

الاساس القانوني لشرط الاحتفاظ بالملكية في القانون العراقي

مراد عبيد عيسى

طالب دكتوراه في كلية القانون بجامعة قم

اشراف د. جليل قنواتي

استاذ مشارك ، قانون الخاص بجامعة طهران

د. تقوى الكناني

استاذة مساعدة ، قانون خاص بجامعة طهران

الملخص

يتناول هذا البحث دراسة الأساس القانوني والفقه لشرط الاحتفاظ بالملكية في القانون المدني العراقي، من خلال تحليل طبيعته القانونية وآثاره تجاه أطراف العقد والغير، ولا سيما في عقود البيع بالتقسيط التي تُعدّ البيئة الأكثر شيوعاً لتطبيق هذا الشرط. اعتمد البحث منهجاً وصفيّاً تحليلياً يستند إلى النصوص التشريعية، وأحكام محكمة التمييز، وآراء الفقهاء، فضلاً عن المقارنات القانونية مع بعض التشريعات العربية والأجنبية، بهدف تقييم مدى فاعلية هذا الشرط في حماية حقوق البائع، وانسجامه مع المبادئ العامة للملكية والالتزامات. بدأت الدراسة ببيان المفهوم القانوني للاحتفاظ بالملكية وفقاً للقانون المدني العراقي، موضحةً أن الاحتفاظ بالملكية يُعدّ استثناءً من القواعد العامة التي تجعل انتقال الملكية مرتبطاً بإبرام العقد. كما أوضحت النصوص القانونية ذات الصلة، ومنها أحكام المواد المتعلقة بتسجيل العقار عند بيع العقارات بالتقسيط، والاجتهادات القضائية التي أكدت مشروعية هذا الشرط واعتباره وسيلة للضمان. ثم تناول البحث موقف الفقه الإسلامي من هذا الشرط، مبيناً مدى جواز البيع المعلق على شرط واقف، وتأثير هذا الشرط في ملكية المشتري وتصرفاته، ومقارنة ذلك بالتصور المدني الحديث لعقود البيع المؤجلة. كما عرضت الدراسة الفروق بين الاحتفاظ بالملكية وبين بعض الأنظمة المشابهة مثل: البيع بشرط التأمينات العينية، الرهن الضمني، ووعده البيع. وتطرق البحث إلى التطبيق القضائي العراقي، مبيناً الاتجاه الواضح لمحكمة التمييز في اعتبار شرط الاحتفاظ بالملكية وسيلة مشروعّة وفعالة لحماية البائع من مخاطر إفلاس المشتري أو امتناعه عن الدفع، مع التأكيد على ضرورة وجود شرط صريح وواضح في العقد يعلّق انتقال الملكية على الوفاء الكامل بالثمن. كما تناول البحث مجموعة من الآثار القانونية العملية، منها: حقوق البائع قبل دفع الثمن، وحدود حقه في الحبس واسترداد المبيع؛ موقف الدائنين الآخرين للمشتري وإمكانية الاحتجاج بالشرط في مواجهتهم؛ أثر إفلاس المشتري أو إعساره على نفاذ الشرط؛ مدى تأثير الشرط على استقرار التعاملات التجارية والثقة الائتمانية؛ وفي ضوء التحليل، أبرزت الدراسة أنّ شرط الاحتفاظ بالملكية يشكّل أداة ضمان فعالة لحماية البائع، لكنه يحتاج إلى تنظيم أكثر وضوحاً وتحديداً لضمان انسجامه مع النظام القانوني العام، ومنع إساءة استخدامه أو تعارضه مع حقوق الغير. من أبرز النتائج التي توصل إليها البحث: شرط الاحتفاظ بالملكية يعدّ وسيلة مهمة لحماية البائع، لكنه استثناء يجب تنظيمه بدقة لضمان عدم تعارضه مع قواعد الملكية؛ يسهم الشرط في حماية البائع من مخاطر إفلاس المشتري، ويتيح له استرداد المبيع ما لم يكن قد انتقلت ملكيته؛ لا يزال موقف القضاء العراقي متسقاً مع إقرار مشروعية هذا الشرط، لكنه يفتقر إلى نصوص تفصيلية تنظم آثاره؛ يساهم الشرط في الاستقرار الاقتصادي والتجاري، لكنه يحتاج إلى ضوابط تمنع تعدد النزاعات. على هذا الأساس، يكون أهم التوصيات ما يلي: ١. ضرورة تدخل المشرع لتضمين نصوص صريحة وواضحة تنظم شرط الاحتفاظ بالملكية؛ ٢. وضع آليات تسجيل محكمة لهذا الشرط لضمان حماية الغير وحسن سير المعاملات؛ ٣. اعتماد صياغات تعاقدية دقيقة تُحدّد نطاق الشرط وآثاره لضمان الاستقرار القانوني؛ ٤. تعزيز الانسجام بين أحكام الفقه الإسلامي والتشريع الوضعي بشأن البيع المشروط. الكلمات المفتاحية: شرط الاحتفاظ بالملكية، البيع بالتقسيط، حماية البائع، انتقال الملكية، الضمانات العقدية.

Abstract:

This research examines the legal and jurisprudential basis of the retention of title clause in Iraqi civil law. It

analyzes its legal nature and its effects on the contracting parties and third parties, particularly in installment sales contracts, which are the most common context for applying this clause. The research adopts a descriptive-analytical approach, drawing on legislative texts, Court of Cassation rulings, and scholarly opinions, as well as legal comparisons with selected Arab and foreign legislation. The aim is to assess the effectiveness of this clause in protecting the seller's rights and its consistency with the general principles of ownership and obligations. The study begins by clarifying the legal concept of retention of title according to Iraqi civil law, explaining that it is an exception to the general rules that link the transfer of ownership to the conclusion of the contract. It also identifies relevant legal texts, including provisions related to property registration in installment sales, and judicial interpretations that have affirmed the legitimacy of this clause and its role as a guarantee. The research then explores the position of Islamic jurisprudence on this clause, clarifying the permissibility of a sale contingent upon a suspensive condition, the impact of this condition on the buyer's ownership and transactions, and comparing this with the modern civil concept of deferred payment sales contracts. The study also presented the differences between retention of title and some similar systems such as: sale with security interests, implied mortgage, and promise to sell. The research addressed the Iraqi judicial application, showing the clear trend of the Court of Cassation in considering the retention of title clause a legitimate and effective means of protecting the seller from the risks of the buyer's bankruptcy or refusal to pay, while emphasizing the necessity of an explicit and clear clause in the contract that makes the transfer of ownership contingent upon full payment of the price. The research also addressed a set of practical legal implications, including: the seller's rights before payment of the price, and the limits of his right to retain and recover the sold item; the position of the buyer's other creditors and the possibility of invoking the clause against them; the effect of the buyer's bankruptcy or insolvency on the validity of the clause; and the extent of the clause's impact on the stability of commercial transactions and credit confidence. In light of the analysis, the study highlighted that the retention of title clause constitutes an effective safeguard for the seller, but it requires clearer and more specific regulation to ensure its consistency with the general legal system and to prevent its misuse or conflict with the rights of third parties. Among the most prominent findings of the research are: the retention of title clause is an important means of protecting the seller, but it is an exception that must be precisely regulated to ensure it does not conflict with the rules of ownership; the clause contributes to protecting the seller from the risk of the buyer's bankruptcy and allows them to recover the sold item unless ownership has been transferred; the position of the Iraqi judiciary remains consistent in recognizing the legitimacy of this clause, but it lacks detailed provisions regulating its effects; the clause contributes to economic and commercial stability, but it needs controls to prevent the proliferation of disputes. Based on this, the most important recommendations are as follows: 1. The necessity for legislative intervention to include explicit and clear provisions regulating the retention of title clause. **Keywords:** Retention of Title, Installment Sale, Seller Protection, Transfer of Ownership, Contractual Guarantees

المقدمة:

يُعدّ شرط الاحتفاظ بالملكية من الموضوعات القانونية المعاصرة التي برزت أهميتها مع ازدياد التعاملات التجارية وتنوع صيغ العقود التي تعتمد على تقسيط الثمن أو تأجيل دفعه. إذ يلجأ البائع غالباً إلى تضمين عقد البيع هذا الشرط لضمان حقه في استيفاء الثمن وحماية مصلحته عند تخلف المشتري عن السداد، فيبقى مالاً للمبيع إلى حين الوفاء الكامل. حيث قد يلجأ البائع إلى إدراج شرط الاحتفاظ بالملكية في العقد لأغراض مختلفة، إما ليقى نفسه مخاطر إفسار المشتري أو إفلاسه، وإما خشية ضياع حقه في ملكية الشيء المبوع. وعادة ما يكون موضوع البيع منقولات اعتاد الناس شراءها بالتقسيط مثل السيارات التي يتم بيعها بالتقسيط مع حفظ حق ملكيتها لصالح المصرف الممول العملية الشراء. ولكن لا يوجد ما يمنع أن يكون موضوعه عقارات. ورغم شيوع هذا الشرط في التطبيق العملي، إلا أنّ الأساس القانوني لاعتماده في القانون العراقي ما يزال محل بحثٍ ونقاش، خاصة في ظل عدم وجود نصوص صريحة تعالجه تفصيلاً في التشريع المدني، الأمر الذي يطرح إشكالية تتعلق بحدود مشروعيته وأثره في نقل الملكية وضمانات الطرفين. **وتتمثل مشكلة البحث في غياب التنظيم التشريعي الواضح لشرط الاحتفاظ بالملكية ضمن هيكليّة القانون المدني العراقي، مما يثير تساؤلات حول مدى مشروعيته، وكيفية انسجامه مع القواعد العامة التي تحكم انتقال الملكية في العقود، وكذلك طبيعة الحقوق التي يترتب عليها سواء للبائع أو للمشتري. ومن هنا ينبثق السؤال الرئيس لهذا البحث وهو: ما الأساس القانوني الذي يستند إليه شرط الاحتفاظ بالملكية في القانون العراقي، وما أثره على نظام انتقال الملكية وضمانات المتعاقدين؟ كما تنبع أهمية هذا البحث من كونه يعالج فراغاً تشريعياً مهماً في مجال المعاملات المدنية والتجارية، لا سيما في ظل توسع الائتمان التجاري واعتماد المؤسسات على بيع المنقولات والأجهزة وفق نظام التقسيط. كما تعود أهميته لقدرته على بيان مدى الحاجة إلى تدخل تشريعي لمعالجة هذا الشرط، أو إمكانية الاكتفاء بالقواعد العامة من حيث صحة**

