

3-2018

مدى ملائمة شرط الاحتفاظ بالملكية على سبيل الضمان (دراسة مقارنة)

عادل أحمد الجسمي

Follow this and additional works at: https://scholarworks.uaeu.ac.ae/private_law_theses

Part of the [Law Commons](#)

Recommended Citation

(الجسمي, عادل أحمد, "مدى ملائمة شرط الاحتفاظ بالملكية على سبيل الضمان (دراسة مقارنة)" (2018) *Private Law Theses*. 2. https://scholarworks.uaeu.ac.ae/private_law_theses/2

This Thesis is brought to you for free and open access by the Private Law at Scholarworks@UAEU. It has been accepted for inclusion in Private Law Theses by an authorized administrator of Scholarworks@UAEU. For more information, please contact fadl.musa@uaeu.ac.ae.

جامعة الإمارات العربية المتحدة

كلية القانون

قسم القانون الخاص

مدى ملائمة شرط الاحتفاظ بالملكية على سبيل الضمان
(دراسة مقارنة)

عادل أحمد الجسمي

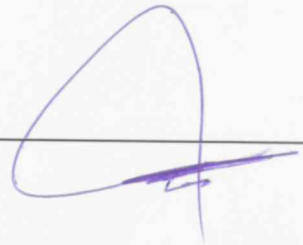
أطروحة مقدمة لإستكمال متطلبات الحصول على درجة الماجستير في القانون الخاص

إشراف أ.د أسامة بدر

إبريل 2018

أنا عادل أحمد الجسمي، الموقعة أدناه، طالبة دراسات عليا في جامعة الإمارات العربية المتحدة ومقدمة الأطروحة الجامعية بعنوان "مدى ملائمة شرط الاحتفاظ بالملكية على سبيل الضمان (دراسة مقارنة)"، أقر رسمياً بأن هذه الأطروحة هي العمل البحثي الأصلي الذي قمت بإعداده تحت إشراف أ.د أسامة بدر، أستاذ دكتور في كلية القانون. وأقر أيضاً بأن هذه الأطروحة لم تقدم من قبل لنيل درجة علمية مماثلة من أي جامعة أخرى، علماً بأن كل المصادر العلمية التي استعنت بها في هذا البحث قد تم توثيقها والاستشهاد بها بالطريقة المتفق عليها. وأقر أيضاً بعدم وجود أي تعارض محتمل مع مصالح المؤسسة التي أعمل فيها بما يتعلق بإجراء البحث وجمع البيانات والتأليف وعرض نتائج و/أو نشر هذه الأطروحة.

توقيع الطالب: _____ التاريخ: 17-05-2018



حقوق النشر © 2018 عادل أحمد الجسمي
حقوق النشر محفوظة

إجازة أطروحة الماجستير

أجيزت أطروحة الماجستير من قبل أعضاء لجنة المناقشة المشار إليهم أدناه:

(1) المشرف (رئيس اللجنة) - أ.د/ أسامه بدر

الدرجة : أستاذ

قسم القانون الخاص

كلية القانون - جامعة الإمارات العربية المتحدة

التوقيع:  التاريخ: ١٤/١٦/٢٠١٨

(2) عضو داخلي : د / علاء الخصاونه

الدرجة : أستاذ مشارك

قسم : القانون الخاص

كلية : القانون - جامعة الإمارات العربية المتحدة

التوقيع:  التاريخ: ١٨/٤/١٦

(3) عضو خارجي : د / محمد يونس

الدرجة : أستاذ مشارك

قسم : القانون الخاص

أكاديمية شرطة دبي

التوقيع:  التاريخ: ١٨/٤/١٦

اعتمدت الأطروحة من قبل:

(1) عميد كلية القانون : الأستاذ الدكتور / محمد حسن علي محمد

التوقيع:  التاريخ: ٢٠١٨/٤/٢٦

(2) عميد كلية الدراسات العليا: الأستاذ الدكتور / ناجي وليم

التوقيع:  التاريخ: 17/5/2018

النسخة رقم 9 من 10

الملخص

تتناول هذه الدراسة شرط الاحتفاظ بالملكية على سبيل الضمان باعتباره من أهم المواضيع التي فرضت طبيعة الحياة المعاصرة تناوله وخوضه وإيجاده ، إذ تراجعت التأمينات العينية التقليدية كالرهن الرسمي والرهن الحيازي وظهرت ضمانات تركز على الملكية كشرط الاحتفاظ بالملكية والايجار الائتماني والتصرف الائتماني، وأظهرت الحاجة إلى توظيف هذه الوسائل الاتفاقية كالاحتفاظ بالملكية أو نقل الملكية كنوع من الضمان يفوق في فعاليته التأمينات العينية التقليدية ولذلك لم تعد الملكية غاية في ذاتها وإنما أصبحت وسيلة لتحقيق غاية أخرى وهي الضمان.

ولقد حاولت الدراسة تقييم مدى ملاءمة وفعالية شرط الاحتفاظ بالملكية باعتباره ضماناً من خلال تقسيم الدراسة إلى فصل تمهيدي وفصلين، تناولت في الفصل التمهيدي فكرة التأمينات العينية والشخصية وكيف كان تراجعها سبباً في ظهور الحاجة السوقية إلى توظيف شرط الاحتفاظ بالملكية كنوع من أنواع الضمان، مع تعريف شرط الاحتفاظ بالملكية على سبيل الضمان مع استطراد أهميته وتطبيقاته. وأما في الفصل الأول الذي جاء بعنوان الطبيعة القانونية لشرط الاحتفاظ بالملكية على سبيل الضمان فقد تناولت فيه الاتجاهات الفقهية والقضائية في تحديد الطبيعة القانونية لشرط الاحتفاظ بالملكية على سبيل الضمان وموقف التشريعات المقارنة في تحديد الطبيعة القانونية لشرط الاحتفاظ بالملكية على سبيل الضمان.

وفي الفصل الثاني تناولت فيه آثار شرط الإحتفاظ بالملكية ومدى ملاءمته باعتباره وسيلة ضمان غير مسماة.

وقد انتهى البحث بالوصول إلى بعض النتائج والتوصيات التي تضمنتها الخاتمة.

كلمات البحث الرئيسية: قانون المعاملات المدنية رقم (5) لسنة 1985 والمعدل بالقانون الاتحادي رقم (1) لسنة 1987 لدولة الإمارات العربية المتحدة، مشروع القانون الاتحادي لدولة الإمارات، التأجير التمويلي لسنة 2016.

العنوان والملخص باللغة الإنجليزية

Suitability of Title Retention Clause as Security (Comparative Study)

Abstract

This study is dealing with suitability of title retention clause as security as one of the most important topics where the modern life imposed to deal with it. Seeing that the procedures of using the traditional kind of securities such as pledge by way of security, possessory pledge and priority rights require many actions which led to search on other useful securities which need to employ such means i.e. retention of title or transfer of ownership as some sort of securities have more power than the traditional kind securities, and therefore by the study we are trying to find the possibility to use the property/ownership as a security. The study has tried to evaluate the relevance and effectiveness of the retention of title clause as a guarantee by dividing the study into an introductory chapter and two chapters. In the introductory chapter we dealt with idea of the securities including the personal guarantee and security on the property and how its procedures led to find other more efficient methods such as retention of title as a kind of security, and we dealt with the definition of this condition along with its importance and applications. In the first chapter we dealt with the legal nature of the condition of retention of title clause by referring to doctrinal and judicial trends in determining the legal nature of this condition and the opinion of comparative legislation in determining the legal nature of retention of title clause. In chapter two, we dealt with the consequences of this condition and suitability of title retention clause as unnamed security.

Then we ended the study with our findings and recommendations.

Keywords: Civil Transactions Law No. (5) of 1985, Amended Federal Law No. (1) of 1987, Draft Federal Law, Financial Leasing of 2016.

شكر وتقدير

فَمُ لِلْمَعْلَمِ وَفِيهِ التَّبْجِيلَا ...كَأَدَ الْمَعْلَمُ أَنْ يَكُونَ رَسُولَا
أَعْلَمْتُ أَشْرَفْتُ أَوْ أَجَلُّ مَنْ الَّذِي ... بَيْنِي وَيَنْشِئُ أَنْفَسًا وَعَقُولَا

أرى لزاماً عليّ أن أخصّ جزيلاً شكري وجلّ امتناني لمعلمي القدير ومشرفي الفاضل
الأستاذ الدكتور: أسامة بدر، الذي لم يضمن عليّ طوال فترة البحث، بعلمه ووقته وجهده. فكان نعم
المعلم ونعم الموجه.

هذا وأخط عظيم امتناني وبالغ تقديري أيضاً - ودونما استثناء - لجميع أساتذتي
الكرام، والذين كانوا لنا منارات هدى ، ومعيناً نهلنا منه طيب علمهم وخلقهم فهذبّت نفوسنا وعقولنا.

الاهداء

إلى من الرحمن فيهما أوصاني .. والديّ الحبيبين ..

إلى أمني واطمئناني... زوجتي العزيزة وفلذات كبدي الحبيبات

إليهم جميعاً أهدي هذا البحث العلمي المتواضع ..

قائمة المحتويات

i.....	العنوان
ii.....	إقرار أصالة الأطروحة
iii.....	حقوق الملكية والنشر
iv.....	إجازة أطروحة الماجستير
vi.....	الملخص
vii.....	العنوان والملخص باللغة الإنجليزية
viii.....	شكر وتقدير
ix.....	الاهداء
x.....	قائمة المحتويات
1.....	المقدمة
4.....	الفصل التمهيدي
35.....	الفصل الأول: الطبيعة القانونية لشرط الاحتفاظ بالملكية على سبيل الضمان
36.....	المبحث الأول: الاتجاهات الفقهية والقضائية في تحديد الطبيعة القانونية لشرط الاحتفاظ بالملكية على سبيل الضمان
36.....	المطلب الأول: الاتجاهات الفقهية بشأن تحديد الطبيعة القانونية لشرط الاحتفاظ بالملكية
52.....	المطلب الثاني: الاتجاهات القضائية في تحديد الطبيعة القانونية لشرط الاحتفاظ بالملكية
56.....	المبحث الثاني: موقف التشريعات المقارنة في تحديد الطبيعة القانونية لشرط الاحتفاظ بالملكية على سبيل الضمان
57.....	المطلب الأول: موقف التشريعات المقارنة من شرط الاحتفاظ بالملكية على سبيل الضمان
61.....	المطلب الثاني: موقف المشرع الإماراتي من تكييف شرط الاحتفاظ بالملكية على سبيل الضمان
64.....	الفصل الثاني: آثار شرط الإحتفاظ بالملكية ومدى ملاءمته باعتباره وسيلة ضمان غير مسماة

المبحث الأول: آثار شرط الإحتفاظ بالملكية على سبيل الضمان	64
المطلب الأول: آثار شرط الإحتفاظ بالملكية فيما بين الطرفين	65
الفرع الأول: حقوق والتزامات الطرفين	65
الفرع الثاني: تحديد المركز القانوني للبائع والمشتري	69
الفرع الثالث: أثر وجود شرط الإحتفاظ بالملكية على نقل ملكية المبيع	71
الفرع الرابع: أثر الشرط على تبعة هلاك المبيع	74
المطلب الثاني: آثار شرط الإحتفاظ بالملكية بالنسبة للغير	77
الفرع الأول: حجية شرط الإحتفاظ بالملكية في مواجهة الدائنين	78
الفرع الثاني: مدى نفاذ شرط الإحتفاظ بالملكية قبل الغير صاحب الحق العيني على المبيع المحتفظ بملكيته	87
الفرع الثالث: انتقال الإستفادة بشرط الإحتفاظ بالملكية على سبيل الضمان	91
المبحث الثاني: مدى ملائمة شرط الإحتفاظ بالملكية باعتبارها ضماناً لدين البائع في ذمة المشتري	93
المطلب الأول: الإجارة المنتهية بالتملك في المؤسسات المالية الإسلامية	96
الفرع الأول: تعريف عقد الإجارة المنتهية بالتملك وتاريخه وطبيعته القانونية	97
الفرع الثاني: صور الإجارة المنتهية بالتملك	103
الفرع الثالث: أهمية الإجارة المنتهية بالتملك ومدى تحقق شرط الإحتفاظ بالملكية من خلالها	107
المطلب الثاني: التأجير التمويلي في المؤسسات المالية التقليدية	110
الفرع الأول: ماهية التأجير التمويلي وتاريخه وأنواعه وطبيعته القانونية	110
الفرع الثاني: أنواع وصور ومجالات تطبيق التأجير التمويلي	119
الفرع الثالث: أهمية التأجير التمويلي باعتباره صورة تتحقق فيها احتفاظ البائع بالملكية	127
المطلب الثالث: الفرق بين الإجارة المنتهية بالتملك في المؤسسات المالية الإسلامية والتأجير التمويلي في المؤسسات المالية	130
المطلب الرابع: عقبات وتبعات الإحتفاظ بالإحتفاظ بالملكية كوسيلة للضمان	134
الفرع الأول: عقبات الإحتفاظ بالملكية على سبيل الضمان	134
الفرع الثاني: تبعات الإحتفاظ بالملكية على سبيل الضمان	138
الخاتمة	140
المراجع	145

المقدمة

الحمد لله رب العالمين... والصلاة والسلام على سيدنا محمد الصادق الوعد الأمين، المبعوث رحمة للعالمين وعلى آله وصحبه والتابعين ومن تبعهم بإحسان إلى يوم الدين... اللهم لا علم لنا إلا ما علمتنا إنك أنت العليم الحكيم، اللهم علمنا ما ينفعنا، وانفعنا بما علمتنا، وزدنا علماً، وأرنا الحق حقاً، وارزقنا اتباعه، وأرنا الباطل باطلاً، وارزقنا اجتنابه، واجعلنا ممن يستمعون القول فيتبعون أحسنه، وأدخلنا برحمتك في عبادك الصالحين... أما بعد...

أولاً: التعريف بموضوع البحث

يعتبر موضوع شرط الاحتفاظ بالملكية على سبيل الضمان أحد أهم المواضيع التي فرضت طبيعة الحياة المعاصرة تناوله وخوضه وإيجاده، إذ تراجع التأمينات العينية التقليدية كالرهن الرسمي والرهن الحيازي وظهور ضمانات تركز على الملكية كشرط الاحتفاظ بالملكية والإيجار الائتماني والتصرف الائتماني، فقد ظهرت الحاجة إلى توظيف الوسائل الاتفاقية كالاحتفاظ بالملكية أو نقل الملكية كنوع من الضمان يفوق في فعاليته التأمينات العينية التقليدية ولذلك لم تعد الملكية غاية في ذاتها وإنما أصبحت وسيلة لتحقيق غاية أخرى وهي الضمان.

وبالنظر إلى العالم المعاصر الذي طغى فيه مصطلح اقتصاد السوق وما يقتضيه تطبيقه من منافسة حادة بين المتعاملين الاقتصاديين سواء كانوا أشخاصاً طبيعيين أو أشخاصاً اعتباريين، وقع اختيارنا لهذا الموضوع بالدراسة والبحث.

ثانياً: أهمية البحث

يحتل شرط الاحتفاظ بالملكية أهمية بالغة على صعيد الائتمان التجاري - فهو يأخذ في الواقع انطلاقاً من وظيفته الاقتصادية مكانة بارزة إلى جانب نقل الملكية والحقوق على سبيل الضمان - بين مجموعة التأمينات التي ترد على المنقول دون حيازته.

إذ أن الحماية القانونية التي يقدمها شرط الاحتفاظ بالملكية للموردين من شأنها حثهم على الاستمرار في توريد البضاعة لعملائهم المتعثرين ومنحهم أجلاً أطول للسداد مما بقي هؤلاء مغبة الوقوع في هاوية الإفلاس، ولن يحتاج البائع بعد ذلك إلى الأخذ في حسبانته عند تحديد ثمن البضاعة المؤجل للسداد مخاطر إفلاس المشتري، ويستتبع ذلك بالضرورة انخفاض الثمن أو على الأقل عدم تفاقمه، ولتلك الأسباب وغيرها من الأسباب التي تناولناها في خضم البحث، فقد قمنا باختيار شرط الاحتفاظ بالملكية على سبيل الضمان كموضوعٍ لبحثنا لنتناوله بالدراسة والتعقيب والتحليل.

ثالثاً: المنهج المتبع في كتابة البحث

اعتمدت في كتابة هذا البحث على المنهج التحليلي المقارن، حيث قمت بعرض النصوص المتعلقة بشرط الاحتفاظ بالملكية على سبيل الضمان في كلٍ من التشريع الفرنسي والمصري والإماراتي على سبيل التحديد مع ذكر بعض التشريعات الأخرى التي تناولت موضوع البحث، وإجراء المقارنة بينهما في الأحوال التي تقتضي المقارنة.

رابعاً: خطة البحث

اقتضت الكتابة في هذه الدراسة ضرورة تقسيمها إلى ما يلي:

مقدمة مقتضبة احتوت على: التعريف بموضوع البحث وأهميته والمنهج المتبع في الدراسة

وخطة البحث.

ثم أعقبناه بفصل تمهيدي أولي تناولنا فيه ما يلي:

فكرة التأمينات العينية والشخصية وكيف كان تراجعها سبباً في ظهور الحاجة السوقية إلى

توظيف شرط الاحتفاظ بالملكية كنوع من أنواع الضمان.

ومن ثم عرفنا شرط الاحتفاظ بالملكية على سبيل الضمان وأهميته والأسباب الداعية

لاختياره

ومن ثم أعقبنا ذلك بفصلين مستفيضين تناولنا فيهما موضوع الدراسة كما هو مبين أدناه، وختمنا البحث بخاتمة تطرقنا فيها لأهم النتائج والتوصيات التي توصلنا إليها من خلال هذه الدراسة، وقد جاءت على التفصيل الآتي:

الفصل الأول: الطبيعة القانونية لشرط الاحتفاظ بالملكية على سبيل الضمان

المبحث الأول: الاتجاهات الفقهية والقضائية في تحديد الطبيعة القانونية لشرط الاحتفاظ بالملكية على سبيل الضمان

المبحث الثاني: موقف التشريعات المقارنة في تحديد الطبيعة القانونية لشرط الاحتفاظ بالملكية على سبيل الضمان.

الفصل الثاني: آثار شرط الإحتفاظ بالملكية ومدى ملاءمته باعتباره وسيلة ضمان غير مسماة وفيه مبحثان:

المبحث الأول: آثار شرط الإحتفاظ بالملكية على سبيل الضمان

المبحث الثاني: مدى ملاءمة شرط الإحتفاظ بالملكية باعتباره وسيلة ضمان غير مسماة

الخاتمة: وتتضمن أهم النتائج والتوصيات التي توصلت إليها من خلال هذه الدراسة والفهارس.

الفصل التمهيدي

أولاً: الضمانات والتأمينات

التأمينات عموماً ضمانات مقررة لصالح الدائن الغرض منها تمكينه من استيفاء حقه المترتب في ذمة مدينه ووقايتة من اعساره. وهذه التأمينات إما عامة وإما خاصة والتأمينات العامة هي التي يشترك فيها جميع الدائنين العاديين، ومحلها جميع أموال المدين التي يمكن إيقاع الحجز عليها والتنفيذ بها وهي بذلك تمتاز بشمولها جميع أموال المدين وأن جميع الدائنين متساوون في هذا الضمان. وقد نصت المادة 391 من قانون المعاملات المدنية على هذا الضمان بالقول:

1. اموال المدين جميعها ضامنه للوفاء بديونه.

2. وجميع الدائنين متساوون في هذا الضمان مع مراعاة ما تقرره احكام القوانين خلافا لذلك¹.

أما التأمينات الخاصة فهي على نوعين: احدهما التأمينات الشخصية والثاني التأمينات العينية والغرض منها توقي التأمينات العامه والمتمثلة بتصرفات المدين الضارة بحقوق دائنيه وإهماله في متابعة حقوقه بما يعرضه للإعسار نتيجة ذلك او نتيجة زيادة التزاماته المالية من خلال ترتيبه ديون اخرى في ذمته فضلاً عن مخاطر الصورية ورغم تعدد صور حماية التنفيذ أو الضمان العام للدائنين كالدعوى غير المباشرة والدعوى الصورية ودعوى عدم النفاذ الا ان الواقع يشهد عدم كفاية هذه الوسائل في توفير الحماية الكافية بحقوق الدائنين وحتى في حالة الحجز على المدين المفلس فإن الدائنين لن يستوفوا كامل حقوقهم بسبب إعسار المدين وبالتالي اقتسامهم أموال المدين قسمة غرماء.

¹ قانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة، الصادر بالقانون الاتحادي رقم (5) لسنة 1985 المعدل بالقانون الاتحادي رقم (1) لسنة 1987، إصدار معهد دبي القضائي، دبي، دولة الإمارات العربية المتحدة 2017، ص200-201.

التأمينات الشخصية:

ويقصد بها إيجاد شخص آخر غير المدين يستطيع الدائن أن يطالبه بذات الدين بحيث إذا لم يستطع الدائن الحصول على حقه كاملاً من المدين، كان له أن يرجع على هذا الشخص مطالباً بحقه أو بما لم يستوف من هذا الحق، ومن هنا جاءت تسميتها بالتأمينات الشخصية.

وهي تأمينات أصلها رابطة شخصية سواء كان مصدرها إرادي أم غير إرادي، تختص بدائن دون سائر الدائنين العاديين، والأصل فيها ضم ذمة أو أكثر إلى ذمة المدين ولا مانع من أن تكون الذمم جميعها مدنية لنفس الدائن كما هو الحال في تضامن المدينين وصور هذه التأمينات عادة هي فضلاً عن حالة التضامن من بين المدينين، عدم قابلية التصرف للانقسام، وأشهر صورة لهذه التأمينات هي الكفالة، والتي تقوم فكرتها على ضم ذمة شخص يسمى الكفيل إلى ذمة المدين في المطالبة بالحق بحيث إذا لم يستطع الدائن أن يحصل على حقه من المدين كان له أن يحصل على هذا الحق من الكفيل (الضامن).

والكفالة، وحوالة الدين والاشتراط لمصلحة الغير عندما يعين المشتراط دائنه مستفيداً من الاشتراط فيتلقى الدائن من المتعهد حقاً مباشراً لا يمر بذمة مدينه وبالتالي لا يشاركه فيه بقية الدائنين، هذا بالإضافة الى حق الاحتباس في اتجاه المشرع الإماراتي وفقاً لما نصت المادة 418، من قانون المعاملات المدنية: "من احتبس الشيء استعمالاً لحقه في احتباسه كان أحق من باقي الغرماء في استيفاء حقه منه".

التأمينات العينية:

وهي التأمينات التي ترد على مال معين مملوك للمدين أو الغير، فتتقله بحق عيني تبقي لمصلحة الدائن بحيث يكون له بالإضافة الى حقه في الضمان العام على جميع أموال مدينه سلطة

تنصب على ذاك المال المعين، تمكنه من تتبعه في اي يد يكون لينفذ عليه حجزاً او بيعاً، ويستوفي دينه من ثمنه بالأولوية على غيره من الدائنين¹.

والتأمينات العينية في مفهوم المشرع تعد حقوقاً عينية تبعية. فهي أولاً تعد حقوقاً عينية لأنها تمنح الدائن سلطة مباشرة على شيء وهي ثانياً تبعية لأنها تختلف عن الحقوق العينية الأصلية (الملكية وما يتفرع عنها من حيث أن هذه الأخيرة تؤمن نفسها بنفسها، فصاحب الحق العيني الأصلي يمارس حقه مباشرة على الشيء ولا يحتاج إلى ضمان أو كفالة لتأكيد الحصول على حقه، فهو يقتضي حقه من الشيء مباشرة من الشيء وليس هنالك من مدين يلزم تدخله للحصول على الحق) أما الحقوق العينية التبعية (التأمينات العينية) فهي لا تقوم إلا ضماناً لدين (حق شخصي) لتكفل الوفاء به، بحيث أنه إذا لم يكن هذا الدين موجوداً لما قامت الحاجة إليها، وبحيث أنه إذا انقضى هذا الدين ما عادت حاجة لبقائها، وهي بذلك تكون تابعة لهذا الدين في وجوده وانقضائه ومن هنا جاءت تسمية التأمينات العينية بالحقوق العينية التبعية.

والمشرع وحده دون غيره هو الذي يستقل بتقرير الحقوق العينية التبعية، فلا يجوز الاتفاق على إنشاء حق عيني تباعي لم يتقرر بنص تشريعي، والحقوق العينية التبعية التي نظمها المشرع الإماراتي والمصري هي:

الرهن التأميني والرهن الحيازي وحقوق الامتياز (الإماراتي والمصري) وحق الاختصاص (القانون المصري).

¹ د. علي أحمد صالح المهدي ود. يوسف محمد عبيدات، الوجيز في شرح قانون المعاملات المدنية الاتحادي (الحقوق العينية التبعية) الافاق المشرقة ناشرون، الشارقة، دولة الامارات العربية المتحدة، 2011، الطبعة الأولى، ص 8 - 10.

ثانياً: جدوى التأمينات العينية والشخصية في ضمان حق البائع

لا شك في أهمية التأمينات السابقة في ضمان حق البائع في الثمن حيث تضعه في مركز متميز عن غيره من الدائنين وتقيه من إفسار المشتري.

إلا أنه ليس من السهل دائماً الحصول على تلك التأمينات حيث يصعب على المدين غالباً تقديمها سواء لعدم توفرها أو لارتفاع تكلفتها، فقد لا يجد المشتري كفيلاً أو مالاً يقدمه رهناً.

أضف إلى ذلك ما تنطوي عليه الضمانات السابقة من بعض المخاطر والعيوب فالتأمينات العينية قد تسبقها حقوق أخرى كحقوق الامتياز العامة والرهن وحقوق الامتياز الخاصة الأسبق في القيد، ويقتضي الرهن الرسمي العديد من الإجراءات القانونية كالقيد والتجديد وإجراءات بيع العقار.

كما يلقي الرهن الحيازي على عاتق الدائن عدة التزامات تتعلق بحفظ واستغلال المال المرهون وأيضاً تتوقف جدوى الكفالة على مدى يسر وملائمة الكفيل الذي يتعرض هو الآخر لخطر الإفسار¹.

وعلى الرغم من تأثير هذه التأمينات إلا أن الحياة العملية كشفت أن بعض التأمينات التقليدية أدت إلى زيادة تكلفة الائتمان نتيجة اشتراط الرسمية أو اتخاذ إجراءات الشهر والعلانية كما الشأن بالنسبة للتأمينات العينية، أو نتيجة اشتراط الضامن لمقابل المخاطر التي يتحملها، كما هو الشأن بالنسبة للتأمينات الشخصية، علاوة على ذلك فإن بعض التأمينات قد يؤدي إلى عرقلة تداول الأموال، فمثلاً يصعب بيع عقار مرهون رهناً رسمياً أو منقول مرهون رهناً حيازياً، وفي النهاية نجد أن بلوغ هذه التأمينات لغايتها غالباً ما يستغرق كثيراً من الوقت والنفقات نتيجة لإجراءات الحجز والتنفيذ والبيع في المزاد ولذلك نجد أن للعوامل الاقتصادية تأثيراً واضح في تطور الضمانات بصفة

¹ د. محمد حسين منصور، شرط الاحتفاظ بالملكية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، جمهورية مصر العربية، 2003، ص 91-92.

عامة والتأمينات بصفة خاصة، فكل الدائنين ليس لديهم الحاجة إلى نفس الضمانات، كما أن المدينين لا يستطيعون تقديم نفس الضمانات.

فبالنسبة للدائنين: تحتل البنوك والمؤسسات المالية مكان الصدارة في منح الائتمان ويأتي الموردون في المرتبة الثانية.

- فبالنسبة للبنوك فهي تلجأ في الغالب إلى الحصول على حق عيني يسمح لها باسترجاع أصولها بأسهل وأسرع طريقة ممكنة، كما أنها في أداء وظيفتها تكون أكثر ارتباطاً بالتأمينات الشخصية كالكفالة أو التأمينات العينية الواردة على حق شخصي كالرهن الحيازي للديون.

- أما بالنسبة للموردين فإن أهم ما يشغلهم هو الحصول على حق عيني على الأشياء محل البيع كالاحتفاظ بالملكية أو رهن الأدوات والآلات حتى يتيسر لهم الحصول على حقوقهم بطريقة سهلة وميسرة.

وكما هو واضح فإن الضمان يكون أكثر فعالية ويسر كلما كان هناك ارتباط بين الدين المضمون والمال الضامن وهذا أحد المفاتيح الرئيسية للتطور المعاصر للضمانات، وهذا ما يفسر أيضاً كثرة التجاء الدائنين إلى الشروط التعاقدية في الوقت الحاضر.

أما بالنسبة للمدينين: نجد أن مركز المستهلك (المدين) يشكل دخله من العمل في الأعم الأغلب من الحالات المورد الرئيسي ولذلك غالباً ما يلجأ إلى تخصيص الأجر كوسيلة للضمان كحوالة الأجر على سبيل الضمان وفي الغالب فإن المستهلك يلجأ إلى الائتمان في حالتين:

1- حالة شراء مسكن له.

2- حالة شراء بعض المنقولات.

والضمان في هاتين الحالتين يرد على العقار/ محل الائتمان ذاته ويتمثل في الاحتفاظ بالملكية أو البيع الايجاري أو الايجار الائتماني.

وتطور الضمانات لم يعد ينحصر كما كان من قبل في التنازع التقليدي بين دور كل من التأمينات العينية والتأمينات الشخصية وإنما ظهرت معطيات جديدة في العلاقات التجارية أدت إلى انقلاب في موازين العلاقة بين التأمينات العينية والتأمينات الشخصية من ناحية وأظهرت من ناحية أخرى تطور أنظمة التأمينات بصفة عامة على مواجهة هذه المعطيات واستيعابها.

وعلى الرغم من أن التأمينات والائتمان مازالا يعملان، ولكن قد يحدث لهما بعض التحول فالدائنون بدأوا يبحثون عن الضمان في وسائل أخرى كشرط الاحتفاظ بالملكية والايجار الائتماني، وبصفة خاصة في نطاق التأمينات الشخصية.

فكرة الضمان تعبر عن وظيفة اقتصادية أكثر من تعبيرها عن نظام قانوني محدد له وسائله الفنية وسماته الخاصة.

وتعد التأمينات نوعاً من الضمانات، ولكن العكس غير صحيح إذ ليس بالضرورة أن يكون كل ضمان نوعاً من التأمينات ففكرة الضمان أوسع بكثير من فكرة التأمينات، فقانون التأمينات أنشئ كفرع مستقل يقوم حول أنظمة أساسية هي الكفالة والرهن والامتياز، بينما الضمانات لم تنحصر في فرع معين من فروع القانون وإنما نجد أن هناك أنظمة قانونية في قانون الالتزامات أو قانون الأموال تقوم على تحقيق وظيفة الضمان بصفة أصلية أو بصفة عارضة، وقد أدت التطورات الحديثة إلى العودة دون قيد أو شرط إلى المنبع إلى قانون الالتزامات وقانون الأموال مما أدى إلى بروز وظيفة الضمان التي تحققها هذه الأنظمة في الوقت الحاضر.

ولذلك نجد أن بأنه في قانون الأموال تم توصيف الاحتفاظ بالملكية ونقل الملكية على أنه نوع من الضمان يفوق في فعاليته التأمينات العينية فالملكية لم تعد غاية في ذاتها وإنما أصبحت وسيلة لتحقيق غاية أخرى هي الضمان.

ثالثاً: الاعتبارات التي أدت إلى توظيف الملكية كوسيلة للضمان

في الدول المتقدمة استجبت معطيات جديدة أدت إلى الحد من فعالية التأمينات العينية ففي قوانين الإفلاس الحديثة لم يعد هدفها عقاب المدين غير الأمين، أو حتى الوفاء للدائنين وإنما أصبح الهدف هو محاولة إنقاذ المؤسسات مما تتعرض له من صعوبات وقد ترتب على هذه الفلسفة الجديدة لقوانين الإفلاس أن تراجعت فعالية التأمينات العينية في حالة إفلاس المدين وذلك لحساب بقاء المؤسسات والاحتفاظ بالعمل للعمال ولذلك فقد أصبح القانون في صف الدائنين الذين يسمح تعاونهم باستمرار المؤسسة أي الدائنين الذين نشأت ديونهم بعد حكم افتتاح الاجراءات، فهؤلاء يحصلون على حقهم بالأولوية عن كل الدائنين الآخرين سواء كان هؤلاء مزودون بامتيازات أو بتأمينات أم لا باستثناء حقوق الاجراء، وفي الوقت الحاضر أصبح من الأفضل أن يكون الدائن دائماً لاحقاً حتى لو كان عادياً من أن يكون دائماً سابقاً مزوداً بتأمين عيني.

وقد كانت النتيجة المباشرة لهذه القوانين الحديثة تراجع التأمينات العينية التقليدية كالرهن الرسمي والرهن الحيازي وظهور ضمانات تركز على الملكية كشرط الاحتفاظ بالملكية والايجار الائتماني والتصرف الائتماني.

وعلى ذلك فقد أدت هذه التطورات الحديثة إلى العودة دون قيد أو شرط إلى المنبع إلى قانون الالتزامات، وقانون الأموال، فقد لجأ العمل إلى الوسائل الاتفاقية ليوظف الاحتفاظ بالملكية أو

نقل الملكية لتحقيق نوع من الضمان يفوق في فعاليته التأمينات العينية التقليدية ولذلك لم تعد الملكية غاية في ذاتها وإنما أصبحت وسيلة لتحقيق غاية أخرى وهي الضمان¹.

وبالنظر إلى العالم المعاصر الذي طغى فيه مصطلح اقتصاد السوق وما يقتضيه تطبيقه من منافسة حادة بين المتعاملين الاقتصاديين سواء كانوا أشخاصاً طبيعيين أو أشخاصاً اعتباريين، ولضمان مكانة بين المتنافسين تحتاج المؤسسات والشركات الاقتصادية في سبيل استمراريتها ونشاطها إلى الحرص على مواكبة التطورات التكنولوجية المتسارعة بصورة غير طبيعية خاصة فيما يتعلق بالآلات ومعدات الإنتاج.

ومن العسير إن لم يكن من المستحيل أن تستطيع الشركات الصغيرة والمتوسطة توفير ما تحتاجه من آلات ومعدات مكثفية في ذلك بما تمتلكه من سيولة مالية أو مصادر تمويل داخلية ودون اللجوء إلى طلب المساعدة من المؤسسات التمويلية التي راجت رواجاً كبيراً في العالم الحديث، وأصبحت تتمتع بأهمية بالغة وتزيد حدة صعوبة الأمر إذا ما علمنا أن النفقات التي تثقل كاهل الشركات الاقتصادية لا تتوقف عند توفير الآلات أو الأصول الانتاجية المنقولة والعقارية بل تتعداها إلى ما يطلبه المنتج من دعاية وتسويق وتأمين ضد مختلف المخاطر وأمام هذا الوضع الذي يجعل الشركات بين مطرقة المنافسة وإثبات المكانة وسط مختلف الشركات الممارسة ذات النشاط الاقتصادي وبين سندان النفقات والتكاليف الباهظة غير المتوفر لديها، لا تجد هذه المؤسسات الاقتصادية من حل سوى اللجوء إلى طلب التمويل من مؤسسات التمويل أو البنوك ولأن البنوك والمؤسسات التمويلية تبحث دائماً عن تحقيق الربح من وراء توفير التمويل لأصحاب المشاريع الاقتصادية غير أنه يجب أن يكون بالطريقة التي تحقق لها الائتمان اللازم لاسترجاع الأموال التي تمنحها لهم، خاصة وأن القواعد العامة في القانون المدني وإن كانت توفر للدائن قدراً من الحماية

¹ د. نبيل إبراهيم سعد، الضمانات غير المسماة في القانون الخاص، منشأة المعارف، الاسكندرية، جمهورية مصر العربية، 2000، ص 164-165.

ضد مخاطر عدم تنفيذ المدين لالتزامه اختياراً عن طريق ما يسمى بحق الضمان العام وحتى نظام التأمينات العينية، إلا أن هذه الوسائل أثبتت عدم نجاعتها وبطء إجراءاتها وهو ما لا يتناسب مع عمليات التمويل التي تتسم بالسرعة والائتمان.

وبعد عدة محاولات لتطويع الأنظمة القانونية التقليدية كالبيع والإيجار والقرض لم يعد أمام المؤسسات التمويلية من ضمان قوي أفضل من الاحتفاظ بملكية الأصل الممول سواء كان عقاراً أو آلات إنتاجية منقولة مقابل منح طالب التمويل حق الانتفاع بها واستعمالها في نشاطه الاقتصادي طيلة مدة التمويل.

ويلعب حق الملكية والاحتفاظ به في يد المؤسسة التمويلية ضماناً قوياً ضد مخاطر إعسار المدين حيث أن عجز المدين عن الوفاء بأحد أقساط الدين الذي في ذمته إلى الشركة الممولة لا يهدد مصالح هذه الأخيرة بشدة لأنها ببساطة يمكن أن تسترد الأصل محل التمويل بصفتها مالكة له وتأمين بالتالي دخوله في تفليسة المدين ولا يمكن للدائنين الآخرين التنفيذ عليه¹.

وفرضت الحياة التجارية في الواقع المعاصر ضرورة البحث عن نوع من الائتمان والضمان لا يقتصر فقط على توفير حق الأولوية والتتبع للبائع مانح الائتمان وإنما أيضاً يعمل هذا الضمان على إلغاء أو تقليل المخاطر التي قد يتعرض لها البائع في سبيل استيفاء حقه.

وفي هذا السياق فرضت فكرة الملكية نفسها كضمانة فعالة لحماية حقوق البائع - في البيوع الائتمانية - تقيه من خطر عدم استيفاء حقه في الثمن في ميعاد استحقاقه من خلال ما درج على تسميته بشرط الاحتفاظ بالملكية.

¹ هشام بن الشيخ، الاحتفاظ بالملكية ودوره التاميني، بحث منشور على شبكة الانترنت، ص 217-219.

وقبل الحديث عن شرط الاحتفاظ بالملكية نوجز تعريف بعض المصطلحات الواردة هنا

وهي الشرط والملكية والضمان

1- الشرط:

الشرط لغة: من فعل شرط (له أمراً): التزمه وشرط (عليه أمراً): ألزمه أياه، والشرط: ما يوضع لياتزم في بيع نحوه¹.

والشرط مصدر بمعنى إلزام الشيء والتزامه وبتحريك الراء معناه: العامة وجمعه أشرط قال تعالى: (فقد جاء أشرطها)، أي علامات الساعة، وعند الأصوليين: هو الوصف الظاهر المنضبط الذي يتوقف عليه وجود الحكم من غير إفضاء عليه، وبعبارة أخرى: هو ما يستلزم من عدمه عدم الحكم أو عدم السبب، ومعنى (من غير إفضاء إليه) أي من غير تأثير له فيه، وذلك أن وجود الشرط لا يستلزم وجود المشروط ولا عدمه، ولهذا عرف بأنه ما يلزم من عدمه عدم المشروط، ولا يلزم من وجوده وجود ولا عدم².

وتنص المادة 420 من قانون المعاملات المدنية الإماراتي على أن " الشرط أمر مستقبل يتوقف عليه وجود الحكم أو زواله عند تحققه".

وعليه فيتعين في الأمر الذي يعلق عليه وجود أو زوال الالتزام ليعتبر شرطاً أن يكون أمراً مستقبلاً وغير محقق الوقوع.

ونلخص من هذا التعريف أن الشرط عنصر عرضي في الالتزام مصدره الإرادة، ولا ينشئ

التزاماً.

¹ المعجم الوسيط، مجمع اللغة العربية، دار الدعوة، اسطنبول، جمهورية تركيا، 1989، ص 478 – 479.

² أ. د. وهبة الزحيلي، أصول الفقه الإسلامي، دار الفكر، دمشق، الجمهورية العربية السورية، 2005، ص 104.

1- الشرط عنصر عرضي: يعتبر الشرط امراً عارضاً يضاف الى التزام استكمل أركانه وشروط نشوئه، وعلى ذلك فإنه يختلف عن الرسمية كرهن في الهبة أو تسجيل التصرف القانوني كشرط لنقل الحق العيني العقاري أو إنشائه، ويتميز الشرط كوصف للالتزام بأثره الرجعي، بينما ينتفي ذلك في العناصر المنشئة للالتزام.

2- الشرط مصدره الإرادة وعلى ذلك فإن الوقائع المؤثرة للالتزام لا تعتبر شرطاً إذا كان مصدرها ليس ارادياً وتطبيقاً لذلك فإنه لا يعتبر من قبيل الشرط الحجر على الشريك أو إفلاسه كسبب يؤدي إلى انقضاء الشركة

3- الشرط غير منشيء للالتزام ؛ لا يترتب على الشرط نشوء التزام في ذمه العاقد ويختلف بالتالي عن شروط العقد المكونة لبنوده، حيث يتحدد بها التزامات كل من العاقلين ويجوز الحكم بالفسخ عند الاخلال بها¹.

أنواع الشرط:

الأول: شرط واقف وهو الذي يترتب على تحققه وجود الالتزام.

