انتقال الملكية في عقد البيع البحري للبضائع
(دراسة مقارنة بين أحكام التقنين التجاري الأمريكي الموحد والقانون الكويتي)

الدكتور أحمد حمد الرشود
قسم القانون الخاص
كلية الحقوق - جامعة الكويت

تمهيد و تقسيم

تتناول هذه الدراسة جانبا مهما من جوانب عقد البيع البحري للبضائع وهو ما يتعلق بأحكام انتقال الملكية في عقد البيع البحري وفقا لقانون الولايات المتحدة الأمريكية حسبما جاءت في التقنين التجاري الموحد Uniform Commercial Code وما استقرت عليه أحكام القضاء هناك. وتتسم أحكام انتقال الملكية في التقنين التجاري الأمريكي الموحد بطابع خاص يجعلها تتميز عن مثيلاتها في القانون المقارن. فهذه الأحكام وإن كانت تتفق مع أحكام انتقال الملكية في القوانين التي تأخذ بالنهج المدني كالقانون الكويتي من حيث الغرض منها وهو انتقال ملكية المبيع، إلا أنها تختلف عما سواها في كيفية تحقق انتقال الملكية والآثار المترتبة على ذلك. فالتقنين التجاري الأمريكي على سبيل المثال يفصل بين انتقال الملكية وتعيين البضاعة، وبالتالي فإن انتقال ملكية البضاعة إلى المشتري ليس أثرا مباشرا لتعيينها، بل إنه وفقا لأحكام التقنين فقد يكون كل من البائع والمشتري مالكين للبضاعة في آن واحد تبعا للاختلاف في مفهوم الملكية. كما أن شرط الاحتفاظ بالملكية قد تم تقييده لدرجة أن النص صراحة في عقد البيع على الاحتفاظ بالملكية لا يحول دون انتقالها إلى المشتري. ولما كانت هذه الفوارق التي تضمنها التقنين التجاري الأمريكي والتي تختلف اختلافا جوهريا عما عليه الوضع في القانون الكويتي ذات أهمية للفقه القانوني المقارن، فقد رأينا دراسة أحكام هذا التقنين نظرا لطابعه المميز ولما يمثله هذا المسلك الذي اتبعه المشرع الأمريكي

من محاولة جدية لتبني تصور جديد لانتقال الملكية في عقد البيع البحري للبضائع. كما أنه في سبيل بيان مواضع الاختلاف تلك ارتأينا دراسة أحكام التقنين التجاري الأمريكي الموحد دراسة مقارنة بالقانون الكويتي ليكون هذا البحث في الوقت نفسه محل استفادة للفقه والقضاء الكويتي.

غير أن أهمية هذه الدراسة لا تقتصر على دارسي القانون أو المتخصصين به فحسب بل تمس مصالح فئة ليست بالقليلة من التجار سواء أكانوا أشخاصا طبيعيين أم شركات تطمح في الحصول على التقنيات المتطورة والتي لا تتوافر إلا لدى فئة من الدول المتقدمة تكنولوجيا. ويمكن تأسيس ذلك على أن الدول لا تستطيع الاكتفاء بمعزل عن غيرها، مما يحتم بالضرورة تبادل السلع الصناعية والمصادر الأولية فيما بينها. إلا أنه من الملاحظ بحق أن النسق الجديد للإنتاج والملكية والسيطرة على المستوي الدولي يقوم على أساس توزيع المراحل الإنتاجية على مختلف دول العالم تبعا للمستوي التكنولوجي والفني لهذه المراحل وليس على الأساس التقليدي والذي قوامه تخصص بعض الدول في إنتاج المصادر الأولية والبعض الآخر في إنتاج السلع الصناعية.[١]

ولما كانت الكويت ترتبط بتبادل تجاري كبير مع الولايات المتحدة الأمريكية،[٢] شأنها في ذلك شأن باقي الدول الساعية للتقنيات المتطورة، فقد يخضع عقد البيع لأحكام القانون الأمريكي، وذلك في حالتين مختلفتين. الحالة

---

(١) د. حسام الدين عيسى، الشركات المتعددة القوميات، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، السنة ١٨ ، العدد الأول، ص ٤١٥-٤١٧.

(٢) تتصدر الولايات المتحدة الأمريكية قائمة الدول التي تستورد منها الكويت، حيث بلغت قيمة ما تم استيراده في العام ١٩٩٨ من الولايات المتحدة الأمريكية /٤٠٤,٩٣٢,٠٠٠ د. ك، تليها بعد ذلك اليابان بقيمة بلغت /٣٥٦,٧٥٥,٠٠٠ د. ك، في حين تأتي كل من البحرين والدنمارك في نهاية القائمة حيث لم يتجاوز قيمة ما استورد من الدنمارك في العام ١٩٩٨ مبلغ /١٨,٤٢٧,٠٠٠ د. ك والبحرين بقيمة /١٧,٠١٩,٠٠٠ د.ك – غرفة تجارة وصناعة الكويت. من ناحية أخرى، تشير إحصاءات وزارة الطاقة الأمريكية للعام ١٩٩٨ إلى أن الكويت تأتي في المرتبة السادسة من قائمة الدول المصدرة للنفط الى الولايات المتحدة الأمريكية والتي يبلغ عددها سبعاً وعشرين دولة.

الأولى تكون عندما يشترط العقد خضوعه لأحكام القانون الأمريكي، وهذا يعتمد على المركز التفاوضي للتاجر والذي قلما يؤهله لإملاء شروطه عند الاتفاق. والحالة الثانية إذا كانت قواعد الإحالة التي تحدد القانون الواجب التطبيق تحيل إلى القانون الأمريكي بمقتضى حكم القانون.

وجدير بالذكر أن الولايات المتحدة الأمريكية قد صادقت على اتفاقية الأمم المتحدة بشأن البيع الدولي للبضائع. وقد دخلت هذه الاتفاقية حيز التنفيذ منذ الأول من يناير لسنة ١٩٨٨.(٣) ووفقا للدستور الأمريكي فإن أحكام هذه الاتفاقية تسمو على أحكام التقنين التجاري الموحد، وذلك لصدورها كقانون فيدرالي عام، في حين أن التقنين التجاري الموحد، أصدرته كل ولاية أمريكية على حدة كقانون محلي يأتي في المرتبة بعد القانون الفيدرالي. غير أنه في هذا الصدد ينبغي ملاحظة أمرين:

أولهما، أن الولايات المتحدة الأمريكية قد أعلنت وفقا للمادة ٩٥ من الاتفاقية وقت إيداع وثيقة تصديقها عدم التزامها بأحكام الفقرة الفرعية (أ)، (ب) من المادة ١ من الاتفاقية والتي تنص على انطباق أحكام الاتفاقية على عقود بيع البضائع المعقودة بين أطراف توجد أماكن عملهم في دول مختلفة عندما تؤدي قواعد القانون الدولي الخاص إلى تطبيق قانون دولة متعاقدة. ويترتب على هذا التحفظ انطباق أحكام التقنين التجاري بدلا من اتفاقية الأمم المتحدة إذا أدت قواعد القانون الدولي الخاص إلى تطبيق قانون الولايات المتحدة الأمريكية. **والأمر الآخر** أن المادة ٤ من الاتفاقية قررت بوجه خاص استبعاد الآثار التي قد يحدثها العقد في شأن ملكية البضائع المبيعة. فالاتفاقية لا تنظم انتقال الملكية في عقد البيع الدولي للبضائع.(٤) وبناء على ذلك فإن التاجر الكويتي حتى ولو كان عقده المبرم مع التاجر الأمريكي خاضعا لأحكام اتفاقية

(٣) التقرير الصادر من International Bar Association في اجتماعه الذي عقد في مدينة نيوأورليانز في الولايات المتحدة الأمريكية بتاريخ ١٣ أكتوبر ١٩٩٣ .

(٤) وذلك لشدة تباين التشريعات الوطنية في هذا الخصوص نظرا لارتباط الملكية في كل دولة بأصول تاريخية. راجع: د. محسن شفيق، اتفاقية الأمم المتحدة بشأن البيع الدولي للبضائع، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٨، ص ٨٤.

الأمم المتحدة في شأن البيع الدولي للبضائع فإن رجوعه لأحكام التقنين التجاري الأمريكي فيما يتعلق بانتقال ملكية البضاعة المبيعة قد يكون أمرا لابد منه.

وسوف نتعرض لموضوع هذه الدراسة وفقا للتقسيم التالي:

ففي الفصل الأول، سنناقش الأحكام المنظمة لانتقال الملكية في التقنين التجاري الأمريكي الموحد والقانون الكويتي، حيث سنبين في المبحث الأول دور الملكية في تحديد حقوق أطراف العقد والتزاماتهم قبل صدور التقنين التجاري الأمريكي الموحد وبعده. في حين سنتطرق في المبحث الثاني إلى تعيين البضاعة كشرط أساسي لانتقال الملكية وفقا لأحكام التقنين التجاري الأمريكي الموحد والقانون الكويتي.

أما الفصل الثاني فسنخصصه لدراسة مدى جواز الاتفاق على مخالفة أحكام انتقال الملكية في التقنين التجاري الأمريكي الموحد والقانون الكويتي، حيث سنحدد في المبحث الأول منه وقت انتقال الملكية في عقد البيع البحري للبضائع وفقا لأحكام التقنين التجاري الموحد والقانون الكويتي، ثم سنتعرض في المبحث الثاني إلى شرط الاحتفاظ بالملكية وأثره في انتقال ملكية البضاعة إلى المشتري.

وسيكون **الفصل الثالث** لبيان آثار انتقال الملكية في التقنين التجاري الأمريكي الموحد والقانون الكويتي. ففي المبحث الأول منه سنناقش آثار انتقال الملكية على حقوق دائني البائع على البضاعة المبيعة. أما المبحث الثاني فيتعلق بآثار انتقال الملكية على حقوق البنك بموجب عقد الاعتماد المستندي.

الفصل الأول: الأحكام المنظمة لانتقال الملكية في التقنين التجاري الأمريكي الموحد والقانون الكويتي

لقد كان لظهور التقنين التجاري الموحد وتبنيه كقانون محلي في كل ولاية من الولايات المتحدة الأمريكية تقريبا أثر بارز في القواعد التي تنظم البيوع The Law Sales في تلك الدولة.(٥) فقد خالف هذا التقنين بعض القواعد المستقرة في شأن البيوع وأرسى في الوقت نفسه قواعد جديدة أعطت هذا التقنين طابعه المميز. لذلك سنحاول في هذا الفصل أن نبين في المبحث الأول منه دور الملكية في تحديد حقوق أطراف العقد والتزاماتهم قبل صدور التقنين التجاري الأمريكي الموحد وبعده ليسهل على القارئ فهم مدى الاختلاف عن النظم التي تتبع النهج المدني، ومنها القانون الكويتي. في حين سنتكلم في المبحث الثاني عن تعيين البضاعة كشرط أساسي لانتقال الملكية وفقا لأحكام التقنين التجاري الأمريكي الموحد والقانون الكويتي.

المبحث الأول
دور الملكية في تحديد حقوق أطراف العقد والتزاماتهم قبل صدور التقنين التجاري الأمريكي الموحد وبعده

لاستجلاء أحكام التقنين التجاري الأمريكي بوضوح لابد من الإشارة بداية إلى الوضع قبل صدور التقنين التجاري، ومن ثم نقارن ذلك بالأحكام التي أتى بها التقنين. لذلك فسنتحدث في المطلب الأول عن الوضع في القانون الأمريكي قبل صدور التقنين، في حين سيكون المطلب الثاني لدراسة الوضع بعد صدور التقنين.

---

(٥) التقنين التجاري الموحد لم يصدر كقانون فيدرالي من قبل الكونجرس الأمريكي وإنما اكتسب قوته الملزمة عندما أصدرته الولايات كقانون محلي في كل منها على حده ما عدا ولاية لويزيانا، حيث تنظم مسائل البيوع فيها قواعد أخرى.

المطلب الأول
الوضع في القانون الأمريكي قبل صدور التقنين التجاري الموحد

اتبع قانون البيع الأمريكي الموحد The Uniform Sales Law الصادر سنة ١٩٠٦ النهج ذاته الذي اتبعه قانون بيع البضائع الإنجليزي The Sale of Goods Act الصادر سنة ١٨٩٣ نظرا لاعتبار القانون الإنجليزي بمثابة تقنين للقواعد المستقر عليها في شأن البيوع وفقا للقانون المشترك Common law، وذلك على خلاف الدول التي تتبع النهج المدني.(٦) ومن السمات التي اتسم بها كلا القانونين أن فكرة الملكية كانت تشغل موقعاً متميزا ومؤثرا في حقوق أطراف العقد. فتحديد الطرف الذي تعود له ملكية البضاعة يعتبر أمرا ضروريا لمعرفة حقوق هذا الطرف والالتزامات المترتبة عليه.

فعلى سبيل المثال، فإن حق البائع في المطالبة بثمن البضاعة المبيعة يتحدد بالنظر فيما إذا كانت الملكية قد انتقلت إلى المشترى، بيد أنه قبل انتقال الملكية فإن حق البائع في حالة إعراض المشتري عن تسلم البضاعة لتدني الأسعار مثلا يقتصر على مجرد المطالبة بالتعويض الناجم عن هذا الإخلال ولا يكون له الحق في المطالبة بالوفاء بالثمن لعدم انتقال الملكية إلى المشتري أساسا.(٧) بالإضافة إلى ذلك، فإن تبعة الهلاك طبقاً لقانون البيع

---

(٦) انظر:
Williston, S., "The Law of Sales in the Proposed Uniform Commercial Code" 63 Harvard Law Review 561 (1950) p.564.

(٧) المادة ٦٣ من قانون البيع الأمريكي الموحد
Where, under a contract to sell or a sale, the property in the goods has passed to the buyer, and the buyer wrongfully neglects or refuses to pay for the goods according to the terms of the contract or the sale, the seller may maintain an action for the price of the goods.

الموحد تنتقل عادة من البائع إلى المشترى عند انتقال الملكية، ما لم يتفق على خلاف ذلك.(٨)

ومع ذلك، فإن المسلك الذي اتبعه المشرع الأمريكي في التقنين التجاري الموحد والذي حل محل قانون البيع الموحد يقوم أساسا على الحد من هيمنة الملكية كأصل عام لتحديد ما يتمتع به أطراف عقد البيع من حقوق وما يترتب عليهم من التزامات.(٩) ويعود ذلك إلى أن الواقع العملي قد أثبت بما لا يدع مجالا للشك عدم جدوى الاعتماد على الملكية كمعيار لتحديد حقوق الأطراف والتزاماتهم لصعوبة تحديد لمن تعود الملكية في أحيان كثيرة وخصوصاً عندما يتضمن عقد البيع عمليات متشعبة ولا يبين منه نوايا أطراف العقد بشأن انتقالها. ولتجنب هذا النقص اضطر المشرع في قانون البيع الموحد إلى تبني بعض القواعد التي ابتدعها القضاء أول الأمر لتحري الطرف الذي يملك البضاعة.(١٠)

---

(٨) المادة ٢٢ من قانون البيع الأمريكي

Unless otherwise agreed, the goods remain at the seller's risk until the property therein is transferred to the buyer, but when the property therein is transferred to the buyer the goods are at the buyer's risk whether delivery has been made or not, except that

(a) Where delivery of the goods has been made to the buyer, or to a bailee for the buyer, in pursuance of the contract and the property in the goods has been retained by the seller merely to secure performance by the buyer of his obligation under the contract, the goods are at the buyer's risk from the time of such delivery.

(b) Where delivery has been delayed through the fault of either buyer or seller the goods are at the risk of the party in fault as regards any loss which might not have occurred but for such fault.

(٩) من الأمثلة على الحقوق التي يتمتع بها البائع والمشتري والتي تعتمد بشكل رئيسي على تحديد لمن تعود إليه الملكية ما يلي: الحق في تقاضي الثمن، انتقال تبعة الهلاك ما لم يتفق الأطراف على خلاف ذلك، الحق في استرداد البضاعة في حال الإفلاس، المصلحة في عقد التأمين، المسؤولية عن دفع الضرائب، حقوق دائني البائع والمشتري، وأخيرا الحق تجاه المتعدي على الحيازة.

(١٠) المادة ٢٠ من قانون البيع الموحد. وفي هذا الصدد، تقرر القاعدة السابعة من المادة ٢٠ والتي تنطبق بشكل رئيسي على عقد البيع البحري أنه إذا التزم البائع بتسليم =

ويذهب الفقه بحق إلى أن ابتداع القضاء لهذه القواعد والعدد الهائل من الأحكام المتعلقة بالملكية لا يدل إلا على صعوبة التعويل على فكرة الملكية كمعيار أوحد لتحديد حقوق أطراف العقد والتزاماتهم في ظل الطبيعة المعقدة لعقود البيع في الوقت الحاضر.(١١) لهذه الأسباب فإن فكرة الملكية طبقاً للتقنين التجاري الموحد لا تتمتع بتلك المكانة الأسمى التي اعتادت أن تحتلها في ظل القانون السابق.

المطلب الثاني
الوضع بعد صدور التقنين التجاري الأمريكي الموحد

إن التقنين التجاري الموحد يعد نتاج جهود كل من المجلس الوطني لمفوضي قوانين الولايات الموحدة National Conference of Commissioners on Uniform State Laws ومعهد القانون الأمريكي American Law Institute على مدى سنوات طويلة من العمل. وقد بدأت فكرة وضع تقنين تجاري شامل ليحل محل التشريعات الموحدة سنة ١٩٤٠، إلا أن التقنين التجاري الموحد لم يصدر إلا في سنة ١٩٥٢. وقد خضع هذا التقنين لعدة تعديلات كان آخرها في

= البضاعة إلى المشتري، أو التزم بدفع أجرة شحن البضاعة إلى المشتري لا تنتقل الملكية إلا عند التسليم. غير أن هذا لم يحل دون ولوج القضاء في تفسيرات متناقضة في حال إذا ما اشترط العقد التزام البائع بالتسليم في الوقت الذي يلتزم به المشتري بدفع أجرة الشحن وتطبيق ذلك على انتقال تبعة الهلاك. انظر:
Andres, K., "Risk of Loss and State Long Arm Jurisdiction: Obligations Fashioned by the Delivery Term in An Article 2 Sales Contract" 16 Houston Law Review 573 (1980), footnote 4.

(١١) انظر:
Glaser, G., and Kelsch, W., "Title Theory and the UCC", 30 North Dakota Law Review 211 (1954) 213.
See also Corman, C., "The Law of Sales Under the Uniform Commercial Code" 17 Rutgers Law Review 14 (1962) p.35, and; Note, "The Status of the Concept of Title in Article II of the Uniform Commercial Code" 37 St. John's Law Review 178 (1962) p.191.

سنة ١٩٧٨.[١٢] ويعتبر التقنين التجاري الموحد عملا ضخما، حيث يضم أحد عشر بابا Articles في مختلف فروع القانون التجاري. بينما يتكون كل باب منها من مجموعة من المواد Sections المنظمة لمسائل كل فرع. ويهمنا في هذه الدراسة على وجه الخصوص البابين الثاني والتاسع في شأن البيوع Sales والاتفاقات الضامنة Secured Transactions.

وكما بينا فان الاتجاه الذي سلكه المشرع الأمريكي في التقنين التجاري الموحد يعتبر مغايرا لاتجاه قانون البيع السابق، ذلك أن التقنين التجاري لا يعتبر فكرة الملكية على أنها العامل المحدد لحقوق أطراف عقد البيع.[١٣] لذلك فإن الحقوق والالتزامات المنصوص عليها في الباب الثاني من التقنين التجاري الموحد تنشأ من العقد مباشرة والإجراء المتخذ بمقتضاه دون اللجوء إلى فكرة متى انتقلت الملكية أو متى سيتم انتقالها باعتبارها العامل المحدد.[١٤] وعلى

---

(١٢) في سنة ١٩٦١ أنشئ ما يسمى بالمجلس الدائم للتقنين Permanent Editorial Board for the Code والذي تتلخص مهامه في توحيد القواعد القانونية فيما بين الولايات وتفسير أحكام التقنين، بالإضافة إلى تقديم الاقتراحات المتعلقة بتعديل أحكامه.

