

الإيجار التمويلي
فى
القانون الدولي الخاص
الدكتور
أشرف وفا محمد
مدرس القانون الدولي الخاص
كلية الحقوق - جامعة القاهرة

المحتويات

الموضوع

- مقدمة
- مبحث تمهيدى ، فكرة الإيجار التمويلي
- (أ) أسباب ظهور وانتشار الإيجار التمويلي
- (ب) خصائص الإيجار التمويلي
- (ج) المصادر التي يستقى منها الإيجار التمويلي قواعده
- د- الطبيعة القانونية للإيجار التمويلي
- هـ- تعريف الإيجار التمويلي
- الفصل الأول : القواعد المادية لمعاهدة اوتاوا
- تمهيد وتقسيم
- المبحث الأول : مجال تطبيق معاهدة اوتاوا
- (أ) مجال تطبيق المعاهدة بالنسبة لطبيعة علاقة الإيجار التمويلي
- (ب) مجال تطبيق المعاهدة بالنسبة للأموال محل الإيجار التمويلي
- (ج) الطابع الدولي لعلاقة الإيجار التمويلي
- (د) الطابع الإختياري لتطبيق المعاهدة
- المبحث الثانى : حقوق والتزامات الأطراف
- (أ) حقوق والتزامات المؤجر
- (ب) حقوق والتزامات المستأجر
- الفصل الثانى : قواعد تنازع القوانين فى مجال الإيجار التمويلي
- المبحث الأول : القانون واجب التطبيق على المسائل التعاقدية

- المطلب الأول : قانون الإدارة
- المطلب الثاني : القانون واجب التطبيق فى غيبة قانون الإرادة
- الفرع الأول : القانون واجب التطبيق على عقد الإيجار بالمعنى الضيق
- الفرع الثانى : القانون واجب التطبيق على عقد البيع
- (أ) قواعد تنازع القوانين الوطنية.....
- (ب) القانون واجب التطبيق على عقد البيع فى المعاهدات الدولية.....
- المبحث الثانى : القانون واجب التطبيق على المسائل المتطقة بالحقوق
- العينية (انتقال الملكية وشرط الاحتفاظ بالملكية" .
- المطلب الأول : القانون واجب التطبيق فى مجال انتقال الملكية ...
- ١- إخضاع انتقال الملكية لقانون موقع المال
- ٢- التفرقة بين انتقال الملكية فيما بين الأطراف والإحتجاج بها فى
- مواجهة الغير
- المطلب الثانى : تنازع القوانين فى مجال شرط الإحتفاظ بالملكية..
- الفرع الأول : مدى جواز النص على شرط الاحتفاظ بالملكية
- ١- مشروعية شرط الاحتفاظ بالملكية
- ٢- الاختلاف بين الدول فيما يتعلق بالآثار التى يرتبها شرط الاحتفاظ
- بالملكية
- الفرع الثانى : القانون واجب التطبيق فى مجال شرط الاحتفاظ
- بالملكية
- (أ) أسباب صعوبة تحديد القانون واجب التطبيق بالنسبة لشرط الاحتفاظ
- بالملكية
- (ب) القانون واجب التطبيق بالنسبة لشرط الاحتفاظ بالملكية
- أولاً : القانون واجب التطبيق على شرط الاحتفاظ بالملكية فى حالة
- إفلاس المشتري
- ١- الاتجاه الأول : اخضاع شرط الاحتفاظ بالملكية لكل من قانون العقد
- وقانون موقع للمال
- ٢- الاتجاه الثانى : اخضاع شرط الاحتفاظ بالملكية إلى قانون العقد
- وقانون الإفلاس

- ٣- رأينا الخاص
- ثانياً : القانون واجب التطبيق على شرط الاحتفاظ بالملكية في حالة
عدم إفلاس المشتري
- ثالثاً : تطبيق قواعد تنازع القوانين المتعلقة بشرط الاحتفاظ بالملكية
في نطاق عملية الإيجار التمويلي
- ١- القانون واجب التطبيق على شرط الاحتفاظ بالملكية المقرر
لمصلحة البائع
- ٢- القانون واجب التطبيق على شرط الاحتفاظ بالملكية المقرر
لمصلحة المؤجر
- خاتمة البحث

مقدمة

يعتبر الإيجار التمويلي من الأنظمة القانونية التي ظهرت حديثاً كوسيلة تشجع على ازدهار التجارة الدولية . فعن طريق هذه الوسيلة القانونية الجديدة يمكن لمشروع تجارى ما لا توجد لديه المقدرة المالية لشراء المعدات اللازمة لمباشرة نشاطه أن يلجأ إلى أسلوب التأجير التمويلي لاستئجار هذه المعدات نظير سداد الإيجار المتفق عليه إلى المؤسسة المالية التي تمتلك المعدات المشتر إليها بهدف تأجيرها .

ولا ريب أن أسلوب التأجير التمويلي يعتبر أمراً هاماً بالنسبة للمشروعات التجارية في الدول النامية . ذلك أن هذه الأخيرة لا تتمتع بمقدرة مالية كبيرة تمكنها من شراء كافة الأجهزة والمعدات اللازمة لمزاولة نشاطها ، ومن ثم فإن الإيجار يمكنها من مباشرة نشاطها الاقتصادي في الدولة . بل إننا لا نغالى فى القول بأهمية الإيجار التمويلي حتى فى الحالة التي يتمتع فيها المشروع بالمقدرة المالية التي تمكنه من شراء المعدات اللازمة لنشاطه . فعن طريق الإيجار التمويلي لا يستفد المشروع أمواله ويستطيع تخصيص المبالغ التي كانت ستخصص للشراء فى نواحي أخرى تساعد على التوسع فى الإنتاج ، ومن ثم ينعكس ذلك فى النهاية على تزايد أرباح المشروع . ولهذا فإن اللجوء إلى أسلوب التأجير التمويلي لا يقتصر فقط على المشروعات التجارية المتمركزة فى الدول النامية ، وإنما يوجد كذلك على نطاق واسع فى الدول المتقدمة ، كما هو الحال فى إنجلترا وفرنسا والولايات المتحدة الأمريكية .

وبعد أن قمنا بتحديد أهمية الدراسة على النحو السابق ، فإننا سوف نتعرض فى هذا البحث للحديث عن القواعد المتعلقة بالإيجار التمويلي السوارد النص عليها فى معاهدة أوتاوا المبرمة سنة ١٩٨٨ ، ثم نتعرض لقواعد تنازع القوانين الوطنية فى هذا المجال . على أنه من الأهمية قبل دراسة الموضوعات السابق ذكرها أن نتعرض أولاً للحديث عن فكرة الإيجار التمويلي .

وبناء على ما تقدم نقسم الدراسة على النحو التالى :

-مبحث تمهيدى : فكرة الإيجار التمويلي .

-المبحث الأول : القواعد المادية التعاهدية للإيجار التمويلي .

- المبحث الثانى : قواعد تنازع القوانين فى مجال الإيجار التمويلي .

مبحث تمهيدى

فكرة الإيجار التمويلي

من المناسب قبل أن نتعرض للحديث عن قواعد تنازع القوانين فى مجال الإيجار التمويلي أن نلقى الضوء على تحديد المفهوم المتعلق بفكرة الإيجار للتمويلي : فنعرض هنا للأسباب التى أسهمت فى ظهور وانتشار هذا النظام القانوني ، وللتطور التاريخي المتعلق به ، وللخصائص التى تميزه ، كما نتعرض لبيان المصادر التى يستقى منها الإيجار التمويلي قواعده ، ولبيان الطبيعة القانونية له وأخيراً نتعرض لتعريف الإيجار التمويلي .

أ- أسباب ظهور وانتشار الإيجار التمويلي (من الملكية القانونية إلى الملكية الاقتصادية) :

يتمثل الإيجار التمويلي le crédit-bail فى تلقى شركة أو مشروع ملكية المال من الجهة المصنعة أو المنتجة له le fournisseur ، ثم تقوم الشركة المتلقية للملكية le bailleur بتأجير هذا المال لشركة أو مشروع تجارى آخر نظير دفع الأجرة المتفق عليها بينهما . وعند انتهاء المدة المتفق عليها بين الطرفين للإيجار يمكن للمشروع المستأجر le preneur أن يطالب إما بتجديد مدة الإيجار وإما بالحصول على الملكية القانونية للمال المستأجر مع دفع مبلغ يراعى فيه ما سبق دفعه من إيجار .

وقد كان الأسلوب السائد فى الماضى ، بالنسبة لما يحتاج إليه مشروع ما من الآلات والمعدات ، هو الشراء وبالتالي أيلولة الملكية القانونية الكاملة لهذا المشروع . على أنه قد لوحظ أن الحصول على الملكية الكاملة للمعدات والآلات أمر غير ضرورى لممارسة النشاط التجارى للمشروع بل على العكس من ذلك قد يعيق التوسع الكبير فى هذا النشاط . ذلك أن عملية الشراء تؤدى إلى إرهاق ميزانية المشروع التجارى . كما أن الحصول على الملكية القانونية الكاملة أمر غير مجدى فى معظم الحالات وهو الأمر المرتبط بالتقدم الهائل فى التكنولوجيا مما يجعل من الآلة الحديثة التى تم شراؤها اليوم بمثابة آلة عفا عليها الزمن بعد سنوات قليلة نتيجة ظهور واختراع جيل جديد من الآلات الأكثر إنتاجية وفعالية . وللتغلب على الصعوبات والمعوقات السابق ذكرها فإن الفكر القانوني قد اهتدى إلى وسيلة قانونية جديدة تمكن المشروع التجارى من الحصول على

الملكية الاقتصادية la propriété économique للشئ عن طريق عقد الإيجار التمويلي والذي بمقتضاه يقتصر حق المشروع على استغلال واستعمال الشئ دون أن تكون له الملكية القانونية عليه la propriété juridique (١) .

ويتضح لنا مما تقدم أن الإيجار التمويلي يحقق فوائد ومزايا لكل من الشركة المؤجرة وللمشروع المستأجر . فهذا الأخير يتمتع بحق الاستغلال الاقتصادي للشئ الذي يوجد تحت يده دون أن يكون بحاجة لانفاق مبلغ كبير في شرائه إكتفاءً بمبلغ الإيجار مما يساعد على توجيه تلك الأموال في نواحي أخرى تساهم في التوسع في النشاط التجارى للمشروع وبالتالي زيادة الأرباح . كما أن الشركة المؤجرة تستفيد كذلك من الإيجار التمويلي الذي يعتبر بالنسبة لها نوع من الاستثمار الذي لا يتسم بالمخاطر ، فهي تحصل على مبلغ الإيجار المتفق عليه بانتظام من ناحية ولها حق الضمان على الشئ بواسطة ملكيتها القانونية له من ناحية أخرى .

وإذا كانت عقود الإيجار والقرض قد عرفت من قديم الزمان (٢) - حيث يشير البعض إلى توأجدها في الامبراطورية البابلية القديمة وفي الامبراطورية الرومانية - إلا أن الإيجار التمويلي أو القرض الإيجارى بمعناه الحديث الذى يقتضى وجود ثلاثة أطراف (البائع والممول المؤجر والمستأجر) لم يستعمل من الناحية العملية إلا فى وقت حديث نسبيا . وتعتبر انجلترا الدولة الأولى التى استعمل فيها هذا النظام القانونى الجديد حيث يمكن للمشروع الحصول على الملكية الاقتصادية للمال الذى يستأجر لمصلحته . كما استخدم الإيجار التمويلي على نطاق واسع فى الولايات المتحدة الأمريكية منذ سنة ١٩٥٢ ، حيث صدر فى ذلك الوقت قانونا يسمح باستعماله (٣) .

(١) أنظر فى تفصيل ذلك :

Ioannis VOULGARIS : Le crédit-bail (Leasing) et les institutions analogues en droit international privé, RCADI, tome 259, 1996, p.330et s.

(٢) أنظر فى تفصيل ذلك :

Gautier BOURDEAUX : Crédit-Bail international, Juris.cl. droit international, fasc. 566-70, 1999.

(٣) أنظر فى هذا :

Ioannis VOULGARIS : Le crédit-bail (Leasing) et les institutions analogues en droit international privé, op cit, p.333 et s.

ب- خصائص الإيجار التمويلي :

يتميز الإيجار التمويلي بأمرين أساسيين يجعلان منه نظاما قانونيا مستقلا لا يختلط مع غيره من الأنظمة الأخرى :

الخاصة الأولى : أن الإيجار التمويلي يعتبر تصرف تمويلى *acte de financement* يفترض وجود علاقة ثلاثية أساسا بين البائع للمال والمشتري له من ناحية وبين هذا الأخير والمستأجر من ناحية ثانية كما توجد علاقة ثالثة بين المستأجر وبائع المال ولهذا يمكن - كما سنرى - أن توجه الدعوى المباشرة ضد هذا الأخير من المستأجر ، ويمكن للمستأجر أن يطالب البائع بتنفيذ الالتزامات المفروضة عليه بمقتضى عقد البيع على الرغم من أنه لا يعتبر طرفا به . ولما كان الإيجار يحمل الطابع التمويلي فإن المبلغ الإيجارى يحسب على أساس القيمة الفعلية للمال (٤) محل الإيجار مقسما على المدة المتفق عليها للإيجار وذلك بالنظر إلى أن الغالب أن المال سيكون قد استهلك كلياً أو جزئياً بعد انتهاء مدة الإيجار المتفق عليها .

الخاصية الثانية : أن الإيجار التمويلي يتسم بأنه ينقل الملكية الاقتصادية للمال *la propriété économique* مع إمكانية الحصول على الملكية القانونية دون أن يكون هناك إلتزام على المستأجر بذلك . ومع ذلك فإن هذا الأمر ليس مسلما به في الأنظمة القانونية المختلفة ، فبعض الدول - كما هو الحال في فرنسا - تشترط لصحة الإيجار التمويلي أن ينص على أن يكون بإمكان المستأجر شراء الشيء المؤجر عند انتهاء المدة المتفق عليها للإيجار ، في حين أن هناك قوانين أخرى - كما هو الحال في القانون الإنجليزي - تمنع من النص على إمكانية شراء المال المؤجر (٥) .

مما سبق يتضح لنا أن الإيجار التمويلي يعتبر خليط من عقود البيع والإيجار والقرض ، فهو إذا عقد له طبيعته الخاصة *sui generis* . ولا يمكن لذلك النظر إليه على أنه عقد بيع أو شراء لأن المستأجر إذا كان له إمكانية المال بعد انتهاء مدة الإيجار إلا أنه غير ملزم بذلك ، حيث يستطيع المطالبة بتجديد الإيجار مرة ثانية . ومن هنا يتميز الإيجار التمويلي عن عقد الشراء التمويلي

(٤) لهذا تنص المادة الثانية من معاهدة أوتاوا المتعلقة بالإيجار التمويلي الدولي على أن:

"Les loyers sont calculés pour tenir compte notamment de l'amortissement de la totalité ou d'une partie importante du coût du matériel" (art.2-c).

راجع في ذلك :

El-Mokhtar BEY : La convention d'Ottawa sur le crédit-bail international, La semaine juridique (JCP), éd.E, 1989 , II, 15643 .

(٥) أنظر في هذا المعنى :

Jean-Paul BÉRAUDO : Le nouveau droit du crédit-bail international et de l'affacturage international (1 er mai 1995), La semaine juridique, éd. E, 1995, I, 458 .

الدولى *le crédit acheteur international* الذى تتركز وظيفته فى تمويل مؤسسة أو بنك لشراء مشروع أجنبى ما لما يحتاجه من المعدات والأجهزة من المنتج المتواجد فى الدولة المتواجد بها المؤسسة المالية التى تلتزم بالتمويل . ففى حين يحصل المشروع الأجنبى على الملكية القانونية للكاملة للمال فى عقد الشراء التمولي لا يحصل إلا على الملكية الاقتصادية فى الإيجار التمولي ، ولا تتحول هذه الملكية الاقتصادية إلى ملكية قانونية إلا إذا اختار هو عند انتهاء مدة الإيجار شراء المال نظير دفع مبلغ مالى يراعى فيه ما سبق سداده طيلة مدة الإيجار (٦) .

وغنى عن البيان أن الإيجار التمولي لا يعتبر من قبيل عقود الإيجار التقليدية . ويرجع ذلك على ما ذكرناه من أن المستأجر له إمكانية تملك المال بشرائه بعد انتهاء مدة الإيجار . لذلك فإنه يمكن القول أن الإيجار التمولي يقع فى منتصف الطريق بين عقد البيع وعقد الإيجار .

ج- المصادر التى يستقى منها الإيجار التمولي قواعده :

تعتبر القواعد المادية الواردة فى معاهدة أوتاوا المصدر الأول لقواعد الإيجار التمولي . وقد تم إبرام هذه المعاهدة تحت لواء المعهد الدولى لتوحيد قواعد القانون الخاص UNIDROIT وذلك فى مدينة أوتوا بكندا بتاريخ ٢٨ مايو ١٩٨٨ . وقد وضعت المعاهدة أساساً قواعد مادية تنطبق مباشرة على العلاقات التى تنشأ عن الإيجار التمولي ، كما هو الحال بالنسبة للحقوق والالتزامات المتعلقة بالأطراف الثلاثة فى هذا النظام . كما توجد كذلك بعض القواعد القليلة المتعلقة بتنازع القوانين ورد النص عليها فى المعاهدة ، كما سنرى فى الفصل الأول من هذا البحث .

ولما كانت معاهدة أوتاوا لم تحسم كل المسائل التى يثيرها الإيجار التمولي ، علاوة على تقييد مجال تطبيقها بشروط معينة - كما هو الحال بالنسبة لقبول خضوع الأطراف لحكمها - فإن قواعد تنازع القوانين الوارد النص عليها فى القوانين الوطنية تكتسب أهمية خاصة لتحديد القانون واجب التطبيق فى هذا

(٦) يقر البعض فى هذا الشأن أن :

"Les credits acheteurs internationaux, à la différence des crédits fournisseurs, sont des ouvertures de crédit par lesquelles une banque ou un organisme public de crédit à l'exportation du pays exportateur s'engage à réaliser un prêt, directement à un acheteur étranger, afin qu'il acquiert des biens ou services auprès d'un fournisseur du pays exportateur".

V.Gautier Bourdeaux : *Le crédit acheteur international, approche française et comparative*, Economica, Paris, 1995, p.2.

المجال .

د- الطبيعة القانونية للإيجار التمويلي :

اختلفت الآراء حول الطبيعة القانونية للإيجار التمويلي ، وهو الأمر الذي أكدت عليه المحكمة الفيدرالية السويسرية في حكمها الصادر بتاريخ ٢٥ مايو ١٩٩٣ (٧) . ويمكن أن نستخلص الاتجاهات الآتية من أحكام القانون المقارن :

-الاتجاه الأول : يميل إلى القول بأننا إزاء عقد من طبيعة خاصة (٨) ، وهو أقرب ما يكون إلى عقد البيع المصحوب بشرط الاحتفاظ بالملكية . وهذا الاتجاه يعتبر مرفوضاً في واقع الأمر لأنه يتعارض مع أهم ما يتسم به الإيجار التمويلي وهو كونه يمنح المشروع المستأجر الملكية الاقتصادية التي تتمثل في حق الاستغلال دون أن يكون له حق الملكية القانونية التي يفترضها عقد البيع.

-الاتجاه الثاني : وهو يركز في تحديد الطبيعة القانونية على العلاقة التي

(٧) قضت المحكمة الفيدرالية السويسرية في هذا الشأن أن :

"De profondes divergences subsistent dans la doctrine quant à la qualification juridique du leasing financier".

أنظر هذا الحكم مشاراً إليه في :

Gautier BOURDEAUX : Crédit-bail international, op cit, p. 4 .

(٨) يختلف الإيجار التمويلي - الذي يتطلب وجود عقدين مرتبطين : عقد الإيجار وعقد البيع - عن نوع آخر من العقود يطلق عليه في فقه القانون المدني إصطلاح "البيع الإيجاري" vente-location والذي بواسطته يقوم شخص ببيع شيء لأخر على أن يسدد الثمن على دفعات . ولكي يضمن البائع حقه يشترط عدم انتقال الملكية إلى المشتري إلا بعد سداد كل الأقساط المستحقة على أساس أنها أقساط إيجار ويتملك المستأجر الشيء بعد انتهاء السداد . وقد اختلف شراح القانون المدني ، في ظل القانون المدني السابق ، حول تكييف هذا العقد : فذهب البعض إلى اعتباره إيجاراً مصحوباً بوعود بالبيع في نهاية مدة الإيجار . وذهب آخرون إلى أنه إيجار معلق على شرط فاسخ وبيع معلق على شرط واقف والشرط هو دفع كل الأقساط المستحقة .

وقد حسم القانون المدني الحالي الخلاف معتبراً أن هذا العقد يعتبر عقد بيع معلق فيه انتقال الملكية على الوفاء بكل أقساط الثمن ، وفي ذلك تنص المادة ٤٣٠ على أن :

١- إذا كان البيع مؤجلاً الثمن ، جاز للبائع أن يشترط أن يكون نقل الملكية إلى المشتري موقوفاً على استيفاء الثمن كله ولو تم تسليم المبيع .

٢- فإذا كان الثمن يدفع أقساطاً ، جاز للمتعاقدين أن يتفقا على أن يستبقى البائع جزءاً منه تعويضاً له عن فسخ البيع إذا لم توف جميع الأقساط ، ومع ذلك يجوز للقاضي تبعاً للظروف أن يخفض التعويض المتفق عليه وفقاً للفقرة الثانية من المادة ٢٢٤ .

٣- وإذا وفت الأقساط جميعاً ، فإن انتقال الملكية إلى المشتري يعتبر مستتداً إلى وقت البيع .

٤- وتسرى أحكام الفقرات الثلاثة السابقة ولو سمي البيع إيجاراً .

أنظر د/ محمود عبد الرحمن : الوسيط في شرح أحكام عقد الإيجار ، الجزء الأول ، الأحكام العامة ، دار النهضة العربية ، ١٩٩٨ ، ص ٢٥ وما بعدها .

تنشأ بين كل من صاحب المال والشركة التي تكتسب الملكية بهدف تأجيره بعد ذلك . ويرى هذا الرأي أن الدور التمويلي الذي تقوم به المؤسسة المالية هو الذي يعتد به في تكييف طبيعة هذا النظام (٩) ، ومن ثم فإن الإيجار التمويلي هو - لدى هذا الاتجاه - عقد شبيه بالقرض المصحوب بنقل ملكية المال لمصلحة الشركة المؤجرة .

-الاتجاه الثالث : وهو الاتجاه الغالب يعتبر أن العقد له طبيعة خاصة ويقترب من عقد الإيجار . ذلك أن جوهر هذا النظام القانوني الجديد هو عملية الإيجار التي تتم بين الشركة المتلكية لملكية المال وبين المشروع المستأجر لهذا المال . ويعتبر هذا التكييف في واقع الأمر هو التكييف الأقرب لحقيقة هذا النظام، فالشركة إنما تتلقى ملكية المال لا لأن التملك هدف في حد ذاته ، وإنما لأنها ترمى من وراء ذلك إلى التصرف المالي فيه بطريق تأجيره لمشروع أخو نظير دفع الإيجار المتفق عليه . لهذا يعتبر عقد البيع عقدا ثانويا إذا ما قورن بعقد الإيجار الذي يعتبر هو العقد الرئيسي في عملية الإيجار التمويلي .

هـ- تعريف الإيجار التمويلي :

يتضح لنا من العرض السابق أن الإيجار التمويلي هو عبارة عن عملية مركبة une opération complexe تحتوي على عقدين : فيوجد أولاً ، عقد البيع والذي بمقتضاه يمتلك بنك أو مؤسسة مالية مال معين ، كما يوجد ثانياً ، عقد الإيجار التمويلي بالمعنى الدقيق والذي تقوم فيه المؤسسة المالية بتأجير المال لمشروع تجارى نظير إلزامه بسداد الأجرة المتفق عليها (١٠) .

