المطوّل في القانون المدني

للمزيد من الحصريات زورونا على مدونة الكتب الحصرية
http://koutoub-hasria.blogspot.com/
https://www.facebook.com/koutoubhasria

العقود الرئيسية الخاصة

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria http://koutoub-hasria.blogspot.com/

المجلد الأول
القسم الأول

المطوّل في القانون المدني

العقود الرئيسية الخاصة

المجلد الأول

القسم الاول

جميع الحقوق محفوظة

الطبعة الأولى

1423 هـ ـ 2003 م

"Ouvrage publié avec le concours du Ministère français
chargé de la culture – Centre national du livre"

مجد المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع

بيروت ـ الحمرا ـ شارع اميل اده ـ بناية سلام ـ ص.ب. 113/6311

تلفون 791123 (01) ـ تلفاكس 791124 (01) بيروت ـ لبنان

البريد الالكتروني majdpub@terr.net.lb

ISBN 9953 – 427 – 36 – 4

المطوّل في القانون المدني

بإشراف جاك غستان

العقود الرئيسية الخاصة

تأليف

جيروم هوييه

ترجمة

منصور القاضي

المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع

هذا الكتاب ترجمة

TRAITÉ DE
DROIT CIVIL

Ouvrage couronné par l'Académie des sciences morales et politiques
(Prix DUPIN Aîné, 1980)

Sous la direction de Jacques Ghestin

LES PRINCIPAUX CONTRATS SPÉCIAUX

JÉRÔME HUET
Professeur à l'Université de Paris V (René Descartes)

© L.G.D.J

إختصارات

أ إ	أمر اشتراعي
إس	اعلامات سريعة
إ ص	اعلانات صغيرة
إع	فهرس Dalloz الاجتهاد العام
إم	الاجراء المدني (اصول المحاكمات المدنية)
ج ر	الجريدة الرسمية
ج ر ج و	الجريدة الرسمية للجمعية الوطنية
ج ر م أ	الجريدة الرسمية للمجموعة الاوروبية
ج ق د	جريدة القانون الدولي
ح ت	الحالية التشريعية
ح ق	الحياة القضائية
د	مجموعة Dalloz
د إ	Dalloz الاسبوعي
د د	Dalloz الدوري
س	مجموعة Sirey
ص	صفحة
غ إ ن	الغرفة الاجتماعية في محكمة النقض
غ ت ن	الغرفة التجارية في محكمة النقض
غ ع	غرفة العرائض
غ م ث ن	الغرفة المدنية الثانية في محكمة النقض
غ م ث ا ن	الغرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض
ف د	فهرس Defrénois
ف د ت	فهرس Dalloz التجاري
ف د م	فهرس Dalloz المدني
ف د أ ع	فهرس Dalloz الابجدي العام
ق	قانون
ق إ	قانون الاستهلاك
ق ب س	قانون البناء والسكن
ق ب ف	القانون البحري الفرنسي
ق ت	قانون التجارة
ق ت أ	قانون التأمينات
ق ر	القانون الريفي
ق ط م	قانون الطيران المدني
ق ع	قانون العمل
ق م	القانون المدني (مدّونة الاحكام المدنية)
ق م ف	قانون الملكية الفردية
ق ع ت د	القانون العملي للتجارة الدولية
ك ق م	كراسات قانون المؤسسات
م	ملاحظات

غ م أن	الغرفة المدنية الاولى في محكمة النقض
م إ د	مصنف الاجتهاد الدوري
م إ م	مصنف الاجتهاد المدني
م إ ق أ	مجلة الاجتهاد في قانون الاعمال
م ب	المحكمة البدائية (أو محكمة البداية)
م ت	محكمة التجارة
م ن ت إ	المجلة الناقدة للتشريع والاجتهاد
م د	مجلس الدولة (مجلس شورى الدولة في لبنان)
م د ق م	المجلة الدولية للقانون المقارن
م ع م إ	مجلة العقود والمنافسة والاستهلاك
م ف ق ت	المجلة الفصلية للقانون التجاري
م ق ع	مجلة قصر العدل
م م	المسؤولية المدنية
م ق	محكمة القاضي المنفرد (أو الوحيد)

م إ	مصنف الاجتهاد
م إ ت	مجلة الاجتهاد التجاري
م ن ق د خ	مجلة نقد القانون الدولي الخاص
م و إ د إ	المعهد الوطني للاحصاء والدراسات الاقتصادية
ن ب إ	نشرة بدلات الايجار
ن ج	النشرة الجنائية
ن ر م إ غ	النشرة ألرسمية للمنافسة والاستهلاك وقمع الغش
ن م	النشرة المدنية
ن ن	نشرة النقل
م ع ت ب	المجلة العامة للتأمينات البرية
م ع م أ و	محكمة عدل المجموعات الاوروبية
م ف ق م	المجلة الفصلية للقانون المدني
م ق ع ق	مجلة القانون العقاري
م م د	المحكمة المدنية

المدخل العام[1]

«مادة الاتفاقيات هي التنوّع اللاّمتناهي للكيفيات الإرادية التي ينظم الناس بمقتضاها بينهم اتصالات صناعتهم وتجارتهم واعمالهم، وجميع الاشياء وفقاً لحاجاتهم».

Domat، القوانين المدنية في ترتيبها الطبيعي، القسم الاول، في التعهدات، الكتاب الاول، الباب I، القسم 1، III.

1 ـ في المواد 1101 وما يليها و1582 وما يليها من القانون المدني. تبرم يوميا، في نشاطنا المهني، أو من أجل الحاجات ذات الطابع الخاص، العقود الأكثر تنوعا. وفي سبيل توفير أمن قانوني اكثر وكذلك لإملاء بعض المبادىء الآمرة أحيانا، يأتي المشترع ليحدد الطريقة التي تبرم بموجبها أكثرها أهمية وكذلك تنفيذها.

وعليه تضاف إلى جسم القواعد العامة المطبقة على العقود جميعا التي تنص عليها المادة 1101 وما يليها من القانون المدني (التكوين: والشكل، والسبب، والموضوع، والانتظام العام... التنفيذ: عينة، الحل، والمخاطر، والعطل والضرر...) في قانوننا انظمة خاصة متكيفة مع العمليات الملموسة الاساسية التي تستخدمها العقود لتنظيمها: البيع، الايجار، والاجارة، تأجير العمل المستقل أو عقد المقاولة، القرض، الوكالة.... وإذا ما وجدت هذه القواعد الخاصة وتضاعفت فإن ذلك نتيجة مسار إدراك قانوني نفاذ أكثر فأكثر للحقائق الإقتصادية[2]. وينتج عن ذلك، من جهة أولى، التفريق بين القانون العام للعقود الذي يشكل مع القانون العام للتبعة (المسؤولية) المدنية وأشباه العقود ما يسمى «النظرية العامة للموجبات»[3]، ومن جهة ثانية القانون الخاص بالعقود.

---

(1) في بداية هذا الكتاب لائحة بالاختصارات المستخدمة.

(2) مسار اختصاص متنام، انظر Malaurie و Aynès، رقم 34.

(3) نظرية عامة يحويها الباب III من الكتاب III من القانون المدني، «في العقود والموجبات التجارية بصورة عامة»، المادة 1101 وما يليها.

ومن هنا العنوان المعطى للدراسة الخاصة لمختلف الظاهرات العقدية: «العقود الخاصة»[1]. وبما أن التعبير نادراً ما يكون قابلاً للفهم بالنسبة إلى جاهل المادة، وقد يفضَل عليه أحياناً تعبير «العقود الرئيسية»[2]، الذي لها أيضاً فائدة بيان عدم امكانية درس مجموعة الاشكال الخاصة التي يمكن أن تكون للعقود ذلك بأنها لا تحصى، وإنما بيان اهمها.

ومن أهم العقود الخاصة الرئيسية، قبل غيرها، هي التي زودّها واضعو القانون المدني بقواعد خاصة تنص على ذلك المادة 1107. وهذا النص الذي يلقي الضوء على الباب المتعلق بالنظرية العامة للموجبات بكامله ويتضمن الابواب الخاصة ببعض العقود[3] يعلن ما يلي:

«تخضع العقود، سواء أكانت لها تسمية خاصة أو لم تكن لها هذه التسمية، لقواعد عامة هي موضوع هذا الباب.

والقواعد الخاصة ببعض العقود مبينة في الابواب المتعلقة بكل منها والقواعد الخاصة بالمصالحات التجارية تنص عليها القوانين المتعلقة بالتجارة»[4].

وتندرج النصوص المكرسة للعقود الرئيسية في الكتاب III من القانون المدني، في المواد 1582 وما يليها، إذ تتناول على التوالي البيع (الباب VI، المواد 1582 إلى 1701)، والتبادل (الباب VII، المواد 1702 إلى 1707، والتأجير المتعدد الأوجه (الباب VIII، المواد 1708 إلى 1831، ومنها تأجير الاشياء في المواد 1713 إلى 1778، وتأجير العمل المستقل في المواد 1789 إلى 1799، وإيجار الماشية في المواد 1800 إلى 1831؛ ويشكل عقد التنشيط العقاري الباب VIII مكرر المضاف في عام 1971 والذي يتضمن المواد 1831 ـ 1 إلى 1831 ـ 5)، والشركة (الباب IX الذي تم اصلاحه في عام 1978، المواد 1832 إلى 1844 ـ 7)، والقرض (الباب ـ X، المواد

---

(1) انظر Bénabent، رقم 1، الذي يعتبر هذا العنوان «ملتبسا نوعاً ما»، ويفضل عنوان «القانون المختص بالعقود»؛ Gross و Bihr، صفحة 19، اللذان يريان أنه من الافضل الكلام على «القانون الخاص بالعقود بدلاً من قانون العقود الخاصة».

(2) انظر على سبيل المثال Colin et Capitant, Cours élémentaire de droit civil français، الباب II، تأليف Julliot de la Morandère (الكتاب III، العقود الرئيسية الحالية)؛ Mazeaud et Chabas, Leçons de droit civil، الباب II، المجلد 2، العقود الرئيسية.

(3) هذا النص موجود في الباب III من الكتاب III، في نهاية الاحكام التمهيدية التي يتضمنها الفصل الاول.

(4) مصدر المادة 1107 لدى Domat، القوانين المدنية، الكتاب الاول، المدخل: «نرى في هذه الفكرة العامة للاتفاقيات أن هذه الكلمة لا تتضمن جميع العقود والمعاهدات من أي طبيعة كانت وحسب، كالبيع والتبادل والتأجير والشركة والإيداع وغيرها، وإنما أيضاً العقود الخاصة كافة. وأنواع الاتفاقيات هذه جميعاً هي التي تكوّن مادة هذا الكتاب. وأنواع القواعد المشتركة هذه، لأن ثمة قواعد عديدة تناسب جميع انواع الاتفاقيات، تشكل مادة الباب الاول وهو في الاتفاقيات بصورة عامة. ثم يأتي بعد ذلك تفسير تفاصيل القواعد الخاصة لكل نوع من الاتفاقيات في الباب الخاص به».

1874 إلى 1914)، والايداع (الباب XI، المواد 1915 إلى 1963)، والعقود المسماة عقود الضرر (الباب XII، المواد 1964 إلى 1983؛ وعقد القمار، المادة 1965، وإنشاء الدخل العمري، المادة 1968 وما يليها)[1] والوكالة (الباب XIII، المواد 1984 إلى 2010).

دزينة من العقود المنظمة بصورة خاصة بحيث نرى عقدين في التأجير ـ تأجير الاشياء وتأجير العمل المستقل ـ وتستبعد الشركة منهما وهي تشكل مسألة مختلفة[2].

2 ـ في تقليد القانون الروماني. هذه العمليات، إلى حد ما، هي العمليات التي كان القانون الروماني يميزها كعقود خاصة فعالة قانونا: من جهة أولى العقود التي جرى الاعتراف بها سريعاً بهذه الصفة لأنها تتكون في هذا الخصوص مقابل تسليم الشيء كالقرض وعارية الاستعمال والايداع[3]، ومن جهة ثانية العقود التي يجب، بسبب نمو مفهوم العقد، أن تكون مقبولة لأنها تتكون بالتوافق بمجرد الرضا، كالبيع والتأجير والوكالة[4].

---

(1) يحيل القانون المدني، بالنسبة إلى تنظيم التأمين، في المادة 1964 إلى «القوانين البحرية».

(2) يشكل قانون الشركات في أيامنا وموضوع انتظام متميز ويسوّغ ذلك بأن الشركة هي أكثر من عقد ذلك بأنها تشكل، قبل أي شيء، عمل خلق شخص معنوي (أو اعتباري)، انظر حول ذلك Y. Guyon, Le contrat de société، المطوّل في قانون العقود، باشراف J. Ghestin، منشورات L.G.D.J. 1995.
ولا يدخل الشيوع أيضاً في دراسة هذه العقود الرئيسية إذ تنظمه في شكله الاتفاقي المواد 1873 ـ 1 إلى 1873 ـ 13 الجديدة (التي تعود إلى عام 1976).

(3) يضاف إليها الرهن ومكانه في دراسة قانون التأمينات، بحيث أن عدد العقود، في هذا الخصوص، اربعة ـ القرض وعارية الاستعمال والايداع والرهن ـ ، انظر G.May, Eléments de droit romain، رقم 26 أو ما يليها؛ P.-F.Girard, Manuel élémentaire de droit romam، صفحة 515 وما يليها، الذي يرى وجوب اضافة الائتمان (أو الاستيثاق) إلى هذه اللائحة، إذ يتميز أيضاً بتسليم شيء ووظيفته قريبة من وظيفة العقود الاربعة المذكورة ولاسيما الرهن.
وأول شكل للقرض هو عارية الاستعمال التي هي للاستهلاك، استهلاك مبلغ من العملة بصورة عامة: لا يمكن أن تتناول إلاّ اشياء تعد أو توزن أو تقاس (الشيء المسلم في هذا العقد هو بالتالي موضوع نقل الملكية إلى المقترض الذي عليه موجب رد شيء مماثل بالكمية والنوع)، وتم بعد ذلك الاعتراف بعارية الاستعمال وهي نوع آخر من القرض يعطي المقترض حق استعمال الشيء (الذي لا يسلم إليه بمفعول إعطاء أو بمجرد مناولة بدون مفعول ناقل للملكية).

(4) يضاف إلى ذلك عقد الشركة، بحيث أن عقود التوافق هي أيضاً أربعة، أنظر G.May، رقم 143 وما يليه؛ P.-F. Girard، صفحة 543 وما يليها؛ بيد أنه يقتضي الأخذ في الحسبان أن التأجير نفسه انشطر إلى تأجير الشيء وتأجير العمل، أي إلى عمليتين مختلفتين تماماً: اثرهما في القانون المدني.
وهذه العقود لا تتطلب من اجل تكوينها تسليم الشيء ولا التلفظ بصيغ رسمية لعقدها ولا الكتابة لاثباتها.
وإذا كانت العقود في القانون الروماني تولد إذاً من حيث المبدأ (ذلك بأنه يجب الأخذ في الحسبان، فضلاً عن ذلك، الاشكال الاولية كالعمل القانوني المنازع في طابعه التعاقدي والقسطة)، «الشيء الخاص، والشفهية والكتابة والتوافق»، فإننا ندرك الفئات الخاصة للعقود، قبل كل شيء، عبر العقود التي تتكون بصورة خاصة وبالتوافق.

لقد بدأ القانون الروماني في الحقيقة بأن قبل بصورة عامة المفعول الملزم للاتفاقيات[1] عندما كانت تبرم ضمن بعض الاشكال، ولاسيما أشكال العقود الشفهية والعقود الخطية[2]. ومنذ ذلك الوقت كان يمكن ان تكتسب العمليات الأكثر تنوعا قوة قانونية بارتداء شكل كهذا[3]. وبصورة أدق كانت العقود، لتكون فعالة في نظر القانون المدني، في أول الأمر، تبرم حسب انماط اولية مجسدة بقوة: هكذا كان العمل القانوني يتكون عن طريق المعدن والميزان ويشكل قرضا عن طريق الوزن (وقد جرى استبدال عارية الاستعمال، وهي قرض استهلاك أقل شكلية): ويتيح نقل الملكية بحضور شهود (mancipatio) التي تتطلب هي أيضاً المادة والوزن في البيع نقداً بتأمين نقل الملكية (وقد حل محلها هي بدورها البيع التوافقي، عقد المبايعة). ومثل العقود الشفهية تقدما، ذلك بأنها يمكن أن تتكيف مع أنواع العمليات جميعا! إنها تبرم بواسطة تبادل الكلام الشعائري: بما أن التعهد عن طريق الكلام هو من بين العقود الاولية أكثر من غيرها، فقد نمت هذه العقود قبل العقود الخطية؛ والشكل الذي يرتديه الوعد المعطى هو، في الأصل، الوعد المرتكز على قسم رسمي قابل للتطبيق على حالات متنوعة. وكانت هذه العقود كافية لارضاء تطلبات المجتمع غير المصقول بعد. وعليه كان لا مناص من تلطيف الاشكال المستخدمة: هكذا ظهرت عقود أخرى من القانون المدني، الرسمية أيضاً، وإنما في استعمال اسهل، ولاسيما الاشتراط وهو النمط البدائي للعقود الشفهية (أنه وعد في اشكال اقل صلابة من الوعد: ليس له طابع ديني)، ونمت العقود الخطية، وهي اعمال يتم اثباتها خطياً، وبمقتضاها يمكن ابرام انواع التعهد كافة (كان المستند الخطي يرتكز على تسجيل تعهد المدين في سجل يمسكه الدائن).

---

(1) يقوم القانون الروماني، بخلاف القانون المدني، بتفريق واضح بين الاتفاقية أو الميثاق، وهي توافق ارادتين، والعقد بحصر المعنى والعمل القانوني المدني الذي يعترف له وحده بالفعالية القانونية التي يستمدها مثلا من أن الاتفاقية قد ابرمت في شكل معين، انظر G.May، رقم 118 و P.-F. Girard، صفحة 440؛ انظر أيضاً الرقم 9 اللاحق.

(2) تتكون العقود الشفهية والخطية بالقول أو الكتابة، انظر G.May، رقم 119، صفحة 245؛ P.-F.Girard، صفحة 441 وما يليها؛ والعقود الشكلية هي عقود أحادية الجانب (يتعهد شخص واحد عن طريق القول، ويتم إثبات تعهد واحد خطياً)، وخلافاً للعقود من نوع خاص ـ باستثناء عارية الاستعمال ـ ولعقود التوافق وهي عقود تسمى «عقود حسن النية» (المدين ملزم، حتى ولو لم يعد خطياً، بكل ما يفرضه حسن النية، وعلى القاضي أن يأخذ في الحسبان نية الفريقين والظروف المحيطة بالاتفاق أو عادات الامكنة بدون أن يكون اسير حرفية العقد)، وهي «قانونية بحصر المعنى» (يجب تفسير القول والمستندات الخطية بدقة وصراحة، لأن المتعاقد لا يلزم إلاّ بما وعد به)، وحول تطور قانون العقود في القانون الروماني أنظر أيضاً J.-L.Gazzaniga، المدخل التاريخي لقانون الموجبات، 1992، رقم 100 وما يليه.

(3) العقود الشفهية والخطية في الواقع، بخلاف العقود من نوع خاص أو التوافقية التي لكل منها اسم خاص، لا تتوافق مع عملية خاصة وليست لها تسمية: كانت للشفهية والخطية اشكال عامة للالتزام ويمكن أن تجعل عمليات مختلفة نعالة، انظر G.May، رقم 119، صفحة 245؛ P.F. Girard، صفحة 441 وما يليها.

ثم جرى الاعتراف بالعقود الخاصة: القرض في أول الأمر، وعارية الاستعمال والايداع لأنها، إذ تتطلب تسليم الشيء، تمثل نوعاً من الشكلية؛ ثم البيع والتأجير والوكالة المقبولة لعقود رضائية صرف بسبب منفعتها الاقتصادية، ثم ظهرت، تحت ضغط حاجات التجارة ولتسهيل العلاقات مع الاجانب، ولاسيما اليونانيين، العقود المسماة «عقود حسن النية»، وهي عقود من نوع خاص وعقود توافقية، وكان على القانون المدني قبول هذه التطبيقات العقدية، غير الشكلية لقانون البشر (أو الناس)[1].

ومنذ مدوّنة القانون المدني، ومع الوقت، انضافت اشكال عقدية أخرى إلى القائمة التي وضعتها: هكذا ظهرت الاجارة البيعية والبيع في صورة ايجار، أو كذلك عقود التوزيع مع الصورتين المهمتين الامتياز وعقد تقديم المهارة أو أيضاً بيع العقارات المعدة للبناء وعقد التنشيط العقاري[2]... وغالباً ما يجب البحث عن المبادىء التي تسوسها في القوانين الخاصة أو الاجتهاد.

3 ـ فائدة المادة. التقسيم. جرى في صدد الابواب الخاصة المكرسة للعقود الرئيسية، اعلان أن «هذا القسم من القانون المدني قد شاخ كثيراً»[3]. ويبدو الرأي قاسياً جداً.

---

(1) G. May، رقم 124؛ وهذه العقود في الواقع ليست شكلية، وملزمة للطرفين وعن حسن نية، خلافا للعقود الشفهية أو الخطية.

(2) انظر حول تطور قانون العقود الخاص G.Cornu, L'évolution du droit des contrats en France، يوميات جمعية التشريع المقارن، المجلة الدولية للقانون المقارن، 1979، عدد خاص، اليوميات الفرنسية البولونية، صفحة 447 وما يليها؛ Ph. Le Tourneau, Quelques aspects de l'évolution des Contrats, Mélanges Raynaud, 1985، صفحة 349 وما يليها؛ L.Cadiet, Interrogations sur le droit contemporain des contrats in Le droit Contemporain des contrats، منشورات Economica، 1987، صفحة 7 وما يليها؛ Ph.Rémy, Droit des Contrats: Questions, propositions, réponses، المذكور آنفاً، صفحة 272 وما يليها؛ J. Ghestin, Traité de droit civil, La formation du contrat، منشورات L.G.D.J.، 1993، رقم 63 وما يليه، ويثير المؤلف بصورة خاصة «المظاهر الحالية للامساواة بين الفرقاء»، رقم 102 وما يليه. اضف إلى ذلك L'évolution contemporaine du droit des contrats، اعمال يوميات René Savatier، تشرين الاول 1985، منشورات PUF، 1986 (مع مداخلات R.Legeais و J.Carbonnier و J. Mestre و J.-J. Lachaume و G.Cornu H.G. Leser و Ph. Rémy و Ph. Jestaz و J.-M.Augustin و J.-M. Leloup و Ph. Malaurie و Y. Lequette و A.V.M. Struycken)؛ Le droit contemporain des contrats، اعمال كلية العلوم القانونية في Rennes، تنسيق L.Cadiet، منشورات Economica، 1987 (مع دراسات L.Cadiet و A.Langui و H. Blaise و F. Kernaleguen و J. Caillosse و Cl. Champaud و D. Martin و D. Pugsley و D.Truchet و L.Lorvellec و F.Collart-Dutilleul و C. Creff و Ph. Rémy).

(3) Ripert et Boulanger، رقم 1281، اللذان اضافا بقساوة إلى حد ما: «ربما من قليل الفائدة أن نفهم في مدوّنة قوانين القواعد الخاصة بعقود كهذه. إنه قسم من القانون متحرك بصورة خاصة، ومن المفيد تركه خارج التنظيم العام»؛ قارن بـ G.Cornu، صفحة 304: «تسيطر على مادة العقود التقليدية (وإنما لم تشخ كليا) ذهنية تحررية».

لاشك، في ما يتعلق بالنصوص، في أن منها ما يستحق تجديد شبابه[1]، وبعضها سقط في العَفاء[2]. على أنه لدى النظر ملياً إلى هذه النصوص يتبين أن ما يتعلق بالنظرية العامة للموجبات هي المدموغ بالاحرى أكثر من غيرها بعنصر الزمن، وهو في الغالب شديد الغموض[3]. والعديد من الاحكام الخاصة بهذا العقد أو ذاك من العقود الخاصة يطبق يومياً[4] أو له مدى ما يزال غير مشكوك فيه. لنستشهدْ وحسب بالمادة 1615 التي تنص على أن «موجب تسليم الشيء يحوي توابعه وكل ما هو ضروري لاستعماله الابدي» الذي لا يسوّغ فقط إمكانية مكتسب ملكية مركبة في فرض البطاقة الرمادية، وإنما أيضاً أن يترافق توريد الحُبْكة الاعلامية مع النفاذ إلى مصادر البرنامج (للتأكّد مثلا من الصيانة)[5]، بحيث يكون ذلك كمبدأ عام يطبق على العقود جميعا.

أما المادة ذاتها التي لم تشخ بعد فهي تتجدد على الدوام: تتنوع العقود التقليدية بلا انقطاع[6]، وتظهر عقود جديدة... وتتعاقب اسماء شهيرة في المجلة الفصلية للقانون المدني ومنها: Demogue من 1902 إلى 1937، و Marty من 1938 إلى 1941 و Carbonnier من 1941 إلى 1961، و Cornu من 1961 إلى 1980، و Rémy من 1981 إلى 1991 وتبعهم غيرهم[7].

ومن أجل تحديد فائدة قانون العقود الرئيسية وأصالتها يجدر البحث عن مصادره (أ) والتبصر في النظرية العامة للموجبات (ب)، ثم التعمق في التفريق بين العقود المسماة وغير المسماة (ج)، قبل التطرق إلى صعوبات وصف العقود (د) واقتراح تصنيف لها في نهاية المطاف (هـ).

---

(1) هكذا تسوس المواد 1643 إلى 1646 الضمان ضد العيوب الخفية بدون الأخذ في الحسبان صفة البائع المهنية.

(2) على سبيل المثال المادة 1883 التي تنص على أن المقاول ملزم بالقوة القاهرة عندما يكون قد جرى تخمين الشيء المقترض.

(3) وعلى هذا النحوالمادة 1121 حول الاشتراط لصالح الغير أو المادة 1138 المتضمنة مبدأ نقل الملكية، أو نصوص المواد 1305 وما يليها التي تحدد القواعد التي تسوس فسخ العقود التي ابرمها القاصر لعلة الغبن.

(4) المادة 1641 التي تعرّف العيب الخفي الذي يجب أن يضمنه البائع ولم يكن في صيغتها أي لبس.

(5) انظر ـ J. Huet, La modification du droit sous l'influence de l'informatique، مصنف الاجتهادات الدوري، 1983، I، 3095، رقم 23.

(6) انظر Ph. Le Tourneau, Quelques aspects de l'évolution des Contrats, Mélanges Raynaud، 1986، صفحة 349 وصفحة 351: «ما يمكن تسميته النظرية الخاصة للموجبات (العقود الخاصة) عرف نمواً ضخماً فقد تطور قانون العقود الخاصة في العمق. وفي عصرنا يغذي هذا القانون الخاص أكثر من أي وقت كان القانون العام للعقود».

(7) قام بعرض العقود الخاصة، في ايامنا هذه، P.-Y. Gautier حول العرض منذ الحرب الاخيرة، انظر Ph. Rémy, La jurisprudence des Contrats spéciaux, Quarante ans de Chroniques à la revue trimestrielle de droit civil, in L'évolution contemporaine du droit des contrats, Journées Savatier, Poitiers, 1985، منشورات PUF، 1986، صفحة 103 وما يليها.

4 ـ أ. مصادر قانون العقود الرئيسية. يجب حتماً أن يترافق تنوع العقود الذي حصل مع نسبة تخفيفية لمصادر القانون الموجودة في هذه المادة. إنها، في ايامنا هذه، اغنى من القانون الداخلي وأكثر عدداً بحيث انضاف إليها تنظيم من منشأ اوروبي أو دولي، ويقوم خلق الممارسة بدور مهم جداً[1].

كان موضع القواعد المطبقة على العقود الرئيسية، في بداية القرن التاسع عشر، في القانون المدني حصراً أو على وجه التقريب. وبقي القانون المدني في أيامنا المصدر الرئيسي لهذا القانون، سواء تعلق الأمر بعمليات بين الأفراد أو بعقود مبرمة مع المهنيين أو بينهم: مصدر غزير طالما أن هناك في المواد 1582 إلى 2010 أكثر من ستمائة نص يمكن الاستناد إليها، وهي تحوي صوراً عقدية كبيرة مستخدمة في الحياة الاقتصادية: البيع والإيجار والقرض.. ويترك الطابع البديل لهذه النصوص للمتعاقدين نطاقاً واسعاً لإعداد العلاقات التي يتوخون اقامتها.

إن غزارة كهذه تتناقض مع فقر قانون التجارة: لا يتضمن هذا القانون، بخلاف ما تعلنه المادة 1107 من القانون المدني[2]، تنظيما خاصاً للعقود التجارية وإنما فقط بعض الاحكام الخاصة. ونجد في البابين V و VI من هذا القانون: المواد 71 وما يليها في شأن الوكالة (المادة 74 حول الوكلاء الوسطاء، ومعتمدي الصرف، والوسطاء، والمادة 94 وما يليها حول الوسطاء التجاريين: تحيل المادة 94 إلى القانون المدني)، والمواد 96 وما يليها التي تعالج النقل وبالتالي عقد المقاولة (المادة 96 وما يليها حول وسطاء النقل، والمادة 101 وما يليها حول الناقلين مع بعض المبادىء كالاحتجاج خلال خمسة أيام في المادة 105، والتقادم (مرور الزمن) السنوي في المادة 108، وتحظير شروط الاعفاء من المسؤولية في المادة 103، الفقرة 3). وثمة توافق على الاعتقاد بأنه نادراً ما توجد نوعية للعقود التجارية تميزها عن العقود الأخرى[3]. ويظهر هذا التنظيم، إذا ما

---

(1) انظر Houin و Pédamon، رقم 561 ورقم 14 وما يليه.

(2) يحيل النص في فقرته الثانية إلى القواعد المطبقة على «المصالحات التجارية». انظر هذه المادة المثارة في الرقم 1 السابق.

(3) انظر على وجه الخصوص Thaller، رقم 998: «لا ينظم قانون التجارة مجموعة العقود ولا الاهم من بينها، أي عقد البيع»؛ اضف إلى ذلك Mazeaud et Chabas، تأليف de Juglart، الجزء III، المجلد 2، رقم 749؛ Ripert et Roblot، الباب II، رقم 2483؛ «ليس ثمة عقود تجارية»؛ يقتضي فقط الأخذ في الحسبان نوعية بعض القواعد العامة للعقود التجارية: البيّنة والتضامن والاختصاص القضائي.
ومما لا طائل تحته الاتيان على ذكر المادة 109 القديمة من قانون التجارة التي تشكل المادة الوحيدة من الباب III المخصصة للبيع: أنها لا تعالج سوى البيّنة بكل الوسائل، وقد مدّ المبدأ التي تطرحه إلى العقود التجارية كافة، وهو حل مؤكد في عام 1980 في الصياغة الجديدة لهذا النص.
على أنه تلاحظ خاصية معينة للعقود التجارية مستوحاة على وجه الخصوص من حاجات الممارسة تخصب التشريع احيانا ـ اتفاقية ڤيينا مهمة في شأن بيع السلع الدولي ـ والاجتهاد في الغالب؛ انظر في هذا =

استثنينا البيع وهو موضوع بعض المواد في القانون المدني، ذا فجوات إلى حد ما في الغالب. فكان على اجتهاد كثيف وملموس جداً أن يتطعم في هذه النصوص. وتساهم احكام أخرى في التفكير في هذا المجال في مهمة الشروط التعسفية التي تطال العديد من العقود.

وقد جرى، خلال القرن العشرين، تبني قوانين عديدة تثري المادة إلى حد كبير: قوانين تهدف إلى حماية الأفراد كالقانون المتعلق بايجارات السكن (قوانين 1948 و1982 و1989 التي تتناول حق الايجار)، أو تنظيم نشاطات الوكلاء العقاريين (قانون Hoguet لعام 1970: يتناول قانون التوكيل)...، ونصوص متسمة بنوعية النشاطات التجارية كنظام الايجارات التجارية (مرسوم عام 1953: وهو يتناول حق الايجار)، أو نظام الوكلاء التجاريين (مرسوم عام 1958 وقانون عام 1991 في شأن قانون التوكيل)... وبذلك أصبح قانون العقود الرئيسية، إلى حد كبير خارج مدوّنات القوانين.

كما فقد أيضاً، في قسم منه طابعه البديل ذلك بأن هذه النصوص الجديدة هي آمرة على وجه العموم بسبب الاهداف الاقتصادية والاجتماعية التي تتابعها.

وينبغي، في الاطار الداخلي دائماً، ان نحتسب مع بعض القوانين الخاصة: قانون المنافسة المنقح بالامر الاشتراعي الصادر في أول كانون الاول 1986 (الذي يؤثر في عقود التوزيع بصورة خاصة)[1]، وقانون الاستهلاك (الذي يتناول البيع والقرض بين غيرهما) وقانون الملكية الفكرية... وتصطبغ المادة بذلك بطابع عصيان. وهي تستدعي اقتحاماً في مجالات أخرى كحقوق المؤلف مثلاً: لأن هذا الحق له عدد معين من الصور العقدية ـ عقد النشر وعقد التمثيل وعقد الانتاج ـ هي موضوع قواعد خاصة[2]، وتظهر اصالتها عندما نربطها بعلاقة بالنماذج الكبرى للقانون المدني (عقد النشر مثلا هل هو اجارة شيء أو اجارة عمل مستقل أو عقد نوعي؟). وثمة إشهار آخر في قانون المصارف الذي، في ما عنى العقود المبرمة مع[3] الزبن، يستند إلى قواعد القرض والوكالة.

ويضاف إلى التشريع الوطني اليوم التشريع المجموعي (المتعلق بالمجموعات

= المعنى، في صدد البيع التجاري، M.Alter, L'obligation de délivrance dans la vente des meubles corporels، اطروحة من منشورات L. G. D. J.، 1972، مقدمة P.Catala، ولاسيما الرقم 7 وما يليه.

(1) انظر F. Dreiffus- Netter, Droit de la concurrence et droit commun des obligations ، 1995، العرض 369.

(2) انظر A.Françon, La liberté contractuelle dans le domaine du droit d'auteur، موسوعة Dalloz، 1976، 55.

(3) انظر حول هذه النقطة J.Stoufflet, Le particularisme des contrats bancaires, Mélanges Jauffret، 1974، صفحة 635 وما يليها.

الاوروبية) الذي ينتشر هو أيضاً، ولاسيما في مجال التوزيع حيث تظهر الحاجة إلى السهر على منافسة شريفة: لهذا السبب كانت الشبكات القائمة من قبل المورّدين مع اصحاب الامتيازات المعتمدين المستفيدين من تقديم المهارة موضوع احكام خاصة[1].

وتم تبني نصوص على الصعيد الدولي لبعض نماذج العقود تغدو، بعد تصديقها من المشترع الفرنسي وسريان مفعولها، مندمجة في القانون الوضعي[2]، وتتعلق بقطاعين: قطاع البيع وقطاع التوزيع مع اتفاقية ڤيينا لعام 1980 حول بيع السلع الدولي التي صادقت عليها فرنسا واصبحت سارية المفعول منذ عام 1988[3]، واتفاقية جنيف في 15 شباط 1983 في شأن التمثيل في مادة بيع السلع الدولي، وجرت المصادقة عليها هي أيضاً واصبحت نافذة المفعول[4]، وقطاع اجارة العمل المستقل والتقديمات والخدمات حيث ثمة عقود، ولو لم تكن بعض العمليات كبناء مجموعات صناعية والنقل الدولي للسلع موضوع تنظيم بعد[5]، كعقود النقل الدولي للسلع، تسوسها منذ مدة طويلة نصوص خاصة[6].

5 ـ العادات والعقود النماذج. يجب التشديد اخيراً على الدور المتنامي بلا انقطاع الذي تقوم به، على الصعيد الوطني وعلى الصعيد الدولي، العقود النماذج وعادات التجارة. فالعقود النماذج والشروط العامة نمت لتسهيل علاقات الاعمال[7]. ويعترف القضاة احيانا لعقد نموذج معدّ في إطار احدى المهن بقوة العرف[8]. وتستخدم السلطات

---

(1) تنفيذ نصوص مجموعية إلى قوانين خاصة: اصلاح نظام الوكلاء التجاريين لعام 1991 المذكور آنفاً واساسه التوجيه المجموعي لعام 1986.

(2) انظر Pratique des contrats internationaux باشراف V. Heuzé، الفصل 1 رقم 9 وما يليه.

(3) ينبغي أن نشير ايضاً إلى إتفاقية لاهاي في 15 حزيران 1955 حول القانون المطبق على المبيعات ذات الطابع الدولي لمنقولات حسية التي صادقت فرنسا عليها واتفاقية لاهاي في 22 كانون الاول 1986 حول القانون المطبق على عقود بيع السلع الدولي غير المصادق عليها بعد.

(4) يقتضي التشديد أيضاً على اتفاقية لاهاي في 17 آذار 1978 حول القانون المطبق على عقود الوساطة وعلى التمثيل التي صادقت عليها فرنسا في عام 1985؛ انظر Lamy Contrats internationaux باشراف H.Lesguillons، القسم 5، عقود التوزيع.

(5) انظر حول عقود التقديم على الصعيد الدولي Lamy Contrats internationaux، باشراف H.Lesguillons، القسم 7، العقود الصناعية.

(6) انظر R.Rodière et E. du Pontavice, Droit maritime وكذلك R.Rodière et B. Mercadal, Droit des transports terrestres et aériens, 1990.

(7) حول هذه الظاهرة انظر بشكل خاص: Ghestin, La formation du contrat، المذكور سابقاً، رقم 79؛ وكذلك Malaurie et Aynès رقم 26.

(8) هكذا رأينا، في شأن التنازل عن حقوق المؤلف بعقد نشر، تطبيق العقد النموذج، في قضية Perrier، الموجود في هذه المادة مع ان الفريقين لم يستندا إليه، حكم الغرفة المدنية الاولى في محكمة النقض، 13 تشرين الاول 1993، موسوعة Dalloz، 1994، 166، تعليق P.-Y. Gautier (قارورة اكتست السموكن: بمقتضى الحكم اخذ قضاة الاساس بسيادة بأن نية الفريقين المشتركة كانت الخضوع لعقد نموذج يجسد =

العامة الصيغة في مجالات مختلفة[1] للتدخل في تفصيل العلاقات العقدية بإقتراح نماذج محررة مسبقاً أو بفرضها: كما في مادة القرض للاستهلاك لشراء أموال منقولة[2] وفي عقد بناء منزل فردي[3]، أو أيضاً في ما يتلعق بالايجارات الريفية[4]. . .

تضاف إلى ذلك عادات تجارية تنظم العلاقات العقدية[5]. إن لها في الغالب مدى محلي ـ عادة مرفأ روان[6]، وعادة ساحة هاڤر[7]، وعادة مرفأ مرسيليا ـ أو محدودة بفرع

= العادات التجارية التي نشأت في مجال النشر»؛ اضف إلى ذلك، في الاتجاه عينه، حكم الغرفة التجارية في محكمة النقض، 25 كانون الثاني 1972، قضية Panhard.
يتعلق الامر بعقد نموذج بين معلنين ووكلاء نشر معدّ تطبيقاً للقرار 423 الصادر في 15 كانون الاول 1959 والمنشور في الجريدة الرسمية بتاريخ 19 أيلول 1961: تنص الفقرة IV من هذا العقد على التنازل الآلي للمعلن عن جميع حقوق النسخ حول اعمال خلق اعلاني تتم لحسابه، انظر N.P. et F. Greffe, La publicité et la loi، منشورات Litec، 1990، رقم 276 وما يليه.
بيد أن موقف المحاكم مختلف في اغلب الاحيان: أنها تعتبر أن العقود النماذج لا تجبر إلاّ الذين انضموا إليها في اتفاقهم، انظر حكم محكمة استئناف باريس، 30 حزيران 1964، مصنف الاجتهادات الدوري، 1965، II، 14058، الشروط العامة للبيع للغرفة النقابية للمعادن. لاحجية تجاه حرفي ما دام انه لم يثبت أن لها قوة العرف أو أنها كانت مقبولة.

(1) انظر J. Schmidt، مصنف الاجتهادات، العقود والتوزيع، الكرامة 60، الشروط العامة للعقود والعقود النماذج، ولاسيما رقم 6؛ J.Ghestin, Normalisation et contrat, in «Le droit des normes professionnelles et techniques»، بروكسل، 1985، صفحة 493 وما يليها.

(2) المرسوم رقم 78 ـ 509، 24 آذار 1978، الجريدة الرسمية، 6 نيسان 1978 المتخذ تطبيقاً لقانون 10 كانون الثاني 1978 حول الائتمان للاستهلاك والمتضمن ملحقاً للانماط النموذجية.

(3) الشروط النماذج المطبقة على عقد منزل فردي بناء على تصميم مقترح واردة في المادة R. 14 ـ 231 من قانون البناء والسكن؛ وتقتضي الاشارة، في صدد مادة البناء ايضاً، إلى دور معيار الرابطة الفرنسية لسن المعايير AFNOR P. 03 ـ 001. انظر الكتاب III اللاحق، الباب II، الباب الفرعي II، الفصل 1، عقود البناء.

(4) العقود النماذج التي وضعتها اللجنة المحافظية استناداً إلى الأمر الاشتراعي في 17 تشرين الاول 1945 الذي انشأ نظام اجرة الارض الزراعية.

(5) انظر على سبيل المثال حكم غ ت ن، أول آذار 1971، موسوعة Dalloz 1971، 597، تجارة جلود الزواحف، مسؤولية الوسيط، التحقق من السلع في مرفأ الشحن، عادة المهنة، حكم غ ت ن 18 كانون الثاني 1972، النشرة المدنية، IV، رقم 26، بيع الخشب، العادة التي بمقتضاها يتحمل المشتري مخاطر العيوب التي تظهر لدى النشر، اضف إلى ذلك Houin et Pédamon، رقم 14 وما يليه.
وعندما تكون ارادة الفريقين الشذوذ عن احدى العادات يجب استبعادها، حكم غ ت ن ، 20 كانون الاول 1982، Dalloz 1984، إس 91، ملاحظة M.Vasseur، البيع الدولي والنقل، عقد ينص على تسليم الشيء مقابل شهادة مصرفية بالايفاء، نقض الحكم الذي غلّب العادة.
وبالنسبة إلى إلمامة بالعادات المهنية المودعة لدى قلم محكمة التجارة في باريس، انظر مصنف الاجتهادات، العقود والتوزيع، الكراسة 61، العادات المهنية، 1993.

(6) انظر حكم غ ت ن، 27 شباط 1973، ن م، IV، رقم 106، بيع على الرصيف، سلع معتبرة مقبولة منذ تحميل المقطورة.

(7) انظر حكم غ م، 29 كانون الاول 1924، مجلة قصر العدل، 1925، 1، 522، نصوص العقد محددة في النشرة الصادرة عن الوسيط والمقبولة من الشاري.

مهني[1]. إلاّ أن بعضها يستفيد من اعتراف أوسع[2]. وقد قنن في فرنسا قانون 13 حزيران 1866 الاعراف التجارية ذات المدى العام والمتعلقة ببيع السلع[3].

ولهذه العادات في العلاقات الدولية بالطبع دور في المقام الاول: الأمر على هذا النحو بالنسبة إلى مصطلحات الشحن التي اعدتها الغرفة الدولية للتجارة في صدد البيع مع النقل[4]، وشروط الصندوق الدولي لانماء الصناعة والتجارة في مادة العقد المركب[5]... انها تساهم في تكوين ما جرت العادة على تسميته قانون التجارة[6].

6 ـ ب. الروابط بالنظرية العامة للموجبات. تظهر خاصية قانون العقود الرئيسية هذه لأول وهلة. فليست لها العمومية وبالتالي مدى نظرية الموجبات ذلك بأنها مرتبطة بخاصيات الاتفاقيات المتفحصة الواحدة تلو الاخرى. فالمادة ملموسة ومتنوعة ومتكيفة مع كل موضوع تبعاً للظروف وهي عامية[7]... ومن هنا اهميتها في الحياة اليومية وممارسة الاعمال غير مشكوك فيها: حتى انه يمكن أن تكون اكبر من اهمية المبادىء العامة ذات التأثير البعيد احيانا.

بيد أن التقاطع مع القواعد العامة للعقود ليس مستبعداً[8]. من الأكيد أن تفحص

---

(1) ترجع عدة نصوص في القانون المدني صراحة إلى العادات لتعترف لها بالقوة الالزامية، ولاسيما المادة 1135 وبمقتضاها «لا تلزم الاتفاقية بما هو معبر فيها وحسب، وإنما ايضاً بجميع ما يعطيه الاتفاق أو العادة أو القانون للموجب حسب طبيعته».

(2) العادة المحددة على هذا النحو محتج بها حتما تجاه المهنيين المتعاقدين في المكان المعين أو في الفرع المعني المعتبرين على علم بها، وتجاه المهنيين الاجانب عن هذا المكان أو هذا الفرع؛ ولا يحتج بها تجاه غير المهنيين إلاّ ابتداء من الآونة التي عرفوا فيها بها عندما يظهر أن المتعاقدين وافقوا عليها مباشرة أو بصورة غير مباشرة، انظر Houis et Pédamon، رقم 16، حكم غ ت ن، 8 تشرين الاول 1956، النشرة المدنية، III، رقم 225، تجارة الحبوب، عادة مستبعدة في غياب قبول الشاري.

(3) العادات المقصودة، بفعل القانون، تطبق في الاقليم الفرنسي «في غياب اتفاقية مخالفة»، المادة الاولى؛ ولهذه العادات، مثلا، سمة تحديد صفة السلع ووزنها، مع امكانية تخفيض الثمن بسبب التلف أو النقصان، انظر Carpentier et Frèrejouant du Saint، الفهرس العام الالفبائي، V، البيع التجاري رقم 5 وما يليه؛ اضف إلى ذلك بصورة خاصة Thaller، رقم 1001، الذي يرى ان تنكر القضاة لهذه العادات التجارية، بسبب هذا التكريس التشريعي، يفتح طريق المراجعة للنقض، Ripert et Roblot، الجزء I، تأليف Germain، رقم 49، والجزء II، رقم 2487.

(4) انظر الرقم 11700 اللاحق وما يليه.

(5) الاتحاد الدولي للمهندسين الاستشاريين FIDIC، انظر الرقم 32701 اللاحق وما يليه.

(6) انظر B. Goldman, La lex mercatoria dans les contrats et L'arbitrage internationaux، جريدة القانون الدولي (Clunet) 1979، 475؛ و1979 (Clunet) 747؛ ، رقم 26.

(7) انظر G. Cornu، صفحة 292، الذي يرى انه «قانون محسوس»: «يجري كل شيء كما لو إن كل مادة تولد، أو تفرز نموذجا معينا من العقود. كل شيء يأتي من الخارج. من الموضوع».

(8) حول الحركة الجدلية بين النظرية العامة للموجبات والتنظيم الخاص بالعقود، انظر بصورة خاصة Malaurie et Aynès، رقم 32 وما يليه.

النظام الخاص بكل منها يبين انه لا مجال للامتداد، في صدد هذه القاعدة أو تلك، إلى الواقع الخاضع للقواعد كتلك التي تسوس الرضا أو السبب أو الانتظام العام أو قواعد الحل. . . غير أن التفريق، في النظرية العامة نفسها، يتم بحيث أنه مما لا غنى عنه الأخذ في الدراسة بعقود مختلفة.

وفي ما يتعلق بشكل العقد، على سبيل المثال، من المعلوم أن البيع بمنجى من أي شكلية، إلاّ انه، عندما يتناول عقاراً، يكون ثمة اكراه باثبات عمل موثق طالما أن هذا العمل الموثق مطلوب لغايات علنية: هذا ما يجب أن يشار إليه في الدراسة الخاصة بالبيع. وفي ما عنى التنفيذ عينا تفرق المادة 1142 من القانون المدني بين موجب الاعطاء وموجب الفعل، ذلك بأنه في موجب الفعل من المعروف أنه يصعب احيانا اكراه المدين على ارضاء الدائن كليا: هذا ما يقتضي تفسيره في دراسة تأجير العمل المستقل، وعقد المقاولة، وهو أرضية انتقاء موجب الفعل. ويمكن إعطاء أمثلة عديدة في هذا الشأن: في ما يتعلق بتحديد الثمن يجري التفريق بين البيع والخدمة لأن المكافأة في الخدمة لا تحدد في الغالب إلاّ بعديا؛ وفي صدد العمل بقواعد الحل تختلف الصعوبات حسبما يكون العقد فورياً كعقد البيع أو خاضعا لتنفيذ متعاقب كالايجار. . . والحد بين المادتين ابعد من ان يكون محكماً. وكما ان قانون الموجبات يقتبس أمثلة عن هذا العقد الخاص أو ذاك لإشهار القواعد المطبقة أو لبيان مداها، كذلك لا تجد نظرية التبعات إشهاراً أفضل إلاّ في احكام المواد 1788 إلى 1790 من القانون المدني المتعلقة بتأجير العمل المستقل: تتضمن هذه النصوص في الواقع نتائج خسارة المقاول للشيء وتفرق حسبما يكون هو نفسه قد قدم المادة حيث يتحمل هذه الخسارة تطبيقاً لمبدأ خسارة الشيء على عاتق المالك، أو يكون قد قدمها صاحب العمل المستقل مما يسوّغ الحل المعاكس للسبب عينه؛ وثمة نص أيضاً، في هذه الحالة الأخيرة، على أن المقاول لا يسعه المطالبة بالأجر، ذلك بأن قاعدة أخرى مختلفة تطبق:

وماذا يقال في المادة 1895 الشهيرة من القانون المدني الواردة في باب القرض

= وحول اهمية كل منهما في الحقبة المعاصرة انظر Ph. Rémy, Droit des Contrats: Questions, Propositions, réponses, in Le droit contemporain des contrats، منشورات Economica، 1987، صفحة 234: «جرت مواجهة الحركة الكثيفة للعقود الخاصة لمدة طويلة ـ الأكثر خصوصية دائما والأكثر تنوعاً ـ بجمود النظرية العامة للعقد، ونرى حفر هوة كل يوم أكثر فأكثر»؛ J.Ghestin, La formation du contrat، المذكور سابقاً، رقم 102، وهو يرى أن «النظرية العامة للعقود غالباً ما تتطلب اليوم الرجوع إلى القانون الخاص لمختلف العقود»؛ Ripert et Roblot، الجزء 2، رقم 2484: «نمو قانون العقود الخاصة وأصالته ينزعان إلى تقليص دور النظرية العامة للعقود»؛ Collart Dutilleul et Delebecque، رقم 8، وهما يعتبران ان «توسع القانون الخاص للعقود يتم بالضرورة بمضرّة النظرية العامة».

والتي تطرح مبدأ ذاتية الوحدة النقدية المعمم في قانون الموجبات كله قبل أن يقضمه مبدأ الدين المرتفع شيئاً فشيئاً.

تضاف إلى ذلك ظاهرة جاءت تعزز نسبية التفريق بين المادتين. وقد نمت منذ فترة قواعد هي في منتصف الطريق من النظرية العامة وقواعد خاصة. وتقدم احكام حماية المستهلكين مثلاً وقد ارتدت اهمية متنامية في السبعينات[1]، وهي تساهم في التعميم: الإواوليات التي ترتكز عليها ـ موجب الإعلام، والبنود التعسفية، وحق الرجوع، والروابط بين العقود ـ موجودة بمعايرات متنوعة في فرضيات مختلفة كان المأمول منها حماية المتعاقد الأضعف. على انها، في معنى آخر، مدموغة بالخاصية ما دام أن بعضها ليس له دور إلاّ في هذا العقد أو ذاك حصرياً: الأمر على هذا النحو بالنسبة إلى الاتفاقيات التي تعفي البائع المهني من مسؤوليته تجاه شارٍ غير مهني (مرسوم 24 آذار 1978 المتخذ تطبيقاً لقانون 10 كانون الثاني 1978)، وإلى حماية المقترض في مادة اكتساب الملكية العقارية أو القرض للبناء (قانون 13 تموز 1979، الذي استعادته المادة L.1 ـ 312 وما يليها من قانون الاستهلاك[2])، وذلك يجعل من الضروري التمسك بهذه القواعد في صدد كل عقد مقحم في القضية.

7 ـ التفريق بين جسمي القواعد. إذا شئنا، من أجل تعريف المادة الخاصة بقواعد العقود الرئيسية، منهجة العلاقات التي تقيمها مع النظام العام للموجبات، نلاحظ أنها يمكن أن تكون في ثلاثة أنظمة:

ـ لا يكون نص يمليه عقد خاص احيانا سوى تأكيد مبدأ عام من جديد، ويمكن أن يبدو، في هذا المقياس، بلا فائدة: تعلن المادة 1985 من القانون المدني مثلا أن البيّنة بشهادة الشهود على الوكالة «غير مقبولة إلاّ وفقاً للباب: في العقود أو الموجبات الاتفاقية بصورة عامة»[3]؛ وتبين المادة 1584 التي تعالج واقع أن البيع يمكن أن يتم بدون شرط معلق او فاسخ، أن مفعوله «تنظمه في هذا الصدد المبادىء العامة للاتفاقيات»؛ وتنص المادة 1741 على أن تأجير الاشياء يمكن أن يفسخ في حال عدم تنفيذ المؤجر أو

---

(1) إن قواعد قانون المنافسة وبعضها يتعلق بعقد خاص هي مثال آخر: الأمر على هذا النحو في شأن تحظير البيع بعد الشراء بخسارة الذي جرّمه قانون 2 تموز 1963 المعدل بالأمر الاشتراعي الصادر في أول كانون الاول 1986.

(2) على أن قواعد قانون الاستهلاك ـ كقواعد قانون المنافسة ـ تعتبر إلى حد كبير مطبقة أيضاً على تقديم الخدمات كما على توريد المنتجات، مما يضفي عليها عمومية كبيرة: وهذا، على سبيل المثال، حال حماية المستهلك الذي لجأ إلى الائتمان في مجالات غير مجال العقار انشأ قانون 20 كانون الثاني 1978 الذي استعيدت احكامه في المادة L.1 ـ 311 من ق إ (الائتمان للاستهلاك).

(3) وكانت المادة 1923 من ق. م التي ألغيت بقانون 12 تموز 1980 تنص على أن الايداع يخضع لمبدأ البيّنة الخطية: يفسر الالغاء بواقع إن القانون العام يكفي لفرضه وليس بواقع إن الحل جرى التخلي عنه.

المستأجر موجباته أو بسبب فقدان الشيء، وهذا مستمد من القانون العام[1]»؛

ـ بعض الاحكام يعطي تحديدات للطريقة التي تطبق بموجبها القواعد العامة أو تتكيف في حالة خاصة معها ووظيفتها تأمين العمل بها: وهكذا تعرّف المادة 1876 عارية الاستعمال كعقد مجاني «بشكل أساسي»، مما يمارس تأثيراً بارزاً في موجبات الفريقين؛ وتفسر المادتان 1605 و 1606 الطريقة التي يتم بمقتضاها تسليم الشيء المباع الذي يختلف حسبما يكون الأمر متعلقاً باموال منقولة أو اموال غير منقولة؛ وتنص المادة 1657 على أن فسخ بيع السلع بقوة القانون يتم حسب رغبة البائع إذا لم يسحب الشاري السلع في التاريخ المتفق عليه؛ وتبين المادتان 1730 و 1731 كيفية قيام المستأجر برد الشيء المؤجر وتحددان أنه من المفترض، إذا تم وصف الاماكن، أن يكون ملزماً باعادته في الحالة التي تلقاه فيها، وإذا لم يتم ذلك فمن المفترض أنه تلقاه في حالة جيدة من الاصلاحات وعليه رده كما هو في هذه الحالة؛

ـ وتحوي احكام أخرى اخيراً شذوذات حقيقة عن القواعد العامة وتضفي على العقد الذي تسوسه خاصية واضحة: وذلك حال المواد 1674 إلى 1685 التي تنظم الفسخ لعلة الغبن في بيع العقار، والحال على هذا النحو بالنسبة إلى المادة 1999 التي فسرتها المحاكم بأنها تسوّغ تخفيض اتعاب الوكيل، والمادة 2000 التي تعترف لهذا الوكيل بحق الحصول على التعويض عن الاضرار التي اصابته في مناسبة مهمته، والمادة 2001 التي تجيز للموكل التمسك بالوكالة المعطاة في أي وقت، والتي تساهم في تكوين أصالة التوكيل.

ويمكن، انطلاقاً من هذه الملاحظات، بيان المعايير التي تتيح تمييز ما هي المواضيع الخاصة بمادة العقود الخاصة[2]. فترد فيها، في المقام الاول، ما يصلح لتمييز عملية محددة داخل الخيارات التي نص عليها القانون العام: علينا القول، مثلاً، إن الايجار يولد موجبات فعل ويشكل عقد تنفيذ متعاقب؛ ويفرض ان يحدد كيفية تطبيق

---

(1) تنص المادة 1654 من القانون المدني على أن عدم دفع الثمن يتيح للبائع حق المطالبة بالفسخ، وهو حل متوافق مع المبدأ الذي طرحته المادة 1184 من القانون المدني التي تسوس الفسخ: بيد أنه جرت معارضته من بعضهم بالنسبة إلى نتائجه العملية المؤسفة: انظر على وجه الخصوص Troplong, De la vente، الجزء 2، رقم 620.

(2) انظر Ripert et Boulanger، رقم 1281، وفي عرفهما إن العقود الخاصة انشأتها الاحكام التي «يشكل بعضها مجرد تطبيق للقواعد العامة»، وبعضها الآخر «قواعد خاصة بكل عقد»؛ Cornu، صفحة 295: «موضوع هذا القانون الخاص بيان كيف يكون التنسيق وبين العقود المشتركة وبين العقود جميعا ـ القواعد العامة ـ والقواعد الخاصة، إما لكل نموذج من العقود وإما لكل اسرة من العقود»؛ Gross et Bihr، صفحة 21، وهما يعتبران دور القانون الخاص للعقود هو، قبل أي شيء، إكمال النظرية العامة من أجل تكييف الاحكام القانونية مع خاصية كل نموذج من الاتفاقات.

قواعد الاهلية بالنسبة إلى كل عملية خاصة. وينبغي، في المقام الثاني، معالجة ما يحمل تحديداً دقيقاً بالنسبة إلى القانون العام: وذلك حال قواعد الضمان ضد العيوب الخفية في البيع (المادة 1641 وما يليها) التي تظهر كالعمل بحل المادة 1184، بطريقة خاصة، مع هذه السمات الخاصة، على وجه الخصوص، للاختيار الممكن بين دعوىٰ الفسخ لعيب خفي ودعوى انقاص الثمن لوجود عيب خفي والمهلة القصيرة. . . واخيراً تندرج بالطبع في دراسة مختلف العقود الحلول التي تشذ عن القانون العام أو تمحي منها: يخضع تأجير العمل المستقل مثلا، في مادة البناء، لقواعد خاصة للمسؤولية (المادة 1792 وما يليها) أو أنه أيضاً يتمم، في حالة الايداع الضروري، استبعاد القواعد العادية للبيّنة (المادة 1950).

8 ـ ج. العقود المسماة والعقود غير المسماة. هناك في صميم دراسة العقود الرئيسية تفريق بين العقود المسماة والعقود غير المسماة بيّنته المادة 1107 من القانون المدني عندما تطرقت إلى الاتفاقيات التي لها «تسمية خاصة» والتي ليست لها مثل هذه التسمية.

والعقود الرئيسية التي تتبع دراستها دراسة الموجبات بصورة عامة هي عقود مسماة: العقود التي ينظمها القانون بالنظر إلى اهميتها. ولتعيين نوع كل جسم من القواعد واتاحة وصف العقود يعطي القانون اسما لكل منها: بيع وإيداع وإيجار. . . . ومن هنا تعبير العقود «المسماة»[1]. والعقود غير المسماة على عكس ذلك تماما، هي التي لا تستفيد من نظام قانوني محدد: لم يفصّل المشترع سير عملها، ونادراً ما نظر الاجتهاد في صددها[2]. أنها تولد من حاجات الممارسة، وقد تم، شيئا فشيئاً، الاعتراف ببعض منها

---

(1) انظر في شأن التفريق بين العقود المسماة وغير المسماة. على وجه الخصوص، Malaurie et Aynès، رقم 3 وما يليه؛ A.Laingui, Les contrats spéciaux dans l'histoire des obligations, in Le droit Contemporain des contrats، المذكور سابقاً، 1987؛ D. Grillet- Ponton, Essai sur le contrat innommé أطروحة في ليون 1982، مطبوعة على الآلة الكاتبة.

والاعتراف بعملية قانونية يمكن، في الواقع، تأكيده إلى حد ما: ذلك يسري من التنظيم المفصّل جداً للبيع (حوالي مئة مادة في القانون المدني أكثر من أي عقد خاص آخر) إلى التنظيم الجزئي للبيع في صورة ايجار (تطرق إليها قانون عام 1966، وإنما فقط من اجل حفظ حق ممارسة العملية لمؤسسات الائتمان)؛ انظر أيضاً Collart- Dutilleul et Delebecque، رقم 10، وهما سريان أن «العقود هي. . . مسماة تقريباً أو غير مسماة تقريبا».

(2) في عرف M.Planiol هو تصنيف تركيبي للعقود، المجلة الناقدة، 1904 ـ 470، نادرا ما كانت هناك عقود غير مسماة، ومعظم العمليات يمكن ارجاعه إلى نموذج أو تنسيق بين نماذج عقود معروفة.

ويقترح المؤلف التفريق بين العقود التي تتناول عملا والتي تتناول شيئاً والتي تتناول حقا ويعتبر أن «كل عقد يمكن تصوره يجب أن يدخل في أطر تقسيم قائمة على (هذه) القواعد»: ويرى، انطلاقاً من ذلك، أنه من النادر جداً وجود مكان لانشاء نماذج عمليات جديدة، ويؤكد أن «كل انواع العقود مكتشفة ومعروفة منذ مدة طويلة (صفحة 484)؛ ومن الصحيح أن المؤلف، من اجل تليين هذا الموقف، يأخذ بأن التجديد =

كصور عقدية جديدة[1].

إن عددها في النهاية لامتناهٍ: تتم دراستها حالة فحالة. وعند عدم وجود أيّ شيء تربط العملية به يجري الكلام على نوع خاص.

= يمكن أن ينتج عن «إنشاء مواضيع جديدة للعقود» عند عدم تكوين «عقود جديدة في الحقيقة» (صفحة 484، ويبدي تأييدا كبيراً لقبول اوصاف مختلطة انطلاقا من عقود موجودة (صفحة 485)؛ اضف إلى ذلك، في صدد الوصف المختلط، تعليق المؤلف في د، 1912، I، على الحكم المدني، 18 تشرين الأول 1911.
وعلى نقيض ذلك M. Cabrillac, Remarques sur la théorie du contrat, et les créations récentes de la pratiques commerciales, Mélanges Marty expliqués 1978، صفحة 233 وما يليها: «المتدخلون في عالم الاعمال لا يكلون من صنع اتفاقيات مبتكرة»، صفحة 236.

(1) الأمر على هذا النحو بالنسبة إلى «الاتفاقية التي يسمح فيها احد الاشخاص لشخص آخر بالسكن في منزله مقابل تعليم ابنه»، J.A. Rogron, Les codes français expliqués، 1857، صفحة 346، تعليق على المادة 1707 من القانون المدني؛ ويمكن، بالمناسبة، إن نجد في القانون المدني عقوداً شبه غير المسماة: عقد صاحب النزل الذي تتطرق إليه المادة 1952 حصرياً من زاوية الايداع الضروري الذي يولده.
وعلى سبيل تقديم امثلة على العقود غير المسماة يمكن أن نورد بدون ترتيب: ـ الوعد الآحادي الجانب بالبيع، وحول التساؤلات التي يثيرها استخدام هذه الإوالية المجهولة في القانون المدني، انظر Carpentier et Frèrejouant du Saint، المجلة العامة الألفبائية، الجزء 36، 1905، V البيع، رقم 155 وما يليه ـ عهد التفضيل، و V.O. Valence, Le pacte de préférence, Conseil par des notaires، 1994، رقم 171، صفحة 3وما يليها ـ العابر الذي يقضي بوضع شيء ما بتصرف الغير مجانا مع امكانية استعادته في أي وقت بدون إخطار، انظر الكتاب II، الباب II، القرض (أضف إلى ذلك حول العلاقات بين منتج الاشرطة السينمائية وشبكة التلفزة التي اعطي لها إذن بث شريط غير مرة خلال فترة معينة من الزمن، انظر P. V.Gautier, Du contrat de précaire sur les images de cinéma، موسوعة Dalloz، 1989، العرض 113: يتفحص المؤلف وصف العقد غير المسمى وتطبيق قواعد العابر)؛ ـ ايجار الإطعام وهو عقد يتعهد فيه احد الاشخاص بتوفير حاجات الغير وغالبا ما يتمثل في الممارسة كمكون لثمن بيع عقار، انظر Planiol et Ripert، الجزء X، تأليف A.Tunc، رقم 735، وهما يؤيدان وصف «عقد نوع خاص» ـ عقد كشف التركة المبرم بين نسابي (اختصاص في علم النِسابة) واحد الاشخاص يعلمه فيه بانه وريث تركة ما، انظر حكم الغرفة المدنية الاولى في محكمة النقض، 18 نيسان 1953، موسوعة Dalloz 1954، 403، ابطال هذا النموذج من العقود عندما يكون الوريث، في أي حال، على علم بالارث ـ الاتفاقية التي تربط مالك جهاز توزيع آلي للمشروبات بمستثمر الامكنة التي يوجد فيها الجهاز، انظر حكم محكمة استئناف ديجون، 28 حزيران 1974، موسوعة Dalloz 1975، 564، تعليق Vigneron، الذي أخذ بوصف العقد غير المسمى ـ عقد تغذية حيوان الذي ماثلته محكمة النقض بالايداع رغماً عن أحالته، انظر حكم الغرفة المدنية الاولى في محكمة النقض، 10 كانون الثاني 1990، النشرة المدنية، I، رقم 6، المجلة الفصلية للقانون المدني ـ 1990، 517، ملاحظة Ph.Rémy (قارن بحكم الغرفة المدنية الاولى في محكمة النقض، 15 نيسان 1979، مصنف الاجتهادات الدوري، 1980، II، 19402، تعليق A.Bénabent، تأنيس جواد ليس عقد ايداع، أنه حراسة)؛ ـ مبادرة تأسيس شركة لغاية دعائية، Sponsoring، وهو عقد يستفيد فيه رياضي أو فنان من مساعدة أو مكافأة مقابل تسخير شخصه كدعم للدعاية للمؤسسة التي تمول، انظر الرقم 22108، والاسنادات؛ ـ اتفاق السرية، انظر الرقم 32171 وما يليه.
والعقد الاطار هو أيضاً عقد غير مسمى في مجال التوزيع: امتياز، توزيع انتقائي، عقد تقديم المهارة، وكذلك التفاهم بين المقاولات الذي يمكن أن يعتبر غير مشروع بسبب مفعوله المناقض للمنافسة، انظر حول هذه النقطة في صدد تفاهم بين صانعي إيّالات (Fagots) لوضع نهاية لانخفاض السعر، حكم محكمة استئناف باريس، 7 أيار 1908، موسوعة Dalloz 1910، 2، 337.

ويحتفظ التفريق بين العقود المسماة وغير المسماة بنوع من الفائدة في أيامنا هذه مع أنه فقد الحصة الاكبر من مفاعيله القانونية مع التحولات التي اصابت القانون منذ الحقبة الرومانية.

9 ـ من القانون الروماني إلى التوافقية. لم يكن توافق الارادتين بين شخصين في القانون الروماني، وهو ما كان يسمى عهداً، معترفا به في الاصل كعقد حقيقي إلاّ أن يكون مبرماً وفقاً لاشكال معينة: تبادل اقوال احتفالية مدّون خطياً في سجل[1]... وإلاّ لم تكن له قوة قانونية. ولا يمكن أن ينشأ من عهد أيّ دعوى امام القضاء، هذا هو المبدأ الاساسي لقانون العقود: لا تنشأ الدعوى عن مجرد التعاقد ex nudo pacto narcitur actio[2]. وحصلت، مع الزمن، استثناءات لهذه التطلبات الشكلية، بيد أن العقود من نوع خاص وعقود التوافق، أي العقود المسماة، وحدها ـ القرض والايداع والبيع والتأجير... ـ تم الاعتراف لها بفعالية قانونية تجعلها قابلة للتنفيذ الجبري[3]. وعلى عكس ذلك بالنسبة إلى العقود غير المسماة ـ التبادل والقسمة والمصالحة... ـ: لم يكن بامكان فريق في عقد كهذا أن يلتمس من القاضي الحكم على الفريق الآخر بالتنفيذ. كان له على الأكثر حق الحصول على استرداد ما اعطاه. ولم يتم إلاّ مؤخراً الاعتراف للعقود غير المسماة بفعالية قانونية معينة: عن طريق دعوى إقرار العقود غير المسماة[4] جرى قبول أن بامكان الفريق الذي نفذ موجباته أن يطلب إلى القضاء التقديم المقابل[5]. وإذا كان نمو نظرية العقود غير المسماة بهذه الطريقة، قد تمكن من تكوين مرحلة باتجاه الاعتراف بالقيمة القانونية لجميع الاتفاقيات[6]، فإن التفريق يبقى أساسياً في القانون الروماني بين العقود المسماة وغير المسماة.

والاتفاقيات منقسمة في ذلك إلى فئتين، الاتفاقيات المزودة بدعاوى، والاتفاقيات

---

(1) إنها اشكال العقد الشفهي والعقد الخطي المبينة في الرقم 2 السابق في النص والتعليق.

(2) انظر G.May، رقم 118 وما يليه و P.-F.Gérard، صفحة 441 وما يليها.

(3) انظر في شأن هذه العقود الرقم 1 السابق في النص والتعليق.

(4) يأتي التعبير من أن الدعوى ترتكز على تقادم يعطي ملخصاً لمحتوى الاتفاقية المعنية، انظر G.May، رقم 160، التعليق 4.

(5) انظر G.May، رقم 118 وما يليه؛ P.-F Girard، صفحة 597 وما يليها؛ وبفعل كون التنفيذ المسبق مفروضاً لا يكون العقد غير المسمى فعالا بمجرد رضا الفريقين، انظر G.May، رقم 160.

(6) انظر J.-L.Gazzaniga، رقم 115؛ تم، في هذه النظرية للعقود غير المسماة، وضع تعليق في اربع فئات: اعطيك لكي تعطيني do ut des (مثال العقد غير المسمى: المقايضة أو التبادل)، اعطيك لكي تفعل شيئا do ut facias (مثال العقد غير المسمى: الهبة مع عبء)، افعل شيئاً ما لكي تعطيني facio ut des (مثال العقد غير المسمى: التخمين أو التثمين)، افعل شيئاً ما لكي تفعل شيئاً ما facio ut facias (مثال العقد غير المسمى: المصالحة). وليس لهذا التصنيف سوى فائدة وصفية.

المحرومة من الدعاوى[1]. والعقود المسماة، وهي عقود من نوع خاص أو توافقية تندرج في الفئة الاولى. وتستفيد العقود غير المسماة من دعوى أمام القضاء إذا أبرمت في الاشكال التي توفر لها نسبتها، وإلاّ فإن القانون لا يقرها، على الاقل لمدة طويلة. وعندما ينتهي الأمر باعطائها دعوى إقرار العقود المسماة، تستفيد العقود غير المسماة الملزمة للطرفين وحدها من الدعوى[2]، على إعتبار أن الدعوى متاحة فقط عندما يكون من يطلب التنفيذ من الفريق الآخر هو نفسه قد قدم تقديمه الخاص. وكان الحل مقبولاً بسبب السيئات الملموسة في ترك المتعاقد الذي نفذ ما عليه بدون دعوى لاجبار الفريق الآخر على تقديم ما وعد به[3]. على أن القوة الالزامية للعقود غير المسماة الملزمة للطرفين، حتى في الحقبة التي تتمتع فيها بنوع من الاعتراف القانوني، تبقى احتمالية، ذلك بأنه تبقى لمن يأمل في تجميد الاشياء إمكانية رفض التنفيذ وكذلك رفض التقديم الذي يريد شريكه في التعاقد اعطاءه، وحرمانه بهذه الطريقة من أي دعوى امام القضاء[4].

إن التخمين هو من بين العمليات المثيرة للاهتمام المعترف بها لعقد غير مسمى حيث تسلم السلعة مع تخمين يجريه تاجر إلى أحد الاشخاص ـ بائع بعد الشراء مثلا ـ الذي يلتزم إمّا باعطائه الثمن المخمن عندما يبيع الشيء ثانية وإمّا برده له[5]. ومما ينوّر في صدد التخمين أن منح دعوى امام القضاء ينبغي، بشكل اساسي، أن يكون معللاً بالتردد دون طبيعة العقد المتضمن نقاطا مشتركة مع البيع ومع الوكالة[6]. يضاف إلى ذلك أنه، في هذا النوع من الاوضاع الذي يؤدي إلى صعوبة الوصف، بدأ استخدام دعوى إقرار العقد غير المسمى لأن ذلك يتيح إرضاء المدعي بدون الحكم في طبيعة العقد[7].

---

(1) انظر G.May، رقم 118.

(2) بالإضافة إلى العقود غير المسماة الملزمة للطرفين، كالتبادل أوالقسمة أو المصالحة(غير القابلة للتنفيذ الجبري إذا لم يكن قد تم تنفيذها مسبقاً من قبل المدعي) جرى كذلك رد العقود غير المسماة الأحادية الجانب لاعتبارها غير قانونية كالوعد الآحادي الجانب بالبيع أو فتح الاعتماد اللذين لا يستفيدان من دعوى امام القضاء، ولا يمكن أن تطبق عليها دعوى العقد غير المسمى لأن طابعهما الآحادي الجانب يستبعد أن يكون طالب التنفيذ قد نفذ هو نفسه تقديمه الخاص به، انظر P.-F.Girard، صفحة 451 وما يليها.

(3) انظر G.May، رقم 161: تصطدم دعوى استرداد الشيء، بالنسبة إلى من قام بالتنفيذ، بفقدان هذا الشيء، ولن يكون ثمة استرداد ممكن عندما يرتكز التقديم المعطى على الواقع.

(4) انظر G.May، رقم 118 وما يليه، و P.-F.Girard صفحة 441 وما يليها.

(5) تسلم السلعة في الاساس، في التخمين، بدون نقل الملكية، انظر p.-F.Girard، صفحة 606؛ بيد أن الإوالية ليست أقل قربا من البيع مع شرط الاسترداد أو بعض الكيفيات المعاصرة للتوزيع حيث يتعهد المورّد باستعادة الاشياء غير المباعة، انظر G.May، رقم 162، صفحة 324.

(6) انظر P.-F.Girard، صفحة 598 وصفحة 606.

(7) يرى P.-F.Girard إن امكانية دعوى اقرار العقد غير المسمى كانت في أول الأمر لاوضاع جرى التردد فيها حول وصف العقد قبل إن تمتد إلى فرضيات عقود جديدة وبالتالي غير مسماة: «ما إن تم اكتشاف الاسلوب =

إن تعارضاً كهذا بين العقود المسماة وغير المسماة لم يعد قائماً اليوم، فقد امّحى عندما تغلبت التوافقية على الشكلية الموروثة عن القانون الروماني. فقد ظهر التطور في ظل القانون القديم بتأثير العلماء الكنسيين الذين بشروا باحترام الوعد: المتعاقد عبر تعاقده (العقد شريعة المتعاقدين Pacta sunt servanda)[1]. بيد أنه سبق لـ Beaumanoir ان قال: «ينبغي الأخذ بشكل الاتفاقيات»[2]. وكان مدخل Domat في القرن السابع عشر للقسم الأول من كتابه حول القوانين المدنية في ترتيبها الطبيعي بهذه الكلمات: «الاتفاقيات هي التعهدات التي تكون بالرضا المتبادل لشخصين أو أكثر يضعون بينهم قانون تنفيذ ما وعدوا به»[3]. وتمكن Pothier في القرن الثامن عشر من أن يكتب ان «كل اتفاقية يعد فيها الفريقان أو احدهما الآخر باعطائه شيئاً أو بفعل أو بعدم فعله (هي)، حسب طبيعة قانوننا، عقد حقيقي»[4].

وبالتالي لم يكن من الواجب انتظار مدوّنة القانون المدني لكي نرى تبني مبدأ التوافقية. وهو يندرج، منذ تبنيه، في استمرارية قانون يتجدد، وامّحى الصراع بين العقود المسماة وغير المسماة. فقد نصت المادة 1107 على ذلك صراحة، والمادة 1134 تؤكده[5]، فأي توافق للارادات، سواء اكان داخلاً في فئة حددها القانون مسبقاً أم لا، فعّال قانونا، وبامكان كل فريق، ما دام ان شروط تكوين الاتفاقيات جرت مراعاتها (الاهلية، والرضا، والسبب، والمشروعية...)، طلب تنفيذ الاتفاقية شرط ان يكون هو أيضاً قد نفذ تعهداته ضمن الشروط المتفق عليها. وهكذا يعود الفارق الجذري مع القانون الروماني إلى وجود مبدأ عام للصحة وللقوة الملزمة للاتفاقيات في قانوننا.

10 ـ الحرية العقدية: المقارنة مع قانون الاموال. إن قبول فعالية اي عقد غير مسمى يعطي من حيث المبدأ، قانون العقود صبغة خاصة تميزه عن انظمة اخرى ولاسيما قانون الاموال، ذلك بأنه تسوده حرية غير موجودة في غيره بالدرجة عينها. فقانون العقود

= بالنسبة إلى الاتفاقيات التي كانت تشكل عقدا بدون معرفة أي عقد هذا حتى تم التوصل إلى امتداده إلى اتفاقيات من المعروف تماماً أنها لا تدخل في أي فئة من فئات العقود المعروفة»، المذكور سابقاً، صفحة 599.

(1) انظر Gazzaniga، الارقام 85 و146 و154، وهو يرى أن مبدأ «الرضا يلزم وحده» ظهر مطلقا في القرن السادس عشر رغما عن شيء من المقاومة.

(2) اعراف Beauvaisis؛ 1283، رقم 999.

(3) القوانين المدنية، الكتاب الاول، المدخل.

(4) هكذا يعبر Pothier عن رأيه في شأن العابر في Traité du prêt à usage et du précaire، رقم 89.

(5) المبدأ الذي طرحه هذا النص مستوحى من Domat في Loix civiles الكتاب I، القسم II، VII: «عند تكوين الاتفاقيات يقوم كل ما تم الاتفاق عليه مقام القانون تجاه الذين وضعوها، ولا يمكن الرجوع عنها إلاّ برضاهم المشترك...».

يبدو طريقة منفتحة على تصور الافراد الذين لهم نطاق واسع لصنع التسويات التي تناسبهم وفقاً لحاجاتهم وكذلك المؤسسات. وهم، كما المؤسسات، غير مجبرين على اعتماد هذا القالب أو ذاك من القوالب المصنوعة مسبقاً التي يضعها القانون في تصرفهم.

هذه هي الحرية العقدية في كامل قوتها. وعند إثارة هذه الحرية في النظرية العامة للموجبات يعني ذلك، قبل أيّ شيء، القول إن للافراد الحق، شرط مراعاة الانتظام العام، في الشذوذ عن قواعد العقود: هذه القواعد بالفعل، في قسم كبير منها ـ ولاسيما التي تسوس بصورة خاصة كل عقد خاص ـ لها طابع بديل. فالحرية هي إذاً حرية التميز عن طريق بنود معاكسة. بيد أن ما يعلنه الاعتراف الكامل بالعقود غير المسماة هو أن من هم اهل للحق لهم امكانية بناء الإطار العقدي الكامل الذي يرغبون في التطور استناداً إليه. أنها حرية الخلق. وهذه الحرية ليست بدون مخاطر، ذلك بأن العقد المكوّن على هذا النحو محروم من الإسناد القانوني، باستثناء القواعد العامة لصحة الاتفاقيات وتنفيذها[1]. مما لا غنى عنه إذاً أن يعين الفرقاء بعناية موجباتهم ويبينون، كل ما امكن ذلك، كيفية حل الصعوبات المحتملة التي يمكن أن تبرز. فاختيار العقد المسمى ليس اختيار السهولة.

يختلف قانون العقود في ذلك إذاً عن قانون الاموال. ففي قانون الاموال، حتى ولو كان ذلك قابلا للنقاش، تعتبر الفئات القانونية الموجودة محدودة العدد وعلى الافراد الاكتفاء به[2]. ومن النادر، في ما يختص بالاتفاقات، ترك مكان ما للمبادرة الفردية، إذ يقبل القانون المدني أن يكوّنها فعل الانسان وبالتالي عن طريق الاتفاقية بين غيرها. وهذا يغطي في الحقيقة، إلى حد كبير، ما يمكن تسميته «بالارتفاقات المسماة»، حق المرور وحق الرعي وارتفاق عدم البناء وارتفاق عدم التعلية[3]... غير أنه من الصحيح أن

---

(1) مع التحفظ لجهة تطبيق قواعد عقد مسمى قريب عن طريق المماثلة، انظر الرقم 12 السابق.

(2) J. Carbonnier, Droit civil، الجزء 3، الاموال، منشورات PUF، 1992، رقم 44 (هل في وسع الارادة ان تخلق نماذج جديدة من الحقوق العينية؟) الذي يستشهد بهذا المعنى؛ Demolombe؛ انظر F.Zénati، موسوعة Dalloz، 1985، 504؛ وعلى نقيض ذلك F.Terré et Ph. Simler, Droit civil، وكذلك Les Biens، موجز من منشورات Dalloz، 1982، رقم 15، تأييد ترك دور للارادة الفردية.
وفي صدد تأييد ذلك انظر حكم غ ع، 13 شباط 1834، قضية Caquelard، موسوعة Dalloz، الاجتهاد العام، IVالملكية، رقم 68: لا يستبعد القانون «مختلف التعديلات وانواع الانحلال المقبولة في القانون العادي للملكية»، بيد أن الأمر يتعلق في الواقع بالملكية المشتركة؛ قارن بحكم غ م ث ن، 25 آذار، 1992، موسوعة Dalloz 1992، اس 143، حق من نوع خاص وصف كعقد عيني عقاري «من طبيعة خاصة». وفي شأن النفي حكم ، غ، م، ن، 18 كانون الثاني 1984، موسوعة Dalloz، 1985، 504، ملاحظة F. Zénati، و 575، تعليق M.Saluden، حق ابدي في الاعلان عن عقار مخصص بموجب بند من نظام الملكية المشتركة بفاعل قسمة العقار، نقض الحكم الذي وصفه بحق الانتفاع، وبطلان البند.

(3) J.Carbonnier, Les Biens، المذكور آنفاً، رقم 151؛ الامتياز المكوّن على هذا الشكل هو بالتالي، بخلاف =

اصحاب العلاقة بامكانهم اكتشاف اكراهات مبتكرة[1]. فمن المقبول مثلا، إنشاء موجب عدم منافسة مالك تجاه جاره في شكل ارتفاق[2]. غير أن حرية الإنشاء مقيدة لأنه من المناسب أن يتجاوب الامتياز والعبء تماماً مع تعريف الارتفاق، أي أن يتم لصالح عقار وليس لصالح شخص ويثقل عقاراً وليس شخصا[3]. على أن حرية المتعاقدين في هذه المادة ملجمة مع ذلك بكون ارتفاقات الفعل ـ الارتفاقات التي تنشىء موجب الفعل ـ محظورة بسبب تكوينها (المادة 686 من القانون المدني)، بحيث أنه نادراً ما تكون ثمة امكانية منافسة عقد التأجير بعقد ارتفاق[4].

= الامتياز الناتج عن موجب عادي، ابدي وقابل للنقل ايجابا مع المال المنتفع (أو المخدوم) وسلبا مع المال المنتفع به.

(1) في إطار غير المسمى وفي ما يتعلق بالارتفاقات، انظر، على سبيل المثال، حكم محكمة استئناف Douai، 12 آذار 1900، منشورات Sirey، 1904، 2، 130، صحة الارتفاق المقبول من جار كنيسة بعدم فتح مرقص في منزله وعدم قبول الرقص فيه على الاطلاق.

(2) حل جديد وإنما منازع فيه منذ حكم غ ت ن 15 تموز 1987، موسوعة Dalloz، 1988، تعليق Ch.Atias و Ch.Mouly، المجلة الفصلية للقانون المدني 1989، 351، تعليق F.Zénati، نشاط مرآب، بند مدخل عند بيع عقار لصالح مالك العقار المجاور، نقض الحكم الذي ابطل البند: «التحظير على مكتسب ملكية عقار تخصيصه لاستعمال محدد يمكن ان يرتدي طابع ارتفاق قائم بفعل الانسان ومرتبط بالعقار لمصلحة عقار آخر، وهو صحيح شرط ان لا تتناقض هذه الخدمة في شيء مع الانتظام العام»، ويضيف الحكم أن «اتفاقية تقيد بدون تحديد ممارسة نشاط تجاري هي مشروعة إذا اقتصرت على مكان معين»، وفي الاتجاه عينه، انظر حكم غ.م.ث. ن، 23 آذار 1993، ن م، III، رقم 45، اضف إلى ذلك E.Moreau, La «cervitude de nononcurrence»، دراسة ناقدة، موسوعة Dalloz، 1994، 331.

يضاف إلى ذلك الاجتهاد الذي يقبل بند السكن في المدينة، وهو حل تقليدي، انظر بصفة خاصة النقض المدني، 30 حزيران 1936، موسوعة Dalloz، 1936، 1، 524؛ الاحكام التي صدرت في حالات اخرى من الارتفاق المرتكز على حق سحب منتجات طبيعية من قطعة ارض مجاورة لصالح عقار يجري فيه نشاط صناعي، كمعمل قرميد أو معمل زجاج، والتي استند إليها F.Zénati المذكور سابقاً، صفحة 353.

وفي اتجاه معاكس لا يقبل فرض حصرية تموين على تاجر في شكل ارتفاق، انظر حكم محكمة استئناف Douai، 1 نيسان 1911، موسوعة Dalloz، 1913، 2، 111.

(3) J.Carbonnier, Les biens، المذكور سابقاً، رقم 151 ورقم 163؛ وهكذا ثمة رفض الاعتراف بصحة ارتفاق الصيد البري أو البحري بكونه ليس لصالح عقار، وإنما بالاحرى لمتعة الشخص، وهو حل مقرر منذ مدة طويلة، انظر J.Carbonnier المذكور سابقاً، رقم 163 والاسنادات الواردة.

(4) وعليه، عن طريق التسوية بدلاً من التقديم المتوجب استناداً إلى التأجير، ينتج العبء عن ارتفاق القاضي.

إن ارتفاقا ما، من حيث المبدأ، لا يمكن أن يفرض سوى مسلك سلبي على مالك العقار المنتفع به؛ ولذلك لا تستطيع بلدية ما أن تجبر، في شكل ارتفاق، من باعته منشرة على ان تبقى عاملة لحاجات السكان، حكم غرفة العرائض، 18 نيسان 1921، س، 1922، 1، 76؛ وإذا كان مبدأ الموجب بالنظر إلى الشيء يتيح، في نطاق الممكن، إدخال موجب ايجابي للفعل في إطار علاقة حق عيني على عاتق الغير، فإن ذلك يكون فقط عندما يشكل هذا الموجب تابع الارتفاق، المادة 698 والمادة 699 من ق م، انظر حالة ارتفاق اغتراف الماء الذي يتطلب استعمال سِكرْ، النقض المدني، 6 آب 1872، د، 1872، 1، 240، أو مثل موجب تنظيف قناة المعتبر تابعا لارتفاق توريد المياه، حكم غ.م.أ.ن، 4 تشرين الثاني 1963، ن،م، I، رقم 470، وكذلك، J.Carbannier, Les biens، المذكور سابقاً، رقم 163.

يظهر بوضوح من هذه التحديدات الدقيقة أن قانون الأموال، على عكس قانون العقود، مكوّن من عدد غير محدد من الفئات المعترف بها وغير القابلة للاحاطة بها. لهذا السبب، بين حدود أخرى، تلتقي الحرية العقدية الحريات التي رسمها نظام الاموال كمجموعة قواعد آمرة.

11 ـ د. صعوبات وصف العقود. ينتج عن تنوع العقود المسماة وتفريقها عن العقود غير المسماة صعوبات وصف: ثمة تردد في بعض الاحيان بين هذه الصورة أو تلك من الصور العقدية الموجودة لايجاد النظام القانوني الملائم (البيع أو التأجير: بأيّ من هذين العقدين يرتبط توريد الشيء المعد للتسليم؟)، واحياناً يجري التساؤل عما إذا كان الأمر يتعلق بعقد مسمى أو عما إذا كنا على مقربة منه، وبالتالي خارج تطبيق حقل نظامه (الايجار: هل أن اتفاقية إشغال عابر بمنجى من النظام الآمر الذي ينص القانون عليه؟)[1]. ثمة مناسبة في صدد كل من هذه العقود الرئيسية للتحقق من أن تفريقاً كهذا يجب القيام به[2].

ومن الضروري لتطبيق قواعد عقد مسمى اثبات الوصف المناظر. وغالباً ما يعلن الفريقان أي نوع من العقود يتوخيان ابرامه، بيد أن التسمية التي يعتمد أنها ليست دائماً صحيحة: غالباً ما يتبين استعمال تعبير «الشروط العامة للبيع» في حين أن الأمر يتعلق بتقديم خدمات[3]. فمن المناسب إذاً ايجاد التسمية الحقيقية.

ولاشك في ان لقضاة الاساس الحرية التامة في المادة الطبيعة الحقيقية للعلاقات القائمة بين الفرقاء[4]، وهم يقومون بذلك تحت رقابة محكمة النقض[5].

---

(1) حول مسألة وصف العقود، بصورة عامة، انظر J.Ghestin, C.Jamin et M.Billau, Traité de droit civil, les effets du contrat، منشورات L.G.D.J.، 1994، رقم 52 وما يليه.

(2) إن احدى المسائل المطروحة، وهي ليست الادق، هي معرفة في صدد اي عقد يجب ان تعالج صعوبات الحد مع عقد آخر: هل من الواجب اثارة التفريق بين البيع والايجار في معالجة البيع او الايجار؟ إن الاختيار المعتمد يرشده الهام المؤلف اكثر من المنطق الصرف.

(3) انظر على سبيل المثال حكم محكمة استئناف باريس، 18 شباط 1977، م.إ.د، II، 18675، تعليق Malinvaud، الصيغة مستخدمة مع إن الأمر يتعلق بعقد مقاولة يتناول صنع صندوقة كدن نقّالة؛ اضف إلى ذلك Huet, Responsabilité du vendeurs، 1987، رقم 561. انظر أيضاً في صدد وصف الشراء الذي يستخدمه الفريقان بالنسبة إلى امتياز حق البث، موسوعة Dalloz، 1989، العرض 113، المذكور سابقا.

(4) يعود إلى القضاة إعطاء الاتفاقيات ووضعها الحقيقي، انظر على سبيل المثال حكم غ.م. ث. ا. ن، 20 كانون الاول 1971، ن.م، III، رقم 643، عارية استعمال تسبق تحقيق وعد بالبيع، وصف الايجار مستبعد.

(5) انظر على سبيل المثال حكم غ. م. ث. ا. ن، 21 تشرين الاول 1981، ن.م، III، رقم 169، توريد خرسان لبناء طريق سيار، وصف بيع، نقض الحكم الذي أخذ بوصف تأجير عمل مستقل وإعتبار الزبون أنه لم يمارس الرقابة الملقاة على عاتقه.

على أن الطريقة المستخدمة للوصف حدسية إلى حد كبير. والانطباع المستمد من الاجتهاد هو أن القضاة يكوّنون فكرة اجمالية عن عقد مسمى باسقاط عدد معين من مظاهره: موضوع التقديم المميز (شيء أو عمل...)، مدة التعهد (تنفيذ فوري أو متعاقب...) كيفيات الإيفاء (في وقت واحد أو في اوقات عديدة)[1]... ثم يتفحصون، عن طريق المقارنة، ما إذا كان للوضع المعد للوصف خاصيات النموذج الذي يقتضي ادخاله فيه، على الأقل الخاصيات المعتبرة اساسية. والمقارنة مع اشكال عقدية اخرى، منافسة وكامنة في الوصف، يمكن ان تساعد المفسر.

ثمة ثوابت أخرى تؤخذ في الحسبان: عندما يكون الوضع على مقربة من نظام عقدي آمر، أنظمة الايجار مثلا، تنتج ظاهرة جذب في هذا النظام وينسب الوصف المعني تفضيلياً إلى الاوضاع القريبة. والسبب هو أنه يبذل جهد لتجنب التحايل على القانون الذي، بالنسبة إلى المتعاقدين، يقضي بتعديل خاصيات العلاقة التي يقيمانها برشاقة لتكون بمنجى من قواعد الانتظام العام التي يمكن أن تزعجهما.

على أن الوصف، لحسن الحظ، في اغلبية العقود لا يرقى إليه الشك: التنازل عن اثاث قديم أو عن سيارة متكررة النموذج لقاء ثمن محدد هو بيع، ووضع مكان بالتصرف من أجل السكن مقابل إيفاء منتظم هو ايجار...

وغالباً ما يكون الجواب المعطى لمشكلة الوصف مبتوتاً به ايجاباً أو سلباً: العقد هو بيع أو وكالة.... ويخشى أن يكون موجزاً إلى حد ما أو مخفضا. وثمة اجوبة أخرى معقولة.

وإحدى الامكانيات المتوفرة هي عدم الاقتصار على تسمية خاصة، وتفضيل وصف مختلط[2]. ولم يكن الاجتهاد حتى الآن مؤيداً ذلك، إلاّ أن الحل معقول. وقد تعتمد إحدى العمليات على عقدين. فتركيب تجهيز مقدم إلى زبون هو في الوقت عينه بيع بالنسبة إلى المورّد، وتأجير بالنسبة إلى التركيب. وبما أن تطبيقاً توزيعياً لقواعد كل من العقدين يمكن أن ينظر إليه من نقاط عديدة، ولاسيما في ما يتعلق بالمسؤولية لسير العمل

---

(1) انظر Bénabent، رقم 8: «تتطلب عملية الوصف تحليل اقتصاد العقد»، و«البحث عن الركن الاساسي للعقد المعني في مجمله لاستخراج الوصف الاجمالي».

(2) لصالح هذا النموذج من التحليل، انظر M.Planiol, Classification synthétique des contrats spéciaux، المجلة الناقدة، 1904، صفحة 470 وما يليها، والتعليق في د، 1912، 1، 113، على حكم النقض المدني، 18 تشرين الاول: يعتبر المؤلف، على سبيل المثال. إن عقد الصناعة الفندقية هو تنسيق بين تأجير الشيء (وضع الغرفة بالتصرف) والايداع (صراحة الامتعة) والبيع (تقديم الغذاء) وتأجير الخدمات (تقديم جهاز المستخدمين)، التعليق المذكور آنفاً، صفحة 113.

السيء للشيء (ضمان البيع لمهلة قصيرة إذا كان سوء العمل منسوبا إلى المورّد؛ ومسؤولية المقاول، الأقل إلزاماً، إذا كان ذلك يعود إلى نقل المواد أو تركيبها)، وليس للوصف المختلط أيّ سيئة.

12 ـ تطبيق القواعد القانونية عن طريق المماثلة. ثمة حل آخر متباين يقضي باللجوء، في الفرضية التي لا يمكن فيها الأخذ بعقد مسمى، إلى التطبيق عن طريق المماثلة، وبالمقدار نفسه من الاسباب، تطبيق قواعد هذا العقد على التسوية غير المسماة القريبة منه.

وهذا الاسلوب مقبول في الفقه منذ مدة طويلة. وقد فسرّ Aubry و Rau ذلك بهذه العبارات استناداً إلى المادة 1107 من القانون المدني: «القواعد الخاصة بمختلف العقود المسماة لا تطبق إلاّ بالمماثلة بالعقود غير المسماة»[1]. ويمكن، على هذا النحو، أن تطبق على مظهر غير منظم لعقد مسمى الحلول الموجودة حول هذه النقطة في نظام عقد آخر مسمى أيضاً.

إن مصدر الفكرة هو العقل السليم[2]. وقد فرض واضعو مدوّنة القانون المدني

---

(1) Aubry و Rau، محاضرات في القانون المدني الفرنسي، 1871، الجزء IV، الفقرة341، صفحة 287؛ وعليه تطبق على «الاتفاقية التي يعد فيها أحد الاشخاص شخصاً آخر بسكن منزله مقابل تعليم ابنه» والتي أثارها J. A.Rogron في Les codes français expliqués، المذكور سابقاً صفحة 346، يطبق بالمقدار عينه من الاسباب عدد معين من قواعد الايجار، في ما يتعلق بوضع المكان بالتصرف، وإنما ولا شك غير القواعد التي لها سمة المدة الآمرة للعقد وبشروط التجديد؛ انظر في هذا الاتجاه Cornu، صفحة 295: «في حال عدم المماثلة... يطبق المفسر على التوسع المماثل للعقد غير المسمى قواعد العقد المسمى الاقرب.... وفي حال عدم التخفيض الممكن أو القرابة، يطبق المفسر على العقد غير المسمى (المعترف بأنه ـ في نهاية التحليل ـ من نوع خاص) القواعد الاصلية التي يمليها العقل والانصاف بشكل مباشر».
أضف إلى ذلك Ph.Rémy، المجلة الفصلية للقانون المدني، 1990، 51 في صدد صاحب المرآب المصلّح الذي يعتبر المؤلف من المناسب أن تطبق عليه قواعد الايداع في ما يتعلق بحراسة الشيء وليس في ذلك عقد مختلط ـ مؤسسة ايداع ـ أو عقد غير مسمى.

(2) انظر كمثال على تطبيق هذا الحل المسلم به، Ph.Rémy، ملاحظة في المجلة الفصلية للقانون المدني، 1990، 517، في صدد وضع حيوان لتغذيته: يعتبر المؤلف في شأن حراسة الشيء أنه من المناسب، إذا كان ينبغي الأخذ بالوصف الحصري لعقد المقاولة، «تسوية موجب الحفظ عن طريق المماثلة وجعل الشيء في عهدة المقاول حسب قواعد الايداع»، ويضيف أن «هذا ما يجري عادة بالنسبة إلى اصحاب المرائب المصلحين»؛ P.Y.Gautier, Du contrat de précaire sur les images de cinéma، موسوعة Dalloz، 1989، العرض 113، وفي صدد العلاقات بين منتج سينمائي وشبكة تلفزيونية اعطاها المنتج إذن بث شريط لغير مرة خلال فترة من الزمن: على هذه العلاقة يعتبر المؤلف انه يقتضي تطبيق قواعد العقود والاقرب عن طريق المماثلة، ولاسيما عقد ايجار الاشياء يضاف إليه عقد عارية الاستعمال، في شأن شريط تلفزيوني؛ انظر في ما يتعلق بحق الاحجاز، Malaurie et Aynès، رقم 879، وهما يعتبران أن القواعد الخاصة بالايداع التي تعترف للوديع بحق كهذا الارغام شريكه في التعاقد على تسديد ما يمكن أن يتوجب له «تطبق عن طريق المماثلة على عقد المقاولة الذي يتناول شيئاً مسلما للمقاول».

انفسهم، على سبيل المثال، أن تطبق على تأجير الشيء قواعد البيع التي تسوس تسليم الشيء من قبل البائع[1]. ويسير الاجتهاد من جهته في هذا الاتجاه: كان من الممكن تطبيق مسؤولية مشابهة لضمان البائع المهني بقوة القانون بحق المقرض في حالة الضرر الذي سببه الشيء المقترض (أو المعار)، في ما يتعلق بمعدات موضوعة بتصرف محتمل مجانا[2]؛ أمّا بالنسبة إلى اعادة النظر في اتعاب الوكلاء المبنية على المادة 1999 من القانون المدني فنرى القضاة ينقلون المبدأ إلى علاقات تعود إلى تأجير العمل المستقل كالعلاقات التي يقيمها المحامون مع زبائنهم[3].

ولم يكن ذلك شأن المشترع الذي لم يستعمل هذا الاسلوب. وقد رأينا، منذ بعض الوقت، إرتسام أنظمة مستعرضة في القانون الخاص بالعقود: على سبيل المثال الضمان المتوجب على البنائين من عقد إلى آخر، بشكل موحد، كتأجير العمل المستقل (المادة 1792 وما يليها من القانون المدني) أو بيع عقار للبناء (المادة 1646 ـ 1)، أو عقد تنشيط عقاري (المادة 1831 ـ 1)، أو أيضاً مبدأ المصلحة المشتركة في عقد يطبق، بهذه

---

(1) فعلوا ذلك صراحة في ما يتعلق بضمان السعة بالاحالة، في ما يختص بالايجارات الريفية. من المادة 1765 إلى المادة 1619؛ وفي ما عنى توابع الشيء بينت الاعمال التحضيرية من المدوّنة أنه من المتفق عليه تطبيق المادة 1615 على التأجير، انظر Planiol et Ripert، الباب X، تأليف Givord و Tunc، رقم 500، وقد اعلن المحامي عن الشعب الروماني Mouricault، بصورة عامة، في تقريره إلى المحكمة، ما يلي: «يطبق معظم القواعد المتعلقة بعقد البيع على عقد التأجير»، انظر موسوعة Dalloz، الاجتهاد العام، V، التأجير، رقم 19، صفحة 270.

(2) انظر حكم الغرفة التجارية في محكمة النقض، 24 تشرين الثاني 1980، النشرة المدنية، IV، رقم 392، المجلة الفصلية للقانون المدني، 1981، 651، ملاحظة G. Cornu، دنّ قلاّب لصنع الخمر أو النبيذ وتجويده؛ حكم الغرفة المدنية الاولى في محكمة النقض، 8 كانون الثاني 1985، النشرة المدنية، I، رقم 11، تجهيز صناعي للغاز، انفجار؛ حكم المحكمة البدائية في باريس، 26 أيار 1983، المجلة الفصلية للقانون المدني، 1984، ملاحظة Ph.Rémy، مركبة جديدة، حادث؛ اضف إلى ذلك J.Huet, Responsabilité du vendeur، رقم 356.

كما سبق إن رأينا المهلة القصيرة للضمان ضد العيوب الخفية في شأن البيع تمتد إلى عقد المقاولة في ما يتعلق ـ خارج البناء والمهلة فيه عشرية أو لسنتين منصوص عليها ـ برفض عيب التقديم المعطى، أنظر حكم الغرفة المدنية الاولى في محكمة النقض، 4 كانون الثاني 1958، مصنف الاجتهادات الدوري، 1958، II، 10808، تعليق B.Stark المؤيد، اعمال تطيين: يبدو التعليق مؤيدا النظرية العامة للمهلة القصيرة؛ وعلى نقيض ذلك، حكم غ.م. أ. ن، 2 حزيران 1982، ن. م، رقم 204، تصليح صاحب مرآب.

(3) انظر الرقم 31509 اللاحق.

وذلك بدون الحسبان أنه يمكن أن تطبق على عقد يتميز كحالة خاصة داخل نوع مسمى قواعد هذا النوع عندما يكون هذا العقد منظماً إلى حد ما أو غير منظم، انظر في صدد اجارة الاموال المنقولة التي تطبق عليها قواعد ايجارات العقارات عندما يكون ذلك منسجماً مع طبيعتها، النقض المدني، 16 آب 1882، موسوعة Dalloz الدورية، 1883، 1، 213، منشورات Sirey، 1994، 33، تعليق A.Esmein والرقم 21800 اللاحق وما يليه.

الطريقة، على الوكيل التجاري ثم على عقود التوزيع. ويتم بهذه الطريقة نوع من التمديد للعقود الخاصة أو تسويتها[1].

13 ـ هـ. تصنيف العقود الرئيسية. تقود صعوبات تصنيف العقود إلى البحث عن كيفية التصنيف في فئات مختلفة وفئات فرعية[2]... إن التفريق بينها ينبغي أن يكون حازماً[3]، ويمكن أن تكون المعايير في كل منها، من عقد إلى آخر، نقية.

ويتعلق الأمر هنا بتصنيف العقود تبعاً لموضوعها الاقتصادي[4]. والقانون المدني في هذا الصدد يخشى أن يكون مخيبا للآمال. فليس فيه تصنيف للعقود الرئيسية الخاصة وإنما تعاقب انظمة متجاورة في الكتاب III، والابواب VI و VII و VIII[5]... يمكن، بالتأكيد، استخدام التفريق بين الموجبات حسب موضوعها ـ موجب الاعطاء وموجب الفعل وموجب عدم الفعل ـ الغني بالفوائد[6]. إن التعارض بين موجب الإعطاء وموجب الفعل منوّر بصورة خاصة ويسوّغ تفريق العقود الناقلة للملكية عن عقود تقديم الخدمات[7]. إن له صدى في قانون العقوبات طالما إن التجريم الذي يطرحه هذا القانون

---

(1) انظر في هذا الاتجاه G.Cornu, L'évolution du droit des contrats en France، يوميات جمعية التشريع المقارن، المجلة الفصلية للقانون المقارن، 1979، عدد خاص، اليوميات الفرنسية البولونية، صفحة 447 وما يليها، المذكور سابقا، ولاسيما الرقمين 35 و 50، التمسك ايضاً بنظام حماية المستهلكين في مادة القرض العقاري الذي يطبق، في حالة شراء العقار أو تسجيل الحصص في شركة عقارية، أو كذلك القواعد المطبقة على موجبات الاعطاء أو استرداد المعين، المادة 1245، أو الشيء المعين بالنوع، المادة 1246، وهي قواعد لها دورها في سلسلة من العقود، كالبيع والايداع والقرض... بدون أن تكون عامة في الحقيقة.

(2) انظر حول هذا الموضوع ـ J.F.Overstake, Essai de classification des contrats spéciaux، اطروحة في بوردو، منشورات L.G.D.J.، 1969، بالاضافة إلى J.Ghestin Formation du contrat، المذكور سابقا، رقم 12 وما يليه، D.Veaux، مصنف الاجتهادات، الاسهام والتوزيع، الكراسة 15، نمذجة العقود، 1993.

(3) وكما لاحظ J.F.Overstake, Essai de classification des contrats spéciaux، المذكور آنفاً، صفحة 122: «يجب ان يوصل تصنيف حسن إلى العمل بتنظيم عام بحده الادنى مرتبط بكل فئة من العقود يطبق على كل عقد خاص غير منظم ما إن يتم تحديد الفئة التي ينتمي إليها».

(4) يجري الكلام على «تقديم متميز» لتحديد نوع الموضوع الاقتصادي للعقد، ولاسيما في القانون الدولي الخاص؛ انظر ايضاً J.-F.Overstake, Essai de classifacation des contrats spéciaux، المذكور سابقا، صفحة 121، استخدام التعليل «موجب رئيسي» أو التعبير «تقديم اساسي»، وفي الصفحة 126، التعبير «الوظيفة الاقتصادية».

(5) نرى أيضاً لدى Planiol و Ripert، الجزء X والجزء XI، إن العقود الخاصة التي تم درسها واحداً بعد الآخر بدون مدخل عام تبقى اسناداً اساسياً في المادة المعينة.

(6) انظر Ph.Simler، مصنف الاجتهادات، البنود 1136 إلى 1145، التفريق بين موجبات الاعطاء والفعل وعدم الفعل.

(7) يمكن وضع موجبات «عدم الفعل» جانبا لأنها غير مفيدة في تصنيف العقود طالما أنها لا ترد عموماً في اتفاقية إلاّ بصفة تابع: على هذا النحو موجب عدم المنافسة في ايجار تجاري وموجب عدم البناء في قطعة أرض في بيع عقاري موجب السرية في عقد تحقيق حبكة اعلامية...؛ فالحالات التي يكون فيها موجب كهذا الموضوع الوحيد أو الرئيسي لعقد ما نادرة: عند وجود حالة كهذه (على سبيل المثال موجب عدم البناء =

يستهدف تكوين العقد في ما يتعلق بعمليات تحوي موجب إعطاء كالبيع مثلا (انظر على سبيل المثال جرائم الخداع والبيع عن طريق القسر. . .)، ويرتكز تنفيذ العقد في أغلب الأحيان بالنسبة على التقديمات المستندة إلى موجب الفعل (انظر كمثال اساءة الائتمان أو خيانة الائتمان)[1].

والتعارض بين عقود التنفيذ الفوري والتنفيذ المتعاقب الذي منهجه الفقه[2] يوفر نقطة ارتكاز أخرى للتفريق بين العقود.

ومن المنوَّر كذلك رؤية التعارض بين المنتجات والخدمات الذي يفرض نفسه في ايامنا هذه في التشريع الاقتصادي ويحلل، هو أيضاً، قسما من الحقيقة: نجد ذلك في قواعد قانون الاستهلاك والمنافسة[3]. والتفريق، حتى تكون له السيئة في ان يترك خارج مداه عمليات مهمة، كبيع العقار أو اخفاء أصالة التقديمات، كتقديمات الاجارة، الذي جرت مماثلته بسرعة كبيرة بالخدمة، له فائدة الايحاء بتقسيم اساسي: التفريق الموجود بين العقود التي تتناول نقل الملكية والعقود التي بموجبها يتحقق عمل لصالح الغير.

ويمكن أن يكون ثمة اغراء، استناداً إلى هذه الملاحظات، للأخذ بتصنيف ثنائي للعقود الرئيسية.

بيد أنه، إذا شئنا الأخذ في الحسبان خاصية العقود القاضية بمجرد وضع شيء ما بالتصرف، كالايجار مثلاً، يفضل عليه تصنيف من ثلاث فئات حسبما يكون موضوع العملية نقل الملكية أو نقل التمتع أو تحقيق عمل مستقل أو خدمة[4].

14 ـ العقود التي موضوعها نقل ملكية شيء ما. الفئة الأولى من العقود هي الفئة

= وموجب السرية) يتم قبول وصف العقد غير المسمىٰ، ومن غير المناسب بهذا المعنىٰ أن يطبق على موجب «عدم الفعل» قواعد تأجير العمل المستقل أو عقد المقاولة، وهذا العقد الأخير يتميز بوجود موجب فعل، انظر Bénabent، رقم 480؛ وعلى نقيض ذلك Collart Dutilleul et Delebecque، رقم 700.

(1) انظر M.Massé، مصنف الاجتهادات، العقود والتوزيع، الكراسة 200، قانون عقوبات البيع، 1984، ولاسيما رقم 15: «يهتم فان العقوبات، في مادة البيع، بالشروط التي يبرم العقد ضمنها أكثر مما يهتم بتنفيذه» وبصورة اعم في شأن العلاقات بين العقود الخاصة وقانون العقوبات، انظر M. Brusetti, Le droit pénal et les problèmes posés par la qualification de certains contrats modernes، اطروحة في غرونوبل، 1977، مطبوعة على الآلة الكاتبة؛ M.Muller, L'inexécution pénalement répréhensible du contrat، أطروحة في باريس II، 19177، مطبوعة على الآلة الكاتبة.

(2) انظر بصورة خاصة، J.Azéma, La durée des contrats successifs اطروحة من منشورات .L.G.D.J، 1969.

(3) B.Grelon, Les entreprises de services، اطروحة في باريس I، منشورات Economica، 1978، مقدمة Ch.Gavalda، ولاسيما رقم 12.

(4) انظر G.Cornu، صفحة 292 الذي يتبنى تقريبا تفريقا مماثلا؛ قارن بـ M.PLaniol, Classification synthétique des contrats spéciaux، المذكور سابقاً، المجلة الناقدة، 1904، صفحة 470 وما يليها.

التي يكون موضوعها نقل ملكية شيء ما ويندرج في صفها البيع[1] والتبادل والمقدمة في الشركة. . . وهي تنشىء موجب اعطاء وذات تنفيذ فوري.

وهذه العقود، فضلاً عن أن الرهان على الملكية يترافق مع مسائل نوعية تعود إلى آونة نقلها وإلى توزيع عبء مخاطر الفقدان بين الفريقين، لها خاصيات أخرى تستحق أن يجري بيانها. وتزول علامتها بتحديد معطيات الاتفاق المبرم. فالشيء الموجود والذي ينضم، إذا كان يجب أن يصنع، إلى تخصيص محدد مسبقا من قبل المنتج، يقتضي أن يكون محدداً بدقة بحيث أن مطعن عدم التحديد يمكن أن يؤدي إلى إسقاط العقد؛ ومن المعروف، في الاندفاعة، إن ضماناً صلباً ضد المخاطر والعيوب له دوره في شأن هذا الشيء، تطبقه المحاكم بقسوة شديدة ـ محظرة على البائع المهني إعفاء نفسه منه. ومقابل الشيء المقدم يمكن، منهجياً، هو أيضاً، أن يكون محدداً بدقة طالما أنه يمثل المعادل في نظر الفريقين: أي أن تطلب تحديد الثمن، في المادة المعينة، ولاسيما في ما يتعلق بالبيع، هو المطلوب أكثر من غيره بشكل جازم.

ومن الصحيح أن مكانا على حدة ينبغي تخصيصه للمقدمة في الشركة حيث يكون مقابل القيمة مكوّنا من حصص في الشركة خاضعة للتقلب في اسعارها: هذا العقد، في جوهره، عقد غرر.

يضاف إلى ذلك أن تعقيداً أكبر يدخل في هذا النموذج من العقود إنطلاقاً من الآونة التي يندمج فيها في مجموعة اوسع في اتفاقية إطار: الأمر على هذا النحو عندما ينظم الفريقان بينهما تيار تبادل منتظم ـ مبيعات متعاقبة ـ في مهل معينة، مما يخدم إبرام اتفاقات توزيع، فيأخذ العقد عند ذلك بُعد الزمن ويغدو عقد تنفيذ متعاقب.

والأمر كذلك في العمليات ذات الطابع المركب كالبيع في صورة ايجار: يتمفصل البيع في عقود متميزة بالمهلة، التأجير والقرض. ويجري التعدي على النوعين الآخرين من الاتفاقيات.

ويلاحظ، من زاوية قانون العقوبات، ان العقود من هذه الفئة الاولى نادراً ما تكون موضوع تجريم يعاقب سوء تنفيذها: التخلف من دفع الثمن على وجه الخصوص لا يبدو مستحق العقاب جزائيا. وبالمقابل، لقانون العقوبات دوره عند تكوين العقد: يؤمن التشريع حول الغش، في هذا الصدد، حماية مفيدة للشاري[2].

---

(1) امتداد التصنيف إلى عمليات غير اقتصادية يتم إدخال الهبة، وهي ذات صفة مجانية في هذه الفئة، والبيع هو مقابل عوض.

(2) M. Delmas-Marty, Droit pénal de la vente، موسوعة Dalloz، 1973، العرض 323؛ M.Massé، مصنف الاجتهادات، العقود والتوزيع، الكراسة 200، قانون عقوبات للبيع، 1984، المذكور سابقاً.

15 ـ العقود التي تتضمن نقل التمتع بالشيء. نجد في الفئة الثانية من العقود المكوّنة من العقود الناقلة للتمتع بالشيء تأجير الشيء، المسمى أيضاً إجارة (مع تفريقاته الفرعية: إيجار العقار وايجار المنقول؛ وبالنسبة إلى العقارات: ايجار السكن والايجار التجاري، والايجار الريفي...) وعارية الاستعمال أو الاستهلاك (مع الاهمية المتزايدة لقرض العملة)[1]، وعقد العابر.... وهي بخلاف العقود الناقلة للملكية، لا ترتكز على موجب إعطاء وإنما على موجب فعل، وهي ليست عقود تنفيذ فوري وإنما عقود تنفيذ متعاقب.

وتتميز العملية، لأنها تتناول أيضاً شيئا ما، هي أيضاً بدقتها كما بصلابة الموجب الذي ينشئه الاتفاق المبرم: يجب أن يكون الشيء محدداً ويضطلع المؤجر، مثلا، بموجب الضمان ضد العيوب الخفية القريب من ضمان البيع؛ وبالموازاة، ينبغي أن يكون الثمن محدداً منذ ابرام الاتفاق عندما يكون العقد بعوض: يمد الاجتهاد إلى الاجارة قاعدة تحديد الثمن المؤكد في أول الأمر بالنسبة إلى البيع. بيد أنه يلاحظ أن مرونة أكبر موجودة في هذه المادة، ولو لم يكن ذلك إلاّ لاسباب واقعية: ضمان العيوب الخفية يمكن أن يكون محدوداً، حتى مستبعداً، واستعمال الشيء، فضلاً عن ذلك، من قبل المستأجر، قابل لإحداث بلبلة حول منشأ الضرر؛ أما بالنسبة إلى تطلب تحديد الثمن فإنه لا يستبعد بالتأكيد الاصلاحات الجارية إذا كانت لا غنى عنها، على سبيل المثال من اجل الأخذ في الحسبان تلف الشيء المؤجر جزئياً.

وبُعد الزمن، مع ذلك، وبما أن التنفيذ هو متعاقب، يطبع هذا النموذج من العقود ببصمته ويسوّغ، إلى حد كبير، أصالته، إنه لا يكتفي بتلطيف صلابة الموجبات لأنه يجعل الاشياء المعدة للتنظيم أكثر صعوبة، حتى غير قابلة للحجز عند بروز خلاف ما، وإنما يفرض أيضاً الاحتراس من اي سلسلة صعوبات خاصة: كيفيات نقض الاتفاقية وإجراء التجديد وتسوية الحسابات لدى نهاية العقد...

إن الروابط موجودة حتما مع الفئة الاولى من العقود: سبق أن ذكرنا البيع في صورة ايجار، وإنما يلاحظ أن الاجارة، أو الاقتراض، يمكن أن تكون مقدمة الشراء. انها موجودة أيضاً مع الفئة الثالثة: تترافق الإجارة في الغالب مع خدمة صيانة أو تصليح.

أما قانون العقوبات فهو يتناول هذا العقد ـ سواء أكان بعوض ومجانا ـ عند تنفيذه:

---

(1) يمكن التقدير أنه من الافضل إدخال قرض الاستهلاك في هذه الفئة الثانية وعدم ادراجه في الاولى، مع إنه يتضمن نقل ملكية الشيء المعد للاستهلاك الذي يتناوله: لأن هذا المفعول الناقل ليس، بحصر المعنى، الهدف الذي ينشده الفريقان، فهو بالاحرى الوضع الايجابي لشيء ما بتصرف أحد الاشخاص الملزم برده عند نهاية العقد، انظر حول هذا العقد الكتاب II، الباب II، القرض.

يمكن أن تطبق اساءة الائتمان التي استعيد تجريمها في المادة 314 ـ 4 .L من قانون العقوبات الجديد لمعاقبة اختلاس الشيء المعهود به. والقانون، بهذه الطريقة يحمي من يسلم مالاً إلى الغير شرط رده في اطار كهذا.

16 ـ العقود التي تتناول عملا مستقلا أو خدمة. تجمع الفئة الثالثة من العقود تلك التي تتناول عملا مستقلا أو خدمة: الوكالة أو تأجير العمل المستقل أو عقد المقاولة أو الايداع...

ولا تولد هذه العقود، كما عقود الفئة الثانية، سوى موجب فعل. غير أنها تختلف عنها في أن هذا الموجب لا يرتكز على وضع الشيء بتصرف الغير، وإنما على تحقيق مهمة لحساب شخص آخر بالعمل بصورة مستقلة[1]. وهي في اغلب الاحيان ليست ذات تنفيذ متعاقب، وإنما ذات تنفيذ فوري: اصلاح ونقل... ويبقى ذلك صحيحاً حتى ولو كان هذا التنفيذ احيانا، بسبب تعقيد التقديم، متدرجا في الزمن: يجري الكلام، مثلا، على مراحل التصور والتحقيق وموضعة نظام معلوماتي. وهذه العقود، من جهة اخرى، كعقود الفئة الاولى، يمكن أن تتيح الفرصة لإكتساب الملكية: اكتساب ملكية البناء المنجز من قبل المقاول انطلاقاً من المواد المستعملة لهذه الغاية والتي تعود إلى صاحب العمل المستقل الذي طلبها.

ويقدر للوهلة الاولى إننا أمام مجموعة أكثر تنوعا حتى شاذة. وفي الواقع ثمة في هذه العقود تنوع أكثر مما هو الأمر في العقود الاخرى[2].

وندرك فيها أيضاً وضوحاً أقل من المعطيات العقدية: يمكن أن يكون التقديم واجب التحديد خلال التنفيذ شيئاً فشيئاً (بالنسبة إلى الطبيب الذي يعتني بمريض أو المحامي الذي يعالج ملفاً)، إلاّ أنه يمكن بالتأكيد أن يكون مسبقاً منذ الانطلاق (صاحب مرآب أو مقاول يتدخل بعد بيان تقديري للاسعار). وإذا كان الموضوع غير معرّف فليس

---

(1) موضوع هذا التحديد الأخير تفريق هذه العقود عن العقود التي تولد علاقة تبعية كالتي ينشئها عقد العمل الذي، بسبب واقع انه ولّد نظاماً مستقلا هو قانون العمل، يخرج عن اطار هذا العمل المستقل.

(2) ثمة نزعة إلى أن تدرج في هذه الفئة من العقود، العقود التي لا ينجح إدخالها في الفئات الاخرى، يمكن اعطاء مثال على ذلك عقد الاطلاع على المهارة الذي يعتبره الفقه عقد مقاولة طالما أن المعارف التي يتناولها ليست موضوع تمليك عن طريق قانون الملكية الفكرية ـ ونقل ملكية هذه المعارف، بسبب ذلك، يتعذر فهمه، انظر A.chavanne et J.- J.Burst, Droit de la propriété industrielle، 1493، رقم 606: «العقد الذي يتناول المهارة هو عقد مقاولة» ـ في حين أن هذا العقد، رغماً عن كل شيء، هو عقد أقرب إلى عقد ناقل للمال من أي عقد آخر، ويتضمن موجبات ضمان ضد العيوب وضد نزع اليد؛ قارن بـ M.Cabrillac, Remarques sur la chéorie générale des Contrats et les créations récentes de la pratique commerciale, Mélanges Marty, 1978، صفحة 235 وما يليها: «عن هذه الطريق تم شراء عنصر ثروة غير ملموس إلى درجة التردد في أن نرى فيه مالا ـ بيد أن هذا الوصف لرجال الاعمال يرفضه الفقه وكذلك وصف التنازل عن اجازة ـ»، صفحة 326.

ثمة ما يدعو إلى الدهشة من أن لا يكون بالامكان توقع الثمن دائماً أو تحديده منذ الانطلاقة: ثمة توافق على التفكير في أن مبدأ تحديد الثمن ليس له دور بالنسبة إلى تأجير العمل المستقل أو عقد المقاولة. وفي ما عدا ذلك تقبل إعادة النظر في اتعاب الوكلاء.

وتسمية العقود المعنية ذاتها أكثر ضبابية. لاشك في أن الوكالة والايداع يحتفظان، في القانون المدني وفي ايامنا، باسميهما التقليديين: بيد أن تأجير العمل المستقل، كتسمية مستخدمة في عام 1804، يبدو أنه في طريق فقدان اسمه لصالح تسمية عقد المقاولة[1]. ومن غير الأكيد أن يكون التعبير الأفضل للدلالة عليه.

ومن الواضح، في أي حال، أن نظام هذه العقود القانوني مرن وملائم للتغيرات تبعاً لحالات النوع. فهذه العقود هي ارضية انتقاء التفريق بين موجبات الوسائل والنتيجة (مع هذه الفكرة في أن الموجب، إذا كان التقديم من طبيعة فكرية، فهو بالأحرى موجب وسائل، في حين أنه إذا كان طابعه مادياً فهو بالأحرى موجب نتيجة). ومعاقبة اساءة الائتمان أخيراً، كما في حالة وضع شيء بالتصرف، يمكن أن تتدخل، بصورة أكثر هامشية ايضاً، لمعاقبة سوء التنفيذ: هكذا الأمر عندما يستدعي العقد تسليم الشيء المختلس ـ الملف أو المركبة أو العملة ـ.

17 ـ تصميم الكتاب. كثير من الاتفاقيات تركت خارج التصنيف المقترح، وعلى وجه الخصوص عقود الغرر الأكثر جدية مع التأمين والأكثر بطلانا مع القمار، وعقود التجمع: الرابطة والشركة وتجمع المصلحة المشتركة والاتفاقات اللاّشكلية بين المقاولات... والعقود التي هي دعامة الحق في الأمن، كالوكالة أو الرهن أو الرهن العقاري. وهذا التصنيف يبين حدود هذه الدراسة للعقود الخاصة الرئيسية.

ينقسم هذا المؤلف إذاً إلى ثلاثة كتب:

ـ الكتاب I، العقود التي موضوعها نقل ملكية شيء ما،

ـ الكتاب II، العقود التي تتناول التمتع بشيء ما،

ـ الكتاب III، العقود التي تتناول عملا مستقلا أو خدمة ما.

اعلامات عملية. ينقسم الترقيم المتبع في هذا المؤلف وفقاً للطريقة التالية: المدخل العام مرقّم من 1 وما يليه؛ وكّل من الكتب الثلاثة يكرس مجموعة من الارقام تبدأ من عشرة آلاف: وهكذا 10000 للكتاب I حول العقود الناقلة للملكية و20000 للكتاب II حول العقود التي تتناول نقل التمتع، و30000 للكتاب III في شأن العمل المستقل أو الخدمة؛ ومختلف الكتب، داخل هذه المجموعات، يحتفظ بألف؛ وعلى سبيل المثال

---

(1) نرى لدى Planiol et Ripert، الباب X، تأليف Rouast، استخدام هذه التسمية الأخيرة.

خصصت الارقام 11000 وما يليها للبيع، و12000 وما يليها للتبادل؛ وداخل كتاب ما خصص كل كتاب فرعي بمئة أو أكثر، المجموعة من 11000 وما يليها للقواعد العامة للبيع، والمجموعة 11400 لخاصيات المبيعات العقارية ومبيعات المنقولات، 11700 وما يليه للبيع الدولي للسلع.

وقد ورد في نهاية المؤلف فهرست مرجعي. وهو يجمّع مبادىء مستخدمة غير مرة، ولاسيما مبادىء القانون العام للموجبات التي كان من المفيد في صددها اعطاء اسنادات فهرسية.

وإستعمال التعبير «المذكور سابقا(أو المستشهد به سابقا)»، محدود لتجنيب القارىء البحث عن اسنادات المؤلف أو حكم للاجتهاد بالرجوع إلى الصفحات السابقة، وعند ذكر حكم من جديد لم يكن ذلك على العموم مقترناً بتعبير «المذكور سابقاً»، والاسنادات إلى الاحكام، في أي حال، مذكورة مرة أخرى (في حالة وجود عدة إسنادات يمكن أن يكون قد اعطي اسناد واحد من جديد إذا كان الاستشهاد السابق قريباً).

العقود التي موضوعها نقل ملكية شيء ما

10000 ـ هذه الاشياء التي نحتاج إليها. الحصول على أموال للاستعمال الشخصي أو لاستعمال المهنة حاجة شعر بها الانسان في كل زمن. . وكان على القانون اعطاؤه، مبكراً، وسائل توفيرها. وتم ذلك عن طريق العقود. والتبادل (أو المقايضة) والبيع الذي ظهر مع انتشار النقد هما شكلان قانونيان مستخدمان لهذه الغاية: تغلب البيع على التبادل لسهولة استعماله.

وقد أوضح Domat فكرته حول هذا الموضوع بالتعابير التالية: «كانت ضرورة الحصول على معظم الاشياء التي نحتاج إليها، وعلى وجه الخصوص الاشياء التي يتعذر استعمالها بدون استهلاكها أو انقاصها، وبالتالي بدون أن نكون اسيادها، هي في الاصل طرق اكتسابها، ونقل ملكيتها من شخص إلى آخر. وكانت التجارة الاولى لهذا الاستعمال إعطاء شيء مقابل شيء آخر، وهذه التجارة هي التي سميت التبادل (أو المقايضة). . . وبما أن المقايضة لا تلائم إلاّ نادراً بدون تعب، تم اكتشاف النقد العمومي الذي يشكل، بقيمته المعروفة والايفائية ثمن أي شيء؛ وهكذا. . . لم تعد ثمة حاجة إلى تخمين سوى شيء واحد من جهة أولى، والحصول على ثمنه من جهة ثانية. . . ؛ وتجارة هذه الاشياء جميعا للحصول على العملة هي التي تسمى البيع»[1].

ولا يدعو إلى الدهشة أن تحتل العقود التي تتيح اكتساب ملكية شيء ما، البيع على وجه الخصوص، مركزاً رئيسياً في القانون المدني: البيع يشكل العقد الاول الذي اعطي تنظيماً خاصاً في المواد 1582 وما يليها وتبعته المقايضة (أو التبادل) فوراً في المواد 1702 وما يليها. وهكذا، من بين العقود الرئيسية التي عرضها قانوننا، كانت الفئة الاولى هي الفئة التي تضم الاتفاقات التي يكون موضوعها نقل ملكية مال ما.

---

(1) Loix civiles، الكتاب I، الباب II في عقد البيع، في منشأ عقد البيع واستعماله.

10001 ـ موجب الاعطاء. تتميز هذه العقود، بوضوح، بوظيفتها الاقتصادية، عن العقود التي تمنح فقط التمتع بشيء ما، وهذا ما يتيحه بصورة خاصة الايجار، أو الاجارة، وعن العقود التي تتناول عملاً مستقلاً أو خدمة ما، وتأجير العمل المستقل هو المثال عليها.

وأصالتها، من الزاوية القانونية، تعود، بصورة اساسية، إلى أنها تفرض على من يعطي التقديم عينا ـ التقديم المميز ـ موجب اعطاء وليس موجب فصل. وموجب الاعطاء هذا، وهو في الصف الاول من الموجبات في المواد 1101 إلى 1126 ونظامه العام محدد في المواد 1136 وما يليها و1245 وما يليها، والمادة 1302.. . يؤمن البيع والتبادل العمل به في المجال الاقتصادي، وتؤمن الهبة العمل به في العلاقات العائلية أو علاقات الصداقة.

ويقتضي البيان أن من بين العقود الناقلة للملكية التي تنشىء موجباً كهذا إعطاء ثمة عقود يتعذر ادراجها، إلى جانب البيع والتبادل، في هذه الفئة الاولى من العقود: قرض الاستهلاك الذي يتناول شيئاً قابلاً للاستهلاك. ومن الصحيح بالتأكيد أن الشيء الواجب استهلاكه لكي يمكن استعماله، في هذا العقد، ينبغي حكماً قبول كون الملكية قد اكتسبها الذي اقترض المقرض، بمفعول ذلك، وعلى عكس ما يجري في عارية الاستعمال التي تتناول، ليس دائن موجب الرد عينا وإنما رد ما يعادلها فقط. بيد أنه يلاحظ أن نقل الملكية في حالة كهذه لا يسعى الفريقان إليه بالفعل بمقدار ما يسعيان إلى نتيجة محتومة لموضوع العقد. يمكن إذاً دفع دراسته للتطرق إليها مع عارية الاستعمال في الوقت عينه (ج).

10002 ـ التقسيم. ينقسم هذا الكتاب الاول إلى قسمين: القسم الاول الرئيسي المتعلق بالبيع (الباب I)، والثاني التابع الذي يعالج التبادل أو المقايضة (الباب II).

---

(1) انظر الرقم 22000 اللاحق وما يليه.

البيع

11001 ـ بيع كل شيء وشراء كل شيء. الشراء على عجل أو لدى الكاتب العدل والاسعار المسحوقة في المتجر الكبير، أو إيجاد الشيء لدى بائع الحاجات القديمة. . . . ويقال أيضاً «باع جسده» في الكلام على اقدم مهنة في العالم، بيد أن الجسد هو خارج التجارة ولا يمكن التنازل عنه ولا تأجيره. وكذلك لا يمكن «بيع» النفس للشيطان إلاّ في الادب.

والبيع، المعرّف في المادة 1582 من القانون المدني على أنه «اتفاقية يلتزم أحد الاشخاص فيها بتسليم شيء ما ويتعهد الشخص الثاني بدفع ثمنه، يتمثل في عملية سهلة جداً. غير أن لها امكانيات تطبيق لامتناهية. البيع والشراء. . . يعرف الجميع القيام بهما. وثمة اعتقاد أنه من الممكن بيع كل شيء وشراء كل شيء.

وغالباً ما يتم بيان أن البيع هو الأكثر استعمالا في العقود[1]. إنه يتيح تحقيق أشياء سهلة وعادية كحيازة المنتجات المستخدمة في الحياة اليومية، وعمليات وازنة النتائج كاكتساب مسكن أو تجهيز صناعي. وهو أيضاً الافضل للاحاطة به قانونا: اضيفت إلى نحو مئة مادة من القانون المدني (المواد 1582 إلى 1688)[2] احكام حماية المستهلكين ـ السعي إلى التعاقد في المنازل، وشراء مال منقول أو عقار بالائتمان (أو بالثقة بالملاءة. . .) ويقتضي الأخذ في الحسبان آلاف الاحكام للاجتهاد صدرت في هذا الموضوع. ولاشك في أنه يمكن التشديد في هذا الصدد على كثافة استخدام هذا العقد

---

(1) على أنه كان بالامكان القول إن «البيع إذا كان الأكثر استعمالاً في العقود فربما لم يكن الأكثر حيوية»: يمكن الاستشهاد بعقد العمل الذي كان الاول، مع التشديد على أنه ولاريب «عاش أقل من العقد»، J.Carbonnier, Flexible droit, Sosiologie de la vente، صفحة 293 وما يليها وصفحة 298؛ ويرى المؤلف مع ذلك أن الحقبة المعاصرة مدموغة «بتوسع البيع» العائد لعدة اسباب: إرتفاع مستوى المعيشة وتراجع الاستهلاك الذاتي والحركية النامية للاشخاص. . .، المرجع عينه، صفحة 301.

(2) يجدر الكلام على مئة وعشرين مادة إذا احتسبنا حتى المادة 1701، أي الآونة التي بدأ فيها تنظيم التبادل، إلا أن المواد 1689 إلى 1701 تعالج بصورة أخص «حوالات الحق والحقوق غير المادية الاخرى».

الذي يدخل في حياة الايام جميعا كما في نشاط معظم المقاولات، ويبقى النزاع القضائي معتدلا[1]، ونادراً ما يتعرض لقانون العقوبات إذ إن المشاكل التي يثيرها تنفيذه بمنجى في الغالب من أي تجريم[2]. إلا أن النزاعات حول نقاط كصفة الشيء المعطى ـ تطلّب المطابقة وتقديم الضمانات ـ هي عديدة جداً.

إن البيع هو في قلب حياة الاعمال، فهو يؤمن انتقال السلع والاموال. والشراء من اجل البيع ثانية هو عمل التجارة بالامتياز[3]. ولذلك ليس البيع عمل المهنيين وحدهم، فالافراد يمارسونه بكثرة: بيع سيارة مستعملة وبيع شقة... وهم يمثلون القسم الأكبر من مجموعة الشارين.

11002 ـ العقد الاول تقريباً. على أن البيع، تاريخياً، ليس بلاريب أول العقود.. فلم يظهر إلاّ مع النقد. كانت المقايضة قبله إذن[4]. وكذلك قبله أيضاً كانت الاتفاقيات ولاريب بدون تفريق بينها. فنجد في روما، قبل العقود «المسماة»، العقود التي تبرم شفهياً عن طريق الكلام: يتعهد احد الاشخاص بالنطق علنا بكلمات تلزمه[5]. كان يمكن ابرام مقايضة أو بيع أو أي عقد آخر بهذه الطريقة. ولم يتم انتظار ظهور العقد المسمى للجوء إلى البيع. كان من الممكن استخدام العقد الشفهي، فيتعهد البائع بنقل ملكية شيء ما أو يسلمه فوراً ويتعهد محاوره بالمثل بدفع الثمن أو يسلمه العملة[6].

---

(1) الايجارات تثير نزاعات قضائية أكثر مرتين، وعقد العمل اكثر من ذلك أيضاً، انظر J.Carbonnier, Flexible droit، المذكور سابقاً، صفحة 298؛ يرى المؤلف أن «الممارسة العقدية غير متسامح بها إلاّ شريطة إن يمر معظم هذه العقود بدون ترك آثار على اديم الضمير القانوني».

(2) انظر حول هذا الموضوع M.Massé، مصنف الاجتهاد، العقود والتوزيع، الكراسة 200، قانون عقوبات البيع، 1984، ولاسيما رقم 15: «يهتم قانون العقوبات، في مادة البيع، بالشروط التي يبرم فيها العقد أكثر من تنفيذه. والأمر، عدا الاستثناء، لا يتعلق بمعاقبة موجبات المتعاقدين جزائياً، وإنما بضابطة المرحلة السابقة للتعاقد وبتلاقي الرضا وكذلك بموضوع العقد بدرجة أقل». أضف إلى ذلك ـ F.Caquelin, Règle Mentation pénale en matière de promotion des ventes، موسوعة Dalloz 1970، العرض 21؛ M.Delmas-Marty, Droit pénal de la vente، موسوعة Dalloz 1973، العرض 323.

(3) تستهدف المادة 632 من قانون التجارة التي تعدد الاعمال التجارية، في فقرتها الأولى، «كل شراء اموال منقولة لبيعها بعد الشراء، إمّا عيناً أو بعد إجراء عمل عليها وجعلها صالحة للاستعمال»، وفي الفقرة الثانية «كل شراء اموال غير منقولة من أجل بيعها بعد الشراء»، انظر Ripert et Roblot، الجزء I، تأليف Germain، رقم 296 وما يليه.

(4) ثمة نظرية أخرى وبمقتضاها يوجد العمل المجاني، الهبة: انظر حول هذه الفرضية التي بموجبها «الهبة هي الشكل الاولي للمقايضة» ـ J.Carbonnier, Flexible droit، 1992، Sociologie de la vente، صفحة 249.

(5) حول العقود الشفهية (وكذلك العقود الخطية) انظر G.May, Eléments de droit romain، رقم 119، صفحة 295؛ P.-F. Girard, Manuel élémenetaire de droit romain، صفحة 441 وما يليها، والرقم 2 من المدخل العام.

(6) العقود الشفهية، وهي عقود شكلية، آحادية الجانب، وفيها يتعهد شخص واحد عن طريق الصيغة التي يتلفظ بها.

وكان على مصلحة البيع الاقتصادية أن تجعله ينفذ إلى صف العقود التوافقية للقانون الروماني[1]، من أجل رفاهية الحياة اليومية وتحت ضغط التجارة. ويجب أن لا يمحو هذا أيّ شكلية، يضاف إلى ذلك أن: نقل الملكية بقي خاضعاً لجلاء مادي: تسليم الشيء بين يدي الشاري، أي المناولة. وتثقل الموجبات وحدها، منذ الانطلاقة، عاتق الفريقين. فالبائع يتعهد بتسليم الشيء، فتنتقل الملكية مع التسليم المادي، ويجري إخطار الغير بذلك. ويحتفظ بعض الانظمة القانونية، كالقانون الالماني، بهذا المفهوم.

إن القانون الفرنسي انفصل عن ذلك، وهذا أحد تجديدات القانون المدني. أنه يقبل نقل الملكية بمجرد الاتفاق: بمفعول اتفاق الفريقين. إنه تكريس ساطع لمبدأ سلطان الإرادة. وينبغي القول إنه، في ظل القانون القديم، جرى ايضاح وسائل التسليم الوهمي: تسليم المفاتيح والمستندات. . . . وفقدت المناولة مدلولها إلى حد كبير. إن التجديد ملموس، مهما يكن من امر، حتى ولو لم يكن لمبدأ نقل الملكية بمجرد الاتفاق، عملياً، الاهمية التي يمكن أن نظنها ـ ذلك بأن العديد من الاشياء هي اشياء محددة بالنوع وليست عينا: يتعذر نقل الملكية منذ تكوين العقد لعدم امكانية تفريد الشيء ـ: انفصل القانون كلياً عن المادة بدفع المنطق إلى حده الاقصى. وبمقدورنا ربط المفعول المتميز للبيع بالعقد نفسه. أن التقدم، في التقنية القانونية لا يقبل الجدل. ولا أهمية تذكر أيضاً لكون البيع في الغالب، ليكون فعالا تجاه الغير، يجب أن يكون موضوع تدابير علنية: كما هو الأمر في العقارات والسفن. . .

إن اهتماماً كهذا لا يستقيم إلاّ بالنسبة إلى الاول من العقود. فهو في القانون المدني ليس الذي نراه منتظماً قبل أي عقد آخر وقد تكرس له العدد الأكبر من الاحكام وحسب، وإنما يشكل اسناداً دائماً في النظرية العامة للموجبات. ألم يتم في جسم هذه النظرية، في المادة 1138، طرح مبدأ نقل الملكية لمجرد التوافق («يتم موجب التسليم برضا الفريقين المتعاقدين وحده»؛ بالاضافة إلى المادتين 1129 و 1130: موضوع العقد، اشياء مستقبلية؛ والمادة 1182: شرط معلق أو موقف، ومخاطر الفقدان. . .)؟.

لقد رأى واضعو مدوّنة القانون المدني، فضلاً عن ذلك، أنه ينبغي أن يمتد مدى تنظيمه إلى عقود أخرى، باعتباره حاجة: لاسيما إلى تأجير الشيء[2]. ثم رأينا الاجتهاد، غير مرة، يقتبس عن نظام البيع في سبيل حل الصعوبات التي تثيرها عقود أخرى في

---

(1) إنه أحد العقود التوافقية الاربعة في القانون الروماني مع التأجير والوكالة وعقد الشركة، انظر G.May، رقم 143 وما يليه؛ P.-F.Girard، صفحة 543 وما يليها.

(2) انظر في هذا الصدد مقاصد Tribum Mourricault في تقريره إلى المحامي الشعبي الروماني، المستعادة في موسوعة Dalloz، الاجتهاد العام، V التأجير، رقم 19، صفحة 270، وقد جرى التطرق إليها في الكتاب II، الباب I، الايجار بصورة عامة، رقم 21160.

ظروف قريبة[1]. وليس في ذلك إلاّ ما هو منطقي جداً ما دام أننا نجد مجموعة قواعد مفصلة وأسباب التطبيق بالمماثلة يمكن أن تكون موجودة.

إلاّ أنه تم انتقاد بعض اساءات الاستعمال في اللغة لها إظهار في غير محله لتفوق البيع. فالمتعاقدون يستخدمون بطيبة خاطر تعابير «عقود عامة للبيع» للدلالة على بنودهم التعاقدية الموحدة النمط في حين ان التقديم المعطى له طبيعة أخرى: على سبيل المثال في العمل المستقل أو الخدمة[2]. والخلط الذي يقع فيه بعض المؤلفين عندما يستخدمون صيغ مثل «بيع الخدمات» مدان أيضاً بشدة[3]. وثمة مسألة مصطلح أكثر من أي شيء آخر.

11003 ـ وحدة كبرى. بقي البيع اليوم، رغماً عن تنوعه اللاّمتناهي، عقد القانون الروماني المنقول بدون تغييرات كبيرة عبر Domat وPothier إلى القانون المدني. والنقاط التي تم التساؤل حولها عند تبني هذا العقد قليلة العدد. ويبين تقرير Portalis أمام الهيئة التشريعية[4] ان الموضوع الرئيسي في النقاش كان الحفاظ على الإبطال لعلة الغبن الذي سبق انتقاده في ظل القانون القديم وتوقف تطبيقه إبّان الثورة بسبب الانخفاض الثابت لقيمة النقد: والحال، في النهاية، إن الاختيار كان الاحتفاظ بالتقليد الروماني[5]. وكان بعض التجديد في المدوّنة نقل الملكية عن طريق العقد بدون انتظار تسليم الشيء ـ مع بطلان بيع الشيء للغير كنتيجة ـ، وتحديد حق الاسترجاع بالشراء في صدد استرداد البيع بخمس سنوات[6].

ومن المعروف ان قانون التجارة لا يكرس أي قاعدة خاصة للبيع الذي جعله مع ذلك موضوع باب خاص بعنوان «في البيع والشراء»، ولا يحوي سوى نص واحد هو المادة 109 التي تعالج وسائل اثباتهما ـ مع قبول البيّنة عن طريق الشهود بصورة خاصة ـ

---

(1) في شأن مهلة الضمان القصيرة المنقولة إلى عقد المقاولة، حكم الغرفة المدنية الاولى في محكمة النقض، 4 كانون الثاني 1958، مصنف الاجتهادات الدوري 1958، II، 10808، تعليق B.Starck المؤيد: على أن الحل جرى التخلي عنه بعد ذلك، انظر المدخل العام، المماثلة، رقم 12.

(2) انظر كمثال حكم محكمة استئناف باريس، 18 شباط 1977، مصنف الاجتهادات الدوري، 1977، II، 18675، تعليق Ph.Malinvaud، تقديم ـ سبّاك صندوقة كدن لعربة نقالة؛ إضافة إلى J.Huet, Responsabilité du vendeur، رقم 561.

(3) R.Savatier, La vente des services، د 1971، العرض 223، انظر بهذا المعنى Bénabent، رقم 15، الذي يتكلم على تسلطية عقد البيع ويستشهد كأمثلة حديثة باساءة استعمال اللغة من جانب المشترع في التعبير «بيع السفر» المستخدم في قانون 13 تموز 1992، وتعبير «شراء حيّز اعلاني» في قانون 29 كانون الثاني 1993.

(4) انظر د. إ.ع، V البيع، رقم 27 وما يليه: يظهر إقدام Portalis على تقديم تقرير حول الموضوع الجلي في الفائدة التي كانت تعلق على تنظيم البيع.

(5) انظر حول هذه النقطة الرقم 11552 اللاحق وما يليه.

(6) انظر إ.ع، V البيع، رقم 27.

وجرى مدّ مبدئهما إلى العقود التجارية كافة ـ مبدأ البيّنة بالوسائل جميعا. وهكذا قال Thaller: «لا ينظم قانون التجارة مجموعة العقود ولا الاهم منها وهو عقد البيع»[1].

وفي الحقبة العصرية، حيث تغير كل شيء، لم ينقسم البيع مع ذلك على مر الزمن كعقد الايجار ـ توزعت الايجارات التي تتناول العقارات في ايجار السكن والايجار التجاري والايجار الريفي. وثمة تنظيمات خاصة هنا وهناك: في الشأن المدني تنظيم بيع العقار للبناء مثلا (قانون 3 كانون الثاني 1967) وفي المادة التجارية تنظيم التفرغ عن مؤسسة تجارية (قانون 29 حزيران 1935)، أو كذلك تنظيم بيع السفن (قانون 3 كانون الثاني 1967)... بيد انها، في نهاية المطاف، قليلة العدد. وإنشاء العلنية العقارية اساسية أيضاً في المادة المعنية مع أنها لم تتناولها إلاّ بطريقة جانبية، في الشأن العقاري، في عام 1855.

ولا يمكن، فضلاً عن ذلك، اهمال أن جسم قواعد عامة انضاف حديثاً إلى قواعد مدوّنة القانون المدني: قواعد البيع الدولي المتحدرة من اتفاقية ڤيينا لعام 1980. إلاّ إنها قريبة جداً، في روحها، من مبادىء القانون الفرنسي.

ويعود التطور الملموس أكثر إلى نمو تشريع يحيط بالبيع: قانون المنافسة وقانون الاستهلاك... وفي مادة بيع السلع تطلّب توطيد شبكات التوزيع في هذا الشأن: التوزيع الانتقائي والامتياز والاعفاء اتاحت الاجتهاد والتشريع. ونتجت تدخلات عديدة لتحظير بعض أشكال البيع غير المشروع: بيع كرة الثلج والبيع عن طريق الارسال الجبري وممارسة اسعار المناداة... وفرضت ضرورة حماية المستهلكين مكافحة البنود التعسفية، وتم ذلك في أول الأمر بالطبع في مادة البيع، وأوحت بتبني قواعد حماية الشاري بالائتمان حتى في المادة التقليدية جداً لبيع العقار. وتعززت الروابط بين البيع والقرض. بيد أن كل ذلك لم يتناول في العمق إوالية العقد ذاتها.

11004 ـ التقسيم. يمكن القول إذاً إن قانون البيع، رغماً عن كل شيء، يحتفظ، في نهاية المطاف، بوحدة كبيرة[2]. فاحكام القانون المدني تستمر في تكوين الاساسي من القانون المطبق عليه وهي تتناول مالاً منقولا أو ثابتاً، سواء أكان طابعه مدنياً أو تجارياً.

ويقتضي البدء بعرض قواعد البيع بصورة عامة (الباب الفرعي I)، قبل التطرق إلى خاصيات هذا العقد حسب الموضوع الذي يتناوله ـ عقار، مؤسسة تجارية، مال منقول (الباب الفرعي II)، ومعالجة تنظيم البيع الدولي للسلع III).

---

(1) Traité élémentaire de droit commercial الطبعة الرابعة، 1910، رقم 998.

(2) على نقيض ذلك Collart Dutilleul et Delebecque، رقم 38 و Bénabent، رقم 15.

11005 ـ مصادر قانون البيع. إنها مدوّنة القانون المدني، المواد 1582 إلى 1701، وقوانين واحكام خاصة: قانون 3 كانون الثاني 1967 حول بيع العقارات للبناء المندمج في قسم منه في القانون المدني (المادة 1601 ـ 1 وما يليها، والمواد 1642 ـ 1 و 1646 ـ 1 و 1648، الفقرة 2) وما تبقى منه في قانون البناء والسكن.

وقانون الاستهلاك في مدوّنة قانون الاستهلاك: المادة 111 ـ 1 وما يليها حول إعلام المستهلكين، والمادة 121 ـ 16 .L وما يليها في شأن البيع المسافي والسعي إلى التعاقد والبيع المباشر. . . والمادة 132 ـ 1 .L في صدد البنود التعسفية التي استعادت المادة 35 من قانون 10 كانون الثاني 1978 في ما يختص بحماية المستهلكين وإعلامهم، والمادة 211 ـ 1 .L حول مطابقة المنتجات والخدمات وأمنها، والمادة 311 ـ 1 .L وما يليها في شأن الائتمان للاستهلاك والمادة 312 ـ 1 .L حول الائتمان في المادة العقارية وقد استعادت الاولى قانون 10 كانون الثاني 1978، والثانية قانون 13 تموز 1979 حول هذه المواضيع؛ ومرسوم 24 آذار 1978 المتخذ تطبيقاً للمادة 35 من قانون 10 كانون الثاني 1978 حول حماية المستهلكين وإعلامهم؛ ومرسوم 22 كانون الاول 1987 المتعلق بتقديم المستندات الخطية التي تثبت عقود الضمان والخدمات بعد البيع.

وتوصيات لجنة البنود التعسفية رقم 79 ـ 01 في 6 و27 حزيران 1978 المتعلقتان بالبنود التعسفية المدخلة في عقود الضمان، النشرة الرسمية للمنافسة والاستهلاك وقمع الغش (BOSP أو BOCCRF) بتاريخ 24 شباط 1979، ورقم 80 ـ 02، 22 أيار 1979، المتعلقة بالبنود التعسفية المدرجة في عقود البيع العقاري التي تفرض على مكتسب الملكية الاستمرار في التأمين الذي اكتتب به البائع، النشرة الرسمية للمنافسة والاستهلاك وقمع الغش، 15 أيار 1980، ورقم 80 ـ 05 في 26 أيار و24 حزيران و23 ايلول 1980 في ما يتعلق بعقود شراء حاجات التأثيث، النشرة الرسمية للمنافسة والاستهلاك وقمع الغش، 26 تشرين الثاني 1980، ورقم 80 ـ 06، في 28 أيار و24 حزيران و25 أيلول 1980 في شأن مهل التسليم، النشرة الرسمية عينها، 26 تشرين الثاني 1980، ورقم 85 ـ 01، 19 تشرين الثاني 1982 في صدد عقود توزيع المياه، النشرة ذاتها، 17 كانون الثاني 1985، ورقم 85 ـ 02، في 18 أيار و6 تموز و21 أيلول و16 تشرين الاول و19 كانون الاول 1984 في شأن عقود شراء سيارات السياحة، النشرة نفسها، 4 أيلول 1985 و2 تشرين الاول 1987 المتعلقة ببنود الاعفاء من الضمان في عقود بيع العقارات، وتقرير اللجنة لعام 1986، النشرة عينها، 13 تموز 1979، المتعلقة مكتسب الملكية المفترض في المجال العقاري، مصنف الاجتهادات الدوري، 1988، III، 68784، رقم 94 ـ 05، 18 تشرين الثاني 1994 في شأن الطلبات وعقود ضمان المركبات المستعملة، النشرة ذاتها، 28 كانون الاول 1994.

وفي القانون التجاري، قانون التجارة، المادة 100 حول مخاطر نقل الشيء المباع، المادة 109 القديمة التي حل محلها نص ذو مدى عام حول إثبات العقود التجارية، وقانون 17 آذار 1909 المتعلق بالبيع ورهن المؤسسة التجارية وقانون 29 حزيران 1935 المتعلق بتسديد ثمن بيع مؤسسة تجارية، وقانون 3 كانون الثاني 1969 المتعلق بتجهيز السفن والمبيعات البحرية.

وفي الاحكام المجموعية (أي المتعلقة بالمجموعات الاوروبية)، التوجيه الصادر في 25 تموز 1985 المتعلق بالتنسيق بين الاحكام التشريعية والتنظيمية والادارية للدول الاعضاء في مادة مسؤولية فعل المنتجات الفاسدة. وفي مادة التوزيع: نظام 22 حزيران 1983 المتعلق بتطبيق المادة 85، الفقرة 3، من معاهدة روما على فئات اتفاقات التوزيع روما على فئات اتفاقات الشراء الحصري (وإطلاع اللجنة على موضوعها)، ونظام 12 كانون الاول 1984 في صدد تطبيق المادة 85، الفقرة 3 من معاهدة روما على فئات اتفاق التوزيع وخدمة البيع وما بعد البيع في ما يختص بالسيارات، ونظام 30 تشرين الثاني 1988 المتعلق بتطبيق المادة 85، الفقرة 3، من معاهدة روما على فئات اتفاق الاعفاء.

القانون الدولي. اتفاقية لاهاي بتاريخ 15 حزيران 1955 التي دخلت حيّز التنفيذ في فرنسا أول أيلول 1964 حول القانون المطبق على البيع ذي الطابع الدولي لمنقولات مادية. اتفاقية لاهاي في 2 تشرين الأول 1973، السارية المفعول في فرنسا في أول تشرين الأول 1977، في شأن القانون المطبق على المسؤولية عن فعل المنتجات. اتفاقية ڤيينا في 11 نيسان 1980، النافذة في فرنسا في أول كانون الثاني 1988، في صدد البيع الدولي للسلع.

وفي العادات المهنية، قانون 13 حزيران 1866 حول عادات البيع التجاري الذي قنن عادات الحقبة. وفي الشروط العامة لبيع المورّدين والعقود النماذج، انظر P. Malinverni, Les conditions générales de vente et les contrats-types des chambres syndicales، اطروحة من منشورات L.G.D.J.، 1978؛ وفي الاجتهاد انظر حكم غرفة العرائض، 29 أيار 1900، Dalloz، 1901، 1، 269، بيع معد للتسليم بدون عيّنة، دونية النوعية لا تبدو هامة، تخفيض الثمن وليس الفسخ، لا يمكن، مبدئياً، التمسك بالعادات ضد غير مهني، حكم الغرفة التجارية في محكمة النقض، 8 تشرين الاول 1956، النشرة المدنية، III، رقم 225، تأخير، إلغاء العقد، عادات تجارة الحبوب، مكتسب ملكية ليس فريقاً في المهنة، صناعي في تغذية الماشية، بند في العقد يحيل إلى العادات، لاحجية. وعادات في مادة البيع البحري: البيع تسليم ميناء الشحن FOB والبيع خالص الثمن والشحن والتأمين CAF... وعادات التجارة الدولية المقننة من قبل سلطات

كغرفة التجارة الدولية: لاسيما المصطلحات المنقحة حتى اليوم الجاري، وقانون التجار، انـظـر B.Goldman, Droit du commrrerce international, Les cours du droit، 1972 ـ 1973.

بيان المؤلفات الحديثة: يطبع النص الفرنسي كما هو وارد في الصفحة 41 من الكتاب.

البيع بصورة عامة

11100 ـ السعي إلى التوازن. بدا نظام البيع في مدوّنة القانون المدني لعام 1804 متوازنا بما فيه الكفاية: بعض الاحكام لصالح البائع (إبطال البيع لعلة الغبن مقبول فقط بالنسبة إليه، ونقل المخاطر إلى الشاري منذ تبادل الرضا والملكية في الوقت عينه، والتسليم في المكان الموجود فيه الشيء عند ابرام العقد، وامكانية طلب الحل في حال عدم دفع الثمن...)، وبعضها الآخر يميل إلى الشاري (تفسير العقد ضد البائع، وضمان العيوب الخفية ونزع اليد حتى في غياب سوء نية البائع...).

ونتجت منذ ذلك الوقت تحولات اقتصادية واجتماعية قلبت الشروط الملموسة التي بني عليها هذا التوازن وعدلت المنطوق الذي ابرم العقد بموجبه ولاسيما في ما يتعلق بالاموال المنقولة: شروط عامة للبيع محررة مسبقاً، وبيع مسافي أو لمساحة كبيرة، ودعاية مثيرة وإغراء بالائتمان[1]... وغدا وضع البائع مريحا. واشعرت الضرورة بالعمل على إعادة توازن علاقاته مع الشاري في اتجاه لصالح هذا الاخير. وتجلت الظاهرة على مدى القرن العشرين[2] وتسارعت غداة الحرب العالمية الثانية[3]. وبدت ملموسة بصورة خاصة في بيع المستهلك حيث تجسدت بالتأكيد حقوق هذا المستهلك تجاه البائع المهني. بيد أنها اصابت أيضاً البيع بين المهنيين انفسهم[4].

---

(1) انظر حول التحولات بصورة خاصة Ghestin et Desché، رقم 19 وما يليه، و Malaurie et Aynès، رقم 64 وما يليه.

(2) كذلك سبق أن انشأ قانون 29 حزيران 1935 حول بيع المؤسسة التجارية حماية مزيدة للشاري.

(3) مع تنظيم مختلف أشكال البيع المثير، في زمن أول، حتى تحظيره، واعتباراً من عام 1978، تنظيم المبيعات بالائتمان في شأن المنقول والثابت.

(4) هكذا يفرض الاجتهاد المراعاة الدقيقة للضمان ضد العيوب الخفية ما دام أن البائع مهني لا يستفيد من مكتسب الملكية الجاهل وحسب وإنما أيضاً من الشاري المهني؛ كما أن توجيه المجموعات الاوروبية حول المسؤولية الناجمة عن فصل المنتجات الفاسدة تفيد كل ضحية، سواء اكانت فرداً عادياً أو مهنياً.

ثمة أربعة افكار تطوق هذا السعي بتوازن جديد: الحق في الإعلام والحق في الندم والحق في ضمان افضل والحق في الأمن. 1) الإعلام الذي لا غنى عنه للشاري في آونة إبرام العقد تؤمنه له إواليات قانونية شكلية إلى حد ما تتراكب مع الشروط التقليدية لتكوين العقد، حتى مع الموجبات العامة للاستعلام والنصيحة اللذين طورتهما المحاكم مؤخراً: هكذا يفرض النظام الذي انشىء في عام 1935 في شأن بيع المؤسسة التجارية أن يرد في العقد عدد معين من البيانات لتنوير الشاري المرشح حول صفات المال الذي ينوي اكتساب ملكيته. ومن وقت احدث فرضت المادة الاولى من قانون Doubin بتاريخ 31 كانون الاول 1989، في إطار عقود التوزيع، على المورّد، إذا فرض الحصرية على بائعي المفرق، أن يقدم لهم، قبل توقيع العقد الذي يربطهم، معلومات حول كيفيات التسويق وامكانياته. 2) منح المشترع، في مناسبات عديدة، الشاري امكانية الندم التي تتيح له العودة عن اكتساب الملكية: انها ضرورية على وجه الخصوص في البيع بالائتمان لكي يتاح للمستهلك أن يتخلص من الرباط العقدي في الايام التالية للعقد عندما يجد أنه قام بشراء طائش. 3) يقتضي إعطاء ضمان أفضل للشاري لأن تجارة الاموال غالباً ما تتم ضمن شروط لا تسمح بالتحقق من الصفة ولأن لعدد من هذه الاموال تقنية كبيرة أكثر فأكثر: ساند الاجتهاد وتبعه المشترع ذلك ولاسيما بابطال البنود التي تعفي البائع المهني من مسؤوليته. 4) وأخيراً تؤمن قواعد حماية الضمان ضد العيوب الخفية إلا من الذي يحق للشاري أن ينتظره عند استعمال الشيء المباع، ومنذ وقت قليل يؤمن ذلك النظام الخاص الذي اقامه التوجيه المجموعي (أي الصادر عن المجموعات الاوروبية) لعام 1985 حول المسؤولية الناجمة عن المنتجات الفاسدة.

وتحتل حماية الاستهلاك التي احاطت بها النصوص المتبناة اعتباراً من عام 1978 و 1979، في هذا التطور، مكانا رحبا. وقد جمعت في تجميع تم في عام 1993: قانون الاستهلاك[1]. غير أن الاجتهاد قام بدور حاسم أيضاً: يعود إليه دفع الحركة من نواحٍ عديدة وسد ثغرات الاحكام القانونية[2].

وقد ظهر، عقب هذا المسار، تفسخ جديد في قانوننا الوضعي لم يكن موجوداً في مدوّنة القانون المدني: التفريق بين البيع الذي يجريه احد الافراد والبيع الذي يقوم به أحد المهنيين الملزم بالفعل تجاه مهني آخر بموجبات صارمة. ويتناول هذا التفسخ بالتأكيد مجمل قانون العقود المعاصر وإنما يدمغ البيع على وجه الخصوص.

---

(1) انظر على وجه الخصوص D. Bureau, Remarques sur la codification du droit de la consommation، د، 1994، العرض، 391.

(2) وحول سلطة القاضي في اعلان الشروط الخاضعة لتقديره تعسفية، انظر J.Huet, Les hauts et les bas de la protection contre les clauses abusives، م. إ. د، 1992، I 3592.

11101 ـ التصميم. يقتضي، لتحديد حقل تطبيق نظام البيع، البحث عن تعريفه (الفصل I).

أما بالنسبة إلى نظام البيع فهو يؤثر في تكوين العقد (الفصل II) وفي مفاعيله (الفصل III) وكذلك في انتهائه (الفصل IV).

الفصل I

تعريف وتفريق

11102 ـ التقسيم. تعريف العقد ضروري (القسم I) لإمكانية اللجوء إلى التفريق والمقارنة (القسم II).

القسم I
تعريف عقد البيع

11103 ـ الخاصيات والوظيفة. يواجه البيع، من جهة أولى، البائع الذي يتنازل عن مال يعود إليه بالشاري، أو مكتسب الملكية، من جهة ثانية، الذي يدفع الثمن ليصبح مالكا[1]. والفريقان هما على التوالي مالكا المال عينه. وهذا العقد ملزم للطرفين لأنه يتضمن موجبات متبادلة، وفوري لأنه ينفذ في آونة من الزمن ولقاء عوض مما يجعله متعارضاً مع الهبة. وهو أخيراً توافقي ما دام أن شكلية ما، بصورة عامة، ليست مفروضة لابرامه.

ويعرّف عقد البيع، في وظيفته الاقتصادية، يقينيا، باجتماع بعض العناصر(الفقرة 1) يضاف إليها إن له بعض الخاصيات (الفقرة 2).

الفقرة 1 ـ العناصر المكوّنة

11104 ـ ثلاثة عناصر: الشيء والثمن والملكية. تعلن المادة 1582 من القانون المدني، في شأن البيع، أن «الأول يتعهد بتسليم الشيء والثاني بدفع الثمن». يحوي البيع إذاً، قبل أي شيء، كعنصرين مكوّنين، الشيء والثمن. واختصاراً في اللغة ايضاً، في ما

---

(1) انظر حول خاصيات البيع وعناصره المكونة، Planiol et Ripert، الباب X، تأليف Hamel، رقم 2 وما يليه؛ Malaurie et Aynès، رقم 61 وما يليه؛ Collart Dutilleul et Delebecque، رقم 40 وما يليه، Gross et Bihr، الباب I، صفحة 45 وما يليها؛ Bénabent، رقم 18 وما يليه؛ Ghestin et Desché، رقم 6 وما يليه.

يتعلق بالشيء: لا يتناول العقد، بحصر المعنى، هذا الشيء وإنما الحق الذي يتمتع به البائع على هذا الشيء، ذلك بأنه لا يمكن التنازل إلاّ عن الحقوق. ولا أهمية تذكر لهذه السهولة في اللغة، فكل شيء يتم فهمه بسهولة.

بيد أن المادة 583 تكمل التعريف باعلانها ان «الملكية يكتسبها الشاري حتما تجاه البائع». ومن المهم التشديد على أن البيع لا يتميز بكونه مولد موجبات شخصية وحسب ويتناول الشيء وثمنه مما يدعو إلى التفكير في المادة 1582. إن الفائدة الرئيسية لهذا العقد هو أنه يحقق نقل الملكية. يضاف إلى ذلك ان هذا النقل يتم مبدئياً بصورة آلية، أي بدون أن يكون على البائع أن ينفذ عملية ايجابية لهذه الغاية: تنتقل الملكية بتبادل الرضا وحده، ما أن يكون البيع تاما كما تنص المادة 1583. فالبيع يشكل، في جوهره، عقداً ناقلاً لحق عيني.

إن عناصر العقد هي إذاً ثلاثة: الشيء والثمن ونقل الملكية[1]؛ ويمكن تعريف العملية بأنها التي موضوعها نقل ملكية شيء ما يتعهد البائع بوضعه بتصرف الشاري مقابل دفع الشاري الثمن.

واللبس النسبي الذي يرتسم من المادتين 1582 و1583 يعود، في ظل القانون القديم، كما في روما، إلى أن البائع ملزم بتسليم الشيء وتأمين التمتع الهادىء به للشاري. ولم يكن ثمة اصرار على نقل الملكية كملكية وكان من المقبول بيع شيء يخص الغير[2]. غير أن المفهوم الذي اخذت به مدوّنة القانون المدني مختلف. وإذا كان التفريق التقليدي قد تمت استعادته أي أن البائع يتعهد بتسليم الشيء[3]، فمن الواضح أن المراد كان جعل البيع عقداً ناقلا للملكية[4]. وكانت نتيجة ذلك، في المادة 1599، بطلان بيع

---

(1) يقال تقليدياً ان عناصر عقد البيع الثلاثة هي الشيء والثمن والرضا؛ انظر بصورة خاصة Dalloz، الاجتهاد العام، V البيع، 41، والاسنادات، ولكن الرضا ركن مشترك بين العقود جميعاً.

(2) وكان يعتبر ان الشاري ليس له ان يشتكي طالما انه ليس ثمة شيء يعكر حيازته قبل المالك الحقيقي. انظر Dalloz، الاجتهاد العام، V البيع، رقم 40.

(3) استنتج Toullier من ذلك البرهان على ان المراد لم يكن اتباع التقليد الروماني، ولكن Duvergier كان رأيه معاكسا عن وجه حق، انظر Dalloz، الاجتهاد العام، V، البيع، رقم 40.

(4) مكتسب الملكية، فضلاً عن ذلك، وبموجب المادة 1655 من القانون المدني، له الحق في طلب الإلغاء وبالاحرى رفض دفع الثمن إذا كان البائع معرضا لخسارة الشيء.

ونجد أيضاً لدى Aubry et Rau، الباب V تأليف Esmein، الفقرة 349، التعليق 1، ان نقل الملكية إذا كان «من طبيعة البيع فهو ليس من جوهره»، وعند Planiol et Ripert، الباب X، تأليف Hamel، رقم 9، إن هذا الرأي مسوّغ طالما إن «بعض المبيعات هي تامة بدون نقل الملكية الفوري». (وهؤلاء المؤلفون يحللون، فضلاً عن ذلك، من هذا المنطلق صحة الاتفاقيات التي تؤخر نقل الملكية، وواقع أن هذا النقل لا يمكن أن يكون فورياً عندما لا يكون الشيء مفرداً بعد)؛ ومما هو منسجم مع ذلك التأكيد ان نقل الملكية هو من جوهر البيع والتحقق من أنه لا ينتج دائماً بطريقة فورية، أو حتى قبول صحة بيع الشيء الذي يخص الغير: انطلاقاً =

شيء يخص الغير[1].

كل ذلك هو من نوع ديكارتية (نسبة إلى فلسفة ديكارت، أي عقلانية الحقبة: ذلك بأنه كيف يمكن البيع إذا لم يكن البائع مالكا الشيء؟ والأمر عينه ولا ريب بالنسبة إلى تمجيد الملكية الأكثر قدسية حسب اعلان حقوق الانسان. فالبيع يكرّس الملكية واستعماله مخصص للمالكين.

11105 ـ الحقوق العينية الاخرى. الملكية المشتركة. البيع، وهو ناقل الملكية، يندرج، كما المقايضة، في نوع أرحب: نوع عمليات المعاوضة التي تتناول حقوقاً عينية.

والأمر يتعلق بالاتفاقيات التي تؤدي، لقاء مقابل، إلى التنازل عن الملكية أو تجزئتها، ولاسيما رقبة الملك وحق الانتفاع[2]. وهذه العمليات هي، في ما هو اساسي، مماثلة للبيع بسبب مفعولها الناقل[3]، مما يستوجب أن تنجم عنها موجبات كالتسليم أو الضمانات، في الشروط عينها بالنسبة إلى البائع. بيد أن لها طابعاً جزافيا بسبب الطابع العمري الذي غالباً ما يتمثل في حق الانتفاع ويجعل تقدير قيمته صعباً، كما هي الحال في رقبة ملك مال يطالها[4]. ولذلك من المنطقي أن يستبعد في صددها، في الشأن العقاري، الإبطال لعلة الغبن. والأمر على هذا النحو بالنسبة إلى التنازل عن رقبة ملك مال وإنشاء حق كهذا عن طريق البيع مع الاحتفاظ بحق الانتفاع[5]، تماما كما التنازل عن

= من مبدأ أن النقل لا غنى عنه تكون المسألة الوحيدة التي تطرح هي إعداد العقوبات الملائمة عندما لا يمكن أن يتم في النهاية، وبالتالي عندما يكون البيع غير محتج به (يمكن الاعتبار تماماً أن بيع الشيء الذي يخص الغير هو معرض فقط للحل لعدم التنفيذ إذا لم يحصل البائع على ملكية الشيء لحساب مكتسب الملكية).

(1) هذه النتيجة ليست مع ذلك محتمة، انظر الرقم 11139 اللاحق وما يليه.

(2) عقود المعاوضة (أو العقود بعوض) التي تتناول رقبة الملك مال أو حق الانتفاع به موجودة بسبب واقع أن هذين الحقين يمكن انشاؤهما بارادة الانسان ولا ينجمان بالضرورة عن تنظيم ارثي، انظر F.Terré et Simler, Droit Civil, Les biens، موجز Dalloz، 1992، رقم 723 (وهما يلاحظان أن حق الانتفاع، وهو اداة ملائمة بالنسبة إلى التبرعات، هو «أقل ملاءمة في المصالحات بعوض»)، ورقم 730، وفي شأن الارتفاقات، الرقم 818.

(3) المماثلة ممكنة حتى ولو كانت المادة 1583 من القانون المدني تقدم البيع كعقد بمقتضاه «يكتسب الشاري الملكية».

(4) على ان حق الانتفاع، وهو حق موقت بالضرورة، يمكن ان يتم لفترة محددة من الزمن: العقد الذي ينشئه ليس له إذاً أي طابع جزافي.

(5) انظر حول المبدأ حكم غرفة العرائض، 22 تشرين الثاني 1937، والحكم المدني، 27 كانون الاول 1938، د، 1939، 1، 81، تعليق R.Savatier، حكم غ.م. أ. ن، 14 كانون الاول 1959، Dalloz، 1960، 244؛ F.Terré et Ph.Simler, Les biens، المذكورين سابقاً، رقم 730؛ J. Carbonnier, Droit civil، الباب 3، الاموال، منشورات PUF، 1992، رقم 96؛ وعلى سبيل المثال حكم الغرفة البدائية في باريس، 16 كانون الاول 1970، مجلة قصر العدل، 1971، 1، 115، بيع مع الاحتفاظ بحق الانتفاع لصالح زوجة البائع، غياب الوصول إلى المادة 215 من القانون المدني؛ قارن بحكم غ. م. أ. ن، 16 حزيران =

حق انتفاع أو إنشائه[1].

على ان التفرغ عن رقبة الملك المتزامن مع حق الانتفاع بمال إلى الشخص عينه تتمثل فيه خاصيات البيع طالما ان قضيته إعادة تكوين الملكية وعليه ليس له أيّ طابع جزافي[2].

ويمكن أيضاً إيراد عقود تطال حقوقاً عينية أخرى كالعقود المنشئة للارتفاق المقصودة بالمادة 690 وما يليها من القانون المدني (انها تتناول الارتفاقات الناشئة عن فعل الانسان، المادة 686 وما يليها). وثمة مقارنة في موضوعها مع البيع: على سبيل المثال المادة 686 التي تنص على أنه منذ إنشاء الارتفاق «من المفترض إعطاء كل ما هو ضروري لاستعماله»، كما المادة 1615 التي تفرض على البائع تقديم توابع الشيء.

والعملية القاضية بالاحتفاظ لاحد الاشخاص بالاستعمال الحصري لعقار ما خلال فترة محددة هي، بالمقابل، مختلفة جذرياً، وهذا ما يتمثل في ظل سمة «الملكية المشتركة» للتعبير عن الفكرة في أن عدة اشخاص يتقاسمون، في الحقيقة، التمتع بالمال بالتعاقب عليه في الزمن، أو كذلك حسب التعبير timeshare. على أنه ليس ثمة أي نقل لملكية الشيء في وضع كهذا، والعلاقات بين اصحاب العلاقة منظمة في الحقيقة عن طريق إحدى الشركات، مالكة المجموع، ينتمي إليها مستعملو المال: اكتسبوا ملكية حصة في الشركة للتمتع بحقوق كهذه[3].

- 1992 ن، م، I، رقم 285، فهرس Defrénois، 1992، 1156، ملاحظة Champenois، م إ د، 1993، النشرة II,N، 109، ملاحظة Wiederekehr، بيع مع الاحتفاظ بحق الانتفاع للزوج البائع وحده، سوء نية الشاري.

(1) انظر المادة 595 من القانون المدني وبمقتضاها لصاحب حق الانتفاع الحق في «بيع حقه أو التفرغ عنه مجاناً» انظر J.Carbonnier, Les biens، المذكور سابقا، رقم 92؛ حكم الغرفة المدنية الاولى، أول تموز 1986، النشرة المدنية، I، رقم 192، تفرغ عن انتفاع بقيم منقولة، والقيمة مرتبطة بمدة حياة صاحب حق الانتفاع؛ قارن بحالة التفرغ لقاء ثمن اجمالي لمكتسبي ملكية مختلفين، وقد تم، في هذه الحالة، قبول الابطال لعلة الغبن، الحكم المدني، 26 نيسان 1948، منشورات Sirey، 1949، 1، 31، المجلة الفصلية للقانون المدني، 1948، 479، ملاحظة J.Carbonnier، انظر F. Terré et Ph.Simler, Les biens، المذكورين آنفاً، رقم 730، حول الطابع الجزافي، والرقم 754 حول قابلية التفرغ عن حق الانتفاع بين الاحياء.

(2) انظر على سبيل المثال حكم غ م أ ن، 20 تشرين الاول 1987، د، 1988، تعليق G.Morin، م ف ق م، 1989، 580. ملاحظة F.Zénati: لم يرد حق الانتفاع في ثمن البيع، ولكل «بائع» الحق في قسم منه بواقع القيمة المقارنة بالحقوق المعنية، وعليه بامكان المستأجر، في حالة البيع المتزامن مع رقبة الملك وحق الانتفاع بمال مؤجر، إن يمارس حقه في الشفعة، انظر حكم غ م ث ا ن، 16 كانون الثاني 1991، م إ د، الطبعة II ,N، 210، تعليق Gilardeau.

(3) حل اخذ به قانون 6 كانون الثاني 1986، انظر، J.Carbonnier Les biens، المذكور آنفاً، رقم 89؛ F.Terré et Ph.Simler, Les biens، المذكورين سابقا، رقم 536، والاسنادات العديدة؛ F.Collart Dutilleul، ف. د. م، V التمتع في زمن مقسم، 1993.

وقد استخدم الاسلوب بشكل اساسي بالنسبة إلى الإقامة في الجبل خلال الاجازات أو على شاطىء البحر. وجرى تبني توجيه مجموعي في هذا الصدد بسبب طابع التبادلات عبر الحدود[1].

الفقرة 2 ـ السمات التكميلية

11106 ـ أ ـ طابع المعاوضة. يظهر البيع أيضاً، باعتبار الشيء يباع لقاء ثمن، كعقد معاوضة: ينظر إلى كل تقديم كمعادل للآخر قابل لتقويمه في آونة الاتفاق المبرم (المادة 1104، الفقرة 1، من القانون المدني)[2]. فالبيع ليس إذاً عقداً اجزافياً، على الأقل هذا هو المبدأ. ولقياس مداه ينبغي التفريق حسب النظر إلى الشيء أو الثمن.

وتطرح المسألة، في ما يتعلق بالشيء المباع، بالنظر إلى الشاري: القول ان العقد لا يتمثل فيه طابع جزافي تجاهه يعني إنه لا يتعاقد من اجل «حظ في الربح أو الخسارة» (المادة 1104، الفقرة 2). فالبيع يتناول، بالفعل، وبالضرورة، شيئا ما: شيئا حاضراً أو مستقبلياً. فالشيء الحاضر يستبعد أن يكون قد تلف بحادث ـ حريق بالنسبة إلى منزل، وعاصفة بالنسبة إلى سفينة ـ عند إبرام العقد: إذا كانت الحال كذلك فلا يمكن تحقيق البيع لعدم وجود الموضوع الذي يتناوله[3]. ومن المتفق عليه أن بيع شيء تلف في آوانة العقد باطل بطلاناً مطلقا[4]. وفي حال ارتقاب الفريقين احتمال الفقدان كخطر يمكن أن يحدث قبل تكوين العقد ـ في ما يتعلق بسلع في طريق النقل ـ وقد تعاقدا مع ذلك على هذا الشيء، على سبيل المثال، لا تكون الاتفاقية التي ابرماها بيعا: انها عملية مضاربة قريبة من الرهان.

---

(1) توجيه أوروبي 26 تشرين الاول 1994 المتعلق بحماية المستهلكين حول اكتساب الملكية لزمن جزئي لمال عقاري، الجريدة الرسمية للمجموعات الاوروبية رقم 280/ 83 .L بتاريخ 29 تشرين الاول 1994، انظر D.Desurvivre Les petites affiches، 1995، رقم 9، صفحة 20، بالاضافة إلى M. Galimard، م. إ. د، الطبعة N، 1993، 2547؛ M.Tenreiro، مصنف الاجتهاد الاوروبي، الكراسة 2011، حماية مصالح المستهلكين الاقتصادية، 1993، رقم 67 وما يليه (B.Timeshare).

(2) انظر بهذاا لمعنى Pothier, Traité du contrat de vente، رقم 2: «أنه عقد معاوضة تكون فيه نية كل متعاقد تلقي مقدار ما اعطاه»؛ Aubry et Rau، الجزء IV، الفقرة 349: يميز هؤلاء المؤلفون في مختلف انواع العقود، في أول الأمر، عقود المعاوضة، والبيع في الصف الاول منها.

(3) يبدو مع ذلك أن الفقه يقبل أن يشكل بيعا عقد التفرغ عن سفينة من غير المعروف أنها موجودة، أو أنها تلفت خلال السفر الذي تقوم به في آونة ابرامه، أي عقداً يسمى «بيعا على اساس انباء سارة أو سيئة»؛ انظر R.Rodière et E.du Pontavice, Droit Maritime، 1991، رقم 77.

(4) المادة 1601 من القانون المدني، انظر حكم محكمة استئناف بوردو، 10 تشرين الثاني 1836، Dalloz، الاجتهاد العام، V البيع، رقم 471، سلعة يفترض أنها وصلت على إحدى السفن ولم تكن موجودة فيها؛ حكم غ. ع، 5 شباط 1906، Dalloz الدوري، 1907، 1، 468، بطلان بيع كمية من الشمندر فسدت بسبب الصقيع قبل العقد، بند مستبعد إذ على الشاري أن يأخذ الشيء على حاله.

وعندما يكون موضوع البيع شيئا مستقبلياً يتعلق الأمر في أغلب الاحيان بشيء معين بالنوع: سيارة بانتظار خروجها من المصنع، أو طاولة مطلوبة حسب قائمة موضوعة. . . (الحال إن مالاً كهذا غير قابل للتلف: genera non pereunt. فالمسألة لا تطرح في صدده: لا يمكن أن يكون ثمة غرر[1]. وعندما يتناول العقد شيئاً يجب أن يضع خصّيصاً، بناء على طلب المتعاقد، يمكن في مثل هذه الحالة إدراك أنه يمكن أن يتلف خلال اعداده، ولسنا عموما امام بيع: تشكل العملية في أغلب الاحيان تأجير عمل مستقل أو عقد مقاولة.

ومن الصحيح أنه يمكن الأخذ بأن البيع الذي يتناول شيئاً مستقبلياً يمكن أن يكون طابعه جزافياً[2]. ويقدم على ذلك مثال غلة مباعة على الشجر وقد تلفت بقوة قاهرة قبل حصادها فتنسب الخسارة إلى مكتسب الملكية لأنه اشترى في الحقيقة احتمال الغلة وحسب[3]. على أنه من المشكوك فيه أن يتوافق هذا التحليل مع نفسانية الفريقين[4]. وهذا النوع من الاوضاع نادر في أي حال.

ويمكن بالتالي القبول، مبدئياً، أن عقد البيع هو بحيث أن مكتسب الملكية لا يتعاقد من اجل حظ الربح أو الخسارة وإنما من أجل شيء ما.

وفي ما يتعلق بالثمن الواجب دفعه تهم المسألة البائع الذي يجب أن يتلقاه. ولا يمكن التأكيد في هذا الصدد أن البيع ليس له على الاطلاق طابع الغرر. ومن المقبول، منذ تاريخ بعيد، بالفعل، أن ثمن الشيء يمكن أن يرتكز على خدمة دخل عمري[5]، مما يضفي بلا نزاع طابع الغرر على العملية: ذلك بأن موجب تسديد الثمن يغدو تبعاً لمدة

---

(1) الفرضية المقبولة وحدها هي كون الشيء غير قابل للصنع ـ بسبب تغيير تنظيم يمنع استخدام بعض المواد على سبيل المثال ـ أو الارسال، بسبب حدوث نزاع مسلح يجمد وسائل النقل مثلا: شيء معين بالنوع، موضوع العقد يتعذر تقديمه، كما لو أنه تلف تقريباً.

(2) انظر على وجه الخصوص J.Carbonnier, Droit civil، الباب 4، الموجبات 1990، رقم 54: «اشتري من صيادي السمك ما استصطاده شبكتهم: يبقى البيع صحيحاً حتى ولو لم يصطادوا أيّ سمكة»؛ Malaurie et Aynés، رقم 190؛ Collart Dutilleul et Delebecque، رقم 123 وما يليه.

(3) انظر حكم غ. م. أ. ن، 8 تشرين الاول 1980، د، 1981، اعلامات سريعة، 445، تعليق B. Audit، المجلة الفصلية للقانون المدني، 1981، 646، ملاحظة G.Cornu، بيع كمية على الشجر بثمن جزافي، خسارة بالنسبة إلى الشاري: عدا أن وصف العقد يمكن أن يكون موضوع نقاش، والحل الذي اخذ به الحكم منتقد حتى تطبيقا لقانون البيع، إذ إن المادة 1138 من القانون المدني وبمقتضاها «موجب تسليم الشيء تام بمجرد رضا الفريقين»، تضيف أنه «يجعل الدائن مالكا ويضع الشيء على مسؤوليته منذ الآونة التي يجب ان يسلم فيها»، مما يستدعي انجازاً ما لمسار الصنع.

(4) بالفعل لا يبدو وجود غرر اراده الفريقان، في هذه الفرضية، أكثر من فرضية فساد العقار المباع، مثلا، عقب حريق قبل أن يكون في حيازة الشاري، فتكون الخسارة في مثل هذه الحالة، على عاتقه، وإنما لم تكن بسبب ذلك إحدى مكوّنات العقد.

(5) تسوس ذلك المادة 1968 وما يليها من القانون المدني، انظر حول هذه النقطة الرقم 11548.

حياة المدين. ويقدر، فضلاً عن ذلك، أن قواعد الغبن، في مثل هذه الحالة، في ما يتعلق ببيع عقار، لا تطبق من حيث المبدأ.

11107 ـ ب ـ غياب الاعتبار الشخصي. يقتضي البيان اخيراً أن البيع عقد ليس له، بصورة عامة، طابع الاعتبار الشخصي. فحافز البائع هو تلقي الثمن المتفق عليه، وحافز الشاري حيازة الشيء: يبدو كل ذلك إذاً بدون أيّ رباط مع شخصيتي صاحبي العلاقة.

من غير المستبعد بالتأكيد أن البائع يريد إعطاء صيغة شخصية أكثر للعقد. ويمكن فهم ذلك في فرضيات خاصة جداً: بيع منزل له طابع خاص، بيع عمل فني[1]... وإحدى نتائج ذلك هي أن لمالك الشيء أن يرفض التعاقد مع أي كان. غير أن ذلك استثنائي.

وفي ما عدا ذلك، إذا كان شخص المحاورين يدخل أحياناً في الاعتبار، فغالباً ما يكون هذا لاسباب اقتصادية: يشتري جار قطعة الارض بثمن أغلى مما يدفعه الغير، جامع القطع النادرة مستعد لكل شيء للحصول على إحدى القطع.

ولمكتسب الملكية، في ظروف كهذه، مصلحة في الاستتار. ولاشيء يمنعه من ذلك: بامكانه الاستتار عن طريق وكيل[2] يحفظ سره. وذلك بيان لقانون اغفال الاسم. والقانون، في المادة العقارية، يتيح تجنب استيفاء مزدوج لرسم الانتقال إذا تم كشف شخص الشاري الحقيقي خلال اربع وعشرين ساعة باستخدام إوالية اعلان الحائز الحقيقي[3].

كما جرى أيضاً، من وجهة نظر اجتماعية، بيان كثافة الروابط التي توجد احياناً بين الشيء موضوع العقد وشخص البائع: نجد، بالفعل، في هذا العقد، وعلى وجه

---

(1) من المفهوم، بصورة خاصة، إن منتج عمل فني يتحقق في الغالب في نسخة واحدة ـ رسم ونحت ـ ويحس بتعلق خاص جداً بالشيء المدعو، ربما رغما عنه، إلى التنازل عنه؛ بيد أن القانون لا يكرس بأي شكل كان هذا الرباط: الحال أنه كان من الواجب التفكير في الاعتراف له، مثلا، بحق شفعة عند اعادة بيع لاحقة، في بعض الظروف، انظر حول حق التتبع للفنان الرقم 11154؛ على المحاكم إن تأخذ في الحسبان هذه الظاهرة وتحوّل قواعد العقود امام عمل فني: الأمر هكذا في ما عنى موجب التسليم في صدد انتاج، بناء على الطلب، أنظر الرقم 32222 اللاحق.

(2) بامكان صاحب العلاقة أيضاً التعاقد عن طريق مسخّر يكتسب ملكية الشيء مكانه، وإنما لكي يصبح نفسه الشاري يقتضي إجراء نقل آخر مما يشكل سيئة كبيرة في بعض المجالات كبيع عقار مؤسسة تجارية، بسبب الاستيفاء المزدوج لرسم النقل الناتج عن ذلك.

(3) انظر حول ذلك الرقم 11504 اللاحق؛ ليس الاخفاء مع ذلك تاما عندما يكون من الواجب ـ هذا هو على الأقل المقبول عموما ـ إن يتضمن العقد بند الحائز الحقيقي لكي يكون اللجوء إلى هذا الاسلوب ممكنا: الحال أن مكتسب الملكية، بهذا الاشتراط، يكشف عن نيته في أن يكون بديلا محتملاً عن الغير، وإن لم يكشف عن اسمه؛ أضف إلى ذلك حول الاستبدال في شخص مكتسب الملكية، الرقم 11150 اللاحق.

الخصوص في البيع الاثري، «تعقيد الملكية» وبالتالي «روابط الانسان بالشيء» (من هنا امكانية توقع البيع مع حق الاسترداد)[1]؛ بيد أن الحقبة العصرية جهدت في محو هذا المظهر وإنكار التعلق بالاشياء في سبيل تسهيل انتقال الاموال وبالتالي التجارة[2].

القسم II
مقارنة وتفريق

11108 ـ تعدد التفريق. لا يتيح تعريف البيع كعملية تتناول شيئا ما تنتقل ملكيته إلى الغير، مقابل دفع الثمن، إدراك العملية بالدقة الكافية ومعالجة جميع صعوبات الحد مع الإواليات القريبة. فالبيع يتعارض مع عقود أخرى عديدة: الايجار وتأجير العمل المستقل والوكالة والايداع... وبتعبير آخر لا تكفي معرفة عناصر البيع الاساسية لتحليل مشاكل الوصف التي تعترضنا ولا، بالاحرى، تحليل العديد من روابط التقريب التي يمكن أن يقيمها هذا العقد حواليه. ينبغي تعميق التحليل.

ثمة حالات، مهما بدا ذلك غريباً، يعود فيها التردد حول وصف البيع إلى أنه يمكن، جذرياً، الشك في أن ما يضع موضوع التقديم يشكل في الحقيقة شيئاً ما. والحال أن العقد، عند عدم تناوله مالا ما ونقل ملكيته، لا يمكن أن يكون بيعا. وتطرح المسألة، مثلا، حول تأمين الكهرباء من قبل إحدى المؤسسات كمؤسسة كهرباء فرنسا: لا يمكن إعتبار الكهرباء مالا[3]، والعقد يظهر، من جوانب عديدة، بالاحرى تقديم خدمة ـ استمرار التأمين، معالجة الخطوط... ويمكن التساؤل أيضاً عن طبيعة عقد تقديم المهارة، إذ إن ما ينقل لا يعطي حق ملكية فكرية، بخلاف الاكتشاف موضوع البراءة: وعليه ننقاد، مبدئياً إلى استبعاد وصف البيع أو التفرغ[4]، إنما يجب الاعتراف بأن هذا العقد، من جوانب عدة، مشابه له ـ وجود موجب كالضمان ضد العيوب على عاتق

---

(1) انظر J.Carbonnier, Flexible droit, 1992, Sosiologie de la vente، ص. 302؛ وحول ظاهر «توليه الشاري في البيع الأثري حيث يظهر مكتسب الملكية خلفاً لشخص البائع، وقد استمرت في أيامنا في البيع العقاري حيث تكون وظيفة المراسم إجراء «تولية اجتماعية»، المرجع عينه صفحة 303 وصفحة 304 2-f؛ وانظر في صدد البيع مع حق الاسترداد ومصادره التاريخية الرقم 11454 وما يليه.

(2) انظر في هذا الاتجاه J.Carbonnier, Flexible droit، المذكور سابقاً، صفحة 302.