(١٣) Squillante and Fonseca, *Williston on Sales*, 4th ed., New York, 1974. Vol. 3, 324. In *Re Samuels & Co., Inc.,* 510 F.2d 139, on rehearing 526 F.2d 1238, cert. denied, it was decided that: the Uniform Commercial Code does not emphasize the historical concept of passing title to goods, and the location of title generally is not regarded as being determinative of the rights of adverse parties; instead of implementing the fictional concept of title, the countervailing interests of the parties are sometimes defined in terms of various rights, privileges, powers and immunities.

(١٤) المذكرة الإيضاحية في شأن المادة ٢-١٠١ من التقنين
The arrangement of the present Article is in terms of contract for sale and the various steps of its performance. The legal consequences are stated as following directly from the contract and action taken under it without resorting to the idea of when property or title passed or was to pass as being the determining factor. The purpose is to avoid making practical issues between practical men turn upon the location of an intangible something, the passing of which no man can prove by evidence and to substitute for such abstractions proof of words and actions of a tangible character.

هذا فالقاعدة العامة في التقنين التجاري الموحد أن كل نص ورد في هذا التقنين بشأن حقوق والتزامات البائع والمشترى أو الغير يعد نافذا دون اعتبار لمن تعود إليه ملكية البضاعة.(١٥)

والحل البديل الذي قدمه التقنين التجاري الموحد للمسائل الناشئة عن عقد البيع يقوم أساسا على الفصل فيما بين هذه المسائل والتعامل مع كل واحدة منها على حده طبقاً للقواعد الواردة في التقنين، ودون حاجة للرجوع إلى نوايا الأطراف بشأن انتقال الملكية. ففي قضية *Zabriskie Chevrolet, Inc. v. Smith*(١٦) وصفت المحكمة طريقة التقنين التجاري الموحد على أنها رفض لاتجاه «فكرة الملكية» Title concept والتي تستند أساسا إلى معيار عام، وهو انتقال الملكية لتحديد حقوق أطراف العقد والتزاماتهم، لصالح إدخال فكرة «المسألة المحددة» Specific issue والتي تعني في المقابل تجزئة المسائل التي يثيرها عقد البيع وإيجاد الحلول المناسبة لكل مسألة على حدة دون تبني معيار أوحد لحل جميع هذه المسائل. وبناء على ذلك، فإن دعوى البائع للمطالبة بالثمن لا تعتمد على إذا ما كانت الملكية في البضاعة قد انتقلت إلى المشترى من عدمه، بل على قبول المشتري للبضاعة أو هلاكها بعد انتقال تبعة الهلاك إلى المشتري.(١٧)

---

(١٥) المادة ٢-٤٠١ من التقنين التجاري تقرر في بدايتها القاعدة العامة
Each provision of this Article with regard to the rights, obligations and remedies of the seller, the buyer, purchasers or other third parties applies irrespective of title to the goods except where the provision refers to such title.

(١٦) 240 A.2d 195.

(١٧) المادة ٢-٧٠٩ من التقنين التجاري
When the buyer fails to pay the price as it becomes due the seller may recover, together with any incidental damages under the next section, the price
(a) of goods accepted or of conforming goods lost or damaged within a commercially reasonable time after risk of their loss has passed to the buyer; and
(b) of goods identified to the contract if the seller is unable after reasonable effort to resell them at a reasonable price or the circumstances reasonably indicate that such effort will be unavailing.

إضافة إلى ذلك، فإن تبعة الهلاك تتحدد من خلال تطبيق مجموعة من القواعد التي لا تعتبر الملكية العامل الرئيسي في انتقال التبعة من البائع إلى المشتري.[١٨] فعلى سبيل المثال، إذا اشترط العقد أن يتم الشحن «فوب محطة الوصول» FOB Destination[١٩] فإن تبعة الهلاك تنتقل طبقاً للأحكام الواردة في التقنين عند الإشعار بالتسليم في مكان الوصول.[٢٠] وعلى الرغم من أن المحصلة وفقا لأحكام التقنين في المثال المذكور مماثلة لتلك الخاصة بالقانون المشترك Common Law لقانون البيع الموحد فإن طريقة التوصل إليها تختلف اختلافا أساسياً.[٢١]

فطبقاً لأحكام التقنين التجاري الموحد فإن الأسس القانونية لدعاوى المتعاقدين في عقد البيع تنشأ من العقد نفسه وليس من تحديد وقت انتقال الملكية.[٢٢] ذلك أن تحليل أي مسألة قد تثور بين المتعاقدين لا يبدأ من تحديد

---

(١٨) انظر:
Honnold, J., "A Uniform Law for International Sales" 107 University of Pennsylvania Law Review 299 (1959) p.317. See also Foorman, J., "Risk of Loss Under Section 2-509 of the California Uniform Commercial Code" 20 University of California at Los Angles Law Review 1352 (1973) p.1354.

(١٩) البيع "FOB "Free on Board هو أحد البيوع البحرية، حيث يلتزم بمقتضاه البائع بتسليم البضاعة في ميناء الشحن، وذلك بوضعها على ظهر السفينة التي يعينها المشتري، وهذا البيع يعد من بيوع القيام على خلاف بيوع الوصول والذي يلتزم فيها البائع بتسليم البضاعة في ميناء الوصول. إلا أن ما يميز البيع FOB في القانون الأمريكي أنه من الممكن أن يكون بيع وصول أيضا إذا اتجهت نية الأطراف إلى ذلك، بمعنى أن التزام البائع بالتسليم يمتد إلى حين تسليم البضاعة في ميناء الوصول. انظر في ذلك:
Guenin, L., "Risk Allocation in Delivery Terms" 25 Uniform Commercial Code Law Journal, p. 49 (1992) p. 55.
ومن الثابت أن استعمال البيع FOB كبيع وصول في الولايات المتحدة الأمريكية يعود للأعراف التجارية التي استقرت هناك، كما أنه من باب العلم فإن البيع FOB لا يستعمل كبيع وصول سواء في القانون الإنجليزي أو في إصدارات غرفة التجارة الدولية Incoterms 1990.

(٢٠) المادة ٢-٥٠٩ من التقنين التجاري الموحد.

(٢١) Glaser and Kelsch مرجع سابق ٢١٥.

(٢٢) Squillante and Fonesca, Williston on Sales, 4th ed., New York, 1974, P. 324.

إذا ما كانت ملكية البضاعة تعود لأحدهما، وبدلاً من ذلك فإن التقنين يشترط تحري إذا ما كان هناك نص معين يعالج المسألة، ولكن إذا لم يقدم التقنين حلاً لتلك المسألة جاز للمحكمة الرجوع لتحديد وقت انتقال الملكية كحل لهذا النزاع.(٢٣) ففي قضية *William F. Wilke, Inc. v. Cummins Diesel Engines, Inc.*(٢٤) قام البائع بتسليم مولد كهرباء إلى المشترى دون توريد البطاريات اللازمة لتشغيله ولا تعليمات التشغيل. وقد طبقت المحكمة اتجاه «المسألة المحددة» عن طريق تحديد إذا ما كان البائع قد قدم بضائع مطابقة في الواقع. وعندما تبين أن البضائع لم تكن مطابقة للعقد وأن عدم المطابقة يجعل للمشترى الحق في الرفض، توصلت المحكمة إلى قرارها بسهولة بأن تبعة الهلاك لم تنتقل إلى المشترى، وذلك بدلاً من أن تشغل المحكمة نفسها بتحديد الطرف الذي تعود إليه الملكية في البضاعة.

وعلى الرغم من تقليص الحاجة إلى فكرة الملكية فإن التقنين يبين بوضوح أن تحديد انتقال الملكية يصبح أمرا ذا أهمية عندما تشير المواد الأخرى صراحة إلى ملكية البضاعة في حد ذاتها.(٢٥) بالإضافة إلى ذلك، فهناك العديد من الحالات خارج نطاق أحكام التقنين التجاري الموحد يكون فيها تحديد انتقال الملكية ذا أهمية ملحوظة، ولا سيما فيما يتعلق بتطبيق القوانين الجنائية والضرائب.(٢٦) كما أن المتعاقدين قد يتفقان صراحة على أن تبعة الهلاك

---

(٢٣) المرجع السابق ٣٢٥.

(٢٤) 250 A.2d 886. 24

(٢٥) مثال ذلك المادتان ٢–٤٠١ و ٢–٥٠١ من التقنين التجاري الأمريكي الموحد.

(٢٦) المحكمة قررت في قضية *283 N.W.2d 76, Martin v. Melland's Inc.* أن:

While the role of title has been diminished under the Uniform commercial Code, it has not been entirely excluded; generally, it is still necessary to consider title in two broad contexts, viz., for purposes outside the law of sales, e.g., criminal law, taxation, and public regulation, and where the final question is ownership, not merely some incident of the sale, e.g., liability insurance coverage.

ستنتقل من البائع إلى المشترى عند انتقال الملكية، وفى هذه الحالة فإن الرجوع إلى أحكام انتقال الملكية في التقنين سيكون لابد منه.

المبحث الثاني: تعيين البضاعة كشرط أساسي لانتقال الملكية وفقا لأحكام التقنين التجاري الأمريكي الموحد والقانون الكويتي

من المسلم به أن الملكية لا يمكن أن تنتقل إلى المشترى إلا إذا تم تعيين بضاعة ما على أنها البضاعة محل العقد. إلا أنه مما يستوجب الإشارة إليه بداية أن المشرع الأمريكي قد فصل بين تعيين البضاعة وانتقال ملكيتها، بمعنى أنه وإن كان التعيين ضروريا لانتقال الملكية إلا أن وقوع التعيين لا يستلزم انتقال الملكية. وهذا بلا ريب يختلف عن الوضع في القانون الكويتي، حيث إن هنالك ترابطا لا يقبل التجزئة بين تعيين البضاعة وانتقال ملكيتها.[٢٧] لذا يمكننا القول إن المشرع الأمريكي قد أوجد وضعا غريبا قد تتعين فيه البضاعة، إلا أن ملكيتها لا تنتقل إلى المشتري إلا في وقت لاحق. لذلك فسوف نتعرض في المطلب الأول إلى تعيين البضاعة وفقا لأحكام التقنين التجاري الأمريكي والقانون الكويتي. ثم ننتقل بعد ذلك في المطلب الثاني إلى دراسة الآثار التي ستترتب على تعيين البضاعة.

المطلب الأول: تعيين البضاعة وفقا لأحكام التقنين التجاري الأمريكي الموحد والقانون الكويتي

نظم المشرع الأمريكي تعيين البضاعة وانتقال الملكية في مادتين منفصلتين من التقنين التجاري الموحد. فإن كانت المادة ٢-٥٠١ من التقنين تنص على أن تكون للمشترى ملكية خاصة ومصلحة تأمينية عند تعيين

(٢٧) المادة ٤٦٣ مدني كويتي.

البضاعة الموجودة على أنها البضاعة التي يشير إليها العقد، فإن هذا المفهوم المستحدث للملكية الخاصة لا يقتضي أن ملكية البضاعة قد انتقلت إلى المشتري حال تعيينها، وذلك لأن انتقال الملكية تنظمه المادة ٢-٤٠١ من التقنين والتي سنتعرض لها لاحقا.

ويقع تعيين البضاعة وفقا لأحكام التقنين الأمريكي في أي وقت وبأية طريقة يتم الاتفاق عليها صراحة بين المتعاقدين. وكما هو الحال في القانون الكويتي فإن التعيين يقع عند إبرام العقد إذا كان بشأن بيع بضاعة موجودة ومعينة بذاتها، أما إذا كان العقد لبيع بضاعة مستقبلية فإن التعيين يقع عند شحن البضاعة، أو وضع العلامات المميزة عليها، أو تحديدها من قبل البائع الدال على أنها البضاعة التي يشير إليها العقد.(٢٨) فالهدف أساسا هو تحويل المبيع من شئ معين بنوعه إلى شئ معين بذاته.(٢٩) ويجوز للأطراف الاتفاق على الوقت الذي يقع فيه التعيين والطريقة التي تتعين بها البضاعة، إلا أنه مما تنبغي الإشارة إليه أنه لا يجوز تأخير ذلك عن طريق الاتفاق على أن البضاعة لم يتم تعيينها بعد بينما قد تم تسليمها بالفعل إلى المشترى.(٣٠)

---

(٢٨) تقرر المادة ٢-٥٠١ من التقنين

The buyer obtains a special property and an insurable interest in goods by identification of existing goods as goods to which the contract refers even though the goods so identified are non-conforming and he has an option to return or reject them. Such identification can be made at any time and in any manner explicitly agreed to by the parties. In the absence of explicit agreement identification occurs

(a) when the contract is made if it is for the sale of goods already existing and identified;

(b) if the contract is for the sale of future goods ..., when goods are shipped, marked or otherwise designated by the seller as goods to which the contract refers ...

(٢٩) د. حسام الدين الأهواني، عقد البيع في القانون المدني الكويتي، مطبوعات جامعة الكويت، الكويت، ١٩٨٩، ص ٢٧٥.

(٣٠) *Williston on Sales* مرجع سابق٣٢٩-٣٣٠.

ويقع التعيين وفقاً للقواعد المقررة في التقنين التجاري الأمريكي ما لم يتفق المتعاقدان على خلاف ما جاء فيها، وفي هذه الحالة ينبغي أن يكون قد نص على هذا الاتفاق صراحة في العقد.(٣١) ويعود ذلك إلى ما شاب قانون البيع الموحد من غموض تولد حقيقة من إخضاع جميع القواعد التي تنظم انتقال الملكية أو تخصيص البضاعة (والذي يعتمد بدوره على تعيينها) إلى اتفاق أطراف العقد سواء جاء هذا الاتفاق صراحة أو استخلص ضمنا من الظروف المحيطة بالتعاقد. وقد تم الحد من هذا الغموض، وذلك باشتراط توافر الاتفاق الصريح قبل العدول عن تطبيق القواعد الخاصة بتعيين البضاعة والمتضمنة في التقنين.

وتقرر نصوص التقنين التجاري الأمريكي أن تعيين البضاعة المعينة بذاتها يتم وقت إبرام العقد.(٣٢) إلا أن هذا الفرض يعد نادرا في البيوع البحرية، حيث إنها عادة ما ترد على بضائع Commodities معينة بنوعها في العقد سواء أكانت غلات كالقمح أو الذرة أم مصادر الطاقة كالفحم أو النفط. فإذا افترضنا أن العقد اشترط تسليم ٥٠٠ ألف برميل نفط خام برنت فإن هذا العقد يشير إلى بضاعة معينة بنوعها Unascertained goods. فوفقا للتقنين التجاري الأمريكي والمادة ٤٦٣ من القانون المدني الكويتي فإن تعيين البضاعة يقع عندما يقوم البائع بإفراز بضاعة محددة على أنها البضاعة التي يشير إليها العقد. ويمكن إفراز البضاعة عند شحنها، ويمكن أن يقع ذلك أيضا قبل عملية الشحن عند وضع العلامات المميزة عليها في مخازن البائع أو تحديدها في العقد بأية طريقة

(٣١) وفي هذا تقرر المذكرة الإيضاحية للتقنين الأمريكي أن:
The provision of this section as to "explicit agreement" clarifies the present confusion in the law of sales which has arisen from the fact that under prior uniform legislation all rules of presumption with reference to the passing of title or to appropriation (which in turn depended upon identification) were regarded as subject to the contrary intention of the parties or of the party appropriating. Such uncertainty is reduced to a minimum under this section by requiring "explicit agreement" of the parties.

(٣٢) المادة ٢-٥٠١ من التقنين التجاري الأمريكي والتي سبق لنا الإشارة إليها.

كانت.[٣٣] ويعد تحديد إذا ما كانت أفعال البائع قد ترتب عليها تعيين البضاعة من عدمه، من مسائل الواقع التي تخضع لتقدير المحكمة.[٣٤]

ومن الجدير بالملاحظة أن التعيين يقع حسبما تقرره نصوص التقنين التجاري الأمريكي حتى ولو كانت البضاعة حصصاً غير مفرزة بعد لأكثر من مشتر في بضاعة منقولة على سفينة معينة Undivided shares in an identified bulk. فإذا أشار العقد إلى ٢٥٠ ألف برميل نفط خام برنت من إجمالي ٧٥٠ ألف برميل على السفينة X فإن البضاعة في هذه الحالة تكون معينة بذاتها ويعد المشترون ملاكاً على الشيوع.[٣٥] ويخلو القانون الكويتي من نص مماثل، غير أن هذا لا يحول دون الأخذ بالحل الذي أتى به المشرع الأمريكي لما يتضمنه من حماية للمشترين الأجانب، وذلك بإبعاد البضاعة من أن تكون ضمن أصول البائع التي ستخصص لسداد ديونه في حال إذا ما أفلس البائع بعد شحن البضاعة المرسلة لأكثر من مشتر ولم تفرز حصص كل منهم بعد.

ومن الواضح أن التقنين التجاري الأمريكي الموحد لم يستعن بمصطلح التخصيص appropriation المعروف في قانون البيع الموحد، وبدلاً من ذلك قدم مصطلحاً جديداً هو التعيين identification للإشارة إلى عملية تحديد البضائع وفقا للعقد. وقد يقال إن التعيين بهذا المعنى مماثل للتخصيص وإن الاختلاف لا يعدو أن يكون إلا اختلافا لغويا، غير أنه مما تنبغي ملاحظته أن هناك فروقا ملموسة بين التعيين طبقاً للتقنين التجاري والتخصيص بموجب

(٣٣) *U.S. v.* Long, 706 F.2d 1044.

(٣٤) Williston on Sales, مرجع سابق ٣٣٢.

(٣٥) المادة ٢–١٠٥ من التقنين التجاري الأمريكي

An undivided share in an identified bulk of fungible goods is sufficiently identified to be sold although the quantity of the bulk is not determined. Any agreed proportion of such a bulk or any quantity thereof agreed upon by number, weight or other measure may to the extent of the seller's interest in the bulk be sold to the buyer who then becomes an owner in common.

قانون البيع الموحد. ذلك أن تخصيص العقد للبضاعة يقع سواء من قبل البائع بموافقة المشترى أو من قبل المشترى مع موافقة البائع.(٣٦) أما التعيين طبقاً للتقنين التجاري الموحد فيمكن إجراؤه من قبل البائع بمفرده دون الحاجة لحضور المشترى أو الحصول على موافقته.(٣٧)

ووفقا للتقنين الأمريكي، يقع التعيين حتى ولو لم تكن البضاعة مطابقة للعقد وعلى الرغم من أنه يحق للمشترى رفضها في هذه الحالة. كما أنه نظراً للوظيفة المحددة للتعيين فإنه لا يشترط أن تكون البضاعة في حالة قابلة للتسليم أو أن يُتم البائع جميع التزاماته الخاصة بتصنيع البضاعة حتى يقع التعيين.(٣٨) فقد اعتبرت المحكمة في قضية *Holstein v. Greenwich Yacht Sales, Inc*(٣٩) أن الإشارة في العقد إلى نوع وطول بدن سفينة ما فإن ذلك يشكل تعييناً كافياً للبضاعة الواردة في العقد عند إبرامه حتى ولو كان ينبغي تركيب المعدات الإضافية في السفينة، إذ أن هذا في الحقيقة لا يحول دون تعيين البضاعة. وفى هذا الشأن بينت المحكمة أن معدي التقنين ذكروا بلغة واضحة لا يتطرق إليها الشك، أنه لا توجد ضرورة لكون البضاعة في حالة

(٣٦) المادة ١٩ من قانون البيع الأمريكي الموحد.

(٣٧) لم يشترط المشرع الكويتي الرجوع إلى المشتري أو حضوره عند إفراز المعين بنوعه لكي يكون هذا العمل نافذا بمواجهته. ويكفي أن يتم الإفراز بطريقة جدية ونهائية من قبل البائع ما لم يتفق على خلاف ذلك. د. حسام الدين الأهواني، مرجع سابق.

