

عليه السلام
سنة 1
عدد 9

البيع بالتقسيط

دراسة مقارنة

رسالة تقدم بها

حارث ظاهر علي الدباغ

الى مجلس كلية القانون في جامعة الموصل
وهي جزء من متطلبات نيل درجة الماجستير
في القانون الخاص

باشراف

الدكتور جعفر الفضلي
أستاذ مساعد

مكتبة الجامعة الأردنية
١ ١٥٧ ١٩٩٩
رقم التسلسل ٦٢٢
رقم التصنيف

ايداع من جامعة عمان

ع . -

٧٣, ٢٤٦

مار

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

﴿ وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا ﴾

صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ
العظيم

(سورة البقرة / الآية ٢٧٥)

توصية الأستاذ المشرف

اشهد بأن اعداد هذه الرسالة قد جرى تحت اشرافي في كلية القانون / جامعة الموصل ، وهي جزء من متطلبات نيل درجة الماجستير في القانون الخاص.

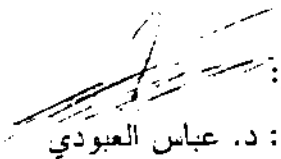
 التوقيع:

المشرف : د. جعفر الفضلي

التاريخ: ١٩٩٨/٨/١

اقرار رئيس القسم

بناءً على التوصيات المقدمة من المشرف نرشح هذه الرسالة للمناقشة.

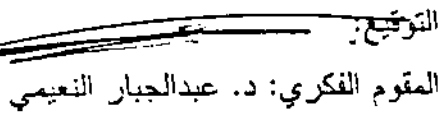
 التوقيع:

الاستاذ: د. عباس العبودي

التاريخ: ٩٨/٨/٢

تقرير المقوم الفكري

اشهد بأن الرسالة الموسومة " البيع بالتقسيط - دراسة مقارنة" سليمة من الناحية الفكرية.

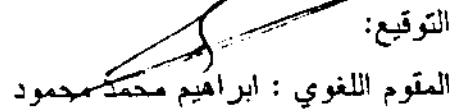
 التوقيع:

المقوم الفكري: د. عبدالجبار النعيمي

التاريخ: ١٩٩٨ / ٨ / ٥

اقرار المقوم اللغوي

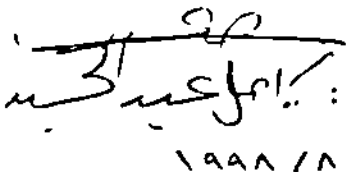
اشهد بأن تقويم هذه الرسالة جرى تحت اشرافي في جامعة الموصل وهيصالحة من الناحية اللغوية والتعبيرية.

 التوقيع:

المقوم اللغوي : ابراهيم محمد محمود

تقرير رئيس لجنة الدراسات العليا

بناءً على التوصيات المقدمة من المشرف ورئيس القسم والمقوم اللغوي والفكري ، نرشح هذه الرسالة للمناقشة .

 التوقيع:

رئيس لجنة الدراسات العليا : ابراهيم محمد محمود

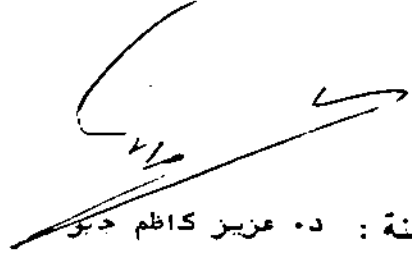
التاريخ:

١٩٩٨ / ٨ / ٢٢

قرار لجنة المناقشة

نحن أعضاء لجنة التقييم والمناقشة ، اطلعنا على هذه الرسالة وقد ناقشنا الطالب فسي محتوياتها وفيما له علاقة بها وقررنا أنها جديرة بالقبول لتل درجة الماجستير في القانون .

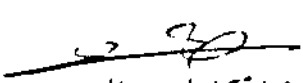
التوقيع :



عضو اللجنة : د. عزيز كاظم دبو

التاريخ : ١٩٩٨ / ٨ / ٢٠

التوقيع :



عضو اللجنة : د. كامل عبد الحسين

التاريخ : ١٩٩٨ / ٨ / ٢٠

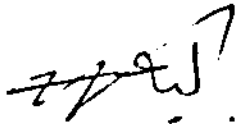
التوقيع :



عضو اللجنة : (المشرف) د. جعفر الفضلي

التاريخ : ١٩٩٨ / ٨ / ٢٠

التوقيع :



رئيس اللجنة : د. ليلي عبد الله سعيد

التاريخ : ١٩٩٨ / ٨ / ٢٠

صدقّت الرسالة من قبل مجلس كلية القانون - جامعة الموصل في جلسته المنعقدة

بتاريخ / / ١٩٩٨ .

المختور

صلاح ياسين الحديشي

عميد كلية القانون

جامعة الموصل

١٩٩٨ / ٩ / ٢٩

شكر وتقدير

في البدء أحمد الله (ﷻ) وأشكره أن أتم فضله ونعمته عليّ ووفقني في انجاز هذا العمل داعياً إياه أن يجعله في ميزان حسناتي وان ينفع به الناس .

وبهذه المناسبة يطيب لي أن أتقدم بخالص شكري وامتناني الى استاذي الفاضل الدكتور جعفر الفضلي لتحمله عناء الاشراف على هذه الرسالة ومتابعته المستمرة بالنصح والتوجيه والارشاد ، كما أسجل تقديري وعرفاني لأستاذي الدكتور صلاح الحديثي عميد كلية القانون في جامعة الموصل لما أولاه لي من رعاية ودعم كبيرين .

كما أن من دواعي سروري أن أقدم أسمى آيات الشكر والتقدير لأستاذة القسم الخاص في الكلية واهص منهم بالذكر د. عباس العبودي رئيس القسم و د. ليلى عبدالله الحاج سعيد والاستاذ كامل البلداوي والاستاذة نسبية ابراهيم لما ابدوه من تعاون ومساعدة طيبة طيلة مدة البحث واشكر أيضاً كلاً من د. عبدالجبار عبد مصطفى والاستاذ ابراهيم محمد محمود لما بذلاه من جهود في تقويم الرسالة وجعلهاصالحة من الناحيتين الفكرية واللغوية .

كما لا يسعني إلا أن اقدم شكري وامتناني لكل من مدّ لي يد العون وساعدني على أي وجه من اساتذتي الافاضل وزملائي الاعزاء جزاهم الله عني جميعاً كل خير . ولا يفوتني في هذا المقام أن أشكر موظفي مكتبة كلية القانون والمكتبة المركزية بجامعة الموصل وكذلك مكتبة كلية القانون والمكتبة المركزية لجامعة بغداد ومكتبة كلية صدام للحقوق لما ابدوه من تعاون كبير في تيسير الحصول على مصادر الرسالة .

وأشكر أخيراً الاخوة في مكتب عالم الحاسوب للطباعة وخدمات الكمبيوتر لما بذلوه من جهود في طبع وتنسيق واخراج الرسالة بالشكل الملائم متضرعاً اليه (ﷻ) أن يوفق الجميع لما يحبه ويرضاه . إنه سميع مجيب .

الباحث

١٩٩٨

الملخص

البيع بالتقسيط هو بيع يشترط فيه الوفاء بالثمن على شكل أقساط دورية تدفع كلاً أو جزءاً بعد تسليم المبيع . وقد انتشر هذا البيع على نطاق واسع حتى أضحت سمة من سمات العصر الحديث ، نظراً لما يوفره للأفراد من تيسير أسباب المعيشة والانتفاع بسلع ما كان بمقدورهم شراءها نقداً ، ولكن إلى جانب هذا الوجه الإيجابي المفيد يحمل البيع بالتقسيط في طياته آثاراً سلبية تتمثل بالمخاطر التي تهدد كلاً من البائع والمشتري والمجتمع أحياناً ، وتتنبق من صفة الائتمان التي تعدّ عنصراً جوهرياً في هذا البيع .

ويخضع البيع بالتقسيط باعتباره ضرباً من البيوع للقواعد العامة التي تخضع لها هذه العقود فضلاً عن القواعد المنظمة للأجل في الالتزام ، وانطلاقاً من مبدأ الحرية التعاقدية تلعب الإرادة دوراً كبيراً في رسم الإطار القانوني للبيع بالتقسيط من حيث عدد الأقساط ومواعيدها وأقيامها والفوائد المترتبة عليها وكذلك من حيث التأثير على التزامات طرفي العقد، فيشترط البائع غالباً عدداً من الشروط تدرأ عنه مخاطر عدم سداد المشتري للثمن ، وأهمها شرط الاحتفاظ بالملكية لحين استيفاء كامل الأقساط ، وإزاء ضعف هذا الشرط في عديد من الأنظمة القانونية عمد البائعون في سبيل ضمان مصالحهم الى التغيير في طبيعة عقد البيع بالتقسيط وستره بصوره بيع ايجاري ، وقد قضى القضاء على جدوى هذه المحاولة ورد للعقد صفته الأصلية وهو الحل الذي تبناه المشرع في عديد من الدول .

من ناحية أخرى ، فان المشتري قد يفرط في الشراء بلا تبصر ودون تقدير لإمكاناته المالية ، فيعجز بالتالي عن وفاء الأقساط ويرزح تحت وطأة عدد من الشروط التعسفية التي يفرضها البائع ، ولما كانت القواعد العامة محدودة الجدوى في الإحاطة بما يثيره هذا البيع من مشاكل ومسائل متعددة الجوانب فقد تبنته معظم التشريعات الحديثة بالتنظيم واضعة قواعد خاصة وأنظمة ذاتية ترسم المركز القانوني للطرفين لغرض الموازنة بين مصالح المشتريين وحقوق البائعين وعدم إهدار مصالح الاغيار ، وكذلك لغرض فرض نوع من الرقابة على هذا النوع من البيوع ليؤدي دوره الإيجابي في التنمية الاقتصادية .

الفهرست

الصفحة	الموضوع
١	المقدمة
٤	الفصل الأول : ماهية البيع بالتقسيط
٤	المبحث الأول : التعريف بالبيع بالتقسيط
٤	المطلب الأول : المقصود بالبيع بالتقسيط وأهميته
١٤	المطلب الثاني : مفهوم البيع بالتقسيط في الفقه الإسلامي
٢٣	المطلب الثالث : خصائص البيع بالتقسيط
٢٣	الفرع الأول : البيع بالتقسيط عقد رضائي من حيث الاصل
٢٥	الفرع الثاني : البيع بالتقسيط من البيوع الائتمانية
٢٨	الفرع الثالث : البيع بالتقسيط من العقود التي يداخلها الاجل
٣٠	الفرع الرابع : البيع بالتقسيط من العقود الشائعة في المعاملات التجارية
٣٢	الفرع الخامس : البيع بالتقسيط من العقود النموذجية غالباً
٣٣	الفرع السادس : البيع بالتقسيط من البيوع التي يتناولها المشرع بالتنظيم
٣٧	المبحث الثاني : علاقة البيع بالتقسيط بالبيع الاجاري
٣٧	المطلب الأول : نشأة البيع الاجاري ومفهومه
٤٣	المطلب الثاني : الطبيعة القانونية للبيع الاجاري
٥٠	المطلب الثالث : موقف التشريعات من البيع الاجاري
٥٩	المبحث الثالث : تمويل البيع بالتقسيط وتمييزه عما يشته به من عقود
٥٩	المطلب الأول : تمويل البيع بالتقسيط
٦٥	المطلب الثاني : تمييز البيع بالتقسيط عما يشته به من عقود
٦٦	الفرع الأول : عقد الاجار التمويلي
٧١	الفرع الثاني : البيع بالعربون
٧٤	الفرع الثالث : بيوع الاشتراك
٧٦	الفصل الثاني : النظام القانوني للبيع بالتقسيط
٧٧	المبحث الأول : احكام الوفاء بثمن المبيع
٧٧	المطلب الأول : تقسيط الوفاء بالثمن واثاره
٨٤	المطلب الثاني : كيفية الوفاء بالثمن واثباته
٨٤	الفرع الأول : محل الالتزام بالوفاء
٨٧	الفرع الثاني : زمان الوفاء

٩٠	الفرع الثالث : مكان الوفاء
٩٢	الفرع الرابع : اثبات الوفاء
٩٤	المطلب الثالث : جزاء الاخلال بالوفاء
١٠٣	المبحث الثاني : دور شرط الاحتفاظ بالملكية في البيع بالتقسيط
١٠٣	المطلب الاول : مفهوم شرط الاحتفاظ بالملكية وطبيعته القانونية
١٠٣	الفرع الاول : مفهوم شرط الاحتفاظ بالملكية
١١٣	الفرع الثاني : الطبيعة القانونية لشرط الاحتفاظ بالملكية
١١٩	المطلب الثاني : اثار شرط الاحتفاظ بالملكية
١١٩	الفرع الاول : اثر الشرط فيما بين المتعاقدين
١٢٥	الفرع الثاني : اثر الشرط بالنسبة للغير
١٣٣	المبحث الثالث : ضمانات البائع وحماية المشتري
١٣٣	المطلب الاول : ضمانات البائع
١٣٣	الفرع الاول : الضمانات القانونية
١٣٥	الفرع الثاني : الضمانات الاتفاقية
١٤٢	المطلب الثاني : حماية المشتري
١٤٢	الفرع الاول : المخاطر التي تواجه المشتري
١٤٥	الفرع الثاني : التدخل التشريعي لحماية المشتري
١٥٤	الخاتمة
١٥٨	المصادر

المقدمة

منذ الأزل والإنسان يسعى إلى إشباع حاجاته وسد متطلباته ، فلما وقف ازاء استحالة اشباعها معتمداً على ذاته هداه السبيل الى تبادل السلع مع الغير ، هكذا ظهرت المقايضة ، تلاها ظهور البيع عندما تم استعمال النقود ، لكن حاجات الانسان لا تنتهي ومطالبه لا تنسى فلم يعد يكتف كالسابق بما يأكل ويلبس إنما راح مع الاستقرار والتمدد يبحث عن مواد أحر تتلوا أخرى وأخرى ، وهكذا تستمر الحاجات وتتجدد ، فيقف الانسان مكتوف اليدين تجاه محدودية موارده وضيق ذات يده ... وتحت ضغط الحاجة وجد الانسان ضالته في ضرب من التعامل يتيح له اشباع حاجاته عاجلاً واداء ماعليه من ثمن اجلاً او على شكل دفعات ؛ والاسلوب الاخير هو ما أطلق عليه اصطلاحاً " البيع بالتقسيط " *Vent a' temperament* .

لذلك ، فإن البيع بالتقسيط ليس وليد اليوم او الامس القريب انما يرتد الى عصور موغلة في القدم ، وهو تعبير عن حاجة انسانية اصيلة ، لذا ليس غريباً ان يرى البعض ان هذا الضرب من البيوع كان معروفاً لدى البابليين⁽¹⁾، حيث اقتضى تزايد النشاط التجاري وقت ذلك ان يتم انتقال الاموال بسرعة وبثقة ، لذا دفعت الحاجة الى قبول البيع بالاجل والتقسيط ، وقد توصل العراقيون القدماء الى ذلك باتباع بعض الحيل والطرق غير المباشرة ، فكانوا يفترضون ان المشتري قد دفع الثمن الى البائع لكن الاخير عاد بدوره واقرضه الى المشتري فبقي مقدار الثمن ديناً في ذمته⁽²⁾

وتشير المخطوطات المكتشفة في مصر ان البيع بالتقسيط كان يستخدم بكثرة في عهد الفراعنة في بيع الاراضي والمساكن . بالرجوع الى المعلومات الموثقة جيداً ، فإن المؤرخ اليوناني بلوتارك Plutarque قد ذكر البيع بالتقسيط في روما ، ويشير على وجه الخصوص الى أن رجلاً ثرياً اسمه كراشيو Crassus قد اشترى نصف روما بطريقة البيع بالتقسيط مستفيداً من الفوضى التي حدثت بسبب الحريق في الحصول من البائعين ، الذين كانت منازلهم المنكوبة لازالت تحترق ، على تسهيلات كبيرة في الوفاء.⁽³⁾

(1) Choucri Cardahi , La vente en droit compare occidental et oriental , Librairie Generale de droit et de jurisprudence , Paris . 1968 , P.349.

(2) د. هاشم الحافظ ، تاريخ القانون ، دار الحرية للطباعة ، بغداد ، ١٩٨٠ ، ص ١٨٤ والحقيقة اننا لو رجعنا الى نصوص شريعة حمورابي فأما لانتعنا في الدلالة على وجود البيع بالتقسيط لدى العراقيين القدامى، بل ان البيع رغم اهميته وشيوعه في سابل لم تعرض له شريعة حمورابي الا بصورة عرضية في عدد محدود من المواد ، ولعل سبب ذلك يعزى الى ان حمورابي لم يكن يستهدف جمع ونقنن كافة الاحكام في شريعته انما اراد تقرير حلول جزئية لمسائل فرعية معينة كانت محل غموض او موضع اعتراض مع ترك غيرها من المسائل لحكم العرف والقوانين الخاصة .. انظر . استاذنا .. د. عباس العبودي ، شريعة حمورابي ، وزارة التعليم العالي

والبحث العلمي ، جامعة الموصل ، ١٩٩٠ ، ص ١٦٥-١٦٦ .

(3) C . Cardahi , Op.cit , P.350.

أما في العصور الحديثة ، وعلى اثر الثورة الصناعية في القرن الثامن عشر ، حدث في أوروبا وأمريكا الشمالية توسع مطرد في طلب وتجهيز السلع الاستهلاكية المصنعة ، واخذ التجار بتسليم البضائع الى المشتريين بالتقسيط لينتفعوا باستعمالها خلال مدة دفعهم للأقساط⁽¹⁾ . وهكذا فإن البيع بالتقسيط بصورته المألوفة اليوم قد ظهر أول مرة في مجال صناعة الأثاث والسلع المعمرة في الولايات المتحدة الأمريكية وإنجلترا مطلع القرن التاسع عشر ، إلا أن تطوره المذهل حدث منذ الحرب العالمية الثانية فقد أعقب الحربين العالميتين زيادة مفرطة في أسعار السلع والخدمات بحيث بات العديد من أفراد المجتمع عاجزين عن الشراء ، واكتضت الأسواق بالبضائع دون ان تجد لها طالباً ، وهكذا تفشى شبح الكساد بما يمثله من مخاطر اقتصادية.⁽²⁾

في خضم تلك الظروف شرع البائعون في المضاربة على دخول الأفراد المستقبلية ، ذلك ان عدداً ضخماً من العمال والموظفين يحصلون على دخل دوري قد يسمح بسداد ثمن المبيع عن طريق دفعات يقتطعونها من دخولهم ، ومع انتشار هذه الظاهرة ذاع عقد البيع بالتقسيط ، وانتشر انتشاراً واسعاً وتسبب ذروة المعاملات في العديد من الدول ، حتى الدول العربية منها ، كما ان ملامح انتشاره في العراق بدأت بالظهور .

تتبع أهمية هذه الدراسة في ان البيع بالتقسيط يمكن ان يعد اليوم حلاً مثالياً بالنسبة للعديد من فئات المجتمع العراقي في ظل الظروف الراهنة ، فتلك الأسرة العراقية في مستقبل الحياة تعوزها اموال تتجاوز قدرتها في تملك مسكن وتجهيزه وذلك طبيب ناشئ في حاجة الى لوازيم مهنته التي تعجز موارده عن توفيرها وكذلك المهندس والمزارع وغيرهم ... كلهم في حاجة الى اقتناء حوائجهم دون ان يكون في وسعهم دفع أثمانها حالاً . لقد اثبت أسلوب البيع بالتقسيط نجاحه في ظل اصعب الظروف الاقتصادية التي مرت بها العديد من الدول خاصة دول اوربا المنكوبة اعقاب الحربين العالميتين ، لذا فنحن مدعوون الى بحث كيفية تسخير هذه الأداة في التيسير على افراد المجتمع من جهة واعادة النشاط الى السوق العراقية ودعم الاقتصاد الوطني من جهة اخرى ، لا سيما ان هذا الموضوع لم يحظ بدراسة متخصصة عل صعيد الفقه العراقي؛ ولاجل الظفر بالغاية المذكورة ، انتهج الباحث اسلوب الدراسة المقارنة مع جملة من التشريعات التي تمثل الاتجاهات القانونية التي سادت العالم المعاصر فالاتجاه اللاتيني يمثله القانون الفرنسي ، والاتجاه الجرمانى يمثله القانون السويسري وايضاً الاتجاه الإنجلو أمريكي ويمثله القانون الإنجليزي ، ولم يغفل الباحث الإشارة الى تجارب الدول العربية في هذا الميدان وفي مقدمتها جمهورية مصر العربية ، فضلاً عن الاستئناس بالمواقف

(1) Aubrey L. Diamond , Instalment Credit , The British Institute of International and Comparative Law , Stevens and Sons Ltd ., London , 1970 , P.91.

(2) Encyclopaedia Britannica , CD Rom , Version 95 , USA , 1995 , P. 276.

المتميزة لتشريعات أخر ، وإيماناً من الباحث بعمق الفقه الاسلامي بشتى مذاهبه وصلاحيته لكل زمان ومكان لم يأل جهداً في التعرف على احكامه واثبات مرونتها واستيعابها لارقى النظريات القانونية .

ولما كانت القواعد العامة لا تكفي عادة للاحاطة بجوانب البيع بالتقسيط كافة ، لذا تتدخل الدول لتنظيمه بتشريعات وقواعد خاصة تعالج ما يثيره من مشكلات ، وقد حرص الباحث على التعرض لهذه القواعد ومعالجتها جنباً الى جنب مع القواعد العامة ، متوخياً في دراسته الاجاز لكن في غير اقتضاب والتبسط لكن في غير إسهاب املاً ان يكون جهده قديلاً ينير السبيل أمام المشرع الوطني ، فأذا اقتنع يوماً بما اقتنع به زملاؤه من المشرعين وجد بين يديه دراسة قد تيسر له مهمته ، وسيكون مجال هذا البحث هو الاطار القانوني النظري الذي يفتح الباب امام التطبيق العملي.

تقع هذه الدراسة في فصلين يدور الاول منهما حول ماهية البيع بالتقسيط ويتفرع الى مباحث ثلاثة يتناول اولها التعريف بالبيع بالتقسيط ويتضمن المبحث الثاني تقري العلاقة بينه وبين البيع الاجاري ، اما المبحث الثالث فيكرس لتمويل البيع بالتقسيط وتمييزه عما يشبهه به من عقود.

اما الفصل الثاني فيتشعب ايضاً الى ثلاثة مباحث الاول منها يتعلق باحكام الوفاء بالثمن ويختص ثانيها بدراسة دور شرط الاحتفاظ بالملكية في البيع بالتقسيط ، ويتعلق المبحث الثالث بضمانات البائع وحماية المشتري.

وتنتهي الرحلة العلمية بخاتمة تتضمن جوهر ماتوصلنا اليه من نتائج وتوصيات ، ولا يخفي الباحث الصعوبة التي واجهته في الالمام بجوانب هذا الموضوع المترامي الاطراف لاسيما ازاء حدائته وندرة الدراسات حوله في الفقه العربي التي لا تكاد تتجاوز عدد اصابع اليد الواحدة ، مع ذلك فلا يدعي الباحث الكمال فهو لله تعالى وحده ، فان ما بين ايديكم هو ثمرة جهد مقل يقف على شواطئ بحر العلم ، فان اصبت فذلك من فضل الله وكرمه ، وان اخطأت فذلك من استيلاء النقص على جملة البشر ، والله ولي التوفيق...

الباحث

٤١٧٦٢٢

الفصل الأول

ماهية البيع بالتقسيط

قد يظن المرء أول وهلة ان من المتيسر ادراك ماهية البيع بالتقسيط لابتناؤه على الوضوح وتجرده عن الغموض والشك ، بيد ان هذا الاعتقاد سرعان ما يتبدد امام صعوبة اعطاء تعريف محدد جامع مانع للبيع بالتقسيط وعدم اتفاق الفقه حول مفهومه ، كما انه قد يستتر وراء بعض العقود وقد يندمج في عقود أخر بحيث يبدو في غاية الاهمية تحديده وتمييزه عنها لغرض الوصول الى ما يعد منها بيعاً بالتقسيط وما ليس كذلك.

في ضوء ما تقدم ، يتضمن الفصل محل الدراسة مباحث ثلاثة نكرس الاول منها للتعريف بهذا الضرب من البيوع ، والثاني لبحث العلاقة المتميزة بينه وبين البيع الاجباري ، اما المبحث الثالث فينصب على مسألة تمويل البيع بالتقسيط وتمييزه عن العقود قريبة الشبه به.

المبحث الأول التعريف بالبيع بالتقسيط

لغرض التوصل الى ادراك واضح وجلي للبيع بالتقسيط يقتضي الامر التعرض للمقصود به وبيان خصائصه ، ولما كان اصطلاح البيع بالتقسيط غير معروف لدى قدامى فقهاء المسلمين وجب للتعرف على مفهومه البحث عن اصله في الفقه الاسلامي ومشروعيته. وهكذا تستغرق دراستنا هذه لهذا المبحث الامور التالية : المقصود بالبيع بالتقسيط واهميته ، مفهوم البيع بالتقسيط في الفقه الاسلامي ، خصائص البيع بالتقسيط ، وسنفرّد لكل منها مطلباً مستقلاً.

المطلب الأول

المقصود بالبيع بالتقسيط واهميته

لعل من بداهة القول ، ان البيع بالتقسيط ضرب من عقود البيع ، لذا فان وضع تعريف له لا يستقيم الا بالاشارة اولاً الى تعريف البيع ومعنى التقسيط .

والبيع في اللغة هو مطلق المبادلة ، واشتقاقه من الباع لان كل واحد من المتبايعين يمد باعه ، أي ذراعه ، للاخذ والاعطاء ، كما يحتمل ان كل واحد من الطرفين يبايع صاحبه أي يصافحه عند البيع لذا سمي البيع صفقة^(١) .

اما في الاصطلاح القانوني ، فان معظم التشريعات المدنية الوضعية قد اوردت تعريفاً لعقد البيع ، فعرفه المشرع الفرنسي في المادة ١٥٨٢ أنه " اتفاق يلتزم بموجبه احد الطرفين

(١) موفق الدين ابى محمد عبدالله بن احمد بن محمد بن قدامة المقدسي ، المغني ، ج٤ ، وبه الشرح الكبير ، دار الكتاب العربي ، بيروت ، ١٩٧٢ ، ص ٣١ .

بتسليم شيء ويلتزم الآخر بدفع ثمنه". وعرفه المشرع السويسري أنه " عقد يلتزم بموجبه البائع بتسليم المبيع للمشتري وينقل ملكيته اليه مقابل الثمن الذي يلتزم المشتري بأدائه له"^(١) ، وجاء تعريف البيع بالمادة الثانية من قانون بيع البضائع الإنجليزي لعام ١٩٧٩ أنه " العقد الذي بمقتضاه ينقل البائع ، او يتفق على نقل ، ملكية المبيع للمشتري نظير مقابل يسمى الثمن" ، وعرفت المادة وعرفت المادة (٤١٨) من القانون المدني المصري عقد البيع أنه " عقد يلتزم به البائع ان ينقل للمشتري ملكية شيء او حقاً مالياً اخر في مقابل ثمن نقدي" ، واخيراً فقد جاء تعريف المشرع العراقي له في المادة (٥٠٦) من القانون المدني أنه " مبادلة مال بمال"^(٢) .

مما تقدم يتضح ان جوهر البيع ينصب على تملك المبيع لقاء عوض.

اما التقسيت لغة ، فأشتقاقه من القسط وهو العدل ، يقال اقسط يقسط مقسط اذا عدل ، والقسط ايضاً : الحصة والنصيب ، يقال اخذ كل واحد من الشركاء قسطه أي حصته^(٣) ، فالتقسيت بهذا المعنى هو التفريق وجعل الشيء اجزاءً ، كما انه ايضاً الاقسام على العدل والسواء ، يقال : قسط الشيء أي فرقه وجعله اجزاءً ، وتقسطوا الشيء بينهم أي اقتسموه بالسوية^(٤) .

والتقسيت في اللغة يقال له التجسيم ايضاً ، ومعنى التجسيم اداء الدين نجومياً أي على دفعات ، فالنجم الوقت المحدد المضروب ، يقال نجم المال تججيماً : اذا قام بادائه نجومياً (اقساطاً)^(٥) .

اما في الاصطلاح ، فإن معناه في الشريعة الاسلامية والقانون يكاد يطابق المعنى اللغوي فالتقسيت هو " تأجيل اداء الدين مفرقاً الى اوقات معينة"^(٦) ، والتمن المقسط هو

(١) المادة (١٨٤) من تقنين الالتزامات السويسري.

(٢) وتعريف القانون العراقي مقتبس من المادة (١٠٥) من مجلة الاحكام العدلية ، وهذا التعريف عام يشمل البيع المطلق وهو بيع العين بالنقد ، والصرف وهو بيع النقد بالنقد والمقايضة أي بيع العين بالعين انظر : م/٥٠٧ مدني عراقي ، ويؤخذ على التعريف انفسد انه اقتصر على مجرد وصف لعملية البيع نفسها ليس الا ، فقد خلا من الاشارة الى اشخاص عقد البيع واثاره أي التزامات طرفيه ، انظر : كمال ثروت الوندائي ، شرح احكام عقد البيع ، الطبعة الاولى ، مطبعة دار السلام ، بغداد ، ١٩٧٣ ، ص ١١ ، واذا كان التمسك بتعريف الفقه الاسلامي امراً محموداً لدى المشرع العراقي الا انه كان يجدر به الاخذ بسوى ذلك من التعريفات العديدة التي اوردها الفقهاء المسلمون للبيع لاسيما التعريف الوارد بالمادة (٣٤٣) من مرشد الخيران أنه " تملك البائع مالاً للمشتري بمال يكون ثمناً للمبيع " ، مع استبدال لفظة (معال) الثانية بكلمة "بنقد" لخصر مفهوم البيع بمعناه الفني الدقيق.

(٣) محمد بن ابي بكر بن عبد القادر الرازي ، مختار الصحاح ، دار الرسالة ، الكويت ، ١٩٨٣ ، ص ٥٣٤.

(٤) ابي الفضل جمال الدين محمد بن مكرم بن منظور الافريقي المصري ، لسان العرب المحيط ، اعداد وتصنيف يوسف خياط ، المجلد الثالث (ق - ي) ، دار لسان العرب ، بيروت ، بلاسة طبع ، ص ٨٥-٨٦.

(٥) محمد بن ابي بكر بن عبد القادر الرازي ، مصدر سابق ، ص ٦٤٧.

(٦) المادة ١٥٧ من مجلة الاحكام العدلية .

” ما اشترط ادائه اجزاء معلومة في اوقات معينة“^(١) او هو الثمن الذي يدفع اجزاء على فترات دورية لكل شهر مثلاً او ثلاثة اشهر او سنة او غير ذلك^(٢) ، فالتقسيم ، اذا نوع من الاجل يرد على الدين المؤجل فيوجب استحقاق بعضه عند زمن مستقبل معين يليه البعض الآخر في زمن لاحق معلوم وهكذا.^(٣)

ويراعى بأن الثمن المقسط هو ذلك المؤجل باجلين فصاعداً^(٤) ، فما وجب ادائه دفعه واحدة كان مؤجلاً ، وما وجب ادائه في دفعتين فأكثر كان منجماً او مقسطاً. وعلى ذلك ، فإضافة كلمة تقسيط الى كلمة بيع يراد به وصف لكيفية حصول البيع ، او بالاحرى وصف لطريقة وفاء ثمن المبيع^(٥) ، وفي ضوء التحليل المتقدم نستعرض ماورد من تعريفات في القانون والفقه.

فقد عرف الفقهاء البيع بالتقسيم بعدة تعريفات تقتصر على بيان ابرزها ، فيعرفه الاساذ ”Hamel“ بأنه بيع مؤجل الثمن يشترط فيه ان يتم ايفاء الثمن على شكل مبالغ مجزئة متساوية في اوقات منتظمة وفي فترة زمنية طويلة نسبياً^(٦) . ويقترب من ذلك تعريفه بأنه ” بيع يقسط فيه الرصيد المؤجل من الثمن على اجزاء متساوية تستحق في مواعيد دورية منتظمة“ ، كأن يباع جهاز تبريد بالفي دينار تسدد منها خمسمائة نقداً ويقسط الباقي على دفعات متساوية مقدارها مائة دينار تدفع في الاول من كل شهر^(٧) .

يلاحظ ان التعريفين السابقين قد اشترطا كون الاقساط متساوية وان تحل في مواعيد منتظمة ، وهذان الشرطان ، وان جرى عليهما العمل ، ليسا امرين جوهريين في البيع بالتقسيم ولا من مستلزماته فيجوز ان تختلف اقيام الاقساط صعوداً ونزولاً ، كما يمكن ان يكون استحقاق القسط الاول بعد شهر والثاني بعد شهرين او ثلاثة دون ان يؤدي ذلك الى انكار كون هذا البيع بيعاً بالتقسيم.

(١) منير القاضي ، شرح المحلة ، جـ ١ ، ط ١ ، مطبعة العاني ، بغداد ، ١٩٤٩ ، ص ٢٨٠ .

(٢) د. محمد يوسف الرعي ، العقود المسماة ، شرح عقد البيع في القانون الاردني ، الطبعة الاولى ، عمان ، ١٩٩٣ ، ص ٢١٠ .

(٣) الموسوعة الفقهية الكويتية ، جـ ٢ ، ط ٢ ، وزارة الاوقاف والشؤون الاسلامية ، مطبعة الموسوعة الفقهية ، الكويت ، ١٩٨٥ ، ص ٧ .

(٤) منصور بن ادريس ، كشاف القناع عن من الاقناع ، جـ ٤ ، ص ٥٣٩ ، نقلاً عن الموسوعة الفقهية ، المصدر السابق ، ص ٧ .

(٥) د. رفيق بونس المصري ، بيع التقسيط تحليل فقهي واقتصادي ، ط ١ ، دار القلم والدار الشامية ، بيروت ، ١٩٩٠ ، ص ٨ .

(٦) Joseph Hamel , Ventes a temperament et Location-Ventes , Dalloz-Recueil Hebdomadaire , No.19 , 1930 , P.11 Chronique .

(٧) د. حاك يوسف الحكيم ، العقود الشائعة او المسماة ، عقد البيع ، مؤسسة حليلة للطباعة ، دمشق ، بلا سنة طبع ، ص ٢١٣ .

ويرى بعض الفقهاء ان البيع بالتقسيط عقد يكون موضوعه نقل ملكية شيء معين نظير اقساط معينة تدفع في بحر مدة معينة يصبح المشتري في نهايتها مالكا للشيء⁽¹⁾ ، يؤخذ على هذا التعريف انه يجعل انتقال الملكية للمشتري متراخياً لحين سداد الاقساط كاملة ، وذلك لا يصح الا اذا اشترط البائع بالتقسيط ان يحتفظ بملكية المبيع لحين سداد جميع الثمن ، اما عند غياب مثل هذا الشرط فإن انتقال الملكية يتم فور التعاقد وفقاً للقواعد العامة ، فتأجيل الثمن او تقسيطه لا يستوجب بحد ذاته استبعاد تطبيق هذه القواعد⁽²⁾ .

لذا يؤكد البعض على فكرة انتقال الملكية عند تعريف البيع بالتقسيط أنه "عقد بيع بمقتضاه يتسلم المشتري البضائع وتنتقل اليه ملكيتها مقابل وفاء الثمن على دفعات دورية"⁽³⁾ .

ويذهب رأي الى ان البيع بالتقسيط هو "بيع يكون فيه الثمن او جزء منه مؤجلاً بالرغم من انتقال ملكية المبيع وتسليمه الى المشتري"⁽⁴⁾ وينعى على هذا التعريف ابعاده عن الدقة في التحديد فهو يشمل فضلاً عن البيع بالتقسيط ، البيع بالاجل حيث يستحق كامل الثمن المؤجل دفعة واحدة بلا تقسيط.

ويعرف القانون الانجليزي⁽⁵⁾ نوعين من عقود البيع بالتقسيط هما:

- ١- اتفاق البيع بأجل Credit-Sale Agreement.
 - ٢- اتفاق البيع المشروط Conditional Sale Agreement
- فيعرف الاول : أنه بيع بموجبه يكون ثمن الشراء مدفوعاً بخمسة اقساط او اكثر دون ان يكون اتفاق بيع مشروط. اما الثاني فيعرف أنه : عقد بيع بموجبه يكون ثمن الشراء او جزءاً منه مدفوعاً بالاقساط ، وملكية المبيع تبقى للبائع ، بالرغم من حيازة المشتري له ، حتى تحقق شرط معين كوفاء الاقساط او اي شرط آخر محدد في الاتفاق.

على ذلك ، يمكن القول ان العقد الاول هو بيع بالتقسيط عادي او بسيط اما الثاني فهو بيع بالتقسيط مع احتفاظ البائع بالملكية ، وربما يؤخذ على التعريف المتقدم اشتراطه ان يكسب دفع الثمن على خمسة اقساط فأكثر ، لكن ذلك لا يعني ان البيوعات بقسطين او ثلاثة هي

(1) د. انور سلطان ، العقود المسماة ، شرح عقدي البيع والمقايضة ، دار النهضة العربية ، بيروت ، ١٩٨٣ ، ص ٢٨٨ د. عباس الصراف ، شرح عقدي البيع والايجار في القانون المدني العراقي ، مطبعة الاهالي ، بغداد ، ١٩٥٦ ، ص ٢٧ .
(2) انظر ما يلي بصدد شرط الاحتفاظ بالملكية ، ص ١٠٣ .

(3) Carry P. McMurry and Robert W. Packwood , Business Law , Educational Research Associates , Canfield Press , San Francisco , U.S.A , 1974 , P.195.

(4) د. علي حسن يونس ، العقود التجارية ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، ١٩٦٨ ، ص ٥٣ .

(5) انظر المادة ١٨٩ من قانون ائتمان المستهلك الانجليزي لعام ١٩٧٤ .

ليست بيوعات بالتقسيط بل هي حقاً كذلك وان كانت ليست بذات شأن كبير ، لذا يستبعدها
المشرع من نطاق التنظيم القانوني كما فعل المشرع الانجليزي ، فالتعريف المتقدم اريد به
تحديد البيع بالتقسيط الذي يخضع لنطاق سريان القانون ليس إلا^(١) .

وازاء الصعوبات المتقدمة يذهب البعض الى اعطاء تعريف عام للبيع بالتقسيط دون
الاشارة الى عدد الاقساط او تساوي اقيامها وانتظام مواعيدها ومن ذلك تعريفه أنه " بيع بثمن
مؤجل منجم على اقساط تدفع في فترات معينة"^(٢) او انه " بيع يشترط فيه ان يتم الوفاء بالثمن
على اقساط تدفع في مواعيد دورية لمدة قد تطول"^(٣) .

لكن هل يكفي مجرد كون الثمن يدفع اقساطاً لاعتبار البيع بيعاً بالتقسيط!؟

ان مجرد دفع الثمن على اقساط لا يعني بالضرورة اننا امام بيع بالتقسيط انما ينبغي، فضلاً
عن ذلك ، ان يكون المبيع قد تم تسليمه الى المشتري قبل وفائه بالاقساط كاملة ، وهذا ما
يحقق صفة جوهرية في البيع بالتقسيط كونه بيعاً ائتمانياً يمنح فيه البائع ائتماناً للمشتري
بتسليمه المبيع قبل استيفاء الثمن كاملاً والذي يوفي به المشتري بعد ذلك بدفعات مجزئة^(٤) ،
وبعبارة اخرى يجب ان يكون دفع جزء من الاقساط لاحقاً على تسلم المشتري للمبيع^(٥) ، وقد
اشارت بعض التعريفات المتقدمة الى ذلك ، كما نبه المشرع السويسري الى ضرورة التسليم
عند تعريفه البيع بالتقسيط أنه " البيع الذي يلتزم البائع بمقتضاه ان يُسَلِّمَ للمشتري الشيء
المنقول قبل الدفع الكامل للثمن ويلتزم فيه المشتري بوفاء ما عليه من الثمن بدفعات مجزئة"^(٦) ،
فالبيع بالتقسيط وفقاً لهذا التعريف يستلزم عنصرين اولهما : تسليم مال منقول وثنائهما : ان
يتم وفاء الثمن بالاقساط.

بناءً على ما تقدم ، يخرج من مفهوم البيع بالتقسيط ذلك البيع الذي يتم فيه دفع الثمن
على اقساط على ان لا يتم تسليم المبيع الا بعد وفاء جميع الاقساط والمعروف بالبيع بالدفعات

(١) انظر ما سياتي بصدد التنظيم التشريعي : ص ٣٣ .

(٢) د. عبدالمعز البدراري ، عقد البيع في القانون المدني ، دار الكتاب العربي ، القاهرة ، ١٩٥٧ ، ص ٨٨ .

(٣) د. احمد سلامة ، الرهن الطليق للمنقول ، بحث منشور بمجلة العلوم القانونية و الاقتصادية تصدرها جامعة عين شمس ، العدد الاول
، السنة الحادية عشرة ، يناير ١٩٦٩ ، ص ٣٤ .

(٤) Luc Bihl , Le droit de la Vente , Vente mobiliere , Dalloz , Paris , 1986 , P.180 .

(٥) د. ابراهيم دسوقي ابو الليل ، البيع بالتقسيط والبيع الائتمانية الاخرى ، الطبعة الاولى ، مطبوعات جامعة الكويت ، الكويت ،
١٩٨٤ ، ص ٢٠ .

(٦) المادة ٢٦٦ (A) فقرة (١) من تقنين الالتزامات السويسري .

المسبقة "La Vente avec paiements prealables" اما البيوعات بقسطين او ثلاثة فهي بيوعات بالتقسيت اذا كان المبيع قد سلم للمشتري قبل الدفعة الثانية او الثالثة⁽¹⁾.

ومع اقرارنا بكون التعريفات السابقة قد اصابنا جانباً او اخر من جوانب البيع بالتقسيت ، الا اننا نميل الى وضع التعريف بالشكل التالي:

البيع بالتقسيت : بيع بمقتضاه يتم الوفاء بالثمن على اقساط^{دورية} تدفع كلاً او بعضاً بعد تسليم المبيع. ان التعريف المقترح يتضمن المزايا التالية :

١- ان البيع بالتقسيت ضرب من البيوع لذا تسري عليه احكام عقد البيع بوجه عام مع مراعاة طبيعته الخاصة.

٢- ان البيع بالتقسيت يشمل كلاً من المنقولات والعقارات.

٣- ان الثمن يتم ايفاؤه على شكل اقساط قد تكون متساوية او مختلفة القيمة في فترات منتظمة او غير منتظمة.

٤- لم يشر التعريف الى وقت انتقال الملكية وبالتالي تنتقل وفقاً للقواعد العامة في عقد البيع.

٥- ينبغي سداد الاقساط كلها او جزء منها بعد تسليم المبيع ، اذ ان البيع بالتقسيت ينطوي على تمكين المشتري من حيازة المبيع قبل الدفع الكامل للثمن. وبالامكان تصور ذلك في احدى الفروض التالية:

أ. الاتفاق على ان يسلم البائع المبيع للمشتري ثم يقوم الاخير بسداد الاقساط .

ب. الاتفاق على ان يقوم المشتري بسداد دفعة اولية يتسلم على اثرها المبيع ثم يباشر بعد ذلك بدفع الاقساط الدورية.

ج. الاتفاق على ان يتسلم المشتري المبيع بعد دفعه عدداً معيناً من الاقساط ليس بضمونها القسط الاخير ، كخمس اقساط مثلاً.

✳ والبيع بالتقسيت اهمية متميزة ، بل انه اضحى بحق "سمة من سمات العصر الحديث"⁽²⁾ ذلك انه يحقق مصلحة كل من البائع والمشتري ، فضلاً عن المصلحة العامة للمجتمع.

فبالنسبة للمشتري ، فانه قد يرغب بشراء سلعة لا يقدر على دفع ثمنها كاملاً في الحال، والطريقة المتبادرة الى الذهن هي التوفير او الادخار من اجل شرائها ، ولكن هذه الطريقة اضحت اليوم اقل قبولاً ، فالتضخم والهبوط المستمر في قيمة العملة عوامل تؤكد

⁽¹⁾ Raymond Jeanpretre , Vente Par acomptes , Fiche juridique Suisse , No .233 , 1996 , P.3.

⁽²⁾ د. احمد سلامة ، مصدر سابق ، ص ٣٤.

باستمرار حكمة الشراء المبكر حيث تقدم البضائع منفعة عاجلة وتؤدي الى اشباع الحاجة باقرب فرصة، والسبيل لبلوغ هذا الهدف يكمن في البيع بالتقسيط الذي يمكن المشتري من حيازة المبيع والانتفاع به في الحال لقاء دفع ثمنه بشكل اقساط يسيرة في المستقبل ، لذا تكون الدفعات المنتظمة للكثيرين افضل من الادخار المنظم ، خصوصاً بالنسبة للازواج من الشباب الذين يمكنهم بهذه الوسيلة تجهيز بيت الزوجية باسرع وقت دون الحاجة للانتظار او الدخول في عملية ادخار طويلة الامد^(١) . وقد شاع استخدام هذا الضرب من البيع من قبل ذوي الدخل المحدود ، كونه يسمح لهم بتسديد اثمان مشترياتهم باقساط دورية يقتطعونها من رواتبهم^(٢) .

وإذا كان البيع بالتقسيط يحقق مصلحة المشتري فهو لا يغفل ايضاً مصلحة البائع ، فالتاجر الاكثر نجاحاً هو الاكثر بيعاً ، وهكذا يحقق البيع بالتقسيط للبائع زيادة كبيرة في حجم مبيعاته وازدهار تجارته ، فيتمكن من توسيع دائرة معاملاته لتشمل اشخاصاً لم يكن بمقدورهم الشراء نقداً لانخفاض دخولهم ، كما ان ثمن البيع بالتقسيط يربو على الثمن النقدي فيجني البائع ثمار هذه الزيادة^(٣) .

ولا يخفى ان لكل ما تقدم أثره على المجتمع فزيادة الطلب على السلع ورواج المبيعات يفضي الى زيادة التشغيل فتتدنى نسب البطالة ويعم الرخاء الاقتصادي^(٤) .
بيد ان هذه الفوائد التي يحققها البيع بالتقسيط لا تعني انه مُبرراً تماماً من المثالب والعيوب ، فيؤخذ عليه مايلي:

١. انه يؤدي الى اغراء الجمهور وزيادة اقبالهم على الشراء بما يجاوز قدراتهم المالية ، وذلك لسهولة الحصول على السلعة وصغر قيمة القسط عادة ، الامر الذي يؤدي الى عجز المشتريين عن سداد الاقساط ووقوعهم في مشاكل مالية وقانونية^(٥) .
٢. ان البيع بالتقسيط يهدد البائع بمخاطر جدية نابعة من كونه بيعاً ائتمانياً ، فحيازة المبيع وملكيته تنتقل الى المشتري ويصبح البائع مجرد دائن بالثمن ، فيتعرض لمخاطر اعسار المشتري وبوجه عام احتمالات عدم وفائه بالتزامه^(٦) .

(١) Aubrey L. Diamond , Instalment credit , Op. Cit., P. 2.

(٢) د. جاك يوسف الحكيم ، مصدر سابق ، ص ٢١٣ .

(٣) د. ادوارد عبد ، العقود التجارية وعمليات المصارف ، مطبعة النجوى ، بيروت ، ١٩٦٨ ، ص ١٣١ .

(٤) د. احمد سلامة ، مصدر سابق ، ص ٣٤ .

(٥) استاذنا : د. جعفر الفضلي ، البيع بالتقسيط دراسة في القانون المدني العراقي ، بحث منشور بمجلة الراصد للحقوق تصدرها كلية القانون بجامعة الموصل ، العدد الاول ، ايلول ، ١٩٩٦ ، ص ٣٠ ، وانظر ايضاً : د. علي بونس ، مصدر سابق ، ص ٥٤ .

(٦) د. ادوارد عبد ، مصدر سابق ، ص ١٣١-١٣٢ .

٣. ان البيع بالتقسيط له اثار سلبية من الناحية الاقتصادية ، ذلك انه يدفع البائعين الى رفع اسعار مبيعاتهم لمواجهة مخاطر اعسار المشتريين خصوصاً في اوقات الانكماش الاقتصادي^(١) فإذا عجز معظم المشتريين عن سداد اقساطهم نتيجة حدوث ازمة اقتصادية تعذر على البائع بدوره وفاء التزاماته تجاه الغير وخصوصاً المصارف التي اقترض منها ، فينعكس اثر ذلك في تضاعف الازمة وزيادتها وهو امر يصيب الحياة التجارية والصناعية في الصميم^(٢) .

وهكذا كما ان للبيع بالتقسيط فوائده فإن له عيوبه ومشكلاته الخاصة ، ولكن يقتضي التنويه الى ان هذه المثالب لا تقلل من اهمية البيع بالتقسيط ، فهي ان تحققت فعلاً ، طفيفة الاثر قياساً الى المزايا والايجابيات المشار اليها ، كما ان التشريعات الخاصة كفيلة بمعالجة الكثير من هذه السلبيات.

ولا أدل على اهمية البيع بالتقسيط ونجاحه عملياً من انتشاره المطرد في شتى الدول لا سيما المتقدمة منها ، فقد لجأت اليه الشركات والمحال التجارية الكبرى لترويج مصنوعاتها، وقد وجدت فيه المصارف التجارية وشركات التمويل مجالاً خصباً في توسيع اعمالها ، فأنشأت مؤسسات متخصصة لتمويل عقود البيع بالتقسيط^(٣) .

ففي فرنسا تشير بعض الاحصاءات الى ان جهاز تليفزيون من ثلاثة وسيارة من اثنتين تباع بالتقسيط^(٤) ، وفي الولايات المتحدة الامريكية فإن حوالي ٦٥% من مجموع السيارات الحديثة و ٧٥% من مجموع السيارات المستعملة تشتري ويتم تسديد ائمانها بصيغ مختلفة من عقود البيع بالتقسيط ، كما انه يشكل حوالي ٨٥% من بيوعات الاثاث والاجهزة^(٥) . ولا توجد احصاءات دقيقة تبين نسبة عقود البيع بالتقسيط في انجلترا ، ولكنه يشكل الى جانب البيع الاجاري الجانب الغالب من المعاملات التي تقيم بعدة مليارات من الجاونات ، حيث لا يستخدم في مجال بيع السلع الاستهلاكية فحسب وإنما في التجهيز الصناعي والتجاري^(٦) . وفي الأردن يبلغ نصيب البنوك الاردنية ما نسبته ٧٠% من اجمالي

(١) د. عبدالرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، ج٤ ، العقود التي تقع على الملكية ، المجلد الاول - البيع والمقايضة ، مطابع دار النشر للجامعات المصرية ، القاهرة ، ١٩٦٠ ، ص١٧٢ ، هامش (٢).

(٢) د. حاك يوسف الحكيم ، مصدر سابق ، ص٤١١٤ د. احمد سلامة ، مصدر سابق ، ص٣٥.

(٣) وبلاحظ ذلك على وجه الخصوص في مجال بيوعات السيارات بالتقسيط : انظر

Kenneth W. Clarkson , Roger Leroy Miller and Bonnie Blaire , West's Business Law Texts & Cases , West Publishing Company , U.S.A , 1980 , P.781 etc.

(٤) د. ابراهيم دسوقي ابو الليل ، مصدر سابق ، ص٦.

(٥) McMurry and Packwood , Op.Cit. , P.586.

(٦) Aubery L. Diamond , Commercial and Consumer Credit, Butterworths , London , 1982 , P.94.

مبيعات السيارات والتي تقدر بمبلغ (١٥٠) مليون دينار اردني سنوياً عن طريق عمليات البيع بالتقسيط^(١) .

وينبغي ألا يفهم مما تقدم اقتصار هذا النمط من البيوع على المنقولات المادية ، كالسيارات والاجهزة المنزلية ومانحوها ، فنطاقه يمتد ايضاً ليشمل العقارات عن طريق الشركات ومؤسسات البناء التي تبيع المساكن والشقق السكنية بالتقسيط وفق شروط معينة^(٢) ، كذلك يمكن بيع المنقولات المعنوية بالتقسيط ، فعلى سبيل المثال يمكن تصور قيام احد الاشخاص ببيع محل تجاري بالتقسيط وهو من المنقولات المعنوية ، ومن الشائع ايضاً بيع الاوراق المالية كالاسهم والسندات بالتقسيط وتمارس ذلك بعض المحال المتخصصة^(٣) ، لكن مع ذلك يبقى الميدان الارحب للبيع بالتقسيط هو المنقولات المادية بشكل عام.

اما في العراق ، فلا مناص من القول ان البيع بالتقسيط اقل انتشاراً وقبولاً مما عليه الحال في الدول الاخرى ، ومع ذلك فإن بوادر انتشاره اخذت بالظهور خصوصاً بعد تخصص عدد من المحال التجارية والشركات لممارسة عمليات البيع بالتقسيط على وجه منظم ومحترف^(٤) ، ونعتقد ان التحسن المؤمل في الاوضاع الاقتصادية واستقرار قيمة العملة ينبىء عن بزوغ مناخ ملائم لانتعاش وانتشار عقود البيع بالتقسيط في العراق ، وبرغم ذلك ، فقد شهدت السنوات السابقة عدة تطبيقات للبيع بالتقسيط ، لعل ابرزها في مجال الاسكان خصوصاً قيام الدولة بتمليك الشقق والمساكن للمواطنين بشروط ميسرة كان من ضمنها الوفاء بالثمن على شكل اقساط دورية طويلة الامد ، وفي هذا المضمار وتنفيذاً لخطة الدولة في توفير

(١) ناز تيسر القبسي ، الاسس والمبادئ المحاسبية لمشاريع البيع بالتقسيط للسيارات في البنوك الاردنية ، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية الدراسات العليا بالجامعة الاردنية ، عمان ، ١٩٩٥ ، ص ١-٢.

(٢) د. عبدالنعم البدر اوي ، مصدر سابق ، ص ٨٨.

وانظر في تنظيم بيع الشقق بالتقسيط في القانون المصري وفي اعتبار بائع العقار بالتقسيط عضواً في اتحاد ملاك العقار حتى سداد الثمن : محمد عزمي البكري ، موسوعة الفقه والقضاء والتشريع في ايجار وبيع الاماكن الخالية ، ج ٢ ، ط ٢ ، دار الثقافة للطباعة والنشر ، القاهرة ، ١٩٨٧ ، ص ٢٤٠ وما بعدها ، و ص ٢٨٨.

(٣) انظر في بيع الاوراق المالية بالتقسيط : د. علي جمال الدين عوض ، العقود التجارية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، بلا سنة طبع ، ص ٥٨ ، وراجع المادة ٤٨ من قانون الشركات العراقي رقم ٢١ لسنة ١٩٩٧ التي اوجبت تسديد ما لا يقل عن ٢٥% من قيمة الاسهم المكتتب بها في الشركة المساهمة عند التأسيس واجازت تقسيط المتبقي من قيمتها على ان تسدد خلال مدة لا تزيد على اربع سنوات من تاريخ تأسيس الشركة.

(٤) وفي زيارة ميدانية لنا الى مركز الصنوبر للبيع بالتقسيط في بغداد افادنا القائمون على ادارة المركز بتوسع نشاطه من بيع الاثاث المرئي بالتقسيط في مطلع الثمانيات الى بيع الاطارات والمدايلء والمعدات والحاسبات الالكرونية مع لهابة عام ١٩٩٧ ، خصوصاً ان اقبال الجمهور على الشراء بالتقسيط قد بدأ يتزايد في السنوات الاخيرة ، زيارة ميدانية بتاريخ ١٢/٢٣/١٩٩٧.

السكن للمواطنين فقد صدرت عدة قوانين وقرارات لمجلس قيادة الثورة تنطوي في جوهرها على بيع الوحدات السكنية بالتقسيط بشروط معينة ينبغي توافرها في طالب التمليك^(١).

فقد اشترط قانون الاسكان ذي الرقم (٥٤) لسنة ١٩٦٢ في المستفيد من احكامه ان يكون عراقياً ومتزوجاً وان لا يملك هو وزوجته داراً على وجه الاستقلال ، كما حدد طريقة دفع البديل بالاقساط الشهرية في مدى خمس وعشرين سنة ، يتم استقطاع الاقساط بالنسبة للموظفين ومنتسبي الدوائر الحكومية والمتقاعدين من رواتبهم ، اما الآخرين فتسدد مباشرة الى الوزارة المختصة^(٢) . واجاز قانون بيع وبيع اموال الدولة لعام ١٩٨٦ المعدل لوزارة الحكم المحلي وامانة العاصمة وبهدف تنفيذ السياسة الاسكانية للدولة بيع الاراضي المخصصة للاسكان دون مزايده علنية للعراقيين الذين تتوافر فيهم شروط معينة^(٣) ، ويتم ذلك عملاً بطريق التقسيط ، كما اجازت المادة (٣٥) منه لرئيس الجمهورية ان يقرر ، عند الضرورة ، بيع اموال الدولة المنقولة وغير المنقولة استثناءً من الاجراءات التي رسمها هذا القانون^(٤) ، ويلاحظ من عموم هذه التشريعات انها فرقت بين موظفي الدولة ومنتسبي القسوات المسلحة وبين المواطنين بشكل عام فبالنسبة للفئة الثانية يستوفى بدل التمليك كاملاً وباقساط قليلة المدد، اما الفئة الاولى فيستوفى البديل مخفضاً وتكون مدة التقسيط اطول^(٥).

(١) انظر على سبيل المثال : قانون مملك دور الضباط رقم ٧٦ لسنة ١٩٦٤ المنشور في الوقائع العراقية بالعدد ٩٧٢ في ٨-٧-١٩٦٤ وقرار مجلس قيادة الثورة رقم ١٢٣٠ لسنة ١٩٨٥ المنشور في الوقائع العراقية عدد ٣٠٦٩ في ٢٨/١٠/١٩٨٥ . وقراري مجلس قيادة الثورة الرقمين ٢٥٣ و ٢٥٤ لسنة ١٩٨٤ المنشورين في الوقائع العراقية عدد ٢٩٨٤ في ١٢/٣/١٩٨٤ .

(٢) انظر المواد ٣ ، ٥ ، ٩ من قانون الاسكان المرقم (٥٤) لسنة ١٩٦٢ المنشور في الوقائع العراقية عدد ٧٣٠ في ١٨/١٠/١٩٦٢ .

(٣) المادة ٢١ ف٢ من قانون بيع وبيع اموال الدولة المرقم (٣٢) لسنة ١٩٨٦ والمنشور في الوقائع العراقية عدد ٣٠٩٠ في ٢٤/٣/١٩٨٦ .

(٤) وفي مقابلة شخصية مع السيد مدير عقارات الدولة في نينوى افادنا أن التشريعات الخاصة ببيع المساكن عن طريق التقسيط قد شهدت تطبيقاً واسعاً واستفاد منها عدد كبير من المواطنين في الحصول على وحدات سكنية ، من امثلتها شقق الأمان وحسي البرموك ودور دوميز في نينوى ، وشقق شارع حيفا وشارع الخلفاء ومشروع العفرانية في بغداد ، زيارة ميدانية ومقابلة شخصية (مديرية عقارات الدولة في نينوى) بتاريخ ١٢/٦/١٩٩٧ .

(٥) انظر المادة (١٣) من قانون بيع وبيع اموال الدولة . وقد صدر قرار مجلس قيادة الثورة بالرقم ١٣٢ في ٤/٣/١٩٨٩ والذي اطلقاً ٢٠% من ثمن بيع الدور والوحدات السكنية لعوائل الشهداء والمسكربين وموظفي الدولة ، وحدد دفع المقدمة بـ ٥٥% من ثمن البيع وتسديد الباقي باقساط سنوية متساوية على مدى عشرين سنة من تاريخ البيع .

المطلب الثاني

مضمون البيع بالتقسيط في الفقه الإسلامي

ينقسم البيع في الفقه الإسلامي باعتبار كيفية أداء الثمن إلى :

١. بيع منجز : هو ما يتعجل فيه الثمن والمثمن ويسمى ببيع النقد.
٢. بيع مؤجل الثمن : هو بيع النسيئة.
٣. بيع مؤجل المبيع : هو بيع السلم.
٤. بيع مؤجل العوضين : هو ما يتأخر فيه الثمن والمثمن ويسمى ببيع الدين بالدين.

وهذه البيوع صحيحة جميعها عدا البيع الاخير فقد ورد النهي عنه وهو محرم في الجملة^(١). والبيع بالتقسيط ليس الا صورة من بيع النسيئة ، فهو بيع يعجل فيه المبيع ، ويتأجل الثمن كله او بعضه على اقساط تدفع في مواعيد معينة^(٢) ، وهكذا فإن البيع بالتقسيط معروف في الفقه الإسلامي تحت عموم بيع النسيئة وهو بيع ثبت جوازه في القرآن والسنة وانعقد عليه اجماع الامة.

فجوازه يفهم أولاً من قوله تعالى " ياأيها الذين امنوا اذا تداينتم بدين الى اجل مسمى فأكتبوه"^(٣) وايضاً من قوله تعالى " واحل الله البيع"^(٤) ففي اطلاق هذه الآية ما يقتضي جواز البيع بثمن حال ومؤجل على ان يكون الاجل معلوماً كما تصرح بذلك الآية الاولى. اما في السنة فقد ثبت ان النبي (ﷺ) ابتاع من يهودي طعاماً الى اجل ورهنه درعه ، فعن عائشة (رض) قالت : " اشترى رسول الله (ﷺ) من يهودي طعاماً بنسيئة فأعطاه درعاً له رهننا"^(٥) ، وقد اجمع الفقهاء على جوازه فأجازوا البيع بثمن حال ومؤجل على ان يكون الاجل

(١) محمد بن احمد بن جزى الفناطي المالكي ، قوانين الاحكام الشرعية ومسائل الفروع الفقهية ، دار العلم للملايين ، بيروت ، ١٩٦٨ ، ص ٢٧٤ وانظر ايضاً : الموسوعة الفقهية ، ج ٩ ، ط ٢ ، وزارة الاوقاف والشؤون الاسلامية ، مطبعة الموسوعة الفقهية ، الكويت ، ١٩٨٦ ، ص ٩ .

(٢) وقد تحدث الفقهاء المسلمون عن تحريم الثمن في معرض معالجتهم لبيع النسيئة جاء في المبسوط " ... الرسم بين الباعثة ان يهودي المشتري الثمن منجماً كل اسبوع بجماً " ، شمس الدين السرخسي ، المبسوط ، ج ١٣ ، ط ١ ، مطبعة السعادة ، القاهرة ، بلا سنة طبع ، ص ٧٨-٧٩ ؛ وانظر : محمد امين الشهير بان عابدين ، حاشية رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الابصار ، ج ٤ ، مطبعة عثمانية ، بلا سنة طبع ، ص ٣٢ .

(٣) سورة البقرة الآية ٢٨٢ .

(٤) سورة البقرة الآية ٢٧٥ .

(٥) رواه مسلم . الامام أبي الحسين مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري ، صحيح مسلم ، ج ٣ ، ط ١ ، بتحقيق وتصحيح محمد فؤاد عبدالباقي ، دار احياء الكتب العربية ، القاهرة ، ١٩٥٥ ، ص ١٢٢٦ . وانظر ايضاً : الامام ابي عيسى محمد بن عيسى بن سورة الترمذي ، سنن الترمذي وهو الجامع الصحيح ، ج ٢ ، ط ٢ ، دار الفكر ، بيروت ، ١٩٧٤ ، ص ٣٤٣ .

معلوماً^(١) ، وهذا ما توجزه المادة ٢٤٥ من مجلة الاحكام العدلية بالقول " البيع مع تأجيل الثمن وتقسيمه صحيح".

بيد انه اذا كان جواز البيع بالتقسيم امر لا يرقى اليه الشك ، الا ان مثار الخلاف يتمحور في ان البيع بالتقسيم ينطوي غالباً على زيادة في الثمن عن الثمن الحال ، حيث تباع السلعة ، بطبيعة الحال ، بثمن مقسط يربو على الثمن الذي تباع به نقداً ، فما هو حكم البيع بالتقسيم المتضمن زيادة في الثمن لاجل الاجل؟

ظهر الخلاف في الفقه الاسلامي قديمه وحديثه ، بصدد حكم الزيادة في الثمن نظير الاجل ، وبرز في ذلك اتجاهان:^(٢)

الاتجاه الاول : يرى بعض الفقهاء حرمة بيع الشيء بأكثر من سعر يومه لاجل التأجيل ، وقد ذهب الى ذلك زين العابدين بن علي بن الحسين والناصر والمنصور بالله والهادوية والامام يحيى بن فقهاء الزيدية .

الاتجاه الثاني : يرى جمهور الفقهاء ان الزيادة في الثمن نظير الاجل جائزة شرعاً ، وهو قول فقهاء الشافعية والحنفية والحنابلة والمالكية.

وتتلخص أسباب الخلاف بين المانعين والمجيزين في مدى اعتبارهم الزيادة مقابل الاجل ربا كاليزيادة في الدين نظير الاجل ، فالذين قاسوا الزيادة مقابل الاجل على الزيادة في الدين وجعلوها صورة واحدة قالوا بالحرمة ، اما الذين فرقوا بينهما فقد اتجهوا الى الحل^(٣) . ونظراً لما في الامر المبحوث فيه من شأن في صحة او فساد هذا التعامل نورد آراء كل من الفريقين ليتسنى لنا بعد ذلك ترجيح أحد الاتجاهين:

اولاً : احتج المانعون بأحاديث النبي (ﷺ) في النهي عن بيعتين في بيعة وصفقتين في صفقة^(٤) ، فقد قيل في تفسير معنى ذلك حرمة ان يبيع الرجل السلعة نقداً بعشرة ونسيئة

(١) برهان الدين ابي الحسن علي بن ابي بكر الرشداني المرغيباني ، الهداية شرح بداية المتديء ، ج٣ ، شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي واولاده ، مصر ، بلا سنة طبع ، ص ١٢٢ . ابو القاسم نجم الدين جعفر بن الحسن الحلبي ، المحتصر النافع في فقه الامامية ، ج١ ، مطابع دار الكتاب العربي ، مصر ، بلا سنة طبع ، ص ١٢٢ .

(٢) انظر في ذلك : محمد بن علي بن محمد الشوكاني ، نيل الاوطار شرح منقى الاخبار من احاديث سيد الاخبار ، ج٥ ، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع ، دمشق ، بلا سنة طبع ، ص ٢٤٩-٢٥٠ . عبدالناصر توفيق العطار ، نظرية الاجل في الالتزام في الشريعة الاسلامية والقوانين الوضعية ، مطبعة العادة ، القاهرة ، ١٩٧٨ ، ص ٢١٣ وما بعدها .

(٣) محمد ابو زهرة ، الامام زيد حياته وعصره اراؤه وفقهه ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، بلا سنة طبع ، ص ٢٩٣ .

(٤) عن ابي هريرة (رض) ان الرسول (ﷺ) : لم يبيعتين في بيعة . رواه الترمذي وقال حديث حسن صحيح . الترمذي ، مصدر سابق ، ص ٣٥٠ ، وعن سماك عن عبدالرحمن بن عبدالله بن مسعود عن ابيه عن جده قال " لم يبيعتين في صفقة" ،

بعشرين مثلاً ، وهذا يدل بظاهره على حرمة بيع الشيء نسيئةً بسعر أعلى من سعر النقد ، ولا مساعً للانصراف عن ظاهر الحديث بالتأويل لاسباغ معنى آخر^(١) .

يرى الاتجاه الثاني أنه إذا كان من الصحيح ان الفقهاء اتفقوا على العمل بموجب النهي عن البيعتين في بيعة الا انهم اختلفوا في المراد به أي في الصورة التي ينطبق عليها هذا الاسم من التي لا ينطبق عليها^(٢) حتى بلغت الصورة التي أوردتها الفقهاء تسعة^(٣) وما يهمننا من هذه الصور جميعاً تلك الصورة التي تتطوي على اصل مسألة البيع بالتقسيط وهي بيع السلعة بالنقد بثمن وبالنسيئة بثمن اعلى . والمتتبع لعبارات الفقهاء المسلمين يجد بما لا يقبل الشك ان الحرمة الناشئة عن النهي ليست علتها زيادة السعر في البيع بالتقسيط عن البيع النقدي بل بسبب الجهل بالثمن وعدم استقراره الامر الذي يعتبر من قبيل الغرر^(٤) المفسد للبيع ، وفيما يلي بعض عبارات الفقهاء الدالة على ذلك ، ففي الفقه الحنبلي :

- "ولا يصح البيع بعشرة نقداً او عشرين نسيئةً لانه لم يجزم ببيع واحد ، اشبه مالو قال بعتك أحد هذين ، ولجهالة الثمن"^(٥) .
- "ولا يصح البيع " بعشرة نقداً او عشرين نسيئةً ، في المنصوص ، ما لم يفترقا على أحدهما"^(٦)

• رواه الامام أحمد . أحمد عبدالرحمن البنا الشهير بالساعاني ، الفتح الرباني لترتيب مسند الامام أحمد بن حنبل الشيباني مع شرحه بلوغ الاماني ، جـ ١٥ ، ط ١ ، دون ناشر ، مصر ، ١٣٧١هـ ، ص ٤٥ .

^(١) نظام الدين عبدالحميد ، حكم زيادة السعر في البيع بالنسيئة شرعاً ، القسم الاول ، بحث منشور بمجلة الرسالة الاسلامية ، تصدرها وزارة الاوقاف والشؤون الدينية في العراق ، العدد ٢٣٧ السنة ٢٢ ، آذار ١٩٩٠ ، ص ١٠٨ .

^(٢) محمد بن احمد بن محمد بن احمد بن رشد القرطبي ، بداية المجتهد ونهاية المقتصد ، جـ ٢ ، مكتبة الكليات الازهرية ، القاهرة ، ١٩٦٦ ، ص ١٦٦ .

^(٣) انظر في هذه الصور : د. الصديق محمد الامين الضمير ، الغرر وآثره في العقود في الفقه الاسلامي ، دراسة مقارنة ، ط ١ ، مطبعة دار نشر الثقافة ، القاهرة ، ١٩٦٧ ، ص ٨١ وما بعدها ، الموسوعة الفقهية الكويتية ، مصدر سابق ، جـ ٩ ، ص ٢٦٤ ، ابن رشد القرطبي ، مصدر سابق ، ص ١٦٦ .

^(٤) والغرر هو ما احتمل امرين اغلبهما احوفهما ، عبدالحميد الشرواني واحمد بن قاسم العبادي ، حواشي الشرواني وابن قاسم علسي تحفة المحتاج بشرح المنهاج ، جـ ٤ ، دار احياء التراث العربي ، بيروت ، بلا سنة طبع ، ص ٢٥٠ . او هو الجهول العاقبة ، ابن تيمية ، القواعد النورانية الفقهية ، بتحقيق محمد حامد الفقي ، دار المعرفة للطباعة والنشر ، بيروت ، ١٩٧٩ ، ص ٧٩ . وقد جاء عن علي بن ابي طالب كرم الله وجهه قوله " ان الغرر عمل لا يؤمن معه الضرر " ، وهذا تعريف جامع مانع بعبارة مختصرة ، محمد حواد مغنية ، فقه الامام جعفر الصادق ، جـ ٣ ، ط ١ ، دار العلم للملايين ، بيروت ، ١٩٦٥ ، ص ١٢٨ .

^(٥) منصور بن يونس بن ادريس البهوتي ، شرح منتهى الارادات المسمى دقائق اولي النهي لشرح المنتهى ، المجلد الثاني ، دار الفكر ، بيروت ، بلا سنة طبع ، ص ١٥٢ .

^(٦) شمس الدين المقدسي ابي عبدالله محمد بن مفلح ، كتاب الفروع وبله تصحيح الفروع ، جـ ٤ ، ط ٢ ، بمراجعة عبد الستار احمد فراج ، دار مصر للطباعة ، القاهرة ، ١٩٦٢ ، ص ٣٠ .

وفي الفقه الشافعي جاء في تفسير بيعتين في بيعة:

• " بعتك هذا بألف نقداً أو بألفين لسنة فخذهُ بأيهما شئت أو اشاء ، وعدم الصحة فيه للجهل بالعرض" (١)

• "ان يقول بعتك بألف نقداً أو الفين الى سنة فخذ ايهما شئت انت أو أنا أو شاء فلان فهو باطل للجهالة" (٢) .

وفي الفقه الحنفي ، جاء في المبسوط "وإذا عقد على انه الى اجل كذا بكذا او بالنقد بكذا، او قال الى شهر بكذا ، والى شهرين بكذا فهو فاسد لأنه لم يعاطه على ثمن معلوم... وهذا ان افترقا على هذا ، فإن كانا يتراضيان بينهما ، ولم يفترقا حتى قاطعه على ثمن معلوم وأتما العقد عليه فهو جائز لأنهما ما افترقا إلا بعد تمام شرط صحة العقد" (٣) .

وجاء في الفقه الجعفري ، " ولو فاوت بين اجلين ، فقال بعتك بعشرة الى شهر و بعشرين الى شهرين ، بطل البيع ، لان التريديد بين صفتين احدهما نقد والاخرى نسيئة يستدعي الغرر والابهام ، بل هو الابهام بالذات ، كما لو قال بعتك هذا الكتاب او ذاك" (٤)

لكن المالكية يعللون المنع ليس على اساس جهالة الثمن انما سداً للزريعة الموجبة للربح " قال مالك في رجل ابتاع سلعة بعشرة دنانير نقداً او بخمسة عشر الى اجل قد وجبت للمشتري بأحد الثمنين ، انه لا ينبغي ذلك لانه ان اخر العشرة كانت خمسة عشر الى اجل وان نقد العشرة كان كأنما اشترى بها الخمسة عشر التي الى اجل" (٥)

لكن هذا يحمل على المنع من صيغة التريديد مع الخيار في احد الثمنين اما اذا قاطعه على ثمن النقد او النسيئة جاز البيع وصح واذا افترقا على الابهام لم يجز (٦) ، وهكذا نخلص

(١) سليمان الجمل ، حاشية الجمل على شرح المنهج ، ج ٣ ، المكتبة التجارية الكبرى و مطبعة مصطفى محمد ، مصر ، بلا سنة طبع ، ص ٧٣ .

(٢) الشرواني وابن قاسم ، مصدر سابق ، ص ٢٩٤ .

(٣) السرخسي ، مصدر سابق ، ص ٧ ، ٨ .

(٤) محمد جواد مغنية ، مصدر سابق ، ص ٢٤٢ ؛ وانظر ايضاً : زين الدين الجبلي العملي المعروف بالشهيد الثاني ، الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية ، ج ٣ ، ط ١ ، منشورات جامعة النجف الدينية ، مطبعة الاداب ، النجف ، ١٩٦٧ ، ص ٥١٤ .

(٥) جلال الدين عبدالرحمن السيوطي ، تنوير الحوالك شرح على موطأ مالك ، ج ٢ ، مطبعة دار احياء الكتب العربية ، مصر ، بلا سنة طبع ، ص ١٥٦ ؛ وانظر ايضاً : احمد بن احمد المختار الجكني الشنقيطي ، مواهب الجليل من ادلة خليل ، ج ٣ ، بمراجعة عبدالله الانصاري ، مطبوعات ادارة احياء التراث الاسلامي ، قطر ، ١٩٨٦ ، ص ٢٦٩ .

