



الحماية الخاصة بالمتعاقدين في البيع بالتقسيط

سعدى زهية: طالبة دكتوراة

كلية الحقوق - جامعة الجزائر 1

مقدمة:

البيع بالتقسيط هو ذلك البيع الذي يتفق فيه المتعاقدان على أن يدفع المشتري بعض الثمن ويسدد الباقي على أقساط تدفع في مواعيد دورية محددة، على الرغم من انتقال ملكية المبيع وتسليمه للمشتري، فهو بيع عادي ولكن أحد عناصره وهو الثمن لا يتم دفعه فوراً إنما على أقساط دورية متساوية، أو تنازلية، أو تصاعدية، عادة ما تكون شهرية أو سنوية أو نصف سنوية. فهو بيع عادي يتأجل فيه الثمن ويقسم على دفعات بغض النظر عن وقت تسليم المبيع.

لقد انتشر البيع بالتقسيط بين الناس و شاع التعامل به في جميع قطاعات المجتمع و بين مختلف فئاته، وقد شمل مجال السلع اللازمة للأسر والمنشآت، والخدمات الصحية، السياحية و حتى الدينية، فاقبل على التعامل به المنتجون والمستثمرون والمستهلكون. إن انتشار البيع بالتقسيط ورواج التعامل به يرجع إلى الأهمية العملية التي يكتسبها على الصعيدين الاجتماعي والاقتصادي، فهو من جهة يناسب أصحاب الدخل الضعيفة من صغار العمال والموظفين والأشخاص الراغبين في تأسيس مشروعات إنتاجية في ظل انتشار السلع الاستهلاكية وما اصطحبه من ارتفاع لأثمانها مقارنة بمستوى دخل الفرد، وزيادة نسبة البطالة.

ويعتبر من جهة ثانية أداة لتنشيط حركة التجارة ورفع معدلات البيع وزيادة القدرة على الإنتاج مما يسهم ولو جزئياً في القضاء على حالة الركود الاقتصادي والانكماش التجاري. وهو أداة لحماية المنافسة و طريقة فعالة للقضاء على ممارسات التاجر غير النزهة. واستناداً إلى الأهمية العملية للبيع بالتقسيط أدت مختلف التشريعات على تنظيمه في إطار نصوص منها ما هو عام في إطار عقد البيع ومنها ما هو خاص مراعاة لصفة أطراف العلاقة العقدية ولخاصية الأجل فيه سعياً منها إلى حماية الأطراف المتعاقدة في حين أورد المشرع

الجزائري حكما عاما بشأنه بموجب المادة 363 من القانون المدني التي وردت ضمن الباب المتعلق بأصناف البيوع

كما أشار المشرع الجزائري لهذا النوع من البيوع إشارة صريحة في إطار نص المادة 20/03 القانون رقم 09-03 المؤرخ في 25 فبراير 2009 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش¹. وإشارة ضمنية في إطار نص المادة 66 و68 من القانون رقم 03-11 المؤرخ في 26 أوت 2003 المعدل والمتمم بالأمر 104-04 المتعلق بالنقد والقرض²

هذه النصوص تكشف عن ازدواجية تكييف البيع بالتقسيط فهو عقد بيع مع ما له من الطابع الخاص المتعلق بتعليق نقل الملكية إلى البائع على الوفاء بكامل أقساط الثمن في إطار القانون المدني، وهو عقد قرض في إطار النصوص الخاصة.

ولعل الإشكال الذي يطرح في هذا المقام: ما هو تأثير التكييف الذي تبناه المشرع الجزائري بصدد البيع بالتقسيط على النتائج العملية له؟ وبعبارة أخرى هل خص المشرع الأطراف المتعاقدة فيه بحماية خاصة مراعاة لصفة الأجل وصفة أطراف العلاقة العقدية فيه؟ أم أنه أبقى أطرافه خاضعين للقواعد العامة في عقدي البيع والقرض بوجه عام؟

المبحث الأول: الحماية المستمدة من قواعد عقد البيع:

باعتبار البيع بالتقسيط يعد أحد صور عقد البيع الملزم لجانبين فإن أحد الأطراف بالالتزامات الواقعة على عاتقه. طبقت القواعد العامة التي تكفل حقوق المتعاقدين في العقود الملزمة لجانبين. والقواعد الخاصة مراعاة لصفة أطراف العقد في إطار العلاقة الاستهلاكية، إضافة إلى تلك القواعد الخاصة مراعاة للأجل كأهم الخصائص التي تميز البيع بالتقسيط والمنصوص عليها في نص المادة 363 من ق.م.ج.

المطلب الأول: بند الاحتفاظ بالملكية أداة ضمان للبائع:

يعتبر عقد البيع من العقود الناقلة للملكية، إذ ينقل ملكية المبيع من البائع إلى المشتري أو يرتب التزاما بنقلها، مقابل التزام الأخير بدفع الثمن المحدد في العقد نظير ذلك، وعقد البيع كأصل عام من العقود الفورية التنفيذ إذ أن تنفيذ الالتزام بدفع الثمن، والالتزام بنقل الملكية يتم فور إبرام العقد. غير أن تنفيذ هذين الالتزامين قد لا يكون فوريا، إنما يتفق إجاؤه لوقت لاحق عن إبرام العقد نظرا لما تقتضيه حاجة المعاملات، إذ اعتاد المتعاملون على الصعيدين الاقتصادي والتجاري الاتفاق على احتفاظ البائع بملكية المبيع إلى حين دفع كامل أقساط الثمن. وهذا ما نصت عليه المادة 1/363 من ق.م.ج، إذ أن البائع غالبا ما يشترط تأجيل نقل الملكية لحين الوفاء بآخر قسط من الثمن ضمانا منه لاستفاء حقه في

الثلث المؤجل، أو ما تبقى من الأقساط. فصار بذلك شرط الاحتفاظ بالملكية من أهم الضمانات الاتفاقية التي تقف في صف البائع سعياً منه لاستيفاء ثمن المبيع. وإرتبط الشرط إرتباطاً وثيقاً بتأجيل الوفاء بالثمن، وصار بذلك الشرط من أهم الضمانات غير المسماة في التشريع الجزائري إلى جانب الضمانات الاتفاقية والقانونية المعروفة التي عجزت عن تحقيق الضمان الكافي لتعقيد إجراءاتها وارتفاع تكلفتها وعدم مواكبتها للتطورات الاقتصادية. ولعل السؤال الذي يطرح في هذا المقام، ما مضمون بند الاحتفاظ بالملكية، وما هي أهم نتائج العملية؟

نجيب عن هذه التساؤلات ضمن فكرتين: نتناول في الأولى حقيقة شرط الاحتفاظ بالملكية كأحد البنود الاتفاقية في البيع بالتقسيط بالإشارة إلى موقف المشرع الوطني من الطبيعة القانونية لهذا الشرط، ومن ثم البحث في النتائج العملية للشرط، ومدى تأثيره على القواعد العامة في نقل الملكية، وتحمل تبعه هلاك المبيع.

الفرع الأول : مضمون بند الاحتفاظ بالملكية :

يعتبر شرط - بند - الاحتفاظ بالملكية من أهم الشروط الاتفاقية التي أفرزها مبدأ الحرية التعاقدية، الذي يعطي للمتعاقدين حرية إدراج الشروط التي يرونها مناسبة في العقود التي يبرمونها. الأمر الذي يستدعي تعريف الشرط بالتركيز على طبيعته القانونية في ظل التشريع الجزائري، ومن ثم تحديد نطاق إعمال الشرط في حيث موضوعه.

أولاً : تعريف بند الاحتفاظ بالملكية :

يعتبر عقد البيع من العقود الناقلة للملكية، ويتوقف نقل الملكية فيه من البائع إلى المشتري على طبيعة الشيء المبيع، إذ تنتقل ملكية المنقول المعين بذاته فور إبرام العقد ودون حاجة إلى أي إجراء آخر، ولو تم تسليم المبيع³. في حين لا تنتقل ملكية المنقول المعين بالنوع بمجرد التعاقد إنما يتوقف ذلك على فرز المبيع. فيما تنتقل ملكية العقار بإجراء الشهر لدى مصلحة السجل العقاري⁴. مؤدى ذلك أن نقل الملكية قد يتم أحياناً بمجرد العقد، ويتوقف أحياناً أخرى على القيام بأعمال تمهيدية لازمة لهذا الانتقال، ونظراً لكون القواعد السالفة الذكر، والمتعلقة بنقل الملكية لا تعد من النظام العام، جاز الاتفاق على مخالفتها بإرجاء نقل الملكية إلى أجل معين غالباً ما يكون وقت الوفاء بكامل الثمن⁵، وهذا ما نصت عليه المادة 363 من ق.م.ج⁶ السالفة الذكر في فقرتها الأولى، التي أعطت للمتعاقدين حرية الاتفاق على تأجيل نقل الملكية لحين الوفاء بآخر قسط من الثمن في البيع بالتقسيط، فصار الالتزام بنقل الملكية فيه ذو طابع خاص وإستثنائي.