ويمكننا تعريف الإيجار التمويلي بأنه العملية التي تقوم فيها مؤسسة مالية

(٩) لذلك يقرر البعض في هذا الشأن أن :

"Sans préjuger de sa nature juridique, le crédit-bail recouvre lato sensu une opération financière puisqu'en louant du matériel, les sociétés de leasing permettentj aux entreprises d'accroître la masse globale des investissements. L'équivoque vient de ce ue cette opération de crédit a le régime juridique d'un contrat de bail". V.Christian GAVALDA et Jean STOUFFLET : Droit bancaire-institutions-comptes-opérations-services, quatrième édition, Litec, Paris, 1999, p. 245 .

(١٠) يعرف الإيجار التمويلي بواسطة القانون الفرنسى الصادر بتاريخ ٢ يوليو ١٩٦٦ بأنه :

"Opérations de location de biens d'équipement ou de matériel d'outillage achetés en vue de cette location par des entreprises qui en demeurent propriétaires, lorsque ces opérations, quelle qu'en soit la qualification, donnent au locataire la possibilité d'acquérir tout ou partie des biens loués moyennant un prix convenu, tenant compte, au moins pour partie, des versements effectués à titre de loyers" .

- بناء على طلب الشركة المستأجرة - بتلقى الملكية القانونية لمال معين من الشركة المالكة له ، وذلك بغية تمكين الشركة الطالبة من الاستغلال الاقتصادي لهذا المال عن طريق استجاره من المؤسسة المالية التي تملكته من أجل تلجيره تأجيراً لمدة طويلة تتناسب عادة مع المدة المتوقعة لاستهلاك المال المستأجر اقتصادياً (١١) .

وقد صدر في مصر القانون رقم ٩٥ لسنة ١٩٩٥ والمتعلق بالإيجار التمويلي ، وقد تضمن النص في المادة الثانية على ما يعتبر داخلاً ضمن عمليات الإيجار التمويلي وهي :

١- كل عقد يلتزم بمقتضاه المؤجر بأن يؤجر إلى مستأجر منقولات مملوكة له وقت إبرام العقد ، أو تلقاها من المستورد استناداً إلى عقد من العقود تخوله تأجيرها أو التصرف فيها بالبيع إلى المستأجر عند انتهاء مدة الإيجار ، ويتم التأجير مقابل قيمة إيجارية يتفق عليها المؤجر مع المستأجر .

٢- كل عقد يلتزم بمقتضاه المؤجر بأن يؤجر إلى المستأجر عقارات أو منشآت يقيمها المؤجر على نفقته بناء على طلب المستأجر بقصد تأجيرها إليه بالشروط والمواصفات والقيمة الإيجارية التي يحددها العقد .

٣- كل عقد يلتزم بمقتضاه المؤجر بتأجير مال إلى المستأجر تأجيراً تمويلياً إذا كان هذا المال قد آلت ملكيته إلى المؤجر من المستأجر بموجب عقد يتوقف نفاذه بين الطرفين على إبرام عقد التأجير التمويلي (١٢) .

ويتضح من نص المادة الثانية سالفة الذكر أن الإيجار التمويلي يتخذ في القانون المصري مدلولاً واسعاً ، بحيث لا يقتصر على الحالة التي يتوافر فيها ثلاثة أطراف وإنما يعتبر كذلك إيجاراً تمويلياً - من وجهة نظر المشرع المصري - حالة حصول المؤجر على ملكية شيء ما من المستأجر مع تعليق ذلك على تأجير الشيء بعد ذلك للمستأجر . ونحن عندما نتحدث عن الإيجار التمويلي نقصد - فقط - تلك العلاقة التي تفترض توافر ثلاثة أشخاص : البائع

(١١) قرب من هذا المعنى :

Jean Marc MOUSSERON et al., : Droit du commerce international, droit international de l'entreprise, deuxième édition, Litec, Paris, 2000, p. 427 .

(١٢) د/ عرفات التهامي إبراهيم ، التشريعات الاقتصادية ، ٢٠٠٠/٢٠٠١ ، دار النهضة العربية ، ص ١١-١٢ .

والمؤجر والمستأجر ، لأن هذه الحالة هي وحدها التي تثير الصعوبات فيما يتعلق بتحديد القانون واجب التطبيق .

الفصل الأول

القواعد المادية لمعاهدة اوتوا

تمهيد وتقسيم :

تم إبرام معاهدة اوتوا المتعلقة بالإيجار التمويلي فى ٢٨ مايو ١٩٨٨ وذلك بعد حوالى عشر سنوات من المفاوضات الشاقة - حيث يرجع تاريخ بدء المفاوضات والأعمال التحضيرية المتعلقة بالإيجار التمويلي الدولي إلى سنة ١٩٧٤ (١٣) - التى جرت تحت لواء معهد توحيد القواعد المتعلقة بالقانون الخاص UNIDROIT . وقد نص فى المعاهدة على ضرورة أن تصدق عليها ثلاث دول على الأقل حتى تدخل حيز التنفيذ ، وهى تعتبر نافذة بعد مرور ستة أشهر من تاريخ إيداع التصديق الخاص بالدولة الثالثة . لذلك لم تدخل المعاهدة حيز التنفيذ إلا فى الأول من مايو ١٩٩٥ وذلك على أثر تصديق دولة نيجريا على المعاهدة بتاريخ ٢٤ أكتوبر ١٩٩٤ ، ومن قبلها كانت كل من فرنسا وإيطاليا قد صدقتا على المعاهدة (١٤) .

يقتضى الحديث عن القواعد المادية الواردة فى معاهدة اوتوا أن نتعوض أولاً لتحديد مجال تطبيق المعاهدة من الناحيتين الموضوعية والجغرافية (المبحث الأول) ، ثم نتحدث عن حقوق والتزامات الأطراف فى عملية الإيجار التمويلي سواء بالنسبة للمؤجر أو المستأجر وكذلك علاقة هؤلاء مع البائع من ناحية ومع الغير من ناحية أخرى (المبحث الثانى) .

(١٣) راجع فى هذا :

Christian GAVALDA : Acte final de la conférence diplomatique pour l'adoption des projets de conventions d'Unidroit sur l'affacturage international et sur le crédit-bail international, Les Petites Affiches, n°84, 13 juillet 1988 .

(١٤) كانت فرنسا هى الدولة الأولى التى قامت بالتصديق على المعاهدة بتاريخ ٢٣ سبتمبر ١٩٩١ ، وتبعتها إيطاليا بالتصديق عليها فى ٢٩ نوفمبر ١٩٩٣ .

المبحث الأول

مجال تطبيق معاهدة اوتاوا

أ- مجال تطبيق المعاهدة بالنسبة لطبيعة علاقة الإيجار التمويلي :

يلاحظ - بادئ ذي بدء - أن معاهدة اوتاوا المتعلقة بالإيجار التمويلي لا تنطبق إلا على علاقة الإيجار التي تشتمل على ثلاثة أطراف : البائع أو المنتج للشئ والمشتري المؤجر والمستأجر لهذا الشئ . ومن هنا يتم التمييز بين علاقة الإيجار الثلاثية la relation triangulaire التي تنطبق عليها المعاهدة وبين علاقة الإيجار التمويلي التي تتم مباشرة بين المنتج للشئ والمستأجر له le crédit bail opérationnel دون أن يوجد الطرف الثالث الذي يتولى عملية التمويل عن طريق شراء الشئ بغرض تأجيره للمشروع الذي يحتاج له . فهذا النوع الأخير من الإيجار يخرج عن مجال تطبيق معاهدة اوتاوا ، نظرا لإمكانية تطبيق القواعد العامة عليه فلا يكون بالتالي في حاجة إلى تنظيم خاص .

ب- مجال تطبيق المعاهدة بالنسبة للأموال محل الإيجار التمويلي :

يقتصر تطبيق المعاهدة على الأموال المنقولة ، وبالتالي تخرج العقارات من دائرة الأموال التي تنطبق عليها معاهدة اوتاوا . على أن تواجد المنقول في عقار ما لا يؤدي إلى عدم تطبيق المعاهدة عليه (١٥) . كما لا تطبق المعاهدة كذلك على تأجير الأموال التي تخصص للاستهلاك ، حيث لا توجد فائدة اقتصادية كبيرة بالنسبة لتأجير هذا النوع من الأموال كما يمكن تمويل المنتجات المخصصة للاستهلاك بوسائل وطرق أخرى غير الإيجار التمويلي . وعلى ذلك فإن المعاهدة تنطبق فقط على تأجير الأموال المنقولة التي تخصص لأغراض الاستثمار ، أي لاستعمالها من قبل مشروع تجارى معين بهدف تحسين وزيادة منتجاته . وتطبيقا لذلك تضمنت المعاهدة النص على أن الأموال التي تخصص للاستعمال الشخصي للمستأجر تخرج من مجال تطبيقها (١٦) .

(١٥) تنص الفقرة الأولى من المادة الرابعة من المعاهدة على أن :

" Les dispositions de la présente convention ne cessent pas de s'appliquer du simple fait de l'incorporation ou de la fixation du matériel à un immeuble" .

(١٦) وفي ذلك تنص المادة الأولى فقرة ٤ على أن :

"La présente convention régit les opérations de crédit-bail portant sur tout matériel à l'exception de celui qui doit être utilisé par le crédit preneur à titre principal pour son usage personnel, familial ou domestique".

ج- الطابع الدولي لعلاقة الإيجار التمويلي :

يجب أن تتسم علاقة الإيجار التمويلي بالطابع الدولي حتى تدخل في مجال تطبيق معاهدة اوتوا ، ذلك أن المعاهدة تتعلق - كما يدل عليه عنوانها - بالإيجار التمويلي الدولي le crédit - bail international .

وتكون علاقة الإيجار التمويلي دولية إذا كانت تحتوى على عنصر أجنبي élément d'extranéité ، وقد نصت المعاهدة على الاعتداد فى هذا الشأن بمعيار محل الإقامة بالنسبة لكل من المؤجر والمستأجر ، ومن ثم تطبق المعاهدة فى الحالة التى يقيم فيها المؤجر فى دولة ما فى حين يقيم المستأجر فى دولة أخرى (١٧) .

ومن هذا يتبين لنا أن مقر إقامة البائع le fournisseur-vendeur لا يعتبر عنصراً جوهرياً لتحديد دولية علاقة الإيجار التمويلي ، لهذا يستوى أن يتواجد مقر إقامته - كما يتوافر ذلك عادة - فى الدولة التى يوجد بها مقر إقامة المشتري المؤجر الذى يكتسب ملكية الشئ من البائع ، أو أن يتواجد مقر إقامته فى دولة أخرى ، سواء سواءاً كانت هذه الدولة الأخيرة هى الدولة التى يتواجد بها مقر إقامة المستأجر أو دولة ثالثة . ذلك أن المعاهدة قد اعتدت فقط بمقر الإقامة بالنسبة لكل من المؤجر والمستأجر .

ويعتبر عدم الاعتداد بمقر البائع أمراً معيباً فى واقع الأمر ، لأنه من المتصور أن يتواجد البائع فى دولة ما ، فى حين يتواجد كل من المشتري المؤجر والمستأجر فى دولة أخرى . ومما لا شك فيه أننا إذا نظرنا إلى علاقة الإيجار التمويلي بالمعنى الواسع فإن العلاقة هنا تكتسب الصفة الدولية . ذلك أن تلك العلاقة تفترض وجود ثلاثة أطراف : البائع والمشتري المؤجر والمستأجر ، وهذه العلاقة الثلاثية هى التى تضى على الإيجار التمويلي طبيعة خاصة تميزه عن غيره من العقود الأخرى . فكان ينبغى إذن أن تعتبر العلاقة دولية فى

(١٧) تنص المادة الثالثة من المعاهدة على أن :

"La présente convention s'applique lorsque le crédit-bailleur et le crédit-preneur ont leur établissement dans des État différents et que :

a) Ces État ainsi que l'État où le fournisseur a son établissement sont des États contractants; ou .
b) que le contrat de fourniture et le contrat de crédit-bail sont régis par la loi d'un État contractant".

الفرض الذي يتواجد فيه المركز الرئيسي لمقر البائع في دولة ويتواجد مقر إقامة كل من المؤجر والمستأجر في دولة أخرى (١٨). ويعضد هذا أن المعاهدة لم تغض الطرف عن البائع في تطبيق أحكامها . فكما سنرى حالاً أنه يشترط لدخول العلاقة في مجال تطبيق المعاهدة أن يتوافر أحد أمرين من بينهما أن تكون الدول المتواجد بها مقر إقامة كل من البائع والمؤجر والمستأجر من الدول الأطراف في المعاهدة .

وإذا كانت معاهدة اوتاوا لم تعتد بالمكان الذي يتوطن فيه البائع لتحديد دولية علاقة الإيجار التمويلي فإنها لم تعتد كذلك بتوطن المستأجر من الباطن الذي قد يكون المستأجر الأصلي قد أبرم تصرف معه . وعلى ذلك إذا تم إبرام عقد الإيجار التمويلي بين شركتين تنتميان إلى نفس الدولة فلا يعتبر العقد دولياً ولو تم الإيجار من الباطن بعد ذلك - بإذن من المؤجر - إلى شركة أخرى يتواجد مركز إدارتها الرئيسي في دولة أخرى ، ففي هذه الحالة لا تعد العلاقة دولية تطبيقاً لمعاهدة اوتاوا (١٩) .

وقد اعتدت المعاهدة لتحديد توافر الطابع الدولي في علاقة الإيجار التمويلي بالمعيار القانوني *le critère juridique* الذي يتطلب توافر عنصر أجنبي في العلاقة كما هو الحال بالنسبة لجنسية الأطراف أو موطنهم أو محل إقامتهم أو مكان إبرام العقد أو مكان التنفيذ... الخ . ولم تأخذ المعاهدة بالمعيار الاقتصادي لدولية العلاقة *le critère économique* وهو المعيار الذي يكتفى بتعلق العلاقة بمسائل التجارة الدولية بأن يكون الشيء المؤجر قد انتقل من دولة إلى أخرى . ذلك أن هذا المعيار الاقتصادي لا يتناسب مع الإيجار التمويلي

(١٨) أنظر في هذا المعنى ملاحظات الأستاذ الفرنسي LAGARDE على مقالة الأستاذ GAVALDA بعنوان : *Le crédit-bail international* المنشور في : *Travaux du Comité français de droit international privé, 1988-1989, p. 69.* وفي نفس المعنى أنظر أيضاً :

Gautier BOURDEAUX : *Crédit-bail international, op cit, p. 11.*

(١٩) على أنه يبدو أن حكم النقض الفرنسي الصادر بتاريخ ١١ مايو ١٩٨٢ قد قرر خلاف ذلك . وتتعلق القضية بعقد إيجار تمويلي أبرم بين شركتين المائيتين يتواجد كل منهما في ألمانيا ، ثم أبرم المستأجر - بناءً على إذن المؤجر - عقد إيجار من الباطن مع شركة فرنسية ونقل الشيء إلى فرنسا . وقد قرر الحكم الصادر من محكمة النقض الفرنسية تطبيق قواعد تنازع القوانين لتحديد القانون واجب التطبيق مما يدل على اعتراف الحكم بدولية علاقة الإيجار التمويلي انظر :

Cour de cassation, 11 mai 1982, Revue critique de droit international privé, 1983, p. 450, note Georges KHAIRALLAH.

بالنظر إلى أن الإيجار التمويلي يرد عادة على وسائل الانتقال كالسفن والطائرات التي تنتقل عادة من دولة إلى أخرى .

على أن مجرد اختلاف محل إقامة المؤجر عن المستأجر غير كاف لتطبيق المعاهدة ، ذلك أنه يجب - علاوة على ذلك - أن يتوافر أحد الأمرين الآتيين:

- أن تكون الدولة التي يتواجد بها محل إقامة كل من المؤجر والمستأجر وكذلك الدولة التي يوجد بها مقر إقامة البائع ، من الدول الأطراف في المعاهدة .
- أن يكون القانون واجب التطبيق على كل من عقد البيع وعقد الإيجار هو قانون إحدى الدول الأطراف في معاهدة اوتوا .

يتضح لنا مما تقدم أن المعاهدة قد اعتدت بمعيار مركب حتى يتوافر العنصر الأجنبي في الإيجار التمويلي وهو الأمر الضروري لدخول العلاقة في مجال تطبيق هذه المعاهدة . إذ يجب أن يقيم كل من المؤجر والمستأجر في دولتين مختلفتين ، كما يجب أن تكون الدول المتواجد بها مقر الإقامة المعتادة لكل من المؤجر والمستأجر والبائع من الدول الأطراف في المعاهدة ، وهو الأمر الذي يصعب تحقيقه بالنظر لقلّة عدد الدول التي قامت بالتصديق على المعاهدة حتى الآن . لذلك اعتدت المعاهدة بمعيار آخر أكثر تحقّقا من الناحية العملية ، وهو أن يكون القانون واجب التطبيق على كل من عقد البيع وعقد الإيجار هو قانون دولة طرف في المعاهدة .

د- الطابع الاختياري لتطبيق المعاهدة :

إذا توافرت الشروط والمعايير السابق ذكرها والتي تؤدي إلى دخول علاقة الإيجار التمويلي في نطاق تطبيق معاهدة اوتوا ، يمكن مع ذلك لأطراف تلك العلاقة استبعاد تطبيق أحكامها (٢٠) .

وحتى يتم استبعاد تطبيق المعاهدة لابد من اتفاق كل الأطراف في علاقة الإيجار التمويلي ، ومعنى هذا أن كل من البائع والمشتري المؤجر والمستأجر ينبغي أن يرضوا جميعا استبعاد تطبيق المعاهدة . ولم تشترط المعاهدة أن يتخذ

(٢٠) تنص المادة الخامسة من معاهدة اوتوا على أن :

"1- L'application de la présente convention ne peut être écartée que si chacune des parties au contrat de fourniture et chacune des parties au contrat de crédit-bail consent à son exclusion.

2- Lorsque l'application de la présente convention n'a pas été écartée conformément au paragraphe précédent, les parties peuvent, dans leurs relations mutuelles, déroger à l'une quelconque de ses dispositions ou en modifier les effets à l'exception de ce qui est prévu au paragraphe 3 de l'article 8, à l'alinéa b), du paragraphe 3, et au paragraphe 4 de l'article 13"

اتفاق الأطراف شكلاً معيناً ، لهذا يمكن أن يستفاد هذا الاتفاق من وجود اتفاق صريح مكتوب بين الأطراف ينص فيه على استبعاد تطبيق معاهدة اوتاوا ، كما يمكن أن يستفاد هذا من وجود اتفاق ضمنى بين الأطراف الثلاثة ولو لم يكن ثابتاً بالكتابة . ذلك أن معاهدة اوتاوا لم تشترط شكلاً معيناً سواء فى العقد الذى يتم إبرامه بين البائع والمشتري المؤجر أو بالنسبة للعقد الذى يبرم بين هذا الأخير والمستأجر .

ويستفاد من نص المادة الخامسة من معاهدة اوتاوا أن استبعاد تطبيق أحكامها قد يكون كلياً كما قد يكون جزئياً :

-والاستبعاد الكلى لا يمكن أن يتحقق إلا إذا اتفق الأطراف الثلاثة جميعاً فى علاقة الإيجار التمويلي على هذا .

-أما الاستبعاد الجزئى فإنه يمكن أن يتحقق فى خصوص العلاقة التى تربط كل من المؤجر والمستأجر بالنسبة لنصوص المعاهدة المتعلقة بعقد الإيجار فقط دون تلك التى تتعلق بعقد البيع أو التى تمس البائع . كما يمكن أن يتحقق الاستبعاد كذلك فى العلاقة بين البائع والمشتري المؤجر بالنسبة لنصوص المعاهدة التى تتعلق بعقد البيع فقط والتى لا تمس المستأجر . ويستثنى من هذا بعض النصوص ذات الطابع الأمر فى معاهدة اوتاوا ، فلا يجوز للأطراف استبعاد تطبيق أحكامها وفقاً لقواعد الاستبعاد الجزئى .

وغنى عن البيان أنه فى الحالة التى يتفق فيها جميع أطراف علاقة الإيجار التمويلي على استبعاد تطبيق معاهدة اوتاوا بصفة كلية ، فإن هذا الاستبعاد ينصرف ليس فقط إلى النصوص غير الأمرة الواردة النص عليها فى المعاهدة ، وإنما يتعلق كذلك بالنصوص الأمرة .

واستناداً إلى هذا فإن الاستبعاد الجزئى يكون فقط فى العلاقة المتبادلة بين الطرفين المتفقين على إجرائه ، ولا يحتج به فى مواجهة الطرف الثالث فى علاقة الإيجار التمويلي . لهذا إذا اتفق كل من المؤجر والمستأجر على استبعاد تطبيق بعض نصوص معاهدة اوتاوا فإن هذا الاتفاق يقتصر أثره على العلاقة التبادلية بينهما فقط ولا يحتج به فى مواجهة البائع ، إذ أن هذا الأخير لم يرتض إجراء هذا الاستبعاد .

المبحث الثانى

حقوق والتزامات الأطراف

أ-حقوق والتزامات المؤجر :

الالتزام الرئيسى الذى يقع على عاتق المؤجر هو التزامه بأن يضمن للمستأجر الحق فى التمتع والاستغلال الاقتصادى للشيء المؤجر . ذلك أن الطابع الأساسى للإيجار التمولى أنه عقد إيجار وليس بيع مصحوب بشرط الاحتفاظ بالملكية ، لذا يلتزم المؤجر بأن يضمن للمستأجر الحق فى أن يستعمل وحده الشيء دون أن ينازعه أحد فى ذلك ، كما هو الحال بالنسبة للبايع الذى لم يستوف حقه من المؤجر المشتري .

ويستطيع المستأجر أن يرفض استلام الشيء المؤجر إذا لم يكن مطابقاً للمواصفات المتفق عليها والمنصوص عليها فى العقد المبرم بينه وبين المؤجر . ويتمتع كذلك بنفس الحق فى حالة تأخير تسليم الشيء المتفق عليه .

وقد نصت معاهدة اوتاوا على أن المؤجر يمكنه فى هذه الحالة علاج عدم تنفيذه لالتزاماته كما يفعل البائع فى عقد البيع (المادة ١٢) . ويستفاد من هذا أن معاهدة اوتاوا قد حرصت على التغلب على الصعوبات بعدم تنفيذ المؤجر لبعض الالتزامات وضرورة ألا يؤدي هذا إلى إلغاء عقد الإيجار التمولى . ويمكن لهذا الرجوع إلى معاهدة فيينا المتعلقة بالبيع الدولى لتحديد الحالات التى يمكن فيها للبايع علاج القصور الناتج عن عدم تنفيذه لبعض التزاماته ، وتطبق نفس القواعد بالنسبة لالتزامات المؤجر فى عقد الإيجار التمولى .

وتجدر الإشارة إلى أن عقد البيع الذى يتم بين المؤجر المشتري والبايع لا يعتبر منفصلاً -تماماً- عن عقد الإيجار التمولى . ذلك أن المعاهدة قد نصت على أن من حق المستأجر اختيار الشيء الذى سيكون فيما بعد محلاً لعقد الإيجار كما قد يختار البائع ذاته وذلك حتى يمكن الاحتجاج بعقد البيع فى مواجهته . لهذا قررت معاهدة اوتاوا أن المؤجر المشتري يقع عليه التزام بالأضرار بحقوق المستأجر عن طريق تعديل عقد البيع الذى وافق المستأجر عليه . فهذا الأخير قد أيد عقد البيع المبرم بين المشتري المؤجر والبايع الذى ينص على شروط ومواصفات محددة ، فلا يجوز بعد ذلك تعديل عقد البيع دون علم المستأجر (المادة ١١) . ولهذا أيضاً قررت المعاهدة أن المستأجر يملك الحق فى رفع

الدعوى مباشرة في مواجهة البائع لإلزامه بتنفيذ الالتزامات والشروط المتفق عليها في عقد البيع (المادة ١٠) .

