

المطوّل في القانون المدني

للمزيد من الحصريّات زوروا 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 الثاني

القسم الأول



المطوّل في القانون المدني

العقود الرئيسية الخاصة

المجلد الثاني

المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع



مجد المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع

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

تلفون 791123 (01) — تليفاكس 791124 (01) بيروت — لبنان

بريد الكتروني majdpub@terra.net.lb

ISBN 9953 - 427 - 36- 4

الفصل II

الإيجارات في المادة التجارية

21537 - عقدان وتباين. تستدعي الإيجارات التجارية، كإيجارات السكن، استقراراً معيناً: يحتاج التجار إلى هذا الاستقرار لتنمية نشاطهم وتبلور الزبن حولهم⁽¹⁾. وقد لبّت السلطات العامة حاجتهم: العقد التجاري عقد منظم وعلى وجه الخصوص مدته. ويتيح ذلك للمستأجر جني ثمار المؤسسة التجارية التي يؤسسها ونمو نشاطه مع أمان كبير. ورافق هذا النظام مع رقابة بدلات الإيجار.

إن إجارة إدارة المؤسسة التجارية عقد آخر يستخدمه التجار، وهو يرتكز على إناطة استثمار المؤسسة بشخص يأخذ على عاتقه، لفترة معينة، إدارتها، ولا يتناول، بخلاف الإيجار التجاري، أمكنة وموضوعه ليس عقارياً: موضوعه المؤسسة التجارية وبالتالي منقول غير مادي. ومن يعقد إجارة الإدارة يأمل، أو يحتاج، أن تكون القضية بين يدي الغير الذي يتولى ممارسة نشاط تجاري مع أنه لا يحوز مؤسسة خاصة به.

إلا أنه لا ينظر إلى هذه العملية الأخيرة بعين الرضا فهناك التباين بين نظام الإيجارات التجارية حيث الأمان الكبير للمستأجر ونظام إجارة إدارة مؤسسة تجارية حيث ليس هناك، وهكذا أقل ما يمكن قوله، شيء من حظوة مدة العقد وبالتالي أمان التاجر، وهذا الفارق الملموس تماماً بين العقدین يثير، فضلاً عن ذلك، صعوبات الحد⁽²⁾.

إن النصين، لأسباب متشعبة، هما من الانتظام العام: نظام الإيجارات، لأنه يجب أن يؤمن حماية المستأجر كما أن البنود المعاكسة يقتضي أن لا تفشله من جهة أولى، ونظام إجارة الإدارة، من جهة ثانية، ينبغي أن لا تشوه الشروط التي فرضها المشتري ويجب صون مصالح الغير.

(1) انظر مع ذلك Y.Guyon، رقم 5 حول الفارق مع إيجارات السكن.

(2) طرحت المسألة، على وجه الخصوص، في صدد مستثمري محطات خدمة مرتبطين مع شركة نفطية، انظر الرقم 21553 اللاحق.

21538 - اثبات وجود المؤسسة. العقدان، علاوة على ما تقدم يشتركان في أن كلاً منهما يفترض وجود مؤسسة تجارية. والشرط مطلوب للإفادة من الإيجار التجاري، ذلك بأن الحماية القانونية لا تعطى إلا للتاجر الذي يستثمر نشاطاً في الأماكن. أما إجارة الإدارة فإنها تستوجب بدها أيضاً وجود مؤسسة تجارية طالما أن هذا العقد يتناول المؤسسة نفسها.

إذن تطرح المسألة، كما في حالة البيع، في شأن اثبات وجود المؤسسة وانتمائها إلى من يفيد منها، ويكفي التذكير بأن القواعد الموضوعية للعقارات، على سبيل المثال الحيازة بالتقادم الثلاثيني (مرور الزمن)، وكذلك القواعد التي تتناول المنقولات ولا سيما قرينة أن الحيازة سند للملكية، لا تطبق على المؤسسة التجارية: يتم اثبات ملكية المؤسسة التجارية بالوسائل جميعاً⁽¹⁾.

بعد الكلام على الإيجارات التجارية (القسم I) ينبغي تقسيم إجارة إدارة المؤسسة التجارية (القسم II).

القسم I

الإيجار التجاري

21539 - «الحق في الإيجار». غالباً ما يحدث أن لا يكون التاجر مالك الأمكنة التي يمارس فيها نشاطه: إنه مستأجرها⁽²⁾. وتأمين دوام توطده في حالة كهذه اهتمام جوهرى بالنسبة إليه، ذلك بأن زبنة اعتادوا أن يجدوه في الموقع الذي توجد فيه الأمكنة التي استأجرها. ولإشباع هذا الهاجس انشأ مرسوم 30 أيلول 1953 الذي نظم هذا العقد⁽³⁾، بصورة خاصة، في هذا الشأن، الحق في تجديد العقد: ما يسمى، بطيبة

(1) انظر في صدد تاجر له الحق في الافادة من اكتساب ملكية مؤسسة ليحتج به ضد مالك الأماكن للحصول على نظام الايجارات التجارية غ ت ن.، 8 حزيران 1964، ن م، III، رقم 298؛ إضافة إلى Houin et Pédamon، رقم 298.

(2) قارن بالعقد الذي يربط المخزن الجماعي للتجار المستقلين وأعضائه الذي يسوسه قانون 11 تموز 1972 الذي يوفر استقراراً كبيراً، هو أيضاً، للتجار المستثمرين في الأماكن.

(3) انظر بصورة خاصة حول الايجارات التجارية Y. Guyon، رقم 646 وما يليه؛ Houin et Pédamon، رقم 323 وما يليه، Ripert et Roblot، المجلد 1، تأليف Germain، رقم 388 وما يليه؛ A. Sayag، A. Levi، 747 P. Garbit، J. Azéma et J.- F. Martin، Lamy droit commercial، Fonds de commerce، 1994، رقم 747 وما يليه، ورقم 340 وما يليه؛ F. Givord، P.- H. Brault، G. Guérin، B. Boccara، م إ م، البنود 1708 إلى 1762، م إ م، الايجار ببدل؛ م إ ت، المؤسسة التجارية، ف د ت، الايجارات التجارية، 1993.

وجرى تعديل مرسوم 1953 بسرعة في قانون 31 كانون الأول 1953؛ ووضع قانون 31 كانون الأول 1989 المتعلق بنمو المؤسسات التجارية والحرفية، المسمى قانون Doubin، نظام بعض التعديلات وبخاصة أنه انشأ إمكانية اكتساب الحق في الإيجار عن طريق البيع في صورة إيجار، وفي ما يختص بتعليق =

خاطر، «الملكية التجارية»⁽¹⁾. ولهذا النظام طابع أمر⁽²⁾ وتدخل الامتيازات الناتجة عنه بالنسبة إلى التاجر في تكوين المؤسسة التجارية باسم «الحق في الإيجار»⁽³⁾.

وغالباً ما يرتبط بهذا الحق في الإيجار «خلو الرجل» (ثمن العتبة)، وهو مبلغ جزافي يدفعه المستأجر في بداية العقد ويعتبر بطيبة خاطر أنه مسوّغ بانخفاض قيمة المال الذي يولده إبرام إيجار تجاري⁽⁴⁾.

وليس هذا النظام وحده للإيجار من المناسب ربطه بفكرة «الملكية التجارية»⁽⁵⁾. إن الأمور أكثر تعقيداً. فالقصة تبدأ، في هذه المادة، في بداية القرن الماضي مع المحاولات الأولى لتكريس مفهوم المؤسسة التجارية، ثم في بداية القرن العشرين مع قانون Cordelet في 17 آذار 1909 الذي اعترف، بضغط الممارسة، بالمؤسسة التجارية كمال يقبل التنازل عنه وكأداة اعتماد (أو ثقة بالملاءة)، وبتعبير آخر كموضوع بيع أو رهن⁽⁶⁾. على أن المظهرين مرتبطان بشكل وثيق: قيمة المؤسسة خاضعة للاستقرار في المكان وبالتالي لتأييد بيد الإيجار. فالمادة الأولى من قانون 1909 تورد الحق في الإيجار في عداد عناصر المؤسسة مع الزبن أو العملاء، والشعار والاسم التجاري، واللوازم والسلع...

وكان يقتضي انتظار عام 1926 لكي يتم، للمرة الأولى، الاعتراف بضرورة تأمين حماية معينة للمستأجر، وعام 1953 لتكريس الحق في تجديد الإيجار التجاري نهائياً⁽⁷⁾.

= مفاعيل بند الإلغاء - الذي تعمم - انظر J.Derrupé, Les baux commerciaux dans la loi du 31 decembre 1989، م ق ع، 1990، 57.

(1) انظر Ripert et Roblot، المجلد 1، تأليف Germain، رقم 406: «يعطي الحق الممنوح للتاجر المستأجر للحصول على تجديد عقده المنتهي تسمية الملكية التجارية».

(2) على أي حال إلى حد كبير، انظر المادة 35 من المرسوم: «البند أو الاشتراطات أو التسويات التي يكون مفعولها إفشال الحق في التجديد أو أحكام المواد 3 - 1 و 24 إلى 28 و 34 إلى 34 - 7 (الفقرة الأولى)، أيّاً كان شكلها باطلّة ومجردة من أي مفعول»؛ انظر أيضاً المادة 35 - 1 المتعلقة بقابلية التنازل عن الحق في الإيجار؛ قارن بالمادة 3 - 1 من المرسوم التي تتيح للفريقين استبعاد امكانية المستأجر في الفسخ عند كل فترة ثلاث سنوات.

يضاف إلى ذلك أن الايجارات لأقل من سنتين، وكذلك اتفاقيات الإشغال الموقت، بمنجى من نظام الايجارات التجارية، انظر الرقم 21541.

(3) وانظر Y. Guyon، رقم 646؛ من الصحيح مع ذلك أن المؤسسة التجارية قد تكون موجودة بدون هذا «الحق في الإيجار» طالما أن التاجر يمكن أن يستثمر نشاطه في الأماكن التي يملكها، انظر Houin و Pédamon، رقم 239.

(4) يجري الكلام أيضاً على «الحق في الدخول» وعلى خلو الرجل، انظر الرقم 21545 اللاحق.

(5) انظر Y. Guyon، رقم 646؛ P. Chauveau, Les métamorphoses de la propriété commerciale في Mélanges Berthe de la Gressaye، 1967، ص 109.

(6) انظر Houin et Pédamon، رقم 234، وفي عرفهما يتعلق الأمر بالاعتراف الرسمي «بملكية المؤسسة التجارية»؛ انظر الرقم 11562 السابق وما يليه.

(7) حول تاريخ هذا النظام الذي بدأ، بين الحريين، بقانون 30 حزيران 1926 والذي حمى المستأجر ضد رفض =

وتناولت النظام، منذ تبنيه في عام 1953، عدة تعديلات هامة: على وجه الخصوص قانون 12 أيار 1965 الذي فرض على الإيجار مدة تسع سنوات وإمكانيات إعادة النظر في بدل الإيجار خلال سريان العقد، ونص على كفاءات إزالة الاختصاص الجزئي أو التام. ويرتكز النظام اليوم في وضعه الحالي على عدة نقاط جوهرية: مدة دنيا للعقد، وحق المستأجر في التجديد، ورقابة بدلات الإيجار في مناسبة إعادة النظر كل ثلاث سنوات وعند التجديد، وإمكانية التكيف عن طريق إزالة الاختصاص.

وتتيح الحماية القوية جداً التي يؤمنها للتاجر إدراك أن ثمة حمايات أخرى يؤمل أن يستفيد منها، فامتدت إلى أوضاع قريبة: جرى تطويل قائمة المستفيدين وأصبحت تتضمن الحرفيين (المادة الأولى من المرسوم منذ عام 1957)، ومؤسسات التعليم، والمنشآت العامة والمؤسسات العامة ذات الطابع التجاري والصناعي، والشركات التعاونية ذات الشكل التجاري أو الموضوع التجاري (المادة 2 - 1° و 3° و 5° من المرسوم)⁽¹⁾...

على أنه ينبغي معرفة أن نظام الإيجارات التجارية لم ينظم العلاقات بين المؤجر والمستأجر بشكل كامل، وبالتالي فهو يتحد مع القواعد العامة للإيجار العقاري: مثلاً في ما يتعلق بخسارة الشيء⁽²⁾. بيد أن خاصية القواعد التي يتضمنها تسوّغ أن تكون مبادئ القانون العام نفسها محوّلة: هكذا تكون الموافقة على الإيجار التجاري حمل تصرف وليس عمل إدارة⁽³⁾.

ولم يعد مرسوم 1953، في أيامنا، وبخاصة منذ أن أصبحت إمكانات إزالة التخصّص متاحة إلى حد كبير، يظهر كالضامن الوحيد لقيمة المؤسسة التجارية (لأن الزبن مع تغيير مقصد الأماكن سيتغيرون) وإنما كأداة حماية التاجر نفسه، ويحمل ذلك على فهم نزعة معينة إلى انتقاد نظام الإيجارات التجارية. حتى أنه أمكن القول إن «حماية

= تجديد الإيجار بالاعتراف له بالحق في التعويض، انظر P.Garbit, Lamy droit commercial، رقم 747 وما يليه.

(1) حتى أنه جرى، تقليدياً، مد الإفادة من الإيجارات التجارية بقانون 5 كانون الثاني 1988، إلى... الفنانين، والفنانين الخطيين والتشكيليين، المادة 2 - 6° من المرسوم.

(2) انظر Ph.- H.Brault، الكراسة 1282، في صدد خسارة الشيء المؤجر التي تخضع للمادة 1722 من ق م.

(3) انظر غ م ت ا ن، 15 كانون الثاني 1971، ن. م.، III، رقم 41؛ F. Givord، الكراسة 1260، رقم 2؛ Houin et Pédamon، رقم 331؛ J.Viatte، Le bail، acte de disposition، مجلة بدلات الإيجار، 1970، 125 وما يليه؛ يضاف إلى ذلك أن المادة 595، الفقرة 4، لا تسمح للمتنتفع بعقد إيجار تجاري بدون اشتراك مالك رقة الملك عدا وجود إذن من القضاء، وتفرض المادة 1425 موافقة الزوجين المشتركين في المال لتأجير عقار لاستعمال تجاري يعود إلى الأموال المشتركة؛ انظر حول هذه النقطة الأخيرة غ م ت ا ن، 9 أيار 1981، ن م، III، رقم 100، ابطال إيجار عقده أحد الزوجين يتضمن السماح للمستأجر بالتنازل عن أي نشاط حتى التجاري.

المستأجرين التجاري... تتجاوز حالياً حدود المعقول»⁽¹⁾.

21540 - شروط التطبيق. يتعلق نظام 1953، كما جرى مده، حسب نص المادة الأولى من المرسوم، «بإيجارات العقارات أو الأماكن التي تستثمر فيها المؤسسة، سواء عادت هذه المؤسسة إلى تاجر أو صناعي مسجل في سجل التجارة أو إلى رئيس منشأة مسجلة في فهرس المهن»⁽²⁾.

وينبغي التقييد بعدد من الشروط الواردة في هذا النص أو الناجمة عنه لإمكانية الاستفادة من النظام.

- يجب، للطموح إلى ذلك، أن يكون المستفيد تاجراً⁽³⁾ أو حرفياً أو أحد الأشخاص المعيّنين في المادة 2 من المرسوم، على سبيل المثال مؤسسة تعليم: لا يستطيع من لا يمارس في الأماكن المؤجرة نشاطاً تجارياً أو صناعياً أو حرفياً، وإنما يمارس مثلاً نشاطاً مهنيّاً آخر أن يتمسك بالنظام⁽⁴⁾.

على أنه أصبح من المتفق عليه أن الإفادة من نظام 1953 يمكن أن يطالب به تجمع

(1) Y. Guyon، رقم 688، وفي شأن سينات النظام: مكبح تجديد العقارات، وجود دخل من الوضع، ارتفاع كلفة المعيشة...، رقم 648؛ Y. Chartier، Rigidité et flexibilité dans le droit des baux commerciaux، دراسات Derruppé، 1991، ص 71؛ يبدو، في القانون المقارن، أن النظام الفرنسي هو أكثر حماية بكثير من نظام الجيران، انظر Y. Guyon، رقم 648، Ripert et Roblot، رقم 409.

(2) يعلن النص، فضلاً عن ذلك، التطبيق: «1 - على إيجارات الأماكن أو العقارات التابعة لاستثمار مؤسسة تجارية عندما يكون حرمانها من شأنه أن يعرض استثمار المؤسسة للخطر» (هناك اجتهاد ضخم حول مفهوم تابع الإيجارات التجارية، ولا سيما في ما يتعلق بالمراتب والمستودعات والمخابئ...)، «2 - إيجارات قطع أراضٍ جرداء شيدت عليها - قبل الإيجار أو بعده - أبنية لاستعمال تجاري أو صناعي أو حرفي... برضا المالك الصريح».

وحول كون مرسوم 1953 أصبح له تطبيق أوسع من قانون 1909 في شأن بيع المؤسسة التجارية أو رهنها انظر الرقم 21563 اللاحق.

(3) لا يضيف المرسوم الذي يقصد الصناعيين إلى جانب التجار شيئاً هاماً لأنهم يؤلفون الفئة نفسها.

(4) انظر غ م ت ا ن، 5 آذار 1971، ن م، III، رقم 168، نشاط نصيحة لشراء حاسوب، غياب الطابع التجاري، نظام 1953 مستبعد؛ غ م ت ا ن، 4 تشرين الأول 1983، ن م، III، رقم 177، نصيحة قانونية؛ حكم محكمة استئناف باريس، 10 تشرين الثاني 1988، د، 1989، إ س، 10، نشاط إدارة مؤسسات؛ وحول الإيجارات المهنية انظر الرقم 21562 اللاحق وما يليه.

غير أن الفريقين، حتى ولو لم يكن نظام 1953 مطبقاً عليهما، حرّان في أن يخضعا له طوعاً، انظر غ م ت ا ن، 20 آذار 1984، ن م، III، رقم 71: يمكن أن يجعل مالك مكان تجاري مستأجره يستفيد من الحق في التجديد الذي لا يفرض القانون على المالك أن يتطلبه؛ غ م ت ا ن، 3 تشرين الثاني 1988، ن م، III، رقم 153، تفسير قضاة الأساس ارادة الفريقين؛ Goubeaux et Bihl، ص 474؛ وعلى عكس ذلك حكم محكمة استئناف باريس، 7 آذار 1989، د، 1989، إ س، 110، رابطة؛ انظر الرقم 21562 اللاحق وما يليه.

اقتصادي موضوعه تجاري⁽¹⁾.

- يتطلب مرسوم 1953، فضلاً عن ذلك، أن يكون المستأجر مسجلاً في سجل التجارة، أو في فهرس المهن إذا كان حرفياً، والاجتهاد حازم حول مراعاة هذا الشرط⁽²⁾.

بيد أنه من المتفق عليه أن التسجيل لا يكفي لإثبات استثمار مؤسسة تجارية حقيقية⁽³⁾.

- يجب أن يكون التاجر حائز عقد إيجار حقيقي. وإيجار الأشياء يفهم حصرياً في هذا الصدد، كعقد يعطي المستأجر حق شخصياً ضد المالك. والأمر ليس على هذا النحو، وتطبيق النظام مستبعد عندئذ بالنسبة إلى العقود التي تعطي حقاً عينياً، فالحكر الحكمي أو إيجار البناء⁽⁴⁾. ومرسوم 1953 لا يطبق أيضاً على البيع في صورة إيجار في الشأن العقاري⁽⁵⁾. يضاف إلى ذلك أن إجارة إدارة مؤسسة تجارية لا تعطي الحق في الاستفادة من نظام الإيجارات التجارية لأنها تتناول المؤسسة نفسها وبالتالي تتناول مالا منقولاً غير مادي (أو معنوي)⁽⁶⁾.

ومن الملائم أن يتعلق الإيجار بشيء عقاري، وبصورة أدق إيجارات تتيح استقبال الزبن⁽⁷⁾. وأحياناً يعتبر مكان عادي كافياً، مثلاً تحت قبة مدخل عقار⁽⁸⁾. ولكن غالباً ما

(1) كسر المشرع الاجتهاد في هذه النقطة إذ عدل قانون 13 حزيران 1989 المادة 3 من الأمر اشتراعي في 23 أيلول 1967.

(2) انظر غ م ت ا ن، 20 آذار 1991، ن م، III، رقم 96، في صدد ترفين بسبب إهمال اداري؛ قارن بحكمي محكمة استئناف باريس، 7 تشرين الثاني 1989، د، 1990، إ س، 1 و 5، الأخذ في الحساب حسن نية المستأجر؛ لا يكفي التسجيل بالنسبة إلى إيجارات مجاورة تشكل استثماراً وحيداً، غ م ت ا ن، 30 تشرين الثاني 1988، ن م، III، رقم 168.

(3) انظر غ م ت ا ن، 8 كانون الثاني 1969، د، 1969، 273، استثمار «واجهة حرة».

(4) انظر في شأن إيجار حكر حكمي المادة 3 من مرسوم 1953 الذي يتحفظ مع ذلك لجهة تطبيق نصوص لها سمة إعادة النظر في بدل الإيجار؛ انظر في مادة الإيجار للبناء غ م ت ا ن، 11 أيار 1988، ن م، III، رقم 89.

(5) انظر غ م ت ا ن، 10 حزيران 1980، د، 1980، 566، تعليق Y.Guyon.

(6) انظر كمثال غ م ت ا ن، 10 أيار 1989، ن م، III، رقم 105، مطعم فطائر؛ انظر الرقم 21551 اللاحق.