(٣٨) تقرر المذكرة الإيضاحية هذا المعني بقولها:
In view of the limited function of identification there is no requirement in this section that the goods be in deliverable state or that all of the seller's duties with respect to the processing of the goods be completed in order that identification occur.

(٣٩) 404 A.2d 842.
See also *Weisz Graphics Div. of Fred B. Johnson Co., Inc.* v. Peck Industries, Inc., 403 S.E.2d 146, where the contract calls for goods manufactured to order, identification to contract usually occurs when the first step of production begins, it is not necessary for goods to be in a deliverable state for them to be identified to contract.

قابلة للتسليم وخلصت بناء على ذلك إلى أن عدم تجهيز السفينة بجميع الأشياء الإضافية الخاصة بها لا يحول دون تعيينها وفقا للعقد. ولهذا فإنه من المقرر أنه في حال نشوء أي نزاع بين أطراف العقد بخصوص إذا ما كان قد تم تعيين البضاعة من عدمه، فإن التقنين التجاري يضع قرينة مفادها حسم هذا النزاع بوقوع التعيين ما لم يثبت بالدليل العكسي ما يدحض هذه القرينة.

المطلب الثاني: الآثار المترتبة على تعيين البضاعة

لما كانت القواعد الخاصة بتعيين البضاعة في التقنين التجاري الأمريكي يقتصر دورها على مجرد بيان الكيفية التي يتم بها تعيين البضاعة والأثر المحدود لذلك والمتمثل في حصول المشتري على ملكية خاصة ومصلحة تأمينية في البضاعة، فمن الضروري مراعاة أن هذه القواعد توضح مجرد طريقة التعيين ولا تنظم انتقال الملكية.(٤٠) كما ينبغي ألا يتداخل مفهوم الملكية الخاصة مع الملكية والتي تحدد وقت انتقالها المادة ٢-٤٠١ من التقنين. ومما ينبغي ملاحظته أن الملكية الخاصة لا تعنى أن المشترى قد تملك البضاعة وأصبحت جزءاً من أصوله المالية، إذ أن المشرع الأمريكي أوجد هذا المصطلح الجديد (الملكية الخاصة) للإشارة إلى وضع المشترى عندما يتم تعيين البضاعة وفقا للعقد ولكن لم يتم انتقال الملكية إليه بعد.(٤١)

ففي قضية *Silver v. Sloop Silver Cloud*(٤٢) نشأ نزاع بين المتعاقدين بخصوص عقد بناء سفينة. وقد دفع المدعي (المشتري) بأن الملكية قد انتقلت

---

(٤٠) المادة ٢-٥٠١ من التقنين.

(٤١) المذكرة الإيضاحية تقرر في تفسير المادة ٢-٤٠١ من التقنين أن
The "special property" of the buyer in goods identified to the contract is excluded from the definition of "security interest"; its incidents are defined in provisions of this Article such as those on the rights of the seller's creditors, on good faith purchase, on the buyer's right to goods on the seller's insolvency, and on the buyer's right to specific performance or replevin.

(٤٢) 259 F.Supp. 187.

إليه عند قيام البائع بتعيين السفينة في العقد. وقد رفضت المحكمة هذا الدفع وقررت أنه لم يرد في المادة ٢-٥٠١ والخاصة ببيان كيفية تعيين البضاعة ما يفيد في تحديد وقت انتقال الملكية، بل يقتصر مفعولها على تعيين البضاعة. وأكدت المحكمة كذلك على أن المادة المذكورة تقرر أن الملكية لا يمكن أن تنتقل قبل تعيينها، ولكنها لم تنص على وجوب انتقال الملكية بمجرد تعيين البضاعة.

وعلى النقيض من هذا، فلم يفرق المشرع الكويتي بين مرحلتي تعيين البضاعة وانتقال الملكية، حيث إنه وفقا لنص المادة ٤٦٣ من القانون المدني تنتقل ملكية المبيع المعين بذاته لحظة إبرام العقد، بينما يتراخى انتقال ملكية المبيع المعين بنوعه إلى حين إفرازه. ويبدو أنه نتيجة الفصل بين تعيين البضاعة وانتقال الملكية في التقنين فقد آثر المشرع الأمريكي ابتكار مصطلح الملكية الخاصة لبيان الحقوق المحدودة التي يحصل عليها المشترى عند التعيين وقبل انتقال الملكية. وأهميه الملكية الخاصة تثور عندما يتعلق الأمر بحقوق دائني البائع، أو البيع لطرف حسن النية، وكذلك بالنسبة لحقوق المشترى عند إفلاس البائع أو حقه في التنفيذ العيني أو استرداد الثمن. غير أنه في حالات استثنائية قد تنتقل الملكية تلقائياً عند تعيينها بالعقد طبقاً لأحكام التقنين دون أي تداخل أو ترابط بين تعيين البضاعة وانتقال ملكيتها. فعلى سبيل المثال، إذا جرى تعيين البضاعة المعينة لذاتها عند إبرام العقد، فإن ملكية هذه البضاعة تنتقل إلى المشترى عند التعيين إذا لم تكن هناك أية مستندات يتعين تسليمها إلى المشتري.

وبناء عليه فإنه لا ترابط بين انتقال الملكية وتعيين البضاعة في التقنين التجاري الأمريكي، بمعنى أنه يجوز للمتعاقدين الاتفاق على كيفية تعيين البضاعة، ولكن ذلك لا يستدعي بالضرورة انتقال الملكية بمجرد وقوع التعيين.(٤٣) وقد أشارت المحكمة في قضية *Martin Marietta Corp. v. New Jersey Nat. Bank*(٤٤) إلى أن الغرض المحدود الذي يخدمه تعيين البضاعة هو

(٤٣) *Williston on Sales*. مرجع سابق ٣٣٠.

(٤٤) 612 F.2d 745, on remand, 505 F.Supp. 946.

مجرد تحديد اللحظة الزمنية التي يحصل فيها المشترى على مصلحة تأمينية في البضاعة أو ملكية خاصة ذات أهمية في حالات مختلفة، مثل حالة هلاك البضاعة أو إفلاس البائع قبيل التسليم.[٤٥]

وفي رأينا أن المسلك الذي اتبعه المشرع الأمريكي في الفصل بين انتقال الملكية وتعيين البضاعة مسلك منتقد. إذ أنه من غير الواضح السبب الداعي إلى عدم الربط بين انتقال الملكية وتعيين البضاعة. وهذا بالطبع لو كان قد تم لأدى إلى تسهيل المهمة ولجعل من غير الضروري الرجوع إلى المصطلح المبهم للملكية الخاصة والذي تم تبنيه في التقنين دون أية مبررات تذكر.

(٤٥) وسوف نتكلم لاحقاً عن حقوق دائني البائع على البضاعة المبيعة وكيف تتأثر هذه الحقوق بتعيين البضاعة.

الفصل الثاني: مدى جواز الاتفاق على مخالفة أحكام انتقال الملكية في التقنين التجاري الأمريكي الموحد والقانون الكويتي

من الأسس التي يقوم عليها التقنين التجاري الأمريكي الحد من التعويل على انتقال الملكية كعامل محدد لحقوق أطراف عقد البيع والتزاماتهم.(٤٦) بيد أن تحديد وقت انتقال الملكية كما رأينا قد يكون لازما عند الفصل في بعض المسائل التي تثور داخل نطاق هذا التقنين أو خارجه. لذا كان من الضروري النص في التقنين التجاري الأمريكي على الأحكام المتعلقة بوقت انتقال الملكية. ولقد بين المشرع الأمريكي أحكام انتقال الملكية في المادة ٢-٤٠١ من التقنين والتي أكدت بداية أن الأصل العام هو سريان كل نص في الباب الثاني من التقنين على حقوق والتزامات البائع أو المشترى أو الغير دون اعتبار لمن تعود إليه ملكية البضاعة. بينما يتعين الرجوع إلى الاستثناء وهو تحديد وقت انتقال الملكية عندما تشير نصوص التقنين إلى ذلك أو في الحالات التي لا تنظمها نصوص التقنين والتي عندها يصبح من الضروري تحديد لمن تعود ملكية البضاعة. ومن المقرر وفقا لأحكام التقنين أن ملكية البضاعة لا تنتقل إلى المشتري قبل تعيين البضاعة للعقد ولكن وقوع التعيين لا يستدعي بالضرورة انتقال الملكية وذلك نتيجة للفصل بين تعيين البضاعة وانتقال الملكية.(٤٧) ويقتصر أثر التعيين على حصول المشتري على مجموعة من الحقوق أهمها ما يسمى بالملكية الخاصة والتي تختلف عن الملكية بمفهومها التقليدي والتي تنظم أحكام انتقالها المادة ٢-٤٠١ من التقنين.

---

(٤٦) وهذا في حد ذاته يعد خروجا عن القواعد المستقرة في القانون المشترك Common law والتي يتضمنها حاليا قانون بيع البضائع الإنجليزي.

(٤٧) المادة ٢-٥٠١ من التقنين.

وتنتقل ملكية البضاعة في البيوع البحرية إلى المشتري في الوقت والمكان الذي يكمل عنده البائع تنفيذ التزامه بالتسليم المادي للبضاعة، وحتى لو كان السند الخاص بالبضاعة يتعين تسليمه في وقت ومكان آخرين. وعلى وجه الخصوص إذا كان العقد يشترط أو يجيز للبائع نقل البضاعة إلى المشتري ولكن لا يشترط عليه تسليمها في محطة الوصول، تنتقل الملكية إلى المشتري في وقت الشحن ومكانه، ولكن إذا كان العقد يشترط التسليم في محطة الوصول، انتقلت الملكية عند الإشعار بالتسليم هناك.(٤٨) ويجوز للمتعاقدين الاتفاق على وقت انتقال الملكية على شرط أن تكون البضاعة موجودة وأنه قد تم تعيينها بالعقد وأن تعكس بنود العقد هذه النية بشكل لا لبس فيه.(٤٩) وإذا

(٤٨) تبين المادة ٢-٤٠١ من التقنين أحكام انتقال الملكية كالتالي:

(1) Title to goods cannot pass under a contract for sale prior to their identification to the contract (Section 2-501), and unless otherwise explicitly agreed the buyer acquires by their identification a special property as limited by this Act. . . title to goods passes from the seller to the buyer in any manner and on any conditions explicitly agreed on by the parties.

(2) Unless otherwise explicitly agreed title passes to the buyer at the time and place at which the seller completes his performance with reference to the physical delivery of the goods, despite any reservation of a security interest and even though a document of title is to be delivered at a different time or place; and in particular and despite any reservation of a security interest by the bill of lading

(a) if the contract requires or authorizes the seller to send the goods to the buyer but does not require him to deliver them at destination, title passes to the buyer at the time and place of shipment; but

(b) if the contract requires delivery at destination, title passes on tender there.

(٤٩) يجوز الاتفاق على ما يخالف أحكام المادة ٤٦٣ من القانون المدني الكويتي، وذلك بتأخير انتقال الملكية في المعين بذاته إلى ما بعد انعقاد العقد. وتجدر الإشارة إلى أنه وإن كانت هذه المادة قد جعلت للمتعاقدين حرية تحديد وقت انتقال الملكية فإنه يتعين إفراز الشيء المعين بنوعه قبل انتقال ملكيته للمشتري، ولا يجوز الاتفاق على انتقال الملكية في هذه الحالة قبل الإفراز لاستحالة ورود الحق العيني على ما لم يعين بذاته وإن لم يكن هناك ما يحول دون اتفاق المتعاقدين على تحديد الطريقة التي يتم بها الإفراز.

لم يبين العقد ذلك، كان للمحكمة أن تستخلص وقت انتقال الملكية بالنظر إلى سلوك الطرفين والعادات التجارية وظروف القضية وملابساتها.(٥٠) وفي حال إذا ما ثبت وجود هذا الاتفاق، فإنه سيقدم على الأحكام الخاصة بانتقال الملكية الواردة في المادة ٢-٤٠١ من التقنين.(٥١)

في هذا الفصل، سنحدد في المبحث الأول منه وقت انتقال الملكية في عقد البيع البحري للبضائع وفقا لأحكام التقنين التجاري الموحد والقانون الكويتي، ثم سنتعرض في المبحث الثاني إلى شرط الاحتفاظ بالملكية وأثره في انتقال ملكية البضاعة إلى المشتري.

المبحث الأول: وقت انتقال الملكية في عقد البيع البحري للبضائع وفقا لأحكام التقنين التجاري الموحد والقانون الكويتي

تنقسم البيوع البحرية وفقا لأحكام التقنين التجاري الأمريكي إلى بيوع قيام Shipment Sales وبيوع وصول Destination Sales. ولقد اتبع المشرع الكويتي التقسيم ذاته عندما نظم البيوع البحرية في قانون التجارة الصادر بمرسوم بالقانون رقم ٦٨ لسنة ١٩٨٠. وتنقضي التزامات البائع في بيع القيام وتنتقل تبعة هلاك

(٥٠) *Kamakazi Music Corp. v. Robbins Music Corp.,* 534 F.Supp. 57.

(٥١) انظر:

New England Yacht Sales, Inc. v. Commissioners of Revenue Services, 504 A2d 506

حيث استأنف المدعي الحكم القاضي بصحة ضريبة المبيعات التي قدرتها إدارة كونكتيكت والخاصة بعائدات الخدمة على اليخت المبيع إلى أشخاص غير مقيمين، وكان أساس دفعه أن الملكية لم تنتقل في كونكتيكت، حيث تم تسليم اليخوت في نيويورك وجزيرة روود. وقد رفضت المحكمة هذا الدفع وقررت أن أطراف عقد البيع اتفقوا صراحة على انتقال الملكية عند تظهير سندات الشحن البحرية. وفى هذه القضية فإن التسليم إلى المشترى ليس أساسيا لانتقال الملكية طبقاً للمادة ٢-٤٠١ وأنه ينبغي على المدعي دفع ضريبة المبيعات في كونكتيكت نظراً لأن الملكية قد انتقلت في ذلك المكان حسب ما اتفق عليه أطراف العقد.

البضاعة إلى المشتري عندما يضع البائع البضاعة المبيعة تحت تصرف الناقل في ميناء الشحن (محطة الشحن) ولا يحول دون ذلك التزام البائع بتسليم المستندات الخاصة بالبضاعة في وقت لاحق.(٥٢) أما في بيع الوصول فلا تنقضي التزامات البائع إلا عندما تصل البضاعة إلى ميناء الوصول (محطة الوصول) فالبائع يتحمل تبعة ما قد يصيب البضاعة من هلاك أو تلف طوال الرحلة البحرية.(٥٣)

ينقسم هذا المبحث إلى قسمين، حيث سنبين في المطلب الأول منه وقت انتقال الملكية في عقود البيع البحرية محطة الشحن، وسنخصص المطلب الثاني لانتقال الملكية في عقود البيع البحرية محطة الوصول.

المطلب الأول: عقود البيع البحرية محطة الشحن

يتحدد وقت انتقال الملكية وفقا لأحكام التقنين التجاري الأمريكي، وذلك بالتفرقة بين حالة إذا ما كان العقد يضع على عاتق البائع التزاما بالتسليم عن طريق شحن البضاعة وحالة إذا ما كان العقد لا يرتب مثل هذا الالتزام.(٥٤) والقاعدة العامة في ذلك أن الملكية تنتقل في الوقت الذي ينقضي فيه التزام البائع بتسليم البضاعة.(٥٥) ففي عقد البيع محطة الشحن يتم التسليم عندما

(٥٢) اختار المشرع الأمريكي لفظ محطة الشحن بدلا من ميناء الشحن لأنه أوسع نطاقا من ميناء الشحن وليضم هذا اللفظ بالإضافة إلى ميناء الشحن أية محطة أخرى للشحن والتي قد تكون مستودعات الناقل عندما يتم النقل باستخدام الحاويات Containers حيث يتطلب هذا النمط من الشحن تجميع البضاعة في مستودعات الناقل. قارن المادة ١٤٤ من قانون التجارة الكويتي.

(٥٣) المواد ٢-٣٢٢ من التقنين التجاري الأمريكي و١٦٠ من قانون التجارة الكويتي.

(٥٤) الفقرة الثالثة من المادة ٢-٤٠١ تتحدث عن بيع البضاعة من دون نقلها وهذا النوع من البيوع غير دارج دوليا.

(٥٥) في البيوع البحرية تنبغي التفرقة بين ثلاث مراحل لتسليم البضاعة، وذلك في العلاقة فيما بين البائع والمشتري. الأولى تعرف بمرحلة التسليم المادي Physical delivery للبضاعة وتكون عندما توضع البضاعة في عهدة الناقل في ميناء الشحن. والمرحلة الثانية تعرف بمرحلة التسليم الرمزي Symbolic delivery للبضاعة وتكون عندما يقوم البائع بتسليم سند الشحن والذي يمثل الحيازة الرمزية للبضاعة إلى المشتري. أما المرحلة الأخيرة وهي مرحلة التسليم الفعلي Actual delivery للبضاعة فتكون عندما توضع البضاعة تحت تصرف المشتري في ميناء الوصول.

يقوم البائع في وقت الشحن ومكانه بوضع البضاعة تحت تصرف الناقل.[٥٦] أما إذا لم يتفق المتعاقدان على شحن البضاعة فإنه يتعين الرجوع إلى الالتزام النهائي للبائع ويقصد به تسليم المستندات الخاصة بالبضاعة أو إبرام العقد، وهذا الفرض يندر وقوعه في التجارة الدولية.[٥٧]

ومن الملاحظ أن الغالبية العظمى من البيوع البحرية في نطاق التجارة الدولية تبرم على أساس البيع محطة الشحن.[٥٨] وتنتقل الملكية في هذا البيع عندما يسلم البائع البضاعة، وذلك بوضعها تحت تصرف الناقل في محطة الشحن. ومن الجدير بالذكر أن ملكية البضاعة تنتقل إلى المشترى حتى ولو كان ينبغي تسليم سند الشحن في وقت لاحق.[٥٩] ولنا هنا أيضا أن نلحظ التشابه بين أحكام انتقال تبعة الهلاك وأحكام انتقال الملكية في التقنين التجاري الأمريكي. فتبعة الهلاك في عقود الشحن تنتقل إلى المشترى عندما يتم تسليم البضاعة إلى الناقل.[٦٠] وبالمثل فإن انتقال الملكية يعتمد على تنفيذ البائع

---

(٥٦) عندما يضع العقد التزاما على البائع أو يفوضه لشحن البضاعة ولكن لا يشترط عليه التسليم في محطة وصول معينة فيتعين الرجوع إلى الفقرة الثانية (أ) من المادة ٢-٤٠١ من التقنين الأمريكي.

(٥٧) المذكرة الإيضاحية للتقنين التجاري الأمريكي

The factual situations in subsections (2) and (3) upon which passage of title turn actually base the test upon the time when the seller has finally committed himself in regard to specific goods. Thus in a "shipment" contract he commits himself by the act of making the shipment. If shipment is not contemplated subsection (3) turns on the seller's final commitment, i.e. the delivery of documents or the making of the contract.

(٥٨) انظر تعليق اللورد Wright في:

T.D. Bailey, Son & Co. v. Ross T. Smyth & Co. Ltd. (1940) 56 T.L.R. 825, 828.

(٥٩) يتوافق ذلك مع الفهم السليم لدور سند الشحن في التجارة الدولية، حيث إن تظهير سند الشحن إلى المشتري لا يؤدي إلى نقل ملكية البضاعة المبينة فيه بل يقتصر على نقل الحق الثابت في السند، وهو الحق في الحيازة الرمزية للبضاعة، في حين أن الملكية تنتقل وفقا لأحكام عقد البيع. في ذلك، انظر:

Sewell v. Burdick (1884) 10 App. Cas. 74.