(3) الحلول المعطاة هنا وهناك مختلفة في القانون: الكهرباء مستبعدة من حقل تطبيق اتفاقية ڤينا حول بيع السلع الدولي، المادة؛ يعتبر التوجيه الاوروبي لعام 1985 حول المسؤولية عن فعل المنتجات الفاسدة الكهرباء كمنتج، المادة 2؛ يعامل الاجتهاد الفرنسي الغش في مادة الكهرباء كسرقة...

(4) انظر A.Chavanne et J.-J.Burst, Droit de la propriété industrielle، 1993، رقم 606، وهما يقارنان بعقد التعليم ويعلنان أن «العقد الذي يتناول المهارة هو عقد مقاولة. وعند قبول ان المهارة غير صالحة كمرتكز لحق مانع ينبغي استبعاد أي وصف يوحي بفكرة تفرغ أو إجازة»؛ J.Foyer et M.Viant, Le droit des brevets؛ 1991، صفحة 399، وهما يريان في هذه العملية «عقد تعليم».

صاحب المهارة[1]، ووجود سابق للمعرفة المعدة للاطلاع عليها والطابع الفوري للنقل. . . .

وللقيام بالمقارنة والتفريق الضروريين سنتفحص البيع في علاقاته بالحقوق غير المادية، ذلك بأنه لا يتناول بالضرورة شيئاً طبيعياً (الفقرة 1)، بالهبة والتبادل وعقود أخرى لا تحوي ثمنا (الفقرة 2)، وبتأجير العمل المستقل وتقديمات أخرى للخدمات (الفقرة 3)، وأخيراً بالايجار والقرض أو العارية (الفقرة 4).

وحول العقود التي تتناول حقوقاً عينية اخرى غير الملكية، ولاسيما البيع مع حق الاسترداد ومع الاحتفاظ بحق الانتفاع، انظر القسم I السابق رقم 11105، وحول المقارنة بين البيع والوكالة، انظر الرقم 31119 اللاحق، وبين البيع والإيداع، الرقم 33114 اللاحق.

الفقرة 1 ـ البيع والاموال المادية والاموال غير المادية

11109 ـ منزل وخبز وآلة وغيرها. . . لا يتناول عقد البيع دائماً مالا مادياً: المنزل والخبز والآلة والدراجة والطابع. . . مع انه هذه هي الحال في أغلب الاحيان.

ومن الممكن، وهذا تقدم للقانون في التجريد الذي أدى إلى قبول ذلك، أن يكون الموضوع مالا غير مادي (أ). ومن بين ذلك يجب التفريق في شأن الحقوق الفكرية التي تخلق صعوبات أكثر (ب).

11110 ـ أ. اموال غير مادية بصورة عامة. يقدر، أن البيع يمكن أن يتناول حقاً في الدين. والقانون المدني يقبل ذلك صراحة ويعالج حوالة الحق في جسم قواعد البيع في المواد 1689 إلى 1701. ويجري الكلام عند ذلك على «نقل» الدين (المادة 1689 والمادة 1690؛ قارن بالمادة 1692 التي تستخدم تعبير «البيع أو التفرغ»)[2].

وثمة خاصية معينة لحوالة الحق بالنسبة إلى بيع شيء ما[3]، لأنها تخضع لقواعد اصلية: النقل، بخلاف البيع، يمكن أن يكون بعوض أو مجاناً، إذ إنه يقحم شخصاً ثالثاً وهذا ما لا يفعله البيع، وهو يتطلب إبلاغ المدين المحال عليه (المادة 1690) ويولد ضمانا يتناول وجود الدين وحسب ولا يتناول صفاته (المادة 1693). . . وحوالة الحق،

---

(1) انظر حول ضمان العيوب الخفية A.Chavanne et J.-J.Burst، رقم 614.

(2) وعليه يمكن أن تكون جميع الحقوق غير المادية موضوع نقل، انظر حكم محكمة استئناف باريس، 12 كانون الاول 1934، د. إ، 1935، 89.

(3) قارن بـ Dalloz، الاجتهاد العام، V، البيع، الرقم 1676 أو الرقم 1678، حيث جرى بيان أن نقل الدين خاضع «لبعض القواعد الخاصة»، وإنما يعتبر أن الأمر متعلقا «بنوع خاص من البيع».

في ما عدا ذلك، بوظيفتها الاقتصادية والمعالجات باليد التي يقتضيها، تخلق صعوبات خاصة بها[1].

ولا يمكن إعتبار التفرغ عن العقد، في حالة القانون الحالية، كبيع، إذ إنه مستحيل، بصورة عامة، بدون موافقة الغير المحال عليه[2]. على أنه إذا كان العقد ـ الإيجار، والاشتراك والامتياز، والصيانة... ـ يمكن أن تكون له قيمة اقتصادية، وإذا كان ثمة تفاهم في الغالب، في الممارسة، لنقل مفاعيله[3]، فلا يتم شراؤه كمال. ومن هنا العملية المسماة «تبادل الشقق» الذي انشأه قانون أول أيلول 1948 والذي استعاده قانون Mermaz لعام 1989 بصورة محدودة أكثر، والذي يرتكز على تبادل الاوضاع العقدية، التي لا تعتبر عقد تبادل بالمعنى الحقيقي للتعبير[4]. ويقبل المشترع استثنائياً التفرغ عن العقد بسبب قيمته: وهكذا تعتبر عقود النشر، رغما عن الطابع الشخصي جداً المرتبط بها، قابلة للنقل مع مؤسسة الناشر التجارية (المادة 132 ـ 16 .L من قانون الملكية الفكرية)[5].

ويمكن أن يتناول البيع كذلك قيما منقولة ولاسيما الاسهم والسندات الصادرة عن الشركات. وتوجد هنا أيضاً إواليات خاصة ولاسيما وضع هذه السندات في متناول الجمهور. بيد أن العمليات التي تتناولها تعود، مبدئيا، لفئات من القانون العام: البيع والإيداع والرهن[6]... واستبدال ركن حسابي بركن ملموس الذي كانت هذه العمليات

---

(1) جرت دراستها في إطار النظرية العامة للموجبات تحت عنوان إواليات سقوط الديون ونقلها مع الحلول أو الانابة القريبة منه.

(2) انظر حول هذا الموضوع L.Aynès, La cession de contrat، اطروحة في باريس II، منشورات Economica، 1984؛ Malaurie et Aynès، Les obligstions، رقم 779 وما يليه؛ Carbonnier، رقم 324، Flour et Aubert، الباب 1، رقم 443 ورقم 467؛ Ghestin, Les effets du contrat، رقم 1228 وما يليه؛ Marty et Raynaud، الباب 1، رقم، 34 وما يليه، الباب 2، رقم 406؛ Mazeaud et Chabas، رقم 1232 ورقم 1283؛ Terré, Simler et Lequette، رقم 1212 وما يليه؛ Starck، تأليف Roland et Boyer، الباب 2، رقم 1373، والباب 3، رقم 9؛ Viney، الباب 1، رقم 828.

(3) انظر R.Juan، مصنف الاجتهاد، العقود والتوزيع، الكراسة 95، 1991، رقم 185.

(4) انظر حكم غ. إ. ن، 17 نيسان 1958، ن، م، IV، رقم 479، تبادل تسوسه قواعد خاصة به، ضرورة أن يكون التبادل محققاً فعلياً ليكون صحيحاً؛ Ghestin et Desché، رقم 41؛ انظر حول قانون عام 1989، الرقم 21510 اللاحق وما يليه.

(5) انظر حول هذا الموضوع والوسائل المعطاة للمؤلف للدفاع عن حقوقه، A. et H.-J. Lucas, Traité de la propriété littéraire et artistique، 1994، على سبيل المثال الرقم 606، وبصورة اعم حول التفرغ عن العقد وحقوق المؤلف، انظر P. Y. Gautier, Propriété littéraire et artistique، 1991، صفحة 258.

(6) انظر Ripert et Roblot، الباب 2، رقم 2461 وما يليه، ولاسيما 2463؛ B.Saint-Alary، مصنف الاجتهادات، المصرف والائتمان، الكراسة 930، اصدار قيم منقولة وتوظيفها، 1985؛ تتم عمليات المصفق (البورصة) عن طريق وسطاء، المؤسسات المالية مثلاً، بحيث أن البيع والشراء ينطلقان بأمر من المصفق وهو وكالة بيع أو شراء، انظر D.Legeais، مصنف الاجتهاد، المصرف والائتمان، الكراسات =

موضوعة في بداية الثمانينات، لا يطال المعالجات باليد التي تفسح في المجال لها: التسجيل في الحساب حل محل استعمال الورق[1]. والتفرغ عن القيم المنقولة ببعض السمات، يذكّر بنقل الدين: لا يلزم المتفرغ بالضمان إلا بالنسبة إلى وجود السند ذاته وليس أكثر من ذلك[2].

والاموال غير المادية المختلفة التي يعترف قانوننا بوجودها تنسجم مع عمليات متعددة من بينها العملية المرتكزة على نقل الحق الذي يكرسها إلى الغير والمماثلة للبيع[3]. والأمر على هذا النحو بالنسبة إلى المؤسسة التجارية التي يمكن التفرغ عنها وكذلك تأجيرها. والتنازل عن الاموال هو بيع خاضع في بعض النقاط لقواعد خاصة[4].

انظر الرقم 11186 اللاحق حول مشاكل قابلية التنازل عن بعض الزبن.

11111 ـ ب. حقوق فكرية على وجه الخصوص. تتطلب مادة الحقوق الفكرية بسطا خاصا. ولتوضيح الامور من المفيد التفريق بين نقل الحقوق الفكرية ذاتها ونقل الاشياء المادية التي تغطيها حقوق كهذه.

11112 ـ 1. نقل الحقوق الفكرية. الحقوق الفكرية، كما الاموال غير المادية الاخرى، يمكن نقلها إلى الغير لقاء مقابل مالي وبالتالي يمكن بيعها. والأمر على هذا النحو بالنسبة إلى الحق الذي يتناول علامة مسجلة، أو براءة اكتشاف، أو أيضاً انتاجاً تحميه الملكية الادبية أو الفنية أو حق المؤلف. ويُنعم نظامنا القانوني على الابداع الفكري نظام مال بالاعتراف لفاعله باحتكار استثمار خلال مدة من الزمن[5]. ويمكن بالتالي بيع هذا المال أو تأجيره أو إعارته...

= 1670 و1675 و 1680 و1690، أمر المصفق، 1990 ـ 1991.

(1) يتم نقل ملكية السند بتبادل الرضا، انظر حكم غ. ت. ن، 21 تشرين الثاني 1988، الطبعة م إ د، E، 1989، I، 18127؛ R.Juan، مصنف الاجتهاد، العقود والتوزيع، الكراسة 95، 1991، رقم 176 وما يليه؛ بند البيع مع حق الاسترداد ممكن، انظر Ghestin et Desché، رقم 570، التمسك ببيع سندات مع حق الاسترداد؛ F. Auckenthaler، مصنف الاجتهاد، المصرف والائتمان، الكراسة 2122، 1993، V البيع مع حق الاسترداد.

(2) Ripert a Roblot، الباب 2، رقم 2463، التشديد على أن المصرف إذا كان يكتتب بالسندات لكي يبيعها فهو لا يضمن لزبونه إلاّ وجود هذه السندات وليس ملاءة المصدّر، انظر حكم محكمة استئناف باريس، 30 تشرين الثاني 1902، Dalloz الدوري، 1903، مسؤولية المصرفي في حالة الغش أو الخداع، الحكم المدني، 30 تموز 1952 Dalloz الدوري، 1913، 495، بطلان الشركة.

(3) انظر بهذا المعنى إ، ع، V، البيع، رقم 1676.

(4) انظر حول هذا العقد الرقم 11562 اللاحق.

(5) تعبير الابداع الفكري، بامعان النظر إليه، وهو يلائم تماما البراءة أو حق المؤلف، لا يسوّغ دائماً في ما يتعلق بالعلامة: بعض التسميات أو الرسوم هو بالتأكيد من ابداع المودع، غير أنه ليس من النادر ان يكتفي هذا المودع بالصاق تسمية موجودة على منتج ماهو ليس مبدعه.

ويجري الكلام على التنازل في ما يتعلق بنقل هذا الحق إلى الغير وعلى الامتياز أو الاجازة بالنسبة إلى العمليات التي تنزع، عن طريق الوضع بالتصرف الموقت، إلى جعله يؤمن الاستثمار من قبل الغير[1].

يتم إذاً نقل حق الاكتشاف بالتنازل عن البراءة العائدة إليه: ومن المقبول، بالنسبة إلى العملية، «إن تتحلل كبيع»[2]. كما أنه من الممكن التنازل عن علامة مسجلة[3]. على أن هذه العمليات، بكون موضوعها مرن حسب المشيئة، قابلة لكيفيات أكثر تنوعا مما هي الحال في الاموال المادية: يمكن أن لا يتناول التنازل، مثلاً، إلاّ تطبيقات محتملة للبراءة[4]. كما ان التنازل، وذلك يسري على العلامات أيضاً، يمكن أن لا يتم إلاّ بالنسبة إلى إقليم محدد[5]... هناك انواع طرق عديدة لتفريع الحقوق المعنية[6].

11113 ـ الملكية الأدبية والفكرية. للأشياء في مادة حق المؤلف نوع من التعقيد. ولاشك في أن فيها إمكانية التنازل الناقل للملكية وبالتالي النهائي المختلف عن الامتياز الذي يمنح حق التمتع وحسب وهو موقت بالنسبة إلى المستفيد منه[7]. وهكذا يمكن أن

---

(1) انظر، حول المقارنة بالايجار أو التأجير الرقم 21125؛ وحول التفريق بين التنازل والامتياز، في مادة الملكية الادبية والفنية، انظر H.Desbois, Le droit d'auteur en France، د، 1978، رقم 491 وما يليه.

(2) انظر A.Chavanne et J.-J. Burst، رقم 257؛ وفي ما عدا ذلك ينشىء العقد موجب التسليم والضمان من قبل المتنازل ودفع المتنازل له الثمن، المرجع عينه، رقم 269 وما يليه؛ على إن ذلك لا يمنع أن يكون للعملية بعض الخاصيات أو أن تنتج عنها مشاكل خاصة: هكذا، في ما يتعلق بالحق في الاتقان الذي يمكن أن تكون البراءة موضوعه، انظر المرجع عينه، رقم 270؛ والبراءة قابلة ايضاً لأن تكون مقدمة في الشركة، المرجع عينه، رقم 294 وما يليه.

(3) من المقبول في النظام الفرنسي ان يكون بالامكان التنازل عن العلامة بالاستقلال عن المؤسسة التجارية لمن تفرغ عنها، المادة 13 من قانون عام 1964 الذي أصبح المادة L.1-714 من قانون الملكية الفكرية، انظر A Chavanne et J.-J. Burst، رقم 871 وما يليه؛ يضاف إلى ذلك أن التنازل يؤدي إلى ضمان المتنازل، المرجع عينه، رقم 1103؛ والتنازل عن العلامة يجب، تحت طائلة البطلان، ان يثبت في مستند خطي، المادة L.1-714، الفقرة 4.

(4) انظر A.Chavanne et J.-J. Burst، رقم 258.

(5) انظر A.Chavanne et J.- J. Burst، رقم 258، في صدد البراءات، ورقم 1097 في شأن العلامات؛ بيد أنه في ما يتعلق بالعلامة لا يمكن أن يكون التنازل، بموجب المادة13 من قانون عام 1964 التي اصبحت المادة L.1-734 من قانون الملكية الفكرية، محدداً في المدى على اقليم فرنسي، وإنما يمكن أن ذلك على الصعيد العالمي إذا كانت العلامة قد سجلت في عدة بلدان.

(6) يبدو التعبير «فرّع» مفضلاً على التعبير المستعمل في مادة حق المؤلف من قبل A. et H.-J.Lucas، في الرقمين 483 و611 مثلا، وهما يتكلمان على التجزئة: ذلك بأن الحقوق الفكرية تنسجم مع «التجزئة» التقليدية لحق الملكية، ولاسيما أنها يمكن ان تكون موضوع حق انتفاع ورقبة ملك.

(7) انظر Ripert et Boulanger، رقم 2107: «مُبدع الانتاج بامكانه التنازل عن الحق النقدي الداخل ضمن حق الملكية»؛ H. Desbois, Le droit d'auteur en France، د، 1978، رقم 491؛ A.et H.-J. Lucas، مثلا، رقم 520، اللذان يقبلان فكرة «تنازل بلا شرط» عن الانتاج، اضف إلى ذلك Planiol et Ripert، الجزء X، =

تنتقل إلى الغير امتيازات المؤلف وبصورة اساسية حق النسخ وحق التقديم اللذان يؤمنان إيصال الانتاج إلى الجمهور. وقد جرى قبول ذلك رغماً عن الارتباط القوي جداً لهذا النوع من الاشياء بشخص حائز الحقوق، أي المُبدع[1].

على أن سلسلة كاملة من الإواليات الاصلية تعبر أيضاً عن هذا الارتباط بشخص المؤلف الذي تحميه إرادة المشترع في علاقاته العقدية حيث يظهر انه الاضعف، وتؤدي إلى جعل التفريق نسبياً[2]. وينبغي أن يورد في الصف الاول حق المؤلف المعنوي الذي لا يمكن أن يتخلى عنه ويتيح له ممارسة حق معين تجاه كل ما يمكن أن يتم فعله بالنسبة إلى الانتاج الذي تنازل عنه (المادة 121 ـ 1 .L وما يليها من قانون الملكية الفكرية)[3]. ومبدأ التفسير الحصري للعقود التي تتناول الملكية الادبية والفنية غني بالنتائج أيضاً: لا يستهدف التنازل سوى ما جرى التعبير عنه مما يصون امتيازات المؤلف بالنسبة إلى ما عدا ذلك مع مضاعفة امكانيات التقسيم الفرعي لحقوق الاستثمار (المادة 121 ـ 1 .L من قانون الملكية الفكرية)[4]. . . وبذلك تتماسك الروابط بين المؤلف

= تأليف Hamel، رقم 328 وما يليه، تفحص الاشياء في ظل القانون السابق لعام 1957؛ وقانون عام 1985، فضلاً عن ذلك، الذي انشأ حماية الحبكات الاعلامية ينص على امكانية «التنازل»، ويحدد ان الثمن، عندئذ، يكون جزافيا، انظر المادة 131 ـ 4 و 5 .L من قانون الملكية الفكرية.

(1) بعد بيان هذا المظهر، انظر E.Thaller, Des rapports de la propriété littéraire et artistique et du régime de communauté، المجلة الفصلية للقانون المدني، 1903، المجلد 2، صفحة 64 وما يليها: «من المؤسف عدم التساؤل حتى الآن عما إذا كان المشترع يحسن الصنع في ان يحظر على المؤلف أن يجرد نفسه من ملكية انتاجه إلى الابد بدلاً من تنظيم التمتع».

(2) انظر بصورة خاصة حول هذا المقصد A et H.- J. Lucas، مثلا، رقم 482 وما يليه؛ وبالمعنى عينه P. Y. Gautier، رقم 185، الذي يتكلم على «التنازل عن حقوق المؤلف الذي ينتمي إلى الامتياز/ الاجازة» والذي يتم «خلافا للبيع من القانون العام النهائي وغير القابل للرجوع عنه».

(3) وبذلك على المتنازل له مراعاة الحق المعنوي للمؤلف، انظر Planiol et Ripert، الباب X، تأليف Hamel، رقم 331.

(4) وهكذا لا يمكن ان يصلح الرؤسَم (Cliché) المتنازل عنه من أجل طبع بطاقات بريدية دعائية لإشهار نشرات اعلانات، انظر حكم الغرفة المدنية الاولى، 4 شباط 1975، د، 1975، إ س، 94، حق الاستثمار السينمائي لشريط لا يؤدي إلى حق تسويق اشرطة تلفزيونية مسجلة، انظر حكم الغرفة المدنية الاولى، 29 حزيران 1982، موسوعة Dalloz، 1983، 33، تعليق B.Edelman؛ شركة دعاية كوفئت من اجل شريط دعائي يمكنها ان تشكو من اعتداء على حقها كمبدعة إذا استعمل الزبون هذا الشريط مرة اخرى بصورة لاحقة، حكم الغرفة المدنية الاولى، 11 تشرين الاول 1983، النشرة المدنية، I، رقم 225؛ لا يمكن استعمال اعلان كعنصر زخرفة لأن الرسام سمح بنسخ احدى لوحاته من اجل الاعلان وحسب، انظر حكم الغرفة المدنية الاولى، 15 شباط 1985، النشرة المدنية، I، رقم 260؛ أو كذلك حق الترجمة بالنسبة إلى احد البلدان لا يؤدي إلى الحق في أن يقوم بها في بلد آخر، انظر حكم المحكمة البدائية في سين، 31 آذار 1966، د، 1966، الموجز 97.

اضف إلى ذلك حكم الغرفة المدنية الاولى، 27 أيار 1986، قضية La cage aux folles، د، 1987، 209، تعليق P. Y.Gautier، تنازل المؤلف عن حق الاقتباس السينمائي مع احتفاظه بالحق «المشتق» بوضع =

والمتنازل له إلى حد ما[1]. ويعني كل ذلك أنه عند التنازل عن انتاج ما لا يكون ذلك كأي تنازل كان.

ولم يشأ المشترع في عام 1957 تكريس التفرغ الثنائي بين التنازل والامتياز الموجود مع ذلك بالضرورة، والاعتراف صراحة بوجود بعض التنازلات عن حق المؤلف، إلى جانب امتيازات حقوق الاستثمار[2]. يضاف إلى ذلك، تحت غطاء تعبير التنازل[3]، أنه ميّز إوالية الامتياز بأن نظم قبل أي شيء عقد النشر وعقد التقديم وبموجبهما بامكان المؤلف أن يعهد إلى مقاول باستثمار عمله شرط أن يقدم الحساب له[4].

على أنه من المقبول أن الاتفاقيات التي نظمها قانون عام 1957 ليست وحدها المستعملة[5]. حتى ولو كان من الطبيعي الأكثر من غيره للافادة من انتاج ما هو إبرام عقد استثمار، فإن التنازل عن حق المؤلف ممكن: أنه ينتمي إلى البيع[6]، ويتطلب مبدئياً

= مسرحية غنائية، واعتداء على حقوق المتنازل له للسماح المعطى باخراج شريط انطلاقاً من المسرحية الموسيقية، وضمان ضد نزع اليد.

(1) هذا بغض النظر عن قاعدة المكافأة النسبية التي تفرض ان يتلقى المؤلف المقابل المتناسب مع الربح الذي يحققه شريكه في التعاقد على مر الزمن، بحيث يحافظ على الرباط بين المتنازل والمتنازل له، المادة L.4-314 من قانون الملكية الفكرية، انظر حول مبدأ المكافأة النسبية هذا، بصورة خاصة، Cl. Colombet, Propriété littéraire et artistique، 1994، رقم 305 وما يليه؛ A et H. J. Lucas، رقم 519 وما يليه؛ P.- Y. Gautier، رقم 188، بالاضافة إلى ما سيرد لاحقاً، في النص والتعليق حيث سيتم بيان ان الشريك في التعاقد، في ما يتعلق بالتنازل، غالباً ما لا تكون لديه نية استثمار الانتاج، بحيث ان المكافأة الجزافية هي الممكنة وحدها.

(2) انظر A. et H.- J. Lucas، رقم 481.

(3) يصف القانون «التنازل» عن حق المؤلف بعقد كعقد النشر الذي لا يحقق نقلا نهائياً وإنما يشكل فقط نمط استثمار هذا الحق، المادة L.1-132 من قانون الملكية الفكرية؛ قارن بعقد التقديم المعتبر، بشكل اوضح، كالعقد الذي «يجيز فيه» المؤلف للمستثمر تقديم انتاجه، المادة L.14-132.

(4) انظر حول موجب تقديم الحساب المادتين L.1-132 و14 من قانون الملكية الفكرية في صدد عقد النشر، والمادة L.21-132 في شأن عقد التقديم؛ وعقد الاستثمار، فضلاً عن ذلك، محدد بالضرورة في الزمن، المادة L.19-132.

(5) حول كون قائمة العقود التي وضعها القانون ليست تحديدية، انظر A. et H.- J.Lucas، رقم 483.

(6) انظر بهذا المعنى Planiol et Ripert، الباب X، تأليف Hamel، رقم 328: «ويتعلق الأمر احيانا بتنازل حقيقي عن حق الملكية (الادبية والفنية) الذي ينتمي إلى عقد البيع».
وفي الاتفاقية المسماة «العقد المساعد» حيث يقبل المؤلف الحقيقي عدم ايراد اسمه كمؤلف والنشر باسم الغير، يكون التنازل عن حق المؤلف صحيحا وكذلك شرط اغفال الاسم الذي يتضمنه، حتى ولو لم يمنح المتنازل حق الكشف على الاطلاق عن انه المؤلف الحقيقي، انظر، على سبيل المثال، حكم الغرفة المدنية الاولى، 5 أيار 1993، استيهام الكونتسيا الكسندرا، إس 1994، رقم 100، صفحة 10، ملاحظة C.Caron؛ انظر ايضا الرقم 32144 اللاحق.
انظر، كأمثلة أخرى على التنازل عن حق المؤلف، حكم محكمة استئناف باريس، 23 تشرين الاول 1990، مصنف الاجتهادات الدوري، 1991، II، 21682، تعليق A. Lucas، بطاقات بريدية =

مستنداً خطياً يحدد مدى الحق المنقول[1]. إلاّ أن المحاكم تقبل احياناً تنازلات ضمنية، على سبيل المثال ما يتعلق بالاشغال المنجزة بانتظام بناء على الطلب لحساب مقاولة، رغماً عن تطلب المستند الخطي هذا ورغما عن المبدأ الذي بمقتضاه لا يحمل تأجير العمل المستقل، كما عقد العمل، شذوذاً عن انتقال حق المؤلف (المادة 111 ـ 1 .L، الفقرة 3)[2]. وينبغي أن يخضع العقد لقاعدة المكافأة النسبية للمؤلف إلاّ أن يكون من المستحيل اللجوء إليها، على وجه الخصوص بسبب إستحالة وجود قاعدة حسابية لهذه الغاية (المادة 131 ـ L.4 من قانون الملكية الفكرية)[3]، غير أنه من الأفضل النص على ثمن جزافي يشكل حداً أدنى يمكن أن يعتمد عليه من يتنازل عن انتاجه[4]. والابطال لعلة

= لـ «La Géode» بدون اذن حاضرة العلوم، وقد قاضت بصفة متنازل له عن حقوق المهندس المعماري.
ويؤدي التنازل عن الحقوق الفكرية، مبدئياً، إلى نقل ملكية الشيء الذي تتناوله هذه الحقوق، انظر بهذا المعنى حكم محكمة استئناف باريس، أول آذار 1984، د، 1985، الموجز، 31، ملاحظة .Cl Colombet، صور، ملكية غير منقولة: كان الأمر، في هذه القضية، يتعلق بحق نسخ وحيد، بيد أن الحكم يدعو إلى الاعتقاد أن الحل يكون مختلفاً في حالة تنازل كامل؛ قارن بـ A. et H.- J. Lucas، رقم 229.

(1) يمكن التقدير أن المبدأ الذي طرحه القانون والقاضي بأن عقود النشر والتمثيل والنسخ السمعي البصري يجب ان تبرم خطياً يسري على مجموعة عقود حق المؤلف (حتى ولو كانت المادة L.2-131، الفقرة 2، من قانون الملكية الفكرية تعلن ان «أحكام المواد 1341 إلى 1348 من القانون المدني مطبقة على العقود الاخرى جميعاً»)، وفي أي حال تستوجب ضرورة تحديد الحقوق المتنازل عنها ابرامها في مستند خطي في اغلب الاحيان.
إن عمومية بند ما ينص على نقل حقوق المؤلف كافة تجعله عديم التأثير، انظر على سبيل المثال حكم غ، م، أ، ن، 9 تشرين الاول 1991، ن، م، I، رقم 253 ـ شريط دعائي؛ وصول استحالة المادة استعمال الرواسم (clichés) المطلوبة لطبعة معينة، انظر ايضا حكم غ، م، أ، ن، 13 كانون الاول 1989، ن م، I، رقم 391.

(2) انظر كمثال حكم غ. م، أ، ن، 27 أيار 1986، ن، م، I، رقم 143، د. 1987، الموجز 154، ملاحظة Cl.Colombet، رسوم منجزة لادارة رينو Renault؛ انظر ايضا P.Y.Gautier، رقم 179.
ويمكن ايضاً اعتبار ان التنازل عن حقوق المؤلف كان مسوّغاً، بالمناسبة بعادات احدى المهن: في مجال الدعاية حيث رأينا تطبيق مبادىء العقد النموذج الموجود في هذا المجال مع ان الفريقين لم يستندا إليها، انظر حكم غ. م. أ، ن، 13 تشرين الاول 1993، د، 1994، 166، تعليق P. Y. Gautier، قضية زجاجة شراب Perrier مكسوة بلباس التدخين. (قضاة الاساس، حسب الحكم، اخذوا «بسيادة بأن نية الفريقين المشتركة كانت الخضوع لعقد نموذج يجسد العادات التجارية التي نشأت في مجال الدعاية»)؛ أضف إلى ذلك، في الاتجاه عينه، حكم غ. ت، ن، 25 كانون الثاني 1972، قضية Panhard، د، 1972، 423.

(3) ينتج ذلك على سبيل المثال لأن المتنازل له لا يستثمر العمل المستقل: والحال ان المتنازل، على عكس ما يجري في حالة الامتياز، لا يحق له ان يشكو من غياب الاستثمار.

(4) ليس من النادر، في شأن التنازل، ان لا تكون لدى المتعاقد مع صاحب الانتاج على الاطلاق نية استثمار الانتاج واكتسابه فقط للاحتفاظ بحصرية استعماله: الأمر هكذا بالنسبة إلى حبكة اعلامية مصنوعة خصّيصاً بناء على طلب إحدى المقاولات؛ والحال اننا نكون، في وضع كهذا، لعدم وجود قاعدة حسابية لتحديد المكافأة النسبية، في حالة قبول دفع ثمن جزافي لصاحب الانتاج، انظر A et H.- J. Lucas، رقم 530.

الغبن، في أي حال، موجود لحماية المؤلف ضد اساءة استعمال مرتكبة بحقه (المادة L.5 ـ 131 من قانون الملكية الفكرية)[1]. وهناك، فضلاً عن ذلك، بعض التقييدات كتحظير التنازل الاجمالي عن الانتاج المستقبلي (المادة L.1 ـ 131 من قانون الملكية الفكرية). وللعملية المؤطرة على هذا النحو مفعول منح المتنازل له احتكار استثمار الحقوق المنقولة وحرمان المتنازل في المستقبل من امكانية جعلها مثمرة وجني ربحها[2].

وفي مادة الانتاج المطلوب والمستخدم للدعاية جرى وضع نظام خاص في عام 1985: يفترض القانون ان إرادة صاحب الانتاج هي التنازل عن حقوقه إلى الآمر بالسحب، أي في أغلب الاحيان وكالة الدعاية التي يعمل لحسابها، إلاّ انه يفرض عليها دفع مكافأة نسبية وليس مبلغاً إجمالياً كما كان يجري سابقاً (المادة L.31 ـ 132 من قانون الملكية الفكرية)[3].

انظر حول الاتفاقية أو إجازة الحق الفكري، ولاسيما في مادة حق المؤلف، الرقم 21125 اللاحق.

11114 ـ 2. بيع الانتاج المغطى بحق فكري. إن الانتاج المغطى بحق الملكية الفكرية هو موضوع عقود مبرمة ضمن شروط القانون العام: البيع والإجارة. . . . والأمر على هذا النحو بالنسبة إلى شيء هام حيث هناك براءة أو عدة براءات: السيارة والناظم الآلي (Computer). . . كل ذلك كما الشيء المغطى بعلامة: البسة وعطور. . . .

ويتم صرف النظر عن أي حقوق، غير حق الملكية الفكرية التي يشكل انتاجها موضوعه. وتنتقل هذه الملكية المادية بهذه الصفة كأن شيئاً لم يكن. ولا يجد مكتسب الملكية، فضلاً عن ذلك، نقل أي امتياز ذي طابع فكري: ليس في وسعه استكشاف براءة الانتاج ولا إعادة إستعمال العلامة التي يحملها الشيء.

11115 ـ الملكية الادبية والفنية. الأمر على نحو ما سبق، مع بعض التباين

---

(1) حول اعادة النظر في كيفيات تمويل العقد الذي لا مكان له إلاّ في حالة اشتراط مبلغ اجمالي، انظر A et H.-J.Lucas، رقم 539 وما يليه؛ P. Y.Gautier، رقم 191.

(2) هذا هو الهدف المنشود لمكتب الهندسة المعمارية في علاقاته مع الرسامين الذين يستخدمهم، عن طريق وكالة الدعاية التي تلجأ إلى خلاّقين لتصوّر عناصر حملة ما، وعن طريق المقاولة التي تتوجه إلى شركة خدمات لتحضر حبكة إعلامية يجب أن يؤدي استعمالها إلى جني منفعة حاسمة تجاه المنافسين.

(3) لتحديد معطيات الإسناد ينص قانون عام 1985 على التوفيق بين المنظمات التقديمية، وفي حال عدم وجود ذلك تتخذ لجنة ادارية القرار، وهذا ما جرى القيام به في النهاية، انظر P. Y. Gautier، رقم 185، في صدد قرار 23 شباط 1987 الذي وضع حداً أدنى للمكافأة والنسب في شأن تعويض استخدام الانتاج.
واشتراط المبلغ الاجمالي سابقا كان مسوّغا باستحالة حيازة قاعدة حسابية للمكافأة النسبية ووضع الانتاج في متناول الجمهور لم يكن خاضعاً لدفع ثمن ما لأنه تم تحضيره لحسابات دعائية، انظر A. et H.-J. Lucas، رقم 530.

البسيط، بالنسبة إلى الانتاج المغطى بالملكية الادبية والفنية[1]. يتم شراء كتاب أو اسطوانة أو تمثال أو لوحة. . . وبما أن حق صاحب الانتاج يتجسد في شيء يشكل دعما له، فان هذا الانتاج الذي يحمله يشكل ملكية مادية تنتقل طبيعياً كأي مال آخر.

إن الحقوق الفكرية، هنا أيضاً، منفصلة بوضوح: مكتسب الشيء الذي يجسد الانتاج يرى أنه لم ينتقل إليه أي امتياز من حق صاحب الانتاج. فالمادة 111 ـ L.3 من قانون الملكية الفكرية تنص، بحكمة، على ما يلي: «الملكية غير المادية. . . مستقلة عن ملكية الشيء المادي»، و«مكتسب ملكية هذا الشيء غير مزوّد بأي من حقوق» الملكية الفكرية التي يحملها، فهذه الحقوق تبقى ملك صاحب الانتاج[2]. وهذا، بالإضافة إلى ذلك، أحد انواع تقدم قانون عام 1957 إذ امّن هذا التفريق بوضوح[3].

إن الحل، رغماً عن وضوحه، يدعو إلى تحديدات دقيقة عديدة. الاول إن ملكية مكتسب الشيء المادي الذي يجسد الانتاج هي تامة: لا يمكن مبدئياً فرض أي تقييد على حائزها في استعماله[4]. والفكرة بديهية بالنسبة إلى هذا الانتاج الفكري: كتاب أو اسطوانة أو حبكة اعلامية. . . وقد اكد توجيه المجموعات الاوروبية أن برامج الناظم الآلي محمية بحق المؤلف مع التذكير بأن مبدأ استنفاد العقود يطبق على هذا الانتاج: تصبح نسخة الحبكة الاعلامية منذ اكتسابها قابلة للاستعمال بحرية من قبل المالك الذي بامكانه على وجه الخصوص التصرف بها حسب رغبته[5]. وإذا كان بعض الامتيازات قد سحب من مالك نسخة الانتاج فان ذلك استناداً إلى نص تشريعي صريح: الأمر على هذا النحو، منذ تبني توجيه مجموعي آخر، بالنسبة إلى حق الاجارة والعارية الذي غدا

---

(1) انظر بهذا المعنى A. et H.- J. Lucas، رقم 230: «الشيء المادي الذي يتيح تحديد الانتاج أو الذي يتجسد فيه الانتاج يخضع للقانون العام لملكية المنقول».

(2) انظر حول هذا المبدأ Cl.Colombet، رقم 296، و A et H.- J. Lucas، رقم 223 وما يليه.

(3) حول حال القانون السابق، انظر Planiol et Ripert، الباب X، تأليف Hamel، رقم 328: «التنازل المادي عن الانتاج، بالنسبة إلى الاعمال الفنية، يؤدي مبدئياً إلى التنازل عن حق الملكية الفنية».

(4) ذلك، بالطبع، عندما لا يشكل هذا الاستعمال استثمار حقوق المؤلف فتجري المناقشة حول الحالات الحدية، وهكذا هل يشكل استثمار انتاج فني تقديماً؟ ثمة اغراء للجواب بالايجاب والاعتراف للمؤلف «بحق الاستثمار»، انظر بهذا المعنى، مع النزعة التي ارتسمت منذ قانون عام 1985، A et H.- J. Lucas، رقم 337؛ على أنه ثمة قبول تنازل ضمني، مع الانتاج المادي، عن حق الاستثمار في بعض الحالات: على سبيل المثال ما يتعلق باكتساب متحف احدى اللوحات. . .

(5) بامكان مالك نسخة الحبكة الاعلامية، بصورة خاصة اعادة بيعها لغير: ليس هناك أي بند لاقابلية تنازل، كما نرى غالباً في العقود المسماة «عقود اجازة الاستعمال»، يمكن أن يحظر عليه ذلك، انظر، J. Huet، L'Europe des logiciels: Le principe de la protection par le droit d'auteur، موسوعة Dalloz، 1992، 221، رقم 8 (ليس الأمر بخلاف ذلك إلاّ أن تكون الحبكة الاعلامية قد تم تأجيرها بدلاً من بيعها، غير أن ذلك يفترض ان يكون هناك عقد كهذا في هذا الشأن، انظر في صدد الاجارة الرقم 21126 اللاحق)؛ انظر ايضاً بهذا المعنى A. et H.- J. Lucac، رقم 267.

محتفظاً به لصاحب الانتاج، بحيث أن مكتسب نسخة عن الانتاج لا يمكنه، بدون إذن صاحبه، وضعه بتصرف الغير عن طريق عقود كهذه[1].

وينبغي، فضلاً عن ذلك، في ما يختص بالانتاج الفني الذي يندمج بطريقة وحيدة في دعامته، كاللوحة أو التمثال[2]، الأخذ في الحسبان الحق المعنوي للفنان، وعلى وجه الخصوص حق احترام الانتاج الذي يلجم إلى حد ما الاستعمال الذي يمكن أن يلجأ المالك إليه[3].

وينبغي، في ما عدا ذلك، وخاصية حق المؤلف تطبع هنا علامتها أيضاً، حل النزاع المحتمل بين مالك الشيء المادي الذي يجسد الانتاج والمؤلف الذي يأمل الحصول عليه ـ لوحة ونموذج تمثال ونسخة سلبية لشريط ـ لممارسة حقوقه، على سبيل

---

(1) التوجيه الصادر في 19 تشرين الثاني 1992 «المتعلق بحق الاجارة أو العارية وببعض الحقوق القريبة من حق المؤلف في مجال الملكية الفكرية»، الجريدة الرسمية للمجموعة الاوروبية، رقم 346/ 61 .L، بتاريخ 27 تشرين الثاني 1992: العارية المقصودة هي التي تقوم بها مؤسسة «سهلة المنال بالنسبة إلى الجمهور» ـ أي المكتبات وغيرها ـ وليس عارية الاستعمال الجارية بصورة فردية، انظر A et H.-J.Lucas، رقم 272 وما يليها؛ وفي صدد الشريط التلفزيوني، انظر محكمة عدل المجموعات الاوروبية، 17 أيار 1988، مصنف الاجتهادات الدوري، 1989، II، 21173، قبول تلقي المؤلف رسم تأجير.

بعض التحاليل، على اساس الفكرة في أن المؤلف يتمتع، كمكمل لحق النسخ، بحق مسمى «حق التخصيص»، يؤيد السماح له بتقييد استعمال الشيء من قبل حائزه: هذه الفكرة التي، إذا جرى تطبيقها على المستعمل النهائي وعلى العقود التي لا تدخل في الامتيازات التقليدية للنسخ والتقديم يخشى أن تفتح الباب امام انواع اساءة الاستعمال جميعاً، فتبدو متناقضة مع احكام حرية تنقل السلع لمعاهدة روما وينبغي أن لا تكون مقبولة إلا في بعض الحالات المنصوص عليها حصرياً، كحالة الاجارة والعارية، وحول حق التخصيص انظر A et H.- J. Lucas، رقم 261؛ M.Pollaud-Dullian, Le droit de destination, le sort des exemplaires en droit d'auteur، اطروحة في باريس II، منشورات L.G.D.J، 1989.

(2) ينبغي أن يشار أيضاً، في ما يتعلق بالانتاج المنقوش أو المطواع، إلى أن المادة L.8-122 من قانون الملكية الفكرية تنص على حق مسمى «حق التتبع» الذي يرتكز على مشاركة المؤلف في ناتج بيع انتاجه ثانية الجاري في المزاد العلني أو بواسطة تاجر (3%)؛ انظر، على سبيل المثال، حكم غ. م. أ. ن، 13 تشرين الاول 1993، ن. م، I، رقم 285، اثاث وآثار فنية قام بها محترف Jean Dunand، بيع بالمزاد، حق التتبع حتى ولو ان بعضها لم ينجزه الفنان باكمله.

(3) انظر كمثال قضية Bernard Buffet الشهيرة، حكم الغرفة المدنية الاولى، 6 تموز 1965، د 1965، II، 14339، تعليق Lindon، ثلاّجة مزخرفة بلوحات مرسومة، معارضة الرسام بيعها المنفصل؛ A. et H.- J. Lucas، رقم 423؛ أضف إلى ذلك، M.Desurmont, L'incidence des droit d'auteur sur la propriété corporelle des oeuvres d'art، اطروحة في باريس، 1974؛ P.Sirinelli, Le droit moral de l'auteur et le droit commun des contrats، اطروحة في باريس II، 1985، مطبوعة على الآلة الكاتبة.

انظر في ما يتعلق بحق النشر، إذ يقوم بيع الشيء المجسد للانتاج مقام رضا المؤلف بهذا النشر، A.et H.- J. Lucas، رقم 385.

كل شيء هو قضية توازن مع ذلك، وكانت للمحاكم مناسبة حل مشاكل دقيقة في مادة الانتاج الهندسي المعماري الذي يعود بدقة أكثر إلى العلاقات بين حق المؤلف وعقد المقاولة: أنها تقبل امكانية المالك في تغيير الانتاج حتى اتلافه إلى أقدم سبب تسويغ صحيح، انظر A. et H.-J.Lucas، رقم 423.

المثال، من أجل أن ينتج نسخاً عنها: رغماً عن الصيغة السلبية المقبولة نوعاً ما للمادة L.3 ـ 111 من قانون الملكية الفكرية[1] تقبل المحاكم بسهولة كون مقاومة المالك إرضاء المؤلف تعسفية[2].

الفقرة 2 ـ البيع والهبة والتبادل (أو المقايضة) وغيرها

11116 ـ نقل الملكية. ليس البيع العقد الوحيد الذي يحقق نقل ملكية شيء ما. ثمة عقود أخرى، إمّا أن يتم النقل بدون مقابل، وهذه هي الحال في الهبة، فنكون أمام نقيض البيع وهو عقد معاوضة (أ)، وإمّا أن يترافق النقل مع مقابل، مع أن هذا المقابل ليست طبيعته نقدية كما هي الحال في التبادل (أو المقايضة)، فنبقى بذلك في البيع (ب).

11117 ـ أ. التفريق بين عقد المعاوضة والعقد المجاني. يستوجب البيع، كالمقايضة، مقابلاً هو الثمن. أنه، في جوهره، عقد بعوض. وبذلك يتعارض، جذرياً، مع الهبة التي تؤدي إلى نقل الملكية مجانا: بدون ثمن[3]. على أن وجود فروقات جذرية بين هذين النوعين من العقود لا يمنع كونهما، بالمناسبة، مركبّين، وهذا هو الحال في فرضية الشراء لصالح الغير.

11118 ـ 1°. الفروقات بين العقدين. يتعارض النظام القانوني لهذين النوعين من العقود في نقاط عديدة: اهلية التصرف والتلقي ليست ذاتها في العقدين؛ فالبيع يستوجب ضمان الشيء المعطى غير الموجود في الهبة بسبب مجانيته[4].

وأهمية هذه الفروقات تفرض تفريقاً دقيقاً. وقد جعلته أصالة الاوضاع الواقعية، ومكر الفرقاء الذين ينتقلون من فئة إلى أخرى، صعبا. إن الوصف يعود إلى قضاة

---

(1) المؤلف أو خلفاؤه «لا يسعهم أن يفرضوا على مالك الشيء المادي وضع هذا الشيء بتصرفهم» لممارسة «حقوقهم إلاّ في حالة تعسف المالك المعلوم الذي يحول دون ممارسة حق النشر».

(2) انظر على سبيل المثال المحكمة البدائية في باريس، 10 أيلول 1992، المجلة الدولية لحق المؤلف، كانون الثاني 1993، صفحة 211، نسخة سلبية عن شريط سينمائي؛ انظر A.et H.-J.Lucas، رقم 233، بيان توافق على التفكير في أن حق المؤلف في الوصول إلى انتاجه ليس محدوداً بممارسة حق النشر.

(3) الهبة، حسب المادة 894 وما يليها من القانون المدني، هي «عقد يتنازل فيه الواهب حالياً وبلا رجوع عن الشيء المعطى»؛ وعليه يمكن ان تتناول ملكية مال أو أي حق عيني آخر، انظر J.Flour et H. Souleau, Les libéralités، منشورات A.Colin، 1982، رقم 2 ورقم 134 وما يليه.

(4) التفريق، من وجهة النظر الضريبية، ملموس أيضاً طالما أن الضرائب التي تستوفيها الادارة أقل ارتفاعاً بالنسبة إلى عقد المعاوضة مما هي في العقد المجاني: من هنا، احيانا، الاغراء في اخفاء هبة في شكل بيع؛ على أنه يعود إلى ادارة الضرائب اثبات غياب دفع الثمن إذا ارادت انكار التقديم المعطى للعقد من قبل الفريقين، انظر حكم غ، ت، ن، 12 تشرين الثاني 1992، جريدة الاجتهاد اليومية، 26 تشرين الثاني 1992، صفحة 7: «يعود إلى ادارة الضرائب ان تثبت... بالوسائل جميعا... وهمية ايصالات دفع الثمن التي تتذرع بها».

الاساس الذين عليهم كشف وجود نية تبرعية أو غيابها[1]. بيد أن الظواهر غالباً ما تكون خادعة. فبيع قصر لقاء ثمن فرنك واحد هو بيع إذا لم تكن هناك نية التبرع لمكتسب الملكية[2]. وكون الثمن المشترط في العقد لم يتم دفعه في الحقيقة ابداً لا يسمح باعادة وصفه كهبة بدون التحقق من النية التبرعية الاصلية[3].

وتبدو الهبة، من جهتها، مع أعباء في منتصف الطريق بين المجاني والعوضي ما دام ان المستفيد يضطلع بموجب تخصيص المداخيل المكتسبة من المال أو تخفيض هذا المال نفسه لبعض التوظيفات ولو كان ذلك مكلفاً: بيد أن النية التبرعية، فضلاً عن أن ذلك لا يشكل ثمناً، هي المسيطرة عموماً في ذهن الواهب[4].

وحول قرينة المجانية في المبيعات مع عبء الدخل العمري أو دخل موظف مدى الحياة أو مع الاحتفاظ بحق الانتفاع لمستحق أرث من عمود النسب المباشر، انظر الباب الفرعي II اللاحق، الفصل I، بيع العقار وتحقيقه وحماية الاسرة.

11119 ـ 2°. حالة الشراء لصالح الغير الخاصة. يمكن أن يخفي البيع هبة: يكفي أن يتفق الفريقان على عدم دفع الثمن أو أن يؤكدا في العقد أن دفع الثمن قد حصل بدون أن يكون ذلك صحيحاً. إن هذه الهبة المستترة صحيحة[5] إلاّ في العلاقات بين الزوجين إذ تعلن المادة 1099 من القانون المدني أنها باطلة[6].

---

(1) انظر حكم غ، م، أ، ن، 24 تشرين الثاني 1965، ن، م، I، رقم 644، نية تبرعية؛ حكم غ، ت، ن، 11 شباط 1992، ت،م، IV، رقم 67، م، إ، د، 1993، 1، 3626، رقم 4، ملاحظة X.Testu، هبة مالية بالمناولة (أو باليد).

وحول المبدأ الذي بمقتضاه، عند اجراء تبرع بغطاء عقد معاوضة، يكفي لصحته احترام شروط العقد الذي يقتبس ظاهره، انظر حكم غ، م، أ، ن، 14 شباط 1989، النشرة المدنية، I، رقم 79، م ف ق م، الاولى، 29 أيار 1980، ن. م، I، رقم 164، بيع بلدية قطعة ارض بثمن فرنك واحد.

(2) الفرضية ليست مذهباً لأن كلفة صيانة المبنى يمكن أن تفسر شبه غياب الثمن؛ وحول البيع بثمن فرنك واحد انظر الرقم 11189 اللاحق.

(3) انظر حكم الغرفة المدنية الاولى، 4 تشرين الثاني 1981، النشرة المدنية، I، رقم 329؛ يضاف إلى ذلك أنه لا يمكن أن تستنتج النية التبرعية من اختلال التوازن وحده بين موجبات الفريقين؛ انظر حكم غ، م، أ، ن، 14 شباط 1989، ن م I برقم 79، م ف ق م، 1989، 802، ملاحظة Patarin، بيع رقبة ملك مقابل موجب صيانة، حكم غ، م، أ، ن، 4 كانون الاول 1990، ن. م.، IV رقم 307، بيع منزل مقابل موجب عناية.

(4) انظر Planiol et Ripert، الباب X، تأليف Hamel، رقم 8

(5) انظر حول صحة الهبة المستترة المقبولة مع أنها تجعل التبرع بمنجى من القواعد الشكلية المطبقة عليها اعتيادياً، F.Terré et Y. Lequette, Les Successions, Les libéralités، موجز Dalloz، 1988، رقم 471.

(6) انظر على سبيل المثال حكم غ، م، أ، ن، 24 كانون الثاني 1990، ن، م، I، رقم 22، م، ن، ق، م، 1990، 697، ملاحظة Patarin، Defrénois، 1990، 557، ملاحظة Champenois، بيع اجراه الزوج لابنة زوجته الطبيعية، هبة عن طريق مسخّر؛ حكم الغرفة المدنية الاولى، 19 نيسان 1977، النشرة المدنية، I، رقم 172، اثبات الاضفاء بالوسائل جميعا. =

ثمة تنسيق بين البيع والهبة في حالة الشراء لصالح الغير. وقد اتت على ذكر هذه الفرضية، في ما يتعلق باشخاص متحدين بالزواج، المادة 1099 من القانون المدني كما يلي: «عندما يكتسب احد الزوجين ملكية مال بنقود أعطاه الزوج الآخر إياها لهذه الغاية، لا تكون الهبة سوى نقود فهي ليست مالاً استخدماه»[1]. فالعملية تجمع شراء من جهة اولى، وهو عقد معاوضة، ومن جهة ثانية إمّا تسليم الشاري النقود لاتمام الوضع، وإمّا إيفاء يتم مباشرة للبائع يقوم به زوج الشاري، مما يشكل في أي حال عقداً مجانياً. فالبيع في ذاته تام وبالتالي بمنجى من أيّ مطعن[2]. أما الهبة فهي صحيحة مبدئياً، سواء ظهرت كهبة يدوية للنقود أو كهبة غير مباشرة بمفعول الدفع الذي جرى لصالح الغير[3]، وهي لا تقع تحت طائلة الإبطال إلا أن تكون مستترة، وعلى وجه الخصوص إذا صدر عن الزوج الشاري إعلان كاذب عن مصدر الأموال المستخدمة لاكتساب الملكية[4].

= وتعتبر الهبة، عندما يكون الثمن ادنى من قيمة المال، غير مستترة وإنما غير مباشرة، F.Terrè et Y. Lequette, Les successions, Les libéralités، المذكوران سابقاً، رقم 473.

(1) يضيف النص الذي يطبق مبدأ الدين الكبير القيمة أن حقوق الواهب (في حالة الرجوع عن الهبة بصورة خاصة). أو حقوق ورثته (في حالة الردا والتخفيض على وجه الخصوص) موضوعها «مبلغ من المال حسب قيمة المال»؛ انظر حول هذا الموضوع J.Vitte, L'achat pour autrui، مجلة قصر العدل، 1972، 2، الفقه؛ 447؛ S. Piédelièvre, Réflexions sur l'achat pour autrui entre époux، م، إ، د، 1991، 1، 3448؛ F.Terré et. Y. Lequette, Les Successions, Les libéralités، المذكوران سابقاً، رقم 73 J. Flour et H. Souliau, Les libéralités، المذكوران سابقاً، رقم 52.

(2) كان هدف المشترع من إدخال المادة 1099 ـ 1 في القانون المدني في عام 1967، تأكيد هذا الحل ومخالفة الاجتهاد أو الذي كان يسمح، عن طريق مفهوم الهبة المستترة، باعادة النظر بمجمل العملية وبالتالي ابطال البيع.
إن الزوج الذي يشتري المال بنقود اعطاه إياها الزوج الآخر يظهر وحده كمكتسب الملكية، انظر حكم الغرفة المدنية الاولى، 9 تشرين الاول 1991، Defrénois، 1991، 1558، ملاحظة Champenois.

(3) ويجري احيانا اعتبار أن تسليم النقود، أو الايفاء لصالح الغير، الذي يقوم به الزوج لصالح زوجته لا يفسر بنية تبرعية وإنما يشكل مكافأة على تعاون الزوجة في نشاط الزوج المهني، انظر حكم الغرفة المدنية الاولى، 24 تشرين الاول 1978، م، إ، د، 1979، II، 19220، تعليق Patarin، ف د، 1979، 945، ملاحظة Champenois، تعاون يتجاوز أعباء الزواج؛ حكم غ م أ ن، 10 تموز 1979، ن، د، 1980، 44، القضية الثالثة، تعليق Ponsard، د، 1980، اعلامات سريعة، 138، تعليق D.Martin، مساعدة الزوجة في استثمار سينما، حكم غ، م، أ، ن، 28 شباط 1984، ن، م، I، رقم 78، مساعدة الزوجة زوجها؛ أو كذلك مكافأة الزوجة لنشاطها في البيت الزوجي، انظر حكم غ، م، أ، ن، 20 أيار 1981، ن،م، I، رقم 175، م، ف، ق، م، 1982، 784، ملاحظة Patarins، زوجة تخلت عن أي نشاط لقاء مقابل لتكريس نفسها لادارة البيت الزوجي؛ انظر مع ذلك حكم غ، م، أ، ن، 4 آذار 1980، ن، م، I، رقم 76، الذي بيّن أن الزوجة عليها القيام بما هو أبعد من موجبها في الاسهام في اعباء الزواج؛ أضف إلى ذلك حكم غ، م، أ، ن، 9 أيار 1976، ن، م، I، رقم 183، تسليم اموال معتبر كاسهام الزوج في أعباء البيت الزوجي، وفي فرضية معاكسة، انظر حكم غ، م، أ، ن، 25 شباط 1981، م، إ، د، الطبعة N، 1981، صفحة 205، مكافأة عمل الزوج، فائض القيمة المقدم لاموال الزوجة الشخصية.

(4) انظر حكم غ، م، أ،ن، 6 كانون الثاني و21 تموز 1987، ف د، 1987، 1507، ملاحظة Champenois؛ وكذلك حكم غ، م، أ، ن، 26 نيسان 1984، ن، م، I، رقم 139، م، إ، د، الطبعة N، =

ويخلق البيع، بصورة اعم، صعوبات بالنسبة إلى مصدر النقود[1]، وعلى وجه الخصوص في حالة اكتساب ملكية مشتركة قام به زوجان اموالهما منفصلة أو قام به خليلان[2].

11120 ـ ب. التفريق حسب طبيعة المقابل. يقال إن البيع لا يتطلب ثمناً وحسب وإنما ثمن بالعملة. ويشهر بعض الاحكام هذه الفكرة: هكذا جرى وصف التفرغ عن قطعة أرض مقابل التعهد ببناء مركز فروسية بأنه عقد غير مسمى[3].

على أن مدى التفريق محدود: العقود التي تؤمن نقل ملكية شيء لقاء مقابل غير نقدي ـ شيء آخر، إقامة بناء وتقديم خدمات مختلفة. . . ـ خاضعة في الواقع لقواعد البيع، على الأقل في ما هو اساسي. ونادراً ما لا يستبعد، في المادة العقارية، إلاّ الابطال لعلة الغبن لأن هذا النوع من العمليات يمكن أن يكون له طابع جزافي[4].

والحل معتمد في عقد المقايضة المعرّف كفعل تقديم «شيء مقابل شيء آخر» (المادة 1702 من القانون المدني)، وليس لقاء دفع مبلغ من العملة، مما يفرقها عن البيع[5]، ويعلن القانون المدني أن قواعد البيع تطبق عليها (المادة 707) باستثناء قواعد الإبطال لعلة الغبن (المادة 1706)[6]، حتى أنها منذورة للقيام بدور مزدوج: بالنسبة إلى

= 1985، II، 26، ملاحظة Ph.Rémy، م، ن، ق، م، 1985، 99، ملاحظة Patarin، ف، د، 1985، 464، ملاحظة Champenois.

(1) انظر M.Dagot, L'origine des deniers، م إ د 1989، الطبعة N، الفقه، صفحة 169؛ يعتبر العقد الذي تعترف فيه الزوجة، في العلاقات بين الزوجين الشريكين في الاموال، بأنها مدينة زوجها لأن زوجها سدد، خلال الزواج، الاقساط السنوية للقرض الذي تعاقدت عليه لشراء عقار، أنه يشكل اتفاقية متعلقة بتصفية اشتراك الاموال بين الزوجين العائدة إلى المادة 1450 من القانون المدني التي تتطلب عقدا موثقا وليس الاعتراف بدين شخصي، انظر حكم غ. م. أ. ن، 18 تشرين الثاني 1992، I، رقم 281، Dalloz، 1993، الموجز 219، ملاحظة M. Grimaldi.

(2) انظر الباب الفرعي II، اللاحق، الفصل I، القسم I، بيع عقار، الفقرة 2، المدخل؛ والمادة 1099 ـ 1 من القانون المدني لا تطبق على العلاقات بين خليلين، انظر حكم غ، م، أ، ن، أول أيار 1978، ن، م، I، رقم 85.

(3) حكم غ، م، ث، ا، ن، 17 أيار 1981، ن، م المدنية، III، رقم 56، د، 1981، إ، س، 442، ملاحظة Ch. Larroumet، تفرغ مقابل فرنك واحد؛ وحكم غ، م، أ، ن، 12 تشرين الاول 1967، د، 1968، الموجز 29، تفرغ عن رقبة ملك عقار لقاء تعهد المستفيد بالقيام بجميع الاصلاحات الضرورية ودفع دخل للمتفرغ، رد دعوى الابطال لعلة الغبن: لا يشكل ذلك بيعا، إلاّ أن «خدمة التقديمات المؤداة لا يمكن اعتبارها ثمنا» (ولو كان من الواجب القيام بتقويم لاسباب ضريبية).

(4) انظر كمثال حكم غ، م، أ، ن، 19 تموز 1983، ن. م، I، رقم 212، بيع عقار مع الاحتفاظ بحق الاستعمال والسكن، غرر.

(5) انظر في شأن هذا العقد الرقم 1200 وما يليه؛ B.Soussi-Roubi, Le contrat d'échange، وحكم غ م أ ن، 1978، 257.

(6) كان استبعاد هذا الابطال لعلة الغبن ولا شك لتجنب لصعوبات تقويم مالين، لأن عقد المقايضة ليس له بطبيعته طابع جزافي؛ وللمقايض الحق في امتياز بائع عقار سنداً للمادة 2103 ـ 3° من القانون المدني =

كل من التقديمين المتبادلين[1]. وهذا طبيعي جداً طالما أن المقايضة، وهي اصل البيع تنزع إلى النتيجة عينها وإنما بوسائل أكثر خشونة وحسب.

وعملت الحقبة العصرية على إظهار صيغ اخرى[2] أصلية إلى حد ما: على وجه الخصوص المقدمة في الشركة التي تأخذ اسم مقدمة عينية عندما تتناول مالا (مؤسسة تجارية، عقارا...) تنقل ملكيتها إلى التجمع الذي ينضم إليه فاعل المقدمة. ويرتكز مقابل نقل الملكية على حصص في الشركة: ومن هنا الطابع الجزافي للعملية طالما أن قيمتها تتوقف على ما يمكن أن تحققه من ربح أو أن تتحمله من خسارة. على أنه يعتبر عموما أنه ينبغي تطبيق قواعد البيع على المقدمات للشركة[3] ولاسيما في ما يتعلق بفاعل المقدمة: وموجب التسليم والضمان... بيد أن الطابع الجزافي للعقد يسوّغ استبعاد الإبطال لعلة الغبن.

وهذه الاوضاع القريبة من البيع تشترك في أنها لا تحوي ثمناً بالعملة: جرت مماثلتها بالمبيعات إلى حد كبير لأنها جرت لقاء مقابل. ويتم ذلك على وجه التقريب كما في مادة الايجار حيث يؤخذ بهذا الوصف وبالنظام المتحدر منه حتى عندما لا يكون للمقابل طابع نقدي[4]. يمكن إذاً الاعتبار، مبدئياً، أن أيّ تمليك بعوض يعود، من حيث المبدأ، إلى قانون البيع.

وكذلك في شأن بيع عقار مقابل موجب مكتسب الملكية في العناية بالبائع، أو الإيجار مع الغذاء المماثل لبيع لقاء دخل عمري، انظر الرقم 11449 اللاحق وما يليه.

11121 ـ الإيفاء بعوض. يصلح هذا الحل أيضاً في حالة الايفاء بعوض الذي غالباً ما يقارن بالبيع[5]. وتتيح هذه الإوالية اللجوء إلى سقوط موجب (الوضع) عن طريق

= لتأمين فرق الانصبة، انظر حكم غرفة العرائض، 11 أيار 1863، د، د، 1864، 1، 191.

(1) يمكن، في بعض الظروف، اعتبار أننا امام بيع مزدوج مع مقاصة متبادلة للثمنين أكثر مما نحن امام مقايضة، انظر في شأن إعادة الوصف من مقايضة إلى بيع حكم غ، م، ث، ن، 26 حزيران 1973 ن، م، III، رقم 436، بيع قطع اراضٍ، أهمية فرق الانصبة، ارادة اقامة عقبة امام حق المستأجر بالشفعة؛ حكم غ. م. ث. ا. ن، 15 آذار 1977، ن، م، III، رقم 120، الموضوع عينه؛ وكذلك حكم غ. م. ث. ا. ن، 18 آذار 1980، ن. م، III، رقم 65، بيع قطعة أرض وشراء قسم مع شرط عدم الشفعة بالنسبة إلى شركة التأهيل العقاري والمؤسسة الريفية (SAFER)، وهما عقدان متلازمان وإنما متميزان يحققان مقايضة في ذهن البائعين، الشراء مستحيل لوجود الشفعة، وبيع مبطل بسبب الغلط، حكم غ. ث. ن، 13 أيار 1973، ن. م، V، رقم 158، شراء سندات في المصفق (البورصة) وبيعها، استمالة إجراء مقايضة.

(2) حول استخدام الملكية بصفة ضمان وهو يطبق أكثر فأكثر، انظر على سبيل المثال Ph. Simler et Delebecque, Les Sûretés, La publicité foncière، موجز Dalloz، 1989، رقم 210 وما يليه.

(3) في هذا الاتجاه Collart Dutilleul et Delebecque، رقم 137، قارن بـ Malaurie et Aynès، رقم 69، وهما يرفضان تطبيق قواعد البيع ويشددان على أن حقوق التفضيل والشفعة ليس لها دور في حالة كهذه.

(4) انظر الرقم 21142 اللاحق وما يليه.

(5) انظر Planiol et Ripert، الباب X، تأليف Hamel، رقم 7؛ وحول الإوالية انظر Léoty, La nature juridique de la dation en paiement، م. ف. ق. م، 1975، 1975، 12.

تغيير موضوعه: إنه، عمليا على وجه العموم شيء مقدم (العوض) مكان مبلغ من العملة المتفق عليه في الاساس، فهو استبدال. وما هو من المهم بيانه هنا أن للعوض المتفق عليه بين الفريقين للدفع[1] مفعول ناقل للملكية: في هذا المقياس كله يماثل بالبيع[2]. وهكذا تسري القاعدة التي بمقتضاها ينتقل الشيء، إذا كان موجب التسليم تاما، إلى عهدة مكتسب الملكية منذ تبادل الرضا، على الايفاء بعوض[3]، وتطبق عليه قواعد الابطال لعلة الغبن[4].

إن محكمة النقض ابتعدت عن فكرة أن ثمن البيع يجب أن يكون من طبيعة نقدية في صدد الايفاء بعوض، واعلنت ان «بيع شيء ما يمكن أن يكون محققاً لقاء مقابل غير دفع مبلغ من العملة»[5].

على أنه يبقى، خارج المماثلة، كل ما يتعلق بوظيفة الايفاء الذي يؤمنه العوض: صحته مرتبطة بوجود موجب سابق ينبغي اسقاطه[6]، مما يشكل نمط ايفاء غير عادي[7].

وبعض الاحكام الذي يماثل الايفاء بعوض بالبيع صدر في صدد ما امكن وصفه

---

(1) تنص المادة 1243 من القانون المدني على أنه «لا يمكن إكراه الدائن على تلقي غير ما يتوجب له، بحيث أنه يقتضي أن يوافق الفريقان على تحويل الموجب إلى مبلغ من العملة في نقل ملكية مال ما.

(2) انظر بهذا المعنى Planiol et Ripert، الباب X، تأليف Hamel، الرقم 7؛ Collart Dutilleul et Delebecque، رقم 139؛ يضاف إلى ذلك أنه يمكن تقسيم الإيفاء بعوض إلى بيع مقترن بثمن ـ يقوّم بمبلغ من العملة ـ يترافق مع مقاصة بين دين الثمن والدين المعد لاسقاطه، انظر Vion، ن. د، 1979، 615؛ قارن بـ Malaurie et Aynès، رقم 70، وهما أكثر تحفظاً؛ انظر أيضاً حكم غ. م. أ. ن، 27 كانون الثاني 1993، ن. م، I، رقم 39، Defrénois، 1993، ملاحظة J. L. Aubert، كمية مقطورات معطاة لدفع دين باعها المدين للغير، ملكية الدائن منذ اتفاق الفريقين: يستند الحكم حقاً إلى المادة 1138 من القانون المدني التي تطرح المبدأ العام المطبق على جميع الاتفاقيات التي تتضمن نقل مليكة شيء ما.

(3) إذا تعلق الأمر بشيء مستقبلي يكون الحل، كما في حالة البيع، اعتبار نقل الملكية تاما عندما يكون الشيء جاهزاً فعلياً للتسليم، انظر حكم الغرفة المدنية الثالثة، 12 تموز 1976، م، إ، د، 1977، II، 18688، تعليق Dagot؛ بيع قطع ارضٍ لقاء تسليم اماكن معدة للبناء.

(4) انظر حكم غ، م، ث، ا، ن، 4 تموز 1968، ا، ن، م، III، رقم 324، كما يكون حق المستأجر في الشفعة مفعوله، انظر حكم غ، م، ث، ا، ن، 4 نيسان 1968، م. إ. د، 1968، II، 15586، تعليق Ourliac و Juglart.

(5) حكم غ م ث ا ن، 9 كانون الاول 1986، ن م، III، رقم 177، د، 1987، 1187، ملاحظة Vermelle، بيع قسم من قطعة ارض مقابل اماكن معدة للبناء في قسم آخر احتفظ به البائع: على أن القضاة، بسبب عدم تعيين التقديمات المتعلقة بموجب البناء بدقة، قبلوا عدم تحديد الثمن وبالتالي بطلان العقد.

(6) انظر Planiol et Ripert، الباب X، تأليف Hamel، رقم 7.

(7) ثمة نمط غير عادي للايفاء بالنسبة إلى قانون الإجراءات الجماعية: وبما أنه اعتمد خلال الفترة المشبوهة فيمكن ان يعاد النظر فيه، انظر المادة 10 من قانون 25 كانون الثاني 1985 الذي استعاد الحل المقبول تقليدياً في شأن هذه النقطة، انظر حكم الهيئة العامة لمحكمة النقض بكامل اعضائها، 22 نيسان 1974، Dalloz، 1974، 613، تعليق Derrida، مصنف الاجتهادات الدوري، 1974، II، 17876، تعليق A.Bénabent.

«بايفاءات بعوض كاذبة»[1]. كان الأمر يتعلق، بالفعل، بأوضاع على بائع قطعة أرض فيها أن يتلقى كمقابل ـ في الغالب بالإضافة إلى قسم من الثمن بالعملة ـ أماكن في عقار تعهد الشاري ببنائها على قطعة الارض هذه: تسمى العملية التفرغ عن قطعة أرض مقابل وعد بتسليم اماكن معدة للبناء[2]. أنها تشبه الايفاء بعوض في أن الدائن بثمن قطعة الارض عليه أن يتلقى شيئاً كإيفاء. بيد أن الإوالية تختلف عندما يكون الفريقان قد اتفقا على هذا النحو منذ البداية: ليس في ذلك استبدال شيء بآخر، في موجب ما ولا تجديد. ويبدو أن الاصح هو الأخذ بوصف المقايضة: مقايضة شيء موجود، هو قطعة الارض، مقابل مال مستقبلي، أي الامكنة[3].

على أن المحاكم، في ما يتعلق بنقل ملكية الاماكن المعدّة للبناء، تتردد في نقل قواعد البيع[4]، وهذا ما يجب أن يفرضه وصف المقايضة.

11122 ـ حالات خاصة. مماثلة مختلف حالات نقل الملكية بعوض بالبيع لا تستبعد واجب القيام بتفريق في هذه الحالات الخاصة، هكذا بين البيع والمقايضة عندما يكون هناك لعبة مصالح كحق المستأجر في الشفعة أو الإبطال لعلة الغبن.

وطرحت المسألة بالنسبة إلى المقايضة مع فرق الأنصبة، كحالة وسيطة بين المقايضة والبيع. إذا لم تكن للاشياء، في العملية، القيمة ذاتها تجري مقاصة الفرق بمبلغ من العملة: فرق الأنصبة. فهل تشكّل المقايضة مع فرق الانصبة مقايضة حقيقية أم تشكل

---

(1) Malaurie et Aynès، رقم 71 (اللذان يوردان استعادة مركبة قديمة عند البيع مقابل مركبة جديدة)؛ انظر أيضاً Ghestin et Desché، رقم 55.

(2) انظر حول هذه العملية التي تختلف حسبما يكون ثمة بيع لكامل قطعة الارض أو التفرغ عن حصص نسبية من قطعة الارض، الرقم 11551 اللاحق؛ والمماثلة بالايفاء بعوض أو بعقد المقايضة لا تستقيم إلاّ بالنسبة إلى الصيغة الاولى، أي بيع كامل قطعة الارض مقابل تسليم الاماكن.
وتسليم الامكنة المعدة للبناء هو الذي يشكل موضوع العوض المزعوم الذي يجري التساؤل حوله لتطبيق وصف البيع، وحول هذه العملية انظر بصورة خاصة B. Stemmer, A propos des cessions de terrains contre remise de locaux à construire، مصنف الاجتهادات الدوري، الطبعة N، 1975، 1، 2677؛ حكم غ، م، ث، ا، ن، 9 كانون الاول 1986، ن، م، III، رقم 177، عدم تحديد الثمن، الابطال.

(3) ذلك يحيل إلى الملاحظات السابقة، الرقم السابق، حول المقايضة.

(4) انظر حكم غ، م، ث، ن، 19 تموز 1983، ن، م، III، رقم 168، الذي رفض ان يطبق على الموجب الذي اضطلع به الشاري ببناء عقار ـ وتسليم البائع تسما من قطعة الارض ـ قواعد معاقبة غياب محتوى المادة 1619 وما يليها من القانون المدني؛ حكم غ، م، ث، ن، 9 كانون الثاني 1991، م، إ، د، 1992، II، 21846، تعليق F.Steinmetz، تحليل دين شاري قطعة الارض كموجب فعل شخصي بحت.
وفي أي حال، وفي ما يتعلق بالتفرغ عن قطعة الارض، الاجتهاد ميال إلى تطبيق قواعد البيع، انظر J.- L. Bergel, Les ventes d'immeubles existants، 1983، رقم 412؛ Collart Dutilleul et Delebecque، رقم 140، تقرير Ghestin et Desché، رقم 55، وقد أخذا بوصف المقايضة إذا لم يتم ذكر أي ثمن في العقد، وبوصف البيع إذا ورد ذكر لهذا الثمن (إذ يتحول هذا الثمن إلى موجب تسليم الاماكن).

بيعين متلازمين أو تنقسم إلى مقايضة يرافقها بيع؟. اختارت محكمة النقض في أول الأمر الوصف التوزيعي: مقايضة في قسم بما يعادل القيمة الأضعف، وفي آخر بيع في ما يتعلق بفرق الأنصبة[1]. إلا أن شطر العملية على هذا النحو ليس ملائماً. فبعض الاحكام فضّل الأخذ بوصف وحيد وتطبيق مبدأ التابع يلحق الاصلي. والأمر يتعلق ببيان ما هو الموضوع الاساسي للعقد استناداً إلى الاهمية المتبادلة لثمن الاموال ومبلغ فرق الأنصبة: إذا كان أعلى من قيمة احد هذين المالين نكون أمام بيع[2]. وبالمقابل إذا كان هذا الفرق قليلا بالمقارنة فهو ليس سوى تابع وتبدو العملية كمقايضة[3].

وينبغي كذلك الأخذ في الحسبان التنظيمات الخاصة التي لا تترك المكان إلاّ لعقود كالبيع وليس المقايضة. فمقايضة العقارات مثلا غير مقبولة لاسباب ضريبية: تعامل الخزينة هذه العملية كبيع مزدوج وتستوفي رسوم الانتقال على ثمن كل من المالين وليس على الفرق الذي يمكن أن يكون موجوداً مما يجعل دمج التفرغين في عمل واحد بلا فائدة[4]. كما أنه من المتفق عليه ان شراء السندات في المصفق (البورصة) وبيعها لا يمكن اجراؤهما على نمط المقايضة، وإنما فقط في شكل بيع[5].

الفقرة 3 ـ البيع والعمل المستقل والخدمة

11123 ـ في حين أن البيع يرتكز على تقديم مال فإن تأجير العمل المستقل، أو **عقد المقاولة**، موضوعه عمل ينفّذه باستقلال تام شخص يحقق عملا مستقلا أو يقدّم

---

(1) حكم الغرفة المدنية، 30 تشرين الاول 1950، د، 1950، 753، تعليق Lenoan، اكتساب احد الزوجين ملكية خاصة به عن طريق عقد مقدم كمقايضة: تجاه فرق انصبة يشكل 7/ 9 من المال المكتسب، تكون العملية مقايضة بالنسبة إلى 2/ 9 من المال وبيعا بالنسبة إلى 7/ 9.

(2) انظر حكم الغرفة المدنية الاولى، 6 آذار 1967، مصنف الاجتهادات الدوري، 1962، II، 12838، فرق أنصبة أعلى بصورة واضحة من قيمة المال المنقول، وصفه بالبيع، اكتساب الزوج الملكية، القُنية أو ما هو مكتسب)؛ حكم غ م ث ا ن، 15 آذار 1977، ن م، III، رقم 120، قطعة ارض مقابل عمارة، فرق أنصبة يعادل 2/ 3، ارادة اقامة عقبة امام حق المستأجر في الشفعة، بيع؛ حكم غ م ث ا ن، 9 كانون الثاني 1991، ن م، III، رقم 18، م إ د، الطبعة N، 1992، II، تعليق J.- M. G.، مقايضة قطع اراضٍ زراعية استناداً إلى المادة L.3-412 من القانون الريفي، فرق انصبة هام، نية غشية، ارادة افشال حق المستأجر في الشفعة، وصف المقايضة ثم استبعاده؛ انظر أيضاً حكم غ م ث ا ن، 26 حزيران 1973، ن م، III، رقم 436، تحايل على حق المستأجر، اعادة وصف العقد بيعا.

(3) انظر Ghestin et Desché، رقم 40.

(4) انظر حول عقدين متلازمين بمبيعات منفصلة، معالجين كأنهما يشكلان كلاً، حكم غ م ث ا ن، 16 آذار 1980، ن م، III، رقم 5، قطع اراضٍ؛ قارن في صدد ضم الاراضي الريفية بمقايضات الاراضي التي تسوسها المادتان 37 و 38 ـ 8 والمادة 52 ـ 3 من القانون الريفي.

(5) انظر حكم غ ت ن، 13 أيار 1973، ن م، IV، رقم 158، «الخاصيات الاساسية لعملية في المصفق (البورصة) في تمانع مع قواعد المقايضة».

خدمة[1]. وعلاقات الجوار بين العقدين عديدة وفي الغالب معقدة لأن الشيء المقدّم هو موضوع عمل لأن تقديم مال يترافق مع خدمات: توريد المال (عقد البيع) غالباً ما يترافق مع تقديمات كالتجهيزات أو الخدمة بعد البيع؛ وصيانة التجهيز (تأجير العمل المستقل) يجمع في الغالب بين اليد العاملة وتوريد القطع المنفصلة.

إن فائدة التفريق ملموسة: يفترض البيع ثمنا محدداً منذ البدء، أما تأجير العمل المستقل فلا يتطلب ذلك من حيث المبدأ؛ ونقل الملكية والمخاطر يتم منذ اتفاق الفريقين أو منذ التحقق من نوع المال المقدّم في مادة البيع، في حين أنه ينبغي انتظار أن يكون الشيء جاهزاً للتسليم في تأجير العمل المستقل؛ والضمان المتوجب على البائع المهني صارم وغير قابل ليكون موضوع بنود معاكسة؛ مما يجعله في وضع أقل سهولة من مستأجر العمل المستقل أو من مقدّم الخدمة؛ ومكتسب الملكية الذي له صفة المستهلك محميّ بشكل أفضل من صاحب العمل المستقل أو المستفيد من خدمته[2]... وقانون عام 1975 الذي حسّن امكانيات تسديد المقاول من الباطن[3] عزز فائدة التفريق.

والشبه الموجود بين بيع حاجة وتحقيق عمل مستقل يولّد صعوبات وصف (أ)؛ وتلاحظ تماما مقارنات عديدة بين البيع والخدمة (ب)[4].

11124 ـ أ. البيع والعمل المستقل. يتناول البيع دائما شيئا ما، وغالبا ما يكون موضوع العمل المستقل صنع شيء ما. ومن هنا التنافس في الوصف: محاولة تفضيل الوصف الثاني عندما يتخذ العمل الواجب تنفيذه لصنع هذا الشيء أهمية أكبر.

ونادراً ما تكون ثمّة صعوبة عندما يكون المال موجوداً عند إبرام العقد: من يسعَ

---

(1) اعلن Thaller عن وجه حق، رقم 1053، أن تأجير العمل المستقل هو من جانب الواعد «عقد صناعي» وليس «عقد تاجر»، بيد أنه نادرا ما يقبل فروقات بين العقدين.

(2) Ghestin et Desché، رقم 73؛ A. Bénabent، رقم 485؛ J. Huet, Responsabilité du vendeur، رقم 111؛ اضف إلى ذلك تقرير فريق عمل اللجنة التقنية للمقاولة من الباطن برئاسة J. Ghestin، «عقد البيع وعقد المقاولة في مادة المقاولة من الباطن»، م ف ق ت. 1981، 1؛ انظر على وجه الخصوص حول واقع أن البنود المقيدة للمسؤولية مستبعدة في مادة البيع في العلاقات مع المستهلك وليس في تأجير العمل المستقل، حكم غ ، م، أ، ن، 25 كانون الثاني 1989، د، 253، تعليق Malaurie، م إ د، 1989، II، 21357، تعليق G.Paisant، م ف ق م، 1989، 532، ملاحظة J.Mestre، انتشار التصوير المقترن ببيع الشريط، البيع.

(3) قانون 31 كانون الاول 1975، منح المقاول من الباطن دعوى مباشرة ضد صاحب العمل المستقل لإيفاء ثمن عمله الذي لم يقم به المقاول الاصلي الذي طلب إليه تقديم خدماته: يخلق هذا النص، بين الذين لجأ إليهم المقاول الاصلي، فرقا في المعاملة بين المقاول من الباطن (كمقاول) ومورّد المراد (كبائع)، انظر حول قانون عام 1975 الرقم 32338 اللاحق وما يليه.

(4) حول هذين المظهرين لتأجير العمل المستقل انظر الرقم 123 32 اللاحق وما يليه.

إلى اكتساب ملكيته يكتسبها بمفعول البيع، والعمل أياً كانت ضخامته يندمج في الشيء. هذه هي الحال ولاسيما في بيع العين: عقار موجود وأثاث قديم...

وهناك بعض الشك أيضاً، في تحقيق الشيء، عندما يقدّم المعدات أحد الزبائن: من يصنعها أو من يكيّفها لا يقدّم إلا عمله ويبدو كمقاول ينفّذ عملا مستقلا وليس كبائع[1]. وأكثر من ذلك، عندما لا يكون الشيء قد صنع، وإنما جرى تصليحه أو صيانته: يشكّل التقديم مجرد خدمة.

والتردد، بالمقابل، مسموح بين البيع والتأجير عندما يتعلق الأمر بتوريد شيء مستقبلي ـ تقديم وارد بتعابير عامة في المادة 1130، الفقرة 1 من القانون المدني ـ ويقدم من طلب إليه التقديم المواد. وتكون الصعوبة أكثر حدة عندما يتعلق الأمر بمنقولات أكثر مما يتعلق بعقارات.

11125 ـ 1°. العقارات. في المادة العقارية يكون لمفعول جذب ملكية الأرض شأنه، فيكون هناك حلان ممكنان.

ـ إذا كان البنّاء هو الذي يقدم قطعة الارض يتغلب وصف البيع أياً كان اتساع العمل المقدم: من يحقق الاشغال يعتبر بتفرغه عن قطعة الارض[2] بائع ما يبنيه فيها وما يضمه إليها عن طريق الالتصاق استناداً إلى المادة 551 من القانون المدني[3]. والحل مقبول منذ مدة طويلة كتطبيق للقاعدة **الفرع يتبع الاصل** (التابع يلحق بالاصل).

وقد تم الأخذ به حديثاً في قانون 3 كانون الثاني 1967 حول بيع العقارات للبناء الذي يعطي البنّاء في هذه الحالة صفة البائع[4]. يضاف إلى ذلك أن تنظيم هذا العقد

---

(1) يمكن الشك في ذلك عند تطبيق التفريق بين المنتج الموحد والمنتج النوعي ـ انظر حول هذه النقطة ما يلي النص ـ عندما يضع المورد منتجا موحدا باستخدام مواد يوفرها له شريكه في التعاقد: نادراً ما تتمثل الفرضية عمليا وثمة اغراء في قبول وجود بيع.

(2) حتى ولو حصل عليها بصورة غير مباشرة، حكم الغرفة المدنية الثالثة، 11 كانون الاول 1991، النشرة المدنية، III، رقم 316.

(3) انظر بهذا المعنى Ripert et Boulanger، رقم 2068؛ Malaurie et Aynès، رقم 76؛ Bénabent، رقم 483؛ وعلى نقيض ذلك النقض المدني، 18 تشرين الاول 1911، حكمان، Dalloz، 1912، 1، 113، تعليق M. Planiol، قطعة ارض بملكية صاحب العمل المستقل، وصف تأجير؛ حكم غ م أ ن، 27 كانون الثاني 1959، ن م، I، رقم 54، مصعد، حكم غ م ث ا ن، 17 تشرين الاول 1973، ن م، III، رقم 533، منزل مصنوع مسبقا.

(4) مع ان التعريف المعطى لهذا النوع من البيع في المادة 1601 ـ 1 من القانون المدني هو تعريف «عملية يلتزم فيها البائع بتشييد عقار في مهلة محددة في العقد» مما يدعو إلى التفكير في تأجير عمل مستقل أكثر مما هي بيع.

مندمج في جسم قواعد مدوّنة القانون المدني المكرسة للبيع[1] ويجب أن يبرم أمام كاتب عدل كأي بيع عقار آخر[2].

على أنه ليس للوصف تأثير حاسم، إذ من الصحيح ان نظام هذا العقد يظهر كمزيج من قانون البيع وقانون التأجير: إذا كانت المادة 1601 ـ 3 من القانون المدني مثلاً التي تعالج البيع «في حالة الانجاز في المستقبل» البديل الأكثر استعمالا لبيع عقار للبناء، تنص على أن «العقد الذي ينقل البائع بمقتضاه لمكتسب المالية فوراً حقوقه في الارض وكذلك ملكية الابنية الموجودة» وأن «الاعمال المستقبلية تغدو بملكية هذا المكتسب تدريجياً حسب تنفيذها»، وكل شيء منسجم مع فكرة البيع[3]، فإن المادة 1646 ـ 1، بالمقابل، تنص على أن بائع عقار للبناء يضطلع بضمانات المهندس المعماري أو المقاول ذاتها وكذلك بمسؤولياته بمقتضى المادة 1792 وما يليها، مما يعني تأجير العمل المستقل[4]. وفي الواقع لبائع العقار للبناء صفة مزدوجة: أنه مقاول وبائع في الوقت عينه[5].

ـ إذا لم يقدم الباني الأرض، وفي هذه الحالة يبني على العموم على أرض شريكه في التعاقد، فإن العقد يكون عقد تأجير عمل مستقل خاضع للمادة 1779 وما يليها.

11126 ـ 2°. المنقولات. تبرز الصعوبة، في شأن توريد الأموال المنقولة[6]، قبل

---

(1) الأمر على هذا النحو على الأقل في شأن الاحكام الرئيسية التي يشكل موضوعها والمبعثرة في القانون المدني: المواد 1601 ـ 1 وما يليها و1642 ـ 1 و1646 ـ 1... من القانون المدني، والباقي في قانون البناء والسكن.

(2) بالنسبة إلى بيع العقارات الموجودة يفرض العقد امام الكاتب العدل لغاية العلنية: يفرض القانون هنا بقوة أكثر بصفة قاعدة شكلية، المادة L.11-261 من قانون البناء والسكن؛ وحول بيع العقار المعد للبناء، انظر الرقم 11523 اللاحق وما يليه والرقم 32415 اللاحق وما يليه.

(3) الأمر مختلف في البيع المسمى «البيع لاجل» الذي تنص المادة 1601 ـ 2 بالنسبة إليه على نقل الملكية في آونة التحقق بموجب عمل موثق من إنجاز العقار.

(4) اصبح وصف البيع بسبب ذلك بدون تأثير في نظام المسؤولية الذي غدا خاضعاً لقواعد الضمان لعشر سنوات ايّاً كانت طبيعة العقد، إنطلاقاً من آونة وجود عملية بناء؛ انظر حكم غ. ث. م. ن، 11 كانون الاول 1991، ن م، III، رقم 317، بيع عقار معد للبناء، المادة 1641 من القانون المدني غير قابلة للتطبيق.

(5) وأكثر من ذلك، في حين أن الاجتهاد رفض امتداد نظام بيع عقار معد للبناء إلى حالة بيع عقار منجز كان البائع بانيه، معتبرا العملية كمجرد بيع (استبعاد قواعد المسؤولية العشرية، انظر حكم غ م ث ا ن، 11 كانون الاول 1973، ن م III، رقم 619) فإن قانون 3 كانون الثاني 1978 قلب الحل إذ عدل التعريف المعطى للباني في المادة 1792 ـ 1 الفقرة 2 من القانون المدني: «يفترض أنه بانٍ... 2° كل شخص قام ببناء عمل مستقل أو عمل على بنائه ثم باعه بعد انجازه».

(6) ينبغي ان نضع جانباً صعوبات الوصف الخاصة المبينة في اتفاقات التوزيع التي انتهى الاجتهاد في صددها إلى اختيار وصف من نوع خاص في ما يتعلق بأن يطبق عليها تطلّب تحديد الثمن: طرحت المسألة بصورة خاصة في شأن «عقود الجعة»، وهي عقود توزيع بين صانعي الجعة ومديري حانات بيع المشروبات بالمفرق وتتضمن، عدا توريد المشروب (بيع بناء على طلبات متعاقبة)، عددا معينا من الخدمات الملحقة (الدعاية والاشراف...)، مع ان محكمة النقض فضلت في أول الأمر وصف البيع، انظر حكم الغرفة التجارية، 23 =

أي شيء في فرضية تناول العقد شيئاً معداً للصنع حيث يمكن، عندما يقدم المواد من يصنع هذا الشيء، التردد قليلا بين وصف بيع شيء مستقبلي ووصف تأجير عمل مستقل.

ومن سلالة التقليد الروماني[1] أخذ فقه القرن التاسع عشر عموماً في حالة كهذه بوصف البيع[2]. وكان Planiol بين اواخر من أخذ بهذه الفكرة[3]، وكنا عندئذ في منعطف القرن، وتحت تأثير التصنيع تطورت الاشياء. فقبل Aubry و Rau من جانبهما فكرة التوفيق بين البيع والتأجير في فرضية كهذه[4]. وكان من الصعب استبعاد التأجير جذرياً في حين أن المادة 1787 من القانون المدني تنص على امكانية تكليف احدهم القيام بعمل مستقل مع الاتفاق على تقديم عمله وحسب أو «تقديم المادة أيضاً». ويبدو أن القانون المدني يقبل أن تعود هذه الحالة الاخيرة إلى تأجير العمل المستقل[5].

وانتهى الاجتهاد إلى التأكيد بوضوح أن عقد طلب شيء للصنع يمكن أن لا يكون بيع الشيء المستقبلي وإنما تأجير عمل مستقل[6].

وبما أن المبدأ مسلم به تبقى معرفة ما هو معيار التفريق طالما أنه من الثابت أن محكمة النقض تمارس رقابة هذا الوصف[7].

- نيسان 1971، Dalloz، 1972، 353، لاذت بغياب الوصف هذا مع تسويغ تطلب التحديد الوارد في المادة 1129 من القانون المدني، أي قانون المرجبات العام، انظر حكم غ، ث، ن، 11 تشرين الاول 1978، Dalloz، 1979، 135.

(1) كان Pothier ما زال يعلّم: «عندما يقدم العامل المادة يكون ذلك عقد بيع»، في Du contrat de louage، رقم 394.

(2) انظر A.Boistel، تعليق في Dalloz الدوري، 1978، 1، 97، صفحة 100، العمود الثاني مستشهدا بهذا المعنى بـ Troplong, Du louage، رقم 965، Zachariae: الباب 3، صفحة 45، Delmante et Colomet de Santerre، الجزء 7، رقم 241 (وعلى النقيض: Duranton، الباب 17، رقم 250، Duvergier, Du louage، الباب 2، رقم 255).

(3) تعليقات في Dalloz الدوري، 1897، I، 89، في صدد الآلات، وفي Dalloz الدوري 1898، 2، 465 في شأن الجدول (قضية Whistler).

(4) انظر Aubry et Rau، الجزء 4، الفقرة 374، صفحة 526، قبول وصف مختلط وإنما يسيطر فيه مظهر البيع: تطبق قواعد التأجير حتى التسليم وقواعد البيع بعد ذلك.

(5) كان الفقه المؤيد لوصف البيع يعتبر مع ذلك أن هذا النص لا يؤثر في الوصف ولم يفعل سوى ايراد حل، في الاساس، يطبق على بيع الشيء المستقبلي، وهو أن العامل الذي يقدم المادة يتحمل خسارة هذه المادة بحدث فجائي، المادة 1788 من القانون المدني.

(6) حكم مبدئي، الغرفة المدنية، 5 كانون الثاني 1897، Dalloz الدوري، 1897، 1، 89، طلبات Desjardins، تعليق ناقد، Planiol، منشورات Sirey، 1897، 1، 73، آلات، تطبيق المادة 1794 من القانون المدني.

(7) انظر على سبيل المثال حكم غ م ث ن، 21 تشرين الاول 1981، ن، م، III، رقم 109، خرسانة لبناء طريق سيار، عيب، نقض الحكم الذي أخذ بتعليل المورّد بأن الزبون لم يقم بالرقابة التي تقع على عاتقه كصاحب العمل المستقل، عقد وصف ببيع مادة بناء.

وقد جرى التوافق لمدة طويلة على إجراء تحليل كمي والاخذ بمعيار رسمي معياراً «اقتصادياً» وبمقتضاه من المناسب البحث في العملية مما يمثل في المادة المقدمة أو العمل المنفذ، العنصر المتفوق: العقد الذي يتفوق فيه توريد المادة (يجري الكلام عندئذ على «بيع للتسليم»)[1] هو بيع، في حين أن تأجير العمل المستقل يتغلب العمل فيه. ومن هنا بالذات يؤخذ بوصف وحيد ـ ما يزال يسمى حاصراً ـ للعملية، وذلك تطبيق آخر لمبدأ الفرع يتبع الأصل (أو التابع يلحق بالأصل)[2]. وليس من النادر أن يوصل هذا التحليل إلى نتائج حسنة. وهكذا من المقبول أن تسليم تجهيز مع تركيبه يشكل بيعاً لأن العمل المنجز ليس على وجه العموم سوى مجرد مكمل للشيء. كما أنه، في اتجاه معاكس، يمكن التوافق على أن نرى في عقد الترميم تأجير عمل مستقل لأن خدمة المطبخ والمائدة تتغلب إلى حد كبير، في القيمة، على توريد الاطعمة. وفي حالات كهذه يبدو الوصف الذي نتوصل إليه متوافقاً مع نية الفريقين.

على أن استعمال المعيار، عملياً، لا يستبعد الدقة: ذلك بأن الموازنة الرياضية لعناصر التقديم يمكن أن تبدو صعبة. ويلاحظ، فضلاً عن ذلك، أن القضاة غالباً ما يفضلون وصف البيع[3]، ولاسيما في ما يتعلق بالضمان المتوجب على المورد، حتى في الاوضاع التي يبدو فيها أننا أمام عمل خاص ينفذ لحاجات زبون خاص[4]. وربما،

---

(1) انظر على سبيل المثال حكم غ، م، أ، ن، 27 نيسان 1976، ن، م، I، رقم 143، تنفيذ مجموعة تزيين مؤلفة من ستائر وزركش خيطاني، وصف بيع، عمل معتبر كتابع للتوريد، تطبيق قواعد البيع بالائتمان، معدل مفرط: «العقد الذي يقوم فيه احد الاشخاص في الوقت عينه عمله وأشياء منقولة يجب أن يعتبر عقد بيع طالما أن العمل يشكل فيه التابع»؛ أضف إلى ذلك، في فرضية حيث يبدو تماماً أن الأمر يتعلق بتأجير، حكم غ، م، أ، ن، أول آب 1950، ن، م، I، رقم 184، منشورات Sirey، 1951، 1، 100، ف ق م، 1951، 388، ملاحظة J.Carbonnier، مقطورة جرى طلبها بموجب تصاميم اعدت خصّيصاً، عملية وصفت ببيع شيء مستقبلي، ملكية مكتسبة منذ إنجاز التحقيق بدون انتظار التسليم المادي؛ Planiol et Ripert، الباب X تأليف Hamel، رقم 5؛ Ghestin et Desché، رقم 76، وكذلك تقرير مجموعة عمل اللجنة التقنية للمقاولة من الباطن برئاسة J. Ghestin، م، ف، ق، ت، 1981، 1، رقم 7.

(2) انظر حول هذا المبدأ الرقم 1° السابق حول الاموال غير المنقولة.

(3) ينبغي الحذر من أن وصف العقد يتأثر احياناً بهاجس حماية المستهلكين: وهكذا، كخطوة للشريك المتعاقد الاضعف، اعتبار عقد بيع عملية لها طابع مختلط من البيع والمقاولة،انظر حكم غ، م، أ، ن، 25 كانون الثاني 1989، رد، د، 1989، 253، تعليق Ph.Malaurie، م، إ، د، 1989، II، 21357، تعليق Dalloz, G. Paisant، 1989، الموجز 337، ملاحظة J.-L.Aubert، مورّد اشرطة اضاع شريطا تلقاه للتظهير، شرط تحديدي للمسؤولية اعتبر تعسفياً تجاه التشريع الذي يحمي المستهلكين، عقد لا يميز بين كلفة الشريط وكلفة المعالجة، كل ما هو غير قابل للانقسام له ـ ولو كان ذلك بطريقة جزئية ـ طابع البيع.

(4) انظر حول تجهيز تبريد متكيف مع شاحنة، حكم غ، ت، ن، 5 كانون الثاني 1961، ن، م، III، رقم 11، توريد معتبر غير مطابق للطلبية، تحديد ضمان مستبعد؛ وفي صدد قطعة فولاذ مقولبة لتندمج في هيكل قارب لصيد السمك، انظر حكم الغرفة التجارية، 27 نيسان 1971، م، إ، د 1972، 17280، تعليق Boitard et Rabut، حاملة دفة المركب تصدع احدى الدعامات، نفقات الاصلاح وتثبيت المنقول، اعفاء من الضمان مستبعد، الصانع ملزم بمعرفة العيوب (أضف إلى ذلك، في هذه الحالة، حكم غ، ث، ن، 29 كانون الثاني =

وبكل بساطة، يستسلم الفريقان إلى السهولة، على اعتبار نظام البيع هو الأكثر إعداداً والمعروف أكثر من غيره.

وهذا المعيار ليس أقل من المعيار الذي أخذت به اتفاقية ڤيينا في صدد بيع السلع الدولي، حيث نصت المادة 3 ـ 2° منها على أنها لا تطبق في حالة «كون قسم متفوق من موجب الفريق الذي يورد السلع مرتكزاً على توريد اليد العاملة أو خدمات أخرى»[1].

11127 ـ موحّد أو خاص. التحليل الكمي لا يمكن إلاّ أن يدعو إلى ملطفات عندما ندرك، من جهة أولى، عدم امكانيته في أن يعكس حقيقة الاشياء، أو، من جهة ثانية، عندما يوصل إلى وصف موحد فيخشى أن يكون مخفضاً.

أما اختيار المعيار فقد أثبت الاجتهاد تطورا في شأنه. وكانت الخطوة عن طريق حكم محكمة النقض في 5 شباط 1985 الصادر في شأن هياكل معدنية معدة لأشغال اساسات عقار رأى القضاة فيها، لقبول وصف تأجير عمل مستقل، إن الصانع «قام بعمل خاص استناداً إلى بيانات خاصة» اعطاها زبونه. ومنذ ذلك الوقت كان هناك توافق على

- 1974، Dalloz، 1974، 268 م، إ، د، 1974، 17852، ملاحظة .H.T)؛ وفي شأن جهاز قولبة قداحات، حكم غ، ث، ن، 14 كانون الثاني 1974، ا، ن، IV، رقم 18، مهلة قصيرة، تأخر؛ وفي شأن مكنة آلية لتلميع مقود الدراجة، حكم غ، ث، ن، 19 كانون الثاني 1976، ن، م، IV، رقم 25: بيد أن الحكم يأخذ بعدم المطابقة ويستبعد قواعد الضمان؛ وبالنسبة إلى «هياكل سقوف» معدنية معدة لتشييد مرآب، وكان ينبغي البحث عما إذا تمت دراستها بصورة كافية لتتلاءم مع شروط الاستعمال، حكم غ، ت، ن، 17 شباط 1981، ن، م، IV، رقم 92، إنهيار بفعل تقلبات الجو؛ الحكم نقض قرار قضاة الاساس الذين قبلوا التأخر، المادة 1147 من القانون المدني؛ وفي صدد فرن من الجص صممه وصنعه المورّد وفقاً لنموذج وحيد، حكم الغرفة التجارية، 25 شباط 1981، النشرة المدنية IV، رقم 111: البائع بكونه مهنياً ملزم بمعرفة العيوب.

أضف إلى ذلك، حكم غ، ع، 23 آذار 1898، د، 1899، 1، 54، حرير للصنع وفقاً لشروط وأساليب محددة؛ حرائر مصنوعة اصبحت عطوبة وكسدرة، بيع عمل مستقل وليس تأجيرء، تطبيق الضمان ضد العيوب ايّاً كانت المناقشة حول الموافقة على عيّنة تقيد بها المورّد؛ حكم غ، ت، ن، 22 حزيران 1955، ن، م، III، رقم 22، طباعة على قماش، عيب، متأخر العمل، مهلة التصريح تحددها عادات المهنة (وبذلك ليس لوصف الاتفاقية غير الوارد إلاّ في مقدمة النشرة تأثير إلاّ في النادر).

وينبغي الأخذ في الحسبان واقع أن الفريقين يستخدمان أحيانا، في تحرير العقد، صيغا تدعو إلى التفكير في إنهما أرادا إبرام بيع، مع إساءة استعمال التعبير «شروط عامة للبيع»، في حين أن العملية، بداهة، تأجير عمل مستقل، انظر على سبيل المثال حكم محكمة استئناف باريس، 18 شباط 1977، م، إ، د، 1977، 18675، تعليق Malinvaud، صنع صندوقة لدن نقالة، قبول القضاة صحة بند يحدد فيه سبّاك موجبه المتعلق بالرقابة التي يجب أن تطال القطعة الموردة.

(1) ورد في الفقرة 1° من النص أن «توريد السلع المعدة للصنع أو الانتاج» يجب أن يعتبر بيعا، «إلاّ أن يكون على الفريق الذي طلب ان يورّد قسماً اساسياً من العناصر المادية الضرورية» لتحقيق الشي مما يعزل مسائل الوصف، كما ينبغي، في الاوضاع حيث يقع على الصانع بشكل اساسي تقديم المادة: وإلاّ يقبل من حيث المبدأ أننا امام تأجير.

وحول هذا النص انظر الرقم 11722 اللاحق.

التفكير في أنه يجب التفريق بين الانتاج بنماذج متكررة تعود إلى البيع والصنع بناء على الطلب المتميز عنه: انتاج مقولب مقابل عمل خاص[1]. وتطبيقاً لهذه الفكرة قرر حكم صدر في أول تشرين الاول 1991 أن توريد مكنات وتوابعها مصنعة بناء على الطلب ومعدة لتندمج في مجموعة هو بيع ما دام ليس لهذا الطلب «أي خاصية وأي بيان خاص في ما يتعلق بشكل هذه المكنات وماهيتها وأبعادها بالنسبة إلى المجموعة المطلوبة»[2].

وتبين هذه الاحكام، قبل أي شيء، ان التفريق الواجب اللجوء إليه هو تفريق عقد، هو البيع، يتناول شيئاً خاصياته يحددها الصانع سلفاً ومعدّ للانتاج بنماذج متكررة لتلبية حاجات زبن بأوسع ما يمكن، عن عقد آخر، هو تأجير عمل مستقل حيث ينفذ المورّد عملاً خاصاً لحاجيات خاصة لأحد الزبن بحيث أن التقديم المحقق له دائماً، إلى حد ما، طابع وحيد. والتعارض هو بين الانتاج الموحد والصنع بناء على الطلب[3].

وهذه الطريقة في بلوغ الاشياء غنية التطبيق. فالمعيار، في مادة المعلوماتية مثلاً، حيث يثير تعقيد العلاقات بين الفريقين مشاكل دقيقة للوصف، يتيح القيام بسهولة بالتفريق الذي يفرض نفسه. ومن المفهوم، في ما يتعلق بتوريد حبكات اعلامية، على وجه الخصوص، ان العقد يتناول برنامجاً هو موضوع تحديد مسبق للتسويق ـ برنامج يسمى برمجة موحدة أو منتج برنامج ـ يعود إلى وصف البيع، في حين أن البرنامج الذي تحققه

---

(1) حكم غ، م، ث، ن، 5 شباط 1985، د، 1986، 499، تعليق J.Huet، المجلة الفصلية للقانون المدني، 1985، 737، ملاحظة Rémy، عمل خاص، تأجير عمل مستقل، دعوى مباشرة للمقاول من الباطن ضد صاحب العمل المستقل مقبولة.

وتبع ذلك احكام أخرى: حكم غ، ث،ن، 4 تموز 1989، د، 1990، 246، تعليق G. Virassamy، تركيب تقصير، صحة اتفاقية حول المسؤولية؛ حكم غ، م، ث، ا، ن، 30 تشرين الاول 1991، ن، م، II، رقم 257، تسليم ارضية للمنزل، عمل خاص، مقاولة من الباطن.

انظر حول هذه النقطة Malaurie et Aynès، رقم 75؛ Bénabent، رقم 484.

(2) حكم غ، ث، ن، أول تشرين الأول 1991، العقود والمنافسة والاستهلاك، 1991، رقم 234، ملاحظة L.Leveneur، دعوى المقاول من الباطن المباشرة مستبعدة.

(3) انظر J. Huet، التعليق المذكور سابقا في د، 1986، 499؛ G. Virassamy، التعليق المذكور آنفاً، في د، 1990، 246؛ تقرير Malinvaud، تعليق في م، إ، د، 1977، II، 18675، على حكم محكمة استئناف باريس، 18 شباط 1977، J.Hémard، العقود التجارية، 1953، الجزء I، رقم 70.

إن الحل، مع أنه قريب من ذلك، مختلف عند الامعان فيه، عن الحل الذي أخذ به فريق عمل اللجنة التقنية للمقاولة من الباطن، برئاسة J.Ghestin، المجلة الفصلية للقانون التجاري، 1981، 1، الذي اقترح العودة إلى «معيار الصنع»: غير المرتبط، للتفريق بين البيع والمقاولة، بالدور المتفق الذي يقوم به المورد أو الزبون في صنع الشيء الذي يعتبر فريق العمل أن عليه ان يضفي على العلاقة طابع بيع إذا كان يعود إلى المورد، في حين أن الأمر يتعلق، على عكس ذلك، بعقد مقاولة إذا كان الزبون هو المهيمن عليه (أنظر التقرير المشار إليه، رقم 13: يقتضي «الاعتراف بوصف عقد المقاولة عندما يعمل الصانع حسب فكرة الفريق الآخر في العقد ويكون العقد بيعاً في الحالة المعاكسة»؛ على أن الاقتراحات التي تتبع أكثر تبايناً وتبرز، لتمييز المقاولة، إن «الشيء المحقق مصنوع خصّيصاً ومنتج في سبيل اهداف محددة»).

شركة خدمات لحاجات خاصة لاحد الزبن ـ وهو برنامج يسمى برنامج حبكة اعلامية خاصة ـ هو نتيجة تأجير عمل مستقل[1]. يمكن إذاً، في شأن الحبكة الاعلامية الموحدة التي يجب أن لا يتم تسويقها على نطاق واسع إلاّ بعد روائز جدية لامكانية الإشتغال، تطبيق قواعد الضمان ضد العيوب الخفية في البيع، وكذلك ما يتعلق بنوعية الدعم وكذلك بسير عمل البرنامج المعلوماتي[2].

11128 ـ الوصف المختلط. لا تتعلق الصعوبات فقط بصنع شيء مستقبلي، والتردد في الوصف يعود احياناً إلى ما يتراكب ـ ويمكن القول ليتجاور أيضاً ـ من توريد مال وخدمات وضبطها أو تركيبها أو كذلك الاشراف التقني عليها.

وقد يبدو المعيار الكمي المرتكز على الارتباط بما هو متفوق في هذه المجموعة غير مرضٍ، ولاسيما أنه لن يكون في الغالب ضرر في استبدال تطبيق توزيعي للأنظمة القانونية السارية بالوصف الوحيد: وصف البيع بالنسبة إلى توريد المعدات ووصف التأجير لتحقيق العمل المستقل وتقديم الخدمات. ويكفي، للتوصل إلى هذه النتيجة، الأخذ بوصف مختلط كبيع وتأجير، وقد قبلت المحاكم، في بعض الفرضيات، هذا الحل: هكذا الأمر بالنسبة إلى الاشغال المعقدة لإنشاء تجهيز صناعي[3]. وفي شأن الضمان المتوجب للزبون، مثلا، من السهل ربط العيب في الاشتغال، حسب الحالة، بنوعية التجهيز ذاتها أو بحسن تنفيذ الاشغال وتطبيق القواعد المتحدرة من نتيجة ذلك.

وعند امكانية اللجوء إلى هذا الحل يكون هو الأفضل بالتأكيد على غيره ذلك بأن له الجدارة، في الحقيقة، لتحليل ما هي مختلف مظاهر العملية.

11129 ـ ب. بيع الخدمات. جرى التثبت من ان البيع غالباً ما يترافق مع خدمات لا غنى عنها إلى حد ما لاستعمال الشيء: تجهيزات، وضبط الإشتغال... وتقترح

---

(1) انظر حول هذا التفريق J.Huet, La modification du droit sous influence de l'niformatique، م، إ، د، 1983، 3095، ورقم 27 رقم 28؛ مصنف الاجتهاد، Dubarry, Les obligations du fournisseur et de l'utilisateur en matière de contrat de logiciel dans la jurisprudence française، مجلة قانون المعلوماتية، 1984، رقم 3، صفحة 2، رقم 1.

(2) انظر J.Huet, Responsabilité du vendeur، رقم 120 ورقم 181.

(3) انظر حكم الغرفة المدنية الثالثة، 15 آذار 1977، م، إ، د، 1978، II، 18913، تعليق Hassler، م، ف، ق، م، 1977، 785، ملاحظة G.Cornu، بيع مركز كهربائي جاهز للاستعمال، حوادث سير عمله: «تتضمن الاتفاقية المعقدة التي تربط الشركتين، في الوقت عينه، تأجير عمل مستقل وبيع لوازم»؛ حكم غ، ث، ن، 23 كانون الثاني 1978، د، 1978، إ، س، 424، لوازم وتركيب مصرى (بناء من زجاج لنباتات البلاد الحارة)؛ حكم غ، ت، ن، 25 شباط 1981، ن، م، IV، رقم 111، وفرن مصنوع خصّيصا للزبون؛ حكم غ، ت، ن، 6 كانون الثاني 1982، ن، م، IV، رقم 4، د، 1982، إ س، 528، ملاحظة B.Audit، طبع على قماش مع لوازم النسيج، طابع مختلط.

عموماً بطريقة مميزة: الأمر كذلك في شأن تقديمات التكوين والصيانة والإمداد والخدمة بعد البيع[1].

ولم نعد نلاقي إلاّ في النادر صعوبة في الوصف في هذه المرحلة. وعلى سبيل المثال، يتعهد المورّد في البيع بتسليم الشيء في منزل الشاري ويضيف خدمة، هي النقل، إلى العقد الأصلي الذي يتناول الشيء: وبذلك لا يفقد هذا العقد طابع البيع طالما أن النقل قابل للانفصال وبامكان الشاري التوجه إلى الغير للقيام بالتسليم.

وتعايش نوعي العقود يثير بعض المشاكل. فما هو آمر أن يمتنع المهني عن توفير هذه التقديمات على أنها تشكل كلاّ وفرضه على هذا النحو على الزبون: إن تحظير المبيعات، أو تقديم الخدمات، المقيدة يفرض هذا[2]. يضاف إلى ذلك أنه من الملائم عدم اقتراح تقديم من واجب البائع توفيره على اساس العقد وحده الذي يتنازل عن الشيء استناداً إليه على أنه يشكل موضوع خدمة خاصة: تتمثل الصعوبة في ما يتعلق بالصيانة التي تشكل، في قسم منها، ازدواجية مع ضمان العيوب الخفية عندما يفوتر المورّد هذا التقديم اعتباراً من توقيع البيع[3].

الفقرة 4 ـ بيع وايجار وعارية

11130 ـ الملكية والتمتع. البيع والايجار، أو الإجارة يتميزان بسهولة طالما ان البيع ينقل ملكية الشيء الذي هو موضوعها في حين أن الإيجار لا يؤدي إلاّ إلى الوضع الموقت بالتصرف ويولد موجب رد: البيع ينتج مفاعيل نهائية ويفترق الفريقان منذ التنفيذ، والايجار يندرج في الموقت ويضع المتعاقدين في علاقة لمدة طويلة إلى حد ما. ونظام العقدين يختلف من حيث المدلول.

وتبرز، استثنائياً، صعوبات وصف لأن العادة في شأن شيء ما تتيح، احياناً، امتلاك ماهيته: هكذا الأمر في استثمار منجم[4]. بيد أن خلف هذا التعارض الجذري بصورة خاصة يختبىء تشابه معين وبعض الروابط.

يأتي التجانس من أن البيع يمكن أن يكون له احياناً طابع موقت: هذه هي الحال عندما يكون البيع مع حق الاسترداد فيشبه الشاري، الذي يتعرض لرد الشيء، في حالة اعادة شرائه من قبل البائع، المستأجر[5]. فالإجارة تقترب، بمنهجية، من البيع، في ما

---

(1) انظر P.Ancel، مصنف الاجتهاد، العقود والتوزيع، الكراسة 840، الخدمة بعد البيع، 1986.

(2) المادتان 30 و 36 ـ 3° من الأمر الاشتراعي في أول كانون الاول 1986 المتعلق بحرية الثمن والمنافسة.

(3) انظر في هذا الصدد J.Huet, Responsabilité du vendeur، رقم 541.

(4) انظر حول هذه النقطة الرقم 21123 اللاحق.

(5) حول البيع مع حق الاسترداد والمقارنات في شأنه، انظر الرقم 11456 اللاحق.

يتعلق باموال تجهيز، عندما يتم الاتفاق على مدة مماثلة لحياة الشيء: إنه، من وجهة نظر اقتصادية، يقوم بالوظيفة عينها[1]. وندرك عندئذ إن النظامين القانونيين العائدين لهما يجب أن لا يكونا مختلفين.

وتعود الروابط بين البيع والايجار إلى وجود تركيبات متعددة. يمكن، على سبيل المثال، وليس من النادر استخدام الاسلوب من قبل مقاولة لتخليص اموال خاصة، بيع عقار والاحتفاظ في العقد نفسه بحق التمتع: البائع الذي أصبح مستأجراً ليس عليه مغادرة الاماكن[2].

11131 ـ البيع والائتمان (أو الاعتماد). ثمة، على وجه الخصوص، صيغ وسيطة: الإجارة البيعية والبيع في صورة إيجار وفيهما يوضع شيء ما، لمدة محددة ومقابل دفع بدل إيجار، بتصرف المستعمل الذي يتمتع بامكانية اكتساب ملكيته فيما بعد[3]. حتى ولو بقي ذلك ايجاراً فإن مدة التمتع المعنية تجعل الأمر، عملياً، هنا أيضاً قريبا من البيع: يرى المستعمل أن الفائدة الاقتصادية لاستعمال المال خلال مدة حياته الفعلية مؤمنة. غير أن رباطا قانونيا صرفاً يقوم مع البيع طالما ان المستعمل، في عقود كهذه، يرى الاعتراف بخيار في الشراء في نهاية الاجارة إذ وافق المؤجر، لهذه الغاية، على وعد آحادي الجانب بالبيع. فالهدف هو إذاً نقل ملكية الشيء في الاجل المحدد، مع وعد الشاري المحتمل، خلال ذلك، بتقسيط المدفوعات.

والعملية هي نموذج العقد المختلط ذاته. وخلال التمتع يقتضي تطبيق قواعد الايجار. ويجب، عند الوصول، إذا استعمل الشاغل حق خيار الشراء، الرجوع إلى قواعد البيع.

بيد أن الروابط مع عقد البيع هي في الحقيقة أكثر تعقيداً أيضاً طالما أن الشيء يكون في الغالب مكتسباً عن طريق تأمين اعتماد لوضعه بتصرف المستعمل: يكون الإيجار

---

(1) انظر حول هذه النقطة الرقم 21113 اللاحق.

(2) الاجارة يمكن أن تكون لمدة طويلة، تسع سنوات مثلاً كما في أي إيجار تجاري، أو لمدة قصيرة: عندما يريد الشاغل الحصول على الوقت الضروري لايجاد مكان آخر، أو لنقل مسكنه...
ويمكن أن يخفي الاسلوب غشا: يجري اخفاء البيع تحت ستار الايجار، مثلا من اجل ان يكون مال ما، للصالح الكبير للبائع المؤجر، بمنجى من دائني تاجر، هو الشاري المستأجر الذي يستعمله في إطار نشاطه (على هذا النحو بيع اثاث فندق يقدمه الفريقان كايجار في عقد لاحق من أجل السماح للمورّد بالاحتفاظ بملكية الشيء حتى تمام دفع الثمن: الاسلوب ملفت ولاسيما في حقبة لا يكون ثمة اعتراف بفاعلية بند الاحتفاظ بالملكية في حالة «افلاس» المستعمل، انظر حكم غرفة العرائض، 17 تموز 1895، Dalloz الدوري، 1896، 1، 57، تعليق E.Thaller، اعادة وصف هذا «العقد الوهمي» كعقد بيع بات وبالائتمان، لاحجية تجاه الدائنين)؛ وكذلك Planiol et Ripert، الباب X، تأليف Hamel، رقم 218.

(3) انظر في شأن هذه العقود الرقم 23000 اللاحق وما يليه.

عندئذ خاضعاً إلى حد ما لهذا البيع السابق. إن ذلك إحدى المسائل الاساسية بالنسبة إلى نظام البيع في صورة إيجار لمعرفة ما إذا كان سوء تنفيذ البيع، ولاسيما عيوب الشيء الخفية، يتفاعل مع عقد الاجارة ويمكن أن يؤدي إلى فسخه[1].

إن هذه الصيغ الوسيطة تظهر بوضوح بُعد الائتمان الذي يتضمنه البيع في الغالب، ونادراً ما يشكل موضوع إيفاء نقدي في ايامنا. وعندما يترافق مع عارية استعمال يكون من الصعب غض النظر كلياً عن الرباط الذي ينشأ بين العمليتين. والاحكام الصادرة منذ بضع سنوات لصالح المستهلكين تنزع إلى حمايتهم في ظروف كهذه سواء تناول الشراء مالاً منقولا أو ثابتا. فتنشأ تبعية ما بين العقدين لهذه الغاية[2].

انظر حول الروابط بين البيع وعارية الاستعمال الرقم 22119 اللاحق.

---

(1) انظر حول هذه النقطة الرقم 23004 اللاحق وما يليه.

(2) انظر حول هذه النقطة الرقم 22503 اللاحق وما يليه.

تكوين عقد البيع

11132 ـ القانون العام Droit commun. يتضمن الباب الذي يكرسه القانون المدني للبيع عدة فصول تهتم بابرام هذا العقد: يعالج الفصل الاول طبيعة البيع وشكله (المادة 1582 وما يليها)، والفصل الثاني يعالج الاشخاص الذين بامكانهم الشراء أو البيع (المادة 1594 وما يليها). ويهتم الفصل الثالث بالاشياء التي يمكن أن تباع (المادة 1598 وما يليها)[1]. ويحتفظ البيع فيها بالسمات التي كانت في القانون الروماني: سمات العقد التوافقي، الملزم للطرفين، بعوض أو عقد المعاوضة. وهذا يؤدي إلى تفعيل قواعد القانون العام الناجمة عنها. ويصلح البيع كمثال لتطبيق المادة 1108 وما يليها المتعلقة بتكوين العقد: تلاقي الرضا[2]، واهلية الفريقين، والموضوع والسبب، والانتظام العام[3]... ومشروعيته يمكن أن تتعرض للمعارضة، بصورة خاصة، بسبب الدوافع التي شجعت الفريقين[4].

وبشيء من الدهاء والصورية يصبح من الممكن، بالنسبة إلى الغير، استناداً إلى المادة 1321، التمسك بالعقد المستتر كما بالعقد الجلي[5]. بيد أن المادة 1840 من

---

(1) اضيف إلى ذلك الفصل III ـ I منذ عام 1967 الذي يعالج بيع العقار المعد للبناء، المواد 1601 ـ 1 إلى 1601 ـ 4.

(2) انظر حول عيوب الرضا في البيع الرقم 11156 اللاحق والامثلة المعطاة في التعليق.

(3) يسقط البطلان للاعتداء على الانتظام العام العقود المبرمة على الشيء، إنشاء رهن عقاري على سبيل المثال، تقرير الغرفة المدنية، أول آذار 1938، د، إ، 1938، 259، تقديم عقار لشركة وهمية منشأة لخدمة شخص مسخرّ لاحدى الرابطات، بطلان، ابطال ملازم للرهن العقاري اعطته الشركة، انظر في شأن لاقابلية التفرغ عن الشيء موضوع البيع الرقم 11184 اللاحق وما يليه.

(4) انظر في صدد تجهيز مباع لإتاحة ممارسة مهنة التنبّؤ والتكهن، وهي نشاط معاقب جزائياً، حكم غ، م، أ، ن، 12 تموز 1989، م، إ، د، 1990، II، 21546، تعليق Y. Dagorne-Labbé، م، ف، ق، م، 1990، 469، ملاحظة J.Mestre.

(5) وهكذا يمكن أن يخفي ما يبدو بيعا، في الظاهر، هبة، انظر حكم غ، م، أ، ن، أول تموز 1981، ن، م،

القانون العام للضرائب، في مادة بيع العقار، تعاقب بالبطلان إخفاء قسم من الثمن بسبب التحايل على الضريبة الرامي إلى تغطية ذلك[1].

على ان البيع، في بعض الأحيان، يكون موضوع قواعد خاصة[2]، ولو لم يكن ذلك إلاّ لتحديد اتجاه العقد في حال غموض بنوده: تنص المادة 1602 على أنه من الواجب تفسيره ضد البائع، ويسوّغ ذلك بأن البائع هو أفضل من يعرف الشيء الذي يقدمه[3].

وسنتفحص على التوالي فريقي العقد (القسم I)، وتبادل الرضا (القسم II)، وموضوع العقد (القسم III)، ثم شروط الشكل (القسم IV)، والبيّنة (القسم V).

القسم I
فريقا العقد

11133 ـ التقديم. تنص المادة 1594 من القانون المدني على أن «جميع الذين لا يمنعهم القانون بامكانهم البيع والشراء»: التأكيد ثانية على الحرية العقدية والتذكير بالمادة 1123. والمادة 1595، فضلاً عن ذلك، وهي تحدد إلى حد كبير امكانية الاشخاص المتزوجين في ابرام بيع بينهم، قد ألغيت بقانون 23 كانون الاول 1985 المتعلق بالمساواة بين الزوجين في انظمة اشتراك الاموال بينهم[4]. نادراً ما توجد إذاً، للوهلة الاولى، عقبات قانونية تلازم عقد البيع، ما عدا عقبات القانون العام: الاهلية[5]، والسلطة... جميع الناس بامكانهم البيع، وجميعهم يستطيعون الشراء.

وللتحقق من ذلك يقتضي تفحص وضع البائع (الفقرة 1) ثم وضع الشاري (الفقرة 2).

I، رقم 245، تطبيق الادارة بسيادة قرائن تتمسك بها ادارة الضرائب.

(1) لا أهمية تذكر للإخفاء، انظر حكم غ، م، ث، ا، ن، 18 آذار 1981، ن، م، ، رقم 61.

(2) انظر Larguier, La formation du contrat dans les ventes commerciales، 1951؛ J.Schmidt، مصنف الاجتهاد المدني، البند 1582، البيع، الطبيعة والشكل الكراسة A. H. من 1 إلى 3، I-I.

(3) يعود المبدأ إلى الفقهاء الرومانيين، انظر إ. ع، V، البيع، رقم 564، حيث يقرأ التفسير التالي: «البائع هو الذي يضع القانون، ويعود إليه وضعه واضحاً» رقم 565؛ مع ابراز انتقادات موجهة إلى هذه القاعدة من قبل Duvergier، الباب I، رقم 242، الذي يسلم، مع ذلك، بأن البائع عليه أن يصرف الشيء أفضل من الشاري.

(4) انظر حول هذه النقطة الرقم 11138 اللاحق.

(5) مجموعة قواعد الاهلية الموجودة في مادة البيع تعرّض للبطلان النسبي، ذلك بأنها تحمي المتعاقد عديم الاهلية، وهذا البطلان يمر عليه الزمن بعد خمس سنوات في المادة 1304 من القانون المدني، انظر على سبيل المثال، في ما يتعلق بتحظير الشراء في المادة 1596، حكم الغرفة المدنية الاولى، 29 تشرين الثاني 1988، Dalloz، 1989 الموجز 231، ملاحظة J.-L.Aubert، بيع عقار.

الفقرة 1 ـ البائع

11134 ـ حرية البيع. البائع، في معظم الحالات، هو مالك الشيء الذي يتفرغ عنه وأهل للتعاقد، وصحة البيع مسلم بها. ويمكن أن يبدو، خارج هذا الرسم البياني، من النادر أن يكون البيع مقبولاً طالما أن المادة 1599 من القانون المدني تحظر بيع الشيء الذي يخص الغير من جهة أولى، ويشكل البيع، من جهة ثانية، نموذج عقد التصرف ذاته الذي يتم في شأنه إبداء تطلبّ أكثر بالنسبة إلى مراعاة قواعد الاهلية، وليست الحال كذلك في الإيجار مثلاً وهو عقد إدارة[1].

وفي ما عدا ذلك، وفي قانون ليبرالي بشكل اساسي، الاهلية نظير حرية البيع أو عدم البيع: لا يلزم احد، من حيث المبدأ، بالتفرغ عن ملكيته، هذا ما تعلنه المادة 545.

على أن الاشياء، في التفاصيل، أكثر تعقيداً. فالقواعد التي تسوس الاهلية والسلطات تشهد، في هذه المادة، على مرونة معينة (أ). وينبغي، إضافة إلى ذلك، الأخذ في الحسبان وجود تقييدات لحرية البيع (ب).

11135 ـ أ. الاهلية وسلطة البيع. يقتضي التذكير بالمبادىء التي تسوس الاهلية قبل تفحص سلطة البيع، ولاسيما الشيء الذي يخص الغير، والتساؤل عما إذا كان اللجوء إلى بعض الاساليب، كالوعد بالحصول على موافقة الغير، يتيح إدخال تلطيف على هذه القواعد.

11136 ـ 1°. اهلية البيع. يتطلب البيع الصحيح اهلية التعاقد حسب قواعد القانون العام: أن يكون البائع راشداً ولا يطاله تدبير حماية مسوّغ بالحالة العقلية. وهذا لا يعني ان البيع الذي يقوم به شخص عديم الاهلية هو دائما بمنجى من النقد: إذا ظهر أن البائع لا يتمتع بكامل رشاده عند ابرام العقد يمكن ابطال هذا العقد على اساس المادة 489 من القانون المدني التي تنص على أنه «لإبرام عقد صحيح يجب أن يكون من ابرمه سليم العقل»[2]. وهذا النص يسري على البيع بين غيره من العقود.

والقاصرون غير المحررين والراشدون المحميون المقصودون بالمادة 488 من القانون المدني هم، مبدئياً، فاقدو اهلية بيع الاموال التي تخصهم.

على أن في المادتين 389 ـ 3 و450، بالنسبة إلى القاصر، تلطيفاً إذ تعلنان أنه

---

(1) انظر حول الاهلية في الايجار الرقم 21129 وما يليه.

(2) يحدد النص أن البيّنة على وجود اختلال عقلي، في آونة العقد، لمن يبرم العقد، تقع على عاتق الشخص الذي يتمسك بالبطلان: الوريث مثلا.

جدير بابرام العقود التي يقبل العرف إن يجريها وحده، أي عقود الحياة اليومية[1]. وفي ما عدا ذلك يعود إلى ممثل القاصر إبرام أي عقد بيع مكانه.

وثمة تدرج، في هذا الصدد، في العقود المعنية: فالمادة 456 تتطرق، من جهة اولى، إلى بعض العقود ذات الاهمية الضئيلة، أي، عدا عقود الادارة، العقود التي تنزع إلى التصرف بعوض في شأن المنقولات الشائعة والاموال التي لها طابع الثمار، وهي تماثل بعقود الإدارة[2]، وتنص على أن الوصي بامكانه التصرف وحده في شأنه. وتسوس المادة 457، من جهة ثانية، العقود الاخطر، أي التصرف بالعقار أو مؤسسة تجارية أو قيم منقولة أو حقوق أخرى غير مادية، أو كذلك منقولات ثمينة تشكل الجزء الهام من ذمة صاحب العلاقة المالية، وتنص على أن الوصي لا يمكنه التصرف عندئذ إلاّ باذن من مجلس الاسرة[3]. يضاف إلى ذلك، أنه يُقدر أن المادة 1305 التي تمنح القاصر دعوى الابطال لعلة الغبن تسمح له بأن يبرم وحده الاولى من هذه العقود شرط طلب إبطالها عندما تكون مختلة التوازن[4].

---

(1) تستهدف المادة 389 ـ 3 القاصر تحت ادارة قانونية، والمادة 450 القاصر تحت الوصاية، وفي المادتين نص على التمثيل «إلاّ في الحالات التي يسمح القانون أو العرف للقاصرين بالتصرف بانفسهم»؛ وثمة اجتهاد يطبق هذين النصين في حالة الشراء الذي يقوم به القاصر، انظر الرقم 11151 اللاحق.

(2) تنص هذه المادة على ما يلي: «ينجز الوصي وحده... عقود الادارة جميعا. وهكذا بامكانه أن ينقل بعوض ملكية المنقولات ذات الاستعمال الشائع...»؛ وقد جرى الحكم بأن البيع، وهو عقد تصرف بالملكية بطبيعته، يمكن أن يظهر كعقد إدارة إذا كان وسيلة طبيعية لادارة أموال عديم الاهلية، انظر حكم غ، ع، 14 كانون الاول 1921، د. د، 1922، 1، 179، قطع الخشب.

(3) البيع، فضلاً عن ذلك، في شأن العقار أو المؤسسة التجارية، يجب مبدئياً أن يجري في المزايدة العمومية، المادة 459 من القانون المدني.
وينص القانون، عندما يكون القاصر تحت الادارة القانونية، بالنسبة إلى العقود الأقل خطورة، على أن الأب والأم يستطيعان وحدهما التصرف في حالة الادارة القانونية بلا شرط (المادة 389 ـ 4)، وفي حالة الادارة القانونية تحت رقابة قانونية (المادة 389 ـ 6) بترك مجال كبير لهما في ابرام العقود الاخطر، عليهما التصرف مع التمثيل القاصر في حالة الادارة القانونية بلا شرط، ما عدا حالة بيع عقار أو مؤسسة تجارية بالتراضي إذ يفرض في شأنها إذن قاضي الوصاية (المادة 389 ـ 5)، وفي حالة الادارة القانونية تحت رقابة قضائية لا يستطيع الاب أو الأم إبرام عقد لحساب القاصر إلاّ بأذن قاضي الوصاية (المادة 389 ـ 6)، كما لو أن القاصر ممثل بوصي (المادة 457، الفقرة 2).
وبالنسبة إلى الفرضية التي يتوجب على الوالدين فيها طلب إذن قاضي الوصاية لبيع مال يعود إلى القاصر كلياً أو جزئياً وكذلك بيع عقار (المادة 389 ـ 5 والمادة 389 ـ 6) من المناسب أن يبينا ماذا سيكون استخدام المال: لا يمكن أن يكون اكتساب ملكية موضوعه، بشكل ارضاؤهما شخصياً (على سبيل المثال ادارة لرياضة الشناء بدلا من شقة في باريس).
انظر أيضاً Cabie, La vente amiable des biens échus à l'héritier bénéficiaire mineur، مصنف الاجتهادات الدوري، 1968، 1، 2134.

(4) انظر Starck, Obligations، تأليف Roland et Boyer، الباب 2، 1989، رقم 360، بالاضافة إلى Flour et Aubert, Les obligations، الباب 1، 1991، رقم 230، وهما يبينان ان امكانية طلب الابطال هذه لعلة الغبن مفعولها الأذن للقاصر بالقيام باعمال تتجاوز اطار الحياة اليومية طالما أنها لا تنطوي على غبن: تعاد =

وتسري هذه الحلول، استناداً إلى المادة 495، على القاصر تحت الوصاية[1]، مع التحديد أن القاضي، استناداً إلى المادة 501، يتمتع في ما يختص به بسلطة تعديل مدى عدم الاهلية، وبالتالي إطالة قائمة عقود التصرف بالملكية التي يوافق عليها. والراشد تحت القوامة، من جهته، وقد اعلنت المادة 510 أنه لا يستطيع إبرام أي عقد يخطر على الوصي إبرامه بدون إذن مجلس الاسرة في نظام الوصاية، تترك له إذاً حرية التصرف بالمنقولات للاستعمال الشائع أو بالثمار. وتعترف المادة 491، الفقرة 2، للراشد تحت حماية القضاء الذي يحتفظ بمجال واسع لإبرام العقود القانونية، بامكانية طلب ابطال البيع الذي يعقده والذي يلحق الغبن به[2].

وينبغي التذكير أيضاً بأن المادة 490 ـ 2° تمنح الراشد المحمي بنظام عدم الاهلية الاحتفاظ بسكنه وباثاثه مما يحد من امكانية التفرغ عنه.

11137 ـ 2°. سلطة البيع. يمكن أن يتم البيع بواسطة الغير الذي تلقى السلطة. وخطورة العقد تدعو إلى احاطته بالحذر. والأمر كذلك عندما يكون عديم الاهلية امام بيع عقار يعود إليه[3].

وقد يكون التمثيل اتفاقيا أيضاً. وليس من النادر أن يكون للبائع وكيل لحسن اتمام العملية[4]. وعليه في هذه الحالة اعطاؤه توكيلا محدداً لهذه الغاية: تنص المادة 1988 من القانون المدني على أن الوكالة المعفاة بتعابير عامة لا تشمل سوى اعمال الادارة، وينتج عن ذلك، بالنسبة إلى عمل تصرف كالبيع، فرض اعطاء وكالة خاصة[5]. والمالك الذي يرغب، في المادة العقارية، في بيع ماله غالباً ما يلجأ إلى وكيل، غير أن هذا الوكيل لا يكون في الغالب مزوداً إلاّ بمهمة معينة للسعي: يحتفظ البائع في الغالب بابرام العملية بنفسه.

= تصرفات القاصر إلى اهلها لا لأنه قاصر بل لأنه مغبون.

(1) مع الوضع جانباً ما له سمة الابطال لعلة الغبن طالما أن المادة 495 لا تفعل سوى الإحالة إلى قواعد المادة 393 وما يليها من القانون المدني المتعلقة بالوصاية على القاصرين.

(2) انظر حكم غ، م، أ، ن، 17 تموز 1979، ن، م، I، رقم 215، بيع ملك ريفي: ينبغي ان يكون القاصر في تاريخ العقد قد وضع تحت حماية القضاء؛ اضف إلى ذلك حكم غ، م، أ، ن، 8 آذار 1989، ف، د، 1989، 1347، ملاحظة Massip، بيع قصر وقطعة ارض زراعية، تقدير سيد لقضاة الاساس لتحديد ما إذا كان ثمة غبن.

(3) انظر حول بيع الغير عقارا الرقم 11136 السابق.

(4) انظر حول الوكالة الرقم 31162 اللاحق وما يليه.

(5) انظر على سبيل المثال حكم غ، م، أ، ن، 21 كانون الاول 1976، ن، م، I، رقم 421، وكيل عقاري، نقض الحكم الذي قبل وجود وكالة بيع على اساس كتب لا تعطي صراحة مثل هذه الوكالة؛ حكم غ، م، ث، ا، ن، 17 تموز 1991، ن، م، III، رقم 216، م، إ، د، الطبعة N، 1992، II، تعليق Venandet، حكم لا تشكل في عرفه وكالة اعطيت لكاتب عدل للقيام بمعاملات البيع وكالة بيع.

يضاف إلى ذلك أن المادة 1596 تمنع الوكيل القانوني لعديم الاهلية، كما الوكيل، أن يجعل نفسه طرفاً آخر في البيع المكلف اجراؤه: تغدو المخاطرة كبيرة، ذلك بأنه، بالفعل، إذا اشترى لحسابه هو، يميز مصلحته على مصلحة الشخص الذي يمثله[1].

وفي ما عدا ذلك، تبرز الصعوبات التي تثيرها ضرورة التمتع بسلطة التصرف بالشيء المعد للبيع في صدد البيع الذي يجريه احد الزوجين وبيع الشيء الذي يعود إلى الغير.

11138 ـ أ) البيع الذي يجريه أحد الزوجين. يؤدي وجود شخص متزوج إلى جانب البائع إلى نوعين من التعقيد يبرزان قبل أي شيء عندما يكون النظام الزواجي هو نظام شيوع الاموال بين الزوجين.

ـ يخضع البيع الذي يبرمه أحد الزوجين، في أول الأمر، في ظل نظام شيوع الاموال، لقواعد خاصة في ما يتعلق بالاموال المشتركة. ولاشك في أن المبدأ الذي تطرحه المادة 1421 من القانون المدني هو أنه لكل من الزوجين سلطة التصرف بهذه الاموال. على أن ثمة استثناء في الواقع تجاه اموال لها قيمة معينة: تنص المادة 1424 على أن «الزوجين لا يستطيع احدهما بدون الآخر التصرف بالعقارات والمؤسسات التجارية واستثمارها خلال مدة شيوع الاموال بينهما ولا بالحقوق في الشركات غير القابلة للتداول والمنقولات المادية التي يخضع التصرف بها للعلنية»[2]. وهكذا باخضاع بعض عناصر ذمتهما المالية المشتركة لادارة الزوجين المشتركة تتأمن حمايتها. ويسهر القضاة على عدم تشويه هذا النظام ويعتبرون أنه، إذا ابرم احد الزوجين عقد تصرف باموال كهذه، لا يمكن قبول فعاليته على اساس وكالة ضمنية أو ظاهرية ولا الأخذ بمسؤوليته لأن ذلك يرتد على شيوع الاموال بين الزوجين[3].

والسكن العائلي والاثاث الذي يزينه، أيّاً كان النظام الزواجي[4]، هما موضوع احكام حماية خاصة، من استيحاء قريب، طالما ان المادة 215، الفقرة 3، تنص على أن الزوجين لا يستطيع احدهما بدون الآخر التصرف بالحقوق المؤمنة لهما: يتطلب بيع

---

(1) بالاضافة إلى الرقم 11152 اللاحق.

(2) يضيف النص أن أحدهما لا يستطيع بدون الآخر أيضاً تلقي الاموال المتأتية عن تصرف كهذا.

(3) انظر حكم غ، م، أ، ن، 24 آذار 1981، مصنف الاجتهادات الدوري، 1982، 1653، ملاحظة G.Champenois، استبعاد وكالة مع أن الزوجة كانت حاضرة خلال المفاوضات، حكم غ، م، أ، ن، 27 حزيران 1978، وم، إ، د، 1980، II، 19424، تعليق M.Henry، بيع عقار مشترك من قبل الزوج وحده، غياب الخطأ؛ حكم غ، م، أ، ن، 11 كانون الثاني 1983، ن، م، I، رقم 14 م، ف، ق، م، 1983، 346، ملاحظة Champenois.

(4) يجب تفسير مفهوم الأثاث المزيفين كما تنص على ذلك المادة 534 من القانون المدني أي المنقولات «المعدة للاستعمال وتزيين الشقق»: لا يمكن أن يمتد، مثلاً إلى التلفزة أو جهاز راديو ستير وفونيك (hi-fi) ما دام أن هذه الاشياء غير مفيدة للسكن.

العقار الذي تقطن به الاسرة، باعتباره طريقة في التصرف بهذه الحقوق، رضا الزوجين[1].

ـ ثم تطرح المشاكل التي يثيرها البيع بين الزوجين، ويجب الحذر من امكانية أحد الزوجين في بيع الآخر مالاً إذ ليس في القانون أي تقييد له وليس له أي حدود[2]. فمن المناسب التفريق حسبما يكون الزوجان خاضعين لشيوع الاموال بينهما أم لا. فالبيع، في ظل هذا النظام، لا يثير أي مشكلة عندما يتناول من جهة أولى مالاً خاصاً، ويسدد الزوج

---

(1) الأمر على هذا النحو حتى ولو كان العقار ملكا لاحدى الشركات، ما دام أن الزوج هو المساهم الرئيسي فيها وأن الزوجة تلقت الأذن بإشغال هذه الامكنة مع اولادها، انظر حكم غ، م، أ، ن، 11 آذار 1986، ن، م، I، رقم 62.
إن تطبيق القاعدة يثير في الممارسة، صعوبات تفسير مع حالة البيع مع الاحتفاظ بحق الانتفاع، انظر على سبيل المثال، حكم المحكمة البدائية في باريس، 16 كانون الاول 1970، مجلة قصر العدل، 1971، 1، 115، بيع مع الاحتفاظ بحق الانتفاع لصالح زوجة البائع، غياب انتهاك المادة 215 من القانون المدني؛ انظر مع ذلك حكم غ، م، أ، ن، 16 حزيران 1992، ن، م، I، رقم 285، ف، د، 1992، 1156، ملاحظة Champenois، م. إ. د، 1993، الطبعة N، II، 109، ملاحظة Wiederkehr، بيع مع الاحتفاظ بحق الانتفاع لزوج البائعة وحده، ابطال لمخالفة المادة 215، عدم وجود كاتب عادل.

(2) انظر، حول البيع بين الزوجين، منذ قانون 23 كانون الاول 1985 المتعلق بالمساواة بين الزوجين الذي ألغى المادة 1595 من القانون المدني والذي لا يقبل البيع إلاّ في فرضيات استثنائية، M.Dagot, La vente entre époux، م، إ، د، 101987، 3272؛ شبه حظر البيع بين الزوجين كان مسوّغا كما يقدر ذلك، بخطر اساءة استعمال تأثير احدهم على الآخر، وفي الواقع تأثير الرجل على الزوجة، وبالخشية أن «يقنّع البيع دائما على وجه التقريب هبة» ينتزعها احدالزوجين من الآخر، Portalis, Exposé des motifs devant le corps législatif، انظر د، الاجتهاد العام، V البيع، الرقم الفرعي 27، صفحة 40.
بقي البيع بين الزوجين إذاً «شاذ أو مشبوها» أنظر Malaurie et Aynès, Les régimes matrimoniaux، 1994 ـ 1995، رقم 105، وهما يبنيان انه يمكن ان يخفي هبة غير مباشرة بين الزوجين (وبالتالي قابلة للرجوع عنها: على سبيل المثال إذا كان الثمن لم يتم دفعه) أو مستترة (وبالتالي باطلة استناداً إلى المادة 1099، الفقرة 2، من القانون المدني).
ويندرج إلغاء ما كان يسمى «تحظير البيع بين الزوجين» في حركة تسهيل موسومة بإلغاء معظم انواع منع التعاقد بين الزوجين (قبلته المحاكم تدريجاً)، والشركة بين الزوجين (ألغي منعها في عام 1958 كعقد العمل بين الزوجين وعام 1985)... ؛ انظر حول مختلف العقود بين الزوجين Malaurie et Aynès, Les régimes matrimoniaux، المذكورين سابقاً، رقم 100 وما يليه، وهما يبينان ان «القانون الفرنسي لم يقبل لمدة طويلة، صحة العقود بين الزوجين».
كان هدف المشترع إفادة الزوجين من حرية يتمتع بها الخليلان والسماح لهما باعادة بنية ذمتيهما الماليتين وادخال مال من هذه الذمة المالية في تلك إذا اقتضت الحاجة ذلك: على سبيل المثال في ما يتعلق بزوجين مرتبطين بشيوع الاموال بينهما، السماح لاحدهما بالتصرف بالسيولة للقيام بعملية ما من دون ان يخسر بسبب ذلك التمتع بالمال الذي اكتسبه الزوج الآخر أو الزوجان اللذان يعيشان في ظل الانفصال ليتاح لاحدهما اعادة تكوين كل ملكية المال المكتسب معا.
وحول تطبيق المادتين 1450 و1451 من القانون المدني على البيع بين الزوجين وهما تسوسان الاتفاقيات للتصفية وقسمة الاموال المشتركة بين الزوجين في دعوى الطلاق، انظر حكم الغرفة المدنية الاولى، 5 أيار 1987، مصنف الاجتهادات الدوري، الطبعة N، 1988، II، صفحة 75، تعليق M.Dagot، زوجان اموالهما منفصلة، وعد بالبيع سابق للطلاق، بطلان لعدم اعطاء القاضي علماً به.

الآخر، من جهة ثانية، الثمن من نقوده الخاصة[1]. وتتم المقايضة بين ذمتين ماليتين متميزتين ويتصرف كل من الزوجين في كرة استقلاليته التامة. وعلى نقيض ذلك لا يمكن قبول البيع الذي يتناول مالا مشتركا يجري دفع ثمنه من النقود المشتركة حتى في ما يتعلق بشيء يمكن ان يبيعه احد الزوجين بدون اشتراك الزوج الآخر لأنه لا يتم نقل بين ذمتين ماليتين.

وفرضيات بيع مال خاص لاحد الزوجين لشيوع الاموال وبالتالي يجري دفع ثمنه من النقود المشتركة، أو فرضية بيع مال مشترك اكتسبه أحد الزوجين وتسديد الثمن من نقود خاصة، هي في منتصف الطريق ودقيقة جداً، ويمكن الشك في مشروعيتها، ذلك بأن الزوجين، من جهة اولى، هما الفريقان القابضان من الاموال المشتركة ويظهران في هذا كله انهما يبيعان نفسيهما مالاً ونادراً ما يبدو ذلك مقبولا، وبما أن المال، من جهة ثانية، هو موضوع العملية ومعدّ لتغيير طبيعته في هذه المناسبة، يخشى أن يؤثر ذلك في سير عمل شيوع الاموال بين الزوجين، وهذا مناقض لمبدأ استقرار النظام الزواجي[2].

وبالمقابل، عندما يعيش الزوجان في ظل نظام فصل الاموال لا تكون ثمة صعوبات كهذه، فلا يصطدم بيع احد الزوجين الزوج الآخر مالا شخصياً بأي عقبة مبدئية. على أنه ليس من النادر أن يكون موضوع التفرغ مالاً شائعاً لا يستطيع أي منهما التمسك تجاهه بحق ملكية حاصر[3]، ومن المناسب تطبيق قواعد الشيوع عند ذلك: يتم النقل عن طريق تخصيص أحد الزوجين كنتيجة لقسمة[4].

11139 ـ ب) بيع شيء الغير. يمكن أن يتناول البيع فصل الملكية، بيد أن حائز حق مفصول ليست له الحق في التصرف بالشيء ذاته الذي يشكل موضوعه[5]. وهكذا

---

(1) يتم اكتساب الملكية عندئذ من اجل توظيف النقود الخاصة أو إعادة توظيفها، المادة 1434 من القانون المدني؛ ويمكن أن تماثل بهذه الفرضية تلك التي يسدد فيها الزوج مكتسب الملكية قسم من نقوده الخاصة وقسما من نقود الاموال المشتركة شرط أن تكون الحصة الاولى هي الاهم وأن تتم إعادة التوظيف: تتوجب عندئذ مكافأة للاموال المشتركة، المادة 1436، وكذلك فرضية اعادة التوظيف المسبق وفيها يفترض الشاري من الاموال المشتركة المبلغ الضروري للشراء شرط تسديده خلال خمس سنوات، المادة 1435.

(2) لصالح بطلان البيع الذي يدخل مالا خاصاً في الاموال المشتركة أو العكس، انظر Malaurie et Aynès, Les régimes matrimoniaux، المذكورين سابقاً، رقم 105؛ Defrénois, G.Champenois، 1988، 930، 24، ملاحظة على حكم الغرفة المدنية الاولى، 24 تشرين الثاني 1987؛ قارن بـ M.Dagot، م، إ، د، 1987، 1، 3272، المذكور آنفاً ولاسيما رقم 26 وما يليه، وهو يبدي رأياً مختلفاً ويأخذ إلى حد كبير بالبيع بين الزوجين مع التشديد على أن عدم الفعل «يعني تحديد مدى الاصلاح وتحديده بصورة كبيرة».

(3) المادة 1538، الفقرة 3، من القانون المدني.

(4) انظر M.Dagot، م، إ، د، 1987، 1، 3272، المذكور سابقاً، رقم 14 وما يليه.

(5) انظر الرقم 11105 السابق.

ليس بامكان المنتفع، مع أن له مبدئياً سلطة تأجير المال الذي يتناوله حق الانتفاع[1]، بيعه: ليس في وسعه سوى التفرغ عن حقه في الانتفاع.

وبصورة عامة من المفروض في البائع، إلاّ أن يكون مزوّداً بسلطة التصرف بالشيء الذي يخص الغير بمقتضى القانون أو عن طريق الوكالة، أن يكون مالكا الشيء المعد للبيع. فالمادة 1599 من القانون المدني تعاقب بالبطلان بيع الشيء الذي يخص الغير[2]. وقد بدا أن الحل الذي يوصي به العقل الرشيد يفرض نفسه بالبداهة عينها حيث يكون للبيع مفعول نقل الملكية فوراً. غير أن هذا الحل غالباً ما هو منتقد مع بيان سيئاته.

ومن الواضح أن هذا الحل لم يكن محتوما، يضاف إلى ذلك ان القانون الروماني لم يعرف قاعدة كهذه[3]. وفي الواقع ندرك تماما بيعاً يتناول موجب البائع في اكتساب ملكية الشيء لكي يتفرغ عنه بعد ذلك لشريكه في التعاقد، أو البيع الذي يتعهد فيه بجعل المال يتفرغ عنه للشاري. ومن المعروف، فضلاً عن ذلك، ان البيع ليس له دائماً مفعول نقل الملكية فوراً: هكذا يخضع هذا النقل في بيع شيء معين بالنوع للتحقق من هذا النوع، وفي البيع مع الاحتفاظ بالملكية للتسديد الكامل للثمن. . . وفي هذه الشروط يفقد التسويغ المنطقي المستمد من المفعول الناقل للعقد وزنه[4]. واخيراً يمكن بيان أن القاعدة تشكل استعمالاً مزدوجاً مع الضمان ضد نزع اليد المنصوص عليه في المادة 1626 وما يليها، طالما ان للمشتري، إذا هدده المالك الحقيقي باسترداد الشيء، كل الامكانية في التمسك بمسؤولية البائع على هذا الصعيد.

والمبدأ، أياً كان الأمر، هو من القانون الوضعي وله دوره، بصورة خاصة، عندما لا يكون البائع حائز أي حق على الشيء: الحال هكذا في البيع الجاري مرة ثانية على المال نفسه من قبل المالك[5]، وفي البيع الذي يقوم به شخص يظن نفسه، عن خطأ، مالك الشيء. . . أما النفع الذي يمكن أن يجنيه الشاري بالنسبة إلى الضمان ضد نزع اليد فيعود إلى أن بطلان البيع يمكن أن يطلبه هو على هذا الاساس، حتى ولو لم يتعرض بعد

---

(1) وعليه للمنتفع، وليس لمالك رقبة الملك، سلطة التأجير، انظر المادة 595 من القانون المدني التي تحتفظ بحالة الايجارات لمدة تتجاوز التسع سنوات، والرقم 21130 اللاحق.

(2) انظر P. Guiho, Les actes de disposition sur la chose d'autrui، م، ف، ق، م، 1954؛ P. Bloch, L'obligation de transférer la propriété dans la vente، م، ف، ق، م، 1988، 673.

(3) وكذلك القانون القديم، انظر إ، ع، V البيع، رقم 688: في حال بيع الشيء الذي يخص الغير كان البائع ملزم فقط بالحصول عليه وتأمين التمتع الهادىء للشاري، وإذا قصر في ذلك يتعرض للتعويض بالعطل والضرر عليه، انظر أيضاً Planiol et Ripert، الباب X، تأليف Hamel، رقم 45، والرقم 21104 اللاحق.

(4) وبهذا المعنى «ليس للبطلان الوارد في المادة 1599 تسويغ في الطابع الناقل للبيع»، انظر p.Guiho، م، ف، ق، م، 1954، 1، المذكور سابقاً، رقم 17.

(5) انظر الرقم 11153 اللاحق حول تسوية المنازعات بين مكتسبي الملكية المتعاقبين.

لنزع يد فعلي، وان نزع اليد هذا يبقى مجرد خطر محتمل[1].

11140 ـ مدى الحظر. للحل، مع ذلك، مدى محدود إذ ليس له دور إلاّ عندما يكون البيع متضمناً نقل لملكية المباشر، وبالتالي إذا تناول عينا: لا يطبق على مبيعات شيء معين بالنوع أو شيء مستقبلي[2] لأنه لا يمكن، بالنسبة إلى اموال كهذه، أن يكون ثمة عيب لصفة المالك في شخص البائع في آونة العقد. وهناك توافق، فضلاً عن ذلك، على الاعتراف بقيمة عقد يتعهد فيه أحد الاشخاص باتمام شراء شيء من أجل نقل ملكيته بعد ذلك إلى شخص آخر: عندئذ يعتبر أن الأمر يتعلق بعقد غير مسمى يولد مجرد موجب فعل باستثناء أي موجب إعطاء[3].

يضاف إلى ذلك أن للمبدأ عدة انواع من التلطيف[4]. فالقضاة يعتبرون أن البطلان الوارد في المادة 1599 من القانون المدني ما هو إلا نسبي مما يمنع غير مكتسبي الملكية التمسك به[5]، ويحكمون بأنه مفروض على المالك الحقيقي أن يبرهن على حقه وكذلك أن يثبت أنه لم يوافق على البيع ليكون طلب استرداد الشيء مقبولا[6]. يضاف إلى ذلك أنه يُعترف بامكانية تثبيت البيع مما يخفف أيضاً مدى البطلان المتوجب: لا يمكن التمسك بهذا البطلان إذا أصبح البائع مكتسب ملكية الشيء[7]، أو كذلك إذا صادق مالك

---

(1) برهان المادة 1655 من القانون المدني ومكتسب الملكية بموجبها له الحق في طلب الفسخ إذا كان البائع معرضا لخطر فقدان الشيء، والمادة 1653. انظر P.Godé et R. Le Guidec، مصنف الاجتهاد المدني المادة 1599، رقم 2.

(2) كما مبدأ نقل الملكية المباشر، انظر P.Guiho، المجلة الفصلية للقانون المدني، 1954، 1، المذكور آنفاً، رقم 3 ورقم 14، وكذلك Planiol et Ripert، الباب X، تأليف Hamel، رقم 46.

(3) انظر Planiol et Ripert، الباب X، تأليف Hamel، رقم 46، الحكم المدني، 8 كانون الثاني 1866، د، 61، س، 1، 99، صحة وعد بالبيع؛ حكم محكمة استئناف ليون، 18 تشرين الثاني 1929، Dalloz، الاسبوعي، الموجز 44؛ يتحول بيع الشيء الذي يخص الغير إلى اتفاقية غير مسماة إذا عدل الشاري عن التمسك بالبطلان، انظر Planiol et Ripert، رقم 48؛ انظر منذ وقت قريب، في فرضية جرى اعتبار العقد فيها مبرما تحت شرط ارادي لأن بائع ما هو ملك الغير وقد فاوض هو نفسه للحصول على وعد بالبيع يحتفظ بالدفعة على الحساب حتى ولو لم يحصل على تحقيق العملية لصالح مكتسب الملكية، حكم الغرفة المدنية الثالثة، 13 تشرين الاول 1993، م،إ، د، 1994، II، 22280، تعليق Y.Dagorne-Labbé.

(4) وهكذا يكون بيع شيء ليس للبائع تجاهه سوى حق شروط بيعا أيضاً، وإنما يخضع فقط للشرط عينه، حكم الغرفة المدنية الثالثة، 20 حزيران 1973، النشرة المدنية III، رقم 433.

(5) حكم غ، ع، 15 كانون الثاني 1934، Dalloz الاسبوعي، 1934، 97. حكم غ، م، ث، ا، ن، 16 نيسان 1973، ن، م، III، رقم 303؛ من البديهي أنه يجب أن يكون هذا البطلان مطلقاً لأنه مبني على روح المادة، انظر Guiho، م، ف، ق، م، 1954، 1، المذكور سابقاً، رقم 13.

(6) انظر حكم غ، م، أ، ن، 4 كانون الاول 1967، . د، 1968، اكتساب ملكية مدى جري عقار لاقامة بناء.

(7) اكتساب البائع الملكية يجب ان يتم قبل أي دعوى بطلان يقيمها الشاري، انظر حكم غ، ع، 23 تموز 1835، س، 1836، 1، 70، تبادل عقارات، حكم غ، م، أ، ن، 12 تموز 1962، د، 3963، 246، تفرغ عن حصص في الشركة؛ اكتساب الملكية هذا يؤدي آلياً إلى نقل الملكية إلى الشاري بدون أن يكون =

الشيء على العقد لاحقا[1].

وهكذا لتحظير بيع ما يخص الغير المفهوم على هذا النحو دور قريب جداً من دور الضمان ضد نزع اليد[2]. وعندما نكون، على سبيل المثال، امام ابطال بيع سابق أو فسخه ينعكس على بيع لاحق فيحرم هذا البيع اللاحق من فعاليته، يمكن تحليل هذا المفعول التابع كنتيجة لغياب حق الملكية في شخص البائع وكضمان متوجب للشاري: لا أهمية تذكر لما تقدم، إنه الشيء نفسه تماما، لأن مكتسب الملكية الثاني الذي يتعرض لاسترداد الشيء من قبل المالك الحقيقي يجد نفسه منزوع اليد بالضرورة.

إن المادة 1599 تبين بدقة أن الشاري بامكانه الحصول على العطل والضرر إذا كان يجهل ان الشيء هو ملك الغير: غالباً ما يكون في هذه الحالة فريسة خداع البائع، وهذا التدليس يستوجب التعويض. وجرت محاولة التفكير، استدلالا بالضد، في أنه لا يتوجب للشاري أي تعويض إذا كان الفريقان قد وقعا في الغلط: لأنه ليس بامكانه أن ينسب أي خطأ إلى شريكه في التعاقد[3]. غير انه يمكن الأخذ برأي مخالف إذا اعتبرنا الظاهرة كنزع يد الشاري: ذلك بأن البائع ملزم بموجب نتيجة في الضمان المتوجب عليه ضد هذا

- بامكان الشاري منع ذلك: ليس عليه الموافقة على البيع من جديد، انظر P.Guiho المجلة الفصلية للقانون المدني، 1954، I، المذكور سابقا، رقم 8، بيد أنه إذا اقام الشاري دعوى البطلان في الآونة التي غدا فيها البائع مالكا يكون ابرام عقد جديد ضرورياً لاجراء البيع ونقل الملكية، انظر حكم محكمه استئناف Agen، 13 حزيران 1866، س، 1866، 2، 239؛ حصص في منجم؛ حكم محكمة استئناف پو، 8 تموز 1874، د، 1980، 1، 35، عقار مملوك على الشيوع.

(1) انظر حكم غرفة العرائض ـ 20 شباط 1855، د، 1855، 1، 135، منشورات Sirey، 1855، 1، 590، عقار؛ حكم غ، ع، 30 كانون الاول 1872، د، 1873، 1، 473، عقار؛ الحكم المدني، 4 آذار 1891، Dalloz، 1891، 1، 313، عقار؛ لا يتم نقل الملكية في هذه الحالة من البائع إلى الشاري وإنما من المالك الحقيقي إلى الشاري، انظر P.Guiho، م، ف، ق، م، 1954، 1، المذكور سابقاً، رقم 26 وما يليه؛ يمكن استنتاج المصادقة من واقع أن المالك طلب إلى الشاري دفع الثمن، انظر محكمة استئناف ليون، 19 شباط 1908، Dalloz الدوري، 1909، 162، عقار مباع بالمزاد.

(2) وعليه لا يطال غياب صفة المالك في شخص البائع العقد في تكوينه بالذات وإنما في فعاليته، انظر P.Guiho، م، ف، ق، م، 1954، 1، المذكور آنفاً رقم 10؛ Planiol et Ripert، الباب X، تأليف Hamel، رقم 48، وهما يعلنان، لدعم فكرة ان الشاري ليس له الحق في معارضة البيع عندما يؤدي إلى الثبات: «السماح له بطلب البطلان الوارد في المادة 1599 في أنه غير معرض لأي خطر نزع اليد يعني أن يجاز له الرجوع عن العقد الذي ابرمه».

(3) انظر الحكم المدني، 31 تشرين الاول 1928، منشورات Sirey، 1929، 1، 86، لوازم طريق السكك الحديدية، خداع البائع السابق، غياب خطأ بائع الشيء الذي يخص الغير: ليس ثمة ما يدعو، حسب الحكم ما دام انه «لا يمكن الأخذ بأي واقعة ضارة» على عاتق هذا البائع، إلى الحكم عليه بالتعويض»؛ بيد أن حسن نية البائع في هذا الشأن لا تعفيه من التعويض على شريكه في التعاقد إلاّ أن المحاكم بامكانها الأخذ في الحسبان حسن النية هذا، انظر Planiol et Ripert، الباب X، تأليف Hamel، رقم 49.

الخطر[1]. وأخيراً، عندما يكون الفريقان على علم بأن البائع لم يكن مالكا، يتوقف كل شيء على التعهدات المتخذة: إذا اعلن البائع ارادته في بذل ما يمكنه لإرضاء الشاري لا يعتبر مسؤولا إلاّ في حالة الخطأ، إلاّ أن الأمر يختلف إذا وعد بنتيجة ما.

وينبغي، فضلاً عن ذلك، ان يشار إلى أن عدم فعالية بيع الشيء الذي يخص الغير وامكانية المالك الحقيقي في استرداد هذا الشيء يمكن أن يصطدما بعقبات مختلفة: تثبيت حقوق الشاري وفقاً للمادة 2279 بالنسبة إلى الاموال المنقولة[2]، وتطبيق نظرية الظاهر[3].

11141 ـ بيع شيء شائع. اشتهرت المادة 1599 من القانون المدني أيضاً بفرضية بيع شيء شائع يعود بالتالي إلى عدة اشخاص[4]. وتنص المادة 815 ـ 3 على أن أعمال التصرف بمال كهذا، كما أعمال الإدارة، تتطلب رضا مجموعة المالكين على الشيوع، وأن أي وكالة ضمنية، علاوة على ذلك، لا يمكن التمسك بها لصالح صحة عقد التصرف المبرم بدون رضا الجميع. فالإجماع ضروري إذاً لبيع الاموال الشائعة.

ويمكن أن تكون ثمة أوضاع عديدة في غياب اتفاق كهذا. وأسهلها الوضع الذي يأمل فيه أحد المالكين على الشيوع التفرغ عن حقوقه الشائعة: لا يثير ذلك أي مشكلة ذلك بأن مثل هذه الحقوق قابلة للتفرغ عنها سواء اكانت تتناول شيئاً محدداً أو كتلة معدة للتقاسم[5].

---

(1) انظر حول الضمان ضد نزع اليد الرقم 11280 اللاحق وما يليه.

(2) انظر حكم غرفة العرائض، 13 حزيران 1925، س، 1925، 251، بيع ارض تُرب (Tourbière)؛ لا يستقيم الحل إذا كان من غير الممكن أن يجهل الشاري أن البائع لم يكن مالك الشيء، انظر حكم محكمة استئناف Aire، 3 تشرين الثاني 1947، د، 1948، 10، بيع صُوان.
انظر كذلك رقم 11140 السابق ورقم 21132 اللاحق.

(3) انظر على سبيل المثال، حكم غ، م، ث، ن، 22 آذار 1968، ن، م، III، رقم 123، عقار كائن في Papeete باعه خازن الشركة المالكة خلافا للانظمة، وتصرف مكتسبو الملكية بالارض فبنوا عليها منزلهم؛ بيد أن الاجتهاد حصري في هذا الصدد، انظر حكم الغرفة المدنية الاولى، 2 تشرين الثاني 1955، النشرة المدنية، I، رقم 370، عدم قبول «هوية التحقق من وجود حق الملكية في شخص البائع» ولا كون البيع جرى امام الكاتب العدل.
انظر أيضاً P.Godé et R.Guidec، م، إ، م، المادة 1599، بيع شيء يملكه الغير، رقم 42 وما يليه، ولاسيما رقم 62 وما يليه.

(4) انظر Bénabent، رقم 25؛ Malaurie et Aynès، رقم 180 وما يليه؛ Collart- Dutilleul et Delebecque، رقم 129؛ P.Jourdain, Les actes de disposition sur la chose indivise، المجلة الفصلية للقانون المدني، 1987، 498؛ P.Godé et R. Le Guidec، م، إ، م، المادة 1599، بيع الشيء الذي يملكه الغير، رقم 32 وما يليه.

(5) مع هذا التحفظ بأن المالك على الشيوع عليه إبلاغ المالكين الآخرين ارادته في البيع لكي يتمكنوا من ممارسة حق الشفعة ـ الاستبدال في الماديتن 815 ـ 14 و15 من القانون المدني؛ وحول هذا الحق انظر الرقم 11154 اللاحق.

وتبرز الصعوبة عندما يأمل المالك على الشيوع بيع مال شائع بذاته: لا يسعه مبدئياً اللجوء إلى ذلك طالما أن الشيء لا يعود إليه بكامله. فالعقد يشكل في قسم منه بيع مال الغير[1]. على انه من المقبول أن يكون صحيحاً رجعياً إذا كان المال موجوداً، عند القسمة، في ذمة البائع المالك على الشيوع[2].

وثمة تردد باقٍ، في حالة بيع مال شائع من قبل بائع مالك واحد على الشيوع حول نقطة معرفة ما إذا كان البطلان الذي يمكن أن يتمسك به مكتسب الملكية جزئياً، بسبب كون العقد يتناول فقط جزءاً من الشيء الذي يخص الغير، أو عما إذا ان من الممكن أن يكون كلياً[3]. ثمة تيار اجتهادي لصالح البطلان الجزئي[4]، إلاّ أن هناك اعتراضاً على هذا الحل لأن له سيئات كبيرة: مفعوله، عند الابقاء على قسم من العقد، جعل الشاري في وضع البائع المالك على الشيوع، أي إضفاء صفة الشريك في الملك على الشيوع على

ويجري التفريق بين التفرغ عن الحقوق الشائعة في كتلة شائعة وهو فعال دائماً والتفرغ عن الحقوق الشائعة في حال شائع التي يخضع مصيرها للقسمة: إذا كان المال من نصيب البائع يكون البيع مؤكداً، في حين أنه إذا كان مخصصاً لمالك آخر على الشيوع يكون البيع قابلاً للابطال، انظر P.Godé et R. Le Guidec، م، إ، م، المادة 1599، رقم 39، وهما يبينان أنه يمكن ان يترافق بيع الحقوق في مال شائع مع وعد بضمان موافقة الغير.

قارن بـ Malaurie et Aynès، رقم 180، وهما يعتبران في صدد بيع الحقوق في مال شائع أن الأمر يتعلق ببيع جزافي؛ انظر Bénabent، رقم 25 الذي يرى مجالاً للجوء إلى التفريق.

(1) البيع لا يحتج به تجاه المالكين على الشيوع الآخرين، بيد أنه ليس بامكانهم ان يطلبوا ابطاله: دعوى اللاّ حجية، باعتبارها ليست دعوى بطلان، بمنجىٰ من التقادم (مرور الزمن) الخمسي الوارد في المادة 1304 من القانون المدني بالنسبة إلى البطلان النسبي، انظر حكم الهيئة، العامة لمحكمة النقض بكامل اعضائها، 28 أيار 1982، د، 1985، 117، طلبات Cabanne و 349 تعليق Gaillard.

(2) طلب الابطال يمكن، مع ذلك، أن يقدمه الشاري بدون انتظار نتيجة القسمة، انظر حكم، غ، م، أ، ن، 7 كانون الثاني 1955، د، 1955، 165؛ انظر أيضاً Planiol et Ripert، الباب x، تأليف Hamel، رقم 51.
بيد أنه من المناسب، في العلاقات بين المالكين على الشيوع، قبل النظر في صحة عقد البيع، تقرير تخصيص المال، انظر حكم غ، م، أ، ن، 9 أيار 1978، م، إ، م، 1979، II، 19257، تعليق M.Dagot؛ وكذلك حكم غ، م، أ، ن، 10 تشرين الاول 1984؛ د، 1985، 197، تعليق A.Breton؛ حكم غ، م، أ، ن، 7 تموز 1987، وم، إ، د، 1988، II، 20999، تعليق P.Jourdain، وبالنسبة إلى الرهن العقاري، حكم غ، م، ث، ا، ن، 7 أيار 1986، م، إ، د، 1987، II، 20737، تعليق M.Dagot: بامكان مالك على الشيوع ان يوافق بشكل صحيح على حق كهذا على مال شائع، باعتبار المفاعيل خاضعة لمصير المال عند القسمة؛ قارن بحكم غ، م، ث، ا، ن، م، ف، ق، م، 20 شباط 1979، ن، م، III، رقم 39، المجلة الفصلية للقانون المدني، 1981، 663، ملاحظة Patarin، عدم فعالية للعقد.

(3) على وجه الخصوص P. Godé et R. Le Guidec، مصنف الاجتهاد المدني، المادة 1599، رقم 32 ورقم 91 وما يليه.

(4) حكم الغرفة المدنية، 18 تشرين الثاني 1879، 1880، 1، 55؛ الحكم المدني، 26 تشرين الثاني 1926، منشورات Sirey، 1927، 1، 169، تعليق Vialeton؛ حكم محكمة استئناف بوردو، 26 نيسان 1926، Dalloz الدوري، 1927، 2، 103، تعليق Minvielle.

الشاري، مما يمكن أن لا يتوافق مطلقاً مع ما يأمله[1]؛ يضاف إلى ذلك أن الحل يبدو، بداهة، غير مراعٍ نية الفريقين إلى حد كبير عندما يكون الشاري جاهلاً حالة الشيوع التي يوجد فيها المال الذي يظن أنه جرى التفرغ عنه لصالحه.

وهذا هو حال المعيار الذي ينزع إلى فرض نفسه: لو كان الشاري يعلم حالة شيوع المال لما طمح، إلاّ إلى البطلان الجزئي؛ ولو كان يجهل ذلك لكان يحق له طلب البطلان الكامل للبيع[2]. إن صحة هذا الحل تبدو مشكوكا فيها إذا أضيف إلى ذلك أن الشاري، في أي حال من الاحوال، وهو جاهل حالة شيوع المال، يكون له الحق في التمسك بالغلط الذي وقع فيه وبالتالي التمسك بالبطلان الكامل.

11142 ـ 3°. أنواع تلطيف قواعد الاهلية والسلطة. غالباً ما تبدو قواعد الاهلية والسلطة في البيع اكراهية بحيث تم تبني تلطيف للتطلبات القانونية. وينبغي التطرق إلى الوعد بضمان موافقة الغير قبل التساؤل عما إذا كان من الممكن، في هذا الشأن، التمسك بنظرية الظاهر.

11143 ـ أ) الوعد بضمان موافقة الغير. يسهّل اللجوء إلى الوعد بضمان موافقة الغير الوارد في المادة 1120 من القانون المدني[3] الأمور، على سبيل المثال في حالة تدخل القاصر في البيع: يبرم ممثله العقد بمبادرة منه متجاوزاً اصلاحياته لأن المعاملات الواجب مراعاتها ثقيلة، بيد أنه يضمن مصادقة القاصر، ما ان يصبح هذا القاصر أهلا[4].

---

(1) ولا بالنسبة إلى المالكين على الشيوع الآخرين، بيد أن هؤلاء بامكانهم ممارسة حق الشفعة، الاستبدال سنداً للمادتين 815 ـ 14 و15 من القانون المدني المشار إليهما سابقاً.

(2) انظر بهذا المعنى Planiol et Ripert، الباب x، تأليف Hamel، رقم 51؛ P.Godé et R. Le Guidec، مصنف الاجتهاد المدني، المادة 1599، رقم 32 ورقم 91 وما يليه؛ حكم الغرفة المدنية، 18 تشرين الثاني 1879، د د، 1880، 1، 55، تفسير استدلالا بالضد.
والحل مقبول بدون صعوبة عندما يبرم البيع شرط موافقة المالكين على الشيوع الآخرين؛ انظر حكم غ، م، ث، ا، ن، 20 شباط 1979، ن، م، ن، م، III، رقم 39، بيع قطعة ارض؛ حكم غ، م، ث، ا، ن، 25 أيار 1976، III، رقم 229، وعد بضمان موافقة الغير.

(3) انظر J.Boulanger, La promesse de porte fort et les contrats pour autrui، اطروحة في كان، 1933؛ E.Fortis، ف، د، م، V الوعد بضمان موافقة الغير، 1994؛ Flour rt Aubert، الباب 1، رقم 771 وما يليه؛ Ghestin, Les effets du Contrat، رقم 809 وما يليه؛ ، رقم 826، Malaurie et Aynès، رقم 683 وما يليه؛ Mazeaud et Chabas، رقم 242 ورقم 767؛ Starck، تأليف Roland et Boyer، الباب 2، رقم 344، وما يليه؛ Terré, Simler et Lequette، رقم 484 وما يليه، في شأن الوعد بضمان موافقة الغير. M.Véricel, Désuétude ou actualité de de la promesse de porte-fort، د، 1988، العرض، 123، ولاسيما ص 125.

(4) انظر حكم غ، م، ث، ا، ن، 11 كانون الاول 1969، ن، م، III، رقم 833، عقار حكم غ، م، ث، ا، ن، 20 كانون الاول 1971، ن، م، III، رقم 653، بيع عقار، عقار؛ حكم غ، م، ث، ا، ن، 25 أيار 1976 ن، م، III، رقم 229،؛ حكم غ، م، أ، ن، 20 تشرن الثاني 1975، د، 1976، 353، تعليق Ch. Larroumet، م، إ، د، 1976، II، 18500، تعليق F.Monéger، م، إ، د، 1976، وملاحظة F. Cornu، 1977 ـ 17، ملاحظة Y. Loussouarn، عقار.

ويمكن استخدام هذا الاسلوب أيضاً من قبل مالك على الشيوع للتصرف بمال بدون أخذ رضا المالكين على الشيوع الآخرين[1].

وفعالية هذا اللجوء إلى الوعد بضمان موافقة الغير تقبله المحاكم ويقال، دعما لهذا الحل، إنه لا يسيء إلى حماية عديم الاهلية ما دام أنه غير ملزم بالوعد ويبقى حراً في إعطاء رضاه لاحقاً أم لا[2].

وكذلك يمكن إبرام عقد بيع في شروط يجب أن لا تكون موجودة[3] ويكون لهذا البيع مفاعيله إلى أن يكون موضوع نظر من جديد في حال امكانية المصادقة عليه. والمخاطرة هي أنه نادراً ما يمكن اعادة النظر[4] أو مجرد عدم الجرأة على إعادة النظر،

---

(1) حكم الغرفة المدنية، 6 تشرين الاول 1954، م، إ، د، 1954، II، 8444، عقار؛ حكم غ، م، أ، ن، 20 كانون الثاني 1957 د، 1957، 182، عقار، حكم غ، م، أ، ن، 28 شباط 1966، ن،م، I، رقم 143، عقار؛ حكم غ، م، ث، ن، 20 كانون الاول 1971، ن، م، III، رقم 653، عقار.

(2) وحول صحة اتفاقية الوعد بضمان موافقة الغير عندما يكون الغير الذي جرى الوعد بضمان موافقته قاصراً، انظر حكم غرفة العرائض، 6 آذار 1905، Dalloz، 1910، 1، 362؛ يجد الغير الذي يصادق ان له صفة البائع، رجعياً، من يوم الوعد بضمان موافقة الغير، انظر حكم غ، م، أ، ن، 8 تمرز 1964، د، 1964، 560، م، ف، ق، م، 1965، 112، ملاحظة J. Chevallier، 1479، ملاحظة G. Cornu، مهلة المقاضاة للابطال لعلة الغبن تبدأ في السريان منذ العقد الاصلي، والمصادقة يمكن ان تكون ضمنية، انظر حكم الغرفة التجارية، 22 تموز1986، م، ف، ق، م، 1987، ملاحظة J. Mestre، تفرغ عن حصص في شركة؛ وكذلك J. Flour et J.- L. Aubert, Les obligations، المجلد 1 العمل القانوني، 1991، رقم 457.
ومن المقبول، أيضاً أن يعلن الواعد، إذا ضمن موافقة الغير، استبدال نفسه بعديم الاهلية إذا لم يصادق هذا الاخير على العقد، انظر حكم غ، م، ث، ا، ن، 6 تشرين الثاني 1970، ن، م III، رقم 591؛ وفي صدد الوعد بضمان موافقة مركز شراء أو اجمالية (استنادا إلى عيّنة) باسم اعضائه. انظر F. Delbarre et c. Lavabre, Centrale d'achat et de services، د، 1985، العرض 165.
إن موجب ضمان موافقة الغير هو مبدئياً موجب نتيجة، انظر حكم الغرفة المدنية الثالثة، 7 آذار 1978، النشرة المدنية، III، رقم 108، جناح.

(3) انظر حول الانتقادات الموجهة إلى الاسلوب، على وجه الخصوص، Planiol et Ripert، الباب V I، تأليف Esmein، 1952، رقم 49، صفحة 53، 1988، العرض 123، المذكور سابقاً، صفحة 126 والإسنادات الواردة.

(4) الغير ملزم إلى حد ما بقبول المصادقة على العقد عندما يكون وريث الواعد، وهكذا تنتقل إليه موجبات العقد، انظر حول هذا النموذج من الاوضاع حكم الغرفة المدنية الاولى، 26 تشرين الثاني 1975، د، 1976، 353، تعليق Ch. Larroumet، المجلة الفصلية للقانون المدني، 1976، 575، ملاحظة G. Cornes، أمّ باعت عقارا كممثلة لاولادها القاصرين بدون مراعاة المعاملات القانونية، حكم محكمة استئناف ليون، 11 آذار 1980، Dalloz، 1981، 617، تعليق G. Peyrard، بيع عقار، ام مثلت ابنتها القاصرة، كان في الماضي يعتبر ان الغير، في هذا الوضع، قد حرم من امكانية عدم المصادقة، انظر، على سبيل المثال، حكم الغرفة المدنية، 28 حزيران 1859، د د، 1859، 1، 299، تفرغ وصي عن منقولات وعقارات عن مستحقات الارث حكم غرفة العرائض، 5 تشرين الثاني 1877، د د، 1878، 372، بيع أم اموالها واموال أحد اولادها القاصرين الآخرين، حكم محكمة استئناف شامبيري، 14 كانون الاول 1936، د، إ، 1937، 169، عقار.

أو يكون عديم الاهلية مجبراً على ذلك. والمحاكم، في بعض الحالات، ترفض اللجوء إلى هذه الطريق للافلات من قاعدة الاهلية أو السلطة[1].

11144 ـ ب). نظرية الظاهر. فقدان الاهلية أو السلطة، كما فقدان صفة المالك، لا يهدد صحة البيع إذا كان من الممكن اثبات أن الشاري، ضحية اعتقاد مشروع، ظن أن البائع كان له الحق في إبرام العقد. إن نظرية الظاهر من شأنها، احياناً، انقاذ العقد[2].

وهكذا يمكن التمسك بواقع أن البائع تصرف كمالك للشيء لهذه الغاية: يمكن بشكل سليم اكتساب الملكية من مالك ظاهري أو وريث ظاهري[3]... كما أنه من الممكن اللجوء إلى مفهوم الكفالة الظاهرية لتسويغ الاعتراف لاحد الاشخاص بأنه مكتسب ملكية شيء ما، إذا ظهر أنه ظن شرعا أن المالك اعطى من أجرى معه البيع سلطة التفرغ عن هذا الشيء[4].

11145 ـ ب. تقييدات حرية البيع. تضاف إلى قواعد الاهلية والسلطة أحكام قيدت حرية البيع. وينبغي التفريق في هذا الصدد بين التقييدات وموجب البيع.

وللمنع احياناً مصدر قانوني: وهكذا الأمر بالنسبة إلى لاقابلية التصرف بالملك

---

(1) لا يقبل، في ما يتعلق ببيع سكن الاسرة الذي فرضت المادة 215 من القانون المدني بالنسبة إليه رضا الزوجين، ان يقوم احدهما بضمان موافقة الزوج الآخر على العقد، انظر حكم غ، م، أ، ن، 11 تشرين الاول 1989، د، 1990، 130، تعليق R. Le Guidec، وثمة شكوك ايضاً بالنسبة إلى امكانية اللجوء إلى الوعد بضمان موافقة الغير للاحتيال على المادة 1424 التي تفرض رضا الزوجين في بعض العقود: الاجتهاد بالفعل بصلابة على مراعاة القواعد التي تسوس الادارة المشتركة لشيوع الاموال بين الزوجين، انظر N.Véricel، د، 1988، العرض 123، المذكور آنفاً، صفحة 125؛ انظر ايضاً حول هذه النقطة الرقم 11138 السابق.

(2) انظر حول هذه النظرية، على وجه الخصوص، J.Ghestin, G.Goubeaux et M.Fabre- Magnan, Traité de droit civil: introduction générale، 1994، رقم 838 وما يليه، ولاسيما رقم 856 وما يليه.

(3) انظر حكم غ، ع، 20 أيار 1935، د د، 1935، 1، 97، تقرير Pilon؛ حكم غ، م، أ، ن، 12 كانون الثاني 1988، م، إ، د، الطبعة N، 1988، II، 133، تعليق Salvage؛ وهكذا لبس منشأ حق الملكية المكتسب في مثل هذه الحالة في حق المالك الظاهر ولا المالك الحقيقي، انظر حكم غ، م، أ، ن، 22 تموز 1986، ن، م، I، رقم 214، م، ق، ع، 1987، 1، الموجز 60، ملاحظة A. Piédelièvre. انظر كذلك رقم 11140 السابق ورقم 21132 اللاحق.

(4) انظر على سبيل المثال حكم غ، م، ث، ا، ن، 2 تشرين الاول 1974، م، إ، د، 1976، II، 18247، تعليق H. Thuillier، كاتب عدل قدم نفسه كوكيل لبيع مال منتقل بالارث، حكم الغرفة المدنية الاولى، 6 كانون الثاني 1994، ن، م، I، رقم 1، د، 1994، الموجز 208، ملاحظات Ph. Delebecque الناقدة، بيع عقار اجراه وكيل عقاري مجرد من الوكالة، اعتقاد مكتسبي الملكية انه نحّاس واعتقادهم لم يتم التصريح عنه؛ بيد أنه من الصعب، بصورة عامة، بالنسبة إلى العقود الخطيرة كبيع عقار، قبول الاعتقاد المشروع والسبب الذي كان لدى الشاري بعدم رقابة سلطات الوكيل، انظر على سبيل المثال حكم الغرفة المدنية الاولى، 29 نيسان 1969، د، 1970، 23، تعليق J. Calais- Auloy، القضية الاولى، نقض، مكتسب ملكية له صفة تاجر اموال؛ اضف إلى ذلك بالنسبة إلى وكالة ظاهرية الرقم: 217 31 اللاحق وما يليه.

العام الذي املته المصلحة العامة. بيد أن له، احياناً، مفعول الارادة الفردية: وهو التقييدات الاتفاقية.

أما موجب البيع فمستمد في ما هو اساسي من واقع أن التشريع الاقتصادي يضع أيّ مهني في وضع يكون فيه ملزما، من حيث المبدأ، بجعل أيّ كان مكتسباً ملكية الاموال التي يضعها في التجارة ويعرضها هكذا على الجمهور.

11146 ـ 1°. منع البيع. يجاز للافراد، ضمن بعض الشروط، وضع تنظيم يشذ عن حرية انتقال الاموال: وهذه التقييدات الاتفاقية لحرية البيع يمكن ان يكون دافعها اقتصادياً أو غير اقتصادي.

11147 ـ أ) الدوافع غير الاقتصادية. شروط لاقابلية التصرف وحق العودة الاتفاقي هي في صف الدوافع غير الاقتصادية.

1) ـ بند لاقابلية التصرف. يمكن، في أول الأمر، أن يكون المال المقصود موضع لاقابلية التصرف. فالعملية مستحيلة في هذه الحالة: يتعرض التفرغ للبطلان[1]. ويوجد هذا الوضع عندما يكون المال موضوع هبة، أو إيصاء، ويكون الواهب قد أورد فيها تقييداً كهذا الحق التصرف، كما تجيز ذلك المادة 900 ـ 1 من القانون المدني: يعترف هذا النص بالفعل بصحة بنود لاقابلية التصرف[2]. ويكفي أن تكون محدودة في الزمن[3] ومسوّغة بمصلحة جدية ومشروعة: على سبيل المثال يأمل الواهب أن يرى الموهوب له، وهو مراهق، محتفظاً باستعمال الشيء لمدة من الزمن ضرورية لانجاز دراساته[4]. وهكذا لا تسيء لاقابلية التصرف بمقدار كبير إلى حرية انتقال الاموال.

---

(1) انظر حكم غ، ع، 16 كانون الثاني 1923، د د، 1923، 1، 177، لاقابلية تفرغ وارد في نصوص وصية حتى سن الثلاثين سنة او زواج المستفيد؛ وبالمقابل تبقى اجارة المال ممكنة.

(2) انظر J. Flour et H. Souleau, Les libéralités، 1992، رقم 342؛ H. corvest, l'inalienabilité Convenionnelle، 1979، 1377.

(3) تعتبر محدودة بما فيه الكفاية في الزمن لاقابلية التصرف المشترطة طيلة حياة الواهب، انظر حكم غ، م، أ، ن، 8 كانون الثاني 1975، ف، د، 1975، البند، 3091، تعليق A.Ponsard، م، إ، د، 1976، II، 18240، تعليق Thuillier؛ وعلى نقيض ذلك حكم الغرفة المدنية الاولى، 16 شباط 1953، Dalloz، 1953، 282، نقض بند بيع ينص على منع الشاري التصرف بالمال لأي شخص آخر غير البائع أو ورثته، عقار، لاقابلية التصرف محدودة في الزمن.

(4) يمكن أن يكون التسويغ أكثر انانية، انظر حكم غ، م، أ، ن، 10 تموز 1990، ن، م، I، رقم 192، م، إ، د، الطبعة N، 1991، II، 197، تعليق Salvage، ف، د، 1991، 272، ملاحظة Lucet، المجلة الفصلية للقانون المدني، 1991، 141، ملاحظة Zénati، 580، ملاحظة Potarin، هاجس الواهب في الاستفادة من حق استعمال وسكن مجرد من الازعاج وأعتبار ابنه مدينا بهذا الحق لهذه الغاية؛ انظر حكم الغرفة المدنية، 20 نيسان 1858، م، إ، د، 1858، 1، 154، لاقابلية التصرف طيلة حياة الواهب لتأمين حق الرجوع القانوني.

على أنه من المقبول، في ما يتعلق بالهبات أو الإيصاء لشخص معنوي، رابطة أو مبرّة، أن يفرض هذا التحديد في الزمن: شرط أن يكون مسوّغاً بهدف مصلحة عامة، فيمكن أن تكون لاقابلية التصرف أبدية[1].

وبالمقابل، لا يبدو من الممكن إدخال بند لاقابلية التصرف في عقد معاوضة، ولاسيما البيع: الشذوذ عن حرية انتقال الاموال الذي اجازته المادة 900 ـ 1، مع تقييدات، لا يستقيم إلاّ بالنسبة إلى العقود المجانية[2].

2) ـ حق الرجوع الاتفاقي. يمكن، إضافة إلى ذلك، ودائماً في هبة أو إيصاء، اشتراط حق رجوع الواهب في حالة وفاة الموهوب له قبله: تنص المادتان 951 و952 على ذلك صراحة[3]، مما يتوافق مع فكرة أن الواهب لا يأمل أن يمتد كرمه إلى ورثة الموهوب له أو الموصى لهم، وإنما تحديد بادرته بهذا الموهوب له. وبند الرجوع يطال العقد بشرط فاسخ: يُفسخ هذا العقد عندما يتوفى الموهوب له قبل الواهب. فإذا ما تحقق الشرط يعود المال إلى ذمة الواهب المالية، وتتلاشى رجعياً، اعمال التصرف التي يمكن أن يكون الموهوب له قد قام بها كما تنص على ذلك المادة 952. وهكذا يجب أن يسقط البيع الذي اجراه الموهوب له وبامكان الواهب استرداد الاموال من مكتسب الملكية[4].

والنتيجة العملية هي أن الموهوب له، مالك الشيء، يمتنع عليه التفرغ عنه إلاّ بموافقة الواهب لهذه الغاية.

وبما أن للبند بالضرورة مفعولاً محدوداً في الزمن فهو يصطدم بمبدأ حرية انتقال الاموال.

11148 ـ ب) الدوافع ذات الطابع الاقتصادي. يمكن أن تكون لإستحالة البيع

---

(1) البرهان هو أن المادة 900 ـ 1 من القانون المدني، المتحدرة من قانون 3 تموز 1971، تستبعد من حقل تطبيقها الاشخاص المعنويين، وكان الاجتهاد السابق لهذا النص في هذا الاتجاه، انظر J. Flour et H.Souleau, Les libéralités، المذكورين سابقاً، رقم 342.

(2) انظر في هذا الاتجاه Bénabent، رقم 54؛ على أن غالبية الفقه في اتجاه معاكس استناداً إلى احكام سابقة، انظر L. Cadiet، مصنف الاجتهاد المدني، المادة 1598، اشياء يمكن بيعها، 1988، رقم 132، والاسنادات ايضاً؛ Starck، تأليف Roland et Boyer، الموجبات، الباب 2، 1989، رقم 518.

(3) انظر J. Flour et H. Souleau, Les libéralités، رقم 153 وما يليه؛ F.Terré et L. Lequette, Les successions, Les libéralités، موجز Dalloz، 1988، رقم 448.

(4) من المقبول مع ذلك الحفاظ على اعمال الادارة والايجارات وغيرها ويكون للمادة 79 22 من القانون المدني، ضمن شروط القانون العام، دور في ما يتعلق بالاثاث، انظر J. Flour et H.Souleau, Les libéralités، المذكورين سابقاً، رقم 158؛ وفي المادة العقارية ينبغي ان يكون بند استرداد المال موضوع علنية.

أسباب اقتصادية أيضاً[1]. والحال هكذا في شبكة توزيع عندما يكون بائع المفرق مثلا معتمداً من قبل المورّد لتسويق منتجاته. فيمتنع الفريقان بنتيجة ذلك عن بيع تجار اجانب عن الشبكة يأملون حيازة المنتجات لعرضها أيضاً على الزبن[2].

والأمر على هذا النحو بالاحرى عندما يصدر عن مورّد تعهد حصرية كما هي الحال في عقد امتياز تجاري، طالما أن مانح الامتياز يلتزم بأن لا يورّد إلاّ إلى صاحب الامتياز في الاقليم المخصص له[3].

11149 ـ 2°. موجبات البيع. تقضي الحرية الفردية، للوهلة الاولى، بأن لا يكون هناك موجب بيع: «لا يمكن أن يُكره أحد على التفرغ عن ملكيته»، هذا ما تعلنه المادة 545 من القانون المدني التي تتحفظ لجهة حالة الاستملاك لسبب المنفعة العامة[4].

بيد أن المبدأ لا يسري إلاّ على الافراد. فالتجار والمهنيون بصورة اعم، طالما أنهم يعرضون اموالا على الجمهور، خاضعون لنظام آخر. وبالفعل يحظر القانون رفض البيع[5]. وذلك يسري على أي نوع من الاموال، المنقولة أو غير المنقولة. ويعاقب رفضاً

---

(1) انظر، حول صحة بند يمنع، في عقار بملكية مشتركة، بيع غرف خدمات بالاستقلال عن الشقق التابعة لها من أجل تجنب تعدد المالكين المشتركين، حكم الغرفة المدنية الاولى، 12 كانون الثاني 1982، الذي استشهد به Lafond و Stemmer في Code de la copropriété، منشورات Litec، 1986، قانون عام 1963، المادة 8، رقم 6؛ Morand, Destination de L'immeuble et limitation du droit de disposition des locaux accessoires. مجلة قصر العدل، 1983، 1، الفقه، 250، وحول عهد التفضيل المدخل في نظام الملكية المشتركة، انظر الرقم 11505 اللاحق.

