

شرط الاحتفاظ بالملكية كوسيلة لتوظيف الملكية

على سبيل الضمان -دراسة مقارنة-

أ: بن شنوف فيروز
معهد العلوم القانونية والإدارية
المركز الجامعي تيسمسيلت

Résumé

En Algérie, l'un des phénomènes les plus remarquables dans le domaine du droit des sûretés est l'évolution de l'utilisation de la propriété en tant que sûreté.

La propriété garantie est le résultat de l'inefficacité des sûretés réelles traditionnelles liées, notamment à l'évolution du droit des procédures collectives, se sont développées les propriétés garanties telles que la clause de réserve de propriété, et le crédit-bail, qui permettent d'éviter ces inconvénients.

مقدمة :

إن تزايد أهمية الائتمان في العصر الحديث، واتساع نطاقه أدى إلى الإقبال الشديد على الضمانات، فقيام البنوك والمؤسسات المالية الأخرى وحتى الأفراد بمنح الائتمان لقطاعات الإنتاج والتوزيع والإستهلاك يؤدي حتما إلى ازدياد الحاجة إلى الضمانات، هذه الأخيرة تعددت وتنوعت، إلا أن تحقيق الحماية للائتمان لم يكن بالشكل اليسير، فسواء تعلق الأمر بالإقرار للدائن بمراكز متميزة، قانونية كانت (كالحق في الحبس والحق في الفسخ) أو عقدية (كالشرط المانع من التصرف La clause d'inaliénabilité⁽¹⁾ والشرط الجزائي) فإن تعقيد شروط ممارسة هذه الضمانات وعدم فعاليتها يجعلنا نقر بحقيقة عدم جدوى هذه الأدوات.

كما أن التأمينات العينية والشخصية حتى وإن كانت قد اعتبرت ولمدة طويلة بمثابة الضمانات الأكثر فعالية، فإن هذه الفعالية أصبحت محل شك لظهور ما يسمى بأزمة التأمينات العينية والشخصية، التي نتجت عن وجود القواعد الصارمة والجامدة الخاصة بإنشاء هذه التأمينات، كما أن الواقع العملي يشهد بأن التأمين على الدين أو حتى القرض لا يحقق فعالية كبرى نتيجة خلو المنظومة القانونية الوطنية من نصوص قانونية محكمة تنظم هذا المجال مما انعكس سلبا على دور المؤسسات أو الهيئات التي تمارس هذا النشاط.

وعليه فإن الحاجة الماسة للائتمان وضرورة حمايته وكذا عجز وسائل الضمان التقليدية عن تحقيق هذه الحماية يفرض البحث عن وسائل بديلة، وهذا ما دفعنا

من خلال هذا المقال إلى عرض مظاهر تراجع فعالية التأمينات العينية في القوانين الحديثة وما يستتبعه من حتمية العودة إلى استخدام الملكية كوسيلة للضمان (2) من خلال ما يعرف بشرط الإحتفاظ بالملكية، وعليه فإن الإشكال الذي يطرح في هذا المقام هو:

هل استعمال شرط الإحتفاظ بالملكية كوسيلة ضمان قادر على تعويض العجز الذي قد يسجل بالنسبة لوسائل الضمان التقليدية؟

وللإجابة على هذه الإشكالية رأينا تقسيم الخطة إلى مبحثين، نعرض في الأول لتراجع فعالية التأمينات العينية والشخصية في القوانين الحديثة، وفي الثاني لمدى فعالية الملكية كوسيلة للضمان في دعم وحماية الائتمان من خلال ما يعرف بشرط الإحتفاظ بالملكية:

المبحث الأول:

تراجع فعالية التأمينات العينية والشخصية في القوانين الحديثة :
تتجلى فعالية التأمين العيني فيما يحوله من حق للتتبع يقف في وجه مخاطر التصرف ومخاطر إخفاء المال، فهذا الحق يسمح بتتبع المال في أي يد يكون، وهذا ما يجعل البنوك تعمل بهذا التأمين، كما أن التأمين الشخصي له دوره هام في هذا المجال، ذلك أنه يسمح للدائن بأن يباشر حق الضمان بالنسبة لمدينين متعددين، كما أن التأمين الخاص يحقق ضمانا هاما من خلال تغطية الأخطار المتعلقة بالإعسار خاصة (3).

ولكن السؤال المطروح هنا هو حول مدى احتفاظ هذه التأمينات بفعاليتها، وتحقيق الضمان والحماية المنشودة منها؟ وبما أن التأمينات تعمل على حماية حق الدائن ضد مخاطر إعسار أو إفلاس المدين، فإنها ترتبط لا محالة بقانون الإفلاس، ومع تطور العلاقات التجارية ومواكبة تشريعات الإفلاس لهذا التطور، فإن السؤال الذي يطرح هو عن أثر التشريعات الحديثة للإفلاس على فلسفة التأمينات؟

المطلب الأول:

أثر تشريعات الإفلاس على فعالية التأمينات العينية والشخصية:

بالنسبة للعلاقات التجارية، هناك معطيات جديدة في بعض التشريعات الحديثة أدت إلى انقلاب في موازين العلاقة بين التأمينات العينية والشخصية. ففي فرنسا مثلاً نجد أنه ومنذ خمسين عاماً تقريباً قد تعرض قانون الإفلاس إلى تغييرات عميقة أدت إلى نزع الفعالية عن التأمينات العينية.⁽⁴⁾