(٦٠) المادة ٢-٥٠٩ من التقنين التجاري الموحد =

لالتزامه بتسليم البضاعة. ويبدو أن هدف المشرع الأمريكي من ربط وقت انتقال تبعة الهلاك والملكية بالتسليم هو لتجنب حدوث مواقف شاذة يتحمل في ظلها المشترى تبعة الهلاك بينما لا تزال الملكية للبائع.

وعلى الرغم من أن قانون التجارة الكويتي لم يتضمن أحكاماً خاصة بانتقال ملكية البضاعة المبيعة بيعا بحريا فإن القواعد الواردة في القانون المدني بشأن عقد البيع تعالج هذا النقص.(٦١) وإعمال هذه القواعد يستدعي التفرقة فيما إذا كان المبيع معينا بذاته أو معينا بنوعه، حيث تنتقل الملكية في المعين بذاته لحظة إبرام العقد، في حين لا تنتقل ملكية المعين بنوعه إلا عند إفرازه. فإذا ورد البيع البحري على بضاعة معينة بذاتها انتقلت ملكيتها وقت إبرام العقد حتى ولو كانت هذه البضاعة في مستودعات البائع ولم تسلم بعد إلى الناقل، ما لم يظهر أن المتعاقدين قد قصدا تأجيل انتقال الملكية إلى وقت الشحن. وفي هذا يختلف القانون الكويتي عن التقنين التجاري الأمريكي، حيث لا تنتقل الملكية في المعين بذاته في بيع القيام الخاضع للتقنين الأمريكي إلا بتسليم البضاعة إلى الناقل. غير أنه لما كانت البيوع البحرية ترد في الغالب على بضاعة معينة بنوعها، فإن وقت انتقال الملكية يتراخى إلى حين إفراز البضاعة سواء تم ذلك في مستودعات البائع قبيل تسليم البضاعة إلى الناقل أو لحظة شحنها على

= Where the contract requires or authorizes the seller to ship the goods by carrier
(a) if it does not require him to deliver them at a particular destination, the risk of loss passes to the buyer when the goods are duly delivered to the carrier even though the shipment is under reservation (Section 2-505).

(٦١) المادة ٤٦٣ من القانون المدني الكويتي. ولا يتضمن قانون التجارة الكويتي نصاً مثيلاً لنص المادة ٩٤ من قانون التجارة المصري الملغى بالقانون رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ بإصدار قانون التجارة الجديد. وذلك لأن المشرع الكويتي ربط انتقال تبعة الهلاك بالتسليم وليس بانتقال الملكية كما فعل المشرع المصري في القانون الملغى. غير أن الوضع بموجب قانون التجارة المصري الجديد أصبح مماثلا للوضع في قانون التجارة الكويتي. للمزيد حول الوضع في قانون التجارة المصري الملغى راجع د. عبدالرزاق أحمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ج/٤ (البيع)، بند ٢٤٨.

السفينة.[٦٢] وعلى ذلك فمعيار انتقال الملكية هو وقت ومكان تسليم البضاعة إلى الناقل والذي عادة ما يكون في مستودعات الناقل في ميناء الشحن.

من جانب آخر، إذا تضمن العقد الخاضع لأحكام التقنين التجاري الأمريكي الإشارة إلى مصطلحات تجارية فإنه من الضروري تحديد الوقت الذي يقوم البائع فيه بتنفيذ التزامه بتسليم البضاعة وذلك بالرجوع إلى المادة ٢-٣١٩ بخصوص البيع فوب FOB وشرط التسليم بجانب السفينة FAS والمادة ٢-٣٢٠ بخصوص البيع سيف CIF.[٦٣] ومما تنبغي الإشارة إليه في هذا الصدد أن البائع في البيع «فوب مكان الشحن» وفقا للعرف الأمريكي لا يتحمل نفقات شحن البضاعة على سطح السفينة وتبعته. لذلك، فقد ذهبت المحكمة في قضية *Pittsburgh Indus. Furnace Co. v. Universal Consol. Companies, Inc.*,[٦٤] إلى أنه عندما يكون العقد «فوب مكان الشحن» فإن الملكية تنتقل وقت قيام البائع بتسليم البضاعة إلى الناقل في محطة الشحن. وفى هذه القضية، أتم البائع التزامه بتسليم البضاعة، وذلك بوضعها في حيازة الناقل وتنتقل الملكية في هذه الحالة حتى ولو لم تشحن البضاعة بعد.[٦٥]

---

(٦٢) تحدد طبيعة البضاعة الوقت الذي يتم إفرازها فيه لتنتقل بعد ذلك الملكية إلى المشتري وبشكل خاص إذا ما كان نقلها بطريق البحر يستلزم تعبئتها في حاويات، حيث يتعين في هذه الحالة تسليمها في مستودعات الناقل، أو إذا ما كانت هذه البضاعة سوف تنقل صبا Bulk حيث تسلم في ميناء الشحن.

(٦٣) انظر الهامش رقم ١٩ في تعريف البيع فوب. يقصد بالبيع FAS "Free alongside ship" ذلك البيع الذي يُتم فيه البائع التزامه بتسليم البضاعة بجانب السفينة دون أن يكون عليه دفع مصاريف شحنها. أما البيع CIF "Cost, freight, insurance" فيتحمل البائع بثمن مقدرا جزافا للبضاعة المبيعة سيف أجرة نقلها وقيمة التأمين عليها.

(٦٤) 789 F.Supp. 184.

(٦٥) المادة ٢-٣١٩ من التقنين

Unless otherwise agreed the term F.O.B. (which means "free on board") at a named place, even though used only in connection with the stated price, is a delivery term under which

(a) when the term is F.O.B. the place of shipment, the seller must at that place ship the goods in the manner provided in this Article (Section 2-504) and bear the expense and risk of putting them into the possession of the carrier.

بيد أن التزامات البائع المتعلقة بتسليم البضاعة تختلف في ظل عقد البيع سيف CIF وفى العقد «فوب السفينة» FOB vessel[٦٦]، عنها في عقود البيع محطة الشحن، وذلك باشتراط أن يقوم البائع بشحن البضاعة على سطح السفينة. ولهذا تلزم المادة ٢-٣٢٠ من التقنين التجاري الأمريكي البائع في العقد سيف صراحة بشحن البضاعة على سطح السفينة. كما أن الالتزام ذاته جاء في المادة ٢-٣١٩ من التقنين المذكور والتي تنص على وجوب قيام البائع في البيع «فوب السفينة» بشحن البضاعة على السطح على نفقته، وتقع تبعة الهلاك عليه لحين إتمام ذلك. وفى كلتا الحالتين لا تنتقل الملكية إلا عندما تنقضي التزامات البائع بالنسبة لتسليم البضاعة، وذلك عندما يقوم بوضعها على سطح السفينة في ميناء الشحن. وعلى ذلك، فقد اعتبرت المحكمة في قضية *Re National sugar Refining Co*[٦٧] أن ملكية البضاعة انتقلت عندما كانت البضاعة على سطح سفينة معينة والتي ترتب عليه أن حاز البائع سند شحن قابلاً للتظهير يمكنه بموجبه الوفاء بالتزاماته المتولدة عن عقد البيع.

المطلب الثاني: عقود البيع البحرية محطة الوصول

لما كان المشرع الأمريكي قد ربط بين انتقال الملكية والتسليم فإنه إذا تضمن عقد البيع ما يفيد بوجوب تسليم البضاعة في محطة الوصول النهائية، فإن الملكية لا تنتقل إلى المشترى عند وضع البضاعة في يد الناقل، بل عندما

---

(٦٦) من الملاحظ أن للبيع فوب استعمالات عديدة، فهو قد يكون بيع قيام أو بيع وصول في القانون الأمريكي اعتمادا على مكان المحطة التي تضاف إلى هذا المصطلح التجاري. كما أنه إذا أضيفت كلمة سفينة إلى هذا البيع وقع التزام على البائع بشحن البضاعة على سطح السفينة.

(٦٧) 27 B.R. 565.

In *Warrior Tombigbee Transp. Co., Inc., v. 5,775.674 net tons of coal,* 570 F.Supp. 1405, where the court held that as coal seller's performance was complete upon loading of coal onto barge, title passed at that time. See also *Petroleo Brasileiro S.A., Petrobras v. Ameropan Oil Corp.,* 372 F.Supp. 503.

يقوم الناقل بإشعار المشتري بوصول البضاعة لتسلمها في محطة الوصول النهائية. وللمتعاقدين أن يختارا ذلك بالاتفاق على البيع تحت شرط التسليم في ميناء الوصول والذي يعرف بالبيع Ex-Ship والذي تنظمه المادة ٢-٣٢٢ من التقنين التجاري الأمريكي.(٦٨) وفي المقابل، تخلو نصوص القانون الكويتي من نص يعلق انتقال الملكية إلى حين تسليم البضاعة إلى المشتري. الأمر الذي يتعين معه الرجوع إلى القواعد العامة لانتقال الملكية في القانون المدني والتي بمقتضاها تنتقل الملكية في البيع محطة الوصول إذا كان المبيع معينا بنوعه بمجرد إفرازه وليس عند تسليمه إلى المشتري في محطة الوصول النهائية كما هو الحال وفقا لأحكام التقنين التجاري الأمريكي.(٦٩) هذا ما لم يتضح أن المتعاقدين قد اتفقا على أن تنتقل الملكية في محطة الوصول النهائية.

بيد أنه من الضروري في هذا الصدد التفرقة بين التوجيهات المتعلقة بشحن البضاعة والتي ترد عادة في عقد البيع محطة الشحن وشرط التسليم في محطة وصول محددة. ففي قضية *Metropolitan Distributors v. Eastern Supply Co*.(٧٠) تضمن أمر الشراء وجوب القيام «بالشحن مباشرة إلى عنوان المشترى» وقد حاول البائع جاهداً استرداد البضاعة بعد تسليمها إلى الناقل لشحنها عندما تبين له إفلاس المشترى. وقد دفع البائع بأن الملكية لم تنتقل إلى المشترى بعد، حيث إن أمر الشراء يتطلب التسليم في محطة الوصول،

---

(٦٨) انظر المادة ١٦٠ تجارة كويتي.

(٦٩) تنص المادة ١٦٠ تجارة كويتي وهي النص الوحيد المنظم لبيع الوصول في القانون الكويتي على أن يتحمل البائع تبعة الهلاك بعد شحن البضاعة، بينما قد يترتب على تطبيق القواعد العامة لانتقال الملكية في القانون المدني أن يصبح المشتري مالكا للبضاعة منذ لحظة شحنها أو حتى قبل ذلك حين إفرازها. فإذا ما تعرضت البضاعة للتلف أو الهلاك خلال الرحلة البحرية ورفض المشتري قبولها فقد يعاني البائع في هذه الحالة من وضع شاذ يتحمل فيه تبعة الهلاك في الوقت الذي كان فيه المشتري مالكا للبضاعة، وهو الوضع الذي سعى المشرع الأمريكي لتجنبه.

(٧٠) 21 Pa D & C2d 128.

الأمر الذي يترتب عليه عدم انتقال الملكية إلا بوصول البضاعة المحطة المتفق عليها. وقد رفضت المحكمة هذا الدفع على أساس أن ما جاء في أمر الشراء هو مجرد توجيه للشحن، وعلى ذلك تنتقل الملكية إلى المشترى وقت التسليم إلى الناقل. وهذا في حد ذاته لا يدل على توافر النية للاحتفاظ بالملكية إلى حين تسليم البضاعة في محطة وصول معينة .

المبحث الثاني: شرط الاحتفاظ بالملكية وأثره في انتقال ملكية البضاعة إلى المشتري

تنتقل الملكية في البيوع البحرية وفقا لأحكام التقنين التجاري الأمريكي عند إتمام البائع لالتزامه بتسليم البضاعة. فانتقال الملكية وفقاً للعرف الأمريكي في البيع «فوب مكان الشحن» يقع عندما يضع البائع البضاعة تحت تصرف الناقل المسئول عن نقلها إلى المشترى. غير أنه في البيع «فوب السفينة» أو البيع سيف فإن انتقال الملكية يتأخر حتى يتم شحن البضاعة على سطح السفينة تبعا لتفاوت التزامات البائع. أما في بيوع الوصول فلا تنتقل الملكية إلا بقيام الناقل بإشعار المشتري بوصول البضاعة إلى محطتها النهائية. بيد أن الوضع يختلف في القانون الكويتي لأن انتقال الملكية يكون عند إفراز البضاعة المعينة بنوعها وليس عند تسليمها.(٧١) ولما كانت القواعد المنظمة لانتقال الملكية في كلا القانونين هي في حقيقتها قواعد يجوز للمتعاقدين الاتفاق على خلاف ما جاء فيها فتظل أحكامها سارية المفعول ما لم يظهر أن إرادة المتعاقدين قد اتجهت إلى خلاف ذلك.

ويعد شرط الاحتفاظ بالملكية من الحالات التي يعطل فيها الاتفاق سريان أحكام انتقال الملكية. ويعول البائع الذي لم يتقاض الثمن بعد على هذا الشرط لضمان استيفائه الثمن، وذلك بالحول دون انتقال الملكية إلى حين الوفاء بالثمن.

(٧١) كما رأينا فإن القانون الكويتي مع ذلك يتفق مع القانون الأمريكي في أن الملكية في المعين بذاته تنتقل عند إبرام العقد، وهذا الفرض يندر حدوثه في بيوع التجارة الدولية.

وقد يأتي شرط الاحتفاظ بالملكية صراحة في العقد أو يستخلص ضمناً من الظروف الخاصة بالتعاقد. وبناء عليه، فإننا سوف نناقش كل وسيلة من وسائل الاحتفاظ بالملكية على حدة، وذلك في مطلبين، حيث سيكون المطلب الأول لبيان شرط الاحتفاظ الصريح بالملكية، أما المطلب الثاني فسنتحدث فيه عن الاحتفاظ الضمني بالملكية.

المطلب الأول: شرط الاحتفاظ الصريح بالملكية

عندما يتضمن عقد البيع شرطا من شأنه تأخير ثمن البضاعة المبيعة إلى ما بعد التسليم إلى المشترى، فإن البائع عادة ما يلجأ إلى شرط الاحتفاظ بالملكية، وذلك للحول دون انتقال ملكية البضاعة إلى المشتري حتى تمام دفع الثمن بالكامل. إلا أنه وفقا للتقنين التجاري الأمريكي فإن تلك الجهود من قبل البائع للاحتفاظ بالملكية حتى دفع الثمن لن تحول دون انتقالها إلى المشترى ويكون للبائع مجرد مصلحة ضمانية Security interest على البضاعة المبيعة. ويعتبر التقنين الأمريكي شرط الاحتفاظ بملكية البضاعة التي تم شحنها أو المسلمة إلى المشترى نوعاً من الضمان هو في حقيقته بمفهوم الفقه المدني رهن يشابه إلى حد ما الرهن الرسمي الذي يرد على العقار، غير أنه في هذه الحالة يرد على البضاعة بالتطبيق لأحكام الباب التاسع من التقنين التجاري والخاص بالاتفاقات الضامنة. ومن المقرر أن التقييد المفروض على حق البائع في الاحتفاظ بملكية البضاعة لا يجوز الاتفاق على مخالفته، ذلك أن أي اتفاق آخر سوف يتعارض مع القواعد الآمرة في التقنين والمتعلقة بحسن النية والمثابرة والمعقولية وبذل العناية.(٧٢)

ويأخذ المشرع الكويتي مسلكا مغايراً لما جاء به التقنين التجاري الأمريكي.(٧٣) إذ يحافظ المشرع الكويتي على فحوى اتفاق المتعاقدين، وذلك

(٧٢) *Williston on Sales,* supra. at p. 337.

(٧٣) المادة ٤٦٤ مدني كويتي.

بتعليق انتقال ملكية البضاعة حتى سداد ثمنها في الوقت الذي تنفذ فيه باقي آثار العقد وعلى الأخص انتقال تبعة الهلاك. ومتى تم سداد الثمن انتقلت الملكية ولكن ليس من وقت الوفاء بالثمن بل من وقت التعاقد عملا بالأثر الرجعي للشرط.[٧٤] بيد أن شرط الاحتفاظ بالملكية ربما لا يحقق الحماية للبائع في حال إذا ما تصرف المشتري في البضاعة إلى مشتر حسن النية. إذ سيكون للمشتري حسن النية الاحتجاج بقاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية في مواجهة البائع إذا ما شرع هذا البائع في استرداد البضاعة عند عدم سداد الثمن.[٧٥] كما أن شرط الاحتفاظ بالملكية قد يفتقد فاعليته إذا كانت البضاعة عبارة عن مواد خام كالنفط على سبيل المثال وقام المشتري بتصنيعها وحدها أو بإضافة مكونات أخرى إليها، الأمر الذي سيترتب عليه تغيير جوهري في طبيعتها مما لا يمكن معه تمييزها لما جرى عليها من تصنيع أو عما اختلط بها من مواد أخرى.

وأمام هذه النقص المصاحب لشرط الاحتفاظ بالملكية، يبدو أن المشرع الأمريكي قد اتخذ موقفا يتمشى مع الواقع العملي ويرتكز على فهم سليم للمراد من هذا الشرط. فالبائع لم يهدف من اشتراط الاحتفاظ بالملكية سوى ضمان حصوله على الثمن وإلا لما تحقق القصد من البيع وهو نقل ملكية المبيع إلى المشتري. وبناء على هذا الفهم، جاءت نصوص التقنين الأمريكي لتقرر أن شرط الاحتفاظ بالملكية لا يعدو أن يكون وسيلة يكفل بموجبها البائع حقه في مواجهة المشتري إذا ما أخل بالتزامه بسداد الثمن. وعلى ذلك، إذا تضمن العقد شرطا من هذا القبيل تعين إعماله ولكن ليس على أساس الحول دون انتقال الملكية إلى المشتري إنما بمنح البائع مصلحة لا ترقى إلى الملكية بل تقتصر على ترتيب حق عيني على البضاعة مماثلا لحق الدائن المرتهن، وذلك لضمان استيفاء البائع لثمن البضاعة.

---

(٧٤) د. أنور سلطان، شرح عقدي البيع والمقايضة، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٣، ص ١٣٤.

(٧٥) د. حسام الدين الأهواني، مرجع سابق، ص ٢٧٢.

ولما كانت القواعد المتعلقة بشرط الاحتفاظ بالملكية في التقنين التجاري الأمريكي والتي تقرر أن حدود إعمال هذا الشرط لا تتجاوز مجرد الاحتفاظ بمصلحة ضمانية على البضاعة هي قواعد آمرة لا يجوز الاتفاق على مخالفتها، فقد انعكس هذا بشكل واضح على موقف المحاكم الأمريكية من هذا الشرط. ففي قضية *Hong Kong and Shanghi Banking Corp., Ltd. v. HFH USA Corp.*,(٧٦) اعتبرت المحكمة أن التقنين التجاري الموحد وليس القانون الألماني هو الذي يحكم المصالح والعلاقات بين الدائن المرتهن (البائع) والمدين الراهن (المشترى) وذلك بغض النظر عن الاتفاق على الاحتفاظ بالملكية بين المدين ومورده والذي نص على أن القانون الألماني هو القانون الواجب التطبيق. فبنود العقد التي نصت على أن البائع يحتفظ بملكية البضاعة بغض النظر عن شحن البضاعة إلى المدين يقتصر أثرها على مجرد الاحتفاظ بمصلحة ضمانية وفقاً لأحكام الباب التاسع من التقنين التجاري.

وإن كان المشرع الأمريكي لا يعتد بشرط الاحتفاظ بالملكية ويسلك في هذا مسلكا حديثا لم يسبقه إليه أي تشريع آخر،(٧٧) فإنه يثور التساؤل عن جدوى هذا الشرط في ظل هذا الموقف المتشدد تجاه الأخذ به. فكما رأينا، فإنه إذا تضمن عقد البيع شرطا للاحتفاظ بالملكية تنتقل مع ذلك الملكية إلى المشتري ولا يكون للبائع في مواجهته سوى مصلحة ضمانية وفقا لمفهوم الباب التاسع من التقنين. ولكي نتعرف على البدائل التي طرحها المشرع الأمريكي في سبيل التخفيف من حدة موقفه المتشدد فلا بد من الإشارة إلى الأحكام الخاصة بالمصلحة الضمانية كما جاءت في التقنين. وسيكون ذلك في فرعين، حيث سنتعرض في الفرع الأول إلى المصلحة الضمانية في التقنين التجاري الأمريكي، وسيكون الفرع الثاني لبيان مدى انطباق أحكام الباب التاسع من التقنين التجاري الأمريكي على عقد البيع.