(٦) ولم يقبل الحنفية الاحتجاج بهذه العلة اصلاً يقول ابن الهمام " ان كون الثمن على تقدير النقد الفأ وعلى تقدير النسيئة الفين ليس في معنى الربا " كمال الدين محمد بن عبدالواحد المعروف بابن الهمام الحنفي ، شرح فتح القدير للعالم الفقير ، ج ٦ ، دار احياء التراث العربي ، بيروت ، بلا سنة طبع ، ص ٨١ .

الى أن علة المنع من بيعتين في بيعة ليس زيادة الثمن في البيع بالنسيئة بل الجهل بالثمن على رأي الجمهور وسد ذريعة الربا على رأي المالكية . ويتفق الجميع على صحة البيع عند انتفاء هذه العلة.

ثانياً : استدلل المانعون أيضاً بحديث "من باع بيعتين في بيعة فله أوكسهما أو الربا" فهو يفيد ان البائع اذا باع سلعة نقداً بسعر ونسيئة بسعر اخر فله اقل الثمنين من سعر النقد وسعر النسيئة ، فأذا اخذ الاعلى منهما فإنه يكون قد وقع في الربا المحرم^(١) .

ولكن هذا الحديث ، الذي تمسك به القائلون بحرمة بيع الشيء بأكثر من سعره لاجل النساء ، قد طعن الامام الشوكاني بالضعف فيه وذكر ان في صحته مقالاً وحتى لو صححت تلك الرواية التي تفرد بها راوي الحديث ، فإن تفسيرها يكون خارجاً عن محل النزاع ، ذلك انه قيل في تفسيرها هو ان يبيع شخص صاعاً من الحنطة سلماً الى شهر ، فلما حل الاجل وطالبه بالحنطة ، قال له بعني الصاع الذي لك علي بصاعين الى شهرين ، فصار ذلك بيعتين في بيعة ، لان البيع الثاني قد دخل على الاول فيردان الى اوكسهما وهو الاول ، على ان غاية الامر ان الحديث يمنع البيع بصيغة التردد بين ثمين حال ومؤجل فأذا قال نسيئة من اول الامر وكان اكثر من سعر يومه فلا يدل الحديث على منعه^(٢) .

ثالثاً : احتج المانعون من زيادة الثمن في البيع بالتقسيط ان هذه الزيادة من باب الربا ، لانها زيادة مقابل الاجل خالية عن عوض وهي كالزيادة في القرض لاجل الاجل^(٣) .

ويرى المجيزون ان الزيادة في الثمن لاجل الاجل لا تشبه بالربا لان الاخير هو الزيادة في الدين التي تكون بين متماثلين دنائير بدنائير ، ذهب بفضة مع زيادة لاجل الاجل ، اما الزيادة في ثمن السلعة فهي ليست ربوية لأنها تتم بين مختلفين : السلعة تقابل بالدنائير لا بسلعة اخرى فتجوز الزيادة لاختلاف الصنفين^(٤) ، فضلاً عن ذلك فإن الزيادة في البيع بالتقسيط ليست خالية عن عوض انما هي في مقابلة العين المبيعة^(٥) . فالمبيع في حالة البيع

(١) نظام الدين عبدالحمد ، مصدر سابق ، ص ١٠٨ . والحديث رواه ابو داؤد ، أنظر : الامام أبي داؤد سليمان السحستاني الأزدي ، سنن أبي داؤد ، ج ٣ ، دار الحديث ، القاهرة ، ١٩٨٨ ، ص ٢٧٢ .

(٢) الشوكاني ، مصدر سابق ، ص ٢٤٩ - ٢٥٠ .

(٣) د. محمد عقلة الابراهيم ، حكم بيع التقسيط في الشريعة والقانون ، بحث منشور بمجلة الشريعة والدراسات الاسلامية ، تصدرها كلية الشريعة والدراسات الاسلامية بجامعة الكويت ، السنة الرابعة ، العدد ٧ ، لسنة ١٩٨٧ ، ص ١٧٠ د. عبدالناصر توفيق العطار ، مصدر سابق ، ص ٢١٥ .

(٤) د. محمد عثمان شبر ، المعاملات المالية المعاصرة في الفقه الاسلامي ، ط ١ ، دار النفائس للنشر والتوزيع ، عمان ، الاردن ، ١٩٩٦ ، ص ٢٧٠ ، وأنظر أيضاً : د. رفیق المصري ، مصدر سابق ، ص ٥٠ .

(٥) د. محمد عقلة الابراهيم ، مصدر سابق ، ص ١٨٠ .

بالتقسيم سلعة لها منافع وغللات ، واسعارها تختلف باختلاف الأزمان والاماكن ، اما النقود في حالة الربا فهي وحدة التقدير فالمفروض ان لا يؤثر فيها الزمان لانها ليست سلعة ترتفع وتنخفض ، لذا جاز للبائع ان يحتاط لنفسه ببيع السلعة بثمن مقسط مرتفع ومعجل غير مرتفع لان موضوع المعاملة عرضة للارتفاع والانخفاض ، وهو في كل الاحوال غير مضمون فقد يصيب ربحاً وقد يتعرض للخسارة^(١) ، كذلك فإن الزيادة في الثمن في البيع بالتقسيم بخلاف الربا لا تجوز الا بهذا القدر ابتداءً فلا يجوز للبائع ان يزيد عليه شيئاً بعد ذلك^(٢) .

رابعاً : قاس المانعون زيادة الثمن مقابل المدة على انقاص الثمن مقابل انقاص المدة لان تحريم الزيادة والنقصان في الحالتين مرده حظر ان يؤخذ للاجل عوض ، فلا يجوز تعجيل الدين المؤجل مقابل التنازل عن بعضه وذلك ما يسمى بقاعدة "ضع وتعجل"^(٣) .

لكن الجمهور يرون انه لا وجه للقياس بين الأمرين لان قاعدة "ضع وتعجل" بخلاف قاعدة "انظرني اذك" ليس مجمعاً على تحريمها فأجازها ابن عباس وزفر واختلف فيها قول الشافعي^(٤) ، كما اجاز الجعفرية تعجيل الدين باسقاط بعضه^(٥) واجازة ايضاً ابن تيمية وتلميذه ابن قيم الجوزية استناداً الى رواية عن الامام احمد لان ذلك عكس الربا تماماً^(٦) ، ذلك ان انقاص الثمن مقابل تقصير المدة غرضه التيسير على المدين والرفق به اما زيادة الثمن مقابل اطالة المدة فغرضه التضيق على المدين فالأخير محرم بإجماع والثاني أجازة بعض الفقهاء .

وقد جاء في شرح الدرر "قضى المديون الدين المؤجل قبل الحل او مات فحل بموته فأخذ من تركته لا يأخذ من المرابحة التي جرت بينهما إلا بقدر ما مضى من الأيام يقول ابن عابدين شارحاً ذلك ان صورته ان يشتري شخص شيئاً بعشرة نقداً ثم يبيعه لآخر بعشرين نسيئة الى عشرة اشهر فإذا قضى المشتري الثمن المؤجل بعد تمام خمسة اومات بعدها فيأخذ البائع خمسة ويترك خمسة^(٧) . ولا ريب ان العادات التجارية بين التجار والمستهلكين ان تباع السلعة بثمن مؤجل أعلى مما تباع بالنقد ، ولا ريب ان هذه الزيادة في مقابلة الاجل ، فكلما

(١) محمد ابو زهرة ، بحوث في الربا ، ط ١ ، دار البحوث العلمية ، بيروت ، ١٩٧٠ ، ص ٥٨ .

(٢) د. محمد عقلة الابراهيم ، مصدر سابق ، ص ١٨٣-١٨٤ .

(٣) وصورته ان يقول الدائن للمدين عجل لي نصف الدين وانا اضع عنك النصف الاخر : انظر : السيوطي ، مصدر سابق ، ص ١٦٦ ؛ وانظر : ابو زهرة ، الامام زيد ، مصدر سابق ، ص ٢٩٣ .

(٤) ابن حري ، مصدر سابق ، ص ٢٧٨ ؛ ابن رشد القرطبي ، مصدر سابق ، ص ١٣٩ .

(٥) العاملي ، مصدر سابق ، ص ٥٢١ ؛ محمد حواد مغنية ، مصدر سابق ، ص ١٢ .

(٦) انظر في تفصيل اسانيد هذا الرأي : شمس الدين ابي عبدالله محمد بن ابي بكر المعروف بأبي قيم الجوزية ، اعلام الموقعين عن رب العالمين ، ج ٣ ، مراجعة طه عبدالرؤف سعد ، دار الجيل ، بيروت ، بلا سنة طبع ، ص ٣٥٨-٣٥٩ .

(٧) ابن عابدين ، مصدر سابق ، ص ٧٣٩-٧٤٠ .

طال ازدادت ، فإذا قضى المشتري الثمن المؤجل قبل حلوله يلزم الدائن بقبوله مع الحط ما يقابل المدة الباقية من الأجل^(١) .

خامساً : واحتج الاتجاه الاول ايضاً بالنهي عن بيع العينة ، وهو بيع يراد منه ان يكون حيلة للقرض بالربا^(٢) ، كبيع سلعة نسيئة بعشرة دنانير تم شراؤها من مشتريها بخمسة نقداً او الى اجل اقل من الاول ، فقد آل الامر الى رجوع السلعة لصاحبها وقد دفع قليلاً عاد اليه كثيراً^(٣) . ومسألة العينة ، كما يرى المجيزون ، لاجحة فيها على المطلوب فهي بيع السلعة بثمن مؤجل ثم شراؤها بثمن معجل اقل ، فهي ليست بيعاً بالتقسيط انما بيع قصد به تحقيق غرض اخر غير ماشرع له البيع وهو التعامل بالربا ، لذلك ذهب جمهور الفقهاء ، باستثناء الشافعي ، الى تحريمها^(٤) .

سادساً : ذهب المانعون الى ان الله سبحانه وتعالى احل التجارة اذا كانت عن تراض بين الطرفين ، وهذا ما لا يحدث في البيع بالتقسيط لان المشتري يكون مضطراً لشراء السلعة بثمن مؤجل يزيد على الثمن الحال لسد حاجته وتلبية متطلباته فهو كالمكره ، ولا عبرة برضاه المشوب بالإكراه^(٥) .

وهذه حجة مردودة حيث ان التراضي متحقق في البيع بالتقسيط لان المشتري يكون بالخيار بين الشراء بثمن مقسط او عدمه او اللجوء الى الاقتراض او الادخار لاجل شراء السلعة فهو ليس مكرهاً ولا مضطراً^(٦) .

وبعد استعراض حجج كل من الفريقين فأننا نرجح رأي الجمهور لبيان حاجتهم وقوة ادلتهم في جواز البيع بالتقسيط المتضمن زيادة في الثمن لاجل الاجل لان هذا الرأي هو الذي يتفق مع روح الشريعة الاسلامية الغراء في تحقيق مصالح العباد والتيسير عليهم ، وهذا كله يدخل في عموم قوله تعالى " ياأيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم ببيئكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم"^(٧) .

(١) ابراهيم زكي الدين بدوي ، نظرية الربا المحرم في الشريعة الاسلامية ، بحث منشور بمجلة القانون والاقتصاد ، تصدرها كلية الحقوق بجامعة القاهرة ، العدد الاول ، السنة التاسعة ، يناير ١٩٣٩ ، ص ٥٤٨-٥٤٩ .

(٢) محمد سلام مذكور ، المدخل للفقه الاسلامي ، ط ٢ ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٦٣ ، ص ٥٥٦ .

(٣) احمد بن محمد الصاوي المالكي ، بلغة السالك لا قرب المسالك الى مذهب الامام مالك على الشرح الصغير ، ج ٢ ، شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده ، مصر ، ١٩٥٢ ، ص ٤١ ، مصطفى السيوطي الرحباني ، مطالب اولي النهي في شرح غاية المنتهى ، ج ٣ ، منشورات المكتب الاسلامي ، دمشق ، بلا سنة طبع ، ص ٥٩ .

(٤) انظر في تفصيل اكثر : د. محمد يوسف موسى ، فقه الكتاب والسنة ، البيوع والمعاملات المالية المعاصرة ، ط ٢ ، دار الكتاب العربي ، مصر ، ١٩٥٤ ، ص ١٣٦ .

(٥) د. عبدالناصر توفيق المطار ، مصدر سابق ، ص ٢١٥ .

(٦) محمد ابو زهرة ، الامام زيد ، مصدر سابق ، ص ٢٩٤ .

(٧) سورة النساء / الآية ٢٩ .

ويمكن أن نضيف في تعزيز ادلة الرأي المختار مايلي:

١. ان الاصل في العقود والشروط الصحة الا ما أبطله الشارع او نهى عنه^(١) ، ولم يرد نص قطعي الثبوت والدلالة على تحريم البيع بالتقسيط فيبقى على اصله من الاباحة ، اما حديث بيعتين في بيعة فهو يستلزم عقلاً وجود عقدي بيع دخل احدهما على الآخر ، اما في الصورة التي فسر بها الفقهاء هذا الحديث فلسنا بصدد عقد او عقدين انما مجرد ايجاب اشتمل على صفتين أحدهما بالنقد والآخرى بالنسيئة ، فإذا قبل المشتري احد الثمنين انعقد عقد بيع واحد ، نقداً او نسيئة ، لا عقداً بيع^(٢) .

٢. ان الزيادة في الثمن لأجل التقسيط تجوز شرعاً وهي ليست من قبيل الربا المحرم ، وحتى تتجلى الحجة في ذلك نورد من عبارات الفقهاء ما لا يدع مجالاً للشك في جواز ذلك ومن هذه العبارات:

• " ان الانسان في العادة يشتري الشيء بالنسيئة باكثر مما يشتري بالنقد" و " المؤجل انقص في المالية من الحال"^(٣)

• " ان الاجل يقابله قسط من الثمن"^(٤) .

• " لان له - أي للاجل - حصة من الثمن"^(٥) .

• " ان للاجل شبيهاً بالمبيع الا ترى انه يزداد في الثمن لاجله والشبهة ملحقة بالحقيقة"^(٦) .

والمقصود بأن للاجل شبهة المبيع ، يعني انه يعتبر كأنه جزء من المبيع لانه مرغوب فيه ، وفي ذلك تحليل عميق ونظر دقيق من الفقهاء المسلمين في مقابلة الاجل بالمال لانهم جعلوا محل العقد مجموع أمرين المبيع والاجل كل منهما يقابله جزء من الثمن ، فإذا بيع الشيء مرابحة وجب بيان ذلك تحرزاً عن الخيانة.

٣. ومما يؤيد هذا الاتجاه ايضاً القياس على مسألة بيع السلم الذي هو عكس بيع النسيئة ففي الاخير يكون الثمن مؤجلاً والمبيع معجلاً اما في السلم فيكون الثمن معجلاً

(١) ابن قيم الجوزية ، مصدر سابق ، ج١ ، ص٣٤٤ . وهو اتجاه فقهاء المتأخرين .

(٢) وقد تبه ابن القيم لذلك فاستعد تأويل الحديث المتقدم بصورة البيع نقداً بكذا ونسيئة بكذا : انظر : ابن قيم الجوزية ، مصدر سابق ، ج٣ ، ص١٤٩ .

(٣) السرخسي ، مصدر سابق ، ص٨٧ و ص١٢٥ .

(٤) سليمان الجمل ، مصدر سابق ، ص١٨٣ ؛ الشرواني وابن قاسم ، مصدر سابق ، ص٤٣٣ ؛ محمد الشريبي الخطيب ، مفتي الخنسلج الى معرفة معاني ألفاظ المنهاج ، ج٢ ، شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي واولاده ، مصر ، ١٩٥٨ ، ص٧٩ .

(٥) احمد بن محمد الصاوي ، مصدر سابق ، ص٧٩ .

(٦) ابن عابدين ، مصدر سابق ، ج٤ ، ص٢١٩ ؛ المرغيناني ، مصدر سابق ، ص٥٨ ؛ كمال الدين بن الهمام ، مصدر سابق ، ص١٣٣ .

والمبيع مؤجلاً^(١) ، ونجد ان الثمن في بيع السلم يكون اخص عادة مما لو كان المبيع حاضراً حيث ان البائع في بيع السلم يرتفق بتعجيل الثمن والمشتري يرتفق برخص الثمن^(٢) يؤيد ذلك عبارة الفقهاء " المؤجل انقص في المالية من الحال".

وإذا كنا قد انتهينا الى ترجيح الرأي الذي يقضي بجواز البيع بالتقسيط بثمن يربو على الثمن النقدي ، الا ان هذه الزيادة تتقيد بضوابط لخصها قرار مجمع الفقه الاسلامي الصادر عن دورته السادسة في جدة عام ١٩٩٠ ، الذي يفيد مايلي:

١. تجوز الزيادة في الثمن المؤجل عن الثمن الحال ، كما يجوز ذكر ثمن المبيع نقداً وثمانه بالاقساط لمدة معلومة ، ولا يصح البيع الا اذا جزم العاقدان بالنقد او التأجيل ، فإذا وقع البيع مع التردد بين النقد والتأجيل بان لم يحصل الاتفاق الجازم على ثمن واحد محدد فهو غير جائز شرعاً.

٢. لا يجوز شرعاً في بيع الاجل النص في العقد على فوائد التقسيط مفصولة عن الثمن الحال بحيث ترتبط بالاجل ، سواء اتفق العاقدان على نسبة الفائدة ام ربطها بالفائدة السائدة ، وذلك يعني ان الزيادة ينبغي ان تضاف الى الثمن الاجمالي ابتداءً ولا يجوز افرادها لكل قسط.

٣. إذا تأخر المشتري عن دفع الاقساط عن الموعد المحدد ، فلا يجوز الزامه بأي زيادة عن الدين بشرط سابق أو دون شرط لان ذلك ربا محرم^(٣) .

ولا يفوتنا اخيراً ان ننوه بأهمية البيع بالتقسيط في شركة الوجوه الجائزة لدى الأحناف والحنابلة والزيدية ، وهي شركة بين اثنين او اكثر يشتركون بالنسيئة او التقسيط مالا بما لهم من اعتبار ثم يقومون ببيعه على ان يضمن كل واحد منهم حصة معينة من المال ويكونوا شركاء في الربح^(٤) فهي شركة لا رأسمال لها انما تعمل بأموال الغير ، أي الدائنين ، وتعتمد على بيع النسيئة او التقسيط في علاقتها بالبائعين اليها^(٥) .

(١) السلم بيع مؤجل بمعدل ، م/١٢٣ من مجلة الأحكام العدلية.

(٢) د. محمد عقلة الابراهيم ، مصدر سابق ، ص١٧٦.

(٣) قرار مجمع الفقه الإسلامي في دورته السادسة المنعقدة بمدة ١٧-٢٣ شعبان ١٤١٠ الموافق ١٤-٢٠ آذار ١٩٩٠ ، نقلاً عن د.

محمد عثمان شير ، مصدر سابق ، ص٢٧٠.

(٤) أستاذنا : كامل البلداوي ، الشركات التجارية في القانون العراقي ، وزارة التعليم العالي والبحث العلمي ، جامعة الموصل ، ١٩٩٠ ، ص١١ و ١٢ . والمادة ٦٥٨ للفتاوى من القانون المدني.

(٥) انظر للمزيد من التفصيل : د. عبد العزيز عزت الحياط ، الشركات في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي ، القسم الثاني ، ط١ ، منشورات وزارة الأوقاف والمقدسات الإسلامية ، عمان ، ١٩٧١ ، ص٤٦ وما بعدها.

المطلب الثالث

خصائص البيع بالتقسيط

لما كان البيع بالتقسيط في حقيقته عقد بيع فإنه يتصف بالخصائص ذاتها التي يتصف بها هذا الأخير ، ولكن بالنظر الى كون البيع بالتقسيط عقد بيع ذا طبيعة خاصة فإن له خصائصه الذاتية ايضاً.

فمن حيث كونه بيعاً فهو يتسم بكونه عقداً رضائياً وهو عقد معاوضة وعقد ملزم للجانبين ومحدد القيمة وناقل للملكية^(١) ، ولا تثير هذه الخصائص العامة أشكالات في البيع بالتقسيط الا فيما يتعلق بكونه عقداً رضائياً حيث تشترط بعض التشريعات شكلاً خاصاً للعقد ، مما يجعل ذلك مداراً للبحث في مدى رضائية العقد ، كما ان البيع بالتقسيط يتصف بأنه من البيوع الائتمانية وبأنه من العقود التي يداخلها الأجل ، وهو عقد شائع في البيئة التجارية ، أضف إلى ذلك ان المشرع في العديد من دول العالم يتناول هذا العقد بتنظيم خاص . ونفرد لكل من هذه الخصائص فرعاً مستقلاً...

الفرع الاول

البيع بالتقسيط عقد رضائي من حيث الاصل

ينقسم العقد من حيث طريقة تكوينه الى عقد رضائي وعقد شكلي وعقد عيني^(٢) ويعد البيع بالتقسيط من حيث الاصل عقداً رضائياً لانه ينعقد بمجرد تطابق الارادتين ودون الحاجة الى أي اجراء شكلي او الى تسليم المبيع او دفع الثمن^(٣) وان كان الغالب في العمل تدوين عقد البيع بالتقسيط في محرر الا ان ذلك لغرض اثبات العقد لا لبرامه.

بيد ان البيع بالتقسيط يصبح عقداً شكلياً في الاحوال التي يخرج فيها المشرع عن قاعدة الرضائية من ذلك مثلاً عقد بيع العقار وعقد بيع المكائن وعقد بيع السيارة في القانون العراقي^(٤) ، فينبغي في مثل هذه الاحوال ان يراعى في عقد البيع بالتقسيط الاوضاع المقررة قانوناً والا كان العقد باطلاً لانه لم يستوف الشكلية المطلوبة لانعقاده.

(١) انظر في خصائص عقد البيع المؤلفات العامة في شرح البيع لاسيما المشار اليها في هذه الدراسة .

(٢) انظر بصدده ذلك : د. عبدالمجيد الحكيم - عبدالباقى البكري ومحمد طه البشير ، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي ، ج ١ ، مصادر الالتزام ، وزارة التعليم العالي والبحث العلمي ، جامعة الموصل ، ١٩٨٠ ، ص ٢٥-٢٦ .

(٣) د. حميس حضر ، عقد البيع في القانون المدني ، ط ٢ ، مكتبة القاهرة الحديثة ، القاهرة ، ١٩٧٢ ، ص ١٤ .

(٤) انظر المادة ٥٠٨ مدني ، المادة ٢ من قانون التعديل المرقم ٥٦ لسنة ١٩٥٢ المعدل لقانون تسجيل المكائن رقم ٣١ لسنة ١٩٣٩ ، والمادة ٥ ف٥ من قانون المرور المعدل رقم ٤٨ لسنة ١٩٧١ .

والبيع بالتقسيط يصبح عقداً شكلياً أيضاً متى اتفق الطرفان على اتباع اوضاع معينة لا ينعقد العقد إلا باستيفائها ، كأتفاق الطرفين على وجوب تدوين العقد في محرر رسمي ، فتكون الشكلية واجبة الاتباع باتفاق المتعاقدين لابنص القانون ، ويعتبر مثل هذا الاتفاق صحيحاً طالما لم يخالف النظام العام والآداب^(١).

وإذا كانت الأحكام المتقدمة تتفق تماماً مع قواعد عقد البيع بل ليست إلا تطبيقاً لها ، إلا أن مما يسترعي الانتباه أن المشرع أحياناً يَسْتَرِطُ وجوب كتابة عقد البيع بالتقسيط لغرض تنبيه المتعاقدين إلى خطورة الأمر الذي يقدمون عليه ، فهل يعتبر البيع بالتقسيط عقداً شكلياً في مثل هذه الأحوال ؟

تنص المادة ٢٢٦ (A) ف٢ من تقنين الالتزامات السويسري على أن " صحة عقد البيع بالتقسيط خاضعة لمراعاة الشكلية الكتابية ، والعقد المحرر من قبل البائع بصفة اقرار ينبغي ان يتضمن البيانات التالية :

١- اسم وعنوان سكن الطرفين ٢- محل البيع ٣- ثمن البيع النقدي

٤- الاضافات على الثمن مبنية بالفرنك ، نتيجة الدفع بالتقسيط

٥- ثمن البيع الاجمالي ٦- كل الضرائب والرسوم الاخرى التي يتحملها المشتري .

٧- مبلغ وميعاد استحقاق الدفعة الاولى ، والاقساط وكذلك عدد الاقساط

٨- حق المشتري ان يعلم البائع بعدوله عن العقد

٩- اجل الدين ، شرط الاحتفاظ بالملكية ، انتهاء دين البائع

١٠- الفوائد التي يتحملها المشتري في حالة التأخر عن الوفاء

١١- محل وتاريخ توقيع العقد"

وتعتبر الفقرة الثالثة من ذات المادة عقد البيع بالتقسيط باطلاً اذا خلا عن ذكر : محل البيع ، مبلغ الدفعة الاولى ، ثمن البيع النقدي ، ثمن البيع الاجمالي ، وحق المشتري في العدول.

بناءً على ذلك يرى الفقه السويسري ان البيع بالتقسيط يعد عقداً شكلياً^(٢)، وينبغي وفقاً

للمادة المذكورة التمييز بين ثلاث حالات:

١. عدم تحرير العقد كتابياً : يعتبر العقد باطلاً.

٢. اذا تم تحرير العقد ولكن خلا من البيانات الاساسية المبينة اعلاه : يعد العقد باطلاً ايضاً.

^(١) د. محمد كامل مرسي ، شرح القانون المدني الجديد ، العقود المسماة ، ج٦ ، عقد البيع وعقد المقايضة ، المطبعة العالمية ، مصر ،

١٩٥٣ ، ص١٧٣.

^(٢) R. Jeanpretre , Op.Cit., P.8.

٣. اما في حالة اغفال ذكر البيانات الاخرى ، فإن ذلك لايجعل العقد باطلاً بل يؤدي الى حرمان البائع من الانتفاع بالحقوق التي تكفلها له هذه البيانات^(١) .

وهكذا يحيط المشرع السويسري عقد البيع بالتقسيط بشكالية كتابية صارمة ، وفي مصر اشترط القانون المرقم ١٠٠ لسنة ١٩٥٧ ان يكون عقد البيع بالتقسيط محرراً من نسختين اصليتين ، وان يتضمن بيانات محددة كإسم البائع والمشتري ومحل البيع ومقدار الثمن ومدة التقسيط ، ومقدار الاقساط ومواعيدها ، وان تسلم احدى النسختين الى المشتري^(٢). ولكن يلاحظ ان شرط الكتابة هنا ليس ركناً من اركان العقد إنما لمجرد الاثبات ، ويقتصر اثر انعدام الكتابة الى تعرض الممتنع عن تحرير العقد الى عقوبة جزائية ، فهذا النص وضع لغرض منع المنازعات التي تصاحب عمليات البيع بالتقسيط^(٣) .

بناءً على ما تقدم ، فإنه اذا اشترط تشريع ما كتابة عقد البيع بالتقسيط وفق صيغة معينة ، ينظر لغرض تحديد كون العقد شكلياً أو رضائياً ، الى ماهية الاثر المترتب على تخلف الكتابة، فإذا كان الاثر بطلان العقد فيكون العقد شكلياً كما هو الحال في القانون السويسري ، اما اذا كان تخلف الكتابة يؤدي الى صعوبة اثبات العقد او توقيع عقوبة جزائية محددة ، فإن العقد يبقى عقداً رضائياً كقاعدة عامة.

الفرع الثاني

البيع بالتقسيط من البيوع الائتمانية

ذاعت في الاونة الاخيرة طائفة من البيوع اصطلح على تسميتها بالبيوع الائتمانية "Credit Sales-vente a' Credit" ويعد البيع بالتقسيط احدها بل أهمها ، وللتعرف على المقصود بالبيع الائتماني نجد من المناسب اولاً ان نوضح معنى الائتمان ، الذي هو العنصر الجوهرى المشترك بين هذه العقود.

والواقع ان اعطاء تعريف محدد للائتمان ليس بالامر اليسير ، لذا تباينت التعريفات سواء التي وضعها الفقه أم التي أوردها المشرع في بعض الدول بمناسبة تشريعه قوانين تعنى بالائتمان ، فقد عرف قانون ائتمان المستهلك الانجليزي لعام ١٩٧٤ الائتمان بأنه "القرض

(١) Pierre Tercier , Les Contrats Speciaux , Schulthess Polygraphischer Verlag , Zurich , 1995 , P.121.

(٢) المادة ٣٩ من القانون المرقم ١٠٠ لسنة ١٩٥٧.

(٣) د. رضا عبيد ، القانون التجارى ، ط ٤ ، مطابع شركة النصر للتصدير والاستيراد ، القاهرة ، ١٩٨٣ ، ص ٦١ . وانظر العقوبة المنصوص عليها في المادة ٤٥ من القانون اعلاه ، والفرق بين اشتراط الكتابة لانقضاء العقد واشراطها لاثباته ، هو ان العقد غير المكتوب لا يكون له وجود قانوني في الحالة الاولى لانه لم يتخذ اصلاً ، اما في الحالة الثانية فالعقد غير المكتوب يكون له وجود قانوني ويمكن اثباته عن طريق الاقرار واليمين ا. د. سعدون العامري ، الوجيز في شرح العقود المسماة ، البيع والايجار ، ج ١ ، كلية القانون والسياسة ، جامعة بغداد ، ١٩٨٧-١٩٨٨ ، ص ١٢.

النقدي واي شكل آخر للتجهيز المالي" ويلاحظ الاستاذ Diamond بحق ان هذا التعريف المذكور بالمادة ٩ ف (١) من القانون اقتصر على بيان ما تشمله كلمة ائتمان لا ما تعنيه^(١) . والائتمان برأي الاستاذ Salmon " ثقة معينة وإعتماد يستند على الاقتناع بوعد الشخص بالوفاء خلال فترة معينة وايضاً على مقدرته المالية لفعل ذلك"^(٢) ومن الواضح ان هذا التعريف يبني الائتمان على عنصر الثقة ، وفي فرنسا وعلى اثر صدور قانون الاستهلاك (Code de la consommation) لعام ١٩٩٣ أعطت محكمة النقض الفرنسية مفهوماً دقيقاً لهذا المصطلح ، فجاء تعريفها له بالشكل الآتي : الائتمان " وهو العملية التي بمقتضاها يتفق الدائن مع المدين على اجل لإرجاع القرض او لدفع ثمن المبيع او الخدمة المقدمة على ان يكون ذلك بعد تسليم المال او تقديم هذه الخدمة"^(٣) ، واخيراً يعرفه البعض بأنه " تقديم مال حاضر لقاء مال مستقبلي"^(٤) ، يتضح مما تقدم ان عنصر الائتمان يعد متوافراً في العقد متى كان الوفاء بالدين الذي يلتزم به شخص (وهو المدين) قبل آخر (مانح الائتمان) مؤجلاً ، وبناءً على ذلك فإن مفهوم الائتمان يتضمن عنصرين اساسيين ، عنصر التبادل Element dechange وعنصر الالتزام المؤجل Element engagement a' terme^(٥) .

والائتمان نوعان : مباشر وغير مباشر ، فالأخير تمارسه المصارف فهي وسيط بين المقرضين والمقترضين ، إذ تقترض من المودعين لتقرض المنتجين وسواهم ، أما الائتمان المباشر فهو الذي يخلو من تدخل وسيط مالي وتكون العلاقة بين الطرفين مباشرة كالبائع الذي يبيع سلعة بالتقسيط الى المشتري ، فالبيع بالتقسيط احد ضروب الائتمان المباشر^(٦) . والائتمان قد يكون مقيد الاستعمال او غير مقيد الاستعمال ، فالأول يستخدم لتمويل عملية محددة بالذات ، اما الثاني فهو يمنح بطريقة تترك المدين حراً في استعماله كما يرغب كالقرض المصرفي ، لذا يعد البيع بالتقسيط من اتفاقات الائتمان مقيد الاستعمال^(٧) . ويعتبر الائتمان^{اليه} الدعامه الثانية للحياة التجارية لانه يمكن التاجر ليس من تحقيق ما يصبواً فحسب ، ولكن من مضاعفة نشاطه التجاري دونما حاجة للوفاء بالتزاماته في الحال لان الائتمان يفضي الى منح المدين أجلاً للوفاء^(٨) ، لذا يعتبر

(١) A. Diamond , Comm. and Cons. Credit , Op.Cit., p.36.

(٢) E.Campbell -Salmon , Hire-Purchase and Credit Sales Law and Practice , Sir Isaac Pitman and Sons Ltd ., London , 1962 , P.1.

(٣) Cass . I re Civ . 15 dec 1993 , no. 92-10.591 , Dalloz -Siery 1994 , I.R.P.37.

(٤) د. باسم محمد صالح ، القانون التجاري ، القسم الاول ، ط٢ ، منشورات دار الحكمة ، مطبعة جامعة بغداد ، ١٩٩٢ ، ص٣٠٩ هامش (١).

(٥) Raymond Michel , L' Assurance de credits en droit compare Paris , 1930 , P.14.

(٦) د. رفيق المصري ، مصدر سابق ، ص٢١.

(٧) A. P. Dobson , Sale of goods and consumer credit , Second edition , Sweet & Maxwell Ltd ., London , 1979 , P.181.

(٨) د. محمد فريد العربي ، القانون التجاري اللبناني ، ط٢ ، الدار الجامعية للطباعة والنشر ، بيروت ، ١٩٨٥ ، ص١٦.

الائتمان كما يرى الاستاذ Cameron بحق " الزيت الذي يبقي عجلة الاقتصاد قيد الدوران"⁽¹⁾، فالحياة التجارية لا يمكن ان تستغني عن الائتمان .

في ضوء ما تقدم ، فان المعنى الواضح للائتمان في عقد البيع هو تسليم المبيع قبل الدفع الكامل للثمن ، مما يعني ان التزام المشتري بوفاء الثمن يكون مؤجلا كلا او بعضا مما يجعل البائع يتعرض لمخاطر إفسار المشتري او اخلاله بالتزامه⁽²⁾ ، وهذا تماما ينطبق على البيع بالتقسيط الذي يعد احد انواع البيوع الائتمانية⁽³⁾ ؛ والبيع الائتماني ، بمعناه الواسع ، يمتد الى كل حالة لا يتعاصر فيها تنفيذ الالتزامات الناشئة عن عقد البيع وعلى وجه الخصوص ، الالتزامين الرئيسيين فيه وهما تسليم المبيع والوفاء بالثمن ، فمتى تأخر تنفيذ احدهما عن الآخر كان البيع ائتمانيا بالنسبة لمن قام بالتنفيذ المعجل ، فإذا قام البائع بتسليم المبيع الى المشتري في الوقت الذي يكون فيه التزام الاخير بدفع الثمن مؤجلا كلا او بعضا كان البيع ائتمانيا من جهة البائع ، وقد يكون ائتمانيا من جانب المشتري اذا قام بوفاء الثمن حالا في الوقت الذي يكون في التزام البائع بتسليم المبيع مؤجلا⁽⁴⁾ .

والبيع الائتماني هو بيع عادي ينعقد صحيحا نافذا ومن شأنه ترتيب اثاره كاملة ، وغاية ما فيه ان أحد الطرفين يأتمن الآخر على ارجاء تنفيذ التزام ما لمدة محددة لسبب او آخر . فقد يتفق الطرفان على تأجيل دفع الثمن كليا او جزئيا لاجل او آجال محددة ، او على ارجاء تسليم المبيع لحين الحصول عليه او استكمالها ، او ارجاء نقل الملكية لحين استيفاء الثمن⁽⁵⁾ .

لذا من الأهمية بمكان عدم الخلط بين البيع الائتماني والبيع الموصوف ، أي البيع المعلق على شرط والمضاف الى اجل ، ففي البيع المعلق على شرط يتوقف وجود العقد او زواله بالكامل على تحقق الشرط او تخلفه ، وفي البيع المضاف الى اجل لا يكون العقد نافذا بالنسبة لكامل ما ينتجه من اثار . اما البيع الائتماني فهو ليس بيعا موصوفا إنمسا بيع بات منتجا لآثاره كافة وغاية الامر انه ينطوي على اتفاق المتعاقدين بتأخير احد الالتزامات التي

(1) "Credit is the oil that Keeps the economic wheels turning". George D. Cameron , Business Law , Textbook of Michigan Business University . U.S.A . , 1993 , P.494.

(2) Diamond , Op.cit., P.37.

(3) ومن البيوع الائتمانية الاخر : البيع الاجباري ، عقد الاجار التمويلي ، بيع الاشتراك ، وسائر ما في موضع لاحق من هذه الدراسة .

(4) د. ابراهيم دسوقي ابو الليل ، مصدر سابق ، ص ١٧ .

(5) Michel de Juglart et Benjamin Ippolito , Droit Commercial , Troisieme Volume , 2 re Edition , Editions Montehrestien , Paris , 1977 , P.523.

يرتبطها العقد إلى وقت محدد أو إلى تحقق واقعة معينة^(١)، وعلى هذا فإن البيع الائتماني يرتب آثاره كاملة عدا الأثر المتعلق بالالتزام المؤجل للتنفيذ.

وجدير بالإشارة أن البيع بالتقسيط قد يشار إليه أحيانا بالائتمان المقسط "Installment Credit"، ويقصد بهذا المصطلح الذي شاع استخدامه في الفقه الانجلو امريكي: ذلك الائتمان الذي يتعين اعادته دفعه بأربع دفعات دورية فأكثر، ويمثل الشكل الأكثر شيوعا من الائتمان، الذي يشمل فضلا عن البيع بالتقسيط البيع الايجاري والقرض المقسط^(٢).

الفرع الثالث

البيع بالتقسيط من العقود التي يداخلها الاجل

لعل من بدهة القول، أن الاجل يعد عنصرا أساسيا لا غنى عنه في البيع بالتقسيط فالتمن يتم الوفاء به على دفعات في آجال متعاقبة، لكن أترتب على دخول الزمن عنصرا في البيع بالتقسيط صيرورته عقدا مستمرا، أي من عقود المدة، أم يبقى على الأصل من حيث كونه عقدا فوريا؟

اختلف الفقهاء في هذا الأمر، فذهب البعض إلى اعتباره عقدا فوريا التنفيذ، فيما اتجه آخرون إلى أنه يعد عقدا مستمرا^(٣)، ولاشك أن في تكييف العقد على هذا الوجه أو ذاك نتائج عملية هامة من حيث:

- أ- ضرورة الاعذار لاستحقاق الدائن التعويض عن التأخير في تنفيذ الالتزام في العقود الفورية، وعدم وجوبه في العقود المستمرة.
- ب- ترتب الأثر الرجعي للفسخ في العقود الفورية وعدم حدوثه في العقود الزمنية.

^(١) د. سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، ج ٣ في العقود المسماة، المجلد الأول - عقد البيع، ط ٥، بتفصيل وتعضيد د. حبيب إبراهيم الخليلي، ابرين للطباعة، القاهرة، ١٩٩٠، ص ١١٠.

^(٢) Clarkson, Miller and Blaire, Op.Cit., P.781.

^(٣) انظر في الاتجاه الأول: د. عبدالرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج ١، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٦٤، ص ١٧٧-١٧٨؛ د. عبدالمجيد الحكيم، الوسيط في نظرية العقد، ج ١، في انعقاد العقد، شركة الطبع والنشر الاهلية، بغداد، ١٩٦٧، ص ١٠٦؛ د. عبدالنعم فرج الصده، محاضرات في القانون المدني، نظرية العقد في قوانين البلاد العربية، ج ١ - التراضي، منشورات معهد الدراسات العربية العالية التابع لجامعة الدول العربية، القاهرة، ١٩٥٨، ص ٤٤-٤٥؛ وانظر في الاتجاه الثاني: د. حسن علي الذنون، النظرية العامة للالتزام، ج ١، مصادر الالتزام، مطبعة المعارف، بغداد، ١٩٤٦، ص ٤٢؛ د. صلاح الدين الناهي، الوحي الوافي، مصادر الحقوق الشخصية، المصادر الارادية، مطبعة البيت العربي، عمان، ١٩٨٤، ص ٤٠؛ د. عبدالرزاق السنهوري، شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزامات ج ١ - نظرية العقد، منشورات لجنة التأليف والترجمة والنشر، القاهرة، بلا سنة طبع، ص ١٤٦. وقد عدل عن هذا الرأي في كتابه الوسيط.

ج- عدم تقبل العقود الفورية لتطبيق نظرية الظروف الطارئة الا اذا كانت مؤجلة بعكس العقود المستمرة التي تعد النطاق الطبيعي لتطبيق هذه النظرية .

د- عدم تأثير وقف التنفيذ الطارئ في العقود الفورية على كم الالتزامات المترتبة عليها بينما يترتب على وقف تنفيذ العقود الزمنية نقص في كم الالتزامات الناتجة عنها لانها محسدة على اساس الزمن^(١) .

واعتقد ان الخلاف المتقدم ليس اختلاف حجة وبرهان بقدر ما هو اختلاف في تحديد مفهوم العقد المستمر ، ففكرة العقد المستمر ، كما يقول الأستاذ الذنون بحق ، " لم تخلص إلينا لحد الآن تقيّة واضحة محددة" .^(٢) فالذين اعتبروا البيع بالتقسيط عقدا مستمرا استندوا الى كون العقد الفوري لديهم هو العقد الذي ينفذ دفعة واحدة أما العقد المستمر فهو الذي ينفذ على دفعات متعاقبة مستمرة ويستغرق تنفيذه مدة من الزمن . وبرأيهم فمن الممكن ان يتحول العقد الفوري الى عقد مستمر اذا استمر تنفيذه مدة من الزمن كالبيع بثمن مقسط^(٣) .

اما الاتجاه الذي يرى في البيع بالتقسيط عقدا فوريا فقد انقسموا في المعيار الذي يأخذون به في التمييز بين عقد فوري ومستمر ، فيذهب رأي الى انه ينبغي لاعتبار العقد مستمرا ان تتقابل تجزئة تنفيذ التزام احد الطرفين بتجزئة في تنفيذ التزام الطرف الاخر ، فالبيع بالتقسيط يعد عقدا فوريا وفقا لهذا الرأي لان تجزئة تنفيذ الالتزام في جانب المشتري لا تقابلها تجزئة في تنفيذ التزام البائع الذي يكون قد نفذ التزامه بالتسليم دفعة واحدة^(٤) ، فالمعيار اذا هو التقابل في تجزئة تنفيذ الالتزامات.

ويذهب الرأي الثاني الى ان العقود الفورية تتحدد فيها التزامات طرفيها بمجرد ارتباط الإيجاب بالقبول ، فاذا تدخل الزمن فيها فيكون تدخله بصفة عرضية لا باعتبارها عنصرا جوهريا ، لذلك لا تأثير له في تحديد التزامات الطرفين المتعاقدين^(٥) ، فعقد البيع عقد فسوري التنفيذ ويبقى كذلك ولو كان الثمن مقسطا او مؤجلا لان الزمن في هذه الحالة ليس الا عنصرا عرضيا لا دخل له في تحديد مقدار الثمن الواجب دفعه إنما فقط لتحديد وقت الالتزام بالوفاء

^(١) انظر في تفصيل ذلك : د. جلال علي العدوي ، اصول المعاملات ، المكتب المصري الحديث للطباعة والنشر ، الاسكندرية ، ١٩٦٧ ، ص ٩٠-٩١ د. عبدالحى حجازي ، النظرية العامة للالتزام وفقا للقانون الكويتي ، دراسة مقارنة ، ج١ - مصادر الالتزام ، المجلد الاول - المصادر الارادية ، باعتناء د. محمد حبر الالفي ، مطبوعات جامعة الكويت ، الكويت ، ١٩٨٢ ، ص ٤٩٦-٥٠٤ .

^(٢) د. حسن علي الذنون ، دور المدة في العقود المستمرة ، وزارة التعليم العالي والبحث العلمي ، مديرية دار الكتب للطباعة والنشر ، جامعة الموصل ، ١٩٨٨ ، ص ٦ .

^(٣) د. السنهوري ، نظرية العقد ، مصدر سابق ، ص ١٤٢ د. صلاح الدين الناهي ، مصدر سابق ، ص ٤٠ .

^(٤) د. احمد حشمت ابو ستيت ، نظرية الالتزام في القانون المدني المصري ، مصادر الالتزام ، القاهرة ، ١٩٤٥ ، ص ٦٥ .

^(٥) د. عبدالرزاق السنهوري ، الوسيط ، ج١ ، مصدر سابق ، ص ١٧٨ د. عبدالنعم فرح الصده ، مصدر سابق ، ص ٤٥ .

ومتى حل الاجل وجب تنفيذ الالتزام فوراً^(١) والرأي الأخير جدير بالتأييد ، لذا يعد البيع بالتقسيط عقداً فورياً برأينا يؤيد ذلك ان التزام المشتري بدفع الأقساط يحل بإفلاسه بسبب سقوط الاجل بينما التزام المستاجر بدفع الاجرة عن المدة المستقبلية لا يحل بالإفلاس لان الزمن عنصر جوهري لا عرضي فيه.

الفرع الرابع

البيع بالتقسيط من العقود الشائعة في المعاملات التجارية

مر بنا كيف ان التجار وجدوا في البيع بالتقسيط ضالتهم في زيادة مبيعاتهم وتنمية تجارتهم وقد تعزز هذا التوسع ، مع ظهور مؤسسات متخصصة تمارس هذا الضرب من البيوع وتدخل البنوك لتمويله ، ولئن كان شيوع البيع بالتقسيط في معاملات التجارة حقيقة جليلة لا تحتاج مزيداً من البسط والتوضيح فان ذلك يثير تساؤلاً مفاده : أيعد البيع بالتقسيط عقداً مدنياً أم تجارياً ، خصوصاً إذا ما أخذنا بنظر الاعتبار ان بعض التشريعات التجارية قد تناولته بالتنظيم؟^(٢) .

من نافذة القول ان نقرر ابتداءً ان تعبير العقود التجارية رغم كثرة استعماله في التشريع والفقهاء والقضاء ينطوي على بعض الغموض ويثير اللبس في الأذهان ، إذ قد يوحي بوجود طائفة مستقلة من العقود تقف الى جانب العقود المدنية يطلق عليها عقوداً تجارية ، ولكن الكثرة الغالبة من هذه العقود لا تتميز لافي الاسم ولا في الاركان ولا في الطبيعة عن العقود المدنية^(٣) ، وبما ان العقود نفسها قد تثبت لها احياناً الصفة المدنية او الصفة التجارية ، فان القول بوجود عقود مدنية واخرى تجارية لا تكون تفرقة بين طائفتين مستقلتين من العقود وانما تفرقة بين صفتين مختلفتين لنفس العقود^(٤) ؛ ونتيجة لذلك ، فقد ثار جدل في الفقه حول بيان المقصود بالعقود التجارية حتى خلص البعض الى القول " ان من الصعب وضع تعريف

(١) د. عبدالحى حجازي ، مصدر سابق ، ص ٤٩٧ .

(٢) ومن هذه التشريعات على سبيل المثال : القانون المصري رقم ١٠٠ لسنة ١٩٥٧ الخاص ببعض انواع البيوع التجارية ، وقد عالج في الباب الثالث منه (المواد ٣٦-٤٣) البيع بالتقسيط ، واشترط ان يكون البائع تاجراً يحترف عمليات البيع بالتقسيط للعروض والمقولات المادة ؛ انظر في ذلك : د. علي جمال الدين عوض ، العقود التجارية ، مصدر سابق ، ص ٥٣ وما بعدها . وقد كان قانون التجارة العراقي السابق ذي الرقم ١٤٩ لسنة ١٩٧٠ يعالج في الفصل الاول من الباب الثاني منه البيع بالتقسيط (المواد ١٢٧-١٣٠) وتحت عنوان " بعض انواع البيوع التجارية " .

(٣) د. علي البارودي ، العقود وعمليات البنوك التجارية ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، بلا سنة طبع ، ص ٥ ؛ د. رضا عبيد ، مصدر سابق ، ص ٧ .

(٤) د. حلال العلوي ، مصدر سابق ، ص ٦٩ .

معين للعقود التجارية او إخضاعها لأي تحديد^(١) ، لذا اتجه الفقه من محاولة وضع تعريف محدد للعقود التجارية الى محاولة وضع معيار لتمييزها عن العقود المدنية ، ويرى غالبية الفقهاء^(٢) ان المعيار الطبيعي للتفريق بين العقود المدنية والتجارية يكمن في نظرية الاعمال التجارية ، فيكون العقد تجاريا متى كان محله عملا تجاريا ، كذلك يعتبر العقد تجاريا اذا ابرم من تاجر لحاجات تجارته وفقا لنظرية الاعمال التجارية بالتبعية.

وتاسيسا على ما تقدم ، يكتسب عقد البيع بالتقسيط الصفة التجارية متى امكن ادخاله ضمن التعداد الذي يورده المشرع في قوانين التجارة للاعمال التجارية كما انه يعتبر تجاريا ايضا اذا صدر من تاجر ولأغراض تجارته ، ولكن اعتبار عقد ما عقدا تجاريا لايعني انه كذلك بالنسبة لطرفي العقد بالضرورة وذلك يصدق تماما بالنسبة للبيع بالتقسيط ، فالغالب ان البائع يتعامل مع جمهور المستهلكين ، والمستهلك غالبا ليس تاجرا ، وحتى لو كان كذلك فإنه يشتري السلعة لأشباع حاجة خاصة وليس لأغراض تجارته^(٣) ، وهكذا اذا كان العقد تجاريا دائما بالنسبة للبائع المحترف لهذا النمط من البيوع فإنه يعد مدنيا بالنسبة للمشتري المستهلك للسلعة ، وذلك بعكس البيع بثمن مؤجل الذي يربط غالبا بين تاجرين ، فالمصنع يبيع منتجاته لتاجر الجملة بالاجل والذي يقوم بدوره ببيعها لتجار التجزئة بالاجل ايضا . وعندما يبيع تاجر التجزئة السلع الى المستهلكين يسد لتاجر الجملة وعندئذ يوفي الاخير بدوره الثمن الى المصنع^(٤) .

وبقدر تعلق الأمر بالقانون العراقي ، فبمقتضى الفقرة الأولى من المادة الخامسة من قانون التجارة ، يعتبر شراء المنقول او العقار لأجل البيع بقصد الربح عملا تجاريا ، فإذا قام شخص بشراء أموال لغرض بيعها بالتقسيط وتحقيق ربح من وراء ذلك كان العقد تجاريا بالنسبة له حتى لو كان مدنيا بالنسبة للطرف الآخر ، ويراعى ان المشرع العراقي لم يأخذ بنظرية الأعمال التجارية بالتبعية^(٥) . والتزم جانب الصمت بصدد الأعمال التجارية المختلطة. وتظهر أهمية تحديد تجارية عقد البيع بالتقسيط أن اعتباره كذلك يستتبع تطبيق قواعد النظام

(١) د. مراد منير فهم ، القانون التجاري ، العقود التجارية وعمليات البنوك ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، ١٩٨٢ ، ص ٩ ، وانظر في تعريفات العقد التجاري والانتقادات الموجهة اليها : د. علي حسن بونس ، مصدر سابق ، ص ٣-٥ .

(٢) انظر : د. علي جمال الدين عوض ، العقود التجارية ، مصدر سابق ، ص ١٤ . د. علي البارودي ، مصدر سابق ، ص ٧٤٧ . د. مسرود منير فهم ، مصدر سابق ، ص ٩ .

(٣) د. زهير عباس كريم ، مبادئ القانون التجاري دراسة مقارنة ، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، ١٩٩٥ ، ص ٢٤٧ .

(٤) د. هاني محمد دويدار ، العقود التجارية والعمليات المصرفية ، دار الجامعة الجديدة ، الاسكندرية ، ١٩٩٤ ، ص ٩٨-٩٩ .

(٥) انظر الاسباب الموجهة لقانون التجارة العراقي الرقم ٣٠ لعام ١٩٨٤ .

القانوني للعمل التجاري عليه تلك القواعد التي تهدف إلى تحقيق اعتبارين : السرعة والائتمان^(١)

الفرع الخامس

البيع بالتقسيط من العقود النموذجية غالباً

لقد جرى العمل من قبل بائعي التقسيط على اعداد صيغ معينة من عقود البيع بالتقسيط تبين مفصلاً حقوق والتزامات طرفي العقد ، ويتم تطبيقها بلا تغيير على مر الزمن بالنسبة لجميع المتعاقدين ، وهذه العقود ليست إلا صورة طبق الأصل لما يسمى بالعقود النموذجية أو القياسية Standard from contract التي يتم صياغتها من قبل البائع بتفصيل لا يدع مجالاً لأي ثغرات ، لذلك يمكن القول ان عقود البيع بالتقسيط بشكل عام تميل لاتباع نظام موحد^(٢) .

كما أضحت من الشائع اليوم ان التاجر يبيع البضاعة محل التقسيط نقداً الى إحدى شركات التمويل Finance companies التي تقوم بدورها بتسليمها للمشتري وفقاً لصيغة التقسيط ، لذا يجد المشتري نفسه قد اشترى البضاعة ليس من التاجر نفسه بل من شركة تمويل كبيرة وهكذا نكون امام علاقة غير متكافئة لطرفين احدهما قوي اقتصادياً والآخر ضعيف ، كما ان شركات التمويل اعتادت من خلال اتباعها سياسة "خذها او اتركه"^(٣) على ادخال شروط عقدية مفرطة ومرهقة بالنسبة للمشتري^(٤) .

وإذا كان الأمر على النحو الذي بيناه ، أفضي ذلك الى ان البيع بالتقسيط في مثل هذه الأحوال يصبح من عقود الإذعان ام لا؟ ولاشك ان تكييف العقد على انه عقد إذعان من الأهمية بمكان كونه يتيح للقاضي ان يتدخل لإعادة التوازن بين طرفي العقد والتخفيف من التزامات الطرف المذعن خروجاً على مبدأ سلطان الإرادة.

وللفصل في الأمر ينبغي تحري مدى انطباق خصائص عقود الإذعان على عقد البيع بالتقسيط ، ويكاد ينعقد اجماع الفقه^(٥) على ان عقود الإذعان Contrats d'Adhesion ينبغي ان تستوفي الشروط التالية :

(١) ويتميز هذا النظام بوضع قواعد خاصة لاثبات الالتزامات التجارية (مبدأ حرية الاثبات في المسائل التجارية) وكذلك التشدد في منح المدين مهلة للوفاء ، واتباع اجراءات النفاذ المعجل ، وتقصير مدد التقادم المسقط ، وتعديد نسب الفوائد وتطبيق نظام الافلاس . انظر في تفصيل القواعد التي تسري على العقود التجارية :د. علي يونس ، مصدر سابق ، ص ٦-١٩ .

(٢) P.S. Atiyah , The Sale of goods , Seventh edition, Pitman Publishing Ltd ., London , 1985 , P.321.

(٣) "Take it or leave it"

(٤) Dobson , Op.Cit , P.159.

(٥) د. حسن علي الذنون ، مصادر الالتزام ، مصدر سابق ، ص ٦٥٤ د. عبدالرزاق السهوري ، نظرية العقد ، مصدر سابق ، ص ٢٨٠-٢٨١ د. عبدالمنعم فرج الصده ، مصدر سابق ، ص ٩٢-٩٣ د. محمد بن حسين الشامي ، النظرية العامة للالتزامات، المعاملات الشرعية ، ج١ ، مصادر الالتزام ، ط ٣ ، مكتبة الجيل الجديد ، صنعاء ، ١٩٩٤ ، ص ١١٩-١٢٠ .

١. ان يتعلق العقد بسلع وخدمات ضرورية بحيث لا يمكن الاستغناء عنها.
٢. ان تكون هذه السلع والخدمات محل احتكار قانوني او فعلي او موضع منافسة محدودة النطاق.

٣. ان يصدر الإيجاب الى الناس كافة بشروط ثابتة وبصورة مستمرة.
٤. ان يحتوي العقد على شروط اكثرها في مصلحة الموجب فبعضها يخفف من مسؤوليته وبعضها يشدد من مسؤولية المذعن.

من إمعان النظر في الخصائص المتقدمة نخلص الى القول انه وان كانت كثيرا من عقود البيع بالتقسيط تتطوي على معنى التسليم بشروط محددة يضعها البائع ولا يقبل فيها مناقشة فالمشتري ليس في وسعه الا ان يقبل جملة او يرفض جملة ، الا ان السلع التي تباع بالتقسيط غالبا ليست موضع احتكار لوجود العديد من التجار الذين يتنافسون في هذا الضرب من التجارة ، فضلا عن ان السلعة يمكن شراؤها من ذات التاجر نقدا بدلا عن التقسيط ، يضاف الى ذلك ان كثيرا من بيوعات التقسيط محلها سلع ليست ضرورية بالمعنى الفني الدقيق لهذه الكلمة فيمكن الاستغناء عنها.

وبالتالي يتضح ان عقد البيع بالتقسيط لا يرقى الى مرتبة عقد الاذعان ، وبالتالي تكون الحماية التي توفرها هذه النظرية للمشتري معطلة في معظم الاحوال ، خصوصا اذا ما علمنا ان القضاء لا يتوسع في تطبيقها لأنها تشكل استثناء على القواعد العامة ، ولعل ذلك هو ما حدا بالمشرعين في معظم دول العالم الى عدم الركون الى الحماية التي تقدمها عقود الاذعان وانما الاتجاه الى سن تشريعات خاصة لحماية المشتري في البيع بالتقسيط^(١) .

الفرع السادس

البيع بالتقسيط من البيوع التي يتناولها المشرع بالتنظيم

تقدم مالمبيع بالتقسيط من اثار اجتماعية واقتصادية وما يثيره من مشاكل قانونية ، لذا لم يقتنع المشرع في العديد من دول العالم بترك امره لحكم القواعد العامة ، وانما اتجه الى التدخل تشريعا لتنظيم هذا الجانب او ذلك فيه.

ويلاحظ في بادئ الأمر ان هذه التشريعات جاءت تلبية لداعي الحاجة والضرورة ، لذا اتصفت عموما بخاصيتين ، اولهما : كونها لم تنظم البيع بالتقسيط بشكل شامل وانما اقتصر على معالجة بعض جوانبه التي اثارت قلقا لدى المشرع وثانيهما : ان هذه

(١) انظر لاحقا بصدده حماية المشتري ، ص ١٩٥ من هذه الدراسة.

التشريعات لم تتصف بالدوام فسرعان ما عدلت او الغيت وفقا لتقلبات السياسة النقدية^(١) .

ومن استعراض مجمل التشريعات التي صدرت بمناسبة البيع بالتقسيط يمكن

الى ثلاث فئات:

١. تشريعات ذات وجهه اقتصادية : شرعت لغرض السيطرة على الطلب الاستهلاكي ومعالجة

التضخم ، وتتضمن وضع حد ادنى للدفعة الاولى وتحديد مدة قصوى للتقسيط.^(٢)

٢. تشريعات خاصة بحماية المشتري : وقد حاول المشرع من خلالها إسباغ الحماية للمشتري

تجاه سوء تصرفات البائعين وتضمنهم العقود شروطا مرهقة واتباعهم اساليب للاحتيال

والتغريب^(٣) .

٣. تشريعات تتعلق بتوفير ضمانات للبائع : ذلك ان البائع بالتقسيط يتعرض لمخاطر متعددة لا

تسغه القواعد العامة في درءها ، لذا اتجه المشرع في بعض الدول لايجاد ضمانات خاصة

للبيع كتقرير حق رهن لصالحه على المنقولات المباعة بالتقسيط او مسالة المشتري جزائيا

اذا اخل بالتزاماته تجاه البائع^(٤) .

وقد اتجهت كثير من الدول مؤخرا كسويسرا وانجلترا الى جمع هذه المسائل كافة بين

دفتي تقنين واحد.

ويلاحظ تاريخيا ، ان اول تشريع صدر منظما البيع بالتقسيط هو القانون الالمانى لعام

١٨٩٤ ، ثم شرعت السويد قانونا في الموضوع نفسه عام ١٩١٥ بتأثير التجربة الالمانية ،

تلتها بعد ذلك الولايات المتحدة عام ١٩١٨ بتشريع قانون البيوع المشروطة الموحد

Unifrom Conditional-Sales Act^(٥) .

وبصدد التشريعات محل المقارنة ، يلاحظ في فرنسا عدم صدور تقنين موحد يجمع

بين دفتيه احكام البيع بالتقسيط كافة ، وانما صدرت عدة قوانين متفرقة تنظم جانبا او آخر مما

يتعلق به^(٦) ، لذا يتسم التنظيم التشريعي للبيع بالتقسيط في فرنسا بالقصور ، وفي انجلترا

(١) J.A.Slater , Pitman's Commercial Law , Fifteenth Edition by John Nevin . Sir Isaac Pitman and Sons Ltd , London , 1966 , P.125.

(٢) انظر ص ٧٨ من هذه الدراسة .

(٣) انظر ص ١٤٥ من هذه الدراسة .

(٤) انظر ص ١٣٨ من هذه الدراسة .

(5) A.Diamond , Instalment Credit , Op.Cit. , P.91.

(٦) ففي تنظيم الدفعة الاولى ومدة التقسيط صدر القانون رقم ٥٥-٥٨٥ في آيار ١٩٥٥ والقانون رقم ٧٥٥-٥٦ في آب ١٩٥٦ .

وفي الجانب المتعلق بحماية المشتري بسري حاليا فانون الاستهلاك لعام ١٩٩٣ ، اما في الجانب المتعلق بتوفير ضمانات للبائع

صدرت عدة قوانين منها القانون رقم ٢٩-٣٤ الصادر في كانون الاول ١٩٣٤ والمعدل المتعلق بتوفير ضمانات لبائعي السيارات

بالتقسيط ، وسيأتي بيان كل ذلك في موضعه المناسب من هذه الدراسة.

Hire-Purchase الذي يعالج ايضا البيع
ي للاعوام ١٩٥٧ و ١٩٦٤ و ١٩٦٥ التي
١٩٧٤ الذي وسع احكام قوانين البيع الاجاري
. وفي سويسرا صدر القانون الاتحادي للبيع
بين الالتزامات السويسري^(١) .

مهورية بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٥٧ منظما
لتنقيط . اما في العراق فقد كان قانون التجارة
ام المتعلقة بهذا البيع الا ان هذه الاحكام غابت عن

قانون اسبر

وبرغم ما تقدم ، فإن القواعد العامة في نظرية الالتزام وقواعد عقد البيع تبقى ذات
اهمية بالغة في البيع بالتنقيط فيلاحظ من جهة ان كثيرا من الدول منها العراق لا تزال لحد
اليوم خالية من تنظيم تشريعي للبيع بالتنقيط لذا يلزم الرجوع لهذه القواعد ، من جهة اخرى
حتى في الدول التي تنظم البيع بالتنقيط ، أو الائتمان بوجه عام ، بتشريعات خاصة فإن
سريان تلك التشريعات محدد بنطاق معين وخارج ذلك النطاق تبقى القواعد العامة ذاتها واجبة
التطبيق ، ومن هنا تتبدى حكمة دراستنا لهذه القواعد.

ولم يسترع البيع بالتنقيط اهتمام المشرع الوطني فحسب وإنما كان موضع عناية
المشرع الدولي ايضا ، ذلك انه من البيوع الذائعة في المعاملات الدولية سيما في تجارة
السيارات والآلات الميكانيكية والالكترونية والحاسبات ، وينشط البيع الدولي بالتنقيط كلما
كانت التجارة الدولية حرة لا تعيقها قيود على التصدير والاستيراد ولا رقابة على النقد^(٢) .

ولغرض تسهيل نشاط التجارة الدولية وأبعادها عن المشكلات القانونية الوطنية
تمخضت الجهود عن توقيع اتفاقيتي لاهاي لعام ١٩٦٤ بشأن القانون الموحد للبيع الدولي
للمنقولات المادية^(٣) ، ولاشك ان البيع بالتنقيط تسري عليه احكام القانون الموحد ، الا انه لما
كانت بعض التشريعات تفرد هذا البيع باحكام خاصة بحماية المشتري والتي تعتبر من النظام

(١) P.S. Atiyah , Op.cit., P.325.

وانظر ايضا , D.A.Girling , Everyman's Encyclopaedia , Volume 6 , Sixth Edition , JM Dent and Sons Ltd , London , 1978 , P.257.

(٢) وهذه الاحكام تتكون من ١٢ مادة حملت التسلسلات من ٢٦٦ (A) الى ٢٦٦ (M) من تقنين الالتزامات السويسري.

(٣) د. محسن شفيق ، اتفاقيات لاهاي لعام ١٩٦٤ بشأن البيع الدولي للمنقولات المادية ، بحث منشور بمجلة القانون والاقتصاد ،
تصدر عن كلية الحقوق بجامعة القاهرة ، العدد الرابع ، السنة ٤٤ ، ديسمبر ١٩٧٤ ، ص ٣١١.

(٤) انظر مفصلا : د. ثروت حبيب ، دراسة في قانون التجارة الدولية مع الاهتمام بالبيوع الدولية ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ،
١٩٧٥ ، ص ٢٩٦ وما بعدها.

العام ، فقد خشي واضعو القانون ان تكون الرغبة في الأبقاء على هذه الحماية مانعا للدول من الانضمام الى الاتفاقية فرفعوا الحرج بالنص في الفقرة الثانية من المادة الخامسة على انه " لا يترتب على هذا القانون الغاء القواعد الامرة التي تضعها القوانين الوطنية لحماية المشتري في البيوع بالتقسيط"^(١) . لذا فإن احكام القانون الموحد مع الاحكام الأمرة في القانون الوطني سوف تحكم معا البيع الدولي بالتقسيط للمنقولات المادية^(٢) ، وقد جاءت اتفاقية الامم المتحدة بشأن البيع الدولي للبضائع وهي اتفاقية فينا لعام ١٩٨٠ خالية من ايراد مثل هذا النص^(٣) .

(١) د. محسن شفيق ، مصدر سابق ، ص ٣١١ .

(٢) د. ثروت حبيب ، مصدر سابق ، ص ٣٢١ هامش (٤) .

(٣) انظر النص الانجليزي للاتفاقية في :

المبحث الثاني علاقة البيع بالتقسيط بالبيع الايجاري

كثيرا ما يقترن البيع بالتقسيط بالبيع الايجاري Location-Vente ، بل ان من الفقهاء من يرادف بين المصطلحين فيعتبرهما امرا واحدا^(١) او يعالجهما تحت عنوان واحد ، وهذا الخلط القائم في الأذهان يدعونا لتقري الصلة بين البيع بالتقسيط والبيع الايجاري ، وسبر غور هذه الصلة لا يتأتى الا من خلال الدراسة بشيء من التحليل والتفصيل لماهية البيع الايجاري والظروف التي احاطت بنشأته وطبيعته القانونية ثم موقف التشريعات منه ، لنصل في نهاية المطاف الى الفصل بين النظامين او توحيدهما لغرض أعمال ذات الأحكام.

المطلب الأول

نشأة البيع الايجاري ومفهومه

يتعرض البائع بالتقسيط لمخاطر جمة لا تسعفه الضمانات التي تقررها القواعد العامة في انقضاء شروطها والحد من اضرارها ، وترتد هذه المخاطر جمة إلى صفة الانتماء التي تلحق البيع بالتقسيط حيث يقوم البائع بتسليم المبيع ونقل ملكيته إلى المشتري قبل ان يقوم الأخير بوفاء كامل الثمن ، فإذا ما أخل المشتري بالتزاماته الناشئة عن العقد ، فإن ضمانات البائع وفقا للقواعد العامة تتمثل في امكانية استعمال حقه في التنفيذ العيني لاقتضاء باقي الثمن من اموال المشتري كأبي دائن عادي ، واذا ما نفذ على المبيع فإنه يستفيد من استيفاء دينه مقدما على سائر الدائنين بفضل امتياز البائع ، من جهة اخرى قد يفضل البائع فسخ البيع واسترداد المبيع^(٢) .

غير ان هذه الوسائل قد تصبح عديمة الجدوى عملا ، خصوصا في بيع المنقولات الميدان الارحب للبيع بالتقسيط ويتمثل ذلك في الفروض التالية :

١. حالة تصرف المشتري بالمبيع الى مشتر آخر حسن النية : حيث تقف قاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية عائقا يحول دون استرداد المبيع ، كذلك الامر اذا رهن المشتري المبيع او وضعه في العين المؤجرة حيث يتعطل امتياز البائع لصالح الدائن المرتهن والمؤجر^(٣) .

(١) انظر: د. عباس الصراف ، البيع والايجار ، مصدر سابق ، ص ٢٧.

(٢) د. منصور مصطفى منصور ، مذكرات في القانون المدني ، العقود المسماة - البيع والمقايضة والايجار ، دون ناشر ، القاهرة ، ١٩٥٦ ، ص ٢١.

(٣) د. رمضان ابو السعود ، دروس في العقود المسماة ، عقد البيع في القانون المصري واللبناني ، الدار الجامعية ، بيروت ، بلا سنة طبع ، ص ٢٦.

٢. حالة إفلاس المشتري : حيث يحول إفلاس المشتري دون استعمال البائع حقه في الفسخ واسترداد المبيع ولا يجد شيئاً احتفاظ البائع بملكية المبيع إذ لا يمكن الاحتجاج به تجاه دائني التفليسة^(١) ، وبذلك ليس للبائع الا الرجوع بالثمن كدائن عادي يخضع لقسمة الغرماء^(٢).

٣. وحتى اذا تم فسخ البيع فيسترد البائع المبيع مستعملاً وبحالة سيئة في كثير من الاحوال، ويتوجب عليه رد الاقساط التي قبضها الى المشتري لان الفسخ يقتضي اعادة الطرفين الى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد^(٣) ، واذا اشترط البائع احتفاظه بالاقساط المقبوضة او بعضها كتعويض له عن هبوط قيمة المبيع خضع هذا الاتفاق الى سلطة القاضي التقديرية باعتباره شرطاً جزائياً^(٤).

ازاء هذه المخاطر التي تحرق بياعي التسيط واستجابة لدواعي الحبطة والحذر ورغبة من البائعين في حماية انفسهم من مفاجات الاعسار المالي للمشتري أو إضراره بحقوق البائع ذهب البائعون بعيداً الى التغيير في طبيعة عقد البيع بالتسيط بإلباسه ثوباً آخر ، وهدهم التفكير اخيراً الى تلك الصيغة التي تسمى اليوم البيع الاجاري او الايجار السائر للبيع^(٥).

وبمقتضى هذه الوسيلة يوصف عقد البيع بالتسيط إيجاراً يظهر فيه البائع بصفة مؤجر والمشتري بصفة مستأجر ، ويحوز المستأجر المأجور فيما يبقى البائع مالكا له باعتباره مؤجراً ويستوفي الأقساط المستحقة باعتبارها أجره للانتفاع بالشيء لا ثمناً للمبيع ، ويصار الى الاتفاق انه عند انتهاء مدة الإيجار وبدفع الأقساط كاملة ، التي قد يضاف اليها في النهاية مبلغ رمزي ، يستطيع المستأجر ان يملك الشيء ، فالعقد الذي ظاهره إيجاراً سوف يتحول في نهاية الامر الى بيع^(٦).

يتضح ان البيع الاجاري ينطوي على احتمالين : إما ان يواظب المستأجر على سداد الاقساط جميعاً حتى نهاية المدة المضروبة فينقلب الإيجار بيعاً وتعتبر الاجرة المدفوعة اقساطاً للثمن ، واما ان يتخلف المستأجر عن السداد فيجب عليه عملاً بأحكام عقد الإيجار رد

(١) انظر مابلي ص ١٢٨ من هذه الدراسة .

(٢) د. حسي خضر ، عقد البيع ، مصدر سابق ، ص ٢٣ .

(٣) د. عبدالمجيد الحكيم وآخرون ، الوجيز ، ج ١ ، مصدر سابق ، ص ٢٠٣ .

(٤) وسيأتي تفصيل ذلك لاحقاً ، انظر ص ٩٨ .

(٥) بالفرنسية Location-Vente وبالانجليزية Hire-Purchase ، وحدير بالملاحظة ان الفقه العربي يستعمل في الاشارة الى هذا العقد مسميات متعددة مثل : الايجار المقترن بالبيع ، الايجار المملك ، الايجار البيعي ، عقد ايجارة وبيع ، عقد ايجار منتهي بالتملك ، لكننا فضلنا استعمال تسمية " البيع الاجاري " لانها اكثر شيوعاً وإيجاراً وادق في الدلالة على المطلوب.

(٦) Joseph Hamel , Op.Cit . , P.41.

الشيء الى المؤجر - البائع الذي يحتفظ بالاقساط المدفوعة بوصفها اجرة نظير الانتفاع بالشيء للمدة الماضية^(١) .

ويلاحظ مما سبق ، ان هذا العقد يراد به ان يكون ايجارا وبيعا في الوقت نفسه : ايجارا حتى تمام الوفاء بالاقساط ، وبيعا متى تم الوفاء ، ولا يخفى مال هذه الصفة المزدوجة للعقد من فائدة بالنسبة للبائع الذي تقتضي مصلحته بلاشك تكليف العقد ايجارا ، لان ذلك ينعم عليه بالمزايا التالية:

١. يعد الايجار من عقود الامانة ، لذا اذا تصرف المستأجر بالشيء محل العقد قبل الوفاء بالاقساط كاملة عد مرتكبا لجريمة خيانة الامانة وأمكن توقيع العقوبة الجزائية بحقه^(٢) ، لذلك يلاحظ انه وان كان اثر قاعدة الحيازة في المنقول لا يزال باقيا ، اذا تصرف المستأجر بالمأجور الى الغير حسن النية ، الا ان الفرق يبدو انه في حالة البيع بالتقسيط يكون الجزاء مدنيا فحسب وهو رجوع البائع على المشتري المتصرف بباقي الثمن اما اذا كيف العقد بصفته بيعا ايجاريا تعرض المتصرف ، فضلا عن الجزاء المدني ، للجزاء الجنائي^(٣) ، ولاشك ان تعرضه للمسألة الجنائية قد يردعه ويرده عن التصرف بالشيء الذي لم يوف ثمنه بعد^(٤) .

٢. يتمكن البائع (المؤجر) في البيع الايجاري من تجنب شر افلاس المشتري ، إذ لو وقع تحت طائلة الافلاس وهو ليس سوى مستأجر جاز للبائع الذي يكون مالكا للمبيع بصفته مؤجرا استرداده من تفليسة المستأجر وبذلك يتجنب الدخول في التفليسة والخضوع لقسمة الغرماء^(٥) .

٣. في حالة فسخ العقد لإخلال المشتري بسداد الاقساط ، فإن البائع لا يلتزم برد ما قبضه من اقساط ذلك لان العقد اجارة لا بيع والاقساط انما هي اجرة نظير الانتفاع لا ثمن للمبيع^(٦) .

(١) د. مصطفى الجمال ، البيع في القانونين اللبناني والمصري ، الدار الجامعية ، بيروت ، ١٩٨٦ ، ص ٣٧؛ د. حميس خضر ، العقود المدنية الكبيرة ، البيع والتأمين والايجار ، ط ١ ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٧٩ ، ص ٢٦ .

(٢) د. جميل الشرفاوي ، شرح العقود المدنية - البيع والمقايضة ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٦٦ ، ص ٢٧ .

(٣) د. حميس خضر ، عقد البيع ، مصدر سابق ، ص ٢٢ .

(٤) د. محمد لبيب شنب ، شرح احكام عقد البيع ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٦٦ ، ص ١٨ .

(٥) استاذنا : د. جعفر الفضلي ، الوجيز في العقود المدنية - البيع والايجار والمقايضة ، ط ٢ ، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، ١٩٩٧ ، ص ٨١ .

