيع، كذلك تعد كتابته الشرط دليلاً على رضا المشتري بذلك، أيضاً يعد قبولاً من المشتري إذا تم إدراج الشرط في طلب البضاعة، أو خطاب التصديق، أو في إذن التسليم، أو في الفاتورة، ولم يعترض عليه. بشرط أن يتم ذكره قبل تسليم المبيع.^(٥٣) وتأتي فعالية شرط الاحتفاظ بالملكية، من أنه يسمح للدائن بالمطالبة بالمبيع، في حالة عدم تسديد الثمن في ميعاد الاستحقاق، فإذا كان المدين مفلساً فللدائن البائع مطالبة المشتري خلال ثلاثة أشهر، تبدأ من تاريخ صدور قرار الحكم بفتح التفليسة،^(٥٤) غير أن هذه المطالبة يجب أن لا تتضمن إقامة دعوى فسخ المبيع، أو إثارة الشرط الفاسخ. لأنه يتعطل آثارهما عند فتح التفليسة، فمن حيث المبدأ فان هذه المطالبة تفترض ان يكون المبيع، ما زال في حالته العينية، والاستثناء على ذلك هو الحلول العيني، ويكون ذلك في حالتين الأولى حالة إعادة المبيع وفي هذه الحالة فان المطالبة ستتحصر على الثمن، على أن المدين قد تم دفعه نقداً أو قيمه أو دفعه بالمقاصة فيها بين المدين والمشتري^(٥٥). أما الحالة الثانية حالة هلاك المبيع فأن المطالبة ستتركز على مبلغ الثمن الذي حل محلها إذا كان الهلاك يعود إلى قوة قاهرة وهذه القاعدة تتشابه مع الرهن الرسمي^(٥٦) ما يعزز صفة الضمان لشرط الاحتفاظ بالملكية .

الفرع الثاني القانوني للبائع بعد التصرف بالمبيع

وهناك عدة وسائل منحها القانون للبائع لضمان حقه باستيفاء ثمن المبيع وهذه الوسائل هي: .

أولاً- حق استرداد المبيع: تكمن فائدة شرط الاحتفاظ بالملكية باعتباره وسيلة لضمان حق البائع، في الحصول على ثمن المبيع، يتضح من قدرة البائع على استرداد المبيع إذا ما تخلف المشتري عن تسديد الثمن، إذ تظهر أهمية شرط الاحتفاظ بالملكية إذا امتنع المشتري عن تسديد ثمن المبيع بسبب إفلاسه، إذ تتعارض مصلحتين الأولى مصلحة البائع في استرداد المال المبيع، والأخرى مصلحة جماعة الدائنين بوصف المبيع احد عناصر الذمة المالية ويدخل في الضمان العام ليتم التنفيذ عليه، فمن يبادر لشراء حق متنازع فيه إنما يقدم مضارباً، كونه يبرم اتفاقاً احتمالياً لا يعلم وقت إبرامه إن كان سيحصل على كسب أو خسارة، لذلك نرى انه يشتري الحق بثمن يتناسب مع احتمال الكسب والخسارة، وبالتأكيد إن الثمن سيكون اقل من قيمة الحق بذاته، لذا فالمشتري ومن اجل الحصول على إقرار أمام القضاء ببذل قسارى جهده وأمواله، بل

ويلجا إلى وسائل غير مشروعة من أجل تحقيق هذا الغرض، لذلك قيل بان من يقدم على شراء الحق المتنازع فيه قد يكون من محترفي الشغب القضائي^(٥٧). وقد اختلفت كلمة الفقهاء حول العقود التي يجوز فيها الاسترداد:

الرأي الأول: يرى أصحاب هذا الرأي أن حق الاسترداد، يتقرر سواء تم التصرف عن طريق البيع أو المقايضة أو الصلح على بدل، وسندهم في ذلك ما ورد في المادة (١/٥٩٣) من القانون المدني العراقي^(٥٨) (الحق المتنازع فيه إذا نزل صاحبه بمقابل....) ولو أراد حصر حق الاسترداد بالبيع فقط لنص على ذلك صراحة، ووفقا لهذا الرأي إذا حصل عن طريق المقايضة دفع المدعى عليه إلى المتنازل له البديل، إذا كان مثليا وقيمته إذا كان قيميا، أما إذا حصل الصلح وتنازل شخصان على دين كل شخص يدعيه لنفسه، وتنازل احدهما للأخر عن دعواه مقابل مبلغ من التعويض فيحق للمدين التخلص من الدين بدفع بدل الصلح للمتنازل إليه. ^(٥٩)

الرأي الثاني: يرى أصحاب هذا الرأي^(٦٠) إن حق الاسترداد يثبت إذا كان التصرف معاوضة وفيه معنى المضاربة، وقد يكون هذا التصرف بيعا أو مقايضة أو صلحا بمقابل ببديل نقدي أو هبة بعوض على أن يكون هذا العوض من الأهمية بحيث يرتفع إلى مرتبة المقابل وهذا ما نرجحه. ويثبت حق الاسترداد في جميع الحقوق المتنازع فيها سواء كان حقا عينيا أو شخصا، فإذا كان التنازع عن حق شخصي كدين في الذمة فيمكن المدين التخلص من المطالبة باستعمال حق الاسترداد، فيكون دائئا ومدينا له في نفس الوقت، وبالتالي سينقضي الدين باتحاد الذمة، أما إذا كان الحق المتنازع فيه حقا عينيا كحق الملكية، فإن حق الاسترداد يتم من خلال شراء فيه معنى الصلح بين الطرفين اللذين نشأ النزاع بينهما قبل البيع، وبالرجوع للمادة (٢/ ٥٩٣) من القانون المدني العراقي نجد انه لا بد من توافر شرطين لكي يستطيع المطالبة بحق الاسترداد وهذان الشرطان هما. الأول أن يكون الحق المسترد حقا متنازعا فيه. والشرط الثاني أن يكون ذلك الحق قد نزل عنه صاحبه بمقابل. ^(٦١) وللمدين أبدأ رغبته في الاسترداد للمحكمة المختصة بواسطة طلب يوجهه للمشتري، ودعوى الاسترداد يجب أن تكون بصفة أصلية، وبالتالي لا يحق للمتنازل ضده أن يطلب رد الدعوى لعدم صحة الدين أو انقضائه، كون الطلب سيكون احتياطيا وليس أصليا والسبب في ذلك أنه لا يحسم النزاع^(٦٢) فالمدعي يبدي رغبته وأرادته في استرداد الحق عن طريق تقديم الطلب إلى المحكمة المختصة من المشتري وفقا للمجرى العادي للأمر والذي تبدي به الطلبات في الخصومة، وهذا الطلب يتم توجيهه للمشتري كونه الخصم في دعوى الاسترداد^(٦٣). وبصورة عامة فإن استعمال حق الاسترداد يبقى قائما ما دام النزاع لم يحسم بعد، فوفقا لما ورد بالمادة (١/٥٩٣) من القانون المدني العراقي^(٦٤) يجب على المسترد أن يرد للمشتري الثمن الحقيقي، أو على الأقل يعرض عليه عرضا حقيقيا الثمن والمصروفات والفوائد القانونية من وقت البيع. كون طلب الاسترداد لا يحدث أثره إلا إذا تم الرد أو العرض لصراحة نص المادة (١/ ٥٩٣) من القانون المدني العراقي من أن للمتنازل ضده أن يتخلص من المطالبة إذا هو رد إلى المشتري الثمن الحقيقي الذي دفعه مع المصروفات وفوائد الثمن بالسعر القانوني من وقت الدفع. ولكي يتخلص المتنازل ضده من المطالبة بالحق المتنازع فيه لا بد من الوفاء ولا شك أن ذلك يمثل ضمنا للبائع للحوال على حقه، والوفاء لا يتم إلا بالدفع الحقيقي أو العرض الفعلي إذا لم يقبل المشتري الدفع الحقيقي أو تنازع في صحته والذي يجب أن يدفع أو يعرض عرضا فعليا هو:-

١- الثمن الحقيقي الذي دفعه المشتري لشراء الحق متنازع فيه، ولعل المشتري عندما ذكر لفظ (الحقيقي) تمييزا وتحريزا عن الثمن (الصوري) الذي من الممكن أن يذكره الطرفان في عقد البيع، فيذكرون ثمنا مغايرا كان يزيدان من الثمن الحقيقي لكي يمنعا المدين من الاسترداد، أو يجعل الاسترداد أكثر كلفة وعلى المدين يقع عبء إثبات إن الثمن المذكور هو ليس الثمن الحقيقي. ^(٦٥)

٢- فوائد الثمن ^(٦٦) : وتحسب الفوائد القانونية للثمن من تاريخ دفع الثمن للبائع، وتمثل هذه الفوائد تعويض عن المدة التي مضت ولم ينتفع بماله خلالها وإن كان عقارا رد المشتري ثمراته ومحصولاته .