الثاني: شرط فاسخ وهو الذي يترتب على تحققه زوال الالتزام.

الأول: الشرط الواقف قد عرفته المادة 422 من قانون المعاملات المدنية بقولها أن

"التصرف المعلق هو ما كان مقيداً بشرط غير قائم أو بواقعة مستقبلية، ويتراخى أثره حتى

يتحقق الشرط"

¹ د. عبد الحميد نجاشي الزهيري، شرح قانون المعاملات المدنية (آثار الحق وانقضاؤه) إثراء للنشر والتوزيع، عمان، المملكة الأردنية 2009، الطبعة الأولى، ص 211-212.

ويظهر من هذا النص أنه إذا كان الالتزام معلقاً على شرط واقف مستقبلي، فلا يكون للدائن أثناء مرحلة التعليق أي قبل تحقق الشرط الواقف حق مؤكد الوجود، بل يكون محتمل الوجود.

لذلك؛ لا يستطيع الدائن أن يتخذ أي إجراء من إجراءات التنفيذ على أموال المدين ولا يلزم المدين بالوفاء به، ولا يثبت للدائن الحق في المقاصة في مواجهة المدين لاختلاف الدينين في القوة، ولا يستطيع الدائن أن يباشر ما يعد من مقدمات التنفيذ وبالتالي لا يستطيع أن يباشر دعوى عدم نفاذ التصرفات وإن كان يستطيع أن يباشر الدعوى غير المباشرة.

ويترتب على أن للدائن في فترة التعليق حق لا مجرد أمل، أن يتخذ من الاجراءات ما يحفظ حقه كتسجيل عقده إن كان محل العقد عقاراً، أو أن يطلب تعيين حارس على موضوع حقه، وله ان يتدخل في الدعاوى المرفوعة من مدينه وعليه، وله أن يستعمل بإسم مدينه حقوقه عن طريق الدعوى غير المباشرة.

وإن تحقق الشرط الواقف فيصبح الالتزام نافذاً ومؤكداً ومستحق الأداء من يوم إبرام العقد لامن وقت تحقق الشرط استناداً إلى فكرة الأثر الرجعي للشرط.

ويكون للدائن أن يتخذ إجراءات التنفيذ على أموال مدينه لاستيفاء حقه كما يكون له الحق في مباشرة دعوى عدم نفاذ التصرفات للطعن في تصرفات مدينه وإن كان المدين قد وقى الدين فلا يستطيع أن يسترد ماوقاه، ويبدأ سريان التقادم المسقط لحق الدائن لأنه أصبح مستحق الأداء وإن كان الحق المعلق على شرط واقف معيناً بالذات فإن كل تصرفات الدائن التي أجراها أثناء فترة التعليق تكون نافذة لأنه يكون قد تصرف فيما يملك¹.

¹ أ.د. محمد أحمد شحاته حسين، المطول في شرح قانون المعاملات المدنية لدولة الامارات العربية المتحدة المستمدة معلقاً عليها بأحكام المحاكم العليا لدولة الامارات والمحاكم العليا للنظم القضائية العربية المقارنة، الجزء الخامس، المكتب الجامعي الحديث، الاسكندرية، مصر، 2015، صفحه 193.

ووفقاً لمحكمة التمييز بدبي فإنه من المقرر وفق ما تقضي به المواد 421، 422، 423 من قانون المعاملات المدنية أن الشرط أمر مستقل يتوقف عليه وجود الالتزام أو زواله عند تحققه، وأن الالتزام المعلق على شرط هو ما كان مقيداً بشرط غير قائم أو واقعة مستقبلية ويترأخى أثره حتى يتحقق الشرط، ويشترط لصحة التعليق أن يكون مدلول فعل الشرط على خطر الوجود لا متحققاً ولا مستحيلاً¹.

النوع الثاني: وهو الشرط الفاسخ، فقد أسلفنا بأنه هو الذي يتوقف على تحققه زوال الالتزام، حيث يتفق الطرفان على إنشاء الالتزام ونفاذه فور نشوئه، على أن يفسخ اذا تحقق الشرط، وتحكمه المادة (426) من قانون المعاملات المدنية التي تنص على انه "يزول التصرف اذا تحقق الشرط الذي قيده، ويلتزم الدائن برد ما اخذ، فإذا تعذر الرد بسببه كان ملزماً بالضمان.

مثال ذلك ان يؤجر شخص عقاراً على أن يفسخ الالتزام إذا عاد ابن المؤجر من الخارج، فإذا لم يعد الابن خلال المدة التي حددها المؤجر، زال الشرط، وأصبح الالتزام بسيطاً، غير معلق على شرط، وإذا تحقق الشرط زال الالتزام².

أي أن الالتزام المعلق على شرط مقيد فاسخ أثناء فترة التعليق كالتزام المنجز تماماً وتترتب عليه الآثار التي تترتب على الالتزام المنجز وإن كان الالتزام المعلق على شرط فاسخ موجوداً ونافذاً إلا أنه مهدد بالزوال إن تحقق الشرط الفاسخ، ويترتب على ذلك أن تصرفات الدائن تحت شرط فاسخ تعلق على نفس الشرط الفاسخ المعلق عليه الحق وتكون قابلة للزوال، وإن تخلف

¹ حكومة دبي، محكمة التمييز، الاحكام المدنية، الطعن رقم 124 لسنة 2004 قضائية بتاريخ 2004/11/28.

² د. عبد الواحد كرم، أحكام الالتزام في قانون المعاملات المدنية لدولة الامارات العربية المتحدة دار الفجر للطباعة والنشر، أبوظبي، دولة الامارات العربية المتحدة، ص192.

الشرط الفاسخ يتمتع زوال الالتزام نهائياً ويعد التزاماً منجزاً منذ إنشائه ويترتب على هذا أن التصرفات والإجراءات التي قام بها الدائن أثناء فترة التعليق تتأكد نهائياً.

أما إذا تحقق الشرط الفاسخ فإن الالتزام الذي كان موجوداً أثناء مرحلة التعليق يعد كأن لم يكن من وقت تحقق الاتفاق عليه، لامن وقت تحقق الشرط، ويكون للمدين استرداد ما أداه أثناء فترة التعليق بدعوى رد غير المستحق، وتزول الإجراءات التحفظية أو التنفيذية ويكون الدائن ملزماً بأن يرد ما أخذه من المدين وإن استحال الرد لسبب يعود إليه، فعليه أن يعرض المدين عما أصابه من ضرر.

وجاء في أحكام التمييز والنقض بأنه من المقرر وفق ما تقضي به المواد 420، 425، 426 من قانون المعاملات المدنية أنه يجوز تعليق نفاذ التصرف على شرط، وهو أمر مستقبل يتوقف عليه وجوده أو زواله عند تحققه فلا ينفذ التصرف المعلق على شرط إلا إذا تحقق ويزول التصرف إذا تحقق الشرط الذي قيده، ويلتزم الدائن برد ما أخذ فإذا تعذر الرد بسببه كان ملزماً بالضمان¹.

2- الملكية:

الملكية: لغة: من فعل ملك الشيء ملئاً حازه وانفرد بالتصرف فيه فهو مالك وتملك الشيء: امتلكه أو ملكه قهراً².

¹ أ.د. محمد أحمد شحاته حسن، المرجع السابق، صفحة 211-212 وأنظر الى الطعن رقم 3.4 سنة 2003 محكمة التمييز-دبي.

² المعجم الوسيط، ص 886.

وهي حق التمتع والتصرف في الأشياء بشرط ألا يستعمل استعمالاً تحرمه القوانين والأنظمة، ويستخلص من هذا النص أن حق ملكية الشيء هو حق الاستثناء باستعماله واستغلاله والتصرف فيه كل ذلك في حدود القانون.

ويعتبر حق الملكية هو أوسع الحقوق العينية نطاقاً، وهو جماع هذه الحقوق العينية وأساسها، وعنه تفرعت الحقوق العينية وإليه تعود مرة أخرى بانتهاء مدتها. فحق الملكية كما تقول المذكرة الإيضاحية لقانون المعاملات المدنية " هو الحق العيني الكامل الذي تتصل به وتتفرع عنه حقوق عينية أخرى ". ومن هذا المنطلق نصت المادة 1133 معاملات مدنية على أنه:

"1- حق الملكية هو سلطة المالك في أن يتصرف في ملكه تصرفاً مطلقاً عينياً ومنفعة واستغلالاً

2- ولمالك الشيء وحده أن ينتفع بالعين المملوكة وبغلتها وثمارها ونتائجها ويصرف في عينها بجميع التصرفات الجائزة شرعاً".¹

وهذا النص منقول حرفياً عن نص المادة 1018 من القانون المدني الأردني .

وقد روعي في هذا النص، كما تقول المذكرة الإيضاحية لقانون المعاملات المدنية، " أن يكون شاملاً لمدى الحق وعناصره بحيث يستوعب ما عسى أن ينجم عنه من حقوق وواجبات وأن يشمل ماورد في النصوص الواردة بمجلة الأحكام وبمرشد الحيران"².

ويمكن القول أن دوام الملكية يدور حول معانٍ ثلاث هي:

¹ المادة 1133 قانون المعاملات المدنية الإماراتي

² أ.د. محمد المرسي زهرة، الحقوق العينية الأصلية في قانون المعاملات المدنية الاتحادي، مطبوعات جامعة الإمارات العربية المتحدة، 1999، الطبعة الأولى، ص55-56.

1. حق الملكية يدوم بدوام محله (لا يقبل الاسقاط): أي أن حق الملكية لا يزول إلا بزوال المحل الذي يرد عليه بهلاكه مثلاً - فالدوام هنا - يكون للحق نفسه وليس للمالك -

2. حق الملكية لا يسقط بعدم الاستعمال، فالأصل أن الحقوق جميعاً - عينية كانت أم شخصية - تسقط بعدم الاستعمال أو بمعنى أدق لا تسمح الدعوى بها بمرور مدة زمنية معينة. لكن المشرع لم يطبق ذات الحكم على حق الملكية، وإنما سكت عن ذلك الأمر الذي استخلص منه الفقه أن حق الملكية مستقل عن استعماله وأن الاستعمال ماهو إلا سلطة للمالك له - بمحض إرادته - ممارستها أم لا، فإذا ترك ملكه دون استعمال فلا يؤدي ذلك إلى حرمانه من ملكيته مهما كانت مدة عدم الاستعمال وليس لأحد - من ثم - أن يدعي تملكه لشيء لمجرد أن ماله تركه دون استعمال مهما طالت المدة.

3. حق الملكية لا يقبل التافيت: وقد استمد الفقه من أن القانون لم يحدد أجلاً لانقضائه، في حين تنتهي بقية الحقوق العينية الأخرى إما بانتهاء الأجل المعين أو بموت صاحبها. أما حق الملكية فلا ينتهي بوفاة صاحبه وإنما ينتقل إلى ورثته بعد وفاته¹.

يتميز حق الملكية بخصائص ينفرد بها عن بقية الحقوق العينية الأخرى فهو حق جامع مانع

دائم.

أما القول أنه حق جامع فالمقصود به أنه الحق الوحيد الذي يشمل على كل السلطات التي يمكن أن يمارسها الشخص على الشيء والمتمثلة في الانتفاع بالشيء واستغلاله والتصرف فيه وليس لصاحب أي حق عيني آخر على الشيء أن تجتمع له كل هذه السلطان في آن واحد.

أ.د. محمد المرسي زهرة، المرجع السابق انظر من ص 66-181

ويترتب على ذلك أن المالك يكفي إثبات ملكه طبقاً للطرق المقررة قانوناً ومن يدعي أن له حقاً في ملك الغير من انتفاع أو ارتفاق أو رهن يقع عليه هو لا على المالك إثبات ما يدعيه.

أما فيما يتعلق بالقول أن حق الملكية حق مانع فهذا مدلوله أنه حق مقصور على المالك وحده دون غيره فلا يجوز للغير التدخل في شؤون ملكه، وبناءً على ذلك تقرر القوانين والأنظمة للمالك وحده – كأصل عام – الانتفاع بثمار الشيء المملوك ومنتجاته وملحقاته.

والقول بأن حق الملكية هو حق دائم فهذا يعني أن هذا الحق على خلاف بقية الحقوق المالية الأخرى شخصية كانت أو عينية يتميز بأنه دائم ودوامه يكون بالنسبة للشيء المملوك لا بالنسبة للمالك فالملكية تبقى ما دام الشيء المملوك باقي ولا تزال إلا بزواله أو هلاكه، أما شخص المالك فلا يبقى على الدوام إذ يمكن تصور انتقال الملكية من شخص إلى آخر سواء كان شخصاً طبيعياً أو معنوياً وبموت الشخص الطبيعي تنتقل الملكية إلى ورثته أو إلى من أوصى له بها ولا يعني ذلك زوالها، ويقال غالباً في هذا الصدد أن الملكية تتأبد بانتقالها¹.

وبمجرد حيازة العقار لو توافرت فيها الشروط القانونية للحيازة لا تكسب الحائز الملكية أياً كانت مدة حيازته طالماً كان العقار محل الحيازة مسجلاً في السجل المعد لذلك لدى دائرة الأراضي والأملاك باسم شخص غير الحائز أياً كان الشخص الذي تم تسجيله باسمه اكتساب حائز العقار ملكيته شرطه².

¹ هشام بن الشيخ، المرجع السابق، ص 218-219.

² مجموعة القواعد والأحكام الصادرة عن محكمة تمييز دبي في كسب الملكية من 1997 إلى 2012، المكتبة القانونية، دبي، الإمارات، 2016، ص6.

3- مفهوم الضمان:

الضمان لغة: من فعل ضمن ضمناً وضماناً: أصابته أو لزمته علة، وضمن الرجل ونحوه ضماناً: كفله أو التزم أن يؤدي عنه ما قد يقصر في أدائه¹.

وكلمة الضمان تدور حول خمسة معان هي:

1. الكفالة: فيقال ضمن الرجل على ما أخيه من دين أي بمعنى تكفل.
 2. الحفظ: فيقولون ضمن الشيء أي حفظه وبهذا المعنى حديث الرسول صلى الله عليه وسلم (الإمام ضامن والمؤذن مؤتمن) رواه الترمذي.
 3. الجزم بخلو الشيء من العيوب، فنقول ضمننت الشيء أي جزمت بسلامته من العيوب.
 4. التضمين: يقال: ضمن الوعاء الشيء، بمعنى شغل الشيء بغيره واشتماله عليه.
 5. الغرم: يقال ضمنا الشيء تضميناً، فتضمنه، أي غرمناه فالتزم بالأداء، كقول الرسول صلى الله عليه وسلم، (الخراج بالضمان) رواه ابن ماجه.
- أما اصطلاحاً فقد عرفه الدكتور مصطفى الزرقاء بأنه (التزام بتعويض مالي عن ضرر للغير).
- وعند الاستاذ على الخفيف لا يخرج عما قال به الشافعية من أنه (شغل الذمة لما يجب الوفاء به من مال أو عمل)².

¹ المعجم الوسيط، ص544.

² ناصر جميل محمد الشمالية، كسب ملكية المضمونات بالضمان، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، المملكة الأردنية، 1997، ص20-24.

ويراد بالضمان عدة معانٍ:

1. الكفالة: وهذا المعنى هو أخص إطلاقاته، وهو ما اختارته مجلة الأحكام الشرعية وعرفته بأنه "التزام ما وجب أو يجب على غيره مع بقائه عليه، أو هو ضم الانسان ذمته إلى ذمة غيره فيما يلزم حالاً أو مالاً".

2. الالتزام: وهو معنى أعم من سابقه ظن ويقصد به بأنه "شغل الذمة بحق أو بتعويض عن ضرر" أو "شغل الذمة بما يجب الوفاء به من مال أو عمل لسبب من الأسباب الموجبة به فالضمان – بهذا المعنى – يراد به شغل الذمة أي التزامها بما يجب الوفاء به لأي سبب من الأسباب.

التعويض: فقد عرف بعض الفقهاء المحدثين الضمان بأنه "الالتزام بتعويض الغير عما لحقه من تلف المال أو ضياع المنافع أو الضرر الجزئي أو الكلي الحادث بالنفس الانسانية. ومن هذا المعنى وضع المشرع الإماراتي القاعدة العامة للضمان (التعويض) حيث تنص المادة 282 من قانون المعاملات المدنية الإماراتي على أن "كل إضرار بالغير يلزم فاعله ولو غير مميز بضمان الضرر"¹.

رابعاً: ماهية شرط الاحتفاظ بالملكية على سبيل الضمان

يفترن البيع بالتقسيط – غالباً – بشرط الاحتفاظ بالملكية حيث يحتفظ البائع بالملكية ضماناً لاستيفاء كامل الثمن المؤجل، تقضي القواعد العامة بانتقال ملكية المبيع إلى المشتري بمجرد إبرام العقد، ينشئ البيع التزاماً على عاتق البائع بنقل الملكية إلى المشتري، وينفذ هذا الالتزام بمجرد العقد وبقوة القانون إذا كان المبيع وارداً على منقول معين بالذات، ويعلق تنفيذ هذا الالتزام على

¹ أ.د محمد المرسي زهرة، المصادر غير الارادية للالتزام (الفعل الضار والفعل النافع)، مطبوعات جامعة الامارات العربية المتحدة، 2002، الطبعة الأولى، ص12-14.

الإفراز بالنسبة للمنقول المعين بالنوع والتسجيل بالنسبة للعقار وينفذ الالتزام بنقل الملكية بصرف النظر عن تنفيذ المشتري التزامه بدفع الثمن، فتخلف المشتري عن الوفاء بالثمن الواجب الأداء فوراً لا يمنع انتقال ملكية المبيع ولو لم يتم تسليمه، حقاً أن البائع يمكنه حبس المبيع والامتناع عن تسليمه إلى حين استيفاء كامل الثمن، إلا أن ملكية المبيع المحبوس تكون للمشتري، ونظراً لأن القواعد السابقة المتعلقة بنقل ملكية المبيع لا تتعلق بالنظام العام يجوز للمتبايعين الاتفاق على إرجاء نقل الملكية إلى أجل محدد.

ينطوي هذا الاتفاق غالباً على إبقاء الملكية للبائع وعدم انتقالها للمشتري إلا بعد سداده لكامل الثمن، يلعب شرط الاحتفاظ بالملكية في هذه الحالة دوراً تأمينياً هاماً لاستيفاء ثمن البيع، ويكون البيع في هذا الفرض انتمائياً بالنسبة لكلا الطرفين، فالبائع يأتّم المشتري على الثمن، ويأتّم المشتري البائع على الملكية¹.

يعرف البعض شرط الاحتفاظ بالملكية على أنه ذلك الشرط الذي اعتاد البائعون بالتقسيط وضعه في عقد البيع، ويحتفظ البائع بمقتضاه بملكية المبيع لحين الوفاء بالثمن بأكمله، وهناك من يعرفه على أنه ذلك الشرط الذي يشترط فيه البائع احتفاظه بملكية الشيء المبيع بالرغم من تسليمه للمشتري، حتى سداد آخر آخر قسط من قيمة الشيء المبيع، فإذا كان الثمن يدفع أقساطاً جاز للمتعاقدين أن يتفقا على أن يستبقي البائع جزءاً منه على سبيل التعويض في حالة إذا ما وقع فسخ البيع بسبب عدم استيفاء جميع الأقساط، ومع ذلك يجوز للقاضي تبعاً للظروف أن يخفض التعويض المتفق عليه، وإذا وفى المشتري جميع الأقساط يعتبر أنه تملك الشيء المبيع من يوم البيع وتسري أحكام الفقرات الثلاثة السابقة حتى لو أعطى المتعاقدان للبيع صفة الإيجار².

¹ د. محمد حسين منصور، النظرية العامة للائتمان، منشأة المعارف، الاسكندرية، جمهورية مصر العربية، 2005، ص 51-50.

² شراين حمزة، الملكية كوسيلة دعم الائتمان، بحث ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، الجزائر، 2008، ص 67-66.

ويرى الدكتور نبيل إبراهيم سعد بأن شرط الاحتفاظ بالملكية هو "اتفاق بمقتضاه يحتفظ البائع بملكية الشيء المبيع ولو تم تسليمه، إلى أن يستوفي كامل الثمن"¹.

خامساً: مشروعية شرط الاحتفاظ بالملكية على سبيل الضمان

لم تعد مشروعية شرط الاحتفاظ بالملكية محل جدل أو نقاش في الفقه الحديث أو القانون المعاصر.

تردد البعض في البداية أمام صحة شرط الاحتفاظ بالملكية حيث يترتب عليه وجود المال في يد من لا يملكه فيضلل بذلك الغير الذي يعتقد أنه مالك ويتعامل معه على هذا الأساس بينما هو غير مالك، ولعل الاعتراض الواضح على شرط الاحتفاظ بالملكية جاء استناداً إلى الفقه الإسلامي حيث استنتج البعض من هذا الفقه منافية الشرط المذكور لمقتضى عقد البيع الذي من شأنه عند انعقاده مستوفياً شروط صحته ونفاذه ولزومه أن ينقل الملك في الحال من البائع إلى المشتري.

وحقيقة الأمر أن الفقه الإسلامي يميز بين أمرين: الأول اشتراط البائع عدم تصرف المشتري في المبيع مطلقاً، الثاني: اشتراط البائع عدم تصرف المشتري في المبيع حتى يعطي الثمن المؤجل، فالشرط في الحالة الأولى مخالف لمقتضى العقد بإجماع الفقهاء ويقع باطلاً، أما في الحالة الثانية فالقاعدة أنه إذا ورد الشرط لمسوغ مشروع كضمان الوفاء بالثمن وقع صحيحاً².

أجاز القانون المدني الإماراتي صراحة الشرط المذكور في المادة 513 حيث نص على أنه:

" 1- يجوز للبائع إذا كان الثمن مؤجلاً أو مقسطاً أن يشترط تعليق نقل الملكية إلى المشتري حتى يؤدي جميع الثمن ولو تم تسليم المبيع

¹ د. نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص 169.

² د. محمد حسين منصور، النظرية العامة للائتمان، المرجع السابق، ص 52.

" 2- وإذا تم استيفاء الثمن تعتبر ملكية المشتري مستندة إلى وقت البيع " ¹

لقد سمح المشرع الإماراتي بموجب هذا النص القاضي بانتقال ملكية المبيع إلى المشتري لحظة إبرام البيع، وذلك باتفاق المتعاقدين على تعليق نقل الملكية على شرط، وبما أن الشرط أمر مستقبلي، فإن تعليق نقل الملكية عليه سيؤدي بالضرورة إلى تأخير نقل الملكية إلى ما بعد إبرام العقد، ليجعل انتقالها مربوطاً بتحقق هذا الشرط، ومثل هذا الاتفاق الذي يخول البائع الاحتفاظ بالملكية، خلافاً للأصل إلى ما بعد التعاقد، أخذ به قانون المعاملات المدنية الإماراتي في البيع بثمن مؤجل أو مقسط.

واشترط البائع الاحتفاظ بالملكية هدفه ضمان استيفائه لكامل الثمن وحمايته من مخاطر إفلاس المشتري. وهو شرط لا يؤثر على العقد في ذاته، حيث يبقى عقداً صحيحاً منتجاً لكافة آثاره، غير أن حكمه في انتقال الملكية يتراخى إلى حيث تحقق الشرط بدفع الثمن كله. ومعنى ذلك أننا بصدد عقد موقوف من ناحية الحكم، حيث لا تنتقل الملكية فور التعاقد، ولسنا أمام عقد موقوف من ناحية الحقوق، فحقوق العقد وهي الالتزامات التي يرتبها في ذمة عاقيه نافذة، حيث يجب على البائع تسليم المبيع وضمان استحقاقه والعيوب الخفية فيه، ويجب على المشتري في المقابل تسلم المبيع ودفع الثمن في أجله أو دفع ما حل من أقساط الثمن المقسط. فإن تحقق الشرط ودفع كامل الثمن ترتب حكم العقد وانتقلت الملكية إلى المشتري بأثر رجعي مستند إلى وقت التعاقد.

ويجوز للبائع اشتراط أن يحتفظ بما دفع من أقساط الثمن أو جزءاً منها كتعويض عن فسخ البيع إذا لم تُوف جميع الأقساط على اعتبار أنه تعويض اتفاقي أو شرط جزائي يستحقه البائع بسبب إخلال المشتري بالتزامه بدفع الثمن ولكن هذا التعويض يخضع لرقابة المحكمة، حيث يجوز لأي من الطرفين أن يراجع القضاء لإعادة تقدير مبلغ التعويض بما يتلائم مع الضرر الواقع فعلاً. ويجوز

¹ قانون المعاملات المدنية رقم (5) لسنة 1985 والمعدل بالقانون الاتحادي رقم (1) لسنة 1978 لدولة الإمارات العربية المتحدة، معهد دبي القضائي، دبي، الإمارات العربية المتحدة، 2017، ص258.

للقاضي عندها زيادة المبلغ أو إنقصاه أو الحكم بالمبلغ المتفق عليه طبقاً للضرر الذي أصاب البائع من تخلف المشتري عن أداء التزامه بدفع كامل الثمن¹.

كما نصت المادة 1/430 مدني مصري على أنه: إذا كان المبيع مؤجل الثمن جاز للبائع أن يشترط أن يكون نقل الملكية إلى المشتري موقوفاً على استيفاء الثمن كله ولو تم تسليم المبيع. أما بالنسبة للقانون الفرنسي فإن الفقه في مجموعه يرى أن هذا الاتفاق صحيح أيضاً وذلك لأن نص المادة 1583 ونصت المادة 1138 مدني والذان يربطان نقل الملكية بانعقاد العقد ليسا من القواعد الآمرة، وبعد ما انتشر شرط الاحتفاظ بالملكية في العمل اضطر المشرع الفرنسي إلى التدخل لتنظيم أثر هذا الشرط وبصفة خاصة في حالة إفلاس المشتري بالقانون رقم 12 مايو 1980².

سادساً: أهمية شرط الاحتفاظ بالملكية ومكانته

يحتل شرط الاحتفاظ بالملكية أهمية بالغة على صعيد الائتمان التجاري - فهو يأخذ في الواقع انطلاقاً من وظيفته الاقتصادية مكانة بارزة إلى جانب نقل الملكية والحقوق على سبيل الضمان - بين مجموعة التأمينات التي ترد على المنقول دون حيازته. لعل العامل المشترك بين كل هذه التأمينات هو أنها إذا وردت على منقول مادي لا تقتضي تخلي المدين عن حيازته ولا تستلزم إذا وردت على حق إعلان المدين به، ولا تخضع تلك التأمينات لأي من إجراءات الشهر الخاصة بإعلام الغير بوجودها مع كل ما يمكن أن يترتب على ذلك من آثار متخيلة في حالة الإفلاس والتسوية القضائية وذلك كله بخلاف الحال بالنسبة للرهن الحيازي ورهن الحق التقليديين.

¹ د. عدنان سرحان، أحكام البيع في قانون المعاملات المدنية الإماراتي، الأفاق المشرقة ناشرون، المملكة الأردنية الهاشمية، 2010، ص 138-139.

² د. نبيل إبراهيم سعد، الضمانات غير المسماة، المرجع السابق، ص 169.

إن الحماية القانونية التي يقدمها شرط الاحتفاظ بالملكية للموردين من شأنها حثهم على الاستمرار في توريد البضاعة لعملائهم المتعثرين ومنحهم أجلاً أطول للسداد مما بقي هؤلاء مغبة الوقوع في هاوية الإفلاس، ولن يحتاج البائع بعد ذلك إلى الأخذ في حسبانته عند تحديد ثمن البضاعة المؤجل للسداد مخاطر إفلاس المشتري، ويستتبع ذلك بالضرورة انخفاض الثمن أو على الأقل عدم تفاقمه.

وبالنسبة لائتمان المشتري القائم على شرط الاحتفاظ بالملكية يؤدي أعماله إلى تمكين المشتري في أغلب الأحوال من الوفاء بالثمن نقداً بفضل مساعدة بنكية، الذي بحلوله محل البائع في استيفاء حقه، يستطيع طلب استرداد البضاعة طبقاً للشروط التي يحددها القانون، بل وكذلك طلب فسخ عقد البيع دون أن يكون طرفاً فيه وينبغي عليه أخيراً تخزين البضاعة المستردة وإعادة بيعها، ويفضل البنك تفادياً لمشقة تلك الاجراءات توكيل عميله في القيام بها مع التزامه برد ثمن إعادة البضاعة للبنك¹.

وبالنظر إلى المحاولات العديدة لتطويع الأنظمة القانونية التقليدية كالبيع والإيجار والقرض لم يعد أمام المؤسسات التمويلية من ضمان قوي أفضل من الاحتفاظ بملكية الأصل الممول سواء كان عقاراً أو آلات إنتاجية منقولة مقابل منح طالب التمويل حق الانتفاع بها واستعمالها في نشاطه الاقتصادي طيلة مدة التمويل.

ويلعب حق الملكية والاحتفاظ بها في يد المؤسسة التمويلية ضماناً قوياً ضد مخاطر إعسار المدين حيث إن عجز المدين عن الوفاء بأحد أقساط الدين الذي في ذمته إلى الشركة الممولة لا يهدد مصالح هذه الأخيرة بشدة لأنها ببساطة يمكن أن تسترد الأصل محل التمويل بصفتها مالكة له وتأمين بالتالي دخوله في تفليسة المدين ولا يمكن للدائنين الآخرين التنفيذ عليه².

¹ د. محمد حسين منصور، النظرية العامة للائتمان، ص 55-59.

² هشام بن الشيخ، الاحتفاظ بالملكية ودوره التأميني، ص 218.

سابعاً: مجال شرط الاحتفاظ بالملكية

إن شرط الاحتفاظ بالملكية يمكن اللجوء إليه في كل من بيع العقارات والمنقولات ويمكن المجال الغالب للشرط المذكور في البيع بالتقسيط حيث تنتقل ملكيتها إلى المشتري بمجرد العقد ولو لم يتم دفع الثمن، لذا يحرص البائع على إرجاء هذا الأمر ضماناً لاستيفاء حقه.

ففي مجال العقارات يتم غالباً الاتفاق بين المتبايعين على إرجاء التسجيل لحين الانتهاء من سداد الثمن، وهذا الاتفاق ضروري لتقوية مركز البائع في مواجهة المشتري الممتنع عن دفع الثمن، حيث لا يمكن لهذا الأخير أن يلجأ لدعوى صحة ونفاذ عقد البيع لأن شرط قبول هذه الدعوى هو أن يكون التزام البائع نفسه نافذاً وألا يكون محقاً في امتناعه عن التنفيذ.

حقاً أن البائع يستطيع ولو لم يوجد اتفاق على تعليق التسجيل على سداد الثمن، التمسك بجميع الدفوع التي تتعارض مع طلب المشتري إثبات صحة ونفاذ البيع بما في ذلك التمسك بالامتناع عن التنفيذ لعدم قيام المشتري بتنفيذ التزامه بالوفاء بالثمن ولكن التمسك بالدفع بعدم التنفيذ يخضع في حالة عدم وجود اتفاق كما هو معلوم لمبدأ وجوب مراعاة حسن النية في التنفيذ، ومن ثم لا يجوز التمسك بهذا الدفع في حالة ما إذا كان ما لم يتم تنفيذه من الالتزام المقابل قليل الأهمية بالنسبة لما نفذ منه.

وعلى ذلك إذا لم يكن هناك اتفاق صريح على ربط التسجيل بالانتهاء من دفع كامل الثمن أو ربط التسجيل بالانتهاء من دفع كامل الثمن أو اتفاق على شرط الاحتفاظ بالملكية فإن البائع لا يستطيع الامتناع عن إتمام إجراءات التسجيل في حالة ما إذا كان الجزء المتبقي من الثمن قليل الأهمية بالنسبة للجزء المدفوع منه.

ويندر اللجوء إلى شرط الاحتفاظ بالملكية في بيع المنقولات المعينة بالنوع وذلك أن ملكية تلك المنقولات لا تنتقل إلى المشتري بمجرد العقد بل يلزم الإفراز وغالباً ما يعلق البائع ذلك الاجراء

على استيفاء حقوقه وغالباً ما تكون هذه المنقولات قابلة للاستهلاك ينحصر استعمالها بحسب ما أعدت له في استغلالها مادياً أو قانونياً، كالطعام والوقود والحبوب والمنسوجات ومن ثم يتناف شرط الاحتفاظ بالملكية هنا مع غرض المشتري.

ومن المتصور كذلك ورود شرط الاحتفاظ بالملكية بصدد بيع الحقوق الذهنية كحق المؤلف والملكية الفنية والصناعية كمن يبيع الحق في براءة الاختراع مع الاحتفاظ بملكيتة لضمان استيفاء حقوقه، ولعل التطبيق البارز في هذا المجال يتمثل في بيع المحل التجاري وهو منقول معنوي مع الاحتفاظ بملكيتة¹.

ويتضح من كل ما سبق أن مجال تطبيق شرط الاحتفاظ بالملكية هو مجال خصب ومتنوع.

ثامناً: مقارنة شرط الاحتفاظ بالملكية عن غيره من الشروط

تبرز بعض الصور العملية والتي يمكن للبعض أن يشير إليها أو يستعير بها عن استخدام شرط الاحتفاظ بالملكية مثل الشرط الجزائي والشرط المانع من التصرف.

ونتطرق لكلا الشرطين بالمقارنة مع شرط الاحتفاظ بالملكية.

1- الشرط الجزائي:

هناك العديد من التعريفات للشرط الجزائي، حيث عرفه البعض على أنه:

1- "ذلك الشرط الذي يفرض على الشخص ضرورة أداء مبلغ أو شيء كجزاء عدم قيامه

بتنفيذ التزامه أو لتأخره في تنفيذه "

¹ د. محمد حسين منصور، المرجع السابق، أنظر ص 29-36.

2- وعرفه البعض بأنه " اتفاق تبقي للاتفاق، بمقتضاه يتفق الأطراف على مبلغ من النقود يدفعه المدين في حالة عدم التنفيذ "

3- وأيضاً " اتفاق الطرفين مسبقاً في العقد أو في عقد لاحق يكمله على مقدار التعويض عن الضرر الواقع عن الإخلال بتنفيذ الالتزام على أن يم هذا الاتفاق قبل وقوع الإخلال بالتنفيذ"¹.

والشرط الجزائي أو التعويض الاتفاقي يتم باتفاق مسبق بين طرفي الالتزام يحدد فيه مقدار التعويض الذي يتحمله الطرف الذي يخل بالالتزام، كلاً أو جزءاً أو يتأخر في تنفيذه ويتم هذا الاتفاق كبند من بنود العقد، أو يتم بعد انعقاد العقد وهو مانصت عليه المادة (390) من قانون المعاملات المدنية الاماراتي².

بشرط الا يكون عند حدوث المخالفة لأنه يكون عندئذ صلحاً وليس شرطاً جزائياً مثال ذلك أن يتفق الطرفان في عقد مقاوله على أن يدفع المقاول لصاحب العمل مبلغاً معيناً عن كل يوم أو أسبوع يتأخر فيه عن تنفيذ ما تعهد به. أو يتفق الطرفان في عقد بيع على أن يدفع البائع مبلغاً معيناً عن كل يوم أو أسبوع يتأخر فيه عن تنفيذ ما تعهد به. أو يتفق الطرفان في عقد بيع على أن يدفع البائع مبلغاً معيناً عن كل وحدة زمنية يتأخر فيها عن الموعد المحدد لتسليم المبيع. أو أن يتفق الطرفان على حلول جميع أقساط القرض عند تأخر المدين عن دفع أي قسط منها. أو يتفق مالك الأرض مع المستأجر على تسليم الأرض عند انتهاء مدة الإيجار حتى لو كانت زراعة الأرض قائمة، أو أن يتفق صاحب العمل مع العامل على استقطاع مبلغ معين من أجره اذا خالف قواعد

¹ محمد بن عبدالعزيز بن سعد اليميني، الشرط الجزائي وأثره في العقود المعاصرة، بحث منشور على شبكة الانترنت، ص 13-16.

² تنص المادة 390 من قانون المعاملات المدنية الإماراتي على: 1 – يجوز للمتعاقد أن يحدد مقدماً قيمة التعويض بالنص عليها في العقد أو في اتفاق لاحق مع مراعاة أحكام القانون. 2 – ويجوز للقاضي في جميع الأحوال بناء على طلب أحد الطرفين أن يعدل في هذا الاتفاق بما يجعل التقدير مساوياً للضرر ويقع باطلاً كل اتفاق يخالف ذلك.

العمل. ومع أن التعويض الاتفاقي (الشرط الجزائي) يقدر عادةً بمبلغ من النقود فإنه لا يمنع أن يقدر بغير النقود كتسليم شيء معين أو القيام بعمل أو الامتناع عن عمل.

والغرض من هذا الشرط هو عدم ترك تقدير التعويض للقضاء والاتفاق مقدماً على مقداره سواءً كان هذا التعويض ناتجاً عن عدم التنفيذ، أو التأخر في التنفيذ كما قد يبغى المتعاقدان من هذا الشرط جعل الضرر مفترضاً بحيث يعفى الدائن من إثباته، جعل الضرر مفترضاً بحيث يعفى الدائن من إثباته، حيث تحدد طبيعة الإخلال بالالتزام مقدماً، ويقدر التعويض بالمقابل له، وبذلك يعفى الدائن من عبء إثبات وقوع الضرر¹.

فهو إذاً تقدير اتفاقي مقدم للتعويض إلا أن الأطراف يلجأون إليه أحياناً كعقوبة مدنية أو كجزاء يهدف حث المتعاقد على تنفيذ التزامه، فهو يلعب أساساً دوراً تعويضياً بحثاً من خلال التحديد المسبق للتعويض عن الضرر المتوقع بسبب الإخلال بالالتزام.

وليجأ المتعاقدان في البيع الائتماني أحياناً إلى الشرط الجزائي كوسيلة تأمينية لضمان قيام المدين بتنفيذ التزامه حيث يتم الاتفاق على مبلغ كبير من المال يلتزم المدين بدفعه في حالة الإخلال بالالتزام، ولكن فعالية الشرط المذكور في أداء تلك الوظيفة تتضاءل أمام السلطة التي يتمتع بها القاضي في استبعاد تطبيقه أو تطبيقه أو تخفيضه².

في حين أن شرط الاحتفاظ بالملكية اعتبر من ملحقات العقد وتنتقل معه كتابع يلحق الأصل بقوة القانون، وهذا ما قضت به محكمة النقض الفرنسية³.

ومن ثم فإن شرط الاحتفاظ بالملكية يعد أكثر ملاءمة للدائن من الشرط الجزائي.

¹ د. عبدالواحد كرم، المرجع السابق ص 106-108.

² د. محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 92-93.

³ المرجع السابق، ص 110.

2- الشرط المانع من التصرف

يمكن أن يشترط البائع عدم تصرف المشتري في المبيع قبل الوفاء بكامل الثمن، وهذا ما يعرف بالشرط المانع من التصرف الذي بمقتضاه يشترط المتصرف على المتصرف إليه بباعث مشروع عدم التصرف في الشيء مدة زمنية معقولة.

وفكرة المنع من التصرف تفترض الأمرين الآتيين:

الأول: أن المال مملوك ملكية خاصة ولصاحبه عليه كل ما تخوله الملكية من سلطات الاستعمال والاستغلال ولمالكه استرداده إذا خرج من حيازته.

الثاني: أن المالك (المتصرف) لا يستطيع التصرف في الشيء ولو لمدة مؤقتة، خروجاً من القاعدة العامة التي تقضي بأن للمالك التصرف فيما يملكه¹.

ويمكن أن يلعب الشرط المانع من التصرف بالملكية دوراً هاماً في حفظ وضمان حق البائع في الثمن نظراً لأن يد المشتري تظل مغولة عن التصرف في العين حتى يتم الوفاء بكل الثمن، فهو بذلك يفقد مؤقتاً عنصر من عناصر حق الملكية ويقع كل تصرف مخالف للشرط المانع باطلاً ويؤدي ذلك إلى حث المشتري على الوفاء بالثمن كي يتمكن من ممارسة مكنات حق الملكية كاملة.

ويمكن أن يعاب عليه أنه لا يقدم ضمانات عينية أو شخصية مباشرة للبائع تضمن له استيفاء حقه في الثمن فهو يظل مهدداً بمخاطر إفسار المشتري ومزاحمة باقي الدائنين في حالة التنفيذ على أمواله بصفة عامة، وعلى ثمن المبيع خاصة، اللهم إلا إذا تمسك بحق امتياز كبايع على هذا الثمن.

الأصل في قانون المعاملات المدنية، هو تحريم شرط المنع من التصرف، فالتصرف من أهم سلطات حق الملكية، وبدونه لا يكون المالك – عملاً – مالكاً وإن سُمي كذلك قانوناً. كما أن منع

¹ خليل أحمد حسن ققادة، مدى شرعية القيود الإرادية التي ترد على حق الملكية، مجلة الجامعة الإسلامية، المجلد الثاني عشر – العدد الثاني، جامعة الأزهر، غزة، فلسطين، 2004، ص 118.