---

(٧٦) 805 F.Supp. 133.

(٧٧) يعطي القانون الإنجليزي شرط الاحتفاظ بالملكية أثره الذي اختاره المتعاقدان من هذا الشرط وهو تعليق انتقال الملكية حتى دفع الثمن. انظر المادة ١٩ من قانون البيع الإنجليزي لسنة ١٩٧٩.

الفرع الأول: المصلحة الضمانية في التقنين التجاري الأمريكي

يقصد بالمصلحة الضمانية ذلك الحق العيني الذي يترتب على المنقول لضمان مبلغ من المال أو تنفيذ أي التزام آخر.(٧٨) ولا تعتبر الملكية الخاصة أو المصلحة التأمينية التي يتحصل عليها المشتري عند تعيين البضاعة وفقا للعقد من قبيل المصلحة الضمانية. ولكي تنفذ المصلحة الضمانية فيما بين المتعاقدين وفي مواجهة الغير أتت نصوص التقنين الأمريكي ببعض الإجراءات التي ينبغي اتباعها. وبصفة عامة، فإنه يتعين على المتعاقدين إبرام اتفاقية ضمان Security Agreement ويجب كذلك على الدائن (البائع) تقديم العوض ويحصل في المقابل المدين (المشتري) على الحقوق المتعلقة بالمبيع. وعند إتمام هذه الإجراءات، فإن المصلحة الضمانية تصبح سارية المفعول في مواجهة المدين. ومن ثم فإنه في حالة تقصيره يمكن للدائن الرجوع على المدين، وذلك بالتنفيذ على المبيع.(٧٩) وسريان مفعول المصلحة الضمانية Attachment ينفذ إلى حد ما

---

(٧٨) تعرف المادة ١-٢٠١ من التقنين المصلحة الضمانية على أنها:
"Security interest" means an interest in personal property or fixtures which secures payment or performance of an obligation. The retention or reservation of title by a seller of goods notwithstanding shipment or delivery to the buyer (Section 2-401) is limited in effect to a reservation of a "security interest". The term also includes any interest of a buyer of accounts or chattel paper which is subject to Article 9. The special property interest of a buyer of goods on identification of those goods to a contract for sale under Section 2-401 is not a "Security interest", but a buyer may also acquire a "security interest" by complying with Article 9.

(٧٩) المادة ٩-٢٠٣ من التقنين
A security interest is not enforceable against the debtor or third parties with respect to the collateral and does not attach unless:

(a) the collateral is in the possession of the secured party pursuant to agreement, the collateral is investment property and the secured party has control pursuant to agreement, or the debtor has signed a security agreement which contains a description of the collateral and in addition, when the security interest covers crops growing or to be grown or timber to be cut, a description of the land concerned;
(b) value has been given; and
(c) the debtor has rights in the collateral.

في مواجهة الغير ولكن إذا لم يتم إشهار هذه المصلحة عن طريق إشهار اتفاقية الضمان فإن المادة ٩-٣٠١ من التقنين تعطى لفئات عديدة من الغير حق التقدم عليها.(٨٠) ويكون إشهار اتفاقية الضمان Perfection وذلك بإيداع بيان تمويلي Filing of Financing Statement طبقاً للمادة ٩-٤٠٢. ويعتبر هذا البيان بمثابة إشعار للغير بحق الدائن في التنفيذ على المبيع.(٨١) وأثر ذلك هو توفير حماية للدائن في مواجهة الغير، وعلى وجه الخصوص في مواجهة مدير التفليسة في حال إفلاس المشتري.

وكما ذكرنا، فإن هذا يشابه في حقيقته نظام الرهن الرسمي في الدول التي تأخذ بالنهج المدني والتي من المقرر وفقا لقوانينها أن الرهن الرسمي لا يرد كأصل عام إلا على العقار ما لم يقض القانون بغير ذلك.(٨٢) وإن كان رهن المنقول لا يكون إلا حيازيا، فإن لهذا التوجه مبرراته. إذ أن الفكر القانوني لا يزال يربط بين ملكية المنقول وبين حيازته ولم يصل بعد إلى الفصل بين

---

(٨٠) المادة ٩-٣٠١ من التقنين

An unperfected security interest is subordinate to the rights of

(a) persons entitled to priority under Section 9-312;
(b) a person who becomes a lien creditor before the security interest is perfected;
(c) in the case of goods, instruments, documents, and chattel paper, a person who is not a secured party and who is a transferee in bulk or other buyer in ordinary course of business or is a buyer of farm products in ordinary course of business, to the extent that he gives value and receives delivery of the collateral without knowledge of the security interest and before it is perfected;
(d) in case of accounts and general intangibles, a person who is not a secured party and who is a transferee to the extent that he gives value without knowledge of the security interest and before it is perfected.

Gramlich, W., "Liberal Constructions of the Definition of Security Agreement Under Section 9-203 of the Uniform Commercial Code: Policy Implications and Practical Limitations" 57 Temple Law Quarterly 791 (1984) p.803.

(٨١) White and Summers, *Uniform Commercial Code,* 3 rd ed., Minn, 1988, Vol. 2 p. 328.

(٨٢) المادة ٩٧٦ من القانون المدني الكويتي.

الأمرين كما فعل بالنسبة للعقار، حيث كان نظام الشهر سبيله إلى هذا الفصل.[٨٣] غير أن المشرع الكويتي قد استثنى من الرهن الحيازي بعض المنقولات الخاصة كالمحل التجاري،[٨٤] والسفينة،[٨٥] بحيث لا يكون رهنها إلا بطريق الرهن الرسمي،[٨٦] وكان نظام الشهر هو البديل القانوني لنظام الحيازة بالنسبة للمنقولات الخاصة.

وتأسيسا على ما تقدم، ولما كان التشريع الكويتي يخلو من أي تنظيم لرهن المنقول رهنا رسميا – عدا الأحوال التي يتم بها استثناء رهن بعض المنقولات الخاصة رهنا رسميا – فإن الحائز يكون معذورا إذا تعامل مع من يظهر بمظهر المال لعدم توافر الوسيلة القانونية للتأكد مما إذا كان التعامل مع من يحوز المنقول بعد الاعتداء على حق الغير والمتمثلة في وجود نظام لشهر التحركات القانونية لهذا المال.[٨٧] ويبدو أن المشرع الأمريكي قد تمكن من استحداث الوسيلة المناسبة لشهر التصرفات التي ترد على المنقول حينما بيَّن الإجراءات الخاصة في الباب التاسع من التقنين، وذلك عن طريق إيداع البيان التمويلي اللازم لشهر اتفاقية الضمان ليكون بمثابة إشعار للغير بحق الدائن على المنقول.

الفرع الثاني: مدى انطباق أحكام الباب التاسع من التقنين التجاري الأمريكي على عقد البيع

تحدد نصوص التقنين مجال انطباق أحكام الباب التاسع والخاص بالاتفاقات الضامنة على المصلحة الضمانية المقررة في الباب الثاني والذي ينظم أحكام عقد البيع.[٨٨] ومن المقرر كأصل عام خضوع المصلحة الضمانية

(٨٣) د. أحمد سلامه، الرهن الطليق للمنقول، القاهرة، ١٩٦٨، ص ١٦٠.
(٨٤) المادة ٤١ من قانون التجارة الكويتي.
(٨٥) المادة ٥٨ من قانون التجارة البحرية الكويتي.
(٨٦) لا يزال القانون الكويتي يخلو من نصوص تنظم رهن الطائرة رهنا رسميا.
(٨٧) د. أحمد سلامه، مرجع سابق، ص ١٦٠.
(٨٨) المادة ٢-٤٠١ من التقنين والتي تبين موقف المشرع الأمريكي من شرط الاحتفاظ بالملكية.

الناشئة وفقا للباب الخاص بالبيوع إلى أحكام الباب التاسع. غير أن النصوص استثنت الحالة التي يكون فيها المبيع لا يزال لدى الدائن (البائع)، حيث بينت أنه إذا لم تنتقل حيازة المبيع إلى المدين (المشتري) أو أن المدين تحصل على الحيازة بشكل غير مشروع فإنه:(٨٩)

- لا تلزم أية اتفاقية ضمان لجعل المصلحة الضمانية سارية المفعول،
- كما لا يشترط إيداع بيان تمويلي في سبيل إشهار الضمان،
- وحقوق الطرف الدائن عند تقصير المدين يحكمها الباب الخاص بالبيوع في حالة ما إذا كانت المصلحة الضمانية ناشئة عن ذلك الباب.

بالإضافة إلى ذلك فإنه من الثابت أن هذه الأحكام تسري أيضا على حقوق البائع الأخرى التي تضم في محتواها مصلحة ضمانية، غير أنه لم ينص التقنين صراحة على أنها كذلك. إذ أنه وفق أحكام الباب الثاني الخاص بالبيوع فإنه يجوز لبائع البضاعة الاحتفاظ بمصلحة ضمانية، وفى بعض الأحيان سواء تم الاحتفاظ بضمان من عدمه فإن للبائع حق إعادة البيع والإيقاف أثناء الرحلة البحرية طبقاً لنصوص التقنين والتي تماثل حقوق الطرف المقرر له الضمان.(٩٠) وهذا الحق لا يقتصر على البائع بل يشمل أيضا البنوك أو

(٨٩) المادة ٩-١١٣ من التقنين تنص على أن:

A security interest arising solely under the Article on Sales (Article 2) or the Article on Leases (Article 2A) is subject to the provisions of this Article except that to the extent that and so long as the debtor does not have or does not lawfully obtain possession of the goods

(a) no security agreement is necessary to make the security interest enforceable; and
(b) no filing is required to perfect the security interest; and
(c) the rights of the secured party on default by the debtor are governed (i) by the Article on Sales (Article 2) in the case of a security interest arising solely under such Article or (ii) by the Article on Leases (Article 2A) in the case of a security interest arising solely under such Article.

(٩٠) المادتان ٢-٤٠١ و ٢-٥٠٥ من التقنين.

المشترين الآخرين أو أي شخص أخر من الغير له ضمان أو حق آخر في البضاعة مماثل لحق البائع.

ويظهر أن استخدام مصطلح المصلحة الضمانية في باب البيوع يعنى خضوع الضمانات المحددة بهذه الصفة إلى أحكام هذا الباب. والتقييد المفروض على انطباق بعض أحكام الباب التاسع مقصور على الحالات التي تكون فيها حيازة البضاعة لا تزال لدى الدائن (البائع). وبناء عليه، فإن البائع الذي يقوم بالتحفظ عند شحن البضاعة عن طريق تحرير سند الشحن لأمره يتحكم في البضاعة وذلك في حقيقته ضمان ناشئ طبقاً لأحكام الباب الثاني كما سنرى في المطلب الثاني من هذا المبحث.

فما دام المبيع في حيازة البائع فلا يشترط من المتعاقدين الدخول في اتفاقية ضمان لجعل المصلحة الضمانية سارية المفعول. كما أنه لا يشترط الإيداع لإشهار هذه المصلحة لأن المبيع لا يزال في حيازة البائع، وهذا بلا شك لا يخل بحق الغير الذي يعول على ذلك. ومما يسترعي الانتباه أن أحكام الباب التاسع غير مستثناة بشكل كلي في الأحوال التي يكون فيها المبيع بحيازة البائع، حيث إنه ليس هناك ما يشير إلى عدم سريان القواعد الخاصة بالتقدم والواردة في الباب التاسع. وبناء عليه، فإنه يبدو أن ليس هناك ما يمنع تلك القواعد من النفاذ. إضافة إلى ما سبق، فقد قضى أن الدائن الذي يتمتع بمصلحة ضمانية وفقاً لأحكام الباب الثاني لا يزال عليه الالتزام بدفع العوض وما يكون للمدين من حقوق على المبيع.(٩١)

غير أن الأمر يختلف عندما تنتقل حيازة المبيع إلى المدين بشكل مشروع. حيث تقرر النصوص صراحة بخضوع الضمان في هذه الحالة لأحكام الباب التاسع. وبناء عليه فإنه عند تسليم البضاعة إلى المشترى قبيل دفع الثمن، فإن ضمان البائع يصبح خاضعاً لجميع متطلبات الباب التاسع. وقد يتعرض البائع في هذه الحالة إلى مطالبات باقي الدائنين عند شروعه في التنفيذ على المبيع إذا ما

(٩١) *Johnson v. Conrail-Amtrak Federal Credit Union,* 37 UCC 933.

تخاذل في إبرام اتفاقية الضمان أو إيداع البيان التمويلي اللازم لشهر المصلحة الضمانية، وهذا بلا شك سيؤثر بحقه على المبيع بصورة جدية. بيد أن بعض الفقه يرى أنه إذا كان هناك بيع نقدي Cash Sale أو إذا كان البيع قد وقع بصورة احتيالية عن طريق عدم الإقرار بالإفلاس فإن للبائع الحق في استرداد المبيع إذا ما التزم بمتطلبات الباب الثاني.(٩٢) ويؤازر هذا الرأي أن البائع غير ملزم بمراعاة أحكام الباب التاسع بشأن متطلبات سريان مفعول المصلحة الضمانية، وذلك لأن المشترى في كلتا الحالتين لم يحصل على حيازة البضاعة بشكل مشروع.(٩٣)

إلا أنه من الملاحظ أن توجه المحاكم الأمريكية فيما يتعلق بالبيع النقدي يميل نحو إلزام البائع عندما يقوم بتسليم البضاعة إلى المشتري بمتطلبات الإشهار، وذلك لضمان حقوقه في مواجهة أي من الدائنين الممتازين. فقد قام البائع في قضية *Peerless Equipment Co. v. Azle State Bank*(٩٤) بتسليم حفارة وعربة مقطورة إلى المشتري الذي اتفق مع البنك على تمويل عقد البيع. وقد قام المشتري بتحرير كمبيالة لصالح البنك الذي جعل من البضاعة ضماناً

---

(٩٢) المادة ٢-٧٠٢ من التقنين تقرر أن:

(1) Where the seller discovers the buyer to be insolvent he may refuse delivery except for cash including payment for all goods therefore delivered under the contract, and stop delivery under this Article (Section 2-705).

(2) Where the seller discovers that the buyer has received goods on credit while insolvent he may reclaim the goods upon demand made within ten days after the receipt, but if misrepresentation of solvency has been made to the particular seller in writing within three months before delivery the ten day limitation does not apply. Except as provided in this subsection the seller may not base a right to reclaim goods on the buyer's fraudulent or innocent misrepresentation of solvency or of intent to pay.

(3) The seller's right to reclaim under subsection (2) is subject to the rights of a buyer in ordinary course or other good faith purchaser under this Article (Section 2-403). Successful reclamation of goods excludes all other remedies with respect to them.

(٩٣) Jackson and Peters, "Quest for Uncertainty: A Proposal for Flexible Resolution of Inherent Conflicts Between Article 2 and Article 9 of the Uniform Commercial Code", 87 Yale Law Journal, 907 (1978), p.929.

(٩٤) 559 SW2d 114.

تبعياً عندما وقع اتفاقية ضمان، وأودع بياناً تمويلياً لشهر هذا الضمان. وعلى الرغم من أن المشترى تسلم القرض من البنك فقد أخل بالتزامه بدفع ثمن البضاعة المبيعة، الأمر الذي ترتب عليه قيام البائع باسترداد البضاعة من المشترى دون علم البنك. وعندما تعذر على المشترى سداد الأقساط المستحقة للبنك، قام البنك مباشرة بمقاضاة البائع الذي رفض السماح للبنك بالحصول على الضمان المتمثل في البضاعة. وقد دفع البائع بأن البنك لا يتمتع بحقوق على البضاعة، وذلك لأن المشترى في الواقع لم تنتقل إليه الملكية فيها. وقد وجدت المحكمة أنه على الرغم من أن البائع له الحق في الاسترداد في مواجهة المشترى طبقاً للمادة ٢-٥٠٧ ، فإن هذا الحق خاضع لحقوق الغير على البضاعة. فالمادة ٢-٤٠١ تقصر أثر الاحتفاظ بالملكية من قبل البائع على مجرد الاحتفاظ بمصلحة ضمانية. وعلى الرغم من أن البائع احتفظ أيضا بهذه المصلحة على البضاعة، فإن تخاذله عن إشهار ذلك الضمان أعطى البنك امتيازاً هو أعلى في المرتبة من حق البائع الذي لم يتسلم الثمن بعد.

المطلب الثاني: الاحتفاظ الضمني بالملكية

إن شرط الاحتفاظ بملكية البضاعة عادة ما يأتي كما رأينا بنص صريح في عقد البيع. ولكن هذا لا يعني أنه لكي يعتد بهذا الشرط فإنه يستلزم النص عليه صراحة في العقد، بل قد يستخلص شرط الاحتفاظ بالملكية في بعض الأحوال ضمنا من خلال الاطلاع على بيانات سند الشحن الذي يحرره الناقل عند شحن البضاعة، وعلى الأخص فيما يتعلق بخانة المرسل إليه في السند.

وفى هذا الصدد، يبين التقنين التجاري الأمريكي أنه:

١ – عندما يعين البائع البضاعة عند أو قبل الشحن فإن:

أ – حصول البائع على سند شحن لأمره يقرر له مصلحة ضمانية على البضاعة. ويدل حصوله على سند الشحن لأمر البنك أو لأمر المشترى على نية البائع نقل تلك المصلحة إلى الشخص المذكور.

ب – حصول البائع على سند الشحن الاسمي لنفسه أو لمن يعينهم يحفظ

حيازة البضاعة كضمان ولكن باستثناء حالة التسليم المشروط فإن سند الشحن الاسمي الذي يحدد المشترى على أنه مرسل إليه لا يحفظ مصلحة ضمانية حتى ولو احتفظ البائع بحيازة سند الشحن.

٢ – عندما يكون الشحن من قبل البائع مع شرط الاحتفاظ بالمصلحة الضمانية إخلالاً بعقد البيع فإنه يشكل عقد نقل بغير الشروط المعتادة غير أنه لا يؤثر في حقوق كل من المشترى بموجب الشحن وتعيين البضاعة إلى العقد ولا سلطة البائع كحائز لسند شحن إذني.(٩٥)

إن المصلحة الضمانية التي يتحصل عليها البائع حسبما بينت أحكام التقنين تعتمد أساسا على نوع سند الشحن الذي حازه. فسند الشحن قد يكون لحامله Bearer Bill of Lading أو أن يكون سند شحن إذني Order Bill of Lading حيث يحدد السند اسم المرسل إليه مقرونا بشرط الإذن، وذلك بأن يحرر السند مشيرا إلى «اسم المرسل إليه أو لأمره». ويتم تداول الحق الثابت في السند وهو الحق في تسلم البضاعة عن طريق التسليم بالنسبة للسند لحامله، بينما يشترط بالإضافة إلى التسليم عند نقل الحق الثابت في السند

(٩٥) المادة ٢–٥٠٥ من التقنين التجاري

(1) Where the seller has identified goods to the contract by or before shipment:
(a) his procurement of a negotiable bill of lading to his own order or otherwise reserves in him a security interest in the goods. His procurement of the bill to the order of a financing agency or of the buyer indicates in addition only the seller's expectation of transferring that interest to the person named.
(b) a non-negotiable bill of lading to himself or his nominee reserves possession of the goods as security but except in a case of conditional delivery (subsection (2) of Section 2-507) a non-negotiable bill of lading naming the buyer as consignee reserves no security interest even though the seller retains possession of the bill of lading.