٣- مصاريف الدعوى عن الحق المتنازع فيه، وتشمل هذه المصاريف رسوم تسجيل الدعوى وأتعاب المحاماة وغيرها، غير انه أحيانا قد يكون متنازل قد منح أجلا له للوفاء بالثمن فمن حق المدين الاستفادة من الأجل المتفق عليه، غير أن المحكمة تكلفه بتقديم ضمان كاف يؤمن تسديد الثمن. ^(٦٧) فقد يكون المتصرف إليه حسن النية أو سيء النية وهذا سببونه:

أ- **المتصرف إليه حسن النية** : لما كان شرط الاحتفاظ بالملكية لا يمنع المشتري من التصرف في المبيع ومن ثم سيحتج بحقه تجاه البائع، وهذا يؤدي إلى إفراغ شرط الاحتفاظ بالملكية من محتواه وفائدته في حفظ حقوق البائع تجاه المشتري، ومن ثم هل يحق للبائع استرداد المبيع من المتصرف إليه حسن النية، أم إن استقرار المعاملات وتطبيق قاعدة الحيازة في المنقول بحسن نية سندا للملكية^(٦٨) يحول دون ذلك.

فالمشتري بتصرفه بالمبيع قد يكون موصوفا وبذات الصفة التي يتصف بها البيع الأصلي، فإذا كان عقد البيع الأصلي الذي يبرمه البائع المحتفظ بملكية المبيع مع المشتري معلقا على شرط أو مضافا إلى أجل، فإن العقد الذي يبرمه المشتري يكون متصفا بنفس الصفة ولا بد من

تضمنين الفقرة بصورة واضحة في العقد وبعلم المتصرف إليه، بمعنى آخر إن المتصرف إليه ينبغي أن يكون على اطلاع على حق البائع بالاحتفاظ بملكية المبيع في عقد البيع الأصلي. ويترتب على ذلك إن المشتري لا يعد مالكا للمبيع رغم إبرام العقد، ومن الناحية القانونية فلا يحق له أن يقوم ببيعه للغير بعقد نافذ، لذلك فقد اعتبره المشرع العراقي عقدا موقوفا على إجازة المالك وعالجه ضمن أحكام العقد الموقوف.^(٦٩) أما بالنسبة للقانون المدني المصري والقانون المدني الفرنسي، فإن حكم بيع ملك الغير جاء مغايرا لما ورد بأحكام القانون المدني العراقي سالف الذكر إذ اعتبر تصرف المشتري يقع باطلا.^(٧٠) فالأصل هذا البيع لا يسري في مواجهة البائع ما لم يقره، غير إن المشتري قد يتصرف بالمبيع المنقول إلى شخص آخر حسن النية وقام بتسليمها إليه، فإن المتصرف إليه حسن النية له الحق بالتمسك بنفاذ العقد تجاه البائع الأصلي وفقا لقاعدة الحيازة في المنقول بحسن نية سند الملكية، ولا يمكن للبائع الأصلي طلب استرداد المبيع منه وفقا لبند الشرط الاحتفاظ بالملكية ولو تم فسخ عقد البيع المتضمن شرط الاحتفاظ بالملكية. ويكون المتصرف إليه حسن النية إذا كان لا يعلم باحتفاظ البائع بملكية المبيع، كون المشرع لم يفرض إجراءات للإعلان عن شرط الاحتفاظ بالملكية بالمقابل فإن عبء الإثبات يقع على عاتق البائع الأصلي، هو من يثبت سوء نية المتصرف إليه، بمعنى آخر إن المتصرف إليه يعلم بان من تصرف له المشتري لم يكن مالكا للمبيع، والبائع يستطيع إثبات علم المتصرف إليه بكافة الطرق والقرائن القضائية، فإن استطاع أن يثبت سوء نيته جاز له استرداد المبيع، ولا يطالب بان يدفع للمتصرف إليه أي ثمن وبإمكانه الرجوع على من تصرف به إليه المشتري الأول.

ب- المتصرف إليه سيء النية: يقصد بسوء النية علم المتصرف إليه بان ما تسلمه ليس من حقه، ويجب على المتصرف أن يثبت نية المتصرف إليه لان حسن النية هو الأصل، وهو مفترض حتى يثبت العكس^(٧١). فان خرج المبيع من يد المشتري بتصرفه به تصرفا ناقلا للملكية إلى الغير سيء النية، ويترتب على ذلك أن البائع بإمكانه تقديم طلب استرداد المبيع المحتفظ بالبائع بملكيته، إذا تمكن ان يثبت سوء نية المتصرف إليه بطرق الإثبات كافة، كونها واقعة مادية فان استطاع البائع إثبات ذلك فان شروط تطبيق قاعدة الحيازة في المنقول تكون قد أفرغت من محتواها لان مبدأ حسن النية. وهو شرط أساسي في ترتيب آثارها، ويعني جهل الغير المتصرف إليه باعتدائه على حقوق البائع، أي انه يعتقد انه تلقى المبيع من مالكة. على ألا يكون الجهل بالمبيع ناجما عن خطأ جسيم. ويلاحظ إن المشرع العراقي قبل صدور قانون المرور رقم ٤٨ لسنة ١٩٧١ الذي جعل من عقد بيع السيارة عقدا شكليا لا ينعقد إلا بتسجيله بالدائرة المختصة، كان يعطي لقاعدة الحيازة في المنقول فاعليه كبيرة في بيوع السيارات، إلا إذا كان ثمنها مقسطا واحتفظ البائع بملكيتها لحين استيفاء كامل الثمن.^(٧٢) اما عن موقف المشرع العراقي من دعوى الاسترداد فإن عقد البيع المقترن بالاحتفاظ بملكيه البائع بملكية المبيع يعتبر تصرف المشتري بالمبيع جريمة ويعاقب عليها القانون وفق لأحكام المادة (٤٥٥) من قانون العقوبات العراقي رقم ١١١ لسنة ١٩٩٦ جريمة خيانة الأمانة كذلك ما ورد بالمادة (١١٦٣) من القانون المدني العراقي والتي نصت على (١- من حاز وهو حسن النية منقولا أو سندا لحامله مستندا في حيازته إلى سبب صحيح فلا تسمع عليه دعوى الملك من احد). كذلك ما ورد بالمادة (١/١١٦٤) من القانون المدني العراقي والتي نصت على أنه (.....يجوز لمالك المنقول أو السند لحامله إذا كان قد أضاعه أو خرج من يده بسرقة أو غصب أو خيانة أمانه أن يسترده ممن يكون حائزا له بحسن نية وبسبب صحيح خلال ثلاث سنوات من وقت الضياع أو السرقة أو الغصب أو خيانة الأمانة) مما تقدم يتضح إذا كان الحائز حسن النية وله سبب صحيح لا يستطيع التمسك بحيازته للمنقول إذا خرج من يد صاحبه بناء على احد الأسباب التي حددتها المادة المار ذكرها، فوفقا لنص المادة أعلاه يحق للمالك تقديم طلب الاسترداد من الحائز، على أن يقدم الطلب خلال ثلاث سنوات من وقت حصول التصرف وخروج المنقول^(٧٣)، وهذه المدة ليست مدة تقادم وإنما هي مدة سقوط، وبالتالي فهي لا تقبل الوقف أو الانقطاع، ومن ثم فان الاستثناء المشار إليه أعلاه عطل تطبيق قاعدة الحيازة في المنقول بحسن نية سندا للملكية مؤقتا، والتعطيل المؤقت يقع خلال ثلاث سنوات، إذ يستطيع البائع خلالها استرداد المبيع المنقول من الحائز خلال هذه المدة، فان انقضت مدة الثلاث سنوات فإمكان الحائز التمسك بقاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية تجاه المالك الحقيقي^(٧٤) ويلاحظ إن المشرع العراقي منح الحق للبائع المحتفظ بملكية المبيع استرداده من الحائز له حسن النية، والذي يعتقد انه تلقى المبيع المنقول من شخص يعتقد انه مالكة، ولم يكن اعتقاده ناجم عن خطأ جسيم، أو حيازته قائمه على الغصب أو الإكراه أو يدعي أنها تستند إلى سبب صحيح يتمثل بتصرف قانوني يصدر من شخص غير المالك إلى الحائز باعتباره خلفا خاص ويكون من شأنه أن ينتقل الملكية لو انه صدر من المالك^(٧٥) وللبائع الحق بطلب الاسترداد خلال المدة ثلاث سنوات من الوقت الذي تصرف فيه المشتري بالمبيع المنقول المحتفظ بملكيته دون ان يسدد ثمنه وهو ما يشكل جريمة خيانة أمانة. وبالتالي قاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية أفرغت من محتواها، ولا يبقى لها اثر قانوني خلال مده ثلاث سنوات ويستطيع البائع ممارسه حقه استرداد المبيع وهذا الرأي أيده محكمة تمييز العراق في العديد من قراراتها