فلم يعد بذلك البيع بالتقسيط مع شرط الاحتفاظ بالملكية يثير الجدل الكبير بشأن طبيعته القانونية إذ خلص التشريع والقضاء إلى أنه بيع بات ومنجز. كل ما في الأمر أن نقل الملكية وهو أحد الالتزامات الجوهرية فيه تم الاتفاق على تأجيله لحين الوفاء بكامل أقساط الثمن. مفاد ذلك أن الشرط - البند - المقصود يلحق نقل الملكية ولا يمتد إلى تكوين العقد، نظرا لاختلاف النتائج العلمية لكلا الفرضيتين، فعقد البيع المعلق على شرط واقف لا ينعقد ولا يرتب آثاره المعروفة بما فيها نقل الملكية، ودفع الثمن قبل تحقق الشرط، إذ يؤدي عدم تحقق الشرط إلى استرداد البائع للمبيع دون حاجة إلى حكم أو اعدار، وعلى العكس من ذلك فإن البيع الذي ينعقد و يرتب آثاره عدا نقل الملكية فالبائع الذي لم يستوف حقه من الثمن فيه لا يمكنه استرداد المبيع، إلا برفع دعوى الفسخ أو إعمال الشرط الفاسخ الصريح لتسوية أقساط الثمن المدفوعة، أو يحتفظ بها البائع على سبيل التعويض، إذا ما وجد في العقد ما يدل على الاتفاق على الاحتفاظ بها كشرط جزائي في حالة فسخ العقد مع إمكانية مراجعتها من قبل القاضي⁷.

وبالرجوع إلى التشريع الجزائري نجده قد تبنى صراحة نظرية الشرط الواقف لنقل الملكية بموجب المادة 1/363 من ق.م.ج التي تقضي: "إذا كان ثمن المبيع مؤجلا جاز للبائع أن يشترط أن يكون نقل الملكية إلى المشتري موقوفا على دفع الثمن كله ولم تم تسليم الشيء المبيع".

وللإشارة فقد وردت عدة تعاريف بشأن بند الاحتفاظ بالملكية ولعل أهمها ذلك الذي يعتبره: "الشرط الذي اعتاد المتعاملون بالتقسيط على إدراجه في عقد البيع يحتفظ بمقتضاه البائع بملكية المبيع لحين الوفاء بكامل الثمن"⁸. وأنه ذلك الشرط الذي يشترط فيه البائع احتفاظه بملكية المبيع بالرغم من تسليمه للمشتري حتى سداد آخر قسط من الثمن، وهو شرط صحيح بموجب نص المادة 1/363 من ق.م.ج.

فهو عبارة عن شرط أو بند إتفاقي يتضمن إحتفاظ البائع بملكية المبيع إلى حين وفاء المشتري بكامل أقساط الثمن ولو تسلمه⁹ هذا الأخير.

ويقوم الشرط بناء على اتفاق بين البائع والمشتري، والذي يتم كأصل عام وقت انعقاد العقد، في ظل الأنظمة التي تقر بانتقال ملكية المنقول المعين بالذات بمجرد العقد، كما هو الحال في ظل التشريع الجزائري، ولا أثر لهذا الشرط بعد إبرام العقد الذي يفترض انتقال ملكية المبيع من البائع إلى المشتري. أما فيما يرجع إلى الأنظمة التي تربط نقل ملكية المنقول بالتسليم فلا بد للاتفاق فيها أن يتم في المرحلة ما بين انعقاد العقد وتسليم المبيع، على أن لا يكون ذلك وقت تمام التسليم الذي يفترض انتقال الملكية.

ونظرا لعموم نص المادة 363 من ق.م.ج، وفي ظل غياب إجهادات قضائية بشأن طبيعة العلم بهذا الشرط في البيع بالتقسيط، وفي ظل إختلاف القوانين المقارنة التي يعترف بعضها بصحة الشرط ولو كان علم المشتري به مفترضا وقت إبرام العقد، وبين تلك التي تفترض العلم الفعلي به للقول بصحته. فإنه يمكن القول أن الشرط في ظل القانون الجزائي قد يكون صريحا، كما قد يكون ضمنيا بأن يرد ضمن الأحكام العامة للعقد. وهذا استنادا إلى القواعد العامة المتعلقة بطرق التعبير عن الإرادة¹⁰.

أما فيما يتعلق بقبول المشتري بالشرط، فإن الإشكال لا يثور بصدد القبول الصريح له، والذي لا يدع مجالا للشك في إرادة صاحبه، إنما يطرح الإشكال بصدد علم المشتري بالشرط وسكوته دون اعتراض أو قبول من جانبه، ومدى اعتبار موقفه تعبيراً عن القبول في هذا الصدد. إذ بالرجوع لنص المادة 68 من ق.م.ج فإن سكوت المشتري لا يمكن أن يفسر على أنه قبول ضمني إلا في حالتين :

تتمثل الأولى: فيما لو كانت طبيعة المعاملة، أو العرف التجاري، أو غير ذلك من الظروف التي تدل على أن البائع ما كان لينتظر تصريحاً بالقبول.

وتتمثل الثانية: في حالة وجود علاقات أو تعامل سابق بين البائع والمشتري غير أن ذلك لا يفسر بالضرورة سكوت المشتري على أنه قبول من جانبه.

ثانياً: المجال الغالب لإعمال بند الاحتفاظ بالملكية :

لقد جاء نص المادة 363 من ق.م.ج عاماً ولم يحدد مجالا خاصا لإعمال شرط الاحتفاظ بالملكية، غير أن المجال الغالب لإعماله هو بيع المنقولات المادية بالتقسيط، وبالضبط المنقولات المادية المعينة بالذات، ذلك أن ملكيتها تنتقل إلى المشتري بمجرد العقد ولو لم يتم دفع الثمن، حيث يؤجل بموجب الشرط نقل الملكية إلى حين الوفاء بكامل أقساط الثمن .

في حين يغني عن بند الاحتفاظ بالملكية إتفاق المتبايعين على إرجاء الشهر لحين سداد كامل الثمن¹¹ في بيع العقارات، ذلك أن الشهر لدى مصلحة الشهر العقاري إجراء لا غنى عنه لنقل ملكية العقار، وإن كان هذا الاتفاق يقوي من مركز البائع الذي يملك حق التمسك بالامتناع عن تنفيذ التزامه بنقل الملكية لعدم قيام المشتري بدفع كامل أقساط الثمن مع مراعاة مبدأ حسن النية، وأن تكون الأقساط التي لم يدفعها المشتري قليلة الأهمية بالنسبة لكامل ثمن العقار المبيع، وعليه فإن عدم وجود اتفاق صريح على ربط القيام بإجراء الشهر لدى المحافظة العقارية بالإنهاء من دفع الثمن كله، أو الإتفاق على شرط الاحتفاظ

بالملكية فإن البائع لا يمكنه الامتناع عن إتمام إجراءات الشهر إذا كان الجزء المتبقي من الثمن قليل الأهمية بالنسبة للأقساط المدفوعة منه.

كما أن اللجوء لبند الاحتفاظ بالملكية في بيع المنقولات المعينة بالنوع أمر يصعب تصوره، نظرا لما يميز هذه المنقولات من شرط الفرز كإجراء لا غنى عنه لنقل الملكية. هذا ما من شأنه تحقيق ذات الغرض المتوخى من شرط الاحتفاظ بالملكية وهو ضمان حصول البائع على كامل الثمن قبل نقل الملكية إلى المشتري.

ضف إلى ذلك أن شرط الاحتفاظ بالملكية لا يتوافق و طبيعة هذا النوع من المنقولات، نظرا لتماثل وحداتها وإمكانية الحصول عليها في الأسواق، والتي غالبا ما تكون معدة للاستهلاك، مما يجعل من بند الاحتفاظ بالملكية يتعارض والغرض الذي يتوخاه المشتري غالبا من انتقائه لها .

كما أنه من الممكن تصور التعامل بالبيع بالتقسيط مع شرط الاحتفاظ بملكية الشيء المبيع إذا كان هذا الأخير حقا من الحقوق الفكرية - الذهنية - كمن يبيع حقه في العلامة الصناعية مع احتفاظه بملكيته ضمانا منه لاستيفاء حقه في الثمن .

وإن كان المنقول المعنوي هو الآخر يشترط إجراءات معينة لنقل ملكيته¹² فإن تأخير إتمام هذه الإجراءات يعد آلية كافية لتحقيق استيفاء البائع لحقوقه قبل المشتري، مما يغنيه عن اللجوء لبند الاحتفاظ بالملكية لوجود آلية أخرى من شأنها تحقيق ذات الهدف. وعليه يمكن القول أن المجال الخصب لإعمال شرط الاحتفاظ بالملكية هو المنقولات المادية المعينة بالذات نظرا لما يميز نقل الملكية فيها من الصفة الفورية.