الشرط وآثاره. ويهدف البحث إلى تحليل الأساس القانوني للشرط وفق المبادئ المدنية العامة، وبيان موقف القضاء والفقهاء منه، والكشف عن الآثار القانونية المترتبة عليه بالنسبة إلى الطرفين، إضافة إلى اقتراح معالجات أو حلول قد تسهم في تطوير الإطار التشريعي. ويعتمد هذا البحث على المنهج الوصفي التحليلي الذي يقوم على دراسة النصوص القانونية ذات الصلة في القانون المدني العراقي وتحليلها وربطها بالواقع العملي، بما يتيح تقديم رؤية متوازنة حول إمكانية تكريس هذا الشرط في البيئة القانونية العراقية.

المبحث الأول: التعريف بشرط الاحتفاظ بالملكية

يشير شرط الاحتفاظ بالملكية إلى اتفاق يُدرج في عقد البيع يقضي بأن تبقى ملكية المبيع للبائع حتى يقوم المشتري بسداد الثمن كاملاً، ويُعد هذا الشرط وسيلة قانونية لحماية حقوق البائع في البيوع المؤجلة. ويُستخدم هذا الشرط على نطاق واسع في المعاملات التجارية التي تعتمد على الائتمان أو التسيط لضمان استقرار العلاقة التعاقدية.

المطلب الأول: مفهوم الاحتفاظ بالملكية والنصوص القانونية ذات الصلة في القانون المدني العراقي

يعد عقد بيع العقار في القانون العراقي عقداً شكلياً أيضاً، إلا أن هذه الشكلية لا تجسد بالتحديد في سند عادي أو رسمي إنما تتمثل بالتسجيل في دائرة التسجيل العقاري ويعد التسجيل ركناً في العقد لا ينعقد من دونه^١ فالبيع غير المسجل يعد غير منعقد أو باطل، ان جاز التعبير، وليس له من أثر سوى أنه يلقي على عاتق الناقل التزاماً بدفع تعويض للطرف الآخر^٢. وبالتالي يكون المشرع العراقي قد غالى في الشكلية، واختلف موقفه عن بعض الدول التي اعتبرت بيع العقار عقداً شكلياً أيضاً، فمتى حرر بيع العقار هناك في ورقة رسمية اعتبر صحيحاً ومرتباً بالالتزام على عاتق البائع بنقل الملكية فإذا امتنع جاز تنفيذه جبراً عنه بالحصول على حكم بالتسجيل، ولا يجوز ذلك في القانون العراقي لذا تدخل المشرع لتخفيف حدة الموقف المتقدم بقرار مجلس قيادة الثورة المرقم ١١٩٨ لسنة ١٩٧٧ مبيراً التنفيذ العيني في حالتي البناء والغراس^٣، كما أن محكمة التمييز اتجهت لاعتبار البيع غير المسجل عقداً غير مسمى وليس بعقد بيع والمسؤولية المترتبة على النكول هي مسؤولية عقدية^٤، وعند ذلك يتم تسجيل العقار باسم المشتري في دائرة التسجيل العقاري كما في نص المادة (٥٣٤) من القانون المدني العراقي يعتبر شرط الاحتفاظ بالملكية ضماناً إجرائياً للبائع لاسترداد المبيع، وذلك في حال قيام المشتري بالإخلال بواجب دفع الثمن^٥. إن شرط الاحتفاظ بالملكية يمكن اللجوء إليه في كل من بيع العقارات، والمنقولات ويكمن المجال الغالب للشرط المذكور في البيع بالتسيط 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 محققاً في امتناعه عن التنفيذ. أجاز القانون المدني العراقي هذا الشرط للبائع حيث نصت المادة (٥٣٤) على أنه: "إذا كان البيع مؤجلاً للثمن جاز للبائع أن يحتفظ بالملكية إلى أن يستوفي الثمن كله حتى ولو تم تسليم المبيع". 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 اعدت له في استغلالها مادياً أو قانونياً، كالأطعم والوقود والحبوب والمنسوجات ومن ثم يتتاف شرط الاحتفاظ بالملكية هنا مع غرض المشتري. ومن المتصور كذلك ورود شرط الاحتفاظ بالملكية بصدد بيع الحقوق الذهنية كحقوق^٦. إذن خصّ المشرع العراقي شرط الاحتفاظ بالملكية بتنظيم تشريعي ورد في المواد (١١، ٥٣١، ٥٣٢، ٥٣٤) من القانون المدني رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ المعدل. ويُفهم من هذه النصوص أن الأصل في عقد البيع، سواء كان المبيع عيناً معينة بالذات أو كان البيع مطلقاً، هو أن يقوم البائع بنقل ملكية المبيع إلى المشتري بمجرد إبرام العقد واستيفاء شروطه القانونية. كما يترتب على انتقال الملكية تمكين المشتري من التصرف بالمبيع، سواء كان عقاراً أو منقولاً، فور اكتمال انتقال الملكية إليه، ولو لم يكن قد دفع كامل الثمن بعد. إلا أن المشرع أقر استثناءً على هذا الأصل حين أجاز للبائع، بموجب شرط صريح في العقد، أن يحتفظ بملكية المبيع رغم تسليمه للمشتري، بحيث لا تنتقل الملكية إلا بعد سداد الثمن كاملاً، سواء دُفع دفعة واحدة أو على شكل أقساط في حال البيع المؤجل أو المقسط. ويترتب على ذلك أن ملكية المبيع تظل ثابتة للبائع طوال مدة الوفاء بالأقساط، ولا تنتقل إلى المشتري إلا بعد إتمام السداد، وحينئذٍ تُعد الملكية قد انتقلت للمشتري من وقت البيع ذاته، باعتبار أن استيفاء الثمن يُكمل الأثر القانوني للعقد وفقاً لاتفاق الطرفين.

المطلب الثاني: موقف الفقه الإسلامي الذي يؤثر في التشريع العراقي

بقدر تعلق الأمر بالقانون العراقي نميل الى اعتبار شرط الاحتفاظ بالملكية من قبيل الشرط التقييدي المستمد من الفقه الاسلامي والذي تجهله التشريعات الأخر، وهذا الشرط يتناول أثر العقد وحكمه فيقده بعد أن كان مطلقاً^٧ الملكية بصورة عامة في الشريعة الاسلامية ترتبط بالجانب