(7) الاجتهاد مطلوب: يجب أن يتعلق الأمر بمكان مقفل ومسقوف، انظر حكم محكمة استئناف باريس، 14 تشرين الثاني 1956، م ق ع، 1956، 2، 401؛ وفي صدد مساحات وقوف، حكم محكمة استئناف باريس، 2 آذار 1990، د، 1990، الموجز 952، Rozès، رفض الحق في حماية مرسوم 1953، ورد غ م ت ا ن، بناء على طعن، 18 آذار 1992، ن م، III، رقم 94، يجب أن يتعلق الأمر بإيجارات دائمة، انظر غ م ت ا ن، أول كانون الأول 1976، ن م، III، رقم 346، بيع منتجات غذائية خارج متجر كبير Supermarché.

(8) انظر غ م ت ا ن، 23 شباط 1959، مجلة بدلات الإيجار، 1959، 229، محكمة سبن المدنية، 5 حزيران 1954، م ق ع، 1954، 2، 77.

لا يكون الأمر على هذا النحو: مرسوم 1953 اعلن عدم تطبيقه على مواقف أو أقسام داخل مساحة كبيرة⁽¹⁾، وعلى جدران أو واجهات⁽²⁾، أو على غرف متحركة سهلة النقل⁽³⁾، أو كذلك على رفوف⁽⁴⁾...

ومن الأفضل تأمين علنية العقد وإلا يخشى أن يكون من الصعب الاحتجاج به تجاه مكتسب ملكية العقار على أساس المادة 1743 من ق م⁽⁵⁾. غير أن ذلك ليس شرطاً لتطبيق النظام فلا أهمية تذكر لأن يكون هذا الإيجار شفهيّاً أو خطياً⁽⁶⁾.

- يجب أن يكون المستأجر مالك المؤسسة التجارية المستثمرة في الأماكن المؤجرة⁽⁷⁾. فحماية القانون هي قبل أي شيء حماية القيمة الذمية المالية التي هي سند

- (1) انظر حكم محكمة استئناف رين، 21 أيار 1974، م إد، 1974، II، 17835، تعليق y.Guyon، ورد الطعن من قبل غ م ت ا ن، 24 شباط 1976، م إد، 1976، II، 18427، تعليق Boccara، نباتات وزهور؛ غ م ت ا ن، 20 شباط 1985، ن. م.، III، رقم 38، جناح «صفاء الصوت»؛ غ م ت ا ن، 7 تشرين الأول 1987، ن م، III، رقم 161، خياطة البسة نسائية وبيعها؛ قارن في شأن بناء دائم كائن داخل متجر كبير بغ م ت ا ن، أول كانون الأول 1986، ن م، III، رقم 436.
- (2) انظر في صدد الجدران النقص المدني، 21 كانون الثاني 1930، م ق ع، 1930، 1، 375، جدار استأجرته وكالة اعلانات؛ غ م ت ن، 11 أيار 1949، م إد، 1949، II، 4967، جدار مستعمل للاعلان؛ وفي صدد الواجهات، انظر غ م ت ن، 20 تموز 1954، م ق ع، 1954، 2، 134؛ حكم محكمة استئناف، 14 تشرين الثاني 1956، م ق ع، 1956؛ أضف إلى ذلك، في شأن معرض رسم وضع جدراناً بتصرف معرض آخر، حكم محكمة استئناف باريس، 28 تشرين الثاني 1989، د، 1990، الموجز 252، م. L. Rozès، ورد الطعن من قبل غ م ت ا ن، 20 تشرين الثاني 1991، د، 1991، إس، 283؛ وصف الفريقين اتفاق «مساكنة».
- (3) انظر غ م ت ا ن، 10 أيار 1989، ن م، III، رقم 104، غرف جاهزة؛ على عكس ذلك حكم المحكمة المدنية في سين، 18 تشرين الثاني 1948، م إد، 1949، II، 4640، كشك لبيع أوراق اليانصيب تحت بوابة العربات.
- (4) انظر غ م ت ن، 21 أيار 1954، م ت ع، 1954، 2، 38، تجارة دباغة تحت بوابة العربات.
- (5) انظر مع ذلك عند عدم وجود إيجار خطي ومسجل، غ م ت ن، 11 شباط 1964، د، 1964، 262؛ مكتسب ملكية عقار علم بوجود إيجار والاعتراف بالشاغل كمشتأجر شفهي، حق في التجديد؛ وحول النزاع بين شخصين تاجرين أعطيا إيجاراً في العقار نفسه، انظر غ م ت ن، 25 نيسان 1983، د، 1984، 1، تعليق P. Jourdain؛ الاثبات حر بين التجار ويجب أن يفضل من كان عقده الأول تاريخاً وكانت الأماكن في حيازته، وليس من اكتسب عقده تاريخاً أكيداً.
- (6) انظر غ م ت ا ن، 12 شباط 1985، ن م، III، رقم 29؛ غ م ت ا ن، 7 حزيران 1990، III، رقم 137، د، 1991، الموجز 364، م L. Rozès؛ إذا كان للإيجار طابع تجاري بالنسبة إلى الفريقين فإن الاثبات يمكن أن يتم بالوسائل كافة، ولا سيما من قبل المستأجر ضد المالك، انظر غ م ت ن، 14 شباط 1956، م إد، 1956، II، 9375، Houin et Pédamon، رقم 331.
- (7) وجرى التشديد بصواب على أن القاعدة أصلية وتقود، على الصعيد المدني، إلى معاناة من يودون التملص من موجباتهم وبخاصة ذات الطبيعة الضريبية عندما لا يتسجلون؛ بفقدان حماية النظام، انظر Y. Guyon، رقم 653.
- (7) انظر كمثال غ م ت ا ن، 29 تشرين الأول 1985، ن م، III، رقم 135، إيجار من الباطن النشاط مختلف =

النشاط الاقتصادي. إن مراعاة هذا الشرط تثير صعوبات عديدة. فهي تستوجب بصورة خاصة وجود زبن خاصين بالمستثمر⁽¹⁾، وبالتالي يفرض أن يكون مستقلاً بما فيه الكفاية لكي يعتبر مدير قضيته الخاصة⁽²⁾.

ويُستبعد التجار الذين يمارسون نشاطاً في بهو فندق⁽³⁾ أو في نطاق متجر كبير⁽⁴⁾، أو الذين يستثمرون صوانا في ميدان سباق⁽⁵⁾، أو في حانة في صالة مشهد⁽⁶⁾، ... من الإفادة من نظام 1953.

- تفرض المادة 6 من المرسوم أخيراً وبصورة خاصة أن يستثمر المستأجر فعلياً، في الأماكن المؤجرة، المؤسسة التي يملكها منذ ثلاث سنوات في آونة التجديد⁽⁷⁾. ولا يمكن أن يكون الأمر خلاف ذلك إلا أن يتمسك بسبب تسويق مشروع: التهديد بالاستملاك⁽⁸⁾، ومعارضة المؤجر أشغالا⁽⁹⁾ وعدم قيامه بالإصلاح⁽¹⁰⁾... على أنه ليس من المفروض أن يستثمر شخصياً: يفيد النظام مثلاً

= بـكـلـيـتـه، رفض النظام؛ وينبغي أن تكون المؤسسة مستثمرة في الأمكنة المؤجرة، انظر غ ت ن، 12 أيار 1966، ن م، III، رقم 245، مصور يزور زبنة في منازلهم، التكبير يجري في الخارج.

وحول وضع المستأجر المدير لمؤسسة تجارية انظر الرقم 21553 اللاحق.

(1) انظر الهيئة العامة، 24 نيسان 1970، د، 1970، 381، تعليق R.L.، حانة في ميدان سباق، تفسير الاتفاقية، غياب زبن خاصين؛ غ م ت ا ن، 5 حزيران 1970، د، 1970، 673، مرآب، أمكنة جرى فيها فحص سيارات الزبن: وجود مؤسسة، في حين أنه كان لدى الزبن مفاتيح دخول، وجود زبن محليين؛ غ م ت ا ن، 30 تشرين الأول 1984، ن م، III، رقم 178، تأجير لملاكين يشكلون الزبن.

(2) تطرح المسألة بخاصة في صدد المستفيد من تقديم المهارة، انظر غ ت ن، 21 تشرين الأول 1970، م إ د، 1971، II، 16632، تعليق P.L.؛ لم تكن للمستفيد من تقديم المهارة الذي احتفظ بإمكانية بيع منتجات غير التي وردها مقدم المهارة صفة أجير وكان مالك مؤسسته التجارية؛ حكم محكمة استئناف ليموج، 10 حزيران 1981، د، 1981، 573، وكالة زواجية، وجود مؤسسة خاصة: كان لدى المستفيد من تقديم المهارة بطاقة بالزبن؛ Memento Francis Lefebvre, Distribution، 1992 - 93، رقم 1214.

(3) انظر غ م ت ا ن، 4 تشرين الثاني 1992، مجلة بدلات الايجار، 1993، 35.

(4) انظر غ م ت ا ن، 9 تموز 1979، غياب المكان والزبن الخاصين؛ ن م، II، رقم 153؛ غ م ت ا ن، 27 تشرين الثاني 1991، ن م، III، رقم 289، تاجر يستثمر منصة اسماك إلى جانب متجر كبير: زبنة هم زبن المتجر؛ انظر أيضاً غ م ت ا ن، 28 أيلول 1982، م ق ع، 1983، I، بانوراما، 51، م Dupichot J.

(5) انظر الهيئة العامة، 24 نيسان 1970، د، 1970، 381، تعليق R.L. المذكور سابقاً.

(6) المحكمة المدنية في سين، 17 أيار 1933، د إ، 1933، 390.

(7) مثلاً غ ت ن، 8 شباط 1965، د، 1965، 292، تصفية شركة؛ غ م ت ا ن، 6 تشرين الثاني 1991، م ق ع، 1992، 1، 80، تعليق J.D. Barbier، منازل له عن الايجار بدون المؤسسة التجارية، إنشاء مؤسسة جديدة موضوع استثمار أقل لثلاث سنوات؛ وعليه يخضع تطلب الاستثمار الفعلي لتقدير قضاة الاساس السيد، انظر غ ت ن، 21 نيسان 1958، ن م، III، رقم 156.

(8) انظر غ م ت ا ن، 25 حزيران 1970، د، 1970، 728.

(9) غ م ت ا ن، 6 تموز 1977، د، 1977، إس، 467.

(10) غ م ت ا ن، 25 تشرين الأول 1976، مجلة بدلات الايجار، 1977، 103.

مالك مؤسسة يضعها في إيجار إدارة⁽¹⁾.

وهكذا للإيجار التجاري المسوس على هذا النحو طابع عمل تجارة تجاه المستأجر الذي يستثمر مؤسسة، فهو إما من طبيعة تجارية أو طبيعة مدنية تجاه المؤجر حسب نشاط هذا المؤجر. وغالباً ما يكون عملاً مختلطاً.

ويقتضي، فضلاً عن ذلك، توضيح أن الحماية التي يؤمنها نظام 1953 لها دورها حتى ولو كان للأماكن تخصيص مختلط تجاري وسكني: يعتبر القضاة، في حالة كهذه، إن ثمة لاإنقسامية بين الأماكن المخصصة للتجارة أو للسكن، وأن الحق في التجديد يسري على المجموع⁽²⁾.

21541 - مدة العقد والإيجارات الشاذة. استقرار المستأجر كان في الأصل مؤمناً عن طريق الحق في التجديد فقط. ومنذ عام 1965 تعززت حمايته بفرض أن تكون للإيجار مدة دنيا. إلا أن هذا المبدأ يحوي استثناءات.

- مبدأ الإيجار «ثلاثة - ستة - تسعة». فالإيجارات التجارية هي، مبدئياً، لتسع سنوات. وقد أدخلت هذه القاعدة، التي حددتها المادة 3 - 1 من مرسوم 1953، قانون 12 أيار 1965، وهي قاعدة آمرة: لا يمكن أن يكون العقد لمدة أدنى⁽³⁾. وبصورة أوضح لا يستطيع المؤجر توجيه التنبيه بالإخلاء قبل هذا الأجل. ويحتفظ المستأجر من جهته بإمكانية وضع نهاية للعقد عند كل فترة ثلاثية الحول⁽⁴⁾. وبالتالي يسمى هذا النوع إيجار «ثلاثة - ستة - تسعة».

(1) عدل قانون 16 تموز 1971 المادة 4 من المرسوم بحيث لم يعد من الممكن أن يكون هناك تطلب استثمار شخصي من قبل المستأجر، انظر كمثل غ م ت ا ن، 28 آذار 1973، م ق ع، 1973، 2، 562، عدم وجود عقد إيجار الإدارة لعدم دفع الثمن، استحالة ادعاء الاستفادة من نظام الإيجارات التجارية؛ غ م ت ا ن، 3 تموز 1979، ن م، III، رقم 148؛ غ م ت ا ن، 17 تموز 1981، ن م، III، رقم 145؛ لبطلان عقد اجارة الإدارة رد فعل على حقوق مالك المؤسسة تجاه المؤجر، طالما أنه يحرم المالك من إمكانية التمسك بنظام الإيجارات التجارية ضد المستأجر، قانون 20 آذار 1956 المتعلق بإيجار الإدارة، المادة 11، الفقرة 2؛ انظر Ripert et Roblot، المجد 1، تأليف Germain، رقم 413؛ على أنه ليست للمستأجر المدير الصفة لطلب التجديد، انظر غ م ت ا ن، 10 حزيران 1981، م ق ع، 1982، 1، بانوراما، 51، م J. Dupichot.

(2) انظر غ م ت ن، 4 كانون الأول 1961، د، 1962، 87.

(3) حول تطبيق قانون 1965 في الزمن، في ما يتعلق بمدة العقد الدنيا، انظر غ م ت ا ن، 20 حزيران 1968، د، 1968، 749، نقض، تعليق Lesage-Castel.

ولا يمكن أن يتضمن بند في العقد فسخه في حالة إجراء جماعي يطال المستأجر، المادة 36 من مرسوم 1953؛ وتؤكد المادة 37 من قانون 25 كانون الثاني 1985 المتعلق بالتقويم القضائي والتصفية القضائية، في تعابير عامة، هذا الحل.

(4) أوضح قانون 30 كانون الأول 1985 أن البنود المخالفة غير قانونية: بإمكان المستأجر أن يلتزم، كما هو المؤجر ملتزم، لتسع سنوات، المادة 3 - 1، الفقرة 2، من مرسوم 1953؛ يضاف إلى ذلك أن قانون 30 =

وتوضح المادة 5 من المرسوم أن التنبيه بالإخلاء يجب أن يوجه حسب العادات المحلية، وفي أي حال، قبل ستة أشهر على الأقل⁽¹⁾. ويقتضي توجيهه بعمل غير قضائي.

إلا أنه يجب عدم الاستنتاج من ذلك أن نظام الإيجارات التجارية يخضع العقد لتطلب خطي: لأي إيجار، حتى الإيجار الشفهي، هذه المدة الدنيا⁽²⁾. وهكذا يجري التملص بوضوح من المادتين 1736 و1737 من ق م.

- الإيجارات الشاذة. هناك بعض الاستثناءات لمبدأ الإيجار ثلاثة - ستة - تسعة⁽³⁾. فالفريقان، في المقام الأول، لهما، وفقاً للمادة 3 - 2 من المرسوم، إمكانية الارتباط لمدة أقل من سنتين عند دخول المستأجر الأماكن: عندئذ يكون الإيجار بمنهجى من نظام الإيجارات التجارية⁽⁴⁾. كان الحل وارداً في قانون أيار 1965 نفسه. ويوفر ذلك بعض المرونة للنظام. وليس من المفروض، علاوة على ذلك، أن يذكر العقد أسباباً خاصة لتسويغ اختصاره. إلا أنه يجب أن لا يبقى المستأجر في الأماكن عند مرور السنتين: لأن العلاقات بين الفريقين، في حالة كهذه، تنتقل آلياً إلى سيطرة النظام⁽⁵⁾.

= تموز 1987 اعترف للمستأجر بإمكانية الالتزام بالإيجار في أي وقت عندما يفيد من حقوقه في التقاعد، المادة 3 - 1، الفقرة 4، من المرسوم.

وللمؤجر حق الفسخ الثلاثي الحول للبناء أو إعادة البناء أو التعلية أو ترميم العقار، المادة 3 - 1، الفقرة 3 من المرسوم، وإنما عليه مراعاة قواعد حماية المستأجر التي وضعتها المواد 9 و10 و13 و15 من هذا النص.

(1) انظر غ م ت ان، 9 تموز 1975، د، 1975، إ س، 194، في صدد التنبيه بالإخلاء المرسل من المستأجر: يسري بالنسبة إلى نهاية الفترة الثلاثية الحول التالية.

(2) F.Givord et Ph.- H. Brault، الكراسة 1260، رقم 33.

(3) انظر Y. Guyon، Les conventions conférant la jouissance d'un bail commercial sans entraîner Blatter، Les baux، 2628، I، 1974، م إ د، 1974، I، 2628، Puy- 180، 1992، dérogatoires au statut des baux commerciaux gautier، Les conventions dérogatoires au statut des baux commerciaux à raison de leur durée ou de leur précarité، م إ د، الطبعة N، 1993، I، 283.

(4) لا يمكن أن يعقد أكثر من إيجار واحد لمدة قصيرة، حتى ولو كانت المدة الكاملة لعدة سنوات تبقى أقل من سنتين؛ إلا أن المستأجر يستطيع العدول عن تطبيق مرسوم 1953 بعقد إيجار جديد لمدة سنتين بعد أن يكون الإيجار الأول قد حل أجله، انظر غ م ت ن، 20 شباط 1985، م إ د، 1986، II، 20639، تعليق B.Bocara.

(5) المادة 3 - 2، الفقرة 2؛ انظر غ م ت ان، 3 حزيران 1975، د، 1975، إ س، 194؛ غ م ت ان، 10 كانون الثاني 1990، ن م، III، رقم 11؛ كما أنه من المستحيل امتداد الوضع عن طريق عقد آخر لمدة قصيرة، انظر غ م ت ان، 22 شباط 1989، م إ د، 1989، IV، 149.

والتحاييل على القانون، مثلاً التحاييل المرتكز مثلاً على جعل المستأجر لمدة قصيرة ينتقل من طبقة إلى أخرى في العقار نفسه يعاقب بالدخول مجدداً في النظام؛ انظر مع ذلك غ م ت، ن، 11 تشرين الأول 1977، ن م، III، رقم 332، حيث جرى استبعاد مرسوم 1953 إذ يختلف العقدان المبرمان بالتعاقب في =

وتقبل، فضلاً عن ذلك، صحة اتفاقيات إشغال موقت في المادة التجارية⁽¹⁾. وإدخال الإيجارات لسنتين في عام 1965 لا يبدو أنه أفقد المفهوم فائدته⁽²⁾. يجب فقط أن لا يمتد الأسلوب إلى تحقيق تحايل على القانون وبالتالي تسوُّغ وقتية الإيجار بأسباب موضوعية⁽³⁾ متنوعة: احتمال استملاك، انتظار إذن إداري، احتمال عودة... وينبغي أن تترافق هذه الظروف الاستثنائية، مبدئياً، بتواضع معين لبدل الإيجار المطلوب⁽⁴⁾. والأبسط هو أن يُشرح في العقد ما يسوُّغ وقتية العلاقات بين الفريقين. غير أن اتفاقية الإشغال الموقت، مع هذه التحفظات، يمكن أن تمتد إلى أكثر من سنتين⁽⁵⁾.

ويعتبر نظام الإيجارات التجارية، فضلاً عن ذلك، غير مطبق في حالة الإيجار الفعلي (المادة 3 - 2 من المرسوم)⁽⁶⁾.

- = الثمن ويكون المستأجر قد انتقل من خارج العقار إلى داخله.
- (1) انظر غ م ث ا ن، 20 كانون الأول 1971، د، 1972، الموجز 77، إشغال قطعة أرض بعد هدم عقار، بانتظار إعادة البناء؛ غ م ث ا ن، 12 كانون الثاني 1977، ن م، III، رقم 20، إيجار لبضعة أشهر، محيط التجديد؛ غ م ث ا ن، 15 آذار 1977، د، 1977، إ س، 302، مرآب مؤجر لنشاط ميكانيكي، استملاك قيد التحقيق؛ انظر Pizzio, La notion de convention d'occupation précaire، م إ د، 1980، I، 2972؛ Ch. Roy- Loustaneau, Une construction prétorienne originale: La convention d'occupation précaire Le contrôle judiciaire de la validité نفسه المؤلف 333، 1987، م ف ق ت، de locaux commerciaux de la convention d'occupation précaire de locaux commerciaux à l'épreuve de la théorie générale des contrats، د، 1988، العرض 216.
- (2) انظر F.Givord، الكراسة 1250، رقم 27؛ على أن بعض القرارات يستند إلى مفهوم الإيجار لسنتين واتفاقية الإشغال الموقت، انظر غ م ث ا ن، 11 تشرين الأول 1977، ن م، III، رقم 332.
- (3) قارن في شأن الإسناد إلى إرادة الفريقين د غ م ث ا ن، 25 أيار 1977، ن م، III، رقم 220، اكواخ قابلة للتفكيك على طريق خاصة: كانت نية الفريقين المشتركة إعطاء إشغال له طابع موقت وقابل للرجوع عنه.
- (4) وحول فكرة كون وقتية الاتفاقية يجب أن تعود إلى ظرف استثنائي وتتجسد في بدل إيجار متواضع انظر حكم محكمة استئناف باريس، 24 أيلول 1991، د، 1992، الموجز 369، تعليق F.Givord؛ L.Rozès، الكراسة 1250، رقم 32؛ الأمر على هذا النحو بشكل خاص جداً عندما لا يكون الإيجار قد اعطي إلا «لتقديم خدمة»، انظر غ م ث ا ن، 2 آذار 1960، مجلة بدلات الإيجار، 1961، 83، إيجار من الباطن الغرفة فارغة في شقة من أجل تقديم خدمة: ابتعاد بصورة خاصة عن فكرة كون العقد مسوَّغاً بظروف استثنائية ذات طابع موضوعي.
- (5) تعود وقتية الإيجار، بالفعل، إلى هشاشته وليس إلى مدته الفعلية، انظر حكم محكمة استئناف باريس، 24 أيلول 1991، المذكور سابقاً، د، 1992، الموجز 369، تعليق L.Rozès.
- (6) يكون العقد فصلياً عندما لا يكون بدل الإيجار المدفوع متوافقاً مع القيمة السنوية للمال وعندما يتسلم المؤجر المفاتيح في نهاية كل فصل، انظر غ م ث ا ن، 3 كانون الثاني 1978، ن م، III، رقم 1، بياضات نسائية؛ وفي شأن تطبيق المبدأ حتى عندما يمتد الإيجار بمجرد تسامح المؤجر حول بقاء المستأجرين في الأمكنة بعد الفصل، انظر غ م ث ا ن، 19 تشرين الثاني 1979، د، 1980، إ س، 95؛ قارن ب غ م ث ا ن، 16 نيسان 1973، ن م، III، رقم 288، في صدد الحالة التي لم يكن فيها استثمار المؤسسة مستمراً وجرى قبول الحق في التجديد، صنع وبيع يتعلقان بالبوظة والمعجنات؛ انظر Berthault, Les locations commerciales saisonnières، مجلة بدلات الإيجار، 1988، 200.