تداول الأموال يترتب عليه أثراً خطيرة من الناحية الاقتصادية الأمر الذي يضر بالمجتمع بوجه عام. لذلك نص المشرع في المادة 1145 معاملات مدنية على أنه " ليس للمالك أن يشترط في تصرفه عقداً كان أو وصية شروطاً تفيد حقوق التصرف إليه....".

لكن المشرع رأى - من ناحية أخرى - أن شرط المنع من التصرف قد يحقق مصلحة للمشتري في الوقت الذي لا يهدر فيه جوهر الملكية، ولا يحول كلية دون تداول الأموال فقرر صحة مثل هذه الشروط إذا كانت مشروعة وقصد بها حماية مصلحة مشروعة للمتصرف أو المتصرف إليه أو الغير لمدة محددة (م 1145) معاملات مدنية) بالمنع اليسير، أي الذي لا يؤدي إلى الإضرار بالمالك أو المصلحة العامة. وإن كان المنع اليسير يُنظر فيه - في الفقه الإسلامي - إلى نوع التصرفات الممنوعة على المتصرف إليه، بينما يعتبر المنع يسيراً - في القانون الوضعي - إذا توافرت شروط معينة أيّاً كان نوع التصرف الذي يمتنع على المتصرف إليه القيام به.

وقد اعتبر المشرع شروط صحة المنع من التصرف من النظام العام، ومن ثم يقع باطلاً كل شرط يمنع المتصرف إليه من التصرف ما لم تتوافر أحكام المادة 1146 أي الشروط التي قررتها المادة 1145 لصحة المنع من التصرف وهذه الشروط هي:

1- أن يرد المنع في عقد أو تصرف.

2- أن يكون شرط المنع مشروعاً.

3- أن يحقق الشرط مصلحة مشروعة.

4- أن يكون المنع لمدة محددة¹.

¹ أ.د. محمد المرسى زهرة، الحقوق العينية الأصلية في قانون المعاملات المدنية الاتحادي، المجلد الأول، ص 282-296.

ويعد شرط الاحتفاظ بالملكية مميزاً عن الشرط المانع من التصرف لأن البائع الذي يحتفظ بملكية المبيع يكون في مركز أقوى من البائع الذي يشترط عدم التصرف في المبيع، فالمشتري لا يتوافر لديه أي من عناصر الملكية في الحالة الأولى، بينما يتمتع في الحالة الثانية من حيث المبدأ بحق الانتفاع بالمبيع واستغلاله دون التصرف فيه.

أضف إلى ذلك أن البائع يمكنه استرداد المبيع لاحتفاظه بملكيته سواءً من المشتري أو من تحت يد الدائن الحاجز، بينما لا يستطيع البائع الذي اشترط عدم التصرف في المبيع طلب استرداده إلا بعد الحكم بفسخ البيع¹.

ومن خلال هذا الفصل التمهيدي التعريفي، نكون بذلك قد استعرضنا التسلسل التاريخي لظهور فكرة شرط الاحتفاظ بالملكية على سبيل الضمان ثم بينّا ماهية شرط الاحتفاظ بالملكية على سبيل الضمان ومشروعيته وأهميته ومجاله فضلاً عن مقارنته ببعض الشروط الأخرى بشيء من الاقتضاب، ونفصل عبر الفصلين القادمين شرحنا حول الطبيعة القانونية لشرط الاحتفاظ بالملكية على سبيل الضمان وآثار شرط الاحتفاظ بالملكية على سبيل الضمان ومدى ملائمة الشرط باعتباره صورة من صور الضمان بشكلٍ مفصل.

¹ د. محمد حسن منصور، المرجع السابق، انظر 94-97.

الفصل الأول: الطبيعة القانونية لشرط الاحتفاظ بالملكية على سبيل الضمان

تعددت الاتجاهات وتضاربت الأقوال بشأن تحديد الطبيعة القانونية لشرط الاحتفاظ بالملكية على سبيل الضمان ويرجع ذلك إلى رغبة كل فريق في إدخال الشرط المذكور داخل إطار محدود لأحد الأنظمة القانونية المتعارف عليها دون الأخذ في الاعتبار تعدد وتباين صورة العملية الناجمة عن طبيعة المعاملات التجارية وما تتسم به من سرعة ومرونة وما تقضيه من تجاوب كامل مع مبدأ الحرية التعاقدية¹.

هذا التباين يتمحور حول فكرتي الشرط والأجل، حيث تنير دراسة الطبيعة القانونية لشرط الاحتفاظ بالملكية تساؤلات:

أولاً: على نطاق التعليق على شرط يثار التساؤل حول مدى اعتبار شرط الاحتفاظ بالملكية شرطاً واقفاً أم شرطاً فاسخاً.

ثانياً: في مرحلة أخرى أثير التساؤل حول مدى اعتبار شرط الاحتفاظ والملكية تعليقاً على شرط أو إضافة إلى أجل².

ولعله من المفيد في هذا الفصل التعرض للاتجاهات الفقهية والقضائية المختلفة ومن ثم تناوله في القوانين الوضعية وموقف التشريعات المختلفة من الطبيعة القانونية لشرط الاحتفاظ بالملكية، وبهذا نقسم هذا الفصل إلى مبحثين:

¹ د محمد حسين منصور، شرط الاحتفاظ بالملكية، دار الجامعة الجديدة الاسكندرية، جمهورية مصر العربية 2003، ص 291.

² ا د. نبيل إبراهيم سعد، لضمانات غير المسماة في القانون الخاص وقانون الالتزامات وقانون الاموال دراسة مقارنة، منشأة المعارف، الاسكندرية، جمهورية مصر العربية، 2000، ص 180.

المبحث الأول: الاتجاهات الفقهية والقضائية في تحديد الطبيعة القانونية لشرط الاحتفاظ

بالملكية على سبيل الضمان.

المبحث الثاني: موقف التشريعات المقارنة في تحديد الطبيعة القانونية لشرط الاحتفاظ

بالملكية على سبيل الضمان.

المبحث الأول: الاتجاهات الفقهية والقضائية في تحديد الطبيعة القانونية لشرط الاحتفاظ بالملكية على سبيل الضمان

وينقسم هذا المبحث إلى مطلبين نعرض في المطلب الأول الاتجاهات الفقهية المختلفة بشأن

تحديد الطبيعة القانونية لشرط الاحتفاظ بالملكية ونعرض في المطلب الثاني الاتجاهات القضائية

لتحديد الطبيعة القانونية لشرط الاحتفاظ بالملكية.

المطلب الأول: الاتجاهات الفقهية بشأن تحديد الطبيعة القانونية لشرط الاحتفاظ بالملكية

تعددت الآراء الفقهية بشأن تكييف الطبيعة القانونية لشرط الاحتفاظ بالملكية على سبيل

الضمان، ولذا سنتطرق لهذه الآراء وفقاً للتكليفات التالية:

1. بيع معلق على شرط واقف.
2. بيع معلق على شرط فاسخ.
3. بيع مقترن بشرط فاسخ.
4. بيع علق فيه انتقال الملكية على الوفاء بكامل الثمن
5. بيع مضاف الى أجل واقف.

ونعرض لتلك الاتجاهات على التوالي:

أولاً: بيع معلق على شرط واقف

مفاد هذه النظرية أن البيع هو شرط الاحتفاظ بالملكية هو بيع معلق على شرط واقف يتمثل في وفاء المشتري بالثمن. فشرط الوفاء بالثمن هو شرط واقف يتوقف على تحققه وجود البيع ذاته ولا ينعقد البيع قبل الوفاء بالثمن ويظل البائع مالكا للمبيع، ولا تنتقل الملكية للمشتري قبل الوفاء بكامل الثمن¹.

يقول الفقيه عبد الرزاق السنهوري أنه مهما يكن من شأن الاتفاق على تأخير نقل الملكية، فإن هذا لا يمنع عقد البيع من أن يرتب في الحال التزاماً في جانب البائع بنقل الملكية، والذي يتأخر ليس هو نشوء هذا في جانب الالتزام بل تنفيذه والاتفاق المذكور لا يعتبر في رأى الفقيه الجليل اتفاقاً على أجل تنتقل بعده الملكية بل هو اتفاق على شرط يعلق انتقال الملكية إلى حيث تحققه ذلك أن الملكية تستعصي بطبيعتها أن تقترن بأجل، فالأجل يجعلها مؤقتة والملكية حق دائم لا يقبل التوقيت². وفي هذا الفرض ليس للمشتري إلا حق احتمالي أو شرطي ولذلك يكون من الصعوبة بمكان تحديد السلطات التي يباشرها المشتري على البضاعة المباعة والمسلمة له. فالمشتري محرز لهذه البضاعة دون أن يكون مالكا لها ولا حائزاً لها؛ لأنه ليس لديه نية التملك، أي اعتقاده بحسن نية أنه مالك³.

وتنص المادة 425 من قانون المعاملات المدنية الاتحادي على أن: " لا ينفذ التصرف

المعلق على شرط غير مناف للعقد إلا إذا تحقق الشرط."

¹ د. محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 293-294.

² د. حمد الله محمد حمد الله، حماية بائع المنقولات المادية من خلال شرط الاحتفاظ بالملكية، دار النهضة العربية، القاهرة جمهورية مصر العربية 1995، ص رقم 26-27.

³ د. نبيل ابراهيم سعد، المرجع السابق، ص 182.

وتنص المادة 427 من ذات القانون على أن المعلق على شرط ليثبت عند ثبوت الشرط، أي أنه قبل تحقق الشرط إذا كان الالتزام معلقاً على شرط واقف فلا يكون نافذاً أي غير قابل للتنفيذ الجبري ولا للتنفيذ الاختياري، على أنه يجوز للدائن أن يتخذ من الإجراءات ما يحافظ به على حقه. ومع مراعاة حكم المادة 426 معاملات مدنية التي تنص على أن يزول التصرف إذا تحقق الشرط الذي قيده ويلتزم الدائن برد ما اخذ فإذا تعذر الرد بسببه كان ملزماً بالضمان¹.

ولهذا التكييف أثار في مرحله التعليق وكذلك ما بعد مرحلة التعليق.

أولاً: أثار الشرط الواقف في مرحلة التعليق على الرغم من أن الالتزام المعلق على الشرط واقف يكون مجهول المصير خلال فتره التعليق نظراً لأن الواقعة محل الشرط قد تحقق وقد لا يتحقق إلا إذا ذلك لا يعني عدم وجود أي رابطة قانونية – أثناء هذه الفترة – بين طرفي (العقد) حيث يتولد خلالها للدائن (مثلاً) حق مكتب في أن يوجد الالتزام في المستقبل إذا تحققت الواقعة المشروطة، وهو الالتزام لا يملك المدين منفرداً إمكانية العدول عنه أثناء فترة التعليق².

مرحلة التعليق تنهي إما بتحقيق الشرط وإما بتخلفه.

1- أثار تحقق الشرط الواقف:

إذا تحقق الشرط الواقف وفقاً لما اتفق عليه أصبح الالتزام مؤكداً ومستحق الوفاء وفقاً لما نصت عليه

المادة 425 معاملات مدنية من أنه " لا ينفذ التصرف المعلق على شرط غير مناف للعقد

إلا إذا تحقق الشرط أي أن حق المشتري في عقد البيع هذا الذي كان محتملاً أثناء التعليق

¹ عبد الحميد نجاشي الزهيري، المرجع السابق ص 215.

² أ.د. عبدالسميع عبدالوهاب أبو الخير، أحكام الالتزام في قانون المعاملات المدنية الإماراتي الاتحادي، مطبوعات جامعة الإمارات العربية المتحدة، ٢٠٠٢، ص 465.

2- آثار تخلف الشرط الواقف:

يستتبع تخلف الشرط الواقف عودة الحال إلى ما كانت عليه قبل التعاقد وبالتالي يعتبر الالتزام الذي كان معلقاً على هذا الشرط كأن لم يكن وبالتالي لا يكون له أدنى وجود¹.

3- مدى الأثر الرجعي للشرط:

يختلف القانون الإماراتي عن: القانون المصري في تنظيم هذه المسألة على النحو الآتي:

في القانون الإماراتي: إذا تبين مصير الشرط الواقف، فإن الالتزامات المرتبطة بالتصرف المعلق على شرط واقف مرتبط بنفاذها بتحقق الشرط فإذا تحقق يتأكد وجود الالتزام وتصير حقوق (الدائن) مستحقة الأداء وترتيب كافة أثارها القانونية من وقت ثبوت الشرط وليس من وقت إبرام التصرف كما في القانون المصري.

أما إذا لم يتحقق الشرط فإن الالتزام يزول من الوجود ويعتبر كأن لم يكن وتزول كافة الإجراءات والتصرفات.

أما في القانون المصري: فوفقاً لنص المادة 1-270 مدني فإنه " إذا تحقق الشرط استند أثره إلى الوقت الذي فيه الالتزام " أي أن القاعدة هي الأثر الرجعي لتحقق الشرط الواقف أو الفاسخ بحيث يترد إلى وقت الاتفاق، ويعتبر حق الدائن قد نشأ منذ الاتفاق، عند تحقق الشرط الواقف وتجسد هذه القاعدة سندها في إرادة العاقدین طالما أن الشرط مصدره الإدارة لذا فإن المادة 270 مدني مصري أجازت للمتعاقدین الاتفاق على إستبعاد الأثر الرجعي لتحقق الشرط.

¹ المرجع السابق ص 474.

التي باشرها الدائن أثناء فترة التعليق استناداً إلى حق محتملاً إعمالاً لنص المادة ٤٢٥ من قانون المعاملات المدنية الاتحادي سالفه الذكر¹.

ويبرر الأخذ بهذه القاعدة على أساس الإدارة الضمنية للمتعاقدين باعتبار انهما لو علما سلفاً بمصير الشرط أثره إلى وقت إبرام العقد، فالمشرع عندما قاعدة الأثر الرجعي لم يفعل أكثر من تقرير ما أراده المتعاقدان بعد أن يتبين مصير الشرط ولكن لا يطبق الأثر الرجعي في حالة تفاهم الطرفين صراحةً أو ضمناً على عدم الأخذ بقاعدة الأثر الرجعي للشرط حيث يتفقان على عدم إرجاع أثر الشرط إلى الماضي أو إن كانت طبيعة العقد لا تسمح بأن يكون للشرط أثر رجعي كما هو الحال في عقود المادة التي يعد عنصر الزمن جوهرياً منها، وفي هاتين الحالتين لا يكون للشرط أثر رجعي إلا من وقت تحققه أو تخلفه².

يتميز هذا الاتجاه ويصلح لتحقيق نتيجتين هما:

1. لا يستطيع البائع التصرف في المبيع في مرحلة التعليق أي خلال الفترة المحددة لدفع الثمن، ومن المقرر أنه اذا تحقق الشرط أستند أثره إلى الوقت الذي ينشأ فيه الالتزام، ومن ثم يترتب على الوفاء انعقاد العقد وترتيب آثاره بأثر رجعي، أي أن المشتري يصبح مالاً للمبيع منذ إبرامه للعقد، ويسأل البائع عن تبديد المبيع قبل تحقق الشرط³.
2. يتحمل البائع تبعه هلاك المبيع في مرحلة التعليق لأنه ما زال المالك لهذا الشيء؛ ولذلك يكون من الطبيعي أن مصلحة البائع تقتضي أن يكمل شرط الاحتفاظ بالملكية بشرط صريح

¹ د. عبد الحميد نجاشي الزهيري، المرجع السابق صفحه 217.

² أ.د. محمد احمد شحاته حسين، المرجع السابق 213.

³ محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 295.

يخالف قاعدة هلاك الشراء على ماله والمنطق يقتضي أن يكون للأطراف الإفصاح عن إرادة مخالفة¹.

ومع ذلك فإن هذا التكييف تعرض لعدة انتقادات وملاحظات أهمها:

1. كيف يمكن أن يتصور أن يكون المشتري مالكا ولو كانت ملكية معلقة على شرط واقف رغم صراحة النص في أن نقل الملكية ذاته موقوف على استيفاء الثمن ؟ كما أن كلاً من البائع والمشتري ليس لديهما معاً من الخصائص أكثر مما هو لدى المالك العادي فهما معاً المالك والمركز القانوني للأول قد انتقص بما آل للثاني من سلطات، وعلى ذلك فالقول بفكرة ازدواج حق الملكية على نفس الشيء ليس له سند في الواقع أو في القانون.
2. أنه لا يمكن القول بأن الوفاء بالثمن وهو التزام رئيسي ناتج عن عقد البيع يعد شرطاً لانعقاده ويؤدي هذا التناقض إلى مسخ إرادة الأطراف التي تتجه فقط إلى تحصين البائع ضد عدم تنفيذ البيع. ولا يجوز اختيار تنفيذ أحد الالتزامات الرئيسية للعقد، وهو الوفاء بالثمن ليكون شرطاً لصحة ذات العقد غير أن أصحاب النظرية أجابوا على النقد بأنه ليس من المستبعد أن يكون تنفيذ التزام أحد الأطراف في ذات الوقت شرطاً لصحة العقد. فعقد القرض مثلاً، عقد عيني لا يتم إلا بتسليم مبلغ النقود ومن ثم فإن صحة إنشاء القرض تتوقف بالضرورة على تنفيذ أحد الطرفين لالتزامه.
3. تعجز النظرية عن تفسير أساس التزام البائع بالتسليم، ذلك أنه في الواقع لا يوجد أي التزام بالتسليم قبل تحقق الشرط الواقف الذي علق عليه البيع، بل إن أعمال قواعد البيع يؤدي إلى عدم التزام البائع بتسليم المبيع طالما لم يدفع المشتري الثمن المستحق الاداء.

¹ د. نبيل ابراهيم، المرجع السابق، ص 185.

4. يظل المبيع في البيع المعلق على شرط واقف، من عناصر الذمة المالية للبائع طالما لم يتحقق الشرط (عدم دفع الثمن). ولا تتفق تلك النتيجة في أغلب أحوال البيع مع الاحتفاظ بالملكية مع إرادة الأطراف، على فرض انتقال المبيع من ذمة البائع إلى ذمة المشتري.

5. يقوم البائع رغم احتفاظه بملكية المبيع بتسليمه للمشتري دون تقييد حقه، غالباً في استعماله أو التصرف فيه، وهذه النظرية لا تصلح لتبرير الأساس الذي يستند إليه المشتري في التصرف واستعمال البيع رغم عدم انعقاد البيع.

6. عدم تنفيذ أحد طرفي العقد لالتزامه يعد شرطاً واقعاً لانعقاد العقد ذاته، لأن عدم التنفيذ يخلو الطرف الآخر الامتناع بدوره عن تنفيذ التزاماته ومن ثم فإن تنفيذ العقد يكون في هذه الحالة خاضعاً لمطلق إرادة أحد طرفيه، أي أن العقد يكون معلقاً على شرط إرادي محض، وهذا القول يرفضه الفقه دائماً، ويحظره القانون صراحةً ومن المقرر أن المشتري في البيع مع شرط الاحتفاظ بالملكية يلتزم دائماً بدفع الثمن. ويكون للبائع الحق في اقتضاء الوفاء به. وله الحق أيضاً حق طلب الفسخ عند تخلف المشتري عن الوفاء¹.

لهذه الأسباب لم تحظ النظرية السابقة بقبول الاتجاه العام في الفقه.

ثانياً: بيع معلق على شرط فاسخ

وفقاً لهذه النظرية فإن البيع مع الاحتفاظ بالملكية هو بيع معلق على شرط فاسخ وهو أن عدم الوفاء بالثمن في الميعاد المتفق عليه في العقد يؤدي إلى زوال البيع بأثر رجعي بقوة القانون دون الحاجة إلى حكم أو إعدار، أي أن الملكية تنتقل إلى المشتري ثم تعود مرة أخرى إلى البائع من جديد.

¹ د . محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 296 - 299.

فالبائع الذى لم يستوف فى البداية حقه فى الثمن يظل كما لو لم تزول عنه قط صفة المالك للشيء المبيع إلا أن تبعة هلاكه تقع فى هذه الحالة، على عاتق المشتري¹.

وكان هذا هو الرأي الراجح فى الفقه قبل صدور قانون 12 مايو 1980 الفرنسى، وذهب القضاء أيضاً فى نفس الاتجاه².

ويترتب على تكييف شرط الاحتفاظ بالملكية بأنه شرط فاسخ آثار قانونية هامة:

فوفقاً لهذا التكييف التزام البائع يكون موجوداً أو نافذاً فى فترة التعليق، ولكنه باقٍ على خطر الزوال، فإذا تحقق الشرط الفاسخ (أي عدم الوفاء بالثمن) ترتب على ذلك زوال التزام البائع بنقل الملكية ويكون المشتري ملتزماً برد ما أخذه، فإذا استحال الرد بسبب هو مسؤول عنه، وجب عليه التعويض، ويعتبر التزام البائع فى هذه الحالة كأن لم يكن منذ البداية بسبب الأثر الرجعي وينفسخ العقد بقوة القانون، وأما إذا تخلف الشرط الفاسخ (أي قام المشتري بدفع الثمن) فإن التزام البائع الذى كان معلقاً عليه، وكان على خطر الزوال، يصبح باتاً غير معرض للزوال³.

تقييم النظرية:

إذا كانت هذه النظرية تفسر سلطات المشتري على الشيء المبيع حيث يمكنه عملاً استعماله والتصرف فيه، إلا أنها لا تتفق مع إرادة الأطراف ولا مع قصد المشرع، وذلك أن نقل الملكية ذاته يكون موقوفاً طبقاً لصريح الاتفاق والنص القانوني على استيفاء الثمن، كما أنه لا يمكن القول بأن دفع الثمن وهو أحد الالتزامات الرئيسية للعقد يكون فى ذات الوقت شرطاً لانعقاده.

¹ المرجع السابق، ص 300 - 301.

² د. حمد الله محمد حمد الله، المرجع السابق ص 31 - 32.

³ د. محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 202-310.

إن اعتبار نقل الملكية مجرد نتيجة محتملة للبيع أمر يصعب توافقه مع مفهوم عقد البيع ذاته.

كما أن هذا التكييف يتناقض مع روح الشرط ذاته لأن هذا التكييف ليس من شأنه حفظ الملكية بل نقلها للمشتري ثم إعادة نقلها للبائع في حال الفسخ¹.

ثالثاً: بيع مقترن بشرط فاسخ صريح

مفاد هذه النظرية أن البيع مع شرط الاحتفاظ بالملكية هو بيع بات يقترن بشرط فاسخ صريح يحتفظ به البائع كشرط جزائي، ويختلف الشرط هنا كجزاء يوقعه البائع على المشتري المتقاعس عن تنفيذ التزامه عن الشرط الفاسخ كوصف يعلق عليه البيع، وهذا الشرط الجزائي يتمكن عن طريقه البائع من فسخ العقد في حالة إخلال المشتري بالتزامه بالوفاء بالثمن.

ووجود الشرط الفاسخ الصريح في العقد لا يمنع عن انعقاده باتاً صحيحاً مرتباً آثاره بما في ذلك نقل الملكية حيث تنتقل مباشرة من البائع الى المشتري في بيع المنقول المعين بالذات بمجرد العقد، وإذا تخلف المشتري عن الوفاء بالثمن انفسخ البيع، بناءً على رغبة البائع ويمكنه بالتالي طلب استرداده، وهو لا يلتزم آنذاك بإعادة اقساط الثمن التي قبضها حيث تكون مستحقة طبقاً للاتفاق كشرط جزائي تعويضاً عن الأضرار التي حلت به بسبب الفسخ.

ويرى أصحاب هذه النظرية أن الشرط مقرر لمصلحة البائع، ففي حال عدم وفاء المشتري بالتزامه فللبائع الخيار التمسك باعتبار البيع مفسوخاً حكماً لعدم الوفاء بالثمن مع استحقاق البائع التعويض المقتضى، وإن شاء تنازل عن التمسك بحقه المذكور وطالب بإنفاذ البيع وإلزام المشتري برصيد الثمن².

¹ المرجع السابق، ص 303 – 304.

² عبد الرحمن أحمد جمعة، دراسات علوم الشريعة والقانون، الجامعة الأردنية، المملكة الأردنية، المجلد 34، العدد 2، 2007، ص 469.

تقييم النظرية:

يمكن اعتبار وجود مزايا لهذه النظرية على النحو التالي:

1. هذه النظرية يمكن أن تصلح لتفسير حق المشتري في الاستعمال والتصرف في المبيع في

الفترة من وقت تسليمه إلى وقت حلول أجل الوفاء بالثمن.

2. تصلح كذلك في تفسير التزام البائع بتسليم المبيع بالرغم من عدم استيفائه للثمن حيث يمنح

المشتري أجلاً للوفاء به إلا أن البائع يفرض عليه في ذات الوقت قيوداً تتعلق بسلطته في

استعمال المبيع والتصرف فيه من شأنها أن تضمن له عودة المبيع بحالته المرجوة إليه في

حالة فسخ البيع.

بينما يؤخذ عليها مخالفتها لروح التشريع وقصد المتعاقدين فليس من شأن هذا التكييف حفظ

الملكية للبائع بل نقلها للمشتري ثم إعادة نقلها للبائع في حالة الفسخ¹.

رابعاً: بيع معلق فيه انتقال الملكية على الوفاء بكامل الثمن

يرى أصحاب هذه النظرية أن شرط الاحتفاظ بالملكية لحين الوفاء بكامل الثمن يتعلق فقط

بنقل الملكية أي أننا أمام شرط واقف لنقل الملكية وليس لتكوين العقد.

ويميز أصحاب هذه النظرية بين الشرط الواقف والشرط الذي يلحق العقد في جملته بالالتزام

بنقل الملكية. أي أنه ينبغي التمييز بين ما إذا كان الشرط وُصِفَ في العقد ككل أم يقتصر التعليق

على نقل الملكية؟

وتتضح التفرقة بين هذا التكييف وتكييفه أنه عقد بيع معلق على شرط واقف في أن الأخير

لا ينعقد قبل تحقق الشرط ولا يرتب بالتالي آثاره المعروفة. فمثلاً يؤدي قيام البائع باسترداد البضاعة

¹ د . محمد حسين منصور، المرجع السابق ص 304 -305.

المبيعة لعدم استيفاء ثمنها في هذا الغرض الى إنهاء الروابط القانونية الناتجة عن العقد وذلك دون حاجة اتخاذ أي إجراء آخر.

أما في الفرض الآخر فإن عقد البيع ينعقد وتترتب كل آثاره ما عدا نقل الملكية، فإن استرداد البائع للبضاعة ليس من شأنه إنهاء العقد، بل ينبغي اتخاذ إجراء آخر للوصول إلى تلك النتيجة ويتمثل ذلك في دعوى الفسخ أو الشرط الفاسخ الصريح والذي عن طريقه يمكن بصفة خاصة تسوية حكم أقساط الثمن المدفوعة ويمكن للبائع الاحتفاظ بها وعلى سبيل التعويض بمقتضى وجود شرط جزائي في العقد¹.

وقد تم انتقاد هذه النظرية من قبل الفقه من عدة أوجه:

1. تعجز هذه النظرية عن تبرير حق المشتري في استعمال المبيع وتلقي ثماره والتصرف

فيه. ذلك أن تعليق انتقال الملكية يستتبع بالضرورة حرمان المشتري من استعمال الحقوق التي تتضمنها الملكية ما لم يخول ذلك بمقتضى اتفاق آخر صريح أو ضمني.

2. إذا أمكن القول بتأجيل انتقال الملكية في بعض البيوع فإن هذا الحل لا يمكن القول به على

إطلاقه في جميع الحالات، فمثلاً الاتفاق صراحة على أنه في حالة إعادة بيع المشتري للمبيع نقدًا يلتزم بالوفاء الفوري بالثمن المتبقي منه عليه للبائع، أي أن الوفاء يتم في هذه الحالة قبل حلول الميعاد المتفق عليه أصلاً. وإذا تم البيع الثاني بثلث مؤجل فإن الوفاء بالثمن الأصلي يتم في نفس موعد الوفاء بالثمن الجديد من خلال الحصول على حقه في الثمن قبل حلول الأجل المحدد له.

لا يشكل مثل هذا الاتفاق ضماناً قوياً للبائع لأن المشتري برغم إعادة بيعه للبضاعة قد يتخلف عن الوفاء بالثمن إذ لا يوجد ما يضمن تنفيذه التزامه سوى القواعد العامة ومن ثم

¹ المرجع السابق، ص 306-307.

فإن جزاء تخلفه عن تنفيذ التزامه يتمثل في النهاية بالتزامه بالتعويض، ويفقد البائع في هذه الحالة حقه في استرداد المبيع الذي تم التصرف فيه للغير.

3. إن موضوع عقد البيع يتمثل في نقل ملكية المبيع، ومن ثم فإنه من الصعب دون تشويه قانون البيع قبول القول بأن هذا النقل معلق على شرط واقف أي يتوقف على واقعة غير مؤكدة أو محتملة¹.

خامساً: بيع مضاف إلى أجل واقف

الأجل الواقف:

يعرف الأجل الواقف بأنه أمر مستقبل محقق الوقوع يرتبط بوقوعه نفاذ الالتزام أو زواله. وتنص المادة 429 من قانون المعاملات المدنية الإماراتي على أنه "يجوز إضافة التصرف إلى أجل تترتب عند حلوله أحكام نفاذه أو انقضائه"

ويفصح هذا النص عن أن حلول الأجل إما يترتب عليه نفاذ الالتزام وهو ما يعرف بالأجل الواقف وإما أن يترتب على حلوله زوال الالتزام وهو ما يعرف بالأجل الفاسخ.

يتمثل الأجل الواقف في مدة مستقبلية يرتبط بانقضائها نفاذ التصرف المضاف إليها، كما هو الحال في الثمن المؤجل إلى ميعاد معين، إذ لا يكون مستحق الوفاء إلا عند انقضاء الأجل، ومثال ذلك التزام المستأجر برد العين المؤجرة، حيث لا يلزم هذا الرد إلا عند انتهاء مدة الإيجار.

وعلى الرغم مما ذكر فإنه يمكن استثناء أعمال الإدارة التي تصدر من الدائن فلا يسري عليها الأثر المرجعي بالرغم من تحقق الشرط، لأن أعمال الإدارة لا تؤثر في الحقوق التي استقرت نهائياً من جراء تحقق الشرط ثم من الأهمية أن يكفل لها ما ينبغي لها من الاستقرار شريطة أن تكون

¹ المرجع السابق، أنظر ص 312-313.

أعمال الإدارة قد تمت بحسن نية ممن صدرت عنه وعدم تجاوز المألوف لأعمال الإدارة وقبض الأجرة وبيع الثمار والمحصولات وقيد الرهن وتسجيل العقد..... إلى آخره.

والسبب في عدم تطبيق الأثر الرجعي على أعمال الإدارة هو أنها من الأعمال الضرورية التي يجب أن تؤدي في وقتها المناسب ويجب ان يكفل لها الإستقرار حتى يمكن إجراؤها¹.

أما الأجل الفاسخ فيتمثل في مدة مستقبلية يرتبط بانقضائها زوال التصرف المضاف إليها كما لو أجر شخص داره لمدة شهر بأجر معين، حيث يظل انتفاع المستأجر نافذاً إلى أن تنتهي المدة المحددة لذلك، فإذا انتهت المدة انقضى الالتزام بانقضائها دون أثر رجعي، وبالتالي فإن انقضاء الالتزام يكون بالنسبة للمستقبل فقط دون أن يمتد الأثر إلى الوجود السابق للالتزام².

الآثار التي تترتب على الأجل الواقف:

أولاً: آثار الأجل الواقف في فترة التعليق

هو التزام معلق على شرط واقف في فترة التعليق يلتقي بالالتزام المضاف إلى أجل واقف في هذه الفترة، في أن كل منهما لا ينفذ إلا بتحقق الشرط أو الأجل.

وبذلك فإن إضافة الالتزام إلى أجل واقف لا يؤثر على وجوده، لأن الأجل يعتبر وصفاً في الالتزام وليس كناً له مع انه يوقف نفاذه إلى حين يتحقق الأجل، فالالتزام المضاف الى اجل واقف، الالتزام موجود ولكنه التزام غير نافذ³.

وقد قررت محكمة تمييز دبي " الحق المقترن بأجل واقف، وإن كان حقاً كامل الوجود إلا أنه غير نافذ إلا في الوقت الذي ينقضي فيه الأجل، وترتيباً على ذلك فإنه لا يسوغ للدائن ان يجبر

1 أ.د. محمد احمد شحاته حسين، المرجع السابق 212.

2 انظر أ.د. عبد السميع عبدالوهاب أبو الخير، المرجع السابق، ص480-494.

3 د. عبدالواحد كرم، المرجع السابق، 215.

المدين على الوفاء بالدين المؤجل قبل حلوله، وبالتالي لا يحق للمحكمة أن تقضي بأداء أقساط الدين التي لم تحل"¹.

ثانياً: آثار الأجل الواقف بعد فترة التعليق

إذا حل أجل الدين، في الالتزام المضاف إلى أجل واقف انقضت فترة التعليق ونفذ الالتزام الذي أضيف إلى أجل، فإذا كان الأجل اتفاقياً، انتهت فترة التعليق بحلول الأجل الذي اتفق عليه الطرفان، أما إذا كان القانون مصدراً للأجل، انتهت فترة التعليق بحلول هذا الأجل، مثال على ذلك انقضاء خمس عشرة سنة على ملكية الأسرة في حال عدم الاتفاق على مدة معينة لهذه الملكية أو الاتفاق على مدة تتجاوز الخمس عشرة سنة، وانتهاء حق الانتفاع بموت المنتفع، وانتهاء الأجل بموت المدين إلا إذا كان الدين موثقاً توثيقاً عينياً.

أما إذا كان الأجل قد منح من القضاء ميسرة فإن حلول الأجل الذي منحته المحكمة للمدين من شأنه إنهاء فترة التعليق، وجعل الالتزام مستحق الأداء².

وهو أن يتفق الأطراف على إرجاء تنفيذ العقد إلى حين حلول الأجل وهو الموعد المحدد لدفع الثمن، وينبغي عند حلول الأجل الوفاء بكامل الثمن وتنتقل ملكية البضاعة من البائع إلى المشتري منذ ذلك الحين دون أثر رجعي³.

وفقاً لهذا التكييف فإنه يجب على المشتري بثمن مقسط الوفاء به في نهاية المدة المتفق عليها ويترتب على حلول الأجل نفاذ التزام البائع المقترن بذلك الأجل ويستطيع المشتري أن يقضى ذلك الالتزام اختياراً من البائع أو تنفيذه جبراً عنه⁴.

¹ محكمة تمييز دبي، طعن رقم 276 لسنة 1997، جلسة 1998\3\1.

² د. عبدالواحد كرم، المرجع السابق، ص 219.

³ المرجع السابق، ص 314.

⁴ د. حمد الله محمد حمد الله، المرجع السابق، ص 32.

وتكمن الفائدة العملية للتفرقة بين تكييف شرط الاحتفاظ بالملكية بأنه معلق على شرط واقف وتكييفه على أنه بيع مضاف إلى أجل واقف في الأثر الرجعي للشرط. فإذا كان شرط الاحتفاظ بالملكية شرطاً واقفاً فإنه بمجرد دفع ثمن البضاعة كاملاً فإن المشتري يعتبر مالاً لهذه البضائع من وقت إبرام العقد. على العكس من ذلك إذا نُظر إلى شرط الاحتفاظ بالملكية على أنه أجل واقف فإن حلول هذا الأجل يؤدي إلى نقل الملكية دون أثر رجعي¹.

وبالنسبة للالتزامات المتبادلة بين البائع والمشتري في الفترة قبل حلول الأجل تنشأ عن اتفاق إضافي ينظم العلاقة بينهما في هذه المرحلة. وتتوقف الطبيعة القانونية لهذا الاتفاق على ماهية شروطه وأحكامه، فقد يلزم المشتري بأن يدفع للبائع مبالغ مالية معينة في مواعيد محددة على سبيل الوديعة على أن يكون المبلغ الأخير في موعد الوفاء بكامل الثمن ويلتزم البائع في المقابل بتسليم البضاعة للمشتري على سبيل الوديعة (حيازته لها دون أحقيته في استعمالها أو التصرف فيها) أو على سبيل الإيجار لمدة محددة (أحقيته في الاستعمال دون التصرف مقابل أجره معينة) وبطبيعة الحال فإنه قبل حلول الأجل المحدد للوفاء ليس للبائع أن يطالب باسترداد المبيع وليس للمشتري أن يطالب باسترداد الأقساط التي تم دفعها.

وبحلول الأجل المتفق عليه يتم تنفيذ الالتزامات عن عقد البيع حيث يتم الوفاء بالثمن عن طريق المقاصة مع المبالغ المودعة لدى البائع، ويتم التسليم بمجرد تبادل التراضي بين الأطراف لأن المبيع يوجد سلفاً في حيازة المشتري.

وإذا لم يتم دفع الثمن في الميعاد المحدد يزول البيع بقوة القانون ويلتزم المشتري برد البضاعة التي تلقاها وبدفع التعويض عن الأضرار التي حلت بالبائع بسبب الإخلال بالالتزام ويلتزم

¹ د. نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص 187.

البائع برد الأقساط التي تلقاها من الثمن إلا في حالة وجود شرط جزائي يبيح له الاحتفاظ بها على سبيل التعويض¹.

تقييم النظرية:

1. مما انتقدت به هذه النظرية بأن اعتبار شرط الاحتفاظ بالملكية هو أجل واقف لأن دفع الثمن في العلاقات التجارية بصفة خاصة واقعة غير مؤكدة، فيسار المشتري وخاصة التأجير في البيع الائتماني أمر غير يقيني وصعب التقدير، ومن ثم يصعب القول بأن نقل الملكية مضاف إلى أجل غير مؤكد على هذا النحو.

إلا أن أصحاب النظرية يردون أن الوفاء بالثمن في البيع الائتماني لا ينظر إليه كمجرد أمر احتمالي بل يقيني، فالتزام المشتري هو التزام بسيط وغير معلق على شرط، ولا يتأثر ذلك التكيف بإمكانية إعساره عند حلول الأجل والقول بغير ذلك مؤداه أن كل البيوع الائتمانية لا تولد سوى التزامات مشروطة، ونكون في هذه الحالة أمام مخاطرة إضافية في الاستعمال التعسفي لكلمة الشرط.

ويضيفون كذلك أن الواقع في البيع الائتماني مضاف إلى أجل يؤخر استحقاقه ويقتصر دور شرط الاحتفاظ بالملكية على الربط التام بين نقل الملكية ودفع كامل الثمن.

ويخلص أنصار هذا الاتجاه إلى أن شرط الاحتفاظ بالملكية هو مجرد أجل يترتب عليه وفقاً للصيغة المستعملة في الغالب سواء في العمل من جانب القضاء وقف أو تأخير نقل الملكية إلى حين دفع كامل الثمن.

2. ينتقد هذا الاتجاه أيضاً أنه لا يمكن تطبيقه على أي حال من الأحوال على البيع اللذي لا يتضمن أي قيد على حق المشتري في التصرف في المبيع المسلم إليه، فالواقع أن الحق في

¹ د. محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 315.

التصرف يقتضي نقل الملكية إلى المتصرف ونفس الشيء بالنسبة لاستعمال الأشياء القابلة للاستهلاك حيث لا يجوز للمشتري استعمالها إلا إذا كان مالكا لها ما لم تكن بصدد عارية الاستهلاك أو وديعة ناقصة حيث يلتزم المستعير أو المودع لديه برد شئ مطابق ومن الصعب تصور الأمر على خلاف ذلك.

أي أنه لتطبيق هذه النظرية ينبغي أن يدرك الأطراف أن الحقوق والالتزامات المتبادلة بينهم في الفترة ما بين انعقاد العقد وحلول الاجل تنبع من اتفاق آخر غير البيع بكل ما يترتب على ذلك من نتائج فلا يدخل حق البائع قبل المشتري ضمن حساب مبيعاته ولا تدخل البضاعة المسلمة للمشتري في ذمته المالية ولا تحتسب ضمن رصيده أو رأسماله الثابت أو محلاً لاستهلاكه، وبدون ذلك فإن البيع لا يمكن أن يكون سوى بيع معلق على شرط فاسخ¹.

المطلب الثاني: الاتجاهات القضائية في تحديد الطبيعة القانونية لشرط الاحتفاظ بالملكية

ونعرض في هذا المطلب الاتجاهات التي سلكتها محاكم بعض الدول أثناء تكييفها لشرط الاحتفاظ بالملكية على النحو التالي:

أولاً: موقف محكمة النقض الفرنسية.

ثانياً: موقف القضاء الإماراتي.

أولاً: موقف محكمة النقض الفرنسية

موقف القضاء الفرنسي قبل قانون 12 مايو 1980 (القانون المتعلق بتنظيم شرط الاحتفاظ

بالملكية في عقود البيع).

¹ المرجع السابق، ص 321، 322.

ذهب القضاء الفرنسي في البداية إلى تكييف شرط الاحتفاظ بالملكية بأنه شرط واقف يرد على العقد كله وهناك أحكاماً أخرى لقضاء الموضوع اعتقدت أنه من الواجب تحليل هذا الشرط على أنه شرط فاسخ وذلك حتى يتفق مع السلطات التي يمارسها المشتري في الواقع على البضائع المباعة والتي لم يتم دفع ثمنها بعد¹.