(3) When shipment by the seller with reservation of a security interest is in violation of the contract for sale it constitutes an improper contract for transportation within the preceding section but impairs neither the rights given to the buyer by shipment and identification of the goods to the contract nor the seller's powers as a holder of a negotiable document.

الإذني تظهيره إلى من يراد نقل هذا الحق إليه.[٩٦] ولا تختلف أحكام القانون الكويتي عما هو عليه الوضع في القانون الأمريكي فيما يتعلق بمفهوم سند الشحن الإذني أو لحامله، وتتماثل أحكام القانونين في كيفية تداولهما.[٩٧]

أما السند الاسمي Straight Bill of Lading فإنه ذلك السند الذي يحدد اسم المرسل إليه دون أن يقرن ذلك بشرط الإذن، ويتم تداول الحق الثابت في السند في التقنين التجاري الأمريكي باتباع أحكام حوالة الحق. أما المشرع الكويتي فقد اتخذ موقفا مغايرا في شأن تداول سند الشحن الاسمي، حيث نصت المادة ١٧٨ من قانون التجارة البحرية الكويتي الصادر بمرسوم بالقانون رقم ٢٨ لسنة ١٩٨٠على أنه يتداول سند الشحن الاسمي بالتظهير. ويتضح من ذلك أن المشرع الكويتي قد ساوى في طريقة تداول كل من السند الإذني والسند الاسمي. ولا نعلم على وجه اليقين ما الداعي إلى توحيد القواعد المنظمة لتداول كل من السندين الإذني والاسمي، في حين أن هذه التفرقة بين السندين لم تكن إلا نتيجة لما بينهما من اختلاف في طريقة تداول الحق الثابت فيهما.[٩٨] ومن الجدير بالذكر أن هذا التوجه يتناقض مع نصوص قانون التجارة الكويتي الخاصة بعقد النقل والتي تقرر أنه إذا جاءت وثيقة النقل اسمية تم تداولها طبقا لقواعد الحوالة.[٩٩] غير أن هذه النصوص لا تسري على النقل البحري والذي يخضع لما تقرره نصوص قانون التجارة البحرية في هذا الشأن.

---

(٩٦) Berman, H. and Kufman, C, "The Law of International Commercial Transactions *(Lex Mercatoria)*" 19 Harvard International Law Journal 221 (1978) p.238.

(٩٧) المادة ١٧٨ من قانون التجارة البحرية الكويتي.

(٩٨) من المتعارف عليه في التجارة الدولية أن سند الشحن الاسمي عادة ما يحمل عبارة «غير قابل للتداول» Nonnegotiable وفي هذه الحالة لا يجوز تداوله أو حوالته. راجع النماذج الخاصة بالسند الاسمي والمستعملة بشكل معتاد، ومنها GCBS Waybill وP&O Nedlloyd Waybill.

(٩٩) المادة ١٦٤ تجارة كويتي. ولا يختلف الوضع في التشريعات المقارنة عن ذلك، انظر المادة ٢٠٣ من قانون التجارة البحرية المصري.

وتبعا للكيفية التي يحرر بها سند الشحن، فإن هناك ثلاث حالات مختلفة يحتفظ فيها البائع بمصلحة ضمانية على البضاعة وفقا للتقنين التجاري الأمريكي.

الحالة الأولى تكون عندما يطلب البائع من الناقل تحرير سند الشحن الإذني لأمره الخاص.

والحالة الثانية تكون عندما يحرر السند الإذني لأمر المشتري ولكنه لا يزال في حيازة البائع. ويعود سبب ذلك إلى أنه لما كانت حيازة سند الشحن تجعل البائع يتحكم في البضاعة طالما كان سند الشحن في يده فإنه يكون للبائع مصلحة ضمانية حتى ولو كان سند الشحن الإذني ليس لأمره حتى يتم تسليم ذلك السند إلى المشترى.

والحالة الثالثة التي يحتفظ فيها البائع بمصلحة ضمانية تكون عند تحرير سند الشحن الاسمي وتحديد البائع كمرسل إليه في السند. أما إذا حدد السند المشترى كمرسل إليه، فإن البائع لا يحتفظ بضمان على البضاعة حتى ولو كان سند الشحن في حيازته. ويرجع ذلك إلى أن السند الاسمي غير قابل للتداول nonnegotiable الأمر الذي يستطيع الناقل معه تسليم البضاعة دون حاجة لأن يكون ذلك في مقابل تقديم سند الشحن بل يكفي الناقل مجرد التأكد من هوية المرسل إليه.(١٠٠)

---

(١٠٠) تنص المادة ٧-١٠٤ من التقنين على أنه:

(1) A warehouse receipt, bill of lading or other document of title is negotiable
   (a) if by its terms the goods are to be delivered to bearer or to the order of a named person; or
   (b) where recognized in overseas trade, if it runs to a named person or assigns.

(2) Any other document is non-negotiable. A bill of lading in which it is stated that the goods are consigned to a named person is not made negotiable by a provision that the goods are to be delivered only against a written order signed by the same or another named person.

Riegert, R., "Documents of Title Under Article Seven" 13 Uniform Commercial Code Law Journal 105 (1980) p.129.

ويترتب على ذلك أنه في حالة الشحن بموجب سند شحن اسمي باسم المشترى، فإن البائع لن يتحصل على أي مصلحة أو حيازة رمزية للبضاعة في مواجهة المشترى، وبمجرد الشحن فإنه يفقد السيطرة فعلياً في مواجهة الناقل. والاستثناء الوحيد المنصوص عليه يكون في حالة التسليم المشروط. ففي هذه الحالة التي يعطى فيها العقد البائع الحق في الدفع مقابل التسليم فإنه يمكن للبائع عن طريق تقديم طلب دفع فوري أن يظهر أن تسليمه مشروط، ولكن ذلك لن يحول دون قيام المشترى بنقل الملكية إلى مشتر آخر في المجرى الاعتيادي للتجارة أو مشتر آخر حسن النية.(١٠١) وبناء عليه، فإنه على الرغم من أن سند الشحن الاسمي يحدد المشترى كمرسل إليه، فإنه يجوز أن يحصل البائع على مصلحة ضمانية في البضاعة إذا قدم طلباً فورياً بالسداد يوضح أن تسليمه للبضاعة مشروط بذلك.

وإن كان شرط الاحتفاظ الضمني بالملكية في التقنين الأمريكي لا يمنح من حرر سند الشحن لأمره أو باسمه والحال كذلك أيضا لحائز السند الإذني إلا مصلحة ضمانية ولا يحول ذلك دون انتقال الملكية إلى المشتري، فإن الأمر يختلف في ظل القانون الكويتي حتى مع خلو التشريع من أي نص يعالج هذه المسألة بشكل مباشر. ويعود ذلك إلى أنه وإن كانت نصوص قانون التجارة البحرية الكويتي قد قررت أن السند الإذني والسند الاسمي يتم تداولهما بالتظهير فإن هذه النصوص لم تحدد الكيفية التي يظهر بها السند، الأمر الذي لابد معه من الرجوع إلى أحكام تظهير الأوراق التجارية في قانون التجارة وبما لا يتعارض مع نصوص قانون التجارة البحرية.(١٠٢)

والملكية كما بينا تنتقل حسبما تقرره المادتان ٤٦٣ و ٤٦٤ من القانون المدني الكويتي وقت إبرام العقد إذا كان المبيع معينا بذاته وتتراخى إلى حين

---

(١٠١) المادة ٢ – ٤٠٣ من التقنين.

(١٠٢) للمزيد راجع: د. رفعت أبادير، دروس في الأوراق التجارية، مذكرات على الآلة الكاتبة، جامعة الكويت، ١٩٨١، ص ٦٧.

الإفراز في المعين بنوعه ما لم يظهر أن المتعاقدين قد اتفقا على ألا تنتقل الملكية إلا بعد الوفاء بالثمن. في حين أن تداول سند الشحن يقتصر في الحقيقة على مجرد نقل الحيازة الرمزية للبضاعة من المظهر إلى المظهر إليه، ولا يؤدي ذلك بأي حال من الأحوال إلى انتقال الملكية. ولا ينتقص من هذا ما تنص عليه المادة ٤٣٥ من قانون التجارة الكويتي من أن ملكية مقابل الوفاء تنتقل بحكم القانون إلى حملة الكمبيالة المتعاقبين، لأنه وإن قررنا أن الرجوع لأحكام تظهير الأوراق التجارية لابد منه، إلا أن هذا يستدعي عدم الأخذ بما يتعارض مع الطبيعة الخاصة لسند الشحن ودوره في عقد البيع والذي يتمثل في نقل الحيازة الرمزية للبضاعة في حين أن الملكية تنتقل وفقا لما تقرره نصوص القانون المنظمة لعقد البيع وما اتجهت إليه إرادة المتعاقدين بشأن انتقالها.

وهكذا، فإنه ما لم يشترط البائع احتفاظه بملكية البضاعة إلى حين دفع الثمن فإن ملكية البضاعة تنتقل إلى المشتري بالتطبيق لنص المادة ٤٦٣ من القانون المدني الكويتي، ولا يحول في رأينا دون انتقالها تحرير سند الشحن لأمر البائع أو باسمه أو حتى احتفاظ البائع بسند الشحن المحرر لأمر المشتري. والقول بخلاف ذلك سيؤدي إلى تعطيل النصوص الخاصة بانتقال الملكية دون سند من القانون، ولأن القانون الكويتي كما بينا لا يتضمن نصوصا صريحة على غرار ما يتضمنه التقنين التجاري الأمريكي تبين ما يتحصل عليه البائع من حقوق عند تحرير سند الشحن لأمره أو باسمه.(١٠٣)

(١٠٣) انظر كذلك نص المادة ١٩ من قانون بيع البضائع الإنجليزي ١٩٧٩.

الفصل الثالث: آثار انتقال الملكية في التقنين التجاري الأمريكي الموحد والقانون الكويتي

إن تعيين البضاعة وفقا لأحكام التقنين التجاري الأمريكي لا يعنى بالضرورة أن ملكية البضاعة تنتقل تلقائياً بمجرد وقوع التعيين. ذلك أن أثر التعيين هو مجرد حصول المشتري على ملكية خاصة في البضاعة والتي ينبغي عدم الخلط بينها وبين الملكية التي تنتقل إلى المشتري في عقد البيع محطة الشحن، وهو النمط الذي غالبا ما تبرم عقود البيع البحري على أساسه، عندما يكمل البائع تنفيذ التزامه بتسليم البضاعة إلى الناقل. ونظراً لوجود الفاصل الزمني الذي قد يقع بين عمليتي تعيين البضاعة وانتقال ملكيتها فإن هذا قد دفع على ما يبدو واضعي التقنين إلى استحداث فكرة الملكية الخاصة لحماية مصالح المشترى في البضاعة حتى انتقال الملكية إليه. غير أن القانون الكويتي كما رأينا لا يعرف هذا الفصل بين مرحلتي التعيين وانتقال الملكية، حيث إنه بمجرد إفراز المعين بنوعه تنتقل ملكيته إلى المشتري بينما تنتقل ملكية المعين بذاته وقت إبرام العقد.

ويتفق كلا القانونين الكويتي والأمريكي على أنه متى انتقلت ملكية البضاعة إلى المشتري فإنه لا يحق لجماعة الدائنين المطالبة باعتبار البضاعة ضمن أصول البائع المفلس ليشترك معهم المشتري كدائن عادي يخضع لقسمة الغرماء مع باقي الدائنين. وهكذا، تقرر نصوص قانون التجارة الكويتي أنه لكل شخص أن يسترد من التفليسة ما تثبت ملكيته له من أشياء، فإذا رفض مدير التفليسة الرد وجب عرض النزاع على المحكمة.[١٠٤] لذلك فإن الهدف من وراء دراستنا هذه – في شقها الأول – هو تقصي مدى الحماية القانونية المتوافرة لدائني البائع في حال إذا ما أفلس البائع قبل انتقال الملكية إلى المشتري الذي دفع الثمن أو جزءاً منه.

(١٠٤) المادة ٦٢٣ من قانون التجارة الكويتي.

من ناحية أخرى، فإن دفع الثمن في عقود البيع البحري غالبا ما يكون عن طريق الاعتماد المستندي، ويكون للبنك المنشئ للاعتماد رهن حيازي على البضاعة في مقابل التسهيلات الائتمانية التي قدمت إلى المشتري. وينصب هذا الرهن حقيقة على السندات الممثلة للحيازة الرمزية للبضاعة، فإذا ما أفلس المشتري قبل دفع قيمة الاعتماد كان للبنك تقاضي حقوقه ببيع البضاعة المرهونة لديه رهنا حيازيا. غير أن تكوين هذا الرهن الحيازي قد يثير بعض الإشكال، وذلك فيما يتعلق بأثر انتقال الملكية فيما بين البائع والمشتري على حقوق البنك كدائن مرتهن وخصوصاً في حالة إفلاس المشترى قبل سداد قيمة الاعتماد.

وعلى ذلك، فينقسم هذا الفصل إلى مبحثين، حيث سنتكلم في المبحث الأول عن آثار انتقال الملكية على حقوق دائني البائع على البضاعة المبيعة. أما المبحث الثاني فسنركز فيه على آثار انتقال الملكية على حقوق البنك بموجب عقد الاعتماد المستندي.

المبحث الأول: آثار انتقال الملكية على حقوق دائني البائع على البضاعة المبيعة

لمعرفة مدى الحماية القانونية المتوافرة لدائني البائع في حال إذا ما أفلس البائع قبل انتقال الملكية إلى المشتري الذي دفع الثمن أو جزءاً منه، فلابد من الإشارة بداية إلى أثر الإفلاس على عقد البيع. ومن المقرر في هذا الشأن أن إفلاس أحد المتعاقدين بعد إبرام عقد البيع وقبل تنفيذه لا يعد سببا موجبا وفقا للقواعد العامة في القانونين الكويتي والأمريكي لفسخ العقد ما دامت الشروط اللازمة لنفاذه قد توافرت ولم يشوبه البطلان، وما لم يظهر أن المتعاقدين قد اتفقا على جعل حالة الإفلاس سببا لفسخ العقد.[١٠٥] ولكن إذا عجز المفلس عن تنفيذ التزاماته نتيجة لغل يده عن إدارة أمواله ولم يرغب مدير التفليسة في تنفيذ العقد

(١٠٥) د. عزيز العكيلى، أحكام الإفلاس في قانون التجارة الكويتي، مؤسسة الكويت للتقدم العلمي، الكويت، ١٩٨٧، ص ١٦٠.

فيكون للطرف الآخر أن يطلب فسخ العقد على هذا الأساس.[١٠٦] بيد أنه إذا تبين لمدير التفليسة أن تنفيذ العقد فيه مصلحة لجماعة الدائنين، فله أن يعرض تنفيذ العقد وليس للطرف الآخر الرفض في هذه الحالة وطلب الفسخ لانتفاء مبرراته.

لذلك، ففي غير الأحوال التي يعرض فيها مدير التفليسة تنفيذ العقد، فإنه من الضروري تحديد أثر إجراءات الاسترداد التي قد يباشرها المشترى علي حقوق دائني البائع على البضاعة المبيعة. فالمشترى الذي أبرم عقدا لشراء بضاعة ما زالت في حيازة البائع قد يواجه وضعاً حرجاً عند إفلاس البائع قبل انتقال الملكية إليه. ومن المتصور أن نجد ذلك في حالات عديدة، حيث تظل البضاعة المبيعة في حيازة البائع فترة من الوقت تبعا لظروف البيع. فعلى سبيل المثال، يقع على المشترى في عقد البيع فوب الالتزام بنقل البضاعة، وقد يكون المشتري غير قادر على توفير سفينة لنقل بضاعته بعد التعاقد مباشرة لأسباب خارجة عن إرادته ومتعلقة في الواقع بطبيعة الملاحة البحرية إلى ميناء الشحن. وفى مثال آخر، فإنه قد يكون من الضروري على المشتري دفع جزء من الثمن حتى يتمكن البائع من الحصول على المواد الأساسية اللازمة لإكمال تصنيع البضاعة والتي لا تزال في حيازة البائع.[١٠٧]

ويعطي التقنين التجاري الأمريكي مشترى البضاعة التي تم تعيينها وفقا للعقد ولم تنتقل ملكيتها إليه بعد الحق في الاسترداد وفقا للمادة ٢–٥٠٢ من التقنين والخاصة ببيان حقوقه على البضاعة عند إفلاس البائع.[١٠٨] إذ أنه

---

(١٠٦) المادة ٦١٤ من قانون التجارة الكويتي.

(١٠٧) Note, "The Uniform Commercial Code and An Insolvent Seller's Possession of Goods Sold", 104. University of Pennsylvania Law Review p. 91 (1955), p.93

(١٠٨) المادة ٢–٥٠٢ من التقنين تقرر أنه

(1) Subject to subsection (2) and even though the goods have not been shipped a buyer who has paid a part of the price of goods in which he has a special property under the provisions of the immediately preceding section may on making and keeping good a tender of any unpaid portion of their price recover them from the seller if the seller becomes insolvent within ten days after receipt of the first installment on their price.

=

إعمالا لهذا النص يستطيع المشتري الذي دفع جزءا من ثمن البضاعة التي لم تشحن إليه بعد وله فيها ملكية خاصة المطالبة بهذه البضاعة عند إفلاس البائع في مدة لا تتجاوز العشرة أيام من تاريخ دفع ذلك الجزء إذا ما قدم المشتري طلبا بذلك وتعهد بدفع باقي الثمن. ويتضمن قانون التجارة الكويتي نص المادة ٦٢٣ وهو نص مشابه لنص التقنين مع الفارق المتمثل في اشتراط انتقال الملكية للمسترد لمباشرة حقه في استرداد ما تثبت له ملكيته من أشياء. ولهذا الفارق ما يبرره، حيث إن القانون الكويتي لا يعرف الفصل بين تعيين البضاعة وانتقال الملكية. ولا يعني هذا أن المشرع الأمريكي قد وفر من الحماية القانونية للمشتري ما لم يتمكن المشرع الكويتي من توفيره. ويتضح أن السبب من وراء ذلك يعود إلى أنه وإن كان يتقارب إلى حد كبير وقت تعيين البضاعة وفقا للقانون الكويتي والتقنين الأمريكي، إلا أن الملكية تنتقل حال تعيين البضاعة في القانون الكويتي بينما يتراخى انتقالها إلى حين التسليم في التقنين الأمريكي. وعلى هذا فقد اشترط المشرع الأمريكي مجرد تعيين البضاعة لكي يتمكن المشتري من مباشرة حقه في الاسترداد نتيجة للفصل بين التعيين وانتقال الملكية.

أما دائنو البائع فيهمهم دوما منع المشترى من الحصول على حيازة البضاعة لكي تعتبر جزءا من أصول البائع التي ستذهب لسداد ديونهم، ويجوز للمشتري إذا ما رغب الرجوع كدائن عادي بما دفعه للمفلس من ثمن. وقد يجدون سبيلا لذلك فيما يعرف في القانون الأمريكي بمبدأ الملكية المزعومة Ostensible Ownership، حيث يستطيع بموجبه الدائنون الدفع بأنهم اعتمدوا على ملكية البائع المزعومة للبضاعة التي بين يديه كدليل على ملاءته، وحتى لو كانت هذه البضاعة مبيعة أساساً فإن ذلك غير ظاهر من الظروف والملابسات المحيطة بالبيع. وطبقاً لمبدأ الملكية المزعومة فإن الاحتفاظ بملكية البضاعة

= (2) If the identification creating his special property has been made by the buyer he acquires the right to recover the goods only if they conform to the contract for sale.