وظالما أن المستأجر قد وافق على محتوى عقد البيع فإن النتيجة الحتمية التي تترتب على ذلك ، هي إعفاء المؤجر المشتري من المسؤولية بالنسبة للشيء محل عقد البيع والذي سيتم تسليمه بعد ذلك للمستأجر . على أن هذا لا يعفى المؤجر من المسؤولية إذا كان الضرر الواقع على المستأجر يستند إلى قيام المؤجر ذاته باختيار البائع أو اختيار الشيء المبيع بمواصفاته دون تدخل من المستأجر (المادة ٨) .

ولا يقتصر الإعفاء المقرر لمصلحة المؤجر على المسؤولية التعاقدية ، وإنما يمتد كذلك إلى المسؤولية التصهيرية بالنسبة لما يرتبه الشيء المؤجر من أضرار ، كالوفاة والأضرار الأخرى ، للغير .

وقد حرصت معاهدة أوتاوا على كفالة حماية الحقوق العينية التي يتمتع بها المؤجر المشتري بوصفه هو مالك الشيء المؤجر . لذلك نصت المعاهدة على أن هذه الحقوق العينية يتمتع بها المؤجر ويحتج بها في مواجهة الكافة بما فيهم دائني المستأجر حتى ولو كان بعض الدائنين قد حصل على سند تنفيذي بدينه تجاه المستأجر (المادة ٧) . وإذا كان الاحتجاج بالحقوق العينية يتوقف على اتخاذ إجراءات إعلان معينة وفقا لقانون الدولة صاحبة الشأن ، فإن المعاهدة قد حددت القانون واجب التطبيق على إجراءات الإعلان ، وهذا القانون يختلف بحسب نوع المال محل عقد الإيجار التمويلي على النحو التالي :

- بالنسبة للسفن والمراكب المسجلة في دولة معينة ، يتحدد القانون واجب التطبيق على إجراءات الإعلان بأنه قانون الدولة المسجلة فيها السفينة بإسم المالك .

- وبالنسبة للطائرات المسجلة طبقا لاتفاقية شيكاغو المبرمة في ٤ ديسمبر ١٩٤٤ ، فإن القانون واجب التطبيق هو قانون الدولة التي تم تسجيل الطائرة بها .

- وبالنسبة للمنفولات الأخرى التي تقبل الانتقال عادة من دولة إلى أخرى ، كما هو الحال بالنسبة لموتور الطائرة ، قررت المعاهدة أن القانون واجب التطبيق هو قانون الدولة التي يتواجد بها المقر الرئيسي لإقامة المستأجر .

-وبالنسبة لغير ما تقدم من الأشياء محل عقد الإيجار التمويلى يطبق قانون الدولة التى يوجد بها الشئ لتحديد القواعد المتبعة فى الإعلان كشرط للاحتجاج بالحقوق العينية التى يتمتع بها المؤجر فى مواجهة الغير .

ب- حقوق والتزامات المستأجر :

تلتقى التزامات وحقوق كل من المؤجر والمستأجر ، فما يعتبر التزاما على عاتق المؤجر يعتبر حقا للمستأجر ، وما يلتزم به المستأجر يعتبر حقا للمؤجر .

فيحق للمستأجر قبل إبرام عقد الإيجار بينه وبين المؤجر أن يطلب تزويده بمحتوى عقد البيع المبرم بين المؤجر المشتري والباع له (المادة الأولى) . وإذا لم يتحقق ذلك للمستأجر فإن المؤجر هو الذى يتحمل المسؤولية عن الشئ الذى قام بشرائه بهدف تأجيله ، ومن ثم فإن بإمكان المستأجر الاعتراض على عدم مطابقة الشئ للمواصفات المتفق عليها بينه وبين المؤجر .

والجدير بالذكر أن الاتفاقية قررت أنه حتى فى الحالة التى لا يتدخل فيها المستأجر فى عقد البيع ، بحيث يبرم هذا الأخير دون معرفة المستأجر بشروطه أو بمواصفات الشئ المبيع ، فإنه مع ذلك يمكن للمستأجر أن يطلب مباشرة من البائع احترام الالتزامات الملقاة على عاتقه بموجب عقد البيع . ويرجع ذلك إلى أن هذا العقد الأخير لا يعتبر منفصلا -تماما- عن عقد الإيجار . فعملية الإيجار التمويلى يشترك فيها كل من البائع والمؤجر المشتري والمستأجر . لذلك قورت معاهدة اوتاوا أن الالتزامات الملقاه على عاتق البائع يمكن للمستأجر طلب تنفيذها كما لو كان هو طرفا فى عقد البيع وكما لو كان الشئ المبيع يسلم إليه مباشرة من البائع (٢١) .

ومع ذلك فإنه يرد على القاعدة السابقة التى تمنح للمستأجر حقوق المؤجر تجاه من اشترى منه الشئ المؤجر قيد يتعلق بطلب فسخ عقد البيع . وقد قورت المعاهدة أن طلب الفسخ أمر غير جائز من قبل المستأجر إلا إذا وافق عليه المؤجر المشتري (المادة ٢/١٠) .

وإذا لم يكن الشئ محل عقد الإيجار مطابقا للمواصفات المتفق عليها أو تم

(٢١) تنص المادة العاشرة من معاهدة اوتاوا فى هذا المعنى على أن :

"Les obligations du fournisseur qui résultent du contrat de fourniture peuvent également être invoquées par le crédit-preneur comme s'il était lui-même partie à ce contrat et comme si le matériel devait lui être livré directement. Toutefois, le fournisseur n'est pas responsable à l'égard du crédit-bailleur et du crédit-preneur pour les mêmes dommages".

التسليم في غير ميعاده ، يمكن للمستأجر الامتناع عن دفع الإيجار حين قيام المؤجر بعلاج هذا الوضع الناتج عن إخلاله في تنفيذ التزاماته (المادة ٣/١٢) . على أنه لا يجوز للمستأجر الامتناع عن دفع الإيجار إذا كان قد تدخل في عقد البيع واطلع على مواصفات الشيء المبيع ، فلا يجوز له أن يرفض استلام الشيء بعد ذلك بحجة عدم مطابقته للمواصفات .

وإذا أصاب المستأجر ضرر لا يصلحه مجرد الامتناع عن دفع الإيجار ، فإنه يملك رفع الدعوى تجاه كل من المؤجر والبائع . على أن هذا الأخير لا يلتزم بدفع التعويض عن نفس الضرر إلا مرة واحدة فقط ، فلا يدفع التعويض للمشتري المؤجر ثم يدفعه مرة أخرى للمستأجر . لهذا إذا كان الامتناع عن دفع الإيجار يصلح جزءاً من الضرر الواقع على المستأجر ، فلا يجوز لهذا الأخير إلا الحصول على الجزء المتبقى والذي به يكتمل إصلاح الضرر . والقول بغير ذلك يعني حرمان المؤجر من الحصول على التعويض من البائع ، أو الزام هذا الأخير بدفع التعويض عن ذات الضرر مرتين لكل من المشتري والمستأجر وهو أمر لا يمكن قبوله .

كما أن إخلال المؤجر بالالتزام الملقى على عاتقه بتسليم الشيء محل عقد الإيجار إلى المستأجر يبرر قيام المستأجر بفسخ العقد . وإذا تحقق ذلك يسترد المستأجر كافة المبالغ التي كان قد دفعها مقدماً كأقساط للإيجار . كما أن من حقه الحصول على تعويض من المؤجر يتناسب مع الكسب الذي يحتمل أن يكون قد فاته من جراء عدم الانتفاع بالشيء محل عقد الإيجار (المادة ٤/١٢) .

وتوجد التزامات تقع على عاتق المستأجر بعد تسلمه الشيء محل عقد الإيجار وأثناء انتفاعه به . فينبغي عليه العناية بالشيء المؤجر واستعماله بطريقة معقولة تؤدي إلى المحافظة عليه على النحو المتفق عليه بينه وبين المؤجر في عقد الإيجار التمويلي . كما يلتزم المستأجر بإجراء الصيانة الدورية للشيء المؤجر بغيره المحافظة عليه أيضاً وذلك على النحو الذي يتفق مع طبيعة محل عقد الإيجار (المادة ١/٩) .

وعند انتهاء مدة الإيجار يجب على المستأجر إعادة الشيء المؤجر إلى المستأجر وهو بحالة جيدة ، ويمكنه طلب تجديد العقد ، كما أن باستطاعته شراء الشيء المؤجر إذا قدر أن مصلحته تقتضي ذلك .

وبطبيعة الحال يعتبر الالتزام بدفع الإيجار هو الالتزام الرئيسي الذى يلتزم به المستأجر . وإذا تخلف المستأجر عن تنفيذ هذا الالتزام كان فى إمكان المؤجر المطالبة بسداد مبلغ الإيجار ، علاوة على التعويض من جراء التأخر فى السداد والفوائد المصاحبة لهذا التأخير . كما يمكن للمؤجر فسخ العقد فى هذه الحالة (المادة ١٣) .

على أنه من الملاحظ أن مجرد الامتناع عن دفع الإيجار من المستأجر لا يخول للمؤجر فسخ العقد ، فقد نصت معاهدة اوتاوا على أن المؤجر يتعين عليه فى مثل هذا الوضع أن يعطى للمستأجر مهلة للسداد بعد الميعاد المتفق عليه . كما يجب عليه أن يبحث عن وسائل أخرى للتغلب على الصعوبات التى تواجهه المستأجر وتمنعه من تنفيذ الالتزامات المفروضة عليه (المادة ١٣/٥) . ويتضح لنا من هذا أن معاهدة اوتاوا قد حرصت كل الحرص على كفالة استمرار علاقة الإيجار التمويلي بين المؤجر والمستأجر ، لذا فإن وجود بعض الصعوبات التى تعوق تنفيذ العقد أمر لا يودى مباشرة إلى فسخ العقد ، وإنما ينبغى أولاً البحث عن حلول لعلاج هذا القصور ، فإن كان هذا غير ممكن فلا مفر من فسخ العقد .

الفصل الثانى

قواعد تنازع القوانين فى مجال الإيجار التمويلي

تهدف قواعد تنازع القوانين *les règles de conflit* إلى البحث عن أنسب القوانين لحكم العلاقة المعروضة وذلك عن طريق إسناد تلك العلاقة إلى أوثق القوانين صلة بها ، أو بمعنى آخر فإن تحديد مركز النقل فى العلاقة *le centre de gravité* أو العنصر المميز لها والذى تتركز فيه *le siège du rapport* هو الأمر الذى يعول عليه فى تحديد القانون واجب التطبيق .

وقد سبق أن ذكرنا أن عملية الإيجار التمويلي تتضمن عقدين أساسيين: عقد الإيجار بالمعنى الضيق بين المشتري المؤجر والمستأجر ، وعقد البيع بين البائع والمشتري المؤجر . لذا فإن حديثنا عن تنازع القوانين يقتضى أن نتعرض أولاً للقانون واجب التطبيق على المسائل ذات الطابع التعاقدى (المبحث الأول) ، ثم نتعرض لتحديد القانون واجب التطبيق على ما يثيره الإيجار التمويلي من مسائل لا تحمل الطابع التعاقدى (المبحث الثانى) .

المبحث الأول

القانون واجب التطبيق على المسائل التعاقدية

قد يقوم الأطراف ، في مجال العقود الدولية ، بتحديد القانون واجب التطبيق على العلاقة العقدية الناشئة فيما بينهم (المطلب الأول) ، وقد لا يتعرض الأطراف لمسألة تحديد القانون واجب التطبيق (المطلب الثاني) .

المطلب الأول

قانون الإرادة

من القواعد المستقر عليها بين مختلف الأنظمة القانونية أن من حق الأطراف اختيار القانون واجب التطبيق في مجال العقود الدولية ، وهو ما يطلق عليه مبدأ سلطان الإرادة في القانون الدولي الخاص *le principe d'autonomie de la volonté en droit international privé* (٢٢) .

ومن المقرر أن بإمكان طرفي عقد ما اختيار القانون الوطني لأحدهما كي يحكم الرابطة المتولدة عن العقد المبرم بينهما . كما أن في مقدورهم اختيار قانون دولة ثالثة لا تمت بأية صلة إلى أطراف العقد الدولي ، إذ إن كل طرف قد يخشى من تطبيق القانون الوطني للطرف الآخر فتتعدد إرادة كل منهما على اختيار قانون "محايد" كي يحكم الرابطة التعاقدية .

ووفقا للقواعد العامة من المقرر كذلك أن بإمكان أطراف العقد اختيار قانون واحد فقط لحكم النزاع الناشئ عن العقد ، كما أن في مقدورهم تجزئة عناصر العقد الواحد وذلك بإخضاع بعضها لقانون دولة ما وإخضاع البعض الآخر لقانون دولة أخرى ، وهو ما يعرف بتجزئة العقد *le dépeçage du contrat* .

ولا شك أن القواعد السابق ذكرها يمكن أن تطبق في مجال الإيجار التمويلي ، إلا أن تطبيقها قد يثير العديد من الصعوبات . ومرد ذلك إلى أن

(٢٢) يعتبر مبدأ سلطان الإرادة من المبادئ التي تقررت قديما بواسطة الأحكام القضائية حتى قبل تدخل المشرع صراحة بالنص عليه . من قبيل ذلك حكم محكمة النقض الفرنسية الصادر بتاريخ ٥ ديسمبر ١٩١٠ والذي أكد على أن :

"La loi applicable aux contrats, soit en ce qui concerne leur formation, soit quant à leurs effets et conditions, est celle que les parties ont adoptée". V. Bertrad Ancel et Yves Lequette : Grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé, 2e édition, Sirey, Paris, 1992, p. 84 .

عملية الإيجار التمويلي لا تعتبر عقداً واحداً فقط ، وإنما تشتمل على عقدين مترابطين ارتباطاً وثيقاً .

حيث يوجد أولاً عقد الإيجار التمويلي بالمعنى الضيق le contrat crédit-bail proprement-dit وهو العقد الذى يتم إبرامه بين المؤجر والمستأجر ، كما يوجد عقد البيع le contrat de fourniture ou de vente الذى يبرم بين البائع والمشتري المؤجر . ولا يعتبر هذا العقد الأخير منفصلاً عن عقد الإيجار بالمعنى الضيق ، لأن المؤجر يشتري الشيء بهدف تأجيره للمستأجر ، أى أن عقد البيع يتم لحساب عقد آخر وهو عقد الإيجار .

وبالنظر إلى هذا الترابط الوثيق بين عقد الإيجار التمويلي بالمعنى الضيق وعقد البيع ينادى البعض بضرورة اختيار الأطراف لقانون واحد فقط يطبق على كلا العقدين معا . ويهدف هذا الرأى إلى تحقيق وحدة فى القانون واجب التطبيق على عملية الإيجار التمويلي فى مجموعها بما تتضمنه فى داخلها من علاقة إيجار بين المؤجر والمستأجر ومن علاقة بيع بين المؤجر المشتري والبائع^(٢٣) ، وذلك بغية تحقيق التناسق فى النظام القانونى الذى تتحدد وفقاً له حقوق والتزامات كافة الأطراف فى عملية الإيجار التمويلي . لأن القول بغير ذلك يعنى إمكانية خضوع عقد الإيجار لقانون دولة ما ، فى حين يخضع عقد البيع لقانون آخر تتعارض حلوله مع ما يقضى به القانون الأول ، وهو أمر يتعارض مع ما يهدف إليه القانون الدولى الخاص من ضرورة البحث عن حلول تتسم من ناحية بالتناسق كما تتسم بمراعاة التوقع المشروع للأطراف l'attente légitime des parties كى يكون هناك نوع من الاستقرار والطمأنينة فى التعامل^(٢٤) .

(٢٣) لذلك يقرر البعض فى هذا الشأن :

"L'attraction de la loi du contrat de location sur la loi applicable au contrat de vente conclu entre le preneur et la société de leasing (bailleresse) et des contrats accessoires d'ailleurs, est aussi naturelle qu'intense. Sans être irrésistible, cette influence impose pratiquement l'harmonisation des lois applicables aux situations juridiques commandées par la nature hybride du leasing, nées des défaillances du preneur et du matériel. L'idée de symbiose exprime assez bien pareille attraction dans le cas du leasing". V. El Moktar BEY et Ch. GAVALDA : Problématique juridique du leasing international, La Gazette du Palais, 1979, I, doct., p. 144 et s.

(٢٤) يقرر الأستاذ الفرنسى Batiffol فى هذا المجال أن :

وفى واقع الأمر نحن أمام أحد أمرين : إما أن يختار جميع الأطراف فى عملية الإيجار التمويلي قانونا واحدا ، وإما أن تتجه إرادتهم إلى إخضاع تلك العملية لأكثر من قانون . ونعالج هذين الفرضين على الوجه التالى :

-إذا انعقد اتفاق الأطراف الثلاثة جميعا على اختيار قانون واحد لحكم ما قد ينشأ عن عملية الإيجار التمويلي من منازعات ، فى هذه الحالة سيتحدد القانون واجب التطبيق على عقد البيع مع القانون الذى يطبق على عقد الإيجار بالمعنى الضيق . وتقتضى وحدة القانون واجب التطبيق على هذا النحو أن تتجه إرادة جميع الأطراف (البائع والمشتري المؤجر والمستأجر) صراحة أو ضمنا إلى إختيار ذات القانون ، وذلك بأن يتفق البائع مع المشتري فى عقد البيع على إختيار قانون ما لحكم عقد البيع ، وبأن يتفق المؤجر المشتري مع المستأجر فى عقد الإيجار على إختيار نفس القانون لحكم عقد الإيجار .

ولا ريب أن تحقيق الوحدة فى القانون واجب التطبيق على عملية الإيجار التمويلي يعتبر هو الوضع المثالى . ذلك أن العقدين الرئيسيين اللذين تشتمل عليهما عملية الإيجار التمويلي لا يعتبران منفصلين تماما . وقد سبق أن رأينا ثمة علاقة موجودة بين المستأجر فى عقد الإيجار وبين البائع فى عقد البيع على الرغم من أن المستأجر لا يعتبر طرفاً فى عقد البيع كما أن البائع لا يعتبر طرفاً فى عقد الإيجار ، ورأينا أن فى مقدور المستأجر رفع دعوى مباشرة على البائع يطالبه بتنفيذ الالتزامات الملقاة على عاتقه بموجب عقد البيع . ويترتب على ما تقدم أن وجود هذا الترابط الوثيق بين عقد البيع وعقد الإيجار بالمعنى الضيق يستحسن معه إخضاع كل منهما لقانون واحد لتحقيق التماسق فى الحقوق والالتزامات التى تفترضها عملية الإيجار التمويلي بالمعنى الواسع .

-وإذا اتجهت إرادة الأطراف فى عملية الإيجار التمويلي إلى الفصل بين القانون واجب التطبيق على عقد البيع عن نظيره الذى يطبق على عقد الإيجار بالمعنى الضيق ، فى هذه الحالة ستخضع عملية الإيجار التمويلي لقانونين

"La sécurité dans les transactions est en elle-même parfaitement valable, et illustre l'idée que les règles de conflit ne se désintéressent nullement des objectifs à atteindre, précisément dans le domaine des sûretés réelles qui concernent au premier chef le crédit". V. Henri BATIFFOL : Crédit et conflits de lois, Mélanges Roger HOUIN, Dalloz, Paris, 1985, p. 235 et s .

مختلفين الأمر الذى من شأنه احتمال وجود نوع من التعارض فى الحلول التى يقرها كل منهما .

ومن الملاحظ أن القانون الدولى الخاص المعاصر لا يجبر الأطراف على تحقيق وحدة القانون واجب التطبيق فى مجال العقود الدولية . بل إن العديد من الاتفاقات الدولية تجيز للأطراف القيام بتجزئة العقد ، ويمكننا أن نذكر على سبيل المثال نص المادة الثالثة من معاهدة روما المبرمة بين دول المجموعة الأوروبية بتاريخ ١٩ يونية ١٩٨٠ ، التى تنص على أن "بإمكان الأطراف تحديد القانون واجب التطبيق على جميع عناصر العقد ، أو على جزء فقط من هذا العقد" (٢٥) .

وترتبط على ما تقدم فإن من حق المؤجر والمستأجر الاتفاق على إخضاع عقد الإيجار لقانون دولة ما ، فى حين يتفق المؤجر المشتري مع البائع على اختيار قانون دولة أخرى لحكم عقد البيع . بل والأكثر من هذا أن العقد الواحد يمكن للأطراف تجزئة عناصره وذلك بإخضاع بعضها لقانون معين وإخضاع البعض الباقى لقانون آخر مختلف ، لذلك فطالما أن القواعد العامة لتنازع القوانين تسمح بالتجزئة فى نطاق العقد الواحد فإنه يستفاد من هذا أن قيام الأطراف فى عملية الإيجار التمولي باختيار قانونين مختلفين لكل من عقد الإيجار وعقد البيع يعتبر أمراً مشروعاً ، وذلك بحسبان أن الأمر هنا يتعلق بعقدين مختلفين (مهما يكن بينهما من صلة ارتباط) وليس بعقد واحد .

ونخلص مما سبق إلى أن تحقيق الوحدة فى القانون واجب التطبيق على عملية الإيجار التمولي يعتبر أمراً مرغوباً فيه لأنه يتفق مع الطبيعة الخاصة لتلك العملية من وجود ارتباط وثيق بين العقود المكونة لها . إلا أن تحقيق هذه

(٢٥) تنص المادة الثالثة من معاهدة روما التى تتعلق بالقانون واجب التطبيق فى مجال الالتزامات التعاقدية على أن :

"Le contrat est régi par la loi choisie par les parties. Ce choix doit être exprès ou résulter de façon certaine des dispositions du contrat ou des circonstances de la cause. Par ce choix, les parties peuvent désigner la loi applicable à la totalité ou à une partie seulement de leur contrat".

أنظر فى تفصيل ذلك :

Antoine KASSIS : Le nouveau droit européen des contrats internationaux, Paris, LGDJ, 1993, p. 355 et ss.

الوحدة لا يعتبر التزاماً أو قيداً يرد على مبدأ سلطان الإرادة ، فيمكن للأطراف إخضاع عقد الإيجار لقانون ما وإخضاع عقد البيع لقانون أو قوانين أخرى . ولنا أن نتساءل في هذا الشأن عما إذا كان اختيار الأطراف للقانون واجب التطبيق في أي من العقدين الذين يكونان عملية الإيجار التمويلي يعتبر قرينة على اختيار ذات القانون لحكم العقد الآخر الذي لا يشتمل على نص يتعلق بتحديد القانون واجب التطبيق . في الحقيقة لا يمكن الرد على هذا التساؤل بالإيجاب . فعلى الرغم من وجود صلة إرتباط وثيقة بين كل من عقد البيع وعقد الإيجار ، إلا أنهما عقدين مختلفين . (لذلك فإن تضمن عقد البيع شرطاً لتحديد القانون واجب التطبيق لا يفيد في تحديد القانون واجب التطبيق على عقد الإيجار بالمعنى الضيق) .

ذلك أن الاتفاق على تحديد القانون واجب التطبيق قد تم بين البائع والمشتري الموجر في عقد البيع ، فلا يحتج به على المستأجر في عقد الإيجار ، إذ لم تتجه إرادته إلى اختيار هذا القانون ، ولا يمكن - بالتالي - أن تنسب إليه إرادة صريحة أو حتى ضمنية في اختيار القانون الذي انصرفت إليه إرادة كل من البائع والمشتري بالنسبة لعقد البيع . ونتيجة لذلك فإن القول بوجود إرادة لدى المستأجر لا يمكن أن تشكل إرادة حقيقية وإنما إرادة مفترضة *une volonté hypothétique ou présumée* ، وهذه الأخيرة أمر مرفوض في مجال القانون الدولي الخاص المعاصر الذي يتطلب للاعتداد بالإرادة في مجال تحديد القانون واجب التطبيق ضرورة أن تكون إرادة أكيدة *une volonté certaine* تتجه إلى الرضاء الكامل بالقانون المختار (٢٦) .