لكن حكماً صدر لمحكمة النقض الفرنسية (محكمة كولمار في قضية ميكاريكس) تبني فكرة تكييف شرط الاحتفاظ بالملكية على أنه بيع معلق فيه انتقال الملكية على الوفاء بكامل الثمن.

ونستعرض وقائع الحكم الذي أعلنت بمناسبته محكمة النقض تبنيها لتلك النظرية، حيث طلبت شركة من شركة أخرى مجموعة معدات يشكل كل جزء منها ثمنًا مستقلًا. احتفظت الشركة المورد بملكية البضاعة لحين الوفاء بكامل الثمن.

تم تسليم كل المعدات وتثبيتها لدى الشركة المشتركة وشب حريق قبل الانتهاء من اللمسات الأخيرة للتركيب وتجربة المعدات ف قضى تمامًا على التجهيزات المقامة بما في ذلك البضاعة المحتفظ بملكيته.

طلبت الشركة المورد الجزء المتبقى من الثمن. رفضت الشركة المشتريّة الدفع بل وطلبت استرداد الفرق بين الجزء المدفوع من الثمن ومبلغ التعويض الذي تقاضته من المؤمن.

عُرض الأمر على محكمة ستراسبورج التي قضت طبقاً لنصوص العقد بتحمل المشتري للمخاطر والتزامه بدفع كامل الثمن. أيدت محكمة استئناف (كولمار) الحكم استناداً إلى أن البيع معلق على شرط فاسخ ومن ثم فإن المشتري كان مالِكًا للبضاعة لحظة هلاكها ويتحمل بالتالي تبعه المخاطر ويلتزم بدفع كل الثمن وفوائده.

¹ د . حمد الله محمد حمد الله، المرجع السابق ص 32.

نقضت محكمة النقض الحكم مقرر أن شرط الاحتفاظ بالملكية ليس شرطاً فاسخاً. وأحالت الدعوى إلى محكمة استئناف (ميتن) للفصل فيها، فالتزمت باتجاه محكمة النقض وقررت إلزام البائع برد الجزء من الثمن المدفوع بالإضافة إلى الفوائد منقوصاً منه التعويض الذي يحصل عليه المشتري من المؤمن.

وقد أبدى الفقه ملاحظات على الحكم المذكور:

أولاً: بموجب الحكم فإن المشتري قد حصل على تعويض جزئي من مؤمنه، والتساؤل الذي يطرح نفسه هو لماذا لم يتدخل المؤمن في القضية المرفوعة على البائع لطلب استرداد التعويض الذي تم دفعه للمشتري؟ وإذا كان الأخير قد أراد تحميل البائع تبعة هلاك المبيع فلماذا قام بالتأمين عليها؟ لعل البائع اشترط عليه ذلك، أو لعل المشتري أراد كما هو الغالب إجراء التأمين على سبيل الاحتياط حتى لو كان هناك شخص آخر يتحمل تبعة الهلاك ومن المقرر في هذه الحالة أن يسمح المؤمن له باستخدام حق الرجوع المقرر له قبل المدين بتحمل تعويض الضرر فلماذا لا يلجأ المؤمن إلى استخدام هذا الحق؟

وأجابت المحكمة على هذا التساؤل بقولها أن التأمين الذي يبرمه المشتري يكون لصالح من تخصصه البضاعة ومن ثم فإن عدم الرجوع يمكن تفسيره بأن التزام المؤمن هو ذاته سواءً انعقدت ملكية البضاعة للبائع أم للمشتري. ونظراً لأن التأمين ينعقد لصالح من تخصصه البضاعة فإن التعويض عن الهلاك يدفع للمالك أي البائع المحتفظ بالملكية وليس المشتري. هذا مع التزام البائع برد الأقساط التي حصلها. ويبدو أن المشتري في القضية المعروضة حصل مباشرة على التعويض مما دفع الأطراف الثلاثة وكل من محكمة أول درجة والاستئناف المؤيد لها إلى تقرير تحمل المشتري بطبيعة الحال لمخاطر هلاك المبيع¹.

¹ د. محمد حسين منصور، المرجع السابق ص 310، 308.

صدر قانون 12 مايو 1980

يشير القانون المذكور في مادته الأولى إلى " وقف نقل الملكية إلى ان يتم الوفاء بكامل الثمن".

من خلال النظر الى المادة المذكورة يتضح بأن التغيير اتجه نحو الاخذ بفكرة الأجل فانقال الملكية وتكوين عقد البيع ذاته يتم تأخير إتمامها حتى يتم الوفاء بالثمن، فشرط الاحتفاظ بالملكية يعتبر - تبعاً لذلك - أجلاً، وبعبارة أخرى فإن التزام البائع بنقل الملكية مضاف الى أجل.

لكن الاتجاه السائد في القضاء الفرنسي يرى أن شرط الاحتفاظ بالملكية شرط واقف¹.

وتبرز فائدة قانون 12 مايو 1980 في طائفة الشروط التي توقف نقل الملكية مع استبعاد الفاسخة في حالة عدم الوفاء بالثمن.

ويترتب على هذا التكييف أن تبعة هلاك الشيء المبيع تظل على عاتق البائع لأنه ما زال المالك لهذا الشيء².

ثانياً: موقف القضاء الاماراتي

نتعرض لبعض أحكام القضاء الاماراتي (في إمارة دبي) والتي تعرضت لتكييف شرط الاحتفاظ بالملكية في معرض نظرها لقضايا مرفوعة لطلب فسخ اتفاقية الاجارة المنتهية بالتملك وهي صورة تطبيقية لبيع يتم الاحتفاظ فيه بملكية العقار باسم البائع لحين سداد كامل الاقساط من قبل المشتري واعتبر الحكم بأنه في حالة البيع بثمن مقسط مع اشتراط تعليق نقل الملكية على شرط واقف هو الوفاء بكامل أقساط الثمن في الموعد المتفق عليه فإن البيع بهذا الشرط يكون صحيحاً ويجب إعمال الشرط حتى لو سلم البائع المبيع للمشتري قبل سداد أي قسط من أقساط الثمن، وفي

¹ د . حمد الله حمد الله، المرجع السابق، ص 28 .

² د. نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص 185.

هذه الحالة تنتقل ملكية المبيع للمشتري معلقة على شرط واقف هو الوفاء بأقساط الثمن ويستتقي البائع ملكية المبيع معلقة على شرط فاسخ وكل من الشرطين الواقف والفاسخ حادث واحد، هو أن يوفي المشتري بأقساط الثمن في الموعد المحدد، فإذا فعل تحقق الشرط الواقف وانتقلت ملكية المبيع بأثر رجعي إلى المشتري وتحقق الوقت ذاته الشرط الفاسخ وزالت الملكية عند البائع بأثر رجعي أيضاً.

وقد يعمد البائع إلى إخفاء البيع بالتقسيط تحت شعار عقد الإيجار فيسمى العقادان البيع إيجاراً، ويصفان أقساط الثمن بأنها هي الأجرة ثم يتفقا على أنه إذا وفى المشتري بهذه الأقساط انقلب الإيجار بيعاً وانتقلت ملكية المبيع إلى المشتري ويكون غرض البائع من ذلك ألا تنتقل ملكية المبيع إلى المشتري بمجرد العقد. وقد لا يتحدث المتعاقدان عن بيع أصلاً في عقد الإيجار فيصور العقد على أنه إيجار ولكنه مقترن بوعده البيع من المؤجر إذا أبدى المستأجر رغبته في الشراء خلال مدة الإيجار، فإذا كان المتعاقدان يريدان في الحقيقة بيعاً بالتقسيط منذ البداية فإن العقد يكون بيعاً بالتقسيط لا إيجاراً ويعتبر المشتري مالاً تحت شرط واقف¹.

المبحث الثاني: موقف التشريعات المقارنة في تحديد الطبيعة القانونية لشرط الاحتفاظ بالملكية على سبيل الضمان

نستعرض في هذا المبحث موقف القانون الفرنسي والمصري من شرط الاحتفاظ بالملكية على سبيل الضمان ومن ثم نتطرق لموقف المشرع الإماراتي من تكييف الشرط مع استعراض لأحد التطبيقات العملية المعمول بها في دولة الامارات العربية المتحدة، وعليه سيتم تقسيم هذا المبحث للمطالب التالية:

المطلب الأول: موقف التشريعات المقارنة من شرط الاحتفاظ بالملكية على سبيل الضمان.

¹ راجع لطفاً حكم محكمة دبي الابتدائية، الدعوى رقم 600 سنة 2015 عقاري كلي .

المطلب الثاني: موقف المشرع الإماراتي من تكييف شرط الاحتفاظ بالملكية على سبيل الضمان.

المطلب الأول: موقف التشريعات المقارنة من شرط الاحتفاظ بالملكية على سبيل الضمان

أولاً: موقف المشرع الفرنسي من الطبيعة القانونية لشرط الاحتفاظ بالملكية (قانون 12 مايو 1980)

تشير المادة الأولى من قانون 12 مايو لسنة 1980 الفرنسي إلى "وقف نقل الملكية إلى أن يتم الوفاء بكامل الثمن".

ويذهب البعض إلى أن المشرع بتبنيه تلك الصياغة يكون قد انحاز إلى الاتجاه القائل بالأثر الواقف لشرط الاحتفاظ بالملكية دون الأثر الفاسخ وطبقاً للاتجاه الغالب في الفقه الفرنسي فإن عبارات قانون 12 مايو 1980 وأعماله التحضيرية تكشف عن اتجاه المشرع الفرنسي إلى الأخذ بالنظرية التي سبق أن تبنتها محكمة النقض حيث ترى أن شرط الاحتفاظ بالملكية يوقف نقل الملكية لحين الوفاء بالثمن. يقر الفقه المعارض بتلك النتيجة رغم انتقاده لها ومحاولته الوصول إلى تكييف آخر من خلال البحث عن النية المفترضة غير الصريحة للمشرع التي تنم عن أن البيع مع شرط الاحتفاظ بالملكية هو بيع مقترن بشرط فاسخ صريح. والواقع أن محكمة النقض قد قد تعرضت صراحة لتلك النقطة ورفضت بوضوح فكرة الشرط الفاسخ¹.

وبالنظر إلى النص ذاته الوارد في القانون آنف الذكر فإنه يقصد صراحة شرط بوقف نقل الملكية حتى الوفاء بكامل الثمن والشرط الذي جعله القانون نافذاً في حق جماعة الدائنين هو شرط واقف وليس شرط فاسخ. وتنحصر فائدة القانون المذكور في طائفة الشروط التي توقف نقل الملكية مع استبعاد الشروط الفاسخة في حال عدم الوفاء بالثمن².

¹ د. نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص 342 - 343.

² د. نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص 184 - 185.

وينطرح سؤال فى هذا المقام هل يقتصر تطبيق القانون المذكور على حالة الشرط الذى

يوقف نقل الملكية فقط أم يمتد تطبيقه الى الشرط الذى يوقف انعقاد العقد ككل؟

يفترض القانون شرطاً موقفاً لنقل الملكية على دفع كامل الثمن، وبالتالي فإن الشرط الذى يلحق العقد ذاته يدخل من باب أولى فى نطاق تطبيق القانون. إن البرلمانين الذين تعرضوا لشرح القانون يقصدون أصلاً وقف انتقال الملكية إلا أنهم أشاروا أيضاً بطريقة عابرة الى الشرط كوصف للعقد الذى يلحقه ككل، وعلى أية حال فإن ذلك لا يعنى استبعاد الشرط المؤدى إلى النتيجة المرجوة من خلال ارتباطه بعقد البيع ذاته.

ويؤدى التكييف المذكور الى نتيجة هامة مؤادها تحمل البائع تبعة هلاك المبيع رغم تسليمه للمشتري لأنه ظل مالكا له إلى حين استيفاء الثمن. وأمام خطورة ذلك الوضع فإن مصلحة البائع تقتضى تكملة شرط الاحتفاظ بالملكية بشرط إضافي يقضى صراحة بتحمل المشتري تبعة الهلاك ولا شك فى صحة هذا الشرط لأن قاعدة هلاك الشيء المالك ذات طبيعة مكملة. ويقضى المنطق بإمكان الاتفاق على ما يخالفها لأنها تستند أساساً الى الإرادة المفترضة للأطراف¹.

طبقاً للقانون الطبيعي وقواعد العدالة سيكون من المناسب ربط نقل التبعة كما هو الشأن بالنسبة للحراسة بالتسليم وليس بنقل الملكية، وطبقاً للوضع القائم فى القانون الوضعي الفرنسي حالياً أنه سيكون للبائعين فائدة كبيرة فى اشتراطهم بالرغم من تأخر نقل الملكية بأن تقع تبعة هلاك الشيء المبيع فى الحال، أو على الاكثر منذ التسليم على عاتق المشتريين².

وينتقد بعض الفقهاء الصيغة التى تبناها المشرع للمادة المذكورة آنفاً؛ إذ أن ذهن المشرع لم يتجه بالتأكيد إلى تنظيم العلاقة بين البائع والمشتري، إلا أنه كان من الأفضل بلا شك تبني صياغة

¹ د. محمد حسين منصور، المرجع السابق ص 340 .

² د. نبيل ابراهيم سعد، المرجع السابق، ص 185 .

أكثر حياداً من تلك الواردة كعنوان للقانون مثل البضاعة المباعة مع الاحتفاظ بملكيتهما لحين سداد كامل الثمن " وقد وردت تلك الصياغة بالفعل فى المادة الثالثة من القانون المذكور.

ويرى جانب من الفقهاء أن ألفاظ المادة الأولى من القانون تبدو غير متناسقة مع أحكام القانون نفسه الذي يفرض على المشتري فيما يتعلق بالجانب الحسابي التزامات المالك. أضف إلى ذلك أن المشرع - بهدف إعلام الغير- يوجب قيد البضاعة المحتفظ بملكيتهما فى جانب مستقل عن الأموال التى يمتلكها المشتري. ويعنى ذلك اعتراف المشرع ضمناً بملكية المشتري لها.

ويخلص الفقه من كل ذلك الى نتيجة واحدة هى أن البيع مع شرط الاحتفاظ بالملكية هو بيع مقترن بشرط فاسخ هو عدم دفع الثمن فى الميعاد. يؤدى تحقق الشرط إلى فسخ البيع، ويمكن أن يفسخ البيع جزئياً أي يقتصر على البضاعة الموجودة على حالتها العينية ومؤدى عبارات قانون 12 مايو 1980 أن الملكية وبالتالي تبعة المخاطر تنتقل إلى المشتري¹.

ثانياً: الطبيعة القانونية لشرط الاحتفاظ بالملكية فى القانون المصري

تنص المادة 1/430 مدنى على أنه " إذا كان البيع مؤجل الثمن، جاز للبائع أن يشترط أن يكون نقل الملكية إلى المشتري موقوفاً على استيفاء الثمن كله ولو تم تسليم المبيع "

وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي فى هذا الصدد:

" تجيز المادة أن يشترط البائع، إذا كان الثمن مؤجلاً أن يحتفظ بالملكية إلى أن يستوفى كل الثمن، حتى ولو سلم المبيع قبل ذلك. وهذا ضمان تلجأ إليه عادة الشركات التى تبيع سلعة بالتقسيط كالألات وعربات النقل والأراضي التى تبيع بأثمان مقسطة. فاحتفاظ البائع بملكية المبيع حتى يستوفى الثمن أبلغ فى الضمان من فسخ البيع بعد أن تكون الملكية قد انتقلت"².

¹ د. محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 340 – 342.

² د. محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 352.

واستناداً للمادة 1/430 مدني سالفه الذكر يعتبر شرط الاحتفاظ بالملكية حتى الوفاء بالثمن

المتفق عليه في عقد البيع شرطاً واقفاً وقد تبني المشرع المصري نظرية " الشرط الواقف ".

أما فيما يتعلق بعقد البيع ذاته، فلا يمتد إليه أثر هذا الشرط فالبيع بات وليس موقوفاً على

شرط، وغاية الأمر أن ما يُعلق هو التزام البائع بنقل الملكية المتولد عن البيع إلى حين تحققه¹.

وعلى ذلك فإن شرط الاحتفاظ بالملكية يعتبر شرطاً واقفاً فقط لا يعطي للمشتري حقاً للملكية

موصوفاً بالملكية الموقوفة، وإنما بعض السلطات التي تتيحها السيطرة المادية والفعلية على الشيء

المبيع على إثر تسليمه له.

هذه السلطات يمكن اعتبارها مكونة لحق عيني ناشئ عن تجزئة حق الملكية وهذا الحق

العيني لا يُعطي لصاحبه إلا سلطة استعمال الشيء المبيع بحالته في نطاق الاستغلال المادي للمشتري

ولا يُعطي له سلطة التصرف في هذا الشيء أو استغلاله.

وهذا الحق في الاستعمال يختلف عن حق الاستعمال كحق عيني من حيث المضمون فهذا

الحق لا يعطي لصاحبه سلطة مباشرة ونهائية مؤكدة على الشيء المبيع وإنما سلطة قابلة للتأكيد

والثبات كلما اقترب المشتري من الوفاء بكامل الثمن.

وبذلك تنسجم الحقيقة الاقتصادية مع القانون، كما أن هذا التكييف يأخذ في الاعتبار الحالة

النفسية للمشتري الذي يعتبر نفسه كمالك وليس مجرد واضع يد ملتزم بالرد².

¹ د. حمد الله محمد حمد الله، المرجع السابق ص 26.

² د. نبيل ابراهيم سعد، المرجع السابق، ص 201-202.

المطلب الثاني: موقف المشرع الإماراتي من تكييف شرط الاحتفاظ بالملكية على سبيل الضمان

تنص المادة 513 من قانون المعاملات المدنية الإماراتي رقم (5) لسنة 1985 المعدل بالقانون الاتحادي رقم (1) لسنة 1987 بأنه يجوز للبائع إذا كان الثمن مؤجلاً أو مقسطاً أن يشترط تعليق نقل الملكية إلى المشتري حتى يؤدي جميع الثمن ولو تم تسليم المبيع. وإذا تم استيفاء الثمن تعتبر ملكية المشتري مستندة إلى وقت البيع.

وجاء في المذكرة الإيضاحية للقانون " تجيز هذه المادة للبائع في حالة تأجيل الثمن أو تقسيطه أن يشترط تعليق نقل الملكية إلى المشتري حتى يؤدي جميع الثمن ولو تم تسليم المبيع. فإذا تم تسليم الثمن تعتبر ملكية المشتري مستندة إلى وقت البيع¹. وهذه المادة تقابل المادة 430 مصري.

قاعدة انتقال ملكية المبيع فور إبرام عقد البيع متى كان البيع منقولاً معيناً بالذات لا تتعلق بالنظام العام، ولهذا يجوز الخروج عليها، وفقاً لنص المادة 513 المشار إليها سابقاً، ويجوز لكل من المتعاقدين في عقد البيع على جعل انتقال ملكية المنقول المعين بالذات معلقة على شرط واقف، فإذا كان عقد بيع المنقول المعين بالذات متضمناً لهذا الشرط فإن ملكية المبيع لا تنتقل من البائع إلى المشتري فور إبرام عقد البيع رغم أن محل العقد منقول معين بالذات، والذي منع من انتقال الملكية هو تعليقها على شرط واقف. فقد يعلق المتعاقدان في عقد البيع انتقال ملكية المبيع على قيام المشتري بدفع الثمن متى كان الثمن مؤجلاً، أو على الانتهاء من دفع كل أقساط الثمن متى كان الثمن مقسطاً، ولا يحول تنفيذ هذا الشرط دون قيام البائع بتسليم المبيع إلى المشتري، لأن التعليق هنا ليس وارداً على عقد البيع ذاته، وإنما يرد التعليق على التزام البائع بنقل ملكية المبيع إلى المشتري، أما

¹ المذكرة الإيضاحية لقانون المعاملات المدنية الصادر بالقانون الاتحادي رقم (5) لسنة 1985 المعدل بالقانون الاتحادي رقم (1) لسنة 1987، وزراء العدل، دولة الامارات العربية المتحدة ص 493-498.

الالتزامات الأخرى التي يولدها عقد البيع فإنها تكون منجزة، ولهذا يلتزم البائع بتسليم المبيع إلى المشتري فور إبرام عقد البيع مالم يتفق على غير ذلك.

وإذا كان التزام البائع معلقاً على شرط واقف، فإن ملكية المبيع المنقول المعين بالذات تظل للبائع ولا تنتقل إلى المشتري إلا إذا تحققت الواقعة التي علق عليها الالتزام، فإن المشتري يصبح مالكا للمبيع لا من وقت تحقق الواقعة التي علق عليها التزام البائع بنقل الملكية وإنما من وقت إبرام عقد البيع، وهذا واضح من نص المادة 2/513 حيث تنص " وإذا تم استيفاء الثمن تعتبر ملكية المشتري مستندة إلى وقت البيع " أما إذا تخلفت الواقعة التي علق عليها التزام البائع بنقل الملكية نهائياً، فإن التزام البائع بنقل الملكية يزول ويزول معه عقد البيع ذاته¹.

وانطلاقاً مما سبق نجد أن المشرع الإماراتي قد سلك مسلك المشرع المصري أي أنه تبنى نظرية " الشرط الواقف " والتي لا تُعطي للمشتري بعض السلطات التي اكتسبت من جراء السيطرة الفعلية والمادية على الشئ المبيع.

وفى هذا الصدد فإن مشروع القانون الاتحادي لدولة الإمارات العربية المتحدة بشأن التأجير التمويلي لسنة 2016 والذي يتضح فيه صورة الاحتفاظ بالملكية على سبيل الضمان -والذي أعدته وزارة المالية - قد نص في مادته الأولى بأن التأجير التمويلي هو " عبارة عن معاملة تأجيرية تمويلية تتملك بموجبها شركة التمويل بناء على طلب المستأجر مالاً منقولاً كان أم غير منقول وتؤجره للمستأجر مع إعطائه في ختام العقد حق الخيار بتملك هذا المال بأقل من قيمته السوقية.

أي أن شركة التأجير التمويلي تتفق مع العميل المستأجر على أن يشتري الأول أصلاً يؤجره لمدة طويلة أو متوسطة، ويحتفظ المصرف بملكية الأصل.

¹ أ.د. عبدالحق حسن أحمد، الوجيز في شرح قانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة رقم 5 والمعدل بالقانون الاتحادي رقم 1 لسنة 1987، الجزء الثالث، عقد البيع، أكاديمية شرطة دبي، إمارة دبي، الإمارات العربية المتحدة، 2008، ص 121.

وللعميل الحق الكامل في استخدام الأصل مقابل دفع أقساط إيجارية محددة ويتضمن العقد شرطاً يجيز نقل ملكية المأجور إلى المستأجر عند انتهاء مدة العقد مقابل دفع المبالغ المتفق عليها في العقد أو أن يتفق الطرفان على نقل الملكية دون مقابل عند انتهاء مدة العقد نظير تحصيل الأقساط المستحقة لصالح شركة التمويل الإيجاري¹.

وسنستعرض هذه الصور بمزيد من التفصيل أثناء التطرق لصور شرط الاحتفاظ بالملكية على سبيل الضمان.

ويتضح مما سبق بأن الطبيعة القانونية لاحتفاظ شركة التاجير التمويلي بالملكية بأنها بيع معلق على شرط واقف يمنع المشتري من التصرف في البيع لحين سداد كامل الاقساط.

¹ انظر صحيفة الامارات اليوم تحقيق أمل الشناوي عدد تاريخ 15-1-2016.

الفصل الثاني: آثار شرط الإحتفاظ بالملكية ومدى ملاءمته باعتباره وسيلة ضمان غير مسماة

من المعلوم بأن عقد البيع تترتب آثاره بمجرد إنعقاده بين البائع والمشتري وتترتب لكل طرف منهما حقوق والتزامات بموجب هذا العقد، فالبائع يلتزم بنقل الملكية، وتسليم المبيع والمشتري يلتزم بدفع الثمن ومصاريف البيع وتكاليف المبيع وتسلمه، لكن واقع الحال في وجود شرط الإحتفاظ بالملكية لحين استيفاء الثمن يؤدي إلى تعطيل نقل الملكية للمشتري قبل الوفاء بجميع عناصر الثمن المتفق عليه ونكون بذلك أمام وضع خاص يختلف بأبعاده وآثاره وعن عقد البيع البسيط.

وعليه سنعرض في هذا الفصل لآثار شرط الإحتفاظ بالملكية ثم نتطرق لمدى ملاءمته باعتباره وسيلة ضمان غير مسماة بإستعراض لأمثلة تطبيقية لبعض انواع البيوع المستخدم بها هذا الضمان وعليه سيتم تقسيم الفصل إلى المبحثين التاليين:

المبحث الأول: آثار شرط الإحتفاظ بالملكية على سبيل الضمان

المبحث الثاني: مدى ملاءمة شرط الإحتفاظ بالملكية باعتباره وسيلة ضمان غير مسماة

المبحث الأول: آثار شرط الإحتفاظ بالملكية على سبيل الضمان

سبقنا الإشارة إلى أن احتفاظ البائع بملكية المبيع إلى حين استيفاء كامل الثمن يترتب عليه عدم انتقال الملكية إلى المشتري قبل الوفاء بجميع عناصر الثمن المتفق عليه، وبالتالي نكون أمام صورة مختلفة عن العلاقة المعتادة لعقد البيع البسيط، ومن خلال هذه الصورة غير الإعتبارية يتفق اطراف العقد على تنظيم هذه العلاقة عن طريق عقد من العقود كالإيجار أو العارية أو غيرهما بإيعازها لحكم القواعد العامة، ويدفع ذلك لمحاولة التعرف على المركز القانوني لكل من البائع والمشتري سواء قبل الوفاء بكامل الثمن أو بعده أو قبل وبعد تسليم المبيع.

كما تتجلى أهمية المسألة حيث يثار التساؤل عن آثار شرط الإحتفاظ بالملكية في مواجهة الغير، أي في مواجهة الدائنين العاديين للمشتري (الحائز للشيء) وفي مواجهة جماعة الدائنين إذا حدث أن أفلس المشتري قبل ان يفي بالثمن المتفق عليه بتمامه، وبناءً عليه سيتم تقسيم المبحث إلى مطلبين:

المطلب الأول: آثار شرط الإحتفاظ بالملكية فيما بين الطرفين

المطلب الثاني: آثار شرط الإحتفاظ بالملكية بالنسبة للغير

المطلب الأول: آثار شرط الإحتفاظ بالملكية فيما بين الطرفين

الفرع الأول: حقوق والتزامات الطرفين

أولاً: حقوق والتزامات البائع

يظل البائع حسب شرط الإحتفاظ مالكاً ملكية خالصة لشيء المبيع قبل تسليمه للمشتري وبعد تسليمه لهذا الأخير، فإذا كان الشيء لا يزال في حيازة البائع كان من حقه استعماله أو بيعه مع التزامه تسليم المشتري شيئاً مماثلاً لما اتفق عليه، هذه إذا اعتبر أن البيع معلقاً على شرط واقف، أما إذا اعتبر أن البيع معلق على شرط فاسخ فإن البائع يكون ملتزماً بعدم التصرف في الشيء قبل تسليمه، وحتى لحظة تحقق الشرط، ويلتزم البائع بتسليم الشيء المبيع إلى المشتري في المكان والزمان المتفق عليهما.

و إذا كان التسليم لا يجرد البائع- كمبدأ - من ملكيته للشيء، إلا أنه بمجرد انتقال حيازة الشيء إلى المشتري يحرم على البائع الحق في استعمال الشيء أو الإنتفاع به أو الحصول على ثماره أو عوائده، كما لا يجوز للبائع إعادة بيع الشيء أو التصرف فيه للغير وإلا فإنه لا تنفذ هذه التصرفات في مواجهة المشتري، فضلاً عن إمكانية تعرض البائع للجزاء الجنائي المقرر لجريمة خيانة الأمانة.

هذا ومن حق البائع استيفاء ثمن البيع من المشتري في الزمان والمكان المتفق عليهما وأن يتم الدفع نقداً أو بشيكات أو بغيرهما من الأوراق التجارية أو بتحويل مصرفي حسب الإتفاق، ولا تنتقل ملكية الشيء المبيع إلا بعد دفع المشتري للثمن كاملاً مع التزام البائع بضمان خلو المبيع من العيوب الخفية والعيوب الذاتية وبضمان التعرض والاستحقاق وفقاً للمبادئ العامة¹.

على أنه إذا لم يدفع المشتري كل الثمن، فيحتفظ البائع بما دفعه له المشتري من أقساط أو بعضها على سبيل التعويض عند فسخ عقد البيع لعدم قيام المشتري بدفع كل الأقساط المستحقة عليه، وهذا الاتفاق يأخذ حكم التعويض الاتفاقي " الشرط الجزائي " ووفقاً للمادة 2/390 من قانون المعاملات المدنية يجوز للقاضي بناءً على طلب أحد الطرفين أن يعدل في هذا الاتفاق بما يجعل التقدير مساوياً للضرر، ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك، فإن كان الضرر الذي أصاب البائع من جراء فسخ عقد البيع لعدم قيام المشتري بدفع كل الأقساط المستحقة كان أكبر من قيمة الأقساط التي دفعها له المشتري، كان من حق البائع أن يطلب من القاضي تعديل هذا الاتفاق بما يجعل التقدير مساوياً للضرر، وإن كانت قيمة الأقساط التي دفعها المشتري للبائع أكبر من الضرر الذي أصاب البائع من جراء فسخ العقد كان من حق المشتري أن يطلب من القاضي أن يعدل في هذا الاتفاق لمصلحته بما يجعل التقدير مساوياً للضرر.

ويحق للبائع بدلاً من أن يطالب بفسخ العقد لعدم قيام المشتري بدفع كل الأقساط المستحقة عليه، بأن ينفذ بما تبقى له من الثمن على أموال المشتري².

أي أن البائع قبل إتمام عملية الشرط (قبل استيفاء الثمن) يستحوذ على عدة سلطات هامة:

¹ د. حمد الله محمد حمد الله، المرجع السابق، ص 35-36.

² أ.د. عبدالخالق حسن محمد، المرجع السابق، ص 122.

1- يكون للبائع الحق في فسخ البيع بإرادته المنفردة، في حالة تأخر المشتري عن الوفاء بالثمن، ويترتب على الفسخ إلزام كل من الطرفين برد ما تلقاه من الطرف الآخر، ويجوز للبائع المطالبة بالتعويض عن استعمال المشتري للمبيع وتدهور حالته.

2- يكون للبائع عن طريق إبرام تصرف مجرد، نقل ملكية البضاعة المباعة مع الإحتفاظ بملكيته للغير، إلا أن هذا الإنتقال يكون عرضه للزوال بأثر رجعي عند إتمام الشرط أي الوفاء بالثمن، ولعل الأهم من ذلك هو أحقية البائع في الإعتراض على الحجز الذي يوقعه دائنو المشتري، ويكون للبائع في النهاية الحق في استعادة المبيع عن طريق دعوى الإسترداد في حالة الإفلاس أو التسوية القضائية للمشتري إذا لم يعرض مأمور التفليسة دفع المتبقي من الثمن¹.

ثانياً: حقوق والتزامات المشتري

قبل الوفاء بالثمن لم يصبح المشتري من حيث المبدأ مالكا للمال الذي آل إليه عن طريق البيع، ولكنه يحوزه مباشرة وينتفع به وتلك ميزة شرط الإحتفاظ بالملكية البسيط حيث يسمح للمشتري باستعمال المال قبل الوفاء بكامل ثمنه إلا انه يتحمل تبعه هلاكه منذ يوم تسلمه².

أي أن المشتري يحق له المطالبة باستلام الشيء المباعة بالحالة المتفق عليها، وفي الزمان والمكان المتفق عليهما، كما يحق له الإستئثار باستعمال واستغلال الشيء المباعة بالطريقة المتفق عليها والحصول على التعويضات المناسبة إذا لزم الأمر.

هذا من جانب حقوق المشتري، أما فيما يتعلق بواجباته فإن المشتري إذا استلم الشيء المباعة فإنه يلتزم بالمحافظة عليه واستعماله في الغرض المخصص لأجله، وعدم تحويل الشيء إلى هيئة

¹ د. محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 123.

² المرجع السابق، ص 124.

مغايرة لهيئته الأصلية، ولا يجوز للمشتري التصرف في الشيء بالبيع أو بالرهن وإلا كان من حق البائع طلب فسخ العقد واسترداد المبيع مع الحصول على التعويضات المناسبة إذا لزم الأمر.

و حرصاً على حماية البائع بالتقسيط من المخاطر التي يتعرض لها بسبب قيام المشتري بالتصرف في الشيء المبيع قبل وفائه بجميع الأقساط المتبقية عليه، تنص المادة 42 من قانون رقم 100 لسنة 1975 فرنسي (المعدل) في شأن بعض أنواع البيوع التجارية، على أنه " يحظر على المشتري - بدون إذن سابق من البائع - أن يتصرف بأي نوع من التصرفات في السلعة موضوع التقسيط قبل الوفاء بثنها " ويعاقب كل مخالف لهذا البحث بالحبس مدة لا تزيد عن ثلاثة أشهر وبغرامة لا تتجاوز مائة جنيه أو بإحدى هاتين العقوبتين، وذلك مع عدم الإخلال بعقوبة أشد ينص عليها قانوناً (م45).

وإذا تضمن عقد البيع بالتقسيط شرطاً يحظر على المشتري التصرف في المبيع قبل الوفاء بجميع الثمن (الأقساط) كان تصرف المشتري في السلعة المبيعة بالتقسيط (كالتصرف بالبيع أو الرهن) باطلاً¹.

ونخلص مما سبق بأنه من الناحية النظرية لا يستطيع المشتري فعل أي شيء بالنسبة للبضائع المباعة قبل أن يدفع ثمنها، ومن الناحية العملية سيكون من الصعب جداً ومن غير الملائم أن نمنع المشتري من استعمال البضائع المسلمة وخاصة إذا تعلق الأمر بأدوات التجهيز، وبالتالي فإن شرط الاحتفاظ بالملكية لا يعطي للمشتري حقاً للملكية موصوفاً بالملكية الموقوفة وإنما بعض السلطات التي تتيحها السيطرة المادية والفعلية على الشيء المبيع على اثر تسليمه له.

هذه السلطات يمكن اعتبارها مكونة لحق عيني ناشئ عن تجزئة حق الملكية، هذا الحق العيني لا يعطي لصاحبه إلا سلطة استعمال لشيء المبيع بحالته في نطاق الإستغلال المادي للمشتري،

¹ د. حمد الله محمد حمد الله، المرجع السابق، ص 37-39.

ولا يُعطي له سلطة التصرف في هذا الشيء أو استغلاله، هذا الحق في الإستعمال يختلف عن حق الإستعمال كحق عيني تقليدي من حيث المضمون فهذا الحق لا يعطي لصاحبه سلطة مباشرة ونهائية ومؤكدة على الشيء المبيع وإنما سلطة قابلة للتأكد والثبات كلما اقترب المشتري من الوفاء بكامل الثمن¹.

الفرع الثاني: تحديد المركز القانوني للبائع والمشتري

أولاً: المركز القانوني للبائع

يشير البعض إلى أن نظام شرط الإحتفاظ بالملكية يؤدي إلى الفصل داخل الملكية بين المكنات المتعلقة بالضمان وبإيجاد الحق من جهة أخرى، فبينما يحتفظ البائع بالطائفة الأولى تنتقل الثانية إلى المشتري، ويجمع الفقه بصفة عامة على أن البائع يحتفظ بالملكية كاملة وإن كان هناك تفاوت بين الشكل القانوني للنظام وبين غايته الإقتصادية، ويقتصر دور الملكية على ضمان الحق حيث تقوم في الواقع بدور التامين².

ثانياً: المركز القانوني للمشتري

طالما أن الثمن المتفق عليه لم يدفع فإن المشتري لا يعتبر مالكا، ولا حتى حائزاً للبضاعة المباعة وحيث أن هذه البضاعة قد تم تسليمها فإنه يعتبر مجرد واضع لليد بطبيعة الحال، وضع اليد على المال ينشأ إما عن مركز واقعي تماماً بحيث لا توجد أية رابطة عقدية تربط بين واضع اليد والمالك، وإما عن مركز تم تنظيمه تماماً عن طريق عقد من العقود، كما هو الحال بالنسبة للوديعة أو الإيجار أو العارية.

¹ د. نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص 195-201.

² د. محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 123.

خصوصية مركز المشتري قبل الوفاء بالثمن تنشأ من أن هناك عقد يربط بينه وبين المالك (البائع) ولكن هذا الإتفاق في الحدود التي يعبر فيها مجرد عقد بيع فقط، لا ينظم مسألة سلطات المشتري قبل أن يصبح مالكا عن طريق الوفاء بكامل الثمن.

بطبيعة الحال هذه السلطات تنشأ عن حق الملكية الذي يتكفل عقد البيع بنقله، لكن في حالة عدم تحقق هذا الإنتقال للملكية فإننا نكون بصدد نوع من الفراغ القانوني الذي لا يخلو من ترك انطباع بالقلق، وبتزايد هذا الفراغ عندما نلاحظ أن المشتري لا يستطيع من الناحية القانونية أن يمارس على البضاعة أي سلطة مباشرة، لكن الحيازة المادية لهذه البضاعة تسمح له في الواقع بأن يستعملها¹.

وعلى الرغم من ان المشتري لم يصبح من حيث المبدأ بعد مالكا للمال الذي آل إليه عن طريق البيع، ولكن يحوزه مباشرة وينتفع به، وتلك ميزة شرط الإحتفاظ بالملكية البسيط حيث يسمح للمشتري باستعمال المال قبل الوفاء بكامل ثمنه.

و يتمتع المشتري فضلاً عن ذلك بالحماية ضد تصرفات البائع والتي قد تنطوي على المساس بحقوقه ويمكنه الاعتراض على الحجز الذي يوقعه دائنو البائع على المبيع، ويرى الفقه أن المشتري يتمتع خلال هذه المرحلة بحق في دور التكوين او حق مرتقب. ويترتب على ذلك عدة نتائج رئيسية هامة، يستطيع المشتري أن يقتضي حماية هذا الحق عن طريق قواعد المسؤولية التقصيرية، في حالة الإعتداء عليه من قبل الغير، ويجوز للمشتري التصرف في حقه ويتم التصرف – في الغالب – لصالح البنك الذي يمنحه الإئتمان على سبيل الضمان. وإذا كان التاجر يحوز في مخزنه في ذات الوقت بضائع مملوكة له واخرى اشتراها محملة بشرط الإحتفاظ بالملكية فإنه يستطيع تقديم مجموع هذه البضائع على سبيل الضمان. ومن المقرر كذلك أنه يجوز لدائني المشتري

¹ د. نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص 192-193.

توقيع الحجز على حقه السابق، وإن كان هناك خلاف حول نظام وكيفية إجراء هذا الحجز الذي يكون مهدداً باحتمال قيام البائع بفسخ العقد، ويستطيع الدائنون توقي هذا الخطر بدفع المتبقي من الثمن حيث يترتب على ذلك اكتساب مدينهم (المشتري) ملكية المبيع كاملة وتأكيد الحجز¹.

الفرع الثالث: أثر وجود شرط الإحتفاظ بالملكية على نقل ملكية المبيع

يتبين مما سبق ذكره أن إدراج شرط الإحتفاظ بالملكية في عقد البيع يحول دون الإنتقال الفوري للملكية – في لحظة إبرام العقد – من البائع إلى المشتري وأن نقل الملكية يكون موقوفاً حتى دفع الثمن بكامله من الأخير إلى الأول.

و تحقق مسألة إنتقال الملكية أهمية معتبرة في البيوع التجارية بسبب وجود فترة زمنية تفصل – عادة – بين إبرام العقد وبين تسليم البضاعة إلى المشتري، فهل يصبح المشتري في هذه الحالة مالكا للبضائع وقت إبرام العقد أم عند استلامه لها ؟

هذا ومن المهم أيضاً تحديد تاريخ إنتقال الملكية بطريقة محددة في حالة إفلاس المشتري أو البائع نفسه، هذا فضلاً عن أن تحديد انتقال الملكية وانتقال المخاطر له أهمية خاصة في المسائل التجارية².

و يبدو الأمر بسيطاً وواضحاً من الناحية النظرية في حالة وجود المبيع في حيازة البائع أي قبل تسليمه للمشتري حيث يجمع البائع بين يديه كل عناصر الملكية من تصرف واستغلال واستعمال، وإذا قام بالتصرف في المبيع الذي باعه مع الإحتفاظ بملكيته مادياً أو قانونياً، كان تصرفه صحيحاً لأنه يتصرف في شيء مملوك له، ولا يكون للمشتري الأول حق استرداد المبيع من المتصرف إليه الثاني لأن الملكية لم تنعقد بعد للأول، ولعل الإلتزامات التي تقع على عاتق البائع تتمثل في وجوب

¹ د. محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 124-125.

² د. حمد الله محمد حمد الله، المرجع السابق، ص 40.