ومن ضمنها القرار الذي تضمن (إذا احتفظ بائع الماكينة بملكيتها لحين تسديد جميع ثمنها فله إذا باعها مشتريها أن يتتبع الماكينة في أي يد كانت لأستحصال الثمن المقسط).^(٧٦) وبصوره عامة فإن الأنظمة القانونية توازن بين مصلحتين متعارضتين، هما مصلحة البائع ومصلحة الغير وأي منهما هي الأولى بالحماية، فعندما يحوز الغير المبيع فلا يدل ذلك على مشروعية تصرف المشتري، والذي يشكل مخالفة لنصوص الاتفاق العقدي المبرم بينه وبين البائع، ولا يدل ذلك على إسباغ القانون صفة المشروعية على تصرفات المشتري، إذ أنها لا تستحق مثل هذه الحماية القانونية.

ثانياً فسخ العقد البيع: إذا لم يسدد المشتري الثمن المترتب بذمته والناجم عن عقد البيع، فللبائع الحق بمطالبته بفسخ العقد كضمان له، والقضاء غير ملزم بالاستجابة لطلب البائع بفسخ عقد البيع، وإنما له سلطة تقديرية فله رفض الطلب أو إجابته أو يأخذ بنظر الاعتبار جسامته الإخلال المنسوب للمشتري، وهذا ما يدعى بالفسخ القضائي^(٧٧). مقابل ذلك هناك فسخ يدعى بالفسخ الاتفاقي أي وجود بند ضمن بنود العقد يقضي باعتبار العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه بمجرد إخلال المشتري بالتزامه بعدم دفع الثمن، فيتوجب على القضاء الحكم بالفسخ بمجرد تحققه من إخلال المشتري بالتزامه هذا.^(٧٨) والفسخ الاتفاقي يعفي البائع من أضرار المشتري، إذا اتفقا صراحة على عدم الحاجة إلى الأضرار أو إلى حكم قضائي، والضمان الذي يحققه هذا الاتفاق هو سلب القاضي وكذلك المدين من الخيار بين الفسخ والتنفيذ، وإنما يكون للدائن الخيار بين الفسخ أو المطالبة بالتنفيذ، والضمان الآخر يتمثل في حالة لجوء المدين إلى القضاء، فإن دور القضاء ينحصر بالتثبت من تحقق أو عدم تحقق تنفيذ المدين لالتزامه العقدي، والقرار الذي تصدره محكمة الموضوع مقررًا وليس منشأً.^(٧٩) وبالرجوع لنص المادة (٤٦١) من القانون المدني المصري والتي نصت على (في بيع العروض وغيرها من المنقولات إذا اتفق على ميعاد لدفع الثمن وتسليم المبيع يكون البيع مفسوخاً دون حاجة إلى أضرار إذا لم يدفع الثمن عند حلول الميعاد إذا اختار البائع ذلك وهذا ما لم يوجد اتفاق على غيره). وهذا النص يلحق بالفسخ الاتفاقي على أساس إن الاتفاق، على ميعاد معين لدفع الثمن وتسليم المبيع، يكون منطويًا على اتفاق آخر باعتبار العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه، دون حاجة إلى حكم أو أضرار، إذا لم يدفع الثمن في الميعاد المحدد، وهذا الفسخ الاتفاقي في أعلى مراتبه، ومما يؤيد وجود الاتفاق الضمني على الفسخ الاتفاقي، أنه يجوز للمتعاقدين الاتفاق على خلاف ذلك صراحة، وبالتالي يستبعد الفسخ بهذا الاتفاق الصريح^(٨٠) يتضح مما سبق أنه لإعمال النص على الفسخ الاتفاقي ينبغي عدم وجود اتفاق على استبعاد تطبيقه، كذلك يجب أن يكون البيع يرد على منقول سواء كان مادياً أو معنوياً، كذلك يجب أن يكون ميعاد تسديد الثمن بالتزام مع ميعاد تسليم المبيع، وبفسخ الوقت أيضاً ينبغي أن يتمتع المشتري عن تسديد ثمن المبيع بخطأ منه، أما إذا جاء امتناعه لسبب مشروع مثلاً كرفض البائع تسليم المبيع، ففي هذه الحالة لا يؤدي إلى الفسخ^(٨١). ويشكل طلب فسخ البيع ضماناً للبائع، يمكنه من استرداد المبيع من المشتري وبأثر رجعي ويتجنب بذلك مزاحمة جماعه الدائنين، غير إن هذا الضمان يحمل عيوباً منها أنه يتطلب وقتاً طويلاً لإجراءات التقاضي الخاصة به، ويخضع بوجه عام لسلطة القاضي التقديرية، فقد يمنح القاضي المشتري نظرة ميسرة لتنفيذ التزامه إذا وجد ما يبرر ذلك، كذلك لا يستطيع البائع المطالبة بالثمن إذا كان البيع بالعاجل ما لم يخل الأجل. والأجل هنا مفروض لمصلحة المشتري وهو يقضي إما بدفعه أو سقوطه.^(٨٢) أما الفسخ القانوني أو ما يسمى بالانفساخ فهو لا يقع طبقاً للقواعد العامة. إلا عندما يصبح تنفيذ الالتزام من قبل أحد المتعاقدين مستحيلًا وبذلك سينقضي الالتزام وينقذ الالتزام المقابل وبالتالي يفسخ العقد بقوة القانون من تلقاء نفسه.^(٨٣) ومن غير الممكن تصور الانفساخ كجزاء للالتزام المشتري بدفع الثمن كون الثمن هو مبلغ نقدي وهو لا يصبح مستحيلًا في أي وقت من الأوقات، كونه من المثليات والمثلثيات لا تهلك وإنما يحل بعضها محل الآخر.^(٨٤)