المطلب الثاني

القانون واجب التطبيق في غيبة قانون الإرادة

إذا لم يتم الأطراف بتحديد القانون واجب التطبيق على كل من عقد البيع وعقد الإيجار التمويلي بالمعنى الضيق ، فإن تحديد هذا القانون يتم عن طريق تطبيق القواعد العامة لتنازع القوانين .
تقضى القواعد العامة في تنازع القوانين بأنه في الحالة التي لا يستعمل

(٢٦) أنظر في هذا المعنى :

فيها الأطراف سلطتهم في تحديد القانون واجب التطبيق على العقد المبرم فيما بينهم ، يتم تحديد هذا القانون عن طريق إسناد العقد إلى القانون الأكثر صلة به . *la loi qui présente les liens les plus étroits avec le rapport juridique* . وقد حرصت العديد من الاتفاقات الدولية على النص على هذه القاعدة ، كما هو الحال بالنسبة لمعاهدة روما المبرمة سنة ١٩٨٠ ، والتي تعتبر القواعد الموحدة لتنازع القوانين الواجبة التطبيق في مجال الالتزامات التعاقدية بين دول المجموعة الأوروبية . وقد نصت الفقرة الأولى من المادة الرابعة لتلك المعاهدة على أنه "في غيبة قانون الإرادة يتم تطبيق قانون الدولة ذات الصلة الأكثر وثوقا بالعقد" (٢٧) .

ولما كانت مسألة القانون واجب التطبيق على عقد الإيجار تختلف عن تلك التي تتعلق بالقانون واجب التطبيق على عقد البيع ، كان من الواجب علينا أن نتعرض لكل من هاتين المسألتين على انفراد لبيان القانون واجب التطبيق عليها .

الفرع الأول

القانون واجب التطبيق على عقد الإيجار بالمعنى الضيق

ذكرنا أنه في غيبة قانون الإرادة يتم إسناد العقد إلى القانون الأكثر صلة به وقد وضعت معاهدة روما قرينة تدل على توافر هذه الصلة الوثيقة مؤداها الاعتماد بقانون الدولة التي يتواجد بها مقر الإقامة الدائم للطرف المدين بتنفيذ الالتزام الرئيسي في العقد *le débiteur de la prestation caractéristique du contrat* . ويقصد بهذه القرينة أنه يتعين عند تحديد القانون واجب التطبيق على عقد ما ، البحث عن الالتزام الذي يميز العقد المعروض والذي يتوافر بالنسبة لهذا العقد فقط مما يميزه عن غيره من العقود الأخرى (٢٨) .

(٢٧) تنص الفقرة الأولى من المادة الرابعة لمعاهدة روما على أن :

"Dans la mesure où la loi applicable au contrat n'a pas été choisie par les parties, le contrat est régi par la loi du pays avec lequel il présente les liens les plus étroits. Toutefois, si une partie du contrat est séparable du reste du contrat et présente un lien plus étroit avec un autre pays, il pourra être fait application, à titre exceptionnel, à cette partie contrat de la loi de cet autre pays".

(٢٨) يقرر الإسناد الفرنسي LAGARDE في هذا المعنى أن :

وهنا يثور التساؤل بالنسبة لتحديد الطرف المدين بتنفيذ الالتزام الرئيسي في عقد الإيجار ، هل هو المؤجر الذي يلتزم بتسليم الشيء للمستأجر ، أم أنه هو المستأجر الذي يلتزم بسداد الأجرة إلى المؤجر ؟ اختلفت الآراء في هذا الشأن على النحو التالي :

-فالبعض يرى أن المؤجر هو الطرف المدين بتنفيذ الالتزام الرئيسي في عقد الإيجار ، وينبغي لهذا تطبيق قانون الدولة التي يتواجد بها مقر إقامة المؤجر لحكم المنازعات الناشئة عن عقد الإيجار التمويلي .

ويستند هذا الرأي إلى أن عقد الإيجار التمويلي يشتمل على جانبين كما تدل عليه التسمية المطلقة عليه : الأول هو جانب الإيجار l'aspect location حيث يقوم المؤجر بالحصول على ملكية الشيء وإيرامه لعقد إيجار بعد ذلك مع المستأجر ، والجانب الثاني هو جانب التمويل l'aspect financière وهو الجانب الأهم عند أصحاب هذا الرأي . ذلك أن المؤجر يقوم بتمويل عملية الإيجار عن طريق حصوله على ملكية الشيء بطريق الشراء لا لكي ينتفع به شخصيا وإنما كي يضعه تحت تصرف المستأجر بتأجيله له نظير دفع مبلغ الإيجار . فالجانب التمويلي هو الجانب الرئيسي - إذن - في عقد الإيجار التمويلي ، لأنه لولا قيام المؤجر بالتمويل لما أمكن للمستأجر الحصول على الملكية الاقتصادية للشيء . ويترتب على تغليب الجانب المالي لعقد الإيجار أن الطرف الذي يلتزم بتنفيذ الالتزام الرئيسي هو بالضرورة المؤجر الذي يقوم بالتمويل (٢٩) .

ويستنتى هذا الرأي من تطبيق قانون الدولة المتواجد بها مقر إقامة المؤجر الحالة التي يبرم فيها عقد الإيجار التمويلي مع مستأجر مستهلك ، ففي هذه الحالة لا يتم الإيجار بهدف استثمار الشيء المؤجر في المصالح المهنية للمستأجر وإنما للانتفاع الشخصي به . ويخضع تحديد القانون واجب التطبيق

"La prestation caractéristique est la prestation qui permet de donner à un contrat son caractère , qui permet de le distinguer des autres". V. Paul LAGARDE : Examen de l'avant-projet de convention CEE sur la loi applicable aux obligations contractuelles, Travaux du Comité français de droit international privé, 1971-1973, p. 155.

(٢٩) من أنصار هذا الاتجاه الذي يرى تطبيق قانون الدولة المتواجد بها مقر إقامة المؤجر أنظر :

Gautier BORDEAUX : Crédit-bail international, op cit, n° 36; Paul LAGARDE : observations sur l'article de M. GAVALDA in Travaux du Comité français de droit international privé, 1988-1989, p. 69.

وفي نفس الاتجاه فقد قيل بالنسبة للحالة التي يكون فيها المؤجر أحد البنوك بأن :
"La présomption posée par la convention de Rome conduit à déterminer la prestation caractéristique; s'agissant d'opérations bancaires, il semble difficile d'admettre que la partie qui doit fournir la prestation caractéristique ne soit pas la banque". V. Jen-Pierre MATTOU : Droit bancaire international, deuxième édition, Banque édition, Paris, 1996, p. 12 .

فى هذه الحالة لقاعدة التنازع الخاصة بحماية المستهلكين والوارد النص عليها فى المادة الخامسة من معاهدة روما والتي تقضى بتطبيق قانون الدولة المتواجد بها مقر إقامة المستأجر ليس بوصفه كذلك وإنما باعتباره مستهلكا .

وتجدر الإشارة إلى أن القانون السويسرى قد اعتد فى مجال عقود الإيجار بقانون الدولة التى يقيم بها المؤجر ، وذلك استنادا إلى أن المؤجر هو الطرف الملتمزم بأن يمنح للمستأجر الشئ محل العقد حتى يتمكن هذا الأخير من الحصول على المنفعة المتفق عليها (٣٠) .

- وعلى العكس من ذلك يتجه البعض الآخر إلى القول بأن الطرف المدين بتنفيذ الالتزام الرئيسى فى عقد الإيجار هو المستأجر وليس المؤجر . ويستند هذا الرأى إلى أن الجانب الأكثر أهمية فى هذا العقد هو الجانب الإيجارى وليس الجانب المتعلق بالتمويل . ذلك أن قيام المؤجر بشراء وتمويل عملية الإيجار لا يتم لحسابه وإنما لحساب المستأجر وبناء على توجيهاته . ولهذا رأينا من قبل أن المستأجر هو الذى يحدد مواصفات الشئ الذى يرغب فى الانتفاع به ويقوم المؤجر بشراء الشئ بناء على المواصفات التى يرغب فيها المستأجر . وموذى ما تقدم أنه إذا كان عقد الإيجار التمويلى يحتوى على جانبين أحدهما الشق الإيجارى والآخر الشق التمويلى إلا أن جانب الإيجار هو الغالب ويعتبر هو الشق الأساسى عند هذا الرأى ، ويعتبر بالتالى التزام المستأجر بدفع مبلغ الإيجار هو الالتزام الرئيسى ، مما يقود إلى تطبيق قانون الدولة المتواجد بها مقر إقامة المستأجر باعتباره هو المدين بتنفيذ الالتزام الرئيسى فى العقد (٣١) .

(٣٠) تنص فى ذلك المادة ١١٧ من القانون الدولى الخاص السويسرى على أن :

"1- A défaut d'élection de droit, le contrat est régi par le droit de l'Etat avec lequel il présente les liens les étroits.

2- Ces liens sont réputés exister avec l'Etat dans lequel la partie qui doit fournir la prestation caractéristique a sa résidence habituelle ou, si le contrat est conclu dans l'exercice d'une activité professionnelle ou commerciale, son établissement.

3- Par prestation caractéristique, on entend notamment :

b) la prestation de la partie qui confère l'usage, dans les contrats portant sur l'usage d'une chose ou d'un droit" .

(٣١) أنظر فى هذا المعنى :

El Moktar BEY et Ch. GAVALDA : Problématique juridique du leasing international, op cit, p. 144 .

الفرع الثاني

القانون واجب التطبيق على عقد البيع

يتعين علينا لمعرفة القانون واجب التطبيق في مجال عقد البيع أن نعرض أولاً لاتجاهات الدول المختلفة في هذا الشأن ، ثم نعرض لموقف المعاهدات الدولية بالنسبة لهذه المسألة .

أ- قواعد تنازع القوانين الوطنية :

إذا كانت قواعد تنازع القوانين تهدف إلى إسناد الرابطة القانونية إلى أنسب القوانين لحكمها عن طريق اختيار القانون الأكثر صلة بالعلاقة في غيبة قانون الإرادة ، إلا أن القوانين الوطنية قد اختلفت فيما بينها وذلك فيما يتعلق بالعنصر الأهم من عناصر الإسناد التي ينبغي أن يعتد به في تحديد القانون واجب التطبيق في مجال عقد البيع .

- في الدول الأنجلوسكسونية إذا لم يقر الأطراف بالتعبير عن إرادتهم في تحديد القانون واجب التطبيق لا توجد قاعدة موحدة تنطبق على كافة العقود ، وإنما يتم بحث كل حالة على حدة cas par cas لتحديد القوانين ذات الصلة بالعلاقة المعروضة ثم يختار القاضى القانون الأكثر صلة بها على ضوء ظروف الحالة المعروضة أمامه .

- أما في الدول الأخرى فلا يوجد هذا الأسلوب المرن في تحديد القانون واجب التطبيق والذي يترك للقاضى مهمة تحديد القانون واجب التطبيق ، وإنما توجد قاعدة تنازع صارمة une règle de rattachement rigide تلزم القاضى بتطبيق قانون محدد سلفاً . على أنه من الملاحظ أنه لا يوجد اتفاق بين الدول المنتمية لهذا الاتجاه حول القانون الواجب إسناد عقد البيع إليه في غيبة قانون الإرادة :

فبعض الدول ، كما هو الحال في القانون التركي والقانون البيرونى ، تقضى بإسناد العقد إلى قانون الدولة التي يجرى التنفيذ بها .

والبعض الآخر ، كما هو الحال في معظم دول الشرق الأوسط وفي الجزائر واليابان وكوريا الجنوبية ، يذهب إلى إخضاع العقد في هذه الحالة إلى قانون الدولة التي يبرم العقد على أراضيها .

بينما تتجه معظم دول القارة الأوروبية إلى إسناد العقد إلى قانون الدولة المتواجد بها موطن أو مقر إقامة البائع وذلك كقاعدة عامة لتنازع القوانين . إلا

أنه يمكن للقاضي في هذه الدول العدول عن هذه القاعدة العامة وإسناد العقد لقانون دولة أخرى إذا اتضح له ارتباط هذه الأخيرة مع العقد بصله أكثر وثوقاً (٣٢).

وقد أخذ القانون المصري - في غيبة قانون الإرادة - بمعيار محل إيواام العقد لتحديد القانون واجب التطبيق في مجال الالتزامات التعاقدية إلا إذا اتحد موطن كل من البائع والمشتري فيعتمد في هذه الحالة بقانون دولة الموطن المشترك للطرفين وتتص في هذا المادة ١/١٩ من القانون المدني المصري على أن : "يسرى على الالتزامات التعاقدية قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين إذا اتحدا موطناً ، فإن اختلفا موطناً سرى قانون الدولة التي يتم فيها العقد . هذا ما لم يتفق المتعاقدان أو يتبين من الظروف أن قانوناً آخر هو الذي يراد تطبيقه" .

يتضح من هذا النص أن المشرع المصري قد وضع الأفضلية لمبدأ سلطان الإرادة ، فحيثما يتبين للقاضي أن إرادة الأطراف قد اتجهت صراحة أو ضمناً إلى اختيار قانون دولة ما لحكم العقد وجب عليه التقيد بإرادة الأطراف في هذا الشأن . وفي غيبة قانون الإرادة وضع المشرع معيارين احتياطيين يطبقان على سبيل التعاقب : معيار الموطن المشترك للمتعاقدين ، ومعيار محل إبرام العقد . ولا يحتل هذان المعياران مكانه متساوية في التطبيق ، ذلك أن العبرة بمعيار الموطن المشترك فإن لم يتوافر ذلك يتم الاحتكام لقانون دولة محل إبرام العقد . ومعنى هذا أنه إذا توافر كل من هذين المعيارين الاحتياطيين في ذات الوقت بأن اتحد المتعاقدان في محل الإقامة أو الموطن وتم إبرام العقد في دولة أخرى غير الدولة المتواجد بها الموطن المشترك لهما فإن القانون واجب التطبيق سيكون هو قانون دولة الموطن المشترك .

ويثير معيار الموطن المشترك للمتعاقدين تساؤلاً حول الحالة التي يتعدد فيها محل إقامة أحد المتعاقدين ، بحيث يوجد أحد محال الإقامة الخاص بالبائع مثلاً في ذات الدولة المتواجد بها محل إقامة المشتري . هل يمكن هنا القول بتوافر معيار الموطن المشترك للمتعاقدين ؟

نعتقد أنه يتعين للاعتداد بمحل الإقامة في هذا الفرض أن يكون هو مقر الإقامة الرئيسي للمتعاقد ، أما إذا كان مقراً ثانوياً فلا أهمية له ولا يعتد به بالتالي

(٣١) أنظر في تفصيل ذلك :

في تحديد القانون واجب التطبيق ، ولهذا يتخلف معيار الموطن المشترك للمتعاقدين ويتعين إسناد العقد إلى قانون الدولة التي تم إبرام العقد بها .
وتجدر الإشارة إلى أن هذا الحل هو الذي أخذت به معاهدة روما المبرمة بين دولة المجموعة الأوروبية سنة ١٩٨٠ (٣٣) ، حيث جعلت هذه المعاهدة من معيار قانون الدولة المتواجد بها محل إقامة البائع هو الأساس في تحديد القانون واجب التطبيق . إلا أنه في الحالة التي تتعدد فيها محال إقامته فإن العبرة بمحل الإقامة الرئيسي .

ب- القانون واجب التطبيق على عقد البيع في المعاهدات الدولية :

توجد معاهتان أساسيتان قد عالجتا موضوع القانون واجب التطبيق في مجال عقد البيع الدولي : الأولى هي معاهدة لاهاي المبرمة بتاريخ ١٥ يونيو ١٩٥٥ والمتعلقة بالقانون واجب التطبيق على البيوع الدولية للمقولات المادية (٣٤) . والمعاهدة الثانية هي معاهدة لاهاي المبرمة بتاريخ ٢٢ ديسمبر ١٩٨٦ فيما يتعلق بالقانون واجب التطبيق على عقود البيع الدولي للبضائع ، وهي المعاهدة التي وضعت كى تحل محل معاهدة لاهاي لسنة ١٩٥٥ (٣٥) .
وقد نصت معاهدات لاهاي السابقة على الطابع العالمي *le caractère universel* لتطبيقها حيث يكفي لتطبيق المعاهدة أن تكون المحكمة المختصة بالفصل في النزاع تابعه لأحدى الدول الأطراف في المعاهدة ، وبالتالي فإن جنسية أطراف النزاع أو موطنهم كذلك الحال بالنسبة لمحل إبرام العقد ومحل تنفيذه ، كل هذه العناصر ليس لها أية أهمية في تطبيق أحكام المعاهدة .
وقد نصت معاهدة لاهاي لسنة ١٩٥٥ على أنها لا تنطبق إلا على عقود

(٣٣) تجدر الإشارة في هذا الشأن إلى أن بعض القوانين ، كما هو الحال بالنسبة للقانون النمساوي الصادر بتاريخ ١٥ يونيو سنة ١٩٧٨ ، تأخذ بحل مختلف في حالة تعدد محال إقامة البائع . ذلك أن المادة ٣٦ من هذا القانون قررت أنه في الحالة التي يتعدد فيها محل إقامة البائع ويتوزع هذا بين عدة دول فإن العبرة بقانون الدولة المتواجد بها محل الإقامة للبائع والذي تم إبرام العقد بها كذلك ، أي أنه يوجد هنا معيار مزدوج يأخذ في الاعتبار محل إبرام العقد ومحل إقامة البائع في ذات الوقت . انظر في تفصيل ذلك :

Vincent HEUZÉ: La vente internationale de marchandises, OP CIT, P. 15.

(٣٤) تم التصديق على هذه المعاهدة بواسطة تسع دول فقط هي : بلجيكا ، الدنمارك ، النرويج ، السويد ، سويسرا ، فرنسا ، إيطاليا ، فنلندا ، النيجر .

(٣٥) لم يتم التصديق على هذه المعاهدة حتى الآن سوى من دولتين فقط هما : مولدوفيا والأرجنتين ، ولم تدخل بعد التالى حيز التنفيذ لأن تلك المعاهدة اشترطت لترتب هذا الأثر تصديق خمس دول على الأقل عليها .

البيع المتعلقة بالمنقولات المادية وبالتالي تستبعد العقارات من مجال تطبيقها كما تستبعد المنقولات المعنوية ، كما لا تنطبق المعاهدة إلا على البيع الذى يتسم بالطابع الدولى . وبالنسبة لهذا الطابع الدولى قررت الفقرة الرابعة من المادة الأولى أن الطابع الدولى لعقد البيع "لا يمكن أن يستفاد من مجرد وجود شرط فى العقد يتعلق باختيار الأطراف لقانون ما للانطباق عليه أو يتعلق باختيار دولة معينة لنظر النزاع المتعلق بهذا العقد" . ويستفاد من هذا النص أن الطابع الدولى لعقد البيع لا يمكن أن يعتمد على إرادة الأطراف وإنما يتوقف على تطبيق معايير وعناصر موضوعية éléments objectifs لم تقم المعاهدة نفسها بتحديدتها وتركت ذلك لكل دولة طرف على حدة (٣٦) .

وفيما يتعلق بالقانون واجب التطبيق على عقد البيع قررت المعاهدة الأخذ أولاً بمبدأ سلطان الإرادة ، فنصت على إخضاع العقد للقانون المختار من جانب أطراف عقد البيع . والإرادة التى يعتد بها هى الإرادة المعبر عنها بصورة صريحة ، أو التى يمكن أن تستفاد بطريقة أكيدة حتمية indubitablement من نصوص العقد . وقد حرصت المعاهدة على النص على ذلك حتى يتم استبعاد الإرادة المفترضة التى لا تعتبر إرادة حقيقية للأطراف .

أما إذا لم يستعمل الأطراف الحق الممنوح لها فى تحديد القانون واجب التطبيق على عقد البيع ، فقد نصت معاهدات لاهائى على إسناد العقد فى هذه الحالة إلى قانون الدولة المتواجد بها مقر إقامة البائع وقت تلقيه للطلب المتعلق بالشراء . ويستفاد من هذا أن معاهدة لاهائى قد اعتمدت بقانون مقر إقامة البائع فى وقت معين وهو وقت استقبال أو تلقي الطلب la réception de la commande وليس وقت إبرام عقد البيع . والهدف من الاعتراف بمكان تلقي

(٣٦) على عكس معاهدة لاهائى لسنة ١٩٥٥ التى لم تقم بتحديد متى يعتبر العقد دولياً ، فإن معاهدة لاهائى المبرمة سنة ١٩٨٦ قد أوضحت ذلك بنصها فى المادة الأولى على أن :

"La présente convention détermine la loi applicable aux contrats de vente de marchandises :

- a) lorsque les parties ont leur établissement dans des Etats différents;
- b) dans tous les autres cas où la situation donne lieu à un conflit entre les lois de différents Etats, à moins qu'un tel conflit ne résulte du seul choix par les parties de la loi applicable, même associé à la désignation d'un juge ou d'un arbitre".

الطلب هو التغلب على الصعوبات المتعلقة بتحديد مكان إبرام العقد عندما يتم التعاقد بطريق التليفون أو الفاكس أو البرقيات اللاسلكية أو الإلكترونية .

وفي الحالة التي تتعدد فيها محال إقامة البائع وتوزع بين العديد من الدول فإن العبرة ، وفقا لمعاهدة لاهاي لسنة ١٩٥٥ ، هي بمحل الإقامة الذي يتلقى فيه البائع الطلب المتعلق بعقد البيع (٣٧) .

وإذا كانت القاعدة هي تطبيق قانون مقر إقامة البائع حال تخلف قانون الإرادة ، إلا أن المعاهدة قررت أن قانون مقر إقامة المشتري هو الواجب التطبيق في الحالة التي يتم فيها تلقي طلب البيع في دولة المشتري سواء من جانب البائع ذاته أو ممن يمثله في هذا .

وتجدر الإشارة إلى أن معاهدات لاهاي سألغة الذكر قد نصت على أن القانون واجب التطبيق على عقد البيع ، سواء تم اختياره من جانب الأطراف أو طبق قانون دولة مقر إقامة البائع حال تخلف قانون الإرادة ، هو القانون الداخلي للدولة صاحبة الشأن . والمراد من هذا هو استبعاد تطبيق قواعد تنازع القوانين في مجال القانون واجب التطبيق على عقد البيع الدولي ، ومن هنا فقد رفضت المعاهدة الأخذ بفكرة الإحالة le renvoi في هذا المجال فلا تطبق إلا القواعد الموضوعية الداخلية في القانون المحدد من جانب الأطراف أو القاضى دون قواعده المتعلقة بتنازع القوانين والتي قد تعقد الاختصاص بحكم النزاع - حال

(٣٧) على العكس من ذلك فإن معاهدة لاهاي المبرمة سنة ١٩٨٦ لم تعدد بمعيار مكان تلقي الطلب في الحالة التي تتعدد فيها محال إقامة البائع وإنما نصت مادتها ١/١٤ في هذا الشأن على أن :

"Si une partie a plus d'un établissement, l'établissement à prendre en considération est celui qui a la relation la plus étroite avec le contrat et son exécution eu égard aux circonstances connues des parties ou envisagées par elles à un moment quelconque avant la conclusion du contrat".