تسليم المبيع له بالحالة التي كان عليها وقت التعاقد، ومن ثم يتعين عليه المحافظة على المبيع وتسليمه بالحالة الموجود عليها وتكون تصرفاته في هذا الصدد محكومة بذلك القيد، ومخالفة البائع لالتزامه السابق يترتب عليه جزاء مدني ناجم عن الإخلال بالتزام تعاقدى ويتمثل في أحقية المشتري في طلب الفسخ أو التعويض، ويكون للمشتري الحق في المطالبة بتسليم المبيع لأننا بصدد عقد بيع صحيح ونافذ يترتب آثاره كاملة ما عدا نقل الملكية المؤجل لحين الوفاء بالثمن، و ليس للمشتري سلطة التصرف في المبيع إلا أن يكون هذا التصرف معلقاً على شرط واقف هو اكتسابه لملكيته.

يستطيع دائنو البائع الطعن على البيع بالدعوى البوليصة إذا توافرت شروطها، ولهم كذلك استعمال حق مدينهم في المطالبة بالثمن عن طريق الدعوى غير المباشرة، ويمكنهم كذلك الحجز على الثمن المستحق بين يدي المشتري، وفي حالة تخلف الأخير عن الدفع يكون لهم الحق في التنفيذ على المبيع بوصفه لا زال مملوكاً للبائع ولا يستطيع المشتري أن يمنع هذا التنفيذ، ولكن إذا تحقق الشرط (تم الوفاء بالثمن) كان له أثر رجعي، حيث يمتلك المشتري المبيع منذ العقد وتزول الآثار التي تترتب عليه.

ولا يختلف الأمر كثيراً من الناحية النظرية في حالة تسليم – المبيع المحتفظ بملكيته – للمشتري، فالبائع رغم تخليه عن الحيابة يظل هو المالك ويكون من حقه استغلاله وتلقي ثماره بل والتصرف فيه، ويؤدي انتقال الحيابة إلى حرمانه من مكنة الاستعمال فقط، وليس للمشتري ممارسة أي مكنة من مكينات حق الملكية على المبيع، ومن ثم فهو لا يستطيع نظرياً، مالم يوجد اتفاق من كف استعماله أو استغلاله أو التصرف فيه، وإذا تصرف فيه بالمخالفة لذلك قبل سداد الثمن تعرض للجزاء المدني (الفسخ أو التعويض أو كلاهما).

ويجوز للبائع في حالة تخلف المشتري عن الوفاء بالثمن طلب فسخ البيع والحق في استرداد المبيع كنتيجة لوقوع الفسخ أو إعمالاً لدعوى استرداد المبيع بوصفه لا زال مالاً له، ويكون لدائني

البائع الحق في توقيع الحجز على المبيع باعتباره أحد عناصر الذمة المالية لمدينهم، ولا يكون لدائني المشتري هذا الحق، ويجوز للبائع الاعتراض على الحجز الموقع من قبلهم¹.

أثر وجود الشرط على نقل ملكة المبيع من الناحية العملية

لا تتفق النتائج النظرية السابقة لشرط الاحتفاظ بالملكية مع مقاصد الطرفين في عقد البيع الإئتماني، حيث يكمن جوهر هذا البيع في تسليم المبيع للمشتري، العاجز عن الدفع الفوري لكل الثمن للانتفاع به، لذا يختلف الأمر من الناحية العملية، وتتجه إرادة الأطراف صراحة أو ضمناً إلى تحقيق تلك الغاية:

1- تتجه إرادة الأطراف صراحة في بعض الأحيان إلى تنظيم العلاقة القائمة بينهم في حالة البيع مع شرط الاحتفاظ بالملكية بالطريقة التي تحقق الغاية من البيع وتتناسب مع مصلحة المشتري وضمان حق البائع، فيتم إدراج بعض الشروط التكميلية لشرط الاحتفاظ بالملكية لتحديد آثاره ونطاق أعماله. تتمثل تلك الشروط أحياناً في إعطاء المشتري حق استعمال المبيع أو استغلاله أو التصرف المادي فيه أو بتحويل مادته أو إدماجه ضمن مواد أخرى ويمكن تخويل المشتري حق بيع المبيع مع حوالة الحق في الثمن للبائع الأصلي.

2- يمكن أين يترك الأطراف المسألة دون تنظيم خاص أي الاكتفاء بالنص على احتفاظ البائع بملكية المبيع دون إضافة أي شروط تكميلية أخرى، إذ تنتقل حيازة المبيع بالفعل إلى المشتري في أغلب الأحوال ويقوم باستعماله واستغلاله بل التصرف فيه أحياناً، وكل مافي الأمر أن هذا التصرف يكون معلقاً على شرط واقف هو اكتساب المتصرف لملكية المبيع، بل يمكن أن يرتب آثاره كاملة إذا تعلق الأمر بمنقول معين حازه المتصرف إليه بحسن نية. وأخيراً فإن حق البائع في استرداد المبيع الذي يحتفظ بملكته يصطدم عملاً بعدة عقبات أهمها: منازعة المشتري التي

¹ د. محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 116-121.

تستوجب الحصول على حكم بفسخ البيع، تغير حالة المبيع عن طريق تحويله أو إدماجه في مادة أخرى، استهلاكه أو التصرف فيه للغير حسن النية¹.

الفرع الرابع: أثر الشرط على تبعة هلاك المبيع

تعريف الهلاك: يطلق الهلاك في اللغة ويراد به ذهاب مادة الشيء أو منفعه ويستعمل بمعنى الفناء أو الموت.

و قد حاول بعض فقهاء القانون أن يضع تعريفاً له فقال فيه: "الهلاك هو تلف أو فقد مال معين لمقوماته الأساسية كلها أو بعضها بحيث يتعذر الغرض المقصود منه كلياً أو جزئياً لسبب قوة قاهرة أو حادث فجائي أو حادث مادي أو معنوي بفعل فاعل مما يجعل تنفيذ الإلتزام مستحيلاً أو معيناً" وهذا التعريف يمتاز بأنه تعرض لبيان أنواع الهلاك الكلي والجزئي².

أما إذا نجم الفقد أو الهلاك عن فعل البائع أو المشتري فإن المتسبب فيه يكون مسؤولاً كقاعدة عامة عن التعويض قبل صاحب الحق فيه.

يختلف الحكم في القانون الفرنسي عنه في القانون المصري، ويمكن كقاعدة عامة القول بأنه بينما يربط الأول تبعة الهلاك بالملكية نجد الثاني يربطها بالتسليم، ويتحمل المشتري في القانون الفرنسي تبعة هلاك المبيع منذ اللحظة التي تنتقل إليه ملكيته ولو لم يتسلمه بعد، ولكن البائع يلتزم من ناحية أخرى في حالة وجود المبيع بين يديه، قبل المشتري بالمحافظة عليه ومن ثم يقع على البائع إثبات السبب الأجنبي لهلاك المبيع حتى يتخلص من مسؤوليته عن التعويض، يؤدي ذلك عملاً

¹ المرجع السابق، انظر ص 116-121.

² د. حسني محمد جاد الرب، د. حسني محمد جاد الرب، صور وأحكام التملك بالإيجار: دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، مصر، 2009، ص 250-251.

وفي أغلب الاحوال إلى تحمل واضع اليد على الشيء تبعة هلاكه أو تلفه بالرغم من وقوع تلك التبعية، نظرياً على عاتق المالك¹.

و بالتطرق تفصيلاً لتحمل عقبة الهلاك في القانون الفرنسي، نجد أن المبدأ في القانون المدني الفرنسي (والقانون الحديث بوجه عام) أن ملكية الشيء تنتقل من البائع إلى المشتري بمجرد إتفاق الأطراف (ابرام العقد) أي بتبادل الإيجاب والقبول مالم يوجد شرط مخالف (المادتان 1138، 1583 مدني فرنسي) ويسري هذا المبدأ العام على البيوع التجارية، ولأن هذا المبدأ لا يتعلق بالنظام العام فقد استقر الرأي على جواز اتفاق الطرفين على خلافه، ويحدث عادة أن يتفق صراحة على تأخير انتقال الملكية حتى يتحقق أمر معين كتحرير محرر رسمي أو دفع الثمن، ويسمى الشرط في هذه الحالة بشرط الإحتفاظ بالملكية من البائع إلى المشتري، حتى يوفي هذا الأخير بثمن المبيع.

ويحدث عادة، أيضاً، الاتفاق ليس فقط على تأخير انتقال الملكية بمقتضى الشرط المذكور، وإنما الإتفاق على أن المشتري المستلم للبضاعة هو الذي يتحمل وحده تبعة المخاطر التي تلحق بها، دون أن يتحمل البائع بشيء من ذلك، على الرغم من احتفاظه بملكيتها.

وإذا انتقلت الملكية إلى المشتري فإنه يتحمل تبعة المخاطر التي قد تلحق بالمبيع، ومنها هلاكه بقوة قاهرة، كما انه ملزم بدفع ثمنه إلى البائع.

أما إذا كان هلاك المبيع أو تلفه بسبب خطأ أو إهمال البائع، فإن هذا الأخير هو الذي يتحمل تبعة الهلاك أو التلف، إذا لم يبذل في حفظ المبيع عناية رب الأسرة المعتاد (م 1136، 1138 مدني فرنسي) ويسري نفس الحل إذا تأخر البائع في تسليم المبيع إلى المشتري وكان هذا الأخير قد أعذره لتسليم المبيع، أو إذا لم تكن الملكية قد انتقلت بعد من البائع إلى المشتري².

¹ د. محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 128-129.

² د. حمد الله محمد حمد الله، المرجع السابق، ص 46-48.

وهكذا فإن شرط الاحتفاظ بالملكية وإن كان يقي البائع مخاطر عدم استيفاء الثمن إلا أنه يعرضه لتحمل مخاطر هلاك المبيع الموجود في حيازة المشتري لذا فإن البائع يحرص على تفادي ذلك العيب من خلال تكملة الشرط المذكور بشرط إضافي يلقي بمقتضاه تبعة هلاك المبيع مباشرة على عاتق المشتري، بل إن البائع يشترط على المشتري أحياناً إبرام تأمين خاص على البضاعة لصالح مالكها¹.

وأما القانون المصري:

تنص المادة 437 مدني على أنه " إذا هلك المبيع قبل التسليم لسبب لا يد للبائع فيه انفسخ البيع واسترد المشتري الثمن إلا إذا كان الهلاك بعد اعدار المشتري لتسليم المبيع " المشرع المدني يربط إذا - كمبدأ - بين تبعة هلاك الشيء وتسليمه، بصرف النظر عن وقت انتقال الملكية ولا يتحمل المشتري تبعة هلاك الشيء بقوة قاهرة إذا لم يكن قد تسلمه أو أعذره البائع لإستلام المبيع، ويسري هذا الحكم سواءً أكان الهلاك كلياً أو جزئياً، أو كان الهلاك أو التلف راجعاً إلى خطأ البائع نفسه.

وفي هذا تنص المادة 438 مدني على أنه " إذا انقضت قيمة المبيع قبل التسليم لتلف أصابه، جاز للمشتري إما أن يطلب فسخ البيع إذا كان النقص جسيماً بحيث لو طرأ قبل العقد لما تم البيع، وإما أن يبقى البيع مع إنقاص الثمن"².

وتنص المادة 531 من قانون المعاملات المدنية الإماراتي على:

1. إذا هلك المبيع قبل التسليم بسبب لا يد لأحد المتبايعين فيه انفسخ البيع واسترد المشتري ما أداه من الثمن.

¹ د. محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 136.

² د. حمد الله محمد حمد الله، المرجع السابق، ص 44 - 45.

2. فإذا تلف بعض المبيع يخير المشتري ان شاء فسخ البيع أو أخذ المقدار الباقي بحصته من الثمن.

أي إن هلك المبيع قبل التسليم ولم يكن للبائع يد في ذلك الهلاك ولا للمشتري، وكان لسبب لا يدخل للبائع أو تابعيه فيه انفسخ العقد، واسترد المشتري الثمن كاملاً أو ما يكون قد وفاه من الثمن، إلا إن كان الهلاك قد حدث بعد إعدار البائع للمشتري كي يتسلم المبيع ولكن المشتري لم يفعل. وإن كان الهلاك جزئياً كأن نتلف بعض أجزاء المبيع دون بعض قبل التسليم، فإنه يخير المشتري، فإن شاء فسخ المبيع، وفي هذه الحالة يأخذ المقدار الباقي بحصته من الثمن، وكذلك للمشتري في هذه الحالة إمضاء العقد في المبيع كله بالثمن المسمى، والرجوع على المتلف بضمان ما تلف¹.

أي أن العبرة في تحديد تبعه الهلاك تكون كما رأينا بالتسليم دون الملكية.

لا يثير تطبيق ذلك المبدأ أية صعوبة في حالة البيع مع شرط الإحتفاظ بالملكية، إذا هلك المبيع الذي يحتفظ البائع بملكته قبل تسليمه للمشتري، تحمل البائع تبعه هذا الهلاك، وينفسخ البيع، ويسقط التزام المشتري بدفع الثمن ويمكنه استرداد ما دفعه ويمتنع عن دفع ما تبقى منه، والعكس صحيح إذا كان المبيع قد تم تسليمه فعلاً، رغم احتفاظ البائع بملكته، وهلك فإنه يهلك على المشتري لا على البائع، ويظل ملتزماً بدفع كامل الثمن ولا يكون له استرداد ما دفعه².

المطلب الثاني: آثار شرط الإحتفاظ بالملكية بالنسبة للغير

ونتطرق في هذا المطلب لمدى حجية أو عدم حجية شرط الإحتفاظ بالملكية في مواجهة جماعة الدائنين ومدى نفاذ الشرط في مواجهة الغير صاحب الحق العيني على المبيع المحتفظ بملكته ثم نخرج على انتقال الإستفادة بشرط الإحتفاظ بالملكية كوسيلة ضمان

¹ أ.د. محمد أحمد شحاتة حسين، المرجع السابق، الجزء الخامس، ص 853.

² د. محمد حسين منصور، المرجع السابق، 130-131.

وبناءً على ما ذكر سيتم تقسيم المطلب إلى ثلاثة فروع:

الفرع الأول: حجية شرط الاحتفاظ بالملكية في مواجهة الدائنين

الفرع الثاني: مدى نفاذ شرط الاحتفاظ بالملكية قبل الغير صاحب الحق العيني على المبيع

المحتفظ بملكيته

الفرع الثالث: انتقال الاستفادة بشرط الاحتفاظ بالملكية كوسيلة ضمان

الفرع الأول: حجية شرط الاحتفاظ بالملكية في مواجهة الدائنين

في الأصل يجوز للبائع الاحتجاج بشرط الاحتفاظ بالملكية على دائني المشتري ويمكنه بالتالي استرداد مبلغ المبيع الذي لم يستوف ثمنه حتى مع صدور حكم بشهر إفلاس المشتري وهنا تكمن قوة شرط الاحتفاظ بالملكية كوسيلة لضمان حق البائع في الثمن، ومع ذلك تكمن الصعوبة العملية في حالة عدم تمكن المشتري عن الدفع بسبب إفلاسه حيث تتعارض مصلحة البائع في استرداد المبيع مع مصلحة باقي الدائنين على اعتباره أحد عناصر الذمة المالية للمشتري للتنفيذ عليه.

ونسرد في هذا الفرع لموقف القانون المصري والفرنسي بشأن الاحتجاج بشرط الاحتفاظ

في مواجهة الدائنين ثم نتعرض لشروط الاحتجاج بشرط الملكية في مواجهة الدائنين (شروط قبول

دعوى الإسترداد)، ومن ثم نتطرق لآثار دعوى الاسترداد.

أولاً: موقف القانون المصري والفرنسي بشأن الاحتجاج بشرط الاحتفاظ بالملكية في مواجهة الدائنين

1. الوضع في القانون المصري:

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

وكان سائداً في الفقه والقضاء المصريين هو عدم سريان شرط الإحتفاظ بالملكية في مواجهة الدائنين للمفلس، ولو كان هذا الشرط قد وجد قبل الحكم بشهر إفلاس المشتري المفلس، وبعبارة أخرى فإنه بالرغم من تسليم الفقه والقضاء المذكورين بصحة هذا الشرط، لا يجيز هؤلاء الإحتجاج به على دائني المشتري عند إفلاسه وليس للبائع أن يطلب استرداد الشيء المبيع كمالك له، وإنما يدخل في التفليسة كدائن عادي يخضع لقسمة الغرماء¹.

و بهذا يتم تفضيل مصلحة الدائنين على مصلحة البائع في استرداد المبيع لأن الدائنين عولوا على هذا المبيع الذي تسلمه المشتري ودخل ضمن أصوله باعتباره أحد عناصر الضمان العام، يؤدي ذلك بالضرورة إلى إضعاف شرط الاحتفاظ بالملكية حيث يفقد جانباً هاماً من وظيفته التأمينية في ضمان حق البائع في الثمن بالنسبة للبيع الوارد على المنقول، وهو المجال الغالب لأعمال الشرط المذكور، أما إذا ورد الشرط في التصرف المتعلق بالعقار وتم شهره فإنه يسري قبل الكافة.

تغير الوضع بصدور قانون التجارة ونصه في المادة 2/106 على نفاذ شرط الاحتفاظ بالملكية على الدائنين، حيث لا يجوز لهم التنفيذ على المبيع الذي احتفظ البائع بملكيته لحين استيفاء الثمن، ومن ثم يجوز لهذا البائع أن يسترد المبيع من التفليسة، طالما قدم الدليل على ملكيته له، وذلك

¹ د. حمد الله محمد حمد الله، المرجع السابق، ص 50.

طبقاً للمادة 1/626 من القانون السابق، ولكن يشترط أن يكون شرط الاحتفاظ بالملكية مدوناً في ورقة ذات تاريخ ثابت وسابق على إجراءات التنفيذ أو وقت شهر الإفلاس.

2. الوضع في القانون الفرنسي:

دأب القضاء على عدم جواز الاحتجاج بشرط الاحتفاظ بالملكية في مواجهة الدائنين بمناسبة التسوية القضائية أو تصفية أموال المشتري، ومن ثم فإن بدء تلك الإجراءات الجماعية ضد المشتري كان يشكل عقبة هامة أمام أعمال الشرط المذكور، ويفقد بالتالي جانباً كبيراً من أهميته كشرط ضمان. و سارت محكمة النقض الفرنسية مع البائع مقررة عدم أحقيته في الاحتجاج بشرط الاحتفاظ بالملكية في مواجهة دائني المشتري.

تفضل المحكمة بذلك مصلحة الدائنين لأنهم عولوا على اليسار الظاهر للمدين الذي ساهم المبيع في قيامه، أضف إلى ذلك رغبتها في تحقيق المساواة بين الدائنين بما فيهم البائع، ولكن محكمة النقض منحت البائع مع ذلك مكنة من استرداد المبيع إذا كان قد أعرب بوضوح وبتصرف رسمي عن إرادته في التمسك بالشرط الصريح الفاسخ المدرج في العقد قبل الحكم بشهر إفلاس المشتري.

تدخل المشرع الفرنسي بالقانون رقم 333 - 8 مايو 1980 مقررأ إخفاء شرط الاحتجاج بالملكية في مواجهة دائني المشتري حيث عدل القانون المذكور المادة 65 من القانون 563-67 الصادر في 13 يوليو 1967 لتصبح " يمكن استرداد البضائع، طالما بقيت على طبيعتها الموجودة لدى المدين سواءً على سبيل الوديعة أو بقصد بيعها لحساب المالك، ونفس الشيء بالنسبة للبضائع التي بيعت مع اشتراط عدم انتقال ملكيتها إلى المشتري إلا بعد سداد كامل الثمن، على أن يكون هذا الشرط قد تم الإتفاق عليه في صورة مكتوبة بين الأطراف في وقت لا يتجاوز لحظة تسليم المبيع ومن ثم يستطيع البائع استرداد البضاعة التي احتفظ بملكيتها كتابة قبل التسليم، الباقية على حالتها العينية إذا تخلف المشتري عن الوفاء بالثمن، ويظل حق البائع في الاسترداد قائماً حتى بعد صدور

الحكم بشهر إفلاس المشتري، ويخرج البائع بذلك من وطاة الدخول في مزاحمة الدائنين لأنه يتمكن عن طريق دعواه الخاصة من استرداد المبيع.

تعددت الأسباب التي دفعت المشرع إلى الخروج على القواعد العامة في قانون الإفلاس التي تركز أساساً على نظرية الوضع الظاهر ومبدأ المساواة بين الدائنين فالمبرر الأول ذو طابع اقتصادي (مالي) والمبرر الثاني تشريعي مستمد من القانون المقارن.

(أ) المبرر الاقتصادي:

حيث يؤدي نفاذ الشرط في مواجهة الدائنين إلى تقوية شرط الاحتفاظ بالملكية وبالتالي تدعيم والحد من حالات الإفلاس ويؤدي ذلك إلى الإزدهار الاقتصادي وهبوط التضخم وفي الناحية المقابلة أدى عدم الاعتداد بالشرط إلى تعرض المشروعات لكثير من الصعوبات المالية.

(ب) المبرر التشريعي:

أصبح القانون الفرنسي بصدد عدم نفاذ الشرط في مواجهة الدائنين في معزل عن جيرانه الأوروبيين وظهر بمظهر المتأخر عن استيعاب التطور الحديث لمضمون شرط الاحتفاظ بالملكية، وأدى التعديل التشريعي الحديث في القانون الفرنسي إلى تقوية الشرط المذكور وكثرة اللجوء إليه في المعاملات مع حرص البائعين على إدراجه في عقود البيع الإئتمانية¹.

كما أن رأي القضاء السائد في فرنسا هو إجازة انتقال شرط الاحتفاظ بالملكية من البائع الأول إلى دائنه أو إلى البنوك، وأن مباشرة استرداد البضاعة يمكن أن يقع سواءً بواسطة البائع أو دائن لهذا البائع كبنك قام بدفع ثمن البضاعة لهذا الآخر بدلاً من المشتري وقبل بأن البنك يحل محل

¹ د. محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 157-163

البائع، ومن ثم ينتقل الدين إلى البنك بصفة أصلية، كما ينتقل إليه الشرط بصفة تبعية، ويكون للبنك مباشرة دعوى الإسترداد إستناداً إلى شرط الإحتفاظ بالملكية¹.

ثانياً: شروط الاحتجاج بشرط الملكية في مواجهة الدائنين (شروط وقبول دعوى الاسترداد)

يعد منح البائع دعوى استرداد المنقول المبيع المحتفظ بملكيته من يد المشتري المتقاعس عن الوفاء بالثمن أمراً طبيعياً في حال يسار الأخير أي تمتعه بضمان عام قوي. أما في الحالة التي يشكل فيها ممارسة تلك الدعوى مساساً بالضمان العام للدائنين الذين عولوا على وجود المبيع كعنصر هام من عناصره، فذلك يعد تفضيلاً لحق البائع على حقوقهم وخروجاً على القواعد العامة في الإفلاس التي تقوم على حماية الوضع الظاهر من جهة والمساواة بين الدائنين من جهة أخرى.

منح المشرع الفرنسي الحديث تلك الدعوى في هذه الحالة على سبيل الاستثناء لأسباب معنية، إلا أنه أحاط أعمالها بضمانات قوية حتى لا تنطوي ممارستها على غش أو اضرار بحقوق الدائنين وحتى تحقق الهدف المقصود من وراء تقريرها².

ويشترط القانون الفرنسي (قانون 12 مايو 1980) لنفاذ شرط الاحتفاظ بالملكية في مواجهة الدائنين وحتى يحق للبائع استرداد البضاعة المباعة أن تتوافر ثلاثة شروط وهي:

1. شروط الكتابة.
2. بقاء البضاعة بعينها (أي على حالتها التي كانت عليها) تحت يد المشتري.
3. أن يتم رفع دعوى الاسترداد خلال مدة زمنية محددة.

¹ د. حمد الله محمد حمد الله، المرجع السابق، ص 75.

² د. محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 164.

ويعتبر الشرط الأول والشرط الثاني من الشروط الشكلية للاسترداد، أما الشرط الثالث فيعتبر من الشروط الموضوعية للاسترداد¹.

1- اشتراط كتابة الشرط:

بوجه عام تشترط التشريعات أن يكون شرط الاحتفاظ بالملكية مكتوباً. وتستلزم بعض التشريعات أن يكون الشرط المذكور مكتوباً صراحة بينما تكتفي تشريعات أخرى بأن يكون الشرط ضمنياً ويأخذ القانون الفرنسي بالحل الأول الذي يعتبر أن الكتابة الصريحة للشرط لازمة لصحة الاتفاق على الاحتفاظ بالملكية، ويتفق الفقه والقضاء الفرنسيين على الأخذ بمفهوم الكتابة بالمعنى الواسع، وبمفهومها التجاري فتشمل الكتابة أي مستند تعاقدى يستخدم في العادة في مجال العلاقات التجارية مثل العقود النموذجية والكتالوجات أو النشرات، وقصائم طلب البضائع أو قسائم تسليمها والفواتير... إلخ سواء أكان شرط الاحتفاظ بالملكية قد ورد منفرداً أو مستقلاً أو مندرجاً في الشروط العامة للبيع.

وكتابة شرط الاحتفاظ بالملكية ليست شرطاً لإثبات عقد بيع البضاعة أو لإثبات شرط ذاته وإنما هي صيغة رسمية أو شكل رسمي لازم للاحتجاج بالشرط في مواجهة جماعة الدائنين.

ويهدف المشرع من وجوب كتابة الشرط المذكور إلى استبعاد كل المنازعات وأوجه الغش من جانب البائع أو المشتري مما يضر بجماعة الدائنين، ويشترط لأعمال الشرط أن يكون واضحاً في عباراته وتكفي موافقة المشتري الضمنية على الشرط بأن يتخذ المشتري موقفاً إيجابياً كقيامه بتنفيذ العقد وهو يعلم بوجود الشرط أو استلامه للبضاعة على الرغم من تحرير الشرط لحظة التسليم².

¹ د. حمد الله محمد حمد الله، المرجع السابق، ص 59.

² المرجع السابق، ص 60-61.

2- بقاء البضاعة على حالتها في حيازة المشتري:

يشترط لقبول دعوى استرداد البائع للمبيع في حالة عدم استيفاء الثمن احتفاظ هذا المبيع بطبيعته أي بقاءه على حالته العينية وإمكانية فصله وتمييزه عن غيره. ينبغي أن تكون البضاعة المراد استردادها هي ذاتها التي تم تسليمها للمشتري ويستوجب ذلك بقاءها على صورتها على نحو يسهل معه تمييزها، دون لبس أو غموض عن غيرها من الأشياء الموجودة في حيازته¹.

يبدو ذلك الاتجاه من نص المادة 65 من قانون 1967 المعدل بقانون 1980 الفرنسي حيث نص بأنه يجب لتمكين البائع من استرداد البضائع من تفليسة المشتري أن يثبت الأول (البائع) أن البضائع بقيت بحالتها (أي بالحالة التي كانت عليها وقت استلام المشتري لها) تحت يد المشتري يوم صدور الحكم المفتتح للإجراءات الجماعية في مواجهة هذا الأخير.

ولم يحدد القانون المذكور المقصود بعبارة "على حالتها أو بعينها" مما أدى إلى وجود اختلاف في تفسيرها عندما يتعلق الأمر بالبضاعة المبيعة تحت شرط الاحتفاظ بالملكية، ويقع على البائع عبء إثبات تعيين البضاعة ذاتياً مما يمكن من تمييزها عن غيرها من البضائع المتماثلة معها (أي من نفس النوع) والموجودة في حيازة المشتري أو في مخازنه، وإذا فشل البائع في هذا الإثبات فإنه يفقد حقه في الاسترداد وبقاء البضاعة على حالتها ومعينة بذاتها يقتضي ألا تكون محلاً لأية عمليات تؤدي إلى تغيير شكلها أو إلى تغيير طبيعتها أو إلى إدماجها في مجموعها في منتج آخر وارتباطها به ارتباطاً قوياً. وإن كان بقاء البضاعة معينة بذاتها لا يحول بالطبع دون خضوعها لعمليات التخزين والترتيب أو الرص بعناية لحفظها في حالة حسنة.

كذلك فإن اشتراط أن تكون البضاعة معينة بذاتها حتى يمكن استردادها، سيترتب عليه عدم إمكان إعمال شرط الاحتفاظ بالملكية فيما بين الموردين وعمالهم الذين يرتبطون معاً بشرط حساب

¹ د. محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 18.

جاري. فالاتفاق على الحساب الجاري يؤدي إلى فقد المدفوعات (الحقوق والديون) لذاتيتها بمجرد قيدها في الحساب الجاري ويصبح كل مدفوع مفرداً في الحساب ولا يتحدد موقف طرفي الحساب الجاري بوصفهما دائنين أو مدينين إلا في نهاية المدة أي بقفل الحساب ومعرفة الرصيد النهائي وهكذا يكون من غير الممكن تحديد ذاتية البضاعة التي لم يدفع ثمنها لكي يمارس البائع حقه في استردادها، ولذلك فعلى من يريد النص على الاحتفاظ بملكية البضائع أن يتجنب بقدر الإمكان ألا يرتبط بعقد حساب جاري بالنسبة للبيع مع شرط الاحتفاظ بالملكية، هذا وقد تقدم ذكر أن تحويل البضاعة أو اندماجها في بضاعة أخرى يترتب عليه عدم جواز استردادها وهذا هو الاندماج، وكذلك التصاق البضاعة أو إلحاقها بشيء آخر يمكن أن يكون هذا الشيء منقول أو عقار، وفي هذه الحالة الأخيرة فإن مالك العقار يصبح بالضرورة مالكا للمواد الأولية التي استخدمت في بقاء العقار حيث لا يمكن فصلها عن ذلك العقار دون تلف. مثال ذلك الاسمنت المستخدم في بناء المنازل وبالعكس فإنه إذا كان من الممكن فصل البضاعة من العقار فإنه يجوز للبائع تحت شرط الاحتفاظ بالملكية استرداد تلك البضائع، ومثال ذلك الأبواب، الشبابيك، والمرايات والأقفال والأسلاك الكهربائية¹.

3- أن يتم رفع دعوى الاسترداد خلال مدة زمنية محددة:

في القانون المصري: لا يوجد نص خاص لرفع دعوى الاسترداد خلال مدة معينة، ولذلك يتم تطبيق الحكم العام بصدد دعوى الاسترداد، حيث تتقدم بمضي سنة من تاريخ نشر حكم شهر الإفلاس في الصحيفة اليومية التي تعينها المحكمة.

في القانون الفرنسي: قبل قانون 25 يناير 1985، كانت دعوى استرداد المنقول لا تقبل إلا خلال مدة أربعة أشهر من تاريخ نشر الحكم بفتح إجراءات التسوية القضائية أو تصفية الأموال، أي من تاريخ آخر إجراء نص عليه القانون. ثم جاء قانون 25 يناير 1985 (م115) ليختصر تلك

¹ د. حمد الله محمد حمد الله، المرجع السابق، ص 65-69.

المدة إلى ثلاثة أشهر تبدأ من تاريخ النطق بالحكم الفاتح لإجراءات التسوية القضائية، وذلك كي يعلم المدين أو مدير التفليسة على وجه السرعة، بنوايا بائعي البضائع المحتفظ بملكيتها فيما يتعلق باستردادها.

تقتصر هذه المدة على حالة إفلاس المشتري أي خضوعه لإجراءات جماعية، ومن ثم لا يحتج على البائع بالمدة المذكورة في علاقته بالمشتري غير المفلس. ويستطيع البائع ممارسة دعوى استرداد الأموال من المشتري المتقاعس عن الدفع دون التقيد بمدة معينة طالما توافرت الشروط الأخرى.

إن الفیصل في قبول دعوى الاسترداد هو ثبوت تقاعس المشتري عن الوفاء بالثمن، ولا يتأثر ذلك إلا بحلول ميعاد الوفاء المتفق عليه في العقد، ولكن نظراً لأن الحكم بالتسوية القضائية وبتصفية الأموال يستتبع حلول مواعيد الديون المؤجلة فإنه يمكن رفع دعوى الاسترداد آنذاك وقبل الموعد الأصلي للوفاء بالثمن.

والجدير بالذكر أن مدة الثلاثة أشهر هي ميعاد سقوط، يسقط بمرور الحق في مباشرة دعوى الاسترداد ويسقط حقه في التقدم كدائن عادي بدين الثمن ضمن جماعة الدائنين إذا لم يكن قد تقدم إلى التفليسة في الموعد المقررة.

هذا ولا يشترط في مطالبة البائع باسترداد البيع أن يكون مسبقاً برفع دعوى فسخ البيع أو الإسناد إلى الشرط الفاسخ إلا أنه ينبغي أن تشمل المطالبة في دعوى قضائية ولا يغنى عن ذلك الخطابات أباً كن عددها أو شكلها، وينبغي الإشارة إلى أن قانون 1985 (م 2\121) أضاف قيداً هاماً في هذه المقام مؤداه عدم جواز استرداد البيع إذا تم دفع الثمن فوراً أو على الأكثر في نهاية فترة الملاحظة الأولية طبقاً للمدة التي يحددها مأمور التفليسة، إذا تعهد هو (أو المدين المأذون) بضمان السداد. ومن ثم يمكن الاحتفاظ بالبضاعة المحملة بشرط الاحتفاظ بالملكية إذا تم تقديم ضمان (كفالة بنكية مثلاً) لسداد الثمن، ويجوز للمأمور طلب تنفيذ عقد التوريد بغرض الوفاء بالثمن المحدد

ويستخدم البضاعة في الغرض المخصصة له. ويأخذ البائع مكانه بين الدائنين الذين نشأت حقوقهم صحيحة بعد الحكم بالإفلاس قبل جماعة الدائنين، وينبغي الوفاء بحقة بالأولوية على الدائنين السابقين، ويكون حقه مضموناً بالضمانة التي قررت له ويستطيع بمقتضاها استيفاء حقه قبل الدائنين المفضلين عليه طبقاً للقواعد العامة¹.

الفرع الثاني: مدى نفاذ شرط الاحتفاظ بالملكية قبل الغير صاحب الحق العيني على المبيع المحتفظ بملكيته

إن التصرفات التي يبرمها المشتري على المبيع وتنشأ بمقتضاها حقوق للغير حسن النية تنفذ كقاعدة عامة في مواجهة البائع رغم احتفاظه بالملكية، تؤدي تلك التصرفات في الغالب إلى انعدام فعالية شرط الاحتفاظ بالملكية وإهدار حقوق البائع التي ضمنها ذلك الشرط، ومن ثم يثور التساؤل عن كيفية تفادي مخاطر تصرف المشتري في المبيع وعن ضمانات البائع في حالة تصرف المشتري في المبيع.

1- مشروعية ونفاذ تصرف المشتري في المبيع المحتفظ بملكيته:

إن احتفاظ البائع بالملكية في عقد البيع لا يمنع المشتري في الواقع من التصرف في المبيع للغير، من المقرر أنه إذا تصرف المشتري في المبيع المنقول إلى شخص آخر حسن النية وسلمه إليه، كان من حق المتصرف إليه التمسك بنفاذ حقه قبل البائع الأصلي استناداً إلى قاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية، ولا يستطيع البائع الأصلي أن يطلب استرداد المبيع منه استناداً إلى شرط الإحتفاظ بالملكية حتى لو تم فسخ عقد البيع المتضمن للشرط.

و الأصل أن المتصرف إليه يكون حسن النية لا يعلم بتعلق حق البائع بالمبيع أي بوجود شرط الاحتفاظ بالملكية، ويقع على البائع الأصلي عبء إثبات سوء نية الحائز المتصرف إليه -أي

¹ د. محمد حسين منصور، المرجع السابق، انظر 180-184.

علمه بأن من تصرف له لم يكن مالكاً العين المتصرف فيها -، ويجوز له أن يثبت ذلك بكافة الطرق ومنها القرائن القضائية، فإذا استطاع أن يثبت سوء نية المتصرف إليه جاز له استرداد المبيع، ولم يكن المتصرف إليه أي حق في مطالبته بأن يدفع إليه الثمن الذي اشترى هو به المبيع من المشتري الأول لأن المبيع لا يمكن اعتباره في مثل هذه الحالة مسروقاً ولا ضائعاً.

لكن هذا الأمر قد تغير في القانون المصري على سبيل المثال كما يشير الفقيه السنهوري بصور قانون التجارة حيث قرر نفاذ شرط الاحتفاظ بالملكية في حق الغير بشرط ثبوت ذلك الشرط كتابة بتاريخ ثابت وسابق على هذا الحق.

ويترتب على ذلك أننا أصبحنا بصدد حكم خاص يشكل استثناء على قاعدة الحيازة في المنقول، ومن ثم إذا قام المشتري بالتصرف في المبيع إلى الغير فإن هذا التصرف لا ينفذ في حق البائع الذي احتفظ بملكية المبيع، وذلك دون حاجة إلى تكليفه بإثبات علم المتصرف إليه وقت إجراء التصرف بعد بعدم وفاء المشتري للثمن بأكمله، وذلك أن شرط الاحتفاظ بالملكية يسري في مواجهة المتصرف إليه طالما كان ثابت التاريخ في وقت سابق على إجراء التصرف، وذلك بغض النظر عن حسن أو سوء نيته أي أنه لا يستطيع التمسك بقاعدة الحيازة في المنقول.

بالنظر إلى المادة 2/106 من قانون التجارة المصري والتي نصت على نفاذ شرط الاحتفاظ بالملكية على الدائنين حيث لا يجوز لهم التنفيذ على المبيع الذي احتفظ البائع بملكته لحين استيفاء الثمن، ومن ثم يجوز لهذا البائع أن يسترد المبيع من التفليسة طالما قدم الدليل على ملكيته له وذلك طبقاً للمادة 1/626 من القانون السابق، ولكن يشترط أن يكون شرط الاحتفاظ بالملكية مدوناً في ورقة ذات تاريخ ثابت وسابق على إجراءات التنفيذ أو وقت شهر الإفلاس. وعموم نص المادة 2/106 من حيث نفاذ الشرط في مواجهة الغير لا شك أنه ينصرف إلى كل من يكتسب حقاً على المبيع يتعارض مع شرط الاحتفاظ بملكته، ومن المؤكد أن حق الدائن المرتهن بعد ذلك، ومن ثم فإن هذا الدائن لا يستطيع التمسك بالرهن في مواجهة البائع حائزاً له بحسن نية، حيث يتعطل حكم

قاعدة الحيازة في المنقول أمام هذا النص الخاص، ونفس الحكم بالنسبة للدائن صاحب حق الإمتياز، المهم أن يكون الشرط ثابتاً كما رأينا في ورقة مكتوبة ثابتة التاريخ قبل حق الدائن¹.

2- كيفية تفادي مخاطر تصرف المشتري في المبيع المحتفظ بملكيته:

تقدم معنا بأن شرط الاحتفاظ لا يمنع المشتري من التصرف في المبيع، ويحتج المتصرف إليه حسن النية بحقه قبل البائع، ويؤدي ذلك إلى اهدار قيمة الشرط المذكور وجدواه في حفظ حقوق البائع قبل المشتري مما جعل الاطراف إلى تنظيم حقوق والتزامات المشتري قبل الوفاء بالثمن على نحو يضمن عدم التصرف في المال المبيع والمساس بحقوق البائع ونعرض لبعض الأمثلة على ذلك:

(أ) عقد الوديعة: بأن يدرج البائع والمشتري أحياناً، في العقد المبرم بينهما شرطاً مؤداه أن المشتري يحوز البضاعة المستلمة إليه قبل الوفاء بالثمن على سبيل الوديعة، وهذا يعد تحذيراً هاماً للمشتري بعدم التصرف في المبيع في هذه المرحلة، وإلا تعرض للعقوبة المقررة لجريمة خيانة الأمانة².

(ب) عقد التملك بالإيجار (الإجارة المنتهية بالتمليك): والذي يحوز بموجبه المشتري للشيء المبيع والتمتع به باعتباره مستاجراً ويكون في نفس الوقت دائناً بوعده بالبيع يتحقق في نهاية العقد، ويصبح بأعماله مالكا للشيء إما تلقائياً بمجرد سداد آخر قسط متفق عليه وإما بإعلان المستاجر رغبته في ذلك بعد دفع مبلغ يتفق عليه كمقابل للشراء، ويشترط البائع أن تبقى ملكيته قائمة بشكل ما حتى وفاء المشتري بالتزامه بحيث يكون له الحق في استرجاع الذات عند انعدام الوفاء في الوقت المحدد³.

¹ المرجع السابق، انظر ص 223-236

² المرجع السابق، ص 237

³ د. حسني محمد جاد الرب، المرجع السابق، ص 4-5

(ج) التأجير التمويلي: كما عرفه مشروع القانون الاتحادي الإماراتي هي عبارة عن معاملة

تأجيرية تمويلية تتملك بموجبها شركة التمويل بناء على طلب المستأجر مالياً منقولاً كان أم غير منقول وتؤجره للمستأجر مع اعطائه في ختام العقد حق الخيار بتملك هذا المال بأقل من قيمته التسويقية، ويتم في الغالب النص على شرط جزائي في هذه العقود عند التخلف عن الوفاء بالاجرة أو التأخير في هذا الوفاء، علاوة على استرداد الشيء إلى استحقاق فوري للأجرة المستحقة عن المدة المتبقية في العقد، بالإضافة إلى دفع مبلغ معين على سبيل الجزاء (التعويض)¹، علماً بأن المشتري لا يستطيع التصرف في المبيع قبل سداد الثمن وإلا اعتبر مبدداً .