الفرع الثاني: النتائج العملية لبند الاحتفاظ بالملكية :

خلال الفترة الممتدة بين انعقاد البيع بالتقسيط مع الشرط الاحتفاظ بالملكية وإلى حين الوفاء بكامل أقساط الثمن قد يتوقف المشتري التاجر عن الوفاء بديونه التجارية مما يجعله عرضة لإجراء جماعي يؤدي بالضرورة إلى حلول أجل ديونه والتفويض بذلك على ما بين يديه من أموال للوفاء بتلك الديون، كما أن المشتري قد يتصرف في المبيع (المنقول) الذي يتسلمه من البائع¹³ إلى الغير حسن النية. هذا الأخير قد يتمسك بقاعدة "الحيازة في المنقول بحسن نية سند الملكية". فما مدى فعالية شرط الاحتفاظ بالملكية بالنسبة للبائع في مواجهة دائني المشتري عند الإفلاس، وفي مواجهة من انتقلت إليه ملكية المبيع والذي يستند على قاعدة الوضع الظاهر؟.

أولاً: نفاذ الشرط في مواجهة دائني المشتري المفلس:

إن الدور التأميني للبائع من شرط الاحتفاظ بالملكية يظهر من خلال إمكانية البائع استرداد المبيع إذا ما تخلف المشتري عن الوفاء بالثمن، في حالة بقاء المبيع على حالته العينية بين يدي المشتري المتقاعس عن الوفاء، لأن تصرفه في هذه الحالة يعد تصرفاً في ملك الغير، مما يخول البائع الحق في استرداده من المتصرف إليه إلا إذا ورد البيع على منقول وحازه الغير بحسن نية. كما أن البائع بصفته مالك المبيع فإن له الحق أيضاً في ممارسة دعوى الاسترداد إذا قام دائنو المشتري بالحجز على أمواله وكان من بينها المبيع المحتفظ بملكيته.

غير أن المشتري قد يتوقف عن الوفاء بثمن المبيع بسبب إفلاسه، حيث تتعارض مصلحة البائع في استرداد المبيع الذي لم يستوف كامل ثمنه ومصلحة دائني المشتري اعتباراً منهم المبيع أحد عناصر الذمة المالية للمشتري للتنفيذ عليه. فهل يستفيد البائع من حقه في الاسترداد، أم أنه يفقده لصالح دائني المشتري الذين عولوا على المبيع للتنفيذ عليه استناداً إلى قاعدة "الوضع الظاهر"؟

تنص المادة 307 من القانون التجاري الجزائري على أنه: "لا يجوز ممارسة حق الامتياز، ودعوى الفسخ وحق الاسترداد القائم لصالح بائع الأموال المنقولة ضد جماعة الدائنين إلا في حدود الأحكام التالية". وتقتضي المادة 308 بأنه: "يجوز استرداد البضائع التي فسخ بيعها قبل الحكم بالتسوية القضائية أو بالإفلاس سواء كان هذا الحكم قضائي أو من جراء شرط فسخ اتفاقي وذلك مادامت هذه البضائع قائمة عينا كلها أو بعضها".

لقد حصر المشرع ممارسة البائع لدعوى الاسترداد بشرط أن تتم الدعوى قبل حكم شهر الإفلاس في إطار بيع عادي أجل فيه الوفاء بالثمن، في حين لم تشر إلى استرداد المبيع المحتفظ بملكيته في البيع بالتقسيط. و عليه عدم الاحتجاج بالشرط في مواجهة جماعة الدائنين إلا في إطار الحدود المشار إليها سابقاً، وعليه لا يكون للبائع إلا أن يزاحم باقي دائني المشتري المفلس فيما تبقى له من الأقساط¹⁴.

إلا أن هذا الشرط - شرط الاحتفاظ بالملكية - يقوي من مركز البائع وتظهر فعاليته بوضوح ضمن النصوص القانونية المنظمة لعقد الاعتماد الإيجاري¹⁵، الذي نظمته المشرع الجزائري بموجب الأمر 96-09 المتعلق بالاعتماد الإيجاري المؤرخ في 1 يناير 1996.¹⁶

إذ أن نص المادة 22 منه يعطي للمؤجر في عقد الاعتماد الإيجاري الذي كيفه البعض على أنه بيع بالتقسيط مع شرط الاحتفاظ بالملكية ضماناً فعالاً وأكيداً، يتمثل في

إمكانية استرداده للعين المؤجرة من دائني المستأجر بقوة القانون بغض النظر عن تعويل الدائنين على المبيع بحسن نية، واعتبارهم له كأحد عناصر الضمان العام لمدينهم.

أما العودة إلى بعض التشريعات الأجنبية كالتشريع الألماني، والفرنسي¹⁷ وحتى المغربي¹⁸ فإن البائع بالتقسيط المحتفظ بملكية المبيع فيها يتمتع بمركز قوي ومتميز، ومن مظاهر هذه القوة سريان الشرط قبل جماعة الدائنين. إذ إضافة إلى حق البائع في معارضة الحجز الذي يوقعه دائنو المشتري على المبيع المحتفظ بملكيته المسلم له، يكون له أيضا حق سحبه من تفليسة المشتري. والخروج بذلك من وطأة قواعد الإفلاس الصارمة وكسر قاعدة الوضع الظاهر وقاعدة المساواة بين الدائنين. شريطة الاتفاق على شرط الاحتفاظ بالملكية كتابة وقبل تسليم المبيع، وفي أن ترفع دعوى الاسترداد خلال الميعاد القانوني، مع شرط احتفاظ المبيع بطبيعته.

ثانياً: مدى نفاذ الشرط في مواجهة المتصرف إليه بالمبيع :

إن البيع بالتقسيط مع شرط الاحتفاظ بالملكية يخول البائع التصرف في المبيع قبل تحقق الشرط. -الوفاء بكامل الأقساط-. ذلك أنه يجمع بين يديه خلال هذه الفترة جميع مكنات حق الملكية ، غير أنه قد يسلم المبيع للمشتري الذي قد يتصرف به للغير، فإن كان محل البيع عقارا كان للبائع التمسك بملكيته استنادا إلى إجراءات الشهر، غير أن محله قد يكون منقولا تصرف فيه المشتري إلى غيره قبل الوفاء بثمنه بالكامل وحازه هذا الأخير دون علم منه بتعلق حق البائع به، الأمر الذي يخوله التمسك بملكيته استنادا لقاعدة "الحيازة في المنقول بحسن نية سند الملكية". فتتضارب في هذه الحالة مصلحة البائع في استرداد المبيع لعدم استفاء كامل ثمنه، ومصلحة المتصرف إليه المستند على قاعدة "الحيازة في المنقول بحسن نية سند الملكية". فالإي مدى يمكن للمتصرف إليه الثاني التمسك بقاعدة الحيازة ؟ وما مدى تأثير ذلك على حق البائع في استرداد المبيع المحتفظ بملكيته في البيع بالتقسيط ؟ إن المشتري وكمبدأ عام لا يمكنه التصرف في الشيء محل البيع دون الوفاء بكامل الأقساط وإلا عد متصرفا في ملك الغير¹⁹. ولا يكون بذلك تصرفه نافذا في مواجهة البائع إلا إذا أقره²⁰.

غير أن الإشكال يطرح في حالة تصرف المشتري في المنقول للغير الذي يتمسك بملكيته استنادا لقاعدة "الحيازة في المنقول بحسن نية سند الملكية"، دون إمكانية البائع المطالبة باسترداده حتى ولو تم فسخ عقد البيع، فيكون بذلك للمتصرف إليه حسن النية التمسك بملكية المبيع، وما يبقى للبائع في هذه الحالة إلا إثبات سوء نية المتصرف إليه بالمبيع

لاسترداده، فإن تمكن من ذلك استرد المبيع المحتفظ بملكيته دون حق للمشتري الثاني المطالبة بثمان المبيع من البائع الأصلي²¹. وهو نفس الاتجاه الذي سار عليه التشريع الفرنسي إذ أقر بإمكانية المتصرف إليه الاحتجاج بقاعدة "الحيازة في المنقول بحسن نية سند الملكية" وأعطى للبائع الحق في استيفاء ثمن المبيع، أو ما تبقى منه من المتصرف إليه الثاني. إذا لم يكن قد دفعه بعد للمشتري الأول. أما في حالة وفائه به جاز للبائع اقتضاؤه من المشتري الأول بالقدر الذي يدين له به باعتباره المالك الأصلي للمبيع المتصرف فيه.

إن تطبيق القواعد العامة لبيع ملك الغير في هذه الحالة ينقص من الضمان الذي يبتغيه البائع في استرداده للشيء المبيع إذا لم يسوف جميع ثمنه، مما يستدعي الاعتراف بنفاذ الشرط في مواجهة المتصرف إليه، شريطة تمكن البائع من إثبات الشرط كتابة بتاريخ ثابت و سابق عن ثبوت حق المتصرف.

كما قد يثور الجدل حول مدى إمكانية المشتري ترتيب حق عيني على الشيء محل البيع بالتقسيط المحتفظ بملكيته ومدى إمكانية الاحتجاج بهذا الحق في مواجهة البائع. إن ترتيب أي حق عيني لا يكون نافذا إلا إذا ثبتت ملكية الشيء محل الحق للراهن. الأمر الذي لا يتحقق للمشتري إلا بالوفاء بكامل أقساط الثمن، وعليه فترتيب المشتري لمثل هذا الحق لا يكون نافذا في مواجهة البائع مما يخوله استرداد المبيع في حالة عدم الوفاء بكامل الثمن. شريطة عدم تحقق شروط قاعدة الحيازة في المنقول وإلا تملكه المشتري استنادا إليها و كان له بذلك ترتيب حق عيني عليه.