المبيعة من قبل البائع قد يعكس حالاً من التضليل والخداع المستمر، ولذلك فإن المشترى يعتبر قد شارك في خداع البائع بالإذعان للحيازة المستمرة من قبل هذا الأخير.(١٠٩)

إضافة إلى ذلك، فقد جاءت أحكام التقنين التجاري الأمريكي بنصوص خاصة بهدف حل التنازع بين مصالح كل من المشترى ودائني البائع، وذلك في حالة إفلاس البائع وامتناعه عن سداد ديونه في الوقت الذي مازالت فيه البضاعة مملوكة له.(١١٠) ويقرر التقنين الأمريكي أن المبدأ العام هو إخضاع حقوق دائني البائع العاديين إلى حق المشتري على البضاعة التي حصل على ملكية

(١٠٩) Peters, A., "Remedies for Breach of Contracts Relating to the Sale of Goods under the Uniform Commercial Code: A Roadmap for Article Two", 73 Yale Law Journal p.199, (1963), at p.238.

(١١٠) المادة ٢-٤٠٢ من التقنين التجاري

(1) Except as provided in subsections (2) and (3), rights of unsecured creditors of the seller with respect to goods which have been identified to a contract for sale are subject to the buyer's rights to recover the goods under this Article (Sections 2-502 and 2-716).

(2) A creditor of the seller may treat a sale or an identification of goods to a contract for sale as void if as against him a retention of possession by the seller is fraudulent under any rule of law of the state where the goods are situated, except that retention of possession in good faith and current course of trade by a merchant-seller for a commercially reasonable time after a sale or identification is not fraudulent.

(3) Nothing in this Article shall be deemed to impair the rights of creditors of the seller

(a) under the provisions of the Article on Secured Transactions (Article 9); or

(b) where identification to the contract or delivery is made not in current course of trade but in satisfaction of or as security for a pre-existing claim for money, security or the like and is made under circumstances which under any rule of law of the state where the goods are situated would apart from this Article constitute the transaction a fraudulent transfer or voidable preference.

Smith, H., "Title and the Right to Possession Under the Uniform Commercial Code" Boston College Industrial and Commercial Law Review 39, at p. 65.

خاصة فيها. ويرد استثناء مهم على هذا المبدأ. ذلك أنه من المقرر وفقا للتقنين أنه يجوز لدائني البائع اعتبار البيع أو تعيين البضاعة على أنه باطل في مواجهتهم إذا ما كانت حيازة البائع قد نشأت أساسا عن طريق الحيلة طبقاً لأية قاعدة قانونية من قوانين الولاية التي توجد فيها البضاعة. ولا يسري ذلك إذا كان احتفاظ البائع بالحيازة بحسن نية ووفق المجرى الاعتيادي للتجارة لوقت معقول تجارياً بعد البيع أو تعيين البضاعة. وعلى هذا فإن الأحكام التي أتى بها التقنين يجب ألا تخل بحقوق دائني البائع في حالتين مختلفتين:

الحالة الأولى: إذا كان للدائن حقوق على البضاعة وفقاً لأحكام الباب الخاص بالاتفاقات الضامنة، حيث لا يعد الدائن في هذه الحالة دائنا عاديا بل يكون له حق عيني على البضاعة يماثل حق الدائن المرتهن في القانون الكويتي. فدائن البائع قد تتوافر له الحماية بموجب أحكام الباب التاسع من التقنين والخاص بالاتفاقات الضامنة على شرط استيفاء الإجراءات المقررة في هذا الباب. فمشتري البضاعة التي تم تعيينها والذي يحاول الحصول على حيازتها له ملكية خاصة فيها، وهذا بالتأكيد لن يجعل له مصلحة ضمانية عليها بمفهوم التقنين لأن الملكية الخاصة لا تعني حصوله على تلك المصلحة. ومتى التزم الدائن بالإجراءات الواردة في الباب التاسع فسوف يكون له بناء عليه حق التقدم على ذلك المشترى.

والحالة الثانية: عندما لا يكون تعيين البضاعة أو عندما لا يكون التسليم قد تم وفق المجرى الاعتيادي للتجارة، ولكن لسداد أو كضمان لدين سابق وتم ذلك في ظروف تشكل طبقاً لأية قاعدة قانونية من قوانين الولاية التي توجد بها البضاعة صفقة تحويل احتيالية أو أولوية باطلة. والتقنين الأمريكي يسترجع بذلك مبدأ القانون المشترك Common law بشأن الملكية المزعومة، إذ أنه وفقا لهذا المبدأ فإن دائني البائع يمكنهم التدخل والتنفيذ على البضاعة أثناء وجودها في حيازة البائع إذا كانت تلك الحيازة قد تمت بصورة احتيالية طبقاً لقانون الولاية التي توجد بها البضاعة. غير أنه لا يمكن للدائنين إبطال الحيازة التي

وجدت بحسن نية على أساس أنها احتيالية ما دامت وفق المجرى الاعتيادي للتجارة ولوقت تجارى معقول بعد البيع أو تعيين البضاعة.

ولا يختلف الوضع كثيرا في القانون الكويتي عما عليه الوضع في القانون الأمريكي. حيث إنه وإن كان يجوز للمشتري استرداد البضاعة من البائع المفلس فإن لدائني البائع التنفيذ على البضاعة المبيعة التي لا تزال في حيازة البائع إذا أمكنهم إبطال تصرفات المدين في مواجهتهم والسابقة لحكم الإفلاس. فيحق لدائني البائع الطعن بتصرفاته متى توافرت متطلبات دعوى عدم نفاذ التصرفات المتضمنة أحكامها في القانون المدني الكويتي.(١١١) وتشترط المادة ٣١٠ من القانون المدني أن يكون الدين مستحق الأداء وأن يكون التصرف المطلوب عدم نفاذه ضارا بالدائن بأن أنقص من حقوق المدين أو زاد من التزاماته وترتب عليه إعسار المدين أو زيادة إعساره.(١١٢) وينبغي عند تطبيق ذلك على عقد البيع مراعاة المادة ٣١١ من القانون المذكور والتي تستلزم إذا كان تصرف لمدين بعوض توافر غش من المدين وأن يكون المتصرف إليه على علم بهذا الغش للإضرار بالدائنين. غير أن بعض التصرفات الضارة بالدائنين ربما لا يطولها عدم النفاذ في بعض الأحوال نتيجة لصعوبة توافر شروط دعوى عدم نفاذ التصرفات وهذا بلا شك يؤدى إلى الانتقاص من الحماية اللازمة للدائنين.(١١٣)

من جانب آخر، اختص المشرع تصرفات المفلس خلال فترة الريبة بأحكام مفصلة ضمنها المواد من ٥٨٤ إلى ٥٨٩ من قانون التجارة الكويتي. ويشترط لعدم نفاذ عقد البيع في مواجهه دائني البائع أن يكون هذا العقد قد أبرم بعد تاريخ التوقف عن الدفع وقبل الحكم بشهر الإفلاس وأن يترتب عليه الإضرار بالدائنين وكان المشتري يعلم وقت إبرامه بتوقف المفلس عن الدفع.

---

(١١١) المواد ٣١٠ –٣١٧ من القانون المدني الكويتي.

(١١٢) د. منصور مصطفى منصور، المصادر غير الإرادية للالتزام، مذكرات على الآلة الكاتبة، جامعة الكويت، ١٩٨١، ص ١٦٢.

(١١٣) د. عزيز العكيلى، مرجع سابق، ص ١٨٤.

المبحث الثاني: آثار انتقال الملكية على حقوق البنك بموجب عقد الاعتماد المستندي

من الممارسات المألوفة في البيوع الدولية أن يلجأ أطراف عقد البيع إلى الاعتماد المستندي كوسيلة لدفع الثمن.(١١٤) ويعرف الاعتماد المستندي بأنه العقد الذي يلتزم بمقتضاه البنك بفتح اعتماد بناء على طلب شخص يسمى الآمر سواء بقبول كمبيالة أو بخصمها أو بدفع مبلغ لصالح عميل هذا الآمر ويسمى المستفيد وبضمان حيازة المستندات الممثلة لبضاعة في الطريق أو معدة للإرسال.(١١٥) ولا يختلف هذا عن التعريف الذي تبناه المشرع الكويتي للاعتماد المستندي في المادة ٣٦٧ من قانون التجارة. واستنادا لهذا العقد فإن المشترى يضمن أن الدفع سيتم مقابل تقديم المستندات المطلوبة والتي تدل على أن البضاعة المطابقة للعقد قد شحنت في حالة جيدة.(١١٦) ومن خلال المشاركة الفعالة للبنك كطرف في عقد الاعتماد المستندي، فإنه يمكن للمشترى التأكد من أنه لن يتم الدفع للبائع إلا إذا وفَّى بالتزاماته الواردة في عقد البيع والمدرجة كشروط عند فتح الاعتماد. وبالمثل فإن البائع على يقين من أن المشترى ليس بمقدوره تسلم البضاعة من الناقل إلا إذا تم دفع الثمن مقابل المستندات الممثلة للبضاعة.

وبالتأكيد فسيقوم البنك بالرجوع على المشترى لتقاضى ما تم دفعه سلفاً إلى البائع. غير أنه قد يحدث ما يحول دون قيام المشترى بالسداد إلى البنك. لذلك فإنه عند شروع البنك بالدفع بموجب الاعتماد مقابل سند الشحن والمستندات الأخرى المطلوبة طبقاً للاعتماد، فإن البنك يحتفظ بهذه المستندات

---

(١١٤) انظر في ذلك

Gutteridge and Megrah, *The Law of Banker's Commercial Credits,* 7 th. Ed., London, 1984.

(١١٥) د. على جمال الدين عوض، الاعتمادات المستندية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٩، ص ١١.

(١١٦) راجع قواعد الاعتمادات المستندية رقم ٥٠٠ الصادرة عن غرفة التجارة الدولية.

كدائن مرتهن إلى حين تقاضي المبالغ المستحقة. وعند فشل المشترى في السداد للبنك فإنه يحق له استنادا إلى القواعد المنظمة للرهن الحيازي بيع البضاعة واسترداد ما تم دفعه إلى البائع.(١١٧) لذا تعطي المادة ٣٧٧ من قانون التجارة الكويتي المشتري مهلة ثلاثة أشهر لدفع قيمة مستندات الشحن المطابقة لشروط فتح الاعتماد وإلا جاز للبنك بيع البضاعة باتباع طرق التنفيذ على الأشياء المرهونة رهنا حيازيا.

وكما رأينا فإنه يشترط تعيين البضاعة لكي تنتقل الملكية من البائع إلى المشترى، إلا أن هذا لا يعنى بالضرورة وحسبما تقرره أحكام التقنين التجاري الأمريكي أن تنتقل الملكية إلى المشترى بمجرد وقوع هذا التعيين. ولما كانت أغلب البيوع الدولية تأتي على بضائع معينة بنوعها، فتنتقل الملكية إلى المشترى وفقا لأحكام التقنين عند التسليم. كما أنه من المسلم به طبقاً لعقد البيع محطة الشحن فإن الملكية تنتقل في وقت الشحن ومكانه. ويختلف الوضع في القانون الكويتي، حيث لم يتبن المشرع التسليم كمعيار لانتقال الملكية، وعليه تنتقل الملكية في المعين بنوعه عند إفرازه. وقد يتصادف أن تفرز البضاعة خلال عملية شحنها وتنتقل الملكية في تلك اللحظة، غير أنه في حالة إذا ما أفرزت البضاعة قبل ذلك انتقلت الملكية إلى المشتري عند الإفراز وليس وقت الشحن.

والتساؤلات التي تثور في هذا السياق تتركز في تحديد إذا ما كان انتقال الملكية بين أطراف عقد البيع يرتب آثاراً معينة على حقوق البنك كدائن مرتهن. وعلى الأخص، هل من اللازم أن تكون البضاعة مملوكة للطرف الذي قدم السندات الممثلة للحيازة الرمزية للبضاعة حتى يتمكن البنك من الحصول على رهن حيازي عليها ؟ ومن ثم، ما الشروط الواجب توافرها في السندات المقدمة لكي تكون سندات تمثل الحيازة الرمزية للبضاعة؟

(١١٧) Gilmore and Black, supra., p.128-129.

تقتضي الإجابة عن هذا التساؤل بداية الرجوع إلى المواد ذات الصلة بالتقنين التجاري الأمريكي. ويتضح جليا من ذلك أن التقنين يعطي البنك الذي قام بالدفع أو الشراء بمقابل قيمة الكمبيالة المتعلقة بعملية بيع البضاعة بعض الحقوق في سبيل تقاضي ما تم دفعه. إذ أنه يكون للبنك، في حدود مبلغ الدفع أو الشراء ودون الإخلال بحقوقه بموجب الكمبيالة أو أي سند ممثل للبضاعة، حقوق الشاحن (البائع) على البضاعة بما فيها الحق في إيقاف البضاعة أثناء الطريق وحق الشاحن في إلزام المشترى الوفاء بالكمبيالة.(١١٨) غير أنه المقرر أنه بعد الشحن وانتقال الملكية إلى المشتري فإن حقوق الشاحن (البائع) على البضاعة هي مجرد حقوق ضمان لا ترقى إلى الملكية كما رأينا، حتى ولو اشترط البائع الاحتفاظ بالملكية صراحة في عقد البيع، وهذه الحقوق بما فيها الحق في إيقاف البضاعة تخضع بالتالي لحق المشترى إذا ما طلب تسليم المستندات الممثلة للبضاعة وعرض في المقابل سداد الثمن، وهذا بالفعل الغرض الذي ابتغاه المشرع الأمريكي من هذا الضمان. بينما يسلك المشرع الكويتي مسلكا مغايرا، حيث يحول شرط الاحتفاظ بالملكية دون انتقالها إلى المشتري حتى الوفاء بالثمن. غير أن شرط الاحتفاظ بالملكية ربما لا يسبغ الحماية المتوخاة منه في حال إذا ما تصرف المشتري في البضاعة إلى مشتر حسن النية والذي له أن يحتج بقاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية في مواجهة البائع إذا ما شرع في استرداد البضاعة عند عدم سداد الثمن.

وهكذا، فإن النص صراحة في التقنين الأمريكي على تمتع البنك بالحقوق ذاتها التي تكون للشاحن ربما لا يوفر الحماية الكافية إذا ما لم يعضد ذلك

(١١٨) المادة ٢-٥٠٦ من التقنين

A financing agency by paying or purchasing for value a draft which relates to a shipment of good acquires to the extent of the payment or purchase and in addition to its own rights under the draft and any document of title securing it any rights of the shipper in the goods including the right to stop delivery and the shipper's right to have the draft honored by the buyer.

بحيازة البنك للسند الممثل للبضاعة. فالحقوق التي يتحصل عليها البنك تعتمد بشكل رئيسي على شكل سند الشحن من حيث تمثيله للبضاعة من عدمه، وإذا ما كان البنك قد اشترط رهن السند لديه رهنا حيازيا إلى حين تقاضي قيمة الاعتماد. فإذا ما أخفق البنك في الحصول على السند الإذني الممثل للبضاعة، فإنه قد يجد أن ممارسته لحقوق الشاحن ربما لا تجدي نفعا بسبب تصرف الشاحن (البائع) في سند الشحن بتظهيره إلى الغير حسن النية.(١١٩) وهذا الفرض يسرى أيضا كما رأينا في ظل القانون الكويتي عملا بقاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية.

ويتضح بذلك أن المصرفي الفطن لن يعتمد على مجرد تمتعه قانونا بالحقوق ذاتها التي تكون للشاحن لضمان السداد بعد قيامه بدفع الثمن تنفيذا للاعتماد المستندي. ويمكن للبنك إيجاد الحماية الحقيقية من خلال اشتراط تقديم سند الشحن الإذني الممثل للبضاعة لرهنه رهنا حيازيا لديه. وكما بينا في الفصل السابق، فإنه وفقا لأحكام التقنين الأمريكي فإنه عند تعيين البضاعة عند الشحن أو قبله، فإن حصول البائع على سند الشحن الإذني لأمر البنك ينشئ مصلحة ضمانية لصالحه.(١٢٠) وكما يبدو من الأحكام الخاصة بالاتفاقات الضامنة في التقنين فإن الضمان الذي يحصل عليه البنك عند تحرير سند الشحن الإذني

(١١٩) المذكرة الإيضاحية للتقنين

After shipment, "the rights of the shipper in the goods" are merely security rights and subject to the buyer's right to force delivery upon tender of the price. The rights acquired by the financing agency are similarly limited and, moreover, if the agency fails to procure any outstanding negotiable document of title, it may find its exercise of these rights hampered or even defeated by the seller's disposition of the document to a third party. This section does not attempt to create any new rights in the financing agency against the carrier which would force the latter to honor a stop order from the agency, a stranger to the shipment, or any new rights against a holder to whom a document of title has been duly negotiated under Article 7.

(١٢٠) المادة ٢–٥٠٥ من التقنين.

لأمره يعد تاماً دون الحاجة إلى الوفاء بمتطلبات الإيداع.[١٢١] وحتى لو سلم البنك سند الشحن إلى المشترى مقابل إيصال ائتمان Letter of Trust ليتمكن الأخير من بيع البضاعة، فإن الضمان الناشئ عن هذا التصرف سيكون تاماً بمفهوم التقنين، بمعنى عدم اشتراط الالتزام بمتطلبات الإيداع حتى فوات واحد وعشرين يوماً. ويتعين على البنك الالتزام بمتطلبات الإيداع بعد فوات هذه المدة إذا ما أراد الحفاظ على حقه في مواجهة المدين.

ومن الضروري الإشارة إلى أن الوضع يختلف تماماً إذا كان السند الذي في حيازة البنك عبارة عن سند شحن اسمي. إذ أنه متى تعلق الأمر بالسند الاسمي فإنه لا ينظر إليه على أنه يمثل البضاعة المبينة فيه لأنه لا يتضمن الحقوق التي يتضمنها السند الإذني، وهي الحقوق المتعلقة بتسلم البضاعة من الناقل مقابل السند بالإضافة إلى نقل هذه الحقوق إلى الغير باتباع أحكام التظهير. ولهذا فلا بد للطرف الدائن بضمان سند الشحن الاسمي من اللجوء لطريق الإيداع لأجل حماية حقوقه في البضاعة. وتبين المادة ٩-٣٠٤ من التقنين الأمريكي وجوب سلوك طريقين آخرين لذلك وهما: إصدار السند باسم الطرف الدائن (بصفته مرسل إليه في سند الشحن الاسمي أو كشخص ينبغي التسليم له بموجب إيصال مخزن اسمي) وإخطار الناقل بحقوق الطرف الدائن والذي يعتبر ضمنا حسب مفهوم المادة ٩-٣٠٥ بمثابة حيازة الدائن للبضاعة.

---

(١٢١) المادة ٩-٣٠٥ من التقنين

A security interest in letters of credit and advices of credit (subsection (2)(a) of Section 5-116), goods, instruments, money, negotiable documents, or chattel paper may be perfected by the secured party's taking possession of the collateral. If such collateral other than goods covered by a negotiable document is held by a bailee, the secured party is deemed to have possession from the time the bailee receives notification of the secured party's interest. A security interest is perfected by possession from the time possession is taken without a relation back and continues only so long as possession is retained, unless otherwise specified in this Article. The security interest may be otherwise perfected as provided in this Article before or after the period of possession by the secured party.

ويتمشى هذا مع مفهوم المشرع الأمريكي لدور سند الشحن الاسمي وأنه لا سبيل للحصول على مصلحة ضمانية من خلال هذا السند إلا إذا عين سند الشحن الاسمي البنك كمرسل إليه وتم إخطار الناقل بذلك. غير أن التأسيس الذي تبنته المذكرة الإيضاحية للتقنين توصلا لهذا المفهوم يتناقض مع القواعد الآمرة التي جاءت بها المادة ٢-٤٠١ من التقنين والتي تنظم أحكام انتقال الملكية. ويتمثل هذا التناقض فيما جاء في المذكرة الإيضاحية من أن ملكية البضاعة لا تكون محتواة في سند الشحن الاسمي مما يعني بمفهوم المخالفة أنه في حالة سند الشحن الإذني فإن الملكية تكون محتواة في السند.(١٢٢) وهذا بلا شك يتناقض بشكل أساسي مع المادة ٢-٤٠١ والتي تقرر صراحة أن ملكية البضاعة تنتقل إلى المشترى وفقا لما جاء بها من أحكام حتى لو تم تسليم السند الخاص بالبضاعة في وقت ومكان آخرين. وفي رأينا أنه يتعين تقديم النص الآمر للمادة ٢-٤٠١ على ما تضمنته المذكرة الإيضاحية، لأن ذلك يتوافق مع حقيقة أن سند الشحن الإذنى يمثل مجرد الحيازة الرمزية للبضاعة بينما تنتقل ملكية هذه البضاعة وفقا لعقد البيع والأحكام المنظمة له. وبناء على ما سبق، فإنه عند تحرير سند الشحن لأمر البنك فإن ما يتحصل عليه البنك مجرد مصلحة ضمانية على البضاعة التي يمثلها هذا السند، وذلك لأن حيازة هذا السند هي في حقيقتها حيازة رمزية للبضاعة، بينما تنتقل الملكية إلى المشترى تطبيقا لأحكام المادة ٢-٤٠١ من التقنين.