وسنستعرض في المثالين الأخيرين على وجه التفصيل عند التطرق لمدى ملائمة شرط

الاحتفاظ بالملكية على سبيل الضمان:

3- ضمانات البائع في حالة تصرف المشتري في المبيع المحتفظ بملكيته:

يستطيع البائع أخذ الضمانات التي تكفل له استيفاء حقه من ثمار التصرف الذي يجريه المشتري في البضاعة وهناك عدة صيغ يمكن تضمينها الاتفاق المرخص للمشتري بالتصرف في المبيع الذي يحتفظ البائع بملكيته لحين استيفاء كامل الثمن نعرض لها تباعاً:

(أ) يجوز الاتفاق صراحة على أنه في حالة إعادة بيع المشتري للمبيع نقداً يلتزم بالوفاء الفوري بالثمن المتبقي منه عليه للبائع، أي أن الوفاء يتم في هذه الحالة قبل حلول الميعاد المتفق عليه أصلاً وإذا تم البيع الثاني بثمن مؤجل فإن الوفاء بالثمن الأصلي يتم في نفس موعد الوفاء بالثمن الجديد إذا كان أفضل للبائع، فالبائع الأصلي يستفيد من البيع الجديد من خلال الحصول على حقه في الثمن قبل حلول الأجل المحدد له.

¹ د. نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق. ص 224

(ب) يجوز الإتفاق على أنه في حالة قيام المشتري بالتصرف في البضاعة للغير يلتزم المشتري المتصرف إليه بالوفاء للبائع الأصلي بالثمن المستحق له وذلك من المبالغ الموجودة في ذمته للمتصرف (البائع الثاني).

(ج) ويجوز الإتفاق على أنه في حالة إعادة بيع البضاعة بثمن مؤجل، يتم تحرير هذا الثمن في ورقة تجارية ويقوم المشتري الأصلي بتظهير هذه الورقة للبائع على سبيل الضمان (تظهير تأميني) لحين حلول موعد استحقاق حقه في الثمن.

(د) يمكن الإتفاق على أن يحيل المشتري حقوقه الناجمة عن إعادة البيع إلى البائع، فعلى سبيل المثال يجيز القانون الألماني انتقال حق البائع إلى ثمن البضاعة المحتفظ بملكيتها في حالة إعادة بيعها، ويتم ذلك عن طريق شرط الحوالة المسبقة للحقوق المستقبلية أي الحقوق التي ستنشأ عن إعادة المشتري للبضاعة المسلمه إليه، ويتم ذلك عملاً في حالة المشتري التاجر الذي لا يحصل على البضاعة من المورد إلا بقصد إعادة بيعها، ويقتضي ذلك بالضرورة التصريح له بإعادة بيع البضائع¹.

الفرع الثالث: انتقال الاستفادة بشرط الإحتفاظ بالملكية على سبيل الضمان

قد يحتاج البائع أو المشتري إلى الإئتمان والسؤال الذي يطرح نفسه هل يستطيع أي منهما أن ينقل إلى (البنك) على سبيل الضمان شرط الإحتفاظ بالملكية. والوسائل الفنية المتاحة لتحقيق ذلك أما عن طريق حوالة حق في الثمن أو الحلول الإتفاقي ونتعرض لكل منها بشيء من التفصيل وكيفية تحققه من الناحية العملية:

¹¹ المرجع السابق، انظر 248 - 254

أولاً: حوالة الحق في الثمن

قد يتم انتقال الحق في الثمن عن طريق حوالة مدنية أو عن طريق تظهير الكمبيالة أو عن طريق حوالة مبسطة. في كل هذه الوسائل لنقل الحق تظهر صعوبة عملية وهي معرفة ما إذا كان من الممكن الاستفادة من شرط الاحتفاظ بالملكية كوسيلة للضمان باعتباره من توابع الحق المحال به، وسبب هذه الصعوبة يرجع إلى أن القانون المدني المصري مثلاً قد نص على هذه التوابع، فالبنسبة لحوالة الحق تنص المادة 307 مدني مصري على أن تشمل حوالة الحق ضماناته، كالكفالة والامتياز والرهن¹.

ثانياً: الحلول الإتفاقي

استقر الفقه في الوقت الحاضر على أنه للسماح بانتقال الاستفادة بشرط الاحتفاظ بالملكية إلى الغير لا يستلزم بالضرورة اعتباره تاميناً عينياً بالمعنى الفني الدقيق وإنما يكفي للسماح له بذلك أن يعتبر كضمان تباعي على غرار دعوى الفسخ، بمعنى وسيله مخصصة أساساً لضمان الوفاء بالحق، كما أن السماح بهذا الانتقال يستجيب لإعتبارات عملية حيث أنه يسمح للبايع بتداول حقه وبصفة خاصة بنقله إلى المؤسسة المانحة للإئتمان، كما أن هذا الانتقال قد سمحت به القوانين الأجنبية وتقره الغالبية العظمى من الفقهاء حيث أجاز القانون الفرنسي (م122 من قانون 25 يناير 1985) للبايع أن يسترد ثمن إعادة بيع البضاعة الذي لم يدفع كله أو بعضه من المشتري الثاني وذلك في حالة التسوية القضائية أو تصفية أموال المشتري الأول (المشتري الوسيط) ويسري هذا الحكم بالطبع إذا لم يكن المشتري الثاني قد دفع دين الثمن، أو أن الثمن لم يدخل في حساب جاري بين المشتري الأول (المدين) والمشتري الثاني ويعد هذا الحل – في رأي البعض – تطبيقاً للمبدأ القائل بأن ثمن كل شيء يحل محله.

¹ د. نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص 208-212

أما في القانون المدني الإماراتي فللحلول الاتفاقية صورتين، الأولى الاتفاق بين الموفي والمدين وهذه لا خلاف على جوازها مع مراعاة عدم جواز التحايل للغرض بحقوق الآخرين، أما الصورة الثانية فهي الاتفاق بين الموفي والدائن وقد اختلف الفقه بين مؤيد ومعارض للسماح بهذه الصورة في قانون المعاملات المدنية الإماراتي، والحقيقة أنه لا يوجد في القانون ما يمنع الأفراد من أن ينظموا تعاملاتهم القانونية على النحو الذي يحقق مصالحهم الخاصة دون الإضرار بالآخرين طالما أن ذلك يتفق مع النظام والآداب العامة داخل المجتمع سيما وأن أحكام القضاء أكدت ذلك في أكثر من موضع¹.

المبحث الثاني: مدى ملائمة شرط الاحتفاظ بالملكية باعتبارها ضماناً لدين البائع في ذمة المشتري

ترسخ مفهوم شرط الاحتفاظ بالملكية في العلاقات التعاقدية الناقلة للملكية بهدف ضمان تنفيذ الالتزام بالدرجة الأولى كوسيلة تأمين للبائع، ومن الناحية العملية نجد أن هذا الشرط يقلل العديد من التكاليف الباهظة كما هو الحال في التأمينات العينية والشخصية نتيجة اشتراط الرسمية واتخاذ إجراءات الشهر والعلانية في العديد من القوانين.

فبالنسبة للشكليات ووسائل الشهر والعلانية لشرط الاحتفاظ بالملكية فقد اختصرت إلى أقل قدر ممكن، فيكفي أن الشرط مكتوباً، على أكثر تقدير وقت التسليم. والعلة من اشتراط الكتابة هي تجنب كل مناقشة أو غش بالنسبة لباقى الدائنين وتظهر بساطة الشرط في أنه لا يستلزم سوى الاتفاق عليه بين بنود العقد، وحيث إن التشريعات لم تشترط شكلاً أو إجراءً خاصاً، ولذلك نجد أن هذا الشرط يتوفر في بيع الآلات الميكانيكية والدراجات والآلات الكهرومنزلية، ولا مانع من إدراج هذا الشرط في بيع المحلات التجارية والأراضي.

¹ د. عبد الحميد نجاشي الزهيري، المرجع السابق، ص 52

تتأتى فعالية هذا الشرط من خلال إمكانية البائع بأن يطالب باسترداد الشيء المبيع باعتباره مالكا له، مما يجنبه مزاحمة باقي دائني المشتري له، لكن الإشكال الذي يثور هو أنه في حالة إفلاس المشتري، فإن باقي الدائنين يأخذون في اعتبارهم الوضع الظاهر، وهو أن الشيء يدخل في ضمان العام للمدين خاصة وأن حيازة المدينين للشيء المبيع تعزز هذا الوضع الظاهر، فهل هذا الضمان قادر على مواجهة هذا الوضع، بعبارة أخرى هل شرط الاحتفاظ بالملكية قادر على الوقوف في وجه دائني المشتري وبالتالي منعهم من التنفيذ على المبيع؟

في الحقيقة إن فعالية هذا الشرط تظهر بشكل جلي في حالة عدم قدرة المستأجر (المشتري) على الوفاء تم إثباتها قانوناً من خلال عدم دفع قسط واحد من الإيجار، أو في حالة حل بالتراضي أو قضائي أو تسوية قضائية أو إفلاس المستأجر (المشتري) لا يخضع الأصل المؤجر (البائع) لأية متابعة من دائني المستأجر العاديين أو الامتيازيين مهما كان وضعهم القانوني وصفتهم، سواء أخذوا بعين الاعتبار بصفة فردية أو على شكل كتلة في إطار إجراء قضائي جماعي يتضح أن احتفاظ المؤجر بملكية الأصل يشكل ضماناً فعالاً، في مواجهة الإجراءات الجماعية المتخذة من طرف دائني المستأجر في إطار الإفلاس أو التسوية القضائية، حيث إن العين المؤجرة لا تخضع لأية متابعة.

وقد عرّف التشريع الفرنسي تقدماً كبيراً في هذا المجال، إذ جعل القانون الفرنسي المنظم لأثار شرط الاحتفاظ بالملكية المؤرخ في 12 مايو 1980 هذا الشرط نافذاً في مواجهة باقي الدائنين في حالة الإفلاس، وذلك تحت شروط معينة تتميز بالبساطة والسهولة، إذ يكفي أن يكون الشرط مكتوباً وذلك من أجل تجنب كل مناقشة أو غش، لكن السؤال الذي يطرح ما طبيعة هذه الكتابة؟

أن قانون 12 مايو 1980 يشترط مجرد الكتابة، بل إن هذه الكتابة ليست مطلوبة لصحة شرط الاحتفاظ بالملكية، بدليل أن هذا الشرط كان يعتبر صحيحاً قبل صدور قانون 12 مايو 1980، كما أن هذه الكتابة ليست مطلوبة إلا لحماية رضا المشتري والتمكن من الاحتجاج بالشرط مكتوباً وذلك من أجل تجنب كل مناقشة أو غش.

وقد اعتبرت محكمة النقض الفرنسية أن عدم الاعتراض من جانب المشتري على هذا الشرط مع علمه التام به يعادل القبول¹.

وعليه فإن فعالية هذا الشرط تظهر من خلال أنه يسمح للدائن بالمطالبة بالبضاعة في حالة عدم الوفاء بالثمن في ميعاد الاستحقاق تتجلى فعالية شرط الاحتفاظ بالملكية في الواقع العملي في البيع الإيجاري أو التأجير التمويلي وكذلك في الإجازة المنتهية بالتملك حيث بمقتضاها يؤجل نقل الملكية خلال مدة معينة، وفي أثناء هذه المدة يوجد إيجار بين البائع المؤجر والمشتري المستأجر كما أقر باحتفاظ المؤجر بملكية العين طيلة الفترة المتفق عليها.

إن احتفاظ البائع المؤجر بالملكية يحقق ضماناً هاماً لهذا الأخير، ذلك أن هذا الوصف يمنع المشتري المستأجر من التصرف في العين قبل الوفاء بالثمن المؤجل أو الأقساط المتفق عليها، وعليه إذا خالف هذا الحظر اعتبر تصرفه خيانة أمانة يقع تحت طائلة قانون العقوبات، وتوقع عليه عقوبة التبديد، ذلك أن عقد الإيجار من عقود الأمانة، كما أن البائع باحتفاظه بالملكية يمكنه من استردادها من الطرف الآخر عند عدم وفائه بأقساط الثمن، ويستطيع المؤجر التمسك بحقه كمالك وأن يتذرع بما يخوله من ميزة التقدم والتتبع لكي يحول دون تنفيذ دائني الطرف الآخر على العين واستردادها من التفليسة، وهو يأمن بذلك من إفلاس المشتري قبل الوفاء بالثمن، كما يمكن المؤجر أن يتتبع العين في يد أي شخص كان².

ونستعرض في هذا المبحث للإجازة المنتهية بالتملك في المؤسسات المالية الإسلامية والتأجير التمويلي المؤسسات المالية التقليدية باعتبارهما صورتان جليتان تتحقق فيهما جدوى وملاءمة شرط الاحتفاظ بالملكية.

¹ شرا بن حمزه، الملكية كوسيلة لدعم الائتمان (بحث ماجستير)، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، الجزائر، 2008، ص 78-80.

² شرا بن حمزه، المرجع السابق، ص 87.

وعليه سيتم تقسيم هذا المبحث إلى المطالب التالية:

المطلب الأول: الإجارة المنتهية بالتملك في المؤسسات المالية الإسلامية.

المطلب الثاني: التأجير التمويلي في المؤسسات المالية التقليدية.

المطلب الثالث: الفروق الجوهرية بين الإجارة المنتهية بالتملك والتأجير التمويلي.

المطلب الرابع: عقبات وتبعات الاحتفاظ بالاحتفاظ بالملكية كوسيلة للضمان.

المطلب الأول: الإجارة المنتهية بالتملك في المؤسسات المالية الإسلامية

وسيتم في هذا المطلب تناول تعريف عقد الإجارة المنتهية بالتملك وتاريخه وطبيعته وصوره وأهميته باعتباره ضماناً للبائع يتم فيه الاحتفاظ بملكية المبيع لحين سداد كامل الدين من قبل المشتري، وعليه سيتم تقسيم هذا المطلب إلى عدة فروع على النحو التالي:

الفرع الأول: تعريف عقد الإجارة المنتهية بالتملك وتاريخه وطبيعته القانونية.

الفرع الثاني: صور الإجارة المنتهية بالتملك

الفرع الثالث: أهمية الإجارة المنتهية بالتملك ومدى تحقق شرط الاحتفاظ بالملكية من

خلالها.

الفرع الأول: تعريف عقد الإجارة المنتهية بالتملك وتاريخه وطبيعته القانونية

أولاً: تعريف عقد الإجارة المنتهية بالتملك

الإجارة لغة: الأجرة على العمل وعقد يرد على المنافع بعوض، يقال أجره: إيجاراً: أجره وأجره من فلان الدار: اكترها منه، وأجر فلاناً الدار: أكره أياها¹.

وتقصد بالإجارة في هذا الموضع إجارة الأعيان (أو الأشياء)، وهي عقد يراد به تملك منفعة مشروعة لمدة معلومة بعوض مشروع معلوم².

ويعرفه البعض بأنه: عقد بمقتضاه يعد المالك شخصاً بأن يبيعه شيئاً في المستقبل متى وفى بكامل الثمن مع تحويل هذا الشخص حق الانتفاع بالشيء بمجرد العقد باعتباره مستأجراً مقابل الأجرة المتمثلة في الأقساط التي يدفعها الأخير من الثمن، وينبني على ذلك أن يترأخى انتقال ملكية الشيء إلى المستأجر إلى وقت وفاء القسط الأخير من الثمن.

ويستعمل بعض فقهاء الشريعة المعاصرين هذا الاصطلاح ويراد به أجرة المثل على أن تنتهي بتمليك العين المؤجرة للمستأجر، وهذه الصيغة لا يراد بها الاستمرار في عقد الإجارة، أو عودة العين المؤجرة بعد انتهاء المدة المتفق عليها كما هو الحال في عقد الإجارة العادية وإنما يراد من خلالها تملك المستأجر للعين المؤجرة، بعد مدة الإجارة مباشرة أو من خلال تملكه نسبة شائعة منه شهرياً أو سنوياً (بالتدرج) فتطفو الحصص في آخر المدة المتفق عليها، وبصاغ ذلك من خلال اتفاقية مسبقة تتضمن هذا العقد مع وعد بالبيع أو الحصة في آخر المدة.

¹ المعجم الوسيط، ص 84

² المعايير الشرعية، هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية، المنامة، مملكة البحرين، 2010، ص 122.

ولقد جاء في استفسار البنك الإسلامي للتنمية الموجه إلى مجمع الفقه الإسلامي وصف هذا العقد بأنه عقد إجازة يتضمن التزاماً من المؤجر بهبة العين المستأجرة عقب وفاء جميع أفساط الأجرة¹.

من خلال ما تقدم يتضح بأن الإجازة المنتهية بالتملك، وهي إجازة يقتزن بها الوعد بتملك العين المؤجرة إلى المستأجر في نهاية مدة الإجازة أو في أثنائها.

والإجازة المنتهية بالتملك هي أحد الأسماء التي أطلقها المترجمون والقانونيون العرب على العقد المعروف في القانون الفرنسي (vente location) ومعناها الحرفي (إيجار بيعي): لأنه أسم مركب من كلمتين، وقد تطور هذا العقد وتعددت الأسماء طبقاً لهذا التطور، فقد كان أولاً يعرف بإسم البيع بالتقسيط، والاحتفاظ بالملكية حتى استيفاء الثمن، ثم تطور إلى إيجار سائر للبيع، ثم تطور إلى إيجار سائر للبيع، ثم تطور إلى ما سموه: بالإيجار المقترن بوعد بالبيع.

ويجمع بين هذه العقود المختلفة التي تبدأ إيجاراً وتنتهي تملكاً فكرة واحدة: هي تحول عقد الإيجار بعد فترة زمنية إلى بيع وهبة، والهدف منها منح الأمان والضمان للمؤجر الذي يكون في حقيقته بائعاً، وتسهيل تملك الأعيان على المستأجر الذي يصبح مالكاً.

ويمكن القول بأن عقد الإيجار المنتهي بالتملك هو تطبيق خاص لعقد الإيجار أو الإجازة في الفقه الإسلامي، ويتميز بأنه ينتهي بانتقال ملكية المال المأجور إلى المستأجر فيصبح مالكاً في مقابل مبالغ الإيجار التي قام المستأجر بسدادها للمؤجر، والتي تعادل قيمة الشيء المأجور، فإن لم تعادلها قام المستأجر بتكميلها².

¹ د. حسني محمد جاد الرب، المرجع السابق، ص 9-10.

² د. محمد ندا ليدة، الاستثمار العقاري ودوره في حدوث الأزمة المالية العالمية، مكتبة الوفاء القانونية، الاسكندرية، جمهورية مصر العربية، 2013، ص 497-499.

واشترط الفقه الإسلامي عدة شروط للعين المؤجرة وهي العين (السلعة) المراد الاستفادة من منفعتها للإجازة:

1. كون العين مالاً مباحاً.
 2. القدرة على تسليم العين للمستأجر.
 3. كون العين استعمالية لا استهلاكية، فلا يصح إجازة الطعام مثلاً.
 4. معرفة العين معرفة ترفع الجهالة عنها.
- كما استوجب في المنفعة (وهي المقصودة بعقد الإجازة) شروطاً كما يلي:

1. أن تكون المنفعة مالاً متقوماً.
2. أن تكون المنفعة مباحة.
3. معرفة المنفعة معرفة ترفع الجهالة عنها¹.

ثانياً: تاريخ عقد الإجازة المنتهية بالتمليك

ترجع فكرة التملك بالإيجار في أصلها التاريخي إلى القانون الانجليزي، ففي عام 1846 لجأ أحد تجار الآلات الموسيقية بإنجلترا إلى هذه الطريقة قاصداً رواج مبيعاته بتمكن عملائه من الحصول عليها بطريق الائتمان، وما لبثت هذه الوسيلة أن انتشرت نتيجة تقدم الاختراعات ولجأ إليها العديد من المصانع مثل مصنع سنجر لآلات الحياكة الذي كان يقوم بتسليم منتجاته إلى عملائه في شكل عقد إيجار يتضمن إمكانية تملك الآلات المؤجرة بعد تمام سداد مبلغ معين على عدد من الأقساط تتمثل في الحقيقة ثمناً لهذه الآلات، ثم تطور التملك بالإيجار فيما بعد عن طريق مؤسسات السكك الحديدية التي تأسست لتمويل شراء شركات مناجم الفحم لما يلزمها من مركبات، حيث كانت تقوم هذه المؤسسات بشراء المركبات لحسابها، ثم تقوم بتسليمها لشركات مناجم الفحم في صورة

¹ عبد الله العبد المنعم، صناعة الصيرفة الإسلامية، دار أقرأ للنشر والتوزيع، حولي، دولة الكويت، ص19.

عقد إيجاري، وتزايد انتشار هذه الطريقة وزادت أهميتها بامتدادها إلى شركات المقاولات وغيرها، مما حدا بالمشرع الانجليزي إلى التدخل لتنظيمها بنصوص قانونية، وتم ذلك في عام 1938، ثم في عام 1954-1957م، مما لبثت هذه الوسيلة من البيوع أن غزت القانون الأنجلو أمريكي تحت مسمى (الهابيريرشاس) ومن القانون الأنجلو أمريكي انتقل البيع الإيجاري إلى القانون الفرنسي وانتشر في العمل التجاري خاصة.

تطور التملك بالإيجار:

إلى جانب الصورة التقليدية لعقد التملك بالإيجار التي كانت تقتصر على المستأجر والمؤجر، ظهرت صورة جديدة تحت تسمية "التأجير التمويلي" والتي كانت بداية ظهورها في الولايات المتحدة الأمريكية عام 1953 وحدث ذلك تفادياً من البائعين لما اتحه إليه تكييف بعض القانونيين من اعتبار الإيجار البيعي بيع تقسيط وفي هذه الحالة يترتب على ذلك تهديد لحقوقهم من عدم تمكنهم من استرداد العين في حالة عدم وفاء المستأجر بسداد الأجرة أو في حالة الإفلاس والإعسار، وقد تميزت هذه الحالة الجديدة للتملك بالإيجار بتدخل طرف ثالث على الطرفين التقليديين البائع -المؤجر- المشتري - المستأجر- وهذا الطرف الثالث يقوم بدور التمويل ويتمثل في المؤسسات التي تقوم بشراء التجهيزات والمعدات الصناعية والانشائية والمهنية، ثم تقوم بتأجيرها لمن يتعاقد معها لفترة متفق عليها بينهما، وتكون هذه الفترة طويلة الأجل نسبياً حتى تتمكن المؤسسة المالية التمويل، فالجديد في هذا العقد أن المؤجر لا يكون مالكاً أصلاً للأشياء محل الإيجار، وإنما يقوم بشرائها خصيصاً لهذا الغرض، لذلك فالمستأجر هو الذي يقوم بتحديد هذه الأشياء تحديداً كاملاً، بل وما يحدث هو أن يوكل المؤجر مؤسسة "الليسينج" في القيام بشراء هذه الأشياء لحسابه وبعد الاتفاق على كل العناصر المحددة لها من حيث السعر، والكمية، والنوع، وغير ذلك.

فعقد التأجير التمويلي عبارة عن عملية مركبة من عدة عمليات قانونية تقليدية تختلط وتصبح

عملاً قانونياً واحداً غير قاسم للأنقسام، للمستأجر فيه عدة خيارات هي:

❖ إعادة السلعة المؤجرة إلى المؤسسة المالكة.

❖ تمديد مدة الايجار لفترة أو فترات أخرى.

❖ تملك السلعة مقابل ثمن يراعى في تحديده المبالغ التي سبق له أن دفعها كأقساط إيجار.

ومن الدول الغربية انتقل هذا العقد إلى الدول العربية والإسلامية، فالبنوك والمؤسسات المالية الإسلامية جعلت من هذا العقد صيغة تمويلية وبدأت تأخذ من الاهتمام أو التوسع والانتشار¹.

ثالثاً: الطبيعة القانونية للإجارة المنتهية بالتمليك

سبق التطرق إلى الطبيعة القانونية لشرط الاحتفاظ بالملكية ويقصد هنا تكييف العقد الذي بموجبه يتم الاتفاق على تعليق نقل ملكية المبيع للبائع لحين سداد ثمن المبيع المؤجل أو المقسط.

وبالنظر إلى عقد التملك بالإيجار وإن تمت صياغته بصيغة الإيجار وشروطه، لكن مقصود المتعاقدين هو في النهاية التملك، فالمؤجر لا يريد أن يحتفظ بالعين إلا لفترة زمنية محددة يسترجع فيها ثمنها مع الأرباح، والمستأجر لا يريد الإجارة لذاتها، وإنما يريد تملكها، ولأنه لا يملك السيولة الكافية يختار أسلوب الإجارة لتمكن العين، ويمكن حصر الرأي القانوني في تكييف الاتفاق على تعليق نقل ملكية المبيع للبائع لحين سداد ثمن المبيع المؤجل وهي الصورة المتحققة في الإجارة المنتهية بالتمليك. في الاتجاهين التاليين:

1- الاتجاه الأول: حيث يرى أنصاره أن البيع الإيجاري- التملك بالإيجار – إيجار معلق

على شرط فاسخ، وبيع معلق على شرط واقف، والشرط بالنسبة للعقدين هو الوفاء بكافة الأقساط فإذا تم الوفاء تحقق الشرط الفاسخ المعلق عليه الإيجار فينفسخ، وتحقق الشرط الواقف الذي علق عليه البيع، فيوجد العقد وينتج أثره مستنداً إلى وقف الاتفاق، ويعتبر من تسلم الشيء كأنه قد اشتراه

¹ د. حسني محمد جاد الرب، المرجع السابق، ص 11-14.

منذ البداية، أما إذا تخلف الشرط بعدم تمام الوفاء بالأقساط فإن الإيجار يتأكد ويعتبر البيع كأن لم يكن، ويحتفظ المالك بما قبض من مبالغ باعتبارها أجرة في نظير الانتفاع بالشيء.

2- الاتجاه الثاني: يرى أنصاره أن العقد يعتبر بيعاً علقت فيه الملكية على شرط واقف، هو الوفاء بجميع أقساطها وقد رجح بعض فقهاء القانون هذا الاتجاه باعتباره ينسجم مع ما يتفق مع قصد المتعاقدين، حيث قصدا البيع منذ البداية ولم يكن لوصف العقد بأنه إيجار من أثر سوى أنه وسيلة للحصول على الثمن، واستيفاء الأقساط كاملة¹.

وقد سلك القضاء في دولة الإمارات العربية المتحدة (محاكم دبي) في تكييفه للإجارة المنتهية بالتملك للاتجاه الثاني حيث نص منطوق أحد الأحكام الصادرة بشأن دعوى أقيمت من أحد البنوك الإسلامية ضد أحد متعامليه مطالباً بالحكم بفسخ اتفاقية الإجارة المنتهية بالتملك وملاحقتها وإلزام الدعي عليه بتسليم العقار موضوع اتفاقية الإجارة المنتهية بالتملك خالياً من الشواغل ورد الحيابة إلى المدعي (البنك الإسلامي) وإلغاء إشارة القيد العقاري (الإجارة الموصوفة في الذمة) الواردة في شهادة الملكية لصالح المدعي عليه.

وقد نص الحكم في الدعوى المذكورة على أنه لما كان من المقرر فقها أن النص في المادة 508 من قانون المعاملات المدنية الإماراتي على (أنه يستحق الثمن معجلاً ما لم يتفق أو يتعارف على أن يكون مؤجلاً أو مقسطاً لأجل معلوم) والمقرر بنص المادة 513-1 من ذات القانون أنه (يجوز للبائع إذا كان الثمن مؤجلاً أو مقسطاً أن يشترط تعليق نقل الملكية إلى المشتري حتى يؤدي جميع الثمن ولو تم تسليم المبيع)، مفاد ذلك أنه في حالة البيع بثمن مقسط واشتراط البائع على المشتري أن يكون البيع معلقاً على شرط واقف هو وفاء المشتري بكامل أقساط الثمن في الموعد المتفق عليه، فإن البيع بهذا الشرط يكون صحيحاً، ويجب إعمال الشرط حتى لو سلم البائع المبيع

¹ د. حسني محمد جاد الرب، المرجع السابق، ص 22-25.

للمشتري قبل أي قسط من أقساط الثمن. وفي هذه الحالة تنتقل الملكية في المبيع معلقة على شرط واقف هو الوفاء بأقساط الثمن ويستتقي البائع ملكية المبيع معلقة على شرط فاسخ وكل من الشرط الواقف والشرط الفاسخ حادث واحد، هو أن يوفي المشتري بأقساط الثمن في الموعد المحدد، فإذا فعل تحقق الشرط الواقف وانتقلت الملكية بآثر رجعي إلى المشتري وتحقق في الوقت ذاته الشرط الفاسخ وزالت الملكية عن البائع بآثر رجعي أيضاً، وقد يعتمد البائع إلى إخفاء البيع، بالتقسيط تحت شعار عقد الإيجار، فيسمى العاقدان البيع إيجاراً ويصفان أقساط الثمن بأنها هي الأجرة ثم يتفان على أنه إذا أوفى لمشتري بهذه الأقساط انقلب الإيجار بيعاً وانتقلت ملكية المبيع بآثر رجعي إلى المشتري ويكون غرض البائع من ذلك ألا تنتقل الملكية في المبيع إلى المشتري بمجرد العقد، وقد لا يتحدث المتعاقدان عن بيع أصلاً في عقد الإيجار، فيصدر العقد على أنه إيجار محض ولكنه مقترن بوعده بالبيع من المؤجر إذا أبدى المستأجر رغبته في الشراء خلال مدة الإيجار، فإذا كان المتعاقدان يريدان في الحقيقة بيعاً بالتقسيط منذ البداية فإن العقد يكون بيعاً بالتقسيط لا إيجاراً ويعتبر المشتري مالكاً تحت شرط واقف¹.

الفرع الثاني: صور الإجارة المنتهية بالتملك

بالنظر في العقود المطبقة في المصارف والمؤسسات المالية الإسلامية يتبين أن الإجارة المنتهية بالتملك تأخذ عدة صور:

الصورة الأولى:

يتفق متعاقدان على أن يقوم أحدهما بتأجير الآخر عيناً لمدة محددة مقابل أن يقوم الأخير بدفع أجرة على أقساط معينة خلال مدة الإجارة على أنه إذا رغب المستأجر بتملك هذا الشيء دفع

¹ راجع أحكام محكم دبي، الدعوى رقم 593 لسنة 2015 عقاري كلى.

مقابلته ثمن (كذا) ويعبر عن إرادته بتمليك السلعة عند سداد آخر قسط، عندها تعتبر ملكية المشتري مستندة إلى وقت البيع، وكل ذلك بناء على شرط اقترن بعقد الإجارة.

تأتي صيغة العقد بينها مثلاً على النحو التالي:

(أ) أجزّ (ب) عيناً معينة وبأجرة تدفع على أقساط شهرية محددة. في حال قيام (ب) بسداد هذه الأقساط جميعاً خلال المدة المتفق عليها، يتعهد (أ) بتمليك (ب) هذه العين، أو للمستأجر تملك هذا الإيجاب، وقد يكون الثمن الذي يبيع به المؤجر السلعة للمستأجر ثمناً رمزياً أو ثمناً حقيقياً، أي تساوي ثمن السلعة عند انتهاء مدة الإجارة.

وقد يتم البيع دون أي ثمن فتنتقل ملكية السلعة للمستأجر عند انتهاء مدة الإجارة، وعند سداد آخر قسط من أقساطها، ويلاحظ أن البيع يتم هنا بدون ثمن، لأنه أخذ بعين الاعتبار أن الأقساط الاجارية تعادل ثمن المبيع الحقيقي وما أضيف له من ربح. يظهر من هذا العقد أنه إجارة بداية وبيع في نهايته¹.

ويمكن القول بأن قصد العاقلين في هذه الصورة هو البيع بالتقسيط ولكن البائع يخاف من عدم استطاعة المشتري دفع الأقساط فيعتمد إلى صيغة الإيجار، ولا يذكر البيع مطلقاً في العقد حتى لا تنتقل العين المؤجر إليه، على أن يتفق فيما بينهما على أنه إذا وفى المشتري بالأقساط انقلب الإيجار بيعاً، ولم يختلف فقهاء القانون في اعتبار هذه الحالة بيعاً بالتقسيط الذي تنتقل ملكية وحيازة الشيء المبيع إلى المشتري على الفور، على الرغم من عدم سداد كامل الثمن، إذ يتم ذلك السداد على عدة أقساط دورية، ومع ذلك فليس هناك ما يمنع البائع من أن يشترط على المشتري احتفاظه بملكية المبيع إلى حين سداد ثمنه بالكامل، ومن الناحية الواقعية نجد أن البيع بالتقسيط يتم نقدياً بالنسبة

¹ عبد الرحمن جمعه، المرجع السابق، ص 466.

لجزء من الثمن، وهو الذي يلتزم المشتري بسداده مقدماً عند إبرام العقد، أو عند استلام المبيع بالنسبة له بأجل معين، حيث يجزأ إلى أقساط دورية تحدد غالباً بعدد معين يتم الاتفاق عليه بين المتعاقدين. ونظراً للخطورة التي يمثلها البيع بالتقسيط على حقوق البائع الذي يقوم بتسليم المبيع إلى المشتري قبل أن يقوم هذا الأخير بسداد كامل ثمنه، الأمر الذي يعرضه للمخاطرة فإنه يلجأ عادة إلى اشتراط عدم انتقال المبيع إلى المشتري إلا بعد سداد كامل أقساط الثمن¹.

الصورة الثانية:

يحدث أن يتفق المتعاقدان على تأجير سلعة معينة ولو لمدة محددة، وبأجرة تدفع على أقساط شهرية معينة، ويتفقان على أن يهب المؤجر المستأجر العين المؤجر عند سداد جميع الأقساط، ويوافق المستأجر على هذا العرض ونحن في هذه الحالة أمام بيع مستور بهبة².

الصورة الثالثة:

يحدث أن يتفق المتعاقدان على إجارة مال معين، ولكنه مقترن بوعدها من المؤجر إذا أبدى المستأجر رغبته في الشراء خلال مدة الإيجار، ويطلق بعض فقهاء القانون على الصورة اصطلاح الإيجار الجدي المقترن بوعدها بيع مؤجل إلى أجل طويل، حين تكون الأجرة مناسبة للعين المستأجر، والثمن الموعود به عقد البيع ثمناً حقيقياً جدياً مستقلاً عن أقساط الأجرة ومتناسباً مع العين الموعود ببيعها، ففي هذا الغرض يكون العقد إيجاراً لا بيعاً بالتقسيط، ولا يتم البيع تلقائياً بنهاية المدة المحددة وإنما بعقد جديد.

فعلى سبيل المثال يؤجر المالك داراً أو سيارة لآخر مدة معينة بأجرة تدفع أقساطها، ويعد المالك المستأجر في عقد الإيجار بأن يبيعه الدار أو السيارة إذا هو أبدى رغبته في شرائها خلال

¹ د. حسني محمد جاد الرب، المرجع السابق، ص 40-42.

² عبد الرحمن جمعه، المرجع السابق، ص 466.

مدة الإيجار. ويكون للعين الموعود ببيعها ثمن جدي مستقل عن أقساط الأجرة ويتناسب هذا الثمن مع قيمة العين وتكون الأقساط التي يدفعها المستأجر هي أقساط لأجرة حقيقية، وليست أقساط الثمن. ففي هذا الغرض يكون العقد إيجاراً لا بيعاً بالتقسيط، فلا تنتقل الملكية إلى المستأجر، وإذا تصرف المستأجر في السيارة التي استأجرها كان مبدداً، وإذا أفلس استرد المؤجر السيارة من تفليسه، فإذا ما أظهر المستأجر رغبته في شراء العين، انتهى عقد الإيجار، وثم عقد بيع بنقل الملكية إلى المشتري من وقت ظهور الرغبة ولا يستند بأثر رجعي إلى وقت الإيجار. وزال التزام المستأجر بدفع أقساط الأجرة، وحل محله التزام المشتري بدفع الثمن المتفق عليه. ويكون الثمن مضموناً بحق امتياز على المبيع.

وتعد هذه هي الفرضية الأولى على اقتران الإجارة بوعد البيع.

وأما الفرضية الثانية فهي أن يريد المتعاقدان في الحقيقة بيعاً بالتقسيط منذ البداية. وآية ذلك أن يجعل المؤجر الوعد بالبيع الصادر منه معلقاً على شرط وفاء المستأجر بأقساط الإيجار في مواعيدها، وأن يجعل الثمن في حالة ظهور رغبة المستأجر في الشراء هو أقساط الإيجار، وقد يضاف إليها مبلغ رمزي¹.

ويمكن اختصار هذه الصور بشكل مبسط على النحو التالي:

(1) الإجارة المنتهية بالتملك مع خيار التملك: وفي هذه الصورة يكون الخيار لمستأجر الأصل بتملك الأصل خلال مدة الإجارة أو في نهايتها بعقد جديد، وبسعر جديد.

(2) الإجارة المنتهية بالتملك المقترنة بالهبة: وفي هذه الصورة يتم إبرام عقد الإجارة، مع التزام المالك (البنك الإسلامي) بهبة الأصل إلى المستأجر، بعقد مستقل وبمجرد أن يفى المستأجر، بعقد

¹ المرجع السابق، ص 467 .

مستقل وبمجرد أن يفي المستأجر بكافة التزاماته بسداد آخر قسط، وتكون الأقساط عالية بحيث تمكن البنك لإسلامي من استرداد أمواله زائد العائد المتفق عليه.

(3) الإجارة المنتهية بالتملك مع وعد البيع: وفي هذه الصورة يبدأ استئجار الأصل مقترناً بوعد بيع الأصل المستأجر في نهاية المدة إذا رغب المستأجر بذلك ومن ثم يتم إبرام عقد البيع لاحقاً، إما بسعر السوق أو بسعر محدد مسبقاً ومتفق عليه.

(4) الإجارة المنتهية بالتملك بالبيع بثمن رمزي: وفي هذه الصورة يكون عقد إجارة ابتداءً يتحول في نهاية مدة الإجارة ليصبح عقد بيع بثمن رمزي، مقابل التزام المستأجر بسداد كافة الأقساط الإيجارية طوال مدة العقد¹.

الفرع الثالث: أهمية الإجارة المنتهية بالتملك ومدى تحقق شرط الاحتفاظ بالملكية من خلالها

لا شك أن للإجارة المنتهية بالتملك أهمية اقتصادية كبيرة لما تؤديه من خدمات متنوعة للاقتصاد، بسبب ارتباطها الوثيق بالنشاطات الاقتصادية من زراعة، والصناعة، والنشاطات الاقتصادية الأخرى، وتتجلى أهمية هذه الصيغة خاصة بعد تفعيلها في المصارف الإسلامية، ويمكن القول أن الإجارة تؤمن للمؤجرين فرصة استثمار أموالهم بصورة معدات يتم تأجيرها للغير مع وجود شروط تؤمن لهم استرداد الأصل في حال مخالفة الغير للشروط².

ويحدث أن المؤجر (البنوك الإسلامية) لا يكون مالكا للأصل أو الأشياء المراد تأجيرها، وإنما يقوم بشرائها لهذا الغرض.

يتضح أن للبائع (المؤجر) في حالة الاتفاق على تأجيل دفع الثمن أو تقسيطه أن يحتفظ بملكية المعقود عليه حتى يقوم المشتري بدفع ثمن المبيع كاملاً. وأما الأقساط التي يدفعها المشتري

¹ د. محمد المومني، بحث بعنوان "الإجارة المنتهية بالتملك بين النظرية والتطبيق"، ص 15-16.

² د. محمد المومني، المرجع السابق، ص 4-5.

فتعد بمثابة أجرة بالرغم من وجود المبيع في حوزته. ويظهر عقد البيع بين البائع بين المشتري في مظهر عقد الإجارة وعندئذ تعد يد المشتري على المعقود عليه يد أمانة حيث يسأل جزائياً في حالة إخفائها أو كتمها، وإذا قام ببيعه يعد بائعاً لملك الغير، علاوة على أن من حق البائع استرداد المعقود عليه إذا ما تأخر عن سداد الأقساط.

وهذا العقد يحقق للبائع الضمان في حالة إفلاس المشتري حيث لا يدخل الشيء المباع في ذمته، ومن ثم لإيجاب طلب الدائنين بالتنفيذ على هذه الأموال لأنها تبقى في ذمة البائع.

ومن الواقع العملي وبالنظر إلى حيثيات الدعوى سالفه الذكر (الدعوى رقم 593 لسنة 2015 عقاري كلي دبي) فقد تم تسجيل الوحدة العقارية بإسم المدعي لدى دائرة الأراضي والأماك بدبي مع خضوع هذه الملكية لترتيبات الإجارة المنتهية بالتملك بين المدعي بصفته المالك والمدعي عليه بصفته المستأجر بحيث يتم نقل الملكية للمدعي عليه عند الوفاء بكامل أقساط التمويل وفقاً لشروط وأحكام هذا العقد¹.