ثالثاً- حق البائع بتنفيذ عقد البيع لاستيفاء الثمن: يمكن للبائع مطالبة المشتري بتنفيذ التزامه العقدي، فيستوفي ما تبقى من حقه في الثمن من المشتري، وهذا الأمر لا إشكال فيه قانوناً، ويعتبر ضمناً إسقاط البائع لحقه في الاحتفاظ بملكية المبيع، كون الشرط الموضوع في عقد البيع هو تقرر لمصلحة البائع، ومن ثم فله مطلق الحرية بالاحتفاظ بحقه أو النزول عنه، غير أن مطالبة البائع للمشتري تعد بمثابة مطالبة بالحق في الامتياز^(٨٥) على ثمن المنقول، والذي يعد أولوية في الاستيفاء لدين معين بنص القانون مراعاة منه لصفة في ذلك الدين.^(٨٦) فيعطى بناء على ذلك حقا تبعياً يمنح للبائع سلطة على المبيع المنقول، تمكنه من استيفاء دينه مقدماً على الدائنين العاديين والدائنين أصحاب حق الامتياز التاليين له في المرتبة،^(٨٧) ويعد امتياز البائع من الضمانات المهمة، التي يستطيع البائع بموجبها المحافظة على حقوقه فهو يخوله حق تتبع المبيع حتى في حالة تغير صفته من منقول إلى عقار بالتخصيص.^(٨٨) غير أن هذا الامتياز لا يؤمن حق البائع بصورة فاعلة إذا هو احتفظ بملكية المبيع، كون هذا الامتياز لا يثبت ابتداءً للبائع، في البيع المؤجل الثمن والمقترن بشرط الاحتفاظ بالملكية، كون الشروط العامة لهذا الامتياز تشير صراحة إلى وجوب توافر عقد بيع صحيح وناقل للملكية حتى يمكن ترتيب آثار هذا الامتياز وتقدير ذلك يكون لمحكمة لموضوع

على اعتبار العقد بيعا صحيحا وناقلا للملكية. وما يترتب على ذلك. إن الامتياز أعطي للبائع حق التقدم على سائر الدائنين, أما فيما يتعلق بحق التتبع فإن اثر الامتياز على المبيع يستمر طالما المبيع تحت يد المشتري, ولكنه لا يخل بالحقوق التي كسبها الغير بحسن النية, وهذا الحكم يستند لقاعدة الحيابة في المنقول بحسن نية سندا للملكية, فإذا خرج المبيع من يد المشتري إلى غيره فلا يحتج بالامتياز على هذا الغير متى كان بإمكانه قانونا أن يتمسك بالقاعدة المتقدمة. وبمعنى آخر متى كانت حيازته للمبيع مستندة لسبب صحيح ومشروع وبحسن نية فإذا لم يكن له سبب صحيح أو بسوء نية بمعنى انه يعلم وقت حيازته أن المنقول لم يدفع ثمنه وهو منقل بحق الامتياز كذلك يحق للبائع أن يستعمل حقه في الامتياز على الحائز حسن النية إذا كان المنقول قد خرج من يد المشتري بسبب السرقة أو الضياع أو خيانة الأمانة. ويلاحظ إن مطالبة البائع بحقه في الامتياز على ثمن المنقول يخوله حق الحجز على المبيع والتفويض عليه بالثمن, مقدما على كافة الدائنين التاليين له في المرتبة وهذا أمر مسلم به ومتفق عليه في أحكام القانون العراقي والقوانين المقارنة, غير أن البائع المحتفظ بالملكية يستطيع الحجز على المبيع وإخراجه من التفليسة والتفويض عليه بما تبقى من الثمن بشرط أن يعلن رسميا رغبته بالاحتفاظ بالملكية قبل صدور قرار الحكم بشهر الإفلاس المشتري.

رابعا - اثر شرط الاحتفاظ بالملكية على تبعة الهلاك:- يعرف الهلاك بأنه زوال الشيء من الوجود, بمقوماته الطبيعية, زوالا كلياً, أو جزئياً. ويعرف جانب من الفقه الهلاك بأنه تلف أو فقد مال معين, لمقوماته الأساسية كلها أو بعضها, بحيث يتعذر الاستفادة من الغرض المقصود منها, كلياً أو جزئياً, بسبب قوة قاهرة أو حادث فجائي أو حادث مادي, أو معنوي بفعل فاعل مما يجعل تنفيذ الالتزام مستحيلًا أو معيباً. (٨٩)

أما تبعة الهلاك فيراد بها, تحديد من يتحمل نتائج فقدان, أو تلف الشيء, بصفه نهائية, دون إمكانية الرجوع على الشخص الآخر, ويتم ذلك في حالة الفقد, أو الهلاك الناجم عن الحادث الفجائي, أو القوة القاهرة, ولا يكون بتعمد أو تقصير من احد طرفي العقد, غير أنه إذا كان الفقد, أو الهلاك, بسبب البائع أو المشتري, فأن المباشر فيه يكون مسؤولاً, كقاعدة عامة عن التعويض قبل صاحب الحق فيه^(٩٠), وفي البيع المقترن بشرط الاحتفاظ بملكية المبيع, تنتقل حيازة الشيء المبيع إلى المشتري, ولكن تبقى الملكية في يد البائع. والسؤال الذي يطرح نفسه هو من يتحمل تبعة هلاك الشيء المبيع, البائع بوصفه المالك للشيء المبيع, لحين استيفاء كامل الثمن وانتقال الملكية للمشتري, أم المشتري هو من يتحمل تبعة الهلاك, بوصفه الحارس على الشيء المبيع؟, وللإجابة على ذلك نبين ما يأتي:- في عقد البيع المقترن بشرط الاحتفاظ بالملكية, يفقد البائع الحيازة المادية للشيء المبيع, على الرغم من بقاءه مالكا للمبيع, وقد اختلف التشريعات حول من يتحمل تبعة هلاك الشيء المبيع, في حال اقتران العقد بشرط الاحتفاظ بالملكية فنلاحظ إن المشرع العراقي حسم الأمر, حول من يتحمل تبعة هلاك المبيع, المقترن بشرط الاحتفاظ بالملكية, بعد تسليمه إلى المشتري, فقد نصت المادة (٥٤٨/ ١) على أنه (ما يقبض على سوم الشراء مع تسمية الثمن إذا هلك أو ضاع في يد القابض لزمه الضمان, أما إذا لم يسم له ثمن كان أمانة في يده فلا يضمن إذا هلك أو ضاع دون تعد أو تقصير منه) يتضح نص المادة أعلاه, أن يد المشتري بعد تسلمه الشيء المبيع, تكون يد ضمان, لأنه قبض على سوم الشراء, فإذا هلك الشيء في يده, فإنه يضمن هلاكه, ومعه لا توجد صعوبات, خاصة في مجال البيع مع شرط الاحتفاظ بالملكية, إذ يتحمل البائع تبعة هلاك المبيع في حال عدم تسليمه للمشتري, في حين يتحمل المشتري تبعة الهلاك في حالة تسلمه الشيء المبيع من بائعه. وما يعزز هذا الرأي ما ذهبت إليه الفقرة الأولى من المادة (١٢٩) من قانون التجارة العراقي الملغي رقم ١٤٩ لسنة ١٩٧٠ والتي نصت على أنه (١ - إذا احتفظ البائع بملكية المنقول المبيع حتى أداء أقساط الثمن بأجمعها اكتسب المشتري هذه الكمية بأداء القسط الأخير. ويتحمل المشتري تبعة هلاك المبيع من وقت تسليمه إليه).^(٩١) إما بالنسبة للمشرع المصري فنجد أن المادة (٤٣٧) من القانون المدني المصري قد نصت على انه (إذا هلك المبيع قبل التسليم لسبب لا يد للبائع فيه انفسخ البيع واسترد المشتري الثمن إلا إذا كان الهلاك بعد أذار المشتري لتسليم المبيع) يتضح من نص المادة في أعلاه أن المشرع المصري ربط بين تبعة الهلاك, وتسليم الشيء المبيع, وبصرف النظر عن وقت انتقال ملكية المبيع, إذ يتحمل البائع تبعة المبيع, إذا ما هلك بقوة قاهرة, ولا شيء على المشتري, إلا في حالة إذا كان قد تسلم المبيع, أو كان البائع سبق وأن أعذره باستلام المبيع, والحكم أو الأمر واحد, سواء كان الهلاك كلياً, أم جزئياً, أم كان الهلاك أم التالف يعود إلى خطأ البائع ذاته فان الحكم واحد. فقد نصت المادة (٤٣٨) من القانون المدني المصري الجديد على أنه (إذا نقصت قيمة المبيع قبل التسليم لتلف أصابه جاز للمشتري إما أن يطلب فسخ البيع إذا كان النقص جسيماً بحيث لو طرأ قبل العقد لما تم البيع وإما أن يبقى البيع مع إنقاص الثمن) يتبين من نص المادة في أعلاه, إن العبرة في تحديد من يتحمل تبعة الهلاك, تدور مع التسليم لا مع الملكية, ذلك لان التزام البائع بتسليم الشيء المبيع هو التزام بتحقيق غاية, وهذا الالتزام متفرع عن التزامه بنقل ملكية الشيء المبيع, ويترتب على ذلك أن تبعة هلاك للشيء المبيع, قبل تنفيذ الالتزام بتسليمه, يكون على