ومن الملاحظ أن المعيار الذي اعتمدت به معاهدة لاهاي لسنة ١٩٥٥ بفضل ذلك الذي أخذت به معاهدة لاهاي لسنة ١٩٨٦ ، حيث اعتمدت المعاهدة الأولى بمعيار محدد على وجه الدقة وهو محل الإقامة الذي تم تلقي الطلب المتعلق بالبيع فيه . أما معاهدة لاهاي لسنة ١٩٨٦ فقد قررت أنه يعتد في هذه الحالة بمحل الإقامة الذي يرتبط مع العقد بعلاقة وثيقة وفقا للظروف المحيطة بإبرام العقد . ومما لا شك فيه أن عدم التحديد على هذا النحو يؤدي إلى عدم وضع حلول موحدة بحيث يتوقف الأمر على ظروف كل حالة على حدة ووفقا لاتجاهات القاضى الذي يتولى الفصل في النزاع ، مما لا يساهم في تحقيق الاستقرار والطمأنينة القانونية بالنسبة للأطراف .

قبول تطبيقها - لقانون دولة أخرى .

المبحث الثانى

القانون واجب التطبيق على

المسائل المتطعة بالحقوق العينية

"انتقال الملكية وشرط الاحتفاظ بها"

نتعرض فى هذا الشأن على التوالى لتحديد القانون واجب التطبيق فى مجال انتقال الملكية (المطلب الأول) ، ثم نتعرض لتحديد القانون واجب التطبيق فى الحالة التى يتفق فيها كل من البائع والمشتري على شرط الاحتفاظ بالملكية لحين سداد المشتري لكامل الثمن (المطلب الثانى) .

المطلب الأول

القانون واجب التطبيق فى مجال انتقال الملكية

من المتعارف عليه أن قوانين الدول تختلف فيما بينها فيما يتعلق بالأثر الذى يترتب على عقد البيع فى نقل الملكية *le transfert de propriété* : فالبعض منها يرتب هذا الأثر بمجرد إبرام العقد فى حين أن البعض الآخر لا يرتب على عقد البيع أثره فى نقل الملكية إلا إذا تم تسليم الشئ المبيع . لذا ، يصبح من الأمور الهامة أن نحدد قواعد تنازع القوانين فى مجال انتقال الملكية . وهناك قانونان أساسيان يتنازعان حكم مسألة انتقال الملكية : الأول هو قانون العقد المتفق عليه بين الأطراف ، والثانى هو القانون واجب التطبيق فى مجال الحقوق العينية وهو قانون موقع المال .

١ - إخضاع انتقال الملكية لقانون موقع المال :

يرى اتجاه فى الفقه إلى أن الصراع بين قانون العقد وقانون موقع المال ينبغى أن يحسم لصالح هذا القانون الأخير .

ذلك أنه إذا كان للأطراف مصلحة فى تطبيق قانون العقد المختار من جانبهم ، إلا أن تطبيق هذا القانون يتعارض مع مصلحة الغير الذى قد يكون قد أجرى تصرفات سليمة من الناحية القانونية مع المشتري . ومن المفترض أن هذا الأخير لا علم له بالقانون المتفق عليه بين البائع الأول والمشتري فى الوقت الذى يكون فيه المال محل العقد قد انتقل إلى دولة أخرى . من ثم ، فمن أجل

حماية مصلحة الغير ينبغي الاعتماد بقانون موقع المال *la lex rei sitae* وليس بقانون العقد *la lex contractus* . ويعتبر إسناد الحقوق العينية لقانون موقع المال هو القاعدة الطبيعية ، لأن الدولة المتواجد بها المال هي أكثر الدول اتصالاً بالعلاقة التي يكون هذا المال محللاً لها (٣٨) . لذا ، تتفق الغالبية العظمى من القوانين على إخضاع الحقوق العينية لقانون موقع المال ، سواء أكان هذا المال عقاراً أم منقولاً (٣٩) .

ومع ذلك فإنه من الملاحظ وجود بعض القوانين التي تتجه إلى السماح لمبدأ سلطان الإرادة بأن يكون له دور في مجال الحقوق العينية . من ذلك ما كانت تقرره المادة ١٢٦ من قانون الاتحاد السوفيتي السابق من أن كسب وفقد الملكية المتعلقة بشئ ما يسرى عليه ، في مجال العقود المتعلقة بالتجارة الخارجية ، قانون دولة إبرام العقد ما لم يتفق الأطراف على تطبيق قانون آخر . ويأخذ بهذا الاتجاه أيضاً المادة ١٠٤ من القانون الدولي الخاص السويسري الحالي الصادر سنة ١٩٨٧ . على أنه من الملاحظ أن هذا القانون الأخير لا يرتب على اختيار الأطراف للقانون واجب التطبيق في مجال الحقوق العينية أي أثر في مواجهة الغير (٤٠) .

(٣٨) لهذا يقرر البعض في هذا المجال أن :

"L'application de la règle du *lex rei sitae* correspond au principe savigien du rattachement au siège des rapports de droit ou au principe de proximité. Ce résultat est renforcé par une analyse de l'attente des parties et des intérêts aussi bien des parties que des tiers" . V. Karl KREUZER : La propriété mobilière en droit international privé, RCADI, tome 259 , 1996 p. 55 .

(٣٩) ومع ذلك تجدر الإشارة هنا إلى ما كان يقرره مشروع القانون الألماني سنة ١٩٩٣ من إمكانية العدول عن قانون موقع المال في مجال الحقوق العينية في الحالة التي يتضح فيها للقاضي وجود قانون آخر ذو صلة أوثق بالنزاع . وفي هذا تقرر المادة ٤٣ من هذا المشروع أن :

"1- Les droits portant sur une chose sont soumis à la loi de l'Etat dans lequel la chose se trouve .

4- S'il existe avec la loi d'un Etat un lien substantiellement plus étroit qu'avec la loi applicable selon ces dispositions, cette loi doit alors être appliquée" .

(٤٠) تنص المادة ١٠٤ من القانون الدولي الخاص السويسري على أن :

"1- Les parties peuvent soumettre l'acquisition et la perte de droits réels mobiliers au droit de l'Etat d'expédition ou de destination ou au droit qui régit l'acte juridique de base .

ووفقا للاتجاه القائل بإخضاع مسألة انتقال الملكية لقانون موقع المال ، لا يقتصر تطبيق هذا القانون على مسألة الاحتجاج بالملكية فى مواجهة الغير وإنما يطبق أيضا بالنسبة لترتب هذا الأثر فيما بين الأطراف inter partes . ولهذا إذا اتفق الأطراف فى عقد البيع على تطبيق قانون دولة ما فإن هذا القانون يطبق على كل ما يتعلق بعقد البيع فيما عدا مسألة انتقال الملكية التى يطبق عليها قانون موقع المال نظرا لأن الأمر يتعلق بحق عينى .

ويرى هذا الاتجاه أن فض النزاع بين قانون العقد وقانون موقع المال هو عبارة عن مشكلة تكييف une qualification ، والتكييف الصحيح لمسألة انتقال الملكية يدخلها فى طائفة الحقوق العينية ، وبالتالي يطبق عليها القانون واجب التطبيق فى هذا المجال وهو قانون موقع المال . ومن هنا لا تفرقة - وفقا لهذا الاتجاه - بين مسألة انتقال الملكية فيما بين الأطراف وبين مسألة الاحتجاج بها بالنسبة للغير ، فيطبق فى كلتا الحالتين قانون موقع المال (٤١) .

كما يذكر أنصار هذا الاتجاه حجة أخرى مؤداها أن تطبيق قانون العقد فى مجال انتقال الملكية أمر تكتنفه الصعوبات فى الحالة التى لا يعبر فيها الأطراف صراحة عن إرادتهم فى تحديد القانون واجب التطبيق . ففى هذه الحالة تذهب غالبية التشريعات إلى السماح للقاضى بالبحث عن الإرادة الضمنية من واقع نصوص العقد ومن ظروف التعاقد . ويرى هذا الاتجاه أن مثل هذه الإرادة المزعومة قد لا تكون إرادة حقيقية فى معظم الحالات ، لهذا فإنه من

2- L'élection de droit n'est pas opposable aux tiers".

وتجدر الإشارة فى هذا المجال إلى أنه على الرغم من تزايد الآراء الفقهية التى تتأدى بالسماح للأطراف باختيار القانون واجب التطبيق فى مجال الحقوق العينية ، إلا أن أحد لا ينادى بإطلاق أعمال قانون الإرادة . فيقرر البعض أنه ينبغى تقييد إرادة الأطراف فى هذا المجال بالنسبة للقوانين التى يسمحن لهم باختيارها ، بحيث يقتصر ذلك على قانون عقد البيع وقانون كل الدولة المصدرة والدولة المستوردة للشئ محل عقد البيع . البعض يقصر الاختيار على هذين القانونين الأخيرين فقط . ويتجه البعض الآخر إلى أن تحديد الأطراف للقانون واجب التطبيق فى مجال الحقوق العينية يجب أن يقتصر أثره على العلاقة فيما بين الأطراف ولا ينبغى بالتالى الاحتجاج به فى مواجهة الغير ، ذلك أن :

"La protection des intérêts des tiers doit être prise en compte, en ce que le statut réel choisi ne doit pas aller à l'encontre de règles d'ordre public de l'Etat du lieu de situation"

أنظر فى تفصيل ذلك :

Karl KREUZER : La propriété mobilière en droit international privé, op cit, p. 118 et ss.

(٤١) أنظر فى تفصيل هذا الاتجاه :

H.DESBOIS : Des conflits de lois en matière de transfert de propriété, Clunet, 1931 , p. 281 et ss .

الأسلم أن يطبق على مسألة انتقال الملكية قانون محدد على وجه الدقة وهو قانون موقع المال .

وتجدر الإشارة إلى أن مجمع القانون الدولي قد أخذ بهذا الاتجاه في قرار مدريد الصادر عنه سنة ١٩١١ وهو القرار المتعلق بتنازع القوانين في مجال الحقوق العينية بوجه عام ، حيث اعتنق مبدأ إخضاع مسألة انتقال الملكية لقانون موقع المال سواء فيما بين الأطراف أو بالنسبة للغير (٤٢) .

ويذهب ذات الاتجاه إلى تقرير أن القانون واجب التطبيق في مجال الحقوق العينية وهو قانون موقع المال لا يحكم - فقط - مسألة انتقال الملكية وإنما يحكم كذلك مسألة انتقال المخاطر من البائع إلى المشتري . فطالما أن انتقال الملكية أمر يخضع لقانون موقع المال ، فمن الطبيعي أن يخضع لذات القانون مسألة انتقال المخاطر التي ترتبط ارتباطاً وثيقاً بنقل الملكية . ذلك أنه طالما أن الملكية قد انتقلت في وقت معين من البائع إلى المشتري فمن الطبيعي أن يتحمل هذا الأخير المخاطر الناتجة من استعمال الشيء واستغلاله من وقت انتقال ملكيته إليه .

على أنه تجدر الإشارة في هذا المجال إلى معاهدة فارسوفيا المبرمة سنة ١٩٢٨ والتي فرقت بين مسألة انتقال الملكية وبين مسألة انتقال المخاطر ، وبالتالي قبول اختلاف القانون واجب التطبيق على المسألتين (٤٣) .
وخلاصة الاتجاه الحالي - إذن - أن مجال القانون الذي يتفق الأطراف

(٤٢) تنص المادة الثانية من قرار مجمع القانون الدولي في هذا الصدد على أن :
"Les conditions de forme des actes juridiques ayant pour but ou pour conséquence la constitution d'un droit réel doivent être déterminées conformément aux règles générales sur la forme des actes.

Un droit réel ne peut s'établir et subsister de façon à être opposable aux tiers qu'en remplissant les conditions de forme exigées par la lex rei sitae pour la sauvegarde des intérêts généraux et de l'ordre public.

Cette loi doit déterminer, même dans les rapports entre les parties, les conditions auxquelles on peut considérer une personne comme saisie d'un certain droit réel, en fixant, notamment comment et quand a lieu la transmission de la propriété".

انظر هذا القرار منشور في :

Tableau général des résolutions de l'I.D.I (1873-1956), éditions juridiques et sociologiques S.A., Bâle, 1957, p. 341 et s.

(٤٣) تنص المادة السادسة من هذه المعاهدة على أن :
"Les risques seront transférés à l'acheteur depuis l'instant où les marchandises vendues ont été chargées à bord du navire, rien dans cette règle ne touche à la question de savoir à quel moment la propriété de la marchandise est transférée du vendeur à l'acheteur".

على إخضاع العقد له هو فقط أن نقل الملكية يتم في صورة عقد معين ، وعند هذا الحد يتوقف دور قانون العقد ، ويخضع الأمر بعد ذلك لقانون موقع المال لتحديد شروط الصحة المتعلقة بانتقال الملكية وذلك بغية توحيد القواعد التي تطبق على نقل الملكية . ومن هنا يقرر هذا الاتجاه أنه بمجرد إبرام العقد فإن هذا الأخير يندمج في نطاق النظام القانوني للحقوق العينية (٤٤) .

٢- التفرقة بين انتقال الملكية فيما بين الأطراف والاحتجاج بها في مواجهة الغير :

تبنى الأخذ بهذا الاتجاه اتفاقية لاهاي المبرمة بتاريخ ١٥ إبريل سنة ١٩٥٨ والمتعلقة بالقانون واجب التطبيق في مجال انتقال الملكية بالنسبة لعقود البيع الدولي للمنقولات (٤٥) .

- ففما يتعلق بانتقال الملكية بين الأطراف قررت المعاهدة تطبيق القانون الذي يحكم عقد البيع وهو أساسا القانون المختار من قبل الأطراف . ولهذا قررت المادة الثانية (٤٦) أن قانون عقد البيع هو الذي يحدد إلى أي وقت يحق للبايع الانتفاع بثمار وغلوات الشيء المبوع . كما أن قانون العقد هو الذي يتم الرجوع إليه لتحديد الوقت الذي تنتقل فيه المسؤولية عن المخاطر من البائع إلى المشتري . كما يتم الرجوع لذات القانون لتحديد متى يحق للبايع أن يطالب بالتعويض المتعلق بالشيء المبوع (٤٧) .

- وفيما يتعلق بالاحتجاج بالملكية في مواجهة الغير قررت معاهدة سنة

(٤٤) يقرر هذا الاتجاه أن :

"Dès lors que le contrat constitue un procédé de transfert, il s'incorpore, sur le plan du droit international, au statut réel il appartient donc à la lex rei sitae d'en dicter les conditions de validité, tout comme les conditions d'efficacité de la tradition, à supposer qu'elle exige cette dernière". V.H. DESBOIS : Des conflits de lois en matière de transfert de propriété, op cit, p. 299 .

(٤٥) الجدير بالذكر أن تلك الاتفاقية لم تدخل حيز التنفيذ بعد ولا يتوقع لها أن ترى النور بعد هذه المدة الطويلة ، حيث لم تصدق عليها سوى دولة واحدة فقط وهي إيطاليا .

(٤٦) تنص المادة الثانية من معاهدة لاهاي لسنة ١٩٥٨ على أن :

"La loi applicable au contrat de vente détermine entre les parties :

- 1- le moment jusqu'auquel le vendeur a droit aux produits et fruits des objets vendus ;
- 2- le moment jusqu'auquel le vendeur supporte les risques relatifs aux objets vendus ;
- 3- le moment jusqu'auquel le vendeur a droit aux dommages-intérêts relatifs aux objets vendus".

(٤٧) أنظر عرض هذه المعاهدة في :

Vincent HEUZÉ : La vente internationale de marchandises - droitj uniforme, op citj p. 53 et ss.

١٩٥٨ في مادتها الثالثة (٤٨) أن الاحتجاج بالملكية التي تنتقل إلى المشتري بمقتضى عقد البيع في مواجهة أى شخص عدا البائع يخضع لقانون الدولة التي يتواجد بها الشيء محل العقد وذلك في الوقت الذي تحدث فيه مطالبة متعلقة بهذا الشيء . وقد أوردت المادة الثالثة استثناءً على تطبيق القاعدة السابقة جاء النص عليه في الفقرة الثانية مؤاده أنه في الحالة التي يعترف فيها للمشتري بالملكية بواسطة تطبيق قانون الدولة المتواجد بها الشيء ، فإن الملكية تثبت للمشتري بهذا ولا يمكن أن يؤثر عليها انتقال الشيء بعد ذلك إلى دولة أخرى يختلف قانونها عن قانون الدولة الذي اعترف للمشتري بالملكية .

ويستخلص من تطبيق القواعد السابقة أن المعاهدة قد وضعت القاعدة التي تقرر أن الاحتجاج بالملكية في مواجهة الغير يخضع لقانون موقع المال وليس لقانون العقد . فتطبيق هذا القانون الأخير يقتصر إذن على الاعتراف بانتقال الملكية فيما بين الأطراف حيث يكون من الطبيعي أن يخضع الأمر لقانون العقد المحدد من قبل الأطراف وفقاً لمبدأ سلطان الإرادة . ولكن لما كان الأخذ بهذه الإرادة أمراً يتعارض مع مصالح الغير غير الممثلين في العقد والمفترض فيهم عدم معرفتهم بأحكامه ، كان من غير المنطقي أن يخضع الاحتجاج بالملكية في مواجهة الغير لقانون العقد. ومن ثم فإن الأخذ في هذه الحالة بقانون موقع الشيء هو الأقرب لتحقيق العدالة (٤٩) .

(٤٨) تنص في ذلك المادة الثالثة من معاهدة لاهاي على أن :

"Le transfert à l'acheteur de la propriété sur les objets vendus à l'égard de toutes personnes autres que les parties au contrat de vente est régi par la loi interne du pays où sont situés ces objets au moment où se produit une réclamation les concernant.

Demeure toutefois acquise à l'acheteur la propriété qui lui a été reconnue par la loi interne de l'un des pays où les objets vendus ont été antérieurement situés. En outre, s'il s'agit d'une vente sur documents et que ces documents représentent les objets vendus, demeure acquise à l'acheteur la propriété qui lui a été reconnue par la loi interne du pays où il a reçu les documents".

(٤٩) تطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض الفرنسية ، في حكمها الصادر بتاريخ ٨ يوليو ١٩٦٩ بأن :

"La loi française est seule applicable aux droits réels dont sont l'objet les biens mobiliers situés en France". V. Bertrand Ancel et Yves Lequette : Grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé, op cit, p. 394 .

وفيما يتعلق بالمنازعات التي قد توجد بين المشتري وشخص آخر يدعى أنه مالك الشيء محل عقد البيع أو يدعى أي حق عيني عليه ، فإن القانون واجب التطبيق ، وفقا لنص المادة الخامسة من معاهدة لاهاي لسنة ١٩٥٨ (٥٠) ، هو قانون الدولة المتواجد بها الشيء المتنازع عليه وذلك في الوقت الذي تحدث فيه المطالبة بالشيء من الغير . ومن هنا يتضح أن نصن المادة الخامسة قد أخذ بنفس الحل الذي قرره المادة الثانية وهي المادة المتعلقة بالحالة التي تحدث فيها المطالبة بالشيء من الغير في حالة تعاقب انتقال الشيء من دولة إلى أخرى . فقد رأينا أن الحل هو تطبيق قانون موقع الشيء وأن الملكية تثبت للمشتري طالما أن قانون دولة الموقع قد أقر له بالملكية ولو انتقل الشيء بعد ذلك إلى دولة أخرى . على أنه إذا كان نص المادة الخامسة يتفق مع نص المادة الثانية في أنه يورد استثناءاً لصالح المشتري على تطبيق قانون موقع المال ، إلا أن الاستثناء المقرر هنا وفقا لنص الفقرة الثانية من المادة الخامسة لا يعتد بقوانين الدول المتعاقبة التي ينقل إليها الشيء كما فعل نص المادة الثانية الذي اعتد بكون قانون الموقع الأول قد اعترف بالملكية للمشتري وإنما يعتد (نص المادة الخامسة) بقانون الدولة التي توضع فيها الأشياء محل عقد البيع تحت يد المشتري *la prise de la possession* أي في حوزته .

تطبيقا لهذا إذا كان الشيء المبيع قد وضع تحت يد المشتري في دولة ما ولتكن مصر فرضا ثم نقل الشيء بعد ذلك إلى دولة المغرب مثلا حيث حدثت المطالبة بملكية الشيء من جانب شخص من الغير ، فإن بإمكان المشتري التمسك بتطبيق إما القانون المصري باعتباره قانون الدولة التي وضع الشيء المبيع تحت حوزته فيها وذلك تطبيقا لنص المادة الخامسة ، وإما تطبيق القانون المغربي

على أنه من الملاحظ أن تطبيق قانون موقع المال في فرنسا يقتصر فقط على مسألة الاحتجاج به في مواجهة الغير . أما فيما يتعلق بتكوينه واكتسابه فإنه يخضع لقانون الرابطة القانونية الذي نشأ الحق العيني في ظلها .

(٥٠) تنص المادة الخامسة على أن :

"Les droits qu'un acheteur peut opposer au tiers qui réclame la propriété ou un autre droit réel sur les objets vendus sont régis par la loi interne du pays où sont situés ces objets au moment de cette réclamation. Demeurent toutefois acquis à cet acheteur les droits qui lui ont été reconnus par la loi interne du pays où sont situés ces objets au moment où il a été mis en possession".

باعتباره قانون دولة الموقع الحالي للشيء وذلك تطبيقاً لنص المادة الثانية . أما إذا كانت المطالبة بملكية الشيء من الغير قد حدثت في المثال السابق في مصر وهي الدولة التي وضع الشيء فيها تحت حوزة المشتري ، فليس بإمكان المشتري هنا سوى المطالبة بتطبيق القانون المصري .

وخلاصة ما سبق أن مسألة انتقال الملكية في الحالة التي يتم فيها نقل الملكية بواسطة عقد يوجد بالنسبة لها قانونين يتنازعان تحديد القانون واجب التطبيق بشأنها : وهما قانون موقع المال وقانون العقد . ونحن نعتقد أن الحل القائل بتطبيق كل من قانون العقد وقانون موقع المال تطبيقاً موزعاً *une application distributive* وهو ما أخذ به القانون الفرنسي ، بحيث يطبق قانون العقد على مسألة انتقال الملكية بين الأطراف في حين يطبق قانون موقع المال بالنسبة للاحتجاج بالملكية في مواجهة الغير لا يعتبر بمثابة الحل الملائم . ذلك أن إخضاع انتقال الملكية فيما بين الأطراف لقانون العقد يعني أن نقل الملكية يرتب أثره بالنسبة للأطراف فقط وليس في مواجهة الغير ولا يمكن أن يعد هذا أثراً عينياً لنقل الملكية . وبمعنى آخر فإن تطبيق قانون العقد يجرّد حق الملكية من الشيء اللصيق به وهو كونه حق عينى يرتب أثره في مواجهة الكافة (٥١) .

لذا فإن الأكثر قبولاً هو الحل الذي أخذ به القانون الألماني في هذا المجال ، حيث يفرق بين مسألة التصرف المنشئ للإلتزام بنقل الملكية وبين مسألة انتقال الملكية ذاتها . فنقل الملكية إذا تم في صورة عقد يؤدي إلى إخضاع التصرف المنشئ للإلتزام *l'acte créateur de l'obligation de transférer le droit réel* بنقل الملكية إلى قانون العقد المتفق عليه بين الأطراف . أما مسألة نقل الملكية ذاتها *le transfert du droit réel lui-même* فإنها تخضع لقانون موقع المال بغض النظر عما إذا كان الأمر يتعلق بترتب هذا الأثر فيما بين الأطراف أو في مواجهة الغير (٥٢) .

ولما كان الأصل هو خضوع الشيء لقانون موقعه فإن مقتضى ذلك أن

(٥١) أنظر في هذا المعنى :

Karl KREUZER : La propriété mobilière en droit international privé, op cit, p. 104 et s.

(٥٢) أنظر في هذا المعنى :

Karl KREUZER : La propriété mobilière en droit international privé, op cit, p. 88 et ss.

الحقوق العينية التي ترد على الشئ وفقا لقانون دولة ما تظل صحيحة ومنتجة لآثارها فى الحالة التى ينقل فيها الشئ إلى دولة أخرى . والقول بغير ذلك يودى إلى إهدار الحقوق التى اكتسبت بطريقة صحيحة وفقا لأحكام قانون الدولة الأولى.