(2) هكذا يرتكب الموزع بتموين الغير بالنسبة إلى الشبكة الخطأ الذي يؤدي إلى مسؤوليته والقابل لتسويغ استبعاده، انظر على سبيل المثال حكم غ، ت، ن، 12 تموز 1993، قضية Déor، ن، م، IV، ، رقم 295؛ اضف إلى ذلك Lamy, Droit économique، ، تأليف Cas et Bout، 1994، رقم 3695؛ غير أن بنود عدم المقابلة، أي التي تمنع بائع المفرق التوريد إلى بائع آخر بالمفرق في الشبكة، تعتبر مناقضة للتعاقد، انظر على سبيل المثال لجنة المنافسة، رأي أول كانون الاول 1983، منتجات الصبدلية، النشرة الرسمية للمنافسة، والاستهلاك وقمع الغش (BOSP أو Bocerf)، 28 كانون الاول 1984.

(3) انظر حول شبكة التوزيع الرقم 11596 اللاحق وما يليه.

(4) يتم البت على اساس هذا النص بالمنازعات التي يثيرها التعدي على مال الغير عند عملية بناء، والمبدأ هو أنه لا يمكن الابقاء على البناء لقاء تعويض على المالك إذ يجد نفسه هكذا مجبرا على بيع قسم من قطعة أرضه، انظر في هذا الصدد حكم الغرفة المدنية الثالثة، 7 حزيران 1990، النشرة المدنية، III، رقم 140، ف، د، 1991، 359، ملاحظة J. L. Aubert، ازالة حفر قناة تصريف مياه الاستعمال: يؤكد الحكم أن الدفاع عن حق الملكية لا يمكن ان يتحول إلى اساءة استعمال.

(5) كان حظر رفض البيع وتقديم الخدمات الذي انشىء في قانوننا في عام 1940 في حقبة قحط، والذي ادخل في المادة 37 من الأمر الاشتراعي لعام 1945، رغماً عن التحفظات المعبر عنها حول هذا الموضوع، قد استعاده الأمر الاشتراعي بتاريخ أول كانون الاول 1986 حول حرية الاسعار والمنافسة: لم يكن المشروع الاصلي يعاقب رفض البيع وتقديم الخدمات كرفض وتقديم خدمة، وإنما ادخله في حظر التفاهم.
انظر حول الحظر، Houin et Pédamon، رقم 538 وما يليه؛ Ripert et Roblot، الباب 2، رقم 2494؛ Lange, Droit économique، تأليف Cas et Bout، رقم 852 وما يليه؛ L. Bihl، الفهرس التجاري، =

كهذا، في أيامنا، الأمر الاشتراعي بتاريخ أول كانون الاول 1986 المتعلق بحرية الاسعار والمنافسة الذي يكرس عدة احكام لهذا الموضوع.

وثمة تفريق حسبما يتعلق الأمر بالعلاقات بين المهنيين والمستهلك أو بالعلاقات بين المهنيين[1]. والمادة 30 من الأمر الاشتراعي «تحظر رفض بيع المستهلك منتجا ما»، وتستمر في معاقبة المهني الذي يتبنى هذا الموقف جزائياً[2]. ويحتفظ النص فقط بالحالة التي يستطيع فيها تقديم دافع مشروع: الأمر هكذا، مثلاً، في حالة لاقابلية التصرف بالسلعة المطلوبة[3].

وتحظر المادة 36، في شأن العلاقات بين المهنيين، «رفض تلبية طلبات من يشترون المنتجات». بيد أن هذه الممارسة لم تعد، كقمعية، موضوع تجريم جزائي. فمسؤولية صاحب العلاقة المدنية هي التي يؤخذ بها وحدها. ويخشى، مع أن هذا التطور يبدو مأمولا من الاغلبية، والفقه يؤيده في مجمله، أن تكون فعالية النص منقوصة. والحدود مبينة هنا أيضاً: رفض البيع لا يشكل انتهاكا إلاّ أن لا يكون للطلب طابع غير طبيعي أو إذا كان صادرا عن حسن نية. وهكذا يسمح للصانع بعدم تموين البائع بالمفرق الذي يمارس الاسعار الاستدارجية، فيستغل بذلك ثقة المستهلكين[4].

يضاف إلى ذلك أن المادة 7 حول التفاهم والمادة 8 حول استغلال الوضع المسيطر تستهدفان رفض البيع كأداة ممكنة لسلوك كهذا محظّر أيضاً. والتفاهم، مثلا، عندما يكون دعامة نظام توزيع، يستدعي رفض البيع بالنسبة إلى التجار الغرباء عن الشبكة. أما استغلال الوضع المسيطر فإن المادة 8 من الأمر الاشتراعي تعين بدقة هي أيضاً أنه من الممكن «أن يرتكز على رفض البيع، أو المبيعات المقيدة أوالمرتبطة بغيرها...»[5].

= Dalloz، ، V المبيعات التجارية، رقم 12 وما يليه؛ Cl. Lucas de Leyssac, Coucurrence et Consommateur، الكراسة 290، رفض البيع، 1991؛ بالاضافة إلى J.- B. Bosquet Denis, La localisation du refus de vente et ses conséquences sur la compétence des juridictions, Dalloz، 1991، العرض 21.

(1) عندما يكون رفض البيع كبيع، بالاستقلال عن انتظار وضع مسيطر أو تعسف تخضع المطالبة للقضاء المدني أو التجاري.

(2) المادة 33 من مرسوم 29 كانون الاول 1986، مخالفة من المرتبة الخامسة.
ويضيف النص أنه يمنع أيضاً إخضاع شراء منتج لشراء منتج آخر: يشكل ذلك ما يسمى بيعا مقيداً أو مرتبطاً بغيره، انظر حول ذلك الرقم 11580 اللاحق وما يليه.

(3) يمكن رفضُ البيع بصورة خاصة بسبب صفة المورّد: تعاونية مبنية على رفض بيع شخص خارجها، وبائع الجملة بيع فرد عادي، انظر Cl. Lucas de Leyssac، مصنف الاجتهادات، المنافسة والاستهلاك، الكراسة 290 المذكورة آنفاً، رقم 24 وما يليه.

(4) انظر حول السعر الاستدراجي، بصورة خاصة، Houin et Pédamon، رقم 540 والرقم 11582 اللاحق.

(5) عندما يندرج رفض البيع في إطار تفاهم أو استغلال وضع مسيطر، فإنه يعود إلى صلاحية مجلس المنافسة بصورة رئيسية.

إلاّ أنه ينبغي الأخذ في الحسبان المادة 10 من الأمر الاشتراعي التي تجعل بعض الممارسات بمنجى من مادتيه 7 و 8 لأنها تبدو مفيدة، وهذا الحل استعادته المادة 36 في ما يتعلق برفض البيع بين المهنيين: يتعلق الأمر «بممارسات مفعولها تأمين تقدم اقتصادي (وهي) تحتفظ للمستعملين بقسم منصف من النفع الناتج عنها». وتطبق الصيغة، على وجه الخصوص، على شبكات التوزيع المقبولة شرعيتها بسبب الحسنات التي تتمثل فيها بالنسبة إلى مختلف الفرقاء المعنيين بمن فيهم المستهلكون[1].

الفقرة 2 ـ الشاري

11150 ـ حرية الشراء. ثمة انواع عديدة من الشارين الذين يخضعون لحوافز مختلفة: مستعمل نهائي يكتسب الملكية لتأمين حاجاته الشخصية، وتاجر يعتمد على فائض القيمة ويضارب في البيع بالمفرق، ومكتنز يختزن خوفاً من النقص، وجامع يجمع الاشياء عن هوى. . . فينتقل الشيء من يد إلى يد: من الصانع إلى البائع بالمفرق ومن الشاري إلى مكتسب الملكية الثاني.

وشخصية مكتسب الملكية، في انتقال الاموال والثروات هذا، لا يكترث لها على وجه العموم[2].

وبامكان مكتسب الملكية هذا أن يستتر وليس ذلك غير مشروع. إنه يتمتع لهذه الغاية بإواليات كاتفاقية تسخير الاشخاص التي يختبىء فيها وراء شخص ثانوي يشتري مكانه مالاً منقولاً على سبيل المثال[3]، أو إعلان الحائز الحقيقي الذي يستخدم في المادة العقارية يقضي، بالنسبة إلى مكتسب الملكية، بابرام العقد بواسطة الغير، ثم كشف نفسه بعد اتمام العملية[4]. وليس استبدال شخص بآخر، من جانب مكتسب الملكية، ظاهرة

---

(1) انظر حول شبكات التوزيع الرقم 11596 اللاحق وما يليه؛ وفي صدد عبء الاثبات انظر حكم غ، ت، ن، 6 تشرين الثاني 1990، ن، م، IV، رقم 266، Dalloz، 1990، اعلامات سريعة، 300، المجلة الفصلية للقانون التجاري، 1991، 431، ملاحظة B.Bouloc، صانع يفرض على البائعين بالمفرق ابقاء اماكنهم مفتوحة لأي نوع من الزبن ويرفض بيع تاجر لا يقبل في مخازنه سوى زبن محصورين هم موظفو جماعات مختلفة، ممارسة حصرية المنافسة، ضرورة ان يقدم الصانع البيّنة على الوقائع التي تسوغ هذه الممارسة على اساس المادة 10 من الأمر الاشتراعي لعام 1986.

(2) انظر الرقم 11107 السابق.

(3) انظر حول كون موضوع اتفاقية تسخير الاشخاص إخفاء مكتسب الملكية الحقيقي، وحول الفارق مع ضمان موافقة الغير، حكم محكمة، استئناف باريس، 6 كانون الاول 1989، Dalloz، 1990، اعلامات سريعة، 2، عقار، صحة.

(4) يجب أن يتم الانشاء خلال أربع وعشرين ساعة كي لا تبدو العملية في نظر الادارة الضريبية انها تستدعي نقلاً مزدوجاً، انظر حول هذه الإوالية الرقم 11504 اللاحق؛ Planiol et Ripert، الباب X، تأليف Hamel، رقم 213 وما يليه؛ Colin et Capitant، الجزء II، تأليف Julliot de la Morandière، رقم 836، وكذلك الرقم 31126 اللاحق.

نادرة: يمكن أن يكون سببه مشروعا، على سبيل المثال حق الاسترداد أو حق الشفعة[1]، أو يكون مبنياً على اتفاقية بين الفرقاء كحالة الوعد ببيع عقار أو مؤسسة تجارية مع شروط الاستبدال[2].

ويلاحظ، فضلاً عن ذلك، انه إذا كانت، في فرضيات مختلفة، ثمة تحظيرات أو موجبات بيع[3]، نجد، بدرجة أقل في الغالب، اكراهات كهذه في ما يتعلق بعملية الشراء. فنادراً ما يكون هناك منع قانوني للشراء ما عدا بعض انواع عدم اهلية التمتع المفروضة في ظروف خاصة جداً[4]. بيد أن المنع يمكن أن يكون منشؤه اتفاقياً. فنجد، بصورة خاصة في اتفاقات التوزيع، تقييداً لحرية الشاري في اختيار شريكه في التعاقد: هذا حال التاجر الذي يتعهد للمورّد بالتمون حصرياً لديه فيجد حريته في الشراء محدودة بسبب هذه الحصرية[5].

أما بالنسبة إلى موجب الشراء فمن الصعب تصور امكانية وجوده خارج الحالة التي يكون قد صدر فيها وعد بالقيام به والالتزام بذلك[6]. فمبدأ حرية الشراء ثابت إذاً بقوة أشد من حرية البيع. وهكذا جرى الحكم بأنه ليس ثمة خطأ من قبل رابطة غير طبية في أن تتوقف، فجأة، عن أن تتزود من الصيدلي الذي كانت تشتري منه بانتظام قسماً من مشترواتها الضرورية لنشاطها: إن الحكم الذي أخذ بهذا الحل يشدد على «الحرية الاساسية لكل شخص في التمون من أحد التجار»[7].

ويثير البيع المنظور إليه من زاوية الشاري مسألتي الاهلية والسلطة (أ). ويمكن أن تبرز أيضاً صعوبات في حالة تعدد مكتسبي الملكية (ب). وينبغي، علاوة على ذلك، الأخذ في الحسبان إواليتي الاسترداد أو الشفعة اللتين تتيحان للغير أن يحل محل الشاري (ج).

---

(1) انظر الرقم 11154 اللاحق.

(2) انظر الرقم 11528 اللاحق وما يليه.

(3) انظر الرقم 11137 السابق وما يليه.

(4) انظر الرقم 11151 اللاحق.

(5) انظر، حول شبكات التوزيع، الرقم 11596 اللاحق وما يليه.

(6) انظر الرقم 11170 اللاحق حول الوعد بالبيع أو الشراء.

(7) حكم غ، ت، ن، 5 تموز 1994، م، إ، د، 1994، II، 22323 ـ تعليق J. Léonnet: يتعلق الأمر برابطة تتمون من صيدليتين، وكان التوقف الفجائي عن الطلبات من إحدى هاتين الصيدليتين عائداً، على ما يبدو، إلى أن مالكها قدم للانتخابات المحلية لائحة منافسة للائحة العمدة المنتهية مدته، هو رئيس الرابطات المعنية، بيد ان محكمة النقض نقضت الحكم الاستئنافي الذي أخذ بمسؤولية هذه الرابطات بدون بيان اساءة استعمال الحق من قبلها.

11151 ـ أ. الاهلية والسلطة. يجب أن تكون لدى الشاري أو البائع الاهلية القانونية. وبالتأكيد نادراً ما تبدو العملية الاقتصادية من هذه الزاوية مضرة حتى ان لها في الغالب فائدة تحقيق توظيف. ولذلك ثمة شك أيضاً في أن تكون للشراء مخاطر. ومن المقبول، في ما يتعلق بالقاصر، ان بامكانه عقد مشتروات مختلفة لحاجة حياته اليومية، إنما يجب أن يختص الأمر بعمليات قليلة الاهمية (المادة 389 ـ 3 والمادة 450 من القانون المدني)[1]. وبامكان القاصر، فضلاً عن ذلك، طلب ابطال العقد إذا تبين أن العملية منطوية على الغبن (المادة 1305)[2].

والحرية ذاتها يجب أن تترك للراشدين تحت الوصاية (المادة 495 التي تحيل إلى القواعد المطبقة على القاصرين)[3].

وينبغي، خارج هذه الفرضيات، أن يكون عديم الاهلية ممثلاً أو موضوع اشراف مما يثير مسائل السلطة.

من المقبول، من زاوية السلطات المفروضة، أن يشكل الشراء عمل تصرف[4]، وذلك بصفة مزدوجة. من المفروض أن من يشتري للغير له امكانية التصرف بالاموال التي تتيح ذلك. إنما يتم التنبه أيضاً إلى أن الطريقة التي تستعمل فيها الاموال يجب أن تخضع للرقابة، ذلك بأن هذه النقطة اساسية. هناك شراء حسن وشراء سيء. ويلاحظ ذلك بوضوح في ما يتعلق بالوصاية على القاصرين التي تنقل قواعدها إلى الراشد تحت الوصاية بموجب المادة 495. وبالفعل تنص المادة 455 على أن مجلس الاسرة يحدد المبلغ

---

(1) انظر، على سبيل المثال، Starck، تأليف Roland et Boyer، الموجبات، الباب 2، 1992، رقم 352، والقاصر في عرفهما بامكانه شراء ثياب وكتب...، واستئجار سيارة، وإنما لا يحق له شراؤها؛ وحول هذه النقطة الاخيرة انظر حكم غ، م، أ، ن، 9 أيار 1972، ن، م، I، رقم 122؛ إلا أنه جرى الاعتبار ان القاصر بامكانه التصرف وحده لشراء دراجة نارية خفيفة، انظر حكم محكمة استئناف Rennes، 19 تشرين الثاني 1980، المعلوماتية القانونية، 080220، الذي استشهد به D.Veaux، مصنف الاجتهاد، العقود والتوزيع، الكراسة 2490، الاهلية والسلطات في البيع، 1991، رقم 30.

(2) انظر Starck، تأليف Roland et Boyer، الموجبات، الباب 2، 1989، رقم 360؛ Flour et Aubert، الموجبات، الباب 1، 1991، رقم 230.

(3) تضاف إلى ذلك المادة 510 من القانون المدني التي تعطي القاصر تحت القوامة اهلية ابرام أي عقد لا يتطلب، في ظل نظام الوصاية، إذن مجلس الاسرة: بيد أن هذه المادة تنص على أنه ليس في وسعه بدون اشراف القيّم تلقي رؤوس الاموال ولا استخدامها؛ وبالنسبة إلى الراشدين تحت الحماية القضائية تتيح المادة 491 ـ 2، الفقرة 2، دعوى الابطال لعلة الغبن وكذلك دعوى التخفيض للإسراف، في حين أن العقد لا يمكن ابطاله على اساس المادة 489 بسبب اختلال الراشد العقلي.

(4) ومما يدهش أن المسألة نادراً ما تطرق إليها الفقه: يوصف عقد البيع بعمل تصرف، وإنما يتم في اغلب الاحيان نسيان القول ما هو عقد الشراء، انظر، على سبيل المثال، T.Fossier، م، إ، م، البنود 449 إلى 468، الوصاية، سير عملها، 1992، ولاسيما الرقم 94 وما يليه، حيث لا يتطرق المؤلف في «العمليات الناقلة بعوض» إلى عقود الشراء.

الذي، انطلاقاً منه، يبدأ، بالنسبة إلى الوصي، موجب استخدام رؤوس الاموال الجاهزة للقاصر، ويضيف النص إنه يحدد طبيعة الاموال التي يمكن اكتساب ملكيتها لاستخدام هذه النقود.

ويقدر، للاسباب عينها، أن الوكيل لا يستطيع شراء مال لحساب موكله إلاّ أن تكون لديه وكالة صريحة تتيح له استخدام الاموال المعنية، وأن يقوم بذلك لعملية محددة. وبهذا المعنى ينبغي تغيير المادة 1988 التي بمقتضاها «الوكالة المنظمة بتعابير عامة لا تشمل إلاّ عقود الإدارة».

ويقتضي، إضافة إلى ذلك، بيان أن شراء زوج خاضع لشيوع الاموال بين الزوجين شيئاً معداً لتملكه الخاص، إذا لم يكن يثير صعوبة سلطة طالما ان الزوج الآخر لم يتدخل فيه، فهو يتطلب أن يذكر في العقد منشأ الاموال طالما أن هدف اكتساب الملكية استخدام توظيف الاموال الخاصة أو اعادة توظيفها[1].

وحول شراء احد الزوجين من مال الآخر انظر الرقم 11138 السابق.

11152 ـ لااهلية التمتع. يحظر على بعض الاشخاص، لأنه يخشى أن يستغلوا من جانبهم تأثيرهم على الغير لحمله على التفرغ عن الاموال، القيام بالشراء في بعض الظروف إذ يوهمون بلاأهلية حقيقية للتمتع[2].

وهذا هو، على وجه الخصوص، حال من يمارسون وظيفة أو يشغلون مركزاً في مؤسسات تأوي اشخاصا مسنين أو تقوم بعناية طبية ونفسية، إذ يحرمون، سنداً للمادة 1125 ـ 1 من القانون المدني، من أي امكانية شراء اموال تعود إلى هذه المؤسسات[3].

وتنص المادة 1596 من ناحيتها على أن الوصي لا يمكن أن يكون مكتسب ملكية اموال اليتيم القاصر[4]، ولا أن يكون الوكيل مكتسب ملكية الاموال المكلف

---

(1) المادة 1434 من القانون المدني التي تنص على ان «التوظيف أو إعادة التوظيف مفترض بالنسبة إلى أحد الزوجين في كل مرة يعلن، عند اكتساب الملكية، أن هذا الاكتساب جرى بنقود خاصة أو متأتية من التصرف بمال خاص، لكي يقوم مقام توظيف أو إعادة توظيف»، انظر M.Dagot, L'origine des deniers، مصنف الاجتهادات الدوري، 1989، الطبعة N، صفحة 169، رقم 15 وما يليه.

(2) تمنع المادة 1597 الاشخاص المزودين بوظيفة قضائية ان يكونوا مكتسبي ملكية حقوق منازع فيها، حوالة الحق مثلاً.

(3) يسري ذلك أياً كانت الروابط العاطفية أو العائلية التي توحد اصحاب العلاقة، انظر حكم غ، م، أ، ن، 12 حزيران 1990، ن، م، I، رقم 169.

(4) يمنع النص عليه أن يكون مزايداً في الاموال المعنية، بيد أن المحاكم تمد المدى إذ تمنعه ان يكون مكتسب الملكية بأي طريقة كانت، انظر حكم غ، م، أ، ن، 29 تشرين الثاني 1988، ن، م، I، رقم 341، Dalloz 1989، الموجز 231، ملاحظة J.- L. Aubert، ملكية ريفية؛ المادة 450، الفقرة 3، من القانون المدني تؤكد هذا التفسير بمنع الوصي شراء اموال القاصر.

بيعها[1]. ويطبق هذا النص مثلا على الوكيل العقاري ويسري هذا النص ولو لم يكن هذا الوكيل مزوداً بسلطة البيع لحساب المالك الذي لجأ إليه، وهذا متواتر، وإنما بمجرد مهمة السعي والتوسط[2].

11153 ـ ب. تعدد الشارين. وجود شارين عديدين يغطي أوضاعاً مختلفة: اكتساب الملكية المشتركة، والمنازعات بين مكتسبي الملكية، والاكتساب المتعاقب للملكية.

= ليس من النادر أن يكتسب ملكية مال ما عدة شارين في الوقت عينه، فيدخل هؤلاء الشارون في الشيوع. وغالباً ما يحدث في المادة العقارية أن يأمل شخصان أن يكتسبا الملكية معا، مثلا ملكية سكنهما: هكذا حال زوجين اموالهما منفصلة، أو حال خليلين... ويسوّغ تمويل العملية المشترك أن يوجد، في آونة أو في أخرى، توزيع لحقوقهما على الشيء وذلك يدعو إلى إعطاء تحديد دقيق في العقد في هذا الصدد[3].

= يمكن أن يتم شراء شيء ما من المالك نفسه من قبل عدة اشخاص متعاقبين: نكون في هذه الحالة أمام نزاع المكتسبين على المال عينه. وينبغي لحل هذا النزاع، للوهلة الاولى، إعمال مبدأ اقدمية السند، ولاسيما أن البيع ثانية يبدو كبيع شيء يخص الغير وبالتالي مشوبا بالبطلان: يكون الشاري المفضل على غيره من اكتسب الملكية أولاً[4]. وتتدخل قواعد أخرى تنزع إلى ضمان أكثر للأمن القانوني للمتدخلين بالسماح لهم بالاستناد إلى عناصر موضوعية حقيقية بسهولة: المادة 1141 من القانون المدني، في مادة المنقول، تعلن أن المفضل بين مكتسبي ملكية متعاقبين هو صاحب الحيازة عن حسن نية قبل غيره، وهذا الحل متوافق مع المادة 2279، وللعلنية العقارية، في الاموال الثابتة، دورها إذ بفضلها تسوّى المنازعات بين مكتسبي ملكية متعاقبين باعطاء الأفضلية من لجأ إلى العلنية قبل غيره[5]. وهكذا يغدو مبدأ أسبقية السند مقلوباً إلى حد كبير: نادراً

---

(1) يمنع هذا النص أيضاً المديرين اكتساب ملكية اموال البلديات والمؤسسات المعهود إليها ادارتها، والمأمورين العموميين اكتساب ملكية الاموال الوطنية التي يجري بيعها باشرافهم.

(2) انظر حكم الغرفة المدنية الاولى، 13 نيسان 1983، النشرة المدنية، I، رقم 119؛ عقار؛ وكذلك في صدد الوكيل العقاري حكم غ، م، أ، ن، 2 تشرين الاول 1980، ن، م، I، رقم 241، ف، د، 1981، 1310، ملاحظة J.- L. Aubert.

(3) انظر حول هذه النقطة الرقم 11531 اللاحق.

(4) انظر Malaurie et Aynès، رقم 178؛ J. Boulanger, Conflits entre droits non soumis à la publicité، المجلة الفصلية للقانون المدني، 1935، 545.

لا تطرح المسألة أو نادراً ما تطرح بالنسبة إلى الاشياء المعينة بالنوع أو الاشياء المستقبلية التي لا يتم تملكها إلاّ من اليوم الذي تكون فيه مفرّدة أو مصنوعة.

(5) حول الصعوبات التي يمكن أن تحدث في مرحلة الوعد بالبيع وامكانية العلنية الموجودة انظر الرقم 11515.

ما يكون له دور بالنسبة إلى الاموال غير المادية، كبيع مؤسسة تجارية على سبيل المثال[1].

= لا تبرز أي مشكلة في الحقل في مبيعات مسلسلة للمال عينه من قبل مالكين متعاقبين: لا يدخل مكتسب الملكية ومكتسب الملكية الثاني في نزاع. على أن هذا الوضع ينتج مفاعيل خاصة إذ من المقبول، بالنسبة إلى الضمان ضد العيوب الخفية، أن بامكان مكتسبي الملكية المتعاقبين للشيء ذاته طلب الافادة منه من مختلف البائعين السابقين وصولاً إلى صانعه الاولي[2].

11154 ـ ج. الاسترداد والشفعة ـ توجد اخيراً إواليات قانونية، امكانيات الاسترداد وحقوق الشفعة[3] التي تشذ عن القوة الملزمة للعقد بفرض استبدال الشريك في التعاقد في شخص مكتسب الملكية: وهذا الاخير يجد نفسه أن الغير قد حل محله بدون موافقة البائع. ويجري ذلك لسبب يتجاوز مصالح الفرقاء في البيع، وإنما، من حيث المبدأ، ضمن الشروط العقدية نفسها.

وكانت في ظل القانون القديم عدة امكانيات استرداد: المستفيد من الاسترداد، المسترِد، كان له وقت معين لممارسته ولطلب وضعه مكان المسترَد منه مكتسب الملكية. هذه الاستردادات تتم إذاً بصورة لاحقة بعد أن يكون البيع قد تحقق وتنزع يد مكتسب الملكية. إنها تحمي المصالح الاقطاعية والعائلية: الاسترداد المولوي أو النسلي[4]. وكانت موضع انتقاد شديد، ولاسيما بالنسبة إلى اختلال الأمن في شأن المصالحات، وقد أُلغي معظمها إبّان الثورة الفرنسية منذ عام 1790، لأنه يتعذر التوفيق بينها ومبدأ

---

(1) انظر الحكم المدني، 17 تموز 1930، دد، 1932، 1، 112؛ س، 1931، 1، 297، تعليق Fr. Hubert، نقل الملكية يتم بقوة القانون في العلاقات بين الفرقاء كما بالنسبة إلى الغير، نزاع بين مكتسبي الملكية المتعاقبين يقتضي أن يسوّى تبعاً لتاريخ العقود.

(2) انظر الرقم 11347 اللاحق وما يليه.

(3) انظر G.Baron، ف، د، م، V الشفعة، 1989، و V الاسترداد، 1989.

(4) كان الاسترداد المولوي يجيز للسيد استعادة إقطاعته عندما يكون المزارع قد تصرف بها، كما أن الاسترداد الاقطاعي كان يسمح للسيد استعادة الملك الموهوب للمُقَطِّع: كان الاسترداد النسلي يجيز للوالدين استعادة العقارات التي باعها ذوو القربى شرط تعويض مكتسب الملكية، وهذه الإوالية تفكّر بالفكرة السلفية للملكية المشتركة العائلية.

كان معظم الاستردادات يتناول الاموال العقارية؛ على أن بعضها كان موضوعه المنقولات: استردادات المواد الغذائية والسلع التي كانت تتيح تموين البيت من السيد أو البلدة وتثقل عاتق التجار المارين، انظر Pothier، المؤلفات الكاملة، تأليف Rogron et Firbach، 1835، الباب I، صفحة 767 وما يليها، J.- P. Lévy, Cours d'histoire des institutions privées, La propriété, Les biens, cours du droit، 1972، صفحة 313.

(5) لم يحتفظ القانون المدني إلاّ بثلاثة استردادات: ـ استرداد الشيوع الذي يتيح للزوجة المشتركة في اموال =

حرية انتقال الاموال والاعتراف بالقيمة المطلقة للملكية[1]. ونجد في أيامنا أيضاً، في مادة الشيوع، تحت تسمية الشفعة، نوعاً من الاسترداد يتجاوب مع هاجس حماية مصلحة عائلية: الاسترداد الذي يتيح للمالك على الشيوع ان يكتسب ملكية الحصص التي يأمل مالك آخر على الشيوع التفرغ عنها للغير، والهدف تجنب أن يتمكن هذا الغير ـ الدخيل ـ من دخول الشيوع (المادة 815 ـ 14 والمادة 1873 ـ 12)[2]. والبيع مع حق الاسترداد، أو امكانية الشراء بعد البيع، الذي احتفظ به القانون المدني في المادة 1659 وما يليها، قريب جداً من الاسترداد: أنه يتيح أن يعود المال المباع إلى العائلة.

ويمكن أن نشير أيضاً إلى ان المادة 121 ـ 4 من قانون الملكية الفكرية تعترف، تحت اسم حق الندم والاسترداد، لمؤلف انتاج تحميه الملكية الادبية والفنية تنازل عن حقه في اعادة النشر، لاحد الناشرين مثلاً، بامكانية استرداد هذا الانتاج بالاعتراض على نشره شرط تعويض المستفيد من الحق المسترد على هذا النحو[3]. بيد أن هذه الامكانية لا تطال إلاّ عقود استثمار حق المؤلف، ولا تطال الاشياء التي يتجسد فيها الانتاج مطلقاً والتي تنتقل بحرية كالاموال: على هذا النحو، نُسَخُ المؤلَّف التي سبق نشرها، كانتاج فني في السوق...

11155 ـ حق الشفعة. نما حق الشفعة في ايامنا، على عكس امكانية الاسترداد، نمواً ضخماً[4]. وهو يتدخل، على نقيض الاسترداد، قبل أن يجري البيع، وينبغي أن يطلب المستفيد من هذا الحق ممارسته منذ الشروع في العملية.

= الزوجين أن تكون لها اموال خاصة بها مكتسبة بالشيوع كانت تستفيد منها سابقاً وقد ألغي بقانون 13 تموز 1965 حول إصلاح الانظمة الزواجية ـ الاسترداد الارثي الذي ألغي بقانون 31 كانون الاول 1976 المتعلق بالشيوع الذي استعاد الفكرة في شكل حق الشفعة ـ الاسترداد المنازع فيه الوارد في المادة 1699 وما يليها الذي له دوره في حالة حوالة الحق.

(1) تتكلم المادة 815 ـ 14 من القانون المدني على مكتسب ملكية حصل خاضعة للشفعة «كشخص اجنبي عن الشيوع»؛ ينبغي ابلاغ المالكين الآخرين على الشيوع ومهلة الشفعة شهر واحد؛ كما أن المادة 815 ـ 15 في القانون المدني تعطي الشركاء في الشيوع في حالة اجراء مزايدة لحقوق احدهم الامكانية في ان يحل لاحقاً محل مكتسب الملكية، وهو بالاحرى استرداد أكثر مما هو حق شفعة؛ ويجري إخطار المالكين على الشيوع المشتركين أيضاً ومهلة استرداد هي أيضاً شهر واحد.

(2) A. et H.- J. Lucas, Traité de la propriété littéraire et artistique. رقم 395؛ على أنه يمكن أن نجد في بعض الحالات إوالية استرداد حقيقية، أي منح المؤلف امكانية استرداد الانتاج المادي: كما في فرضية يأمل فيها المالك إدخال تعديلات تجعلها حوافز مشروعة ممكنة وإنما تخالف احترام الانتاج؛ انظر A. et H.- J. Lucas، رقم 423.

(3) (Saint- Alary- Houin, Le droit de préemption)، اطروحة في باريس II، منشورات L.G.D.J.، 1979؛ Malaurie et Aynès، رقم 147.

ويقال إن التفضيل الحالي لإوالية الشفعة ينزع إلى ما هو «أكثر مراعاة للحرية العقدية»، G.Baron الاسترداد، المذكور سابقاً، رقم 10.

وغالباً ما تتجاوب العملية مع مصلحة عامة: امكانية اكتساب ملكية انتاج فني مباع في المزاد معترف بها لمجتمع المتاحف الوطنية[1]، أو حق الشفعة المعطى للبلديات[2]، أو كذلك الحق الذي تستفيد منه شركة التأهيل العقاري والمؤسسة الريفية (SAFER) في المادة الريفية[3]. . . إنه يبدو إذاً كأداة سياسية ثقافية أو عقارية أو زراعية. وقد يمتد إلى حماية مصلحة خاصة: كالحق المعطى لمستأجر امكنة يشغلها للسكن في اكتساب ملكيتها في مناسبة عرضها للبيع[4]، وقد يبدو احياناً من مجرد مصدر عقدي[5].

وتفترق الإوالية عن البيع الجبري: ليس المالك ملزماً بالبيع وإنما يجد نفسه فقط مكرهاً، عندما يرغب في البيع، بأن يعرض المال على غيرٍ محدد.

وإذا كان التطبيق العملي معقداً، وإذا كانت حالات الصور متنوعة، فإن سير عمل الشفعة بسيط: يتوجب على البائع، عندما يتم وضع شروط العقد مع شارٍ محتمل[6]، إطلاع حائز حق الشفعة على ذلك[7]، فيتمتع هذا الأخير، عندئذ بمهلة معينة ليتخذ قراره إذا كان يرغب في اكتساب ملكية المال المعروض للبيع، هي على العموم لبضعة اشهر: شهران مثلاً بالنسبة إلى مستأجر عقار للسكن. وليس في وسعه أن يطمح، مبدئياً إلا في

---

(1) المادة 37 من قانون 31 كانون الاول 1921.

(2) المادة 211 ـ 1 وما يليها من القانون الريفي التي تنظم ما يسمى «D.P.U» انظر S. Pérignon, Modifications récentes du droit de l'urbanisme, Le droit de préemption urbain، 1987، البند 34013؛ اضف إلى ذلك S. Pérignon, La pathologie du droit de préemption urbain، البند 34985؛ توجد كذلك حقوق شفعة في مناطق التأهيل المؤجل ومناطق التدخل العقاري؛ انظر Mémento Fr. Lefebvre Immobilier، 1994 ـ 95، رقم 950 وما يليه.

(3) المادة 7 من قانون 8 آب 1962؛ قصدية حق الشفعة هذا يمكن أن يراقب، انظر حكم الغرفة المدنية الثالثة، 19 كانون الاول 1981، مصنف الاجتهادات الدوري، 1983، II، 19980، تعليق G.Peyrard، اعادة شركة التأهيل العقاري والمؤسسة الريفية المال إلى بلدية لقاعدة وقت الفراغ؛ انظر أيضاً حكم الغرفة المدنية الثالثة، 31 كانون الثاني 1990، النشرة المدنية، III، رقم 37، غياب عناصر ملموسة وبيانات عامة فقط.

(4) حق الشفعة هذا الذي نشأ في عام 1982 ألغي ثم أقيم مجدداً في عام 1989، ويضاف إلى الحق الذي يستفيد منه المستأجر في مناسبة تقسيم العقار الساكن فيه إلى ملكية مشتركة؛ انظر حول هاتين الفرضيتين الرقم 21535؛ يستفيد المستأجر بموجب ايجار ريفي هو أيضاً من حق شفعة في حالة بيع المال، المادة L. 1 ـ 312 وما يليها من القانون الريفي.

(5) ينشىء عهد التفضيل حق شفعة لمن يستفيد منه: غالباً ما يكون مدخلا في ايجار؛ انظر في مسألة تصنيف عهد التفضيل بين حقوق الشفعة G. Baron، الشفعة، المذكور سابقاً، رقم 27 وما يليه.

(6) ليس لحق الشفعة دور إلاّ في بيع يتضمن ثمناً بالعملة بحيث أن المستفيد من الحق بامكانه أن يستبدل نفسه بالشاري المحتمل، ولا يكون الأمر على هذا النحو عندما يرتكز مقابل الشيء، كلياً أو جزئياً، على تقديم عيني، انظر حكم الغرفة المدنية الثالثة، أول آذار 1989، النشرة المدنية، III، رقم 56، احتفاظ بحق الاستعمال والسكن؛ انظر حول هذا العهد في المادة العقارية الرقم 11505 اللاحق.

(7) غير أنه لا يفرض عموماً ان يكشف له من هو الشاري المحتمل. وهذا الاطلاع ليس وعدا بالبيع وإنما مجرد عرض، حكم الغرفة المدنية الثالثة، 10 أيار 1989، Dalloz، 1990، 365، تعليق G.Virassamy، إنعدام المفعول بسبب وفاة العارض.

الشروط الموافق عليها في العلاقات مع الشاري الذي وجده البائع[1]. على أن المشترع أورد احياناً نصا بامكانية معارضة السعر والطلب إلى المحكمة تخمين قيمة المال[2].

وإذا تمسك حائز حق الشفعة بهذا الحق خلال المهلة المطلوبة يصبح مكتسباً المال وإنما بدون أن يستبدل نفسه بالشاري المرشح الذي لم يتمكن بعد من تحقيق البيع المعروض لنفسه. ويبدو حق الشفعة هكذا إوالية سابقة للتعاقد تتدخل قبل بيع الشيء[3]. ولكن إذا تم التنكر لهذا الحق تتدخل المعاقبة بالضرورة بعد العقد: ينص القانون عموماً على أن البيع يطاله البطلان وأن المستفيد المستبعد يمكن أن يحل محل مكتسب الملكية[4].

حق الشفعة إذاً يأتي، ولاسيما في المادة العقارية حيث امكانيات الشفعة متعددة، ليعكر بقوة مسار ابرام العقد بنزع يد مكتسب الملكية المحتمل[5]. وإذا تم ايجاد هذا المكتسب عن طريق وكيل، وليس ذلك نادراً، لا تتوجب عمولة الوسيط ما دام أن البيع المرجوّ لم يتم[6].

وغالباً ما يدخل الفريقان، لتحديد العقبات، في اتفاقهما شرطاً معلقاً لعدم ممارسة حق الشفعة من قبل المستفيد، ومفعول ذلك هو أن الوعد يسقط إذا اعلن المستفيد

---

(1) للمبدأ استثناءات: عندما تتوخى الادارة الضريبية مثلا أن تستبدل نفسها بمكتسب الملكية في بيع عقار كان ثمنه بخسا، وعليها ان تعرض هذاالثمن مع زيادة 10%؛ وعندما تمارس هيئة عمومية، فضلا عن ذلك، حقها في الشفعة، يمكن أن تعيد النظر في الثمن، كتاب الاجراءات الضريبية، المادة 18.

(2) الأمر كذلك بصورة خاصة بالنسبة إلى المستأجر في ايجار ريفي، استناداً إلى المادة L.7-412 من القانون الريفي، وفي شأن حق الشفعة بالنسبة إلى شركة التأهيل العقاري والمؤسسة الريفية: الفكرة هي تجنب الغش، انظر Saint- Alary- Houin, Le droit de préemption، الاطروحة المذكورة سابقاً، رقم 295 وما يليه، ورقم 149 وما يليه؛ G.Baron، الشفعة، المذكور سابقاً، رقم 24.

(3) الحالة ليست دائماً هكذا: بعد البيع يتدخل حق مجمع المتاحف الوطنية وحق ادارة الضرائب في ان يُستبدلا بمكتسب الملكية في بيع عقار جرى تخمين ثمنه بادنى من قيمته الحقيقية، انظر Malaurie et Aynès، رقم 147.

(4) انظر في صدد حق شفعة المستأجر للسكن الكتاب II، الباب I، الباب الفرعي II، الفصل I، القسم II، الحق في السكن: على الكاتب العدل، لإتاحة الاستبدال، ابلاغ المستأجر البيع؛ وفي الواقع تتنوع العقوبات بين حالة وأخرى، انظر Malaurie et Aynès، رقم 155، وهما يبينان امكانية ضم العطل والضرر؛ وفي الحقيقةٍ نادراً ما يكون للبطلان فائدة، لأن امكانية الاستبدال هي الاساسية في نظر المستفيد من الحق المتنكر له؛ اضف إلى ذلك في صدد حق شفعة شركة التأهيل العقاري والمؤسسة الريفية، حكم الغرفة المدنية الثالثة، 22 شباط 1978، النشرة المدنية، III، رقم 101، استبدال.

(5) انظر A. Boituzat, Protection du consentement, respect de l'initiative individuelle et droit de préemiption en Dalloz, matière de vente immobilière، العرض 219.

(6) المادة 6 من قانون 2 تموز 1970؛ انظر حكم الغرفة المدنية الاولى، 14 حزيران 1988، النشرة المدنية، I، رقم 183.

التمسك به، ولا يعود ثمة مجال لممارسة حق الشفعة[1].

القسم II
الرضا بالعقد

11156 ـ فوري وإنما متعقل. البيع، وهو عقد فوري بالامتياز، غالباً ما يبرم وينفذ في لمحة من الزمن: تبضع يتم كل يوم واستقصاء لدى بائع السقط، . . . بيد أن الرضا لا يعطى دائما على هذا النحو. تجري المناقشة والمفاوضة والتفحص. . . وعلى الاخص في العمليات الواسعة كاكتساب ملكية عقارية.

وفي مسار تكوين العقد[2] يجب أن تكون ارادة الفريقين حرة ومستنيرة: البيع إحدى العمليات التي تصلح مثلا لتطبيق نظرية عيوب الرضا (غلط في إحالة انتاج فني، انخداع في السلعة. . .)[3].

---

(1) ثمة شك احياناً في صحة الاسلوب، بيد أن المحاكم تقبله، انظر غ. م. ث. ا، ن، 26 حزيران 1978، ن م، III، رقم 6162، 1978، 1071، ملاحظة J.-L.Aubert؛ حكم محكمة استئناف باريس، 24 نيسان 1990، Dalloz، 1990، 254، تعليق C.Saint- Alary- Houin. ويعود سبب الجدال إلى أن البند وضع لشل دور حق الشفعة؛ مع أنه إذا تحفظ البائع بعدم متابعة العملية ما أن تتم ممارسة هذاالحق، يبقى من جهة أولى، كما جرى بيان ذلك تماماً، أن «الانتظام العام لا يتأثر بالعدول عن البيع طالما أن الهدف المنشود من حق الشفعة ـ منع بيع الغير ـ قد تحقق»، وأن هذا الامتياز، من جهة ثانية، «لا يمنح حق اكتساب ملكية جديد بالاستقلال عن ارادة البائع»، انظر Saint- Alary- Houin، التعليق السالف الذكر.

(2) مسار ينطلق من لعبة الايجاب للتعاقد التي ليس لها في ذاتها القوة الملزمة؛ على أنه يمكن تعليق بعض المفاعيل على الايجاب، انظر حكم الغرفة المدنية الاولى، 19 كانون الثاني 1977، د، 1977، 593، تعليق J.Schmidt، بيع عقار، قطع المفاوضات من قبل الشاري المحتمل، الاعتراف بالدين الموقع منه للتعويض على البائع، نقض الحكم الذي اعلن أن الاعتراف لا سبب له، بائع ظن نفسه مقيداً بايجابه وجمد ما له بنتيجة ذلك، حكم الغرفة المدنية الاولى، 17 كانون الاول 1958، د، 1959، 33، بيع عقار، ايجاب تجاه شخص معين، بائع التزم ضمناً بعدم سحب ايجابه قبل زيارة الشاري المحتمل، عقد تم اعتباره مكوّنا بالقبول رغماً عن رجوع البائع، بيع اكتسبه الشاري بحكم القانون.

(3) البيع، ولاسيما بيع الانتاج الفني أو الاشياء القديمة، هو أرضية اختيار البطلان لعلة الغلط، انظر، على سبيل المثال، حكم غ. م. أ. ن، 22 شباط 1978، د، 1978، 601، ملاحظة Ph. Malinvaud، مصنف الاجتهادات الدوري 1978، II، 18925، قضية Poussin؛ حكم غ. م. أ. ن، 26 شباط 1980، النشرة المدنية، I، رقم 66، تمثال صيني من عصر Tang، الأصالة وامكانية اثباتها بيقين لكونها صفات جوهرية؛ بيد أن وجود الاحتمال في ذهن الفريقين حول أصالة الشيء يستبعد التمسك بالغلط، انظر حكم الغرفة المدنية الاولى، 24 آذار 1987، Dalloz، 1987، 489، تعليق J.-L.Aubert، مصنف الاجتهادات الدوري، 1989، II، 21300، تعليق Vieville- Miravete، قضية Fragonard، أصالة اصبحت اكيدة، مراجعة البائع مردودة.

أضف إلى ذلك، في المادة العقارية، على سبيل المثال، حكم محكمة استئناف روان، 19 آذار 1968، د، 1969 ـ 211، المجلة الفصلية للقانون المدني، 1969، 556، ملاحظة Y. Loussouarn، ابطال بيع بيت ريفي ممنوع السكن فيه، وفي صدد الخداع انظر حكم غ. م. ث. ا. ن، 2 تشرين الاول 1974، ن، =

وتشتهر في ذلك أيضاً موجبات الاستعلام والنصيحة التي يضعها الاجتهاد على عاتق البائع المهني بصورة خاصة والتي تساهم في ضمان صفة رضا الشاري: إعلام عن كيفية سير عمل تجهيز[1]، تحذير ضد صعوبات استخدام منتج خطر، اعطاء الزبون توجيهاً في اختيار نظام معلوماتي... ولهذه الموجبات، لأنها تؤثر ولا ريب في تنفيذ العقد وفي تكوينه، مكانها في إطار مفاعيل البيع ويمكن درسها في إطالة التسليم[2].

ويتناول الاعلام المتوجب للشاري أيضاً شروط البيع: قائمة الاسعار، كيفيات الدفع، شروط الضمان[3]...

يضاف إلى ذلك أن اساليب البيع، المثيرة أو الخادعة، منظمة أو ممنوعة (بيع في المنزل وبيع مسافي وبيع مع علاوة...)[4].

11157 ـ المفاوضات والعقد النهائي. البيع، وهو عقد فوري ومتعقل غالباً ما يكون قد نضج. وخلافاً لما قد يعتقد، للوهلة الاولى أنه عقد بسيط، تطرح في الغالب شروط تؤخر اتمام العقد. هناك إذاً مراحل ضرورية قبل التوصل إلى اتفاق نهائي.

= م، III، رقم 330، خداع عن طريق الاخفاء، بيت ريفي، اقامة قريبة لزريبة خنازير مجاورة.
وحول التشابك، في مادة البيع، بين البطلان لعلة الغلط ودعوى الضمان ضد العيوب الخفية، انظر الرقم 11226 اللاحق وما يليه.
يمكن، استثنائياً، أن يكون ثمة غلط في الثمن، انظر حكم الغرفة المدنية الاولى، 28 تشرين الثاني 1973، د، 1974، اعلامات سريعة، 38، كمية فتّاحات زجاجات ظن الشاري أنه اكتسبها بمبلغ 55 فرنكا كل الف قطعة بدلاً من550 فرنكا؛ بالاضافة إلى حكم المحكمة البدائية في فونتينبلو، 9 كانون الاول 1970، د، 1972، 89، تعليق J. Chestin، قبول الغلط في مبلغ بدل ايجارات عقار.
ولا يمكن ان يتم تلاقي الرضا في حالة الغلط في العمل القانوني، انظر على سبيل المثال، في صدد العمل الذي يظن احد الاشخاص أنه اشترى بموجبه شقة في حين أنه تم التنازل له عن حصص في شراكة عقار، ولم يتم اعتباره مشوباً بالبطلان المطلق لغياب تلاقي الارادات، حكم محكمة استئناف باريس، 8 تموز 1966، م. ق. ع، 1967، 1، 33.

(1) تنص المادة 111 ـ 1L. من قانون الاستهلاك على أنه على المهني إعلام المستهلك بالخصائص الجوهرية المميزة للمال المعد للبيع، وإذا لم يكن التسليم فورياً عليه بيان التاريخ الذي يتعهد فيه بتسليم المال؛ وتسري هذه الحلول عموما على تقديمات الخدمات بالنسبة إلى المنقول، وعلى المهني ايضاً خلال أي مدة يتوقع أن تكون القطع المنفصلة جاهزة، المادة L.2-111، من ق إ.

(2) انظر الرقم 11264 اللاحق وما يليه.

(3) تفرض المادة 28 من الأمر الاشتراعي بتاريخ اول كانون الاول 1986 حول حرية الاسعار والمنافسة على كل بائع اعلام المستهلك حول اسعار منتجاته والتحديدات المحتملة لمسؤوليته... (نص استعادته المادة 113 ـ 3 من قانون الاستهلاك)، وتعلن المادة 33 أن كل منتج أو بائع بالجملة أو مستورد ملزم باطلاع الشاري بالنسبة إلى نشاط مهني على قائمة اسعاره وشروطه للبيع، بما في ذلك شروط تسديد الثمن أو التخفيض أو المردود؛ اضف إلى ذلك L. Bihl، الفهرس التجاري، Dalloz، المبيعات التجارية، رقم 126 وما يليه؛ وهذه المبادىء تسري أيضاً على تقديم الخدمات.

(4) انظر حول هذه الاساليب ووسائل حماية الشاري الفقرة 1، ب، الكيفيات التي ادخلها المشترع، رقم 11163 وما يليه، والباب الفرعي II، بيع المنقول، والبيع التجاري، رقم 11579 اللاحق وما يليه.

وليس من السهل، فضلاً عن ذلك، معرفة متى يتم الخروج من مرحلة المفاوضات ويصبح العقد مبرما. والمعيار هو أنه ينبغي لذلك التوصل إلى اتفاق على النقاط الاساسية في كل بيع ـ الشيء والثمن ـ وكذلك الاتفاق على ما يعتبره هذا الفريق أو ذاك لا غنى عنه: كيفيات الدفع وشروط التسليم[1]... ويعطي الاجتهاد امثلة على الاوضاع الصعبة التي يجب ان توصف[2].

ويكون البيع، ما ان يتم اتفاق الفريقين، تاما من حيث المبدأ، وينتج، حسب المادة 1583 من القانون المدني، مفاعيله فوراً ولاسيما نقل ملكية الشيء[3].

وحول الصعوبة المتمثلة، في المادة العقارية، في اللجوء إلى صيغة التسوية التي يتعهد فيها أحد الفريقين بالشراء والآخر بالبيع، وعندما تكون ثمة رغبة مع ذلك في تأخير نقل الملكية، حتى في تأخير تكوين العقد، انظر الفقرة 3 اللاحقة، التمهيد للعقد، الوعد بالبيع يساوي البيع.

11158 ـ الكيفيات والمراحل والتنظيم. قبل الدخول في التفاصيل يجب أن يشار إلى أن البيع يخضع احيانا إلى كيفية خاصة (الفقرة 1) لو أن تمهيدا للعقد يسبق ابرامه (العقد الأولي) (الفقرة 2). والفريقان، فضلاً عن ذلك، عندما يقيمان علاقات منذ مدة طويلة، يكون هاجسهم على وجه العموم اعطاءها تنظيماً خاصاً (الفقرة 3).

الفقرة 1 ـ الكيفيات المحتمل أن تؤثر في البيع

11159 ـ بامكان المتعاقدين إخضاع ارادتيهما في البيع أو الشراء لبعض الكيفيات

---

(1) انظر، على سبيل المثال، حكم غ، م، ث، ا، ن، 17 تموز 1967، ن، م، III، رقم 299، م ف ق م، 1968، 707، ملاحظة J. Chevallier، مشروع عقد بيع مؤسسة تجارية وقعه البائع والشاري الذي ذكر فوق توقيعه «مع التحفظ الصريح لجهة قرض من الاعتماد الفندقي بمبلغ 120000 فرنك»، نقض الحكم الذي أمر بتحقيق البيع «بدون التثبت من أن ثمة اتفاقاً للفريقين على شروط العقد جميعاً».

(2) انظر في الفرضيات التي لا يكون فيها الاتفاق على الشيء والثمن جلياً بما فيه الكفاية: ـ من الغريب حكم غ، م، أ، ن، 15 كانون الثاني 1963، ن م، I، رقم 32، م ف ق م، 1963، 365، ملاحظة G. Cornu، بيع جواد: كان الشاري، Ely Khan، قد وعد بمصافحة البائع واهدائه صورة لحفل السباق واخلف بوعده ـ وجدي هو حكم غ، م، ث، ا، ب، 2 أيار 1978، د، 1979، 317، تعليق Schmidt-Szalewski، عقار، كيفية الدفع، تاريخ الوضع بالتصرف؛ حكم الغرفة التجارية، 16 نيسان 1991، النشرة المدنية، I، رقم 148، كيفية الدفع، كتاب اعتماد، سمك صومون مدخّن؛ يضاف إلى ذلك Schmidt, Négociation et conclusion des contrats، د، 1982، رقم 150 وما يليه.

(3) «البيع (يكون) تاماً منذ اتفاق الفريقين على الشيء والثمن»، انظر حكم غ ت ن، 10 كانون الثاني 1989، ن م، IV، رقم 15، بيع عقار خاضع لقرار محافظي يأذن بتقسيم الحصص، بيع اصبح تاما بتحقق الشرط، اتفاق الفريقين على العدول عن البيع، وصف المقابلة، رسوم النقل المتوجبة على البيع؛ وكذلك حكم غ م ث ا ن، 14 شباط 1987، د، 1988، 80، تعليق J. Schmidt، عقار.

(أ)، والمشترع من جهته ادخل نوعا من المرونة في العقد لصالح المستهلك (ب).

11160 ـ أ. الكيفيات التي يدخلها الفريقان. أعلن القانون المدني الذي استعاد القانون العام، في المادة 1584، أن «البيع يمكن أن يكون بلا قيد أو شرط أو أن يخضع لشرط ما»، واضاف انه من الممكن أن يكون موضوعه شيئين تخييريين أو أكثر[1]. وكان يمكن، على صعيد الكيفيات، أن يذكر الأجل ايضاً: وفي الواقع قد يكون دفع الثمن (بيع بالتقسيط) أو يكون نقل الملكية مؤجلاً.

إن حرية الفريقين، في هذا الصدد، كبيرة جدا بالتأكيد. وحالة الصورة الاكثر تقليدية هي البيع بشروط. وينبغي كذلك ان يشار أيضاً إلى البيع المتضمن امكانية الرد.

11161 ـ 1°. البيع بشروط. الشروط الاكثر تنوعاً هي التي من الممكن مواجهتها شرط أن تكون مشروعة[2]. وهكذا يمكن أن يبرم البيع مع شرط قبول السلعة من قبل الغير[3]. ويفترض، وفقاً للقانون العام (المادة 1178 من القانون المدني)، ان يكون الشرط محققاً إذا كان عدم تحققه يعود إلى خطأ المدين: على سبيل المثال في البيع حيث يكون دفع الثمن خاضعا للحصول على قرض لم يطلبه الشاري[4]. ويفرض ايضاً ان لا يكون الشرط إرادياً (المادة 1174 من القانون المدني)[5].

وترتكز إحدى الظاهرات الشائعة في المقاولات الكبرى التي تسوّق منتجاتها عن طريق بائعيها الخاصين، على ان تكون الطلبية الموقعة من الزبون من الممكن أن تحوي تعيين أن العقد يصبح نهائياً بعد موافقة مسؤول المبيعات وحسب[6]. ويتيح هذا الاسلوب

---

(1) تحيل الفقرة 3 من النص إلى «المبادىء العامة للاتفاقيات»؛ وفي ما يتعلق بالشروط يرجع النص إلى المادة 1168 وما يليها من القانون المدني.

(2) انظر Planiol et Ripert، الباب X، تأليف Hamel، رقم 186 وما يليه.

(3) انظر حكم غ. ع، 28 تموز 1873، د د، 1874، 1، 440، بطاطا، سلع على مسؤولية الشاري.

(4) انظر حكم غ م أ ن، 9 كانون الثاني 1963، ن م، I، رقم 24، بيع قطعة ارض.

(5) انظر على سبيل المثال، حكم غ م ث ا ن، 7 حزيران 1983، ن م، III، رقم 132، م ف ق م، 1984، 713، ملاحظة J. Mestre، بيع منزل يخضع البائع فيه رضاه لتوقيع العقد الموثق ودفع الثمن، نقض الحكم الذي استبعد البطلان.
وكمثال على الشرط المعتبر مختلطاً وغير ارادي انظر حكم الغرفة التجارية، 22 تشرين الثاني 1976، مصنف الاجتهادات الدوري، 1978، II، 18903، تعليق Stemmer، بيع عقار ينص على أن الشارين ـ يتحفظون في متابعة تحقيقه حتى في حالة عدم الحصول على القرض الذي عليهم طلبه والحصول عليه كان شرطاً معلقاً للعقد.

(6) انظر على سبيل المثال حكم غ ت ن، 6 آذار 1990، م إ د، الطبعة E، 1990، II، 21803، تعليق B.Gross، المجلة الفصلية للقانون المدني، 1990، 462، ملاحظة Dalloz, J.Mestre، 1991، الموجز 317، ملاحظة J.-L.Auber، مواد مباعة مع الشرط بان «كل عرض صادر عن الدوائر التجارية (للمورّد) لا يصبح نهائياً إلاّ بعد مصادقة المديرية العامة عليه»: كان المطروح في هذه القضية تعهد الشاري، وقد جرى الاعتبار أنه ليس بامكانه الرجوع غداة يوم الطلبية الموثقة لأنه التزم بشراء حاسم بالشروط المعروضة، أي أنه =

للمورّد، قبل أن يلتزم، ممارسة رقابة في بعض النواحي: ملاءة مكتسب الملكية المحتمل وقبوله بدون تحفظ الشروط العقدية المقترحة على الزبون[1].

وتتضمن الوعود بالبيع، في المادة العقارية، دائما على وجه التقريب شروطا ذات طبيعة معلقة على وجه العموم. أنها تهدف مثلا إلى: عدم ممارسة حق الشفعة من جانب شركة التأهيل العقاري والمؤسسة الريفية (Safer)[2]، وامكانية الحصول على رخصة البناء[3] وإعطاء مكتسب الملكية قرضا[4].

بيد أن الشرط الذي يمكن ان يخضع البيع له يمكن أن يكون معلقاً أو فاسخاً كما تنص على ذلك المادة 1584 من القانون المدني التي استعادت التفريق الوارد في المادة 1181 وما يليها. والفارق أن البيع، في الشرط المعلق، في الحالة الاولى لا ينتج مفاعيله وان الشاري لا يكتسب الملكية[5] ولا يتمتع بنقل مخاطر الخسارة[6]؛ والبيع، في الحالة الثانية، على عكس ذلك، ينتج مفاعيله فيصبح الشاري فوراً مالكاً ويتحمل الخسارة[7]. والبيع، في الحالة الاولى، فضلاً عن ذلك، عندما يتحقق الشرط، ينتج مفاعيله المفترضة أنها نتجت منذ ابرام العقد؛ ومفاعيل العقد، في الحالة الثانية، بخلاف ذلك، تتلاشى رجعياً ويفترض ان البائع الذي اصبح مالكاً من جديد لم يفقد أبداً هذه الصفة؛ والنتائج عكسية بالطبع عندما لا يتحقق الشرط.

أما العقود الجارية تحت شرط معلق، إعادة البيع أو إتخاذ رهن عقاري على سبيل المثال، فهي ثابتة إذا ابرمها من يظهر، ما أن يتحقق الشرط أو لم يتحقق، مالك الشيء، وفي الحالة المعاكسة تتلاشى هذه العقود ما عدا عقود الادارة وحسب[8].

= أبرم وعداً بالشراء؛ انظر أيضاً حكم غ ث ن، 9 كانون الاول 1980، ن م، IV، رقم 421، Dalloz، 1981، إعلامات سريعة، ملاحظة B. Audit، سيارة، طلبية تخضع البيع لموافقة خطية من الشركة البائعة.

(1) اضافة إلى Ripert et Roblot، الجزء 2، رقم 2513.

(2) انظر الرقم 11155 السابق.

(3) انظر A. Bernard, L'autorisation administrative et le contrat de droit privé، م ف ق ث، 1987، 1؛ Malaurie et Aynès، رقم 131 ورقم 135.

(4) بوصف شرط الحصول على قرض في مادة بيع عقار بالائتمان بشرط «مطلق» من قبل المشترع، انظر المادة L16 ـ 312 . من قانون الاستهلاك التي استعادت المادة 17 من قانون 13 تموز 1979.

(5) على أن بامكان الشاري اتخاذ رهن عقاري على العقار المكتسب بهذه الطريقة إذ يخضع هذا الرهن للشرط عينه، المادة 2125 من القانون المدني.

(6) لا يتحمل الشاري مخاطر الخسارة هذه في حالة الشرط المعلق حتى ولو لم يتحقق الشرط وينبغي ان يعتبر رجعياً كمالك منذ العقد، المادة 1182 من القانون المدني: توجد هنا تلطيفات تقليدية بهاجس الواقعية لرجعية الشرط.

(7) يستمر الشاري تحت الشرط الفاسخ في تحمل هذه المخاطر حتى عندما يتحقق الشرط، ويجب ان يعتبر أنه لم يكن على الاطلاق مالك الشيء رجعياً: التلطيف عينه لرجعية الشرط.

(8) انظر في هذا الصدد المادة 1673، الفقرة 2، المتعلقة بالبيع مع حق الاسترداد.

11162 ـ 2°. امكانية الرد. يمكن ان يقترن البيع بامكانية الاستعادة، وهذا هو حال البيع مع حق الاسترداد ، أو امكانية الرد[1]، أي العودة إلى البائع. وينبغي ان تتم دراسة البيع مع حق الاسترداد في إطار حل العقد في المكان الذي يخصصه له القانون المدني نظراً إلى خاصيته. وكان لامكانية الرد من جهتها منطلق هام في الايام الاخيرة، وتنص عليها عقود مختلفة.

ونجد بنود استعادة غير المباع في بعض انواع التجارة[2]، ولاسيما في مادة الطباعة. وفي حالة كهذه نكون امام بيع مع شرط فاسخ، وهذا الشرط ليس ارادياً، وإنما مختلط وبالتالي صحيح ما دام أن عودة السلع في حال عدم بيعها يتوقف قبل كل شيء على اختيارات الزبن وليس على ارادة الشاري[3]. غير أنه يمكن ان نرى في هذه الإوالية بيعاً مقترناً بوعد بالشراء بعد البيع عندما تبدو اعادة البيع مستحيلة.

وغالباً ما نرى في البيع بالمراسلة الذي يتناول اموال استهلاك شائع منح الشاري حق إعادة المنتج (شروط عامة من نموذج «Les trois suisses» «La redoute»...). وامكانية الاعادة هذه ذات طبيعة عقدية[4]. وهذه الامكانية هي، في اغلب الاحيان، استنسابية بالنسبة إلى المستفيد، مما يجعل من الصعب قبول أن يكون البيع قد تم مع شرط فاسخ: يكون الشرط ارادياً استناداً إلى المادة 1174 وبالتالي باطلاً.

وعليه جرى التساؤل حول الصفة القانونية الصحيحة للإوالية. أنها تشبه العدول، إلاّ ان تكون ممارستها قد أدت، بالنسبة إلى من يمارسها، إلى خسارة مبلغ من العملة جرى دفعه مسبقاً بصفة عربون[5]. ويكون ذلك، في ظل هذه الشروط، نوعاً من العدول المجاني. ان مرشح اكتساب الملكية يكون بالتأكيد قد دفع الثمن سلفاً، بيد أن رد الشيء

---

(1) انظر Ripert et Roblot، الباب 2، رقم 2515.

(2) انظر على سبيل المثال حكم محكمة استئناف باريس، 12 كانون الاول 1980، د، 1981، إ س، 447، ملاحظة Ch. Larroumet، بيع صانع البسة من الفرو احد التجار مع امكانية اعادة غير المباع منها في نهاية الفصل، خسارة الشيء على عاتق الشاري، موجب الشاري في دفع الثمن، وصف الشيء: التلطيف ذاته لرجعية الشرط.

(3) انظر في هذا الاتجاه Ch. Larroumet، الملاحظات المذكورة سابقاً، د، 1981، إ س، رقم 447.

(4) تقرير حول امكانيات الرجوع من مصدر تشريعي، الفقرة B اللاحقة، وبالنسبة إلى الرهن العقاري الخاص إلى حد ما انظر حكم المحكمة البدائية في باريس، 19 نيسان 1972، Dalloz، 1973، 202، تعليق H.Y. Thuillier، مخازن لافاييت الكبرى، بيع بالمراسلة، مجموعة سينمائية، امكانية ارجاع السلع بعد تجربة خمسة عشر يوما بصفة عارية استعمال أو الاحتفاظ بها مقابل دفع الثمن، مرسل إليه اختفى بدون ترك عنوانه: وصف القضاة العملية ببيع مع شرط معلق لتجنب التجريم باساءة الامانة، وحول تقنية تنشيط المبيعات المرتكزة، بالنسبة إلى المهني، على الوعد باستعادة الشيء ضمن مهلة محددة إذا رغب الشاري في استبدال غيرها بها، انظر G. Raymond, Analyse juridique du «Buy- back»، م، إ، د، 1992، 1، 3564.

(5) وحول المهلة كما هو منصوص عليها في المادة 1589، تنظيم البيع مع عربون، انظر الرقم 11176 اللاحق.

بدون نتيجة مالية على العموم بالنسبة إليه: من المتفق عليه أن يرد له ما دفعه. وعليه ثمة إغراء في مماثلة هذا الوضع بالبيع شرط الموافقة المسمى أيضاً البيع شرط المذاق[1]، وقبول حق الاعادة مهما طال زمنه يعني أننا امام وعد أحادي الجانب بالبيع صدر مجاناً عن المهني.

غير أنه يخشى ان لا تتوافق نتائج وصف كهذا مع نية الفريقين: ذلك بأنه يقتضي الاستنتاج أن المفاعيل الناجمة عن البيع، خلال المهلة المتفق عليها، هي معلقة: ولاسيما نقل الملكية ونقل المخاطر، إذا لم يكن ثمة نص بالمعنى المعاكس. ولن تنقل ملكية الشيء إلاّ في آونة تأكيد مكتسب الملكية نيته في الشراء وتركه الزمن الذي يتمتع به لاعادة المنتج يمر[2].

ومن الافضل تحليل الظاهرة كبيع بات مقترن بوعد احادي الجانب بالشراء بعد البيع من قبل المهني عندما لا يرغب الشاري في الاحتفاظ بالشيء.

11163 ـ ب. الكيفيات التي ادخلها المشترع. يجري التفكير قبل أي شيء، في ما يتعلق بالكيفيات التي ادخلها المشترع في البيع، في حق الندم. وينبغي أن يضاف إليه ما له علاقة بالروابط مع القرض.

11164 ـ 1°. حق الندم. اثّرت الاحكام المتبناة منذ بضع سنوات لصالح المستهلكين في تكوين عقد البيع على وجه الخصوص. وفي الواقع أن إحدى الإواليات المستخدمة لتأمين هذه الحماية هي حق الندم، أو امكانية الرجوع، الذي يتيح للشاري العودة عن اكتساب ملكيته ضمن مهلة معينة حسب ابرام العقد.

ووقت التفكير اللاحق هذا الممنوح للمستهلك هو سبعة ايام. وبانتظار مضي هذا الوقت يكون العقد معلقاً.

وكان قانون 22 كانون الاول 1972 حول السعي إلى التعاقد في المنزل الذي استعيدت احكامه في المادة L.21-121 من قانون الاستهلاك احد القوانين الاولى للجوء إلى هذه الإوالية. فالشاري الذي يتوسل هذه الطريقة[3] يتمتع بمهلة سبعة ايام اعتباراً من الطلبية المقدمة العدول عنها (المادة 121 ـ 25 من قانون الاستهلاك)، وطالما لم تنقض

---

(1) وحول البيع شرط الموافقة انظر الرقم 11168 اللاحق.

(2) إذا كان الشاري، في هذه الرثاية، بامكانه استخدام الشيء فوراً، فهو يقوم بذلك بصفة حائز عرضي عادي، قارن بـ Thuillier، التعليق في د، 1973، 202، المذكور سابقاً: يعتبر المؤلف أن وصف القرض، السابق للعقد، يجب الاخذ به لتسويغ استعمال الشاري الشيء.

(3) المستفيد من الحماية هو كل شخص يشتري خارج مجال اختصاصه، انظر حكم غ، م، أ، ن، 3 أيار 1988، د، 1990، 61، تعليق Dalloz, J. Karila de Van، 1988، الموجز 407، تعليق J.-L. Aubert، ناسخة فوتوغرافية اشتراها كاهن.

هذه المهلة لا يستطيع المورّد ان يطلب منه أي مقابل (المادة L.26-121)[1]. وعلى الزبون كي يرجع عن اقواله ان يقوم بالاعلام عن ذلك بكتاب مضمون وثمة صيغة قابلة للاقتطاع يسلمه المورّد إياها لكي تكون ممارسة هذا الحق مسهلة امامه (المادة L.25-121 من قانون الاستهلاك). ومن المقبول تطبيق هذا النص على بيع العقار وعلى بيع المنقول[2].

والسعي الهاتفي إلى التعاقد نص عليه أيضاً قانون عام 1972 في مناسبة احد تعديلاته، والمادة L.27-121 من قانون الاستهلاك هي التي تعالجه: يعلق ابرام العقد بفرض ان يوجه المهني إلى المستهلك تأكيداً لإيجابه المقدم، وتعلن ان الزبون لا يلتزم إلاّ بتوقيعه. إنها شكلية لحماية المستهلك. والسعي الهاتفي إلى التعاقد يعود، فضلاً عن ذلك (المادة L.27-121 التي تحيل إلى المادةL.16-121)، إلى قواعد مطبقة على الشراء الماضي.

وحالة الشراء الماضي كانت موضوع قانون 6 كانون الثاني 1988 الذي وردت احكامه في المادة L.16-121 من قانون الاستهلاك في باب «المبيعات المسافية»[3] الذي يمنح المستهلك ايضاً حق الرجوع خلال سبعة ايام اعتباراً، هذه المرة، من تاريخ تسليم طلبته[4]. وكانت هذه الامكانية موضوع ترحاب بصورة خاصة لأن الشاري ليس في مقدوره تفحص المنتج في آونة تعاقده وليس في استطاعته فعل ذلك إلاّ بعد البيع، وبالتالي وجود خيبة امل ممكنة.

ويعترف قانون 10 كانون الثاني 1978، حول بيع منقولات بالائتمان، وقد اصبح نصه وارداً في المادة L.1-311 من قانون الاستهلاك[5]، للمستهلك بحق الرجوع خلال سبعة ايام بعد قبول ايجاب الائتمان[6] المعاصر عموماً للشراء (المادتان 7 و13 من قانون

---

(1) يطبق النص على تقديم الخدمات وعلى البيع والتأجير والتأجير البيعي للاموال (المادة L. 21 ـ 121 من إ)، وإنما له دوره، مبدئياً، وبشكل اساسي في مادة بيع الاموال.
وعليه ليس هذا النص مناقضاً لمبادىء معاهدة روما، انظر حكم محكمة عدل المجموعات الاوروبية، 16 أيار 1989، د، 1990، الموجز 93، ملاحظة L. Cartou، مواد تربوية.

(2) انظر في هذا الاتجاه Malaurie et Aynès، رقم 102.

(3) انظر G. Paisant, La loi du 6 janvier 1988 sur les opérations de vente de le telé- achat، م إ د، 1988، 1، 3350.

(4) مصاريف الاسترداد وحدها هي على عاتق الشاري مبدئياً، انظر المادة بالاولى من قانون عام 1988، والمادة 2 مكررة من قانون عام 1972 التي تحيل إلى قانون عام 1988؛ ويسري على هيئات البيع بالمراسلة الحل عينه.
إن احكام قانون عام 1988 تطبق بالفعل على كل شارٍ وليس فقط على المستهلكين، بيد أنها، بالمقابل، محدودة ببيع المنتجات وبالتالي ليس لها دور في المادة العقارية ولا في تقديم الخدمات.

(5) انظر أيضاً في هذا الشأن الرقم 22520 اللاحق وما يليه.

(6) على الأقل عندما يخصص الاعتماد لشراء خاص وهذا ما يجب ان يبينه العقد، المادة L. 23 ـ 311 من قانون الاستهلاك.

عام 1978 والمادتان 311 ـ 15 و25.L . من قانون الاستهلاك)[1]. فاقام بهذه الطريقة رباطاً بين البيع والقرض. وذلك علاوة على منع البائع استيفاء الثمن لان المستهلك ليس بامكانه اتخاذ أي تعهد تجاهه ما دام أنه لم يقبل القرض الضروري له، ولا يستطيع على وجه الخصوص أن يدفع للبائع أي مبلغ (المادة 11 من قانون عام 1978 التي أصبحت المادة 111-23.L من قانون الاستهلاك) ما عدا القسم المتفق على دفعه نقداً (المادة 15 من قانون 1978، المادة 311-17.L من قانون الاستهلاك). على أن المقترض، إذا كان راغباً في الحصول على تنفيذ البيع باسرع ما يمكن، بامكانه تقليص مهلة التفكير التي يتمتع بها حتى ثلاثة ايام والتسليم أيضاً كنتيجة لذلك: يكفي ان يقدم طلبية صريحة مؤرخة وموقعة في عقد القرض (المادة 12 من قانون عام 1978، المادة 311-24.L من قانون الاستهلاك)[2]. ومن المنصوص عليه من جديد، لتسهيل اللجوء إلى حق الندم، أن ثمة صيغة قابلة للاقتطاع مضمومة إلى عرض الائتمان (المادة 7 من قانون عام 1978، المادة 311-15.L من قانون الاستهلاك). واستعمالها امكانية استنسابية وبدون نتائج مالية: في حال رجوع المستهلك، وإذا كان قد دفع قسماً من الثمن نقداً، يجب ان يعاد إليه هذا القسم بكامله (المادة 13 من قانون عام 1978، المادة 311-25.L من قانون الاستهلاك)[3].

واخيراً ينص قانون 31 كانون الاول 1989 حول الاستدانة المفرطة للافراد، لصالح كل مستهلك على حق الرجوع عند شراء عقار جديد للاستعمال السكني (المادة 20)[4]. ويشكل ذلك الفرضية الوحيدة للندم الممكن في المادة العقارية لأن حماية

---

(1) تسير الأمور تقنياً على الشكل التالي: بامكان المستهلك الرجوع عن قبول القرض ضمن هذه المهلة (المادة 7 من قانون عام 1978، المادة 311 ـ 15 .L من ق م)، ونتيجة لذلك يفسخ عقد البيع (المادة 13 من قانون عام 1978، المادة 311 ـ 25 .L من ق م)، انظر حول المظهر الاول مع الشكلية المفروضة في القانون الكتاب II، الباب II، الباب الفرعي II، في صدد القرض.

(2) انظر حكم غ م أ ن، 31 أيار 1988، ن م، I، رقم 166، د، 1988، الموجز 405، ملاحظة J.- L. Aubert، مركبة.

(3) لا يمكن أن يرى المستهلك الذي استعمل امكانيته في الندم اسمه مدرجاً في بطاقية، المادة 7 من قانون عام 1978 التي اصبحت المادة 311 ـ 15 .L.

(4) هذا النص ـ الذي ورد فيه أن: «كل عقد ذي توقيع خاص موضوعه اكتساب ملكية عقار جديد للسكن أو بناؤه لا يصبح نهائياً إلاّ في مهلة سبعة ايام يتمتع فيها مكتسب الملكية غير المهني بامكانية الرجوع في كل مرة لا يعطيه القانون مهلة اطول لممارسة هذه الامكانية»(ويضيف: عندما يسبق العقد النهائي عقد تمهيدي، لا تطبق الاحكام المذكورة اعلاه إلاّ على العقد التمهيدي»؛ وينص على ان العقد يجب ان يوجه بكتاب مضمون مع اشعار بالتسليم إلى الشاري الذي يمكنه، بالوسيلة عينها، اللجوء إلى الرجوع) ـ غير مستعاد وذلك غريب، في ق إ، ويستبعد من حقل تطبيقه الوعد بالبيع امام الكاتب العدل وفي الشكل الموثق: يقدّر إن النصيحة التي يعطيها المهني في القانون، في حالة كهذه، يجب ان تكون كافية لضمان رضا الشاري.

الشاري، بالنسبة إلى الباقي، غير مؤمنة بهذه الإوالية وانما عن طريق مهلة تفكير مسبقة والزامية، وفي حالة اللجوء إلى الائتمان فقط (المادة 7 من قانون 31 تموز 1979 التي اصبحت المادة L.10-312 من قانون الاستهلاك)[1].

ونرى، خلف تغييرات النظام القانوني، ان التعليل الذي يسهر على الاعتراف بحق الندم هو نفسه في مختلف حالات الصورة: ارادة المستهلك تفاجأت (السعي إلى التعاقد) أو كانت مجبرة (الائتمان) أو معرفته بالشيء سطحية (الشراء المسافي). . . . بحيث أنه يجب اعطاؤه امكانية الندم. وكل ذلك يتعلق قبل أي شيء بالبيع: ارضية اختيار المستهلك.

11165 ـ 2°. الرباط مع القرض. الرباط الذي تقيمه احكام حماية المستهلك، عندما يلجأ هذا المستهلك إلى القرض، بين العملية المالية والائتمان المنشود، يمكن أن تكون نتيجته أيضاً جعل عقد البيع خاضعاً للقرض.

والأمر على هذا النحو في مادة شراء عقار بالائتمان، ذلك بأن ثمة نصاً بأن العملية لا تبرم اطلاقاً إلاّ ضمن الشرط المعلق بالحصول على القرض المنشود (المادة 17 من قانون عام 1979 التي اصبحت المادة L.16-312 من قانون الاستهلاك)، ونتيجة ذلك، عندما يكون الوعد قد وقعه مكتسب الملكية المحتمل قبل ان يكون لديه عرض حاسم بالائتمان، أن الوعد يغدو بلا مفعول في حالة عدم اعطاء التمويل[2].

الفقرة 2 ـ عقود البيع التمهيدية

11166 ـ عدة مراحل. لا يتأثر عقد البيع بالشروط المختلفة وحسب: يمكن أيضاً ان يسبقه عقد تمهيدي. فالفريقان، أو احدهما احياناً، يتحفظان في ابداء الرضا.

وتطبق على عقد البيع، رغماً عن بساطته الظاهرية، الفكرة في ان الاتفاقية يمكن أن لا تتكون في فترة من الزمن، وإنما على مراحل متعاقبة، مما يقود، لتثبيت مما سبق اكتسابه، إلى ابرام عقد تحضيري[3]. وتفسر الظاهرة باسباب عديدة يعود الرئيسي منها إلى

---

(1) على صاحب العلاقة ان ينتظر عشرة ايام اعتباراً من الايجاب قبل قبوله، انظر، حول هذه النقطة، الرقم 22518 اللاحق وما يليه.

(2) انظر في هذا الصدد الرقم 22522 اللاحق.

(3) وفقاً لنظرية جيدة يفترق البيع الذي يسبقه عقد تمهيدي بوضوح عن البيع المقترن بشرط طالما أن العقد الاصلي نفسه، في هذه الفرضية الاخيرة، عندما يتم التقيد بالشرط، هو المؤكد في وجوده: ليس هناك عقدان متعاقبان؛ إن نقطة ملموسة للفرق تعود إلى ان الشرط ينسحب إلى الماضي عندما يتحقق، بحيث ان العقد يعتبر مبرماً بتاريخ الاتفاق الاصلي وليس في الآونة اللاحقة حيث يجعل الحدث الذي يشرطه؛ على أن التفريق في الممارسة غالباً ما يكون صعبا كما يبين ذلك مثال التسوية في المادة العقارية التي ينظر إليها عموماً كعقد تمهيدي في حين أنه يبدو كوعد ملزم للطرفين مقترن بشروط.

التعقيد المتزايد للحياة الاقتصادية وتعدد المعاملات السابقة لابرام الاتفاقية. ومع أن شيئاً لم يرد حول إوالية العقود التمهيدية في القانون المدني، فإن ذلك حث على الاجتهاد وكان موضع اهتمام الفقه[1].

يبرم العقد في الغالب إذاً في زمنين. والعقد التمهيدي الأكثر استعمالا هو الوعد بالبيع. بيد أن ثمة صيغاً اخرى موجودة: على وجه الخصوص صيغة الوعد بالتفضيل الذي يتعهد فيه مالك الشيء في حالة الامل في بيعه بعرض العملية على مستفيد معين قبل أي شخص آخر[2].

وتستخدم عقود البيع التمهيدية على وجه الخصوص في المادة العقارية أو المؤسسة التجارية[3]. بيد أنها موجودة أيضاً في صدد بيع الاموال المنقولة: على سبيل المثال في بيع السلع شرط الموافقة وفي التفرغ عن قيم منقولة[4]. . . .

على أنه يجب الحذر من اعتبار الوعد بالبيع مساوياً للبيع ومن اعتبار العملية بالتالي تامة، عندما يتعهد الفريقان، تبادلياً، بالبيع وبالشراء: يضع القانون المدني، بطرح هذا المبدأ، حدا للجوء إلى العقد التمهدي.

بعد أن تطرقنا إلى البيع مع شرط الموافقة على الشيء الذي يعرّفه القانون المدني في المادتين 1587 و 1588 (أ) ومررنا على سلسلة الوعود المختلفة بالبيع وبالشراء، ومن بينها البيع مع العربون موضوع المادة 1590 (ب)، سنتطرق إلى المبدأ الوارد في

ويبدو لنا المعيار أنه العقد المبرم مع شرط عندما ينقصه عنصر خارجي والفريقان لم يتوخيا اعتباره ضرورياً للعملية، في حين أن البيع يسبقه عقد تمهيدي عندما يكون رضا احد الفريقين غير مكتسب بعد نهائياً.

(1) «تكوين العقد يمكن. . . أن يتحقق. . على مراحل متعاقبة قد تفصل بينها حقبات طويلة إلى حد ما»، هذا ما اعلنه، R. Demogue, Les contrats provisoires, Mélanges Capitant, 1939، 1939، صفحة 159.
انظر المصطلح الفهرس، V، العقد التمهيدي؛ وحول عقود البيع التمهيدية انظر Bénabent، رقم 83 وما يليه؛ Collart Dutilleul et Delebecque، رقم 59؛ Gross et Bihr، الباب I، صفحة، 67 وما يليها؛ Malaurie et Aynès، رقم 104 وما يليه.

(2) انظر حول عهد الافضلية في المادة العقارية الباب الفرعي II اللاحق، الفصل I، بيع العقار؛ وعهد التفضيل، إذا كان غالباً ما يتناول عقاراً، يمكن أن يكون موضوعه ما لا منقولا، انظر في شأن الحصص في الشركة، حكم غ ت ن، 27 أيار 1986، م ف ق م، 1987، 89، ملاحظة J. Mestre: يؤكد الحكم من جديد أن بيع الغير انتهاكاً للعهد يسحق الإبطال ما دام ان الغير كان على علم بوجود العهد، وإنما يذكّر بأن المستفيد من العهد لا يمكن أن يستبدل في حقوق الغير مكتسب الملكية.

(3) انظر الباب الفرعي II اللاحق، عقار، مؤسسة تجارية، عقار للبناء.

(4) في ما يتعلق بالوعد بالبيع أو الشراء الذي يتناول حصص شركة تبرز مع ذلك مشكلة من أن الاتفاقية التي يجب ان تحوي ثمنا محدداً، يخشى ان تظهر مناقضة للمبادىء التي بمقتضاها ينبغي بالضرورة على الشريك ان يتحمل مخاطر نشاط الشركة، انظر حكم غ م أ ن، 9 نيسان 1987، م إ د، الطبعة E، 1988، 15133، تعليق Germain، اعتبار الوعد باطلا، وحكم غ ت ن، 10 كانون الثاني 1989، م إ د، 1989، II، 21256، تعليق A. Viandier، اعتباره صحيحاً.

المادة 1589 وبمقتضاه «الوعد بالبيع يساوي البيع» (ج).

11167 ـ أ. البيع مع التحفظ بالموافقة على الشيء. ينص القانون المدني في المادتين 1587 و1588 على نوعين من البيع يتحققان على مراحل: البيع شرط المذاق، أو الموافقة، والبيع بعد التجربة. وهاتان الكيفيتان تركز كل منهما على اخضاع العقد على موافقة الشاري على الشيء وتتعلقان على وجه الحصر تقريباً بالاموال المنقولة.

وعندما يجري البيع بعد المذاق، أو الموافقة، يتحفظ الشاري تجاه امكانية التعاقد ام لا حسب تقدير مذاقه الذاتي للغاية بالنسبة إلى السلعة. وبالمقابل، عندما يكون البيع بعد التجربة يحزم الشاري امره تبعاً لتقويم، موضوعي مبدئياً، لصفات الشيء. وفي هذه العملية أو تلك، في أي حال، يخضع ابرام العقد نهائياً لهذا الفحص، بحيث أن تكوينه يتأخرّ، فليس ذلك إذاً سوى شرط بحصر المعنى، يندرج في البيع: لا يبرم العقد ما دام ان هذا الرائز لم يعط النتائج الكفيلة بارضاء الشاري.

وهذان الوضعان، في ذلك، يفترقان عن البيع استناداً إلى عيّنة حيث نكون، منذ الانطلاق، امام اتفاق نهائي بين اصحاب العلاقة على عناصر العقد، ولاسيما حول صفة السلعة: مطابقة الشيء للعيّنة يمكن في آونة التسليم فقط المناقشة فيها وبالتالي حسن تنفيذ العقد المعني[1].

11168 ـ 1°. البيع شرط الموافقة. من المتفق عليه، في البيع بعد المذاق، أو بعد الموافقة، ان الزبون يجب أن يكون في حالة تقدير ما هي، في رأيه، صفات الشيء قبل تأكيد ارادته في اكتساب ملكيته. وهذا يستقيم، كما تنص على ذلك المادة 1587 من القانون المدني، «بالنسبة إلى الخمر والزيت وأشياء أخرى جرت العادة على تذوقها قبل الشراء». بيد أنه بامكان الفريقين الاتفاق على هذه الكيفية في منتجات اخرى[2].

ومن المعتبر تقليدياً أن ذلك يتحلل كوعد أحادي الجانب بالبيع صادر عن المورّد[3]. ويضاف إلى ذلك، إذ تعلن المادة 1587، في صدد الخمر والزيت: «ليس ثمة

---

(1) انظر، حول التفريق بين البيع استناداً إلى عيّنة والبيع بعد المذاق، على سبيل المثال، حكم غ. ت. ن، 7 كانون الثاني 1981، ن م، IV، رقم 17، نسيج الجيش، خصائص محددة، تحقق استناداً إلى عيّنات: رفض قبول السلعة لأنها غير مطابقة لا يعفي المورّد من موجبه.

(2) لا يمكن استنتاج هذه النية من اشتراط ان يكون الشيء المقدم «من نوع صحيح ومتداول في التجارة»، انظر Planiol et Ripert، الجزء X، تأليف Hamel، رقم 302.

(3) انظر Troplong, De la vente، رقم 102، Dalloz، الاجتهاد العام، V البيع، رقم 234؛ Malaurie et Aynès, Contrats spéciaux، رقم 106. وكذلك L. Lorveillec، م إ م، البند 1587، البيع بعد المذاق، 1985، رقم 15. وعلى نقيض ذلك Ripert et Roblot، الباب 2، رقم 2513 ـ 1، اختيار وصف البيع الشرطي.

بيع على الاطلاق ما دام أن المشتري لم يذقهما ويوافق عليهما»، ان ذلك يعني ان البيع لا يتم ضمن شرط. ولا يمكن ان يجري طالما ان المذاق تعذر القيام به. وإذا كان الفريقان قد اتفقا على ان الشاري المحتمل بمقدوره اللجوء إلى ذلك، يكون هذا تنفيذاً لعقد تمهيدي: وعد بربط البائع[1]. وعليه تكفي الموافقة على السلعة لترسيخ البيع. ويتم المسار العقدي في زمنين للوصول إلى الاتفاق النهائي.

وعلى المرشح للشراء ان يتخذ قراره في الزمن المعطى له. فإذا لم يحزم امره بصورة صريحة يجب أن يفعل ذلك في مهلة معقولة[2]. إن الموافقة استنسابية مبدئياً: من يقوم بالمذاق ليس عليه ان يعلل رفض السلعة التي لم ترق له، لأن ذلك قضية ذوق[3].

وبما ان الوعد بالبيع ليس بيعاً فإن المفاعيل المرتبطة بالبيع ـ نقل الملكية والمخاطر وموجب دفع الثمن. . . ـ هي معلقة. وعليه يجري تقديم الفرضية الواردة في المادة 1587 على أنها بيع تحت شرط معلق[4].

إن المادة 1587 هي نص بديل للارادة بامكان الفريقين استبعاده[5]. وإذا كان من الاستعمال الشائع، في حقبة تحرير القانون المدني، ان يتم مذاق الخمر أو الزيت، قبل اكتساب الملكية، فالامر ليس على هذا النحو اليوم في الغالب. فالعرض، في العلاقات مع المستهلكين النهائيين، انقلب إلى حد كبير: تقدم السلع عموما في توضيب يستبعد أي مذاق مسبق. وفي العلاقات بين المهنيين يتراجع هذا المذاق، ببطء ولا ريب، وإنما بشكل أكيد.

11169 ـ 2°. البيع بعد التجربة. يمكن ان يجري البيع ايضاً شرط التجربة: لا يصبح نهائياً إلاّ ان يتبين، في الاستعمال الاول للشيء، انه يتوافق مع التطلبات التي اتفق الفريقان عليها. والبيع بعد التجربة، على عكس البيع بعد المذاق، لا يتناول على وجه العموم اشياء تستهلك. فالمادة 1588 من القانون المدني تنص على امكانية ذلك، وإنما

---

(1) انظر بصورة خاصة Troplong, De la vente، رقم 102، وفي عرفه يلتزم البائع بتسليم الشيء في حالة الموافقة عليه.

(2) تقرير الغرفة المدنية، 10 كانون الثاني 1928، د د، 1929، 1، 126، احصنة: حكم صدر في صدد بيع بعد التجربة.

(3) في هذا الاتجاه Malaurie et Aynès، رقم 106؛ قارن بـ Ripert et Roblot، الباب 2، رقم 2513 ـ 1، وهما يعتبران ان اساءة استعمال الحق تبدو معاقبا عليها.

(4) انظر Ripert et Roblot، الباب 2، رقم 2513 ـ 1؛ Ghestin et Desché، رقم 564، وهما يرفعان هذا الوصف.

(5) انظر حكم غ ع، 29 أيار 1905، دد، 1905، 1، 426، خمر من الجزائر، بند «مع شرط الموافقة» المفسر بأنه لا يفرض المذاق: يعود إلى المحاكم ان تقرر، تبعاً لظروف القضية، إذا كان ثمة شذوذ عن شرط المذاق أم لا.

لا تعطي امثلة. انه يستعمل بالنسبة إلى بعض الاموال: الخيول[1] أو الالبسة تحت الطلب[2]. وللفريقين امكانية النص على ذلك، بالنسبة إلى الآلة مثلاً[3].

ويقدم القانون المدني، في المادة 1588، البيع بعد التجربة بأنه «من المفترض دائماً أن يتم مع شرط معلّق». ويمكن ان يكون الوصف موضع شك، ذلك بأن هذا الوضع قريب من الوضع الذي ينشئه البيع بعد المذاق الوارد في المادة 1587، ويمكن تفضيل وصف الوعد الاحادي الجانب بالبيع الصادر عن المورّد. وتجري العملية، هنا ايضاً، في زمنين: اتفاق مبدئي على خصائص الشيء، وتحقق لاحق يجريه الشاري[4]. ويعود الفارق فقط إلى أن مرشح اكتساب الملكية، في فرضية الحق في التجربة، يبدو ملزماً أكثر مما يلزم في البيع بعد المذاق: ذلك بأنه يقدر على وجه العموم ان رفض الشيء يجب ان يبنى على عناصر موضوعية ولا يمكن الاعتراض عليه بطريقة استنسابية[5].

والتجربة، في هذه الشروط، تتخذ ولاريب مظهر رقابة المطابقة بعد التسليم. فنكون إذاً على تخم الوعد الملزم للطرفين بالبيع. مع أنه يبقى هامش تقدير شخصي في كل تجربة، بحيث يتعذر اعتبار رضا الشاري المحتمل مكتسباً منذ الانطلاق: انه احتفظ بكلمته الاخيرة. وتكون هناك تجربة بفضل الافادة من وعد أحادي الجانب صادر عن البائع. ويتم البيع إذا اعلن المستفيد من الوعد أنه متعاقد. ويخطىء هذا المستفيد، فضلاً عن ذلك، ويتعرض إلى اعتبار البيع مبرما بشكل نهائي إذا رفض في النهاية القيام بالتجربة

---

(1) انظر حكم الغرفة المدنية، 10 كانون الثاني 1928، داللوز الدوري، 1929، I، 126، مهلة ثمانية ايام للقبول: اضف إلى ذلك L. Lorvellec، م إ د، البند 1588، بيع بعد التجربة، 1985، رقم 20.

(2) انظر في هذا الاتجاه Planiol et Ripert، رقم 210، وحكم محكمة استئناف باريس، 28 أيار 1877، د، 1978، 2، 211: بيد أن العقد يعود بالاحرى إلى تأجير عمل مستقل.

(3) انظر حكم غ م أ ن.، 7 تموز 1964، ن م، I، رقم 370، آلة لحلب الابقار لم تعط النتيجة المرضية رغما عن مدة تجربة كافية؛ بيد أنه ليس من العادة وجوب تجربة حاسوب (كومبيوتر) قبل شرائه، انظر حكم محكمة استئناف تولوز، 5 كانون الاول 1979، م إ د، 1980، IV، 392.

(4) جرى البناء لصالح هذا الوصف ـ وبصورة ادق وصف العقد بعارية استعمال أو تأجير مع وعد بالبيع ـ أن تمييز التجربة فقط بتعبير بيع مقيد بشرط له سيئة ترك الحقبة التي تنقضي بين الاتفاق الاولي وتكراره الممكن في حالة شك قانوني مما يؤسف له بصورة خاصة إذا لحق ضرر بالشيء أو إذا فقد في هذه الآونة: لأن البيع في هذه الحالة لن يتم ولا ريب ومن الافضل أن يكون من الممكن ان يحاط بزمن التجربة تعاقدياً بدلاً من تركه في الوضوح المشوش للمسؤولية العقدية، انظر L.Lorvellec، مصنف الاجتهاد المدني، المادة 1588، البيع بعد التجربة، 1985، رقم 20.

وفي ظل القانون القديم، وبتأثير Pothier، كان البيع بعد التجربة يعتبر كبيع تحت شرط فاسخ، انظر Pothier, De la vente، رقم 264 وما يليه، إ ع، V البيع، رقم 256، Planiol et Ripert، الباب X، تأليف Hamel، رقم 211.

(5) انظر في هذا الاتجاه Malaurie et Aynès، رقم 107. وعلى نقيض ذلك إ. ع، V البيع، رقم 257.

المتفق عليها[1].

والبيع بعد التجربة والبيع بعد المذاق قريبان جداً بالنسبة إلى النظام المطبق عليهما[2]. فالقبول النهائي يجب ان يعطى ضمن المهلة المتفق عليها أو في مهلة معقولة[3]. والمفاعيل المرتبطة بالبيع في الحالتين ـ نقل الملكية والمخاطر. . . ـ تبقى متوقعة، ولا يكون البيع، في الحالة الاولى أو الثانية، تاماً قبل تأكيد مكتسب الملكية. والمبادىء الواجب الاخذ بها في هذا الشأن هي مبادىء الشرط المعلق [4]. ولا يصبح الشاري مالكاً إلاّ بعد تكرار ارادته أو انقضاء المهلة الممنوحة.

والفرضية التي يوضع فيها الشيء بتصرف احد الزبن المحتمل لتقدير صفاته والاقدام على الشراء مختلفة إلى حد ما: يسبق البيع الذي يتوقعه المورّد عقد قرض، وعلى هذه الارضية يجب التموضع للبت بالصعوبات التي يمكن ان تحدث بينهما[5].

11170 ـ ب. الوعد بالبيع والوعد بالشراء. ثمة مناسبات اخرى نرى فيها اشتهار العقد التمهيدي المميز للبيع الذي يشكله الوعد الذي يمكن ان تكون له كيفيتان، وعد بالبيع أو وعد بالشراء. بيد أن عدم تمام العقد، في الوعد الاول كما في الثاني، يعود إلى ان رضا الفريقين النهائي لم يحصل بعد[6].

---

(1) انظر حكم غ ت ن، 22 أيار 1991، مجلة الاجتهاد في قانون الاعمال، 1991 ـ 10، رقم 800، مواد معلوماتية، بيع بعد التجربة، مكتسب ملكية ابلغ قراره في عدم التعاقد على العملية، بيع اصبح تاما لعدم القيام بالتجربة.

(2) انظر د إ ع، V البيع، رقم 257: «تطبق القواعد نفسها. . . البائع في هذه أو تلك ملزم إلاّ أن الشاري ليس ملزما»؛ أضف إلى ذلك Troplong, De la Vente، رقم 108: «لا نرى أي فارق بين هذه أو تلك».

(3) انظر حكم الغرفة المدنية 10 كانون الاول 1928، دد، 1929، 1، 126، جواد، تجربة يجب القيام بها خلال ثمانية ايام حسب العادة، شيء محتفظ به عقب مهلة التجربة، قبول ضمني، نقل المخاطر.

(4) ثمة فارق موجود حسبما يجري التحليل كبيع تحت شرط معلق أو كوعد أحادي الجانب بالبيع، وهو، في التحليل الاول عندما تبدو التجربة مقنعة، ان نقل الملكية يعتبر، رجعياً، كما لو أنه حصل منذ الانطلاق، انظر Planiol et Ripert، الباب X تأليف Hamel، رقم 211.

(5) تطرح المسألة بصورة خاصة في حالة الضرر الذي يسببه الشيء لتقرير مسؤولية المورّد، وفي حالة تلف الشيء لتقرير مسؤولية المستعمل. . . انظر الرقم 22118 اللاحق وما يليه؛ قارن بحكم غ م ث ن، 19 أيار 1969، ن م، II، رقم 161، مركبة، حادث: طبق الحكم المسؤولية التقصيرية وحكم بالتعويض على صاحب المرآب، المقترض، والمعتبر كحارس الشيء بواسطة احد تابعيه الموجود في المركبة.

(6) الوعد بالبيع موضوع استعمال شائع في المادة العقارية، والوعد بالشراء اكثر ندرة في هذا المجال، وهو غالباً ما يوجد في المنقول، انظر، على سبيل المثال، حكم الغرفة التجارية، 6 آذار 1990، م إ د، الطبعة E، 1990، II، 15803، تعليق B. Gross، المجلة الفصلية للقانون المدني، 1990، 463، ملاحظة J. Mestre، طلبية مواد، احتفظ المورّد بامكانية التأكيد على مستوى المديرية العامة بالنسبة إلى العرض الذي قدمته الدائرة التجارية، مكتسبية الملكية اعتبر مقيداً فوراً بوعد بالشراء؛ وقد يوجد ذلك في مادة بيع مؤسسة تجارية، انظر كمثال حكم غ ت ن، 31 كانون الثاني 1991، ن م، IV، رقم 47، صيدلية؛ اضف إلى ذلك، حول الوعد بشراء مال مباع، G. Raymond. تحليل الـ «Buy- back»، مصنف الاجتهادات الدوري، 1992، 1، 3564.

إن الوعد يتبع، إلى حد كبير، القانون العام الذي يخضعه لنظام له سمة الازدواجية: يجري، في الواقع، التموضع في آونة الوعد لتقدير العناصر كأهلية الواعد الذي يبدي رضاه منذ الاساس، ولمعرفة ما تعاقد الفريقان عليه إذ ينبغي، منذ هذه المرحلة، أن تكون الامور واضحة إذا اردنا، بالتصريح عن مشيئة الافادة منه، أن يقوم من يوجه إليه باتمام العقد، إلاّ اننا نتموضع في آونة العقد النهائي للحكم على اهلية المستفيد أو لتطبيق قواعد الغبن أو كذلك لسريان المهل كمهلة الضمان ضد العيوب الخفية.

ويعطي القانون المدني مثالاً على التعهدات المتقاطعة ـ وعد بالبيع ووعد بالشراء ـ مع تنظيم الوعد مع عربون المشتهر قبل أي شيء في المنقول. وبعد أن اشرنا إلى الوعد الاحادي الجانب، وهو الاسلوب الاكثر استعمالا، والموجود بصورة خاصة في المادة العقارية، سنتمهل في صدده. ويجدر أخيراً قول بعض الكلمات في شأن التسوية في البيع.

انظر حول الوعود المتقاطعة بالبيع وبالشراء وحول كونها لا تحقق البيع، الرقم 11176 ـ ج اللاحق.

11171 ـ 1°. الوعد مع عربون. يوجد البيع مع عربون قبل أي شيء في مادة بيع الاموال المنقولة، ولاسيما في العلاقات بين تاجر وفرد: يدفع مكتسب الملكية لكي يحتفظ باختيار السلعة مبلغاً للبائع.

وقد اخذت المادة 1590 من القانون المدني بهذه الفرضية ونصت على انه «إذا كان الوعد بالبيع مقترناً بعربون فان كلا من الفريقين سيد في التخلص منه، فمن دفع العربون يفقده ومن استوفاه، باعادته مضاعفاً». إن الامر يتعلق بوعد ملزم للطرفين طالما ان كلاً منهما يتعهد مع التعرض بخسارة المبلغ إذا لم يقم بالتنفيذ. فالنص يتوقع إذاً ابرام العقد في زمنين: وعد بالبيع وبالشراء في البداية ثم تأكيد الفريقين الاتفاق، وفي هذه الحالة الاخيرة يحسب المبلغ المدفوع من ضمن الثمن كدفعة على الحساب.

ولكل من الفريقين امكانية الرجوع. وإذا تخلف البائع عن تأكيد نيته يلزم برّد العربون وبدفع زيادة مماثلة للشاري بصفة عقوبة. وإذا كان الشاري هو الذي لم يؤكد نيته فانه يفقد العربون. وامكانية الرجوع المتبادلة هذه التي ينص القانون صراحة عليها منسجمة مع حماية عقد البيع التي تستدعي تعهداً متبادلاً طالما أن كلاً من الفريقين يتعرض لخسارة شيء ما[1].

---

(1) انظر حكم غ م أ ن، 6 تشرين الاول 1965، ن م، I، رقم 516، بيع قطع اراضٍ مقسمة إلى حصص، بند الرجوع المتبادل.

والمهلة التي يجب ان يتأكد فيها اتفاق الفريقين تحدد بصورة عامة عند الوعد، وإلاّ تعتمد مهلة معقولة ينبغي احترامها.

11172 ـ عربون أو دفعة على الحساب. يمكن أن تبرز صعوبات وصف في هذا الشأن. والمحاكم تقدر بسيادة ما إذا كان الفريقان ارادا ان يضفيا على المبلغ المدفوع في الاساس طابع العربون يعطى البائع امكانية الرجوع شرط اعادة الضعف والشاري امكانية استعادة حريته بخسارة هذا المبلغ، أو أن الأمر يتعلق بدفعة على الحساب من اجل الثمن، وفي هذه الحالة يقتضي قبول ان الفريقين كانا نهائياً مرتبطين منذ الاساس. ويستطيع القاضي ايضاً ان يعتبر ان المبلغ المدفوع يمثل رجوعاً بالنسبة إلى الشاري وليس البائع الذي التزم منذ الوعد بشكل غير قابل للرجوع عنه[1].

أنها مسائل تفسير ارادة المتعاقدين، وبالتالي فان رقابة محكمة النقض لا تمارس في هذا الصدد.

11173 ـ لجام التنظيم. نظمّ ممارسة العربون، في مادة المنقول، قانون 5 كانون الاول 1951 الذي ينص، في مادته الاولى، على ان المبلغ المدفوع ينتج فوائد بالمعدل القانوني بعد مرور ثلاثة اشهر من الدفع، وذلك حتى تحقيق البيع أو اعادة المبلغ.

وعزز قانون 18 كانون الثاني 1992 من جهته، حماية المستهلكين إذ تضمن نصاً يفترض في عقد بيع مال منقول أو تقديم خدمة للمستهلك «ما عدا وجود اشتراط مخالف في العقد أن المبالغ المدفوعة سلفاً هي عربون، ومفعول ذلك ان كلا من الفريقين بامكانه الرجوع عن تعهده، فيخسر المستهلك العربون ويعيد المهني المبلغ مضاعفاً» (المادة 3 ـ 1، الفقرتان 1 و 2، التي اصبحت المادة L.1-114، الفقرتين 1 و 2 من قانون الاستهلاك). وليس من الاكيد ان هذا النص هو في الحقيقة لصالح المستهلك لأن السماح للمهني بالتخلص من تعهده يجعل وجود العقد احتمالياً بالنسبة إلى الزبون في الفرضيات كافة الاكثر عدداً، حيث يطلب إليه دفعة على الحساب. كان من الافضل عدم النص على امكانية الرجوع إلاّ بالنسبة إلى المستهلك.

11174 ـ 2°. الوعود الأحادية الجانب. نموذج الوعد الاكثر شيوعاً في الاستعمال هو الوعد الاحادي الجانب. أنه أداة لعقد العديد من مبيعات العقارات أو المؤسسات التجارية. والاجتهاد، قبل أي شيء، هو مصدر القواعد التي يخضع لها. بيد أن المشترع تدخل للاحاطة بالعقد التمهيدي في بيع العقار للبناء المسمى عقد الحجز[2].

---

(1) انظر حكم الغرفة المدنية الاولى، 16 تموز 1956، د، 1956، 609، غياب امكانية الرجوع بالنسبة إلى البائع: ينظر الحكم، في الظاهر، في بيع عقار.

(2) انظر الرقم 11523 اللاحق حول العقد التمهيدي، أو عقد الحجز، في بيع العقار للبناء.

وثمة تفريق بين الوعد بالبيع والوعد بالشراء. يعرض في العقد الاول، الأكثر تواتراً، مالك مال على شخص آخر بشكل حازم اكتساب ملكيته لقاء مبلغ ما يخسرها إذا لم يبرم العقد: الواعد هو من يتعهده، ومن يعطى امكانية الشراء هو المستفيد، والحق المعطى هو حق خيار[1]. أما المبلغ المدفوع فيسمى، في بيع العقار، تعويض تجميد: هذا المبلغ المسمى على هذا النحو لا يشكل رجوعا بمعنى المادة 1590 من القانون المدني[2]، وهو ليس بنداً جزائياً يستطيع القاضي تعديل قيمته[3]. والخيار اخيراً يجب ان يمارس في مهلة معينة تحدد على وجه العموم في الوعد.

والقول إن هذا الوعد أحادي الجانب يبدو صحيحاً طالما أن الواعد وحده يتعهد بالبيع وان موجب الشراء، من جهة ثانية، غير موجود، غير أن ذلك قد يكون خادعاً ذلك بأن الوعد الأحادي الجانب هو عقد ثنائي الجانب يكون فيه كل من الفريقين مرتبطاً، فالمستفيد يمتنع عليه استرداد المبلغ الذي دفعه إذا لم يرشح نفسه كمتسب ملكية المال. ونرى بعضهم احياناً ينتقد تعبير الوعد الأحادي الجانب ويقترح أن يُستبدل به تعبير «وعد الخيار»[4].

---

(1) كانت ثمة شكوك، في بداية القرن التاسع عشر، حول صحة الوعد الأحادي الجانب لأن القانون المدني لم يتطرق إلاّ إلى الوعد الملزم للطرفين في المادة 1589، انظر، على سبيل المثال، حكم الغرفة المدنية، 21 كانون الاول 1846، د، 1847، 1، 19 منشورات Sirey، 1847، 1، 66: «إذا كان الوعد بالبيع ناتجاً عن مجرد كتاب أو عمل صادر عن مالك الشيء فأنه لا يصبح ملزماً ولا يشكل رباطاً قانونياً إلاّ أن يوافق عليه مكتسب الملكية الذي يغدو ملزماً بدفع الثمن الوارد في العقد». اضف إلى ذلك حكم غ ع، 8 آب 1848، د، 1848، 1، 185، س 1848، 1، 615؛ مهلة للمقاضاة للإبطال انطلاقاً من البيع؛ Carpentier et Frèrejouant du Saint، ف د أ، V البيع، رقم 155 وما يليه، وعليه، وفي الغالب، إذا تم قبول امكانية الرجوع عنه، فذلك يعني جعله فقط منتجا مفاعيل مجرد ايجاب للبيع قابلا للرجوع عنه من قبل فاعله طالما لم يتم قبوله؛ انظر حول الرجوع الممكن للواعد حتى قبول المستفيد البيع، حكم الغرفة المدنية، 21 كانون الاول 1846 المذكور سابقاً، اعلان الواعد أنه لم يكن يرغب في متابعة المشروع، رد طلب المستفيد في ان يكون حائزاً؛ وكذلك حكم غرفة العرائض، 12 تموز 1847، د، 1847، 1، 346، س، 1848، 1، 181، قبول البيع يجعل الرجوع مستحيلاً، تقرير غرفة العرائض، 8 آب 1848 المذكور سابقاً: «الوعد الأحادي الجانب بالبيع ليس الوعد بالبيع الوارد في المادة 1589 من القانون المدني، وإنما مجرد ايجاب»؛ اضف إلى ذلك حكم غ م ث ا ن، 15 كانون الاول 1993، ن م، III، رقم 174، الارتكاز على كون الواعد لا يضطلع بأي موجب فعل قبل استعمال المستفيد خياره، وإذا كان Troplong يؤكد في كتابه De la vente، رقم 116 وما يليه، الطابع الملزم للوعد الأحادي الجانب وفقاً للاجتهاد القديم لـ Pothier، فيقتضي انتظار النصف الثاني من القرن التاسع عشر لرؤية الاعتراف بالصحة والمفاعيل، انظر الحكم المدني، 31 كانون الثاني 1866، دد، 1866، 1، 69، س، 1866، 1، 152، قبول التنازل عن الوعد، وكذلك الحكم المدني، 11 آذار 1886، د د، 1887، 1، 26، س، 1887، 1، 83.

(2) لا يستطيع الواعد إذاً التملص بدفع التعويض مضاعف، انظر الرقم 11172 السابق حول المادة 1590.

(3) انظر حكم غ م ث ا ن، 5 كانون الاول 1984، د، 1985، 544، تعليق Bénac- Schmidt، المجلة الفصلية للقانون المدني، 1985، 372، ملاحظة J. Mestre، و592، ملاحظة Ph. Rémy؛ انظر ايضاً الباب الفرعي II اللاحق، بيع عقار.

(4) انظر Bénabent، رقم 84، الذي يرجع إلى رأي L. Boyer، ف د م، V الوعد بالبيع، المذكور سابقاً، رقم 6؛ التعبير المستخدم في القانون الانكليزي الاميركي هو «option contract».

يضاف إلى ذلك أنه من المناسب ان يتضمن الوعد، كي يكون له طابع أحادي الجانب، تعويض تجميد يبقى معقولاً، أي 10% تقريباً من قيمة المال. ويقدّر أن الضغط الممارس على المستفيد، عندما يكون التعويض أكثر ارتفاعاً، يصبح شديداً جداً، ولا تعود إلى هذا المستفيد ابداً، في الحقيقة، حرية عدم ابرام العقد، فنكون امام وعد ملزم للطرفين وبالتالي بالبيع نفسه.

والوعد الأحادي الجانب بالشراء يعمل بطريقة مشابهة وإنما تناظرية: فالاوضاع معكوسة[1]. إن الواعد يتعهد بالشراء بشكل حازم، والمستفيد من هذا التعهد هو مالك المال الذي يقرر البيع باستعمال الخيار.

وينبغي، سواء أكان الوعد بالبيع أو بالشراء، منذ هذه المرحلة، الاتفاق على عناصر البيع جميعاً: الشيء والثمن وشروط الدفع والضمان... ذلك بأنه سيكون من المستحيل على هذا الفريق أو ذاك ان يضيف تطلبات جديدة بدون طلب الإذن.

انظر في شأن الوعد الأحادي الجانب بالبيع في المادة العقارية الرقم 11508 اللاحق وما يليه.

11175 ـ 3°. تسوية البيع. تستخدم، في المادة العقارية أيضاً، بالتنافس مع الوعد الأحادي الجانب، تقنية اخرى: تقنية التسوية. ويتعلق الأمر، في الحقيقة، بوعد ملزم للطرفين إذ إن فيه فريقاً يتعهد بالبيع في حين أن الفريق الآخر يتعهد بالشراء.

ووفقاً للمبدأ القائل إن «الوعد بالبيع يساوي البيع» يقتضي التقدير ان البيع، منذ هذه الآونة، يكون مبرماً وينتج مفاعيله كافة.

على أن الأمر، في الممارسة، لا يخلو من الضير اعطاء عملية لا يُعرف ما إذا كانت جميع شروطها مجتمعة لكي تتحقق كامل فصولها: سقوط حق الشفعة، والتوافق مع قواعد المدينية والحصول على الثمن من الشاري... وعلى وجه الخصوص يتجسد نقل الملكية باستيفاء رسوم النقل من قبل الادارة الضريبية، بحيث انه من المجحف ترك انتاج هذا المفعول في حين أن الغموض ما يزال يحوم وأنه ينبغي، إذا بدا العقد مستحيل الابرام، ان تتم عملية نقل جديد في اتجاه البائع عقب تخلف احد الشروط المطروحة. يتم السعي إذاً إلى تأخير مفاعيل الوعد مع أن صاحبي العلاقة هما على اتفاق حول كيفيات البيع.

---

(1) انظر حول القوة الملزمة لهذا النموذج من الوعود حكم الغرفة المدنية، 25 تشرين الثاني 1896، دد، 1897، 1، 34؛ ليس الوعد الأحادي الجانب بالشراء في المادة العقارية أو ببيع المؤسسة التجارية خاضعاً للأمر بالتسجيل الذي نصت عليه المادة 1840 ـ أ من القانون العام للضرائب، انظر حكم الغرفة المدنية الثالثة، 18 آذار 1975، النشرة المدنية، III، رقم 112.

ولتحقيق ذلك يجري إدخال شرط معلق في الوعد يعلن ان الاتفاق المعقود يبقى خاضعاً لتكرار العقد امام الكاتب العدل، ويعتبر أن البيع لا يصبح تاماً إلاّ باتمام هذا العقد[1]. ويلجأ المتعاقدان إلى هذا الاسلوب لتحديد سيئات التسوية والاجتهاد لا يعترف بالفعالية، حتى ولو كان ذلك قد يبدو صنعياً إلى حد ما[2].

وهكذا، عن طريق لعبة الشروط، يتم اعداد ترتيبات تنزع إلى جعل التسوية عقداً تمهيدياً.

انظر حول التسوية في المادة العقارية الباب الفرعي II اللاحق.

11176 ـ ج. مبدأ «الوعد بالبيع يساوي البيع». إن المبدأ الذي تطرحه المادة 1589 من القانون المدني اساسي، وبمقتضاه «يساوي الوعد بالبيع بيعاً عندما يكون ثمة رضا متبادل بين الفريقين على الشيء وعلى الثمن». والتسويغ هو اننا نجد، في وعد كهذا، كل ما يتوجب لبيع تام كما تتوخى ذلك المادة 1583.

إلاّ انه يجري أيضاً قياس حدود المبدأ: إذا كان من الواضح أن الفريقين، أو احدهما، يعتبر نقطة لم يتم التفاهم عليها اساسية، فان الوعد لا يكون تاماً بعد. ويبقى من السهل، علاوة على ذلك، على صاحبي العلاقة، حتى ولو كانا قد اتفقا على مختلف مظاهر العملية، تأخير تكوين العقد بالتحفظ في رضاهما أو باخضاعه لاتمام معاملة خاصة.

وتلاحظ هذه الظاهرة، بصورة خاصة، في صدد تسوية بيع عقار وهي وعد متبادل بالبيع وبالشراء يجب ان يكون مفعوله، طبيعياً، نقل ملكية المال: عند اللجوء إلى هذا النموذج من العقود أيضاً يتم اخضاعه لشرط معلق بتكرار البيع عن طريق عقد موثق من اجل تأخير حدوث نتائج كهذه[3].

ويمكن أيضاً قبول عدم وجود بيع تام إلا في حالة وجود عقدين متقاطعين احدهما وعد أحادي الجانب بالبيع والثاني بالشراء[4]. ولا شك في أن الخيارين المتفق عليهما،

---

(1) انظر حول صحة الاسلوب على وجه الخصوص حكم الغرفة المدنية الثالثة، 11 كانون الاول 1984، النشرة المدنية، III، رقم 212، اكتساب الملكية بهدف المصلحة العامة، قرار نهائي خاضع لتحقيق الشروط الادارية؛ حكم الغرفة المدنية الثالثة، 14 كانون الثاني 1987، J. Schmidt، تعليق في د، 1988، 80؛ انظر ايضاً حول هذه النقطة الرقم 11518.
وينبغي الحذر من ان لا يبدو الشرط المطروح ارادياً، انظر حكم غ م ث ا ن، 7 حزيران 1983، ن م، III، رقم 132، م ف ق م، 1984، ملاحظة J. Mestre، بائع اخضع رضاه لتوقيع العقد الموثق ولدفع الثمن.

(2) انظر بصورة خاصة Malaurie et Aynès، رقم 130، حول نقد استخدام اسلوب الشرط المعلق.

(3) انظر حول التسوية الرقم 11175 السابق، والرقم 11508 حول المقارنة بالوعد الأحادي الجانب بالبيع.

(4) انظر حكم محكمة استئناف Douai، 15 حزيران 1992، Dalloz، 1993، 257، تعليق J. Moury: وعد =

الأول من قبل البائع الذي يعد بالبيع، والآخر من جانب الشاري الذي يعد بالشراء، لا يبدوان انهما يتركان أي ريبة حول امكانية الوصول إلى العقد النهائي. وانما قد يحدث ان لا يستعمل البائع ولا الشاري الخيار فلا يكون هناك بيع، ونرى ان العملية ما يزال لها الطابع الموقت: اراد المتحاوران ابقاء وقت من التفكير لهما[1]. وهذا التحليل، في كل ذلك، مفيد لتسويغ بعض النتائج العملية التي يأمل الحصول عليها مستعملو التركيبات وكذلك مستعمل نقل الاسهم[2].

الفقرة 3 ـ العلاقات المستمرة بين فريقي البيع

11177 ـ التوريد عن طريق الاشتراك. عندما تربط الفريقين في علاقة بيع عقد متكررة غالباً ما يشعران بالحاجة إلى تنظيم علاقاتهما.

ويتم ذلك احياناً بهاجس السهولة. وهكذا الأمر في صيغة التوريد عن طريق الاشتراك حيث يحصل الشاري على الوعد بالتسليم المنتظم لمنتج ما، صحيفة على سبيل المثال، خلال زمن محدد، مدة سنة مثلا[3]. وبما أن الثمن متفق عليه على وجه العموم، إذا لم يكن مدفوعا منذ الاتفاق، والتوريد والاستحقاق محددة، فان العقد يشكل بيع شيء مستقبلي يتدرج تنفيذه في الزمن[4].

= بيع كمية من الاسهم، مع خيار حتى تاريخ معين، وكمية أخرى مع خيار حتى تاريخ أبعد، ووعد بشراء الاسهم ذاتها وفي الشروط عينها بالنسبة إلى التواريخ والخيار، وبثمن محدد: استعمل الشاري الخيار بالنسبة إلى الكمية الاولى، ولا شيء بعد ذلك... وبالتالي اصبح الوعد، حسب محكمة الاستئناف، عديم المفعول بالنسبة إلى الكمية الثانية. وعلى نقيض ذلك انظر حكم الغرفة التجارية، 16 كانون الثاني 1990، د، 1992، الموجز 177، ملاحظة J. C. Bousquet، م إ د، 1991، II، 21748، تعليق A. Hanoun، م ف ق م، 1990، 462، ملاحظة J. Mestre، اتفاقيات تساوي بيعا.

(1) انظر في هذا الاتجاه J. Mestre، م ف ق م، 1990، صفحة 463: إذا كان الفريقان «قد ارادا فعلا تأجيل آونة التعهد النهائي ويقتضي استبعاد وصف الوعد الملزم للطرفين».

(2) ترتكز العملية، بالنسبة إلى مؤسسة ائتمان، على الاكتتاب باسهم شركة بناء على طلب الزبون أو شرائها، والاحتفاظ بها خلال مدة تعاد إليه بعد انقضائها ـ يتعهد الفريقان بهذا المعنى ـ بثمن متفق عليه في الاساس: أنها غالباً ما تتجاوب مع هاجس كتمان السر، انظر Ripert et Riblot، الجزء 2، 2476؛ de Tchaguine-Séguret et François Marsal, Portage: La clarification nécessaire، م ق ع، 1989، الفقه، 244، 34؛ M. Jeantin, Le portage d'actions، مجلة القانون المصرفي، 1991، 122.

(3) انظر B. Gross، مصنف الاجتهاد، العقود والتوزيع، الكراسة 790، العقود عن طريق الاشتراك، 1986، ولاسيما الرقم 7: «الاشتراك كيفية عادية للعقود... فالاشتراك يحوّل العقد الذي ينطعم فيه إلى عقد تنفيذ متدرج»، ويبين المؤلف «اضافة القواعد الناتجة عن اشتراط الاشتراك» إلى قواعد العقد المعني، رقم 8؛ أضف إلى ذلك Ripert et Roblot، الباب II، رقم 2520.

(4) انظر في هذا الانجاه B. Gross، مصنف الاجتهاد، العقود والتوزيع، الكراسة 790، المذكور آنفاً، رقم 8؛ ولا يمكن أن يكون للتوريد احياناً متوازناً إلاّ بعد استهلاكه، بحيث أن الثمن يدفع فيما بعد وتدريجاً: هكذا الأمر في الاشتراك بالكهرباء والغاز.

وثمة كيفيات تنظيم اخرى للعلاقات بين البائعين والشارين لها فائدة ربط اصحاب العلاقة بصورة اعمق.

11178 ـ أ. العقود الإطار في التوزيع. تأخذ الاشياء بعداً آخر مع عقود التوزيع. فهاجس تنمية الطرق الحديثة لتسويق السلع دفعت الممارسة تصوّر عقود تتيح، في مدة معينة، ربط المتدخلين: المورّدين والبائعين بالمفرق. والهدف تنشيط البيع، وتحسين صورة العلاقة، وكسب ثقة الزبن، وتأمين الخدمة بعد البيع... وإقامة شبكات محلية لهذه الغاية بدلاً من ترك التسويق يجري حسب المشتروات الماضية، يوما بعد يوم، عن طريق البائعين بالمفرق بالاتصال بالزبن.

واتفاقات التوزيع، الدعامة القانونية للشبكات ـ تموين حصري، وامتياز تجاري وتوزيع انتقائي، والإعفاء ـ هي عقود إطار تفترق عن المبيعات المتعاقبة التي يعقدها اصحاب العلاقة تدريجاً حسب حاجاتهم. وهي تولد موجبات خاصة: حصرية التموين، واحياناً ايضاً حصرية التوريد، وهما بندان يحددان اهداف البيع، وتطلب اختصاص جهاز الموظفين، وموجب ضمان المنتجات المسوّقة وصيانتها داخل الشبكة[1]... ويتعهد تاجر سلفاً، بموجب اتفاق تموين حصري مثلاً، بان يخصص المورّد بمشتروات السلع التي يعرضها على زبنه: هذا هو الحال في «عقد الجعة» المبرم بين مصنع للجعة وصاحب مقهى. وتعقد اتفاقات كهذه لمدة معينة وهي تتغير حسب ارادة الفريقين: يمكن ان تكون لعشر سنوات بالنسبة إلى تموين حصري، وخمس سنوات بالنسبة إلى امتياز تجاري، ولسنة واحدة في اتفاق توزيع انتقائي.

والحصرية والمدة وغيرهما... تؤدي إلى إقامة درجة قوية من الاندماج بين أصحاب العلاقة. وقد يكون من الواجب على البائع بالمفرق، لكي يكسب في الفعالية، أن يلتزم بتعهدات كبيرة الحجم بالنسبة إلى المبيعات التي سيحققها. وغالباً ما يضيف إلى ذلك خدمات متنوعة يدعى المورّد إلى تقديمها للبائع بالمفرق: قرض عملة لاكتساب ملكية تجيزه في التموين الحصري، اجازة العلامة والشعار في الامتياز والتوزيع الانتقائي، تقديم مهارة التجارة في الاعفاء... والمقدمات الناتجة عن ذلك يميز عقود التبعية[2].

على أن اتفاقات التوزيع تثير صعوبات عديدة، وعلى وجه الخصوص بالنسبة إلى تطلّب تحديد ثمن السلع وإلى إكراهات قانون المنافسة، وتجديدها... وهي توحي

---

(1) وحول مفهوم العقد الإطار انظر الرقم 11190 اللاحق وما يليه، وحول الاجتهاد المستشهد به في شأن المبيعات مع الحصرية، انظر الرقم 11592 اللاحق؛ وفي صدد اتفاقات التوزيع انظر الرقم 11596 اللاحق وما يليه.

(2) G. Virassamy, Les contrats de dépendance، اطروحة في باريس I، منشورات L. G. D. J.، 1986.

باجتهاد غزير مما قاد السلطات المجموعية إلى تحديد قواعد تجنب الاعتداء على المنافسة الذي يمكن أن يولده إنشاء شبكات التوزيع. ولم تفسح حتى الآن في المجال للتشريع.

ولا شك في أن قانون 31 كانون الاول 1989، المسمى قانون Doubin، اعلن في مادته الاولى أن «كل شخص يضع بتصرف شخص آخر اسما تجارياً أو علامة أو شعاراً ويفرض عليه تعهد حصرية أو شبه حصرية لممارسة نشاطه ملزم مسبقاً بتوقيع أي عقد مبرم لمصلحة الفريقين المشتركة لتزويد الآخر بمستند يعطي المعلومات الصادقة التي تتيح له الالتزام مع العلم التام بالأمر»[1]. والفكرة الاساسية هي حماية البائع بالمفرق في مرحلة ابرام العقد عن طريق الإعلام الأكثر كمالاً في نطاق الممكن حول الشروط المقترحة عليه. غير أن الأمور أقل وضوحاً، بالمقابل، في ما يتعلق بالصعوبات التي قد تحدث في مرحلة تنفيذ العقد، ولاسيما تجديده: واعتماد مفهوم المصلحة المشتركة يبقى تلميحياً بحيث أنه من الصعب الاستنتاج من ذلك ان الموزع له الحق في الزبن الذين ساهم في خلقهم وأنه يتعذر ابعادهم عنه بدون التعويض عليه.

وحول هذه النقاط المختلفة انظر الرقم 11596 وما يليه.

11179 ـ ب. تجمع الشارين. ليس من المتعذر ان يتجمع البائعون بالمفرق أو البائعون بالجملة أو الموزعون. وفي الواقع غالباً ما يرتبطون فيما بينهم وينظمون مشترواتهم للحصول على الشروط الأفضل من المورّدين. وفي سبيل القيام بذلك يشكلون مراكز أو تجمعات شراء. وظيفتهم الرئيسية تأمين تموين لاعضائها بأفضل كلفة[2].

وهذه التجمعات ذات طبيعة مختلفة، ويمكن ان لا يكون لها شكل كل، فترتكز عندئذ على مجرد تنسيق بين اصحاب العلاقة. بيد أنها تتشكل عموماً في شكل مزود بالشخصية المعنوية، ونجد منها نوعين بصورة رئيسية: نوع مركز الشراء اللاّمساواتي المكوّن من بعض التجار ولكنه يقدم خدمات لفروع اخرى لا تشارك في تحديد سياسة مشتركة، أو النوع ذو النزعة المساواتية لتجمع الشراء، غالباً ما يتخذ شكل تعاونية يكون اعضاؤها شركاء

---

(1) انظر G.Virassamy, La moralisation des contrats de distribution par la loi Doubin، مصنف الاجتهادات الدوري، 1990، الطبعة II, E، 15890؛ ـ G. Blanc, Les contrats de distribution concernés par la loi Doubin، موسوعة Dalloz، 1943، العرض 218، والباب الفرعي II اللاحق.

(2) انظر M. Soria، ف د ت، V مراكز الشراء وتجمعاته، 1987؛ F. Favre et J.- E.Sales، مصنف الاجتهاد، العقود والتوزيع، الكراستين 1120 و121؛ تجميع الشراء، 1989؛ M. Caquelin، مصنف الاجتهاد، العقود والتوزيع، الكراسة 1130، تجمعات البائعين بالمفرق، 1987، Dalloz، العجول، مصنف الاجتهاد، العقود والتوزيع، الكراسة 115؛ تجمعات التجار بالمفرق، 1993؛ Lamy, Droit économique، تأليف Cas et Bout، 1994، رقم 3758 وما يليه؛ C. Momège, L'émergence des super- centrales dans la distribution: quelles justifications juridiques، م إ د الطبعة E، 1985، II، 14441.

حقيقيين[1]. بيد أن الهدف هو دائماً التفاوض مع المورّدين لتزويد الفروع بالسلع التي تحتاج إليها في تجارتها وتقديم بعض المنافع لهؤلاء المورّدين تسوّغ الشروط التي يضعونها[2].

وتتوفر للمركز، أو التجمع، عدة تقنيات لإقامة هذه الروابط: بامكانه الشراء باسمه أو لحسابه ثم البيع ثانية بعد ذلك لاعضائه (يستفيد من شروط العملية ويتفق مع فروعه على شرط التموين)؛ والتصرف باسمه وإنما لحساب اعضائه بموجب عقد (تكون العملية عندئذ شفافة فيستفيد الفرع مباشرة من الشروط التي يوافق المورّد عليها جميعاً) أو التصرف كمجرد وكيل اعضائه[3].

---

(1) يتم الانتماء، في الحالة الاولى، بموجب عقد انتساب، ويتكون هذا الرباط في الحالة الثانية بانضمام إلى التجمع: العلاقات هي هنا إذاً ذات طبيعة عقدية، وذات طبيعة شراكة هناك؛ انظر R. Favre et J.- E. Sales، مصنف الاجتهاد، العقود والتوزيع، الكراسة 1120، المذكور سابقاً، رقم 6 وما يليه.
وحول تعاونيات تجار البيع بالمفرق التي يسوسها قانون 11 تموز 1971 ـ المعدل في عام 1992 ـ الذي ألغى التنظيم السابق الصادر في 2 آب 1949، انظر بصورة خاصة Dalloz، العجرل، مصنف الاجتهاد، العقود والتوزيع، الكراسة 115، المذكور سابقاً، Y. Chartier، موسوعة Dalloz فهرس الشركات، V تعاونيات تجار البيع بالمفرق؛ وكذلك J. Cammas, Les supports juridiques des relations entre les coopératives des commerçants détaillants et leurs adhérent، كراسات قانون المقاولات، 1980، رقم3، صفحة 4 وما يليها.
وتجمعات البائعين بالمفرق الاخرى هي المراكز التجارية التي يخضع تكوينها إلى اذن بموجب قانون Royer في 27 كانون الاول 1973، والمخازن الجماعية للتجار المستقلين التي يسوسها قانون 11 تموز 1972 الذي لم يكن لصيغته النجاح المأمول، انظر M. Caquelin، مصنف الاجتهاد، العقود والتوزيع، الكراسة 1130، المذكور سابقاً.

(2) لأن المادة 36 ـ 1 من الامر الاشتراعي، تاريخ اول كانون الاول 1986، حول حرية الاسعار والمنافسة تحظر الممارسات التمييزية التي يقوم بها شريك اقتصادي للحصول على الاسعار، مهلة الوضع، شروط البيع... التمييزية وغير المسوّغة بمقابل حقيقي، مما يخلق غنما في المنافسة؛ الخدمات التي يؤمنها المركز، أو التجمع، متنوعة: ضمان تصريف المنتجات، فوترة، خزن، معلومات حول ملاءة الشارين، ضمان الدفع...
وتطرح مسألة معرفة ما إذا كان مركز الشراء، أو التجمع ـ عندما لا يجعل من نفسه مكتسب ملكية السلع ـ مسؤولا في حالة عدم ايفاء ثمن طلبية من قبل أحد فروعه: الجواب هو أنه لا يمكن، مبدئياً، وضع مسؤولية كهذه على عاتقه لأنه لا يقوم إلاّ بنقل الاوامر أو تأمين العلاقات بين الفريقين، انظر حكم الغرفة المدنية، 7 تموز 1933، منشورات Sirey، 1933؛ كبريتات النحاس؛ حكم محكمة استئناف ڤرساي، 14 نيسان 1988، د، 1988، II، 144، تجارة الخمر؛ حكم محكمة استئناف ڤرساي، 20 ايلول 1988، د، 1988، إ س، مصنف الاجتهادات الدوري، 1989، II، 21190، تعليق P. Estoup؛ اجهزة سمعية بصرية، إلاّ أن يكون المركز، أو التجمع، لم يتخذ تعهداً صريحاً بهذا المعنى، وذلك محتمل، انظر R. Vavre et J.-E. Sales، مصنف الاجتهاد، العقود والتوزيع، الكراسة 1121، المذكورين سابقاً، رقم 90 (يطلب المورد إلى المركز أو التجمع، متصرفاً كمجرد عميل تجاري أو وكيل، أن يضمن الإيفاء): اضف إلى ذلك Ghestin et Desché، رقم 212، وهما يبنيان أن للمورد والشاري، في الواقع، لهما القليل من الحرية في ابرام العقود ما دام ان الاول ينتقيه المركز أو التجمع، وان الثاني ملزم بالتمون لديه.

(3) R. Favre et J.- E. Sales، مصنف الاجتهاد، العقود والتوزيع، الكراسة 1121، المذكوران سابقاً، رقم 5 وما يليه.

أما مراكز الاجمالية (استناداً إلى عيّنة) اخيراً، فتكتفي بالتفاوض ونقل عروض البيع التي يقدمها الموردون الذين يقيم علاقات معهم إلى المنضمين إليه[1]. وترتكز الاجمالية (استناداً إلى عيّنة) على اختيار الموردين والتفاوض حول العروض وتحيينها المنتظم. . . وتشكل العروض المجمعة على هذا النحو، حسب كل حالة، وعوداً حقيقية بالبيع مقترنة بمهلة لتحقيقها مما يوفر ضمانا اكبر للفروع: ويقدّر ان المركز، أو التجمع في حالة كهذه، الذي يحصل على هذه الشروط يقوم بذلك كوكيل لاعضائه[2]، أو عروضاً عادية قابلة للتفاوض بين المورد والفروع، الشارين المحتملين: يتصرف المركز عندئذ كمجرد وسيط يؤمن العلاقات بين الفريقين[3]. وفي الوقت عينه يمكن ان يكون المنضمون ملزمين بتحقيق حجم معين من الصفقات، أو أن تكون لهم الحرية التامة لتقرير مشترواتهم[4].

وهذه الصيغ تقترب من عقود التوزيع المبرمة بين الموردين والبائعين بالمفرق، ذلك بأن المركز بامكانه تأمين تقديمات أخرى لفروعه غير التموين بالسلع: وضع علامة أو شعار بتصرفها، اطلاعها على المهارة. . .، ومقابل ذلك فرض اكراهات واهداف عليها. وعندما يصل الاندماج إلى درجة يستخدم فيها المنضمون علامة المركز، أو التجمع، بحيث يتم الارتباط بحصرية وتعهد بحد ادنى من التموين، والافادة من المهارة. . . فيكون ثمة وضع شبه عقد تقديم المهارة[5].

وانتشار المراكز والتجمعات للشراء ادى إلى مشاكل منافسة بسبب القوة المتزايدة

---

(1) حول مراكز الاجمالية انظر Houin et Pédamon، رقم 619؛ Lamy Droit économicque، تأليف Cas et Bout، 1994، رقم 3974 وما يليه؛ F. Favre et J.- E. Sales، مصنف الاجتهاد، العقود والتوزيع، الكراسة 1120، المذكورين آنفاً، رقم 25 وما يليه؛ M.- E. André, Référencement et droit des contrats، ك ق م، 1983، رقم 2، صفحة 1 وما يليها؛ اجل، عقد الاجمالية موجود، ك ق م، 1988، رقم 2، صفحة 27 وما يليها.

(2) انظر في هذاالاتجاه R. Favre et J. - E. Sales، مصنف الاجتهاد، العقود والتوزيع، الكراسة 1120، المذكورين سابقاً، رقم 30، وهما يعتبران ان المركز يبرم لهذه الغاية العقد الاطار مع الموردين، ويفعل ذلك كوكيل.

(3) وعليه يتصرف مركز الاجمالية كوسيط وحسب، انظر حكم محكمة ڤرساي، 14 نيسان 1988، المذكور آنفا، د، 1988، اعلامات سريعة، 144، غياب موجب الاستعلام والضمان بالنسبة إلى ملاءة الزبن؛ حكم غ ت ن، 6 كانون الاول 1988، Lamy Droit économique، التنقيح، 1988، رقم 3256؛ قارن بحكم محكمة استئناف ڤرساي، 16 كانون الاول 1987، د، 1988، إ س، 50، تحليل الاجمالية كعقد من نوع خاص.

(4) الشيئان متكافئان في الغالب: عندما لا يفعل المورد سوى تقديم عروض تحتفظ الفروع مبدئياً بحريتها في الشراء (اجمالية تسمى اجمالية «مفتوحة»)، وعندما يتعهد بناء على شروط تتركب على الفروع موجب الشراء بحكم كبير (اجمالية تسمى «مقفلة»).

(5) انظر R. Favre et J.- E. Sales، مصنف الاجتهاد، العقود والتوزيع، الكراسة 1120، المذكورين آنفا، رقم 59 ورقم 63.

التي اكتسبتها في علاقاتها مع الموردين. وقد شددت لجنة المنافسة على الظاهرة[1] واتخذ المشترع في الأمر الاشتراعي الصادر في أول كانون الاول 1986 حول حرية الاسعار عملاً بأن اضاف إلى قائمة الممارسات المناهضة للمنافسة الاستثمار المسرف لحالة التبعية الاقتصادية، مما هو قابل لأن يغطي ما جرت العادة على تسميته «اساءة استعمال الشرائية» بين غيره[2].

والمستهلكون أخيراً بامكانهم هم انفسهم، في المرحلة النهائية لانتقال الاموال، تجميع جهودهم للحصول على الشروط الانسب لهم[3].

11180 ـ ج. عقد رعاية الآداب والفنون. ثمة كيفية خاصة لتنظيم العلاقات بين الفرقاء في البيع في مادة الانتاج الفني، وقد جرى العرف على تسميتها «عقد رعاية الآداب والفنون»[4].

وتربط الاتفاقية عموماً احد التجار، معرض لوحات فنية مثلاً، بفنان: يدفع الاول للثاني مكافأة منتظمة مقابل ان ينجز الثاني عدداً معيناً من اللوحات كل سنة يشتريها الاول منه كلها أو قسماً منها، حسب كيفيات الثمن المحدد سلفاً (مثلاً العدد كذا من النقاط، أي حسب المساحة)[5]. وغالبا ما يحوي الاتفاق بند حصرية، وعندما يبرم لمدة محددة، وذلك فرضية متواترة، يمكن تجديده على سبيل المثال بتمديد ضمني. وتتطور المكافأة في الزمن، إذا كان ذلك متفقاً عليه، أو عن طريق تجديد المفاوضة.

---

(1) انظر رأيها في 15 آذار 1985، تقرير عام 1985، صفحة 12 وما يليها الذي يصف انقلاب علاقة القوة الذي حصل بين المنتجين والتجار ولاسيما في في قطاعات الزراعية الغذائية.

(2) المادة 8 ـ 2° من الأمر الاشتراعي، انظر على وجه الخصوص Houin et Pédamon، رقم 467؛ R. Favre, et J.- E. Sales، مصنف الاجتهاد، العقود والتوزيع، الكراسة 1120، المذكورين سابقاً، رقم 119 وما يليه. يضاف إلى ذلك ان تجمع الشراء، حتى ولو كان السعي إلى الشروط الافضل، كما اعلنت لجنة المنافسة، من قبل الموزعين ليس في ذاته مناقضاً لقواعد المنافسة، قرار 22 كانون الثاني 1987، ن ر م إ، 29 كانون الثاني 1987، صفحة 22، يشكل مع ذلك تفاهماً على المنافسة، اضف إلى ذلك حكم الغرفة التجارية، 16 كانون الثاني 1990، د، 1990، إ س، 42: أن توصية تجمع التجار المنضمين إليه ببعض الموردين ليس بحد ذاته خاصرا.
انظر ايضاً Donnedieu de Vabres, Le droit à venir face aux nouveaux rapports de force dans la distribution, in Concurrence et distribution، منشورات Litec، 1982؛ انظر Sélinski, Les ententes en distribution، ك ق م، 1979، رقم 2، صفحة 1 وما يليها، الاجمالية وقانون المنافسة، ك ق م، المقاولات، 1983، رقم 3، صفحة 1 وما يليها.

(3) انظر H. Huguet، مصنف الاجتهاد، العقود والتوزيع، الكراسة 1140، التعاونيات الاستهلاكية، 1987.

(4) انظر بصورة خاصة H. Huguet, Propriété et artistique، 1991، رقم 112.

(5) انظر على سبيل المثال العلاقات بين تاجر اللوحات Vollard والرسام Rouault التي شهرها حكم محكمة استئناف باريس، 19 آذار 1947، Dalloz، 1949، 20، تعليق H. Dubois, Droit de divulgation: quelque huit cents toiles.

ويوافق الفنان عموماً على وعد بالبيع بالنسبة إلى عدد من انتاجه، ويحتفظ التاجر من ناحيته بامكانية الاختيار، عند الانتقاء النهائي لما يتوخى اكتساب ملكيته[1].

إن التركيب قائم ولا تطاله، إذ لا يتناول حق المؤلف ذاته وإنما الانتاج المادي، الاكراهات التي يفرضها قانون الملكية الادبية والفنية مبدئياً، ولاسيما الاكراه الذي يكون موضوعه حماية المبدع: حق في مكافأة نسبية (المادة L.4-131 و132 ـ 5 من قانون الملكية الفكرية)، وحظر التنازل الاجمالي عن الانتاج المستقبلي (المادة إلى L.1-1 من قانون الملكية الفكرية)، وحق في الندم والسحب (المادة 121 ـ 4 من قانون الملكية الفكرية)...

ومن المقبول، بصورة خاصة، **عقد اثارة العقد** صعوبات من زاوية منع التنازل الاجمالي عن الانتاج المستقبلي لأن هذا الحظر لا يتناول، حسب التقدير، إلاّ التنازل عن حقوق المؤلف ذاتها ولا يتناول الانتاج المادي الذي يحققه المبدع[2].

ولا شك، كما تقول المحاكم، في أنه من المناسب مراعاة شخصية الفنان وعدم فرض شروط عمل غير محتملة عليه[3]، أو شروط تقلص حريته في الابداع إلى حد كبير[4]. بيد أنه من غير الممنوع اخضاعه لبعض التوجيهات، لأن ثمة توافقا على

---

(1) يقدم الرسام، في هذه الحالة من الصور لوحاته للبيع، فيختار التاجر ما يريد شراءه؛ P. Y. Gautier, Propriété littéraire et artistique، رقم 112،الذي يرى في العملية وعدا ملزما للطرفين بالبيع يساوي بيعا؛ ينبغي في أي حال، تحليل اكتساب ملكية اللوحات على أنه متحور من عقد البيع وليس من ايجار عمل مستقل، ذلك بأن الأمر لا يتعلق بانتاج منجز بناء على الطلب، وإنما بانتاج الفنان الذي يشتري التاجر منه عند انتاج اللوحات.

(2) انظر حكم غ م أ ن، 19 كانون الثاني 1970، د، 1970، 483، المجلة الفصلية للقانون التجاري، 1972، 103، ملاحظة H. Desbois، رسامون؛ ـ A. Et H.- J. Lucas, Traité de la propriété littéraire et artistique، 1994، رقم 505، وهما يحتفظان بالانتقادات التي يمكن توجيهها إلى هذا النوع من العقود إذا كانت مهلة مفرطة ومقيدة باسراف حرية خلق الفنان؛ A. Françon, La liberté, contractuelle dans le domène du droit d'auteur، د، 1976، 57؛ قارن بانتقاد P. Y. Gautier, Propriété littéraire et artistique، رقم 112، الذي ينقض فارق المعاملة الناتج عن ذلك بين خالقي الابداع الادبي المحميين في انتاجهم الواجب نشره ومحققي الانتاج التجميلي الذين يتنازلون عن مجموعتهم، وينتقد اجتهادا لصالح التجار اكثر من اللازم.

(3) انظر حكم محكمة استئناف Aise، 23 شباط 1965، Dalloz، 1966، 166، تعليق R. Savatier، المجلة الفصلية للقانون التجاري، 1965، 849، ملاحظة H. Desbois، رسام، بطلان اتفاقية بطلاناً مطلقاً باعتبارها مناقضة للانتظام العام إذ تسيء إلى حرية الفنان الخلاّقة بفرض معدل انتاج اكراهي أكثر من اللازم، حكم محكمة استئناف باريس، 15 تشرين الثاني 1986، د، 1967، 284، مجلة قصر العدل، 1967، 1، 17، تعليق Sarraute، م ف ق م، 1967، 189، ملاحظة G. Cornu، م ف ق ت، 1967، 155، ملاحظة H. Desbois، عقد لعشر سنوات، عشر لوحات كل شهر، اعتداء على الحق في الاسم، ابطال.

(4) انظر حكم غ م أ ن، 19 كانون الثاني 1970، المذكور آنفاً، د، 1970، 483، الذي يفرض لشرعية التنازل ان لا يتم النص على «تطلبات في تمانع مع الحق المعنوي للفنان»؛ ويمكن، تناظرياً، التفكير في ان التاجر =

التفكير في ان الفنان بامكانه بشكل سليم «ان يوافق باتفاقية على تحديد حريته في الخلق»[1].

يضاف إلى ذلك انه يمكن الاعتبار، إذا لم يوافق الفنان على نشر إنتاجه، أن بمقدوره استرداده، في حين تم اكتسابه من قبل أحد التجار استناداً إلى عقد رعاية الآداب والفنون[2].

القسم III
موضوع العقد

11181 ـ الضِعف. يتضاعف الموضوع كما في كل عقد ملزم للطرفين: أنه يرتكز، في ما يتعلق بالبيع، على الشيء والثمن. وتتطلب المادتان 1582 و1583 من القانون المدني وجود الفريقين لتكوين العقد، إذ لكل منهما نقاط مشتركة طالما أن المادتين 1108 و1129 من النظام العام للموجبات مطبقة ايضاً عليهما: ثمة واحد من التطلبات الرئيسية التي يجب ان يتقيدا بها هي ان يكون محدداً أو قابلا للتحديد. وهناك حالات يمكن، استثنائياً، التملص منه: يُقبل في بيع عقار للبناء، في مرحلة العقد التمهيدي، نوع من الغموض في موجبات الفريقين، ذلك بأن معطيات البناء من جهة اولى ومبلغ الثمن من جهة ثانية قابلان للتعديل حتى العقد النهائي[3].

ويقتضي تفحص هذين المظهرين بطريقة متميزة وبالتالي التطرق على التوالي إلى الشيء من جهة اولى (الفقرة 1) والثمن من جهة ثانية (الفقرة 2).

= بامكانه فسخ العقد إذا تغير الفنان في استيحائه، ولكن انظر على نقيض ذلك حكم محكمة استئناف باريس، 14 كانون الاول 1976، م ق ع، 1977، 1، 248، قضية Marie Laforêts، اغنية.
على أنه جرى الحكم بأن خراب حصة الفنان عن طريق تاجر لوحات باع لوحاته في ظروف سيئة بالنسبة إلى سمعته ليس منتقداً، انظر حكم الغرفة المدنية الاولى، 3 كانون الاول 1968، Dalloz، 1968، 73، طلبات Lindon.

(1) حكم الغرفة المدنية الاولى، 7 نيسان 1987، القنال 2، دولة الغابون، Dalloz، 1988، 97، القضية الثانية، تعليق F. Edelman، م ف ق ت، 1988، 225، ملاحظة Françon، طلبية لغايات دعائية: «الحق المعنوي للمبدع هي انتاج لا يوجد قبل هذا الانتاج»،

(2) A et H.- H. Desbois, Traité de la propriété littéraire et artistique رقم 389، مطالبة الورثة.

(3) المادة 261 ـ 15 .L والمادة 261 ـ 31 R من قانون البناء والسكن: وذلك متساوٍ في حالة «الفارق غير الطبيعي» (اكثر من 10% في السعة وأكثر من 5% في الثمن)، مع امكانية مرشح اكتساب الملكية في ان يرفض في النهاية ابرام البيع واستعادة ايداع الضمان الذي يمكن أن يكون قد اجراه؛ وحول بيع عقار للبناء انظر الباب الفرعي II اللاحق، الفصل I، القسم III.

الفقرة 1 ـ الشيء

11182 ـ حرية تنقل الأموال. مبدأ حرية انتقال الأموال باعتباره مكتسباً منذ الثورة الفرنسية، مع نتيجته الطبيعية حرية التجارة الصناعية، يمكن أن يتناول عقد بيع الاشياء الأكثر تنوعاً[1]. وبما ان بنود عدم قابلية التصرف، في الوقت عينه، ليست مقبولة إلا بطريقة حصرية[2]، فان كل شيء يساهم في تسهيل مجرى الأعمال.

ومن المناسب فقط أن يكون البائع ومكتسب الملكية متفقين على الشيء وخصائصه وعلى حالته الطبيعية ووضعه القانوني: يمكن أن يكون جديداً أو مستعملاً في ما يتعلق بالمنقول، أو مسلماً بلا تنظيم أو موضبا، في ما يتعلق بالسلع، وحراً من أي اجارة أو مشغولاً في ما خص العقار..

وثمة شروط مطروحة على هذا المستوى لصحة البيع: يجب أن يكون الشيء موجوداً في آونة العقد (أ) وارداً في عداد ما يمكن التنازل عنه بحرية (ب)، واخيراً أن يكون محددا عند ابرام اتفاق الطرفين (ج).

انظر حول حالة وجود شك في شأن نقطة معرفة ما إذا كان موضوع العقد شيئاً أو مجرد خدمة، على سبيل المثال في ما يختص بالكهرباء وبالمهارة، الرقم 11108 السابق.

11183 ـ أ. وجود الشيء. قد يتناول البيع، كأي عقد ووفقاً للمبدأ الذي طرحته المادة 1130 من القانون المدني، شيئاً مستقبلياً: كبيع السلع المعدة للتسليم، وبيع العقار للبناء... ووجود الشيء، في هذه الحالة، يعود إلى كونه محدداً في خصائصه الجوهرية، بحيث أنه لا يبقى امام البائع سوى تأمين صنعه لتنفيذ العقد.

وتطرح مسألة وجود الشيء في تعابير مختلفة عندما يتناول البيع عيناً. فالمادة 1601 تتكلم على الفرضية التي يتلف الشيء بمقتضاها، وهي لا تعود إلى مدرسة ما عندما يبرم الفريقان الاتفاق. والمبدأ المعتمد، في حالة التلف، هو أن العقد باطل لغياب الموضوع. وفي الواقع يكون ثمة عنصر مكوّن ينقصه[3].

---

(1) انظر، على سبيل المثال، حكم غ م ث ا ن، 15 حزيران 1982، ن م، III، رقم 55، نقض حكم اعلن ان بيعا يتناول عقاراً يمكن ان تضعه مخالفات التشريع حول المدينية خارج التجارة هو باطل؛ حكم غ ت ن، 24 شباط 1987، ن م، IV، رقم 57، نقض حكم رفض طلب ايفاء ثمن منتج غذائي لم يقترن تسويقه بعد بالمساعي الادارية.

(2) المادة 900 ـ 1 من القانون المدني، انظر الرقم 11147 السابق؛ Planiol et Ripert، الباب X، تأليف Hamel، رقم 33، وهما يبينان ان عدم لاقابلية التصرف لها «طابع استثنائي للغاية، لأنه مناقض للانتظام العام باستبعاد بعض الاموال من حرية تنقل الاموال».

(3) عندما يتعلق الامر ببيع مع شرط معلق ينبغي، مبدئياً، التوفيق بين احكام المادة 1601)؛ من القانون المدني =

وهذا البطلان مطلق للوهلة الاولى؛ غير أن كونه صالحاً بالاحرى لحماية مكتسب الملكية يجعله في صف البطلان النسبي[1]. يضاف إلى ذلك أنه من المقبول ان يكون البائع ملزماً بالعطل والضرر إذا كان يعرف ان الشيء كان قد تلف واخفى ذلك عن شريكه في التعاقد[2].

ويقدّر ان الخسارة يمكن ان تكون التلف المادي للشيء (قارب نزهة يغرق في مرفأ عند هبوب العاصفة) أو حدث يصيبه في صفاته الجوهرية (مخزون من الشمندر الفاسد عقب جليد)[3]، كما يمكن أن تكون لاستحالة استخدامه ضمن الشروط المتفق عليها (مؤسسة تجارية سحبت منها الاجازة الادارية للاستثمار)[4]. والبطلان لانعدام الموضوع، المفهوم على هذا النحو إلى حد كبير، يقترب من البطلان بسبب الغلط في الشيء أو كذلك لانعدام الضمان ضد العيوب الخفية[5].

إن المادة 1601، والحق يقال، تفرق بين وضعين. الاول هو الخسارة الكاملة. فيكون للبطلان دوره بدون تلطيف (المادة 1601، الفقرة الأولى)، والثاني هو الخسارة الجزئية، ويجري في صدده توقع امكانية انقاذ البيع (المادة 1601، الفقرة 2). ويترك الخيار للشاري: له اختيار التخلي عن العقد أو طلب تنفيذه بالنسبة إلى القسم الباقي من الشيء، فيخفض الثمن عندئذ نسبياً.

بيد أنه من الطبيعي، أو من المتوقع، إذا كان البيع يتناول السلع، أن يكون قد تلف قسم منها (المواد الغذائية مثلاً) فلا يكون للقاعدة دور ويكون العقد محافظاً عليه مع انقاص الثمن احتمالياً[6].

= واحكام المادة 1182 التي تنص على ما يلي: ـ خلال قيام الشرط تكون الخسارة على البائع وإذا كانت كاملة تسقط الموجبات ـ وإذا كانت جزئية للشاري امكانية فسخ العقد أو يتطلب الشيء في الحالة الموجود فيها وإنما بدون انقاص الثمن (فارق ضعيف التسويغ مع المادة 1601)؛ وإذا تلف الشيء بخطأ البائع تكون للشاري امكانية فسخ العقد أو طلب تنفيذه مع العطل والضرر.

(1) انظر، لصالح البطلان المطلق Planiol et Ripert، الباب X، تأليف Hamel، رقم 29؛ ولصالح البطلان النسبي، انظر D. Martin، مصنف الاجتهاد المدني، المادة 1601، خسارة الشيء المباع، 1986، رقم 5.

(2) انظر Planiol et Ripert، الباب X، تأليف Hamel، رقم 29.

(3) انظر حكم غ ع، 5 شباط 1906، د د، 1907، 1، 468، منشورات Sirey، 1906، 1، 280؛ وكذلك في صدد الخمر الذي كان مبللا عند الشراء، حكم غرفة العرائض، 23 حزيران 1921، مجلة قصر العدل، 1921، 2، 380.

(4) انظر حكم محكمة استئناف Angers، 4 شباط 1941، مجلة قصر العدل، 1941، 1، 229،

(5) انظر في هذا الاتجاه D. Martin، م إ م، المادة 1601، المذكور سابقا، رقم 4.

(6) انظر حكم الغرفة المدنية، 10 حزيران 1856، د د، 1856، 1، 254، منشورات Sirey، 1856، 819، كستناء؛ ويجري ايضا بيان أن «الشاري ليس بامكانه التمسك بخسارة زهيدة أو قليلة الاهمية بالنسبة إلى الشيء المباع»، D. Martin، مصنف الاجتهاد المدني، المادة 1601، المذكور سابقاً، رقم 10.

وليس ثمة ما يدعو عملياً إلى تطبيق هذه الحلول إلاّ بالنسبة إلى الاشياء المفرّدة ولاسيما العين[1]، ولا يمكن تطبيقها على الاشياء المعينة بالنوع، طالما أن هذه الاشياء، عملاً بالقول المأثور لا تهلك الأشياء المعينة بالنوع، وهي بالتالي غير معرضة للفقدان. وهكذا لا تدخل ضمنها أيضاً الأشياء المستقبلية نظراً إلى طبيعتها.

وعند التطبيق، في أي حال، تدعو المادة 1601 إلى التشديد على الأهمية المرتبطة في البيع بآونة ابرام العقد، أي عند نقل المخاطر إلى الشاري[2]، ذلك بأنه، في حالة تلف الشيء، يتوقف كل شيء على معرفة ما إذا كان ذلك قد نتج قبل العقد أو بعده: الخسارة على البائع قبل العقد وعلى الشاري بعده.

انظر حول الحالة التي يطبع الفريقان اتفاقهما بالطابع الاحتمالي ويتوخيان التعاقد على شيء وجوده غير أكيد عند ابرام العقد، الرقم 11106 السابق.

11184 ـ ب. قابلية التنازل عن الشيء. من المناسب ان يكون الشيء في التجارة، كما تعلن المادة 1598 من القانون المدني وتذكّر بما تتطلبه المادة 1128 بالنسبة إلى مجمل الاتفاقيات[3].

يضاف إلى ذلك، عدا أن المادة 1599 تمنع ان يتناول البيع شيئاً يخص الغير، لأن ذلك يبدو ناتجاً حتماً عن طابعه الناقل للملكية[4]، أن المادة 1600 تؤكد ثانية تحظير الوعود على تركة مستقبلية الذي سبق ان طرحته المادة 1130 باعلانها أنه لا يمكن بيع شركة شخص حي[5].

إن الاشياء خارج التجارة قليلة العدد: من بينها القبور والامتيازات الجنائزية[6]

---

(1) يمكن أن تطبق ايضا على الاشياء المعينة بالنوع في مجملها التي تكون خسارتها كاملة؛ وفي الواقع، بالنسبة إلى البيع بالجملة، فإن المادة 1585 ـ المفسرة استدلالاً بالضد ـ تنص على النظام نفسه المتعلق بالعين: ينتقل الشيء إلى مسؤولية الشاري منذ البيع.

(2) انظر في هذا الصدد الرقم 11215؛ اللاحق.

(3) انظر: I. Couturier, Rermarques sur quelques choses hors du commerce, Les petites affiches 1993، رقم 107، صفحة 7 وما يليها، ورقم 110، صفحة 7 وما يليها.

(4) انظر حول هذه النقطة الرقم 11139.

(5) انظر حول هذا المبدأ، على سبيل المثال، Ph. Malaurie et L. Aynès, Les obligations، 1944، رقم 487؛ F. Terré et Y. Lequette, Les successions, Les libéralités، 1988، رقم 603 وما يليه.

(6) انظر حكم الغرفة المدنية، 11 نيسان 1938، 321، قبر مستبعد من بيع قطعة ارض حيث يوجد فيها؛ حكم غ م أ ن، 23 آذار 1958، ن م، I، رقم 178: «الامتيازات الجنائزية هي خارج التجارة وبالتالي غير قابلة للتنازل عنها حسب الانماط العادية لنقل الاموال»؛ على ان الاتفاقية التي يمنح بموجبها صاحب امتياز شخصا آخر الحق في ان يدفن فيه هي صحيحة، انظر حكم غ م أ ن، 22 شباط 1922، د 1922، العرض، 513، تعليق R. Lindon.

وكذلك الجسم البشري والاعضاء[1]؛ وتندرج فيها ايضاً المنتجات الخطرة[2] والمخدرات[3]... ويقتضي أن يضاف إليها ما يعود للسلطة السياسية أو بعض الحقوق الاساسية: على سبيل المثال املاك الدولة أو الجماعات، والحقوق السياسية كحق التصويت والحق المعنوي للفنان[4]... ومن البديهي أيضاً أنه لا يمكن تملّك ما «لا يعود إلى أحد واستعماله مشترك بين الجميع» وبالتالي التنازل عنه: الهواء والنور والبحر (المادة 714 من القانون المدني)[5].

ويُمنع على وجه العموم أيضاً بيع ما يمكن أن يكون اداة جريمة جزائية أو أنتهاك حق[6]. ومن المقبول، في مادة الاموال المنقولة، أن وجود مخالفة القواعد المدينية أو البناء لا يمنع بيع الشيء[7].

وما تبقى هو مسألة تنظيم التجارة، إذ ثمة منتجات عديدة منظم بيعها: التبغ، والمستحضرات الصيدلانية والاسلحة...

والبيع، في المجال اللاّمتناهي للشرعية، يمكن ان يتناول الاشياء الأكثر تنوعاً، حسب تفرعات القانون العام: العين (منزل ولوحة) أو الشيء المعين بالنوع (سكر وبنزين وسيارة) ومال جاهز (سلطة وكتاب) أو شيء مستقبلي (عقار للبناء)...

---

(1) انظر Dalloz, B. Edelman, L'homme aux cellules d'or، 1989، العرض 225؛ وحول السُخُد (غشاء الجنين عند الولادة) انظر M.- L. Rassat, Le statut juridique du placenta humain، م إ د، 1976، 1، 2777؛ وفي ما يتعلق بالاعضاء يمكن اعطاؤها فقط من قبل الافراد، انظر قانون 22 كانون الاول 1976 المتعلق باقتطاع الاعضاء، المادة 3: ولكن بالنسبة إلى المضيفين، على الصعيد الدولي، يمكن أن يكونوا موضوع تجارة حقيقية.

(2) انظر قانون عام 1978 المعدل في عام 1983 والمتعلق بحماية المستهلكين بالنسبة إلى ما يتعلق بمصراع الامان المدخل في قانون الاستهلاك.

(3) F. Caballero, Droit de la drogue، موجز Dalloz، 1989.

(4) بما أن حق نشر انتاج هو احد مظاهر الحق المعنوي، فإن بعضهم ينزع إلى اعتبار الانتاج، طالما انه لم ينشر، مالاً خارج التجارة، انظر A. et H.- J. Lucas, Traité de la propriété littéraire et artistique, رقم 389، وهما يشددان على ما لهذا الوضع من اسراف؛ وبالنسبة إلى الإشهار انظر حكم محكمة استئناف اورليان، 19 آذار 1965، قضية Rouaut et، م إ د، 1965، II، 14186، تعليق Boursigot، م ف ق ت، 1965، 611، ملاحظة H. Desbois، انتاج اكتسبه تاجر واستعادته الاسرة بعد وفاة الفنان: «لا يمكن أن يدخل الانتاج الفني في التجارة إلاّ في اليوم الذي يتخلى الفنان عنه بحرية بموجب عقد استنسابي يضعه في متناول الجمهور».

(5) نرى بعضهم يبيع هواء الجبل في علب: ذلك مضحك والعقد مزاح وليس بيعا.

(6) انظر كمثال حكم الغرفة التجارية، 22 أيار 1991، م إ د، 1992، II، 21792، تعليق J. Huet، ازالة رصاص حبكة اعلامية (حل اكدته توصية عام 1991 وقانون عام 1994 حول حماية برامج الناظم الآلي ـ الكومبيوتر ـ).

(7) انظر حكم غ م ث ا ن، 15 حزيران 1982، ن م، III، المذكور آنفاً؛ S. Pérignon, La vente de l'im ـ meuble illégalement édifié، ف د، 1991، البند 35001.

وحول تطبيق قانون البيع على اموال كانتاج المؤلف، براءة الاكتشاف. . . . ، انظر الرقم 11111 السابق.

11185 ـ التنازل عن المال. بموجب قانون 17 آذار 1909 حول بيع المؤسسة التجارية (أو المتجر) أو رهنها، تشكل هذه المؤسسة مالا قابلا للتنازل عنه قانوناً: ثمة حق غير مادي للاستثمار التجاري يعتبر زبنه عنصراً اساسياً يمكن نقله[1].

وقد قدم الاجتهاد عونه لحركة إسباغ الذمة المالية التي انتشرت في عصرنا، وبعض الحالات مسرفة. وهكذا اعتبر بعضهم ان تنازل مؤسسة حراسة عن زبونها الوحيد صحيح: بيّن الحكم، في القضية المعنية، أن المؤسسة سهّلت العملية بأن وضعت بتصرف خلفها جهاز الموظفين الضروري لتنفيذ المهمة والعناصر المادية واستخدمت علاقاتها الشخصية بالزبون لكي يقيم العلاقة مع خلفها[2].

والإجازة الادارية، في بعض الحالات، هي دعامة النشاط الممارس: سلطة التنازل عنها ميزة لحائزها. وإوالية الاجازة، في نظام التأطير الذي يفرضه الاقتصاد الموجه للشركة الحرة، منتشرة إلى حد كبير: وكالة السفر ومؤسسة المشاهد وبيع المشروبات بالمفرق وسيارة الاجرة[3]. . . وذلك يتيح رقابة النشاطات التي يبدو من المصلحة العامة عدم التخلي عنها بالكامل إلى المؤسسة الحرة، أو وضع عدد شَرْطي عندما يقدر ان الظروف الاقتصادية تسوّغه. وقابلية التنازل عن هذه الاجازات غير مسلّم بها وكذلك اسباب اللجوء إلى ذلك.

وكان من المقبول، لمدة طويلة، ان يكون لسائق سيارة الاجرة الحق في تقاضي العملة عن حقه في الوقوف الذي يشكل اجازته عندما يطلب تخصيصه للغير[4]. بيد أنه

---

(1) انظر حول الطريقة المنظم بها هذا التنازل الرقم 11563 وما يليه؛ والتنازل لا يمكن ان يكون جزئياً، انظر حكم غ ت ن، 12 تشرين الثاني 1992، ن م، IV، رقم 350، م ف ق ت، 1993، 285، ملاحظة Derruppé، تنازل عن مخزون.

(2) كان التنازل صحيحا، كما اعلن الحكم، حتى ولو كان الزبون حراً في ان يعدل عقده كل سنة، انظر حكم غ ت ن، 10 حزيران 1986 ن م، IV، رقم 121، م ف ق ت، 1987، 93، ملاحظة J. Mestre.

(3) حول نظام الاجازة الاكثر إكراها من نظام التصريح على صعيدالحريات العامة، A. de Laubadère et J.- C. Venezia, Traité de droit administratif، منشورات L. G. D. J.، الباب III، 1990 رقم 4؛ O. Renard Payen، مصنف الاجتهاد الاداري، الكراسة 261، تنظيم خاص لبعض المهن التجارية، 1992.

(4) وذلك ولو كانت هذه الاجازة معطاة مجانا، انظر حكم غ م أ ن، 20 شباط 1967، ن م، I، رقم 69؛ والغى مرسوم 2 آذار 1973 المتخذ تطبيقاً لقانون 13 آذار 1937 الذي ينظم المهنة ـ ويمكن المنازعة في شرعيته بالنظر إلى التمييز الذي اقامه ـ هذه الامكانية بالنسبة إلى المستفيدين من اجازة لاحقة لنشره مع الحفاظ ضمن بعض الشروط على الحق في تقاضي العملة في شأن اجازتهم بالنسبة إلى الحائزين الموجودين في هذا التاريخ، انظر في شأنه التطبيق حكم غ م أ ن، 25 نيسان 1990، ن م، I، رقم 84؛ D. Renard- Paygen، مصنف الاجتهاد الاداري، الكراسة 261 المذكور آنفاً، رقم 171؛ وجرى الحكم، بالمقابل، بأنه =

من المشكوك فيه ان يتوافق ذلك مع زبن محددين، وبالتالي أن يكون بالامكان أن نرى في ذلك تجسيداً للجهود المبذولة لإعطاء قيمة للنشاط المعني. وبالمقابل ثمة رفض للتفكير في أن الاجازة الممنوحة لمستثمر اذاعة محلية لبث تواتر هرتزي يمكن ان تكون موضوع تنازل ولو كان ذلك يحصل في الحقيقة[1]. وتواتر الموجة، فضلاً عن ذلك، هو ولاشك علامة انضمام الزبن. وتظهر الاجازة الادارية احياناً كعنصر من المؤسسة التجارية ويمكن التنازل عنها، معها: اجازة بيع المشروبات بالمفرق مثلا[2].

على أن بعض النشاطات المهنية لا يفسح في المجال لرسملة الفوائد. وذلك يمكن ان يعود، بصورة خاصة، إلى أن بعض الزبن لم يؤمنها من يتنازل عن مكانه. والأمر على هذا النحو بالنسبة إلى البواب الذي لا يمكن التفاوض على مركزه في آونة استبداله[3].

11186 ـ الزبن المدنيون. في حين أنه يمكن جني فائدة من إنماء الزبن، لا يمكن أن يتم التنازل دائماً عن المال. إن المسألة تطرح بالنسبة إلى الزبن المدنيين.

فالزبن المدنيون يمكن التنازل عنهم مبدئياً[4]. وهذا هو الحال مثلاً بالنسبة إلى زبن فنان بامكانه التنازل عنهم بحرية[5]. بيد أن الامر على خلاف ذلك في شأن الزبن المدنيين المرتبطين بشخص حائزهم، ولاسيما في ما يختص بزبن اعضاء مهن حرة: يمكن التنازل

= لم تكن ثمة امكانية للتنازل عن الاجازة لمؤسسة تعليم قيادة السيارات، حكم الغرفة المدنية الثالثة، 4 أيار 1983، النشرة المدنية، III، رقم 103، م ف ق م، 1984، 113، ملاحظة Chabas، غياب شرط عددي، تنازل مجرد من الموضوع؛ اضف إلى ذلك، A. Bénard, L'autorisation administrative et le contrat de droit privé، المجلة الفصلية للقانون التجاري، 1987، 1.

(1) اجازة يعطيهااليوم المجلس الاعلى للسمعي البصري؛ انظر القانون الجنائي في مواجهة اتقانات الجديدة في المادة العقارية، جلسة مناقشة الرابطة الفرنسية للقانون الخاص، 1985، منشورات Economica، 1986.

(2) المادة 22 .L من قانون البيع بالمفرق والمشروبات؛ انظر A. Bernard، م ف ق ت، 1987، المذكور آنفاً، وكذلك Malaurie et Aynès، رقم 173، وهما يفرقان بين الاجازات حسبما يكون لها طابع شخصي يجعلها غير قابلة للتنازل عنها (وكالة السفر ومؤسسة المشاهد. . .) أو طابع عيني تستمد منه قابلية التنازل عنها (بيع المشروبات بالمفرق، (مكان تحضير الادوية. . .).

وحول قابلية نقل رخصة البناء أو اجازة التقسيم إلى حصص، في المادة العقارية، انظر الرقم 11204 اللاحق.

(3) قرر القضاة أن العقد الذي بموجبه يمكن استيفاء العملة عن وظيفة كهذه مشوب بالبطلان لغياب السبب، انظر حكم غ إ ن، 4 أيار 1939، م ق ع، 1939، 2، 255؛ حكم غ م أ ن، 20 شباط 1973، د، 1974، تعليق Ph. Malaurie، م ف ق م، 1974، 145، ملاحظة Y. Loussouarn.

(4) انظر Planiol et Ripert، الباب X، تأليف Hamel، رقم 333 وما يليه، وهما يعتبران مع ذلك أن «الزبن المرتبطين بمهنة حرة هم مبدئياً قابلون للتنازل عنهم ايضاً كزبن المؤسسة التجارية (لانهم) يشكلون كلية غير مادية لم يخرجها أيّ قانون من التجارة»، ويستشهدان بهذاالمعنى بالاجتهاد الذي يعود إلى القرن الماضي.

وحول التنازل عن مال طبيعته مدينة انظر الرقم 11573 اللاحق وما يليه.

(5) انظر H. Mourier، ف د ت، V، الفنان، 1972، رقم 91.

عنهم بخلاف الزبن التجاريين[1]. هذا هو الحل المعتمد مثلاً في مكتب المحامي غير المقبول التنازل عنه مبدئياً[2].

واحياناً ثمة شذوذ عن ذلك في نصوص خاصة: اجاز قانون 26 نيسان 1816 حول المالية، في مادته 91، للكتّاب العدل والوكلاء وكتّاب المحاكم والمباشرين ومعتمدي الصرف والوسطاء والدلاّلين ان يتقدموا من السلطة السياسية لاخذ موافقتها على الخلف شرط ان تتوافر في هذا الخلف الصفات المطلوبة[3]. وتقبل كذلك، إذا كان مكتب الكتابة العدل ليس في التجارة، أن تكون امكانية حائزه في تقديم خلفه حقاً متعلقاً بالذمة المالية[4].

والتنازل عن زبن الاطباء الذي يبدو أنه لا شيء يتطلب معارضته[5]، ولا نرى في الواقع أن ممارسته شائعة، يثير منازعات دعت، في مناسبتها، المحاكم إلى إعلان بطلانه[6]. ويقدم

---

(1) انظر P. Julien, Les clientèles civiles: Remarques sur l'évolution de leur patriomonialité، المجلة الفصلية للقانون المدني، 1963، 213، الذي يعترف موضحا: «تبدو لاقابلية التنازل عن الزبن أنه من الواجب ان تكون مسلما بها. وبالفعل، إذا توجه الزبون إلى مهني بدلا من آخر، فان ذلك بالتأكيد لأنه يضع ثقته به»؛ P. Leclercq, Les clientèles atachées à la personne، اطروحة منشورة في L. G. D. J.، 1965، مقدمة Catala؛ Malaurie et Aynès، رقم 172.
انظر خلافاً لقابلية التنازل عن زبن المهن الحرة، بصورة خاصة M. Chaniot- Waline, La transmission des clientèles civiles، اطروحة في باريس I، 1993.

(2) انظر حكم غ م أ ن، 31 أيار 1988، م ق ع 1988، 2، 650، تعليق G.Flécheux؛ قارن بحكم غ. م أ ن، 3 آذار 1993، القانون والذمة المالية، أيار 1993، صفحة 12 وما يليها، ملاحظة A. Voituriez و J.- C. Woog، نقض حكم رفض رقابة قيمة لشراء حصص في مكتب محام ثانية؛ اضف إلى ذلك A. Voituriez, La patrimonialité du cabinet d'avocat، القانون والذمة المالية، كانون الثاني 1993، وصفحة 86 وما يليها؛ P. Chaplet, Ce qu'il faut entendre par la potrimonialité du cabinet de l'avocat، 1957، العرض 185؛ ، ويبدو أن بعض المهن الحرة الاخرى تخضع ايضا لحظر التنازل عن الزبن، انظر بالنسبة إلى المهندسين المعماريين حكم الغرفة التجارية، 17 تشرين الاول 1951، د، 1953، 145، تعليق Minvielle Lamy Droit immobilier؛ تأليف J.- L. Bergel et Ali، رقم 3002؛ بالنسبة إلى الخبراء المحاسبين، انظر حكم محكمة استئناف Pau، 4 تشرين الاول 1954، م إ د، 1955، II، 8470، تعليق J. Savatier.

(3) انظر A. Gensane، ف د م، V وظيفة عمومية أو قضائية، 1974، رقم 22 وما يليه.

(4) انظر على سبيل المثال حكم غ م أ ن، 16 تموز 1985، م إ د، 1986، II، 20595، تعليق M.Dagot، انتهاك كاتب عدل الوعد بالتفصيل، مسؤولية؛ بيد ان الأمر بخلاف ذلك بالنسبة إلى الوكيل والمدير القضائي، غ م أ ن، 20 آذار 1984 د، 1986، 189، تعليق D. Carbonnier، تنفيذ وكالة قضائية، تعليمات حول قائمة محكمة الاستئناف، غياب حق التمثيل.

(5) انظر في هذا الاتجاه Planiol et Ripert، الباب X، تأليف Hamel، رقم 334: «في غياب القانون أو العرف التجاري، يجب أن يكون التنازل عن زبن الاطباء واطباء الاسنان قانونيا».

(6) انظر بالنسبة إلى الاطباء، حكم المحكمة المدنية في سين، 27 حزيران 1956، مصنف الاجتهادات الدوري، 1956، II، 9624، تعليق J. Savatier؛ حكم محكمة استئناف ليون، 13 كانون الثاني 1983، Dalloz، 1983، 490، تعليق D. Landraud؛ حكم غ م أ ن 27 تشرين الثاني 1984 (رد الطعن في حكم =

البرهان على ان الزبن ليسوا شخصيين للطبيب[1] وحسب، وإنما أن نقلهم هو ايضاً ضد حرية اختيار المريض طبيبه المعالج[2]. بيد أن المحاكم، لتخفيف سيئات الحل، تأخذ بأن الطبيب بامكانه استيفاء عملة لقاء تقديم زميله إلى الزبن[3]. والتفريق دقيق: يبدو المعيار أن العملية لا يمكن القيام بها إلاّ مع خلف يزاول النشاط عينه[4] وان الطبيب الذي يمارس نشاطه يجب أن

= محكمة استئناف ليون في 13 كانون الثاني 1983 المذكور آنفاً)، د، 1986، 448، القضية الاولى، تعليق Penneau، م ف ق م، 1987، 91، ملاحظة J. Mestre، عقد «تقديم الزبن»، طبيبان تعهدا تجاه طبيب ثالث بتقديمه إلى الزبن؛ وصف الشراء «بعد البيع»؛ بالنسبة إلى اطباء الاسنان الجراحين، انظر حكم غ م أ ن، 29 نيسان 1954، م إ د، 1954، II، 8249، تعليق Bellet؛ حكم غ م أ ن، 7 شباط 1990، ن م، I، رقم 38، في شأن الدلاّكين الطبيبن، حكم الغرفة المدنية الاولى، 17 تشرين الثاني 1987، م إ د، 1989، II، 21245، تعليق Harichaux.

(1) زبن الاطباء «مرتبطون حصراً بالطريقة العارضة دائماً بشخص» الطبيب، انظر حكم غ م أ ن، 7 شباط 1990، ن م I، رقم 38، م ف ق م، 1991، 325، ملاحظة J. Mestre، و 1991، 561، ملاحظة F. Zénati، حكم صدر في حالة كان اصحاب العلاقة فيها قد تعاملوا صراحة في قضية «بيع عيادة».

(2) انظر على سبيل المثال حكم غ م أ ن، 27 تشرين الثاني 1984، المذكور آنفاً، 1986، 448، القضية الاولى، تعليق Penneau، م ف ق م، 1987، 91، ملاحظة J. Mestre.

(3) انظر حكم غرفة العرائض، 13 أيار 1861، Dalloz الدوري، 1861، 1، 326، تنازل جرى اعتباره مجرد نية الاكتتاب لمزاولة الطب في محيط معين؛ حكم الغرفة المدنية، 29 نيسان 1954، منشورات Sirey، 1955، 1، 35، طبيب اسنان، تعهد بعدم المزاولة في منطقة معينة وبتقديم زميل له للزبن ومساعدته، الصحة، حق غير مادي منقول، موجودات (اصول) اموال الزوجين المشتركة؛ حكم الغرفة المدنية الاولى، 23 كانون الثاني 1968، Dalloz، 1969، 177، تعليق R. Savatier، مصنف الاجتهادات الدوري، 1968، 15433، تعليق R.L.، طبيب، حق تقديم خلفه، قيمة الذمة المالية؛ حكم الغرفة المدنية الاولى، 8 كانون الثاني 1985، Dalloz، 1986، 448، القضية الثانية، تعليق Penneau، مصنف الاجتهادات الدوري، 1986، II، 20545، تعليق Memeteau، المجلة الفصلية للقانون المدني، 1987، 91، ملاحظة J. Mestre، طبيب، عقد «نقل الزبن»؛ اضف إلى ذلك حكم الغرفة المدنية الاولى، 29 نيسان 1954، المذكور سابقاً، مصنف الاجتهادات الدوري، 1954، II، 8249، تعليق Dellet؛ حكم الغرفة المدنية الاولى، 7 آذار 1956، Dalloz، 1956، 523، تعليق Percerou، طبيب اسنان؛ وكذلك حكم الغرفة المدنية الاولى، 17 أيار 1961، النشرة المدنية، I، رقم 257، قبول التنازل عن عيادة طبية من قبل ورثة الطبيب في شكل تقديم الزبن إلى المتنازل له؛ Planiol et Ripert، الباب X، تأليف Hamel رقم 334: «التنازل عن الزبن الطبيين هو، شرط اتخاذ بعض الاحتياطات في الصياغة، بالتالي صحيح»؛ يضاف إلى ذلك J. Couturier, Remarques sur quelques choses hors du commerce، المذكور سابقاً، Les petites affiches، 1993، رقم 110، صفحة 12، وهو يتكلم على قابلية التنازل غير المباشرة.

انظر ايضاً الحيثية في قضية زاول فيها الاطباء مشتركين والزبن كانوا مرتبطين بالعيادة الطبية وليس بكل طبيب، حكم الغرفة المدنية الاولى، 5 أيار 1993، النشرة المدنية، I، رقم 157، اخصائيون في الطاقة الاشعاعية، حق تقديم اجمالي للزبن الوحيدين.

ويعتبر القضاة، في الوقت عينه، قانونيا التعهد الصادر عن طبيب بعدم منافسة طبيب آخر، ولاسيما في الفترة التي حل محله، انظر حكم الغرفة المدنية، 20 آب 1940، د، 1942، 130، مصنف الاجتهادات الدوري، 1940، II، 1578، تعليق P. Voirin؛ حكم الغرفة المدنية، 16 آذار 1943، د، 1943، 181، تعليق P. L.-P.، م إ د، 1943، II، 2289، تعليق Voirin، طبيب؛ A. Dorsner et A. Scemama, L'obligation de non- concurrence dans le remplacement médical، م ق ع، 1972، الفقه، 472.

(4) في الواقع، في القضية التي أدت إلى صدور حكم غ م أ ن، في 27 تشرين الثاني 1984، المذكور سابقا، =

يتعهد بأن يؤمن للأول ثقة زبنه، وبأن عليه أن يتنازل في الوقت عينه عن العناصر المادية كالتجهيز أو إضبارات المرضى[1]. . .

والانطباع الذي تتركه الحلول المعطاة للمسائل التي يثيرها التنازل عن زبن المهن الحرة هي، في نهاية المطاف، انطباع مجموعة فوضوية وخبيثة إلى حد مقبول[2]. ولاقابلية التنازل عندما تطرح، مبدئياً، هجوم عنيف من المشترع والمحاكم على السواء. ومن الأفضل، عندما تنتشر امكانية مزاولة مهن كهذه في شكل جماعة، مما يستدعي قبول نقل الحصص في الشركة وبالتالي تقويمها[3]، بلاشك تعميم مبدأ أن أي نشاط مهني يعرّض العناصر التي تكوّن قيمته إلى اسباغ صفة الذمة المالية عليها.

غير أنه يتوجب عدم إخفاء أن قسماً من الفقه يعادي بشدة هذا التطور[4]، ويبرز، فضلاً عن صعوبة تقويم اموال كهذه بالضبط[5]، التقليدية في الاوضاع المكتسبة التي يولدها الاعتراف، السهل جداً، بقيمة مالية لأي نوع من النشاط[6]. ويمكن، مع ذلك، بدون التحيز لهذا الاتجاه أو ذاك، أن نأمل ان لا يزرع القانون الوضعي اللاّمساواة وان يتوقف، مثلاً، عن ان يطبق على المحامين نظاماً يختلف عن النظام المطبق على الكتّاب العدل.

= د، 1985، 448، القضية الاولى، تعليق Penneau، م ف ق م، 1987، 91، ملاحظة Mestre م ف ق م، 1987، 91، حيث اعتبرت العملية مناقضة للانتظام العام، لم يبد الطبيب الذي دفع مبلغا من العملة إلى زميلين (93400 فرنك لكل منهما) لكي يقدماه إلى زبنهما أنه شريكهما الوحيد مع ضمان دخل شهري (15000 فرنك) أنه خلفهما:

(1) انظر حكم غ م أ ن، 8 كانون الثاني 1985، المذكور سابقا، د 1986، 448، القضية الثانية، تعليق Penneau، م إ د، 1986 ـ II، 20545، تعليق Memeteau، م ف ق م، 1987، تعليق J. Mestre: جرى النقل، في هذه القضية، عقب فترة ممارسة مشتركة للمهنة من قبل الطبيبين؛ وكذلك حكم غ م ث ا ن، 20 كانون الاول 1971، م إ د، 1972، II، 1038، تعليق Désiry، عقد تناول التمتع بالامكنة، مع تنازل عن المعدات والآلات الطبية، وتقديم ورثة الطبيب الزبن إلى الخَلَف، جرى اعتباره من «نوع خاص»، ولا يطبق عليه قانون 1948.

(2) انظر في هذا الاتجاه Malaurie et Aynès، وهما يريان أن القواعد في هذه المادة «نادراً ما تكون متماسكة».

(3) انظر حكم غ م أ ن، 3 آذار 1993، المذكور آنفاً، القانون والذمة المالية، 1993، صفحة 12 وما يليها، ملاحظة A.Voituriez و J.- C Woog، في صدد قيمة شراء حصص في مكتب محام بعد بيعها.

(4) انظر على سبيل المثال F. Zénati، ملاحظة في المجلة الفصلية للقانون المدني، 1991، 560؛ تعليق B. Beignier على حكم محكمة استئناف ليموج، 10 أيار 1993، Dalloz، 1994، 161؛ Bénabent، رقم 21.

(5) على نقيض ذلك انظر F.Zénati، ملاحظات في م ف ق م، 1991، 560، وهو يرى أن عقد التنازل عن الزبن مستحيل لعدم وجود موضوع.

(6) انظر Mazeaud et Chabas, Leçons de droit civil، الباب II، المجلد الاول، الموجبات، 1991، رقم 249 ورقم 250، R. Savatier، المجلة الفصلية للقانون المدني 1040 ـ 1941، صفحة 65؛ بالاضافة إلى تقرير محكمة النقض لعام 1990 حين جرى ابراز «النزعة المؤسفة المنتشرة في فرنسا إلى حد كبير وبمقتضاها يجب أن يتجمد كل وضع مكتسب لكي يولد قيمة متعلقة بالذمة المالية»، انظر A. Bénabent, Le rapport rénové de la Cour de Cassation pour 1990، د، 1991، العرض 175، ولاسيما رقم 176.

11187 ـ ج. تطلّب التحديد. لكي يكون البيع، اخيراً، مبرماً بشكل سليم، من المفروض ان يكون الشيء الذي يشكل موضوعه محدداً بالدقة الكافية[1] وكذلك الثمن الواجب دفعه.

وتتغير الصعوبات كثيراً في هذا الشأن حسب الظروف الواقعية، ونادراً ما تكون هناك مشكلة بصورة عامة في ما يتعلق بالعين: زوج من الاطناف لدى بائع آثار، زوج من الأحذية في مخزن، بيانو لدى Steinway. . . وفي ما يختص بالاشياء المعينة بالنوع المقصودة في المادة 1585 من القانون المدني، والتي لا يمكن أن تكون أشياء مستقبلية، غالباً ما لا تكون الصعوبة أكبر: يكفي بالنسبة إلى الخمر المطلوب من احد التجار بيان مصنع النبيذ وسنة الصنع والحجم؛ وفي شأن المركبة المطلوبة من صاحب الامتياز تكفي معرفة الطراز والخيار. . . والأفضل من ذلك، في البيع جملةً الوارد في المادة 1586، أن يُدل على الأشياء، اجمالياً، بمكان وجودها: غلة حقل[2] أو مخزون مخزن[3].

وليس مما لا غنى مع ذلك أن يكون التحديد دقيقاً: إذا كان الشيء غير محدد إلاّ بنوعه فمن المتفق عليه إن البائع بالمفرق غير «الملزم بتقديم الافضل. . . ليس بامكانه تقديم الأقل سوءاً» (المادة 1246). يضاف إلى ذلك أنه من الواجب أن يتضمن الشيء توابعه (المادة 1615).

وقد يتفق الفريقان، في عقود التوزيع التي تندرج وفقاً لمدة معينة، وغالباً ما يكون

---

(1) انظر على سبيل المثال، في مادة اتفاقات التوزيع، حكم غ ث ن، 7 تشرين الثاني 1983، IV، رقم 292، منقولات، موجب اكتساب جميع المنتجات القابلة لأن يسلمها المورّد، بطلان؛ حكم محكمة استئناف باريس، 11 حزيران 1984، مصنف الاجتهادات الدوري، الطبعة E، 1985، 14593، تعليق B. Gross، موجب المستفيد من الاعفاء في تقديم المهارة باكتساب جميع المواد التي يقرر مقدم المهارة أن تكون في عداد المجموعة؛ اضف إلى ذلك حكم غ ع 24 نيسان 1929، د إ، 1929، هكتار اراضٍ يجب اعتباره حقوقاً شائعة تعود إلى بائع في قطعة ارض أكبر مساحة؛ حكم غ ث ت، 11 حزيران 1991، ن م، IV، رقم 268، فرو، غياب تحديد الحصة النسبية، ابطال؛ وفي صدد تقديم الخلف في المادة الطبية؛ حكم محكمة استئناف ليموج، 10 أيار 1993، Dalloz، 1994، 161، تعليق B. Beignier، ابطال لعدم التحديد من قبل الزبن المعنيين.

ويفرض، بصورة جذرية أكثر، أن لا يكون الموضوع مستحيلاً، انظر في هذا الصدد حكم غ ث ن، 28 نيسان 1987، إ س، 119، موجب التموين لمدة عشرين سنة باللوازم في منجم بثمن مساوٍ للمنافسة، استحالة تحديد ثمن كهذا، بطلان مطلق.

(2) انظر حكم محكمة الجنح في Auxerre، 9 أيار 1950، م ق ع، 1950، ج، 201، غلة عنب Chablis، اساءة الأمانة ارتكبها البائع بالمفرق تجاه لأنه باع الغير قبل التسليم Mazeaud et Chabas، كاليف Juglart، الباب III، المجلد الثاني، الدرس الرابع، قراءة؛ حكم غ م أ ن، 8 تشرين الاول 1980، د، 1981، إ س 445، ملاحظة B. Audit، المجلة الفصلية للقانون المدني، 1981، 647، ملاحظة G. Cornu، غلة على الشجر، ثمن محدد على اساس المتر المكعب.

(3) في صدد كمية من مقصبة، انظر حكم غ م أ ن، أول شباط 1983، م إ د، 1984، II، 20241، تعليق J. Hémard.

حجم السلع المعدة للتسويق من قبل البائع بالمفرق عنصراً أساسياً في العملية، على كميات دنيا: حصة نسبية، تعهد برقم مبيعات، بند هدفي... وهكذا تتجسد علاقات الفريقين، في مادة الامتياز، بالحصرية الإقليمية المخصصة لصاحب الامتياز[1]. غير أنه لا يفرض أن تكون كمية السلع المعدة للتوريد محددة منذ الاساس بالنسبة إلى السنوات المقبلة، إذ للفريقين امكانية الاتفاق على التفاوض مجدداً بانتظام حول شروط تعاونهما: المهم هو التأكد من أن أحد الفريقين ليس في وسعه أن «يفرض ارادته على شريكه في التعاقد»[2].