البائع، وأن أصبح المشتري مالكا للشيء المبيع بموجب العقد قبل هلاكه^(٩٦)، وذلك لأن الملكية لا تنتقل للمشتري، أو المتصرف إليه إلا بالتسليم^(٩٧) إما بالنسبة للمشرع الفرنسي فنجد أنه يربط تبعه هلاك الشيء المبيع بالملكية، استنادا لقاعدة الشيء يهلك على حساب مالكة، حيث أن ملكية الشيء وتبعها تنتقلان بالعقد، فمتى تم انعقاد العقد الناقل للملكية، انتقلت ملكية المبيع للمشتري، ويتحمل تبعه هلاك الشيء المبيع، ولو لم يكن المبيع بين يديه، وعلى ذلك لو تم البيع، وانتقلت الملكية إلى المشتري، كانت تبعه الهلاك على المشتري، ولو لم يكن قد تم تسليم المبيع إليه. وعلى العكس من ذلك لو أن الملكية لم تنتقل بالعقد، كما لو تم الاتفاق على تأخير نقلها إلى المشتري، فإن تبعه الهلاك تبقى على البائع ولو كان قد سلم المبيع إلى المشتري.

الذاتة

بعد أن تناولنا بالبحث والدراسة موضوع (الاحتفاظ بالملكية للضمان/ دراسة مقارنة) ينبغي أن نذكر ما انته إليه هذا البحث، التي خلصت إلى بلورة عدد من النتائج فضلاً عن عدد من التوصيات، وهي:

أولاً الاستنتاجات

- ١- اتضح لنا أن شرط الاحتفاظ بالملكية، يؤدي دوراً مهماً في تنشيط الحركة التجارية والصناعية عبر تشجيع الموردين على أمداد المشاريع بما تحتاجه من بضائع ثقة منهم في الاستفادة من فعالية الشرط وقوته في ضمان حق البائع في استيفاء ثمن المبيع.
- ٢- لشرط الاحتفاظ بالملكية خاصية بوصفه ضمان غير مسمى، فجوهر شرط الاحتفاظ بالملكية يكمن في احتفاظ البائع بملكية المبيع كضمان لاستيفاء ثمن المبيع. وحث البائع على استرداد المبيع في حالة عدم تسديد الثمن ولاسيما في حالة إفلاس المبري دون الدخول ضمن جماعة الدائنين.
- ٣- أن أدراج شرط الاحتفاظ بالملكية ضمن بنود عقد البيع، إذا كان البيع مؤجل الثمن كلاً أو جزءاً، يمكن تراخي نقل ملكية المبيع إلى أجل محدد، إذا اتفق الطرفان على ذلك، لحين تسديد كامل الثمن حتى ولو تم تسليم المبيع.
- ٤- من حق البائع الاحتجاج بشرط الاحتفاظ بالملكية على جماعة الدائنين ويستطيع استرداد المبيع الذي لم يستوف ثمنه حتى مع صدور حكم بشهر إفلاس المشتري، وهنا تكمن قوة شرط الاحتفاظ بالملكية بوصفه ضمان غير مسمى لحق البائع باستيفاء الثمن.
- ٥- يعتبر شرط الاحتفاظ بالملكية ضمان غير مسمى، بالنسبة للبائع الذي يعتبر حق الملكية بالنسبة له، أقوى الضمانات التي من خلالها يحصل على حقوقه، في حال إفلاس المشتري أو أخلاله بالتزامه بتسديد الثمن.

ثانياً التوصيات

- ١- من أجل توفير حماية فعالة للمالك وضمان حقه في استيفاء ثمن المبيع ندعو المشرع العراقي لإدخال تعديل على القانون المدني يتضمن وضع قاعدة عامة لمفهوم الضمان وعده سبباً من أسباب كسب الملكية بين الأحياء ليصبح هذا القسم محتويًا على خمسة أسباب هي (الالتصاق والشفعة والعقد والحيازة والضمان) على أن يبقى التملك بالضمان محددًا بالحالات التي سبق وأن أوردناها.
- ٢- نقترح على المشرع إدخال تعديل على نص المادة (٥٣٤) من لقانون المدني العراقي بإضافة فقرة إضافية تتمثل ب (يجوز للبائع استرداد البضاعة التي اشترط البائع بالاحتفاظ بملكية المبيع ضمن بنود العقد إذا ظلت على حالتها العينية، أما إذا تم التصرف بالمبيع جاز له استرداد ثمنه أو المتبقي منه لدى المتصرف إليه (المشتري الثاني)
- ٣- من أجل تحقيق العدالة وضمان الحقوق، وبغية حث المشتري للحفاظ على المبيع الذي بحوزته ولم تنتقل ملكيته إليه، ندعو المشرع العراقي لإدخال تعديل على القانون المدني، يتضمن عدّد المشتري حائز المبيع يد ضمان رغم عدم انتقال الملكية إليه.
- ٤- ربط تبعه هلاك المبيع بالتسليم في عقد البيع ويترتب على ذلك فان تبعه الهلاك قبل التسليم على البائع ولو كانت ملكيته قد انتقلت إلى المشتري قبل الهلاك فالعبرة بالتسليم الذي يتم به نقل الحيازة، فإذا انتقلت الحيازة إلى المشتري بالتسليم كان الهلاك عليه، ولو لم تنتقل الملكية.

هوامش البحث

(١) د. صبري حمد خاطر، الاحتفاظ بالملكية دراسة تأصيلية في عقد البيع، مصدر سابق، ص ٩٦.

(٢) أستاذنا د. هادي حسين عبد علي، مصدر سابق، ص ٩٨.

(٣) د. محمد حسين منصور، شرط الاحتفاظ بالملكية، مصدر سابق، ص ١٥٣.