وكانت إحدى طلبات المدعي (البنك) في الدعوى المذكورة بتسليم العقار موضوع الاتفاقية خالياً من الشواغل ورد حيازته إليها، فلما كان من الثابت من شهادة الملكية للوحدة العقارية موضوع الدعوى أن العقار يخضع لترتيبات الإجارة المنتهية بالتملك لصالح المدعي عليه بما يعد تسليمياً حكماً للعقار المدعي عليه ومن ثم تقضي المحكمة بتسليم العقار للمدعي خالياً من الشواغل كأثر من آثار الفسخ. وحيث إن عن طلب إلغاء إشارة القيد العقاري (الإجارة المنتهية بالتملك) الواردة بشهادة الملكية لصالح المدعي عليه التي مفادها (تخضع ملكية العقار إلى ترتيبات الإجارة المنتهية بالتملك طبقاً لعقد الإجارة المنتهية بالتملك وملحقاته المودع لدى الدائرة) فلما كانت المادة (274) من قانون المعاملات المدنية تنص على أنه: "إذا انفسخ العقد أو فسخ أعيد المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها

¹ عبد الرحمن جمعه، المرجع السابق، ص466.

قبل العقد فإذا استحال ذلك يحكم بالتعويض"، لما كان ذلك وكانت المحكمة قد انتهت إلى القضاء بالفسخ فإنها تقضي بإلغاء إشارة القيد العقاري (الإجارة المنتهية بالتملك) الواردة بشهادة الملكية لصالح المدعى عليه مفادها (تخضع ملكية العقار إلى ترتيبات الإجارة المنتهية بالتملك طبقاً لعقد الإجارة المنتهي بالتملك وملحقاته المودع لدى الدائرة) كأثر للقضاء للفسخ¹.

وتنفيذاً للحكم المذكور خاطبت محاكم دبي دائرة الأراضي والأماك مرجع رقم 2017\22494 لإلزام المدعى عليه بتسليم العقار موضوع الدعوى للمدعي خالياً من الشواغل وإلغاء إشارة القيد العقاري (الإجارة المنتهية بالتملك) والواردة بشهادة الملكية لصالح الدعى عليه التي مفادها (تخضع ملكية العقار إلى ترتيبات الإجارة المنتهية بالتملك طبقاً لعقد الإجارة المنتهي بالتملك وملحقاته المودع لدى الدائرة)².

ولذلك تم قبول عقد الإيجار المنتهية بالتملك على أنه بيع علق فيه انتقال الملكية على شرط واقف وهو دفع كامل أقساط الثمن. وهذه الفكرة توفر للبائع كافة الضمانات دون أن تتمتع من انتقال حيازة الشيء والانتفاع به إلى المشتري، وهذا ما تبناه قانون المعاملات المدنية الإماراتي في المادة 1\531. كما جاء نص المادة 121 من قانون المعاملات التجارية الإماراتي رقم 18 لسنة 1993 أكثر وضوحاً، حيث جاء فيها "تسري أحكام البيع بالتقسيط المنصوص عليها في المواد السابقة ولو سمي المتعاقدان البيع إيجاراً"³.

وخلاصة القول إن الإجارة المنتهية بالتملك تعد وسيلة ملائمة ترمي إلى الاستيثاق من أن المشتري سوفي بالثمن كاملاً في الوقت المحدد، وفي مقابل ذلك يشترط البائع أن تبقى ملكيته قائمة

¹ محاكم دبي، المرجع السابق، ص 2-6-7.

² راجع رقم الصادر 100\21681 محاكم دبي.

³ أ. د. عدنان سرحان، المرجع السابق ص 36-37.

بشكل ما حتى وفاء المشتري بالتزامه بحيث يكون له الحق في استرجاع الذات عند انعدام الوفاء في الوقت المحدد، وله الحق في الحصول على مقابل انتفاع المشتري بالذات في حالة عدم البيع¹.

المطلب الثاني: التأجير التمويلي في المؤسسات المالية التقليدية

ونتناول في هذا المطلب ماهية التأجير التمويلي وتاريخه وأنواعه وصوره ومجالات تطبيقه وطبيعته القانونية وأهميته باعتبار صورة من صور الاحتفاظ بالملكية وفقاً للفروع التالية:

الفرع الأول: ماهية التأجير التمويلي وتاريخه وأنواعه وطبيعته القانونية

الفرع الثاني: صور ومجالات تطبيق التأجير التمويلي

الفرع الثالث: أهمية التأجير التمويلي باعتبار صورة من صور الاحتفاظ بالملكية

الفرع الأول: ماهية التأجير التمويلي وتاريخه وأنواعه وطبيعته القانونية

إن مصطلح التأجير التمويلي مركب إضافي، ولمعرفة حقيقته لابد من تعريف الألفاظ المكونة له وهي التأجير والتمويل.

1. سبق تعريف التأجير بأنه من الإجارة: وهي مشتقة من الأجر، وجاءت من فعل أجز يؤجر

أجره وإجارة، ولها معنيان: الأول الكراء على العمل، الثاني: جبر العظم الكسير.

واصطلاحاً يمكن تعريفه بأنه عقد على منفعة معلومة مقصودة قابلة للبذل والإباحة بعوض معلوم.

¹ حسني محمد جاد الرب، المرجع السابق، ص5.

2. تعريف التمويل:

أ. التمويل لغة: مَوَّل: المال معروف وصيغته مَوِيل. مال الرجل يمول ويمال مولاً وموؤلاً إذا صار ذا مال وتمول مثله، موله غيره¹.

ويرجع أصل لفظ التمويل إلى مصدر الفعل مَوَّل، فهو مشتق من المال (ومُلت بعدنا تمالً ومُلت وتمولت) ومُلتَه: (أعطيته المال).

فالمال هو: (ما يملك من كل شيء) أو (كل ما يملكه الفرد أو تملكه الجماعة من متاع أو عروض تجارة أو عقار أو نقود).

ب. التمويل اصطلاحاً:

فقد عرفه الاقتصاديون على أنه: (عملية تنطوي على مجموعة الممارسات التي من شأنها الحصول على الأموال من مصادر مختلفة ومناسبة، والاستفادة القصوى من هذه الأصول بحيث تتحقق من جراء ذلك درجة عالية من الكفاءة في استخدام هذه الأموال).

كما عرفه بعض علماء الإدارة على أنه: (الإمداد بالأموال في أوقات الحاجة إليها).

وعرفه أيضاً بعض علماء المحاسبة بأنه: (تدبير الأموال أو الموارد اللازمة للنشاط الاقتصادي سواء كان من الموارد الذاتية للشخص أو من غيره).

¹ الصحاح في اللغة والعلوم، إسماعيل بن حماد الجوهري، دار الحضارة العربية، بيروت، لبنان، ص 512

ج. تعريف التأجير التمويلي:

لقد تعددت واختلفت تعريفات العلماء لعقد التأجير التمويلي فقد عرفه البعض " بأنه عقد يلتزم منه أحد الأشخاص بتمويل الحصول على منقول يكون لازماً لحاجات مشروع اقتصادي يحتفظ فيه الممول بملكية المال ضماناً لاستيفاء حقوقه قبل المستفيد".

وجاء في القانون الأمريكي أن عقد التأجير التمويلي هو "تأجير لا يتيح للمؤجر اختيار أو تصنيع أو توريد البضائع محل العقد، بل يتعاقد مع طرف ثالث، يلتزم بتوريد البضائع، فيمتلكها المؤجر بقصد تأجيرها إلى المستأجر"¹.

ويعرف مجلس المحاسبة الأمريكية التأجير التمويلي بأنه " عقد اتفاق بين المؤجر والمستأجر ينتقل بمقتضاه إلى المستأجر حق استخدام ملكية معينة مملوكة للمؤجر لمدة محددة من الزمن مقابل العائد المتعاقد عليه".

أما لجنة معايير المحاسبة التابعة لمجلس المحاسبين بانجلترا فتري أن التأجير التمويلي هو تعاقد بين المؤجر والمستأجر لتأجير أصل معين ويستبقى المؤجر لنفسه حق ملكية الأصل ولكنه يعطي المستأجر حق استعمال الأصل لفترة زمنية متفق عليها مقابل دفع الإيجار المحدد².

كما عرفه القانون التونسي عدد 89-94 المؤرخ في 1989/7/26 بأنه "عملية إيجار تجهيزات أو معدات أو عقارات مقتناة أو منجزة لغرض الإيجار من قبل المؤجر الذي يبقى مالكاً

¹ حنان كمال الدين جمال ضبان، عقد التأجير التمويلي وتطبيقاته المعاصرة "دراسة فقهية"، بحث ماجستير، الجامعة الإسلامية، غزة، 2015.

² عبدالفتاح محمد عبدالفتاح، نظام التأجير التمويلي في القانون المصري طبقاً للقانون 95 لسنة 1995، (بحث مقدم لدرجة الدكتوراه)، جامعة عين شمس، القاهرة، جمهورية مصر العربية، 2004، ص8.

لها معدة للاستعمال في الأنشطة المهنية أو التجارية أو الصناعية أو الملاحية أو الصيد البحري أو في الخدمات"¹.

كما حدد مشروع القانون الاتحادي لدولة الامارات العربية المتحدة "التأجير التمويلي لسنة 2016 تعريفاً للتأجير التمويلي مادته الأولى بأنه "عبارة عن معاملة تأجيرية تمويلية تتملك بموجبها شركة التأجير التمويل، بناء على طلب المستأجر مالاً منقولاً أم غير منقول، وتؤجره للمستأجر مع إعطائه في ختام العقد، حق الخيار بتملك هذا المال بأقل من قيمته السوقية"².

والتأجير التمويلي وفقاً للقانون المصري رقم 95 لسنة 1995 المعدل، بالقانون رقم 16 لسنة 2001 بشأن التأجير التمويلي يمكن تعريفه بأنه عبارة عن تلك العملية المتعلقة بتمويل أصول رأسمالية، ليس بهدف قيام المشتري (المؤجر أو الوسيط الذي يتولى تمويل شراء الأصل الرأسمالي) بتملك تلك الأصول أو تملكها للمستأجر، وإنما بهدف إتاحة الفرصة للعميل (المستأجر) لاستخدامها مقابل أدائه قيمة إيجارية يتفق عليها دون إلزام المستأجر بشراء هذا الأصل في نهاية مدة الإيجار أو خلال هذه المدة³.

ويمكن أن يتم تبسيط فكرة عقد التأجير التمويلي بالمثل التالي: إذا أراد مشروع معين زيادة طاقته الانتاجية، ولم يكن لديه رأس المال الكافي لذلك، هنا يكون في إمكان الأخير اللجوء إلى إحدى المؤسسات المالية، بحيث يقوم المشروع المعني بتحديد واختيار الآلات التي يرغب فيها واللازمة لعملياته الإنتاجية، وبحيث تقوم تقوم المؤسسة المالية المعنية بشرائها من خلال وكيلها (المشروع) وتؤجرها للمشروع لأجل معلوم، وبعد انتهاء الإجارة السابقة إما أن يملك المشروع الأدوات المؤجرة، أو أن تعود هذه الآلات للمؤسسة المالية المالكة لها.

¹ د. عبدالستار الخويلدي، الفروق الأساسية في المعاملات المالية الإسلامية

² صحيفة الامارات اليوم، العدد بتاريخ 2015/1/15، تحقيق أمل المنشاوي.

³ د. قدرى عبدالفتاح الشهاوي، قانون التأجير التمويلي رقم 95 لسنة 1995 المعدل بالقانون رقم 16 لسنة 2001 ولائحته التنفيذية (دراسة مقارنة)، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2005، ص35.

وعليه فيمكن من خلال المثال السابق التعريف على أطراف التأجير التمويلي على النحو التالي:

الطرف الأول: المستفيد

والمقصود به المشروع الذي يسعى إلى الحصول على الآلات والمعدات اللازمة له.

الطرف الثاني: بائع الأصول الإنتاجية

وهو من يقوم ببيع الآلات والوسائل الإنتاجية المختلفة إلى الغير (الشركة القائمة على عملية التأجير التمويلي).

الطرف الثالث: شركة التأجير التمويلي

وهي التي تقوم بشراء الأصول الإنتاجية المختلفة من البائع وتعطي المشروع المستفيد فرصة الاستفادة منها والانتفاع بها لأجل معين.

ثانياً: تاريخ التأجير التمويلي وميلاده

ولدت فكرة التأجير التمويلي في صورتها المعروفة باصطلاح Leasing في الولايات المتحدة الأمريكية لدى آخر رجال الصناعة الأمريكية "بوث D.P Boothe Junpr" وكان السيد بوث يملك مصنعاً صغير الحجم لإنتاج بعض المواد الغذائية المحفوظة. وأثناء حرب كوريا عام 1950 تقدمت القوات المسلحة الأمريكية إلى السيد بوث بطلب توريد كميات ضخمة من الأغذية المحفوظة تفوق القدرة الإنتاجية الاعتيادية لمصنعه.

وحار بوث بين نار تفويت هذه الفرصة المغرية لما تتوعده من تحقيق أرباح طائلة وبين عجزه عن تلبيةها فلم يكن بوث يملك المعدات اللازمة لمواجهة الصفقة المعروضة عليه، وفضلاً عن ذلك وظن بوث إلى الطابع الاستثنائي لهذه الصفقة، وحتى يفرض تمكنه من شراء المعدات اللازمة لمواجهتها هلع لمجرد التفكير في مصيره إذا عاد نشاطه إلى الحدود الضيقة الأولى وعجز عن سداد ثمن هذه المعدات أو رد القرض الذي حصل عليه لأجل شرائها، خاصة مع إدراكه

للمصعوبات البالغة التي سوف يواجهها إذا ما حاول بيع المعدات التي تم شراؤها من أجل تلبية طلب القوات المسلحة. ومن فرط رغبة بوث في تلبية الصفقة المعروضة عليه هداه تفكيره إلى استئجار المعدات اللازمة لإنتاج المواد الغذائية المطلوبة بدلاً من شرائها، ويمكن على إمكانية وجدوى الحصول على المعدات بهذه الكيفية¹.

ورغم عدم إمكانية حصول "بوث" على مؤجر لتلك المعدات اللازمة لإنتاج المواد الغذائية وعجزه عن تلبية صفقة القوات المسلحة الأمريكية المشار إليها إلا أنه كشف أن استئجار المعدات والآلات اللازمة للإنتاج يمكن أن تكون مصدراً للأرباح المتعظمة.

وهكذا سرعان ما سعى "بوث" نحو تأسيس أو شركة للتأجير التمويلي في الولايات المتحدة الأمريكية عام 1952 والتي أطلق عليها مسمى "United States Leasing Corporation" وبمجرد أن وضعت الحرب العالمية الثانية أوزارها أن ذاع استثمار رأس المال الأمريكي في الدول الأوروبية وكانت أولى الدول الأوروبية التي شهدت وبالتالي تعاضم فيها مزاوله التأجير التمويلي بريطانيا، وذلك إزاء إنشاء فروع لشركات التأجير التمويلي الأمريكية.

التأجير التمويلي في فرنسا:

عُرف التأجير التمويلي في فرنسا بمصطلح Credi-bail أي "الائتمان الإجباري". وكان أول تنظيم تشريعي للتأجير التمويلي في فرنسا هو القانون رقم 455-66 في 1966/7/2 والذي اقتصر على تنظيم العمليات الواردة على معدات إنتاجية وهي من المنقولات المادية، وعلى العقارات المخصصة لأغراض مهنية فقد استوجب الأمر الفعلي ضرورة توسيع نطاق تطبيق هذا القانون، فصدر القانون رقم 1008-89 بتاريخ 1989/12/31 حيث أضحت بموجبه عمليات التأجير التمويلي الواردة على عناصر المجال التجارية والحرفية المعنوية خاضعة لأحكام قانون 1966.

¹ عبدالفتاح محمد عبدالفتاح، المرجع السابق، ص27.

والواقع أن التأجير التمويلي ظهر في فرنسا كوسيلة للتمويل بديلة عن الائتمان المصرفي أو ائتمان البائعين فهو يبيح للمشروعات تمويل أحد استثماراتهما عن طريق الانتفاع بمعدّة أو عقار دون الاضطرار إلى دفع ثمة مبالغ كمقدم مهما كانت قيمة هذا المقدم ضئيلة.

التأجير التمويلي في جمهورية مصر العربية:

أصدر المشرع المصري القانون رقم 95 لسنة 1995 في شأن التأجير التمويلي المعدل بالقانون رقم 16 لسنة 2001 والواقع أنه لم يختلف منهج المشرع المصري عن ذلك المنهج الذي سارت عليه تلك القوانين بأمريكا اللاتينية وتضمن أحكاماً خاصة جرى عليها العمل في التشريع الفرنسي¹.

كما أن التأجير التمويلي يتم تطبيقه في دولة الامارات العربية المتحدة فقد تخصصت شركة أبوظبي الوطني للتأجير التمويلي التابعة لبنك أبوظبي الوطني في تقديم خدمات التأجير التمويلي، كما أن المشرع الاماراتي يعكف على إصدار قانون اتحادي تعدده وزارة المالية بالتشاور مع اتحاد مصارف الإمارات.

علماً بأن مشروع القانون حدد نطاق تطبيق التأجير التمويلي للأموال المنقولة والأموال غير المنقولة².

وبتاريخ 2018\1\30 أقر المجلس الوطني الاتحادي لدولة الإمارات مشروع قانون اتحادي في شأن التأجير التمويلي. وقد أشار المجلس خلال مناقشته مشروع القانون، على أن مشروع القانون سيسهم في تسهيل وإتاحة الفرصة للمشروعات الصناعية والتجارية للحصول على المعدات

¹ المرجع السابق، ص20-22.

² الامارات اليوم، العدد بتاريخ 2015/1/15.

وأدوات الإنتاج التي تمكنها من مباشرة نشاطها وتطويره عن طريق استئجار تلك المعدات والأدوات مع حق تملكهم لها في نهاية فترة التأجير¹.

ونخلص من هذا العرض أن التأجير التمويلي صار ظاهرة واسعة الانتشار عالمياً، إذ تعرفه دول عديدة سواء كانت من الدول الرأسمالية المتقدمة أو من الدول النامية. وفضلاً عن ذلك فقد اتسعت مجالات عمليات التأجير التمويلي الآن بدرجة كبيرة، وشملت كم كبير من المجالات ومنها وسائل النقل الجوي كما دخل في مجال النقل البحري وكما يرد على المنقولات يرد أيضاً على العقارات².

ثالثاً: الطبيعة القانونية لاحتفاظ البائع للملكية في التأجير التمويلي

تعرضنا بالتفصيل على آراء الفقهاء والشراح للطبيعة القانونية لشرط الاحتفاظ بالملكية في الفصل الأول وتم التطرق لها أثناء استعراض نموذج الاجارة المنتهية بالتملك، وينطبق ما تم تفصيله سابقاً أيضاً على التأجير التمويلي.

ممن خلال تعريف عقد التأجير التمويلي اتضح لنا بأنه "مزيج من عمليات تعاقدية مختلفة، أدت إلى وجود نظام قانوني مركب خصائصه المميزة، مما أوقع الكثير من الفقهاء في الحيرة للوقوف على الطبيعة القانونية لهذا العقد"³.

وما يعنينا هنا في هذا المطلب هي الصورة المتمثلة في التأجير التمويلي التملكي، فقد ذهب جانب من الشراح وأحكام القضاء إلى القول باعتباره إيجار معلق على شرط فاسخ وبيع معلق على شرط واقف.

¹ صحيفة الاتحاد، تاريخ النشر الأربعاء 31\1\2018، تحقيق: إبراهيم سليم

² د. هشام خالد، البنوك الإسلامية الدولية وعقودها، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، جمهورية مصر العربية، 2001، ص 39.

³ صفاء عمر خالد بلعوي، النواحي القانونية في عقد التأجير التمويلي وتنظيمه الضريبي، بحث ماجستير، جامعة النجاح الوطنية، نابلس، فلسطين، 2005، ص 56.

وبناء على هذا الشرط تكون فترة التعليق عبارة عن إيجار بسيط نافذ وبيع موقوف، فإن انتهت هذه الفترة بتحقق الشرط أي بوفاء المستأجر بكامل الأقساط المطلوبة انفسخ عقد الإيجار وأنتج البيع أثره بأثر رجعي أي منذ انعقاد العقد، أما إذا تخلف الشرط ولم يقم المستأجر بدفع الأقساط في مواعيدها انقضى عقد البيع وتأكد الإيجار وصارت الأقساط التي حصل عليها المؤجر مقابلاً لانتفاع المستأجر بالشيء المؤجر¹.

ومن المقرر بنص المادة 1/513 من قانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة أنه يجوز للبائع إذا كان الثمن مؤجلاً أو مقسطاً أن يشترط تعليق نقل الملكية إلى المشتري حتى يؤدي جميع الثمن ولو تم تسليم المبيع مما مفاده أنه في حالة البيع بثمن مقسط مع اشتراط تعليق نقل الملكية على شرط واقف وهو الوفاء بكامل أقساط الثمن، فإن البيع يكون صحيحاً ويجب إعمال هذا الشرط حتى لو سلم البائع المبيع للمشتري قبل أي قسط من أقساط الثمن.

وبالنظر إلى أحد أهداف التأجير التمويلي والذي يهدف إلى إفادة البائع (المؤجر) فإن وجود هذا الشرط يوقف نقل الملكية إلى أن يتم الوفاء بكامل الثمن، بالتالي فوجود هذا الشرط في التأجير التمويلي يمكن اعتباره شرطاً واقفاً لنقل الملكية حتى سداد كافة الأقساط.

ويمكن القول بأن عقد التأجير التمويلي تكفل للبائع المؤجر الاحتفاظ بملكية الشيء حتى يحصل على حقوقه كاملة ويلزم المشتري المستأجر بعدم التصرف فيه أو تبديده، لذا تطبق أحكام الإيجار فيما بين الطرفين قبل انتقال الملكية، وأحكام البيع بداية من هذا الانتقال².

¹ د. حمدي أحمد سعد، البيع الإيجاري، دار الكتب القانونية، المجلة الكبرى، جمهورية مصر العربية، 2011، ص152-154.

² المرجع السابق، ص170.

الفرع الثاني: أنواع وصور ومجالات تطبيق التأجير التمويلي

أولاً: أنواع عقد التأجير التمويلي

في الواقع العملي هناك أنواع متعددة لعقد التأجير التمويلي، ونستعرض أنواعه وفقاً للأمور

التالية:

أ. عقد التأجير التمويلي للعقارات:

بأن ينصب عقد التأجير التمويلي على عقار ومثال ذلك ما نصت عليه المادة 2/2 من

القانون رقم 95 لسنة 1995 حيث نصت على أنه:

"كل عقد يلتزم بمقتضاه المؤجر بأن يؤجر إلى المستأجر عقارات أو منشآت مملوكة للمؤجر

أو يقيمها المؤجر على نفقته بقصد تأجيرها للمستأجر وذلك بالشروط والمواصفات والقيمة الإيجارية

التي يحددها العقد".

نجد هنا أن المشرع المصري لم يحدد طبيعة العقارات في هذه الصورة من صور التأجير

التمويلي التي يرد عليها.

يعرف الأصل المؤجر في عقد التأجير التمويلي بأنه "كل أصل غير منقول أو أصل منقول

مادي، أو أصل معنوي يكون محلاً لعقد الإيجار التمويلي" وعليه فهو ينقسم وفقاً لهذا التعريف إلى

نوعين:

التأجير إلا أنه اشترط أن يكون العقار لازماً لمباشرة نشاط إنتاجي سواء كان سلعياً أو

خدمياً أي أن يخصص العقار للاستعمال المهني سواء كان تجارياً أو صناعياً أو لمباشرة إحدى

المهن الحرة أو للقيام بتقديم خدمات للجمهور، ومن ثم لا يعتبر تأجير العقارات لأغراض، السكنى من قبيل التأجير التمويلي¹.

كما تمت الإشارة إلى ان المادة (2) من المشروع القانون الاتحادي لدولة الإمارات العربية المتحدة بشأن التأجير التمويلي حدوث بأنها تطبق على معاملات التأجير التمويلي للأموال المنقولة كما الأموال غير المنقولة التي تتم بواسطة شركات التأجير التمويلي².

ب. عقد التأجير التمويلي للمنقولات:

تنص المادة 1/2 على أنه: في تطبيق أحكام هذا القانون يعد تأجير تمويلياً ما يأتي:

1- كل عقد يلتزم بمقتضاه المؤجر بأن يؤجر إلى مستأجر منقولات مملوكة له أو تلقاها من المورد استناداً إلى عقد من العقود، ويكون التأجير مقابل قيمة إيجارية يتفق عليها المؤجر والمستأجر. هنا نجد أن المشرع المصري لم يحدد طبيعة هذه المنقولات التي يمكن أن تكون محلاً للتأجير التمويلي ولم يشترط أن يكون شراء هذه المنقولات من المورد أو المنتج بغرض تأجيرها تأجراً تمويلياً. وغالباً ما يكون شراء هذه المنقولات بناءً على طلب المستأجر ورغبته وإنما اعتبر المشرع التأجير تمويلياً سواء كانت المنقولات مملوكة للمؤجر أو تلقاها من المورد استناداً إلى عقد من العقود ومقابل قيمة إيجارية يتفق عليها الطرفان (المؤجر والمستأجر) في العقد³.

ونجد أن المادة الثانية من مشروع القانون الاتحادي لدولة الإمارات بشأن التأجير التمويلي حددت نطاق تطبيقه بأنها تطبق على معاملات التأجير التمويلي للأموال المنقولة.

¹ عبدالفتاح محمد عبدالفتاح، المرجع السابق، ص44.

² الامارات اليوم، العدد 2015/1/15.

³ عبدالفتاح محمد عبدالفتاح، المرجع السابق، ص43.

2- أنواع عقد التأجير التمويلي من حيث مآل حق الملكية:

ويمكن تقسيم عقد التأجير التمويلي من حيث مآل حق الملكية إلى قسمين رئيسيين هما:

أ) حق شراء الأصل في نهاية مدة الإيجار من قبل المستأجر (التأجير التمليكي).

وهذا النوع يشبه الاجازة المنتهية بالتمليك.

ب) عدم وجود حق شراء الأصل في نهاية مدة الإيجار من قبل المستأجر (التأجير التمويلي غير التمليكي).

أ. التأجير التمليكي:

إذا تضمن عقد التأجير التمويلي منح المستأجر حق تملك العين فيسمى حينئذ عقد الإيجار التمليكي، حيث يبرم المتعاقدان عقداً بمقتضاه يؤجر المؤجر المستأجر المنقولات أو العقارات محل العقد، على أن يلتزم المستأجر بسداد أقساط الإيجار طوال مدة العقد، ثم يملك المستأجر المال بعد نهاية سداد الأقساط. ويتحمل المستأجر طوال مدة الإيجار أي تكاليف خاصة بالصيانة أو الإصلاح.

ب. الإيجار التمويلي غير التمليكي:

بالمقابل هناك عقود للإيجار التمويلي تكون بدون حق الشراء، حيث يتفق المتعاقدان على تمكين المؤجر المستأجر من الانتفاع بالمال، ولا يحق له تملك المال بعد نهاية العقد وسداد أقساط الأجرة، وقد يشترط في بعض عقود التأجير التمويلي للمؤجر حق التمتع بعائد يصل على 95% من ثمن العين بعد بيعه، وهذا هو السائد في بريطانيا¹.

¹ حنان كمال الدين جمال ضبان، المرجع السابق، ص 16-17.

ثانياً: صور عقد التأجير التمويلي

هناك صور متعددة لعقد التأجير التمويلي الحالية وهي كالتالي:

(1) التأجير التمويلي المباشر:

وفيها يكون الأصل المؤجر مملوكاً ابتداءً للمؤجر، بمعنى أن المؤجر لم يحم بتملك الأصل بمناسبة إبرام عقد التأجير التمويلي¹.

ويتم هذا النوع بموجب علاقة تعاقدية مباشرة بين المؤجر والمستأجر بعد مفاوضات بينهما، وقد تكون على أنواع معينة من المعدات يقوم المؤجر بتوفير كامل قيمة الأصول المؤجرة من مصادره الخاصة.

وتتمثل صورة هذا النوع بأن صاحب مشروع ما؛ يكون في حاجة إلى استغلال لأصل معين كالآلات والمعدات في مشروعه، فيتوجه إلى المؤجر (شركة التأجير التمويلي) طالباً تمويله، وتقوم الشركة بتمويل شراءه أو بناءه وتحتفظ بملكيته ثم تقوم بتأجيره إلى المستأجر (صاحب المشروع) ويلتزم المستأجر بالوفاء بأجره دورية طوال مدة التأجير على أن يكون له الخيار عند نهاية المدة بين تملك الأصل أو رده إلى المؤجر أو إعادة استئجاره ويتضح من ذلك أن العلاقة بين المؤجر والمستأجر علاقة مباشرة يطلب فيها المستأجر سلعته، ويدرس المؤجر طلبه، ويحدث الاتفاق بينهما على إبرام عقد التأجير التمويلي².

ومؤدي ذلك أن يلتزم المستأجر بأداء الدفعات النقدية المتفق عليها خلال مدة غير قابلة للإلغاء، ويتقرر له في نهايتها إعمال أحد الخيارات الثلاثة:

¹ هاني محمد دويدار، النظام القانوني للتأجير التمويلي، مكتبة الإشعاع القانونية، الاسكندرية، جمهورية مصر العربية، 1998، ص25.

² حنان كمال الدين جمال ضبان، المرجع السابق، ص17-18.

إما شراء الأصل وإما طلب تجديد العقد، وإما رد الأصل إلى المؤجر ويكون المؤجر بذلك قد احتفظ بالأصل طوال مدة العقد¹.

2. التأجير التمويلي الوسيط:

هذا النوع من العقد يكون دور المؤجر فيه كوسيط مالي باعتبار أنه لا يكون في الأصل مالكا للمال الذي يتفق على تأجيره تأجيرواً تمويلياً، لكنه يقوم بشرائه أو طلب تصنيعه أو طلب إنشائه (في حالة المباني) بمناسبة الاتفاق على التأجير التمويلي.

ذلك أن شركة التأجير التمويلي لا تتدخل إلا بناءً على طلب المستفيد من أجل تمويل حصوله على آلة أو معدة وتقرر له حق تملكها في نهاية مدة الإيجار.

ويعتبر التأجير التمويلي الوسيط الصورة الرئيسية للتأجير التمويلي في القانون الفرنسي، كما يعد أبرز صورة في العمل الأمريكي تحت اسم Financial Lease.

3. التأجير التمويلي اللاحق:

ويكون في هذا العقد المال في الأصل مملوكاً للمستأجر، يستوي في ذلك أن يكون منقولاً أو عقاراً، حيث يقوم المستأجر ببيعه إلى المؤجر على أن يقترن البيع باستئجار البائع للأصل المبيع في صورة عقد تأجير تمويلي.

وقد عرف المشرع المصري التأجير التمويلي اللاحق في المادة (2) بند (3) من القانون رقم 95 لسنة 1995 بأنه "كل عقد يلتزم بمقتضاه المؤجر تأجير مال إلى المستأجر تأجيرواً تمويلياً إذا كان هذا الأصل قد آلت ملكيته إلى المؤجر من المستأجر بموجب عقد يتوقف نفاذه على إبرام عقد التأجير التمويلي.

¹ عبدالفتاح محمد عبدالفتاح، المرجع السابق، ص 58-60.

ثالثاً: مجالات تطبيق عقد التأجير التمويلي

أشرنا إلى أن عقد التأجير التمويلي لا يقتصر على الأموال المنقولة فقط بل إن مجاله اشتمل تمويل الاستثمارات العقارية.

وشملت المنقولات المادية الآلات والمعدات والسفن والطائرات وكذلك المنقولات المعنوية كالمحال التجارية وعناصر الملكية الصناعية مثل براءات الاختراع¹.

ويمكن استعراض تطبيق التأجير التمويلي في مجالات المنقولات والعقارات على النحو التالي:

1- مجال المنقولات:

في مجال المنقولات يمكن إيجاده في مجال الصناعة وفي مجال الزراعة وفي مجال تقديم الخدمات.

أ. مجال الصناعة:

فعلى سبيل المثال ينطبق عقد التأجير التمويلي في مجال المقاولات خصوصاً في مشروعات البنية الأساسية، فالملتزم في عقد البيوت قد يستخدم عقد التأجير التمويلي، من أجل الحصول على المعدات، والآلات من أجل تأجير المباني، والمنشآت إلى الدولة، إذ يمكن لهذه الشركات أن تستخدم التأجير التمويلي لمواجهة منافسة الشركات الأجنبية العملاقة، إذ يمكنها الحصول على المعدات والآلات ذات التقنية العالية، مرتفعة الثمن والتي لا يستطيع الحصول عليها في ظل نقص التمويل الذاتي الذي تعاني منه الشركات، وهذا ينعكس بالإيجاب على مستوى الاقتصاد الوطني، ويمنع

¹ حنان كمال الدين جمال ضبان، المرجع السابق، ص24.

هروب العملات الصعبة إلى الخارج، كما يمكن استخدام التأجير التمويلي في مجال البترول، والغاز لتوفير معدات الحفر، والتنقيب والتكرير وكذلك في مشاريع نقل هذه الخامات¹.

ب. في مجال الزراعة:

بالنظر إلى أن الزراعة تعتبر إحدى مجالات تنفيذ السياسات الاصلاحية فإن ذلك يتطلب استخدام الآلات الحديثة في العديد من مجالات الزراعة من الحرث والري، والحصاد، لزيادة إنتاج الرقعة الزراعية، والتوسع فيها، وبالتالي يجب تعظيم إنتاج هذه الغلة باستخدام أحدث التقنيات الزراعية، والتي تتطلب تمويلاً ضخماً يمكن الحصول عليه من خلال التأجير التمويلي، بل يعد استخدام التقنيات الزراعية والآلات والمعدات الحديثة في نطاق الزراعة مواجهة غير مباشرة لاتساع نطاق التصحر².

ج. في مجال تقديم الخدمات:

تشمل الخدمات الصحية والنقل والاتصالات وغيرها إذ أن التطور المذهل في تقنيات المعدات الطبية المستخدمة في الكشف عن الأمراض ومعالجتها وارتفاع أثمانها يجعل من الصعب على الدول النامية التي تعاني اقتصادياتها من التضخم، وارتفاع المديونية من توفير هذه المعدات لكافة شرائح المجتمع، خصوصاً في ظل الارتفاع السكاني التي تعاني منه، لذا يمكن الحصول على هذه المعدات من خلال التأجير التمويلي، لأن الدولة لن تضطر إلا لدفع أقساط الإيجار، على فترات زمنية متباعدة، مما يمكنها من الحصول على عدد أكبر من المعدات، وهذا ينعكس على مستوى الرعاية الصحية بالإيجاب.

¹ محمد عايد الشوابكة، عقد التأجير التمويلي، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، المملكة الأردنية، 2011، ص104.

² المرجع السابق، ص105-106.

أما قطاع النقل فإنه يمكن أن استخدمه في وسائط النقل البرية ويمكن أن يمتد ليشمل القطارات والبواخر والسفن والطائرات.

وفي مجال الاتصالات فإنه في ظل الثورة المعلوماتية والتقنية التي يشهدها العالم يمكن عن طريق التأجير التمويلي الحصول على ما تحتاج إليه من أجهزة الحواسيب الالكترونية، دون أن تكون ملزمة بشرائها، بل إن الدول قد تلجأ للتأجير التمويلي في سبيل الحصول على الأقمار الصناعية وتقنياتها، وبناء محطات الاتصالات السلكية واللاسلكية إلى هذا النوع من التأجير¹.

د. في مجال العقارات:

تقتضي الحاجة لبعض المشاريع لإقامة عقارات أو منشآت تمارس فيها نشاطها ولا تتوافر لديها القدرة أو الرغبة اللازمة لشراء أو إقامة هذه المباني، ومن ثم فهي تلجأ إلى إحدى شركات التأجير التمويلي، وفي هذا المقام تظهر فرضية عقد التأجير التمويلي في صورتين الأولى العقار السابق بناءه والثانية العقار الذي يراد بناءه.

1. التأجير التمويلي للعقار السابق بناءه:

يرد عقد التأجير التمويلي في هذه الصورة على المباني أولاً وحيث إن المباني تقام على الأرض فلا يمكن فصل تأجير المبنى عن تأجير الأرض المقام عليها.

والمستأجر في هذه الحالة يبغي الحصول على عقار سبق بناءه على أرض مملوكة للغير وذلك من خلال تمويل شركة التأجير لهذه الصفقة، فيقوم بالتفاوض مع البائع على العقار، ويتقدم بطلب التمويل إلى شركة التأجير التمويلي مع تقديم كافة المعلومات والوثائق اللازمة وبعد موافقة الشركة على تمويل الصفقة تقوم بشراء العقار، ويتولى المستأجر استلام العقار من البائع بوصفه

¹ - محمد الشوابكة، المرجع السابق، ص 105-106.

وكيلاً عن شركة التأجير التمويلي ويحرر محضراً بذلك وبعد ذلك تقوم شركة التأجير بتمكين المستأجر من الانتفاع بالعقار، وبهذا فالغرض المتقدم لا يختلف عن التأجير التمويلي للمنقولات.

ويلتزم المستأجر بأداء الدفعات النقدية المتفق عليها خلال مدة العقد غير القابلة للإلغاء، ويتمتع في نهاية مدة العقد بالخيار الثلاثي المميز لعمليات التأجير التمويلي، وهي إما تملك العقار مقابل أجر رمزي أو إعادة إيجاره أو رده إلى شركة التأجير التمويلي.

2. تأجير العقار الذي يراد ببناءه:

في هذه الحالة يلجأ المستأجر إلى إحدى شركات التأجير التمويلي لتحويل عملية بناء العقار الذي تتوافر به الخصائص الملزمة لمزاولة نشاطه، ويتطلب تمويل بناء العقار الحصول أولاً على الأرض، ومن ثم بناء العقار بعد ذلك لينتفع المستأجر به، فإذا كانت هذه الأرض مملوكة للغير تقوم شركة التأجير التمويلي بشرائها وتملكها.

أما إذا كانت الأرض مملوكة للمستأجر يقتصر دور شركة التأجير التمويلي على تحويل البناء فقط، وتبقى شركة التأجير التمويلي مالكة للمباني، ولكي يتحقق ذلك يجب أن يتقرر للمؤجر حق عيني على الأرض يعزز حق ملكية المباني المقامة عليها¹.

الفرع الثالث: أهمية التأجير التمويلي باعتباره صورة تتحقق فيها احتفاظ البائع بالملكية

رأينا بأنه من الناحية التطبيقية يحدث أن يتفق المصرف وعميله على أن يشتري الأول أصلاً ويؤجره لمدة طويلة أو متوسطة، ويحتفظ المصرف بملكية الأصل، وللعميل الحق الكامل في استخدام الأصل مقابل دفع أقساط إيجارية محددة بحيث يتضمن العقد التزاماً وشرطاً تنتقل بموجبه ملكية المأجور من المؤجر إلى المستأجر دون مقابل عند انتهاء مدة العقد أو أن يتضمن العقد شرطاً

¹ صفاء بلعوي النواحي، القانونية في عقد التأجير التمويلي وتنظيمه الضريبي، وهي رسالة ماجستير في جامعة النجاح الوطنية، 2005، ص 41-42.

يجوز نقل ملكية المأجور إلى المستأجر عند انتهاء مدة العقد مقابل دفع المبالغ المتفق عن 75% من العمر التقديري للانتفاع بالمأجور، تقل القيمة الحالية لمجموع بدل الايجار المتفق عليه في العقد عن 90% من قيمة المأجور المحدد في العقد¹.

ويوفر عقد التأجير التمويلي مزايا للمؤجرين بصفة عامة أحدها يتعلق بموضوع البحث حيث إن " التأجير التمويلي يوفر للشركة المؤجرة مجاًلاً خصباً لاستثمار أموالها بعوائد مجزية، وكذلك بضمان كافٍ ومؤكد يتمثل في احتفاظها بملكية المعدة أو الأصل المؤجر موضوع التمويل ذلك أن الشركة المؤجرة تتوافر لها ضمانات مؤكدة وفعالة لاستيفاء حقوقها قبل المستأجر أو دائنيه في حالة إفلاسه إن كان تاجراً أو إعساره أن كان صاحب مهنة غير تجارية، وهذه الضمانات تتمثل في احتفاظ الشركة المؤجرة بملكية المعدة أو الأصل المؤجر طوال فترة سريان عقد الايجار².

ويتضح مما سبق أن آلية هذا العقد تسمح للمؤجر بالاحتفاظ بملكية الشيء محل العقد، والذي قد تم تمويله بمعرفته، ويقوم المستأجر بالانتفاع به بمقتضى هذا العقد لقاء أجره معينة، قد تم تحديدها وفقاً لمعايير معينة، ولهذا المستأجر خيار الشراء في نهاية العقد.