(٦) وهذا الصدد قضت محكمة تمييز العراق برد طلب المدعي (المميز) بشأن استرداد الاقساط المدفوعة من قبله ، مستندة الى ما جاء في البند العاشر من عقد بيع الدار موضوع الدعوى بأنه في حالة فسخ العقد لاي سبب كان فلا يحق للطرف الثاني المطالبة بالاقساط المدفوعة من قبله وفوالدها وانما تعتبر تلك الاقساط بمثابة بدل ايجار للمدة التي اشغل فيها الدار ، رقم القرار ٦٦٢/تميزية/١٩٨٠ في ١/٣١/١٩٨١ . مجموعة الاحكام العدلية . العدد الاول ، السنة الثانية عشرة ، ١٩٨١ ، ص ٩٥ .

٤. ان رسوم العقدين ليست واحدة ، فهي مرتفعة بالنسبة للبيع واقل منها بالنسبة للايجار لذا فان تكييف البيع بالتقسيط كأيجار يؤدي الى الخضوع الى رسوم منخفضة^(١) .

يتضح مما تقدم ما لهذه العقود من مغالاة في رعاية مصلحة البائع وما يقابل ذلك من غمط لحقوق المشتري الذي من مصلحته ان يبقى العقد على اصله يبيعا لا ايجارا . وعقد البيع الايجاري وليد القانون الانجليزي ، وكحقيقة اقتصادية فهو ليس إلا مجرد حيلة "Fiction" فنشوء تاريخيا جاء نتيجة محاولات متعاقبة من قبل واضعي التشريع للتدبير لمصلحة الشخص الذي يبيع بضائعه بالتقسيط كوسيلة تحفظ لهذا الاخير حقوقه على المبيع لتوفر له ضمانا مناسباً تجاه الدفع اللاحق للثمن^(٢) .

فقد نشأت عقود البيع الايجاري وتطورت في انجلترا منذ حوالي نهايات القرن الثامن عشر ، ومن المستحيل ان نفهم لماذا ظهرت الى حيز الوجود دون اعطاء تقييم للنظام القانوني السائد انذاك ، فمن الواضح ظهور حاجة لصيغة من عقود البيع بالتقسيط يستطيع البائع بمقتضاها ان يحتفظ بضمان على البضائع ، فدرج التجار اول الامر على بيع وتسليم البضائع بالتقسيط من خلال شرط صريح بأن ملكية البضائع تبقى للبائع الى حين قبضه الثمن كاملا ، وعرف هذا العقد في القانون الانجليزي بالبيع المشروط (Conditional-Sale) ، وكان هذا الاسلوب كافيا لحماية البائع تجاه تصرف المشتري بالمبيع الى شخص آخر قبل وفاء الثمن بمقتضى القاعدة التي تقرر ان "فاقد الشيء لا يعطيه"^(٣) ، ولكن في عام ١٨٨٩ شرع استثناء مهم على هذه القاعدة بموجب المادة التاسعة من قانون الوكالات التجارية^(٤) Factors Act ملكيتها الى المتصرف اليه الذي يتلقى البضاعة بحسن نية ، وفي قضية Lee V. Butler عام ١٨٩٣ قرر ان هذا الحكم يسري بحق المشتري في البيع المشروط مما جعل حقوق البائعين تتعرض للمخاطر ودفعهم للبحث عن صيغة قانونية جديدة تمكنهم من ضمان حقوقهم على البضاعة المباعة ، وهكذا فان صيغة العقد تغيرت حالا الى ايجار مع خيار الشراء ، وفاعلية هذا العقد الجديد تم تقريرها من قبل مجلس اللوردات في قضية Helby V. Matthews عام ١٨٩٥^(٥) .

(١) زهدي يكن ، شرح قانون الموجبات والعقود ، ج٧ ، القسم الثاني ، في العقود المسماة ، البيع ، ط١ ، دار الثقافة ، بيروت ، بلا سنة طبع ، ص ٢٢ هامش (١) .

(٢) J. K. Macleod , Sale and Hire-Purchase , Butterworths & Co. Publishers Ltd. , London , 1971 , P.9.

(٣) "Nemo dat non habet"

(٤) وهذه المادة تطابق م/٢٥ من قانون بيع البضائع الانجليزي لعام ١٨٩٣ . والحكم الذي تقرره يقترب من قاعدة الحيابة في المفسول سند الملكية المعروفة في القوانين اللاتينية.

(٥) انظر مفصلا في نشأة عقد البيع الايجاري وتطوره في انجلترا:

ملخص هذه القضية ان مالك جهاز "بيانو" قام بإيجاره الى شخص مقابل اجرة شهرية معينة ، واضيف ان المستأجر بإمكانه انتهاء الاتفاق باعادة الجهاز في أي وقت يشاء ، لكنه اذا واطب على دفع الاجرة الشهرية فان البيانو يصبح ملكا خالصا له ، وبعد ان سدد المستأجر بضعة اقساط باع الجهاز الى مشتر آخر تسلمه بحسن نية ، لقد قرر ان الشخص الذي يحوز البضائع بصفة مستأجر مع خيار شرائها لا يخضع للمادة ٢٥ من قانون بيع البضائع (المطابقة للمادة ٩ من قانون الوكالات) لذا لا يتمكن من نقل الحق موضوع التصرف الى الغير، بناء على ذلك يكون للبائع المالك استرداد الجهاز.^(١)

ومع مباركة مجلس اللوردات لهذه الترتيبات القانونية ، كان الطريق ممهدا لتوسع تجاري كبير باستخدام عقود البيع الايجاري ، فعلى مدى السنوات الاربعين التالية شاع استعمال العقد من خلال حقل الشراء الاستهلاكي للبضائع ، واخذ يستخدم في حقيقة الامر كصيغة للبيع المضمون "Secured Sale" ، ومن انجلترا انطلق العقد الى فرنسا والولايات المتحدة والعديد من دول العالم.^(٢)

حاول الفقهاء إعطاء تعريف لهذا العقد فجاءت عباراتهم ، مع اختلافها في الصياغة ، متحدة المضمون والجوهر ، فيرى البعض إن البيع الايجاري عقد يتفق فيه على ان يسلم احد الطرفين شيئا معيناً للاخر مقابل مبلغ دوري متجدد ، وتعتبر هذه المبالغ على سبيل الاجرة عن الانتفاع بالشيء ، فإذا ما اوفى بها المتعاقد جميعا حتى نهاية المدة المحددة انتقلت اليه ملكية الشيء محل العقد بمجرد وفائه بأخر مبلغ منها^(٣) . وجاء في تعريفه كذلك بأنه عقد يصفه المتعاقدان بأنه إيجار ، ويتفقان على ان يقوم المستأجر بدفع اجرة مدة معينة ينقلب العقد بعدها بيعا ، وتعتبر الاجرة التي دفعت أقساطا ثمنا للبيع^(٤) .

وقد عرف أيضا بأنه عقد يتفق فيه البائع مع المشتري على الانتفاع بالشيء محل العقد باعتباره مستأجرا له ويدفع مقابلا لذلك ، فإذا ما مضت مدة معينة على ذلك انقلب المستأجر مشتريا وصار الشيء مملوكا له مع اعتبار ما دفعه كأجرة ثمنا لهذا الشيء.^(٥)

(١) R.A. Eastwood , The Contract of Sale of goods , Second Edition , Butterworths & Co. Publisher Ltd , London , 1946 , P.97.

لذا فإن صيغة عقود البيع الايجاري في انجلترا هي تلك المكونة من ايجار بضائع مصحوبا بجار شرائها من قبل المستأجر ، اما اذا كان المستأجر ملتزما بالشراء بموجب العقد يكون العقد بيعا عاديا : انظر :

F.H.Lawson , Introduction to the Law of Property , The Clarendon Press , Oxford , 1958 , P.163-164.

(٢) Atiyah , Op.Cit., P.13.

(٣) د. اسماعيل خانم ، الوجيز في عقد البيع ، مكتبة عبدالله ودية ، القاهرة ، ١٩٦٣ ، ص٣٥.

(٤) د. توفيق حسن فرج ، عقد البيع والمقايضة ، المكتب المصري الحديث للطباعة والنشر ، الاسكندرية ، ١٩٧٠ ، ص٤٣.

(٥) د. جميل الشرفاوي ، مصدر سابق ، ص٢٩.

ويرى الاستاذ Salmon ان البيع الاجاري " اتفاق بمقتضاه يؤجر المالك منقولا من نوع معين الى طرف آخر يدعى المستأجر ، ويتفقان فضلا عن ذلك بأن للاخير خيار شراء المنقول عندما يدفع مبلغا معيناً ، او عندما تصل اقساط الأجرة إلى المبلغ المحدد في الاتفاق".⁽¹⁾

ويقصد بالبيع الاجاري بمقتضى المادة ١٨٩ من قانون ائتمان المستهلك الانجليزي لعام ١٩٧٤ " أي اتفاق ، عدا البيع المشروط ، والذي بموجبه :
أ. البضائع تؤجر في مقابل دفعات دورية تدفع من قبل المستأجر.
ب. وملكية البضائع سوف تنتقل الى المستأجر ، اذا روعيت شروط العقد ، بتحقيق حالة او اكثر مما يلي:

١. استخدام خيار الشراء من قبله.

٢. قيام احد الطرفين باي تصرف محدد اخر.

٣. حدوث أي واقعة اخرى محددة"

أخيرا فان البيع الاجاري في رأي البعض " عقد بيع بمقتضاه يؤجل نقل الملكية خلال مدة معينة وفي اثناء هذه المدة يوجد ايجار بين البائع - المؤجر - والمشتري - المستأجر".^(٢)

من استقراء التعريفات المتقدمة يتبين مايلي:

اولا : ان جملة التعريفات ، عدا التعريف الاخير ، قد اقتصرت على ايراد وصف لعملية البيع الاجاري دون ان تنفذ الى ماهيته وجوهره وهو الغرض المبتغى من وراء التعريف.
ثانيا : اختلفت التعريفات في وصفها لعملية البيع الاجاري ، ففي بعضها "ينقلب " الاجار بيعا بمجرد سداد الاقساط وفي بعضها الاخر ، فضلا عن سداد الاقساط ، ينبغي ابداء المستأجر رغبته في التملك عن طريق دفع مبلغ إضافي معين ، وسبب ذلك ان صيغة البيع الاجاري وان كانت تتحد في الإطار العام إلا أن التطبيق العملي اورث اختلافاً كبيراً في التفاصيل : ففي بعض عقود البيع الاجاري تنتقل الملكية تلقائياً للمستأجر بمجرد دفعه الاقساط كافة ومراعاة شروط الاتفاق ، وفي عقود أخرٍ يمنح المستأجر خياراً بالشراء بعد دفعه الاقساط كاملة ، بينما يستطيع المستأجر في بعض العقود تملك الشيء باستعمال خياره في أي وقت خلال مدة الاجار واداء دفعة معينة ، وفي البعض الآخر يخول المستأجر بإعادة البضائع في أي وقت قبل ان تنتقل اليه الملكية مقابل

(1) E.Campbell -Salmon , Op.Cit. , P.1.

(2) د. نبيل ابراهيم سعد ، الضمانات غير المساءة في القانون الخاص - دراسة مقارنة ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، ١٩٩٢ ، ص٢٣٩.

فقدانه الاقساط المدفوعة ، فضلا عن مبلغ جزائي^(١) ، وهكذا فإن عقود البيع الاجباري لا تجري على وتيرة واحدة محددة وانما تتخذ في العمل انماطا متعددة.

ثالثا : قصرت بعض التعريفات ميدان البيع الاجباري على المنقولات " البضائع"^(٢) ، بينما يبدو لعقد البيع الاجباري في المجال العقاري منفعة اقتصادية لا يمكن انكارها ، فهو يحقق مصالح الطرفين : فالمستأجر لديه رغبة في ان يغدو مالكا للمسكن الذي يشغله ومدة الايجار تعطيه الوقت الكافي لإيفاء بدل البيع الذي لا يتسنى له في الغالب ايفاءه دفعة واحدة ، من جهة اخرى فإن البائع يستفيد من اتمام الصفقة بسهولة ويسر ويتجنب الهدر في الوقت والمصاريف في عمليات الدعاية والاعلان واتعاب الوسطاء ، لذا يمثل البيع الاجباري احد الحلول العملية الناجحة لأزمة الاسكان وخصوصا بالنسبة للشباب حديثي الزواج وقد طبق هذا الاسلوب حقا في العديد من الدول منها فرنسا^(٣) .

لذا يبدو اكثر الحاحا من محاولة اعطاء تعريف للبيع الاجباري التعرف على التكييف القانوني لهذا العقد ، وهو ما سيكون محطة وقوفنا في المطلب التالي.

المطلب الثاني

الطبيعة القانونية للبيع الاجباري

البيع الاجباري ، كما تدل على ذلك تسميته ، عقد أريد به الجمع بين إجارة وبيع ، لذا اختلف الفقهاء وتباينت اراء القضاء في تكييفه وذهبوا في ذلك مذاهب شتى ، مما حدا بالمشرع في بعض الدول بالتدخل لحسم الأمر بنصوص صريحة واضحة.

فقد اختلف الفقهاء في بادئ الأمر في صحة عقد البيع الاجباري او بطلانه ، فذهب البعض الى ان هذه العقود تعد باطلة لمخالفتها النظام العام او الآداب كونها تخدع الجمهور فتوجد اموالا بيد شخص لا يملكها حقيقة فيظن من يتعامل معه انه مالك في حين انه ليس كذلك، ويترتب على هذا الاعتقاد انهم يقرضونه اموالا بناء على يسره الظاهر لكننها تضيع عليهم ، من جهة اخرى فهذا العقد يغري الجمهور على اقتناء السلع دون تدبر لعواقب ذلك ، ويمكن البائعين من فرض شروط مجحفة توفر لهم اكبر قدر من الضمان وتجرد المشتريين من

^(١) P. S. Atiyah , Op.Cit., P.321-322.

^(٢) ويراعى ان كلمة بضائع "goods" في القانون الانجليزي يقصد بها كل المنقولات ماعدا الاموال المنوبة والنقود ، وهو مانقضى به م/٦٢ من قانون بيع البضائع الانجليزي لعام ١٩٧٩ ، لذا فإن تعريف البضائع في القانون يستند على مفهوم قابلية الانتقال Movability انظر :

Hugh W. Babb and Charles Martin , Business Law , Third Edition , Barnes & Books , U.S.A , 1981 , P.204.

(٣) انظر في ذلك : د. نبيل ابراهيم سعد ، الضمانات غير المسماة ، مصدر سابق ، ص ٢٤١-٢٤٢.

ابسط اشكال الحماية^(١) . غير ان الفقه سرعان ما طوى كشحا عن هذا الرأي واستقر على صحة هذا الضرب من العقود لشيوعه في الحياة العملية واعتياد الناس عليه ولكونه يلبي حاجة اقتصادية مشروعة^(٢) .

وإذا كان إجماع الفقه قد انعقد اليوم على صحة عقد البيع الإيجاري ، الا ان الخلاف ثار بعد ذلك بصدد تكييفه قانونا من حيث اعتباره بيعا او ايجارا او غير ذلك ، ولا يخفى ما لهذا التكييف من شأن لانه يجر الى تطبيق احكام البيع في الحالة الأولى وأحكام الإيجار في الحالة الثانية وواضح ما بين العقدين من تباين جوهري^(٣) .

ذهب بعض الفقه في فرنسا الى القول بنظرية الشرطين -theorie des deux conditions وبمقتضى هذا التكييف يعتبر العقد في ذات الوقت ايجارا معلقا على شرط فاسخ وبيعا معلقا على شرط واقف ، والشرط واحد في كلا العقدين وهو الوفاء بكامل الاقساط ، فإذا تم الوفاء تحقق الشرط الفاسخ المعلق عليه الايجار فينسخ وتحقق ايضا الشرط الواقف المعلق عليه البيع فيتحقق وينتج اثاره بأثر رجعي من وقت الاتفاق ، اما اذا لم يتم الوفاء ، فيتخلف الشرط مما يؤدي الى ان يتأكد عقد الايجار ويزول البيع ويعتبر كأن لم يكن ، ويحتفظ المؤجر بالاقساط المقبوضة باعتبارها اجرة للانتفاع بالشيء^(٤) ، وهكذا يلعب تحقق الشرط او تخلفه دوره في تحديد مصير العقد.

والواقع ، ان تكييف البيع الإيجاري على هذا النحو ينأى عن الصواب ، ويؤخذ عليه ما يأتي:

١. ان هذا الرأي يعتبر العقد ذاته وفي الوقت نفسه إجارة وبيعا ، وانه من الممكن ان يتحول الى احد العقدين حسب الظروف ، ولا يخفى ما لهذا الرأي من مجافاة للقواعد القانونية المتبعة في تكييف العقود ، فلا يعقل ان يوصف عقد واحد في وقت واحد بوصفين خصوصا اذا كانا متعارضين كالبيع والإيجار^(٥) .

^(١) انظر في الاشارة لهذا الاتجاه : احمد نجيب الهلالي ود. حامد زكي ، شرح القانون المدني ، عقود البيع والحوالة والمقايضة ، ط ٣ ، مطبعة الفحالة الجديدة ، القاهرة ، ١٩٥٣ ، ص ٦٧ د. سليمان مرقس ، شرح القانون المدني ، ج ٣ - العقود المسماة ، المجلد الثاني - عقد الايجار ، ط ٤ ، دون ناشر ، القاهرة ، ١٩٨٥ ، ص ٧٧ و ٧٨ .

^(٢) د. حسن علي الذنون ، شرح القانون المدني العراقي ، العقود المسماة - عقد البيع ، مطبعة الرابطة ، بغداد ، ١٩٥٣ ، ص ٨ . وأنظر أيضا : د. محمد كامل مرسي ، مصدر سابق ، ص ٢١٤ .

^(٣) فنقد البيع ناقل للملكية بينما عقد الايجار يرد على منفعة الشيء دون ملكيته ، وعقد البيع عقد فوري فيما عقد الايجار من عقود المدة ، والبيع يهد من اعمال التصرف فيما بعد الايجار من اعمال الادارة . انظر مفصلا في الفرق بين البيع والايجار : د. جميل الشرفاوي ، مصدر سابق ، ص ٢٢-٢٤ .

^(٤) د. عبدالرزاق السنهوري ، شرح القانون المدني في العقود ، عقد الايجار ، دار الفكر للطباعة والنشر ، القاهرة ، بلا سنة طبع ، ص ٢٩ مع هامش (١) د. محمد لبيب شنب ، مصدر سابق ، ص ١٨ .

^(٥) د. سليمان مرقس ، عقد الايجار ، مصدر سابق ، ص ٧٨ رمضان ابو السعود ، عقد البيع ، مصدر سابق ، ص ٢٩ .

٢. ان هذا التكييف يؤدي الى وجود عقد بيع دون ثمن ، فإذا تم الوفاء بالاقساط كاملة وانفسخ عقد الايجار فلن يكون للفسخ اثر رجعي لان عقد الايجار من عقود المدة ، وهذا يعني ان الاقساط المدفوعة تبقى محتفظة بوصفها كأجرة ، واذا كانت الاقساط هي اجرة فلا وجود للثمن في عقد البيع وبالتالي يعد باطلا فلا تنتقل الملكية به ، وهذا ما يخالف الغرض الذي قصده المتعاقدان^(١) .

٣. بالنسبة للآثر الرجعي للشرط يلاحظ - بحق - انه لا ينصرف الا الى الالتزامات الناشئة عن العقد ولا ينصرف الى العقد ذاته ، ذلك ان العقد هو تصرف وحادث قانوني لا يمكن ان يؤثر فيه التصوير الخيالي للآثر الرجعي ، كما انه من الغرابة بمكان ان يزول عقد ويذهب الى الفناء في الوقت الذي يتم فيه تنفيذه ، ذلك لان عقد الايجار ينفسخ في الوقت الذي يتم فيه وفاء آخر قسط من الاجرة^(٢) .

٤. ومن الناحية العملية ، يؤدي هذا التكييف الى الحاق الحيف بالمستأجر لان الاقساط التي يدفعها اعلى من الاجرة المعتادة كونها في حقيقتها جزء من الثمن لا بدلا للمنفعة فحسب فأذا احتفظ المؤجر بها ، نتيجة اخلاص المستأجر بالوفاء ، أدى ذلك إلى إحقاق الغبن بالمستأجر^(٣) .

لذلك ذهب رأي آخر الى تكييف البيع الاجاري باعتباره ايجارا عاديا مقرونا بوعد بالبيع (Promesse de Vente)^(٤) وكان الرأي اول الامر يتجه الى الوعد المتبادل بالبيع والشراء فيعد المؤجر ببيع الشيء عند انتهاء مدة الايجار ويعد المستأجر بشراؤه منه ولكن هذا الرأي اصطدم بصراحة نص المادة ١٥٨٩ مدني فرنسي التي تقرر ان " الوعد المتبادل بالبيع والشراء يعدل البيع متى تراضى المتعاقدان على المبيع وثمانه"^(٥) ، وهكذا يكون حكم الايجار مع الوعد التبادلي حكم البيع وينتج جميع آثاره وبصفة خاصة نقل الملكية الى المشتري^(٦) . فأتجه الرأي الى الايجار مع الوعد المنفرد من جانب البائع فقط ، وبمقتضى هذا الرأي يكون

(١) د. منصور مصطفى ، مصدر سابق ، ص ٢٣ .

(٢) د. عبدالسلام ذهني ، الحيل المحظورة منها والمشروع ، مطبعة مصر شركة مساهمة مصرية ، القاهرة ، ١٩٤٦ ، ص ٢٣٥ .

(٣) د. اسماعيل غانم ، مصدر سابق ، ص ٣٨ .

Joseph Hamel , Op.Cit., P.42.

(٤) انظر :

(٥) محمد حلمي عيسى ، شرح البيع في القوانين المصرية والفرنسية وفي الشريعة الاسلامية ، مطبعة المعارف ، مصر ، ١٩١٦ ، ص ٦٤ .

(٦) انظر في الوعد بالبيع والشراء الملزم للجانين : السنهوري ، الوسيط ، ج ٤ ، مصدر سابق ، ص ٧٧ وما بعدها .

المؤجر والمستأجر قد أبرما عقد ايجار مقابل اجرة معينة يعد فيه المؤجر المستأجر ببيعه المأجور عند انتهاء مدة الايجار مقابل ثمن معين اذا ابدى المستأجر رغبته في ذلك^(١) .

والحقيقة ان التمييز بين البيع الايجاري والايجار المقترن بوعده بالبيع من الأهمية بمكان لإزالة اللبس الذي قد يقع بينهما ، ويحصل الاشتباه خصوصا في صيغة البيع الايجاري التي لا تنطوي على نقل الملكية حالا بمجرد سداد الأقساط وانما تلك التي يتفق فيها المتعلقان على وجوب اظهار المستأجر رغبته في التملك ودفع مبلغ إضافي آخر فضلا عن الأقساط المسددة سلفا ، فهل يعد هذا العقد ايجارا مقترنا بوعده انفرادي بالبيع من جانب البائع؟!

ان العبرة في ذلك هي بحقيقة ارادة الطرفين وفيما اذا كانا قد قصدا الانتفاع لذاته ام اتجهت ارادتهما الى البيع من اول الامر وان الايجار ما هو الا وسيلة لزيادة ضمان البائع^(٢) ، ويستدل على ارادة الاطراف الحقيقية من خلال النظر الى :

أ. اهمية الدفعات الدورية من حيث كونها تمثل القيمة الحقيقية للانتفاع بالشيء او انسها اعلى من ذلك بحيث تتضمن في حقيقتها اجزاء الثمن.

ب. مقدار المبلغ الواجب دفعه لتملك الشيء : أيشكل ثمنا جديا حقيقيا للشيء ام هو مبلغ صوري تافه لا يمثل الثمن.

ج. يضاف الى هذين العنصرين النظر الى الالتزامات المرعية من قبل الطرفين ، فلو كان المؤجر قد أبرأ نفسه من التزاماته المتولدة عن عقد الايجار كضمان الانتفاع وتحمل تبعه الهلاك فيرجح عقد البيع على عقد الايجار^(٣) .

وهكذا يبدو لنا تهاوي حجة القائلين بهذا الرأي ، فالبيع الايجاري لا يمكن تكييفه على انه ايجار مقترن بوعده بالبيع من جانب المؤجر لان الاخير يتطلب وجود اجرة حقيقية تقابل الانتفاع بالشيء المؤجر وثمان حقيقي مستقل عن الاجرة ومتناسب مع قيمة العين يدفع عند ابداء المستأجر رغبته بالشراء أي اننا نكون بصدد عقدين متلاحقين ايجارا ابتداء وبيعا انتهاء وانتقال الملكية لا يترد بأثر رجعي انما من لحظة ابداء الرغبة وهذه الاحكام في مجملها لا تتفق مع ارادة الطرفين في البيع الايجاري من حيث كونه عقدا واحدا ايجارا وبيعا في نفس الوقت^(٤) .

(١) د. رمضان ابو السعود ، دروس في العقود المسماة ، عقد الايجار في القانونين المصري واللبناني ، الدار الجامعية ، بيروت ، ١٩٨٦ ، ص ٥٣ .

(٢) د. اسماعيل غانم ، مصدر سابق ، ص ٣٩ .

(٣) Laurent AYNES , Contrats Location-Vente , Contrats Distribution , Fascicule 760 , 11-1984 , P.3-4.

(٤) د. رمضان ابو السعود ، عقد الايجار ، مصدر سابق ، ص ٥٣-٥٤ .

إزاء ما تقدم ذهب اتجاه ثالث إلى المناداة باستقلالية البيع الإيجاري *Autonomie de la Location - Vente* ، فهو في رأي البعض من هذا الاتجاه⁽¹⁾ ، عقد مركب غير مسمى (Complexe-contrat) يرمي طرفاه إلى تحقيق هدفين اقتصاديين : الأول : نقل الملكية والثاني : الضمان ضد افسار المشتري سيء النية ، وهو بالتالي يعد عقدا مركبا كونه يرمي إلى غرضين مرتبطين غير قابلين للتجزئة ، لذلك وجب ان تطبق عليه أحكام العقود الناقلة للملكية (اي قواعد البيع) من جهة والقواعد العامة في عقود الضمان من جهة أخرى.

ومع التسليم أيضا باستقلالية البيع الإيجاري ، يرى بعض الفقهاء الفرنسيين انه عقد مركب من ايجار وبيع في ذات الوقت ، وان هذا العقد يتضمن ميزة جوهرية : هي ان الاقساط التي تدفع من قبل المستأجر تمثل في قسم منها الأجرة كبديل انتفاع وفي القسم الآخر جزءا من ثمن الشيء ، ويؤكد هذا الرأي على عدم قابلية الدفعات للتجزئة الى هذين الجزئين ، لذا فإن كل دفعة توفى تزيد من حقوق المستأجر على الشيء وتتقص من ملكية المؤجر الملك له وينتهي هذا الرأي إلى أن هنالك ثلاثة عناصر تجمعت في البيع الإيجاري أولا : إيجار يمكن أحد المتعاقدين من الانتفاع بالشيء ، ثانيا : انتقال الملكية تلقائيا وثالثا : انتهاء الإيجار⁽²⁾ .

والاخذ باستقلالية البيع الإيجاري هو الرأي الغالب في الفقه الانجليزي ، حيث يرى الشراح الانجليز في البيع الإيجاري عقدا خاصا بطبيعته "Sui generis" لا يباع ولا ييجار وان للمستأجر حقوقا غير محددة خاصة على ذات الشيء المستأجر⁽³⁾ .

على ان غالبية الانظار الفقهية تتجه الى ان التكليف الصحيح للبيع الإيجاري ليس الا عقد بيع احتاط فيه البائع ليضمن استبقاء الملكية لصالحه حتى تمام الوفاء وان الإيجار ليس الا عقدا صوريا يستر العقد الحقيقي وهو البيع بالتقسيط وذلك لكي تكون يد المشتري يدا امينة نائبة لا يدا اصيلة مالكة ، فوصف العقد بأنه إيجار ليس سوى وسيلة للحصول على الثمن المقسط⁽⁴⁾ .

⁽¹⁾ وقد قال بهذا الرأي احمد زكي الشيبني في رسالته حول التكليف القانوني للعقود .

Ahmed Zeki El-Chiati , Essai sur la qualification des contrats , these , Caire , 1944 , P.90.

مشار اليه في مؤلف : د. عبدالنعم البدرابي ، مصدر سابق ، ص ٩٧ هامش (١) ، وأنظر أيضا : د. عبدالعزيز عامر ، عقد البيع ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٦٧ ، ص ١٣ .

⁽²⁾ Laurent Aynes , Op.Cit . , P.7.

⁽³⁾ J. K. Macleod , Op.Cit , P.16-17; A.P.Dobson , Op.Cit , P.157.

⁽⁴⁾ انظر Joseph Hamel , Op.Cit , P.41 ؛ السنهوري ، الوسيط ، ج٤ ، مصدر سابق ، ص ١٧٨ ؛ محمد لييب شنب ، مصدر سابق ، ص ١٩ ؛ عبدالنعم البدرابي ، مصدر سابق ، ص ٩٧ ؛ استاذنا د. جعفر الفضلي ، الوجيز ، مصدر سابق ، ص ١١٨ ؛ كمال ثروت ، مصدر سابق ، ص ١١٧ هامش (١) .

وحجة هذا الرأي ان تكييف أي عقد لغرض اعطائه الوصف القانوني الصحيح لا ينبغي فيه التقيد بتسمية المتعاقدين وانما النظر الى النتائج العملية التي اتجهت ارادتهما الى تحقيقها ، وغاية المتعاقدين في البيع الاجاري انما هي البيع منذ البداية وان اسبابا وصف الاجار على العقد غرضه تحقيق حماية للبائع لا تكفلها له احكام البيع⁽¹⁾ ، ولذلك فان البيع الاجاري ليس الا تحايلا على القانون بالعمل على تفادي احكامه ، لكن هذا التحايل لم يقصد به البائع مجرد ايداء الغير عن طريق الفوز لنفسه بمغرم مقابل ما يصيب الغير من ضرر ، انما هو تحايل غير ضار اياحته نزع الاغراق في الحيطه والحذر من بائعي التقيسيط لا يتأذى منه احد ، لكنه في كل الاحوال لا يجد له ما يبرره ، وهذا التحايل القانوني هو الذي يسميه الفقيه الفرنسي ليجروبولو " الاحتيال بلا احتيال" أي الإغراق في اخذ الحيطه دون قصد ايداء شخص معين⁽²⁾ .

وهكذا ، ينتهي الرأي المتقدم الى تكييف البيع الاجاري بأنه عقد بيع مستتر في صورة عقد ايجار ، وانه ليس الا بيعا بالتقيسيط مع احتفاظ البائع بالملكية حتى وفاء جميع الثمن ومتضمنا شرطا جزائيا يقضي بتملك البائع للأقساط.

ومع ان الاتجاه الغالب في الفقه الانجليزي يذهب الى استقلالية البيع الاجاري الا ان ثمة من يشير الى الطبيعة المصطنعة Artificial Nature لعقود البيع الاجاري ، ويلحظ ان البيع هو الغرض الحقيقي للمعاملة ، فالأجرة التي يدفعها المستأجر تكون مرتفعة نسبة إلى المبلغ الذي يلتزم بدفعه لو كان في الحقيقة يستأجر البضاعة ، كما ان ثمن الشراء الذي يدفعه المستأجر عند استعمال خياره لا يشكل في الغالب ثمنا جديا للمبيع⁽³⁾ .

وإذا كان الخلاف المتقدم قد ظهر في الفقه فأقضاء في ظل غياب النص التشريعي لم يكن بمنأى عنه ، ولعل هذا ما يفسر تضارب الأحكام في فرنسا ومصر قبل صدور التقنين المدني المصري الحالي الذي أسدل الستار على هذا الخلاف .

ففي فرنسا ، إنتهج القضاء سياسة " الكل او لا شيء " (tout ou rien) متجاهلا تماما استقلالية البيع الاجاري ، فذهبت المحاكم الى تكييفه بيعا بالتقيسيط تارة ، او ايجارا مصحوبا بوعده بالبيع تارة اخرى وعلى حسب الاحوال ، ويعتل هذا الموقف في ان البيع الاجاري كان يستخدم منذ زمن بعيد لاختفاء بيع بالتقيسيط الامر الذي كان يحقق للبائع فائدتين : الاولى احتفاظه بملكية المبيع حتى الوفاء الكامل للثمن مما يسمح له باسترداد المنقول المبيع من تقليسة المشتري في الوقت الذي كان فيه شرط الاحتفاظ بالملكية لا ينفذ تجاه الدائنين ،

(1) د. جميل الشرفاوي ، مصدر سابق ، ص ٢٧ .

(2) نغلا من : د. عبدالسلام ذهني ، مصدر سابق ، ص ٢٢٧ .

(3) P.S.Atiyah , Op.Cit., P.10.

والثانية: إنه يمكن البائع من تفادي النظم القانونية الموضوعة للبيع الاتيمانية وتلافي الوقوع تحت طائلة التهديد بالعقوبات الجزائية نتيجة مخالفة القوانين والمراسيم المتعلقة بتنظيم الاتيمان^(١).

وإمعانا من المتعاقدين في ستر حقيقة التعاقد يصار بدلا من الاكتفاء بالمبلغ الكلي للاجرة الى وجوب دفع مبلغ اضافي ، فيتفق المتعاقدان على ان الملكية لا تنتقل الا اذا اظهر المستأجر رغبته في ذلك عند انتهاء الايجار ودفع في مقابل ذلك مبلغا معينيا ، فضلا عن الاجرة التي دفعها اثناء المدة ، بصدد ذلك ذهبت المحاكم الفرنسية الى التفرقة ما بين وصف العقد فيما بين المتعاقدين ووصفه بالنسبة للغير ، ففي ما بين المتعاقدين ينبغي مراعاة الإرادة الظاهرة للطرفين واعتبار العقد ايجارا فإذا تصرف المستأجر بالشئ قبل سداد الثمن يكون قد ارتكب جريمة خيانة الامانة ، اما بالنسبة للاغيار فينبغي ان لا يصيبهم الضرر من الوصف القانوني الذي خلعه الطرفان على العقد وخصوصا بالنسبة لدائني المستأجر في حالة إفلاسه ، فالعقد يعتبر بيعا والمسمى مؤجرا فقد ملكية المبيع فلا يحق له المطالبة بإسترداده ولا بحق الامتياز^(٢).

وتستند بعض الأحكام الفرنسية في هذا الشأن الى ان هنالك صورية Simulation شابت العملية القانونية الخاصة بالبيع الايجاري ، او ان هناك خطأ في الوصف القانوني لها وانه ينبغي البحث عن النية الحقيقية لأطراف العقد فمن الممكن ان يكون العقد ايجارا مقرونا بوعد بالبيع اذا كان للمستأجر القدرة على انتهاء العقد باعادة المأجور ، وكان المبلغ المدفوع لاجل التملك في نهاية العقد جديا وكانت الاجرة المدفوعة تتناسب مع الاجرة المعتادة للانتفاع ، وبالعكس نكون امام بيع بالتفسيط اذا كان مبلغ الاجرة مفرطا او كان المستأجر لا يملك خيارا في نهاية العقد^(٣).

هكذا ننتهي الى ان القضاء الفرنسي كان ولا يزال يطبق تكييفا عاما موحدًا : فالبيع الايجاري هو أحيانا ايجار عادي مقرون بوعد بالبيع وعلى الاغلب بيع بالتفسيط متجاهلا تماما الاعتراف له بالاستقلالية^(٤).

من القضاء الفرنسي انتقل التباين والاختلاف الى القضاء المصري المختلط في وقت كان فيه القانون المدني المصري خاليا من نص يحكم المسألة ، ويلاحظ عدم استقرار القضاء

(1) Laurent Aynes , Op.Cit. , P.6.

(2) Joseph Hamel , Op.Cit. , P.42.

وانظر ايضا : قرارات القضاء الفرنسي المشار اليها في : السنهوري ، عقد الايجار ، مصدر سابق ، ص ٢٨-٣٠.

M.de Juglart et Ippolito , Op.Cit. , P.312.

(٣) أنظر القرارات المشار اليها في :

(٤) ويرى الاساذ (Aynes) ان هذا التكييف العام والموحد ليس سوى "حقيقة تاريخية" وان الفقه والقضاء الفرنسي يتجه في الاونسة الاعيرة لاعطاء حلول اكثر انسجاما مع مولد الاستقلالية للبيح الايجاري: Aynes, Op.Cit. , P.8.

حول تكييف العقد ، فأحيانا تذهب المحاكم الى ان العقد ايجارا مقترنا بشرط فاسخ مصحوبا ببيع معلق على شرط واقف وأحيانا آخر تقر ان الطرفين قصدا ابرام عقد بيع بالتقسيط من باديء الامر مع احتفاظ البائع بالملكية الى حين استيفاء الثمن وقد ستراه بثوب الايجار بقصد التحايل على القانون^(١) ، واستقرت محكمة النقض على ان تكييف العقود الدائرة بين البيع والاجارة منوط بما تستخلصه محكمة الموضوع من ظروفها وقصد المتعاقدين فيها^(٢) .

وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بمصر انه إذا أجرت شركة سيارة الى شخص مقابل مبلغ إجمالي يدفع نصفه عند التعاقد ، ويدفع النصف الآخر على اقساط شهرية لمدة عام، ونص في العقد على ان للمستأجر عند الوفاء بجميع الاقساط ان يملك السيارة مقابل ثمن قدره خمسة وعشرون قرشا فقط ، فإن العقد لا يكون ايجارا للسيارة بل يبيعا لها معلقا فيه انتقال الملكية على شرط الوفاء بجميع الاقساط^(٣) .

وذهبت محكمة النقض الى ان " العقد المسمى Location -Vente هو عقد بيع حقيقي محتفظ فيه للبائع بملك المبيع الى ان يستوفي ثمنه فإذا انفسخ العقد بفعل المشتري فلا يحق للبائع ان يستولي على ما يكون قد قبضه من الاقساط التي هي في الواقع اجزاء من الثمن، انما يكون له الحق في التعويض عن هذا الفسخ تعويضا تقدره المحكمة"^(٤) .

المطلب الثالث

موقفه التشريعات من البيع الاجاري

تبين مما سبق اختلاف القضاء في كل من فرنسا ومصر بصدد الطبيعة القانونية للبيع الاجاري ، ومما لاشك فيه ان مثل هذا التباين لم يظهر في الدول التي حسم فيها المشرع الامر بنصوص صريحة ، وقد انتهج هذا المسلك كلا من المشرعين الانجليزي والسويسوي ، كما ان المشرع المصري ابي الا ان يحسم الخلاف في التقنين الحالي وتابعه في ذلك المشرع العراقي.

(١) انظر بصفة خاصة في استعراض الخلاف واحكام القضاء : د. عبدالرزاق السنهوري ، الوسيط ، ج٤ ، مصدر سابق ، ص١٧٩ هامش (١) ، د. عبدالنعم البدراوي ، مصدر سابق ، ص٩٣ وما بعدها.

(٢) الطعن رقم ٢٥ سنة ٨٢ جلسة ١٩٣٨/٦/٩ ، منشور في : سعيد احمد شلعة ، قضاء النقض المدني في عقد البيع خلال ثمانية وخمسين عاما (١٩٣١-١٩٨٨) ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، ١٩٨٩ ، ص١٦ .

(٣) اصناف مختلط ٢٧ يناير ١٩٣١ بلتان ٤٣-١٨٢ ، ١٩ فبراير ١٩٣٠ المحاماة ١١-٤٠٠-٧٦٩ اوردته : د. محمد لبيب شنب ، مصدر سابق ، ص٢١-٢٢ .

(٤) نقض مدني مصري جلسة ٢٠ نوفمبر ١٩٣٤ براسة هوريه ، منشور بملحق مجلة القانون والاقتصاد ، احكام محكمة النقض والابرام - الدائرة المدنية ، العددين ١ و ٢ السنة الثامنة يناير - فبراير ، ١٩٣٨ ، ص١٩ .

ففي إنجلترا ، رافق نمو البيع الإيجاري وازدهاره اهتمام المشرع به فأصدر عام ١٩٣٨ أول قانون للبيع الإيجاري ، ومنذ ذلك الحين أصبح البيع الإيجاري عقداً مستقلاً مسمى، ويلاحظ ان استقلالية عقد البيع الإيجاري عن البيع بالتقسيط^(١) ، تتجلى ان البائع فسي العقد الاخير ملتزم بنقل الملكية والمشتري ملتزم باكتسابها فيتحدد مصير العقد بصورة نهائية من اول الامر ، اما في البيع الإيجاري فلا يكون المستأجر ملزماً بالشراء وانما له في الحقيقة مجرد خيار بذلك قد يستعمله او يعزف عنه ، وحتى لحظة استعمال الخيار لا يوجد أي عقد بيع^(٢) ، لذا يكون للمستأجر في البيع الإيجاري الحق بانهاء العقد في أي وقت خلال سريانه واعادة الشيء الى المالك فيما ليس بمقدور المشتري بالتقسيط فعل ذلك^(٣) ، ويخضع البيع بالتقسيط لقانون بيع البضائع فيما لا يخضع له البيع الإيجاري^(٤) .

ولعل جوهر التفرقة بين البيع الإيجاري والبيع بالتقسيط يكمن في حالة تصرف المشتري او المستأجر بالشيء الى شخص آخر حسن النية ، وابتداءً نقرر انه لا وجود لقاعدة " الحيازة في المنقول سند الملكية" في القانون الاتجليزي^(٥) ، وانما يقترب منها الى حد كبير الحكم المقرر بالفقرة الثانية من المادة (٢٥) من قانون بيع البضائع التي عالجت تصرف المشتري بالمبيع قبل انتقال الملكية اليه ومقدرته على نقل الحق الناشئ عن التصرف الى الغير ، وبمقتضى هذه المادة فإن الشخص الذي " اشترى او اتفق على شراء" بضاعة ويحوزها بموافقة البائع يتمكن من نقل الملكية الى المتصرف اليه الذي يتسلم المبيع جاهلاً ان للبائع حقاً عليه^(٦) .

لقد قرر منذ زمن بعيد ان المستأجر في اتفاق البيع الإيجاري لا يعد " شخصاً اشترى او اتفق على الشراء" وفق مفهوم المادة (٢٥) فلا يسري عليه حكمها وبالتالي يتمكن المؤجر

^(١) والبيع بالتقسيط في القانون الإنجليزي نوعان:

— بيع بالتقسيط عادي او بسيط ويسمى البيع بالاجل Credit-Sale Agreement

— بيع بالتقسيط مع الاحتفاظ بالملكية ويسمى بالبيع المشروط Conditional Sale Arg

انظر أنفاص √ من هذه الدراسة.

^(٢) Michael Mark , Chalmers', Sale of goods Act , Seventeenth Edition , Butterworths , London , 1975 , P.56.

^(٣) D.A. Girling , Op.Cit , P.257

E.Campbell -Salmon , Op.Cit , P.4.

وانظر ايضا :

^(٤) Michael Mark , Op.Cit , P.57.

وحديث بالذكر ان قانون بيع البضائع الإنجليزي لعام ١٨٩٣ قد ألغى بصدور قانون بيع البضائع لعام ١٩٧٩ الذي دخل حيز النفاذ ابتداء من الاول من كانون الثاني عام ١٩٨٠ .

^(٥) وهي قاعدة مسلم بها في عديد من التشريعات : انظر م/٢٢٧٩ مدني فرنسي م/٧١٤ ف٢ مدني سويسري م/٩٧٦ مدني مصري ، م/١١٦٣ مدني عراقي.

^(٦) وهذه المادة مطابقة للمادة (٩) من قانون الوكالات التجارية Factor Act 1889 انظر :

A. P. Dobson , Op. Cit. , P.58.

من استرداد الشيء الذي تصرف به المستأجر للغير ، في الوقت نفسه قرر أن المشتري في اتفاق البيع بالتقسيط المشروط يعد " شخصاً اشترى أو اتفق على شراء " ، لذا تسري عليه احكام هذه المادة ويمتدح على البائع استرداد المبيع من المتصرف اليه^(١) .

مع ذلك فإن جملة الوضع في القانون الانجليزي بدأ يسير نحو التغيير الجذري منذ صدور قانون انتمان المستهلك عام ١٩٧٤ الذي الغى قوانين البيع الاجاري وجاء باحكام عامة تطبق على معاملات الانتمان كافة ، وكانت توصية لجنة مشروع القانون ان فكرة البيع الاجاري كعقد قانوني مستقل يجب ان تطرح ، الا ان هذه التوصية لم تلق ترحيباً كاملاً من الحكومة من ناحيتين اولاً : بسبب عدم وجود اتفاق تام على ان عقود البيع الاجاري تبنى دائماً على حيلة وثانياً : لان الجمهور الفوا هذه العقود واعتادوها ، من أجل ذلك فإن قانون انتمان المستهلك ابقى عقد البيع الاجاري عقداً مستقلاً في الاسم والصيغة ، الا ان جوهر الأمر قد اختلف^(٢) ، فقد كان الأثر النعال لهذا القانون انه وضع اتفاق البيع المشروط على قدم المساواة مع البيع الاجاري فطبق عليهما ذات الأحكام وكان من نتائج ذلك ان المشتري في عقد البيع المشروط استبعد من نطاق تطبيق المادة (٢٥) من قانون بيع البضائع لذا اصبح كالمستأجر في البيع الاجاري لا يستطيع ان ينقل ملكية البضائع الى الغير حسن النية ، وبالتالي يتمكن البائع من استردادها^(٣) .

صفوة القول ، ان الوضع في القانون الانجليزي قد سار في الأونة الاخيرة نحو المماثلة والتقريب بين البيع الاجاري والبيع بالتقسيط مع الاحتفاظ بالملكية المعروفة بالبيع المشروط واصبح الاخير يحق للبائع المزايادات التي ابتدع البيع الاجاري لتحقيقها وهي امكانية استرداد المبيع من تفلية المشتري كذلك من يد المتصرف اليه حسن النية الذي تصرف له المشتري ، وسوف نرى لاحقاً ان هذا الوضع الذي يتمتع به البائع بالتقسيط في القانون الانجليزي لا مثيل له في قوانين الدول الأخرى .

وفي القانون السويسري حسم المشرع مسألة الطبيعة القانونية للبيع الاجاري بالمادة ٢٢٦ (M) من تقنين الالتزامات التي نصت على : "١- تطبق الاحكام السابقة - وهي الاحكام الخاصة بالبيع بالتقسيط - على كافة التصرفات القانونية والتصرفات القانونية المركبة ،

(1) Michael Mark , Op.Cit , P.254.

وانظر منفصلاً عدة قرارات للقضاء الانجليزي بذات المعنى وخصوصاً القضية المسماة Belsize Motor Supply Co.V. cox (1913) وقضايا اخرى في :

E.R.Hardy Ivamy , Casebook on Sale of goods , Third Edition , Butterworths , London , 1973 , P.92-96.

(2) P. S. Atiyah , Op.Cit , P.14.

(3) Michael C.Blair , Sale of goods Act 1979 , Butterworths & Co. Ltd , London , 1980 , P.24 , P.31.

وبالخاص عقود البيع الإيجاري عندما تروم الأطراف تحقيق ذات الأهداف الاقتصادية المماثلة للبيع بالتقسيط مهما تكن الصيغ القانونية التي يستخدمونها"

يتضح من هذه المادة انها قد مدت نطاق تطبيق احكام البيع بالتقسيط المقررة قانونا الى الاتفاقات المشابهة للبيع بالتقسيط من الناحية الاقتصادية ، ويرى الاستاذ Jeanpretre أن من غير الممكن وضع تعداد حصري للتصرفات القانونية المشابهة اقتصاديا للبيع بالتقسيط بموجب المادة ٢٢٦ (M) اعلاه ، وان الامر في ذلك مرده سلطة القاضي التقديرية^(١) . والهدف الاقتصادي ينظر اليه بالتسهيلات في الوفاء الممنوحة للمشتري الذي لا يملك وسائل ضرورية تمكنه من الوفاء النقدي^(٢) .

وذكر المشرع صراحة سريان احكام البيع بالتقسيط على البيع الإيجاري ذلك انه ينظر من الناحية الاقتصادية ان مجموع الاجرة الشهرية المدفوعة ليست في الحقيقة سوى كونها ثمنا اجماليا للشيء المباع بالتقسيط ، وان تطبيق قواعد الإيجار فقط يؤدي الى افلات البائع من القواعد المقررة لحماية المشتري بالتقسيط^(٣) .

عودا على بدء ، ذكرنا ان عقد البيع الإيجاري لم يحظ في فرنسا بأي تنظيم تشريعي مما ادى الى الخلاف المار ذكره في الفقه والقضاء ، مع ذلك اصدر المشرع الفرنسي القانون رقم ٥٩٥ - ٨٤ في ١٢ تموز ١٩٨٤ الذي اوجد عقدا جديدا يسمى بالإيجار الممهّد لكسب الملكية Location-accession وقد نصت مادته الاولى على ان " يوصف بالإيجار الممهّد الذي يخضع لأحكام القانون الحالي ، العقد الذي فيه المالك يلتزم تجاه المستأجر بنقل الملكية اليه بمجرد اظهار رغبته المعبر عنها برسالة مضمونة ، وذلك بعد مدة انتفاع طويلة بالعقار كله او بعضه في مقابل دفع مقسط لثمن البيع وبتسديد دفعة محددة في تاريخ استعمال الخيار" .

يتضح من النص ان هذا القانون لا يخص سوى البيع الإيجاري للعقارات ، وانه يجعل الخيار المعطى للمستأجر عنصرا ضروريا بينما يمكن ان يؤدي البيع الإيجاري للاموال المنقولة ، على العكس الى نقل الملكية تلقائيا في نهاية الإيجار^(٤) . وقد قصد المشرع الفرنسي

(1) Raymond Jeanpretre , Op.Cit , P.5.

(2) Pierre Tercier , Op.Cit , P.118.

(3) Pierre Engel , Contrats de droit suisse , Editions Staempfli + Cie SA , Berne 1992 , P.75.

وتذهب المحكمة الاتحادية العليا الى ان عقد البيع الإيجاري يرمي الى نفس المقاصد الاقتصادية للبيع بالتقسيط ATF 95 IV 101 JT 1969 IV94 ، وان البيع النقدي يشبه البيع بالتقسيط اذا كان ملاحظا فيه عند الانعقاد ان الثمن ليس بالمستطاع دفعه نقدا عند

التسليم ولكن سيكون دفعه بواسطة اقساط ATF 98 Ia 348 JT 1973 211 انظر:

Georges Scyboz et Pierre-Robert Gillieron , Code Civil suisse et code des obligations Annotes , Cinquieme edition , Editions Payot , Lausanne , 1993 , P.116.

(4) Laurent Aynes , Op.Cit , P.2.

باقرار هذا العقد الجديد مراعاة جانب المشتري بالمقابل لعقد البيع الاجاري الذي تبين انه يغلب مصلحة البائع^(١) .

بناء على ما تقدم ، يبقى عقد البيع الاجاري للمنقولات كذلك البيع الاجاري للعقارات الذي لا تتوفر فيه شروط وعناصر الاجار المهد عقدا غير مسمى وخاضعا للاجتهاد القضائي المبين آنفا^(٢) .

وفي مصر ، اراد المشرع ان يقطع حيرة الفقه وتردد القضاء ، فأورد حكماً صريحاً هو نص المادة (٤٣٠) من القانون المدني المصري فبعد ان بينت الفقرات الثلاث الاولى منها حكم البيع بالتقسيم مع الاحتفاظ بالملكية جاءت الفقرة الرابعة لتتص على "وتسري احكام الفقرات الثلاث السابقة ، ولو سمي المتعاقدان البيع اجاراً" ، وجاء في المذكرة الايضاحية بصدد هذه الفقرة ان المشرع قد حسم بهذا النص اشكالا فقد جرت العادة ان البيع الذي يبرم على هذا النحو يسميه المتعاقدان اجاراً امعانا من البائع في ضمان حقه ، إذ هو بذلك يستوفي الاقساط اجرة لاثمنا ، واذا ما تصرف المشتري في المبيع عد ذلك تبديداً ، فأقر القانون الامور في نصابها وسمى الاشياء باسمائها حتى لو سميت بأسم اخر فهذا العقد يعتبر بيعاً لا اجاراً^(٣) .

ويذهب رأي الى ان المشرع قد اراد بهذه الفقرة النص صراحة على ان تسمية العقد اجاراً لا تلزم المحاكم بأن تطبق عليه احكام الاجار ولا تمنعها من تكيفه بأنه بيع ومن اعمال احكام البيع عليه متى توافرت فيه مقومات عقد البيع...^(٤) ، ولكن لما كانت وظيفة القاضي تحتم عليه تكيف الوقائع دون التقيد بوصف المتعاقدين وهذه السلطة لا تحتاج الى نص يقررها، لذا يتساءل بعض الفقه عن جدوى ايراد مثل هذا النص وينتهي الى ان المشرع لم يورده لغوا وتكراراً لحكم مقرر ابتداء ، انما اراد من ورائه ان يطبق على البيع الاجاري حكم البيع فقط حتى لو ثبت اتجاه ارادة العاقدين حقا الى عقدي البيع والاجار معا ولم تتجه

(١) د. سليمان مرقس ، الوافي ، مصدر سابق ، ص ١١٦ .

(٢) ينفي توافر عناصر ثلاثة للايجار المهد : ١- وعد بالبيع بخول المستأجر شراء العقار في اجل معين ٢- انتفاع المستأجر الى حين حلول الاجل بمقابل ٣- دفع المستأجر اقساطا تمثل في جزء منها اجرة العقار وفي الجزء الاخر ثمنا لشراءه ، انظر : سليمان مرقس ، المصدر السابق ، ص ١١٦ .

(٣) مجموعة الاعمال التحضيرية للقانون المدني المصري ، ج٤ - العقود المسماة ، وزارة العدل المصرية ، مطابع مذكور ، القاهرة ، ١٩٥٠ ، ص ٤٩-٥٠ .

(٤) د. سليمان مرقس ، شرح القانون المدني ، ج٣ - العقود المسماة ، المجلد الاول - عقد البيع ، ط٤ ، عالم الكتب ، القاهرة ، ١٩٨٠ ، ص ٨٧ .

الى ستر البيع بصورة ايجار ففي هذه الحالة يجب اتباع هذا التكيف الالزامي ووصف العقد بيعا فقط^(١) .

مع تقديرنا لهذا الرأي الا ان الفرض المتقدم لا يمكن تحقيقه في العمل ، فلا يمكن ان تنصرف ارادة العاقدين الى كل من البيع والايجار في الوقت نفسه ، فمع تسليم المشرع بأن تكيف المتعاقدين لاتفاقهما لايقيد القاضي الا انه اراد ان يقضي على الخلاف المار ذكره ويجعل المحاكم تأخذ حلا موحدا باعتبار العقد بيعا فقط ، وهو بيع بالتقسيط مع شرط الاحتفاظ بالملكية .

وهكذا فإن المشرع المصري قد افترض ان المتعاقدين قصدا ان يكون الايجار عقدا سوريا يستر العقد الحقيقي وهو البيع بالتقسيط ، والمبلغ الاضافي الذي جعله المتعاقدان ثمناً ، ليس الا ثمناً رمزياً والتمن الحقيقي هو تلك الاقساط التي يصفانها اجرة^(٢) . وينتقد بعض الفقه الحل المتقدم ويرى فيه مصادرة على حرية المتعاقدين في تحقيق اهداف معينة تقصر عن تحقيقها الوسائل الأخر ، ويدعو المشرع الى ان يأخذ طبيعة هذا العقد بعين الاعتبار باعتباره ايجارا وبيعا ويضع القواعد التي تتسق مع هذه الطبيعة وتتماشى مع ما يرمى اليه المتعاقدان من اهداف^(٣) .

لكننا نرى ان البيع الايجاري إنما قد نشأ بسبب قصور سلفه ، البيع بالتقسيط ، عن تحقيق مايبتهغه البائعون من ضمان ، لذا اذا تم تعزيز التنظيم القانوني للبيع بالتقسيط لم يعد ثمة مسوغ للجوء الى تنظيم البيع الايجاري خصوصا وان اعتبار هذا العقد ايجارا وبيعا يصطدم مع أبسط الأصول القانونية المرعية في التكيف ، ولكن يثور التساؤل هل ان اعمال احكام البيع بالتقسيط بموجب الفقرة الرابعة للمادة ٤٣٠ يسري على كل حالات الايجار التي تنتهي بالبيع؟

نرى ان المشرع لم يقصد ان يطبق حكم البيع بالتقسيط على كل حالة ايجار تنتهي بيعة ، ذلك ان عبارة المشرع " ولو سمي المتعاقدان البيع ايجارا" تقتضي ابتداء انصراف ارادة المتعاقدين الى البيع ثم ستره بصورة ايجار وتأسيسا على ذلك ، وبما ان مضمون عقود البيع الايجاري متنوع للغاية نرى وجوب التفرقة بين ثلاث حالات:

اولا : تملك المستأجر للمأجور تلقائيا بمجرد سداد اقساط الاجرة : وفي هذه ليس ثمة شك بوجود تطبيق احكام البيع بالتقسيط.

(١) د. عبدالنعم البدر اوي ، مصدر سابق ، ص ٩٩ ؛ وفي نفس المعنى انظر : د. رمضان ابو السعود ، عقد الايجار ، مصدر سابق ، ص ٥٢ .

(٢) د. السنهوري ، الوسيط ، ج ٤ ، مصدر سابق ، ص ١٧٨ .

(٣) د. نبيل ابراهيم سعد ، الضمانات غير المسماة ، مصدر سابق ، ص ٢٤٩ .

ثانيا : تملك المستأجر للمأجور بإبداء رغبته عند انتهاء مدة الاجارة مع دفع مبلغ رمزي : هنا يبدو للوهلة الاولى اننا امام عقد ايجار مقترن بوعده بالبيع الا ان الخيار المعطى للمستأجر في تملك الشيء لا يكون حقيقيا لان المبلغ الذي يلتزم بدفعه لا يعد ثمنا جديا للمبيع، انما الثمن هو اقساط الاجرة المدفوعة سلفا ، فأن لم يستعمل المستأجر خياره كان مهددا بفقدته تلك الاقساط لذا تكون الحرية المعطاة للمستأجر ظاهرة فقط ومثل هذا الاتفاق يخفي بيعا بالتقسيط.

ثالثا : تملك المستأجر للمأجور بإبداء رغبته عند انتهاء مدة الاجارة مع دفع مبلغ حقيقي ، : ان هذا العقد ممكن ان ينهض باعتباره ايجارا جديا مصحوبا بوعده بالبيع اذا كانت الاقساط التي يدفعها المستأجر هي اقساط اجرة حقيقية تقابل المنفعة ، وبأن يكون الثمن الذي يدفعه عند ابداء الرغبة جديا ومستقلا في تقديره عن اقساط الاجرة السابق دفعها ففي هذا الفرض يكون العقد ايجارا لا بيعا بالتقسيط فلا يسري عليه حكم الفقرة الرابعة للمادة ٤٣٠^(١) .

واقفى المشرع العراقي النهج ذاته الذي سار عليه القانون المدني المصري فأورد نصا موافقا له في المادة ٥٣٤ التي نصت في فقرتها الرابعة على "وتسري احكام الفقرات الثلاث السابقة حتى لو سمي المتعاقدان البيع ايجارا " ، ويرى بعض الفقه^(٢) ان المشرع العراقي قد حسم بذلك الخلاف في الفقه والقضاء حول تكييف طبيعة هذا العقد ، لكننا لم نعثر على أي حكم للقضاء العراقي في مسألة البيع الاجاري ينبيء عن وجود مثل هذا الخلاف ، كما ان الفقه العراقي اقتصر في اشاراته على ترديد ذات الحلول التي أثرت في كل من فرنسا ومصر .

ويجب ان لا يفهم مما تقدم ان عقد البيع الاجاري لم يشهد تطبيقا في العراق ، فقد ورد في ملاحظات لجنة مشروع القانون المدني العراقي حول الفقرة الرابعة للمادة ٥٣٤ ما يفيد بأن فرع شركة سنكر لمكانن الخياطة في العراق ، كانت تعتبر عقودها ايجارا وتستوفي عنها بدلات شهرية هي اجرة وبذلك تحتفظ بملكية الماكنة حتى سداد الاقساط كافة^(٣) .

كما تم اتباع اسلوب البيع الاجاري في تمليك الدور والشقق للمواطنين بموجب قانون الاسكان المرقم (٥٤) لسنة ١٩٦٢ فبعد ان نصت الفقرة الاولى من المادة السادسة منه على

^(١) ومناط التفرقة بين مبلغ رمزي ومبلغ حقيقي هو الثمن البعس ، فالثمن البعس هو لمن حقيقي ، وان كان يقل كثيرا عن قيمة المبيع الا انه لمن جدي ينمقد به البيع ، انظر استاذنا : د. جعفر الفضلي ، الوجيز ، مصدر سابق ، ص ٧٢ .

^(٢) د. غني حنون طه ، الوجيز في العقود المسماة ، ج ١ - عقد البيع ، مطبعة المعارف ، بغداد ، ١٩٦٩-١٩٧٠ ، ص ٣٦ د .

سعدون العامري ، مصدر سابق ، ص ١٠٨ .

^(٣) الهامي سلمان بيات ، القضاء المدني العراقي ، ج ٢ ، شركة الطبع والنشر الاهلية ، بغداد ، ١٩٦٢ ، ص ٤٦ .

حالات معينة يفسخ فيها عقد التمليك دون حاجة الى حكم او اذار ، اردفت الفقرة الثانية أنه " في حالة الفسخ تعتبر الأقساط التي دفعها المستفيد بدل ايجار للمدة التي اشغل فيها الدار" وبالتالي ليس للمتعاقد استردادها.

يجدر بنا قبل ختام هذا المبحث ان نشير الى موقف الفقه الاسلامي من البيع الاجاري، ونقرر بداية ان هذا العقد ، وعلى قدر ما وسعنا البحث ، لم يرد له ذكر عند فقهاءنا القدامى ، وإذا ما انتهينا الى انه من المعاملات المالية المعاصرة^(١) ، فما هو حكمه في ضوء المبادئ العامة للشريعة الاسلامية؟

تذهب بعض الاجتهادات المعاصرة الى تصحيح هذا العقد شرعا استنادا الى ان نقل الملكية الى المستأجر في نهاية مدة الايجار يتم بواسطة هبة المأجور له تنفيذًا لوعده سابق من المالك للمستأجر ، وهذا الوعد يكون ملزما عملا ببعض الاراء في الفقه الاسلامي^(٢) ، وهذه الصيغة معمول بها في بعض المصارف الاسلامية تحت اسم "عقد الايجار المنتهي بالتمليك"^(٣).

غير ان الحل المعمول به في كل من القانونين المصري والعراقي يمكن الاخذ به دون عناء في الفقه الاسلامي من خلال قاعدته الذهبية "العبرة في العقود للمقاصد والمعاني للالفاظ والمباني"^(٤) ، لذا فإن تكييف البيع الاجاري في ضوء هذه القاعدة ليس الا بيعا بالتقسيط ، وهو بيع اشترط فيه البائع بقاء الملكية له حتى استيفائه الثمن كاملا ، واذا كنا قد اقررنا مشروعية البيع بالتقسيط ، فإن ما يحتاج للبيان هو حكم شرط الاحتفاظ بالملكية شرعا وهو ما سنقف عنده في محطة قادمة من هذه الدراسة.

نخلص من جملة ما تقدم ، ان مختلف القوانين تكاد تتفق على ان البيع الاجاري بمفهومه المتقدم ليس عقدا مستقلا وهو في حقيقته ليس الا بيعا بالتقسيط ، وهذا الحل انتهى اليه المشرع في كل من سويسرا ومصر والعراق ، وهو الرأي الذي استقر عليه القضاء الفرنسي ، اما في انجلترا موطن البيع الاجاري فقد نحا المشرع اخيرا نحو ازالة الفوارق بينه وبين البيع بالتقسيط مع الاحتفاظ بالملكية المسمى بالبيع المشروط فلم يعد لمسألة التمييز

(١) يقصد بالمعاملات المالية المعاصرة في اصطلاح الفقه الاسلامي "القضايا المالية التي استحدثها الناس في العصر الحديث ، او القضايا التي تغير موجب الحكم عليها نتيجة التطور وتغير الظروف او القضايا التي تحمل اسما جديدا او القضايا التي تتكون من عدة صور قديمة".د. محمد عثمان شير ، مصدر سابق ، ص ١٣ و ١٤.

(٢) وهو رأي الفقيه ابن شبرمه وبعض المالكة ... انظر : د. محمد عثمان شير ، المصدر السابق ، ص ٢٦٥-٢٦٦.

(٣) محمد عبدالعزيز حسن زيد ، الاحارة بين الفقه الاسلامي والتطبيق المعاصر في المؤسسات المصرفية والمالية الاسلامية ، ط ١ ، منشورات المعهد العالمي للفكر الاسلامي ، القاهرة ، ١٩٩٦ ، ص ٦٣ ، وانظر مفصلا : د. محمد عثمان شير ، مصدر سابق ، ص ٢٨٠-٢٨٥.

(٤) المادة ٣ من مجلة الاحكام العدلية ، والمادة ١٥٥ من القانون المدني العراقي.

بين العقدين اهمية عملية تذكر طالما ان البيع المشروط اصبح يحقق المزايا ذاتها التي استهدفها البائعون من ابتداعهم صيغة البيع الايجاري. وبناء على ذلك ، تسري على البيع الايجاري بشكل عام احكام البيع بالتقسيط مع شرط الاحتفاظ بالملكية موضوع بحثنا بين دفتي هذه الدراسة .

المبحث الثالث

تمويل البيع بالتقسيط وتمييزه عما يشته به من عقود

لم يعد البيع بالتقسيط اليوم مقتصرأ على تلك الصورة البسيطة المتمثلة بالعلاقة الثنائية بين بائع ومشتري ، بل وجدت فيه المصارف وشركات التمويل ميداناً خصباً لتوسيع نشاطاتها واستثمار اموالها ، لذا تدخلت بصيغ مختلفة لامداد هذه العملية بالتمويل اللازم ، الامر الذي كان له تأثيره في بعض الاحوال على ماهية العقد وعلاقات اطرافه ، من ناحية اخرى فان ثمة عقوداً تقترب من البيع بالتقسيط وتثير شكاً في الاذهان يستوجب محوه التعرض لتمييز البيع بالتقسيط عن تلك العقود.

لذا نستغرق دراستنا لهذا المبحث في مطلبين نكرس اولهما لتمويل البيع بالتقسيط ونخصص الآخر لتمييزه عن العقود قريبة الشبه به.

المطلب الأول

تمويل البيع بالتقسيط

دارت دراستنا حتى الآن حول عقد البيع بالتقسيط بصورته البسيطة المألوفة التي تجسدت بتلك العلاقة الثنائية بين طرفي العقد البائع والمشتري ، والتي يقوم فيها البائع مباشرة بمنح الائتمان للمشتري ، لكن الصورة الحديثة لهذا البيع في العادة اكثر تعقيداً وتتجلى بقيام طرف ثالث بتقديم الائتمان للمشتري وازاحة هذا العبء بما يتضمنه من مخاطر من على عاتق البائع . وتضطلع بتقديم الائتمان مؤسسات ائتمانية متخصصة تدعى بشركات التمويل Finance Company ، ويرجع ظهور هذه الشركات الى مطلع القرن العشرين ثم تطورت على اثر التوسع في صناعة المركبات والمكائن والاجهزة الذي حدث بعهد الحرب العالمية الاولى حيث قاد الى ازدياد وتنوع صيغ المعاملات ذات التكاليف الباهضة جداً بحيث بدا من الواضح ان تمويلها اضحى بعيداً عن قدرة التاجر المالية ، مما ادى الى انتشار مؤسسات التمويل استجابة لحاجات تغطية الائتمان ، فالتاجر يبقى مضطرباً بجانب البيع من التعامل بينما تأخذ شركة التمويل على عاتقها الجانب المالي من المعاملة⁽¹⁾.

لذلك فان نسبة كبيرة من عمليات الائتمان ، خصوصاً في بيوع السيارات التي تتم من قبل بائعي المفرد ، يتم تمويلها من قبل البنوك وشركات التمويل⁽²⁾ ، وفي انجلترا تضطلع الشركات المذكورة بتمويل اكثر من نصف معاملات البيع الاجاري والبيع بالتقسيط⁽³⁾ .

(1) A.Diamond , Installment Credit , Op.Cit. , P.93 ; Encyclopaedia Britannica , Op.Cit. , P.279.

(2) Clarkson , Miller and Blaire , Op.Cit. , P.781.

(3) A.Diamond , Comm.and Cons . Credit , Op.Cit. , P.223.

ولقد وجدنا بالاستقراء وجوب التفرقة بين اسلوبين من اكثر الطرائق شيوعا في التمويل:

اولا : قيام شركة التمويل بشراء السلعة من البائع بثمن نقدي ، أي حال ، ثم اعادة بيعها بالتقسيط الى المشتري ، وهي الطريقة الشائعة في انجلترا .
ثانيا : قيام شركة التمويل بمنح قرض للمشتري يخصص لشراء السلعة من البائع ، ثم قيام المشتري بتسديد القرض الى شركة التمويل وتتبع هذه الطريقة في فرنسا وسويسرا .
ولتسهيل تفصيل ذلك لنفترض ان اطراف العقد كلا من العميل الراغب بالشراء ، وشركة التمويل ، والتاجر مالك البضاعة .

فمن المعتاد ان تتم العملية في المملكة المتحدة بالشكل الآتي:

يقوم العميل الراغب بالشراء باختيار البضائع من محل التاجر طالبا منه صيغة الشراء بالتقسيط ، وبناء على طلب التاجر يقوم العميل بمليء استمارة معينة هذه الاستمارة تجهز للتاجر من قبل شركة التمويل التي يرتبط معها التاجر بعقد منظم سلفا ، وعندما يتم اكمال الاستمارة وتوقيعها من قبل العميل فأنها سوف تشكل ايجابا موجها الى شركة التمويل من العميل لاقتناء البضائع أما على سبيل البيع الاجاري او البيع بالتقسيط ، يترك العميل الاستمارة لدى التاجر الذي يقوم بدوره باكمال استمارة ثانية ، تمثل هي الاخرى ايجابا من قبل التاجر موجها الى شركة التمويل لبيعها البضائع المحددة ، ثم يقوم التاجر بارسال كلا الاستمارتين الى شركة التمويل التي لها قبول او رفض كلا الايجابين ، وهي في العادة تقبل الايجابين ماداما قد دونا على الاستمارات العائدة لها والمتضمنة للشروط المدرجة من قبلها سلفا ، وبالقبول ، تكون الشركة قد ابرمت عقدين ، فهي قد اتفقت مع البائع بشراء البضائع منه ، واتفقت مع العميل لتجهيزه بالبضائع وفق صيغة البيع الاجاري او البيع بالتقسيط⁽¹⁾ .

خلاصة العملية من الوجهة القانونية ان شركة التمويل تقوم بشراء البضائع نقدا من التاجر ثم بيعها بالتقسيط للعميل ، او ايجارها له في حالة البيع الاجاري⁽²⁾ ، والامر يتطلب منا ان نتفحص بدقة هذه العلاقة الثلاثية الاطراف:

اولا : في العلاقة بين شركة التمويل والتاجر:

هذه العلاقة في حقيقتها هي علاقة بائع ومشتري ، التاجر يحتفظ بالدفعة الاولى المسددة من قبل العميل ، ويبيع البضائع لشركة التمويل بثمن نقدي كامل (Full cash-Price) ، لكن ذلك كله يتم على الورق فقط ، فالبضائع لا ترسل مطلقا الى شركة التمويل وانما تسلم مباشرة الى العميل ، ويلاحظ ان التاجر في الغالب لا يسلم البضاعة للعميل الا بعد تلقيه قبول

(1) A. P. Dobson , Op.Cit. , P.160.

(2) Salmon , Op.Cit. , P.11.

شركة التمويل للشراء لانه اذا سلم البضاعة قبل علمه بالقبول فانه سوف يعرض نفسه لفقدان الثمن في حالة فشل التوصل الى اتفاق ، ولا يكون امامه سوى محاولة استرداد البضاعة⁽¹⁾ .
 عموماً ، فإن العلاقة بين التاجر وشركة التمويل هي في الواقع اكثر تعقيداً ، فغالبا ان شركة التمويل تصر على ان يكون التاجر ضامناً للصفقة ، لان شركات التمويل تعتبر نفسها كالبنوك ، فإذا كان هنالك أي اخلال او صعوبة متعلقة بالعقد فإن شركة التمويل لا ترغب في ان تضطر لاسترداد البضائع ، ذلك انها تتعامل بالنقود لبالسلع ، فهي ترغب ان يقوم التاجر ذاته بهذه الخطوة ، أي الاسترداد ، ويدفع لشركة التمويل بقية الثمن المقسط غير المسدد ، ثم يحل التاجر حلوياً قانونياً محل شركة التمويل في تنفيذ عقد البيع بالتقسيط مع العميل⁽²⁾ .

ثانياً : العلاقة بين شركة التمويل والعميل

وهذه الرابطة هي العلاقة الاصلية التي تقوم على اساس عقد البيع بالتقسيط ، وطرفا العقد كلا من البائع (شركة التمويل) والمشتري (العميل) ، ذلك ان ملكية البضاعة تنتقل لشركة التمويل وتصبح مالكة لها قبل ان يتم الدخول في عقد البيع بالتقسيط مع العميل ، ويلتزم كل طرف بالالتزامات الناشئة عن عقد البيع بالتقسيط ، ويقوم العميل بتسديد الاقساط الى شركة التمويل مباشرة او الى التاجر بوصفه وكيلها في القبض⁽³⁾ .

ثالثاً : العلاقة بين التاجر والعميل

في الوضع الاعتيادي لا توجد البتة أية علاقة تعاقدية مباشرة بين التاجر والعميل ، ذلك ان التاجر قد باع البضاعة الى شركة التمويل لا إلى العميل⁽⁴⁾ .

فقد مر بنا ان الاستثمارات التي يوقعها العميل في محل التاجر ليست الا إيجاباً موجهاً منه الى شركة التمويل ، فإذا قبلت الايجاب قام التاجر ببيع البضائع لها ، وبالرغم من عدم وجود عقد بيع بين التاجر والعميل الا ان ذلك لا يعني بالضرورة انعدام وجود أية علاقة بينهما، فإذا كان التاجر قد صرح للعميل بأي شيء يمكن ان يفسر على انه ضمان صريح لنوعية البضاعة مثلاً ، فإن ذلك يمكن تكيفه أنه عقد منفصل بينه وبين التاجر ويمكن ان يستنتج هذا العقد من سلوك الاطراف بغض النظر عن الكلمات المستعملة⁽⁵⁾ .

نظراً لما تقدم ، فإن المشتري بالتقسيط غالباً ما كان يضار بالحالة غير الطبيعية الناتجة عن هذا النمط من التمويل ، فكان عليه مثلاً التفاوض مع التاجر في محله ، لكن الأخير ليس بائعاً ، كما رأينا ، فالبائع بقدر تعلق الأمر بالعميل هي شركة التمويل ويتبع ذلك ان وعود التاجر للعميل ، او افصاح العميل للتاجر انه يريد البضاعة لغرض محدد يصبح

(1) P. S. Atiyah , Op.Cit. , P.330.

(2) Ibidem , P.331.

(3) Diamond , Comm.and Cons . Credit , Op.Cit. , P.226.

(4) A. P. Dobson , Op.Cit. , P.160.