- (٤) شرابن حمزة، الملكية كوسيلة لدعم الائتمان، رسالة ماجستير، مقدمة إلى كلية الحقوق جامعة الجزائر، ٢٠٠٨، ص ١٠١.
- (٥) د. عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج ٤، مصدر سابق، ص ١٧٤.
- (٦) د. عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج ٤، المصدر السابق، ص ١٧٤.
- (٧) د. إبراهيم الدسوقي أبو الليل، مصدر سابق، ص ٢٩٢.
- (٨) d. Ghestin traite de droit civil les obligations le contrat l g d j 1980 .no.20.p2 .
- (٩) د. محمد طه البشير، د. غني حسون طه، مصدر سابق، ص ١٦٤.
- (١٠) ينظر المادة (١/١١٦٣) من القانون المدني العراقي النافذ، ويقابلها المادة (١/٩٧٦) من القانون المدني المصري، والمادة (٢٢٦٩) من القانون المدني الفرنسي.
- (11) cass.civ. ler 12 jull 1952 Go pal. pal. 1962 .22608 Rev. rim. dr civ.1963. p113.no abs. G.cornu. chr avpegron. La. reguLari - sation des. aetes nuls the TouLouse.ivGD.J 1973 prefac .aHebrad
- (١٢) ينظر المادة (١٣٥) من القانون المدني العراقي النافذ، في حين يعتبر العقد قابلاً للإبطال بموجب المادة (٤٦٦) من القانون المدني المصري النافذ، والمادة (١٥٩٩) من القانون المدني الفرنسي الحالي.
- (١٣) نصت المادة (٤٥٥) من قانون العقوبات العراقي النافذ رقم ١١١ لسنة ١٩٦٩ (يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على سنة وبغرامة لا تزيد على مائة دينار أو بإحدى هاتين العقوبتين من اشترى مالا منقولاً احتفظ البائع بملكته إلى أن يستوفي ثمنه كله فتصرف به تصرفاً يخرج من حوزته دون إذن سابق من البائع، ولا تقام الدعوى إلا بناء على شكوى البائع وتتقضي الدعوى بتنازل البائع عن شكواه قبل صدور حكم نهائي فيها، ويوقف تنفيذ الحكم فيها إذا حصل التنازل بعد صدور الحكم).
- (١٤) د. نبيل إبراهيم سعد، الملكية كوسيلة للضمان، مصدر سابق، ص ٤٨.
- (١٥) ينظر المادة (٣٦٣) من القانون المدني العراقي، وتقابلها المادة (٣٠٥) من القانون المدني المصري، والمادة (١٦٩٠) من القانون المدني الفرنسي.
- (١٦) د. شفيق شحاته، محاضرات في القانون المدني (حوالة الحق في قوانين البلاد العربية) ألقاها على طلبة قسم الدراسات القانونية، معهد الدراسات العربية العالمية / جامعة الدول العربية، ١٩٥٤، ص ١٥.
- (١٧) ينظر المادة (٣٦٥) من القانون المدني العراقي النافذ، ويقابلها المادة (٣٠٧) من القانون المدني المصري الجديد، والمادة (١٦٩٢) من القانون المدني الفرنسي.
- (١٨) آلان بينابنت، مصدر سابق، ص ٤٩٢. وكذلك د. محمد حسين منصور، مصدر سابق، ص ٢٦٢. وكذلك د. نبيل إبراهيم سعد، الضمانات غير المسماة، مصدر سابق، ص
- (١٩) د. محمد حسين منصور، مصدر سابق، ص ٢٦٠. وكذلك آلان بينابنت، مصدر سابق، ص ٤٩٣.
- (٢٠) نقلاً عن د. محمد حسين منصور، شرط الاحتفاظ بالملكية، مصدر سابق، هامش رقم واحد، ص ٢٦١.
- (٢١) د. عبد المجيد الحكيم، الوجيز في شرح القانون المدني، أحكام الالتزام، ج ٢، مصدر سابق، ص ٣٦٧. وكذلك آلان بينابنت، ص ٥٠٦.
- (٢٢) د. عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج ٢، مصدر سابق، ص ٦٧٧.
- (٢٣) ينظر المادة (٣٨٠) من القانون المدني العراقي النافذ التي نصت على (٢- وللمدين أيضاً إذا اقترض مالا يسد به الدين أن يحل المقرض محل الدائن الذي استوفى حقه ولو بغير رضاه هذا الدائن على أن يكون الاتفاق على الحلول بورقة رسمية وان يذكر في عقد القرض أن المال خصص للوفاء وفي مخالصة التسديد وان الوفاء كان هذا المحال الذي اقترضه من الدائن الجديد) وتقابلها المادة (٣٢٧) من القانون المدني المصري الجديد.
- (٢٤) د. عبد المجيد الحكيم، الوجيز في شرح القانون المدني، أحكام الالتزام ج ٢، مصدر سابق، ص ٣٦٧.
- (٢٥) ينظر المادة (٢/٣٨٠) من القانون المدني العراقي. ويقابلها المادة (٣٢٨) من القانون المدني المصري.
- (٢٦) د. عبد المجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني أحكام الالتزام، مصدر سابق، ص ٣٧٦.
- (٢٧) ينظر المادة (٢/٣٨٠) من القانون المدني العراقي.

- (٢٨) د. عبد المجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني، أحكام الالتزام، مصدر سابق، ص ٣٧٦ - ٣٧٧.
- (٢٩) أستاذنا د. هادي حسين الكعبي، مصدر سابق، ص ٩٢. وكذلك د. محمد كامل مرسي، شرح القانون المدني- العقود المسماة، عقد البيع وعقد المقايضة، منشأة المعارف، الاسكندرية، ٢٠٠٥، ص ٥٨٤.
- (٣٠) د. عبد المجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني، أحكام الالتزام، مصدر سابق، ص ٣٧٦ و ٣٧٧.
- (٣١) د. محمد حسين منصور، مصدر سابق ص ٢٦٥.
- (٣٢) نصت المادة (١٥٧) من القانون المدني المصري الجديد على (١- في العقود الملزمة للجانبين إذا لم يوف أحد المتعاقدين بالتزامه جاز للمتعاقد الآخر بعد أذاره المدين أن يطالب بتنفيذ العقد أو بفسخه مع التعويض في الحالتين أن كان له مقتضى) وتقابلها المادة (١٧٧) من القانون المدني العراقي..
- (٣٣) نصت المادة (٧١١) من القانون المدني الفرنسي والتي نصت على (يتم الحصول على ملكية الممتلكات وانتقالها عن طريق الخلافة عن طريق الحياة أو التبرع الوصية ومن خلال تأثير الالتزامات).
- (٣٤) د. محمد كامل مرسي، مصدر سابق، ص ٥٨٥.
- (٣٥) د. محمد حسين منصور، شرط الاحتفاظ بالملكية، مصدر سابق، ص ٢٦٩ و ٢٧٠.
- (٣٦) ينظر المادة (١٦٩٠) من القانون الفرنسي .
- (٣٧) د. نبيل إبراهيم سعد، الملكية كوسيلة للضمان، مصدر سابق، ص ٥٢.
- (٣٨) نصت المادة (١/٦٤٦) القانون التجارة العراقي رقم ١٤٩ لسنة ١٩٧٠ على (إذا أفلس المشتري قبل دفع الثمن وبعد دخول البضاعة مخازنه أو مخازن وكيله المكلف ببيعها فلا يجوز للبائع أن يطلب فسخ البيع واسترداد البضائع كما يسقط حقه في الامتياز).
- (٣٩) نصت المادة (٣٣١ /أولاً) من قانون التجارة العراقي النافذ رقم ٣٠ لسنة ١٩٨٤ على (يلغى قانون التجارة رقم ١٤٩ لسنة ١٩٧٠ وتعديلاته باستثناء الباب الخامس منه والمتضمن أحكام الإفلاس والصلح الواقي منه. المواد ٥٦٦ - ٩٧١ لحين تنظيم أحكام الإعسار بقانون).
- (٤٠) أستاذنا د. هادي حسين الكعبي، الاحتفاظ بالملكية، مصدر سابق، ص ١٠٦.
- (٤١) د. عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج ٤، مصدر سابق، ص ١٨٠.
- (٤٢) د. عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج ٤، المصدر السابق، ص ١٨٠.
- (٤٣) د. سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، العقود المسماة، ط ٥، بلا مكان طبع، ١٩٩٣، ص ٨٣.
- (٤٤) نعمان محمد خليل، أركان الظاهر كمصدر للحق، معهد البحوث والدراسات العربية للتربية والثقافة والعلوم، جامعة الدول العربية، القاهرة، ١٩٧٧، ص ٥٢.
- (45) Roger Houin Le introduction de Lareserve de propie te done Le droit froncais de La faillite G.c.p
1980 N 2918
- (٤٦) ينظر المادة (١٥٨٣) من القانون المدني الفرنسي النافذ.
- (٤٧) د. إبراهيم الدسوقي أبو الليل، مصدر سابق، ص ٢٩٥.
- (48) Brocca A Gp.cit.p.19
- (٤٩) د. عبد الحي حجازي، مدى خيار الدائن بين التنفيذ والفسخ، مصدر سابق، ص ١٤٠.
- (٥٠) نقض فرنسي ٢٨ يوليو ١٩٥٢ و ١٨ يوليو ١٩٧١ و ٢٦ أكتوبر ١٩٨٣ نقلاً من أستاذنا د. هادي الكعبي مصدر سابق، ص ١٠٢.
- (51) ph. Malaurie.LAyues .op cit. Note24 no 754p.240
- (52) j. Chestin sythese no 21p. 285
- (53) com. 19 fevr.1985 B. lv no.67
- (٥٤) ينظر المادة ١١٥ من قانون ٢٥ يناير ١٩٨٥ الفرنسي.
- (٥٥) ينظر المادة ١٢٢ من قانون ٢٥ يناير ١٩٨٥ الفرنسي.