العقائدي إذ أن الملك الله جميعاً باعتباره المالك الحقيقي وتكون الملكية الاعتبارية للإنسان باعتباره مستخلف عن الملك الحقيقي استناداً لقوله تعالى ﴿وَإِذْ قَالَ رَبُّكَ لِلْمَلَائِكَةِ إِنِّي جَاعِلٌ فِي الْأَرْضِ خَلِيفَةً﴾^٩ لذلك فإن البيع في الفقه الإسلامي هو عقد معاوضة تملك بتمليك^٩. فحكم البيع ومقتضاه هو ثبوت الملك في المبيع للمشتري وثبوت الملك في الثمن للبائع^{١٠} ولأن مثل هذا الشرط لم يرد له ذكر لدى الفقهاء القدامى فلا مناص من الرجوع الى الآراء المختلفة بصدد حرية الشروط العقدية، ومدى اعتبارها شرعاً^{١١}. فإن العلاقة ما بين العقد وشرط الاحتفاظ بالملكية متنوعة، وأن هذا التنوع يكون بحسب طبيعة العقد والغرض المقصود منه، فالعقود التي تنظم الملكية التي لا يقصد منها التمتع بالحق بشكل كامل، لا يصح تأقيتها إذ لا يجوز أن يكون عقد البيع مؤقتاً بزمن معين، فلا يجوز أن تكون الملكية مقترنة بزمن تنتهي صفة الملك بإنقضائها وإلا فإن العقد يخرج عن صفته، ولا يمكن تسميته بأنه عقد بيع بل يأخذ مسمى آخر كعقد الإيجار إذ إن الملكية لا تنتقل به، إلا أنه يمكن اقتران الآثار المترتبة على عقود التملك بأجل واقف، إذ إن الأخير لا يخالف النظام العام ولا يخالف قواعد الملكية من تسجيل وإفراز، فما يتأقت هو الالتزام المترتب على العقد إذ أن عقد البيع ينشئ التزامات متعددة أحدها هو الالتزام بنقل الملكية فهذا الالتزام يكون مؤبداً، أما الآثار الأخرى فتقبل التأقيت كالاتزام بتسليم المبيع أو الالتزام بإداء الثمن، لذلك نلاحظ بأن الفقه القانوني يتوافق مع الفقه الإسلامي في عدم عقد البيع من العقود الفورية التي لا تقبل التأقيت، إذ أن دوام الملك وعدم قبوله للتأقيت هو أحد خصائص الملكية، فقد وصف حق الملكية بأنه حق دائم وهذا لا يعني أن تدوم ملكية الشيء إلى المالك للأبد، إذ إن المالك قد يتحلى عن ملكيته للشيء بأي تصرف آخر ناقل للملكية كالهبة والبيع، كما وقد تنتقل ملكية الشيء بوفاء المالك إلى ورثته، فدوام الملكية يعني أن هذا الحق يبقى ما دام محله باقياً وأن هذه الملكية لا تسقط بعدم الاستعمال ولا تسقط بالتقادم، كما لا يجوز اقتران الملك بأي زمن، إذ نصت المادة (٢٩٢) على: "لا يصح في العقد اقتران الملكية بأجل"، فلا يصح الاتفاق على نقل ملكية الشيء إلى المتصرف إليه مدة زمنية معينة وبعدها يعود الشيء إلى المتصرف؛ لأن التأقيت يتنافى مع طبيعة حق الملكية كما ولا يجوز توقيت عقد البيع بمدة معينة كان يتفق البائع والمشتري على أن يكون نقل ملكية العين المبيعة لفترة محددة بعدها تعود الملكية للبائع أو إلى شخص ثالث فمثل هذا الاتفاق يكون باطل وذلك لاعتبارات تتعلق بالمصلحة العامة^{١٢}. ونلاحظ أن الفقه القانوني يتفق مع الفقه الإسلامي على أن التأقيت هو أداة أو إطار لتحديد محل الالتزام الذي يقبل التأقيت، سواء كان التأقيت هو زمن لقياس المنفعة ولا بديل له كما في عقد الإيجار، أو كان الزمن هو أحد ضوابط قياس المنفعة كما في كافة العقود التي تقبل التأقيت، فأجل التأقيت يحدد بداية مدة العقد ونهايته، كما أن تنفيذ العقد أو الالتزام بالعقد يستمر طوال مدة التأقيت، لذا يمكن أن نعرف التأقيت بأنه: "ضابط لقياس المنفعة وبه يتم تقدير محل العقد لإداء الالتزامات الناتجة عن العقد وفقاً لطبيعة العقد وروغبة العاقدين".

المطلب الثالث: التوجهات القضائية في العراق

إن هدف اشتراط البائع الاحتفاظ بالملكية هو ضمان استيفائه كامل الثمن وحمايته من مخاطر إفلاس المشتري وبالتالي يصبح المبيع وكأنه مرهون بحق البائع والاتجاه الذي قال بصحة هذا الشرط ذهب إلى أن حكم العقد ليس من النظام العام لذا يجوز للطرفين أن يتفقا على خلافه^{١٣}، إن القاعدة العامة في التوجهات القضائية في هذا الصدد انه بالرغم أن تصرف المشتري قد انصب على مال ما يزال مملوكاً للبائع، إلا أن جريمة خيانة الأمانة لا تنهض لأنها تقتض أن يكون المجني عليه قد سلم المال إلى الجاني بعقد من عقود الأمانة التي يحددها المشرع حصراً والتي ليس من بينها البيع بالتقسيط^{١٤}، ورغبة من البائعين بالتقسيط في توقيع الجزاء الجنائي على المشتري لجأوا إلى ستر البيع بالتقسيط بصورة عقد إيجار عن طريق البيع الإيجاري، إلا أن القضاء والمشرع أحياناً سرعان ما أحبط هذه المحاولة ورد للعقد صفته الأصلية رافضاً توقيع عقوبة خيانة الأمانة^{١٥}.

لكن المشرع العراقي لم يشأ أن يقصر نطاق تحقق جريمة خيانة الأمانة على حالة تسليم الشيء إلى الجاني بعقد من عقود الأمانة أو على سبيل الأمانة وإنما وسع نطاق الجريمة لتشمل حالة ما إذا كان المال قد عهد به إلى الجاني بأي كيفية كانت أو سلم له لأي غرض كان ويستشف من العبارة الأخيرة أن المشرع لم يشترط لتحقيق الجريمة إلا أن يكون هنالك تسليم رضائي سابق على ارتكابها^{١٦} وبالتالي انفرد المشرع العراقي عن غالبية التشريعات العقابية الأخرى. وقد أكد المشرع هذا النهج صراحة بصدد البيع بالتقسيط مع الاحتفاظ بالملكية فجاء في المادة ٤٥٥ عقوبات يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على سنة وبغرامة لا تزيد على مائة دينار أو بإحدى هاتين العقوبتين من اشترى مالا منقولاً احتفظ البائع بملكته إلى أن يستوفي ثمنه كله فتصرف به تصرفاً يخرج من حوزته دون إذن سابق من البائع.

بناءً على ذلك، فقد اعتبر المشرع العراقي تصرف المشتري بالمال المبيع بالتقسيط والذي احتفظ البائع بملكته من الجرائم الملحقة بخيانة الأمانة حماية لحقوق البائعين ويتضح من نص المادة أن الجريمة تتطلب لقيامها شروطاً أربعة^{١٧}:

- أن يكون محل الجريمة مالا منقولاً احتفظ البائع بملكته إلى حين وفاء ثمنه كاملاً.
- أن يكون المشتري قد تصرف بالمال تصرفاً يخرج من حوزته.

• أن يكون هذا التصرف دون إذن سابق من البائع.

• توافر القصد الجنائي، وهو علم المشتري أن المال ما يزال مملوكا للبائع وانصراف ارادته الى حرمانه منه كضمان لحقه في حالة عدم تسديد الثمن. وبما أن هذه الجريمة تحمي مصلحة خاصة للبائع فلا تقام الدعوى الجزائية فيها إلا بشكوى منه، ويجوز له التنازل عن شكواه قبل صدور حكم نهائي فيها وأوجب المشرع إيقاف تنفيذ الحكم إذا حصل التنازل بعد صدوره. ونرى أن الحكمة من ذلك أن المشتري قد يقوم بسداد الثمن كاملا الى البائع خلال مرحلة التحقيق أو المحاكمة أو فترة تنفيذ العقوبة وبالتالي لا يبقى ثمة مصلحة للبائع في استمرار ايقاع العقوبة عليه بعد أن استوفى حقه منه ونرى أن موقف المشرع العراقي المنوه عنه قد أعطى للبائعين ضمانا هاما إذ يقترن الجزاء الجنائي بالجزاء المدني، ويشكل عاملا يردع المشتريين من الاضرار بحقوق البائعين بالتسريط، بل أن المشرع في بعض الدول وإزاء استحالة تطبيق عقوبة خيانة الأمانة هناك لجا الى انشاء جريمة جديدة خاصة.

وإذا كانت الآثار المتقدمة تترتب طالما لم يتم سداد الأقساط، فإن انتهاء مرحلة التعليق تتضمن فرضين:

١ حالة وفاء الأقساط كافة: إذا أوفى المشتري الثمن كاملا تحقق الشرط الواقف وانتقلت الملكية الى المشتري بأثر رجعي مستندا الى وقت البيع^{١٨} وليس الى وقت تحقق الشرط، وإذا كان المشتري قد تصرف بالمبيع تعد تصرفاته نافذة منذ البداية، كما تصبح ثمرات المبيع ملكا للمشتري من وقت العقد، ولما كان الاجل مقررًا لمصلحة المشتري فيجوز له أن ينزل عنه وان يوفي الثمن فورًا وفي أي وقت وبالتالي يتعجل انتقال الملكية اليه.