غير أن تطبيق هذه القاعدة يتعارض مع مصلحة الغير المتواجد فى الدولة الجديدة التى نقل إليها الشئ ، إذ إنه لا يعلم شيئا عن الحقوق التى اكتسبت وفقا لقانون دولة أخرى . لهذا فإن الحقوق التى اكتسبت وفقا لأحكام القانون القديم لا يحتج بها فى الدولة الجديدة فى مواجهة الغير إلا بعد استيفاء الشروط المنصوص عليها فى قانون هذه الدولة الأخيرة (٥٣) .

المطلب الثانى

تنازع القوانين فى مجال شرط الاحتفاظ بالملكية

لا توجد مشكلة فى الحالة التى يتم فيها إبرام عقد البيع الذى تشتمل عليه عملية الإيجار التمويلى دون أن يرد فى هذا العقد النص على شرط يسمح للبائع بأن يحتفظ لنفسه بملكية الشئ إلى حين اكتمال سداد الثمن من قبل المشتري . فإذا لم يرد النص على مثل هذا الشرط يتم تطبيق القواعد السابق ذكرها فيما يتعلق بانتقال الملكية والاحتجاج بها فى مواجهة الغير .

غير أن النص فى عقد البيع على شرط الاحتفاظ بالملكية يثير التساؤل عن مدى مشروعية النص عليه من ناحية خاصة فى مجال عملية الإيجار التمويلى (الفرع الأول) ، وعن القانون واجب التطبيق عليه من ناحية أخرى (الفرع الثانى) .

الفرع الأول

مدى جواز النص على شرط الاحتفاظ بالملكية

١- مشروعية شرط الاحتفاظ بالملكية :

يعرف شرط الاحتفاظ بالملكية بأنه الشرط الذى يتم إدراجه فى عقد البيع

(٥٢) وهذا ما تقرره صراحة بعض القوانين الحديثة . من ذلك القانون الدولى الخاص الفنزويلى الصادر بتاريخ ٦ أغسطس سنة ١٩٩٨ والذى تنص المادة ٢٨ منه على أن :

"Le déplacement des biens mobiliers n'affecte pas les droits qui ont été valablement constitués sous l'empire du droit antérieur .
Toutefois, ces droits ne sont opposables aux tiers qu'après qu'il a été satisfait aux conditions établies à cet égard par le droit de la nouvelle situation" .

والذى بواسطته يتم تأخير نقل ملكية الشئ المبيع من البائع إلى المشتري حين قيام هذا الأخير بسداد الثمن المتفق عليه (٥٤).

ولاشك أن النص على شرط الاحتفاظ بالملكية فى عقد البيع يعتبر أمراً مشروعاً فى حد ذاته . ذلك أن للمتعاقدين الاتفاق على ما يرونه ملائماً للحفاظ على مصالحهم بمقتضى مبدأ سلطان الإرادة المعترف لهم به . وإذا كان شرط الاحتفاظ بالملكية يعتبر أمراً مشروعاً فى عقود القانون الداخلى إلا أن أهميته تظهر أكثر فى مجال العقود الدولية . فعندما يتم إبرام عقد بيع بين البائع المتواجد فى دولة ما وبين المشتري المتواجد فى دولة أخرى سيتم فى أغلب الأحوال انتقال الشئ المبيع إلى خارج الدولة التى يقيم بها البائع ، لذا تظهر أهمية شرط الاحتفاظ بالملكية كضمانة أساسية للبائع تمكنه من الحصول على حقوقه المتفق عليها فى عقد البيع .

ومن الملاحظ أن بعض القوانين ، كما هو الحال فى القانون الفرنسى (٥٥) والقانون المصرى ، تذهب فى هذا المجال إلى تقرير أن الملكية تنتقل فى عقود البيع من البائع إلى المشتري بمجرد إبرام العقد ، ومن ثم فإن تسليم الشئ من البائع إلى المشتري أمر لا يؤثر على ترتيب عقد البيع لأثره فى انتقال الملكية الذى يتم بمجرد إبرام العقد . ومع ذلك فإنه من المقرر أن مثل هذا النص لا يعتبر أمراً متعلقاً بالنظام العام ، ومن ثم يمكن للأطراف الاتفاق على خلافه بتأخير انتقال الملكية إلى ما بعد سداد المشتري للثمن المتفق عليه .

٢- الاختلاف بين الدول فيما يتعلق بالآثار التى يرتبها شرط الاحتفاظ بالملكية:

تختلف الدول فيما بينها فيما يتعلق بالآثار التى تترتب على شرط الاحتفاظ

(٥٤) قد يتخذ شرط الاحتفاظ بالملكية صورة تجعله قريباً من الإيجار التمويلي ، وذلك عندما تقوم إحدى مؤسسات التمويل بشراء شئ ما من التاجر البائع ثم تقوم ببيعه بعد ذلك إلى تاجر آخر مع تضمين عقد البيع شرط احتفاظ هذه المؤسسة المالية بالملكية حين الوفاء بالثمن . أنظر فى ذلك المعنى :

Pierre MAYER : Les conflits de lois en matière de réserve de propriété après la loi du 12 mai 1980, La Semaine Juridique, édition générale, 1981, I, 3019, n°34 .

(٥٥) من قبيل ذلك نص المادة ١٥٨٣ من القانون المدنى الفرنسى الذى يقرر أن :
"La vente est parfaite, et la propriété est acquise de droit à l'acheteur à l'égard du vendeur, dès qu'on est convenu de la chose et du prix, quoique la chose n'ait pas encore été livrée ni le prix payé" .

أنظر فى تفصيل هذا :

Alain CROSIO : Recouvrement de créances, 3e édition, Delmas, Dalloz, 1997, p. 50.

بالملكية (٥٦) :

- فبعض القوانين - كما هو الحال فى القانون الألمانى والهولندى والأسبانى والبرتغالى والإنجليزى والقانون الفرنسى الحالى بدءاً من سنة ١٩٨٠ - تعطى لشرط الاحتفاظ بالملكية قيمة كبيرة وتجعل منه شرطاً يحتج به فى العلاقة بين الأطراف الذين اتفقوا عليه وكذلك فى مواجهة الغير فيحتج به فى مواجهة دائتى المشتري .

- وتوجه بعض القوانين ، كالقانون الإيطالى واليونانى (٥٧) والدنماركى ، إلى الاعتراف بشرط الاحتفاظ بالملكية فى مواجهة الغير فقط فى الحالة التى يكون فيها المشتري هو آخر مكتسب للشئ محل عقد البيع المصحوب بشرط الاحتفاظ بالملكية . ويقرر كل من القانون اليونانى والقانون الأيرلندى أن البائع لا يمكنه الاحتجاج بشرط الاحتفاظ بالملكية فى حالة إفلاس المشتري .
- ويذهب اتجاه ثالث - كما كان الحال فى القانون الفرنسى قبل القانون الصادر سنة ١٩٨٠ وفى القانون البلجيكى وفى قانون دولة لوكسمبورج (٥٨) -

(٥٦) أنظر فى تفصيل ذلك :

Karl KREUZER : La propriété en droit international privé, RCADI, tome 259, 1996, p. 256 et s.

(٥٧) مع ذلك من الملاحظ وجود اتجاه فى الفقه اليونانى ينادى بضرورة السماح لشروط الاحتفاظ بالملكية بأن تنتج آثارها فى مواجهة الغير بهدف تشجيع التجارة الدولية . ويتجه القضاء اليونانى فى الوقت المعاصر إلى تقرير صحة شرط الاحتفاظ بالملكية حتى فى الحالة التى يتم فيها إعلان إفلاس المشتري كما أن القضاء يذهب كذلك إلى منح البائع الحق فى التحرير من عقد البيع واسترداد الشئ المباع فى الحالة التى يلاقى فيها المشتري صعوبات تمنعه من تنفيذ التزاماته سواء أكان ذلك قبل افتتاح أموال التعلية أم بعده أنظر فى تفصيل ذلك.

Elina N. MOUSTAIRA : La mise en oeuvre des sûretés dans le cadre d'une faillite internationale, Revue hellénique de droit international, 1998, n01, p. 97 et s.

(٥٨) استمر عداء القانون الفرنسى لشروط الاحتفاظ بالملكية حتى سنة ١٩٨٠ حيث صدر فى ذلك الوقت قانون بتاريخ ١٢ مايو ١٩٨٠ والذى وفقاً له قلب القانون الفرنسى الوضع السابق عليه رأساً على عقب . فقبل صدوره كان شرط الاحتفاظ بالملكية ينتج آثاره فى العلاقة بين البائع والمشتري فحسب ، أما القانون الصادر سنة ١٩٨٠ فقد تبني الاتجاه المعاكس تملماً معتبراً أن شرط الاحتفاظ بالملكية يمكن أن يحتج به البائع فى مواجهة دائتى المشتري المفلس . أما فى بلجيكا فإن الوضع يختلف عن فرنسا ، حيث أن القانون البلجيكى مازال لا يعترف بشرط الاحتفاظ بالملكية بأى أثر فى حالة الإفلاس ، بل والأكثر من هذا أنه حتى بدون إعلان إفلاس المشتري لا يحتج بشرط الاحتفاظ بالملكية فى مواجهة الغير بحيث يقتصر أثره فى العلاقة بين أطراف عقد البيع فقط وقد اعتبر القضاء البلجيكى أن

إلى قصر الآثار التي يرتبها شرط الاحتفاظ بالملكية على العلاقة بين أطرافه فقط، في حين لا يحتج به في مواجهة الغير وبالتالي لا يمثل شرط الاحتفاظ بالملكية ضمانه تعطى الأولوية للبايع في مواجهة دائني المشتري .

ومما لا شك فيه أن اختلاف الأنظمة القانونية فيما بينها حول القواعد المتعلقة بشروط الاحتفاظ بالملكية والآثار التي تترتب عليها أمر يؤدي إلى نتائج غير مقبولة على المستوى الدولي . ذلك أن شرط الاحتفاظ بالملكية المعترف به في دولة ما قد لا يكون كذلك في دولة أخرى ، بل قد يتعارض مع النظام العام في تلك الدولة . ويؤدي هذا الوضع إلى إلحاق أبلغ الأضرار بعمليات التجارة الدولية نتيجة خشية البائع المصدر من عدم الاعتداد بشرط الاحتفاظ بالملكية المقرر لمصلحته ، خاصة في حالة إفلاس المشتري ، في الحالة التي لا يعترف فيها قانون دولة المشتري بهذا الشرط ، ولا يحتج به بالتالي في مواجهة دائني التقلية .

وتتجه غالبية القوانين إلى الاعتراف بشروط الاحتفاظ بالملكية البسيطة la réserve de propriété simple التي تقتصر على النص على احتفاظ البائع بالملكية لحين سداد الثمن المتفق عليه من المشتري . وقد يتخذ الاحتفاظ بالملكية صوراً أخرى (٥٩) لا تتسم بمثل هذه البساطة منها :

- ما يعرف بشرط الاحتفاظ بالملكية الواسع clause de réserve de propriété élargie ، والذي بمقتضاه يتم إرجاء انتقال الملكية إلى المشتري لحين قيام هذا الأخير بدفع قيمة كل الكمبيالات أو الشيكات المسحوبة باسم المشتري . ويفترض الشرط الواسع أن تتعدد العلاقات والعمليات التجارية بين البائع والمشتري ولا تقتصر على عقد البيع الناتج عنه شرط الاحتفاظ بالملكية . ويقوم البائع بالإتفاق مع المشتري على استخدام شرط الاحتفاظ بالملكية ليس فقط لضمان سداد ثمن الشيء المبيع - والذي قد يكون قد تم سداه بالفعل - وإنما

عدم الاحتجاج بشرط الاحتفاظ بالملكية في هذا الشأن أمر يتعلق بالنظام العام الدولي.

أنظر في تفصيل ذلك :

Jean-Pierre SCARANO : Opposabilité ou inopposabilité de la clause de réserve de propriété , observations de droit comparé et de droit international privé, Droit et Pratique du Commerce International, 1991, p. 139 et ss.

(٥٩) أنظر في بيان هذه الصور :

Pierre MAYER : Les conflits de lois en matière de réserve de propriété après la loi du 12 mai 1980, La Semaine Juridique, édition générale, 1981, 1, 3019, n°38 et ss; R. WELTER : Les sûretés réelles dans les relations juridiques entre l'Allemagne et la Belgique-du point de vue du droit allemand, Revue de droit international et de droit comparé, 1990, p.168et ss.

كضمان لسداد المشتري لكل الالتزامات المفروضة عليه بمقتضى العمليات التجارية الأخرى . ويعتبر الشرط الواسع للاحتفاظ بالملكية من الأمور المشروعة فى بعض القوانين ، كما هو الحال فى القانون الألمانى .

-ومنها كذلك ما يعرف بشرط الاحتفاظ بالملكية للمتغير *clause de transformation* ، والذي وفقا له يتم الاتفاق على احتفاظ البائع بملكية الشئ المبيع الذى يتحول - نتيجة إعادة تصنيعه أو دخوله مع منتج آخر فى صناعة شئ جديد - إلى شئ جديد . ومن هنا يتضح أن التغير أمر لا يرد على شرط الاحتفاظ بالملكية ذاته وإنما يرد على الشئ المتفق على الاحتفاظ بملكيته .

-وهناك أخيرا ما يعرف بشرط الاحتفاظ بالملكية المستمر *clause de réserve de propriété continuée ou prolongée* ، والذي تبعا له يتفق البائع مع المشتري على احتفاظ الأول بالملكية مع إمكانية قيام المشتري ببيع الشئ مرة أخرى على أن يتفق المشتري مع من باع له على احتفاظ البائع الأصلي *le vendeur initial* بالملكية لحين سداد كامل الثمن .

الفرع الثانى

القانون واجب التطبيق فى مجال شرط الاحتفاظ بالملكية

سنعرض أولاً للحديث عن الأسباب التى تتعلق بصعوبة تحديد القانون واجب التطبيق ، ثم نتحدث عن القانون واجب التطبيق .

أ- أسباب صعوبة تحديد القانون واجب التطبيق بالنسبة لشرط الاحتفاظ بالملكية :

توجد العديد من الأسباب التى تؤدى إلى صعوبة تحديد القانون واجب التطبيق فى مجال شرط الاحتفاظ بالملكية منها :

-أن الطابع الدولى للعقد قد لا يظهر إلا فى وقت لاحق لإبرامه على أثر انتقال الشئ المبيع من دولة إلى أخرى . فقد يتم إبرام العقد فى ذات الدولة بين شخصين ينتميان إليها ، ومن ثم لا يكون هناك أى عنصر أجنبى فى العلاقة وهو الشرط الجوهرى المبنى لدخول العلاقة فى نطاق القانون الدولى الخاص والحديث عن وجود تنازع للقوانين .

-وحتى إذا كانت العلاقة قد دخلت فى نطاق القانون الدولى الخاص لاحتوائها على عنصر أجنبى ، فإن الصعوبة تنشأ بالنسبة لتكييف العلاقة محل

الحديث . ذلك أنه من المتعارف عليه أن للحديث عن القانون واجب التطبيق فى مجال العلاقات الخاصة الدولية يلزم أولاً إدراج العلاقة المعروضة ضمن إحدى طوائف الإسناد *une catégorie de rattachement* المحددة سلفاً فى القانون الوطنى للقاضى المعروض عليه النزاع ، وهو ما يطلق عليه اصطلاح التكييف *la qualification* فى القانون الدولى الخاص . ومن الملاحظ أن عملية التكييف تتسم بالنسبة لشرط الاحتفاظ بالملكية بقدر كبير من الصعوبة وذلك بالنظر إلى أن هذه المسألة تقع فى مفترق الطريق بين ثلاث طوائف للإسناد : فيمكن أن يدرج شرط الاحتفاظ بالملكية ضمن طائفة الإسناد المخصصة للعقود طالما أن النص عليه يتم فى نطاق عقد البيع . ويمكن إدراج الشرط ضمن طائفة الإسناد المتعلقة بالحقوق العينية ، لأن الأمر يتعلق هنا بحق عيني وهو حق الملكية . ويمكن أخيراً - فى حالة إفلاس المشتري - تطبيق قواعد تنازع القوانين المتعلقة بالإفلاس .

- كما أنه مما يزيد من صعوبة تحديد القانون واجب التطبيق هنا أن شرط الاحتفاظ بالملكية لا ينص عليه فى عقد بيع بسيط ، ذلك أن عقد البيع هنا لا يعتبر سوى حلقة من حلقات عملية الإيجار التمويلي *le crédit-bail* . فالمشتري لا يبرم عقد البيع بهدف الاحتفاظ بالشئ لنفسه ، الأمر الذى كان من شأنه قسوة أثر شرط الاحتفاظ بالملكية على العلاقة بين البائع والمشتري ، وإنما يبرم المشتري عقد البيع بهدف تأجير الشئ للمستأجر وهو المستفيد من عملية الإيجار التمويلي . وهو الأمر الذى يثير التساؤل عن مدى تأثير شرط الاحتفاظ بالملكية على إمكانية انتفاع المستأجر بالشئ فى الحالة التى يخل فيها المشتري المؤجر - بصورة إرادية - بالتزامه بدفع الثمن المتفق عليه بينه وبين البائع . كما أن الصعوبة تنشأ كذلك إذا كان هذا الامتناع عن سداد الثمن ناتج - بصورة غير إرادية - عن إفلاس المشتري المؤجر للشئ .

ب- القانون واجب التطبيق بالنسبة لشرط الاحتفاظ بالملكية :

يفرق الفقه فى تحديد القانون واجب التطبيق على شرط الاحتفاظ بالملكية بين الحالة التى يفلس فيها المشتري ، والحالة التى لا يتعرض فيها المشتري لمثل هذا الوضع ، وهو ما نتناوله الآن بالتفصيل .
أولاً : القانون واجب التطبيق على شرط الاحتفاظ بالملكية فى حالة إفلاس المشتري :

يتعين علينا أن نعرض فى هذا الشأن للاتجاهات التى قيل بها فى هذا المجال ، ثم نعرض لوجهة نظرنا حول هذا الموضوع .

١- الاتجاه الأول : إخضاع شرط الاحتفاظ بالملكية لكل من قانون العقد وقانون موقع المال :

تبنت الأخذ بهذا الاتجاه معاهدة لاهاي المبرمة سنة ١٩٥٨ ، والمتعلقة بالقانون واجب التطبيق على مسائل انتقال الملكية في عقود بيع المنقولات . وفي هذا الشأن تنص مادتها الثانية على أن القانون واجب التطبيق فيما يتعلق بصحة شرط الاحتفاظ بالملكية بين الأطراف هو القانون واجب التطبيق على عقد البيع^(٦٠) . كما أن نفس الحل أخذت به أيضا معاهدة لاهاي المبرمة بتاريخ ٢٢ ديسمبر ١٩٨٦ والمتعلقة بالقانون واجب التطبيق في مجال عقود البيع الدولي للبيضائع^(٦١) .

أما فيما يتعلق بالاحتجاج بشرط الاحتفاظ بالملكية في مواجهة الغير ، وعلى وجه الخصوص في مواجهة دائني المشتري ، فقد قررت المادة الرابعة من معاهدة لاهاي لسنة ١٩٥٨ أن القانون واجب التطبيق في هذه الحالة هو قانون الدولة المتواجد بها الشيء وذلك عند حدوث أول مطالبة أو منازعة متعلقة بملكية هذا الشيء^(٦٢) . ومعنى هذا أن المعاهدة أخذت هنا بمعيار قانون موقع المال *lex rei sitae* دون تفرقة بين حالة إفلاس المشتري وحالة عدم إفلاسه .

تطبيقا لذلك إذا افترضنا أن شركة مصرية قامت باستيراد معدات من شركة إنجليزية ، ونص في عقد البيع على احتفاظ هذه الأخيرة بملكية المعدات لحين الوفاء الكامل بالثمن المتفق دفعه على أقساط تستوفي كل فترة معينة ، وإذا افترضنا أن الشركة المصرية المتولجد مركز إدراتها الرئيسي في القاهرة قد

(٦٠) تنص المادة ٤/٢ من معاهدة لاهاي لسنة ١٩٥٨ في هذا الشأن على أن :

"La loi applicable au contrat de vente détermine entre les parties la validité des clauses de réserve de propriété au profit du vendeur".

(٦١) تنص المادة ١٢ من معاهدة لاهاي المبرمة بتاريخ ٢٢ ديسمبر ١٩٨٦ على أن :

"La loi applicable à la vente régit notamment :

e) la validité et les effets entre les parties des clauses de réserve de propriété"

(٦٢) تنص في ذلك المادة الرابعة من معاهدة لاهاي المبرمة سنة ١٩٥٨ على أن :

"L'opposabilité aux créanciers de l'acheteur des droits sur les objets vendus du vendeur non payé, tels que les privilèges et le droit à la possession ou la propriété, notamment en vertu d'une action en résolution ou d'une clause de réserve de propriété, est régie par la loi interne du pays où sont situés les objets vendus au moment de la première réclamation ou saisie concernant ces objets".

نقلت المعدات المشتراة إلى دولة المغرب بأن ادعت شركة إيطالية ملكيتها لها ، فما هو القانون واجب التطبيق على شرط الاحتفاظ بالملكية في هذه الحالة ؟ وفقا لنص المادة الرابعة من معاهدة لاهاي يكون القانون واجب التطبيق هو القانون المغربي ، على أساس أنه قانون الدولة التي يوجد بها المال المتنازع حول ملكيته فيها . وإذا حدث أن نقل المال بعد ذلك إلى مصر فإن هذا لا يؤثر على اختصاص القانون المغربي بحكم مصير شرط الاحتفاظ بالملكية ، لأن المعاهدة قررت تطبيق قانون الدولة التي يحدث فيها أول منازعة متعلقة بالمال محل عقد البيع .

٢- الاتجاه الثاني ، إخضاع شرط الاحتفاظ بالملكية إلى كل من قانون العقد وقانون الإفلاس :

يذهب هذا الاتجاه إلى إخضاع شرط الاحتفاظ بالملكية إلى القانون واجب التطبيق في مجال الإفلاس (la loi de la (la lex concursus) faillite . فهذا القانون هو الذي يتم الرجوع إليه لتحديد أثر شرط الاحتفاظ بالملكية بالنسبة لدائني المشتري المفلس (٦٣) .

والقانون واجب التطبيق في مجال الإفلاس هو عادة قانون موطن المشتري بالنسبة للشخص الطبيعي وقانون مركز الإدارة الرئيسي بالنسبة للشخص الاعتباري (٦٤) .

على أن خضوع شرط الاحتفاظ بالملكية لقانون الإفلاس إنما يقتصر على الأثر المترتب على الشرط بالنسبة للاحتجاج به في مواجهة الغير وعلى الأخص في مواجهة دائني المشتري المفلس . أما فيما يتعلق بصحة شرط الاحتفاظ بالملكية فلا علاقة لقانون الإفلاس بها ويطبق عليها قانون العقد la lex

(٦٣) أنظر في بيان ذلك :

Elina N.MOUSTAIRA : La mise en oeuvre des sûretés dans le cadre d'une faillite internationale, Revue hellénique de droit international, 1998, n°1, p. 96 et s.

(٦٤) هذا ما أكد عليه مجمع القانون الدولي في إجتماع باريس بتاريخ ٣٠ مارس ١٨٩٤ فيما يتعلق بالقانون واجب التطبيق في مجال الإفلاس ، حيث تنص المادة الثانية منه على أن :

"L'autorité compétente pour déclarer la faillite est celle du lieu où le débiteur a le siège principal de ses affaires, ou, à défaut d'un tel siège, celle du lieu de son domicile.

En ce qui concerne les sociétés commerciales, on considérera comme leur domicile le lieu où la société a établi sans fraude son siège social légal" .

contractus المختار من قبل الأطراف . ومن هنا فإن القانون واجب التطبيق على شرط الاحتفاظ بالملكية ليس قانونا واحدا وإنما يوجد قانونان يطبقان تطبيقاً موزعاً une application distributive كل في مجال محدد : فيطبق قانون العقد فيما يتعلق بمسألة صحة شرط الاحتفاظ ، ويطبق قانون الإفلاس بالنسبة لأثر هذا الشرط .

