الاقل فيما يخص المنقولات المهمة كالمكائن والآلات والسيارات والسفن وما شابه ذلك.

٢-حق التتبع: بموجب المادة (١٣٧٦) من القانون المدني العراقي انه اذا خرجت العين من ملكية المدين خرجت بذلك من نطاق ذمته ولم تعد ضامنه لديونه، فالامتياز هنا لايوافر للدائن حق التتبع، ولذلك فان الدائن لايستطيع ان يتجاهل التصرف الصادر من مدينه اذا كان هذا التصرف ثابت التاريخ كان المتصرف اليه حسن النية.

وتجدر الاشارة الى حكم خاص بالمحال التجارية في القانون المصري إذا يخول الامتياز بائع المحل التجاري، اذ تصرف في المحل التجاري الى الغير قبل سداد المتسحق من الثمن، الحق في تتبع المحل التجاري تحت يد من آل اليه.ولايستطيع حائز المحل الجديد ان يحتج في مواجهة البائع بقاعدة الحيازة في المنقول سند المكلية.

لان هذه القاعده خاصه بالمنقولات المادية، ومن ثم لايخضع لتلك القاعدة، اما اذا كان امتياز البائع مقرراً على العناصر المادية كالبضائع والمهمات وتصرف المشتري في بعض تلك العناصر وتسلمها المتصرف اليه، كان له الحق في التمسك بقاعدة (الحيازة في المنقول سند الملكية) في مواجهة البائع، اذا كان حسن النية، وفي هذه الحالة يكون للبائع حق الرجوع على المشتري[١].

وعلى وفق القواعد العامة في الفسخ التي تقضي باعادة المتعاقدين الى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد، فانه يبدو لنا ان لبائع المنقول، اذا لم يقم مشتريه بدفع الثمن في الميعاد المتفق عليه في العقد، دعوى الفسخ، أي ان يطلب فسخ البيع واسترداد المبيع، حتى لو كان المشتري قد تصرف فيه الى اخر حسن النية، مع الاخذ بنظر الاعتبار وجود احكام خاصة بدعوى فسخ بيع المحل التجاري في القانون رقم ١١ لسنة ١٩٤٠ (المصري) وذلك استثناء من القواعد العامة. فنص

---

[١] القانون رقم ١١ لسنة ١٩٤٠

مثلا في المادة (٥) منه على ان: (لاتقبل تلقاء الغير دعوى الفسخ لعدم دفع الثمن إلا اذا كان قد احتفظ بها صراحة في القيد، و لاترفع الدعوى إلا عن اجزاء المحل التي كانت محلا للبيع دون غيرها).

ويثور التساؤل بصدد حكم الحالة التي يتعذر فيها على البائع الاسترداد بسبب عدم قيام شروط الاسترداد وهل يجوز له استرداد الثمن من المشتري الجديد مادام المشتري مدينا به؟

قد يقول قائل بجواز ذلك قياسا على جواز استرداد ثمن المنقولات التي يعهد بها لدى وكيل بالعمولة لبيعها، ولكن هل يلزم البائع المسترد بان يؤدي لدائني المشتري الجديد اجور النقل او التامين او اية مصاريف دفعوها وان يدفع المبالغ التي تستحق للاسباب نفسياً؟ الواقع ان هذا الالزام الاخير لايقع على عاتق البائع لان العقد لم يفسخ إلا بخطأ المشتري نظرا لامتناعه عن اداء الثمن ولذلك يجب ان تقع على هذا الاخير المصروفات.

ولكن هل يشترط لممارسة الامتياز عدم دخول المنقول المبيع الى مخازن المشتري او مخازن وكيلة بالعمولة، بمعنى هل ان حماية الاغيار الذين يتعاملون مع المشتري تقتضي بعدم ممارسة الامتياز في هذه الحالة لان البضاعة اذا دخلت مخازن المشتري او مخازن وكيله بالعمولة اصبحت عنصرا من عناصر الائتمان الذي يتمتع به المشتري اما قبل ذلك فلا؟

في الواقع من الصعوبة بمكان تحديد الوقت الذي تعد فيه البضاعة قد سلمت لمخازن المشتري ولذا ينبغي القول، استناداً للقواعد العامة التي تقضي بحماية الاغيار، ان البضاعة تعد قد سلمت لمخازن المشتري اذا وجدت في مكان يبدو من وجودها فيه انها عائدة للمشتري بحيث يعتمد المتعاملون معه على دخولها في الضمان العام وزيادتها الائتمان الذي يتمتع به، فالعبرة اذن بالعلانية وبذلك يتبين ان دخول البضاعة في مخازن المشتري يختلف عن القابلية للتسليم لان هذا الاخير مجهول من الاغيار، وفي كل الاحوال قد فضل المشرع العراقي مصلحة البائع على

الغير بان اعطاه اولوية على ثمن البضاعة طالما ان الاغيار لم تحمهم قاعدة (الحيازة في المنقول سند الملكية) او لم يكونوا من المحميين باحكام قانون التجارة.

ويؤخذ من نص المادة (١٣٧٦) من القانون المدني العراقي ومايقابلها في التشريعات المقارنة ان المنقول اذا كان مثقلاً بحق امتياز قد تعترضه قاعدة اخرى هي قاعدة (الحيازة في المنقول سند الملكية)، فتتغلب قاعدة الحيازة على حق الامتياز بحالتين اوردهما النص المذكور هما حالتي مؤجر العقار وصاحب الفندق كما سنبحثهما لاحقاً.

كما ويبدو لنا ان بائع المنقول يتمتع (بحق الاسترداد)، وتوضيح ذلك نقول انه لما كانت ملكية الاشياء المعينة تنتقل بمجرد انعقاد البيع فان المقصود باسترداد بائع المنقول في حقيقة الامر هو دعوى الفسخ لعدم اداء الثمن، والواقع ان مرد الخلط ان للفسخ اثرا يستند الى الماضي فيجعل ملكية البائع كان لم ينزل عنه فهو من هذا الوجه يسترد مالا مملوكا له[١].

كما ان حق الاسترداد يتمثل في حالة وجود البضاعة في الطريق من البائع الى المشتري وقت الافلاس في انه يكون من حق البائع ايقاف البضاعة وهي في طريقها الى المشتري واستردادها، وبذلك يتمكن البائع من انقاذ بضاعته من الوقوع في تفليسة المشتري[٢].

وهذا كما يبدو لنا حل انجح من منحه حق امتياز على ثمن المبيع، ولكي ينتج نظام ايقاف البضاعه في الطريق ثمرته المرجوه منه يجب ان لايقتصر حق البائع

---

[١] ومن المهم ان نميز بين حق بائع المنقول في حبس المنقول وبين حقه في الامتياز: حيث يكون حق الحبس حين يكون البيع بثمن عاجل وحق الامتياز على ثمن المبيع ويكون للبائع حق الحبس اذا لم يسلم المشتري البضاعة لانه اذا ما سلمها يكون قد تنازل عن حقه، ويفقد البائع حق الاسترداد المقرر في حالة تسليم المشتري البضاعة، ويصبح البائع دائنا عاديا فلا يكون له الحق في الحبس لانه قد تنازل عنه بارادته.

[٢] د.صلاح الدين الناهي: الوسيط في القانون التجاري العراقي (احكام الافلاس والتصفية القضائية)- ط١- سنة النشر بلا – ص١٩٦، ٢٠١-٢٠٢.

في استرداد البضاعة على حالة اشهار افلاس المشتري بل يجب ان يتمكن البائع من الاسترداد اذا توقف المشتري عن الاداء ولو لم يشهر افلاسه إلا بعد ذلك.

وبصدد الاحتجاج بحق الامتياز على الحائز فينبغي ان نبين بان حق الحائز يتغلب على حق البائع في حالتين قررهما المشرع وكما ياتي:

١-اذا اشترى شخص منقولا ولم يدفع ثمنه، فان المنقول يبقى مثقلاً بحق امتياز الثمن، فاذا نقل المشتري هذا المنقول الى منزل استأجره، وكان المؤجر حسن النية لايعلم ان المنقول مثقل بحق امتياز، فان المنقول متى نقل الى العين يحوزه المؤجر بحسن نية، فتتغلب هذه الحيازة بحسن نية على حق امتياز البائع، ويفضل في هذه الحالة مؤجر العقار على بائع المنقول.

٢-والحالة الثانية يفترض ان مشتري المنقول، في المثل السابق، بدلا من ان ينقل المنقول الى منزل أستاجره نقله الى فندق نزل فيه، واختلط المنقول بامتعته، وكان صاحب الفندق يعتقد بحسن نية ان المنقول ملك النزيل وانه غير مثقل بحق امتياز في هذه الحالة ايضا يفضل صاحب الفندق حسن النية على بائع المنقول، ويتقدم امتياز صاحب الفندق على امتياز بائع المنقول من اجل ذلك، ولان امتياز بائع المنقول معرض للضياع وللتبديد كثيرا، نص المشرع المصري في المادة (١١٣٣) من القانون المدني المصري على انه اذا خشى الدائن (بائع المنقول) لاسباب معقولة تبديد المنقول المثقل بحق امتياز لمصلحته، كنقله الى مكان او الى فندق، جاز له ان يطلب وضع هذا المنقول تحت الحراسه، فيؤمنه الحارس بوضعه تحت حراسته، او على الاقل يخطر صاحب المكان المؤجر، او صاحب الفندق، قبل نقل المنقول الى المكان المؤجر او الى الفندق، بان المنقول مثقل بحق امتياز البائع، فيبقى هذا الامتياز مفضلا على امتياز المؤجر او امتياز صاحب الفندق[١].

يضمن التعويض الذي قد يستحق للبائع قبل المشتري ويفترض في عقد البيع ان يكون صحيحاً، فاذا كان العقد باطلاً فلا امتياز، واذا كان البيع واردا على اشياء

---

[١] د.عبد الرزاق السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني- ج١- والاخير يف التامينات الشخصة والعينية (١٩٧٠)- دار النهضة العربية- القاهرة- ص٩٣١-٩٣٣.

مثلية، فان الملكية لاتنتقل إلا بالافراز، و كما بينا ان معظم الفقهاء يذهبون الى ان الامتياز لاينشا هنا إلا اذا انتقلت الملكية فعلا الى المشتري، و محل هذا الامتياز هو الشيء المنقول الذي بيع، ولايهم ما اذا كان هذا الشي من الاشياء المادية او المعنوية، ومن المسلم ان هذا الامتياز مقررا ايضاً للمحيل الذي حول حقه الى شخص اخر في مقابل مبلغ من النقود، والامتياز في هذه الصوره يكون محله الدين المحال[1]. وتقرر المادة (١٣٧٦) من القانون المدني العراقي ومايقابلها في التقنيات المقارنة ان الامتياز يبقى مادام المبيع محتفظا بذاتيته، بمعنى انه لو ضاعت معالم الشيء المبيع او اندمج في شيء اخر زال الامتياز[2].