٢ حالة عدم وفاء الاقساط: إذا أخل المشتري بسداد الاقساط امتنع انتقال الملكية اليه، ويذهب جانب من الفقه الى أن عقد البيع يزول بأثر رجعي لمجرد تخلف الشرط الواقف لنقل الملكية ويعتبر كأن لم يكن، بيد أن هذا الرأي لا يصح إلا إذا كان الطرفان قد اتفقا على شرط فاسخ صريح مؤداه اعتبار العقد مفسوخا من تلقاء نفسه دون الحاجة الى حكم عند الاخلال بالوفاء، أما بغياب مثل هذا الشرط فلا ينسحب أثر تخلف الشرط على عقد البيع ذاته، إنما يؤدي فقط الى امتناع نقل الملكية ويبقى عقد البيع قائما ويكون للبائع الخيار بين أمرين:

أ. طلب فسخ العقد واسترداد المبيع مع التعويض وفقاً للقواعد العامة في الفسخ القضائي.^{١٩}

ب. كما يمكن للبائع التمسك بالعقد والمطالبة بتنفيذه وإلزام المشتري بباقي الثمن. ويقرر القضاء المصري انه إذا قام بائع الآلة المحتفظ بحق الملكية بتنفيذ الحكم الصادر له ضد المشتري بدفع بقية الثمن وبيع هذه الآلة بالذات، فانه بذلك يختار نهائياً طريق الدفع، فلا يحق له بعد ذلك أن يعدل عنه ويتمسك بالاحتفاظ بالملكية الذي سقط حقه فيه لنزوله الضمني عنه على أن مجرد حصول البائع على حكم بباقي الثمن لا يفيد حتماً نزوله عن شرط الاحتفاظ بالملكية. وفيما يتعلق بموقف القضاء العراقي، يبدو أنه اتجه في غالب أحكامه إلى تطبيق القواعد العامة المنصوص عليها في المادة (١٣١) من القانون المدني، والتي تقضي بأن شرط المنع من التصرف يُعدّ من الشروط المخالفة للنظام العام إذا أدى إلى تجريد حق الملكية من أهم خصائصه، وهي سلطة التصرف، فضلاً عن مخالفته لمبدأ حرية تداول الأموال. ولا يُستثنى من ذلك إلا ما ورد به نص في القانون أو الشرع، كالوقف، وحتى في مثل هذه الحالات يجب أن يقوم الشرط على باعث مشروع وأن يكون مقيداً بمدة معقولة^{٢٠}، وقد قضت محكمة التمييز في أحد قراراتها بأنه إذا تضمن عقد البيع شرطاً يمنع المشتري من بيع السيارة المبيعة قبل تسديد كامل الثمن، فإن هذا الشرط لا يُعتدّ به لمخالفته مقتضى العقد^{٢١}. كما قضت في قرار آخر بأن أي شرط يتعارض مع حق المالك في التصرف بملكه يعدّ باطلاً لمخالفته النظام العام^{٢٢}. ومع ذلك، ذهب اتجاه آخر في القضاء العراقي إلى جواز اشتراط المنع من التصرف في بعض الحالات، حيث قررت محكمة التمييز صحة اشتراط عدم جواز بيع السيارة إلا بعد سداد كامل الثمن، واعتبرت أن عدم دفع أحد الأقساط يستتبع استحقاق بقية الأقساط دفعة واحدة.^{٢٣}

المبحث الثاني: الآثار القانونية

يترتب على شرط الاحتفاظ بالملكية جملة من الآثار القانونية التي تنعكس على مركز كل من البائع والمشتري، سواء من حيث انتقال الملكية أو نطاق الحقوق التي يتمتع بها كل طرف أثناء سريان العقد. ويهدف هذا المبحث إلى بيان تلك الآثار وتحليلها وفق أحكام القانون المدني العراقي وما استقر عليه الفقه والقضاء.

المطلب الاول: حقوق البائع قبل دفع الثمن

يُعد شرط الاحتفاظ بالملكية أحد الضمانات القانونية المعبرة التي يعول عليها جانب من الفقه القانوني، لما يؤديه من وظيفة رئيسية في حماية حق البائع في استيفاء كامل الثمن من المشتري. وقد انقسم أنصار هذا الاتجاه إلى فريقين: فالأول يرى أن ضمان اتفافي يستند إلى الطبيعة التعاقدية للشرط، إذ يقوم على إرادة كل من البائع والمشتري باتفاقهما على سداد الثمن بالتسريط مع بقاء الملكية للبائع حتى الوفاء به كاملاً، مما يترتب التزامات متقابلة بين الطرفين وفقاً للقاعدة العامة التي تقضي بأن "العقد شريعة المتعاقدين". أما الاتجاه الذي يعدّه ضماناً عينياً، فيرتكز إلى أن

فكرة الضمان هنا ذات وظيفة اقتصادية بالأساس، تقوم على توظيف حق الملكية كوسيلة لتأمين الوفاء بالثمن، باعتبار أن هذا الحق من الحقوق العينية الأصلية التي تمثل جوهر عقد البيع. ولما كان البيع لا يتحقق إلا بنقل الملكية، فإن الاحتفاظ بها لا يُعد استثناءً إلا بقدر ما يخدم غاية الضمان. ومن ثم يُعد شرط الاحتفاظ بالملكية ضماناً عينياً ذا طابع إرادي، ينشأ بناءً على اتفاق الأطراف المسبق على إعماله ضمن العلاقة التعاقدية^{٢٤}. وهذا الاتجاه هو ما يميل إليه الباحث لرجاحة أسسه وأقربه لطبيعة الحق محل التنظيم. إن البيع قائم لأن كل التزاماته حالة التنفيذ، فيما عدا نقل الملكية فهو معلق على شرط واقف، وهذا هو الفرق بينه وبين البيع المعلق على شرط بوجه عام، والذي تكون فيه كل الالتزامات مؤجلة التنفيذ^{٢٥}. فإذا كان ثمن البيع مؤجلاً جاز للبائع أن يشترط أن يكون نقل الملكية إلى المشتري موقوفاً على دفع الثمن كله، ولو تم تسليم الشيء المبيع. وإذا وفى المشتري جميع الأقساط، يعتبر أنه تملك الشيء المبيع من يوم البيع وهذا ما يقربه من مفهوم البيع التأجيلي^{٢٦}. وفقاً لهذا العقد، يحتفظ البائع بالملكية حتى وفاء المشتري بالأقساط المتفق عليها كاملة. وفي حال عدم دفع أشهر استحقاقات شهرية متتالية، وبعد الانذار، يعتبر عقد البيع ملغى، وتعتبر المبالغ المدفوعة بمثابة بدلات إيجار سابقة^{٢٧}. تقدم أن البيع بالتقسيم مع الاحتفاظ بالملكية يعد بيعاً باتاً وان انتقال الملكية وحده يكون موقوفاً على وفاء الأقساط كافة، ولكن لا اثر للشرط على بقية الالتزامات الناشئة عن عقد البيع ولا يترتب عليه تعطلها، فينبغي على البائع أن يقوم بتسليم المبيع للمشتري وفقاً لشروط التعاقد، كما أن عليه ضمان تعرض الغير للمشتري في حيازته للمبيع وضمان عيوبه الخفية. وبالمقابل يلتزم المشتري بسداد أقساط الثمن بالكيفية المتفق عليها ويتسلم المبيع وتحمل نفقات ومصاريف البيع، فهذه الالتزامات يتعين تنفيذها كما لو كنا بصدد عقد بيع اعتيادي. إلا أن نقل الملكية، وهو جوهر البيع ومقصوده، يتراخى تنفيذه عن العقد وبالأحرى يعلق على شرط واقف هو وفاء الثمن كاملاً. ويذهب رأي إلى أن تعليق حق الملكية على شرط واقف يجعل لهذا الحق مالكين، مالكا تحت شرط واقف وهو من انتقلت إليه الملكية معلقة على هذا الشرط، ومالكا تحت شرط فاسخ هو من انتقلت منه الملكية إلى المالك تحت شرط واقف، ويكون المالك تحت شرط واقف ذا حق غير كامل الوجود، أما المالك تحت شرط فاسخ فحقه كامل الوجود، غير أنه من الصعوبة بمكان التسليم بهذا الرأي الذي يجعل لكل من البائع والمشتري في البيع بالتقسيم مع الاحتفاظ بالملكية صفة المالك، وهذا غير سائغ، ومن المنطق القول أن الشرط هو وصف للالتزام يقترب بالحق الشخصي لا بالحق العيني وهو حق الملكية، فمن الأجدر بنا هنا الرجوع إلى ما قرره سلفاً من أنه متى تراخي انتقال الملكية نشأ التزام بنقلها على عاتق البائع، وفي هذا الفرض فإن الالتزام بنقل الملكية هو الذي يعلق على شرط واقف وبالتالي فإنه يكون غير كامل الوجود، ومتى تحقق الشرط إكتمل وجوده وأدى إلى نقل الملكية حقا إلى المشتري، وهذا التحليل برأينا يتلافى الكثير من الصعوبات ويؤدي إلى القول أن البائع وحده يبقى مالكا للمبيع على وجه الاستقلال، أما المشتري فهو ليس بمالك قبل تحقق الشرط وإنما مجرد حائز للمبيع^{٢٨}. وبما أن مركز المشتري هو مجرد حائز للمبيع ليس إلا، فإنه لا يستطيع، من الناحية النظرية، ممارسة أية سلطة من سلطات المالك، كالاستعمال والاستغلال والتصرف. بيد أن الأمر يختلف في الواقع العملي، حيث يتجلى الغرض من البيع بالتقسيم في تمكين المشتري من الانتفاع بالشيء وتتجه ارادة الطرفين ضمناً لتحقيق تلك الغاية، لذا نجد أن المشتري يستعمل المبيع ويستغله بل ويتصرف به أحيانا، ويتضمن الاتفاق غالباً بنوداً آخر مكملة تحدد سلطات المشتري على المبيع المحقق بملكه كجعل يده عليه على سبيل الوديعة أو الاجارة^{٢٩}. وبما أن ملكية المبيع تبقى للبائع إلى حين سداد جميع الثمن، فإن تصرف المشتري بالمبيع يكون وارداً على شيء لا يملكه، ويخضع بالتالي لأحكام التصرف بملك الغير^{٣٠}، وفي القانون العراقي يكون هذا التصرف تصرف فضولي ويخضع لأحكام المادة ١٣٥ فيكون موقوفاً على اجازة المالك إن أجازته نفذ وإلا فيبطل، ويجب أن يستعمل خيار الاجازة أو النقض خلال ثلاثة اشهر من اليوم الذي يعلم فيه المالك بصدور العقد، فإذا لم يصدر منه ما يدل على الرغبة في نقض العقد اعتبر نافذاً^{٣١}، ويترتب كذلك على عدم اعتبار المشتري مالكا أنه إذا قام برصد المنقول المبيع الذي احتفظ البائع بملكه لخدمة عقار مملوك له فان ذلك لا يجعله عقاراً بالتخصيص، فإذا أراد البائع التنفيذ بباقي الثمن فله أن يحجز على المبيع حجز منقول ولا يلزم باتخاذ اجراءات الحجز على العقار^{٣٢} وإذا احتفظ البائع بملكية آلة زراعية منع ذلك من أن تصبح هذه الآلة عقاراً بالتخصيص في أرض المشتري ولا تدخل بالتالي في ضمان الرهن للدائن المرتهن، لأن المدين الرهن الذي اشترى المنقول لما يصبح بعد مالكا للمنقول الذي احتفظ البائع بملكه حتى تمام الوفاء^{٣٣}، ومن حق البائع طلب وضع الحجز على المبيع ولو قد أصبح بيد الغير، لأن احتفاظه بالملكية يمنع المشتري من التصرف فيه دون موافقه البائع^{٣٤}. ويثير الشرط ثلاث مسائل أساسية في العلاقة بين البائع والمشتري أولها تحديد من تقع عليه تبعة هلاك المبيع بسبب أجنبي، والثانية إمكانية خضوع المشتري لعقوبة جريمة خيانة الأمانة إذا تصرف بالمبيع، والثالثة: حول مصير شرط الاحتفاظ بالملكية. وكان موقف المشرع العراقي أكثر دقة ومنطقية في ربط تبعة الهلاك بالتسليم دون الملكية^{٣٥}، وبالتالي متى تم تسليم المبيع الذي احتفظ البائع بملكه إلى المشتري تحمل المشتري تبعة الهلاك من وقت التسليم، والحكم المتقدم يتفق مع ما هو مقرر في الفقه الاسلامي والذي سار على هديه المشرع العراقي في التمييز بين يد الأمانة ويد الضمان في تحديد من يتحمل تبعة هلاك