21542 - الحق في التجديد. الحق في التجديد وارد في وسط النص: تكرر

المادة 4 من المرسوم مبدأه. فللمستأجر عند انتهاء الإيجار الحق في الحصول على تمديد العقد أو التعويض⁽¹⁾. وتعود حمايته إلى ما قبل ذلك. يكفي المستأجر، للطموح إلى التمديد، أن يكون قد استثمر فعلياً مؤسسته خلال ثلاث سنوات سبقت انقضاء الإيجار⁽²⁾. وهذا ما يسمى «الملكية التجارية». من الصحيح أن هذه الإوالية المرتبطة بقابلية التنازل عن الإيجار تؤمن القيمة الدمية المالية للمؤسسة التجارية.

إن الأمور منظمة بشكل ملموس بالطريقة التالية. يتابع العقد عند انتهاء الإيجار بتمديد ضمني إذا لم يأخذ الفريقان مبادرة التجديد أو العدول⁽³⁾. ويجري عندئذ استبدال عقد لمدة غير محددة بإيجار لمدة محددة موجودة سابقاً⁽⁴⁾. على أن الفريقين، في الممارسة، يتوخيان عموماً توضيح الوضع، ويمكن أن يتم ذلك بناء على طلب كل منهما.

- وللمستأجر الحق في أن يطلب التجديد خلال ستة أشهر قبل نهاية العقد أو في أي وقت خلال مدة الإيجار الممدد: يجب، عملاً بالمادة 6 من المرسوم، أن يوجه الطلب إلى المؤجر بعمل غير قضائي وإيراد الفقرتين 4 و 5 من هذا النص فيه. وعلى المؤجر، خلال ثلاثة أشهر وفي الأشكال ذاتها، أن يعطي جوابه، وإذا لم يجب يفترض أنه قبل مبدأ التجديد. وإذا رفض فهو ملزم بتعليل رفضه، ويتعرض عندئذ للتعويض على المستأجر⁽⁵⁾.

(1) لا يمكن أن يشل أي بند الحق في التجديد؛ انظر حول هذا المبدأ في وضع خاص غ م ت ا ن، 22 تموز 1987، ف د، 1250، 1987، تعليق J.Derruppé، نقض: البند الذي يجبر المستأجر على متابعة عقد التنازل التجاري الذي انتقل إليه مع المؤسسة ليس مناقضاً للحق في التجديد وكذلك إذا نص على أن الإيجار يفسح إذا توقف هذا العقد لأي سبب كان.

(2) لا أهمية تذكر لأن تحصل إزالة الاختصاص أو تغيير النشاط الذي سمح به المؤجر خلال هذه المدة لثلاث سنوات، انظر غ ت ن، 7 أيار 1977، م إ د، 1978، II، 18851، تعليق B.Boccaro؛ ثمة شروط أخرى مفروضة ولا سيما أن يكون المستأجر من التابعة (الجنسية) الفرنسية أو من رعايا دولة عضو في المجموعة الأوروبية، المادة 38 من المرسوم؛ وحول وضع المستأجر من الباطن انظر المادة 22 من المرسوم.

(3) المادة 5 - الفقرة 2: «يتابع الإيجار، عند عدم توجه التنبيه بالإخلاء، إذا كان خطياً بتجديد ضمني»؛ انظر غ م ت ا ن، 23 حزيران 1981، م ق ع، 1982، 1، بانوراما، رقم 52 تعليق J.D.

(4) ينتهي هذا الإيجار لمدة غير محددة بتنبيه بالإخلاء مرسل ضمن شروط المادة 5 من المرسوم، بخاصة مع مراعاة مهلة الستة أشهر الواردة في هذا النص، انظر غ م ع ا ن، 12 حزيران 1974، ن م، III، رقم 250، معمل خرسانة؛ انظر كذلك حكم محكمة استئناف باريس، 2 حزيران 1992، د، 1992، إ س، 235.

(5) يجب أن يتضمن عمل إبلاغ المستأجر الرفض، تحت طائلة البطلان، إن أمامه ستان للمنازعة في هذا الرفض أو طلب التعويض، المادة 6، الفقرة 5 من المرسوم؛ وحول أسباب تسويغ رفض التجديد التي تجعل المؤجر يتملص من التعويض انظر الرقم التالي.

- قد يقترح المؤجر التجديد، وذلك بتوجيه تنبيه بالإخلاء مع إيجاب التجديد قبل ستة أشهر من انتهاء العقد بعمل غير قضائي: السير الواجب اتباعه هو ما نصت عليه المادة 5 التي تنظم التنبيه. ويتوخى المؤجر عموماً باتخاذ هذه المبادرة الحصول على زيادة بدل الايجار. وتنص المادة 6 - 1 من المرسوم على هذه الفرضية: ينبغي أن يعلم المؤجر المستأجر في التنبيه أو في الجواب على طلب التجديد الصادر عن المستأجر ببذل الايجار المقترح. فإذا قبل المستأجر يكون هذا البذل هو البذل الجديد للايجار، وإذا رفض ترفع القضية إلى القاضي⁽¹⁾.

والتجديد، حسب نص المادة 7 من المرسوم، يمدد الايجار لمهلة جديدة مدتها تسع سنوات ويبدأ مفعول العقد الجديد، مبدئياً، من انقضاء الايجار السابق.

21543 - رفض التجديد. بإمكان المالك أن يوجه إلى المستأجر تنبيهاً بالإخلاء بدون ايجاب تجديد، وأن يجيب برفض طلب التجديد الصادر عن المستأجر. ويقتضي أن يذكر في التنبيه بالإخلاء أو رفض التجديد، تطبيقاً للمادتين 5 و6 من المرسوم، سبب الرفض وأن يذكر أن للمستأجر مهلة شهرين إذا كان ينوي المنازعة أو إذا كان يريد التعويض، ونتيجة عدم تعليل المؤجر رفضه التجديد، إجباره على أن يدفع للمستأجر تعويض نزع اليد⁽²⁾.

ورفض التجديد يضع نهاية العلاقات بين صاحبي العلاقة. ولكي يستعيد المالك حريته عليه، كقاعدة عامة، أن يدفع تعويضاً للمستأجر: تطرح المادة 8 من المرسوم التي تكمل المادة 4 المتعلقة بالحق في التجديد مبدأ حق المستأجر في «تعويض يسمى تعويض نزع اليد».

ولا يتخلص المالك من ذلك إلا أن يستفيد من «سبب تسويغ خطير ومشروع» للفسخ. ويشكل عدم دفع بدل الايجار سبب تسويغ من هذا النوع. وغالباً ما يشكو المالك من أن المستأجر لا يستثمر التجارة المتفق عليها⁽³⁾. غير أن المادة 9 توضح أنه

= وجرى الحكم بأن عدول المؤجر من الافادة من سبب تسويغ تم التمسك به في الأصل، نية السكن شخصياً، لا يعني افتراض أنه قبل التجديد: ينتج رفض التجديد مفعوله ويتعرض المؤجر للتعويض على المستأجر، انظر غ ت ن، 9 نيسان 1959، ن م، III، رقم 154.

(1) يتابع الايجار، في هذه الحالة، ما دام إن الفريقين لم يراجعا القاضي، على أساس بدل الايجار الشائع، ذلك بأنه، في عرف المحاكم، «لا يمكن أن يكون لعدم إقامة دعوى تحديد بدل الايجار نتائج إلا على نقطة انطلاق بدل الايجار المجدد»، غ م ت ا ن، 9 تشرين الثاني 1981، ن م، III، رقم 180؛ وكذلك غ م ت ا ن، 10 تشرين الثاني 1982، ن م، III، رقم 218.

(2) وعليه يماثل عدول المستأجر عن الافادة من سبب تسويغ أثير في الأصل لنية السكن شخصياً في هذه القضية، انظر غ ت ن، 9 نيسان 1969، ن م، III، رقم 154.

(3) انظر غ ت ن، 6 تموز 1960، ن م، III، 276، ملحمة، تجارة بقيت مقفلة مدة سنتين؛ غ ت ن، 30 =

لا يمكن، إذا كان السبب المتمسك به يعود إلى عدم تنفيذ المستأجر موجباته، أن يشكل ذلك مطعناً إلا بعد شهر يلي الإنذار، ويسري ذلك أيّاً كانت الاشتراطات المدخلة في الايجار: هكذا لا يمكن أن ينتج بند الفسخ بقوة القانون في حالة عدم دفع بدل الايجار في استحقاق مفعولاً إلا بعد الإنذار ضمن الشروط الواردة في المادة 9 من المرسوم⁽¹⁾.

يضاف إلى ذلك أن للمالك أيضاً الحق في عدم تجديد الايجار إذا كان العقار يجب أن يهدم جزئياً أو كلياً⁽²⁾. وينص المرسوم أن بإمكانه وضع نهاية للعقد إذا كان يريد استعادة الأمكنة لسكنه أو إسكان أقاربه⁽³⁾، وإنما بشرط أن لا يكون المستفيد من الاسترجاع بتصرفه سكن يتوافق مع حاجاته⁽⁴⁾.

وللمستأجر خارج الحالات التي يكون فيها التجديد مسوّغاً، الحق في التعويض⁽⁵⁾. فالمادة 8 من المرسوم توضح إن هذا التعويض لا يتضمن قيمة المؤسسة وحسب وإنما أيضاً مصاريف الانتقال والاستقرار مجدداً ورسوم النقل... وتنص، بشكل تقليدي جداً على أنه يجب أن يساوي «الضرر الذي سببه عدم التجديد». وينبغي تقويم التعويض في آونة نزع اليد⁽⁶⁾ أو، إذا كان المستأجر ما زال في الأمكنة، في الآونة التي صدر فيها القرار الذي حكم في القضية⁽⁷⁾.

وحق المستأجر في التعويض موجود كما في حالة رفض المالك تجديد الايجار للبناء أو إعادة البناء: توضح المادة 10 مع ذلك أنه يعفى منه إذا اقترح على المستأجر

-
- = حزيران 1964، ن م، III، رقم 340، نشاط توقف كلياً بتاريخ التنبيه بالإخلاء، تلف في التدفئة تمسك به المستأجر ولم يسوّغه.
- (1) وردت القاعدة بتعابير عامة في المادة 9 من المرسوم: تمد هذه المادة المبدأ المطروح في المادة 25 إلى حالة عدم دفع بدل الايجار.
- (2) للمستأجر الحق في الأفضلية، في هذه الحالة، إذا كانت إعادة البناء متوجبة، في الاستئجار في العقار المعاد بناؤه، المادة 9، الفقرة 4، من المرسوم: توضح المادتان 11 و12 كيفية إعمال هذا الحق.
- (3) بصورة أدق زوجته (أو زوجها) أو فروعه أو أصوله أو فروع زوجته (أو زوجها) وأصولها، المادة 14 من المرسوم.
- (4) إذن هذا الحق في الاسترداد يفهم بصورة أضيق مما ورد في قانون 1989 في شأن ايجار السكن: إنه يقارن بالاسترداد الوارد في قانون 1948؛ ويتضمن النص، فضلاً عن ذلك، عدداً معيناً من التقييدات وينص، على وجه الخصوص، على أنه ليس له دور في صدد الأمكنة لاستعمال فندقي أو مفروش ولاستعمال كمستشفى أو للتعليم؛ وتعاقب المادة 18 من المرسوم أخيراً التحايل على حقوق المستأجر.
- (5) لتعزيز حقوق المستأجر تنص المادة 20 من المرسوم على أنه لا يمكن أن يجبر على ترك الأماكن قبل أن يستوفي التعويض المتوجب له.
- (6) انظر غ ت ن، 30 حزيران 1959، م إد، 1959، II، 11311، غ ت ن، 23 كانون الثاني 1961، ن م، III، رقم 42.
- (7) انظر غ ت ن، 4 كانون الثاني 1961، ن م، III، رقم 2، تجارة سلع مستحدثة؛ غ م ت ا ن، 17 حزيران 1971، ن م، III، رقم 390، مخزن تغذية.

مكاناً مساوياً. إلا أنها تحتفظ للمستأجر بإمكانية الحصول على تعويض بسبب الحرمان الموقت من التمتع بالاماكن وكذلك بسبب نقصان قيمة المؤسسة المحتمل⁽¹⁾.

ويلاحظ أن المالك ليس مجبراً على تجديد الايجار في نهاية المطاف. إلا أنه إذا أمل التملص منه فإنه يتعرض لدفع تعويض للمستأجر يمكن أن يكون باهظاً.

وبإمكان المستأجر أيضاً أن يضع نهاية للإيجار بتوجيه تنبيه بالإخلاء في الاشكال الواردة في المادة 5. وله الحق، باستثناء وجود اشتراط مختلف، في توجيه التنبيه عند نهاية كل فترة ثلاث سنوات⁽²⁾.

21544 - رقابة بدل الايجار. ثمة مظهر آخر هام لنظام الايجارات التجارية هو رقابة بدل الايجار. إن فرض مدة دنيا ووجود الحق في التجديد يستوجبان رقابة كهذه. فقواعد مرسوم 1953 هي، في هذا الشأن، مكرهة إلى حد كبير: أنها تتدخل، بصورة خاصة، عند اعادة النظر كل ثلاث سنوات في بدل الايجار وفي آونة تجديد الايجار. وغالباً ما تشكل موضوع نزاع: لحل هذا النزاع انشأت المادة 29 وما يليها قواعد أصلية للإجراء وأعطت رئيس المحكمة البدائية في مكان وجود العقار صلاحية بتّ النزاع⁽³⁾. والقاضي هو الذي يحدد مبلغ بدل الايجار عند اختلاف الفريقين.

ومن الصحيح أن بدل الايجار محدد بحرية في بداية الايجار⁽⁴⁾. والأمر كذلك في شأن آجال دفعه: غالباً ما يستحق بدل الايجار، في المادة التجارية، كل فصل. ويمكن أن ينص العقد على تحديده وفقاً لمؤشر متحرك: يجب عندئذ أن تراعي قواعد القانون العام، أي أن يكون في علاقة مع موضوع العقد أو نشاط أحد الفريقين⁽⁵⁾. وهذه الحرية

(1) تتعلق المادة 13 من المرسوم بالتعليق وتنص على امكانية تأجيل التجديد مدة قصوى ثلاث سنوات.

(2) المادة 3 - 1، الفقرة 2، التي تحيل إلى المادة 5 من المرسوم.

(3) على الأقل في ما يتعلق بتحديد بدل الايجار المعاد النظر فيه أو المجدد: ترفع أنواع التثبيت الأخرى إلى المحكمة، المادة 29؛ ولم يؤخذ بصلاحيّة محاكم التجارة ولا شك خشية أن تتميز مصالح التاجر حائز الحق في الايجار على غيره، انظر Y. Guyon، رقم 677 ورقم 789.

وقد انشأ قانون 5 كانون الثاني 1988، في ما يتعلق بالنزاعات المرتبطة بالتجديد، لجنة مقاطعية للتوفيق من المناسب التوجه إليها في المقام الأول، المادة 23 - 6 - 1 من المرسوم.

(4) Houin et Pédamon، رقم 333؛ Ripert et Roblot، رقم 400؛ حكم محكمة استئناف باريس، 28 نيسان 1972، د، 1972، الموجز 100.

(5) انظر Flour et Aubert، المجلد 1، الأرقام 303 و307 و412 و423، Ghestin، La formation du contrat، الأرقام 118 و138 و148 (تكوين العقد، ترجمة المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع)؛ Les effets du contrat، الأرقام 429 و543 و565 (مفاعيل العقد أو آثاره، ترجمة المؤسسة الجامعية للدراسات... مجد) Le Tourneau، رقم 1320 وما يليه؛ Viney، المجلد 1، رقم 499 وما يليه والمجلد 2 الرقم 190 وما يليه في شأن تحديد المبلغ وفقاً لمؤشر متحرك؛ وتتناول المادة 28 من المرسوم التحديد وفقاً لمؤشر متحرك في صدد «بنود السلم المتحرك»: كان هذا المصطلح شائعاً في ذلك العصر؛ انظر Chauvel =

الأولية ليست بدون حدود. وممارسة رقابة بدل الايجار تتعزز خلال حياة العقد. ويدعو تفحص هذه القواعد إلى تقدير إجمالي.

- بدل الإيجار الأولي ورقابة التحديد وفقاً لمؤشر متحرك. يتحمل بدل الايجار، ضغط القواعد التي تسوس تطوره حتى ولو كان في الأصل محدداً من الفريقين بحرية بدون الاسناد إلى عوامل الأماكن التجارية⁽¹⁾ وبمنجى، مبدئياً، من أي إعادة نظر قبل مهلة ثلاث سنوات⁽²⁾، فالمادة 23 من المرسوم توضح أن «مبلغ بدلات ايجار الأماكن المعدة للتجديد أو لإعادة النظر يجب أن يتوافق مع القيمة الايجارية»: إذن لا يمكن أن يكون بدل الايجار الأولي بعيداً جداً عنها.

وإعمال بنود التحديد وفقاً لمؤشر متحرك، من جهته، محاط بإوالية الحد الأعلى: تنص المادة 28 على أنه، إذا زاد بدل الايجار بمفعول بند كهذا أو نقص بأكثر من الربع بالنسبة إلى البديل المتفق عليه في الأصل، يمكن طلب إعادة نظر و«على القاضي أن يتبنى تطبيق السلم المتحرك على القيمة الايجارية». وتفيد القاعدة، عملياً، المستأجر وتعمل كمنهج لزيادة بدل الايجار. وكان هناك هاجس «صون توازن استثمار المؤسسة» بتجنب أن يرمي بدل الايجار بثقله الوازن جداً على نشاط المستأجر⁽³⁾.

- تطور بدل الايجار كل ثلاث سنوات. يمكن، في حال عدم وجود بند التحديد وفقاً لمؤشر متحرك، أن يتطور بدل الايجار خلال تسع سنوات من الايجار: ينص المرسوم في المادتين 26 و 27 على إعادة نظر كل ثلاث سنوات. وبإمكان كل من الفريقين، بانتهاء كل فترة ثلاث سنوات، أن يطلب تعديل بدل الايجار لكي يتماشى مع القيمة الايجارية. إن المالك، في الواقع، هو الذي يطلب زيادة البديل. والقيمة الايجارية ترتبط بثوابت حددتها المادة 23: خصائص المكان ومقصده، وموجبات الفريقين، وعوامل الأماكن ذات الصلة التجارية، والبديل الشائع في الجوار⁽⁴⁾.

= Indexation et baux commerciaux، م ف ق ن، 1986، 359.

وحول صحة مبدأ بنود التحديد وفقاً لمؤشر متحرك في هذا الشأن انظر كمثال غ م ت ا ن، 2 حزيران 1977، ن م، III، رقم 241، تخيير؛ الطابع المباشر للعلاقة الموجودة بين المؤشر والعقد مسألة واقعية بمنجى من رقابة محكمة النقض (أو التمييز)، انظر غ م ت ن، 28 حزيران 1965، 582؛ وفي صدد بند أعلنت صحته، غ م ت ا ن، 30 أيار 1972، د، 1973، 252، تعليق Ph. Malaurie، Indexation sur le salaire de l'ouvrier métallurgiste.

(1) انظر غ م ت ا ن، 27 حزيران 1987، مجلة بدلات الايجار، 1987، 485: لا يتوجب إعلام المؤجر بعوامل الأماكن ذات الصلة التجارية عند تحديد بدل الايجار.

(2) المادة 23 من المرسوم: «لا يمكن تقديم طلب إعادة النظر إلا بعد ثلاث سنوات على الأقل من تمتع المستأجر».

(3) انظر Houin et Pédamon، رقم 335 مكرر.

(4) المادة 23 - 1 وما يليها توضح طريقة تحديد هذه العوامل.

والحد الأقصى يتدخل هنا أيضاً: تنص المادة 27 على إن زيادة بدل الايجار أو انقاصه، عدا تعديل العوامل الايجارية للصفة التجارية⁽¹⁾، لا يمكن أن يتجاوز تغير المؤشر الفصلي لكلفة البناء.