إن مجمل هذه القواعد تضعف من فعالية الضمان الذي يقدمه الشرط لبائع المنقول في البيع بالتقسيط الأمر الذي يستدعي تدخل المشرع الوطني لتنظيم مثل هذا الشرط بالوجه الذي يتحقق معه تأمين حق البائع في استرداد المبيع في حالة تصرف المشتري فيه للغير الذي يستند في ملكيته إلى قاعدة الحيازة في المنقول بحسن نية سند الملكية. و للمشرع في ذلك أن يعمل على تفعيل الدور التأميني للشرط من خلال فرض إثباته بالكتابة في تاريخ ثابت سابق عن ثبوت حق الغير لاحتجاج البائع به في مواجهته والتمكن من استرداده في حالة عدم استيفائه لكامل أقساط الثمن.

المطلب الثاني: الحماية الخاصة بالمشتري:

يتمتع المشتري هو الآخر بالمقابل استنادا إلى القواعد العامة في عقد البيع بالحق في الفسخ في حال إخلال البائع بالتزاماته العقدية. وبالحق في نظرة المسيرة²² عند توقفه عن الدفع بحلول أجل الوفاء إذا ما توافرت شروطها، كما يخوله القانون حق حبس الثمن أو ما

تبقى من الأقساط إذا ما ظهر في المبيع عيب²³، كما يخوله المطالبة بضمان العيب واستحقاق المبيع، ويتمتع المشتري في البيع بالتقسيط في إطار العلاقة الاستهلاكية مراعاة لصفة (مستهلك) من القواعد الحمائية الخاصة من خلال الالتزام بالإعلام²⁴ بالمبيع وشروط البيع بما فيها ثمن المبيع وشرط الاحتفاظ بالملكية، ومن الالتزام بالإشهار²⁵.

غير أن السؤال الذي يطرح في هذا المقام: هل خص المشرع الجزائي المشتري في البيع بالتقسيط بحماية خاصة مراعاة للأجل المميز له، أم أنه أبقاه خاضعا فقط لما هو مقرر من حماية في إطار عقد البيع بوجه عام؟

الفرع الأول: حماية المشتري في إطار الشرط الجزائي:

يلجأ المتعاقدين في البيع بالتقسيط في أغلب الأحيان إضافة إلى شرط الاحتفاظ بالملكية إلى وسيلة تأمينية أخرى لضمان تنفيذ المدين لالتزاماته، إذ أعطى المشرع للطرفين إمكانية الاتفاق على مبلغ من المال يتمثل في جزء من أقساط الثمن يلتزم المدين بدفعه للدائن إذا ما أخل بالتزامه بدفع الأقساط المتبقية من الثمن في صورة شرط جزائي، الشرط الذي تضمنته المادة 2/363 من ق.م.ج السالفة الذكر. فإذا كان للشرط الجزائي الدور التأميني الفعال للبائع في الحصول على تعويض في حال إخلال المشتري بالتزامه بالوفاء بما تبقى من أقساط، فما مدى حماية الطرف الآخر - المشتري - في ظل هذا الشرط؟

أولا: مضمون شرط الاحتفاظ بالأقساط:

يتم هذا الشرط استنادا على اتفاق متضمن في عقد البيع ذاته أو في اتفاق لاحق نتيجة ظروف طارئة من شأنها أن تمس بضمان البائع في استيفاء أقساط الثمن المتبقية، شريطة أن يتم الاتفاق اللاحق قبل وقوع الإخلال بالالتزام الذي يقدر الشرط الجزائي التعويض بشأنه. إن شرط الاحتفاظ بالأقساط هو تقدير جزائي للتعويض. ذلك أن الاتفاق عليه بين أطراف العقد يكون قبل تحقق واقعة الإخلال بالالتزام، أي قبل وقوع الضرر بالفعل. مفاد ذلك أن البائع بإمكانه أن يشترط مبالغ مفرطة كتقدير للتعويض في حالة الفسخ بسبب عدم استيفاء جميع الأقساط، التعويض الذي يتمثل في احتفاظه بعدد كبير من الإقساط تفوق قيمتها الضرر الواقع بالفعل في حال غياب نص صريح يحدد نسبة أو قدر الأقساط التي من الممكن للبائع الاحتفاظ بها كشرط جزائي²⁶ في حالة استحالة التنفيذ.

مفاد ذلك أن المادة 2/363 من ق.م.ج، وكذا المادة 183 منه تضع بين يدي المتعاقد القوي (البائع) وسيلة تسمح له باستغلال قوته الاقتصادية من أجل اشتراط مبالغ مفرطة. كجزاء²⁷ لعدم تنفيذ المتعاقد الآخر لالتزاماته. وبذلك فإن التعويض الناتج عن شرط

الاحتفاظ بالأقساط يستحق و لو لم يتناسب مع حجم الضرر الذي ترتب للبائع. بل حتى و لو لم يلحقه ضرر²⁸ فالتسليم بمبدأ سلطان الارادة والتزام الاطراف بالقوة الملزمة للعقد تجعل ليس من تحقق الضرر سببا لاستحقاق التعويض الناتج عن الشرط إنما عدم تنفيذ الالتزام بدفع كامل الأقساط.

إذ استنادا إلى القواعد العامة فان شروط استحقاق الشرط الجزائي هي نفس شروط استحقاق التعويض ، وهي الخطأ والضرر والعلاقة السببية بينهما إضافة إلى إجراء الاعذار²⁹ غير أن المادة 2/363 أحالت لنص المادة 2/184 من ق.م.ج دون الفقرة الأولى ، مما يفهم من خلاله استبعادها صراحة لوجوب وقوع الضرر لاستحقاق التعويض الناتج عن شرط الاحتفاظ بالأقساط . ولما كان شرط الاحتفاظ بالأقساط يؤدي إلى افتراض وقوع الضرر. فان المشرع قد أعفى الطرفين من إثباته طالما تحقق الإخلال بالالتزام بالوفاء بما تبقى من أقساط.

ثانيا : سلطة القاضي في تخفيض التعويض الناتج عن شرط الاحتفاظ بالأقساط :

إن الطابع الجزائي لشرط الاحتفاظ بالأقساط يسمح للبائع باستغلال قوته الاقتصادية واشترط مبالغ مفرطة متمثلة في عدد كبير من أقساط الثمن كتعويض في حالة فسخ العقد بسبب عدم استيفاء جميع الأقساط. وإن الصفة الجزافية للتعويض الناتج عن شرط الاحتفاظ بالأقساط هي التي تعطي للقاضي سلطة الإنقاص من تقديره استنادا إلى النص المادة 2/363 من ق.م.ج التي تقضي : " ومع ذلك يجوز للقاضي تبعا للظروف أن يخفض التعويض المتفق عليه وفقا للفقرة الثانية من المادة 184 " .

يلاحظ على نص المادة أنها تحيل للمادة 2/184 من ق.م.ج والتي تتعلق بسلطة القاضي في تخفيض الشرط الجزائي ، مفاد ذلك أن النص استبعد صراحة سلطة القاضي في إلغاء التعويض في حالة عدم إلحاق الإخلال بالالتزام ضررا بالدائن. فسلطة القاضي في إطار شرط الاحتفاظ بالأقساط تقتصر على التخفيض في التعويض دون الغائه كلية أو الزيادة فيه إذا ما جاوز الضرر قيمة التعويض المتفق عليه ، وثبت أن المدين قد ارتكب غشا أو خطأ جسيما³⁰ كل ذلك حماية منه للمشتري في البيع بالتقسيط.

وقد منح المشرع الجزائري للقاضي سلطة تخفيض الشرط الجزائي استنادا إلى نص المادة 2/184 من ق.م.ج في حالتين :

تتمثل الأولى : فيما إذا نفذ المدين الالتزام الأصلي في جزء منه.

وتتمثل الحالة الثانية : فيما إذا أثبت المدين أن التعويض الاتفاقي كان مفرطا.

وللإشارة فإن المشرع الجزائري لم يحدد قدر أو نسبة المغالاة التي تجيز للقاضي تخفيض الشرط الجزائي. وإنما أورد معيارا عاما تاركا تقديرها للقاضي الموضوع، ويذهب القضاء الفرنسي إلى أن تقدير المغالاة يتم استنادا إلى وقت إصدار الحكم لا وقت استحقاق الشرط.³¹ وللإشارة فإنه قد يحدث طابع المغالاة في شرط الاحتفاظ بالأقساط إذا كان البائع قد استوفى معظم الأقساط، واسترد المبيع في حالة جيدة دون نقص جسيم في قيمته.

وفي كلتا الحالتين السابقتين يكون للقاضي تخفيض التعويض إلى حد يجعله غير مبالغ فيه، دون أن يصبح متناسبا مع حجم الضرر، إذ يرى البعض أن تخفيضه إلى حدود الضرر يعني إلغاء الشرط الجزائي وإحلال التعويض محله³². غير أن محكمة النقض الفرنسية لم تسر خلف هذا الاتجاه إنما أعطت لقضاة الموضوع حرية تحديد مبلغ التعويض في الشرط الجزائي إذا كان مبالغا فيه دون أن يجوز لهم منح مبلغ أقل من مقدار الضرر. بل ذهبوا أكثر من ذلك إلى حرمان الدائن من كل تعويض إذا لم يصبه ضرر.