(5) P. S. Atiyah , Op.Cit. , P.329.

لغواً تجاه شركة التمويل ، فإذا كانت البضاعة معيبة فلا حق للعميل في اقامة الدعوى تجاه التاجر ، كما ان شركة التمويل هي الاخرى لا تعدّ مسؤولة عن التعرير الصادر من التاجر او عوده للعميل ، لان التاجر ليس تابعاً أو مستخدماً لشركة التمويل انما طرف مستقل في العقد^(١).

وفي عام ١٩٦٢ جاء في تقرير لجنة اصلاح القانون Law Reform Committee ان المشتري قد يقاسي العنت من حقيقة ان التاجر طرف مستقل وأوصت باعتباره وكيلاً لشركة التمويل ، وفعلاً وضع الاقتراح موضع التنفيذ بالمادة (١٥) من قانون البيع الاجباري لعام ١٩٦٥ وبموجبها اعتبر التاجر وكيلاً عن شركة التمويل لكي تكون الاخيرة مسؤولة عن كل التعهدات التي صدرت عن التاجر^(٢)، وافر قانون ائتمان المستهلك الانجليزي لعام ١٩٧٤ ذلك بالمادة ٥٦ منه وبمقتضاها اعتبر التاجر وسيطاً ائتمانياً Credit-broker ويشمل هذا المصطلح ، فضلاً عن الوسطاء (السامسة) بالمعنى التجاري كل تاجر او بائع مفرد يقدم او يعرف العملاء الذين يرغبون الحصول على ائتمان الى شركة التمويل او المصرف^(٣) . لذا فإن الأحكام التي وضعت موضع التطبيق تسمح بتقرير مسؤولية شركة التمويل تجاه أي تعرير او خرق للعقد من قبل التاجر الذي يتصرف في اداء عمله بصفته وكيلاً (agent) عن شركة التمويل.

ويعزو الاستاذ Diamond اتباع هذا الاسلوب المعقد للتمويل في انجلترا تاريخياً الى رغبة شركات التمويل في الافلات من القيود المرهقة التي فرضتها قوانين مقرضي النقود Money Lenders Acts خصوصاً فيما يتعلق بالمراباة (Usury) ، فبدلاً من اقراض النقد، وهي الوظيفة الاقتصادية الحقيقية لشركات التمويل ، فقد لجأت الى القيام بدور تاجر بضائع ، فهي تشتري البضائع من اجل ايجارها ببيع اجباري او بيعها بالتسيط^(٤) .

وتتبع عدد من المصارف الاسلامية صيغة للتمويل تقترب من الاسلوب السابق بيانه بواسطة ما يسمى "بيع المرابحة للأمر بالشراء"^(٥) ومقتضاه ان يكون الشخص في حاجة الى سلعة معينة فينتقل الى المصرف طالباً منه ان يشتري هذه السلعة واعدأ بشرائها من المصرف

(١) Lord Chorley and O.C.Giles , Slater's Mercantile Law , Sixteenth Edition , Sir Isaac Pitman and Sons Ltd , London , 1972 , P.238.

(٢) Ibidem, P. 238.

(٣) المادة ١٤٥ من قانون ائتمان المستهلك الانجليزي:

(٤) Diamond , Installment Credit , Op.Cit , P.5.

(٥) ومن هذه المصارف بنك دبي الاسلامي ، بيت التمويل الكويتي ، البنك الاسلامي الاردني و المصرف العراقي الاسلامي . انظر : النشرة التعريفية الصادرة عن البنك الاسلامي الأردني للتمويل والاستثمار ، نشرة رقم (١٠) لعام ١٩٩٦ . وانظر ايضاً م/١ من النظام الداخلي للمصرف العراقي الاسلامي.

الذي ابتاعها مرابحة ويحدد اسلوب دفع العميل للثمن على شكل اقساط^(١) ، ويعد الامام الشافعي اول من ذكر هذه الصورة جاء في كتاب الام " واذا ارى الرجل الرجل السلعة ففسال اشتر هذه واربحك فيها كذا فأشترها الرجل ، فالشراء جائز والذي قال اربحك فيها بالخيار ان شاء احدث فيها بيعا وان شاء تركه"^(٢) .

من الوجهة القانونية يتضح لنا ان المصرف الإسلامي يشتري السلعة المطلوبة بثمن نقدي ثم يبيعها بالمرابحة الى العميل وهذا البيع الاخير هو بيع بالتقسيط ، وبالتالي لسنا سوى امام عملية تمويل^(٣) .

وتختلف صيغة التمويل المتبعة في فرنسا ، حيث ان استخدام اسلوب القروض (Prêt) جعل من الممكن لشركات التمويل ان تتجنب تماما الانضمام في عملية البيع وان تحصر مسؤوليتها فيما يتعلق بالتمويل فقط^(٤) .

فحوى الاسلوب المتبع هناك ، ان المشتري يختار البضاعة من محل البائع ويتفق على شرائها منه ، ثم يلجأ الى احدى شركات التمويل لكي تدفع الثمن نقدا للبائع بموجب عقد قرض يبرمه معها ، على ان يقوم بتسديد القرض لاحقا على شكل اقساط ، والملاحظ ان العملية تتضمن إبرام عقدين : اولهما : عقد البيع الذي يبرم بين البائع والمشتري والثاني : عقد القرض بالتقسيط Prêt a' temperament الذي يبرم بين المقرض والمشتري ، ويكون القرض هنا مخصصا لتمويل عملية الشراء ، والأصل ان كل عقد من العقدين يعد مستقلا عن الآخر ، فالبايع لم يساهم بارادته في إبرام عقد القرض ، والمقرض بالمقابل لم يساهم بارادته في إبرام عقد البيع ، فينبغي تطبيق مبدأ نسبية اثر العقد على العلاقة بينهما ، واعتبار كل منهما غيرا بالنسبة للآخر ويترتب على ذلك ان فسخ احد العقدين او بطلانه لا يكون له اثر على العقد الآخر الذي يبقى قائما^(٥) .

وكان الوضع المتقدم يلحق عسفاً بالمشتري حيث انه غالبا مايوقع في ذات الوقت عقد البيع وطلب التمويل ، ومن تلك اللحظة يعد عقد البيع مبرما ، اما عقد القرض فيتوقف نشوؤه على قبول شركة التمويل التي لها حرية القبول او عدمه، وعند الرفض يعاني المشتري

(١) د. زكريا محمد العالغ القضاة ، السلم والمضاربة ، ط ١ ، دار الفكر للنشر والتوزيع ، عمان ، ١٩٨٤ ، ص ٤٣٨ .

(٢) الامام ابى عبدالله محمد بن ادريس الشافعي ، كتاب الام ، ج ٣ ، ط ١ ، بتصحيح محمد زهري النجار ، مكتبة الكليات الازهرية ، القاهرة ، ١٩٦١ ، ص ٣٩ .

(٣) انظر في الخلاف المثار بصدده صحة هذا البيع شرعا : د. محمد احمد سراج ، النظام المصرفي الاسلامي ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، القاهرة ، ١٩٨٩ ، ص ٣٣٨ وما بعدها وايضا د. محمد عثمان شير ، مصدر سابق ، ص ٢٧٠ .

(٤) Diamond , Installment Credit , Op.Cit. , P.93.

(٥) انظر : د. صبري حمد خاطر ، الغرر عن العقد ، رسالة دكتوراه مقدمة الى كلية القانون - جامعة بغداد ، بغداد ، ١٩٩٢ ، ص ١٩٣ .

صعوبة تسديد ثمن الشراء ، هذه الحالة تمت معالجتها بقانون الاستهلاك الفرنسي لعام ١٩٩٣ الذي اوجد علاقة تبعية بين العقد الرئيسي وهو عقد البيع وعقد القرض الذي يستخدم لتمويله ، فأذا رفضت الشركة طلب التمويل فأن عقد البيع يبطل بقوة القانون والاتفاق على الدفع النقدي في حالة رفض التمويل لا يعتد به^(١) .

وكان القضاء الفرنسي قد اقر الحل المتقدم منذ وقت طويل أخذا بنظر الاعتبار حقيقة الارتباط بين العقدين من الناحية العملية^(٢) ، وتكشف القرارات الحديثة لمحكمة النقض بأن الفسخ القضائي لعقد البيع يؤدي الى الفسخ بقوة القانون لعقد القرض^(٣) ، ومثل هذا التطور كان قد اقره القضاء الفرنسي أيضا في ميدان عقد الايجار التمويلي - Leasing ou Credit-bail ، حيث يتضمن هذا العقد ابرام عدة عقود متميزة ، لكن القضاء الفرنسي رأى ان هذه العقود ترتبط لتحقيق عملية محددة فلا يطبق عليها مبدأ نسبية اثر العقد^(٤) .

والواقع ، ان اتباع اسلوب التمويل المتقدم يعكس حتما على اختلاف طبيعة العملية القانونية ، حيث لا نكون امام عقد بيع بالتقسيط ، وانما بيع نقدي مصاحب له عقد قرض ، لان شركة التمويل تدفع للبائع الثمن في الحال ، وبذلك يوجد الى جانب عقد البيع عقد قرض بين شركة التمويل والمشتري ، فطريقة تمويل الائتمان غيرت من الطبيعة القانونية للتصرف^(٥) ، بيد ان هذه الحقيقة تم تجاهلها بشكل كبير في قانون الاستهلاك الفرنسي ١٩٩٣ الذي راعى التشابه بين عقد البيع بالتقسيط وعقد الشراء بالقرض المقسط من ناحية الغاية والمقصد وهو الائتمان دون الاهتمام الى الوسيلة القانونية المتبعة في الوصول اليه^(٦) .

سلك القانون السويسري ذات الاتجاه فقضت الفقرة الثانية من المادة ٢٢٦ (M) بتطبيق احكام البيع بالتقسيط على القروض الممنوحة لغرض شراء المنقولات عندما يتنازل البائع للمقرض عن دينه تجاه المشتري مع او دون الاحتفاظ بالملكية ، او عندما يتفق البائع والمقرض بطريقة أخرى لتجهيز الشيء للمشتري مقابل الدفع اللاحق للثمن بالأقساط.

وفق ما تقدم فأن المشتري يقترض المال الضروري من المصرف بالتعاون مع البائع، ويلتزم بإعادة القرض بالتقسيط ، او ان المصرف يقدم القرض مباشرة للبائع ويحل محله في مركزه القانوني تجاه المشتري عن طريق الوفاء مع الحلول ، هذه العمليات تخضع في القانون

^(١) Lamy S.A., Op.Cit. , P.1721.

^(٢) د. صري حمد خاطر ، مصدر سابق ، ص ١٩٣-١٩٤ .

^(٣) Cass I re civ., 1er dec. 1993: Recueil Dalloz Sirey , 1994 , 3e cahier , P.15

وانظر ايضا :

La Semaine Juridique (J.C.P) Ed . G., No.44 , Jurisprudence 1994 , P.369.

^(٤) انظر د. صري حمد خاطر ، مصدر سابق ، ص ١٩٢ ؛ وانظر لاحقا بصدد عقد الايجار التمويلي من هذه الدراسة .

^(٥) د. نبيل ابراهيم سعد ، نحو قانون خاص بالائتمان ، مصدر سابق ، ص ١١٣-١١٤ .

^(٦) Lamy S.A., Op.Cit , P.1708.

السويسري لقواعد البيع بالتقسيط لانها تجعل على عاتق المشتري ذات المخاطر وتسعى اقتصادياً لتحقيق ذات الهدف^(١) .

ينبغي التنويه الى ان تطبيق احكام البيع بالتقسيط على الشراء بالقرض المقسط ينبغي ان لا يقودنا الى المغالاة في التشبيه ما بين العقدين ، فمثل هذا التقارب قصد به المشرع مراعاة تطبيق بعض الاحكام الامرة المتعلقة بالائتمان وبعد ذلك يبقى لكل عقد منهما ماهيته وطبيعته الخاصة.

وتتبع المصارف في العديد من الدول العربية ، الاردن مثلاً ، الاسلوب الاخير لتمويل بيوعات التقسيط للسيارات حيث يقوم المشتري باداء دفعة اولية من ثمن السيارة ويتولى المصرف اتمام دفع بقية قيمتها للبائع عن طريق قرض يمنحه للمشتري ، ويقوم الاخير بسحب كمبيالات بعدد الاقساط لأمر المصرف ثم يقوم بتسديدها وفقاً لتواريخ استحقاقها ، وتكون السيارة مرهونة لصالح المصرف المقرض ومؤمنة تأميناً شاملاً لصالحه حتى تمام الوفاء^(٢) ، ويلاحظ في هذا الاسلوب ان القرض يتضمن فوائد عن مدة الاجل وبذلك يدخل في باب ربا النسينة المحرم شرعاً^(٣) .

بقي اخيراً ان نشير الى إمكانية اتباع طريقة السندات لامر " الكمبيالات" (Promissory notes) للتمويل ، حيث يقوم المشتري بسحب عدد من الكمبيالات لامر البائع موازٍ لعدد الاقساط المثبتة في العقد ، والبائع (المستفيد) يمكنه بسهولة ان يحصل فوراً على المال بتظهير هذه الكمبيالات الى الغير او خصمها لدى المصرف ، ويصبح المظهر اليه مخولاً باستلام الدفعات المثبتة في السندات^(٤) .

المطلب الثاني

تمييز البيع بالتقسيط عما يشتهر به من عقود

قد يشتهر البيع بالتقسيط أو يلتبس ببعض العقود ، مما يتعين تحديده و تمييزه عنها تحرزاً عن الايهام والشك ، فقد يشتهر البيع بالتقسيط بعقد حديث يسمى الإيجار التمويلي من حيث صفة الائتمان التي تجمع كلاً العقدين ، وقد يلتبس ايضاً بالبيع بالعربون الذي يدفع فيه الثمن على جزئين ، وكذلك بعقود الاشتراك التي يدفع فيها العوض بصورة دورية. وسنفرّد فرعاً مستقلاً لتمييز البيع بالتقسيط عن كل من الصور العقدية السابقة:

^(١) Pierre Tercier , Op.Cit., P.118.

^(٢) نالر تيسو القيسي ، مصدر سابق ، ص ١٦-١٧.

^(٣) د. رفيع المصري ، مصدر سابق ، ص ٢٣.

^(٤) Diamond , Comm. and Cons. Credit ,Op. Cit., P.223.

الفرع الاول

عقد الإيجار التمويلي

عقد الإيجار التمويلي^(١) بصيغته المعروفة اليوم هو عقد حديث النشأة ، وان كانت اصوله تترد الى ازمان موعلة في القدم^(٢) ففي حوالي عام ١٩٥٠ ظهر هذا العقد في الولايات المتحدة الامريكية تحت اسم ليزنج (Leasing) ثم انتقل الى فرنسا منذ عام ١٩٦٢ حيث انشئت في باريس أول شركة فرنسية للإيجار التمويلي تدعى (LocaFrance) ، وانتشر بعد ذلك هناك مما حدا بالمشرع الفرنسي التدخل لتنظيمه بالقانون المرقم ٤٥٥-٦٦ بتاريخ ٢ تموز ١٩٦٦ تحت اسم (credit-bail) يتعلق هذا القانون بمؤسسات الإيجار التمويلي للاموال المنقولة ثم امتد الى العقارات بالتعديل الصادر في ٢٨ ايلول ١٩٦٧ ، وفي ٤ تموز ١٩٧٢ نظم المشرع بالقانون رقم ٤١٥-٧٢ اجراءات خاصة بشهر العقد لغرض الاحتجاج به على الغير^(٣) .

يعرف الإيجار التمويلي بأنه " عقد بموجبه تقوم مؤسسة متخصصة بناء على طلب العميل ، باكتساب ملكية اموال ، غالبا تجهيزات منقولة او غير منقولة لاغراض مهنية ، بقصد تسليمها على سبيل الإيجار لهذا العميل لمدة معينة لقاء دفعات دورية محددة ، يكون للمستأجر في نهاية المدة الخيار إما إعادة المال الى الشركة الممولة أو طلب تجديد العقد أو شراء المال لقاء ثمن يراعى في تحديده الدفعات المنجزة بصفة اجرة"^(٤) .

^(١) بصطلح على تسميته بالفرنسية credit-bail وبالانجليزية Leasing ، ولم يتفق الفقه العربي على تسمية موحدة له ، وانما تجسري دراسته تحت عدة مسميات : عقد الاعتماد بالتأجير ، عقد الائتمان التأجيري ، عقد التأجير الائتماني ، عقد اليزنج ، عقد الإيجار التمويلي ، وقد فضلنا استعمال المصطلح الاخير نظرا لعلبة طابع التمويل على العقد . ويقترح بعض الفقه تعريب المصطلح الى عقد تمويل المشروعات او التمويل الائتماني ؟ د. ابراهيم دسوقي ابو الليل ، مصدر سابق ، ص ٣٢٠ .

^(٢) فيرى الاستاذ Adams ان القوانين البابلية على سبيل المثال كانت تحتوي قواعد تحكم بعض التطبيقات لهذا النوع من العقود ، وكذلك ايضا القانون الروماني : انظر :

John Adams , Commercial Hiring and Leasing Hiring and Leasing , Butterworths & Co. Publishers ltd ., London , 1989 , P.5.

بل ويرى بعض الفقهاء ان الإيجار التمويلي يرجع تاريخيا الى العصر البابلي في بداية القرن الثامن عشر قبل الميلاد:

El-Mokhtar BEY , De la Symbiotique dans les leasing et credit-bail mobiliers , Dalloz , Paris , 1970 , P.10.

نقلا عن : د. ابراهيم ابو الليل ، مصدر سابق ، ص ٣٣ هامش (١)

^(٣) انظر في تطور عقد الإيجار التمويلي في الولايات المتحدة وفرنسا ، وعن ظهوره في المغرب :

Mohamed Ali Mekouar , Le contrat de credit-bail dans la Partique Marocaine , R.J.P. E. du Maroc No1 , 1977 , P.41 etc.

^(٤) Raymond Guillien et Jean Vincent , Lexique de Termes Juridiques , Deuxieme Edition , Dalloz , Paris , 1972 , P.104.

ويمكن ان نأخذ على هذا التعريف كونه ليس سوى وصف لعملية الايجار التمويلي ذاتها ولا يمس جوهر العقد ، لذا يذهب رأي الى تعريفه بأنه " عقد يلتزم فيه احد الاشخاص بتمويل استغلال منقول او عقار في مشروع اقتصادي ، يحتفظ فيه الممول بملكية المال ضماناً لاستيفاء حقوقه قبل المستفيد"^(١) .

وايا كان الامر : فإن شراء شيء ، ايجاره مدة طويلة او قصيرة ، ثم الحاق هذا الايجار بمكنة الشراء لصالح المستأجر في نهاية العقد هو محور الاتفاق المسمى بالايجار التمويلي .

تتلخص عملية الايجار التمويلي في ان صاحب المشروع يكون في حاجة الى الآلات او مكائن او مستلزمات صناعية او مهنية باهظة التكاليف وليس في وسعه شراءها ، او انه لا يريد تجميد أمواله لهذا الغرض ، فيقوم بالآتي:

- اختيار الشيء محل العقد الذي يلبي حاجته من البائع او المورد له.
- ثم يقدم طلبا الى مؤسسة الايجار التمويلي ملتصقاً منها شراء الشيء.
- تدرس المؤسسة الطلب وعند الموافقة تقوم بشراء المال ، وتصبح مالكة له.
- تقوم المؤسسة بتأجير الشيء الى المستفيد بوصفه مستأجراً لفترة طويلة نسبياً مقابل اجرة معينة .
- يكون للمستأجر في نهاية مدة الايجار الخيار بين امور ثلاثة : اما رد الشيء الى المؤسسة، او تجديد استجاره مدة أخرى ، او شراء الشيء بثمن يراعى في تقديره المبالغ التي تم دفعها اجرة خلال سريان الايجار^(٢) ، لذلك فالايجار التمويلي ليس الاصورة متطورة لعقد البيع الايجاري في القانون الانجليزي ويتم ذلك عن طريق تدخل طرف ثالث بين المؤجر و المستأجر وهي مؤسسة الايجار التمويلي التي تقوم بشراء الاموال محل التعاقد ثم تأجيرها الى المستفيد^(٣) .

بناءً على ما تقدم، فإن اطراف العقد ثلاثة في الاصل : الشركة المؤجرة التي تقوم بالشراء ، البائع او المورد للأدوات ، والمستأجر الذي ينتفع باستخدامها^(٤) ، ويمكن ان يقتصر العقد على طرفين فقط في الصورة المعروفة بـ lease-Back والتي بمقتضاها يتخلى

(١) د. هاني عماد دويدار ، مصدر سابق ، ص ١٣٧.

(٢) في وصف العملية انظر:

John Adams , Op.Cit , P.44.

د. علي جمال الدين عوض ، عمليات البنوك من الوجة القانونية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٨١ ، ص ٥٥٤.

د. نبيل ابراهيم سعد ، نحو قانون خاص بالائتمان ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، ١٩٩١ ، ص ١١٧.

(٣) د. ابراهيم دسوقي ابو الليل ، مصدر سابق ، ص ٣٤.

(٤) د. نبيل ابراهيم سعد ، نحو قانون خاص بالائتمان ، مصدر سابق ، ص ١١٧.

أحد المشروعات الصناعية أو التجارية أو غيرها عن جزء من املاكه العقارية عن طريق بيعه لمؤسسة مالية ثم يعود فيستأجره منها في الحال ، وبالتالي تجني هذه المشروعات مبلغا كبيرا من المال بتخليها عن ملكية بعض أموالها دون ان تفقد الانتفاع بها⁽¹⁾ وبالتالي تكون شركة الايجار التمويلي قد اقلت عثرة المؤسسة التي هي في حاجة لاستخدام هذه الاموال⁽²⁾ .

يكون الايجار التمويلي عادة لمدة أساسية يكون العقد فيها غير قابل للانتهاء من قبل المستأجر هي على الأرجح مدة خمس سنوات فأكثر ، وتعمل شركة الايجار التمويلي على طول المدة وارتفاع اقساط الاجرة نسبيا في تغطية تكاليف شرائها للأموال فضلا عن تحقيق ربح مناسب ، وبذلك يختلف الايجار التمويلي عن نوع آخر من التأجير يسمى بالايجار التشغيلي Operation Lease في ان مدة الاخير تكون اقصر عادة ويكون قابلا للانتهاء قبل انتهاء المدة كما ان اقساط الاجرة لا تكفي لسداد تكلفة المال المؤجر لذا يعتمد المؤجر على عمليات التأجير المستقبلية او على بيع المال ، كما أن النوع الاخير لا يمنح المستأجر خيارا بالشراء عند انتهاء مدة الايجار ، بل ينتهي حتما برد المال الى المؤجر⁽³⁾، ومن امثلة هذا التأجير ايجار السيارات ، والحاسبات الالكترونية واجهزة تصوير المستندات او معدات البناء⁽⁴⁾ .

(1) وهو ما يسمى في الفقه العربي بالاعتماد او الائتمان التأجيري اللاحق : انظر : د. حسام الدين كامل الاهواني ، عقد البيع في القانون المدني الكويتي ، ط ١ ، مطبوعات جامعة الكويت ، ١٩٨٩ ، ص ٣٩ ، د. علي جمال الدين عوض ، عمليات المصارف ، مصدر سابق ، ص ٥٥٨ .

(2) انطوان الشويري ، عقود الايجار التمويلي والتشغيلي بحث مالي واقتصادي عام ، مجلة المصارف العربية ، يصدرها اتحاد المصارف العربية في بيروت ، السنة الثالثة ، العدد الثالث والثلاثون ، ايلول ، ١٩٨٣ ، ص ٤٥ .

(3) محمد عبدالعزيز حسن زيد ، مصدر سابق ، ص ٢٧ .

A. Diamond , Comm . & Cons. Credit , Op.Cit . , P.319.

وانظر ايضا :

(4) John Adams , Op.Cit. , P.39-40.

- ومن الناحية القانونية فإن عقد الإيجار التمويلي يتحلل الى عدة عمليات قانونية تقليدية:
١. الشراء : حيث يقوم المؤجر بشراء التجهيزات والمعدات محل العقد من البائع او المورد لغرض ايجارها لاحقا.
 ٢. الوكالة : حيث يوكل المؤجر المستأجر في القيام بشراء تلك الاموال والاتفاق على مواصفاتها كافة وفقا لحاجته فيقوم المستأجر بالتعاقد مع البائع او المورد لحساب المؤجر-المشتري.
 ٣. الإيجار : وهو جوهر العقد فيقوم المؤجر بتأجير المواد الى المستأجر للانتفاع بأستغلالها ويتميز هذا الإيجار بخاصيتين : ارتفاع اقساط الاجرة نسبيا و تحمل المستأجر لتبعة الهلاك والتلف بموجب شرط في العقد.
 ٤. وعد منفرد بالبيع او باعادة التأجير في نهاية مدة العقد^(١) .

ازاء ذلك احتدم الخلاف في الفقه الفرنسي حول الطبيعة القانونية لعقد الإيجار التمويلي ، فيشير البعض الى الطبيعة المركبة لعقد الإيجار التمويلي مع التبرير بان الإيجار هو عماد العقد ، على ان جانبا من الفقه يبرز مايتضمنه الإيجار من طابع مالي ، وعلى خلاف ذلك يؤكد البعض الطابع المصطنع للإيجار في عقد الإيجار التمويلي وانما يثور الخلاف ايضا في تحديد طبيعته القانونية فذهب راي الى نظرية القرض مع نقل الملكية على سبيل الضمان ونظرية الطبيعة الخاصة^(٢) ، ويحاول البعض تكييفه وفق المفاهيم التقليدية فسي نظرية العقد بأنه عقد بيع ايجاري او ايجار مع وعد منفرد بالبيع^(٣) ، ولسنا في معرض الخوض في تفصيل هذه الآراء لان ذلك مما يخرج عن نطاق هذا البحث ، ومايهنا هنا ان من الفقهاء من يرى في عقد الإيجار التمويلي بيعا بالتسيط مع الاحتفاظ بالملكية^(٤) .

وحجة هذا الرأي ان الخيار المعطى للمستأجر عند نهاية العقد هو محل شك لان القيمة المتبقية في مقابل تملك الشيء تكون ضئيلة قياسا الى مبلغ الإيجار المدفوع^(٥) ، فالإيجار ، حقيقة ، ليس الامجرد وسيلة لتزويد المؤسسة بضمان على المعدات والاموال التي سوف تكتسب من قبل المستأجر ، كما ان مؤسسة الإيجار التمويلي تعفي نفسها من أي مسؤولية عن نوعية البضاعة محل العقد او نفقات صيانتها ، فالعقد من الناحية العملية يماثل

(١) انظر : د. ابراهيم ابو البلب ، مصدر سابق ، ص ١٣٥ محمد عبدالعزيز حسن ، مصدر سابق ، ص ٥٩ . ويرى البعض ان العقد مركب من ثلاث عناصر ايجار ووكالة وبيع انظر : Mckouar , Op.Cit , P.42.

(٢) انظر في استعراض هذه الآراء : د. هاني محمد دويدار ، مصدر سابق ، ص ١٣٨ هامش (١).

(٣) De Juglart et Ippolito , op.Cit , P.240.

(٤) Derruppe , Droit Commercial , Cours de Maitrise Bordeaux , 1982 , P.272.

نقلا عن : د. هاني دويدار ، مصدر سابق ، ص ١٣٨ ، هامش (١)

وانظر ايضا : محمد عبدالعزيز حسن زيد ، مصدر سابق ، ص ٦٠-٦١ .

(٥) L. Aynes , Op.Cit. , P.5.

الشراء بالتقسيط^(١) ، وان شرط الاحتفاظ بالملكية ، وان لم يظهر صراحة الا انه يستتر وراء فكرة الايجار^(٢) .

والحقيقة ان الايجار التمويلي وان كان خلفا متطورا لعائلة البيع بالتقسيط وان كليهما يؤديان الى الحصول على الائتمان ويكون الاحتفاظ بالملكية في كل منهما على سبيل الضمّن، الا ان الايجار التمويلي عملية تمويلية ثلاثية الاطراف تتميز بضرورة وجود الممول فضلا عن البائع والمستأجر كذلك فان الغاية من العقد التمويل اساسا ويتحقق الضمان عن طريق الاحتفاظ بالملكية بصفة تبعية ثانوية^(٣) ، ويراعى ان انتقال الملكية في الايجار التمويلي لا يتم بقوة القانون وانما يكون التملك مكنة لصالح المستأجر ان شاء عملها وان شاء اهملها باعادة الشيء او تجديد الايجار^(٤) ، فضلا عن ذلك فان البيع بالتقسيط عام التطبيق ولا يقتصر محله على اموال معينة بعكس الايجار التمويلي الذي يرد غالبا على المعدات والمكائن المهنية دون السلع والبضائع الاستهلاكية ، وهكذا فان الايجار التمويلي عملية فنية مالية في حين ان البيع بالتقسيط عملية فنية تجارية ، فالإيجار التمويلي اقرب الى الايجار او عقود التمويل منه الى البيع^(٥) .

نظراً لما تقدم ، نميل الى الرأي الذي يذهب الى اعتباره عقداً مستقلاً له احكامه وخصائصه الذاتية وهو عقد مركب من عدة عمليات قانونية تندمج معا لتشكل في مجموعها وحدة غير قابلة للتجزئة^(٦) ويؤيد ذلك ان عقد الايجار التمويلي يؤدي الى ابرام عدة عقود على نحو ما سلف لكن كل عقد يؤثر في الآخر ويتأثر به خروجا على قاعدة نسبية اثر العقد ، ولا يمكن تفسير هذا التأثير بأي أساس معروف لذا فان هذه العملية نظام فريد من حيث تركيبها والتوفيق بين عناصرها خدمة للهدف الاقتصادي منها^(٧) .

ولا يفوتنا التنوية باهمية هذا العقد فهو نظام حديث للتمويل والتوظيف يساعد اكثر الدول على انعاش اقتصادها باستثمار اموال الغير دون البحث عن رأس المال الثابت ،

(١) John Adams , Op.Cit , P.3-4.

(٢) د. حسام الدين الاهواني ، مصدر سابق ، ص ٣٨.

(٣) د. نبيل ابراهيم سعد ، الضمانات غير المسماة ، مصدر سابق ، ص ٢٤٦.

(٤) د. هاني دوبدار ، مصدر سابق ، ص ١٣٩-١٤٠.

(٥) L.Aynes , Op.Cit , P.5.

ويراعى ان التمييز المتقدم يتعلق بالبيع بالتقسيط مع الاحتفاظ بالملكية ، اما في البيع بالتقسيط البسيط فيكون انتقال الملكية للمشتري فور التعاقد ، وبالتالي لا يلتبس بالاجار التمويلي البتة.

Mekouar , Op.Cit., P.42-43.

(٦) انظر في هذا الرأي :

د. ابراهيم ابو الليل ، مصدر سابق ، ص ١٣٥ محمد عبدالعزيز حسن ، مصدر سابق ، ص ٦٢.

(٧) د. علي جمال الدين عوض ، عمليات البنوك ، مصدر سابق ، ص ١٥٥ وانظر أيضا ص ٦٤ من هذه الدراسة .

فيستطيع المستأجر ان يحصل بواسطته على كافة الآلات والمعدات وحتى العقارات اللازمة للاستثمار بدون الحاجة الى اللجوء الى القروض او تعطيل جزء من رأسماله^(١) ، وذلك يسمح للمؤسسات بعدم تأجيل استثماراتها او التوسع في نشاطها مما يلعب دورا هاما في احداث التنمية الاقتصادية^(٢) ، لذلك فهو كما يصفه بعض الفقه بحق "اداة قانونية في خدمة حاجة اقتصادية"^(٣) .

وفي انجلترا يعد الايجار التمويلي نوعا متميزا من عقد الايجار ويخضع لأحكام الشريعة العامة (Common Law)^(٤) ، اما في سويسرا وعلى خلاف الحال في فرنسا يعد عقدا غير مسمى ويخضع من حيث المبدأ لقواعد الايجار ، لكن قضاء المقاطعات مال الى تطبيق احكام البيع بالتقسيط عليه في بعض الحالات الا ان ذلك لم يحظ بتأييد صريح من المحكمة الاتحادية ولا بترحيب من الفقه السويسري^(٥) .

ونظرا لشبوع عقد الايجار التمويلي مؤخرا في مصر وكثرة مزاياه في اقامة المشروعات الكبيرة ، فقد وضع منذ عام ١٩٨٤ مشروع قانون ينظم الايجار التمويلي تمهيدا لعرضه على مجلس الوزراء ثم مجلس الشعب^(٦) .

اما العراق ، فيمكن القول لحد لحظة كتابة هذه السطور ، انه لا يعرف مطلقا عقد الايجار التمويلي ، ونرى ان الوقت قد حان لادخال هذا الاسلوب القانوني التمويلي وسن القوانين لدعمه وتنظيمه بالنظر للفائدة المتوخاة منه في اعمار البلاد وإنعاش اقتصادها بما يوفره من مرونة وسرعة الاستثمار.

الفرع الثاني

البيع بالعربون

العربون هو مبلغ من المال ، وغالبا من النقود ، يدفعه أحد المتعاقدين للآخر وقت إبرام العقد إما للتأكيد على ان العقد الذي أبرماه اصبح باتا لا يجوز الرجوع عنه ، او للدلالة على احتفاظ كل منهما بحق العدول عن العقد مقابل خسارة قيمة العربون^(٧) .

(١) انظر في النواحي المالية والاقتصادية للايجار التمويلي : انطوان الشوري ، مصدر سابق ، ص ٤٥-٤٦ .

(٢) د. حسام الاهواني ، مصدر سابق ، ص ٣٧ ؛ نيل سعد ، الضمانات غير المسماة ، مصدر سابق ، ص ١١٧ .

(٣) د. علي جمال الدين عوض ، عمليات البنوك ، مصدر سابق ، ص ٥٥٥ .

(٤) Aubrey Diamond , Comm . & Cons . credit , Op. Cit. , P.320.

(٥) P.Tercier , Op.Cit , P.118 ; Engel , Op.Cit. , P.76.

وانظر مفصلا بصدد الايجار التمويلي في سويسرا:

Mario Giovanoli , Leasing (credit-bail) , Fiche juridique suisse , no. 363 , 1984.

(٦) مجلة الاهرام الاقتصادي ، العدد ٧٩٦ بتاريخ ١٦ ابريل ١٩٨٤ ، ص ٣٦ نقل عن : د. سليمان مرقس ، عقد الايجار ، مصدر سابق ، ص ٧٦ .

(٧) د. عبدالمجيد الحكيم وآخرون ، الوجيز ، ج ١ ، مصدر سابق ، ص ٥٧ .

بناء على ذلك ، فالعربون ينقسم الى نوعين ، فهو إما ان يكون عربون بتات أي توكيد او عربون عدول ، والعبرة في تحديد دلالاته هي الإرادة المشتركة للمتعاقدين فيما اذا كانت تهدف الى ضمان تنفيذ الاتفاق او اعطاء حق العدول وعلى القاضي الكشف عن قصد المتعاقدين من شروط العقد ومن ظروف التعاقد فقد يتخذ من ارتفاع مبلغ العربون دلالة على كونه جزءا من الثمن وتوكيدا للعقد^(١) .

ولما كان من العسير ، في الغالب ، الكشف عن الإرادة المشتركة للمتعاقدين ، لذا فلن غالبية التشريعات تقيم قرينة قانونية قابلة لاثبات العكس حول دلالة العربون ، لكنها تختلف في ترجيح احدى دلالاته ، فالتشريعات الجرمانية اعتبرت دفع العربون بمثابة تأكيد للعقد وبدء في تنفيذه ، كتقنين الالتزامات السويسري وبهذا الاتجاه اخذ المشرع العراقي^(٢) ، اما التقنينات اللاتينية فقد اخذت بدلالة جواز العدول عن العقد وهو ما أخذ به القانون الفرنسي والقانون المدني المصري^(٣) . ولكن متى تبين من ظروف التعاقد ان المتعاقدين قد قصدا من دفع العربون عكس ما يفترضه المشرع وجب الاعتداد بما قصدها^(٤) .

والحقيقة ان البيع بالعربون قد يلتبس بالبيع بالتقسيط من حيث ان الثمن فيه يتجزأ الى دفعتين ، ومن حيث اعتبار العربون مبدئيا جزءا من الثمن لا مبلغا اضافيا. ولرفع شبهة الالتباس ، علينا ان نتلمس نقاط التمييز فيما ارسيناه من تفرقة بين عربون العدول وعربون البتات .. فالبيع بالتقسيط لا يشته بالبيع مع عربون العدول ، ذلك ان البيع الاخير ليس سوى بيع موصوف وان كان الفقه يختلف في حقيقة الوصف الذي يلحق به، فيذهب بعضهم الى اعتباره عقدا معلقا على شرط واقف هو ان لا يعدل احد العاقدين عن العقد خلال مدة معينة^(٥) ، ويذهب آخرون الى اعتباره عقدا معلقا على شرط فاسخ هو استعمال احد العاقدين لحق العدول^(٦) ، فيما يرى اتجاه ثالث ان البيع في هذه الحالة ينشئ التزاما بدلليا في

(١) د. عباس الصراف ، العربون واحكامه في القانون المدني العراقي ، بحث منشور بمجلة القضاء ، تصدرها نقابة المحامين في العراق ، العددان الاول والثاني ، السنة السادسة عشرة ، ١٩٥٨ ، ص ٢٥-٢٦ .

(٢) انظر المادة (١٥٨) من تقنين الالتزامات السويسري والمادة (٩٢) من القانون المدني العراقي .

(٣) انظر المادة (١٥٩٠) من القانون المدني الفرنسي والمادة (١٠٣) من القانون المدني المصري .

(٤) د. غني حنون طه ، مصدر سابق ، ص ١٥٤ .

(٥) انظر : د. رمضان ابو السعود ، مبادئ الالتزام في القانون المصري واللبناني ، الدار الجامعية ، بيروت ، ١٩٨٤ ، ص ١١٠ د .

انور سلطان ، البيع والمقايضة ، مصدر سابق ، ص ٨٩ .

(٦) انظر : د. جميل الشرفاوي ، مصدر سابق ، ص ٧١ .

ذمة طرفيه فيلتزم كل منهما بالالتزامات الناشئة عن عقد البيع ، ولكن تبرأ ذمته اذا استبدل بهذه الالتزامات دفع ما يوازي قيمة العربون فالعربون هو بدل مستحق بالعقد^(١) .

اما البيع بالتقسيط فليس بيعا موصوفا كما تقدم ، فليس معلقا على شرط ولا مضافا الى اجل ولا يتضمن التزاما تخييرا ولا بدليا ، انما هو عقد بات ينتج اثاره كافة وغاية ما فيه ان أحد التزاماته ، هو الوفاء بالثمن ، يضاف الى اجل ، اما الالتزامات الأخرى فتتفد فور نشوئه^(٢) .

من ناحية اخرى ، قد يشتهى البيع بالتقسيط الى حد بعيد مع عربون البتات ، حيث يكون العقد الاخير بيعا باتا والعربون ما هو الا ضمان لتنفيذه ، فلا يجوز لأحد المتعاقدين الرجوع في العقد ، بل يثبت لكل منهما الحق في إلزام الطرف الآخر بالتنفيذ^(٣) ، فيعتبر العربون في هذه الحالة تنفيذا جزئيا للعقد ينبغي استكمالها ومن ثم تسري على العقد احكام القواعد العامة واذا تم فسخه يقدر التعويض وفقا للضرر فقد يكون اكثر او مساوي او اقل من مبلغ العربون^(٤) . واذا كان العربون في هذه الحالة جزءا من الثمن في بيع بات فهل يعد العقد المقترن به بيعا بالتقسيط؟

نرى ان مجرد البيع مع عربون البتات لا يعد بيعا بالتقسيط مالم تتوافر فيه شروط البيع بالتقسيط التي اوردها سلفا^(٥) ، واهمها تأجيل دفع الثمن على أقساط ، فدفع عربون البتات في عقد البيع لا ينصرف بالضرورة الى كون باقي الثمن مؤجلا وانما قد يكون حالا ولكن البائع يتسامح في اقتضائه مدة من الزمن ، فالتأخير في دفع الثمن في هذه الحالة غير مقصود من الطرفين ، بينما ينبغي لثبوت الاجل الاتفاق عليه صراحة او دلالة ، من جانب آخر ، ليس ثمة ما يمنع من اقتران البيع بالتقسيط بعربون البتات بل ان الفرض الغالب ان البائع يطلب من المشتري وقت التعاقد دفع جزء من اصل الثمن يسمى "المقدمة" او الدفعة الاولى او الابتدائية يباشر بعدها بتسديد الأقساط المؤجلة ، ولا ريب ان المراد بهذا المبلغ

(١) انظر : د. السنهوري ، الوسيط ، ج ٤ ، مصدر سابق ، ص ٩١ سعدون العامري ، مصدر سابق ، ص ٦٢ محمد يوسف الرعي ، مصدر سابق ، ص ١٤١ .

(٢) د. سليمان مرقس ، البيع ، مصدر سابق ، ص ٦١ .

(٣) د. غني حنون طه ، مصدر سابق ، ص ١٥٨ .

(٤) د. السنهوري ، الوسيط ، ج ١ ، مصدر سابق ، ص ٢٦٤ .

(٥) انظر أيضا ص ٨ من هذه الدراسة .

التعبير عن الارتباط النهائي بالعقد والبدء في تنفيذه وضماني جديدته ، لذا نرى ان هذه الدفعة ما هي الا تجسيد حي لعربون البتات^(١) .

الفرع الثالث

البيع بالاشتراك

تعرف بيوع الاشتراك أنها تلك البيوع التي يكون محلها اشياء يتم تسليمها الى المشتري بصورة دورية ويتم تسديد ثمنها عادة دفعة واحدة بطريق الاشتراك الدوري ، اما مقدما قبل التسليم كأشتراكات الجرائد والمجلات ، أو مؤجلا بعد التسليم ، كما هو الحال في اشتراكات المياه والغاز والكهرباء^(٢) .

ابتداءً، نستبعد عقود الاشتراك التي يتم سداد الثمن فيها قبل التسليم كما يحصل في اشتراكات الصحف والمجلات ، لان البيع هنا يتم بثمن معجل ولا يلتبس بالتالي بالبيع بالتقسيط.

اما بالنسبة لعقود الاشتراك في المياه والكهرباء والهاتف التي يتم فيها دفع العوض عن مدة سابقة ، فلا يخلو الامر من اعتبارها عقود بيع او ايجار او مقالة .

يذهب القضاء الفرنسي الى ان هذه العقود هي عقود بيع للمياه والغاز والكهرباء بثمن يحدد بحسب ما يستهلك من هذه المواد عن طريق استخدام العداد^(٣) ، ويرى القضاء المصري ايضا في هذه العقود بيعا لا ايجارا ، لان عقد الايجار بطبيعته يكفل للمستأجر الانتفاع بالشيء دون نقل ملكيته اليه على ان يرد له لملكه عند انتهاء العقد^(٤) .

وباعتبار العقد بيعا على الفرض المتقدم ، فهل كيف يبيعا بالتقسيط مادام الثمن يدفع باجزاء دورية ؟

نرى انه لا يعد بيعا بالتقسيط ، ذلك ان هذا العقد يفترض ان يكون الثمن معلوما ابتداء عند نشوء العقد ويجزأ عندئذ الى اقساط دورية معلومة ، اما في عقود الاشتراك في المياه والغاز والكهرباء فلا يكون الثمن معلوما انما يتحدد بقدر ما يتم استهلاكه منها خلال فترة معينة ماضية كثلاثة اشهر او سنة مثلا ، وجريا على التحليل المتقدم نكون امام عدة بيوع

^(١) وتذهب محكمة النقض المصرية الى ان " محكمة الموضوع ان تستظهر نية المتعاقدين من ظروف الدعوى ووقائعها ومن نصوص العقد لتبين ما اذا كان المبلغ المدفوع هو بعض الثمن الذي انعقد به البيع باتا ، ام هو عربون في بيع مصحوب بخيار العدول... " نقض مدني ، ٢٢ مارس ١٩٥٦ مجموعة احكام النقض ٧-٣٦٩-٥٥ اوردته د. سليمان مرقس ، عقد البيع ، مصدر سابق ، ص ٧٣ .

^(٢) د. ابراهيم ابو الليل ، مصدر سابق ، ص ٤١ .

^(٣) انظر الاشارات العديدة لاحكام القضاء الفرنسي في مؤلفه: د. عبدالرزاق السنهوري ، شرح القانون المدني ، عقد الايجار ، مصدر سابق ، ص ٢٦ .

^(٤) محكمة قنا الجزئية ١٣ اغسطس ١٩٣٥ الهامة ١٦ رقم ٩٣ ص ٢٣٠ : اوردته د. محمد كامل مرسي ، مصدر سابق ، ص ٢٥ .

متعاقبة كل منها بيع مؤجل الثمن لان الثمن لا يدفع الا بعد التسليم ، ولا يصح الاعتراض بأن الثمن يكون مجهولا في هذه الحالة فلا ينهض العقد ، لان المشرع يجيز ان يقتصر تقدير الثمن على بيان الاسس التي يحدد بمقتضاها لاحقا^(١) .

يختلف الأمر بالنسبة لعقود الاشتراك في الهاتف حيث لا يمكن ان نجد فيها شيئا ماديا يستهلكه المشترك ، فالراجح ان العقد هنا عقد مقاوله ينصب على عمل مؤسسة الاتصالات وما تقوم به من ايصال المشترك بالخدمة الهاتفية^(٢) .

ويميل القضاء في سويسرا الى إخضاع عقد التعليم بالمراسلة (Contrat- d'enseignement par correspondance) لقواعد البيع بالتقسيط ، وعقد التعليم بالمراسلة عقد يلتزم بمقتضاه طرف نظير ثمن بتعليم آخر لغة أجنبية ، كما هو شائع غالبا ، عن طريق تزويد المتعاقد المتعلم بمواد تعليمية من كتب واشرطة واقراص ... وايضا بتصحيح واجباته الشخصية ، ويتم ايفاء الثمن عن طريق الدفعات المجزأة^(٣) ، ويراعى ان التجهيز بالمواد المذكورة يكون على سبيل التملك لا الإيجار .

يقتضي التتويه ان مجمل التكييفات السابقة ليست حتمية ، والأمر مرده في النهاية سلطة القاضي التقديرية في التكييف والترجيح وفقا لما يستخلصه من بنود العقد ، فقد يتعاقد شخص صاحب جهاز توليد كهرباء مع آخر على تجهيزه بمقدار محدد من الطاقة الكهربائية ولمدة محددة بثمن يتفق عليه إجمالا على ان يدفع الثمن على شكل أقساط شهرية مثلا ، فيمكن الاستنتاج مما تقدم وجود عقد بيع بالتقسيط للكهرباء .

(١) انظر على سبيل المثال : م/٤٢٣ ف١ مدني مصري ، والمادة ٥٢٧ ف١ مدني عراقي .

(٢) السنهوري ، شرح القانون المدني ، الاجبار ، مصدر سابق ، ص٢٦ هامش (٢) د. عبدالمنعم البدر اوي ، مصدر سابق ، ص١٨ .

(٣) Raymond Jeanpretre , Op.Cit , P.5-6.

الفصل الثاني

النظام القانوني للبيع بالتقسيط

لا ينفرد البيع بالتقسيط بأحكام خاصة في نشوئه وانعقاده إنما يخضع للأحكام العامة في عقد البيع وفي نظرية الالتزام بوجه عام ، ومتى انعقد صحيحاً نافذاً باستيفائه أركانه وشروطه انتج البيع بالتقسيط آثاره الا وهي ترتيب التزامات تقع على عاتق كل من طرفيه ، فيلتزم البائع بنقل ملكية المبيع الى المشتري وتسليمه له وضمان التعرض والاستحقاق وضمن العيوب الخفية ، وبالمقابل يلتزم المشتري بوفاء اقساط الثمن ودفع نفقات وتكاليف عقد البيع وتسلم المبيع.

ولا نود الدخول في تفاصيل هذه الآثار نظراً لخضوع البيع بالتقسيط من هذه الناحية لأحكام عقد البيع ، على ان غاية جهدنا قصر هذه الدراسة على ابراز خصوصيات هذا العقد لاسيما الجانب الائتماني منه.

واهم ما يميز البيع بالتقسيط هو الاحكام الخاصة بالوفاء بثمن المبيع ، ويلاحظ من جهة اخرى ان العمل قد جرى على ان يشترط البائع بالتقسيط احتفاظه بملكية المبيع لحين استيفائه الاقساط كافة ، ويثير هذا الشرط بعض المشاكل القانونية التي لا غنى عن معالجتها ، من جهة ثالثة فإن من اهم ما يشغل ذهن البائع هو حصوله على ضمانات تكفل له استيفاء حقوقه ، ذلك ان فكرة الضمان تدور مع الائتمان ، لكن المشتري هو الآخر بحاجة الى حماية، فهو تحت ضغط الحاجة قد يرضى مرغماً بالعديد من الشروط المرهقة التي يضعها البائع ، من هنا تسود لدى المشرع في أي تنظيم تشريعي فكرة التوفيق بين هاتين المصلحتين المتعارضتين.

تأسيساً على ما تقدم يتناول هذا الفصل مباحث ثلاثة يتعلّق الأول منها بأحكام الوفاء بالثمن ، ويتعلّق ثانيها بالدور الذي يلعبه شرط الاحتفاظ بالملكية في البيع بالتقسيط ونكسر ثالثها لضمانات البائع وحماية المشتري.

المبحث الاول احكام الوفاء بالثمن

يلتزم المشتري بوفاء ثمن المبيع على اقساط وهنا يكمن عنصر الاجل في البيع بالتقسيط وتترتب عليه اثار هامة يجدر بحثها ، ويقتضي الامر ايضا معرفة كيف يتم الوفاء بالاقساط من حيث محل الالتزام وزمانه ومكانه وكيفية اثباته ، ونبحث اخيرا في الاثر المترتب على اخلال المشتري بالوفاء ، ونكرس لدراسة ما تقدم ثلاثة مطالب متتالية :

المطلب الأول

تقسيم الوفاء بالثمن واثاره

يعد التزام المشتري بوفاء ثمن المبيع من الالتزامات الرئيسية في عقد البيع وهو يقابل التزام البائع بتسليم المبيع للمشتري ، لذا فالاصل ان يتم دفع الثمن في وقت تسليم المبيع ، الا ان هذه القاعدة ليست سوى قاعدة مكملة ومفسرة يمكن مخالفتها^(١) ، فيجوز الاتفاق على تأجيل الوفاء بالثمن او تقسيطه.

فاذا تم الاتفاق على ان الثمن المؤجل يدفع جملة واحدة متى حل اجله كنا أمام بيع بالاجل Vente à crédit اما اذا كان الثمن المؤجل يدفع مجزءا على آجال متعددة فهو بيع بالتقسيط Vente a' temperament ، ومن الممكن ان يكون البيع بالاجل والتقسيم في ذات الوقت ، كأن يكون الثمن الف دينار وتكون بداية الوفاء به بعد سنتين وعلى اقساط مدة عشرة اشهر فيكون الثمن هنا مؤجلا لسنتين ومقسطاً على عشرة اشهر^(٢) . عليه يمكن القول ان بين التأجيل والتقسيم علاقة عموم وخصوص مطلق ، ففي كل تقسيط تأجيل بالضرورة ، وقد يكون في التأجيل تقسيط وقد لا يكون ، فالتأجيل هو العموم والتقسيم أخص من التأجيل^(٣) . ولما كان الثمن المقسط او المنجم ليس الاثنا مؤجلا ، وجب التعرض لبيان أحكام الأجل في الالتزام وتطبيقها على البيع بالتقسيط.

(١) وتصل التقينات المدنية على الحكم المتقدم صراحة : انظر م/١٦٥١ مدين فرنسي وتوافقها المواد ٢١٣ ف١ التزامات سويسري ، والمادة ٢٨ من قانون بيع البضائع الانجليزي ، والمادة ٤٥٧ من القانون المدني المصري ، الا ان المشرع العراقي جعل الوفاء بالثمن حال تمام العقد دون ارتباط بالتسليم مع جواز الاتفاق على خلاف ذلك. انظر م/٥٧٥ من القانون المدني العراقي . وقضت محكمة التمييز بأن البيع المطلق الاصل فيه تعجيل الثمن ، رقم القرار ٧٧٨/ح/١٩٦٨ في ١٩٦٨/١٢/٧ منشور في قضاء محكمة تمييز العراق ، المجلد الخامس ، دار الحرية للطباعة ، بغداد ، ١٩٧١ ، ص ٢٢٧ .

(٢) د. محمد يوسف الزعبي ، مصدر سابق ، ص ٢١١ .

(٣) علي حيدر ، درر الحكام شرح مجلة الاحكام ، الكتاب الاول - البيوع ، تعريب فهمي الحسيني ، منشورات مكتبة النهضة ، بيروت ، بلا سنة طبع ، ص ١١١ .

وقبل ان نشرع ببيان هذه الاحكام يجدر بالذكر ان البائع بالتقسيط غالبا ما يطلب من المشتري سداد جزء من الثمن حال التعاقد وتأجيل الباقي على اقساط دورية . وبالتالي يكون الثمن في البيع بالتقسيط متضمنا جزئين جزء معجل وآخر مؤجل أي مقسط ، ويعرف الجزء المعجل من الثمن بالمقدمة او الدفعة الابتدائية او الاولية Versement intitial ، ولقد مر معنا ترجيح ان هذا المبلغ ليس سوى عربون بنات يدفع ضمانا لتنفيذ عقد البيع وانه ليس الاجزاء معجلا يحتسب من اصل الثمن^(١) .

إن للدفعة الاولية أهميتها بالنسبة للطرفين وللمشرع ايضا ، فلتحديد مبلغها اثر على قيمة الاقساط التي تدفع فيما بعد . فقد يتفق الطرفان على مبلغ كبير للدفعة الاولية لكي لا يتحمل المشتري دفع اقساط مرتفعة القيمة ، كما ان البائع قد يوجب على المشتري الوفاء بدفعة ابتدائية مرتفعة لكي يتفادى الخسارة الفادحة في حالة اعسار المشتري ، من جهة اخرى فإن المشرع يستطيع من خلال التدخل في تحديد مبلغ الدفعة الاولية التأثير على انتشار عمليات البيع بالتقسيط ، فعدم تحديد مبلغ معين او تحديده بقيمة زهيدة يؤدي الى اقبال الجمهور على الشراء بالتقسيط لان المشتري يفضل غالبا تقسيط الثمن كله بدلا من الوفاء بدفعة اولية كبيرة ، وبالعكس ذلك فإن تحديد مبلغ كبير كدفعة اولية يقلل من اندفاع المشتريين الى الشراء^(٢) .

نظرا للأهمية السابق بيانها وضمنانا لاستقرار المعاملات ، يتدخل المشرع في العديد من الدول ليفرض حدا معيناً للدفعة الاولية يجب الوفاء به مقدما ، ففي فرنسا احال القانون رقم ٥٥-٥٨٥ الصادر في ٢٠ ايار ١٩٥٥ الى المجلس الوطني للانتيمان Conseil National du crédit تحديد الحد الادنى للدفعة الاولية الواجب سدادها في البيع بالتقسيط بقرار يصدر منه^(٣) .

ويوجب المشرع السويسري ان يتضمن العقد مبلغ الدفعة الاولية وعدم ذكره يجعل العقد باطلا^(٤) . وقد حدد القانون مقدار الحد الادنى للدفعة الاولية بـ ٢٠% من ثمن البيع النقدي، كما خول المجلس الاتحادي تبعا لطبيعة المادة المباعة ، ان يقرر عن طريق المراسيم تخفيض الدفعة الاولية الى ١٠% او زيادتها الى ٣٥% من الثمن النقدي^(٥) ، ووجب ايضاً ان تنجز الدفعة الاولية قبل تسليم المبيع ويتعرض البائع الذي يقوم بتسليم المبيع للمشتري دون ان

(١) انظر أيضا ص ٧٣ من هذه الدراسة .

(٢) د. هان محمد دوهبار ، مصدر سابق ، ص ١١٤-١١٥ د. علي حسن بونس ، مصدر سابق ، ص ٦٣ .

(3) Luc Bihl , Op.Cit. , P.180.

(٤) المادة ٢٢٦ (A) ف ٢ من تفنين الالتزامات السويسري.

(٥) المادة ٢٢٦ (D) ف ١ و ٢ من تفنين الالتزامات السويسري.

يتسلم كامل الدفعة الاولية بعدها الادنى الى جزء قانوني يتمثل بخسران حقه في القسم الذي لم يستوفيه من مبلغ الدفعة الاولية^(١) .

وقد أخذ المشرع المصري ذات الاتجاه فأوجب على البائع بالتقسيط عند التسليم ان يستوفي نقداً من المشتري ٢٠% على الاقل من ثمن السلعة المبيعة بالتقسيط ، واجاز لوزير التجارة بالاتفاق مع وزير المالية اصدار قرار بتعديل النسبة او استثناء بعض المبيعات من الحكم المتقدم^(٢) ، فإذا سلم البائع السلعة دون استيفاء دفعة اولية او استوفى اقل من الخمس من ثمن السلعة التي قام بتسليمها فإنه يتعرض لتوقيع عقوبة جنائية عليه^(٣) .

يلاحظ ان الحكم المتقدم يعد من النظام العام لانه وضع ضمانا لاستقرار المعاملات فاقضاء دفعة اولية دنيا من المشتري يضمن جديته في الاقدام على التعاقد ، ويضمن في الوقت ذاته للبائع حصوله على جزء يعتد به من الثمن وبالتالي تعزيز مركزه المالي^(٤) . وبديهي ان البائع يستطيع تحديد مبلغ اكبر كدفعة اولية لكنه لا يستطيع النزول عن الحد الادنى المقرر قانونا . واذا ما فرض القانون او الاتفاق على المشتري وجوب سداد جزءا معجلا من الثمن ولم يقم بذلك ، جاز للبائع ان يحبس المبيع ويمتنع عن تسليمه للمشتري حتى يوفي بالجزء الحال من الثمن^(٥) .

واذا كانت الدفعة الاولية جزء من الثمن يدفع نقدا ، فان باقي الثمن ، وهو الجزء الغالب في العادة ، يوفى على اقساط لذا يكون الوفاء به مؤجلا ، فالأجل وصف يلحق الالتزام بدفع الثمن فيرجئ تنفيذه مدة من الزمن . ويعرف الاجل بأنه" امر مستقبل محقق الوقوع يضاف اليه تنفيذ الالتزام او انقضاءه"^(٦) ، فالاجل يقوم على عناصر ثلاثة فهو امر مستقبل من جهة وهو امر محقق الوقوع من جهة اخرى وهو امر عارض من جهة ثالثة فهو وصف للالتزام لا عنصر جوهري فيه .

يؤخذ مما تقدم ان الاجل قد يكون واقفا وهو ما ترتب عليه ارجاء تنفيذ الالتزام وقد يكون فاسخا وهو ما يترتب عليه انقضاء الالتزام ، ولاشك ان الاجل في البيع بالتقسيط من قبيل الاجل الواقف *terme suspensif* حيث ان زمان تنفيذ الالتزام بدفع كل قسط من الثمن

(١) المادة ٢٢٦ (D) ف٣ من تعين الالتزامات السوبري.

(٢) انظر المادتان ٣٧ و ٣٨ من القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٥٧.

(٣) وهي الحبس مدة لا تزيد على ثلاثة اشهر، وغرامة لا تتجاوز مائة جنيه او احدى هاتين العقوبتين بمقتضى م/٤٥ من القانون المذكور.

(٤) د. هاني دوبدار ، مصدر سابق ، ص ١١٥ .

(٥) استاذنا د. جعفر الفضلي ، الوجيز ، مصدر سابق ، ص ١٥٣ .

(٦) ويكاد يجمع الفقه على هذا التعريف: انظر :

Henri et Leon et Jean Mazeaud , Francois chabas , Lecons de droit civil , Tome II , 8 Edition , Montchrestien , Paris , 1993 , P.1095.

يتحدد بلحظة انقضاء اجله ، والملاحظ ان الأجل هنا لا يؤثر على وجود الالتزام بدفع الثمن إنما فقط يرجى تنفيذه فلا يجوز للبائع المطالبة به إلا عند حلول اجله^(١) .

وينبغي على كون الالتزام بدفع الثمن صحيح كامل الوجود النتائج الآتية^(٢):

١. ينتقل الحق بالثمن المؤجل من البائع الى غيره بأي سبب من أسباب انتقال الحقوق كالحوالة والوصية والميراث.
٢. للبائع بالتقسيط ان يتخذ من الإجراءات ما يكفل له المحافظة على حقه وله رفع الدعوى غير المباشرة ودعوى الصورية ، أما دعوى عدم نفاذ التصرف فلا يجوز له مباشرتها لأنها تستلزم كون الحق مستحق الأداء.
٣. للبائع بالتقسيط مطالبة المشتري بتقديم تأمين إذا خشي إفلاس المشتري أو إعساره واستند في ذلك إلى سبب معقول.
٤. إذا أوفى المشتري بالثمن المؤجل عن علم واختيار ، اعتبر وفاء صحيحاً لدين مترتب بذمته، فلا يمكنه استرداد ما دفع.

كما يترتب على كون الالتزام بدفع الثمن غير نافذ النتائج التالية:

١. لا يجوز للبائع مطالبة المشتري بسداد أي قسط قبل حلول اجله.
٢. لا تقع المقاصة^{القانونية} بين حق البائع بالثمن المؤجل ودين للمشتري تجاهه ، لان المقاصة بوصفها ضرباً من الوفاء لا تجوز بين دين حال ودين مؤجل.
٣. لا يسري التقادم المسقط على الالتزام بدفع الأقساط المؤجلة لوجود المانع القانوني من المطالبة بها ويكون سريان التقادم بالنسبة لكل قسط من وقت حلول اجله.
٤. لا يجوز للبائع بالتقسيط حبس المبيع طالما رضي بمنح المشتري أجلاً للوفاء لان الحبس لا يكون إلا بدين مستحق الأداء . فالالتزام بالبائع بالتسليم هو التزام نافذ مستحق ويجب عليه تنفيذه.^(٣)

وللمتعاقدين كامل الحرية في تحديد مدة تقسيط الثمن بالاتفاق عليها في العقد ، والاجل في البيع بالتقسيط قد يكون قصيراً اذا كان اقل من سنة او متوسطاً وهو ما بين سنة الى خمس سنوات او طويلاً وهو اكثر من خمس سنوات وذلك بحسب المدة التي تتوزع فيها الاقساط^(٤) ،

(١) د. انور سلطان ، النظرية العامة للالتزام ، ج٢ - احكام الالتزام ، دار المعارف ، مصر ، ١٩٦٢ ، ص٢٣٤.

(٢) انظر في تفصيل اثار الاجل الواقف بشكل عام:

د. عبدالرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، نظرية الالتزام بوجه عام ، ج٣ ، الاوصاف والحوالة والانقضاء ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٦٤ ، ص٩٩ وما بعدها ؛ د. عبدالناصر توفيق العطار ، مصدر سابق ، ص٢٤٦ وما بعدها .

(٣) وهذا الحكم في الجملة متفق مع الشريعة الاسلامية ، جاء في معنى المحتاج ، " للمشتري قبض المبيع اذا كان الثمن مؤجلاً لانقضاء حق الحبس " ؛ محمد الشريبي الخطيب ، مصدر سابق ، ص٧٣.

(٤) د. رفیق المصري ، مصدر سابق ، ص٣٤.

والملاحظ في التطبيق ان هذه المدة تتراوح غالبا بين سنة الى سنتين ومن مصلحة البائع ان تكون المدة قصيرة لان المخاطر التي يتعرض لها تزداد مع طول الاجل بسبب احتمالات اعمار المشتري وتقلبات اسعار العملة ، ونظرا لأهمية المدة في البيع بالتقسيط فنادرا ما يترك المشرع الحرية التعاقدية مطلقة في هذا الصدد بل يعمد الى تقييدها بالنص على حد أعلى لمدة التقسيط لا يمكن تجاوزه ، ففي فرنسا اجاز القانون رقم ٥٨٥-٥٥ لعام ١٩٥٥ سابق الذكر للمجلس الوطني للائتمان تحديد الحد الأعلى لمدة الائتمان في بيوعات التقسيط^(١) ، وأوجب القانون السويسري على المشتري الوفاء برصيد الثمن المتبقي بعد سداد الدفعة الأولية في مدة اقصاها سنتان ونصف من تاريخ إبرام العقد وخول المجلس الاتحادي صلاحية تعديل المدة عن طريق المراسيم للنزول بها الى سنة ونصف أو تمديدها إلى خمس سنوات^(٢) .

وفي القانون المصري لا يجوز ان تزيد مدة تقسيط المتبقي من ثمن البيع على سنتين من تاريخ عقد البيع^(٣) ، لكن يجوز لوزير التجارة بالاتفاق مع وزير المالية اصدار قرار بتعديل مدة وشروط التقسيط أو استثناء بعض الاشياء المبيعة من تلك الاحكام ، ذلك وفقا لما تقتضيه حركة الائتمان^(٤) ، فلو فرضنا في القانون المصري ان ثمن المبيع اثنا عشر الف جنيه، وكانت الدفعة الاولى منه تتمثل بالحد الأدنى القانوني (٢٠%) فتكون الفان واربعمائه جنية ، فالباقي من الثمن وهو تسعة آلاف وستمائة جنية لا يمكن ان يتجاوز تقسيطه مدة السنتين وعلى هذا يجب أن تتحدد قيمة القسط الواحد بأربعمائه جنية شهريا .

هكذا فإن تحديد مدة التقسيط تؤثر بالضرورة على مقدار القسط الواجب دفعه ، ويخلو القانون العراقي من مثل هذه النصوص عدا الاحكام الواردة في قوانين خاصة^(٥) .

أما في الشريعة الاسلامية ، فإن الاجل شرع على خلاف القياس دفعا للحرص وتسهيلا على الناس في المعاملات^(٦) ، ويعرف الاجل الواقف في الفقه الاسلامي بأجل الاضافة وهو

(١) Luc Bihl , Op.Cit. , P.180.

(٢) المادة ٢٢٦ (D) ف٢ من تقنين الالتزامات السويسري ، وحدير بالذكر ان المرسوم الصادر في ٢٣ نيسان ١٩٧٥ قد حدد المدة القصوى للتقسيط بـ ٢٤ شهرا كقاعدة عامة عدا الاتات حيث جعلها ثلاثون شهرا . انظر :

G.Scyboz et Gillieron , Op.Cit. , P.114.

(٣) المادة ٣٧ من القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٥٧ .

(٤) المادة ٣٨ من القانون المذكور ؛ وانظر : د. علي بونس ، مصدر سابق ، ص٦٣-٦٤ .

(٥) انظر على سبيل المثال المادة ٩ من قانون الاسكان التي تقرر استيفاء بدل التمليك وفائدته باقساط شهرية متساوية في مدى خمس وعشرين سنة من تاريخ الاشغال الفعلي او ابرام العقد ، وانظر كذلك المدد المنصوص عليها في قرارات مجلس قيادة الثورة المشار اليها في الهامش من صفحة ٣٣ من هذه الدراسة .

(٦) احمد ابو الفتح ، كتاب المعاملات في الشريعة الاسلامية والقوانين المصرية ، ط ١ ، مطبعة البوسفور ، مصر ، ١٩١٣ ، ص٣٦٥ .

المدة المستقبلية التي يحددها الملتزم موعداً للوفاء بالتزامه^(١) ، وإذا كانت الشريعة الإسلامية تتفق مع القوانين الوضعية في إجازتها للبيع بالتقسيط إلا أنها اشترطت لصحة التأجيل والتقسيط مايلي:

١. يجب ان يكون تقسيط الثمن منصوباً عليه صراحة في العقد ، او يقضي به العرف والا كان الثمن حالاً لان الاصل التعجيل ، وانما يثبت الاجل بالشرط او بالعرف ، فالمعروف عرفاً كالمشروط شرطاً^(٢) ، وهذا الحكم يتفق مع القوانين الوضعية فالقاعدة فيها ان يكون الثمن حالاً ما لم يتفق المتعاقدان او يجري العرف على خلافه^(٣) فلو كان عرف البلد يجري على بيع اثاث المنزل بالتقسيط واشترى شخص اثاثاً دون ان يتفق مع البائع على التقسيط ، فان الثمن يكون في هذه الحالة مقسطاً دون اتفاق لان العرف يكمل ارادة المتعاقدين^(٤) .

٢. ان تكون الاجال معلومة في البيع بالتقسيط^(٥) : اتفق الفقهاء على عدم صحة البيع بثلثي الى اجل مجهول^(٦) فجهالة الاجل تفضي الى النزاع فالبايع يطالبه في قريب المدة والمشتري يريد بعيدها^(٧) واعلام المدة يكون بما لا يتقدم ولا يتأخر من الايام والشهور اما ما يتقدم ويتأخر من الحوادث والافعال فانه يكون مجهولاً^(٨) .

لذا لا يجوز البيع بثلثي مؤجل الى الحصاد والدياس او الى العطاء او الى جذاذ النخل، كذلك لا يجوز البيع الى النيروز والمهرجان وصوم النصارى وفطر اليهود اذا لم يعرف المتعاقدان ذلك^(٩) ، ومما يتفرع عن ذلك انه اذا باع شخص لآخر متاعاً بألف دينار مؤجلاً واتفقا على ان يدفع المشتري الثمن كل اسبوع قسطاً على ان يوفي بخمسمائة دينار بمضي شهرين دون ان يبين عدد الاقساط واليوم الذي يجب فيه دفع القسط فالبيع لا يصح^(١٠) .

(١) اما الاجل الفاسخ فيعرف في الشريعة الاسلامية باسم اجل التوقيت ، انظر : الموسوعة الفقهية الكويتية ، ج-٢ ، مصدر سابق ، ص ٥ وانظر في ترجيح مصطلحات الفقه الاسلامي : د. عبدالناصر العطار ، مصدر سابق ، ص ١٠٥-١٠٧ .

(٢) علي حيدر ، مصدر سابق ، ص ١٩٩ . وانظر المادة ٢٥٦ من المحلة والمادة ٤٢٣ من مرشد الحيران والمادة ٥٧٥ من القانون المدني العراقي .

(٣) انظر آنفا ص ٧٧ من هذه الدراسة .

(٤) د. محمد يوسف الزعبي ، مصدر سابق ، ص ٢١١ وانظر ايضا م/١١٦٠ مدني فرنسي التي تجعل العرف مكملاً لشروط العقد .

(٥) انظر المادة ٢٤٦ من مجلة الاحكام العدلية .

(٦) انظر : د. علي احمد القليبي ، مصدر سابق ، ص ٨٦ .

(٧) ابن عابدين ، مصدر سابق ، ص ٣٠ .

(٨) السرخسي ، مصدر سابق ، ص ٢٦-٢٧ .

(٩) المرغيناني ، مصدر سابق ، ص ٤٩ ؛ ومن ذلك ايضا البيع الى حبل الحبله وهو البيع بثلثي مؤجل الى ان تلد الناقة ويلد وليدها ؛ انظر: الشرواني وابن قاسم العبادي ، مصدر سابق ، ص ٢٩٣ .

(١٠) علي حيدر ، مصدر سابق ، ص ١٩٥ .

ولا يصح البيع سواء كانت جهالة الاجل متفاحشة كهبوب الريح وامطار السماء وموت فلان أم متقاربة أي سيرة كالحصاد والدياس والعتاء^(١) الا ان المالكية يرون جواز التأجيل الى الأجل المجهولة جهالة متقاربة ويعتبر فيها الميقات الذي يحدث فيه معظمها عادة^(٢).

وجهالة الأجل توجب فساد البيع عند الحنفية وعند غيرهم بطلانه لان الفاسد والباطل لديهم سيان^(٣).

اما التقنيات الوضعية فلا تشترط كون الاجل معلوما ، ذلك انها تسمح بدرجة من الغرر في المعاملات لا تسمح به الشريعة الاسلامية ويسمى الاجل الذي يكون ميعاد حلوله غير معلوم في القانون بالاجل غير المعين "terme incertain"^(٤).

الا اننا نعتقد ان المشرع العراقي قد ساير الفقه الاسلامي في وجوب كون اجل الثمن معلوما والا فلا يصح البيع ، وسندنا في ذلك نص المادة ٥٧٤ التي تنص في فقرتها الاولى " يصح البيع بثمن حال او مؤجل الى اجل معلوم ، ويجوز اشتراط تقسيط الثمن الى اقساط معلومة تدفع في مواعيد معينة" ، ويذهب رأي في الفقه الى ان هذا النص من باب اللغو لانه تكرار للقواعد العامة^(٥) ، الا ان هذا النص في حقيقة الامر قد اُضفأ شيئا جديدا وهو وجوب كون الاجل في الثمن معلوما ، وهو نص خاص ورد في عقد البيع يقيد النصوص العامة الواردة في نظرية الالتزام والتي لا تشترط معلومية الاجل^(٦).

٣. ان يكون الثمن في البيع بالتقسيط من نوع الديون : حيث يفرق الفقهاء بين الاعيان والديون^(٧) فالاولى لا يجوز فيها التأجيل لأنها معينة ومشاهدة ، اما الديون فهي مال حكمي يثبت في الذمة غير حاصلة ولا موجودة فيجوز تأجيلها وفقا بالمدين وتمكيننا له من

^(١) علاء الدين ابي بكر بن مسعود الكاساني ، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ، ج٥ ، ط٢ ، دار الكتاب العربي ، بيروت ، ١٩٨٢ ، ص١٧٨.

^(٢) ابن جزوي ، مصدر سابق ، ص١٧٠.

^(٣) والعقد الفاسد لدى الحنفية هو ما كان صحيحا في اصله (اي ركته) ولكن شاب الخلل بعض اوصافه ، وحكمه انه واجب الفسخ ولكنه يقيد الملك بالتقضي ؛ انظر : علي حيدر ، مصدر سابق ، ص ٩٤ .

^(٤) د. طلبة وهبة خطاب ، احكام الالتزام بين الشريعة الاسلامية والقانون ، ط١ ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، ١٩٨٣ ، ص١٧٨ .
د. عبدالناصر العطار ، مصدر سابق ، ص١٨٦ . والاجل غير المعين : واقعة مؤكدة الحدوث ولكن في تاريخ غير محدد ؛ انظر :
Mazcaud (H.L.J) et Chabas , Op.Cit . , P.1096.

^(٥) د. حسن علي الذنون ، عقد البيع ، مصدر سابق ، ص٢٦٣.

^(٦) وهي المواد ٢٩١-٢٩٧ من القانون المدني العراقي.

^(٧) والعين في الفقه الاسلامي هي المال الحاضر ، اما الدين فهو ما وجب موصوفا في الذمة . د. وهبة الزحيلي ، الفقه الاسلامي وادلتها ج٤ ، النظريات الفقهية والعقود ، ط٣ ، دار الفكر ، دمشق ، ١٩٩٦ ، ص٣٧٩.

إكتسابها وتحصيلها في المدة المضروبة^(١) ويعبر عن ذلك الفقهاء بالقول " ان الاجل شروع ترفيها فيليق بالديون دون الأعيان"^(٢) ، وهذا الشرط مرده ان ثمن المبيع في الفقه الإسلامي قد يكون من غير النقد.

٤. ان لا يكون الثمن بدل صرف ولا ثمن مبيع في بيع السلم : لانه يشترط فيهما قبض الثمن في المجلس فلا يجوز التأجيل سدا لذريعة الربا^(٣) .