نخلص مما تقدم انه اذا باع الشخص منقولا، فان الثمن المستحق له يعد دينا ممتازاً، سواء أكان الثمن مؤجلا ام منجزاً، وامتياز بائع المنقول كامتياز بائع العقار يضمن الثمن وملحقاته من فوائد ومصروفات كما تبين من البحث ان الامتياز في هذه الحالة لايقوم على اساس الحيازة، ولذلك فان حق الامتياز المقرر لبائع المنقول يرد على الشيء وهو في حيازة المشتري، واذا خرج الشي حيازة المشتري، فان الحائز يستطيع التمسك بقاعدة (الحيازة في المنقول سند الملكية) متى توافرت شروطها، ولايستطيع البائع ان يتمسك قبله بحق الامتياز، وتقرر لذلك المادة (١/١٣٧٦) مدني عراقي ان هذا الامتياز لايخل بالحقوق التي كسبها الغير حسن النية، اما اذا باع المشتري المنقول من دون ان يسلمه، فالراجح في الفقه ان للبائع امتياز عليه، ويبدو لنا ان الاصوب هو ان خروج المنقول من ملكية المدين مفاده انتقاله من عناصر ذمته المالية و بالتالي فان البائع لايستطيع شيئاً ازاء ذلك لاسيما اذا كان تصرف المشتري الى المتصرف اليه بعقد صحيح ثابت التاريخ.

---

[1] السنهوري، المصدر السابق- ص٩٣٢-٩٣٣.

[2] د.شفيق شحاته: المصدر السابق- ص٢٢٥.

المطلب الثاني: الاثار الخاصة ببعض المنقولات التي يرتبها امتياز بائع المنقول

توجد بعض المنقولات كالمحل التجاري وما شابه لها خصوصية في خضوعها للتسجيل عند اجراء التصرفات القانونية عليها لتمتعها بذاتية مستقلة تكفل تمييزها عن غيرها، ولهذا يخضع الامتياز فيها عند البيع لاحكام خاصة تجعله متميزاً عن حق امتياز البائع وفقا للقواعد العامة، كما توصلنا الى اقتراح بعض الوسائل لتعزيز ضمان البائع ولهذا سنقسم هذا المطلب الى فقرتين نبحث في اولهما الاحكام الخاصة بامتياز بائع المحل التجاري كنموذج من المنقولات ذات الطبيعة الخاصة التي لها احكام مختلفة عن القواعد العامة ونخصص ثانيهما لعرض الوسائل المقترحة لتعزيز ضمان بائع المنقول.

أ – الاحكام الخاصة بامتياز بائع المحل التجاري[1]: بقدر تعلق الامر بموضوع الضمان في هذا الصدد سنعرض للامور الاتية:

أ-امتياز البائع يتجزأ.

ب-وجوب اتباع اجراءات معينه لتحرير المحل التجاري من الامتياز.

ج-الامتياز لايتقرر على العناصر المادية إلا في حالة الاتفاق صراحة على ذلك.

أ-امتياز البائع لايتجزأ: تقضي القواعد العامة بان امتياز البائع لايتجزأ بمعنى ان كل جزء من المبيع ضامن الثمن كله، وكل جزء من الثمن مضمون بالمبيع كله. بيد ان المشرع المصري خرج على هذه القاعده العامة فيما يتعلق ببيع المحل التجاري، فنص في المادة (٢) من القانون رقم ١١ لسنة ١٩٤٠ على تجزئة امتياز البائع الى اقسام ثلاثة هي: امتياز يقع على البضائع والثاني يقع على المهمات والثالث يقع على العناصر المعنوية ولذلك اوجب المشرع ان يحدد في العقد ثمن كل قسم ولايضمن

---

[1] بالنظر لعدم وجود تشريع عراقي بالمحل التجاري سنبحثه على وفق التشريع المصري في القانون رقم ١١ لسنة ١٩٤٠.

كل عنصر إلا الثمن المحدد له فلا يتجاوز الى ثمن عنصر اخر، وينتهي الامتياز الذي يقع على كل قسم على انفراد.

ب-وجوب اتباع اجراءات معينة لتحرير المحل التجاري من الامتياز: قضى المشرع بوجوب دفع ثمن البضائع اولا، فاذا سدد كله استنزل من ثمن المهمات حتى اذا استوفى هذا الثمن استنزل المدفوع بعد ذلك من ثمن المقومات المعنوية، وبالتالي ينقضي امتياز البضائع كمرحلة اولى ثم المهمات و اخيرا امتياز العناصر المعنوية (المقومات غير المادية)، والحكمة من هذا الترتيب المحدد هي الرغبة في تطهير البضائع من امتياز البائع باسرع مايمكن لانها مصدر ائتمان المشتري واهم ما يعتمد عليه دائنوه كما يعتمد عليها المشتري اساسا في التعامل مع الغير، واما ما تبقى للبائع من ثمن مؤجل فيعد فيما يخص هذه الاشياء دائنا عاديا، وقصد المشرع ايضاً من هذا التحديد في ترتيب العناصر التي تحرر بصفة اولية مصلحة البائع، ذلك ان البضائع والمهمات من المنقولات المادية واستمرار امتيازه عليها غير مجد في حيازة الغير حسن النية لها، فاراد المشرع ان يضمن بقية دينه بالعناصر المعنوية[1].

ج- الامتياز لايتقرر على العناصر المادية إلا في حالة الاتفاق صراحة على ذلك.

الاصل ان للمتعاقدين مطلق الحرية في تعيين العناصر التي تكون محلا للامتياز فقد يتفقان على ان تكون كل العناصر المعنوية والمادية محلا للامتياز او بعضها فقط، اما اذا اغفل المتعاقدين تحديد محل الامتياز باتفاق صريح فقد نصت المادة(٤) من القانون رقم ١١ لسنة ١٩٤٠ على ان الامتياز في هذه الحالة لا يقع إلا على عنوان المحل التجاري واسمه والحق في الاجازة والاتصال بالعملاء والسمعه التجارية، ويتضح من هذا ان المشرع المذكور قصد استبعاد العناصر المادية من امتياز البائع في حالة سكوت الطرفين على النص على محل هذا الحق، وقد خرج

---

[1] سميحة القليوبي: المصدر السابق- ص٣٧٠-٣٧٤.

المشرع المصري بذلك عن القواعد العامة التي تقضي بان يشمل الامتياز محل العقد كله في حالة عدم تحديد الطرفين لما يقع عليه الامتياز.

٢-الوسائل المقترحه لتقوية الضمان في امتياز بائع المنقول: يمكن التذرع بوسائل مختلفة لتقوية ضمانات ممارسة الامتياز الذي يقرره المشرع لبائع المنقول أي الضمانات المتصلة بثمن المبيع في القوانين المدنية، وفي هذا الصدد يمكننا ايراد الوسائل الاتية:

اولاً: الشرط الفاسخ الصريح.

ثانيا: شرط استبقاء الملكية

وكنا قد انتهينا من بيان الشرط الثاني: شرط استبقاء الملكية او الاحتفاظ بها، من انه الشرط الذي ينص فيه بائع المنقول بان ملكية هذه الاشياء تبقى له حتى بعد تسليم المبيع الى ان يستوفي الثمن كامله، وعليه سنقصر البحث هنا على الشرط الاول، الشرط الفاسخ الصريح، الذي يعد بموجبه البيع مفسوخا، باثر رجعي لعدم اداء الثمن وهذا الامر قد شاع استعماله على شيوع ظهور البيع على اقساط، وقد توجهت محاولات التجار نحو التمسك بهذا الشرط على دائني المشتري المفلس.

ويمكن ان نتساءل بعد ذلك عن (التعويض المتستحق بمناسبة فسخ العقد بسبب الامتناع عن الوفاء بالثمن) فيما اذا كانت القواعد العامة التي تقضي بالزام الممتنع بتعويض الطرف الاخر عن فسخ العقد تنطبق في هذه الحالة ام لا؟

الواقع ان الفسخ بسبب الامتناع عن تنفيذ الالتزامات[١] الناشئة عن عقد البيع يجعل للطرف الاخر (البائع) الحق في مطالبة المشتري الممتنع، عن التعويض اذ ليس هناك مايبرر عدم خضوع المشتري الممتنع عنها لهذه القواعد، وهكذا نقترح لو ينص المشرع العراقي على انه: (للبائع الحق في المطالبة بالتعويض لعدم تنفيذ

---

[١] للمزيد من التفاصيل حول هذا الموضوع ينظر: الدكتورة سهام عبد الرزاق: الخطأ السلبي في المسؤولية المدنية - رسالة ماجستير مقدمة الى مجلس كلية القانون/جامعة بغداد- (١٩٩٧) ص١٨٣ ومابعدها.

المشتري التزاماته الناشئة عن عقد البيع في تمسك البائع بالفسخ). او يكون النص بالصيغة الاتية:

(للبائع في حالة امتناع المشتري عن تنفيذ العقد ان يطالب المشتري بالتعويض)

اما عن (تقدير مبلغ التعويض) فانه في الاحوال التي يتفق فيها الطرفان على شرط جزائي يجب اتباع هذا الشرط، فاذا لم يوجد مثل هذا الشرط وجب في تقدير التعويض حساب جميع الخسائر التي حصلت للبائع والكسب الذي فاته وللقاضي سلطة تقديرية في هذا الصدد.

وعلى ما يبدو لنا انه اذا تاخر المشتري عن دفع الاقساط في موعد استحقاقها فللبائع الخيار في طلب فسخ العقد وبيع المنقول بالمزاد العلني وبين طلب فسخ العقد واسترداد المنقول بعد تحديد قيمته وخصم مادفع من قيمته واذا اختار البائع احدى هاتين الطريقتين فلا يكون له العدول عنها.

وبلا شك توجد امور ممهدة للبيع او الاسترداد منها ان يتخلف المشتري عن دفع قسطين على التوالي، ومنها انه بعد استحقاق القسط الاول يجب على البائع ان يرسل الى المشتري انذارا بواسطة الكاتب العدل يجب ان يتضمن هذا الانذار المطالبة بوفاء القسط المستحق، وانه في حالة عدم وفاء القسط والقسط الذي يليه يعمد البائع الى فسخ العقد واسترداد المنقول، او الى بيع المنقول بالمزاد، وان اختيار البائع ضروري ومهم بمعنى انه يستحيل عليه بعد ارسال الانذار ان يتابع التنفيذ إلا وافق الطريقة التي اختارها فيه.

فاذا اختار المشتري القسط الاول واستحق الثاني ولم يدفعه حق للبائع حينئذ ان يباشر التنفيذ وفق الطريقة التي اختارها في الانذار من دون حاجة لارسال انذار جديد، اما اذا دفع المشتري القسط الاول على اثر الانذار إلا انه لم يدفع القسط الثاني في استحقاقه، فيحق للبائع ان ينذر، على وفق ما ذكرناها، المشتري واذا لم يدفع حق للبائع ان يقوم بالتنفيذ على وفق الطريقة التي اختارها.

كما يمكننا ان نقرر هنا اذا كان البيع مؤجل الثمن، جاز للبائع ان يشترط ان يكون نقل المكلية الى المشتري موقوفا على استيفاء الثمن كله لو تم تسليم المبيع[1]. كما يجوز للمتعاقدين ان يتفقا على ان يستبقي البائع جزء منه تعويضا له عن فسخ البيع اذا لم تستوف جميع الاقساط ومع ذلك يجوز لقاضي الموضوع ان يخفض التعويض المتفق عليه، أي ان يستخدم القاضي ما قرره المشرع لهذا الغرض، فكرة الشرط الجزائي، والتي يجوز بمقتضاها للقاضي انقاص التعويض المتفق عليه اذا ثبت ان التقدير كان مبالغا فيه.