والفصل المتعلق بعقد البيع والمكرس لتعيين المال ومصدر الملكية ليس الأقل دقة. لاشك في أن وضع العقار والحصص المتفرغ عنها تكفيان في شأن شقة في عقار في ملكية مشتركة[3]. ولكن غالباً ما تكون الأمور أكثر تعقيداً: في عقار للبناء ثمة إرتياح لتشوّش معين. وغالباً ما تواجه المحاكم مشكلة ضمير: أخذ القضاة، مثلاً، بهاجس إنقاذ العقد، بصحة بيع جزء مساحته معينة من قطعة ارض[4].

الفقرة 2 ـ الثمن

11188 ـ القسمة. ينبغي البيان، بعد بعض العموميات حول الثمن في البيع (أ)، أنه خاضع، كما الشيء، إلى تطلّب تحديد (ب)، ثم إعادة وضع البيع في المضمون الأوسع لحرية الثمن(ج).

11189 ـ أ. عموميات حول البيع. يستدعي البيع مقابلاً بالعملة مبدئياً ليكون صحيحاً[5]. ويبدو العنصر اساسياً في عقد معاوضة حسب تعريفه. على أن العقد، في غياب الثمن، لن يكون باطلا بالضرورة ذلك بأنه قد يخفي هبة، بيد أن ذلك يفترض إثبات نية تبرع من يتنازل عن الشيء[6].

---

(1) انظر Memento F. Lefebvre, Distribution، 1992 ـ 1993، رقم 1178؛ وانظر، على سبيل المثال، حكم غ ث ن، 22 كانون الثاني، 1991، د، 1991، 175، تعليق Jeol، م إ د، 1991، II، 21679، تعليق G. Virassany، م ف ق م، 1991، 322، ملاحظة J. Mestre.

(2) انظر، على سبيل المثال، حكم غ ث ن، 23 شباط 1993، د، 1993، 379، القضية الثالثة، تعليق J. Ghestin، عقد إطار بالتوريد الصحة، فريقان عليهما التفاوض ثانية حول الثمن والصفات.

(3) بيد أن البيع باطل عند عدم تعيين المكان في العقار المعني، انظر حكم غ م ث ا ن، 26 تشرين الثاني 1986، ن م، III، رقم 168.

(4) انظر حكم غ م ث ا ن، 13 تموز 1968، ن م، III، رقم 354، م ف ق م، 1969، 137، ملاحظة G. Cornu؛ اضف إلى ذلك حكم غ م ث ا ن، 15 شباط 1984، ن م، III، رقم 41، بائعون اتفقوا سلفا على اختيار مكتسبي الملكية بالنسبة إلى تحديد قطعة الارض.

(5) حول مسألة معرفة ما إذا كان يرتكز على موجب عيني، انظر المناقشة في الرقم 11120 اللاحق.

(6) انظر الرقم 11118 السابق حول التفريق عن الهبة.

ثمة تغييرات عديدة ممكنة بالنسبة إلى الثمن: قد يكون الثمن مدفوعاً نقداً أو مقيداً بأجل أو مرتكزاً كذلك على خدمة منتظمة لدخل عمري[1]؛ وقد يكون ثابتاً أو متغيراً تبعاً لمردود المال[2]. . . . وإذا كان مقيداً بأجل فأنه يفسح في المجال لتحديده وفقاً لمؤشر متحرك[3].

وهذا الثمن، في أي حال، يجب أن يكون حقيقياً[4]. بيد أن الشرط متوفر عندما يقوم مكتسب الملكية بتضحية اقتصادية: هكذا يبدو أن بيع قصر صيانته مكلفة نادراً ما يجتذب الرغبة فيه صحيحاً في حين أنه تمت الموافقة عليه بثمن فرنك واحد[5]. ويفرض في بيع لقاء دفع دخل عمري أن تكون الآجال المستحقة من هذا الدخل أعلى من مداخيل المال: وإلاّ فلا ينفق الشاري شيئاً[6]. ويفرض المشترع في بعض الحالات ثمناً صحيحاً:

---

(1) لا يحدث ذلك في المادة العقارية، انظر الرقم 11548 اللاحق؛ وتقارب به حالة ارتكاز المقابل على ايجار للغذاء وانظر الرقم 11549 اللاحق.

(2) انظر في مادة التفرغ عن مؤسسة تجارية، حول المبدأ، حكم غ م أ ن، 28 حزيران 1988، د، 1989، 121، تعليق Ph. Malaurie، مكتب خبرة؛ وقد يستخدم الاسلوب في حالات صور اخرى حيث يكون المال المتفرغ عنه موضوع استثمار: براءة، علامة. . .؛ انظر ايضا حكم غ ث ن، 15 حزيران 1982، م إ د، 1989، II، 20141، تعليق Grillet- Ponton، تفرغ عن اسهم، ثمن يتوقف على رقم مبيعات الشركة وبدلات الايجار التي تستوفيها، غياب الطابع الارادي.
ولا مجال للمنازعة في صحة العقد بسبب عدم تحديد الثمن، ذلك بأن سبب البطلان هذا هو لحماية مكتسب الملكية، وفي فرضية كهذه، إذا كانت ارادة احد الفريقين من شأنها أن تؤثر في الثمن، يتعلق الأمر بارادة من هو موضوع الحماية: أنه المدين بهذا الثمن (الاستدلال عينه يمكن الاخذ به على صعيد الطابع الارادي للبند: هذا الطابع معدوم إذا كان الموجب خاضعاً لارادة المدين بهذا الموجب وليس لارادة الدائن)؛ انظر في هذا الاتجاه حكم غ م أ ن، 28 حزيران 1988، د، 1989، 121، المذكور آنفاً؛ حكم غ ث ن، 12 تشرين الثاني 1972، قضية Crédit suisse ، ن م، I، رقم 301، رفض الطعن في حكم محكمة استئناف باريس، 22 تشرين الثاني 1972، Dalloz، 1974، 73، تعليق Ph. Malaurie، بطلان لعدم تحديد ثمن بيع حصص في شركة عقارية، كان قسم منه تبعاً لفائض بدلات الايجار المستوفاة عن عشر سنوات، بحيث يتوقف على «ارادة المتفرغ له بين غيرها».

(3) انظر على سبيل المثال حكم غ م ث ا ن، 17 تموز 1972، د، 1973، 238، تعليق Ph.Malaurie، بيع ملك ريفي، تحديد اجرة عامل زراعي وفقاً لمؤشر متحرك.

(4) انظر حكم غ م ث ا ن، 26 آذار 1969، ن م، III، رقم 265، مزرعة: لقضاة الاساس سلطة تقرير ما إذا كان الثمن حقيقياً وجدياً.

(5) انظر على سبيل المثال حكم غ ث ن، 3 كانون الثاني 1985، ن م، IV، رقم 8، وعد ببيع اسهم بثمن متروك لتحكيم الغير الذي رأى ان الاسهم، نظراً إلى خسائر الشركة، لم تكن لها أيّ قيمة امكتسب الملكية حرر شيكا بفرنك واحد، نقض الحكم الذي اعلن الوعد باطلا لعدم وجود ثمن؛ قارن غ م ث ا ن، 3 آذار 1993، م إ د، 1993، IV، 1180، Defrénois، 1993، 927، تعليق Y. Dagorne Labbé ـ، اماكن مصنع قرميد ومعداته وشراء قطعة ارض بفرنك واحد، أخذ المشتري ديون المؤسسة على عاتقه؛ اضف إلى ذلك Malaurie et Aynès، رقم 216.

(6) انظر على سبيل المثال حكم غ ع، 2 تموز 1806، انظر د، الاجتهاد العام، V البيع، رقم 355: يعتبر بيع عقار مقابل نصف المصاريف على الاكثر يدفع مدة حياة البائع بدون ثمن، انظر الرقم 11548 اللاحق.

معاقبة الغبن مقبولة في المادة العقارية لصالح بائع تنازل عما يملك لقاء مقابل زهيد جداً[1].

ويقدر، عموما، من الزاوية الضريبية، أن الثمن المعلن يتضمن الرسوم: يفترض، بصورة خاصة، ان البائع صرح بأن الرسم على القيمة المضافة داخل في الثمن[2].

وغالباً ما يضاف إلى الثمن بعض مصاريف العقد (صياغة العقد ونقل السلع...). وتعلن المادة 1593 من القانون المدني ان هذه المصاريف هي على عاتق الشاري. بيد أن الفريقين بامكانهما الاتفاق على خلاف ذلك: حالة توضيب السلع وصندقتها.

وحول تحظير ممارسة الثمن الاستدراجي الملاحظ في العلاقات بين التجار والمستهلكين انظر الرقم 11582 اللاحق.

11190 ـ ب. تطلّب التحديد. الثمن الواجب دفعه في البيع، على عكس ما يجري في تأجير العمل المستقل أو عقد المقاولة[3]، يجب أن يكون محدداً أو قابلاً للتحديد. وذلك ناجم عن المادة 1583 من القانون المدني التي تتطلب الاتفاق على الشيء والثمن، وعن المادة 1591 التي تفرض انه من الواجب أن يكون محدداً[4].

وهذا التطلّب الناجم عن عقل سليم[5] يمكن أن يبدو إكراهياً عندما لا يكون الثمن

---

(1) انظر الرقم 11552 اللاحق وما يليه؛ توجد حالات اخرى لمعاقبة الغبن، ولاسيما التنازل عن حق المؤلف، المادة L.5-131 من قانون الملكية الفكرية. غير أنه نادراً ما نراه قد اشتهر عملياً، ما دام أن الغبن لا يعاقب إلاّ في حالة دفع المكافأة الجزافية للدائن، V. A. et H.- J. Lucas, Traité de la propriété littéraire et artistique، 1994، رقم 539 وما يليه؛ انظر ايضا الرقم 11113 السابق؛ يمكن ايضاً الاستشهاد بقانون 8 تموز 1907، Dalloz الدوري، 1907، 4، 173، المعدل بقانوني 10 آذار و13 تموز 1979، الذي اجاز معاقبة الغبن بأكثر من الربع في بيع الاسمدة لصالح الشاري، بذار وشتائل للزراعة ومواد معدة لغذاء الحيوانات؛ انظر ايضاً Mazeaud et Chabas، تأليف Juglart، الباب III، المجلد الثاني، الارقام 893 إلى 897؛ Ghestin et Desché، رقم 424 وما يليه.

(2) انظر حكم غ ث ن، 28 نيسان 1987، ن م، IV، رقم 99، جرّارة؛ حاكم غ م أ ن، 21 أيار 1990، ن م، I، رقم 119، عقار، موجب الكاتب العدل إعلام ان الرسم على القيمة المضافة يقع على عاتق البائع عدا وجود شرط معاكس؛ والامر مختلف في العلاقات بين المهنيين، انظر حكم الغرفة التجارية، 19 كانون الثاني 1981، م ق ع، 1981، 2، بانوراما، 216، عادة مستقرة بين التجار بتقديم الثمن خارج الرسم، ادانة الشاري بدفع الرسم.

(3) انظر الرقم 32189 اللاحق حول هذه النقطة.

(4) انظر المصطلح الفهرس، V تحديد الثمن؛ وكذلك J. Ghestin, Indetermination du prix de, Condition potestative، 1973، العرض 293)؛ J.- M. Bermond de Vaulx, La détermination du prix dans le contrat de vente، مصنف الاجتهادات الدوري، 1973،I، 2567.

(5) انظر إ ع، V البيع، رقم 364: «ثمن البيع يجب ان يكون يقينيا... وعليه لن يكون ثمة بيع إذا كان تحديد الثمن متروكا لارادة هذا أو ذاك من الفريقين»؛ حكم محكمة استئناف Douai، 5 كانون الاول 1849، د، 1850، 3، 463، سلع، غموض يكتنف مبلغ مصاريف التفريغ.

متوجب الدفع فوراً أو أن تكون العلاقات بين البائع والشاري متدرجة في الزمن داخل العقد الإطار للتوزيع مثلا، بحيث أن الأمر ينتهي باستبعاده في شأن هذه العلاقات[1]، والمبدأ، في مادة البيع هو أيضاً مبدأ تحديد الثمن مسبقاً.

فالفريقان ملزمان إذا، في آونة إبرام اتفاقهما[2] بتحديد الشيء والمعطيات الموضوعية التي يمكن استناداً إليها تحديده عندما يتوجب دفع ثمنه: بند التحديد وفقاً لمؤشر متحرك، تحكيم الغير (المادة 1592، من القانون المدني)[3]... وهذه العناصر، موضوعياً، يجب أن لا تتوقف على إرادة هذا أو ذاك من المتعاقدين[4]. وبعبارة أخرى من المهم أن يكون الثمن موضوع مناقشة بينهما بحرية[5]. والتحليل يستقيم في انواع أخرى من البيع سواءاً كانت ثابتة أو منقولة أو تنفذ فوراً أو كون الثمن يتوجب دفعه لاحقا.

---

(1) انظر الرقمين 11192 و11193 اللاحقين.

(2) من المقبول، في حال عدم القيام بذلك في آونة العقد، أن يكون بامكان الفريقين ان يتفقا عند التسليم فيكون اتفاقهما مبرماً في هذه الآونة، انظر حكم غ م أ ن، 20 أيار 1981 وحكمها في 11 حزيران 1981، قضية Wolkswagen، م إ د، 1982، II، 1984، حالتان، تعليق G. Raymond، سيارة.

(3) انظر على سبيل المثال حكم غ ث ن، 12 تشرين الثاني 1962، ن م، III، رقم 444، حصص في شركة محدودة المسؤولية: التقويم الذي يجريه الغير لا يمكن ان ينتقده الفريقان ولا أن يعيد القاضي النظر فيه؛ حكم غ م أ ن، 24 تشرين الثاني 1965، م إ د، 1966، II، 14602، تعليق Gaury، عقار: رفض تعيين الخبير يعرّض للعطل والضرر.

وحول رفض القضاة تعيين خبير عند تعذر اتفاق الفريقين، انظر حكم الغرفة المدنية، 25 نيسان 1952، م إ د، 1952، II، 7181، تعليق Becqué: يبدو الوضع جلياً للغاية.

(4) حول المبدأ الذي بمقتضاه «يكفي، لتكوين البيع، أن يكون الثمن ممكن التحديد، استناداً إلى بنود العقد، عن طريق العلاقة بالعناصر التي لا تتوقف على ارادة هذا الفريق أو ذاك من الفريقين»، انظر حكم غرفة العرائض، 7 كانون الثاني 1925، د إ، 1925، 57، مؤسسة تجارية؛ اضف إلى ذلك حكم غ م أ ن، 13 كانون الاول 1982، ن م، IV، رقم 414، عقد جعة، عنصر الإسناد المحدد بدقة والموضوعي يجعل الثمن مستقلاً عن ارادة المورّد، حكم الغرفة التجارية 23 شباط 1993، د، 1993، 379، الحالة الثالثة، تعليق J. Ghestin، كبد دسمة: يعترف الحكم بصحة عقد إطار للتوريد على الفريقين بمقتضاه التفاوض مجدداً على الثمن كل سنة لأنه لم يظهر «ان أحد الفريقين بامكانه ان يفرض على الآخر ارادته».

قارن بحكم غ م ث ا ن، 5 كانون الثاني 1982، د، 1972، 339، المرن إلى حد ما ظاهرياً، وإنما يأخذ بالفلسفة ذاتها، عقارات ومنقولات بعضها مباع مع الاحتفاظ بحق الانتفاع، مقابل محوّل فوراً إلى ستة موجبات على عاتق مكتسب الملكية، من بينها موجب دفع نفقة في حال فقدان البائع موارده يتيح له الحياة بصورة لائقة، نقض الحكم لأنه قرر البطلان لغياب الثمن، امكانية تحديد الثمن عن طريق العلاقة بين العناصر التي تتوقف على إرادة الفريقين: المادة 1591 من القانون المدني «وبموجبها ينبغي أن يكون الثمن محدداً ومعيناً من الفريقين لا تفرض ان يكون هذا الثمن محدداً بطريقة مطلقة».

(5) انظر حكم غ ث ن 5 تشرين الثاني 1991 (ابطال عقد حيث «لم يكن من الممكن مناقشة الاسعار بحرية»، عقد تقديم المهارة)، وحكمها في 19 تشرين الثاني 1991 (ابطال بند عدم المنافسة في عقد حيث «كان من المتعذر مناقشة الاسعار بحرية»، عقد تقديم المهارة)، د، 1993، 379، الحالة الاولى والحالة الثانية، تعليق J. Ghestin.

يستنتج من ذلك أن العقد لم يتكوّن طالما لم يتوصل الفريقان إلى اتفاق على الثمن[1]، وفي حال عدم الاتفاق ـ أو إذا كانت المفاوضة حول هذه النقطة تم الاحتفاظ بها لمرحلة لاحقة ـ لا يكون البيع تاما[2]. ويمكن، بعدياً، الحصول على ابطال البيع إذا تبين ان تحديد الثمن لم يكن قد حصل. ومن المستبعد، في أي حال من الاحوال، أنْ يستبدل القاضي نفسه باصحاب العلاقة فيحدد الثمن بدلاً عنهم[3]. يضاف إلى ذلك أنه يوجد هنا عامل اساسي إلى درجة أن البطلان لا يمكن أن يغطى بالتأكيد أو بالمصادقة[4].

وعندما يعلن البطلان، إذا كان تسليم الاشياء في حالتها يستدعي الدفع مقابل التسليم الذي سبق أن تم وقد اصبح من المستحيل العودة إليها، يتعذر أن تكون المكافأة الواجب دفعها للمورّد إلاّ على أساس قيمة المال الحقيقية بدون إدخال الربح الذي كان

---

(1) انظر حكم غ م ث ا ن، 4 كانون الثاني 1973، ن م، III، رقم 21، عقار، عمولة وكالة؛ وبالتالي قضاة الاساس اسياد في تقرير ما إذا كان الاتفاق قد تم بين الفريقين، انظر حكم غ م ث ا ن، 2 أيار 1978، د، 1979، 317، تعليق J. Schmidt-Szalewiski، شقة صغيرة؛ اضف إلى ذلك حكم غ م أ ن، 28 أيار 1952، ن م، I، رقم 183، مستندات خطية تحوي بيانات متناقضة، اتربة وماشية.

(2) انظر حكم غ م ث ا ن، 31 أيار 1983، ن م، III، رقم 128، بيع عقار ريفي، اقتراح مقدم إلى مزارع، عدم قبول الثمن؛ حكم غ م أ ن، 11 آذار 1986، م إ د، 1986، IV، 146، بيع عدة شقق؛ حكم غ ت ن 10 آذار 1987، ن م، IV، رقم 71، اسلوب الصنع، فريقان اتفقا على ان شروط التنازل توقع باتفاق مشترك بدون اعتماد أي طريقة لحساب الثمن.

حتى أنه يفرض ان يتفق الفريقان على كيفية تسديد الثمن إذا تبين ان هذا المظهر كان جوهريا بالنسبة إليهما، انظر حكم غ ث ن، 16 نيسان 1991، م إ د، 1992، II، 21871، تعليق M. O. Gain، تسديد عن طريق كتاب اعتماد، سمك سومون مدخن؛ حكم غ م ث ا ن، 2 أيار 1978، المذكور سابقاً، د، 1979، تعليق Schmidt- Szalewski، تاريخ تسديد الرصيد.

على أنه في فرضية كون الثمن تبعا لمردود المال لا يمكن اعتبار البيع قابلا للابطال لعدم تحديد الثمن، انظر الرقم 11189 السابق.

(3) انظر على وجه الخصوص J. Ghestin et M. Billau, Le prix dans les contrats de longue durée، المذكورين سابقا، رقم 19؛ وعليه يجب ان لا يبقى ثمة غموض حول بعض العناصر أو حول نمط حساب الثمن، إذ إن ذلك يبين عدم اتفاق الفريقين وضرورة البت بالخلاف من قبل القاضي، انظر على سبيل المثال حكم الغرفة التجارية، 13 كانون الثاني 1971، النشرة المدنية، IV، رقم 13، غياب بيان نمط حساب قيمة الحصص في الشركة انطلاقاً من الميزانية.

على أن غيابا يتناول تحديد الثمن وفقا لمؤشر متحرك لا يعتبر فاسخا ويقبل القضاة، على وجه العموم، معالجته لانقاذ العقد، انظر على سبيل المثال حكم غ م ث ا ن، 15 شباط 1972، د، 1972، 339، عقار؛ حكم غ م ث ا ن، 16 تموز 1974، د، 1974، 681، تعليق Ph. Malaurie، حصص الشركات.

(4) انظر حكم الغرفة المدنية الاولى، 17 كانون الاول 1959، Dalloz، 1960، 294: البيع الباطل لعدم تحديد الثمن لا يقبل التأكيد أو المصادقة؛ حكم غ ث ن، 30 تشرين الاول 1988، ن م، IV، رقم 333، مزيّنات: بيع معدوم الوجود القانوني وغير قابل للمصادقة؛ انظر ايضا غ ث ن، 28 نيسان 1987، د، 1987، اعلامات سريعة، 119، التعهد بالتزود مدة خمسين سنة بالمواد من المناجم بسعر يساوي سعر المنافسة.

يتوخى تحقيقه[1].

بيد أن ذلك لا يعني أنه من المتوجب دائماً أن يكون الثمن محدداً بشكل نهائي عند ابرام العقد. يمكن استخدام عدة وسائل للتكيف مع الظروف، شرط أن يكون ذلك تبعاً للثوابت موضوعية: تحديد سعر الصرف الرسمي، السعر المُسند إليه... ومن السهل على الفريقين استخدام التحديد وفقاً لمؤشر متحرك لتقويم التعرفات، أو توقع امكانية اللجوء إلى تحكيم الغير، في حالة الخلاف[2].

11191 ـ تطبيقات ملموسة. تطبيقات المبدأ عديدة ومتنوعة. ويعتبر، في المادة العقارية، ان البيع المتفق عليه بثمن اجمالي لا يتيح معرفة ما هي حصة العمولة المتوجبة للوكيل العقاري مشوب بالبطلان[3]. كما يعتبر أن ثمن البيع غير محدد إذا كان يغطي العقار ذاته والاثاث الذي يزينه وقد جرى التنازل عنهما معاً بدون إجراء تقويم الاجزاء[4]. وفي ما يتعلق ببيع قطعة ارض مقابل الوعد بتسليم الامكنة المعدة للبناء،

---

(1) طرح هذا الحل في صدد اتفاقات توزيع في حقبة كانت للاتفاقات خاضعة لمبدأ تحديد الثمن، اعتبر القضاة ان مفاعيل بطلان العقد الإطار ليست محدودة في العقد وإنما كانت تطال ايضاً البيع المبرم لتطبيقه، انظر في ما يتعلق بالوكالة والاجارة الادارية للمال بالنسبة إلى التفريق في التطبيق، حكم غ ث ن، 23 حزيران 1992، شركة Esso، ن م، IV، رقم 249، مصنف الاجتهادات الدوري، 1992، II، 21974، تعليق M. Béhar- Touchais، نقض؛ انظر ايضا حكم غ. ت. ن، 23 حزيران 1992، ن م، IV، رقم 250، سلع، نقض.

(2) نما اجتهاد غزير حول هذه النقطة في حقبة كان تطلّب تحديد الثمن مطبقاً على اتفاقات التوزيع، انظر على سبيل المثال حكم الغرفة التجارية، 30 تشرين الثاني 1993، العقود والمنافسة والمستهلكون، 1994، رقم 46، ملاحظة L. Leveneur، عقد جعة: اعلن واضع التعليق أنه «من السهل جداً تدبير مكيدة على هذا النحو» للمخاطرة بابطال العقد لعدم تحديد الثمن؛ انظر أيضاً في تمييز هذه الإوالية J. Ghestin, Reflections sur le domaine et le fondement de la nullité pour indétermination du prix، 1943، 251، رقم 9.

ومن الملائم، في شأن التحكيم الذي يرتكز عليه تحديد الثمن، أن يكون الغير مستقلا عن الفريقين، انظر حكم غ ت ن، 5 أيار 1959، د، 1959، 575، حصص الشركات؛ انظر كذلك J. Ghestin, Traité de droit civil، تكوين العقد، الصادر عن «مجد» في ترجمته العربية سنة 2000، رقم 736.

(3) انظر حكم غ م ث ا ن، 4 كانون الثاني 1973، ن م، III، رقم 21، عقار، بائع يرغب في تلقي ثمن صاف محدد، والشاري يعرض مبلغاً اعلى وانما يحوي عمولة الوكالة والمصاريف، اتفاق لم يتم؛ انظر كذلك حكم غ م ث ا ن، 3 تشرين الاول 1979، م ق ع، 1980، الموجز 60، ملاحظة J. Dupichot، غياب البيان حول نقطة معرفة على من يقع دفع العمولة.

وثمة فرضيات يكون فيها عدم تحديد الثمن غير محتمل، هكذا الامر في هذه القضية إذ تعهد مقترض مبلغ مليون فرنك، في حال توقفه عن التسديد، بأن يبيع المقرض عشر شقق مقابل رصيد المبلغ الباقي، حكم الغرفة المدنية الاولى، 11 آذار 1986، النشرة المدنية، I، رقم 67.

على أن تحديد الثمن بهذا المعنى لا يستوجب، في حال تعدد البائعين، ان تكون حصة كل منهم محددة بدقة في العقد، حكم الغرفة المدنية الثالثة، 6 تموز 1983، النشرة المدنية، III، رقم 162، عقار.

(4) عدم الدقة لمعرفة ما هو الثمن الحقيقي للعقار مثقل بالنتائج لأن الثمن وحده يمكّن من استيفاء رسوم التسجيل.

يساوي التحديد غير الكافي لموجبات الشاري الملزم بتشييد البناء عدم تحديد الثمن[1].

وغالباً ما لا تكون ثمة مشكلة من هذا النوع في بيع اموال منقولة: تفسح العملية في المجال للتحديد الفوري للثمن حتى لتسديده في الحال. والبائع المهني يطبق على العموم قائمة اسعار: يتم البيع بسعر محدد. والبيع الذي يقوم به احد الافراد يترك هامشاً معيناً للتفاوض: يتم الاتفاق بعد المساومة. وتبرز الصعوبات في حال تنفيذ مؤجل إلى المستقبل، ولاسيما إذا كان المهني يتوقع تطبيق تعرفته عند التسليم. وتطلّب تحديد الثمن يتيح تجنب اساءة الاستعمال. فمن غير المقبول مثلاً ان يغير الصانع الثمن على هواه بأن يسلم بتأنٍ بعد زيادة اسعار قائمته: تعاقب المحاكم هذا النوع من الاساليب[2]. وكان من الخطأ اعتبار بيع صاحب امتياز فرداً على اساس تعرفة البائع السارية المفعول عند التسليم صحيحاً: لاشك في أن البائع بالمفرق والمورّد شخصان متميزان ولكنهما في جانب واحد، وعدم تحديد الثمن في نظر الشاري موضوع شعور على هذا النحو[3].

على أن البيع يكون صحيحاً إذا كان الثمن يجب أن يحدد بالاسناد إلى سعر الصرف المتحقق منه موضوعياً، وذلك يفترض وجود سعر صرف كهذا يتوقف على السوق أو تحدده سلطة مستقلة: التسعيرة الاسبوعية، تحديدات السعر[4]. وغالباً ما يكون سعر الصرف المسند إليه هو السعر المعمول به عند التسليم: ينبغي، للتخلص من أيّ مطعن لعدم تحديد السعر أن يكون تاريخ هذا التسليم غير متوقف على البائع[5]. ويلاحظ،

---

(1) انظر حكم غ م ث ا ن، 26 تشرين الثاني 1986، ن م، III، رقم 168، حصص موعود بها لمقابل تتعذر مطابقتها بالنسبة إلى كم من الالف تشكل من الملكية المشتركة؛ حكم غ م ث ا ن، 10 كانون الاول 1966، ن م، III، رقم 147، عدم دقة موجبات شاري قطعة الارض؛ انظر حول هذه الفرضية الرقم 11121 السابق.

(2) انظر حكم محكمة استئناف باريس، 29 تشرين الاول 1960، قضية سيزوان، مصنف الاجتهادات الدوري، 1961، II، 12110، الذي استشهد به Mazeaud و Chabas في كتابهما، تأليف Juglart، الباب III، الدرس الخامس، القراءة I؛ حكم غ م أ ن، 20 أيار 1981 وحكمها في 11 حزيران 1961، قضية Volkswagen، م إ د، 1962، II، 19840، حالتان، تعليق G. Raymond.

(3) انظر في هذا الصدد حكم غ م أ ن، 8 تشرين الاول 1983، قضية Volkswagen، م إ د، 1985، II، 2073، تعليق G. Raymond، وفي اتجاه ناقد ايضا انظر J. Ghestin, Traité de droit civil، تكوين العقد، 2001، رقم 735، ويبين ان الاسلوب ادانته لجنة البنود التعسفية، التوصية رقم 85 ـ 02 المتعلقة بعقود شراء السيارات السياحية، ن ر م إ غ، 4 أيلول 1985؛ أضف إلى ذلك حكم غ م أ ن، 9 كانون الاول 1992، العقود والمنافسة والمستهلكون، 1993، رقم 69، ملاحظة L. Leveneur، سيارة.

(4) انظر حكم غ م ث ا ن، 12 حزيران 1991، ن م، III، رقم 177، وعد ببيع عقار، ثمن يحدد تبعا للمساحة القابلة للسكن وجدول سعر الصرف المنشور في إحدى المجلات، وحول غياب سعر الصرف الحقيقي انظر حكم غ ث ن، 10 كانون الاول 1979، ن م، IV، رقم 379، علف، للماشية، إسناد إلى «افضل سعر صرف ممكن»؛ حكم غ ت ن، 21 أيار 1983؛ ن م، IV، رقم 110، طحين، حصرية تموين، ليس ثمة أي اسناد إلى المكان أو التسعيرة الاسبوعية.

(5) يقتضي الرجوع إلى اليوم الذي يجب ان يتم التسليم فيه وليس إلى اليوم الذي حصل فيه فعلياً لتحديد الثمن،

فضلاً عن ذلك، نوع من التراجع في البيع استناداً إلى الثمن الساري المفعول في يوم التسليم كلما انتشرت ممارسة مهل التسليم البيانية وحسب.

11192 ـ عقود التوزيع. أثار تطلّب تحديد الثمن في البيع صعوبات في ما يتعلق باتفاقات التوزيع التي غالباً ما تندرج على مدى مدة طويلة، وكذلك في صدد عقود كالاجارة مع صيانة التجهيز المهني[1]. ذلك بأن كون هذه الاتفاقيات تتدرج في الزمن قد تجعل من الصعب أن تتجدد نهائياً الثوابت التي بالاستناد إليها تتحدد كلفة المنتج الواجب تقديمه.

كما أن ثمة تطلّب بأن يكون ثمن الشيء المباع محدداً منذ اتفاق الفريقين في هذه الفرضيات المختلفة. وقد أكدت المحاكم هذا الحل بصورة خاصة في السبعينات والثمانينات في صدد اتفاقات التوزيع: التموين الحصري، والامتياز وتقديم المهارة[2]. . . . وقد بنيت الاحكام في أول الأمر على المادة 1583 من القانون المدني وعلى القواعد الخاصة بالبيع. ثم رجع القضاة، وقد تأثروا بالفكرة في أن اتفاقات التوزيع لها طبيعة خاصة[3]، إلى المادة 1129 وبالتالي إلى القانون العام للعقود[4]. وأصبح ذلك مسألة بالنسبة إلى النظرية العامة للموجبات وإلى تحديد الثمن في شبكات التوزيع[5].

= انظر حكم محكمة استئناف باريس، 29 تشرين الاول 1990، المذكور سابقا، مصنف الاجتهادات الدوري، 1991، II، 12110.

(1) تطرح في هذا النموذج من العقود مسألة تحديد ثمن البيع في ما يتعلق بشراء عناصر تكميلية تتيح اتساع التجهيز لتقوية سعته أو لاستخدامه في مهام جديدة، انظر، على سبيل المثال، حكم غ م أ ن، 29 تشرين الثاني 1994، قضية Kobloth ضد Alcatel، د، 1995، 122، تعليق L. Aynès، م إ د، 1995، II، 22371، الحالة الاولى، تعليق J. Ghestin، توريد تجهيز هاتفي وصيانته، كلفة التعديلات متعلقة ببنود الحصرية، نقض الحكم الذي اعتبر ان الثمن كان غير محدد.

(2) انظر حكم غ ت ن، 5 تشرين الثاني و27 نيسان 1971، د، 1972، 353، تعليق J. Ghestin، واحكام الغرفة المدنية الثالثة في 27 نيسان 1971، م إ د، 1972، II، 16975، تعليق J. Boré، العلاقات بين اختصاصيي النفط والضخاخين، قائمة اسعار المورّد.

(3) يمكن بالفعل التشديد على بعض اتفاقات التوزيع الذي لا تتناول تنظيم البيع وحسب وانما تنص ايضاً على تقديمات مشاركة: قرض عملة أو تجهيز واشراف تقني. . . وقد قيل فيها إنها عقود تعاون تجاري.
وبهذا المعنى بأن العقد الإطار للتوزيع «لا يتماثل بعقود البيع المتعاقبة» الذي ينزع إلى تنظيمها، انظر حكم غ م أ ن، 15 آذار 1988، ن م، I، رقم 83، امتياز؛ حكم غ ث ن 19 تشرين الثاني 1991، د، 1993، 379، الحالة الثانية تعليق J. Ghestin، تقديم المهارة؛ انظر ايضاً Malaurie et Aynès، رقم 210؛ Mousseron et Seube, A propos des contrats d'assistance et de fourniture، د، 1973، العرض 197؛ J. Schmidt, Le prix du contrat de fourniture، د، 1985، العرض 176.

(4) انظر حكمي غ ت ن، 11 تشرين الاول 1978، Dalloz، 1979، 135، تعليق R. Houin، م إ د، 1978، II، 19034، تعليق Y. Loussouarn، م ف ق م، 1980، 364، ملاحظة G. Cornu، عقد جعة؛ حكم غ ث ن، 27 نيسان 1981، ن م، IV، رقم 188، ضخّاخ علامة.

(5) انظر المصطلح الفهرسي، V تحديد الثمن؛ J. Ghestin, Traité de droit civil، تكوين العقد، رقم 704 وما يليه؛ J. Ghestin et M. Billau, Le prix dans les contrats de longue durée، منشورات L. G. D. J.، =

وعلى هذا الاساس اعيد النظر، بصورة خاصة، في عقود التوزيع الحاصرة والمبرمة على وجه العموم لعشر سنوات ويطبق المورّد على مبيعات منتجاته خلالها قائمة اسعاره المعاد النظر فيها بانتظام: «عقود الجعة» المبرمة بين صانعي الجعة ومستثمري بيع المشروبات بالمفرق، وعقود توزيع الوقود التي تربط الشركات النفطية وضخّاخي العلامة[1]. وهكذا أُدين الإسناد إلى قائمة الاسعار المعمول بها لدى المورّد عند الطلبية أو التسليم: لأنه يجعل، بداهة، ثمن الشيء متوقفاً على البائع[2]. والأمر على هذا النحو بالنسبة إلى الإسناد إلى الثمن المطبق، اعتيادياً، محلياً أو إلى سعر السوق وحسب: أنه يترك مكاناً لذاتية أكثر من اللازم[3].

غير أنه من المقبول اللجوء إلى بند أفضل عارض المسمى ايضاً بند الايجاب المنافس، وبمقتضاه يسهل على الشاري أن يطلب أن تكون اسعار المورّد في مصف

= 1990، ولاسيما رقم 24 وما يليه.

(1) انظر في شأن العلاقات بين اختصاصيي النفط والضخّاخين حكم غ ث ن، 5 تشرين الثاني و27 ايلول 1971 المذكورين سابقا، د، 1972، 353، تعليق J. Ghestin وقارن باحكامها الثلاثة في 27 نيسان 1971، المذكورة سابقا، م إ د، 1972، II، 16975، تعليق J.Boré، قائمة اسعار المورّد، وحكم غ ث ن، 25 شباط 1986، ن م، IV، رقم 35، قائمة اسعار المورّد، في صدد العلاقات بين صانعي الجعة واصحاب المقاهي، حكم غ ت ن، 13 كانون الاول 1982، ن م، IV، رقم 414، عقد يحيل الثمن إلى الاسعار التي يعتمدها المورّد محلياً أو بالنسبة إلى الزبن من الفئة عينها؛ اضف إلى ذلك حكم الغرفة التجارية، 12 شباط 1974، Dalloz، 1974، 414، مصنف الاجتهادات الدوري، II، 17915، تعليق J. Boré، وحكمي غ ت ن، 11 تشرين الاول 1978، الآنفي الذكر، د، 1979، 135، تعليق R. Houin، مصنف الاجتهادات الدوري، 1979، II، 19034، تعليق Y. Loussouarn، المجلة الفصلية للقانون المدني، 1980، 364، تعليق G. Cornu.

انتقلت الشركات النفطية، لكي تتجنب مطعن عدم تحديد الثمن، من نطاق التوزيع عن طريق البيع إلى نطاق الوكالة، غير أن الاتفاقات ايضا على هذه الارضية كانت موضوع انتقادات، انظر حكم غ ت ن، 12 شباط 1991، م إ د، 1991، الطبعة II E، 201، الحالة الثانية تعليق L. Leveneur، غياب عناصر التفضيل المحددة والموضوعية يجعل الاسعار مستقلة عن ارادة البائع وحدها، يستحيل على الموزع توقع الربح أو الخسارة.

(2) انظر حكم غ ت ن، 11 كانون الثاني 1984، ن م، IV، رقم 17، تعرفة معمول بها في يوم التسليم ومتوقفة على الارادة الأحادية الجانب لشركة AGIP؛ حكم غ ث ن، 25 شباط 1986، ن م، IV، رقم 35، توريد نفط، قائمة اسعار مودعة لدى اللجنة المهنية للنفط؛ حكم غ ث ن، 13 كانون الاول 1982، ن م، IV، رقم 414، عقد جعة.

(3) انظر حكم غ ث ن، 12 شباط 1974، د، 1974، 414، م إ د، 1975، II، 17915، تعليق J. Boré؛ حكمي غ ث ن، 11 تشرين الاول 1978، د، 1979، 135، تعليق R. Houin، م إ د، 1979، II، 190304، تعليق Y. Loussouarn، م ف ق م، 1980، 364، تعليق G. Cornu، عقد جعة.

يضاف إلى ما تقدم، وقد تم الأخذ بذلك، أن «المنافسة حتى الحادة لا تكفي لتمييز ثمن قابل للتحديد موضوعيا»؛ R. Houin، تعليق في د، 1979؛ قارن بحكم غ ت ن، 31 كانون الثاني 1984، غير المنشور، وقد استشهد به J. Ghestin و M.Billau في Le prix dans les contrats de longue du durée، المذكوران سابقاً، L. G. D. J.، 1990، رقم 34، ثمن محدد بالنسبة إلى السعر الوسطي للطحين.

اسعار منافس يضع شروطاً أفضل[1]، أو كذلك أن يكون ثمن السلع الواجب توريدها قابلاً للتغير تبعاً للتفرقة التي يعتمدها بعض المنافسين المعينين اسمياً[2]. وعلاوة على ذلك نكون في حالة صورة تقارن بالحالة التي يرجع فيها الفريقان إلى تحكيم شخص ثالث.

وكان من الممكن، فضلاً عن ذلك، في غياب تحديد كيفيات تحديد الثمن بالنسبة إلى المستقبل البعيد، تحديد هذا الثمن لحقبة معينة والنص على ان العقد يكون بعدها موضوع مفاوضة مجدداً، أو يمكن، في حال الخلاف، أن يفسخه هذا الفريق أو ذاك بشكل أحادي الجانب[3]. وهكذا يمكن الامتناع عن الارتباط لمدة طويلة[4].

وكان تعليل الاجتهاد، بشكل اساسي، حماية مكتسب الملكية: من الملائم بالفعل تجنب ان لا يعرف، عندما يتعاقد، إلى أي مدى يلتزم مالياً، ويبدو، أكثر من ذلك، من الملحّ منع شريكه في التعاقد من أن يتمكن من التأثير بصورة أحادية الجانب، خلال الطريق، في الثمن المتوجب تسديده. فالهدف المزدوج إذاً أن يضمن للشاري أكبر ضمان ممكن والتصدي لتعسف البائع المحتمل[5]. وكذلك جرى بيان أن البيع الذي لا يتحدد فيه الثمن ويترك للبائع امكانية تحديد مبلغه بنفسه مشوب بشرط إرادي مما يعيبه جذرياً[6].

ويعود إلى الاجتهاد، عدا تطلّب تحديد الثمن، تأمين رقابة معينة تتناول مدة بعض

---

(1) انظر حول صحة البند المسمى بند «الايجاب المنافس» حكم غ ث ن، 14 حزيران 1988، د، 1989، 89، تعليق Ph. Malaurie بتأييد حكم محكمة استئناف باريس، 2 أيار 1986، مصنف الاجتهادات الدوري، 1986، II، 20622، تعليق J. Ghestin، م ف ق م، 1987، 96، ملاحظة J.Mestre، و106، تعليق P-H. Rémy، توريد لصنع ادوية، غموض بالنسبة إلى كيفيات تطبيق البند: العقد، في هذه الحالة، جرى ابطاله لعدم تحديد الثمن «وليس بسبب تبني الفريقين بند عرض منافس، وإنما لأن الكيفيات المذكورة للعمل به لم تكن تتيح هذا التحديد»؛ اضف إلى ذلك J. Ghestin, Traité de droit civil، تكوين العقد، رقم 741.

(2) انظر كمثال حكم غ ث ن، 21 حزيران 1977، ن م، IV، رقم 178 ورقم 179، منتجات نفطية؛ اضف إلى ذلك G. Cornu، ملاحظات في م ف ق م، 1980، 365؛ J. Ghestin et M. Billau, Le prix dans les contrats de longue durée، رقم 34.

(3) انظر كمثال حكم غ ث ن، 23 شباط 1993، د، 1993، 379، الحالة الثالثة، تعليق J. Ghestin، كبد سمينة، عقد اطار بالتوريد، صحة، فريقان عليهما التفاوض مجددا حول الثمن والصفات، Malaurie et Aynès، رقم 837.

(4) يلاحظ، من هذه السمة ايضاً، ان الاتفاق الإطار يختلف عن البيع ذاته ـ عقد تنفيذ فوري ناقل للملكية متوجب الابطال في حال الخلاف على الثمن ـ طالما أن صحته قد تكون مقبولة رغماً عن عدم تحديد الثمن إذا كان لمدة غير محددة.

(5) هاجس البلدان بخلاف ذلك، ولاسيما القانون الانكليزي الاميركي، عندما تقبل صحة البيع رغماً عن عدم تحديد الثمن شرط ان يكون على الفريقين الرجوع إلى القاضي في حال الخلاف: الهاجس انقاذ العقد، في نطاق الممكن بسبب المصلحة الاقتصادية المرتبطة به.

(6) انظر J. Ghestin, L'indétermination du prix de vente et la condition potestative، Dalloz، 1973، العرض 293، المذكور سابقاً.

العقود: هذه العقود لمدة طويلة جداً ـ عشر سنوات، على وجه العموم، في ما يتعلق بالتموين الحاصر؛ وخمس عشرة سنة في الغالب في الاجارة مع الصيانة بالنسبة إلى التجهيزات[1] ـ التي تقيم علاقة تبعية شديدة بين اصحاب العلاقة[2].

فكان الفقه منقسماً حول هذا الاجتهاد الذي يطبق تطلّب تحديد الثمن على عقود التوزيع[3]. بيد أن الخيار غير المؤيد لهذا الحل ازداد واسترعى الانتباه كون القانون الفرنسي يفترق حول هذه النقطة، عما كان مقبولاً في الغالب في الخارج[4].

وفي هذا المنطوق كان، في نهاية الثمانينات، نوع من التردد في هذا الصدد. كان من المقبول أن عقود التوزيع بمنجى من تطلّب تحديد الثمن. وقد تأكد ذلك في أول الأمر في صدد اتفاق لم يكن يلزم المورّد إلاّ بتأمين «تنمية بيع» منتج ما، وبذلك لم يكن يولد سوى مجرد «موجب الفعل»[5]. وشذت عدة احكام بعد ذلك عن القاعدة بالنسبة إلى بعض العقود كالامتياز والاعفاء استناداً إلى الفكرة في أنها لا تولد سوى موجب فعل[6].

---

(1) انظر J. Huet، د، 1990، الموجز 325، حول حكم غ ث ن، 28 شباط 1989، اجارة مع صيانة تجهيز هاتفي.

(2) انظر G. Virassamy, Les contrats de dépendance، اطروحة في باريس I، منشورات L. G. D. J.، 1986.

(3) انظر على وجه الخصوص تعليقات A. Houin في الاتجاه المعاكس، Dalloz، 1979، 135 وتعليقات Y. Loussouarn، م إ د، 1979، II، 19034.
يضاف إلى ذلك نقد اجتهاد السبعينات والثمانينات المقدم على أنه يعود «إلى اقتصاد تقليدي، اقتصاد المنافسة الذي لا يتوخى توقعات لمدة طويلة»، Malaurie et Aynès، رقم 203؛ انظر ايضا M.- A. Frison Roche, L'indétermination du prix، م ف ق م، 1992، 269؛ L. Aynès, L'indétermination du prix dans les contrats de distribution: comment sortir de l'impasse، د 1993، العرض 25؛ Bénabent، رقم 32 ورقم 280.
انظر حول التأييد الشديد لتطلّب تحديد الثمن J. Mestre، ملاحظات في م ف ق م، 1991، 322؛ B. Gross, Les clauses de prix dans les contrats de bière، العقود والمنافسة والمستهلكون، كانون الثاني 1991، رقم 1؛ J. Ghestin, Réflexions sur le domaine et le fondement de la nullité du prix pour indétermination du prix، د، 1993، العرض 251.

(4) انظر تحديد الثمن في العقود، دراسة القانون المقارن، معهد القانون المقارن في باريس II، بادارة D.Tallon، 1989؛ I. Corbisier, Le prix dans Les contrats commerciaux portant vente de marchandises, réflexions comparatives، المجلة الفصلية للقانون المدني، 1988، 767.
والحل الذي اخذت به اتفاقية ڤيينا حول البيع الدولي للسلع يبدو معاكساً هو ايضاً للحل المقبول في القانون الفرنسي، بيد أن ثمة التباساً حول هذه النقطة في النص، انظر الرقم 11727 اللاحق.

(5) انظر حكم غ ت ن، 9 تشرين الثاني 1989، د، 1989، 35، تعليق Ph. Malaurie، م إ د، 1986، II، 21186، تعليق G.Virassamy، م ف ق م، 1988، 527، ملاحظة J.Mestre، م ف ق ت، 1989، 674، ملاحظة مؤيدة لـ B. Bouloc، آلات حصرية التوزيع في بعض البلدان، موجب بيع بحد عدد ادنى في السنة.

(6) انظر حكم غ ت ن، 22 كانون الثاني 1991، د، 1991، 175، تعليق Jeol، مصنف الاجتهادات الدوري، 1991، II، 21679، تعليق G.Virassamy، م ف ق م، 1991، 322، ملاحظة J.Mestre، نقض حكم بطل عقد امتياز تجاري؛ انظر ايضا حكم غ ت ن، 2 تموز 1991، د، 1991، 501، تعليق Ph.Malaurie، =

يبدو إذاً ثمة تفريق موجود بين العقود التي لا تفسح في المجال إلاّ «لموجب فعل»، مما يميز اتفاقات التوزيع والعقود التي تولد «موجب اعطاء» وهذا ما يفعله عقد البيع بحصر المعنى[1]. وإذا كان من المتوجب تطلّب ثمن محدد لهذه العقود الاخيرة فليس الأمر على هذا النحو بالنسبة إلى الاولى. ولذلك لم يكن الاجتهاد يتخلى، في عقود التوزيع، عن أن يطلب أن لا يتمتع المورّد بحرية تامة لتحديد اسعاره[2]، أو كذلك أن يكون بالامكان مناقشة الاسعار بحرية بين اصحاب العلاقة[3].

وتطبيق التفريق هذا بين موجب الاعطاء وموجب الفعل انتقده العديد من المؤلفين الذين بينوا ما يمثله، والحالة هذه، من مصطنع[4]. إن موجب الفعل، في عقد التوزيع،

= د، 1992، تقرير الغرفة التجارية، 16 تموز 1991، غير منشور في النشرة الرسمية، العقود والمنافسة والمستهلكون، 1991، رقم 199، ملاحظة L.Leveneur، اعفاء خدمات.

وهذا الاجتهاد أثار تعليقات عديدة، انظر بصورة خاصة، D. Ferrier, La détermination du prix dans les contrats stipulant une obligation d'approvisionnement exclusif، د، 1991، العرض 237؛ B. Gross, Les clauses de prix dans les contrats de bière، العقود والمنافسة والمستهلكون، كانون الثاني 1991، رقم 1؛ L. Leveneur, Des contrats- cadres en matière de distribution: le reflux et ses limites، العقود والمنافسة والمستهلكون، أيار 1991؛ D, Legeais, La détermination du prix d'achat des marchandises dans les contrats de franchise: L'espoir déçu، مصنف الاجتهادات الدوري، 1992، الطبعة E، 133؛ M.- A. Frison- Roche, L'indétermination des prix، م ف ق ت، 1992، 269؛ Aynès, L'indétermination des prix dans les contrats de distribution: Comment sortir de l'impasse؟ 1993؛ العرض 25.

وعلى نقيض ذلك حكم غ ث ن، 12 شباط 1991، م إ د، الطبعة E، 1991، II، ملاحظة L. Leveneur، منتجات نفطية، وكالة بيع، غياب عناصر إسناد محددة وموضوعية يجعل الاسعار مستقلة عن ارادة البائع وحدها؛ حكم غ ت ن، 26 شباط 1991، شركة Total، د، 1992، الموجز 199، ملاحظة G.Paisant، منتجات نفطية، وكالة واجارة ادارية.

ولوحظت في نهاية عام 1991 وفي عام 1992 عودة محكمة النقض عن اجتهادها السابق، انظر J. Ghestin، التعليق في د، 1993، 379، المذكور سابقاً، صفحة 381؛ انظر على وجه الخصوص حكم غ ث ن، 5 تشرين الثاني 1991، اعفاء، البسة، وحكمها في 19 تشرين الثاني: 199، اعفاء، البسة، د، 1993، 379، الحالتين الاولى والثانية، تعليق J. Ghestin.

(1) انظر على وجه الخصوص حكم غ ت ن، 22 كانون الثاني 1991، د، 1991، 175، تعليق Jeol، م إ د، 1991، II، 21679، تعليق G.Virassamy، م ف ق م، 1991 322، ملاحظة J. Mestre، امتياز تجاري: كان موضوع العقد «تأمين حصرية توزيع منتجات» المورّد، «أي موجبات الفعل بشكل اساسي... ولا يماثل بعقود البيع المتعاقبة الضرورية للعمل على تنفيذه والمحتوية موجبات اعطاء ولم يتم التوزيع بالنسبة إليها بأن الاتفاقية تتعارض مع مناقشة الفريقين الاسعار بحرية».

(2) انظر كمثال حكم غ ث ن، 30 حزيران 1992، د، 1992، 391، ملاحظة D. Ferrier، إعفاء.

(3) انظر حكم غ م أ ن، 19 كانون الاول 1991، د، 1992، الموجز 266، ملاحظة L. Aynès، د، 1993 دد، 379 الحالة الثانية، تعليق J. Ghestin، إعفاء.

(4) انظر بصورة خاصة D.Tallon, Le surprenant réveil de l'obligation de donner (à propos des arrêts de la chambre commerciale de la cour de cassation en matière de la détermination du prix، د، 1992، العرض 67؛ J. Ghestin، تعليق في Dalloz، 1993، 379، المذكور سابقاً، صفحة 383: «التفريق بين =

بسبب الحصرية المفروضة على البائع بالمفرق الملزم بالتموّن من المورّد، ينبعث من عقود يسيطر فيها موجب الاعطاء: الطلبيات المنفذة تعاقبياً يجب ان يكون ثمنها محدداً. أما ضرورة وجود مناقشة حرة للثمن بين الفريقين فمصيرها الاضمحلال ذلك بأن وجود الحصرية ذاته الذي يربط الفريقين يخشى ان يجعل المناقشة مستحيلة بأيّ طريقة كانت. وقد قيلت هذه الملاحظة وجرى تقديمها على أنها غير قابلة للاحاطة بها: «لا يمكن أن يكون هناك رضا حر بالنسبة إلى الثمن عندما تكون حرية عدم الشراء رهينة بدون أن يكون الثمن في الوقت عينه محدداً أو قابلاً للتحديد»[1].

ونادراً ما كان كل ذلك مُرْضياً. وحركة تطويق تطلّب تحديد الثمن في انحسار[2].

ولهذا تماسك الضغط الفقهي لصالح التخلي عن التطلّب التقليدي. وبينت عدة احكام ان القضاة ظلوا متأثرين به[3].

11193 ـ التحوّل والتقدير. قامت الهيئة العامة في محكمة النقض بكامل اعضائها،

= موجب الاعفاء وموجب الفعل لا يتيح غض النظر عن تأثير موجب الشراء أو البيع الناتج عن العقد الإطار نفسه؛ Malaurie et Aynès، رقم 837.

وجرى كذلك نقد التفريق الذي طرحه المحامي العام Jeol، لدعم الاجتهاد الجديد، بين المنتجات الاولية والمنتجاة التحضيرية، إذ يجب الأخذ بالحل بالنسبة إلى الاولى؛ انظر على وجه الخصوص Ph. Malaurie، د، 1991، 501، تعليق على حكم غ ث أ ن، 2 تموز 1991، د، 9 شباط 1991، العرض 237.

(1) تعليق J. Ghestin في د، 1993، المذكور سابقاً، صفحة 383.

(2) انظر حكم غ ت ن، 5 تشرين الثاني 1991، د، 1993، 379، الحالة الاولى والحالة الثانية، تعليق J. Ghestin، إعفاء؛ حكم غ ت ن، 14 نيسان 1992، ن م، IV، رقم 167، عقد سمي عقد انضمام يربط احد المتاجر الكبرى بأحد الموردّين، مدة سبع سنوات قابلة للتجديد، عدم تحديد ثمن السلع؛ اضف إلى ذلك L. Leveneur, Des contrats- cadres en matière de distribution et l'exigence de la détermination du prix: Le reflux et ses limites، العقد والمنافسة والمستهلكون، ايار 1991.

ويبدو، فضلاً عن ذلك، ان تطلب الثمن، في هذه الحقبة، لم تتم اعادة النظر فيه مطلقاً بالنسبة إلى عقود التموين الحصري، انظر حكم الغرفة التجارية، 12 شباط 1991، م إ د، 1991، إعلامات سريعة، الطبعة E، 1991، II، 201، ملاحظة L. Leveneur، منتجات نفطية، وكالة؛ حكم غ ت ن، 14 نيسان 1992، ن م، IV، رقم 167، عقد سمي عقد انضمام يربط احد المتاجر الكبرى باحد الموزّدين، العقود المنافسة والموردون، 1994، رقم 22، ملاحظة L.Leveneur، عقد جعة، بند اعادة تقويم الثمن، إسناد إلى اجر عامل مصنع الجعة، مفاوضة على مستوى المؤسسة، عدم التحديد.

(3) انظر حكم غ م أ ن، 29 تشرين الثاني 1992، قضية Alcatel ضد Kobloth، د، 1995، 122، تعليق L.Aynès، م إ د، 1995، II، 22371، الحالة الاولى، تعليق J.Ghestin، توريد اجهزة هاتفية وصيانتها، كلفة التعديلات تقع تحت بند الحصرية، نقض الحكم الذي اعتبر ان الثمن كان محددا: اعلن الحكم أنه لم يثبت ان المورّد اساء استعمال الحصرية المعطاة له وتنكر لموجباته في تنفيذ العقد بحسن نية؛ انظر ايضاً حكم غ م أ ن، 29 تشرين الثاني 1994، Gilles ضد Alcatel، م إ د، 1995، II، 22373، الحالة الثانية، تعليق J. Ghestin: يتكلم المعلق على «تحوّل الاجتهاد».

بعد ان جرت مراجعتها في هذه المسألة، بتحوّل في الاجتهاد باصدار أربعة احكام في هذا الشأن في أول كانون الاول 1995، أكدت في اثنين منها انه «عندما تنص اتفاقية ما على ابرام عقود لاحقة، لا يطال عدم تحديد الثمن في هذه العقود في الاتفاقية الاساسية، عدا وجود احكام قانونية خاصة مخالفة، صحة هذه الاتفاقية، والتعسف في تحديد الثمن لا يفسح في المجال إلاّ للفسخ أو التعويض»[1]، وذلك يغطي، بداهة، العقود الإطار للتوزيع. واستبعد حكم آخر من هذه الاحكام صراحة تطلب تحديد الثمن في ما يتعلق بعقد تقديم المهارة (Know how franchisage)[2].

وأصبح من الممكن القول إن خاصية عقود التوزيع تتميز بتعرفتين: ثمن المنتجات المعطاة للموزع لا يستوجب التحديد في الاتفاقية الاساسية ويمكن أن يحدد، على وجه الخصوص، عن طريق تطبيق قائمة اسعار المورّد عند كل طلبية معقودة؛ التعسف في تحديد الثمن معاقب بدعوى فسخ عقد التوزيع، وكذلك بالعطل والضرر احتمالياً.

والحل المعتمد، إضافة إلى أنه يتخلى عن تطلّب تحديد الثمن، تتمثل فيه أصالة مزدوجة: إنه لا يرتكز على رقابة القاضي اللاحقة لصحة الثمن، كما يتم ذلك في مادة تأجير العمل المستقل أو عقد المقاولة[3]، ولا يفسح في المجال ايضاً لامكانية ابطال العقد الذي يفرض اعادة الاشياء إلى حالتها. وجرى اختيار طريق وسطية ترتكز، في حال التثبت من التعسف، على عدم تلاشي العقد إلاّ للمستقبل ومعالجة الظلم الحاصل عن طريق التعويض.

---

(1) حكم الهيئة العامة لمحكمة النقض بكامل اعضائها، اول كانون الاول 1995، الحكم رقم 393، قضية، Cofratel ضد Bechtel، تأجير اجهزة هاتفية مع صيانتها لخمس عشرة سنة، مستأجر يرغب في وضع نهاية للاتفاقية، تعديلات شكل خارجي مفوترة وفقاً للتعرفة المعمول بها عند الطلبية حصرية مخصصة للمورّد، نقض الحكم الذي ابطل الاتفاقية، والحكم رقم 395، قضية، CAT ضد SUMACO، تأجير اجهزة هاتفية مع صيانتها، تعديلات شكل خارجي مفوترة وفقاً للتعرفة المعمول بها عند الطلبية، حصرية مخصصة للمورّد، نقض الحكم الذي ابطل الاتفاقية.

(2) حكم الهيئة العامة لمحكمة النقض بكامل اعضائها، اول كانون الاول 1995، قضية Vassali ضد Gagnaire، عقد تقديم المهارة، المدة لخمس سنوات، حصرية، منتجات مسلمة حسب التعرفة المعمول بها، نقض الحكم الذي ابطل العقد: «بند عقد تقديم المهارة الذي كان يسند إلى تعرفة المورّد المعمول بها في يوم الطلبيات لا يؤثر في صحة العقد، والتعسف في تحديد الثمن لا يتيح إلاّ فرصة الفسخ أو التعويض». والحكم الرابع للهيئة العامة لمحكمة النقض بكامل اعضائها، في أول كانون الاول 1995، رقم 394، قضية Le Montparnasse ضد GST- Alcatel Bretagne الذي يتناول ايضاً تأجير اجهزة هاتفية مع صيانتها. وهو حكم رد، يبدو أن له مدى اوسع طالما ان المحكمة اعلنت من اجل التمسك بالحكم الخاضع لرقابتها ان «المادة 1129 من القانون المدني بكونها غير مطبقة على تحديد الثمن ولم تراجع محكمة الاستئناف بطلب الفسخ أو التعويض لعلة التعسف في تحديد الثمن، فان حكمها مسوّغ قانوناً».

(3) انظر الرقم 32192 اللاحق؛ وحول ضرورة رقابة يمارسها القضاة لاحقاً في نظام يقبل عدم تحديد الثمن عند ابرام العقد، انظر: J. Ghestin, Réflexions sur le domaine et le fondement de lo nullité du prix pour indétermination du prix, 1993، العرض 251، رقم 2.

والمناقشة حول الموضوع، بحكم القانون الذي ينشده الفريقان، تبقى مفتوحة. إنها مركزة على قانون التوزيع. والاختيار، عدا التفكير في أن لعبة المنافسة ذاتها، كما يؤمنها القانون، قد تكفي لضمان البائعين بالمفرق ضد التبعية للمورّدين في شأن الثمن[1]، يتردد بين فلسفتين: التمسك بتطلّب تحديد الثمن، ولهذا السبب ابطال الاتفاقات التي لاتخضع لهذا التطلب مع جميع النتائج العملية الناجمة عن إبطال كهذا، وهو حل معدّ لحماية الموزع بالشكل الافضل والتصدي للتعسف الممكن من قبل المورّد، أو قبول الثمن غير محدد، بدون أن يؤدي ذلك إلى تهديد صحة العقد وفعاليته واعتبار أن على الفريقين ان يتفقا، حالة حالة، عند الطلبيات المتعاقبة المبرمة، أو اللجوء إلى القاضي للبت بخلافهما، وهو حل من شأنه تسهيل لعبة اتفاقات كهذه بسبب فائدته الاقتصادية.

ويمكن تفضيل البديلة الاولى من فرعي البديلتين[2]. إن الانحياز إلى عدم تحديد الثمن يخشى، في الواقع، أن يوصل إلى نتائج غير مرضية. وثمة سببان لذلك: السبب الأول هو أنه من الواضح، أن البائع، في مناقشة الثمن، حالة حالة، بامكانه فرض ارادته، نظراً إلى وضع التفوق الاقتصادي الذي يتمتع به تجاه الموزع. ونظام تحديد الثمن عند إبرام العقد يرتكز على فكرة التفاوض بين الفريقين: والحال أن هذا التفاوض معدوم على وجه العموم. والسبب الثاني له سمة الرجوع إلى القاضي في حالة استحالة التفاهم، ويقتضي الاعتراف بأنه، إذا كان يتيح رقابة ما ويؤمن حماية لا غنى عنها للفريق الاضعف، غالباً ما يبقى نظرياً إلى حد كبير: ذلك بأن صاحبي العلاقة، في اغلبية الحالات، يترددان حول فكرة الشروع في إجراء ما. وهذا الحل يستدعي حماية الفريق الاضعف: بيد أن هذه الحماية، في الممارسة، قد تبدو وهمية إلى حد كبير.

وعليه، رغماً عن سيئات الحل، ثمة إغراء على التفكير في إنه من المهم الاحتفاظ بتطلب تحديد الثمن. إنه يندرج، فضلاً عن ذلك، في مفهوم روماني جرماني للعقد حيث من التقليدي حماية الشاري ضد البائع. ويمكن فقط السعي إلى تلطيف صلابته بالاعتراف بصحة بند الرجوع إلى سعر السوق في الاوضاع حيث تتكشف هذه السوق في الحقيقة عن انها قادرة على المنافسة بحيث يتعذر على المورّد أن يجعل شريكه في التعاقد في حالة تبعية[3].

---

(1) انظر في هذا الاتجاه Malaurie et Aynès، رقم 837 في نهايته.

(2) وفي هذا المعنى بأن المهنيين، في النهاية، يسوّيان مسألة تطلب الثمن في عقود التوزيع، ولاسيما في مادة التموين الحصري، انظر، على سبيل المثال B.Gross, Les Clauses de prix dans les contrats de bière، العقود والمنافسة والمستهلكون، كانون الثاني 1991، رقم 1.

(3) انظر حول الإشهار حكم غ ت ن، 30 حزيران 1992 د، 1992، 391، ملاحظة D. Ferrier، غير منشور في النشرة الرسمية، عقد تقديم المهارة، سعرالقائمة، صحة: يبين الحكم ان مقدم المهارة لا يستفيد من وضع مسيطر على السوق ولا بحرية تامة لتحديد السعر.

11194 ـ ج. مبدأ حرية الثمن. ينبغي أن يراعي تحديد الثمن في عقد البيع مبادىء التنظيم الاقتصادي أيضاً، ومن النادر أن تطال البيع الذي يجريه أحد الأفراد. فالمسألة مطروحة عندما يكون المورّد تاجراً.

وفي حين أن ثمن السلع المؤطرة حتى المحددة من قبل السلطات العمومية [1]، ولاسيما على قاعدة الأمر الاشتراعي بتاريخ 30 حزيران 1945، أصبح المبدأ الذي وضعه الأمر الاشتراعي بتاريخ أول كانون الاول 1986 هو مبدأ حرية الثمن: يجب أن ينتج عن لعبة المنافسة[2]. ويمكن، استثنائياً، اتخاذ تدبير تنظيم بمرسوم: على سبيل المثال بسبب واقع كون المورّد يتمتع بوضع احتكار[3].

وحرية الشركاء في تحديد الاسعار لا يمنع أن تثقلهم الإكراهات. في أول الأمر **شفافية الاسعار**: المنتجون مقدمو الخدمات، البائعون بالجملة... ملزمون بان يطلعوا **على قائمة اسعارهم ـ** التعرفات وشروط البيع والتخفيض... كل تاجر يطلب ذلك (المادة 33 من الأمر الاشتراعي لعام 1986 المعدل في عام 1993)[4]، وعلى مستوى البيع بالمفرق يجب ان تؤمَّن علنية الاسعار لإعلام المستهلكين بها (المادة L.2-113 من قانون الاستهلاك). ثم عدم التمييز: تمنع، في العلاقات بين المهنيين، ممارسة الشروط الخاصة غير المسوّغة بمقابل حقيقي التي تخلق النفع أو الضرر في المنافسة أو الحصول على هذه الشروط (المادة 36 ـ 1° من الأمر الاشتراعي لعام 1986)[5].

وموضوع بعض القواعد الحفاظ على حرية تحديد السعر من قبل الوكلاء الاقتصاديين. وممارسة الاسعار التي يفرضها المورّد على البائعين بالمفرق ممنوعة في ما يتعلق بالتوزيع: يتناول ذلك، بالنسبة إلى المورّد، فعل تحديد السعر الذي على البائعين

---

(1) تغير الهدف: كان الأمر، غداة الحرب، يتعلق، في حقبة قحط، بتجنب ارتفاع الاسعار واحتجاز السلع، في حين انه، اعتبارا من السبعينات، والتضخم قد كبر، تم استخدام رقابة الاسعار لتخفيفه.

(2) تمنع المادة 7 من الامر الاشتراعي لعام 1986 إقامة عقبة امام تحديد الاسعار عن طريق اللعبة الحرة للسوق لتسهيل الارتفاع والانخفاض صنعياً.

(3) يسري مجمل التنظيم على الخدمات وعلى المنتجات، بيد أن القواعد المتعلقة بالسعر هي الاشد تأثيراً في ما يختص بالمنتجات: منع الاسعار التي يفرضها المورّد، ومنع البيع بخسارة...

(4) يمكن ان يأمر القاضي بهذا الاطلاع، انظر حكم غ ت ن، 27 شباط 1990، د، 1990، 521، تعليق Ph. Malaurie؛ يحدد الامر الاشتراعي لعام 1986 حق الحصول على الاطلاع بالبائعين بالمفرق، انظر Lamy Droit économique، تأليف Cas et Bout، رقم 1202، ولكنه تعدل حول هذه النقطة بقانون 29 كانون الثاني 1993 الذي جعل الاستفادة منه تشمل كل «شاري منتج أو طالب تقديم خدمة في نشاط مهني».

(5) لا دور للممارسة التمييزية في العلاقات مع المستهلكين: أنها محدودة بالمهنيين، إلاّ أنها لا تستقيم إلاّ في البيع: انها تطبق ايضاً على تقديم الخدمات، انظر Lamy Droit économique، تأليف Cas et Bout، رقم 1867.

بالمفرق اعتماده بالنسبة إلى الزبن[1]، أو فرض طابع حد ادنى على سعر بيع منتج بالمفرق (المادة 34 من الأمر الاشتراعي لعام 1986)[2]. بيد أن قيام مورّد ببيان الاسعار التي ينصح بها فقط لا يستوجب اللوم[3].

وبالمقابل يعاقب فعل هيئة أو نقابة مهنية باقتراح اسعار على المنضمين أو ارتفاع اسعار معين، لأن ذلك يشكل تفاهماً غير مشروع أو ممارسة تواطئية مفعولها تقييد لعبة المنافسة[4].

11195 ـ البيع بعد الشراء بخسارة. يبقى البيع بعد الشراء بخسارة، فضلاً عن ذلك مجرّما في قانون 2 تموز 1963 المعدل بالأمر الاشتراعي لعام 1986، ذلك بأن هذه الممارسة يفترض انها تفسد المنافسة: يطبق المنع على بيع أيّ منتج بالمفرق بثمن ادنى من ثمن الشراء مع زيادة الرسوم والمصاريف[5]. والقاعدة تثير انتقادات عنيفة من قبل قطاع التوزيع[6]. وتعاقب مخالفة هذه القواعد جزائياً (المادة 55 من الأمر الاشتراعي لعام 1986).

---

(1) انظر على سبيل المثال حكم غ ت ن، 8 تشرين الاول 1968، د، 1969، 82، عقد جعة، سعر مفروض، بند حصرية مبطل.

(2) يمكن ان ينازع في تسويغ هذا المنع الذي يعود إلى عام 1952: لأن السعر الذي يفرضه المنتج على البائع بالمفرق قد يخدم، بطريقة مشروعة، حماية صورة علامة المنتج، انظر E. Alfandari, Droit des affaires، منشورات Litec، 1993، رقم 522، وبالنسبة إلى التطبيق، انظر حكم غ ت ن، 18 أيار 1993، Salomon، د، 1993، اعلامات سريعة، 162: لا تستقيم القاعدة بالنسبة إلى بيع الكتب بفعل قاعدة الثمن المحدد التي وضعها لهذه الكتب قانون اول كانون الثاني 1982، انظر Lamy Droit économique، تأليف Cas et Bout، رقم 1685؛ انظر ايضاً J.- J. Biolay، م إ م، العقود والتوزيع، الكراسة 3740، بيع مهني، رقم 52 وما يليه.

(3) إلاّ أن تكون النصيحة ملحة، حتى إكراهية، انظر، على سبيل المثال، حكم غ ت ن، أول حزيران 1993، قضية Truffaut، ن م، IV، رقم 222، طابع يستوجب اللوم لبند يلتزم المستفيد من تقديم المهارة بموجبه ان يراعي «بكل ما يمكن» حد الربح الذي يقرره المورّد؛ حكم غ ت ن، 18 أيار 1993، قضية Salomon، ن م IV، رقم 201، تفاهم يستوجب اللوم طالما ان موافقة الموزعين خاضعة لقبول سياسة حصر بيع ينصح به، يمتنع الموزع، في ما تبقى، عن ممارسة بيع تصفية أو تخفيض خارج الشروط التي يضعها المورّد.

(4) انظر كمثال القرار رقم 87 ـ D 33 الصادر عن مجلس المنافسة والمتعلق بالممارسات المكتشفة في قطاع المخابز الفنية لـ Côtes- du- Nord، مجموعة Lamy، رقم 291، ملاحظة V.S.، بتجريم زيادات الاسعار التي اقترحتها هاتفياً نقابة تجمع ثلاثة ارباع مخابز المحافظة.

(5) هذا السعر وارد في الفاتورة المنظمة عند الشراء، وإنما يمكن بيان مردود متميز، انظر حكم الغرفة الجنائية، 18 شباط 1991، مصنف الاجتهادات الدوري، الطبعة E، 1991، تعليق J. M. Mousseron.

(6) هكذا لا يطبق المنع على مبيعات المنتجين المباشرة إذ ليس هناك بيع بالمفرق وليس له معادل في تقديم الخدمات، انظر Archaisme et intérêts masqués، تقرير Fougerat، معهد التجارة والاستهلاك، 1989، صفحة 9 وما يليها حيث يعلن فيه ما يلي: «عندما يكون لدى Renault عشرون ملياراً من العجز فان بيع كل سيارة بخسارة يكون بيعا بخسارة قانونية وممولة... وفي ذلك تمييز اساسي».

القسم IV
شكل العقد

11196 ـ العقد التوافقي. يمكن إتمام البيع بعقد موثق أو بتوقيع خاص، هذا ما تعلنه المادة 1582، الفقرة 2، من القانون المدني، بيد أن المبدأ هو أن البيع عقد توافقي؛ لا يوجد أي شكل مطلوب، مبدئياً، لابرامه. والاستثناءات على هذه القاعدة نادرة[1].

إن لها دوراً بصورة عادية جداً بالنسبة إلى بيع المنقولات الذي يقحم الافراد أو التجار. وهذا لا يعني ان اللجوء إلى مستند خطي غير مفيد. وغالباً ما ينظم في ذلك، في الواقع، مستند خطي. فالبائع المهني يجد فيه، مثلاً، فائدة تحديد الضمان العقدي الذي يعد به زبونه: امتداد، شروط، مدة[2]... على أن تحديداً دقيقاً يفرض نفسه: إذا كان البيع قد أبرم مع الاحتفاظ بالملكية حتى تسديد الثمن بكامله، وهذا الشرط يجب ان يرد «في مستند خطي، على أبعد تقدير في آونة التسليم»، حسب احكام المادة 121، الفقرة 2، من قانون 25 كانون الثاني 1985 حول التقويم والتصفية القضائيين، تفرض مراعاة هذه الشكلية، وبالتالي تنظيم عقد البيع خطياً في الممارسة[3].

حتى بيع العقار، رغماً عن الاهمية التي يرتديها، يخضع للتوافقية: من غير المطلوب إذاً، من حيث المبدأ، اثباته خطياً. فمجرد اتفاق شفهي، على افتراض امكانية اثباته، هو كافٍ لتجسيده. على أن عقداً أمام الكاتب العدل ضروري في الممارسة إذ إن معاملات علنية البيع التي تشكل شرطاً لحجيته تجاه الغير لا يمكن القيام بها إلاّ على اساس مستند كهذا[4]. غير أن المشترع نص على استثناء من التوافقية وفرض، إذ نظم بيع

---

(1) انظر حول الضمان العقدي الذي يقترحه البائع المهني الرقم 11404 وما يليه.

(2) قد ترافق البيع شكلية معينة وإنما بدون ان تسيء إلى طابعه التوافقي، ذلك بأنه تنتج عن المنع قواعد من طبيعة غير طبيعة القواعد العقدية: فرض فاتورة عندما يجري العملية مهني (الأمر الاشتراعي بتاريخ اول كانون الثاني 1986 حول حرية الاسعار والمنافسة، المادة 31)، وتسجيل الوعد ببيع عقار أو مؤسسة تجارية (المادة 1840 ـ A من القانون العام للضرائب الذي يفرض ذلك تحت طائلة البطلان)، واذن اداري (مثلا البيع مع عرض السلع، بيع التصفية...)، انظر Schmidt- Szalewski، مصنف الاجتهاد المدني، المادة 1582، طبيعة البيع وشكله، 1990، رقم 56 وما يليه.

(3) إن قانون 10 حزيران 1994، بتحديده أن «هذا البند... يمكن ان يرد في مستند خطي يسوس مجموعة عمليات تجارية متفق عليها بين الفريقين»، وهو يتعلق بتدارك صعوبات التسجيل ومعالجتها ويتناول اصلاح المادة، خفض الإوالية ولاسيما في مايتعلق بعقود التوزيع، طالما أنه كان يفرض سابقاً تحرير مستند خطي لكل بيع.
انظر حول شرط الاحتفاظ بالملكية الرقم 11213.

(4) مرسوم 4 كانون الثاني 1955 الذي يتناول اصلاح العلنية العقارية، المادة 4: «كل عقد خاضع للعلنية بتسجيله في امانة السجل العقاري (أو الشهر العقاري) ينبغي أن ينظم في الشكل الموثق؛ انظر J. Schmidt- =

العقار للبناء، تحرير عقد موثق[1].

ويصعب أن لا يكون بيع المؤسسة التجارية مبرماً خطياً إذا كان من الاكيد أنه من غير المتوجب إثباته في شكل موثق: فرض قانون 29 حزيران 1935، في الواقع، أن يرد فيه عدد معين من البيانات الإلزامية المعدّة لإعلام مكتسب ملكية المؤسسة، وهذا التطلّب نتيجته فرض تحرير عقد، عملياً، على الأقل ذي توقيع خاص[2]. بيد أن الاجتهاد، رغماً عن ذلك، يعتبر أن بيع مؤسسة تجارية يبقى عقداً توافقياً[3]. وإذا لم يكن ثمة مستند خطي منظم فإن الإعلامات المفروضة على البائع يجب أن يتم الاطلاع عليها شفهياً.

ويفرض المشترع، استثنائياً، مستنداً خطياً لإثبات البيع: قد يكون ذلك بسبب موضوع العملية (بيع قيم منقولة بالائتمان مثلاً)[4]، أو بسبب ضرورة حماية أحد الفريقين (ولاسيما المستهلك عند السعي إلى التعاقد في المنزل)[5]. وبعض المبيعات يترافق، فضلاً عن ذلك، مع معاملات لأن المال المعني يفرض تأميناً بدون نزع الحيازة، مما يحتم التحقق مما إذا كانت ثمة ديون مسجلة في آونة العملية، أو كذلك لاسباب ذات طابع اداري: بيع سيارة يُشهر هذين المظهرين في آن معاً (شهادة عدم الرهن، والتسجيل).

11197 ـ الحقوق الفكرية. تتفوق شكلية معينة، في مادة الحقوق الفكرية، بالمقابل، لحماية حائز الحقوق المنقولة. وهكذا يجب أن يتم نقل حق المؤلف، حسب

= J.Szaleweski, Le rôle de l'acte authentique dans la vente immobilière، م ق ع ق، 1989، 147.

(1) الحل ليس وارداً في المادة 1601 ـ 1 وما يليها من القانون المدني التي تعالج الشكلين اللذين يمكن أن يتمثل فيهما العقد (بيع لاجل وبيع في حالة الانجاز مستقبلاً)؛ بيد أنه ورد في المادة L.11-261 من قانون البناء والسكن ان العقد يجب ان يحدد: وصف العقار، وثمنه وكيفيات الدفع، ومهلة التسليم...

(2) جرى تفسير قانون عام 1985 بأنه لا يفرض ذكر بيانات كهذه إلاّ عندما يكون الفريقان قد اتفقا على تنظيم مستند خطي، انظر Riom، 23 حزيران 1947، د، 1948، 117، تعليق G.Ripert، إلاّ أن هذا المفهوم بقي معزولا.

(3) انظر حكم غ ت ن، 6 شباط 1953، ن م، III، رقم 6، تبادل كتب، اضافة إلى حكم محكمة استئناف Rennes، 2 آذار 1976، Dalloz، 1976، الموجز 87.

(4) قانون 12 آذار 1900 وموضوعه معاقبة التعسف المرتكب في مادة بيع قيم مصفقية (أي متعلقة بالبورصة) بالائتمان، المادة 2: يجب ان ينظم العقد في نسختين اصليتين وان يحوي بيانات معينة.
وبيع سفينة يجب ان يثبت ايضاً في مستند خطي تحت طائلة البطلان، المادة 10 من قانون 3 كانون الثاني 1967 المتعلق بنظام السفن، انظر R. Rodière et E. du Pontavice, Droit maritime، 1991، رقم 78.

(5) قانون 22 كانون الاول 1972 الذي اصبح المادة 121 ـ L.23 من قانون الاستهلاك الذي فرض تسليم المستهلك كتاب صيغ يحوي بيانات معينة؛ ثمة حالات اخرى يفرض فيها مستند خطي في العلاقات مع المستهلك، ولاسيما البيع المسافي، المادة 121 ـ 16 وما يليها من ق إ؛ انظر حول هذه الحالات وحول حماية المستهلك عن طريق وسائل اخرى كحق الندم، الرقم 11164 السابق: غالباً ما يكون موضوع الشكلية التي يفرضها القانون تسهيل ممارسة حق كهذا.

المادة 131 ـ L. 2 من قانون الملكية الفكرية، في مستند خطي، ويفرض بموجب المادة 131 ـ L. 3 أن «يكون كل من الحقوق المتنازل عنها موضوع ذكر متميز في عقد التنازل وأن يكون مجال استثمار الحقوق المتنازل عنها محدداً بالنسبة إلى امتداده وتخصيصه، في ما يتعلق بالمكان أو المدة»[1].

والأمر على هذا النحو في مادة التنازل عن البراءة[2] حيث يفرض مستند خطي لصحة العملية، وكذلك في ما يتعلق بالتنازل عن العلامة[3].

11198 ـ المزاد. يفرض القانون، فضلاً عن ذلك، في بعض الحالات[4]، ان يتم بيع المال في المزاد العلني: الشيء المسلم كرهن الذي تعلن المادة 2078 من القانون المدني في شأنه أن الدائن ليس في وسعه تملكه في حال عدم تسديد الثمن (بطلان شرط تملك المال المرتهن عند عدم الإيفاء، وكذلك المادة 93 من قانون الاستهلاك)[5]. وثمة نصوص من هذا النوع في ما يتعلق بقانون اللاّأهلية: تنص المادة 459 مثلاً من القانون المدني على أن بيع عقار، أو مؤسسة تجارية، يعود إلى قاصر يجب أن يجري بالمزاد

---

(1) انظر حول التنازل عن حقوق المؤلف الرقم 11113 السابق؛ والتطلّب الذي يفسر بانه يتعارض مع شرط التنازل «بما في ذلك الحقوق جميعاً» تذكّر به المحاكم بانتظام، انظر على سبيل المثال حكم غ م أ ن، 9 تشرين الاول 1991، ن م، III، رقم 253، Les Petites Affiches، 1992، 147، صفحة 9 وما يليها، تعليق Th. Hassler, Création publicitaire, droit de représentation d'un film, clause «tous droits de Cession compris» portée illimitée, cassation، اضف إلى ذلك A. et H.- J. Lucas, Propriété littéraire et artistique، 1994، رقم 486 وما يليه.

إن المادة L.2-131 من قانون الملكية الفكرية، والحق يقال، لا تستهدف صراحة إلاّ عقود التمثيل والنشر والتقديم السمعي البصري، وهي، في ما هو اساسي، عقود امتياز، وهكذا تمر بصمت عقود التنازل بحصر المعنى، كما يفعل ذلك مجموع تشريع حق المؤلف، انما ينبغي امتداد تطلّب مستند خطي إلى التنازلات بمماثلة الدوافع، يضاف إلى ذلك ان المادة L.3-131 ليس فيها أي شيء تقييدي.

(2) الابطال نسبي وحسب، انظر A.Chavanne et J.- J. Burst, Droit de la propriété industrielle، 1993، رقم 268.

(3) A. Chavanne et J.- J. Burst, Droit de la propriété industrielle، رقم 1099.

(4) قد يلجأ البائع ايضاً من تلقاء نفسه إلى هذه الكيفية، انظر حول فوائد هذا الاسلوب الخاضع لنظام تقييدي والعمل به مخصص، في فرنسا، للمأمورين العموميين، R. Maurice، مصنف الاجتهادات، العقود والتوزيع، الكراسة 1420، بيع سلع جديدة أو مستعملة بالمزاد العلني، 1990: بيع سلع جديدة بالمفرق بالمزاد محظر مبدئياً بقانون 25 حزيران 1841 المعدل في عام 1943.

وحول التفريق بين بيع عمومي وبيع خاص انظر حكم غ م أ ن، 22 تشرين الثاني 1954، ن م، I، رقم 327، اجتماع خاص عقده الكتّاب العدل عقب فشل مزايدة الشائع أو المتشابك الحقوق.

(5) إلا أن القضاة بامكانهم استنتاج غياب شرط تملك المال المرتهن عند عدم الايفاء من تسليم المبالغ بصفة قرض بالنسبة إلى وعد بالبيع يوافق عليه المقترض، انظر حكم غ م ث ا ن، 14 كانون الثاني 1971، ن م، III، رقم 30، ملك زراعي، وفي اتجاه معاكس، في حال معاصرة العقدين، انظر حكم غ ث ن، 3 نيسان 1978، ن م، IV، رقم 112، تنازل عن حصص شركات وقرض.

العلني إلاّ أن يجيز مجلس الاسرة البيع الحبي[1].

القسم V
البيّنة على العقد (أو اثباته)

11199 ـ القانون العام. ليس للبيع، بالنسبة إلى البيّنة، أيّ قاعدة خاصة وهو يخضع لقانون الموجبات العام. وينظم العقد، في العلاقات بين الافراد، أو بين تاجر وأحد الافراد، وبشكل أوسع مع شخص ليس تاجرا ـ مزارع، مهنة حرة، رابطة. . . ـ بالوسائل جميعاً عندما لا يتجاوز الرهان 5000 فرنك، وفي مستند خطي عندما يتجاوز هذا المبلغ (المادة 1341 من القانون المدني)[2].

---

(1) في سبيل تفاصيل اكثر انظر T. Fossier، م إ د، البنود 449 إلى 468، وصاية، سير العمل، 1992، رقم 96 وما يليه؛ Cabie, La vente amiable des biens échus á l'héritier mineur، مصنف الاجتهادات الدوري، 1968، I، 2134، اغفال المعاملات الحمائية لمصالح القاصر يعاقب بالبطلان النسبي الوارد في المادة 1304 من القانون المدني؛ انظر حكم الهيئة العامة لمحكمة النقض بكامل اعضائها، 28 أيار 1982، د، 1983، 117، طلبات Cabannes، د، 1983، 349، تعليق Gaillard.

والنص يسري بالنسبة إلى الراشد تحت الوصاية، المادة 495 من القانون المدني؛ اضف إلى ذلك في صدد بيع الاموال المنوقفة على تركة معلق قبولها على شرط الجرد، انظر المادة 805 وما يليها من القانون المدني.

(2) تسهر محكمة النقض بحزم على مراعاة هذه المبادىء، انظر على سبيل المثال، حكم غ م أ ن، 17 آذار 1982، ن م، I، رقم 114، تسليم سائق سيارة اجرة مواد بناء نازع فيها هذا السائق، نقض الحكم الذي قبل البيّنة عن طريق القرينة استناداً إلى «عادة في المهنة بأنه ليس ثمة أيّ طلبية ولا أيّ مستند خطي»، بدون تحديد منشأ هذه العادة، غياب استحالة تنظيم مستند خطي، حكم الغرفة المدنية الاولى، 25 كانون الثاني 1989، النشرة المدنية، I، رقم 41، م ف ق م، 1990، 79، ملاحظة J. Mestre، مزارع تسلم أعلافاً للماشية، اذونات تسليم لم توقع بالنسبة إلى بعضها، نقض الحكم الذي ادان المزارع بدفع الثمن بحجة «واقع التسليم»: لم يكن في وسع القضاة الحكم على هذاالنحو «بدون وجود مستند خطي أو بدء بيّنة خطية» في ما يتعلق بشخص ليس تاجرا». اضف إلى ذلك حكم غ م أ ن، 25 كانون الثاني 1989، النشرة المدنية، I، رقم 42، م ف ق م، 1990، 79، ملاحظة J. Mestre، معدات كهربائية، محتوى العقد، مدى الموجب، تطلّب مستند خطي.

وعلى نقيض ذلك، حكم غ م أ ن، 22 كانون الاول 1969، ن م، I، رقم 402، تسليم أغذية الدواجن قام به مربي الطيور والدواجن مندرجة في عدة اشهر، لا يستطيع المستفيد أن يدعي أن تسليماً بهذه الاهمية يمر غير ملحوظ، اغذية استهلكتها هذه التربية، استنتج قضاة الاساس بصواب وجود عقد من واقع قبول المنتجات المسلمة واستعمالها.

اضف إلى ذلك، في ما يتعلق بالبيّنة على محتوى العقد، حكم غ م أ ن، 6 حزيران 1969، ن م، I، رقم 464، نقض، بيع عقار ومؤسسة تجارية، اثبات الثمن عن طريق تحقيق، كلا؛ وعلاوة على نقيض ذلك، حكم غ إ ن، 21 آذار 1958، ن م، IV، رقم 456، اثبات ثمن الغلة المحدد شفهياً بالوسائل كافة، وجود العقد غير منازع فيه، وحول قبول اثبات محتوى العقد بالوسائل جميعا على وجه العموم، انظر Ph. Biher, G.Goubeaux، الفهرس المدني، د، V البيّنة، 1979، رقم 242 وما يليه؟ قارن بـ J. Ghestin, Goubeaux et M. Fabre- Magnan, Traité de droit civil, Introduction générale، 1994، رقم 663.

ووجود عقد البيع، بالمقابل، في العلاقات بين التجار أو عندما يتعلق الأمر باثبات ضد شخص كهذا، يمكن أن يبرهن عليه بالوسائل جميعاً (المادة 109 من قانون الاستهلاك)[1].

وفي حالات امكانية فرض المستند الخطي، ثمة صعوبة يمكن أن تقوم ولها سمة تحديد رهان العقد عندما تندرج علاقات الفريقين في نطاق العلاقات المستمرة، علاقات الاشتراك مثلا. وما ينبغي أخذه في الحسبان في ظرف كهذا لمعرفة ما إذا كانت الحال تحت عتبة 5000 فرنك أو فوقها، هو القيمة الاجمالية للاموال المسلمة، أو الواجبة التسليم خلال الحقبة التي ما يزال العقد فيها نافذاً.

وحول حالة استحالة تنظيم مستند خطي وفقاً للمادة 1348 من القانون المدني، انظر حكم محكمة استئناف Toulouse، 21 تشرين الثاني 1960، د، 1961، 103، زوج من البقريات، دفع رصيد الثمن؛ انظر ايضاً حكم غ م أ ن، 15 نيسان 1980، ن م، I، رقم 113، بيع أحصنة.

(1) انظر على سبيل المثال حكم غ ت ن، 17 شباط 1976، ن م، IV، رقم 58، م ف ق ت، 1976، 775، ملاحظة J. Hémard، صغار خنازير، تصريح شاهد، حكم غ ت إ، 12 تشرين الاول 1982، ن م، IV، رقم 313، بيع حيوانات، بدء بيّنة خطية؛ أضف إلى ذلك، حكم الغرفة المدنية، 26 تشرين الاول 1886، س، 1887، 153، اعتراف.

الفصل III

مفاعيل عقد البيع (أو آثاره)

11200 ـ التقسيم. لم يتكرس في الباب VI من الكتاب III من القانون المدني، المتعلق بالبيع، أي فصل ـ نجد فقط احكام مبعثرة ـ لنقل الملكية ونقل المخاطر، مع أن ذلك هو المفعول الاول لهذا العقد (القسم I).

القسم I
نقل الملكية، وفي المخاطر وحفظ الشيء

11201 ـ الربح والاعباء. يضاف إلى نقل الملكية الناجحة عن عقد البيع، تقليدياً، نقل المخاطر (الفقرة 1). وهو يترافق مبدئياً، مع نقل حفظ الشيء بحيث يصبح الشاري مسؤولاً عن العطل والضرر الناجم عن الشيء (الفقرة 2). وفي ذلك مزيج من الربح والاعباء.

الفقرة 1 ـ نقل الملكية والمخاطر

11202 ـ التكاملية. يترافق نقل الملكية مع مخاطر الخسارة. فمكتسب الملكية بمفعول اتفاق الفريقين وحده يستفيد من الملكية ويتحمل المخاطر. وتتعلق المادة 1138 من القانون المدني، ولو كانت واردة في القواعد العامة للموجبات، قبل أيّ شيء بالبيع إذ تنص، في تعابير قديمة إلى حد ما، على ان «موجب تسليم الشيء تام برضا الفريقين المتعاقدين وحده... ويجعل الدائن مالكاً ويضع الشيء على مسؤوليته...»[1].

وهذا المفعول المزدوج يمثل بالنسبة إلى الشاري حسنة وسيئة ومن المنطقي ان

---

(1) انظر حول نقل الملكية والمخاطر، بصورة خاصة، Planiol et Ripert، الباب X، تأليف Hamel، رقم 9 وما يليه؛ Ghestin et Desché، رقم 524 وما يليه؛ Malaurie et Aynès، رقم 251؛ Collart Dutilleul et Delebecque، رقم 184؛ Gross et Bihr، الباب 1، صفحة 163 وما يليه؛ Bénabent رقم 130 وما يليه.

يجتمعا. ووضع المالك، وليس الدائن، الذي يضفيه البيع على مكتسب الملكية يتيح له ان يتقدم على دائني البائع للحصول على ما يتوجب له. فالملكية أكثر الحقوق تأميناً: إنها أفضل التأمينات. إنها فائدة واضحة جداً... وهذا المالك الجديد يتعرض، في الوضع عينه، لتحمل فساد الشيء، أو فقدانه، الحاصل بحدث فجائي. إن ذلك إشهار قانوني لحكاية الإسكافي والممول. والسيئة متلازمة مع ذلك...

ويقال إن هناك الكثير من اللاّواقعي في القانون المدني الفرنسي في ربط نقل المخاطر بنقل الملكية، على عكس بعض القوانين الاجنبية التي تقرن المخاطر بالتسليم المادي للشيء. ومع ذلك توجد فيه عقلية أكيدة.

وينبغي تفحص هذين المظهرين على التوالي وهما نقل الملكية وتوزيع المخاطر.

11203 ـ أ. نقل الملكية. البيع هو مثال العقود الناقلة للملكية والأداة الرئيسية لانتقال الثروات[1]. إن نقل الملكية اساسي بالفعل بدليل أن واضعي القانون المدني رأوا من الضروري طرح مبدأ بطلان بيع الشيء الذي يخص الغير[2].

والمبدأ، بصورة أدق، مزدوج: ينتج البيع نقل الملكية، وهذا النقل فوري ويتم عن طريق التوافق وحده. وبالفعل تنص المادة 1583 من القانون المدني على أن «البيع تام بين الفريقين ويكتسب الشاري الملكية حكماً ما أن يتم التوافق على الشيء والثمن ولو لم يكن الشيء قد جرى تسليمه بعد أو الثمن مدفوعاً». والفكرة هي أن مفعول البيع هذا ينجم، منذ اتفاق الفريقين، عن قوة ارادتيهما وحدها. وليس من الضروري انتظار معاملة لاحقة: تسليم الشاري الشيء. وفي ذلك، بلا نزاع، تقدم بارز في تطور القانون حققه القانون المدني على هذا النحو.

من الصحيح مع ذلك أنه سبق أن جرى ضبط وسائل نقل الملكية بدون معاملة: إدخال بند «نزع الحيازة ـ ايلولة المال» وفيه يتم الزعم بأن البائع جعل الشاري حائزاً بالفعل[3]. وذلك بهاجس الفعالية.

11204 ـ الملكية التامة وتوابعها. ما ينقله البيع هو ملكية كاملة بكليتها: ملكية

---

(1) انظر بصورة خاصة P. Bloch, L'obligation de transférer la propriété dans la vente، المجلة الفصلية للقانون المدني، 1988، 673؛ وحول نقل الملكية اضف إلى ذلك الرقم 11104 السابق.

وفي حالة البيع من قبل غير المالك، إذا تعلق الأمر بمال منقول مادي تنتقل الملكية إلى مكتسبها بمفعول المادة 2279 من القانون المدني (اضافة إلى المادة 1141)، وفي ما يختص بعقار يمكن ان يقوم العقد بدور سند صحيح يضفي الشرعية على سريان التقادم المكسب، المادة 2265.

(2) انظر الرقم 11139 السابق وما يليه.

(3) بحيث ان Loysel كان بامكانه القول: «لم يكن ثمة بيع بدلاً من لم يكن هناك شيء»، انظر F. Terré et Ph. Simler, Droit civil، الاموال، 1992، رقم 386.

تامة[1]. من المستحيل مثلا أن يفرض على مكتسب الملكية بند لاقابلية التصرف لأنه يكون مناقضاً لحرية انتقال الاموال[2]، حتى اكراهات بالنسبة إلى استعمال الشيء[3].

وترافق الملكية توابعها: هكذا يستفيد مكتسب الملكية مع الشيء من نقل دعويين، دعوى الضمان ضد نزع اليد ودعوى الضمان ضد العيوب الخفية العائدتين لبائعه، وبالتالي حق المقاضاة على هذا الاساس ضد البائعين السابقين[4]، كما تنتقل مع العقار المباع رخصة البناء التي سبق الحصول عليها في ما يتعلق بالقيام بهذا البناء[5] والتعويض عن الفوضى التي تكتنفه[6]، والتأمين الذي عقده البائع...، وموجب عدم المنافسة الذي يقع على عاتق بائع سابق بالنسبة إلى مؤسسة تجارية[7].

---

(1) انظر بهذا المعنى، في صدد منتج مغطى بحق فكري، اسطوانات في هذه الحالة يطمح المنتج إلى اخضاع كل بث عن طريق الاذاعة لأذن منه، حكم محكمة استئناف باريس، 2 آذار 1979، مصنف الاجتهادات الدوري، 1980، II، 19351، تعليق Plaisant: «مكتسب اموال منقولة، وبالاحرى مكتسب حاجات متماثلة الصنع، يحوز على هذه الحاجات حقوق المالك؛ ولا شيء يمكن ان يجيز لمنتج الاسطوانات، أو أي بائع آخر، تحديد الحقوق فيها من جانب واحد» (انظر ايضاً، بناء على طعن، حكم غ م أ ن، 5 تشرين الثاني 1980، م إ د، 1982، II، 19827، عدم الحكم في هذه النقطة). قارن بـ Malaurie et Aynès، رقم 513، اعلان أنه «من المشروع: تحديد حقوق معينة تجعل الملكية الشاري مكتسبها».

(2) ان بندا كهذا، بالمقابل، في ما يتعلق بهبة أو إيصاء، صحيح إذا كان محدودا في الزمن وله دافع مشروع، انظر الرقم 11147 السابق.
وهكذا لا يمكن، على عكس ممارسة منشرة إلى حد ما، ان يُدخل في عقد بيع حبكة اعلامية، يسمى اعتيادياً اجازة حق الاستعمال، بند يمنع التنازل إلى الغير، انظر في هذا الصدد J. Huet, L'Europe des logiciels: Le principe de la protection par le droit d'auteur، د، 1992، العرض 221، رقم 8.

(3) إلاّ أن يأخذ للإكراه المفروض شكل إرتفاق يعطيه مكتسب الملكية للبائع، وفي هذه الحالة يكون ثمة حق عيني يعترف القانون بوجوده.

(4) انظر الحكم المدني، 12 تشرين الثاني 1884، د، 1885، 1، 357؛ منشورات Sirey، 1986، 1، 149، آلات: «يتضمن بيع الشيء توابعه جميعا ولاسيما الدعاوى التي يمكن ان يكون البائع قد اكتسبها في مناسبته»؛ انظر ايضا حكم غ ع، 3 تشرين الثاني 1932، د إ، 1932، 570، دعوى مبنية على المادة 1657 من القانون المدني، وقطع خشب، غياب السحب، انظر القسم II، القسم الفرعي II، الضمانات.
وحول الضمان العشري المتوجب على البانين الذي ينتقل مع العقار، انظر حكم الغرفة المدنية الثالثة، 23 آذار 1968، د، 1970، 663، تعليق Ph. Jestaz، مرآب، انظر الكتاب III، الباب II.
والأمر كذلك إذا لم تكن الحقوق ملتصقة بالمال، انظر النقض المدني، 12 كانون الثاني 1937، د إ، 973، 99، ديون يملكها تاجر تفرغ عن مؤسسته التجارية، قارن بحكم غ ت ن، 11 حزيران 1981، IV، رقم 264، تفرغ عن مؤسسة تجارية.

(5) في الواقع يعطى الاذن الذي يشكل رخصة البناء بالنظر إلى الشيء وهو ينتقل معه بصفة تابع له، انظر حكم مجلس الدولة (مجلس شورى الدولة في لبنان)، 10 كانون الاول 1965، منشورات Lebon، صفحة 684؛ والأمر كذلك في الترخيص بتقسيم الملكية إلى حصص، حكم غ م ث ا ن، 12 تشرين الاول 1976، ن م، III، رقم 339؛ Malaurie et Aynès، رقم 174.

(6) قارن بحكم غ م ث ا ن، 25 كانون الثاني 1983، ن م، III، رقم 26، بيع العقار لا يؤدي أيضا إلى نقل الحقل في العطل والضرر اللذين يمكن أن يكونا على عاتق البائع بسبب التشويه اللاحق بالامكنة.

(7) انظر كمثال على نقل هذا الدين، حكم غ ع، 5 تموز 1865، Dalloz الدوري، 1865، 1، 425، نية =

والمادة 1615 من القانون المدني، علاوة على ذلك، تجبر البائع على تسليم الشيء مع كل ما هو ضروري لاستخدامه الدائم[1].

وبالمقابل، وعلى عكس ما يجري في تأجير العمل المستقل أو في عقد المقاولة[2]، من النادر أن تنتقل مع الشيء المباع حقوق الملكية الفكرية. والبيع، بالفعل، عندما يتناول مالا مادياً يكون، على وجه العموم، محدوداً بنقل ملكية مادية. والأمر واضح في مادة حق المؤلف والمبدأ فيها أن «الملكية غير المادية. . . مستقلة عن ملكية الشيء المادي» (المادة L.3-111 من قانون الملكية الفكرية). على أنه يمكن أن يكون موضوع البيع، مباشرة، حقوقاً فكرية[3].

وحول الفارق بين الملكية وتعدد الملكية انظر الرقم 11105 السابق.

11205 ـ الحجية تجاه الغير. على أن الطريقة التي ينظم نقل الملكية بموجبها فهي ليست بمنجى من الخطر بالنسبة إلى الغير إذ لا شيء ينبهه مادياً بالنسبة إلى تغير الحق: النقل بالتوافق وحده غير موجود. . . ولهذا انتشرت، منذ القانون المدني، تدابير العلنية في بيع الاشياء ذات القيمة القابلة للتقدير على وجه الخصوص.

وذلك بأنه لا يكفي أن يتم نقل الملكية منذ العقد بين الفريقين، يجب أيضاً ان يكون العقد، لتمام فعاليته، محتجاً به تجاه الغير[4]. وتأمين حيازة مكتسب الملكية، في ما يتعلق بالاموال المنقولة المادية، بالاضافة إلى توافق الارادتين، ضروري لكي تكون لهذا المكتسب صفة المالك تجاه الجميع، وهذا ما تفرضه المادة 2279 من القانون المدني[5]. ومن الضروري على وجه العموم، خارج هذا المجال، اتمام معاملة العلنية لجعل النقل محتجاً به في وجه الغير: الأمر كذلك بالنسبة إلى العقارات، استناداً إلى قواعد العلنية العقارية التي تفرض تسجيل النقل لدى امانة السجل العقاري (أو الشهر العقاري)[6]، في ما يتعلق بالسفن بسبب النظام الذي تخضع له[7]. . .

= الفريقين: بند مشترط لمصلحة حائزي العقار جميعاً؛ انظر ايضا الرقم 11572 اللاحق.

(1) انظر الرقم 11247 اللاحق.

(2) انظر الرقم 32137 اللاحق.

(3) انظر الرقم 11111 السابق وما يليه في هذاالصدد.

(4) انظر حول هذه النقطة بصورة خاصة Collart Dutilleul et Delebecque، رقم 189 وما يليه؛ Bénabent، رقم 143.

(5) اضف إلى ذلك المادة 1141 من القانون المدني وانظر الرقم 11153 السابق.

(6) أي بطاقية عقارية، مرسوم 4 كانون الثاني 1955، المادة 28 ـ 1° ـ a.

(7) المادة 88 وما يليها من مرسوم 27 تشرين الاول 1967 المتخذ تطبيقاً لقانون 3 كانون الثاني 1967 المتعلق بنظام السفن والذي نظم علنية العقود التي تنشىء الحقوق العينية على السفينة أو تنقلها والتي تقارن بالعلنية العقارية. وعليه لا تكتسب ملكية السفينة بالحيازة، استناداً إلى المادة 2279 من القانون المدني، انظر =

وبعد ذكر مبدأ نقل الملكية بالتوافق وحده الذي لا يخلو من تلطيف معين، ينبغي بيان أنه يمكن الشذوذ عنه ذلك بأن القاعدة ليس لها سوى طابع بديل بحيث أن بامكان الفريقين إعداد هذا النقل وفقاً لما يرغبان.

11206 ـ 1°. مبدأ النقل الفوري وتلطيفه. عندما طرح واضعو القانون المدني مبدأ نقل الملكية الفوري كان ذلك على اساس حالة بيع العين. والأمر مختلف في ما يختص بالاشياء المعينة بالنوع التي لم تفرّد بعد، وفي ما يتعلق بالأشياء المستقبلية قيد الصنع[1].

11207 ـ أ) ملكية العين. العين هي ما لها طابع وحيد مما يكفي لتعيين نوعها: منزل وسيارة مستعملة وجود... والمجال المتعلق بالعقار، مثلاً هو، في قسم كبير منه، سوق العين. ومن المدرك، بالنسبة إلى اموال كهذه، أن نقل الملكية يمكن ان يتم فوراً منذ تبادل الرضا: الشيء موجود. ويطبق المبدأ بدون تحفظ.

11208 ـ المادة 1586 من القانون المدني، البيع جملة. يقتضي أن يماثل العقد الذي يتناول عينا ببيع البضائع التي، مع أنها أشياء معينة بالنوع، يجب وزنها أو عدها أو قياسها، و«تباع جملة» مع ذلك، وعلى سبيل المثال الغلة على الشجر أو قطع اشجار غابة[2]. ووفقاً للمادة 1586 من القانون المدني، تنتقل الملكية فوراً منذ اتفاق الفريقين وذلك «ولو لم تكن البضائع قد جرى وزنها أو عدها أو قياسها بعد»[3]. والحل قائم حتى ولو كانت عمليات الوزن أو العد أو القياس يبقى من الواجب القيام بها لتحديد الثمن[4].

= Pontavice، ف د ت، V السفينة، 1974، رقم 62.

وينبغي ان يكون بيع المؤسسة التجارية موضوع علنية في جريدة اعلانات قانونية: على أن ذلك لا فائدة له إلاّ في ما يتعلق بامكانية الشاري في استيفاء الثمن، إذ إن تطلب العلنية هو من اجل دائني الشاري، انظر الرقم 11569 السابق.

(1) انظر على وجه الخصوص D. Tallon, Le Transfert de propriété, in La vente commerciale de marchandises، 1951، صفحة 51 وما يليها؛ F. Goré, Le transfert de propriété dans les ventes des choses de genre، د، 1964، العرض 175.

(2) انظر L. Lorvellec، مصنف الاجتهاد المدني، المادة 1585 والمادة 1586، البيع جملة، بالوزن أو العد أو القياس، 1992.

اما التفريد المسبق للشيء الذي يتميز به البيع بالقياس فينتج عن عناصر واقعية تجعل الاشياء معزولة، في مكان خاص مثلا، ويعود هذا التحقق، على ما يبدو، لقضاة الاساس، انظر حكم الغرفة التجارية، 15 حزيران 1965، د، 1965، 823، بطاطا.

(3) من الصحيح أن المادة 1585 من القانون المدني تتعلق فقط بنقل المخاطر، وبما أنها مرتبطة بالمادة 1586 فمن المقبول أنها تنظم ايضاً نقل الملكية، انظر حكم الغرفة المدنية 25 شباط 1896، د إ، 1896، 1، 151، تعليق L. S.، فلّين شجر غابة، ملكية آلت إلى مكتسبي الملكية، بطلان حجز دائني البائع؛ حكم غ م أ ن، 8 تشرين الاول 1980، د، 1981، اعلامات سريعة، 445، ملاحظة B.Audit، غ م أ ن، 1981، 646، ملاحظة G. Cornu، غلة على الشجر اتلفها الشتاء.

(4) انظر حكم غ م أ ن، أول شباط 1983، م إ د، 1984، II، 20941، تعليق J. Hémard، كمية من اللحوم. =

ومن السهولة ادراك ذلك لأن الأشياء، عندما يتعلق الأمر بالبيع «جملة»، جرى تفريدها كمجموعة متميزة والملكية يمكن نقلها. فنكون إذاً في وضع الأشياء المعينة بالنوع ذاته بعد التفريد.

11209 ـ ب) ملكية الشيء المعين بالنوع. يكون الشيء معيناً بالنوع عندما يتحدد بانتمائه إلى فئة خاصة بدون أن يكون قد تفرد بعد في هذه المجموعة، وما يجعله قابلاً للتحديد وبالتالي كافياً لصحة البيع هو النوعية والكمية. وهذه هي حالة البضائع المباعة «على اساس الوزن أو العد أو القياس» المستهدفة بالمادة 1585 من القانون المدني: مئة هكتوليتر من الخمر من انتاج تاريخ معين في سنة محددة، أو طن من الارز من نوع معين... بيد أن ثمة أشياء أخرى عديدة لها هذا الطابع، وعلى وجه الخصوص المنتجات المتماثلة الصنع. وتبدو فئة الأشياء المعينة بالنوع، في ايامنا، حيث توحيد نمط الاموال، حتى العقارية احياناً، يزداد انتشارا، مهيمنة: براد من علامة معينة ومن نموذج خاص، مكان موقف في الطابق السادس من باطن الارض في عقار للبناء[1].

ولا يمكن أن يتم، بالنسبة إلى أشياء كهذه، نقل الملكية تلقائياً في آونة ابرام العقد. فالمادة 1585 تنص على ذلك في صدد ما يباع «بالوزن أو العد أو القياس» باعلان أن البيع ليس تاماً وأن الأشياء تبقى على مسؤولية البائع «إلى أن توزن أو تعد أو تقاس»[2]. يقتضي إذاً، لتتم عملية نقل الملكية، انتظار تفريد الشيء الذي يتطلب سلوكاً ايجابياً يضاف إلى تبادل الرضا، بمبادرة من البائع وحده أو من الفريقين: وضع الخمر في زجاجة[3]، تسليم البراد إلى ناقل[4]، تعيين الكمية في العقار. وغالباً ما تتم عملية التفريد

= وتبرز صعوبة مع ذلك في حال فقدان الشيء إذا كان الثمن يجب أن يحدد بعد القياس، ذلك بأنه غالباً ما تستحيل في الواقع معرفة أيّ كمية كانت موضوع البيع، وبالتالي يستحيل تحديد الثمن المتوجب على الشاري الذي يتحمل الفقدان، انظر L.Lorvellec المذكور سابقاً، رقم 27؛ والحل المرتكز على ابطال البيع بسبب عدم التحديد يبدو قليل المراعاة للمبدأ الذي بمقتضاه تقع الخسارة على الشاري، بحيث يمكن تفضيل تقويم تقريبي يقوم به القاضي بغطاء منح عطل وضرر.

(1) في ما يتعلق بالأموال الثابتة، انظر في صدد جزء من قطعة أرض يتم اختيارها، حكم غ ع، 24 نيسان 1929، داللوز الدوري، 1929، 283، شيء معين بالنوع.

(2) إن عبارة «ليس تاما» غير موفقة، ذلك بأن البيع هو، بلا أدنى ريب، مبرم نهائياً حتى ولو لم يتم نقل الملكية فوراً: اضف إلى ذلك أن المادة 1585 من القانون المدني تعلن ان الشاري بامكانه طلب التسليم أو العطل والضرر، انظر غ م ث ا ن، 4 كانون الاول 1957، ن م، III، رقم 335، المجلة الفصلية للقانون المدني، 1958، ملاحظة J. Carbonnier، المجلة الفصلية للقانون التجاري، 1958، 364، ملاحظة J. Hémard، خشب على الشجر.

(3) انظر كمثال حكم غ ع، 14 كانون الثاني 1914، د د، 1916، 1، 69، قش وكلاء يؤخذان من مستودع الحصيد، كمية معينة على البائع حفظها، بيع بالقياس وليس جملة.

(4) تسليم الناقل ليس كافياً، إذا كان الشيء المباع هو جزء من مجموعة معهود بها إلى الناقل ليتسلمها العديد من =

عند تسليم الشاري[1].

والتفريد ليس معاملة قانونية خاصة: إنها مفروضة حتماً، وإذا كان ثمة تغيير في الزمن بين إبرام العقد ونقل الملكية لا يخضع هذا النقل، كما في حالة العين، لنقل الحيازة الحقيقية للشيء. ويمكن القول، إلى حد ما، إن هناك نقلاً فورياً للملكية، وقد يكون تعيين الشيء متزامناً مع توافق الارادتين: هكذا الحال عندما يتسلم الشاري في آونة العقد، ولاسيما في البيع نقدا.

11210 ـ ج) ملكية شيء مستقبلي. يجب لفت انتباه خاص إلى بيع الشيء المستقبلي، أي الشيء الذي يتعهد البائع بتحقيقه للشاري: قد يتعلق البيع بصنع طبيعي (غلة في طور النضوج) أو تحضير صناعي (منتج معدّ لاخراجه من المعمل). وغالباً ما تكون هذه الأشياء معينة بالنوع، ولا تكون على هذه النحو دائماً: بيع سلع معدة للتسليم بصورة عامة (زجاجات جعة)، وإنما ليس بيع عقار للبناء.

ومن غير الممكن بداهة، هنا أيضاً، أن ينتج نقل الملكية عند اتفاق الفريقين: إنه مؤجل بالضرورة[2]. وتطرح مسألة معرفة ضمن أيّ شروط وإلى أي آونة.

وفي الأموال المنقولة تطبق فكرة أن النقل يجري عن طريق تفريد الشيء. وذلك يعني أن الملكية مكتسبة للشاري عند اتمام الصانع، صنع الشيء: هكذا الأمر بالنسبة إلى جهاز مصنوع بناء على الطلب[3]. ثمة فارق هنا مع تأجير العمل المستقل أو عقد المقاولة

= مكتسبي الملكية: حيوانات في قطيع، سيارات في كمية معنية... انظر الرقم 11216 اللاحق.

(1) يمكن أن يكون ذلك هو التسليم نفسه، كما في الماء أو الغاز، انظر حكم مجلس الدولة، 25 حزيران 1948، م إ د، 1948، تعليق Mestre، د، 1948، 437؛ تعليق Waline، المجلة الفصلية للقانون المدني، 1948، 481، ملاحظة Carbonnier.

(2) انظر Planiol et Ripert، الباب X، تأليف Hamel، 1932، رقم 11، وهما يصنفان «الأشياء في طور الصنع». إلى جانب الأشياء المعنية بالنوع، من بين الأشياء التي يتأخر نقل ملكيتها.

(3) انظر حكم محكمة استئناف باريس، 24 أيار 1944، مصنف الاجتهادات الدوري، 1945، II، 2742، تعليق Becqué، وبناء على طعن حكم غ م أ ن، اول آب 1950، س، 1951، 1، 100، م ف ق م، 1951، 388، ملاحظة J. Carbonnier، مقطورة مصنوعة بناء على الطلب: «ثمة نقل للملكية ما أن يكون الشيء... معداً للتسليم» (في هذه الحالة يفضل وصف تأجير العمل المستقل على وصف البيع)؛ انظر في الاتجاه عينه Planiol et Ripert، الباب X، تأليف Hamel، رقم 11: «لا تصبح اللوازم ملك الشاري إلاّ في اليوم الذي يكون الصنع فيه متقدماً بحيث يمكن تسليم الشيء»؛ قارن بـ Malaurie et Aynès، رقم 74 ورقم 189؛ وعلى نقيض ذلك، J. Carbonnier المذكور سابقاً، ونقل الملكية في عرفه يجب أن يتم عند تلقي الشيء.

قارن بحكم غ ع، 31 تشرين الاول 1900، د، 1901، 1، 65، صفقة جزافية لبناء سفينة: اعتبر الحكم ان الامر يتعلق ببيع ما دام أن الباني قدم المواد، وقرر أن الشيء يبقى، حتى التسليم، ملك الباني، إلاّ أن وصف البيع موضع انتقاد.

حيث يقبل أن لا يكون النقل قد حصل إلاّ في آونة التسليم الفعلي[1].

غير أنه ينبغي أيضاً أن يقام وزن لنية الفريقين في البيع، ذلك بأنه ربما توخيا تأخير النقل إلى أن يضع البائع الشيء بتصرف الشاري فعلياً، حتى إلى أن يتلقاه. وعلى العكس من ذلك يمكن أن يكونا قد اتفقا على أن يجري نقل الملكية تدريجياً وفقاً لتقدم الصنع.

11211 ـ بيع عقار للبناء. حدد المشترع نفسه، في ما يتعلق ببيع عقار للبناء، كيف تتم عملية نقل الملكية. وللفرضية أصالتها لأن وصف البيع يعود، والحالة هذه، إلى واقع أن الباني يقدم قطعة الأرض في وقت تأمين الاشغال ذاته، وأن بيع الأرض يطبع صفته على مجمل العملية[2].

ويمكن التفكير، والحالة هذه، في أن الشاري الذي أصبح مالك قطعة الأرض منذ ابرام العقد، بمفعول اتفاق الفريقين، تنتقل إليه ملكية الابنية المندمجة بالأرض عن طريق الالتصاق وفقاً للمادة 546 من القانون المدني بمقدار تحقيقها. إنه، في الواقع، الحل المعتمد في البيع المستقبلي للانجاز، واحدى كيفيتي بيع عقار للبناء: «ينقل البائع فوراً لمكتسب الملكية حقوقه على قطعة الأرض وكذلك ملكية البناء الموجود»، و«وتصبح الانجازات المستقبلية ملكه تدريجاً وفقاً لتنفيذها» (المادة 1601 ـ 3).

والأمر مختلف، بالمقابل، في الكيفية الثانية التي يمكن أن يرتديها العقد، كيفية البيع لأجل، حيث «يجري نقل الملكية بقوة القانون بالاثبات عن طريق عقد موثق بانجاز العقار» و«ينتج مفاعيله رجعياً إلى يوم البيع» (المادة 1601 ـ 2).

11212 ـ 2°. الاتفاقيات المتعلقة بنقل الملكية. مبدأ نقل الملكية الفوري ليس آمرا. وبامكان الفريقين ترتيبه وفقاً لما يريدان: من الملائم لهما تأخير هذا النقل لكي ينتج مفاعيله في أوقات مختلفة، كتسليم البائع، وانتقال مكان الشاري ودفع الثمن... وغالباً ما نجد في الممارسة بنود الاحتفاظ بالملكية، واحياناً البيع مع شرط معلق (أو موقف).

11213 ـ أ) البيع مع الاحتفاظ بالملكية. عندما يتم الاتفاق على أن الشاري ليس عليه تسديد الثمن نهائياً، أو على الأقل الثمن بكامله، وهذا يعني أن البائع وافق على أجل، من مصلحة البائع إخضاع نقل الملكية لدفع كامل الثمن: أن يجوز ببقائه مالكا تأمينا متيناً يتيح له، بمقدار قيمة المال، أن يتقدم على دائني الشاري الآخرين في حالة الصعوبة. هذا هو موضوع البند المسمى «بند الاحتفاظ بالملكية» المدخل في البيع الذي

---

(1) انظر الرقم 32219 اللاحق وما يليه.

(2) انظر الرقم 11125 السابق.

يمكن استخدامه في المادة العقارية كما في بيع الاموال المنقولة[1].

على أن فعاليته في المنقول معززة على وجه الخصوص لأن المشترع تدخل، في عام 1980 وأعلن أنه محتج به تجاه دائني الشاري في حالة الإجراء الجماعي الذي يتناول هذا الشاري، مما هو في قطيعة مع الحل المقبول تقليدياً حتى ذلك الحين[2]. وقد استعاد قانون 25 كانون الثاني 1985 المتعلق بالتقويم والتصفية القضائيتين القاعدة الجديدة في مادته رقم 121 التي، كما تعدلت بقانون 14 حزيران 1994، جاءت تصلح هذه المادة[3]: «يمكن أن يطالب بالاموال المباعة مع بند يخضع نقل الملكية للتسديد الكامل للثمن إذا كانت موجودة عيناً في آونة البدء بالإجراء»[4]. يتعلق الأمر هنا بتأمين خاص بعقد البيع[5].

ثمة شروط عديدة مطلوبة اراد القانون لبعضها أن يكون مخففاً: يجب أن يصاغ البند في عقد البيع، إنما أصبح من المقبول أن يرد في «مستند خطي يسوس مجموعة عمليات تجارية»[6]، مما سهّل التطبيق في اتفاقات التوزيع، وتطال المطالبة اموالا منقولة

---

(1) انظر حول بند الاحتفاظ بالملكية على وجه الخصوص E. Robine, La clause de reserve de propriété depuis la loi du 12 mai 1980 جلسة مناقشة الاجتهاد الفرنسي، منشورات Litec، 1990؛ Ghestin et Desché، 381 وما يليه؛ Ripert et Roblot، الباب 2، رقم 2542؛ Collart Dutilleul et Delebecque، رقم 194؛ بالاضافة إلى المصطلح الفهرسي (الكامل تماما الذي وضعه M.- J. Campana، قانون التجارة من منشورات Litec حول المادة 121 من قانون 25 كانون الثاني 1985.

(2) قانون 12 أيار 1980 الذي عدل قانون عام 1967 حول التسوية القضائية وتصفية الاموال، انظر حول هذا التجديد بالمعنى الناقد R. Houin, L'introduction de la clause de réserve de propriété dans le droit français de la faillite، م إ د، 1980، 1، 2978؛ واحد الاعترافات التي صيغت ضد هذه الخطوة لبائع السلع هي أن مورّدين آخرين لا يفيدون من حماية مماثلة ولاسيما الذين هم مرتبطون بالمدين المفلس بتأجير عمل مستقل أو عقد مقاولة: بيد أن قانون 10 حزيران 1994 المذكور سابقاً عدل هذا الوضع باعطاء هؤلاء امتيازاً خاصا ـ ضمان التسديد من قبل مؤسسة ائتمان، المادة 5 من القانون التي انشأت المادة 1799 ـ 1 من القانون المدني.

(3) انظر حول قانون 10 حزيران 1994 المتعلق بوقاية المؤسسة ومعالجتها، على وجه الخصوص، في ما يتعلق ببند الاحتفاظ بالملكية، F. Pérochon, La revendication favorisée، د، 1994، العرض 251.

(4) دفع الثمن، في عرف المحاكم، له دور كشرط معلق لنقل الملكية، انظر ن م، 20 تشرين الثاني 1979، حكم غ ت ن، IV، رقم 300، د، 1980، إ س، ملاحظة B. Audit.
وللانتفاع من البند ينتقل مع دين الثمن، مما يتيح، على سبيل المثال، حلول مصرفي فيه كان قد فتح اعتمادا، انظر حكمي غ ت ن، 15 آذار 1988، م إ د، الطبعة E، 1989، II، 15408، تعليق M.- L. Morançais- Demeester، مركبة؛ Ripert et Roblot، الباب 2، رقم 2436.

(5) ينتج عن ذلك أنه من الضروري اللجوء إلى تفريق صلب مع تأجير العمل المستقل أو عقد المقاولة، انظر حول هذه النقطة الرقم 11123 السابق وما يليه.

(6) قانون 10 حزيران 1994، المادة 59، تعديل المادة 121 من قانون عام 1985، و F.Pérochon, La revendication favorisée، د، 1994، العرض 251، رقم 12.

وحسب، ولا اهمية تذكر إذا كان الأمر متعلقاً باموال تجهيز أو ببضائع[1]، ومن الآن فصاعداً يمكن أن يكون لها دور بالنسبة إلى أشياء مثلية[2]؛ ولكي يمكن استعادة المال ينبغي أن يكون عيناً في الذمة المالية لمكتسب الملكية في يوم بدء الإجراء، ويقتضي أيضاً أن يكون قابلاً للتعيين ومن الممكن فصله عن المجموعة التي قد يكون مندمجاً فيها، مال منقول آخر على سبيل المثال[3].

ووجود بند الاحتفاظ بالملكية يمنع الشاري، مبدئياً، من التصرف بالمال طالما لم يصبح مالكاً بعد. على أنه إذا اقدم على ذلك من المقبول أن يكون مكتسب الملكية الثاني الحسن النية محمياً بالمادة 2279 من القانون المدني[4]، وأن يكون الاحتفاظ بالملكية متعلقاً بالثمن المتوجب على مكتسب الملكية الثاني طالما أنه لم يقم، هو أيضاً، بتسديد الثمن بكامله[5].

11214 ـ ب) البيع مع شرط معلق (أو موقف). لا يتم نقل الملكية فوراً، بحسب الطبيعة ذاتها للعملية، عندما يبرم البيع مع شرط معلق على تحقيق حدث مستقبلي. وذلك حالة البيع شرط المذاق أو البيع شرط التجربة (المادتان 1587 و1588 من القانون المدني).

---

(1) انظر حكم غ ت ن، 6 تشرين الثاني 1985، م إ د، 1987، II، 20443، تعليق Joly؛ يفرض الحل نفسه ولاسيما ان المشترع استبدل، في عام 1994 (بدون معرفة لماذا فعل ذلك)، تعبير «الاموال» بتعبير السلع الذي كان مستخدماً.

(2) قانون 10 حزيران 1994، المادة 59 التي عدلت المادة 121 من قانون عام 1985: «يمكن ان تمارس المطالبة عينا بالنسبة إلى الاموال المثلية»؛ يمكن ان يثير ذلك مشكلة اشتراك مورّدي اشياء معينة بالنوع متماثلة حول المخزون الباقي لدى المدين.

(3) انظر حكم غ ت ن، 15 تموز 1987، ن م، IV، رقم 187، Dalloz، 1988، الموجزة، ملاحظة F. Derrida، آلات ملحّمة على عربة نقل الاشغال أو رفعها ذاتية الحركة؛ يحدد قانون 10 حزيران 1994، المادة 59 بتعديل المادة 121 من قانون عام 1985 بدقة ما يلي: يمكن ان تمارس المطالبة عيناً بالنسبة إلى الاموال المنقولة غير المادية في اموال مادية اخرى عندما يكون بالامكان استعادتها بدون إلحاق ضرر بالاموال ذاتها والمال الذي اندمجت فيه»؛ انظر Pérochon، المذكور سابقاً، 1994، العرض 251، رقم 15، الذي يأسف لأن النص يبدو انه استبعد استعادة الاموال غير المادية المندمجة في عقار، في حين أن الاجتهاد قبله مع ذلك، انظر حكم الغرفة التجارية، 5 تشرين الاول 1993، النشرة المدنية، IV، رقم 315، مكان من زجاج تستنبت فيه نباتات البلاد الحارة مثبت في الجدار.

(4) حكم غ ت ن، أول تشرين الاول 1985 ن م، IV، رقم 224، م ف ق ت، 1986، 544، ملاحظة Hémard و Bouloc؛ قارن بحكم محكمة استئناف باريس، 21 تشرين الثاني 1984، م إ ت، 1985، تعليق Vidal؛ حكم غ ت ن، 3 تشرين الاول 1989، م إ د، الطبعة E، 1990، II، 15963، تعليق M. Béhar-Touchais.

(5) انظر حكم غ ت ن، 3 تشرين الاول 1993، ن م، IV، رقم 317، مال تجهيز، ويمكن ان يحل محل السلعة المباعة مع الاحتفاظ بالملكية، ايضاً، تعويض التأمين المعدّ للتعويض عن الخسارة، غير انه من الملائم، كي يستطيع البائع ادعاء ذلك، ان يكون ثمة بند في العقد قد نقل المخاطر إلى الشاري، انظر على سبيل المثال حكم غ ت ن، اول تشرين الاول 1985، ن م، IV، رقم 222، حريق. =

ولن يكون ثمة نقل للملكية أيضاً بمفعول الوعد الأحادي الجانب بالبيع طالما أن المستفيد يملك خياراً لعقد الصفقة[1]. وبالمقابل، عندما يكون الوعد ملزماً للطرفين فانه يساوي البيع حسب المادة 1589، ويجري نقل الملكية، مبدئياً، على الفور. بيد أنه، في المادة العقارية حيث تقام المساعي والتحققات قبل أن يصبح العقد نهائياً، يُعمل على تجنب السيئات المرتبطة بنقل كهذا بادخال شرط في البيع يخضع النقل بموجبه لتكرار البيع في عقد موثق[2].

وبالمقابل، في حال البيع مع حق استرداد المبيع، لأن امكانية الشراء ثانية لها دور شرط فاسخ، يجري نقل الملكية منذ ابرام العقد، شرط وجوب محوه رجعياً في حال ممارسة حق استرداد المبيع[3].

11215 ـ ب. نقل المخاطر. مخاطر العقد في البيع تتكون من فقدان الشيء أو تلفه الحاصلين بحدث فجائي، أي بدون خطأ البائع الملزم بتسليمه[4]. والقاعدة في القانون الفرنسي هي أنهما مرتبطان بنقل الملكية وليس بالتسليم[5]. وهذه المخاطر تقع على عاتق الشاري ما أن يكتسب الملكية: res perit domino (الخسارة على عاتق المالك). إن ذلك يجري، مبدئياً، إذاً منذ ابرام العقد. والمادة 1138 من القانون المدني تنص على ذلك إذ تعلن ان البيع تام وتضع الشيء على مسؤولية الشاري منذ تبادل الرضا. والمادة 1624، وهي نص خاص بالبيع، تحيل إليها بالنص على أنه يجب الرجوع في هذه النقطة إلى القواعد العامة للعقود.

ومبدأ نقل المخاطر منذ العقد لا يستقيم إلاّ بالنسبة إلى بيع العين وإلى بيع الأشياء المعينة بالنوع ابتداء من آونة تعيينها بأنها معدة للشاري[6]. وفي البيع جملة حيث يكون

= وعليه لا يشكل بيع مكتسب الملكية الشيء ثانية، رغماً عن الاحتفاظ بالملكية، جريمة اختلاس الرهن، انظر حكم الغرفة الجنائية، 6 آذار 1937، Dalloz، 1938، 1، 92، تعليق M. Nast، سيارة.

(1) الوضع نفسه موجود في المادة 1590 من القانون المدني حول البيع مع عربون، حيث يبقى كل من المتعاقدين حرا في التخلص منه بخسارة مبلغ العربون.

(2) انظر الرقم 11521 اللاحق.

(3) حول البيع مع حق استرداد المبيع انظر الرقم 11454 اللاحق وما يليه.

(4) راجع أيضاً D.Veaux، مصنف الاجتهاد المدني، المادة 1624، مخاطر بيع الشيء، 1990.

(5) غير أن الحل ليس معتمداً عالمياً، فاتفاقية ڤينا حول بيع السلع الدولي مثلا لا تربط بين الظاهرتين ـ نقل الملكية ونقل المخاطر ـ وإنما تربط نقل المخاطر بتسليم الشيء للناقل أو مكتسب الملكية: ولا يسعها، والحق يقال، ان تفعل غير ذلك ما دام انها لا تسوّي، وذلك مقصود، مسألة نقل الملكية المتروك إلى سيادة القوانين الوطنية، انظر الرقم 11764 اللاحق.

(6) انظر حول التفريق بين العين والاشياء المعينة بالنوع المقطع أ من الرقم 11206 اللاحق وما يليه؛ بيد أن مكتسب الملكية، إذا كانت الاشياء يجب اقتطاعها من مجموعة خسارتها جزئية، يتحمل هذه الخسارة عندما لا يكون الباقي كافياً لاعطائه ما كان مخصصاً له، انظر حكم الغرفة المدنية، 26 شباط 1896، الحالة =

الشيء موضوع تفريد اجمالي يتيح نقل ملكيته، تنتقل المخاطر فوراً إلى الشاري (المادة 1586 من القانون المدني)[1].

والشيء، على عكس ذلك، طالما أن الاتفاق لم يتم بين الفريقين بعد، يبقى على مسؤولية البائع[2]. فالمادة 1601 تنص على ذلك صراحة، وهي تقرر أن البيع باطل إذا كان الشيء قد سبق أن تلف عند ابرام البيع: إذن يتحمل البائع هذه الخسارة بدون أن يكون بامكانه طلب الثمن. ويفرض النص على الشاري، كمخرج وحيد، في حالة الخسارة الجزئية، الاختيار بين التخلي عن البيع أو تفضيل تنفيذه مقابل تخفيض الثمن[3]. والبائع، بالطريقة عينها، لأن الشيء بقي في ملكيته، يتحمل المخاطر في حالة البيع شرط الموافقة أو البيع بعد التجربة حتى إنهاء العملية[4].

إن انذار الشاري البائع المتخلف بالتسليم، علاوة على ذلك، مع أن الشاري أصبح مالكاً، يقلب عبء المخاطر. هذا ما نصت عليه المادة 1302: «عندما تتلف العين المحددة التي كانت موضوع الموجب... يسقط هذا الموجب إذا تلف الشيء أو فقد بدون خطأ المدين وقبل أن يتم انذاره»، مستعيدة القاعدة الموجودة في المادة 1138.

وتنص المادة 1303 أخيراً على أن البائع، إذا كان له بعض الحقوق أو دعوى التعويض، بسبب خسارة الشيء الذي انتقلت مخاطره إلى مكتسب الملكية، ملزم بالتنازل عنها لمكتسب الملكية. وذلك يسري على تعويض التأمين.

11216 ـ البيع مع النقل. حددت المادة 100 من قانون التجارة من جهتها أن الشيء المباع يجب أن ينقل لكي يتسلمه الشاري وذلك على مسؤولية الشاري. والحل يسري أيضاً في العلاقات بين التجار وبين التاجر وأحد الافراد. ويسوّغ كلياً لأنه أصبح

= الاولى، م إ د، 1896، 1، 151، كمية يقتضي اقتطاعها من الغلة؛ حكم غ ع، 27 تشرين الاول 1908، د د، 1911، 1، 15، عربون.

(1) انظر حكم الغرفة المدنية، 25 شباط 1896، الحالة الاولى، د د، 1896، 1، 151، مجموع انتاج فلّين، حكم الغرفة التجارية، 15 حزيران 1965، 823، بطاطا؛ حكم غ م أ ن، 14 تشرين الثاني 1979، د، 1980، إ س، 264، ملاحظة J. Ghestin، ماشية؛ حكم غ م أ ن، 8 تشرين الاول 1980، م ق ع، 1981، 1، 40، غلة ذرة، خسارة بسبب المطر؛ حكم غ م أ ن، أول شباط 1983، ن م، I، رقم 49، م ق ع، 1983، 1، بانوراما، 132، ملاحظة J. Dupichot، حيوانات بقرية مات احدها قبل وزنه؛ انظر ايضا L. Lorvellec، مصنف الاجتهاد المدني، المادتين 1585 و 1586؛ البيع جملة بالوزن والعد والقياس، 1992 والمقطع أ السابق، نقل ملكية.

(2) حكم غ م أ ن، 16 شباط 1977، م ق ع 1977، 1، بانوراما، 151، ثور، خسارة خلال النقل، ثمن يحدد لدى الوصول.

(3) انظر حول هذه القواعد الرقم 11183 السابق.

(4) انظر حول هذه النماذج من البيع الرقم 11167 السابق وما يليه.

مالكاً إمّا بمفعول العقد في ما يتعلق بالعين وإمّا بتفريد البضاعة الذي يحققه تسليم الناقل، في ما يختص بالشيء المعين بالنوع[1]. بيد أن هذه القاعدة لا تتوافق دائماً مع الفكرة التي تتكون لدى الشاري، ذلك بأنه قد يظن، عندما يكون مستهلكاً، عن حسن نية أن البائع يتحمل مخاطر النقل[2].

ولكن لها مع ذلك استثناءات. فالبائع مسؤول، في أول الأمر ويتحمل المخاطر في النهاية في حالة ارتكاب خطأ في أساس الخسارة أو تلف الشيء المباع، ولاسيما عدم تأمين التوضيب المناسب للسفر[3].

ثم إن نقل المخاطر، وذلك يسري على العلاقات بين التجار بوجه خاص، لا يمكن أن يتم، وكذلك نقل الملكية، إذا كان الشيء المعهود به إلى الناقل يشكل جزءاً من مجموعة لم يحصل تعيينه بعد بأنه مخصص لمكتسب الملكية. وهذه هي الحال، مثلاً، بالنسبة إلى عدد معين من السيارات ارسلها الصانع إلى وسيط تجاري من بين سيارات أخرى معدّة لوسطاء تجاريين مختلفين في المكان عينه؛ فإذا لحق الضرر ببعضها خلال النقل، قبل أن يجري التوزيع بين المرسل إليهم، فإن البائع يتحمل الخسارة[4].

11217 ـ الاتفاقيات حول المخاطر. للفريقين اللذين لهما دور في تحديد آونة

---

(1) ليس موضوع بند «خالص الاجرة» المستخدم في بيع السلع الشذوذ عن هذا النص ذلك بأنه ينزع، مبدئياً، إلى القاء المصاريف على عاتق البائع، انظر حكم غ ت ن، 6 تموز 1981، ن م، IV، رقم 207، آلة؛ انظر ايضاً حكم غ ت ن، 17 أيار 1983، ن م، IV، رقم 146، صفائح وصلت وقد اكلها الصدأ: بند «خالص الاجرة» لا يتعلق إلاّ بمصاريف النقل لا بالمخاطر التي تبقى خاضعة للمادة 100 من قانون التجارة؛ انظر ايضا D. Veaux، مصنف الاجتهاد المدني، المادة 1624، رقم 68.

(2) شذوذا عن هذا المبدأ في العلاقات مع المستهلكين يعلن القضاة، احياناً، ان البند الذي تصعب قراءته أو الذي يرد في قفا الطلبية التي وقعها الشاري، إذا كان فردا عاديا، والذي يضع مخاطر النقل على عاتق هذا الشاري لا يحتج به تجاهه، انظر كمثال حكم غ م أ ن، 3 أيار 1979، د، 1980، اعلامات سريعة، 262، ملاحظة J. Ghestin، بند يشترط نقل البضاعة على مسؤولية الشاري، ويكون واردا على ظهر الطلبية، غير محتج به تجاه مكتسب الملكية الذي لم يلاحظه.

(3) انظر حكم غ ت ن، 16 شباط 1953، م إ د، 1953، II، 7607، ملاحظة M. de Juglart، زيت، غياب التوضيب؛ حكم غ ت ن، 23 تشرين الثاني 1953، ن م، III، رقم 367، بيض؛ حكم غ ت ن، 11 أيار 1981، ن م، IV، رقم 220، تبليط؛ D. Veaux، مصنف الاجتهاد المدني، المادة 1624، رقم 18، الذي يبين أن الخطأ يمكن أن يرتكز على عدم اخذ مخاطر الشيء في الحسبان، على سبيل المثال خطر اشتعال داخلي، انظر حكم غ ت ن، 2 حزيران 1975، ن م، IV، رقم 254.

(4) انظر حكم محكمة استئناف باريس، 6 حزيران 1952، م إ د، 1953، II، 7390، تعليق M. de Juglart، بيع خالص الثمن والشحن والتأمين، نقص في الارز حاصل خلال النقل، اكياس مختلطة مع غيرها اختفت علاماتها بحيث أصبح من المستحيل التعرف إليها؛ وفي ما يتعلق بنقل الملكية، انظر حكم غ ت ن، 7 كانون الثاني 1963، ن م، IV، رقم 6، بيع خالص الثمن والشحن والتأمين، نقل، 69 بقرة حلوبة، أشياء معينة بالنوع، عدم التفريد رغما عن التطور، تدبير إداري، عدم إعلام مكتسب الملكية، لم يصبح المكتسب مالكا بعد، رفض صحة حجز أجراه الغير.

انتقال ملكية الشيء المجال الواسع لتعديل توزيع المخاطر وفقاً لما يرغبان فيه.

إن في وسعهما، على وجه الخصوص، الفصل بين المخاطر والملكية. ويبدو ذلك مفيداً بصورة خاصة عندما يتعلق الأمر ببند الاحتفاظ بالملكية، لأنه إذا لم يحتاطا لذلك، فإن اللجوء إلى هذا البند يترجم بإلقاء المخاطر على عاتق البائع الذي بقي مالكاً، وذلك رغماً عن انه لم يعد مالك استعمال الشيء[1]. ولتجنب هذه السيئة يجري إدخال اشتراط في بند الاحتفاظ بالملكية وبمقتضاه يتم الاتفاق على أن المخاطر تنتقل إلى الشاري[2].

والاتفاقيات حول المخاطر متواترة في البيع التجاري حيث يبدو نقل البضائع ضرورياً في الغالب بسبب المسافة التي تفصل بين اصحاب العلاقة[3] وتشكل إحدى حالات البيع مع النقل[4].

وخسارة الشيء أو تلفه خلال هذا النقل أحد اهتمامات الفريقين الاولى وهما يتفقان عموماً على من سيتحمل العبء. وهكذا، عندما يتفقان على عقد «بيع عند الوصول»، وخلافاً لما ينص عليه القانون العام، فإن هذا العقد «يترك الشيء المباع على مسؤولية البائع وعلى عاتقه» كما تعلن ذلك المادة 36 من قانون 3 كانون الثاني 1969 المتعلق بالتجهيزات والمبيعات البحرية: ذلك هو حال البيع «على سفينة معينة» وفيه يأخذ البائع على عاتقه النقل والمخاطر[5].

الفقرة 2 ـ نقل حراسة الشيء

11218 ـ الحراسة والملكية. الشيء المباع ينتقل، مبدئياً، بمفعول العقد، تحت حراسة الشاري الذي يصبح مسؤولاً عنه. على أن ثمة تصحيحات لهذا المبدأ: مسؤولية البائع تجاه الغير قائمة احياناً بشكل موضوعي مما يحجب مسؤولية المالك[6].

---

(1) انظر حكم غ ت ن، 19 تشرين الاول 1982، قضية Mécarex، ن م، IV، رقم 121، د، 1983، II، 1983، إ س، 482، ملاحظة B. Audit، المجلة الفصلية للقانون المدني، 1984، 515، ملاحظة J. Huet. تجهيز؛ انظر ايضاً غ ت ن، 11 حزيران 1985، ن م، IV، رقم 190، حصص شركات.

(2) انظر على سبيل المثال حكم غ ت ن، أول تشرين الاول 1984، ن م، IV، رقم 222، حريق، مخاطر الخسارة على عاتق مكتسب الملكية، في وسع البائع تلقي تعويض يحل محل البضائع التي فقدت.

(3) انظر على وجه الخصوص Ghestin et Desché، رقم 559.

(4) البيع الآخر هو بيع المستهلكين المسافي، انظر الرقم السابق ذاته.

(5) انظر R. Rodière et E Pontavice، رقم 424، وكذلك الرقم 11721 اللاحق.

(6) انظر حول هذه المسؤولية الموضوعية المبنية على المادتين 1382 و1383 من القانون المدني، والرقم 11419 اللاحق وما يليه.

غير أن امكانية وضع حراسة بنية الشيء على عاتق الصانع تمثل استثناء حقيقياً لمبدأ المسؤولية الملقاة على عاتق مكتسب الملكية بصفته حارس الشيء الذي اشتراه.

وحول مسؤولية البائع كحارس لأمكنته ومنتجاته المعروضة للبيع، انظر الفصل II اللاحق، القسم II، المدخل ج، موجب الأمن.

11219 ـ أ. مسؤولية الشاري بصفته حارس الشيء المباع. يؤدي عقد البيع، كالعقود الكثيرة الاخرى (الايجار والعارية وتأجير العمل المستقل والايداع...)، وإنما بقوة اكبر، من حيث المبدأ، إلى نقل حراسة الشيء التي تنتقل بهذه الطريقة إلى عاتق من اكتسب الملكية[1].

والشاري يصبح بالفعل مالكاً.. والحال أنه من المسلم به في قانون المسؤولية، وعلى اساس المادة 1384، الفقرة الاولى، من القانون المدني، ان مالك الشيء مفترض أن يكون الحارس ويسأل بهذه الصفة عن فعل هذا الشيء[2]. وعليه يضع البيع، حتى ولو كان تعريف الحارس يخضع لمعايير ملموسة أكثر مما هي قانونية ويرتكز على سلطات استعمال وادارة ورقابة[3]، مكتسب الملكية في الخط الاول بالنسبة إلى الضرر الذي يسببه الشيء المباع الذي اصبح يعود إليه.

غير ان المبدأ يختفي عندما يكون من الممكن أن ينسب إلى البائع، ولاسيما الصانع، حراسة بنية الشيء.

11220 ـ ب. حراسة بنية الشيء الملقاة على عاتق الصانع. ثمة حالات يعتبر فيها أن البائع، في علاقاته مع مكتسب الملكية، يبقى حارس بنية الشيء المتنازل عنه لأن العطل الذي يسببه مصدره في ما تسميه المحاكم «دينامية خاصة قابلة لأن تظهر بخطورة»[4]. والمسؤولية مبنية هنا أيضاً على المادة 1384، الفقرة الاولى، من القانون المدني، ومسؤولية الصانع، عملياً، هي التي يؤخذ بها على وجه العموم.

ومن المعروف، منذ نحو اربعين سنة، ان الاجتهاد انضم، لتطبيق المادة 1384،

---

(1) G. Viney, La responsabilité, conditions، المذكور سابقاً، رقم 690؛ حكم الغرفة المدنية الثانية، 11 أيار 1956، د، 1957، 121، تعليق R. Rodière، جرّارة مؤجرة لركب استثنائي.

(2) انظر كمثال A. Bénabent, Les obligations، 1994، رقم 616؛ حكم الغرفة المدنية الثانية، 16 أيار 1984، ن م، II، رقم 86، المجلة الفصلية للقانون المدني، 1985، 585، ملاحظة J. Huet، زجاجة قومها زبوة للصندوق، يبقى المخزن حارسا.

(3) حكم Franck، الغرف مجتمعة، 2 كانون الاول 1941، د، 1942، 25، تعليق G. Ripert، س، 1941، 1، 217، تعليق H. Mazeaud.

(4) انظر احكام الاجتهاد المستشهد به سابقاً في التعليق.

الفقرة الاولى، إلى فكرة التفريق، في فرضيات يعهد فيها المالك الشيء إلى الغير، من أجل نقله أو تصليحه، بين حراسة السلوك ـ المرتبطة باستعمال الشيء وهو من فعل المستعمل ـ وحراسة البنية التي يحتفظ بها المالك مع أنه منزوع اليد عن الشيء[1].

ثم توسع هذا الاجتهاد، أو بالاحرى جرى نقله، لصالح مكتسب الملكية ضحية منتج لارجاع المسؤولية إلى الصانع المعتبر حارس بنية المنتج والملزم بمسؤولية حوادث كهذه[2].

إن الاجتهاد يطبق، في هذه الرؤية الثانية، مبدأ حراسة البنية بالنسبة إلى زجاجات تحوي مشروباً غازياً وتنفجر في لحظة استهلاكها: صانع الجعة هو الذي له صورة الصانع ويُرجع إليه للحصول على التعويض، وغالباً ما لا يبدو أن إثبات عيب الشيء مفروض على الضحية[3]. وكان بالامكان إعطاء دور لهذا المبدأ أيضاً في انواع أشياء أخرى كبطارية انفجرت بين يدي مستعملها[4] أو سخّانة ماء[5]؛ بيد أنه جرى استبعادها في ما

---

(1) انظر في شأن حراسة البنية B. Goldmam, La détermination du gardien responsable du fait des choses inanimées، اطروحة في ليون، 1946؛ A. Tunc, Garde du comportement et garde de la structure dans la responsabilité du fait des choses inanimées، م إ د، 1957، 1، 1384، وكذلك La la responsabilité du fait des choses inanimées، م إ د، 1960، 1592؛ Carbonnier، رقم 263؛ Flour et Aubert، الباب 2، رقم 249 وما يليه؛ Malaurie et Aynès، رقم 203؛ Marty et Raynaud، الباب 1، رقم 501؛ Mazeaud et Chabas، رقم 571؛ Starck، تأليف Roland et Boyer، الباب 1، رقم 580 وما يليه، Terré, Simler et Lequette، رقم 758؛ le Tourneau، رقم 2277 وما يليه؛ Viney، الباب 1، رقم 691 وما يليه.

(2) مفعول ذلك هذه المرة اعفاء المالك من المسؤولية وليس الحفاظ عليها على عاتقه، انظر G. Viney, La responsabilité، 1982، رقم 696 وما يليه، والتعليق في مصنف الاجتهادات الدوري، 1976، II، 18419؛ وكذلك Starck، تأليف Roland et Boyer، الموجبات، المجلد 1، 1988، رقم 466 وما يليه، ولاسيما رقم 483، بالنسبة إلى تنوع التطبيقات.

(3) انظر حكم غ م ث ن، 5 حزيران 1971، د، 1971، الموجز 191، م ف ق م، 1972، 139، ملاحظة Durry، زجاجة شراب ليمون انفجرت بين يدي ولد؛ حكم غ م أ ن، 12 تشرين الثاني 1975، م إ د، 1976، II، 18479، تعليق G. Viney، رُبعية مشروب Ricqlès جرحت بائع مشروب بالمفرق؛ حكم الغرفة المدنية الثانية، 20 تموز 1981، مصنف الاجتهادات الدوري، الطبعة E، 1982، 13898، تعليق Chabas، م ف ق م، 1982، 428، ملاحظة Durry، زجاجة خمر التفاح، جروح اصابت مستخدماً يعمل في المخزن؛ حكم محكمة استئناف باريس، 7 تموز 1989، د، 1989، إ س، مشروب غازي، ضحية جرحت الكبسولة عينها، تقاسم المسؤولية مناصفة بسبب خطأ الضحية باستعماله شيئاً خطرا بدون الحذر الخاص.

(4) انظر حكم محكمة استئناف باريس، 5 كانون الاول 1975، م إ د، 1976، II، 18479، تعليق G. Viney، انفجار بطارية، مسؤولية الصانع.

(5) انظر حكم غ م أ ن، 2 شباط 1982، م ق ع، 1982، 2، بانوراما، 365، ملاحظة Chabas، غير منشور في النشرة الرسمية، انفجار، عيب في ابتكار نظام الامن، مسؤولية البائع بالمفرق الذي ركبه مستبعدة، إدانة الصانع.

يتعلق بالتلفاز (جهاز تلفزيون مستقبلي)[1] أو سيارة[2].

إن مبدأ حراسة البنية، والحق يقال، الذي يسوّغ مسؤولية الصانع تجاه الغير بقي تطبيقه محدوداً إلى حد ما[3]. ويتم اللجوء إليه بشكل اساسي في هذه الأشياء القابلة للانفجار ضمن شروط «سيئة التحديد».

11221 ـ الانتقادات. هذا الاجتهاد موضع انتقاد[4]. إن مكتسب الملكية، في أول الأمر، بكون هذا الاجتهاد في الغالب، لصالح هذا التفريق، هو الذي يطلب التعويض من الصانع عن طريق جرمية[5]، وذلك يجعل الحل المعتمد متناقضاً مع مبدأ نقل الضمان إلى خلفاء الشاري ومع القاعدة التي بمقتضاها لا يستطيع هؤلاء الخلفاء مقاضاة البائعين السابقين إلاّ عن الطريق العقدية[6].

وكون الاجتهاد، فضلاً عن ذلك، يقود إلى الأخذ بمسؤولية صانع شيء ما، كان

---

(1) انظر حكم غ م ث ن، 30 تشرين الثاني 1988، ن م، II، رقم 240، المجلة الفصلية للقانون المدني، 1989، 323، ملاحظة P. Jourdain، انجاز تلفاز، اضرار مادية، مسؤولية الصانع والبائع بالمفرق، عيب الشيء، المادة 1641 تطبق وحدها، استبدال اسباب التسويغ.

(2) انظر حكم غ م ث ن، 13 كانون الاول 1989، ن م، II، رقم 222؛ سائق جرى تنبيهه إلى العيب؛ وقد رفض القضاة ايضاً، في ظروف اخرى، أعمال هذه الإوالية؛ انظر بالنسبة إلى لقاح أدى إلى مرض الطبيب الذي لقح نفسه به عرضا، حكم غ م ث ن، 7 كانون الاول 1977، ن م، II، رقم 222، د، 1978، إ س، 202، ملاحظة Ch.Larroumet؛ وفي شأن أمثلة اخرى انظر Ph. le Tourneau, La responsabilité civile، 1982، رقم 2280؛ وإذا كان الشيء موضوع اجارة أو صيانة من قبل مهني، فإن المؤجر أو المصلح، على وجه العموم، مسؤول عن سوء عمله، انظر حكم غ م ث ن، 3 تشرين الاول و14 تشرين الثاني 1979،د، 1980، 325، وكذلك، G. Viney, La responsabilité، 1982، رقم 699.

(3) يضاف إلى ذلك أنه يبدو أن حكما قبل أن يكون تحذير المالك من قبل الصانع من أن الشيء مشوب بعيب تتعذر معالجته يبرئه من مسؤوليته، وذلك وضع منازع فيه جداً، انظر حكم الغرفة المدنية الثانية 13 كانون الاول 1989، النشرة المدنية، II، رقم 222، مركبة، حادث سبب اضرار جسيمة، رد طلب الضحية بالتعويض وحجة حراسة البنية المثارة ضد الصانع: كانت الضحية، قبل الحادث، على علم بعيوب نظام الكبح في مركبته الذي لم يتمكن من معالجته»؛ انظر ايضا O. Tournafond, Le Transfert de propriété d'un bien n'implique pas nécessairement celui de sa garde، تعليق على حكم غ م أ ن، 9 حزيران 1993، د، 1994، 80، نفايات.

(4) انظر على وجه الخصوص G. Viney، تعليق في م إ د، 1976، II، 18478، المذكور سابقا وبصورة أعم التفريق بين الحراسات، المسؤولية، شروطها، 1982، رقم 696 وما يليه والإسنادات؛ وحول تعدد انظمة التعويض، انظر J. Huet, Responsabilité contractuelle et responsabilité délictuelle، اطروحة في باريس II، 1978، مطبوعة على الآلة الكاتبة، رقم 570. انظر ايضاً في اتجاه ناقد Durry، م ف ق م، 1976، 787.

(5) انظر على سبيل المثال حكم غ م أ ن، 12 تشرين الثاني 1975، م إ د، 1976، II، 18479، تعليق G. Viney، رُبعية من المشروب Ricqlès: اعتبر الحكم ان الصانع احتفظ بالحراسة «رغما عن المبيعات المتعاقبة» التي شكل الشيء موضوعها.

(6) وحول الطابع العقدي بالضرورة الدعوى مكتسب الملكية الثاني ضد البائع السابق انظر 11296 اللاحق وما يليه.

غياب اثبات عيب هذا الشيء هو، بالنظر إليه ملياً، معقول. . ليس ثمة أي سبب لأن ينسب إلى المنتج المسؤولية عن الاضرار الناتجة عن استعمال منتج وضعه في التداول خارج حالة خطأ مؤكد. والمعيار الذي تستخدمه المحاكم، علاوة على ذلك، لاجابة طالب التعويض إلى طلبه، أي كون الشيء «مزوداً بدينامية خاصة قابلة لأن تبدو خطرة»، يشكو إلى حد كبير من عدم دقته.

وقد لوحظ اخيراً، بصواب، ان امكانية الغير الذي اصابه ضرر يمكن ربطها ببنية الشيء المباع في مقاضاة الصانع حل لا يعقل تطبيقه منهجياً بدون تحديد هذه المسؤولية في الزمن[1].

11222 ـ الاصلاح. إن هذه الانتقادات لها وزنها، واقتراح قانون، فضلاً عن ذلك، لنقل التوجيه المجموعي (أي المتعلق بالمجموعات الاوروبية)، حول المسؤولية عن فعل المنتجات المشوبة بالعيب ينص على إلغاء امكانية مقاضاة المنتج على اساس حراسة الشيء (المادة 1386 ـ 18)[2].

القسم II
موجبات البائع

11223 ـ تفسير العقد. يتفحص القانون المدني موجبات البائع قبل موجبات الشاري في المواد 1602 إلى 1649، وينص، على الفور، على أن «البائع ملزم بأن يشرح بوضوح ما يلتزم به»، ويضيف: «كل وعد غامض أو ملتبس يفسر ضد البائع» (المادة 1605)[3].

وللنص جذوره في القانون الروماني، ويعتبر دائماً، منذ القديم، من جانب البائع، وجود «اسلوب غامض غالباً ما يكون حيلة»[4]، وعليه أن يتحمل مسؤوليته.

---

(1) J. Carbonnier, Droit civil, Les obligations، 1990، رقم 266: «هل يكون مقبولا جواب بدون تحديد في الزمن؟».

(2) انظر حول هذا النص الرقم 11424 اللاحق وما يليه.

(3) النص شاذ عن القانون العام طالما أن المادة 1162 من القانون المدني تحوي إن العقد يجب أن يفسر لصالح من صدر عنه التعهد المعني.
بيد أن قانون أول شباط 1995 المتعلق بالبنود التعسفية واحدى قواعده كانت نقل التوجيه المجموعي بتاريخ 5 نيسان 1993 استعاد المبدأ ذاته في علاقات الاستهلاك بادخال المادة L.2-133 في قانون الاستهلاك التي تنص على ما يلي: «بنود العقد التي يقترحها المهنيون على المستهلكين أو غير المهنيين تفسر في حالة الشك بالمعاني الأكثر مراعاة للمستهلك أو غير المهني»؛ انظر حول هذا النص في التوجيه J. Huet Propos amers sur la directive du 5 avril، 1993، مصنف الاجتهادات الدوري، 1994، الطبعة I E، 1، 309، رقم 5.

(4) Troplong, De la vente، رقم 256، الذي استشهد بـ Loysel.

وإذا لاحظنا أن البائع، في المادة العقارية على وجه الخصوص، هو أفضل من يعرف الشي، وأن بائع اموال منقولة، في ايامنا، هو مهني في اغلب الاحيان، نرى أن هذا الحل الذي سبق اعتماده في عام 1804، مسوّغ أكثر فأكثر. على أن هذا النص نادراً ما يستخدم، ولا يراعى دائماً[1].

غير أنه يمكن جني افادة لحماية الاستهلاك وكذلك في العلاقات بين البائعين المهنيين ومكتسبي ملكية اموال طابع تقني معين[2]. والمادة 1602، اضافة إلى ذلك، تصور مقدما موجبات الإعلام الملقاة على عاتق البائع.

11224 ـ تعددية الموجبات. تعلن المادة 1603 من القانون المدني، وهي نص مفتاح لنظام البائع، ان هذا البائع يتحمل «موجبين رئيسيين، موجب التسليم وموجب ضمان الشيء الذي باعه». إن حالة القانون، والحق يقال، أكثر تعقيداً إلى ما لانهاية له[3].

فالموجب الثاني منقسم: لا يسري الضمان فقط ضد نزع اليد، وإنما أيضاً ضد العيوب الخفية. وعلى وجه الخصوص، مع الزمن، استطالت قائمة موجبات البائع شيئاً فشيئاً: تلقى على عاتق البائع، في آونة ابرام العقد ولدى التسليم، موجبات الإعلام والنصيحة، وظهرت منذ بعض الوقت نزعة إلى اكمال الضمان ضد العيوب بموجب امن.

وذلك عدا كون البائع يتحمل تجاه الغير أيضاً موجبات مرتبطة بالعقد تسوّغ اعتباره مسؤولا ولاسيما في حالة حادث سببه الشيء المباع: مسؤولية الخطأ، والمسؤولية المبنية على المادة 1384، الفقرة الاولى[4]، ومسؤولية فعل المنتجات التي قال بها التوجيه الاوروبي في 5 تموز 1985.

---

(1) انظر حكم الغرفة المدنية، 11 نيسان 1918، د، الدوري، 1921، 1، 224، طلبية أثاث، تنفيذ غير مطابق بشكل صحيح، استخدام صناعة الرياش، تفسير العقد لصالح البائع، مطاعن الشاري ثانوية، فسخ العقد مستبعد بالنسبة إلى العطل والضرر: لا تشذ المادة 1602 عن القواعد العامة لتفسير الاتفاقيات (غير أنه يمكن التفكير في أن العقد يعود بالاحرى إلى قواعد تأجير العمل المستقل)؛ انظر مع ذلك حكم محكمة استئناف باريس، 11 ايلول 1990، Dalloz، 1991، الموجز 161، ملاحظة O. Tournafond، تنازل عن اسهم بدون قيمة، عدم صحة المستندات الحسابية، مسؤولية المتنازل، المادة 1602 من القانون المدني، ابطال.

(2) انظر بصورة خاصة حكم غ م أ ن، 13 تشرين الاول 1993، د، 1994، 211، ومقالة A. Bénabent، د، 1994، العرض 115، لوازم معلوماتية، سعة أقل بوضوح من السعة المتفق عليها، نقض الحكم الذي رفض طلب اعطاء العطل والضرر: عندما يتوخى مكتسب ملكية تجهيز بسعة معينة ويكون ثمة سعة كامنة وسعة حقيقية، أو «مرتبة لمعطيات المعلومات»، يلزم البائع بإعلام الزبون بوضوح، وليست الحال كذلك عندما «لا تحدد الطلبية هذه النقطة».

(3) انظر كمثال Malaurie et Aynès، رقم 270، Collart Dutilleul et Delebecque، رقم 325 وما يليه.

(4) انظر حول نقل حراسة الشيء المباع الرقم 11218 السابق.

وينبغي، فضلاً عن ذلك، لتأكيد انطباع التعقيد هذا، القول إن ثمة نسبة تخفيفية للوسائل القانونية التي يمكن أن تثار ضد البائع تضاف إلى الموجبات الموجودة على عاتقه: يلاحظ ذلك في صدد الجمع، المقبول منذ وقت قريب في الاجتهاد لصالح الشاري، بين دعوى الضمان في حالة العيب الخفي وطلب بطلان البيع.

القسم الفرعي التمهيدي:
التعقيد المتزايد لنظام البائع

11225 ـ التقسيم. من الملائم، في هذا السياق، قبل الدخول في تفصيل الأشياء الواقعية، إبداء بعض الملاحظات التمهيدية حول بعض الموجبات الملقاة على عاتق البائع لتحديد ما إذا كان من الممكن اختصار نظام البيع في هذا الصدد، أو ما إذا كان تطور القانون ينزع على العكس إغنائه بمبادىء جديدة. وسنتطرق إلى الجمع مع دعوى البطلان التفريق بين موجب التسليم وموجب الضمان ضد العيوب الخفية والنزعة إلى فرض موجب أمن على البائع وبروز موجب تأمين خدمة بعد البيع لبعض المنتجات.

11226 ـ أ. الجمع مع دعوى البطلان. معاقبة موجبات البائع تعود إلى وسائل كدعوى الفسخ أو طلب العطل والضرر. على أن مكتسب الملكية، عند وجود عيب في الشيء، قد يطلب بطلان العقد لغلط في الصفات الجوهرية. ويجد على وجه الخصوص، بالمقاضاة عن هذه الطريق، فائدة التملص من المهلة القصيرة الواردة في المادة 1648 من القانون المدني، والمطبقة ضد العيوب وامكانية المقاضاة خلال خمس سنوات اعتباراً من الآونة التي وعى فيها الغلط المرتكب، أي العيب الموجود، كما تنص على ذلك المادة 1305 من القانون المدني.

وقد رفضت المحاكم لمدة طويلة الافساح في المجال لتجنب قواعد البيع عن طريق اللجوء إلى النظرية العامة للموجبات باجبار المدعي على مراعاة المهلة القصيرة عندما لا يكون الغلط المتمسك به سوى نتيجة عيب ما[1]. وهذا الحل يمكن أن يسوّغ بأن الضمان

---

(1) انظر حكم غ م أ ن، 4 كانون الثاني 1960، ن م، I، رقم 4، جلود خراف مجزوزة بدت فاسدة بعد غمرها بالماء، تأخر الدعوى؛ حكم الغرفة المدنية الاولى، 19 تموز 1960، النشرة المدنية، I، رقم 408، مجلة قصر العدل، 1960، 2217، المجلة الفصلية للقانون المدني، 1961، 332، ملاحظة Carbonnier، جرّارة مستعملة، نقض؛ انظر M. Alter, L'obligation de délivrance dans la vente de meubles corporels، اطروحة في عام 1972، رقم 141: كان موقف الاجتهاد في السابق معاكسا، انظر O. Tournafond, Les prétendus concours d'actions et le contrat de vente- erreur sur la substance, défaut de conformité, vice caché، د، 1989، العرض 237، رقم 23، وهو يستشهد باحكام نهاية القرن الماضي.

وقد تأكد هذا الحل في حكم ملفت في صدد بيع قطعة أرض اعلنت شهادة مدينية أنها قابلة للبناء في حين أن مكتسب الملكية لم يتمكن من الحصول على رخصة بناء لعدم وجود وسيلة مواصلات سالكة، =

ضد العيوب نظام وضعه المشترع على وجه الخصوص تبعاً لما يتطلبه البيع ويقتضي أن لا يكون بالامكان إفشاله باللجوء إلى القانون العام للعقود: تشذ الاحكام الخاصة عن الاحكام العامة[1]. وطلب البطلان، في نطاق نظام عدم الجمع هذا بين الدعاوى العقدية المتاحة امام الشاري، لا يمكن استخدامه إلاّ في حالة كون العيب في الصفة الجوهرية ليس مصدره عيب في الشيء يؤثر في الاستعمال المعدّ له وإنما غياب إحدى خاصياته أو صفاته[2].

بيد أن الاجتهاد تعدل حول هذه النقطة. فقد اصدرت محكمة النقض منذ نهاية الثمانينات عدة احكام تجيز للشاري المقاضاة لبطلان البيع في حين أن الغلط المتمسك به يعود إلى أن الشيء مشوب بعيب وليس بالتالي من الممكن توقعه[3]. وصدرت بعض الاحكام في هذا الاتجاه كي يتاح للشاري إقامة دعواه بدون أن يكون عليه مراعاة المهلة القصيرة[4].

= حكم غ م ث ا ن، 11 شباط 1981، د، 1982، 287، تعليق J.-L.H، م إ د، 1982، 19758، تعليق Ghestim، د، 1981، اعلامات سريعة، 440، ملاحظة Lorroumet: اعتبر الغلط في الصفة جوهريا وقد ظهر «نتيجة عيب خفي جعل الشيء غير صالح للاستعمال»: غير أنه ربما كان من الأفضل، في هذه الحالة، بالنسبة إلى مكتسب الملكية، ان يكون في أرضية عدم المطابقة، للتمسك بالقانون العام، انظر بهذا المعنى J.- L.Bergel, La vente d'immeubles existants، 1983، رقم 522.

(1) انظر في هذا الاتجاه Carbonnier، الملاحظات المذكورة سابقاً، م إ م، 1961، 332؛ يتم ايضاً، لتسويغ تطبيق المهلة القصيرة في الحالات جميعاً عندما يكون ثمة عيب، إبراز أن هذه المهلة يمكن أن لا تكون موجودة دائماً وقد تحدث بعد البيع، ومن هنا ضرورة المقاضاة بسرعة في حين أن الصفة الجوهرية للشيء لا تتغير، انظر Ripert et Boulanger، الباب III، 1958، رقم 1527.

(2) انظر حكم محكمة استئناف Douai، 30 أيار 1949، د، 1949، 592، بيع جرّارة من 15 ـ 30 حصانا، الجرارة المسلمة من 10 ـ 20 حصانا، غلط.

(3) انظر حكم غ م ث ا ن، 18 أيار 1988، ملكية مبنية، وجود دورة خشب، حق الشاري في المقاضاة استنادا إلى المادة1110 من القانون المدني، Dalloz، 1989، 450، تعليق Lapoyade Deschamps المؤيد، Dalloz، 1989، الموجز 229، ملاحظة J.- L. Aubert المؤيدة، المجلة الفصلية للقانون المدني، 1990، 342، ملاحظة Ph. Rémy؛ انظر حكم غ م ث ا ن، 28 حزيران 1988، د، 1989، 450، تعليق Lapoyade Deschamps المذكور آنفاً د، 1989، إعلامات سريعة، 229، ملاحظات J.- L. Aubert المذكورة سابقا، سيارة مستعملة خضعت لتغيير ملحوظ؛ حكم الغرفة المدنية الاولى، 28 حزيران 1989، النشرة المدنية، I، رقم 208، Défrenois، 1990، 743، ملاحظة J.-L. Aubert، دراجة نارية صغيرة علبة سرعتها انكسرت بعد البيع بقليل.

(4) انظر حكم غ م ث ا ن، 28 حزيران 1988، د، 1989، 450، المذكور سابقا؛ حكم غ م أ ن، 28 حزيران 1989، ن م، I، رقم 268، المذكور آنفا، قارن بحكم غ م أ ن، 20 تشرين الثاني 1990، ن م، I، رقم 266، هرة ماتت بمرض السحايا الدماغية بعد الشراء بقليل، قانون عام 1971 الذي يجيز دعوى البطلان خلال خمسة عشر يوما في حالة الحمة الصفراء (التيفوس) أو قلة الكرويات البيضاء، امكانية اقامة دعوى الضمان استناداً إلى المادة 1641 لاسباب اخرى؛ اضف إلى ذلك حكم غ م أ ن، 16 نيسان 1991 ن م، I، رقم 144، سيارة، جرى لحم عزقات احد الدواليب بسبب الاستهلاك، حادث، دعوى الشاري بعد سنة، نقض الحكم الذي رد الدعوى بسبب التأخر بدون البحث عما إذا كان هناك خداع؛ حكم الغرفة المدنية =

ولدعم هذا التحول جرى بيان أن دعوى البطلان، ولاسيما عندما يكون الغلط مترابطاً مع الخداع، تسهّل سن ضوابط العقد[1]، وأن الحل، في أي حال من الاحوال، يساهم في تعزيز حماية الشاري، ويمكن اعتبار ذلك مفيدا[2]. غير أن الحل الجديد لم يحظ باجماع المعلقين، إذ لدى بعضهم هاجس الحفاظ على التفريق التقليدي[3]. وذلك مفهوم ولاسيما أنه لا يسير في اتجاه اختصار قانون البيع المأمول في نظر الكثيرين.

11227 ـ ب. التفريق بين موجب التسليم وضمان العيوب الخفية. ثمة شكوى من أن قانوننا يعرّض البائع لعدد كبير جداً من المراجعات، مما يشكل مصدراً لاطائل تحته للتعقيد حتى للالتباس[4]، ومن وجود نزعة إلى تقليص هذا التنوع وإلى السعي إلى وحدة أكثر. وثمة تفكير فقهي، منذ نحو ثلاثين سنة، سار في هذا الاتجاه نشطته الاعمال التي جرت على مستوى دولي لتأحيد قانون البيع[5]. وحول موجب التسليم المنظور إليه كموجب إعطاء شيء مطابق لنصوص العقد جرى البحث عن الحل.

والهدف، بصورة خاصة، هو جمع النظامين المختلفين قليلاً وهما، من جهة اولى، نظام ضمان المطابقة المعتبر تقليدياً مرتبطاً بالتسليم وعائداً قبل أي شيء لمبادىء القانون العام، ومن جهة ثانية نظام الضمان ضد العيوب الخفية وهو موضوع قواعد خاصة في القانون المدني.

= الاولى، 27 تشرين الاول 1993، Dalloz، 1994، 211، سيارة مرسيدس مباعة في حالة ممتازة، استهلاك شبه تام للمحرك.

انظر أيضاً F. Bussy- Dunaud, Le concours d'actions en justice entre les mêmes parties، اطروحة من منشورات L. G. D. J.، 1988، مقدمة J. Ghestin، رقم 436 وما يليه.

(1) انظر J.- L. Aubert، Dalloz، 1989، اعلامات سريعة، 229، الملاحظات المذكورة سابقا.

(2) انظر في هذا الاتجاه Lapoyade Deschamps، التعليق المذكورة سابقا، Dalloz، 1989، 450.

(3) انظر على وجه الخصوص، لصالح الحفاظ على التفريق التقليدي بين الغلط والعيب O. Tournafond, Les prétendus concours d'actions et le contrat de vente- erreur sur la substance défaut de conformité, vice caché-، 1989، العرض 237، المذكور سابقاً، رقم 33.

(4) انظر بصورة خاصة Malaurie et Aynès، رقم 280 وما يليه؛ Coss et Bihr، الباب I، صفحة 187 وما يليها؛ Ghestin et Desché، رقم 760 وما يليه؛ Ph. Le Tourneau, Conformité et garanties dans la vente d'objets mobiliers corporels، المجلة الفصلية للقانون التجاري، 1980، 231؛ J. Ghestin, Confor- mités et garanties dans la vente، L. G. D. J.، منشورات 1983؛ Ch. Atias, L'obligation de délivrance conforme، د، 1991، العرض 1. ويبدو ان الاجتهاد لا يؤيد، في الوقت غينه، تعدد هذه الموجبات بالاعتراف بوجود موجب أمن تجاه الشاري في عقد البيع، انظر المقطع ج اللاحق.

(5) انظر الرقم 11741 اللاحق وما يليه؛ M. Altier, L'obligation de délivrance dans la vente de meubles corpoarels، اطروحة في L. G. D. J.، 1972، رقم 94 وما يليه؛ J.- L. Boulay, La conformité des biens dans la vente de meubles corporels, étude comparative، اطروحة على الآلة الكاتبة، باريس II، 1979.

ويلفت انصار هذا المفهوم التوحيدي[1] النظر إلى أنه نادراً ما يكون هناك فارق بين التسليم والضمان، وبين عيب المطابقة والعيب الخفي. والشيء، في الحالتين، ليست له الخاصيات المتفق عليها، أي تلك التي ينتظرها الشاري[2]. والتقيد بالعقد المفروض على البائع يعود إلى موجب وحيد: تسليم شيء مطابق لما اتفق عليه الفريقان[3]. ويكون مسؤولاً كلما قدم شيئاً لا يتوافق مع التوق المشروع للشاري.

إن التفكير الذي نما على هذا النحو، في الاساس، في قانون الاعمال، ينزع إذاً إلى اختصار النظام القانوني لموجبات البائع، مما يرضي بصورة خاصة ما ينتظره المهنيون. وقد ظهرت النزعة نفسها في قانون الاستهلاك حيث يرى بعض المؤلفين أن ذلك يعزز حماية المستهلكين بتسهيل مراجعاتهم[4].

11228 ـ 1°. معطيات الجدال. ليس الجدال فقهياً وحسب. إنه يجتاز الاجتهاد وله تأثيرات عملية، ذلك بأن القانون الوضعي، بإخضاع الضمان ضد العيوب الخفية لنظام خاص، يكرس تعددية موجبات البائع، ولهذا النظام انصاره[5]. بيد أن التفريق بالنسبة إلى موجب تسليم شيء مطابق ليس سهل القيام به وتنتج عنه مشاكل الحد[6].

وفي الواقع يرتكز سوء تنفيذ موجب التسليم، في هذا الصدد، على تسليم شيء غير مطابق لما ينتظره الشاري. والحال ان العيب الخفي يعرّف بأنه ما يجعل الشيء غير جدير بالاستعمال المعدّ له. وإذا بدا الشيء غير صالح للاستعمال المرجو فلا يكون مطابقاً لما يتوقعه مكتسب ملكيته... هناك إذاً تشابك وأوضاع وسيطة لا مفر منها بحيث أن هذا الوصف أو ذاك منذور للتطبيق أيضاً.

ثمة إذاً، في قضية الأبقار الممتلئة والابقار غير الممتلئة، نوع من القطع المكافىء (parobole) القانوني حول هذا الموضوع: يتناول البيع ابقاراً ممتلئة، والحال أن الابقار

---

(1) انها «الأحدية» في عرف Malaurie و Aynès، رقم 286؛ اضف إلى ذلك Ghestin et Desché، رقم 760 وما يليه، وفي عرفهما «الالتباس... حتمي»؛ انظر ايضاً Ch. Atias, L'équilibre renaissant de la vente، د، 1993، العرض 1، وهو يلاحظ برضا تطور الاجتهاد المؤيد، في الثمانينات، لامتداد موجب التسليم، ويعلن: «أن البيع كان يبدو منفجراً»

(2) انظر J. Ghestin, Conformités et garanties de la vente، منشورات L. G. D. J.، 1993، رقم 210.

(3) انظر A. Alter, L'obligation de délivrance dans la vente de meubles corporels، رقم 84 وما يليه.

(4) انظر J. Calais- Auloy, Rapport de la commission refonte droit de la consommation، 1985، صفحة 36.

(5) انظر على سبيل المثال تأييداً للتفريق مختلف أنواع الدعاوى المتاحة امام مكتسب الملكية G. Tournafond, Les prétendus concours d'actions et le contrat de vente- erreur sur la substance, défaut de conformité, vice caché-، د، 1989، العرض 237.

(6) انظر حول هذاالتفريق، J. Huet, Responsabilité du vendeur، رقم 26 وما يليه.

المسلمة ليست ممتلئة. هل أن ذلك عيب في التسليم أو عيب خفي؟ يمكن التفرس في الحل الثاني: الشيء المسلم كان غير جدير بالاستعمال المرجو باعطاء ابقار صغيرة؛ بيد أنه يبدو مطابقاً لأن المسلّم هو ابقار؛ والعيب الخفي يرتكز على أنها لم تكن ممتلئة. على أن محكمة النقض لم تأخذ بهذا الوصف: كان هناك، في عرضها، عيب في التسليم[1]. إن التفريق بين تسليم شيء ما والضمان ضد العيوب ليس سهلاً.

وقانوننا، مع ذلك، يحتفظ به، مما تنجم عنه فروقات قانونية. وتعود الفائدة العملية للتفريق، وتشهد عليها منازعات قانونية كثيرة، قبل أي شيء، إلى مهلة المقاضاة. فإذا كانت دعوى الشاري في ارضية التسليم، فلا يكون للمادة 1648 من القانون المدني دور تقوم به، أما إذا كانت المطالبة تعود إلى عيب خفي فإن المهلة الواردة في هذا النص هي التي تطبق[2]. ومن هنا الحالات التي تقبل فيها الدعوى، رغماً عن بطء الشاري، والحالات التي ترد فيها بسبب التأخر.

غير أن احكاماً صدرت، منذ بعض الوقت، عن محكمة النقض تدعو إلى التفكير في أن هذه المحكمة عدلت عن تطبيق التفريق. فقد قبلت، بالفعل، دعوى مكتسب الملكية بدون شرط المهلة القصيرة، مع أن عيب الشيء هو مصدر عدم رضاه: جرى قبول مطالبته على أساس عيب المطابقة. وفي زحمة بعض الاحكام فتح حكم للهيئة العامة بكامل اعضائها، في 7 شباط 1986، الطريق بوضوح: كان الأمر يتعلق بمنتج عازل تبين أنه غير صالح لهذا الاستعمال، وأعاد الحكم وصف العيب الخفي كعيب في التسليم[3]، في ظروف لم يكن بالامكان القول إنها «تعلن نهاية» المادة 1648 من القانون المدني[4]. وعقب هذا الحكم اندرج تيار اجتهادي بكامله في هذا الاتجاه[5].

---

(1) حكم غ م أ ن، 21 شباط 1979، ن م، I، رقم 73.

(2) انظر الرقم 11224 اللاحق، وحول هذه المهلة الرقم 11314 اللاحق.

(3) د، 1986، 293، تعليق A. Bénabent، نقض، بناء، دعوى صاحب العمل المستقل ضد الصانع، انظر ايضا حكم الهيئة العامة بكامل اعضائها، 7 شباط 1986، قضية PCA، قرميد معد لإقامة فواصل. انظر، في السابق على سبيل المثال، حكم غ م أ ن، 5 تشرين الثاني 1985، قضية Moto Guzzi، ن م، I، رقم 287، نقض، دراجة نارية صغيرة.

(4) عنوان تعليق A. Bénabent، د، 1986، 293، المذكور سابقاً.

(5) صدرت الاحكام بشكل اساسي عن غ م أ ن، انظر حكم غ م أ ن.، 21 حزيران 1988، ن م، I، رقم 203، منتج لعزل حصر الابنية، عدم صلاحه لوظيفته العازلة، عيب في المطابقة؛ حكم الغرفة المدنية الاولى، 14 شباط 1989، النشرة المدنية، I، رقم 83، Dalloz، 1989، II، اعلامات سريعة، 80، نظام انذار لم يعمل مطلقاً، عيب في الصنع، نقض الحكم الذي رد الادعاء بسبب التأخر، ضرورة «تسليم شيء مطابق لغايته الطبيعية»؛ حكم غ م أ ن، 29 كانون الثاني 1991، د، 1992، 95، تعليق Karila، م إ د، 1992، II، 21935، تعليق Ginestet، جرارة، نقض.

انظر ايضا حكم غ م أ ن، أول كانون الاول 1992، ن م، IV، رقم 389، آلة لتحضير البطاطا المقلية.

بيد أنه صدرت، في الوقت عينه، احكام أخرى عن محكمة النقض تمسكت بالتفريق بحزم[1]. ونزعت سلسلة احكام صدرت في عام 1993 إلى اصلاحه[2]، وفي الوقت عينه إلى اقتراح المعيار الضروري لدعمه: يرتكز موجب التسليم على تقديم شيء «مطابق للخصائص المتفق عليها»[3]، في حين أن الضمان يتناول «العيوب التي تجعل الشيء غير صالح لغايته الطبيعية»[4]. وكان هناك ارتياح لأن الحد بين الموجبين جرى تعريفه أخيراً بشكل واضح وامكانيات التشابك بين الدعاوى التي يمكن أن يكون البائع موضوعها تحددت[5].

---

(1) انظر كمثال حكم غ م أ ن، 11 حزيران 1991، ن م، I، رقم 201، العقود والمنافسة والمستهلكون، تشرين الثاني 1991، رقم 219، ملاحظة Leveneur, Mobil- home، صنع سيء للتدفئة والتهوية، مسؤولية البائع، موجب الامن، المادة 1948 غير قابلة للتطبيق على التعويض عن الاعتداء على السلامة الجسدية، المادة 1648 تطبق على دعوى فسخ البيع، تأخر؛ حكم غ ت ن، 3 نيسان 1990، ن م، IV، رقم 108، مجموعة تسيير السفن، مهلة السنة الواردة في قانون عام 1967 مطبقة؛ حكم غ م ث ا ن، 27 آذار 1991، د، 1992، 95، تعليق J.- P. Karila، م إ د، 1992، II، 21938، تعليق Ginestet، قرميد متصدع من الجليد، عيب في الصنع، المطابقة مع العقد، ضرورة المقاضاة في مهلة قصيرة.

(2) انظر A. Bénabent, Conformité et vices cachés dans la vente: L'éclaircie، د، 1994، العرض 115؛ تعود الفائدة الخاصة المرتبطة بهذه الاحكام إلى كونها صادرة عن غ م أ ن ذات الخبرة في موضوع الالتباس بين الموجبين، انظر على وجه الخصوص حكم غ م أ ن، 5 أيار 1993، د، 1993، 506، تعليق A. Bénabent، م إ د، الطبعة E، 1994، II، 526، تعليق L. Leveneur، قرميد: «العيوب الخفية المعرّفة كشائبة تجعل الشيء غير صالح لما أُعد له لا تفسح في المجال لدعوى المسؤولية العقدية، وإنما لضمان كيفيات محددة في المادة 1641 وما يليها»؛ حكم غ م أ ن، 16 حزيران 1993، د، 1994، 210، سيارة، سيئة العمل، مسافة كيلومترية مضاعفة للمسافة المسجلة في العداد، عدة حوادث، انقضى الحكم الذي رد طلب الفسخ بسبب التأخر، موجب التسليم؛ حكم غ م أ ن، 13 تشرين الأول 1993، د، 1994، 211، نظام معلوماتي، سعة حقيقية ادنى بكثير من السعة المتفق عليها، فارق بين السعة الكامنة والسعة الحقيقية، عدم قيام البائع بالإعلام، نقض الحكم الذي رد طلب العطل والضرر، ضرورة البحث عما إذا كانت اللوازم «تتمثل فيهاالخصائص المحددة في الاتفاقية»؛ حكم غ م أ ن، 27 تشرين الاول 1993، د، 1994، 212، سخّانة ماء كهربائية، تسرّب ناتج عن عيب في التركيب أو عن شدّ سيء لمسمار كبير في المصنع، رد الطعن للاّقبولية لمتأخر دعوى التعويض التي اقامها مؤمّن الشاري، المادة 1648 من القانون المدني: «تشكل الشوائب التي تجعل الشيء غير صالح لمقصده الطبيعي العيوب المعرفة في المادة 1641 من القانون المدني»، وهذا النص في هذه الحالة هو «الاساس الوحيد الممكن للدعوى» المقامة ضد البائع؛ حكم غ م أ ن 8 كانون الاول 1993، د، 1994، 212، سيارة، عدم صلاحها عيب خفي، رد بسبب التأخر، المادة 1648 من القانون المدني.

(3) حكم غ م أ ن، 16 حزيران 1993، د، 1993، 210، سيارة، المذكور سابقاً، ولذلك حكم غ م أ ن، 13 تشرين الاول 1993، د، 1994، 201، نظام معلوماتية، المذكور سابقا.

(4) حكم غ م أ ن، 27 تشرين الاول 1993، د، 1994، 212، سخّانة ماء كهربائية، المذكور سابقاً، وكذلك حكم غ م أ ن، 8 كانون الاول 1993، د، 1994، 212، سيارة، المذكور سابقا: «يشكل عيب مطابقة الشيء المباع لمقصده الطبيعي العيب الوارد في المادة 1641 وما يليها.

(5) انظر A. Bénabent, Conformité et vices cachés dans La vente: L'éclarcie، د، 1994، العرض 115، رقم 7، تبيان أن الجمع يبقى ممكناً عندما ينقص فارق في الخصائص المتفق عليها الاستعمال الذي يمكن أن ينتظر من الشيء.

وهذا التطور الجديد اتاح توضيح الأمور، وإنما ثمة احتفاظ بانطباع انقسام داخل محكمة النقض وتباين فقهي.

11229 ـ 2°. إقتراح الحل. يمكن التقدير أن الجدال أتسع بشكل مغالى فيه بالنظر إلى الرهان. ثمة عناصر حل يمكن البحث عنها إنطلاقاً من بعض التحققات.

فالمفهومان، من جهة اولى، يفترقان بسهولة كبيرة. فعيب المطابقة، في نظرية متينة ـ ليس الشيء ما هو متفق عليه ـ هو، وفقاً للاستلاحات (أي مشابهة الحقيقة) جميعاً، تقصير بالنسبة إلى العقد أخطر من العيب الخفي ـ لا يوفر الشيء المقدم الارضاء المنتظر منه. وعيب المطابقة، في الممارسة، يثار على وجه العموم عند تسلم الشيء لأن خطورته هي في التعرّف إليه بسهولة، في حين أن العيب الخفي يظهر اعتيادياً بصورة لاحقة، وهذا يمكن أن يسوّغ الفارق بين الفرضيتين، هذا في ما عنى الازدواجية. ومن ناحية أخرى، رغماً عن كل شيء، يمكن فهم التوق إلى أن يطبق عليهما النظام ذاته، ولاسيما في شأن مهلة المقاضاة: مهلة كلاهما قصيرة إلى حد ما تسمى «المهلة المعقولة» كما فعلت اتفاقية ڤينا حول بيع السلع الدولي في صدد عيب المطابقة[1]، أو «المهلة القصيرة» كما فعل القانون المدني في ما يتعلق بعيب المطابقة أو العيب الخفي.

على أي حال من السهل الإحاطة بفائدة المسألة طالما أنها تعود إلى السرعة في التمسك بالضمان. وما يبدو أن قبوله أكثر معقولية هو، على عكس ما ينزع الاجتهاد إلى الاتجاه نحوه مستبعداً المادة 1648 من القانون المدني، ان يعلم الشاري البائع بسرعة بأسباب تسويغ عدم رضاه، سواء تعلق الأمر بعيب في المطابقة أو بعيب خفي.

والأسهل في القانون الوضعي هو ولا ريب تبني نظام إصلاح متسلسل زمنياً لاسباب التسويغ القانونية التي يمكن التمسك بها ضد البائع تبعاً للسير الملموس للأمور كما يجري إقتراح ذلك[2]. ومن الملائم في ما يتعلق بما يتبين فوراً للشاري، عند التسلم أو بعد ذلك تماماً، أن يطبق عليه نظام موجب التسليم، وإذا لم يرفض الشاري الشيء يعتبر التسليم موضوع قبول[3]، وإذا ظهر، لاحقاً، ان الشيء غير مطابق لما يتم الاتفاق عليه أو للاستعمال الممكن انتظاره، فإن الطريق القانونية التي تبقى متاحة هي الضمان ضد العيوب الخفية[4]. وهكذا يتدخل التحقق من المطابقة في المرحلة الاولية، أي مرحلة

---

(1) المادة 39 ـ 1° من الاتفاقية، انظر الرقم 11745 اللاحق.

(2) انظر على وجه الخصوص M. Alter, L'obligation de délivrance dans la vente de meubles corporels، رقم 144: يكون للضمان دوره في حال «اكتشاف متأخر لمخالفة التسليم»؛ J. Ghestin, Conformités et garanties de la vente، رقم 225.

(3) انظر الرقم 11259 السابق.

(4) وحول إعمال هذا الضمان انظر الرقم 11296 اللاحق وما يليه.

اتمام التسليم، والضمان ضد العيوب الخفية في المرحلة اللاحقة لاستعمال الشيء.

11230 ـ ج. النزعة إلى فرض موجب امن على البائع. منذ الفترة التي ادرج القضاة فيها، في عام 1911، في عقد النقل موجب امن، امتد حقل تطبيق هذا المبدأ بانتظام. بيد أن التطبيق المعتمد كان يتعلق بصورة رئيسية بتقديم الخدمات: الصناعة الفندقية، مصعد التزلج، ميدان التزلج. . . . وكان يمكن التساؤل عما إذا كان من المناسب اعتماده ايضاً بالنسبة إلى البيع، الاداة الرئيسية للتبادل. ونلاحظ، فضلاً عن ذلك، منذ بضع سنوات، نزعة إلى فرض موجب الامن على البائع[1].

على أنه ثمة مجازفة، في ما يتعلق بالبيع، في التشابك مع الضمان ضد العيوب الخفية، ويخشى، كما في ما يتعلق بموجب تسليم شيء مطابق[2]، استبعاد المهلة القصيرة المنصوص عليها في المادة 1648 من القانون المدني بمفعول اللجوء إلى موجب يعود إلى قانون العقود العام.

وقد برزت، في الحقيقة، مسألة معرفة ما إذا كان يقع على البائع موجب الامن في أول الأمر في صدد العطل والضرر الحادثين في الامكنة المفتوحة امام الزبن، وكان الجواب على هذه النقطة سلبياً. وقفزت في ايامنا إلى ارضية اخرى طالما ان المسألة اصبحت تطرح في شأن العطل والضرر اللذين يسببهما الشيء المباع لشخص مكتسب الملكية أو لماله.

11231 ـ 1°. أمن الاشخاص في أمكنة البائع. جرى التساؤل في الستينات عما إذا كان على البائع موجب عقدي في الأمن بالنسبة إلى العطل والضرر اللذين يمكن ان يحدثا في الاماكن المفتوحة للزبن. وكان الجواب عن هذه المسألة سلبياً ولم يتغير الاجتهاد حول هذه النقطة.

فالبائع، في عرف المحاكم، لا يضطلع بموجب امن بالنسبة إلى العطل والضرر اللذين قد يحدثا للزبن في مؤسسته[3]. وتعويض الضحية يعود اذن، في هذا الصدد، إلى القواعد الجرمية، وذلك مسوّغ بأنه يوجد داخل المخزن زائرون عاديون هم الغير، وزبن

---

(1) انظر حول موجب البائع في الامن A. Bénabent، رقم 205 وما يليه؛ Collart Dutilleul et Delebecque، رقم 328؛ Veaux- et D.Veaux Fournerie، مصنف الاجتهاد، العقود والتوزيع، الكراسة 1335 موجب البائع في الامن.

(2) انظر الرقم 11227 السابق.