إن قوانين الإفلاس الحديثة لم يعد هدفها عقاب المدين غير الأمين، أو حتى الوفاء للدائنين وإنما أصبح الهدف هو محاولة إنقاذ المؤسسات مما تتعرض له من صعوبات.⁽⁵⁾ وقد ترتب على هذه الفلسفة الجديدة لقوانين الإفلاس، تراجع فعالية التأمينات العينية في حالة إفلاس المدين⁽⁶⁾ وذلك لحساب بقاء المؤسسات والإحتفاظ بالعمل للعمال، ولذلك فقد أصبح القانون في صف الدائنين الذين يسمح تعاونهم باستمرار المؤسسة (وما ينجر عن ذلك من تلافي تسريح العمال وبالتالي البطالة والتأثير سلباً على الاقتصاد الوطني)، أي الدائنين الذين نشأت ديونهم بعد حكم افتتاح الإجراءات، فهؤلاء يحصلون على حقهم بالأولوية عن كل الدائنين الآخرين سواء كانوا مزودين بامتيازات أو بتأمينات أم لا، باستثناء حقوق الأجراء. ولذلك ففي الوقت الحاضر أصبح من الأفضل أن يكون الدائن لاحقاً حتى ولو كان عادياً، من أن يكون دائناً سابقاً مزوداً بتأمين عيني.

وقد كانت النتيجة المباشرة لهذه القوانين الحديثة تراجع التأمينات العينية التقليدية كالرهن الرسمي والرهن الحيازي، وظهور ضمانات تركز أساساً على الملكية، فقد لجأ العمل إلى الوسائل الاتفاقية ليوظف الإحتفاظ بالملكية أو نقل الملكية لتحقيق نوع من الضمان يفوق في فعاليته التأمينات العينية التقليدية، ولذلك لم تعد الملكية غاية في حد ذاتها وإنما أصبحت وسيلة لتحقيق غاية أخرى وهي الضمان.⁽⁷⁾

المطلب الثاني:

مخاطر التأمينات العينية:

إن الواقع العملي قد كشف أن التأمينات العينية والشخصية تؤدي إلى زيادة تكلفة الائتمان، نتيجة اشتراط الرسمية واتخاذ إجراءات الشهر والعلانية، كما هو الحال بالنسبة للرهن الرسمي، إذ أن الرسمية تعتبر شرطاً شكلياً لانعقاد الرهن الرسمي،⁽⁸⁾ كما أن إجراءات حق الاختصاص تتميز بالتعقيد كذلك،⁽⁹⁾ أيضاً إن اشتراط الضامن لمقابل المخاطر التي يتحملها كما هو الشأن بالنسبة للتأمينات

الشخصية يزيد في تكلفة الائتمان. علاوة على ذلك فإن بعض التأمينات قد تؤدي إلى عرقلة تداول الأموال.⁽¹⁰⁾

كما أنه ليس من السهل دائما الحصول على تلك التأمينات، حيث أنه من الصعب على المدين غالبا تقديمها لعدم توافرها، فقد لا يجد المدين كفيلا يكفله⁽¹¹⁾ أو مالا يقدمه رهنا.

وخلاصة القول إن بلوغ التأمينات عينية كانت أم شخصية لغايتها غالبا ما يستغرق كثيرا من الوقت والنفقات نتيجة لإجراءات الحجز والتنفيذ والبيع بالمزاد، لذلك كان من الضروري البحث عن وسائل أخرى للائتمان.⁽¹²⁾

المبحث الثاني:

شرط الاحتفاظ بالملكية كوسيلة ضمان :
الأصل أن عقد البيع من العقود فورية التنفيذ، حيث يتم تنفيذ الالتزام بنقل الملكية والالتزام بدفع الثمن فور إبرام العقد،⁽¹³⁾ إلا أنه قد درج التعامل في المجال الصناعي والتجاري على إرجاء الوفاء بكل الثمن أو بجزء منه، الأمر الذي يضيف على البيع صفة ائتمانية¹⁴ تحمل في طياتها مخاطر معينة بالنسبة لحق البائع في الثمن، ولذلك فإنه وحماية لهذا الأخير من خطر عدم دفع المشتري للثمن أو لما تبقى منه لسبب ما، اعتاد البائعون وخاصة في ما يتعلق بالمنقولات الإتفاق على احتفاظ البائع بملكية الشيء المبيع، حتى استيفائه الثمن المتفق عليه بأكمله أو حتى وفاء المشتري لآخر قسط منه، وهذا ما يعرف بالبيع مع شرط الاحتفاظ بالملكية "La vente sous reserve de propriété"، فهل تمثل هذه الوسيلة فعلا ضمانا سهلا بسيطا وقويا بالنسبة للمتعاملين بها؟

وللإجابة على هذا التساؤل ينبغي علينا أن نعرض أولا لماهية شرط الاحتفاظ بالملكية، ثم نعرض بعد ذلك لما يحققه هذا الشرط من ضمان:

المطلب الأول:

ماهية شرط الاحتفاظ بالملكية :
نتناول في هذا المطلب المقصود بهذا الشرط وحكمه، ثم نتقل إلى عرض شروط صحته:

أولا: المقصود بشرط الاحتفاظ بالملكية وحكمه :