نخلص مما تقدم اننا نوجه عناية المشرع المدني الى صياغة مادة قانونية تسمح للمتعاقدين بتضمين عقد البيع شرطا يجعل انتقال الملكية موقوفاً على دفع كامل الثمن، على ان يقضي بانه في حالة الوفاء بجميع الثمن فان الملكية تعود للمشتري وقت البيع، وتجدر الاشارة بهذا الصدد الى مسلك المشرع اللبناني اذ يقرر في عقد البيع بالتقسيط، المسجل حسب الاصول، لاتنتقل ملكية الالة او المركبة الى المشتري، بل تبقي الالة او المركبة ملكا للبائع حتى يدفع المشتري الثمن برمته أي ثمن الالة او المركبة وثمن ملحقاتها المنصوص عليها في عقد البيع، حتى ولو كان المشتري قد تسلم الالة او المركبة وباشر باستعمالها[2].

هذا وقد توصلنا الى وجود وسيلة اخرى توافر ضمانا للبائع لايوافره له حق الامتياز على وفق صياغة نص المادة (١٣٧٦) مدني عراقي الحالي وهو (حق الحبس) وعلى حسب الصياغة الاتية:

(١-يجوز للبائع ان يحبس المنقول الذي باعه، ولم يسلم للمشتري الممتنع عن الدفع ولم يرسل إليه او للغير على ذمته).

---

[1] على غرار مايقرره المشرع المصري في المادة (٤٣٠) مدني مصري، ينظر للتفاصيل: د.برهام محمد عطا الله، عقد البيع (١٩٨٣) مؤسسة الثقافة الجامعية بالاسكندرية- ص٥٢-٥٣.

[2] ينظر للمزيد من التفاصيل حول موقف المشرع اللبناني: يوسف نجم جبران: طرق الاحتياط و التنفيذ معاملة التوزيت والاصول- منشورات عويدات/بيروت- باريس ط١(١٩٨٠)، ص٥٣٠-٥٣١.

(٢-اذا افلس المشتري الذي لم يدفع الثمن خلال المدة التي بين العقد ووقت التسليم، فللبائع ان يمتنع عن تسليم المبيع قبل ان ياخذ تامينات قوية لو كان الثمن مؤجلاً)

فهذان النصان ينظمان مسالة واحدة وان كلا النصين يجعلان للبائع الحق في حبس المبيع سواء اكان البيع بثمن معجل او بثمن مؤجل نظرا لسقوط الاجل بافلاس المشتري، أي نقترح اعطاء البائع حق حبس، وهكذا يكون للبائع المذكور حق حبس المنقول لافلاس المشتري او امتناعه عن الوفاء ولو كان التسليم الحكمي قد تم بفرز البضاعة في مخازنه كما لو وضعت عليه علامات المشتري وفقا لاتفاق الطـــرفين. ولو اتفق على جعل تبعة الهلاك على المشتري ايضاً، وانه لايشترط لممارسة حـــق الحبس من قبل البائع عند افلاس المشتري يكون الافلاس قانونيا بان يتم شهره بحكم قضائي، بل يجوز ان يحبس البائع المنقولات اذا ثبت توقف المشتري عن الاداء.

الخاتمة

توصلنا من خلال البحث في موضوع (مدى الضمان الذي يوافره حق الامتياز على العين المبيعة) الى جملة نتائج من اهمها ماياتي:

اولاً: يجب لجواز الاستفادة من امتياز بائع المنقول قيام الشرطين الاتيين:

أ-الا يكون المشتري قد دفع الثمن.

ب-ان تثبت ذاتية المنقول وانه بعينه المنقول المبيع ويظل محتفظا بها.

ونقترح تقوية لضمان البائع ان ينص المشرع العراقي على ان المنقول المباع، من دون استيفاء كامل الثمن، يبقى مالا منقولا اذ مما لاشك فيه ان المنقول يمكن ان يصبح عقارا بالتخصيص اذا توافرت شروط العقار بالتخصيص، بمعنى ان الآلات والمركبات المباعة، على وفق اقتراحنا، تحتفظ بصفتها كمال منقول. ولا يمكن ان تصبح عقارا بالتخصيص، فيما يتعلق بالبائع، حتى لو توافرت شروط العقار بالتخصيص فيه.

ثانياً: الطبيعة القانونية لضمان امتياز بائع المنقول، على وفق مايقرره المشرع العراقي، تتمثل في كونه حق امتياز يعد من الحقوق العينية التبعية التي نظم المشرع احكامها ضمن النصوص القانونية التي افردها لحقوق الامتياز، ولكن هل فعلا ان هذا الضمان الممنوح لبائع المنقول هو مجرد اولوية في لاستيفاء لدين معين مراعاة لسبب هذا الدين او لصفته، في الواقع يبدو لنا الامر اكثر من ذلك فهو امتياز من طبيعة خاصة يقترب كثيرا من الرهون الضمنية من دون نقل الحيازة وهذا واضح من اوجه الشبه الكثيرة بين الامتياز محل البحث ورهون المنقول من دون نقل الحيازة و التي بيناها في بحثنا المتواضع.

ثالثا: تتجسد خصوصية الضمان محل البحث في انه اذا خرجت العين من ملكية المدين خرجت بذلك من نطاق ذمته ولم تعد، حسب النصوص القانونية الحالية، ضمانا لديونه، فالامتياز هنا لا يوافر للدائن حق التتبع، ولذلك فان الدائن لا يستطيع ان يتجاهل التصرف الصادر من مدينه اذا كان هذا التصرف ثابت التاريخ، وهكذا يتضح جانب الضعف في الحماية القانونية التي يوافرها هذا الضمان لحقوق البائع،

اراد المشرع توفير حماية للبائع هنا ففعل بالنص على منحه حق في الامتياز إلا ان هذا الحق هشا سرعان ما ينتهي اذا ما اقدم المشتري على التصرف بالمبيع للغير حسن النية، وفي هذا تشجيع للمدين في التخلص من عبء الامتياز بمجرد التواطي مع الغير على انتقال الملكية له، وفي الغالب يكون اثبات التواطئ عسير خاصة وان حسن النية هو الاصل المفترض، في حين كان الاصوب مراعاة مصلحة البائع وتفضيلها على مصلحة المشتري الثاني لان الاول يريد دفع مضره عنه في حين الثاني يريد جلب منفعة له هذا من جهة ومن جهة اخرى يملك المشتري ضمانا قويا في الدفاع عن حقوقه حتى في حالة عدم منحه هذا الحق بموجب المادة (١٣٧٦) مدني عراقي او وهو (ضمان الاستحقاق) فضلا عن قواعد نظرية (الكسب دون سبب).

رابعاً: شرط الاحتفاظ بالمكلية، بالصيغة التي نص عليها المشرع العراقي في المادة (٥٣٤) مدني عراقي لايكفي لتامين حق البائع لانه في الفرض الذي يقدم فيه المشتري على التصرف في المبيع الذي تسلمه واصبح في حيازته يتضرر البائع نرى ان ينص المشرع العراقي على حكم صريح في هذه الحالة بان ياتي نص على النحو الاتي:

(يحظر على المشتري التصرف في المبيع قبل اداء الاقساط باكملها إلا اذا وافق البائع على ذلك كتابة، كما ان كل تصرف يجريه المشتري للغير بالمخالفة لهذا الحكم لايكون نافذا في حق البائع اذا ثبت علم الغير وقت التصرف بعدم اداء الثمن باكمله. او اللجوء الى خيار اخر هو ان ينص المشرع على عقوبة جزائية تطبق على المشتري الذي يقوم بالتصرف في الشي المبيع قبل الوفاء بكامل الثمن.

خامساً: ان مبنى حق التقدم الذي يخوله الامتياز هنا للبائع هو ان البائع هو الذي وضع الشي المبيع في ملك المشتري، فلا يكون من العدالة ان يثري غيره من الدائنين على حسابه بدفع ديونهم من هذا الشي بينما يفقد البائع الثمن و الشيء إلا مع حفظ حقه في التقدم على غيره من الدائنين فيما يخص ثمنه، وهذا الامتياز هو نتيجة لازمه لمبدأ نقل الملكية بالعقد وان كان البيع مصحوبا باجل.

ونقترح على المشرع العراقي ان يوجب شهر عقد البيع، في حالة عدم استيفاء الثمن فورا، بقيده في سجل خاص معد بمكتب دائرة كاتب العدل التي يوجد ضمن دائرة اختصاصه المقول المبيع، وذلك حتى يعلم الغير ان المشتري لم يدفع ثمن المنقول، وفي هذه الحالة على البائع ان يقدم نسخة من عقد البيع مدقا عليها اذا كان البيع رسميا او اصل العقد اذا كان عرفيا وذلك يتقدم البائع بطلب التسجيل او القيد،كما نقترح تجديد القيد كل خمس سنوات اذا اراد البائع الاحتفاظ بامتيازه الى ما بعد، على سبيل المثال، سنتين بان ينص المشرع على ان الامتياز يظل لسنتين فقط مالم يجدد، فاذا تم التجديد احتفظ الامتياز بمرتبة متقدمة على غيره من الحقوق الاخرى، وبعبارة اخرى يبدو لنا من الاصوب لو نص المشرع العراقي على (وجوب قيد الامتياز لدى الموظف المختص) لانه، وعلى وفق النصوص الحالية، فان هذا الامتياز هو عبارة عن حق عيني يتطلب السرعه في ممارسته، ذلك ان المشرع العراقي يتطلب لاستخدامه عدم تغير ذاتية المنقول، وفي الواقع يمكن اقتراح حلا يوافر حماية اكبر بان يتم تسجيل الامتياز لدى الكاتب العدل في الاقل فيما يخص المنقولات المهمة كالمكائن والآلات والسيارات والسفن وماشابه ذلك.

سادساً: كما توصلنا الى ان بائع المنقول يتمتع (بحق الاسترداد) ولما كانت ملكية الاشياء المعينة تنتقل بمجرد انعقاد البيع فان المقصود بالاسترداد هو دعوى الفسخ لعدم اداء الثمن.

سابعاً: وتبين من البحث ان الامتياز في هذه الحالة لا يقوم على اساس الحيازة، ولذلك فان حق الامتياز المقرر لبائع المنقول يرد على الشيء المبيع وهو في حيازة المشتري، واذا خرج الشي من حيازة المشتري، فان الحائز يستطيع التمسك بقاعدة (الحيازة في المنقول سند الملكية) متى توافرت شروطها. وتقرر لذلك المادة (١/١٣٧٦) مدني عراقي ان هذا الامتياز لايخل (بالحقوق التي كسبها الغير حسن النية)، اما اذا باع المشتري المنقول من دون ان يسلمه فالراجح في الفقه ان للبائع امتيازا على هذا المنقول، ويبدو لنا ان الاصوب هو ان خروج المنقول من ملكية

المدين مفاده انتقاله من عناصر ذمته المالية وبالتالي فان البائع لا يستطيع شيئا ازاء ذلك لاسيما اذا كان تصرف المشتري الى المتصرف اليه بعقد صحيح ثابت التاريخ.

ثامنا: وتوصلنا الى امكانية التذرع بوسائل مختلفة لتقوية ضمان ممارسة الامتياز الذي يقرره المشرع لبائع المنقول أي الضمانات المتصلة بثمن المبيع في القوانين المدنية، واوردنا الشرط الفاسخ الصريح و شرط استبقاء الملكية.