---

(١٢٢) المذكرة الإيضاحية للتقنين

Here title to the goods is not looked on as being locked up in the document and the secured party may perfect his interest directly in the goods by filing as to them. The subsection states two other methods of perfection: issuance of the document in the secured party's name (as consignee of a straight bill of lading or the person to whom delivery would be made under a non-negotiable warehouse receipt) and receipt of notification of the secured party's interest by the bailee which, under Section 9-305, is looked on as equivalent to taking possession by the secured party.

ويتبنى غالبية الفقه العربي الرأي نفسه، ويؤسس ذلك على أن حيازة البضاعة مسألة منفصلة عن ملكيتها وأن أساسها هو التزام من يحوز البضاعة حيازة مادية بردها إلى حائزها القانوني، فالمودع والمقرض والراهن إذا عهدوا بالشيء إلى شخص من الغير يعتبرون حائزين للشيء قانونا، ويكون لهم المطالبة برده لا لأنهم مالكوه وإنما دائنون للحائز المادي باسترداده، ويكون على الحائز المادي أن يرد الشيء إلى الحائز القانوني دون أن يناقشه في ملكيته للشيء.(١٢٣) غير أنه لكي يكون سند الشحن ممثلا للبضاعة فإنه يجب أن يعين البضاعة على وجه دقيق وأن يخول المستفيد منه الحق في توجيه البضاعة والمطالبة بها من الناقل، ولا يكون السند كذلك إلا إذا كان إذنيا لأن الحق في المطالبة بالبضاعة يكون لاصقا بالسند الإذني بحيث يعتبر الناقل حائزا للمستفيد من السند وليس حائزا لحساب شخص بعينه. فإذا كان السند اسميا فإن هذا لا ينفي أن الربان يحوز البضاعة لحساب الشخص المذكور اسمه بالسند ولكن ليس لأنه حائز للسند بل لأنه الطرف المتعاقد معه في عقد النقل أو لأنه محال إليه الحقوق الناشئة من العقد دون تدخل للسند في ذلك.(١٢٤) ولهذا فلا يمكن اعتبار سند الشحن الاسمي سندا ممثلا للبضاعة طالما يمكن نقل الحقوق الثابتة فيه دون نقل السند، كما أن نقل السند وحده لا يترتب عليه نقل هذه الحقوق، الأمر الذي لا يصح معه تظهير السند الاسمي على سبيل الرهن ما دام هذا السند لا يقبل التداول.(١٢٥)

غير أن المشرع الكويتي كما سبق لنا أن بينا سلك مسلكا مغايرا في قانون التجارة البحرية الكويتي، حيث تقرر القواعد المنظمة لسند الشحن

---

(١٢٣) د. على جمال الدين عوض، مرجع سابق، ص ١٢٨. ويذهب البعض إلى أن سند الشحن يمثل ملكية البضاعة، انظر د. يعقوب صرخوه، الوسيط في شرح القانون البحري الكويتي، الطبعة الثالثة، الكويت، ١٩٩٨، ص ٣١٣.

(١٢٤) المرجع السابق، ص ١٢٩.

(١٢٥) د. راتب جبريل الجنيدى، الاتجاهات الحديثة لرهن المنقول في القوانين التجارية، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، ١٩٨٠، ص ٢٠٣.

البحري بتداول سند الشحن بالتظهير إذا كان اسميا أو للأمر.[١٢٦] وفي رأينا أن النص على تداول السند الاسمي بطريق التظهير لا يكفى لأن يجعل من هذا السند سندا ممثلا للبضائع. ويعود ذلك إلى أنه ولو نص المشرع في قانون التجارة البحرية على تداول السند الاسمي بطريق التظهير فإن هذا النص في الواقع يتعارض مع النصوص الخاصة بتظهير الأوراق التجارية في قانون التجارة الكويتي والتي يتعين الرجوع إليها نظرا لخلو قانون التجارة البحرية من أي أحكام تبين كيفية تظهير سندات الشحن. ومن المقرر في هذا الشأن أن كل كمبيالة ولو لم يصرح بأنها مسحوبة لأمر يجوز تداولها بالتظهير، ولا يجوز تداول الكمبيالة التي يضع فيها ساحبها عبارة «ليست لأمر» أو أية عبارة أخرى تفيد هذا المعنى إلا باتباع أحكام حوالة الحق.[١٢٧]

وبتطبيق هذه الأحكام على سند الشحن الاسمي فإننا نكون أمام فرضين لا ثالث لهما :

فالفرض الأول أن يأتي السند الاسمي باسم شخص معين دون أن يقرن بشرط الإذن حيث إنه إذا ما قرن بهذا الشرط اعتبر في هذه الحالة سندا إذنيا وليس سندا اسميا. وبتطبيق أحكام التظهير على هذا السند يتبين لنا عدم جواز تداوله بطريق التظهير لخلوه من شرط الإذن. ولا محل للاحتجاج بسريان النص الذي يجيز تداول الكمبيالة بالتظهير حتى ولو لم يصرح بأنها مسحوبة لأمر وذلك لأن هذا النص يرد في خصوصية الكمبيالة، ولذلك ذهب البعض إلى أن استلزام المشرع الكويتي ذكر لفظ «كمبيالة» قد أغنى عن شرط الإذن وأخرج هذا الشرط من زمرة البيانات الإلزامية التي يترتب على تخلفها البطلان.[١٢٨] لذا فإن الرجوع إلى أحكام التظهير في قانون التجارة يجب ألا يكون على إطلاقه

(١٢٦) المادة ١٧٨ من قانون التجارة البحرية الكويتي.

(١٢٧) المادة ٤٢١ من قانون التجارة الكويتي.

(١٢٨) د. حسني المصري، الأوراق التجارية في القانون الكويتي، دار الكتب، الكويت، ١٩٩٣، ص ١٣١.

بل بمراعاة الطبيعة الخاصة لبعض النصوص الواردة فيه وبالتوفيق فيما بينها لسد هذا النقص التشريعي في قانون التجارة البحرية. كما أن أحكام التظهير التي تم الرجوع إليها يجب ألا تتعارض بالمثل مع نصوص قانون التجارة البحرية، والقول بخلاف ذلك سيؤدي لا محالة إلى تعطيل بعض هذه النصوص.(١٢٩)

أما الفرض الثاني فيأتي فيه سند الشحن الاسمي باسم شخص معين مع إضافة عبارة «غير قابل للتداول» على السند، ويترتب على هذه الإضافة حظر حوالته أو تداوله. وهذا في الواقع ما يجري عليه العمل في التجارة الدولية، إذ من أجل تحاشي عمليات التزوير في سندات الشحن الإذنية يلجأ أطراف عقد البيع إلى السند الاسمي إذا لم يكن في نية المشتري التصرف في البضاعة أثناء الرحلة البحرية. وتسلم البضاعة إلى الشخص الوارد اسمه في السند الاسمي دون لزوم تقديم السند إلى الناقل في المقابل، حيث يكون لدى الناقل نسخة يتعرف من خلالها على المرسل إليه.

وبناء على ما سبق، نخلص إلى وجوب التفرقة بين انتقال ملكية البضاعة وانتقال حيازتها. فبينما تنتقل ملكية البضاعة وفقا لما تقرره النصوص القانونية المنظمة لعقد البيع أو ما تجيزه هذه النصوص للمتعاقدين من اتفاق على خلاف أحكامها، نجد أن حقوق البنك كدائن مرتهن في التقنين التجاري الأمريكي تنشأ عندما يحصل البنك على مصلحة ضمانية على البضاعة من خلال السندات الممثلة لها في حين يشترط في القانون الكويتي انتقال الحيازة الرمزية للبضاعة إلى البنك ليستطيع رهنها لديه رهنا حيازيا. وفي كلا القانونين فإن ذلك يعتمد كلية على شكل سند الشحن المقدم وفيما إذا كان هذا السند ممثلا للبضاعة من عدمه.

(١٢٩) فعلى سبيل المثال، لا يجوز وفقا لأحكام قانون التجارة الكويتي إنشاء الكمبيالة لحاملها، في حين يجوز أن تحرر سندات الشحن لحاملها في قانون التجارة البحرية.

الخاتمة

إن التقنين التجاري الأمريكي الموحد مع كونه أحد التشريعات في العائلة الانجلوأمريكية إلا أن له طابعه الخاص الذي يميزه والذي ينأى به عن القواعد العامة للبيوع كما استقرت في القانون المشترك Common Law والمتضمنة أحكامها حاليا في قانون بيع البضائع الإنجليزي أو القواعد المتبعة في الدول التي تأخذ بالنهج المدني كالقانون الكويتي. فلم تعد فكرة الملكية تتمتع بتلك المكانة الأسمى في ظل التقنين التجاري الأمريكي مقارنة بقانون البيع الأمريكي الموحد الذي سبق إلغاؤه والذي أعطى الملكية دورا بارزا عند الفصل في المسائل التي تثور في عقد البيع. وبدلا من ذلك أتى التقنين الأمريكي بفكرة المسألة المحددة كما وضع أسسا عملية للفصل في مسائل عقد البيع قوامها الالتزامات المتبادلة لأطراف العقد ونصوص التقنين نفسه.

وعلى خلاف الوضع في القانون الكويتي، فقد فصل المشرع الأمريكي بين تعيين البضاعة وانتقال الملكية، وفي المقابل ابتدع مفهوم الملكية الخاصة لتوفير الحماية للمشتري الذي تعينت بضاعته إلا أن الملكية لم تنتقل إليه بعد. ورأينا أن هناك عدة تطبيقات لهذا المفهوم أبرزها ما يتعلق بحقوق دائني البائع المفلس على البضاعة المبيعة. إلا أنه لم يتضح على وجه الدقة الأسباب التي حدت بالمشرع الأمريكي إلى إيجاد هذا الفصل بين تعيين البضاعة وانتقال الملكية. ومن مفارقات ذلك أن البضاعة قد تكون مملوكة للبائع والمشتري في آن واحد، وهذا يرجع بلا شك إلى أن للملكية مفهومين مختلفين في التقنين. كما قصر التقنين التجاري الأمريكي حق البائع في الاحتفاظ بالملكية إلى مجرد الاحتفاظ بمصلحة ضمانية على البضاعة لا ترقى إلى الملكية وجعل ذلك في قواعد آمرة لا يجوز الاتفاق على ما يخالفها. وأخضع هذه المصلحة إلى إجراءات معينة ينبغي على البائع الالتزام بها إذا أراد تجنيب الغير من التقدم على حقوقه. وهذا النظام القانوني يشابه إلى حد ما الرهن الرسمي حيث يكون البائع دائنا مرتهنا للبضاعة.

وبعد أن استعرضنا أحكام انتقال الملكية في عقد البيع البحري للبضائع وفقا للتقنين التجاري الموحد القانون الكويتي، لا يسعنا في نهاية هذه الدراسة

إلا أن نستخلص بعض التوصيات التي يجب مراعاتها عند التعامل حسب أحكام القانون الأمريكي والتي نجملها في الآتي:

أولا: مع العلم أن الولايات المتحدة الأمريكية قد صادقت على اتفاقية الأمم المتحدة بشأن البيع الدولي للبضائع إلا أن التقنين التجاري الموحد قد يكون القانون الواجب التطبيق إذا أدت قواعد القانون الدولي الخاص إلى تطبيق قانون الولايات المتحدة الأمريكية.

ثانيا: إن اشتراط الاحتفاظ بالملكية إلى حين تقاضي كامل الثمن لا يعني سوى الاحتفاظ بمصلحة ضمانية، بينما تنتقل الملكية إلى المشتري حتى ولو نص صراحة على خلاف ذلك في العقد. وينبغي على البائع إبرام اتفاقية ضمان وإيداع بيان تمويلي وفق أحكام الباب التاسع من التقنين التجاري الموحد.

ثالثا: إن الفصل بين تعيين البضاعة وانتقال الملكية لا يعني في حال إفلاس البائع بعد تعيين البضاعة وقبل انتقال ملكيتها إلى المشتري أن تلك البضاعة ستعتبر ضمن أصول البائع والتي ستذهب لسداد ديونه، بل يقرر التقنين ملكية خاصة للمشتري في هذه الحالة ويستطيع المشتري بموجبها اتخاذ التدابير اللازمة للحصول على البضاعة وفق ضوابط معينة.

رابعا: إن المصلحة الضمانية التي تكون للبنك عند قيام البنك بدفع الثمن إلى البائع بمقتضى عقد الاعتماد المستندي ترتكز أساسا على شكل سند الشحن المقدم إليه من قبل البائع. ويعتبر السند الإذني أفضل الضمانات في هذا الشأن، إلا أنه عند الشحن بموجب سند الشحن الاسمي فيجب تحريره باسم البنك المنشئ للاعتماد.

المراجع

المعاهدات والقوانين

١ – قانون التجارة البحرية الكويتي الصادر بمرسوم بالقانون رقم ٢٨ لسنة ١٩٨٠.

٢ – القانون المدني الكويتي الصادر بمرسوم بالقانون رقم ٦٧ لسنة ١٩٨٠.

٣ – قانون التجارة الكويتي الصادر بمرسوم بالقانون رقم ٦٨ لسنة ١٩٨٠.

٤ – اتفاقية الأمم المتحدة للبيع الدولي للبضائع ١٩٨٠.

٥ – التقنين التجاري الموحد، الطبعة الثالثة عشرة، معهد القانون الأمريكي، المجلس الوطني لمفوضي قوانين الولايات الموحدة.

٦ – قانون بيع البضائع الإنجليزي لسنة ١٩٧٩.

باللغة العربية:

١ – د. أحمد حسني، البيوع البحرية، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٨٣.

٢ – د. أحمد سلامه، الرهن الطليق للمنقول، القاهرة، ١٩٦٨.

٣ – د. أنور سلطان، شرح عقدي البيع والمقايضة، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٣.

٤ – د. حسام الدين الأهواني، عقد البيع في القانون المدني الكويتي، مطبوعات جامعة الكويت، الكويت، ١٩٨٩.

٥ – د. حسام الدين عيسى، الشركات المتعددة القوميات، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، السنة ١٨ ، العدد الأول.

٦ – د. حسني المصري، الأوراق التجارية في القانون الكويتي، دار الكتب، الكويت، ١٩٩٣.

٧ – د. راتب جبريل الجنيدى، الاتجاهات الحديثة لرهن المنقول في القوانين التجارية، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، ١٩٨٠.

٨ – د. رفعت أبادير، دروس في الأوراق التجارية، مذكرات على الآلة الكاتبة، جامعة الكويت، ١٩٨١.

٩ – د. عبدالرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، دار إحياء التراث العربي، بيروت.

١٠– د. عزيز العكيلى، أحكام الإفلاس في قانون التجارة الكويتي، مؤسسة الكويت للتقدم العلمي، الكويت، ١٩٨٧.

١١– د. على جمال الدين عوض، الاعتمادات المستندية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٩.

١٢– د. محسن شفيق، اتفاقية الأمم المتحدة بشأن البيع الدولي للبضائع، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٨.

١٣– د. منصور مصطفى منصور، المصادر غير الإرادية للالتزام، مذكرات على الآلة الكاتبة، جامعة الكويت، ١٩٨١.

١٤– د. يعقوب صرخوه، الوسيط في شرح القانون البحري الكويتي، الطبعة الثالثة، الكويت، ١٩٩٨.

باللغة الإنجليزية:

1 - Andres, K., ''Risk of Loss and State Long Arm Jurisdiction: Obligations Fashioned by the Delivery Term in An Article 2 Sales Contract'' 16 Houston Law Review 573 (1980).

2 - Berman, H. and Kufman, C, ''The Law of International Commercial Transactions (Lex Mercatoria)'' 19 Harvard International Law Journal 221 (1978).

3 - Corman, C., ''The Law of Sales Under the Uniform Commercial Code'' 17 Rutgers Law Review 14 (1962).

4 - Foorman, J., ''Risk of Loss Under Section 2-509 of the California Uniform Commercial Code'' 20 UCLA Law Review 1352 (1973).

5 - Gilmore and Black, The Law of Admiralty, 2d. ed., NewYork, 1975.

6 - Glaser, G., and Klesch, W., ''Title Theory and the Uniform Commercial Code'' 30 North Dakota Law Review 211 (1954).

7 - Gramlich, W., ''Liberal Constructions of the Definition of Security Agreement Under Section 9-203 of the Uniform Commercial Code: Policy Implications and Practical Limitations'' 57 Temple Law Quarterly 791 (1984).

8 - Guenin, L., ‘‘Risk Allocation in Delivery Terms’’ Uniform Commercial Code Law Journal, 25, n1, 49-59 (1992).

9 - Gutteridge and Megrah, The Law of Banker’s Commercial Credits, 7 th. Ed., London, 1984.

10 - Honnold, J., ‘‘A Uniform Law for International Sales’’ 107 University of Pennsylvania Law Review 299 (1959).

11 - International Bar Association, Report on the UN Convention for the International Sales of Goods, Committee M7: International Sales, New Orleans 13 October 1993.

12 - Jackson, T., Peters, E., ‘‘Quest for Uncertainty: A Proposal for Flexible Resolution of Inherent Conflicts Between Article 2 and Article 9 of the Uniform Commercial Code’’ 87 Yale Law Journal 907 (1978).

13 - Murray, D., ‘‘The Seller’s Right to Retain Possession, to Stop Delivery in Transit and to Reclaim from the Buyer After Delivery: A Comparative Study’’ 1 Journal of Law and Commerce 69 (1981).

14 - Note, ‘‘The Status of the Concept of Title in Article II of the Uniform Commercial Code’’ 37 St. John’s Law Review 178 (1962).

15 - Note, ‘‘The Uniform Commercial Code and An Insolvent Seller’s Possession of Goods Sold'', 104 University of Pennsylvania Law Review p. 91 (1955).

16 - Peters, A., ‘‘Remedies for Breach of Contracts Relating to the Sale of Goods under the Uniform Commercial Code: A Roadmap for Article Two'', 73 Yale Law Journal p.199, (1963).

17 - Riegert, R., ‘‘Documents of Title Under Article Seven’’ 13 Uniform Commercial Code Law Journal 105 (1980).

18 - Smith, H., ‘‘Title and the Right to Possession Under the Uniform Commercial Code’’ Boston College Industrial and Commercial Law Review 39.

19 - Squillante and Fonseca, Williston on Sales, 4th ed., New York, 1974.

20 - White and Summers, Uniform Commercial Code, 3rd ed., Minn., 1988.

21 - Williston, S., ‘‘The Law of Sales in the Proposed Uniform Commercial Code’’ 63 Harvard Law Review 561 (1950).

قائمة بالمختصرات المشار اليها:

A.	Atlantic Reporter
A.2d	Atlantic Reporter 2d Series
App. Cas.	Appeal Cases
B.R.	Baltimore City Reports
F.2d	Federal Reporter 2d Series
F.Supp.	Federal Supplement
Pa D&C2d	Pennsylvania District & County Reports 2d Series
N.W.2d	North Western Reporter 2d Series
S.E.2d	South Eastern Reporter 2d Series
S.W.2d	South Western Reporter 2d Series
T.L.R.	Times Law Reports
U.C.C.	Uniform Commercial Code Cases