- تطور بدل الايجار عند التجديد. يجب أن يتوافق بدل الايجار عند التجديد هو أيضاً مع القيمة الايجارية، وهذا ما تفرضه المادة 23 من المرسوم. وقد جرى وضع حد أقصى، هنا أيضاً، لتلطيف الزيادات التي قد يفرضها المالك في هذه المناسبة وربما كانت باهظة. فقد نصت المادة 26 - 1 على أن بدل الايجار المجدد، عدا حدوث تعديل هام في العناصر التي تكوّن القيمة الايجارية، لا يمكن أن يزداد بنسب تتجاوز تغير المؤشر الوطني لقياس كلفة البناء⁽²⁾.

والإمكانية الوحيدة أمام المالك لاستعادة حريته في صدد تحديد بدل الايجار هي تجديد العقد لمدة تتجاوز تسع سنوات⁽³⁾. وهناك أيضاً، منذ 1988، نص على أن الحد الأقصى لا يعمل به إذا جرى امتداد الايجار القديم بتمديد ضمني وإذا جعل تجديده لتسع سنوات المدة كلها أكثر من اثنتي عشرة سنة⁽⁴⁾.

غير أن بعض أنواع الايجارات التجارية تتملص من الحد الأقصى لبذل الايجار عند التجديد: ايجار الأراضي الجرداء، وإيجار الأماكن المبنية لاستعمالها فنادق وسينمات، وإيجار الأماكن لاستعمالها مكاتب وحسب⁽⁵⁾.

- التقدير. يمكن القول، إذا كان يتوجب تقدير هذه الإوالات المختلفة للتحيين والحد الأقصى لبدلات الايجار التجارية عند إعادة النظر كل ثلاث سنوات وعند التجديد، يخشى ان يكون مفعول هذه الإوالات الحفاظ على بدل الايجار بقيمة أدنى من

(1) انظر حكمي محكمة استئناف باريس، 21 كانون الأول 1970 و23 آذار 1971، م ف ق ت، 1972، م M.Pédamon؛ وفي شأن تطور نحو الانخفاض تبعاً لعوامل الأماكن ذات الصفة التجارية الذي يطالب المستأجر به انظر م ت ا ن، 11 أيار 1982، مجلة بدلات الايجار، 1983، 156، م Berthault.

(2) طبق سقف الحد الأقصى لبذل الايجار المجدد بمرسوم 3 تموز 1972: جرى تعديل الإوالية بقانون 5 كانون الثاني 1988 لكي تتماشى مع الإوالية التي تسوس إعادة النظر الثلاثية الحول، انظر Houin et Pédamon، رقم 344؛ Ripert et Roblot، رقم 402.

(3) المادة 23 - 6 التي فرضت تطبيقها في حال أن مدة الايجار المعدل للتجديد «ليست أكثر من ست سنوات»، انظر م ت ا ن، 25 حزيران 1975، م إد، 1976، II، 18209، تعليق B.Boccara؛ ويؤيد بعض المؤلفين تطبيق الحل نفسه عندما يكون الايجار الأولي المعدل للتجديد هو نفسه لتسع سنوات، انظر B.Boccara، التعليق المذكور اعلاه.

(4) المادة 23 - 6 من المرسوم كما عدلها قانون 5 كانون الثاني 1988.

(5) المواد 23 - 7، 23 - 8 و23 - 9 من المرسوم.

القيمة الايجارية الحقيقية، مما يحمل على اللجوء إلى أساليب تعويض، كخلو الرجل⁽¹⁾.

21545 - مظاهر الايجار المالية الأخرى. لا تتحدد شروط الايجار المالية ببذل

الايجار. فقد تُطلب إلى المستأجر، فضلاً عن ذلك، مساهمات مختلفة.

فليس من النادر أن يطلب المالك، عند دخول الأماكن، ما يسمى «خلو الرجل»، وهو نوع من الحق في الدخول يتجسد في مبلغ جزافي مرتفع عموماً، وتعتبر هذه الممارسة قانونية⁽²⁾. على أن في أيامنا نزعة إلى التخلي عنه وتفضيل الايجارات المسماة «على الطريقة الاميركية» بدون خلو رجل». وقد جرى النقاش حول طبيعة هذا المبلغ وأول فكرة تتبادر إلى الذهن أنه تُفترض دفع هذه المكافأة بسبب المنفعة التي يجنيها المستأجر من الحق في تجديد الايجار. والايجار، بكونه قابلاً للتنازل عنه مع المؤسسة⁽³⁾، فضلاً عن ذلك، يمكن التعويض عنه من المستأجر التالي عند بيع المؤسسة. ويتعلق الأمر في هذه الرؤية وحسب برأس مال يدفع مرة واحدة بسبب انخفاض القيمة الناتج عن وجود ايجار تجاري. بيد أنه من المعقول اعتباره نوعاً من العلاوة على بدل الايجار تستوفي سلفاً بسبب وجود اختلال تحت رحمة حياة الايجار يحصل بالنسبة إلى القيمة الايجارية الحقيقية. وتشكل هذه العلاوة عندئذ⁽⁴⁾ دخلاً يجب أخذه بعين الاعتبار لحساب بدل الإيجار عند إعادة النظر الثلاثية الحول وتجديد الايجار. إن محكمة النقض (أو التمييز) تترك المسألة مفتوحة بالتخلي لقضاة الاساس عن بت هذه النقطة، حالة حالة، تبعاً لنية الفريقين⁽⁵⁾.

يضاف إلى ذلك أن الأمور تشكل كلاً: يترافق خلو الرجل مع بدل ايجار معتدل (من هنا الخشية من انخفاض قيمة العقار)⁽⁶⁾، وعدم وجود خلو الرجل يسوّغ طلب بدل

(1) انظر غ ت ن، 14 تشرين الثاني 1962، د، 1963، 305، م إ د، 1963، II، 12999، طلبات P.Garbit, Lamy droit commercial; Gégout، رقم 1298؛ Houin et Pédamon، رنم 405.

(2) Houin et Pédamon، رقم 333؛ وعلى العكس من ذلك، J.Viatte, Le pas-de-porte، م ق ع، 1979، 2، 468.

(3) انظر حول هذه النقطة الرقم 21547 اللاحق.

(4) انظر محكمة استئناف باريس، 30 نيسان 1993، م إ د، الطبعة N، 1994، II، 252، تعليق J. Lafond: اعتبار محرر الايجار مقصراً في واجبه بالنصيحة إذا لم ينبه الفريقين - بدعوتهما إلى التعبير عن الاختيار الذي يجب أن يعتمداء - إلى أن إعطاء «خلو الرجل» المتفق عليه وصف الدخل يؤدي إلى الخضوع للضريبة على الدخل، وكان يمكن تجنب ذلك لو اتفقا على أن الأمر يتعلق برأس مال، وقد أدان الحكم الكاتب العدل بالتعويض على المؤجر بقيمة الضريبة الإضافية التي كان على المؤجر مواجهتها.

(5) P. Garbit, Lamy droit commercial، رقم 1298: هناك في هذا الموضوع أيضاً اجتهاد للمحاكم الادارية يقدمه هذا المؤلف، ذلك بأن للمسألة نتائج ضريبية؛ انظر أيضاً J. Lafond, Le versement d'un pas-de-porte au bailleur lors de la prise de locaux commerciaux، م إ د، الطبعة N، 1981، I، 113.

(6) انظر Y. Guyon، رقم 674.

وبامكان الفريقين، علاوة على ذلك، أن يتفقا على إيداع ضمان: للرهان على حسن تنفيذ المستأجر موجباته وإعادته بعد نهاية الايجار. وهو يفترق عن دفع بدل الايجار سلفاً، كما ينص العقد على ذلك في الغالب ويشكل مجرد كيفية الدفع وليس تأميناً⁽¹⁾. ويحدد مبلغ ايداع الضمان وكيفيات اعاده تحيينه خلال مجرى الايجار بحرية من قبل الفريقين، إلا أن القانون يفرض بعض الحدود، ذلك بأنه، إذا كان من الصحيح أن ايداع الضمان وبدلات الايجار المدفوعة سلفاً هما شيان مختلفان، فإن المادة 24 من المرسوم تنطرق إليهما إجمالاً بالنص على أن أي مبلغ يدفع سلفاً ينتج فائدة إذا تجاوز مبلغ أجلي بدل الايجار⁽²⁾. ولا يستطيع المؤجر، في شأن ايجار يتضمن بدل ايجار فصلي مثلاً، أن يفرض سوى بدل ايجار فصلي سلفاً ومبلغ مماثل بصفة ايداع ضمان إذا اراد أن يتجنب إلزامه بفوائد للمستأجر. القاعدة هي لحماية المستأجر.

ويقتضي التشديد على نقطة هامة أخيراً وهي أن بدل الايجار قد يكون متوقفاً على مردودية المال. ويسمى البند الذي ينص على أن مبلغ الايجار يتوقف، كلياً أو جزئياً، على المنافع التي يقدمها المؤجر «بند الايرادات»⁽³⁾. وغالباً ما ينص الايجار، عملياً، على بدل ايجار أدنى وإمكانية دفع تكملة في نهاية السنة إذا كان رقم المبيعات المحقق أعلى من مبلغ معين. وهذا الأسلوب مشروع بلا نزاع⁽⁴⁾ ويوجد بصورة خاصة في المراكز التجارية الجديدة⁽⁵⁾. ولا يمكن التفكير في أنه يضفي على بدل الايجار طابعاً ارادياً ما دام ان مردودية مؤسسة المستأجر لا تتوقف على ارادته الطيبة وحدها. ولبنـد الايرادات

(1) تنسب بدلات الايجار المدفوعة سلفاً في نهاية الايجار، إلى الآجال الاخيرة المتوجب دفعها، في حين أن ايداع الضمان لا يمكن استخدامه لهذه الغاية: للمالك الحق في الاحتفاظ به حتى التحقق من قيام المستأجر بتنفيذ موجباته عند زوال العلاقات العقدية وتصفية الحسابات.

(2) انظر غ م ت ا ن، 6 أيار 1985، ن م، III، رقم 78.

(3) Houin et Pédamon، رقم 335 مكرر؛ غ م ت ا ن، 2 تشرين الأول 1984، ن م، III، رقم 155، نقض قرار استئناف أبطل بنداً كهذا: «اشتراط بدل الايجار المحسوب انطلاقاً من نسبة مئوية معينة لرقم مبيعات المستأجر يشكل نمط تحديد بدل الايجار لا يدخل في احكام المادة 35 من المرسوم»، لأن موضوعه ليس إفشال الحق في التجديد.

(4) Houin et Pédamon، رقم 335 مكرر؛ Lamy droit commercial، رقم 1354 وما يليه، B. Boccara، Les baux à loyer variable et l'action en révision de l'art 28 du statut، م إد، 1980، الطبعة CI، II، 13210، يتكلم المؤلف عن «بدل ايجار مرتفع للرفاهية».

(5) انظر كمثال غ م ت ا ن، 5 كانون الثاني 1983، م ق ع، 1983، I، 325، تعليق Boccara; Brault، Définir; l'indexation، م إد، 1985، I، 3187؛ انظر ايضاً غ م ت ا ن، 14 حزيران 1983، ن م، III، رقم 135، في شأن مطعم، بدل ايجار مؤلف، في قسم منه، من مبلغ محدد وفي القسم الآخر من مبلغ يتغير تبعاً لرقم المبيعات.

منفعة للمؤجر، وذلك ليس في أنه يتيح إقرانه بالارباح التي حققها المستأجر وحسب وإنما أيضاً لأن الاجتهاد يطبق عليه معاملة مؤيدة: يعتبر، على وجه الخصوص، أن تغير بدل الايجار الناجم عنه لا يخضع لرقابة تحديد المبلغ وفقاً لمؤشر متحرك المنصوص عليها في المادة 28 من المرسوم⁽¹⁾.

يضاف إلى ذلك عدم وجود مخاطرة المماثلة بعقد شركة ما دام أن المؤجر يشارك في ارباح الاستثمار وحسب ولا يشارك في الخسارة.

21546 - مقصد الشيء. تنص المادة 1728 من ق م، في القانون العام، على أن المستأجر ملزم بمراعاة مقصد الشيء كما هو محدد في الايجار. والأمر كذلك في المادة التجارية. إن المستأجر ملزم، مبدئياً، بالتقيد بنصوص عقده في ما يتعلق بالنشاط التجاري الذي يمكن أن يقوم به في الأماكن المؤجرة. ونادراً ما تطرح المسألة في حال ايجار «أي تجارة»: بإمكان المستأجر تغيير نشاطه حسب رغبته غير أن عقوداً كهذه نادرة. إن الايجارات، على وجه العموم، تصف بدقة النشاط الذي سيمارس في الأماكن.

تنتج عن ذلك قساوة قليلاً ما تكون منسجمة مع تطلبات التجارة، ولذلك انتهى الأمر إلى ترك حرية معينة للمستأجر لتغيير مقصد الأمكنة: له الحق في القيام بإزالة الاختصاص عن نشاطه⁽²⁾. فقانون 12 أيار 1965 اعترف له بهذه الامكانية: تكرست المواد 34 إلى 34 - 8 من المرسوم لهذه الغاية. ثمة نوعان من إزالة الاختصاص أحدهما طابع أصغر وللثاني طابع جذري وهما يفترقان: إزالة الاختصاص الجزئي والتام. والنوع الأول يسهل القيام به والثاني أصعب، إلا أن الاثنين يمكن اللجوء إليهما في النهاية بدون موافقة المؤجر: رفض المؤجر ليس عقبة مانعة.

وتسوس المادة 34 إزالة الاختصاص الجزئية أو المقيدة. وترتكز هذه الإزالة، بالنسبة إلى المستأجر، على إكمال نشاطه بإضافة نشاط أو عدة أنشطة إلى النشاط

(1) انظر غ م ت ا ن، 5 كانون الثاني 1983، المذكور سابقاً، م ق ع، 1983، I، 325، تعليق Ph.- H. Brault، استبعاد تطبيق المادة 28 التي تتيح للمستأجر أن يطلب إعادة النظر في حالة زيادة بدل الايجار أكثر من الربع؛ على عكس ذلك حكم محكمة استئناف باريس، في السابق، 16 نيسان 1976، م ق ع، 1976، 2، 491، تعليق Ph.- H. Brault.

يأخذ الاجتهاد، في الوقت عينه بأن المادة 27 من المرسوم لا تطبق على ايجار يحوي بنداً كهذا، ولا سيما في ما يتعلق بتطور القسم المحدد من بدل الايجار: هذا القسم الأخير لا يمكن إذاً أن يكون موضوع إعادة نظر ثلاثية الحول، انظر غ م ت ا ن، 13 كانون الثاني 1988، ن م، III، رقم 10؛ وإذا كان القسم الثابت محدداً على أساس كلفة البناء يكفي أعمال هذا المؤشر، انظر غ م ت ا ن، 14 حزيران 1983، ن م، III، رقم 135.

(2) انظر Y. Guyon، رقم 668 والانتقادات في الرقم 671؛ Houin et Pédamon، رقم 337، F. Boulanger، 1974، 171؛ انظر أيضاً Ripert et Roblot، رقم 398 وما يليه.

الممارس حالياً: القصاص يضيف جزارة الخنازير، والمكتبي بيع الاسطوانات... وينبغي، للقيام بذلك، أن يكون النشاط المضاف «ملحقاً أو تكميلياً»، ويكفي أن يعلم المستأجر المؤجر، بعمل غير قضائي، بنيته لكي يسري الايجار لشهرين يمكن خلالهما أن ينازع المؤجر في الطابع الملحق أو التكميلي للأنشطة المعنية. ويعتبر المؤجر، إذا لم يجب، قد قبل بإزالة الاختصاص. وفي حالة النزاع تراجع المحكمة البدائية التي تصدر حكمها «تبعاً لتطور العادات التجارية بصورة خاصة»⁽¹⁾.

وللإزالة فائدة تأمين مرونة معينة في أعمال النظام. على أن الأمور، في الممارسة، لا تسير دائماً بدون عناء، ذلك بأن المالك غالباً ما ينازع في شرعية إزالة الاختصاص وفي صحة التحويل.

وإزالة الاختصاص التامة، أو الكاملة، وهي أكثر جرأة، تشكل موضوع المادة 34 - 1 من المرسوم، وهي تركز، بالنسبة إلى المستأجر، على ممارسة «نشاط مختلف» زيادة على النشاط المحدد في الايجار أو مكانه: ويقتضي، حسب النص، أن يكون الظرف الاقتصادي وضرورات تنظيم عقلي للتوزيع تفسر التغيير المطلوب. زد على ذلك أنه ينبغي أن يكون النشاط المعني منسجماً مع المقصد وطابع العقار ووضعه. ويفترض ذلك، مبدئياً، رضا المؤجر. إنه له، عند إعلامه بالتحويل حسب الاصول، مهلة ثلاثة أشهر للإفصاح عن وجهة نظره، ويعتبر موافقاً عند عدم الجواب، ويستطيع أن يخضع موافقته لشروط. وتنص المادة 34 - 3 على أن له الحق في تعويض على المستأجر عندما يمكن أن تسبب إزالة الاختصاص ضرراً له، فضلاً عن أنه يستطيع أن يطلب تعديلاً لبدل الايجار، إلا أنه يمكن، في أي حال، صرف النظر عن رفضه: تنص المادة 34 - 4 على أن المحكمة في وسعها أن تجيز إزالة الاختصاص إذا بدى لها ان اعتراض المؤجر غير مسوّغ «بسبب تسويق خطير ومشروع».

وفضلاً عن ذلك جرى وضع إوالية لحماية الغير دائن التاجر مستثمر الأمكنة عند إزالة الاختصاص التام: تنص المادة 34 - 2 من المرسوم على أن يبلغ طلب المؤجر أيضاً الدائنين المسجلين على العقار الذين بإمكانهم أن يطلبوا أن تكون إزالة الاختصاص خاضعة لتدابير من شأنها الحفاظ على مصالحهم، وذلك مفروض طالما أن المؤسسة التجارية تتحول جذرياً.

والتجار الآخرون هم من الغير أيضاً ويقتضي الاهتمام بهم عندما يكونون مرتبطين بالمؤجر نفسه وقد يكون نشاطهم تنافسياً. ويحميهم المرسوم في المادة 34 - 2، الفقرة

(1) عامل عدم يقين، ويعود للتقدير حول هذه النقطة إلى سلطة قضاة الأساس السيدة، انظر غ م ت ا ن، 20 شباط 1969، ن م، III، رقم 160.

2، في حالة ازالة الاختصاص التامة، إذ ينص على وجوب ابلاغهم عندما يكون المالك تجاههم «ملزماً بعدم تأجيرهم لممارسة أنشطة مشابهة» للأنشطة المطلوب تغيير مقصدها ولهم امكانية إعلام وجهة نظرهم. إن وجود تجارة مشابهة للتجارة التي يمارسها الطالب الذي سيكون محمياً ببند الحصرية، ولا شك فيه، يشكل سبب تسويغ صحيح لرفض المؤجر. ويشير القيام بازالة الاختصاص الجزئي مشكلة أكثر حدة لأن القانون لم ينص على أي شيء لحماية التجار المجاورين. وتعتبر المحاكم ان من يمارسون نشاطاً على مقربة منهم بدون غطاء ايجار يمنحهم الحصرية لا يمكنهم التمسك بالعقد الذي أبرموه للاحتجاج به ضد تسويق النشاط المطلوب على اساس المادة 34 من المرسوم⁽¹⁾.

وإزالة الاختصاص مدار انتقاد بعض المؤلفين الذين يعارضون الفلسفة التي تركز عليها هذه الإزالة: إنها توصل، في الواقع، إلى تمييز مصالح التاجر بمضرة مصالح المؤجر وليس إلى حماية المؤسسة التجارية بالحفاظ إلى استقرارها وزينها⁽²⁾. هناك انزلاق قد حصل إذن.

21547 - التنازل عن الايجار ونقله. ينص نظام 1953 الذي تميز على هذا النحو من القانون العام⁽³⁾ على أن الايجار قابل للتنازل عنه: على الأقل مع المؤسسة التجارية. فالمادة 35 - 1 من المرسوم تنص صراحة عليه وتحظر أي بند مخالف⁽⁴⁾. أن ذلك يسهم في تجسيد «الملكية التجارية» مع تلطيف طابع بالنظر إلى الشخص المتعاقد معه بشكل أمر. كان الحل لا غنى عنه: الحق في الايجار أحد عناصر القيمة الدمية المالية للمؤسسة التجارية.

ولا يمنع تحظير البنود المخالفة الأخذ بصحة الاشتراطات التي يكون موضوعها الإحاطة بالتنازل: هكذا يستطيع المالك أن يفرض على المستأجر أن يحيطه علماً بأي موضوع تنازل⁽⁵⁾، أو أن يتطلب أن يكون هذا التنازل موضوع عقد

(1) انظر الهيئة العامة، 26 كانون الثاني 1973، م إ د، 1973، II، 17462، تعليق Y.Guyon; B.Boccarda رقم 669 وما يليه؛ وحول المشاكل الموجودة في المراكز التجارية انظر Chatelain et Gautier, concurrence dans les centres commerciaux، م إ د، 1981، الطبعة II، CI، 13643.

(2) انظر Y.Guyon، رقم 671.

(3) تنص المادة 1717 من ق م على أن الايجار قابل للتنازل عنه، إلا أن القاعدة ليست، من جهة أولى، آمرة، حتى أن البنود المخالفة ممكنة، وقابلية التنازل عن العقد، من جهة ثانية، ليست محددة عند النقل مع المؤسسة.