ويتفق الفقه الإسلامي مع القوانين الوضعية ان اجل إضافة فيه لا يؤثر على وجود الالتزام وإنما يؤثر فقط في تنفيذه عن طريق إضافة هذا التنفيذ الى وقت حلول الأجل^(٤) .

المطلب الثاني

كيفية الوفاء بالثمن وإثباته

يقتضي الوفاء بالثمن من المشتري معرفة ما يجب أن يوفي به أولا وزمان الوفاء ثانيا، ومكانه ثالثا ويندرج ذلك تحت مفهوم كيفية الوفاء بالثمن فضلا عن ذلك ينبغي أيضا التعرف على الطريقة التي يمكن من خلالها للمشتري أن يثبت هذا الوفاء، وسنعالج ذلك في أربعة فروع متتالية:

الفرع الأول

محل الالتزام بالوفاء

يلتزم المشتري من حيث الأصل بدفع أقساط الثمن المتفق عليه ، وقد يلتزم إضافة لذلك بدفع فوائد عن الثمن وعليه أيضا نفقات العقد :

أ- أقساط الثمن : لما كان تحديد مقدار الثمن يخضع لاتفاق المتعاقدين فإن لهما أيضا حرية الاتفاق على تحديد قيمة كل قسط منه مع مراعاة ما قد يضعه المشرع من قيود في هذا الصدد، مثال ذلك وجوب ألا يقل مقدار القسط عن جنيه شهريا في القانون المصري^(٥) ، كذلك فإن لتحديد مدة التقسيط أثرا على أقيام الأقساط كما سلف بيانه.

(١) الكاساني ، مصدر سابق ، ص ١٧٤ ، ابن عابدين ، مصدر سابق ، ص ٣٢ ، شروان وابن قاسم ، مصدر سابق ، ص ٢٩٨ .

(٢) المرغيناني ، مصدر سابق ، ص ٤٩ .

(٣) د. محمد عقلة ابراهيم ، مصدر سابق ، ص ١٤١ .

(٤) عبدالناصر توفيق العطار ، مصدر سابق ، ص ٢٤٥ .

(٥) المادة ٣٧ من القانون الرقم ١٠٠ لسنة ١٩٥٧ .

والفرض الغالب أن تكون الأقساط متساوية القيمة ، ولقد تقدم أن هذا ليس شرطاً في البيع بالتقسيط فيمكن بالتالي أن تختلف اقيام الأقساط عن بعضها البعض^(١) ومن صور هذا الاختلاف الأقساط التنازلية والتصاعدية ، ويقصد بالأقساط التنازلية هو أن تبدأ بقيمة كبيرة ثم تميل تباعاً نحو الانخفاض مع استمرار سداد الأقساط . أما الأقساط التصاعدية فهي تبدأ بقيمة زهيدة ثم ترتفع قيمة كل قسط عن القسط السابق عليه ، وعادة ما تستخدم هاتان الطريقتان للتقسيط في حالات بيع السلع الصناعية إلى التجار . حيث تراعى التدفقات النقدية للمشروع ، فقد يفضل المشتري الوفاء بأقساط تصاعدية إذا كان العائد من استغلال المبيع في مشروعه يتأخر تحقيقه ، وعلى العكس فهو يفضل الوفاء بأقساط تنازلية إذا كان العائد سريع التحقيق^(٢) .

ب- فوائد الثمن : تصنف الفوائد بوجه عام إلى نوعين : الفوائد التأخيرية : هي الفوائد التي يلتزم بها المدين على سبيل التعويض عن التقصير في الوفاء بالتزام محله دفع مبلغ من النقود عن الميعاد المحدد له ، والفوائد التعويضية أو الاستثمارية : هي التي تستحق مقابل تمتع المدين بأجل للوفاء^(٣) .

على ذلك فالفوائد المستحقة في البيع بالتقسيط هي من الفوائد التعويضية ، والأصل إن هذه الفوائد اتفاقية دائماً فلا تستحق إلا بالاتفاق عليها ، وقد جرى العمل في البيع بالتقسيط أن يتم الاتفاق على استحقاق البائع فوائد عن الثمن المؤجل طوال مدة التأجيل ، ويبرر ذلك أن البائع قد حرم من الانتفاع بالمبلغ المؤجل طوال هذه الفترة والفائدة تعوضه عن ذلك الحرمان^(٤) .

وللمتعاقدين الاتفاق على سعر الفائدة بحيث لا يزيد عن الحد الأعلى المقرر قانوناً ، وهو في القانونين العراقي والمصري على سبيل المثال لا يتجاوز ٧%^(٥) ، ويحدد الاتفاق مبدأ سريان الفائدة سواء من وقت العقد أم من وقت تسليم المبيع أو أي وقت آخر^(٦) .

وإذا كانت الفوائد التعويضية هي فوائد اتفاقية فهل ان غياب الاتفاق على الفوائد في البيع بالتقسيط يؤدي الى عدم استحقاق البائع لها ؟

(١) انظر آنفا ص ٦ من هذه الدراسة .

(٢) د. هاني دويدار ، مصدر سابق ، ص ١١٧ .

(٣) د. انور سلطان ، مصدر سابق ، ص ٢١٩ .

(٤) د. حسام الدين الاهواني ، مصدر سابق ، ص ٧٥٣ .

(٥) ذلك ان معظم القوانين المدنية تجيز الفوائد الربوية ولكن في حدود معينة بحيث لا يكون الربا فاحشاً ، انظر على سبيل المثال المواد ١١٥٠-١١٥٣ مدين فرنسي ، م/٧٣ التزامات سويسري ٢٢٧ مدين مصري ، م/١٧٢ عراقي ، وذلك خلافاً للشريعة الاسلامية التي لا تقر الربا وتجازه ، ولكن الرأي الراجح في الفقه الاسلامي لا يمد زيادة الثمن مقابل الاجل من الربا وقد تقدم بيان ذلك في موضعه .

(٦) السنهوري ، الوسيط ، ج ٤ ، مصدر سابق ، ص ٧٧٧ .

يلاحظ ان كافة التشريعات محل المقارنة قد أجمعت على استحقاق البائع للفوائد بحكم القانون في حالة معينة هي حالة تسليم البائع للمشتري المبيع المنتج لثمرات او إيرادات آخر^(١)، وهذه الحالة تقتضي لاستحقاق الفوائد توافر شرطين يتحققان غالبا في البيع بالتقسيط هما:

أ- ان يكون البائع قد سلم المبيع للمشتري.

ب- ان يكون المبيع منتجا ، او قابلا لانتاج ، ثمرات او إيرادات اخرى^(٢) .

فهل يستحق البائع بالتقسيط بمقتضى هذا الحكم فوائد بقوة القانون؟

يذهب الفقه الغالب في فرنسا ومصر الى سريان الفوائد في هذه الحالة بقوة القانون ولو كان ثمن البيع مؤجلا او مقسطا ، وعلى ذلك تستحق الفوائد للبائع بمجرد تسليمه المبيع المنتج للثمرات ، وهذا الحكم يعد برأيهم خروجاً عن القواعد العامة لانه ينص على فوائد تعويضية قانونية ، في حين ان الفوائد الاخيرة لا تتقرر الا بالاتفاق عليها^(٣) ، وعلى ذلك تسري الفوائد على كل قسط من تاريخ تسلم المشتري للمبيع حتى تاريخ سداد هذا القسط^(٤) .

ولكن الحكم المتقدم لا يصح في القانون العراقي ، ذلك ان كلمة " الثمن " التي جاءت مطلقة في تلك التقنينات وتحتل كون الثمن حالا او مؤجلا قيدها المشرع العراقي بوجوب كون الثمن حالا : فجاء في المادة ٥٧٢ وبالحرط " لاحق للبائع في الفوائد القانونية عن الثمن المستحق الاداء ، الا اذا" وبالتالي لا يستحق البائع بالتقسيط في القانون العراقي فوائد عن الثمن الا بالاتفاق عليها صراحة فقط . وحسناً فعل المشرع العراقي ، ذلك ان الزام المشتري بدفع الفائدة بحكم القانون يخالف قصد المتعاقدين ويجافي العدالة ، فإذا اغفل المتعاقدان الاتفاق على الفوائد يكون من المفترض ان البائع قد راعى الاجل في تحديد الثمن ، إذ غالبا ما يقوم البائع بحساب فائدة بنسبة معينة تتناسب مع مدة التقسيط ثم يجمع هذه الفوائد الى اصل الثمن ويجزئ هذا المجموع على اقساط ، فإذا اوجبنا على المشتري دفع فائدة عن الثمن المقسط فأننا نكون قد الزمناه بدفع الفائدة للمرة الثانية لانه سبق وان دفعها ضمن اقساط الثمن التي تتضمن في حقيقتها فضلا عن اصل الثمن فائدة مقررة مقابل منح الائتمان للمشتري^(٥) .

(١) انظر المواد ١٦٥٢ مدني فرنسي ، ٢١٣ التزامات سويسري ، ٤٥٨ مدني مصري و ٥٧٢ مدني عراقي.

(٢) وقد اختلفت التشريعات هذا الصدد : فالقانون الفرنسي اشترط وجوب ان يكون المبيع منتجا للثمرات فعلا ، والقانونان المصري والعراقي اكتفيا بمجرد كونه قابلا لانتاج الثمرات والارادات ، بينما ذهب التقنين السويسري الى تعليق استحقاق الفائدة على قبض المشتري لثمرات المبيع فعلا.

(٣) د. انور سلطان ، البيع والمقايضة ، مصدر سابق ، ص ٢٩٤ د. حميس خضر ، العقود الكبيرة ، مصدر سابق ، ص ٢٨٨ د. عبدالعزيز عامر ، مصدر سابق ، ص ٣٢١ د. منصور مصطفى منصور ، مصدر سابق ، ٢٢٤.

(٤) د. سليمان مرقس ، البيع ، مصدر سابق ، ص ٤٣١.

(٥) انظر في هذا المعنى د. توفيق حسن فرج ، مصدر سابق ، ص ٥٢٩ د. محمد لبيب شنب ، مصدر سابق ، ص ٢٥٧-٢٥٨.

ج - نفقات العقد: يلتزم المشتري ، فضلا عن اصل الثمن والفوائد ، بدفع تكاليف المبيع كنفقات الحفظ والصيانة والضرائب ، والغالب ان تتبع في البيع بالتقسيط آلية معينة كتحريير العقد على اوراق رسمية ومسك سجلات ومحاسبة ومتابعة ومطالبة وارسال اشعارات وغير ذلك من الخدمات التي تتطلب نفقات يتحملها المشتري ما لم يتفق الطرفان على خلاف ذلك ، كالاتفاق على ان يتحملها البائع او يتحملها الطرفان مناصفة^(١) .

الفرع الثاني

زمان الوفاء بالأقساط

ينبغي الوفاء بقيمة كل قسط عند حلول اجله ، فالوفاء كما سبق مضاف إلى اجل واقف، فإذا تم الاتفاق على الوفاء بأقساط تدفع في بداية كل شهر ، فإن اجل كل قسط ينقضي بانقضاء الشهر ويصبح الوفاء بالقسط مستحقا في اليوم الاول من الشهر التالي وهكذا حتى يتم الوفاء بالأقساط كافة .

ولأجل معرفة ميعاد حلول الاقساط وجب البدء بأحساب سريان الاجل من وقت نشوء العقد وفقا للقواعد العامة ، ما لم يتفق على موعد آخر لابتداء سريانه^(٢) ، غير ان المشرع العراقي مسائرا موقف الفقه الاسلامي اعتبر ابتداء مدة الاجل والقسط المذكورين في عقد البيع من وقت تسليم المبيع لا من وقت ابرام العقد^(٣) ، وعلى ذلك اذا كان عقد البيع بالتقسيط قد ابرم في يوم ٢/١ مثلا على ان يستحق القسط الاول بعد شهر ، ولكن البائع تأخر في تسليم المبيع الى المشتري حتى يوم ٣/١ فإن القسط الاول سيكون مستحقا في ٤/١ وليس في ٣/١ على اعتبار ان الاجل يكون مبدؤه من تاريخ تسليم المبيع لا من تاريخ العقد ، وهذا الحكم انفرد به المشرع العراقي هو اقرب للعدالة لان فائدة الاجل لا تتحقق الا بتسليم المبيع للمشتري وانتفاعه به ليؤدي الثمن من ربحه ، على ان هذا الحكم يمكن مخالفته بالاتفاق على بدء سريان الاجل من تاريخ البيع. ويتفق غالباً على استحقاق الدفعة الاولى عند تسليم المبيع وحلول بقية الاقساط في مواعيد معينة بعد التسليم ، فيكون ابتداء سريان مواعيد الاقساط الباقية من وقت التسليم الفعلي حتى لو تأخر عن الوقت المتفق عليه^(٤) .

وإذا كان الوفاء بالقسط يستحق عند حلول اجله ، فالسؤال المطروح على بساط البحث هو ما حكم وفاء المشتري بقسط قبل حلول اجله؟

(١) استاذنا : د. جعفر الفضلي ، الوجيز ، مصدر سابق ، ص ١٥٦ . وانظر ٥٨٣/٣ مدني عراقي .

(٢) انظر : مجموعة الاعمال التحضيرية للقانون المدني المصري ، ج ٣ ، مصدر سابق ، ص ٢٤ و ٢٥ .

(٣) انظر المادة ٥٧٤ ف ٢ من القانون المدني العراقي المأخوذة من المادة ٢٥٠ من مجلة الاحكام العدلية والمادة ٤٢١ من مرشد المحرران .

(٤) السنهوري ، الوسيط ، ج ٤ ، مصدر سابق ، ص ٧٨٧ هامش (٢) .

ينبغي التمييز ما بين فرضيين:

الاول : اذا كان المشتري قد قام بالوفاء عن بينه واختيار قبل حلول الاجل ، فلا يستطيع استرداد ما دفعه وبعد ذلك بمثابة نزول منه عن الاجل.

الثاني : اذا قام بالوفاء جاهلا بالاجل وظاناً استحقاق القسط أي وقع في غلط ، جاز للمشتري الرجوع على البائع لاسترداد ما أوفى به وفقاً لقواعد المدفوع دون حق ووجب على البائع ان يرد قسط الثمن الى المشتري لكي يوفي به عند حلول اجله ، بيد ان اثناء الرجوع على حساب المشتري في هذه الحالة يقتصر فقط على ما يعود عليه من فائدة جراء تعجيل الوفاء ، لذا يجيز القانونان المصري والعراقي^(١) للبائع بدلا من رد كامل المبلغ المدفوع ان يرد ما يغله هذا المبلغ من فوائد ، وبالتالي يستطيع البائع بالتسيط الاحتفاظ بالقسط او الاقساط المدفوعة على ان يرد الفوائد المترتبة عليها لحين حلول الاجل. ويختلف الحكم في القانون الفرنسي حيث لا يلتزم البائع برد شيء مما دفع قبل الاجل^(٢) فتتص المادة ١١٨٦ من القانون المدني على ان " الالتزام الذي يستحق وفاؤه بعد اجل لا يجوز المطالبة به الا عند حلول اجله ، غير انه اذا عجل الوفاء به فلا يمكن استرداده".

وإذا كان الطريق الطبيعي لانقضاء الاجال في البيع بالتسيط هو حلولها بالتعاقب والوفاء بالاقساط حتى اخر قسط منها ، فإن المشتري قد يوفي بالثمن دفعة واحدة قبل حلول الاجل باختياره ، كما ان الثمن قد يستحق رغم ارادة المشتري بسبب سقوط الاجل.

فلما كان الاجل مقررًا لمصلحة المشتري جاز له ان ينزل عنه ويوفي ما تبقى في ذمته معجلا ، ولا يستطيع البائع رفض هذا الوفاء المعجل ، لان الاجل حق المشتري وقد تنازل عنه^(٣) ، ويرى بعض الفقهاء^(٤) انه لا يجوز اجبار البائع على قبول الوفاء المعجل بقسط او بعض اقساط الثمن مستندا في ذلك الى نص المادة ٣٤٢ مدني مصري التي لاتجيز للمدين اجبار الدائن على ان يقبل وفاء جزئيا لحقه ، بيد اننا نرى ان هذا الحكم ينطبق في حالة كون

^(١) المادة ١٨٣ ف٢ من القانون المدني المصري المطابقة للمادة ٢٣٥ ف٢ مدني عراقي.

^(٢) وهو رأي جمهور الفقهاء في فرنسا : انظر : السهوري ، الوسيط ، ج٣ ، مصدر سابق ، ص١٠٣ هامش (١).

^(٣) د. انور سلطان ، احكام الالتزام ، مصدر سابق ، ص٢٦٧ . وانظر المادة ٢٩٤ مدني عراقي التي تنص على " واذا تمحض الاجل لمصلحة احد الطرفين جاز لهذا الطرف ان يبرأ عنه بارادته وحده " . ويقرر القضاء المصري ذلك من غير نص فحاء في احدي قراراته ان الاصل في الاتفاق على تسيط الثمن ان الاجل مقرر لمصلحة المدين (المشتري) فيحوز لهذا ان يبرأ عنه وان يولي الثمن فوراً في أي وقت ، استئناف مختلط ، ١٠ مايو ١٩٤٣ (٥٥ ص١٤٨) اوردته سليمان مرقس ، البيع ، مصدر سابق ، ص٨٤ هامش (١) .

^(٤) د. ابراهيم دسوقي ابو الليل ، مصدر سابق ، ص٦٤.

الثمن مستحق الاداء^(١) ولا يسري على الثمن المقسط لان تجزئة الوفاء بالثمن مفترض ابتداءً وذلك خروجاً على قاعدة عدم تجزئة الوفاء.

وإذا كان البائع يجبر على القبول بالوفاء المعجل فإن ذلك مقيد بعدم الاضرار بحقوقه، ولما كان الثمن يتضمن فوائد عن مدة التقسيط لا يجوز للمشتري عند تعجيل الوفاء المطالبة بهذه الفوائد بل عليه وفاء كامل الثمن مع فوائده حتى ميعاد الاستحقاق لان الثمن مستحق للبائع اصلاً من لحظة ابرام العقد ولا يتأثر بكيفية وفاء المشتري بالتزاماته^(٢) ، وإذا كان هذا هو الأصل إلا أن البائع احياناً وترغيباً للمشتري في الوفاء المعجل يدرج شرطاً في العقد بموجبه يستفيد المشتري من خصم معين اذا بادر بالوفاء برصيد الثمن المتبقي قبل حلول اجله، بل ان المشرع قد يقرر ذلك صراحة بنص القانون ، فعلى سبيل المثال يجيز قانون الالتزامات السويسري للمشتري في أي وقت دفع ما تبقى من الثمن دفعة واحدة ويقرر ايضاً ان للمشتري ان يتمتع في هذه الحالة بخصم من الفائدة المتمثلة بالفرق ما بين الثمن الكلي الواجب دفعه والثمن النقدي للمبيع ، ويتناسب الخصم مع المدة المتبقية من العقد فكلما بادر المشتري بالوفاء مبكراً ارتفع الخصم^(٣) ، ويخول قانون اتئمان المستهلك الانجليزي للوزير المختص اصـدار تعليمات لاحتساب نسبة الخصم لصالح المدين الذي يوفي بالثمن قبل استحقاقه^(٤) .

وفي الفقه الاسلامي يرى جمهور الفقهاء جواز تنازل المدين عن الاجل ويصبح الدين حالاً ، ولكن الحنفية يذهبون الى ذلك مطلقاً ، ويقيد المالكية والشافعية والحنابلة ذلك بشرط عدم الاضرار بالدائن^(٥) ، وقد سبق بيان الاختلاف حول قاعدة "ضع وتعجل" وانتهينا الى ترجيح الرأي الذي يجيز تعجيل الثمن المؤجل باسقاط بعضه^(٦) .

نوجز اخيراً حالة حلول الاقساط بسبب سقوط حق المشتري في الاجل طبقاً للقواعد العامة^(٧) ويتحقق ذلك في الحالات التالية :

^(١) ويقرر المشرع العراقي ذلك صراحة . إذ تنص المادة ٣٩٢ " اذا كان الدين حالاً فليس للمدين ان يجر دائه على قبول بعضه دون البعض ولو كان قابلاً للتبعض".

^(٢) د. جاك يوسف الحكيم ، مصدر سابق ، ص ٣٥٧ د. هاني دوينار ، مصدر سابق ، ص ١١٩-١٢٠.

^(٣) انظر المادة ٢٢٦ (G) من تقنين الالتزامات وانظر ايضاً في كيفية احتساب الخصم:

Pierre Tercier , Op. Cit ., P.124.

^(٤) المادة ٩٥ من قانون اتئمان المستهلك ، وانظر تلك التعليمات في :

Dobson , Op. Cit ., P.251.

^(٥) د. صبحي محصاني ، النظرية العامة للموجبات والمعقود في الشريعة الاسلامية ، ج٢ ، ط٢ ، دار العلم للملايين ، بيروت ، ١٩٧٢ ، ص ٤٧٨.

^(٦) انظر أنفاً ص ٩٩ من هذه الدراسة .

^(٧) انظر على سبيل المثال : المواد ١١٨٨ مدني فرنسي ، م/٢٧٣ مدني مصري ، م/٢٩٥ مدني عراقي.

١- افلاس المشتري او اعساره : يترتب على ذلك سقوط الاجل وحلول جميع الاقساط المترتبة بذمته.

٢- اضعاف المشتري للتأمينات الخاصة التي قدمها ضمانا للوفاء بالثمن : كقيامه مثلا بهدم الدار المرهون ضماناً للوفاء بالثمن او نزع بعض اجزائه بحيث تقل قيمته عن الثمن المؤجل.

٣- عدم تقديم المشتري للتأمينات التي وعد البائع بتقديمها : وذلك لان البائع بالتسيط يكون قد عول مسبقاً على تقديم المشتري للضمان عند منحه الائتمان.

٤- وفاة المشتري : فلا يحل الاجل بموت الدائن (البائع) في القانون العراقي وانما يحل بموت المدين (المشتري) الا اذا كان مضموناً بتأمينات عينية^(١) ، بخلاف الحال في القانون الفرنسي والسويسري والمصري حيث لا يحل الاجل بموت الدائن ولا بموت المدين^(٢) .

اما في الفقه الاسلامي فيحل الاجل بموت المدين عند جمهور الفقهاء من الحنفية والمالكية والشافعية ، وذهب الحنابلة في اظهر الروايتين الى ان الاجل لا يحل اذا وثق الورثة برهن أو كفيل مليء^(٣) ، كما يذهب الجمهور من الحنفية والحنابلة والشافعية في الاظهر انه لا تحل ديون المفلس المؤجلة لان الاجل حق المفلس ، ولكن المشهور عند المالكية وراي للشافعية ان الدين المؤجل يحل بالافلاس لخراب ذمة المفلس^(٤) .

الفرع الثالث

مكان الوفاء بالأقساط

من المعتاد ان يكون مكان الوفاء باقساط الثمن موضع اتفاق في عقد البيع بالتسيط فيشترط البائع على المشتري ان تؤدي الاقساط في موطن او محل البائع ، ومثل هذا الاتفاق يمثل خروجاً عن القواعد العامة التي تقرر بأن الدين مطلوب لا محمول بمعنى ان الاصل هو ان يتوجه البائع الى موطن المشتري مطالباً اياه بالوفاء بالقسط الذي حل اجله ، ولكن الخووج على هذا الاصل مستساغ طالما ان هذه القواعد مكملة ومفسرة فيجوز الاتفاق على مخالفتها^(٥).

(١) كالرهن التأميني او الحيازي انظر : المادة ٢٩٦ .

(٢) انظر د. عبدالناصر توفيق العطار ، مصدر سابق ، ص ٣٢٢-٣٢٣ .

(٣) د. محمد بن حسين الشامي ، النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني اليمني ، المعاملات الشرعية ، ج ٢ ، احكام الالتزام ،

مكتبة الجبل الجديد ، صنعاء ، ١٩٩٤ ، ص ١٥٧ .

(٤) د. صبحي محمصاني ، مصدر سابق ، ص ٤٧٧ .

(٥) د. عبدالنعم البدر اوي ، مصدر سابق ، ص ٥٤٤ .

بل ان المشرع قد يقرر الاستثناء المتقدم بنص خاص في مجال البيع بالتقسيط فيوجب القانون المصري رقم ١٠٠ لسنة ١٩٥٧ ان تؤدي الاقساط في محل البائع المبين في عقد البيع ما لم يتفق على خلاف ذلك ، على انه في حالة القيام بتحصيل الاقساط في محل اقامة المشتري لايجوز للبائع اقتضاء أي مصروفات اضافية...^(١) ، والعلّة في الزام المشتري قانونا او اتفاقا على سداد الاقساط في موطن البائع هو التيسير على هذا الاخير ، ذلك ان البائع بالتقسيط عادة ما يرتبط بعدد كبير من العقود مع مشتريين كثيرين فيكون من العسير الزامه بأن يتوجه الى كل واحد منهم عند استحقاق القسط لمطالبته بالوفاء ، على عكس المشتري الذي يرتبط غالبا بعقد وحيد مع البائع فيسهل عليه التوجه اليه عند الاستحقاق^(٢) .

ومن الممكن ان يتفق البائع والمشتري على سداد الاقساط لدى احد المصارف ويحدث ذلك في فرضين : الاول ، حالة ما اذا كان البائع يعتاد الحصول من المشتري على كمبيالات بعدد الاقساط ثم يقوم بخصمها لدى المصرف ، والثاني في حالة تعذر استيفاء البائع للاقساط في محله ، لان الامر غالبا ما يقتضي من البائع تخصيص جزء من المحل لاستقبال المشتريين وتوظيف مستخدمين لاستلام الاقساط ، وادارة حسابات وغير ذلك^(٣) .

ومن الملفات للنظر شيوع طريقة التسديد بواسطة السندات لامر (الكمبيالات)^(٤) ، إذ يقوم المشتري بسحب كمبيالات لامر البائع بعدد الاقساط وبتواريخ استحقاقها ، ويحقق هذا الاجراء للبائع فوائد لا يمكن انكارها ، فهو يستفيد اولاً من مزايا قانون الصرف ومن التشدد الذي يفرضه على المدين للوفاء بقيمة الورقة التجارية^(٥) ، كذلك من امكانية تنفيذها مباشرة في دوائر التنفيذ باعتبارها من المحررات القابلة للتنفيذ^(٦) ، كما يمكنه خصم الكمبيالة المسحوبة لصالحه لدى احد المصارف للحصول على السيولة اللازمة ، وعادة ما يذكر في السند لأمر انه سحب وفاء لقسط معين من الثمن فيمكن الاستفادة منه في الاثبات عند غياب السند المثبت للعقد . وينبغي ملاحظة ان سحب سندات بالثمن لا يعتبر تجديدا للدين ينقضي به

- وانظر ايضا المواد : ١٦٥١ مدين فرنسي ، ٢٨ من قانون بيع البضائع الانجليزي ، ٤٥٦ مدين مصري و ٥٧٣ مدين عراقي وجميعها تجعل مكان الوفاء بالثمن موطن المشتري مادام الثمن غير مستحق عند تسليم المبيع ، وعكس ذلك المادة ٧٤ ف ١ التزامات سويسري التي تجعل مكان الوفاء هو محل اقامة الدائن أي البائع.

(١) المادة (٤٠) من القانون المذكور.

(٢) د. هاني دويدار ، مصدر سابق ، ص ١١٨.

(٣) المصدر نفسه ، ص ١١٨ هامش (٣).

(٤) ويستخدم هذا الاسلوب بكثرة في العراق ، ويتبعه المصرف العراقي الاسلامي في بيع المراجعة ، وكذلك مركز الصنوبر للبيع بالتقسيط.

(٥) أنظر : د. فوزي محمد سامي و د. فائق محمود الشماخ ، القانون التجاري - الاوراق التجارية ، وزارة التعليم العالي والبحث

العلمي ، جامعة بغداد ، ١٩٩٣ ، ص ١١.

(٦) انظر م/ ١٤ ف اولاً من قانون التنفيذ العراقي رقم ١٤٥ لسنة ١٩٨٠.

الدين الأصلي ويحل محله دين جديد ، ما لم يتفق على ذلك او تظهر نية التجديد بوضوح من الظروف^(١) .

الفرع الرابع

إثبات الوفاء

ليس ثمة شك في ان البيع بالتقسيط تصرف قانوني فتسري عليه قاعدة وجوب الاثبات بالدليل الكتابي متى زادت قيمته عن حد معين^(٢) بل حتى في الفرض الذي يكون فيه البيع بالتقسيط عقدا تجاريا ، فإن المشرع في الغالب يتطلب اثباته بالكتابة استثناء من قاعدة حرية الاثبات في المواد التجارية التي تجيز اثبات العقد التجاري بكافة طرق الاثبات^(٣) .

وإذا كنا قد خلصنا الى وجوب كتابة عقد البيع بالتقسيط ، فإن وجود السند الكتابي المثبت للعقد ينهض دليلا على مديونية المشتري بالثمن ، فإذا ادعى براءة ذمته لسداده الاقساط وجب عليه اثبات دعواه أي اثبات الوفاء.

ويرى الفقه الغالب ان الوفاء يعد تصرفا قانونيا^(٤) وبالتالي يخضع اثباته لقاعدة وجوب الاثبات بالدليل الكتابي ، وبناء على ذلك يجب اثبات الوفاء بقسط من الاقساط بالكتابة، ولا يقدح في ذلك ان تكون قيمة القسط اقل من المبلغ الواجب اثباته بالكتابة (أي اقل من خمسين دينارا في القانون العراقي) لان العبرة بقيمة الالتزام الاصيل وهو الثمن الاجمالي الذي يزيد على هذا المبلغ ، فالوفاء بجزء من الثمن واجب الاثبات بالكتابة مادام اصل الثمن كذلك^(٥) .

ويجري العمل على ان يقوم البائع بتحرير مخالصة للمشتري عند وفائه بكل قسط ، ويقدم المشرع المصري قرينة قانونية بسيطة لصالح المشتري مؤداها ان حصوله على مخالصة عن أي قسط يعتبر مخالصة عن الاقساط السابقة عليه^(٦) ، ولا نجد في القانون

(١) المادة ١٨٤ من قانون التجارة العراقي.

(٢) وهذا الحد في القانون العراقي هو خمسون دينارا ، م/٧٧ من قانون الاثبات المرقم ١٠٧ لعام ١٩٧٩ وفي القانون المصري مائة جنيه ، انظر م/٦٠ من قانون الاثبات المصري لعام ١٩٦٨ . وانظر مفصلا : استاذنا : د. عباس العبودي ، احكام قانون الاثبات المدني العراقي ، دار الكعب للطباعة والنشر ، جامعة الموصل ، ١٩٩٠ ، ص٢٨٦ ومابعدها.

(٣) انظر نص المادة ٣٩ من قانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٥٧ في مصر التي توجب ان يكون العقد محررا من نسختين اصليتين متضمنتان بيانات معينة ، والكتابة هنا لفرض الاثبات ، انظر : علي جمال الدين عوض ، العقود التجارية ، مصدر سابق ، ص٤٥٥ د. علي رضا عبده ، مصدر سابق ، ص٦١ . وحدير بالاشارة ان قاعدة حرية الاثبات في المواد التجارية غير معمول بها في القانون العراقي.

(٤) الا ان الخلاف بعد ذلك قد ثار بصدد اعتباره عقدا او ارادة منفردة : انظر في الطبيعة القانونية للوفاء : د. حسام الدين الاهواني ، مصدر سابق ، ص٤٠١ هامش (١٧٠) د. انور سلطان ، احكام الالتزام ، مصدر سابق ، ص٣٥٩ هامش (١) د. عبدالمجيد عبدالحكيم واخرون ، الوجيز ، ج٢ ، مصدر سابق ، ص٢٥١.

(٥) استاذنا : د. عباس العبودي ، احكام قانون الاثبات ، مصدر سابق ، ص٢٩٠ د. طلبة وهبة خطاب ، مصدر سابق ، ص٢٩٣ . وانظر م/٧٩ ف٢ من قانون الاثبات العراقي.

(٦) المادة ٤٠ من القانون المرقم ١٠٠ لسنة ١٩٥٧.

العراقي حكما مماثلا الا ان المادة ٧٦٩ من القانون المدني تنص على ان "الوفاء بالقسط ممن الاجرة قرينة على الوفاء بالاقساط السابقة على هذا القسط حتى يقوم الدليل على عكس ذلك" وتذهب محكمة التمييز في احدى قراراتها بصدد بيع سيارة بالتقسيط بواسطة كيميالات الى ان "تسديد قيمة السند الاخير لا يعد قرينة على الوفاء بقيمة السندات السابقة عليه لان ذلك يطبق على موضوع تسديد اقساط بدل الايجار ولايجوز القياس عليه"^(١) ، ومن المؤكد ان هذا الموقف التشريعي محل نقد فليس ثمة فرق في الحكم بين اقساط الثمن واقساط الاجرة ، لذا نقترح نقل هذا النص الى قانون الاثبات وجعله الفقرة رابعا للمادة ٩٩ بعد تعديله على النحو الآتي : " يعتبر الوفاء بقسط من الاجرة أو الثمن قرينة على الوفاء بالاقساط السابقة عليه ما لم يقدّم الدليل على خلاف ذلك " .

وللمشتري الحصول على مخالصة بكل قسط ، فإذا امتنع البائع عن تحرير المخالصة وتسليمها الى المشتري جاز للاخير ايداع القسط ايداعاً قضائياً ليتوافر له بذلك الدليل المطلوب^(٢) .

أما في حالة الاتفاق على التسديد بواسطة الكميالات يلاحظ انه كلما اوفى المشتري بقسط قام البائع بتسليمه السند المثبت له ، وتعني حيازة البائع للسند ان المشتري لم يف بعد بالقسط الذي يمثله ، اما اذا حاز المشتري السند فان ذلك يعتبر بمثابة قرينة على الوفاء بقيمة القسط^(٣) ذلك ان وجود سند الدين في حوزة المدين قرينة على براءة ذمته من الدين حتى يثبت خلاف ذلك^(٤) .

لكننا ننبه الى أهمية حصول المشتري على مخالصة بكل قسط موقعه من البائع وعدم الاكتفاء بمجرد قبض سند الكميالة لتلافي مخاطر ضياع السند او فقدانه ، ولان القرينة التي يحتمى وراءها المشتري في هذه الحالة تكون قابلة لإثبات العكس فيستطيع البائع اثبات ان السند قد خرج من يده بلا ارادته بطرق الاثبات كافة لان الاثبات هنا ينصب على واقعة مادية كالسرقة مثلا.

^(١) قرار محكمة التمييز الرقم ١٢٥/حقوقية / ١٩٨٠ في ١٩٨٠/٩/٢٢ منشور في مجموعة الاحكام العدلية ، العدد الثالث ، السنة الحادية عشرة ، ١٩٨٠ ، ص ١٠٣ .

^(٢) وهذا ما نصت عليه م/٣٤٩ من القانون المدني المصري ، ويمكن العمل بحكمها في القانون العراقي من غير نص . والسائد فيها وقضاء في فرنسا ومصر استثناء المخالصات من وجوب ثبوت التاريخ بالنسبة للاحتجاج بها على الغير . انور سلطان ، احكام الائتزام ، مصدر سابق ، ص ٣٧٦ وقد احتازت الفقرة الثانية من المادة (٢٦) من قانون الاثبات العراقي للمحكمة الاتطيق قساعدا ثبوت التاريخ على الوصولات .

^(٣) انظر قرار محكمة التمييز الرقم ٦٠١ / ٤م / ١٩٧١ في ١٩٧١/٦/١ منشور في النشرة القضائية ، العدد الثاني ، السنة الثانية ١٩٧١ ، ص ١٧٣ .

^(٤) المادة ١٩ من قانون الاثبات العراقي .

المطلب الثالث

جزاء الإخلال بالوفاء

يرتب البيع بالتقسيط التزاما على عاتق المشتري بدفع الثمن بالكيفية التي اوضحناها آنفا ، فإذا تخلف المشتري عن سداد أقساط الثمن في مواعيدها وقع تحسنت طائلة الاخلال بالعقد.

ومقتضى تطبيق القواعد العامة في العقود الملزمة للجانبين ، انه اذا لم يقم المشتري بتنفيذ التزامه بأداء الثمن المستحق يكون للبائع ان يطلب التنفيذ العيني ، كما يكون له كذلك طلب فسخ العقد واسترداد المبيع مع التعويض في الحالتين ان كان له مقتضى^(١) . وبذلك يكون للبائع الخيار بين التنفيذ العيني والفسخ ، واذا ما شرع البائع بمباشرة احد الطريقتين فله ان يعدل عنه ويلجأ للطريق الاخر ، فله اذا ما بدأ بطلب الفسخ ان يعدل عنه الى طلب التنفيذ ما لم يصدر حكم نهائي بالفسخ والعكس صحيح^(٢) .

فإذا ما أختار البائع بالتقسيط طريق التنفيذ الجبري لالتزام مدينه ، فإن وسيلة ذلك اما التنفيذ العيني او التنفيذ بمقابل أي بطريق التعويض ، ولما كان التزام المشتري محله دفع مبلغ من النقود فإن التنفيذ العيني له يكون ممكناً دائماً باتباع الاجراءات التنفيذية المقررة قانوناً والتي تتضمن الحجز على مال المشتري وبيعه واقتضاء حق البائع من ثمنه^(٣) ، وللبائع اذا نفذ على ذات المبيع ان يتمتع بحق الامتياز المقرر له قانوناً^(٤) .

ويلاحظ ان البائع لا يستطيع مطالبة المشتري الا بالاقساط المستحقة لحين رفع الدعوى وليس له المطالبة بالاقساط المؤجلة ، ويقتصر تنفيذه بمقدار ما حل من اقساط فقط ، وواضح ما لهذا الامر من عنت للبائع الذي قد يضطر لاقامة الدعوى اكثر من مرة ، لذا جرى العمل من قبل البائعين على ادراج شرط يقضي بحلول الاقساط كافة دفعة واحدة بمجرد تأخر المشتري في سداد قسط منها في ميعاد استحقاقه^(٥) ، وبالتالي يكون للبائع حق المطالبة

(١) د. عبدالعزيز عامر ، مصدر سابق ، ص ٣٣٢ .

(٢) د. حسام الدين الاهواني ، مصدر سابق ، ص ٤٨٠ د. رمضان أبو السعود ، مبادئ الالتزام ، مصدر سابق ، ص ٢٧٦ .

(٣) د. عبدالجيد الحكيم واهرون ، الوجيز ، ج ٢ ، مصدر سابق ، ص ٢٤ و ٢٥ . وينظم قانون التنفيذ العراقي رقم ٤٥ لسنة ١٩٨٠ اجراءات حجز اموال المدين وبيعها ، انظر الباب الرابع (المواد ٥٤-١٠٧) من القانون المذكور .

(٤) وسيأتي بيان ذلك لاحقا... انظر ص ١٣٤ من هذه الدراسة .

(٥) وقضت محكمة التمييز بهذا الصدد " انه يصح الاشرط في عقد بيع السيارة بأن عدم دفع القسط المستحق من الثمن يجعل بقية الاقساط مستحقة الدفع" رقم القرار ٥٦٦/مدنية اولى / ١٩٦٧ بتاريخ ١٩٧٦/٩/٨ منشور في مجموعة الاحكام العدلية ، العدد الثالث، السنة السابعة ، ١٩٧٦ ، ص ١١ " واذا اشترط في عقد بيع السيارة استحقاق كافة الكيالات المؤجلة الدفع عند عدم سداد احداها في موعدها استحقاقها وجب العمل بهذا الشرط " رقم القرار ٨٨٦ / ٢م / ١٩٧٣ في ٧٤/٤/٢٧ . منشور في النشرة القضائية ، العدد الثاني ، السنة الخامسة ، ص ١٢٥ .

بكامل ما تبقى من الثمن . ويسمى هذا البند في عقود البيع بالتقسيط بشرط التعجيل (Acceleration Clause) ويعرف بأنه " شرط عقدي بموجبه الاخلال بدفع قسط واحد من الثمن يجعل المشتري ملتزما في الحال بدفع كامل الرصيد المتبقي من الثمن دفعة واحدة^(١) ، وبالتالي فإن اثر الشرط المتقدم هو سقوط الأجال التي كانت مضمروبة للاقساط المتبقية من الثمن^(٢) ، ولكن ذلك لا يسلب البائع خياره بين التمسك بالعقد والتنفيذ بباقي الثمن كاملا وبين فسخ العقد واسترداد المبيع^(٣) .

مع ذلك فقد يتدخل المشرع ، لاغراض حماية المشتري ، بحظر شرط التعجيل او الحد من فاعليته ، ومن قبيل ذلك ما كانت تنص عليه المادة ١٢٨ من قانون التجارة العراقي الملغى لعام ١٩٧٠ بأن "الاتفاق على حلول الثمن بأكمله عند عدم دفع احد الاقساط في ميعاد استحقاقه لا يكون نافذا الا اذا تخلف المشتري عن دفع قسطين متتالين على الاقل"^(٤) وقد بررت المذكرة التفسيرية للقانون هذا الحكم بأن تخلف المشتري عن دفع قسط واحد ، او قسطين متباعدين لا يقطع بعجزه المالي ، فقد ينجم عن ازمة عابرة او حلول موسم تكثرت فيه مصروفات الاسرة ، كأفتتاح المدارس^(٥) ، ويلاحظ ان الشرط محل البحث جائز في الفقه الاسلامي جاء في الدر المختار " عليه الف ثمن جعله ربه نجوما ان اخل بنجم حل الباقي ، فالامر كما شرطا"^(٦) وعلى هذا اذا لم يف المشتري بالشرط تحول باقي الثمن معجلا^(٧) . ويجوز للبائع بدلا من التنفيذ العيني اللجوء الى طلب فسخ العقد ويشترط لقبول دعوى الفسخ الشروط التالية:^(٨)

١- ان يكون الثمن كله او قسط منه مستحق الاداء.

٢- عدم تنفيذ المشتري لالتزامه بالوفاء.

(١) McMurry and Packwood , Op.Cit ., P.594.

(٢) ويعتبر بعض الفقه هذا الشرط من قبيل الشرط الجزائي الذي ينضمه البيع بالتقسيط . انظر : اساذنا : د. جعفر الفضلي ، البيع بالتقسيط ، مصدر سابق ، ص٤٧ . لكن الشرط الجزائي هو تقدير اتفاقي للتعويض ، اما الشرط المشار اليه ليس الا مجرد اتفاق على تعجيل الوفاء لا يحول دون مطالبة البائع بالتعويض.

(٣) د. سليمان مرقس ، البيع ، مصدر سابق ، ص٨٥ هامش (٣).

(٤) انظر تطبيقا لذلك : قرار محكمة التمييز رقم ٧١٨ / ١م / ١٩٧٨ في ١٩٧٨/٩/٢٦ بمجموعة الاحكام العدلية ، العدد الثالث ، السنة التاسعة ، ١٩٧٨ ، ص٨٥ وقرار محكمة التمييز رقم ٤١٠ / ٣م / ١٩٨١ في ١٩٨١/٥/٢٦ . مجموعة الاحكام العدلية ، العدد الثامن ، السنة الثانية عشرة ، ١٩٨١ ، ص٥٣.

(٥) المذكرة التفسيرية لقانون التجارة الملغى الرقم ١٤٩ / ١٩٧٠ ، ص١٧٤.

(٦) ابن عابدين ، مصدر سابق ، ص٣٢.

(٧) علي حيدر ، مصدر سابق ، ص١٩٧ . وانظر ذات الحكم في المادة ٤٢٠ من مرشد الحيران والمادة ٥٧٤ مدني عراقي.

(٨) انظر في شروط الفسخ بوجه عام : د. انور سلطان ، الموجز في النظرية العامة للالتزام ، مصادر الالتزام ، دار النهضة العربية للطباعة والنشر ، بيروت ، ١٩٨٣ ، ص٢٥٧-٢٥٩ وايضا د. رمضان ابو السعود ، مبادئ الالتزام ، مصدر سابق ، ص٢٧١-٢٧٤.

٣- ان يكون البائع قد اوفى بالتزاماته الناشئة عن عقد البيع او مستعدا للقيام بها وقادرا على اعادة الحال الى ما كانت عليه قبل العقد.

٤- ان لا يكون البائع قد تنازل عن حق الفسخ : حيث يجوز ان يشترط المشتري ان لا يكون للبائع حق الفسخ وليس له سوى حق التنفيذ ، بيد ان مثل هذا التنازل ينبغي ان يكون صريحا وان يفسر تفسيراً ضيقاً ، فإذا اشترط في العقد الا يكون للبائع حق الفسخ اذا تأخر المشتري في سداد القسط الاول امتنع على البائع طلب الفسخ بسبب تأخر هذا القسط، ولكن مثل هذا الشرط لا ينبغي التوسع في تفسيره فلا يمس حق البائع في طلب الفسخ لتأخر المشتري في سداد الاقساط التالية^(١) .

غالبا ما يتضمن عقد البيع بالتقسيط تنظيماً لحالة الفسخ يتفق عليه الطرفان ، فإذا خلا العقد من بيان ذلك ، وجب الرجوع الى الاصل وهو ان يكون الفسخ بحكم قضائي ، فيتعين على البائع ان يوجه اعدارا للمشتري يطلب فيه دفع الثمن ثم يرفع الدعوى طالبا الحكم بفسخ البيع ، والقاضي ليس ملزماً باجابة طلب الفسخ بل يتمتع عندئذ بسلطة تقديرية واسعة فله الحكم بذلك او منح المشتري نظرة الميسرة وذلك عندما لا يجد في ظروف القضية ما يستدعي الحكم بالفسخ ، كأن يكون المشتري قد سدد غالبية الاقساط^(٢) ، وللمشتري ان يتجنب الحكم عليه بالفسخ اذا بادر الى الوفاء بالثمن قبل صدور الحكم النهائي^(٣) .

وبغية استبعاد تدخل القضاء ، كثيراً ما تتضمن عقود البيع بالتقسيط شرطاً فاسخاً صريحاً (Pacte Commissaire) وهذا الشرط يتدرج من حيث اثره وقوته على النحو التالي:
أ- النص على ان العقد يفسخ من تلقاء نفسه بمجرد تأخر المشتري عن سداد احد الاقساط ، فيقتصر اثر هذا الشرط على سلب القاضي سلطته التقديرية ويجعل الحكم بالفسخ متعيناً لكنه لا يعني من الاعذار ولا من اللجوء الى القضاء .

ب- النص على ان العقد يفسخ من تلقاء نفسه دون حاجة الى حكم ، وفي هذه الحالة يفسخ العقد تلقائياً بمجرد انقضاء الاجل المحدد في الاعذار دون الحاجة الى حكم من القضاء واذا ما طرح النزاع عليه كان حكمه مقرراً للفسخ لا منشأ له ولكنه لا يعني من وجوب الاعذار .

ج- النص على ان العقد يفسخ من تلقاء نفسه دون حاجة الى حكم ولا اعذار ، وهنا يعتبر العقد مفسوخاً بمجرد حلول ميعاد القسط وتخلف المشتري عن سداده دون حاجة الى

^(١) نقض مدني مصري ١٩٣٥/٥/٢ بمجموعة عمرا رقم ٢٥٩ ص ٧٥٠ اوردته: سليمان مرقس ، البيع ، مصدر سابق ، ص ٤٥٦-٤٥٧ .

^(٢) د. توفيق حسن فرج ، مصدر سابق ، ص ٥٥٥-٥٥٦ د. كمال ثروت ، مصدر سابق ، ص ٣١٠ .

^(٣) د. انور سلطان ، مصادر الالتزام ، مصدر سابق ، ص ٢٦١ .

الاعذار ، او رفع دعوى بالفسخ^(١) ، وهو الشرط الاكثر شيوعا في عقود البيع بالتقسيط ، ومع ذلك فإن هذا الشرط يتمخض لمصلحة البائع فله اعماله او اختيار ابقاء العقد ومطالبة المشتري بالثمن^(٢) .

ولا ريب ان الغرض من مثل هذا الشرط هو تلافي اللجوء الى القضاء تفاديا لبطء الاجراءات وما يتطلبه التقاضي من مصروفات ، الا ان المشرع قد يتدخل احيانا للحد من امكانية البائع بالفسخ لحماية للمشتري ، ومن قبيل ذلك ما كانت تنص عليه المادة ١٢٧ من قانون التجارة الملغى لعام ١٩٧٠ من انه "اذا لم يدفع المشتري احد اقساط الثمن المتفق عليه ، فلا يجوز الحكم بفسخ البيع اذا تبين انه قام بتنفيذ الجزء الاكبر من التزاماته" ، فإذا كان المشتري قد دفع اكثر الاقساط ، اقتصر حق البائع على المطالبة بباقي الاقساط دون الفسخ. وجدير بالذكر ان شرط انفساخ العقد من تلقاء نفسه عند امتناع المشتري عن الوفاء بأحد الاقساط يحاكي خيار النقد المعروف في الفقه الاسلامي ، وصورته ان يقول البائع للمشتري "بعثك على ان تتقدي الثمن الى كذا والا فلا بيع بيننا" فينفسخ العقد اذا لم يدفع المشتري الثمن في الميعاد المضروب^(٣) ولقد اجاز الفقهاء هذا الخيار استحسانا لحاجة الناس اليه ولأنه نوع من انواع خيار الشرط^(٤) الا انهم اختلفوا في جواز زيادة المدة على ثلاثة ايام ولكن الامامين احمد ومالك اجازا ذلك واجازه ايضا صاحبني ابي حنيفة^(٥) وبرايمهما اخذت مجلة الاحكام العدلية في المادة ٣١٣ منها^(٦) .

واذا تم الفسخ على النحو المتقدم زال العقد بأثر رجعي واعتبر كأن لم يكن ، فيعاد اطرافه الى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد فيرد كل طرف ما تسلمه بموجب العقد فيسترد البائع المبيع بصفته مالكا له ويعيد بدوره ما قبضه من اقساط^(٧) ، ويجدر بهذا الصدد بحث مسألتين : الاولى : مدى امكانية استرداد البائع للمبيع وبوجه خاص اذا كان المشتري قد تصرف به للغير ، والثانية : مدى جواز احتفاظ البائع بالاقساط التي قبضها تعويضا له عما لحقه من اضرار بسبب الفسخ.

(١) انظر في الشرط الفاسخ بوجه عام : د. توفيق حسن فرج ، مصدر سابق ، ص ٥٦٤ وما بعدها.

(٢) احمد نجيب الهلالي ود. حامد زكي ، مصدر سابق ، ص ٤٥٢.

(٣) نقي الدين محمد بن احمد الفتوح الحنبلي الشهير بابن النجار ، منتهى الارادات ، القسم الاول ، بتحقيق عبدالغني عبدالخالق ، مكتبة دار العروبة ، القاهرة ، ١٩٦١ ، ص ٣٥٣.

(٤) د. وهبة الزحيلي ، مصدر سابق ، ص ٢٧٥.

(٥) د. صبحي عمصاني ، مصدر سابق ، ص ٤٦٨.

(٦) إذ تنص هذه المادة على " اذا تباعا على ان يؤدي المشتري الثمن في وقت كذا وان لم يؤده فلا بيع بينهما ، صح البيع".

(٧) د. انور سلطان ، مصادر الالتزام ، مصدر سابق ، ص ٢٦٤ د. حسام الدين الاهواني ، مصدر سابق ، ص ٨١٨-٨١٩ .

وبصدد الفرض الاول ، فمن المعلوم بدهاة ان المشتري يعد مالكا للمبيع قبل الفسخ ، وبإمكانه التصرف به بشتى التصرفات القانونية من بيع ورهن وغير ذلك^(١) ، فإذا تقرر الفسخ سرى اثره الرجعي في حق الغير أيضا وزالت الحقوق التي رتبها المشتري على المبيع قبل الفسخ وعندئذ يسترد البائع المبيع خاليا من تلك الحقوق^(٢) ، فإذا كان المشتري قد رهن المبيع استرده البائع خاليا من الرهن، وإذا كان قد باعه استرده البائع من المشتري الثاني ، ولكن حق البائع في الاسترداد قد يتعطل فلا يبقى له الا المطالبة بالتعويض في بعض الاحوال ومنها:

أ- اذا كان المشتري قد أجرى تصرفا ماديا في المبيع بالتقسيط كأستهلاكه او تغيير ذاتيته ، فيمتنع المطالبة بالفسخ والاسترداد^(٣) .

ب- اذا كان المبيع منقولا تصرف فيه المشتري تصرفا قانونيا وتسلمه المتصرف اليه بحسن نية ، فيمتنع الاسترداد لتحصنه بقاعدة الحيابة في المنقول سند الملكية^(٤) .

ج- اذا كان المشتري تاجراً قد تسلم البضاعة او اودعت مخازنه ثم اشهر افلاسه ، امتنع على البائع طلب الفسخ وبالتالي امتنع الاسترداد ولا يبقى له الا الدخول في التفليسة بما تبقى له من الثمن^(٥) .

وغالبا ما يترتب على فسخ البيع بالتقسيط الحاق الضرر بالبائع الذي يكون قد بادر بتسليم المبيع الى المشتري لذا فهو فضلا عن استرداد المبيع يستحق تعويضا عما لحقه من اضرار ، ويقوم التعويض على اساس المسؤولية التقصيرية لا العقدية لان العقد بعد ان فسخ لا يصلح اساسا للمطالبة بالتعويض^(٦) ، وبما ان البائع يكون قد استوفى اقساطا بالثمن من المشتري فإنه غالبا ما يشترط ان يحتفظ بالاقساط المدفوعة على سبيل التعويض عن فسخ البيع.

لا يثير الشرط المتقدم جدلا في تكييفه فمقتضى القواعد العامة تجسير للمتعاقدين ان يحددا مقدماً مقدار التعويض الذي يستحقه الدائن اذا لم ينفذ المدين التزامه أو تأخر في

^(١) تقرر محكمة التمييز بهذا الصدد " ان المشتري بثن مؤجل ، كمن اشترى راديو بالتقسيط ، يستطيع ان يبيع المال الذي اشتراه ويكون الثمن المؤجل دينا بذمه" رقم القرار ١٥٣٤ /ص/ ١٩٥٦ بتاريخ ١٦/٩/١٩٥٦ اورده : عبدالرحمن العلام ، المبادئ القضائية لاحكام محكمة التمييز ، القسم المدني ، مطبعة العاني ، بغداد ، ١٩٥٧ ، ص١٢٨ .

^(٢) د. عبدالحميد الحكيم واخرون ، الوجيز ، ج١ ، مصدر سابق ، ص٢٠٤ .

^(٣) د. حسام الدين الاهواني ، مصدر سابق ، ص٨٠٨ .

^(٤) د. كمال ثروت الوندواي ، مصدر سابق ، ص٣١٨ .

^(٥) د. رزق الله انطاكي ود. نهاد الباعلي ، الوسيط في الحقوق التجارية البرية ، ج٢ ، المطبعة التعاونية ، دمشق ، ١٩٦٤ ، ص٥٧٠ وانظر ايضا م/٦٤٦ ف١ من قانون التجارة العراقي رقم ١٤٩ لسنة ١٩٧٠ .

^(٦) د. السنهوري ، الوسيط ، ج٤ ، مصدر سابق ، ص٨٢٨ .

تنفيذه^(١)، من خلال ما يعرف بالتعويض الاتفاقي او الشرط الجزائي la clause penale ، وتمنح القوانين للقاضي سلطة ازاء الشرط الجزائي فله الآ يحكم به اذا لم يلحق الدائن أي ضرر ، كما يجوز له تخفيضه اذا كان مبالغاً فيه او زيادته اذا كان الضرر يفوق في مقداره قيمة الشرط وارتكب المدين غشاً او خطأ جسيماً^(٢) وكان الرأي قديماً في فرنسا يذهب الى الحكم بالشرط الجزائي كما هو بغض النظر عن حصول الضرر او مقداره وذلك احتراماً لارادة المتعاقدين ، ودفعاً للصعوبات التي تثار بصدد تقدير التعويض^(٣) ، الا ان سلطة القاضي بصدد الشرط الجزائي قد تقررر بالقانون ١٠٩٧-٨٥ الذي جاء معدلاً للفقرة الاولى من المادة ١١٥٢ من القانون المدني الفرنسي والتي اصبح نصها كالآتي " القاضي يمكنه من تلقاء نفسه تعديل اورفع الجزاء المتفق عليه اذا كان مبالغاً فيه او قليل وكل شرط يحرم القاضي من هذه السلطة لا يعتد به"^(٤) .

وعلى الرغم من امكانية الاكتفاء بتطبيق القواعد العامة على الشرط الجزائي السوارد في عقود البيع بالتقسيط الا انه بالنظر للدور الحيوي لهذا الشرط وانتشاره في هذا الضرب من البيوع أثر المشرعان المصري والعراقي ايراد نص خاص بهذا الصدد . فتنص الفقرة الثانية من المادة ٤٣٠ من القانون المدني المصري بالحرف " فأذا كان الثمن يدفع اقساطاً ، جاز للمتعاقدان ان يتفقا على ان يستبقي البائع جزءاً منه تعويضا له عن فسخ البيع، اذا لم توفك جميع الاقساط ، ومع ذلك يجوز للقاضي تبعا للظروف ان يخفض التعويض المتفق عليه وفقا للفقرة الثانية من المادة ٢٢٤ والواقع ان الحكم المتقدم يقوم على اساس من العدل ومنع التعسف ، ذلك انه قد يحدث عملاً ان يكون المشتري قد سدد للبائع اكثر الاقساط ، ثم يتم الفسخ لعدم وفائه بما تبقى منها ، ويحتفظ البائع بكل الاقساط التي استوفاهها وفي هذا حيف بالنسبة للمشتري يستطيع القاضي رفعه بتخفيض الشرط الجزائي والزام البائع ان يرد للمشتري بعض هذه الاقساط^(٥) .

ويذهب جانب من الفقه المصري الى ان النص المتقدم ليس سوى محض تطبيق لاحكام الشرط الجزائي^(٦) فيما يرى اتجاه اخر - بحق - ان احالة النص قد اقتصررت على الفقرة الثانية من المادة ٢٢٤ وهي تلك التي تجيز تخفيض الشرط الجزائي ولم تشمل الاحالة

(١) د. انور سلطان ، احكام الالتزام ، مصدر سابق ، ص ٢٠٩ .

(٢) انظر المواد ١١٥٢ مدني فرنسي ، ١٦٠-١٦١ التزامات سويسري ، ٢٢٣ مدني مصري ، و م/١٧٠ مدني عراقي .

(٣) انظر : احمد نجيب الملالي وحامد زكي ، مصدر سابق ، ص ٤٥٥ مع هامش (١) .

(٤) انظر مفصلاً في هذا التعديل التشريعي :

Mazeaud (H.L.J) et chabas , Op.Cit ., P.782-783.

(٥) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري ، ج٤ ، مصدر سابق ، ص ٤٩ .

(٦) د. اسماعيل غانم ، مصدر سابق ، ص ١٢٣ د. محمد لبيب شب ، مصدر سابق ، ص ١١٣ .

حكم الفقرة الاولى من المادة ذاتها التي تجيز للقاضي عدم الحكم بالتعويض اذا لم يصب الدائن أي ضرر ، والمستفاد من هذا ان الضرر مفترض والتعويض مستحق للبائع بالتقسيط دائما ، وتتحصر سلطة القاضي في تخفيض مقداره فقط ، ولكن لا يجوز له عدم الحكم بأي تعويض ، فالنص بهذا المعنى يلزم القاضي بأن يترك للبائع بعض الاقساط المدفوعة ، ولو لم يصبه ضرر حقيقة^(١) .

اما في القانون المدني العراقي فيلاحظ ان الاحالة فيه الى احكام الشرط الجزائي قد وردت مطلقة فجاء في عجز الفقرة الثانية من المادة ٥٣٤ " ويجوز للمحكمة ان تخفض التعويض المتفق عليه وفقا لاحكام التعويضات الاتفاقية" ، وبالتالي فإن الاحالة ، على عكس القانون المصري ، تمتد الى سلطة القاضي بعدم الحكم بأي تعويض للبائع اذا اثبت المشتري عدم تضرره^(٢) ، ونرى ان الضرر وان كان متحققا للبائع في اكثر حالات البيع بالتقسيط كون البائع يسلم المبيع للمشتري ويفقد منفعته ، الا انه من الممكن ان يتجلى اهمية الحكم الذي قرره المشرع العراقي في الحالات التي لم يتم فيها تسليم المبيع الى المشتري ، فمن المتصور ان لا يصيب البائع ضرر ما وبالتالي يكون الزامه باعادة كافة الاقساط التي قبضها محققا للعدالة.

ولكن ما مدى صحة الشرط الجزائي في الفقه الاسلامي؟^(٣)

هذا الشرط صحيح بصريح العبارة لدى المالكية الا اذا كان مفضيا الى الربا^(٤) وصحيح ايضا لدى الحنابلة قياساً على شرط العربون الجائز لديهم^(٥) وصحيح ايضا على رأي

^(١) د. عبدالنعم البدر اوي ، مصدر سابق ، ص ٢٦٠ د. سليمان مرقس ، البيع ، مصدر سابق ، ص ٨٦ . وفيما يلي نص الملة ٢٢٤ بفقرتها " ١ - لا يكون التعويض الاتفاقي مستحقا اذا اثبت المدين ان الدائن لم يلحقه أي ضرر . ٢ - ويجوز للقاضي ان يخفض هذا التعويض اذا اثبت المدين ان التقدير كان مبالغا فيه الى درجة كبيرة ، او ان الالتزام الاصلي قد نفذ في جزء منه ."

^(٢) انظر قرار محكمة التمييز المرقم ٣ / حقوقية ثالثة / ١٩٧٠ في ١٥ / ٣ / ١٩٧٠ المنشور في النشرة القضائية العدد الاول ، السنة الاولى ، ١٩٧٠ ، ص ٦٠ .

^(٣) انظر في هذا الموضوع مفصلا: زكي الدين شعبان ، نظرية الشروط المقررة بالعقد في الشريعة والقانون ، ط ١ ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٦٨ ، ص ١٦٢-١٦٦ .

^(٤) فقد نقل عن الخطاب قوله " واما اذا التزم انه اذا لم يوف حقه في وقت كذا فعليه كذا وكذا لفلان او صدقة للساكين ، فالمشهور انه لا يقضى به كمتقدم وقال ابن دينار يقضى به " ويضيف ان الشيخ الخطاب قرر ان هذا الالتزام في ذاته صحيح يجب الوفاء به . الشيخ علبش ، الفتاوى ، ج ١ ، ص ٢٦٢ نقلا عن زكي الدين شعبان ، المصدر السابق ، ص ١٦٣ .

^(٥) انظر في صحة بيع العربون : ابن النجار ، مصدر سابق ، ص ٣٥٣ ؛ علاء الدين ابن الحسن علي بن سليمان المرادوي ، الانصاف في معرفة الراجع من الخلاف على مذهب الامام احمد ، ج ٤ ، ط ١ ، بتصحيح محمد حامد الفقي ، مطبعة السنة المحمدية ، القاهرة ، ١٩٥٦ ، ص ٣٥٧ .

الحنفية الذي يعتبرون العرف مصححا للشروط العقدية وذلك لجريان العرف به وشيوعه بين الناس ، وعلى ذلك يكون مشروعاً في رأي جمهور الفقهاء⁽¹⁾ .

صفوة ما تقدم ، ان تطبيق القواعد العامة في الفسخ لا تفي بالغرض تماماً في عقود البيع بالتقسيط لذا يحرص المتعاقدان على ادراج بعض الشروط العقدية كشرط التعجيل ، والشرط انفاسخ الصريح والشرط الجزائي. الا ان المشرع في بعض الدول ، مراعاة منه للطبيعة الخاصة للبيع بالتقسيط ، يضع قواعد خاصة بالفسخ في عقود البيع بالتقسيط يحرص من خلالها على الموازنة بين مصلحة الطرفين ، وسنكتفي هنا بمعالجة الاحكام التي قررها المشرع السويسري في هذا الجانب ، ولقد آثرنا الانتهاء بدراستها جملة ليتضح مالها من تمييز عن القواعد العامة للفسخ التي عرضنا لها ابتداءً.

فقد عالجت المواد (H) ٢٢٦ - (K) ٢٢٦ من تقنين الالتزامات السويسري حالة اخلال المشتري بوفاء الثمن ، وميزت المادة ٢٢٦ (H) بين حالتين من الاخلال: اولاً : حالة تخلف المشتري عن سداد الدفعة الاولى : يكون البائع هنا امام خيارين فقط ، اما المطالبة بهذه الدفعة ، وفسخ العقد ، وحق الفسخ هنا مقرر بقوة القانون ولو لم يشترطه البائع.

ثانياً : حالة التخلف عن وفاء بقية الاقساط : للبائع في هذه الحالة ثلاثة خيارات : ١- اما المطالبة بالاقساط المستحقة ٢- او المطالبة بدفع كامل الرصيد المتبقي من الثمن دفعة واحدة (شرط التعجيل) ٣- او فسخ العقد⁽²⁾ .

وقد قيد المشرع حق البائع بالفسخ او المطالبة بالرصيد بقيدتين اساسيين: أ- ينبغي ان يكون الشرط الفاسخ او شرط التعجيل منصوصاً عليه صراحة في العقد. ب- ينبغي ان يكون المشتري متأخراً عن دفع قسطين على الاقل يمثلان بمجموعهما عشر ثمن البيع الكلي ، او قسط واحد يمثل على الاقل ربع الثمن او بالقسط الاخير. ويجب على البائع في كل الاحوال قبل اعمال حقه بالفسخ توجيه اشعار للمشتري وامهاله مدة اربعة عشر يوماً لدفع ما بذمته من اقساط⁽³⁾ .

يؤدي الفسخ الى زوال العقد بأثر رجعي ، فينبغي رد ما قبضه الطرفان بموجب العقد. المشتري يستعيد الدفعة الاولى والاقساط المدفوعة ، والبائع يستعيد المبيع ولكن له المطالبة باجرة عادلة Loyer equitable تغطي الاندثار الاعتيادي بسبب الاستعمال وفائدة

(1) زكي الدين شعبان ، مصدر سابق ، ص ١٦٤ . وهو الرأي الذي انتهت اليه هيئة كبار العلماء في المملكة العربية السعودية ، انظر : د. طلبة وهبة خطاب ، مصدر سابق ، ص ٧٥.

(2) Pierre Engel , Op.Cit. , P.73.

(3) المادة ٢٢٦ (H) الفقرة ٣ من تقنين الالتزامات السويسري .

على رأس المال، كما له المطالبة بالتعويض عن التلف غير الاعتيادي ولكن ليس بمقدور البائع ان يطالب باكثر مما كان يحصل عليه لو كان العقد قد نفذ في حينه ، اما اذا حصل الفسخ قبل التسليم وجب على البائع رد الاقساط المقبوضة ولا يستطيع مطالبة المشتري الا بالفوائد عن رأس المال وتعويض عن هبوط قيمة المبيع الحاصل منذ ابرام العقد^(١) .

وكان من الطبيعي بعد ان وضع المشرع السويسري اسسا عادلة للتعويض ان يحظر الشرط الجزائي الذي يخول البائع الاحتفاظ بالاقساط المدفوعة في حالة اخلال المشتري بالبيع *Clause de peremption* ، فلا يجوز ادراج هذا الشرط الا في نطاق ضيق جدا هو السماح للبائع بتحديد التعويض الواجب على المشتري دفعه في حالة الفسخ قبل التسليم على ان لا يتجاوز مبلغه ١٠% من ثمن البيع النقدي^(٢) .

ومن الخطأ ان نفهم ان الاحكام المقررة آنفاً غرضها حماية المشتري فحسب ، انما قُصد بها الموازنة بين مصلحتي الطرفين ، ذلك ان الفسخ ليس هو الحل الامثل في البيع بالتقسيط ، فالبايع يرمي الى تنفيذ العقد لا الى انحلاله ، ويحرص على استيفاء الثمن ما استطاع اليه سبيلا ، دون استرداد المبيع وذلك لان نجاحه الاقتصادي يعتمد على رواج مبيعاته وتصريف سلعه ، فمن غير المجدي للبائع بالتقسيط مثلا استرداد حيازة الملابس المستعملة والمفروشات الارضية والسيارات لان قيمتها بعد استعمالها لا تشكل أي ضمانات حقيقية بالنسبة للبائع ، لذا فإن الفسخ في حقيقة الامر ليس اكثر من سلاح لارهاب المشتري ودفعه الى سداد الثمن^(٣) .

^(١) المادة ٢٢٦ (I) من تعين الالتزامات السويسري وانظر مفصلا :

Raymond Jeanpretre , Op.Cit . , P.18.

^(٢) Ibidem , P.18.

^(٣) E. Campbell -Salmon , Op.Cit . , P.176.

المبحث الثاني دور شرط الاحتفاظ بالملكية في البيع بالتقسيط

جرى العمل في عقود البيع بالتقسيط وبشكل مطرد على إدراج بند بموجبه يحتفظ البائع بملكية المبيع حتى سداد آخر قسط من الثمن ، بل أن البيع الاجاري الذي بسطنا أحكامه فيما تقدم ليس إلا حيلة يستتر فيها شرط الاحتفاظ بالملكية وراء فكرة الإجارة ، علاوة على ذلك ، يجعل المشرع في بعض الدول من الاحتفاظ بالملكية جزءاً من مقومات البيع بالتقسيط لا ينهض من دونه ، وقد مر معنا ان بعض الفقهاء نحووا هذا المنحى في تعريفهم لعقد البيع بالتقسيط ، لا بل أن منهم من لا يعالج البيع بالتقسيط إلا مقترناً بشرط الاحتفاظ بالملكية.^(١) هكذا يكاد يتحول الأصل وهو انتقال الملكية بمجرد العقد إلى استثناء في البيع بالتقسيط إما باتفاق المتعاقدين على الاحتفاظ بالملكية أو تقرير المشرع لها . نظراً لأهمية هذا الشرط نرى وجوب التصدي لبحثه في مطلبين نكرس الأول منهما لمفهوم الشرط وطبيعته القانونية ، والثاني لآثار شرط الاحتفاظ بالملكية .

المطلب الأول

مفهوم شرط الاحتفاظ بالملكية وطبيعته القانونية

نتصدى أولاً لبيان مفهوم شرط الاحتفاظ بالملكية في البيع بالتقسيط ثم نعرض بعد ذلك لبحث طبيعته القانونية وذلك في فرعين متتاليين :

الفرع الأول

مفهوم شرط الاحتفاظ بالملكية

يخضع البيع بالتقسيط من حيث الأصل للقواعد العامة في انتقال الملكية السارية في عقد البيع ، وتقتضي تلك القواعد التفرقة بين المنقول والعقار ، فإذا كان المبيع منقولاً معيناً بذاته أو تم بيعه جزافاً انتقلت ملكيته الى المشتري فور التعاقد ، أما المنقول المعين بنوعه فلا تنتقل ملكيته إلا بالافراز.^(٢) وتصح هذه الأحكام في كل من التقنين الفرنسي والمصري والعراقي^(٣) وفي القانون الانجليزي فان ملكية البضائع المعينة بالذات تنتقل الى المشتري في الوقت الذي يرغب المتعاقدان انتقالها فيه ، إلا أنه إذا تعذر استجلاء ارادة الطرفين فيفترض

(١) أنظر على سبيل المثال : د. السنهوري ، الوسيط ، ج٤ ، مصدر سابق ، ص ١٧٠ وما بعدها .

(٢) د. برهام محمد عطا الله ، عقد البيع ، مؤسسة الثقافة الجامعية ، الاسكندرية ، ١٩٨٣ ، ص ٤٩-٥٠ .

(٣) أنظر المواد ١٥٨٣ و ١٦٠٦ مدن فرنسي ، ٢٠٤-٢٠٥ مدن مصري ، ٥٣١ مدن عراقي .

المشروع أن الملكية تنتقل وقت إبرام العقد ما دامت البضائع جاهزة للتسليم.^(١) ولا يجعل القانون السويسري للعقد أثراً مباشراً في نقل الملكية ، وإنما يعلق هذا الانتقال على حصول التسليم فتقتضي المادة ٧١٤ من القانون المدني السويسري في فقرتها الأولى بأن "التسليم ضروري لإنقال ملكية المنقولات" ، ويسمى الاتفاق على التسليم بالعقد العيني.^(٢) أما بصدد انتقال الملكية في العقار ، فلم تنتهج التشريعات مسلكاً موحداً ، وإنما تباينت أحكامها في هذا المجال ، وخالصة الأمر وجود اتجاهين الأول منهما يعدّ عقد بيع العقار عقداً رضائياً ، فيما يعتبره الآخر عقداً شكلياً .

ففي القانون الفرنسي يعدّ عقد بيع العقار عقداً رضائياً بموجبه تنتقل الملكية فيما بين المتعاقدين ، إلا أن انتقالها بالنسبة للغير لا يكون معتبراً إلا من وقت التسجيل.^(٣) وفي مصر يعدّ عقد بيع العقار عقداً رضائياً أيضاً إلا أنه لا ينقل الملكية فيما بين المتعاقدين ولا بالنسبة للغير إلا بالتسجيل.^(٤) فالعقد غير المسجل يكون عقداً صحيحاً يرتب آثاره كافة عدا نقل الملكية ، إلا أنه ينشئ التزاماً على عاتق البائع بنقلها وهذا الالتزام يمكن تنفيذه جبراً عن البائع بالحصول على حكم بصحة ونفاذ عقد البيع يقوم تسجيله مقام تسجيل العقد في نقل الملكية.^(٥) على خلاف ما تقدم يعدّ عقد بيع العقار عقداً شكلياً في القانون الإنجليزي والسويسري والعراقي . فينبغي أن يكون العقد في إنجلترا محرراً في سند كتابي (deed-document) وإلا كان غير قابل للتنفيذ أمام القضاء ، وإذا استوفى العقد هذه الشكلية فهو لا ينقل الملكية بذاته وإنما يمكن تنفيذه جبراً ، ولا يتم انتقال الملكية إلا بإجراء التصرف الناقل Conveyance عن طريق التسجيل.^(٦)

(١) المادة ١٧ ف١ والمادة ١٨ من قانون بيع البضائع الإنجليزي لعام ١٩٧٩ ، وأنظر مفصلاً :

D. W. Gerig , Sale of goods, Butterworths & Co. Publishers Ltd., London , 1979, P. 26-30.

Pierre Tercier, Op.Cit., P. 33.

(٢) أنظر :

(٣) أنظر المادة ١٥٨٣ مدني فرنسي والمرسوم الصادر في ٤ كانون الثاني ١٩٥٥ الخاص بتنظيم الشهر العقاري ، وأنظر أيضاً : د. عبدالمنعم البدرأوي ، مصدر سابق ، ص ٢٧١ .

(٤) المادة ٩٣٤ مدني مصري . والمادة ٩ من قانون تنظيم الشهر العقاري المرقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ .

(٥) وذلك عن طريق الدعوى المعروفة بدعوى صحة التعاقد . أنظر بالتفصيل : السنهوري ، الوسيط ، ج٤ ، مصدر سابق ، ص ٤٨٧ وما بعدها . وأنظر أيضاً : د. سمير عبدالسيد تناغو ، عقد البيع ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، ١٩٧٣ ، ص ١٦٤ وما بعدها .

(٦) المادة ٤٠ من قانون الملكية الإنجليزي Law of Property Act لعام ١٩٢٥ ، وأنظر في ذلك بالتفصيل :

- Kenneth Smith and Denis J. Keenan , English Law, Fifth Edition, Pitman Publishing Ltd., London, 1975, P. 343-344.

- F. H. Lawson, Op. Cit., P. 53 .