المال المملوك تحت يد غير مالكة^{٣٦}، فمن وضع يده على مال مملوك لغيره بإذن المالك وكان واضع اليد يرمي الى تملك المال فتكون يده يد ضمان ويتحمل بالتالي تبعه الهلاك، ومثاله القابض للمبيع على سوم الشراء^{٣٧}، لذلك ومن باب أولى تكون يد المشتري على المبيع الذي احتفظ البائع بملكيته يد ضمان أيضا لأنه يقصد من حيازته التملك، وعلى ذلك يكون ضامنا هلاك الشيء وتلفه^{٣٨}.

المطلب الثاني: موقف الدائنين بالنسبة للمبيع المشروط

لا يقتصر شرط الاحتفاظ بالملكية في أثره على العلاقة فيما بين المتعاقدين، بل يمتد أثره إلى الغير أيضا. فإذا تصرف المشتري بالمبيع الذي احتفظ البائع بملكيته، فإما أن يكون تصرفه متصفاً الصفة ذاتها، أي أن المتصرف إليه يعلم بتعلق حق البائع بالمبيع بمقتضى شرط الاحتفاظ بالملكية فيكون هذا التصرف صحيحا، وينتقل المبيع إلى المتصرف إليه محملا بالقيود ذاته الوارد على ملكيته، أي يكون البيع الثاني موقوفاً فيه انتقال الملكية على شرط الوفاء بالثمن للبائع الأصلي^{٣٩}. وإما أن يكون تصرفه باتا مطلقا فيكون صادرا من غير مالك وتطبق أحكام التصرف في ملك الغير حسب النظام القانوني المعمول به، فيكون البيع موقوفاً في القانون العراقي وباطلا نسبيا، أي قابلا للإبطال لمصلحة المشتري، في التقنيات الأخرى^{٤٠}. وفي كل الاحوال فهو لا ينفذ بحق البائع المالك الحقيقي، الذي يكون له استرداد المبيع، ويستطيع في سبيل ذلك الحجز عليه تحت يد الغير المتصرف اليه لأنه لا يزال مالكا له^{٤١}، وإذا كان للبائع أن يسترد المبيع المحتفظ بملكته، إلا أن المبيع إذا كان منقولاً وتسلمه المتصرف اليه بحسن نية جاهلاً بالاحتفاظ بالملكية، جاز للمتصرف اليه أن يتمسك تجاه البائع بقاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية فيتعطل حق الاسترداد. لكن البائع قد يفلح في استرداد المبيع متى أثبت عدم توافر شروط تطبيق قاعدة الحيازة في المنقول، خصوصا إثبات سوء نية المتصرف اليه بأنه كان يعلم بوجود شرط الاحتفاظ بالملكية وان من تصرف له ليس مالكا للمبيع^{٤٢}، إلا أن هذا الاثبات عسير في معظم الاحوال فضلا أن مشتري المبيع الذي احتفظ البائع بملكته يحوزه أمام الجميع ظاهرا عليه بمظهر المالك، فذلك يدعم حسن نية المتصرف اليه المفترضة أصلاً باعتباره لا يعلم بالشرط وهذا الافتراض كفيل بدفع دعوى البائع بالاسترداد. ومن خلال إمعان النظر في المادتين ١١٦٣ و ١١٦٤ يمكن القول أن للمتصرف اليه أن يدفع مطالبة البائع المحتفظ بالملكية بالاسترداد عن طريق تمسكه بقاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية المقررة بالمادة ١١٦٣، إلا أن المادة ١١٦٤ تجيز لمالك المنقول الذي خرج من يده بضياع أو سرقة أو غصب أو خيانة أمانة استرداده من حائزه حسن النية، ولما كان تصرف المشتري بالمبيع الذي احتفظ البائع بملكته يشكل جريمة خيانة أمانة استناداً الى صريح نص المادة ٤٤٥ عقوبات عراقي، فإنه يجوز للبائع استناداً الى المادة ١١٦٤ خلال مدة ثلاث سنوات أن يسترد المبيع من يد المتصرف اليه بالرغم من أنه يحوزه بحسن نية وبسبب صحيح. معنى ذلك أن مفعول قاعدة الحيازة في المنقول سوف يتعطل وقتياً خلال هذه الفترة التي يخول فيها البائع ممارسة حقه بالاسترداد. وهنا يرى المشرع في إطار تنظيمه لآثار الحيازة وحق المالك أن للمالك حق استرداد المال إذا خرج من تحت يده بطريق الضياع أو السرقة أو الغصب أو خيانة الأمانة^{٤٣}. وبالقياص على ذلك، يمكن القول إن المشتري الذي لم يسدد الثمن بعد ولم تنتقل إليه الملكية، إذا قام بالتصرف في المبيع قبل وفاء الثمن، فإن فعله لا يعد غصباً، لأنه ليس مالكا للشيء، وإنما هو خائن للأمانة، رغم كونه حائزاً للمبيع ومنتقماً به. فالحيازة هنا تُحوّله ممارسة سلطتي الاستعمال والاستغلال، لكنها لا تمنحه سلطة التصرف، التي تظل مرتبطة بالملكية دون غيرها. وبالتالي، إذا أقدم المشتري على التصرف بالمبيع، فإن التكييف الأقرب هو اعتباره مرتكباً لخيانة الأمانة، لا غاصباً^{٤٤}. ويترتب على ذلك أن للمالك أي البائع المحتفظ بالملكية أن يطالبه بدعويين: دعوى جزائية بتهمة خيانة الأمانة، ودعوى مدنية وهي دعوى الاسترداد، على أن تُرفع خلال مدة الثلاث سنوات، حتى لو كان المتصرف إليه حسن النية. ويُعد هذا الاتجاه الذي تبناه المشرع العراقي أكثر ملاءمة، لأن المشتري الأخير الذي تنتقل إليه الحيازة لا ينبغي معاملته معاملة الغاصب، وإنما ينبغي اعتباره حائزاً حسن النية، ويجوز له ردّ دعوى المالك المحتفظ بالملكية استناداً إلى قاعدة "الحيازة في المنقول سند الحائز". وهكذا نرى أن المشرع العراقي قد قطع شوطاً بعيداً في ضمان مصلحة البائعين بالتقسيط عن طريق شرط الاحتفاظ بالملكية الذي يعد ذا فاعلية كبيرة في التشريع العراقي^{٤٥}.