شرط الإحتفاظ بالملكية من أبرز الشروط التي اعتاد البائعون بالتقسيط إدراجها في عقودهم، ويعرفه البعض⁽¹⁵⁾ على أنه: "اتفاق بمقتضاه يحتفظ البائع بملكية الشيء المبيع - ولو تم تسليمه - إلى أن يستوفي كامل الثمن".⁽¹⁶⁾ وهذا الإتفاق يعد صحيحا طبقا لنص الفقرة الأولى من المادة 363⁽¹⁷⁾ من التقنين المدني الجزائري والتي تنص على أنه: "إذا كان ثمن البيع مؤجلا جاز للبائع أن يشترط أن يكون نقل الملكية إلى المشتري موقوفا على دفع الثمن كله ولو تم تسليم الشيء المبيع..."

أما بالنسبة للوضع في القانون الفرنسي فإن الفقه قد كان في مجموعه يرى أن هذا الإتفاق صحيح أيضا، وذلك لأن نص المادة 1583 ونص المادة 1138 مدني فرنسي واللذان يربطان نقل الملكية بانعقاد البيع ليسا من القواعد الآمرة. وبعدما انتشر شرط الإحتفاظ بالملكية في العمل اضطر المشرع الفرنسي إلى التدخل لتنظيم أثر هذا الشرط وبصفة خاصة في حالة إفلاس المشتري بالقانون رقم 12 الصادر في مايو لسنة 1980.⁽¹⁸⁾

والواضح مما سبق أن شرط الإحتفاظ بالملكية يلعب دورا تأمينيا هاما لاستيفاء ثمن المبيع، ويكون للبيع - في هذا الفرض - دور ائتماني لكلا الطرفين: فالبايع يأتمن المشتري على الثمن، ويأتمن المشتري البائع على الملكية.⁽¹⁹⁾ والآن تنتقل إلى بيان شروط صحة شرط الإحتفاظ بالملكية.

ثانيا : صحة شرط الإحتفاظ بالملكية :

يمكننا استخلاص شروط الصحة هذه من التعريف السابق:

- فلصحة شرط الإحتفاظ بالملكية وجب أن يكون هذا الأخير محلا لاتفاق بين الطرفين، وعليه فلا أثر لهذا الشرط عندما يكون معلنا بشكل انفرادي من قبل البائع.

- أما عن الوقت الذي يجب أن يتم فيه مثل هذا الاتفاق، فالأصل أن شرط الإحتفاظ بالملكية يكون محلا لاتفاق الطرفين وقت انعقاد العقد، وتأخذ بهذه القاعدة الأنظمة التي تقضي بأنه إذا كان محل عقد البيع منقولاً معيناً بالذات فإن ملكية المبيع تنتقل بمجرد العقد، كما هو الحال في القانونين الجزائري والفرنسي. وعليه ففي ظل هذه الأنظمة، إذا تم اتفاق الأطراف على شرط الإحتفاظ بالملكية بعد انعقاد البيع فإن ذلك الإتفاق يكون عديم الأثر، إذ أن ملكية المبيع تكون قد انتقلت بالفعل من البائع إلى المشتري بمجرد العقد، أما بالنسبة للأنظمة القانونية التي تربط نقل ملكية المنقول بالتسليم، فإن الإتفاق على شرط الإحتفاظ بالملكية

يمكن أن يكون عند انعقاد العقد، أو في وقت لاحق، شريطة أن يكون ذلك قبل تمام تسليم المبيع.

• أما عن اشتراط العلم الحقيقي بشرط الإحتفاظ بالملكية، فإنه ونظرا لعموم نص المادة 363 من القانون المدني، ونظرا لعدم وجود أحكام قضائية في هذا المجال، فإننا نكمل القول بأن بعض الأنظمة القانونية تعترف بصحة شرط الإحتفاظ بالملكية وبقوته الملزمة ولو كان واردا ضمن شروط عامة للبيع متى علم به المشتري لحظة إبرام العقد مع البائع أو كان واجبا عليه أن يعلم بها. والآن بقي لنا أن نعرض أثر شرط الإحتفاظ بالملكية على نطاق الضمان:

المطلب الثاني:

أثر شرط الإحتفاظ بالملكية على نطاق الضمان:

في حقيقة الأمر إن البيع مع الإحتفاظ بالملكية يعتبر بيعا ذا طبيعة خاصة، حيث أنه آلية تؤدي إلى تجزئة البيع إلى عقد ينشئ التزامات، بينما نقل الملكية يتم في مرحلة لاحقة، وعلى ذلك نجد أن الضمان في هذه الحالة يتمثل في الفصل بين الجانب الملزم والجانب العيني للبيع.⁽²⁰⁾

ونتيجة لما سبق ينبغي أن نوضح مدى الضمان الذي يحققه شرط الإحتفاظ بالملكية، ومدى انتقال الاستفادة بهذا الشرط باعتباره وسيلة للضمان:

أولا: مدى ما يحققه شرط الإحتفاظ بالملكية من ضمان: (بساطة وفعالية شرط الإحتفاظ بالملكية):