الحالة الأخيرة التي تتم بناء على التمسك بنص المادة 1-132 من قانون الاستهلاك الفرنسي التي يسمح تطبيقها باعتبار الشرط الجزائي تعسفيا³³، وبالتالي اعتباره وكأنه غير مكتوب -باطل- وهو ما يؤدي إلى توفير حماية أفضل للمستهلك، وهو الأمر الذي يمكن جمعيات حماية المستهلكين من رفع دعاوى إزالة مثل هذا النوع من الشروط من نماذج عقود البيع بالتقسيط كما أنها تعطي للقاضي ممارسة سلطته في المراجعة من تلقاء نفسه. لذلك كان على المشرع الجزائري أن يفعل حماية المشتري في البيع بالتقسيط على الوجه الذي بيناه في التشريع الفرنسي.

فإذا كانت سلطة القاضي في تخفيض التعويض المترتب عن شرط الاحتفاظ بالأقساط تنقص من فاعلية الشرط لصالح المشتري ولو نسبيا، فهل من أداة أخرى تكفل حماية إضافية له؟

الفرع الثاني: حماية المشتري من التعسف في استعمال الشرط الفاسخ:

قد يتفق المتعاقدان في البيع بالتقسيط على فسخ العقد في حال إخلال المشتري بالوفاء بكامل أقساط الثمن استنادا إلى نص المادة 2/363 من ق.م.ج التي تنص: "... في حالة ما إذا وقع فسخ البيع بسبب عدم استفاء جميع الأقساط ..." فإذا كان المشرع يعطي للأطراف حرية الاتفاق على اعتبار البيع مفسوخا متى تخلف المشتري عن الوفاء بالتزامه. فما مدى حماية هذا الأخير في ظل هذا الاتفاق؟

وبالرجوع لنص المادة 2/363 من ق.م.ج نجدها تعطي للطرفين إمكانية الاتفاق على أن يكون العقد مفسوخا من تلقاء نفسه متى أخل المشتري بالتزامه بالوفاء بكامل أقساط الثمن، مما يستدعي إعادة المتعاقدين إلى الحالة التي كانا عليها وقت التعاقد إذ يسترد البائع المبيع و يسترد المشتري ما دفعه من أقساط إن لم يكن قد تم الاتفاق على الاحتفاظ بها كشرط جزائي في حالة فسخ العقد. فإن كان للشرط الفاسخ دور من الناحية النظرية في حماية البائع فما نصيب المشتري منها في إطار ذات الشرط؟.

هناك من رفض فكرة الشرط الفاسخ و نادى بعدم إعماله في إطار عقود الاستهلاك حماية للمستهلك استنادا على اعتبار حق الفسخ إذا أخل المشتري بالتزامه شرطا تعسفيا³⁴ إن لم يوجد للمشتري نفس الحق و هو حق الفسخ التلقائي متى أخل المهني بالتزاماته العقدية في ظل عقود الإذعان، ذلك أن إعطاء حق الفسخ للبائع في حال إخلال المشتري بالتزامه دون تقرير نفس الحق لهذا الأخير يؤدي إلى الإخلال الظاهر بالتوازن العقدي، الإخلال الذي ينظر إليه في إطار كلي للعقد وللشروط المختلفة التي يتضمنها، وهذا ما تسمح بملاحظته قراءة المادة 05/02 من قانون 10-06 المتعلق بالقواعد المطبقة على الممارسات التجارية السالف ذكره . وهو نفس الحكم التي تبناه المرسوم التنفيذي 06-306 المؤرخ في 10 سبتمبر 2006³⁵ الذي يحدد العناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية. إذ اعتبرت المادة 6/5 منه بندا تعسفيا الاحتفاظ بالمبالغ المدفوعة من طرف المستهلك في حالة ما إذا امتنع هذا الأخير عن تنفيذ العقد أو قام بفسخه دون إعطائه الحق في التعويض في حالة ما إذا تخلى العون الاقتصادي هو نفسه عن تنفيذ العقد أو قام بفسخه "مفاد ذلك أن للمستهلك أن يستفيد من الحماية المقررة في إطار البنود التعسفية متى أدى إدراج شرط فاسخ في العقد يؤدي إلى الإخلال الظاهر بتوازنه.

إستنادا إلى ما سبق يتضح أن المشرع الجزائري لم يخول حماية خاصة للأطراف المتعاقدة في البيع بالتقسيط مراعاة للأجل العنصر المميز له. إنما أبقاهما خاضعين فقط لما هو مقرر في عقد البيع بوجه عام.

المبحث الثاني: الحماية المستمدة من قواعد عقد القرض.

في ظل إنتشار البيع بالتقسيط وزيادة حاجة الأفراد إليه لجاء المشرع الجزائري على غرار التشريعات المقارنة إلى تنظيم البيع بالتقسيط معتبرا إياه عقد قرض في إطار نصوص قانون حماية المستهلك، ونصوص قانون النقد والقرض مخالفا في ذلك أغلب التشريعات التي اعتبرته عقد إئتمان.

المطلب الثاني: التشريع الجزائري أساس اعتبار البيع بالتقسيط قرضا:

إن لجوء الأفراد في الوقت الحالي لعمليات الائتمان بشكل مستمر ومتزايد لسد حاجاتهم المختلفة دفع المشرعين في مختلف أرجاء المعمورة إلى إيجاد قواعد قانونية تحت مسمى الائتمان، أوردتها في قوانين خاصة سعيها منها إلى تحقيق فكرة التوازن العقدي في ظل عقود الائتمان. غير أن ما يلاحظ على مختلف هذه التشريعات اختلافها في تكييف الطبيعة القانونية للبيع بالتقسيط كأهم آليات إنشائه. فما موقف المشرع الجزائري من هذا التكييف؟ وما مدى انسجامه مع صحيح القانون.

الفرع الأول: البيع بالتقسيط وقانون النقد والقرض:

نجد المشرع الجزائري قد وظف مصطلح القرض للدلالة على الائتمان ضمن الأمر 03-11 المؤرخ في 26 أوت 2003 المعدل والمتمم بالأمر 104-04 المتعلق بالنقد والقرض³⁶. فالمشرع عرف العمليات المصرفية بموجب المادة 66 منه على أنها: "تلك التي تتضمن تلقي الأموال من الجمهور وعمليات القرض وكذا وضع وسائل الدفع تحت تصرف الزبائن..." وبناء على نص هذه المادة واستنادا إلى المادة 68 من نفس القانون التي تقضي "يشكل عملية قرض كل عمل لقاء عوض يضع بموجبه شخص أو يعد بوضع أموال تحت تصرف شخص آخر أو يأخذ بموجبه لصالح الشخص الآخر إلزاما بالتوقيع كالضمان الاحتياطي أو الكفالة أو الضمان".

وتعتبر بمثابة عمليات قرض عمليات الايجار المقرونة بحق خيار الشراء لا سيما عمليات القرض الايجاري، و تمارس صلاحيات المجلس إزاء هذه العمليات...". ما يلاحظ على نص هذه المادة أن المشرع قد وظف من خلالها مصطلح القرض للدلالة على الائتمان، كما أن المادة عددت صور القرض على سبيل المثال باستعمال مصطلح لاسيما « notamment » دون الإشارة صراحة إلى البيع المؤجل أو البيع بالتقسيط كأحد صور القرض.

الفرع الثاني: البيع بالتقسيط وقانون حماية المستهلك وقمع الغش:

لقد تناول المشرع الجزائري البيع بالتقسيط ضمن نصوص خاصة و لعل أهمها قانون رقم 03-09 المؤرخ في 25 فبراير 2009 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش³⁷، وذلك من خلال تعريف قرض الاستهلاك بصدد المادة 20/03 منه التي تنص: "قرض الاستهلاك: كل عملية بيع لسلع أو خدمات يكون فيها الدفع مقسطا أو مجزءا أو مؤجلا".

مفاد ذلك أن المشرع قد تبنى تكييف القرض للبيع بالتقسيط، إذ نجده وظف مصطلح "قرض الاستهلاك" والتي يقابلها بالغة الفرنسية « prêt de consommation » إذ استعمل مصطلح القرض ترجمة للكلمة الفرنسية « crédit » والتي تعني في اللغة العربية عدة مصطلحات ائتمان، اعتماد، وللإشارة فالمشرع لم يقصد بكلمة قرض عقد القرض البسيط المنصوص عليه بموجب المادة 450 من ق.م.ج والتي يمثل عقد القرض الاستهلاكي بالنسبة لها أبسط صور الائتمان وأقدمها. والتي تقوم على منح المقرض للمقترض مبلغا من النقود أو أي شيء مثلي آخر مقابل الوعد برده في تاريخ لاحق.