والواقع ان الفسخ بسبب الامتناع عن تنفيذ الالتزامات الناشئة عن عقد البيع يجعل للطرف الاخر (البائع) الحق في مطالبة المشتري الممتنع عن التعويض اذ ليس هناك ما يبرر عدم خضوع المشتري الممتنع عنها لهذه القواعد، وهكذا اقترحنا النص الاتي:

(للبائع الحق في المطالبة بالتعويض لعدم تنفيذ المشتري التزاماته الناشئة عن عقد البيع في حالة تمسك البائع بالفسخ). او يكون النص بالصياغة الآتية:

(للبائع في حالة امتناع المشتري عن تنفيذ العقد ان يطالب المشتري بالتعويض)

تاسعا: نوجه عناية المشرع العراقي المدني الى صياغة مادة قانونية تسمح للمتعاقدين بتضمين عقد البيع شرطا يجعل انتقال الملكية موقوفا على دفع الثمن، على ان يقضي بانه في حالة الوفاء بجميع الثمن فان الملكية تعود للمشتري من وقت البيع.

عاشرا: توصلنا الى وجود وسيلة اخرى توافر ضمانا للبائع لايوافره له حق الامتياز على وفق صياغة نص المادة (١٣٧٦) مدني عراقي الحالي وهو (حق الحبس) وعلى حسب الصياغة الاتية:

(١-يجوز للبائع ان يحبس المنقول الذي باعه، ولم يسلم بعد للمشتري الممتنع عن الدفع ولم يرسل اليه او للغير على ذمته)

(٢-اذا افلس المشتري الذي لم يدفع الثمن خلال المدة التي بين العقد ووقت التسليم، فللبائع ان يمتنع عن تسليم المبيع قبل ان ياخذ تامينا قوية ولو كان الثمن مؤجلا)

والله ولي التوفيق

المصادر

اولاً: الكتب القانونية

١-د.ابراهيم الدسوقي ابو الليل: البيع بالتقسيط والبيوع الائتمانية الاخرى (١٩٨٤) مطبوعات الجامعة- جامعة الكويت

٢-د.امين عبد المعبود زغلول: نظرية التوثيق في الشريعة الاسلامية- مطبعة الفيصل- مؤسسة دار الكتب - سنة النشر بلا.

٣- د.برهام محمد عطا الله: عقد البيع- مؤسسة الثقافة الجامعية- الاسكندرية (١٩٨٣).

٤-د.توفيق حسن فرج: عقد البيع والمقايضة (١٩٨٥)

٥- د.توفيق حسن فرج: التامينات الشخصية والعينية- مؤسسة الثقافة الجامعية بالاسكندرية (١٩٨٤).

٦-د.جمال الدين العطيفي: التقنين المدني المصري- ج٥ (١٩٥١) القاهرة- دار نشر الجامعات المصرية.

٧-جميل الشرقاوي: شرح العقود المدنية (البيع والمقايضة) دار النهضة العربية- مطبعة دار التاليف بصر.

٨- د.حسن علي الذنون: شرح القانون المدني العراقي (العقود المسماة-عقد البيع) مطبعة الرابطة- بغداد (١٩٥٣).

٩- سميحة القليوبي: القانون التجاري: ج١ (١٩٨١) دار النهضة العربية.

١٠-د.سعدون العامري: الوجيز في شرح العقود المسماة -ج١ (١٩٨٨/١٩٨٧) طبع على نفقة جامعة بغداد.

١١- د.سمير تناغو: التامينات الشخصة والعينية (١٩٨٦) منشاة المعارف بالاسكندرية.

١٢-د.شمس الدين الوكيل: نظرية التامينات في القانون المدني - ط٢ (١٩٥٩) منشاة المعارف.

١٣- د.شاكر ناصر حيدر: الوجيز في الحقوق العينية التبعية -ج٢- مطبعة العاني- بغداد (١٩٦٩)

١٤-د.شفيق شحاته: النظرية العامة للتامين العيني- ط٢- ١٩٥٣- المطبعة العالمية.

١٥-د.صلاح الدين الناهي: الوجيز في التامينات الشخصية والعينية (١٩٥٣) دار المعرفة- بغداد.

١٦- د.صلاح الدين الناهي: الوسيط في القانون التجاري العراقي -ط١- سنة النشر بلا.

١٧-د.عباس حسن الصراف: شرح عقدي البيع والايجار في القانون المدني العراقي (١٩٥٦)- مطبعة الاهالي- بغداد.

١٨-د.عبد الرزاق السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني - ج١٠ والاخير في التامينات الشخصية والعينية (١٩٧٠) دار النهضة العربية- القاهرة.

١٩-د.قاسم محمود قاسم: مبادئ القانون- ١٩٩٧- دار الجامعة الجديده للنشر.

٢٠-د.محمد كامل مرسي: شرح القانون المدني الجديد- الموجز في التامينات الشخصية والعينية (١٩٤٩) المطبعة العالمية- القاهرة.

٢١-د.محمد كامل مرسي: الحقوق العينية التبعية والتامينات العينية (١٩٥١).

٢٢-د.محمد طه البشير، غني حسون طه: الحقوق العينية- ج٢ (١٩٨٢).

٢٣-د.منصور مصطفى منصور: التامينات العينية- المطبعة العالمية (١٩٦٣) القاهرة.

٢٤-يوسف نجم جبران: طرق الاحتياط والتنفيذ معاملة التوزيع- منشورات عويدات- بيروت/باريس- ط١(١٩٨٠)

ثانياً: البحوث والرسائل والمجموعات القانونية

١-د.سمير تناغو : التامينات على الطائرات حسب اتفاقية جنيف (١٩٤٨) بحث منشور في مجلة العلوم القانونية والاقتصادية- تصدرها كلية الحقوق بجامعة عين شمس (١٩٦٥) العدد (٢) السنة(٧).

٢-د.سهام عبد الرزاق مجلي: الخطأ السلبي في المسؤولية المدنية - رسالة ماجستير مقدمة الى كلية القانون/جامعة بغداد (١٩٩٧) مطبوعة على الرونيو.

٣- د.سهام عبد الرزاق مجلي: الاتجاهات الحديثة في تنظيم حق الدائن المرتهن في تتبع المنقول المرهون- بحث منشور في مجلة دراسات قانونية- بيت الحكمة ( ) العدد ( ) السنة( ).

٤-سلمان بيات: القضاء المدني العراقي- ج٢- شركة الطبع والنشر الاهلية (١٩٦٢).

٥-قضاء محكمة التمييز: المجلد (٦) القرارات الصادرة سنة ١٩٦٩- وزارة العدل (١٩٧٢) المكتب الفني - دار الحرية للطباعة- مطبعة الحكومة- بغداد.

٦-القانون المدني: مجموعة الاعمال التحضيرية- الحكومة المصرية- وزارة العدل-ج٧- الحقوق العينية التبعية- مطبعة دار الكتاب العربي.

مدى الضمان الذي يوافره حق إمتياز بائع المنقول على العين المبيعه

المدرسه الدكتوره
سهير السعيدي

المقدمة

لقد قرر المشرع العراقي، في القانون العراقي، امتيازاً لمصلحة البائع وفي تقريره هذا الحق للمتعاقد ما يدفعه للتعاقد مما يسهل التعامل اذا نصت المادة (١٣٧٦) من القانون المذكور على انه: (١-ما يستحق لبائع المنقول من الثمن وملحقاته، يكون له حق امتياز على المبيع ويبقى حق الامتياز قائما مادام المبيع محتفظا بذاتيته، وهذا دون اخلال بالحقوق التي كسبها الغير حسن النية، ومع مراعاة الاحكام الخاصة بالقضايا التجارية.

٢-ويكون حق الامتياز هذا تاليا في المرتبه لما تقدم ذكره من حقوق الامتياز، إلا انه يسري في حق المؤجر وصاحب الفندق اذا ثبت انهما كانا يعلمان به وقت وضع المبيع في العين المؤجرة او الفندق).[١]

بيد ان هذا الحق العيني التبعي الذي قرره المشرع لمصلحة بائع المنقول فيما يستحق له من الثمن وملحقاته يحتاج الى ايضاح لاحكامه وبيان لطبيعته القانونية التي لاتبدو انها مجرد اولوية في الاستيفاء لدين معين مراعاة لصفته وانما هي اكثر من ذلك فهي تنطوي على طبيعة خاصة ذلك انه اذا خرجت العين من ملكية المدين

---

[١] تقابلها بالصياغة نفسها المادة (١١٤٥) من القانون المدني المصري، والمادة (١١٢٤) سوري والمادة (١٤٤٤) اردني، ينظر : سلمان بيات/ القضاء المدني العراقي- ج٢- شركة الطبع والنشر الاهلية (١٩٦٢) ص٧٤٠، والمذكرة الايضاحية للتقنين المدني الأردني- ج٢- المكتب الفني- نقابة المحامين- عمان- ص٨١١.

خرجت بذلك من نطاق ذمته ولم تعد ضامنة لديونه، فالامتياز هنا لايوافر للدائن حق التتبع، ولذلك فان الدائن لايستطيع ان يتجاهل التصرف الصادر من مدينه اذا كان هذا التصرف ثابت التاريخ. اذ ان الامتياز هنا لايقوم على اساس الحيازة، ولذلك فان حق الامتياز المقرر لبائع المنقول يرد على الشيء المبيع وهو في حيازة المشتري فقط، فلا يستطيع الدائن ان يتتبع المنقول المبيع فيحتج بحقه على من تلقى الملكية من المشتري منه[1].

وبعبارة اخرى فان اهمية البحث في موضوع الضمان الذي يوافره حق الامتياز على العين المبيعة في التشريعات المدنية تبرز من خلال صياغة المادة (١٣٧٦) مدني عراقي ومايقابلها في التشريعات المقارنة التي تفترض لانطباق النص بالضرورة ان العقد عقد بيع وان الدين مصدره ذلك العقد وان الامتياز لاينشأ هنا إلا اذا انتقلت الملكية فعلا الى المشتري، ومحل الامتياز هو الشي المنقول الذي بيع، وتقرر المادة المذكور ان الامتياز يبقى ما دام المبيع محتفظاً بذاتيته. وهذا معناه انه لو ضاعت معالم الشيء المبيع او اندمج في شيء اخر زال الامتياز، مثال ذلك لو بيع الدقيق فصنع منه المشتري خبزاً او بيعت الاحجار فاقام بها المشتري البناء ففي هاتين الصورتين لايكون للبائع امتياز على المنجز او البناء، اما لو بيعت اخشاب فصارت عند المشتري اثاثا، كان لبائع الاخشاب امتياز على الاثاث المصنوع من الخشب المبيع[2]، وبعبارة اخرى انه اذا زالت معالم الشي او اندمج في شي اخر فانه لايعود له وجود. باعتباره محلا للتامين العيني ويجب ان يزول معه التامين المثقل هو به وهذا امر يستحق الوقوف عنده لتقرير مدى قوة هذا الضمان وكفاءته وملائمته للتطورات الاقتصادية التي يشهدها عقد البيع في الوقت الحاضر، خاصة وان المادة المذكورة تقرر ان بائع المنقول ليس له حق في حيازة

---

[1] يتمتع هذا الضمان باهمية كبيرة في البيوع الايجاريه او البيوع بالتقسيط بالنظر لانتشار هذه الاخيرة بكثرة في الاونة الاخيرة.

[2] للتفاصيل: د.شاكر ناصر حيدر: الوجيز في الحقوق العينية التبعية -مطبعة العاني- بغداد ١٩٦٩- ج٢- ص٢٦٩،٢٦٦.