تتجلى بساطة هذا الشرط في أن القانون لا يتطلب أكثر من الإتفاق عليه بين بنود العقد، وهذا ما يستخلص من مضمون المادة 363 من القانون المدني، ذلك أنها لم تشترط شكلا معينا أو إجراء خاصا،⁽²¹⁾ غير أنه وإذا كان من المتصور استخدام هذا الشرط في بيع المحلات التجارية والعقارات، إلا أننا نراه أكثر شيوعا في بيع المنقولات⁽²²⁾ التي يمثل فيها وسيلة للضمان تتلاءم مع المحل الأساسي للعقد وهو نقل الحيازة، فإذا لم يقم المشتري بدفع الثمن يستطيع البائع أن يطالب باسترداد الشيء المبيع باعتباره مالكا له مما يجنبه مزاحمة باقي دائي المشتري له.⁽²³⁾

ولقد كان هذا الشرط في ظل القانون الفرنسي قبل سنة 1980 عديم الأثر عندما يكون المدين في حالة إفلاس بما أن باقي الدائنين يأخذون في اعتبارهم

الوضع الظاهر وهو أن الشيء يدخل في الضمان العام للمدين، خاصة وأن حيازة المدين للشيء المبيع تعزز هذا الوضع الظاهر.

فيما بعد تدخل المشرع الفرنسي بإصداره قانون 12 ماي 1980 (المسمى بقانون Dubanchet) ليصبح شرط الإحتفاظ بالملكية تحت شروط معينة تتسم بالبساطة والسهولة نافذا في مواجهة باقي الدائنين في حالة الإفلاس.⁽²⁴⁾

وفي القانون الجزائري نجد أن المشرع بموجب المادة 22 من الأمر رقم 96-09⁽²⁵⁾ والمتعلق بالاعتماد الإيجاري⁽²⁶⁾ يحدد أثر الإحتفاظ بالملكية في مواجهة دائني المستأجر بنصها على أنه: " في حالة عدم قدرة المستأجر على الوفاء، تم إثباتها قانونا من خلال عدم دفع قسط واحد من الإيجار ، أو في حالة حل بالتراضي أو قضائي أو تسوية قضائية أو إفلاس المستأجر، لا يخضع الأصل المؤجر لأية متابعة من دائني المستأجر العاديين أو الممتازين مهما كان وضعهم القانوني وصفتهم، سواء أخذوا بعين الاعتبار بصفة فردية أو في شكل كتلة في إطار إجراء قضائي جماعي."

يتضح من النص السابق أن احتفاظ المؤجر في عقد الاعتماد الإيجاري بملكية الأصل المؤجر يشكل ضمان فعالا في مواجهة الإجراءات الجماعية المتخذة من طرف دائني المستأجر، في إطار الإفلاس أو التسوية القضائية، حيث أن العين المؤجرة لا تخضع لأية متابعة.

أما بالنسبة للشكليات ووسائل الشهر والعلانية لشرط الإحتفاظ بالملكية فقد تم اختصارها قدر الإمكان، فيكفي أن يكون الشرط مكتوبا، على أكثر تقدير وقت التسليم. وهذه الكتابة ليست مطلوبة لصحة شرط الإحتفاظ بالملكية، بدليل أن هذا الشرط كان يعتبر صحيحا قبل صدور قانون 12 ماي 1980.

إن العلة من اشتراط الكتابة هي حماية رضا المشتري وتجنب كل مناقشة أو غش بالنسبة لباقي الدائنين الذين أصبح الشرط نافذا في مواجهتهم، لذا فالمهم هو التأكد من قبول الشرط وأنه قد تم قبل تسليم المبيع.⁽²⁷⁾

ثانيا: إمكانية انتقال الإستفادة من شرط الإحتفاظ بالملكية :
إن بيان هذه إمكانية يقتضي منا معرفة كيفية حلول البنك محل البائع في شرط الإحتفاظ بالملكية:

قد يطلب البنك من المشتري الذي دفعته الحاجة إلى الاقتراض منه الحلول محل البائع في شرط الإحتفاظ بالملكية كضمان، إلا أن وجود الشرط بين البائع والمشتري ضروري لإمكانية الحلول.⁽²⁸⁾

كما أن القانون المدني ينظم نوعين من الحلول، أحدهما يكون عن طريق الحلول بواسطة الدائن، أي أن هذا الأخير يتفق مع الموفي على أن يحل محله في حقوقه بضماناته قبل المدين ولا يشترط أن يقبل هذا الأخير ذلك، على أن لا يتأخر هذا الإتفاق عن وقت الوفاء.⁽²⁹⁾

أما الطريق الآخر للحلول، فيكون عن طريق المدين، فإذا اقترض هذا الأخير مالا من أجل الوفاء بالمدين فإن المقرض يحل محل الدائن الذي استوفى حقه بغض النظر عن رضاء هذا الدائن. ويجب أن يكون المال المقرض مخصصا لهذا الوفاء، ويجب أن يذكر ذلك في عقد القرض، وعند المخالصة يجب بيان أن الوفاء قد كان من هذا المال المقرض.⁽³⁰⁾ وعلى ذلك فإنه يجوز للبنك الذي يوفي للبائع ثمن المبيع أن يحل محله في شرط الإحتفاظ بالملكية، ويمكنه أن يحل محله في حقوقه قبل المشتري ودائنيه، وأن يطلب استرداد المبيع في حالة عدم استيفائه لحقه، ذلك أن حلول البنك محل البائع لا يتعلق فقط بالحق وتوابعه ولكنه يشمل كل الحقوق المرتبطة به ومن ذلك حق الملكية الذي يحتفظ به البائع في عقد البيع، فالملكية لم يتم الإحتفاظ بها لذاتها ولكن على سبيل الضمان للحق في الثمن، وبالتالي فمن الطبيعي أن ينتقل هذا الضمان إلى البنك، وهذا هو الحال الذي سار عليه القضاء الفرنسي.⁽³¹⁾