(4) الاجتهاد إلى جانب المستأجر إذ إنه يميل إلى قبول التنازلات الجزئية عن المؤسسة. عندما يشكل الفرع المتنازل عنه استثماراً متميزاً، انظر غ م ث ا ن، 24 تشرين الثاني 1987، م إ د، 1988، III، رقم 21025، تعليق Y.Guyon; B.Boccarda، رقم 672، نقد في هذا الصدد؛ Ripert et Roblot، رقم 393.

(5) وعليه «تحظير بنود منع التنازل عن الايجار... لا يطبق إلا على المنع المطلق والعام لأي تنازل وليس على مجرد بنود تحديدية أو تقييدية»، انظر غ م ث ا ن، 19 كانون الأول 1983، ن م، 1983، III، رقم 265 =

موثق⁽¹⁾، أو أن يخضع النقل إلى موافقة خطية أو أن يتطلب الموافقة على المتنازل له⁽²⁾، أو أخيراً أن ينص على كيفية معينة للتنازل⁽³⁾...

بيد أنه، عند الحصول على موافقة المؤجر يمكن، بالطبع، التغلب على رفضه بطلب إذن التنازل قضائياً⁽⁴⁾. ورفض المؤجر غير المسوّغ يعرضه لوجوب دفع عطل وضرر للمستأجر عندما يسبب له ضرر⁽⁵⁾. ويستعيد الايجار، مهما يكن من أمر، عن طريق بنود كهذه، إلى حد ما طابع بالنظر إلى شخص المتعاقد معه.

ولا يقبل الايجار التنازل عنه، مبدئياً، بدون المؤسسة التجارية. على أن الحق في الايجار يمكن التنازل عنه بموافقة المؤجر الذي يستفيد منه عموماً لتغيير المستأجر فيستوفي هكذا خلوّ رجل جديد.

وإذا كان الايجار التجاري قابلاً للتنازل عنه مع المؤسسة فهو بالأولى للنقل، في حال وفاة المستأجر، إلى ورثته، وهو ممكن، إضافة إلى ذلك، بدون المؤسسة: يظهر الحل المعتمد، لأول وهلة، هو حل القانون العام للايجار، وبالتالي حل المادة 1742 من ق م التي، بمقتضاها، لا تضع وفاة المستأجر نهاية للعقد، على الأقل يقبل هذا الحل إذا كانت ضرورة الاستثمار الشخصي للمؤسسة لا تبدو

= انظر أيضاً غ ت ن، 28 شباط 1956، ن م، III، رقم 88، طرد.

(1) غ ت ن، 12 حزيران 1963، ن م، III، رقم 294؛ وحول البند الأكثر تنازعاً فيه الذي يتطلب تنظيم عقد من قبل مستشار المؤجر انظر غ ت ن، 16 تموز 1970، مجلة بدلات الايجار، 1970، 446.

(2) انظر غ ت ن، 20 آذار 1962، ن م، III، رقم 181، صناعة الأغذية وبيعها: بند يوضح أن المستأجر ملزم بأن يشغل الأمكنة شخصياً وأن يستمر في التجارة الموجودة، ولا يمكن التنازل عن الايجار إلا بموافقة المؤجر المسبقة الذي يجب إبلاغه التنازل؛ وحول البند الذي يفرض تدخل المؤجر في عقد التنازل أيضاً غ ت ن، 6 آذار 1957، ن م، III، رقم 88.

(3) هكذا يمكن أن يحفظ العقد للمؤجر الحق في الشفعة، غ ت ن، 17 شباط 1960، د، 1960، 358: الصحة غير مشكوك فيها، ذلك بأن قابلية التنازل عن المؤسسة لا تتأثر؛ وحول الضمان التضامني المطلوب من المتنازل وصحته مقبولة انظر غ ت ن، 27 كانون الثاني 1953، د، 1953، 236: البند منازع فيه إلى حد كبير لأن المستأجر مدعو إلى تحمل مخاطرة غير منصوص عليها في النظام؛ أضف إلى ذلك حكم محكمة استئناف باريس، أول آذار 1990، م إد، 1990، II، 21559، تعليق B. Petit، م ف ق م، 1990، 667، م Ph.Rémy؛ على أنه من المشروع أن تكون للمؤجر كلمته في صدد ملاءة المتنازل له، انظر Y.Guyon، رقم 672؛ انظر أيضاً حكم محكمة استئناف باريس، 7 كانون الأول 1989، د، 1990، الموجز 253، L.Rozès: الضمان التضامني للمستأجر ليس كفالة.

(4) انظر غ ت ن، 28 شباط، 1956، ن م، III، رقم 88، انفجار: «لا يستطيع المؤجر أن يرفض الرضا بدون أسباب تسويغ شرعية... يستطيع المستأجر عند الرفض غير المسوّغ أن يطلب إلى القضاء تجاوز هذا الرفض».

(5) مثلاً لأن مشروع التنازل جرى التخلي عنه، غ ت ن، 15 آذار 1965، ن م، III، رقم 192، تجارة خشب التدفئة.

مفروضة بسبب طبيعة العلاقات بين الفريقين⁽¹⁾.

تضاف إلى ذلك إوالية التخصيص التفضيلي الذي يتناول المؤسسة ذاتها مع حقها في الايجار: أحد الزوجين الباقي على قيد الحياة، أو أي وريث شريك في الملكية شارك فعلياً في استثمار المؤسسة في وسعه أن يطلب تخصيصها لمصلحته استناداً إلى المادة 832، الفقرة 4، من ق م⁽²⁾. ويؤكد التخصيص التفضيلي الذي يتناول هذه «المؤسسة التجارية»، كما ورد في النص، كون المؤسسة تشكل كياناً مستقلاً. غير أن القانون، ليكون أميناً على النزعة الوراثية للإوالية، قرر أنها لا مجال لها إلا أن تستبعد أهمية المؤسسة «الطابع العائلي».

21548 - الايجار من الباطن وايجار المؤسسة. يحظر على المستأجر، لأن الايجار التجاري يبقى، رغماً عن القابلية للتنازل الواردة في نظام 1953، موسوماً بطابع بالنظر إلى الشخص المتعاقد معه، أن يؤجر من الباطن قسماً من الأمكنة، أو كلها: تأخذ المادة 21 من مرسوم 1953 بهذا الحل المخالف لحل المادة 1717 من ق م⁽³⁾. وللقاعدة فائدة تجنب ارتفاع الاكلاف والارباح الباهظة التي يمكن أن يولدها اللجوء إلى الايجار من الباطن⁽⁴⁾. بيد أن المادة 21 من مرسوم 1953 تتحفظ لجهة الحالة التي يعطي المؤجر فيها موافقته: عليه عندئذ التدخل في العقد وبإمكانه أن يطلب زيادة بدل الايجار عندما يحوي العقد من الباطن بدلاً أعلى من بدل الايجار الأصلي⁽⁵⁾.

ومن الصعب أحياناً التفريق أمام ايجار فعلي من الباطن. لا يعتبر أي استعمال للأمكنة التجارية من قبل غير المستأجر ايجاراً من الباطن: مجرد إذن معطى للغير ببيع

(1) يمكن أن تشذ اتفاقية الفريقين صراحة عن المادة 1742 وأن تعلن أن الاستثمار الشخصي من قبل المستأجر هو شرط لبقاء الايجار، انظر غ ت ن، 22 حزيران 1964، ن م، III، رقم 320.

(2) أيلولة المؤسسة التجارية تؤدي إلى ايلولة الايجار التجاري، انظر بهذا المعنى M. Grimaldi, Successions منشورات Litec، 1992، رقم 887؛ ولكن على افتراض وجود ايلولة: إنها لا يعطي المستفيد الحق في أن يطلب إلى المؤجر إثبات حق كهذا لأن المؤسسة قد تكون موجودة بدون الحق في الايجار، انظر غ م أ ن، 11 حزيران 1968، د، 1969، I، تعليق P. Voirin، زوج حصل على التخصيص عقب طلاق وطلب امتياز ايجار من زوجته.

(3) انظر، في شأن مثال قد يكون منتقداً، غ م ت ا ن، 8 أيار 1969، د، 1969، 479، مستخدم يقطن الأماكن بصفة وظائفه، وصف الايجار، نقض الحكم الذي رفض فسخ الايجار.

(4) انظر Houin et Pédamon، رقم 338.

(5) تنص المادة 22، الفقرة 2، من المرسوم على أن للمستأجر من الباطن، في حالة كهذه، الحق المباشر تجاه المؤجر الأصلي ليتطلب منه، عند انقضاء العقد الأصلي، تجديد إيجاره الخاص، انظر كمثال، غ م ت ا ن، 30 آذار 1978، ن م، III، رقم 133، ومصدر هذا الحق المباشر الموافقة على الايجار من الباطن الصادرة عن المؤجر الأصلي، انظر: غ م ت ا ن، 7 آذار 1973، ن م، III، رقم 181.

ولا يمكن تجاوز رفض المؤجر باللجوء إلى إذن قضائي، انظر: غ ت ن، 16 تموز 1962، م إ د، 1962، II، 12904، تعليق Givord، م ف ق ت، 1963، 76، م A. Jauffret.

منتجات في مخازن المستأجر لا يشكل إيجاراً من الباطن محظراً⁽¹⁾.

لا يضر منع الايجار من الباطن بامكانية المستأجر في التعاقد على الاجارة الادارية: إذ من المقبول أن لا يشكل هذا الايجار الذي لا يتناول العقار نفسه وإنما المؤسسة وحسب ايجاراً للأمكنة من الباطن هو موضوع ايجار تجاري⁽²⁾، إلا أن يكون هناك إخفاء اجارة من الباطن تحت ستار اجارة الادارة⁽³⁾.

ويبدو، والحق يقال، مع أن الحل حسن، من الصعب قبول كون إجارة الادارة لا تحمل بأي شكل كان اجارة الأمكنة من الباطن التي أجراها مالك المؤسسة التجارية: ماذا يفعل هذا المالك إلا أن يضع الأمكنة بتصرف المستثمر الجديد الذي سيغدو الشاغل طبيعياً مقابل مكافأة تتيح تغطية بدلات الايجار؟ هناك إذاً مقومات الإجارة من الباطن جميعاً. وليست اجارة الادارة بالتأكيد إلا هذا. إلا انه لا يمكن التفكير أنها لا تتضمنها على الاطلاق، وما هو مفضل بالاجمال القول إن هذا النوع من الايجار من الباطن لا يدخل في تحظر المادة 21 من مرسوم 1953.

21549 - المنافسة الممكنة. تبرز مسألة لا ينظمها نظام الايجارات التجارية ولا القانون العام لايجار العقارات وهي معرفة ما إذا كان المالك يعد المستأجر تجنب منافسة أحد. ويعتبر المؤجر، عدا وجود اشتراط خاص، غير مضطلع بأي موجب تجاه المستأجر في هذا الصدد.

ويقدر، من جهة أولى، أنه لا يتعهد بعدم التأجير قرب الأمكنة لأي تاجر كان يمارس نشاطاً مشابهاً⁽⁴⁾، ويعتبر، من جهة ثانية، وذلك منازع فيه إلى حد ما، أنه لا يمنع نفسه من أن يمارس تجارة من الطبيعة ذاتها⁽⁵⁾.

(1) انظر غ م ت، 5 تموز 1961، ن م، III، رقم 313، بيع الموز، اتفاقية بعنوان «تعهد كممثل بائع»، مستأجر احتفظ برقابة النشاط المعني مستوفياً عائدة؛ غ ت ن، 26 تشرين الأول 1959، اجتهاد عقاري، 1960، 44، الغير مجاز له البيع في الأمكنة المؤجرة، نسبة مثوية يستوفيه المستأجر؛ وفي صدد اسكان أحد افراد عائلة المستأجر مجاناً من قبل المستأجر، انظر: غ ت ن، 22 كانون الثاني 1963، ن م، III، رقم 52.

(2) انظر غ ت ن، 13 أيار 1965، ن م، III، رقم 313؛ حكم محكمة استئناف باريس، 19 كانون الثاني 1993، د، 1993، إ س، 113؛ على أن بإمكان مؤجر الأمكنة منع ايجارة الإدارة في العقد، انظر: غ ت ن، 19 كانون الأول 1950، د، 1951.

(3) المحظر مبدئياً، انظر غ ت ن 2 حزيران 1958، ن م، III، رقم 219، م إ د، 1960، 11501، تعليق Cohen، حمامات مغربية وفندق، ايجار من الباطن؛ حكم محكمة استئناف باريس، 14 آذار 1991، د، 1992، الموجز، 367، م، L.Rozès؛ انظر أيضاً غ ت ن، 28 حزيران 1961، ن م، III، رقم 300، ايجار من الباطن.

(4) انظر: غ ت ن، 7 شباط 1962، د، 1962، 513، مكتبة؛ غ م ت ن، 16 آذار 1973، د، 1976، 559، تعليق Y. Serra، تجارة الألبسة؛ انظر أيضاً Houin et Pédamon رقم 331.

(5) انظر: غ م ت ن، 25 شباط 1975، م إ د، 1975، 2، 18096، تعليق B. B.

21550 - الفسخ . التقادم (مرور الزمن). فسخ الايجار يضع نهاية له ويمكن أن يكون متفقاً عليه حياً، أو يتمسك به هذا الفريق أو ذاك . فإذا تابع المؤجر الفسخ، مثلاً، بسبب عدم تنفيذ المستأجر موجباته فإنه يخضع لبعض الاكراهات العائدة لضرورة حماية دائني المستأجر: تنص المادة 14 من قانون 17 آذار 1909 على أن المؤجر، في حالة كون المؤسسة مثقلة بالتسجيلات، عليه إبلاغ طلبه الدائنين المسجلين سابقاً⁽¹⁾، ولا يمكن أن يتدخل عندئذ الفسخ الحبي أو الحكم بالفسخ إلا بعد شهر من هذا التبليغ.

وتنص المادة 33 من مرسوم 1953 على أن الدعاوى التي تمارس استناداً إلى هذا النص تتقادم بمرور سنتين . ويطبق التقادم، مثلاً، على إعادة النظر الثلاثية الحول⁽²⁾ وعلى تحديد تعويض الإشغال⁽³⁾، وليس على ما يخضع للقانون العام للايجارات، كفسخ الايجار لعدم مراعاة بنوده⁽⁴⁾ أو عدم دفع بدلات الايجار⁽⁵⁾.

القسم II

ايجار ادارة المؤسسة التجارية

21551 - وصف العملية. يرتكز ايجار إدارة المؤسسة التجارية، بالنسبة إلى مالك المؤسسة، على إعطاء استثمارها شخصاً آخر ليدبرها بشكل مستقل ويدفع له مكافأة كمقابل ذلك⁽⁶⁾. ويسوس ذلك قانون 20 آذار 1956 الذي يحدد نظامه في

(1) هذا الإبلاغ ضروري حتى في حالة الفسخ بقوة القانون بمفعول بند صريح في الايجار، انظر النقض المدني، 23 حزيران 1933، د، 1933، 1، 39، تعليق Lalou؛ النقض المدني، 12 حزيران 1944، DA، 1944، 55.

(2) انظر غ م ث ا ن، أول حزيران 1988، ن م، III، رقم 100.

(3) انظر غ م ث ا ن، 30 أيار 1968، حوليات بدلات الايجار 1968، 1615؛ غ م ث ا ن، 21 شباط 1969، حوليات بدلات الايجار 1969، 1581.

(4) انظر غ م ث ا ن، 3 تموز 1985، ن م، III، رقم 107، استثمار تجارة النقل، انتهاك الايجار الذي ينص على تأجير سيارات؛ غ م ث ا ن، 12 تموز 1989، ن م، III، رقم 164، مقهى ومقصف، عدم احترام مقصد الأمكنة.

(5) انظر غ م ث ا ن، 5 كانون الثاني 1977، ن م، III، رقم 9، بدل الايجار محدد بقرار قضائي، طلب دفع مجموع بدلات الايجار السابقة، غياب التحديد والدورية، المادة 2277 من ق م مستبعدة، تقادم ثلاثيني.

(6) قارن بالعقد المسمى «عقد الإدارة Management» الذي يركز بالنسبة إلى شركة متخصصة في نوع معين من النشاط، الإدارة الفندقية مثلاً، على تحمل مسؤولية استثمار مؤسسة تخص الغير لإدخالها في شبكته، انظر حول هذه النقطة Ph. Merle, Contrat de management et organisation des pouvoirs dans la société anonyme، د. 1975، العرض 245، وهو يرى في هذا العقد وكالة مصلحة مشتركة؛ Y. Guyon، رقم 713.

وحول إجارة الادارة انظر بصورة خاصة M.J Campona, Fonds de Commerce، م ا ت، الكراسة 1740، ايجار الإدارة، الخلاصة، 1987، الكراسة 1750، ايجار الإدارة، المفاعيل، 1987؛ انظر أيضاً Houin، م ف ق ت، 1976، 197؛ Maus، د، 1956، العرض 69؛ Derrida، م ا د، 1950، الطبعة II، N، 65816.

أحكام هي من الانتظام العام⁽¹⁾.

إن العقد توافقي وملزم للطرفين وبعوض⁽²⁾. وللعقد، بالنسبة إلى المستأجر المدير الذي يغدو تاجراً باستثمار المؤسسة التجارية، طابع عمل تجاري⁽³⁾. وهو يختلف عن الإدارة المأجورة حيث يكون المدير مستخدماً تابعاً لمالك المؤسسة التجارية⁽⁴⁾. ولهذا السبب تسمى «الإدارة الحرة».

يضاف إلى ذلك، بخلاف الإيجار التجاري، أن هذا العقد يتناول المؤسسة التجارية ذاتها ولا يتناول الإيجارات التجارية. ولا شك في أن المدير يشغل الأماكن التي أجراها مالك المؤسسة التجارية، إلا أن ذلك لا يجعله مستأجر العقار من الباطن: إنه يستأجر المؤسسة المعدة للاستثمار فقط⁽⁵⁾. ويتناول عقده هذا المنقول غير المادي. وعليه يكون المستأجر المدير تاجراً لا يستفيد من النظام الذي يحمي الإيجارات التجارية⁽⁶⁾.

وينبغي، حتى ولو كان الرأي على وجه العموم أن العملية هي إيجار⁽⁷⁾، الاعتراف بأن هناك، مع ذلك، شيئاً اصطناعياً إلى حد ما للإصاق هذه الصفة بوضع كهذا. وإلباس

- (1) المادة الأولى من القانون: تسوس هذا العقد أحكام هذه المادة «رغمًا عن أي بند مخالف».
 - (2) المستند الخطي غير مفروض مبدئياً، إلا أنه يتم عملياً تنظيم مستند خطي دائماً، ولو لم يكن ذلك إلا لحاجات العلنية، انظر M.J. Campana، الكراسة 1740، رقم 111 وما يليه.
 - (3) للعقد، بالنسبة إلى ما يتعلق بمالك المؤسسة، الطبيعة عينها إذا كان المؤجر تاجراً في آونة إناطة الإدارة بالغير، بيد أنه يرتدي طابعاً مدنياً في الحالات الأخرى، في ما يتعلق مثلاً بمؤسسة تجارية أصبحت لقاصر عن طريق الإرث وجرى تأجيرها لعدم إمكانية هذا القاصر استثمارها فوراً، انظر Houin et Pédamon، رقم 310.
 - (4) يعتبر من لا يمارس سياسة شخصية في شأن الائتمان مديراً حراً وإنما أجبر، انظر غ. إ. ن، 17 كانون الثاني 1979، ن م، 7، رقم 48، ضحّاخ.
 - (5) انظر غ. ت. ن، 16 كانون الثاني 1970، د، 1970، الموجز 69، لا يشكل البند الذي يمنع أي إيجار من الباطن عقبة أمام إيجار الإدارة، عدا الإخفاء؛ غ. م. ت. ا. ن، 22 نيسان 1980، نشرة بدلات الإيجار 1980، رقم 322؛ انظر حول هذه النقطة أيضاً القسم I السابق، الإيجار التجاري، الإيجار من الباطن.
 - (6) وعليه لا يستفيد المستأجر المدير من نظام الإيجارات التجارية، انظر غ. ت. ن، 18 تشرين الثاني 1958، ن م، III، صفحة 393، فندق ومقهى ومطعم؛ غ. ت. ن، 20 تشرين الأول 1959، م. ق. ع، 1960، 1، 6، فندق ومطعم؛ غ. م. ت. ا. ن، 14 أيار 1973، د، الموجز 118، محطة خدمة؛ غ. م. ت. ا. ن، 10 حزيران 1981، ن م، III، رقم 118.
 - (7) انظر غ. ت. ن، 9 آذار 1953، د، 1953، 324، بيع مشروبات بالمفرق؛ غ. م. أ. ن، 7 شباط 1962، د، 1962، 433، تعليق P. Esmein، مطعم؛ M.J. Campana، الكراسة 1740، رقم 9 وما يليه؛ P. Raynaud، Le contrat de location d'un fonds de commerce، المجلة الناقدة للتشريع والاجتهاد، 1936، 546؛ قارن ب. Ripert، تعليق في د. د، 1940، 1، 8، الذي يفضل الكلام على إجازة استثمار كما بالنسبة إلى الحقوق الفكرية.
- يستهدف قانون 1956 نفسه إناطة «إيجار» مؤسسة إلى مدير، المادة الأولى.