(3) حكم غ م أ ن، 7 تشرين الثاني 1961، د، 1962، 146، تعليق Esmein؛ حكم غ م ث ن، 19 تشرين الثاني 1964، د، 1965، 93، تعليق Esmein، مصنف الاجتهادات الدوري، 1965، 14022، تعليق Rodière.

حقيقيون[1]. وليس من المعروف دائماً، حتى في ما يتعلق بالذين يتصرفون كزبن لانهم اختاروا بعض السلع لاكتساب ملكيتها، بشكل أكيد، عندما يقع حادث داخل الامكنة التجارية، إذا كانت ارادتهم الشراء بالفعل. وعدم اليقين حول وجود اتفاقية بين الفريقين يمنع بالتالي، في ظروف كهذه، الإسناد إلى المسؤولية العقدية وإلى موجب الامن المرتبط بها.

ومسؤولية البائع على الصعيد التقصيري يؤخذ بها إمّا بسبب خطأ مثبت في إعداد امكنته التجارية أو في ادارتها، وإمّا استناداً إلى المادة 1384، الفقرة الاولى، من القانون المدني. والضحية، على هذا الاساس الاخير المعتمد بطيبة خاطر، تحصل بقوة القانون على التعويض، سواء أكان الضرر قد سبّبه شيء معروض للبيع[2]، أو شيء حراسته تقع على عاتق التاجر الذي يستثمر الامكنة: حطام أو فضلات موجودة على الارض تؤدي إلى السقوط، منتج اوقعه زبون آخر[3]...

على أن مفهوم حراسة الشيء غالباً ما يبدو صعب الاستخدام لتسويغ التعويض على الضحايا في نطاق كهذا. ويمكن النظر، من اجل بناء موجب البائع في الاضطلاع بمسؤولية بدون خطأ عن الاضرار الحاصلة في الامكنة المفتوحة امام الزبن، في اللجوء إلى شبه عقد الفضول واعتبار ان التاجر الذي يستقبل الاشخاص في مخازنه يتعهد تجاههم بأن يؤمن لهم الامن الذي لهم الحق في الطموح إليه في هذه الامكنة[4]. ويمكن في الواقع ان يقدر أنه من المشروع انشاء نظام مسؤولية بقوة القانون تجاه الغير كما تجاه الزبن عن اضرار كهذه، ذلك بأنه، فضلاً عن أن التاجر هو أفضل من يكون قادراً على ان يؤمن نفسه لهذه الغاية، يمكن التمسك بأن الامكنة المعنية يعدها هو نفسه، وفي اغلب

---

(1) انظر J. Huey, Responsabilité délictuelle et responsabilité contractuelle (essai de délimitation entre les deux ordres de responsabilité)، اطروحة في باريس II، مطبوعة على الآلة الكاتبة، 1978، رقم 367 ورقم 396.

(2) انظر كمثال حكم غ م أ ن، 18 كانون الثاني 1978، ن م، I، رقم 27، خدمة ذاتية، انفجار زجاجة موضوعة في عربة نقل، تطبيق المادة 1384، الفقرة 1، في العلاقات بين الضحية والمستثمر، قارن بحكم غ م أ ن، 20 تشرين الاول 1964، د، 1965، 62، م إ د، 1965، II، 14150، انفجار زجاجة، المسؤولية لا يمكن أن تكون إلاّ عقدية، خطأ، زجاجة كانت على مقربة من مصدر حرارة.

(3) انظر حكم غ م ث ن، 16 أيار 1984، ن م، II، رقم 86، الذي أخذ بمسؤولية البائع، م ف ق م، 1985، 585، ملاحظة J.Huet وكذلك الإسنادات، جرح في الممر إلى صندوق التسجيل بسقوط زجاجة قدمها الغير للدفع ولم تعرف هويته؛ حكم غ م ث ن، 24 كانون الثاني 1985، ن م، II، رقم 21، المجلة الفصلية للقانون المدني، 1986، ملاحظة J. Huet، سقوط على حطام، حراسة الارض على عاتق المستثمر.

(4) انظر J. Huet، م ف ق م، 1986، 115، الملاحظات المذكورة سابقاً؛ انظر ايضاً J.Honorat, Rôle effectif et rôle concevable des quasi- contrats en droit actuel، المجلة الفصلية للقانون المدني، 1969، 653، ولاسيما الرقم 31.

الاحيان للدفع إلى الشراء ويجب ان يقع على عاتقه تأمين مخاطرها.

ومحكمة النقض، علاوة على ذلك، اعلنت، بتعابير عامة جداً، ان مستثمر المخزن يضطلع «بمسؤولية ألاّ يضع بتصرف زبنه إلاّ السلع التي لا تشكل الاخطار غير التي تنجم، عادياً، عن طبيعتها»[1].

11232 ـ 2°. امن المنتجات التي يضعها البائع في التداول. ذلك لا يعني ان عقد البيع بدون مفعول في ما يتعلق بأمن شخص مكتسب الملكية أو امواله، ذلك بأن الزبون، إذا كان الشيء، ما أن يتم بيعه، هو مصدر حادث سبب اضرار لهذا الزبون، له الحق في ان يطلب التعويض عنه إلى البائع، والأمر على هذا النحو على الأقل عندما يكون البائع مهنياً.

وهذا الموجب يدخل في الضمان ضد العيوب الخفية وهو أحد امتداداته (استناداً إلى المادة 1645 من القانون المدني التي تعلن أن البائع السيء النية ملزم تجاه مكتسب الملكية بأي عطل وضرر، وهو حل يجري امتداده إلى كل بائع مهني)[2]، ويخضع لنظام هذا الضمان: التعويض عن الضرر يمر عبر إثبات عيب خفي موجود في يوم البيع[3]، وبممارسة دعوى ضمن مهلة قصيرة... والشاري، على هذا الصعيد، بكونه معفى من اثبات الخطإ مصدر الضرر، محمي بمسؤولية موضوعية: موجب البائع هو موجب نتيجة[4]. وتبين عدة احكام، في مادة الضمان ضد العيوب، ان الضرر الجسدي أو

---

(1) حكم غ م أ ن، 12 حزيران 1979، م ف ق م، 1980، 19422، تعليق Dejean de la Batie، انفجار زجاجة شراب الليمون في امكنة البائع: يبقى اساس المسؤولية المؤكد هكذا غامضاً طالما أن حالات المسؤوليات في المادة التقصيرية محددة في المادة 1382 وما يليها من القانون المدني، وأنه لا يوجد موجب امن نتيجة من هذا النوع.

(2) لا يمكن أن يكون البائع غير المهني ملزماً بموجب كهذا إلاّ أن يكون سيء النية، أي أن يكون على علم بعيب الشيء مصدر الضرر، انظر الرقم 11376 اللاحق.

(3) يجب أن تكون هناك امكانية لاثبات أن هذا العيب كان سابقاً للبيع؛ على أن القضاة، في حالة الضرر الجسدي، ينزعون احياناً إلى اعفاء مكتسب الملكية من اثبات العيب، في حين أنهم يطبقون قواعد الضمان، انظر على سبيل المثال حكم غ م أ ن، 28 تشرين الثاني 1979، د، 1980، اعلامات سريعة، 566، ملاحظة Larroumet، د، 1985، 485، تعليق J.Huet، انبجاس سائل من التلفاز؛ والتوجيه المجموعي حول هذه النقطة أكثر ميلا للضحية طالما أنه يلقي على عاتق المنتج عبء اثبات أن المنتج الذي أدى إلى الحادث لم يكن فيه عيب عند وضعه في التداول، انظر حول هذا النص الرقم 11424 اللاحق وما يليه.

(4) انظر في هذا الاتجاه J.Ghestin, Conformités et garanties dans la vente، منشورات L.G.D.J.، 1983، رقم 262؛ J. Huet، تعليق في Dalloz، 1985، 486، انظر حول الضمان ضد العيوب الخفية الرقم 11296 اللاحق وما يليه.

إن محكمة النقض إذاً وضعت نفسها على هامش اجتهاد ثابت تماماً عندما اعلنت، لرفض التعويض على مكتسب ملكية جرارة سببت له جرحاً خطيراً عقب تقصير نظام الكبح، ان «البائع المهني غير ملزم بضمان النتيجة بالنسبة إلى الاضرار التي يسببها الشيء لمكتسب الملكية»، حكم غ م أ ن، 16 أيار 1984، د، 1985، 485، تعليق J. Huet؛ وبما أن الحادث كان سببه وجود غبار مصدره وطبيعته غير محددين في =

المادي بفعل الشيء يفسح في المجال لتعويض الشاري استناداً إلى القواعد الخاصة بالبيع[1].

يضاف إلى ذلك، أن موجب الإعلام، إذا كان الضرر المشكو منه منسوبا إلى خطر الشيء الذي يقتضي تحذير الشاري منه، والذي يقع على عاتق البائع، يتيح تسويغ التعويض إذا كان هذا البائع قد قصر في ذلك[2].

وعليه يمكن القول إن البيع يحوي موجب أمن يخضع، في ما هو اساسي لقواعد الضمان، وذلك لا يمنع، فضلاً عن ذلك، أن يستفيد الغير منه في بعض الحالات: مكتسب الملكية الثاني للشيء عندما يقاضي الصانع[3]، والمستفيد من اشتراط لصالح الغير الذي يقاضي المورّد[4]... وذلك يتيح ارضاء الأمل المشروع في معاملة المتعاقدين والغير على قدم المساواة في ما يتعلق بالامن[5].

11233 ـ تطور الاجتهاد. سبق أن رأينا المحاكم في التسعينات تؤكد وجود موجب امن مستقل على عاتق البائع المهني بسبب العطل والضرر اللذين تحدثهما المنتجات التي يضعها في التداول[6]. وعلى هذا الاساس، على ما يبدو، بامكان مكتسب الملكية ان

= الاسطوانة الرئيسية، بحيث أن عيباً في الشيء سابقاً للعقد لم يتم اثباته، كان من الاكثر رشداً رد الطلب بحجة أن الضمان لم يكن له دور.

وفي صدد ضحايا نقل الدم المصاب بالسيدا، انظر على وجه الخصوص حكم محكمة استئناف باريس، 28 تشرين الثاني 1991، Dalloz، 1992، 85، تعليق A. Dorsner- Dolivet، المجلة الفصلية للقانون المدني، 1992، 119، ملاحظة P.Jourdain: المورّد مسؤول عن «العيب الداخلي في الدم حتى الذي يتعذر اكتشافه»؛ انظر ايضاً Y. Lambert- Faivre, L'indemnisation des victimes post- tranfusionnelles du SIDA: hier, aujourd'hui et demain، المجلة الفصلية للقانون المدني، 1993، 1، ولاسيما صفحة 13.

انظر بهذا المعنى أن دور الموجبين التقليديين، الضمان ضدا لعيوب وموجب الإعلام، كانا يعتبران لمدة طويلة كافيين لتأمين حماية الشاري، Bénabent، رقم 205.

(1) انظر على سبيل المثال Ph. le Tourneau, La responsabilité civile، 1982، رقم 1767 وما يليه.

(2) موجب الإعلام الملقى على عاتق البائع ليس سوى موجب وسائل، انظر حول هذا الموجب الرقم 11264 اللاحق وما يليه.

وبهذا المعنى أن دور الموجبين التقليديين، الضمان ضد العيوب وموجب الإعلام، كانا لمدة طويلة يعتبران كافيين لتأمين حماية الشاري، انظر Bénabent، رقم 205.

(3) ذلك بأن الضمان ضد العيوب الخفية ينتقل مع الشيء إلى مكتسبي ملكية هذا الشيء المتعاقبين، انظر الرقم 11296 اللاحق وما يليه.

(4) استخدمت هذه الإوالية لصالح ضحايا نقل الدم المصاب بالسيدا، انظر الإسنادات المستشهد بها سابقاً في التعليقات.

(5) هذا المبدأ معتمد في ما يتعلق بالمراجعات ضد الصانع من قبل التوجيه المجموعي حول المسؤولية عن فعل المنتجات الفاسدة، انظر حول النص الرقم 11424 اللاحق وما يليه.

(6) سبق لمحكمة النقض، في حكم صدر في عام 1989، أن أكدت في صدد انبجاس سائل من تلفاز، واستناداً إلى المادة 1135 من القانون المدني، أن «البائع المهني ملزم فقط بتسليم منتجات خالية من أي عيب صنع =

يطمح إلى الحصول على التعويض عن الضرر الذي اصابه بدون ان يكون عليه تحمل اكراهات الضمان ضد العيوب الخفية.

وقد اعلنت محكمة النقض، في بداية عام 1991، في صدد منتجات التجميل، ان الصانع والبائع «هما ملزمان بموجب الامن»: على أن قضاة الاساس، في الحالة المعنية، «إذ تثبتوا من ان العلة» التي يشكو منها المستعمل لم تكن مرتبطة بخصائص خطرة أو بعيب انتاج... وإنما بالسمات الخاصة بالشخص الذي استعمله، كان بامكانهم رد طلب التعويض[1]. وأكد حكم آخر ثانية صدر فيما بعد، في فرضية جرى البحث فيها عن مسؤولية مستورد «mobil- home» وموزع عن وفاة مكتسب الملكية وزوجته العائدة للتسمم بغاز حمض الكربون الناجم من التدفئة المركبة، وجود موجب امن كهذا على البائع مع التحديد إلى أي مدى يكون لهذا الموجب طابع اصلي: «دعوى المسؤولية العقدية التي تقام على البائع للاخلال بموجب الامن الملقى على عاتقه، والتي

= من شأنه تشكيل خطر على الاشخاص والاموال»، حكم غ م أ ن، 20 آذار 1989، د، 1989، 381، تعليق Ph. Malaurie، م ف ق م، 1989، 757، ملاحظة P Jourdain، انبجاس سائل من تلفاز، عطل وضرر اصابا مكتسب الملكية وعقاراً بملكية مشتركة: على أن الحكم، في الوقائع، ليس لصالح مكتسب الملكية طالما أنه لم يثبت أن العيب كان موجوداً في يوم تسليم المورّد، وأن محكمة النقض نقضت حكم محكمة الاستئناف الذي اعتبر المورّد مسؤولا استناداً إلى الفكرة في أنه «لم يراع الموجب في عدم الوضع في السوق سوى اجهزة لا تشكل ديناميتها الخاصة أي خطر».

وقد اعتبر P.Jourdain أن الحكم استوحته المحكمة العليا من توجيه عام 1985 حول مسؤولية فعل المنتجات الفاسدة واستخرج ما يلي: «الاستيحاء المجموعي لمحكمة النقض».

بيد أنه يكفي، في هذه الحالة، لاستبعاد مسؤولية الصانع، (إذا كان ذلك هو الأقل المنشود: لأن احكاما أخرى بدت أقل صلابة حول اثبات اقدمية العيب) بيان أن وجود العيب في الشيء في يوم البيع لم يكن مبرهناً عليه: تطبيق قواعد الضمان ضد العيوب الذي ينبثق عنه موجب امن البائع تقليدياً لا يثير هكذا أي صعوبة.

والتعليل الذي اعتمده الحكم، فضلاً عن ذلك، له سيئة اعطاء صورة خاطئة لمسؤولية البائع في الصيغة التي بموجبها يكون البائع «ملزما فقط بتسليم منتجات خالية من أي عيب»، مما يدعو إلى الاعتقاد أن المورّد لا تقع عليه بموجبات أخرى بالنسبة إلى صفات الشيء: وإلى أن ذلك ليس صحيحاً طالما أن البائع عليه موجبات أخرى لا يشك أحد فيها غير موجب عدم تسليم شيء فاسد (يجب توفير المعلومات، تكتسب الملكية واحياناً تقديم النصح له واعلامه بأخطار الشيء...).

(1) حكم غ م أ ن، 22 كانون الثاني 1991، فضية Estée Lauder، ن م، I، رقم 30، م ف ق م، 1991، 539، ملاحظة P. Jourdain، مرهم للجلد مسمى «مقشرا»، ردة فعل حساسية لدى من استعملته: يضيف الحكم ان موجب الامن هذا «محدود بتسليم المنتجات التي إذا جرى استعمالها في شروط متوافقة مع توصيات الموردين لا تعرض اعتيادياً مستعمليها لأي خطر»، وأنه «لا يحوي، بقوة القانون، ضمان الاضرار التي يمكن ان تحصل من استعمال» المنتج.

إن موجب الامن «يُنظر إليه في ذاته، بالاستقلال عن ضمان العيوب»، P.Jourdain، الملاحظة المذكورة سابقاً؛ غير أن تعليل الحكم ملتبس إلى حد مقبول لأنه يبدو أنه حصر هذا الموجب ببعض المنتجات، «المنتجات ذات الاستعمال الشائع والمعدة للعناية بالجسم البشري ورفاهيته» من جهة أولى، ومن جهة ثانية لا يُعرف ماذا كان اقحام المسؤولية يستوجب اثبات عيب حقيقي أو «خطر» وحسب، وذلك أكثر غموضاً.

ترتكز على عدم تسليم إلاّ المنتجات الخالية من أي عيب، أو أي شائبة في الصنع، من شأنه توليد خطر على الاشخاص أو الاموال، ليست خاضعة للمهلة القصيرة المنصوص عليها في المادة 1648 من القانون المدني»[1].

ويتيح هذا الحكم الأخير تحديد عدة نقاط بالنسبة إلى نظام موجب امن البائع المهني: انه يفرض على هذا البائع التعويض عن العطل والضرر المسببين لشخص المستعمل أو امواله، انه موجب نتيجة، أي أن الضحية، لاثبات عدم التنفيذ، ليس عليها ان تبرهن على خطإ المدين؛ فهذا الخطأ مثبت بالبرهان على عيب الشيء أو شائبته[2]، وليس فقط مجرد خطر هذا الشيء[3]؛ والأصالة التي تمثلها المسؤولية الناجمة عن ذلك، بالنسبة إلى الضمان، اخيراً، تعود إلى ان المهلة القصيرة لهذا الضمان لا تطبق على موجب الامن[4].

وهكذا يفرّق الاجتهاد بوضوح بين مظاهر الاشخاص، من جهة اولى، والمنفعة المنتظرة من الشيء التي يحويها الشيء من جهة ثانية[5].

---

(1) حكم غ م أ ن، 11 حزيران 1991، ن م، I، رقم 201، العقود والمنافسة والمستهلكون، تشرين الثاني 1991، رقم 219، ملاحظة Leveneur، تصميم سيء للتدفئة والتهوية، مسؤولية المستورد والبائع بالمفرق بالتضامن. اضف إلى ذلك حكم الغرفة المدنية الاولى، 27 كانون الثاني 1993، النشرة المدنية، I، رقم 44، ضرر جسدي سببته خرطوشة بندقية، المهلة القصيرة الواردة في المادة 1648 من القانون المدني مستبعدة.
انظر أيضاً حكم المحكمة البدائية في Lons-le- Saulnier، 25 حزيران 1991، المسؤولية المدنية عن فعل الالعاب الفاسدة، في ملحق دراسة G. Raymond، العقود والمنافسة والمستهلكون، تشرين الثاني 1991؛ مركبة طفل للاطفال تدفع باليد وقابلة للطوي مزودة بنظام امان يمنعها من السقوط عندما يجلس طفل داخلها، جرح الولد في يده، مسؤولية الصانع:
أضف إلى ذلك أنه يظهر في نشرة احكام محكمة النقض ابتداء من عام 1991 العنوان «موجبات الامن» في الفقرة الخامسة، البيع.

(2) كان ذلك احدى نقاط النقاش، انظر P. Jourdain، المجلة الفصلية للقانون المدني، 1989، 757، ولاسيما صفحة 758، بيد أن الحل الذي اعتمده الاجتهاد هو الحل الوحيد المرضي: الضحية، فضلاً عن ذلك، في قواعد الضمان ضد العيوب حيث عيب الشيء هو اساس مسؤولية البائع، وفي القواعد الصادرة على الصعيد المجموعي التي تتطلب شائبة في الامن في المنتج (التوجيه الاوروبي، مع أنه حسّن وضع الضحية باعفائها من اثبات اقدمية العيب بالنسبة إلى البيع، ينص في المادة 4 اعلى أن «الضحية مجبرة على اثبات الضرر والعيب والرباط السببي بين العيب والضرر»)، ليست معفاة من اثبات عيب الشيء، انظر في هذا الاتجاه Malaurie، تعليق في عام 1989، 381.

(3) تعود مسؤولية البائع في حالة الخطر الناجم عن الشيء إلى موجب الإعلام، انظر الرقم 11267 اللاحق وما يليه.

(4) الفارق واضح إلى درجة أن طلب التعويض المبني على موجب الأمن، في حكم 11 حزيران 1991، جرى قبوله، في حين أن طلب فسخ بيع المركبة المقدم كادعاء فرعي من مكتسبي الملكية على البائع الذي طالب بالدفع جرى استبعاده لأنه لم يقدم خلال المهلة القصيرة الواردة في المادة 1648 من القانون المدني؛ قارن في شأن موجب المطابقة بالرقم 11227 السابق.

(5) انظر حول هذا التفريق J.Calais- Auloy, Ne mélangeons plus conformité et sécurité، د، 1993، العرض 130.

ويمكن إبداء ملاحظتين تكميليتين. مسألة تركها الاجتهاد معلقة تختص بتحديد ما إذا كان المستفيدون من هذا الموجب هم الشارون وحسب[1]، أو أنه يمكن ان تتمسك به كل ضحية، أي كل مستعمل لهذا الشيء، متعاقداً كان ام الغير، بمن في ذلك الاشخاص الذين قد يكونون موجودين على مقربة من الشيء الذي ادى إلى الحادث. ما هو اكثر حكمة قبول موجب امن يفيد منه الجميع، على طريقة المسؤولية التي اعتمدها التوجيه الاوروبي الناجمة عن فعل المنتجات الفاسدة[2].

والمسألة الثانية الواجب طرحها، كما في صدد عدم مطابقة الشيء[3]، هي معرفة ما إذا كان استبعاد المهلة القصيرة الواردة في المادة 1648 حلاً حسناً. من المسموح به الشك في ذلك لأن مطالبة الضحية يجب ان تخضع تماماً، بشكل أو بآخر، لحدود في الزمن[4]. وبالتالي من المسموح به التفكير في أنه ينبغي، في المستقبل، التساؤل حول المهلة التي يتمتع بها الشاري للمقاضاة طلباً للتعويض على اساس موجب الامن الواقع على عاتق البائع.

انظر ايضاً، في ما يتعلق بأمن الاشخاص والاموال، في حال عدم التحذير من اخطار الشيء المباع، الرقم 11267 اللاحق وما يليه.

11234 ـ د. بروز موجب تأمين خدمة بعد بيع بعض المنتجات. ثمة موجب يمكن القاؤه على عاتق البائع المهني هو موجب تأمين الخدمة بعد البيع بالنسبة إلى منتجات يسوّقها. إنه يتموضع في امتداد الضمان ضد العيوب الخفية وفائدته أن يؤمن لمكتسب الملكية ضمان امكانية الاستفادة من استعمال المال خلال مدة حياة المال الطبيعية[5].

ولا شك في أنه يعتبر اليوم ايضاً أن البائع الذي يعرض شيئاً ما على زبنه بصورة عامة غير ملزم قانونا بخدمة بعد البيع[6]. على أنه يمكن التقدير، بحكم القانون الذي ينشده الفريقان، أنه من المعقول توقع أن يقدم المهني هذه الخدمة، ولاسيما ان سير

---

(1) كما في الحالة التي أدت إلى صدور حكم غ م أ ن في 11 حزيران 1991، النشرة المدنية، I، رقم 201، المذكور آنفاً، التسمم في mobil- home؛ ويقصد مع الشاري كل شخص بامكانه التمسك بالبيع: المكتسب الثاني لملكية الشيء، المستفيد من الاشتراط لصالح الغير...

(2) انظر حول النص الرقم 11424 اللاحق وما يليه.

(3) انظر حول المهلة المعطاة للشاري للشكوى من عدم المطابقة الرقم 11255 اللاحق.

(4) إن ما ينص عليه التوجيه المجموعي حول مسؤولية فعل المتجات الفاسدة في هذا الشأن هو تقادم مرور الزمن) الدعوى بعد ثلاثة اشهر اعتباراً من معرفة العيب، انظر حول هذه النقطة الرقم 11424 اللاحق وما يليه.

(5) يقتضي ابداء الحذر، والحالة هذه، من التشابك بين الضمان القانوني والخدمة بعد البيع ذلك بأن الضمان مجاني لأنه مفروض على البائع، والخدمة بعد البيع لقاء عوض لأنها خدمة اضافية للزبون.

(6) انظر P.Ancel، مصنف الاجتهاد، العقود والتوزيع، الكراسة 340، الخدمة بعد البيع، 1986، رقم 1.

العمل الحسن للمال المكتسب لمدة معينة غالباً ما يتوقف على امكانية التزود بالقطع المنفصلة التي يمكن ان يكون صانع المنتج وبائعوه بالمفرق هم الوحيدون الذين يسوّقونه. كما يمكن، بحكم القانون الساري المفعول، الاستناد إلى عدة احكام متخذة في الازمنة الاخيرة نجد فيها نواة موجب كهذا.

إن الإحاطة بحدود هذا الموجب ومحتواه ممكنة. لا يمكن، في أول الأمر، أن يكون إلاّ على عاتق المهني وحده، يضاف إلى ذلك تعذر فرضه إلاّ بالنسبة إلى الاموال التي تتمثل فيها تقنية معينة تجعل من الضروري اللجوء إلى اخصائي لتأمين صيانتها (ناظم آلي أو حاسوب computer، سيارة، تلفاز...) دون الاموال ذات الاستعمال الشائع التي غالباً ما لا تستوجب صيانة والتي، عند الضرورة، يجري تصليحها من قبل مالكها (الاثاث، الالبسة، الكتب...). ثم إنه ينبغي فهم موجب البائع بأنه تخييري: أنه يستدعي إمّا أن يؤمن الخدمة بنفسه أو أن يدل الزبون على شخص جدير بالقيام بالخدمة في شروط مرضية مما يقضي في الغالب بالإحالة إلى الصانع[1]. والخدمة بعد البيع اخيراً، وتستوجب الافادة منها دفع كلفتيها وابرام عقد خاص، لا تفرض إلاّ خلال مدة حياة المنتج الطبيعية. ويمكن التقدير، علاوة على ذلك، أن المأمول هو أن يعلم الصانع وكل بائع بالمفرق الزبون بما يجب أن تكون هذه المدة[2].

وتطرح كذلك مسألة معرفة ما إذا كان عقد الصيانة المبرم من قبل الشاري يجب نقله إلى مكتسب الملكية الثاني عندما يتوخى هذا الاخير الاستمرار فيه ويعتمد على صيانة كهذه لـ مال اكتسبه[3].

11235 ـ المبادرات المتخذة سابقاً. يفسر كون خدمة كهذه متوافقة مع حاجة ما بعض المبادرات المتخذة في هذا الصدد. وهكذا اعلن قانون 18 كانون الثاني 1992 الذي عزز حماية المستهلكين أن «المهني بائع اموال منقولة عليه... أن يبين للمستهلك المدة التي من المتوقع خلالها أن تكون القطع الضرورية لاستعمال المال جاهزة في

---

(1) بيد أن ذلك يفترض ليكون مرضياً أن يتمكن مكتسب الملكية بسهولة، ولاسيما بالنسبة إلى المسافة، من الوصول إلى خدمات الصانع.

(2) يمكن الأخذ، في صدد الإعلام، بتطلب أكثر، والطلب إلى الصانع أن يبين ما يمكن تسميته «الثمن الاجمالي المتوقع» للمنتج، أي المبلغ الذي يجمع فيه ثمن الشراء الاساسي والمبالغ الواجب انفاقها لكي تؤمن بعد ذلك، ضمن شروط سوّية، صيانة المنتج خلال مدة حياته المعلنة.

(3) يضيف النص أن هذه المدة «يجب، إلزامياً، أن يُعلم الصانع أو المستورد المهني بها».

وينص «الكتاب الاخضر حول ضمان اموال الاستهلاك والخدمات بعد البيع» للجنة الاتحاد الاوروبي، في 15 تشرين الثاني 1993، الذي يجسد مقدما تبني توجيه في هذا الصدد، على موجب كهذا ايضاً متعلق بتوفير القطع المنفصلة.

السوق» (المادة 2 التي اصبحت المادة 111 ـ 2 من قانون الاستهلاك)[1].

وقبل ذلك جعل مرسوم 22 كانون الاول 1987 الذي انشأ نموذج «عقد ضمان وخدمة بعد البيع»[2]، نصوص هذا العقد واجبة المراعاة في البيع الذي يتم بين المهني والمستهلك، غسالات، آلات مطبخية، تلفاز، مسجلات تلفزيونية. . . . إن النص لا يفرض بالتأكيد تأمين صيانة هذه المنتجات، غير أن التاجر الذي يسوّقها ما دام يعرض ضمانا خاصاً عليه أن يبين ماذا يتعهد به في صدد التسليم والخدمة وتقديمات التصليح لقاء عوض. وبما ان الضمان العقدي حجة قوية في البيع وغالباً ما يتم اللجوء إليه فان النتيجة هي أن المهني مدعوّ إلى ان يوفر ايضاً خدمة بعد البيع.

ويجب البيان اخيراً أن التوجيهات المتبناة في شأن شبكات التوزيع، على المستوى الاوروبي، تشكل موجبا لاعضائها بأن يوفروا لكل زبون اكتسب المال في اقليم المجموعة الضمان الذي يؤمنه الصانع ضمن الشروط المطبقة في البلدان التي يطلب فيها الاستفادة منه[3]. وبما أن الضمان العقدي يمكن ان يحوي قسماً من الخدمة بعد البيع فان هذا الإكراه من شأنه توسيع مدى هذا العقد.

11236 ـ التصميم. تبدأ دراسة موجبات البائع بالطبع بتسليم الشيء الذي يتم قبل أي شيء في المقام الاول، وينبغي، في الوقت عينه، تفحص موجبات الإعلام التي ترافقه إذ إنه من الواضح، إذا كان من المفيد ان يشار إليها في شأن تكوين العقد، أن لها دوراً اساسياً في مرحلة تنفيذه (القسم الفرعي I). ثم يجدر بعد ذلك التطرق إلى الضمانين ضد نزع اليد وضد العيوب الخفية التي يلزم بها البائع تجاه الشاري (القسم الفرعي II)، والمسؤولية التي قد يتحملها تجاه الغير في مناسبة العقد (القسم الفرعي III).

القسم الفرعي I
موجبات التسليم والإعلام

11237 ـ التقسيم. قرنت المحاكم تسليم الشيء المنصوص عليه في القانون المدني (الفقرة 1)، منذ بعض الوقت، بموجبات إعلام قاسية أكثر فأكثر (الفقرة 2).

---

(1) انظر في هذا الشأن حكم محكمة استئناف ڤرساي، 12 أيار 1986، د، 1987، 206، تعليق J.Huet، تجهيز معلوماتي، IBM، صيانة من قبل الباني.

(2) انظر حول هذا النص J.Huet, Responsabilité du vendeur، رقم 607 و TD6070 .، وكذلك مصنف الاجتهاد، العقود والتوزيع، الكراسة 341، عقد، الضمان والخدمة بعد البيع.

(3) انظر حول هذه النقطة القسم الفرعي II، ضمان العيوب الخفية، ب الضمان العقدي.

الفقرة 1 ـ موجبات تسليم الشيء

11238 ـ القانون الخاص والقواعد العامة. مع أن تسليم الشيء يشكل موضوع المواد 1604 إلى 1624 من القانون المدني، يجب كذلك الاغتراف من القواعد العامة للعقود لايجاد القانون المطبق على التسليم[1]. وبالفعل تحدد بعض النصوص موجب الاعطاء ونظامه وتهتم بهذا الشأن، ولاسيما المادة 1136 التي تحدد أن «موجب الاعطاء يؤدي إلى موجب تسليم الشيء والاحتفاظ به حتى التسلم»، والمادة 1137 التي تنص على أن «موجب السهر على حفظ الشيء. . . يخضع من هو مكلف الحفظ لأن يقدم جميع عنايات رب الاسرة الحريص». غير أن قانون التسليم، في القسم الاكبر منه، يجد مرتكزه في القواعد الخاصة بالبيع.

ومن المناسب تفحص محتوى الموجب قبل بيان العقوبات.

11239 ـ أ. محتوى موجب التسليم. التسليم، قبل أي شيء، هو عمل مادي. فالبائع، في هذه المناسبة، يتخلى عن الشيء: يتيح ذلك للشاري الدخول في التمتع بالامكنة في ما يتعلق بعقار، والاستيلاء المادي في ما يختص بالمنقول.

ويرتكز التسليم، بصورة ادق، على وضع الشيء بتصرف الشاري لكي يتمكن من تسلمه واحتكاره (المادة 1608 من القانون المدني). إنه، كما ورد في المادة 1604، «نقل الشيء إلى سيطرة الشاري عليه وحيازته»[2]. وهذا النص يعطي تعريفاً عاما بدون التفريق تبعا للطابع المنقول أو الثابت للشيء، في حين أنه من الصعب عدم أخذ ذلك في الحسبان. وهو لا يظهر ايضاً الفارق بين التسليم والتسلم. والحال أن هذا التفريق يفرض نفسه ولاسيما أن بعض النصوص يستخدم التعبيرين كمرادفين مع أنه ليس لهما المعنى

---

(1) انظر حول موجب التسليم، بصورة خاصة، M.Alter, L'obligation de delivrance dans la vente de meubles corporels، اطروحة من منشورات L.G.D.J.، 1972، رقم 54 وما يليه، J.-V.Boulay, La Conformité des biens dans la vente de meubles corporels, Etude comparative، اطروحة في باريس II، 1979، مطبوعة على الآلة الكاتبة؛ Ph. Le Tourneau, Conformité et garanties dans la vente d'objets mobiliers coporels المجلة الفصلية للقانون التجاري، 1980، 231؛ J. Ghestin, Conformités et garanties dans la vente، منشورات L.G.D.J.، 1983؛ Planiol et Ripert، الباب X، تأليف Hamel، رقم 70 وما يليه؛ Malaurie et Aynès، رقم 300 وما يليه؛ Collart Dutilleul et Delebecque، رقم 225 وما يليه؛ Gross et Bihr، الكتاب I، صفحة 181 وما يليها؛ Bénabent، رقم 183 وما يليه؛ Ghestin et Desché، رقم 666 وما يليه؛ M.Alter، مصنف الاجتهاد، العقود والتوزيع، الكراسة 300، موجب التسليم، مراعاة المطابقة، 1992.

(2) جرى بيان أن التفريق الوارد في القانون المدني فيه ما هو بالٍ وكذلك ما هو غير صحيح: الحيازة، بصورة خاصة، بالمعنى القانوني للتعبير، لا تنقل بالتسليم، وإنما تنقل مع الملكية منذ اتفاق الفريقين، مبدئياً، ويصبح البائع عندئذ مجرد حائز وقتي لحساب الغير، انظر Mazeaud et Chabas، الباب III، المجلد الثاني، رقم 930؛ Gross et Bihr، الباب I، صفحة 183.

ذاته. ومن المناسب، حول هاتين النقطتين، كتوضيح، بيان بعض الدقة إذ ستكون ثمة مناسبة للتطرق إلى هذا التفريق.

في ما يتعلق بالتسليم، التفريق بين الثابت والمنقول واضح جداً في الحقيقة في القانون المدني. ونجد ذلك على صعيد القواعد العامة للعقود الواردة في المادتين 1140 و 1141 (المادة 1140 تنص على أن مفاعيل موجب إعطاء عقار أو وضعه بالتصرف محددة في شأن البيع أو الامتيازات؛ والمادة 1141 تعلن، إذا كان الشيء منقولاً صرفا وجرى وعد شخصين به على التوالي، أن من كان اول من حازه فعلياً يفضل على غيره ويبقى مالكاً، انظر ايضاً المادة 2279) وعلى صعيد النصوص الخاصة بالبيع وبعضها يتعلق بالعقارات (المادة 1605)، في حين ان بعضها الآخر خاص بالمنقولات (المادة 1606).

ومن المهم، علاوة على ذلك، عدم الخلط بين التسليم والتسلم، فالتسليم وهو نقل الشيء إلى سلطة الشاري وحيازته لا يعني ان هذا الشيء يجب أن يرسل إلى هذا الشاري: من الملائم فقط وضعه بتصرفه، إذ على الشاري سحب هذا الشيء (المادة 1247 والمادة 1657) وبالتالي الاهتمام باخذه أو نقله عند الضرورة. والتسلم يعطى عادياً لهذا النقل إلى مقصد مكتسب الملكية[1]. ليس هناك إذاً، من حيث المبدأ، موجب على البائع بتأمين التسلم.

11240 ـ التقيد التام بمراعاة العقد. يجب على البائع، في تنفيذ موجبه، أن يراعي العقد بدقة: التخلي عما تم الاتفاق عليه (المادة 1604). من القانون المدني؛ والمادة 1243: «لا يمكن إكراه الدائن على تسليم شيء آخر») في المهلة المحددة (المادة 1610). ويبدو التسليم المحدد هكذا متضمناً بشكل اساسي موجب وضع الشيء المتفق عليه بالتصرف. وهو يستوجب أيضاً ان يكون الشيء مطابقاً لما توخاه الفريقان عند ابرام العقد، وهو يحوي كنتيجة طبيعية الاحتفاظ بالشيء إلى أن يتسلمه الشاري.

11241 ـ 1°. وضع الشيء بالتصرف. إذا كان القانون لم ينص على هذا الموضوع تفصيلياً، مع ان ذلك يستحق بعض التحديدات، فقد تطرق، بالمقابل، إلى كيفيات التسليم ومكانه وتاريخه.

11242 ـ أ) موضوع التسليم. لا يتناول التسليم الشيء وحسب وإنما أيضاً التوابع الضرورية لاستعماله.

11243 ـ α) الشيء المباع. ينبغي أن يكون الشيء هو المتفق عليه في العقد وكما

---

(1) بيد أن اتفاقية ڤينا حول بيع السلع الدولي تستعمل تعبير«livraison» للدلالة على livraison، انظر الرقم 11738.

اراده الفريقان، وإلاّ فلن يحصل الشاري على الارضاء المنتظر. ولا يمكن اعطاؤه مالا آخر له صفات قريبة أو مقارنة. وعلى البائع، في ما يتعلق بمال ثابت، كشقة أو اماكن تجارية مثلا، العمل على تسليم الشيء حراً من أي إشغال إذا كان الاتفاق قد تم على ذلك[1]. ويعتبر البائع أنه لم ينفذ موجبه في التسليم لأنه يستطيع تقديم سندات ملكية المال إذا كان حائز حصص في شركة عقارية مدنية فقط وليس مالكا[2]. ويعتبر بائع كتاب مرقم يسلم نسخة تحمل رقما مختلفاً عن الرقم المتفق عليه، في ما يتعلق بالمال المنقول، أنه اخلّ بموجب التسليم[3].

كما ينبغي أن يكون للشيء بالضبط تماما الصفات المنتظرة. وقد رؤي أن من يكتسب سلعة جديدة يحق له ان يتطلب أن تكون بدون عيب على الاطلاق، وهو حل راسخ تماماً يحمي مصالح الشاري: هكذا يجيز عدم كمال دهان هيكل سيارة لمكتسب الملكية أن يرفض التسليم[4].

وأعلن مرسوم 24 آذار 1978، المتخذ تطبيقاً للمادة 35 من قانون 10 كانون الثاني 1978 (التي اصبحت المادة L.1-132 من قانون الاستهلاك)، من ناحيته، أن كل بند يتيح للمهني ان يعدل بصورة لاحقة خصائص المال المعد للتسليم باطل إلاّ أن يسوّغ ذلك بالتطور التقني وان لا تنتج عن ذلك زيادة في الثمن أو افساد النوعية.

11244 ـ العين والمال الثابت. قد يكون الشيء عينا أو شيئاً معيناً بالنوع.

ويجب، في ما يتعلق بالاشياء المحددة أو العين الأخذ في الحسبان المادة 1245 التي تنص على ان من يتوجب عليه التسليم «مُحَرَّر بتسليم الشيء في الحالة التي يوجد فيها عند التسليم شرط أن لا يكون التلف سببه فعله أو خطأ صادر عنه أو عن الاشخاص المسؤول عنهم». وذلك يبدو منسجماً مع فكرة أن مخاطر تلف الشيء بحدث فجائي

---

(1) انظر حكم غ م ث ا ن، 10 نيسان 1973، ن م، III، رقم 274، قطعة ارض، ضرورة اخراج شاغل، مسؤولية البائع عن عدم التسليم؛ حكم الغرفة المدنية الثالثة، 4 شباط 1976، د، 1976، اعلامات سريعة، 124، عقار مباع حرا، عدم التسليم، شاغل يحق له البقاء في الاماكن وفقاً لقانون عام 1948؛ إذا لم تكن النقطة محددة بدقة يفترض ان الاماكن يجب أن يتم تسلمهاحرة من أي شاغل، انظر حكم غ م أ ن، 24 نيسان 1962، ن م، I، رقم 139؛ انظر الرقم 11536 اللاّحق.

(2) حصص الشركة العقارية المدنية هذه تعطي الحق في التمتع بالشقة خلال مدة تبادل الموجبات والحق المقيد للملكية التامة بعد انحلال هذا التبادل، انظر حكم غ م ث ا ن، 17 آذار 1981، ن م، III، رقم 57: على أن الحكم قاس إلى حد ما ذلك بأن تقنيات ادارة عقار مقسم إلى شقق عن طريق الشركة وادارة الملكية المشتركة متقاربة إلى حد كبير.

(3) انظر حكم غ م أ ن، 26 تشرين الثاني 1980، ن م، I، رقم 310، د، 1981، إ س، 439، ملاحظة Ch. Larroumet، م ف ق م، 1981، 647، ملاحظة G. Cornu، نقض الحكم الذي ادان الشاري بدفع الثمن: تسليم جرى تقديره بشكل ضيق جداً في عرف Cornu.

(4) حكم غ م أ ن، 4 نيسان 1991، ن م، I، رقم 130. انظر ايضاً Gross et Bihr، الباب I، صفحة 186.

حاصل منذ عقد الاتفاق هي على عاتق الشاري الذي اصبح مالكا (المادة 1138، الفقرة 2)[1].

وتطبق القاعدة ولا ريب بارادة تجنب النزاعات وتحرير البائع من هاجس واجبه في البرهنة على ان الشيء الذي وضع بتصرف مكتسب الملكية موجود تماما في الحالة التي كان فيها عند تكوين العقد، وغالباً ما يكون ذلك إثباتاً صعباً. وتقاس مصلحته كلها في ما يتعلق ببيع عقار قديم أو أي شيء مستعمل. وثمة مجال، بالمقابل، في ما يختص بالاشياء الجديدة، لاستبعاد هذا النص ولافتراض أن ارادة الفريقين هي ان يتعهد البائع بتسليم شيء في حالة ممتازة[2].

والتصرف، حتى المحدد في مداه، يمكن ان يفاجيء مكتسب الملكية على وجه الخصوص الذي يتوق بالفعل، في اغلب الاحيان، تلقي الشيء كما كان عندما ابرام العقد. وهذا متوافق مع العقل السليم. غير أن ذلك ليس الحل المبدئي.

فمن الحيطة، في المادة العقارية مثلاً، إذا كان ثمة شك تجاه البائع، وضع حالة وجاهية للامكنة في آونة الوعد المبرم لتجنب مفاجأت غير سارة بعد فوات الأوان (اضرار المياه، مدفأة منزوعة...).

وبامكان الفريقين اتخاذ جميع الاجراءات في موضوع الحالة التي يجب أن يكون الشيء فيها عند تسليمه لأن المادة 1245 هي بديلة حسب الارادة، بحيث يحق لهما السعي إلى تجنب نتائجها المؤسفة المحتملة.

وفي حال عدم اتخاذ حيطة كهذه تبقى لمكتسب الملكية الذي يرى أنه ضحية تلف الشيء منذ ابرام العقد امكانية البرهان على خطإ البائع في المحافظة عليه للحصول على التعويض أو طلب فسخ العقد. بيد أن عبء الاثبات يقع عليه.

انظر الرقم 11538، حول الاحكام المتعلقة بالسعة ـ وبالتالي في ما يختص

---

(1) إلاّ أن يكون المدين ايضاً، قبل التلف، قد جرى انذاره بالتسليم، المادة 1245 من القانون المدني.

إن المادة 1245 تبدو، للوهلة الاولى، متناقضة مع المادة 1614 الخاصة بالبيع التي تنص على ان «الشيء يجب ان يسلم في الحالة التي كان فيها في آونة البيع»، غير ان هناك توافقاً على اعتبار ان هذا النص الاخير المصاغ برعونة لا يتعرض إلى كون المخاطر هي على عاتق الشاري ابتداء من آونة العقد؛ ويقدر ان المادة 1641 تعني فقط أن البائع لم يعد له الحق في استخدام الشيء ابتداء من آونة العقد التي باع الشيء فيها ويتوجب عليه تسليمه خالياً من أي عيب ناتج عن فعله بحيث لم يعد كما كان عند ابرام العقد؛ انظر M.Alter, L'obligation de délivrance dans la vente de meubles corporels، اطروحة من منشورات L.G.D.J.، 1972، رقم 37 وما يليه. وتقارن المادة 1245 من القانون المدني ايضاً بالمادة 1137 التي تضع على عاتق البائع مجرد موجب وسائل في شأن الحفاظ على الشيء.

(2) يمكن التفكير ايضاً في تسويغ استبعاد المادة 1245 من القانون المدني بالنسبة إلى الاشياء الجديدة بالفكرة في أنها أشياء معينة بالنوع على وجه العموم وبأن هذا النص لا يطبق إلاّ على العين.

بالفارق الكمي بين ما نص عليه العقد وما جرى تسلمه فعلاً ـ في مادة الاموال العقارية، الواردة في المواد 1617 إلى 1623 من القانون المدني.

11245 ـ الأشياء المعينة بالنوع، السلع. تبرز الصعوبات أيضاً عندما يتناول البيع شيئاً معيناً بالنوع: لأن السلعة المسلمة يجب أن تكون من النوعية (النوع والمنشأ والطبيعة...)[1] والكمية[2] المحددتين في العقد.

وبصفة بديلة تتدخل عندئذ المادة 1246 من القانون المدني وبمقتضاها «لا يكون المدين ملزما... باعطاء الشيء من النوع الافضل» وإنما ليس بامكانه «تقديمه من النوع الاسوأ» ليكون محرراً من موجبه، ما عدا وجود اتفاق خاص[3]. وذلك طريقة في القول ان مكتسب الملكية، إلاّ أن يكون ثمة تحديد مخالف في العقد، ليس في وسعه ان يطمح إلاّ إلى النوعية المتوسطة.

ومن المقبول، في العادات التجارية، عندما تكون النوعية المسلمة ادنى من النوعية المتوسطة، أن يفسح هذا الفارق في المجال لتخفيض الثمن وحسب، وليس للفسخ، إذا بقي الشيء مع ذلك صالحا للاستعمال المعدّ له[4].

وغالباً ما يتم البيع، ولاسيما بين التجار، استناداً إلى عيّنة، إسناد، قائمة، نموذج... ولا يتبرأ البائع من التسليم إلاّ بتقديم سلعة مطابقة للإسناد المتفق عليه[5].

---

(1) انظر بالنسبة إلى سنة الصنع في صدد سيارة جديدة حكم محكمة استئناف باريس، 27 تشرين الثاني 1967، مصنف الاجتهادات الدوري، 1968، II، 15531، تعليق J.H.، توريد سيارة مصنوعة بتاريخ سابق للتاريخ المتفق عليه، عدم المطابقة مع الطلبية.
ويدين قانون اول آب 1905 حول الغش والتزوير، الملغى في ما هو اساسي والمستعاد في المادة L.1-213 من قانون الاستهلاك، بجريمة الخداع في السلع، الطبيعة والنوع والمنشأ والصفات الجوهرية والتكوين،... الكمية والتطابق (المادة 213 ـ L1.، 2°)، الصلاحية للاستعمال، المخاطر الملازمة للاستعمال... (المادة L.1-213، 3°).

(2) قانون أول آب 1905 حول الغش والتزوير المستعاد في المادة L.1-213 وما يليها من قانون الاستهلاك تقمع بعقوبات مضاعفة جريمة الغش عندما يرتكب هذا الغش في «الوزن والقياس وادوات غاشة وغير صحيحة اخرى»، أو كذلك عن طريق «مناورات واساليب تنزع إلى افساد عمليات التحليل أو المعايرة، أو الوزن أو الكيل...» (المادة L.2-213، 2، ب و ج).

(3) توجد اتفاقية خاصة مثلا في البيع استنادا إلى عيّنة،ولكن يمكن استقراؤها من الظروف، انظر حكم غرفة العرائض، 18 كانون الاول 1934، مجلة قصر العدل، 1935، 1، 271، تسلم حرير من نوعية ادنى، ثمن مفوتر يدعو إلى اعتقاد مكتسب الملكية أنه تلقى الأنضل.

(4) انظر حكم غ ع، 23 أيار 1900، د، 1901، 269، قمح مستورد من الاوراغوي، نوعية في حدود المقبول، طابع تجاري، جدارة صنع الطحين؛ انظر الإسنادات المعطاة في ظل هذه المادة؛ وكذلك حكم غ ت ن، 23 آذار 1971، د، 1974، 40، تعليق M.Alter، أذناب الكركند، تخفيض الثمن.

(5) انظر Escarra et Rault، تأليف Hémard، المبيعات التجارية، رقم 170 وما يليه؛ Ripert et Roblot، الباب 2، رقم 2511 وما يليه؛ انظر الرقم 11590 اللاحق.

ومن المتواتر، في ما يتعلق بالمنتجات الموحدة النمط، أن تكون شروط عمل الشيء وخصائصه أو تَجَليته موجودة في مستندات تجارية، حتى إسناداً إلى معايير أو علامات تجارية: يجب أن يكون الشيء المسلم مطابقاً لما تقدم[1].

11246 ـ السلع، الكمية. ليس من النادر أيضاً أن تكون الطلبية على اساس الوزن أو العدد أو القياس (المادة 1585 من القانون المدني). وعمليات الزنة أو العد أو المعايير، في هذه الحالة، تجري عموماً عند التسليم.

والوضع الذي يكون فيه الفارق الكمي اللاحق بالبضائع ليس مرتقباً في القواعد الخاصة بالبيع، بخلاف ما يجري في المادة العقارية (المواد 1617 إلى 1623 من القانون المدني المذكورة سابقاً، السعة) لا يمنع ان يتوجب على البائع ما كان متفقاً عليه وفقاً للمادة 1616. بيد أنه ينبغي، بالنسبة إلى معاقبة هذا الموجب، الرجوع إلى القواعد العامة للعقود. وللمثلية التي للاموال المعنية في هذه الفرضية ـ توريد خضار من قبل مزارع إلى صناعي زراعي غذائي بكمية أقل من الكمية المتفق عليها، إرسال تاجر خمراً إلى بائع بالمفرق بحجم أكبر من الحجم المتفق عليه ـ تجعل المشكلة غير مطروحة بالتعابير عينها كما في المادة العقارية.

وحالة الفائض غالباً ما يسهل حلها. فمكتسب الملكية الذي تلقى أكثر مما يحق له ملزم برد هذا الفائض (المادة 1376، دفع غير المستحق). وبامكانه أيضاً شراؤه وعقد اتفاق تكميلي مع البائع في هذا الصدد. والاوضاع التي يستحيل فيها على مكتسب الملكية رد ما تلقاه جزئياً نادرة.

إن فرضية النقص أدق. ولاشك في أن التوريد إذا كان غير كافٍ، يمكن في الغالب تداركه بتسليم اضافي، وإنما مع مجازفة تأخير في التنفيذ، فيكون لمكتسب الملكية الحق في الشكوى من ذلك احتمالياً، وطلب الفسخ (المادة 1610). وقد يكون البائع ايضاً في وضع عدم امكانية تسليم ما ينقص. وفي هذه الحالة ثمة واحد من امرين، إمّا ان يرضى مكتسب الملكية بالكمية التي حصل عليها ويكون له الحق عندئذ بانقاص الثمن وإمّا أن يأمل في تلاشيء العقد (أو زواله) ويجب ان يكون من الممكن الطموح إلى ذلك. فإذا طلب الفسخ ـ حتى فرض هذا الفسخ من جانب واحد من قبل مكتسب الملكية الذي يرفض الوضع ـ فيجب عدم قبوله إلاّ بشرط أن لا يرتدي عدم التنفيذ المتحقق منه، أي

---

(1) انظر حكم غ ت ن، 8 كانون الاول 1980، ن م، IV، رقم 415 المستشهد به في الرقم 42 السابق، آلة لا تتوفر فيها خصائص التقنية المتفق عليها في بيان عرض البيع، فعل منسوب إلى عيب في البناء، مكتسب ملكية مهني يصنع اجهزة مماثلة، تأخر في اقامة الدعوى، رد؛ حكم غ م ت ا ن، 2 حزيران 1982، م ق ع، 1982، 2، بانوراما، 372، تعليق .A.P، علامة تجارية لـ «راحة سماع الاصوات».

طابع التسليم الجزئي، خطورة بحيث أن هذه المعاقبة الجذرية تكون مقبولة (المادة 1184).

وهذه الفرضيات، في البيع بين التجار ـ فائض، نقص ـ غالباً ما تكون مرتقبة بدقة، ويبين تفحص الاجتهاد، كشروط عامة للبيع، أن الحلول تتغير من قطاع إلى آخر[1].

ومن المقبول، فضلاً عن ذلك، في ما يتعلق بتفسير العقد عندما تكون السلع مباعة بالوزن، أن المبدأ، وفقاً لعادات التجارة، هو أن الفريقين يُفترض أنهما اتفقا على وزن صافٍ أي بدون إدخال المحتوي[2].

ويسري الحل ذاته عموماً في البيع للاستهلاك.

11247 ـ β). التوابع. تنص المادة 1615 من القانون المدني على أن «موجب تسليم الشيء يحوي توابعه وكل ما هو معدّ لاستعماله الدائم».

وكان مفهوم التابع، في الاصل، ينظر إليه بأنه يتعلق فقط بالعناصر المادية المتحدة بالشيء: العقارات بالتخصيص بالنسبة إلى عمارة، (المدفأة في إحدى الشقق)، وبالنسبة إلى جهاز، أو مركبة مجموعة، الادوات الضرورية لاستعماله (دولاب الغيار وصوت التقصف والقرقعة في المركبة)، وفي شأن التجهيز تعليمات الاستعمال (طريقة الاستعمال، موجز الصيانة)[3]... إلا أن الفكرة يمكن ان تفسح في المجال لعدد لامتناهٍ للتطبيق.

يتجه التفكير مثلاً إلى توضيب الشيء. ومن المهم، في ما يختص بالسلع، إذا كان من المتفق عليه ارسالها إلى مكتسب الملكية، أن يوفر البائع التغليف الذي تستدعيه عمليات النقل والتفريغ والذي يتيح الحماية ضد المخاطر الذي قد يتم التعرض لها في هذه المناسبة[4]. وتقضي اتفاقية ڤينا حول بيع السلع الدولي صراحة

---

(1) انظر N. Alter, L'obligation de délivrance dans la vente de meubles corporels، اطروحة من منشورات.

(2) انظر Escarra et Rault، تأليف Hémard، المبيعات التجارية، رقم 230 وما يليه؛ يعلن قانون 13 حزيران 1866 حول عادات التجارة أن السلع تباع بالوزن القائم أو الصافي ويحتوي على جدول يحدده في ملحق حسب فئة السلع وينص بالنسبة إلى ما تبقى على أن المبدأ هو البيع بالوزن الصافي، انظر Carpentier et Frèrejouant du Saint، الفهرس العام الألفبائي، V المبيعات التجارية.

(3) انظر حول فكرة كون عقد الصيانة يمكن التنازل عنه كتابع للشيء حكم محكمة استئناف ڤرساي، 21 أيار 1986، د، 1987، 266، تعليق Huet، ناظم آلي او حاسوب IBM (Computer)، وحول صيانة التجهيزات انظر المدخل الوارد سابقاً، د، الخدمة بعد البيع.

(4) تطرح المسألة في صدد التغليف لمعرفة ما ءذا كان البائع يتفرغ عنه مع البيع، أو يتوخى بيع المنتج فقط بدون التغليف: يتوقف كل شيء على العقود أو الشروط العامة أو العادات في المادة التجارية؛ وفي العلاقات مع المستهلكين يباع التغليف مع المنتج في الوقت عينه (ورق مقوّى لمجموعة تجسيم الصوت)، وقد يكون معداً، فضلاً عن ذلك، إلى الرمي (جيب صغير من المادة المهيكلة الصنعية plastique). بيد أن الشيء يباع في بعض الحالات مع تغليفه الذي يصبح ملك الشاري، إلاّ أن البائع يتعهد باعادة شرائه (الزجاجات الفارغة مثلاً).

بموجب كهذا لناحية المطابقة[1].

ويشكل النظام القانوني للتوضيب والتغليف موضوع ذِمامة بارعة حين يجري تمييز ما يباع مع الشيء كعارية لمكتسب الملكية ويخضع لمجرد وعد بالشراء بعد البيع[2]...

11248 ـ ازالة الطابع المادي. نشاهد في ايامنا ظاهرة ازالة الطابع المادي لمفهوم التابع. والأكثر فائدة قد يكون ما جرت ازالة الطابع المادي عنه: المستندات التي تتيح استخدام الشيء المباع أو استخراج الفائدة المنتظرة منه، على سبيل المثال الاوراق الادارية للمركبة[3] وشهادة مصدر جواد سباق[4].

ومن التابع إلى الإعلام لا توجد، فضلاً عن ذلك، سوى خطوة واحدة. وإذا كان من الصحيح ان البائع مركّب نظام انذار ليس ملزماً بأن يسلم، بصفة تابع للبيع، الاذن الاداري لاستعمال الجهاز فهو ملزم مع ذلك كمهني مؤهل بان لا يقدم تجهيزاً كهذا ويركبه إلاّ بعد ان يكون قد تأكد من امكانية الحصول على هذا الاذن[5].

والمادة 1615، بالنسبة إلى تجهيزات ذات طابع تقني عالٍ، في المادة المعلوماتية على سبيل المثال، يمكن التمسك بها لتسويغ اطلاع البائع على معلومات مختلفة تتيح

---

(1) المادة 35، انظر الرقم 11741 اللاحق وما يليه.

(2) تطرح في الواقع في صدد التغليف مسألة معرفة ما إذا كان البائع يتنازل عنه مع الشيء أو يرمي إلى بيع المنتج وحسب بدون التغليف: يباع التغليف في اغلب الاحيان في الوقت عينه (ورق مقوّى لمجموعة تجسيم الصوت)، يضاف إلى ذلك إنه قد يكون معداً للرمي (جيب صغير من المادة المهيكلة الصنعية plastique)، ولكنه من المعروف أن بعض المنتجات يباع بدون تغليف (قوارير الغاز)، وقد جعل قانون 13 كانون الثاني 1938، المتعلق بالبيئة، موجب اعادة شراء البائع زجاجات الجعة والمشروبات الغازية الاخرى الزامياً؛ انظر Gross et Bihr، الباب I، صفحة 191، بالاضافة إلى الرقم 22119 اللاحق.

(3) قررت محكمة النقض، في ما يختص بأوراق السيارة، في آونة معينة، مع أن الحل المعاكس يبدو مكتسباً، أن البطاقة الرمادية لا تمنع المركبة من تأدية وظيفتها، انظر حكم الغرفة المدينة الاولى، أول شباط 1956، Dalloz، 1956، تعليق J. Hémard الناقد، نقض حكم منح الشاري العطل والضرر؛ اضف إلى ذلك حكم غ م أ ن، 19 آذار 1958، د، 1958، 353، نقض حكم ابطال البيع؛ إلا أن الحل كان يجب ان يفرض ان تشكل المستندات الادارية «موجبا اساسياً على البائع»، وتخلف البائع عن هذا الموجب يسوّغ الفسخ، انظر غ م أ ن، 26 آذار 1963، ن م، I، رقم 187، بطاقة رمادية؛ حكم غ ث ن، 8 تشرين الثاني 1972، ن م، IV، رقم 277، بطاقة رمادية؛ حكم الغرفة المدنية الاولى، 31 كانون الثاني 1974، د، 1974، 348، مستندات مزورة، عدم التسليم، حكم غ م أ ن، 22 قانون الثاني 1991، ن م، I، رقم 23، نسخة ثانية عن البطاقة الرمادية؛ وحول السمة، انظر حكم المحكمة البدائية في نيم، 3 تموز 1969، م ا د، 1969، II، 16013، تعليق J.A.

(4) انظر حكم غ م أ ن، 26 تشرين الاول 1981، ن م I، رقم 352.

(5) انظر حكم غ م أ ن، 27 تشرين الاول 1981، ن م، I، رقم 315، نقض الحكم الذي رد طلب فسخ العقد مع أن المحافظ رفض السماح بالتركيب.
والعلاقة بين موجب الاستعلام وواجب النصيحة مفهومة، انظر حول موجب الاعلام الرقم 11264 اللاحق.

استعمال الشيء في أفضل الشروط ومن شأنها، على وجه الخصوص، تجنب ان يكون مكتسب الملكية مكرهاً على التزود بقطع الغيار من هذا المورّد: معطيات تركيب اسطوانات وحدات المحيط الخارجي في ما يتعلق بناظم آلي Computer)[1].

11249 ـ ب) كيفيات التسليم. يشرح القانون المدني، عن طريق الإشهار، ما هو التسليم في المواد 1605 إلى 1607 من القانون المدني.

وهكذا تنص المادة 1605، في المادة العقارية، على أن التسليم يتم بتسليم المفاتيح في ما يتعلق بعمارة[2]، أو عن طريق السندات بالنسبة إلى الملكية غير المبنية. وتسليم السندات، مع الشكلية المتزايدة في البيع العقاري، إضافة إلى ذلك، اصبح إعداداً سابقاً لا غنى عنه لرسم مصدر الملكية الوارد في عقد البيع. ويمكن ان يجري التسليم كذلك برضا الفريقين وحده: الامر على هذا النحو مثلاً عندما يكون مكتسب الملكية قد سبق وجوده في الاماكن، كالمستأجر مثلا (حجة المادة 1606).

وتورد المادة 1606، في شأن المنقولات المادية، نقل الحيازة الحقيقي وهو وضع الشيء في الحيازة المادية وتسليم مفاتيح المستودع حيث يتم خزن الشيء. وتنص ايضاً على التسليم برضا الفريقين وحده، عندما يكون الشاري قد سبق له ان حاز الشيء بصفة ما. ونقل الحيازة في الواقع هو إلى حد كبير النمط الأكثر شيوعاً للتسليم بالنسبة إلى البضائع، سواء جرى في مخازن البائع أو بتسليم الشاري أو في أي مكان آخر. ومن المتواتر بين التجار اتمام التسليم بتأدية سند يمثله: وثيقة الشحن، خزن الامان، ايصال...

وتورد المادة 1607 اخيراً، في ما هو حقوق غير مادية، تسليم السندات واستخدام مكتسب الملكية حقه برضا البائع.

على أن تحديداً دقيقاً يفرض نفسه. إن الكيفيات الواردة في القانون المدني تميز

---

(1) يجري احيانا تفحص المسألة من زاوية حق المنافسة، انظر في صدد محللي الحركة تصويرياً، وهي اجهزة مستخدمة لرقابة زمن عمل سائق شاحنة، مجلس المنافسة، 2 تشرين الاول 1991، معلوماتية Mannesmann، مجلة الاجتهاد في القانون الاداري، 1/ 91، Francis Lefebvre، رقم 33، صفحة 64، الشروط العامة لبيع الصانع التي تنص على أن مكتسب الملكية عليه استخدام اسطوانات التسجيل التي يقدمها هذا الصانع حصراً لامكانية الافادة من الضمان العقدي، امر بالغاء البند.

انظر J. Huet, La modification du droit sous l'influence de l'informatique، م إ د، 1983، 1، 3045، رقم 22: «يمتنع على الباني السعي إلى ربط شريكه في التعاقد للتزوّد بالتوريدات الملحقة، كالاشرطة والاسطوانات، عن طريق اساليب تقنية محتفظ بها سرية». ويمكن التفكير أيضاً في استخدام الحجة للاطلاع على مصادر حبكة اعلامية بحيث يتاح تأمين الصيانة عن طريق آخر غير المورّد.

(2) يمكن أن يتم ذلك من قبل البائع نفسه أو أحد الجيران الذي تسلمها من المستأجر، حكم الغرفة المدنية الاولى، 16 حزيران 1982، النشرة المدنية، I، رقم 231.

بالاحرى تسليم الشاري أكثر مما تتعلق بوضع البائع الشيء بالتصرف. وينبغي القول، لبيان ما هو صحيح تماما، إن البائع ينفذ موجبه في التسليم بعرض ما تنص عليه المواد 1605 إلى 1607 ـ تسليم المفاتيح، نقل الحيازة الحقيقي. . . وعلى الشاري ان يقبل العرض الذي يميز وحده هذا التسليم.

واذا كان التسليم، فضلاً عن ذلك، يؤدي إلى مصاريف ـ حراسة وتفريغ وتخزين مثلاً ـ فإن العبء يقع على البائع وفقاً للمادة1608، وعليه أن يتحمل ذلك خلال الوقت الضروري لحيازة الشاري.

11250 ـ ج) مكان التسليم وتاريخه. التسليم، سنداً إلى المادة 1609 من القانون المدني، «يجب ان يتم في المكان الذي كان الشيء، في وقت ابرام البيع، فيه ويشكل موضوع البيع». مما يجعل البيع منسجماً مع القانون العام للموجبات الناتج عن المادة 1247، الفقرة الاولى التي تنص، كقاعدة عامة، على هذا الحل عندما يتناول الموجب عينا ما[1]. وفي الممارسة، إذا تعلق الأمر بعقار، تجري حيازة الشاري محلياً: يذهب إلى المكان من أجل ذلك. وإذا كان الموضوع مالا منقولا محدداً يكون هذا المال المنقول في الغالب عند البائع: يذهب الشاري لاخذه منه.

وبالمقابل، عندما يكون موضوع البيع شيئاً معيناً بالنوع يصبح هذا المبدأ غير قابل للتطبيق وينبغي الرجوع إلى القانون العام للمادة 1247، الفقرة 3، التي تطرح المبدأ فيجري الدفع في محل اقامة المدين، وهو البائع في هذه الحالة: يجب إذاً، هنا ايضاً، ان ينتقل الشاري ليتسلم الشيء.

فالشيء المباع غالباً ما يكون طلبياً مع أن القانون المدني لا ينص على ذلك.

11251 ـ البيع والنقل. من السهل ادراك فائدة الحل بالنسبة إلى البائع في مادة بيع السلع. فهذه السلع تسلم في مخازنه، عدا وجود بند مخالف. وللبائع في ذلك دافعان للارضاء.

أنه، من جهة أولى، غير ملزم بأن يأخذ على عاتقه تنظيم نقل البضائع ونفقاتها لارسالها إلى الشاري، ويكون ذلك ضرورياً عندما يكون الشاري في مكان بعيد. فإذا كان التسلم يفترض النقل فان الشاري هو الذي يتكفل به ويتحمل كلفته. والمادة 1608 من القانون المدني، علاوة على ذلك، تبين ذلك صراحة وتعلن ان «مصاريف التسليم هي على عاتق البائع ومصاريف سحب الشيء هي على عاتق الشاري».

---

(1) إذا لم يعين الفريقان المكان، كما يقول النص، «يجب أن يتم الدفع، عندما يتعلق الأمر بعين محددة في المكان الذي كان الشيء فيه، في وقت الموجب، وكان يشكل موضوع البيع».

ومن جهة ثانية لا يتحمل الشاري مخاطر تلف الشيء، أو خسارته، التي يمكن ان تحصل بعد ابرام العقد، ولاسيما خلال النقل لتسلّم السلع (انظر بهذا المعنى المادة 100 من قانون الاستهلاك)[1].

ولا شك في أن ثمة قواعد بديلة هنا يمكن أن يستبعدها الفريقان وقد يلجآن إلى ذلك[2]. وهذا ما يحصل في البيع التجاري، ولاسيما البيع الدولي حيث يأخذ البائع احيانا النقل على عاتقه[3]. ونجد، في العقود مع المستهلكين، بشكل متواتر، تجاراً يعرضون تأمين تسلم الشيء المباع بادخال الكلفة في الثمن[4].

11252 ـ الانتظام أو المهلة البيانية. تاريخ التسليم هو التاريخ الذي يتفق عليه الفريقان، هذا ما تعلنه المادة 1610 من القانون المدني. فإذا لم يراعه البائع، كما تنص المادة 1611 على ذلك، فإنه يتعرض لوجوب دفع العطل والضرر. وفي حال عدم وجود تحديد في العقد يكون التسليم الفوري مفروضاً[5]. بيد أنه ثمة توافق على التفكير في أن مهلة معقولة متاحة امام البائع ليقوم بالتنفيذ[6].

وتبرز صعوبات في الممارسة المتواترة لدى المهنيين، مهل بيانية مقترنة على وجه العموم ببنود اللاّمسؤولية. وهذه البنود، في العلاقات التجارية، مقبولة وتعتبر مشروعة[7]،

---

(1) انظر حول مخاطر النقل الرقم 11216 السابق.

(2) انظر حكم غ ت ن، 17 تشرين الثاني 1966، ن م، III، رقم 437، بيع كحول للتصدير.

(3) هذه هي الحال في البيع المسمى «البيع حتى الوصول»، انظر الرقم 11706 اللاحق وما يليه.

(4) يفسر ذلك كون القضاة قد اعلنوا، احياناً، ان البند الذي تصعب قراءته، أو الذي يرد في قفا الطلبية التي وقعها الشاري وهو مجرد فرد عادي، والذي يضع على عاتقه مخاطر النقل، لا يحتج به في وجهه، انظر كمثال حكم الغرفة المدنية الاولى، 3 أيار 1979، د، 1980، إ س، 262، ملاحظة J. Ghestin، بند يشترط أن تنقل البضائع على مسؤولية الشاري وارد على ظهر الطلبية، بند لا يحتج به في وجه مكتسب الملكية الذي لم يلاحظه.

(5) انظر Mazeaud et de Juglart، الباب III، المجلد الثاني، رقم 931.

(6) انظر Ghestin et Desché، رقم 671؛ حكم غ م ث ا ن، 11 نيسان 1973، ن م، III، رقم 274، بيع قطعة أرض حرة من أي إشغال، ضرورة إخلاء المشاغل، عدم التسليم: «في حال عدم وجود مهلة متفق عليها (يعود) إلى قضاة الاساس تحديد المهلة المعقولة التي يجب على البائع خلالها تسليم الشيء المباع»؛ قارن بحكم غ ت ن، 12 آذار 1952، ن م، III، رقم 148، محراث، غياب مهلة محددة في العقد، تفسير، مكتسب ملكية يعرف ان الموزع عليه اجراء تسليم الآلة عن طريق الصانع، ادانة الشاري الذي فسخ الصفقة لعدم التسليم بدون انذار مسبق.

(7) انظر كقساوة خاصة تجاه الشاري، حكم غ ت ن، 24 حزيران 1980، ن م، IV، رقم 273، شاحنة، تاريخ تقريبي للتسليم: عاقب الحكم مكتسب الملكية الذي ابلغ، بعد ثلاثة اشهر من التاريخ المتفق عليه، رغبته في فسخ العقد، انظر ايضا حكم الغرفة التجارية، 15 حزيران 1981، النشرة المدنية، IV، رقم 270، تسلم هري (حفرة تحفظ فيها الغلال)، نقض الحكم الذي منح العطل والضرر بسبب التأخير بدون البحث عما إذا كانت شروط البائع العامة لا تستدعي أن تكون المهل «مبينة بدون تعهد ولا يمكن ان تفسح في المجال لأي تعويض عن التأخير»، وعما إذا كان البائع قد جرى انذاره بالتسلم؛ انظر حول ممارسة المهل الملزمة أو البيانية وحسب في البيع بين التجار M.Alter, L'obligation de delverance dans la vente de meubles =

إنما قد تعاقب المحاكم التأخير التعسفي[1]. ومن المتفق عليه في العلاقات مع المستهلكين أن اعفاء المهني نفسه من المسؤولية حول هذه النقطة يشكل بنداً تعسفياً[2]. وقانون 18 كانون الثاني 1992 الذي عزز حماية المستهلكين اجبر المهنيين على أن يبينوا، عندما لا يكون تسلم المال فورياً، التاريخ الاقصى الذي يلتزم باللجوء إليه، مبيناً أن الشاري في حال التأخير لأكثر من سبعة أيام بامكانه فسخ العقد (المادة 3 ـ 1، الفقرة والفقرة 2، التي اصبحت المادة L.1-114، الفقرة 1 والفقرة 2 من قانون الاستهلاك)[3].

وتختلف الأمور عندما يعين الفريقان مهل التسليم. ويبدو أن المادة 1610 تقدم المهلة المحددة بأنها لا بد منها باعلانها أن «مكتسب الملكية، إذا تخلف البائع عن التسليم في الوقت المتفق عليه بين الفريقين، بامكانه، حسب اختياره، طلب فسخ البيع أو

= corporels، اطروحة في L.G.D.J.، 1972، رقم 27 وما يليه، وكذلك Ghestin et Desché، رقم 672 وما يليه.

(1) انظر كمثال حكم محكمة استئناف باريس، 16 كانون الثاني 1990، قانون المعلوماتية والمواصلات المسافية 1991 ـ 2، صفحة 47 وما يليها، تعليق M.Espagnon، تجهيز معلوماتي، بند تسليم خلال شهرين جرى اعتباره محدداً مهلة غير آمرة، رفض الفسخ وإنما منح العطل والضرر للتأخير.
ويمتنع، فوق ذلك، في حين أن العقد يعلن مهلة بيانية وحسب، على المورّد، في أي حال، تغيير ثمن البيع على هواه بتأخير التسلم، وعلى سبيل المثال فوترة ثمن اعلى على الشاري عقب تعديل في تعرفته: ادانت المحاكم من ارادوا القيام بذلك بتطبيق بند ينص على اعتماد الثمن الساري المفعول في يوم التسلم، انظر حكم محكمة استئناف باريس، 29 تشرين الاول 1960، م إ د، 1961، II، 12110، شركة ستيروين، سيارة؛ ادانة التسلم بالثمن الساري المفعول في اليوم الذي انذر فيه الشاري؛ انظر ايضاً حول هذه النقطة الرقم 11191 السابق.

(2) يعتبر هذا البند مناقضاً للمادة 2 من مرسوم 24 آذار 1978 الذي يحظر اقدام المهني على الغاء حق غير المهني في التعويض، انظر حكم غ م أ ن، 16 تموز 1987، د، 1988، 49، تعليق Calais-Auloy، 1987، الموجز 457، ملاحظة J.-L. Aubert، م إ د، 1988، II، 21001، تعليق G.Paisant، منقول: بطلان البند الذي ينص على ان المبالغ المدفوعة قابلة للرد خلال 90 يوما من الانذار الذي بقي بلا مفعول؛ اضف إلى ذلك حكم الحاكم المنفرد في باريس، 16 نيسان 1991، د، 1991، 460، الحالة الثانية، بند تعسفي؛ وهذا الحظر، على اعتبار ان محكمة النقض تأخذ بمفهوم واسع لمبدأ غير المهني بحيث يشمل المهني غير الاخصائي ـ انظر حكم غ م أ ن، 28 نيسان 1987، د، 1988، 1، تعليق Ph. Delebecque، د، 1987، الموجز 455، ملاحظة J.-L.Aubert، م إ د، 1987، II، 20893، تعليق G.Paisant ـ له، كمُونا، مدى واسع إلى درجة كبيرة.
انظر، كمثال على بند من هذا النوع ضد المستهلك، حكم الحاكم المنفرد في ميتز، 4 كانون الثاني 1983، د، 1984، 591، المذكور سابقا، في شأن عقد «الاجمال»: «تعطى مهل التسليم بصفة بيانية. ولا يمكن أن يشكل تجاوز هذه المهل في أي حال سبب تسويغ للابطال أو منح العطل والضرر».

(3) لم ينص القانون على أي تعويض للشاري (يحوي القانون بالتأكيد نصا يفترض بموجبه أن المبالغ المدفوعة هي بصفة عربون، ولا يبدو أنه قابل للتطبيق على حالة التأخر إلاّ أن يعتبر ان البائع يتخذ مبادرة فسخ العقد بعدم التسليم في الوقت المعين ويتوجب عليه بالتالي ضعف العربون). ويطبق الحل على السلع التي يتجاوز ثمنها مبلغ 3000 فرنك، مرسوم 13 تشرين الاول 1992؛ ويسري النص أيضاً على تقديمات الخدمات.

توفير الحيازة له، إذا كان التأخير لم يحصل إلاّ بفعل البائع»[1]. وقد يؤدي ذلك إلى الاستنتاج أن البائع ملزم بمراعاة تعهده بدقة وبالاعتراف لشريكه في التعاقد بسلطة رفض التسليم الذي لم يتم خلال المهلة ولهذا السبب وحسب. على أن ترك الامكانية لهذا الشريك في فسخ العقد، أياً كانت ظروف التأخير الحاصل، قد يبدو تعسفياً. ويضاف إلى ذلك أن القضاة، وفقاً للقانون العام، يعتبرون أن الشاري الذي لا يحصل على التسلم في الوقت المتفق عليه، قبل أي شيء، انذار مورّده بوجوب التنفيذ[2]. ومن المأمول مع ذلك أن لا يقبل القضاة، كما تدعوهم إلى ذلك المادة 1184، الحكم بالعقوبة الجذرية بالفسخ إلاّ في حالة امكانية اثبات خطورة تقصير البائع.

بيد أنه من المقبول، إذا كان من الممكن اعتبار المهلة المحددة في العقد آمرة، أن لا يكون الشاري ملزماً بانذار البائع مسبقاً بالتنفيذ للشكوى من التأخير بطلب الفسخ مثلا[3].

ويقدر، علاوة على ذلك، ان البائع، على الأقل إذا كان مهنياً، لا يمكن أن يحصل من القاضي على مهلة اضافية استناداً إلى المادة 1244 ـ 1 وما يليها[4].

11253 ـ 2°. مطابقة الشيء. يستدعي التسليم، لكي يكون مرضياً، توريد شيء مطابق لما تم الاتفاق عليه[5]. ولا يمكن ان يلزم مكتسب الملكية ـ تؤكد المحاكم ذلك

---

(1) قارن بـ Ghestin و Desché، رقم 672 اللذين يعتبران أنه، في حالة الشك في معنى مهلة مشترطة في العقد، من المفترض أن لهذه المهلة طابعاً بيانياً.

(2) انظر حكم غ ت ن، 28 تشرين الثاني 1977، ن م، IV، رقم 282، سلعة يجب ان تسلم في مهلة شهر، حكم اعلن فسخ البيع ضد البائع الذي طالب بالدفع بحجة انه لم يكن بامكانه انذار الشاري بالتسلم، نقض استناداً إلى المادة 1610 من القانون المدني: «يعود إلى مكتسب الملكية أن يثبت دعما لطلب الفسخ أنه انذر البائع بالقيام بالتسلم في المهلة المتفق عليها»؛ حكم غ ت ن، 26 آذار 1952، ن م، III، رقم 148، محراث، ضرورة انذار البائع؛ بالاضافة إلى حكم محكمة استئناف باريس، 29 تشرين الاول 1960، م إ د، 1961، II، 12110، سيارة سيتروين، بيع معد للتسليم، الشاري انذر البائع بالتسلم.

(3) انظر الحكم المدني، 18 تشرين الاول 1927، د إ 1927، 510، منشورات Sirey، 1928، 1، 22، بيع بضائع بين التجار، شارٍ يرغب في الحصول عليها قبل عيد الميلاد وقد ردها، رد طلب الايفاء: «يعتبر أن المدين جرى انذاره بحلول الاجل وحسب عندما ينتج عن الاتفاقية ان الشيء الذي تعهد باعطائه لا يمكن ان يكون كذلك بعد انقضاء المهلة المحددة للتسلم». انظر ايضاً حكم غ ع، 16 شباط 1921، س، 1922، 1، 86، سلع؛ حكم القاضي المنفرد في باريس، 9 آذار 1977، م ف ق م، 1978، 150، ملاحظة G.Chestin; Cornu و Desché، رقم 672.

(4) انظر في هذا الاتجاه Escarra et Rault، تأليف Hémard، البيع التجاري؛ رقم 236.

(5) انظر Ph. le Tourneau, Conformité et garanties dans la vente d'objets corporels، المجلة الفصلية للقانون التجاري، 1980، 231؛ J.Ghestin, Conformité et garanties dans la vente، منشورات LGDJ، 1983؛ M. Alter، مصنف الاجتهاد، العقود والتوزيع، الكراسة 300، بيع تجاري، موجب التسليم، 1989 J. Huey, Responsabilité du vendeur، رقم 76 وما يليه؛ Ch. Atias, L'obligation de 1992؛ délivrance conforme، د، 1991، العرض 1؛ J.Calais- Auloy, Ne mélangeons plus conformité et sécurité، د، 1983، العرض 130.

بوضوح ـ بقبول شيء مختلف[1]، حتى أن له الحق في أن يتطلب شيئاً له الصفات المنشودة جميعاً، وبالتالي تنفيذاً تاماً تحت طائلة رفضه[2].

وإذا جرى البيع استناداً إلى عيّنة، وهذا ما يمارس في تجارة السلع المتنوعة والمنتجات الغذائية، والخشب أو النسيج، والموكيت... فانه يفرض على البائع ان يقدم شيئاً مطابقاً تماماً للعيّنة الموافق عليها، وأي اختلاف يمكن ان يسوّغ الفسخ الذي يطلبه مكتسب الملكية[3].

وإذا ظهر أن الشيء هو غير ما اتفق عليه فبامكان مكتسب الملكية أن يطلب تأمين المطابقة، وعند الحاجة تدخل البائع لمعالجة ذلك. على أن البائع ليس بامكانه الادعاء أن الشيء ينبغي الحصول عليه من مخازنه لاجل هذه العملية: انه يتخلف بذلك عن موجبه في التسليم ويكون لمكتسب الملكية الحق في أن تكون المطابقة في المكان الذي يوجد فيه هذا الشيء[4].

ويمكن، في الواقع، مد مفهوم المطابقة بشكل واسع إلى حد ما. فثمة سلسلة من الاوضاع بين الفرضية الأكثر شيوعاً حيث يقدم البائع شيئاً مختلفاً عن الشيء المطلوب: بيضة بدلا من ثور un œuf au lieu d'un bœuf ـ أو الفرضيات الاكثر براعة حيث توجد الصفات المنشودة في الشيء أو عمله. ومن هنا ضرورة التساؤل حول مجال موجب المطابقة قبل تفحص النظام.

11254 ـ أ). مجال المطابقة. كان ينبغي، لمدة طويلة، لكي يتم قبول المقاضاة حسب قواعد القانون العام الأكثر مرونة والمطبقة على المطابقة، أن يتعلق الأمر بعدم

---

(1) انظر كمثال حكم غ م أ ن، اول كانون الاول 1987، ن م I، رقم 324، م ف ق م، 1988، ملاحظة Ph.Rémy، اثاث، زخرفة حديدية، ولون الخشب، نقض؛ طلب تنفيذ مبني على عدم المطابقة وليس على العيب الخفي؛ انظر الرقم 11242 السابق وما يليه.

(2) انظر حكم غ م أ ن، 4 نيسان 1991، ن م، I، رقم 130؛ يسوّغ النقص في المطابقة، بالنسبة إلى السيارة، في دهان الهيكل، رفض التسلم.

(3) تودع العيّنة عادة تحت الختم بالشمع الاحمر، انظر V. Lorvellec، مصنف الاجتهاد، المادة 1587، البيع بعد المذاق، بيع استنادا إلى عيّنة، 1985، رقم 27؛ وحول الاعتراض على المطابقة انظر حكم الغرفة التجارية، 18 كانون الثاني 1972، مصنف الاجتهادات الدوري، 1972، II، 17260، تعليق J.Hémard، قماش غليظ من وبر البقر (Thibaude)،

يسهّل الرجوع إلى العيّنة إلى حد كبير اثبات عدم المطابقة، بيد ان له اكراهاته وسيئاته: المطابقة مع العيّنة يجب ان تتم بعناية كبيرة ذلك بأن الاعتراض لاحقاً على صفة الشيء لا تعود ممكنة من حيث المبدأ على غير اساس الاختلاف مع العيّنة، انظر حكم غرفة العرائض، 10 كانون الثاني 1870، د، 1870، 1، 423، سلعة جرى رفضها لأنها لم تكن من «الطبيعة المتفق عليها»، زيت الزيتون.

(4) انظر حكم غ ت ن، 4 حزيران 1991، ن م، IV، رقم 204، صندق قلاّب ودولاب احتياطي غير موجود في الشاحنة: يسري الحل ايضاً في حالة وجود عيب خفي في الشيء ومن المناسب معالجته.

تنفيذ خطير للعقد بصورة خاصة[1].

وقد جرى قبول ذلك، مثلا، في صدد مقاعد دراجات كان لونها داكناً أكثر من اللون الناتج عن خطإ في التركيب وغير المباع في ساحل العاج[2]، جلد غنم غير مطابق للمواصفات المذكورة في العقد يحمل آثار جرب أو ممزق[3]؛ قطع قماش جرى اسقاط كبير من وزنها بحيث لا يمكن وصفها بالمطابقة أو بسهولة البيع[4]؛ اعلانات مضمونة ضد تغيير لونها بالتعرض للشمس زال لونها بسرعة[5]، بذار اصيب في امكانية الإنبات بمعالجة بمبيدات الحشرات[6]؛ عقار غير مطابق للتصاميم والمستندات العقدية[7]. . . ونرى إلى حد ما الحفاظ على هذه النزعة إلى الاحتفاظ بحق الاعتراض على تنفيذ موجب التسليم في فرضيات لا يتوافق فيها ما جرى تقديمه مع ما كان متفقاً عليه: سرعة سفينة ادنى بكثير من السرعة المتفق عليها[8]؛ حوض للسمك من أجل تربية وظيفية جديدة غير جدير بالاستعمال المعدّ له[9]. . .

على أنه جرى اعتبار أن موجب التسليم الذي يمكن ان يؤدي سوء تنفيذه إلى فسخ العقد لا يفترض فقط أن الشيء المباع يجب ان يوضع بتصرف الشاري وأن يكون وفقاً لما تم الاتفاق عليه وإنما يستوجب ايضاً أن يكون «مطابقاً لمقصده»[10] وبالتالي

---

(1) انظر كمثال J.Huet, Responsabilité du vendeur، رقم 44؛ غالباً ما يتم ايضاً في ايامنا قبول الأمر على هذا النحو، انظر حكم غ م أ ن، 5 أيار 1993، م إ د، 1993، الطبعة E، بانوراما 832، اعتراض على المطابقة وليس في صفة السلعة، مهلة ثمانية ايام اعتباراً من التسلم المحدد في اتفاقية البيع مستبعدة ما دام أن البند لا يتناول سوى نوعية السلعة.

(2) حكم غ ت ن، 17 كانون الاول 1968، ن م، IV، رقم 361.

(3) حكم غ ت ن، 24 تشرين الثاني 1966، م إ د، 1967، II، 5288، 1 ملاحظة .J.H، نقض الحكم الذي رد الادعاء لكونه متأخراً وغير مسوّغ.

(4) حكم غ ت ن، 8 حزيران 1967، ن م، III، رقم 237.

(5) حكم غ ت ن، 10 كانون الاول 1968، ن م، IV، رقم 355، نوعية الحبر، سلعة عبر مطابقة للاشتراطات الصريحة للصفقة.

(6) حكم غ ت ن، 22 نيسان 1975، د، 1975، إ س، 92، بضائع غير صالحة للاستعمال، تقصير في موجب التسليم، خطأ جسيم، البند المحدد للمسؤولية مستبعد.

(7) حكم غ ث ا ن، 14 كانون الاول 1977، د، 1978، اعلامات سريعة، 428، ملاحظة Giverdon.

(8) حكم غ ت ن، 27 نيسان 1979، ن م، IV، رقم 132.

(9) حكم غ م أ ن، 8 تشرين الثاني 1988، د، 1988، إ س، 280، مصنف الاجتهادات الدوري، 1989، IV، 15، نقض الحكم الذي اعلن عدم قبول الدعوى بسبب التأخير.

(10) حكم غ م ن، 14 شباط 1989، ن م، I، رقم 84، د، 1989، إ س، 80، سفينة: «ينتج عن المادتين 1603 و 1184 أن موجب التسليم الذي من شأنه أن يؤدي، في حال عدم التنفيذ، إلى فسخ البيع لا يستوجب تسليم الشيء وحسب وإنما ايضاً تسليم شيء مطابق لمقصده». اضف إلى ذلك حكم غ م أ ن، 14 شباط 1989، ن م، I، رقم 83، Dalloz، 1989، إ س، 80، نظام انذار، نقض الحكم الذي رد الادعاء بسبب التأخير، ضرورة «تسليم شيء مطابق لمقصده السوي». =

للاستعمال الذي يمكن توقعه منه: وقد جرى الحكم بأن ذلك ليس حالة دراجة صغيرة أحادية العجلة كانت مصدر حادث بسبب توقف العجلة الخلفية الذي يعزى إلى عيب في التصميم لجأ الصانع إلى معالجته لاحقا[1]، أو سفينة نزهة مستعملة فيها اختلال وتسرب مياه[2] أو آلة لصنع البطاطا المقلية تنتشر منها روائح لم يحتملها الجيران[3].

وقد ذهب حكم إلى ابعد من ذلك إذ اعلن، متعدياً على ما يرتبط بواجب البائع في النصيحة، ان التسليم يرتكز على تقديم شيء خاص بالاستعمال المعدّ له ومطابق «في النقاط جميعاً للهدف الذي ينشده» الشاري: بت الحكم في شأن جهاز دردي (معالجة الخمر بحمض الدردي لزيادة الحموضة) قدمه مركّب لخمارة ومطعم، وكان بامكان الصانع التثبت من عدم تكيفه وضرورة ان يستبدل به ملطف مياه[4].

والحال انه كلما جرى امتداد مدى التسليم والمطابقة كلما حصل التعرض لمخاطر التشابك بين موجب المطابقة وموجب ضمان العيوب الخفية[5].

بيد أن التفريق في مبدئه بين الموجبين يبدو مسوّغا ذلك بأن مطاعن الشاري مختلفة تماما في كل من الحالتين: يعود عدم المطابقة إلى كون الشيء غير مطابق لما جرى الاتفاق عليه بين الفريقين لأنه ليس من الطبيعة التي تم الاتفاق عليها أو أنه ليست له الخصائص الجوهرية التي يمكن انتظارها منه في حين أن العيب الخفي هو ما يشوب

= على نقيض ذلك حكم غ م أ ن، 27 تشرين الاول 1993، د، 1994، 212، سخانة ماء كهربائية، تسرب ناجم عن خطأ التركيب أو شد محزقة في المصنع، رد الطعن بسبب الأخذ باللاقبولية للتأخر في الدعوى الذي اقامها مؤمن الشاري، المادة 1648 من القانون المدني: «العيوب التي تجعل الشيء غير صالح لمقصده تشكل العيوب المحددة في المادة 1641 من القانون المدني»، انظر A.Bénabent, Conformité et vices cachés dans la vente: l'aiclaircie، د، 1994،العرض 115.

(1) حكم غ م أ ن، 5 تشرين الثاني 1985، ن م رقم 287، موجب تسليم آلة مطابقة لمقصدها الطبيعي.

(2) حكم غ م أ ن، 14 شباط 1989، ن م، I، رقم 86، Dalloz، 1989، إ س، 80، فسخ، المادة 1184.

(3) غ ت ن، أول كانون الأول 1992، ف م، IV، رقم 189.

(4) حكم غ م أ ن، اول كانون الاول 1992، ن م، IV، رقم 140، فسخ العقد؛ قارن في صدد الأردواز المعد لعقار وغير المطابق للنموذج الذي يتطلبه غطاء السقف بحكم الغرفة المدنية الاولى، 16 تموز 1965، النشرة المدنية، I، رقم 477، عدم وجود عيب، عدم مطابقة.

انظر ايضاً، حكم غ م أ ن، 24 آذار 1992 العقود والمنافسة والاستهلاك، 1992، رقم 130، تعليق .L.L، إعلان أن «الدعوى المبنية على عدم تنفيذ موجب تسليم شيء مطابق لمقصده يمكن ان تمارس، ولا أهمية تذكر لكون عدم المطابقة يمكن ان يشكل عيباً خفياً ام لا».

(5) انظر في هذا الاتجاه G.Cornu، م ف ق م، 1979، 807؛ Ph.Rémy، م ف ق م، 1982، 154؛ Ph. le Tourneau, La responsabilité civile، رقم 1749 وما يليه. انظر في شأن النزعة التي نمت في الثمانينات، G.Virassamy، تعليق في م إ د، 1989، II، 21354، رقم 10: «ينزع هذا التوجه الاجتهادي إلى محو الفارق الاساسي بين دعوى عدم المطابقة ودعوى الضمان ضد العيوب الخفية».

الشيء في صفته التجارية أو في عمله الحسن[1].

وقد رأينا، علاوة على ذلك، التمسك بنزعة اجتهادية لصالح التفريق بين نوعين من الموجبات[2]. وقد نزعت محكمة النقض في سلسلة احكام صدرت في عام 1993 إلى العودة إلى مراعاة اصلب لهذا التفريق[3]. ويبدو أنها، وقد حددت بصورة ضيقة موجب التسليم كالموجب المرتكز على تقديم شيء «مطابق للخصائص المتفق عليها»[4]، ارادت حصر نظام المطابقة في الفرضيات التي لا يطابق الشيء فيها مع ما تم الاتفاق عليه، محيلة إلى الضمان ضد العيوب الخفية كل الحالات التي يكون فيها عدم المطابقة موجودا[5].

11255 ـ ب) نظام المطابقة. يعود موجب المطابقة إلى القانون العام، في حين أن الضمان ضد العيوب الخفية هو موضوع احكام خاصة. وتعود فائدة التفريق إلى المرونة الكبيرة للنظام القانوني وموضوعه موجب المطابقة وهو غير محصور في قواعد ضمان

---

(1) انظر حول المسألة المدخل السابق ب؛ اضف إلى ذلك، لصالح التفريق بين الموجبين، Ph. Malinvaud، م إ د، 1986، II، 20616، تعليق على حكم الهيئة العامة بكامل اعضائها، 7 شباط 1986، إعلان أن القول إن الشيء غير مطابق للعقد ما دام انه غير جدير بالاستعمال المعدّ له هو من قبيل «التلاعب بالالفاظ»، Tournafond, Les prctendus concours d'aètions et le contrat de vente (erreur sur la substance, défaut de conformité, vice caché)، ومجموعة Dalloz، 1989، العرض 23 المذكور آنفاً، رقم 34 وما يليه.

(2) انظر على سبيل المثال حكم غ م ث ا ن، 27 آذار 1991، د، 1992، 95، تعليق J.-P.Karila، م إ د، 1992، II، 21935، تعليق Ginestet، قرميد منصدع من الجليد، عيب في الصنع، عدم المطابقة مع العقد، ضرورة المقاضاة في المهلة القصيرة؛ اضف إلى ذلك حكم غ ت ن، 3 نيسان 1990، ن م، IV، رقم 108، مجموعة تسيير سفينة، عيب في عمل مخفف السرعة، دعوى مجهز السفينة ضد الصانع الذي ادعى على مورّده وعلى الصانع بالضمان؛ وكان حكم الاستئناف قد استبعد، بحجة ان الامر يتعلق بعدم المطابقة، وسيلة دفاع الصانع المستخرجة من مهلة السنة المنصوص عليها في قانون 3 كانون الثاني 1967 لكي يقاضي على اساس الضمان، بيد ان محكمة النقض نقضت هذا الحكم لأن هذه المهلة مطبقة ما دام ان «الدعوى تنزع إلى التعويض عن الاضرار الناجمة عن العيوب التي تشوب الجهاز الآلي المنازع فيه».

(3) A.Bénabent, Conformité et vices cachés dans la vente L'éclaircie، د، 1994، العرض 115؛ انظر ايضاً الفقرة ب من المدخل.

(4) انظر حكم غ م أ ن، 16 حزيران 1993، د، 1994، 210، سيارة؛ عمل سيء، المسافة الكيلومترية هي ضعف ما هو مسجل في العداد، حوادث عديدة، نقض الحكم الذي رد طلب الفسخ بسبب التأخير، موجب التسليم؛ حكم غ م أ ن، 13 تشرين الاول 1993، د، 1994، 211، نظام معلوماتي، سعة حقيقية ادنى بكثير من السعة المتفق عليها، فارق بين السعة الكافية والسعة الحقيقية، تقصير البائع في الإعلام، نقض الحكم الذي رد طلب العطل والضرر، ضرورة البحث عما إذا كانت «اللوازم الخصائص المحددة في الاتفاقية ام لا».

(5) حكم غ م أ ن، 5 إيار 1993، د، 1993، 506، A. Bénabent، م إ د، الطبعة E، 1994، II، 526، تعليق Leveneur قرميد؛ غ م أ ن، 27 تشرين الاول 1993، ل، 1994، 219، سخانة مياه كهربائية؛ حكم غ م أ ن، 8 كانون الاول 1993، د، 1994، 212، مركبة، انظر الرقم 11286 السابق وما يليه.

العيوب الخفية: بامكان الشاري الشكوى من العيب حتى ولو كان ظاهراً[1]؛ وليس للمهلة القصيرة الواردة في المادة 1648 من القانون المدني أي دور؛ وليس من الضروري اقامة دعوى امام القضاء لقطع هذه المهلة...

يضاف إلى ذلك أن عبء الاثبات، وذلك نقطة هامة، ما دام الأمر في مرحلة التسليم وتقدير المطابقة، يقع، مبدئياً، على عاتق البائع: بموجب المادة 1315 من القانون المدني يقع بالفعل على البائع ان يثبت أنه نفذ تعهده على وجه سليم بحيث أن إثبات المطابقة في حالة النزاع يقع على عاتقه[2].

ونقطة التباعد الاساسية في التطبيق وبالتالي في إحالة موجب المطابقة تعود إلى الزمن الذي يعطى للشاري للشكوى من حالة الشيء.

ومن المقبول في الواقع أن المادة 1648 التي تفرض اقامة الدعوى في «مهلة قصيرة» عندما يجري التمسك بالعيب ليست مطبقة في حالة عدم المطابقة. ان فائدة هذا الحل، مع التوسيع الذي أخذ به مفهوم المطابقة في السنوات الاخيرة، كانت تتعاظم. فقد قبلت عدة احكام دعوى مكتسب الملكية رغماً عن تأخرها في حين كان الأمر متعلقاً بعيب يبدو تماما أنه يعود إلى مبدأ العيب الخفي ويجعل الشيء غير صالح للاستعمال المنتظر[3].

على أنه من المستبعد ان يكون الحق في الشكوى من عدم المطابقة بدون حد في الزمن. من المناسب إذاً تحديد المهلة التي يتمتع بها مكتسب الملكية للشكوى منه.

وقانون العقود العام لا يسعف كثيراً في هذا الصدد، إذ يبدو من الصعب الارتكاز على التقادم العام لثلاثين سنة أو لعشر سنوات الذي يخضع له البيع حسبما يكون طابعه مدنياً أو يكون مبرماً مع أحد التجار[4]. ذلك بأن تطبيقه لا يمكن إلاّ ان يكون معلقاً ما دام أن مكتسب الملكية ليس بمقدوره معرفة العيب، استناداً إلى القاعدة «لا تسري المهلة المسقطة على من لا يستطيع المقاضاة». أي أنه لا شيء، أو لا شيء على وجه التقريب، يحدد زمن الشكوى من البائع: يمكن التمسك بعيب المطابقة خلال ثلاثين سنة أو عشر سنوات اعتباراً من ظهوره.

---

(1) حكم غ ع، 18 كانون الاول، 1934، م ق ع 1935، 1، 271، حرير؛ انظر Responsabilité du vendeur تأليف J.Huet، رقم 34.

(2) انظر في هذا الاتجاه على سبيل المثال A.Bénabent, Conformité et vices cachés dans la vente L'éclaircie، مجموعة Dalloz، 1994، العرض 115، ولاسيما رقم 4.

(3) انظر كمثال حكم غ م أ ن، 14 شباط 1989، ن م، I، رقم 284، المذكور سابقاً، نظام انذار.

(4) انظر مع ذلك بالنسبة إلى التصنيف حكم الغرفة المدنية الثالثة، 9 كانون الثاني 1991، النشرة المدنية، III، رقم 10، تجذيز وتمليط الثقوب في مبنى، توريد من قبل مقاول من الباطن، عدم مطابقة، حجية التقادم لعشر سنوات المطبق على التجار في وجه صاحب العمل المستقل.

والحال، على عكس ذلك في مادة المطابقة، أن الهدف يجب ان يكون دفع مكتسب الملكية إلى العناية والعجلة، لأنه يتمتع لاحقاً وعلى صعيد الضمان ضد العيوب الخفية، بمهلة معينة للشكوى ايضاً من التطبيق غير الصحيح للعقد، ومن هنا هاجس ايجاد حل أكثر إرضاء في المنطق الخاص بالبيع.

ويبدو من المشروع طرح مبدأ أن عدم المطابقة ينبغي التمسك به في مهلة معقولة: عقب زيارة الاماكن في ما يتعلق بعقار، وعقب التسلم في ما يختص بالسلع، أو خلال بضعة أيام أو بضعة اشهر بعد ذلك. وكل شيء يتوقف في هذا الشأن على طبيعة الشيء. وذلك ينجم عن ضرورة قيام الشاري بتفحص الشيء أو مراقبة مطابقته عند حيازته. ومن الملائم عدم التأخر في ذلك، ففي هذه المناسبة تتكشف بالتأكيد العيوب الظاهرة. وربما العيوب الخفية ايضاً التي تتيح التحققات والروائز اظهارها. وبهذه الطريقة تظهر الروابط الموجودة بين المطابقة وامكانيات التحقق التي يوفرها التسلم.

إن اعفاء الشاري مهلة كهذه يسوّغ تماما إذا لاحظنا أن الشاري الذي يجعل الوقت يمر ولا يقوم بتفحص الشيء الذي من الطبيعي أن يجريه يكون قد اخطأ وهذا الخطأ يفسر حرمانه من حق التمسك بالنظام الليبرالي جداً للمطابقة. يضاف إلى ذلك أن بعض المؤلفين أخذ بهذا الاتجاه إذا أكد أن عدم المطابقة يجب الشكوى منه بسرعة[1].

ويقبل، في شأن نقطة الانطلاق، ان لا تسري المهلة المعقولة المتاحة امام مكتسب الملكية للتمسك بعيب المطابقة ـ بخلاف ما هو مقبول في ما يتعلق بالعيب الخفي ـ ابتداء

---

(1) انظر Gross et Bihr، الباب I، صفحة 194؛ A.Bénabent, Conformité et vices cachés dans la vente L'éclaircie د، 1994، العرض 115، رقم 5؛ J.-C. Boulay, La Conformité des biens dans la vente de meubles corporels, Étude comparative، اطروحة مطبوعة على الآلة الكاتبة، باريس II، 1979، رقم 319 وما يليه؛ اضف إلى ذلك Malaurie et Aynès، رقم 329، في صدد «رفض البضاعة»؛ Ch. Aubertin، تعليق في د، 1981، 278، بيان انه «إذا كان مجرد سكوت الشاري يجب، كقاعدة عامة، أن لا يفسر كعدول عن دعوى الفسخ... فان الادعاء المتأخر مع ذلك غالباً ما يستبعد... استناداً إلى العادات الخاصة أو إلى اشتراطات العقد الصريحة»؛ قارن بـ M. Alter, L'obligation de délivrance dans la vente de meubles corporels، اطروحة من منشورات L.G.D.J.، 1972، رقم 103؛ قارن بـ حكم غ ت ن، 12 شباط 1980، د، 1981، 278، تعليق Aubertin، خشب غير صالح لصناعة الاثاث: نقض الحكم الذي قضى بالفسخ، تسلم بدون تحفظ، موافقة؛ وعلى نقيض ذلك Ripert et Roblot، الباب 2، رقم 2534 ـ 2، اعتبار ان عدم المطابقة يمكن أن يشتكى منه خلال مهلة القانون العام أي عشر سنوات أو ثلاثين سنة اعتباراً من البيع.

وبالنسبة إلى إشهار مهلة متفق عليها تعاقدياً انظر حكم محكمة استئناف باريس، 6 كانون الثاني 1984، د، 1984، إ س، 148؛ كمية من القريدس المجلد: عند وجود بند ينص على ان «جميع البضائع المسلمة يجب ان يتم فحصها وجميع المطالب يجب ان تودع خلال سبعة ايام من تاريخ التسليم»، وينبغي اعلان ان الدعوى التي يقيمها الشاري بعد سبعة اشهر من تسلم البضاعة متسلمة بدون تحفظ غير مقبولة، ما دام أنه لم يكن يستحيل على هذا الشاري القيام بتفحص نوعي للبضاعة بازالة تجلد كمية صغيرة.

من آونة ظهور هذاالعيب، إذا كان المأمول ان يصلح تلقي الشيء لتذليل الصعوبات في ما يتعلق بما يمكن ان يتكشف فوراً، أو بسرعة، امام مكتسب الملكية، ذلك بأن فائدة هذه المهلة هي حثه على العناية، ومن الملائم، في سبيل ذلك، أن تبدأ في السريان عقب التسلم أي الآونة التي يكون بمقدور الشاري فيها القيام بالتحققات التي تفرض نفسها.

ويشكل التسليم في هذا المفهوم الآونة التي يمكن ان يجري فيها تفحص الشيء بحيث انه في حال عدم تقديم الشكوى في مهلة معقولة يمكن اعتبار الشيء مقبولا. وبالتالي لا يمكن الاعتراض على النوعية الجيدة للشيء المقدم أو عمله إلاّ على صعيد الضمان ضد العيوب الخفية[1].

وعند الانتقال من هذه الوسيلة القانونية أو تلك يتم قلب لعبء الاثبات: بمقدار ما يكون اثبات المطابقة مفروضاً على البائع بمقدار ما يقع اثبات وجود العيب الخفي على الشاري[2].

11256 ـ 3 °حفظ الشيء. ما ان يوضع الشيء بتصرف الشاري حتى تكون أمامه فترة من الزمن لسحبه. من المهم إذاً التأكد من حفظ الشيء. وتطرح المسألة عندما يكون موضوع البيع عينا، أو، في ما يتلعق بشيء معين بالنوع، يقتضي اجراء القياس أو الوزن أو غيرهما مما يتيح تفريده ونقل الملكية إلى الشاري[3].

وموجب الحفظ كنتيجة طبيعية ناتجة عن أن الشيء قبل التسلم هو على مسؤولية البائع، غير منصوص عليه مع ذلك في القانون المدني إلاّ في النظرية العامة للموجبات، وينبغي الرجوع إلى المادة 1136 بالفعل التي تعلن أن موجب اعطاء الشيء «يؤدي إلى موجب... حفظه حتى التسلم تحت طائلة العطل والضرر تجاه الدائن». وتحدد المادة 1137 أن هذا الموجب «يخضع من هو ملزم به لبذل عناية رب الاسرة الحريص». وهكذا لا يتحمل البائع المخاطر، أي حالة التلف أو حالة الفقدان بسبب القوة القاهرة، وإنما يسأل عن اخطائه وحسب. ويقع على عاتقه موجب الوسائل[4].

ويمكن التقدير أن هذا الحل ليس حكيماً، ذلك بأن موجب الحفظ نادراً ما تتمثل

---

(1) انظر في هذا الاتجاه M.Alter, L'obligation de délivrance dans la vente de meubles corporels، اطروحة من منشورات L.G.D.J.، 1972، رقم 144؛ J.Ghestin, Conformité et garanties de la vente. من منشورات L.G.D.J.، 1983، رقم 225. انظر ايضاً الرقم 11229 السابق.

(2) انظر في صدد اثبات عيب الشيء الرقم 11337 اللاحق.

(3) بالمقابل لا يمكن ان تكون الاشياء المعينة بالنوع التي لم يتم تفريدها على مسؤولية الشاري، ولا تكون مسألة حفظها من قبل البائع لحساب شريكه في التعاقد مطروحة.

(4) انظر المادة 1302 من القانون المدني وبمقتضاها «عندما تكون العين المحددة موضوع الموجب قد تلفت... يسقط الموجب إذا تلف الشيء أو فقد بدون خطإ المدين وقبل انذاره».

فيه أي مخاطرة. والمدين، علاوة على ذلك، في وضع يمكنّه من اتخاذ الاحتياطات الضرورية فيكون مفعول موجب النتيجة الحاثّ جداً دفعه إلى اتخاذ أفضل الاحتياطات. والمحاكم لا تناقض الحل الوارد في القانون المدني.

بيد أنه من الممكن اعتماد الحل القانوني على صعيد عبء الاثبات إذ إن النص لا يعالجه صراحة: يمكن الاخذ بأن البائع، في حالة الفقدان أو التلف الحاصل قبل التسليم، عليه أن يثبت، لوفاء دينه، أنه لم يرتكب أي خطإ أو أن الفقدان ناتج عن حادث فجائي.

ويبدو أن المحاكم تميل إلى فكرة فرض عدم وجود خطإ البائع للتخلص من مسؤوليته في حفظ الشيء. وهكذا اعلنت محكمة النقض في حكم ملفت «ان البائع الملقى على عاتقه، في حال بيع عين يضع الشيء المباع على عاتق الشاري، عليه موجب تسليمه وحفظه حتى التسلم، ويلزم بأن يثبت، في حالة الفقدان، الحادث الفجائي الذي يتذرع به»[1].

وحول حفظ الشيء من قبل مكتسب الملكية عندما يرفض التسلم الذي تم بالنسبة إليه، انظر القسم III اللاحق.

11257 ـ ب. عقوبات موجب التسليم. يتعرض البائع، إلاّ أن يكون التسليم قد أصبح مستحيلاً بقوة قاهرة[2]، للعقوبات في حال عدم التنفيذ. وبعد تفصيل العقوبات الموجودة ينبغي التساؤل حول صحة البنود التي تعفى من المسؤولية أو تحددها.

11258 ـ 1 °تنوع العقوبات الموجودة. سوء تنفيذ موجب التسليم، حتى عدم التنفيذ، يعرضان البائع للحكم بفسخ العقد، وذلك ليس العقوبة الوحيدة الممكنة.

فهذه العقوبة مطروحة في بعض الاوضاع الخاصة الموجودة في هذا الصدد في القانون المدني في الباب المتعلق بالبيع. انها قليلة العدد وذات فجوات مع ذلك. والمقصود المادتان 1610 و1611 اللتان تعالجان تأخر البائع في تسليم الشيء في الوقت المتفق عليه. فالمادة 1610 تتيح دعوى الفسخ لعدم التنفيذ أو دعوى التنفيذ الجبري للعقد

---

(1) حكم غ ت ن، 19 آذار 1963، د، 1963، 345، 1963، م ف ق م، 560، ملاحظة G.Cornu، ثور مدموغ وفاة لسبب مجهول، نقض الحكم الذي ادان الشاري بدفع الثمن بدون التحقق من ان البائع اثبت الحادث الفجائي: خطأ البائع مفترض؛ انظر ايضاً في الاتجاه عينه الحكم المدني، 25 نيسان 1895، د، 1895، 1، 212، بيع ثلاثة ثيران، تسليم اثنين فقط بسبب موت الثالث حدث فجائي غير مثبت؛ وقد قبل بصواب «أن عبء الاثبات، إذا كان عبء المخاطر على عاتق مكتسب الملكية، هو على البائع»، ملاحظة G. Cornu المذكورة سابقاً، صفحة 567، وحجة المادة 1302 من القانون المدني الآنفة الذكر.

(2) انظر على سبيل المثال حكم محكمة استئناف بوردو، 11 كانون الثاني 1988، د، 1989، 2، 11، خمر، فساد، رد طلب العطل والضرر.

إذا كان التأخير يعود إلى البائع. والمادة 1611 تضيف أنه ينبغي التعويض على مكتسب الملكية إذا اصابه ضرر بسبب عدم التسليم في الوقت المتفق عليه.

وتنص المادتان 1612 و1613 من ناحيتهما على ان البائع، في بعض الظروف، ليس مسؤولاً عن عدم تنفيذ موجبه. فالمادة 1612 تعلن أنه ليس ملزما بالتسليم إذا لم يسدد الشاري الثمن، وذلك تطبيق للدفع بعدم التنفيذ[1]. وتضيف المادة 1613 أن من حقه عدم التسليم حتى ولو منح الشاري مهلة للتسديد إذا كان الشاري موضوع إجراء جماعي بحيث انه يخشى عدم الحصول على الثمن.

ومن الملائم، تجاه هذين النصين الخاصين بالبيع، إضافة القواعد العامة للعقود. فمن يشتري مالا لا يؤمن البائع تسليمه في شروط متوافقة مع ما ينتظره يتمتع في الواقع باربع وسائل قانونية: رفض الشيء والتنفيذ الجبري للموجب (المادة 1610 والمادة 1184) وفسخ العقد (المادة 1610 والمادة 1184) ودفع التعويض (المادة 1611 والمادة 1184 وما يليها)[2].

11259 ـ أ) رفض الشيء. ردّ الشيء هو رفض الشاري تسلّمه. ويمكن الاحتجاج به عندما يتأخر البائع في التنفيذ إذا أدى ذلك إلى ضرر خطير يصيب الشاري[3]، أو ايضاً، وعلى وجه الخصوص، عندما لا يكون التسليم مطابقاً لما تمّ الاتفاق عليه. ومن هذه الزاوية ثمة تصوّر بأن هذه الوسيلة القانونية يمكن استخدامها بشكل اساسي بالنسبة إلى البضائع أو الاموال المنقولة الاخرى: لا يقبل الشاري الشيء المقدم لأنه غير متوافق مع الطلبية. بيد أنه يمكن تصور الاقدام على ذلك في المادة العقارية ايضاً: يرفض الشاري الذي يصل إلى الاماكن الموضوعة بتصرفه حيازتها لأنها تختلف عما كان متفقاً عليه.

وينتج عن كون الشاري يحق له أن يفرض شيئاً مطابقاً تماماً كما جرى الاتفاق عليه أنه من المسموح به عدم التسلم وبالتالي عدم تلقّي ما وضعه البائع بتصرفه إذا كان هذا

---

(1) يبين النص ان الدفع يفترض عدم وجود مهلة تسديد معطاة للشاري.

(2) تضاف إلى ذلك في العلاقات بين التجار وسائل اخرى كتخفيض الثمن والاستبدال، انظر الرقم 11594 اللاحق والرقم 11741 اللاحق وما يليه. يتخلص البائع من العقوبات كواجب التعويض على الشاري إذا تمكن من التذرع بالقوة القاهرة، انظر كمثال حكم غ ت ن، أول تشرين الاول 1991، معجم، محطات اذاعة، منع الاستيراد، طابع غير متوقع لم يتم اثباته.

(3) حول نقطة معرفة ما إذا كان البائع ملزماً بصراحة بمراعاة المهلة المتفق عليها، انظر الفقرة أ، 1°، ج السابقة، المكان والتاريخ ويؤخذ في شأنهما بأن المادة 1610 من القانون المدني التي تفرض المراعاة التامة لتاريخ التسلم يجب تلطيفها عن طريق القانون العام ذلك بأن الفسخ لا يمكن قبوله إلاّ امام ضرر خطير يتعرض له الشاري بفعل التأخر وفقاً للمادة 1184.

التطلب غير متوفر[1]. هذه هي امكانية الرفض. وتُعرف هذه العلاقات بين التجار تحت تعبير «رفض البضاعة»[2].

ويجري النقاش حول طبيعة الإوالية، غير أنه يمكن ان نرى فيها مجرد تطبيق للدفع بعدم التنفيذ[3]. ويحق لمكتسب الملكية إذا لم يقم البائع بالتسليم بشكل صحيح إن يرفض تنفيذ موجبه التلازمي بالتسلم. وهذه الوسيلة القانونية باعتبارها دفعاً بعدم التنفيذ تتمثل بالاساس في أنه ليس لها سوى مفاعيل موقتة إلا أنها يمكن ان تقود إلى التلاشي النهائي للعقد وبالتالي إلى فسخ البيع.

ولهذه الوسيلة القانونية عملياً مفعول جوهري. فالتنفيذ مجمد موقتاً وعلى البائع اتخاذ التدابير الضرورية لمعالجته.

وإذا كان الهدف حماية مكتسب الملكية بصورة أفضل يتم قبول أن الرفض يمكن الاحتجاج به تجاه أي تقصير من قبل البائع في أي عيب من عدم المطابقة. ويتعذر، في ما يتعلق بنوعية الشيء وحسن عمله، استعمال ذلك إلا بالنسبة إلى العيوب التي يمكن ان تظهر فوراً امام عينيه. (سوء لِوان القماش، قوة غير كافية للمحرّك...). ويُعتبر، في حال عدم الرفض عند التسليم، أو في الأيام العشرة التالية، ان مكتسب الملكية قد أبدى قبوله التسليم وبالتالي الشيء. وهذا يكرّس الإعتراف بتنفيذ موجبه[4].

والشيء، عندما يتم تسليمه وقبوله، يمكن بالتأكيد رفضه، إنما يجب أن يعتبر أن ذلك لا يمكن الاقدام عليه إلاّ في نطاق المادة 1641 وما يليها، وبالتالي في إطار الضمان ضد العيوب الخفية[5]. ويعود عبء اثبات التنفيذ السيء في هذا الاطار إلى

---

(1) انظر كمثال حكم غ م أ ن، أول كانون الاول 1987، ن م، I، رقم 224، م ف ق م، 1988، ملاحظة Ph. Rémy، اثاث، زخرفة حديدية ولون الخشب: نقض الحكم الذي رأى أن الرفض غير مسوّغ لأن الفروقات المتحقق منها لم تغير بعمق مظهر الاثاث في حين أن الرفض غير مسوّف لأن الفروقات المتحقق منها لم تغير بعمق مظهر الاثاث في حين أن ذلك يستدعي عدم المطابقة مع الطلبية؛ اضف إلى ذلك حكم غ م أ ن، 4 نيسان 1991، ن م، I، رقم 130، سيارة، عيب في الطلاء يسوّغ رفض قبول التسلم من قبل الشاري: في ما يتعلق بشيء جديد بامكان الشاري ان يتطلب أن يكون بدون عيب قطعاً.

(2) انظر Escarra et Rault، تأليف Hémard، المبيعات التجارية، رقم 261؛ Malaurie et Aynès، رقم 329، وهما يعتبران هذه الامكانية وسيلة خاصة بالمبيعات التجارية، في حين أنه يمكن قبولها في المبيعات جميعاً.

(3) انظر حول المسألة Gross et Bihr، الباب I، صفحة 205؛ Malaurie et Aynès، رقم 329، وهما يعتبران ان الدفع بعدم التنفيذ لا يفسر الإوالية التي لها سمة عقوبة «نهائية»: على أنه من غير المستحيل أن يتبع الرد محاولة اخرى للتسلم تكون هذه المرة مرضية؛ N.Alter, L'obligation de délivrance dans la vente de meubles corporels، اطروحة من منشورات L.G.D.J.، 1972، رقم 207، ويرى فيه «فسخاً حقيقياً يمارس من جانب واحد» ويعلن أن «التصرف يبدو مع ذلك غير مألوف من القانون العام».

(4) انظر في هذا الاتجاه حكم غ ت ن، 12 شباط 1980، د، 1981، تعليق Aubertin، خشب غير صالح للاستعمال في صنع الاثاث، نقض الحكم الذي اعلن الفسخ، تسلم بدون تحفظ، موافقة.

(5) انظر الرقم 11227 السابق والرقم 11253 السابق وما يليه.

الشاري ويمكن ان يسوّغ عيب بدرجة معينة من الخطورة وحده فسخ العقد[1].

وفي حال التأخير في التسليم يفترض في الشاري الذي لم يرفض التسليم أنه تسامح في هذا التقصير، ولا يسعه التذرع بعد ذلك به إلاّ أن يكون قد ابدى تحفظات حول هذه النقطة.

11260 ـ ب) التنفيذ الجبري أو القسري. إذا كانت امكانية الرد توفر للشاري حماية فعالة، فان الحصول على تنفيذ العقد ذاته ممكن ايضاً، على وجه العموم، مما هو أكثر ارضاء بالنسبة إليه. والفريق الذي لم يتم تنفيذ التعهد. المتخذ لمصلحته له الحق، بمقتضى المادة 1184، في اجبار الفريق الآخر على التنفيذ إذا كان ممكناً. للشاري إذاً، من حيث المبدأ، امكانية ممارسة دعوى التسليم، أي التنفيذ الجبري للبيع للحصول على ادانة البائع المقترنة احتمالياً بتغريم مالي[2].

وبامكان الشاري، إذا كان الشيء المباع عيناً وقد جرى النقل فوراً، ممارسة المطالبة بالملكية وحيازة الشيء بمساعدة القوة العامة عند الحاجة[3]. ورفض البائع التسليم مسوّغ استثنائياً: عندما يصبح الشيء، بغير خطإ منه، غير صالح للاستعمال المنشود وبالاحرى يخشى ان يؤدي تسويقه إلى تشويه صورة علامته، وهذا ما حصل بالنسبة إلى الخمر[4].

وعندما يكون موضوع البيع شيئاً معيناً بالنوع يتقدم الشاري كدائن وتصبح المطالبة بالملكية غير ممكنة للوهلة الاولى. ويجب ان ينزع الادعاء مسبقاً إلى تفريد الشيء من قبل البائع لكي تنتقل ملكيته إلى الشاري. ويخشى أن تغدو دعوى التنفيذ مشلولة إذا لم تعد السلع متوفرة لدى البائع[5]. وتكون عندئذ امكانية الحصول على العطل والضرر

---

(1) انظر الرقم 11354 السابق وما يليه.

(2) انظر حكم محكمة استئناف باريس، 29 تشرين الاول 1960، م إ د، 1961، II، 12110، سيارة، اثاث؛ وكذلك حكم غ م أ ن، أول كانون الاول 1987، ن م، I، رقم 324، م ف ق م، 1988، 308، ملاحظة Ph.Rémy، اثاث؛ وكذلك حكم محكمة التجارة في سين، 18 كانون الاول 1919، د، 1920، 2، تعليق G.Ripert، سيارة.

(3) ليس امام مكتسب الملكية الذي يطالب بها إلاّ التمسك بعقد البيع ليثبت أنه المالك وأن البائع ليس له على المال سوى الحيازة الموقتة لحساب الغير، انظر J. Carbonnier, Droit civil, les biens، 1992، رقم 232؛ على أن ذلك يبين، في حالة البيع، إذا أخذ الشاري السلعة، مثلاً، في الوقت الذي سدد فيه الثمن، أنه ليس ثمة حاجة ابداً إلى الاحتفاظ باثبات العقد لأن مكتسب الملكية محمي بالقاعدة «الحيازة في المنقول سند للملكية. . .» في حين أن امكانية اثبات عقد البيع، إذا كان التسليم مؤجلاً، يخشى أن يكون لا غنى عنه.

(4) انظر حكم محكمة استئناف بوردو، 11 كانون الثاني 1888، Dalloz، 1889، 2، 11، خمر في برميل كبير وفي زجاجات، Chateau-Laffitte، فساد، فسخ البيع، رد طلب العطل والضرر.

(5) انظر حول اللاتصرفيه بالشيء، على سبيل المثال، حكم غ ت ن، 5 تشرين الاول 1993، ن م، IV، رقم 313، توقف عن صنع مركبة، ادانة البائع بالتنفيذ بالعملة.

متاحة وحدها. ويجري، في البيع بين التجار، وضع حد لسيئة هذا الحل بالسماح لمكتسب الملكية بالقيام بشراء بديل مما يشكل بالنسبة إليه تزويد نفسه من السوق على ان يطلب إلى البائع دفع تعويض له إذا كان قد اضطر إلى تحمل كلفة اعلى من كلفة العقد[1].

وللحصول على التنفيذ عيناً ثمة وسيلة ضغط فعالة امام الشاري عندما لا يكون قد سدد الثمن بعد، تقضي بالاحتفاظ بالثمن مما يسوّغ بالدفع بعدم التنفيذ[2].

ويقتضي اخيراً بيان ان الشاري، لكي يحصل على التنفيذ الجبري، عليه، مبدئياً، ان يبدأ بتوجيه انذار إلى البائع[3]. إن تأخر البائع أو تخلفه لا يمكن اثباته إلاّ بهذه الطريقة (المادة 1139). واقامة الدعوى امام العدالة ضد البائع تشكل وحدها انذاراً كهذا. وبامكان البائع الحصول من القاضي على مهلة اضافية لينفذ تعهده (المادة 1244 ـ 1244)[4].

واحدى الفوائد الاضافية للانذار هي وضع الشيء على مسؤولية البائع في حين أنه سبق أن كان على مسؤولية الشاري، ولاسيما في ما يتعلق بالعين (المادة 1138، الفقرة 2)[5].

11261 ـ ج) فسخ البيع. بامكان الشاري، بدلا من تطلب التنفيذ الاحتمالي احياناً، العدول عن العقد. فالفسخ متاحل له، استناداً إلى احكام القانون العام، بموجب المادة 1184، الفقرة 2، من القانون المدني. ويتم ذلك عندما يكون عدم التنفيذ كاملاً وبالتالي في غياب أي تسليم، وفي حال التخلف عن التنفيذ[6]. ومفعول الإوالية محو البيع والعودة لى الوضع الراهن السابق مع الاستردادات التي تفرض نفسها، ويضاف إلى ذلك، احتمالياً، العطل والضرر لصالح الشاري الذي خاب امله في التعويض عن الضرر المسبب له.

وبامكان الفريقين الاتفاق على الحل فيكون الفسخ عندئذ حبياً. وعند عدم التفاهم ينبغي ان تراجع المحكمة. وليس في وسع مكتسب الملكية أن يحصل على عقوبة كهذه

---

(1) انظر الرقم 11594 اللاحق.

(2) انظر حول رفض الشاري دفع الثمن وتسويغاته الرقم 11436 اللاحق وما يليه.

(3) بيد أن الفريقين اتفقا على غير ذلك باستبعاد أي تطلب للانذار؛ ويبدو ايضاً أن المادة 1610 من القانون المدني، إذا كانت المهلة المتفق عليها للتسليم لا بد منها، تدعو إلى استبعاد التطلب.

(4) بيد أن الحل منازع فيه، انظر Ghestin et Desché، رقم 698.

(5) المادة 1245 من القانون المدني تستعيد الحل عينه في ما يتعلق بالفساد الذي يصيب الشيء قبل تسلمه.

(6) انظر حكم غ م أ ن، 14 شباط 1989، ن م، I، رقم 84، Dalloz، 1989، اعلامات سريعة، 80، سفينة نزهة مستعملة، خلل وتسرب مياه، نقض الحكم الذي رأى ان حل المادة 1184 غير ممكن إلاّ إذا لم يتم تسلم السفينة.

بمبادرة منه حتى ولو كانت مسوّغة[1]. فالفسخ قضائي حسب المادة 1184 ويفترض، للحكم به، التثبت من تقصير خطير. غير أنه ثمة استثناء لهذا المبدأ عند وجود شرط فاسخ صريح في العقد، أي بند فسخ بقوة القانون ينص بوضوح تام على أنه بوسع أحد الفريقين اعلان هذه العقوبة من جانب واحد في حال تخلف شريكه في التعاقد عن موجباته[2].

ولا يتردد القاضي، في حال عدم التنفيذ الكامل، في الحكم بالفسخ: في حال عدم التسليم أو إذا كان عدم المطابقة جليا. وتبرز صعوبة أكبر إذا لم يكن عدم التنفيذ إلا جزئياً، إذا كانت الكمية غير كافية مثلا أو نوعية الشيء غير مرضية أو في حال وجود تأخير في التسليم[3].

ثمة حل يقدمه القانون التجاري عندما يكون التقديم بكمية غير كافية وإنما يمكن تجنب الفسخ يقضي بتخفيض ثمن البيع الوارد في العقد[4]. واستعمال هذا الاسلوب متواتر: فائدته العملية الحفاظ على الصفقة، وهو قريب من الحكم بالعطل والضرر.

11262 ـ د) العطل والضرر. يمكن دائماً، في حال كون عدم التنفيذ منسوباً إلى البائع، ان يتمسك مكتسب الملكية بمسؤولية البائع العقدية. واعطاء العطل والضرر يمكن الحكم به وحده وقد يكون كافياً لارضاء الشاري، ويبقى العقد قائماً: ينبغي تصور أن البيع، مع سوء تنفيذه، يوفر له مع ذلك ارضاء معيناً (في حال مجرد التأخير مثلا). ويمكن كذلك أن يضاف التعويض إلى فسخ العقد.

إن تقادم الدعوى (مرور الزمن عليها) هو تقادم القانون العام للمسؤولية العقدية أي ثلاثون سنة اعتباراً من حصول الضرر (المادة 2262 من القانون المدني)[5] أو عشر سنوات عندما يكون احد التجار داخلا في النزاع[6].

---

(1) يفترق الفسخ اللاّحق في هذا الصدد عن رفض الشيء منذ الاساس، انظر حول الرد الرقم 11259 السابق؛ وتجيز اتفاقية ڤينا حول بيع السلع الدولي، بهاجس ذرائعي ولتجنب مراجعة القاضي، الفسخ الأحادي الجانب الذي يعلنه احد الفريقين، انظر الرقمين 11751 و11770 اللاحقين.

(2) انظر في شأن الفسخ Carbonnier، رقم 185؛ Flour et Aubert، الباب 1، رقم 380؛ Ghestin, La formation du contract رقم 16؛ Ghestin, Jamin et Billiau, Les effets du contrat، رقم 336 وما يليه؛ Larroumet، رقم 701 وما يليه؛ Marty et Raynaud، الباب 1، رقم 325 وما يليه، Mazeaud et Chabas، رقم 1087 وما يليه؛ Sériaux، رقم 48 وما يليه؛ Starck، تأليف Roland et Boyer، الباب 2، رقم 1644 وما يليه؛ Terré, Simler et Lequette، رقم 622 وما يليه؛ Viney، الباب 2، رقم 1.

(3) انظر حول التأخير الرقم 11250 السابق وما يليه.

(4) انظر الرقم 11595 اللاحق.

(5) انظر ايضاً المادة 2270 ـ 1 من القانون المدني، الاستدلال بالضد.

(6) انظر حول التقادم على سبيل المثال Starck، تأليف Roland et Boyer, Obligations، الباب 3، النظام العام، 1992، رقم 293 ورقم 308.

11263 ـ 2°) الاتفاقيات حول المسؤولية. يجدر التساؤل، فضلاً عن ذلك، عما إذا كان من الممكن استبعاد العقوبات بادخال اشتراطات في العقد تعفي البائع من مسؤوليته في حال سوء التنفيذ أو عدم التنفيذ أو عدم التسليم. يبدو للوهلة الاولى أن ذلك يتعذر قبوله. فلموجب التسليم دور اساسي في البيع ـ أنه يتيح للشاري حيازة الشيء ـ بحيث ثمة تردد في الاعتقاد أن مدينه بامكانه، بأي طريقة كانت، التملص من نتائجه.

وهناك نقطة اكيدة في أي حال لأن الاتفاقيات التي تعفي البائع المهني من مسؤوليته غير مقبولة في العلاقات مع المستهلكين لأنها تتناقض مع المادة 2 من مرسوم 24 آذار 1978 المتعلق بالبنود التعسفية، إذ إن هذا النص يمنع عليه التملص من المسؤولية التي يمكن ان تقع عليه في مناسبة تنفيذ العقد[1].

ومن المفيد، في ما تبقّى، التفريق بين التأخير في التسليم ومطابقة الشيء[2]. ومن الواضح، في ما يتعلق بالتأخير، أن البائع لا يستطيع التملص كلياً من مسؤوليته: أنه مجبر على التسليم وليس في وسعه ان يكون في وضع تأجيل التنفيذ إلى ما لا نهاية له تحت غطاء أن التأخير لا يجعله مسؤولاً. إن بندا كهذا يجعل الموجب ارادياً صرفاً، وهذا لا يعني ان البائع لا يستطيع ترتيب موجبه حول هذه النقطة: المهل البيانية مقبولة من حيث المبدأ[3]؛ والتحديد الجزافي للعطل والضرر مقبول ايضاً... إلاّ أن المبدأ ذاته في التسليم يجب عدم اقحامه.

وبالمقابل، في ما يتعلق بمطابقة الشيء، لا يمكن قبول أي اعفاء للبائع تحت طائلة الاعتداء على روح العقد: الشيء الموعود به متوجب على البائع ولا يسعه ادعاء عدم

---

(1) هكذا طبق الاجتهاد هذا النص على بند يتضمن مهلة تسليم «بيانية صرفة»، انظر حكم غ م أ ن، 16 تموز 1987، د، 1988، 49، تعليق J. Calais- Auloy، 1987، الموجز 457، ملاحظة J.-L. Aubert، م إ د، 1988، II، 21001، تعليق G.Paisant، اثاث مسلم بتأخير وقد رفضه الشاري: هذا البند الذي «يعطي البائع فائدة مفرطة إذ يترك له تقدير مهلة التسليم ويخفض الحق في التعويض المنصوص عليه في المادة 1610 من القانون المدني لصالح مكتسب الملكية غير المهني في حال تقصير البائع في موجب الجوهري بالتسليم في الوقت المتفق عليه، يجب ان يعتبر غير خطي؛ اضف إلى ذلك G.Paisant, De l'efficacité de la lutte contre les clauses abusives، د 1986، العرض 299.

وتبدو المادة 2 من مرسوم 24 آذار 1978، لأنها تطبق بهذه الطريقة على موجب التسليم، أنها تضيف شيئاً ما على الاجتهاد الذي نما سابقاً في مادة الضمان ضد العيوب الخفية، وهي أن البنود التي تعفي البائع المهني من نتائج هذا الضمان هي بدون مفعول.

(2) يبدو، في صدد موجب الحفظ الذي يشكل تابعاً للتسليم، ان البنود التي تحدد المسؤولية أو تعفي منها يجب اعتبارها غير صحيحة.

(3) انظر على وجه الخصوص حكم غ ت ن، 24 حزيران 1980، ن م، IV، رقم 273، شاحنة، تاريخ تقريبي للتسليم: عاقب الحكم مكتسب الملكية الذي ابلغ، بعد ثلاثة اشهر من التاريخ المتفق عليه، أنه ينوي فسخ العقد؛ انظر ايضاً الرقم 11250 السابق وما يليه.

مسؤوليته إذا لم يقدمه[1]. والأمر يجب ان يكون على هذا النحو، في أي حال، عندما يكون البائع مهنياً. ولا يستساغ، فضلاً عن ذلك، أن يكون البائع محمياً ببنود الاعفاء من المسؤولية أو تحديدها، في حين أن بنوداً كهذه تعتبر لا قيمة لها في مادة الضمان ضد العيوب الخفية.

الفقرة 2 ـ موجب اعلام الشاري

11264 ـ انسان محذّر... مثلما وضع القضاة في بداية القرن على عاتق الناقل موجب امن، فرضوا اليوم على البائع، على اساس قاعدة قانونية هشة إلى حد ما ـ عندما حكموا في هذا الشأن تمسكوا بالمادة 1135 من القانون المدني وبمقتضاها «تجبر الاتفاقيات... على النتائج جميعاً التي يرتبها الانصاف أو العرف أو القانون للموجب حسب طبيعته»، أو بالمادة 1134، الفقرة 3، التي تنص على ان الاتفاقيات «يجب ان تنفذ بحسن نية» ـ موجبات اعلام[2]: تعتبر تابعة للتسليم. وهي على نوعين: موجب اعلام مداه عام جدا (أ)، وواجب نصيحة يفرض نفسه في ظروف خاصة (ب).

وهذا البناء الناتج عن مبادرة مستقلة ليس بالتأكيد خاصاً بالبيع لأن هذه الموجبات موجودة في عقود اخرى[3]، وبما انه احدى العمليات الأكثر انتشاراً، فان له دوراً هاماً للغاية.

11265 ـ أ. موجب الاعلام. يُنتظر من البائع، ولاسيما عندما يكون مهنياً، أن

---

(1) انظر حكم غ ت ن، 5 كانون الثاني 1951، ن م، III، رقم 11، تجهيز تبريد، تحديد الضمان بسنة واحدة، عدم مطابقة، استبعاد التحديد.
على أن حكماً منازعاً فيه جداً، ومنفرداً، اخذ بفعالية بند اللاّمسؤولية في ما يتعلق بالمطابقة، في حين أن البائع كان مهنياً، انظر حكم غ م أ ن، 20 كانون الاول 1988، م إ د، 1989، II، 12354، تعليق G.Virassamy: ف د، 1989، 1418، ملاحظة Vermelle، د، 1989، إ س، 24، شراء شتائل كيوي من قبل G.A.E.C.، منتج ظهر غير مطابق للتنوع المطلوب في قسم كبير منه، رفض البائع التعويض عن الضرر المسبب، ضمان محدود بالاستبدال أو رد الثمن، عادة المهنة التي ينص عليها البند، حجية تجاه الشاري مع أنه ليس له اختصاص البائع عينه، عدم مطابقة ولا وجود لعيب خفي؛ انظر ايضاً في الاتجاه عينه ظاهرياً حكم غ م أ ن، 24 تشرين الثاني 1993، م إ د، 1994، II، 22334، تعليق L. Leveneur، د، 1996، الموجز 236، ملاحظة G.Paisant، شتائل تفاح غير مطابقة للطلبية، بند تحديدي مطبق.

(2) انظر في ما يتعلق بموجب الإعلام B.Gross, La notion d'obligation de garantie dans le droit des contrats، اطروحة منشورة في L.G.D.J.، 1964؛ Mazeaud et Tunc، الباب 1، رقم 103 ـ 2 وما يليه ورقم 128 ورقم 653 ـ 2؛ Le Tourneais، رقم 383 وما يليه، وكذلك حكم محكمة عدل المجموعة الاوروبية، 13 تشرين الاول 1993، القضية 92 ـ C.93.، مجموعة 1993،I، 5009، وقد قضى الحكم بأن موجب الاعلام المفروض على البائع المهني من قبل دولة عضو (المانيا) لا يتناقض مبدئياً مع معاهدة روما إذ لا يشكل تدبيراً له مفعول يعادل تقييد حرية انتقال السلع.

(3) انظر بصورة خاصة Cl. Lucas de Leyssac, L'obligation de renseignements dans les contrats in L'information en droit privé، منشورات L.G.D.J.، 1998، صفحة 305 وما يليها.

يعطي الشاري المعلومات الضرورية عن الشيء. وهذا الاعلام يتناول على وجه الخصوص كل ما يمكن أن يكون مفيداً للشاري. بيد أن الموجب الملقى على عاتق البائع هو موجب وسائل وحسب.

11266 ـ 1°) موضوع الاعلام. ينزع الاجتهاد المتعلق بموجب الاعلام الذي نما إلى حد كبير في ما يختص بالتحذير من اخطار الشيء إلى ان يضمن كذلك لمكتسب الملكية أن يمتلك المعلومات الضرورية لكي يجني المنفعة التامة التي له الحق في ان ينتظرها مما يشتريه.

وهو مطبق قبل أي شيء على المنتجات الجديدة أو ذات التقنية المعينة. على انه غير مستبعد، بالمناسبة، بالنسبة إلى أي نوع من الأشياء حتى في صدد العقارات[1].

11267 ـ أ) أخطار الشيء. على البائع، في أول الأمر، ان ينبه شريكه في التعاقد إلى الاخطار المحتملة للشيء[2]، وبالتالي تحذيره في هذا الصدد. وقد تأكد الاجتهاد حول مسؤولية البائع في هذا الشأن في احكام قديمة[3]، وامتد، في السنوات الاخيرة[4]. وكان الهدف أن تؤمن لمكتسب الملكية سلامته الجسدية وسلامة امواله من الاخطار الملازمة للشيء التي يمكن ان تهدد هذه السلامة.

11268 ـ α) أمن الاشخاص. ينبغي أن يكون بمقدور الشاري استعمال الشيء بدون ان يتعرض للضرر في شخصه: أن لا يصاب بجروح وبالاحرى ان لا يخشى الموت. والمسؤولية الناجمة عن ذلك تقع على البائع المهني بالدرجة الاولى وعلى وجه اخص على المنتج. وهكذا يجب على صانع منتج قاتل للحشرات ان يعطي المستعمل كل التعليمات لتجنب اصابته بجروح بسبب المنتج[5].

---

(1) انظر كذلك، في شأن الضمان ضد نزع اليد، موجب الاعلام على عاتق البائع حتى غير المهني الذي عليه ان يبين للشاري جميع الاعباء والارتفاقات التي تثقل الملكية، الرقم 11288.

(2) D.Nguyen-Thanh- Bourgeais, et J. Revel, La responsabilité du fabricant en cas de violation de l'oblication de renseigner le consommateur sur les dangers de la chose vendue، مصنف الاجتهادات الدوري، 1975، 1، 2679؛ J. Huet, Responsabilité du vendeur، 1987، رقم 46 وما يليه، وكذلك الإسنادات.

(3) انظر حكم غ ع، 5 أيار 1974، د إ، 1924، 433، متفجرات مقدمة على أن لها امنا كبيراً وسهولة في الاستعمال، انفجار بمجرد الاستهلاك، تحذير غير كاف، جروح تسببت لعامل.

(4) انظر حكم غ ت ن، 25 تشرين الثاني 1963، د، 1964، 106، المجلة الفصلية للقانون المدني، 1964، 579، ملاحظة G. Cornu، طلاء للتحقق؛ انفجار، تدمير القبو الذي طُلي به؛ حكم غ م ث ا ن، 28 آذار 1968، ن م، III، رقم 144، مذيب لأرضية خشبية، حريق.

(5) انظر حكم غ م أ ن، 14 كانون الاول 1982، ن م، I، رقم 361، Dalloz، 1963، اعلامات سريعة، 131، نقض، المادة 1135، بيان الصانع: ذكر «تجنب أي اتصال ممتد بالجلد» ليس كافياً لاعلام المستعمل بالخطر الخاص للمنتج بالنسبة إلى العينين.

وتقوّم المحاكم، بذرائعية معينة، حالة حالة، ضرورة تحذير مكتسب الملكية. فإذا كان هو نفسه مهنياً بامكانها التقدير أنه لا مجال للاعلام حول اخطار الشيء[1]، حتى ان بعض الاحكام وضع على عاتق مكتسب الملكية المهني واجب الاستعلام بنفسه عن شروط استعمال الشيء[2]. ويمكن ابداء الاسف لقساوة هذه الاحكام التي، في أي حال، ليست في اتجاه امن أفضل للمنتجات[3].

غير أن موجب الاعلام، بالنسبة إلى بعض الاشياء التي لها طابع معيب ومن النادر قبول هذا الطابع كالادوية أو منتجات التجميل[4]، هو الوسيلة الأكثر اعتماداً في شأن مسؤولية الصانع، ذلك بأنه من المقبول في صددها أن الصانع، حتى ولو كان الضرر الحاصل يمكن تفسيره احيانا باستعداد الضحية[5]، عليه موجب اعلام المستعمل بوضوح بالاحتياطات الواجب اتخاذها في الاستعمال[6].

11269 ـ β) أمن الاموال. يمتد موجب الاعلام إلى حماية الاموال ويغطي بالتالي الاضرار المادية: على سبيل المثال، في ما يتعلق بالمنتجات المعدة للزراعة، خسارة الغلة[7]، أو بالنسبة إلى المنتجات الكيماوية المستعملة في صيانة العقار، احتراق الامكنة[8]. وقد اعتبرت محكمة النقض، في قضية Quinoléïne، وكان الأمر يتعلق بمنتج

---

(1) انظر في هذا الاتجاه حكم غ م ث ن، 13 شباط 1991، قضية «Le Montfalcon»، مجلة العقود والمنافسة والاستهلاك، ايار 1991، رقم 131، منتج كيماوي قابل للاشتعال، صيغة تتيح التعرف إلى المكوّنات الخطرة، موجز يبين السعة بالمذيب القابل للاشتعال، مكتسب ملكية مهني في وضع الموكيت لا يمكن ان يكون جاهل الخطر ولو لم يكن هذا الخطر مبيناً بشكل جليّ، كون تابع الصانع يمكن ان يخطىء لا يمكن الاحتجاج به تجاه الصانع؛ انظر ايضاً حكم الغرفة المدنية الثانية، 21 حزيران 1962، النشرة المدنية، II، رقم 537، براميل من كلورور الصوديوم مستعمل لابادة الاعشاب الرديئة، مستخدم احترق عقب حريق كان سببه انه دخن سيجارة، ذكر «مادة مكربنة» جرى اعتباره غير كافٍ.

(2) انظر حكم غ م أ ن، 11 حزيران 1980، ن م، I، رقم 186، كرّام جرح بآلة وضع لصائق على الزجاجات، لا مسؤولية على البائع.

(3) يبدو أن هذه النزعة مقبولة في قسم من الفقه يخشى أن يرى «تحول المتعاقدين إلى راشدين فاقدي الاهلية، Malaurie et Aynès، رقم 309؛ انظر ايضا P.Jourdain, Le devoir de se renseigner, Dalloz، 1983، العرض 139.

(4) انظر القسم الفرعي II، الفقرة 2 حول الضمان ضد العيوب الخفية في صدد منتجات كهذه.

(5) ظاهرة قد يكون من شأنها مع ذلك اسبتعاد مسؤولية المورّد، انظر حكم غ م أ ن، 22 كانون الثاني 1991، قضية Estée Lauder، ن م، I، رقم 30، م ف ق م، 1991، 539، ملاحظة P. Jourdain، مرهم للجلد، ردة فعل حساسية لدى من استعملته.

(6) انظر بصورة خاصة حكم غ م ث ن، 5 أيار 1959، م إ د، 1959، II، 11159، محلول لمزيّن من مؤسسة Cadoricin، داء جلدي اصاب زبونة، مسؤولية الصانع.

(7) انظر حكم غ م أ ن، 17 شباط 1976، ن م، I، رقم 73، منتج مقاوم لقبول اغصان البطاطا، خسارة الغلة.

(8) انظر حكم غ م أ ن، 4 نيسان 1991، ن م، I، رقم 131، منتج مطهر نصح مربي مواشٍ به، استعمال ادى إلى حريق، عدم التحذير من قابلية الاشتعال الفائقة، مسؤولية البائع بالمفرق؛ انظر ايضاً حكم غ م ث ا ن، 28 آذار 1968، ن م، III، رقم 144، مذيب للارضية الخشبية، حريق.

مقاوم للطفيليات، أن على الصانع «تقديم منتج فعال ومتكيف مع حاجات الشاري» والامتناع عن البيع في مناطق يمكن أن يؤدي استعمال المنتج إلى صعوبات[1]. وهذه الحالة يقتضي تفريقها عن فرضية يكون المنتج المقدم فيها مشوباً بعيب خفي. وفي هذه الحالة الاخيرة، يكون لضمان البائع دوره وتكون مسؤوليته قائمة حتى في حال عدم وجود خطإ[2]. وعندما يكون موجب الاعلام، بالمقابل، موضوع خلاف، لا يكون الشيء مشوبا بعيب بحصر المعنى وإنما خطر وحسب، وتكون مسؤولية البائع قائمة بسبب خطإ مثبت ضده[3].

11270 ـ ب) منفعة الشيء. قد يكون بعض الاعلامات الدقيقة ضرورياً لمكتسب الملكية ليتمكن من استعمال الشيء بالصورة الافضل. ويرد الاعلام عموماً في موجز أو نمط استعمال يقدم مع المنتج. بيد أنه يمكن ان يتطلب تحذيراً خاصاً.

وبهذا المعنى جرى الحكم بأنه يجب تنبيه فنان رسام إلى أن المنتج الذي اشتراه ينبغي استعماله مع اتخاذ احتياطات خاصة وإلاّ فإن الدهان المستعمل على قماش الرسم يتقشر أو ينفصل: اشتكى مكتسبو ملكية انتاج هذا الرسام من التلف الناتج عن ذلك فجرى اعلان صانع المنتج مسؤولا[4].

ومن الممكن، في هذا الصدد، ان يتمسك الشاري الذي انخدع بالنوعية الهامة للشيء بعدم الاعلام في وجه البائع غير المهني: هكذا الامر عندما يخفي البائع، في المادة العقارية، عن الشاري ان الغير اقام دعوى امام القضاء في موضوع مال مباع[5].

---

(1) حكم غ م أ ن، 22 تشرين الثاني 1978، م إ د، 1979، II، 19139، تعليق G.Viney، خطأ الصانع الجسيم، تحديد المسؤولية مستبعد؛ انظر ايضا حكم غ ت ن، 11 تموز 1988، ن م IV، رقم 250، م ف ق ت، 1989، 290، ملاحظة B. Bouloc، منتج إحكام السد.

(2) انظر الرقم 11296 اللاحق وما يليه.

(3) انظر الرقم 11272 اللاحق.

(4) حكم غ م أ ن، 23 نيسان 1985، قضية Lefranc- Bourgeois، ن م، I، رقم 125، المجلة الفصلية للقانون المدني، 1986، 367، ملاحظة J. Huet؛ يجب ان يوضع الشاري في حالة تسمح باستعمال المنتج بشكل صحيح ومطابق لمقصده.

(5) انظر كمثال حكم غ م ث ا ن، 4 كانون الثاني 1991، ن م، III، رقم 9، ملكية تحوي جرف شاطىء صخري، اكتشاف اجراءات قبل البيع قام بها جار بسبب سقوط احجار وحادث قاتل، نقض الحكم الذي لم يجب على الدعم المستخرج من موجب الاعلام.
انظر ايضاً حكم غ م ث ا ن، 30 حزيران 1992، العقود المنافسة والاستهلاك، كانون الاول 1992، رقم 218، ملاحظة L. Leveneur، الصادر في فرضية حيث كان على بائع قطعة ارض اعلام شريكه في التعاقد بوجود دعوى امام القضاء اقامها مكتسب ملكية آخر لقطعة أرض ملاحقة، دعوى تتعلق بوجود مسقط مياه في باطن الارض يجعل البناء مكلفاً بصورة خاصة: تتيح حجة عدم الاعلام هنا تذليل الصعوبة في البرهان على سوء نية البائع وبالتالي استبعاد بند يعفى من الضمان الموجود في هذه الحالة.

11271 ـ 2°) نظام الموجب. تقع على البائع في ما يتعلق بالإعلام الذي عليه تقديمه مسؤولية الخطإ الذي يمكن أن يعالج في العقد.

11272 ـ أ) موجب الوسائل. موجب الاعلام هو موجب وسائل وبالتالي فان المسؤولية عن الخطإ الناجمة عنه هي المسؤولية. والحل منطقي: ينبغي، ليكون البائع مسؤولاً، اثبات أن الاعلام لم يكن كافياً بالنظر إلى المخاطر الموجودة أو إلى فائدة المستعمل[1]. وتقدير مسلك البائع لا غنى عنه.

ومسؤولية البائع، على غرار ما يختص بواجب النصيحة[2]، يجب أن توصف بالعقدية.

ومعاقبة تقصير البائع، على وجه العموم، هي دفع التعويض للشاري ضحية الضرر. غير أنها يمكن أن تكون فسخ العقد الذي لا يقدم لمكتسب الملكية ما ينتظره بخطإ البائع أو ابطال العقد إذا اعتبر الرضا المعطى مشوباً بالعيب.

ويؤخذ بمسؤولية البائع بسبب الخطإ المثبت الذي يشكله غياب الاعلام أو عدم كفايته. وهي توضع، على وجه العموم، على عاتق الصانع لأنه أفضل من يقدم الاعلام للشاري (إنه يحرر طريقة الاستعمال)، وأفضل من يعرف المنتج (إنه من صنعه). وقد جرى الحكم بأن ذكر عبارة «قابل للاشتعال بسهولة» على لصيقة بغراء مطاط صناعي هو غير كافٍ إذ أدى إلى حريق سبب وفاة طفل وجراحا لعدة اشخاص آخرين، وهكذا جرى الأخذ بمسؤولية الصانع[3].

وخطإ الضحية يمكن أخذه في الحسبان ويؤدي إلى اقتسام المسؤولية[4].

والبائع، فضلاً عن ذلك، في علاقاته بالغير، يضطلع بمسؤولية مماثلة[5].

11273 ـ ب) البنود الخاصة. من المناسب اخيراً بيان أن الاتفاقيات حول المسؤولية، في حين أنها تبدو في اغلب الأحيان غير فعالة في ما يتعلق بالضمان ضد

---

(1) انظر حكم غ م أ ن، 23 نيسان 1985، المذكور سابقاً، قضية Lefranc- Bourjeois، ن م، I، رقم 125: موجب الوسائل.

(2) انظر حول هذه النقطة ارقم 11274 اللاحق وما يليه.

(3) انظر حكم غ م أ ن، 11 تشرين الاول 1983، ن م، I، رقم 228، م ف ق م، 1984، 731، ملاحظة J.Huet.

(4) حكم غ م أ ن، 11 تشرين الاول 1983، ن م، I، رقم 228، المذكور سابقاً، تغافل المستعمل، تعويض معطى عن خمسة اسداس؛ انظر ايضاً حكم غ م ث ا ن، 28 آذار 1968، المذكور سابقا ن م، III، رقم 144، مذيب لارضية خشبية، حريق، مقاول رجع على الصانع، تقاسم المسؤولية.

(5) انظر حكم غ م أ ن، 11 تشرين الاول 1983، ن م، I، رقم 228، المذكور آنفاً، مسؤولية عقدية تجاه مكتسب الملكية، مسؤولية تقصيرية تجاه الضحايا الآخرين؛ وحول العلاقات بالغير انظر الرقم 11419 اللاحق وما يليه.

العيوب الخفية، صحيحة مبدئياً في ما يختص بالاعلام المتوجب على البائع: بامكان البائع إذاً تحديد مسؤوليته أو استبعادها حول هذا المظهر أو ذاك من المنتج[1].

بيد أن المسألة نظرية إلى حد ما ولا ريب. إن قيام البائع بتحذير الزبون حسياً حول بعض مخاطر الشيء أو شروط استعماله أو تملصه من المسؤولية التي يمكن أن تنجم عن بعض الاستعمالات التي يتطلبها المنتج، هو، بالنسبة إليه، الشيء نفسه.

11274 ـ ب. واجب النصيحة. يختلف واجب النصح عن الاعلام بوظيفته الأكثر خصوصية وحقل تطبيقه الاضيق، مع أنه يمكن أن يقترنا. وفي الواقع تؤكد محكمة النقض بأنه «يعود إلى بائع المعدات المعنية التي يكتسب ملكيتها شارٍ جاهل في هذا الحقل أن ينصحه ويزوده بالمعلومات»[2].

على أن لواجب النصيحة، مع أن لموجب الاعلام مدى واسع جداً، حقل تطبيق أكثر تحديداً. إنه مفروض، بصورة خاصة، على المهني الذي يبيع الشاري الجاهل منتجاً له تقنية معينة تجهيز معلوماتي، معدات جديدة، توريد معقد...) بحيث يقتضي توجيهه في اختياره. وحسن تنفيذ هذا الواجب هو ضمان كون الشيء المباع متوافقاً مع حاجات من يشتريه.

وبذلك تتجاوز النصيحة إلى حد كبير بمحتواها مجرد اعلام موضوعي يفترضه الاستعلام ويجبر، إلى حد ما، على اللجوء إلى تقدير النوعية والحكم على القيمة.

يضاف إلى ذلك أن الوضع يفترق بوضوح عن الوضع الذي يكون الشيء المقدم فيه مشوباً بعيب ويكون لضمان العيوب الخفية دوره لأن الشيء غير فاسد وإنما غير متوافق مع تطلبات مكتسب الملكية.

وفي الواقع قليلاً ما يكون النصح الحقيقي منتظراً من هذا البائع المهني. وبما أن الاشياء التي يكتسب ملكيتها كل واحد، لاستعماله الشخصي أو لنشاطه المهني، غالباً ما هي معروفة من الجمهور وتتوافق مع حاجات محددة تماماً، فنادراً ما يكون من الضروري التوجيه في اختيار هذا الشيء أو ذاك: ليس هناك أي حاجة مثلاً إلى ارشاد مكتسب ملكية سيارة في شأن سيارة رياضية بشكل مقطوع أو سيارة من نموذج عائلي، سعة صغيرة للاسطوانة أو برلينية كبيرة... في مقدوره تماما أن يختار بنفسه.

---

(1) انظر قضية Quinoléine، حكم غ م أ ن، 22 تشرين الثاني 1978، م إ د، 1979، II، 19139، تعليق G.Viney، خطأ جسيم ارتكبه الصانع، استبعاد تحديد المسؤولية.

(2) حكم غ م أ ن، 3 تموز 1985، ق م، I، رقم 211، نقض: استناداً إلى المادة 1135 من القانون المدني، قرميد له طابع تزييني وإحكام السد غير كافٍ.

غير أن نصيحة البائع في بعض الحالات ضرورية. فموجب البائع، فضلاً عن ذلك، ليس بلا حدود. ونظامه هو نظام موجب الوسائل.

11275 ـ 1°) نطاق واجب النصيحة. يمكن بيان نموذجية الحالات التي يكون فيها نصح البائع مطلوباً قبل بيان حدود الواجب الملقى على عاتقه.

11276 ـ أ) نموذجية الحالات. إذا كان واجب النصح مفروضاً في اغلب الاحيان على البائع بسبب الظروف فبامكان الشاري أن يطلبه أيضاً.

أ ـ الظروف تفرض النصيحة. تفرض الظروف احياناً وجوب تقديم النصح للشاري. وتعود هذه الظروف عموماً إلى كون الشاري جاهلاً والمادة معقدة.

وهكذا يقال، في مجال المعلوماتية، إن واجب النصح «أكثر دقة عندما يكون الزبن قليلي المعرفة». إن الحكم في قضية IBM ضد Flammarion إشهار لذلك: أدت ناظمة آلية او حاسوب (كمبيوتر)، في القضية الراهنة غير متوافقة مع حاجات المؤسسة، إلى الاخلال بنظام عملها وأعتبر القضاة أنه يعود إلى المورّد توجيه اختيار زبونه نحو تجهيز «كفيل بتنفيذ الاعمال المطلوبة»[1]. وفي حكم آخر جرى الأخذ بأن مسؤولية المورّد كانت قائمة لأنه لم يقم بردع زبونه عن اعتماد اسلوب معالجة معلوماتية لكامل فترة فصلية[2]. تستوجب النصيحة إذاً توجيه الزبون في اختياراته وتحذيره من الصعوبات المحتملة.

وتأخذ محكمة النقض، إذا كانت الاحكام في هذا الشأن صادرة عن قضاة الاساس، بالحلول نفسها وتعتبر أن فسخ البيع يمكن الأمر به عندما ينجم عن غياب النصح عدم مطابقة الشيء المباع حاجات مكتسب الملكية[3].

على أنه من المقبول عدم توجب النصيحة عندما يكون للتقديم، حتى ولو كان من

---

(1) حكم محكمة استئناف باريس، 12 تموز 1972، مصنف الاجتهادات الدوري، 1974، تعليق .N.S، نظام محاسبة: كان الأمر في القضية المعنية يتعلق بالتأخير، غير أن المبدأ هو نفسه؛ انظر ايضاً حكم محكمة استئناف باريس، 15 أيار 1975، مصنف الاجتهادات الدوري، 1976، II، 18265، تعليق Boitard et Dubarry، نظام محاسبة.

والموجب موجود ايضاً في التأخير، انظر الرقم 21802 وما يليه.

(2) حكم محكمة استئناف باريس، 4 كانون الثاني 1980، مصنف الاجتهادات الدوري، 1982، II، 19734، تعليق J.L.-Goutal.

(3) انظر حكم الغرفة التجارية، 17 آذار 1981، النشرة المدنية، IV، رقم 150، بائع معدات معلوماتية «يقصر في واجبه في النصح بعدم قيامه بدراسة جدية مسبقة»، نقض الحكم الذي رد طلب العطل والضرر على اساس المادة 1147 من القانون المدني؛ انظر ايضا حكم الغرفة التجارية، 3 كانون الاول 1985، النشرة المدنية، IV، رقم 285، نظام ادارة، فسخ الاتفاقية.

تِقانة عالية، طابع الخلو من المميزات: هكذا الأمر، عدا حالات خاصة، في صدد تقديم حاسوب أو ناظمة آلية (كمبيوتر) حيث لا تكون مسؤولية البائع بالطريقة عينها كما في جهاز كبير.

بيد أنه جرى، فضلاً عن ذلك، معاقبة اخلال البائع بواجبه في النصح في مجالات أخرى غير مجال المعلوماتية. إلاّ أن ذلك يحصل عموماً في صدد تقديمات لها طابع تقني شديد: محرك لسفينة[1]، روافد معدنية صغيرة لبناء عنبر[2].

ب) النصح الذي يطلبه الشاري. يطلب الشاري احياناً، إذ يعرف أن الشيء ينبغي ان يقدم له خدمات خاصة، نصيحة بائعه، كما هي حال من يطلب دهانا قابلاً للاتصاق بالخرسانة[3].

وتبين قراءة المجلات أنه ليس من النادر الأخذ بمسؤولية البائع على اساس كهذا: مسؤولية البائع قائمة بالنسبة إلى سفينة غير جديرة بالملاحة البحرية[4]، وإلى معدات مستخدمة في سقف عقار[5].

11277 ـ ب) حدود واجب النصيحة. واجب النصح، حتى في فرضية امكانية فرض توجيه الشاري، له حدود.

أ) واجب التعاون المفروض على الشاري. ثمة مبدأ هام هو أن لواجب النصيحة نتيجة طبيعية هي واجب التعاون من قبل الشاري الملزم بالمشاركة في تحديد حاجاته والاهداف التي ينشدها. ويمكن أن يؤدي رفض الشاري التعاون إلى تخلص البائع من مسؤوليته[6].

بّ) عدم معرفة حاجات الشاري. يتوقف واجب النصح أيضاً وبداهة وتتلاشى

---

(1) حكم غ ت ن، 13 حزيران 1977، ن م IV، رقم 165.

(2) حكم غ ت ن، 16 تموز 1982، ن م، IV، رقم 276.

(3) حكم غ ت ن، 25 حزيران 1980، ن م IV، رقم 276، م ف ق م، 1981، ملاحظة G.Durry، زوال لون الدهان في حين انه جرى تقديمه على أنه معد بصورة خاصة لهذا الاستعمال؛ انظر ايضاً حكم غ ت ن، 15 نيسان 1975، ن م، IV، رقم 106، دهان خاص معد لطلاء داخل براميل خمر، منتج «ينقل إلى الخمر طعما ورائحة يجعلانه غير صالح للاستهلاك»؛ يبين الحكم أن البائع العارف مقصد الدهان امتنع، رغماً عن الطلب الموجه إليه، عن الاعلام أن هناك مناقضاً للاستعمال وسلم هكذا، مع علمه بالأمر، منتجاً غير صالح للاستعمال المعد له»، فأخذ بمسؤوليته.

(4) حكم غ ت ن، 11 أيار 1965، ن م، ، رقم 306.

(5) انظر حكم غ م ث ا ن، 2 تشرين الاول 1929، د، 1980، إ س، 224، ملاحظة Ch. Larroumet، غياب الشفافية.

(6) انظر حكم غ ت ن، 6 حزيران 1979، ن م، IV، رقم 186، معدات معدنية، فسخ البيع، كلا: «تركيب الحاسوب يتطلب حوارا بين المورّد والمستعمل».

مسؤولية البائع عندما يكون جاهلاً، عن حسن نية، الحاجات الخاصة لشريكه في التعاقد[1].

جَ) كفاءة الشاري المشهود له بها. كفاءة الشاري المشهودة اخيراً تجعله بالطبع من النادر أن يكون محتاجاً إلى توجيه في اختياره، ويصبح واجب البائع في النصح ملطفاً بذاته حتى مستبعداً[2].

11278 ـ 2° نظام واجب النصيحة. واجب النصيحة، كموجب الاعلام، هو موجب وسائل وينشىء مسؤولية بسبب الخطإ[3]. ويرتكز هذا الخطإ على عدم توجيه الزبون إلى المنتج المناسب أو على عدم تحذيره من صعوبات الاستعمال المحتملة. والتمسك بموجب وسائل كهذا يدرك بسهولة: تقدير مسلك المورّد ضروري لتقرير ما إذا كان النصح ضرورياً، وفي حال الايجاب مناسباً.

وتعتبر المسؤولية، علاوة على ذلك، من حيث المبدأ، ذات طبيعة عقدية[4].

وترتكز معاقبة تقصير البائع، على وجه العموم، على التعويض على الشاري ضحية الضرر، وقد تكون فسخ العقد الذي لا يجلب للشاري الارضاء الذي بنظره منه، أو إبطال العقد إذا جرى اعتبار الرضا المعطى مشوباً بالعيب.

وقد يحدث اخيراً تقاسم المسؤولية بين البائع والشاري في حالة الخطإ المتبادل. ويقبل الاجتهاد ذلك كما في موجب الاعلام[5]. وفي حالة الخطإ الجسيم الصادر عن المستعمل يمكن أن يكون اعفاء البائع، عند رفض الأخذ في الحسبان نصيحة البائع مثلاً، كلياً[6].

---

(1) انظر كمثال حكم غ ت ن، 6 كانون الثاني 1982، ن م، IV رقم 7، نقض، مقبض يدوي آلة معد لتجهيز رافعة سكر هويس القناة لرفع السفن لم يعرف صانعه انه سيستعمل لهذه الغاية، فسخ.

(2) تستخدم هذه الحجة على وجه الخصوص في مادة البناء، إذ إن مسؤولية المهندسين المعماريين والمقاولين يمكن أن تكون محدودة أو مستبعدة في حال كون جدارة صاحب العمل المستقل مشهورة أو في حال تدخله في الاشغال، انظر ـ J.- B.Auby et H.Périnet Marquet, Droit de l'urbanisme et de la construction، 1992، رقم 1347، الا أنها يمكن أن تنقل إلى البيع.

(3) انظر حكم غ ت ن، 3 كانون الاول 1985، ن م، IV، رقم 294، نظام معلوماتية اداري، فسخ البيع: استبعد الحكم صراحة وصف موجب النتيجة.

(4) انظر حكم غ ت ن، 27 حزيران 1980، ن م، IV، رقم 276، م ف ق م، 1981، 157، ملاحظة G.Durry المؤيدة، تأمين المسؤولية العقدية مستبعد.

(5) انظر غ ت ن، 15 نيسان 1975، ن م، IV، رقم 106، المذكور آنفاً، طلاء معد لبراميل الخمر، تقاسم المسؤولية بين المورّد والمقاول اللذين قاما بالطلاء: يبدو الحكم قاسياً بالنسبة إلى المقاول.

(6) انظر حكم غ ت ن، 11 حزيران 1985، ن م، IV، رقم 188، مكتسب ملكية رفض التزود بنظام انذار فعال بما فيه الكفاية نصحه به البائع، عدم مسؤولية البائع في حال السرقة.

القسم الفرعي II
الضمانات ضد نزع اليد والعيوب الخفية

11279 ـ الحماية القانونية والاقتصادية. ليس البائع ملزماً بتأمين تسليم الشيء وحسب، بل عليه أيضاً تقديم شيء خالٍ من التعرض والعيوب، وضمان الشاري في هذا الصدد[1]. وتنص المادة 1625 من القانون المدني على نوعية الضمان: من جهة اولى ضمان نزع اليد الذي يتناول «حيازة الشيء الهادئة» ويتيح للشاري الدفاع عن التعرض للتمتع، ومن جهة ثانية الضمان ضد العيوب وهدفه عدم وجود «عيوب خفية في الشيء»، وبالتالي اهليته لاستعمال طبيعي. وهكذا يكون مكتسب الملكية، عن طريق ضمان نزع اليد، محمياً في صفته القانونية كمالك، وعن طريق ضمان العيوب الخفية محمياً في مصالحه الاقتصادية كمستعمل. وهذان الضمانان هما ضمنيان، وينجمان قانونا عن العقد.

وقد يكون ثمة اغراء على التفكير في أن ضمان نزع اليد مفروض بأشد ما يمكن من القوة ذلك بأنه من جوهر البيع أن يكون الشاري متأكداً من امتيازاته القانونية. يضاف إلى ذلك أن القانون المدني يكرس له احكاماً حامية جداً لمصالح الشاري. والضمان ضد العيوب الخفية من جهته يظهر كتأمين عادل للحصول من الشيء على الارضاء المنشود، وهو ليس على الاطلاق كضرورة. ويمكن بسهولة فهم أنه لا يتوجب على البائع شيء في هذا الصدد وأن على الشاري تدبير أمره بالنسبة إلى مخاطر العقد، إلاّ أن يثبت الخطإ المرتكب بحقه. والحاجة إلى ضبط الصفقات سوغت، منذ القانون الروماني، إلقاء موجب ضمان النوعية الجيدة على البائع لما يقترحه على زبنه.

وإذا كان الضمان الاول لم يتعرض إلى بلبلة منذ عام 1804، فان الضمان الثاني، بالمقابل، تناولته تحولات ملموسة من قبل الاجتهاد. من الصحيح أن الحالات التي نرى فيها التمسك بالضمان ضد نزع اليد بقيت، عملياً، نادرة إلى حد كبير، في حين أن الضمان ضد العيوب الخفية أفسح في المجال لصعوبات كثيرة ولمنازعات قضائية ضخمة.. إن ذلك يعود إلى أن الأشياء الموجودة في التجارة مشوبة، مع الاسف، في اغلب الاحيان، بعيوب. وحصل بالتالي تطور نزع إلى تعزيز موجب الضمان ضد العيوب، وعلى وجه الخصوص عندما يكون البائع مهنياً.

---

(1) حول مفهوم الضمان انظر B.Gross, L'obligation de garantie, dans le droit des contrats، اطروحة، منشورات L.G.D.J.، 1964؛ Ph. Le Tourneau, Conformité et garentie dans la vente d'objets mobiliers corporels، المجلة الفصلية للقانون التجاري، 1980، 231؛ J. Ghestin, Conformités et garanties dan la vente، منشورات L.G.D.J.، 1983.

وينبغي تفحّص الضمان ضد نزع اليد (الفقرة 1) ثم الضمان ضد العيوب الخفية (الفقرة 2).

انظر حول موجب البائع في الأمن وروابطه بالضمان ضد العيوب الخفية الرقم 11230 السابق وما يليه.

الفقرة 1 ـ الضمان ضد نزع اليد

11280 ـ ضمان قانوني. تسوس الضمان ضد نزع اليد المواد 1626 إلى 1640 من القانون المدني[1]. وتنص المادة 1626، على أنه، حتى في غياب اشتراط في العقد، «يجبر البائع حكماً على ضمان الشاري ضد نزع اليد الذي يشكو منه في كلية الشيء المباع أو في جزء منه، أو الاعباء المدعى بها على هذا الشيء وغير المعلنة عند البيع». إن هدف هذا الضمان أن يتاح للشاري عدم التعرض له في تمتعه بالشيء من قبل البائع نفسه أو من قبل الغير. ويشكل ما يسمى «نزع اليد»، بحصر المعنى، خسارة حق ما عقب ادانة قضائية[2]. واقامة الدعوى، بدون الذهاب إلى هذا الحد، حتى مجرد خطر نزع اليد، كافيان بصورة عامة لتسويغ تمسك مكتسب الملكية بالضمان المتوجب له.

وهذا الضمان، لأنه يفرض نفسه منطقياً، مطلوب من البائع في شروط صلبة، وهو ملزم به حتى ولو كان يجهل بحسن نية امكانية نزع اليد عند البيع أو لم يكن مخطئاً: إنه يتعرض للحكم ضده بفسخ العقد وكذلك للحكم عليه بالعطل والضرر[3]. وهكذا يكون الشاري محمياً بحزم ضد تعكير الحيازة الهادئة للشيء المباع ومن حقه أن يطمح إلى ذلك.

وإذا كان هذا الضمان يطبق عملياً على التنازل عن انواع الأموال جميعاً، حتى عن الحقوق الفكرية[4]، فان الضمان ضد نزع اليد له إشهاره قبل أي شيء في المبيعات

---

(1) حول ضمان نزع اليد انظر بصورة خاصة Planiol et Ripert، الباب X، تأليف Hamel، رقم 88 وما يليه؛ Malaurie et Aynès، رقم 850 وما يليه؛ Collart Dutilleul et Delebecque، رقم 247 وما يليه؛ Gross et Bihr، الباب I، صفحة 207 وما يليها؛ Bénabent، رقم 209 وماي ليه؛ Ghestin et Desché، رقم 784 وما يليه؛ D.Huet-Weiller et R. Le Guidec، م إ م، المادتان 1625 و 1626، Garantie en cas d'éviction, étendue, conditions, exercice، 1986، والمواد 1627 إلى 1629، ـ Modification conven tionnelles، 1987.

(2) التعبير آت من اللاتينية «e - vincere» ومعناه انتصر، غلب.

(3) انظر في هذا الاتجاه حكم غرفة العرائض، 2 كانون الاول 1890، Dalloz، 1891، 1، 478، ويبدو الضمان ضد نزع اليد في ذلك اصلب من الضمان ضد العيوب الخفية الذي، إذا كان البائع حسن النية، يكون فيه الضمان متوجباً بالتأكيد وفسخ العقد ممكن، وانما بدون امكانية الحكم عليه بالعطل والضرر، المادة 1645 من القانون المدني.

(4) يترافق الضمان ضد نزع اليد مع التنازل عن الحقوق الفكرية، كالتنازل عن حق المؤلف وعن البراءة أو =

العقارية والتفرغ عن المؤسسة التجارية، بحيث أنه سيتم في صدده تفحص القواعد المطبقة في هذا الشأن (أ). وفي ما يختص بالمنقولات المادية تحمي المادة 2279 من القانون المدني الشاري ضد اعمال البائع أو الغير، وبمقتضاها الحيازة في المنقول سند للملكية مما يعني أن هذا الضمان نادراً ما يكون له دوره (ب).

11281 ـ أ. الضمان في مادة بيع العقارات والمؤسسات التجارية. يغطي الضمان ضد نزع اليد أي اعتداء على ملكية الشيء أو ماهيته أو التمتع به، وقد يحدث ذلك مثلاً:

ـ في ما يتعلق بالاعتداء على الملكية: إذا أقدم البائع، بعد أن باع عقاراً، على بيع الغير ثانية هذا العقار، أو اكتسب بالتقادم المال أو جزءا منه بالتقادم المكسب؛

ـ في ما يختص بماهية الشيء: إذا نافس بائع مؤسسة تجارية مكتسب ملكيتها بأن أقام على مقربة منها مؤسسة له وعمل على تحويل الزبن إليه؛

ـ في شأن الاعتداء على التمتع: عندما يتمسك الغير بارتفاق عدم البناء، السابق للبيع والمجهول من الشاري، الذي يحدد حقوق هذا الشاري.

لهذا الضمان إذاً مدى واسع جداً، وفعاليته تكمن في أنه ينتقل إلى مكتسبي الملكية المتعاقبين للشيء بكونه تابعاً له: يمكن إذاً التمسك به ضد البائع وكذلك ضد سلفه وأي بائع سابق ما دام سبب نزع اليد يعود إليه[1].

= العلامة؛ ونرى، في مادة حق المؤلف، التمسك بهذا الضمان في عقد النشر الذي يشكل في اغلب الاحيان مع ذلك امتيازاً أكثر مما هو تنازل؛ انظر على سبيل المثال Ch.Colombet, Propriété littéraire et artistique، رقم 337، والمادة 54 من قانون سنة 1957 التي اصبحت المادة 132 ـ 8 من قانون الملكية الفكرية (على المؤلف ان يضمن للناشر الممارسة الهادئة، والحاصرة للحق المتنازل عنه، ما عدا وجود اتفاقية مخالفة»)؛ و A. et H.-J.Lucas, Propriété littéraire et artistique، ولاسيما الارقام 482 و 572 و 641؛ P.- Y.Gautier, Propriété littéraie et artistique، ولاسيما الرقم 214؛ انظر بالنسبة إلى الاشهار حكم الغرفة المدنية الاولى، 27 أيار 1486، Dalloz، 1987، 209، تعليق P.- Y. Gautier، قضية «La cage aux folles»، امتياز في حقوق الاقتباس السينمائي؛ بيد أن الموجب ذاته موجود في التفرغ بحصر المعنى، أي عندما ينقل المؤلف إلى الغير نهائياً حقوقه في انتاجه.

وعقد التنازل، في ما يتعلق بالبراءة، كما الاجازة، يستوجب الضمان ضد نزع اليد، انظر Chavanne et Burst, Droit de la propriété industrielle، رقم 283 وما يليه؛ وفي شأن التنازل عن العلامة، انظر Chavanne et Burst، المذكورين آنفاً، رقم 1103؛ انظر مثلا حكم غ م أ ن، 19 حزيران 1990، ن م، I، رقم 177، نقوش ورسوم كان على صاحب الامتياز تعديلها بسبب الشبه مع رسوم مستخدمة في علامات تعود إلى الغير: المتنازل ملزم بالضمان ضد نزع اليد.

(1) انظر حكم غ م ث ا ن، 28 آذار 1990، ن م، III، رقم 93، قطعة ارض، ارتفاق التقنية (حفر القناة)؛ Ripert et Boulanger، رقم 1500؛ ان اساس هذا النقل، المقدم في النص على أنه نظرية التابع، منازع فيه، انظر لصالح تنازل ضمني في عقد البيع، R. Rodière، تعليق في مصنف الاجتهادات الدوري، 1955، II، 8548، على حكم محكمة استئناف Aix 5 تشرين الاول 1954.

والحل مشابه للحل الذي نجده في مادة الضمان ضد العيوب، انظر الفقرة 2؛ واحدى فوائد النقل، في ما =

ومن المناسب التفريق بين نظام الحماية القوية للضمان ضد نزع اليد (المادة 1626 وما يليها) ونظام ضمان السعة (المادة 1616 وما يليها) المرتبط بالتسلم والمفروض بصورة أقل صلابة[1].

وقد اضفى القانون المدني، بتكريس عدة احكام للضمان ضد نزع اليد ولعقوباته، ذاتية هذا الضمان الذي يساهم في صنع القانون الخاص للبيع ولو كانت المادة 1639 تنص، في صدد ما تبقى، على أنه يقتضي الرجوع إلى القواعد العامة للعقود. يضاف إلى ذلك أن هذا الضمان هو، إلى حد ما، من الانتظام العام. ذلك بأن البائع ليس بمقدوره، مبدئياً، اعفاء نفسه من نزع اليد الناجم عن فعله الخاص. وينبغي، بعد تفحص شروط الضمان ومفاعيله، تفحص الاتفاقيات التي يمكن أن يكون موضوعها.

11282 ـ 1° شروط الضمان. ليس الضمان القانوني جسماً واحداً: كل شيء يدعو إلى التفريق بين نزع اليد العائد إلى فعل البائع الشخصي ونزع اليد الناتج عن فعل الغير مع أنه ليس من السهل دائماً رسم الحدود بين الاثنين[2].

11283 ـ أ) ضمان الفعل الشخصي. ضمان الفعل الشخصي عنصر اساسي في البيع. ويحدد القول المأثور: «من يتوجب الضمان عليه لا يستطيع نزع اليد»، إن موجب البائع في هذا الصدد صلب إذ عليه أن يضمن أي فعل يمكن أن ينسب إليه وأن يمتنع عن أي عمل سابق للبيع أو لاحق له يمكن أن يهدد حقوق مكتسب الملكية أو تمتعه.

وليس ثمة مجال، فضلاً عن ذلك، لتطلب جهل مكتسب الملكية مخاطر نزع اليد،

= يتعلق بنزع اليد، هو أن الضمان يمكن أن لا يكون متوجباً للمالك الحالي على شريكه المباشر في التعاقد لأنه تلقى المال عن طريق هبة أو عن طريق عقد يشترط اعفاء بائعه: تستطيع ضحبة نزع اليد، مع ذلك، مقاضاة مالك سابق إذا كانت الظاهرة يمكن ربطها به.

(1) انظر حول ضمان السعة في المادة العقارية الرقم 11538 اللاحق.

يعود الفارق بصورة خاصة إلى أن ضمان السعة قد يكون موضوع بنود معفية لصالح البائع، في حين أن الضمان ضد نزع اليد، في ما يتعلق بالفعل الشخصي، غير قابل للتحديد أو الاعفاء؛ ونظام موجب السعة، فضلاً عن ذلك، منظم بشكل هو لصالح الحفاظ على العقد وتجنب فسخه.

غير أن الصعوبة هي ان المفهومين يمكثان قريبين، انظر حكم غ م ث ا ن، 12 كانون الثاني 1982، ن م III، رقم 12، د، 1982، إ س، 530، ملاحظة B.Audit، المجلة الفصلية للقانون المدني، 1983، 147، ملاحظة Ph.Rémy، عدم ضمان السعة غير قابل لتغطية نزع اليد عن قسم من قطعة ارض داخل في البيع: غير أن B.Audit يبين أن التفريق بين المفهومين غير واضح في الاجتهاد.

(2) هكذا يكون الضمان، على وجه العموم، بالنسبة إلى الاعباء غير المعلنة في صدد التعرض الصادر عن الغير، موضوع دراسة لأن العبء يتكشف في مناسبة مطالبة تقدم بها الغير: بيد أن فعل البائع ذاته، أي عدم الإعلان، هو مصدر نزع اليد.

كما يجري الأمر بالنسبة إلى ضمان فعل الغير، ذلك بأن البائع ملزم دائماً بضمان فعله الشخصي[1].

والضمان، لأن مداه واسع جداً، يحظّر على البائع أن يسبب أي تعرض قانوني أو واقعي للشاري.

11284 ـ α) التعرض القانوني. يحظّر الضمان ضد التعرض القانوني على البائع أن يناوىء الحيازة الهادئة لمكتسب الملكية بالتمسك بامتياز على الشيء. وليس في وسعه أن يعتبر نفسه حائز أي حق ما، سواء أكان عينياً (ملكية أو حق استثمار أو ارتفاق) أو شخصياً وحسب (ايجار على سبيل المثال). وليس في مقدوره حتى ولو اصبح، لاحقاً للبيع، حائز حق كهذا، لأنه ورثه على سبيل المثال، التمسك به تجاه الشاري. وكل عمل ايجابي أو سلبي يتعرض للشاري ممنوع عليه. إن الدفع بالضمان الذي يستطيع الشاري الافادة منه ابديّ بالنسبة إليه[2].

ويقدم الاجتهاد إشهارات مختلفة للاوضاع التي يمكن أن يكون لهذا الضمان دوره: لا يستطيع البائع نزع يد الشاري بالتمسك بالتقادم المكسب المستند إلى احتفاظه بحيازة العقار[3]؛ ولا يسعه التفرغ مرة ثانية عن العقار المباع بدون انتهاك الضمان المتوجب لمكتسب الملكية الاول[4]... بيد أن تطور العلنية القانونية في ايامنا، في المادة العقارية أو في بيع المؤسسة التجارية ـ في امانة السجل العقاري (أو الشهر العقاري) وفي قلم محكمة التجارة ـ كان مفعوله جعل فرضيات التعرض القانوني التي تسوّغ اللجوء إلى الضمان ضد نزع اليد نادرة.

على أن موجبه في الضمان لا يتعارض مع ان يعيد البائع النظر في البيع نفسه إذا كان له الحق في ذلك: عيب الرضا غبن يعادل سبعة من اثني عشر، عدم تسديد الثمن... ويتوصل، في حال النجاح، إلى العمل على اعلان التعهدات المتخذة معدومة

---

(1) انظر Ripert et Boulanger، رقم 1477: هذا الضمان «متوجب دائماً» على البائع، وهو «يرتكب خداعاً بالاحتفاظ بوسيلة استعادة ما باعه أو بمنع الشاري جني كامل الفائدة الممكنة».

(2) كما أيّ دفع آخر، انظر الحكم المدني 13 أيار 1912، Dalloz الدوري، 1913، 1، 143، منشورات Siry، 1912، 1، 209.

(3) انظر الحكم المدني، 13 أيار 1912، Dalloz الدوري، 1913، 1، 143، منشورات Sirey، 1914، 1، 209، تعليق Appert، حكم محكمة استئناف يواتييه، 24 أيار 1945، منشورات Sirey، 1996، 2، 42؛ حكم غ م ث ا ن، 30 تشرين الثاني 1981، ن م، III، رقم 168، د، 1982، إ س، 531، ملاحظة B.Audit.

(4) حكم غ م ث ا ن، 29 أيار 1981، ن م، III، رقم 88، البيع الأول كان غير مثبت بعقد موثق وغير مسجل؛ كما أن المادة 1626 تطبق، والضمان متوجب، في حال الرهن العقاري الذي لم يصرّح عنه البائع، انظر حكم غ ع، 11 أيار 1898، د د، 1899، 223: على البائع اتخاذ التدابير الضرورية لرفعه.

وبالتالي اعلان الضمان غير موجود. غير انه من غير المقبول التمسك بالبطلان لبيع شيء يخص الغير لأن الدعوى مخصصة للشاري.

11285 ـ β) التعرض الواقعي. يمتد ضمان الفعل الشخصي إلى التعرض الواقعي بحيث يمتنع البائع عن القيام ببعض الاعمال، حتى المشروعة، التي تحرم مكتسب الملكية من المنافع المتوجبة له كلياً أو جزئياً والتي يؤمنها له الشيء المباع.

والفرضية التي يبيع فيها المالك قسماً من ارثه ويبقى مالكاً ما تبقى تخلق صعوبات بسبب علاقات الجوار الناجمة عن ذلك. وهكذا يصبح البائع ملزماً بضمانه إذا شيّد على قطعة أرض متاخمة لقطعة الارض المتفرغ عنها جداراً قريباً جداً يحرم منزل جاره من النور[1]. ثمة مثال آخر على التعرض الواقعي في انتهاك موجب عدم المنافسة الناجم عن التفرغ عن مؤسسة تجارية: لا يستطيع البائع بالفعل ان يستقر بالقرب منها وأن يحول الزبن إليه فيفرغ بذلك الشيء المباع من ماهيته[2].

بيد أن هذا الضمان أقل قوة مما هو في حالة التعرض القانوني. واحياناً يجري حل المنازعات التي يولدها الجوار بين البائع والشاري لصالح البائع، لأن صفته كمالك، في ما يتعلق بمجرد تعرض واقعي، تؤدي إلى تحديد مدى الضمان المتوجب عليه. فالبائع يحق له، مبدئياً، الغرس والبناء مع أن هذه الافعال قد تتعرض لفائدة العقار المباع ومنفعته. وقد جرى الحكم مثلا بأن مكتسب ملكية منزل يشرف على البحر لا يسعه أن يمنع بائعه من بناء عقار يحجب الرؤية وأن ارتفاق الجوار يعطيه وحده الحق في منعه[3].

11286 ـ ب) ضمان فعل الغير. يؤمن ضمان فعل الغير، المنصوص عليه، بالطريقة نفسها كما في الضمان الفعل الشخصي، في المادة 1626 من القانون المدني، للشاري حماية أكثر تقييداً، ويفترق عنه بأن المادة 1628 من القانون المدني تجيز بالنسبة إليه بنوداً معاكسة.

ومداه أقل من ضمان الفعل الشخصي، ولا يطبق على التعرض الواقعي ولا على التعرض الذي له سبب لاحق للبيع، ولا على ما تمكن الشاري من معرفته. وهكذا لا يكون الشاري محمياً ضد تعرض الجدار الناجم عن عقار متاخم يعود إلى الغير: المقصود

---

(1) انظر حكم غ ع، 13 أيار 1886، د د، 9987، 1، 6.

(2) انظر الرقم 11572 اللاحق؛ وموجب عدم المنافسة موجود أيضاً ولو كانت بنود العقد التي تبين في أي ظروف يمتنع البائع أن يستقر مجدداً قد جرت مراعاتها لأنه من الانتظام العام. انظر حكم غ ت ن، 140 نيسان 1992، ن م، IV، رقم 160.

(3) انظر حكم غ م أ ن، 29 تشرين الثاني 1955، قضية Réviera Palace de Nice، م إ د، 1956، II، 9216، تعليق J. Becqué المجلة الفصلية للقانون المدني، 1956، تعليق J.Carbonnier، وجود اتفاق «عدم التقنية» لصالح عقار مقسم إلى شقق ويطل على البحر، نقض الحكم الذي لم يحكم لصالح المالكين.

تعرض واقعي. وبامكانه فقط ان يدافع عن نفسه في حالة كهذه كأي مالك. فالبائع لا يتوجب عليه ضمان في شأن ايجار يتناول العقار الذي اعلن هذا البائع وجوده عند ابرام العقد: إن علم الشاري بذلك يمنع عليه الشكوى منه.

ويجدر، لأن هذا الضمان يخضع للفلسفة عينها، التطرق أيضاً في هذا الإطار إلى ضمان الاعباء غير المعلنة المنصوص عليه في المادة 1638.

11287 ـ α) التعرض القانوني. يهدف الضمان المحدد بالتعرض القانوني إلى أن يمنع البائع الغير من نزع يد الشاري قانونياً. ونزع اليد ينجم، بشكل نهائي، عن حكم يكرس حق الغير، إنما يمكن أن ينتج ايضاً عن دعوى امام القضاء تقام ضد الشاري، إذ يخشى عندئذ نزع اليد[1]، وقد تكون دعوى والمطالبة بالملكية: على سبيل المثال عند بيع شيء يخص الغير إذا طالب المالك الحقيقي بالمال الذي يعود إليه.

يضاف إلى ذلك، استناداً إلى احكام المادة 1653 من القانون المدني، أن «الشاري إذا كان موضوع تعرض أو إذا كان يخشى بحق التعرض له عن طريق دعوى ما... بامكانه تعليق دفع الثمن...»، ولا يسرى ذلك: إلاّ أن لا يكون قد سدد الثمن بعد.

وموقف الشاري، امام المطالبة بالملكية، يمكن أن يكون في فئتين: له الحق في أن يدعو بائعه إلى تنفيذ ضمانه في الوقت الذي تقام فيه دعوى ضده، ويجري الكلام عندئذ على الضمان الطارىء. ويجوز له أيضاً أن يدافع وحده عن نفسه، ثم اللجوء بعد ذلك إلى مقاضاة بائعه للتعويض عليه مقاضياً هكذا، كما يقال، بالضمان الاصلي؛ على أن هذه الطريقة الثانية خطرة ذلك بأن البائع بامكانه ان يواجهه بمطعن عدم توفير الاحتجاج ببراهين من شأنها التصدي لادعاء الغير، وقد يخلصه ذلك من ضمانه (المادة 1640 من القانون المدني)[2].

ونزع اليد قد يكون تاماً أو جزئياً وحسب (المادة 1626 والمادة 1636 من القانون المدني). ويكون نزع اليد جزئياً عندما يطالب الغير «بقسم من الشيء المباع» (المادة 1626)[3] أو الادعاء بأنه مستفيد من الاعباء على الشيء مع أنه لم يتم اعلام الشاري

---

(1) انظر حكم غ م ث ا ن، 4 تموز 1968، ن م، III، رقم 323، حق تمسك به الغير امام القضاء وكان الشاري يجهله، تعرّض موجود قبل صدور الحكم.