الخاتمة

لقد جاء شرط الإحتفاظ بالملكية استجابة لمتطلبات الواقع، فقد نشأ في المعاملات بين الأفراد في كل من فرنسا والجزائر، ثم تدخل المشرع بعد ذلك لتقنينه، ولا شك في أن هذا الشرط ينطوي بالضرورة على قدر كبير من الفعالية في تحقيق غايات الأطراف ومصالحهم مقارنة بما تحققه التأمينات التقليدية.

ولذلك فإن شرط الإحتفاظ بالملكية كأداة ضمان ووسيلة ائتمان عملية متعارف عليها في العلاقات التجارية يتوافق مع ما تقتضيه هذه الأخيرة من ائتمان يوفق بين مصلحة البائع في ضمان حقه في الثمن، ومصلحة المشتري في الانتفاع ودفع حركة نشاطه التجاري، ومن ناحية أخرى فإن إقرار شرط الإحتفاظ بالملكية، في هذه الحالة، يعد قبولا استثنائيا لدور الإرادة في مجال يقتصر تنظيمه على المشرع ألا وهو مجال الإفلاس، حيث يتم إعمال هذا الشرط على نحو

مخالف للقواعد المعمول بها في إتمام إجراءات التصفية الجماعية، بما أنه يؤدي إلى خلق مركز متميز لدائن عادي على نظرائه.⁽³²⁾

وكخلاصة لما سبق، فقد أصبح استعمال شرط الاحتفاظ بالملكية والحديث عنه مرتبطا بالمصطلحات الائتمانية المترادفة مثل الضمان والتأمين المتميز والفعال، وأصبح الشرط المذكور جزءا من ظاهرة عامة تتمثل في نمو التصرف الائتماني ككل وتوظيف الملكية في دور جديد كوسيلة ضمان، ويبدو ذلك بوضوح على صعيد قانون البنوك حيث يزدهر نقل الملكية والحقوق على سبيل الضمان، فلقد تم إدخال هذه الضمانة ضمن تقنيات تعاقدية مختلفة،⁽³³⁾ ويكفي الإشارة في هذا المقام إلى الإمتياز الهام⁽³⁴⁾ الذي أحاط به المشرع الجزائري المؤجر التمويلي بموجب الأمر رقم 96-09 المنظم لعقد الإعتماد الإيجاري، والذي تكرر المادة 19 منه توظيف الملكية كوسيلة للضمان.⁽³⁵⁾

وكنتيجة لما سبق بدأت نستنتج أن التكييفات التقليدية قد شرعت في التصدع أمام ضغط الأساليب الفنية الحديثة،⁽³⁶⁾ وفي مايلي نجمل بعض النتائج التي خلصنا إليها من خلال هذا المقال:

1. تراجع فعالية التأمينات العينية والشخصية نتيجة للقواعد الصارمة الخاصة بإنشائها، وقد كان للفلسفة الجديدة لقوانين الإفلاس دور هام في هذا التراجع.
2. إن الحاجة الماسة للإئتمان وكذا عجز الوسائل التقليدية للضمان يستتبع حتمية العودة إلى استخدام الملكية كوسيلة للضمان، وهذا تجلى في ظهور ضمانات تركز أساسا على حق الملكية، وأبرز مثال على ذلك ما يعرف بشرط الاحتفاظ بالملكية الذي أضحي وسيلة لتحقيق الضمان خاصة في المجال البنكي.

الهوامش

1- وهو أحد أبرز القيود الاتفاقية التي ترد على حق الملكية ويقصد به أن يشترط البائع على المشتري عدم التصرف في المبيع قبل الوفاء بكامل الثمن، ونلاحظ أن المشرع الجزائري قد أغفل التطرق لهذا الشرط على خلاف المشرع المصري ومعظم التشريعات الحديثة، غير أنه قد أدرج هذا الشرط في المادة 87 من المرسوم المنظم للسجل العقاري، وعلى ذلك فلا مانع من إدراجه في عقد أو وصية، بشرط أن يكون الباعث على اشتراطه مشروعاً، وأن تكون مدة المنع معقولة.

ويعاب على هذا الشرط أنه لا يقدم ضمانات عينية أو شخصية مباشرة للبائع تضمن له استيفاء حقه في الثمن فهو يظل مهدداً بمخاطر إعسار المشتري ومزاحمة باقي الدائنين في حالة التنفيذ على أمواله بصفة عامة وعلى ثمن المبيع خاصة مما يبرز ضعف هذا الضمان، ويجعلنا نبحت عن وسيلة أكثر نجاعة، انظر في ذلك: شرابن حمزة، الملكية كوسيلة لدعم الائتمان، دار هومة، الجزائر، طبعة سنة 2011، ص 65، وفي الشرط المانع من التصرف

عموما: د\أشرف جابر سيد، مدى الاحتجاج بالشرط المانع من التصرف في مواجهة دائني المتصرف إليه، دار النهضة العربية، القاهرة، 2006