- (٥٦) نصت المادة (٢٩٧) من قانون المدني العراقي على انه (إذا تبين من الالتزام أن المدين لا يقوم بوفائه إلا عند المقدرة أو الميسرة عينت المحكمة ميعاداً لحلول الأجل مراعية في ذلك موارد المدين الحالية والمستقبلية مفترضة فيه عناية الرجل الحريص على الوفاء بالتزامه).
- (٥٧) د. سعيد مبارك، د. طاهر الملا حويش، د. صاحب عبيد الفتلاوي، الموجز في العقود المسماة البيع والإيجار والمقاول، مصدر سابق صفحته ١٦٢. وكذلك د. طارق كاظم عجيل، المطول في شرح القانون المدني (دراسة معمقة ومقارنة بالفقه الغربي والإسلامي، ج ٣، التزامات المشتري مع صور خاصة من عقد البيع، مكتبة زين الحقوقية والأدبية، بيروت، ٢٠١٣، ص ٢٥٢.
- (٥٨) نصت المادة (٥٩٣) من القانون المدني العراقي على أن (١- الحق المتنازع فيه إذا نزل عنه صاحبه إلى شخص آخر بمقابل فللمتنازل ضده أن يتخلص من المطالبة إذا هو رد إلى المشتري الثمن الحقيقي الذي دفعه مع المصروفات وفوائد الثمن بالسعر القانوني من وقت الدفع). وتقابلها نص المادة (١/٤٦٩) من القانون المدني المصري، والمادة (١٧٠٠) من القانون المدني الفرنسي مع تعديلاته بعد ٢٠١٦.
- (٥٩) د. سعيد مبارك، د. طه الملا حويش، د. صاحب عبيد الفتلاوي، مصدر سابق، ص ١٦٢.
- (٦٠) د. عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج ٤، مصدر سابق، ص ٢٠٠. وكذلك شاكر ناصر حيدر، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الحقوق العينية الأصلية، ج ٢، في حق الملكية (الشفعة- الحيازة والتقادم)، مطبعة المعارف، بغداد، ١٩٥٩، ص ١٤٠٨. وكذلك د. محمد كامل مرسي، شرح القانون المدني العقود المسماة، مصدر سابق، ٤٣٤. وكذلك د. كمال ثروت الوندائي، شرح أحكام عقد البيع دراسة مقارنة مع مجموعة من التشريعات العربية والأجنبية معززة بقرارات محكمة تمييز العراق، ط ١، مطبعة جامعة بغداد، بغداد، ١٩٧٣، ص ٣٧٠. وكذلك د. طارق كاظم عجيل، المطول في شرح القانون المدني (دراسة معمقة ومقارنة بالفقه الغربي والإسلامي، ج ٣، التزامات المشتري مع صور خاصة من عقد البيع، مصدر سابق، ص ٢٥٦.
- (٦١) وتقابلها المادة (٤٦٩) من القانون المدني المصري. وتقابلها المادة (١٧٠٠) من القانون المدني الفرنسي.
- (٦٢) د. اسعد دياب، القانون المدني العقود المسماة (البيع- الإيجار- الوكالة)، ط ٢، مكتبة زين الحقوقية والأدبية، بيروت، ٢٠١٢، ص ٣١٣.
- (٦٣) د. عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج ٤، مصدر سابق، ص ٢٠٢.
- (٦٤) نصت المادة (١/٥٩٣) من القانون المدني العراقي على أن (الحق المتنازع فيه إذا نزل عنه صاحبه إلى شخص آخر بمقابل فللمتنازل ضده أن يتخلص من المطالبة إذا هو رد إلى المشتري الثمن الحقيقي الذي دفعه مع المصروفات وفوائد الثمن بالسعر القانوني من وقت.
- (٦٥) د. عباس حسن الصراف، مصدر سابق، ص ٢٥٩. وكذلك د. طارق كاظم عجيل، المطول في شرح القانون المدني، التزامات المشتري مع صور خاصة من عقد البيع، مصدر سابق، ص ٢٦١.
- (٦٦) نصت المادة (١٧١) من القانون المدني العراقي على انه (إذا كان محل الالتزام مبلغاً من النقود وكان معلوم المقدار وقت نشوء الالتزام وتأخر المدين في الوفاء به كان ملزماً أن يدفع للدائن على سبيل التعويض عن التأخير فوائد قانونية قدرها أربعة في المائة في المسائل المدنية وخمسة في المائة في المسائل التجارية، وتسري هذه الفوائد من تاريخ المطالبة القضائية بها.....)
- (٦٧) د. عباس حسن الصراف، مصدر سابق، ص ٢٥٨. وكذلك د. سعيد مبارك، د. طه الملا حويش، مصدر سابق، ص ١٦٤. وكذلك د. طارق كاظم عجيل، المطول في شرح القانون المدني، التزامات المشتري مع صور خاصة من عقد البيع، مصدر سابق، ص ٢٦١.
- (٦٨) ينظر المادة (١/١١٦٣) من القانون المدني العراقي، وتقابلها المادة (٢٢٧٩) من القانون المدني الفرنسي
- (٦٩) أستاذنا د. عزيز كاظم جبر الخفاجي، أحكام عقد البيع مقارنة بالفقه الإسلامي، الانعقاد، مصدر سابق، ص ٤١٨.
- (٧٠) ينظر المادة (٤٦٦ و ٤٦٨) من القانون المدني المصري. والمادة (١٥٩٩) من القانون المدني الفرنسي.
- (٧١) د. علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، ط ٥، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ٢٠٠٣، ص ٢٥٩.
- (٧٢) د. مصطفى العوجي، القانون المدني، ج ١، العقد، ط ٣، بدون الإشارة إلى اسم ومكان الطبع، ٢٠٠٣، ص ٧٠١-٧٠٢.
- (٧٣) ينظر المادة (١١٦٤) من القانون المدني العراقي.
- (٧٤) أستاذنا د. هادي حسين الكعبي، مصدر سابق، ص ١١٧.
- (٧٥) أستاذنا د. هادي حسين الكعبي، مصدر سابق، ص ١١٧.
- (٧٦) قرار محكمته تمييز العراق المرقم ٣٩٨ / م / ٢ / ١٩٧٥ في ٣٠ / ١٠ / ١٩٧٥ مجموعة الأحكام العدلية، العدد الرابع، السنة السادسة ١٩٧٥، ص ١٢. أشار إليه أستاذنا د. هادي حسين الكعبي ص ١١٧.