وفي القانون السويسري لا ينعقد بيع العقار إلا إذا حرر في ورقة رسمية^(١) acte authentique ، وإذا استوفى العقد الشكل المتقدم فإنه لا ينقل الملكية الى المشتري بل يرتب بذمة البائع التزاماً بنقلها ويتم هذا الانتقال عن طريق القيد في السجل العقاري Register Foncier^(٢).

ويعد عقد بيع العقار في القانون العراقي عقداً شكلياً أيضاً ، إلا أن هذه الشكلية لا تتجسد بالتحريير في سند عادي أو رسمي كما هو الحال في القانونين الانجليزي والسويسري إنما تتمثل بالتسجيل في دائرة التسجيل العقاري ويعد التسجيل ركناً في العقد لا ينعقد من دونه^(٣) فالبيع غير المسجل يعد غير منعقد أو باطل ، ان جاز التعبير ، وليس له من أثر سوى أنه يلقي على عاتق الناقل التزاماً بدفع تعويض للطرف الآخر^(٤).

وبالتالي يكون المشرع العراقي قد غالى في الشكلية ، واختلف موقفه عن بعض الدول التي اعتبرت بيع العقار عقداً شكلياً أيضاً كسويسرا ، فمتى حرر بيع العقار هناك في ورقة رسمية اعتبر صحيحاً ومرتباً بالالتزام على عاتق البائع بنقل الملكية فإذا امتنع جاز تنفيذه جبراً عنه بالحصول على حكم بالتسجيل ، ولا يجوز ذلك في القانون العراقي؛ لذا تدخل المشرع لتخفيف حدة الموقف المتقدم بقرار مجلس قيادة الثورة المرقم ١١٩٨ لسنة ١٩٧٧ مجيزاً التنفيذ العيني في حالتي البناء والغراس^(٥) ، كما أن محكمة التمييز اتجهت لإعتبار البيع غير المسجل عقداً غير مسمى وليس بعقد بيع والمسؤولية المترتبة على النكول هي مسؤولية عقدية^(٦).

من مجمل العرض المتقدم يتضح أنه ليس ثمة ارتباط بين انتقال الملكية ودفع ثمن المبيع ، بناءً على ذلك تنتقل الملكية في البيع بالتقسيط الى المشتري وفقاً للقواعد المتقدمة وبمجرد توافر شروط هذا الانتقال ، بيد أنه إذا كان " نقل الملكية من طبيعة عقد البيع إلا أنه ليس من مستلزماته" على حد تعبير الفقه^(٧) والمقصود بذلك أن من الممكن انعقاد البيع دون

(١) المادة ٢١٦ ف ١ من نقيض الالتزامات السويسري .

(٢) نص م / ٦٥٦ من القانون المدني السويسري "القيد في السجل العقاري ضروري لاكتساب ملكية العقارات" .

(٣) أنظر المادتان ٥٠٨ و ١١٢٦ مدني عراقي والمادة ٣ ف ٢ من قانون التسجيل العقاري رقم ٤٣ لسنة ١٩٧١ .

(٤) المادة ١١٢٧ مدني عراقي ، وأنظر : د. غني حنون طه ، مصدر سابق ، ص ٢٢١ ؛ د. سعدون العامري ، مصدر سابق ، ص ١١٣ .

(٥) أنظر للتفصيل : أساندا د. جعفر الفضلي ، الوجيز ، مصدر سابق ، ص ٨٦ .

(٦) أنظر قرار محكمة التمييز المرقم ٩٨٧ / حقوقية / ١٩٦٨ في ١٥ / ١٢ / ١٩٦٨ منشور في مجلة العلوم القانونية تصدر عن كلية الحقوق بجامعة بغداد ، العدد الاول ، ١٩٦٩ ، ص ١٧٩ .

(٧) د. أنور سلطان ، البيع ، مصدر سابق ، ص ٢٢٤ . د. حسن علي الذنون ، عقد البيع ، مصدر سابق ، ص ١٢١ . د. عباس

الصراف ، شرح عقد البيع في القانون المدني الكويتي ، ط ١ ، دار البحوث العلمية ، الكويت ، ١٩٧٥ ، ص ٦٧ .

أن يترتب على ذلك انتقال الملكية فوراً إنما يتراخى انتقالها الى فترة لاحقة بعد ابرامه ، كحالة بيع الاشياء المعينة بالنوع والاشياء المستقبلية وكذلك بيع العقار قبل التسجيل في بعض القوانين كما سبق بيانه .

وينعقد اجماع الفقه^(١) على ان القواعد التي قررها المشرع بصدد انتقال الملكية فور العقد ليست من النظام العام وليست سوى قواعد مكملة ومفسرة لإرادة المتعاقدين ، لذا يجوز الاتفاق على خلافها بجعل انتقال الملكية لاحقاً على ابرام العقد ، عن طريق اضافة حصول هذا الانتقال الى أجل أو تعليقه على شرط .

يذهب رأي الى أنه لا يجوز إضافة انتقال الملكية الى أجل لأن الاجل يجعلها مؤقتة، والملكية حق دائم تستعصي طبيعته على التوقيت^(٢) لكن من الفقه من يرى - بحق - وجوب التفرقة بين الحق العيني ، وهو حق الملكية ذاته الذي لا يقبل التوقيت وييسن الالتزام بنقل الملكية الذي هو بطبيعته كسائر الالتزامات قيد طارئ على الذمة ومصيره الى الزوال حتماً وبالتالي لا تستعصي طبيعته على التوقيت ولا تأبى اضافته الى أجل^(٣) ، وعماد هذا الرأي انه في الاحوال التي يتراخى فيها انتقال الملكية عن العقد ينشأ على عاتق البائع التزام بنقلها ، كما لو باع تاجر محله التجاري على أن لا تنتقل ملكيته إلا بعد شهر يصفي فيه عملياته القائمة فيمكن تفسير ذلك بالقول ان التزام البائع بنقل الملكية قد نشأ بمجرد العقد ولكن أضيف تنفيذها الى أجل^(٤) وهذا التفسير أقرب الى الدقة من القول في مثل هذا الفرض ان البائع يحتفظ بمنفعة المبيع مدة الاجل مع نقل ملكية الرقبة فوراً.^(٥)

ووفقاً لما تقدم ، يكون تطبيق القاعدة التي قررها القانون المدني العراقي في المادة ٢٩٢ منه القاضية أنه "لا يصح في العقد ائتمان الملكية بأجل" مقصوراً على الاجل الفاسخ لأن الملكية متى انتقلت فعلاً لا يجوز توقيتها لكن يجوز قانوناً أن يتأخر انتقال حق الملكية عند ائتمانه بأجل واقف . فيجوز مثلاً تأجيل التزام البائع بنقل ملكية المبيع مدة سنة ، ولكن لا يجوز الاتفاق على أن تنتقل ملكية المبيع الى المشتري مدة سنة تعود بعدها للبائع لأن ذلك يتعارض مع طبيعة حق الملكية الذي يأبى التوقيت.^(٦)

(١) د. توفيق حسن فرج ، مصدر سابق ، ص ٤١٨٨ . جميل الشرفاوي ، مصدر سابق ، ص ١٣٦ . خميس حضر ، عقد البيع ، مصدر سابق ، ص ٤١١١ . عباس الصراف ، البيع الكويتي ، مصدر سابق ، ص ٣٧٧ . غني حسون طه ، مصدر سابق ، ص ٤٢٠٩ . منصور مصطفى ، مصدر سابق ، ص ٩٦ .

(٢) د. السنهوري ، الوسيط ، ج ٤ ، مصدر سابق ، ص ٤٢٠ مع هامش (١) .

(٣) د. سليمان مرقس ، الوالي ، مصدر سابق ، ص ٣٦١ هامش (١) .

(٤) قارب : د. سمير تناغو ، البيع ، مصدر سابق ، ص ١٥٤ .

(٥) د. سليمان مرقس ، الوالي ، مصدر سابق ، هامش ص ٣٦٢ .

(٦) أنظر في هذا المعنى : د. عبدالناصر توفيق العطار ، مصدر سابق ، ص ١٥٥ .

وشرط الاحتفاظ بالملكية ، موضوع البحث ، ليس إلا اتفاقا على ارجاء أو تأخير انتقال الملكية وربط حصول هذا الانتقال بوفاء الثمن كاملا ، ذلك أن البائع يشترط بقاء الملكية له وعدم انتقالها الى المشتري الى أن ينجز الأخير سداد كامل الاقساط . هذا الشرط ليس وليد العصر الحديث إنما ذو أصل روماني قديم ، ففي القانون الروماني إذا كان البيع معجل الثمن فإن ملكية المبيع لا تنتقل الى المشتري ، بالرغم من تسليمه ، إلا بعد دفع الثمن ، أما إذا كان البيع مؤجل الثمن فإن الملكية تنتقل الى المشتري حالا بمجرد التسليم ولكن البائع يستطيع أن يحتفظ لنفسه بالملكية ويمنع انتقالها الى المشتري بموجب شرط ملحق بالتسليم يسمى "Pactum reservati dominii" .^(١)

وفي العصر الحديث شاع هذا الشرط في عقود البيع بالتقسيط فأصبح من الشروط الدارجة التي لا يكاد يخلو منها عقد (Clause de Style) نظرا لما يخوله من ضمان للبائع فيبقى المبيع ملكا له على الرغم من تسليمه الى المشتري فكأنما يصبح بحكم المرهون بحق بائعه.^(٢) بل أن المشرع في بعض الدول يقرر الاحتفاظ بالملكية لمصلحة البائع بحكم القسانون دون حاجة الى اشتراطه في العقد ، مثال ذلك في لبنان القانون الصادر في ٢٠ أيار ١٩٣٥ المتعلق بالبيع بالتقسيط للمركبات السيارة والآلات الزراعية والصناعية الذي يقضي في المادة الثالثة منه ببقاء ملكية المبيع للبائع الى أن يتم دفع الثمن بكامله رغم تسليمه للمشتري.^(٣) ونظمت بعض التشريعات هذا الشرط بنصوص صريحة كالقانون الانجليزي والسويسري والمصري والعراقي^(٤) كما أن القضاء الفرنسي أقر منذ وقت طويل صحة هذا الشرط دون الحاجة الى نص يجيزه استنادا الى مبدأ حرية التعاقد.^(٥) كذلك أقره القضاء المصري القديم قبل صدور القانون المدني الحالي.^(٦)

(١) أنظر :

F. De Zulueta, The Roman Law of Sale, Clarendon Press, Oxford, London, 1966, P. 3, P. 57.

C. Cardahi, Op. Cit., P. 352. .

(٢) مصطفى أحمد الزرقاء ، شرح القانون المدني السوري ، العقود المسماة — عقد البيع والمقايضة ، ط ٦ ، مطابع فني العرب ، دمشق ١٩٦٥ ، ص ١١٣ .

(٣) أنظر في تفصيلات ذلك : د. أدوار عيد ، مصدر سابق ، ص ١٣٢ وما بعدها . وأنظر في العراق قانون مملك دور الضباط رقم ٧٦ لسنة ١٩٦٤ ، الذي يقرر في مادته الثانية عدم تسجيل الدار ملكا باسم المشتري إلا بعد تسديده كامل البدل ، وبعض القوانين الكندي الاحتفاظ بالملكية من ماهية البيع بالتقسيط لا ينهض بدونه (م/١٥٦١) من القانون المدني الكندي . أنظر : د. ابراهيم ابو الليل ، مصدر سابق ، ص ٢٠ هامش (١٢) .

(٤) المادة ١٨٩ من قانون الثمن المستهلك الانجليزي ، ٧١٥ مدني سويسري ، ٣٤٠ مدني مصري ، ٥٣٤ مدني عراقي .

J. Hamel, Op. Cit., P. 41 .

(٥) أنظر الاحكام المشار اليها في : الهلالي وزكي ، مصدر سابق ، ص ٢٤٢ .

والشرط المبحوث فيه عام التطبيق في سائر عقود البيع ذات الثمن المؤجل أو المقسط سواء أكان محلها منقولاً أم عقاراً لكنه لا يصح في البيع المعجل الثمن ، فليس لبائع السيارة الاحتفاظ بملكيتها إذا تسلم قسماً من ثمنها نقداً وتسلم بالباقي صكاً ، لأن الصك أداة وفاء والاحتفاظ بالملكية يكون في حالة تأجيل الثمن كله أو بعضه.^(١) وعلى العموم ، فإن المجال الحيوي لهذا الشرط البيع بالتقسيط للمنقولات المعينة بالذات ، حيث تبين أن ملكيتها تنتقل مباشرة بالعقد كقاعدة عامة ، الأمر الذي لا يتماشى مع مصلحة البائع ، أما في المنقولات المعينة بالنوع فيقل اللجوء الى هذا الشرط نظراً لأن ملكيتها لا تنتقل إلا بالافراز ، والغالب أن البائع لا يقوم بذلك حتى يستوفي حقوقه كاملة ، كما أن الشرط يتنافى مع طبيعة هذه المنقولات لأنها مما يستهلك بالاستعمال ، ويمكن الحصول عليها من الأسواق ، كالأطعمة والمنسوجات .

أما في بيع العقار ، فيستطيع بائعو العقارات بالتقسيط ضمان حقوقهم بالامتناع عن تسجيل البيع حتى قبض كامل أقساط الثمن ، بيد أن هذا الأمر قد لا يجدي نفعاً في القوانين التي تجعل من عقد بيع العقار غير المسجل منشئاً لإلتزام على عاتق البائع بنقل الملكية ، حيث يستطيع المشتري اجبار البائع على التسجيل عن طريق دعوى صحة ونفاذ عقد البيع ، لذا يحتاط البائعون لهذا الأمر بادراجهم شرطاً يقضي بأن العقار لا يسجل باسم المشتري إلا عند سداد جميع الاقساط.^(٢) ويحقق هذا الشرط فاعليته بالنسبة للبائع فلا يستطيع المشتري اللجوء الى الدعوى المذكورة لأن من شروط قبولها أن يكون التزام البائع بنقل الملكية صحيحاً نافذاً وهو ليس كذلك بمقتضى الشرط.^(٣)

وبالرغم من أن القاعدة العامة هي صحة وجواز الاتفاق على احتفاظ البائع بملكية المبيع إلا أن المشرع أحياناً ، لسبب أو لآخر ، قد يتدخل لحظر هذا الشرط نسبياً بخصوص جانب معين من المعاملات ، فعلى سبيل المثال يحظر المشرع السويسري شرط الاحتفاظ

(١) قرار محكمة التمييز العراقية رقم ٧٢٩ / مدنية أولى / ١٩٧٦ في ١٩٧٧/٢/٩ منشور في مجموعة الاحكام العدلية ، العدد الاول ، السنة الثامنة ، ١٩٧٧ ، ص ٢٤ .

(٢) د. محمد يوسف الزعي ، مصدر سابق ، ص ٢٣٤ .

وتذهب محكمة التمييز في العراق الى أنه : "إذا شرط أن الدار لا تسجل إلا بعد دفع جميع الاقساط فان ذلك يعتبر نقلاً للملكية بشرط واقف هو تسديد جميع الاقساط" وخلاصة القضية أن شركة نطق العراق قامت بتسليم الدار موضوع الدعوى الى المميز لقاء الاقساط الشهرية التي يدفعها حتى إذا انتهى سداد بدل المبيع تقوم الشركة بتسجيل الدار باسمه في دائرة التسجيل العقاري حسب التعامل الذي سارت عليه مع بقية منسوبيها . أنظر القرار المرقم ٣٨١ / ح / ١٩٦٩ في ١٩٧٠/٥/٢٣ ، منشور في مجلة القضاء ، العدد الثالث ، السنة الخامسة والعشرون ، ١٩٧٠ ، ص ٢٤٣ .

(٣) د. حليس خضر ، العقود الكبيرة ، مصدر سابق ، ص ١٤٣ .

بالملكية في تجارة الماشية.^(١) ويحظره القانون الكويتي في بيع السيارات بالتقسيط.^(٢) ويكون الشرط باطلا إذا ادرج في مثل هذه الحالات .

يثار التساؤل في القانون العراقي حول جواز شرط الاحتفاظ بالملكية في العقود الشكلية ألا وهي عقد بيع العقار وعقد بيع السيارة وعقد بيع المكائن ؟ من المعلوم ان الملكية تنتقل في هذه الحالات بالعقد المستوفي لأركانه وشروطه ومن ضمنها الشكلية ، ولا شك أنه إذا ما فرض القانون شكلا معيناً لإنعقاد العقد فان هذا الشكل واجب الاتباع لأنه من النظام العام لا يسوغ للأفراد الاتفاق على مخالفته ، وتأسيسا على ذلك فان شرط الاحتفاظ بالملكية يتعارض مع انتقال الملكية بحكم القانون بمجرد التسجيل ، لذا نعتقد أن هذا الشرط غير جائز في هذه العقود حيث ترجح المصلحة العامة المتمثلة بضمان استقرار المعاملات وحماية الاغيار على مصلحة الافراد المتمثلة بشرط الاحتفاظ بالملكية ، ويؤيد ذلك أن دوائر التسجيل العقاري والمرور والكاتب العدل على التوالي تمتنع عن تسجيل هذا الشرط في سجلاتها . جدير بالذكر أن هذا الشرط كان شائعا في بيوعات السيارات قبل صدور قرار مجلس قيادة الثورة المرقم ١٧ لسنة ١٩٧٧ المعدل لقانون المرور ، والذي جعل عقد بيع السيارة عقدا شكليا لا ينعقد إلا بالتسجيل في دائرة المرور ، ويبدو أن استحداث الشكلية قد حققت ما كان يبغيه البائع من ضمان ، فأصبح لا يقوم بتسجيل العقد إلا بعد استيفائه الثمن كاملا ، وبالتالي فهو يحتفظ بالملكية من الناحية العملية ، ولم نعثر على قرار حديث للقضاء العراقي يوضح موقفه بصدد هذه المسألة.

وبما أن شرط الاحتفاظ بالملكية يمثل خروجاً عن القواعد العامة ، لذا وجب أن يكون الاتفاق عليه صريحا لا لئس فيه ، فإبرام أي عقد بيع بالتقسيط لا ينشئ بحد ذاته احتفاظاً بالملكية.^(٣) فإذا نص في العقد على أنه إذا تأخر المشتري بوفاء أي قسط من الاقساط فان بقية الاقساط تحل دفعة واحدة ، ونص فيه أيضا على حظر تصرف المشتري بالمبيع الى حين سداد جميع الثمن ، فان ذلك لا يفيد أن هذا البيع بالتقسيط محتفظ فيه بالملكية للبائع الى حين سداد جميع الثمن.^(٤) وتذهب محكمة تمييز العراق الى أن الشركة المدعية قد باعت الطابعتين دون أن تسترط صراحة أن ملكيتهما تبقى لها حتى تسديد القيمة وكل ما في الامر أن قسما من

(١) أنظر المادة ٧١٥ ف٢ من القانون المدني السويسري .

(٢) المرسوم بالقانون رقم ٥٧ لسنة ١٩٨٠ المعدل للمادة ٥ من قانون المرور الكويتي رقم ٦٧ لسنة ١٩٧٦ وفي انقضاء هذا الموقف انظر: د. حسام الدين الاهواني ، مصدر سابق ، ص ٢٧٣-٢٧٥ .

ATF 110 153 JT 1972 53.

(٣) قرار المحكمة الاتحادية السورية

Scyboz et Gillieron , Op. Cit., P. 112

منشور في

(٤) استئناف مغلظ مصري ، ١٩ نوفمبر ١٩٣٥ المحاماة ١٧-٣٥٤-١٧٧ ، أورده د. سليمان مرفس السبع ، مصدر سابق ، ص

قيمة الطابعتين بقي بذمة المشتري وحررت به كمبيالات تسدد مستقبلا ، وعليه لا حق للمدعية في الطابعتين وإنما أصبح ما تبقى من الثمن ديناً لها بذمة المدعى عليه الاول .^(١)

وتبين لنا من امعان النظر في عدد من قرارات القضاء العراقي وعلى رأسه محكمة التمييز ، أنها لا تفرق بين شرط الاحتفاظ بالملكية المبحوث فيه وشرط آخر يدنو منه الى حد بعيد وهو الشرط المانع من التصرف . فتذهب محكمة التمييز في احدي قراراتها بصدد شرط مدون في سند بيع سيارة يمنع المشتري من بيع السيارة الى شخص آخر قبل سداد الثمن "السي البائع قد احتفظ بملكية المبيع وهو السيارة المحجوزة حتى استيفاء كامل الثمن ولو تم تسليم المبيع..."^(٢) وتذهب في قرار آخر الى أن "العقد صريح في عدم جواز بيع المميز للسيارة إلا بعد تسديد ثمنها كاملا ، وهذا الشرط موافق لحكم المادة ٥٣٤ ف ١ مدني التي نصت على أنه إذا كان البيع مؤجلا للثمن جاز للبائع أن يحتفظ بالملكية..."^(٣)

لا شك أن هذا الخط محل نقد لأن لكل من الشرطين ذاتيته وحكمه المستقل عن الآخر. فالشرط المانع من التصرف قيد من القيود الارادية الواردة على حق الملكية يحد من سلطة المالك في التصرف بملكه أو يسلبها.^(٤) وقد اشترط المشرع المصري والقضاء الفرنسي لصحته شرطين أولهما ، أن يكون مبنيا على باعث مشروع والثاني ، أن يكون مقصوراً على مدة معقولة ، ويتحقق هذان الشرطان بداية في البيع بالتقسيط نظرا لمشروعية الباعث وهو ضمان استيفاء الثمن ، ولكون مدته معقولة ، وهي مدة الوفاء بالاقساط المؤجلة.^(٥) فإذا تصرف المشتري في البيع بالتقسيط خلافا للمنع كان تصرفه باطلا لعدم قابلية المحل (المبيع) للتصرف .^(٦)

هكذا فان الاختلاف بين شرط الاحتفاظ بالملكية والشرط المانع من التصرف يتجلى في أن الاول يجعل الملكية لا تنتقل الى المشتري ولا يصبح مالكا إلا عند وفاء الثمن ، أما

(١) قرار محكمة التمييز ١٠٥٦ / حقوقية / ١٩٦٥ في ١٥/١٠/١٩٦٦ منشور في قضاء محكمة تمييز العراق ، المجلد الرابع قرارات عامي ١٩٦٦-١٩٦٧ ، مطبعة الحكومة ، بغداد ، ١٩٧٠ ، ص ٨٩ .

(٢) قرار محكمة التمييز رقم ٤٥٦/مدنية ثالثة / ١٩٧٤ في ٢/٧/١٩٧٤ منشور في النشرة القضائية ، العدد الثالث ، السنة الخامسة ، ١٩٧٤ ، ص ٢٤ .

(٣) قرار محكمة التمييز الرقم ٥٥٦ / مدنية اولى / ١٩٧٦ مستمجة في ١٩٧٩/٩/٨ . مجموعة الاحكام العذلية ، العدد الثالث ، السنة السابعة ، ١٩٧٦ ، ص ١١ . وأنظر أيضا في نفس المعنى القرار المرقم ٣٠٤٦ / حقوقية / ١٩٦٢ في ٢٨/١١/١٩٦٢ أورده: حسن الفكاهي ، موسوعة القضاء والفقهاء للدول العربية ، ج ١٦ ، القاهرة ، ١٩٧٧ ، ص ٥١٧ .

(٤) محمد طه البشير و د. غني حنون طه ، الحقوق العينية ، وزارة التعليم العالي والبحث العلمي ، دار الكتب للطباعة والنشر ، جامعة الموصل ، ١٩٨٢ ، ص ٨٩ - ٩٠ .

(٥) أنظر المادتان ٨٢٣ و ٨٢٤ مدني مصري . وأنظر أيضا في موقف القضاء الفرنسي : د. عبدالرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، ج ٨ ، حق الملكية ، دار احياء التراث العربي ، بيروت ، ١٩٦٧ ، ص ٥٠٩ وما بعدها .

(٦) مجموعة الاعمال التحضيرية للقانون المدني المصري ، ج ٦ ، مصدر سابق ، ص ٧٧ .

الثاني فان الملكية تنتقل الى المشتري ويصبح مالكا وله مباشرة سلطات الملكية من استعمال واستغلال عدا مكنة التصرف التي يحرم منها ما دامت كامل الاقساط لم توف بعد . كما أن تصرف المشتري في حالة الاحتفاظ بالملكية يكون تصرفا في ملك البائع ، أما في حالة المنع فيكون تصرفا في ملكه ، لكنه يبطل لأن المبيع غير قابل للتصرف فيه .

ولا يوجد نص في القانون العراقي يجيز أو يحظر الشرط المانع من التصرف ، ولعل ذلك ما حدا بالقضاء الى تطبيق أحكام شرط الاحتفاظ بالملكية عليه ، كما أن الفقه العراقي اختلف في صحته ، فيذهب البعض الى اجازته استنادا الى القواعد العامة ، ويرى فيه آخرون استثناء خطيرا لا يثبت إلا بنص صريح^(١).

ونميل الى ترجيح الرأي الاول ، استنادا الى نص المادة ١٣١ في الشروط التقيديّة التي تقضي بصحة كل شرط فيه نفع لأحد العاقدين أو للغير ما لم يكن ممنوعا قانونا ولا مخالفا للنظام العام والآداب ، فالشرط المانع من التصرف لا يعدو كونه تطبيقا لأحكام القواعد العامة فيعمل به من غير نص^(٢). ولكن لا يجوز اعتباره شرط احتفاظ بالملكية للأسباب المتقدمة ، كما لا يجوز القضاء ببطلانه^(٣) لأن من غير المعقول أن يجيز المشرع العراقي شرط الاحتفاظ بالملكية وهو الشرط الاقوى ويحظر الشرط المانع وهو الأدنى قوة وأثرا^(٤).

لكن ما مدى صحة شرط الاحتفاظ بالملكية في الفقه الاسلامي ؟

ان البيع في الفقه الاسلامي هو عقد معاوضة تمليك بتمليك^(٥) فحكم البيع ومقتضاه هو ثبوت الملك في المبيع للمشتري وثبوت الملك في الثمن للبائع^(٦). ولأن مثل هذا الشرط لم يرد له ذكر لدى الفقهاء القدامى فلا مناص من الرجوع الى الاراء المختلفة بصدد حرية الشروط العقدية ، ومدى اعتبارها شرعا ، ومجمل القول ، أن الاجتهادات الفقهية الاسلامية في هذا الصدد يمكن تصنيفها الى قسمين : اجتهادات تمسكت بمقتضى العقد وأخرى اتجهت الى

(١) أنظر في استعراض هذا الخلاف : أساتذتنا د. ليلى عبدالله سعيد ، دور الارادة في تقييد حق الملكية ، بحث منشور في مجلة الحقوق ، تصدر عن كلية الحقوق بجامعة الكويت ، العدد الرابع ، ديسمبر ، ١٩٨٢ ، ص ٢١٦-٢١٧ .

(٢) أنظر من هذا الرأي : السنهوري ، الوسيط ، ج ٨ ، مصدر سابق ، ص ٥٠٦ هامش (٢) ؛ أساتذتنا د. ليلى عبدالله سعيد ، مصدر سابق ، ص ٢١٧ ؛ محمد طه البشير ، وغني حسون طه ، مصدر سابق ، ص ٩١ .

(٣) وكان الاتهام السابق لمحكمة التمييز القضاء ببطلانه ، فحاشا في احدى قراراتها "إذا شرط في عقد البيع عدم جواز بيع السيارة البيعة الى الغير قبل تسديد كامل الثمن فلا يعتد بهذا الشرط لما فاتته لمقتضى العقد" . رقم القرار ٢٤٥ / ص / ١٩٥٨ في ١٣/٢/١٩٥٨ المنشور في مجلة القضاء ، العدد الثالث ، السنة السادسة عشر ، ١٩٥٨ ، ص ١٥٧ .

(٤) وقد أقر القضاء المصري التفرقة ما بين الشرطين حتى قبل صدور التقنين المدني الحالي الذي نظم الشرط المانع ، فحاشا في احدى قراراته : ان البائع قد يشترط — دون أن يحتفظ بملكية المبيع — ألا يتصرف المشتري في المبيع قبل الوفاء بثمنه . استئناف مختلط ١٢ مارس ١٩١١ م ٢٣٣ ، ص ٢٠٨ ، أورده : السنهوري ، ج ٤ ، مصدر سابق ، ص ١٧٣ هامش (١) .

(٥) الكاساني ، مصدر سابق ، ص ١٦٦ .

(٦) أنظر المادة ٤٢٧ من مرشد الحيران ، والمادة ٣٦٩ من مجلة الاحكام العدلية .

اطلاق حرية الشروط. ^(١) فالإتجاه الاول يمنع المتعاقدين من اشتراط ما يخالف مقتضى العقد أي اثره ، لأن آثار العقد وأحكامه تترتب بحكم الشارع لا دخل لإرادة الانسان فيها ، وهو مبنى الاجتهاد الحنفي والشافعي وبعض المالكية. ^(٢) لذا فان الشرط المبحوث فيه لا يصح في ظل هذه المذاهب لأنه يخالف مقتضى عقد البيع ، وهو انتقال الملكية في الحال الى المشتري . بالرغم من ذلك اجتهد بعض الفقهاء المعاصرين في تصحيح هذا الشرط في ظل مجلة الاحكام العدلية. ^(٣) وقد استند البعض في ذلك الى كونه شرطاً مقترناً بالعقد ، وبالرغم من اعتباره فاسداً في أصل المذهب الحنفي ، إلا أن المجلة لم يؤخذ فيها بمذهب أبي حنيفة في الشرط الفاسد. ^(٤) وذهب رأي آخر في تصحيحه استناداً الى أنه شرط تعليلي مستندا الى اطلاق نصوص المجلة في أن المعلق بالشرط يجب ثبوته عندما يثبت الشرط (م/٨٢ مجلة) وأن المواعيد بصورة التعاليق تكون لازمة (م/٨٤ المجلة). ^(٥) ولكن هاتان القاعدتان لا حجة فيهما على المطلوب ، فالاولى تفيد عدم رجعية اثر الشرط في الفقه الاسلامي خلافاً للقوانين المعاصرة ، والثانية تفيد أن الوعد إذا صدر معلقاً فيجب الوفاء به قضاءً خلافاً للقاعدة العامة في عدم الزامية الوعد. ^(٦)

ويبقى الرأي الاقرب للصواب لتصحيح الشرط باعتباره من قبيل الشرط المتعارف عليه ^(٧) لأن العرف مصحح للشروط بنظر الفقهاء الاحناف ، فالناس اليوم اعتادوا ادراج هذا الشرط في عقودهم لذا ينتقل صحيحاً ولو كان مخالفاً لمقتضى البيع. ^(٨)

(١) د. عدنان خالد التركماني ، ضوابط العقد في الفقه الاسلامي ، ط ١ ، دار الشروق للنشر ، جدة ، السعودية ، ١٩٨١ ، ص ٢٢٨ .

(٢) د. مصطفى أحمد الزرقاء ، الفقه الاسلامي في ثوبه الجديد ، ج ١ - المدخل للفقه العام ، ط ٨ ، مطبعة الحياة ، دمشق ، ١٩٦٤ ، ص ٥١٤ .

(٣) وذلك عندما كانت مطبعة في الكويت حتى عام ١٩٨٠ قبل صدور القانون المدني الكويتي ، أنظر في هذه الاجتهادات : د. محمد وحيد الدين سوار ، تعليق انتقال الملكية باتفاق المتبايعين على أداء جميع الثمن في القانون المدني الكويتي والفقه الاسلامي ، بحث منشور في مجلة الادارة العامة ، يصدرها معهد الادارة العامة بالرياض (السعودية) ، العدد ٥٢ ، ديسمبر ١٩٨٦ ، ص ٢٠٩ وما بعدها .

(٤) د. محمود جمال الدين زكي ، قانون عقد البيع في القانون المدني ، منشورات كلية الحقوق ، جامعة الكويت ، ١٩٧٤ - ١٩٧٥ ، ص ١٧٧ .

(٥) د. عباس الصراف ، البيع الكويتي ، مصدر سابق ، ص ٣٧٥ .

(٦) د. محمد وحيد سوار ، مصدر سابق ، ص ٢١٤-٢١٥ .

(٧) وهو موقف المشرع الاردني في ناصيل المادة ٤٨٧ من القانون المدني الاردني المتعلقة بشرط الاحتفاظ بالملكية ، أنظر : المذكرات الايضاحية للقانون المدني الاردني ، ج ٢ ، ط ٣ ، إصدار المكتب الفني لنقابة المحامين الاردنيين ، مطبعة التوفيق ، عمان ، ١٩٩٢ ، ص ٥٠١ .

(٨) مصطفى الزرقاء ، مصدر سابق ، ص ٥١٧ ، محمد سلام مذكور ، مصدر سابق ، ص ٦٤٩ .

يذهب الاتجاه الثاني في الفقه الاسلامي الى أن الاصل هو حرية الشروط العقدية وهو مذهب الحنابلة وجماعة من فقهاء المالكية ، وقد بلغ شأوا كبيرا على يد الفقهيين المجتهدين ابن تيمية وابن قيم الجوزية ، فهم اقرب الى الفقه القانوني الأخذ بمبدأ سلطان الارادة^(١) . يقول ابن تيمية "ان الاصل في العقود والشروط الجواز والصحة ، ولا يحرم منها و يبطل إلا ما دل الشرع على تحريمه وابطاله" ثم يبين أن الامام أحمد أكثر الفقهاء الاربعة تصحيحا للشروط ، ولا يمنعه من اعتبار الشرط كونه مخالفا لمقتضى العقد أو لم يرد به نص ، فقد بلغه في العقود والشروط من الآثار عن النبي (ﷺ) والصحابة ما لا نجده عند غيره من الائمة^(٢) . بل أن الامام أحمد أجاز تعليق البيع بشرط^(٣) خلافا لبقية الفقهاء الذين يرون أن عقود التمليكات كالبيع والهبة والقرض لا تقبل التعليق بحال لمنافاة ذلك لمقتضى العقد .

نرى أن هذا الاتجاه هو الذي يتفق مع أصل الشريعة في التيسير ورفع الحرج عن المسلمين في معاملاتهم ، لذا لا تثريب علينا في تصحيح شرط الاحتفاظ بالملكية استنادا الى آراء مجتهدي الحنابلة ، وكذلك قياسا على اجازتهم احتفاظ البائع بمنافع المبيع مدة من الزمن تنتقل بعدها الى المشتري^(٤) .

الفرع الثاني

الطبيعة القانونية لشرط الاحتفاظ بالملكية

في ظل غياب النص التشريعي ، احتدم الخلاف في الفقه والقضاء الفرنسي حول الطبيعة القانونية لشرط الاحتفاظ بالملكية ، وأسفرت الدراسات في هذا الصدد عن تقديم ثلاثة تكييفات :

١. شرط واقف يعلق نشوء عقد البيع على الوفاء بالثمن .
٢. شرط فاسخ يؤدي الى فسخ العقد في حالة عدم الوفاء بالثمن .
٣. شرط واقف يعلق نقل الملكية فقط على شرط دفع الثمن .

(١) د. وهبة الزحيلي ، مصدر سابق ، ص ٢٠٦ . تنص المادة ١١٣٤ مدين فرنسي على أن "العقود المبرمة على وجه صحيح تنزل منزلة القانون بالنسبة الى عاقديها" . قارب عبارة الفقيه ابن تيمية "الأصل في العقود رضی المتعاقدين وموجبها هو ما أوجبه على أنفسهما بالتعاقد" ابن تيمية ، القواعد النورانية الفقهية ، مصدر سابق ، ص ٢٠٣ .

(٢) ابن تيمية ، القواعد النورانية ، مصدر سابق ، ص ١٨٨ .

(٣) ابن تيمية ، نظرية العقد ، دار المعرفة للطباعة والنشر ، بيروت ، بلا سنة طبع ، ص ٢٢٧ .

(٤) أنظر : ابن تيمية ، القواعد النورانية ، مصدر سابق ، ص ١٨٩ ، ٢١٥ .

فضلا عن ذلك ، اتجه بعض الفقه الى أن الشرط المبحوث فيه من قبيل الاجل لا الشرط باعتباره وصفا للالتزام.^(١)

لذا نرى أن التوصل الى اعطاء هذا الشرط الوصف القانوني الصحيح يتأتى من خلال اثاره بعض التساؤلات ومحاولة الاجابة عنها :

أولا : الشرط واقف أم فاسخ ؟

لا شك أن ثمة نتائج عملية خطيرة تتمخض عن التسليم بأحد نوعي الشرط ، فاعتبار شرط الاحتفاظ بالملكية شرطا فاسخا ، هو عدم الوفاء بالثمن ، يؤدي الى أن يصبح المشتري حالا مالكا للمبيع ولكن إذا تحقق الشرط زالت ملكيته باثر رجعي واسترد البائع صفته كمالك ويعتبر كأن لم يفقد قط ملكية المبيع ، وهكذا نكون أمام انتقال للملكية ثم عودتها ، وبالعكس تماما إذا اعتبرناه شرطا واقفا ، هو الوفاء بالثمن كاملا ، فلا يصبح المشتري مالكا للمبيع إلا إذا تحقق الشرط ويبقى البائع مالكا له وتمتعا بكل ما يخوله حق الملكية من سلطات ، ومتى تحقق الشرط انتقلت الملكية الى المشتري.^(٢)

فالمشتري تحت شرط فاسخ مالك أما المشتري تحت شرط واقف ليس مالكا بل مجرد حائز^(٣) ، وهذا التمييز ضروري في معرفة مدى السلطات التي يمارسها المشتري على المبيع. فقد تأرجح القضاء الفرنسي مدة من الزمن بين نوعي الشرط ، ولكن كثيرا من القضاة الفرنسيين ارتأوا تكييفه كشرط فاسخ آخذين بنظر الاعتبار أن هذا التكييف هو الذي ينسجم مع السلطات الفعلية التي يمارسها المشتري على المبيع الذي لم يوف ثمنه خصوصا امكانية استعماله واستغلاله . فتكييف الشرط على أنه واقف لعقد البيع يتضمن عدة محاذير ، فهو بعيد عن حقائق الواقع ومخالف للقواعد العامة في نظرية العقد فالاطراف تعاقدا بشكل بات ونفذوا التزاماتهم باحترام كتسليم المبيع وضمانه دون انتظار تحقق الشرط المزعوم.^(٤)

(١) أنظر في استعراض هذه الاتجاهات :

- William Garcin et Jean Thieffry, La Clause de reserve de propriete , Publie Faculte de droit et sciences Economiques de Montpellier, Paris, 1980 , P. 44 etc.

^(٢) Antoine Brocca, Manuel de la Clause de reserve de Propriete, Lyon, 1982, P. 21.

^(٣) Mazeaud (H.L.J) et Chabas , Op.Cit., P. 1112.

^(٤) Garcin et Thieffry, Op. Cit., P. 47.

والقرارات التي يشيران اليها . بصدد اعتباره شرط واقف :

Toulouse 19 oct. 1960. D. 1962 , P. 96; Paris 3 Juillet 1968, J.C.P. 1969. II. 15820.

وبصدد اعتباره شرط فاسخ :

Trib . Civ. Valenciennes 30 Nov. 1956. Gaz. Pal. 1957, I, 461

Amiens 10 Janv. 1974, P. 363 Gaz. Pal . 1974, I, 457.

ثانيا : الشرط يعلق عقد البيع ذاته أم نقل الملكية فقط ؟

تقدم أن القضاء الفرنسي قد كيف البيع بالتسيط مع الاحتفاظ بالملكية بأنه بيع معلق على شرط واقف ، أو بيع معلق على شرط فاسخ لكنه في قراراته الأكثر حداثة مال الى الشرط الاخير ، واستمر الحال كذلك حتى عام ١٩٧٩ حيث حسمت محكمة النقض الفرنسية الامر بتبنيها الشرط الواقف لكنها قررت أن هذا الشرط لا يؤثر على العقد في جملته ، إنما يعلق فقط الالتزام بنقل الملكية . وللتمييز ما بين تعليق عقد البيع على شرط واقف واقتصار هذا التعليق على نقل الملكية فقط أهمية كبيرة ، ففي الحالة الاولى لا ينفذ العقد قبل تحقق الشرط وبالتالي فان جميع آثاره تكون موقوفة ، فإذا لم يتم وفاء الثمن زال العقد بأثر رجعي واسترد البائع المبيع وبذلك تنتهي تماما الآثار القانونية الناشئة عن العقد ، أما في الفرض الثاني فينقذ البيع صحيحا نافذا ويرتب كافة آثاره ، عدا نقل الملكية الذي يتراخي لحين تحقق الشرط ، فإذا لم يتحقق امتنع انتقال ملكية المبيع ، أما الآثار الأخر الناشئة عن العقد فتستمر وينبغي انهاؤها باتخاذ اجراء آخر كدعوى الفسخ .^(١)

خلاصة القضية التي تبنت فيها محكمة النقض الفرنسية الاتجاه المتقدم والتي اشتهرت فيما بعد بإسم قضية Mecarex^(٢) ، ان شركتين كانتا قد أبرمتا عقد بيع بالتسيط التزمت فيه احدهما بتجهيز مواد معينة والاخرى بوفاء الثمن على أقساط وتضمن العقد شرطا يقضي بأن "كل المواد المباعة تبقى ملكا للبائع حتى الوفاء الكامل من قبل المشتري" ، تم تسليم معظم التجهيزات ولم يتبق إلا القليل لتشغيلها حين شب حريق في معامل المشتري ادى الى تلف التجهيزات . طالب البائع بدفع المتبقي من الثمن إلا أن المشتري لم يرفض التسديد فحسب وانما طالب بإعادة الاقساط المدفوعة سابقا . حكمت محكمة الاستئناف لصالح البائع وحملت المشتري تبعة الهلاك باعتبار الشرط المشار اليه لا يحل كشرط واقف وانما كشرط فاسخ ، فيكون المشتري مالكا وعليه تقع تبعة الهلاك.^(٣) لكن محكمة النقض بتاريخ ١٩٧٩/١١/٢٠ نقضت هذا القرار واعتبرت ان محكمة الاستئناف قد غيرت من طبيعة الشرط، فهو ليس شرطا فاسخا لعقد البيع ، إنما شرط يوقف انتقال الملكية حتى الدفع الكامل للثمن وانتهت السى لقاء تبعة الهلاك على عاتق البائع والزمته برد ما قبضه من أقساط .^(٤)

(١) A. Brocca, Op. Cit., P. 26.

(٢) أنظر في تعليق مسهب حول القضية :

D. Von Breitenstein , La Clause de reserve de propriete et le risque d'une perte fortuite de la chose vendue, Rev. Trim. Dr. Com. 1980. P. 43 etc.

(٣) يربط القانون الفرنسي تبعة الهلاك بالملكية وسيان بيانه لاحقا .

(٤) Cass. Com. 20 nov. 1979 (Affaire Mecarex) Bull. Civ., IV, No. 300.

وهذا التكيف يبرر تنفيذ المتعاقدين لإلتزاماتهما المتبادلة التي تكون غير مشروطة ، كما يمكن دعم هذا التكيف من خلال الشرط الفاسخ الصريح للعقد الذي يوجد غالبا جنبا الى جنب مع شرط الاحتفاظ بالملكية .^(١) وقد تبني المشرع الفرنسي اتجاه محكمة النقض عند اصداره للقانون المرقم ٣٣٥-٨٠ في ١٢ أيار ١٩٨٠ والذي نص في مادته الاولى وبالحراف أن الشرط " يوقف نقل الملكية على الدفع الكامل للثمن".^(٢)

ثالثا : الاحتفاظ بالملكية في حقيقته شرط أم أجل ؟

يرى جانب من الفقه الفرنسي أن شرط الاحتفاظ بالملكية هو ليس شرطا واقفا ولا شرطا فاسخا ، إنما في حقيقته أجل (terme) يؤخر نقل الملكية^(٣) وواضح ما لهذا الامر من أهمية خصوصا فيما يتعلق بالآثر الرجعي وعدمه ، فإذا كان دفع الثمن شرطا وتم تحققه اعتبر المشتري مالكا للمبيع من لحظة ابرام العقد وبآثر رجعي ، وبالتالي تكسون التصرفات التي أجراها على المبيع صحيحة نافذة ، أما إذا كان وفاء الثمن أجلا فانتقال الملكية لا يرتد بآثر رجعي فتكون تصرفات المشتري التي أجراها قبل الوفاء صادرة من غير مالك .^(٤)

تنصب معارضة هذا الاتجاه على عدم توافر مقومات الشرط في واقعة الوفاء بالثمن ، ذلك أن الواقعة المستقبلية في الشرط ينبغي أن تكون غير محققة الوقوع وخارجة عن رغبات الاطراف^(٥) بينما الوفاء بالثمن مفروض بالعقد ويعتمد على ارادة المشتري وايضا ارادة البائع في حالة التنفيذ الجبري ، لذا فان بند الاحتفاظ بالملكية يكيف بأنه أجل واقف أكثر مما هو شرط.^(٦)

ويرد على ذلك ان الشرط إذا كان في الاصل ينأى عن الخضوع لإرادة الاشخاص وهذا هو الشرط الاحتمالي ، إلا أن الارادة يمكن أن تلعب دورا في تحقق الشرط ، وهذا أمر يقره القانون ما دام الشرط لا يصل الى حد اعتباره شرطا اراديا محضا ، فالوفاء بالثمن ليس سوى شرط ارادي بسيط طالما لا تستبد بتحقيقه ارادة أحد المتعاقدين بل تساهم فقط في تحققه ، ولكنها تكون محكومة بظروف وملابسات خاصة.^(٧) فمن المتوقع دائما أن يسوء الوضع

^(١) Von . Breitenstein, Op. Cit., P. 47.

^(٢) " ... une Clause suspendant le transfert de propriete au paiement integral du prix"
Art. 1 du la loi No. 80-335 du 12 mai 1980.

^(٣) Luc Bihl , Op.Cit. , P. 280.

^(٤) أنظر في المقارنة بين الشرط والاجل : السهوري ، الوسيط ، ج٣ ، مصدر سابق ، ص ١٣١ .
^(٥) وهذا ما تقره المادة ١١٨١ مدني فرنسي .

^(٦) A. Brocca , Op.Cit., P.25.

^(٧) أنظر : د. محمد شتا أبو سعد ، الشرط كوصف للتراضي في القانون المدني المقارن والشريعة الاسلامية ، منشورات عالم الكتب ، القاهرة ، ١٩٨٠ ، ص ١١٩ - ١٢٢ .

الاقتصادي للمشتري فلا يتمكن من الوفاء بالاقساط ، بينما يقتضي الاجل أن يكون حدوث الواقعة أمراً محتملاً لا يكتفه أدنى شك ، ويشير الاستاذ Brocca بحق الى أنه لو كان الوفاء بالثمن محقق الوقوع لما كان البائع يشعر بالحاجة الى الحماية عن طريق اشتراط الاحتفاظ بالملكية^(١).

يلاحظ ، بعد العرض المتقدم ، ان اعتبار الشرط محل البحث شرطاً واقفاً لنقل الملكية هو الاقرب الى الدقة طالما أن الوفاء بالثمن قد لا يتحقق في حالة افلاس أو اعسار المشتري وهي حالات كثيرة الحدوث ، كما أن البائع لا ينظر الى هذا الوفاء باعتباره أمراً محققاً بل يكتفه الشك والاحتمال .

والتكييف الذي انتهينا عنده أخذت به التقنيات محل المقارنة ، ففي انجلترا يعرف البيع بالتقسيم مع الاحتفاظ بالملكية بالبيع المشروط Conditional Sale لكن هذا البيع غير معلق على شرط كما قد توحى بذلك تسميته ، فتعريفه الوارد في المادة ١٨٩ من قانون انتمان المستهلك ، يظهر بجلاء أن الملكية تبقى للبائع حتى تحقق شرط معين هو عادة وفاء كامل الثمن ، فتنتقل الملكية الى المشتري عند تحقق الشرط^(٢) . كما ينظم المشرع السويسري شرط الاحتفاظ بالملكية^(٣) ، إلا أن النصوص لا تكشف صراحة عن طبيعة هذا الشرط ، مع ذلك استقر القضاء السويسري وعلى رأسه المحكمة الاتحادية العليا منذ زمن بعيد على أن الشرط هو شرط واقف (Condition suspensive) يعلق نقل الملكية الذي يتم بالتسليم^(٤) .

وتنص المادة ٤٣٠ من القانون المدني المصري في فقرتها الاولى أنه "إذا كان البيع مؤجلاً للثمن ، جاز للبائع أن يشترط أن يكون نقل الملكية الى المشتري موقوفاً على استيفاء الثمن كله ولو تم تسليم المبيع"^(٥) ، كما أن المشرع العراقي أخذ بعبارة المشروع التمهيدي

(١) Brocca , Op. Cit., P. 25-26.

H. Babb and C. Martin, Op. Cit., P. 207.

(٢) أنظر :

Eastwood, Op. Cit., P. 93 – 94.

(٣) المادتان ٧١٥ و ٧١٦ مدي سويسري ، والمادة ٢٢٦ (A) التزامات سويسري .

(٤) أنظر : Paul-Henri Steinauer, Les droit reels, Tom II, Editions Staempfli & Cie SA ,

Berne, 1990, P. 222.

ATF 58/1932 II 347= JdT 1933 I 402.

وانظر قرار المحكمة الاتحادية المشار اليه :

(٥) وتشير الاعمال التحضيرية الى أن هذه المادة قد نقلت عن المشروع الفرنسي - الايطالي م / ٣٣١ وعن التقنين الاسلامي م / ٤٤٥ .

وجاء في صدد هذه المقررة ان هذا الشرط ضمان تلجأ اليه عادة الشركات التي تبيع سلعتها بالتقسيم ، كالألات وعربات النقل

والاراضي التي تباع بأثمان مقسطة ، فاحتفاظ البائع بملكية المبيع حتى يستوفي الثمن يبلغ في الضمان من فسخ البيع بعد أن تكون

الملكية قد انتقلت . مجموعة الاعمال التحضيرية ، ج ٤ ، مصدر سابق ، ص ٤٨-٤٩ .

للقانون المدني المصري وقتها بالمادة ٥٣٤ ف ١ التي تنص على "إذا كان البيع مؤجل الثمن جاز للبائع أن يحتفظ بالملكية الى أن يستوفي الثمن كله حتى لو تم تسليم المبيع".

ويرى الاستاذ السنهوري ان البيع في هذه الحالة هو بيع معلق على شرط واقف هو وفاء المشتري بكامل الاقساط في مواعيدها المحددة ، ويضيف أن ملكية المبيع تنتقل الى المشتري معلقة على شرط واقف ويستتقي البائع ملكية المبيع معلقة على شرط فاسخ ، وكل من الشرط الواقف والفاسخ هنا حادث واحد هو وفاء المشتري بأقساط الثمن...^(١)

يتضح أن الرأي المتقدم^(٢) يجعل البيع بالتقسيط مع الاحتفاظ بالملكية بيعا موصوفا أي معلقا على شرط ، لا يبيعا باتا ، ولنا على هذا الرأي المآخذ الآتية :

١. ان نص المادة ٤٣٠ ف ١ من القانون المدني المصري صريح في ان انتقال الملكية وحده ، وليس عقد البيع ، هو الذي يكون معلقا على شرط واقف هو وفاء كامل الثمن ، لذا لا يمكن الخروج عن ظاهر النص بالتأويل والاجتهاد حيث لا مساع للاجتهاد في مورد النص.

٢. ان الاعمال التحضيرية للمشروع التمهيدي للقانون المدني المصري تشير بوضوح الى أن الشرط المتقدم يقتصر أثره على انتقال الملكية ولا يمتد إلى عقد البيع ذاته . كما أن القضاء المصري يرى "ان البيع مع احتفاظ البائع بالملكية حتى يستوفي الثمن كله بيع بات وليس موقوفا على شرط ، وغاية الأمر أن الثمن فيه يكون مؤجلا وان نقل الملكية هو الذي يكون موقوفا على استيفاء كامل الثمن ... فالبيع ينعقد بمجرد العقد وينتج جميع آثاره فيما عدا التزام البائع بنقل الملكية ، فانه يتراخي لحين الوفاء بجميع الثمن"^(٣). وهذا الرأي مدعوم بالتأييد من جانب عريض من الفقه.^(٤)

٣. ان الرأي المتقدم ، الذي يجعل البيع بالتقسيط مع الاحتفاظ بالملكية بيعا معلقا على شرط واقف ، قد ساد في فرنسا ردحا من الزمن ، إلا أنه أصبح الآن مهجورا في كل من القضاء والفقه هناك بعد أن تصدع إزاء شدة الانتقادات التي وجهت إليه على النحو المبين أنفا .

(١) د. السنهوري ، الوسيط ، ج ٤ ، مصدر سابق ، ص ١٧٣-١٧٤ .

(٢) من هذا الرأي أيضا : استاذنا د. جعفر الفضلي ، الوجيز ، مصدر سابق ، ص ٨٠ . دز رمضان ابو السعود ، البيع ، مصدر سابق ، ص ٢٦ . د. عباس الصراف ، البيع والايثار ، مصدر سابق ، ص ٢٨-٢٩ . د. علي حسن يونس ، مصدر سابق ، ص ٥٦ .

(٣) قرار محكمة استئناف القاهرة ، ٢٨ / أكتوبر / ١٩٥٨ ، الحاماة ، ص ١٢٥ ، أورده : د. علي جمال الدين عسوس ، العقود التجارية ، مصدر سابق ، ص ٥٢ هامش (٢) .

(٤) من هذا الرأي : د. توفيق حسن فرج ، مصدر سابق ، ص ١٨٨ . د. حسام الاهواني ، مصدر سابق ، ص ٢٧٢ . د. سليمان مر قس ، الوالي ، مصدر سابق ، ص ١١٠ . د. عبد العزيز عامر ، مصدر سابق ، ص ١٢٤ . د. عبد المنعم البدر راوي ، مصدر سابق ، ص ٢٥٧-٢٥٨ .

وبقدر تعلق الامر بالقانون العراقي نميل الى اعتبار شرط الاحتفاظ بالملكية من قبيل الشرط التقييدي المستمد من الفقه الاسلامي والذي تجهله التشريعات الأخر ، وهذا الشرط يتناول أثر العقد وحكمه فيقيد بعد أن كان مطلقا .^(١)

المطلب الثاني

آثار شرط الاحتفاظ بالملكية

متى اقترن البيع بالتسيط بشرط الاحتفاظ بالملكية ترتب على ذلك آثار تختلف عن تلك التي تنتج عن البيع بالتسيط بصورته البسيطة ، ولا تقتصر هذه الآثار على العلاقة بين الطرفين فحسب إنما تمتد الى الغير أيضا وذلك في حالتى التصرف بالمبيع وافلاس المشتري . وسنبحث أولا في أثر الشرط فيما بين المتعاقدين ثم اثره بالنسبة للغير في فرعين متاليين .

الفرع الاول

أثر الشرط فيما بين المتعاقدين

تقدم أن البيع بالتسيط مع الاحتفاظ بالملكية يعد بيعا باتا وان انتقال الملكية وحده يكون موقوفا على وفاء الاقساط كافة ، ولكن لا اثر للشرط على بقية الالتزامات الناشئة عن عقد البيع ولا يترتب عليه تعطيلها ، فينبغي على البائع أن يقوم بتسليم المبيع للمشتري وفقا لشروط التعاقد ، كما أن عليه ضمان تعرض الغير للمشتري في حيازته للمبيع وضمن عيوبه الخفية . وبالمقابل يلتزم المشتري بسداد أقساط الثمن بالكيفية المتفق عليها وبتسليم المبيع وتحمل نفقات ومصاريف البيع ، فهذه الالتزامات يتعين تنفيذها كما لو كنا بصدد عقد بيع اعتيادي . إلا أن نقل الملكية ، وهو جوهر البيع ومقصوده ، يتراخى تنفيذه عن العقد وبالأحرى يعلق على شرط واقف هو وفاء الثمن كاملا .

ويذهب رأي الى أن تعليق حق الملكية على شرط واقف يجعل لهذا الحق مالكين ، مالكا تحت شرط واقف وهو من انتقلت اليه الملكية معلقة على هذا الشرط ، ومالكا تحت شرط فاسخ هو من انتقلت منه الملكية الى المالك تحت شرط واقف ، ويكون المالك تحت شرط واقف ذا حق غير كامل الوجود ، أما المالك تحت شرط فاسخ فحقه كامل الوجود .^(٢) غير أنه من الصعوبة بمكان التسليم بهذا الرأي الذي يجعل لكل من البائع والمشتري في البيع بالتسيط مع الاحتفاظ بالملكية صفة المالك ، وهذا غير سائغ ، ومن المنطق القول أن

(١) أنظر المادة (١٣١) مدني عراقي ، وأنظر في التمييز بين الشرط التقييدي والتعليقي : زكي الدين شعبان ، مصدر سابق ، ص ٩ .
(٢) د. السنهوري ، الوسيط ، ج ٤ ، مصدر سابق ، ص ٤٠-٤١ . د. عبدالمجيد الحكيم وآخرون ، الوجيز ، ج ٢ ، مصدر سابق ، ص ١٦٦ .

الشرط هو وصف للالتزام يقترن بالحق الشخصي لا بالحق العيني وهو حق الملكية ، فمن الاجدر بنا هنا الرجوع الى ما قررناه سلفا من أنه متى تراخى انتقال الملكية نشأ التزام بنقلها على عاتق البائع ، وفي هذا الغرض فإن الالتزام بنقل الملكية هو الذي يعلق على شرط واقف وبالتالي فإنه يكون غير كامل الوجود ، ومتى تحقق الشرط إكتمل وجوده وأدى الى نقل الملكية حقا الى المشتري ، وهذا التحليل برأينا يتلاقى الكثير من الصعوبات ويؤدي الى القول أن البائع وحده يبقى مالكا للمبيع على وجه الاستقلال ، أما المشتري فهو ليس بمالك قبل تحقق الشرط وإنما مجرد حائز للمبيع.^(١)

وبما أن مركز المشتري هو مجرد حائز للمبيع ليس إلا ، فإنه لا يستطيع ، من الناحية النظرية ، ممارسة أية سلطة من سلطات المالك ، كالاستعمال والاستغلال والتصرف . بيد أن الامر يختلف في الواقع العملي ، حيث يتجلى الغرض من البيع بالتقسيم في تمكين المشتري من الانتفاع بالشيء وتتجه ارادة الطرفين ضمنا لتحقيق تلك الغاية ، لذا نجد أن المشتري يستعمل المبيع ويستغله بل ويتصرف به أحيانا ، ويتضمن الاتفاق غالبا بنودا آخر مكملة تحدد سلطات المشتري على المبيع المحتفظ بملكيته كجعل يده عليه على سبيل الوديعة أو الاجارة.^(٢)

وبما أن ملكية المبيع تبقى للبائع الى حين سداد جميع الثمن ، فإن تصرف المشتري بالمبيع يكون واردا على شيء لا يملكه ، ويخضع بالتالي لأحكام التصرف بملك الغير.^(٣) وفي القانون العراقي يكون هذا التصرف تصرف فضولي ويخضع لأحكام المادة ١٣٥ فيكون موقوفا على اجازة المالك إن أجازه نفذ وإلا فيبطل ، ويجب أن يستعمل خيار الاجازة أو النقض خلال ثلاثة اشهر من اليوم الذي يعلم فيه المالك بصدور العقد ، فإذا لم يصدر منه ما يدل على الرغبة في نقض العقد اعتبر نافذا.^(٤) ويترتب كذلك على عدم اعتبار المشتري مالكا أنه إذا قام برصد المنقول المبيع الذي احتفظ البائع بملكيته لخدمة عقار مملوك له فإن ذلك لا

(١) وهذا ما يشير اليه بالفعل جانب من الفقه الفرنسي . W. Garcin et J. Thieffry, Op. Cit., P. 43.

(2) A. Brocca , Op. Cit., P. 27 .

وأظر أيضا : د. ابراهيم ابو الليل ، مصدر سابق ، ص ٢٩٠-٢٩١ .

(٣) أظر : د. احمد شرف الدين ، حكم بيع السيارات قبل سداد جميع أقساط الثمن في القانون الكويتي ، تعليق منشور بمجلة المحامي ، تصدرها جمعية المحامين الكويتية ، السنة الرابعة ، الاعداد ٨-١٠ ، ١٩٨٠ ، ص ٦٥ وما بعدها .

(٤) وتذهب عكمة التميز الى أن بيع المصحح عليه للسيارة الى (ب) وبيع الاخير للسيارة الى (ج) لا ينفذ بحق طالسب التصحيح الذي يعد لا يزال مالكا للسيارة عند ثبوت عدم تسديد جميع الثمن اليه . رقم القرار ٩١١/٣م/١٩٧٢ في ١٠/٥/١٩٧٢ . النشرة القضائية ، العدد الرابع ، السنة الثالثة ، ١٩٧٢ ، ص ٢٠ . وتذهب أيضا الى أن البائع قد احتفظ بملكية المبيع وهو السيارة المحموزة حتى استيفاء كامل الثمن مما يكون بيع السيارة الى الشخص الثالث قبل دفع كامل الثمن الى البائع غير معتبر ، إلا إذا وافق البائع على البيع بدون تمسكه بهذا الشرط . رقم القرار ٤٥٦/٣م/١٩٧٤ في ١٩٧٤/٧/٢ مشار اليه سابقا .

يجعله عقارا بالتخصيص ، فإذا أراد البائع التنفيذ بباقي الثمن فله أن يحجز على المبيع حجز منقول ولا يلزم باتخاذ اجراءات الحجز على العقار .^(١) وإذا احتفظ البائع بملكية آلة زراعية منع ذلك من أن تصبح هذه الآلة عقار بالتخصيص في أرض المشتري ولا تدخل بالتالي في ضمان الرهن للدائن المرتهن ، لأن المدين الراهن الذي اشترى المنقول لما يصبح بعد مالكا للمنقول الذي احتفظ البائع بملكيته حتى تمام الوفاء.^(٢) ومن حق البائع طلب وضع الحجز على المبيع ولو قد أصبح بيد الغير ، لأن احتفاظه بالملكية يمنع المشتري من التصرف فيه دون موافقه البائع.^(٣)

ويشير الشرط ثلاث مسائل أساسية في العلاقة بين البائع والمشتري أولها تحديد من تقع عليه تبعة هلاك المبيع بسبب اجنبي ، والثانية امكانية خضوع المشتري لعقوبة جريمة خيانة الأمانة إذا تصرف بالمبيع ، والثالثة : حول مصير شرط الاحتفاظ بالملكية .

ففي كل من القانونين الفرنسي والانجليزي ترتبط تبعة الهلاك بالملكية ، وفقا لقاعدة أن الشيء يهلك على حساب مالكة^(٤) Res Perit domino ، فإذا هلك المبيع الذي احتفظ البائع بملكته في يد المشتري فإنه يهلك على حساب البائع وينبغي عليه رد ما تسلمه من أقساط الى المشتري فتبعة هلاك المبيع تقع على البائع قبل انتقال الملكية على الرغم من تسليمه الى المشتري ، وينقد جانبا من الفقه^(٥) بحق الحكم المتقدم ولعل ما يخفف من وطأته أن بالامكان مخالفته ، لذا تتضمن عقود البيع بالتنقيط غالبا بندا صريحا يقرر تحمل المشتري تبعة هلاك المبيع من لحظة تسليمه اليه .

وفي القانون السويسري تنتقل تبعة الهلاك الى المشتري بمجرد ابرام العقد ، ما لم يتفق المتعاقدان أو يتبين من الظروف اتجاه ارادتهما الى خلاف ذلك.^(٦) لذا فان انتقال تبعة الهلاك الى المشتري لا يرتبط بنقل الملكية ولا حتى بتسليم المبيع إنما بانعقاد العقد .

(١) د. سليمان مرقس ، البيع ، مصدر سابق ، ص ٨٤-٨٥ .

(٢) استئناف مغلط مصري ٢٥ يونيو ١٩٤٢ م ٥٤ ص ٢٥٦ ، أورده : د. عبدالسلام ذهبي ، مصدر سابق ، ص ٢٢٥ ، وأنظر أيضا الاحكام المشار اليها في : السنهوري ، الوسيط ، ج ٤ ، مصدر سابق ، ص ٣٥ هامش (١) .

(٣) قرار محكمة تمييز العراق ، رقم ٣٨ / حقوقية ثانية / ١٩٦٩ في ١٠/٢٩ / ١٩٦٩ منشور في قضاء محكمة تمييز العراق ، المجلد السادس ، فرارات عام ١٩٦٩ ، دار الحرية للطباعة ، بغداد ، ١٩٧٢ ، ص ٢٤٨ .

(٤) المادة ١١٣٨ مدني فرنسي / والمادة ٢٠ ف ١ من قانون بيع البضائع الانجليزي .

(٥) Von Brietenstien, Op. Cit., P. 48-49.

(٦) أنظر :

Eastwood , Op. Cit., P. 95 .

(٧) المادة ١٨٥ ف ١ من تقنين الالتزامات السويسري .

وكان موقف المشرع المصري والعراقي أكثر دقة ومنطقية في ربط تبعة الهلاك بالتسليم دون الملكية.^(١) وبالتالي متى تم تسليم المبيع الذي احتفظ البائع بملكيته الى المشتري تحمل المشتري تبعة الهلاك من وقت التسليم، والحكم المتقدم يتفق مع ما هو مقرر في الفقه الاسلامي والذي سار على هديه المشرع العراقي في التمييز بين يد الامانة ويد الضمان في تحديد من يتحمل تبعة هلاك المال المملوك تحت يد غير مالكة^(٢)، فمن وضع يده على مال مملوك لغيره باذن المالك وكان واضع اليد يرمي الى تملك المال فتكون يده يد ضمان ويتحمل بالتالي تبعة الهلاك ، ومثاله القابض للمبيع على سوم الشراء^(٣)، لذلك ومن باب أولى تكون يد المشتري على المبيع الذي احتفظ البائع بملكيته يد ضمان لأنه يقصد من حيازته التملك ، وعلى ذلك يكون ضامنا هلاك الشيء وتلفه.^(٤)

وإذا كان المشتري يحوز مالا مملوكا للبائع طيلة فترة سداده للاقساط ، فسهل يخضع لعقوبة خيانة الامانة (abus de confiance) إذا تصرف بالمبيع الى الغير؟ القاعدة العامة في معظم التشريعات في هذا الصدد انه بالرغم أن تصرف المشتري قد انصب على مال ما يزال مملوكا للبائع ، إلا أن جريمة خيانة الامانة لا تنهض لأنها تفترض أن يكون المجني عليه قد سلم المال الى الجاني بعقد من عقود الامانة التي يحددها المشرع حصرا والتي ليس من بينها البيع بالتقسيط^(٥)، ورغبة من البائعين بالتقسيط في توقيع الجزاء الجنائي على المشتري لجأوا الى ستر البيع بالتقسيط بصورة عقد ايجار عن طريق البيع الاجباري ، إلا أن القضاء والمشرع أحيانا سرعان ما أحبط هذه المحاولة ورد للعقد صفته الاصلية رافضا توقيع عقوبة خيانة الامانة.^(٦)

(١) أنظر المادة ٤٣٧ مدني مصري ، والمادة ٥٤٧ مدني عراقي . ونظرا لعدالة هذا الحكم فقد أخذت به اتفاقية لاهاي للبيوع الدولي للضائع ١٩٦٤ (٩٧/م) وكذلك اتفاقية الامم المتحدة عام ١٩٨٠ (٦٦/م) ، أنظر : د. محسن شفيق ، مصدر سابق ، ص ١٧٠ .

(٢) أنظر المواد ٤٢٦-٤٢٧-٤٢٨ مدني عراقي . وأنظر مفصلا في هذا الصدد : اسناداتا د. ليلي عبدالله سعيد ، يد الامانة ويد الضمان في الفقه الاسلامي والقانون المدني العراقي ، بحث منشور بمجلة دراسات علوم الشريعة والقانون ، تصدر عن الجامعة الاردنية ، المجلد ٢٣ ، العدد ١ ، ١٩٩٦ ، ص ١٤ وما بعدها .

(٣) أنظر م/٥٤٨ مدني عراقي .

(٤) أنظر عكس هذا الرأي : د. السنهوري ، الوسيط ، ج٤ ، مصدر سابق ، ص ١٧٨ هامش (١) حيث ينتهي الى القاء تبعة الهلاك على البائع . ومن هذا الرأي أيضا : د. ابراهيم أبو الليل ، مصدر سابق ، ص ٢٨٢ .

(٥) وهذه العقود هي الوديعة ، والاجارة ، وعارية الاستعمال ، والرهن الجبازي ، والوكالة ، والعمل ، أنظر : م/٣٤١ عقوبات مصري ، والمادة ٤٠٨ عقوبات فرنسي .

(٦) ومن المؤكد أن ايقاع العقوبة في مثل هذه الحالة مخالف للقاعدة المقررة في القانون الجنائي ((لا عقوبة إلا بنص)) فكان البائع بنسبه محض ارادته حالة جنائية لم ينص عليها قانون العقوبات ولا يملك الافراد تأييم افعال لم يجرمها المشرع . د. عبدالسلام ذهني ، مصدر سابق ، ص ٢٣٢ .

لكن المشرع العراقي لم يشأ أن يقصر نطاق تحقق جريمة خيانة الأمانة على حالة تسليم الشيء الى الجاني بعقد من عقود الأمانة أو على سبيل الأمانة إنما وسع نطاق الجريمة لتشمل حالة ما إذا كان المال " قد عهد به الى الجاني بأي كيفية كانت أو سلم له لأي غرض كان"^(١) ويستشف من العبارة الاخيرة أن المشرع لم يشترط لتحقيق الجريمة إلا أن يكون هنالك تسليم رضائي سابق على ارتكابها وبالتالي انفرد المشرع العراقي عن غالبية التشريعات العقابية الاخرى.^(٢) وقد أكد المشرع هذا النهج صراحة بصدد البيع بالتقسيط مع الاحتفاظ بالملكية ف جاء في المادة ٤٥٥ عقوبات " يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على سنة وبغرامة لا تزيد على مائة دينار أو باحدى هاتين العقوبتين من اشترى مالا منقولا احتفظ البائع بملكيته الى أن يستوفي ثمنه كله فتصرف به تصرفا يخرج من حوزته دون إذن سابق من البائع...".

بناء على ذلك ، فقد اعتبر المشرع العراقي تصرف المشتري بالمال المبيع بالتقسيط والذي احتفظ البائع بملكيته من الجرائم الملحقة بخيانة الأمانة حماية لحقوق البائعين.^(٣) ويتضح من نص المادة أن الجريمة تتطلب لقيامها شروطا أربعة :

١. أن يكون محل الجريمة مالا منقولا احتفظ البائع بملكيته الى حين وفاء ثمنه كاملا .
 ٢. أن يكون المشتري قد تصرف بالمال تصرفا يخرج من حوزته .
 ٣. أن يكون هذا التصرف دون إذن سابق من البائع .
 ٤. توافر القصد الجنائي ، وهو علم المشتري أن المال ما يزال مملوكا للبائع وانصراف ارادته الى حرمانه منه كضمان لحقه في حالة عدم تسديد الثمن.^(٤)
- وبما أن هذه الجريمة تحمي مصلحة خاصة للبائع فلا تقام الدعوى الجزائية فيها إلا بشكوى منه ، ويجوز له التنازل عن شكواه قبل صدور حكم نهائي فيها وأوجب المشرع إيقاف تنفيذ الحكم إذا حصل التنازل بعد صدوره.^(٥) ونرى أن الحكمة من ذلك أن المشتري قد يقوم

(١) أنظر م/٤٥٣ عقوبات عراقي .

(٢) صفاء مهدي الطويل ، جريمة خيانة الأمانة في القانون العراقي ، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية القانون ، جامعة بغداد ، ١٩٨٢ ، ص ١٢٧ .

(٣) استاذنا : د. جعفر الفضلي ، البيع بالتقسيط ، مصدر سابق ، ص ٣٤ .

ومن هنا فليس صحيحا ما يذهب اليه بعض شراح القانون المدني العراقي أن تصرف المشتري بالمبيع في هذا الغرض لا يمتنع جريمة خيانة الأمانة ، لأن هذا القول لا يصح في القانون العراقي . أنظر : د. غني حسون طه ، مصدر سابق ، ص ٢١٢ ، كمال ثروت ، مصدر سابق ، ص ١١٧ هامش (١) .

(٤) أنظر : د. فخرى عبدالرزاق الحديدي ، شرح قانون العقوبات - القسم الخاص ، مطبعة الزمان ، بغداد ، ١٩٩٦ ، ص ٣٧٧ - ٣٧٨ .

(٥) الشطر الاخير للمادة ٤٥٥ من قانون العقوبات العراقي .

بسداد الثمن كاملا الى البائع خلال مرحلة التحقيق أو المحاكمة أو فترة تنفيذ العقوبة وبالتالي لا يبقى ثمة مصلحة للبائع في استمرار ايقاع العقوبة عليه بعد أن استوفى حقه منه .

ونرى أن موقف المشرع العراقي المنوه عنه قد أعطى للبائعين ضمنا هاما إذ يقترن الجزاء الجنائي بالجزاء المدني ، ويشكل عاملا يردع المشتريين من الاضرار بحقوق البائعين بالتقسيط ، بل أن المشرع في بعض الدول وإزاء استحالة تطبيق عقوبة خيانة الامانة هناك لجأ الى انشاء جريمة جديدة خاصة ، كما فعل المشرع المصري عند اصداره للقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٥٧ باستحداثه جريمة تصرف المشتري بالشيء المبيع بالتقسيط قبل الوفاء بثمنه.^(١)

وإذا كانت الآثار المتقدمة تترتب طالما لم يتم سداد الأقساط ، فإن انتهاء مرحلة التعليق تتضمن فرضين :

١. حالة وفاء الأقساط كافة : إذا أوفى المشتري الثمن كاملا تحقق الشرط الواقف وانتقلت الملكية الى المشتري بأثر رجعي مستندا الى وقت البيع وليس الى وقت تحقق الشرط ، وإذا كان المشتري قد تصرف بالمبيع تعد تصرفاته نافذة منذ البداية ، كما تصبح ثمرات المبيع ملكا للمشتري من وقت العقد^(٢) ، ولما كان الاجل مقررًا لمصلحة المشتري فيجوز له أن ينزل عنه وان يوفي الثمن فورا وفي أي وقت وبالتالي يتعجل انتقال الملكية اليه.^(٣)
٢. حالة عدم وفاء الاقساط : إذا أخل المشتري بسداد الاقساط امتنع انتقال الملكية اليه ، ويذهب جانب من الفقه الى أن عقد البيع يزول بأثر رجعي لمجرد تخلف الشرط الواقف لنقل الملكية ويعتبر كأن لم يكن^(٤) ، بيد أن هذا الرأي لا يصح إلا إذا كان الطرفان قد اتفقا على شرط فاسخ صريح مؤداه اعتبار العقد مفسوخا من تلقاء نفسه دون الحاجة الى حكم عند الاخلال بالوفاء ، أما بغياب مثل هذا الشرط فلا ينسحب أثر تخلف الشرط على عقد البيع ذاته ، إنما يؤدي فقط الى امتناع نقل الملكية ويبقى عقد البيع قائما^(٥) ويكون للبائع الخيار بين أمرين :

(١) تنص المادة ٤٢ من القانون المذكور " يحظر على المشتري - بدون إذن سابق من البائع - أن يتصرف بأي نوع من انواع التصرفات في السلعة موضوع التقسيط قبل الوفاء بثمنها" وتنص المادة ٤٥ على معاقبة من يخالف نص المادة (٤٢) بالحبس مدة لا تزيد على ثلاثة اشهر وبغرامة لا تتجاوز مائة جنيه أو بإحدى هاتين العقوبتين . وهذه العقوبة تطبق ولو لم يوجد شرط احتفاظ بالملكية في العقد ، أنظر في تفصيلات ذلك : د. مراد منير فهم ، مصدر سابق ، ص ٣٦-٣٧ .