المنقول (ولو حيازة افتراضية) ومن ثم فان من يكتسب حيازة هذا المنقول المبيع، بناءاً على سبب صحيح، لايعتدي على حق للبائع، فهو ليس سيء النية في حكم المادة (١/١١٤٨) من القانون المدني العراقي.

وسنحاول في هذا البحث ان نركز على مدى الضمان الذي يوافره الامتياز على العين المبيعة لبائع المنقول في مبحثين اثر قاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية على ماهية هذا الضمان وعلى النحو الاتي:

المبحث الاول: الطبيعة القانونية للضمان المنصوص عليه في المادة (١٣٧٦) مدني عراقي.

المبحث الثاني: اثر قاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية على الضمان المنصوص عليه في المادة (١٣٧٦) مدني عراقي.

المبحث الاول: الطبيعة القانونية للضمان المنصوص عليه في المادة (١٣٧٦) مدني عراقي

اذا كان القانون المدني العراقي قد اعطى للمشتري حق حبس الثمن عند وقوع التعرض له في المبيع او عند خوفه من استحقاقه فقد راى انه من العدل ان يعطي للبائع الذي لم يستوف الثمن بعض الضمانات المقابلة ومن بينها حق الامتياز، على العين المبيعة[١]، ولكن هل فعلاً هذا الضمان الممنوح للبائع هو امتياز يتمثل في

---

[١] فقد اعطى القانون المدني العراقي الذي لم يستوف الثمن ضمانات اربعة هي:

اولا: حق الامتياز على العين المبيعة.

ثانيا: حق طلب التنفيذ العيني القهري.

ثالثاً: حق حبس المبيع

رابعا: حق فسخ البيع لعدم استيفاء الثمن.

ينظر التفاصيل: د.حسين علي الذنون، شرح القانون المدني العراقي (العقود المساماة-عقد البيع) مطبعة الرابطة- بغداد (١٩٥٣)، ص٢٨٣.

اولوية في الاستيفاء لدين معين مراعاة لسبب هذا الدين مثله مثل باقي حقوق الامتياز ام توجد طبيعة خاصة لهذا الامتياز؟

في البدء لابد من الاشارة الى ان الحق الممتاز في هذا الضمان هو ثمن المبيع وملحقاته من فوائد ومصروفات وكذلك ما اقرض للمشتري وحل المقرض فيه محل البائع باتفاق معه، ولم ينص المشرع العراقي ومثله المشرع المصري على هذه الحالة اكتفاء بالقواعد العامة ولايدخل في نطاق الامتياز التعويض او أي دين اخر مستحق بعقد البيع غير ماتقدم وهذا بخلاف ماذكر فيما يخص عقد الايجار في امتياز المؤجر ومحل الامتياز هو المنقول المبيع مادام محتفظا بذاتيته ولم يكسب عليه الغير حقا ينفذ قبل البائع، ومادام المشتري لم يفلس وإلا حرم البائع الامتياز والفسخ طبقا لقواعد القانون التجاري، وياتي هذا الامتياز بعد الامتيازات السابقة عليه ويسري في حق المؤجر وصاحب الفندق اذا كان هذان يعلمان به[1].

ولبيان الطبيعة القانونية للضمان المنصوص عليه في المادة (١٣٧٦) مدني عراقي لابد من التطرق لامرين اثنين وهي شروط الاستفاده من الضمان المذكور وتمييزه من بعض الانظمة القانونية التي قد تشتبه به وهذا ما سنبحثه في مطلبين وعلى النحو الاتي:-

المطلب الاول: شروط الاستفاده من ضمان امتياز بائع المنقول.

المطلب الثاني: تمييزه من بعض الانظمة القانونية التي قد تشتبه به.

---

[1] وهي الاحكام نفسها في القانون المدني المصري ينظر: القانون المدني- مجموعة الاعمال التحضيرية- الحكومة المصرية- وزارة العدل- ج٧- الحقوق العينية التبعية- مطبعة دار الكتاب العربي- ص٣٢٢، ٣٢٠.

المطلب الاول: شروط الاستفاده من ضمان امتياز بائع المنقول

الغرض من امتياز البائع هو تسهيل عقد البيع الذي هو العقد الاساسي للحياة الاقتصادية، بتامين دفع الثمن الى البائع الذي لم يقبض الثمن، وهو مبني على ان البائع هو الذي وضع الشي المبيع في ملك المشتري، فلا يكون من العدالة ان يثري غيره من الدائنين على حسابه بدفع ديونهم من هذا الشي بينما يفقد البائع الشي والثمن، فالبائع معتبرانه لم يرض بنقل الملكية، ملكية الشراء، إلا مع حفظ حقه في التقدم على غيره فيما يخص الثمن. وهذا الامتياز هو نتيجة لازمة لمبدأ نقل الملكية بالعقد وان كان البيع مصحوبا باجل[1].

ويجب لجواز الاستفاده من الامتياز قيام الشرطين الاتيين:

١-الا يكون المشتري قد دفع الثمن.

٢-ان تثبت ذاتية المنقول وانه بعينه المنقول المباع ويظل محتفظا بها.

الشرط الاول: الا يكون المشتري قد دفع الثمن، فان الغرض من الامتياز، او حتى الاسترداد حماية البائع من ضياع الثمن فاذا كان الثمن قد دفع فمن تحصيل الحاصل القول بعدم امكان الاسترداد او الامتياز بعد ذلك، وسواء اتم الدفع بالنقود ام بوسيلة اخرى من وسائل الوفاء مادام دين البائع بالثمن ينقضي بهذه الوسيلة.

الشرط الثاني: ان يحتفظ المنقول بذاتيته: وهكذا يعد هذا الشرط منتفيا في كل حال اذا تغيرت طبيعة الشي، ففي هذه الحالة التي ترسل فيها بضاعة ما الى مصنع لاحداث تغيير فيها بامر المشتري لايجوز التمسك بالامتياز إلا اذا كان المصنع لم يقم بعد بالعمل المطلوب منه.

ونقترح تقوية لضمان البائع ان ينص المشرع العراقي على ان المنقول المباع، من دون استيفاء كامل الثمن، يبقى مالا منقولا اذ مما لاشك فيه ان المنقول يمكن ان يصبح عقارا بالتخصيص اذا توافرت العقار شروط العقار بالتخصيص.

---

[1] د.محمد كامل مرسي باشا: شرح القانون المدني الجديد- الموجز في التامينات الشخصية والعينية- المطبع العالمية- ١٩٤٩- ص٣٥٣.

بمعنى ان الالات والمركبات المباعة، على وفق اقتراحنا، تحتفظ بصفتها كمال منقول ولايمكن ان تصبح عقاراً بالتخصيص، فيما يتعلق بالبائع، حتى لو توافرت شروط العقار بالتخصيص فيه.

وتجدر الاشارة الى وجود بعض (الشروط الخاصة) من الامتياز محل البحث تندرج لبعض المنقولات كالمحل التجاري، الذي هو منقول معنوي، وردت في تشريعات القوانين التي افردت تقنيناً خاصا بهذا الشان كالتشريع الفرنسي[1]، والتشريع المصري[2]، وبعبارة اخرى فانه لكي يتقرر لبائع المحل التجاري امتياز على المبيع في التشريعات المذكورة يجب توافر الشروط الاتية:

ان يكون عقد البيع مكتوبا (مثبتا) بعقد رسمي او بعقد عرفي متضمنا التصديق على توقيعات او اختام المتعاقدين، يجب ان ينص عقد البيع على تجزئة الثمن الى ثلاثة اجزاء: جزء يحدد للبضائع، وجزء للمهمات وجزء يحدد للعناصر المعنوية، فيبدأ بسداد ثمن البضائع فأذا سدد كله، استنزل المدفوع بعد ذلك من ثمن العناصر المعنوية، والحكمة من ذلك هي الرغبة في تطهير البضائع من امتياز البائع باسرع مايمكن لانها مصدر ائتمان المشتري، واهم ما يعتمد عليه دائنوه.

يجب ان يشهر عقد بيع المحل التجاري بقيده في سجل خاص معد بمكتب السجل التجاري الكائن بدائرته المحل التجاري، وذلك حتى يعلم بان المشتري لم يدفع ثمن المتجر، ويوجب المشرع في القوانين المذكورة على البائع ان يقدم لدى قيامه بطلب القيد، صوره من عقد البيع مصدقا عليها اذا كان رسميا او اصل العقد اذا كان عرفيا.

ويتجدد القيد كل خمس سنوات اذا كان البائع يريد الاحتفاظ بالامتياز الى مابعد السنوات الخمس المحددة لبقاء الامتياز[3].

---

[1] القانون رقم ١١ لسنة ١٩٤٠.

[2] قانون ١ مارس ١٩٠٩.

[3] ينظر للتفاصيل الدكتورة سميحة القليوبي: القانون التجاري- ج١ (١٩٨١) دار النهضه العربية- ص٣٧٣-٣٧٤.

وهكذا فان للتوثيق بالكتابه دورا في تعزيز ضمان الدائن البائع لاسيما، وكما يبدو لنا، ان هنا يكون للدائن البائع مايشبه حق الرهن على المبيع[1].

المطلب الثاني:تمييزه من بعض الانظمة القانونية التي قد تشتبه

بعد ان بينا شروط الاستفاده من ضمان امتياز بائع المنقول يحسن بنا ان نقارنه ببعض الانظمة التي وجدنا انها تشبيه في انها لاتتأسس على (الحيازة)، والتي يصل الشبه بين اثرها واثر امتياز بائع المنقول، في بعض الاحوال، الى حد قد يدفع الى القول بالتقريب بينهما وهذه الانظمة ثلاث هي:

اولا: رهن المنقول دون حيازة

ثانيا: شرط الاحتفاظ بالملكية في البيع بالتقسيط.

ثالثاً: الشرط المانع من التصرف.

اولاً: تمييز امتياز بائع المنقول من رهن المنقول دون حيازة

هذا الامتياز شديد الشبه برهن المنقول دون حيازة[2] إلا انه مع ذلك تبقى ثمة فروق بين النظامين وحتى يتضح ذلك علينا بحث اوجه الشبه والاختلاف بينهما من النواحي الاتية:

---

[1] حول اهمية التوثيق ينظر: د.امين عبد العبود زغلول: نظرية التوثيق في الشريعة الاسلامية، مطبعة الفيصل- مؤسسة دار الكتاب- سنة النشر- ص٩٤ ومابعدها، وايضا جمال الدين العطيفي: التقنين المدني المصري-ج٥-١٩٥١- القاهرة- دار النشر للجامعات المصرية- ص١٩٨ ومابعدها.

[2] هذا الرهن هو تامين عيني ينشأ عن مجرد توثيق الاتفاق على الرهن حسب الشكلية المطلوبة قانونا، من دون الحاجة لتسليم المرهون او نقل حيازته للدائن او للعدل، وقد كان للاتجاهات الحديثة الرامية الى توسيع تطبيق الرهن الحيازي والتخلص من عينية هذا العقد اثر مهم في عودة فكرة رهن المنقول دون حيازة الى الوجود القانوني، ولاتزال قواعد رهن المنقول من دون حيازة لاينتظمها تقنين جامع وبعبارة اخرى لم يزل هذا يقنن حسب الحاجة والضرورة ولم يبلغ بعد مرحلة التاصيل، وان وجدت بعض القوانين المتفرقه التي نظمته منها قانون الكتاب العدول وقانون رهن المحال التجارية في البلاد التي فيها مثل هذا القانون كالقانون المصري.