المطلب الثالث: أثر إفسار أو إفلاس المشتري

يؤدي الإفلاس إلى تصفية جماعية لأموال التاجر المفلس كافة، فإذا كان المشتري قد استلم البضاعة أو دخلت مخازنه، ثم أشهر إفلاسه لا يبقى للبائع الذي لم يستوف حقه الثمن سوى الدخول في التقلية كدائن عادي يخضع لقسمة الغرماء فلا يستطيع مباشرة دعوى الفسخ والاسترداد، كما يسقط حقه في الامتياز تحقيقاً لمبدأ المساواة بين الدائنين^{٤٦}. وفي القانون العراقي تنص المادة ٦٤٦ من قانون التجارة لعام ١٩٧٠ أنه إذا أفلس المشتري قبل دفع الثمن وبعد دخول البضائع مخازنه أو مخازن وكيله المكلف ببيعها، فلا يجوز للبائع أن يطلب فسخ البيع أو استرداد البضائع، كما يسقط حقه في الامتياز يفهم من ذلك أن مجرد تسليم البضائع للمشتري الذي يقع تحت الإفلاس يمنع البائع من استردادها وقد قضت الفقرة الثانية من هذه المادة على فاعلية شرط الاحتفاظ بالملكية بالقول وكل شرط يكون من شأنه تمكين البائع من استرداد البضائع أو الاحتفاظ بامتياز

عليها لا من شأنه تمكين البائع من استرداد البضائع أو الاحتفاظ بامتيازها عليها لا يحتج به على جماعة الدائنين^{٤٧}. يتبين من مجمل العرض المتقدم لآثار شرط الاحتفاظ بالملكية تباين مواقف التشريعات من الشرط المبحوث فيه بين القوة والضعف، ولكن الاتجاه في الوقت الحاضر يسير نحو تعضيد هذا الشرط واعطائه المزيد من الفاعلية^{٤٨}. كما أن للشرط في القانون العراقي قدرا لا بأس به من الاهمية، حيث جعل التصرف بالشيء المحتفظ بملكيته جريمة خيانة أمانة، وعطل فاعلية قاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية لصالح استرداد البائع مدة من الزمن، وكان حريا به بعد ذلك أن يقبل سريانه تجاه الدائنين في حالة الافلاس، ولا سيما أن لهذا الحكم اساسه من الفقه الاسلامي، حيث روي عن رسول الله (ﷺ) قوله: أيما رجل باع متاعا فأفلس الذي ابتاعه منه ولم يقبض الذي باعه من ثمنه شيئا، فوجده بعينه فهو أحق به^{٤٩}. بناء على ذلك، لو أحال البائع المحتفظ بالملكية حقه في الثمن الى الغير، أو أوفى الغير بالثمن للبائع وحل محله عن طريق الوفاء مع الحلول، فإن الغير يستطيع أن يستفيد من الاحتفاظ بالملكية الذي كان مقررا للبائع أي ينتقل اليه مع الدين المضمون باعتباره من توبعه أن فكرة اعتبار الاحتفاظ بالملكية كتأمين عيني وقابل للانتقال الى الغير ما تزال غير.

الذاتة

يتبين من خلال هذا البحث أن شرط الاحتفاظ بالملكية يمثل نظاماً قانونياً مهماً في العقود المدنية والتجارية، ولا سيما في البيع بالتقسيط حيث تتزايد مخاطر عدم السداد. وقد كشف التحليل القانوني والفقهني والنصوص التشريعية والاجتهادات القضائية أن هذا الشرط يشكل استثناءً مشروعاً على القواعد العامة لنقل الملكية، ويُعدّ وسيلة فعّالة لضمان حقوق البائع قبل استيفائه الثمن كاملاً. كما أظهر البحث أن الفقه الإسلامي، من خلال إقراره لمبدأ التعليق بشرط، يوفّر أساساً فقهياً يمكن الاستناد إليه لتبرير هذا الشرط ضمن إطار قانوني معاصر. وبالرغم من اعتراف القضاء العراقي بمشروعية شرط الاحتفاظ بالملكية واعتماده كوسيلة حماية للمتعاقدين، إلا أن النقص التشريعي في تنظيم تفاصيله وآثاره ما زال يشكل تحدياً عملياً في مواجهة النزاعات التي قد تطرأ بين البائع والمشتري أو بين الدائنين. كما أن غياب آليات تسجيل واضحة لهذا الشرط يخلق إشكالات في تحديد الأولوية والاحتجاج به تجاه الغير، مما يبرز الحاجة إلى تطوير منظومة قانونية دقيقة تضمن شفافيته ونفاذه. وقد أشارت الدراسة إلى أن شرط الاحتفاظ بالملكية، إذا نُظم تشريعياً بصورة واضحة وتبنت العقود صيغاً دقيقة تضمن تحديد نطاقه وآثاره، يمكن أن يسهم بشكل كبير في تعزيز الاستقرار التجاري، وتقليل المنازعات، ورفع مستوى الثقة في التعاملات المالية، ولا سيما تلك التي تعتمد على الائتمان. كما أن انسجام هذا الشرط مع المبادئ الفقهية والاقتصادية الحديثة يعزّز مكانته كأحد أهم وسائل الضمان في البيوع المعاصرة. وبناءً على ما تقدّم، فإن سدّ الفراغ التشريعي، واعتماد آليات تسجيل فعّالة، وتعزيز اتساق الاجتهاد القضائي، وترسيخ فهم فقهي وقانوني واضح لهذا الشرط، كلّها خطوات ضرورية لضمان تحقيق الغاية منه، بما يوفّر حماية متوازنة لكلّ من البائع والمشتري، ويسهم في دعم بيئة تجارية أكثر أمناً واستقراراً.

قائمة المراجع:

١. إبراهيم، علي مصباح، ٢٠١٣، الأموال والحقوق العينية العقارية الأصلية، بدون دار نشر، بيروت.
٢. أبو النجا، إبراهيم، ٢٠٠٨، الحقوق العينية الأصلية في القانون المدني الليبي، الدار الجامعة الجديدة، الإسكندرية.
٣. البدرابي، عبد المنعم، ٢٠٠٩، الحقوق العينية الأصلية، دار الكتاب العربي، القاهرة.
٤. البشير، محمد طه؛ طه، غني حسون، الحقوق العينية العاتك، القاهرة، بدون سنة نشر.
٥. البلدادي، عبود، ١٩٧٤، القيود الواردة على حق الملكية بسبب الجوار، مجلة القضاء، بغداد، العدد الأول والثاني، السنة ٢٩.
٦. بن قرش، كلثوم، ٢٠٢٠، مدى فعالية شرط الإحتفاظ بالملكية كضمان خاص في حماية الإئتمان التجاري، مجلة البحوث القانونية والسياسية، العدد ١٠.
٧. بوهاشم، محمد، ٢٠٢٠، الطبيعة القانونية لشرط الإحتفاظ بالملكية في القانون المغربي والمقارن، مجلة القانون المدني والاقتصادي والمقارن، مجلد ١، العدد ١.
٨. الحائري، السيد علي محمد علي الطباطبائي، ١٤٠٩هـ، الشرح الصغير في شرح المختصر النافع، ج ٢، ط ١، مطبعة سيد الشهداء (عليه السلام)، قم، ايران.
٩. حكم محكمة تمييز العراق في الطعن الصادر بالقرار رقم ٣٨١ / ح / ١٩٦٩ في ١٩٧٠/٥/٢٣ منشور في مجلة القضاء، تصدر عن وزارة العدل العراقية، العدد ٣، السنة الخامسة والعشرون ١٩٧٠.
١٠. حيدر، شاکر ناصر، ٢٠٠٩، الوجيه في الحقوق العينية الأصلية، مطبعة العاني، بغداد.