- (٧٧) أستاذنا د. عزيز كاظم جبر الخفاجي, أحكام عقد البيع مقارنة بالفقه الإسلامي, الآثار, مصدر سابق, ص ١٢٧.
- (٧٨) ينظر المادة (١٧٨) من القانون المدني العراقي ويقابلها المادة (١٥٨) من القانون المدني المصري.
- (٧٩) أستاذنا د. عزيز كاظم جبر الخفاجي, أحكام عقد البيع مقارنة بالفقه الإسلامي, الآثار, مصدر سابق, ١٣٤. وكذلك د. محمد كامل مرسي, شرح القانون المدني العقود المسماة, مصدر سابق, ٣٨٠. وكذلك د. مصطفى العوجي, القانون المدني, ج ١, سابق, ص ٧٠٠.
- (٨٠) د. سمير عبد السيد تناغو, عقد البيع, مكتبة الوفاء القانونية, الإسكندرية, ٢٠٠٩, ص ٣٣٩.
- (٨١) د. سمير السيد تناغو, المصدر السابق, ص ٣٤٠.
- (٨٢) د. عبد الرزاق احمد السنهوري, الوسيط في شرح القانون المدني, ج ٤, مصدر سابق, ص ١٧٩.
- (٨٣) ينظر المادة (١٧٩) من القانون المدني العراقي التي نصت على انه (إذا هلك المعقود عليه في المعاوضات وهو في يد صاحبه انفسخ العقد سواء كان هلاكه بفعله أو بقوة قاهرة ووجب عليه رد العوض الذي قبضه لصاحبه) تقابلها المادة (١٥٩) من القانون المدني.
- (٨٤) د. سمير السيد تناغو, مصدر سابق, ص ٣٣٩.
- (٨٥) نصت المادة (١/١٣٦١) من القانون المدني العراقي بان (الامتياز , أولوية في الاستيفاء, لدين معين مراعاة لسبب هذا الدين). وتقابلها المادة (١/١١٣٠) من القانون المدني المصري.
- (٨٦) نصت المادة (١٣٧٦) من القانون المدني العراقي على (١- ما يستحق لبائع المنقول من الثمن وملحقاته يكون له حق امتياز على المبيع ويبقى حق الامتياز قائما مادام المبيع محتفظا بذاتيته, وهذا دون إخلال بالحقوق التي كسبها الغير حسن النية, ومع مراعاة الأحكام الخاصة بالقضايا التجارية) تقابلها المادة (١١٣٠) من القانون المدني المصري والتي نصت على (١- الامتياز أولوية يقررها القانون لحق معين مراعاة منه لصفته).
- (٨٧) د. غني حسون طه, د. محمد طه البشير, الحقوق العينية التبعية, ج ٢, مكتبة السنهوري, بغداد, ١٩٧٠, ص ٢٧٥.
- (٨٨) أستاذنا د. هادي حسين الكعبي, مصدر سابق, ص ١٢٣.
- (٨٩) د. حسن محمد جاد الرب, صور وأحكام التملك بالإيجار, دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي, المركز القومي للإصدارات القانونية, القاهرة, ٢٠٠٩, ص ٢٥٠ - ٢٥١.
- (٩٠) أسيل ناظم محمد, مصدر سابق, ص ١٦٠.
- (٩١) وقد ورد في المذكرة الإيضاحية لقانون التجارة رقم ١٤٩ لسنة ١٩٧٠ عند معالجته لهذه المادة ما يأتي (وكان البيع بالتقسيط أول ما استرعى انتباه القانون فخصص له المواد من ١٢٧ إلى ١٣٠ والفكرة التي تسود هذه النصوص هي التوفيق بين مصلحة المشتري ومصلحة البائع. أما المشتري فالأمر بالنظر إليه بحمايته مما قد يفرضه البائع من شروط مرهقة فيرضى بها مرهقا تحت ضغط الحاجة إلى السلعة أو الرغبة في الحصول عليها ولذا أهدر القانون شرط الفسخ عند التخلف عن دفع احد الأقساط إذا تبين قيام المشتري بدفع الجزء الأكبر منها. وعلق فاعلية الشرط على حلول الأقساط باجمعه عند عدم أداء قسط منها على تخلف المشتري عن أداء قسطين متتاليين على الأقل. لان قعوده عن دفع قسط واحد أو قسطين متبايعين لا يقطع بعجزه المالي. فقد ينجم عن أزمة عابرة أو حلول موسم تكثر فيه مصروفات الأسرة كافتتاح المدارس أو اقتراب الأعياد. وأما البائع فتتمثل مصلحته في حماية من تصرف المشتري في المبيع قبل أداء الأقساط باجمعه. وكثيرا ما يتولى البائع حماية مصلحته بنفسه بإضافة شروط خاصة أهمها شرط الاحتفاظ بالملكية)
- (٩٢) د. أنور سلطان, مصدر سابق, ص ٢٨٣.
- (٩٣) د. عبد الرزاق احمد السنهوري, الوسيط في شرح القانون المدني, ج ٤, مصدر سابق, ص ٦٠٩.

المصادر

أول الكتب القانونية

١. إبراهيم الدسوقي أبو الليل, .

٢. اسعد دياب, القانون المدني العقود المسماة (البيع- الإيجار- الوكالة), ط ٢, مكتبة زين الحقوقية والأدبية, بيروت, ٢٠١٢.

٣. حسن محمد جاد الرب, صور وأحكام التملك بالإيجار, دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي, المركز القومي للإصدارات

٤. سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، العقود المسماة، ط٥، بلا مكان طبع، ١٩٩٣.
٥. سمير عبد السيد تناغو، عقد البيع، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، ٢٠٠٩.
٦. شاكر ناصر حيدر، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الحقوق العينية الأصلية، ج٢، في حق الملكية (الشفعة- الحيازة والتقدم)، مطبعة المعارف، بغداد، ١٩٥٩.
٧. شفيق شحاته، محاضرات في القانون المدني (حوالة الحق في قوانين البلاد العربية) ألقاها على طلبة قسم الدراسات القانونية، معهد الدراسات العربية العالمية / جامعة الدول العربية، ١٩٥٤.
٨. طارق كاظم عجيل، المطول في شرح القانون المدني (دراسة معمقة ومقارنة بالفقه الغربي والإسلامي، ج٣، التزامات المشتري مع صور خاصة من عقد البيع، مكتبة زين الحقوقية والأدبية، بيروت، ٢٠١٣.
٩. طارق كاظم عجيل، المطول في شرح القانون المدني، عقد البيع، ج٢، آثار البيع، مطبعة زين الحقوقية والأدبية، بيروت، ٢٠١٣.
١٠. عباس حسن الصراف، شرح عقدي البيع والإيجار في القانون المدني العراقي، مطبعة الأهالي، بغداد، ١٩٥٦.
١١. عبد الحي حجازي، مدى خيار الدائن بين التنفيذ والفسخ، مصدر سابق، ص١٤٠.
١٢. عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج٢، دار احياء التراث العربي، بيروت، ٢٠٠٠.
١٣. عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج٤، دار احياء التراث العربي، بيروت، ٢٠٠٠.
١٤. عبد المجيد الحكيم، الوجيز في شرح القانون المدني، أحكام الالتزام، ج٢، ط٦، العاتك لصناعة الكتاب، القاهرة، ٢٠٠٩.
١٥. عزيز كاظم جبر الخفاجي، أحكام عقد البيع، ومقارنة بالفقه الإسلامي، الكتاب الأول، الانعقاد، ط١، مكتبة زين الحقوقية والأدبية،
١٦. عزيز كاظم جبر الخفاجي، أحكام عقد البيع، مقارنة بالفقه الإسلامي، الكتاب الثاني، الآثار، ط١. مكتبة زين الحقوقية والأدبية،
١٧. علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، ط٥، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ٢٠٠٣.
١٨. غني حسون طه، د. محمد طه البشير، الحقوق العينية التبعية، ج٢، مكتبة السنهوري، بغداد، ١٩٧٠.
١٩. كمال ثروت الوندائي، شرح أحكام عقد البيع دراسة مقارنة مع مجموعة من التشريعات العربية والأجنبية معززة بقرارات محكمة تمييز
٢٠. محمد حسين منصور، شرط الاحتفاظ بالملكية، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، ٢٠٠٧.
٢١. محمد طه البشير، د. غني حسون طه، .
٢٢. محمد كامل مرسي، شرح القانون المدني- العقود المسماة، عقد البيع وعقد المقايضة، منشأة المعارف، الاسكندرية، ٢٠٠٥.
٢٣. مصطفى العوجي، القانون المدني، ج١، العقد، ط٣، بدون الإشارة إلى اسم ومكان الطبع، ٢٠٠٣.
٢٤. نبيل إبراهيم سعد، الضمانات غير المسماة في القانون الخاص، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، ٢٠٠٦.
٢٥. نبيل إبراهيم سعد، الملكية كوسيلة للضمان، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، ٢٠٠٧.
٢٦. هادي حسين عبد علي، احتفاظ البائع بملكية المبيع، دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠١١.

ثانيا- الرسائل والاطاريح

- ١- أسيل ناظم محمد، شرط الاحتفاظ بالملكية على سبيل الضمان (دراسة مقارنة)، رسالة ماجستير مقدمة الى مجلس كلية القانون / جامعة بغداد لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، ٢٠١٨.
- ٢- شرابن حمزة، الملكية كوسيلة لدعم الائتمان، رسالة ماجستير، مقدمة إلى كلية الحقوق جامعة الجزائر، ٢٠٠٨.

ثالث- البحوث

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

رابع- الكتب الأجنبية

- (1) d. Ghestin traite de droit civil les obligations le contrat l g d j 1980 .no.20.p2
- (2) Roger Houin Le introduction de Lareserve de propie te done Le droit froncais de La faillite G.c.p 1980