١-من حيث الاساس الذي يقوم عليه كلا النظامين

٢-من حيث المصدر

٣-من حيث الغرض

٤-من حيث الارتباط بعقد سابق

٥-من حيث التتبع

٦-من حيث استثناء الاحكام المتعلقه بالقضايا التجارية

١-من حيث الاساس الذي يقوم عليه كلا النظامين:

الراجح في الفقه[١] ان امتياز بائع المنقول لاينشأ إلا اذا انتقلت الملكية فعلا الى المشتري ولايتاسس امتياز بائع المنقول على الحيازة، ولذلك فان حق الامتياز المقرر لبائع المنقول يرد على الشي وهو في حيازة المشتري، والغير الحائز يستطيع ان يتمسك بقاعدة (الحيازة في المنقول سند الملكية) متى توافرت شروطها، ولايستطيع البائع ان يتمسك قبله بحق الامتياز، وبذلك قضت المادة (١/١٣٧٦) من القانون المدني العراقي بان هذا الامتياز لايخل بأن هذا بالحقوق التي كسبها الغير حسن النية، اما اذا باع المشتري المنقول من دون ان يسلمه، فعلى مايبدو لنا يكون للبائع امتياز على هذا المنقول.

والامر نفسه فيما يخص نظام رهن المنقول من دون الحيازة فهو الاخر لايتأسس على الحيازة، ولكن يجب ملاحظة ان محل هذا الرهن او الامتياز، حينما يكون خاضعا للتسجيل، يخرج من نطاق قاعدة (الحيازة في المنقول سند الملكية)

---

[١] محمد طه البشير: غني حسون طه: الحقوق العينية- ج٢(١٩٨٢) ص٦١١، محمد كامل مرسي: الحقوق العينية التبعية والتامينات العينية (١٩٥١) ص٦١٦، عبد الفتاح عبد الباقي: التامينات الشخصية والعينية (١٩٥) مطبعة دار نشر الثقافة بالاسكندرية، شفيق شحاته: النظرية العامة للتامين العيني - ط٣(١٩٥٥) المطبعة العالية- ص٢٢٤-٢٢٦.

٢- من حيث المصدر: مصدر امتياز بائع المنقول هو القانون، وهذا شأن جميع حقوق الامتياز، اما رهن المنقول من دون حيازة فمصدره الاتفاق، لان القانون المدني العراقي لايعرف سوى الرهون التي تقرر بالاتفاق ولم ينظم الرهون الجبرية التي تتقرر بقوة القانون والتي تعرفها بعض التشريعات المقارنة.

٣-من حيث الغرض: الغرض من تقرير امتياز البائع هو تسهيل عقد البيع بما يولد من الثقة في التعامل، أي انه يكفل للبائع الحصول على الضمانات لاستيفاء الثمن[١]، وبعبارة اخرى ان البائع قد فقد ملكية الشيء ونقلها للمشتري من دون ان يتلقى ثمن المبيع، وان المشتري اكتسب ملكية الشيء من دون ان يدفع ثمنه. فيتحقق بهذا اثراء المشتري على حساب البائع من دون سبب، وهذا ظلم ينبغي رفعه عن طريق تمكين البائع من استيفاء دين الثمن، وليس هناك وسيلة اقرب في ذلك من اعطائه امتياز على الشيء المبيع نفسه[٢].

اما غرض الرهن في نظام رهن المنقول من دون نقل الحيازة هو الحصول على دين او مد اجل عن طريق خلق الثقة في التعامل وهو بذلك يشابه غرض امتياز بائع المنقول وان اختلفا في الاساس الذي يقوم كل منهما عليه، فهو في امتياز بائع المنقول نظرية الكسب دون سبب، كما بينا اما في رهن المنقول دون حيازة فهو عقد الراهن ذاته أي اتفاق الطرفين.

٤- من حيث الارتباط بعقد سابق: ان العقد الذي يرتبط به امتياز بائع المنقول ينبغي هنا ان يكون (عقد البيع) وهذا ماتنص عليه المادة (١/١٣٧٦) من القانون المدني العراقي بقولها: (مايستحق لبائع المنقول...) وعليه يشترط في ثبوت امتياز بائع

---

(١) جميل الشرقاوي: شرح العقود المدنية (البيع والمقايضة) دار النهضة العربية -مطبعة دار التاليف بمصر- ص٣١٠.

(٢) صلاح الدين الناهي: الوجيز في التامينات الشخصية والعينية (١٩٥٣) دار المعرفة بغداد- ص٢٣٢.

المنقول ان يوجد عقد بيع وسواء اكان معجل الثمن ام مؤجله، ولاعبرة بما يطلق على العقد مادام في حقيقته بيعا، ويثبت الامتياز في الحوالة ايضاً لانها عبارة عن بيع الحق الذي للدائن في ذمة المدين، اما المقايضة فهي الاخرى تعد بيعا[١]، بموجب احكام القانون المدني العراقي والشريعة الاسلامية، فالبيع يشمل الى جانب البيع المطلق، بيع الصرف أي بيع النقد بالنقد والمقايضه أي بيع العين بالعين[٢]، اما عقد الاستصناع فهو بالنظر الى احكام الشريعة الاسلامية يسرى عليه حكم البيع اما بالنظر الى القانون المدني العراقي فيعد عقدا مستقلا[٣].

اما عن رهن المنقول دون حيازة فانه ياتي تأمينا لالتزام اياً كان مصدره وهو في الغالب عقد قرض او مد اجل.

٥- من حيث التتبع: تتفق القوانين على اعطاء الحق للبائع في تتبع الشيء المبيع لمباشرة امتيازه عليه[٤] و في القانون المدني المصري والقانون المدني العراقي يبقى البائع محتفظا بامتيازه ولو خرج الشي المبيع من حيازة المشتري ويعني هذا حقه في تتبع المنقول محل الامتياز، ومع ذلك فالحق في التتبع لايحتج به في مواجهة حائز جديد يستند لسبب صحيح وحسن النية او شخص اكتسب حقا بحسن نية على المنقول، فاذا انتقل المنقول الى حيازة مشتر جديد حسن النية لايعلم بحق البائع الاول فلا يجوز النفيذ على المنقول تحت يده، واذا الحق المنقول بعقار مرهون من قبل فان الرهن يمتد الى هذا المنقول الذي اصبح عقارا بالتخصيص فاذا كان الدائن المرتهن لايعلم بحق البائع فان الرهن يقدم على الامتياز، اما اذا كان المرتهن يعلم

---

[١] ولاتعد كذلك في القانون المدني المصري.

[٢] اذ تنص المادة (٥٠٧) من القانون المدني العراقي على انه (البيع باعتبار المبيع ام ان يكون بيع العين بالنقد وهو البيع المطلق او بيع النقد بالنقد وهو الصرف او بيع العين بالعين وهي المقايضه)

[٣] المادة (٢/٨٦٥) من القانون المدني العراقي.

[٤] بل ان القانون الفرنسي يذهب الى اعطاء البائع (دعوى الاسترداد) بموجب المادة (٢١٠٢) من القانون المدني الفرنسي، و الحق في الاسترداد لايستقيم مع انتقال الملكية للمشتري، ولذلك يبدو لنا ان تعليل هذا الحق هو استرداد لمباشرة الامتياز وليس لمباشرة الملكية.

بحق البائع فان الامتياز يحتج به في مواجهة الدائن المرتهن، واذا الحق بعقار غير مرهون منقب، ثم رهن بعد ذلك ويشمل الرهن هذا المنقول باعتباره عقارا بالتخصيص فان الامتياز لايحتج به ايضا في مواجهة الدائن المرتهن اذا كان هذا الاخير لايعلم بحق البائع، وعلى وفق احكام الافلاس فان الامتياز لايحتج به في مواجهة جماعة الدائنين اذا افلس المدين التاجر الذي اشترى المنقول[١].

وعلى هذا النحو فان الحق في التتبع، في امتياز بائع المنقول، ضعيف الاثر ولايحتج به في مواجهة من اكتسب حقا بحسن نية على المنقول، مع ان الاصل في التتبع هو الاحتجاج بالحق في مواجهة كل من يكتسب حقا جديدا على الشي ولو كان حسن النية، وقصر التتبع على هذا النحو يتفق مع القواعد العامة في الحيازة في المنقول، وذلك مع القواعد العامة في الامتياز الواقع على المنقول، وعلى اية حال فان مسالة ما اذا كان لبائع المنقول حقا في التتبع لازالت موضوع بحث في الفقه[٢].

اما فيما يخص رهن المنقول دون حيازة فقد توصلت القوانين الحديثة الى تنظيم حق التتبع فيه عن طريق التسجيل لا الحيازة[٣].

٦-من حيث استثناء الاحكام المتعلقة بالمواد التجارية: استثنت الفقرة الاولى من المادة (١٣٧٦) من القانون المدني العراقي الاحكام الخاصة بالقضايا التجارية من امتياز بائع المنقول[٤]. وبذلك فان هذا الامتياز لايسري على الدائنين عند افلاس

---

[١] د.سمير تناغو: الامينات الشخصية والمعينية- منشاة المعارف بالاسكندرية(١٩٨٦) ص٣٤٣-٣٤٧.
شمس الدين الوكيل: نظرية التامينات في القانون المدني -ط٢ (١٩٥٩) منشاة المعارف- ص٦٤٤.

[٢] منصور مصطفى منصور: التامينات العينية- المطبعة العالمية (١٩٦٣) القاهرة- ص٣٠٣.

[٣] الدكتورة سهام عبد الرزاق مجلي: الاتجاهات الحديثة في تنظيم حق الدائن المرتهن في تتبع المنقول المرهون -بحث منشور في مجلة دراسات قانونية- مجلة فصلية علمية محكمة يصدرها قسم الدراسات القانونية- بيت الحكمة- العدد ٢٠٠٢م- ص١-٣٠.

[٤] ويعترض على هذه الاشارة بانها جاءت في غير محلها لخلو القانون التجاري من النص الصريح على انقضاءه امتياز بائع المنقول، ولان الامتيازات الاخرى تسري على زمرة الدائنين، فلايمكن ان ينفرد هذا الامتياز بالانقضاء دون النص الصريح.
ينظر: د.صلاح الدين الناهي: الوجيز في التامينات- المصدر السابق- ص٢٣٦.

المشتري بعد وصول البضاعة، أي ان هذا الامتياز يسقط بافلاس المشتري اذا كان قد تسلم البضاعة لان القانون جعل للبائع الحق في استرداد البضاعة وهي في الطريق الى المشتري فقط وجعل له حبسها اذا كانت لم تزل لديه.

في حين لايوجد أي حكم قانوني بهذا الخصوص فيما يتعلق برهن المنقول دون حيازة، وبالتالي فان حق المرتهن يسري في مواجهة الدائنين الاخرين عند افلاس الراهن.

ثانيا: تمييز بائع المنقول من شرط الاحتفاظ بالملكية في البيع بالتقسيط

شرط الاحتفاظ بالملكية في البيع بالتقسيط يكون فيه حق لحائز المنقول في حيازته في البيوع المؤجله او المقسطه الثمن، وهذه الصورة ليست إلا بيعا وصف بانه ايجار وكان الوصف وسيلة لضمان الحصول على الثمن المقسط او المؤجل[1]. وهذه الحالة كثيراً ماتحدث في بيع التلفزيونات والسيارات والآلات الزراعية وغيرها[2].