وقد تبنى القضاء الفرنسي الأخذ بهذا الاتجاه قبل القانون الصادر سنة ١٩٨٠ . فقبل صدور هذا القانون كان الاتجاه السائد في فرنسا هو الاعتراف بشروط الاحتفاظ بالملكية إلا أنه لا يعترف لهذه الشروط بإنتاجها لأثارها إلا في أضيق الحدود . ويفسر الفقه الفرنسي تبنى القضاء لوجهة النظر المشار إليها بسبب عداة القانون الفرنسي بصفة عامة لشروط الاحتفاظ بالملكية وتفضيله لمصلحة دائني المشتري المفلس ، الأمر الذي كان من شأنه إعاقة تدويل شروط الاحتفاظ بالملكية l'internationalisation de la clause du réserve propriété . وقد ترتب على هذا الوضع رفض القضاء الفرنسي الاعتراف بشروط الاحتفاظ بالملكية إذا كان القانون واجب التطبيق على الإفلاس قانون دولة أجنبية ، ويقصر إعماله على الحالة التي يكون فيها القانون الفرنسي هو القانون واجب التطبيق في مجال الإفلاس . ولهذا تبنى القضاء وجهة النظر التي تقضى بعدم جواز الاحتجاج بشرط الاحتفاظ بالملكية الخاضع لقانون دولة أجنبية في الحالة التي يتم إعلان الإفلاس في فرنسا (٦٥) .

إلا أن الفقه الفرنسي الغالب ينادى بضرورة تغيير تلك النظرة بعد صدور القانون الفرنسي بتاريخ ١٢ مايو ١٩٨٠ ، وهو القانون الذي اعتد على نطاق واسع بشروط الاحتفاظ بالملكية .

ويتضح لنا أن الحل الذي أخذ به القضاء الفرنسي بالنسبة للاحتجاج بشرط الاحتفاظ بالملكية في مواجهة الغير يختلف عن الحل الذي أخذت به معاهدة لاهاي المبرمة سنة ١٩٥٨ . فالقانون الفرنسي أخذ في هذا المجال بقانون الإفلاس أي قانون موطن المشتري ، في حين أن المعاهدة أخذت بقانون

(٦٥) أنظر في تفصيل ذلك :

Yvon LOUSSOUARN : Les conflits de lois en matière de réserve de propriété , Mélanges Roger HOUIN, Dalloz, Paris, 1985, p. 280 et s.

موقع المال عند أول منازعة حول ملكيته .

٣- رأينا الخاص :

يدور الصراع بالنسبة لتحديد القانون واجب التطبيق على شرط الاحتفاظ بالملكية بين قوانين ثلاثة : قانون عقد البيع الوارد به هذا الشرط ، وقانون موقع المال ، والقانون واجب التطبيق في مجال الإفلاس . ولتطبيق كل قانون من هذه القوانين أسباب ومبررات على النحو التالي :

- ففيمما يتعلق بقانون العقد - أى القانون المختار من جانب الأطراف - لا شك أنه بمقتضى مبدأ سلطان الإرادة من حق الأطراف الاتفاق على ما يرونه ملائماً لضمان الحقوق المتعلقة بهم . وتظهر أهمية هذا خاصة ، إذا كان عقد البيع يتسم بالطابع الدولي الذى يكون فيه البائع فى دولة مختلفة عن الدولة المتواجد بها المشتري الذى يحصل على حيازة الشئ المبيع من البائع . لذلك من أجل أن يضمن هذا الأخير الحصول على حقه المتمثل فى سداد الثمن يشترط - بمقتضى مبدأ سلطان الإرادة وبموافقة المشتري - احتفاظه بملكية الشئ المبيع لحين وفاء المشتري بالتزاماته .

ومن شأن إخضاع شرط الاحتفاظ بالملكية لقانون العقد تحقيق العديد من المزايا : الميزة الكبرى لهذا هو تحقيق وحدة القانون واجب التطبيق على كل المسائل المتعلقة بشرط الاحتفاظ بالملكية ، حيث تخضع لهذا القانون مسألة صحة الشرط فى العلاقة بين أطراف عقد البيع ، كما يسرى ذات القانون بالنسبة لمسألة الاحتجاج بالشرط فى مواجهة الغير . ولا شك أن تطبيق قانون العقد على شرط الاحتفاظ بالملكية من شأنه أن يساعد على تدويل المعاملة المتعلقة بهذا الشرط *l'internationalisation de la réserve de propriété* ، فلا يختلف القانون واجب التطبيق على هذا الشرط فى الحالة التى ينتقل فيها الشئ المبيع من دولة إلى أخرى بعد إبرام العقد .

- على أن الاعتراف بقانون العقد يغفل أن شرط الاحتفاظ إنما يتعلق بأحد الحقوق العينية بل بأهمها على الإطلاق وهو حق الملكية . لذا ، فإن تطبيق قواعد تنازع القوانين فى مجال الحقوق العينية يجد مبررات قوية له بالنسبة

لشرط الاحتفاظ بالملكية . ولعل هذا هو مادعى مجمع القانون الدولي (٦٦) فى قراره الصادر سنة ١٩١٢ إلى أن يقرر فى المادة الأولى أن تحديد ما إذا كان هناك حق عينى لشخص ما ، يحتج به فى مواجهة الغير يتم الرجوع فيه - حتى فى حالة الإفلاس - إلى القواعد العامة للقانون الدولي الخاص فى مجال الحقوق العينية . كما أن هذا الحل هو الذى تبناه مشروع المعاهدة الأوروبية المتعلقة بالإفلاس (٦٧) .

-على أنه من الملاحظ أن الاعتداد بكل من قانون العقد وقانون موقع المال يتغافل أن المشتري قد وقع فى حالة الإفلاس . فعلى الرغم من أن شرط الاحتفاظ بالملكية يجد أساسه ومصدره فى عقد البيع المبرم بين البائع والمشتري ، وعلى الرغم من أن الأمر يتعلق بحق عينى ، إلا أن إفلاس المشتري الذى تقرر شرط الاحتفاظ بالملكية فى مواجهته يعتبر عاملاً أساسياً فى تحديد القانون واجب التطبيق .

ذلك أن مصلحة الغير تتدخل هنا ، فقد يكون المشتري قد تصرف فى الشئ المبيع إلى شخص آخر آلت إليه الملكية دون أن يكون لديه العلم بوجود شرط الاحتفاظ بالملكية لمصلحة البائع الأسمى . كما أن إفلاس المشتري يثير التساؤل عن مصير الديون الملتزم بها تجاه أشخاص آخرين غير البائع المحفوظ بالملكية (٦٨) .

(٦٦) تنص المادة الأولى من قرار مجمع القانون الدولي ، المتعلق بقواعد تنازع القوانين فى مجال الحقوق العينية فى حالة الإفلاس ، الصادر بتاريخ ٢٧ أغسطس ١٩١٢ على أن :

"Pour déterminer si une personne a titre à un certain droit réel, et pour décider si un droit de cette nature a été établi de façon à être opposable aux tiers, il faut, même en cas de faillite, faire application des règles générales du droit international privé en matière de droits réels".

(٦٧) تنص المادة ٤١ من مشروع معاهدة الإفلاس الأوروبية على أن :

"-La validité de la vente en réserve de propriété est régie par la loi applicable au contrat;

-la loi applicable à l'opposabilité dans la faillite de l'acheteur avec clause de réserve de propriété dans la faillite de l'acheteur avec clause de réserve de propriété est la loi de l'Etat contractant sur le territoire duquel se trouve le bien".

(٦٨) تطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض الفرنسية فى حكمها الصادر بتاريخ ٨ يناير ١٩٩١ بأن :

"Les conditions auxquelles peuvent être revendiquées des marchandises vendues avec réserve de propriété sont, en cas de redressement judiciaire de l'acheteur, déterminées par la loi de la procédure collective, quelle que soit la

ولمراعاة مصلحة الغير الذي يتعاقد مع المدين المفلس قضت محكمة النقض المصرية بأن : "بطلان تصرفات المدين المفلس وفقا للمادة ٢٢٨ من قانون التجارة شرطه أن يصدر التصرف خلال فترة الريبة وأن يعلم المتصرف إليه باختلال أشغال المدين" (٦٩) .

ونحن نعتقد أنه لا توجد أية مشكلة بالنسبة للمسألة المتعلقة بصحة وسلامة شرط الاحتفاظ بالملكية الوارد في عقد البيع . ذلك أن هذه المسألة يقتصر أثرها على العلاقة بين البائع والمشتري ، فيكون خضوعها لقانون العقد المتفق عليه بين الأطراف أمرا مبررا (٧٠) :

على أننا نستثنى من تطبيق قانون العقد الحالة التي يبرم فيها عقد البيع المصحوب بشرط الاحتفاظ بالملكية في وقت لاحق لإعلان إفلاس المشتري (٧١) . ذلك أن إقدام المشتري على مثل هذا التصرف بعد إفلاسه ينم عن سوء نية من جانبه وعن احتمال وجود نوع من التواطؤ بينه وبين البائع للإضرار بمركز دائتي التفليسة ، ومن ثم فإن مراعاة مصلحة هؤلاء ، توجب الاعتداد في هذا الشأن بالقانون واجب التطبيق في مجال الإفلاس وليس بقانون

loi régissant la validité et l'opposabilité, en général, de la clause de propriété réservée". Cass. Civ. 1er et 8 janvier 1991, Revue critique de droit international privé, 1992, p. 778.

(٦٩) (الطعن رقم ١٤٧ لسنة ٣٥ ق- جلسة ١٩٦٩/٤/١) منشور في : المستشار / يحي إسماعيل ، مجموعة القواعد القانونية التي قررتها محكمة النقض في المواد المدنية والتجارية ، المدة من يناير ١٩٦٥ إلى ديسمبر ١٩٦٩ ، الجزء الرابع : من السنة السادسة عشر قضائية إلى السنة العشرين ، طبعة نادى القضاء ، القاهرة ١٩٩٧ ، ص ١٢٢٠ .

(٧٠) على العكس من ذلك فإنه يبدو أن مجمع القانون الدولي قد ذهب إلى تطبيق قانون موقع المال في هذه الحالة ، حيث نص في الفقرة الثانية من المادة الخامسة للقرار الصادر عن المجمع سنة ١٩١٢ على أن:

"Si le meuble qui est l'objet d'un droit de privilège est déplacé avant la publication de la déclaration de faillite, le maintien du privilège et ses effets doivent en principe être appréciés conformément aux règles générales du droit international privé concernant les droits réels, en cas de déplacement d'un meuble d'un pays dans un autre".

(٧١) لذلك فإنه علي الرغم من أن المادة الخامسة من قرار مجمع القانون الدولي الصادر سنة ١٩١٢ قد اعتدت بقانون موقع المال في الحالة التي يبرم فيها التصرف لاحقا على إعلان الإفلاس (الفقرة الأولى) ، فقرة فقرتها الثالثة تطبيق قانون الإفلاس بالنسبة للتصرفات المشوية بالفلس :

"Si cependant il est allégué que le meuble étant ou pouvant être l'objet d'un privilège a été déplacé d'un pays dans un autre dans le but d'accomplir un acte frauduleux susceptible de nuire à la masse ou quelques-uns des créanciers, l'appréciation du caractère d'un tel acte et des conséquences qui en découlent doit être faite conformément à la loi du pays où siège l'autorité exclusivement compétente pour déclarer la faillite".

العقد لتقرير مدى صحة شرط الاحتفاظ بالملكية الوارد في عقد البيع .
 أما بالنسبة لمسألة الاحتجاج بشرط الاحتفاظ بالملكية في مواجهة الغير وخاصة دائنى المشتري المفلس فإن قانون الإفلاس هو المختص بحكم مصير شرط الاحتفاظ بالملكية . ذلك أن تحديد ما إذا كان شرط الاحتفاظ بالملكية يحتج به أم لا في حالة الإفلاس يعتبر في المقام الأول أمراً متعلقاً بحالة الإفلاس (٧٢) .
 ويرجع هذا إلى أن البائع الصادر شرط الاحتفاظ بالملكية لمصلحته يعتبر دائناً للمشتري بثمن الشيء المبيع ، ومن الطبيعي أن تخضع علاقة هذا البائع مع غيره من دائنى التفليسة الآخرين لقواعد تنازع القوانين واجبة التطبيق في مجال الإفلاس لتوحيد المعاملة فيما بينهم باعتبارهم جميعاً دائنين للمشتري ، ويعتبر هذا إعمالاً للمبدأ المتعلق بتساوى الديون في حالة الإفلاس le principe de l'égalité des créances dans la faillite (٧٣) .

وإذا كان هناك تمييز ينبغي أن يتم إعماله بين الدائنين فإن القانون الذى يتعين الرجوع إليه لتقرير مراتب الدائنين في حالة إفلاس المدين لن يكون سوى قانون الإفلاس بطبيعة الحال (٧٤) .

وتجدر الإشارة أخيراً إلى أنه في الحالة التى يصدر فيها حكم من قضاء دولة ما أو قرار تحكيم يعترف بشرط الاحتفاظ بالملكية ، فإن تنفيذ هذا الحكم أو القرار يخضع للقواعد العامة في التنفيذ المتبعة في الدولة صاحبة الشأن .
 تطبيقاً لذلك قامت شركة فنلندية بشراء بضائع من شركة أجنبية وتضمن عقد البيع النص على شرط الاحتفاظ بالملكية . ولما قامت الشركة الفنلندية ، التى أعلن إفلاسها ، ببيع البضائع للغير مهددة شرط الاحتفاظ بالملكية ، صدر قرار تحكيم من هيئة تحكيم تشيكوسلوفاكية أدان الشركة الفنلندية وألزمها بدفع

(٧٢) أنظر في هذا المعنى :

Jean-Pierre SCAEANO : *Opposabilité ou inopposabilité de la clause de réserve de propriété*, op cit, p. 147 et s.

(٧٣) يعد مبدأ المساواة بين دائنى التفليسة أمراً متعلقاً بالنظام العام الدولى فى القانون الفرنسى . وقد أكد على هذا الحكم الصادر من محكمة النقض الفرنسية بتاريخ ٤ فبراير ١٩٩٢ والذي يقرر أن :

"Le principe de l'égalité des créanciers dans la masse qui résulte des articles 41 et 74 de la loi du 13 juillet 1967 est à la fois d'ordre public interne et international". V. cass. Civ. 1er et 4 février 1992, *Revue critique de droit international privé*, 1993, p. 748 .

(٧٤) لذلك يقرر البعض في هذا المجال أن :

"En effet, au plan des conflits de lois, l'impérialisme de la loi de la faillite joint aux impératifs qui en supportent la compétence inclinent à penser que son empire se maintiendra sur la clause de réserve de propriété en cas de faillite de l'acheteur". V. Yvon LOUSSOUARN : *Les conflits de loi en matière de réserve de propriété*, op cit, p. 288 .

تعويض للشركة الباتعة .

وقد حكمت المحكمة العليا الفنلندية سنة ١٩٨٩ بصحة تنفيذ قرار التحكيم المذكور في فنلندا ، وذلك استنادا إلى صحة شرط الاحتفاظ بالملكية كما أن دائنى التفليسة كانوا ممثلين فى إجراءات نظر النزاع أمام هيئة التحكيم وبالتالي يحتج بقرار التحكيم فى مواجهتهم (٧٥).

ثانيا : القانون واجب التطبيق على شرط الاحتفاظ بالملكية فى حالة عدم إفلاس المشتري :

فى الأوضاع العادية عندما لا يتعرض المشتري للإفلاس acheteur in bonis لاشك أن قانون الإفلاس لا يثار الحديث عن مدى اختصاصه بحكم شرط الاحتفاظ بالملكية ، بحيث أن الصراع ينحصر فى هذه الحالة بين قانون العقد المختار من الأطراف la loi d'autonomie والقانون واجب التطبيق فى مجال الحقوق العينية (lex rei sitae) .

وليس هناك من شك فى أن قانون العقد له قيمة كبيرة فى هذه الحالة ، وذلك استنادا إلى أن شرط الاحتفاظ بالملكية يجد أساسه ومصدره فى العقد المبرم بين الأطراف . ومن أجل هذا يتجه البعض إلى المناداة بتطبيق قانون العقد على جميع المسائل المتعلقة بشرط الاحتفاظ بالملكية سواء ما تعلق منها بصحة الشرط بين أطراف العقد inter partes أو ما تعلق منها بالأثار التى تترتب على الشرط بالنسبة للغير les effets de la clause à l'égard des tiers .

ويدعم هذا الاتجاه رأيه بالقول أن إخضاع شرط الاحتفاظ بالملكية لقانون العقد هو وحدة الكفيل بتحقيق وحدة القانون واجب التطبيق عليه ، ومن شأن هذا أن يساهم فى تحقيق التدويل المنشود بالنسبة لهذا الشرط . كما أن اختصاص قانون موقع المال ليس اختصاصا كافيا ومبررا فى هذا المجال ، لأن الأمر لا يتعلق بعقار بحيث يلزم خضوعه لقانون موقعه وإنما يتعلق الأمر بمنقول فلا يكون خضوعه لقانون الموقع أمراً محتما بالنظر إلى وجود قانون آخر توجد مبررات أقوى لتطبيقه وهو قانون العقد الوارد شرط الاحتفاظ بالملكية به (٧٦) .

وعلى الرغم من وجاهة الحجج السابقة التى قيلت لصالح تطبيق قانون العقد ، إلا أن هذا الرأى يتجاهل مصلحة هامة ينبغى أن يتم أخذها فى الاعتبار وهى مصلحة الغير الذى يتعاقد مع المشتري ويكتسب ملكية الشئ المقرر عليه

(٧٥) أنظر هذا الحكم منشوراً فى :

Clunet, 1998, p. 154 et s.

(٧٦) أنظر هذا الرأى للأستاذ KHAIRALLAH مشار إليه فى :

Yvon LOUSSOUARN : Les conflits de loi en matière de réserve d propriété, op cit, p. 294 .

شرط الاحتفاظ بالملكية لمصلحة البائع الأصلي . فالشخص الذى تعاقده مع المشتري لا تكون لديه أية دراية بقانون العقد - فالفرض أنه لا علاقة له بهذا العقد ولا يعلم عنه شيئا - ومن ثم فإن تطبيق قانون العقد بالنسبة لشرط الاحتفاظ بالملكية سيخل بالتوقع المشروع *l'attente légitime des parties* للطرف الذى تعاقده مع المشتري بحسن نية ، ذلك التوقع الذى يعتبر أحد الأهداف الرئيسية لقواعد القانون الدولي الخاص للمعاصر (٧٧) .

ونحن نعتقد أنه لا توجد أية مشكلة فى الحالة التى يكون فيها قانون العقد هو ذاته قانون موقع المال . ويحدث هذا إذا تم إبرام عقد البيع الناتج عنه شرط الاحتفاظ بالملكية فى دولة ما تم اختيار قانونها من قبل الأطراف لحكم العقد ، وقام المشتري بالتصرف فى الشئ المبيع إلى شخص آخر فى نفس هذه الدولة . فى هذه الحالة يطبق قانون موقع المال الذى هو ذاته قانون العقد .

أما فى الحالة التى يختلف فيها قانون العقد عن قانون موقع المال ، فإنه يتعين - من وجهة نظرنا - أن يتم تطبيق كل من قانون العقد وقانون موقع المال تطبيقا موزعا *une application distributive* بالنسبة لشرط الاحتفاظ بالملكية . فيتم تطبيق قانون العقد فيما يتعلق بصحة شرط الاحتفاظ بالملكية بين أطراف عقد البيع . ويطبق قانون موقع المال فيما يتعلق بالاحتجاج بالشرط فى مواجهة الغير .

تجدر الإشارة فى هذا المجال إلى أن الفقه المنادى بتطبيق قانون العقد فى

(٧٧) لعل مراعاة مصلحة الغير هى التى دفعت المشرع المصرى إلى تقرير أن بطلان بيع ملك الغير أمر مقرر للمشتري ، كما أن العقد لا ينفذ فى حق المالك الحقيقى إلا إذا أقره . وتنبصت فى هذا الصدد المادة ٤٦٦ من القانون المدنى على أن :
١- إذا باع شخص شيئا معينا بالذات وهو لا يملكه ، جاز للمشتري أن يطلب إبطال البيع ، ويكون الأمر كذلك ولو وقع البيع على عقار ، سجل العقد أو لم يسجل .

٢- وفى كل حال لا يسرى هذا البيع فى حق المالك للعين المباعة ولو أجاز المشتري المبيع إلى البائع بعد إبرام العقد .
كما أن المادة ٤٦٧ قررت أن العقد ينقلب صحيحا فى حق المشتري إذا آلت ملكية المبيع إلى البائع بعد إبرام العقد .

أنظر فى تفصيل ذلك د/ سليمان مرقص : عقد البيع ، طبعة نادى القضاة ، ١٩٨٠ ، ص ٥٠١ وما بعدها .

ومن ناحية أخرى من الملاحظ أن القضاء المصرى قد قضى فى حالة التأجير من الباطن أن : وإن كان إيجار ملك الغير صحيحا فيما بين المؤجر والمستأجر إلا أنه لا ينفذ فى حق المالك الحقيقى ، وإذا ادعى الغير أنه المالك الحقيقى للعين المؤجرة وأقام دعوى بحقه الذى يدعيه ، كان هذا تعرضا قانونيا للمستأجر بجيز له حبس الأجرة تحت يده حتى يدفع المؤجر التعرض . (نقض جلسة ١٩٨٧/٢/٢٤ ص ٣٣ ص ٥٨١) منقول فى : المستشار / محمد خيرى أبو الليل مجموعة القواعد القانونية التى قررتها محكمة النقض فى تطبيق قوانين الإيجار خلال سنتين عامي ١٩٣١ - ١٩٩٠ ، الجزء الاول عقد الإيجار وفق القواعد العامة ، - طبعة نقابة المحامين ، ١٩٩١ ، ص ٤٠ .

مجال الحقوق العينية والاعتداد في هذا المجال بقانون الإرادة ، يورد مع ذلك استثناءات يؤكد الأخذ بها صحة ما ننادى به من إفساح المجال لقانون موقع المال إذا كان تطبيق قانون العقد يتعارض مع مصلحة الغير . ومن قبيل ذلك ألا يكون من المستطاع أن يعلم الغير - وهو ما يتوافر في معظم الأحوال - بلحق العيني الوارد على الشيء والمكتسب وفقاً لقانون دولة أجنبية، حيث يستبعد فسي هذه الحالة قانون المقدم ويطبق قانون موقع الشيء. ومن قبيل ذلك أيضاً ما ينادى به البعض من الفقه الذي ينتمى إلى ذات الاتجاه بتطبيق قانون العقد تطبيقاً عاماً في مجال الحقوق العينية ، مع قبول تطبيق قانون موقع المال بوصفه قانون بوليس (٧٨) .