(2) ولكن البائع، كما ورد في هذا النص، عليه بيان الحجج المقصودة واثبات صلتها بالموضوع، انظر الحكم المدني، 14 نيسان 1885، 1، 901، منشورات Sirey، 1887، 1، 301؛ على أنه ثمة حالات تماثل بنزع اليد ولا تكون فيها ادانات من قبل العدالة: على سبيل المثال حالة التعويض الطوعي من قبل الشاري على الغير، انظر Ripert et Boulanger, Contrats civils، 1958؛ رقم 1489.

(3) انظر كمثال، قطعة ارض ضمن مجموعة قطع اراضٍ، الحكم المدني 10 آذار 1948، د؛ 1948، 455.

بها. وعلى سبيل المثال انتفاع جار من ارتفاق علو يمنع المالك الجديد لقطعة الارض من تعلية عقاره.

ويفرض شرطان خاصان، في ما يتعلق بالتعرض الصادر عن الغير، للافادة من الضمان: يجب أن يكون لنزع اليد سبب سابق للبيع، وينبغي أن يكون الشاري جاهلا سبب نزع اليد.

α ـ 1) اسبقية سبب التعرض. ضرورة اسبقية سبب التعرض شرط غير موجود في مادة الفعل الشخصي طالما أن البائع عليه في حالة كهذه ضمان عدم التعرض للشاري حتى باعمال لاحقة للعقد. وشرط الاسبقية، في ما يختص بفعل الغير، مفروض لأنه يصلح لربط سبب التعرض بالشيء المباع، وبالتالي نسبته إلى البائع[1]. وذلك مثلاً حالة امتداد ايجار وافق عليه المالك لمستأجر قبل أن يبيع وجرى اخفاؤه عن الشاري[2].

وتطلب الاسبقية يثير صعوبات في ما يتعلق بالتقادم المكسب الذي يتمسك به الغير، إذ يمكن التساؤل عما إذا كان كامل الوقت الذي ينبغي. أن يمر للافادة من التقادم يجب أن يكون مموضعاً قبل البيع أو عند بدء سريان التقادم وحسب. ويأخذ الفقه عموماً بأن الحيازة، حتى ولو بدأت من قبل، لا تكفي لمراعاة الشرط المطلوب لأن جريان التقادم وحده هو أساس إدعاء الغير: إذا حصل بعد البيع يكون سبب نزاع اليد لاحقاً له[3]. على أنه يمكن التفكير في أن ما هو اساسي لمفعول نزع اليد ينسب إلى سبب خارجي لا يستطيع مكتسب الملكية تجاهه فعل شيء يستحق الذكر بحيث أن الضمان متوجب[4].

ومن المقبول أيضاً أن سبب نزع اليد الذي يعود إلى فعل البائع، حتى ولو كان لاحقاً للبيع، يجب أن يغطيه الضمان: هكذا الأمر عندما يقدم البائع على بيع الغير ثانية

---

(1) انظر في ما يتعلق بمال منقول الحكم المدني، 9 آذار 1947، د إ، 1937، 253، سلع.

(2) إذا لم يذكر بائع العقار في العقد امتداد الايجار الذي منحه للمستأجر يعتبر انه اخل بضمان الاعباء غير المعلنة وليس بالضمان ضد العيوب، انظر حكم غ ع، 6 حزيران 1887، د، 1888، 1، 126، س، 1887، 1، 409، ايجار لتسع سنوات؛ انظر ايضاً حكم غ م أ ن، كانون الاول 1958، د، 1959، 337، ملاحظة J. Carbonnier. انظر حكم غ م أ ن، 27 كانون الاول 1963، ن م، I، رقم 571، الذي استبعد الضمان في صدد إشغال وقتي حاصر لكل حق، استخدام بناء على قطعة ارض من قبل مستأجري عقار مجاور.

وقد جرى الحكم، في ما يتعلق بمال منقول، في صدد مركبة مسجلة كذباً، حتى ولو كان نزع اليد يعود إلى تدخل السلطة العامة التي مارست حجز الشيء بعد البيع، بأن الضمان ضد نزع اليد قائم ما دام أن سبب نزع اليد يعود إلى ظروف سابقة للبيع، انظر حكم غ م أ ن، 28 نيسان 1976، د، 1976، 464، تعليق Gaury، م ف ق م، 1976، 792، ملاحظة G.Cornu.

(3) انظر Ripert et Boulanger، رقم 1494، Malaurie et Aynès، 1992، رقم 356، في التعليق.

(4) انظر في هذا الاتجاه Ripert et Boulanger، رقم 1495.

العقار المتفرغ عنه فيسجل سنده قبل غيره[1].

α ـ 2) جهل سبب التعرض. إن تطلب كون الشاري جاهلاً سبب التعرض يبدو أنه يفرض نفسه بداهة[2]. فإذا كان على علم عند ابرام البيع، بأن الغير بامكانه التمسك بحق على الشيء فكيف يمكنه أن يشكو ذلك بعد فوات الأوان؟ انه اكتسب الملكية مع علمه بالأمر.

وقد طرحت المادة 1599 من القانون المدني مسألة الشرط في صدد بيع شيء يخص الغير واخضعت لهذا التطلب امكانية الشاري في الحصول على العطل والضرر.

كما أن هذا الشرط فرضته المادة 1638 في ما يتعلق بالارتفاقات والاعباء التي على البائع الاعلان عنها. وليس للشاري الحق في الضمان إلاّ في حالة عدم علمه بوجود حق يمكن أن يتمسك به الغير ضده: الأمر على هذا النحو مثلاً إذا كان يعرف الاماكن التي يشغلها مستأجر عند اجراء البيع ويعلم أن هذا المستأجر يستفيد من ايجاره[3].

بيد أن بعض الحالات يقود إلى التفكير في أنه يقتضي التفريق بين معرفة الشاري سبب نزع اليد الذي يمنعه من التمسك بالضمان ومجرد وعي خشية نزع اليد المحتمل (الذي يبقي موجب البائع كاملا)[4].

11288 ـ β) الاعباء غير المعلنة أو غير المصرّح عنها. يخضع ضمان الاعباء غير المعلنة، المنظور إليه عموماً في نطاق ضمان فعل الغير، مع أن مصدر التعرض عدم الاعلام المنسوب إلى البائع، لنظام خاص في القانون المدني: الضمان منصوص عليه في المادة 1626 بالتأكيد بيد أن المادة 1638 هي التي تسوسه على وجه الخصوص. والشروط المفروضة، في تفاصيلها في صدد مسؤولية البائع، تعود إلى ضمان فعل الغير أكثر مما تعود إلى ضمان الفعل الشخصي.

ولا يحتمل المبدأ أي شك. ومن المعروف أن العبء العيني كالارتفاق أو الشخصي كالايجار يجب الاعلان عنهما عند البيع لأنهما يثقلان مكتسب ملكية العقار. وتستهدف المادة 1638 الارتفاقات غير الجلية. بيد أنه ثمة توافق على امتدادها إلى جميع

---

(1) أو الذي يكتسب الحيازة قبل مكتسب الملكية الاول في ما يتعلق بمال منقول. انظرRipert et Boulanger، رقم 1495.

(2) على أن ذلك غير مطلوب عندما ينسب نزع اليد إلى فعل البائع الشخصي، وذلك يعود إلى القوة الاكبر التي يرتديها الضمان في هذه الحالة.

(3) انظر حكم غ إ ن، 10 تموز 1962، ن م، IV، رقم 610.

(4) انظر حكم الغرفة المدنية، 9 آذار 1937، د إ، 1937، 253، سلع، احتجاز بأمر بائع سابق لم يحصل على الثمن: الضمان متوجب «حتى في حال اثبات أن الشاري كان يمكن، عند البيع، أن يعلم بالمخاطر التي تعرض لها، إلاّ أن يكون ثمة اشتراط بأنه يشتري على مسؤوليته».

الارتفاقات التي يجدر اعلام الشاري بها وإلى انواع الاعباء جميعاً حتى غير الناتجة عن حق عيني. وهكذا يجعل عدم كشف البائع عن ايجار يتناول العقار المباع ضمانه قائماً ما دام من الصحيح أن هذا العقد، إذا كان له تاريخ أكيد، يفرض نفسه على المالك الجديد للعقار (المادة 1743)[1].

وتعود ذاتية نظام الضمان إلى كونه يفترض جهل الشاري العبء المعني وإلى التطلب، لامكانية طلب الفسخ، أن تكون اهمية هذا العبء «إلى درجة تدعو إلى الافتراض أن الشاري لم يكن ليشتري لو تم اعلامه به» (المادة 1638). والفارق مع القانون العام لنزع اليد مزدوج. بامكان الشاري الاكتفاء بالتعويض عليه.

وقد أدت ضرورة جهل سبب نزع اليد إلى صعوبات. فالمسألة هي أن يحدد بالضبط ما يقع على عاتق البائع من الاعلان وما يتوجب على الشاري اكتشافه بنفسه. فالمادة 1638 تفرض كشف الارتفاقات غير الجلية. والمادة 1689 التي تفرق بين الارتفاقات الجلية لأنها «معلنة عن طريق اشياء خارجية كالباب والنافذة وقناة الماء» والارتفاقات غير الجلية «التي ليست لها علامات خارجية لوجودها كتحظير البناء على عقار أو عدم البناء إلاّ على علوّ محدد» مثلا. غير أنه ثمة ارتفاقات غير جلية معرفتها ممكنة بالنسبة إلى من يسعى إلى الاستعلام عنها ولاسيما إذا كانت موضوع علنية أو تنجم عن القانون. ويمكن التفكير، كما يحث اجتهاد القرن التاسع عشر على ذلك، في أن البائع عند ذلك يعفى من الاعلان عنها[2]. والمحاكم، رغماً عن ذلك، عززت، على العكس، موجب الإعلام الملقى على عاتق البائع. ويلاحظ ذلك تماماً في صدد التأمينات موضوع علنية والارتفاقات القانونية، حتى ما يتعلق احياناً بالارتفاقات الجلية.

11289 ـ الارتفاقات المختلفة. هناك، في ما يتعلق بالارتفاقات من فعل الانسان، كما هي مبينة في المادة 686 وما يليها من القانون المدني (على سبيل المثال ارتفاق المرور وقناة الماء والاغتراف، والسكن في المدن...)، في اغلب الاحيان عقد ينشئها، ومنذ عام 1856، يتيح تسجيلها في امانة السجل العقاري معرفة وجودها.

بيد أن الاجتهاد قرر ان تسجيل الارتفاقات والاعباء في سجلات العلنية العقارية لا يعفي البائع من الاعلان عنها للشاري[3]. وقد بيّن القضاة، لتسويغ هذا الحل، أن العلنية العقارية انشئت «لحماية مكتسب الملكية ضد اعمال تصرّف البائع وليس لحماية البائع من

---

(1) انظر الرقم 21206 اللاحق.

(2) انظر Malaurie et Aynès، رقم 362.

(3) انظر حكم غ غ، 30 كانون الاول 1940، د، 1941، 107، المذكور سابقاً، تعليق J.Carbonnier، م إ د، 1941، II، 1622، تعليق E.Becqué: «يعود إلى البائع الإعلام بالارتفاقات المستترة».

مراجعة مكتسب الملكية في شأن الضمان»[1]. لا يتم إذاً الاستنتاج من العلنية قرينة معرفة الغير. على العكس من ذلك تماماً ثمة قرينة جهل تفيد الشاري. وفي ذلك طريقة لإلقاء موجب الإعلام الأكثر تحديداً على البائع.

وتنتج الارتفاقات القانونية على العموم عن شكل الاماكن الخارجي. على أن المحاكم غالباً ما تعتبر أن على البائع أيضاً الاعلان عنها. بيد أن ارتفاقات كهذه تغري على القول إنه من المفترض أن لا يجهلها أحد، كما هو الأمر بالنسبة إلى القانون، وليس من المفروض أن يعلن عنها للشاري. ولكن ذلك ليس صحيحاً إلاّ في ما يتعلق بارتفاقات الجوار المنصوص عليها في المادة 640 وما يليها ـ جريان المياه، المطلّ، الاشتراك في التخوم، المسافات، السياجات، المرور ـ التي تنجم عن وضع الامكنة. والأمر مختلف على سبيل المثال، بالنسبة إلى ارتفاقات المدينية المستثمرة إلى حد ما والمتعددة بحيث أنه لا يمكن أن يفترض في احد معرفتها.

وهكذا تم الاعتبار أن ارتفاقات عدم البناء في مشروع مدينية «ليست نتيجة طبيعية لطبيعة العقار ووضعه» وبالتالي يجب الإعلان عنها[2]، أو أيضاً أن إعلام البائع الشاري بارتفاقات كهذه ضروري ما دام أن حالة الاماكن لا تتيح معرفتها[3]. وبالمقابل لا يتوجب الإعلام بالارتفاقات القانونية الناتجة عن نظام عادي للملكية، ارتفاق المرور في حالة الحصر[4].

وقد جرى احياناً مدّ موجب الاعلام إلى ارتفاقات جلية. وهذه الارتفاقات من حيث المبدأ، لا يمكن أن يجهلها الشاري كارتفاق المرور في حالة الحصر المعلّم بطريق على وجه العموم. على أن محكمة النقض حكمت، في حالة مرور انابيب نفط في طريق تركيبها عند البيع، بأنه كان على البائع الإعلان عن هذا العبء، ذلك بأن ظهور ذلك، والحالة هذه، ليس واضحاً[5].

---

(1) حكم غرفة العرائض، 30 كانون الاول 1940، د، 1941، 1، 107، المذكور سابقاً.

(2) حكم محكمة استئناف روان، 3 آذار 1970، Dalloz، 1971، 713، تعليق P.Bihr: جرى وصف الارتفاق بعبء مستتر مجاز بالتأكيد بنص تشريعي وإنما اعدته جماعة عمومية، انظر Mazeaud et Chabas، الباب III، المجلد 2، تأليف de Juglart، 1987، القراءات، صفحة 291.

(3) انظر حكم غ م أ ن، 21 شباط 1956، د، 1956، 285، مصنف الاجتهادات الدوري، 1956، II، 9200، تعليق Blin، م ف ق م، 1956، 549، ملاحظة J.Carbonnier، معمل، ارتفاق عدم البناء، معرفة البائع بذلك، فسخ؛ انظر ايضاً G.Cornu، م ف ق م، 1965، 667، وفي عرفه لا تتيح العلنية ولا الطابع القانوني للارتفاق افتراض معرفة الشاري به إلاّ ان يكون ناتجاً عن القانون العام للملكية.

(4) انظر حكم غ م أ ن، 15 تشرين الاول 1963، د، 1963، 715، نقض: تشذ المادة 1638 عن المادة 1626.

(5) انظر حكم غ م أ ن، 13 كانون الثاني 1965، د، 1965، 555، م ف ق م، 1965، 667، ملاحظة G.Cornu: يتعهد المالك الذي منح الارتفاق، في حالة البيع، باعلام مكتسب الملكية؛ انظر ايضاً، بشكل =

هناك إذاً، في هذا الشأن، موجب اعلام ملزم تماماً على عاتق البائع حتى غير المهني. والأكثر اماناً له يرتكز على ان يبين للشاري الاعباء والارتفاقات المختلفة التي تثقل الملكية بحيث يتحاشى أي دعوى ضمان.

11290 ـ 2 °مفاعيل الضمان (أو آثاره). تعود حصة كبيرة مما يشكل أصالة موجب الضمان ضد نزع اليد إلى الطريقة التي تنظم بها مفاعيله وإلى المواد 1630 إلى 1639 وإلى الحلول التي تحمي الشاري إلى حد كبير.

فالمادة 1630 تطرح مبدأ حق الشاري في طلب فسخ العقد ليحصل على استرداد الثمن، وعلى ان يُدفع مبلغ الثمار عندما يكون مجبراً على ردها إلى المالك الحقيقي الذي ينزع يده، وعلى التعويض عليه عن مصاريف دعوى الضمان والطموح إلى العطل والضرر[1]... وذلك بدون اخضاعه على الاطلاق لاثبات سوء نية البائع[2]، في حين أنه يمكن، على غرار ما يجري في مادة الضمان ضد العيوب الخفية، ادراك أن هذا الشرط مطلوب بالنسبة إلى بعض عناصر الادعاء كالتعويض عن العطل والضرر[3].

إن فسخ العقد، وهو إوالية قانونية مشتركة معدة، بالنسبة إلى الظرف، بصورة خاصة، هو في صميم النص[4]. وهو يستدعي، من الجتهين، رد ما جرى تقديمه إذا حصل التنفيذ. وعلى مكتسب الملكية بالتالي رد الشيء وتنص المادة 1630 على واجب البائع في رد الثمن.

وكون العقار غالباً ما هو معني وارد في المواد 1631 إلى 1633 التي تنص على انقاص قيمة المال أو زيادتها بالنسبة إلى موجب سد الثمن. وهذه الاحكام ملائمة جداً للشاري وهي تشذ إلى حد كبير عن القانون العام. وعلى البائع، إذا نقصت قيمة الشيء أو

= ملفت اكثر ايضاً، حكم غ م ت ا ن، 5 شباط 1994، ن م، III، رقم 57، ارتفاق مرور، عدم ذكر ذلك في عقد البيع، البائع ملزم بالضمان، تحمل الشاري مع ذلك مدة عشر سنوات ممارسة المرور بدون اعتراض.

(1) قد يتعلق الأمر بتغطية مصاريف الدعوى، ومصاريف العقد، وخسارة ربح محسوب، انظر كمثال، بالنسبة إلى تعويض إشغال دفعه الشاري للمالك الحقيقي، حكم غ م ث ا ن، 8 تشرين الاول 1974، م إ د، 1975، II، 1930، تعليق Thuillier، وكذلك حكم غ م ث ا ن، 10 شباط 1976، ن م، III، رقم 54، ضمان البائع ومسؤولية الكاتب العدل الذي حرر العقد.

(2) انظر حكم غ ع، 3 كانون الاول 1890، د د، 1891، 1، 478.

(3) يشذ هذا الحل القاسي عن القانون العام طالما ان المدين، مبدئياً، غير ملزم بنتائج عدم تنفيذ العقد، حتى غير المتوقعة، إلاّ ان يكون مسلكه خادعاً، المادة 1150 من القانون المدني، انظر Ripert et Boulanger، رقم 1512.

(4) يستخدم القانون المدني احيانا تعبير «تحقيق» للدلالة على الامكانية المتاحة امام مكتسب الملكية، انظر المواد 1636 و1632 و1638، والمقصود بالضبط «فسخ» العقد.

إذا فسد الشيء إلى حد كبير، حتى بخطإ الشاري، رد كامل الثمن (المادة 1631) [1]. ويبقى البائع، في الحد الاقصى، في حالة تلف الشيء، متوجباً عليه رد الثمن، في حين أن استحالة رد الشيء، في مادة ضمان العيوب الخفية، تشل دعوى الشاري.

ويستفيد الشاري، بالمقابل، من زيادة قيمة الشيء: «البائع ملزم بأن يدفع له ما يساوي هذه الزيادة» (المادة 1633). فهو يستفيد إذاً من فائض القيمة المحتمل[2] بدون أن يتعرض لتحمل نقص القيمة.

يضاف إلى ذلك أنه يتوجب على البائع تسديد التصليحات أو التحسينات المفيدة التي جرت على المال (المادة 1634)[3]. ولا يؤخذ سوء نية البائع في الاعتبار إلاّ لاجباره، فضلاً عن ذلك، على أن يسدد للشاري النفقات الكمالية أو الترفيهية (المادة 1635).

ويثير نزع اليد الجزئي صعوبة خاصة: هل من الممكن أن يتيح فسخ العقد بكامله؟ تقضي المادة 1636 بأن الشاري بامكانه الادعاء بذلك ما دام أنه «لم يكن يشتري على الاطلاق بدون الجزء الذي جرى نزع لدى عنه»[4]. وتنص المادة 1637 على أن الاسترداد الذي، له الحق فيه، في حال عدم الفسخ، لا يقوّم نسبياً إلى الثمن الاساسي في العقد المحافظ عليه وإنما تبعاً لتقدير القسم المعني من العقار في فترة نزع اليد: يكون النفع لصالح الشاري إذا زادت قيمة العقار منذ العقد، وهذا ما يتم في اغلب الاحيان، أو لصالح البائع في الحالة المعاكسة[5].

---

(1) إن تلف الشيء وحده هو الذي يمكن ان يفيد الشاري ويجيز احتجاز قسم من الثمن. والنفع المعطى للشاري على هذا النحو يسوّغ بكون هذا الشاري الذي اعتبر الشيء له يمكن أن لا يكون قد أراد العناية به ولم يكن عليه أي موجب في القيام بذلك، انظر Ripert et Boulanger، رقم 1506.

(2) اصبحت المسألة معرفة في أية آونة يجب التموضع لتقويم هذا الفائض، اذ من المتفق عليه ان النص يتكلم على زيادة الثمن «في فترة نزع اليد»؛ إن «الإجتهاد تطور: جرى التموضع في أول الأمر في آونة الادعاء امام القضاء، حكم غ م ث ا ن، 17 تشرين الاول 1973، د، 1974، 556، تعليق Ph. Malaurie بيد أنه جرى حديثاً قبول وجوب التموضع في التاريخ اللاحق لتحقيق نزع اليد، حكم غ م ث ا ن، 16 كانون الاول 1991، د، 1992، 109، تعليق F.- X. Testu، م ف ق م، 1992، 408، ملاحظة P.-Y. Gautier؛ وفي إوالية بحت لدين له قيمته يقتضي التموضع في يوم الحكم على البائع.

(3) في ما يتعلق بالغرس أو البناء أو أعمال تشييد في العقار يملك الملكية الذي نزعت يده، في الحقيقة مراجعتين، الاولى ضد البائع على اساس المادة 1634، والثانية ضد الغير فاعل نزع اليد، المالك الحقيقي، استناداً إلى المادة 555 من القانون المدني، انظر حكم غ م ث ا ن، 10 تموز 1970، ن م، III، رقم 484، مالك حقيقي اختار الحفاظ على البناء وتسديد كلفة، اللوازم واليد العاملة.

(4) اخذت المادة 1638 من القانون المدني بالحل عينه عند وجود ارتفاق.

(5) تسويغ القاعدة هو أن الأمر لا يتعلق بمسألة استرداد الثمن التالي لتلاشي العقد الذي ينتجه الفسخ وانما بالتعويض عن الضرر الذي لحق بالشاري، انظر Ripert et Boulanger، رقم 1518.

وتحيل المادة 1639، في شأن ما تبقى، إلى الاحكام العامة للعقود في صدد مسائل التعويض التي يمكن أن يثيرها اقحام الضمان.

وتجدر الاشارة أخيراً إلى أن نقطة انطلاق تقادم الدعوى، بالنسبة إلى دعوى الضمان، لا تبدأ بالسريان، حسب المادة 2257، الفقرة 3، من القانون المدني «إلاّ ان يتم نزع اليد».

11291 ـ 3° الاتفاقيات حول الضمان. يحدد القانون المدني بدقة في المادة 1627 أن الفريقين بامكانهما تعزيز الضمان أو انقاصه، حتى «الاتفاق على أن البائع لن يكون خاضعاً لأي ضمان». بيد أن المادة 1628 تضيف فوراً أن ضمان البائع، في ما يتعلق بنزع اليد بالفعل الشخصي، لا يمكن استبعاده ببند في العقد وأن «أي اتفاقية مخالفة هي باطلة».

وهكذا لا يستطيع البائع اعفاء نفسه من فعله الشخصي، على عكس ما يجري في ضمان السعة[1]. والبنود الموسعة في هذا الشأن هي وحدها مشروعة: نجد ذلك، مثلاً، في مادة التفرغ عن المؤسسة التجارية حيث لا تكون الطريقة التي يعالج فيها الضمان حامية كثيراً لصاحب الامتياز، حتى أن الفريقين غالباً ما يتفقان على شروط ينفذ البائع فيها موجبه في عدم المنافسة[2]. ومن السهل، في ما تبقى، فهم كون اعلان أي بند يستبعد ضمان الفعل الشخصي باطلا: لن يكون من المقبول أن يتمكن البائع، بعد التفرغ عن ماله إلى مكتسب الملكية، من التذرع بسندات أخرى منافسة والحلول محله. ان المبدأ سليم جداً ويطبقه الاجتهاد في كل مناسبة[3].

على أن حكماً أعلن أن ضمان الفعل الشخصي يمكن استبعاده بارادة الفريقين إذا تم الاتفاق على أن الشاري اكتسب الملكية على مسؤوليته: كان الأمر يتعلق ببيع مجموعة قطع اراضي تبين، بعد فوات الآوان، أن احدى هذه القطع تعود إلى شقيق البائع الذي باعها ثانية إلى الغير[4]. وذلك قد يحمل على التفكير في أن المادة 1628 لا تتعارض مع صحة بند يعلم الشاري بظرف سابق للبيع قابل لأن يؤدي، احتمالياً، إلى نزع اليد،

---

(1) انظر في شأن ضمان السعة في المادة العقارية الرقم 11538 اللاحق.

(2) انظر الرقم 11572 اللاحق.

(3) حكم غ م ث ا ن، 17 تموز 1973، ن م، III، رقم 487، عطل وضرر متوجبان بسبب تشويه الجوار ببناء العقار المباع، طابع الضمان من الانتظام العام؛ حكم غ م ث ا ن، 12 كانون الثاني 1982، ن م، III، رقم 12، د، 1982، إ س، 530، ملاحظة B. Audit، م ف ق م، 1983، 147، ملاحظة Ph. Rémy، عدم ضمان سعة غير قابل لتغطية نزع اليد عن قسم من قطعة ارض داخلة في البيع.

(4) حكم الغرفة المدنية، 10 آذار 1948، د، 1948، 455، م ف ق م، 1948، 347، ملاحظة J. Carbonnier، مجموعة قطع اراضي.

ويكون قبول صفة المخاطرة صحيحاً[1]. ويقدّر، في هذه الحالة، أن الشاري ابرم عقداً له طابه الغرر[2].

11292 ـ ضمان فعل الغير. ضمان البائع، في ما يتعلق بالتعرض الصادر عن الغير، بالمقابل، يمكن استبعاده طالما أن المادة 1628 من القانون المدني لا تحظرّ ذلك[3].

على أن تفسيراً حاصراً اعطي للبنود المعفية منه[4]، ويحث القانون المدني على ذلك طالما أن المادة 1629 تعلن أن مسؤولية البائع، في حال اشتراط عدم الضمان، تستبعد وحدها، وبالتالي موجبه في العطل والضرر، وأن هذا البائع عليه أن يتحمل فسخ العقد ورد الثمن، إلاّ أن يكون قد ورد في العقد أن مكتسب الملكية يشتري على مسؤوليته.

11293 ـ ب. الضمان في مادة بيع اموال مادية منقولة. عندما يكون الضمان متعلقاً بنزع اليد في مادة المنقول يخضع للمبادىء عينها التي تسوس المادة العقارية أو المؤسسة التجارية. غير أنه نادراً ما نرى أن له دوراً في صدد المنقولات المادية، ولاسيما في العلاقات بين التجار، ما دام أن مكتسب الملكية محمي قبلياً في حيازته[5].

وتنص المادة 1141، انسجاماً مع المادة 2279 من القانون المدني، على أن «الشيء، إذا كان قد تم الالتزام بتقديمه أو تسليمه لشخصين متعاقبين وهو منقول بحت، يفضل بين الشخصين من كان صاحب الحيازة الفعلية ويبقى مالكا، مع أن تاريخ سنده لاحق، شرط أن تكون الحيازة بحسن نية». وذلك يتعارض إلى حد كبير مع امكانية التعرض القانوني.

---

(1) في الواقع تبدو فكرة البيع على مسؤولية الشاري متوافقة مع حقيقة نفسانية، انظر J.Picard, Les clauses d'exonération de la garantie dans la vente d'immeuble، مصنف الاجتهادات الدوري، الطبعة N، 1976، 2797، رقم 53؛ انظر في هذا الاتجاه، في ما يتعلق بمال منقول، حكم غ م أ ن، 17 تموز 1962، د، 1962، 534، شاحنة، مكتسب ملكية قبل ان يتدبر أمره في الصعوبات المحتملة.

(2) يبدو بعض الاحكام مع ذلك منتقداً بشدة، انظر كمثال حكم غ ت ن، 2 كانون الاول 1965، ن م، III، رقم 623، م ق ع، 1966، نقض: قبل الحكم صحة بند يعلم بموجبه المتفرغ عن مؤسسة تجارية صاحب الامتياز الذي يستثمر مؤسسة اخرى بالمنافسة واعتبر أن مكتسب الملكية «قبل المجازفة»؛ انظر Mazeaud et Chabas، الباب III، المجلد الثاني، تأليف de Juglart، قراءات، الدرس الواحد والخمسين.

(3) انظر في مادة المنقول حكم غ م أ ن، 17 تموز 1962، د، 1962، ن م، IV، رقم 623، وكذلك J.Picard d'immeuble، بيان فائدة هذه البنود في مادة الاشتراك في التخوم.

(4) انظر D. Huet- Weillner er R. Le Guidec، م إ م، المادة 1927، تعديلات اتفاقية، 1987، رقم 3، وكذلك الإسنادات.

(5) انظر M.- A.Coudert, La garantie d'éviction dans les ventes commerciales، مجموعة Dalloz، 1973، 113.

إن حالات التعرض المادي التي يتحملها البائع ليست مستبعدة بالتأكيد. بيد أننا نرى على وجه الخصوص دور هذا الضمان عندما يتمسك أحد الاشخاص بوجود حقوق فكرية على المنتجات التي يسوّقها الغير بدون اذنه.

انظر في صدد استخدام الضمان ضد نزع اليد في نطاق التوزيع عندما يمتلك البائع بالمفرق، في نهاية المطاف، مخزوناً من البضائع يخشى أن تكون خارج حالة التصريف، الباب الفرعي II، الفصل II، القسم II، ب الوارد لاحقاً، الشبكات، في المدخل.

11264 ـ 1° وجود حقوق عينية متنافسة. لأن تسليم الشيء، في الممارسة وفي ما يتعلق بالعين، غالباً ما يكون معاصراً للعقد، نادراً ما تكون ثمة صعوبة. إلاّ أنها تبرز احياناً، على وجه الخصوص، في فرضية، عقب البيع، لا يتسلم فيها مكتسب الملكية الشيء، مما يعلل تفرغاً جديداً: يتحمل مكتسب الملكية الثاني ، إذا تعاقد مع علمه بالوضع، مجازفة نزع اليد من قبل مكتسب الملكية الأول[1].

وقد يحدث، علاوة على ذلك، أن يكون الشيء المباع، حتى بعلم الفريقين، مالاً ضاع أو سُرق، ومن المعروف، في فرضية كهذه، أن المالك الحقيقي بامكانه المطالبة بالملكية خلال ثلاث سنوات: يحتفظ القانون صراحة، في حالة كهذه، للشاري ضد بائعه بحق المراجعة المبنية على نزع اليد (المادة 2279، الفقرة 2)[2].

ثمة حالتان رئيسيتان، بالنسبة إلى الاشياء المعينة بالنوع، ولاسيما السلع: إمّا أن لا تسلم فلا يشكو مكتسب الملكية من نزع اليد، ويبقى التسليم ممكناً دائماً بموجب القاعدة لا تهلك الاشياء المعينة بالنوع، وإمّا أن تكون قد سلمت فنكون امام حماية عن طريق الحيازة[3].

11295 ـ 2° وجود حقوق فكرية على الشيء. يعود أخطر مصادر نزع اليد، بالنسبة

---

(1) انظر حكم غ م أ ن، 17 تموز 1962، د، 1962، 534، شاحنة بيعت سابقاً من شخص ثالث لم يتم تسليمها، اعلان مكتسب الملكية أنه يتدبر امره بالنسبة إلى الوضع، نقض الحكم الذي اعلن الفسخ.

(2) طرحت المسألة بصورة خاصة في شأن اعادة بيع مركبات مسروقة، انظر حكم غ م أ ن، 28 نيسان 1976، د، 1976، 464، تعليق Ch. Garnu، المجلة الفصلية للقانون المدني، 1976، ملاحظة من Corwn؛ حكم محكمة استئناف باريس، 16 أيار 1990، اعلامات سريعة، 150.

اضافة إلى المادة 2280 من القانون المدني التي تنص على ان مطالبة المالك، إذا كانت الحيازة الحالية للشيء المفقود أو المسروق قد جرى اكتسابها لدى احد التجار، يتعذر القيام بها إلاّ أن يسدد الثمن الذي دفعه مكتسب الملكية: الفقدان هو الأقل بالنسبة إليه، غير أن التعويض من قبل البائع يمكن فرضه بالنسبة إلى الضرر الحاصل.

(3) انظر مع ذلك، في حال مبيعات متعاقبة للسلع حكم الغرفة المدنية، 9 آذار 1937، د، إ، 1937، 253، بيع تناول 5000 كلغ من شحم الامعاء للقماش القطني المطبع المتين، اذن تسليم مقابل دفع الثمن نقداً، تسلم في مخزن عام، رفض المخزن التسليم، بائع سابق في سلسلة التنازلات لم يدفع الثمن وطلب احتجاز الشيء، ضمان البائع ورد الثمن متوجبان عليه.

إلى مكتسب الملكية في ما يتعلق بالمفعولات المادية، إلى احتمالية الحقوق الفكرية على الشيء التي تجعل تسويقه أو استعماله مستحيلاً. وتنص اتفاقية ڤينا حول بيع السلع الدولي صراحة على الضمان المتوجب على البائع في هذا الصدد وتورد أن المال المقدم يجب أن يكون «حراً من أي حق أو ادعاء للغير مبني على الملكية الصناعية أو ملكية فكرية أخرى»[1]. وتبرز المسألة، بالطريقة نفسها، في القانون الداخلي وايّا كان نموذج الحق الفكري المعني: حق المؤلف أو البراءة أو العلامة...

الفقرة 2 ـ الضمان ضد العيوب الخفية

11296 ـ نظام خاص. الضمان ضد العيوب الخفية المنصوص عليه في المواد 1641 إلى 1649 من القانون المدني والمستمد من القانون العام يشكل جزءاً اساسياً من قانون البيع[2]، وله مدى واسع جداً ويسري على العقارات كما على الاشياء المنقولة، بالنسبة إلى الاموال المادية وغير المادية. وتستخدم القواعد التي تسوسه يومياً. والاجتهاد في شأنه غزير: آلاف الاحكام الصادرة خلال الاربعين سنة الاخيرة تشهد على ذلك. والفقه المكرس له كثيف جداً[3].

وقد تعززت أصالته واستقلاليته باتفاق احكام هامة صدرت عن محكمة النقض في النصف الثاني من القرن العشرين: احكام اعلنت، اعتباراً من الخمسينات، أن البائع المهني يجب أن يماثل بالبائع السيء النية وهو بالتالي ملزم بكل انواع العطل والضرر تجاه

---

(1) المادة 42 من الاتفاقية، انظر حول هذه النقطة الرقم 11747 اللاحق.

(2) انظر منشأ الضمان في نهاية النص؛ الفسخ لعدم التنفيذ، كما في القانون الروماني، لم يكن مقبولا كمبدإ عام من قانون العقود كما هي الحال اليوم، كان الضمان ضد العيوب الخفية وسيلة خاصة لا غنى عنها لتهذيب الاخلاق في عقد البيع.

(3) انظر بصورة خاصة H.Mazeaud, La responsabilité civile du vendeur fabricant، المجلة الفصلية للقانون المدني، 1955، 611؛ Ph. Malinvaud, La responsabilité du vendeur à raison des vices de la chose، مصنف الاجتهادات الدوري، 1968، I، 2153؛ Ph. le Tourneau, Conformités et garanties dans la vente d'objets mobiliers corporels، المجلة الفصلية للقانون التجاري، 1980، 231؛ J.Ghestin. Conformités et garanties dans la vente- produits moboiliers، منشورات L.G.D.J.، 1987؛ J. Huet O. Tournafond; 1987, Litec، منشورات Responsabilité du vendeur et garanties contre les vices cachés Les prétendus concours d'actions et le contrat de vente (erreur sur la substance, défaut de conformité, vice caché)، د، 1989، العرض 23؛ ـ A.Bénabent, Conformité et vices cachés dans la vente: L'éclaicies، د، 1994، العرض 115؛ Ph. Malaurie، ف د م، V البيع (موجبات البائع)، 1976؛ J. Huet، م إ، المواد 1641 إلى 1649، الضمان ضد العيوب الخفية، 1994.

اضف إلى ذلك Troplong, De la vente، الباب II، رقم 544 وما يليه؛ Planiol et Ripert، الباب X، تأليف Hamel، رقم 125 وما يليه؛ Malaurie et Aynès، رقم 380 وما يليه؛ Ghestin et Desché، رقم 219 وما يليه؛ حوار في باريس I، منشورات Economica، 1975؛ La sécurité des consommateurs et responsabilité du fait des produits défectueux، حوار في باريس I، منشورات L.G.D.J، 1987.

الشاري[1]؛ واحكام قررت، منذ الستينات، أن البائع المهني ليس في وسعه اعفاء نفسه من ضمانه[2]؛ وحكم عام 1963 الذي قبل نقل الضمان إلى مكتسب ملكية الشيء المتعاقبين[3]؛ وحكم Lambourghini في عام 1979 الذي اعلن أن دعوى مكتسب الملكية الثاني ضد البائع السابق هي عقدية بالضرورة[4]... وأكد حكم اقرب الينا أن «العيوب الخفية التي تعرّف كعيب يجعل الشيء غير صالح لمقصده لا تفسح في المجال لدعوى المسؤولية العقدية وإنما لضمان كيفياته محددة في المادة 1641 وما يليها من القانون المدني»[5].

وتعود قوة نظام الضمان إلى كونه يفرض موجب نتيجة وإلى أن البائع ملزم به حتى ولو كان مجرد فرد ما: يتعرض، في حال وجود عيب في الشيء، إلى تخفيض الثمن أو فسخ العقد؛ وإذا بدا أن البائع الذي يعرف العيب سيّء النية أو إذا كان مهنياً عليه علاوة على ذلك تعويض الشاري عن أي ضرر ناتج عن ذلك؛ وهذا النظام، الملائم للشاري، ظهرت فعاليته المعززة في تفسير النصوص الاجتهادي، ولاسيما منع أي بائع مهني من الاحتماء وراء بند يعفيه من المسؤولية[6].

---

(1) انظر حكم غ م أ ن، 24 تشرين الثاني 1954، م إ د، 1983، II، 8565، تعليق H.B.، غاز.

(2) حكم غ م أ ن، 7 أيار 1965 ن م، I، 324، غسالة.

(3) حكم غ م أ ن، 4 شباط 1963، م إ د، 1963، II، 13159، تعليق Savatier، م ف ق م، 1963، 564، ملاحظة G. Cornu، مركبة؛ يعود الحل في الحقيقة إلى حكم في نهاية القرن الماضي اعلن أن. «بيع شيء ما يتضمن توابعه جميعاً ولاسيما الاسهم التي يمكن ان يكون البائع قد اكتسبها في مناسبته»، حكم الغرفة المدنية، 12 تشرين الثاني 1884، د، 1985، I، 357، س، 1886، I، 149، آلات.

(4) انظر حكم غ م أ ن، 9 تشرين الاول 1979، د، 1980، اعلامات سريعة، 222، ملاحظة Ch. Larroumet، م ف ق م، 1980، 354، ملاحظة G.Durry، مركبة.

(5) انظر حكم غ م أ ن، 5 أيار 1993، د، 1993، 506، تعليق A. Bénabent، م إ د. الطبعة E، 1994، II، 526، تعليق L. Leveneur؛ اضف إلى ذلك حكم غ م أ ن، 27 تشرين الاول 1993، د، 1994، 212، سخانة مياه كهربائية، تسرب عائد إلى عيب في التركيب أو إلى شد سيء للمحزقة في المعمل، رد الطعن الذي تذرع باللاّقبولية لتأخر دعوى التعويض التي اقامها الشاري، المادة 1648 من القانون المدني: «العيوب التي تجعل الشيء غير صالح لمقصده الطبيعي تشكل العيوب المحددة في المادة 1641 من القانون المدني. وهذا النص في حالة كهذه «هو الاساس الوحيد الممكن للدعوى» التي اقامها ضد البائع؛ حكم غ م أ ن، 8 كانون الاول 1993، د، 1994، 212، مركبة، عدم صلاحها، عيب خفي، رد للتأخر، المادة 648، من القانون المدني؛ وحول هذه الاحكام انظر A.Bénabent, Conformité et vices cachés dans la vente: L'éclaircie، د، 1994، العرض 115.

(6) بيد أنه ثمة احكام قاسية بالنسبة إلى الشاري، انظر كمثال غ م أ ن، 26 كانون الثاني 1966، ن م، I، رقم 66، جرارة جديدة باعها مهني، حادث، لحام ساق المقود زال قبل بضعة ايام مما أرجب تصليحه، اثبات صلة السببية بين العيب والضرر لم يقدم؛ حكم الغرفة التجارية، 7 شباط 1976، م إ د، 1976، II، 18482، تعليق Ph. Malinvaud، عيب في محور اشارة الاتجاه في شاحنة ادى إلى سقوط احدالمكابس عند التفريغ، عيب في الصنع، بائع مهني، تنازل عن ثمن الجديد في حين أن الأمر يتعلق بقطعة مستعملة، مكتسب الملكية خسر دعواه، اخصائي في نقل المعدات الثقيلة، استعمال معدات صنع قديمة، ضرورة القيام =

ويحتفظ الضمان، مع أنه يظهر في ايامنا كتطبيق للفسخ لعدم التنفيذ وللمسؤولية العقدية، بسمات كانت في الاصل سماته وتضفي عليه ذاتية خاصة: مهلة المقاضاة القصيرة وامكانية تخفيض الثمن.

وحول التفريق بين الضمان ضد العيوب الخفية وموجب تسليم الشيء المطابق انظر الرقم 11227 السابق.

11297 ـ تسويغ الضمان. يبدو الضمان ضد العيوب الخفية للوهلة الاولى أقل ضرورة من الضمان ضد نزع اليد[1]. وإذا كان من الاساسي تأمين حق الشاري فيبدو، بالمقابل، أن ما يمس المنفعة الاقتصادية للشيء يمكن ان يناقشه الفريقان بحرية، بمقدار ما تكون إواليات قانونية اخرى قابلة للتدخل لتجنب ان تكون الاشياء في التجارة من نوعية رديئة أو تحوي خطراً على أمن الاشخاص: قمع الغش والتزوير[2] والقوانين في شأن أمن المستهلكين[3].

حتى أنه يمكن تصور أن أي ضمان ضد عيوب الشيء لا يمكن فرضه على البائع وأنه عدا سوء نيته، لا يتحمل مخاطر النوعية الرديئة أو عيوب العمل. وفي نظام كهذا يحمي البائع تكون المخاطر على عاتق الشاري الذي لا يسعه إلاّ لوم نفسه إذا كان المال

= بتجارب مسبقة؛ حكم الغرفة المدنية الاولى، 7 كانون الثاني 1982، النشرة المدنية، I، رقم 8، سفينة نزهة، غرق السفينة لدى أول نزول إلى البحر، عيب في إحكام سد حجيرة المحرك، شارٍ غير مهني اكتسب ملكيتها في ورشة بحرية، بيع قام به أحد الافراد، عيب له طابع «بديهي بصورة خاصة»، تقدير قضاة الاساس السيد؛ حكم غ ت ن 2 كانون الثاني 1984، النشرة المدنية، IV، رقم 34، مركبة جديدة، طلاء استوجب اعادته مرتين بعد أن أبدى الشاري حالتها السيئة في اليوم التالي للبيع، قطع صدئة، تسرب المياه، بائع مهني، نقض حكم قضاة الاساس الذين قبلوا الادعاء بدون بيان أن العيوب بقيت خفية بالنسبة إلى الشاري؛ قارن بحكم غ م أ ن، 16 أيار 1984، د، 1985، 485، تعليق J.Huet، جرارة، حادث، قصور في نظام الكبح، غبار مصدره غير محدد: «البائع المهني غير ملزم بموجب نتيجة بالنسبة إلى الاضرار التي يسببها الشيء المباع لمكتسب الملكية».

(1) انظر حول هذه النقطة الرقم 11279 السابق.

(2) الغي قانون أول آب 1905 المتعلق بالغش والتزوير في ما هو اساسي منه واستعيدت احكامه في المادة L.1-213 وما يليها من قانون الاستهلاك: تجريم الغش في السلع ـ الطبيعة، النوع، المنشأ، الصفات الجوهرية، التكوين، الكمية، التطابق، اهلية الاستعمال، المخاطر الملازمة للاستعمال... (المادة L.1-213) ـ مع عقوبات رفعت إلى الضعف إذا كان الغش يمكن ان يجعل السلعة خطرة (المادة L.2-213)؛ تجريم الغش في المواد الغذائية المعدة للانسان أو الحيوان؛ تجريم تسويق الاشياء أو الاجهزة الخاصة بارتكاب الغش... (المادة L.3-213).

(3) الغي قانون 21 تموز 1983 المتعلق بأمن المستهلكين الذي عدل بعض احكام قانون عام 1905 حول الغش واستيعد في المادة L.1-211 وما يليها من قانون الاستهلاك حيث جرى النص بصورة خاصة على انه «يجب أن يتمثل في المنتجات والخدمات، في شروط طبيعية الاستعمال أو في شروط أخرى يتوقعها المهني كما ينبغي، الامن المنتظر شرعا، وأن لا تسيء إلى صحة الاشخاص».

لا يوفر له المنفعة المنتظرة: من المؤسف أن تكون قطعة الارض المكتسبة ملكيتها، بسبب المقالع والحفر في باطن الارض، لا تتيح تشييد بناء إلاّ بكلفة باهظة؛ ومن المؤسف أن تكون الثمار المسلمة تحوي جرثوم تعفن يجعلها غير قابلة للبيع من الجمهور، ومن المؤسف ان يتبين أن المعدات المستعملة في البناء غير محكمة السد بما فيه الكفاية؛ ومن المؤسف أن يذوب ساعد في مركبة مكتسبة ملكيتها بعد زمن قليل من شرائها . . .

ويعود اختيار القانون الفرنسي بين الاثنين، مع ضمان المادة 1641 وما يليها وحماية الشاري بدلا من اعفاء البائع حتى عندما لا يرتكب أي خطإ، إلى التقليد الروماني: فُرض على البائع، من أجل تأمين ضابطة الصفقات، وتجنب ان يخدع تجار غير مستقيمين، ولاسيما في بيع العبيد والحيوانات، زبنهم في نوعية الشيء المباع، أن يعطي ضمانه[1]. وجرى التمسك بالحل لكي يستعاد نهائياً في القانون المدني بدون نقاش يذكر[2].

ويبين Troplong، حول مبدإ ضمان كهذا، رأيه بالعبارات التالية: «في الشيء المباع شيء آخر غير الوجود المادي، شيء آخر غير حق الملكية، شيء آخر غير الحرية والتخلص من الاعباء؛ هناك أيضاً صفات تجعله صالحاً إلى حد ما للهدف الذي ينشده الشاري. أن حسن النية يفرض إذاً أن يكون البائع ضامن هذه الصفات الجوهرية التي بدونها لن يكون الشيء الذي يتم شراؤه في اغلب الاحيان سوى شيء بلا قيمة . . . بيد أن الامر لم يكن على هذا النحو دائماً . . . ولم يتوصل الفقهاء إلى هذا الدمج بين القانون والاخلاق إلاّ تدريجاً»[3].

ويمكن أن يضاف ايضاً، في حاصل الكلام، انه من المصلحة العامة أن تكون الاشياء في التجارة في حالة جيدة في عملها وصفتها التجارية[4].

11298 ـ تفريق. قبل الدخول في تفاصيل نظام الضمان ثمة ملاحظة استهلالية مفيدة. أن سلسلة التقديمات التي يقدمها التجار عملياً، في الواقع، متنوعة إلى درجة تدعو إلى محاولة تبديد انواع الالتباس التي يمكن أن تطرأ بين ما ينجم عن الضمان المتوجب على البائع وانواع أخرى من العلاقات التي يمكن أن تقوم بين الفريقين.

---

(1) انظر R. Monnier, La garantie des vices cachés dans la vente romain س، 1930؛ Troplong, De la vente، الباب II، رقم 546 وما يليه.

(2) أنه يعكس، كما قيل، الافكار عينها «للعدالة والاخلاق» كما في الضمان ضد نزع اليد: Fenet, Travaux préparatoires du Code civil، الباب 14، 1827، صفحة 199.

(3) Troplong, De la vente، الباب II، رقم 544 ورقم 545.

(4) انظر J. Huet, Responsabilité du vendeur et garantie contre les vices cachés، المذكور آنفاً، رقم 4.

وينبغي، ولو كانت هذه الملاحظة مسلماً بها، بيان ما يلي: جوهر الضمان هو المجانية لأنه امتداد طبيعي للبيع وموضوعه دفع الثمن[1]. وعندما يتعهد الفريقان بتنظيمه والنص، في حالة العيب الخفي، على كيفيات أقل عنفاً من فسخ العقد، يجبر البائع على بعض التقديمات بلا عوض ولاسيما تسليم الشيء كما هو. وهذا يدعو إلى تفريقه عن خدمات أخرى تعرض على مكتسب الملكية بصورة متواترة في ما يتعلق بالاجهزة أو الادوات المنتجة بشكل غزير التي تشترك في الافساح في المجال لفوترة اضافية.

وذلك حال الخدمة بعد البيع التي يتأمن بموجبها تنفيذ اشغال التصليح الضرورية التي تقتضيها حالة الشيء أياً كان السبب ـ قصور مفاجيء، سوء استعمال، استهلاك. . . ـ وكذلك التزود، احتمالياً، بالتوريدات المختلفة[2].

وبامكان مكتسب الملكية ايضاً، على سبيل الوقاية، أن يتعاقد عن طريق الاشتراك لحفظ الشيء، وذلك تقديم يسمى «صيانة» ويحوي كشوفات منتظمة وتعهدا بالتدخل ضمن بعض شروط العجلة في حال العطل[3].

ويقترح كذلك عليه احياناً تأمين ضمان يغطي لمدة طويلة نسبياً، خمس سنوات مثلاً، حالة العمل الجيدة وكذلك مخاطر اخرى عند الحاجة (السرقة على وجه الخصوص. . .).

والحال أن هذه الخدمات، لأنها موضوع عوض خاص، لا يمكن إلاّ أن تضاف إلى الحقوق التي يكتسبها الشاري من البيع. ويجب أن لا تمتص الضمان ضد العيوب المتوجب له أو تغطي جزءا منه في أي حال من الاحوال حتى ولو لم ينتج عن التفريق الكثير من الصعوبات فان هناك انزلاقا يحدث.

---

(1) انظر في هذا الاتجاه توصية لجنة البنود التعسفية، رقم 79 ـ 10 المتعلقة بالبنود التعسفية المدخلة في عقود الضمان والنشرة الرسمية للمنافسة والاستهلاك وقمع الغش، بتاريخ 24 شباط 1979.
كلفة الضمان داخلة، على الأقل منذ الاساس، في الثمن المشترط في العقد، قارن بحكم غ ت ن، 4 كانون الاول 1984؛ ن م، IV، رقم 328، مشط مسنن (للزراعة)، ايضاحات البائع بالمفرق مع توريد قطع يؤمنها الصانع، عدم دفع الثمن، اعطال مستمرة، قبول الصانع استعادة الآلة لاعادة الفحص، احتجاز من ممارس على الاداة بسبب عدم دفع ثمن القطع مسبقا، اعتراف بمجانية اعادة الفحص لمعالجة العيوب المنسوبة إلى الصانع والحكم عليه بردالثمن، رد.

(2) Calais- Auloy, Droit de la consommation، رقم 191 وما يليه؛ P.Ancel، مصنف الاجتهاد، العقود والتوزيع، الكرّاسة 340، خدمة ما بعد البيع، 1986، انظر الرقم 11234 السابق.

(3) انظر كمثال على تطبيق اجتهادي حكم غ م أ ن، 21 تشرين الاول 1961، د، 1962، 45، تعليق R.Rodière، صيانة مركبة من قبل صاحب مرآب، جزاف شهري يغطي بعض الخدمات التي لم يثبت أنها تتحدد بعمليات تنظيف، تشحيم ونفخ، انفجار المحرك بسبب الجليد، مسؤولية المدين رغماً عن بند اعفاء في شأن هذاالنوع من الحوادث في الشروط العامة للمرآب: بتعبير آخر هذا الحادث المفاجيء مغطى بتقديم الصيانة.

وهكذا تفوتر الأشغال بعد البيع من اجل تصليح اصبح ضرورياً بخطإ الاستعمال (على افتراض أن مكتسب الملكية جرى تحذيره على وجه صحيح في شأن الاحتياطات الواجب اتخاذها)، وإنما ليس في شأن أي قصور يغطيه الضمان من حيث المبدأ.

والصيانة، في نسق الافكار عينه، عندما يكتتب مكتسب الملكية في شأنها لدى من ورّد إليه الشيء، ينبغي أن تكون نقطة انطلاقها نهاية فترة الضمان وليس تاريخ البيع (إذا كان ذلك في صدد الصيانة الشائعة والتوريدات المختلفة، وكذلك بلا ريب الكشوفات الوقائية). ويبدو أن بعض العقود يتملص، عن هذ الطريق، من الموجب المفروض على البائع. وتعادل اشتراطات كهذه نجدها مثلاً في عقود البيع والصيانة المسماة «مجمعة» الاعفاء من الضمان.

اما التأمين ـ الضمان فقد كانت نقطة انطلاقه يجب ان تحدد بطريقة مشابهة، إلاّ أن يأخذ التقديم شكل اتفاقية تمد موجبات البائع مقابل دفع كلفة اضافية، وفي هذه الحالة يشمل الضمان ويسوسه منذ الاساس.

11299 ـ تقسيم. بعد بعض الملاحظات ذات الطابع العام لتقديم قانون الضمان (أ) سيركز الانتباه على نظامه القانوني (ب)، ثم على الاتفاقيات التي يمكن أن يكون موضوعها والتي، مع أنها متواترة، ليست دائما مشروعة (ج).

11300 ـ أ. ملاحظات عامة. يجدر اعطاء تحديد دقيق بالنسبة إلى حقل تطبيق الضمان ضد العيوب الخفية، ثم التطرق إلى تطور القانون في هذا الشأن منذ صدور القانون المدني.

11301 ـ 1° حقل تطبيق قانون الضمان. حقل تطبيق الضمان الوارد في المادة 1641 وما يليها من القانون المدني هو حقل عقد البيع مع بعض الفروقات الدقيقة القليلة. بيد أن القانون الوضعي، في بعض الجوانب، أكثر حصراً، وفي جوانب اخرى أكثر توسعا.

11302 ـ α) التقييدات بالنسبة إلى نطاق البيع. ثمة تقييدات بسبب موضوع البيع، وتقييدات اخرى تسوَّغ بشكل البيع.

11303 ـ أ) الاستبعاد بسبب موضوع البيع. ثمة بعض المبيعات لا يعود إلى المادة 1641 وما يليها من القانون المدني بالنسبة إلى الضمان الذي يرافقها. ويرجع ذلك إلى احكام دقيقة اتخذها المشترع في صدد بعض فئات الاموال.

ففي ما يتعلق ببناء السفن الذي، حسب التقليد، يقدمه قانون 3 كانون الثاني 1967، المتعلق بنظام السفن والعمارات البحرية الاخرى، كبيع في حين يبدو أنه يشكل بالاحرى أجارة عمل مستقل وتحدد المادتان 7 و8 عنه كيفيات ضمانه، انظر الكتاب III،

الباب II، الباب الفرعي I، الفصل 1، القسم II، التفريق، البيع الوارد لاحقاً.

11304 ـ الحيوانات. ثمة نظام خاص تعود عناصره الاولى إلى قانون 20 حزيران 1838 بالنسبة إلى بيع الحيوانات الداجنة المصابة بامراض مختلفة أو عيوب. وبصورة عامة، عندما يتعلق الأمر بامراض معدية، يكون العقد باطلاً حكماً إذا تم كشفها خلال الاربعين يوماً من التسليم (المادة 240 من القانون الريفي).

يضاف إلى ذلك تنظيم مفصل جداً إطاره في المادة 284 وما يليها من القانون الريفي[1]، التي تستهدف الانواع الخيلية والبقرية والخنزيرية والعنزية (المادة 285) والكلبية والسِنّورية (المادة 285 ـ 1). والعيوب التي يمكن التمسك بها على اساس الضمان، أي الامراض القابلة لأن تصيب الحيوانات المعنية، هي موضوع تعداد مقدم احيانا كتحديدي ـ المادة 285: «تتيح وحدها امكانية الدعاوى الناتجة عن المادة 1641 وما يليها من القانون المدني...»: مثلا البرص بالنسبة إلى النوع الخنزيري والسل في صدد النوع البقري ـ واحيانا أخرى غَير تحديدي ـ المادة 285 ـ 1 بالنسبة إلى النوع الكلبي والسنوري: «تعتبر عيوباً توجب البطلان...». وفي ما يتعلق بالسل هناك مهلة خمسة عشر يوماً تلي التسليم معطاة لمقاضاة البائع. (المادة 291). إن امكانية استبعاد الضمان المتوجب على البائع، خطياً، مكرسة صراحة شرط تطبيق احكام حماية المستهلكين (المادة 285 ـ 3).

وكان الهدف دائماً أن يتم باحكام معينة، تجنب خصومات سهلة جداً. بيد أن المحاكم تميل إلى استبعاد هذه القواعد الخاصة بقبول كون اتفاق الفريقين، حتى ضمنياً، قد توخيا الخضوع للقواعد العامة للبيع[2]. وقد اقترحت لجنة البنود التعسفية التخلي عن هذه الذاتية من اجل العودة إلى القانون العام[3].

وتطرح مسألة معرفة ما إذا كانت نصوص القانون الريفي تستبعد، مبدئياً، التمسك بالعيب بالنسبة إلى الحيوانات غير المقصودة فيها. من القساوة فعلاً، في غياب نص

---

(1) الكتاب II، في الحيوانات... والباب VI، في العيوب الموجبة الابطال، نصوص جرى تنقيحها حديثاً بالقانون رقم 89 ـ 412 بتاريخ 22 حزيران 1989،

(2) انظر على سبيل المثال حكم غ م أ ن، 11 أيار 1971، د، 1971، الموجز 204، نقص، حيوان معد للملحمة ومصاب بمرض الكيسة المذنّبة cysticercose ؛ حكم الغرفة المدنية الاولى، 26 تشرين الثاني 1981، النشرة المدنية، I، رقم 353، سمك ترويت، عدوى تربية مكتسب الملكية؛ حكم غ م أ ن، 20 تشرين الثاني 1990، العقود والمنافسة والاستهلاك، تموز 1991، رقم 171، هرة، قانون 22 كانون الأول 1971، مستبعد؛ حكم غ م أ ن، 17 آذار 1992، 1، 1992، اعلامات سريعة، 120، خنازير، نقض الحكم الذي اعلن ان الدعوى الوحيدة المتاحة هي الواردة في المادة 240 من القانون الريفي، مهلة 45 يوما مستبعدة.

(3) تقرير عن عام 1980، ن، م إغ 1981، ص 121.

صريح بهذا المعنى، بالنسبة إلى مكتسب الملكية، الجواب بالايجاب. وهكذا جرى قبول امكانية مكتسب الملكية في المقاضاة استناداً إلى نصوص القانون العام للبيع في شأن جميع الحيوانات التي لا تشكل موضوع قواعد خاصة. يضاف إلى ذلك أن العيب المتمسك به إذا كان يرتكز على مرض معدٍ، فان المادة 240 من القانون الريفي تجيز دعوى الابطال في صدد أي حيوان كان.

11305 ـ البناء. ثمة عدة انواع من الاحكام، في مادة البناء العقاري، عدلت قواعد الضمان الناجمة عن القانون العام للبيع. فبيع العقار المعد للبناء، وهو عملية قريبة من اجارة العمل المستقل واردة في المادة 1601 ـ 1 من القانون المدني، وهي موضوع المواد 1641 ـ 1 و1646 ـ 1 و1648، الفقرة 2، وتنص، من جهة أولى، على ضمان معين بالنسبة إلى العيوب الظاهرة، وتضع، من جهة ثانية، بالنسبة إلى ما تبقى، موجبات البائع في مصاف الموجبات الملزم بها البناؤون تطبيقاً للمادة 1792، وهكذا تتمثل فيه منفعة عدم تعريضه للمسؤولية عن العيوب الخفية إلاّ عندما يمكن أن يرجع على المهندسين المعماريين والمقاولين أو مستأجري عمل مستقل آخرين[1].

وبيع العقار الموجود، من ناحيته، بمفعول المادة 1792 ـ 1 (2°)، يعود إلى القواعد نفسها المفروضة على البانين، عندما يتم بعد الانجاز الذي قام به احد الاشخاص البانين أو الذين عملوا على بنائه[2]. ويقتضي التفكير في أن هذا النص يستبعد تطبيق القانون العام للبيع في الوقت عينه، حتى ولو كان لذلك، بالنسبة إلى مكتسب الملكية، سيئة تحديد الضمان في الزمن ولاسيما أن العقد الذي يشتري العقار بموجبه يتدخل في آونة تبتعد عن التسلم الاولي للأشغال: لأن الضمانين لعشر سنوات ولسنتين يسريان اعتباراً من هذا التسلم وليس من اكتشاف العيب كما هي الحال بالنسبة إلى تطبيق المادة 1641 وما يليها.

وتقديم عناصر تجهيز، في مادة البناء دائماً، يخضع اخيراً هو أيضاً، في ما يتعلق بالضمان ضد العيوب، لنظام مسؤولية البانين نفسه الوارد في المادة 1792 من القانون المدني. وقد يكون البائع الصانع، في هذا الشأن، مديناً بضمان مختلف عن ضمان البيع. وهذا يسري، مثلاً، على «الاجهزة الآلية أو الكهربائية التي يركبها المقاول في الحالة التي كانت فيها عندما تسلمها» المبينة في المادة 111 ـ 28 .R من قانون البناء والإسكان، ويجهز، مثلاً، بآليات للتدفئة، وليس بقرميد لتغطية عقار لأنه مادة ليست «متميزة» ولا تقوم «بأي دور محدد في البناء قبل استعمالها» ولا يمكن أن تظهر «كعناصر

---

(1) انظر في شأن هذه المسؤولية الرقم 32431 اللاحق وما يليه.

(2) وضع البائع الباني، انظر J.- L.Bergel, Les ventes d'immeubles existants، 1983، رقم 529 وما يليه.

تجهيز مصممة ومنتجة لارضاء تطلبات معينة ومحددة سلفاً».

11306 ـ β) الاستبعاد بسبب شكل البيع. تقرر المادة 1649 من القانون المدني أن المبيعات الجارية بأذن القضاء هي بمنجى من الضمان: ليست قواعد المادة 1641 وما يليها هنا مهيئة أو مستبدلاً بها غيرها فقط، أنها مستبعدة جذرياً. واسباب ذلك أنه من غير المأمول إعادة النظر في عمليات منفذة ضمن شروط معاوضة ويكون البائع فيها احيانا في وضع عدم امكانية رفض التفرغ عن الشيء (مثال ذلك المدين الخاضع لإجراء جماعي وذمته المالية مصفاة). والتدخل القضائي يجب، علاوة على ذلك، أن يوفر لها أكبر ضمان جدي[1].

ويمكن التفكير، مع ذلك، طالما البيع كان جارياً بالرضا التام حتى ولو كان ينبغي المرور بالشكل القضائي، في الحفاظ على امكانية تخفيض للثمن لا تؤدي إلى امحاء العملية على عكس بطلان البيع لوجود عين خفي: كما هي الحال في بيع اموال القاصر.

ويجب أن يفهم من البيع باذن القضاء البيع الذي يفرض نص قانوني اجراءه في هذا الشكل[2]. والاجتهاد يؤيد هذا التفسير الحصري للمادة 1649. فهذا النص لا يطبق على العمليات التي اختار الفريقان بحرية تحقيقها في الشكل القضائي[3]. وذلك حال بيع منقول جرى طوعاً في المزاد بواسطة الدلاّل، أو بيع عقار عن طريق مزايدة الشائع المتشابك الحقوق حيث يكون جميع الشركاء في الملكية على الشيوع راشدين. إذن لا أهمية تذكر إذا حصل البيع في الواقع بدون إذن قضائي طالما أن القانون لا يلزم بالتصرف على هذا النحو.

11307 ـ التفرغ الجبري. يجري، في الروحية عينها، استبعاد تطبيق قواعد الضمان لنقل اموال لم يتم بحرية: ذلك هو الحال في التفرغ الجبري عن الاشتراك في الجدار الفاصل تطبيقاً للمادة 661 من القانون المدني[4].

11308 ـ ب) الامتدادات بالنسبة إلى مجال البيع. ضمان المادة 1641 وما يليها، من نواحي أخرى، يتوسع مداه. ويلاحظ أن مصدر الامتداد الملموس يعود إلى أنه يفيد

---

(1) تطبق المادة 1649 مثلا في ما يتعلق ببيع اموال القاصر، انظر غ م ث ا ن، 4 كانون الاول 1984، ن م، III، رقم 202.

(2) انظر كمثال حكم المحكمة المدنية في مرسيليا، 25 تموز 1927، Dalloz الاسبوعي، 1927، 519، عقار.

(3) انظر حكم محكمة استئناف باريس، 30 تموز 1867، Dalloz، 1867، 2، 227، عقار؛ وفي هذا الاتجاه، Planiol et Ripert، الباب X، تأليف Hamel، رقم 127.

(4) انظر حكم الغرفة المدنية، 17 شباط 1864، س، 1864، 1، 87: استنتج الحكم من ذلك أن التصليح الواجب اجراؤه في الجدار يجب ان يتحمله الشركاء في الملكية بنسبة حقوقهم؛ حكم غ م ث ا ن، 2 تشرين الاول 1980، ن م، III. رقم 143، عيب عزل صوتي.

مكتسبي الملكية، المتعاقبين للشيء الذين يمكّنهم مقاضاة أي بائع سابق: إنه يتجاوز، بهذه الطريقة، نطاق العقد المبرم بين البائع ومكتسب الملكية[1].

وينزع ضمان البيع أيضاً إلى أن ينتشر في عقود قريبة، ويكون له دوره عندما يكون العقد مزيجاً من البيع واجارة العمل المستقل، لأنه يجري، في حالة كهذه، تطبيق وصف وحيد للبيع[2]، فيطبق في حالة عارية مجانية تسبق بيعاً وتجير المعير على التعويض عن الضرر الذي يسببه عيب الشيء[3].

وقد جرى التفكير كذلك، في آونة ما، في نقل قواعد اجارة العمل المستقل إلى ما تقدم[4].

11309 ـ 2° تطور قانون الضمان واصلاحه. حصل، منذ القانون المدني، تطور قانوني للضمان يستدعي اليوم مشاريع اصلاحية.

11310 ـ أ) تطور المسألية. بدا التطور في سمتين رئيسيتن؛ ظهور أضرار جديدة يقتضي التعويض عنها والتفريق بين المهنيين وغير المهنيين.

11311 ـ α) التعويض عن الاضرار التي يسببها الشيء. كان الضمان ضد العيوب معدّا، في الاصل، قبل أي شيء، لحماية مصالح الشاري الاقتصادية الذي يشكو لأنه لا يستفيد من المنفعة المنتظرة من الشيء بسبب عيوبه. وهكذا نرى أنه جاء ليكمل الضمان ضد نزع اليد.

وتنزع عقوبتا بطلان البيع لوجود عيب خفي وتخفيض الثمن إلى الغاية التالية: التعويض عن الضرر الناجم عن فقدان قيمة الشيء. وينص القانون المدني، عرضياً، على تسديد مصاريف العقد للشاري (المادة 1646)، وكذلك على امكانية الحصول على العطل والضرر إذا كان البائع سيّء النية (المادة 1645). بيد أن هذه الاحتمالية تستهدف، بقسم كبير منها، في ذهن واضعي القانون المدني، الكسب الفائت الذي يصيب مكتسب الملكية إذا كان يأخذ في الحسبان ربح العملية، ولاسيما في ما يتعلق بالتاجر[5].

---

(1) انظر حول هذه النقطة الرقم 11342 اللاحق وما يليه.

(2) انظر كمثال حكم غ م ث ا ن، 4 كانون الثاني 1957؛ ن م؛ JV، رقم 6، خنازيريات، تصور اولي سيء، عيب في العمل؛ انظر ايضا J.Huet, Responsabilité du vendeur et garantie contre les vices cachés، رقم 14° والإشهارات.

(3) انظر الرقم 11342 اللاحق وما يليه.

(4) انظر حكم غ م أ ن، 4 كانون الثاني 1958، د، 1958، 457، تعليق R.Rodière، م إ د، II، 10808، تعليق Starck المؤيد، مهلة قصيرة للشكوى من العيب الخفي.

(5) ربح وارد في المادة 1149 من القانون المدني التي تفرق بين الخسارة الواقعة والكسب الفائت؛ انظر في هذا الصدد حكم غ ع 21 تشرين الاول 1925 م إ د، 1926، 1، 9، دد، 1926، تقرير Célice تعليق Josserand، تعليل.

واعطى Troplong مثالا على ذلك يبين أنه كان يُنظر في تلك الحقبة إلى الضرر الاقتصادي الذي يصيب مكتسب الملكية: «إذا بعتني عن سوء نية عارضة بالية استعملتها في بناء منزل انهار بسبب عيب في هذه العارضة الخشبية تكون ملزماً بالتعويض علي عن قيمة منزلي ولو كان ذلك الضرر الذي حصل خارجياً عن ذات الشيء»[1].

11312 ـ الضرر الجسماني المادي. إن الاضرار، في ايامنا، مع الاخطار المتزايدة المرتبطة باستعمال الآلات أو المنتجات الأكثر تنوعاً، غالباً ما هي الاضرار التي يسببها الشيء المعني: نتائج حادث عيوبه أدت إلى أن يكون مكتسب الملكية هو الضحية شخصياً، أو إلى أن يجبر على تحمل التعويض عن الضرر الذي يصيب الغير[2].

ويقترب من هذا الوضع، الوضع الذي يكون فيه الشيء، كتجهيز أو معدات، قد استخدم لانجاز عمل مستقل ولم تكن نتيجته مرضية: يرجع المقاول، بعد أن يكون قد عوض على زبونه، على مورّده ليطلب إليه، علاوة على التسديد أو الاستبدال، دفع كلفة الاشغال الواجب القيام بها ثانية.

ويماثل الاجتهاد، في سبيل تأمين التعويض عن اضرار كهده، في شروط ملائمة لمكتسب الملكية، منذ ثلاثين سنة، البائع المهني بالبائع السيء النية.

اعطي إذاً، خلال القرن العشرين، مدى جديد لإوالية الضمان: يجب ان تستخدم لتأمين التعويض عن الاضرار التي سببها عيب الشيء المباع[3]. وهي، في الواقع، توفر، لهذه الغاية، فائدة وضع مسؤولية بقوة القانون على عاتق البائع. على أنه إذا كان من الواجب اللجوء إلى موازاة، على هذا الصعيد، فيجب أن يكون ذلك مع المسؤولية التقصيرية التي تطبق في العلاقات مع الغير.

وهكذا جرى الانتقال من التعويض عن خسارة قيمة الشيء إلى مسؤولية تغطي نتائج عيب هذا الشيء. ولا يبدو أن التطور قد وقف عند هذا الحد طالما ان مسؤولية الامن

---

(1) De la vente، 1835، رقم 574.

(2) انظر في هذا الصدد حكم غ ع، 21 تشرين الاول 1925، المذكور آنفاً، سيارة، حادث، مكتسب الملكية مجبر على التعويض على الغير؛ ، غ م أ ن، 4 شباط 1963، م إ د، 1963، II، 13159، تعليق R.Savatier، الوضع نفسه: وحول التفريق بين الضرر الذي سببه البيع والضرر الذي احدثه الشيء، انظر H.Mazeaud, La responsabilité civile du vendeur fabricant، المجلة الفصلية القانون المدني، 1955، 611؛ Malinvaud, La responsabilité civile du vendeur à raison des vices cachés de la chose، م إ د، 1968، I، 2153 المذكور سابقاً رقم 2 وما يليه، ويبين المؤلف أن الاحكام المتعلقة بالحوادث التي يسببها الشيء المباع كانت نادرة قبل بداية هذا القرن.

(3) انظر حول هذه القضية على وجه الخصوص Ph. Malinvaud, La responsabilité civile du vendeur à raison des vices cachés de la chose، م إ د، 1968، I، 2153، المذكور سابقاً.

الواقعة على البائع التي تنزع إلى تأكيد نفسها[1]، كما نظام مسؤولية فعل المنتجات الفاسدة[2]، يعتدي كل منهما على وظيفة الضمان هذه.

11313 ـ β) التفريق بين المهني وغير المهني. ثمة مظهر آخر يسم تطور الضمان المرتبط بشكل وثيق بالسابق، هو أن نظامه اصبح متمفصلاً حول تفريق اساسي غير موجود إلاّ في القانون المدني: التفريق بين البائع المهني والبائع غير المهني.

وتطبق على الاول قواعد مكرهة جداً: يلزم البائع، بكونه مهنياً، بالتعويض عن الاضرار جميعاً التي يسببها الشيء المشوب بالعيب، ولا يكمن، فضلا عن ذلك، تحديد مسؤوليته أو استبعادها شرعاً باشتراط في العقد. وهذه الحلول لا تسري على البائع غير المهني أو الجاهل.

وليس للتفريق المدى ذاته في ما يتعلق بالشاري. ولا ريب في أن الشاري، عندما يكون مهنياً، يعامل احياناً ببعض القساوة، على سبيل المثال في ما يختص بالتحقيقات الواجب القيام بها في شأن الشيء عند تسلمه. بيد أنه من المستبعد اعفاء شريكه في التعاقد، أي البائع، عندما يكون مهنياً، على هذا النحو، بتحييد المفاعيل المرتبطة بهذه الصفة.

11314 ـ ب) الاصلاحات المرتقبة. تشكو النصوص التي تسوس الضمان من الزمان ولم تعد تحلل القانون الوضعي بالضبط.

وإذا كانت المادة 1641 من القانون المدني التي تعرّف العيب بأنه ما يجعل الشيء غير صالح لمقصده لم تصبح بالية بعد، فان الاحكام التالية، بالمقابل، قد شاخت: لا نجد فيها، بصورة خاصة، التفريق بين أن تكون للبائع صفة المهني أم لا والنتائج الناجمة عن ذلك. أما المادة 1648 التي تحوي ضمانا لمهلة قصيرة فأنها مصدر سيئات: إن ما لا تبينه قراءتها هو أن هذه المهلة، حسب المحاكم، تبدأ في السريان في يوم اكتشاف مكتسب الملكية العيب[3]، بحيث أن المطالبات الصادرة عن هذا المكتسب ليست لها

---

(1) انظر الرقم 11230 السابق وما يليه.

(2) انظر 11424 اللاحق وما يليه.

(3) كان بت الحل، في نهاية القرن الماضي، أقل، ويبدو أن التفضيل سار بالاحرى نحو تحديد نقطة انطلاق المهلة في يوم البيع، أو على الأقل في يوم تسليم الشيء ـ كما جرى قبوله في مادة تأجير العمل المستقل بجعل الضمان العشري ساري المفعول في يوم تسلم الاشغال ـ، انظر حكم الغرفة المدنية، 2 تشرين الثاني 1884، د، 1885، 1، 357، س، 1886، 1، 149، آلات، نقض الحكم الذي طرح كمبدأ ان المهلة القصيرة لا تسري إلاّ من اكتشاف العيب، وهو «مبدأ مغلوط» ما دام انه، في غياب التحديد في المادة 1648، «يعود إلى المحاكم ان تقدر، حسب طبيعة العيب وظروف القضية، مدة هذه المهلة»، وان «سلطة قضاة الاساس السيدة في هذا الصدد تمتد إلى تحديد نقطة الانطلاق إمّا في يوم البيع أو على الأقل في يوم نقل الحيازة، وإمّا في يوم اكتشاف العيب». اضف إلى ذلك حكم محكمة استئناف بوردو، 11 كانون الثاني 1888، Dalloz، 1889، 2، 11، خمر، Château Laffitte.

حدود في الزمن اعتباراً من البيع. . . وذلك غير مرض. ومن المعروف أن هذا النص، بسبب كون مدة المهلة غير محددة بصورة دقيقة، يثير منازعات قضائية ضخمة اجحها اجتهاد بذل جهده لتوفير وسائل الاحاطة بها[1].

إن تجديد نصوص القانون المدني حول ضمان العيوب الخفية احد اهداف اللجنة المكلفة في عام 1985، أن تعدّ، باشراف جاك غستان، نصاً لكي تنقل إلى القانون الفرنسي توجيه المجموعات الاوروبية حول المسؤولية عن فعل المنتجات المشوبة بالعيب. . ويحوي المشروع التمهيدي المقدم في عام 1987، في مادته الثالثة، إعادة صياغة المادة 1641 وما يليها حيث يظهر على وجه الخصوص التفريق بين البائع المهني والبائع غير المهني (المادة 1645 والمادة 1646 المقترحة صياغتهما)[2].

النص: مشروع قانون تمهيدي حول مسؤولية فعل المنتجات المشوبة بالعيب[3]، خلاصة، المادة 3:

المادة 3: تعدل الفقرة 2 من القسم 3 من الفصل IV من الباب VI من الكتاب III من القانون المدني كما يلي:

الفقرة 2 ـ في الضمان ضد عيوب الشيء المباع.

المادة 1641: البائع مسؤول بسبب العيوب الخفية للشيء المباع بحيث أن الشاري لم يكن ليكتسبها أو لم يكن ليعطي سوى ثمن أقل مقابلها لو كان على علم بها.

تسوس هذا الضمان، في ما يتعلق بالمنتج أو المورّد المورّد المهني لشيء ما مبين في المادة 1387 ـ 4 من القانون المدني، احكام الباب IV مكرر المتعلقة بالمسؤولية عن فعل المنتجات المشوبة بالعيب[4].

---

(1) تميل المحاكم بالفعل إلى استبعاد مهلة الضمان القصيرة ضد العيوب بالسماح لمكتسب الملكية، المتأخر في مطالبته، بالمقاضاة إمّا على اساس موجب المطابقة، انظر القسم الفرعي السابق، رقم 11227 وما يليه ـ وامّا على اساس موجب الامن المتوجب على البائع ـ انظر 11230 السابق وما يليه.

(2) مشروع تمهيدي لنقل توجيه المجموعات الاوروبية حول مسؤولية فعل. المنتجات المشوبة بالعيب، انظر حول هذا النص، Ghestin et Desché، رقم 905؛ وحول نقل التوجيه، انظر الرقم 11424 اللاحق وما يليه.

ان المادة الاولى من المشروع التمهيدي ادخلت الباب IV مكرر في الكتاب III من القانون المدني المتضمن المواد 1387 إلى 1387 ـ 28 (القسم 1، احكام عامة؛ القسم 2 ـ في المسؤولية العقدية لعيب مطابقة المنتجات؛ القسم 3، في المسؤولية لغياب امن المنتجات). والمادة 2 الغت المادة 1387 من القانون المدني وادخلتها كفقرة اولى من المادة 1388.

(3) ملحق بالتقرير العام لمجموعة العمل حول ادخال توجيه المجلس رقم 85 ـ 374، المجموعة الاقتصادية الاوروبية، 5 تموز 1985، في القانون الفرنسي، وهذا التوجيه متعلق بالتقريب بين الاحكام التشريعية والتنظيمية والادارية للدول الاعضاء في مادة المسؤولية عن فعل المنتجات المشوبة بالعيب، 1987.

(4) احكام تستعيد القواعد التي طرحها التوجيه حول المسؤولية عن المنتجات المشوبة بالعيب.

المادة 1641 ـ 1: يكون الشيء مشوبا بالعيب:

1°) عندما لا يكون مطابقاً لما ينتظره الشاري شرعاً لأنه ليست له الصفات المتفق عليها أو لأنه غير جدير بالاستعمال المعدّ له.

2°) عندما لا يوفر الامن الذي يمكن انتظاره شرعا.

المادة 1641 ـ 2 يتوجب على مكتسب الملكية أن يثبت أن العيب كان موجوداً في آونة توريد الشيء.

المادة 1641 ـ 3: يستطيع مكتسب الملكية أن يمارس مباشرة ضد البائعين المتعاقبين الحقوق والدعاوى التي يتمتع بها استناداً إلى الضمان.

وهذه الدعوى المباشرة، العقدية بالضرورة، يمكن أن تقام أياً كانت العقود التي جرى نقل الشيء تنفيذاً لها.

المادة 1642: ليس البائع مسؤولاً إذا اثبت أن مكتسب الملكية كان على علم بالعيب في آونة التسليم أو أنه لم يكن من الممكن أن يجهله.

المادة 1642 ـ 1: لا يستطيع بائع عقار للبناء أن يتبرأ، قبل تسلم الاشغال ولا قبل انقضاء مهلة شهر بعد حيازة مكتسب الملكية، من عيوب البناء التي تظهر.

ليس ثمة ما يدعو إلى فسخ العقد أو انقاص الثمن إذا التزم البائع باصلاح العيب.

المادة 1643: البائع ملزم بالعيوب الخفية حتى ولو لم يكن على علم بها.

المادة 1643 ـ 1: ان البنود التي تهدف إلى تقليص مسؤولية البائع المهني ممنوعة ومعتبرة غير خطية، إلاّ أن يكون العقد قد ابرم، بدون استغلال القوة الاقتصادية، بين مهنيين لهم كفاءة تقنية متعادلة.

والاحكام التي تهدف إلى استبعاد مسؤولية البائع غير المهني تعتبر غير خطية إذا كان هذا البائع يعلم بوجود عيب ولم يعلم الشاري به.

لا يستطيع بائع عقار، في العلاقات بين غير المهنيين، أن يستبعد المسؤولية الملزم بها أو يخفضها إلاّ بنص قطعي ومحدود.

المادة 1644: عندما يكون الشيء مشوباً بعيب يكون للشاري أن يختار بين رد الشيء واسترداد الثمن أو الاحتفاظ بالشيء واسترداد قسم من الثمن وفقاً لتحكيم الخبراء.

وليس في وسع الشاري أن يفرض استرداد الثمن إذا وضع نفسه، بدون سبب تسويغ مشروع، في حالة استحالة استرداد الشيء.

المادة 1645: إذا كان البائع على علم بعيوب الشيء أو إذا لم يكن من الممكن ان يجهلها، أو إذا كان مهنياً، فهو ملزم، عدا استعادة الشيء أو انقاص ثمنه، بالعطل والضرر الكاملين تجاه الشاري.

المادة 1646: إذا كان البائع غير المهني يجهل شرعا عيوب الشيء فلا يلزم إلاّ باسترداد

الشيء أو انقاص ثمنه ودفع المصاريف التي اقتضاها البيع.

المادة 1646 ـ 1: يلزم بائع عقار للبناء، اعتباراً من تسلم الاشغال، بالموجبات التي يلزم بها المهندسون المعماريون والمقاولون وجميع الاشخاص الآخرين هم انفسهم تطبيقاً للمواد 1792 و1792 ـ 2 و1792 ـ 3 من القانون المدني.

وهذه الضمانات تفيد مالكي العقار المتعاقبين.

وليس ثمة ما يدعو إلى فسخ البيع أو انقاص الثمن إذا التزم البائع بالتعويض عن الاضرار المحددة في المواد 1792 و1792 ـ 1 و1792 ـ 2 من هذا القانون أو بتأمين الضمان المنصوص عليه في المادة 1792 ـ 3.

المادة 1647: إذا تلف الشيء بسببه نوعيته الرديئة تقع الخسارة على البائع الذي يكون مجبراً برد الثمن وبالاضرار الاخرى المبينة في المادتين 1645 و 1646.

غير أن الخسارة بسبب الحادث المفاجيء تقع على عاتق الشاري.

المادة 1648: يفقد الشاري حقه في التمسك بعيب ما إذا لم يعلم البائع به في مهلة ستة أشهر اعتباراً من آونة التحقق منه أو كان عليه التحقق منه.

إلاّ أن هذه المهلة يمكن تعديلها بين المهنيين عن طريق الاعراف أو اتفاقيات الفرقاء.

وعلى مكتسب الملكية، في الحالات المبينة في المادة 1642 ـ 1، الاعلام بالعيب في السنة التي تلي التاريخ الذي بامكان البائع فيه التبرؤ من العيوب الظاهرة.

المادة 1649: لا يتوجب الضمان في البيع الذي يفرضه حكم قضائي ولا في حالة التفرغ الجبري عن الشيء.

وثمة تعديلات مختلفة في اقتراح القانون المقدم في عام 1993 في شأن نقل التوجيه الاوروبي[1] تناولت النصوص المتعلقة بالضمان ضد العيوب الخفية جرت استعادتها ولاسيما في شأن تحديد المهلة القصيرة لمدة محددة بسنة واحدة (المادة 23 التي تقترح تعديل المادة 1648 من القانون المدني).

النص: اقتراح قانون يتعلق بالمسؤولية عن فعل المنتجات المشوبة بعيب قدمته السيدة Nicole Catala (الجمعية الوطنية، رقم 469، 1993)، الخلاصة، المواد 21 إلى 24:

المادة 21 ـ تُدخل، بعد المادة 1641 من القانون المدني، المادة 1641 ـ 1 التالي نصها:

المادة 1641 ـ 1 ـ يتوجب على الشاري ان يثبت أن العيب كان موجوداً في آونة توريد الشيء.

---

(1) حول مشاريع القوانين التمهيدية والمشاريع المتعاقبة وفشلها منذ عام 1989 انظر الرقم 11424 السابق وما يليه.

عندما يتم اشتراط ضمان اتفاقي يعتبر العيب الذي يظهر في مهلة هذا الضمان، عدا اثبات العكس، موجوداً في آونة التوريد.

وفي حال عدم وجود مثل هذا الضمان يكون لهذه القرينة دورها خلال سنة اعتباراً من التوريد.

ولا مجال لهذه القرينة في البيع بين اشخاص تجري المقاضاة بينهم بصفتهم المهنية[1].

المادة 22. تُدخل، بعد المادة 1644 من القانون المدني، المادة 1641 ـ 1 التالي نصها:

المادة 1641 ـ 1: عندما يجري البيع بائع مهني يكون للشاري الخيار في أن يفرض، إلاّ أن يكون ذلك غير معقول بصورة جلية، استرداد الثمن مقابل رد الشيء، أو انقاص الثمن، أو تصليح المنتج، إلا أن يعرض البائع استبدال المنتج.

بيد أن الشاري لا يستطيع ان يفرض استرداد الثمن ولا استبدال المنتج، إذا وضع نفسه في حالة استحالة رد المنتج بدون سبب تسويغ مشروع.

المادة 23. تستبدل بالفقرة الاولى من المادة 1648 من القانون المدني الفقرتان التاليتان:

المادة 1641 ـ 1: يسقط بالتقادم حق الشاري في التمسك بالعيب إذا لم يعلم الشاري بهذا العيب في مهلة سنة ابتداء من الآونة التي تثبت فيها من العيب أو كان عليه التثبت منه.

غير أن هذه المهلة يمكن تعديلها بين البائعين ا لمهنيين عن طريق الاعراف أو اتفاقية الفريقين.

المادة 24. تصاغ المادة 1649 من القانوني المدني على الشكل التالي:

المادة 1649: لا مجال للضمان في البيع الذي يفرضه حكم قضائي.

وهناك، فضلاً عن ذلك، مشاريع، على صعيد المجموعات الاوروبية، من زاوية حماية المستهلكين. فقد قدمت اللجنة في عام 1993 «كتابا اخضر حول ضمانات اموال الاستهلاك والخدمات بعد البيع»، يضع نتائج تشريعات الدول الاعضاء في الاتحاد وتفحصت امكانية اعداد قانون من وجهة نظر الضمان القانوني والضمان الاتفاقي[2].

11315 ـ ب. الضمان القانوني في المادة 1641 وما يليها. يرتكز النظام القانوني للضمان على عدد من الشروط تسوّغ، ما أن تتحقق، العمل به.

11316 ـ 1° شروط الضمان. ينبغي، لكي يكون للضمان المتوجب على البائع دوره، ان يكون الشيء مشوباً بالعيب وأن يكون لهذا العيب خطورة معينة، وأن يكون خفياً عند البيع، وأن يكون مصدره، اخيراً، سابقاً للبيع: هكذا يتميز سوء تنفيذ العقد الذي يقع اثباته على مكتسب الملكية.

---

(1) كانت هذه النصوص واردة في مشروع القانون التمهيدي لعام 1987 حول المسؤولية عن فعل المنتجات وكانت موجودة في المادة 1337 ـ 11 من الباب IV مكرر المعد لادخاله في الكتاب III من القانون المدني.

(2) المستند النهائي للجنة (93) C.O.M.

11317 ـ أ) وجود العيب. العيب، حسب المادة 1641 من القانون المدني، هو شائبة الشيء المباع التي تجعله غير جدير بالاستعمال المعدّ له أو التي تنقص هذا الاستعمال بحيث أن الشاري لم يكن ليشتريه أو لم يكن ليدفع سوى ثمن أقل لو كان قد علم به. وهذا التعريف شفاف.

ويرتكز العيب، في ما يتعلق بالمنتجات المصنوعة، في اغلب الاحيان، على عيب في التصميم أو في الصنع. وقد يكون الشيء المباع غير متوافق مع قواعد الفن، بيد أن هذا التثبت لا يفرض للأخذ بمسؤولية البائع. يمكن أن يعتبر منتج ما، متوافق مع المعايير الموجودة، مشوباً بعيب موجب للبطلان بالنسبة إلى من يستعمله. والمبدأ، بالفعل، أن مراعاة المعايير والأنظمة الادارية لا تبرىء الصانع من مسؤولياته وكذلك البائع بالمفرق[1].

وتبين مراعاة المنتج قواعد الفن عنايته. بيْد أن الضمان الملزم به، كأي بائع، لا يخضع لاثبات الخطإ ضده، والموجب الناجم عن المادة 1641 وما يليها هو موجب نتيجة[2]. والعمل بالضمان يتطلب فقط اثبات عيب الشيء.

ولا أهمية تذكر أيضاً لكون عيب الشيء يمكن اكتشافه من قبل المورّد: يُسأل عنه بالطريقة عينها كما في العيب الذي كان يمكن أن تتيح الرقابة أو البحث اكتشاف وجوده[3]. والحل يسري على جميع انواع المنتجات حتى الطبيعية، وهو يبين أن الصانع يتحمل مخاطر الانتشار.

11318 ـ مفهوم العيب. قضاة الاساس اسياد في اجراء التحققات التي يمكن أن يستنتج منها عيب الشيء[4]. إلاّ أن وصف العيب الخفي يخضع لرقابة محكمة النقض التي تؤمن توافقاً معيناً مع هذا المفهوم[5].

ويرتكز عيب الشيء على أنه غير جدير بتقديم الخدمات المنتظرة منه. ويمكن تفسير

---

(1) انظر حكم غ ت ن، 30 آذار 1978، م ق ع، 1978، الموجز، 293، منتج يبيد الفطر، مطابقة مع المعايير الموجودة، مَضَرّة؛ وعليه لبس لهيئة رقابة تأثير في مسؤولية المورّد، انظر حكم غ م ث ا ن،، 31 كانون الثاني 1990، ن م، III، رقم 39، عيب سببه التمانع بين دواءين.

(2) انظر كمثال حكم غ م أ ن، 17 أيار 1988، ن م، I، رقم 148، المجلة الفصلية للقانون المدني، 1989، 89، ملاحظة P.Jourdain، عدم وجود نظام انذار، مسؤولية المورّد، تعثر حظ تجنب السرقة.

(3) حكم غ م أ ن، 11 آذار 1980، قضية Vilmorin، ن م، I، رقم 84، بذور الخس: البائع المهني ملزم بأي عطل وضرر حتى في حالة عيب يتعذر اكتشافه.

(4) انظر حكم غ ع، 22 أيار 1900، د، 1900، 1، 154، مراجل.

(5) انظر حكم غ ت ن، 14 تشرين الثاني 1989، د، 1990، الموجز، 321، ملاحظة J.Huet، لوازم هاتفية، عيب في الكلاّب الصغير، عيب يتعذر كشفه، ضرر اصاب البائعين بالمفرق الملزمين بالتعويض على التجار المستعملين بالنسبة إلى الكسب الفائت، تطبيق الضمان.

ذلك، بالنسبة إلى المنتجات الطبيعية، بوجود عناصر مؤذية[1] في شأن منتج مصنوع وينجم ذلك احياناً عن استعمال غير سوّي[2]. ويكون العيب على وجه العموم داخل الشيء[3]، غير أنه من غير المستبعد أن يظهر في ظروف استعمال خارجية مما يؤدي إلى استحالة استخدامه بشكل مرضٍ[4]. والحالات من هذا النوع متنوعة إلى ما لا نهاية له.

وقد يتم التحقق من العيب في حاجة مستعملة أو جديدة. ويبين ذلك بوضوح كون الضمان ضد العيوب الخفية له دوره في بيع عقار موجود. ومن الصحيح في ما يتعلق بالاموال المنقولة أن طابع كون الشيء مستعملاً يؤثر في طريقة تقدير وجود العيب: استهلاك الشيء الذي يعرفه مكتسب الملكية لا يشكل في ذاته عيباً عندما يكون هذا الاستعمال طبيعياً. بيد أن ذلك يفرض أن يكون الشيء، حتى المستعمل، ما يزال قادراً على أن يقدم الخدمات التي يحق للشاري انتظارها عنه[5]. وهكذا جرى التمكن من فسخ بيع مركبة مستعملة كانت، مع أن مظهرها جيد، مستعملة بصورة مفرطة، بحيث كان يتعذر أن يكتشفها حتى شخص ملمّ بالإوالية (الميكانيك)[6]. وإذا كان شاري شيء مستعمل عليه أن يتوقع اجراء تصليحات، فانه يبقى أن مطالبته لها اساسها القانوني عندما تكون هذه التصليحات عاجزة عن ازالة العيوب الخطيرة التي تحول دون عمل طبيعي[7].

وفي ما يتعلق بالأشياء الجديدة، يكوّن استهلاك سريع جداً ـ وبالتالي قبل أوانه ـ حصل خلال استعمال المستعمل عيباً. ويستطيع القضاة الأخذ في الحسبان مدة حياة

---

(1) انظر حكم غ م أ ن، 19 كانون الثاني 1965، قضية الخبز في Pont- Saint- Esprit، د، 1965، 390، م ف ق م، 1965، 655، ملاحظة G.Cornu، خبز مصنوع من الطحين الفاسد، تسمم.

(2) انظر حكم غ م أ ن، 21 تشرين الاول 1974، ن م، IV، رقم 260، معدات زراعية، ضرورة وقف المحاولة مراراً لازالة العقبات امام الإوالية.

(3) انظر حكم غ ت ن، 15 آذار 1972، ن م، IV، رقم 144، آلة حسابية: يبين الحكم ان الاعطال متأتية عن الآلة نفسها.

(4) حكم غ ت إ، 21 نيسان 1980، ن م، IV، رقم 160، موكيت، ظهور كهرباء سكونية في ظروف رطوبة وحرارة.

(5) على أن هذا الحل يستبعد إذا كان الشاري على علم بعيب عمل الشيء وقد اكتسب ملكيته لاسباب خاصة؛ وقد يكون ذلك، مثلا، الحال بالنسبة إلى مركبة تجميع يمكن أن تكون لها فائدة حتى ولو لم تكن في حالة سير.

(6) انظر حكم غ ع، 15 تشرين الثاني 1927، الاسبوع القانوني، 1928، صفحة 126؛ حكم محكمة استئناف روان، 14 شباط 1979، د، 1980، إ س، 223، ملاحظة Ch. Larroumet، سيارة، دعوى ضمان اقيمت في أقل من شهر بعد الشراء، عيوب خطيرة تتخطى استهلاكا طبيعياً، اعفاء البائعين من المسؤولية مستبعد؛ حكم غ ت ن، 13 كانون الثاني 1981، م ق ع، 1981، 1، بانوراما، 160، سيارة، الواصل بالمحرك يمنع استعمالاً طبيعياً؛ انظر ايضاً حكم غ م ث ا ن، 29 أيار 1963، م ق ع، 1963، مم، 363، محطة كهربائية مستعملة، مثبّت حرارة مستهلك بصورة طبيعية يمكن ان يعالج بتعديلات طفيفة بامكان الشاري الاقتناع بها بتجربة شخصية مناسبة.

(7) انظر حكم غ ت ن، 12 كانون الاول 1961، ن م، IV، رقم 476.

الجهاز الوسطية كالشيء المباع واعتبار أن العيب مثبت إذا ظهر العيب في وقت اقصر بكثير[1]. وبالمقابل، لا يعتبر الشيء المستهلك بصورة طبيعية مصابا بعيب[2].

وتشكل الادوية حالة خاصة نوعاً ما[3]، وتقبل المحاكم بصعوبة أن تكون مشوبة بعيب[4]. ويتردد القضاة، مع أن الأمر يتعلق بمنتجات خطرة وذات تقنية عالية مباعة إلى جهلة، في الأخذ بمسؤولية المختبر الصيدلاني امام مفاعيل غير مرغوب فيها لعلاج ما، إذ يعتبرون أنه لا يمكن أن يوضع على عاتقه توقع جميع المخاطر التي يمكن أن تتمثل فيه[5].

بيد أننا رأينا، في نطاق قريب هو نطاق توريد الدم، الأخذ بمسؤولية البائع على اساس موضوعي مع أنه كان من المستحيل توقع الضرر المسبب[6].

وينبغي، لتحديد ما إذا كان الشيء مشوباً بعيب، اعتماد تقدير في المجرّد تبعاً للمنفعة التي يمكن انتظارها وفقاً للرأي الشائع: العيب، حسب المادة 1641، هو ما يجعل الشيء غير جدير بالاستعمال المعدّ له. وهذا يسري إلاّ أن يكون العيب عائداً إلى غياب صفة يعرفها الفريقان.

11319 ـ الإشهارات. وجود العيب مقبول في الاجتهاد:

ـ في مادة العقارات بالنسبة إلى عدم قابلية الارض للبناء[7]، وفي ما يتعلق بعيوب

---

(1) انظر حكم غ ت ن، 27 تشرين الثاني 1973، ن م، IV، رقم 345، مخفض السرعة لسفينة، مدة الحياة مقدرة بين عشرين إلى ثلاثين سنة.

(2) انظر حكم غ ت ن، أول نيسان 1981، غير المنشور، م ق ع، 1981، 2، هوائيات انفجرت بعد بضعة ايام، لم يتم التمسك بأي اعادة التصاق لفافة الدوران، انفجار يفسر باستهلاك التلبيس بالنسبة إلى شروط الاستعمال؛ قارن بحكم غ م أ ن، 4 كانون الاول 1973، ن م، I، ، رقم 337، حكم مستشهد به سابقاً، انفجار زجاجة كلور، اللجوء إلى الضمان ضدالبائع، تآكل يمكن ان يكون قد سببه الاستعمال المديد.

(3) انظر كمثال قضية Stalinon، وانظر حكم محكمة الجنح في سين، 19 كانون الاول 1957، د، 1958، 257، س، 1958، 1، 137، تعليق J.-D.Bredin.

(4) انظر كمثال حكم محكمة استئناف Rennes، الغرفة الاولى، 25 تشرين الثاني 1981، المعلومات الاجتهادية رقم 41297، طارد دود معطى للخيل، مسؤولية البيطري، ضمان المختبر الصانع.

(5) انظر حكم غ م أ ن، 8 نيسان 1986، المستنسخ كملحق، J. Huet, Le parodoxé du médicament et les risques du développement، مجموعة Dalloz، 1987، العرض 73؛ انظر حول الادوية الرقم 11386 السابق.

(6) انظر على وجه الخصوص حكم محكمة استئناف باريس، 28 تشرين الثاني 1991، د، 1992، 85، تعليق A.Dorsner- Dolivet، م ف ق م، 1992، 119، تعليق P.Jourdain، دم ملوّث بالسيدا، المورّد مسؤول عن العيب حتى المتعذر اكتشافه.

(7) انظر حكم غ م أ ن، 10 كانون الاول 1962، ن م، I، رقم 533، المستند إلى المادتين 1638 و1641 من القانون المدني، حكم غ م أ ن، 16 حزيران 1966، ن م، I، رقم 374؛ حكم غ م ث ا ن، 27 نيسان 1977، ن م، III، رقم 184؛ حكم محكمة استئناف يو، 16 كانون الاول 1968، د، 1969، 466؛ بيد =

البناء التي من شأنها أن تكون بمنجى من تفحص عادي[1]، وفي ما يختص بوجود حشرات تؤثر في متانة البناء أو في صحيته[2]، وفي شأن الرطوبة وإحكام السد[3]، حتى في صدد ارتفاق غير ظاهر كان على البائع موجب الاعلام به بنزاهة[4].

ـ في مادة المنتجات الطبيعية، بالنسبة إلى القمح المسوّس[5]، وفي ما يتعلق بالسمك الذي يجب أن يكون مملحّاً ومدّخناً بصورة خاصة من أجل حفظه[6]، وفي ما يختص بجبنة تحمل جراثيم تجعلها غير صالحة للاستعمال[7]، وفي شأن الخشب الحاوي قطع معدن ناجمة عن الحرب[8]، وفي صدد حبوب من نوعية رديئة وعيب إنباتها لا يعود إلى اسباب سابقة للبيع[9]، وفي ما عني دباغا جعل للخمر طعما كريهاً[10]، وفي ما يتعلق بالحليب الموجود في غذاء معدّ لتربية الابقار[11].

ـ في ما يتعلق بالحيوانات، بالنسبة إلى بقرة مصابة بالالتهاب الشعبي المزمن[12]، وفي شأن كلب معدّ للنسل ومصاب بمرض عسر التنفس[13]، وفي ما يختص بسمك

= أن الحكم يبين، في العقد، أن اهمية الابنية القابلة لأن تنجز غير مضمونة، انظر حكم محكمة استئناف تولوز، 10 كانون الاول 1968، د، 1969، 466، الذي رد الادعاء المقدم على اساس البطلان بسبب الغلط.

(1) انظر حكم غ م أ ن، 31 كانون الثاني 1986، ن م، I، رقم 74، تشقق وتصدع، انقاص الثمن المطالب به؛ حكم غ م أ ن، 24 أيار 1967، ن م، I، رقم 183، عارضة عمرها قرنان، عيب في الخشب وعيب في التركيب؛ حكم محكمة استئناف باريس، 7 حزيران 1979، د، 1979، إ س، 508، عقار مجدد، حالة بِلى ايغماء (أي مجموعة ما يبنى به السقف).

(2) حكم غ م أ ن، 31 آذار 1954، د، 1954، 417، أرْضَة (دودة خشب) قارن بحكم محكمة استئناف بوردو، 10 كانون الاول 1928، Dalloz، 1929، 2، 81، الذي لم يقبل الطابع الخفي للعيب.

(3) انظر حكم غ م أ ن، 19 كانون الثاني، 1983، ن م، III، رقم 20 وانظر ايضاً J.-L.Bergel, La vente d'immeubles existants، 1983، رقم 522.

(4) انظر حكم غ م ث ا ن، 4 تموز 1979، د، 1980، إ س، 221، ملاحظة Larroumet، تقنية انسياب مياه الامطار، بند الاعفاء من الضمان مستبعد.

(5) انظر حكم غ ع، 8 آذار 1892، دد، 1892، 1، 204.

(6) انظر حكم غ ت ن، 25 شباط 1952، ن م، III، رقم 94.

(7) انظر حكم غ ت ن، اول تموز 1989، ن م، IV، رقم 255.

(8) انظر حكم غ ت ن، 18 حزيران 1974، ن م، IV، رقم 200.

(9) انظر حكم الغرفة المدنية، 22 آذار 1853، دد، 1833، 1، 83، حبوب قنب مكتسبة بثمن اعلى من السعر الطبيعي، استحالة النبت متحقق منها لدى مكتسبين آخرين؛ حكم غ م أ ن، 11 آذار 1980، ن م، I، رقم 84، بذور خس، شكوى من عدة زرّاعي بقول؛ قارن بحكم غ م أ ن، 15 كانون الثاني 1976، عفصيات، عدم القدرة على التنبت، عيب غير مثبت.

(10) انظر حكم غ م أ ن، 23 شباط 1982، ن م، I، رقم 88.

(11) انظر حكم غ ت ن، 3 أيار 1983، ن م ، IV، رقم 131.

(12) انظر حكم غ ت ن، 14 كانون الثاني 1969، م إ د، 1970، II، 16167، تعليق Prieur.

(13) حكم غ م أ ن، 12 آذار 1980، ن م، I، رقم 85، رد قسم من الثمن.

الترويت الذي نقل العدوى إلى تربية السمك[1].

ـ في مادة الحاجات المصنوعة، الاجهزة والمركبات وآلات أخرى، بالنسبة إلى عمل سيء لمرجل ذي انابيب يعود إلى عيوب جدية في الضبط[2]، وفي ما يختص بعمل مشوب بالعيب في صناديق تسجيل رغماً عن اعادة الفحص والتدخلات المتكررة وغير الفعالة[3]، وفي شأن كبلات كهربائية يعود تلفها إلى ظواهر كهربائية كيميائية أدت إلى قطع احدها وتبعه صعق شخص ثالث[4]، وفي صدد ذبذبات اصابت سفينة بسبب عيب في التركيب في حاملة السكان وأدى إلى تجميدها[5]. وفي ما يتعلق باستهلاك غير طبيعي لمركبة مستعملة جعلها غير صالحة للاستعمال[6]، وفي شأن آلة حاسبة قابلة لاعطال عديدة أو مجردة من امكانية الاشتغال[7]، وبالنسبة إلى استهلاك مفرط في البنزين في مركبة[8]، وفي شأن زجاجات انفجارها لا يمكن أن ينسب إلاّ إلى عيب خفي[9]، وفي يتعلق بعدم إحكام عمل طاولة جناينية[10]، في ما يختص بعيب نظام انذار يعمل بطريقة غير مؤاتية[11]، وفي صدد انبجاس تلفاز (جهاز تلفيزيون)[12].

---

(1) حكم غ م أ ن، 26 تشرين الثاني 1981، م ق ع، 1982، 1، بانوراما 168.

(2) انظر حكم غ ع، 22 أيار 1900، د، 1900، 1، 454.

(3) انظر حكم محكمة استئناف باريس، 3 آذار 1934، م ق ع 1934، 1، 914.

(4) انظر حكم غ ت ن، 29 أيار 1953، ن م، III، رقم 192.

(5) انظر حكم غ ت ن، 4 أيار 1971، ن م، IV، رقم 122.

(6) انظر حكم غ ع، 15 تشرين الثاني 1927، الاسبوع الاجتهادي، 1928، صفحة 126؛ انظر ايضاً بالنسبة إلى العديد من الامثلة، G.Levy, Recherche sur quelques aespects de la garantie des vices cachés dans la vente de véhicules neufs et d'occasion، المجلة الفصلية للقانون المدني، 1970، 1.
انظر ايضاً في صدد بيانات خاطئة في النموذج والسلسلة متعلقة بجرارة ونصف مقطورة، مما يبدو بالاحرى أنه يكشف عدم المطابقة، حكم الغرفة المدنية، 19 كانون الاول 1961، Dalloz، 1962، 240، وانظر في شأن جرافة حكم غ ت ن، 23 كانون الثاني 1978، ن م، IV، رقم 33، بيان كاذب عن سنة الصنع، غش ارتكبه البائع المدان جزائياً، عيب خفي.

(7) انظر حكم غ ت ن، 5 أيار 1972، ن م، IV، رقم 144؛ حكم غ ت ن، 1 كانون الاول 1977، م ق ع، 1978، 1، الموجز 107.

(8) حكم محكمة استئناف باريس، 15 أيار 1967، م ق ع 1967، 2، 35؛ قارن بالنسبة إلى انتشار مفرط للدخان بحكم محكمة استئناف باريس، 19 تشرين الاول 1976، م ق ع، جداول اعوام 1977 و1978 و1979، V البيع، رقم 246.

(9) انظر حكم غ م أ ن، 28 تشرين الثاني 1966، د، 1967، 99؛ حكم غ م أ ن، 18 كانون الثاني 1978، ن م، I، رقم 27.

(10) انظر حكم غ م أ ن، 14 تشرين الثاني 1979، ق ع، 1980، 1، بانوراما 162.

(11) انظر حكم غ ت ن، 29 أيار 1984، ن م، IV، رقم 183، بيد أن الحكم لا يفسر على الاطلاق على اساس عيب كان قد نازع فيه البائع.

(12) انظر حكم غ م أ ن، 28 تشرين الثاني 1979، د، 1979، إ س، 566، ملاحظة Dalloz, Larroumet، 1985، 485، تعليق J.Huet.

ـ في ما يتعلق بالمعدات[1]، بالنسبة إلى قرميد متصدع من الجليد[2]، وإلى لوازم لا تحتفظ بشفافيتها[3]، وإلى خشب غير خاضع لمعالجة قاتل الحشرات[4]، وإلى لوازم مكتسبة من اجل تغليف المقاعد تبين أنها غير صالحة لهذا الاستعمال بفعل النور المقترن بالحرارة[5]، وإلى اسمنت مشوب بالعيب[6]، وإلى عدم تجانس نوعين من المعدات[7].

ـ في ما يختص بمنتجات كيميائية، بالنسبة إلى منتج معدّ لمعالجة الخشب وكان في تمانع مع استخدام الدهان لاحقاً[8]، وإلى غراء لا يلتصق بالخشب[9]، وإلى منتج للتنظيف سبّب اضرارا للآلة التي استخدمت بسبب تكوينه غير الطبيعي[10]، وإلى منتج مبيد للفطر يوضع على شتول الكرمة[11].

ـ في مادة الاموال المنقولة، بالنسبة إلى اسهم الشركات[12]، وإلى المؤسسة

---

(1) عندما تكون معدّة للبناء يكون المقاول الذي قام بالاشغال هو الذي يتقدم بالمراجعة ضد مورّده بعد أن يكون قد ادين تجاه مالك العقار صاحب العمل المستقل.

(2) انظر حكم غ ت ن، 6 شباط 1964، ن م، III، رقم 53، تصدع من الجليد؛ حكم غ ت ن، 9 شباط 1965، ن م، III، رقم 103؛ حكم غ م ث ا ن، 7 شباط 1973، م إ د، 1973، 17918، تعليق J.Ghestin؛ حكم غ م أ ن، 29 أيار 1984، م إ د، 1985، II، 20387، تعليق Malinvaud، د، 1985، 213، تعليق Bénabent، م ف ق م، 1985، 588، ملاحظة J. Huet، دعوى مباشرة ضد الصانع.

(3) انظر حكم غ م ث ا ن، 2 تشرين الاول 1979، د، 1980، إ س، 224، تعليق Larroumet.

(4) انظر حكم غ ت ن، 9 أيار 1985، ن م، III، رقم 291، عارضات إسناد؛ قارن بالنسبة إلى خشب جرى اعتبار تسلمه بدون تحفظ بحكم غ ت ن، 12 شباط 1980، ن م، IV، رقم 80.

(5) انظر حكم غ ت ن، 4 تشرين الثاني 1980، ن م، IV، رقم 365: يبين الحكم أن الأمر يتعلق بلوازم جديدة ويستبعد بنداً تحديدياً ببيان ان الشاري لم يكن اخصائياً وجديراً بتقدير نوعيتها.

(6) انظر حكم غ م ث ا ن، 21 تشرين الاول 1981، ن م، III، رقم 169.

(7) انظر حكم غ م ث ا ن، 31 كانون الثاني 1990، ن م، III، رقم 39، عيب خفي جرى الأخذ به رغماً عن رأي هيئة رقابة تقنية.

(8) حكم غ ت ن، 3 كانون الثاني 1977، م ق ع 1977، 2، 461، تعليق Plancquel: كان على البائع التحذير من صعوبة الاستخدام هذه.

(9) انظر حكم غ ت ن، 21 شباط 1966، ن م، III، رقم 109.

(10) انظر حكم غ ت ن، 30 تشرين الثاني 1982، ن م، IV، رقم 391.

(11) انظر حكم، 30 آذار 1978، م ق ع، 1978، 2، الموجز 293؛ قارن بحكم غ م أ ن، 22 تشرين الثاني 1978، قضية Quinoléine، م إ د، 1979، II، 19139، تعليق G.Viney، منتج بقاوم الطفيليات معدّ لمعالجة الكرمة، خسارة قسم من الخشب حامل التطعيم.

(12) حكم الغرفة المدنية، 30 تموز 1912، م إ د، 1913، 495، استحالة مادية في تحقيق موضوع المجموعة التي تشكل العيب الخفي الموجود في الاساس؛ قارن بحكم غ ع، 7 تشرين الثاني 1893، د د، 1994، 1، 258، قيم المصفق (البورصة) قابلة للمنازعة فيها؛ حكم محكمة استئناف باريس، 6 شباط 1925، م إ د، 1925، 2، 138، موجبات شركة عقارية باطلة؛ على عكس ذلك، بسبب عدم اسبقية العيب، محكمة استئناف باريس، 9 أيار 1964، م ق ع، 1964، حصص في شركة.

التجارية[1]، وإلى الاكتشافات القابلة لاعطائها براءة[2]، وإلى المهارة غير المعطى بها براءة[3]، أو كذلك إلى الانتاج الفني[4].

11320 ـ العيب والخطر. المطالبة الموجهة إلى البائع غالباً ما لا تكون بسبب عيب تصميم أو صنع وإنما بسبب خطر ملازم للشيء: غاز ينفجر أو دواء يحوي مضادات الاستطباب أو غراء يشتعل، أو سلّم ينقلب[5]. . . . والشيء الذي لا يشوبه عيب يمكن اعتباره مطعناً ضد المورّد. إن استعماله فقط يتطلب اتخاذ بعض الاحتياطات إذا كان المراد الحصول على ارضاء منتظر كتجنب تحمل ضرر ما.

ولا تعود المسؤولية التي قد يتحملها البائع في هذا الصدد، مبدئياً، إلى الضمان ضد العيوب وفقاً للمادة 1641 وما يليها من القانون المدني، وإنما إلى موجب الاعلام الملزم به: يقع عليه، بالفعل، تحذير الشاري ـ حتى الغير بصورة عامة عن طريق نصوص

---

(1) مع أن قانون 29 حزيران 1935، بالاعلامات التي يفرض اعطاءها حول العقار عند التفرغ عن مال كهذا، يقلص امكانيات المنازعة، ويوجه في الوقت عينه مطالبة مكتسب الملكية، في حالة اغفال هذه البيانات، نحو ادعاء للبطلان الذي ينص عليه صراحة، بيد أن هذا النص ورد في العقد، ويمكن ايضاً التمسك بالمادة 1641 وما يليها من القانون المدني في صدد انواع أخرى من العيوب، انظر حكم غ ت ن، 26 حزيران 1973، ن م، IV، رقم 223، مؤسسة بيع منتجات خنزيرية وضعها، وتحظر الدوائر الادارية على مكتسبي الملكية متابعة الصنع بسبب حالة المختبر الموجود في المؤسسة؛ حكم غ ت ن، 20 تموز 1983؛ ن م، IV، رقم 231: في حالة العيب يجب تطبيق المهلة القصيرة للمادة 1648 من القانون المدني، وليس مهلة السنة اعتباراً من الحيازة الواردة في المادة 12 من قانون عام 1935؛ انظر حكم غ ت ن، 16 كانون الثاني 1968، ن م، IV، رقم 23، مؤسسة بناء تم التفرغ عنها مع مبلغ محدد من الديون مقابل أخذ مكتسب الملكية الديون (عليها) على عاتقه، ومجموع الديون (لها) ادنى مما هو وارد في العقد، ادعاء استرداد قسم من الثمن، قواعد الضمان غير قابلة للتطبيق، دعوى غير خاضعة للمهلة القصيرة للمادة 1648.

(2) انظر حكم غ م ث ا ن، 24 حزيران 1975، د، 1976، 196، تعليق J.Schmidt، أطورات جهاز مصنوع للبناء.

(3) مع أن الأمر يتعلق بتقنية غير ملائمة والاطلاع هو مفعول عقد مقاولة بالاحرى وليس مفعول بيع، انظر حكم المحكمة البدائية في باريس، 6 تشرين الاول 1982، م ف ق ت، 1983، 235، ملاحظة Chavanne و Azémaتقنية عزل جراري مشوبة بالعيب؛ انظر J. Schmidt, Garanties de résultat et contrat de communication de savoir- faire, in Garantie de résultat et transfert des techniques، حوار مونبيلييه، 1977، منشورات Litec، 1979، صفحة 105 وما يليها.

(4) انظر حكم غ م أ ن، 23 نيسان 1969، م إ د، 1969، II، 4ـ160، تعليق R.L، لوحة، عدم الأصالة، بيد أن هذا النوع من المطالبة يتناول عموما ارضية البطلان لعلة الغلط.

(5) انظر حول هذه المسألة على وجه الخصوص ملاحظة G. Cornu، م ف ق م، 1964، 565، De la garantie des vices à la garantie des risques، في شأن حكم الغرفة التجارية، 25 تشرين الثاني 1963؛ J.- F. Overstake, La reponsabilité du fabricant de produits dangereux، المجلة الفصلية للقانون المدني، 1972، 485؛ D. Nguyen Thanh- Bourgeais et J. Revel, La responsabilité du fabricant en cas de violation de l'obligation de renseigner le consommateur sur les dangers de la chose vendue، مصنف الاجتهادات الدوري، 199، II، 2679، في صدد حكم غ م أ ن، 31 تموز 1973؛ Malinvaud، تعليقات في م إ د، 1974، II، 171846 و 1977، 18588، ملاحظة J. Huet.

ملائمة: شكل المنتج الخارجي، تحذيرات حول الجهاز ـ من مخاطر استعمال الشيء وبالتالي إخطاره. بيد أن الأمر يتعلق هنا بمجرد موجب وسائل[1].

11321 ـ ب) خطورة العيب. لا يكفي أن يكون الشيء مشوباً بعيب في صفاته التي يحق لنا توقعه منه، ينبغي أيضاً، لتهديد العقد المبرم، أن تكون للعيب خطورة كافية[2]. فعيب الشيء غالباً ما يكون بحيث أن التطلبين موجودان في الوقت عينه: يظهر العيب، ما أن يتم التثبت منه، «موجباً فسخ البيع لعيب خفي». وليس هناك أي نقاش حول النقطة الثانية.

إلاّ أن خطورة العيب قد تكون موضع نقاش في ذاتها امام المحاكم. فنكون عندئذ في وضع يقارن بالوضع الذي يقدر فيه القاضي درجة عدم تنفيذ العقد قبل أن يقرر الحكم بالفسخ أو تطبيق حلول أخرى، ولاسيما الحكم بالعطل والضرر وحسب[3].

ويبدو أن لقضاة الاساس سلطة سيدة لتقدير ما إذا كانت خطورة عدم تنفيذ العقد تسوّغ الفسخ[4]. بيد أنه يجب التفكير في أن العيب يقتضي أن يعتبر خطيراً بما فيه الكفاية إذا كان يمنع الاستخدام الطبيعي للشيء، وبالاحرى إذا جعله خطراً[5].

ويمكن أيضاً رد دعوى الفسخ لعيب خفي إذا ظهر أن العيب يمكن تصليحه بسهولة. وهكذا نرى محكمة استئناف كانت لديها اسباب مسوّغة لرد طلب مكتسب ملكية آلة كاتبة بالفسخ ما دام أنها لا تحوي سوى عيب في الصنع بدون خطورة وكان من الممكن معالجته ولا يجعلها غير صالحة للاستعمال[6]. غير أن الأمر ليس كذلك إذا كانت

---

(1) انظر حول هذه النقطة الرقم 11265 السابق وما يليه.

(2) انظر في هذا الاتجاه Ph. le Tourneau؛ 1982، رقم 1767: «يجب ان يكون هاماً نسبياً»؛ انظر ايضاً G.Levy, Recherche sur quelques aspects de la garantie des vices cachés dans la vente de véhicules neufs et d'occasion، المجلة الفصلية للقانون المدني، 1970، 1، وعلى وجه الخصوص الصفحة 6 وما يليها.

(3) انظر كمثال حكم غ ت ن، 6 أيار 1991، ن م، IV، رقم 139، معدات مباعة مع مؤسسة تجارية، عدم المطابقة مع معايير العمل، ثمن متدنٍ، قصور غير خطير بما فيه الكفاية؛ انظر كمثال، وبصورة عامة، حول تطلب ان يكون عدم التنفيذ خطيراً بما فيه الكفاية لتسويغ فسخ الاتفاقية على اساس المادة 1184 من القانون المدني، Ph. Malaurie et L. Aynès, Droit civil, Les obligations, 1994، رقم 740.

(4) انظر حكم غ ت ن، 6 حزيران 19800، ن م، IV، رقم 289، ملاحظة Hémard، المجلة الفصلية للقانون التجاري، 1981، 350، سيارة، حمل جائز، عدم تنفيذ خطير بما فيه الكفاية.

(5) حكم غ ت ن، 18 كانون الاول 19773، ن م، IV، رقم 372، مركبة جديدة، عدة اعمال تصحيح بلا مفعول، جرى الحكم بالفسخ رغماً عن الاستخدام خلال مدة الضمان: العيوب «كانت تمنع، نظراً إلى اهميتها وطابعها الخطر، استخداماً طبيعياً للمركبة».

(6) انظر حكم غ ث ن، 16 تشرين الثاني 1976، غير منشور، م ف ع، 1977، 1، بانوراما 43؛ انظر ايضاً حكم محكمة استئناف باريس، 10 كانون الاول 1902، مجلة قصر العدل، 1903، 1، 261، سيارة، جهاز مشوب بالعيب يمكن استبداله بسهولة وبسرعة؛ قارن بحكم غ ت ن، أول تموز 1980، م ق ع، =

العيوب التي لم ينجح فيها العلاج والتصحيح تمنع استخداماً «طبيعياً» بسبب أهمية هذه العيوب وطابعها الخطر[1].

وقد يكون من الواجب، في العلاقات بين التجار، وعلى وجه الخصوص بين المورّد والبائع بالمفرق، ابداء تساهل معين بالنسبة إلى نوعية الشيء وقبول عيوب قليلة الاهمية مقابل تخفيض الثمن احتمالياً[2].

11322 ـ التقنية العالية. تبرز خطورة العيب بصورة خاصة في تجهيزات ذات تقنية عالية: عندما تتمثل في الشيء عيوب عمل تتناول بلا جدال، استعماله، ولا مجال للدهشة في زمن أول هو فترة الاقلاع، أو يكون من السهل علاج ذلك. ويلاحظ ذلك مثلا في إطار المعلوماتية[3].

وجرى الاعتبار، بالفعل، تجاه عيوب احدى الآلات، أن «تصحيحات معتادة في هذا الشأن لا تسوّغ بالنسبة إلى الشاري دعوى الفسخ لعيب خفي. . . ولا دعوى انقاص الثمن لعيب خفي»[4]، ما دام «أنه من الطبيعي والمتوقع أن الاستخدام الحسن لجهاز معلوماتي يستدعي فترة تنعيم وتكييف»[5]. وقد ردت محكمة النقض، رغماً عن التحقق من قصور قارىء ذاتي واعطاله المتكررة، الطعن في حكم قضاة اساس قدروا بسيادة أن القصور الوقتي للجهاز الذي عمل بشكل طبيعي بعد اعادة فحصه لم يكن يشكل مخالفة خطيرة بما فيه الكفاية من قبل البائع لموجباته العقدية، وردوا بسبب ذلك طلب فسخ بيع الجهاز[6].

= 1980، 2، بانوراما 581، ملاحظة .A.P، مركبة، عيوب لم يكن من شأنها ان تجعلها غير صالحة للاستعمال ومعالجتها ممكنة باعادة فحص جدي تعهد البائع بالقيام بها.

(1) حكم الغرفة غ ت ن، 18 كانون الاول 1973، ن م، IV، رقم 372، سيارة.

(2) انظر كمثال حكم غ ت ن، 19 تشرين الثاني 1973، ن م، IV، رقم 334، حقائب يدوية: نقضت المحكمة العليا، في هذه القضية، الحكم الاستئنافي الذي رفض الحكم بالفسخ الذي طلبه الشاري رغماً عن اقتراح بتخفيض الثمن بدون ان يشرح موقفه حول اهمية العيب في الصنع وخطورته اللتين تمسك بهما الشاري في حين ان من شأنهما تسويغ هذا الفسخ.

(3) انظر I. de Lamberterie, Les contrats en informatique الاجتهادالفرنسي، منشورات Litec، 1983؛ J. Huet, La modification du droit sous l'uifluence de l'informatique، 1983، 3095، صفحة 30 وما يليها.

(4) حكم محكمة استئناف باريس، 8 حزيران 1976، م إ د، 1977، II، 18579، تعليق Boitard et Dubarry: يرى الحكم مع ذلك أن ضرراً أكيدا سببه لمكتسب الملكية تجميد الشيء وحكم له بتعويض قدره 6000 فرنك؛ انظر ايضاً حول المخاطر الملازمة لاقلاع تجهيز معلوماتي وواجب نصيحة المورّد I. de Lamberteriel, Les contrats en informatique، رقم 33.

(5) حكم محكمة استئناف باريس، 3 كانون الاول 1976، م إ د، 1977، II، 18579، تعليق Boitard et Dubarry، رد طلب الفسخ وتسديد المصاريف.

(6) انظر حكم غ ت ن، 9 حزيران 1979، ن م، IV، رقم 186: بيّن الحكم ايضاً ان التصحيح محلياً في شأن =

من الصحيح أن وجود العيب، في حالة كهذه، غالباً ما يكون من الصعب التحقق منه، وأن التقدير يتناول ارادة المورّد الطيبة في أن يعمل بحيث يؤمن التجهيز ارضاء الزبون. وهكذا جرى الحكم بأن معدات معلوماتية تبدو جديرة بالقيام بالاعمال المتوقعة بعد التحقق من بعض الاغلاط وتعديل برمجتها، وقد أعلن البائع دائماً استعداده للقيام بالتصيحات، وبأنه ظهر أن الشيء، من وجهة النظر التقنية، كان خالياً من أي عيب وهو في حالة مطابقة تامة مع الطلبية[1].

على أن مكتسب الملكية يحصل على فسخ العقد إذا كانت اهمية العيوب تجعله غير مقبول بالنسبة إلى اعراف المهنة، أو إذا ثبت، مثلا، أنه لم يكن له أي نظام معلوماتي طبيعي وفعال[2]، أو كذلك إذا كانت الآلة تشكو من القصور باستثناء فترات نادرة وقصيرة[3].

11323 ـ دعوى انقاص الثمن. من المحتمل، في نظر القضاة، أن يكون تطلب خطورة العيب مطلوباً إلى حد ما حسبما يكون مكتسب الملكية قد طلب الفسخ أو مجرد انقاص الثمن.

وبالفعل، إن فسخ العقد حل جذري أكثر ونتائجه أثقل من تخفيض الثمن (أو العطل والضرر) بحيث أن خطورة العيب تكون مقبولة بسهولة أكبر في الحالة الثانية مما هي في الحالة الاولى. ويعكس العديد من الاحكام هذه النزعة[4] التي يشهرها على وجه الخصوص حكم الغرفة التجارية الصادر في 4 حزيران 1980 الذي رد طلب فسخ البيع الذي تناول مركبة حمولتها الجائزة الحقيقية كانت ادنى من الحمولة المبينة في المستندات التقنية المعطاة مما لا يجعلها غير صالحة للاستعمال الذي اعدت له حسب القضاة، وإنما

= ناظمة آلية (أو حاسوب، كومبيوتر) يتطلب حواراً بين المورّد والمستعمل لم يتم بسبب المستعمل؛ قارن، في مادة التأجير، بحكم غ ت ن، 30 كانون الثاني 1979، ن م، IV، رقم 41، الذي اعتبر أن العيوب المتحقق منها لم تكن كافية لجعل رفض دفع بدلات الايجار مشروعا، والمتحقق منها لم تكن كافية لجعل رفض دفع بدلات الايجار مشروعا، حتى بعد مدة طويلة من الصعوبات.

(1) انظر حكم محكمة استئناف باريس 71 تشرين الاول 1975، م إ د، 1976، 18625، تعليق Boitard et Dubarry.

(2) حكم محكمة استئناف باريس، 4 نيسان 1981، معلومات اجتهادية رقم 21474، انظر Boitard et Dubarry، الخلاصة، رقم 134.

(3) انظر حكم غ ت ن، 15 كانون الاول 1977، م ق ع، 1977، 1، الموجز 107.

(4) انظر حكم غ م أ ن، 31 كانون الثاني 1966، ن م، IV، رقم 74، عقار، تشقق وتصدع، ضمان متوجب ايضاً عندما تنقص العيوب استعمال الشيء، مكتسب الملكية لم يطلب سوى تخفيض الثمن؛ حكم محكمة استئناف باريس، 3 أيار 1967، مجلة قصر العدل، 1967 ـ 2 ـ 34، تعليق J.-F.D.، مركبة تستهلك الكثير من البنزين، الحكم على البائع بالعطل والضرر؛ قارن بحكم محكمة استئناف باريس، 8 حزيران 1976، م إ د الاجتهادات الدوري، 1977، II، 18579، المذكور آنفاً، الحكم بالعطل والضرر.

تنقص امكانيات الاستخدام وحسب[1] ويستخرج من ذلك شعور مكتسب الملكية احياناً بعدم اقامة إلاّ دعوى انقاص الثمن.

11324 ـ العطل والضرر. إذا كان عيب الشيء غير خطير بما فيه الكفاية فان الضمان يكون محدوداً باعطاء العطل والضرر أو تصليح الشيء احتمالياً.

على أنه ينبغي أن تتيح العملية جعل الشيء صالحاً تماماً لاستعماله ولا تنقص قيمته، وإلاّ كان لمكتسب الملكية الحق في طلب فسخ العقد. وتشكل العيوب، وان كانت قابلة للتصليح، عيوباً حقيقية إذا كانت تستدعي تدخلا هاماً جداً وتؤدي إلى تجميد الشيء مدة طويلة.

يضاف إلى ذلك أن مكتسب الملكية يحتفظ، في أي حال من الاحوال، بحقه في طلب العطل والضرر إذا سببت العيوب له ضرراً خاصاً.

11325 ـ ج) الطابع الخفي للعيب. يجب، لكي يكون البائع ملزماً بضمان العيب وفقاً للمادة 1641 من القانون المدني، أن يكون هذا العيب خفياً. وهذا التطلب يفرضه العقل السليم: إذا كان الشاري على علم بالعيب يكون قد ابرم العقد مع علمه بالواقع فلا مجال له للشكوى من العيب، ولا يتوجب له أي ضمان.

وينبغي، والحق يقال، أن يكون التطلب مفهوماً تماماً، وهو لا يعني أن العيب الظاهري لا يجعل البائع مسؤولاً. فالمسؤولية، على عكس ذلك تماما، أكثر صلابة: بامكان الشاري، في حالة كهذه، أن يرفض التقديم، بدون معاملة اخرى، وأن يفرض تنفيذ العقد على وجه صحيح[2]. فالبائع مسؤول إذاً عن أي عيب ظاهري أو خفي، ذلك بأنه ملزم بأن لا يسلم شيئاً مطابقاً لما جرى الاتفاق عليه وحسب، وإنما أن يسلم أيضاً شيئاً بلا عيب.

بيد أنه من المعروف، وفقاً لذلك، أن مصير العيب الممكن ادراكه بداهة عند ابرام العقد أو تنفيذه يسوّى فوراً. والفرضية، في هذا الصدد، تضع على عاتق مكتسب الملكية أيضاً اكراهات أكثر جسامة: عليه، مبدئياً، بذل كل عناية للتحقق من حالة الشيء، وإذا كان العيب ظاهراً أن يبدي تحفظات مفروضة أو أن يرفض تسلم التقديم تحت طائلة اعتباره قابلاً الشيء في حالته.

---

(1) حكم غ ت ن، 4 حزيران 1980، ن م، IV، رقم 239، قدّر قضاة الاساس بسيادة خطورة عدم التنفيذ، رد.

(2) انظر كمثال حكم غ م أ ن، 4 نيسان 1991، ن م، I، رقم 130، سيارة، عدم جودة دهان الهيكل يسوّغ التسلم؛ وحول رد الشيء الذي يمكن أن يلجأ إليه مكتسب الملكية في حالة عيب المطابقة، وهو حل مطبق ايضاً في حالة العيب الظاهر، انظر الرقم 11259 السابق؛ على أنه، بين التجار، ثمة هامش تساهل بالنسبة إلى نوعية الشيء يمكن أن يفرض.

ولذلك يطبق الضمان الذي يمد مفاعيل البيع ويعقب التسليم على العيب الخفي فقط.

ويقتضي، فضلاً عن ذلك، بيان أن المشترع، في مادة بيع عقار للبناء، لصالح مكتسب الملكية، قرر أن ضمان البائع يجب أن يكون له دوره حتى في صدد العيوب الظاهرة. فلا يمكن اعفاء البائع من هذا الضمان إلاّ بعد تسلم الاشغال، وعلى الأكثر عقب مهلة شهر تلي حيازة الامكنة (المادة 1642 ـ 1 من القانون المدني)[1]. وعلى الشاري، بعد اكتشاف العيب خلال تلك الفترة، ان يقاضي امام القضاء في السنة التي تلي ذلك (المادة 1648، الفقرة 2).

11326 ـ التقسيم. يكون الشرط متوفراً إذا تعلق الأمر بعيب خفي ليس من النوع الذي يمكن وصفه بالظاهر، بالنظر إلى طبيعة الشيء أو لشروط البيع أو إلى اختصاص الشاري، وإذا عرف الشاري هذا العيب لأي سبب واقعي أو لأن هذا العيب جرى كشفه له.

ويتعرض قضاة الاساس لنقض احكامهم إذا لم يبينوا، عن طريق أي سبب تسويغ لقبول دعوى الشاري، الطابع الخفي للعيب[2]، وتاريخ البيع هو الذي يجب اعتماده لتقدير ما إذا كان هذا الشرط محققاً. إلاّ أنهم يملكون سلطة سيدة لتقرير ما إذا كان العيب يمكن أن يعتبر ظاهراً[3]، ومعروفاً من مكتسب الملكية[4].

11327 ـ α) استبعاد العيب الظاهر. يعتبر العيب غير ظاهر، أو خفياً، عندما لا يظهر عند القيام بكشف فوري وتحقيقات طبيعية[5]. ولا يكون الطابع الخفي للعيب مقبولاً عندما يكون مموهاً وحسب[6] وإنما ايضاً كلما كان من المتعذر أن يظهر عند فحص الشيء.

---

(1) انظر حول بيع عقار للبناء الرقم 32416 اللاحق، وبالنسبة إلى التفريق عن عدم المطابقة، Rémy، ملاحظة في م ف ق م، 1982، 154.

(2) انظر حكم غ ت ن، 5 شباط 1974، ن م، IV، رقم 50، معطف اصفرّ بعرضه لمدة طويلة في واجهة المخزن؛ حكم غ ت ن، 24 كانون الثاني 1984، ن م، IV، رقم 34، مركبة جديدة كان يقتضي إعادة دهنها مرتين خلال الستة اشهر التالية للبيع بسبب الصدأ: يبدو الحكم قاسياً بالنسبة إلى مكتسب الملكية؛ حكم غ ت ن، 7 تشرين الثاني 1984، ن م، IV، رقم 303، طلب تخفيض الثمن في شأن اجهزة مردودها ادنى من المردود المتفق عليه.

(3) انظر حكم غ ع، 22 أيار 1900، د د، 1900، 454، مرجل ذو انابيب؛ حكم غ م ت ا ن، 3 أيار 1979، ن م، III، رقم 307، جهاز تدفئة لهواء منفوخ لدفيئة جنائية؛ حكم غ م أ ن 7 كانون الثاني 1982، ن م، I، رقم 8، سفينة؛ حكم غ ت ن، 15 شباط 1982، ن م، IV، رقم 59، ثمار.

(4) حكم غ م أ ن 21 تموز 1970، ن م، I رقم 249، حقائب معدة لاحتواء منتجات مخصبة.

(5) انظر 1982، رقم J. Ghestin, Conformité et garanties، 1983، رقم 15.

(6) انظر حكم محكمة استئناف Douai، 14 آذار 1961، Dalloz، 1961، 673، المجلة الفصلية للقانون المدني، 1962، 97، ملاحظة A. Tunc، مركبة مستعملة، حادث سابق، تمويه؛ حكم الغرفة المدنية =

ولا يؤخذ حسن نية البائع أو سوء نيته أو سلامة طويته أو غشه في الاعتبار: بامكان مكتسب الملكية أن يطمح إلى الفسخ أو إلى انقاص الثمن في أي حال من الاحوال. وفي بعض الحالات تنبىء الأشياء عن ذاتها. وهكذا لا تعتبر ظاهرة العيوب القابلة لأن تبدو جلية فقط عند تشغيل أحد الاجهزة[1]، أو، على وجه اعم، التي لا تظهر إلاّ بعد استعمال الشيء، وهذا هو الحال، مثلا، بالنسبة إلى غراء معد لتثبيت الارضيات الخشبية ويبدو في النهاية أنه غير جدير لتماسكها محلياً[2].

ويمكن التقدير أن المنازعة في الطابع الخفي للعيب، بالنسبة إلى منتج في الكيفيات العصرية للبيع والتوزيع على المستهلكين، تبدو صعبة: ذلك بأن هؤلاء المستهلكين يتسلمون السلع (اجهزة، منقولات...) كما هي موضبة وفي حالات تكون رقابتها مستحيلة عملياً، أو على الأقل غير مألوفة (تسليم في امكنة متميزة في مخازن مفتوحة امام الزبن خارج وجود البائع...). والعيب المسمى ظاهرياً يتعذر اكتشافه واعلانه إلاّ بعد وقت ما من البيع.

11328 ـ تعريف الطابع الظاهر. العيب الظاهر، على العكس من ذلك، ليس العيب البديهي أو الجليّ وحسب[3]، وإنما ايضاً العيب الذي تتيح عناية متوسطة[4]، حتى الفحص اليقظ، اكتشافه[5].

ويكفي أن يكون ظاهراً في أولى ظواهره في آونة البيع ليكون ادعاء مكتسب الملكية مردوداً، حتى ولو لم يكن تفاقمه متوقعاً، على الأقل في ما يتعلق بظواهره المقلقة[6].

= الاولى، 29 شباط 1960، النشرة المدنية، I، رقم 134، مركبة مستعملة؛ انظر Ph. Malaurie Obligations du vendeur، 1976، رقم 474.

(1) انظر حكم غرفة العرائض، 5 حزيران 1929، مجلة قصر العدل، 1929، 2، 433، سيارة مستعملة، بائع مهني.

(2) انظر حكم الغرفة التجارية، 11 شباط 1966، النشرة المدنية، III، رقم 109، عيب يستحيل كشفه فوراً وهو خفي إذاً حتى بالنظر إلى مكتسب الملكية المهني، انظر سابقاً.

(3) العيب الذي لا يتيح فحص سطحي رؤيته، انظر حكم غ ع، 14 كانون الاول 1903، د د، 1904، 1، 173، عيب الكثافة في القسم الاعلى من عقار تجعله عدة ايام مرئياً؛ حكم غ م أ ن، 7 كانون الثاني 1982، ن م، I، رقم 8، عيب عدم إحكام سد الجزء المحرك.

(4) انظر حكم المحكمة المدنية في سين، 21 كانون الاول 1956، د، 1957، 47، مركبة مستعملة، بيع بين الافراد، هيكل فيه تشقق بفعل الصدأ؛ حكم غ ع، 18 آذار 1924، د إ، 1924، 261، اشرطة من الصلب، تحقق لا يستدعي اهلية خاصة.

(5) انظر حكم محكمة استئناف انجيه، 15 شباط 1960، م ق ع، 1960، 1، 289، إطار مطاط ادى إلى حادث، تصليح داخلي بواسطة لصقه، استهلاك جليّ تماما تجاوز 75%، حكم الغرفة المدنية، 29 كانون الثاني 1929، م ق ع، 1929، 1، 561، رطوبة نمح كان مكتسب الملكية بامكانه التحقق منها لو بذل عناية اكبر عندما رافق على السلعة.

(6) انظر حكم غ ت ن، 15 شباط 1982، ن م، IV، رقم 59. كمية من الليمون الافندي، ثمار مبقعة؛ قارن =

ولكن الأمر ليس على هذا النحو إذا كانت علامات خارجية كهذه ليست في علاقة مشتركة، أو في قياس مشترك، مع العيب الذي يمكن عندئذ أن يعتبر خفياً[1]. وقد ذهبت محكمة النقض حتى إلى وصف العيوب الظاهرة التي يتعذر توقّع نتائجها المضرّة عند ابرام العقد بأنها عيوب خفية[2].

من الصحيح، بشكل ملموس، أن مكتسب الملكية إذا كان قد رأى بعض العيوب الطفيفة التي اصابت الشيء، لا يكون احياناً قد قدّر النتائج التي قد تنجم عن ذلك: هكذا الأمر في شأن ضبط سيّء لباب مرآب نتجت عنه صعوبة في جعله يعمل، ومن السهل على أي ملاحظ يلجأ إلى تحققات بدائية أن يكشف ذلك، غير أنه لا يمكن ادراك أنه يشكل خطراً من شأنه أن يؤدي إلى حادث، ذلك بأن بعض عناصر الباب قد تعمل كمقص[3].

11329 ـ التحققات الواقعة على عاتق مكتسب الملكية ـ يمكن التساؤل عما إذا كان من المفروض على مكتسب الملكية، في بعض الاوضاع، أن يقوم ببعض التحققات الخاصة، حتى إلى تجارب مسبقة. بيد أنه ليس ثمة قاعدة عامة في هذا الصدد، والعناية المطلوبة تقدر بصورة نسبية تبعاً لظروف القضية، كما لصفة الفريقين.

ثمة ظروف تفرض فيها عناية خاصة. وعلى سبيل المثال، في ما يتعلق بالأشياء المستعملة، يبدو من المتفق عليه أن الشاري بامكانه القيام ببعض التجارب مما يتيح له التعرف إلى بعض عيوب الشيء[4].

= بحكم غ ع، 29 حزيران 1936، م ق ع، 1936، 2، 444، قطعة ارض، تشققات بليغة في الابنية، عدم الصلاحة للبناء؛ وكذلك حكم غ ت ن، 5 تشرين الاول 1965، د، 1965، شاحنة مستعملة، ساعد سال عند أول تجربة.

(1) انظر حكم غ ع، 18 كانون الثاني 1911، د د، 1916، 1، 231، مركبة، واصل كان مكتسب الملكية يعلم أنه غير مطابق للطلبية، غير أن العيب لا يمكن التمسك به تجاه عمل سيء؛ حكم غ ع، 23 تشرين الاول 1940، س، 1، 111، م ق ع، 1940، 2، 173، احجار مجزّأة ومكسرة وإنما مكونة من معايرة ادنى من الطبيعي؛ حكم غ م أ ن، 8 حزيران 1959، النشرة المدنية، I، رقم 287، سفينة، هيكلها خارج القياس، نقص في إحكام السد غير ظاهر؛ قارن بحكم غ م ث ا ن، 23 كانون الثاني 1979، 1980، 412، تعليق Steinmetz، جناح في مجموعة عقارية، صون الحياة الخاصة وعد به البائع، بناء عقار من خمس طبقات بجواره، عقد البيع ينص على ذلك، بناء لاحق للشراء استناداً إلى رخصة بناء معدلة بحيث أن الشاري لم يتمكن من معرفة السيئات الجديدة إلاّ تدريجاً وفقاً لارتفاع البناء، عطل وضرر.

(2) حكم غ م ث ا ن، 2 كانون الاول 1980، غير منشور، م إ د، 1981، IV، 71.

(3) انظر حكم محكمة استئناف باريس، الغرفة الثانية، 23 ايلول 1982، معلومات اجتهادية، رقم 82558.

(4) انظر حكم غ م أ ن، 29 أيار 1963، 1963، 2، 363، م ف ق م، 1964، 573، ملاحظة Cornu، محضنة كهربائية، عزل سيء للاشرطة كان بامكان مكتسب الملكية ملاحظته بتجارب يوقم بها؛ حكم محكمة استئناف باريس، 6 تشرين الثاني 1963، د، 1963، 253، المجلة الفصلية للقانون المدني، المذكور سابقاً، مركبة مستعملة، اعفاء من المسؤولية اشترطه البائع، ذوبان السواعد تمكن الشاري من ان يكتشفه عند التجارب ان المركبة تدخن بشكل غير طبيعي، ادعاء مردود؛ قارن، في شأن التجارب الواجب القيام بها عند =

والمحاكم، بصورة عامة، في سبيل تحديد ما إذا كان العيب ظاهراً أو خفياً، تأخذ في الحسبان الاهلية التقنية لمكتسب الملكية، مما يقود إلى التفريق حسبما يكون مهنياً أم لا، ذلك بأن القضاة يقبلون احياناً موجب مكتسب الملكية في القيام بتحققات معمقة إذا كان مهنياً، أو عندما يكون الشيء موضوع اجراء تسلم.

وليس الأمر على هذا النحو عندما يكون مكتسب الملكية فرداً عادياً: يعتبر عيبا خفياً بالنسبة إليه العيب الذي يتمكن تقني وحده من اكتشافه،[1]. ويقبل القضاة بسهولة أن يكون غير المهني «ضعيف التيقظ»[2]، حتى جاهلاً تماماً[3]، ولا يبدون تشدداً تجاهه إلاّ في ما يستطيع اكتشافه بسهولة[4].

وعليه إذا كان مكتسب الملكية مجرداً من الكفاءة التقنية يكون العيب خفياً ما دام لا يظهر لانسان مهتم بمصالحه بشكل طبيعي[5].

وإذا كان بعض الاحكام يعتمد فكرة وجوب مساعدة الفرد من قبل شخص كفء إذا رأى أن معارفه غير كافية[6]، ولا يبدو أن محكمة النقض بتت هذا الاتجاه[7] ويكون هذا

= الشراء للمقاضاة في أقرب مهلة ممكنة؛ بحكم غ ت ن، 5 شباط 1962، ن م، III، رقم 74، شاحنات مستعملة، ادعاء جرى تقديمه بعد اربعة عشر يوماً من التسلم وسبعة اشهر بعد تقرير الخبير، تأخير؛ انظر ايضاً حكم غ ت ن، 17 شباط 1976، م إ د، 1976، II، 18482، تعليق Malinvaud، محور رافعة اشارة الاتجاه في شاحنة، حادث عند التفريغ، قطعة مشوبة بعيب، اكتساب الملكية لدى بائع بالمفرق حيث أن الصنع لم يكن مضمونا، ضرورة أن يقوم الشاري بتجارب، خطأ، طلب الضمان مردود: كانت القطعة مستعملة وقد قدمها البائع بالمفرق بأنها جديدة.

(1) انظر حكم غ ع، 15 تشرين الثاني 1927، م ق ع، 1928، 1، 80، سيارة مستعملة؛ حكم غ م أ ن، 8 حزيران 1959، ن م، I، رقم 287، باخرة، قصور في إحكام السد.

(2) انظر حكم غ م أ ن، 29 شباط 1960، ن م، I، رقم 134، سيارة، عيب مموّه؛ قارن بحكم غ ع، 15 تشرين الثاني 1927، س، 1928، 1، 53، سيارة مستعملة، استهلاك كبير للمَدْرَجات (roulements).

(3) انظر حكم محكمة استئناف Douai، 17 شباط 1955، د، 1956، تلفاز، تجربة، صورة واضحة فقط عند تقليص البعد.

(4) انظر حكم غ م ث ن، 6 شباط 1964، ن م، II، رقم 121، مركبة مستعملة، حادث سببه استهلاك غير طبيعي للعجلات.

(5) انظر حكم غ ت ن، 11 أيار 1965، ن م، III، رقم 306، زورق بمحرك غير صالح للملاحية البحرية.
غير أن مكتسب الملكية لا يعامل مع ذلك، احياناً، بقساوة: عيب إحكام السد، في شراء سفينة نزهة يعود إلى احد الافراد وإنما قام ببيعها وسيط شركة متخصصة، في ما يتعلق بجناح المحرك، أدى إلى غرق السفينة في أول خروج لها وقد تم اعتباره عيباً «بديهياً بصورة خاصة»؛ حكم غ م أ ن، 7 كانون الثاني 1982، ن م، I، رقم 8.

(6) انظر حكم محكمة استئناف بوردو، 11 كانون الاول 1928، د د، 1929، 2، 81، عقار، وجود أرضة (دودة الخشب)؛ حكم المحكمة المدنية في سين، 21 كانون الاول 1956، د، 1957، 47، سيارة مستعملة؛ حكم محكمة استئناف روان، 25 شباط 1959، د، 1959، الموجز، 74، شاحنة مستعملة.

(7) انظر حكم غ م أ ن، 8 حزيران 1959، ن م، 1، رقم 287، الذي تجنب القيام بذلك باعلان أن الوسيلة جديدة وممزوجة بالواقع والقانون.

الحل، علاوة على ذلك، غير مسوّغ، إذ أنه يفرض فقط على مكتسب الملكية القيام بتحققات سريعة اعتيادياً.

يضاف إلى ذلك أن ما تقدم، في حالة كون البيع قد تم بمساعدة خبير ولم يظهر العيب مع ذلك، أو أيضاً إذا لم يظهر حتما في حضور اخصائي، لا يمكن إلاّ أن يعزز وجهة نظر مكتسب الملكية[1].

11330 ـ مكتسب الملكية المهني. كون مكتسب الملكية له صفة المهني تأخذه المحاكم في الحسبان أكثر فأكثر لتحديد ما إذا كان العيب يمكن اعتباره ظاهراً أو خفياً[2]. والأمر على هذا النحو بصورة خاصة في نطاق العلاقات بين التجار.

ومن المقبول، بين تاجرين، أن تستدعي كفاءة مكتسب الملكية على الأقل، أن يكون قد قام بالتحققات البدائية التي تتيح صفته انتظارها منه[3]، إلاّ أن تكون السلعة قد وصلت إليه عن طريق مورّده العادي الذي كان دائماً راضياً عنه[4]. وجهله يكون، بصورة عامة غير معذور[5].

حتى أن كفاءة مكتسب الملكية تكون احياناً عنصراً يقود القضاة إلى الاستخلاص، بصورة مباشرة أكثر، أن العيب لا يمكن أن يكون خافياً عن نظره[6]. ويبدو أن محكمة

---

(1) انظر حكم غ ع، 15 تشرين الثاني 1927، م إ د، 1928، 126، منشورات ، 1928، 1، 52، سيارة؛ قارن بحكم غ ت ن، 20 نيسان 1970، ن م، ، رقم 125، سفينة.

(2) في حين ان الأمر ليس على هذا النحو إلاّ نادراً بالنسبة إلى البائع المهني الملزم دائماً بمعرفة عيوب الشيء، سواء أكان ذلك في صدد إعطاء أي عطل وضرر، أو في حال وجود بند اللامسؤولية؛ انظر أيضاً، حول الصفة المهنية للبائع، J.Ghestin, Conformité et garanties، رقم 16 وما يليه.
وعند التعامل بين مكتسب ملكية مهني وبائع غير مهني، هناك نوع من قرينة معرفة العيب تقع عليه: هكذا جرى الحكم بأن اصحاب المرائب، كاصحاب مهنة، بامكانهم بسهولة اكتشاف عيوب جرّارة باعها من احدا لمزارعين أو كان عليهم اكتشاف ذلك، حكم الغرفة المدنية الاولى، 18 كانون الاول1962، د، 1963، 114؛ حكم غ ت ن، 5 تشرين الاول 1965، د، 1965، 831، شاحنة مستعملة يبدو أن احد الافراد باعها من سائقين مهنيين.

(3) حكم غ ت ن، 17 كانون الاول 1964، ن م، III، رقم 521، شاحنة مستعملة، حمل مفيد، ناقل اكتسب الملكية؛ حكم محكمة استئناف باريس، 11 كانون الاول 1975، م إ د، 1977، II، 1853؛ تعليق Ph. Malinvaud، مضخات معدة للاندماج في ممجموعات توليد الكهرباء؛ مكتسب الملكية جامع منتجات متقنة كان عليه «التحقق من مجرد تفكيك موصوف تماما أوصى به صانع الوصلات في تعليماته من أن هذه الوصلات مركبة بصورة جيدة».

(4) انظر حكم غ م أ ن، 23 شباط 1982، ن م، I، رقم 88، جرابات صغيرة من العفص، لم يقم مكتسب الملكية بالتحققات حتى البدائية.

(5) انظر حكم غ ت ن، 4 كانون الاول 1950، ن م، II، رقم 365، خيوط من الڤيسكوز لصناعة الستائر، استعمال بطريقة مشوبة بالعيب، امكانية الاستعلام.

(6) انظر حكم غ ت ن، 14 كانون الثاني 1969، م إ د، 1970، II، 16167، تعليق Prieur، بقرة مصابة بالالتهاب الشعبي المزمن باعها مزارع من تاجر حيوانات، جرى اعتبار العيب ظاهراً بسبب مهنة مكتسب =

النقض تفرض، في هذه المناسبة، على القضاة التحقق بصورة ملموسة، عندما يكون مكتسب الملكية مهنياً، مما إذا كان من الممكن أن يكون على علم بالعيب وأن يسوّغ مسلكه حول هذه النقطة[1].

بيد أن القساوة البادية في هذا الحقل تجاه مكتسب الملكية المهني لها حدودها. فمحكمة النقض نقضت الاحكام التي تعترف للعيب بطابع ظاهر على الاساس الوحيد لصفة مكتسب الملكية المهني، بدون البحث عما إذا كان مكتسب الملكية هذا، في آونة البيع، قد تمكن من معرفة وجود العيب[2].

ولا مجال، حتى بالنسبة إلى الشاري الذي هو نفسه بائع مهني لمعدات اختصاصية، كالأجهزة الزراعية أو الصناعية، للافتراض أن عيوب الشيء ليست خفية وانكار حقه في الضمان، أو تقاسم المسؤولية مع مورّده: يجب التحقق من أن العيوب يتعذر كشفها عند البيع[3].

= الملكية؛ حكم غ ت ن، 4 تشرين الثاني 1982، ن م، IV، رقم 336، مصنوعات معدنية، عيب في التصميم، مراجعة المقاول الذي وضعها على عاتق المورّد، عيوب لا يمكن إلاّ ان تظهر للمهني في صنع الاقفال، مؤسسة متخصصة في صناعة المنتجات المعدنية واستخدامها؛ قارن بحكم غ ت ن، 15 شباط 1982، ن م، IV، رقم 59، ثمار مبقعة، مكتسب الملكية المهني تحقق من ذلك بواسطة وكيله وقبل مخاطرة تفاقم سريع لهذا العيب؛ قارن بحكم غ ت ف، 21 شباط 1966، ف م، III، رقم 109، ارضية خشبية وغراء لتثبيتها، عيب في الغراء يستحيل اكتشافه فوراً وبالتالي خفي بالنسبة إلى الشاري المهني، وإلى المقاول في هذه الحالة.

(1) انظر حكم غ ت ن، 26 شباط 1979، ن م، IV، رقم 82، مؤسسة تجارية للعطورات، بضاعة مخزونة تحوي اصنافاً قديمة ومشوبة بالعيب، نقض الحكم الذي قبل الدعوى «بدون البحث عما إذا كانت الصفة الجمالية للشاري من شأنها ان تتيح له التثبيت» من العيب؛ حكم غ ع، 18 تشرين الثاني 1981، م ف ع، 1982، 1، بانوراما، 168، فاصولياء، نقض؛ حكم غ ت ن، 16 كانون الاول 1981، ن م، ، رقم 448، معدات اشغال عامة، مكتسب الملكية تاجر في هذه الاجهزة، نقض.

(2) انظر حكم غ م أ ن، 7 شباط 1973، م إ د، 1975، II، 17918، تعليق J.Ghestin، قرميد متصدع من الجليد، رجوع المقاول على الصانع، بند حاصر للضمان، طابع عيب الشيء غير خفي حسب قضاة الاساس بالنسبة إلى من يتخذ الشراء مهنة، نقض؛ حكم غ ت ن، 25 أيار 1982، ن م، IV، رقم 201، جرّارة شحانة مستعملة، بائع وسيط اقام دعوى الضمان بعد الادانة تجاه مكتسب الملكية النهائي ويبدو أنه بائع مهني، نقض؛ حكم غ م أ ن، 23 شباط 1983، ن م، I، رقم 77؛ مساميّة القرميد، ضرر اصاب المقاول المدان باعادة صنع الغماء (مجموع ما يقف به البيت)، نقض الحكم الذي رد مراجعته ضد المورّد لأنه كان عليه واجب تقدير نوعية المنتج والتحقق من خصائصه؛ حكم غ ت ن، 15 كانون الثاني 1985، ن م، IV، رقم 25، جرّارة مع مقطورة وصندوق قلاّب انقلبت عند التفريغ، مكتسب الملكية البائع بالمفرق مهني في بيع الاجهزة الصناعية كان عليه التعويض على الشاري النهائي، مراجعة للضمان ضد البائع السابق مقبولة في قسم منها فقط من قضاة الاساس ما دام ان مكتسب الملكية كان مهنياً له كفاءته، نقض لعدم البحث عما إذا كان هذا الاخير بامكانه كشف العيب عند البيع؛ انظر J.Ghestin, Conformité et garanties، رقم 16.

(3) انظر حكم غ ت ن، 25 أيار 1982، ن م، IV، رقم 201، المذكور آنفاً جرّارة شحانة مستعملة، بائع وسيط خسر دعواه في الاستئناف، نقض؛ حكم غ ت ن، 15 كانون الثاني 1985، ن م، IV، رقم 25، المذكور سابقاً، جرّارة مع مقطورة وصندوق قلاب، تقاسم المسؤولية في الاستئناف بين البائع الوسيط وبائعه المستدعى إلى الاستئناف، نقض.

وليس من المشكوك فيه، داخل شبكة توزيع تؤمن العلاقة بين الصانع والبائعين بالمفرق، أن على الصانع الضمان تجاه البائعين بالمفرق مع أنهم مهنيون في البيع[1].

إن صفة الشاري المهنية، في أي حال، مع ضررها، ترفع عنه تارة عندما يزاول نشاط بيع السلع المعنية (فرضية الشاري البائع بالمفرق)[2]، وطوراً عندما يستخدم الشيء في ممارسة مهنته أو يستعمله لتحقيق عمل مستقل كمقاول (فرضية الشاري المستعمل)[3]، مما هو مفهوم أوسع من المفهوم المعتمد لإعلان البائع المهني ملزماً بمعرفة العيب. والنتائج المستخرجة من هذه الصفة، في ما يتعلق بالشاري، هي بصورة أكثر تردداً مما هي في ما يتعلق بالبائع، وقلّما تكون لها مناسبة القيام بدور في فرضية استخدام الشيء في مهنته بدلاً من الفرضية التي يبدو فيها كبائع بالمفرق[4]. وتبقى، في النهاية، حلول كهذه نادرة.

والاحكام المتعلقة بمكتسب الملكية المهني، إذا ما قورنت بالاجتهاد المتعلق بالبائع المهني التي تشكل مجموعة متينة ومتماسكة، تبقى عرضية وصعبة التفسير.

11331 ـ العيب غير القابل للاكتشاف. لا يمكن وصف العيوب بأنها ظاهرة إلاّ التي تتيح تحريات استثنائية كشفها، وذلك حد يتعذر اجتيازه حتى ولو كان مكتسب الملكية مهنياً. يتعلق الأمر إذاً بعيب غير قابل للاكتشاف.

والأمر على هذا النحو بالنسبة إلى آلة لا يمكن أن تظهر عيوبها إلاّ بعد تفكيك القطع[5]، وبالنسبة إلى الذرة الصفراء التي لا تتيح كشف عيوبها إلاّ خبرة متخصصة[6]، وإلى ما يتعلق بمفرّغ آلي لم يظهر عيبه إلاّ بعد نشره وبالتالي اتلافه[7] أو منتج تنظيف كان

---

(1) انظر كمثال حكم غ ت ن، 27 تشرين الاول 1970، م إ د، 1971، II، 16655، تعليق .P.L، قطّاعة، وسيط تجاري بامكانه الحصول على تعويض بعد مراجعة مكتسب الملكية مع أنه يبدو، في علاقاته معه كاخصائي، تفترض فيه معرفة العيب.

(2) انظر حكم غ م ت ن، 18 كانون الاول 1962، المذكور آنفاً، صاحب مرآب؛ حكم غ ت ن، 19 كانون الثاني 1969، المذكور سابقاً، تاجر حيوانات؛ حكم غ ت ن، 16 كانون الاول 1981، المذكور آنفاً، تاجر في لوازم الاشغال العامة؛ قارن بحكم الغرفة التجارية، 8 كانون الاول 1980، المذكور آنفاً، صانع.

(3) انظر حكم غ ت ن، 17 كانون الاول 1964 المذكور سابقاً، ناقل؛ حكم غ ت ن، 5 تشرين الاول 196، المذكور آنفاً، سائقون مهنيون؛ حكم غ ت ن، 4 تشرين الثاني 1982، المذكور سابقاً، مقاول في الاقفال.

(4) انظر حكم غ م ت ن، 18 تشرين الثاني 1981، المذكور آنفاً، حيث جرى وصف البائع بالمفرق، بالنسبة إلى مورّده، كمكتسب ملكية بانه «مهني من الاختصاص عينه».

(5) انظر حكم غ ت ن، 20 نيسان 1970، ن م، IV، رقم 125، سفينة.

(6) انظر حكم غ ت ن، 3 حزيران 1981، ن م، IV، رقم 263.

(7) انظر حكم غ ت ن، 15 تشرين الثاني 1983، ن م، IV، رقم 311.

ينبغي اخضاعه للمختبر[1]. ويقبل ذلك أيضاً بالنسبة إلى عيوب كان من المستحيل اكتشافها فوراً[2] أو إلى التي لا يمكن أن تظهر إلاّ عند الاستعمال[3].

والحل نفسه معتمد عندما تسلم البضاعة في صناديق وليس من العادات اللجوء إلى فتحها، على سبيل المثال إذا كان مكتسب الملكية بائعاً بالمفرق، أو إذا كانت شروط الشراء تجعل هذا التحقق يتعذر القيام به[4].

11332 ـ تسلم الشيء. اخيراً، عندما يكون الطابع الظاهر أو الخفي منازعاً فيه غالباً ما يتم التمسك بتسلم مكتسب الملكية الشيء: في هذه المناسبة كان بامكان مكتسب الملكية أن يتأكد بنفسه من وجود العيوب، حتى الخفية، بفضل التحققات التي كان عليه القيام بها، أو كان، بقبول الشيء، قد تنازل عن التمسك بالضمان لاحقاً. وفي هذا الاتجاه يسعى البائع إلى التمسك، احياناً، بتسليم يجري بدون تحفظ.

على أن الحل الذي يعتمده الاجتهاد هو أن تسلم الشيء لا يؤدي، مبدئياً، إلى العدول عن الضمان في مادة البيع كما في اجارة العمل المستقل[5].

والسبب بسيط: إذا كان العيب قد بقي خفياً، رغماً عن التحققات التي يستوجبها التسلم فان الرضا المعطى في العدول هو مفاجيء بسبب الغلط ومجرد من أي مفعول. وتؤول المسألة إذاً في هذا الوضع إلى معرفة ما إذا كان العيب يمكن اعتباره خفياً مع وجود التحققات التي كان يمكن أن تكون قد حصلت.

بيد أن توقع التسلم، في بعض الحالات، بين الفريقين يمكن أن يدعو إلى التفكير

---

(1) انظر حكم غ ت ن، 30 تشرين الثاني 1982، ن م، IV، رقم 391؛ قارن، في ما يتعلق ببند عدم الضمان المستبعد تطبيقه، حتى بالنسبة إلى مكتسب ملكية مهني له اختصاص مشابه لاختصاص البائع انطلاقاً من الآونة التي يكون فيها العيب يتعذر كشفه: بحكم غ م ث ا ن، 30 تشرين الاول 1978، م إ د، II، 19178، تعليق J.Ghestin، م ف ق م، 1979، 399، ملاحظة G. Cornu، عقار، بائع مهني، اكتساب الملكية عن طريق مهني في العلميات العقارية، عيب لا يمكن ان يكتشفه إلاّ سبر غور في الخرسانة، بند عدم الضمان عديم التأشير؛ انظر J.Ghestin, Conformité et garanties، رقم 17.

(2) انظر حكم غ ت ن، 21 شباط 1966، ن م، III، رقم 109، ارضية خشبية وغراء لتثبيتها، الغراء كان يتسحيل اكتشاف لأنه لا يؤمن التصاق الخشب بصورة مستمرة.

(3) انظر حكم غ ت ن، 22 حزيران 1967، ن م، III، رقم 261، حصّادة دراسة «مجددة»، اعطال، أو حوادث مستمرة.

(4) انظر حكم محكمة استئناف ليون، 10 شباط 1857، د، 1858، 2، 20، عنب مجفف؛ حكم غ ت ن، 25 شباط، 1952، النشرة المدنية، III، رقم 94، سمك تؤمن له الحفظ معالجة خاصة، طابع خفي للعيب تجاه مكتسب الملكية البائع بالمفرق: «لم تتح الصناديق المسمرة موضوع التسلم إلاّ للبائعين بالمفرق التأكد بانفسهم من الحالة السيئة» للبضاعة.

(5) انظر حكم غ ت ن، 4 كانون الثاني 1958، م إ د، 1958، II، 10808، تعليق Starck، خشب غير صالح للاستعمال.

في أن الشاري كان ملزماً ببذل عناية خاصة. ويربط القضاة احياناً بالتسلم بدون تحفظ مفعول الاعفاء من المسؤولية أو الضمان بالنسبة إلى البائع مع أن للشيء عيباً خفياً[1].

ومن الممكن أيضاً أن يضع العقد على عاتق مكتسب الملكية عبء العناية بالقيام بالرقابة الضرورية لتقدير مطابقة الطلبية أو التحري عن العيوب. أن بنداً كهذا، يتفق عليه المهنيون في نطاق المقاولة من الباطن الصناعية على وجه الخصوص، يقتضي الاعتراف بصحته[2].

11333 ـ β) استبعاد العيب المعروف من مكتسب الملكية. يجب ألاّ يكون العيب معروفاً من مكتسب الملكية لكي يكون البائع مسؤولاً عنه: يكون مكتسب الملكية قد قبل الشيء مع علمه بالعيب ولا يسعه أن يطمح إلى الضمان. والعيب المعروف من مكتسب الملكية هو العيب الذي استطاع الاقتناع به بعلامات مختلفة أو الذي كشفه له شريكه في التعاقد.

والبائع، على وجه الخصوص، ليس مسؤولاً عن العيوب التي اعلم الشاري بها[3] أو عن التي «اقتنع الشاري بها»[4]. يضاف إلى ذلك أن الوضع يجعل الشاري، احياناً، ممتلكاً معلومات حصل عليها بدون وسيط حول الشيء: المهندس المعماري الذي يضع التصاميم ويدير اشغال بناء العقار الذي يصبح مالكه بعد ذلك[5].

ومعرفة مكتسب الملكية بالعيب يمكن استنتاجها من أي ظروف واقعية: علاقات عقدية سابقة بالبائع[6]، معلومات يمكن أن يمتلكها الشاري[7]، ثمن زهيد إلى حد ما أو غير متوافق مع النوعية المطلوبة[8]... غير أن البضاعة، حتى ولو كان الثمن المدفوع غير

---

(1) انظر حكم غ ت ن، 12 شباط 1980، ن م، IV، رقم 80، Dalloz، 1981، 278، تعليق Aubertin، خشب غير صالح للاستعمال لصنع الاثاث، عدم المطابقة متمسك به، تسلم وكيل مكتسب الملكية بدون تحفظ، قضاة الاساس فسخوا العقد، نقض.

(2) انظر في هذا الاتجاه حكم محكمة استئناف باريس، 18 شباط 1977، م إ د، 1977، II، 18675، تعليق Malinvaud، م ف ق ت، 1977، 194، تعليق Levy، قارن بحكم غ ت ن، 17 تشرين الاول 1977، ن م، IV، رقم 233، م ق ع، 1978، 221 تعليق Plancqueel.

(3) انظر حكم غ م أ ن، 8 كانون الثاني 1991، العقود والمنافسة والاستهلاك، 1991، رقم 49، ملاحظة L. Leveneur، عقار، أرضة (دودة خشب) مذكورة في عقد البيع.

(4) انظر حكم غ م ت ا ن، 3 تشرين الاول 1969، ن م، III، رقم 624 عقار.

(5) انظر حكم غ م ت ا ن، 3 تشرين الاول 1969، ن م، III، رقم م، III، رقم 624، المذكور آنفا.

(6) انظر حكم غ ع، 26 نيسان 1906، س، 1906، 1، 180، خمر مجصص، علاقات سابقة بالبائع في الظروف نفسها.

(7) انظر حكم غ م أ ن، 13 تشرين الثاني 1961، I، رقم 561، بقرة، ردة فعل ايجابية على لقاح السل معروفة من مكتب الملكية، طابع جزافي للعقد.

(8) انظر حكم محكمة التجارة في سين، 16 حزيران 1933، م ق ع، 1933، 2، 570، خشب لا يمكن ان يعتبر شكيراً صافياً (الشكير هو الخشب الطري بين اللحاء والخشب الصلب في ساق النبات)؛ حكم غ م أ ن، 13 أيار 1981، ن م، I، رقم 165، مركبة.

متوافق مع فئة معينة للبضاعة التي ليست الأفضل، يجب ألاّ تكون أقل سلامة واستقامة ولا يفترض أن يكون مكتسب الملكية عرف ذلك أو قبل العيوب جميعاً[1].

وغالباً ما ينتج كون العيب معروفاً من مكتسب الملكية عن الإعلام الذي يقدمه البائع نفسه في هذا الشأن، حتى عن تحذير يوجه إلى الشريك في التعاقد في صدد عيب خاص في الشيء: هكذا الأمر بالنسبة إلى المازوت المتأتي من تفريغ مصفاة والمباع بثمن متوافق مع نوعيته مع البيان الصحيح لمكوّناته[2]. إن البيان يعفى من المسؤولية.

ولا يمكن مماثلة هذه الحيطة التي اتخذها البائع ببند الاعفاء من الضمان، وإعلانها خاضعة لاسباب عدم فعالية هذه الحيطة عينها عندما يكون البائع مهنياً. والتفريق سهل القيام به. ومعرفة العيب عقب الإعلام المعطى حاصلة ما دام أن العيوب المبينة مفردة بوضوح، ولم يتم التمسك بها بتعابير غامضة وعامة، ومكتسب الملكية بمقدوره الحكم على اتساعها كما النتائج[3].

ويقع على البائع أن يثبت أن شريكه في التعاقد كان يعرف حالة الشيء أو عمله السيّء. وما دام أن العيب يمكن، بداهة، اعتباره عيباً خفياً، فتنتج عن ذلك قرينة لصالح مكتسب الملكية: يعتبر هذا المكتسب جاهلا ذلك إلاّ أن يثبت أنه جرى تنبيهه إليه وفقاً للاصول[4].

11334 ـ د) اسبقية العيب. يجب أن يكون العيب، لكي يغطيه الضمان، سابقاً للبيع[5]. وتبين ذلك قراءة احكام الاجتهاد، وإحدى العقبات الكبرى التي يصطدم بها

---

(1) انظر حكم غ ت ن، 5 أيار 1965، ن م، III، رقم 291، عارضات إستناد من الخشب لا تحوي سوى 20% من الخشب غير الخاضع لعلاج قاتل للحشرات.

(2) انظر حكم غ ت ن، 29 تشرين الثاني 1977، ن م، IV، رقم 284، نقض الحكم الذي ادان المورّد: مع ان مكتسب الملكية كان مهنياً في المنتجات النفطية؛ حكم غ م أ ن، 3 آذار 1971؛ السن م، I، رقم 68، اكياس للاسمدة حوت في السابق مبيداً للاعشاب الرديئة، جرى تحذير مكتسب الملكية.

(3) انظر في هذا الاتجاه Ghestin, Conformité et garanties، رقم 14.

(4) حكم غ ت ن، 19 شباط 1973، Desprats ضد Fichet، غير منشور، جلود خراف.

(5) او، في اغلب الاحيان، سابقاً لنقل الملكية، انظر في الاستناد إلى نقل الملكية مثلا حكم غ ت ن، 9 شباط 1965، ن م، III، رقم 103، قرميد متجمد من الجليد؛ الاستناد إلى البيع، مثلا، حكم محكمة استئناف باريس 9 أيار 1964، م ق ع، 1964، 2، 126، حصص في شركة موضوعها استثمار مؤسسة تجارية اسرائيلية، بطلان بيع هذه المؤسسة المعلن بحكم لاحق للتفرغ عن الحصص؛ حكم غ ت ن، 18 كانون الثاني 1984، ن م، IV، رقم 26، حوض للمنتجات النفطية، تشقق؛ وفي الاستناد إلى التسلم مثلا حكم غ ت ن، 10 كانون الاول 1973، 1974، اعلامات سريعة، 64، مركّز من البندورة، تخزين؛ حكم غ ت ن، 8 تموز 1981، ن م، IV، رقم 316، لوازم اشياء معينة بالنوع، يفرض فقط ان يكون العيب قد سبق وجوده قبل التسلم الذي يحدد الآونة التي تم التفريد فيها، انظر حكم محكمة استئناف اورليان، 11 آب 1881، د د، 1881، 2، 38، خشب مباع حسب القياس، وقد تجلد خلال فصل الشتاء، تلف حصل قبل العد والقياس، تخفيض الثمن.

مكتسب الملكية هي واجب اثبات أن العيب المتحقق منه كان موجوداً منذ الاساس[1].

ومع إن الشرط غير وارد صراحة في المادة 1641 وما يليها فهو مسوّغ بسهولة. إذا كان العيب لاحقاً للبيع فان العقد يتناول شيئاً في حالة جيدة ولا يمكن أن ينازع البائع فيه. فالشيء، اعتباراً من نقل الملكية، تنتقل مسؤوليته إلى مكتسب الملكية، وحدوث عيب يظهر كحدث فجائي يقع عليه[2].

11335 ـ الذِمامة. يقدر قضاة الاساس بسيادة ما إذا كان العيب موجوداً قبل البيع[3]، بيد أن عليهم بيان الظروف التي تثبت هذه الاسبقية[4]. وتراقب محكمة النقض عدم استنادهم إلى أسباب تسويغ تشكيكية أو على وقائع لا تبين، يقينياً، وجود عيب اصلي[5].

وغالباً ما يبني القضاة احكامهم على دلائل مختلفة مستخرجة من الظروف التي جرى استعمال الشيء فيها[6]. وبامكانهم قبول الوجود السابق للعيب بالأخذ في الحسبان مثلاً مهلة الحياة الوسطية للمعدات لكي يستبعدوا أن يكون قصور الشيء عائداً إلى

---

(1) اقترحت لجنة اصلاح قانون الاستهلاك، لصالح الشاري غير المهني، حلولاً حازمة جداً؛ انظر J.Calais-Auloy, Propositions pour un nouveau droit de la consommation، تقرير لجنة اصلاح قانون الاستهلاك، 1985، صفحة 65 وما يليها: في ما يتعلق بالحق في الارضاء المنتظر من الشيء المقدم، وقد تم اعتبار ذلك مسألة «مطابقة»، يستفيد المستهلك، في حالة سوء العمل أو النوعية البادِيين كعيب، من مهلة سنتين يقع خلالهما على المهني ان يبرهن على ان تقديمه لا يحوي عيبا (التقرير المذكور آنفاً)؛ ثمة امكانية في أن تكون هذه المهلة مهلة الضمان العقدي الذي يقترحه المورّد؛ وفي ما يختص بأمن الاشخاص، حسبما يكون المستهلك مهنياً أم لا، ثمة قلب مماثل لعبء الاثبات قد منح، فالمنتج المسؤول عن التعويض عن الضرر الذي يسببه الشيء يجب أن يثبت، لكي يبرىء نفسه، أن المال لم يكن مشوباً بالعيب عند وضعه في السوق، وتبقى مسؤوليته قائمة، مدة عشر سنوات اعتباراً من هذا التاريخ (التقرير المذكور سابقاً).
وقد قلب توجيه المجموعات الاوروبية هو ايضاً، في 25 تموز 1985، حول مسؤولية المنتجات المشوبة بالعيب، في هذا الصدد، عبء الاثبات لصالح ضحية الضرر الذي سببه عيب الشيء: على المنتج للتحرر من مسؤوليته، أن يثبت أن هذا الشيء لم يكن يشكو في الاساس من عيب كهذا، انظر حول النص الرقم 11424 اللاحق وما يليه.

(2) إذا ادخل البائع في العقد بند الاحتفاظ بالملكية فمن الحكمة أن يحدد بدقة في الوقت عينه أن نقل المخاطر يتم مع ذلك فوراً، انظر م ف ق م، 1984، 515، ملاحظة J. Huet على حكم غ ت ن، 19 تشرين الاول 1982، ن م، IV، رقم 321.

(3) انظر حكم غ ت ن، 27 تشرين الثاني 1973، ن م، IV، رقم 345، مخفض السرعة في سفينة.

(4) انظر حكم غ م أ ن، 12 كانون الثاني 1977، ن م، I، رقم 28، صفائح حديدية عليها بقع من الصدأ نتجت إمّا في المستودع وإمّا خلال النقل الجاري لحساب البائع، نقض.

(5) حكم غ ت ن، 30 تشرين الثاني 1983، ن م، IV، رقم 322، قوة غير كافية لمحرك معدات ثقب، خسارة مطرقة ثم أخرى، تحقق من الخسارة الثانية.

(6) انظر حكم غ م ث ن، 30 تشرين الثاني 1988، ن م، III، رقم 240، م ف ق م، 1989، 323، ملاحظة P.Jourdain، انفجار تلفاز، اضرار مادية، مسؤولية الصانع والبائع بالمفرق، عيب في الشيء، منتج خرج من أيدي الصانع قبل سبع سنوات، اسبقية العيب مستنتجة من عدم تصليح الشيء ومن أنه كان دائماً يعمل بشكل طبيعي.

الاستهلاك أو إلى سبب خارجي[1].

ولمراعاة تطلب الاسبقية يكفي أن يكون العيب مجرد جرثوم في آونة البيع[2]، مع أنه من المناسب أن لا يكون مكتسب الملكية قد رأى العلامات المعلنة إذ يتعلق الأمر عندئذ بعيب ظاهر[3].

وثمة عيوب يبرز في شأنها القليل من الصعوبات ما دام أنها، بطبيعتها اصلية: عيب التصميم[4] وفي الغالب عيب الصنع. وكون الشيء قد تم اكتساب ملكيته في وقت قليل قبل اكتشاف العيب غالباً ما يقود القضاة إلى تقدير أن هذا العيب موجود قبل العقد[5].

بيد أنه ثمة بعض انواع العيوب يخشى في صددها طرح المسألة في أكثر الاحيان، لأن هذه الانواع قد تحدث في أي آونة كانت: الحالة السيئة والتلف وسوء العمل...

على أن مسؤولية البائع، حتى في حالة كهذه، إذا كان يتعذر الأخذ بها على صعيد الضمان، يمكن أن تكون قائمة على اساس الخطإ الذي قد يكون قد ارتكبه: مثال ذلك، وضع الشيء في عهدة ناقل مهمل، أو تأمين تركيب جهاز محلياً بواسطة شريك في التعاقد غير أهل لذلك.

11336 ـ عدم الأسبقية. قد تتمثل صعوبة اثبات اسبقية العيب في غياب ظاهرة لاحقة للبيع مما يخلق عدم اليقين: سوء عمل الشيء، بصورة خاصة، ظاهرة من الصعب

---

(1) انظر حكم غ ت ن، 27 تشرين الثاني 1973، ن م، IV، رقم 345، مخفض سرعة محرك سفينة، قصور منشؤه سابق للبيع.

(2) انظر حكم غ ع، 15 شباط 1897، د د، 1، 247، جرثوم تعفن في البطاطا؛ حكم غ ع، 8 آذار 1892، د د، 1892، 1، 204، قمح مسوّس؛ حكم غ ع 26 كانون الأول 1906، د د، 1907، 1، 129، خشب، وجود حشرات، عدوى في ورشة البائع؛ حكم غ ت ن، 9 شباط 1965، ن م، III، رقم 103، قرميد متجمد من الجليد؛ حكم غ م أ ن، 16 حزيران 1966، قطعة أرض لا يحق البناء فيها، انذار موجه إلى البائع يبين له وقتية الرخصة قبل البيع؛ حكم غ م ث ا ن، 27 نيسان 1977، ن م، III، رقم 184، عدم الحق في البناء، رفض الرخصة مبني على نص سابقا للبيع؛ حكم محكمة استئناف باريس، 22 تشرين الثاني 1883، د د 1885، 2، 22؛ سندات معترض عليها بعد نقلها، وهذا الاعتراض لبس سوى ظهور العيب الموجود سابقاً؛ حكم محكمة استئناف أنجيه، 30 تشرين الاول 1951، د، 1852، 60، لحوم «محمومة» مصادرة لأنها غير صالحة للاستهلاك، عاقبة جرح مصاب به الحيوان قبل البيع.

(3) انظر حكم غ ت ن، 15 شباط 1982، ن م، IV، رقم 59، كمية من الليمون اليوسفي.

(4) انظر بالنسبة إلى المعدات حكم الغرفة غ م ث ا ن، 2 تشرين الاول 1979، غير المنشور في الجريدة الرسمية، د، 1980، إ س، 224، ملاحظة Ch. Larroumet، عدم الشفافية مقبول رغماً عن تحولات لاحقة للشيء؛ بالنسبة إلى المعدات انظر حكم غ ت ن، 25 شباط 1966، ن م، III، رقم 51، سفينة، حاملة مروحة، عدم إحكام السد، عيب مقبول رغماً عن التصليحات التي قام بها مكتسب الملكية.

(5) انظر كمثال حكم غ م أ ن، 21 تشرين الثاني 1978، د، 1979، إ س، 348، ملاحظة Ch.Larroumet، زجاجة من شراب الثمار، انفجار في شهر الشراء؛ حكم غ م أ ن، 28 تشرين الثاني 1979، د، 1980، إ س، 566، ملاحظة Ch. Larroumet، د، 1985، 485، تعليق J. Huet، انفجار تلفاز، حادث حصل بعد سبعة اشهر من اكتساب الملكية.

احياناً القول اعتباراً من أي تاريخ بدت وكيف تجلّت[1]. ويخسر مكتسب الملكية دعواه ضد البائع في حال عدم امكانية اثبات اسبقية العيب، وعلى وجه الخصوص عندما يتدخل عدة اشخاص في الشيء ويتعذر أن يحدد في الزمن منشأ الحالة السيئة أو عدم العمل.

إلاّ أن عدم الأسبقية يعود في أغلب الاحيان إلى احداث مختلفة: معالجة باليد، نقل، تخزين، سوء استعمال، تصليح... وليس من النادر أن يُنسب التلف إلى تركيب المعدات المباعة محلياً[2]، أو إلى تصليحات جرت منذ البيع[3].

إن ما يُخشى منه بالنسبة إلى مكتسب الملكية هو مرحلة نقل الشيء الذي يجب أن يؤمن التسلم. فالمادة 100 من قانون التجارة تنص على أن «السلعة الخارجة من مخازن البائع... التي تنقل، إذا لم تكن هناك اتفاقية مخالفة، هي على مسؤولية من تعود إليه». وذلك ناتج عن نقل الملكية التالي للبيع: يصبح مكتسب الملكية، باعتبار الشيء غدا مفرداً عند تسليمه الناقل على ابعد تقدير، مالكاً هذا الشيء ويتحمل تلفه أو خسارته. وعليه، إذا كان ثمة شك في الآونة التي حصل فيها التلف أو العوارية، وإذا كان ذلك قد يكون حاصلاً خلال النقل أو في مخازن البائع، فإن اسبقية العيب غير مبرهن عليها والخسارة تقع على مكتسب الملكية[4].

ويؤمل، في العلاقات بين مهني واحد الافراد، أو المستهلك، افتراض أن مسؤولية

---

(1) انظر كمثال حكم غ م أ ن، 13 كانون الاول 1965، م إ د، 1966، II، 14643، سوء عمل ميزان حرارة، استحالة اثبات الخلل الاساسي، رد ادعاء المريض الذي دخل المستشفى عن خطإ واشتكى من نتائج علاجه، حكم غ م أ ن، 16 أيار 1984، د، 1985، 485، تعليق J. Huet، غبار منشؤه مجهول أدى إلى تعطيل نظام الكبح؛ انظر الرقم 283 السابق وما يليه حول «سبب» العيب.

(2) انظر حكم غ ت ن، 18 كانون الثاني 1984، ن م، IV، رقم 26، حوض، تشقق، صدمة كان يستحيل تحديدها في المكان وفي الزمان؛ قارن بحكم غ ت ن، 17 آذار 1970، م إ د، 1970، II، 16453، تعليق .P.L، جهاز طرد الغبار لمعالجة انشتار دخان ملّوث من احد المعامل، عدم جدارة الاضطلاع بهذه الوظيفة، مسؤولية مركب الجهاز، عيب غير مثبت.

(3) انظر حكم غ ت ن، 22 كانون الثاني 1968، ن م، IV، رقم 29، د، 1968، الموجز، 65، مركبة مستعملة؛ حكم غ ت ن، 8 تموز 1981، ن م، IV، رقم 316، روافد صغيرة معدنية، عدم الغلونة (الاخضاع لفعل تيار كهربائي)، تصليح الشيء المباع من قبل الشاري بدون اثارة خبرة مسبقة؛ قارن بحكم غ م أ ن، 26 كانون الثاني 1966، ن م، I، رقم 66، جرارة جديدة، تلحيم، تصليح؛ قارن بحكم غ م ث ن، 14 تشرين الثاني 1979، ن م، II، رقم 262؛ في ما يتعلق بتطبيق المادة 1348، الفقرة 1، من القانون المدني، حراسة البنية لا يمكن أن توضع على عاتق الصانع ما دام أن الشيء كان موضوع عدة تصليحات من قبل الموزع، تلفاز، انفجار.

(4) انظر حكم غ ت ن، 22 كانون الثاني 1980، ن م، IV، رقم 38، صناديق من الورق المقوّى لتوضيب الثمار، رائحة تثير القيء عند الوصول، استحالة نسبة ذلك إلى البائع.
لا شك في أن بامكان الفريقين اعتماد احكام خاصة بوضع التلف الذي ينسب إلى الناقل على عاتق البائع، بيد أن البند «خالص حتى المرفأ» ليس له مفعول كهذا ذلك بانه لا يتعلق إلاّ بمصاريف التسلم، انظر حكم الغرفة التجارية، 17 أيار 1983، النشرة المدنية، IV، رقم 146، صفائح حديدية صدئة.

النقل هي على عاتق المهني، طالما أن الفرد أو المستهلك لا يشك عموماً في أنه من المفترض أن يؤمن مخاطر النقل. واختيار الناقل، فضلاً عن ذلك، غالباً ما يقوم به البائع، والناقل هو أفضل من يكون بمقدوره تأمين نفسه ضد خسارات كهذه. وتعلن المحاكم، احياناً، كحظوة للناقل، أن الاشتراط الذي بمقتضاه يتم نقل السلعة على مسؤولية المرسل إليه غير محتج به ضده، لأسباب تسويغ واقعية تعود إلى أنه لم يكن الاشتراط الذي يتم نقل السلعة بموجبه على مسؤولية المرسل إليه[1].

يضاف إلى ذلك، إذا كان تلف الشيء أو خسارته خلال النقل يعود إلى حالة توضيبه من قبل البائع، أن الضرر ينبغي أن يوضع على عاتق البائع[2].

وثمة ظروف أخرى تنسب إلى مكتسب الملكية نفسه ويمكن أن تجعل اسبقية العيب غير أكيدة: حالات حفظ الشيء أو تخزينه[3]، وكيفيات استعماله[4]، وكذلك التحولات أو المعالجات أو الاندماج في مجموعة التي يمكن أن يكون الشيء موضوعها.

11337 ـ هـ) الاثبات الواجب تقديمه. يقع على عاتق مكتسب الملكية، باعتبار أنه تسلم الشيء وموجب التسليم أصبح منفذاً، اثبات أنه غير صالح للاستعمال المنتظر منه: طالب الضمان أو المحتج بدفع عدم تسديد الثمن بتحمل عبء الاثبات[5].

هناك عقبتان يمكن أن تبرزا: وجود العيب المنسوب إلى البائع الذي قد ينازع فيه والعلاقة السببية بين هذا العيب والضرر المتذرع به الذي قد يكون مشكوكا فيه احياناً.

وإثبات العيب المنسوب إلى البائع يستوجب البرهنة على أن الشروط المختلفة المبينة في المادة 1641 من القانون المدني مجتمعة: وجود العيب وخطورته والطابع الخفي والاسبقية بالنسبة إلى البيع: يتم ذلك إمّا انطلاقاً من عناصر يتبين انها مقنعة[6] وإمّا

---

(1) انظر حكم غ م أ ن، 3 أيار 1979، د، 1980، إ س، 262، ملاحظة J.Ghestin، بند وارد على ظهر قسيمة الطلبية المرقعة فقط في الصفحة اليمنى.

(2) انظر على سبيل المثال حكم غ ت ن، 6 آذار 1951، ا ن م، III، رقم 99، سلافة العنب، براميل، انسياب وخسارة عند النقل.

(3) انظر حكم غ ت ن، 10 كانون الاول 1973، د، 1975، 122، تعليق Ghestin، مصنف الاجتهادات الدوري، 1975، II، 17950، تعليق Ph. Malinvaud؛ مزيج مركّز من البندورة، نوعية منازع فيها بعد شهرين من التسلم، شروط تخزين مجهولة.

(4) انظر حكم غ م أ ن، 15 كانون الثاني 1976، ن م، I، رقم 22، شتول عفصية لم تتنبت بعد الشراء.

(5) انظر حكم غ ت ن، 25 تشرين الاول 1961، د، 1962، 290، تعليق Bigot، غذاء لتسمين الخنازير، ادعاء تسديد الثمن، نقض الحكم الذي قلب عبء الاثبات والقى على البائع موجب اثبات شرعية دينه.

(6) انظر حكم الغرفة المدنية، 22 آذار 1853، د د، 1853، 1، 83، قنّب، كمثال بالنسبة إلى حبوب من نوعية رديئة، استحالة النبت المتحقق منها لدى مكتسب الملكية ومزارعين آخرين تتيح استخلاص وجود العيب واستبعاد اسباب اخرى كسوء استعمال الشيء؛ حكم غ م أ ن، 11 آذار 1980، ن م، I، رقم 84، خس؛ قارن بحكم غ ت ن، 30 آذار 1978، قضية Quinoléine، م إ د، 1979، II، 19129، تعليق G.Viney، =

عن طريق خبرة بحضور الخصم[1].

وتصليح مكتسب الملكية الشيء عن طريق شخص آخر غير البائع، بدون أن يطلب في الوقت المناسب تحققات بحضور الخصم، يخشى أن يجعل التحقق من العيب مستحيلاً[2]. بيد أن الصعوبة تزول عندما تكون التصليحات التي جرت بمبادرة من مكتسب الملكية قد تحققت بعد أن يكون البائع قد وافق على ضرورتها[3].

11338 ـ «سبب» العيب. وجود العيب لا يعتبر، مبدئياً، مثبتاً إلاّ أن لا يبقى أي شك في سبب حالة الشيء المشوب بالعيب أو سوء عمله غير المرضي.