(٢) د. توفيق حسن فرج ، مصدر سابق ، ص ١٨٩ .

(٣) استئناف مختلط مصري ١٠ مايو ١٩٤٣ م ٥٥ ص ١٤٨ ، أورده : د. سليمان مرقس ، البيع ، مصدر سابق ، ص ٨٤ هامش (١) .

(٤) د. توفيق حسن فرج ، مصدر سابق ، ص ١٩٠ د. رمضان أبو السعود ، البيع ، مصدر سابق ، ص ١٢٧ د. عبدالرزاق السنهوري ، الوسيط ، ج٤ ، مصدر سابق ، ص ١٧٥ د. كمال ثروت ، مصدر سابق ، ص ١١٦ .

(٥) من هذا الرأي : د. اسماعيل غانم ، مصدر سابق ، ص ١٢٣ د. حميس خضر ، البيع ، مصدر سابق ، ص ١١٢ د. سليمان مرقس ، مصدر سابق ، ص ١٨٦ د. محمد لبيب شيت ، مصدر سابق ، ص ١١٣ .

أ. طلب فسخ العقد واسترداد المبيع مع التعويض وفقاً للقواعد العامة في الفسخ القضائي.
 ب. كما يمكن للبائع التمسك بالعقد والمطالبة بتنفيذه والزام المشتري بباقي الثمن.^(١) ويقرر القضاء المصري انه إذا قام بائع الآلة المحتفظ بحق الملكية بتنفيذ الحكم الصادر له ضد المشتري بدفع بقية الثمن وبيع هذه الآلة بالذات ، فانه بذلك يختار نهائياً طريق الدفع ، فلا يحق له بعد ذلك أن يعدل عنه ويتمسك بالاحتفاظ بالملكية الذي سقط حقه فيه لنزوله الضمني عنه.^(٢) على أن مجرد حصول البائع على حكم بباقي الثمن لا يفيد حتماً نزوله عن شرط الاحتفاظ بالملكية.^(٣)

الفرع الثاني

أثر شرط الاحتفاظ بالملكية بالنسبة للغير

لا يقتصر شرط الاحتفاظ بالملكية في أثره على العلاقة فيما بين المتعاقدين ، بل يمتد أثره إلى الغير أيضاً . ونعالج أولاً مدى الاحتجاج بشرط الاحتفاظ بالملكية تجاه الغير الذي تصرف له المشتري بالمبيع ، ثم نعقب بدراسة مدى نفاذ هذا الشرط تجاه الدائنين في حالة إفلاس المشتري .

أولاً : حالة تصرف المشتري بالمبيع :

إذا تصرف المشتري بالمبيع الذي احتفظ البائع بملكيته ، فإما أن يكون تصرفه متصرفاً الصفة ذاتها ، أي أن المتصرف إليه يعلم بتعلق حق البائع بالمبيع بمقتضى شرط الاحتفاظ بالملكية فيكون هذا التصرف صحيحاً ، وينتقل المبيع إلى المتصرف إليه محملاً بالقيود ذاته الوارد على ملكيته ، أي يكون البيع الثاني موقوفاً فيه انتقال الملكية على شرط الوفاء بالثمن للبائع الأصلي.^(٤) وإما أن يكون تصرفه بائناً مطلقاً فيكون صادراً من غير مالك وتطبق أحكام التصرف في ملك الغير حسب النظام القانوني المعمول به ، فيكون البيع موقوفاً في القانون العراقي وباطلاً نسبياً ، أي قابلاً للإبطال لمصلحة المشتري ، في التقنينات الأخرى.^(٥) وفي

(١) أنظر : مجموعة الأعمال التحضيرية ، جـ ٤ ، مصدر سابق ، ص ٤٩ .

(٢) استئناف مختلط مصري ، ٦ فبراير ١٩٤٣ ، المحاماة ١٥ ، رقم ١٨٤ ، ص ٣٨٨ . أورد : د. محمد كامل مرسي ، مصدر سابق ، هامش ص ٢١٦ .

(٣) استئناف مختلط مصري ، ١٩٣٠/٥/٢٧ م/٤٣ ، ص ٥٢١ ، مشار إليه في : السهوري ، الوسيط ، جـ ٤ ، مصدر سابق ، ص ١٧٦ هامش (١) .

(٤) أنظر : أحمد نجيب الهلالي وحامد زكي ، مصدر سابق ، ص ١٦٧-١٦٨ ؛ د. عبد المنعم البدراوي ، مصدر سابق ، ص ٥٧٣ .

(٥) أنظر المواد ١٣٥ مدني عراقي ، ٤٦٦ مدني مصري ، ١٥٩٩ مدني فرنسي . وفي القانون السويسري يكون بيع ملك الغير صحيحاً لكنه قابل للفسخ لعدم استطاعة البائع تنفيذ التزامه بنقل الملكية وذلك وفقاً للقواعد العامة دون وجود نص . أنظر : السهوري ، الوسيط ، جـ ٤ ، مصدر سابق ، ص ٢٨٣ هامش (٢) .

كل الاحوال فهو لا ينفذ بحق البائع المالك الحقيقي ، الذي يكون له استرداد المبيع ، ويستطيع في سبيل ذلك الحجز عليه تحت يد الغير المتصرف اليه لأنه لا يزال مالكا له.^(١)

وإذا كان للبائع أن يسترد المبيع المحتفظ بملكيته ، إلا أن المبيع إذا كان منقولاً وتسلمه المتصرف اليه بحسن نية جاهلاً الاحتفاظ بالملكية ، جاز للمتصرف اليه أن يتمسك تجاه البائع بقاعدة (الحيازة في المنقول سند الملكية) فيتعطل حق الاسترداد . لكن البائع قد يفلح في استرداد المبيع متى أثبت عدم توافر شروط تطبيق قاعدة الحيازة في المنقول ، خصوصاً إثبات سوء نية المتصرف اليه بأنه كان يعلم بوجود شرط الاحتفاظ بالملكية وان من تصرف له ليس مالكا للمبيع^(٢)، إلا أن هذا الإثبات عسير في معظم الاحوال فضلاً أن مشتري المبيع الذي احتفظ البائع بملكيته يحوزه أمام الجميع ظاهراً عليه بمظهر المالك ، فذلك يدعم حسن نية المتصرف اليه المفترضة أصلاً باعتباره لا يعلم بالشرط وهذا الافتراض كفيل بدفع دعوى البائع بالاسترداد.

ويطبق القضاء الفرنسي قاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية^(٣)، بصرامه لدحض مطالبة البائع بالاسترداد المستندة الى شرط الاحتفاظ بالملكية ، ففي قضية مفادها أن زوجاً كان قد أهدى زوجته كتاباً اشتراها بالتقسيط ، فلما حصل الطلاق بينهما امتنع عن دفع الاقساط، طالب البائع المحتفظ بالملكية بالاسترداد ، فقضت له محكمة (بورديو) بذلك تجاه زوجة المشتري ، إلا أن محكمة النقض نقضت هذا القرار مستندة الى أنه قد تضمن خرقاً للقاعدة المقررة في المادة ٢٢٧٩ من القانون المدني ، فالزوجة إنما كانت قد استقادت من هدية صغيرة وكانت حائزة بحسن نية للكتب موضوع الدعوى .^(٤)

(١) وهذا الصدد تقرر محكمة التمييز أنه "إذا احتفظ بائع الماكسة بملكيتها حين تسديد جميع ثمنها فله إذا باعها مشتريها أن يتبع الماكسة في أي يد كانت لإستحصال الثمن الفسّط". رقم القرار ١٩٧٥/١٢/٣٩٨ في ١٩٧٥/١٠/١٠ ، مجموعة الاحكام العدلية ، العدد الرابع ، السنة السادسة ، ١٩٧٥ ، ص ١٢ ، وتقرر أيضاً بأنه "ليس لبائع السيارة أن يحجزها لقاء ثمنها المرحّل بعد أن باعها مشتريها لشخص آخر إذا لم يحتفظ البائع الاول بحق بقاء ملكية السيارة له حين تسديد الثمن" ، رقم القرار ١١٦٧ / ١٩٧٤/٢م في ١٩٧٤/١٢/٣ . النشرة القضائية ، العدد الرابع ، السنة الخامسة ، ١٩٧٤ ، ص ٢٩ .

(٢) وقد حكم القضاء المصري بالاسترداد في قضية كان فيها المتصرف اليه صاحب معرض للسيارات فاستنتجت المحكمة أن المتصرف اليه سيء النية لأنه لم يطالب البائع اليه بمسندات ملكيته مع علمه أن بيع السيارات بالتقسيط منتشر جداً ويحتمل أن تكون السيارة ما تزال مملوكة للغير . استئناف مغلط ، ٢١ مايو ١٩٣٥ م/٤٧ ، ص ٣٢١ ، أشار اليه : سليمان مرقس ، الابحار ، مصدر سابق ، ص ٨٣ هامش (٦٥) .

(٣) "En fait de meubles, la possession vaut titre"

وهي القاعدة المنصوص عليها بالمادة ٢٢٧٩ مدني فرنسي .

(٤) Dame Setrin C \ ste Editions Andre Vial et autres, Gaz. Pal 10 Juillet 1980. Panorama de Jurisprudence. مشار اليه في :

Garcin et Thieffry, Op. Cit., 43-44.

ويبرر الموقف المتقدم أن قاعدة الحيازة في المنقول وضعت لإستقرار المعاملات وبغية تسهيل تداول المنقولات لذا لا يقوى شرط الاحتفاظ بالملكية على الوقوف بوجهه هذه القاعدة ولا يشكل استثناءً عليها^(١)، فالبايع المحتفظ بالملكية يفقد حقه في الاسترداد متى تصرف المشتري بالمبيع الى الغير حسن النية.^(٢)

يختلف الامر في القانون السويسري ، حيث أوجب المشرع شهر شرط الاحتفاظ بالملكية عن طريق تسجيله في سجل عام تمسكه دائرة المتابعة^(٣) وهذا الاشهار كفيل باثبات سوء نية المتصرف اليه ، أي افتراض علمه بهذا الشرط ، وبالتالي لا يستطيع التمسك بقاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية المقررة بالمادة ٧١٤ ف٢ من القانون المدني السويسري ، مما يمكن البائع من استرداد المبيع.^(٤) كذلك الحال في القانون الانجليزي حيث سبق بيان ان المشتري في البيع بالتقسيط المشروط أصبح بفضل قانون ائتمان المستهلك مستبعداً من نطاق تطبيق المادة ٢٥ من قانون بيع البضائع وبالتالي غير قادر على نقل الملكية الى المتصرف اليه.^(٥)

ولكن ما حكم القانون العراقي في هذا الصدد ؟

من خلال إمعان النظر في المادتين ١١٦٣ و ١١٦٤ يمكن القول أن للمتصرف اليه أن يدفع مطالبة البائع المحتفظ بالملكية بالاسترداد عن طريق تمسكه بقاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية المقررة بالمادة ١١٦٣ ، إلا أن المادة ١١٦٤ تجيز لمالك المنقول الذي خرج من يده بضياح أو سرقة أو غصب أو خيانة أمانة استرداده من حائزه حسن النية ، ولما كان تصرف المشتري بالمبيع الذي احتفظ البائع بملكيته يشكل جريمة خيانة أمانة استناداً الى صريح نص المادة ٤٤٥ عقوبات عراقي ، فانه يجوز للبائع استناداً الى المادة ١١٦٤ خلال مدة ثلاث سنوات أن يسترد المبيع من يد المتصرف اليه بالرغم من أنه يحوزه بحسن نية

(١) Luc Bihl, Op. Cit., P. 279-280 .

وأنظر كذلك د. اسماعيل غانم ، مصدر سابق ، ص ١٢٤-١٢٥ د. محمد لبيب شنب ، مصدر سابق ، ص ١١٣-١١٤ .
(٢) وإذا كان هذا هو الحكم العام في القانون الفرنسي إلا أن ثمة قوانين هناك أحضمت بعض البيوع لنظام الاشهار مثال ذلك القانون الصادر في يناير ١٩٥١ الخاص بالبيع بالتقسيط لمعدات التجهيز المهنية ، فإذا روعيت اجراءات الشهر حاز للبائع الاحتجاج بالملكية تجاه الكافة ومنهم الغير المتصرف اليه بالمبيع .

أنظر : De Juglart et Ippolito, Op. Cit., P. 312 .

(٣) المادة ٧١٥ ف١ من القانون المدني السويسري .

(٤) Paul - Henri Steinauer, Op. Cit., P. 218.

(٥) راجع ما ذكر آنفاً بصدد البيع الاتجاري ص ٥٣ من هذه الدراسة .

وبسبب صحيح . معنى ذلك أن مفعول قاعدة الحيازة في المنقول سوف يتعطل وقتياً خلال هذه الفترة التي يخول فيها البائع ممارسة حقه بالاسترداد.^(١)

وهكذا نرى أن المشرع العراقي قد قطع شوطاً بعيداً في ضمان مصلحة البائعين بالتفسيط عن طريق شرط الاحتفاظ بالملكية الذي يعد ذا فاعلية كبيرة في التشريع العراقي.^(٢)

ثانياً : حالة إفلاس المشتري :

يؤدي الإفلاس إلى تصفية جماعية لأموال التاجر المفلس كافة ، فإذا كان المشتري قد استلم البضاعة أو دخلت مخازنه ، ثم أشهر إفلاسه لا يبقى للبائع الذي لم يستوف حقه الثمن سوى الدخول في التفليسة كدائن عادي يخضع لقسمة الغرماء فلا يستطيع مباشرة دعوى الفسخ والاسترداد ، كما يسقط حقه في الامتياز تحقيقاً لمبدأ المساواة بين الدائنين.^(٣)

وقد استقر الأمر في فرنسا أن شرط الاحتفاظ بالملكية لا يمكن التمسك به تجاه دائني المشتري ، وقد تبنت محكمة النقض الفرنسية هذا المبدأ بوضوح منذ قرار لها عام ١٩٣٤ جاء فيه "ان الاموال المنقولة التي بيعت لأحد التجار الذي وقع بعد ذلك تحت طائلة الافلاس والتصفية القضائية تشكل عنصراً من عناصر ملائته الظاهرة ، فليس بالمستطاع استردادها من قبل البائع في مواجهة جماعة الدائنين لا عن طريق دعوى الفسخ وفقاً للمواد ١١٨٤ و ١٦٥٤ مدني ولا تأسيساً على الشرط العقدي الذي يوقف نقل الملكية حتى الدفع الكامل للثمن".^(٤)

يتضح أن الموقف المتقدم يستند إلى فكرة الملاءة الظاهرة La Solvabilite apparente ، فالوضع الظاهر الحيازي يلعب دوراً في الشهرة والاعتبار التجاري الذي يتحدد بالنسبة للمشتري بالقياس إلى البضاعة المودعة في مخازنه ، فعندما تكون الاموال المبيعة في حيازة المشتري فإن الدائنين يفترضون أن له صفة المالك فيتعاملون معه ويمنحونه انتمائهم على هذا الأساس ، لذلك فإن قوانين الإفلاس تسعى لضمان العدالة في المعاملة بين جميع هؤلاء الأشخاص الذين أودعوا ثقتهم في مدينهم فعليهم بالتساوي تحمل مخاطر افلاسه.^(٥)

(١) ومدة الثلاث سنوات هي مدة سقوط لا مدة تقادم لذا فهي لا تكون عرضة للوقوف أو الانقطاع . أنظر : محمد طه البشير وغني حسون طه ، مصدر سابق ، ص ٢٥٩ .

(٢) ولا مثل لهذا الحكم في القانون المصري لأن المادة ٩٧٧ منه لا تجيز الاسترداد إلا في حالتي الضياع والسرقة دون خيانة الامانة ، كما أن تصرف المشتري بالمبيع المحتفظ بملكته لا يشكل جريمة خيانة أمانة وفق ما تقدم .

(٣) د. رزق الله أنطاكي ونهاد السباعي ، مصدر سابق ، ص ٧٠٧ .

(٤) Cass. Civ. 28 mars et 22 Oct. 1934: D.P. 1934 , 1 , 151 note vandamme.

A. Brocca , Op. Cit., P. 17.

مشار إليه في :

(٥) Roger Houin , L'introduction de la clause de reserve de propriete dans le droit Francais de la Faillite, J. C. P. , 1980 – I – no. 2978.

لكن نظرية الملاءة الظاهرة تعرضت لاحقا لانتقادات شديدة في الفقه ، فهي تبني انتمان التاجر على أموال لم توف وربما لن يكون بمقدوره وفاؤها ، كما أن وجود البضاعة في المخزن إذا كان معتمدا في منح الائتمان في القرن التاسع فإنه لم يعد مقبولا اليوم ، فبدأ القضاء الفرنسي يحيد عن موقفه المتصنّب ويقبل الاحتجاج بشرط الاحتفاظ بالملكية على جماعة الدائنين إذا كان البائع قد أعلن رسميا رغبته بالاستفادة من الشرط قبل الحكم بشهر افلاس المشتري .^(١) ثم تدخل المشرع الفرنسي أخيرا مقررًا نفاذ شرط الاحتفاظ بالملكية تجاه دائني المشتري بالقانون الصادر في ١٢ أيار ١٩٨٠ المعدل للقانون المرقم ٥٦٣ - ٦٧ لعام ١٩٦٧ الخاص بتصنيفية الاموال والافلاس ، ويحتل هذا الحكم الآن المادة ١٢١ من قانون الافلاس الفرنسي النافذ رقم ٩٨ - ٨٥ لعام ١٩٨٥ .

وبمقتضى التعديل التشريعي يجوز للبائع المحتفظ بالملكية استرداد البضائع من تفليسة المشتري متجنبًا مزاحمة بقية الدائنين له بالشروط الآتية :

١. أن يتم الاتفاق على الشرط كتابة بشكل صريح قبل تسليم البضاعة الى المشتري أو على الأكثر حتى لحظة التسليم .
 ٢. أن يكون المبيع محتفظا بذاتيته ويمكن تمييزه وفصله عن غيره في لحظة ممارسة الاسترداد .
 ٣. ينبغي تمسك البائع بحق ملكيته تجاه التفليسة خلال أربعة اشهر من يوم اشهار حكم افلاس المشتري.^(٢)
- لا شك أن هذا الموقف الجديد للمشرع الفرنسي قد أدى الى تعزيز فعالية شرط الاحتفاظ بالملكية ، وقد برر بأنه يضع القانون الفرنسي جنبا الى جنب مع نظرائه الاوربيين خصوصا القوانين في ألمانيا وسويسرا وبلجيكا وإيطاليا ، كما أنه ينسجم مع مشروع الاتفاقية الأوربية الموحدة للإفلاس.^(٣)

(١) A. Brocca , Op. Cit., P. 19

(٢) وأنظر القضاء المنوه عنه :

Cass. Com. 22 Dec. 1975: D.P. 1976 , Somm., 22.

(٣) Luc Bihl , Op. Cit., P. 278-279.

وأنظر :

وقد حكم القضاء الفرنسي بأن ليس لبائع الصوف استرداده إذا تحول الى متوحات صوفية .

Trib. Com. Nice, 27 Oct. 1980 , D. 1981 . IR . 9.

ولا يمكن استرداد المواد المدججة في تركيب السيارات .

Trib. Com. . 18 julill . 1989 : Bull. Civ. IV. No. 228. D. 1991 . Somm. 45.

ولا تسترد الحيوانات بعد ذبحها .

com. 22 mars 1994 : Bull . Civ. IV, no. 121 - comp.

Roger Houin , Op. Cit., P. 2978.

(٤)

على خلاف القانون الفرنسي الذي اكتفى بمجرد كتابة الشرط أوجب المشرع السويسري خضوعه للإشهار ، فنصت المادة ٧١٥ من القانون المدني ، بأن "الشرط الذي بموجبه يحتفظ البائع بملكية المنقول المسلم الى المشتري لا يعتد به إلا إذا تم قيده في محل الإقامة الحالي لهذا الأخير ، في سجل عام ممسوك من قبل دائرة المتابعة". ان هذا الإشهار القانوني يمكن الاغيار الذين يرومون منح انتمان للمشتري من ملاحظة السجل ليعلموا ما هي الاموال التي بعهدته والتي تعود ملكيتها في الحقيقة للأخرين . وهكذا يعتبر هذا الإشهار حجة بحقهم ، لذلك يتمكن البائع من استرداد المبيع المحتفظ بملكيته تجاه جماعة الدائنين على أن تتم مراعاة اجراءات الشهر القانونية ، وهذا الاشهار خاص بالمنقولات دون العقارات.^(١)

وقد أقر القضاء الانجليزي منذ القدم حق البائع المحتفظ بالملكية في الاسترداد عند افلاس المشتري ، وذلك في قضية فحواها أن شخصا باع بالتقسيط لأخر محركا غازيا لإستخدامه في عمله ، على أن تبقى ملكية المحرك للبائع ، حتى يتم وفاء الأقساط كاملة . ولكن المشتري بعد ان استلم الجهاز وقع تحت طائلة الافلاس فطالب البائع باسترداد المحرك باعتباره ما يزال مالكة ، أقر مجلس اللوردات بلا تردد مطالبته بالاسترداد^(٢) ، وسنرى لاحقا أن قانون انتمان المستهلك وضع قيودا على حق الاسترداد هدفها حماية المشتري.

أما في مصر فقد استقرت أحكام القضاء على عدم جواز الاحتجاج بالشرط تجاه دائني التقلية ، حيث توسع القضاء المصري في تطبيق المادة ٣٥٤ من قانون التجارة التي تنص على "إذا بيعت منقولات لأحد ثم أشهر افلاسه فلا يكون للبائع حق في الدعوى بفسخ البيع ولا تجوز له اقامة الدعوى بالاسترداد".^(٣)

وفي القانون العراقي تنص المادة ٦٤٦ النافذة من قانون التجارة لعام ١٩٧٠^(٤) أنه "إذا أفلس المشتري قبل دفع الثمن وبعد دخول البضائع مخازنه أو مخازن وكيله المكلف ببيعها، فلا يجوز للبائع أن يطلب فسخ البيع أو استرداد البضائع ، كما يسقط حقه في الامتياز" يفهم من ذلك أن مجرد تسليم البضائع للمشتري الذي يقع تحت الافلاس يمنع البائع من استردادها وقد قضت الفقرة الثانية من هذه المادة على فاعلية شرط الاحتفاظ بالملكية بالقول "وكل شرط يكون من شأنه تمكين البائع من استرداد البضائع أو الاحتفاظ بامتيازها عليها لا

(١) أنظر مفصلا بصد اجراءات الشهر في القانون السويسري :

Paul – Henri Steinauer , Op. Cit., P. 218-222.

McEntire V. Crlossley Bros Ltd. (1895)

Diamond , Comm. And Cons. Credit, Op. Cit., P. 279.

(٢) قضية :

أنظر :

(٣) أنظر : د. عبدالمعزم البدرابي ، مصدر سابق ، ص ٢٦١ والاحكام التي يشير اليها في هامش (١) ، ص ٢٦٢ .

(٤) يقتضي التنويه الى أن الباب الخاص بالافلاس المواد (٥٦٦-٧٩١) من قانون التجارة السابق رقم ١٤٩ لسنة ١٩٧٠ لا يزال نافذا

بموجب المادة (٣٣١) من قانون التجارة الحالي رقم ٣٠ لعام ١٩٨٤ .

من شأنه تمكين البائع من استرداد البضائع أو الاحتفاظ بامتيازها عليها لا يحتج به على جماعة الدائنين^(١).

يتبين من مجمل العرض المتقدم لآثار شرط الاحتفاظ بالملكية تبين مواقف التشريعات من الشرط المبحوث فيه بين القوة والضعف ، ولكن الاتجاه في الوقت الحاضر يسير نحو تعضيد هذا الشرط واعطائه المزيد من الفاعلية ويلاحظ هذا المنحى بوضوح في القانون الفرنسي . كما أن للشرط في القانون العراقي قدرا لا بأس به من الأهمية ، حيث جعل التصرف بالشيء المحتفظ بملكيته جريمة خيانة أمانة ، وعطل فاعلية قاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية لصالح استرداد البائع مدة من الزمن ، وكان حريا به بعد ذلك أن يقبل سريانه تجاه الدائنين في حالة الإفلاس ، ولا سيما أن لهذا الحكم اساسه من الفقه الاسلامي ، حيث روي عن رسول الله (ﷺ) قوله : "أيا رجل باع متاعا فأفلس الذي ابتاعه منه ولم يقبض الذي باعه من ثمنه شيئا ، فوجده بعينه فهو أحق به..."^(١) وإزاء ضعف أثر شرط الاحتفاظ بالملكية في القانون المصري يرى العديد من الفقهاء أن هذا الشرط لم يحقق ما عقد عليه من آمال ، فهو محدود الجدوى في حماية مصلحة البائع^(٢) ، ولا يفوتنا أخيرا أن تنوء بالمكانة المتميزة التي يحظى بها الشرط في التقنين السويسري ليس من حيث نفاذه في مواجهة الاغيار فحسب بل أيضا من حيث إمكانية الاستفادة الغير منه ، فشرط الاحتفاظ بالملكية هناك يعد تأمينا عينيا فهو حق عيني تبعية يلحق الدين المضمون يشبه حق الرهن^(٣) ، فقد اقرت المحكمة الاتحادية السويسرية أن شرط الاحتفاظ بالملكية قابل للانتقال الى الغير (Transmissible) فينتقل مع الدين الذي يضمنه حسب الطبيعة الخاصة لهذا الدين ، فهو ضمان عيني يؤمن الوفاء بدين الثمن.^(٤)

بناء على ذلك ، لو أحال البائع المحتفظ بالملكية حقه في الثمن الى الغير ، أو أوفى الغير بالثمن للبائع وحل محله عن طريق الوفاء مع الحلول ، فإن الغير يستطيع أن يستفيد من الاحتفاظ بالملكية الذي كان مقررا للبائع أي ينتقل اليه مع الدين المضمون باعتباره من توابعه. ان فكرة اعتبار الاحتفاظ بالملكية كتأمين عيني وقابل للانتقال الى الغير ما تزال غير مقبولة تماما في فرنسا ، حيث تثير جدلا في الفقه ، ذلك أن القانون الفرنسي في حالته الحاضرة لا يسمح بانشاء تأمينات عينية جديدة غير تلك التي حددها المشرع حصرا ، كما أن

(١) جلال الدين عبدالرحمن السيوطي ، مصدر سابق ، ص ١٦٦ .

(٢) انظر : د. اسماعيل غام ، مصدر سابق ، ص ١٢٣ - ١٢٦ د. جميل الشرفاوي ، مصدر سابق ، ص ١٣٧ - ١٣٨ .

(٣) Paul - Henri Steinause , Op. Cit., P. 216.

(٤) ATF du 12 fevrier 1920.

Cardahi , Op. Cit., P. 361.

أورده :

القضاء الفرنسي يقف ضد ذلك^(١)، إلا ان محكمة النقض الفرنسية قررت في حكمين لها عام ١٩٨٨ امكانية انتقال الاستفادة من شرط الاحتفاظ بالملكية عن طريق الحلول (Subrogation)، فالممول الذي يوفي ثمن البضاعة للبائع يحل محله في حقه قبل المشتري ويستفيد بالتالي من شرط الاحتفاظ بالملكية الذي كان مقررا لمصلحة البائع ، وقد قررت المحكمة بهذا الشأن أن الاحتفاظ بالملكية يعد من ملحقات الحق في الثمن وينتقل معه اعمالا لمبدأ تبعية الملحق للاصل ، ويترتب على ذلك ان المصرف المحال اليه الحق في الثمن يستفيد تلقائيا من شرط الاحتفاظ بالملكية الضامن له.^(٢)

(1) A. Brocca , Op. Cit., P. 24.

(٢) أنظر مفصلا هذا الخصوص :

Frederic Zenati , Reserve de propriete , revue Trimestrielle de droit civil , no. 4., Oct. - Dec. 1989-88, Sirey, P. 769-772.

المبحث الثالث ضمانات البائع وحماية المشتري

ان الفكرة التي تسود البيع بالتقسيط والتي يضعها المشرع نصب عينيه في أي تنظيم تشريعي لهذا البيع تتجسد في التوفيق بين مصلحتين ، هما ، مصلحة البائع ، ومصلحة المشتري ، فالبايع يمنح ائتمانه للمشتري وتمثل مصلحته في وجوب تلبية حاجته لبعض الضمانات التي تكفل له حقوقه المؤجلة وتدرأ عنه سوء تصرف المشتري أو محاولته الاضرار بالبائع ، أما المشتري فالامر بالنسبة له يتعلق بحمايته مما قد يفرضه البائع من شروط مجحفه فيرضى بها مرغما تحت ضغط الحاجة الى السلعة أو جاهلا طبيعتها التعسفية. انطلاقا من ذلك تبدو ضرورة الموازنة بين مصلحتي الطرفين ، وسنبحث على التوالي كلا من ضمانات البائع وحماية المشتري .

المطلب الأول

ضمانات البائع

يمكن تصنيف الضمانات التي يتحصن بها البائع بالتقسيط الى نوعين : ضمانات قانونية تنقصر بنص القانون ، وأخرى اتفاقية لا تثبت إلا بالاتفاق عليها بين البائع والمشتري . ويقتضي التتويه الى أننا بقدر تعلق الامر بالموضوع مدار البحث سنقتصر على بيان نبذة تعريفية لكل ضمان ومدى جدواه في تأمين حقوق البائع بالتقسيط ونحيل في تفصيلات ذلك الى المراجع القانونية المتخصصة .

الفرع الأول

الضمانات القانونية

تتمثل الضمانات التي يكفلها القانون للبائع بحقه في حبس المبيع وحقه في الامتياز .

أولا : حبس المبيع :

هو حق البائع في أن يمتنع عن تسليم المبيع ويحبسه في يده الى أن يستوفي كامل الثمن وملحقاته المستحقة له.⁽¹⁾ ويعد حق الحبس للضمان من تطبيقات قاعدة الدفع بعدم التنفيذ التي تسود العقود الملزمة للجانبين ، حيث أن تنفيذ التزام أحد الطرفين يرتبط بتنفيذ التزام الطرف الآخر ، فيحق لكل طرف أن يمتنع عن تنفيذ التزامه حتى يقوم الطرف الآخر بتنفيذ

(1) د. السنهوري ، الوسيط ، ج ٤ ، مصدر سابق ، ص ٨٠٦ .

الالتزام المقابل.^(١) وبالنسبة للبائع بالتقسيط يكاد يكون حق حبس المبيع عديم الجدوى ، ذلك أنه يشترط لممارسته شرطان :

١. أن يكون الثمن مستحق الأداء .

٢. أن لا يكون البائع قد سلم المبيع الى المشتري.^(٢)

والفرض في البيع بالتقسيط أن يكون الثمن مؤجلا وأن البائع قد سلم المبيع الى المشتري ، وما دام التسليم قد تم لا يجوز للبائع أن يعود ليمارس حقه في الحبس إذا تخلف المشتري عن سداد الاقساط ، فالتسليم يؤدي الى انقضاء حق البائع في الحبس.^(٣) ومع أن الميدان الحقيقي لحق الحبس هو البيع معجل الثمن ، إلا أنه يمكن تصور ممارسة البائع بالتقسيط لحق الحبس في حالتين :

١. إذا كان جزء من الثمن حالا ، كما لو تم الاتفاق على أداء المشتري دفعة أولية حال التعاقد، فيجوز للبائع أن يحبس المبيع عن المشتري حتى يوفي الجزء المستحق من الثمن .

٢. إذا سقط حق المشتري في الاجل بأحد أسباب السقوط المبينة آنفا على شرط أن البائع لم

يقم بعد بتسليم المبيع الى المشتري . كما لو تم الاتفاق على التسليم بعد سداد عدد معين من

الاقساط ثم أعسر المشتري جاز للبائع أن يحبس المبيع لأن الثمن قد أصبح مستحق الاداء.

يتضح مما تقدم محدودية حق الحبس في البيع بالتقسيط . فضلا عن ذلك فهو لا يعطي

البائع أي أفضلية لاستيفاء حقه من المال المحبوس .

ثانيا : امتياز البائع :

الامتياز بصفة عامة ، أولوية في الاستيفاء لدين معين يقرها القانون مراعاة منه

لصفة هذا الدين.^(٤) فهو بهذا المعنى حق عيني تبقي يمنح الدائن سلطة على الشيء محل

الامتياز تمكنه من استيفاء دينه بالأولوية على الدائنين العاديين والدائنين التاليين له في المرتبة

كذلك تتبع المال المتقل بالامتياز في أي يد يكون.^(٥)

ويعد امتياز البائع من أهم الضمانات التي يتمتع بها للحصول على الثمن ، فإذا كان

المبيع منقولا كان للبائع امتياز على الشيء المبيع وذلك ضمانا للوفاء بالثمن وملحقاته ، وإذا

كان عقارا فله امتياز على العقار المبيع ضمانا لما يستحق من ثمن وملحقاته . ويجسد اقرار

(١) د. أنور سلطان ، أحكام الالتزام ، مصدر سابق ، ص ٩٢ .

(٢) د. حسام الاهواني ، مصدر سابق ، ص ٧٨٩ .

(٣) د. عبدالمنعم البدرابي ، مصدر سابق ، ص ٤١٩ .

(٤) أنظر م / ١١٣٠ مدي مصري ، وم / ١٣٦١ مدي عراقى .

(٥) محمد طه البشر وغني حسن طه ، مصدر سابق ، ص ٥٦٥ .

المشرع لإمتياز البائع تبريره في أن البائع هو الذي أدخل المال في ذمة المشتري فمن العدل أن يتقدم سائر الدائنين في استيفاء حقه من قيمة هذا المال.^(١) وهذا الامتياز يثبت في كل عقد بيع سواء منجزا كان أم معلقا على شرط ، أو كان بثمن معجل أو مؤجل أو مقسط ما دام البائع لم يستوف الثمن . بيد أنه يشترط لثبوته ان تكون ملكية المبيع قد انتقلت للمشتري لذا فإنه لا يثبت في البيع بالتقسيط مع احتفاظ البائع بالملكية إلى حين استيفاء الثمن.^(٢) فهل يشكل هذا الامتياز ضمانا كافيا للبائع بالتقسيط ؟

ان هذا الامتياز لا يؤمن حق البائع بشكل تام للأسباب الآتية :

١. ليس من شأن هذا الامتياز تخويل البائع ميزة التقدم بشكل مطلق ، حيث يأتي امتياز بائع المنقول عادة في مرتبة متأخرة^(٣)، أما امتياز بائع العقار فتحدد مرتبته وفقا لتاريخ تسجيله.

٢. ان حق التتبع الذي يخوله الامتياز للبائع كثيرا ما يتعطل في العمل عند انتقال المنقول الى شخص حسن النية يتمسك بقاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية فلا يمكن الاحتجاج تجاهه بامتياز البائع .

٣. يفقد البائع امتيازَه متى تغيرت ذاتية المبيع كليا وتحول الى شيء آخر ، كما لو تحول الصوف نسيجا والقمح دقيقا ، كذلك ينقضي الامتياز إذا هلك المبيع إلا إذا استحق عنه مبلغ تعويض فينتقل اليه الامتياز.^(٤)

٤. لا يمكن الاحتجاج بالامتياز تجاه دائني تفليسة المشتري على الوجه السالف ذكره .

٥. ومما يحد أيضا من جدوى الامتياز تطلبه لإجراءات طويلة تستلزم وقتا وجهدا في التنفيذ على المبيع في يد المشتري أو الغير واقتضاء حق البائع من ثمنه .

الفرع الثاني

الضمانات الاتقائية

يشترط البائع بالتقسيط عادة على المشتري أن يقدم ضمانات تؤمن التزامه بوفاء ثمن المبيع ، ويتم الركون الى الضمانات المحددة في القانون ، وأكثر هذه الضمانات شيوعا في البيع بالتقسيط هي الكفالة والرهن والتأمين .

(١) د. سمير تاغو ، التأمينات الشخصية والعينية ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، ١٩٨٦ ، ص ٤٧٢ .

(٢) د. حسام الدين الاهواني ، مصدر سابق ، ص ٧٨٦ .

(٣) ففي القانون العراقي مثلا تكون مرتبة امتياز بائع المنقول هي السابعة وتتقدم الامتيازات التالية : ١. امتياز مصروفات القضاية . ٢. امتياز المبالغ المسنحة للحزينة . ٣. امتياز حفظ المنقول واصلاحه . ٤. الامتيازات العامة . ٥. امتياز مصروفات الزراعة والآلات الزراعية . ٦. امتياز مؤجر العقار وامتياز صاحب الفندق . المواد ١٣٦٨ - ١٣٧٦ مدني عراقي .

(٤) شاكور ناصر حيدر ، شرح القانون المدني الجديد ، الحقوق العينية العقارية ، ج ٢ ، ط ١ ، مطبعة المعارف ، بغداد ، ١٩٥٣ ، ص ٣٠٦ ، ص ٣٠٩ .

أولاً : الكفالة :

الكفالة هي عقد بمقتضاه يكفل شخص تنفيذ التزام ، بأن يتعهد للدائن بأن يفسي بهذا الالتزام إذا لم يف به المدين نفسه^(١) ، فالكفالة بحق ما هي إلا "ضم ذمة الى ذمة في المطالبة بتنفيذ التزام"^(٢).

وتوفر الكفالة للبائع بالتقسيط تأميناً شخصياً لأن التزام الكفيل بوفاء الثمن هو التزام شخصي يسأل عنه في أمواله كافة لا في مال معين بالذات^(٣)، ومع ذلك فإن الكفيل قد يقدم أحياناً مالا مملوكاً له ضماناً لدين البائع ففي هذه الحالة تكون بصدد كفالة عينية يجمع فيها الكفيل بين صفته ككفيل وصفة الراهن وتسري عليه أحكام الكفالة والرهن في ذات الوقت^(٤). والالتزام الكفيل لا يمكن ان يكون أشد من التزام المدين لكن من الجائز أن يكون أخف منه ، لذا لا تجوز الكفالة بمبلغ أكبر من الثمن المستحق على المشتري ولا بشروط أشد ، ولكن تجوز بمبلغ أقل وبشروط أيسر^(٥).

وإذا حل أجل الثمن أو قسط منه لا يجوز للبائع أن يرجع على الكفيل إلا بعد رجوعه على المشتري (المدين) ، وللکفيل حق التمسك بتجريد المشتري من أمواله قبل التنفيذ على أموال الكفيل ، وذلك تطبيقاً لفكرة التبعية والصفة الاحتياطية للالتزام الكفيل إلا إذا كان الكفيل متضامناً مع المشتري فتطبق بشأنه أحكام التضامن ويفقد حقه في الدفع بالتجريد فيجوز للبائع مطالبته بكل الدين ابتداءً^(٦).

يتضح مما تقدم أن ما يعيب الكفالة الشخصية أن البائع بالتقسيط فيها لا يحصل على حق أفضلية ولا تتبع لأموال الكفيل وإنما يرد حقه فقط على الضمان العام للكفيل الذي يزاومه فيه سائر دائتي الكفيل فيبقى البائع مهدداً بضياح جزء من حقه^(٧)، فالكفيل يمثل ذات مخاطر الاعسار التي قد تتوافر في المشتري.

(١) انظر : المادة ٧٧٢ مدن مصري .

(٢) المادة ١٠٠٨ مدن عراقي .

(٣) د. عبدالرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، ج ١٠ - التأمينات الشخصية والعينية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٧٠ ، ص ١٩ و ٢٠ .

(٤) د. سمير تناغو ، التأمينات ، مصدر سابق ، ص ١٨ و ٢٠ .

(٥) المصدر نفسه ، ص ٥٣ .

(٦) د. السنهوري ، الوسيط ، ج ١٠ ، مصدر سابق ، ص ١١٥ و ١١٧ .

(٧) استاذنا : د. جعفر الفضلي ، البيع بالتقسيط ، مصدر سابق ، ص ٤٣ .

وبما أن قيمة الكفالة وجدواها في الضمان تتحدد على أساس ملاءة ويسار الكفيل فلا شك أن الكفالات المصرفية ذات قيمة تربو على الكفالة العادية ، وتعد خطابات الضمان^(١) من أهم صور الكفالات التي تضطلع المصارف بتقديمها. ويتميز خطاب الضمان بأن التزام المصرف بموجبه تجاه البائع المستفيد من الخطاب هو التزام أصلي لا تبغي ، كما هو الحال في الكفالة العادية ، فلا يجوز للمصرف أن يتمسك بتجريد عميله المشتري المضمون من أمواله ، كما أنه التزم مجرد أي أنه ينشأ من ذات الخطاب ومستقل عن علاقات أطرافه ، فلا يجوز للمصرف ان يرفض الوفاء لسبب يرجع الى علاقة المشتري بالبائع أو علاقته هو بالمشتري ، وأخيرا فهو التزم قطعي بات بدفع المبلغ المحدد في الخطاب بمجرد مطالبة البائع دون قيد أو شرط.^(٢) ألا أن هذا الضمان المتميز ينهار عمليا في البيع لكون خطاب الضمان قائم على الاعتبار الشخصي ، فالمصرف يهتم بشخص طالب الخطاب ، فلا يصدر الخطاب إلا لشخص موثوق ببساره كالتاجر مثلا ، أما في البيع بالتسيط فالفرض أن المشتري هو شخص مستهلك عادي من ذوي الدخل المحدود ليس في وسعه أن يقدم مثل هذا الضمان للبائع.

ثانيا : الرهن :

تشمل التأمينات العينية التي تنقرر بمقتضى الاتفاق كلا من الرهن التأميني والرهن الحيازي ، ويقوم كل منهما على فكرة تخصيص مال معين ضمانا للوفاء بدين الدائن ، ولكن الاول لا يتقرر إلا على عقار ، أما الثاني فيرد على العقارات والمنقولات.^(٣)

ويعرف الرهن التأميني بأنه عقد بموجبه يكسب الدائن حقا عينيا على عقار مخصص لوفاء دينه ، يكون له بمقتضاه أن يتقدم على الدائنين العاديين والدائنين التاليين في المرتبة فسي استيفاء حقه من ثمن ذلك العقار في أي يد يكون.^(٤) ويقدم الرهن التأميني للبائع ضمانا مهما ، إذ بمقتضاه يخصص العقار المرهون لتأمين استيفاء البائع حقه في الثمن ، وهذا الرهن لا يجرد المشتري الراهن من حيازة المال المرهون بل يبقى في حيازته وله الانتفاع به بالشكل الذي لا يؤدي الى اضعافه أو الاضرار بحقوق المرتهن^(٥)، فإذا لم يسدد المشتري الثمن جاز

(١) وتعرف المادة ٢٨٧ من قانون التجارة العراقي خطاب الضمان أنه : "تعهد يصدر من المصرف بناء على طلب أحد التعاملين معه (الأمر) بدفع مبلغ معين أو قابل للتعين لشخص آخر (وهو المستفيد) دون قيد أو شرط ، إذا طلب منه ذلك خلال المدة المعينة في الخطاب ، ويمدد في خطاب الضمان الغرض الذي صدر من أجله".

(٢) أنظر في خطاب الضمان مفصلا : استاذتنا نسبية ابراهيم هو ، خطاب الضمان - دراسة في القانون العراقي ، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية القانون بجامعة بغداد ، ١٩٧٨ ، ص ٥٢ وما بعدها . وأنظر أيضا : د. علي جمال الدين عوض ، عمليات البنوك ، مصدر سابق ، ص ٣٦٠-٣٦١ .

(٣) د. شمس الدين الوكيل ، نظرية التأمينات في القانون المدني ، ط ٢ ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، ١٩٥٩ ، ص ٣٩-٤٠ .

(٤) راجع م/١٠٣٠ مدني مصري ، ويسميه بالرهن الرسمي ، والمادة ١٢٨٥ مدني عراقي .

(٥) د. شمس الدين الوكيل ، مصدر سابق ، ص ٢٢٨-٢٢٩ .

للبيع أن ينفذ على العقار المرهون ويستوفي حقه من ثمنه بعد بيعه ، وإذا ما حل مال آخر محل العقار بوشر حق التقدم على هذا المال أو على ثمنه كالتعويض ومبلغ التأمين وبدل الاستملاك للمنفعة العامة.^(١)

ولكن المشتري في البيع بالتقسيط قد يعجز في كثير من الاحيان عن تقديم أحد عقاراته على سبيل الرهن ، أيضا فالرهن التأميني عقد شكلي يتطلب لإنعقاده التسجيل في الدائرة المختصة ويستلزم كذلك اجراءات قانونية خاصة لبيع العقار المرهون.^(٢)

أما الرهن الحيازي فهو "عقد به يجعل الراهن مالا محبوسا في يد المرتهن أو في يد عدل بدين للمرتهن يمكن استيفائه كلا أو بعضا ، مقدما على الدائنين العاديين والدائنين التاليين في المرتبة في أي يد كان هذا المال".^(٣)

ويتميز الرهن الحيازي أن البائع المرتهن يتلقى حيازة المال المرهون ويحبسه حتى استيفاء الثمن كاملا ويلتزم مقابل ذلك بالمحافظة عليه وادارته واستغلاله لحساب الراهن ، كما قد يتفق على وضع المال المرهون في يد عدل.^(٤)

والرهن الحيازي في البيع بالتقسيط يفتح أمام المشتري خيارات أوسع لشموله كلا من المنقول والعقار ، كما أنه أكثر تطمينا للبائع لإحتفاظه بحيازة المال المرهون . إلا أنه يتضمن المآخذ الآتية :^(٥)

١. انه يحمل البائع أعباء هو في غنى عنها كحفظ المال المرهون ، وإيجاد مكان ملائم لخرزته ، فضلا عن صيانته وادارته واستغلاله .

٢. أن المشتري قد لا يقدم عليه لأنه يحرمه من الانتفاع بالمال المرهون نظرا لإنتقال حيازته الى البائع الراهن .

٣. أن عملية نقل الحيازة في ذاتها ليست سهلة كما يبدو أول وهلة ، فالنقل بساھض التكاليف والمال قد يتعرض أثناءه للتلف والضياع .

لدى التأمل في هذه المعوقات يتضح بالنتيجة الى أنها ترتد الى قاعدة وجوب انتقال الحيازة في رهن المنقولات ، فلا يتصور في ظل القواعد العامة رهن المنقول دون انتقال حيازته الى المرتهن. ومن أجل معالجة هذه الصعوبات ، انصب التأكيد القانوني على إيجاد

(١) محمد طه البشير وغني حسون طه ، مصدر سابق ، ص ٤٣٦ .

(٢) أسنادنا : د. جعفر الفضلي ، البيع بالتقسيط ، مصدر سابق ، ص ٤٥ .

(٣) المادة ١٣٢١ مدني عراقي .

(٤) د. سمير تناغو ، التأمينات ، مصدر سابق ، ص ٣٦٥ و ص ٣٧٥ وما بعدها .

(٥) أنظر في تقدير الرهن الحيازي : محمد طه البشير وغني حسون طه ، مصدر سابق ، ص ٤٩٠-٤٩١ ؛ شاكراً ناصر حيدر ، مصدر

سابق ، ص ١٨٥ .

سبل من شأنها التمكين من رهن المنقولات دون تجريد الراهن من حيازتها ، وهو ما يعرف في الفقه برهن المنقولات غير الحيازي ، أو الرهن الطليق للمنقول.^(١)

La gage sans De Possesion

فقد كشف التطور عن منقولات ذات قيمة مذهلة يصعب على مالكيها التخلي عن حيازتها ، كما لو كانت سفينة أو طائرة أو معدات صناعية وكان صاحبها في حاجة الى رهنها للحصول على ائتمان بضمانها.^(٢) لذا تفتق العمل عن اساليب تتيح لأصحاب هذه المنقولات الاستفادة منها في الضمان دون أن يفقدوا حيازتها لها ، وكان للمشرع الفرنسي قضب السابق في هذا المضمار ، فصدر منذ نهايات القرن التاسع عشر مجموعة من التشريعات بخصوص الرهن دون حيازة لبعض الاموال المنقولة.^(٣) ولعل أكثر القوانين التي تعيننا بهذا الصدد هو قانون ٢٩ كانون الأول ١٩٣٤ المعروف بقانون مالانجر La Loi Malingre الخاص بايجاد رهن غير حيازي للمركبات المبيعة بالتسيط لصالح بائعيها ، فقد سبق بيان أن هؤلاء البائعين فشلوا في ايجاد ضمان كاف لتجارتهم عن طريق البيع الاجاري أو شرط الاحتفاظ بالملكية ، لذا تدخل المشرع بايجاد هذا الضمان من أجل دعم صناعة السيارات التي كانت مهددة بالازمات الاقتصادية مطلع الثلاثينات . وقد استبدل هذا القانون بقانون ٣٠ أيار ١٩٥٣ المعدل في ٢ آب ١٩٥٧.^(٤)

يرد هذا الرهن على السيارات والمركبات الآلية الأخر ضمانا للوفاء بالثمن المؤجل أو القرض المقدم لشرائها نقدا ، وهذا الضمان لا ينشؤه القانون مباشرة إنما يجب الاتفاق عليه بين الطرفين ، وينبغي أن يكون العقد مكتوبا وان يتم اشهار الرهن من قبل البائع عن طريق قيده في سجل خاص تمسكه الجهة الادارية التي أصدرت الترخيص بتسيير المركبة ، ويكون للبائع أو المقرض بمقتضى هذا الضمان التنفيذ على المركبة في أي يد كانت عن طريق حجزها وبيعها لاستيفاء حقه من ثمنها بالأولوية على سائر الدائنين . ولا يسوغ للغير الذي تصرف له

(١) أنظر في هذا الموضوع مفصلا : د. أحمد سلامة ، بحث مشار اليه سابقا ، ص ٢٨٩ وما بعدها ؛ د. سمير تناغو ، التأمينات العينية على الطائرات ، بحث منشور بمجلة العلوم القانونية والاقتصادية ، تصدرها جامعة عين شمس ، العدد الثاني ، السنة السابعة ، ١٩٦٥ ، ص ٢٠٦ وما بعدها .

(٢) د. شمس الدين الوكيل ، مصدر سابق ، ص ١٥٠ هامش (١) .

(٣) ومن هذه التشريعات قانون ١٩ كانون الاول ١٨٧٤ الخاص برهن السفن والذي استكمل بالقانون ١٠ كانون الثاني ١٨٨٥ . وقانون ٣١ أيار ١٩٢٤ الخاص برهن الطائرات وقانون ١٧ آذار ١٩٠٩ الخاص برهن المحل التجاري ، وقانون ٢٢ شباط ١٩٤٩ المعدل بمرسوم ٢٠ أيار ١٩٥٥ الخاص برهن الافلام السينمائية .

(٤) Diamond , Instalment Credit, Op. Cit., P. 22 .

المشتري بالمركبة أن يحتمي بالاثر المسقط لقاعدة الحيازة في المنقول لكونه سيء النية بفعل اشهار حق المرتهن.^(١)

ان الرهن دون تجرد من حيازة المنقول لا يختلف عن الرهن الاعتيادي سوى في مسألة عدم انتقال حيازة المنقول من الراهن الى المرتهن ذلك أنه لما كان انتقال الحيازة يهدف اساسا الى اعلام الغير أن المنقول أصبح متقلا بأعباء معينة فانه متى أمكن التوصل الى وسيلة أخرى تقوم بهذه المهمة كالشهر القانوني مثلا أمكن رهن هذه المنقولات مع بقاء حيازتها للراهن.^(٢)

وبالرغم مما يوفره هذا الاسلوب من ضمان للبائع ينصب على ذات الاموال التي قام ببيعها وتسليمها الى المشتري إلا أنه يبقى محدودا بحالات تشريعية خاصة ، فلا يجوز أن يرد الرهن على منقول دون انتقال حيازته إلا في الاحوال التي يقررها المشرع. ومثالها في مصر رهن السفن بالقانون رقم ٣٥ لسنة ١٩٥١ ورهن المحل التجاري بالقانون رقم ١١ لسنة ١٩٤٠^(٣)، وفي العراق رهن المكائن وفقا للمادتين ٢ و ٣ من قانون تسجيل المكائن رقم ٣١ لسنة ١٩٣٩ وتعديلاته.^(٤)

ومع ذلك فان رهن المنقول دون حيازة ، رغم صفته الاستثنائية ، إلا أنه يعد احد علامات التطور في نظم التأمينات في القانون الحديث .
ثالثا : التأمين :

التأمين هو عقد يلتزم المؤمن بمقتضاه أن يؤدي الى المؤمن له أو الى المستفيد الذي شرط التأمين لصالحه مبلغا من المال ، أو ايرادا مرتبا ، أو أي عوض مالي آخر في حالة وقوع الحادث المؤمن ضده ، وذلك نظير أقساط أو أي دفعة مالية أخرى يؤديها المؤمن له للمؤمن.^(٥)

ويمكن أن يؤدي التأمين دورا ضمانيا هاما لحق البائع من خلال تنوع وتعدد صورته، فمن الممكن أن يتخذ صورة التأمين على الحياة ، بأن يقوم المشتري بالتأمين على حياته بمبلغ

(١) د. أحمد سلامة ، مصدر سابق ، ص ٣٦٦ ، ٣٧٠ .

(٢) د. سمير تناغر ، التأمينات الشخصية والعينية ، مصدر سابق ، ص ١٥٥ .

(٣) أنظر : د. السنهوري ، الوسيط ، ج ١٠ ، مصدر سابق ، ص ٣٤٩-٣٥٠ .

(٤) أنظر بحدود رهن المكائن مفصلا : محمد طه البشير وغني حسون طه ، مصدر سابق ، ص ٣٨٠-٣٨١ . ويعرف النظام القسائوني الانجليزي نوعا من الرهن دون حيازة للمنقولات يسمى Chattel Mortgage وينشأ عندما يقوم مالك المنقول بنقل ملكيته الى الدائن المرهن بشرط أن الاخير سيقوم باعادة نقل الملكية عندما يتم وفاء الدين ، والمدين الراهن يستفي حيازة المنقول لديه ، وهذا الرهن لا ينشأ إلا بوثيقة تراعى فيها بعض المتطلبات القانونية كالتسجيل : أنظر :

A. P. Dobson, Op. Cit., P. 165-166.

(٥) أنظر المادة ٧٤٧ مدني مصري ، والمادة ٩٨٣ مدني عراقي .

يعادل الثمن ، ويكون البائع هو المستفيد من التأمين ، كما يمكن أن يتخذ صورة التأمين على الاشياء إما عن طريق التأمين على العين المرهونة التي قدمها المشتري للبائع كضمان ، فيتعلق حق البائع بمبلغ التأمين أو التعويض في حالة هلاك العين أو عن طريق التأمين على المبيع ذاته لمصلحة البائع بمبلغ يعادل ثمن البيع المؤجل ، وقد يقوم البائع نفسه بإبرام هذا التأمين في حالة احتفاظه بملكية المبيع لحين سداد كامل الثمن.^(١)

وإذا كانت الصيغ السابقة ليست إلا طرقاً تقليدية للتأمين يمكن استخدامها كضمان غير مباشر بالنسبة للبائع ، إلا أن التطبيق قد شهد حديثاً ولادة نوع جديد من التأمين ينصب مباشرة على الدين الذي للبائع قبل المشتري يسمى ((تأمين الائتمان) "Assurance de Credit" ومقتضاه تغطية المؤمن له - أي البائع - ضد مخاطر الائتمان الذي يمنحه للغير - أي المشتري ، وهو على نوعين :

أ. تأمين كفالة الوفاء بالدين Assurance Caution : وهو قيام البائع بتأمين الديون التي له قبل المشتري ، ويكون بمثابة كفالة لإستيفاء حقه في الثمن المؤجل .

ب. التأمين تجاه اعسار المدين Assurance d'insolvabilite : وهو يغطي مخاطر اعسار المشتري ، أي عدم قدرته على السداد .^(٢)

وعند التأمل في مجمل ما تقدم من ضمانات يمكن التوصل الى أن محدودية جدواها في البيع بالتقسيط يرتد الى الاسباب الآتية :

١. ان هذه الضمانات المقررة في القواعد العامة لا تلبي الحاجة الى السرعة التي هي من مقومات التعامل في البيئة التجارية ، حيث أنها تتطلب في الغالب لتقريرها اجراءات معقدة وطويلة تسلبها فاعليتها ، والغالب أن البائع بالتقسيط تاجر يسعى للظفر بحقه في أسرع وقت وبأقل جهد .

٢. ان المشتريين في هذا النمط من البيوع هم غالباً من ذوي الدخل المحدود الذين يلجأون للشراء بالتقسيط لعجزهم عن أداء جميع الثمن فوراً ، لذلك ليس في وسعهم في الغالب تقديم ضمانات عينية جدية لمحدودية امكاناتهم المالية .

٣. ان نجاح اعمال البيع بالتقسيط تتوقف على تقديم السلعة للجمهور بشروط ميسرة ويؤدي اشتراط البائع تقديم ضمانات مرهقة الى عزوف المشتريين عن الشراء مما يؤدي الى كساد مبيعاته .

بناء على ما تقدم ، فان خير ضمان للبائع هو ذلك الذي ينصب على السلعة المباعة ذاتها ، لذا يتضح أن شرط الاحتفاظ بالملكية المبحوث فيه سلفاً يحقق ضماناً مثالياً في البيع

(١) أستاذنا : د. جعفر الفضلي ، البيع بالتقسيط ، مصدر سابق ، ص ٤٥-٤٦ .

(٢) أنظر مفصلاً بصددهذا النوع من التأمين : Raymond Michel , Op. Cit., P. 150 etc.

بالتقسيط ، وهو يقترب من الرهن الطليق للمنقول ، بل هو تجسيد له عن طريق الاستفادة من حق الملكية على سبيل الضمان ، لذا يمكن الاستغناء عن الضمانات الأخر إذا يادر المشرع بتعزيز هذا الشرط وإعطائه المزيد من الفاعلية .

ويجدر بنا أخيرا أن نذكر أن الفقه الإسلامي يجيز للبائع اشتراط ضمان للثمن ، فيجمع الفقهاء المسلمون على صحة اشتراط البائع رهن أو ضمين (أي كفيل) بالثمن المؤجل ، لأن هذا الشرط يؤكد مقتضى العقد وهو الحصول على الثمن^(١)، وقد سبق أن النبي (ﷺ) قد رهن درعه ضمانا لثمن طعام اشتراه بالنسيئة.^(٢) ويراعى أن الرهن في الفقه الإسلامي لا يكون إلا رهنا حيازيا لقوله تعالى : "فرهان مقبوضة"^(٣)

المطلب الثاني

حماية المشتري

مرّ بنا ان البائع غالبا ما يتولى تحصيل نفسه بنفسه من خلال إدراجه عددا من الشروط والضمانات ، بيد أن البائع قد يغالي في الحيطة والضمان ، ولا يخفى كونه الطرف الأقوى اقتصاديا في الرابطة التعاقدية ، فقد ينجح في فرض العديد من الشروط التي تلحق عسفا بالمشتري ، فالمشتري بدوره في حاجة الى حماية تجاه البائع ، وإزاء عدم كفاية القواعد العامة تدخّل المشرع لإضفاء الحماية على المشتري بنصوص قانونية أمرة لغرض إعادة التوازن الى الرابطة التعاقدية وضمان الاستقرار في عمليات الائتمان . وهكذا تستغرق دراستنا لهذا الموضوع مسألتين : الأولى ، المخاطر التي يتعرض لها المشتري ، والثانية ، التدخّل التشريعي لحماية المشتري .

الفرع الأول

المخاطر التي يتعرض لها المشتري

لا ينكر ما يقدمه البيع بالتقسيط من فوائد عملية بالنسبة للمشتري ، فالأفراد الذين ليس في وسعهم دفع مبالغ كبيرة في شراء نقدي يمكنهم بواسطته الحصول على السلع التي تمس حاجتهم اليها وبغيره لا تكون تحت متناولهم ، غير أن الائتمان بالنسبة للمستهلكين كما يرى

(١) المرغيناني ، مصدر سابق ، ص ٤٦ . ابن قدامة ، مصدر سابق ، ص ٤٨ .

(٢) أنظر آتيا (ص ١٤) .

(٣) سورة البقرة — الآية ٢٨٣ . ولكن الفقهاء المسلمون اختلفوا بعد ذلك في اعتبار القبض شرط انعقاد أم شرط صحة أم شرط لزوم . أنظر : عمد طه البشر وغني حسون ، مصدر سابق ، ص ٥٠٩-٥١٢ .

الاستاذ Gavalda بحق هو "كالم في كأس من عسل" ^(١) ، فمن اتتمان الى اتتمان يجدون أنفسهم وحياتهم مكبلة بسلسلة من الديون ، فالبيع بالتقسيط يشكل اغراء خطيرا للأفراد للأقبال ، دون تبصر أو حيلة ، على شراء سلع ليس بمقدورهم تحمل تكاليفها مما يجعلهم يقعون تحت رحمة التجار الجشعين القادرين على وضع شروط صارمة وخالية من أي وجه للفرق والاحسان. ^(٢)

وقد سبق بيان أن عقود البيع بالتقسيط في الغالب تعد صورة مثالية للعقود النموذجية ، فيتم اعدادها لصالح البائع من قبل محامين متمرسين بناء على توجيهاته ، وتطبع بشكل موحد ، ثم تقدم للمشتري في وضع يكون من المستبعد فيه قراءتها من قبله ، وحتى لو قام بذلك فمن غير المرجح أن يفهم كل الشروط التي تتضمنها ^(٣) ويحرص البائعون بالتقسيط عادة ، أن تكون عبارات العقود التي يقدمونها للمشتريين مصاغة بأسلوب محكم ومتقن بعيد عن الفهم ، وتطبع البنود التي تبين حقوق المشتري بشكل بارز ، أما التي تحمل التزاماته المشددة فتطبع في الهامش أو بأحرف صغيرة لا تسترعي الانتباه. ^(٤)

وقد لوحظ أيضا أن العديد من البائعين كانوا يحثون المشتريين على توقيع عقود البيع بالتقسيط على بياض (In Blank) ، ثم يقومون بعد ذلك بتدوين شروط هي أشد من تلك التي تم الاتفاق عليها شفاهة ، فضلا عن أن المشتريين لم يزودوا في الغالب بنسخ من العقود التي وقعوها ولم يعلموا نسبة الزيادة على الثمن النقدي للسلعة التي غالبا ما تكون فاحشة. ^(٥) وقد لعبت الدعايات المضللة دورا في وقوع المشتري في شرك البائع وكذلك اغراءات مندوب المبيعات المتجول الذي يحث ربات البيوت على الدخول في اتفاقات من هذا النوع. ^(٦)

ويستخدم البائعون عددا من الشروط التي تجعل المشتري يقع تحت طائلة الاخلال بالعقد ويتحمل نتائج وخيمة ، من أمثلة ذلك "شرط التصاعد" Balloon Clause الذي يوجب العديد من بائعي السيارات بالتقسيط على اتباعه ، وبموجبه فان الاقساط الشهرية المعتادة تتحول قبيل انتهاء العقد الى اقساط شهرية باهظة القيمة ، فلو فرضنا أن مدة التقسيط سنتان يقوم المشتري لأغلب المدة بسداد أقساط شهرية مقدارها عشرة الآلاف دينار ولكنه يجد نفسه في الأشهر الثلاثة الاخيرة من المدة ملزما بتسديد أقساط ثلاثة بقيمة مضاعفة لمرّة أو مرتين

Luc Bihl , Op . cit., P. 180 .

(١) نقل عن :

(٢) Eastwood , Op. Cit., P. 99.

(٣) A. Diamond. Installment Credit, Op. Cit., P.5 .

(4) J. K. Macleod, Op. Cit., P. 28.

(5) Ibidem, P. 28-29 .

(6) Diamond , Comm. And Cons. Credit, Op. Cit., P. 12.

فيعجز عن دفعها^(١)، مما يؤدي الى تحمله العديد من النتائج بفعل عدد من الشروط التي ذكرناها آنفا كالشرط الفاسخ الصريح والشرط الجزائي وشرط التعجيل وغيرها.

ومما زاد الامر سوءا ان الأزواج من الشباب هم أكثر مستخدمي الشراء بالتقسيط وهؤلاء يبدو أنهم لا يدركون انه لا عذر في حالة عدم الدفع ، فحتى لو كان رب الاسرة مريضا أو فقد عمله أو وجدت مصروفات اضطرارية فان من الواجب عليهم أن يستمروا في دفعات الاقساط وإلا تحملوا نتائج الاخلال بالعقد.^(٢)

تلك هي جملة من المخاطر التي تحدث بالمشتري ويثار التساؤل عن جدوى القواعد العامة في ازلتها أو التخفيف من آثارها ؟

لا شك ان القواعد العامة في عقد البيع أو نظرية العقد بوجه عام تتضمن أحكاما يمكن الاستفادة منها في ميدان حماية المشتري لا سيما تلك المتعلقة بعقود الاذعان وعيوب الارادة ونظرية الظروف الطارئة وحق المشتري في حبس الثمن .

وقد سبق بيان أن نظرية عقود الاذعان تتيح للقاضي تخفيض الشروط التعسفية أو اعفاء المشتري منها ، بيد أن البيع بالتقسيط لا يرقى في الغالب لكونه عقد اذعان لعدم توافر مقومات الاخير فيه.^(٣) أما عيوب الارادة كالاكراه والغلط والتغريب مع الغبن والاستغلال فهي أولاً صعبة الاثبات على المشتري ، وتتطلب ثانيا توافر شروط يصعب تحققها عملا لأن البائع يحرص على عدم الوقوع تحت طائلة القانون في هذا الجانب فضلا أن ارادة المشتري لم يشبها عيب بالمعنى الدقيق لأنه غالبا يقدم على التعاقد عن بينه واختيار ، لذا يضعف مجال أعمال عيوب الارادة في البيع بالتقسيط .

أما نظرية الظروف الطارئة فهي تستلزم وقوع ظروف استثنائية عامة غير متوقعة، أي انه لا يمكن الاستفادة منها في الاحوال الاعتيادية.^(٤) وحق المشتري في حبس الثمن يتطلب هو الاخر وقوع اخلال من جانب البائع بأحد التزاماته كالتزامه بدفع تعرض الغير أو ضمان العيوب الخفية أو التزامه بالتسليم^(٥) والفرص الغالب أن البائع يسلم المبيع للمشتري ويحرص

(1) McMurry and Packwood, Op. Cit., P. 592.

(٢) تشير الاحصاءات في الولايات المتحدة الامريكية على سبيل المثال : أن اسرتين من مجموع خمسة في أمريكا دون سن ٤٥ سنة يتفقون ما بين ١٠%-٤٠% من مدخولهم في دفعات الاقساط .
Ibidem, P. 586.

(٣) أنظر آنفا ص ٣٣-٣٣ من هذه الدراسة .

(٤) راجع نص المادة ١٤٧ ف٢ مدني مصري ، ١٤٦ ف٢ مدني عراقي . و جدير بالاشارة ان القانون الفرنسي لم ينص على هذه النظرية وإنما أخذ بها مجلس الدولة الفرنسي في قرار له عام ١٩١٦ ثم استقرت في القضاء ، يسد أننا إذا رجعنا الى الشريعة الاسلامية وجدنا أصل النظرية مستقرا فيها ومستندا من قوله (ﷺ) : (لا ضرر ولا ضرار) . أنظر : د. محمد بن حسين الشامي ، مصادر الالتزام ، مصدر سابق ، ص ٢٧١-٢٧٢ .

(٥) د. سعدون العامري ، مصدر سابق ، ص ١٩٠ وما بعدها .

على احترام شروط العقد ، من ناحية أخرى فإن البائع عادةً ما يدرج شرطاً يقضي بحرمان المشتري من حقه في حبس الثمن لأي سبب ويعتبر المشتري بالتالي متنازلاً عن هذا الحق ويمكن استخلاص هذا التنازل ضمناً من ظروف الحال، كما لو قام المشتري بتحريم كمبيالات لصالح البائع بأقساط الثمن.^(١)

الفرع الثاني

التدخل التشريعي لحماية المشتري

إزاء عدم كفاية القواعد العامة في توفير حماية فعالة للمشتري في البيوعات بالتقسيط، كان لزاماً على المشرع أن يتدخل بقواعد أمرة تكبح جماح الإساءات التي يتعرض لها المشتري . وكانت إنجلترا من الدول السبّاقة في هذا المضمار ، فصدر فيها أول قانون عام ١٩٣٨ الخاص بالبيع الإيجاري والذي تمتد أحكامه لتشمل حماية المشتري في البيع بالتقسيط ثم صدرت عدة قوانين من هذا النوع ألغيت جميعاً بقانون ائتمان المستهلك لعام ١٩٧٤ الذي وسع نطاق الحماية لتشمل كافة المدنيين في عمليات الائتمان.^(٢) وقد أصدرت فرنسا أول الأمر قوانين ذات طابع اقتصادي لتنظيم الائتمان باعتباره عاملاً للتضخم^(٣)، إلا أن أول تشريع تعلق بحماية المشتري هو القانون المرقم ٢٢-٧٨ في ١٠ كانون الثاني ١٩٧٨ الخاص بالإعلان وحماية المستهلك في عمليات الائتمان ، الذي الغي بصور قانون الاستهلاك لعام ١٩٩٣ Code de la Consommation .

وفي سويسرا، صدر القانون الاتحادي للبيع بالتقسيط في ٢٣ آذار ١٩٦٢ وأدخلت أحكامه في تقنين الالتزامات السويسري (المواد A٢٢٦ الى M٢٢٦) . أما في مصر فقد صدر قرار رئيس الجمهورية بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٥٧ في شأن بعض أنواع البيوع التجارية منظماً في الباب الثالث منه (المواد ٣٦-٤٢) أعمال البيع بالتقسيط واحتوى على أحكام تتعلق بحماية المشتري. وقد كان قانون التجارة العراقي الملغى لعام ١٩٧٠ يتضمن بعض الأحكام المتعلقة بحماية المشتري في المادتين ١٢٧ و ١٢٨ ، إلا أن أحكام البيع بالتقسيط غابت عن قانون التجارة النافذ لعام ١٩٨٤. وقبل أن نشرع ببيان أوجه الحماية القانونية للمشتري ينبغي الإشارة إلى أن معظم التشريعات قد أسبغت الحماية على المشتري بوصفه "مستهلكاً" ، والمستهلك هو الشخص الذي يروم الحصول على السلعة لإستعماله

(١) د. حسن علي الذنون ، عقد البيع ، مصدر سابق ، ص ٢٨٠-٢٨١.

A. P. Dobson, Op. Cit., P. 175.

(٢) انظر :

(٣) من هذه القوانين مرسومي ٢٠ أيار ١٩٥٥ و ٤ آب ١٩٥٦ في تحديد مدة الائتمان ومبلغه . وقانون ٢٨ كانون الأول ١٩٦٦

Luc Bihl, Op. Cit., P. 180-181.

فيما يتعلق بتحديد الفائدة في قرض الفرد. أنظر :

واستهلاكه الخاص لا للاستعمال المهني أو التجاري ، فالانتمان الذي يلتمس من قبل مهني لحاجات نشاطه يخرج من نطاق الحماية وقد حكم القضاء الفرنسي بذلك بصدد الصيدلي الذي اشترى بالتقسيط جهاز تنبيه لصيدليته^(١)، كما ذهب أيضاً الى عدم استفادة المهني من الاحكام المتعلقة بالشروط التعسفية.^(٢)

من ناحية أخرى ، فان تلك القوانين ليست عامة التطبيق بل حدد نطاقها ومداهما ، فعلى سبيل المثال يستبعد من نطاق تطبيق قانون الاستهلاك الفرنسي الائتمان الذي لا يتجاوز مدته ثلاثة اشهر ، وكذلك الائتمان الذي تزيد قيمته النقدية على (١٤٠) الف فرنك فرنسي ، وأخيراً الائتمان الممنوح لإكتساب ملكية غير المنقولات.^(٣)

وفي تفنين الالتزامات السويسري تستثني المادة ٢٢٦ (M) في فقرتها الرابعة حالات لا تخضع لقواعد البيع بالتقسيط هي : ١. الشراء من قبل تاجر ، ٢. إذا كان محل البيع يقصد منه الاستخدام المهني كالمكانن والمعدات المستخدمة في الانتاج ، ٣. البيع بالتقسيط الصغير (Petit) وهو ذلك البيع الذي لا يتجاوز ثمنه الكلي ٢٠٠ فرنك ولا تزيد مدته على ستة أشهر ، ٤. البيع بالتقسيط الذي يدفع فيه الثمن بأقل من أربعة أقساط بضمنها الدفعة الاولية .

والعلة في استبعاد المشتري التاجر من نطاق الحماية هو أن القانون اعتبره رجل نبيه ومتيقظ وعلى دراية بالبيع بالتقسيط ، كما أن البيع بالتقسيط الصغير أو الذي يدفع بثلاثة أقساط أو أقل لا يبلغ حد الحاجة الى الحماية .^(٤) كذلك لا يخضع البيع بالتقسيط لأحكام قانون انتمان المستهلك الانجليزي ، إلا إذا كان المشتري شخصاً طبيعياً وكان ثمن البيع لا يتجاوز اثني عشر ألف جنيه استرليني بشرط دفع الثمن بخمسة أقساط أو أكثر.^(٥) وبديهي أن العقود التي تخرج عن نطاق التنظيم التشريعي تبقى خاضعة للقواعد العامة.

ولنا أن نبدي ملاحظتين حول أحكام حماية المستهلك بوجه عام : أولهما : ان هذه الاحكام ذات صفة أمره لأنها تتعلق بالنظام العام . المشروع انطلق من فكرة أن البيع بالتقسيط يضع المشتري في اتجاه المبالغة في المديونية والحرية التعاقدية عندئذ ستكون مضرّة. وثانياً : ان هذه الحماية تتضمن فضلاً عن الجانب المدني جانب جنائي عقابي وليس غريباً على القانون المدني أن يستعين بالقانون الجنائي ليرهب المدين ويحمّله على الوفاء بدينه في بعض

Paris, 4 Oct. 1979 : D. 1980. IR. 383

(١)

Luc Bihl, Op. Cit., P. 182 .

مشار اليه ن :

Cass. Ire Civ. 30 Janv. 1996.

(٢)

Recueil Dalloz Siery, 1996, 16e Cahier , Jurisprudence, P. 228.

منشور في

Lamy S. A. , Op. Cit., P. 1711.

(٣)

Pierre Engle, Op. Cit., P.77

(٤)

(٥) المادة ٨ ف ٢٠٠ والمادة ١٦ من قانون انتمان المستهلك .

الحالات، بل أن هذا هو الاتجاه الحديث للتقنيات في عصر يقل فيه احترام العهد ويسوده مبدأ أن أموال المدين لا جسمه هي التي تضمن الوفاء بديونه .
وليس غايتنا في هذا المقام أن نسهب في تفصيل أحكام حماية المستهلك فان ذلك مما يصلح موضوعاً لدراسة مستقلة ، انما نتوخى بقدر تعلق الامر بموضوع البحث ان نوجز الاسلوب الذي تتم به هذه الحماية في التقنيات المقارنة ابتداءً من مرحلة ما قبل التعاقد وانتهاءً بالمرحلة التي تلي انحلال الرابطة العقدية .