ثالثاً : تطبيق قواعد تنازع القوانين المتعلقة بشرط الاحتفاظ بالملكية في نطاق عملية الإيجار التمويلي :

يوجد هنا فرضان في واقع الأمر : يتعلق الأول منهما بشرط الاحتفاظ بالملكية الذي قد يحتوى عليه عقد البيع لمصلحة البائع، فمن المتعارف عليه أن عملية الإيجار التمويلي تحتوى على عقدين : عقد البيع الذي يبرم بين البائع والمشتري المؤجر ، وعقد الإيجار الذي يبرم بين هذا الأخير والمستأجر. وإذا احتوى عقد البيع على شرط الاحتفاظ بالملكية لمصلحة البائع فإن التساؤل يثار حول مدى جواز الاحتجاج بهذا الشرط في مواجهة المستأجر المستفيد من عقد الإيجار التمويلي الذي يقوم المشتري المؤجر بتأجير الشيء إليه ومع تضمين عقد الإيجار النص على إمكانية شراء المستأجر للشيء المبيع . أما الفرض الثاني فهو المتعلق بالحالة التي يبرم فيها عقد إيجار تمويلي ثم يقوم المستأجر - والفرض هنا عدم وجود شرط للاحتفاظ بالملكية في عقد البيع لمصلحة البائع - بالتصرف في الشيء محل عقد الإيجار إلى الغير مخالفاً بذلك الالتزامات المفروضة عليه. ذلك أنه طالما أن الأمر يتعلق بعقد إيجار فإن مؤدى هذا هو احتفاظ المؤجر بالملكية وانتقال المنفعة إلى المستأجر ، ومن ثم فلا يجوز لهذا الأخير التصرف في الشيء . فإذا تصرف المستأجر في الشيء فما هو القانون واجب التطبيق بالنسبة لمسألة الاحتجاج بحق المؤجر في مواجهة المتصرف إليه؟ ونقوم الآن

(٧٨) أنظر في تفصيل ذلك :

Bertrand Ancel et Yves Lequette : Grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé, op cit, p. 399; Pierre Mayer : Les conflits de lois en matière de réserve de propriété , op cit, n° 10 et s.

ببحث كل من هذين الفرضين كل على حدة .

١- القانون واجب التطبيق على شرط الاحتفاظ بالملكية المقرر لمصلحة البائع:

تشتمل عملية الإيجار التمويلي - كما سبق أن ذكرنا مراراً - على عقدين أساسيين : عقد البيع الذي يتم بين البائع والمشتري المؤجر ، وعقد الإيجار بالمعنى الدقيق الذي يبرم بين المشتري المؤجر والمستأجر . فإذا اتفق كل من البائع والمشتري على احتفاظ البائع بالملكية لحين قيام المشتري بسداد أقساط الثمن ، فإن تساؤلاً يرد حول مدى سريان شرط الاحتفاظ بالملكية في مواجهة المستأجر .

- يلاحظ بادئ ذي بدء - أن الفرض الذي تعرضنا له بالنسبة للحالة التي يتحد فيها القانون واجب التطبيق على عقد البيع مع ذلك الذي يطبق في مجال الحقوق العينية لا يتحقق في عملية الإيجار التمويلي . ويرجع هذا إلى أنه في غالب الفروض يقوم المشتري بتسلم الشيء المبيع من البائع في دولة ما ثم ينقل هذا الشيء كي ينتفع به المستأجر في دولة أخرى. أما إذا كان الانتفاع بالشيء يتم في ذات الدولة المتواجد بها كل من البائع والمشتري فإن عملية الإيجار التمويلي ستكون عملية داخلية بحتة لا تحتوى على العنصر الأجنبي الواجب توافره حتى تكون هذه العلاقة دولية ومن ثم تثير الحديث عن القانون واجب التطبيق عليها.

وإذا كانت عملية الإيجار التمويلي تشتمل على عقدين هما عقد البيع وعقد الإيجار ، إلا أن هذين العقدين لا يعتبران منفصلين تماماً. فقد سبق لنا القول أن المستأجر له الحق في اختيار البائع الذي يقوم المشتري بتمويله عن طريق شراء الشيء المراد الانتفاع به لمصلحة المستأجر ، كما أن بإمكان المستأجر الإطلاع على شروط عقد البيع والمطالبة بتنفيذ البائع للالتزامات الواردة به رغم عدم كونه طرفاً في عقد البيع، وعلاوة على ذلك قد يتضمن عقد الإيجار نصاً يسمح للمستأجر بإمكانية تملك الشيء المستأجر عند انتهاء مدة عقد الإيجار وذلك بطريق شرائه له. ولهذا فإنه بالنظر إلى هذه الروابط التي تربط كل من البائع والمشتري المؤجر والمستأجر لا يمكن القول بأن هذا الأخير يعتبر غريباً عن عقد البيع رغم أنه ليس طرفاً به .

وترتيباً على ما تقدم فإننا نقترح التفرقة بين حالتين فيما يتعلق بتحديد

القانون واجب التطبيق على شرط الاحتفاظ بالملكية :

- الحالة الأولى هي تلك التي تتعلق بالوضع الذي يقوم فيه المشتري المؤجر بشراء الشيء المبيع من البائع بناءً على اختيار وتوجيهات المستأجر. ومعنى هذا أن يرغب المستأجر في الانتفاع بشيء ما فيخطر شركة التمويل بضرورة شرائها هي لهذا الشيء من مكان محدد ويقوم المستأجر بالإطلاع على نصوص عقد البيع المبرم لهذا الغرض، من أجل أن يطمئن بمطابقة الشيء للمواصفات المطلوبة من جانبه . في هذه الحالة لا يمكن اعتبار المستأجر من الغير بالنسبة للعلاقة التعاقدية القائمة بين البائع والمشتري. فإذا اتفق كل من البائع والمشتري على احتفاظ البائع بالملكية لحين سداد المشتري للثمن فإن القانون واجب التطبيق على شرط الاحتفاظ هنا سيكون بلا شك هو قانون الإرادة المتفق عليه في عقد البيع. ويتم تطبيق هذا القانون ليس فقط فيما يتعلق بصحة الشرط وإنما كذلك بالنسبة لمسألة الاحتجاج بالشرط في مواجهة المستأجر. ذلك أن تطبيق قانون عقد البيع بالنسبة للاحتجاج بالشرط في مواجهة هذا الأخير لا يتعارض مع فكرة التوقع المشروع ، إذ إن الفرض أن المستأجر على دراية كاملة بمحتوى عقد البيع الذي قام بالإطلاع عليه .

وقد أخذ المجلس الأوروبي بهذا الحل (٧٩) سنة ١٩٨٢ في مشروع المعاهدة المتعلقة بشرط الاحتفاظ بالملكية *projet de convention européenne sur la clause de réserve de propriété* . حيث قررت المادة السابعة من هذا المشروع أنه في حالة تصرف المشتري في الشيء المبيع، المصحوب بتقرير شرط الاحتفاظ بالملكية ، إلى شخص من الغير، فإن من حق البائع أن يسترد هذا الشيء من المشتري الجديد في الحالة التي يكون فيها هذا الأخير على علم أو من المفترض أنه يعلم بأن من باع له الشيء ليس مالكاً له .

كما تبنت محكمة النقض الفرنسية ، في حكمها الصادر بتاريخ ٢٣ فبراير ١٩٨٢ ، ذات الحل في مجال الإيجار التمويلي (٨٠) . وقد قررت المحكمة أنه يوجد تشابه بين الإيجار التمويلي والبيع المصحوب بشرط الاحتفاظ بالملكية .

(٧٩) أنظر في تفصيل ذلك :

karl kreuzer : *La propriété mobilière en droit international privé* , op cit , p. 251.

(٨٠) أنظر :

Cour de cassation 23 fevrier 1982, Dalloz, 1982, p. 325, note Derrida.

ففى هذا الأخير يحتفظ البائع بملكية الشئ لحين دفع الثمن، وفى عقد الإيجار التمويلى يحتفظ المؤجر بالملكية وتنتقل المنفعة فقط للمستأجر . وترتيباً على هذا فإن القاعدة المتعلقة بعدم إمكانية تمسك دائنى المشتري بعدم الاحتجاج قبلهم بحق البائع المحتفظ بالملكية فى حالة علمهم بحق البائع، تطبق هذه القاعدة فى مجال الإيجار التمويلى ، ومن ثم إذا تصرف المستأجر فى الشئ محل عقد الإيجار مخلا بذلك بنصوص العقد المبرم بينه وبين المؤجر الذى يحتفظ بالملكية دون حاجة للنص على شرط الاحتفاظ بالملكية - حيث يتعلق الأمر بعقد إيجار وأليس عقد بيع- فإن من تعاقده مع المستأجر وبصفة عامة أى دائن للمستأجر لا يجوز له التمسك بعدم الاحتجاج قبله بحق المؤجر طالما أن الدائن يعلم بحق المؤجر .

- أما الحالة الثانية فإنها تتعلق بالوضع الذى يمكن فيه اعتبار المستأجر من الغير بالنسبة لعقد البيع، وهو يتوافر فى الحالة التى يقوم فيها المشتري المؤجر بالتعاقد مع البائع دون تدخل من جانب المستأجر ودون علم هذا الأخير بتفاصيل عقد البيع. وتتوافر هذه الحالة حتى ولو قام المشتري المؤجر بشراء الشئ محل العقد طبقاً للمواصفات التى طلبها المستأجر طالما أن هذا الأخير لم يحدد للمشتري جهة معينة للتزويد بالشئ المطلوب ولم يقم بالإطلاع على عقد البيع.

فى هذه الحالة يعتبر المستأجر من الغير . فإذا نص فى عقد الإيجار على إمكانية تملك المستأجر للشئ محل العقد بعد انتهاء مدة الإيجار المنفق عليها، وقام المستأجر بالتعبير عن إرادته فى شراء الشئ تبعاً لذلك ، فهل يحتج بشرط الاحتفاظ بالملكية - المقرر لمصلحة البائع فى عقد البيع - فى هذه الحالة فى مواجهة المستأجر أم لا ؟

نعتقد أنه ينبغى التفرة فى هذه الحالة بين فرضى إفلاس المشتري وعدم إفلاسه :

فى الحالة التى لا يكون فيها المشتري مفلساً ، فإن القانون واجب التطبيق على شرط الاحتفاظ بالملكية يكون هو قانون موقع المال . ومودى هذا تطبيق قانون الدولة التى يتوطن بها المستأجر بحكم أن المال المنتفع به فى حوزته . ولهذا لا يحتج بشرط الاحتفاظ بالملكية فى مواجهة المستأجر إلا إذا كان قانون موقع الشئ يرتب هذا الأثر .

أما فى حالة إفلاس لمشتري فإن الصعوبة تنشأ فى هذا الفرض، وتوجد العديد من المصالح المتعارضة فى هذا الشأن : فمصلحة البائع الوارد النص

على شرط الاحتفاظ بالملكية لمصلحته تقتضى تطبيق قانون العقد باعتبار أن شرط الاحتفاظ وارد به. في حين أن مصلحة المستأجر الذى تلقى ملكية الشئ ذاته - نتيجة شرائه له بمقتضى النص الذى سمح له بذلك والوارد فى عقد الإيجار التمويلي - تقتضى تطبيق قانون موقع المال وهو ذاته قانون الدولة المتوطن بها المستأجر. وبالإضافة إلى ذلك إذا كان للمؤجر المشتري دائتين آخرين غير البائع فإن لهؤلاء مصلحة فى تطبيق قانون الإفلاس وهو قانون موطن المشتري الذى أعلن إفلاسه .

ونعتقد أن تطبيق قانون الإفلاس هو الأقرب لتحقيق العدالة فى هذا الفرض، وذلك لتحقيق مبدأ المساواة بين جميع دائتى التفليسة فيتم الرجوع إذن لهذا القانون لتحديد مدى جواز الاحتجاج بشرط الاحتفاظ بالملكية ليس فقط بالنسبة لدائتى المشتري الذى أعلن إفلاسه وإنما كذلك بالنسبة للمشتري المستأجر الذى تلقى ملكية الشئ فى نطاق عملية الإيجار التمويلي .

٢- القانون واجب التطبيق على الاحتفاظ بالملكية المقرر لمصلحة المؤجر فى عقد الإيجار التمويلي :

تجدر الإشارة فى هذا المقام إلى الحلول التى قررتها معاودة اوتاوا المبرمة سنة ١٩٨٨ والمتعلقة بالإيجار التمويلي .فقد نصت الفقرة الأولى من مادتها السابعة على أن الحقوق العينية التى يتمتع بها المؤجر المشتري le crédit bailleur - يحتج بها فى مواجهة دائتى المستأجر le crédit - preneur فى حالة إفلاس هذا الأخير ، حتى ولو كان لأحدهم أولوية فى اقتضاء دينه. ومن الواضح أن هذه القاعدة تعتبر قاعدة مادية تشير إلى الاحتجاج بالحقوق العينية للمؤجر المشتري، وهى قاعدة تطبق إذا كانت معاودة اوتاوا واجبة الأعمال على عملية الإيجار التمويلي. أما إذا لم تكن كذلك نتيجة استبعاد الأطراف لأحكامها، فلا مفر من البحث عن قواعد تنازع القوانين .

وقررت المعاودة كذلك فى فقرتها الثانية أنه إذا كان القانون واجب التطبيق يشترط إجراءات إعلان معينة للاحتجاج بالحقوق العينية تجاه دائتى المستأجر وجب على المؤجر اتخاذ هذه الإجراءات . وقد حددت الفقرة الثالثة من نفس المادة أن القانون واجب التطبيق بالنسبة لإجراءات الإعلان هو قانون الدولة المتواجد بها الشئ محل عقد الإيجار التمويلي، وذلك فيما عدا وسائل النقل كما هو الحال بالنسبة للسفن والطائرات حيث يطبق قانون الدولة التى اتخذ

التقييد والتسجيل بها (٨١) . ويعتبر تطبيق قانون موقع الشئ أمرا طبيعيا حيث أنه قانون الدولة المراد الاحتجاج بالشئ فيها في مواجهة الغير (٨٢) .

ونعتقد أن الطول التي عرضنا لها في الفرض السابق تعتبر صالحة للتطبيق في هذا الفرض كذلك . فيتم الإحتكام إلى قانون الإفلاس لتحديد مدى جواز الاحتجاج بحق المؤجر في مواجهة دائتي المستأجر وفي مواجهة من تصرف إليه المستأجر في الشئ . ولا يجوز لهذا الأخير أن يحتج بحقه في مواجهة المؤجر إذا كان يعلم - وقت إبرام التصرف بينه وبين المستأجر - بحق المؤجر على الشئ .

وعلى العكس من ذلك فإنه يبدو أن محكمة النقض الفرنسية قد اعتدت في هذا الشأن بقانون العقد لتحديد مدى جواز الاحتجاج بحق المؤجر في مواجهة دائتي المستأجر (٨٣) . ولا شك أن الاعتداد بقانون الإرادة في هذا المجال يؤدي

(٨١) تنص المادة السابعة من معاهدة اوتاوا في هذا الشأن على أن :

"1- Les droits réels du crédit-bailleur sur le matériel sont opposables au syndic de faillite et aux créanciers du crédit-preneur, y compris aux créanciers porteurs d'un titre exécutoire définitif ou provisoire.

2- Lorsque la loi applicable soumet l'opposabilité à une personne visée au paragraphe précédent des droits réels du crédit - bailleur sur le matériel au respect de règles de publicité, ces droits ne lui seront opposables que si les conditions fixées par ces règles ont été respectées.

3- Aux fins du paragraphe précédent, la loi applicable est la loi de l'Etat qui, au moment où la personne visée au paragraphe 1 est en droit d'invoquer les règles visées au paragraphe 2, est :

a) en ce qui concerne les navires et les bateaux immatriculés, l'Etat dans lequel le navire ou le bateau est immatriculé au nom de son propriétaire.

d) en ce qui concerne tout autre matériel , l'Etat où le matériel est situé".

(٨٢) لذلك تنص بعض القوانين الحديثة على القاعدة المتعلقة بإخضاع إجراءات الإعلان لقانون الدولة المراد اتخاذ هذه الإجراءات بها. من قبيل ذلك نص المادة ٦١ من القانون الدولي الخاص التونسي الصادر بتاريخ ٢٧ نوفمبر ١٩٩٨ والتي يجري نصها على النحو التالي :

"La publicité des actes de constitution, de conservation, de transfert et d'extinction des droits réels est régie par la loi de l'Etat où sont accomplies les formalités de publicité".

(٨٣) قضت محكمة النقض الفرنسية في حكمها الصادر بتاريخ ١١ مايو ١٩٨٢ أن :

"Doit être cassé l'arrêt qui, faute de publicité , déclare inopposable à la faillite du sous - locataire français d'un matériel ayant fait l'objet d'un contrat de crédit-bail entre deux sociétés allemandes, le droit du crédit- bailleur dès lors que n'était relevée l'existence d'aucun contrat de crédit- bail entre le preneur et le sous - locataire". V.Cour de cassation, 11 mai 1982, Revue critique de droit international privé, 1983, p. 540.

إلى إهدار مصلحة الغير الذي قد يكون معذوراً في جهله بالحق المتعلق به الشيء لمصلحة الموجر . لذلك يقترح البعض أن يطبق قانون العقد في هذا المجال، على أن يستبعد هذا القانون في الحالة التي يثبت فيها على وجه اليقين أن المستأجر لم يكن يعلم ولم يكن في استطاعته العلم بحق الموجر (٨٤) .

(٨٤) أنظر رأي الأستاذ KHAIRALLAH في تعليق على حكم النقض الفرنسي بتاريخ ١١ مايو ١٩٨٢ والمنشور في المجلة الانتقادية للقانون الدولي الخاص، سنة ١٩٨٣ ، ٤٦٠ وما بعدها.

خاتمة البحث

تعرضنا فى هذا البحث للحديث عن القواعد المتعلقة بالإيجار التمويلي باعتبارها من الوسائل الحديثة نسبياً خاصة بالنسبة للدول النامية لتحقيق التقدم والازدهار الاقتصادى المنشود. ولا ريب أن دراسة وبحث هذا الموضوع تبدو أهميها من هذه الناحية . ذلك أنه بالنظر لما تعانيه اقتصاديات الدولة النامية من التدهور ، بحيث لا ترقى منتجاتها إلى المستوى المطلوب الذى وصلت له المنتجات المماثلة فى الدول الغربية، كان من الضرورى أن تعمل الدول النامية جاهدة على استقدام التكنولوجيا الحديثة للارتقاء بمستوى منتجاتها .

ولما كانت معظم المشروعات المتمركزة فى الدولة النامية ليس لديها القوة الشرائية الكبيرة لشراء ما يلزمها من الآلات والمعدات الفنية الحديثة ، فإن الإيجار التمويلي يعتبر هو الوسيلة الملائمة فى هذا المجال، لأنه لا يرهق ميزانية المشروع التجارى من ناحية كما أنه يمكنه من الحصول على التقنية الحديثة التى تعينه على التوسع بمستوى وحجم منتجاته كما وكيفا .

وقد انعكست أهمية موضوع الإيجار التمويلي على الصعيد الدولى على الجهود التى بذلت منذ سنوات عديدة بواسطة معهد القانون المقارن لتوحيد قواعد القانون الخاص UNIDROIT ، وذلك بهدف التوصل إلى إبرام معاهدة دولية يتم فيها توحيد القواعد المتعلقة بالإيجار التمويلي . وبالفعل تم التوصل إلى إبرام هذه المعاهدة فى مدينة أوتاوا بكندا سنة ١٩٨٨ . ولا ريب أن التوصل إلى إبرام هذا الاتفاق الدولى يعتبر أمراً هاماً فى حد ذاته لأنه يؤدي إلى توحيد المعاملة بين كافة الدول الأطراف فى المعاهدة .

ومع ذلك من الملاحظ أن إبرام معاهدة أوتاوا لم يؤدي إلى القضاء على مشكلة تنازع القوانين فى مجال الإيجار التمويلي . ويرجع ذلك من ناحية إلى أن المعاهدة قد تضمنت النص على قواعد مادية تتعلق أساساً بالحقوق والواجبات المتبادلة للأطراف ، ولم تحتوى - إلا ما ندر - على قواعد لتنازع القوانين تحدد القانون واجب التطبيق. ومن ناحية أخرى رأينا أن تطبيق أحكام المعاهدة يعتبر أمراً اختيارياً بالنسبة لأطراف علاقة الإيجار التمويلي . لذا بإمكان هؤلاء - ولو كانت الدول المنتمئة إليها أطرافاً فى المعاهدة - استبعاد تطبيق الأحكام المادية الموحدة. ومن ناحية ثالثة يعتبر مجال تطبيق المعاهدة على المستوى

الدولى أمرا نادرا بالنظر إلى المعيار الضيق لدولية العلاقة الذى تبنته المعاهدة وبالنظر إلى قلة عدد الدول التى قامت بالتصديق عليها حتى الآن .

وترتبيا على ما تقدم كان من الأهمية بعد أن فرغنا من الحديث عن الأحكام المادية الواردة فى معاهدة اوتواو أن نتعرض لقواعد تنازع القوانين فى هذا المجال . وقمنا بتقسيم البحث فى هذا الشأن إلى القانون واجب التطبيق على المسائل التعاقدية وذلك الذى يطبق على المسائل ذات الطابع العينى .

- ففىما يتعلق بالمسائل ذات الطابع التعاقدى رأينا أن مبدأ سلطان الإرادة يعتبر حجر الزاوية سواء فيما يتعلق بتحديد القانون واجب التطبيق على عقد البيع الذى يبرم بين البائع والمشتري المؤجر أو بالنسبة لعقد الإيجار التمويلي بالمعنى الضيق الذى يتم إبرامه بين المؤجر والمستأجر .

أما فى الحالة التى لا يعبر فيها الأطراف عن إرادتهم فى تحديد القانون واجب التطبيق، تقود تطبيق القواعد العامة لتنازع القوانين إلى تطبيق قانون المؤجر بالنسبة لعقد الإيجار التمويلي باعتبار أنه الطرف المدين بالأداء المتميز فى العقد أى بتسليم الشئ محل عقد الإيجار إلى المستأجر حتى يتمكن من الانتفاع به . وبالنسبة لعقد البيع الذى تشتمل عليه عملية الإيجار التمويلي ، رأينا أن الدول تختلف فيما بينها بالنسبة لتحديد القانون واجب التطبيق عليه: فالبعض يفضل تطبيق قانون مكان إبرام العقد ، والبعض الآخر يتجه إلى إسناد العقد إلى قانون الدول المتواجد بها مقر الإقامة الدائم للبائع . وبعض القوانين تأخذ بأحد الحلول السابقة مع وجود قاعدة مرنة تسمح للقاضى بتطبيق قانون آخر يتبين أنه يرتبط بصلة أكثر توثيقاً مع موضوع النزاع، مع ملاحظة أن هذا الحل يشكل القاعدة فى الدول الأنجلوسكسونية التى تترك للقاضى أمر تحديد القانون واجب التطبيق فى كل حالة على حدة إذا تبين له تخلف قانون الإرادة .

- وفيما يتعلق بالمسائل ذات الطابع العينى التى تتصل بنقل الملكية وشرط الاحتفاظ بها، رأينا أن هناك صراعاً فى هذا المجال يدور بين اتجاهين أساسيين :

الاتجاه الأول - يرى ضرورة تغليب مصلحة الأطراف فى العقد ، وبالتالي يعتد هذا رأى بقانون العقد لحكم المسائل المتعلقة بنقل الملكية وشرط الاحتفاظ بها سواء فى العلاقة بين أطراف العقد أو فيما يتعلق بالاحتجاج فى

مواجهة الغير .

الاتجاه الثانى - وهو الذى نفضله - يرى ضرورة أن تؤخذ مصلحة الغير فى الاعتبار بحيث ينبغى التفرقة بين مسألة صحة شرط الاحتفاظ بالملكية الوارد النص عليه فى العقد، ويخضع هذا لقانون العقد، وبين مسألة الاحتجاج فى مواجهة الغير الذى قد يكون أحد المتعاقدين قد تصرف إليه فى الشئ الوارد عليه شرط الاحتفاظ بالملكية . وقد رأينا تفصيلاً أن هناك اعتبارات أخرى تؤخذ فى الاعتبار فى هذا الشأن : منها مدى علم الغير بشرط الاحتفاظ بالملكية ، ومنها مدى كون التصرف قد تم فى حالة إفلاس المتعاقد أم فى غير هذه الحالة. وذكرنا أنه توجد عدة قوانين لكل منها سند فى التطبيق منها : قانون العقد ، قانون موقع الشئ وقانون موطن المشتري - إذا كان المشتري مفلساً - باعتباره القانون واجب التطبيق فى مجال الإفلاس .