والحال أنه يمكن التردد أحياناً حول نقطة معرفة ما إذا كانت الحالات التي استعمل الشيء فيها لم يكن لها دور حاسم في النتائج السيئة الحاصلة، في ما يتعلق، على وجه الخصوص، بالبذار أو الشتول المقدمة إلى مزارعين، أو بمنتجات كيميائية لاستعمالات مختلفة: لا يكون للضمان دور في حال عدم اليقين[4].

= مجلة قصر العدل، 1978، 2، الموجز 293، منتج لمقاومة الطفيليات لمعالجة الكرمة، مضرّة، خسارة قسم من الاخشاب الحاملة التطعيم، إثبات ناتج عن المقارنة بين الشتول المعالجة التي ذبلت والشتول التي لم تعالج ولاقت نجاحاً يفوق المتوسط؛ انظر Ghestin, Conformité et garanties، 1983، رقم 12؛ انظر ايضا كمثال على سوء العمل الدائم لجهاز رغماً عن محاولات المورّد لجعله يعمل، حكم غ م أ ن الاولى، 9 كانون الاول 1975، ن، م، رقم 363، تلفاز؛ حكم محكمة استئناف ڤرساي، الغرفة الثانية عشرة، القسم الثاني، 8 كانون الثاني 1986، غير منشور، ناسخة فوتوغرافية كانت موضوع عدة معالجات من قبل البائع بدون ارضاء الشاري.

(1) انظر، حول ضرورة اللجوء إلى ذلك قبل أي معالجة للشيء عند التحقق من وجود عيب، حكم غ ت ن، 8 تموز 1981، ن م، IV، رقم 318، رافدة صغيرة صلّحها مكتسب الملكية بدون اللجوء إلى خبرة قضائية بحضور الخصم، رد الادعاء بالضمان؛ انظر ايضاً G.Levy, Recherche sur quelques aspects de la garantie des vices cachés dans la vente de véhicules neufs et d'occasion، المجلة الفصلية للقانون المدني، 1970، I، صفحة 19، حيث لاحظ المؤلف أن «نمط الاثبات المعتاد هو الخبرة» في هذه المادة.

(2) انظر حكم غ ت ن، 22 كانون الثاني 1968، ن م، IV، رقم 29، مركبة مستعملة؛ حكم الغرفة التجارية، 8 تموز 1981، النشرة المدنية، IV، رقم 316، روافد فولاذية، عدم المعالجة بالكهرباء، اثبات عيب غير مقدم.

(3) انظر حكم غ ت ن، 17 كانون الاول 1957، ن م، III، رقم 350، جرارة مستعملة، البائع بالمفرق وعد بتسديد قسم من التعويضات وتوجه نحو الصانع لمعرفة مداها، إدانة بدفع كلفة التصليح الذي قام به مكتسب الملكية، لم يقلب قضاة الاساس عبء الاثبات، رد.
والمسألة الوحيدة التي تطرح بالتالي هي معرفة ما إذا كان مكتسب الملكية يجب أن يتحمل الكلفة بكاملها، ويبدو أن المحاكم مستعدة لقبول ذلك؛ انظر حكم الغرفة التجارية، 17 كانون الأول 1957 المذكورة سابقاً.

(4) انظر حكم غ م أ ن، 15 كانون الثاني 1976، ن م، I، رقم 1، شتول عفصية، غير قابل للتنبت مجدداً، اخفاق في النسب غير الطبيعية: لا ينتج عن ذلك أن هذه الشتول كانت مشوبة بعيب؛ حكم غ ت ن، 9 كانون الأول 1981، ن م، IV، رقم 438، غراء مستخدم في صنع علب من الورق المقوّى، عدم فعالية الغراء، نقض 1 «لم يكن سبب العيب محدداً بيقين»؛ انظر ـ J. Ghestin, Conformité et garanties، رقم 11.

كما أن الشاري يخسر دعواه إذا كان سبب التطور المتمسك به أو سبب الضرر الذي احدثه الشيء مجهولاً[1].

يبدو عبء الاثبات إذاً، في هذا الصدد، ثقيلاً بالنسبة إلى مكتسب الملكية. على أن الخبرة غالباً ما تتيح تحديد السبب التقني للعيوب المتحقق منها[2].

ويبدو بعض الاحكام أقل تطلباً ويقبل مثلاً، اثباتاً سلبياً عن طريق استبعاد أي سبب آخر للعيب، وعلى وجه الخصوص في ما يتعلق بالأشياء القابلة للانفجار[3]، أو يجيز التمسك بمجرد بعض المؤشرات[4].

حتى مكتسب الملكية قد يعفى احياناً من ضرورة تحديد المصدر الصحيح للحادث الذي يسببه الشيء[5].

---

(1) حكم غ ت ف، 27 تشرين الثاني 1984، م ق ع، 1985، بانوراما، 80، ملاحظة Dupichot، مركبة جديدة، اعطال متكررة، لم يتمكن الخبراء من تحديد المصدر، نقض لعدم الاجابة على البرهان على أن العطل قد تكون له أسباب عديدة أخرى غير العيب الخفي؛ حكم محكمة استئناف فرساي، 29 تشرين الاول 1981، م ق ع، 1982، 2، الموجز 391، انفجار زجاجة، مراجعة المتجر ضد المورّد، السبب مجهول؛ حكم غ م أ ن، 16 أيار 1984، ن م، I، رقم 165، م ف ق م، 1985، 403، ملاحظة J.Huet، جرارة، حادث، قصور نظام الكبح، غبار مصدره وطبيعته غير محددين: يوّلح الحكم والادعاء باعلان أن البائع المهني غير ملزم بموجب نتيجة.

(2) انظر حكم غ ت ن، 25 كانون الثاني 1966، 1 ن م، III، رقم 51، سفينة، عوارية متكررة، خبرة: عدم إحكام سد ضاغط المشاقة (presse-étoupe)، «سبب تقني لهذه العيوب».

(3) انظر حكم غ م أ ن، 18 كانون الثاني 1978، ن م، I، رقم 27، انفجار زجاجة جرح زبونا في أحد المخازن، إدانة المستثمر استناداً إلى المادة 1384، الفقرة 1، من القانون المدني، مراجعة ضد المورّد، دعوى الضمان جرى قبولها، عدّد قضاة الأساس الاسباب الممكنة للانفجار واعلنوا أن هذا الانفجار «سببه عيب خفي»؛ حكم غ م أ ن، 28 تشرين الثاني 1966، د، 1967، 99، انفجار لا يمكن أن يكون قد سبّبه سوى عيب خفي؛ حكم الغرفة التجارية، 11 شباط 1965، النشرة المدنية، III، رقم 114، المذكور آنفاً، مخفّض يسلّب ثانية لصيادي السمك بالجيب؛ قارن بحكم محكمة استئناف ليون، 26 شباط 1962، غ ف ع، 1962، 1، 401، مشروب غازي، انفجار الزجاجة بين يدي مكتسب الملكية، صدمة، مسؤولية جزئية على عاتق البائع، يمكن ان يكون المصدر البعيد للحادث استعمالات عديدة سابقة؛ انظر J. Ghestin, Conformité et garanties، رقم 12.

(4) انظر حكم غ م أ ن، 2 كانون الأول 1992، ن م، I، رقم 303، خازنة غلال، حريق، آلة حديثة أعيد فحصها منذ وقت قريب، وجود عيب.

(5) انظر حكم الغرفة الأولى، 28 تشرين الثاني 1979، غير منشور، د، 1980، إ س، 366، ملاحظة Ch. Larroumet، د، 1985، 485، تعليق J. Huet، انفجار تلفاز يمكن أن ينسب إلى قصور مفاجيء لأحد عناصره المكوّنة، صانع يقع على عاتقه أن يثبت ليبرأ نفسه أن القصور نتج عن التصليحات الحاصلة منذ البيع من قبل شخص ثالث أو عن خطأ المستعمل، حادث حصل بعد سبعة أشهر من اكتساب الملكية؛ حكم غ م أ ن، 21 تشرين الثاني 1978، غير منشور، د، 1979، اعلامات سريعة 3481، ملاحظة Ch. Larroumet، انفجار زجاجة شراب ثمار، حادث حصل في شهر الشراء؛ قارن بحكم غ م أ ن، 9 كانون الاول 1975، ن م، I، رقم 363، تلفاز، جهاز تقنية متقدمة، عدم كفاءة البائع لتشغيله طبيعياً.

11339 ـ الرابطة السببية. تكون الأمور، فضلاً عما تقدم، إذا كان اثبات وجود عيب اصلي يكفي لتسويغ ادعاء الشاري، لأنه يلتمس فقط فسخ العقد ـ مع تسديد المصاريف التي تطلبها العقد احتمالياً، أو تخفيض الثمن ـ اكثر تعقيداً عندما يطلب ايضاً التعويض عن ضرر مترابط منطقياً مع البيع أو سبّبه الشيء. وقد يشكل اثبات الرابطة السببية بين العيب والضرر المتذرع به صعوبة[1].

إن اثبات هذه الرابطة يقع على مكتسب الملكية، كما على كل مدّعٍ في شأن المسؤولية، بحيث إن القضاة بامكانهم، في الغالب، استنتاجها بانفسهم من وقائع القضية[2].

والنتائج المترتبة على ذلك، عندما يكون العيب مثبتاً، قد تكون موضوع منازعة: هكذا الأمر بالنسبة إلى حادث سببته جرارة جديدة كان يبدو من المستحيل تأكيد أنه يعود إلى وجود عيب يشوب المقود[3]، أو بالنسبة إلى انفجار قارورة من الكلور بيّن فحصها عدم كفاية التلحيم ونوعيتها الرديئة وانها خدمت بدون حادث خلال عشرين سنة قبل أن تنفجر وتسبب تسميماً[4].

بيد أن الظروف نفسها تكون كافية احياناً لاثبات وجود العيب والرابطة السببية بالضرر في الوقت عينه. وقد تم قبول ذلك في صدد نظام انذار لم ينطلق عند الكسر الذي ارتكبه السارقون بحيث تمكن هؤلاء من حمل كمية هامة من الحاجات ذات القيمة: ما تثبت منه تحقيق الشرطة اتاح للقضاة استنتاج ان ذلك لم يكن ممكنا إلاّ بسبب عدم عمل الجهاز، لأن اللصوص تمكنوا من البقاء طويلاً في الامكنة مما ينتج عنه ان الرابطة السببية بين العيب والضرر كانت ثابتة[5].

11340 ـ 2°. اللجوء إلى الضمان. تحديد الفريقين في الضمان مقدمة ضرورية لدرس العمل به الذي يمر بدعوى امام القضاء تقام خلال مهلة قصيرة، وتفضي إلى نتائج

---

(1) انظر حكم غ ت ن، 15 آذار 1976، م إ د، II، 18632، تعليق J.Ghestin، جهاز يسمى «لولبا محبّبا»، سرعة تفوق السرعة المتفق عليها، قطع يد المركّب عند التركيب محلياً، مراجعة ضد الصانع، نقض الحكم الذي لم يبين الرابطة السببية بين التشوه والحادث.

(2) انظر على سبيل المثال حكم غ ت ن، 25 كانون الثاني 1966، ن م، III، رقم 51، سفينة، عيب في ذراع حاملة المروحة، تصليحات قام بها مكتسب الملكية، الرابطة السببية اعتبرت قائمة بين التصليحات والعيب، البائع ملزم بتسديد الكلفة.

(3) حكم غ م أ ن، 26 كانون الثاني 1966، ن م، I، رقم 66، تلحيم ساق المقود وساعده فارتخى قبل بضعة أيام من الحادث فكان من الواجب تصليحه: يبدو الحكم قاسياً جداً بالنسبة إلى مكتسب الملكية.

(4) حكم غ م أ ن، 4 كانون الأول 1973. ن م، I، رقم 337، مجلة قصر العدل، 1974، 1، 144، تعليق Plancqueel: يمكن أن ينسب الانفجار إلى أسباب أخرى، إذ إن «اثبات الرابطة السببية بين العيب الأصلي في الشيء والضرر لم تثبت».

(5) حكم غ م أ ن، 18 آذار 1986 الوارد لدى J. Huet في مسؤولية البيع، رقم 2950.

مختلفة من بينها فسخ العقد إلاّ أنه يمكن ان يصطدم بوسائل دفاع البائع.

11341 ـ أ) فريقا الضمان. فريقا الضمان هما قبل أي شيء الشاري والبائع، الدائن بالضمان والمدين به. غير أنه جرى مد هذا النظام، من الجانبين، إلى اشخاص آخرين.

11342 ـ α) من جهة الدائن. شاري الشيء هو عملياً، من يستخدم الضمان ويجد نفسه شاكياً من عدم وجوده. ونادراً ما يخلق هذا الوضع صعوبات[1].

هناك مع ذلك بعضها. وهكذا ليس من السهل دائماً تحديد متى تم اكتساب الشيء: ابرام العقد مثلاً في مخزن كبير يبقى غير يقيني ما دام الزبون لم يسدد الثمن. وإذا كان العيب في الشيء يؤدي إلى حادث، يمكن التردد في تطبيق نظام الضمان[2]. وتبرز صعوبة، في المادة العقارية، إذ يكون المال مسوّقاً احياناً في شكل حصص في إحدى الشركات، بحيث ان المستعمل ليس مالك الشيء بشكل مباشر: يقبل الاجتهاد، بهاجس واقعية، تطبيق ضمان البيع عندما يكون العقار مشوباً بعيب[3].

11343 ـ مكتسبو الملكية المتعاقبون. ولكن الضمان لا يفيد الشاري وحده، ان ينتقل إلى مالكي الشيء المتعاقبين. والمحاكم تقبل بالفعل ان يكون بامكان مكتسب الملكية الثاني التمسك بالمادة 1641 من القانون المدني ليس ضد بائعه المباشر وحسب وإنما ايضاً ضد البائعين السابقين. وقد تأكد الحل المقبول منذ نهاية القرن التاسع صراحة منذ بداية الستينات[4]. وإحدى فوائده هي انه يتيح للمالك الحالي للمال ان يصل هكذا إلى الصانع. وذلك يفترض فقط ان يكون بمقدوره ان يتمسك بعيب سابق للعقد المبرم من البائع الذي يرجع عليه.

وينبغي اعتبار صاحب العمل المستقل من بين المالكين المتعاقبين وهو الذي يجد نفسه في عملية بناء، مكتسب ملكية اللوازم المستعملة لهذه الغاية التي طلب المقاول

---

(1) حول المسائل التي، من جهة الشاري، يثيرها وجود متمتع بحق الانتفاع ومالك رقبة الملك انظر J. Huet, Responsabilité du vendeur، رقم 308 وما يليه.

(2) وحول الحادث الحاصل في المخزن انظر الرقم 11419 اللاحق وما يليه والرقم 11231 السابق.

(3) حكم غ م ث ا ن، 5 أيار 1981، ن م، III، رقم 90، م ف ق م، 1982، 156، ملاحظة Ph. Rémy، م ق ع، 1981، 387، ملاحظة Groslière et Jestaz.

(4) انظر حكم غ م أ ن، 4 شباط 1963، م إ د، 1963، II، 13159، تعليق Savatier، م ف ق م، 1963، 564، ملاحظة G.Cornu، مركبة: يعود الضمان، المتوجب على البائع بالنسبة إلى العيوب الخفية، بكونه ملازماً لموضوع البيع ذاته، إلى الشاري كحائز للشيء بموجب الحق الخاص به والمستند إلى العقد بحق، ورأت محكمة الاستئناف، منذ ذلك الوقت، إن بامكان مكتسب الملكية الثاني اقامة دعوى الفسخ لعيب خفي مباشرة ضد البائع الأصلي؛ حكم الغرفة المدنية، 12 تشرين الثاني 1884، د، 1 885، 357، س، 1886، 1، 149، آلات.

المرتبط به عقدياً تسلمها من المورّد والصانع[1]. وهكذا تحصل ظاهرة نقل الضمان حتى في ما يسمى سلسلة عقود «غير متجانسة» ـ هناك، في هذه الحالة، بيع يخلفه تأجير ـ. فصاحب العمل المستقل، كأيّ من خلفائه، بامكانه مقاضاة صانع اللوازم المستعملة في البناء مباشرة.

وما يمتلكه مكتسب الملكية الثاني دعوى مباشرة ضد مختلف البائعين السابقين[2]، خاضعة لنظام العقد الذي يربط البائع الذي يقاضيه: يتمسك مكتسب الملكية الثاني بالفعل بالدين الذي تعاقد عليه البائع والذي انتقل إليه مع الضمان في الوقت عينه مع الشيء[3]، ويقدم الحل منفعة مراعاة التوقعات التي رآها هذا المتعاقد شرعاً عند التزامه[4].

بيد أن مكتسب الملكية الثاني بامكانه ان يقاضي، وفقاً لما يراه، هذا البائع أو ذاك من البائعين السابقين إذ إن كلاً منهم نقل إليه الضمان الملزم به، حتى الجميع في آن واحد. وله الحق، على هذا الاساس، في الحصول ليس على العطل والضرر وحسب وإنما ايضاً على فسخ البيع[5].

على أن الشاري الاصلي، رغماً عن هذا النقل، يحتفظ بالحق في أن يقاضي هو نفسه للضمان إذا وجد مصلحة له في المقاضاة: مثال ذلك، في حالة طلب من اكتسب الملكية منه التعويض وكان عليه الرجوع على بائعه[6].

---

(1) حكم غ م أ ن، 29 أيار 1984، قضية Perrusson- Rhomer، م إ د، 1985، II، 20387، الحالة الاولى، تعليق Ph. Malinvaud، د، 1985، 213، الحالة الاولى، تعليق A.Bénabent، م ف ق م، 1985، 588، ملاحظة J.Huet، قرميد متجمد من الجليد؛ انظر ايضاً Ph. Malinvaud, L'action directe du maître de l'ouvrage contre les fournisseurs de matériaux، د، 1984، العرض 42؛ انظر ايضاً حول هذه النقطة الرقم 32411 اللاحق.

(2) دعوى ذات طابع عقدي بالضرورة، انظر حكم غ م أ ن، 9 تشرين الأول 1979، قضية Lambonrghni، ن م، 1، رقم 241، د، 1980، إ س، 222، ملاحظة Ch. Larroumet، م ف ق م، 1980، 354، ملاحظة G.Durry: «الدعوى المباشرة التي يملكها مكتسب الملكية الثاني ضد الصانع أو البائع الوسيط بالنسبة إلى الضمان العقدي للعيوب الخفية التي تشوب الشيء منذ صنعه هي عقدية بالضرورة».

(3) انظر حكم غ م ث ا ن، 30 تشرين الأول 1991، ن م، III، رقم 251، بند يعطي الصلاحية (أو الاختصاص) يحتج به في وجه صاحب العمل المستقل الذي يقاضي مورّد اللوازم، معمل؛ حكم غ م ث ا ن، 26 أيار 1992، ن م، III، رقم 175، موضع المرجل، حجية البند الذي يحدد المسؤولية بنسبة واحدة؛ انظر أيضاً حكم غ م أ ن، 27 كانون الثاني 1993، ن م، I، رقم 45، لوازم معلوماتية، موجب رد الثمن لا يفرض على البائع إلاّ بمقدار ما استوفاه.

(4) بهذه الطريقة، إذا لم يكن بامكان البائع التمسك بتحديد المسؤولية الوارد في العقد الذي ابرمه أو اعفائه منها، وهذا العقد يحتج به ضد شريك في التعاقد لأن الأمر يتعلق بمكتسب ملكية له اختصاص شبيه باختصاصه، تكون الاتفاقية حول المسؤولية محتجاً بها ضد مكتسب الملكية الثاني.

(5) انظر حكم غ ت ن، 17 أيار 1982، ن م، IV، رقم 182، د، 1983، إ س، 479، ملاحظة Ch. Larroumet، 1983، 135، ملاحظة G.Durry، شاحنة.

(6) قارن في مادة الضمان العشري بحكم غ م ث ا ن، 21 آذار 1979، ن م، III، رقم 73.

وحول كون المستأجر، في مادة البيع في صورة ايجار، مزوداً في الغالب من المؤسسة المالية التي باشرت في اكتساب الملكية بوكالة مقاضاة مورّد المال في حال سوء عمل هذا المال، انظر الكتاب II، الباب الفرعي III، الفصل 1، السابق، الاموال المنقولة.

11344 ـ الغير بالنسبة إلى العقد. لا يحق للغير في العقد أن يتمسك بالافادة من الضمان[1]. وإذا كان يشكو من ضرر سببه الشيء فلا يمكنه، مبدئياً، ان يقاضي البائع إلاّ على صعيد المسؤولية التقصيرية، وبالتالي ان يثبت خطأ هذا البائع بصورة عامة.

على أنه جرى، في بعض الحالات، قبول امكانية الغير في الاستفادة من اشتراط لصالح الغير وارد في العقد بحيث يمكنه مقاضاة البائع مباشرة: هكذا بمقدور الاشخاص المتضررين من عيب في دم ينقل العدوى الرجوع على مركز نقل الدم الذي زوّد المستشفى به حيث حصلت العدوى[2].

11345 ـ β) من جهة المدين. البائع هو المدين بالضمان في أول الأمر: إنه من قدم الشيء. ويتعلق الأمر، في مادة الاموال المنقولة بالبائع بالمفرق في اغلب الاحيان.

بيد أن مختلف البائعين السابقين، لأن أي ضمان هو منذور لأن ينتقل إلى مكتسبي الملكية المتعاقبين للشيء[3]، يمكن ان يكونوا ملزمين به، وعلى رأسهم الصانع. وقد يحكم على بائعي الشيء المتعاقبين الذين قاضاهم الشاري في الوقت عينه لطلب التعويض بالتضامن تجاه الشاري[4].

11346 ـ المماثلات. قد يماثل بعض الاشخاص بالبائع ويخضعون بالتالي لنظام الضمان الذي يمتد اليهم. وهم هكذا عموماً بسبب صفتهم كمهنيين.

وذلك حال التاجر الذي، في احتمال بيع مستقبلي، يقوم بدور المعير بوضع تجهيز بتصرف مكتسب ملكية محتمل مجاناً مصدر عيبه حادث ما: يمكن أن يلزم بالتعويض بسبب عيب الشيء وحسب كما البائع[5].

مثال آخر في المادة العقارية هو مثال الكاتب العدل الذي يتدخل في مناسبة بيع

---

(1) انظر كمثال حكم غ م أ ن، 20 آذار 1989، د، 1989، 341، تعليق Ph. Malaurie، م ف ق م، 1989، 757، ملاحظة P.Jourdain، انفجار تلفاز، دعوى وكيل ملكية العقار المشتركة حيث حصل الانفجار.

(2) انظر بصورة خاصة حكم محكمة استئناف باريس، 28 تشرين الثاني 1991، د، 1992، 85، تعليق Dorsner- Dolivet، م ف ق م، 1992، 117، ملاحظة P.Jourdain.

(3) انظر حول هذه النقطة، الرقم 11343 السابق.

(4) انظر حكم غ ت ن، 15 أيار 1972، ن م، IV، رقم 144، آلة حاسبة.

(5) انظر حكم غ ت ن، 24 تشرين الثاني 1980، ن م، IV، رقم 392، م ف ق م، 1981، 651، ملاحظة G.Cornu، حوض قلاب لتخمير المُسطار، انقلاب، خسارة الخمر، عيب، تعويض.

وكان واجب النصح للمقاضاة يجب ان يدعوه إلى اللجوء إلى تحققات تفرض عليه، وكان يمكن ان تتيح اكتشاف عيب الشيء وتنبيه الشاري إليه[1].

11347 ـ ب) مهلة قصيرة للمقاضاة. كنص المادة 1648 من القانون المدني على أن دعوى الضمان «يجب ان يقيمها مكتسب الملكية في مهلة قصيرة حسب طبيعة العيوب الفاسخة، وعادة المكان الذي تم البيع فيه». واساس القاعدة أن البائع، إذا كان لمكتسب الملكية أسباب تجعله غير راضٍ عن الشيء، يجب أن لا يبقى مدة طويلة جداً منتظراً. والحل، بسبب قصر المهلة شاذ عن القانون العام.

وينبغي قبل كل شيء، ان تكون الفكرة في الاساس حصر المطالب المحتملة في فترة زمن قصيرة بعد البيع. وفي هذا الاحتمال يأخذ الإسناد إلى العادة كل معناه: يمكن أن يكون من المعتاد في بعض الاماكن، اعتماد شهر واحد، وفي بعض الاحوال، اسبوع... إلاّ أن القاعدة تغيرت كلياً في معناها عندما قررت المحاكم أن تكون نقطة انطلاق المهلة آونة اكتشاف العيب، وليس آونة تنفيذ العقد كما في مادة البناء[2]. ولا تعود مطالبة الشاري مع هذا الحل حبيسة أي مهلة، أو على وجه التقريب، يكفي هذا الشاري أن يبذل عنايته ما أن يكون العيب قد ظهر.

وثمة مهل خاصة قضت بها نصوص خاصة في اوضاع مختلفة بعضها يسري اعتباراً من البيع ـ بالنسبة إلى الحيوانات الداجنة، من 10 إلى 30 يوماً في ما يختص بالامراض المعددة في المادة 285 من القانون الريفي، و45 يوماً في ما يتعلق بالامراض المعدية استناداً إلى المادة 240، والكل اعتباراً من اليوم التالي للتسليم[3]، وبالنسبة إلى الآلات التي تشكل خطراً على العمال، سنة من تاريخ التسلم، حسب المادة L.6-233 من القانون الريفي؛ ـ وفي ما يتعلق ببيع عقار للبناء سنتان أو عشر سنوات اعتباراً من تسلم مكتسب الملكية حسب طبيعة الاشغال المشوبة بالعيب، إذ تمد المادة 1646 ـ 1 قواعد التأجير المنصوص عليها في المادة 1792 وما يليها لكي تطال البائع (مهلة المنازعة في ما يتعلق بالعيوب الظاهرة هي سنة اعتباراً من الآونة التي يمكن ان يعفى فيها البائع، المادة

---

(1) حكم غ م أ ن، 10 كانون الأول 1986، ن م، I، رقم 340، بيع ملهى.

(2) انظر حكم الغرف المجتمعة، 2 آب 1882، س، 1883، 1، 5، تعليق Labbé المؤيد، أخذ تسلم الاشغال كنقطة انطلاق الضمان العشري.

(3) قليلاً ما تراعى هذه النصوص إذ يسمح القضاة للشاري بأن يتذرع بالمادة 1641 وما يليها من القانون المدني، انظر Ph. Malaurie، الفهرس المدني، د، موجبات البائع، 1976، رقم 602 وما يليه.
وعليه ليست مهلة الخمسة والاربعين يوماً الواردة في المادة 240 من القانون الريفي مهلة معينة سلفاً تقبل قطعها بدعوى أمام المحكمة غير صاحبة الاختصاص، انظر حكم الغرفة المدنية الأولى، 30 أيار 1962، د، 1962، 697.

1648، الفقرة 3 من القانون المدني) ـ؛ وفي صدد صانع قسم من العمل المستقل أو من عنصر تجهيز مبين في المادة 1792 ـ 4 من القانون المدني، وسنتان أو عشر سنوات للمادة ذاتها[1].

11348 ـ α) الدعوى امام القضاء. يفرض على الشاري الذي يريد التمسك بالضمان أن يقيم دعوى امام القضاء ضد البائع لقطع سريان المهلة المعطاة له. إن حرفية النص واضحة في هذا الشأن.

وسيئات الحل ليست أقل. إنه يدفع إلى المنازعة القضائية وبالتالي يؤجج الخلافات من جهة اولى: نادراً ما يكون ثمة متسع من الوقت لحل حبي. ومن جهة ثانية، وربما كان ذلك الاسوأ، يفاجىء من يجهل أمور القانون: يأمل أن يجد ارضية تفاهم مع البائع فيترك الوقت يمضي.

ومن الافضل للغاية اعتبار المهلة القصيرة فترة من المناسب خلالها اعلام البائع بوجود عيب في الشيء. وعلى اثر هذا التشهير يمكن ابداء اقتراحات للشاري، فتنفتح مهلة اطول امام الشاري لمقاضاة شريكه في التعاقد عند عدم التوصل إلى حل.

11349 ـ كيفيات الدعوى. يمكن ان تقام الدعوى امام القضاء عن طريق اصلية أو أن تتخذ شكل ادعاء فرعي (أي مقابل) بموجب دعوة امام القضاء لتسديد الثمن يوجهها البائع[2]. ويمكن أن تشكل دعوى في الاساس أو دعوى امام قضاء العجلة. وبالفعل، في حين أن الحل كان مشكوكاً فيه في الاجتهاد، جاء تعديل للمادة 2244 من القانون المدني، في عام 1975، يوضح الأمور: اصبح النص يقضي بدعوة امام القضاء، حتى في قضاء العجلة، يكفي لقطع التقادم أو مهلة المقاضاة. وهذا الحل ناجح جداً لأن الادعاء امام قضاء العجلة، من اجل تعيين خبير لفحص الشيء مثلاً، يكون وقعه أقل على المدعى عليه، ويكون الحصول على حل حبي ممكناً.

بيد أن الشاري يعفى من المقاضاة إذا كان بامكانه التمسك بوعد بالتعويض عن الضرر أو باعتراف البائع بوجود العيب[3]، فيتمتع عندئذ بمهلة القانون العام لإقامة الدعوى إذا لم يستجب البائع لهذا الاعتراف.

---

(1) حول مهلة السنة الواردة في قانون 5 كانون الثاني 1967، في مادة بناء السفن، وهو عقد يماثل بتأجير العمل المستقل أكثر مما يماثل البيع، انظر الرقم 32136 اللاحق.

(2) انظر حكم غ م ث ا ن، 17 كانون الأول 1958، ن م، III، رقم 443، مخرطة الميكانيكي، عيب ظهر قبل قليل من طلب تسديد الثمن.

(3) انظر على سبيل المثال حكم غ م أ ن، 19 حزيران 1961، ن م، I، رقم 325، طحين لتربية الطيور الداجنة؛ حكم محكمة استئناف روان، 22 كانون الثاني 1971، د، 1971، ألبسة.

11350 ـ β) احتساب المهلة. تحدد المهلة القصيرة الواردة في المادة 1648 من القانون المدني، في أول الأمر، نقطة انطلاقها. وبعد أن تم لوقت طويل تقدير أن هذه المهلة يمكن ان يحددها قضاة الاساس بحرية[1]، قررت محكمة النقض أنها تتحول انطلاقاً من يوم اكتشاف الشاري العيب[2]، ويبدو تماماً أن في الأمر مسألة قانونية[3].

إن الحل سهل التسويغ: ما دام ان الشاري غير واعٍ لوجود عيب في الشيء فهو غير أهل لمقاضاة البائع ولا يمكن ان تبدأ المهلة المقيدة لهذه الدعوى بالسريان، وذلك إشهار نموذجي للقول المأثور: لا تسري المهلة المسقطة على من لا يستطيع المقاضاة، ونتيجته انه قد يمضي زمن طويل بين البيع ودعوى الضمان ربما يصل احياناً إلى عدة سنوات[4]. وهذه النتيجة قابلة للانتقاد بالتأكيد.

ويقتضي في التطبيق المحسوس، تحديد ما هي آونة اكتشاف الشاري العيب، أي تحديد متى أخذ، بالفعل، علماً بعيب الشيء. إن بعض الاوضاع دقيق: تشقق في مبنى، تسمم بسبب احد المنتجات... وتستعيد في هذا الحقل، سلطة قضاة الاساس السيدة سيطرتها. ويتم الرجوع إلى الآونة التي جرى فيها تقديم تقرير الخبرة التي طلبها الفريقان لأنه يمكن عندئذ فقط أن يكون هناك يقين تام بوجود العيب[5]. ولا يكفي، بصورة عامة التحقق من سوء عمل الشيء المباع: يجب أن يكون من الممكن كشف وجود ذلك على وجه صحيح[6].

---

(1) انظر حكم الغرفة المدنية، 27 حزيران 1887، دد، 1888، 300، آلة لصنع المثلوجة (البوظة)، عيب لا يمكن أن يظهر إلاّ بمقدار استعمالها، دعوى اقيمت خلال أربعة أشهر من اكتشاف العيب، مهلة طبيعية.

(2) انظر على سبيل المثال حكم غ ت ن، 3 كانون الاول 1957، ن م، III، رقم 332، اقمشة، تأخر، حكم غ م أ ن، 30 كانون الثاني 1967، م إ د، 1967، II، 15025، ثور، مراعاة المهلة.

(3) تنقض المحكمة العليا الاحكام التي ترجع مثلاً إلى يوم تسلم الشيء، انظر حكم غ ت ن، 8 حزيران 1967، ن م، IV، رقم 236، مجرفة محملة الفلز، نقض الحكم الذي استند إلى تاريخ التسلم لرد الدعوى المعتبرة متأخرة، في حين أن الدعوة إلى المقاضاة في الاساس تم تبليغها بعد ثلاثة أشهر من تاريخ ايداع تقرير الخبير؛ قارن بحكم غ م أ ن، 5 كانون الثاني 1972، م إ د، 1973، II، 17340، تعليق Ph. Malinvaud، المذكور سابقاً: لقضاة الأساس سلطة سيدة من اجل «تحديد نقطة انطلاق المهلة حسب وقائع القضية...»؛ حكم غ م أ ن، 11 آذار 1980، ن م، I، رقم 84، قضية Vilmorin، بذار: يبدو أن الحكم رجع إلى سلطة القضاة السيدة في ما يتعلق بنقطة انطلاق المهلة ومدتها.

(4) على سبيل المثال انظر حكم غ م ث أ ن، 5 حزيران 1968، ن م، III، رقم 259، عقار، شقوق في الجدران، خمس سنوات؛ حكم غ م أ ن، أول آذار 1983، ن م، I، رقم 92، قرميد، عشر سنوات، حكم غ م أ ن، 24 آذار 1967، ن م، I، رقم 183، عقار، عيب في العارضة التي تعود إلى قرنين.

(5) انظر كمثال حكم غ ت ن، 11 أيار 1965، ن م، IV، رقم 305، جرارة مستعملة، تاريخ ايداع تقرير الخبير.

(6) انظر حكم غ م ث ا ن، 5 حزيران 1968، ن م، IV، رقم 259، عقار تصدع؛ حكم الغرفة المدنية الأولى، 11 آذار 1980، قضية Vilmorin، النشرة المدنية، I، رقم 84، بذار، خروج عن القياس في الغلة: «مكتسبو ملكية البذار لا يمكنهم، في وضع معرفتهم، اساءة الظن بالحبوب بصورة يقينية».

وعندما يتعلق الأمر، بالنسبة إلى الشاري بإقامة دعوى الرجوع على البائع بعد أن يكون هو نفسه قد تمت دعوته امام القضاء من قبل مكتسب الملكية الثاني، تعتبر نقطة انطلاق المهلة القصيرة اليوم الذي كان فيه موضوع دعوى الضمان هذه[1].

ومن المناسب بعد ذلك تحديد مدة المهلة، طالما أن القانون لا يحبسها في زمن محدد. ومراقبة الاجتهاد تبين أن مدة المهلة القصيرة تدور حول ستة أشهر[2] وقد تصل إلى سنة ونادراً ما تكون أكثر[3]. وربما تكون أطول بالنسبة إلى عقار مما هي بالنسبة إلى منقول، واقصر في صدد مال مستعمل مما هي في شأن شيء جديد... ولقضاة الاساس سلطة سيدة لتحديد مدة هذه المهلة[4].

ومن الواضح في التطبيق، حتى ولو كانت المنازعات القضائية غالباً ما تدور حول تحديد هذه المدة، أن تحديد نقطة انطلاق المهلة القصيرة في يوم اكتشاف العيب له دور اهم للغاية في حماية الشاري. غير أنه من المأمول، لتقليص المنازعات القضائية، في نهاية المطاف، اعطاء مدة مرقمة، لمهلة إقامة دعوى الضمان: سنة واحدة على سبيل المثال.

11351 ـ امتداد المهلة. قد تتدخل، اخيراً، اسباب امتداد المهلة. ويقبل قضاة الاساس ذلك بسهولة. وهكذا يمكن أن يكون للاخطاء التي يرتكبها البائع، والتي تتم عن ارادة التأجيل لمدة طويلة، هذا المفعول[5]. كما أن المفاوضات التي تجري للتوصل إلى حل حبي من شأنها تعليق المهلة القصيرة[6].

ولهذه الحلول الشاذة عن صلابة الاجتهاد في مادة التقادم مفعول حسن بتلطيف الطابع النزاعي الذي تعطيه المادة 1648 من القانون المدني للضمان ضد العيوب الخفية.

---

(1) انظر كمثال حكم غ ت إ، 14 آذار 1974، م إ د، 1975، II، 17941، تعليق J.Ghestin، قرميد؛ حكم غ م أ ن، 4 كانون الثاني 1979، ن م، I، رقم 8، مركبة مستعملة.

(2) انظر حكم غ م أ ن، 12 تشرين الثاني 1975، ن م، I، رقم 325، كرسي مطبخ، انشقاق إحدى الدرجات، عيب في التصميم: دعوة امام القضاء بعد أربعة أشهر من رفض البائع النهائي، وإنما بعد سنة من الحادث، تأخر.

(3) بيد أن ذلك ممكن، في حالة وجود أسباب صحيحة لدى الشاري في أن يأمل بحل ودي، انظر حكم غ ت ن، 16 تشرين الثاني 1961، د، 1962، 66، تعليق Hémard، جرارة مستعملة، دعوى اقيمت بعد ستة عشر شهراً من تقرير الخبير.

(4) انظر كمثال حكم غ ت ن، 15 تشرين الثاني 1971، ن م، IV، رقم 276، فشل (قضيب الغرس) من الأقحوان.

(5) انظر حكم غ ت ن، 3 تشرين الأول 1956، ن م، III، رقم 223، موقف يخفي وضعاً متصلباً، حافلة كبيرة (أوتوكار)؛ حكم غ ت ن، 17 آذار 1964، ن م، III، رقم 156، برّاد، تصليحات مرتجلة.

(6) انظر حكم غ م أ ن، 10 تموز 1956، د، 1956، 718، جرارة مستعملة؛ حكم محكمة استئناف باريس، 3 أيار 1967، م ق ع، 1967، 2، 34، سيارة، استهلاك مفرط.

ويمكن، في بعض الاحيان، تفسير موقف البائع بأنه يستدعي من قبل ارادة ضمنية في الاستمرار بأخذ الضمان على عاتقه[1].

11352 ـ ج) نتائج الدعوى. قد تفضي دعوى الضمان إلى نتائج مختلفة. فالمادة 1644 من القانون المدني تنص، حسب اختيار مكتسب الملكية، على امكانية الحصول على فسخ العقد (دعوى فسخ البيع لعيب خفي: رد الشيء والثمن) أو انقاص الثمن (دعوى تخمينية: رد جزئي)، مع أن الفسخ عملياً، هو الحل الأكثر اعتماداً في اغلب الاحيان.

وتطبق هذه العقوبات بالاستقلال عن كون الشاري حسن النية أو سيىء النية، مهنياً أم لا، كما تحدد ذلك المادة 1643. وامَّحِياء الاتفاقية، أو المادة توازنها، يفرض في الحالات جميعاً.

بيد أن ثمة كيفيات اخرى. تصليح الشيء أو الاستبدال، ومن المهم معرفة ما إذا كان يحق لمكتسب الملكية طلب ذلك، أو يحق للبائع عرضه استناداً إلى الضمان.

ويضاف اخيراً، أيّاً كانت الطريق المختارة، العطل والضرر، احتمالياً، إلى العقوبات، لدفع التعويض الذي احدثه البيع أو الشيء. وبامكان مكتسب الملكية، فضلاً عن ذلك، الاكتفاء بطلب تعويض كهذا بدون السعي إلى فسخ العقد. وتجبر المادة 1646 البائع، في الظروف كافة، على ان يسدد للشاري المصاريف التي يتطلبها البيع. وتعلن المادة 1645 أن البائع السيء النية الذي تماثله المحاكم بالبائع المهني ملزم بتعويض كامل مما يغطيّ خسارات اخرى كالضرر الجسدي الناجم عن الحادث الذي سبّبه العيب.

11353 ـ صفة البائع. بهذه الطريقة، إذا لم يكن البائع مهنياً وإذا تبين حسن نيته، لا يحق لمكتسب الملكية التعويض عن مختلف الاضرار التي اصابته بنتيجة البيع أو فعل الشيء، وإنما يبقى له الحق في الحصول إمّا على ارضاء عيني وإمّا على فسخ العقد أو تخفيض الثمن[2].

وبامكان مكتسب الملكية تجاه بائع مهني، بالمقابل، الطموح إلى العقوبات الموجودة جميعاً، وفضلاً عن ذلك، هو غير ملزم، للحصول على ما يتوجب له، مثلاً تصليح الشيء أو استبداله، بأن يحمل هذا الشيء إلى المورّد: إن العمليات الضرورية

---

(1) انظر حكم غ م أ ن، 5 شباط 1975، ن م، I، رقم 48، مركبة مستعملة؛ انظر كذلك حكم غ ت ن، 18 حزيران 1974، ن م، IV، رقم 200، دُور للعجزة من الخشب مخرّق بالمعدن.

(2) انظر كمثال حكم غ م أ ن، 12 آذار 1980، ن م، I، رقم 85، نقض، كلب معد للإنسال، عسر اخراج الصوت، رد قسم من الثمن يمكن الحكم به وليس التعويض عن اضرار أخرى ما دام أن صفة البائع المهنية لم تثبت؛ حكم غ ت ن، 12 كانون الأول 1984، ن م، IV، رقم 349، نقض، شاحنة، بيع اجراه الناقل، بائع غير مهني، فسخ العقد يمكن الحكم به وإنما ليس تسديد كلفة التصليحات المنفذة.

لحسن تنفيذ الضمان يتم القيام بها، مبدئياً، في اماكن الشاري[1].

11354 ـ α). فسخ البيع أو إنقاص الثمن. عندما يكون الشيء مشوباً بعيب يحق لمكتسب الملكية، بالتأكيد، أن يرفض تسلمه وان يمارس حق الرد الذي يشكل بداية فسخ محتمل[2]. وتنجم هذه الامكانية عن الضمان.

بيد أنه غالباً ما يجد الشاري مجالاً للشكوى، بعد فوات الأوان، من عيب الشيء الذي لا يبدو للوهلة الاولى.

وتنص المادة 1644 من القانون المدني صراحة على عقوبتين للضمان، ويحصل الشاري على هذه العقوبة أو تلك إذا اقام دعوى الفسخ لعيب خفي أو الدعوى التخمينية. يضاف إلى ذلك انه ترك له ان يختار بين هاتين الامكانيتين طالما ان له الحق في اختيار رد الشيء واسترداد الثمن أو قسم منه كما يحدد ذلك الخبراء.

11355 ـ α ـ 1) اختيار مكتسب الملكية. تعطي المادة 1644 لمكتسب الملكية الخيار بين دعوى الفسخ لعيب خفي أو الدعوى التخمينية. وهذا الخيار ليس خيار القانون العام المتاح امام الدائنين جميعاً بين التنفيذ الجبري وفسخ العقد حسب المادة 1184 من القانون المدني. وهو يحصل فيما بعد عندما لا يطلب إلى المدين تنفيذ تعهده عيناً. ويبين الخيار المتروك لاستنساب الشاري الخطوة المعطاة له.

ويسوّغ Troplong المادة 1644 بفكرة أن «العيوب الموجبة للفسخ تعيب جودة الشيء جذرياً بحيث انه من غير الممكن معرفة ما إذا كان الشاري كان يمكن أن يشتريه في حالة التلف الاساسي الموجود فيه لو أنه عرف به»[3].

11356 ـ الكيفيات. اختيار الشاري، مبدئياً، حر على وجه الاطلاق. ولا مجال للتفريق حسب خطورة العيب، ما دام ان هذا العيب يكفي لتسويغ إقحام الضمان[4].

---

(1) انظر حكم غ ت ن، 4 حزيران 1991، ن م، IV، رقم 204، شاحنة مع صندوق قلاب مستعملة ينقصها الصندوق القلاب وإحدى العجلات عند التسليم، نقض الحكم الذي أعلن أن تركيب التجهيزات الناقصة يجب اتمامه في اماكن البائع.

(2) حكم غ م أ ن، 4 نيسان 1991، ن م، I، رقم 130، سيارة، عيب في دهان الهيكل، رفض قبول التسلم المعتبر غير مسوّغ؛ حكم غ م أ ن، 23 أيار 1992، ن م، I، رقم 166، شاحنة صغيرة مستعملة، تسرب الزيت، معالم اصطدام، نقض: حق البائع في فسخ البيع لصالحه في حالة عيب التقلص يستدعي مسبقاً تسلم شيء مطابق للعقد خالٍ من العيوب.

(3) De la vente، رقم 567.

(4) انظر حكم غ ت ن، 22 تموز 1953، د، 1953، 587، سيارة، فسخ مع عطل وضرر: يتمتع الشاري، حسب اختياره، بدعوى الفسخ والدعوى التخمينية، وبإمكانه تفضيل الدعوى الأولى بعد اقامة الدعوى الثانية؛ حكم غ م ث ا ن 17 شباط 1988، ن م، III، رقم 38، منزل نجارته مصابة بفطر إلى درجة خطيرة، سوء نية البائع، فسخ.

ويمارس خيار الفسخ بدون أن يكون الشاري ملزماً بتسويغه[1]. وليس في مقدور البائع ان يضع عقبة امامه بعرض إعادة النظر في الثمن أو باستبدال الشيء[2]، وليس بامكان بند في العقد أن يشل هذا الاختيار إذا كان البائع مهنياً[3].

وفي وسع مكتسب الملكية تعديل اختياره طالما لم يتم البت بادعائه بحكم اكتسب قوة الشيء المقضي به أو لم يرضخ البائع، وبالتالي حتى امام محكمة الاستئناف[4]. وهكذا يستطيع الانتقال من الدعوى التخمينية إلى دعوى الفسخ لعيب خفي[5]، أو اللجوء إلى العكس[6].

11357 ـ التخفيف أو التلطيف. على أن مكتسب الملكية لا يستطيع، في بعض الحالات، سوى اقامة احدى الدعويين واستبعاد الاخرى: عليه الاكتفاء بدعوى الفسخ بعيب خفي، مثلاً في بعض المبيعات أو بعض الاشياء الخطرة، أو بالدعوى التخمينية ولاسيما عندما لا يستطيع رد الشيء الذي اشتراه.

ويمكن التقدير على وجه الخصوص، مع أنه هناك القليل من الاجتهاد حول هذه النقطة، أن الشاري لا يحق له الحصول إلاّ على انقاص الثمن، إذا رفض القاضي الحكم بالفسخ إذا لم تكن لعيب الشيء اهمية كافية[7]. وهذا هو، الحال، بصورة خاصة، عندما يكون تصليح الشيء سهل التحقيق وقد عرضه البائع في شروط مرضية. وقد جرى الحكم ايضاً بأنه لا مجال للحكم بفسخ بيع مركبة مستعملة لا تجعلها عيوبها غير صالحة للاستعمال المعدة له، طالما ان معالجتها ممكنة عن طريق اعادة فحص جدية التزم البائع باجرائها[8].

---

(1) انظر حكم غ م أ ن، 5 أيار 1982، ن م، I، رقم 163، Dalloz، 1983، اعلامات سريعة، II، 478، ملاحظة Ch. Larroumet، ناسخة فوتوغرافية.

(2) انظر حكم غ م أ ن، 11 حزيران 1980، ن م، I، رقم 185، م ف ق م، 1981، 351، ملاحظة Hémard، انابيب سقي، وجد الشاري غيرها بشروط أفضل، فسخ رغماً عن عرض البائع بأن يستبدل بها غيرها.

(3) طالما أن هذا العقد أصبح غير فعّال، انظر حكم غ م أ ن، 5 أيار 1982، المذكور سابقاً، فسخ رغما عن بند يحدد الضمان باستبدال الجهاز المشوب بعيب.

(4) انظر حكم غ ت ن، 22 تموز 1953، د، 1953، 587، المذكور آنفاً؛ حكم الغرفة غ م ث ن، 11 تموز 1994، ن م، II، رقم 231، سيارة مستعملة.

(5) انظر حكم غ م ث ا، 11 تموز 1974، ن م، II، رقم 231، المذكور سابقاً.

(6) انظر حكم غ م أ ن، 16 كانون الثاني 1985، ن م، I، رقم 27، سيارة تجميع.

(7) انظر حكم غ ث ن، 6 آذار 1990، ن م، IV، رقم 75: مؤسسة تجارية: في هذا الاتجاه Mazeaud et de Juglart، الباب III، المجلد الثاني، رقم 987؛ انظر الرقم 1° السابق حول خطورة العيب.

(8) انظر حكم غ ت ن، أول تموز 1980، م ق ع، 1980، 2، بانوراما، 581، ملاحظة A.P.؛ قارن بحكم غ ت ن، 8 كانون الأول 1981، د، 1982، اعلامات سريعة، 136، غير منشور، شاحنة نقل الاثاث، هيكل مثبت على قاعدة، تكيف غير مدروس بما فيه الكفاية من قبل صانع الهيكل، طلب الفسخ مستبعد، انقاص الثمن: بيد أنه من غير المعروف ما إذا كانت الاتفاقية قد جرى اعتبارها بيعاً أو عقد مقاولة.

ويمكن أيضاً، في العلاقات بين المهنيين، أن تقضي الأعراف بأن لا يكون البائع ملزماً إلا بتخفيض الثمن تجاه هذا العيب في الشيء أو ذاك.

11358 ـ α ـ 2) دعوى الفسخ لعيب خفي. تؤدي دعوى الفسخ لعيب خفي إلى تلاشي العقد، ويتوجب على الشاري رد الشيء وعلى البائع رد الثمن.

إنها دعوى فسخ تقام في ظروف خاصة مبينة في المادة 1641 من القانون المدني[1]. وهذا الحل هو عقوبة الضمان المتميزة في الممارسة القضائية: إنه يطبق في اغلب الاحيان أكثر من انقاص الثمن. ولا مجال للقول، مع ذلك، إنه دائماً الحل الأفضل اقتصادياً: عندما يكون رد الشيء ممكناً.

على أن له ميزة حماية مكتسب الملكية بصورة فعالة ولاسيما إذا كان احد الافراد العاديين. يضاف إلى ذلك أن هذه الامكانية، تصلح، احتمالياً، كوسيلة ضغط للحصول من المورّد على تنفيذ موجباته عيناً.

وهذه العقوبة هي، احياناً، الطريقة الوحيدة امام مكتسب الملكية، إذ استبعد المشترع امكانية طلب انقاص الثمن في بعض الظروف، والأمر كذلك في بيع الحيوانات الداجنة المبينة في المادة 287 من القانون الريفي، وكان يؤمل في شأنها قطع الطريق امام طلبات التخفيض، أي امام المساومات اللاحقة المبنية على ادعاء العيوب، وكذلك بالنسبة إلى الحيوانات المصابة بمرض معدٍ والواردة في المادة 240 من القانون الريفي. بيد أن تصليحات تتناول الشيء قام بها البائع لا تحول دون الحكم بفسخ العقد، حتى ولو جرت اشغال جديدة بعد تقرير الخبرة ما دام أن البائع لم يقدم جهازاً يعمل بصورة طبيعية: لا يمكن أن يطلب إلى الزبون قبول تجربة تركيب جديدة يمكن أن ترضي بعد ست سنوات[2].

11359 ـ رد الشيء. يفترض تلاشي العقد أن يمكن مكتسب الملكية من رد الشيء في حين أن هذا الرد لم يأمر به القاضي صراحة[3]. بيد أنه ينبغي أيضاً ان يكون مكتسب الملكية بامكانه القيام بذلك. وهذه الامكانية تشرط، حسب القضاة، نجاح دعوى الفسخ لعيب خفي. فالمادة 1645 من القانون المدني تحدد بالفعل أن لمكتسب الملكية خيار

---

(1) انظر في هذا الاتجاه، مع النقاش الموجود حول هذه النقطة G.-J.Nana, La réparation des dommages causés par les vices d'une chose، منشورات L.G.D.J.، 1982، رقم 113 وما يليه؛ Ph. Le Tourneau, Conformités et garanties، م ف ق ت، 1980، 231، صفحة 258؛ قارن بالاحكام الصادرة استناداً إلى المادة 1184 من القانون المدني، تجاه عيب ما، وعلى سبيل المثال حكم. غ ث ن، 25 حزيران 1980، ن م، IV، رقم 277، مجموعة غسل آلي للسيارات، فسخ مع العطل والضرر؛ وعلى نقيض ذلك Planiol et Ripert, Traité pratique de droit civil، الباب X، تأليف Hamel، رقم 134.

(2) انظر حكم غ م أ ن، 7 كانون الثاني 1982، م ق ع، 1982، 1، بانوراما، 184.

(3) انظر حكم غ ت ن، 16 تشرين الثاني 1965، ن م، III، رقم 581، مركبة مستعملة.

«رد الشيء». لكن يسترد ثمنه. وبذلك يكون الحصول على الفسخ لعيب خفي أصعب من الفسخ الوارد في القانون العام، ذلك بأنه، بالنسبة إلى تطبيق المادة 1184، لا يبدو تطلب من هذا النوع مطروحاً[1]. على أن هذا الشرط له بعض التلطيف.

لا شك في أن مكتسب الملكية يخسر دعواه، مبدئياً، إذا لم يكن بمقدوره أن يرد، كمقابل لتسديد الثمن، ما تم اعطاؤه إياه: تبقى الدعوى التخمينية وحدها متاحة امامه[2]. وبامكانه ذلك في حال الخسارة (اختفاء، ابادة، تلف...) أو بيع الشيء ثانية. وتكون العقبة عندئذ واقعية أو قانونية. ومن المسلم به أن مكتسب الملكية، إذا كان اختفاء الشيء أو تلفه بسبب خطئه، لا يستطيع بالاحرى الطموح إلى الفسخ[3].

بيد أن خسارة الشيء ليست دائماً عقبة امام الفسخ. فالمادة 1647 تنص على ان البائع، إذا كانت الخسارة ناتجة عن العيب نفسه، هو الذي يُسأل عنها بداهة، وتنتج دعوى الفسخ لعيب خفي مفاعيلها كما لو أن الشيء يمكن رده.

وليس في ذلك سوى ما هو منطقي جداً: يجب أن يمتد الضمان ضد العيوب الخفية إلى أي خسارة للشيء تالية للبيع[4]، وفي حالة خسارة الشيء الجزئية الحاصلة في الظروف عينها، يتوجب على مكتسب الملكية رد ما تبقّى من الشيء.

يضاف إلى ذلك، وفقاً للقانون العام للفسخ، أنه لا اهمية تذكر لنقصان قيمة الشيء منذ البيع: يكفي مكتسب الملكية رده كما تسلمه، إلاّ أن يثبت ان انخفاض القيمة ناتج عن خطئه[5] وذو شأن.

---

(1) حول الفسخ في القانون العام انظر على سبيل المثال حكم غرفة العرائض، 14 كانون الأول 1875، س، 1877، 1، 21، رسوم وعيّنات؛ انظر في هذا الاتجاه بأن ثمة فارقاً مع الفسخ في القانون العام -G. J.Nana, La réparation des dommages causés par les vices d'une chose، رقم 113 وما يليه. وعلى نقيض ذلك Planiol et Ripert, Traité pratique de droit civil، الباب VI، تأليف Esmein، 1982، رقم 432.

(2) انظر حكم غ م أ ن، 25 حزيران 1968، ن م، I، رقم 183،جرارة مستعملة، ببع مرة ثانية، امكانية الحصول على تخفيض الثمن فقط؛ حكم غ ت ن، 17 أيار 1982، ن م، IV، رقم 182، د، 1983، إ س، II، 479، ملاحظة Ch. Larroumet، شاحنة، نقض.

(3) يبدو أن الأمر على هذا النحو في حال مجرد الفساد المنسوب إلى الشاري. بيد أنه إذا كان قليل الخطورة يمكن اعتبار الرد ممكناً: يكفي اعطاء العطل والضرر للتعويض عن الضرر المسبب.

(4) انظر حكم غ ت ن، 22 آذار 1853، د، 1853، 1، 83، بزرات لم تنبت، شيء تلف بسبب عيبه، خسارة البائع؛ حكم غ م أ ن، 28 نيسان 1976، د، 1976، إ س، 204: يجب أن يماثل ذبح الحيوانات المصابة بامراض معدية بخسارة الشيء بسبب العيب؛ قارن بحكم غ ث ن، 4 تشرين الثاني 1970، د، 1971، 188، جرارة مستعملة، حادث بسبب عيبها، مركبة في حالة حطام؛ امكانية فسخ البيع تبدو مستبعدة، خطأ مكتسب الملكية في عدم امكانية رد الشيء، غير أن العطل والضرر أعطيا له.

(5) انظر حكم محكمة استئناف ديجون، 2 تموز 1936، د إ، 1936، 547، مؤسسة تجارية.

11360 ـ الخسارة بسبب الحادث الفجائي. يقع عبء خسارة الشيء بسبب حادث فجائي لا ينسب إلى عيب في الشيء ولا إلى خطأ مكتسب الملكية على هذا الاخير بموجب المادة 1647، الفقرة 2. وذلك تطبيق للقانون العام طالما ان نقل الملكية يتم مع البيع ويحمل معه المخاطر: ويكون لقاعدة خسارة الشيء على عاتق المالك دورها وتمنع من يتحمل المخاطر طلب الفسخ. وينبغي أن يكون للمادة 1647، الفقرة 2، المفسرة على هذا النحو استثناء عندما لا تكون الملكية قد تم نقلها إلى مكتسب الملكية، ولاسيما حين يكون ثمة بند الاحتفاظ بالملكية منصوصاً عليه لصالح البائع، إلاّ أن يكون نقل المخاطر مرتقباً بصورة خاصة، فتكون عندئذ من صالح البائع الاحتياط بفصل نقل المخاطر عن نقل الملكية التي ترافقها.

ويلاحظ، في أي حال، أنه لا توجد في مادة العيوب الخفية احكام تقارن بالاحكام التي، بالنسبة إلى الضمان ضد نزع اليد، تفرض على البائع رد الثمن بكامله رغماً عن تلف الشيء الذي يُسأل مكتسب الملكية عنه (المادة 1631 من القانون المدني).

11361 ـ بيع الشيء ثانية. بيع الشيء ثانية، مع أنه يضع مكتسب الملكية، للوهلة الاولى، في وضع استحالة رد الشيء، ليس دائماً عقبة امام دعوى الفسخ لعيب خفي. وعلى وجه الخصوص، إذا كان الشاري الذي تفرغ عن الشيء هو نفسه موضوع ادعاء لفسخ البيع يمارسه مكتسب الملكية الثاني، فبإمكانه، بدعوة بائعه الخاص للضمان، اقامة دعوى الفسخ لعيب خفي ضده، ذلك بأن ادانته لصالح مكتسب الملكية الثاني تعيد إليه صفة المالك.

ويستطيع مكتسب الملكية الثاني من جهته الحصول على استرداد الثمن بالتوجه في الوقت عينه إلى البائعين السابقين وكذلك إلى مورّده[1]. وقد قبلت محكمة النقض، بعد أن اعتبرت ان نقل الضمان ضد العيوب لا يتيح له إلاّ المطالبة بالعطل والضرر، نقل دعوى الفسخ لعيب خفي هي نفسها[2]. فهل أن البائع المباشر والبائع السابق، في فرضية المبيعات المتعاقبة هذه، يمكن الحكم عليهما بالتضامن تجاه مكتسب الملكية برد الثمن؟ يمكن الشك في ذلك استناداً إلى حكم الغرفة التجارية يؤكد ان لهذه الادانة مقابل هو رد الشيء وقد نقض الحكم الذي جعل موجب رد الثمن على عاتق البائع الاصلي بالتضامن

---

(1) انظر حكم غ ت ن، 27 شباط 1973، د، 1974، 138، تعليق Ph. Malinvaud الناقد، إ د، 1973، II، 17445، تعليق R. Savatier، م ف ق م، 1973، 582، تعليق G. Cornu الناقد.

(2) انظر حكم غ ث ن، 17 أيار 1982، ن م، IV، رقم 182، د، 1983، إس 479، ملاحظة Ch. Larroumet، م ف ق م، 1983، ملاحظة Durry، شاحنة، حكم أكد أيضاً أن هذه الدعوى عقدية بالضرورة.

مع البائع الوسيط، في حين أن رد الشيء لم يؤمر به إلاّ لصالح هذا الاخير[1].

غير أن ادانة كهذه بالتضامن تبدو ممكنة شرط أن يكون مكتسب الملكية ملزماً برد الشيء إلى من بمقدوره ارضاؤه من المدينين المشتركين.

11362 ـ مفاعيل الفسخ (أو آثاره). يكون فسخ العقد اجمالياً ويشمل الرد الكل إذا كان موضوع البيع شيئاً وحيداً أو اشياء غير قابلة للانقسام.

وفي ما يتعلق بالسلع المباعة على اساس الوزن أو القياس يكون موضوع البيع قابلاً للانقسام ولا يمكن أن يتم الفسخ إلاّ بالنسبة إلى الاقسام المعينة[2]، إلاّ أن تكون نية الفريقين اعتبار مجموع العملية كلاً غير قابل للانقسام[3].

وفي ما يختص بلوازم التجهيز، على عكس مما تقدم، نادراً ما يقبل أن تكون الاقسام المختلفة المكوّنة قابلة للانقسام[4]. ويؤخذ في الحسبان، بصورة عامة، لتقدير انقسامية الشيء، الاستعمال المعد له[5].

ويتوجب على الشاري، عدا رد الشيء، اعادة المنتجات التي يتلقاها. وهكذا من الواجب الأخذ في الحسبان الارباح الناتجة عن استعماله، ولاسيما قبل اكتشاف العيب[6]. وقد يتوجب له ايضاً العطل والضرر بسبب الفساد اللاحق بالشيء الذي، بكونه طفيفاً، لا يشكل عقبة امام الفسخ لعيب خفي.

والبائع، من جهته، ملزم برد الثمن المدفوع بكامله[7]. غير أن ما يتوجب، إذا تناول العقد أشياء قابلة للانقسام واصيب بعضهما فقط بعيب، هو حصة من الثمن مناظرة للأشياء المشوبة بالعيب. ويكون ملزماً كذلك، حسب القانون العام، بالمصاريف الضرورية أو المفيدة التي انفقها الشاري على الشيء المباع[8]. إلاّ أنه ليس ثمة نص،

---

(1) حكم غ ت ن، 17 أيار 1982، ن م، IV، رقم 182، المذكور آنفاً.

(2) انظر حكم غ ع، 26 نيسان 1870، م إ د، 1871، 1، 11، أكياس للنشأ، نقض؛ انظر مع ذلك في صدد العِجلات التي توقفت إحداها عند الانتاج، حكم غ ت ن، 25 شباط 1986، المستشهد به سابقاً، ادعاء ادعاى للتسديد بالنسبة إلى الكل.

(3) انظر حكم محكمة استئناف كولمار، 19 كانون الثاني 1869، دد، 1871، 2، 8، اسباب تسويغ، قناطير من القمح الجيد من الالزاس.

(4) انظر حكم غ ت ن، 22 تشرين الأول 1968، ن م، IV، رقم 287، في شأن هيكل آلة.

(5) انظر في هذا الاتجاه Planiol et Ripert، الباب X، تأليف Hamel، رقم 134.

(6) انظر حكم الغرفة غ م أ ن، أول تموز 1924، د إ، 1924، 581، حافلات، مكافآت مستحقة من تأجيرها؛ Planial et Ripert، الباب X، تأليف Hamel، رقم 134.

(7) قارن بحكم الغرفة المدنية، 25 تموز 1900، د، 1904، 611، القاضي بابطال بيع لوحة ليست اصيلة.

(8) انظر حكم الغرفة المدنية، 29 آذار 1852، دد 1852، 1، 65، عقار؛ Planiol et Ripert، الباب X، تأليف Hamel، رقم 134.

على عكس ما ورد في المادة 1633 من القانون المدني، بالنسبة إلى الضمان ضد نزع اليد، بأنه تتوجب على البائع لمكتسب الملكية قيمة الشيء في يوم ظهور العيب إذا كانت قد زادت منذ البيع.

ويعتبر بعض المؤلفين اخيراً انه تتوجب على البائع، علاوة على ذلك، فوائد الثمن اعتباراً من دفعه وتجري معها، اعتيادياً، مقاصة المبالغ التي يكون مكتسب الملكية ملزماً بها بنتيجة الربح الذي جناه من الشيء[1].

11363 ـ α ـ 3) الدعوى التخمينية موضوع الدعوى التخمينية تخفيض الثمن:

يطالب الشاري برد قسم مما دفعه يناظر خسارة الصفة التي طبع العيب الشيء بها. بامكانه بالفعل تفضيل الاحتفاظ بالشيء رغما عن قيمته الادنى من القيمة المتفق عليها أو عن منفعته الأقل[2]. ويظن انه يحصل على الارضاء بسهولة أكبر بالاكتفاء بهذا النوع من المعاقبة إذا كان العيب المتمسك به ليست له خطورة خاصة.

ومعاقبة موجب الضمان هذه هي، للوهلة الاولى، اصلية طالما أن المحاكم ليس لها، مبدئياً، الحق في تعديل محتوى العقد. بيد أنه من المعروف أن القاضي، لتطبيق القانون العام للمادة 1184 من القانون المدني وفي ممارسة سلطاته في التقدير، بامكانه استبعاد الفسخ عند عدم تنفيذ خطير، مع اعطاء العطل والضرر: هذا التعويض غالباً ما تكون له مفاعيل اصلاح الثمن ذاتها.

ونادراً ما تبدو الدعوى التخمينية في هذا السياق شاذة عن القانون العام، ويمكث ما هو خاص بالضمان ضد العيوب، في النهاية، وقبل أي شيء، في الامكانية المتروكة للشاري في رفض إعداد موجباته المالية من جديد وفي اختيار الفسخ، في حين أنه يحق للقاضي فرض الحفاظ على العقد عن طريق اعادة النظر فيه.

على أن رد قسم من الثمن يجب أن لايماثل باعطاء العطل والضرر. والدعوى التخمينية، مع أن النتيجة الحاصلة قد تكون مماثلة وتستخدم المحاكم احياناً المصطلح الثاني مكان الاول[3]، ليست دعوى مسؤولية بحصر المعنى[4]. وتخفيض الثمن في

---

(1) انظر Aubry et Rau، الجزء V، تأليف Esmein، الفقرة 355 مكرر، التعليق 16؛ Planiol et Ripert، الباب X، تأليف Hamel، رقم 134، والاسنادات؛ قارن بحكم غ م أ ن، أول تموز 1924، د إ، 1924، 581.

(2) انظر كمثال حكم غ م أ ن، 31 آذار 1954، د، 1954، 417، عقار، أرضة (دودة خشب)؛ حكم غ م أ ن، 12 آذار 1980، ن م، I، رقم 85، كلب، عدم القدرة على الإنسال؛ حكم غ م أ ن، 16 كانون الثاني 1985، ن م، I، رقم 27، مركبة تجميع، تعديل الادعاء خلال سير الدعوى.

(3) انظر على سبيل المثال، حكم محكمة استئناف باريس، 3 أيار 1967، م ق ع، 1967، 2، 34، مركبة جديدة، افراط في استهلاك البنزين، عطل وضرر.

(4) انظر في هذا الاتجاه Ch. Larroumet، ملاحظة في Dalloz، 1981، اعلامات سريعة، 447.

الواقع في تناسب مع نقص قيمة الشيء وحدّه الاقصى المبلغ الكامل الذي دفعه الشاري، في حين ان العطل والضرر يمكن منحهما بسبب خسارات اضافية[1]، وهما مستحقان حتى التعويض الكامل عن الضرر الحاصل إذا كان البائع مهنياً أو ظهر سوء نيته. ويكون لمكتسب الملكية في الحالة الثانية الحق في طلب تعويض يتجاوز مبلغ الثمن مع الاحتفاظ بالشيء، ولاسيما لتغطية نفقات معالجة العيب. ويلاحظ، فضلاً عن ذلك، عن طريق الاستدلال بالضد، أن الثمن، إذا حدث أن راعى القضاة الثمن الكامل وحددوا التخفيض الذي قد يكون هذا الثمن موضوعه كسقف لادانة البائع، في ما يتعلق بوضع كلفة اشغال تصليح الشيء، على عاتقه، فذلك بالضبط لأنه حسن النية وبالتالي لا يتعرض للحكم عليه بأي عطل وضرر[2].

والدعوى التخمينية، بصفتها هذه، يمكن ان تقارن بدعوى الإبطال لعلة الغبن[3]، إنها فسخ كالإبطال لوجود العيب الخفي، وتظهر كتصغير للفسخ. واسترداد قسم من الثمن هو اعادة توازن الاتفاقية الجارية[4]. ويمكن، بالنسبة إلى ما تبقى، أي في شأن ضرر متميز، طلب التعويض.

11364 ـ العمل بالدعوى التخمينية. ليس في وسع الشاري اقامة الدعوى التخمينية عندما تكون طريق الفسخ هي الطريق الوحيدة المتاحة له بموجب القانون. وعلى عكس ذلك ليس امامه، احياناً، سوى امكانية طلب انقاص الثمن: هكذا الأمر في فرضية عدم امكانه رد ما قدمه له البائع.

وإقدام مكتسب الملكية على بيع الشيء ثانية، على عكس ما يجري بالنسبة إلى الابطال لعيب خفي، يمنعه من انتقاد الثمن طالما أنه ليس عليه أن يرده[5]. بيد أنه ينبغي أيضاً ان يبقى من الممكن، بصورة محسوسة ولغاية الاثبات، أن تراقب صفة الشيء وبالتالي ان يعرض عند الحاجة على الخبرة[6]. وبهذه الطريقة يمكن ان يقود التفرغ،

---

(1) انظر كمثال حكم الغرفة التجارية، أول كانون الأول 1964، النشرة المدنية، III، رقم 532، شاحنة.

(2) انظر حكم الغرفة المدنية، 15 آذار 1948، س، 1948، 1، 190، عقار.

(3) انظر Planiol et Ripert، الباب X، تأليف Hamel، رقم 135، Ch. Larroumet، الملاحظات السابقة.

(4) قارن بـ Ph. le Tourneau، م ف ق ت، 1980، 231، ص 258، الذي يرى في ذلك تخفيضاً للثمن.

(5) انظر حكم غ ت ن، 24 تشرين الأول 1960، ن م، III، رقم 333؛ آلة قذف، خبرة أمر بها قضاء العجلة، ثم باعها الشاري ثانية، نقض الحكم الذي رد طلب الشاري في حين ان البائع كان بمقدرة التحقق ومناقشة نتائج الخبرة. وعلى عكس ذلك حكم محكمة استئناف Douai، 30 أيار 1949، د، 1949، 592، تعليق H.L. الناقد: الحكم الذي رفض اعطاء الشاري العطل والضرر وقد باع ثانية بخسارة حسب الظاهر منازع فيه جداً.

(6) انظر حكم غ ع، 10 حزيران 1929، د إ، 1929، 411، كمية من القمح، استحالة التحقق من المآخذ الموجهة إلى البائع؛ حكم غ ت ن، 11 تشرين الأول 1971، د، 1972، 139، شواء دجاج رومي مجلّد، بيع إلى الخارج، سلعة لم يعد بالامكان عرضها: لم يأخذ الحكم في الحسبان أن العيب كان متحققاً منه عند خبرة اجراها الغير الذي اتفق الفريقان على اسمه.

بدون أن يكون عقبة قانونية، إلى رد الادعاء بالفعل. ومن قبيل الحيطة، في أي حال، من جهة مكتسب الملكية، من يلجأ إلى خبرة قضائية قبل أن يقوم بالبيع ثانية[1].

ولا اهمية تذكر ايضاً لتلف الشيء بحادث فجائي أو بخطأ الشاري: تحمل هذا الاخير نتائج التلف لا يمنع أن يكون قد دفع الثمن غالياً مع الأخذ في الحسبان العيب الذي اصابه[2]. وتبقى الصعوبة فقط، هنا ايضاً، في تحديد وجود العيب.

وتخفيض الثمن مسوّغ إذا بدا مفرطاً بالنظر إلى العيوب. وتستعمل المحاكم الصيغة في صدد أشياء مستعملة[3]. والقضاة ملزمون بترقيمها ولا يمكنهم الاكتفاء، للحكم بالدعوى التخمينية، برد ادعاء البائع بدفع رصيد الثمن[4]. فمبلغه يجب أن يكون مساوياً لنقص القيمة الذي كشفه العيب الذي وسم الشيء، مما يمكن أن يبدو، في الواقع، صعب التقويم[5]. ويجب، تطبيقاً للمادة 1644 من القانون المدني، أن يكون تخفيض الثمن الواجب رده إلى مكتسب الملكية موضوع تحكيم الخبراء، إلاّ أن القضاة بمقدورهم الاستناد إلى تحققات من كان يمكن ان يسميه قضاء العجلة[6]. ويبدو أن المحاكم تمتلك حرية كبيرة لكي تقدر، على هذا الاساس، مبلغ التخفيض الواجب اجراؤه، وبامكانهم تحديده بكلفة اشغال تصليح الشيء بدون وجوب الأخذ في الحسبان القيمة البيعية التي يمكن ان يكون قد احتفظ بها هذا الشيء رغماً عن عيوبه[7].

وينبغي اخيراً، عدا تخفيض الثمن تبعاً لخسارة قيمة الشيء مع ظهور العيب، أن يكون بمقدور مكتسب الملكية ان يطمح، باقامة الدعوى التخمينية، إلى استرداد قسم من المصاريف الناجمة عن البيع سواء أكان البائع حسن النية أم سيء النية.

11365 ـ β). التصليح أو استبدال الشيء. قد يكون من مصلحة احد الفريقين الحصول على تنفيذ الضمان عينا بدلاً من فسخ العقد أو انقاص الثمن: تصليح الشيء أو استبدال غيره به بشكل ملموس.

---

(1) انظر حكم غ ت ن، 24 تشرين الأول 1960، ن م، I، رقم 333، المذكور سابقاً.

(2) انظر في هذا الاتجاه Mazeaud et de Juglart، الباب II، المجلد الثاني، رقم 987؛ قارن بـ Planiol et Ripert، الباب X، تأليف Hamel، رقم 137.

(3) انظر حكم غ م أ ن، 25 حزيران 1968، ن م، I، رقم 183، جرارة مستعملة.

(4) انظر حكم غ ع، أو كانون الاول 1964، ن م، III، رقم 333، المذكور آنفاً.

(5) انظر بالنسبة إلى عقار حكم محكمة استئناف بواتييه، القسم السابع عشر، 29 شباط 1984، المعلوماتية الاجتهادية، رقم 84219، في الملخص (ورد سابقاً)، وجود مناجم قديمة مردومة تجعل تحقيق أساسات البناء أكثر كلفة.

(6) انظر حكم غ ت ن، أول كانون الأول 1964، ن م، III، رقم 532، شاحنة، عجز في الاستعمال قدرة الخبير بنسبة 30%؛ حكم غ م أ ن، 16 كانون الثاني 1985، ن م، I، رقم 27، سيارة رياضية للتجميع.

(7) انظر حكم غ م أ ن، 16 كانون الثاني 1985، المذكور آنفاً، مركبة مباعة بمبلغ 38000 فرنك، استرداد 23000 فرنك جرى الأمر بها: في هذه القضية يبدو الحل في غير صالح الشاري.

ويملك الدائن، على صعيد القانون العام، خياراً بين التنفيذ عيناً والفسخ، استناداً إلى المادة 1184، الفقرة 2، من القانون المدني، وبامكان المدين من جهته الافلات من الفسخ بعرض تنفيذ التقديم[1]. ويجاز للدائن، عند الحاجة، تنفيذ الموجب عن طريق الغير وعلى نفقة المدين تطبيقاً للمادة 1144. أما عرض التنفيذ الذي يقدمه المدين، شرط أن لا يكون متأخراً جداً، فهو يتيح تجنب تلاشي العقد.

وتنفيذ الضمان عيناً غالباً ما يضطلع به البائع المهني، عملياً، باموال منقولة؛ ولاسيما عندما يكون منصوصاً عليه في «الضمان العقدي» الذي يقترحه على المستهلك[2]. والبائع الملزم بالعيوب الظاهرة إلى حد ما، في مادة العقار للبناء، لا يتعرض لفسخ العقد أو إلى انقاص الثمن إذا تعهد بالتصليح مادياً وبازالة العيب في العمل[3].

11366 ـ التقسيم. من المناسب التفريق حسبما يكون طلب التنفيذ عيناً صادراً عن مكتسب الملكية فيكون مقبولا عندئذ، أو يطمح البائع إلى تنفيذ تعهداته بهذه الطريقة مما يبقى موضوع مناقشة.

11367 ـ β ـ 1) الطلب صادر عن مكتسب الملكية. يأمل مكتسب الملكية الذي يرغب احياناً في الحصول على التصليح في الاحتفاظ بالشيء. وليس الوضع نادراً في المادة العقارية. وينبغي لتلبية الطلب أن يدان البائع بتحقيق الاشغال الضرورية لازالة العيب أو دفع ثمنها.

ويعتبر المؤلفون باغلبيتهم أن للشاري الحق في الحصول على ارضاء كهذا عيناً[4]،

---

(1) انظر حكم غ م أ ن، 17 أيار 1954، مجلة قصر العدل، 1954، 2، 82، بيع، تسديد الثمن.

(2) انظر P. Ancel, La garantie conventionnelle des vices dans les conditions générales de vente en matière mobilière، م ف ق م، 1979، 203، انظر الكراسة II، رقم 65 وما يليه؛ انظر على سبيل المثال حكم غ ت ن، 4 كانون الأول 1984، ن م، IV، رقم 328، مشط رحوي مشوب بالعيب، اعطال دائمة، صانع عرض استعادة الجهاز لفحص جديد، يستحيل على هذا الصانع ممارسة حق احتجاز الشيء للحصول على تسديد المورّدين الثمن وقد وكلوا البائع بالمفرق سابقاً في التصليحات السابقة، اعادة فحص اعترف الصانع بأنها مجانية.

(3) المادة 1642 ـ 1 والمادة 1646 ـ 1 من القانون المدني؛ انظر Malinvaud et Jestaz, Droit de la promotion immobilière، رقم 319 وما يليه.
لم يتم تحديد كون البائع بامكانه أن يتطلب ذلك. إلا أنه يجب ان تكون لديه الامكانية طالما أن المحاكم تعترف له بها بطية خاطر تطبيقاً للمادة 1641 وما يليها.

(4) انظر في هذا الاتجاه Planiol et Ripert، الباب X، تأليف Hamel، رقم 135 والاسنادات؛ Ph. le Tourneau, Conventionnelle et garanties، م ف ق ت، 1980، 231، رقم 16، G.-J. Nana, La réparation des dommages causés par les vices d'une chose، رقم 137؛ وعلى نقيض ذلك P. Ancel, La garantie consentionnelle، م ف ق ت، 1979، 203، رقم 15 ورقم 18: في عرض المؤلف لا يدخل هذا الحل في نطاق الضمان القانوني وبإمكان البائع بالتأكيد رفض تحمّل الكلفة إذا كانت تفوق قيمة الشيء.

ويبدو ان الاجتهاد يؤيد هذا الحل. فقد قبله في حكم الغرفة المدنية في 11 نيسان 1933 في صدد عيوب وسوء تنفيذ في العقار المباع، الذي اعلن ما يلي: «الحق في حالة العيوب الخفية في الشيء، في طلب إمّا فسخ البيع، وإمّا انقاص الثمن، لا يستبعد، في حين ان البائع، فضلاً عن ذلك، كان يعلم بالعيب في آونة البيع، امكانية الشاري في طلب التعويض مع الاحتفاظ بالشيء، أو عن طريق التكافؤ، في طلب العطل والضرر، وهذه الامكانية تنجم، مبدئياً، عن المبدأ نفسه الذي استوحته المادة 1645 من القانون المدني»[1].

وثمة احكام اخرى في هذا الاتجاه[2]. وليس من النادر، في الواقع، أن نرى المحاكم تدين البائع بالقيام بالتصليحات التي تتطلبها حالة الشيء، أو بتحمل الكلفة[3]. يضاف إلى ذلك، حسياً، أن بامكان مكتسب الملكية إكراه شريكه في التعاقد على التنفيذ عيناً بتهديده بالفسخ[4].

11368 ـ التصليح الذي يجريه مكتسب الملكية. يحدث احياناً، ان يتخذ مكتسب الملكية، من تلقاء ذاته، مبادرة تصليح الشيء، وبصورة خاصة عندما يجهل أن عيباً ما هو في اساس العمل السيء الظاهر عند الاستعمال. وبامكانه، في هذه الحالة، إذا ظهر في النهاية إن عيب الشيء والسبب التقني لا نزاع فيهما، الادعاء لتسديد مصاريف التصليح التي يمكن أن يكون قد قام بها. إن الرابطة السببية بين عدم تنفيذ العقد والنفقات التي دفعها ثابتة طالما ان التصليح قد تم وفقاً للتصميم الذي قدمه البائع، وأن سوء العمل باقٍ

---

(1) د إ، 1933، 331.

(2) انظر حكم محكمة استئناف أميان، 5 حزيران 1875 س، 1876، 2، 225، في تعليق فرعي، آلة لصناعة السكر، الحكم على البائع بمصاريف التصليح وبتعويض؛ حكم المحكمة البدائية في ليون، 9 كانون الأول 1970، م إ د، 1971، IV، 183، سيارة، فاصل ضعيف جداً، عيب خفي يسوّغ دعوى الشاري بدفع المبلغ الذي يمثل الكلفة واستبدال فاصل صالح له.

(3) انظر حكم غ ت ن، 20 كانون الثاني 1959، ن م، III، رقم 30، مركبة جديدة، عبوب عائدة إلى الصانع أو إلى صانع الهيكل، ادانة الوكيل البائع بالقيام بالتصليحات والتعديلات؛ حكم غ م أ ن، 28 نيسان 1971، م إ د، 1972، II، 17280، تعليق Boitard و Rabut، مركبة جديدة، عيب خفي، الحكم على البائع بكلفة التصليح وبتعويض بسبب التجميد رغماً عن تحديد المسؤولية في الزمان، بائع مهني، بند لم يقبله مكتسب الملكية؛ حكم غ ت ن، 6 تشرين الثاني 1978، ن م، IV، رقم 250، مجرفة تتحرك ذاتياً مستعملة، بائع مهني، زبون مستعمل غير ميكانيكي، بند عدم الضمان مستبعد، الحكم على البائع بمصاريف التصليح المدفوعة بعد الخبرة؛ قارن بحكم غ ت ن، 17 كانون الأول 1957، ن م، III، رقم 350، المجلة الفصلية للقانون التجاري، 1958، 594، ملاحظة J. Hémard، ادانة البائع بدفع كلفة التصليحات التي اجراها مكتسب الملكية لصدور بعض التعهدات عنه؛ حكم غ ت ن، 14 كانون الأول 1970، ن م، IV، رقم 345، سيارة مستعملة، بند عدم الضمان مستبعد، خطأ جسيم ارتكبه البائع، تحمل التصليحات.

(4) كمثال على دعوى الفسخ لعيب خفي تالية لطلب حبي للاستبدال، انظر حكم غ ت ن، أول آذار 1983، 1 ن م، III، رقم 92، مهلة قصيرة جرت مراعاتها.

لأنه ناتج عن عيب في التصميم[1].

بيد أنه من الحيطة في التحقق من مدى الاشغال الواجب القيام بها عن طريق خبير[2]، عندما يقتنع الشاري بعيب الشيء ويأمل في تنفيذ التصليحات الضرورية. وقد يكون ثمة اغراء في التقدير ان اعتراف البائع بوجود العيب يمكن أن يجيز له اخذها على عاتقه. غير أنه يجب أن لا تمنع التصليحات المنفذة، في أي حال، التثبت من حالة الشيء الاصلية[3].

11369 ـ استبدال الشيء. استبدال شيء بالشيء المشوب بعيب يدعو إلى التفكير، لأول وهلة، في أن مكتسب الملكية لا يمكن أن يطمح إليه لأن ذلك يعدل موضوع الموجب. والأمر كذلك، بصورة خاصة، بالنسبة إلى الأشياء القديمة أو المستعملة.

إلاّ أنه، بالنسبة إلى الأشياء الجديدة، وعلى وجه الخصوص الأشياء التي يكون انتاجها موحّد النمط، ثمة حق في التساؤل عما إذا كانت الامكانية معكوسة، وعما إذا كان التبادل يجب ان يتفوق على التصليح لكونه يتمثل فيه رهن أفضل لارضاء الدائن عيناً.

يضاف إلى ذلك أن موضوع الموجب لن يتغير طالما أن ما تم اكتساب ملكيته، في ذهن الفريقين، ليس شيئاً مفرّداً، وإنما هو مال من نوع معين.

وغالباً ما يتوقع البائع، في الممارسة، استبدال شيء بالشيء المشوب بالعيب ضمن الشروط العامة للعقد ويحدد في الوقت عينه ضمانه[4].

11370 ـ β ـ 2). العرض المقدم من البائع. يمكن أن تكون للبائع مصلحة في عرض التصليح أو استبدال الشيء.

ولا يمكن أن يؤدي التصليح إلى الارضاء إلاّ بشرط تقديم الضمانات الجدية جميعاً، بحيث إن الاستبدال يبدو احياناً كوسيلة أضمن لحيازة مكتسب الملكية الشيء الخالي من العيوب.

---

(1) انظر حكم غ ت ن، 25 كانون الثاني 1966، ن م، III، رقم 51، سفينة، حاملة مروحة، عيب في إحكام سد جهاز منع التسرب.

(2) قارن بحكم غ ت ن، 20 كانون الثاني 1959، ن م، III، رقم 30؛ المذكور آنفاً، سيارة جديدة؛ حكم غ ت ن، 8 تشرين الثاني 1978، IV، رقم 250، مجرفة تتحرك ذاتياً مستعملة.

(3) انظر حكم غ ت ن، 8 تموز 1981، ن م، IV، رقم 316، روافد صغيرة من الفولاذ، عيب عدم معالجتها بالتيار الكهربائي؛ بيد أن المسألة نادراً ما تطرح في صدد حاجات مصنوعة متماثلة ومشتراة جديدة؛ انظر حكم المحكمة البدائية في ليون، 9 كانون الاول 1970، م إ د، 1971، IV، 183، المذكور سابقاً، سيارة، فاصل ضعيف جداً.

(4) انظر حكم غ ت ن، 7 كانون الأول 1976، د، 1977، إ س، 128، جهاز تدفئة؛ حكم غ ت ن تموز 1973، ن م، IV، رقم 264، قرميد مقدم للمقاول، حكم غ م أ ن، 5 أيار 1982، ن م، I، رقم 163، ناسخة فوتوغرافية.

كما يقتضي، علاوة على ذلك، لهذه الفرضية أو تلك، أن يكون ثمة عيب في الصنع أو سوء في العمل، باستثناء عيب التصميم، وإلاّ بدا فسخ العقد الطريق الوحيدة الممكنة.

وإذا فضل البائع تأمين تصليح الشيء أو استبدال غيره به فإن شريكه في التعاقد يكون راضياً على وجه العموم. ليس هناك، اضافة إلى ذلك، سوى عرض بالتنفيذ عيناً متوافق مع القانون العام للعقود، وعلى وجه اخص مع المادة 1184 من القانون المدني.

11371 ـ رفض مكتسب الملكية. على أن الاجتهاد، على عكس ما كان مقبولاً في السابق[1]، اصبح ينزع إلى رفض امكانية البائع في التصدي لطلب الفسخ بعرض استبدال الشيء بغيره، وهو حل قاسٍ يسري بالاحرى على التصليح[2].

وهذه الاحكام مبنية على اختيار الحر الذي تتيحه المادة 1644 من القانون المدني «للشاري وحده»[3] للحصول على معاقبة الضمان، وله الحق في ممارسته «بدون أن يتوجب عليه تسويغ ذلك»[4].

ولا يبدو حل كهذا مرضياً تماماً. فالمادة 1644، في القانون، تتناول الخيار بين فسخ العقد وتخفيض الثمن، وذلك مسألة ثانية بالنسبة إلى البديل بين التنفيذ العيني والتنفيذ بالمعادل. ومن الافضل، فضلاً عن ذلك، وفي الواقع، من وجهة نظر اقتصادية، أن يكون من الممكن الحفاظ على العقد ما دام أن المدين بمقدوره تنفيذ العقد على وجه صحيح.

يضاف إلى ذلك أن الاستبدال، إذا تناول البيع شيئاً معيناً بالنوع، وهذا هو حال المنتجات الموحدة النمط، يؤدي إلى توريد ما كان متفقاً عليه.

11372 ـ ٧°). اعطاء العطل والضرر. يحق لمكتسب الملكية، علاوة على فسخ

---

(1) انظر حكم محكمة استئناف باريس، 10 كانون الأول 1902، م ق ع، 1903، 1، 261، سيارة، يجب عدم فسخ البيع بسبب وجود تشقق في إحدى الاسطوانات ما دام أن هذا الجهاز يمكن استبدال غيره به بسهولة وبسرعة، ودعوى الإبطال لعيب خفي ينبغي أن لا تقبل إلاّ في حالة عيب غير قابل للتصليح. قارن بحكم ع ت ن، أول تموز 1980، م ق ع، 1980، 2، بانوراما، 581، ملاحظة A.P، سيارة مستعملة، عيب لا يجعل الشيء غير صالح لاستعماله ومعالجته ممكنة باعادة فحص جدية تعهد بالبائع باجرائها؛ انظر ايضا G.- J. Nana, La réparation des dommmages causés par les vices d'une chose، رقم 154، التعليق 92.

(2) انظر حكم غ م أ ن، 11 حزيران 1980، ن م، I، رقم 185، أنابيب سقي عرض البائع استبدال غيرها بها وليس تصليحها فقط، فسخ؛ حكم غ م أ ن، 5 أيار 1982، ن م، I، رقم 163، ناسخة فوتوغرافية، بند في العقد ينص على الاستبدال غير محتج به ضد الشاري الجاهل.

(3) حكم الغرفة المدنية الأولى، 11 حزيران 1980، النشرة المدنية، I، رقم 185، المذكور آنفاً.

(4) حكم غ م أ ن، 5 أيار 1982، ن م، I، رقم 163، المذكور سابقاً.

العقد، طلب التعويض عن الضرر الذي اصابه والذي لا يكفي تلاشي العقد لمحوه. والمادة 1645 من القانون المدني تنص على ذلك صراحة باعلانها أن البائع السيء النية ملزم بكل عطل وضرر. والمادة 1646 من جهتها تفرض على كل بائع، سواء اكان حسن النية أو سيء النية، أن يسدد المكتسب الملكية المصاريف التي تتطلبها العقد.

وحق مكتسب الملكية في أن يطمح إلى العطل والضرر موجود أيضاً عند تخفيض ثمن البيع[1] أو تصليح الشيء، انطلاقاً من الآونة التي تحمل فيها ضرراً يختلف عن خسارة قيمة المال تتيح تدابير كهذه التعويض عنه. ومن المناسب، أياً كانت حالة الصورة، أن يتمكن المدعي فقط من اثبات مدى ضرره والرابطة السببية مع الشيء المباع.

ويمكن أيضاً أن تقام دعوى العطل والضرر وحدها. ولا يخضع اعطاء العطل والضرر لفسخ العقد[2]. وقد يكون موضوع الادعاء، علاوة على ذلك، امام حادث أدى الشيء إليه، التعويض عن الضرر الجسدي أو المادي وحسب الذي قد يكون بدون مقياس مشترك مع الثمن المدفوع. غير أن الدعوى، حتى في حال عدم طلب فسخ العقد، تخضع لقواعد الضمان الخاصة ما دام ان مبدأها هو في وجود عيب خفي[3].

ويؤمن العطل والضرر التعويض عن الاضرار المختلفة: معاملات مرتبطة بحيازة الشيء[4]، قلق طابعه مادي أو معنوي[5]، لاقابلية التصرف بالشيء أو تجميده[6]، خسارة

---

(1) قد يحصل ذلك مثلاً في حال بيع الشيء ثانية في ظروف سيئة، انظر حكم غ ت ن، اول كانون الأول 1964، ن م، III، رقم 532، شاحنة بيعت ثانية بمبادرة من مقرض المال الذي لم تدفع سنداته، ادانة البائع برد 30% من الثمن استناداً إلى تحققات الخبير، مبلغ أدنى من الفرق بين ثمن الشراء وثمن البيع بعد الشراء، بائع مهني، نقض الحكم الذي رفض الحكم على البائع بالعطل والضرر، المادة 1645.

(2) انظر حكم غ ت ن، 4 تشرين الثاني 1970، ن م 1971، 188، جرارة مستعملة اصابها ضرر عقب حادث، جرى طلب العطل والضرر ولم يعطيا ولم يفسخ العقد؛ حكم غ ت ن، 25 شباط 1981، ن م، IV، رقم 111، د، 1981، إ س، 445، ملاحظة Ch. Larroumet، فرن من الجص، عدم طلب الفسخ، لم تعتبر الدعوى المبنية على المادة 1645 نازعة فقط إلى تخفيض الثمن، نقض الحكم الذي اكتفى باعطاء استرداد 10%.

(3) انظر حكم غ ت ن، 4 حزيران 1985، ن م، IV، رقم 181، م ف ق م، 1986، 385، ملاحظة J. Huet، منتج لغذاء الحيوانات، تأخر الادعاء بالضمان المواجه بدعوى دفع الثمن.

(4) انظر على سبيل المثال حكم غ ت ن، 12 كانون الأول 1984، ن م، IV، رقم 349، سيارة، كلفة البطاقة الرمادية.

(5) انظر حكم غ ت ن، 25 تموز 1953، د، 1953، 587، سيارة؛ حكم غ م أ ن، 4 كانون الثاني 1965، ن م، I، رقم 10، د، 1965، الموجز، 78، سيارة، مصاريف واختلال سبّبها الفسخ؛ انظر أيضاً حكم غ ع 26 نيسان 1870، د د، 1871، 1، 11، فتأخير من النشاء، بيع على أساس الوزن أو القياس، الشيء على مسؤولية البائع حتى التسليم، عدادية، فسخ، مصاريف واختلال من الدعوى نفسها.

(6) انظر من بين الاجتهاد الغزير جداً حكم غ ت ن، 16 تشرين الأول 1972، د، 1973، 290، تعليق Hémard، رافعة متراكبة، تحديد الضمان لافعالية له؛ قارن بحكم محكمة استئناف باريس، 8 حزيران 1976، م إ د، 1977، II، 18579، نظام معلوماتي، تجميد.

الاستثمار المرتبطة باستعماله[1]، كلفة انخفاض كمية الاشغال المنجزة بالمعدات المباعة المشوبة بالعيب[2]، وفي الغالب ايضاً ضرر مادي سبّبه الشيء.

ويتركز الانتباه، في ايامُنا، مع كثرة الحوادث التي يسببها الشيء ونمو المسؤولية المدنية، على العطل والضرر المنصوص عليه في المادة 1645 واللذين لا تعلن المحاكم أنه البائع ملزم بهما وحسب إذا تبين سوء نيته، وإنما ايضاً إذا كان مهنياً[3].

11373 ـ المصاريف في معرض البيع. ينبغي، بسبب ذلك، عدم اهمال المصلحة التي يمثلها التعويض عن المصاريف في معرض البيع المتوجب لمكتسب الملكية حسب المادة 1646 من القانون المدني ايّاً كان مسلك البائع أو صفته.

وذلك يستهدف النفقات التي جرت لعقد الاتفاقية التي ظهرت بلا منفعة: استشارة خبير انتقال، مصاريف الدعوى والتوابع الاخرى[4]... ومن الطبيعي أن يستعيد مكتسب الملكية هذه المصاريف لأنه تكبدها بنفسه من أجل العقد أو اضطر إلى تكبدها استناداً إلى المادة 1593 عند ابرام العقد، حتى إنها تمثل خسارة بالنسبة إليه وتدخل في كلفة العقد الاجمالية[5].

وقد اخذ الاجتهاد لمدة طويلة بالمفهوم الاوسع لهذه المصاريف، وادخل فيها نفقات اخرى بمناسبة البيع: اختلال فرضته الدعوى وضرر اصاب الثقة بملاءة مكتسب الملكية[6]، وضرر بسبب الفسخ وتجميد الشيء[7]، ونفقات بمناسبة بيع الشيء بعد الشراء

---

(1) انظر حكم غ م أ ن، 11 حزيران 1980، ن م، I، رقم 185، انابيب سقي، 30000 فرنك؛ حكم غ ت ن، 3 أيار 1983، ن م، IV، رقم 131، تربية حيوانات، خسارة الانتاج؛ حكم محكمة استئناف باريس، 18 شباط 1878، معلوماتية، ضرر تجاري، 50000 فرنك، حكم استشهد به I. de Lamberterie, Les contrats en informatique، 1983، رقم 136.

(2) احجار، قرميد، اجتهاد غزير جداً، انظر حكم الغرفة المدنية، 14 تشرين الأول 1940، م ق ع، 1940، 2، 163؛ حكم غ ت ن، 23 تشرين الثاني 1982، ن م، IV، رقم 367، تعويض عن سوء العمل سبّبه عيب القرميد المباع لبناء صيوان.

(3) انظر حول هذه النقطة الرقم 11313 السابق.

(4) انظر على سبيل المثال، بالنسبة إلى تسديد كلفة البطاقة الرمادية للمركبة في وضع لم يكن البائع مهنياً ولا يمكن الحكم عليه بعطل وضرر آخرين، حكم غ ت ن، 12 كانون الأول 1984، ن م، ، رقم 349، المذكور سابقاً.

(5) انظر J. Carbonnier، ملاحظات في م ف ق م، 1959، ص 339 وصفحة 340، مستشهداً بـ Domat؛ وكذلك G.Cornu، م ف ق م، 1963، 565.
ويمكن التفكير في أن العطل والضرر من هذا النوع لا مجال لاعطائهما إلاّ في حالة فسخ العقد، ذلك بأن ابرام العقد، إذا بقي محافظاً عليه مقابل انقاص الثمن، لم يكن بلا جدوى؛ على أنه، وفقاً للمنطق النسبي للتخفيض، يمكن التفكير في أن مكتسب الملكية الذي يقيم الدعوى التخمينية له الحق في الطموح إلى أن يسترد قسماً من مصاريفه.

(6) انظر حكم غ ع، 26 نيسان 1870، 1871، 1، 11، قناطير من النشاء.

(7) انظر حكم غ م أ ن، 4 كانون الثاني 1965، ن م، I، رقم 10، الموجز، 78، سيارة.

وفسخ العقود اللاحقة[1]. . . وقد حكمت المحاكم ايضاً بأن كلفة الاشغال التي يتطلبها تصليح الشيء تدخل في صيغة المادة 1646[2]، تفسرة هذا النص بأنه يغطي، باستثناء الربح الذي حرم منه الشاري، جميع المبالغ التي انفقها مكتسب الملكية بسبب البيع بلا جدوى.

حتى أن الاجتهاد ذهب إلى أبعد من ذلك فاعتبر، في آونة ما، أن التعويض عن ضرر مادي سببه الشيء يعود إلى نظام مصاريف البيع: بصورة أدق دفع العطل والضرر الذي أدين به مكتسب الملكية تجاه الغير ضحية حادث[3]. وقد جرى التخلي عن هذا التفسير الجريء للمادة 1646[4]. فاصبحت الاضرار التي يسببها الشيء تعامل كاضرار متميزة تعود إلى المادة 1645. وأخذت محكمة النقض اخيراً، فضلاً عن ذلك، بمفهوم ضيق لمبدأ المصاريف يسبب البيع بإقرار أن هذه المصاريف لا تتفق، في ما يتعلق بالعقار، مع كافة تصليح عارضة، ولا مع ضرر تجاري جرى تحمله بفعل كسرها[5]، أو أنها لا تتضمن التصليحات الجارية على شاحنة جرى فسخ بيعها[6] التي لا يمكن وضعها على عاتق البائع إذا لم يظهر كمهني أو سيء النية.

وقد أيد الفقه هذا الحل الذي يرى أنه ليس ثمة سبب لتحميل البائع المخاطر جميعاً وعدم ترك بعضها على عاتق مكتسب الملكية: ذلك بأن الأول والثاني، إذا اعتبرنا كل شيء، هما مالكا الشيء سابقاً أو حالياً[7].

11374 ـ الأعطال والاضرار الاخرى. بامكان مكتسب الملكية، عدا سداد المصاريف التي اقتضاها العقد، طلب التعويض عن انواع الاضرار جميعاً بما فيها الكسب الفائت (damnum emergens et lucrum cessans): النفقات المصروفة على الشيء، كلفة الاشغال الواجب تنفيذها ثانية، خسارة احدى الصفقات وغيرها من

---

(1) انظر حكم (غ ع) الغرفة المدنية، 29 حزيران 1847، دد، 1848، 1، 187، سماد.

(2) انظر حكم غرفة العرائض، 4 كانون الثاني 1959، د د، 1959، 212، س، 1859، 1، 936، صفيحة فولاذية لسفينة: حكم غ ع، 28 آذار 1898، د د، 1903، 2، 447، في تعليق فرعي، حديد يجب أن يكون بمنجى من الصدأ؛ حكم الغرفة المدنية، 15 آذار 1948، س، 1948؛ 1، 100، عقار، نفقات جرى تكبدها لتصليح الاضرار التي سبّبها العيب مباشرة.

(3) هذا العطل وهذا الضرر يشكلان مصاريف من «العدالة» سدادها لمكتسب الملكية بخلاف «المنافع والارباح التي له الحق شرعاً في ان يأملها» من العقد، حكم غ ع، 21 تشرين الأول 1925، د د، 1926، 9، تقرير Célice، تعليق Josserand الناقد.

(4) انظر حكم غ م أ د، 4 شباط 1963، م إ د، 1963، II، 13169، تعليق R. Savatier.

(5) انظر حكم غ م أ ن، 26 أيار 1967، ن م، I، رقم 183.

(6) انظر حكم غ ت ن، 12 كانون الأول 1984، ن م، IV، رقم 349، م إ د، 1985، IV، 73.

(7) انظر J. Carbonnier، م ف ق م، 1959، 338؛ G. Cornu، م ف ق م، 1963، 564.

الاضرار التجارية، اعتداء جسدي، أضرار مادية، التعويض على الغير، الكسب الفائت. . . بيد أن اعطاء تعويضات كهذه لا مجال لها، حسب المادة 1665 من القانون المدني، إلاّ أن يكون البائع سيّء النية، أي إذا كان على علم بوجود عيب الشيء عند البيع، وهو وضع تماثله المحاكم بوضع البائع المهني المفترض أنه لا يجهل عيوباً كهذه.

كما أنه يقتضي تفحص مسلك البائع وصفته: المعياران ينبغي أن يكونا مجتمعين مما يقود إلى التفريق بين البائع الاتفاقي الحسن النية والبائع المهني أو السيء النية.

11375 ـ γ ـ 1). البائع الاتفاقي (أي عن طريق المصادفة) الحسن النية. لا يلزَم البائع الاتفاقي بموجب المادة 1646 من ق م الحسن النية باعطال واضرار أخرى إلاّ المسوّغة بمصاريف البيع، فلا يدان، مثلاً، عدا سداد الثمن ومصاريف العقد، بسداد النفقات التي تكبدها مكتسب الملكية على الشيء لمحاولة تصليحه ولا بالتعويض عن ضرر مادي أو جسدي[1]. ويسري ذلك، على وجه الخصوص، على نتائج الحوادث التي أدى الشيء إليها. واصبحت محكمة النقض، بعد التخلي عن الاجتهاد السابق الذي كان يدخل التعويض عن اضرار كهذه في النفقات التي تتطلبها البيع[2]، تعتبر أن الضرر الذي يسببه عيب الشيء لا يمكن ان يوضع على عاتق البائع الذي لم يكن على علم بهذا العيب[3]. فقد اعلنت بوضوح ما يلي: «ليس البائع الذي يجهل وجود عيب الشيء ملزماً إلا برد الثمن ومصاريف البيع، بدون أن يكون عليه واجب ضمان الشاري في صدد نتائج العطل الذي يسببه هذا العيب. . .»[4]. ويفرض الحل ايضاً على أي ضرر آخر ناتج عن كون الشيء المشوب بالعيب لم يكن في وسعه أداء الخدمات المتوخاة[5].

وتوجد اوضاع كهذه، على وجه الخصوص، في مادة بيع العقارات القديمة أو

---

(1) انظر حكم غ ت ن، 22 حزيران 1967، ن م، III، رقم 261، حرّاثة آلية، آلة مجددة، نقض بسبب ادانة البائع بالتعويض بدون البحث عما إذا كان قد بدا سيء النية، مما يدعو إلى التفكير في مهني؛ حكم غ م أ ن، 25 حزيران 1968، ن م، I، رقم 183، سوء نية غير مثبت، جرارة مستعملة، استحالة الادانة بالعطل والضرر أو إنما بتخفيض الثمن وحسب.

(2) انظر حكم غ ع، 21 تشرين الأول 1925، د د، 1926، 9، تقرير Célice تعليق Josserand الناقد، المذكور سابقاً.

(3) انظر حكم غ م أ ن، 10 شباط 1959، د، 1959، 117، س، 1959، 45، طلبات Blanchet، م إ د، 1959، III، 11063، تعليق Esmein، م ف ق م، 1959، 338، م Carbonnier، عقار، حريق؛ حكم غ م أ ن، 4 شباط 1963، م إ د، 1963، II، 13159، تعليق R. Savatier، س، 1963، 1، 93، تعليق Meurisse، م ف ق م، 1963، 565، ملاحظة G. Cornu، سيارة، حادث تعرض له مكتسب الملكية؛ حكم محكمة استئناف مونبلييه، 11 شباط 1964، م ق ع 1964، 2، 88، مركبة، حادث.

(4) انظر حكم غ م أ ن، 4 شباط 1963، م إ د، 1963، II، 13159، تعليق R. Savatier، المذكور سابقاً.

(5) انظر، بالنسبة إلى الضرر التجاري، حكم غ ت ن، 22 حزيران 1967، ن م، III، رقم 261، المذكور سابقاً، نقض، حرّاثة آلية، مكتسب ملكية لم يتمكن من انجاز الاشغال العائدة لنشاطه بشكل طبيعي.

الأشياء المستعملة، إذ إن البائع غالباً ما يكون فيها جزءاً من الافراد. ويعود إلى مكتسب الملكية، في حالة كهذه، أن يحتاط بنفسه ضد نتائج عيب محتمل عن طريق التأمين في نطاق الممكن.

11376 ـ γ ـ 2) البائع السيء النية والبائع المهني. البائع السيّء النية ملزم بأي عطل وضرر تجاه مكتسب الملكية بموجب المادة 1645 من القانون المدني. والتعويض الكامل عن الضرر يخضع في القانون المدني للبرهان على الخطأ الموصوف للبائع[1]. ومجرد الاهمال الذي يرتكبه لا يكفي، مبدئياً، للتعرض له. والبائع الذي يعرف عيب الشيء في آونه ابرام العقد يعتبر سيء النية[2].

إن اثبات سوء النية هو، مبدئياً، على عاتق الشاري الذي بامكانه تقديمه بالوسائل كافة. والكتمان الخداعي الصادر عن الذي يخفي عيب الشيء المعروف منه عند البيع يكفي لاثباته[3].

وكفاءة البائع التقنية قد تكون أيضاً عنصراً يؤكد فكرة كونه، مع أنه مجرد فرد عادي في ابرام العقد، على علم بالعيب سابقاً[4]. بيد أن القضاة يصدرون حكمهم احياناً، بشكل مقتضب جداً بتقدير ان الوقائع تنطوي على سوء النية[5]. وقد اخذت المحاكم، في فترة معينة، بكون البائع كانت له صفة الصانع لكي تستنتج من ذلك سوء نيته أو الخطأ الجسيم الذي ارتكبه بعدم توقع احتمال العمل السيء للشيء[6]، أو لكي تعتبر أنه، بهذه

---

(1) في هذا الاتجاه H. Mazeaud, La responsabilité du vendeur fabricant، م ف ق م، 1955، 611: يرى المؤلف في ذلك «خداعاً».

(2) انظر حكم الغرفة المدنية، 11 نيسان 1933، د إ، 1933، 331، عقار، عيوب وسوء عمل.

(3) انظر حكم غ م أ ن، 16 حزيران 1966، ن م، I، رقم 374؛ بيع عقار في طور البناء، قطعة أرض محصورة، عيب خفي، وقتية رخصة البناء معروفة من البائع عقب انذار لوقف الاشغال.

(4) انظر حكم غ م أ ن، 31 كانون الثاني 1966، م إ د، 1966، II، 14659، عقار باعه المهندس المعماري المشرف على البناء وارتكب غشاً في التصميم.

(5) انظر حكم غ ع، 6 شباط 1934، س، 1934، 1، 206، بيع اقفال، براءة تفوق عليها اكتشاف سابق، المورّد لا يمكن أن يجهل ذلك.

(6) انظر حكم غ ت ن 29 أيار 1953، ن م، III، رقم 192، كابل كهربائي، ظاهرة تحلل بالكهرباء، قطع، صعق شخص ثالث، مراجعة المستعمل الذي دفع التعويض إلى الضحية ضد المورّد، بنّاء متخصص، عدم التبصر، خطأ جسيم يماثل بالخداع؛ حكم غ ت ن، 22 تموز 1953، د، 1953، 587، سيارة، صانع ليس في وسعه ادعاء جهل العيب وعدم كفاءته وهما يشكلان الخطأ الجسيم المساوي للخداع؛ انظر أيضاً حكم غ ت ن، 30 كانون الثاني 1959، ن م، III، رقم 48، جرّارة زراعية: الحكم منح العطل والضرر، واستبعد تحديد المسؤولية باستبدال القطع، في ما يتعلق «بالبنائين البائعين المهنيين» الذين «كان عليهم تسليم أجهزة متينة» ومسؤليتهم «كانت قائمة بسبب العيوب المنسوبة إلى عدم كفاءتهم ونقص معارفهم التقنية في نشاطهم الصناعي والتجاري المعتاد».

الصفة، لا يستطيع ادعاء جهل العيب[1]. وقد فتحت هذ الاحكام الطريق امام الاجتهاد ذي المدى الأعم المتعلق بالبائع المهني.

11377 ـ البائع المهني. منذ ذلك الوقت اصبح كل بائع مهني مماثلاً بالبائع السيء النية. وتبنى الاجتهاد في النهاية، مدعوماً من فقه مؤيد لتحسين حماية مكتسب الملكية[2]، هذا الحل بحكم صدر عن الغرفة التجارية في 24 تشرين الثاني 1954، اعلن انه «إذا كان البائع الذي كان يجهل عيوب الشيء لا يلتزم، سنداً للمادة 1645 من القانون المدني، إلا بتخفيض الثمن، وسداد المصاريف التي اقتضاها البيع لمكتسب الملكية، فينتج على العكس، من أحكام المادة 1645، من القانون نفسه، أن البائع الذي كان على علم بهذه العيوب والذي من المناسب مماثلته بالبائع الذي، بحكم مهنته، لا يمكن أن يجهلها، ملزم، عدا سداد الثمن الذي استوفاه، بجميع انواع العطل والضرر تجاه مكتسب الملكية...»[3]. وأصبح الاجتهاد، منذ ذلك الوقت، إذ يماثل المهني بالبائع السيء النية، مستقراً على وجه الاطلاق[4] والحل يجري التذكير به بانتظام[5]، ويطبق على المنقولات والعقارات، على اشياء مصنوعة وعلى المنتجات الطبيعية، على الأشياء المستعملة والأشياء الجديدة.

---

(1) انظر كمثال حكم غ ع، 23 تشرين الاول 1940، م ق ع، 1950، 2، 163، احجار مورّدة لبناء عقار ومصنوعة من مواد نوعيتها ادنى من الطبيعي: إذا كانت المادة 1646 لا تجبر البائع الذي كان يجهل العيوب إلاّ بسداد الثمن ومصاريف البيع، فليس ذلك وضع من صنع بنفسه الشيء وليس في وسعه ادعاء جهل العيوب في هذه الحالة.

(2) انظر على سبيل المثال Josserand، تعليق في م إ د، 1926، د د، 1، 9، في النهاية، مستشهداً بـ Pothier R. Savatier، تعليق في م إ د، 1963، II، 13159.

(3) م إ د، 1955، II، 8565، تعليق H.B.، عدم نقاوة الغاز المباع أدى إلى انفجار زجاجة، تعويض عن الضرر الكامل المادي والمعنوي؛ قارن بحكم غ ع، 10 أيار 1909، د د، 1912، 1، 16، محرك، صاحب مرآب مهني حسن النية ادين بالتعويض عن الكسب الفائت: استند الحكم إلى الخطأ وليس إلى سوء النية، واعتبر أن البائع، حتى ولو كان يجهل العيب، يكون مخطئاً إذا كان، حسب مهنته، ملزماً بمعرفته، وعليه بالتالي التعويض على مكتسب الملكية؛ حكم غ ع، 25 تشرين الأول 1940، م ق ع، 1940، 2، 163، المذكور آنفاً.

(4) انظر حكم غ م أ ن، 10 كانون الثاني 1955، د، 1965، 389، المجلة الفصلية للقانون المدني، 1965، 665، ملاحظة Cornu، قضية التسمم في Pont- Saint- Esprit، خبز مصنوع من طحين فاسد؛ حكم غ ت ن، 17 شباط 1965، د، 1965، 353، خشب مورّد لنجار فتكت به الحشرات؛ حكم غ م أ ن، 17 آذار 1965، ن م، I، رقم 198، تسمم بسمك الترويت الصغير؛ حكم غ م أ ن، 28 تشرين الثاني 1966، د، 1967، 99، انفجار زجاجة، ادانة صانع الجعة.

(5) حكم غ ت ن 12 آذار 1979، ا ن م، IV، رقم 98، مركبة مستعملة؛ حكم غ ت ن، 25 شباط 1981، ن م، IV، رقم 111، Dalloz، 1981، أ س، 445، ملاحظة Ch. Larroumet، فرن من الجص؛ حكم غ ت ن، 23 تشرين الثاني 1982، ن م، IV، رقم 367 قرميد لبناء صيوان؛ حكم غ ت ن، 3 أيار 1983، ن م، IV، رقم 131، حليب لصنع غذاء لتربية العجول.

يضاف إلى ذلك أن منطوق الحكم معزز بالقاعدة التي تمنع البائع المهني التملص من هذه المسؤولية عن طريق بنود تصفية من الضمان أو تحدده[1].

وبما أن اساس هذا الاجتهاد كامن، للوهلة الاولى، في الكفاءة التي يجب أن تكون كفاءة المهني ـ يسأل المهني عن كفاءته ـ التي تجعله في وضع متفوق على وضع مكتسب الملكية، فقد جرى اقتراح التفريق بين البائع الصانع الذي يجب دائماً اعتباره ملزماً حتماً، ومجرد بائع مهني أو موزع أو بائع بالمفرق يمكن اعتبار الخطأ الصادر عنه مفترضاً[2]، غير أن المحاكم تعامل جميع البائعين المهنيين، سواء أكانوا صانعين أو موزعين، بالطريقة عينها.

وللقاعدة الاجتهادية دورها إذاً بسبب صفة البائع المهني وحدها وليست مبنية على الكفاءة التقنية لمن يورّد الشيء[3]. ومن الصحيح أن الحل يسهّل الصعود الجديد للضمان انطلاقاً من المستعمل النهائي نحو الصانع مروراً بالبائع بالمفرق.

وقد وضع الاجتهاد قاعدة آلية لحماية مكتسب الملكية امام عيب مبرهن عليه بمماثلة كل بائع مهني ببائع سيء النية. إنها قاعدة اساس وليست قاعدة اثبات[4].

وما يثقل كاهل البائع المهني هو موجب نتيجة[5]، وهو من الموجبات الأشد صلابة بأن هذا البائع نادراً ما يكون بامكانه إلاّ استثنائياً اعفاء نفسه، على اساس السبب الاجنبي عن طريق ظاهرة خارجية عن الشيء[6].

ينتج عن ذلك بالنسبة إلى مكتسب الملكية، ولاسيما المستعمل النهائي الذي غالباً ما يكون مجرد مستهلك، نفع ضخم قريب من النفع الذي توفره المادة 1384، الفقرة الاولى، من القانون المدني لضحايا ضرر سببه أحد الأشياء.

11378 ـ العيب المتعذر كشفه. من الواضح، أيّاً كانت الصيغ التي تستعملها

---

(1) انظر حول النقطة الرقم 11390 اللاحق وما يليه.

(2) انظر Cornu، ملاحظات في م ف ق م، 1963، 565؛ قارن بـ G. Viney، تعليق في م ا د، 1979، III، 19139 المؤيد للفصل بين أنظمة المسؤولية لأن «الدور الاقتصادي للصانع اختلف اليوم كلياً عن دور بائع عادي بالمفرق».

(3) مع أن بعض الاحكام يبرز «تخصصه»، انظر حكم غ م أ ن، 11 آذار، 1980، ن م، I، رقم 84، بزور خس، منتج طبيعي، بند اللاّمسؤولية مستبعد؛ حكم غ ت ن، 4 تشرين الثاني 1970، د، 1971، 188، جرّارة، بيع متخصص ببيع المركبات الثقيلة الوزن، استبعاد الضمان غير وارد.

(4) انظر في هذا الاتجاه J. Ghestin, Conformité et garanties، رقم 260 وما يليه.

(5) في هذا الاتجاه J. Ghestin, Conformité et garanties، رقم 262.

(6) في هذا الاتجاه Ph. le Tourneau, Conformités et garanties dans la vente de biens meubles corporels، م ف ق ت، 1980، 231، رقم 84.

المحاكم للتعبير عن المماثلة بالبائع السيء النية[1]، إن القرينة التي يُفترض المهني بموجبها عارفاً عيوب الشيء لا تحمل الاثبات المضاد، أو إن هذا المهني أيضاً بكونه ملزماً بمعرفتها لا يمكن أن تعفية عنايته الفائقة من هذا الموجب. ولا يستطيع المهني التملّص بالتمسك بعدم وجود خطأ منه ولاسيما، في ما يتعلق بالصانع، باستحالة كشف عيوب الشيء، حتى باستخدام وسائل الرقابة القصوى: طابع العيب المتعذر كشفه لا يعفي البائع.

ونرى ذلك مؤكداً، على سبيل المثال، في حكم المحكمة العليا الذي نقض حكماً استبعد، لسبب التسويغ هذا، مسؤولية مصنع فولاذ عن الضرر الذي سببه انفصال قطعة تجهيز في سفينة[2].

وتطبّق المسؤولية عن العيب المتعذر كشفه في صدد اجهزة أو قطع صنعها البائع[3] وكذلك المنتجات الطبيعية[4]. وهي لا تُفرض على صانع أو بانٍ وحسب وإنما أيضاً على مجرد بائع بالمفرق[5].

ولهذه المسؤولية دورها، من حيث المبدأ عندما يكون مكتسب الملكية مهنياً

---

(1) انظر حول مختلف الاسس المعتمدة G. Cornu، ملاحظات في م ف ق م، 1967، 406؛ J.Ghestin, Conformité et garanties، رقم 260 وما يليه.

(2) انظر حكم غ ت ن، 27 نيسان 1971، م إ د، 1972، II، 17852، تعليق Boitard و Rabut؛ انظر أيضاً حكم غ م أ ن، 4 شباط 1963، م إ د، 1963، II، 15159، تعليق R. Savatier، س، 1963، 193، تعليق Meurisse، م إ م، 1963، 564، ملاحظة G. Cornu، سيارة مستعملة، حادث، انفصال قطعة عن المقود، شرارة نشقق يصعب جداً كشفها، قبول المسؤولية، رد؛ حكم غ ت ن، 17 تشرين الثاني 1971، د، 1972، 211، فسول من الأقحوان اشتراها أحد المزارعين، ازهرار مشوب بالعيب، رد الثمن وعطل وضرر، ادانة البائعين بصفتهم المهنية ولا أهمية تذكر بكونهم «تمسكوا باستحالة كشف العيب ما دام انهم، كبائعين مهنيين، كان المفترض فيهم معرفته»؛ حكم غ ت ن، 27 تشرين الثاني 1973، ن م، IV، رقم 344، سفينة، عيب في الطوق المسنن لعجلة السرعة القليلة المخفف سرعة الإطار، عيب ظهر بعد أربع سنوات من العمل وسببه ادخال ذرات من كبريتور الماغنزيز في المعدن أكبرها كان جزأين من المئة من المليمترات، نقطة انطلاق التشقق التدريجي مجهود عمل العجلات، البائع كان من الواجب ان يعرف وجود هذه العيوب حتى ولو تذرع بأنه «لم يكن من الممكن كشفها إلاّ باجراء فحوصات غير واردة في الاتفاقية»؛ حكم غ ت ن، 12 آذار 1979، ن م، IV، رقم 98، المذكور سابقاً، مركبة مستعملة وتصليحات يتعذر كشفها؛ حكم غ م أ ن، 11 آذار 1980، قضية Vilmorin، ن م، IV، رقم 84، بزور خس، شوائب في النمو، خسارة الغلال، شكوى من عدة سبّاخين، ادانة بالتعويض مع أن الأمر يتعلق بمنتجات طبيعية تمسك البائع في شأنها بأنه لم يكن من الممكن القيام بتجارب مسبقة وعيبها لم يكن قابلاً للكشف.

(3) انظر حكم غ ت ن، 27 تشرين الثاني 1973، ن م، IV، رقم 344، المذكور سابقاً.

(4) انظر حكم غ ت ن، 5 تشرين الثاني 1971، د، 1972، 211، فسول اقحوان، وحكم غ م أ ن، 11 آذار 1980، ن م، I، رقم 84، المذكورين سابقا.

(5) انظر حكم غ م أ ن، 4 شباط 1963، م إ د، 1963، II، 13159، تعليق Savatier، م ف ق م، 1963، 564، ملاحظة G.Cornu، المذكور سابقاً، مركبة.

وكذلك، على سبيل المثال، عندما يستعمل الشيء في نطاق مؤسسته[1]، أو إذا كان أحد الافراد أو مستهلكاً.

11379 ـ مفهوم المهني. من المناسب أن يحدد قضاة الاساس، عندما يكون هناك شك في نشاط البائع، ما يميز صفته المهنية[2].

ولا يوصف بالبائع المهني صانع الشيء فقط وإنما أيضاً من يكون نشاطه المعتاد بيع اموال كهذه وكذلك بعض الاشخاص المماثلين به.

ويُعتبر تجار الاموال[3]، أو كذلك الوكلاء العقاريون عندما لا يشاركون في التفرغ كوكلاء عاديين[4]، بائعين مهنيين في المادة العقارية. وتقني البناء الذي يبيع بصفة فرد عقاراً للبناء الذي اشرف عليه ينبغي أن يماثل بالبائع المهني الملزم بمعرفة عيوبه[5].

وقد يكون المهني، في مادة المنقول، بائعاً بالجملة[6]، أو بائعاً بالمفرق أو أيضاً صانعاً أو بانياً[7]. والمؤسسة التي، مع أنها قد استخدمت الشيء لحاجات نشاطها قبل بيعه ثانية، تتخلص، بالمقابل على هذا النحو، لا يمكن اعتبارها مهنية لتطبيق قواعد الضمان طالما أنها لا تزاول بيع أشياء كهذه[8].

11380 ـ مكتسب الملكية المهني. مسؤولية البائع المهني قائمة في العلاقات مع

---

(1) انظر بين العديد من الاحكام حكم غ ت ن، 17 شباط 1965، د، 1965، 353، خشب مورّد لنجار؛ حكم غ ت ن، 15 تشرين الثاني 1971، د، 1972، 211، فسول مورّدة لأحد المزارعين؛ حكم غ ت ن، 23 تشرين الثاني 1982، ن م، IV، رقم 367، قرميد مورّد لأحد المقاولين.

(2) انظر حكم غ م أ ن، 12 آذار 1980، ن م، I، رقم 25، نقض، كلب للإنسال.

(3) انظر حكم غ م ث ان، 3 كانون الثاني 1983، ن م، III، رقم 4، بيع عقار ثانية على حاله بعد التقسيم إلى شقق، بند عدم الضمان مستبعد.

(4) انظر Bergel, La vente d'immeubles existants، 1983، رقم 524؛ بيد أنه لم يتم اعتبار وكيل عقاري كمهني وكان أحد بائعي شقة ما دام ان العملية كانت في نطاق إدارة ذمته المالية الخاصة، انظر حكم غ م ث ا ن، 10 تشرين الأول، 1978، د، 1979، إ س، 60.

(5) انظر حكم غ م ث ا ن، 26 شباط 1980، ن م، III، رقم 47، م ق ع، 1981، 2، 646، تعليق Leveneur، وحكم غ م أ ن، إلى كانون الثاني 1966، م إ د، 1966، II؛ 14659، تشقق وتصدع، انقاص، الثمن بناءً على الطلب.

(6) انظر حكم غ ت ن، 21 تشرين الأول 1982، ن م، IV، رقم 367، قرميد للبناء.

(7) انظر حكم غ م أ ن، 8 تشرين الأول 1957، ن م، I، رقم 289، جرّارة: رد الحكم وصف الوكيل الذي تمسك به الوسيط؛ حكم غ ت ن، 27 تشرين الاول 1970، م إ د، 1971، II، 16655، تعليق P.L.، قاطع الركائز في منجم؛ انظر G. Levy, Recherche sur quelques aspects de la garantie des vices cachés dans la vente de véhicules neufs et d'occasion، المجلة الفصلية للقانون المدني، 1970، 1، صفحة 54 وما يليها.

(8) انظر حكم غ ت ن، 12 كانون الأول 1984، ن م، IV، رقم 349، ناقل باع جرارة طريقية لشركة نقل أخرى، الحكم بسداد الثمن ومصاريف البطاقة الرمادية فقط.

مكتسب الملكية المهني وعلى سبيل المثال في نطاق اتفاق توزيع بين المورّد والبائع بالمفرق[1].

بيد أنه يمكن التساؤل عما إذا كانت الصفة المهنية لمكتسب الملكية، أو بالاحرى كفاءته التقنية، من شأنها أن تجعل البائع المهني، في بعض الحالات، بمنجى من موجب التعويض، استناداً إلى المادة 1645 من القانون المدني، عن جميع الاضرار التي تصيب شريكه في التعاقد. غير أن تفحّص الاحكام والحلول الملموسة التي يؤخذ بها، حول هذه النقطة، تقود إلى اعطاء جواب سلبي إلى حد كبير.

والصفة القانونية المهنية لمكتسب الملكية لا تكفي لمنعه من الطموح إلى الحصول على جميع انواع العطل والضرر، سواء أكان مستعمل الشيء كالمقاول منفذ هذه الأشغال معه[2]، أو كان بائعاً بالمفرق اكتسب ملكية الشيء لتسويقه[3].

أما كفاءته التقنية، في الواقع، إذا كان تعليل الاحكام تلمّح إليها احياناً، فإنها نادراً ما تعتبر كافية لإعفاء البائع المهني، مع ان بعض الاحكام يمكن تفسيرها بأنها تأخذ بالفكرة في أن مكتسب الملكية الذي له اختصاص البائع عينه ليس في وسعه التمسك بالضمان. وبالفعل ثمة أحكام يبدو أنها مبنية على قرينة معرفة مكتسب الملكية العيب المستنتجة من كفاءته، إلا أنها تردّ طلب الادّعاء بالنسبة إلى الكل[4].

---

(1) يمكن، حسب محكمة النقض، في الوقت الواحد عينه، قبول عدم معرفة المهني بعيب الشيء عند شرائه للسماح له بالمراجعة للضمان ضد بائع سابق مع اعتباره عالماً به بصفته بائعا مهنياً تجاه زبونه الذي ينبغي قبول دعواه بالتعويض: «ليس من التناقض تأكيد أن مكتسب الملكية لم يكن يعرف عيب الشيء عند شرائه، وإنما كان يعتبر، بسبب صفته كبائع مهني، عالماً به تجاه مكتسب الملكية الثاني عند البيع ثانية...»؛ حكم غ م أ ن، 17 كانون الأول 1968، ن م، I، رقم 328؛ انظر أيضاً حكم غ ت ن، 27 تشرين الاول 1970، م إ د. 1971، II، 16655، تعليق .P. L، حليب لتغذية العجول؛ حكم غ ث ن، 15 تشرين الثاني 1983، ن م، IV، رقم 0311 مظهّر آلي.

(2) انظر حكم غ م أ ن، 23 شباط 1983، ن م، I، رقم 77، 1 ـ أردواز؛ حكم غ ت ن، 27 تشرين الثاني 1991، ن م، IV، رقم 367، قرميد، نقض الحكم الذي حدد العطل والضرر المتوجب لمكتسب الملكية بسداد ثمن البيع بحجة أنه لم يكن شارياً جاهلاً: «لا يمكن أن يجهل البائع المهني عيوب الشيء المباع حتى لمهني».

(3) انظر حكم غ ت ن، 15 كانون الثاني 1985، ن م، I، رقم 25، جرارة ومقطورة.

(4) انظر حكم غ ت ن، 18 تشرين الثاني 1981، م ق ع، 1982، بانوراما، 368، فاصوليا مشوبة بعيب، نقض الحكم الذي رد طلب البائع دفع الثمن بدون البحث عما إذا كان العيب يمكن أن يظهر كعيب في نظر شازٍ مهني من الاختصاص عينه؛ حكم ف ت ن، 16 كانون الأول 1981، ن م، IV، رقم 448، ممهّدة مستعملة، اكتسب ملكيتها تاجر في لوازم الاشغال العامة، نقض الحكم الذي رد طلب تخفيض الثمن واستطراداً طلب الفسخ، في حين أن هذا التاجر كان عليه أن يكتشف خلال التجارب المجراة شوائب العمل؛ حكم غ ت ن، 4 تشرين الثاني 1982، ن م، IV، رقم 335، نجارة معدنية، رد طلب تخفيض الثمن، عيوب التصميم لا يمكن إلاّ ان تظهر لمهني في صناعة الاقفال يقظ طبيعياً، مؤسسة متخصصة في صناعة المنتجات المعدنية واستخدامها، عيوب ظاهرة.

هناك حل قابل للأخذ به من أجل عدم حرمان الشاري المهني من أي حق في العطل والضرر بسبب كفاءته المهنية فقط يمكن أن يكون الأخذ ضده، في بعض الظروف، بخطأ يرتكز على عدم لجوئه إلى التحقيقات الكافية إلى أبعد حد لاكتشاف العيب إذا كان قابلاً للاكتشاف.

وربما يمكن عن هذه الطريقة أن يتم، بواقعية، إدخال مراعاة كفاءة مكتسب الملكية بدرجاتها المختلفة والأخذ في الحسبان عنايته الكبيرة إلى حد ما في رقابة الشيء الواجب اجراؤها[1].

11381 ـ د) وسيلتا دفاع البائع. وسيلتا دفاع البائع هما، وفقاً للقانون العام للمسؤولية، الخطأ الذي يرتكبه مكتسب الملكية وحالة القوة القاهرة.

11382 ـ α) خطأ مكتسب الملكية. نجد احكاماً تأخذ فقط بمسؤولية البائع الجزئية، والأمر سيّان، وتحكم بتقاسم المسؤولية مع مكتسب الملكية: والشاهد على ذلك هذا الحكم الذي يؤيد قضاة الاساس الذين، في صدد جرّارة مستعملة باعها في حالتها مهني متخصص في هذا النوع من الأجهزة، حكموا بالتعويض على الشاري ضحية حادث مع الأخذ في الوقت عينه بالخطأ الذي ارتكبه هذا الاخير وعدم الأخذ بالحيطة في تفحص هذا الجهاز من قبل فني مختص[2].

بيد أن القضاة بالإجمال يبدون بعض التحفظ في الأخذ بتقاسم مسؤولية كهذه[3]. ولدى التمعّن في ذلك نادراً ما يكون خطأ مكتسب الملكية معتمداً ضده، وهذا يطبّق بسهولة: ذلك بأن طلب الفسخ لعيب خفي أو تخفيض الثمن، عند وجود عيب في الشيء مثبت وفق الاصول، قد يصطدم بسهولة ببرهان كهذا، وإذا كان ضرر ما ناتجاً عن

---

(1) قارن بحكم غ ت ن، 4 تشرين الثاني 1970، د، 1971، 18، جرارة مستعملة، خطأ مكتسب الملكية الذي يبدو أنه لم يتخذ الحيطة في الاستعانة بفني.

(2) ينبغي أن يتم تقاسم المسؤولية النصف بالنصف، حكم غ ت ن، 4 تشرين الثاني 1970، د، 1971، 188، انفصال تجمع صفائح الزنبرك، بائع مهني ملزم بمعرفة العيب وليس في وسعه التملص من مسؤوليته بالتمسك بالاعفاء الذي جعل مكتسب الملكية يوقعه، غياب أي اعادة فحص أو رقابة قبل البيع؛ انظر أيضاً حكم ع م أ ن، أول تموز 1924، د إ، 1924، 581، حافلة، مكتسب ملكية انتظر انهيار المجاري ولم يتخذ مبادرة فسخ الصفقة إلاّ في هذه الآونة مع استعمال الشيء؛ حكم غ م أ ن، 21 آذار 1982، ن م، I، رقم 174، مكواة، انفجار، مخاطر الاكتساء بمادة صلصالية موجودة على عكس ما ورد في المدونة الخداعة، مسؤولية الصانع عن ثلاثة ارباع، والباقي على عاتق الضحية لاستعماله الشيء في حالة عمل سيء؛ حكم محكمة استئناف ليون، 26 شباط 1962، مجلة قصر العدل 1962، 401، انفجار زجاجة، مراجعة ضد صانع المشروب، صدمة خفيفة، عمل ارعن لمكتسب الملكية المسؤول بنسبة الربع بسبب وجود معالم صدمات سابقة؛ حكم غ م ث ن، 26 آذار 1985، ن م، II، رقم 79، ضاغط، غطاء مشوب بعيب التصميم، عدم الاهلية في تحمل المجهود المتكرر، شارٍ عطّل المنافس عمداً للحصول على ضغط غير طبيعي عند التجربة، مسؤولية الصانع بمقدار النصف.

(3) انظر على سبيل المثال حكم غ م ث ن، 21 تشرين الأول 1981، ن م، III، رقم 169، خرسانة، مشوبة بعيب.

استخدام الشيء فان العيب فيه يفسر على وجه العموم هو وحده هذه النتيجة المؤسفة[1]. وخطأ مكتسب الملكية، في أي حال من الاحوال، يجب أن لا يكون مفعوله على وجه الاطلاق تقريباً إعفاء البائع كلياً من مسؤوليته[2].

وقسوة الضمان، في هذا الصدد، تبدو في التباين في المنطوق العقدي. فالمحاكم تقبل بسهولة الاّ تضع على عاتق البائع سوى مسؤولية جزئية عندما تبت في الموجبات التابعة كموجبات الإعلام أو النصيحة[3]، أو كذلك عندما تنقاد إلى البت بأساس المسؤولية العقدية من القانون العام[4].

11383 ـ الاشهارات. يمكن أن يحصل خطأ مكتسب الملكية عند استعمال الشيء. فيرتكز مثلا على كونه لم يتقيد بشروط الاستعمال المفروض مراعاتها بداهة[5]، أو أن تيقظاً أكبر من قبله يمكن ان يتيح تجنب نتائج عيب الشيء.

ويحصل احتمالياً من اقدام مكتسب الملكية على تعديلات في الشيء، حتى على تصليحات مرتجلة، أو كذلك على معالجات باليد غير اعتيادية[6].

ويكون من شأن البرهان احياناً تسويغ ردّ طلب الضمان بلا شرط، وبالتالي إعفاء البائع كلياً. وخطأ الدائن، في المادة العقدية، يمكن بالفعل أن يعفي المدين من نتائج عدم تنفيذ العقد، في حين أن ليس له خصائص القوة القاهرة. وذلك هو الحال إذا أبدى اهمالاً خاصاً وإذا بدا واضحاً أن الحيطة التي كان عليه اتخاذها كان من الممكن أن تتيح

---

(1) انظر كمثال حكم غ ت ن، 24 نيسان 1990، ن م، IV، رقم 126، جهاز توضيب آلي، عيب في القطع، نقض الحكم الذي اخذ بخطأ صانع الآلات في مراجعته بحجة أنه كان عليه رقابة القطع بصورة دقيقة.

(2) انظر حكم غ ت ن، 28 أيار 1991، ن م، IV، رقم 194، مجلّد مباع من مطعم، عيب في التركيب، نقض الحكم الذي أخذ باهمال مكتسب الملكية في مراقبة التركيب خلال فترة عدم إشغال الأماكن كسبب وحيد للغوار الذي اصاب السلع المخزونة.

(3) انظر في صدد هذه الموجبات الرقم 11264 السابق وما يليه.

(4) انظر حكم غ ت ن، 25 شباط 1981، ن م، IV، رقم 112، د، 1981، اعلامات سريعة، 445، ملاحظة Ch. Larroumet، صفائح مطلية مسبقاً، تشقق ظهر في الصباغ الذي قام به مكتسب الملكية نجّار الآبنوس، ادعاء بالعطل والضرر وليس بالفسخ، مسؤولية البائع الجزئية بسبب الخلل الحادث: صدر الحكم استناداً إلى المادة 1147 من القانون المدني.

(5) انظر Ph. Malinvaud، تعليق في م إ د، 1974، II، 17846، رقم 7 وما يليه وتعليق في المصنف نفسه 1975، II، 17950، رقم 3، انظر حكم غ م أ ن، 21 آذار 1962، ن م، I، رقم 174، المذكور آنفاً، مكواة.

(6) انظر حكم غ م ث ا ن 26 آذار 1985، ن م، II، رقم 79، المذكور سابقاً، ضاغط؛ قارن، في ما يتعلق بمسؤولية الصانع التقصيرية تجاه الغير، بحكم غ م ث ن، 5 كانون الأول 1974، ن م، II، رقم 327، جرذاذة ظهرية للنباتات، اجراء تحويلات، نقض الحكم الذي لم يجب على برهان خطأ الضحية.

تجنب الضرر[1]. على ان إعفاء البائع، في ظروف كهذه، بسبب الخطأ الذي ارتكبه شريكه في التعاقد، إذا كان مقبولاً، لا يمكن الأخذ به إلا بالنسبة إلى الاضرار التي يسببها الشيء. وفي ما يختص بنوعية الشيء ذاتها فإن عدم اهليته للاستعمال المنتظر منه يجري اثباتها بحصول حادث ما، ويبقى الضمان متوجباً: بامكان مكتسب الملكية الطموح إلى فسخ البيع أو تخفيض الثمن[2].

وقد يحصل أن يعود خطأ الشريك في التعاقد إلى أنه كان بامكانه، أو من واجبه، أن يتأكد من وجود العيب. والتعويض، في فرضية كهذه، مع أن البائع مهني ملزم بالتعويض عن جميع النتائج الحاصلة، محدود أو غير مستحق. وهذا هو الحال في صدد مكتسب ملكية تاجر، وبالتالي بائع مهني بالمفرّق يسوّق سلعة في حالتها يجب أن تظهر له عيوبها عند التسلّم، وتسبب هكذا اضراراً كان يمكن تجنبها[3]. غير أن ذلك لا يعني أن مكتسب الملكية، حتى ولو كان مهنياً، عليه ان يتحقق منهجياً، قبل وضع اللوازم أو المنتج المسلّم إليه في البيع، من النوعية الكاملة لما تسلّمه، وأن القضاة بامكانهم، بهذه الذريعة، اعفاء المورّد، حتى اقتسام المسؤولية الملقاة عليه مع مكتسب الملكية[4].

11384 ـ β) القوّة القاهرة. إذا كان الخطأ الذي ارتكبه الدائن يمكن أن يسوّغ تقاسم المسؤولية، فإن إعفاء البائع لا ينتج مبدئياً إلاّ عن القوة القاهرة. على أن حصول

---

(1) انظر حكم غ ت ن، 17 شباط 1976، م إ د، 1976، II، 18482، تعليق Ph. Malinvaud، تمزق محور اشارة الاتجاه في شاحنة رافعة عند عمليات انزال مكبس آلي، تعويض المالك من قبل المقاول، مراجعة هذا الأخير ضد مورّد المحور، طلب الضمان مستبعد ما دام أن المقاول «الاخصائي في نقل المعدات الثقيلة» استخدم إحدى المعدات من صنع قديم، وقدم مراجعة، للتزود بالقطعة» إلى بائع قطع التبديل المستعملة بالمفرق مع اهمال القيام بتجارب مسبقة للتحميل مما يشكل الخطأ من قبله؛ بيد أن الحكم يبدو قاسياً بغير حق ذلك بأن القطعة التي كانت مستعملة بيعت على أنها جديدة من مكتسب الملكية، قارن، في ما يتعلق بالخطر الملازم للشيء، بحكم غ ت ن، 5 شباط 1985، ن م، IV، رقم 48، منتج بتوريق الجدران، سُمّية، وضعه داخل مخزن، بنّاء مهني لم يراع توجيهات الصانع وتوصياته بدقة، ادخال الضامن في الدعوى بناءً على واجب النصح، ادعاء مردود.

(2) انظر على سبيل المثال حكم غ م أ ن، 10 حزيران 1992، العقود والمنافسة والاستهلاك، 1992، 197، ملاحظة L. Leveneur، بصلة دلبوث (glaîeul) ملوثة بالفطر أدت إلى اضرار في زراعة مكتسب الملكية، خطأ مكتسب الملكية لعدم المعالجة، استرداد الثمن، والعطل والضرر مخفضان بنسبة الخطأ.

(3) انظر حكم غ م أ ن، 3 تموز 1985، ن م، I، رقم 210، نقض، عفص مباع من كرّام ونقل إلى الخمر رائحة كريهة، تعويض من قبل مورّده، مراجعة المورّد للضمان ضد البائع السابق والصانع، ادعاء يجب رده ما دام أن الرائحة غير الطبيعية بعد التسلم في بريميلات وفي آونة الوضع في كيسات كانت قابلة للاكتشاف.

(4) انظر حكم غ ت ن، 17 تشرين الأول 1977، م ق ع، 1978، 1، 221، تعليق Plancqueel، مراجل مشوبة بعيب، البائع بالمفرق طلب إلى الصانع سداد المصاريف المدفوعة لتأمين التصليح أو الأستبدال لدى زبنه، نقض الحكم الذي اعفى المورّد جزئياً رغماً عن بند في العقد يحتفظ له برقابة الصنع؛ حكم غ ت ن، 30 تشرين الثاني 1982، م إ د، 1983، IV، 59، منتج كيميائي: إغفال الشاري التحقق من تكوين المنتج قبل بيعه ثانية لا يمكن أن يشكل سبب اعفاء البائع ولو جزئياً.

حدث كهذا في مادة العيوب الخفية نادراً ما يبدو قابلاً للأخذ به للوهلة الاولى، طالما أن مصدر عيب الشيء داخلي على وجه العموم: ينقص الظاهرة بالتالي طابع الخارجانية الذي تتطلّبه القوة القاهرة لتبرئة المدين من التنفيذ السيء[1].

ألاّ أنه قد يكون عدم الجدارة بالاستعمال المنتظر مرتبطاً ببعض الشروط الخارجية للاستعمال، بحيث ان السبب الأجنبي يعود إلى كون الظروف التي تفسر سوء العمل أو حالة عيب الشيء كانت غير متوقعة وقاهرة بالنسبة إلى البائع. وهذا هو الحال في شأن لوازم أو تجهيز جرى استخدامه عن طريق تغذية كهربائية أو بنزين أو ماء غير متكيفة مع تكوينه[2]، إذا تم إعلام المستعمل بهذه التطلبات بوضوح.

كما ان طلب التعويض الصادر عن مكتسب الملكية يقتضي ردّه إذا تدخّل بين عيب الشيء والضرر فعل الغير. ويمكن أن يكمن السبب الاجنبي مثلاً في تدخل مقاول مكلّف تصليح جهاز أو القيام بتركيب تجهيز، وكان عليه توقّع نتائج العيوب المحتملة[3]، ولكن الخطأ المرتكب غالباً ما يجتمع مع مسؤولية البائع لتسويغ الحكم بالتضامن.

على أن التردد يبرز في حالات خاصة: على سبيل المثال إذا كان صانع سيارة مشوبة بعيب قد طلب إلى اصحاب الامتيازات تأمين ارجاع المركبات للقيام بالتعديلات الضرورية وأهمل احدهم اللجوء إلى ذلك.

11385 ـ مخاطر الانتشار. ضمان البائع ومسؤوليته، بالمقابل، غير مستبعدين في حال خشية الانتشار. والمقصود بذلك عيب الشيء أو الخطر الملازم لطبيعته الذي يتعذر كشفه في آونة صنعه أو بيعه في حالة الفن في تلك الحقبة، وكون التقدّم التقني وحده يتيح اكتشافه لاحقاً[4].

---

(1) انظر في هذا الاتجاه Ph. le Tourneau, Conformité et garanties dans la vente de biens meubiles corporels، المجلة الفصلية للقانون التجاري، 1980، 231، رقم 84.

(2) قارن بحكم غ ت ن، 24 كانون الثاني 1968، م إ د، 1968، II، 15429، غسالة، استخدام بماء يحوي كلساً بنسبة مرتفعة بصورة غير طبيعية، فرضية لم يستبعد بموجبها وجود العيب.

(3) انظر حكم غ م أ ن، 18 تموز 1972، ن م، I، رقم 189، سيارة، قصور في نظام الكبح، وضع تحت ضغط الطوق كان يمكن أن يلجأ إليه مكتسب الملكية، نقض الحكم الذي رد البرهان والطلب بدون تحديد ما إذا كان ذلك داخلا في اتفاقية الفريقين، المادة 1134 من القانون المدني؛ انظر أيضاً تيار الاجتهاد النازع إلى وضع مسؤولية سوء عمل الشيء على عاتق الموزع الذي يؤمن الصيانة، انظر حكمي غ م أ ن، 3 تشرين الأول و14 تشرين الثاني 1979، م ق ع، 1980، 1، 191، المجلة الفصلية للقانون المدني، 1980، 358، ملاحظة G.Durry، تلفاز، انفجار.

(4) انظر حول هذا المبدأ Lambert-Faivre, Droit des assurances et des professions، 1986، رقم 755؛ J. Revel, La prévention des accidents domestiques: Vers un régime spécifique de responsabilité du fait des produits، موسوعة Dalloz، 1984، العرض 69، رقم 12؛ Ph. Malinvaud، تعليق في م إ د، 1975، II، 17950، IV، رقم 2؛ A. Tunc, Rapport de synthèse au Colloque de Paris I, La responsabilité des fabricants et des distributeurs، منشورات Fconomica، 1975، 513.

ومن المعروف أن طابع العيب غير القابل للكشف لا يمنع كون البائع ملزماً، حتى ولو كان احد الافراد، ولاسيما ان هذا التحقق لا يجيز استبعاد القرينة التي يعتبر بمقتضاها البائع المهني أنه على علم به، مما يجبره على التعويض عن أي ضرر يتحمله مكتسب الملكية. والحال أن خطر الانتشار يدخل في فئة العيب غير القابل للكشف ويمكن بالتالي تقدير أن مسؤولية البائع قائمة.

وتُطرح المسألة عموماً في صدد الصانع وفي ما يتعلق بالمواد أو المنتجات الكميائية أو الأدوية التي يتبين عند الاستعمال أنها مشوبة بعيب أو مضرة. ومع أنه، بالتحديد، ليس ثمة أي وسيلة تتيح في الاساس الاشتباه بالخطر الموجود، إذ إن الاضرار التي سببها الشيء لا يمكن أن تغطى بالضمان لأن العيب، الداخلي في الشيء، لا يستجيب لشرط الخارجانية المفروض للقوة القاهرة. وهذا ما تقبله المحاكم في شأن المواد المستخدمة للبناء[1].

وقد كانت مسؤولية الصانع، في حالة خطر الانتشار، قد تأكدت بوضوح في صدد إعطاء الدم المصاب بفيروس السيدا[2].

11386 ـ الادوية. تشتهر الصعوبات التي تثيرها مخاطر الانتشار، على وجه الخصوص، بما يتعلق بالأدوية. وقد يتم، بعد وقت طويل إلى حد ما من تسويقها، اكتشاف أن بعض المنتجات له مفاعيل ثانوية مضرَّة، كما بينت ذلك قضايا Stalinon[3]، للتاليدوميد أو الديتيلبين.

---

(1) انظر حكم غ م ث ن، 17 تموز 1972، ن م، III، رقم 473، مجاري دخان لتجهيز مواقد في عقار، منتج حصل على موافقة المركز العلمي للبناء، مراجعة المقاول ضد المورّد بعد أن عوّض على مالك العقار، عدم صلاحة اللوازم نسبياً لم تظهر إلاّ بفعل الزمن، بائع غير مقبول في التمسك بجهله المشروع للعيب، وضع التعويض الكامل على عاتقه؛ قارن في مادة تأجير العمل المستقل أو عقد المقاولة، في صدد عيب تقنية جرى اعلان المقاول مسؤولاً عنه مع إنها عملت في حينه وفقاً لقواعد الفن، حكم غ م ث ن، 30 تشرين الثاني 1983، ن م، III، رقم 253، م ف ق م، 1986، 137، ملاحظة J. Huet، نظام حيادي (بيولوجي) لمحطة تطهير؛ قارن في شأن الدواء، بحكم غ م أ ن، 23 أيار 1973، م ق ع، 1973، 2، 885، الحالة الأولى، تعليق J.-P.Doll، في صدد اضطرابات اصابت مريضة عقب فحص طبي اشعاعي مع حقن بمادة الميثيودال: اعتبر الحكم أن هذا المنتج كان في تلك الحقبة الوحيد الذي يتيح الحصول من التصوير المشعاعي على المعلومات المرغوب فيها وقرر أن الصانع لم يرتكب أي خطأ في الاستمرار في وضعه في التداول حتى اكتشاف منتج آخر أقل تهيجاً.

(2) انظر حكم المحكمة البدائية في باريس، أول تموز 1991، م إ د، 1991، II، 21762، تعليق Harichaux، وفي الاستئناف حكم محكمة استئناف باريس، 28 تشرين الثاني 1991، Dalloz، 1992، 85، تعليق A. Dorsner- Dolivet، المجلة الفصلية للقانون المدني، 1992، 119، ملاحظة P. Jourdain: المورّد مسؤول عن «العيب الداخلي في الدم، حتى المتعذر كشفه»؛ حكم المحكمة البدائية في نيس، 27 تموز 1992، 1993، 38، تعليق Vidal؛ انظر ايضا Y. Lambert- Faivre, L'indemnisation des victimes post - tranfusionnelles du SIDA: hier aujourd' hui et demain، م ف ق م، 1993، 1.

(3) انظر حكم محكمة الجنح في سين، 19 كانون الأول 1957، د، 1958، 257، س، 1958، 1، 137، تعليق J.-D.Bredin، دواء أدى إلى عواقب عصبية نباتية خطيرة، عيب في التصور والصنع، جرى الحصول على الاذن الاداري في ظروف مشكوك فيها ومراعاتها سيئة، وفاة مئة شخص، مسؤولية الصانع الجزائية.

على أن المحاكم تبدي نوعاً من التحفظ في قبول واجب الصانع في تحمل مخاطر الضرر غير المتوقع، أو نفاذ الاستطباب، المحتملة لمنتجات كهذه، بالنسبة إلى المرضى، التي تتكشف عند الاستعمال[1]. وهكذا اعتقدت محكمة النقض، في فرضية كون اجتماع دواءين يبدو أنه سبب الاضطرابات المشكو منها، أنه من الواجب تأييد تعليل حكم أعلن، من أجل إعفاء هذا الصانع أو ذاك من المسؤولية، أن «القانون لا يضع على عاتق الصانع موجب توقّع جميع المخاطر الكافية في الدواء في الاحوال جميعاً»[2]. فمن الصعب قياس مدى هذه الصيغة التي ليست أقل قلقاً.

11387 ـ ج. البنود المتعلقة بالضمان. الاتفاقيات المتعلقة بالضمان ضد العيوب الخفية متواترة في مادة البيع[3]. وهي موجودة في ممارسة الكتابة العدل كما في عالم الاعمال. ومن الصحيح أن عقد البيع هو من العقود التي غالباً ما تشكل موضوع تحرير خطي سواء تعلق الأمر بعقار، وفي هذه الحالة ترد بنود اسلوب لها سمة عيوب الشيء وتعفي البائع في العقود[4]، أو بمنقولات ولاسيما المنتجات المصنوعة بصورة متماثلة، اعتاد المهنيون في صددها تحديد كيفيات الضمان في شروطهم العامة للبيع[5]. يضاف إلى

---

(1) J. Huet, Le paradoxe du médicaments et les risques de développement، د، 1987، العرض 73.

(2) حكم غ ت ن، 8 نيسان 1986، مصنف الاجتهادات الدوري، 1986، IV، 163، اضطرابات عصبية احدثها دواءان جرى امتصاصهما على ما يبدو على التوالي؛ قارن بحكم غ م أ ن، 23 أيار 1973، م ف ع، 1973، 2، 885، الحالة الأولى، تعليق J.-P.Doll، المذكور آنفاً؛ قارن بحكم المحكمة البدائية في، 12 كانون الأول 1985، غير المنشور، م ف ق م، 1986، ملاحظة J. Huet، جروح وزوال لون مجموعة الاسنان ناتجة عن امتصاص شراب مضاد للحيويات من قبل الضحية في سنها الفتية وآلام خلال نهاية الحمل، مفاعيل ثانوية للمنتج لم تتضح إلاّ تدريجاً، مسؤولية الصانع الخاضعة لاثبات خطأ معتمدة في هذه القضية، ضرورة حيطة استثنائية في تسويق منتج كهذا، استمالة التمسك بمجرد عدم التوقع في آونة الوضع في البيع، مخاطر كانت معروفة في فترة المعالجة، صانع عليه إدخال تحفظات ضرورية في تقديم المنتج.

(3) ـ قد تكون مظاهر أخرى لمسؤولية البائع موضوع اتفاقيات خاصة، ويلاحظ ذلك مثلاً بالنسبة إلى موجب الاستعلام أو التحذير من الاخطار التي قد تتمثل في استعمال الشيء: ربما ثمة اغراء يدفع الصانع إلى اشتراط لامسؤوليته، مع بيان الحيطة الواجب اتخاذها أو تضاد الاستطباب في حالة استعمال الشيء في ظروف لا ينصح بها؛ انظر على سبيل المثال حكم غ م أ ن، 22 تشرين الثاني 1978، قضية Quinoléine، م إ د، 1979، II، 19159، تعليق G.Viney، منتج مقاوم للطفيليات لمعالجة الكرمة، بند استبعاد المسؤولية المشترط في حقيقة المنتج، ضرر تحمله المستعمل في قسم من الاغصان حاملة التطعيم، مسؤولية الصانع قائمة بسبب الخطأ الجسيم لأنه كان عليه الاقتناع عن وضع المنتج في البيع في منطقة يؤدي هذا الاستعمال فيها إلى صعوبات استعمال، أو كان عليه أن يقوم بالمعالجة، تحت رقابة افراد مؤهلين؛ بيد أن الاعلامات المعطاة، في فرضية كهذه، والحق يقال، حول كيفيات استعمال المنتج والاعفاء التي يطمح إليه البائع، تلتقي في هدف واحد وتشكل موضوع تقدير القضاة الاجمالي.

(4) انظر Picard, Les clauses d'exonération de garantie dans le contrat de vente d'immeuble، مصنف الاجتهادات الدوري، الطبعة N، 1976، 2797؛ Bergel, La vente d'immeubles existants، 1983، الرقم 526 وما يليه.

(5) انظر دراسة Pascal Ancel المدهشة والمبنية على أمثلة محسوسة للبنود: La garantie conventionnelle des =

ذلك، تجاه المستهلكين، ما يمكن وصفه «بالضمان العقدي» الذي له دور دليل هام في تنشيط البيع.

وبما أن الضمان يغطي الاضرار التي يسببها الشيء وتعاقب خسارة قيمة هذا الشيء ومنفعته، فإن الاتفاقيات حول هذا الضمان، في قسم كبير منها، اتفاقيات حول المسؤولية.

11388 ـ مبدأ الصحة. هذه الاشتراطات من حيث المبدأ صحيحة. واحكام القانون المدني في مادة البيع، وهي معتبرة احكاماً بديلة، يمكن أن يشذ الفريقان فيها عن الضمان القانوني، إما لحصره وإما لمدّ مفاعيله، إذ من المتفق عليه أن تفسير الشرط المعدّل يعود لسلطة قضاة الاساس السيدة[1]. . والمادة 1643، مع ذلك، تنص صراحة على امكانية البائع في اشتراط «عدم كونه ملزماً بأي ضمان»، شرط أن لا يكون عالماً بالعيب على الاطلاق.

غير أن الاجتهاد، منذ بعض الوقت، والمشترع، حديثه تبنيا حلولاً توصل إلى قلب هذا المبدأ في ما يتعلق بالبنود التي تقيد الضمان أو توضحه. وتعتبر هذه البنود باطلة عندما تصدر عن مهني، أو على الأقل تعلن المحاكم أنها غير محتجّ بها ضد مكتسب الملكية عندما تستبعد الضمان القانوني أو تحدده: قد يقال إن تمسّك المهني بها لصالحه يجعلها عديمة الفعالية، وهذا ما تؤكده، في هذا الصدد، العقود المبرمة مع المستهلكين. وهي تحافظ على مفعولها فقط عندما يتمسك بها احد الافراد أو بائع عَرَضي.

وهكذا تظهر قواعد الضمان القانوني، في مادة البيع، في قسم كبير منها، على أنها من الانتظام العام، بنفس الطريقة كما في العقود الاخرى[2]، وعلى عكس ذلك ما هو

= vices cachés dans les conditions générales de vente en matière mobilière المجلة الفصلية للقانون التجاري، 1979، 203.

والمورّد، في مادة المعلوماتية حيث غالباً ما تكون مسؤولية المورّد مطلوبة فيها على أساس واجب النصح، ملزم بتوضيح مسؤوليته في هذا الشأن، انظر كمثال على البند:

«الضمانات. . . جميع الضمانات المتعلقة بجدارة حبكة اعلامية يمكن استخدامها لهدف خاص مستبعدة. وعلى المستعمل مسؤولية تحديد أيّ حبكة اعلامية تستجيب لحاجاته الخاصة وكذلك مسؤولية النتائج التي حصل عليها من استعماله. . .» (دارة الادارة الدولية للوظائف الحسابية في حاسوب صغير، كمبيوتر، 1985).

(1) اجتهاد مستقر؛ انظر كمثال حكم غ ع، 16 نيسان 1931، د إ، 1931، 268، بيع منقول من أحد الافراد، ارضة (دودة خشب)، بند عدم الضمان.

(2) لاسيما الضمانات العشري والسنوي في تأجير العمل المستقل في مادة البناء: المادة 1792 ـ 5 من القانون المدني.

مقبول في الغالب في غير موقع[1].

وهذا الفارق في المعالجة بين العقود التي هي بالتأكيد من طبيعة مختلفة وإنما قصديتها المشتركة استخدام الغير شيئاً في حالة عمل جيدة، يُخشى أن يبدو قابلاً للانتقاد[2]. ويبدو دقيقاً على وجه خاص وضع البيع والتأجير بالتوازي، ذلك بأن اختيار هذه الكيفية أو تلك، من قبل مستخدم الشيء، يتوقف على معطيات مالية إلى حد كبير: تطبيق أنظمة قانونية متعارضة مع ما يجب أن يؤمّن للزبون نتيجة مماثلة ـ المنفعة الاقتصادية المنتظرة من الشيء ـ يمكن أن يحير اصحاب العلاقة، ولاسيما أن امكانيات الإجارة البيعية، أو البيع في صورة ايجار، في منتصف الطريق، ترسم التواء القواعد المطبّقة. ونادراً ما يكون من المرضي، في حالة حادث أدّى إليه الشيء مثلا، التثبّت من أن مكتسب الملكية يستطيع دائماً أن يطلب إلى البائع المهني التعويض، في حين أن المستأجر يمكن أن يرى مواجهته من قبل المؤجّر المهني ببند اللامسؤولية.

11389 ـ التقسيم. تنزع الاتفاقيات حول الضمان في اغلب الاحيان إلى تحديد موجبات البائع أو استبعادها. بيد أنه من غير المستبعد أن تضرر الاتفاقية حقوق مكتسب الملكية، ومن هنا التعارض التقليدي بين نموذجي البنود حسبما يكونان تقييد يبنى أو تحديدين للضمان. إلا أنه يلاحظ، عندما يكون امام ما اتّفق عليه أن يسمّى «ضماناً عقدياً» إن المفعولين يمكن أن يكونا متراكبين، بحيث ان الاتفاقية لا يكون موضوعها هذا القدر من الشذوذ عن القواعد القانونية وبالاحرى اقتراح نظام اصلي للضمان: تصليح مجاني أو تبادل من نمط موحد، بالنسبة إلى أي عيب، في فترة معينة[3]... وذلك يسوّغ أن يُخصّص في منتصف طريق الكيفيتين التقليدتين مكان للبنود التي تعدّ للضمان ومقياس فعاليته.

11390 ـ 1°. بنود تقييد الضمان. قد يستبعد العقد الضمان بالنسبة إلى بعض العيوب المحددة أو إلى أي نوع من العيوب، وتحديده في الزمان بفترة معينة، واستبعاد التعويض عن اضرار معينة أو كذلك تحديد مبلغ أقصى من العطل والضرر.

---

(1) هكذا الأمر في تأجير العمل المستقل من القانون العام، انظر حكم غ م ث ا ن، 14 تشرين الثاني 1978، د، 1979، إ س، 349، ملاحظة Larroumet، غير المنشور في النشرة المدنية، تركيب جهاز كهربائي، ضمان محدد بشهرين؛ وفي صدد التأجير انظر حكم غ م ث ا ن، 11 تموز 1972، ن م، III، رقم 454، انهيار أرضية منبر؛ وحول المسألة في مجملها انظر Delebecque، م إ ت، العقود والتوزيع، الكراسة 110، بنود تخفيف الموجبات، 1983.

(2) انظر في هذا الاتجاه B. Starck, Observations sur le régime juridique des clauses de non- responsabilité au limitatives de responsabilité، د، 1974، العرض 17، رقم 72.

(3) انظر P. Ancel, La garantie conventionnelle، 1979، المذكور آنفاً.

وقد يقدم البائع على دفع أي مسؤولية أو ضمان في شأن عمل الشيء المقدم أو حالته. ويلاحظ ذلك بصورة خاصة في المادة العقارية. وهذا ما تشهد عليه البنود النماذج التي يستخدمها واضعو العقود:

مثال البند النموذج في مادة بيع العقارات:

الاعباء والشروط:

يجري هذا البيع وفقاً للشروط التالية التي يلتزم الشاري بتنفيذها وبالقيام بما يلي:

أخذ العقار المباع في حالته الحالية، بدون ضمان حالة الارض أو باطن الارض، التنقيب أو الحفر، الاشتراك بالفاصل، الشيوع، عدم الامانة أو تنظيم الطرق وتخطيطها، أو العيوب والشوائب الاخرى الخفية، إمّا عن غلط أو إهمال في التسمية أو في مصدر الملكية، وإما أخيراً في السعة...

كما توجد، في ما يتعلق بالمنقولات، اعفاءات كاملة من الضمان ولاسيما في بيع أشياء مستعملة[1]. بيد أنه توجد احياناً أيضاً في البيع الذي يتناول حاجات مصنوعة[2]. ويشترط المورّد، في ما يختص بالحبكات الاعلامية الموحدة النوع أو البرمجة، مثلاً، في أكثر الاحيان، عدم مسؤوليته: نرى، لهذه الغاية بعض العقود يفرق الدعامة، وهي مثلاً مخزّنة، عن البرنامج نفسه، وتشكل الدعامة وحدها موضوع الضمان[3].

11391 ـ التحظيرات المختلفة. ليست صحة اتفاقيات كهذه مقبولة دائماً أيّاً كان مداها، وهي، بدون الأخذ في الحسبان أن سوء البائع، استناداً إلى المادة 1643 من القانون المدني، تتعارض مع ما ينتفع به، تصطدم بعقبات مختلفة. يجب بصورة خاصة الأخذ في الحسبان توجيه المجموعات الاوروبية بتاريخ 5 تموز 1985 حول مسؤولية فعل المنتجات المشوبة بعيب التي تحظر على المنتج تحديد مسؤوليته أو إعفاء نفسه منها:

---

(1) انظر كمثال حكم غ ت ن، 6 تشرين الثاني 1978، ن م، IV، رقم 250، سيارة سكة مستعملة، بند استبعاد الضمان، بائع مهني، بيع من مقاول ردم، زبون عادي مستعمل وليس ميكانيكياً مهنياً من الاختصاص نفسه، ادانة البائع بنفقات التصليح.

(2) انظر Les clauses abusives، اطروحة في مونبيلييه، منشورات C.G.D.J.، 1982 مقدمة Calais- Auloy، رقم 117، الذي يتشهد ببند وارد في عقد Michlin: «تباع سلعنا بدون أي ضمان بسبب شوائب أو عيوب ظاهرة يمكن أن تحويها».

(3) انظر في شأن تطبيق الضمان الوارد في المادة 1641 وما يليها على الحبكات الاعلامية المبرمجة، على سبيل المثال، Ph. Gaudrat، م إ ت، الكراسة 248، عقود معلومية، 1990، رقم 58.

وكمثال على بند الاعفاء انظر: La stipulation du contrat Microsoft «يقدم البرنامج «كما هو» بدون ضمان من أيّ نوع صريحا كان أو ضمنياً... غير أن حائز حق الاستعمال من الضمان Microsoft التالي: المخزّنة التي يسجل البرنامج فيها مضمونة بدون عيب مادي أو عيب صنع...» (Microsoft، 1985).

يستحيل على الصانع أو من يماثلون به تعديل موجباته في شأن هذه النقطة[1].

وتفرض المادة 1646 ـ 1 من القانون المدني، في مادة البناء، على بائع عقار للبناء، وضعه الملموس قريب من وضع من يتعهد البناء عقب تأجير عمل مستقل، الموجبات التي يلزم بها المهندسون المعماريون والمقاولون استناداً إلى المادة 1792 من القانون المدني، بحيث انه لا يستطيع اعفاء نفسه من الضمان القسري الذي تضفي عليه المادة 1792 ـ 5 طابع الانتظام العام. يضاف إلى ذلك أن صانع عمل مستقل أو قسم منه أو عنصر تجهيز معد للبناء الذي تعلن المادة 1792 ـ 4 أنه مسؤول بالتضامن مع المقاول الذي ينفذه، ليس في وسعه، حسب احكام المادة 1792 ـ 5، استبعاد هذا الموجب أو تحديده، وبالتالي الضمان الذي يحمله.

وتنجم فعالية بند عدم الضمان أحياناً عن أمنها، في نظر القضاة، لم تكن موضع قبول مكتسب الملكية. وقد يكون ذلك الحال، مثلاً، إذا لم يكن الاعفاء وارداً في العقد نفسه وإنما في الفاتورة التي يرسلها البائع[2]، أو أيضاً داخل الشروط العامة للبيع الصادرة عن نقابة وجرت الاشارة إليها في العقد وحسب[3].

ومفعول وجود خطأ جسيم صادر عن البائع، بموجب مبادىء القانون العام، حرمانه من الافادة من بند تحديد الضمان أو الاعفاء منه. ويبدو أن تقصيراً كهذا من السهل الأخذ به تجاه مهنى[4].

---

(1) انظر حول هذا النص J. Ghestin, La directive communautaire du 25 juillet 1985 sur la résponsabilitié du fait des produits défectueux، موسوعة Dalloz، 1986، العرض 135، وكذلك القسم الفرعي III، الفقرة 2.

(2) انظر حكم غ ت ن، 4 شباط 1964، ن م، III، رقم 53، قرميد أصبح متصدعاً من الجليد، اعلان المورّد مسؤولاً تجاه المقاول الملزم هو نفسه بالتعويض على صاحب العمل المستقل؛ انظر أيضاً حكم غ م أ ن، 28 نيسان 1971، م إ د، 1972، II، 17280، تعليق Boitard و Rabut، سيارة جديدة، بند التحديد في الزمان وارد على قفا الفاتورة التي تسلمها مكتسب الملكية عند الدفع في وقت الشراء عينه، بائع مهني، تعويض عن كلفة التصليح وتجميد السيارة رغماً عن انقضاء المهلة الاتفاقية.

(3) انظر حكم غ ت ن، 9 شباط 1965، ن م، III، رقم 103، قرميد تلف، تحديد الضمان بالاستبدال: يضيف الحكم ان مقاومة المواد التامة، للممتدحة في البيان التمهيدي (prospectus)، والمتضمنة «ضمانا غير محدود ضد الجليد»، كانت تشكل «خاصية جوهرية» أدت إلى «اختيار هذا الصنع بالافضلية على أيّ صنع آخر»، بحيث إن الصانع لا يمكن أن يرى ضمانة محدوداً في هذه النقطة.

(4) انظر J. Ghestin, Conformité et garanties، رقم 270؛ حكم غ م أ ن، 11 كانون الأول 1961، ن م، I، رقم 595، تركيب اجهزة صحية، اضرار المياه، عيب في صنع الحنفيات، مسؤولية الصانع قائمة رغماً عن بند تحديدي ينص على أن سكوت مكتسب الملكية خلال ثمانٍ وأربعين ساعة يساوي القبول؛ حكم غ ت ن، 14 كانون الأول 1970، ن م، IV، رقم 345، سيارة مستعملة مباعة في حالتها، اعطال كانت نتيجة تصليحات سابقة مشوبة بالعيب بدون اي عناية من البائع؛ قارن بحكم غ ت ن، 30 كانون الثاني 1952، ن م، IV، رقم 48، جرارة، مسؤولية الصانع قائمة بسبب عيوب منسوبة إلى عدم كفاءته وقصوره في المعارف التقنية، تحديد الضمان باستبدال القطع مستبعد.

11392 ـ التقسيم. فعالية بنود عدم الضمان أو التي تحدده، قبل أي شيء، مرتبطة بصفة الفريقين، أي أن يكون احدهما مهنياً والثاني فرداً من الافراد. فإذا كان البائع مهنياً فان اعفاءه مستحيل مبدئياً. وبالمقابل يستطيع البائع العرضي أن يعفي نفسه من الضمان بشكل صحيح.

11393 ـ أ) وضع البائع المهني. تعتبر البنود الحاصرة للضمان، إذا كان البائع مهنياً، عديمة التأثير أو لا مفعول لها: يستطيع الشاري دائماً التمسك بالضمان القانوني. وهذا الحل القاسي والواضح في الوقت عينه، مصدره الاجتهاد الذي يعتبر المهني ملزماً بالتعويض عن جميع الاضرار التي يسببها بيع شيء مشوب بعيب بدون أن يكون هناك الزام بالبرهنة على سوء نيته حتى على خطأ صادر عنه.

وتطبق المحاكم، منذ أكثر من ثلاثين سنة، على البائع المهني المادة 1645 من القانون المدني لكي تتيح لمكتسب الملكية أن يحصل، عدا فسخ العقد، على انواع العطل والضرر جميعاً[1]، ولهذه الغاية يماثل البائع الذي كان على علم بالعيوب بالذي، بحكم مهنته، لا يمكن ان يجهلها. والحل المبني، بلا ريب في الاصل، على كفاءته التقنية، وهذا ما يدرك ولاسيما عندما يكون صانعاً، امتد بسرعة إلى أيّ بائع مهني: يعتبر هذا البائع سيء النية. وينبغي، على اساس هذا المبدأ، أن يقود المنطق إلى اعلان أيّ بند بعدم الضمان يسعى البائع المهني إلى التسلح به باطلاً أو بلا أي مفعول، وذلك بأن الاتفاقيات التي تحدد المسؤولية أو تعفي منها تسقط، في القانون العام، في حالة الخطأ الجسيم الصادر عن المدين أو خداعه وهو بالتالي سيء النية. انه الحل الذي تبناه القضاة اعتباراً من الستينات[2].

إن عدم فعالية التقييدات المدخلة على الضمان مؤكد بصورة ثابتة، سواء تعلق الأمر ببنود تحدد الضمان أو تعفي منه، بالاموال المنقولة أو بالعقارات، بصانع أو ببائع

---

(1) انظر حكم غ م أ ن، 24 تشرين الثاني 1954، م إ د، 1955، II، 8565، تعليق H.B.

(2) انظر حكم الغرفة المدنية الأولى، 17 أيار 1965، النشرة المدنية، I، رقم 324، غسالة، تحديد الضمان بالتصليح، فسخ مع عطل وضرر: سوء نية البائع دائماً مفترضة؛ سارت بعض الاحكام في السابق في هذا الاتجاه: حكم غرفة العرائض، 31 تموز 1909، Dalloz الدوري، 1908، 1، 148، محرك على الغاز، التحديد باستبدال القطع أو الجهاز مستبعد، ادعاء الصانع جهل العيوب غير مقبول؛ حكم غرفة العرائض، 5 حزيران 1929، مجلة قصر العدل، 1929، 2، 433، مركبة، بائع مهني لا يمكن اعتباره جاهل العيوب؛ قارن بحكم الغرفة التجارية، 22 تموز 1953، Dalloz، 1953، 587، مركبة، فسخ البيع وليس بإمكان البائع التذرع بجهل العيب واعفاء نفسه سلفاً من خداعه عن طريق بند عقدي؛ حكم الغرفة التجارية، 21 تشرين الثاني 1961، Dalloz، 1962، 62، تعليق J. Hémard، جرارة مستعملة مباعة «في الحالة التي كانت عليها»، كسر في مجموعة الاسطوانات، عيب خفي معلن أنه معروف من البائع، فسخ البيع؛ حكم الغرفة التجارية، 16 تشرين الأول 1972، Dalloz، 1973، 290، تعليق J. Hémard، رافعة متراكبة، ضمان اليد العاملة والقطع لمدة سنة، بند لا يستبعد التعويض عن الضرر الذي سببه سوء العمل، عدم قابلية التصرف باللوازم.

بالمفرق موزع عادي، وأيّاً كانت الصيغ المستخدمة في العقود: عدم الضمان، شراء الشيء في حالته، كما هو، على مسؤولية مكتسب الملكية، التحديد أو استبدال القطع المشوبة بعيب، مهلة الضمان محددة في الزمان[1]...

11394 ـ التطبيق. المقصود بالبائع المهني صانع الشيء أو من يكون نشاطه المعتظم بيع هذا النموذج من الاموال. بيد أن المهني الذي يبيع شيئاً بعد أن استعمله لحاجات مؤسسته لا يعتبر مبدئياً، على هذا النحو: أنه بائع عرضي[2]. غير أن بعض الاشخاص يمكن أن يماثل ببائعين مهنيين. وهذا هو، في المادة العقارية، حال الشركة المحدد موضوعها بعملية وحيدة للبناء ولكن مديرها يتصرف اعتيادياً كمتعهد بناء[3]، كما المهندس المعماري أو المقاول الذي يتفرغ عن عقار بعد بنائه[4].

---

(1) انظر حكم الغرفة التجارية، 22 تشرين الثاني 1966، النشرة المدنية، III، رقم 447، محرك مستعمل، ضمان لثلاثة أشهر، الاستبدال مقترح، فسخ مع عطل وضرر: بائع مهني لا يمكن ان يجهل العيب وينبغي ان يعامل على أنه سيء النية؛ حكم الغرفة التجارية، 4 حزيران 1969، النشرة المدنية، IV، رقم 210، مخفف واحد في الرافعة، ضمان محدد بشهر واحد، مطالبة خلال ثلاثة أشهر، فسخ مع عطل وضرر: بائع مهني لا يمكن ان يجهل عيوب الشيء، حكم غ ت ن، 27 نيسان 1971، م إ د، 1972، II، 17280، تعليق Boutard و Dubarry، قطعة من سفينة قدمتها مصانع فولاذ: كل صانع ملزم بمعرفة العيوب وعليه الزامياً أن يعوض عن النتائج رغماً عن أي اشتراط يستبعد ضمانه سلفاً؛ حكم غ م ث ا ن، 23 حزيران 1971، ن م، III، رقم 403، شقة، تصدع جسر رئيسي، بند عدم الضمان، شركة مدنية عقارية، تجديد، الحكم بالعطل والضرر: سوء نية البائع المهني مفترضة؛ حكم غ ت ن، 7 شباط 1973، م إ د، 1975، II، 17918، تعليق J.Ghestin، قرميد متصدع بفعل الجليد، نفقات الاستبدال والتركيب، مقاول يقاضي مورّده، نقض الحكم الذي أعلن أن بند عدم الضمان صحيح لأن المقاول مكتسب الملكية كان مهنياً، حكم غ ت ن، 17 كانون الأول 1973، م إ د، II، 17912، تعليق R. Savatier، بلاط متشقق، الوضع ذاته، نقض الحكم الذي اعفى المورّد الذي لم يقم بالصنع وهو مجرد بائع بالمفرق على أساس بند يفرض المطالبة خلال ثمانٍ وأربعين ساعة: البائع المهني ملزم بمعرفة العيوب؛ حكم غ م ث ا ن، 10 كانون الأول 1975، ن م، III، 372، قرميد، الوضع عينه، البائع الصانع لا يستطيع التذرع ببند تحديدي؛ حكم غ ث ن، 17 تشرين الأول 1977، م ق ع، 1978، 221، تعليق Plancqueel، مراجل مشوبة بعيب، ضرر تجاري تحمله البائع بالمفرق الذي عمل على تصنيعها: كان المورّد، كصانع، ملزماً بمعرفة العيوب وليس في وسعه اعفاء نفسه عقدياً من ضمانها؛ حكم غ ث ن، 3 كانون الثاني 11974، ن م، III، رقم 4، عقار باعه ثانية تاجر اموال بعد تقسيمه إلى حصص.

(2) انظر مفهوم البائع المهني في الرقم 11377 السابق.

(3) انظر حكم غ م ث ا ن، 27 آذار 1969، د، 1969، 633، تعليق Ph. Jestaz، بند اللاّمسؤولية في عقد البيع، ڤيلا مشوبة بعيوب في الصنع، تعويضات وعطل وضرر، ادانة الشركة البائعة والمدير والبنّائين بالتضامن؛ انظر أيضاً حكم غ م ث ا ن، 22 كانون الثاني 1974، ن م، III، رقم 33، بند عدم الضمان، قفة مشوبة بالعيوب، رد جزء من الثمن، شركة عقارية لم تقم بالبناء وإنما اوردت في وثقيتها التجارية «بناء عقارات، قطع أرضٍ».

(4) انظر حكم غ م ث ا ن، 23 شباط 1980، ن م، III، رقم 47، تقني في البناء وضع التصاميم وادار البناء: لا يستطيع البائع الذي يعرف العيب الخفي أن يتمسك ببند عدم الضمان وينبغي أن يماثل بالبائع الملزم بمعرفة العيب التقني في البنّاء الذي باع العقار بعد أن صممه أو بناه؛ قارن بحكم غ م ث ا ن، 12 حزيران 1968، =

وليس في وسع البائع المهني، عندما يكون صانعاً، أن يتملص، بصورة غير مباشرة، من الضمان المسؤول عنه بتحديد الموجبات الملقاة على عاتقه بالنسبة إلى صفة الشيء المباع، بأن يقدم، مثلاً، على اعفاء نفسه بأن يلقي على مكتسب الملكية الرقابة الواجب اجراؤها. وقد أكدت محكمة النقض ذلك بصراحة، في العلاقات التي غالباً ما تجري الدلالة عليها بتعبير المقاولة الصناعية من الباطن، في صدد قطعة فولاذية مقولبة لتجهيز سفينة انكسرت بسبب عيب سباكتها، مما أدى إلى التلف وتجميد السفينة: أدان قضاة الاساس صانع الفولاذ كصانع مهني، رغماً عن بند يحدد أن القطع جرى تسليمها بعد مجرد رقابة ظاهرية في غياب اتفاقية خاصة تنص على تحققات اكثر تعمقاً وردت محكمة النقض الطعن ببيان أن هذا الاشتراط «يقود إلى استبعاد أي ضمان على عاتق الصانع لعيب خفي وبالتالي لا نفع من التمسك به»[1].

وغالباً ما نرى، في البنود الصادرة عن الموزعين، ضمان البائع محدوداً بالضمان الذي يعطيه صانع الشيء. وهاجس البائع بالمفرق مفهوم في أن لا يرى نفسه ملزماً إلاّ عندما يستطيع ان يطلب إلى مورّده تنفيذ الضمان لمصلحته بحيث يظهر كمجرد وسيط. غير أن اشتراطاً كهذا بدون قيمة كبيرة بالتأكيد. فكل وسيط في سلسلة موزعين ملزم شخصياً بالضمان القانوني كبائع، ولا اهمية تذكر لأن يتمتع بمراجعة ضد مورّده. وعليه لا يكون تحديد المسؤولية الذي قد يتمسك به اكثر فعالية من تحديد فعالية الصانع طالما أنهما ملزمان بالموجبات عينها. وإذا كان الضمان العقدي على عاتق الصانع أكثر حصراً، فإن المادة 1641 من القانون المدني وما يليها منذورة لأن تأخذ البدل تجاه الاول والثاني.

11395 ـ البيع الدولي. يعود تحديد يمكن نسبته إلى هذا الاجتهاد الذي يعاقب البنود التي تعفي البائع المهني من ضمانه، والذي يعترف بطابع الانتظام العام لهذا الضمان، إلى أنه لم يطبق ابداً إلاّ على العقود الداخلية. ومن غير المتفق عليه أن الحل نفسه، في مجال التجارة الدولية، يجب تبنيه، ولاسيما في العلاقات بين المهنيين. فالانتظام العام يظهر فيها بالفعل مع درجة أقل من التطلب كبنود تحديد الثمن وفقاً لمؤشر متحرك[2].

= ن م، III، رقم 273، تبادل، خلل في العقار المباع، استبعاد أي مراجعة لأي سبب كان، تعويضات وعطل وضرر، مقاول بنى المنزل، لا يمكن ان يجهل عيوبه وقد قاض عن سوء نية.

(1) حكم غ ت ن، 29 كانون الثاني 1974، م إ د، 1974، II، 17852، تعليق .H.T، د، 1974، 2، 26؛ انظر في القضية نفسها حكم الغرفة التجارية، 27 نيسان 1971، م إ د، 1972، II، 17280، تعليق Boitard و Rabut، نقض الحكم الاستئنافي الذي اعفى المورّد بحجة أن العيب كان غير قابل لاكتشافه.

(2) في هذا الاتجاه M.Mercadal, La limitation de la garantie des vices cachés dans la vente de produits français، مصنف الاجتهاد الدوري، 1976، الطبعة .C.I، 12157، رقم 6 وما يليه.

وذلك بدون الأخذ في الحسبان أن فريقي العقد بامكانهما، في المتبادلات الدولية، أن يختارا، كقانون مطبق، قانوناً اجنبياً لا يحوي قواعد قاسية إلى هذا الحد تجاه البائع المهني إلا التي يضعها الاجتهاد الفرنسي[1]. ويفرض على القضاة، في صدد بيع دولي، علاوة على ذلك، البحث عن القانون الذي رأى الفريقان أنه يسوس اتفاقهما[2].

ويقتضي البيان، فضلاً عن ذلك، ان اتفاقية ڤيينا حول بيع السلع الدولي السارية المفعول في عام 1985 حملت عناصر جديدة طالما انها، مع احتوائها احكاماً تحدد موجبات البائع في ما يختص لمطابقة الشيء (وذلك يغطي مبدأي المطابقة والعيب الخفي في القانون الفرنسي)، تنص على أن جميع القواعد التي تطرحها لها طابع بديل: من السهل اذن، للوهلة الاولى، على الفريقين في بيع دولي، في نطاق هذه الاتفاقية، اختيار تعابير مسؤولية المورّد[3].

بيد أن مدى هذا النص محدود في أنه يعلن صراحة عدم تطبيقه على الاضرار المادية التي يسببها الشيء المباع[4]. فالقانون الوطني، بالنسبة إلى هذه الاضرار، مع الحدود التي يضعها على بنود اللاّمسؤولية، يستمر في التفوق.

11396 ـ الانتقادات. أصبح الاجتهاد، مع فائدة هذه التحفظات والملاحظات، مستقراً بثبات: الاتفاقيات التي موضوعها أو مفعولها الشذوذ كلياً أو جزئياً عن الضمان ضد العيوب الخفية لا تكون صحيحة عندما تصدر عن بائع مهني. وهذا الحل جذري.

---

(1) انظر في هذا الشأن، حكم محكمة عدل المجموعات الاوروبية، 24 كانون الثاني 1991، قضية Alsthom ضد Silzer، د، 1991، 273، تعليق Ch.Berr، المذكور سابقاً، رقم 21 الذي اعلن أن «الفريقين في عقد بيع دولي حران على وجه العموم في تحديد القانون المطبق على علاقاتهما العقدية وفي تجنب حضوعهما للقانون الفرنسي»؛ انظر في صدد مقارنة مختلف القوانين الاجنبية الدراسات المنشورة في مجلة قانون الاعمال الدولية، 1985 ـ 4، ولاسيما التقديم المدخلي لـ M. Fontaine, Les clauses limitatives et exonératoires de responsabilité et de garantie dans les contrats internationaux، صفحة 435 وما يليها ي ما يتعلق بمجال صحة هذه البنود حيث يشدد الكاتب على «الحذر من معظم الانظمة القانونية إن لم يكن من مجموعها».

(2) انظر حول ضرورة أن يقوم القاضي بالبحث عن القانون المطبق على العقد لتحديد صحة بند تنفيذ الضمان غ م أ ن، 4 تشرين الأول 1989، د، 1989، إ س، 261، فائض في الآزوت، بند عدم الضمان: نقض القرار الذي قبل الادعاء بالتعويض بدون البحث، في حالة عدم وجود اتفاق صريح بين الفريقين، عن القانون المطبق على البيع، الذي يسوس صحة بنود تنفيذ الضمان ومداها.

(3) المادة 6 من الاتفاقية؛ انظر حول هذه المسألة الرقم 11741 اللاحق، قارن بـ B.Audit, La vente internationale des marchandises، 1990، رقم 119.

(4) المادة 7 من الاتفاقية.

وكان النظام المفروض على هذا النحو على البائع المهني موضع انتقاد لقساوته وعموميته الكبيرة. قد بيّن بعضهم الفائدة في التفريق تبين البنود التحديدية الأقل ضرراً بديهياً وتطبيقه على نظام أكثر ملاءمة[1]. وبعضهم الآخر اقترح حصر الحل الاجتهادي في العلاقات بين المهنيين والافراد والاعتراف بصحة الاشتراطات التي تربط مهنيين اثنين[2].

وتسوّغ الاحكام المتخذة لصالح المستهلكين ورفض الاحكام المتعلقة بالعقود المبرمة بين مهنيين من الاختصاص نفسه اتباع هذا التفريق الثاني وتفحص نواحي العلاقات على التوالي.

11397 ـ α). العلاقات بين البائع المهني وأحد الافراد، أو المستهلك. جرى تطبيق الاجتهاد، بين البائع المهني واحد الافراد، الذي يحرم بنود عدم الضمان من فعاليتها بقساوته الكلية. ونرى ذلك يتأكد في مادة الأموال المنقولة التي يورّدها الصانع أو الموزع[3] وفي بيع العقار الذي يجريه مهني لهذا النوع من المصالحات[4].

حتى إن الحل جرى اعتماده وتعزيزه في النصوص المتبناة لحماية المستهلكين. فمرسوم 24 آذار 1978، المتخذ تطبيقاً للمادة 35 من قانون 10 كانون الثاني 1978 المتعلق بالبنود التعسفية، يحوي نصين بهذا المعنى. وبمقتضى المادة 2 منه، في عقود البيع المبرمة بين مهنيين وغير مهنيين أو مستهلكين، تعتبر «البنود التي موضوعها إلغاء» حق البائع «أو تخصيصه في حال تقصير المهني بأي من موجباته» محظرة لكونها تعسفية. والحظر الاوسع في موضوعه من الحل الاجتهادي (يمتد مثلاً إلى الضمان ضد نزع اليد) والأضيق بالنسبة إلى الاشخاص الداخلين في القضية (لا يهم مكتسب الملكية المهني)، يستهدف بداهة بنود عدم الضمان أو بنود تحديده.

يضاف إلى ذلك أن طابع الانتظام العام للمادة 1641 وما يليها من القانون المدني مؤكد في المادة 4 من المرسوم التي تنص على أن البائع «لا يستطيع أن يضمن عقدياً

---

(1) انظر B. Starck, Observations sur le régime juridique des clauses non- résponsabilité ou limitatives de responsabilité، د، 1974، العرض 159؛ B. Mercadal, La limitation des vices cachés dans la vente de produits fabriqués، م إ د، الطبعة C.I.، 1976، II، 12157.

(2) انظر Ph. Malinvaud, Pour ou contre la valadité des clauses limitatives de la garantie des vices cachés dans la vente، مصنف الاجتهادات الدوري، 1975، II، 2690؛ J. Bigot, Plaidoyer pour les clauses limitatives de garantie et de responsabilité dans les contrats de vente et de fourniture entre professionnels، م إ د، 1976، II، 2755.

(3) انظر كمثال حكم غ م أ ن، 17 أيار 1965، ن م، I، رقم 324، المذكور سابقاً، غسالة.

(4) انظر كمثال حكم غ م ث ا ن، ن م، III، رقم 4، تاجر اموال.

الشيء المعد للتسلم. . . بدون أن يذكر بوضوح أن الضمان القانوني يطبق ضد جميع نتائج الشوائب والعيوب في الشيء المباع». فالحل هو إذاً أكثر الحلول وضوحاً.

11398 ـ مفهوم المستهلك. ظهر تردد حول نقطة معرفة متى تكون لمكتسب الملكية صفة «المستهلك أو غير المهني»، بحيث إنه يستفيد من هذه الحماية القوية. . وقد تبنى الاجتهاد، بعد ان حكم في اتجاه حصري[1]، بعد ذلك مفهوماً واسعاً للمستهلك: يجب أن يعتبر مستهلكاً من يشتري مالاً، سواء أكان لحاجاته الخاصة أو لحاجات نشاطه المهني في مجال لا يعود إلى اختصاصه. وقد تم الأخذ بهذا الحل في حكم للغرفة التجارية بتاريخ 28 نيسان 1987 اعلنت فيه المحكمة العليا أن قانون 10 كانون الثاني ومرسوم 24 آذار 1978 يطبقان على عقد توريد جهاز انذار وتركيبه: كان مكتسب الملكية شركة لها نشاط وكيل عقاري وهي، كما يبين الحكم، «غريبة عن التقنية الخاصة جداً لانظمة الانذار»[2]. وبالمقابل لا يعتبر مستهلكاً التاجر المتخصص في التجهيز الاذاعي والتلفزيوني وفي التجهيز المنزلي الكهربائي الذي اشترى بالائتمان آلة لطبع بطاقات الزيارة: يتعلق الأمر «بتاجر يسعى إلى إكمال نشاطه (و) معرفة ما هو ضروري لحاجات تجارته»[3].

---

(1) انظر على وجه الخصوص حكم غ م ا ن، 15 نيسان 1986، ن م، I، رقم 90، Dalloz، 1986، الموجز 393، ملاحظة J.-L.Aubert المؤيدة، م إ د، 1987، 87، ملاحظات J. Mestre النائدة، طلبية وكيل تأمين تتعلق باصناف اعلامية.