أولاً : الحماية السابقة على التعاقد :

حماية المستهلك يُشرع بها في عديد من الدول قبل الدخول في العقد ، فلأجل ضمان سلامة المعاملات تتبع بعض الدول نظام الاجازة ، كما أن اعلان التسهيلات الائتمانية لأغراض الدعاية يكون تحت سيطرة القانون الى حد بعيد . ففي انجلترا ، يجب على كل من يزاول أحد الاعمال الائتمانية المحددة قانوناً أن يحصل على اجازة أو ترخيص (Licence) تصدرها جهة مختصة.^(١) والغرض من ذلك التأكد من كفاءة هؤلاء الاشخاص ومقدرتهم على مزاوله هذه الاعمال ، وقد قسمت الإجازات الى ستة أصناف فمن يرغب بمزاوله أعمال البيع بالتقسيط أو البيع الإيجاري عليه الحصول على اجازة من الصنف (أ) (A) ، وللمدير العام المختص صلاحية رفض منح الاجازة أو رفض تجديدها أو تجميدها مؤقتاً أو سحبها وإذا اتضح أن حاملها غير مؤهل لممارسة النشاطات المخولة له بموجب الاجازة.^(٢) وبشكل عام إذا كان قد أُدين بالتغريب أو بأي عمل يتنافى مع التعامل التجاري السليم.^(٣) وتقرر المادة ٣٩ عقوبة جزائية للشخص الذي يزاول أعمالاً تتطلب ممارستها الاجازة دون أن يكون حاصلاً عليها أو كانت أجازته لا تخوله ممارسة هذا النوع من الاعمال .

وقد فرض القانون المصري على البائع الذي يزاول عمليات البيع بالتقسيط ان لا يقل رأسماله عن ثلاثة آلاف جنيه ، وقد تطلب المشرع أن يكون للبائع هذا الثقل المالي لكي يوفر للجمهور قدراً من الثقة بالبائع ولضمان عدم اهتزاز مركزه المالي مما يعرض الصفقات التي أبرمها والجاري تنفيذها للمخاطر.^(٤)

وقد تبين مما سبق أن المشتري غالباً ما كان يخدع بالاعلانات المضللة للبائعين ، لذا كان مقبولاً أن يتدخل المشرع لتنظيم عملية الاعلان ، فقد فرض قانون الاستهلاك الفرنسي

(١) المادة ٢١ من قانون ائتمان المستهلك .

(٢) المادة ٢٥ من قانون ائتمان المستهلك .

(٣) Dobson, Op. Cit., P. 201.

(٤) د. هاني دويدار ، مصدر سابق ، ص ١٠٣ .

لعام ١٩٩٣ على المعلن وجوب ذكر بيانات الزامية في الاعلان تتعلق بشخص مقدم الائتمان، طبيعة الائتمان ومحلّه ومدته ، بيان الثمن الحقيقي والتكلفة الكلية للائتمان وجعل أي نقص في أحد هذه البيانات مستوجباً للمساءلة الجنائية.^(١)

وبالمثل ، فقد خولت المادة (٤٤) من قانون ائتمان المستهلك الانجليزي رئيس الوزراء اصدار تعليمات فيما يتعلق بشكل ومضمون الاعلانات لغرض ضمان أن الاعلان ينقل صورة واضحة وحقيقية حول طبيعة الائتمان وواقعه ، وتقرر المادة ٤٦ ف ١ أنه إذا نقل الاعلان معلومات في جانبها الموضوعي كاذبة ومضللة ، فان المعلن يرتكب جريمة Offence ويخضع للعقاب . ويلاحظ أن المقصود بالاعلان (Advertisement) كل وسيلة لنقل المعلومات الى الغير كالراديو والتلفاز والافلام والمنشورات كالجرائد والمجلات والملصقات، العلامات ، قوائم الاسعار ، دليل المنتوجات وغيرها.^(٢)

ثانياً : الحماية في مرحلة التعاقد :

تقدم أن المشتري كان يقدم على التوقيع على وثيقة العقد دون ادراك كامل لتفاصيلها أو علم تام بشروطها ، لذا فان جوهر الحماية في هذه المرحلة تتجسد بوجود أن يكون المشتري على بينة وان يحيط علمه بكافة تفاصيل الاتفاق وشروطه قبل ان يعطي قبوله للايجاب ، يتأتى ذلك من خلال الالزام بكتابة صيغة العقد (الايجاب) وفق ضوابط معينة وتزويد المشتري بنسخة منها.

ففي القانون الفرنسي ، ينبغي أن يكون الايجاب المقدم الى المستهلك محرراً كتابياً بأسلوب واضح ومتضمناً عدداً من البيانات حول طرفي العقد ومحلّه ومبلغه والدفعة الاولى ومقدار الفائدة وعدد الاقساط ومواعيدها، ويترتب على عدم مراعاة هذه القواعد ، كعدم كتابة الايجاب أو غياب بعض البيانات تعريض البائع فضلاً عن العقوبة الجزائية الى جزاء مدني يتمثل بخسران حقه في الفائدة ، ويلتزم البائع بالبقاء على ايجابه مدة خمسة عشر يوماً على الاقل يتمكن فيها المستهلك من دراسة العرض المقدم له بروية وتمعن.^(٣)

وأوجب قانون ائتمان المستهلك الانجليزي صدور تعليمات فيما يتعلق بتحديد شكل ومضمون الوثائق التي تتضمن عقود ائتمان المستهلك على الاخص صدور صيغ نموذجية للعقود التي تبرم في هذا الشأن ، هذه التعليمات ينبغي أن تتضمن أحكاماً معينة تتطلب اعلام

(١) المادة ٣١١ ف ٤ من تعنين الاستهلاك .

(٢) المادة ١٨٩ من قانون ائتمان المستهلك الانجليزي .

(٣) المادة ٣١١ ف ١٣ و ١٤ من قانون الاستهلاك الفرنسي . وأنظر أيضاً :

المدين بحقوقه والتزاماته كافة بموجب العقد وإعلامه بالحماية المقررة له بموجب القانون ، ومن الضروري الكشف عن نسبة الفائدة لكي يتمكن المستهلك من المقارنة بين الاشكال المختلفة للانتمان المتاحة أمامه. وتكتب التزامات المشتري باللون الاحمر لغرض جلب انتباهه اليها^(١) ، والأثر المترتب على مخالفة الاحكام المتقدمة ان العقد يصبح غير قابل للتنفيذ إلا بأمر المحكمة التي لها صلاحية اصدار أمر بتنفيذه إذا احتوى عيوباً غير جوهرية.^(٢) وقد مر معنا ان القانون السويسري جعل البيع بالتقسيط عقداً شكلياً ورتب على الاخلال بذكر بعض البيانات بطلان العقد ، وأوجب فضلاً عن ذلك تزويد المشتري بنسخة من العقد.^(٣) وكذلك أوجب القانون المصري تحرير العقد من نسختين مستلزماً ذكر بيانات معينة وأوجب تسليم احدى نسختي العقد للمشتري واحتفاظ البائع بالنسخة الاخرى مدة (٧) سنوات.^(٤)

يتضح مما سبق ، أن المشرع من خلال الزامه بالكشف عن شروط التعاقد يسعى الى تنبيه المشتري الى معلومات قد يكون لها تأثير على قراره بالدخول في العقد المزمع ابرامه أو العدول عن ذلك .

وقد سبق أن أوضحنا عند دراستنا لتقسيط الثمن أن المشرع فرض قيوداً على ارادة الطرفين فيما يتعلق بتحديد الحد الأدنى للدفعة الاولى والمدة القصوى للتقسيط ، ويمكن ادخال هذا التنظيم أيضاً في باب حماية المشتري ومنع استغلاله من قبل البائع عن طريق اطالة المدة لزيادة الفوائد التي يجنيها ، أو خفض مبلغ الدفعة الاولى لإغراء المشتري على التعاقد .

(١) المادة ٦٠ من قانون ائتمان المستهلك : وأنظر مفصلاً :

Diamond, Comm. And Cons. Credit, Op. Cit., P. 46.

(٢) المادة ٦١ والمادة ١٢٧ من قانون ائتمان المستهلك .

(٣) المادة ٢٢٦ (A) من تقنين الالتزامات . وأنظر أيضاً ص ٢٤ من هذه الدراسة .

(٤) المادة ٣٩ من القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٥٧ .

ثالثاً : الحماية اللاحقة على التعاقد :

هي تلك الحماية التي تبدأ بعد إبرام المشتري للعقد واثاء فترة تنفيذه لإلتزامه بسداد أقساط الثمن ، والحماية هنا تتناول على وجه الخصوص اعطاء فرصة للمشتري للعدول عن العقد بعد إبرامه وكذلك الحد من النتائج القاسية التي تترتب على اخلاله بالعقد .

١. حق العدول : La Faculte de Retractation

أعطت بعض التشريعات للمشتري بعد إبرامه العقد ولفترة وجيزة الحق في العدول عنه واعتباره كأن لم يكن ، والعلة في ذلك أن المشتري عادة ما يندفع سريعاً الى إبرام عقد ثم يجد نفسه بعد التعاقد قد أغري به نتيجة وقوعه تحت تأثيرات البائع ، لذا وجب تمكينه من التخلص منه دون أن يصيبه ضرر باستخدام حق العدول.

ففي تقنين الاستهلاك الفرنسي تقرر المادة ٣١١ الفقرة (١٥) أن للمدين أن يرجع عن العقد خلال مدة سبعة ايام من تاريخ قبوله للإيجاب المكتوب ، ولتمكين المشتري من ممارسة هذا الحق ألزم المشرع أن تتضمن وثيقة الإيجاب المسبق التي يوقع عليها المشتري صيغة كتابية ملحقة تتعلق بالعدول وقابلة للفصل Detachable ، المشتري ليس عليه سوى أن يحرر ويؤرخ ويوقع هذه الصيغة ويرسلها الى البائع بالبريد المسجل في موعد أقصاه آخر يوم من المدة المقررة.^(١)

وفي القانون الانجليزي يجوز للمشتري أن يعدل عن العقد بتوجيه اشعار العدول الى البائع أو وكيله خلال مدة خمسة ايام من تاريخ تسلمه نسخة من العقد ، وتعرف هذه الفترة بمدة تجميد الاتفاق Cooling – off Period.^(٢)

أما في القانون السويسري فلا يعتبر عقد البيع بالتقسيط ساري المفعول بالنسبة للمشتري إلا بعد مضي خمسة ايام من وضع نسخة العقد الموقعة من الطرفين بين يديه ، وخلال هذه المدة يمكنه أن يُعلم البائع كتابةً أنه عدل عن العقد ، ويلاحظ أنه إذا كان المشتري قد تسلم المبيع فلا يستطيع استخدامه خلال مهلة العدول إلا بالحد الضروري للفحص الاعتيادي وبخلاف ذلك يعتبر العقد ساري المفعول بحقه.^(٣)

وبديهي أنه لا يجوز مطالبة المشتري باي تعويض جراء عدوله عن العقد .

٢. حق الانهاء : Right of Termination

Lamy S. A. , Op. Cit., P. 1717.

(١) انظر :

(٢) المادتان ٦٨ و ٦٩ من قانون ائتمان المستهلك الانجليزي .

(٣) المادة ٢٢٦ (C) الفقرات ١ و ٢ و ٣ من تقنين اللتزامات السويسري : وأنظر مفصلاً :

R. Jeanpretre, Op. Cit., P. 19.

انفرد القانون الانجليزي عن التشريعات محل المقارنة بمنحه للمشتري حق انتهاء عقد البيع بالتقسيط المشروط^(١) وذلك في أي وقت اثناء سريان العقد وقبل استحقاق القسط الاخير، يتم ذلك عن طريق توجيه اشعار كتابي للشخص المخول باستلام الاقساط المدفوعة بموجب العقد . وهذا الحق لا يؤثر على مسؤولية المدين المترتبة قبل الانتهاء ، لذا تكون الاقساط المستحقة حتى ذلك الحين واجبة الدفع.^(٢)

والغالب أن البائع يشترط استحقاقه عند الانتهاء لمبلغ معين كتعويض عن هبوط قيمة المبيع وهو ما يعرف بشرط الوفاء الادنى Minimum Payment Clause المشرع حدد هذا التعويض وأوجب أن لا يتجاوز نصف ثمن البيع الكلي ، فإذا كانت المبالغ المقبوضة من قبل البائع عند انتهاء الاتفاق أقل من النصف وجب على المشتري أن يرفع المبلغ المقبوض الى النصف ، ولا يخل ذلك بحق البائع بطلب التعويض بشكل منفصل عن الاضرار الاخرى.^(٣) وبما أن عقد البيع بالتقسيط على النحو المتقدم يصبح قابلاً للإلغاء بإرادة طرف واحد، هو المشتري وفي أي وقت ، فإنه يعد عقداً غير لازم إذا ما استعرنا مصطلحات الفقه الاسلامي للتعبير عن الحقيقة القانونية في هذا المجال .

٣. التخفيف من النتائج المترتبة على الاخلال بالعقد :

تبين مما تقدم أن البائع يقوم بادراج شروط عقدية تتعلق بالنتائج المترتبة على اخلال المشتري بوفاء الاقساط ، وتميل هذه الشروط لتحميل المشتري اعباءً ثقيلة في حالة الاخلال، لذا فان الاتجاه في التقنيات الحديثة يميل الى تقييد فاعلية تلك الشروط والحد من آثارها. ففيما يتعلق بشرط التعجيل الذي مقتضاه حلول الاقساط كافة ووجوب تسديدها دفعة واحدة إذا تخلف المشتري عن سداد قسط واحد منها ، نجد أن التشريعات تذهب الى تقييد هذا الشرط بحالة تخلف المشتري عن ايفاء عدد من الاقساط ، فيقضي المشرع السويسري مثلاً بعدم نفاذه إلا إذا كان المشتري قد تأخر عن سداد قسطين على الاقل يمثلان بمجموعهما عشر الثمن الكلي أو قسط واحد يمثل ربع الثمن ، وينبغي على البائع منح المشتري مهلة أربعة عشر يوماً قبل المطالبة بالمتبقي من ثمن البيع.^(٤)

(١) Conditional - Sale وهو البيع بالتقسيط مع الاحتفاظ بالملكية .

(٢) المادة ٩٩ من قانون ائتمان المستهلك .

(٣) المادة ١٠٠ من قانون ائتمان المستهلك ، وأنظر في شرط الوفاء الادنى وتبريره الاقتصادي :

Atiyah, Op. Cit., P. 341-344.

(٤) المادة ٢٢٦ (H) ف ٢ و ٣ من تقنين الالتزامات السويسري .

وبالنسبة للشرط الفاسخ الصريح الذي يقضي فسخ العقد واسترداد المبيع بمجرد تأخر المشتري عن سداد أحد الاقساط ، تقيد التشريعات ذلك أيضا ، فيوجب المشرع الانجليزي على سبيل المثال توجيه انذار بالاخلاق الى المشتري وامهاله سبعة ايام على الاقل لمعالجة هذا الاخلاق.^(١) فضلا عن ذلك إذا كان المشتري قد دفع ثلث ثمن المبيع أو أكثر ، فإن مفعول الشرط الفاسخ يتعطل ولا يستطيع البائع فسخ العقد إلا باستحصال حكم بالفسخ من المحكمة التي لها سلطة تقديرية واسعة في الحكم بالفسخ من عدمه كأن تمنح المشتري مهلة لدفع الثمن المستحق.^(٢)

وفي القانون السويسري يمكن للقاضي أن يمنح تسهيلات في الوفاء للمشتري بالشروط الآتية :^(٣)

١. ان يكون المشتري في حالة اخلاق بالعقد .
 ٢. أن يكون المشتري قد عرض ضمانا كافيا للوفاء بالتزاماته .
 ٣. أن لا ينتج عن هذه التسهيلات أي ضرر يلحق بالبائع.
- فإذا توافرت الشروط المتقدمة ، جاز للقاضي أن يطيل مدد استحقاق الاقساط المتفق عليها أو يخفض الاقساط المرتفعة ويزيد من عددها ، وبالتالي يحرم البائع من فسخ العقد واسترداد المبيع .^(٤)
- وقد يشترط البائع أخيرا أنه عند فسخ العقد يحتفظ بالاقساط التي قبضها على سبيل التعويض ، وقد سلف بيان أن التشريعات اعتبرت هذا الشرط شرطا جزائيا وأجرت عليه أحكامه من حيث جواز تدخل القاضي بناء على طلب المشتري بتخفيض التعويض في حدود ما لحق بالبائع من ضرر.^(٥)

٤. منح القاضي سلطة التدخل لتعديل آثار العقد :

بما أن المشتري في البيع بالتقسيط يحرم عادة من الحماية التي توفرها نظرية عقود الإذعان، لذا فإن المشرع في بعض الدول أبقى إلا ان يسبغ على المشتري حماية من نوع مماثل.

(١) المادة ٨٧ ف ١ و المادة ٨٨ من قانون ائتمان المستهلك الانجليزي .

(٢) المادة ٩٠ من قانون ائتمان المستهلك .

وتسمى البضائع التي دفع ثلث ثمنها فأكثر بالبضائع المحمية Protected goods

(٣) المادة ٢٢٦ (K) التزامات سويسري .

(4) Jeanpretre, Op. Cit., P. 19.

(٥) انظر انفاص ٤٨ من هذه الدراسة .

ففي فرنسا صدر القانون بالرقم ٢٣-٧٨ في ١٠ كانون الثاني ١٩٧٨ الخاص بالشروط التعسفية (Clauses abusives) وتنص المادة ٣٥ منه على تخويل مجلس الدولة الفرنسي اعداد اللوائح المتعلقة بالشروط التعسفية بعد أخذ رأي لجنة الشروط التعسفية بشرط أن تكون هذه الشروط مفروضة على غير المهنيين أو المستهلكين نتيجة تعسف الطرف الآخر في استعمال سلطاته الاقتصادية لغرض حصوله على ميزة مجحفة.^(١) واحتوى قانون الائتمان المستهلك الانجليزي في المواد ١٣٧-١٤٠ احكاما مهمة تتعلق باتفاقات الائتمان التعسفية Extortionate Credit Bargains فنقرر المادة ١٣٧ ف١ أنه : "إذا وجدت المحكمة اتفاق الائتمان تعسفيا جاز لها اعادة فتح الاتفاق لإجراء ما يحقق العدالة بين الطرفين" .

وأوضحت المادة ١٣٨ أن اتفاق الائتمان يكون تعسفياً متى ألزم المدين أن يؤدي دفعات بالغلة الجسامة الى حد كبير ، أو كان الاتفاق يتنافى بشكل صارخ مع المبادئ المتعارف عليها للتعامل السليم . وفي تقدير ما إذا كان الاتفاق تعسفياً تراعي المحكمة نسبة الفائدة ، ومدى خبرة ومؤهلات المدين ، ومتى كونه تحت الضائقة المالية وقت ابرام العقد.^(٢)

وتتجسد سلطة المحكمة ازاء العقود التعسفية بقدرتها على تعديل شروط التقييط ، أو أن تبريء المشتري كلياً أو جزئياً من الالتزام التعسفي ، وإن تأمر البائع برد كل أو بعض المبالغ المدفوعة بموجب العقد.^(٣)

ويلاحظ أخيراً ان هذه الاحكام وما اليها والتي قصد بها حماية المشتري ، وان لم ينص عليها الفقهاء المسلمون ، لا تأبأها القواعد العامة للشريعة الاسلامية وتتسجم مع ما تتصف به من مرونة وحرص على عدالة التعامل وحسم مادة النزاع واستئصال العوامل التي من شأنها الحاق الضرر بالمتعاقدين.

(١) أنظر في عدم استفادة المهني من هذا التشريع :

Jacques Ghestin, Un Professionnel Pent-il beneficiar de la legislation sur les clauses abusives?

La Semaine Juridique (JCP) , Ed. G. no. 19-1996, P. 187.

(٢) P. S. Atiyah, Op. Cit., P. 346.

(3) Michael Mark, Op. Cit., P. 56.,

الخاتمة

يجدر بنا في ختام هذه الدراسة أن نخرج بجملة من النتائج والتوصيات :

أولاً : النتائج :

١. البيع بالتقسيط : بيع انتماني بمقتضاه يتم الوفاء بالثمن على أقساط دورية تدفع ، كلا أو جزءاً ، بعد تسليم المبيع.
٢. البيع بالتقسيط عقد ذو وجهين ايجابي وسلبي ، فهو من ناحية أداة تيسر للأفراد الحصول على حاجاتهم الضرورية ويساعد البائعين على تصريف سلعهم وترويجها ، ولكنه من ناحية أخرى يشكل دافعا خطيرا للأفراد على الشراء دون تبصر فيوقعهم في مشاكل مالية وقانونية ويعرض البائعين لمخاطر منح الائتمان .
٣. إزاء المشاكل التي يثيرها البيع بالتقسيط يعمد المشرع في بعض الدول منها فرنسا وإنجلترا وسويسرا ومصر لغرض الاستفادة من محاسنه وتلافي مثاليه الى اصدار تشريعات خاصة لتنظيم هذا البيع يتبع فيها سياسة حكيمة لتحقيق التوازن بين مصلحتي طرفيه ، البائع والمشتري ، فيوفر الضمانات المناسبة للأول ويسبغ الحماية الكافية للثاني ويتفاوت هذا التنظيم بين الدول قوة وضعفا فيما يخلو القانون العراقي من أي تنظيم تشريعي خاص للبيع بالتقسيط .
٤. ينطوي الثمن في البيع بالتقسيط على زيادة عن الثمن النقدي مقابل الاجل ، وهذه الزيادة اشتبهت على الكثيرين بالربا ، والتحقيق ان هذه الزيادة لا تدخل في باب الربا المحرم في الشريعة الاسلامية .
٥. البيع الايجاري ليس إلا صورة محورة من عقد البيع بالتقسيط دعت اليه نزعة الاغراق في الحيلة من قبل البائعين ، وإن كان هذا التغيير في طبيعة العقد قد حقق في إنجلترا النتائج المتوخاة منه في ضمان مصلحة البائعين الى ابعد مدى ، إلا أن مثل هذا التحايل سرعان ما احبط في كل من فرنسا وسويسرا ومصر والعراق بكشف حقيقة التصرف وردّه الى اصله باعتباره بيعا بالتقسيط ومن ثم تطبيق أحكام البيع لا الايجار عليه.
٦. ان اسلوب معالجة مشكلة البيع الايجاري يكمن في التصدي للاسباب قصور البيع بالتقسيط وايجاد الحلول اللازمة التي تجعل منه بديلا عمليا للبيع الايجاري ، وليس العكس ، ولا يعني ذلك حظر أو الغاء البيع الايجاري ن إنما تطبيق أحكام البيع بالتقسيط بنجاح عليه .
٧. يؤدي تمويل البيع بالتقسيط الى تشعب الروابط الناتجة عنه التي علاقة ثلاثية الابعاد ، بل ان اتباع اسلوب القرض في فرنسا وسويسرا يفضي الى تغيير جوهر

العقد من بيع بالتقسيط الى بيع نقدي مضافا اليه القرض بالتقسيط . ويراعي
المشرع حقيقة الارتباط من الناحية العملية بين مجموع هذه العقود .
٨. تسري على البيع بالتقسيط بوصفه ضربا من البيع القواعد العامة لهذا العقد ،
فضلا عن القواعد المنظمة للأجل في الالتزام ، كما يخضع أيضا الى ما يفرضه
المشرع من تنظيم تشريعي خاص به .

٩. تظلم الارادة بدور واسع في النظام القانوني للبيع بالتقسيط ، من حيث تحديد
الدفعة الاولى وعدد الاقساط واقامها ومواعيد استحقاقها ، فضلا عن دورها في
التأثير على حقوق والتزامات طرفي العقد عن طريق سلسلة من الشروط العقدية
كالشرط الفاسخ الصريح والشرط الجزائي وشرط التعجيل . إلا أن التجربة أثبتت
أن اطلاق العنان للحرية التعاقدية في هذا المجال يلحق الضرر بالمتعاقدين والغير
لذا يحاول المشرع عن طريق قواعد أمرة التأثير على المركز القانوني للطرفين
والتزاماتهما فيتناول كل ذلك بالتقييد والتعديل والحظر .

١٠. ان شرط الاحتفاظ بالملكية في البيع بالتقسيط ما هو إلا شرط واقف يجعل نقل
الملكية وحده معلقا على سداد الاقساط كافة ، وتتفاوت مكانة الشرط في التقنينات
محل المقارنة قوة وضعفا ، فبينما يعجز في القانون المصري عن توفير حماية
فاعلة للبائع بالتقسيط يحتل مكانة بارزة في القانونين الانجليزي والسويسري
ويتبلور دوره كضمان عيني يكفل للبائع استيفاء حقه فيما يميل الاتجاه التشريعي
الحديث في فرنسا نحو تعضيد هذا الشرط وتفعيله ، أما القانون العراقي فيقف
بين هذا وذاك فيجيز الاحتجاج بالشرط تجاه المتصرف اليه حسن النية ويمنع
نفاذه تجاه الدائنين في حالة الافلاس .

١١. يعد شرط الاحتفاظ بالملكية أهم وأفضل ضمان يمكن توفيره للبائع بالتقسيط كونه
ينصب على السلعة المباعة ذاتها ، فيما تقف الضمانات الأخر القانونية منها
والاتفاقية عاجزة عن تلبية حاجة البائع بالتقسيط الى السهولة والسرعة .

١٢. يقع المشتري في البيع بالتقسيط ضحية جشع بعض البائعين الذين يفلحون عن
طريق التحايل والتضليل بفرض التزامات مجحفة بحق المشتري وتفقّد القواعد
العامة جدواها في هذا المجال ، لذا لا يجد المشرع بدا من التدخل لحماية المشتري
بعده أوجه تسبق بعضها مرحلة التعاقد لتحول دون اندفاع الشخص الى الشراء بلا
تبصر وتمتد الأخرى إلى مرحلة ما بعد التعاقد لتحمي المشتري على وجه
الخصوص من النتائج المترتبة على الإخلال بالعقد .

١٣. ان أهم ما أثبتته هذه الدراسة هو إمكانية استيعاب الفقه الإسلامي لأحدث التوجهات التشريعية في مجال البيع بالتقسيط ، فيتضمن هذا الفقه العظيم بمجمل مذاهبه مرونة مذهلة وقابلية للتطور مواكبا أحدث متطلبات العصر .

ثانياً ، التوصيات :

من استقراء مجمل الوضع في القانون العراقي يتضح أن البيع بالتقسيط لم يحظ بتنظيم تشريعي خاص إنما تطبق عليه فحسب أحكام القواعد العامة ، ولا ينكر أهمية هذه القواعد التي لا غنى عن أعمالها في البيع بالتقسيط ، لكن هذه الدراسة جسدت عدم كفاية تلك القواعد للإحاطة بكافة الجوانب والمشاكل التي يثيرها هذا البيع ، لذا يحتاج البيع بالتقسيط الى شيء من التنظيم لتحقيق التوازن بين مصلحة المشتري ومصلحة البائع ، ونأمل من المشرع العمل على تلافى هذا القصور ، وأن يأخذ بالإعتبار المقترحات الآتية في أي تدخل تشريعي مستقبلي :

أولاً : ندعو المشرع الى إصدار قانون خاص للبيع بالتقسيط يتضمن من جهة وضع تنظيم معين لنشاط البيع بالتقسيط من خلال فرض بعض الضوابط والقيود على البائع الذي يزاول البيع بالتقسيط كتمتعه بتقل مالي معين ومسكه دفاتر خاصة لقيود هذه المعاملات . ومن جهة أخرى يشتمل على بعض الاوجه الضرورية لحماية المشتري ، تلك الحماية التي أصبحت اليوم ضرورة ملحة في القانون العراقي ، سيما وأن الوضع التشريعي الحالي يرجح كفة البائع ويمكنه من استغلال المشتري الى ابعد مدى . ولا يفوتنا أن نذكر أن خلو القانون العراقي من أي تنظيم لحماية المستهلك قد أدى الى انتشار الغش والتحايل الذي وقع ضحيته العديد من أفراد المجتمع .

ثانياً : تدعيم شرط الاحتفاظ بالملكية عن طريق اسباغ مزيد من الفاعلية عليه لكي يغني البائعين بالتقسيط تماما عن اللجوء الى الوسائل الاخرى لضمان حقوقهم ، وبما أن المشرع العراقي قد قبل نفاذ الشرط تجاه المتصرف اليه حسن النية ، فما بقي هو إقرار نفاذه تجاه دائني تقليسة المشتري ، ولكن ينبغي في الوقت نفسه مراعاة مصلحة الاغيار وعدم إهدار حقوقهم عن طريق منع تحايل المشتري إضراراً بهم . ويتأتى ذلك برأينا عن طريق تقرير عدم نفاذ الشرط تجاه الغير إلا إذا كان مدونا في محرر ذي تاريخ ثابت وسابق على حق الغير .

ثالثاً : وبما أن هدف قانون العقوبات هو حماية المصالح التي تكفلها القوانين الاخرى ، نقترح تعديل نص المادة ٤٥٥ من قانون العقوبات العراقي باستبعاد تطبيق العقوبة الجزائية بحق المشتري المتصرف في المبيع الذي احتفظ البائع بملكيته متى بادر بتعجيل كل ما

تبقى في ذمته من الثمن الى البائع ، إذ لا يبقى للبائع الذي استوفى الثمن مصلحة واجبة الحماية على اعتبار أن مراد المشرع من التجريم هو حماية مصلحة البائع ، فان هي لم تهدر فلا مجال لإنزال العقاب .

رابعا : توسيع نطاق إعمال القرينة القانونية الواردة بالمادة ٧٦٩ من القانون المدني العراقي القاضية باعتبار الوفاء بقسط من الاجرة قرينة على الوفاء بالاقساط السابقة عليه وذلك لكي تشمل أيضا أقساط الثمن في البيع بالتقسيط لإتحاد العلة في الحالتين ، عليه نقترح نقل النص الى قانون الاثبات وجعله الفقرة رابعا من المادة ٩٩ بعد تعديله على النحو الآتي : (يعتبر الوفاء بقسط من الاجرة أو الثمن قرينة على الوفاء بالاقساط السابقة عليه ما لم يقدّم الدليل على خلاف ذلك) .

خامسا : ونأمل من المشرع أخيرا ، العمل على الغاء الفوائد الربوية كافة من التقنين المدني مسابرة لموقف الشريعة الاسلامية الغراء في هذا المجال ، ولا يمنع ذلك من اجازة زيادة الثمن في البيع بالتقسيط بعد حصر هذه الزيادة بالاطار الجائز شرعا .

مَشَا

المصادر

المصادر باللغة العربية بعد القرآن الكريم

أولاً: كتب الفقه الإسلامي واللغة العربية :

١. ابي داود سليمان ابن الاشعث السجستاني الازدي ، سنن أبي داود ، جـ ٣ ، دار الحديث ، القاهرة ، ١٩٨٨ .
٢. ابي الحسين مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري ، صحيح مسلم ، جـ ٣ ، ط ١ ، تحقيق محمد فؤاد عبدالباقي ، دار احياء الكتب العربية ، القاهرة ، ١٩٥٥ .
٣. أبي العباس تقي الدين أحمد بن عبدالحليم المعروف بابن تيمية ، القواعد النورانية الفقهية ، تحقيق محمد حامد الفقي ، دار المعرفة للطباعة والنشر ، بيروت ، ١٩٧٩ .
٤. _____ ، نظرية العقد ، دار المعرفة للطباعة والنشر ، بيروت ، بلا سنة طبع .
٥. ابي الفضل جمال الدين محمد بن مكرم بن منظور الاثري المصري ، لسان العرب المحيط ، اعداد وتصنيف يوسف خياط ، المجلد الثالث (ق - ي) ، دار لسان العرب ، بيروت ، بلا سنة طبع .
٦. ابي القاسم نجم الدين جعفر بن الحسن الحلبي ، المختصر النافع في فقه الامامية ، جـ ١ ، مطابع دار الكتاب العربي ، مصر ، بلا سنة طبع .
٧. ابي عيسى محمد بن عيسى بن سورة الترمذي ، سنن الترمذي - وهو الجامع الصحيح ، جـ ٢ ، ط ٢ ، دار الفكر ، بيروت ، ١٩٧٤ .
٨. أحمد ابو الفتح ، كتاب المعاملات في الشريعة الاسلامية والقوانين المصرية ، ط ١ ، مطبعة اليوسفور ، مصر ، ١٩١٣ .
٩. أحمد بن أحمد المختار الجكني الشنقيطي ، مواهب الجليل من أدلة خليل ، جـ ٣ ، مراجعة عبدالله الانصاري ، مطبوعات ادارة احياء التراث الاسلامي ، قطر ، ١٩٨٦ .
١٠. أحمد بن محمد الصاوي المالكي ، بلغة السالك لأقرب المسالك الى مذهب الامام مالك على الشرح الصغير ، جـ ٢ ، شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده ، مصر ، ١٩٥٢ .
١١. احمد عبدالرحمن البنا الشهير بالساعاتي ، الفتح الرباني لترتيب مسند الامام أحمد بن حنبل الشيباني مع شرحه بلوغ الاماني ، جـ ١٥ ، ط ١ ، دون ناشر ، مصر ، ١٣٧١هـ .
١٢. د. الصديق محمد الامين الضرير ، الغرر وأثره في العقود في الفقه الاسلامي ، ط ١ ، مطبعة دار نشر الثقافة ، القاهرة ، ١٩٦٧ .

١٣. برهان الدين ابي الحسن علي بن ابي بكر الرشداني المرغيناني ، الهداية شرح بداية المبتديء ، ج ٣ ، شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده ، مصر ، بلا سنة طبع .
١٤. تقي الدين محمد بن أحمد الفتوح الحنبلي الشهير بابن النجار ، منتسهي الارادات في جمع المقنع مع التنقيح وزيادات ، القسم الاول ، تحقيق عبدالغني عبدالخالق ، مكتبة دار العربية ، القاهرة ، ١٩٦١ .
١٥. جلال الدين عبدالرحمن السيوطي ، تنوير الحوالك ، شرح على موطأ مالك ، ج ٢ ، مطبعة دار احياء الكتب العربية ، مصر بلا سنة طبع .
١٦. د. رفيق يونس المصري ، بيع التقييد - تحليل فقهي واقتصادي ، ط ١ ، دار القلم والدار الشامية ، بيروت ، ١٩٩٠ .
١٧. زكريا محمد الفالح القضاة ، السلم والمضاربة ، دار الفكر للنشر والتوزيع ، عمان ، ١٩٨٤ .
١٨. زكي الدين شعبان ، نظرية الشروط المقترنة بالعقد في الشريعة والقانون ، ط ١ ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٨٦ .
١٩. سليمان الجمل ، حاشية الجمل على شرح المنهج ، ج ٣ ، المكتبة التجارية الكبرى ومطبعة مصطفى محمد ، مصر ، بلا سنة طبع .
٢٠. شمس الدين ابي عبدالله محمد بن ابي بكر المعروف بابن قيم الجوزيه ، أعلام الموقعين عن رب العالمين ، ج ٣ ، مراجعة طه عبدالرؤف سعد ، دار الجيل ، بيروت ، بلا سنة طبع .
٢١. شمس الدين المقدسي ابي عبدالله محمد بن مفلح ، كتاب الفروع ، مطبوع مع تصحيح الفروع ، ج ٤ ، ط ٢ ، مراجعة عبدالستار أحمد فراج ، دار مصر للطباعة ، القاهرة ، ١٩٦٢ .
٢٢. شمس الدين السرخسي ، المبسوط ، ج ١٣ ، ط ١ ، مطبعة السعادة ، القاهرة ، بلا سنة طبع .
٢٣. صبحي محمصاني ، النظرية العامة للموجبات والعقود في الشريعة الاسلامية ، ج ٢ ، ط ٢ ، دار العلم للملايين ، بيروت ، ١٩٧٢ .
٢٤. د. طلبة وهبة خطاب ، أحكام الالتزام بين الشريعة الاسلامية والقانون ، ط ١ ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، ١٩٨٣ .
٢٥. عبدالحميد الشرواني وأحمد بن قاسم العبادي ، حواشي الشرواني وأبن قاسم على تحفة المحتاج بشرح المنهاج ، ج ٤ ، دار احياء التراث العربي ، بيروت ، بلا سنة طبع .

٢٦. د. عبدالعزيز عزت الخياط ، الشركات في الشريعة الاسلامية والقانون الوضعي ، القسم الثاني ، ط٢ ، منشورات وزارة الاوقاف والمقدسات الاسلامية ، عمان ، ١٩٧١ .
٢٧. د. عبدالناصر توفيق العطار ، نظرية الاجل في الالتزام في الشريعة الاسلامية والقوانين الوضعية ، مطبعة السعادة ، القاهرة ، ١٩٧٨ .
٢٨. د. عدنان خالد التركماني ، ضوابط العقد في الفقه الاسلامي ، ط١ ، دار الشروق للنشر ، جدة ، السعودية ، ١٩٨١ .
٢٩. علاء الدين أبي الحسن علي بن سليمان المرادوي ، الانصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الامام أحمد ، ج٤ ، ط١ ، تصحيح محمد حامد الفقي ، مطبعة السنة المحمدية ، القاهرة ، ١٩٥٦ .
٣٠. علاء الدين ابي بكر بن مسعود الكاساني ، بدائع الضائع في ترتيب الشرائع ، ج٥ ، ط٢ ، دار الكتاب العربي ، بيروت ، ١٩٨٢ .
٣١. علي حيدر ، درر الحكام شرح مجلة الاحكام ، الكتاب الاول - البيوع ، تعريب فهمي الحسيني ، منشورات مكتبة النهضة ، بيروت ، بلا سنة طبع .
٣٢. كمال الدين محمد بن عبدالواحد المعروف بأبن الهمام الحنفي ، شرح فتح القدير للعاجز الفقير المطبوع مع الكفاية على الهداية ، ج٦ ، دار احياء التراث العربي ، بيروت ، بلا سنة طبع .
٣٣. محمد أبو زهرة ، الامام زيد - حياته وعصره آراؤه وفقهه ، دار الكتاب العربي ، القاهرة ، بلا سنة طبع .
٣٤. محمد ابو زهرة ، بحوث في الربا ، ط١ ، دار البحوث العلمية ، بيروت ، ١٩٧٠ .
٣٥. د. محمد أحمد سراج ، النظام المصرفي الاسلامي ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، القاهرة ، ١٩٨٩ .
٣٦. محمد الشريبي الخطيب ، مغني المحتاج الى معرفة معاني الفاظ المنهاج ، ج٢ ، شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده ، مصر ، ١٩٥٨ .
٣٧. محمد أمين الشهير بابن عابدين ، حاشية رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الابصار ، ج٤ و ج٥ ، مطبعة عثمانية ، بلا سنة طبع .
٣٨. محمد بن أبي بكر بن عبدالقادر الرازي ، مختار الصحاح ، دار الرسالة ، الكويت ، ١٩٨٣ .
٣٩. محمد بن أحمد بن جزي الغرناطي المالكي ، قوانين الاحكام الشرعية ومسائل الفروع الفقهية ، دار العلم للملايين ، بيروت ، ١٩٦٨ .

٤٠. محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد القرطبي ، بداية المجتهد ونهاية المقتصد ، ج٢ ، مكتبة الكليات الأزهرية ، القاهرة ، ١٩٦٦ .
٤١. محمد بن علي بن محمد الشوكاني ، نيل الأوطار شرح ممنقى الأخبار من أحاديث سيد الأختار ، ج٥ ، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع ، دمشق ، بلا سنة طبع .
٤٢. محمد جواد مغنية ، فقه الإمام جعفر الصادق ، ج٣ ، دار العلم للملايين ، بيروت ، ١٩٦٥ .
٤٣. محمد سلام مذكور ، المدخل للفقهاء الإسلامى ، ط٢ ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٦٣ .
٤٤. محمد عبدالعزيز حسن زيد ، الأجاراة بين الفقه الإسلامى والتطبيق المعاصر فى المؤسسات المصرفية والمالية الإسلامىة ، ط١ ، منشورات المعهد العالمى للفكر الإسلامى ، القاهرة ، ١٩٩٦ .
٤٥. محمد عثمان شبيب ، المعاملات المالية المعاصرة فى الفقه الإسلامى ، ط١ ، دار النفائس للنشر والتوزيع ، عمان ، ١٩٩٦ .
٤٦. محمد قدرى باشا ، مرشد الحيران الى معرفة أحوال الإنسان ، ط١ ، قدم له د. صلاح الدين الناهى ، الدار العربية للتوزيع والنشر ، عمان ، ١٩٨٧ .
٤٧. محمد يوسف موسى ، فقه الكتاب والسنة - البيوع والمعاملات المالية المعاصرة ، ط٢ ، دار الكتاب العربى ، مصر ، ١٩٥٤ .
٤٨. د. مصطفى أحمد الزرقاء ، الفقه الإسلامى فى ثوبه الجديد ، ج١ ، المدخل الفقهى العام ، ط٨ ، مطبعة الحياة ، دمشق ، ١٩٦٤ .
٤٩. مصطفى السيوطى الرحبباني ، مطالب أولى النهى فى شرح غاية المنتهى ، ج٣ ، منشورات المكتب الإسلامى ، دمشق ، بلا سنة طبع .
٥٠. منصور بن يونس بن ادريس البهوتى ، شرح منتهى الارادات المسمى دقائق أولى النهى لشرح المنتهى ، المجلد الثانى ، دار الفكر ، بيروت ، بلا سنة طبع .
٥١. منير القاضى ، شرح المجلة ، ج١ ، ط١ ، مطبعة العانى ، بغداد ، ١٩٤٩ .
٥٢. موفق الدين أبى محمد عبدالله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسى ، المغنى مطبوع مع الشرح الكبير ، ج٤ ، دار الكتاب العربى ، بيروت ، ١٩٧٢ .
٥٣. د. وهبة الزحيلي ، الفقه الإسلامى وأدلته ، ج٤ ، النظريات الفقهية والعقود ، ط٣ ، دار الفكر ، دمشق ، ١٩٩٦ .

ثانيا : الكتب القانونية :

١. د. ابراهيم دسوقي أبو الليل ، البيع بالتسيط والبيوع الائتمانية الاخرى ، ط ١ ، مطبوعات جامعة الكويت ، الكويت ، ١٩٨٤ .
٢. د. أحمد حشمت أبو ستيت ، نظرية الالتزام في القانون المدني المصري ، ج ١ — مصادر الالتزام ، دون ناشر ، القاهرة ، ١٩٤٥ .
٣. أحمد نجيب الهلالي و د. حامد زكي ، شرح القانون المدني — عقود البيع والحواله والمقايضة ، ط ٣ ، مطبعة الفحالة الجديدة ، القاهرة ، ١٩٥٣ .
٤. د. أدوار عيد ، العقود التجارية وعمليات المصارف ، مطبعة النجوى ، بيروت ، ١٩٦٨ .
٥. د. اسماعيل غانم ، الوجيز في عقد البيع ، مكتبة عبدالله وهبة ، القاهرة ، ١٩٦٣ .
٦. د. أنور سلطان ، العقود المسماة ، شرح عقدي البيع والمقايضة ، دار النهضة العربية ، بيروت ، ١٩٨٣ .
٧. _____ ، النظرية العامة للالتزام ، ج ٢ ، أحكام الالتزام ، دار المعارف ، مصر ، ١٩٦٢ .
٨. _____ ، الموجز في النظرية العامة للالتزام ، مصادر الالتزام ، دار النهضة العربية ، بيروت ، ١٩٨٣ .
٩. د. باسم محمد صالح ، القانون التجاري ، القسم الاول ، ط ٢ ، وزارة التعليم العالي والبحث العلمي ، مطبعة دار الحكمة ، بغداد ، ١٩٩٢ .
١٠. د. برهام محمد عطا الله ، عقد البيع ، مؤسسة الثقافة الجامعية ، الاسكندرية ، ١٩٨٣ .
١١. د. توفيق حسن فرج ، عقد البيع والمقايضة ، المكتب المصري الحديث للطباعة والنشر ، الاسكندرية ، ١٩٧٠ .
١٢. د. ثروت حبيب ، دراسة في قانون التجارة الدولية مع الاهتمام بالبيوع الدولية ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، ١٩٧٥ .
١٣. د. جاك يوسف الحكيم ، العقود الشائعة أو المسماة ، عقد البيع ، مؤسسة خليفة للطباعة ، دمشق ، بلا سنة طبع .
١٤. د. جعفر الفضلي ، الوجيز في العقود المدنية — البيع والايجار والمقاوله ، ط ٢ ، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، ١٩٩٧ .
١٥. د. جلال علي العدوي ، اصول المعاملات ، المكتب المصري الحديث للطباعة والنشر ، الاسكندرية ، ١٩٦٧ .
١٦. د. جميل الشرقاوي ، شرح العقود المدنية — البيع والمقايضة ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٦٦ .

١٧. د. حسام الدين كامل الاهواني ، عقد البيع في القانون المدني الكويتي ، ط ١ ، مطبوعات جامعة الكويت ، الكويت ، ١٩٨٩ .
١٨. د. حسن علي الذنون ، شرح القانون المدني العراقي ، العقود المسماة ، عقد البيع ، مطبعة الرابطة ، بغداد ، ١٩٥٣ .
١٩. _____ ، النظرية العامة للالتزام ، ج ١ ، مصادر الالتزام ، مطبعة المعارف ، بغداد ، ١٩٤٦ .
٢٠. _____ ، دور المدة في العقود المستمرة ، مديرية دار الكتب للطباعة والنشر ، جامعة الموصل ، الموصل ، ١٩٨٨ .
٢١. د. خميس خضر ، عقد البيع في القانون المدني ، ط ٢ ، مكتبة القاهرة الحديثة ، القاهرة ، ١٩٧٢ .
٢٢. _____ ، العقود المدنية الكبيرة - البيع والتأمين والإيجار ، ط ١ ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٧٩ .
٢٣. د. رزق الله انطاكي و د. نهاد السباعي ، الوسيط في الحقوق التجارية البرية ، ج ٢ ، المطبعة التعاونية ، دمشق ، ١٩٦٤ .
٢٤. د. رضا عبيد ، القانون التجاري ، ط ٤ ، مطابع شركة النصر للتصدير والاستيراد ، القاهرة ، ١٩٨٣ .
٢٥. د. رمضان ابو السعود ، دروس في العقود المسماة ، عقد البيع في القانون المصري واللبناني ، الدار الجامعية ، بيروت ، ١٩٨٣ .
٢٦. _____ ، دروس في العقود المسماة ، عقد الإيجار في القانونين المصري واللبناني ، الدار الجامعية ، بيروت ، ١٩٨٦ .
٢٧. _____ ، مبادئ الالتزام في القانون المصري واللبناني ، الدار الجامعية ، بيروت ، ١٩٨٤ .
٢٨. زهدي يكن ، شرح قانون الموجبات والعقود ، ج ٧ ، القسم الثاني - عقد البيع ، ط ١ ، دار الثقافة ، بيروت ، بلا سنة طبع .
٢٩. د. زهير عباس كريم ، مبادئ القانون التجاري ، مكتبة دار الثقافة ، عمان ، ١٩٩٥ .
٣٠. د. سعدون العامري ، الوجيز في العقود المسماة - البيع والإيجار ، ج ١ ، كلية القانون والسياسة ، جامعة بغداد ، ١٩٨٧-١٩٨٨ .
٣١. د. سليمان مرقس ، الوافي في شرح القانون المدني ، ج ٣ ، في العقود المسماة ، المجلد الأول - عقد البيع ، ط ٥ ، بتقيق وتعزيد د. حبيب إبراهيم الخليفي ، أيريني للطباعة ، القاهرة ، ١٩٩٠ .

٣٢. _____ ، شرح القانون المدني ، ج٣ ، العقود المسماة ، المجلد الاول — عقد البيع ، ط٤ ، عالم الكتب ، القاهرة ، ١٩٨٠ .
٣٣. _____ ، شرح القانون المدني ، ج٣ ، العقود المسماة ، المجلد الثاني ، عقد الإيجار ، ط٤ ، دون ناشر ، القاهرة ، ١٩٨٥ .
٣٤. د. سمير تناغو ، عقد البيع ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، ١٩٧٣ .
٣٥. _____ ، عقد البيع ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، ١٩٧٣ .
٣٦. شاكرا ناصر حيدر ، شرح القانون المدني الجديد — الحقوق العينية العقارية ، ج٢ ، ط١ ، مطبعة المعارف ، بغداد ، ١٩٥٣ .
٣٧. د. شمس الدين الوكيل ، نظرية التأمينات في القانون المدني ، ط٢ ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، ١٩٥٩ .
٣٨. د. صلاح الدين الناهي ، الوجيز الوافي ، مصادر الحقوق الشخصية ، المصادر الارادية ، مطبعة البيت العربي ، عمان ، ١٩٨٤ .
٣٩. د. عباس الصراف ، شرح عقدي البيع والإيجار في القانون المدني العراقي ، مطبعة الاهالي ، بغداد ، ١٩٥٦ .
٤٠. _____ ، شرح عقد البيع في القانون المدني الكويتي ، ط١ ، دار البحوث العلمية ، الكويت ، ١٩٧٥ .
٤١. د. عباس العبودي ، شريعة حمورابي ، وزارة التعليم العالي والبحث العلمي ، مطبعة جامعة الموصل ، ١٩٩٠ .
٤٢. _____ ، أحكام قانون الاثبات المدني العراقي ، وزارة التعليم العالي والبحث العلمي ، مطبعة جامعة الموصل ، ١٩٩١ .
٤٣. د. عبدالحى حجازي ، النظرية العامة للالتزام وفقا للقانون الكويتي — دراسة مقارنة ، ج١ ، مصادر الالتزام ، المجلد الاول — المصادر الارادية ، باعثناء د. محمد جبر الالفي ، مطبوعات جامعة الكويت ، الكويت ، ١٩٨٢ .
٤٤. د. عبدالرزاق أحمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، ج٤ ، العقود التي تقع على الملكية ، المجلد الاول — البيع والمقايضة ، مطابع دار النشر للجامعات المصرية ، القاهرة ، ١٩٦٠ .
٤٥. _____ ، الوسيط في شرح القانون المدني ، نظرية الالتزام بوجه عام ، ج٣ — مصادر الالتزام ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٦٤ .

٤٦. _____ ، الوسيط في شرح القانون المدني ، نظرية الالتزام بوجه عام ، ج٣ - الأوصاف والحوالة والانقضاء ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٦٤ .
٤٧. _____ ، الوسيط في شرح القانون المدني ، ج٨ ، حق الملكية ، دار احياء التراث العربي ، بيروت ، ١٩٦٧ .
٤٨. _____ ، الوسيط في شرح القانون المدني ، ج١٠ ، التأمينات الشخصية والعينية ، دار النهضة العربية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٧٠ .
٤٩. _____ ، شرح القانون المدني في العقود ، عقد الأيجار ، دار الفكر للطباعة والنشر ، القاهرة ، بلا سنة طبع .
٥٠. _____ ، شرح القانون المدني ، النظرية العامة للالتزامات ، ج١ - نظرية العقد ، منشورات لجنة التأليف والترجمة والنشر ، القاهرة ، بلا سنة طبع .
٥١. د. عبدالسلام ذهني ، الحيل المحظور منها والمشروع ، مطبعة مصر شركة مساهمة مصرية ، القاهرة ، ١٩٤٦ .
٥٢. د. عبدالعزيز عامر ، عقد البيع ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٦٧ .
٥٣. د. عبدالمجيد الحكيم ، الوسيط في نظرية العقد ، ج١ - انعقاد العقد ، شركة الطبع والنشر الاهلية ، بغداد ، ١٩٦٧ .
٥٤. د. عبدالمجيد الحكيم ، عبدالباقي البكري ، محمد طه البشير ، الوجيز في نظرية الالتزام ، في القانون المدني العراقي ، ج١ - مصادر الالتزام ، وزارة التعليم العالي والبحث العلمي ، مطبعة جامعة الموصل ، ١٩٨٠ .
٥٥. _____ ، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي ، ج٢ - أحكام الالتزام ، وزارة التعليم العالي والبحث العلمي ، مطبعة جامعة الموصل ، ١٩٨٠ .
٥٦. د. عبدالمنعم البدر اوي ، عقد البيع في القانون المدني ، دار الكتاب العربي ، القاهرة ، ١٩٥٧ .
٥٧. د. عبدالمنعم فرج الصدة ، محاضرات في القانون المدني ، نظرية العقد في قوانين البلاد العربية ، ج١ - التراضي ، منشورات معهد الدراسات العربية العالية التابع لجامعة الدول العربية ، القاهرة ، ١٩٥٨ .
٥٨. د. علي البارودي ، العقود وعمليات البنوك التجارية ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، بلا سنة طبع .

٥٩. د. علي جمال الدين عوض ، العقود التجارية ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، ١٩٦٨ .
٦٠. _____ ، عمليات البنوك من وجهة القانونية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٨١ .
٦١. د. علي حسن يونس ، العقود التجارية ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، ١٩٦٨ .
٦٢. د. غني حسون طه ، الوجيز في العقود المسماة ، ج١ - عقد البيع ، مطبعة المعارف ، بغداد ، ١٩٦٩-١٩٧٠ .
٦٣. د. فوزي محمد سامي و د. فائق محمود الشماع ، القانون التجاري - الاوراق التجارية ، وزارة التعليم العالي والبحث العلمي ، جامعة بغداد ، ١٩٩٣ .
٦٤. كامل عبدالحسين البلداوي ، الشركات التجارية في القانون العراقي ، وزارة التعليم والبحث العلمي ، جامعة الموصل ، ١٩٩٠ .
٦٥. د. كمال ثروت الوندائي ، شرح أحكام عقد البيع ، ط١ ، مطبعة دار السلام ، بغداد ، ١٩٧٣ .
٦٦. د. محمد بن حسين الشامي ، النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني اليمني ، ج١ - مصادر الالتزام ، ط٣ ، مكتبة الجيل الجديد ، صنعاء ، ١٩٩٤ .
٦٧. _____ ، النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني اليمني ، ج٢ - أحكام الالتزام ، ط٣ ، مكتبة الجيل الجديد ، صنعاء ، ١٩٩٤ .
٦٨. د. محمد حلمي عيسى ، شرح البيع في القوانين الفرنسية والمصرية وفي الشريعة الاسلامية ، مطبعة المعارف ، مصر ، ١٩١٦ .
٦٩. د. محمد شتا أبو سعد ، الشرط كوصف للتراضي في القانون المدني المقارن والشريعة الاسلامية ، عالم الكتب ، القاهرة ، ١٩٨٠ .
٧٠. محمد طه البشير و د. غني حسون طه ، الحقوق العينية ، وزارة التعليم العالي والبحث العلمي ، دار الكتب للطباعة والنشر ، جامعة الموصل ، ١٩٨٢ .
٧١. محمد عزمي البكري ، موسوعة الفقه والقضاء والتشريع في ايجار وبيع الاماكن الخالية ، ج٢ ، ط٢ ، دار الثقافة للطباعة والنشر ، القاهرة ، ١٩٨٧ .
٧٢. د. محمد فريد العريني ، القانون التجاري اللبناني ، ط٢ ، الدار الجامعية ، بيروت ، ١٩٨٥ .
٧٣. د. محمد كامل مرسي ، شرح القانون المدني الجديد ، العقود المسماة ، ج٦ - عقد البيع وعقد المقايضة ، المطبعة العالمية ، مصر ، ١٩٥٣ .
٧٤. د. محمد لبيب شنب ، شرح أحكام عقد البيع ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٦٦ .

٧٥. د. محمد يوسف الزعبي ، العقود المسماة ، شرح قانون البيع في القانون الاردني ، ط ١ ،
دون ناشر ، عمان ، ١٩٩٣ .
٧٦. د. محمود جمال الدين زكي ، قانون عقد البيع في القانون المدني ، منشورات كلية
الحقوق ، جامعة الكويت ، ١٩٧٤-١٩٧٥ .
٧٧. د. مراد منير فهم ، القانون التجاري ، العقود التجارية وعمليات البنوك ، منشأة
المعارف ، الاسكندرية ، ١٩٨٢ .
٧٨. د. مصطفى أحمد الزرقاء ، شرح القانون المدني السوري ، العقود المسماة - عقد البيع
والمقايضة ، ط ٦ ، مطابع فتي العرب ، دمشق ، ١٩٦٥ .
٧٩. د. مصطفى الجمال ، البيع في القانونين المصري واللبناني ، الدار الجامعية ، بيروت ،
١٩٨٦ .
٨٠. د. منصور مصطفى منصور ، مذكرات في القانون المدني ، العقود المسماة - البيع
والمقايضة والايجار ، دون ناشر ، القاهرة ، ١٩٥٦ .
٨١. د. نبيل ابراهيم سعد ، الضمانات غير المسماة في القانون الخاص ، منشأة المعارف ،
الاسكندرية ، ١٩٩٢ .
٨٢. _____ ، نحو قانون خاص بالانتماء ، منشأة المعارف ،
الاسكندرية ، ١٩٩١ .
٨٣. د. هاشم الحافظ ، تاريخ القانون ، دار الحرية للطباعة والنشر ، بغداد ، ١٩٨٠ .
٨٤. د. هاني محمد دويدار ، العقود التجارية والعمليات المصرفية ، دار الجامعة الجديدة ،
الاسكندرية ، ١٩٩٤ .

ثالثا : الموسوعات والاعمال التحضيرية :

١. حسن الفكاهي ، موسوعة الفقه والقضاء للدول العربية ، ج ١٦ ، القاهرة ، ١٩٧٧ .
٢. الموسوعة الفقهية الكويتية : تصدرها وزارة الاوقاف والشؤون الاسلامية ، الكويت :
الجزء الثاني ، الطبعة الثانية ، ١٩٨٥ .
الجزء التاسع ، الطبعة الاولى ، ١٩٨٦ .
٣. الاعمال التحضيرية للمشروع التمهيدي للقانون المدني المصري : الاجزاء الثالث
والرابع والسادس ، اصدار وزارة العدل المصرية ، مطابع مذكور بالقاهرة ، ١٩٥٠ .

رابعاً : البحوث والتعليقات :

١. ابراهيم زكي الدين بدوي ، نظرية الربا المحرم في الشريعة الاسلامية ، بحث منشور في مجلة القانون والاقتصاد ، تصدرها كلية الحقوق بجامعة القاهرة ، العدد الاول ، السنة التاسعة ، يناير ، ١٩٣٩ .
٢. د. أحمد سلامة ، الرهن الطليق للمنقول ، بحث منشور بمجلة العلوم القانونية والاقتصادية، تصدر عن جامعة عين شمس بمصر ، العدد الاول ، السنة الحادية عشر ، يناير ، ١٩٦٩ .
٣. د. أحمد شرف الدين ، حكم بيع السيارات قبل سداد جميع أقساط الثمن في القانون الكويتي ، تعليق على ثلاثة أحكام للمحكمة الكلية ، منشور بمجلة المحامي ، تصدرها جمعية المحامين الكويتية ، السنة الرابعة ، الاعداد (٨-١٠) ، ١٩٨٠ .
٤. انطوان الشويري ، عقود الايجار التمويلي والتشغيلي ، بحث مالي واقتصادي عام ، منشور بمجلة المصارف العربية ، يصدرها اتحاد المصارف العربية في بيروت ، السنة الثالثة ، العدد (٣٣) ، ايلول ، ١٩٨٣ .
٥. د. جعفر الفضلي ، البيع بالتقسيط ، دراسة في القانون المدني العراقي ، بحث منشور بمجلة الرافدين للحقوق ، تصدرها كلية القانون — جامعة الموصل ، العدد الاول ، السنة الاولى ، ايلول ، ١٩٩٦ .
٦. د. عباس الصراف ، العربون وأحكامه في القانون المدني العراقي ، بحث منشور بمجلة القضاء ، تصدرها نقابة المحامين في العراق ، العددان الاول والثاني ، السنة السادسة عشر ، ١٩٨٥ .
٧. د. ليلى عبدالله سعيد ، دور الادارة في تنفيذ حق الملكية ، بحث منشور في مجلة الحقوق، تصدر عن كلية الحقوق — جامعة الكويت ، العدد الرابع ، ديسمبر ، ١٩٨٢ .
٨. _____ ، يد الامانة ويد الضمان في الفقه الاسلامي والقانون المدني العراقي ، بحث منشور بمجلة دراسات — علوم الشريعة والقانون ، تصدرها الجامعة الاردنية ، المجلد ٢٣ ، العدد الاول ، ١٩٩٦ .
٩. د. محسن شفيق ، اتفاقيات لاهاي لعام ١٩٦٤ بشأن البيع الدولي للمنقولات المادية ، بحث منشور بمجلة القانون والاقتصاد ، تصدر عن كلية الحقوق بجامعة القاهرة ، السنة ٤٤ ، العدد الرابع ، ديسمبر ، ١٩٧٤ .

١٠. د. محمد عقلة الإبراهيم ، حكم البيع بالتقسيط في الشريعة والقانون ، بحث منشور بمجلة الشريعة والدراسات الإسلامية ، تصدرها كلية الشريعة والدراسات الإسلامية بجامعة الكويت ، السنة الرابعة ، العدد ٧ ، ١٩٨٧.
١١. د. محمد وحيد الدين سوار ، تعليق انتقال الملكية باتفاق المتبايعين على أداء جميع الثمن في القانون المدني الكويتي والفقہ الاسلامي ، بحث منشور بمجلة الادارة العامة ، يصدرها معهد الادارة العامة بالرياض ، السعودية ، العدد ٥٢ ، ديسمبر ، ١٩٨٦.
١٢. نظام الدين عبدالحميد ، حكم زيادة السعر في البيع بالنسيئة شرعا ، القسم الاول - بحث منشور بمجلة الرسالة الإسلامية ، تصدر عن وزارة الاوقاف والشؤون الدينية في العراق ، السنة ٢٢ ، العدد ٢٣٧ ، آذار ، ١٩٩٠.

خامسا : الرسائل الجامعية :

١. ثائر تيسير القيسي ، الأسس والمبادئ المحاسبية لمشاريع البيع بالتقسيط للسيارات في البنوك الاردنية ، رسالة ماجستير من كلية الدراسات العليا في الجامعة الاردنية ، ١٩٩٥.
٢. د. صبري حمد خاطر ، الغير عن العقد ، رسالة دكتوراه مقدمة الى كلية القانون جامعة بغداد ، ١٩٩٢.
٣. صفاء مهدي الطويل ، جريمة خيانة الامانة في القانون العراقي ، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية القانون والسياسة جامعة بغداد ، ١٩٨٢ .
٤. نسيبة ابراهيم حمو ، خطاب انضمام - دراسة في القانون العراقي ، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية القانون والسياسة بجامعة بغداد ، ١٩٧٢.

سادسا : دوريات ومجموعات قضائية :

١. مجلة القضاء : تصدرها نقابة المحامين في العراق :
العدد الثالث ، السنة السادسة عشرة ، ١٩٥٨ .
العدد الثالث ، السنة الخامسة والعشرون ، ١٩٧٠ .
٢. مجموعة الاحكام العدلية : يصدرها قسم الاعلام القانوني في وزارة العدل / العراق :
العدد الرابع ، السنة السادسة ، ١٩٧٥ .
العدد الثالث ، السنة السابعة ، ١٩٧٦ .
العدد الاول ، السنة الثامنة ، ١٩٧٧ .
العدد الثالث ، السنة التاسعة ، ١٩٧٨ .
العدد الثالث ، السنة الحادية عشرة ، ١٩٨١ .

٣. النشرة القضائية : يصدرها المكتب الفني لمحكمة تمييز العراق :
العدد الاول ، السنة الاولى ، ١٩٧٢ .
العدد الثاني ، السنة الثانية ، ١٩٧٣ .
العدد الرابع ، السنة الثالثة ، ١٩٧٤ .
الأعداد الثاني والثالث والرابع ، السنة الخامسة ، ١٩٧٦ .
٤. قضاء محكمة تمييز العراق : تصدرها محكمة تمييز العراق :
المجلد الرابع ، القرارات الصادرة سنة ١٩٦٦ و ١٩٦٧ .
المجلد الخامس ، القرارات الصادرة عام ١٩٦٢ .
المجلد السادس ، القرارات الصادرة سنة ١٩٦٩ .
٥. ملحق مجلة القانون والاقتصاد - أحكام محكمة النقض والابرام المصرية - الدائرة المدنية ، العددين ١ و ٢ ، السنة الثامنة ، يناير - فبراير ، ١٩٣٨ .
٦. مجلة العلوم القانونية ، تصدرها كلية القانون - جامعة بغداد ، العدد الاول ، ١٩٦٩ .
٧. سعيد أحمد شعلة ، قضاء النقض المدني في عقد البيع خلال ثمانية وخمسون عاما (١٩٣١-١٩٨٨) ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، ١٩٨٩ .
٨. سليمان بيّات ، القضاء المدني العراقي ، ج٢ ، شركة الطبع والنشر الأهلية ، بغداد ، ١٩٦٢ .
٩. عبدالرحمن العلام ، المبادئ القضائية أحكام محكمة التمييز ، القسم المدني ، مطبعة العاني ، بغداد ، ١٩٥٧ .

سابعاً : القوانين :

أ. فرنسا :

١. القانون المدني الفرنسي .
٢. قانون الافلاس الفرنسي رقم ٩٨ لعام ١٩٨٥ .
٣. قانون الاستهلاك الفرنسي رقم ١٠٢ لعام ١٩٩٣ .
٤. القانون المرقم ٣٥٥ لسنة ١٩٨٠ الخاص بأثر شرط الاحتفاظ بالملكية .
٥. قانون رقم ٥٨٥ لعام ١٩٥٥ والقانون رقم ٧٥٥ لعام ١٩٥٦ في تحديد الدفعة الاولى ومدة التقسيط .
٦. القانون رقم ٤٥٥ لعام ١٩٦٦ المعدل بالمرسوم ٦٦٥ لعام ١٩٧٢ المتعلق بمؤسسات الاجار التمويلي .
٧. قانون رقم ٥٩٥ لسنة ١٩٨٤ المتعلق بالاجار الممهد لكسب الملكية .

٨. القانون رقم ٩٦٨ في ١٩٥٣ المعدل بالقانون رقم ٨٨٨ لعام ١٩٥٧ المتعلق ببيع السيارات بالتقسيط .

ب. سويسرا :

١. القانون المدني السويسري الصادر في ١٠ كانون الاول ١٩٠٧ ، طبعة عام ١٩٩٦.

٢. قانون الالتزامات السويسري الصادر في ٣٠ آذار ١٩١١ ، طبعة عام ١٩٩٥.

ج. انكلترا :

١. قانون بيع البضائع الانجليزي لعام ١٩٧٩ .

٢. قانون البيع الاجاري الانجليزي لعام ١٩٦٥ .

٣. قانون ائتمان المستهلك لعام ١٩٧٤ .

٤. قانون الاراضي لعام ١٩٢٥ .

د. مصر :

١. القانون المدني المصري رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٩ .

٢. قانون تنظيم الشهر العقاري المصري رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ .

٣. القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٥٧ الخاص ببعض انواع البيوع التجارية .

هـ. العراق :

١. القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ .

٢. قانون العقوبات رقم ١١١ لسنة ١٩٦٩ .

٣. قانون التسجيل العقاري رقم ٤٣ لسنة ١٩٧١ .

٤. قانون تسجيل المكائن رقم ٣١ لسنة ١٩٣٩ المعدل .

٥. قانون التجارة الملغى رقم ١٤٩ سنة ١٩٧٠ .

٦. قانون التجارة النافذ رقم ٣٠ لسنة ١٩٨٤ .

٧. قانون التنفيذ رقم ٤٥ لسنة ١٩٨٠ .

٨. قانون المرور رقم ٤٨ لسنة ١٩٧١ المعدل .

٩. قانون الاثبات رقم ١٠٧ لسنة ١٩٧٩ .

المصادر باللغة الأجنبية :

أولا : باللغة الفرنسية :

1. Antoine Brocca , Manuel de la clause de res'erve de Propriete , Effects de la clause dans les contrats de Vente , Lyon , 1982 .

2. Choucri Cardahi , la Vente en droit Compare Occidental et Oriental , Librairie Generale de droit et de jurisprudence , Paris , 1968.
3. D. Von Breitenstein , La clause de reserve de La Chose Vendue , Rev . Trim . dr . Com . 1980 , no.42.
4. Frederic Zenati , Reserve de Propriete , Rev . trim . dr.civ . 88 (4) oct .dec , 1989.
5. Georges Scyboz et Pierre-Robert Gillieron , Code Civil Suisse et Code des Obligations Annotes , Cinquieme edition , Editions Payot , Lausanne , 1993.
6. Henri et Leon Mazeaud -Jean Mazeaud-Francois Chabas , Lecons de droit civil , Tome II , 8 Edition , Montchrestien , Paris , 1993.
7. Jacques Ghestin , Un Professionnel peut-il beneficier de la legislation sur clauses abusives ? La Semaine Juridique (J.C.P.) . Ed . G. no.19 , Doctrine , 1996.
8. Joseph Hamel , Ventes a temperament et Location-Ventes , Dalloz-Recueil Hebdomadaire , 1930 , no.19 Chronique.
9. Lamy S.A., Lamy droit economique , Reference de mise a jour , Telematique , Paris , 1995.
10. Laurent Aynes , Contrats Location-Vente , Contrats Distribution , Fascicule 760 , 11, 1984.
11. Luc Bihl , Le droit de la Vente (Vente mobiliere) , Dalloz , Paris , 1986.
12. Mario Giovanoli , Leasing (Credit-bail) , Fiche Juridique Suisse , 1984 , No.363.
13. Michel de Juglart et Benjamin Ippito , Droit Commercial , Troisieme Volume , 2 Edition , Editions Montchrestin , Paris 1977.
14. Mohamed Ali Mekouar , Le Contrat de credit-bail dans la Partique Marocaine , R.J.P.E de Maroc , No.1 , 1977.
15. Paul-Henri Steinauer , Les droits reels , Tome II , Editions Staempfil & Cie S.A. , Berne , 1990.
16. Pierre Engel , Contrats de droit suisse , Editions Staempfil & Cie S.A., Berne , 1992.
17. Pierre Tercier , Les Contrats Speciaux , Schulthess Polygraphischer Verlag , Zurich , 1995.
18. Raymond Guillien et Jean Vincent , Lexique de Termes juridiques , Deuxieme Edition , Dolloz , Paris , 1972.
19. Raymond Jeanpretre , Vente par acomptes Fiche juridique Suisse , 1996 , no.233.
20. Raymond Michel , L'Assurance de credits en droit Compare , Faculte de droit de Paris , 1930.
21. Roger Houin , L'introduction de la clause de reserve de propriete dans le droit Francais de la faillite , J.C.P., 1980 , I.no 2978.

22. William Garcin et Jean Thieffry , la clause de reserve de propriete ,
Faculte de droit et Sciences Economiques de Montpellier , Paris , 1980.

ثانيا : باللغة الانجليزية:

1. A.P.Dobson , Sale of goods and Consumer credit , Second Edition ,
Sweet and Maxwell Ltd ., London , 1979.
2. Aubrey L.Diamond , Commercial and Consumer Credit ,
Butterworths, London 1982.
3. Aubrey L. Diamond , Instalment credit , The British Institute of
International and Comparative Law , Stevens and Sons , London ,
1970.
4. Carry P.McMurry and Robert W.Packwood , Business Law ,
Educational Research Associates , Canfield Press , San Francisco ,
U.S.A.1974.
5. D.A.Girling , Everyman's Encyclopaedia , Volume 6 , Sixth Edition ,
JM Dent and Sons Ltd ., London , 1978.
6. D.W.Greige , Sale of goods , Butterwoeths , London , 1974.
7. E.Campbell-Salmon , Hire-Purchase and Credit Sales Law and
Practice , Sir Isaac Pitman and Sons Ltd ., London , 1962.
8. E.R. Hardy Ivamy , Casebook on Sale of goods , Third Edition ,
Butterworths , London , 1973.
9. F.De Zulueta , The Roman Law of Sale , Clarendon Press , Oxford ,
London , 1966.
10. F.H.Lawson , Introduction to the Lae of Property , The Clarendon
Press , Oxford , London , 1958.
11. George D. Cameron , Business Law , Textbook of Michigan Business
University , U.S.A ., 1990.
12. Hugh W.Babb and Charles Martin , Business Law Third Edition ,
Barnes and Nobel Books , Harper and Row Publi ., U.S.A , 1981.
13. J.A.Slater , Pitman's Commercial Law , Fifteenth Edition by Jogn
Nevin , Sir Isaac Pitman & Sons Ltd ., London , 1966.
14. J.K.Macleod , Sale and Hire-purchase , Butter-Worths and
Co.Publishers , London , 1971.
15. John N. Adams , Commercial Hiring and Leasing , Butterworths &
Co. Publishers Ltd ., London , 1989.
16. Kenneth Smith and Denis J.Keenan , English Law , Fifth Edition ,
Pitman Publishing Ltd ., London , 1975.
17. Kenneth W. Clarkson-Roger Leroy Miller and Bonnie Blaire , West's
Business Law Texts and Cases , West Publishing Co., U.S.A.1980.
18. Lord Chorley and O.C. Giles , Slater's Mercantile Law , Sixteenth
Edition , Sir Isaac Pitman and Sons Ltd ., London , 1972.

19. Michael C. Blair , Sale of goods Act 1979 , Butter-worths and Co.ltd., London , 1980.
20. Michael Mark , Chalmer's Sale of goods Act , Seventeenth Edition , Butterworths , London , 1975.
21. P.S. Atiyah , The Sale of goods , Seventh Edition , Pitman Publishing Ltd ., London , 1985.
22. R.A. Eastwood , The Contract of Sale of goods , Second Edition , Butterworths & Co.Publishers Ltd ., London , 1946.

ABSTRACT

Sale by installment is a sale conditional on payment of the price regularly over a period of time, after the subject matter has been delivered. This practice has spreaded widely and has become a feature of the modern time. This is because it provides the individuals with benefits from commodities that it would had otherwise been impossible to purchase by cash. However, despite of the positive aspects of the sale by installment, it also has some disadvantages for both the saler and buyer and sometimes for the society itself. The flaw stems from the credit character of the sale, and which is regarded as an essential element of it.

The sale by installment is subject to general rules of sales contracts as well as to the regulating rules of credit bargains. According to the principles of (freedom of contract) the will of the parties play a great role in determining the legal framework of the sale by installment in terms of number of installments, dates of payment and the interests on the credit. Moreover, the will of the parties to a contract determines the legal effects on their contractual obligations. The saler may often stipulate many terms to protect himself against the risk of failure of the buyer to fulfil his obligations, such as the term of retaining the ownership of the thing. In many legal systems such stipulation may often be weak in terms of its effects. Therefore, to protect their interest the salers may deliberately change the nature of sales contracts by installments to hire-purchase contracts. In any way the legal system of many countries refutes such attempts. On the other hand , the amount of purchases may exceed the ability of the buyer for payment of the price. Subsequently the buyer may fail to fulfil his obligations and become subject to exploitation as a result of his straitened circumstances.

Since many general legal rules fail to tackle many problems that such sales raise new legislation's in many countries have been adopted. These legislation's have laid down many legal rules to draw up the legal positions of the to the parties to a contract and rebalance their liabilities and rights. Also to protect the interests of the third parties and monitor this type of sales to participate in economic developments.

SALE BY INSTALLMENTS "COMPARATIVE STUDY"

A THESIS

*Submitted to the college of Law
University of Mosul*

*In partial fulfillment of the requirement
for the degree of Master of Private Law*

By
HARITH JAHER AL-DABBAGH

*Supervised By
Dr. Ja'far M. Al-Fadly*

1998