إن تبني المشرع الجزائري لهذا التكييف مقيد في حقيقته من حيث مجال تطبيقه على أن يتم في إطار العلاقة بين فئة من الأشخاص وهم المهنيون والمستهلكون فيما بينهم. ما يمكن قوله أن البيع بالتقسيط الذي تعقده مؤسسات القرض لصالح زبائنها يشكل في نظر التشريع الجزائري عمليات قرض استنادا إلى نص المادة 68 من قانون النقد والقرض. وكذلك الأمر بالنسبة لعقود البيع بالتقسيط المبرمة في إطار العلاقة الاستهلاكية استنادا إلى نص المادة 03 من قانون حماية المستهلك وقمع الغش، في حين لا تشكل عمليات قرض عمليات البيع بالتقسيط المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين.

المطلب الثاني: ضعف حماية المشتري في إطار عقد القرض:

من خلال استقراء النصوص القانونية التي تنظم البيع بالتقسيط كأحد صور عقد القرض يظهر جليا وجود ثغرة قانونية، تتعلق أساسا بغياب نص يؤطر وينظم الزيادة في الثمن المقسط خصوصا في إطار العلاقة بين الافراد .

الفرع الاول: صعوبة تكييف الفارق بين الثمن المؤجل والتمن الفوري:

إن حماية المشتري في البيع بالتقسيط تضعف في مرحلة الانعقاد في إطار الثمن، هذا الأخير الذي يمثل جوهر البيع بالتقسيط وميزته الأساسية لما يميزه من زيادة في ثمن المبيع عن الثمن الفوري لارتباطه بالأجل، ذلك أن المشرع الجزائري إعتبر البيع بالتقسيط قرضا، وشتان بينهما إذ يتميز الثاني عن الأول بعنصر الفائدة . واستنادا إلى التكييف الذي تبناه المشرع الجزائري للبيع بالتقسيط في إطار النصوص الخاصة فهل يجوز أن يكون الثمن المؤجل أعلى من الثمن الفوري ؟ وبعبارة أخرى هل يعد الفرق بين الثمنين من قبيل الفائدة، وهل يجوز خصم جزء من ثمن المبيع من قبل البائع في حالة وفاء المشتري قبل حلول الأجل؟ وماذا عن الزيادة في الثمن المقسط في حال تأخر المشتري عن الدفع في الأجل المتفق عليه؟

إن الإجابة عن هذه التساؤلات تستدعي أولا تكييف الزيادة في الثمن المقسط في العلاقة بين الأفراد، ومن ثم تحديد طبيعتها إذا ما تدخل البنك في البيع بالتقسيط نظرا لاختلاف الحكم بالنسبة للحالتين في القانون المدني الجزائري.

اولا : حقيقة الفارق في الثمن في العلاقة بين الأفراد :

نظرا لارتباط القرض بأجل فانه غالبا ما يكون مقابل أجر يدفعه المقترض إلى المقرض نظير التأخير في الوفاء. والبيع بالتقسيط هو الآخر مرتبط بأجل وزيادة في الثمن عن ثمن الحال مما يجعله يقترب اقترابا وثيقا من عقد القرض، ونظرا لاعتبار المشرع الجزائري البيع بالتقسيط قرضا، فان الأمر يستدعي البحث في طبيعة هذه الزيادة في إطار العلاقة بين الأفراد.

1 - بطلان الفائدة بين الافراد في نظر القانون الوضعي :

تعتبر القروض الاستهلاكية حسب نص المادة 450 و454 السالفة الذكر قروض مجانية أو عقود تبرع فالمقترض لا يمكنه أن يدفع للمقرض أي ثمن أو أجر لقاء الاستعمال أو الاستهلاك للمال المقترض في إطار العلاقة بين الأفراد، إذ بذلك أقر المشرع أن تكون عقود القرض الاستهلاكي - المدنية - أي المبرمة بين الأشخاص الطبيعية قروضا مجانية. مما يصح معه القول أن شرط الفائدة في مثل هذا النوع من العقود يقع باطلا بطلانا مطلقا لتعلقه بالنظام العام، وتقريره بقاعدة أمرة، وعليه فانه لا يجوز لأي فرد أن يتقاضى فوائد عن عقد القرض الاستهلاكي بين الأفراد. والزعم بمشروعية هذا الاتفاق بمقولة أن هذه الزيادة تقابل إنتفاع المقترض بقيمة القرض طوال مدة العقد، أو الزعم بانخفاض القوة الشرائية للنقود عند الرد. ذلك أن النص على البطلان واضح ولا اجتهاد فيه. ولا يقتصر حظر القانون المدني الجزائري لشرط الفائدة التعويضية التي تقابل إنتفاع المقترض بمبلغ القرض³⁸، وإنما تتسحب أيضا إلى الفائدة التأخيرية التي تستحق نتيجة التأخر عن الدفع في الأجل المتفق عليه³⁹.

وليس معنى حظر الفائدة في مثل هذا النوع من العقود أن يكون للمقترض الحرية في الإضرار بالمقرض برد مبلغ القرض في الوقت الذي يريد وبالقدر الذي يشاء. إنما يجب عليه رد المبلغ المقترض بمجرد المطالبة بالرد أو بحلول الأجل المتفق عليه بين الطرفين، وإلا جاز للمقرض المطالبة بالتعويض عن الضرر الذي أصابه جراء التأخر عن الوفاء⁴⁰، كما يجوز للقاضي أن يمهل المدين إلى أجل مناسب تطبيقا لنظرية الميسرة إذا توافرت شروطها.

وإن بطلان الفائدة في هذا النوع من العقود يستند إلى أحكام الشريعة الإسلامية التي تنظر إليها باعتبارها من الربا المحرم شرعا. كما تتفق مع المنهج الإسلامي الذي يرى أن المال مال الله وأن الإنسان مستخلف فيه، وبأنه مأمور أن ينفق مما رزقه الله، وبأن يقرض ماله

قرضاً حسناً. مع الإشارة إلى أن بعض الفقه أجاز الفائدة في حالة الضرورة استناداً إلى القاعدة الشرعية القائلة "الضرورات تبيح المحظورات" والقاعدة القائلة: "الضرورة تقدر بقدرها".⁴¹ إن حظر المشرع الجزائري للفائدة بين الأفراد في القرض الاستهلاكي الذي يشكل البيع بالتقسيط أحد صوره بناء على نص المادة 20/3 من قانون حماية المستهلك وقمع الغش السالفة الذكر فإنه يصح القول بأن شرط الفائدة في البيع بالتقسيط في العلاقة بين الأفراد يقع باطلاً بطلاناً مطلقاً، مما يستبعد معه تكيف الزيادة في الثمن في البيع بالتقسيط على أنه فائدة استناداً إلى التكيف الذي تنهيه المشرع الجزائري، مما يصعب معه تحديد الطبيعة القانونية للفارق أو الزيادة بين الثمن المؤجل و الثمن الفوري في إطار القانون الوضعي.

2 - الزيادة في الثمن المقسط في نظر الشريعة الإسلامية :

إذا رجعنا إلى نطاق البيع فقد ثار السؤال عما إذا كان يجوز أن يكون الثمن المؤجل للبيع أعلى من الثمن الفوري. وبعبارة أخرى هل يعد الفرق بين الثمنين من قبيل الفائدة المحرمة شرعاً باعتبارها من قبيل الربا، وهل يجوز خصم جزء من ثمن المبيع في حالة الوفاء قبل حلول الأجل؟ أي هل يعد نزول البائع عن بعض الثمن المؤجل للمشتري في مقابل قيام الأخير بتعجيله واقتضائه الفرق من قبيل الربا؟

لقد اختلف الفقه الإسلامي في الإجابة عن هذه الأسئلة فمنهم قائل بشرعية هذا البيع واستحقاق فرق الثمن لبعده عن شبهة الربا، ومنهم قائل بعدم شرعية هذا البيع واعتبار الفرق من قبيل الربا المحرمة شرعاً. إذ اتفق فقهاء المذاهب الأربعة (الحنفية، المالكية، الشافعية والحنابلة) على جواز زيادة الثمن المؤجل عن ثمن الحال، إلا أن هناك شبهة لدى بعض المعاصرين بسبب الزيادة في الثمن المؤجل والمقسط لقيامها على أساس الزمن، وحسابها عوضاً عن التأخير، ولأجل ذلك منعوا الزيادة في الثمن مقابل الأجل.

ثانياً : جواز الفائدة عن الثمن المقسط في حالة تدخل البنك :

طبقاً لنص المادة 70 من الأمر 03-11 المتعلق بالنقد والقرض فإن البنوك دون سواها المخولة للقيام بعمليات القرض والعمليات المتضمنة في المادتين 66 و68 من نفس القانون بصفة مهنتها العادية، إذ بإمكان البنك أن يمنح قروضا ذات طابع شخصي بشكل عام بهدف تمويل نفقات الاستهلاك الخاصة بالأفراد وهذا ما يطلق عليه اصطلاحاً "القرض الاستهلاكي"، والبنك كشركة تجارية يهدف من وراء نشاطه إلى زيادة أرباحه، ذلك أن منحه للقروض للزبائن يكون مقابل أجر يتمثل في الفائدة، على اعتباره يتخلى عن السيولة الآنية لعملائه مقابل إلزامهم بردها في تاريخ لاحق، ويُعدّ معدل الفائدة مقابل هذا الانتظار،

غير أنّ إبرام البنك لقروض لصالح الأفراد يكون بسعر فائدة في حالات محدّدة لخصتها المادتين 455⁴² والمادة 456⁴³ من القانون المدني الجزائري وذلك في الحالات التي يتدخل فيها البنك في القرض بصفته مقرضاً او مقترضاً (مودعاً له)، مفاد ذلك أنّ القرض الإستهلاكي من حيث الأصل قرض مجاني (حسب المادة 450 من القانون المدني الجزائري) ولكنه يصبح مقابل أجر إذا مورس من طرف مؤسسات القرض .