هذا الثوب غير مناسب إلى حد كبير⁽¹⁾. والسبب هو أن موضوع العقد ليس شيئاً في إطار محدد⁽²⁾، وإنما استثمار تجاري جوهره الزبن⁽³⁾. فهل يقال إن على المستأجر رد الشيء في حالته عند نهاية العقد؟ ليس لهذا القول معنى: المؤسسة منشأة تتطور وبعض عناصرها، التجهيز مثلاً، يمكن أن يكون من الواجب تجديده. وكيف يمكن، فضلاً عن ذلك، أن يفسر، على أساس الايجار وحده، أن يستعيد المدير عقود العمل السارية وأن يكون مالك المؤسسة متضامناً في ديون المدير خلال مدة من الزمن؟

يجب إذاً أن لا يؤخذ بالإسناد إلى مفهوم الايجار إلاً بحذر كبير⁽⁴⁾، حتى ولو كان بالامكان أحياناً استيحاء قواعده لتحديد موجبات الفريقين في ايجار الإدارة. ولكنه يبدو، بالامعان في التفكير، من الصعب ربطه بعقد موجود، ولا شك في أنه من الأفضل اعتباره عملية من نوع خاص *Sui generis*.

21552 - عقد غير مستحب. ربما أن أفضل ما يحدد العقد، لناحية طابعه القانوني، هو أن يكون عقداً غير مستحب وموضوع تنظيم حاصر. فقانون 20 آذار 1956 لا يقبل اللجوء إليه إلاً في أوضاع معددة تحديداً. ويبدو، إذ لم ينص على أي ضمان لاستقرار المدير، أنه سعى إلى تثبيط العزيمة في استعمال الأسلوب⁽⁵⁾.

وتعود السمعة السيئة لهذه المؤسسة إلى المضاربة بين المؤسسات التجارية بعد الحرب العالمية الثانية في حقبة كان فيها الاستثمار العقاري ضعيف المردود. وكان ايجار الإدارة يتيح للتجار اكتساب مؤسسات لجعل الغير يستثمرها: توظيف مثمر. وعدا ذلك،

(1) وبالتالي، وعلى سبيل المثال، لا تطبق المادتان 1722 و1733 المتعلقةتان بخسارة الشيء المؤجر وبمسؤولية المستأجر على ايجار الإدارة، انظر غ ت ن، 16 تموز 1980، ن م، IV، رقم 294، حريق.

(2) حتى ولو كانت الملاحظة تسري بصورة خاصة بالنسبة إلى ايجار الإدارة فهي تطبق بشكل عام على مختلف العمليات التي تتناول ملكيات غير مادية، وبالتالي، وبالنسبة إلى الأموال كالبراءة والانتاج المغطى بحق المؤلف، أو العلامة، انظر في صدها، الباب الفرعي I، الفصل I السابق.

(3) جرى تقريب ايجار إدارة المؤسسة التجارية من الايجار الريفي الذي يتعلق بالاستثمار الزراعي، انظر P. Raynaud, Le contrat de la location d'un fonds de commerce, المجلة الناقدة للتشريع والاجتهاد، 1936، 546، المذكورة سابقاً، رقم 68؛ P. Voirin, La jouissance d'une exploitation envisagée comme critère du bail à ferme, 1930، 291 وما يلي، *Propriété et responsabilité dans les baux ayant pour objet une exploitation, spécialement dans le bail de fonds de commerce*، 1931، 285 وما يلي؛ إلاً أن للمائلة حدودها في كون المؤسسة التجارية ترتكز بصورة أساسية على الزبن وليس على الاستثمار الريفي.

(4) جرى التشديد بقوة وبصواب على أن السلع الداخلة في تكوين المؤسسة لا يمكن أن تكون موضوع ايجار طالما أن وظيفتها أن تباع، وإنما على الأكثر بقرض استهلاك، انظر M.J. Campana، الكراسة 1740، رقم 13.

(5) حل محل المرسوم الاشتراعي في 22 تشرين الثاني 1953 الأكثر تقييداً أيضاً، انظر M.J. Campana، الكراسة 1740، رقم 4؛ ويطبق قانون 1956، أيضاً على وضع مؤسسة ريفية في إدارة حرة.

أخذ على هذا العقد أنه يشجع ارتفاع الاثمان ما دام ان شخصين المالك والمستأجر، يستخدمان مداخليل المؤسسة. إن المطعن في الحقيقة وهمي إلى حد كبير: إن إدارة أجير تنتج مفعولاً مشابهاً⁽¹⁾. فالتداول التجاري يؤدي وحده إلى زيادة في الاكلاف لأن البضائع تنتقل عن طريق وسطاء عديدين: لا يتم منعها. وإذا كان الوضع في الادارة حقاً ارتفاع الاسعار، فإن التجار كانوا يتجنبونه ليكونوا أكثر مضاربة، فيتهمش ايجار الادارة تلقائياً.

والمأخذ على عملية انقاص الضمانات بالنسبة إلى الدائنين هو، بالمقابل، أكثر جدية: بما أن المؤسسة تبقى ملك المؤجر فإن دائني المستثمر لا يستطيعون أن يعتمدوا إلا على ملاءة المستثمر الشخصية⁽²⁾. إلا أن بعض تدابير الحماية والعلنية يكفي لتجنب الانزلاق. ويبين الاستعمال الكثيف، عملياً، لايجار الادارة من قبل كبار الموزعين، بشرط إذن القانون، فائدة الإوالية التي تؤدي خدمات أخرى: يستطيع القاصر الذي يرث مؤسسة تجارية أن يحتفظ، بفضلها، بالملكية والعمل على استثمارها حتى بلوغ سن الرشد، كما أن في وسع التاجر المتقاعد أن يعهد بالقضية إلى الغير للحفاظ على رأس ماله وجني مدخول. وجرى أيضاً بيان أن ايجار الادارة يتيح لشخص أن يبدأ حياته المهنية كتاجر مستقل مع أنه لا يملك رأس المال الضروري لتكوين مؤسسة أو اكتسابها⁽³⁾.

21553 - وجود المؤسسة التجارية. يفترض عقد ايجار الادارة مؤسسة تجارية موجودة لكي يمكن أن يناط استثمارها بالغير⁽⁴⁾. ولهذا التوضيح نتائج عديدة.

هناك في المقام الأول التفريق بين ايجار الادارة والايجار التجاري لأن من يؤجر مؤسسة - أو يطمح إلى ذلك - هو مالك الأمكنة التي - تستثمر فيها المؤسسة - أو تستثمر: الحال أن الايجار، إذا لم تكن هذه المؤسسة موجودة، لا يمكن أن يخضع إلا لنظام الايجارات التجارية.

وأظهر الاجتهاد ليبرالية لصالح الشركات النفطية بقبول امكانية وجود ايجار الادارة في حالة إنشاء محطة خدمة في حين لم تكن المؤسسة التجارية موجودة بعد في آونة العقد: لهذه المؤسسة، في عرف القضاة زين محتملون، وإنما أكيدون، مرتبطون بعلامة

(1) انظر بهذا المعنى بأنه، حتى خارج حالة ايجار الإدارة، «ينبغي في أي حال أن يوظف المستثمر رؤوس اموال لاكتساب ملكية المؤسسة بانتظار المكافأة»، Ripert et Roblot، المجلد 1، رقم 557.

(2) انظر حول هذه النقطة Houin et Pédamon، رقم 308.

(3) انظر Houin et Pédamon، رقم 308؛ يستعمل ايجار الادارة أيضاً، بصورة أكثر تقييداً في أيامنا، في نطاق إجراءات جماعية، انظر قانون 25 كانون الثاني 1945، المادة 42، في صدد حقبة الرصد، و 61 و 64 وما يليها على صعيد التقويم، و Ripert et Roblot، الأرقام 3067 و 3174 و 3201؛ وحول عدائية المجلس النيابي لايجار الإدارة عند إصلاح 1985 انظر هذين المؤلفين المذكورين سابقاً، رقم 3067.

(4) انظر غ. ت ن، 30 حزيران 1970، ن م، IV، رقم 227، بيع المشروعات بالمفرق.

الشركة منذ اتفاق الفريقين⁽¹⁾. ويتحلل الحل غير الملائم لمستثمر محطة الخدمة على الشكل التالي: إن المؤسسة، من جهة أولى، لأن الزبن مرتبطون بالعلامة، موجودة احتمالياً منذ الأساس ويعودون إلى المؤسسة النفطية التي تمكنت إذاً من وضعها في الإدارة، ولأن المؤسسة مرتبطة بالعلامة مع أنها لا يمكن أن تبدو كمستأجر الأمكنة حيث المؤسسة موجودة وأن تستفيد من نظام الايجارات التجارية⁽²⁾. كل شيء يبدو متماسكاً.

ويلاحظ بصورة أعم، إن القضاة اعدوا، في المناسبة، وصف ايجارات الإدارة الكاذبة بأنها ايجارات تجارية عندما تتحايل نية مالك الأماكن على التشريع الذي يحمي الايجارات⁽³⁾، وقد يحدث، بالعكس، ان يستفيدوا من تشريع ايجار الإدارة عندما يبدو لهم أنه بالفعل موضوع عقد⁽⁴⁾.

إن ذلك متحقق منه ففوائد التفريق بين العقدين ضخمة: يؤدي وصف الايجار العقاري، بين غيره، إلى تطبيق نظام الايجارات التجارية الأمر مع الحماية الناجمة عنه بالنسبة إلى التجار، وحماية ايجار الإدارة المترافق مع نظام أكثر وقتية بكثير بالنسبة إلى المستأجر.

21554 - تقييدات استعمال العقد. توخى النظام الذي سنه قانون 1956 تقييد

امكانيات استعمال ايجار الإدارة، ففرض في هذا الشأن شروطاً على مالك المؤسسة⁽⁵⁾. ويمكن التفريق بين حالتين رئيسيتين لأن التقييدات توجد فقط عندما يتعلق الأمر بشخص

(1) انظر حكم المحكمة البدائية في باريس، 25 أيار 1970، م إد، 1971، II، 16629؛ غ ت ن، 27 شباط 1973، قضيتان، د، 1974، 283، تعليق J. Derruppé، م إد، 1973، II، 17403، تعليق A.S.؛ غ م ث ان، 14 أيار 1973، قضيتان، د، 1973، الموجز 118؛ E. Schaeffer, Le pompiste en station-service partagée، م إد، 1972، 1، 2503، Y. Guyon، رقم 655، والحل في عرفه يجب أن يكون نفسه في حالة التوزيع بعقد تقديم المهارة.

(2) في حكمي غ ت ن، 27 شباط 1973، المذكورين سابقاً، د، 1974، 283، تعليق J. Derruppé، استندت محكمة النقض إلى تقدير قضاة الأساس السيد؛ ومن المناسب بيان ان اتفاقاً يمهناً حصل في عام 1973 بين الشركات النفطية ومديري محطات الخدمة لاعطاء هؤلاء المديرين تعويض نهاية الإدارة، انظر J. Derruppé، التعليق المذكور آنفاً؛ انظر أيضاً الكتاب I، الباب الفرعي II، الفصل II، القسم II، التوزيع، التموين الحصري، التبعية.

(3) انظر غ ت ن، 26 آذار 1952، ن م، III، رقم 149، حمّامات مغربية، غياب ايجار المعدات؛ غ ت ن، 5 شباط 1962، ن م، III، رقم 71، قرطاسية، عدم وجود زبن سابقين؛ غ ت ن، 27 نيسان 1976، م ق ع، 1976، بانوراما، غياب الاستثمار والزبن؛ M.J. Campana، الكراسي 1740، رقم 45 ورقم 48.

(4) انظر غ. ع.، 7 تموز 1930، م ق ع، 1930، 2، غ ع، 6 تشرين الثاني 1933، د إ، 1933، 571.

(5) يعاقب عدم مراعاة هذين الشرطين ببطلان العقد، المادة 11 من قانون 1956؛ إنه بطلان مطلق. انظر غ ت ن، 9 شباط 1975، ن م، IV، رقم 34؛ وتنص المادة 11، الفقرة 2، من القانون على عقوبة أخرى أصلية: يؤدي البطلان تجاه المتعاقدين إلى سقوط الحقوق التي يمكن ان يستمدها من نظام الإيجارات التجارية، انظر غ ت ن، 30 حزيران 1992، ن م، IV، رقم 256؛ انظر أيضاً غ ت ن، 28 آذار 1973، =

يضع مؤسسة تجارية في ايجار ادارة مؤسسة يملكها، وليس في حالة اللجوء إلى هذا العقد لتكوين شبكة توزيع لتتجير المنتجات.

- والمبدأ الذي أقامته المادة 4 من القانون هو أن مالك مؤسسة تجارية، وهو شخص طبيعي أو معنوي، لا يستطيع أن يضع في ايجار الادارة إلا بشرط مزدوج، أن يكون تاجراً لمدة سبع سنوات على الأقل من جهة أولى⁽¹⁾، ومن جهة ثانية أن يكون قد استثمر هذه المؤسسة شخصياً خلال سنتين على الأقل⁽²⁾. وهاجس تجنب المضاربة واضح: بصورة أدق منع شراء المؤسسة لغاية وضعها في الايجار وحسب. ولا يطبق هذان الشرطان على الراشدين عديمي الاهلية في شأن مؤسسة يستثمرونها قبل أن يكونوا عديمي الأهلية ولا على ورثة يحوزون المؤسسة عن طريق القسمة⁽³⁾.

- إذا كانت المادة 6 من قانون 1956 تنص على استثناءات عديدة فإن لاحدهما مدى ضخماً: في الواقع تملص من هذه الشروط التقييدية المؤسسات التي تضع مؤسسة تجارية في الايجار لكي تعمل على أن تصرف بالمفرق منتجات تصنعها أو توزعها، تحت إعطاء عقد حصرية. إذن يترك مجال كبير للشبكات التجارية لكي تنظم نفسها على أساس ايجار الادارة. وتلجأ الشركات النفطية إلى ذلك في علاقاتها مع مستثمري محطات خدمة لعلاقتها. وفي تسلسل الافكار ذاته يستثني القانون كذلك ايجار المؤسسات التجارية للسينما أو المسرح أو مسرح المنوعات ومؤسسات الاعتماد.

ويمكن، في شأن ما تبقى، بيان أن التقييدات القانونية لا تطبق على الدولة وعلى الجماعات المحلية ولا على ايجار الادارة الذي يوافق عليه وكيل قضائي في مناسبة إجراء جماعي لتقويم إحدى المؤسسات⁽⁴⁾.

21555 - موجبات الفريقين والعائدة. يضطلع فريقا عقد إيجار الادارة بموجبات

= م ق ع، 1973، 2، 502؛ غ ت ن، 13 تشرين الثاني 1963، م إ د، 1964، II، تعليق Castro.

(1) أو أن يكون قد ادارها اجير أو مدير تجاري أو تقني في مؤسسة؛ انظر غ ت ن، 13 تشرين الثاني 1963، م إ د، 1964، II، 13801، تعليق Castro، رفض هذه الصفة لزوجة تاجر تعاون في إدارة القضية؛ على أنه يكفي، في حال مؤسسة تعود إلى الزوجين بالاشتراك، لوضعها في الإدارة أن يكون الشرطان مجتمعين في شخص أحدهما، انظر حكم محكمة استئناف نانسي 6 تشرين الثاني 1959، د، 1959، 607.

(2) تنص المادة 5 من القانون على شذوذات وبخاصة في حالة امكانية المالك تسويق أنه كان يستحيل عليه الاستثمار شخصياً.

(3) يغطي ذلك بخاصة حالة القاصر الوارث مؤسسة تجارية الذي يرغب في الاحتفاظ بها لكي يستثمرها عند بلوغ سن الرشد: يجيز له القانون انتظار ذلك، الوضع في ايجار الادارة.

(4) المادة 6 من قانون 1956.

مختلفة كموجب مالك المؤسسة في تأمين حيازة المدير العناصر الضرورية للاستثمار⁽¹⁾ والابقاء على الايجار التجاري نافذ المفعول أو عدم منافسة شريكه في التعاقد⁽²⁾ وموجب المدير في استثمار المؤسسة⁽³⁾ على مسؤوليته وعدم تعديل المقصد⁽⁴⁾، وبالطبع دفع العائدة المتفق عليها.

ويتكوّن ثمن ايجار الادارة من بدل ايجار يدفع بانتظام: عائدة كما يقال بوجه عام⁽⁵⁾ يمكن أن تكون محددة أو متغيرة تبعاً لثوابت معينة، والحالة الأبسط هي التحديد وفقاً لمؤشر متحرك يجب أن يخضع لشروط القانون العام، أي ان المؤجر يجب أن يكون في علاقة مع موضوع العقد أو نشاط أحد الفريقين⁽⁶⁾. ويحدد قانون 1956 في مادته

- (1) على سبيل المثال السجلات التجارية، وحول الصعوبات التي يمكن أن تحصل حول هذه النقطة التي لم ينظمها القانون انظر M.J. Campana، الكراسة 1750، رقم 6.
- ويعود الحفاظ على المؤسسة كما هي إلى حد كبير إلى المدير الذي، حسب نصوص العقد، غالباً ما يكلف تأمين الاصلاحات الواجبة وتجديد المعدات، انظر غ ت ن، 19 حزيران 1958، ن م، III، رقم 262، صناعة فندقية، أشغال سمكرية.
- (2) ذلك أحد مظاهر ضمان الفعل الشخصي، انظر حكم محكمة استئناف بوردو، 7 تشرين الثاني 1873، د، 1874، 2، 136، خيازة؛ حكم محكمة استئناف ديجون، 5 أيار 1875، س، 1875، 2، 148، فندق؛ النقض المدني، 14 نيسان، 1891، د د، 1891، معمل جعة؛ حكم محكمة استئناف Colmar، 11 أيار 1926، م ق ع، 1926، 2، 203، م ف ق م، 1926، 1057، Demogue، بقالة بالمفرق.
- (3) انظر، في صدد استثمار لم يكن يتطلب أن يكون دائماً، غ ت ن، 8 شباط 1966، ن م، III، رقم 82؛ من الممنوع بالطبع، على المدير أن يتنازل عن المؤسسة طالما أنه ليس مالكها، انظر النقض المدني، 26 كانون الثاني 1914، د د، 1914، 1، 12، س، 1920، 1، 27، المادة 2279 من ق م لا تطبق.
- (4) انظر النقض المدني، 27 نيسان 1948، م إ د، 1948، II، 4594، تعليق E.Becqué، مرآب مؤجر من الباطن لصانع أوسمة صليب الحرب.
- (5) بدل الايجار هذا شرط اساسي للعقد، انظر غ ت ن، 11 أيار 1971، ن م IV رقم 129، مطعم عمال، وصف ايجار الادارة مستبعد رغماً عن أن المتنازل كان يمكن ان يجني من العملية منافع هامة؛ غ م ت ا ن، 28 آذار 1973، م ق ع.، 1973، 2، 56، استثمار تنازل عنه المستأجر لابنته، وصف ايجار الادارة مستبعد لعدم وجود ثمن وعدم وجود استثمار شخصي وغياب حق المستأجر في التعويض؛ يغدو العقد قرضاً في غياب العائدة.
- (6) انظر Flour et Aubert، المجلد 1، الارقام 303 و 304 و 412 و 423، Ghestin، La formation du contrat، الارقام 118 و 138 و 148؛ Ghestin، Jamin et Billiau، Les effets du contrat، رقم 281؛ Malaurie et Aynès، رقم 993، Marty et Raynaud، المجلد 2، رقم 17 وما يليه؛ Mazeaud et Chabas، الارقام 329 و 660 و 878 وما يليه؛ Sériaux، رقم 34 ورقم 47؛ Starck، تأليف Roland et Boyer، المجلد 2، رقم 518 ورقم 577 وما يليه ورقم 1230؛ Terré Simler et Lequette، رقم 448 ورقم 1234 وما يليه، في شأن التحديد وفقاً لمؤشر متحرك. وحول التطبيق على ايجار الادارة انظر حكم محكمة استئناف باريس، 27 آذار 1987، د، 1987، إ س؟ 110؛ وبما أن ايجار الادارة ليس عقداً عقارياً فإن الإسناد إلى كلفة البناء ليس صحيحاً مبدئياً، انظر غ ت ن، 16 شباط 1993، د 1993، إ س، 68؛ يمكن أن يكون التحديد وفقاً لمؤشر متحرك حاسماً في العقد، انظر غ ت ف، 27 آذار 1990، د، 1991، 289، تعليق Testu.

وتضيف الفقرة 2 من المادة 12 أن اعادة النظر، إذا كان المؤشر المعتمد اختفى، يمكن أن تطلب عند =

الثانية فعاليتها في أن الفريقين، كما في الايجار التجاري، إذا كان التحديد وفقاً لمؤشر متحرك يوصل إلى زيادة أو نقصان في بدل الايجار يتجاوز 25%، بإمكانهما مراجعة القاضي ليطالب إليه تحديد العائدة بالقيمة الايجارية المنصفة للمؤسسة⁽¹⁾. وأمام الفريقين إمكانية أخرى هي تطوير العائدة، كلياً أو جزئياً، تبعاً لرقم مبيعات المستأجر المدير، مما يشكل صيغة إنتفاع لها فوائدها⁽²⁾.

ومن المقبول أن دفع بدل الايجار غير مضمون بالامتياز الذي تمنحه المادة 2102 -¹ من ق م مؤجر العقار على أثاث الأماكن ما دام أن المال المعني هو منقول والمؤسسة، في مجملها، تعود إلى المؤجر⁽³⁾.

يضاف إلى ذلك أن الوضع الذي يولده عقد ايجار الادارة له هذه الخاصية في أن المدير في موقف وجوب الاضطلاع بعدد معين من العقود المرتبطة باستثمار المؤسسة والمبرمة قبله. والأمر على غرار ذلك، بمفعول القانون، في عقود العمل المبرمة مع المستخدمين⁽⁴⁾. إلا أنه يمكن أن يكون هناك عقود أخرى غالباً ما ينص عليها الاتفاق المبرم مع المدير صراحة: عقد ايجار التجهيز وعقود الاشتراك المختلفة⁽⁵⁾...