2- في القوانين الحديثة وخاصة القانون الفرنسي كانت هناك صعوبة في اعتبار الملكية نوعا من التأمينات، وذلك لعدة اعتبارات، أهمها أن التأمينات العينية واردة على سبيل الحصر، وبالتالي فلا وجود لتأمين عيني دون نص:

« La doctrine s'est dès lors interrogée sur le point de savoir comment le droit de propriété, droit réel principal par excellence pourrait-il être appelé à jouer un rôle de garantie, un rôle accessoire. Cette préoccupation doctrinale est aujourd'hui assouvie et la quasi-totalité de la doctrine s'accorde de nos jours sur la licéité et l'opportunité de cette fonction nouvelle du droit de propriété. », V. A..KORMAN, « Propriétés et procédures collectives », RSC, 1991, 64.; Christian Mouly et Cabrillac Droit des sûretés, Litec, 4e Edition; Nicaise Magloire NGAVANGA, La propriété-garantie dans le droit OHADA, Université Yaoundé II SOA - DEA Droit des affaires 2004. Mémoire disponible sur le site : www.memoireonline.com

3- شراين حمزة، مرجع سابق، ص 68.

4- د\نبيل إبراهيم سعد، نحو قانون خاص بالائتمان، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1991، ص 168.

5 - انظر في مسألة إنقاذ المشروعات المتعثرة:

د\خليل فيكتور تادرس، الطرق الودية والقضائية لإنقاذ المشروعات المتعثرة من الإفلاس، دار النهضة العربية، القاهرة، 2008، ص 109 وما بعدها؛ ومن الفقه الفرنسي:

Pérochon et R. Bonhomme, Entreprises en difficultés, instruments de crédit et de paiement, L.G.D.J. 7 ème éd. p. 104. ; Legeais (D.), "La réforme des sûretés, la fiducie et les procédures collectives", Rev.soc. 2008, p. 687

6 - Martin, sûretés traquées, crédit détraqué, Banque, 1985, 1138.

7- انظر في ذلك: - د\نبيل إبراهيم سعد، الملكية كوسيلة للضمان، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2007، ص 9 وما بعدها.

8- وهو ما نصت عليه صراحة المادة 883 من القانون المدني: "لا ينعقد الرهن إلا بعقد رسمي....."، وعليه فإذا لم يحرر الرهن الرسمي في الشكل المطلوب كان باطلا بطلانا مطلقا.

9- ذلك أن تقرير حق الاختصاص لا يكون إلا من طرف المحكمة.

10- فمثلا يصعب بيع عقار مرهون رهنا رسميا أو منقول مرهون رهنا حيازيا.

11- كما أن جدوى الكفالة تتوقف على مدى يسار الكفيل الذي قد يتعرض هو الآخر للإعسار.

12- شراين حمزة، مرجع سابق، ص 73 وما بعدها.

13- وذلك طبعاً باستثناء العقارات التي يحتاج انتقال الملكية فيها إلى إجراءات خاصة ينص عليها القانون.

14- لعل الطبيعة الخاصة لشرط الإحتفاظ بالملكية تنبع، بالإضافة إلى طبيعته التعاقدية، من طابعه الائتماني، فهو وإن تميز من الناحية الفنية، عن التأمين العيني، إلا أن جوهره يكمن في احتفاظ البائع بملكية المبيع على سبيل الضمان لاستيفاء الثمن، ومن ثم لا يمكن إغفال نية

الأطراف في هذا المقام، ومدى حرص البائع على ضمان استرداد المبيع في حالة عدم الوفاء بالثمن وخاصة عند إفلاس المشتري دون الدخول ضمن جماعة الدائنين، انظر في ذلك: د\ محمد حسين منصور، شرط الاحتفاظ بالملكية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2007، ص 368.

15- د\ نبيل إبراهيم سعد، الملكية كوسيلة للضمان، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2007، ص 14 نقلا عن:

Ph. Malaurie, L. Aynès, Les sûretés, Droit du crédit, 2 e éd., CUJAS, 1988, no 745, p. 239.

16- « une clause par laquelle le vendeur- pour garantir sa créance (le prix de vente)- se réserve la propriété de la chose vendue jusqu'au paiement du prix par l'acheteur » V. Lexique des termes juridiques 8e Edition Dalloz 1990.

17- النص الكامل للمادة كالآتي: " إذا كان ثمن المبيع مؤجلا جاز للبائع أن يشترط أن يكون نقل الملكية إلى المشتري موقوفا على دفع الثمن كله ولو تم تسليم الشيء المبيع. فإذا كان الثمن يدفع أقساطا جاز للمتعاقد أن يتفقا على أن يستبقي البائع جزء منه على سبيل التعويض في حالة ما إذا وقع فسخ البيع بسبب عدم استيفاء جميع الأقساط. ومع ذلك يجوز للقاضي تبعا للظروف أن يخفف التعويض المتفق عليه وفقا للفقرة الثانية من المادة 224.