(2) Dalloz، 1987، الموجز 455، ملاحظة J.- L.Aubert، 1988، 1، تعليق Ph. Delebecque، مصنف الاجتهادات الدوري، 1987، II، 20893، تعليق J. Paisant، م ف ق م، 1987، 537، ملاحظة J.Mestre، تركيب لم يعمل بشكل مرض، طابع تعسفي ـ وبالتالي غير خطي ـ للبند الذي يصف موجب المورّد بأنه موجب «وسائل» وينص على أن الخلل لا يمكن أن يعطي الحق في التعويض ولا في الفسخ، رد الطعن ضد الحكم الذي أبطل البند: يسترعي الانتباه، كما ابدى ذلك بعضهم، ان الحكم يكرس ايضاً امكانية تدخل نظام حماية المستهلكين بالنسبة إلى شخص معنوي، مما هو أيضاً تقدم محسوس، قارن، في صدد تطبيق قانون 22 كانون الأول 1972، حول السعي إلى التعاقد في المنزل، حكم غ م أ ن، 3 أيار 1938، ن م I، رقم 125، Dalloz، 1988، الموجز، 407، ملاحظة J.-L.Aubert، د، 1990، 61، تعليق J.Karila de Van، شراء ناسخة فوتوغرافية من قبل كهنوتي لحاجاته نيته ولخور، شراء لم يتم لحاجات مهنية، نقض الحكم الذي رفض الأخذ في الحسبان العدول عن الطلبية اضف إلى ذلك: حكم محكمة استئناف أنجيه، 16 كانون الأول 1987 وهي الملحق عرض G. Paisant, Les nouveaux aspects de la lutte contre les clauses obusives، د، 1988، العرض 253: توريد كهرباء من قبل كهرباء فرنسا، تطبيق قانون عام 1978، بند يحدد المسؤولية جرى اعتباره تعسفياً؛ انظر الحكم المؤيد في هذه القضية للمحكمة البدائية في انجيه، 11 آذار 1986، م إ د، 1987، II، 20789، تعليق J.- P. Gridel.

(3) حكم غ م أ ن، 29 حزيران 1987، ن م، I، رقم 209، انظر في صدد هذا الحكم تقرير محكمة النقض لعام 1987، التوثيق الفرنسي، صفحة 209 وما يليها؛ قارن، في ما يتعلق بتطبيق قانون 22 كانون الاول 972، حول السعي إلى التعاقد في المنزل، حكم المحكمة البدائية في Cahors، 15 أيلول 1988، Dalloz، 1988، الموجز، 408، ملاحظة J.- L. Aubert، مستثمر زراعي اشترى كمية كبيرة من الارانب.

بيد أن حكماً احدث للمحكمة العليا صدر في مادة توريد الكهرباء يشهد على عودة إلى مفهوم اضيق طالما أنه يعلن ان التشريع الذي يحمي المستهلكين لا يطبق على عقود توريد مال أو تقديم خدمة لها علاقة مباشرة بالنشاط المهني الذي يزاوله من يأمل في التمسك به[1].

11399 ـ β). العلاقات بين البائع والشاري المهني. غالباً ما يكون مكتسب الملكية نفسه مهنياً تزود بالشيء لاستخدامه لحاجاته الخاصة وفي مزاولة نشاطه (مال تجهيز) أو للتفرغ عنه بدوره بمفعول بيع جديد (تاجر أو موزع) أو عقد مقاولة يستخدمه في تحقيق عمل مستقل (بنّاء، مستعمل...). وفي هاتين الفرضيتين الآخريتين يمارس مكتسب الملكية مراجعة لضمان عيوب الشيء ضد بائعه، بعد اعلانه مسؤولاً تجاه المستخدم النهائي.

وقد اعتبر الاجتهاد دائماً أن الاشتراطات التي تعفي البيع المهني لم يكن لها على الاطلاق قيمة تجاه مكتسب الملكية المهني إلاّ ضد فرد عادي، وهكذا يظهر مكتسب الملكية كمستعمل[2] أو كبائع بالمفرق[3] أو كمقاول[4]. وبالنسبة إلى المقاول الذي استخدم لوازم مشوبة بالعيب في عمل مستقل مثلاً، كان ذلك يعني ان بامكانه، رغماً عن أي بند مخالف، الحصول على استبدال الشيء الذي غالباً ما يرد في العقد، وكذلك التعويض عن الكلفة التي يمثلها اصلاح الاشغال المتوجب على صاحب العمل المستقل[5]. وذلك يتيح، بصورة عامة، لمكتسب الملكية المتعاقد لحاجات مهنته التملص من الشروط، القاسية إلى حد كبير احياناً، التي يضعها الموردون لإعمال الضمان، على سبيل المثال تحديد مهلة المطالبة ببضعة ايام[6].

وسبب تسويغ بطلان البنود المحددة للضمان في الاساس يأمر بهذه الحلول: إذا كان البائع المهني ملزماً بمعرفة عيوب الشيء، وإذا كان يماثل بالبائع السيء النية، فذلك

---

(1) حكم غ م أ ن، 24 كانون الثاني 1995، د، 1995، 327، تعليق G. Paisant، وقف التوريد، انظر ايضاً حكم م غ م أ ن ، 21 شباط 1995، م إ د، 1995، II، 728، تعليق Paisant، تأجير مركبة.

(2) حكم غ ت ن، 4 حزيران 1969، ن م، IV، رقم 210، مجموعات مخفقات أحادية للرافعات.

(3) انظر حكم غ ث ن، 17 تشرين الاول 1977، م ق ع، 1978، 1، 221، تعليق Plancqueel، مراجل.

(4) حكم غ ث ن، 17 كانون الأول 1973، م إ ث، 1975، II، 17912، تعليق R.Savatier، بلاط متشقق.

(5) انظر من بين احكام عديدة حكم غ ث ن، 20 تموز 1973، ن م، IV، رقم 264، قرميد تقشر وتفتت بفعل الصقيع.

(6) انظر حكم غ ت ن، 30 تشرين الثاني 1982، ن م، IV، رقم 391، منتج كيميائي للتنظيف سبب اضرار لآلة يملكها المستعمل، مراجعة البائع ضد مورّده، مهلة المطالبة ثمانية وأربعون ساعة، مهنيان من الاختصاص نفسه: بيد أن العيب ثم اعتباره غير قابل للاكتشاف وجرى استبعاد البند.

بسبب الاختصاص الذي هو اختصاصه مبدئياً، وهذا الاختصاص موجود أيّاً كان شريكه في التعاقد.

11400 ـ مكتسب الملكية من الاختصاص ذاته. قد يكون للصفة المهنية لمكتسب الملكية وكفاءته الخاصة تأثيرهما ايضاً. فالنقاش يتناول بالفعل العلاقات بين المهنيين من الاختصاص نفسه. وفعالية الاتفاقيات التي تقيد الضمان مقبولة فيه إلى حد ما. وكفاءة مكتسب الملكية التقنية التي تساوي الكفاءة المفترض أن البائع مزوّد بها تسوّغ عندئذ جعله غير مستفيد من حماية خاصة، وتعطي من جديد مفعولها في الاتفاقية المتعلقة بالضمان.

ويبدو أن الاجتهاد، عندما يكون مكتسب الملكية له اختصاص البيع عينه، يقبل كون الاتفاقيات التي تقيد الضمان يجب أن تنتج مفاعيلها. والمبدأ، على الأقل، مؤكد منذ عام 1973 بحكم استبعد مسؤولية البائع في شأن مركبة مستعملة، ويدعو تعليل حكمين صادرين عن محكمة النقض في عام 1978 إلى اعتباره قائماً ولاسيما أن تطبيقات جديدة جاءت تعتمده لاحقاً[1].

وقد استعادت الغرفة التجارية، في قضية جرى الحكم فيها بتاريخ 3 كانون الاول 1985، هذا الحل بتطبيقه في شأن براميل لتجهيز سفينة صهريج تآكلت بسبب سوء التسفيح، على العلاقات بين المشغل البحري الباني المدان بالتعويض تجاه المجهّز وصانع البراميل. ونرى في ذلك بوضوح تمييز وضع المشغل البحري الذي جرى توريد البراميل منه بالتباين مع وضع شريكه في التعاقد، المجهز مكتسب ملكية السفينة الذي

---

(1) انظر حكم غ ت ن، 8 تشرين الاول 1973، د، 1973، الموجز، 152، مصنف الاجتهادالدوري، 1925، II، 17927، تعليق J.Ghestin، شاحنة مستعملة، مهنيون في تجارة مركبات كهذه، بيع «على مسؤولية» مكتسب الملكية؛ حكم غ ت ن، 8 تموز 1975، م إ د، 1976، II، 18333، صانع قرميد معفى بموجب بند تحديدي ولحسن نيته من قبل قضاة الاساس، نقض لعدم تحديد ما إذا كان البائع ومكتسب الملكية من الاختصاص نفسه؛ حكم غ م ث ا ن، 30 تشرين الأول 1978، م إ د، 1979، II، 19178، تعليق J. Ghestin، م ف ق م، 1979، 392، ملاحظة G. Cornu، عقار، عيب يتعذر اكتشافه، اكتسب الملكية مهني في العمليات العقارية، حكم الاستئناف «اعلن بصواب أن ضمان البائع، في حالة البيع بين مهنيين من الاختصاص نفسه، لا يمكن التمسك به عند ادخال بند عدم الضمان في العقد»: بيد أن هذا البند في القضية المعنية جرى استبعاده مع ذلك طالما أن سبر غور الخرسان المسلح وحده كان من شأنه كشف هذه العيوب؛ حكم غ ث ن، 6 تشرين الثاني 1978، الإسنادات عينها، مجرفة متحركة بذاتها مستعملة، اشتراها مقاول في الردم، جرى اعتبار مكتسب الملكية «زبونا مستعملاً» وليس «ميكانيكياً مهنياً من الاختصاص عينه» لاختصاص البائع؛ حكم غ ت ن، 4 تشرين الثاني 1980، ن م، IV، رقم 365، لوازم جديدة لإكساء المقاعد، مكتسب الملكية الصانع ليس اختصاصياً جديرا بتقدير صفاتها، بند تحديد الضمان غير قابل للتطبيق؛ قارن بحكم غ ث ن، 18 كانون الثاني 1972، م إ د، 1972، II، 17072، بيع خشب غير مقطع، استعمال في المهنة التي بموجبها يأخذ الشاري العيوب التي قد تظهر على مسؤوليته: غير أن مسؤولية البائع جرى الأخذ بها لأن مكتسب الملكية شخص عادي.

جرى قبول المراجعة ضده رغماً عن بند اعفاء، ما دام أن هذا المجهز لم يتبين أنه مؤهل لتقدير العيوب الخفية للفولاذ المستخدم (كان فحص الشيء «يتطلب وسائل تقنية خاصة») حتى ولو كان مهنياً في الملاحة: بالمقابل، وحسب محكمة النقض، يقتضي رد الادعاء المقدم من المشغل ضد صانع البراميل بسبب بند يحدد المسؤولية متفق عليه بين الفريقين، طالما أن القضاة بينوا أن هذين الفريقين «كانا مهنيين من الاختصاص نفسه»[1]. وقد تمسك الاجتهاد منذ ذلك الوقت بهذا الحل[2].

11401 ـ مفهوم الاختصاص نفسه. يفسر مفهوم «المهني من الاختصاص نفسه» بشكل حصري جداً. ولكي يتوفر الشرط ينبغي ان يكون نشاطا مكتسب الملكية والبائع قريبان إن لم يكونا متماثلين. هكذا يكون الأمر احياناً بالنسبة إلى البائعين المتعاقبين على مال واحد[3]، بيد أن صفة البائع المهني التي قد تكون صفة مكتسب الملكية لا يمكن ان يكون لها وحدها، منهجياً، مفعول إضفاء الصحة على البنود المتعلقة بالضمان تحت طائلة هدم النظام الذي يطبقه الاجتهاد الذي يلقي، بصواب، ثقل التعويض على الصانع. ويجري قبول ذلك في اغلب الاحيان ولا ريب بالنسبة إلى الصناعيين الذين يزاولون نشاطات متماثلة أو تكميلية في الصنع أو البناء[4]. غير أنه يستبعد ان يسري ذلك عدا حالة خاصة، على العلاقات بين مورّدي اموال تجهيز أو معدات مختلفة أو مستعمليها بصفة مهنية[5].

ويبدو بعد ذلك أنه، إذا كان تماثل الاختصاص، وبالتالي كفاءة مكتسب الملكية،

---

(1) النشرة المدنية، IV، رقم 287: يستند الحكم إلى المادة 1134 من القانون المدني وبالتالي هو مبني على أساس مراعاة العقد.

(2) انظر كمثال حكم الغرفة التجارية، 23 تموز 1992، العقود والمنافسة والاستهلاك، بيع بين أصحاب مرائب، بيع مشترط على أساس «حالة الشيء وبدون ضمان»، حجية الاعفاء من الضمان؛ قارن بحكم الغرفة المدنية الأولى، 26 أيار 1992، النشرة المدنية، III، موضع مرجل اقامه مركّب، ضمان الصانع، مراجعة المؤسسة التي تؤمن الصيانة، حجية بند يحدد الضمان بسنة واحدة.

(3) مهنيون في تجارة المركبات المستعملة، حجم الغرفة التجارية، 8 تشرين الأول 1973، مصنف الاجتهادات الدوري 1975، II، 17927، تعليق J. Ghestin، المذكور سابقاً، مهنيون في العمليات العقارية، حكم الغرفة المدنية الثالثة، 30 تشرين الأول 1978، مصنف الاجتهادات الدوري، 1979، II، 19128، تعليق J. Ghestin، المذكور آنفا.

(4) انظر حكم الغرفة التجارية، 3 كانون الأول 1985، النشرة المدنية، IV، رقم 287، المذكور آنفا؛ قارن في صدد الطابع الخفي للعيب بحكم الغرفة التجارية، 8 كانون الاول 1980، النشرة المدنية، IV، رقم 415 صانع معدات مماثلة لمعدات البائع وعليه ان يكون قادراً على اكتشاف العيوب.

(5) ولاسيما المقاولون، انظر حكمي الغرفة التجارية، 8 تموز 1975، مصنف الاجتهادات الدوري، 1976، II، 18332 و 4 تشرين الثاني 1980، النشرة المدنية، IV، رقم 365، وهما الحكمان المستشهد بهما سابقا.

يقدر أن في الملموس مما يمكن تركهما لتقدير قضاة الاساس السيد[1]، يجب على الأقل أن يرتكز هذا التماثل، لدى مكتسب الملكية، على «اهلية حقيقية لرقابة الشيء المباع»: هذا ما ينبغي فرضه على حكم يتعلق باكتساب مقاول اشغال عامة ملكية شاحنة مستعملة وينقض حكم قضاة الاساس لعدم إعمال بند عدم الضمان «بدون بيان رأيهم في نقطة معرفة ما إذا كان مكتسب الملكية ينطبق عليه الوصف المهني» الذي يتيح قبول حيازته هذه الاهلية[2].

يضاف إلى ذلك أن كون هذه النقطة الاولى حاصلة لا يكفي لإعمال بند عدم الضمان دائماً. يقتضي، علاوة على ذلك، أن يكون مكتسب الملكية قد تمكن من الاقتناع، بالفعل، بوجود العيب وبالتالي قد قبل إعفاء البائع مع علمه بالواقع. وبتعبير آخر، حتى تجاه مهني من الاختصاص عينه، يجب أن لاينتج البند مفاعيله إذا كان العيب يتعذر اكتشافه أو إذا كان اكتشافه قد تتطلب تحريات غير اعتيادية[3].

وعليه يقترب الحل من الحل الذي يفرض على مكتسب الملكية المهني القيام ببعض التحريات أو الرقابة عند البيع تحت طائلة اعتبار العيب ظاهراً بالنسبة إليه[4]. والفائدة المرتبطة بالتحقق من أن الأمر يتعلق بمهنيين من الاختصاص عينه هي في النهاية افتراض العيب من العيوب التي قد يكون مكتسب الملكية مقتنعاً بها أو التي كان يعرضها مما هو مستبعد بالطبع عندما يكون العيب معتبراً من المتعذر كشفه[5]. والحاصل إن هذه التطلبات المختلفة نادراً ما تكون محققة، وهذا ما يشهد عليه بعض الاحكام الصادرة بهذا المعنى.

أو أنه ربما يجب التفكير في أن هذا النوع من الحلول يطبق، قبل أي شيء، على شركاء يقيمون علاقات وثيقة على وجه الخصوص. وهكذا يكون من المفهوم، كما نرى ذلك مقبولاً في احد الاحكام، أن تدعو علاقات اعمال مستمرة، جرت في مناسبتها مناقشة بعض عيوب التوريد المسلم والمطبق حلولاً عقدية، إلى الاعتراف بفعالية بند يتعلق بالضمان[6].

11402 ـ ب) وضع البائع العرضي. صحة الاتفاقيات حول الضمان، بالنسبة إلى بائع عرضي ليست موضوع مناقشة. فبنود كهذه، تحديدية أو معفية، غالباً ما توجد في

---

(1) انظر في هذا الاتجاه ملاحظة G. Cornu في المجلة الفصلية للقانون المدني، 1979، 392.

(2) حكم غ م أ ن، 20 كانون الأول 1983، ن م، I، رقم 308؛ قارن بحكم غ ت ن، 3 كانون الأول 1985، ن م، IV، رقم 287، براميل تجهيز سفينة صهريج، المذكور سابقاً في أن الحكم استبعد إعمال بند عدم الضمان في العلاقات بين مجهز السفينة وبانيها.

(3) انظر حكم غ م ث ا ن، 30 تشرين الأول 1978، المذكور آنفا، سبر غور خرسان عقار؛ حكم غ ث ن، 30 تشرين الأول 1982، ن م، IV، 391، منتج كيميائي للتنظيف.

(4) انظر في هذا الاتجاه G.Cornu، م في م ف ق م، 1979، 392.

(5) انظر في هذا الاتجاه J. Ghestin, Conformité et garanties، رقم 274.

(6) انظر حكم غ ث ن، 29 تشرين الثاني 1983، ن م، IV، 329، زجاج مزدوج.

المادة العقارية[1]، حيث اصبحت من طراز مألوف[2] كما في بيع المؤسسة التجارية[3].

وهي ليست نادرة في ما يتعلق ببيع مركبات مستعملة[4].

والبائع العرضي الذي تقبل، بالنسبة إليه، صحة بنود عدم الضمان، ليس الفرد العادي أو المستهلك، فقد يكون ايضاً المهني الذي استعمل شيئاً في نطاق نشاطه ثم باعه ثانية[5]. فما هو اساسي أن لا يمارس بصفة معتادة نشاط بائع هذا الصنف من الاشياء التي يجري التمسك بنوعيتها السيئة.

11403 ـ فعالية البند. لا أهمية تذكر لأن يظهر الاشتراط الذي يعفي البائع كشرط مألوف: في عرف محكمة النقض: «أي شرط في العقد، ولو كان معتاداً أو مألوفاً ينتج مفعولاً طبيعياً»[6].

ينبغي فقط أن لا يكون البائع سيّء النية، أي لا يكون على علم بالعيب الذي اصاب الشيء الذي تجنب تنبيه شريكه في التعاقد إليه مما يمكن اعتباره مجرد تحفظ في

---

(1) انظر حكم غ م ث ا ن، 19 تشرين الأول 1971، ن م، III، رقم 498، د، 1972، 77، م ف ق م، 1972، 412، ملاحظة G.Cornu، اضرار في البنية والسقوفية سببها قرنبيات (نوع الحشرات)، بند يستبعد أي مراجعة بسبب حالة البناء السيئة، نقض حكم قضاة الأساس الذي استبعده؛ حكم غ م ث ا ن، 12 تشرين الثاني 1975، ن م، III، رقم 330، د، 1976. إ س، 20، وجود أرضة (دودة خشب)، أخذ مكتسبو الملكية العقار في وضعه الحالي مع عيوبه وشوائبه جميعاً، الظاهرة أو الخفية، نقض الحكم الذي رفض تطبيق البند.

(2) انظر ملاحظات G.Cornu المذكورة سابقاً؛ Sourioux, Recherches sur le rôle de la formule notariale dans le droit positif، 1967، صفحة 60 وما يليها.

(3) انظر كمثال حكم غ ث ن 26 حزيران 1973، ن م، IV، 223، مؤسسة تجارية مباعة «في حالتها»، بدون تطلب تعويض أو انقاص ثمن، بيد أن البند جرى استبعاده بسبب الطابع غير الصريح بما فيه الكفاية للصيغة، فسخ.

(4) انظر حكم غ م أ ن، 25 حزيران 1968، ن م، I، رقم 183، جرارة مستعملة؛ حكم غ ث ن، 8 كانون الأول1975، ن م، IV، رقم 297، د، 1976، الموجز، 28، شاحنة مستعملة؛ حكم الغرفة التجارية، 6 تشرين الثاني 1978، النشرة المدنية رقم 250، مجرفة تتحرك ذاتياً.

(5) انظر حكم غ م أ ن، 25 حزيران 1968، ن م، I، رقم 183، شركة اشغال وبناء، جرارة مستعملة، بيع كما هي حالة الشيء، تطبيق البند؛ قارن بحكم غ ث ن، 8 كانون الأول 1978، ن م، IV، رقم 297، المذكور سابقاً، ناقل باع شاحنة مستعملة ثانية من مقاول، بند عدم الضمان مستبعد، بيع الشيء على حاله جرى تفسيره بأنه لا يتناول سوى الحالة الظاهرة.

(6) انظر حكم غ م ث ا ن، 3 أيار 1968، ن م، III، رقم 184، عقار، عدم الضمان، نقض؛ قارن بحكم محكمة استئناف بوردو، 10 كانون الاول 1928، د، 1929، 2، 81، عقار، وجود أرضة (دودة خشب)، بند يعفي البائع من أي ضمان ضد عيوب البناء الظاهرة أم لا أو «لأي سبب آخر»، بند ليس مألوفاً؛ انظر ايضاً حكم محكمة استئناف نانسي، 22 كانون الأول 1942، م ق ع، 1942، 2، 276؛ حكم محكمة استئناف يو، 5 تموز 1955، م ق ع، 1955، 2، 245؛ انظر ايضاً، D. Denis, La clause de style, Mélanges Flour، 1979، صفحة 117 وما يليها وكذلك الاسنادات.

اعلامه حتى الاخفاء الخداعي[1]. والشخص الذي «يبيع مجموعة عمل على بنائها، وكان يعلم أنها لا يمكن أن تكون مطابقة للمعايير التقنية»، بحيث إنه «عرّض مكتسبي الملكية منه لخطر خطير عمداً»، هو أيضاً كذلك بالتأكيد[2].

وغالباً ما يستنتج سوء النية، في الممارسة، من كفاءة البائع، ولاسيما في المادة العقارية من واقع أن الأمر يتعلق باختصاصي في البناء[3].

بيد أن مجرد غلط البائع أو إهماله لا يماثل بسوء النية[4]. فالخطأ الجسيم وحده يمكن أن يماثل بسوء النية، وفقاً للقانون العام للبنود التي تعفى من المسؤولية. ويقع اثبات سوء نية البائع بالطبع على مكتسب الملكية[5].

بيد أن اكتساب الملكية «على مسؤولية الشاري»، مع أن البائع على علم بالعيب، صحيحة ما دام أن هذا الشاري جرى إعلامه بشكل صحيح في آونة البيع[6]، فيغدو العيب، في هذه الحالة، ظاهراً.

11404 ـ 2°. البنود التي تعدل الضمان. غالباً ما ينظم العقد، أكثر فاكثر، الضمان ضد العيوب الخفية ويفصله ويلتزم به الفريقان. وهذا النوع من البنود يرد في ما يسميه المورّدون «شروط البيع العامة». ونجد ذلك ايضاً في العلاقات بين المهنيين والافراد وفي العلاقات بين المهنيين. ويتم فيها على وجه الخصوص النص على كيفيات تصليح الشيء أو استبداله بغيره أو المهلة التي يمكن ان يطلب مكتسب الملكية الشيء خلالها، وقد يحدد البائع صراحة ضمانه وفقاً لذلك. ويسري ذلك في شأن الحاجات المصنوعة والمتماثلة والمهنيون، في الممارسة، هم الذين يحددون دائماً موجباتهم على هذا النحو.

---

(1) حكم غ ع، 3 أيار 1932، م ق ع، 1932، 2، 192، ملك غابي، جردة كاذبة، تشقق جرى اخفاؤه، مهندس معماري بائع، فسخ مع عطل وضرر؛ حكم غ م أ ن، 10 تموز 1956، د، 1956، 719، جرارة مستعملة بيعت في حالتها، مكتسب ملكية قام بتجارب، عمل سيء ظهر بعد أيام من البيع، بائع ضمن الحالة الميكانيكية الجيدة في حين أنه لم يكن يجهل أي شيء عن عيوب الجهاز.

(2) حكم غ م ث ا ن، 18 نيسان 1974، غير المنشور.

(3) انظر حكم غ م ث ا ن، 12 حزيران 1968، ن م، III، رقم 273، عقار، تبادل، مقاول جرى «اعلامه بشكل تام بأمور فنه» وتصرف بسوء نية.

(4) قارن بحكم الغرفة المدنية، 14 كانون الأول 1909، د د، 1911، 1، 296، س، 1911، 1، 364؛ هوائي للسيارات، بند عدم الضمان معترف بصحته بالنسبة إلى بائع صانع، نقض الحكم الذي ابطل العقد بسبب غلط مكتسب الملكية.

(5) محكمة استئناف Douai، 31 كانون الثاني 1967، د، 1967، الموجز، 43، م إ د، 1967، IV، 99، عقار، وجود فطر، اشغال تناولت: الشيء قبل العقد لا يمكن افتراض أنها جرت لازالة العيب.

(6) حكم محكمة استئناف غرونوبل، 28 تشرين الأول 1968، م ق ن، 1969، 1، الجداول، انظر البيع بصورة عامة في الرقم 64.

ويقدم تعهد البائع المعدل على هذا الشكل بطريقة مبتكرة تختلف في نواح عديدة من التعهد الذي يمليه الضمان القانوني الوارد في المادة 1641 وما يليها. ويعطي البند في بعض الامور، حقوقاً أكثر امتداداً من الضمان القانوني، ويحدد، فضلاً عن ذلك، موجبات البائع ـ وبالاجمال يشكل «مجموعة متماسكة»[1] بحيث انه يمكن الكلام على «ضمان عقدي».

ومع ذلك تعود شيئاً فشيئاً مجموعة حلول خاصة بهذا النموذج من الاتفاقيات. وهكذا، مع أن النقطة هي موضوع نقاشات، جرى اعتبار ان المهلة القصيرة الواردة في المادة 1648 من القانون المدني لا تطبق على الدعوى التي تنزع إلى إعمال الضمان العقدي[2]. يضاف إلى ذلك ان شروطاً تم طرحها بهاجس حماية المستهلكين: لا يستطيع مهني أن يقدم ضماناً عقدياً بدون الأخذ في الاعتبار، في الوقت عينه، الضمان القانوني[3]؛ وبالنسبة إلى تقديم المهني هذا الضمان والخدمة بعد البيع ثمة نموذج حددته السلطة الادارية[4]، وقانون 18 كانون الثاني 1992 الذي عزز حماية المستهلكين ينص على مدّ الضمان العقدي في حال تجميد المال لتصليحه (المادة 4).

وفي احتمال السعي إلى توازن عقدي تبرز مسألة معرفة ما إذا كان الضمان الذي يقترحه المهني ينبغي، ويمكن، أن يكون مجانياً: بهاجس حماية المستهلكين وتتجنب أن يتحمل مكتسب الملكية، بصورة غير مباشرة، الضمان القانوني المتوجب عليه، في أي حال من الاحوال، ثمة ميل إلى تأكيد ذلك[5]، بيد أنه يقتضي الأخذ في الحسبان أيضاً واقع كون القانون التجاري، من أجل تعديل شروط المنافسة غير الشريفة، يفرض على التجار عدم العرض، كضمان، تقديماً كلفته داخلة في الثمن المطلوب[6].

---

(1) انظر La garantie conventionnelle des vices cachés dans les conditions générales de vente، ا م ف ق ث، 1979، 203، رقم 2.

(2) انظر منذ وقت قريب حكم غ ث ن، 2 أيار 1990، Citeryaz، ن م، IV، رقم 132، م ف ق م، 1990، 136، م Ph. Rémy، صهريج تخزين الغاز.

(3) المادة 4 من مرسوم 24 آذار 1978 المتخذ تطبيقاً لقانون 10 كانون الثاني 1978، والذي أصبح داخلاً في ق إ.

(4) مرسوم 22 كانون الاول 1987 المتعلق بتقديم المستندات الخطية التي تثبت تقديم عقود الضمان والخدمة بعد البيع، انظر هذا النص في ، مصنف الاجتهاد المدني، المواد 1641 إلى 1649، الكراسة 60، في نهايتها.

(5) انظر في هذا الشأن توصية لجنة البنود التعسفية، رقم 79 ـ 01، المتعلقة بالبنود التعسفية المدخلة في عقود الضمان، ن رم إ غ.

(6) انظر في هذا الصدد حكم الغرفة الجنائية، 23 تموز 1987، النشرة الجنائية، 301، د، 1987، إ س، 205، م ف ق م، 1988، 487، ملاحظة Hémard و Bouloc و Darty، الدعاية «الفرنك يساوي كلفة أقل، مجانية الضمان مؤكدة في «عقد الثقة»، كلفة التقديمات داخلة في ثمن البيع، مكتسب الملكية لا يمكن أن يكون مخدوعاً حول الخدمات المعطاة، راحة، رد الطعن، وحكم الغرفة الجنائية، أول تموز =

11405 ـ الإطار القانوني. تبين من الضروري، من زاوية قانون المنافسة، السهر على أن لا يحتفظ المهني لنفسه بأن يستبعد إعطاء زبونه بعض التقديمات بعد البيع بتهديده، بفقدان الافادة من الضمان العقدي في حالة التوجه إلى الغير[1].

أما تنظيم العقود الاوروبي فينص في ما يتعلق بتنظيم شبكات التوزيع، على تدابير معدة لكي تتم امكانية وصول الشاري على توجب الضمان في شروط تسهّل انتقال السلع الحر في السوق المشتركة: إنه يفرض، على وجه الخصوص، أن يكون لمالك الشيء المكتسب الحق في طلب الافادة من الضمان العقدي في دولة عضو ولو كان قد اشتراه من دولة أخرى. وطريقة تنظيم الامور، عملياً، هي أن يقبل البائعون بالمفرق، من بين الموجبات التي يضطلعون بها كاعضاء في شبكة توزيع، تأمين خدمة الضمان لزبن العلامة جميعاً. وتلاحظ الظاهرة بصورة خاصة في قطاع السيارات.

وقد تأكد المبدأ باكراً جداً في مادة الامتياز كما يشهد على ذلك قرار اللجنة الصادر في شأن شبكة .B.M.W[2] قبل أن يُستعاد في تنظيم الاعفاء للمجموعة الاقتصادية الاوروبية رقم 123/ 85 في 12 كانون الاول 1984، المتعلق باتفاقات التوزيع الحصري والانتقائي في قطاع السيارات[3]، ثم امتد إلى نماذج شبكات التوزيع جميعاً: نرى أن الضمانات التي يقدمها بان أو صانع، والتي يجب أن تكون صالحة في المجموعة باسرها بالاستقلال عن مكان اكتساب ملكية الشيء داخل المجموعة تتكرر[4]. نجد ذلك إذاً في

= 1976،النشرة الجنائية رقم 241، ضمان كامل لخمس سنوات، اعلام من شأنه أن يُضل، ضمان يتجاوز الضمان المعفى اعتيادياً، ضرورة دفع إضافة على الثمن، اعلان المتهم مذنباً، رد الطعن: مقارنة الحكمين تبين أن ذلك، حتى ولو كان الضمان العقدي المقدم كضمان تدخل كلفته دائماً في الثمن، لا يشكل بالضرورة دعاية كاذبة وإنما يهم هو معرفة ما إذا كان الزبن المحتملون قد جرى تضليلهم فينجذبون بسبب ذلك؛ لأن الطابع العادي ـ سنتان ـ للضمان المقدم مع الشيء أو طابعه الاستثنائي ـ خمس سنوات ـ يمكن احتسابه هنا.

(1) انظر الاستهلاك والمنافسة، 2 تشرين الأول 1991، Mannesmann informatique، مجلة الاجتهاد في قانون الاعمال، 91 ـ 1، رقم 33، صفحة 44، مسجل دورات زمني يتيح مراقبة من عمل سائق شاحنة» تتضمن شروط البيع العامة للصانع، إن مكتسب الملكية عليه استعمال اسطوانات التسجيل التي يقدمها هذا الصانع دون غيره للإفادة من الضمان العقدي، أمر بالغاء البند.

(2) قرار اللجنة في 13 كانون الأول 1974 المتعلق باجراء تطبيق المادة 85 من معاهدة المجموعة الاقتصادية الأوروبية Bayerische Motoren Weke A G, JOCE الجريدة الرسمية للمجموعة الاقتصادية الأوروبية رقم 29/ 1، 3/ 2/ 75.

(3) الجريدة الرسمية للمجموعة الأوروبية رقم 15، 48/ 1/ 85، انظر حول هذا النص G. Druesne, Droit Matériel et politique de la communaunauté، 1985، رقم 14.

(4) انظر التقرير السادس حول سياسة المنافسة، 1986، رقم 56، الذي تصدى لقرارات SABA، 1975، Zanussi، 1978، IBM personnel Camputer، 1984 واحكام محكمة عدل المجموعة في قضايا Hasselblad، 1984، و Swatch، 1985. انظر أيضاً التقرير السابع حول سياسة المنافسة، 1987، رقم 67، في شأن بطاقة ضمان Sony في صدد الكترونيك التسلية واللهو، وهو ضمان يراعى بدون تمييز من قبل =

كل ما هو عقد لتقديم المهارة Franchise في تنظيم الاعفاء للمجموعة الاقتصادية الاوروبية رقم 4087/ 88 في 30 تشرين الثاني 1988، الذي تنص مادته الرابعة على أنه «إذا كان مقدم المهارة يفرض على المستفيد منها ضمان منتجات مقدم المهارة، فإن هذا الموجب يطبق على ما يتعلق بالمنتجات التي يبيعها في السوق المشتركة اعضاء آخرون في الشبكة المستفيدة من المهارة أو موزعون آخرون يقدمون ضماناً مماثلاً»[1].

على أنه من المقبول أن لا يلزم البائع أو الصانع بالضمان الدولي الذي لا يتعهد به إلاّ في ما يختص بالاصناف الموردة إلى الموزعين المنضمين إلى الشبكة التي يقومون ببيعها ثانية[2]. ويكون الموزع حراً في اقتراح ضمان اضافي لضمان الصانع وتخصيصه لزبنه وحدهم[3].

11406 ـ التقسيم. إن إحدى فوائد الضمان العقدي تسهيل وضع وسائل أخرى محلياً، وبصورة خاصة صيانة الشيء المباع: لأن فترة الضمان المجاني محدودة بأجل في الزمان فإن العقد (بعوض) الذي بمقتضاه يؤمن المورد الحفاظ على الشيء في حالة جيدة عن طريق زيارات منتظمة وتدخلات في حالة العطل يمكن أن يسري مفعوله اعتباراً من اجله.

على أن فعالية هذا النوع من البنود بقي، مبدئياً، مقلصاً حالياً. وهذه البنود، حتى ولو كان يمكن التفكير في انها، من حيث المبدأ، تقوم بدور هام، ذلك بأن الفريقين غالباً ما يكتفيان بكيفيات يحددانها، وإنها تقدم فائدة اعطاء الضمان دقة اكثر مما توفره المادة 1641 وما يليها، هي في اغلب الاحيان قابلة للاستبعاد: بامكان مكتسب الملكية، بأي طريقة، التمسك بالضمان القانوني عندما يكون انفع له، وذلك يعود إلى طابع الانتظام العام للمواد 1641 وما يليها وإلى أن البنود التي تعدل الضمان، عندما تحدد امتيازات مكتسب الملكية، تماثل بالبنود الحاصرة أو المعفية[4].

وينبغي، لفهم المظاهر الحاصرة التي تتمثل في بنود الضمان هذه، البدء بالتصدي لمظاهرها الواسعة.

= الفروع كافة وأصحاب الامتياز المصلحّين والبائعين بالمفرق المعتمدين: ولكن اللجنة، حسب الظاهر، تقبل «كون فترة الضمان ليست بالضرورة هي نفسها في كل مكان في المجموعة».

(1) الجريدة الرسمية للمجموعة الأوروبية رقم L ، 359، 28/ 12/ 1988، انظر هذا النظام في الباب الفرعي II، الفصل II، اللاحق، الشبكات، تقديم المهارة.

(2) انظر حكم غ ث ن، 18 تشرين الأول 1994 قضية Seiko، ن م، IV، رقم 310.

(3) انظر حكم Hasselblad، القضية86/ 82، 21 شباط 1984، المذكور سابقاً، التقرير السادس عشر حول سياسة المنافسة، 1986، رقم 56.

(4) انظر في هذا الاتجاه توصية لجنة البنود التعسفية، 79 ـ 01، المتعلقة بالبنود التعسفية المدخلة في عقود الضمان، ن ر م إغ.

11407 ـ أ) مظاهر الاتساع. لوجود تعهدات عقدية محددة، في ذاته، بالنسبة إلى الشاري، يقدم هذه الفائدة في أن البائع يكون على العموم مجبراً على مراعاة ضمان قدمه بالنسبة لمنتجاته، ويجري احتساب حسن تنفيذه في سمعته التجارية، مما يجعل مراجعة القضاء أقل ضرورة من تطبيق المادة 1641 وما يليها من القانون المدني[1].

يضاف إلى ذلك أنه غالباً ما يكون ثمة نص على أن الشاري بامكانه أن يطلب إلى بائعه تنفيذ الضمان العقدي أو إلى صانع الشيء، وكذلك إلى أي بائع بالمفرق معتمد لتسويق منتجات هذه العلامة: تكون شبكة توزيع الصانع عندئذ، في مجموعها، هي التي تبدو مدينة بالضمان وذلك فائدة مهمة[2].

بيد أنه ثمة فوائد أخرى مرتبطة بالضمان العقدي. فالمظاهرة الواسعة للضمان العقدي تعود بصورة اساسية، إلى تحديد العيوب المغطاة وإلى اثبات اسبقية العيب المتمسك به بالنسبة إلى البيع، وكذلك إلى امكانية الحصول لتصليح الشيء أو استبدال غيره به.

11408 ـ α) العيوب المغطاة بالضمان. انواع العيوب التي يتعهد البائع بمعالجتها هي الاوسع، أو بالاحرى لا تحوي البنود استبعاداً يعود إلى طبيعة العيب. ومصدر العيب وحده يمكن أن يكون بمنجى من الضمان، إذا ظهر أنه منسوب إلى الشاري وليس إلى الصانع. والأمر كذلك بالنسبة إلى ما نتج عن حادث أو اهمال أو تفكيك أو استعمال غير طبيعي... والاستهلاك الطبيعي للشيء ايضاً غالباً ما يتم الذكر أنه مستبعد من الضمان.

فالضمان، خارج هذه الفرضيات، يمتد إلى أي نوع من العيوب. ولا يبدو ثمة مجال للتفريق بين العيب الظاهر والعيب الخفي. فالعقود، علاوة على ذلك، لا تقوم بهذا التفريق على وجه العموم[3]. والعيب، حتى الظاهر، يمكن محوه إلاّ أن يكون الفريقان قد توخيا معالجة شيء اصابه ضرر، عن طريق تخفيض الثمن.

إن الحل له فائدة البساطة ويسوَّغ باسباب واقعية: الشروط التي يجري بمقتضاها تسليم بضائع كهذه أو تنقل (توضيب سابق، على وجه السرعة..) تستبعد تماماً أي تحقق جدي.

---

(1) Calais- Auloy, Droit de la consommation، 1992، رقم 87.

(2) انظر كمثال حكم غ ث ن، 18 حزيران 1991، العقود والمنافسة والاستهلاك، 1991، رقم 218، ملاحظة L.Leveneur، مركبة مستعملة تم تصليحها لدى صاحب امتياز آخر للعلامة، موافقة البائع الهاتفية تمسك بها صاحب الامتياز لكي يسترد كلفة التصليح، ضرورة اثبات هذه الموافقة؛ انظر ايضا G. Levy, Recherches sur quelques aspects de la garantie des vices cachés dans la vente de véhicules neufs et d'occasion، م ف ق م، 1970، 203، المذكور سابقا؛ Ph. Le Tourneau, Conformité et garanties dans la vente de biens meubles corporels، المجلة الفصلية للقانون التجاري، 1980، 231، رقم 103.

(3) على نقيض ذلك، P.Ancel، م ف ق ت، 1979، 203، المذكور سابقاً، رقم 10.

وغالباً ما يكون الضمان، في شأن العيوب الخفية، موصوفاً بأنه يسري بالنسبة إلى عيوب الصنع أو عيوب المادة. وليس من المفروض أن تكون لهذه العيوب خطورة تجعل الشيء غير صالح للاستعمال المعدّ له[1]. فاستحالة تشغيل الزجاج في سيارة تفرض الضمان، وكذلك قصور علبة السرعة. وهذا مفهوم طالما أن الموجب الملقى على البائع ليست عقوبته المحتملة فسخ العقد، وإنما هي محددة بتصليح الشيء أو استبدال غيره به.

11409 ـ β) اسبقية العيب بالنسبة إلى البيع. تطلّب اثبات اسبقية العيب بالنسبة إلى العقد من الصعب أن يرضي مكتسب الملكية من تطلب إثبات أسبقية العيب بالنسبة إلى العقد[2]. والحال أن البائع ليس ملزماً بمسؤولية عيب الشيء عندما يكون سبب هذا العيب لاحقاً لنقل الملكية.

ويتيح وجود ضمان عقدي قائم لمدة معينة، افتراض أن أي عيب يظهر خلال هذه المدة هو سابق الوجود[3]. ويثار، دعماً لهذا التفسير، واقع أن البنود تستبعد، بصورة عامة، الضمان بسبب استهلاك طبيعي أو صيانة سيئة أو استعمال غير صحيح: إذا كانت هذه الظروف تعفي البائع من موجبه فإن عليه هو ان يبرهن على أن العيب منسوب إليها لاعفاء نفسه[4]. ويمكن، في الوقت نفسه، ابراز اجتهاد ينزع إلى اعتبار العيب الذي يظهر بعد وقت قليل سابقاً للبيع[5].

يضاف إلى ذلك أنه يجب الأخذ في الحسبان أن البائع غالباً ما يفرض على شريكه في التعاقد بعض الاكراهات (ضبط أو اعادة الفحص أو تصليح عن طريق مهنيين معتمدين...) موضوعها، في قسم منه الحفاظ على الشيء في حالة جيدة واستبعاد المنازعان حول مصدر عيب محتمل، وذلك يعزز صحة القرينة.

وهذا الحل، إذا كان من الواجب أن تعتمده المحاكم، له فائدته ملموسة بالنسبة إلى الشاري بتعزيز آلية الضمان.

11410 ـ γ) تصليح الشيء أو استبدال غيره به. يتعهد البائع، على وجه العموم،

---

(1) انظر في هذا الاتجاه P. Ancel، م ف ق ت، 1979، 203، المذكور سابقاً، رقم 14.

(2) انظر حول هذه النقطة الرقم 11334 السابق وما يليه.

(3) انظر P. Ancel، م ف ق ت، 1979، 203، 1979، رقم 12؛ Ph. Le Tourneau، م ف ق ت ، 1980، 231، رقم 101؛ Calais-Auloy, Droit de la cansommation، رقم 87؛ وأيد مؤلفون في القرن التاسع عشر ذلك تجاه مهلة محددة بدقة في القانون أو العرف، انظر Aubry et Rau, Cours de droit civil français، الباب IV، 1871، الفقرة 355 مكرر: «إذا كانت المهلة التي يجب أن تقدم المراجعة خلالها قد حددها القانون أو العرف، فان العيوب التي تظهر خلال هذه المهلة مفترض وجودها في فترة البيع حتى اثبات العكس».

(4) انظر في هذا الاتجاه P. Ancel، م ف ق ت، 1979، 203، المذكور آنفاً، رقم 12.

(5) انظر حول هذه النقطة الرقم 11334 السابق وما يليه.

في الضمان النقدي بالقيام بتصليح الشيء أو استبدال غيره به. وغالباً ما تكون الصيغة الاولى هي التي تقترح مع توريد قطع والأخذ بمصاريف اليد العاملة على العاتق (بيد أن هذه الصيغة تستبعد احياناً). ويمكن تحديد أن تبديل القطع، أو تصليحها، يتم حسب اختيار الصانع[1].

غير أنه من الممكن أن يفضل المورّد الكيفية الثانية، أو أن تجعل طبيعة الشيء هذا الحل وحده مناسباً، كما هي الحال بالنسبة إلى معدات البناء[2]. ويمكن التفكير أيضاً في أن الاستبدال، حتى ولو كان التصليح وحده كان مرتقباً، يبقى الحل الأأمن.

ويقين امكانية تملك شيء في حاله عمل جيد بشكل ملموس، في أي حال، أو الحصول على ابداله أو تصليحه خلال وقت ادنى، امكانية يقدرها مكتسب الملكية. ويشكل ذلك احد المظاهر الايجابية للضمان العقدي الذي يسترعي الانتباه احياناً بأنه، في هذا الشأن، النفع من الضمان القانوني.

11411 ـ ب) مظاهر التقييد. يحوي الضمان العقدي ايضاً مظاهر تقييدية، وقد تكون كذلك بخاصة: أنه ينزع إلى أن يحدد، في بعض النقاط، موجب البائع كما هو ناتج عن الضمان القانوني، باستبعاد مسؤولية البائع مثلاً خارج فترة محددة أو استبعاد التعويض عن بعض الاضرار.

وبما إن البائع هو، فرضياً، مهني، فإن هذه البنود لا يمكن أن تشكل عقبة امام تطبيق القواعد القانونية. وهي باطلة عندما تقيد الضمان. وهذا الحل ناجم عن طابع الانتظام العام المعترف به في المادة 1641 وما يليها من القانون المدني. وقد حكمت المحاكم، غير مرة، في هذا الاتجاه في صدد مظاهر تقييد الضمان العقدي.

والضمان العقدي، من ثلاث نواح، يتجسد في بنود لها الطابع التقييدي: المهلة التي لا تقبل بعدها مطالبة الزبون، والإكراهات المفروضة عليه في شأن صيانة الشيء أو التعويضات، وتحديد الضمان ولاسيما في التصليح أو الاستبدال.

11412 ـ α) مهلة الضمان العقدي. تنص البنود دائماً على فترة الضمان. وهي تشذ في ذلك عن المادة 1648 من القانون المدني. بيد أنها عندما يبدو اشتراطاً مهلة كهذه في غير صالح مكتسب الملكية، يمكن اعلانها غير محتج به ضده.

إن الشذوذ مزدوج والحق يقال. فنقطعة انطلاق مهلة الضمان محددة في يوم البيع أو التسليم وليس في آونة ظهور العيب كما في المهلة القصيرة. ومدة الضمان محددة

---

(1) انظر P.Ancel. م ف ق ت، 1979، 203، المذكور آنفاً، رقم 18.

(2) انظر بالنسبة إلى القرميد حكم غ ت ن، 20 تموز 1973، ن م، IV، رقم 264.

بدقة: ثلاثة أشهر، ستة اشهر، سنة، سنتان. . . ، مع التقسيم داخل العقد نفسه إلى عدة مهل حسب عناصر الشيء أو مكوّناته[1].

ويعطي الاجتهاد هذا النوع من البنود تفسيراً لصالح الشاري يستبعد أي شكلية اجرائية. وتعتبر المحاكم، قبل أي شيء، أنه من غير الضروري إقامة دعوى امام القضاء قبل انقضاء المهلة العقدية ما دام أن العيب جرى كشفه في الزمن المحدد. والمدة المحددة في العقد لكشف وجود عيب الشيء ليست تقادماً[2]. وعليه لا مجال لنقل القواعد الواجبة التطبيق استناداً إلى المادة 1648 من القانون المدني إلى هذا الموضوع، ولا لأن يفرض على مكتسب الملكية، كما في المادة المذكورة أن يقيم دعواه قبل الزمن المحدد.

ويكفي، لقبول مطالبة مكتسب الملكية، أن يكون الشاري قد كشف العيب قبل انقضاء المهلة، أو أن يكون العيب قد ظهر خلال هذه الفترة وحسب ـ ويتوقف كل شيء على التفسير الممكن اعطاؤه العقد[3]. وذلك يضفي على الضمان العقدي مرونة لها كبير التقدير طالما أنها مجردة من الشكلية التي تتناول المادة 1648. فالشاري، بتعبير آخر عندما يتم اثبات عيب الشيء ضمن الشروط الواردة في العقد يكون بامكانه المقاضاة لاحقاً وخارج المهلة، إذا رفض البائع ارضاءه.

والتقادم الواجب تطبيقه على هذا الادعاء هو تقادم القانون العام، أي عشر سنوات اعتباراً من المطالبة أو من ظهور العيب في ما يتعلق بالعلاقات مع أحد التجار[4]. ومن الملائم، إذا جرى اعتبار ظهور العيب كافياً ولم يتم ابلاغه، في مدة الضمان، أن يفرض فقط على مكتسب الملكية اعلام البائع به في مهلة معقولة.

11413 ـ إعمال الضمان القانون رغماً عن انقضاء المهلة العقدية. يقبل القضاة،

---

(1) انظر P. Ancel، م ف ق ث، 1979، 203، المذكور آنفا، رقم 8.

(2) انظر في هذا الاتجاه P. Ancel، م ف ق ت، 1979، 203، المذكور سابقاً، رقم 9، الذي يستخدم لتمييزها تعبير «تحديد الضمان في الزمان».

(3) انظر حكم غ ت ن، 17 أيار 1971، ن م، IV، رقم 134، تركيب تبريدي، ضمان لسنتين: يكفي أن يثبت، قبل انقضاء المهلة المحددة ان التركيب عمل بشكل سيء، مع أن الدعوى اقيمت بعد ذلك؛ حكم غ م أ ن، 5 تموز 1973، ن م، I، رقم 236، د، 1974، الموجز، 4، آلة، ضمان محدد بسنة واحدة: قبولية الادعاء للفسخ جرت بعد المهلة، توقف تام أصبح جلياً قبل عدة محاولات تصليح وبعدها، اخطاء البائع؛ P.Ancel، م ف ق ت، 1979، 203، المذكور سابقاً، رقم 23.

(4) وليس المهلة القصيرة للمادة 1648 من القانون المدني، انظر حكم غرفة العرائض، 20 حزيران 1932، Dalloz، 1932، 460، مركبة، بائع وعد بمركبة في حالة اعادة فحص جديدة وسلمها مع اضرار خطيرة مصلّحة سحطياً، دعوى اقيمت بعد خمس سنوات من البيع وثلاث سنوات بعد اجراء خبرة: المادة 1648 «لا تطبق إلاّ على دعوى الفسخ لعيب خفي بحصر المعنى التي تعاقب ضمان الحق الملازم للبيع، وليس على الدعوى الذي يولدها الضمان الواقعي المشترط في بند خاص في العقد».

في المقام الثاني، استمرار الضمان القانوني وامكانية إعماله حتى بعد انقضاء المهلة. وبهذه الطريقة، إذا انقضت المهلة المحددة في الاتفاقية، لا تكون هناك خسارة أي شيء بسبب ذلك، إذ يبقى من السهل على مكتسب الملكية أن يقاضي استناداً إلى القواعد القانونية بعد انتهاء أجل الضمان العقدي.

وقد أعلن حكم صدر عن الغرفة التجارية في 8 تشرين الثاني 1976، في صدد تركيب جهاز اذاعي هاتفي، إن هذا الجهاز تبين أنه غير صالح للاستعمال الذي أعد له، وأن مكتسب الملكية بامكانه مقاضاة البائع بسبب ذلك بعد انقضاء المهلة العقدية، «على اعتبار أن مهل ضمان الترتيب لا مفعول لها»[1].

ولا شك في أنه يتوجب على مكتسب الملكية عندئذ، عند اعتماده على الضمان القانوني، أن يراعي تطلبات المادة 1641 وما يليها من القانون المدني، ولا يعود في وسعه التمسك بشروط الضمان العقدي الأنسب له: يتوجب عليه، بصورة خاصة، اثبات خطورة العيب واسبقيته بالنسبة إلى البيع. ولا يمكن قول أفضل من أن تحديد الضمان في الزمان ليست له أي قيمة.

وغالباً ما يكون من الصحيح أن تحوي العقود مهلاً قصيرة جداً، من شهرين إلى ستة أشهر حتى إلى سنة، في حين أن مدة حياة الشيء المباع طويلة قد تمتد إلى عشر سنوات. ويمكن أن تنص، في معظمها، على أن التصليحات الجارية على الشيء استناداً إلى الضمان ليس لها مفعول امتداد هذا الضمان، مما يمكن أن يبدو غير مستقيم ويؤدي عملياً إلى خلافات عديدة[2]. ويصحح الاجتهاد سيئات بنود كهذه.

11414 ـ امتداد المهلة العقدية. اخيراً يجد القضاة احياناً في ظروف القضية اسباب مدّ مهلة الضمان العقدي. وإذا كانت مهلة الضمان العقدي يمكن مدها، فذلك، على وجه العموم، لاسباب تعود إلى موقف البائع قبل أي شيء.

وإذا لم يقم البائع بالتصليحات المتوجبة بمقتضى الضمان الموعود به بصورة جدية، وأسوأ من ذلك إذا كان قد سعى عمداً إلى ترك المهلة العقدية تمر بمضرة مكتسب الملكية، فيمكن ان يسوّغ ذلك ادانته بعد انقضاء هذه المهلة على اساس الاخطاء المرتكبة. وهكذا جرى، في احد الاحكام، بيان أن الشاري كان ما يزال ضمن مهلة

---

(1) م ث ع، 1977، 2، 434، تعليق Plancqueel؛ انظر أيضاً حكم غ ت ن، 6 تموز 1971، ن م، III، رقم 315، محرك صياد سمك بالجنبية Chalutier. بند عقد الابدال المعياري يحدد الضمان بستة أشهر: اعلن الحكم عدم تطبيقه مع بيان صفة البائع المهنية وكون العيب الخفي يبين خطأ البائع الجسيم.

(2) انظر P. Ancel، م ف ق ت، 1979، 203، المذكور سابقاً، رقم 9 ورقم 34.

الضمان، رغماً عن انقضاء فترة الستة أشهر المنصوص عليها في العقد، ما دام أنه أكد بموجب كتاب مطالب شفهية أو خطية صيغت من قبل وأن تعديلات مهمة وتصليحات جرت حقيقة على الشيء[1]. وأبرز حكم آخر، في صدد غسالة مضمونة لمدة سنة، أن البائع «جرجر القضية» بتصليحات لا مفعول لها إلى ما بعد المهلة، واسترعاه «الطابع المذنب للمقاومة التي واجه بها طلب مكتسب الملكية»[2].

وقد يفسر مسلك البائع ايضاً كتجسيد لارادته في تمديد مهلة الضمان عفوياً؛ هكذا الأمر عندما يقترح بحضور خبير اعادة فحص كامل ومجاني[3]، حتى عندما يقوم بالتصليح بدون أن يكون قد حصل اتفاق مسبق مع مكتسب الملكية بأن يتحمل هذا الاخير كلفة ذلك[4].

والضمان العقدي نفسه، في حالة التحديد، هو الذي يحتفظ الشاري بحق التمسك به: بامكانه طلب تطبيقه ضمن الشروط الواردة في الاتفاقية من أجل تصليح الشيء أو استبدال غيره به مثلاً.

11415 ـ β) الإكراهات المفروضة على مكتسب الملكية (القيام بالتصليحات الدورية وطلب أي تعويض من البائع...). غالباً ما يكون الضمان العقدي خاضعاً لمراعاة الشروط التي تتخذ سمة ضرورة تقنية في معظمها إن لم تكن كلها[5]: إنها تقضي بأن يفرض على مكتسب الملكية رقابة دورية أو إعادة فحص أو اللجوء إلى خدمة الصانع في صدد أي تصليح للشيء أو منعه من القيام بالتعديلات أو التغييرات[6].

---

(1) حكم غ ت ن، 30 كانون الثاني 1952، ن م، III، رقم 47، جرارة زراعية مجهزة بمحرك من مورّد آخر وآلة غاز: تسلم في كانون الأول 1942، تصليحات وتعديلات في آذار وأيار 1943، مطالبة نهائية، في أيلول وتشرين الأول، لم يحدد الحكم متى جرت اقامة الدعوى، انظر حكم غ ت ن، 17 آذار 1964، ن م، III، رقم 156، براد، تصليح موقت لإرضاء ظاهري حتى انقضاء مهلة الضمان.

(2) حكم غ م أ ن، 5 تموز 1973، ن م، I، رقم 236: تثبت الحكم، فضلا عن ذلك، من أن العمل السيىء كان واضحاً للعيان قبل انقضاء المهلة؛ قارن بحكم غ ث ن، 3 تشرين الأول 1956، م ق ع، 2، 324، سيارة كبيرة (اوتوكار) مستعملة، ضمان الاستعمال لست سنوات، تشقق بغلاف المحرك (Culasse)، التصليح ضروري، احتجاجات مكتسب الملكية وانذار، موقف غير بات للبائع، مماطلات ومناورات، قبولية الدعوى بعد عشرين شهر من البيع استناداً إلى المادة 1648.

(3) انظر حكم غ ت ن، 3 كانون الأول 1984، د، 1985، الموجز، 36، آلة.

(4) انظر حكم غ ت ن، 11 كانون الثاني 1983، ن م، IV، رقم 13، تغيير محرك شاحن كهرباء بعد عدة اعطال، نقض الحكم الذي أمر مكتسب الملكية بدفع الثمن: كان على البائع الذي طالب بتنفيذ موجب، أن يثبت وجوده.

(5) ليس ذلك، مثلاً، حال موجب مكتسب الملكية بأن يعيد إلى البائع الاستمارة بعد أن يكون قد ملأها حسب الأصول.

(6) انظر P. Ancel، م ف ق ت، 1979، 203، المذكور سابقاً، رقم 13 ورقم 28.

ويمثل ذلك فوائد لبائع العملية وبصورة خاصة فائدة استبعاد عدم اليقين حول مصدر العيب وتحديد التصليحات الخارجية التي من شأنها إطلاق إعمال الضمان، وإنما لا يمكن أن يخفي الفائدة الاقتصادية المنتظرة من اشتراكات كهذه: إنها تحفظ للمورّد تقديم خدمة تكميلية للبيع[1].

وهذه البنود مفرطة احياناً. وتعتبر لجنة البنود التعسفية أنه يجب منه الاشتراط الذي يكون موضوعه «اجبار المستهلك، تحت طائلة فقدان الافادة من الضمان، على تصليح الشيء المشوب بعيب لدى الصانع أو لدى مصلّح معتمد، عندما لا يكون بند كهذا مسوّغا بأمن المستهلك ولا بتقنية الشيء، أو عندما يتعذر الوصول إلى شبكة المصلّح ضمن شروط طبيعية»[2]. وقد قرر الاجتهاد، في أي حال من الاحوال، أن عدم مراعاة مكتسب الملكية هذا النوع من الموجبات لا يمنعه من الطموح إلى الافادة من الضمان القانوني[3].

ولا يمكن، فضلاً عن ذلك، إذا كان الضمان خاضعاً للضرورة، بالنسبة إلى مكتسب الملكية، في أن يقوم ببعض أنواع الضبط، بمخاطرة فقدان حمايته، أن يوضع على عاتقه اثبات أنه تقيد بالشروط المفروضة: يجب أن يكون على البائع، علاوة على ذلك، أن يثبت ان مكتسب الملكية لم يقم بأي عناية[4].

11416 ـ γ). تحديد الضمان بتصليح الشيء أو استبدال غيره به. إن إحدى فوائد الضمان العقدي النص على تصليح الشيء أو استبدال غيره به. بيد أنه غالباً ما يتم الاعلان أن البائع يحدد تعهده بذلك أو أن التعويض عن أي اضرار أخرى جسدية أو مادية مستبعد[5]. غير أن اعفاءات كهذه من الضمان لا مفعول لها حسب الاجتهاد.

---

(1) كذلك يجب ابداء اليقظة حول الصحة بالنسبة إلى قانون المنافسة، انظر كمثال قرار لجنة المجموعة الاقتصادية الأوروبية في 25 تشرين الأول 1978، قضية Zanussi، الجريدة الرسمية للمجموعة الأوروبية، 16، 11، 1978، 322 .L، الذي أعلن، في صدد أجهزة كهربائية منزلية أن بعض التقييدات الموضوعة لمنح الضمان في تمانع مع المادة، 85 من معاهدة روما، ولاسيما التقييد الذي يمنع أي تعديل في الاجهزة حتى لتكييفها مع المعايير التقنية والأمنية في بلد غير بلد اكتساب الملكية.

(2) التوصية رقم 79 ـ 01 المتعلقة بالبنود التعسفية المدخلة في عقود الضمان، ن ر م إ غ.

(3) انظر حكم الغرفة المدنية الأولى، 15، تموز 1975، النشرة المدنية، I، رقم 243، غسالة، عيب في الصنع: الضمان متوجب حتى ولو استبعده بند ما في حالة وجود تدخلات قام بها غير التقنيين المعتمدين.

(4) قارن بحكم غ م أ ن، 27 حزيران 1984، ن م، I، رقم 215، نقض الحكم الذي رفض طلب مكتسب الملكية، قافلة، ضمان لسنة، حل عزقات العجلات أدى إلى حادث، ضرورة أن يقوم البائع بالشد قبل التسليم، وأن يقوم مكتسب الملكية بذلك بعد مئة كيلومتر، بائع يجب أن يبرهن على أن المركبة قطعت أكثر من مئة كيلومتر لكي يكون على مكتسب الملكية اثبات اقدامه على الشد.

(5) بند نموذجي: الضمان «محدود صراحة بـ . . .»، أو «يغطي حصراً . . .»؛ انظر P. Ancel، المجلة الفصلية للقانون التجاري، 1979، 203، المذكور آنفاً، رقم 30.

من الصحيح أن بعض البنود يصعب قبوله، ولاسيما تلك التي تترك على عاتق مكتسب الملكية مصاريف نقل الشيء الضرورية لتنفيذ الضمان والتي تستبعد، في تعابير عامة، أي نوع من التعويض، مما يستهدف احتمالياً فرضية ضرر جسدي. ولكن للشاري، في نظر المحاكم، أيّاً كانت التحديدات التي يدخلها البائع على ضمانه، الحق في أن يطلب، عدا تصليح الشيء أو استبدال غيره به، التعويض عن أي نوع من الاضرار يصيبه: مصاريف النقل، من اجل التبادل أو التصليح[1]، ضرر سببه تجميد الشيء[2] أو مصاريف اليد العاملة[3] أو أي نتائج أخرى مرتبطة بالعيب[4]. ومن المتفق عليه، في ما يتعلق، بصورة خاصة، بالضمان المحدد باستبدال قطع بالقطع المشوبة بعيب أن «الضمان القانوني المبني على المادة 1641 من القانون المدني وما يليها لا يمكن استبعاده»[5].

ويستطيع مكتسب الملكية أيضاً رفض التصليح أو استبدال شيء بغير الشيء المقترح وتفضيل الفسخ[6]. وليس هذا الحل الذي يبدو أنه مبني على الخيار الذي تتيحه للشاري المادة 1644 من القانون المدني بمنجى من الاعتراضات، على الأقل إذا كان هو الاستبدال المنصوص عليه (التصليح قد يخضع للرسم ولا يتضمن سوى ارضاء غير كامل)

---

(1) انظر P. Ancel، م ف ق ت، 1979، 203، المذكور آنفاً، رقم 19 ورقم 30.

(2) انظر حكم غ ت ن، 17 تموز 1964، النشرة المدنية، II، رقم 381، صياد سمك بالجيبية، بعوار، ضمان لستة أشهر؛ قارن بحكم غ ت ن، 16 تشرين الأول 1972، د، 1973، تعليق J. Hémard، رافعة متراكبة، لاتصرفية خلال مدة اشغال الترميم.

(3) انظر حكم غ ت ن، 20 تموز 1973، ن م، IV، رقم 264، قرميد استخدمه مقاول لتغطية بيت صغير، استبدل الصانع قرميدا بالقرميد المشوب بالعيب والتعويض عن الاشغال الإضافية التي تطلبها الوضع.

(4) انظر حكم الغرفة التجارية، 22 نيسان 1975، د، 1975، جذع محور، صنع بالجملة، تعويض عن الاضرار المسببة رغماً عن بند تحديدي، انظر أيضاً حكم الغرفة المدنية الأولى، 17 أيار 1965، النشرة المدنية، I، رقم 324، غسالة، استرداد الثمن وعطل وضرر رغماً عن تحديد صريح للضمان بالتصليح أو استبدال قطع بالقطع المشوبة بالعيب.
ويتذرع القضاة أحياناً بصيغة البند لتقرير اعطاء العطل والضرر، انظر حكم الغرفة التجارية، 16 تشرين الأول 1972، د، 1973، 290، تعليق J.- Hémard: إذا كان البائع قد «تعهد بأن يصلح مجاناً لمدة سنة جميع العيوب» فإنه لم يشترط، بصورة مباشرة أو غير مباشرة، أن تعهداً كهذا كان يستبعده التعويض عن الضرر الذي قد ينتج بالنسبة إلى مكتسب الملكية عن العمل المشوب بالعيب...».

(5) انظر حكم غ ت ن، 30 أيار 1967، م ق ع، 1967، 2، 79، جرارة مستعملة مع ضمان «القطع الثلاثة أشهر»؛ قارن بحكم غ ت ن، 30 كانون الثاني 1952، ن م، III، رقم 48، جرارة، ضمان محدود باستبدال قطع بالقطع المعترف بعيوبها: جرى استبعاد البند لأن العيوب، لكون الجهاز كان سيء الصنع والدرس وهما شائبتان منسوبتان إلى عدم كفاءة البائع الصانع وإلى قصور معارفه التقنية، لم تكن قابلة للتصليح وفقاً للشروط الواردة في الاتفاقية.

(6) انظر حكم غ م أ ن، 11 حزيران 1980، ن م، I، رقم 185، أنبوب سقي؛ حكم غ م أ ن، 5 أيار 1982، ن م، I، رقم 163، ناسخة فوتوغرافية؛ حكم غ م أ ن، 17 أيار 1965، ن م، I، رقم 324، المذكور سابقاً، غسالة.

وإذا كان الشيء غير مشوب بأي عيب في التصميم، ذلك بأن الظرف يتيح بسهولة كبيرة الخروج من العقد الذي يمكن أن ينفذ على وجه صحيح.

والحال ليست على عكس ذلك إلاّ عندما يتعلق الأمر بعيوب بدون خطورة من الممكن معالجتها ولا تجعل الشيء غير صالح للاستعمال[1]. وتكون الصعوبة في رسم الحد بين الوضع الذي يكون فيه التصليح وارداً وإنما يمكن رفضه، والوضع الذي تدعو فيه امكانية المعالجة إلى التفكير في أن العيب لا يشكل خطورة كافية.

11417 ـ 3°. البنود التي تعزز الضمان. الاتفاقيات التي تعزز الضمان هي، في الواقع نادرة أكثر من الاتفاقيات التي تنزع إلى تقييده، وهي صحيحة تماماً قانوناً. وبما أنها تحسن وضع مكتسب الملكية فليس ثمة أي قاعدة من الانتظام العام تحمي مكتسب الملكية تتعارض مع فعاليتها.

ويتخذ امتداد الضمان اشكالاً مختلفة حسبما يتعلق الأمر بمهنيين، وتوريد التجهيزات الصناعية على وجه الخصوص مناسبة للمدين للاضطلاع بالموجبات المعززة الملقاة على عاتق المدين تجاه المستعمل أو إذا تعلق الأمر ببيع المستهلكين.

وعقود توريد التجهيز أو العمل «الجاهز للاستعمال» في العلاقات بين المهنيين هي التي تعطي الامثلة الأكثر دلالة على الضمان المعزز[2]. وبامكان المورّد، حسب تدرج معين يتجه نحو الأكثر اكراهاً، التعهد في شأن نتائج تتجاوز إلى حد كبير حسن عمل الشيء أو غياب عيوبه. وضمان الانتاج في توريد مجموعة صناعية واضح على وجه الخصوص في هذا الشأن: لا يعد المدين بذلك حالة عمل الشيء الجيدة وحسب وإنما أيضاً كمية المنتجات القابلة للصنع. ويقال في هذا العقد إنه مبرم «والمنتجات جاهزة للاستعمال»[3]. وبامكان المورد، مع ذلك، أن يحدد، في الوقت عينه، هذه المسؤولية بمبلغ معين بالنسبة إلى بعض الاضرار مثلاً، عندما يكون الانتاج بمعدل معين لم يتم التوصل إليه[4]. ويبدو هذا التحديد المطبق على ضمان معزز صحيحاً هو نفسه.

من الصحيح أن اشتراطات كهذه موجودة في عقود يقترن البيع فيها بتوريد نسق

---

(1) انظر حكم غ ت ن، 16 تشرين الثاني 1976، م ق ع، 1977، 1، بانوراما، 43.

(2) انظر بصورة خاصة Ph. le Tourneau, La responsabilité civile، رقم 1565 وما يليه، وتطور العلاقات العقدية في نقل التِقانة (التكنولوجيا)، Mélanges Azard، 1980، صفحة 152 وما يليها؛ Deleuze, Le contrat de transfert de processus technologiques، 1982.

(3) انظر كمثال حكم غ ت ن، 12 كانون الأول 1984، ن م، IV، رقم 346، م ف ق م، 1986، 14، ملاحظة J. Huet: معمل صنع الحقائب.

(4) انظر كمثال، في ما يتعلق بعقد المقاولة ما دام ان تحويل المعمل هو الذي تم، حكم غ ت ن، 6 تموز 1981: Lexis: Usine de traitement de betteraves.

الصنع حتى في مختلف خدمات الاشراف التقني، فيجري بذلك التعدي على مجال اجارة العمل المستقل أو عقد المقاولة[1].

وقد نرى اليوم، في العلاقات بين المهنيين والمستهلكين، بيع منتجات يترافق مع كيفيات الضمان المعزز، وذلك دليل على التنمية الفعالة، وغالباً ما يضطلع الموزع بالضمان الممتد إلى هذا الحد كتكملة للضمان الذي يعطيه الصانع. ويشترط احياناً أن لا يستفيد منه إلاّ مكتسب الملكية شخصياً ولا يستفيد مالكو المال المتعاقبون[2]. ويمكن اعتبار هذا التحديد الذي ينزع إلى الاحتفاظ بالضمان لزبن البائع بالمفرق المباشرين صحيحاً عندما يتناول موجبات معززة، بيد أنه لا يمكن أن يحرم مكتسب الملكية الثاني من الضمان القانوني الذي من المسلم به أنه ينتقل مع المال.

ويتعذر أيضاً وضع الحد الفاصل الدقيق بين هذه الكيفيات التي تعطي مكتسب الملكية امتيازات واسعة وضماناً عقدياً شائعاً. وعندما يحوي هذا الضمان مظاهر توسعية يثقل هذا الضمان كاهل البائع بضمانات معززة بالنسبة إلى الضمان القانوني. يضاف إلى ذلك أن كيفيات التنفيذ، في هذه الحالة أو تلك، موجودة: التصليح مع المجانية في ما يتعلق بالقطع واليد العاملة. وتتناول النقطة الرئيسية التي يبدو فيها تعزيز حقوق مكتسب الملكية بالنسبة إلى الحقوق التي تقدمها الضمانات العقدية المدة المغطاة. وهكذا يبدو ضمان لخمس سنوات معززاً. وامكانية المستهلك في التأكد، بهذه الطريقة، من أن الشيء المكتسبة ملكيته ستجري المحافظة عليه في حالة عمل جيدة لفترة طويلة، لا يستهان بها.

ويصعب، في القانون، تأكيد أن التعهد المتخذ يفوق التعهد الذي تفرضه القواعد القانونية طالما أن المدة المغطاة بموجب العقد تبدأ في السريان في يوم البيع، في حين أن المهلة القصيرة الواردة في المادة 1648 من القانون المدني تسري اعتباراً من ظهور العيب: إن الضمان القانوني إذاً يمكن، احتمالياً، ان يستمر مدة اطول.

والضمان لمدة طويلة، في الواقع، بالنسبة إلى الكثير من المنتجات التي اصبحت موضوع استهلاك عامي، يبدو مع ذلك مفيداً لمكتسب الملكية.

القسم الفرعي III
مسؤولية البائع تجاه الغير

11418 ـ التقسيم. يقدم القانون العام في المادة 1382 وما يليها من القانون المدني بعض الامكانيات في مقاضاة بائع شيء سبب ضرراً ما(الفقرة 1)، وتضاف إلى

---

(1) انظر الرقم 32258 اللاحق وما يليه.

(2) انظر في هذا الاتجاه P. Ancel، م ف ق ت، 1979، 203، المذكور سابقاً، رقم 2.

ذلك المسؤولية التي وضعها التوجيه المجموعي في 25 تموز 1985، غير المنقول بعد إلى قانوننا، على عاتق صانع منتج مشوب بالعيب (الفقرة 2).

انظر في صدد مسؤولية البائع عن الاضرار الحادثة في الاماكن المفتوحة امام الزبن القسم الفرعي التمهيدي، رقم 11231.

الفقرة 1 ـ مسؤولية البائع المبنية على القانون العام

11419 ـ تنوّع الاسس. مسؤولية البائع في تقصيره بموجباته، ولاسيما في حالة سوء نوعية الشيء المقدم أو عمله السيء، لا يخشى أن تكون قائمة وحسب تجاه شريكه في التعاقد أي الشاري وحسب: يمكن أن تكون كذلك قائمة تجاه الغير ضحية ضرر هذا الفعل. وتطرح المسألة قبل أي شيء في الاضرار التي يسببها الشيء بسبب عيبه. ومن المهم معرفة على أي اسس يؤخذ بمسؤولية البائع، ويبين تفحص الاجتهاد إنها متنوعة.

11420 ـ أ. المسؤولية العقدية تجاه الغير. يمكن، بصورة استثنائية، أن نرى مسؤولية البائع واردة تجاه الغير على الصعيد العقدي: والأمر كذلك، على وجه الخصوص، في العلاقات بمكتسب الملكية الثاني الذي يرى انتقال دعوى بائعه للضمان ضد البائع السابق[1]. والمنفعة هي للغير الضحية الذي يطلب التعويض على هذا الاساس[2] والذي يستفيد من المسؤولية، بدون خطأ البائع، التي يضطلع بها البائع المهني بسبب الضمان ضد العيوب الخفية.

والأمر على هذا النحو عندما يظهر الغير مستفيداً من اشتراط لصالح الغير وارد لمصلحته في عقد البيع: جرى قبول ذلك مثلاً في صدد الدم الملوث الذي نقله أحد المستشفيات أو العيادات إلى مريضه، وكان من الواجب ان يكون مركز النقل مورّد المنتج مسؤولاً تجاه المريض على اساس اشتراط لصالح الغير[3]. وقد جرى تطبيق الحل حديثاً

---

(1) انظر الرقم 11343 السابق.

(2) هذه الأرضية، علاوة على ذلك، هي الوحيدة التي يمكن أن يستند إليها مكتسب الملكية الثاني، لأن دعواه ضد البائع السابق هي «ذات طبيعة عقدية بالضرورة»، انظر حكم غ م أ ن، 9 تشرين الأول 1979، قضية Lamborghini، د، 1980، إ س، 222، ملاحظة Ch. Larroumet، م ف ق م، 1980، 354، ملاحظة G.Dwrry.

(3) اشتراط وارد في العقد المبرم بين المركز ومؤسسة العناية، انظر حكم غ م ث ن، 17 كانون الأول 1954، د، 1955، 269، تعليق R. Rodière، م إ د، 1955، II، 8490 و 8559 مكرر، تعليق R. Savatier، اشتراط لصالح الغير لمصلحة المرضى في الاتفاقية المبرمة. بين مركز لنقل الدم والمساعدة العمومية والتي تلزمه بتقديم دم غير ملوث، السفلى.

على ضحايا نقل الدم الملوث بڤيروس السيدا[1].

إلاّ أن مسؤولية البائع تجاه الغير، بالنسبة إلى ما تبقى، هي ذات طبيعة عقدية.

11421 ـ ب. المسؤولية التقصيرية بسبب الخطأ. بائع الشيء هو، كأي شخص آخر، سواء أكان فرداً يتفرغ عن امواله أو مهنياً يسوّق المنتجات، عندما يتنكر لواجبه في الحيطة والعناية ذات المدى العام، مسؤول عن ذلك. فإذا نجمت عن خطأ ارتكبته نتائج مضرة بالغير عليه التعويض عنها: ممسؤوليته مبنية في هذا الصدد عن المادتين 1382 و1383 من القانون المدني. وهذا هو حال فرد يبيع مركبة مستعملة يعرف أنها مشوبة بعيب من شأنه التسبب بحادث.

وليس على المهني، من جهته، ان يثبت عناية كهذه وحسب[2]، وإنما يجب عليه أيضاً تقديم جميع المعلومات والتنبيه الضروري بالنسبة إلى الاخطار التي يمكن أن تتمثل في استعمال الشيء المباع، ويكون مخطئاً وتقوم مسؤوليته عند عدم القيام بذلك[3]. ويخل بهذا الواجب الصانع الذي لا يبين بشكل واضح بما فيه الكفاية الطابع القابل للاشتعال لغراء من المطاط الصناعي يستخدم لغايات منزلية، ويكون مصدر حريق سبب اضراراً لمكتسب الملكية ولاشخاص آخرين[4].

11422 ـ ج. المسؤولية الموضوعية المبنية على المادتين 1382 و1383. ليس من النادر، في سبيل تأمين التعويض على الغير عن الضرر الذي يسببه منتج أو جهاز مشوب بالعيب، أن تعتبر المحاكم ان مجرد وضع شيء في التداول سير عمله مشوب بعيب يشكل

---

(1) انظر حكم المحكمة البدائية في باريس، أول تموز 1991، م إ د، 1991، II، 21762، تعليق Harichaux، وفي الاستئناف حكم محكمة استئناف باريس، 28 تشرين الثاني 1991، Dalloz، 1992، 85، تعليق A. Dorsner- Dolivet، م ف ق م، 1992، 119، ملاحظة P. Jourdain؛ حكم المحكمة البدائية في نيس، 27 تموز 1992، د، 1993، 38، تعليق Vidal؛ اضف إلى ذلك Y. Lambert- Faivre L'indemnisation des victimes post- transfusionnelles du SIDA: hier, aujourd'hui et demain، المجلة الفصلية للقانون المدني، 1993 ـ I.

(2) انظر كمثال على خطأ البائع حكم غ م ث ن، 7 شباط 1990، مجلة المسؤولية المدنية والتأمين، 1990، رقم 159، قذف إناء طلاء على أحد الزبن في مخزن، انفجار عدة علب مخزونة بالطريقة عينها، خطأ البائع الذي كان عليه سحب المنتج من التجارة، المادة 1382 من القانون المدني، عدم وجود مراجعة ضد الصانع المعتبر حارساً.

(3) انظر D. Nguyen- Thanh- Bourgeais et Revel, Responsabilité du fabricant en cas de violation de l'obligation de renseigner les consommateur sur les dangers de la chose vendue، م إ د، 1995، I، 2679؛ J.Huet, Responsabilité du vendeur et garantie contre les vices cachés، 1987، رقم 46 وما يليه، وكذلك الإسنادات.

(4) حكم غ م أ ن، 11 تشرين الأول 1983، ن م، I، رقم 328، م ق ف م، 1984، ملاحظة J. Huet، حريق، جروح اصابت مكتسب الملكية والغير.

الخطأ الذي يسأل عنه الصانع، مما يسوّغ عندئذ الادانة بالتعويض استناداً إلى المادتين 1382 و1383 من القانون المدني: هكذا جرى الحكم بالتعويض على مورّد زجاجة اسيتيلين سببت وفاة احد العمال الذي استعملها[1]، وعلى صانع مركبة مشوبة بعيب في الصنع ادت إلى حادث ورّط الغير[2] . . . . إن الحل جريء طالما أنه يرتكز على افتراض الخطأ انطلاقاً من عيب الشيء وتطبق مع ذلك النصوص التي تفرض اثبات هذا الخطأ.

وهذا الحل يشهد على هاجس افادة الغير من نظام المسؤولية الموضوعية نفسه لنظام مكتسب ملكية المنتج المشوب بعيب، وذلك اهتمام نجده في نظام مسؤولية فعل المنتجات الذي وضعه التوجيه المجموعي لعام 1985.

الفقرة 2 ـ مسؤولية فعل المنتجات المشوبة بعيب

11423 ـ البائع الصانع. نما، منذ الخمسينات، تفكير فقهي حول مسؤولية البائع الصانع، وقد شكلت دراسة Henry Mazeaud المكرسة، لهذا الموضوع خطوة حاسمة[3]. وبقيت هذه المسؤولية في تلك الفترة خاضعة لقانون البيع، ثم بدأ التفكير في أنه ربما ينبغي تفريقها عن مسؤولية البائع العادي، ذلك بأن الصانع يسيطر وحده على

---

(1) حكم الغرفة المدنية، 22 تموز 1931، د إ، 1931، 506، م ف ع، 1931، 2، 683، «خطأ تقصيري مرتكب. . . بوضع زجاجة إسيتيلين هي التداول وقد أدى انفجارها إلى وفاة احد العمال»، دعوى الأجير ضد مورّد مستخدمه.

(2) حكم غ ع، 8 آذار 1937، د، 1938، 1، 76، تعليق R. Savatier، عيب في بناء مركبة، حادث، دعوى اقامتها أرملة مكتسب الملكية، تطبيق المادة 1382، مسؤولية الصانع، رد.

اضف إلى ذلك حكم غ ع، 7 تشرين الأول 1940، د إ، 1940، 180، عيب في بناء مركبة، ضرر اصاب الغير، عيب في المكابح، مسؤولية الصانع المبنية على المادة 1382، بند تحديد الضمان مستبعد، تصميم سيء لنظام الكبح يشكل الخطأ الجسيم؛ حكم غ م ث ن، 16 آذار 1966، ن م، II، رقم 350، انفجار زجاجة غاز، عيب في الصنع، مسؤولية الصانع، المادة 1382؛ حكم غ م أ ن، 18 تموز 1972، ن م، I، رقم 189، شاحنة، ضرر اصاب الغير، عيب في الصنع، مسؤولية الصانع بسبب الخطأ؛ حكم غ م ث ن، 5 كانون الأول 1974، ن م، II، رقم 327، نار امتدت إلى مستعمل جهاز مرذال على الكتف للنبات، عيب في تركيب الأنبوب الذي يصل بالخزان، خطأ الصانع، نقض الحكم مع ذلك الحكم الاستئنافي الذي لم يجب على البرهان على خطأ ارتكبته الضحية لأنها قامت بتحويل في الشيء؛ انظر G.Viney، تقرير إلى حوار باريس I متعلق «المسؤولية الصانع والموزع»، 1975، صفحة 69 وما يليها، تطبيق القانون العام للمسؤولية المدنية على صانع المنتجات وموزعها، رقم 9. وبالمقابل لم يؤخذ بانواع مسؤولية البائع ذاتها إذا لم يكن صانعاً أو موزعاً، ويبدو أن الغير الضحية يجب أن يثبت خطأ هذا البائع للطموح إلى التعويض، في هذا الاتجاه انظر غ م ث ا ن، 26 نيسان 1983، ن م، III، رقم 90، بناء قرميد مجمد من الصقيع، معدات مسلمة إلى المقاول، اعتبار صاحب العمل المستقل كالغير، دعوة ضد البائع غير الصانع، الأخذ بالمسؤولية؛ غ م ث ا ن، 14 أيار 1985، ن م III، رقم 79، الحل ذاته.

(3) H. Mazeaud, La responsabilité du vendeur fabricant، م ف ق م، 1955، 611؛ انظر J. Carbonneir, Droit civil، المجلد 4، الموجبات، 1991، رقم 266، صفحة 474.

مسار الانتاج الذي يمكن أن تنسب إليه عيوب الشيء، وعلى معرفة المخاطر المحتملة للشيء التي يجب لفت انتباه المستعملين إليها[1].

وتأكدت، فضلاً عن ذلك، فكرة أن مسؤولية الصانع يجب، عند حدوث ضرر سببه المنتج المشوب بعيب، أن يكون من الممكن أن يسعى إليها الشركاء في التعاقد والغير على حد سواء، ذلك بأن هؤلاء الشركاء والغير هم في الوضع عينه بالنسبة إلى حادث يطالهم، لأنهم جميعاً يمكن أن يصابوا في الآونة عينها: هكذا يكون مكتسب ملكية منتج مشوب بعيب، على سبيل المثال انفجار تلفاز (جهاز تليفزيون) وانفجار عجلة مركبة... قد اصيب بالحادث مع اعضاء اسرته حتى مع غرباء موجودين عند حصول المأساة[2].

وكانت المحاكم، فيما وراء الاطلسي، علاوة على ذلك، وامام تكاثر الحوادث المنزلية، قد بدأت برمي قواعد المسؤولية على عاتق صانع منتج مشوب بعيب معتبرة «مسؤولية ملزمة»[3]، وكانت لها صياغة واضحة جداً في حكم صدر عن إحدى محاكم الاستئناف في كاليفورنيا في عام 1963 في صدد جهاز حرفة (ترقيع) جرح زوج امرأة اشترته كهدية له[4].

وهذا هو المنطوق الذي دعا إلى تبني التوجيه الاوروبي بتاريخ 25 تموز 1985 الذي انشأ المسؤولية بدون خطأ المنتج في حالة ضرر سببه عيب احد منتجاته[5]. ويحمي

---

(1) انظر بصورة خاصة Ph. Malinvaud, La responsabilité civile du vendeur à raison des vices de la chose، مصنف الاجتهادات الدوري، 1968، 2153؛ D. Nguyen- Thanh- Bourgeais, La sécurité des consommateurs (في صدد قضية Dalloz, (talc Marhange، 1981، العرض 87؛ مسؤولية الصّناع والموزعين، حوار باريس I، منشورات Economica، 1975؛ أمن المستهلكين ومسؤولية فعل المنتجات المشوبة بعيب، حوار باريس I، منشورات L.G.D.J.، 1987.

(2) انظر G.Viney الذي ينتقد التفريق بين المسؤوليتين العقدية والتقصيرية في: La responsabilité, conditions، 1982، ولاسيما الرقم 232 وما يليه والإسنادات.
انظر على سبيل المثال الحكم الصادم نوعاً ما والصادر عن غ م ث ن، 13 كانون الأول 1985، Allais ضد British Leyland في Petites Affiches، 1991، رقم 92، صفحة 23 وما يليها، سيارة، عيب في نظام الكبح، حادث حصل لامرأة مكتسب الملكية وابنته: جرى رد دعوى الزوجة على الصعيد العقدي لأنها ليست لها صفة الشاري ورغماً عن كونها تدخلت ككفيل عند اكتساب الملكية، كما جرى رد دعواها التي تناولت أرضية حراسة البنية بحجة أن الزوجة كانت على علم بعيب الكبح وبذلك لم تكن للصانع صفة الحارس.

(3) انظر حول هذه النقطة Y. Markovits, La directive CEE des 25 juillet 1985 sur la responsabilité du fait des produits défectueux، اطروحة في L.G.D.J.، 1990؛ J. Huet، مصنف اوروبا، الكراسة 2020، المسؤولية فعل المنتجات المشوبة بعيب، 1990، رقم 9 وما يليه.

(4) قضية Greenmann ضد Youba power Inc، كاليفورنيا، 2d 57 (1963): جرى الأخذ بمسؤولية الصانع مع أن خطأه لم يتم اثباته ولم تقم الضحية علاقات عقدية معه.

(5) انظر هذا النص المستعاد في مصنف اجتهادات أوروبا، الكراسة 2020، وانظر في شأن المقارنة بين هذا النظام والنظام الذي وضعه قانون 5 تموز 1985 حول حوادث السير، انظر J.Huet، م ف ق م، 1987، 322.

نظام التعويض هذا المتعاقدين والغير، بيد أنه من المسوّغ تفحصه في نطاق موجبات البائع تجاه الغير، ذلك بأن الذين يصيبهم الضرر من هذا الفعل، بالاستقلال عن صفتهم وكمجرد ضحايا، يعوض عليهم. وهذا النص، في الواقع، يسوس مسؤولية البائع الصانع تجاه كل مستعمل للمنتج المشوب بعيب وكل ضحية أخرى لهذا المنتج.

وبعد تقديم النظام الذي وضعه التوجيه يجب التطرق إلى نقله إلى القانون الفرنسي، هذا النقل الذي لم يتحقق بعد[1].

11424 ـ أ. التوجيه الاوروبي في 25 تموز 1985 .طرح توجيه المجموعات الاوروبية في 25 تموز 1985، المتعلق بالتنسيق بين الاحكام التشريعية والتنظيمية والادارية للدول الاعضاء في مادة مسؤولية فعل المنتجات المشوبة بعيب[2] المتبناة، استناداً إلى المادة 100 من معاهدة روما، المبدأ العام لمسؤولية المنتج الموضوعية الذي يضع شيئاً في التجارة، (المادة الاولى)، أو المستورد إذا كان موجوداً خارج الاقليم المجموعي (المادة 3)، في حالة الضرر الذي يسببه عيب هذا الشيء تجاه أي ضحية، سواء أكانت متعاقدة أو غيراً.

ويعلن هذا التوجيه ما يلي: «المنتج مسؤول عن الضرر الذي يسببه عيب منتجه» (المادة الاولى). وهو يحدد بدقة ان وجود العيب ثابت بكون المنتج «لا يوفر السلامة المنتظرة منه شرعاً»، مع الاخذ في الحسبان بصورة خاصة تقديمه، واستعماله المقبول

---

(1) على الدول الاعضاء نقل التوجيه في مهلة ثلاث سنوات تلي المصادقة عليه التي حصلت في 10 تموز 1985.

(2) انظر حول هذا النص J. Ghestin, La directive communautaire du 25 juillet 1985 sur la responsabilité du fait des produits défectueux، موسوعة Dalloz، 1986، العرض 135؛ Larroumet, Réflections sur la convention européeme et la directive de Bruelles sur la responsabilité du fait des produits، موسوعة Dalloz، 1978، العرض 219؛ J.Revel، مصنف الاجتهاد، المنافسة والاستهلاك، الكراسة 1000، المسؤولية المدنية عن فعل المنتجات في القانون المجموعي، 1986؛ امن المستهلكين ومسؤولية فعل المنتجات المشوبة بعيب، حوار باريس 1987، منشورات L.G.D.J.، 1987؛ J.Huet، مصنف اجتهاد اوروبا، الكراسة 2020، مسؤولية فعل المنتجات المشوبة بعيب، 1990، مع نص التوجيه في الكراسة 2025؛ انظر Ghestin et Desché، رقم 873 وما يليه لدراسة تفصيل هذا النص.

قارن بالاتفاقية الأوروبية حول مسؤولية فعل المنتجات المشوبة بعيب المعدة في اطار مجلس أوروبا والمفتوحة أمام توقيع الدول الأعضاء في 27 كانون الثاني 1977؛ تقرير تفسيري، مجلس اوروبا، ستراسبورغ، 1977؛ انظر G. Viney, La responsabilité, conditions، 1982، رقم 769 وما يليه.

وحول هذا النوع من المسؤولية انظر G. Viney, La responsabilité du fait des praduits en droit français، م ف ق م، 1989، العدد الخاص، صفحة 567 وما يليها، و P. Widmer, La responsabilité du fait des produits en droit suisse، المرجع عينه، صفحة 597 وما يليها؛ J. Huet، م ف ق م، 1984، 731.

وفي ما يتعلق بالولايات المتحدة الاميركية، انظر P. Marée, Nouveaux développements de la responsabilité du fait des produits en droit américain، اطروحة من منشورات Economica، 1985، مقدمة Tunc.

وفترة تسويقه (المادة 6). ويفرض النص على الضحية اثبات الضرر والعيب والصلة السببية بين العيب والضرر (المادة 4)، إلاّ أنه يبرىء الضحية من قسم من عبء الاثبات بأن فرض على المسؤول أن يبرهن، للتملص، على ان المنتج لم يكن فيه عيب في آونة وضعه في التداول (المادة 7، ب)، مما يزيل الصعوبة المعروفة في مادة الضمان بكونها صعوبة اسبقية العيب.

ويمنح التوجيه الضحية مهلة ثلاث سنوات اعتباراً من معرفتها الممكنة بالعيب أو الضرر للمقاضاة بطلب للتعويض (المادة 10)، مع تحرير المنتج عقب فترة عشر سنوات تلي وضع المنتج في التداول (المادة 11).

وإذا كان بامكان المنتج التمسك ببعض بنود الاعفاء، على سبيل المثال كون العيب عائداً إلى مطابقة المنتج لقواعد آمرة صادرة عن السلطات العامة (المادة 7)، وإذا يحق له التمسك تجاه الضحية بخطأ ارتكبته (المادة 8)، فإن المسؤولية التي تقع عليه لا يمكن استبعادها أو تحديدها ببنود مناقضة (المادة 12).

ويحوي التوجيه ايضاً ان قواعد التعويض المطروحة على هذا النحو تترك للضحية حرية التمسك بالمسؤولية العقدية أو غير العقدية من القانون العام (المادة 13)، بحيث يبدو هذا النظام معداً، للوهلة الاولى، للتراكب مع المعايير الوطنية. وإحدى المسائل الدقيقة التي يطرحها هي معرفة ما إذا كان من المأمول الحفاظ على هذه الازدواجية عندما نعرف أن تعددية الموجبات الملقاة على عاتق البائع هي موضوع انتقادات عديدة[1].

ثمة خيارات ثلاثة يتيحها التوجيه وهي تجيز للدول الاعضاء: أن تستبعد المنتجات الزراعية من حقل تطبيق النص (المادة 15)، أو أن ترفض اعفاء المنتج عن طريق اثبات أن عيب المنتج يشكل خطر الانتشار لأنه لم يكن قابلاً للاكتشاف في وضع العلم والتقنية في فترة صنعه (المادة 15)، أو أن تحدد بسبعين مليون من الوحدة النقدية الاوروبية (écu) ـ حوالي خمسة ملايين فرنك ـ مبلغ التعويض الذي قد يتوجب عن الضرر الذي سببه نموذج المنتج عينه (المادة 16).

والمجمل، مع ذلك، ليس بدون فروقات دقيقة. فالتوجيه، من زاوية التعويض عن الضرر، يمزج بين حماية الاستهلاك والمسؤولية الموضوعية لصالح الجميع: يجري التعويض عن الضرر الجسدي أيّاً كانت الضحية، فرداً عادياً أو مهنياً، غير أن الخسائر المادية ليست مغطاة إلاّ بالنسبة إلى الاضرار التي تطال الاموال وعلى وجه الخصوص تلك المعدة للاستعمال أو الاستهلاك الخاص، مع اعفاء علاوة على ذلك (المادة 9).

---

(1) انظر الرقم 11224 السابق.

11425 ـ التنسيق مع القانون الفرنسي. ينبغي، في سبيل موضعة هذا النص بالنسبة إلى الضمان ضد العيوب الخفية وإلى مسؤولية البائع التقصيرية، تقديم تحديد مزدوج في هذا الشأن.

فالتوجيه الذي انشأ مبدأ مسؤولية فعل المنتجات يطبق، من جهة اولى، على الاموال المنقولة فقط (المادة 2)[1]. والمفهوم مألوف لدى الفقهاء الفرنسيين. بيد أن النص، في الحقيقة، وضع للسلع: إنه معدّ لازالة التباين بين التشريعات التي تطال انتقالها الحر وتشوبه المنافسة في صميم المجموعة. ويسري ذلك على الحاجة المنزلية حتى الانجازات الطيرانية مروراً بالمستحضرات الصيدلانية والكيميائية وكذلك على أي أنواع أخرى من الآلات والاجهزة[2]. والتوجيه، من جهة أخرى، يسوس التعويض عن الاضرار التي تصيب الضحايا وحسب، سواء أكانت جسدية أو مادية (المادة 9)، ويترك خارج سلطته ما له سمة الارضاء الذي ينتظره مكتسب ملكية شيء يظهر غير صالح لأداء الخدمات المتوخاة: إن أمن المنتجات هو المقصود وليس جدارتها للاستعمال المعدة له. والتفريق، هنا ايضاً، اصبح تقليدياً[3].

ويرتكز التوجيه، عن طريق الإواليات المعمول بها، على عدد معين من المبادىء ليس بعيداً عن التنسيق مع مبادىء قانوننا الداخلي.

وغدت المسؤولية مركزة على «المنتج»، وصفة المنتج غالباً ما تختلط بالصفة المألوفة لدينا للبائع الصانع. ثم إن التعويض متوجب عندما يكون «العيب» سبب الضرر، وهذا مفهوم قريب من المفهوم الذي نعرفه باسم عيب الشيء في المواد 1641 وما يليها من القانون المدني[4]. والنص اخيراً، بانشاء المسؤولية انطلاقاً من «وضع المنتج في

---

(1) بما في ذلك الكهرباء كما تنص على ذلك المادة 2.

(2) على أنه كان يمكن اصدار تحفظات حول اختصاص اللجنة في معالجة مسائل تطال، في الواقع، حماية الأشخاص أكثر مما تطال ظروف السوق بين الدول الأعضاء، ولكن، بما أن النص مسوّغ بشكل رئيسي بهاجس حماية المستهلكين وأن هذا الهدف الذي سبق أن ادخلته قرارات المجلس في سياسة المجموعة وارد منذ المعاهدة الأوروبية الوحيدة في المعاهدة المؤسِّسة، ثمة ما يدعوى إلى تأييد عمل اللجنة التي كانت قد بادرت بالمشروع، انظر Huet، مصنف الاجتهاد الاوروبي، الكراسة 2020، رقم 12 وما يليه.

(3) انظر على وجه الخصوص J. Calais- Auloy, Rapport de la commission de refonte du droit de la consommation, Proposition pour un nouveau droit، 1985، صفحة 65 وما يليها؛ اضف إلى ذلك، للكاتب عينه، Ne mélangeons plus conformité et sécurité، موسوعة Dalloz، 1993، العرض 130.

(4) على أن التجديد الذي اعطاه هذا النص للعيب سبق وجوده في قانوننا الوضعي، وعلى وجه الخصوص في قانون 21 تموز 1983 الذي وضع «التدابير المتعلقة بأمن المستهلكين»، وذلك فقط لأنه تم الأخذ به سلفاً في نص التوجيه الأوروبي: ينص هذا القانون على أن «المنتجات والخدمات يجب، وفقاً للشروط الطبيعية للاستعمال أو الشروط التي يرتقبها المهني، أن يتمثل فيها الأمن الذي يمكن شرعاً انتظاره منها وأن لا تضر بصحة الأشخاص»، انظر حول هذا النص L.Bihl, Une réforme necessaire، مجلة قصر العدل، 1983، 2، الفقه، 525.

التداول» ـ الشيء، سابقاً، ولم يوضع بند في التداول، يبقى تحت حراسة من يحوزه ـ ينضم إلى أحد مبادىء عمل التأمين الذي يغطي مسؤولية البائع التي تطبق على الاضرار التي تسببها المنتجات بعد تسليمها.

وتوجيه عام 1985، بتوحيد وضع المتعاقدين والغير، يحمل في نهايته، في مجال أساسي، حركة اثارها الاجتهاد بحزم في مادة البيع. واصبح من الواضح ان ضحايا عيب المنتج، سواء تعلق الأمر بمستعمل الشيء أو بشخص تعرض لحادث أو بزبن في أحد المخازن، بامكانهم الحصول من الصانع الذي ينسب إليه هذا العيب على تعويض في الشروط ذاتها.

11426 ـ ب. نقل التوجيه إلى القانون الداخلي. كان من الواجب نقل التوجيه المجموعي إلى القانون الداخلي قبل 30 تموز 1988، وهذا عالم يحصل[1]. إن مشروع قانون[2] أودع بالتأكيد امام المجلس النيابي لهذه الغاية في عام 1989، وبعد أن ناقشته الجمعية الوطنية ومجلس الشيوخ، في قراءة أولى وقراءة ثانية، انتهى إلى اتفاق في لجنة مختلفة متساوية التمثيل، إلى تقرير السيدين Briand و Fauchon[3]، في نهاية عام 1992: أمكن ايجاد توافق لاستبعاد وسيلة دفاع الصانع المستندة إلى مخاطر الانتشار. وقليلاً ما نال الحل استحسان المهنيين ولاسيما في صناعة المستحضرات الصيدلانية، فسحبته

---

(1) انظر حول هذه النقطة وحول المشروع التمهيدي والمشروع المتعاقبين، J. Ghestin, L'avant- projet de loi sur la responsabilité civile du fait des produits défectueux: Une réforme partielle du Code civil، مجلة الاجتهاد التجاري، 1988، 201؛ وكذلك J.- P. Karila, Lintégration dans le droit positif français de la directive européenne، مجلة قصر العدل، 1991، I، الفقه 208.

(2) المشروع رقم 1395، مستندات الجمعية الوطنية، 1989 ـ 1990، الذي يعدل القانون المدني والذي يتعلق بمسؤولية فعل عيب امن المنتجات، وقد اودع باسم السيد ميشال روكار من قبل السيد بيير اربيّانج في 23 أيار 1990. انظر أيضاً تقرير Charmant، مستندات الجمعية الوطنية رقم 2136، 1990 ـ 1991؛ وهذا النص يقتضي عدم تفحصه قبل قراءته الأولى امام الجمعية الوطنية في حزيران 1992، انظر التقرير حول حكم محكمة عدل المجموعات الأوروبية، المستشهد به سابقاً، النقطة 10.

(3) تقرير السيد Briand رقم 2952، الجمعية الوطنية، دورة عام 1992 ـ 1993، حيث جرى التوافق على الحفاظ على الاعفاء بالنسبة إلى مخاطر الانتشار مع موجب المنتج، بالمقابل، في تتبع تطور منتجاته، واستعادة امكانية الجمع بين حماية هذا التوجيه والقانون العام للمسؤولية العقدية وغير العقدية، وكانت هذه الامكانية مستبعدة لمدة طويلة؛ تقرير السيد Fauchon رقم 51، مجلس الشيوخ، دورة 1992 ـ 1993، وكان على هذه الجمعية اتباع مقررها في رفض اعفاء المنتج بالنسبة إلى مخاطر الانتشار: كانت البراهين ان «هذا الاعفاء... ليس... معترفاً به في القانون الفرنسي الحالي» وأن «ادخاله في نظام المسؤولية الجديد يقود إذاً إلى تخفيض حقوق الضحايا»، مما يبدو صادما بالنسبة إلى نص من المفترض أن يحسنه، الصفحة 19 من التقرير. وكان أحد البراهين حالة ضحايا الدم الملوث بفيروس السيدا وواقع أنه صادم إلى حد كبير لأن رفض أي تعويض على أولى ضحايا هذا التسمم بحجة مخاطر الانتشار في صنع الدم في بداية العدوى، وجرى، اضافة إلى ذلك، بيان أن «الأنظمة الحالية السارية المفعول، مع أنها لا تقبل الاعفاء بالنسبة إلى خطر الانتشار، لم تجر إلى صعوبات خاصة في ما يتعلق بتجديد التأمين»، تقرير Fauchon المذكور سابقاً، صفحة 5.

حكومة السيد Bérégovoy، على وجه الاحتمال بسبب الاستحقاق الانتخابي القريب: رغماً عن ذلك جاءت إلى الجمعية الوطنية أكثرية جديدة معارضة سياسياً قادت إلى سلطة السيد Balladur.

وكانت فرنسا بين البلدين اللذين لم ينقلا التوجيه في أول كانون الثاني 1993، فادانتها محكمة العدل بالتقصير في موجباتهما[1].

11427 ـ المشروع التمهيدي والمشروع والاقتراح. كان لمسار نقل التوجيه مرحلتان رئيسيتان؛ اتسمت المرحلة الاولى بأعمال اللجنة المجتمعة منذ تشرين الثاني 1985 في وزارة العدل برعاية الاستاذ جاك غيستان، وقد اقترحت في تموز 1987 مشروعاً تمهيدياً طموحاً إذ لجأت إلى إصلاح إجمالي للمادة شمل مظهري المطابقة وأمن المنتجات. وكان الهدف اغتنام مناسبة النقل الواجب إجراؤه للقيام بتجديد قانوننا في العمق: عد معالجة الأمن جرى نقل التوجيه المجموعي مع إضافة بعض الأحكام الكفيلة بتحسين نظام التعويض، وبمعالجة المطابقة ثم تجديد قانون الضمان ضد العيوب الخفية الذي كان إطاره القانوني الوارد في القانون المدني قد أصبح قديماً إلى حد ما[2].

وكان الانحياز في هذا المشروع التمهيدي، مع ذلك، إلى كون مسؤولية المنتجين لا يمكن استبعادها بالدليل على ان العيب يشكل خطر الانتشار.

ولاقى هذا الحل الأخير تحفظات[3] كما فكرة القيام بإصلاح إجمالي[4].

ومرحلة نقل التوجيه الثانية هي مشروع قانون أودع المجلس النيابي في عام 1989 وكان مداه أكثر تواضعاً. فهو يتناول قبل أي شيء النظام الجديد للتعويض، وقد تمسك ببعض التحسينات المقترحة. ونص بالتبعية على تنقيح نصوص الضمان ضد العيوب: بخاصة تعديل المادة 1648 من القانون المدني المتعلقة بالمهلة القصيرة بتحديدها بسنة واحدة كما سبق ان نص على ذلك المشروع التمهيدي.

---

(1) محكمة عدل المجموعات الاوروبية، 13 كانون الثاني 1993، القضية c 91/293.

(2) انظر Ghestin و Desché، رقم911 وما يليه؛ وقد اقترح المشروع التمهيدي تنقيحاً كاملا للمواد 1641 إلى 1649 من القانون المدني، وهي أحكام تعالج بصورة رئيسية مسائل المطابقة، في حين ان مسؤولية فعل المنتجات، وبالتالي مسائل الأمن التي تشكل موضوع الباب IV مكرر المدخل في القانون المدني بعدالمواد 1382 إلى 1386: المواد 87 31 إلى 1387 ـ 28.

(3) انظر في هذا الشأن أيضاً الرقم 11426 السابق.

(4) انظر حول هذه النقطة بصورة خاصة Ph. Malinvaud, L'application da la directive communautaire sur la responsabilité du fait des produits défectueux et le droit de la construction, ou le casse- tête Cammunautaire، مجلة القانون العقاري، 1987، 409.

وهذا المفهوم هو أيضاً المفهوم الذي أخذ به اقتراح القانون[1] المودع في عام 1993 ليأخذ المكان الذي تركه المشروع المسحوب في عام 1992 فارغاً. وأصالة هذا النص بالنسبة إلى المشروع المستبعد تعود إلى أنه يعطي من جديد الإمكانية للمنتجين في التمسك بدليل خطر الانتشار ليعفوا أنفسهم من نتائج الاضرار التي يسببها أحد منتجاتهم.

11428 ـ التحسينات المقدمة. يحافظ اقتراح القانون على معظم التجديدات التي، بالنسبة إلى نص التوجيه، كانت تحوي المشروع السابق الذي يوجد أصله في المشروع التمهيدي للجنة Ghestin. فالنظام المجموعي لمسؤولية فعل المنتجات المشوبة بعيب، في عدد معين من النقاط، يمكن تحسينه أو بكل بساطة تبنيه في القانون الوضعي الفرنسي.

والأمر على هذا النحو بالنسبة إلى مماثلة الاموال للاستعمال المهني بالاموال للاستعمال الخاص لكي تغطيهما مسؤولية المنتج (المادة 1386 ـ 2)، وإلى المسؤولية الموضوعية للبائع العادي المهني تكملة لمسؤولية المنتج (المادة 1386 ـ 7)، وإلى تأكيد ان مسؤولية المنتج قائمة حتى في حال مراعاة قواعد الفن أو المعايير الموجودة (المادة 1386 ـ 10)، وإلى الموجب التتبع في صدد منتجاته الملقى على عاتق الصانع (1386 ـ 14)[2]، وإلى تأكيد أن مسؤولية المنتج بسبب خطئه تبقى قائمة بعد انقضاء تقادم العشر سنوات (المادة 1386 ـ 16). . . .

القسم III
موجبات الشاري

11429 ـ التعقيد الاقل. تسوس موجبات الشاري المواد 1650 إلى 1657 من القانون المدني، وهي أقل عدداً وأبسط من موجبات البائع. فالمادة 1650 تكتفي بموجب دفع الثمن باعتباره «موجب الشاري الرئيسي»، والمادة 1657 تثير وحدها موجب التسلم أي ما يسمى في الغالب «سحباً».

---

(1) اقتراح قانون للسيدة نيكول كتالا، مستندات الجمعية الوطنية، رقم 469، سجل في 13 تموز 1993.

(2) يلاحظ، في ما يتعلق: بهذا الموجب، أن المادة 7، الفقرة 2، من القانون حول رقابة المنتجات الكيميائية تنص على ان «منتجي المواد الكيميائية أو التحضير ومستورديها ملزمون بأن يبنوا للسلطات الإدارية المختصة الوقائع الجديدة الناجمة إمّا عن تحسين المعارف العلمية والتقنية وإمّا عن مراقبة تأثيرات هذه المواد التي تظهر اخطاراً جديدة على الإنسان أو على بيئته».

وتنص المادة 3 ـ 2° من توجيه المجموعة الانتصادية الأوروبية في 29 تموز 1992 المتعلقة بأمن المنتجات العام، الجريدة الرسمية للمجموعة الأوروبية، رقم L.24/228، على أنه «يجب على المنتجين. . . إن يتخذوا تدابير متناسقة، تبعا لخصائص المنتجات التي يوردونها تتيح لهم معرفة المخاطر التي يمكن ان تتمثل فيها، والقيام بالأعمال المناسبة، بما في ذلك، عند الضرورة، سحب المنتج المعني من السوق لتجنب مخاطره»، والمادة 3 ـ 3° تضيف أن «الموزعين ملزمون بالتصرف بسرعة للمساهمة في مراعاة موجب الأمن. . . وعليهم. . . المشاركة في تتبع أمن المنتجات».

بيد أنه يمكن فرض أوامر أخرى على الشاري: إنه ملزم بموجب التعاون بالتلازم مع واجب البائع بالنصح، عندما يكون من الملائم، في مجالات التقنية العالية كالمعلوماتية، أن يحدد حاجاته لمعرفة ما إذا كان الشيء المورّد يمكن أن يلبيها[1]؛ وفي حالة البيع الذي يستدعي النقل والذي يتم ابرامه كعقد البيع CAF ـ الكلفة والتأمين والمصاريف ـ يتوجب على الشاري تسمية السفينة التي ستتولى نقل السلعة واعلام البائع الملزم بتنظيم هذا النقل[2]؛ والشاري الموزع، في اطار شبكات التوزيع، ملزم بموجبات خاصة كموجب مراعاة الحصرية الملازمة للشبكة، والوصول إلى اهداف البيع الدنيا، واحترام ضمان الصانع وتأمين الاصلاحات[3]....

ويفرض على الشاري، بصورة عامة، كما على أي ضحية سوء تنفيذ العقد، تخفيض الخسائر التي اصابته باتخاذ التدابير الضرورية في حالة عيب مطابقة السلعة أو العيب الخفي[4].

على أن موجبات الشاري هي، إلى حد كبير، الموجبات الواردة في القانون المدني والمقابلة لموجبات البائع بالتناظر: يناظر موجب الوضع بالتصرف موجب سحب الشيء (الفقرة 1)، ويقابل موجب توريد الشيء المطابق موجب دفع الثمن (الفقرة 2).

الفقرة 1 ـ السحب أو إتمام التسلم

11430 ـ المادتان 1608 و1657 من القانون المدني. موجب السحب أو التسلم يسري على جميع انواع الأشياء، منقولة كانت أم غير منقولة: يجب، بأي طريقة كانت، أن يؤمن الشاري تسلم المال المباع، فيحرر البائع، هكذا، من موجبه في التسليم. على أنه قليلاً ما يتم تصوّر أن ذلك ضروري بالنسبة إلى الحقوق غير المادية التي يكفي فيها وضع المستفيد في حالة استعمالها.

---

(1) انظر في هذا الصدد الرقم 11277 السابق.

(2) انظر حول البيع CAF الرقم 11591 اللاحق، وفي البيع الدولي الرقم 11706 اللاحق.

(3) انظر الرقم 11605 اللاحق، وكذلك Ph. le Tourneau، مصنف الاجتهاد، العقد والتوزيع، الكراسة 380، 19893، البيع التجاري، موجبات الشاري الخاصة.

(4) انظر كمثال حكم غ م أ ن، 3 تموز 1985، ن م، I، رقم 210، ضمان ضد العيوب الخفية، دِباغ له رائحة غير طبيعية نقلها إلى الخمر الذي مزج به، رائحة قابلة للاكتشاف قبل التسلم لدى فتح البراميل الصغيرة التي وضع فيها، ولدى وضعه في أكياس صغيرة بجرعات لبيعها من المزارعين، نقض: «إذا كان البائع المهني ملزما بجميع النتائج الضارة للعيب الخفي... فإن مكتسب الملكية، المهني أيضاً، الذي كشف هذا العيب بعد التسلم ليس بامكانه أن يكون مضموناً من بائعه ضد الخطأ الذي ارتكبه هو ببيع المنتج ثانية مع علمه بالواقع»؛ والحل قد يكون مرتبطاً بفكرة الانذار المفروضة، مبدئياً، في المادة العقدية، انظر حكم محكمة استئناف باريس، 7 كانون الثاني 1924، م ق ع، 1924، 1، 477، توريد غاز: «من غير المسموح به لدائن بتقديم تم بطريقة مشوبة بالعيب أن يترك الضرر يتفاقم بدون مطالبة صريحة.

والقانون المدني، والحق يقال، قلما يشير إلى بيع اموال منقولة مادية عندما يتطرق في المادة 1608 إلى «رفع» الشيء ليعني أن مصاريف الرفع هي على عاتق الشاري. كما إن المادة 1657 لا تستهدف سوى هذه المصاريف عندما تنص على أن الفسخ يتم بقوة القانون لعدم قيام الشاري بتأمين السحب في التاريخ المتفق عليه.

إن التسلم يؤدي إلى مجرد نقل الحيازة من البائع إلى الشاري الذي يشغل الاماكن في ما يتعلق بالعقار، أو يحمل الشيء مادياً في ما يختص بالمنقول. وفي شأن بيع الخشب على الشجر وهو مال منقول سلفاً، جرى الحكم بأن وسم الاشجار يحقق التفريد ويعود إلى نقل الملكية، ثم ما ان تقطع الاشجار ويسقط الخشب حتى يصبح من الواجب سحبها[1].

11431 ـ أ. تاريخ السحب ومكانه. يتم السحب في المكان والزمان اللذين يتفق عليهما الفريقان. وهو يجري مبدئياً، حيث يتم التسليم وفي تاريخ هذا التسليم ذاته (المادة 1651 التي تنص على الدفع)[2]. وغالباً ما يقوم الشاري به عند ابرام البيع: يتسلم مفاتيح الشقة عند الكاتب العدل، وفي المخزن يحمل السلعة منه.

ومكان السحب في صدد السلع، ما لم تكن هناك اتفاقية معاكسة، يتموضع، في مخازن البائع كلما كان الشيء موجوداً فيها في آونة ابرام العقد طالما ان التسليم يجب أن يتم فيها (المادة 1609).

وإذا تأخر الشاري في التسلم ينبغي على البائع حفظ الشيء طالما لم ينذر الشاري بوجوب سحبه أو اعلان الفسخ[3]. وتعطي العادات، في البيع التجاري، الشاري مهلة معينة لبضعة ايام لكي يتسلم. ومن المتفق عليه، بصورة عامة، أن البائع يجب أن يترك له الوقت الضروري ليقوم بالسحب[4].

بيد أن أي نوع من الاتفاقيات يمكن أن يعقده الفريقان الحران في تنظيم علاقاتهما حول هذه النقطة. وقد يترافق البيع، في العلاقات بالمستهلكين مع التسلم في المنزل: يؤمن الشاري السحب عندما يصل الشيء إلى مقصده. ويجري التسلم، في البيع التجاري

---

(1) انظر حكم غ ت ن، 9 آذار 1949، م إ د، 1949، II، 5075، تعليق E. Becqué.

(2) انظر حول تاريخ التسليم ومكانه الرقم 11250 السابق وما يليه.

(3) انظر الرقم 11256 السابق.

(4) انظر حكم محكمة استئناف باريس، 5 شباط 1874، م إ د، 1877، 2، 11، بيع حبوب؛ حكم محكمة استئناف يواتييه، 30 آذار 1925، م ق ع، 1925، 2، 207، بيع شوفان؛ يمكن أن تحدد الأعراف هذا التاريخ، انظر حكم محكمة استئناف باريس، 16 كانون الأول 1920، دد، 1920، 2، 40، بيع فصالة معادن؛ انظر M. Puech و R. Guidec، م إ م، المواد 1653 إلى 1653، موجبات الشاري، الكراسة Y، 1982، رقم 6.

المسافي، عند الانطلاق أو الوصول حسب الشروط التي تم اختيارها[1].

11432 ـ ب. قبول الشيء أو رده. للسحب الذي يؤمن تنفيذ الموجب الملقى على عاتق الشاري مفعول آخر: يدل على قبول الشاري الشيء.

ولهذا الشاري، بالفعل، حق عدم التسلم، أي رد الشيء في آونة التسلم أو في الأيام التي تليه، ما دام أن التسليم لا يرضيه، وهذا هو الحال مثلاً عندما تكون السلعة مشوبة بعيب[2]. ويسمى ذلك في المادة التجارية «رفض السلعة»[3]. والحال أن الشاري، عند عدم رفضه الشيء على هذا النحو، يمكن الافتراض أنه وافق على التسليم.

وعلى الشاري، في الواقع، وفي نطاق الممكن، أن يقوم عند السحب بجميع انواع التحقق والتفحص الضرورية للتأكد من نوعية الشيء المباع. وإذا كان ثمة عيب ظاهر عليه أن يعلنه في هذه المرحلة. ويمكن التقدير أن الآوان قد فات بعد ذلك[4].

ومن المقبول أن للشاري مهلة معقولة، اعتباراً من السحب، لاعلان عيوب المطابقة، ويستنتج من ذلك ان الشاري، بعد مضي هذه المهلة، لا يعود بامكانه الشكوى من عيوب الشيء التي كان عليه الاقتناع بها عند التسلم[5].

11433 ـ الحفظ من ناحية مكتسب الملكية. يمكن ان يكون الشاري، كما البائع عند التسليم[6]، في وضع يوجب عليه حفظ الشيء، عند التسلم، لحساب البائع، فيكون ملزما، بالمماثلة، بالتلف أو الخسارة بخطأ منه.

وتتمثل الحالة، على وجه الخصوص، عندما يرفض مكتسب الملكية الموافقة على تسليم سلعة مشوبة بعيب يتم تسلمها في المقصد[7]، ويغدو عندئذ، ولو لم يشأ ذلك، حائزاً لحساب الغير[8]. ونوع المسؤولية عينه، كما المسؤولية الملقاة، عند الانطلاق،

---

(1) انظر حول البيع عند «الانطلاق» أو «الوصول» الرقم 11700 اللاحق وما يليه.

(2) انظر كمثال حكم غ ت ن، 17 كانون الأول 1968، ن م، IV، رقم 361، مقاعد دراجات، لون، مطالبة خلال خمسة عشر يوماً، نقض الحكم الذي رد طلب الفسخ؛ انظر حول الرد الرقم 11259 السابق.
انظر أيضاً حول التأخر في التسلم الرقم 11252 اللاحق.

(3) Ecarra et Rault، تأليف Hémard، البيع التجاري، رقم 261؛ Malaurie et Aynès، رقم 329.

(4) انظر في هذا الاتجاه حكم غ ت ن، 12 شباط 1980، د، 1981، 88، تعليق Aubertin، خشب، تسلم بدون تحفظات، انظر في مادة التأجير، في نطاق البناء، حكم غ م ث ا ن، 20 كانون الثاني 1982، ن م، III، رقم 20، نقض، تقنيات: يغطي التسلم بدون تحفظات عيوب المطابقة الظاهرة.

(5) انظر حول هذه النقطة الرقم 11255 السابق.

(6) انظر الرقم 11256 السابق.

(7) يمكن أن تتمثل الحالة أيضاً إذا جرى تسليم السلعة بتأخير وكان الفريقان قد اتفقا على التاريخ الآمر للتسليم.

(8) وصف حكم غ م أ ن، هذا الوضع بأنه قريب من الايداع، في 22 كانون الثاني 1991، ن م، I، رقم 28، المذكور سابقاً، قمصان رياضية، ارجاع الموزع الاصناف المعتبرة مشوبة بعيب إلى الصانع، خسارة الناقل تشكل حالة قوة قاهرة: على المدين بموجب الحفظ أن يثبت أن الخسارة لا تنسب إلى خطئه.

على البائع، تقع عليه لتماثل اسباب التسويغ. فالشاري ملزم بموجب وسائل، كأي شخص ملزم بالحفاظ على شيء يخص الغير (المادة 1137 من القانون المدني).

ويمكن القول، بالتأكيد، لتبرئة مكتسب الملكية، إن الشيء المورّد لم يكن مرضياً ولهذا السبب كان عليه رفضه. والبائع هنا قد اخل، مسبقاً، بموجباته. يضاف إلى ذلك أنه لا مجال للتمسك، والحالة هذه، بالمادة 1136 لتسويغ الموجب الملقى على عاتق مكتسب الملكية طالما أن هذا المكتسب ليس مديناً بموجب إعطاء بخلاف البائع.

وأيّاً كان الأمر من حسن الاقتصاد وتجنب تلف الشيء، لمصلحة البائع، مما يسوّغ موجب الحفظ كنتيجة للعقد الذي يفرض الانصاف (المادة 1135)[1].

11434 ـ ج. معاقبة عدم السحب. يتيح عدم تنفيذ الشاري موجبه للبائع، استناداً إلى احكام القانون العام، خياراً بين التنفيذ الجبري (أو القسري) والفسخ[2]. بامكانه إذاً أن يلتمس من الحكمة إمّا أمر الشاري بتسلم الشيء، بدون تغريم احتمالياً، وإمّا اعلان فسخ العقد.

وقد طرح واضعو القانون المدني، في ما يتعلق بالاموال المنقولة، قاعدة تشذ عن القانون العام بالاعلان، في المادة 1657، أن الفسخ يتم «بقوة القانون وبدون انذارات عند انقضاء المهلة المتفق عليها للسحب»[3]. وعدم تنفيذ الموجب، بالتالي، معاقب عليه بصورة أشد من عدم تنفيذ موجب أي مدين، وهو اقسى من عدم دفع الثمن من قبل الشاري الذي يتم اثبات تقصيره بانذار مسبق. غير أن الحل يسوّغ إذا لاحظنا ان السلع غالباً ما تكون قابلة للتلف وأنه من المهم، في أي حال من الاحوال، تأمين تسويقها بأكثر

---

(1) موجب الحفظ في اتفاقية ڤينا حول بيع السلع الدولي، من قبل مكتسب الملكية، منصوص عليه صراحة، انظر الرقم 11773 اللاحق.

ويمكن أن توجد فرضيات أخرى عندما يكون مكتسب الملكية ملزما بموجب الحفظ: على سبيل المثال عندما يكون مكتسب الملكية قد حاز الشيء الذي، بمفعول بند حفظ الملكية، يبقى في ملكية البائع، انظر حكم غ ت ن، 19 تشرين الأول 1982، قضية Mecarex، ن م، IV، رقم 321، د، 1983، إ س، 482، ملاحظة B. Audit، المجلة الفصلية للقانون المدني، 1984، 515، ملاحظة J. Huet، تجهيز صناعي، خسارة البائع أو إذا كان من المتفق عليه أن على الشاري الذي له صفة الموزع أن يعيد ما لم يتم بيعه إلى مورّده، انظر حكم ع م أ ن، 22 كانون الثاني 1991، ن م، I، رقم 28.

(2) وعليه بإمكان البائع فرض التنفيذ الجبري للتسلم، انظر حكم غ ع، 17 شباط 1903، د د، 1903، مواد غذائية وحاجات منقولة؛ حكم الغرفة المدنية، 20 كانون الثاني 1908، د د، 1908، 25، كحول.

(3) لا يستطيع البائع التمسك بهذا النص إذا لم ينفذ هو نفسه موجباته، انظر حكم الغرفة المدنية، 13 نيسان 1929، د ا، 265، أربعمائة دن من الخمر. وعلى وجه الخصوص إذا كان الشيء المباع مشوباً بعيب يسوّغ رفض التسلم؛ حكم غ م أ ن، 25 أيار 1992، ن م، I، رقم 166، شاحنة صغيرة مستعملة وقد أثار تطبيق النص صعوبات في ما يتعلق بسوق القطع الخشبية، انظر غ ت ن 9 آذار 1949، II، 5075، تعليق E. Becqué، م ف ق م، 1949، 536، ملاحظة J. Carbonnier. اضف إلى ذلك F. Gény, De l'application de l'article 1657 du Code civil aux ventes de bois sur pied entre particuliers، م إ د، 1944، 1، 396.

ما يمكن من الفعالية. ويستعيد البائع حريته عندما لا يقوم الشاري بتسلم الشيء[1].

وإذا كانت المادة 1657 من القانون المدني تستهدف «المواد الغذائية والحاجات المنقولة» ولا تستعمل تعبير السلع فذلك مقصود، والسبب هو أنه كان يقدّر في حقبة وضع القانون المدني، ان النص يجب أن لا يطبق في مادة التجارة[2]. وبما أنه بدا مطابقاً تماماً لحاجات التجار[3] فقد جرت صياغته إذاً كما لو أنه غير مطبق عليهم. بيد أن المحاكم حكمت في اتجاه معاكس وطبقت دائماً المادة 1657 في العلاقات بين التجار[4].

وعندما يكتسب البائع الفسخ يصبح في وضع البائع ثانية من الغير. واللجوء إلى ذلك معتاد في المادة التجارية[5].

11435 ـ شروط التنفيذ. يتم الفسخ بقوة القانون وبدون انذار استناداً إلى المادة 1657 من القانون المدني. وهذا يعني أمرين: لا يتطلّب الفسخ، من جهة اولى، انذار الشاري المسبق[6]، ومن جهة ثانية لا حاجة التي أن يحكم به القاضي[7]، ويشكل ذلك شذوذاً مزدوجاً عن القانون العام للمادة 1184.

على أن المحاكم تفسر المادة 1657 حصرياً. فهي تفرض أن يحوي العقد أجلاً

---

(1) انظر كمثال حكم غ ث ن، 11 كانون الأول 1967، Dalloz، 1968، الموجز، 35، بيع خمر؛ يضاف إلى ذلك أن الشاري، إذا دفع عربونا للبائع، يخشى أن يعتبر أنه قد تنازل عن البيع بعدم تنفيذ موجب السحب وبالتالي يتعرض لخسارته، المادة 1590 من القانون المدني.

(2) أن الصيغة الأولى للمادة 1657 من القانون المدني كانت تحوي كلمة «سلع» وقد جرى حذف هذه الكلمة لدى المناقشة أمام مجلس الدولة حيث جرى التشديد على أن العرف، في المادة التجارية، هو أن البيع لا يمكن فسخه بدون انذار الشاري بوجوب سحب الشيء، ولذلك أعلن السيد Cambacéres، أنه يجب أن يذكر في المحضر أن النص لا يمكن أن يطبق في مادة التجارة، انظر Locré، التشريع المدني، المجلد 14، صفحة 60، إع، البيع»، رقم 1410.

(3) انظر Troplong, De la vente، وهو يدافع لصالح تطبيق المادة 1657 من القانون المدني في العلاقات بين التجار مشددا على ان «المادة 1657 لا تحوي اي تفريق صريح بين المواد التجارية والمدنية»، ويعتبر أن النص أكثر تسويغاً في المادة التجارية مما هو في المادة المدنية.

(4) انظر Escarra et Rault، تأليف Hémard، البيع التجاري، 268؛ Ripert et Roblot، الباب 2، رقم 2543.

(5) انظر Ecarra et Rault، تأليف Hémard، البيع التجاري، رقم 269؛ وتأخذ اتفاقية ڤينا بالحل نفسه في شأن بيع السلع الدولي، انظر الباب الفرعي III، الفصل II، اللاحق، البيع التعويضي.

(6) انظر كمثال حكم غ ع، 22 كانون الأول 1920 س، 1921، 1، 197؛ قارن بحكم غ ع، 8 تشرين الثاني 1926، س، 1927، 1، 31، أربعمائة طن من قش القمح: اتخذ البائع في هذه القضية حيطة انذار الشاري للتسلم، بيد أن الحل مفروض ما دام أن العقد لم ينص على أي تاريخ محدد للتسلم.

(7) انظر حكم غ ت ن، 21 نيسان 1950، س، 1951، 1، 47، المجلة الفصلية للقانون المدني، 1951، 262، م، J. Carbonnier، تفرغ عن اسهم؛ انظر M. Puech et R. Le Guidec، م إ د، المواد 1650 إلى 1653، موجبات الشاري، الكراسة 1-Z ، عدم التنفيذ، 1983، رقم 230.
ويشار إلى أن ضرورة مراجعة القضاء تمنع البائع الافادة من تغيرات السعر التي يمكن ان تحصل لصالحه انظر Troplong, De la vente، رقم 677.

محدداً لتسلم الشاري[1]. وتعتبره عندما لا تكون مهلة كهذه واردة، أن البائع لا يستطيع، للاستناد إلى هذا النص، انذار شريكه في التعاقد لتنفيذ التسلم، واعلان الفسخ في حال عدم التنفيذ[2]. وليس وجود تاريخ محدد للسحب نقطة حاسمة، فما يهم هو ان يعرف الشاري هذه المجازفة إذا لم يتسلم الشيء وأن البائع بامكانه استعادة حريته بسرعة. ويبدو الحل صورياً بشكل مبالغ فيه[3].

الفقرة 2 ـ دفع الثمن والمصاريف

11436 ـ المقابل. تسوس دفع الثمن المواد 1650 إلى 1656 من القانون المدني، ويمثل هذا الثمن، بلا أي شك، مفعول العقد الذي ينتظره البائع بنفاذ صبر إذ يسعى قبل أي شيء إلى تلقي مقابل الشيء. ويشكل دفع الثمن بالنسبة إلى الشاري، في حين انه غالباً ما يكون للسحب مظهر هوى، الموجب بامتياز. ويقتضي تحديد موضوع هذا الموجب وشروط تنفيذه قبل تفحص المعاقبة.

انظر حول ضمانات الدفع الرقم 11459 اللاحق وما يليه؛ وفي شأن دفع الثمن في بيع عقار انظر الرقم 11547 اللاحق.

11437 ـ أ. موضوع الثمن. الثمن هو الموضوع الرئيسي للدفع، أي المبلغ الاسمي الوارد في العقد. ويقتصر في اغلب الاحيان على ذلك[4]. وقد يرتقب الفريقان في العمليات المتدرجة في الزمن ـ بيع مع أجل للتسليم، عقد تموين ـ تحديده وفقاً لمؤشر متحرك، ويؤدي المبلغ المتوجب على الشاري في حالة كهذه إلى تحيين.

ويتضمن الثمن احتمالياً توابع له، ولاسيما الفوائد، تحسب وفقاً للمعدل القانوني. وتنص المادة 1652 من القانون المدني على أن الشاري تتوجب عليه فوائد الثمن حتى قيامه بالدفع، في بعض الحالات، ولاسيما عندما ينتج الشيء المباع ثماراً[5] يكون قد

---

(1) انظر حكم محكمة استئناف بورج، أول شباط 1839، شوفان، إع، البيع، رقم 1401؛ غير أن المهلة المعطاة لمكتسب الملكية يمكن أن تحدد استناداً إلى العرف، انظر حكم غ ت ن، 3 تشرين الثاني 1953، ن م، III، رقم 341، سماد؛ اضف إلى ذلك حكم محكمة استئناف اميان، 26 شباط 1974، م ق ع، 1974، 1، 360.

(2) انظر حكم الغرفة المدنية، 17 كانون الأول 1879، دد، 1880، 1، 133، س، 1880، 1، 217.

(3) انظر في كون الانذار يجب أن ينتج مفاعيل الأجل المحدد في العقد ذاتها ويتيح اللجوء إلى المادة 1657 من القانون المدني، Troplong, De la vente، رقم 679، بالإضافة إلى إع، البيع، رقم 1403، حول النقاش.

(4) انظر M. Puech et R. Le Guidec، م إ م، المواد 1650 إلى 1653، موجبات الشاري، الكراسة Y، 1989.

(5) الأمر على هذا النحو بالنسبة إلى عقار قابل للتأخير، انظر حكم غ ع، 19 حزيران 1928، دد، 1928، 1، 144، س، 1828، 1، 311.

استفاد منها[1]. ومن الصحيح أن المادة 1614، بالتنسيق، تنص على أن «جميع الثمار تعود إلى مكتسب الملكية» من يوم تسليم الشيء.

والشاري ملزم أيضاً بالفوائد على الثمن عندما يتأخر ويكون قد تم انذاره بالدفع.

11438 ـ مصاريف البيع. تنص المادة 1593، اضافة إلى ما تقدم، على أن مصاريف عقود البيع والتوابع الاخرى هي على عاتق الشاري[2]: فيتوجب عليه، إذا كان البائع قد سلفها، تسديدها له. وإذا كانت من أجل امكانية ابرام العقد فعليه دفعها. والأمر على هذا النحو بالنسبة إلى اتعاب رجال القانون الذين يقدمون مساعدتهم في تحرير العقد.

وتسويغ الحل هو، بلا ريب، حتى إذا كانت هذه المصاريف يجب أن تقع على عاتق البائع، انه يحمل الشاري نتائجها بادخالها في الثمن، وأن هذا الشاري سيتحملها على أي وجه كان.

بيد أن القاعدة ليست آمرة، وأي نص يمكن ان يعتمده اصحاب العلاقة في سبيل توزيع هذه النفقات بينهم[3]. وهي، علاوة على ذلك، بدون مفعول تجاه الغير، ولاسيما الادارة الضريبية التي تستطيع ان تطلب حساب الرسوم التي يخضع لها العقد المبرم من هذا الفريق أو ذاك[4].

11439 ـ ب. شروط الدفع. المبدأ ان كل شيء يتم في الوقت عينه وفي المكان ذاته (المادة 1651 من ق م). إلا أن التغييرات عديدة في الحقيقة.

11440 ـ 1°. آونة الدفع. القاعدة، في حال عدم وجود اشتراط خاص، هي أن الشاري ليس ملزماً بدفع الثمن إلاّ اعتباراً من الآونة التي يجري فيها التسليم وكون الشيء قد وضع إذاً بتصرفه لكي يتسلمه. وكانت للمحاكم مناسبة الاعلان أن «ثمن البيع لا يصبح مستحق الاداء إلاّ ابتداءً من التسليم الذي تقع البرهنة عليه على المدعى»[5]. أنه

---

(1) يفترض ذلك أن يكون الشيء قد أصبح في الحيازة، انظر حكم الغرفة المدنية، 11 كانون الأول 1892، د د، 1893، 1، 558، الاستملاك.

(2) انظر D. Veaux، م إ د، المواد من 1591 إلى 1593، الثمن والمصاريف، 1990، رقم 106 وما يليه.

(3) وعليه فإن المادة 1593 لها طبيعة بديلة، انظر حكم الغرفة المدنية، 29 كانون الأول 1931، م ق ع، 1932، 433، بيع الماشية.

(4) يستطيع الكاتب العدل الذي حرر العقد أيضاً أن يطلب الدفع من البائع والشاري، انظر حكم الغرفة المدنية، 30 كانون الثاني 1889، س، 1889، 1، 433؛ والأمر على هذا النحو إذا تعلق الأمر بخدمة مؤداة لاحد الفريقين، انظر حكم محكمة استئناف Aix، 29 شباط 1876، منشورات Sirey، 1877، 115.

(5) انظر حكم غ م أ ن، 30 حزيران 1992، غير المنشور والمدرج في حوليات القانون لعام 1994، القانون المدني، الموجبات، 1994، صفحة 115، كتب، بيع مسافي.

مبدأ التزامنية. وموجبا التسليم والدفع مترابطان ومتلازمان ومتقابلان.

وغالباً ما يتفق الفريقان على النصوص. وهناك تفريق حسبما يجري الدفع نقداً أو بالائتمان (أو بالنسيئة).

ويدفع الثمن في البيع نقداً على الفور. والشيء المباع يكون في اغلب الاحيان قابلاً للتصرف ومسلّما في الحال. وينبغي، لتجنب المادة 1651 من القانون المدني، وضع بند صريح نراه احياناً مشترطاً: الدفع قبل التسليم. وثمة اقتراح بمنع هذا النوع من الحلول في العلاقات بين المهنيين والمستهلكيين.

ويستفيد الشاري، في البيع بالائتمان (أو بالنسيئة)، من مهلة للدفع، أي من أجل. ويكون الدفع احياناً بالنسبة إلى الاجزاء: على سبيل المثال النصف عند تقديم الطلبية والنصف الآخر عند التسلم.

وكانت العادة، في العلاقات بين التجار، منح مهل للدفع والنص على دفع ثمن السلع بعد ثلاثين يوماً في نهاية الشهر، أو بعد ثمانين يوماً... وجرى التشهير بسيئات هذا «الائتمان بين المؤسسات»، فصدر قانون 31 كانون الاول 1992 المتعلق بمهل الدفع بين المؤسسات الذي حدد هذا النوع من الممارسات[1].

وبامكان الشاري، مع ذلك، العدول عن المهلة لكي يقوم بدفع الثمن مسبقاً: يقترح عندئذ على البائع ان يدفع له قبل الاستحقاق مقابل تخفيض الثمن.

وهناك فرضية وسيطة هي فرضية البيع مع تأجيل التسليم. وغالباً ما يتم التقديمان في هذه الحالة كل منهما في أجل معين: التسليم في تاريخ مستقبلي ودفع الثمن يجب أن يحصل عند اجراء التسليم.

11441 ـ احتجاز الثمن. تجيز المادة 1653 من القانون المدني للشاري المهدد بدعوى عقارية أو بمطالبة الغير، ان يعلّق الدفع مع أنه يتوجب عليه. ويسمى هذا الاسلوب «احتجاز الثمن»[2].

---

(1) ينص القانون الذي أدخل فقرات جديدة في المادتين 31 و 33 من الأمر الاشتراعي بتاريخ أول كانون الأول 1986، بخاصة على أن «الفاتورة تذكر... التاريخ الذي يجب أن يتم فيه السداد»، وعلى أن «شروط السداد يجب أن تحدد الزامياً كيفيات الحساب والظروف التي تطبق فيها عقوبات عندما تكون المبالغ المتوجبة قد جرى سدادها بعد تاريخ الدفع الوارد في الفاتورة»؛ انظر اعمال حوار باريس، 15 آذار 1993، حول مهل الدفع، دفاتر قانون المؤسسات، 1993/ 3، صفحة 6وما يليها.

(2) انظر M. Puech et R. Le Guidec، م إ م، المواد 1650 إلى 1653، موجبات الشاري، الكراسة Y، 1989، رقم 65 وما يليه، وحول وضع مكتسب ملكية عقار مثقل بالرهن، الرقم 11543 اللاحق.
غير انه، إذا كان الشاري على علم بالوضع المالي للبائع وتعهد بسداد الثمن بين يدي دائني هذا البائع، يكون هذا الشاري قد عرف التهديد ولا يعود بإمكانه التمسك بالمادة 1653 من القانون المدني، انظر حكم غ م أ ن 27 كانون الثاني 1960، ن م، I، رقم 61.

إن في ذلك حماية مسبقة ضد نزع اليد[1]. ومجرد مخاطرة يكفي للعمل بهذه الحماية. واحد الاهداف ان يتجنب الشاري الدفع مرتين: مرة للبائع ومرة اخرى للدائنين، ذلك بأنه، طالما أنه لم يسدد الثمن، يمكن استعماله لارضاء هؤلاء الدائنين. والمادة 1653 تسري، مع ذلك، على أي نوع من التعرض، وليس فقط امام وجود دائنين مرتهنين.

إلاّ أنه يجب على الشاري ان يضع البائع في حالة وقف التعرض أو ان يقدم له كفيلاً، كما هو وارد صراحة في هذا النص، إذا كان يريد أن يكون الحق بالتمسك به لرفض تنفيذ الدفع[2].

11442 ـ 2°. مكان الدفع. الدفع، حسب المادة 1651 من القانون المدني، يجب ان يتم حيث يجري التسليم. وهذه القاعدة تشذ عن المبدأ الذي طرحته المادة 1245 التي يجب بمقتضاها ان يجري التنفيذ في منزل المدين، الشاري في الحالة هذه، وفي المادة العقارية تكون هناك احكام خاصة على وجه العموم، فيتم الدفع في مكتب الكاتب العدل الذي نظم العقد.

والتسليم، كما في مادة المنقول، يتم في اغلب الاحيان في مخازن البائع حيث توجد السلعة في آونة ابرام العقد، بحيث إن الدفع يبدو، في الحقيقة، حملياً portable وليس طلبياً quérable. ويستفيد البائع في هذه النقطة من حظوة القانون المدني.

وبالمقابل إذا كان البيع بالائتمان (أو بالنسيئة) لا تطبق القاعدة التي بموجبها يدفع الثمن في مكان التسليم[3]، فيستعيد القانون العام سلطته: يدفع الثمن، عدا وجود اشتراط مخالف، في منزل المدين.

11443 ـ 3°. اثبات الدفع. إذا كان من المقبول في القانون العام ان اثبات الدفع يتم بالوسائل جميعا[4] فإن الحل يطبق لسداد ثمن البيع.

ويمكن، فضلاً عن ذلك، التفكير في أنه يجب، في البيع نقداً، الأخذ في الحسبان كون الشيء قد سلم إلى الشاري: لأن ذلك يدعو إلى الاستنتاج أن البائع قد قبض الثمن. ومع هذا لا يقبل القضاة ذلك بصورة عامة: إنهم يعتبرون ان التلازم بين التسليم ودفع

---

(1) انظر حول الضمان ضد نزع اليد الرقم 11280 السابق وما يليه؛ ووجود مستأجرين من الباطن لا يشكل خطر نزع اليد، انظر حكم غ م ث ا ن، 30 كانون الثاني 1970، ن م، III، رقم 84.

(2) انظر حكم غ م ث ا ن، 26 أيار 1992، ن م، II، رقم 176، ف د، 1992، 1546، ملاحظة Vermelle، دعوى الابطال كصلة الغبن.

(3) انظر Planiol et Ripert، الباب X، تأليف Hémard، رقم 146.

(4) في هذا الاتجاه N. Catala, La nature juridique du Paiement، اطروحة في باريس 1961، الذي يأخذ بفكرة ان الدفع هو واقعة قانونية، بيد أن الحل موضع نقاش ويعتبره القسم الاكبر من الفقه عملا قانونياً، انظر حول الخلاف G. Ghestin, Gaubeaux et Fabre- Magnan, Traité de droit civil, introduction générale، 1994، رقم 662.

الثمن الوارد في المادة 1651 من القانون المدني لا يسوّغ قرينة كهذه[1]. بيد أن الفقه لصالح افتراض اتمام الدفع في فرضية كهذه[2].

ويتم السداد في البيع العقاري على وجه العموم عند تكرار العقد لدى الكاتب العدل. وإذا بيّن عمل الكتابة العدل أن الدفع جرى «تحت نظر الكاتب العدل» فإن لهذا البيان القوة الاثباتية للاعمال الموثقة. وليس الأمر كذلك عندما يجري بيان ان الدفع تم «خارج نظر الكاتب العدل».

11444 ـ ج. معاقبة التخلف عن الدفع. غالباً ما يسعى البائع، في حال تأخير الدفع، إلى إكراه شريكه في التعاقد على السداد، امام القضاء عند الحاجة. وقد يحصل الشاري من المحكمة على مهلة اضافية ضمن الشروط المحدد في المادة 1244 ـ 1 وما يليها من القانون المدني[3] وقد تكون للبائع مصلحة خاصة في متابعة هذه الطريق إذا كان ثمن الشيء ـ قيمة المال العقاري أو سعر السلعة ـ قد انخفض منذ ابرام العقد.

ويعطي البائع الضرر الذي اصابه بسبب التأخير في الدفع الحق في التعويض الذي تنص المادة 1153 من القانون المدني على أنه يرتفع جزافياً إلى الفوائد بالمعدل القانوني التي تسري اعتباراً من الإخطار بالدفع[4].

وفي أي حال، إذا لم يكن قد تسلم الشيء بعد، للبائع الحق في ممارسة الاحتجاز وبالتالي عدم التسليم طالما ليس هناك عرض بالارضاء[5]، شرط ان لا يكون ملزماً بمقتضى العقد بأن يكون هو الاول في تنفيذ موجبه[6]. ويمكن أن يبدو الضغط الممارس فعالاً إذا بقي عدم التنفيذ جذاباً بالنسبة إلى الشاري.

ويشكل التأخر في الدفع في الغالب التمهيد لعدم الدفع وحسب. وغالباً ما يكون

---

(1) في هذا الاتجاه انظر الحكم المدني، 15 تموز 1942، د، 1943، 104، فاصولياء؛ غ م أ ن، 21 آذار 1960 ن م، I، رقم 168، حيوانات.

(2) انظر Malaurie et Aynès، رقم 506.

(3) انظر في شأن المهلة الإضافية Issa- Sayegh، م إ م، المواد 1235 إلى 1238، الكراسة III، 1987، رقم 29 وما يليه؛ A. Sériaux, Réflexions sur les délais de grace، م ف ق م، 1993، رقم 789 وما يليه؛ Flour et Aubert، الباب 1، رقم 196 ورقم 421؛ Ghestin, Les effets du contrat، رقم 157؛ Malaurie et Aynès، رقم 1012؛ Marty et Raynaud، الباب 2، رقم 46 ورقم 53 وما يليه ورقم 203، Mazeaud, et Chabas، رقم 909 وما يليه؛ Sériaux، رقم 186؛ Starck، تأليف Roland et Boyer، الباب 2، الأرقام 1136 و1673 و 1698، الباب 3، رقم 165 وما يليه ورقم 722 وما يليه؛ Terré, Smiler et Lequette، الارقام 1013 و 1108 وما يليه و1229.

(4) المادة 1153، الفقرة 3، يرتكز الإخطار على انذار بالدفع، ويمكن أن يتخذ شكل رسالة عادية شرط أن يستفاد منها استفهام كافٍ، المواد 1139 و1140 و1146 إلى 1153 والفقرة 3، من ن م.

(5) انظر المادة 1612 من ق م والرقم 11459 اللاحق وما يليه.

(6) Escarra et Rault، تأليف Hémard، البيع التجاري، رقم 236؛ Ripert et Roblot، الباب 2 رقم 2541 ـ 1.

الاختيار، في حالة كهذه، هو الابسط، أي الفسخ[1]. ويجب، مبدئياً، أن يطلب إلى القاضي الحكم بالفسخ وفقاً للمادة 1184 من القانون المدني[2].

ويستوجب التحقق من عدم الدفع الذي يسوّغ الفسخ انذاراً مسبقاً للشاري[3]. بيد أن الادعاء أمام القضاء يعادل انذاراً كهذا[4].

11445 ـ الفسخ بسبب عدم الدفع. تنص المادة 1654 من القانون المدني صراحة على هذا الفسخ باعلانها أن «البائع، إذا لم يدفع الشاري الثمن، بامكانه طلب فسخ البيع». والقاعدة التي تبدو أنها مجرد استعادة للمادة 1184 هي موضوع انتقادات فقهية. وقد اعلنت المادة 1655 التي زادت على المبدأ، أن الفسخ يمكن الحكم به إذا كان البائع معرضاً لخطر خسارة الشيء والثمن وحسب[5].

وقد هاجم Troplong بشدة القاعدة التي تبناها القانون المدني معتبراً أنها تتناقض مع ثقة الناس بالدولة، لأنها تعتدي على أمن المقرضين: في الواقع يتعرض من يكونوا قد اتخذوا تأميناً، لضمان قرض، على المال العقاري للشاري، وهو مدينهم، أن يروا هذا الضمان قد زال، رجعياً، إذا قرر البائع اتباع فسخ العقد الذي ابرمه[6].

---

(1) وعليه بإمكان الشاري عرض دفع الثمن حتى بعد الادعاء أمام القضاء، انظر حكم محكمة استئناف باريس، 6 تموز 1954، د، 1954، 596؛ ولا يفترض أن البائع الذي يمتلك في الوقت عينه دعوى التنفيذ ودعوى الفسخ قد عدل عن الدعوى الثانية لأنه أقام الدعوى الأولى، حكم غ ت ن، 271 تشرين الأول 1953، د، 1954، مؤسسة تجارية، نقض لانتهاك المادة 1134 من ق م.

(2) تسير المادة 1134، الفقرة 3 من ق م أيضاً إلى أن المهلة يمكن أن تعطى للمدين، حسب الظروف، وكذلك المادة 1655، الفقرة 2، في ما يتعلق ببيع عقار.

(3) الحل منصوص عليه صراحة في المادة 1656 من ق م بالنسبة إلى بيع عقار، وهذا النص الذي يقضي بأن مكتسب الملكية، حتى في حال وجود بند الغاء بقوة القانون لعدم الدفع، بإمكانه أن يدفع بعد المهلة طالما أنه لم يتم انذاره بأخطار.

(4) تأكد الحل على أساس المادة 1146 من القانون المدني.

(5) انظر حكم غ م ث ا ن، 20 شباط 1973، ن م، III، رقم 147، عقار ومؤسسة تجارية، حكم قضى بأن القضاة هم اسياد في تقدير ما إذا كان ثمة مجال لاعطاء الشاري مهلة أو ما إذا كان من الملائم الحكم بالفسخ بسبب المخاطر التي يعرضها البائع.

(6) De la vente، رقم 621 وما يليه، حيث يبين المؤلف أن البائع، عندما يبيع الشيء بالائتمان، لا يستطيع استعادة الشيء عن طريق دعوى الفسخ ولا يمتلك أي دعوى شخصية ليحصل على الدفع، وأن القاعدة كان متمسكاً بها في بلدان القانون المكتوب: كما يبين أن القانون المدني كان من الواجب أن يستعيد الحل الذي أخذت به المجالس النيابية في بلدان القانون العرفي عندما مدت الى جميع العقود المسماة المبدأ الذي لم يأخذ به القانون الروماني إلاّ بالنسبة إلى العقود غير المسماة، أي الفسخ لعدم التنفيذ.
وعليه لم يكن هناك في القانون الروماني مبدأ عام للفسخ بسبب عدم تنفيذ العقود الملزمة للطرفين، هو حل مطبق على البيع بصورة خاصة في حالة عدم سداد الثمن من قبل الشاري، انظر، على سبيل المثال، F.Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, Droit civil, Les obligations، 1993، رقم 623، وهم يبينون أن البائع الذي يتم سداد الثمن المتوجب له ليس بإمكانه طلب استرداد الشيء وعليه متابعة تحصيل الثمن: لتلطيف هذه السيئة تم اللجوء إلى بند فاسخ في العقد، ثم نمت فكرة الفسخ لعدم التنفيذ بتأثير فقهاء الكنيسة.

غير أن هذه السيئة يلطفها إنشاء العلنية العقارية. وتعالج المسألة في أيامنا عن طريق المادة 2108 التي تقضي بأن دعوى الفسخ الواردة في المادة 1654، لا يمكن ان تقام عند عدم تسجيل امتياز البائع، أو بعد سقوط هذا الامتياز، للإضرار بالغير الذي اكتسب حقوقاً على العقار بفعل مكتسب الملكية[1].

يضاف إلى ذلك، في مادة بيع المؤسسة التجارية، أنه من المفروض الاحتفاظ بدعوى الفسخ في العقد لامكانية التمسك بها[2].

11446 ـ بيع السلع. يتيح الفسخ في بيع السلع للبائع استرجاع ملكية الشيء، وانطلاقاً من ذلك امكانية التصرف به. فإذا كان تاجراً فمن الطبيعي ان يسعى إلى تسويق هذه السلع من جديد لدى الغير. وعندما ينجح في ذلك يكون قد اصابه الضرر جزئياً في خسارته عن هذه الطريق، وفي وسعه طلب تعويض من الشاري بالنسبة إلى الفائض: الفرق بين الثمن الوارد في العقد والثمن الذي حصّله من مكتسب الملكية[3]، نفقات التخزين والتعب والعناية. . . .

ولا يتم، بصورة كافية، بالنسبة إلى المهني، بيان أنه من غير الملائم أن يكون الشخص مجبراً على التماس الفسخ من القضاء. ومن الأكثر حكمة، بخاصة في العلاقات بين التجار، قبول أن البائع، عند عدم دفع الثمن وبعد انذار بقي بدون مفعول، بامكانه بمبادرة منه وضع نهاية للعقد بحيث يتمكن من ان يجد نفسه بسرعة في حالة بيع الشيء ثانية من الغير[4].

والأأمن للبائع، في حالة قانوننا الوضعي، ان يرد في العقد صراحة الفسخ بقوة القانون في حال عدم سداد الثمن وصياغة البند لهذه الغاية بعناية. ويمكن ايضاً الاتفاق على مهلة محددة للسحب بحيث يجري التمسك بالفسخ بقوة القانون الوارد في المادة 1657 من القانون المدني[5].

---

(1) عندما يبرم البيع مقابل دفع دخل عمري يفرض صراحة الاحتفاظ بدعوى الفسخ لعدم التنفيذ في العقد في سبيل استبعاد المادة 1978 من القانون المدني، انظر الرقم 11548 اللاحق.

(2) انظر الرقم 11568 اللاحق.

(3) يوجد الحل أيضاً في اتفاقية ڤينا حول بيع السلع الدولي، انظر الرقم 11763.

(4) أنه الحل الذي اخذت به اتفاقية ڤينا حول بيع السلع الدولي، انظر الرقم 11762.

(5) انظر على سبيل المثال، في ما يتعلق بالمؤسسة التجارية التي يجب دفع ثمنها في اجزاء عديدة، وهو البند الذي قصده حكم غ ت ن، 27 تشرين الأول 1933، د، 1954، 201: «جرى اشتراط ما يلي: 1 ـ عند عدم الدفع في استحقاقه أجل واحد، وبعد شهر من الأمر بالدفع الذي بقي بدون نتيجة، يصبح الرصيد مستحقا فوراً حسب رغبة الدائن؛ 2 ـ عند عدم سداد هذا الرصيد يفسخ العقد بقوة القانون، إذا رغب الدائن في ذلك، بعد شهر من الأمر بالدفع الذي بقي بدون مفعول»؛ ومن المهم، تجاه بند كهذا، ان يبين البائع في انذاره بوضوح الخيار الذي اعتمده وبالتالي ان يبين ما يريد ملاحظته: دفع الثمن بكامله أو فسخ العقد.
وغالباً ما تجد بنود الفسخ بقوة القانون في بيع العقارات مقابل سداد دخل عمري نظراً إلى الأهمية التي يرتديها الدفع المنتظم في الآجال المستحقة للدائن بالدخل لكونه يحتاج إليها في عيشه.

11447 ـ البند الفاسخ. يتيح البند الفاسخ بقوة القانون للبائع غير المسدد له ثمن الشيء ان يفلت من ثقل القضاء لوضع نهاية للعقد. وهو مستخدم بكثرة في عقود البيع[1].

ثمة خيار متاح بين امكانيتين. يمكن ان يحوي العقد الفسخ بقوة القانون، في حال عدم السداد بعد مرور المهلة المحددة التالية أمر بالدفع (على سبيل المثال أسبوعان بعد انذار بقي بلا مفعول). وبامكانه ايضاً، وبصورة أكثر جذرية اشتراط ان الفسخ يتم بقوة القانون حسب رغبة الدائن في حال عدم السداد عند الاستحقاق، وبالتالي تجنب مرحلة الانذار كما تجيز ذلك المادة 1139 من القانون المدني[2].

وتحدد المادة 1656، في ما يختص ببيع العقار، كخطوة مكتسب الملكية، ان له الحق في ان يسدد الثمن حتى بعد الأجل، طالما أنه لم يتم انذاره بالسداد؛ بيد انها تضيف إن القاضي، عندما يوجه الانذار إلى الشاري، لا يستطيع أن يعطي الشاري مهلة. وهذا النص يشل إذاً القانون العام للمادة 1244 ـ 1.

---

(1) يكون المدين عندئذ قد جرى انذاره «ولا حاجة إلى عمل معين وذلك عن طريق استحقاق الأجل»، هذا ما يعلنه هذا النص.

(2) انظر حول هذه النقطة الرقم 11431 السابق.

نهاية عقد البيع

11448 ـ مدة البيع. تم تكريس الفصل IV من الباب VI المتعلق بالبيع لبطلانه وفسخه. وفي ذلك تنظيم لامكانية الشراء بعد البيع، أو حق استرداد المبيع وفاءً، وللإبطال لعلة الغبن.

ومن الواجب تفحص الإبطال لعلة الغبن في نطاق بيع العقارات طالما أنه خاص به[1]. وتعود امكانيات ابطال العقد، في شأن ما تبقى، إلى القانون العام. أما الفسخ فلا يطبق في حالة استرداد المبيع وحسب. إن سوء تنفيذ العقد يمكن ان يؤدي إليه.

ولا شيء يبين في القانون المدني كيف يسجل البيع خلال المدة. وهذا العقد ينعدم في اغلب الاحيان، في الواقع، فوراً: ما إن يُبرم حتى ينتهي. هكذا الأمر في شراء شطيرة (سندويش) أو ربطة عنق أو كتاب. غير أن العلاقات بين البائع والشاري قد تستمر، ولاسيما بسبب الضمانات التي تتوجب على الأول والتي يمكن ان يلجأ إليها الثاني.

ولفهم العقد عند نهايته ينبغي تفحص تنفيذه وضده أي الفسخ (القسم 1)، تم التطرق إلى التأمينات التي يمكن ان يحتاج الفريقان إليها في هذه المرحلة، وأخيراً التقادم الذي يشكل أي دعوى (القسم II).

القسم I
التنفيذ أو الفسخ

11449 ـ التقسيم. إذا كان ثمة طموح، على وجه العموم، إلى التنفيذ الطبيعي للعقد (الفقرة 1) فقد يتم فسخه الذي يمكن ان ينتج عن لعبة استرداد المبيع الخاصة جداً (الفقرة 2).

---

(1) انظر حول هذه النقطة الرقم 11552 اللاحق.

الفقرة الأولى 1 ـ التنفيذ الطبيعي

11450 ـ الفريقان وغيرهما. يفيد تنفيذ العقد الفريقان. وقد يجري احياناً التنازل عن العقد للغير.

11451 ـ أ. إرضاء الفريقين. يوفر البيع للفريقين الإرضاء المنتظر عندما ينفذ كل منهما موجباته وفقاً للعقد وفي المهل المحددة: فوراً أو في أجل محدد.

وغالباً ما تنضم تقديمات الصيانة، في ما يتعلق بمال التجهيز، إلى تنفيذ البيع والخدمة، بعد البيع، أي عقد الصيانة، تأتي بعد موجب الضمان، فيجري الانتقال عندئذ إلى سلطة عقد آخر، تأجير العمل المستقل أو عقد المقاولة[1].

وأحياناً يتم الحصول على الارضاء بالإكراه: بامكان البائع فرض الثمن، وفي وسع الشاري الطلب إلى القضاء تسليم الشيء، وقد اعطتهما المادة 1184 من القانون المدني هذا الحق[2].

11452 ـ ب. التنازل عن العقد. . على عكس العقود التي يتدرج تنفيذها في الزمان ومن السهل، بالنسبة إليها، فهم أن الغير يمكن أن يأتي بديلاً عن أحد الفريقين، من جهة أو من أخرى (ايجار، العارية أو القرض، تأجير العمل المستقل. . .)، لا يبدو أن البيع يفسح في المجال للتنازل. فالمفعول الفوري للعقد الذي يجعل الشاري مالكاً الشيء على الفور لا يتيح للوهلة الاولى تدخل تنازل جديد لصالح شخص ثالث في لعبة العقد.

على أن لهذا المبدأ استثناءات. بعضهما يتموضع في طرف العقد: التنازل عن العقد بالبيع ممكن مثلاً في المادة العقارية[3]، وتقرير الشراء عن الغير يمكن ان يجعل الغير مكان الشاري في اللحظة الاخيرة[4]. . . وبعضها الآخر يمكن أن يأخذ مكانه عند التنفيذ. والتنازل عن بيع عقار للبناء ممكن، لأن تحقيق ذلك يتطلب بعض الوقت، استناداً إلى المادة 1601 ـ 4 من القانون المدني[5]. والبيع المتعاقب في المادة التجارية يستوجب قبول التنازلات من الباطن[6]. . . .

---

(1) انظر الرقم 11234 السابق؛ انظر حول هذا العقد الرقم 32000 اللاحق وما يليه.

(2) انظر، في ما يتعلق بالبائع، الرقم 11439 السابق وما يليه؛ وفي ما يختص بالشاري الرقم 11260 السابق.

(3) انظر الرقم 11258 السابق وما يليه.

(4) انظر الرقم 11504 اللاحق.

(5) انظر O. Tournafond، ف د م، بيع عقار للبناء، 1994، رقم 126؛ انظر الرقم 32416 اللاحق.

(6) انظر الرقم 11578 اللاحق وما يليه.

يضاف إلى ذلك أن عقود التوزيع وإحدى خاصياتها المدة[1] هي احياناً منقولة بمناسبة تفرغ البائع بالمفرق عن مؤسسته التجارية[2].

الفقرة 2 ـ الفسخ واسترداد المبيع وفاء

11453 ـ أ. الفسخ لعدم التنفيذ. سوء تنفيذ العقد قابل لأن يؤدي إلى فسخ البيع مع أنه ينبغي، وفقاً للقانون العام للمادة 1184 من القانون المدني، أن يكون لعدم التنفيذ خطورة معينة لتسويغه. وقد ينسب إلى البائع ولاسيما إذا سلم شيئاً غير صالح للاستعمال المنشود، فتطبق عندئذ القواعد الخاصة بالضمان ضد العيوب الخفية[3]. وقد ينسب ذلك إلى الشاري وينتج عن عدم السداد بعد انذار لم يثمر[4].

وقد يكون سبب عدم التنفيذ قوة قاهرة. والأمر كذلك، مثلاً، في حالة خسارة الشيء المباع الحاصلة بين ابرام العقد والآونة التي يجب أن يجري التسليم فيها[5]. وتطبق نظرية التبعات التي تقضي بأن يتحمل الشاري العبء مبدئياً باعتباره أصبح مالكاً بمفعول العقد. على أنه يجب أيضاً أن يكون الشيء قد تم تفريده. ولا يتوجب أي عطل وضرر في حالة كهذه.

وتسليم الشيء، في ما يتعلق بعقود التنفيذ القومي، في حالته، ويفرطه الفسخ، هو أقل صعوبة مما هي الحال في عقد التنفيذ المتعاقب. فيعيد البائع الثمن ويرد الشاري الشيء. وقد تشل الفسخ استحالة اعادة الشيء[6].

يضاف إلى ذلك أنه من الملائم الأخذ في الحسبان بعض العوامل: تلف الشيء المنسوب إلى خطأ مكتسب الملكية يجبره على التعويض على شريكه في

---

(1) بيع شيء لا يحوي تنازلا عن عقود التموين الضرورية لاستخدام الشيء، انظر على سبيل المثال حكم الغرفة المدنية، 3 أيلول 1940، م إ د، 1940، II، 1557، تعليق E. Becqué، عقد ابرم مع جار مالك مطحنة وبمقتضاه تعهد هذا الجار باعطائه كمية معينة من ماء نهر يملكه لإدارة المطحنة، وهو عقد لم يتم التنازل عنه لمكتسب الملكية.

(2) انظر الرقم 11563 اللاحق وما يليه.

(3) انظر الرقم 11296 السابق وما يليه؛ قارن، في المدخل، أ، مع دعوى البطلان، وب، التنازع مع قواعد المطابقة.

(4) وعليه يكون هذا الانذار، مبدئياً، ضرورياً، انظر الرقم 11439 السابق وما يليه؛ اضف إلى ذلك المادة 1656 من ق. م. في صدد بيع العقارات؛ في ما يتعلق، بالمقابل، بعدم السحب وإذا نص العقد على مهلة محددة للجوء إلى ذلك فبإمكان البائع التمسك بالفسخ بقوة القانون استناداً إلى المادة 1657 بدون إخطار مسبق في حال عدم التنفيذ.

(5) إن الخسارة الحاصلة سابقاً تمنع تكوين العقد، انظر المادة 1601 من القانون المدني؛ انظر الرقم 11183 السابق.

(6) انظر الرقم 11354 السابق وما يليه.

التعاقد[1]؛ ومجرد استهلاك المال الذي استعمله الشاري لفترة طويلة قبل الحصول على الفسخ يمكن، احتمالياً، وضعه على عاتقه[2]. بيد أنه قد يكون ثمة اغراء، في الاستدلال على هذا النحو، في التفكير في أنه ينبغي اعتبار تصرف البائع بالثمن المدفوع حتى الحكم بالفسخ لصالحه.

وقد يؤدي فسخ البيع، بطريقة غير مباشرة، فسخ عقد آخر مرتبط به: عقد قرض معطى لاكتساب الملكية المنازع فيها في ما يتعلق باعتماد للمنقول المعد للاستهلاك (المادة 311 ـ 21 .L) من قانون الاستهلاك[3]، عقد بيع في صورة ايجار في صدد حال تجهيز[4].

11454 ـ ب. البيع مع حق الاسترداد. من المقبول أن يتفق البائع والشاري، عند ابرام العقد، على أن يكون بإمكان البائع استرداد ملكية المال المباع مقابل رد الثمن. ويقال عندئذ إن الأمر يتعلق بامكانية الشراء بعد البيع، ولكن البائع، بمفعول شرط فاسخ[5]، يرى وضعه أصيلاً لأن العملية السابقة قد امحّت. وقد كرس القانون المدني، حسب التقليد، امكانية الاسترداد ووضعها كبند بمقتضاه «يحتفظ البائع باسترداد الشيء المباع مقابل رد الثمن الاصلي وسداد... المصاريف واكلاف البيع»[6]؛ وهو يحدد أيضاً أن عليه التعويض على البائع عن الاصلاحات الضرورية وعما زاد في قيمة المال (المواد 1659 إلى 1673).

ويمكن ادخال البند في أي بيع عقاري أو بيع منقول، غير أن ما نجده فعلاً هو ما يتعلق بالبيع العقاري.

11455 ـ 1°. التسويغ. حق استرداد المال المباع له جذور بعيدة جداً[7]. وكان في المجتمعات القديمة بعض التردد في كون نقل وملكية أرض ينتج مفاعيل نهائية. فإذا حصل البيع فذلك بسبب الحاجة إلى المال عموماً وقد ينعكس هذا الوضع بحيث كان من

---

(1) يظهر الشاري، بفعل تلاشي العقد، كحائز شيء يخص الغير، ملزماً بتأمين حفظه استناداً إلى المادة 1137 من القانون المدني.

(2) انظر حكم غ م أ ن، 4 تشرين الاول 1988، ن م I، رقم 274، مركبة تبين انها سرقت بعد استعمالها خلال سنتين، انخفاض قيمتها بفعل استعمالها، نقض الحكم الذي لم يأخذ بالبرهان.

(3) انظر الرقم 22506 اللاحق.

(4) انظر على وجه الخصوص حكم الغرفة المختلطة، 23 تشرين الثاني 1990، م إ د، 1991، الطبعة E، تعليق D.Legeais. اضف إلى ذلك الرقم 23003 وما يليه.

(5) عن اللاتينية redimere اشترى بعد البيع؛ انظر Planiol et Ripert، الباب X، تأليف Hamel، رقم 187 وما يليه؛ Cl. Witz، م إ م، المواد 1659 إلى 1673، البيع مع حق الاسترداد، 1993.

(6) انظر إ ع، البيع، رقم 1438.

(7) انظر إ ع، البيع، رقم 5 وما يليه.

الحكمة أن يتاح لمن باع ارثه أن يستعيده برد الثمن[1]. والبائع، في ظل القوانين الموسوية، يحتفظ بحق شراء الارض بعد البيع المتفرغ عنها حتى السنة اليوبيلية القادمة[2]. ويعترف القانون الروماني بهذا الاجراء في ظل النظام القديم. وله، اضافة إلى الفوائد التي تتمثل فيه كأداة ائتمان، منفعة خاصة في كونه يقلب، عند الحاجة، حظر القرض إلى فائدة[3].

وقد استعاد القانون المدني التقليد حول هذه النقطة[4]، ولكنه لا يقبل حق الاسترداد، لأنه يخلق عقبة امام حرية انتقال الاموال، إلاّ بتحفظ، ويقلص الزمن الذي يمكن معه ممارسة حق الشراء بعد البيع: جعل المهلة خمس سنوات وهي تسري بقوة القانون[5].

11456 ـ تساؤلات. في وجود امكانية الشراء بعد البيع في القانون المدني ما يدعو إلى الدهشة على أكثر من صعيد. فهذا الحق هو ضد عدة مبادىء بصورة مباشرة، تحظير الشروط الارادية الوارد في المادة 1174 في أول الأمر، ذلك بأن البائع، استناداً إلى امكانية الشراء بعد البيع، يتمتع بالامكانية الاستنسابية في العودة إلى العقد المبرم لاستعادة الشيء بشرط واحد هو رد الثمن والمصاريف. عمليات صورية او تكاد تكون كذلك.

ويبدو البيع مع حق الاسترداد، من جهة ثانية، قريباً من العارية، وقد جرى استعماله، علاوة على ذلك، للحصول على ائتمان على اساس تسليم شيء قابل للاسترداد[6]. وهذا التسليم ينافس الرهن العقاري أو رهن الثابت والمنقول. وهذا

---

(1) انظر Lévitique، الفصل 25، الآيات 23 وما يليها، قال اللّه: «23. الارض أيضاً لا تباع بصورة أبدية لأنها لي وانت بالنسبة إليها كالغرباء الذين اؤجرهم إياها، ـ 24. ولذلك يباع العقار الذي تملكه مع امكانية الشراء بعد البيع دائماً»؛ إع، البيع، رقم 5: «تحت سلطة القوانين الموسوية لا ينقل بيع الاراضي إلى الشاري حقاً نهائياً غير قابل للرجوع عنه. كان للبائع دائماً الحق في شرائه بعد البيع، فإذا لم يفعل ذلك فالبيع يحتفظ بمفاعليه وإنما فقط حتى السنة اليوبيلية (كل خمسين سنة)... وعليه يتلاشى جميع المبيعات الجارية في السنة اليوبيلية السابقة وتعود الملكية إلى سيدها القديم».

(2) تعود السنة اليوبيلية كل خمسين سنة، انظر إع، البيع، رقم 5.

(3) انظر الرقم 23501 اللاحق، في المدخل ولاسيما الإسناد إلى ما بسطه Troplong.

(4) انظر Portalis، أمام الهيئة التشريعية: «كان من المسموح به دائماً اشتراط امكانية الشراء بعد البيع في البيع... واعتقدنا، حسب الاجتهاد القديم، وجوب جواز الشراء بعد البيع»، إع، oV، البيع، رقم 27، صفحة 41.

(5) كان ينبغي، في السابق، عندما ينص العقد على مهلة، أن يتم اثبات سقوط حق ممارسة الاسترداد أمام القضاء، وهذا الحق، في غياب مهلة خاصة، يمتد إلى ثلاثين سنة، انظر إع، البيع، رقم 27.

(6) البيع مع حق الاسترداد، والحق يقال، يثير عدة مقارنات: ـ مع الايجار إذا جرى الاسترداد بثمن ادنى من ثمن البيع (يناظر الفرق بدل ايجار يدفعه الشاري المستأجر) ـ ومع عارية الاستعمال إذا كان الثمنان متساويين (مستعمل الشيء لا يدفع شيئاً ولكنه يستطيع استعماله) ـ ومع قرض عملة بفائدة إذا كان ثمن الشراء بعد البيع أعلى من ثمن البيع (يدفع المقترض بدل ايجار عن العملة التي وضعت بتصرفه).

الاسلوب فظ ذلك بأنه لا يتيح التغيير حسب الحاجة: يرهن المالك ماله كله دفعة واحدة من أجل قرض واحد.

ويبرز دائماً في هذا الصدد تحظير آخر: تحظير المادة 2078 التي توجب بطلان البند الذي بمقتضاه يحتفظ دائن مرتهن لنفسه بحق التصرف بالمال المسلم كما يتصرف بشيء يخصه في حال عدم سداد المدين، وذلك تدبير يسمى شرط تملك المال المرتهن عند عدم الوفاء أو عقد قرض في صيغة بيع وفاء. وسبب وجود القاعدة حماية المقترض[1].

وكان على المحاكم إذاً التفريق بين البيع مع حق استرداد المبيع المشترط على وجه صحيح والبيع الذي يخفي عقد قرض في صيغة بيع وفاء محظَّر. وهكذا يكون البيع مع حق الاسترداد باطلاً لاحتوائه عقداً كهذا عندما يتفق عليه في بيع بثمن بخس ويترافق مع اعادة التأجير أو التأجير من الباطن للبائع[2].

وذلك بدون احتساب عقبة محتملة بأن الاعتماد المفتوح على هذا النحو قد يخفي معدلاً ربوياً. وجميع المعالجات اخيراً هي ممكنة عند وجود مقترض في ضيق شديد. ويمكن اشتراط ثمن شراء متواضع يتيح للمقرض عدم تقديم الكثير من المال في حين أن الرهن يتناول مالاً قيمته أكبر بكثير. ويمكن الاتفاق بصورة خاصة على أن البائع لا يستطيع الشراء بعد البيع إلاّ بثمن أعلى من الثمن المدفوع في الاساس من قبل مقرض الاموال لاكتساب الملكية: في وسع المقرض غير المرتاح لاستعمال المال خلال مدة القرض أن يتلقى عند نهايتها مبلغاً أعلى بكثير من المبلغ المتعهد به[3].

11457 ـ التطبيقات الجديدة. في حين أن البيع مع حق الاسترداد معزول في النطاق العقاري، وقد سقط في العفاء فإن للاسلوب ربح فائدة من جديد مع التطبيقات التي تناولته في النطاق المصفقي (أي المتعلق بالبورصة) بالنسبة إلى عمليات تتعلق بالقيم المنقولة. وقد انتشر بيع السندات مع حق الاسترداد في الثمانينات[4]. وكان الاستعمال

---

(1) Ph. Simler et Ph.. Debecque, Les sûretés, la publicité foncière، 1989، رقم 451، عندما يسمح العقد للدائن ببيع الشيء، بدون مراعاة المعاملات القانونية، يجري الكلام على «بند الطريق الممهدة».

(2) محكمة ليون، 27 آب 1841، انظر إ ع، البيع رقم 1444.

(3) وبذلك يعتبر اشتراط ثمن اعادة شراء بعد البيع أعلى من ثمن البيع ـ كما اشتراط ثمن أدنى ـ صحيحاً، انظر Pothier, Du contrat de vente، رقم 413 وما يليه، إ ع، V، البيع، رقم 1446 ورقم 1530؛ حكم محكمة استئناف باريس، 9 آذار 1908، إ ع، المذكور سابقاً، رقم 1446؛ حكم الغرفة المدنية، 13 تموز 1893، د د، 1893، 1، 228؛ وعلى نقيض ذلك، Troplong, De la vente، رقم 696، استناداً إلى واقع كون الاتفاقية يكشف دائماً، في حالة كهذه، قرضاً ربوياً.

(4) Heinrich, La vente à réméré d'obligations، م إ د، الطبعة CI، 1984، II، 14282؛ A.Perrot, La vente à réméré de valeurs mobilières، م ف ق ت، 1993، 1؛ F.Auckenthaler، م إ ت المصرف والاعتماد، الكراسة 2122، 1993، البيع مع حق الاسترداد؛ Ghestin et Desché، رقم 570.

لغايات القرض المعزز برهن السندات، وعلى وجه الخصوص كوسيلة اعادة التمويل من قبل شركات مؤسسات ائتمان[1]، وبصورة عامة بكونه «نمط تفرغ موقت عن السندات» (على غرار الممارسة الاميركية لما يسمى Repurchase agriments اتفاقيات الشراء بعد البيع)[2]. كما أنه يتم استخدامه لتحقيق عمليات نقل الاسهم[3]. بيد أنه، في أغلب الاحيان، وعملياً، من المتفق عليه أن من واجب المستفيد من الاسترداد بعد البيع القيام بالشراء بعد البيع بحيث ان هذا الحق يفقد طابع مجرد امكانية[4].

واستخدام هذا الاسلوب الصنعي في ذاته إلى حد ما، فضلاً عن ذلك، في الشروط الخاصة بتشويهه، يوحي بتحفظات. وقد تدخل المشترع في عام 1993 لإخفاء الشرعية على النفقة على اساس السندات تحت تسمية «النفقة المسلمة» مما يفسر نجاح هذه الصيغة الجديدة[5].

11458 ـ 2°. العمل. إمكانية الشراء بعد البيع يجب أن تكون مشترطة في العقد ليتاح للبائع ان يغدو مالك الشيء من جديد ورجعياً. ولا يمكن ان تكون بعد فوات الأوان بدون أن تخسر طابعها الخاص. وفي ما يتعلق بالمال المنقول يجب ان تكون موضوع علنية لكي يكون لها مفعولها التام، وبالتالي ان تكون محتجاً بها ضد الغير (المادة 1673). وقد فرض القانون عدة شروط لممارسة هذه الامكانية.

ويجب أن يتم الشراء بعد البيع في مهلة خمس سنوات بعد البيع (المادة1660) وهو شرط لا بد منه ويستحيل على القاضي الشذوذ عنه (1661). ويسري، فضلاً عن ذلك، على أي شخص حتى على القاصرين (1663). وبانقضاء هذه المهلة يصبح الشاري مالكا بشكل نهائي (1662). وهاجس المشترع في تحديد الاعتداء على حرية انتقال الاموال مفهوم.

والفريقان حران في الاتفاق على مهلة أقصر. وإذا اتفقا، بالمقابل، على شراء بعد البيع لاحق لانقضاء هذه المهلة ولا يكون الأمر متعلقاً بشراء بعد البيع يتم رجعياً وإنما ببيع جديد باتجاه معاكس.

---

(1) Mémento Immobilier, Fr. Lefebre، رقم 2851.

(2) Cl. Witz، م إ م، المواد 1659 إلى 1673، ويتم اللجوء ايضاً إلى قروض سندات ويتيح ذلك سد حاجات الهيئات الجماعية للتوظيف في قيم منقولة (OPCVM)، انظر Y. Guyon، مصنف الاجتهاد، المصرف والائتمان، الكراسة 2125، القرض والسندات، 1991.

(3) انظر م إ م المواد 1659 إلى 1673 رقم 47؛ Ripert et Boulanger، رقم 2476 ـ 1.

(4) A. Perrot, La vente à réméré de valeurs mobilières، م ف ق ت، 1993، I؛ اضف إلى ذلك J.- L. Siguret et A. Ferri, Le réméré, une technique contestable?, Banque، 1991، 385.

(5) انظر Ph. Badenaye, L'essor de la pension livrée، مجلة المصارف، 1991، 745.

وقيام البائع بالتفرغ عن الشيء لا يمنع، مبدئياً، الاقدام على الشراء بعد البيع ضد مكتسب الملكية الثاني (المادة1664)[1]. وينص القانون المدني، فضلاً عن ذلك، على أن الاسترداد بعد البيع يسقط الحقوق التي كوّنها الشاري على المال: يسترد البائع المال «معفى من جميع الاعباء والرهونات التي اثقل الشاري المال بها» (المادة1673)[2]. ولا يطبق ذلك، في الواقع، على الاموال المنقولة المادية التي تحمي المادة 2279 بالنسبة إليها الحائز حسن النية ضد أي مطالبة.

وعلى البائع ان يعيد إلى الشاري الثمن المستوفى وسداد مصاريف البيع له والتعويض عليه عن التصليحات الضرورية التي زادت من قيمة المال؛ ولا يمكن أن يحوز الشيء بدون القيام بذلك (1673).

وللشاري، قبل إعمال الشرط الفاسخ، وبمفعول الشراء بعد البيع، باعتبار الشرط معلقاً، ممارسة الحقوق جميعاً على الشيء (1665).

ومن المقبول، بالنسبة إلى ما تبقى، أنه ليس للعبة الاسترداد بعد البيع مفعول القيام بنقل جديد[3]. غير أن اعادة الحقوق التي آلت إلى الشاري عند النقل الأول ليس ممكناً[4]. والعدول بعوض عن الحق في الاسترداد بعد البيع يعتبر، ضريبياً، كتكملة للبيع[5].

القسم II
الضمانات والتقادم (مرور الزمن)

11459 ـ ضمانات الدفع. أن يقين الشاري بالنسبة إلى نوعية الشيء مفيد. وما يهم البائع تأمين دفع الثمن. ويستفيد الشاري، في قانون البيع، من موجبات الضمان ولاسيما ضد العيوب الخفية، أي من مسؤولية بقوة القانون. وقد نمت الضمانات لصالح البائع.

وليس البائع منسياً في قانون الضمانات: لبائع العقار امتياز لسداد الثمن يجب ان يسجل خلال شهرين من العقد لكي يمكن التمسك به (المادة 2013 ـ 1° والمادة 2018

---

(1) يضيف النص ان الأمر على هذا النحو «عندما يكون استرداد المبيع نفسه لم يتم الاتفاق عليه في العقد الثاني».

(2) بيد أن البائع ملزم بالايجارات التي وافق عليها بدون غش في المال، هذا ما تنص عليه المادة 1673 صراحة.
وتحوي المواد 1666 إلى 1672 احكاماً تقنية بدرجة كبيرة تطال على وجه الخصوص حالة التفرغ من المال من قبل بائعين متعددين.

(3) انظر حكم غ م ث ا ن، 31 كانون الثاني 1984، III، رقم 21.

(4) Mémonto Immobilier, Lefebvre، 1994 ـ 95، رقم 2865.

(5) Mémonto Immobolier, Lefebvre، 1994 ـ 95، رقم 2867.

من القانون المدني)[1]، وقد منح بائع المؤسسة التجارية امتياز على المال المتفرغ عنه (المادتان الاولى والثانية من قانون عام 1909 المتعلق بالمؤسسة التجارية)[2]؛ ويتمتع بائع مال منقول بامتياز خاص على هذا المال عندما يبقى في حيازة الشاري (المادة 2012 ـ 4°، الفقرة 1 من القانون المدني)[3]. تضاف إلى ذلك احكام خاصة بالسفن[4] والمراكب الجوية[5].

11460 ـ الاحتفاظ بالملكية. الاحتجاز. يضاف إلى ما تقدم أن البائع، عندما يأخذ على عاتقه مجازفة عدم طلب تسديد الثمن سلفاً إلى الشاري، بامكانه أيضاً الاحتفاظ بالملكية حتى سداد الثمن كاملاً بادخال بند في العقد بهذا المعنى[6]، فيستفيد عندئذ، مجاناً، من ملكية الشيء المباع المجمدة موقتاً.

ويترافق هذا الامتياز مع حق المطالبة الوارد في المادة 2102 ـ 4°، الفقرة 2، من القانون المدني الذي يوفر البائع الذي لم يستوف الثمن امكانية استعادة الشيء المباع من يدي الشاري خلال ثمانية ايام من التسلم[7]. ويمكن ان يمارس هذا الامتياز عندما يكون الشاري في حالة تقويم أو تصفية قضائيين طالما أن السلع ما زالت موجودة في مخازن البائع[8].

والبائع، فضلاً عن ذلك، في وسعه احتجاز الشيء المعدّ للتسلم، بطريقة محسوسة جداً، إذا لم يعرض الشاري أن يسدد ثمنه (المادة 1612 من القانون المدني)[9]. وذلك يستوجب أن يكون الشيء ما زال في حوزته. هناك في هذا الاحتجاز تطبيق لنظرية الدفع بعدم التنفيذ.

---

(1) انظر الرقم 11559 اللاحق.

(2) انظر الرقم 11570 اللاحق.

(3) وعليه لا يتيح الامتياز، عندما يكتسب ملكية المال شخص ثالث، حجز هذا المال بين يدي مكتسب الملكية الثاني هذا، في حين ان هذا الأخير، عندما يجري الشراء، كان على علم بأن قسماً من الثمن ما زال غير مدفوع، انظر حكم الغرفة المدنية، 18 شباط 1894؛ م إ د، 1894، I، 413.

(4) المادة 31 وما يليها من قانون 3 كانون الثاني 1967 حول نظام السفن.

(5) المادة L.14-122 وما يليها من قانون الطيران المدني.

(6) انظر الرقم 11213 السابق.

(7) بيد أن هذا الحق، في حالة التقويم أو التصفية القضائيين، تتعذر ممارسته عندما تصل السلع إلى مخازن الشاري (المادة 60 من قانون 13 تموز 1967).

(8) المادة 118 من قانون 25 كانون الثاني 1985 المتعلق بالتقويم والتصفية القضائيين.

(9) وحول حق البائع الذي لم يدفع له الشاري في احتجاز مستندات مركبة وعدم تلبية طلب مكتسب الملكية الثاني الذي سدد الثمن المطلوب منه، انظر حكم غ ت ن، 14 نيسان 1992، ن م، IV، رقم 164.
انظر أيضاً المادة 1613 من ق م التي تنقل الحق نفسه إلى البائع عندما يكون الشاري موضوع إجراء جماعي، مما «يخلق خطراً مداهماً بخسارة الثمن».

11461 ـ التقادم (مرور الزمن). يثير البيع، كقاعدة عامة، نوعين من التقادم منصوص عليهما في القانون العام لثلاثين سنة أو لعشر سنوات اعتباراً من العقد حسبما يكون الأمر متعلقاً بمادة مدنية (المادة 2262 من القانون المدني) أو مختصاً بالعلاقات مع تاجر أو بين التجار (المادة 189 مكرر من قانون التجارة).

ثمة انواع خاصة من التقادم قد تقوم بدورها. ان البيع نادراً ما يطبق عليه البند العام للمادة 2277، الفقرة 6، من القانون المدني، التي تنص على أن كل ما يستحق الأداء كل سنة أو في آحال دورية أقصر يمر الزمن عليه بعد خمس سنوات: ربما ما عدا ما يتعلق بالتوريد المكتتب به عن طريق الاشتراك، الغاز والكهرباء مثلاً[1] والمنتجات الضرورية لآلة ما في عقد الصيانة[2] والصحيفة اليومية. . . .

وتطبق عليه، بالمقابل، المادة 2272، الفقرة 4، وبمقتضاها «يمر الزمن على دعوى التجار بالنسبة إلى البضائع التي يبيعونها من الافراد غير التجار، بعد سنتين»[3]، مما يفترض أن البيع جرى لأحد الافراد وليس لمهني[4]. بيد أن التقادم القصير الوارد في هذا النص يتوقف دوره إذا كان المدين، بشكل أو بآخر، يعترف بوجود العقد وبالتالي بوجود الدين غير المسدد، لأن هذه المهلة القصيرة مبنية على قرينة الدفع[5]، أو كذلك إذا اكتفى بالمنازعة في هذا الدين ولم يدّع بتسديد ما يتوجب عليه[6]. وبما أن قرينة الدفع هذه تسوّغ بالديون التي لم تكن تتمثل حسب العرف في سند، فإن النص يستبعد أيضاً عند

---

(1) حكم غ م أ ن، 29 نيسان 1981، م إ د، 1982، II، 19730، تعليق P. Courbe.

(2) توريد هذه المنتجات، ولاسيما الديون المرتبطة بفوترته، تطبق عليه المادة 2277 من القانون المدني شريطة أن يبدو مهيمناً في الاشتراك المكتسب به وذلك ليس نادراً (جهاز التصوير البرقي مثلاً) أو أن يكون بالإمكان التفريق في العقد بين ما له سمة التموين بالمنتجات (بيع) وما يعود إلى صيانة التجهيز (خدمة).

(3) ترتكز القاعدة على قرينة الدفع.

(4) يفسر الاجتهاد تعبير تاجر بأنه كل مهني وليس التجار وحسب، انظر حكم الغرفة المدنية الاولى، 5 شباط 1991، م ق ع، 1991، 2، 626، تعليق Lachaud، منتجات للزراعة.
وينبغي، من جهة المورّد، ان يتعلق الأمر ببائع والنص لا يطبق مثلا على مقاول يسلم توريداً بصورة عرضية، انظر حكم الغرفة المدنية الأولى، 16 تموز 1968، د، 1968، 610، تصليح محرك كهربائي؛ حكم الغرفة المدنية الأولى، 28 آذار 1977، م ق ع، 1977، 2، 498، اشغال ميكانيك.

(5) انظر كمثال حكم غ م أ ن، 21 حزيران 1989، ن م، I، رقم 251، مطبعة حجرية يدعي الشاري ردها إلى البائع.

(6) حكم غ م أ ن، 8 كانون الثاني 1991، ن م، I، رقم 13، المجلة الفصلية للقانون المدني، 1991، 745، ملاحظة J. Mestre، تكملة فاتورة كهرباء جهزتها كهرباء فرنسا إلى إحدى نقابات الشركاء في الملكية بسبب خطأ في التعداد، رفض النقابة الدفع على اساس الحجة بأن المبلغ غير متوجب: بيّن القضاة أن عدم الدفع كان معترفاً به بذاته.

وجود عقد يظهر اعتراف المدين بالدين[1].

ويمر الزمن، بموجب المادة 433 من قانون التجارة الواردة في الكتاب III من القانون المتعلق بالتجارة البحرية، على الديون الناشئة عن الغذاء المقدم للملاحين وعن توريد المعدات والأشياء الاخرى الضرورية لبناء السفينة وتموينها وتجهيزها وكذلك الاعمال المنجزة، بعد مدة سنة[2].

وتوجد، فضلاً عن ذلك، مهل خاصة: مهلة الضمان القصيرة ضد العيوب الخفية (المادة 1648 من القانون المدني)، تقادم لمدة سنة للتمسك بعيب في بيع السفينة (المادة 1967)[3].

---

(1) انظر حكم غ م أ ن، 15 كانون الثاني 1991، م إ د، 1992، II، 21863، تعليق Rusquec، م ف ق م، 1991، 746، م J.Mestre، العقود والتوزيع والاستهلاك، 1991، رقم 75، L. Leveneur، ادعاء بدفع رصيد ثمن سيارة، الطلبية وقعها مكتسب الملكية، المادة 2271، الفقرة 4، مستبعدة: يستهدف التقادم القصير المدة الواردة في المادة 2271 وما يليها «الديون التي، وفقاً للصرف، لا يتم اثباتها بسند».

(2) المهلة القصيرة اعتباراً من تسليم التوريدات وتسلم الاشغال؛ وعليه فإن هذا التقادم ليس مبنياً على قرينة الدفع، انظر حكم غ ت ن، 26 أيار 1987، م ق ع، 1987، 2، بانوراما، 181؛ وفي شأن استبعاد هذا النص في ما يتعلق ببناء السفن المعتبر أنه يشكل بيعاً مؤجل التسليم، انظر حكم غ ت ن، 9 نيسان 1991، ن م، IV، رقم 126.

(3) قانون 3 كانون الثاني 1967 المتعلق ببناء السفن، المادة 8.