وليس لعقد ايجار الادارة، باعتباره مبرماً بالنظر إلى الشخص المتعاقد معه، على عكس نص المادة 1717 من ق. م. بالنسبة إلى الايجار عموماً، إمكانية التأجير من الباطن أو التنازل عن عقده بدون موافقة مالك المؤسسة التجارية⁽⁶⁾.

= تعديل الظروف الاقتصادية التي تؤدي إلى تغيير يتجاوز ربع قيمة المؤسسة ايجارية.

وتحدد المادة 13 من القانون الإجراء الواجب اتباعه، وتنص المادة 13 - 1 أخيراً على أن هذه الحلول لا تطبق على البيع في صورة ايجار في شأن المؤسسة التجارية.

- (1) تستهدف المادتان 12 و13 أي تغيير، هبوطاً أو ارتفاعاً، إلا أن الوضع الثاني هو الساري عملياً.
- (2) لا يمكن اعتبار أنها تجعل الثمن غير محدد أو أنها تثقل موجب المدير بشرط إرادي: رقم المبيعات يتوقف إلى حد كبير على الظروف، وليس ما يخشى من أن يسعى المدير عمداً إلى إنقاصها لدفع عائدة قليلة.
- ومن المناسب أن لا يكون اشتراك في الخسائر وإلا أصبح العقد شركة، انظر M.J. Campana، م إ ت، المؤسسة التجارية، الكراسة 1740، المذكور سابقاً، رقم 25؛ غ ت ن، أول كانون الأول 1965، ن م، رقم 619.

- (3) ليس بدل الايجار مضموناً إذاً بالبضائع موضوع التثجير من قبل المدير التي تعود إليه، انظر M.J. Campana، م إ ت، المؤسسة التجارية، الكراسة 1750، المذكور سابقاً، رقم 65: الحل متوافق مع النص الذي يستهدف بدلات الايجار وأجرة الأرض الزراعية «في العقارات»، إلا أنه، بحكم القانون الذي ينشد الفريقان تطبيقه، يمكن أن لا يكون بمنجى من النقد.

- (4) المادة 122-12 L. من قانون العمل.

- (5) انظر M.J. Campana، الكراسة 1750، رقم 71 وما يليه، وهو يورد عقود الدعاية؛ والتسوية المتفق عليها مع المستأجر المدير لا تحرر المالك تجاه المدير مع ذلك، انظر غ ع، 17 شباط 1931، م ق ع، 1931، 1، 663، عقد جعة.

- (6) انظر M. J. Campana، م إ ت، المؤسسة التجارية، الكراسة 1750، المذكور آنفاً، رقم 42؛ حكم محكمة =

21556 - مدة ايجار الادارة ونهايته . يحدد الفريقان مدة العقد بحرية . وغالباً ما

تظهر في الممارسة قصيرة إلى حد ما، من سنة إلى أربع سنوات، مع تمديد ضمني أحياناً⁽¹⁾. وقد يكون العقد لمدة غير محددة أيضاً⁽²⁾.

وتتضمن هذه الحرية العقدية عدة أشياء . الشيء الأول هو أنه ليست ثمة مدة دنيا مفروضة على العقد، على عكس ما يجري في مادة الايجارات التجارية: المستأجر المدير ليس محمياً في هذا الصدد⁽³⁾.⁽⁴⁾ والشيء الثاني هو أنه ليس للمدير، في نهاية العقد عند حلول أجله، الحق في التجديد . وبإمكان المالك رفض تمديد الادارة وليس لشريكه في التعاقد أي حق في العطل والضرر بسبب هذا الرفض، إنه بالتالي في وقتية كبرى .

يضاف إلى ذلك أن المدير ليس في وسعه الطموح إلى تعويض عن التحسينات التي اجراها في المؤسسة التجارية: بتجهيز وإنماء الزبن وتوسيع النشاط⁽⁵⁾... إلا أن يكون قد أنشأ، بالموازاة مع استثمار المؤسسة الذي أنيط به، مؤسسة أخرى، جديدة ومتميزة، فيبقى في هذه الحالة مالكةا⁽⁶⁾.

= التجارة في مرسيليا، 22 حزيران 1949، م إ د، 1950، II، 5295، تعليق Cohen، المؤيد بحكم محكمة استئناف Aix؛ 27 نيسان 1950، د، 1950، 686، تعليق G.Ripert، م إ د، 1966، II، 5843.

(1) انظر غ ت ن، 11 تموز 1967، ن م، III، رقم 289، خبازة؛ وقد يكون التمديد الضمني مقبولاً مع أن الفريقين لم يرتقباه صراحة، انظر غ ت ن، 7 تموز 1966، د، 1966، 555، م إ د، 1966، II، 14842، تعليق J. Nectoux، فندق مطعم؛ انظر Houin et Pédamon، رقم 312.

(2) يستوجب فسخ العقد عندئذ مراعاة الإخطار، انظر غ ت ن، 10 تشرين الأول 1967، د، 1968، الموجز 23.

(3) تتفاقم وقتية وضع المستأجر أيضاً بعدم قبول أعمال المادة 1743 من ق م لصالحه عند تنازل المالك عن المؤسسة، انظر Houin et Pédamon، رقم 317: على أن المالك يتعاقد، في ايجار المؤسسة، على موجب عدم البيع قبل نهاية العقد؛ قارن بـ Planiol et Ripert، المجلد X، تأليف A.Tunc، رقم 732 وهما ينتقدان استبعاد المادة 1743 ويعتبران أن علنية عقد ايجار الادارة يسوّغ الحل المعاكس.

(4) كان الحل موضع انتقاد، انظر Planiol et Ripert، المجلد X، تأليف A.Tunc، رقم 732، وهما يشددان على أن تطبيقها على ايجار ادارة المؤسسة التجارية يوصل إلى نتائج ظالمة، إذ ليس على مكتسب ملكية المؤسسة مراعاة العقد الذي أبرمه المدير، ويريان أن العلنية المعطاة لعقد ايجار الادارة يجب أن تستوجب الحل المعاكس.

(5) انظر حكم محكمة استئناف ليون، 29 كانون الثاني 1951، د، 1951، 191: لا يستطيع المدير استعمال الشعار الذي خلقه باسمه، Houin et Pédamon، رقم 314.

(6) مع أنه أقدم على ذلك بموافقة مالك المؤسسة المؤجرة إدارتها، انظر غ م ت ا ن، 22 أيار 1968، م إ د، 1969، II، 15784، تعليق B. Boccara؛ غ م ت ا ن، 25 كانون الثاني 1983، ن م، III، رقم 22، مؤسسة تعليم تجارية؛ إلا أن الأمر ليس على هذا النحو بالنسبة إلى إذن موقت أعطاه المالك، غ م ت ا ن، 10 أيار 1989، د، 1989، إ س، 164، نشاط مطعم فطائر أضيف إلى الاستثمار.

وتنص المادة 37 من مرسوم 1953 في شأن الايجارات التجارية أيضاً على حق مستثمر المؤسسة الذي هو في آن واحد مالك العقار والمستأجر المدير في الحصول عند الذهاب على تعويض يناظر فائض القيمة الداخل في المؤسسة أو في قيمة العقار الايجارية بفعل التحسينات المادية.

ويلاحظ غياب تنظيم مدة العقد الذي يسهم مع الشروط للرجوع إليها في صنع نظام ايجار الادارة غير المحتوي على أي حذوة.

على أنه يمكن أن يحوي العقد وعداً بالبيع لصالح المدير: يستطيع هذا المدير في نهاية العقد أن يستعمل خياره ويكتسب ملكية المؤسسة⁽¹⁾. وللأسلوب فائدة أن يتيح لمكتسب الملكية المحتمل أن يعرف قيمة المؤسسة بشكل أفضل وأن يتعود على الزبن قبل اتخاذ قرار الشراء⁽²⁾.

إن المدير، عند إنتهاء العقد، عدا فرضية الشراء، ملزم بعدم تحويل الزبن المرتبطين بالمؤسسة وبالتالي عدم منافسة مالك المؤسسة مما يتجسد عموماً ببند عدم العودة إلى إنشاء المؤسسة بعد التخلي عنها⁽³⁾.

21557 - العلنية وحماية الغير. إن أحد المظاهر الاساسية لايجار الادارة هي أنه يفسح في المجال لتدابير علنية معدة لاعلام الغير، وإن هذا الغير يستفيد من بعض تدابير الحماية: الأهم هو أن مالك المؤسسة مسؤول تضامنياً عن ديون المدير خلال الستة الأشهر الأولى من الاستثمار.

- العلنية المعطاة للعقد. من الملائم تحذير الغير بأن المؤسسة موضوعة في إدارة حرة ذلك بأن ملاءة المستثمر أقل مما هي في الاستثمار الذي يؤمنه مالك المؤسسة. فالمستأجر المدير، من جهة أولى، مفروض عليه أن يتسجل في سجل التجارة ومن المناسب أن يتضمن تسجيله أن المؤسسة في ايجار ادارة⁽⁴⁾. ويجب، من جهة ثانية، أن يكون العقد نفسه موضوع علنية في جريدة الاعلانات القانونية خلال خمسة عشر يوماً من إبرامه، وكذلك نهاية هذا العقد⁽⁵⁾.

(1) Houin et Pédamon، رقم 308 وهما يشددان على أن هذا التمويل عن طريق البيع في صورة ايجار يجيزه قانون 6 كانون الثاني 1966.

(2) على أن الاسلوب ينبغي أن يعالج بحذر عندما يمكن، إذا كان البيع قد اتفق الفريقان عليه، استخدام هذا البيع لاهداف متقدمة إلى حد ما ولاسيما من الناحية الضريبية: تأخير دفع رسوم الانتقال، واخفاء بيع السلع المشتراة المتعاقب إذا كان الوعد قابلاً للانتقال، والعمل على ان لا تتناول رسوم الانتقال إلا الرصيد الواجب دفعه عند استعمال الخيار وليس كامل قيمة المؤسسة...، انظر F. Sauvage، م إ ت، المؤسسة التجارية، الكراسة 1770، إدارة مع وعد بالبيع وإجارة بيعية، 1989، رقم 4 وما يليه.

(3) انظر M.J. Campana، م إ ت، المؤسسة التجارية، الكراسة 1750 المذكورة سابقاً، رقم 50.

(4) مرسوم 30 أيار 1984 المتعلق بسجل التجارة والشركات، المادة 8 - B - 7°؛ وعقوبة هذا الموجب في ذكر ايجار الادارة في سجل التجارة هي إن مالك المؤسسة مسؤول تضامنياً عن ديون المدير طالما أنه لم يقيم بالتسجيل، المادة 65، الفقرة 2.

(5) نشر في شكل خلاصات أو إخطار، مرسوم 14 آذار 1986 المتعلق بتدابير النشر المختصة بايجار ادارة مؤسسة تجارية، المادة 2؛ ويفرض تجديد النشر عند التمديد الصريح للعقد، انظر غ ت ن، 13 كانون الأول 1971، د، 1972، 421؛ وإنما، على ما يبدو، ليس في حالة التمديد الضمني، انظر غ ت ن، 7 تموز =

والمالك ملزم، من ناحيته، بأن يمحي اسمه من سجل التجارة لأنه توقف عن أن يكون تاجراً.

ومالك المؤسسة، حسب المادة 8 من قانون 1956، مسؤول تضامياً عن ديون المدير طالما أن نشر عقد الوضع في ايجار الادارة لم يتم في جريدة الاعلانات القانونية، ومهلة الستة أشهر التي تكون هذه المسؤولية التضامنية موجودة فيها في أي حال من الاحوال لا تبدأ في السريان قبل ذلك.

- حماية الدائنين. ثمة حماية اساسية مؤمنة للدائنين في أنهم، خلال الأشهر الستة الأولى من الاستثمار، يستفيدون من مسؤولية تضامنية بين المدير والمالك: تنص المادة 8 من قانون 1956 على أن مالك المؤسسة مسؤول تضامياً، عن الديون التي تعاقد المدير عليها في مناسبة الاستثمار خلال الأشهر الستة الاولى التي تلي نشر العقد⁽¹⁾.

وهناك تدبيران آخران ينزعان إلى حماية الدائنين. التدبير الأول هو أن دائني مالك المؤسسة، في آونة وضعها في ايجار الادارة، في مقدورهم أن يطلبوا إعلان الديون التي تعاقد عليها مالك المؤسسة و«المتعلقة بالاستثمار» مستحقة فوراً: تنص المادة 7 من القانون على أن محكمة التجارة يمكن أن تراجع لهذه الغاية خلال ثلاثة أشهر من الوضع في ايجار الادارة وهي تقدر مدى ما يشكل هذا الايجار من خطر على تحصيل ديون هؤلاء الدائنين⁽²⁾.

يضاف إلى ذلك أن دائني المدير بديون تتعلق باستثمار المؤسسة عندما ينتهي ايجار الادارة، يستفيدون من سقوط الأجل: تصبح ديون المدير هذه، استناداً إلى المادة 10 من القانون، مستحقة فوراً وبالفعل يتحمل الدائنون مخاطرة ظاهرة لأن هذا المدير، وهو مدينهم، لم يعد على، رأس استثمار المؤسسة.

= 1966، د، 1966، 555، م إ د، 1966، II، 14842، تعليق J.Nectoux؛ انظر M.J. Campana، م إ ت، المؤسسة التجارية، الكراسة 1740، المذكورة سابقاً، رقم 123 وما يليه؛ Houin et Pédamon، رقم 312.

(1) انظر غ ت ن، 6 حزيران 1972، م إ د، 1973، III، 17332، تعليق A.S، فرض أن يكون الدين ضرورياً للاستثمار؛ غ ت ن، 18 تشرين الثاني 1975، م إ د، 1976، II، 18300، تعليق A.S، عقد دعاية: يمكن أن يكون العقد قد أبرم خلال مهلة ستة أشهر، حتى ولو كان استحقاق الدين لاحقاً؛ أضف إلى ذلك غ ت ن، 25 تشرين الثاني 1986، ن م، IV، رقم 222، توريد سلع.

(2) على سبيل المثال غ ت ن، 26 تشرين الثاني 1979، ن م، IV، رقم 302.

الايجارات الريفية

21558 - عند التحرير . تم الانتقال، في مادة الاستثمار الزراعي، في النصف

الثاني من القرن العشرين، من اجارة الارض الزراعية في القانون المدني التي تسوسها المادة 1764 وما يليها من القانون المذكور (وُضعت اجارة الماشية بعد اجارة العمل المستقل في المواد 1800 إلى 1831: لكن الأمر يتعلق باجارة مال منقول)⁽¹⁾، إلى نظام إجارة أرض زراعية حقيقية واردة في الكتاب IV من القانون الريفي المكرس «للإيجارات الريفية»⁽²⁾، ويسوس الباب الأول منه اجارة الأرض الزراعية، كنموذج لهذا النوع، والمزارعة (بالشراكة) الذي بقي في الظل إلى حد ما⁽³⁾.

إن مصدر القانون المعاصر للإيجارات الريفية في غير التشريعات المتبناة بعد الحرب، وبالنظر إلى ذلك جاء الأمر الاشتراعي في 17 تشرين الاول 1945 وقانون 13 نيسان 1946 وكان اهتمامهما، هنا أيضاً، تأمين استقرار العلاقات العقدية التي هي دعامة نشاط اقتصادي⁽⁴⁾. وفي حقبة التحرير ووصول الحزب الشيوعي إلى السلطة، كان لهذا

(1) المادة 1763 التي تنص في حالة المزارعة على أن المستأجر لا يستطيع التنازل عن إيجاره والتأجير من الباطن إلا أن تجيز له الاتفاقية ذلك، وقد ألغيت بقانون 13 نيسان 1946.

(2) المواد L.1-411 إلى L.1-481 التي يجب إقرانها بالمواد R.1-411 إلى R.1-464.

(3) مرحلة وسيطة مع ذلك. وقد جرى في نهاية القرن التاسع عشر تبني عدة قوانين في مادة الإيجارات الريفية لإكمال أحكام القانون المدني: قوانين 18 شباط 1897 المتعلقة بالاجارة مع تملك البناء المشيد، و 8 آذار 1898 في شأن اجارة المساقاة، و 18 تموز 1899، المختص بالمزارعة، الذي استعيد قسم من أحكامه في القانون الريفي، انظر Planiol et Ripert، المجلد X، تأليف F.Givord و A.Tunc، رقم 664.

(4) انظر بصورة خاصة J. Hudault، رقم 8 وما يليه؛ يقترن هذا الهاجس بها حسب حماية فئة المزارعين G. Ripert، Le statut du fermage: du droit contractuel au droit de l'entreprise، د، 1946، العرض 1؛ L. Lorvelce، ق د م، الإيجارات الريفية، 1992، رقم 3؛ R. Savatier، L'évolution du statut du fermage، د، 1964، العرض 69.

شكل نظام اجارة الأرض الزراعية، في ظل نظام فيشي، موضوع أول تنظيم مع قانون 4 أيلول 1943 =

النظام مجالات فتح اجتماعي. وكان المتوخى، فضلاً عن ذلك، بهاجس وضع شروط استثمار الأراضي، إعادة تقويم ظرف المزارعين باعطائهم عدداً معيناً من الحقوق الأساسية مع تحديد المزارعة. إلا أن الإصلاح لم يذهب حتى الاعتراف بقيمة ذمية مالية للاستثمار الزراعي، ما يسمى «الملكية الزراعية» التي كانت تتطلب الأخذ بقابلية التنازل عن الإيجار. ويدين هذا النظام الذي تقنن مرة أولى في عام 1955⁽¹⁾ بشكله الحالي إلى مرسوم 16 آذار 1983⁽²⁾ الذي تناولت أحكامه تعديلات عديدة حسب رغبة تطور السياسة الزراعية⁽³⁾.

فأقيمت مؤسسات لإدارة تطبيق النظام، وعلى وجه الخصوص اللجان الاستشارية المقاطعية المتساوية التمثيل للإيجارات الريفية⁽⁴⁾ يتمثل فيها الفريقان المعنيان: إنها مدعوة إلى إعطاء آراء واتخاذ قرارات وتحديد العقود - النماذج التي تفرض في هذه المادة (المادة 411 - 4 من القانون الريفي)⁽⁵⁾.

إن اللجوء إلى الإيجار الريفي وموضوعه إناطة استثمار مؤسسة بالغير⁽⁶⁾ يتعارض، اقتصادياً مع ما يسمى «الافادة المباشرة» التي هي استثمار المالك نفسه، عائلياً أو إجراء. وانعشت خطوة معينة للشكل الثاني من الاستثمار تشريع الإيجارات الريفية: تتوضح مثلاً في أن للمالك دائماً امكانية العودة إليه، رغماً عن اللجوء إلى أجرة الأرض الزراعية، بممارسة الحق في الاسترداد من أجل الزرع⁽⁷⁾.

- = بذهنية طائفية مهنية في تلك الحقبة باتجاه استقرار حقوق المستأجر؛ إلا أنه تجب، في الواقع، العودة في هذه المادة إلى مطالب الجبهة الشعبية في عام 1936: سبق الأخذ في الاعتبار ماهية الاستثمار الزراعي التي، في التخصيص التفضيلي، أقيمت في المواد 832 إلى 832 - 2 من ق م.
- (1) مرسوم 16 نيسان 1955 المتعلق بالتقنين باسم القانون الريفي، في نصوص تشريعية تختص بالزراعة: الكتاب VI، المواد 790 إلى 982، كان مكرساً للإيجارات الريفية رقم 4.
- (2) أعطي القسم التشريعي منه قوة القانون بالمادة الأولى من قانون 15 نيسان 1991 المتعلق بالقسم التشريعي من الكتب II و IV و V (الجديدة) من القانون الريفي، د، 1991، L.209.
- (3) انظر حول عدم الاستقرار التشريعي هذا L. Lorvellec، ف د م، V، الإيجارات الريفية.
- (4) انظر L. Lorvellec، ف د م، V، الإيجارات الريفية، رقم 94.
- (5) يجب أن تراعي الإيجارات المعقودة بين المالكين والمزارعين بنود هذه العقود - النماذج: بيد أن هذه العقود التي تطورت تطرح مسألة تطبيقها في الزمن، انظر غ م ت ا ن، 15 أيار 1979، مجلة بدلات الإيجار، 1979، 470، قرار محافظي يقلص مساحة كل قطعة أرض.
- (6) قارن في هذا الصدد بإيجار إدارة المؤسسة التجارية، انظر حول هذا العقد الفصل II، القسم II السابق.
- (7) للمستأجر، بالترتيب الحق في الشفعة، المادة L.1-412 وما يليها، وله امكانية فسخ الإيجار عند اكتساب ملكية مزرعة عليه ان يستثمرها هو نفسه، المادة 411 - 33 من القانون الريفي.
- تضاف إلى ذلك امكانية إعادة النظر في ثمن الإيجار المنصوص عليها في المادة 411 - 3 من ق ر إذا كان المستأجر قد تعاقد على ثمن أدنى أو أعلى من عشر القيمة الإيجارية؛ يمكن تقديم الطلب خلال السنة الثالثة من الإيجار.

21559 - مدى النظام. جرى تحديد العلاقات الخاضعة لنظام أجرة الأرض

الزراعية في حاشية الكتاب IV من القانون الريفي، مثل «وضع عقار لاستعمال زراعي بالتصرف بعوض من أجل استثمار»: العقود المقصودة هي، قبل أي شيء، أجرة الأرض الزراعية والمزارعة بالمحاصة المسماة مزارعة بالشراكة (المادة 411 - 1 من ق ر⁽¹⁾). والاستثمار الزراعي يعني الاستثمار الذي ينزع إلى إنتاج نباتي أو حيواني⁽²⁾.