وإذا وفي المشتري جميع الأقساط يعتبر أنه تملك الشيء المبيع من يوم البيع. تسري أحكام الفقرات الثلاثة السابقة حتى ولو أعطى المتعاقدان للبيع صفة الإيجار. " 18- د\ نبيل إبراهيم سعد، الضمانات غير المسماة (في القانون الخاص - في نطاق قانون الالتزامات- في نطاق قانون الأموال)، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2000، ص 169. 19- انظر في شرط الاحتفاظ بالملكية في الفقه الفرنسي:

Zampou Téné-Boukari, La réserve de propriété dans les ventes à crédit - Contribution à la garantie du crédit mobilier par la propriété, thèse, Strasbourg, 1984, p. 25.; Legeais (D.), "La réforme des sûretés, la fiducie et les procédures collectives", Rev.soc. 2008, p. 687; Croq (P.), Propriété garantie. Réserve de propriété, nature juridique. Qualification de sûreté, subrogation. Effet sort des acomptes, RTD civ. 1996, p.441.; Boulloc (B.), Vente. Transfert de propriété. Réserve de propriété. Risques, RTD com. 2011, p. 163.; Loussouarn (Y.), Le transfert de propriété par l'effet des contrats, Cours doctorat, Paris, 1969-70.

20- يرى البعض أن هذا الوضع يزيد في الحقيقة الأمر صعوبة بالنسبة للبائع التجارية المقترنة بشرط الاحتفاظ بالملكية، فمن ناحية أولى نلاحظ وجود التزام سلبي على البائع، فهو رغم احتفاظه بملكية المبيع، لم يعد يستفيد بأي حق من الحقوق المكونة لحق الملكية، فليس لديه حق الانتفاع ولا حق التصرف من الناحية العملية. ومن ناحية أخرى نرى أن المشتري -رغم عدم انتقال ملكية المبيع إليه بحكم الشرط- يمارس على وجه الدوام تقريبا، كل الحقوق الداخلة في إطار حق الملكية، فهو يباشر حق الانتفاع عمليا، بلا قيود، ونفس الشيء تقريبا بالنسبة للحق في التصرف. وينطوي ذلك على تناقض مطلق مع عدم تملكه للشيء المبيع، انظر في هذا الرأي: د\ محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص 366.

21- شرابن حمزة، مرجع سابق، ص 98.

22- على سبيل المثال: الآلات الميكانيكية، و الآلات الكهرومنزلية، وأجهزة الحاسب الآلي وغير ذلك من المنقولات.

23- د\ نبيل إبراهيم سعد، الملكية كوسيلة للضمان، مرجع سابق، ص 52، نقلا عن: Ph. Malaurie, L. Aynès, op.cit.,no. 754, p. 240.

24- ثم جاء بعد ذلك قانون 25 جانفي 1985 الخاص بالتقويم والتصنيفية القضائية للمؤسسات وأخذ من خلال نص المادة 121 منه بما ورد في قانون سنة 1980 السابق، وقد نص على أن البضائع المباعة مع شرط الاحتفاظ بالملكية يمكن المطالبة بها في حالة إفلاس المدين، لكن هذه المطالبة يمكن أن تتعطل نتيجة مدد الدفع المحددة من جانب أمين التفليسة، والتي تنتهي على أقصى تقدير مع انتهاء مدة المراقبة، انظر في ذلك:

F.Derrida, P.Gode et J.P.Sortas, La loi du 25 janv. 1985 III Les effets du jugement de redressement judiciaire à l'égard de l'entreprise, déf. 1985,33627,p. 1329, no. 13.

25- ج ر عدد 3 المؤرخة في 14 يناير 1996، ص 33؛ والمرسوم التنفيذي رقم 06-90 يحدد كفيات إشهار عمليات الإعتماد التجاري للأصول المنقولة. ج ر عدد 10، سنة 2006، ص 24.

26- وتقوم فكرة الإعتماد التجاري على الفصل بين الملكية الاقتصادية والملكية القانونية، أي باستعمال الأصل المنقول دون تملكه. فالعائد المتوقع من أصل مالي أكثر أهمية من تملك هذا الأصل نفسه، إذ أن الثروة الحقيقية كما يقال تتمثل بالإستعمال وليس في مجرد التملك. ووفقا لهذا العقد تقوم شركة التأجير {أو المؤسسة المالية} بشراء ما يحتاج إليه صاحب المشروع من معدات أو تجهيزات أو عقارات وتحتفظ بملكيته، ثم تؤجره إياها مقابل بدل إيجار معين يمثل مقابل استهلاك تلك الأموال المؤجرة ومقابل النفقات المالية والإدارية. وتبقى شركة التأجير محتفظة بملكية المنقولات أو العقارات المؤجرة طوال مدة العقد، مما يمكنها من استردادها بصفتها مالكة لها إذا توقف المستأجر (صاحب المشروع) أو امتنع عن دفع أقساط الإيجار، أو إذا أخل بشروط العقد، كما يكون لها استرداد تلك الأموال من تفليسة المستأجر دون التعرض لإجراءات الإفلاس ولخطر عدم استيفاء حقوقها أو جزء منها.

وتمنح للمستأجر عند انتهاء مدة العقد، حق الخيار بين شراء المنقولات موضوع العقد بثمن متفق عليه مسبقا يأخذ بعين الاعتبار أقساط الإيجار المدفوعة، أو تجديد العقد بشروط جديدة تتلاءم مع حالة الأصول المنقولة المؤجرة، أو إعادة تلك الأصول إلى الممول وإنهاء العلاقة التعاقدية، انظر في هذا العقد عموما:

د\ محمد عايد الشوابكة، التأجير التمويلي، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان (الأردن)، الطبعة الأولى، 2011؛ د\ زياد أبو حصوة، عقد التأجير التمويلي، مؤسسة الوراق للنشر والتوزيع، الأردن، طبعة 2005.