ولما كان البيع بالتقسيط يعدّ أحد صور القرض الإستهلاكي في نظر التشريع الجزائري فإنّ تدخل البنك في إطاره يفتح المجال لتقاضي فوائد عن الثمن المقسط فيه، حيث أن تدخل البنك كمقرض (بائع)، أو تدخله كوسيط⁴⁴ في البيع بالتقسيط يستدعي فرض سعر فائدة على الثمن المقسط ؟ ومن ثمّ البحث في القواعد التي تحكم سعر الفائدة في هذه الحالة ومدى توفير الحماية للمستهلك في حالة التأخر عن الوفاء في الميعاد المتفق عليه وكذا في حالة تعجيله قبل حلول الأجل .

1 : قواعد الفائدة على القرض :

على خلاف المادة 450 من القانون المدني الجزائري التي حظرت الفائدة على القرض المدني فإن المادة 456 من نفس القانون أجازتها بنوعيتها في القرض التجاري ، إذا أنّ تدخل البنك على الوجه الذي بيّناه في البيع بالتقسيط يعطي إمكانية إستحقاقه لفوائد عن الثمن المقسط فيه إستناداً الى نص المادة 456 . إذ يقابل بذلك إلزام المشتري بدفع الثمن المقسط، إلزامه بدفع فوائد عن كل قسط فيه بإعتباره قرضاً ، الفائدة التي يبدأ سريانها من تاريخ دخول المبيع في حيازة المشتري لإعتبارها تسري مقابل إنتفاع هذا الأخير بالمبيع ، وتخضع هذه الفائدة في أحكامها إلى نفس القواعد المنظمة لسعر الفائدة على القرض ، الفائدة التي تمنح في البيع بالتقسيط للمقرض (البائع) مقابل حرمانه من مبلغ الثمن طوال مدة التّأجيل وإنتفاع المشتري به طوال المدّة نفسها⁴⁵ ، ويعرف هذا النوع من الفوائد بإعتباره البيع بالتقسيط قرضاً في هذه الحالة بالفائدة التعويضية وهي التي تقابل إنتفاع المقرض ، بقيمة القرض والتي تمثل الفارق بين ثمن الحال والثمن المقسط ، والفائدة التعويضية بهذا المفهوم تخضع لنفس الأحكام والقواعد المرتبطة بسعر الفائدة في عقود القرض عموماً. فماهي الضوابط التي تحكم البنوك في تحديد سعر الفائدة على الثمن المقسط ؟ وماهي صور مواجهة وضعيات الدفع المسبق أو التأخير عن الدفع في هذه الحالة ؟

أ- حرية البنوك في تحديد معدلات الفائدة كمبدأ :

إن إجازة المشرع الجزائري لتعامل البنوك والمؤسسات المالية بالفوائد في عقود القرض لم يقترن بتحديد معدل لها ، بل ترك لها حرية تحديدها وفقاً لإعتبارات كثيرة منها ما يرتبط بالقرض ، ومنها ما يرتبط بوضعية السوق النقدية .. ، وإن حرية البنوك في تحديد معدلات الفائدة - الدائنة والمدينة - نص عليه المشرع الجزائري بموجب المادة 4 من النظام 94-13 المؤرخ في 02 جوان 1994⁴⁶ المحدد للقواعد العامة المتعلقة بشروط البنوك المطبقة على العمليات المصرفية التي تقضي : "... تحدد البنوك والمؤسسات المالية بكل حرية معدلات الفائدة الدائنة والمدينة." وعليه فقد أعطى المشرع الجزائري للبنوك والمؤسسات المالية الحرية مبدئياً في تحديد معدلات الفائدة عن طريق إصدار قرارات تنظيمية معتمدة في هذا الشأن.

وللإشارة فإننا نجد وجود تناقض بين نص المادة 4 من نظام 94-13 وأحكام المادة 456 من القانون المدني الجزائري ، إذ تمنح الأولى الإختصاص في تحديد معدلات الفائدة للبنوك والمؤسسات المالية المعنية في حين تعطي الثانية نفس الصلاحية للوزير المكلف بالمالية إذ تقض : "يجوز لمؤسسات القرض التي تمنح قروضا قصد تشجيع النشاط الإقتصادي الوطني أن تأخذ فائدة يحددها قدرها بموجب قرار من الوزير المكلف بالمالية".

ب- تدخل البنك المركزي في تحديد سقف الفائدة -إستثناء- :

ووفقاً لنفس المادة فإن حرية البنوك في تحديد سقف الفائدة يمس الفائدة التعويضية على الثمن المقسط ، الفائدة التي تكون مفصولة عن أقساط الثمن ، ولا تقتصر على ذلك إنما تشمل أيضاً حسب مفهوم نص المادة 556 الفائدة التأخيرية والفائدة على الأقساط المعجلة الأداء. إذ كان المشرع الوطني قد ترك لمؤسسات القرض حرية تحديد معدلات الفائدة المتعامل بها مع الزبون في عمليات القرض ، غير أن هذا لا يعني أنه يسمح بالربا أو ما يسمى بالفائدة المستترة ، ما يدل على ذلك نص المادة 04 من نظام رقم 94/13 في فقرتها الثانية التي تقضي : "غير أنه يمكن لبنك الجزائر أن يحدد هامشاً أقصى يستوجب إحترامه من قبل البنوك والمؤسسات المالية بالنسبة لعمليات القرض." ، إذ أن سقف الفائدة هذا يقابل معدل الفائدة القانونية في بعض التشريعات ، والتي لا يجوز للأطراف الإتفاق على سعر فائدة يزيد عنها.

وقد سار المشرع الجزائري في خطره للربا مسار المشرع الفرنسي الذي نص على ذلك بموجب المواد 3-311 إلى 6-311 من قانون الإستهلاك ، ما يدل على أن خطره للربا كان حماية للمستهلك إعتباراً لصفته⁴⁷ ، في حين كان حظر المشرع الجزائري للفائدة المستترة

عاماً يشمل جميع القروض للزبائن بما فيهم المستهلكون، وعليه فإشتراط البنك لفوائد مبالغ فيها بأن تزيد عن الحد الأقصى المحدد من قبل البنك المركزي يعدّ فائدة مستترة - ربا - ممّا يعرضها للتخفيض برّد ما ثبت أنه لا يقابل خدمة حقيقية يكون الدائن قد أداها ولا منفعة مشروعة.

خاتمة:

ان ازدواجية تكييف عقد البيع بالتقسيط تفرض ازدواجية حماية طرفيه ، إذ يستفيد البائع والمشتري في إطاره باعتباره بيعا من القواعد الحمائية المتعلقة بعقد البيع بوجه عام، إضافة إلى تلك القواعد الخاصة في ظل المادة 363 من ق.م.ج، غير أن المشرع الجزائري لم يخول حماية خاصة للمتعاقدین في البيع بالتقسيط مراعاة لعنصر الأجل فيه إنما أبقاه خاضعا لما هو مقرر لعقد البيع بوجه عام.

و في ظل قصور القواعد المتعلقة بعقد البيع عن تحقيق حماية كافية للمشتري بالنظر إلى تلك الممنوحة للبائع، فإن الأمر يقتضي البحث عن حماية إضافية له في إطار عقد القرض، غير أنه يبدو أن المشرع الجزائري قد أغفل حماية المشتري خاصة في إطار الثمن في ظل عقد القرض. من خلال غياب نص صريح يحدد طبيعة الفارق في الثمن بين الثمنين المقسط والفوري، خصوصا في إطار العلاقة بين الأفراد، وفي ظل غياب نص صريح يحدد مدى إمكانية تنازل البائع عن جزء من الثمن المقسط في حالة الدفع المسبق، و في ظل غياب آلية لمعالجة وضعيات التأخر في الدفع. وهذا ما يستدعي:

أولا: ضرورة تدخل المشرع لتنظيم شرط الاحتفاظ بالملكية كأحد أهم الشروط الاتفاقية في البيع بالتقسيط، من خلال تنظيم فكرة نفاذه اتجاه جماعة دائني المشتري المفلس بشروط شكلية بسيطة، للتخفيف من شدة قواعد الإفلاس.

ثانيا: ضرورة منح القاضي سلطة الإلغاء الكلي للتعويض الناتج عن شرط الاحتفاظ بالأقساط في حالة عدم إلحاق ضرر بالبائع نتيجة إخلال المشتري بالتزامه بالوفاء بما تبقى من أقساط الثمن، على أن يدرج النص في إطار صحيح وهو عقد القرض.