١١. خاطر، نوري حمد، ١٩٨٦، الأثر الرجعي للتصرف القانوني، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية القانون، جامعة بغداد.
١٢. الخفيف، علي، ٢٠٠٨، أحكام المعاملات الشرعية، دار الفكر العربي، القاهرة.
١٣. رسلان، نبيلة، ٢٠٠٢، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية، دار المجد القاهرة.
١٤. رقم القرار (١٢٢٠) في ١٩٥٤/٧/٢٨، مجلة القضاء، العدد الخامس، ١٩٥٤.
١٥. رقم القرار (٢٤٥) في ١٩٥٨/٢/١٣، مجلة القضاء، العدد الثالث، ١٩٥٨.
١٦. رقم القرار ١١٦٧ / م ٢/١٩٧٤ في ١٩٧٤/١٢/٣ النشرة القضائية، العدد الرابع، السنة الخامسة، ١٩٧٤، ص ٢٩.
١٧. رقم القرار ٣٩٨/١٠/١٩٧٥ في ١٩٧٥/١٠/١٠، مجموعة الاحكام العدلية، العدد الرابع، السنة السادسة، ١٩٧٥، ص ١٢،
١٨. سعد، نبيل إبراهيم، ٢٠٠٧، الملكية كوسيلة للضمان دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية.
١٩. السعدي، محمد صبري، ٢٠٠٨، الواضح في شرح القانون المدني دراسة مقارنة في القوانين العربية، دار الهدى للطباعة والنشر.
٢٠. سواء، محمد وحيد الدين، ٢٠٠٩، شرح القانون المدني الحقوق العينية الأصلية، مطابع ألف باء، دمشق.
٢١. الشربيني، شمس الدين محمد بن الخطيب، ١٤١٥هـ، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، ج ٣، ط ١، دار الكتب العلمية، بيروت.
٢٢. الشرقاوي، عبد الرحمان، قانون العقود الخاصة، العقود الناقلة للملكية، عقد البيع، ط. الأولى ٢٠١٧.
٢٣. شعبان، زكي الدين، ١٩٩٨، نظرية الشروط المقترنة بالعقد في الشريعة والقانون، دار النهضة العربية، ط ٢، بيروت.
٢٤. الصراف، عباس، ١٩٧٥، شرح عقد البيع في القانون الكويتي، ط ١، دار البحوث العلمية، الكويت.
٢٥. الصراف، عباس، ٢٠٠٥، شرح عقدي البيع والإيجار في القانون المدني العراقي، مطبعة الأهالي، بغداد.
٢٦. عبد الرضا، حسين عبد الله؛ أسيل ناظم محمد، ٢٠١٧، الطبيعة القانونية لشرط الاحتفاظ بالملكية على سبيل الضمان (دراسة مقارنة)، مجلة جامعة الانبار للعلوم القانونية والسياسية، العدد الثالث عشر، المجلد الثاني.
٢٧. عبد الصمد، تاهنيت، ٢٠١٣، شرط الاحتفاظ بالملكية في عقد البيع دراسة مقارنة، بحث لنيل الماستر في القانون المدني، جامعة ابن الزهر، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، أكادير.
٢٨. عبد المنعم فرج الصدة، ٢٠٠١، حق الملكية، الطبعة الثالثة، مطبعة مصطفى البابي وأولاده.
٢٩. عمران، محمد علي، ٢٠٠٩، الحقوق العينية الأصلية، دار النهضة العربية، القاهرة.
٣٠. الفضل، منذر عبد الحسين، ٢٠٠٧، الوظيفة الاجتماعية للملكية الخاصة في الشريعة الإسلامية والقانون العراقي منشورات وزارة الإعلام، بغداد.
٣١. قانون التسجيل العقاري رقم ٤٣ لسنة ١٩٧١
٣٢. القانون المدني العراقي.
٣٣. قرار محكمة استئناف بغداد، رقم ٣٠٥ / الهيئة الأولى / ٢٠٠٠ في ٢٠٠٠/١٢/٢.
٣٤. قرار محكمة التمييز العراق رقم (٥٦٦) مدنية أولى سنة ١٩٧٦، تاريخ القرار ١٩٧٤/٩/٨، مجموعة الاحكام العدلية، العدد الثالث لسنة ١٩٧٦.
٣٥. قرار محكمة التمييز المرقم ٩٨٧ / حقوقية / ١٩٦٨ في ١٩٦٨/١٢/١٥، مجلة العلوم القانونية تصدر عن كلية الحقوق بجامعة بغداد، العدد الأول، ١٩٩٩.
٣٦. قرار محكمة تمييز إقليم كردستان - العراق رقم ٣٧٨ / الهيئة المدنية / ٢٠٠٨ في ٢٠٠٨/٨/١٧، أشار إليه كيلاني سيد أحمد كامل المبادئ القانونية في قضاء محكمة تمييز إقليم كردستان - العراق للسنوات (١٩٩٣) - (٢٠١١)، مطبعة حاج هاشم، أربيل ٢٠١٢.
٣٧. قرار محكمة تمييز العراق، رقم ٣٨ حقوقية ثانية / ١٩٦٩ في ١٩٦٩/١٠/٢٩، منشور في قضاء محكمة تمييز العراقي، المجلد السادس، قرارات عام ١٩٦٩، دار الحرية للطباعة، بغداد، ١٩٧٢.
٣٨. كركبي، مروان؛ منصور، سامي، ٢٠٠٩، الأموال والحقوق العينية العقارية الأصلية، منشورات الحلبي الحقوقية.
٣٩. اللهيبي، صالح أحمد، ٢٠١٧، التزاحم بين البائع المحتفظ بالملكية ودائني المشتري، مجلة العلوم القانونية، كلية القانون، جامعة بغداد، المجلد ٣٢، العدد الثاني.

٤٠. ليلي عبد الله سعيد، يد الأمانة ويد الضمان في الفقه الاسلامي والقانون المدني العراقي، بحث منشور بمجلة دراسات علوم الشريعة والقانون، تصدر عن الجامعة الاردنية، المجلد ٢٣، العدد ١، ١٩٩٦.
٤١. محسن، منصور حاتم، ٢٠١٧، رهن المنقول المادي دون حيازة المفهوم والاثر، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، جامعة بابل، المجلد (٩)، العدد الأول، السنة التاسعة.
٤٢. مرقس، سليمان، الوافي في شرح القانون المدني في العقود المسماة، ج ٣، البيع.
٤٣. منصور، محمد حسين، ٢٠٠٧، شرط الاحتفاظ بالملكية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية.
٤٤. الناهي، صلاح الدين، ٢٠٠١، محاضرات عن القانون المدني، حق الملكية في ذاته، مطبعة الرسالة، بغداد.

هوامش البحث

١. أنظر المادتان ٥٠٨ و ١١٢٩ مدني عراقي والمادة ٣ ف ٢ من قانون التسجيل العقاري رقم ٤٣ لسنة ١٩٧١
٢. المادة ١١٢٧ مدني عراقي، يشترط للحكم بالتعويض أن يقع ضرر نتيجة الإخلال بالتعهد بنقل الحق العيني العقاري، وقد جاء في قرار المحكمة استئناف منطقة بغداد بصفتها التمييزية أنه يتوجب للحكم بالتعويض وفقاً للقرار رقم (١١٩٨) المعدل وجود ضرر من جراء النكول قرار محكمة استئناف بغداد، رقم ٣٠٥ / الهيئة الأولى / ٢٠٠٠ في ٢/١٢/٢٠٠٠.
٣. البدرابي، عبد المنعم، ٢٠٠٩، الحقوق العينية الأصلية، دار الكتاب العربي، القاهرة، ص ٩١.
٤. قرار محكمة التمييز المرقم ٩٨٧ / حقوقية / ١٩٦٨ في ١٥/١٢/١٩٦٨، مجلة العلوم القانونية تصدر عن كلية الحقوق بجامعة بغداد، العدد الأول، ١٩٩٩، ص ١٧٩.
٥. الصراف، عباس، ٢٠٠٥، شرح عقدي البيع والإيجار في القانون المدني العراقي، مطبعة الأهالي، بغداد، ص ٥٠.
٦. الناهي، صلاح الدين، ٢٠٠١، محاضرات عن القانون المدني، حق الملكية في ذاته، مطبعة الرسالة، بغداد، ص ١٥٠.
٧. أنظر المادة (١٣١) مدني عراقي.
٨. سورة البقرة، الآية ٣٠.
٩. الفضل، منذر عبد الحسين، ٢٠٠٧، الوظيفة الاجتماعية للملكية الخاصة في الشريعة الإسلامية والقانون العراقي منشورات وزارة الإعلام، بغداد، ص ٣٠٩
١٠. الخفيف، علي، ٢٠٠٨، أحكام المعاملات الشرعية، دار الفكر العربي، القاهرة، ص ٣٢٨.
١١. الحائري، السيد علي محمد علي الطباطبائي، ١٤٠٩هـ، الشرح الصغير في شرح المختصر النافع، ج ٢، ط ١، مطبعة سيد الشهداء (عليه السلام)، قم، ايران، ص ٢١١.
١٢. البشير، محمد طه؛ طه، غني حسون، الحقوق العينية العاتك، القاهرة، بدون سنة نشر ص ٤٣.
١٣. موقف محكمة تمييز العراق في الطعن الصادر بالقرار رقم ٣٨١ / ح / ١٩٦٩ في ٢٣/٥/١٩٧٠ جاء فيه: (إذا شرط أن الدار لا تسجل إلا بعد دفع جميع الأقساط فإن ذلك يعتبر نقلاً للملكية بشرط واقف هو تسديد جميع الأقساط)، منشور في مجلة القضاء، تصدر عن وزارة العدل العراقية، العدد ٣، السنة الخامسة والعشرون ١٩٧٠، ص ٢٤٣.
١٤. الصراف، عباس، ١٩٧٥، شرح عقد البيع في القانون الكويتي، ط ١، دار البحوث العلمية، الكويت، ص ٦٧.
١٥. إبراهيم، علي مصباح، ٢٠١٣، الأموال والحقوق العينية العقارية الأصلية، بدون دار نشر، بيروت، ص ١٣٩.
١٦. مرقس، سليمان، الوافي في شرح القانون المدني في العقود المسماة، ج ٣، البيع، ص ٨٣، هامش (٦٥)
١٧. كركبي، مروان؛ منصور، سامي، ٢٠٠٩، الأموال والحقوق العينية العقارية الأصلية، منشورات الحلبي الحقوقية، ص ٢٣١
١٨. خاطر، نوري حمد، ١٩٨٦، الأثر الرجعي للتصرف القانوني، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية القانون، جامعة بغداد، ص ٢٥.
١٩. والتعويض عن الضرر الناشئ عن الإخلال بالتعهد يكون إما تعويضاً اتفاقياً أو تعويضاً قضائياً، إذ وردت عبارة (سواء اشترط التعويض في تعهد أم لم يشترط في كل من المادة (١١٢٧) من القانون المدني العراقي والفقرة (أ) من البند (أولاً) من القرار رقم (١١٩٨) المعدل. فإذا اتفق الطرفان في التعهد على مقدار التعويض، فإن هذا التعويض الاتفاقية يسمى بالشرط الجزائي، وتسري عليه أحكام المادة (١٧٠) من القانون المدني