---

[1] ينظر للتفاصيل: د.حسن على الذنون: شرح القانون المدني (العقود المسماة) عقد البيع (١٩٥٣) مطبعة الرابطه- ص٧. د.عباس حسن الصراف- شرح عقدي البيع والايجار في القانون المدني العراقي (١٩٥٦) مطبعة الاهالي- بغداد- ص٢٧-٢٨.

[2] وهذا ماقضت به محكمة تمييز العراق مقرره بانه: (يجوز للبائع في البيع مؤجل الثمن ان يحتفظ بالملكية الى ان يستوفي كامل الثمن (٥٣٤ مدني) وكان القرار بتعلق بمطالبة شركة أي.بي. سكولاست السويدية للمدعى عليه (المدير المفوض لشركة هندي وشركاءه) ببقية بدل بيع مكائن وادوات احتياطية لصناعة الاحذية.

رقم القرار ٣٨/حقوقية ثانية/ ٩٦٩ في ١٩٦٩/١٠/٢ منشور في قضاء محكمة التمييز المجلد (٦) القرارات الصادرة سنة ١٩٦٩- وزارة العدل(١٩٧٢) المكتب الفني- دار الحرية للطباعة- مطبعة الحكومة- بغداد- ص٢٤٨٢٤٩.

مع تقسيط الثمن الى عدة اجال وتسليم المبيع الى المشتري فور العقد[1]. وتلافيا للمخاطر التي تهدد البائع في البيع بالتقسيط يشترط هذا البائع، في اغلب الاحيان على المشتري احتفاظه بملكية المبيع الى ان يتم الوفاء له بالثمن كاملا، وهذا هو شرط الاحتفاظ بالملكية، وحتى نتوصل الى تمييز هذا الشرط من الضمان الناتج عن امتياز بائع المنقول يتوجب علينا بيان الطبيعة القانونية وطبيعة الضمان الذي يخوله كلا النظامين.

أ- فيما يخص الطبيعة القانونية: قيلت بصدد الطبيعة القانونية لشرط الاحتفاظ بالمكلية اراء كثيرة ترددت بين فكرتي الشرط والاجل، وفي نطاق الشرط ذهب اتجاه الى الشرط الفاسخ، وذهب اتجاه اخر الى الشرط الواقف، وجمع اتجاه ثالث بين الشرطين، والواقع ان المقصود بدفع الثمن هو شرط وليس أجلا[2]، اذ وفقا لهذا

---

[1] ويرى بعض فقهاء انه في هذه الحالة لا تنتقل الملكية الى المشتري إلا بعد ان يوفي بجميع الثمن، ويفرقون بين هذه الحالة وحالة البيع بالتقسيط في صورته البسيطه حيث تنتقل الملكية الى المشتري مباشرة بالعقد وتبقى ذمته مشولة باقساط الثمن التي يلتزم بدفعها في مواعيدها (المادة ٥٧٤ مدني عراقي).

- ينظر د.سعدون العامري: الوجيز حسن فرج: عقد البيع والمقايضه (٩٨٥) ص١٨٨-١٨٩.

- بينما يرى البعض الاخر ان في البيع بالتقسيط تنتقل ملكية وحيازة المبيع الى المشتري على الفور، على الرغم من عدم سداد الثمن، اذ يتم ذلك السداد على عدة اقساط دورية، ولذلك فان هذا الراي يعتقد انه غير دقيق ذلك الاتجاه الذي يذهب الى اضافة عنصر اخر الى البيع بالتقسيط، هو احتفاظ البائع بملكية المبيع الى حين سداد كامل الثمن، ويبدو لنا ان الاتجاه الثاني هو الاصوب لان الاحتفاظ بملكية المبيع ليس من جوهر البيع بالتقسيط، وهذا مايتضح من نص المادة (٥٧٤) مدني عراقي، ومع ذلك فليس هناك مايمنع البائع من ان يشترط على المشتري احتفاظه بملكية المبيع الى حين سداد ثمنه الكامل، ويبدو لنا ان مثل هذا الشرط جائز قانونا، وذلك للخطورة الخاصة التي يمثلها البيع بالتقسيط على حقوق البائع، فهذا الاخير يقوم بتسليم المبيع قبل ان يقوم المشتري بسداد كامل ثمنه، الامر الذي قد يعرضه لمخاطر الامتناع عن الوفاء.

-ينظر في تفاصيل الراي الثاني: د.ابراهيم الدسوقي ابو الليل: البيع بالتقسيط والبيوع الائتمانية الاخرى (١٩٨٤) مطبوعات الجامعة/ جامعة الكويت- ص٢٠.

[2] بينما يرى البعض ان هذا الشرط ليس شرطا بالمعنى الدقيق وانما هو في الحقيقة مجرد امل، ويترتب عليه عدم نقل الملكية الى المشتري إلا بعد السداد الكامل لثمن المبيع، على الرغم من اشارته الى امذكرة الايضاحية للقانون المدني الفرنسي في اخر تعديل له من انها تفيد ان المقصود بدفع الثمن هو شرط وليس اجلا.

الشرط يتفق البائع مع المشتري على ان يبقى مالكا للمبيع لحين سداد كامل الثمن، ولاتنتقل الملكية الى المشتري إلا بعد سداد الثمن وهذا ماتدل عليه الفقرة (١) من المادة (٥٣٤) من القانون المدني العراقي والتي جاء نصها على النحو الاتي:

(اذا كان المبيع مؤجل الثمن، جاز للبائع ان يحتفظ بالملكية الى ان يستوفي الثمن كله حتى لو تم تسليم البيع)

هذا من جهة ومن جهة اخرى فان قواعد القانون المدني العراقي لاتجيز اقتران الملكية بأجل[١] في حين ان الطبيعة القانونية لضمان بائع المنقول، على وفق مايقرره المشرع، تتمثل في كونه حق امتياز بعده من الحقوق العينية التبعية التي نظم المشرع احكامها ضمن النصوص القانونية التي افردها لحقوق الامتياز ولكن هل فعلا ان هذا الضمان الممنوح لبائع المنقول هو مجرد اولوية في استيفاء لدين معين مراعاة لسبب هذا الدين او لصفته؟ في الواقع يبدو لنا الامر اكثر من ذلك فهو امتياز من طبيعة خاصة يقترب كثيرا من الرهون الضمنية من دون نقل الحيازة وهذا واضح من اوجه الشبه الكثيرة بين الامتياز محل البحث ورهون المنقول دون حيازة والتي بيناها في هذا البحث[٢]. وتتجسد خصوصية الضمان موضوع البحث في انه اذا خرجت العين من ملكية المدين خرجت بذلك من نطاق ذمته و لم تعد ضامنه لديونه، فالامتياز هنا لايوافر للدائن حق التتبع، ولذلك فان الدائن لايستطيع ان يتجاهل التصرف الصادر من مدينه اذا كان هذا التصرف ثابت التاريخ، وهكذا يتضح جانب الضعف في الحماية القانونية التي يوافرها هذا الضمان لحقوق البائع، اراد المشرع توفير حماية للبائع هنا ففعل بالنص على منحه حق في الامتياز إلا ان هذا الحق هنا سرعان ما ينتهي اذا ماقدم المشتري على التصرف بالمبيع الى الغير حسن النية وفي هذا تشجيع للمدين على التخلص من عبء الامتياز بمجرد التواطئ مع الغير على نقل الملكية له وفي الغالب يكون عبء اثبات التواطئ عسير خاصة وان حسن النية هو الاصل المفترض، في حين كان الاصوب مراعاة مصلحة البائع

---

[١] اذ تنص المادة (٢٩٢) من القانون المدني العراقي على ان: (لايصح في العقد اقتران الملكية باجل)

[٢] تنظر ص ٢٩٧-٣٠٢.

مع الغير على نقل الملكية له وفي الغالب يكون عبء اثبات التواطئ عسير خاصة وان حسن النية هو الاصل المفترض، في حين كان الاصوب مراعاة مصلحة البائع وتفضيلها على مصلحة المشتري الثاني لان الاول يريد دفع مضرة عنه في حين الثاني يريد جلب منفعة له (ودفع المغارم اولى من جلب المنافع) هذا من جهة ومن جهة اخرى يملك المشتري ضماناً قوياً في الدفاع عن حقوقه، حتى في حالة عدم منحه هذا الحق بموجب المادة (١٣٧٦) مدني عراقي إلا وهو (ضمان الاستحقاق) فضلا عن قواعد نظرية (الكسب دون سبب).

ب-فما يخص الضمان: بخصوص الضمان الذي نحوله (شرط الاحتفاظ بالملكية) للبائع فان البائع يبقى هو المالك للمبيع ولاتنتقل هذه الملكية الى المشتري إلا اذا اتم هذا الاخير سداد اخر قسط متبقي في ذمته من ثمن المبيع، ويترتب على هذا الاثر امر مهم هو ان البائع لايتعرض الى أي تزاحم مع الدائنين الاخرين للمشتري.

على حين ان الضمان الذي يوافره (امتياز بائع المنقول) للبائع يبقى مادام المنقول محتفظاً بذاتيته.

ولكن حمل شرط الاحتفاظ بالملكية يكفي لتامين حق البائع ؟ الواقع (كلا) ففي الغرض الذي يقدم فيه المشتري على التصرف في المبيع الذي تسمله واصبح في حيازته يتضرر لذلك نرى ان ينص المشرع العراقي على حكم صريح في هذه الحالة بان ياتي نص على النحو الاتي:

(يحظر على المشتري التصرف في المبيع قبل اداء الاقساك باكملها إلا اذا وافق البائع على ذلك كتابة، كما ان كل تصرف يجريه المشتري للغير بالمخالفة لهذا الحكم لايكون نافذا في حق البائع اذا ثبت علم الغير وقت التصرف بعدم اداء الثمن باكمله).

او اللجوء الى خيار اخر هو ان ينص المشرع على عقوبة جزائية تطبق على المشتري الذي يقوم بالتصرف في الشيء المبيع قبل الوفاء بكامل الثمن.

وفي فرض ثان اذا ما افلس المشتري او أعسر إلا يترتب على ذلك اشتراك سائر الدائنين الاخرين للبائع في التفليسة، وعدم تمكنه بالتالي، استرداد المبيع منها؟

يبدو لنا ان الجواب بالايجاب، إلا انه مع ذلك يبقى البائع محتفظا بضمانة تتجسد في (امتياز بائع المنقول)[١].

وهذا الحق حق البائع في الاحتفاظ بالملكية، لايعد من الحقوق التبعية لان هذه الاخيرة واردة على سبيل الحصر[٢].

وبعبارة اخرى ان هذه الاتفاقيات تنشئ مجرد التزامات وليس حقوق عينية تبعية، وبذلك يتبلور فرق هذ الاتفاقات عن امتياز بائع المنقول، لان هذا الاخير يعد، بلا شك تاميناً حقيقياً ومن جهة اخرى فان الحماية التي يوفرها البيع الائتماني هذا للبائع، خاصة في حالة افلاس المشتري، فالبائع اذا ما افلس المشتري لايستيطع استرداد المبيع استناداً الى قاعدة المساواة بين الدائنين، فهو لا يستطيع الاحتجاج بهذا الشرط في مواجهة الغير، باستثناء حالة وجود نص صريح يجيز الاحتجاج بشرط الاحتفاظ بالملكية.