وتبين من ذلك بأن هذا العقد باعتباره وسيلة تمويلية يرمي إلى تحقيق، عدة أهداف في آن واحد من بين هذه الأهداف تحقيق ضمان للمؤجر عن طريق الاحتفاظ بالملكية وما يخول ذلك من حق استرداد الشيء محل العقد في حالة تخلف المستأجر عن الوفاء بالتزاماته ومن أهم نتائج احتفاظ المؤجر (البائع) بملكية الشيء محل العقد هو إمكانية استرداده في حالة إفلاس أو إعسار المستأجر وبالتالي عدم تعرضه لمزاحمة باقي الدائنين له بخصوص هذا الشيء حيث أنه لا يعتبر عنصراً من عناصر الضمان العام لهؤلاء الدائنين فلا يتعلق به حقهم بشرط أن يكون قد تم شهر العقد، مما يسمح

¹ م. بان ياسين مكي، الآثار الاقتصادية لعقد التأجير التمويلي، بحث منشور في مجلة الخليج العربي، جامعة البصرة، العراق، 2012، ص9.

² عبدالفتاح محمد عبدالفتاح، المرجع السابق، ص13.

له ذلك بالتصرف بحرية في أدواته أو معداته أو عقاره وحينئذ يكون قد حد من الضرر الذي يمكن أن يصيبه إلى حد كبير.

كما أن تخلف المستأجر عن الوفاء بالأجرة يعطي للمؤجر الحق في طلب الفسخ واسترداد الشيء محل العقد¹، وفي مثل هذه الحالات يمكن للمؤجر (البائع) إقامة المطالبة القضائية بفسخ عقد البيع لإخلال المستأجر (المشتري) في تنفيذ التزامه المتمثل في عدم سداد مبلغ الشراء وبالنتيجة يتعين القضاء بفسخ عقد البيع وتسليم ورد حيازة الشيء إلى المدعى (المؤجر البائع).

"والجدير بالذكر بأن المصارف الخليجية لعبت دوراً بارزاً في التأجير التمويلي للمعدات أو المنتهي بالتمليك منذ ثمانينيات القرن الماضي، وما زالت المصارف تسيطر على 40% من إجمالي هذه السوق في المنطقة سواء بطريقة مباشرة عبر توفير الخدمات المناسبة أو بطريقة غير مباشرة عبر أذرع مؤسسية أنشأت لهذه الغرض"².

كما أن شركة أبوظبي الوطني للتأجير التمويلي التابعة لبنك أبوظبي الوطني لا تزال هي الشركة المتخصصة الوحيدة في دولة الإمارات التي تقدم خدمة التأجير التمويلي وفقاً للتفصيل الذي تم ذكره.

¹ د. نبيل إبراهيم سعد، الضمانات غير المسماة، ص 229-230.

² م. بان ياسين مكي، المرجع السابق، ص 12.

المطلب الثالث: الفرق بين الإجارة المنتهية بالتملك في المؤسسات المالية الإسلامية والتأجير التمويلي في المؤسسات المالية

أولاً: التعريف

سبق التعريف لكلا المصطلحين ويمكن الإيجاز بما يلي:

الإجارة المنتهية بالتملك: هي إجارة يقترن بها الوعد بتمليك العين المؤجرة إلى المستأجر في نهاية

مدة الإجارة أو في أثنائها، ويتم التملك بإحدى الطرفين التالية:

- وعد بضمن رمزي، أو بضمن حقيقي، أو بتعجيل أجرة المدة الباقية، أو بسعر السوق.

- وعد بالهبة.

- عقد هبة معلق على شرط سداد الأقساط.

بينما التأجير التمويلي فيمكن تعريفه بأنه: عملية إيجار تجهيزات أو معدات أو عقارات مقتناة

أو منجزة لغرض الإيجار من قبل المؤجر الذي يبقى مالكا لها مدة للاستعمال في الأنشطة المهنية

أو التجارية أو الصناعية أو الملاحية أو الصيد البحري أو في الخدمات، ويتم الإيجار المالي بمقتضى

عقد كتابي لمدة محددة ومقابل معلوم معين ويحول للمستأجر اقتناء تلك التجهيزات أو مقابل ثمن

متفق عليه يأخذ بعين الاعتبار على الأقل في جزء منه المبالغ المدفوعة بعنوان الإيجار، ويمكن

للمستأجر اقتناء تلك التجهيزات أو المعدات أو العقارات أو البعض منها خلال مدة الإيجار باتفاق

مع المؤجر.

ثانياً: وقت استحقاق الأجرة

1- في الإجارة المنتهية بالتمليك:

تستحق الأجرة بعد تمكين العين المؤجرة على ذمة المستأجر وهذا شرط شرعي لاستحقاق الأجرة، فلا يستحق الأجرة بمجرد التوقيع على عقد الإجارة، وإذا تأخر المؤجر في تسليم العين عن الموعد المحدد في عقد الإجارة فإن الأجرة لا تستحق عن المدة الفاصلة بين العقد والتسليم الفعلي.

2- في التأجير التمويلي:

من ناحية القانون فإن إبرام العقد هو منطلق الاستحقاق مما يعني أن منطق القانون يقوم على القرض سواء استحققت الأجرة يوم التوقيع على العقد أم يوم تحويل ثمن العين المؤجرة إلى البائع، ومن المعروف لدى شركات التأجير أن الأجرة تسري من يوم تحويل ثمن العين المؤجرة إلى البائع إن لم يكن من يوم التوقيع على العقد وتوقيع العقد قد يسبق التسليم بوقت طويل.

ثالثاً: معالجة التعثر في سداد الأجرة أثناء سريان عقد الإجارة

1. في الإجارة المنتهية بالتمليك:

■ عدم جواز اشتراط الزيادة على الأجرة التي يستحقها المؤجر في حال التأخر في السداد، أما بالنسبة للمستأجر المماطل، فتفرض عليه غرامة لا تصرف للمؤجر، وإنما تصرف في أوجه البر.

■ في حالة التنفيذ على الضمانات المقدمة من المستأجر، لا يأخذ المؤجر إلا الأجرة المستحقة عن الفترات السابقة ولا يحق له استيفاء الأقساط الإيجارية التي لم يحل أجلها، وذلك بسبب عدم وجود منفعة تستحق أجرة.

2. في التأجير التمويلي (القانون):

- القانون والعرف في المجال لا يعترضات على استحقاق غرامة تأجير في حال التأخر في اسداد.
- في القانون والساري به العمل عند التنفيذ على الضمانات تأخذ شركة التمويل الإجارة على ما لم يحل دون تمييز.

رابعاً: مسألة تحمل الصيانة الأساسية والتأمين على العين المؤجرة

1) الإجارة المنتهية بالتملك

تقتضي الإجارة من منطلق الفقه الإسلامي أن اشتراط الصيانة الأساسية على المستأجر هو اشتراط يخالف مقتضى عقد الإجارة لأن بقاء المنفعة واجب على المؤجر ولا يتحقق ذلك إلا بسلامة العين وصيانتها، وذلك لاستحقاقه الأجرة التي هي مقابل المنفعة.

2) التأجير التمويلي (القانون)

المعروف أن تحمل المستأجر الصيانة الأساسية لا يعارض نصاً قانونياً، وبناء عليه لا يرى القانون بأساً في تحمل المستأجر الصيانة الأساسية، بل يعتبر ذلك من قبيل مبدأ سلطات الإدارة¹.

خامساً: هلاك العين

1- الإجارة المنتهية بالتملك

ينفسخ العقد في حالة الهلاك الكلي للعين ولا يجوز أن يشترط في حالة الهلاك الكلي للعين أداء بقية قيمة الأقساط.

¹ د. عبدالستار الخويلدي، الفروق الأساسية في المعاملات المالية الإسلامية، معهد دبي القضائي، إمارة دبي، دولة الإمارات العربية المتحدة، 2015، ص 109-114.

2- التأجير التمويلي

يدفع المستأجر كامل الايجار مهما كانت الظروف المحيطة بالعين المؤجر⁽¹⁾.

سادساً: تحويل العقد

عدم جواز تحويل العقد التأجير الإسلامي حيث أنه يمكن للمؤجر أن يبيع العقار المؤجر لطرف آخر وفي هذه الحالة تحدد علاقة بين المستأجر ومالك المنقولات المؤجرة الجديد وهكذا فإن بيع المنقول المؤجر مسموح وجائز ولكن تحويل ونقل الايجار غير جائز ويمكن للمستأجر أن يؤجر المنقول بالباطن إذا كان هناك نص في العقد يبيح ذلك أو جاز المستأجر على موافقة المؤجر صراحة².

نخلص من هذا المطلب بأن عقد الاجارة أو التأجير التمويلي يتمتع بمزايا عديدة تجعله ملبياً لحاجات ضرورية تمثل عنصراً أساسياً في الحياة الاقتصادية اليومية كالسكن.

ووسائل النقل وكثير غيرها يمتلكها البعض وتمثل فائض لديه، في حين يفتقدها البعض الآخر وليست له القدرة على تملكها ويتضح بشكل جلي بأن هذا الصور من التمويل يظهر فيها حق الاحتفاظ بالملكية في يد المؤسسة التمويلية (المالك/المؤجر) ويعد هذا الحق ضماناً قوياً ضد مخاطر إعسار المدين حيث إن عجز المدين عن الوفاء بأحد أقساط الدين الذي في ذمته إلى الشركة الممولة لا يهدد مصالح هذه الأخيرة بشدة لأنها ببساطة يمكن أن تسترد الأصل محل التمويل بصفقتها مالكة له وتأمين بالتالي دخوله في تفليسة المدين ولا يمكن للدائنين الآخرين التنفيذ عليه.

¹ أحمد محمد محمود نصار، عقد الاجارة فقهاً وتطبيقاً، بحث منشور على الانترنت، ص30.

² المرجع السابق، ص31.

المطلب الرابع: عقبات وتبعات الاحتفاظ بالاحتفاظ بالملكية كوسيلة للضمان

كان الاتفاق على شرط الاحتفاظ بالملكية يعد دائماً صحيحاً فيما بين الأطراف، إلا أن الاحتجاج به على الغير كان ولا يزال يصطدم ببعض العقبات أو القيود الموضوعية التي ترجع إلى طبيعة العملية أو طبيعة محلها وقد ترجع إلى تعاصر وتفاعل أنظمة قانونية تعطي أولوية معينة لبعض الحقوق في مواجهة صاب الملكية، وأيضاً هناك تبعات تترتب على الاحتفاظ بالملكية على سبيل الضمان يمكن أن تكون سبباً للمسؤولية المدنية أو الجنائية وعليه ينبغي الأخذ في الاعتبار لهذه العقبات والتبعات عند إقرار هذا الشرط في التشريعات الحديثة، وعليه سيتم تقسيم هذا المطلب إلى فرعين الأول نشير فيه إلى عقبات تطبيق شرط الاحتفاظ بالملكية على سبيل الضمان والفرع الثاني نتطرق فيه إلى تبعات هذا الضمان.

الفرع الأول: عقبات الاحتفاظ بالملكية على سبيل الضمان

كما ذكرنا بأن هذه القيود إما ترجع إلى طبيعة العملية أو طبيعة محلها وقد ترجع إلى تعاصر وتفاعل أنظمة قانونية تعطي أولوية معينة لبعض الحقوق في مواجهة صاحب حق الملكية.

1- عقبات ترجع إلى طبيعة العملية أو طبيعة محلها:

في العلاقات التجارية الدولية قد لا يتسنى للمؤجر الانتمائي في كثير من الحالات استرداد الأدوات أو المعدات أو التجهيزات محل الإيجار الائتماني إما لاعتبارات واقعية أو سياسية وإما لاعتبارات قانونية وحتى في الحالات التي يتسنى منها للمؤجر أن يسترد بصفة عامة، هذه الأدوات أو المعدات أو التجهيزات ذات التقنية العالية والتي يتم تجاوزها بسرعة لا يمكن تمويلها إلا بحذر

شديد، وكذلك الحال بالنسبة للإيجار الائتماني العقاري خاصة إذا كان العقار المسترد ذو إيراد منخفض¹.

2- عقبات نرجع إلى تعاصر وتفاعل الأنظمة القانونية:

أوردت بعض التشريعات والقوانين بعض العقوبات والقيود على هذا الشرط خاصة إفلاس المشتري.

وكان القضاء الفرنسي يرفض إمكانية استرداد البائع للبضاعة، المباعة مع الاحتفاظ بملكيته في حالة عدم استيفاء ثمنها، بعد الحكم بشهر إفلاس المشتري، وكان القضاء المصري متمسكاً بذلك المبدأ، يجد البائع نفسه ضمن جماعة الدائنين على أمل الحصول على جزء ولو يسير من الثمن المستحق بعد التصفية الجماعية لأموال المشتري، ويؤدي ذلك إلى موقف شاذ حيث تباع البضاعة التي دخلت للمشتري حديثاً، ولا تزال مملوكة للبائع بمقتضى الشرط بئس ليوزع غالباً على الدائنين الممتازين ويساهم البائع بذلك بطريق غير مباشر في سداد الديون العامة المستحقة على المشتري.

كان وجود شرط الاحتفاظ في العقد أمراً مشروعاً قبل صدور قانون 12 مايو 1980 إلا أن هذا الشرط لم يكن يحتج به في حالة إفلاس المشتري قبل جماعة الدائنين.

وأدى القانون المذكور إلى سريان الشرط في حق هذه الجماعة مما زاد من قوته وفعاليتها في أداء دورة بصفة عامة وفي التبادل التجاري وذاع انتشاره في مجال المعاملات واحتل مكانة هامة على صعيد الائتمان.

¹ د. نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص 231.

وأيضاً بصدر قانون التجارة في مصر أصبح هذا الشرط نافذاً في مواجهة الدائنين ولذلك فإن مواجهة هذه العقبة تكون بإنشاء حق استرداد قانوني للبائع الذي لم يستوف حقه في الثمن والذي بموجبه يسترد البائع المبيع المحتفظ بملكية باعتباره أمراً طبيعياً لأنه يتصرف إعمالاً لحقه كمالك ويتفق وحكم القواعد العامة أصلاً ويشكل حظر هذا الاسترداد في حالة إفلاس المشتري خروجاً على تلك القواعد، ومن ثم فإن تقرير هذا الشرط بإعماله قبل جماعة الدائنين يعد عودة للقواعد العامة.

من العقوبات التي تواجه هذا الشرط في عدم وجود جزاء يضمن عدم تصرف المشتري في البيع قبل سداد ثمنه فمثل هذه التصرف يمكن أن يهدد وظيفة الشرط باعتباره أن المشتري قد يتمسك بقاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية ليعطل حق البائع في استرداد البضاعة التي لم يسوق ثمنها، بيد أن القانون المصري جعل الشرط نافذاً في مواجهة الغير حسن النية¹.

كذلك تجدر الإشارة إلى أن الحياة التجارية قد فرضت ضرورة البحث عن نوع من الائتمان والضمان لا يقتصر فقط على توفير حق الأولوية والتتبع للبائع مانح الائتمان وإنما أيضاً يعمل هذا الضمان على إلغاء أو تقليل المخاطر التي قد يتعرض لها البائع في سبيل استيفاء حقه، ظهرت فكرة الملكية نفسها كضمانة فعالة لحماية حقوق البائع – في البيوع الائتمانية- لتقيه من خطر عدم استيفاء حقه في الثمن في ميعاد استحقاقه من خلال ما درج على تسميته بشرط الاحتفاظ بالملكية كما بينا في مضمون بحثنا.

ولكن لما كان شرط الاحتفاظ لا يمنع المشتري من التصرف في المبيع، ويحتج المتصرف إليه حسن النية بحقه قبل البائع، ويؤدي ذلك إلى إهدار قيمة الشرط المذكور وجدواه في حفظ حقوق البائع قبل المشتري سعى الأطراف إلى تنظيم حقوق والتزامات المشتري قبل الوفاء بالثمن على نحو يضمن عدم التصرف في المال المبيع والمساس بحقوق البائع، ولعل أبرز الأمثلة التي

¹ د. محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 369-382.

استعرضناها في هذا الصدد كانت الإجارة المنتهية بالتملك. وقد سعت دولة الإمارات العربية المتحدة مشكورةً إلى إدراج تشريعات وإقرار مراسيم بقصد تنظيم حقوق والتزامات المشتري قبل الوفاء بالثمن، ولعل أبرز ما تم طرحه حديثاً في هذا الجانب كان المرسوم المقترح من قبل دائرة الأراضي والأملاك بدبي بشأن رسوم التسجيل العقاري والذي تضمنت نصوصه ما يلي:

"المادة (1): مع مراعاة أحكام الفقرة (1) من المادة (3) من قرار المجلس التنفيذي رقم (30) لسنة 2013 بشأن اعتماد الرسوم الخاصة بدائرة الأراضي والأملاك، تعفى كافة البنوك والمصارف وشركات التمويل الاسلامي المرخصة لدى مصرف الامارات المركزي لمزاولة نشاط التمويل العقاري الاسلامي في الدولة من سداد رسوم تسجيل عقد بيع العقار المقررة بموجب قرار المجلس التنفيذي المشار له عند شرائها للعقارات في الامارة.

"المادة (2): " يتم استيفاء رسم عقد بيع العقار المقررة بموجب قرار المجلس التنفيذي المشار له عن إعادة بيع العقار."

ولأننا كنا قد تناولنا في بحثنا الحديث عن عقد التملك بالإيجار وهو (الإجارة المنتهية بالتمليك) وهي الإجارة يقترن بها الوعد بتمليك العين المؤجرة إلى المستأجر في نهاية مدة الإجارة أو في أثنائها، ويتم التملك إما بوعد بالبيع بثمن رمزي، أو وعد بالهبة، أو عقد هبة معلق على شرط سداد الأقساط. والأصل أن معاملات الإجارة المنتهية بالتمليك تقتضي تملك المصرف الإسلامي للعين محل الإجارة

وفي الواقع، فإن هذه المعاملات تبدأ بتلقي المصرف طلب من المتعامل برغبته في إيجار عقار معين إجارةً منتهيةً بالتمليك بالتأجير؛ وبناءً على هذا الطلب يقوم المصرف بشراء العقار من البائع ثم تأجيره إلى المتعامل على أساس الإجارة المنتهية بالتمليك – أي أن العقار سيؤول في نهاية مدة الإيجار إلى المتعامل بأيٍ من الطرق الشرعية الواردة فيما سبق.

ويتم تحديد الأجرة بحيث يرد البنك أصل مبلغ الشراء بالإضافة إلى عائد الإيجار عن فترة التأجير ويتم تقسيم الأجرة إلى أجرة ثابتة وتتمثل في ثمن الحصة في العقار الذي يقوم المتعامل بشرائه من المصرف حسبما يتفق عليه في العقد المذكور، وأجرة متغيرة، وأجرة إضافية.

هذا وبعد وفاء المتعامل بكامل مديونية التمويل يقوم المصرف بنقل ملكية العقار إلى المتعامل مقابل سعر رمزي أو كهبة معلقة على شرط سداد الأقساط.

ولما كان تملك العقار لا يتم إلا بالتسجيل في السجل العقاري وفقاً لنصوص القانون 7 لسنة 2006 فإن وجوب التسجيل بالنسبة للعقارات -محل عقود الإجارة المنتهية بالتملك - يشكل أيضاً معوقاً أمام أعمال المصارف الإسلامية ؛ ذلك أنه ووفقاً للعقد المذكور، فإن قيام المتعامل بسداد جزء من الأجرة الثابتة يعني بيع البنك حصة من حصصه في العقار للمتعامل وتملك هذا الأخير لها، فإذا لم يتم تسجيل تلك الحصة، فإن بيعها لا يعتد به وفقاً لنص المادة "9" من القانون رقم 2007/6، وغني عن البيان القول بأن الزام المصرف الإسلامي والمتعامل بتسجيل أي حصة مباحة يكون مرهقاً للطرفين، كما أن ترتيب البطلان على عدم التسجيل يعرض حقوق المتعامل للمخاطرة ويفتح الباب لخلق نزاعات بين المصرف والمتعامل.

الفرع الثاني: تبعات الاحتفاظ بالملكية على سبيل الضمان

أشرنا إلى أن الملكية يمكن أن تكون سبباً خاصاً للمسؤولية المدنية أو الجنائية الملازمة لاستغلال المال المؤجر، بالنسبة للمؤجر الائتماني وبذلك تكون مصدراً لنفقات لا تتناسب مع الطبيعة الحقيقية لهذا النظام ووظيفته كضمان.

من ذلك أن تبعة هلاك الشيء محل الإيجار بسبب أجنبي لا بد للمستأجر الائتماني وفي المسائل البحرية نجد أن اتفاقية بروكسل في 29 نوفمبر 1966 تعتبر مالك السفينة المتهم مسؤولاً عن كل أضرار التلوث الاقليمي أو عن تسرب أو إلغاء الهيدروكربونات ولا يمكن إعفاؤه إلا إذا

أثبت أن الكارثة ترجع إلى حدث ذو طابع استثنائي لا يمكن تجنبه أو دفعه أو للخطأ الجسيم أو العمدى للغير أو للمجنى عليه.

فالملكية بالرغم من أنها تشكل ضماناً قوياً إلا أنها تعتبر بالنسبة للمؤجر الائتماني نتيجة للمسؤولية الملقاة على عاتقه باعتباره مالكاً مصدراً النفقات تأمين مثلاً لا تناسب مع التوازن المالي للإيجار الائتماني¹.

ويمكن تقييم هذا الشرط بالرغم من العقوبات والتبعات في صورة التأجير التمويلي والاجارة المنتهية بالتملك باعتباره مؤدياً لوظيفته كضمان لاستيفاء حق البائع وتقليل المخاطر التي قد يتعرض لها في حالة تخلف الطرف الآخر على الوفاء بالتزاماته وبذلك نجد أن المستأجر الائتماني (المشتري) قد فقد الأهلية في تملك الشيء الذي كان سيملكه إذا ما تم التنفيذ العادي للاتفاق واستعمل في نهاية العقد حقه في خيار الشراء².

ولا شك بأن هذا الشرط يوفق بين مصلحة البائع في ضمان حقه في الثمن ومصلحة المشتري في الانتفاع ودفع حركة نشاطه التجاري، ولعله من المناسب إضافة صياغة معينة تتطلب بعض الإجراءات لإعمال هذا الشرط بأن تكون على النحو التالي:

"يجوز استرداد البضاعة التي اشترط البائع في محرر ثابت التاريخ قبل تسليمها الاحتفاظ بملكيتها إذا ظلت على حالتها العينية، وإذا تم التصرف في البضاعة جاز استرداد ثمنها أو المتبقى منه لدى المتصرف إليه³.

¹ د. نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص234.

² المرجع السابق، ص235.

³ د. محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص387.

الخاتمة

نأمل في ختام هذه الدراسة، أن نكون قد وفقنا في تسليط الضوء على موضوع شرط الاحتفاظ بالملكية على سبيل الضمان، هذا ومن خلال استعراضنا لهذا الموضوع، فقد خلصنا إلى بعض النتائج والتوصيات والتي نتحصل في الآتي:

النتائج:

أولاً: شرط الاحتفاظ بالملكية له خاصية ائتمانية فهو إن تميز من الناحية الفنية عن التأمين العيني إلا أن جوهره يكمن في احتفاظ البائع بملكية المبيع على سبيل الضمان لاستيفاء الثمن، ومن ثم لا يمكن إغفال نية الأطراف في هذا المقام ومدى حرص البائع على استرداد المبيع في حالة عدم الوفاء بالثمن وخاصة عند إفلاس المشتري دون الدخول ضمن جماعة الدائنين. ويبدو تطبيق الشرط واضحاً وجلياً على صعيد البنوك حيث يزدهر شرط الضمان لنقل الملكية.

ثانياً: تعددت الآراء الفقهية بشأن تكييف الطبيعة القانونية لشرط الاحتفاظ بالملكية على سبيل الضمان، فهناك من كیفه بأنه بيع معلق على شرط واقف، وهناك من رأوا أنه بيع معلق على شرط فاسخ وآخرون رأوا بأنه بيع مقترن بشرط فاسخ، وبعضهم كیفه بأنه بيع علق فيه انتقال الملكية على الوفاء بكامل الثمن والقسم الأخير منهم كیفه بأنه بيع مضاف إلى أجل واقف.

وعليه، ومن خلال استقراء التكييفات المختلفة التي ذهب لها الشراح أمكننا ترجيح التكييف القائل بأن شرط الاحتفاظ بالملكية على سبيل الضمان هو بيع معلق على أجل واقف؛ أي أنه يجوز للبائع إذا كان الثمن مؤجلاً أو مقسماً أن يشترط تعليق نقل الملكية إلى المشتري حتى يؤدي جميع الثمن ولو تم تسليم المبيع، وإذا تم استيفاء الثمن تعتبر ملكية المشتري مستندة إلى وقت البيع.

ثالثاً: سلكت الأحكام القضائية في دولة الإمارات مسلك المشرع المصري وتبنى نظرية "الشرط الواقف" والتي ذهبت إلى عدم إعطاء المشتري لبعض السلطات التي اكتسبت من جراء

السيطرة الفعلية والمادية على الشئ المبيع، فقد نصت المادة 513 من قانون المعاملات المدنية الإماراتي رقم (5) لسنة 1985 المعدل بالقانون الاتحادي رقم (1) لسنة 1987 بأنه يجوز للبائع إذا كان الثمن مؤجلاً أو مقسماً أن يشترط تعليق نقل الملكية إلى المشتري حتى يؤدي جميع الثمن ولو تم تسليم المبيع. وإذا تم استيفاء الثمن تعتبر ملكية المشتري مستندة إلى وقت البيع.

رابعاً: أن إدراج شرط الإحتفاظ بالملكية في عقد البيع يحول دون الإنتقال الفوري للملكية – في لحظة إبرام العقد – من البائع إلى المشتري وأن نقل الملكية يكون موقوفاً حتى دفع الثمن بكامله من الأخير إلى الأول. وعليه يظل البائع حسب شرط الإحتفاظ مالكاً ملكية خالصة لشيئ المبيع قبل تسليمه للمشتري وبعد تسليمه لهذا الأخير، فإذا كان الشيء لا يزال في حيازة البائع كان من حقه استعماله أو بيعه مع التزامه تسليم المشتري شيئاً مماثلاً لما اتفق عليه، أما قبل الوفاء بالثمن فلا يصبح المشتري من حيث المبدأ مالكاً للمال الذي آل إليه عن طريق البيع، ولكنه يحوزه مباشرة وينتفع به وتلك ميزة شرط الإحتفاظ بالملكية البسيط حيث يسمح للمشتري باستعمال المال قبل الوفاء بكامل ثمنه إلا أنه يتحمل تبعه هلاكه منذ يوم تسلمه.

خامساً: أنه ومن حيث الأصل، فإنه يجوز للبائع الاحتجاج بشرط الاحتفاظ بالملكية على دائني المشتري ويمكنه بالتالي استرداد مبلغ المبيع الذي لم يستوف ثمنه حتى مع صدور حكم بشهر إفلاس المشتري وهنا تكمن قوة شرط الاحتفاظ بالملكية كوسيلة لضمان حق البائع في الثمن.

التوصيات:

أولاً: رأينا أن الحكم بإفلاس المشتري يجعل البائع ضمن جماعة الدائنين على أمل الحصول على جزء يسير من الثمن المستحق بعد التصفية الجماعية لأموال المشتري، ويؤدي ذلك إلى موقف شاذ حيث تباع البضاعة التي دخلت للمشتري حديثاً ولا تزال مملوكة للبائع بمقتضى الشرط بثمن بخس ليوزع غالباً على الدائنين الممتازين. وقد بادر القانون الألماني بتعديل قانون 13 يوليو لسنة 1967 فيما يتعلق بالإفلاس حيث خول البائع حق استرداد البضاعة التي يحتفظ لملكيتها في مواجهة

دائني المشتري وأصبح هذا الحق أيضاً سارياً في القانون الفرنسي (12 مايو 1980) وكذلك المصري في قانون التجارة الجديد، استناداً لما سبق فإننا نقترح إضافة نص جديد في المرسوم بقانون اتحادي رقم 9 لسنة 2016 بشأن الإفلاس في دولة الإمارات العربية المتحدة مماثلاً للنص المقترح من الدكتور محمد حسين منصور في كتابه شرط الاحتفاظ بالملكية بأنه "يجوز استرداد البضاعة التي اشترط البائع في محرر ثابت التاريخ قبل تسليمها، الاحتفاظ بملكيته إذا ظلت على حالتها العينية، وإذا تم التصرف بالبضاعة جاز استرداد ثمنها أو المتبقي منه لدى المتصرف إليه".

بموجب هذا النص المقترح يتم تقرير نفاذ حق البائع قبل جماعة الدائنين في استرداد البضاعة التي يحتفظ بملكيته ولم يستوف ثمنها أو المتبقي منه في ذمة المشتري.

ثانياً: نجد أيضاً أنه من المناسب طرح توصية معينة بخصوص المرسوم المقترح من دائرة الأراضي والأموال بدبي على اعتبار أن فرض آلية التسجيل العقاري على البنوك والمصارف الإسلامية سيجعلنا أمام عائق وإشكال كبير وغير ملائم للواقع العملي، إذ سيتم عرقلة تعاملات المتعاملين وإضاعة الكثير من وقتهم ووقت البنك الذي كليهما في منأى عنه، فضلاً عن أن وجوبية التسجيل العقاري في كل قسط يتم سداده من شأنها خلق بعض الإشكاليات والتي تتمثل فيما يلي:

1- الإخلال بالإتزان الواجب المحافظة عليه ما بين الأصول والخصوم في البنوك والمصارف الإسلامية، إذ تعد هذه المشكلة من أبرز التحديات التي تواجهها هذه المصارف، فإضرارها لتسجيل العقارات سيؤدي إلى تكس الأصول مما سيترتب عليه عجز المصرف الإسلامي عن توظيفها التوظيف الأمثل من الناحية الاستثمارية.

2- إتاحة الفرصة لسيئي النية -سواءً من المتعاملين أنفسهم أو من البائعين للعقار على حد سواء- لإضرار البنوك وجعلها ضحية لشرط وجوبية التسجيل العقاري، إذ أن تشريع المادة المقترحة وفقاً للنص الحالي سيؤدي إلى إبطال مئات بل آلاف التعاملات التي تمت بهذه الطريقة، فالبنوك الإسلامية وفق نص المادة (9) ونص المرسوم المقترح وإن كانت قد

تمكنت من الناحية الشرعية للعقار بموجب عقد البيع الصحيح، إلا أنها لم تقم بالتسجيل وفق أحكام القانون. وبالتالي فإن عملية بيع البنوك الإسلامية للعقار إلى المتعامل الراغب في الشراء تكون قد دخلت في دائرة - بيع ما لا يملك - وبذلك تطال دائرة البطلان لجميع العقارات التي تملكها البنك وباعها للمتعامل دونما تسجيل، فيصبح البيع باطلاً قانوناً بل وكل ما بني على عقد البيع من ضمانات وغيرها باطلة رغم صحتها شرعاً، وبذلك نرى أن يتضمن نص المرسوم المقترح سريانه على جميع التعاملات السابقة.

ولذلك ولكل ما سبق ذكره أعلاه من عوائق تواجهها المصارف الإسلامية في مسألة تسجيل العقارات في السجل العقاري، فإننا نورد التعديل التالي على المرسوم المقترح:

بالإطلاع على القانون رقم 2006/7 بشأن التسجيل العقاري لإمارة دبي، وقرار المجلس التنفيذي لإمارة دبي رقم (30) لسنة 2013 بشأن اعتماد الرسوم الخاصة بدائرة الأراضي والأموال الفقرة (1) من المادة (3) من القرار المذكور، وعلى أحكام القوانين وقرارات المجلس التنفيذي لإمارة دبي ذات الصلة عليه رسمنا بما يلي:

المادة (1):

أ. تعفى كافة المصارف والبنوك الإسلامية وشركات التمويل الإسلامي المرخصة من مصرف الإمارات المركزي لمزاولة نشاط التمويل العقاري الإسلامي في الدولة من تسجيل جميع التصرفات العقارية في السجل العقاري ويكون للعقود الحالية والسابقة لصدور هذا المرسوم ذات الحجية والأثر القانوني المقرر للعقود المسجلة في مواجهة المتعاقد معها أو الغير، بشرط أن يكون تملكها للعقار بقصد إعادة بيعه أو تأجيرها ل أحد العملاء .

ب. في حال رغبت المصارف والبنوك الإسلامية وشركات التمويل الإسلامي المرخصة من مصرف الإمارات المركزي بالتسجيل في السجل العقاري تعفى تلك البنوك والمؤسسات

من سداد رسوم تسجيل عقد بيع العقار عند شرائها للعقارات في الإمارة بشرط أن يكون تملك البنوك والمؤسسات المصرفية الإسلامية للعقار بقصد إعادة بيعه أو تأجيره لأحد العملاء.

المادة (2): يتم استيفاء رسم عقد بيع العقار المقرر بموجب قرار المجلس التنفيذي المشار له عند إعادة بيع العقار.

هذا، وأخيراً، أسأل الله التوفيق والسداد والإخلاص في العمل والإعانة على إخراجہ على الوجه الذي يرضيه ويفيد القارئ.

المراجع

أولاً: (المعاجم)

1. إسماعيل بن حماد الجوهري، الصحاح في اللغة والعلوم، دار الحضارة العربية، بيروت، لبنان.
2. مجمع اللغة العربية، المعجم الوسيط، دار الدعوة، اسطنبول، جمهورية تركيا، 1989.

ثانياً: (الكتب)

1. د. حسني محمد جاد الرب، صور وأحكام التملك بالإيجار: دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، مصر، 2009.
2. د. حمد الله محمد حمد الله، حماية بائع المنقولات المادية من خلال شرط الاحتفاظ بالملكية، دار النهضة العربية، القاهرة، جمهورية مصر العربية، 1995.
3. د. حمدي أحمد سعد، البيع الإيجاري، دار الكتب القانونية، المحلة الكبرى، جمهورية مصر العربية، 2011.
4. خليل أحمد حسن قدارة، مدى شرعية القيود الإرادية التي ترد على حق الملكية، مجلة الجامعة الإسلامية، المجلد الثاني عشر – العدد الثاني، جامعة الأزهر، غزة، فلسطين، 2004.
5. د. عبد الحميد نجاشي الزهيري، شرح قانون المعاملات المدنية (آثار الحق وانقضاؤه) إثراء للنشر والتوزيع، عمان، المملكة الأردنية 2009، الطبعة الأولى.
6. أ.د. عبد الخالق حسن أحمد، الوجيز في شرح قانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة رقم 5 والمعدل بالقانون الاتحادي رقم 1 لسنة 1987، الجزء الثالث، عقد البيع، أكاديمية شرطة دبي، إمارة دبي، الإمارات العربية المتحدة، 2008.
7. عبد الرحمن أحمد جمعة، دراسات علوم الشريعة والقانون، الجامعة الأردنية، المملكة الأردنية، المجلد 34، العدد 2، 2007.
8. د. عبدالستار الخويلدي، الفروق الأساسية في المعاملات المالية الإسلامية، معهد دبي القضائي، إمارة دبي، دولة الإمارات العربية المتحدة، 2015.
9. أ.د. عبد السميع عبدالوهاب أبو الخير، أحكام الالتزام في قانون المعاملات المدنية الإماراتي الاتحادي، مطبوعات جامعة الامارات العربية المتحدة، 2002.

10. عبدالفتاح محمد عبدالفتاح، نظام التأجير التمويلي في القانون المصري طبقاً للقانون 95 لسنة 1995، جامعة عين شمس، القاهرة، جمهورية مصر العربية، 2004.
11. عبد الله العبد المنعم، صناعة الصيرفة الإسلامية، دار أقرأ للنشر والتوزيع، حولي، دولة الكويت.
12. د. عبد الواحد كرم، أحكام الالتزام في قانون المعاملات المدنية لدولة الامارات العربية المتحدة، دار الفجر للطباعة والنشر، أبوظبي، دولة الامارات العربية المتحدة.
13. أ.د. عدنان سرحان، أحكام البيع في قانون المعاملات المدنية الإماراتي، الآفاق المشرقة ناشرون، المملكة الأردنية الهاشمية، 2010.
14. د. علي أحمد صالح المهداوي ود. يوسف محمد عبيدات، الوجيز في شرح قانون المعاملات المدنية الاتحادي (الحقوق العينية التبعية) الآفاق المشرقة ناشرون، الشارقة، دولة الامارات العربية المتحدة، 2011، الطبعة الأولى.
15. أ.د. محمد أحمد شحاته حسين، المطول في شرح قانون المعاملات المدنية لدولة الامارات العربية المتحدة المستمدة معلقاً عليها بأحكام المحاكم العليا لدولة الامارات والمحاكم العليا للنظم القضائية العربية المقارنة، الجزء الخامس، المكتب الجامعي الحديث، الاسكندرية، مصر، 2015.
16. د. محمد حسين منصور، شرط الاحتفاظ بالملكية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، جمهورية مصر العربية، 2003.
17. د. محمد حسين منصور، النظرية العامة للالتزام، منشأة المعارف، الاسكندرية، جمهورية مصر العربية، 2005.
18. محمد عايد الشوابكة، عقد التأجير التمويلي، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، المملكة الأردنية، 2011.
19. أ.د. محمد المرسي زهرة، الحقوق العينية الأصلية في قانون المعاملات المدنية الاتحادي، مطبوعات جامعة الإمارات العربية المتحدة، 1999، الطبعة الأولى.
20. أ.د. محمد المرسي زهرة، المصادر غير الارادية للالتزام (الفعل الضار والفعل النافع)، مطبوعات جامعة الامارات العربية المتحدة، 2002، الطبعة الأولى.
21. د. محمد ندا ندا لبدة، الاستثمار العقاري ودوره في حدوث الأزمة المالية العالمية، مكتبة الوفاء القانونية، الاسكندرية، جمهورية مصر العربية، 2013.

22. ناصر جميل محمد الشمائلة، كسب ملكية المضمونات بالضمان، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، المملكة الأردنية، 1997.
23. د. نبيل إبراهيم سعد، الضمانات غير المسماة في القانون الخاص، منشأة المعارف، الاسكندرية، جمهورية مصر العربية، 2000.
24. هاني محمد دويدار، النظام القانوني للتأجير التمويلي، مكتبة الإشعاع القانونية، الاسكندرية، جمهورية مصر العربية، 1999.
25. د. هشام خالد، البنوك الإسلامية الدولية وعقودها، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، جمهورية مصر العربية، 2001.
26. د. قدرى عبدالفتاح الشهاوي، قانون التأجير التمويلي رقم 95 لسنة 1995 المعدل بالقانون رقم 16 لسنة 2001 ولائحته التنفيذية (دراسة مقارنة)، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2005.
27. أ. د. وهبة الزحيلي، أصول الفقه الإسلامي، دار الفكر، دمشق، الجمهورية العربية السورية، 2005.

ثالثاً: (القوانين والأحكام)

1. قانون المعاملات المدنية رقم (5) لسنة 1985 والمعدل بالقانون الاتحادي رقم (1) لسنة 1978 لدولة الإمارات العربية المتحدة، معهد دبي القضائي، دبي، الإمارات العربية المتحدة، 2017.
2. مجموعة القواعد والأحكام الصادرة عن محكمة تمييز دبي في كسب الملكية من 1997 إلى 2012، المكتبة القانونية، دبي، الإمارات، 2016.
3. المذكرة الايضاحية لقانون المعاملات المدنية الصادر بالقانون الاتحادي رقم (5) لسنة 1985 المعدل بالقانون الاتحادي رقم (1) لسنة 1987، وزراء العدل، دولة الامارات العربية المتحدة.
4. المعايير الشرعية، هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية، المنامة، مملكة البحرين، 2010.

رابعاً: (الرسائل العلمية والأبحاث)

1. أحمد محمد محمود نصار، عقد الاجارة فقهاً وتطبيقاً، بحث منشور على الانترنت.

2. م. بان ياسين مكي، الآثار الاقتصادية لعقد التأجير التمويلي، بحث منشور في مجلة الخليج العربي، جامعة البصرة، العراق، 2012.
3. حنان كمال الدين جمال ضبان، عقد التأجير التمويلي وتطبيقاته المعاصرة "دراسة فقهية"، بحث ماجستير، الجامعة الإسلامية، غزة، 2015.
4. شراين حمزة، الملكية كوسيلة دعم الائتمان، بحث ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، الجزائر، 2008.
5. صفاء بلعوي، النواحي القانونية في عقد التأجير التمويلي وتنظيمه الضريبي، وهي رسالة ماجستير في جامعة النجاح الوطنية، 2005.
6. محمد بن عبدالعزيز بن سعد اليميني، الشرط الجزائي وأثره في العقود المعاصرة، بحث منشور على شبكة الانترنت.
7. د. محمد المومني، بحث بعنوان "الإجارة المنتهية بالتملك بين النظرية والتطبيق"، منشور على الانترنت.
8. هشام بن الشيخ، الاحتفاظ بالملكية ودوه التأمين، بحث منشور على شبكة الانترنت.

خامساً: (الصحف)

1. صحيفة الامارات اليوم، تحقيق أمل الشناوي عدد تاريخ 15-1-2016.
2. صحيفة الاتحاد، تحقيق: إبراهيم سليم، تاريخ النشر الأربعاء 31-01-2018.¹

¹ ملاحظة: قمت بترتيب المراجع هجائياً مع حذف ال التعريف من بدايتها عند ترتيبها.