العراقي الواردة في شأن التعويض الاتفاقي. قرار محكمة تمييز إقليم كردستان - العراق رقم ٣٧٨ / الهيئة المدنية / ٢٠٠٨ / ٨ / ٢٠٠٨، أشار إليه كيلائي سيد أحمد كامل المبادئ القانونية في قضاء محكمة تمييز إقليم كردستان - العراق للسنوات (١٩٩٣) - (٢٠١١)، مطبوعة حاج هاشم، أربيل ٢٠١٢، ص ١٦١ ونصت المادة (١٧٠) من القانون المدني العراقي على أنه (١) يجوز للمتعاقد أن يحدد مقدماً قيمة التعويض بالنص عليها في العقد أو في اتفاق لاحق ويراعي في هذه الحالة أحكام المواد (١٦٨ و ٢٥٦ و ٢٥٧ و ٢٥٨). ٢- ولا يكون التعويض الاتفاقي مستحقاً إذا أثبت المدين أن الدائن لم يلحقه أي ضرر. ويجوز تخفيضه إذا أثبت المدين أن التقدير فادحاً أو أن الالتزام الأصل قد نفذ في جزء منه. ويقع باطلاً كل اتفاق يخالف أحكام هذه الفقرة. إما إذا جاوز الضرر قيمة التعويض الاتفاقي فلا يجوز للدائن أن يطالب بأكثر من هذه القيمة إلا إذا أثبت أن المدين قد ارتكب غشاً أو خطأ جسيماً).

٢٠. البلداوي، عبود، ١٩٧٤، القيود الواردة على حق الملكية بسبب الجوار، مجلة القضاء، بغداد، العدد الأول والثاني، السنة ٢٩، ص ٢٩٥.
٢١. رقم القرار (٢٤٥) في ١٣/٢/١٩٥٨، مجلة القضاء، العدد الثالث، ١٩٥٨، ص ٤٢٧.
٢٢. رقم القرار (١٢٢٠) في ٢٨/٧/١٩٥٤، مجلة القضاء، العدد الخامس، ١٩٥٤، ص ١١٨.
٢٣. قرار محكمة التمييز العراق رقم (٥٦٦) مدنية أولى سنة ١٩٧٦، تاريخ القرار ٨/٩/١٩٧٤، مجموعة الاحكام العدلية، العدد الثالث لسنة ١٩٧٦، ص ١١.
٢٤. المادة (١٠٤٧) من القانون المدني العراقي عرفت حق الملكية على أنه ((الملك التام من شأنه أن تتصرف به المالك تصرفاً مطلقاً فيما يملكه عينا ومنفعة واستغلالاً فينتفع بالعين المملوكة ويغلتها وثمارها ونتاجها ويتصرف في عينها بجميع التصرفات الجائزة)).
٢٥. اختلف الفقه في الطبيعة القانونية لهذا البيع، فهناك من إعتبره بيعاً معلقاً على شرط واقف هو تسديد جميع الأقساط، وهناك من جعله معلقاً على شرط فاسخ، أحكام بعض المحاكم الفرنسية أشار إليها: سعد، نبيل إبراهيم، ٢٠٠٧، الملكية كوسيلة للضمان دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ص ٢٩.
٢٦. منصور، محمد حسين، ٢٠٠٧، شرط الاحتفاظ بالملكية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ص ١٣٧.
٢٧. السعدي، محمد صبري، ٢٠٠٨، الواضح في شرح القانون المدني دراسة مقارنة في القوانين العربية، دار الهدى للطباعة والنشر، ص ١٨٩.
٢٨. منصور، محمد حسين، شرط الاحتفاظ بالملكية، مصدر سابق، ص ٢٩٥.
٢٩. الصراف، عباس حسن، شرح عقد البيع والايجار في القانون المدني العراقي، مصدر سابق، ص ١٣٢.
٣٠. عبد الرضا، حسين عبد الله؛ أسيل ناظم محمد، ٢٠١٧، الطبيعة القانونية لشرط الاحتفاظ بالملكية على سبيل الضمان (دراسة مقارنة)، مجلة جامعة الانبار للعلوم القانونية والسياسية، العدد الثالث عشر، المجلد الثاني، ص ١٧٠.
٣١. عبد المنعم فرج الصدة، ٢٠٠١، حق الملكية، الطبعة الثالثة، مطبعة مصطفى البابي وأولاده، ص ١٧٧.
٣٢. اللهيبي، صالح أحمد، ٢٠١٧، التزام بين البائع المحتفظ بالملكية ودائني المشتري، مجلة العلوم القانونية، كلية القانون، جامعة بغداد، المجلد ٣٢، العدد الثاني، ص ٣٥١.
٣٣. محسن، منصور حاتم، ٢٠١٧، رهن المنقول المادي دون حيازة المفهوم والاثار، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، جامعة بابل، المجلد (٩)، العدد الأول، السنة التاسعة، ص ٤٤ - ٩٨.
٣٤. قرار محكمة تمييز العراق، رقم ٣٨ حقوقية ثانية / ١٩٦٩ في ٢٩/١٠/١٩٦٩، منشور في قضاء محكمة تمييز العراقي، المجلد السادس، قرارات عام ١٩٦٩، دار الحرية للطباعة، بغداد، ١٩٧٢، ص ٢٤٨.
٣٥. بوهاشم، محمد، ٢٠٢٠، الطبيعة القانونية لشرط الاحتفاظ بالملكية في القانون المغربي و المقارن، مجلة القانون المدني والاقتصادي والمقارن، مجلد ١، العدد ١، ص ٩٢.
٣٦. المواد ٤٢٦-٤٢٧-٤٢٨ مدني عراقي. ليلي عبد الله سعيد، يد الأمانة ويد الضمان في الفقه الاسلامي والقانون المدني العراقي، بحث منشور بمجلة دراسات علوم الشريعة والقانون، تصدر عن الجامعة الاردنية، المجلد ٢٣، العدد ١، ١٩٩٦، ص ١٤ وما بعدها.
٣٧. الشرقاوي، عبد الرحمان، قانون العقود الخاصة، العقود الناقلة للملكية، عقد البيع، ط. الأولى ٢٠١٧، ص ١٦١.
٣٨. عبد الصمد، تاهنيت، ٢٠١٣، شرط الاحتفاظ بالملكية في عقد البيع دراسة مقارنة، بحث لنيل الماستر في القانون المدني، جامعة ابن الزهر، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، أكادير، ص ٤٢.

- ٣٩ . حيدر، شاكر ناصر، ٢٠٠٩، الوجيه في الحقوق العينية الأصلية، مطبعة العاني، بغداد، ص ٣٤٤.
- ٤٠ . أنظر المواد ١٣٥ مدن عراقي.
- ٤١ . وهذا الصدد تقرر محكمة التمييز أنه إذا احتفظ بائع الماكنة بملكيتها لحين تسديد جميع ثمنها فله إذا باعها مشتريها أن يتبع الماكنة في أي يد كانت لاستحصال الثمن القسط". رقم القرار ٣٩٨/١٠/١٩٧٥ في ١٠/١٠/١٩٧٥، مجموعة الاحكام العدلية، العدد الرابع، السنة السادسة، ١٩٧٥، ص ١٢، وتقرر أيضا بأنه ليس لبائع السيارة أن يحجزها لقاء ثمنها المؤجل بعد أن باعها مشتريها لشخص آخر إذا لم يحتفظ البائع الأول حق بقاء ملكية السيارة له الحين تسديد الثمن، رقم القرار ١١٦٧ / م / ٢/١٩٧٤ في ٣/١٢/١٩٧٤ النشرة القضائية، العدد الرابع، السنة الخامسة، ١٩٧٤، ص ٢٩.
- ٤٢ . أبو النجا، إبراهيم، ٢٠٠٨، الحقوق العينية الأصلية في القانون المدني الليبي، الدار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ص ٧٤.
- ٤٣ . شعبان، زكي الدين، ١٩٩٨، نظرية الشروط المقترنة بالعقد في الشريعة والقانون، دار النهضة العربية، ط٢، بيروت، ص ٥٠.
- ٤٤ . سواء، محمد وحيد الدين، ٢٠٠٩، شرح القانون المدني الحقوق العينية الأصلية، مطابع ألف باء، دمشق، ص ١٦٧.
- ٤٥ . عمران، محمد علي، ٢٠٠٩، الحقوق العينية الأصلية، دار النهضة العربية، القاهرة، ص ١٥٢.
- ٤٦ . رسلان، نبيلة، ٢٠٠٢، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية، دار المجد القاهرة، ص ١٢٥.
- ٤٧ . بن قراش، كلثوم، ٢٠٢٠، مدى فعالية شرط الإحتفاظ بالملكية كضمان خاص في حماية الإئتمان التجاري، مجلة البحوث القانونية والسياسية، العدد ١٠، ص ٧٠٠.
- ٤٨ . الشريبي، شمس الدين محمد بن الخطيب، ١٤١٥هـ، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، ج ٣، ط١، دار الكتب العلمية، بيروت، ص ١٤٢.