ثالثا: ضرورة تدخل المشرع لتحديد الطبيعة القانونية للزيادة في الثمن المقسط، وتحديد آليات ومعايير هذه الزيادة خاصة في إطار العلاقة بين الأفراد، منعا لتضارب الآراء واختلاف القضاء. مما يستدعي حسم المسألة والفصل فيها على وجه يوافق أحكام الشريعة الإسلامية.

رابعاً: ضرورة إدراج نصوص قانونية من شأنها تحديد مدى إمكانية تنازل البائع عن جزء من الثمن المقسط للمشتري نظير اقتضائه لبعض أقساط الثمن قبل حلول مواعيد استحقاقها.

خامساً: إيجاد آلية قانونية لمعالجة وضعيات التأخر عن الدفع بعد حلول أجل الوفاء، في ظل قصور نظرية الميسرة عن تحقيق الحماية المبتغاة للمشتري في البيع بالتقسيط.

الهوامش:

- 1- ج.ر.ع. 15 المؤرخة في 11 ربيع الأول 1430 هـ الموافق لـ 08 مارس 2009.
- 2- جريدة رسمية عدد 50 المؤرخة في 01 سبتمبر 2010.
- 3- سمير عبد السيد تناغو: عقد البيع، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1973، ص 159.
- 4- حمدي باشا عمر: نقل الملكية العقارية في التشريع الجزائري، 2000، ص 101.
- 5- السيد محمد السيد عمران: عقد البيع في القانون الكويتي، مؤسسة دار الكتاب، دون سنة نشر، ص 106.
- 6- وتقابلها المادة 430 من القانون المدني المصري.
- 7- عبد القادر البابا: التعويض الاتفاقي أو الشرط الجزائي: مجلة المحامون السورية - نقابة المحامين - العدد الأول دمشق، سنة 1991، ص 40 وما يليها.
- 8-Michel Grimaldi: la clause de réserve de propriété, Medef, Direction des affaires juridique, 2005, p05.
- 9 - شرابن حمزة: الملكية كوسيلة لدعم الائتمان، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2007-2008، 66-67.
- 10- أنظر المادة 60 من ق.م.ج التي تنص: "التعبير عن الإرادة يكون باللفظ والكتابة، أو بالإشارة المتداولة عرفاً، كما يكون باتخاذ موقف لا يدع أي شك في دلالاته على مقصود صاحبه ويجوز أن يكون التعبير عن الإرادة ضمناً، إذا لم ينص القانون أو يتفق الطرفان على أن يكون صريحاً".
- 11- محمد حسين منصور: شرط الاحتفاظ بالملكية، منشأة المعارف، الاسكندرية، دون سنة نشر، ص 23.
- 12- ومثال ذلك ما تضمنته المادة 79 وما يليها من القانون التجاري الجزائري بصدد بيع المحل التجاري الذي يعد مالا منقولاً معنوياً.
- 13- خاصة وأن المادة 363 من ق.م.ج تنص على إمكانية تسليم المبيع رغم تأجيل نقل الملكية لحين الوفاء بكامل أقساط الثمن
- 14- دفايز أحمد عبد الرحمان: عقد البيع في القانون المصري والليبي، دار النهضة العربية، القاهرة، 2003، ص 357.
- 15- إذ اختلف الفقه في تحديد الطبيعة القانونية للاعتماد الإيجاري: فمنهم قائل باعتباره بيعاً بالتقسيط مع شرط الاحتفاظ بالملكية ومنهم قائل باعتباره عقد قرض مع نقل الملكية على سبيل الضمان، ومنهم قائل باعتباره إيجاراً مقترناً بوعده بالبيع ملزم لجانب واحد وهو الممول.

- أنظر في هذا الشأن: محمد حسين منصور: النظرية العامة للائتمان، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2001، ص 35.
- 16- ج. ر. ع 03 المؤرخة في 14 يناير 1996.
- 17 - ويتضح موقف المشرع الفرنسي من خلال نص المادة 01 من قانون 12 ماي 1980 التي تنص : "يجوز للبائع استرداد البضائع طالما بقيت على طبيعتها، سواء وجدت عند المدين على سبيل الوديعة أو بقصد بيعها لحساب المالك، ونفس الشيء بالنسبة للبضائع التي بيعت مع اشتراط عدم انتقال ملكيتها إلى المشتري إلا بعد سداد كامل الثمن على أن يكون قد تم الاتفاق على هذا الشرط في صورة مكتوبة بين الأطراف وقبل تسليم المبيع".
- 18- ويتضح موقف المشرع المغربي من خلال نص المادتين 667 و672 من مدونة التجارة المغربية.
- 19- أنظر المواد: 399، 398، 397 من ق. م. ج.
- 20- د.سي يوسف زاهية حورية: الوجيز في عقد البيع، دار الأمل، الجزائر 2008، ص 78.
- 21- سليمان مرقس: عقد البيع، القاهرة، 1990، ص 113.
- 22- انظر المادة 1/119 من ق.م.ج
- 23 - أنظر المادة 200 من ق.م.ج.
- 24- أنظر المادة 17 من قانون رقم 09-03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش.
- 25- أنظر المادة 28 من القانون 10-06 المؤرخ في 05 رمضان 1431 هـ الموافق لـ 15 غشت 2010 المعدل والمتمم للقانون 04-02 المؤرخ في 05 جمادي الأولى 1425 هـ الموافق لـ 23 يونيو 2004 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية. ج. ر. ع 46 المؤرخة في 18 غشت 2010.
- 26- انظر المادة 183 من ق.م.ج.
- 27- إذ يقوم الشرط في هذه الحالة بدور التهديد المالي تحذيرا للمدين من الاخلال بالتزامه بالوفاء. انظر بهذا الشأن: محمد حسين منصور: شرط الاحتفاظ بالملكية: مرجع سابق، ص 61 وما يليها.
- 28- د.بودالي محمد: مكافحة الشروط التعسفية في العقود. دار الفجر، 2007، ص 84.
- 29- أنظر المادة 183 من ق.م.ج. والتي أحالت إلى المادتين 176 و 181 و اللتان تتعلقان بالتنفيذ عن طريق التعويض والاعذار.
- 30- أنظر المادة 185 من ق.م.ج.
- 31- محمد بودالي: مكافحة الشروط التعسفية في العقود، مرجع سابق، ص 87.
- 32- محمد بودالي: مكافحة الشروط التعسفية في العقود، مرجع سابق، ص 88.

33- وقد جاء في مداخلة لـ عزيزي جميلة - قاضية بمحكمة بئر مراد رايس - في تدخلها اثرى الملتقى الوطني حول حماية المستهلك تحت عنوان "حماية المستهلك من الشروط التعسفية" بجامعة الجزائر - بن عكنون- في 2002/04/25: "... يتحول الشرط الجزائي إلى شرط تعسفي عند مبالغة الطرف الآخر في تحديد قيمة التعويض..."

34-Cristoph Paulin : la clause résolutoire , Dallez.2006.p 57.

35- جريدة رسمية عدد 56 المؤرخة في 11 سبتمبر 2006.

36- جريدة رسمية عدد 50 المؤرخة في 01 سبتمبر 2010.

37- جريدة رسمية العدد 15 المؤرخة في 08 مارس 2009.

38- حسام الدين الأهواني: عقد البيع في القانون المدني الكويتي، مطبوعات جامعة الكويت 1979، ص 716 .

39-Cours de droit commercial, les cours de droit, paris 1950, M Hamel (G): P753

40- أنظر المادة 186 من ق.م.ج.

41- محمود محمد طنطاوي: القروض المصرفية في ضوء الشريعة الاسلامية .مجلة الحقوق والشريعة جامعة الكويت، السنة الاولى العدد

42- إذ تنص المادة 455 من قانون مدني جزائري " يجوز لمؤسسات القرض في حالة إيداع اموال لديها أن تمنح فائدة يحدد قدرها بموجب قرار من الوزير المكلف بالمالية لتشجيع الإدخار".

43- وتنص المادة 456 قانون مدني جزائري : " يجوز لمؤسسات القرض التي تمنح قروضا قصد تشجيع النشاط الإقتصادي الوطني أن تأخذ فائدة يحدد قدرها بموجب قرار من الوزير المكلف بالمالية ".

44- قرض إستهلاكي مع البنك بهدف تمويل شراء منتج بالتقسيط ، مع تخصيص القرض لتمويل عملية البيع كليا أو جزئيا ، وعليه فإنّ وفاء البنك للمشتري بقيمة المبيع يعطيه الحق في الحلول محلّ البائع قبل المشتري ودائنيه ، الحلول القانوني الذي ينصّب على الحق وتوابعه وجميع الحقوق المرتبطة به ، بما فيها الحق في الثمن.

45- حسام الدين الأهوالي ، مرجع سابق ، ص 753 .

46- الجريدة الرسمية عدد 72 ، المؤرخة في 6 سبتمبر 1994 .

47- وقد حدّدت نسبة الفائدة الربوية المادة 3-319 من قانون الإستهلاك التي تقضي : "يعتبريوياً الائتمان المبرم بنسبة فعلية كلية لا تتجاوز وقت إبرامه ثلث النسبة الفعلية المتوسطة الممارسة أو المطالبة خلال السداسي السابق من مؤسسات الائتمان بالنسبة للعمليات ذات نفس الطبيعة والمتضمنة لمخاطر مماثلة".