ومن الفقه الفرنسي:

Honorat (A.), Le droit de propriété de crédit-bailleur qui a publié les contrats postérieurement à la date de jugement d'ouverture n'est pas opposable au créancier, D., 2000, p.95; Gavalda, crédit-bail mobilier, Juriscl.com. Annexes. Fasc. 58, 1979, no 13 ; Boulloc (B.), Redressement et

liquidation judiciaire. Effets de crédit-bail. Reconnaissance du droit de crédit-bailleur, action en revendication, nécessité. (non), RTD com., 1997, p. 311 ; Bouloc (B.), Crédit-bail immobilier. Procédure collective du locataire. Paiement des loyers. Régime des locations, RTD com. 1992, p. 66

27- د\نبيل إبراهيم سعد، الملكية كوسيلة للضمان، مرجع سابق، ص 53، ومن الفقه

الفرنسي:

Ghestin, Rapport de synthèse, Actualité de droit de l'entreprise, la clause de réserve de propriété, t. 12, Librairie technique, Paris, 1980, p.289.

28 - انظر في ذلك:

Michel Mathieu, L'exploitant bancaire et le risque de crédit, Rev. Banque, 1995, p.252.

29 - وهذا ما جاءت به المادة 262 من القانون المدني بنصها: " يتفق الدائن الذي استوفى حقه من غير المدين مع هذا الغير على أن يحل محله ولو لم يقبل المدين ذلك ولا يصح أن يتأخر هذا الاتفاق عن وقت الوفاء."

30 - وهذا هو فحوى نص المادة 263 من القانون المدني:

"يجوز أيضا للمدين إذا اقترض مالا وفي به الدين أن يحل المقرض محل الدائن الذي استوفى حقه ولو دون رضا هذا الأخير على أن يذكر في عقد القرض أن المال قد خصص للوفاء وفي المخالصة أن الوفاء كان من هذا المال الذي اقرضه الدائن الجديد."

31- فقد قررت محكمة النقض الفرنسية في حكمين لها سنة 1988 إمكانية هذا الانتقال عن طريق الحلول، فالشخص الذي يحل محل الدائن يمكنه استخدام كل الدعاوى المقررة له والمرتبطة بهذا الحق قبل الوفاء به، انظر في تحليل هذه الأحكام:

Peltier Frédéric, Introduction au droit de crédit, Rev. Banque, 2eme édition, 1990, p. 43.

32- الواقع أن بعض مجالات القانون لا يسمح فيها المشرع -لاعتبارات معينة- بإعمال سلطان الإرادة عامة والحرية التعاقدية على وجه الخصوص إلا بالقدر الذي يحده وطبقا لمعطيات معينة، والنموذج الواضح لهذا المبدأ هو الإفلاس، بسبب الطبيعة الآمرة للقواعد المنظمة لمركز كل الأشخاص المعنيين فيه، والتي تكشف عن رغبة المشرع في تنظيم علاقاتهم من خلال احترام مبادئ معينة خاصة بالمساواة بين الدائنين العاديين، انظر في ذلك:

د\محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص 376، وفي الفقه الفرنسي:

Merle, L'interprétation jurisprudentielle de la clause de réserve de propriété, Banque, 1986, 644 ; Delbéque Ph., Les sûretés dans les nouvelles procédures collectives, J.C.P., 1985.1.186.

33 - ذلك أن إدراج شرط الإحتفاظ بالملكية لم يعد مقتضرا على عقد البيع في صورته العادية، إذ أن العوامل الاقتصادية قد أدت إلى ظهور أنواع جديدة من العقود يصعب إدراجها ضمن طائفة العقود التي نظمها المشرع المدني، وما يميز هذه العقود هو أن المورد يبحث عن ضمان سهل وبسيط وقوي في نفس الوقت فكان أن تم توظيف شرط الإحتفاظ بالملكية كوسيلة ضمان.

34- انظر في توظيف الإحتفاظ بالملكية في عقد الإعتماد التجاري عموما:

د\نادر عبد العزيز شافي، عقد اليزنغ (دراسة مقارنة)، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، 2004، ص 174.

35- تنص المادة 19 من هذا الأمر على أنه: " يبقى المؤجر صاحب ملكية الأصل المؤجر خلال كل مدة عقد الإعتماد الإيجاري إلى غاية تحقيق شراء المستأجر هذا الأصل، في حالة ما إذا قرر هذا الأخير حق الخيار بالشراء عند انقضاء فترة الإيجار غير القابلة للإلغاء. يستفيد المؤجر من كل الحقوق القانونية المرتبطة بحق الملكية ويقوم بكل الإلتزامات القانونية الملقاة على عاتق صاحب الملكية وفقا للشروط والحدود الواردة في عقد الإعتماد الإيجاري، لاسيما تلك المنشئة للبنود التي تعفي صاحب الملكية من المسؤولية المدنية."

36 - Chaput, La transmission des obligations en droit bancaire français in La transmission des obligations de la faculté de droit de Louvain, Bruylant, L.G.D.J., 1980.