ثالثاً: تمييزه من الشرط المانع من التصرف: اذا كانت القاعده العامة هي ان للمالك الحرية في التصرف فيما يملك، فان هناك استثناء قد يرد على هذه القاعده من مقتضاه ان يفرض البائع على المشتري شرطاً يقضي بحرمانه من التصرف في المبيع الى حين استيفاء كامل الثمن[٣]،

وبالضرورة فان هذا الشرط ينبغي ان يكون مستنداً الى باعث مشروع وان تكون له مدة معقولة.

ويترتب على اشتراط البائع على المشتري عدم التصرف في المبيع الى ان يوفي هذا الاخير بالثمن، ان يمتنع المشتري عن التصرف في المبيع، طيلة المدة

---

[١] ينظر سمير تناغو: التامينات العينية على الطائرات حسب اتفاقية جينيف (١٩٤٨)- بحث منشور في مجلة العلوم القانونية والاقتصادية- عين شمس (١٩٦٥) العدد٢- السنة ٧، ص١١٢.

[٢] د.قاسم محمد قاسم: مبادئ القانون- ١٩٩٧- دار الجامعة الجديده- ص١٤٩، ولنفس المؤلف والمصدر ذاته- ط١-١٩٩٨- الدار الجامعية- ص١٩٦٥.

[٣] للمزيد من التفاصيل حول ماهية هذا الشرط ينظر: د.توفيق حسن فرج: التامينات الشخصية والعينية- مؤسسة الثقافة الجامعية بالاسكندرية (١٩٨٤)، ص١٠٨.

المحددة في الشرط، باي تصرف مهما كان نوعه اذا لم يحدد الشرط نوع التصرف، او بالامتناع عن تصرف معين كالبيع او الهبة اذا حدد الشرط ذلك.

ولاجل التمييز بين الضمان الذي يوافره امتياز بائع المنقول والضمان الذي يترتب على ادراج الشرط المانع من التصرف يجب ان نوضح مدى امكانية الاحتجاج بكل منهما على الغير، وما هية الضمانات التي يوافرانها.

ولعل السؤال الذي يتبادر الى الذهن ابتداء هو: هل يمكن الاحتجاج بالشرط المانع من التصرف على الغير؟ وفقا للقواعد العامة لايحتج بالشرط المانع على الغير، الذي اكتسب الملكية من المشتري الذي خالف الشرط المانع، إلا اذا كان يعلم بهذا الشرط وقت ابرام العقد الذي نقل اليه الملكية او كان باستطاعته ان يعلم، وعلى مايبدو لنا ان هذا العلم يتحقق عن طريق تسجيل الشرط، وهكذا ينتفي حسن النية لدى الغير الذي يكون باستطاعته العلم بالشرط بمجرد النظر الى العقد الذي نقل الى المتصرف اليه الاول الحق في المبيع والذي نص على الشرط المانع من التصرف في بنوده.

اما بالنسبة لامتياز بائع المنقول فالامر سيان اذ بموجب القانون المدني العراقي والقانون المدني المصري يبقى البائع محتفظا بامتيازه ولو خرج الشيء المبيع من حيازة المشتري ويعني هذا حقه في الاحتجاج بالامتياز تجاه الحائز الجديد اذا لم يكن حسن النية، بمعنى اذا انتقل المنقول الى حيازة مشتر جديد حسن النية لا يعلم بحق البائع الاول فلايجوز التنفيذ على المنقول تحت يده.

اما عن ماهية الضمانات التي يخولها شرط المنع من التصرف للبائع، فانها تتجسد في تقييد ارادة المشتري عن التصرف للغير، وفيما يتعلق بماهية ضمانات امتياز بائع المنقول فانه حينما يكون محل الامتياز اموالا خاضعة للتسجيل، فانه يكون محصنا من حيازة الغير لهذه المنقولات إذ أن اولوية استيفاءه حينها تكون موثقة هذا من جهة ومن جهة اخرى تخرج هذه المنقولات من قاعدة (الحيازة في المنقول سند الملكية) الامر الذي يعزز من اولوية او تقدم البائع على غيره.

وعلى مايبدو لنا ان هناك تقارب في التوصيف القانوني لهذا الشرط والضمان المترتب على امتياز بائع المنقول، اذ عند التوقف قليلا عند فحوى هذا الاخير يبدو وكان الامر ينطوي على شرط ضمني هو اعطاء حت تقدم للدائن البائع على سواه من الدائنين الاخرين بمعنى الا يستوف بقية الدائنين ديونهم على المنقول محل الضمان الا بعد ان يتم الوفاء بكامل الثمن للبائع الاول.

المبحث الثاني:اثر قاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية على الضمان المنصوص عليه في المادة (١٣٧٦) مدني عراقي

ان المنقول اذا كان مثقلا بحق الامتياز قد تعترضه قاعده اخرى هي قاعدة (الحيازة في المنقول سند الملكية) فاي القاعدتين تتغلب في هذه الحالة؟ لكي تتضح الإحكام القانونية لحل هذا الاشكال ينبغي علينا بيان الاثار القانونية التي تترتب على امتياز بائع المنقول، كما يتطلب منا الامر ايضاح بعض الاثار الخاصه ببعض المنقولات وهذا ماسنبحثه في مطلبين وعلى النحو الاتي:-

المطلب الاول: الاثار العامة التي تترتب على امتياز بائع المنقولات

المطلب الثاني: الاثار الخاصة ببعض المنقولات التي يرتبها امتياز بائع المنقول

المطلب الاول:الاثار العامة التي تترتب على امتياز بائع المنقول

هذه الاثار تتمثل في حق التقدم وحق التتبع واثار اخرى، وسنبين هذه الاثار كل على حدة.

١-حق التقدم: امتياز البائع يخول له، على وفق القواعد العامة في القوانين المدنية، الحق في استيفاء دينه بالافضلية على غيره من الدائنين الممتازين التالين له في المرتبه، بمعنى انه يستوفي حقه بالاولوية على غيره من الدائنين العاديين، و اصحاب القيود التي تجري على المبيع نفسه طالما انها تالية له في تاريخ التسجيل، بيد ان المشرع المصري في القانون رقم ١١ لسنة ١٩٤٠، حرصا منه على تشجيع

التعامل التجاري، خرج على هذا الاصل العام وقرر لبائع المحل التجاري افضلية في استيفاء دينه على غيره من الدائنين الممتازين، كالدائن المرتهن للمتجر، حتى ولو كان امتياز البائع تاليا له في التسجيل، طالما قيده خلال الخمسة عشر يوما التالية لتاريخ البيع ولو كان هذا الدائن قد قام بقيد حقه في تاريخ سابق على امتياز البائع وقد روعي في تقرير هذا الاستثناء منع المشتري من الاضرار بمصلحة البائع الذي لم يستوف كامل حقه بتقرير رهون على المتجر بعد شراءة مباشرة[1].

ويجب الجمع بين القاعده القاضية بحرمان بائع المنقول من حق الامتياز على الثمن ومن دعوى الفسخ عندما يفلس المشتري بعد تسلم البضاعة وبين القواعد المتعلقة بدرجة امتياز كل من بائع المنقول ومن مؤجر العقار. وهذا الجمع يسير في الحالة التي يجهل فيها مؤجر العقار ان المنقولات الموجوده في العقار والتي جاء بها المستاجر لم يدفع ثمنها ففي هذه الحالة يكون لامتياز المؤجر الاولوية على امتياز بائع المنقولات الموجودة في المحل المؤجر ولاتاثير لافلاس المشتري على هذه الحالة، فان المؤجر حسن النية (أي الذي يجهل ان ثمن المنقول لم يدفع) يستوفي دينه من ثم المنقول بالافضلية ويعود الباقي للزمرة نفسها لا لبائع المنقول لان امتياز بائع المنقول في هذه الحالة لاوجود له قبل الزمرة، اما اذا كان مؤجر العقار يعلم ساعة دخول المنقول في العقار ان ثمنه لم يدفع ففي هذه الحالة يدق الامر فبائع المنقول في هذه الحالة يتقدم على مؤجر العقار ولكن افلاس المشتري يترتب عليه زوال امتياز بائع المنقول بينما يبقى امتياز مؤجر العقار قائما، وقد استنتج القضاء في فرنسا[2]. ان مؤجر العقار في هذه الحالة يستفيد من زوال امتياز بائع المنقول ويكون في المرتبة الاولى ولكن الفقه[3] يعيب على القضاء هذا الراي ويرى انه

---

[1] الدكتورة سميحه القليوتي: القانون التجاري- المصدر نفسه- ص٣٧٥.

[2] ينظر في تفاصيل ذلك" د.صلاح الدين الناهي: الوسيط في القانون التجاري العراقي (احكام الافلاس والتصفية القضائية- ط١- ص٢٠٠-٢٠١.

[3] ينظر في تفاصيل ذلك" د.صلاح الدين الناهي: الوسيط في القانون التجاري العراقي (احكام الافلاس والتصفية القضائية- ط١- ص٢٠٠-٢٠١.

مخالف للغاية التي يتوخاها المشرع من حرمان بائع المنقول من حق امتيازه فان هذا الحرمان قد شرع لمصلحة زمرة المشتري لا مصلحة مؤجر العقار.

وعلى كل حال فان حكم القاعدة التي تقرر (حرمان بائع المنقول من دعوى الفسخ ومن الامتياز) على ثمن المبيع تسري على جميع المنقولات ولو كان المبيع من المنقولات المعنوية، أي تنطبق على حالة بيع المحل التجاري.

وفي حقيقة الامر ان مبنى حق التقدم هنا هو ان البائع هو الذي وضع الشي المبيع في ملك المشتري، فلا يكون من العدالة ان يثري غيره من الدائنين على حسابه بدفع ديونهم من هذا الشي بينما يفقد البائع الشي والثمن، فالبائع معتبرا انه لم يرض بنقل ملكية الشيء الا مع حفظ حقه في التقدم على غيره بالنسبة الى ثمنه، وهذا الامتياز هو نتيجة لازمة لمبدا نقل الملكية بالعقد وان كان البيع مصحوبا بأجل[1].

اقترح المشرع العراقي ان يوجب شهر عقد البيع، في حالة عدم استيفاء الثمن فورا، بقيده في سجل خاص معد بمكتب دائرة كاتب العدل التي يوجد ضمن دائرة اختصاصه المنقول المبيع، وذلك حتى يعلم الغير ان المشتري لم يدفع ثمن المنقول، وفي هذه الحالة على البائع ان يقدم صورة من عقد البيع مصدقا عليها اذا كان رسميا او اصل العقد اذا كان عرفيا وذلك عندما يتقدم البائع بطلب التسجيل أو القيد، كما نقترح تجدد القيد كل خمس سنوات اذا اراد البائع الاحتفاظ بامتيازه بمرتبة متقدمه على غيره من الحقوق الاخرى، بعبارة اخرى يبدو لنا من الاصوب لو نص المشرع العراقي على (وجوب قيد الامتياز لدى الموظف المختص) لانه، وعلى وفق النصوص الحالية، فان هذا الامتياز هو عبارة عن حق عيني يتطلب السرعه في ممارسته، ذلك ان المشرع يتطلب لاستخدامه عدم تغيير ذاتية المنقول، وفي الواقع يمكن اقتراح حل يوفر حماية اكبر بان يتم تسجيل الامتياز لدى الكاتب العدل في

---

[1] محمد كامل مرسي: المصدر نفسه- ص٣٥٣.