ويفترق نوعا العقود بنمط مكافأة المؤجر: ما يتوجب على المستأجر في أجرة الأرض الزراعية بدل ايجار ثابت يجب أن يدفعه بالعملة أو عيناً (المادتان 411 - 11 و 12)، في حيث أن المستأجر في المزارعة بالشراكة يتعهد بأن يتقاسم مع المالك منتجات استثماره (المادتان 417 - 1 و 3)⁽³⁾. وإذا كانت المزارعة بالشراكة، والحق يقال، يمكن أن تبدو قريبة من وجهة نظر قانونية من عقد الشركة⁽⁴⁾، فنادرأ ما تبتعد في الغالب، اجتماعياً، عن الإجارة (saliariat)⁽⁵⁾، وأحد الاهداف المنشودة غداة الحرب الثانية كان العمل على إزالتها. ولهذه الغاية خفضت مكافأة المؤجر التي كانت نصف

(1) يمكن، حسب الفقرة الأخيرة من هذا النص، إثبات العقد بالوسائل جميعاً: التحديد كاشف لأن الإيجار الريفي لا يبرم دائماً خطياً كما تتطلب ذلك المادة 411-4 L؛ وحول تحديد المادة 411-1 L انظر بصورة خاصة J. Hudault، رقم 77 وما يليه.

(2) انظر غ إن، 3 تموز 1932 د. 233 1953، تعليق R. Savatier؛ وحول التفريق عن الإيجار التجاري انظر كمثال غ م ت ان، 7 آذار 1968، ن م، III، رقم 90، إيجارات مخصصة لتربية الخنازير وأرض غير مستثمرة، وحق الإيجار الريفي مستبعد؛ ويمكن، مع ذلك، أن لا يكون النشاط الزراعي سوى تابع النشاط التجاري مما يستبعد وصف الإيجار الريفي، انظر غ م ت ان، 16 تموز 1975، ن م، II، رقم 251، فندق ومرج.

وتنص المادة 311 - 1 من ق ر على أن «جميع النشاطات المتوافقة مع السيطرة مع الدورة الحياوية (البيولوجية) واستثمارها ذات الطابع النباتي أو الحيواني التي تشكل مرحلة ضرورية أو مراحل ضرورية لسياق هذه الدورة تعتبر زراعية».

وأحد رهانات وصف الإيجار الريفي هو أنه لا تطبق على المزارعين، مبدئياً، قواعد الإجراء الجماعي المنصوص عليه في الأصل بالنسبة إلى التجار التي امتدت إلى الأشخاص المعنويين كافة، انظر Ripert et Roblot، رقم 2949، في شأن المزارعين، رقم 2872، التعليق؛ غير أن قانون 30 كانون الأول 1988 أنشأ إجراء تنظيم ودي يطبق على أي شخص طبيعي ومعنوي يمارس نشاطاً زراعياً، انظر Y. Chartier Droit des affaires، المجلد 3، 1989، رقم 50 مكرر وما يليه ورقم 72.

(3) Planiol et Ripert، المجلد X، تأليف F. Givord و A. Tunc، رقم 672؛ بيد أن المزارعة بالشراكة، ولو كانت لمصدرها أصالتها ويسوسها بعض الأحكام الخاصة في المادة 417 - 1 وما يليها من ق. ر.، تخضع للقواعد العامة لأجرة الأرض الزراعية: مدة العقد والحق في التجديد والحق في الشفعة...

(4) يوفر الفريقان تقديمين أحدهما في رأس المال والثاني عمله ويتقاسمان الثمار: غير أن الاجتهاد مال دائماً لصالح وصف الإجارة، انظر Planiol et Ripert، المجلد X، تأليف F. Givord و A. Tunc، رقم 667.

(5) غالباً ما يكون ظرف الشريك في المزارعة قريباً من ظرف الأجير، Planiol et Ripert، المجلد X، تأليف F. Givord و A. Tunc، رقم 667.

المنتجات تقليدياً إلى ثلثها (المادة 3-417 L.⁽¹⁾). يضاف إلى ذلك فتح باب امكانية الشريك في المزارعة في أن يطلب، بعد مرور كل سنة على العقد، تحويل المزارعة بالشراكة إلى إجرة الأرض الزراعية (المادة 11-417 L.⁽²⁾). فنظام الايجارات الريفية هو إذاً، بشكل رئيسي، نظام أجرة الأرض الزراعية.

ويفترض وصف الايجار الريفي، مبدئياً، استثمار التربة، غير أنه تخضع أيضاً للنظام منذ قانون أول آب 1984 الذي عدل القانون الريفي (المادتان L. 1-411 و L. 10-415)⁽³⁾، عقود عديدة برزت في صدها صعوبات: ولاسيما العقود التي تتناول مباشرة منتجات الزرع (المادة L. 1-411): التنازل الحصري عن الثمار⁽⁴⁾ والعقود التي يكون موضوعها زرع التربة (المادة L. 10-415)⁽⁵⁾.

وتخضع أيضاً للنظام الخاص، مع مراعاة بعض القواعد الخاصة التي كرسها القانون الريفي، الايجارات الريفية لاجل طويل التي لا يمكن أن تكون مدتها أقل من ثماني عشرة سنة، مما يسهل تحقيق توظيفات ناتجة عن ذلك من قبل المستأجر (المادة L. 1-416 وما يليها)⁽⁶⁾، وكذلك الايجار مع تملك الابنية المشيدة المتميزة بحقوق

(1) لمبدأ التثليث هذا صعوبات تطبيق، وهو غير ملائم للمستأجر لأن دفع الثلث يبدو أنه واجب التطبيق على انواع المنتجات جميعاً، في حين أن بعض المنتجات كان، تقليدياً، مستثنى من القسمة: من هنا فكرة امكانية الحفاظ على القسمة مناصفة بالنسبة إلى الزرع المعني تقليدياً، ويكون دور مبدأ التثليث كسقف اجمالي، انظر Planiol et Ripert، المجلد X، تأليف F.Givord و A. Tunc، رقم 672.

(2) يستطيع الشريك في المزارعة أن يطلب التحويل ابتداء من سنة الايجار الثالثة مقابل مراعاة إخطار لاثني عشر شهراً: وبذلك «إذا كانت المزارعة بالشركة ما تزال باقية فإن تنظيمها الجديد طبعها بعمق»، Planiol et Ripert، المجلد X، تأليف F.Givord و A. Tunc، رقم 668.

(3) انظر في صدد هذا القانون P.Ourliac و M. de Juglart، م. إد، 1985، I، 3179.

(4) يطرح النص كشرط أن يكون التنازل عن الثمار «حصرياً» وأن يعود إلى «مكتسب الملكية جنيهاً أو العمل على جنيهاً» - تعبير «مكتسب الملكية» المستعمل في هذا النص يكشف إمكانية التردد بين الايجار والبيع: المقصود بصورة خاصة بيع الاعشاب (عقد الرعي...)، انظر J.Hudault، رقم 81 ورقم 83.

يبدو أنه يبدو أن النص لم يشأ سن سوى قرينة قابلة لأن تسقط إذا تم إثبات عدم محاولة إبعاد النظام، طالما أنه ينص على أن هذا النظام مفروض إلا أن لا يتم إثبات أن «العقد لم يبرم في سبيل استعمال مستمر ومتكرر للأموال وفي نية إقامة عقبة» أمام نظام الايجارات الريفية؛ انظر غ م ت ا ن، 17 تشرين الأول 1990، ن م، III، رقم 192، مجلة القانون الريفي، 1990، مرب وضع ماشيته للمرعى خلال أربع سنوات من نيسان إلى تشرين الثاني في مرعى، نظام أجرة الأرض الزراعية مستبعد، تنازل عن الثمار (يضاف إلى ذلك أن أشجار تفاح كانت تنتج ثماراً في قطعة الأرض وكان المالك يحتفظ بحق جنيهاً).

تمد المادة L. 1-411 أيضاً النظام إلى الالتزام باطعام الحيوانات من قبل مالك عقار لاستعمال زراعي عندما يضطلع مالك الحيوانات بموجبات تقع طبيعياً على عاتق مالك العقار في ايجار ريفي حقيقي.

(5) زرع في سلال من القصب، وزرع تحت الزجاج... انظر J.Hudault، رقم 79؛ ويورد النص خليطاً من التربة السمكية والجنتانية والزرع السباخي وزراعة الفطر...

(6) تلمس إرادة تسهيل إستعمالها طالما هناك نص على إمكانية تحويل أي ايجار ريفي إلى عقد المادة 416 - 2؛ L. Lorvellec، Droit Rural، رقم 146.

المستأجر الخاصة على المساحات والزرع وعلى الابنية التي شيدها (المادة L. 1-416 وما يليها)⁽¹⁾.

وبالمقابل تملص عدة أنواع من العلاقات العقدية بين المالك ومستأجر عقار ريفي من النظام، وفي المقام الأول اتفاقيات الإشغال المؤقت، ضمن بعض الشروط التي حددها القانون: على سبيل المثال، إذا كان ذلك يتيح الاستثمار المؤقت لمال ليس استخدامه الرئيسي زراعياً أو يجب أن يتغير مقصده (المادة L. 2-411)⁽²⁾. يضاف إلى ذلك أن القانون يستبعد من سيطرته «الاتفاقيات المعقودة تطبيقاً لاحكام خاصة» (المادة 441 - L. 2)⁽³⁾، مما يستهدف المساقاة بين غيرها من الفرضيات وهي تستخدم لاستثمار الكرم (المادة 441 - 1 وما يليها)⁽⁴⁾، وإيجار الحكر الحكمي الذي يعطي، بكونه مبرماً لمدة طويلة جداً، المستأجر حقاً عينياً قابلاً للتنازل عنه، بطبيعته، بخلاف الإيجار الريفي بحصر المعنى (المادة L.1-451 وما يليها)⁽⁵⁾.

أما إيجار الماشية الذي يشكل في الواقع إجارة منقول طالما أنه يتعلق بقطيع فيبقى خاضعاً للاحكام الواردة بخصوصه في الأصل في القانون المدني (المادة L.1-421)⁽⁶⁾.

- (1) يتم، في هذا النوع من العقود، تقسيم الملكية إلى نوعين من الحقوق العينية المتميزة، حق المالك في باطن الأرض وحق المستأجر في المساحات، زرع وبناء، انظر J. D. Hudault، رقم 85.
- (2) مثلاً، قطع أراضي معدة لتكون مدينية، غ م ث ا ن 4 نيسان 1990، ن م، III، رقم 96.
- (3) تستبعد المادة 415 - 10، الفقرة الأخيرة، مثلاً، من حقل تطبيق النظام إيجارات الحرائق الترفيهية وحدائق المصلحة العائلية.
- (4) يقسم العقد الحق في العقار بين المؤجر الذي يبقى مالك التربة والمستأجر الذي يصبح مالك الكرم المزروعة، وبإمكانه في الأجل إلى أن يصل إلى تقسيم العقار نفسه إلى قطعتين بين المؤجر والمستأجر، انظر J. Hudault، رقم 88 الذي يقدمها «كبقيا من النظام العقاري للنظام القديم»؛ L. Lorvellec، في د م، V إيجارات الريفية، رقم 968؛ انظر قضية Ceccaldi ضد Albertini الشهيرة، النقض المدني، 14 نيسان 1891، د، 1891، 329، قوة قاهرة يجب ان يعلنه القاضي، استناداً إلى المادة 1184 من ق م، إلا أن يتم بقوة القانون: كان المستأجر، في هذه القضية الملزم مدة عشر سنوات بزرع الكرم، يجب أن يصبح مالك نصف قطعة الأرض المؤجرة، إلا أن قمل النبات انتشر...؛ وقد نص القانون في أيامنا على إعادة غرس الكرم، المادة L.2-441 من ق م.
- (5) انظر Cl. Giverdon، ف د م، V إيجار الحكر الحكمي، 1975؛ انظر في شأن هذا العقد الباب I، الفصل I، في ما سبق.
- (6) تحيل المادة 421 - 1 من ق م. بلا قيد أو شرط إلى المواد 1800 إلى 1831 من ق م؛ يتعلق الأمر بماشية عادية عندما ينيطها مالك «عقار ماشية» بشخص عليه حراستها وتغذيتها والعناية بها وله امكانية كسب نصف انتاجها أو تحمل نصف الخسائر، وبماشية مناصفة عندما تكون الحيوانات مشتركة، لكل منهما النصف ويتقاسمان الربح والخسارة، انظر L. Lorvellec، ف د م، V إيجار الماشية، 1988؛ وهذا العقد قريب في الحقيقة من شركة، سواء أكانت في شكل ماشية عادية أو ماشية مناصفة، وقد أعلنت المادة 1818 في شأنها أن الأمر يتعلق بشركة.

21560 - نظام لصالح المستأجر. الهدف الأول، كما في إيجارات السكن والايجارات التجارية، تأمين استقرار المستأجر بالحفاظ على العقد. وترتدي القواعد الواردة في النظام، لهذه الغاية، طابع الانتظام العام (المادة 411 - 12 والمادة 415 - 2 من ق ر⁽¹⁾). والأحكام المسنونة، في التفاصيل، تجعل المستأجر يتمتع، في الواقع، بطمأنينة كبيرة. وأحد نتائج ذلك أن إبرام الايجار الريفي، كإبرام الايجار التجاري، يعتبر عمل تصرف وليس عمل إدارة⁽²⁾.

وينبغي، من بين مظاهر حماية المزارع المختلفة، إيراد تطلب أن يكون العقد خطياً⁽³⁾ وضرورة إثبات حالة الأمكنة وجاهياً (المادة L. 4-411 من ق ر⁽⁴⁾). وفي ما هو أساسي تتجسد حظوة المستأجر في عدد معين من قواعد الاساس: مدة الايجار هي بالضرورة تسع سنوات على الأقل (المادة 411 - 5 من ق م⁽⁵⁾)؛ وللمستأجر، عدا وجود سبب تسويق خطير يمكن التمسك به ضده⁽⁶⁾، عند حلول أجل العقد⁽⁷⁾، الحق في تجديد ايجاره إلا أن يسترد المالك عقاره: ويتعذر هذا الاسترداد إلا في حالة رغبة المالك الزرع شخصياً (المادة 411 - 46 وما يليها)⁽⁸⁾، وله الحق في التعويض في نهاية الايجار بسبب

- (1) انظر غ م ت ا ن، 19 تشرين الأول 1983، ن م، III، رقم 192، قطعة أرض بتصرف أجير، ايجار ريفي رغمًا عن الارتباط بعقد عمل؛ غير أن مدى طابع الانتظام العام للقانون موضوع تردد، انظر J. Hudault، رقم 71 وما يليه، وهو يرى أن الطابع الأمر للنظام محدود بالأحكام التي تحمي المستأجر.
- (2) المادة 595 من ق م: لا يستطيع المنتفع إبرام ايجار ريفي بدون موافقة مالك رقة الملك، المادة 1425: ليس في مقدور الزوجين، أحدهما بدون الآخر، ايجار عقار ريفي تابع للملكية المشتركة بينهما.
- (3) توضح المادة L. 4-411 إن هذا المستند الخطي يجب أن ينظم وفقاً للعقد النموذجي الذي وضعته اللجنة المتساوية التمثيل للايجارات الريفية.
- (4) لا يخضع المستأجر، عند عدم وجود بيان بحالة الأمكنة، لقرينة تلقي الأمكنة في حالة جيدة، للمادة 1731 من ق م، انظر غ م ت ا ن، 8 كانون الثاني 1974، ن م، III، رقم 1، وم ت ا ن، 8 آذار 1983، ن م، III، رقم 71.
- (5) توضح المادة 411 - 4 من ق ر، إن الايجار المعقود شفهاً يفترض أنه لتسع سنوات. وتنص المادة L. 2-411، تحديداً، على امكانية عقد اتفاقية إشغال مؤقت لمدة أقل في ثلاث فرضيات: - من أجل تنمية مال داخل ارث عند إجراء القسمة، - لكي يتاح للمستأجر أو زوجته (أو زوجها) البقاء في الأماكن عقب إيجار لم يكن موضوع تجديد، - لاستثمار مال مؤقتاً استعمال الرئيسي غير زراعي ومقصده يتوجب تغييره؛ انظر في صدد إشهار هذه الفرضية الثالثة حكم محكمة نيم، 7 أيار 1987، د، 1988، 248، تعليق Beigner، قطعة أرض تعود لكهرباء فرنسا مجاورة لاحد معاملها، ايجار مؤقت لمزارع لسنة قابلة للتجديد؛ غ م ت ا ن، 4 نيسان 1990، ن م، III، رقم 96، قطعة أرض معدة لتكون مدينية.
- (6) ممارسة المستأجر، عدا الاستثمار الزراعي، نشاط صيانة حديقة لا يمكن أن تحرمه من الحق في التجديد، غ م ت ا ن، 3 حزيران 1992، م إد، 1992، IV، 2198.
- (7) للزوج (أو الزوجة) الذي يتابع الاستثمار الحق في التجديد، المادة L. 46-411، الفقرة 2.
- (8) يمكن أن يمارس المالك الحق في الاسترداد لنفسه وكذلك لصالح زوجته (أو زوجها) وأحد فروعه الراشد أو القاصر المحرر، المادة L. 58-411؛ بيد أن المستفيد من الاسترداد يجب ان يكرس نفسه للاستثمار مدة تسع =

فائض قيمة العقار (المادة 411 - 69 وما يليها)⁽¹⁾؛ ويستفيد المستأجر من الحق في الشفعة عندما يرغب المالك في التنازل عن عقاره (المادة L. 1-412 وما يليها)⁽²⁾؛ ينتقل الايجار عند وفاة المستأجر إلى زوجته أو فروعه الذين عملوا معه (المادة 411 - 34)⁽³⁾؛ وبدلات الايجار مراقبة (المادة L. 11-411 بالنسبة إلى اجرة الأرض الزراعية؛ والمادة 417 - 3 L. بالنسبة إلى المزارعة بالشراكة)⁽⁴⁾.

وتقتضي، في ما تبقى، العودة إلى القانون العام للايجار⁽⁵⁾ وإلى القواعد

= سنوات على الأقل، المادة L. 59-411 من ق ر؛ والاسترداد ممكن أيضاً بالنسبة إلى المادة من أجل بناء بيت فردي، مع توابعه احتمالياً، لاستعماله أو استعمال أسرته، المالك L. 57-411. وقد ينص عقد الايجار، في آونة تجديده، على إمكانية الاسترداد لصالح المالك خلال ست سنوات، المادة L. 16-411 من ق ر.

(1) «بعمله أو بتوظيفات» كما ورد في النص؛ وليس ما يدعو إلى الدهشة من أن هذا الحق معترف به للمزارع مع أنه لا يستفيد من الحق في التنازل عن ايجاره وبالتالي من «الملكية الزراعية»: لا يتعلق الأمر في الواقع باقامة وزن الزيادة الزبن الذين يمكن أن يكون قد جلبهم، وإنما بتحسينات المادية المدخلة على العقار. ولهذا الحق طابع الانتظام العام، المادة L. 77-411 من ق ر.

(2) تعترف المادة L. 4-412 من ق ر صراحة بطابع الانتظام العام لهذا الحق؛ وعلى المستأجر، لكي يستفيد منه، لأن يكون قد استثمر مدة ثلاث سنوات على الأقل، ويمكنه الاستفادة منه لجعل زوجته تستثمر أو أحد فروعه إذا كان هذا الفرع قد مارس المهنة الزراعية خلال ثلاث سنوات أو كان حائز دبلوم تعليم زراعي، المادة 412 - 5؛ ويمكن أن تراجع محكمة الايجارات الريفية لرقابة الثمن وشروط البيع إذا بدت مبالغاً فيها وله صلاحية تحديدها عند الحاجة المادة 412 - 7.

وفعالية هذا الحق في الشفعة مؤمنة بقوة: على سبيل المثال، إذا كان مالك مجموعة عقارات مستثمرة بشكل منفصل يرغب في البيع دفعة واحدة عليه أن يقترحه، بوضوح، على مختلف حائزي الحق في الشفعة، المادة 412 - 6 من ق ر.

(3) يتم نقل الايجار، بصورة أدق، لصالح زوجة المزارع المتوفى ولصالح أصوله أو فروعه الذين شاركوا في الاستثمار خلال السنوات الخمس الأخيرة: يتعلق الأمر بارث يسمى «ارثاً شاذاً» طالما أن الايلولة تشذ عن قواعد القانون العام للإرث، انظر M. Grimaldi، الإرث، 1992، رقم 262. وحول التخصيص التفضيلي للاستثمار الزراعي انظر الرقم 21561 اللاحق.

(4) تحدد السلطة الإدارية حدود قصوى ودنيا، بشكل منفصل، للايجار من جهة أولى وأبنية السكن، ومن جهة ثانية لأبنية الاستثمار والأراضي الجرداء، المادة L. 11-411.

تضاف إلى ذلك إمكانية إعادة النظر في بدل الايجار المنصوص عليها في المادة L. 3-411 من ق ر وما يليها، إذا تعاقد المستأجر مقابل بدل ايجار أدنى أو أعلى بأكثر من عشر القيمة الايجارية: يمكن تقديم الطلب خلال السنة الثالثة من الايجار.

(5) بهذا المعنى إن القانون المدني يبقى القانون العام للايجار الريفي انظر L. Lorvellec، ف د م، V الايجارات الريفية، رقم 78؛ هكذا تحيل المادة L. 8-415 من ق ر إلى المادة 1719 من ق م في ما يتعلق بموجب المؤجر بصيانة الشيء، وتنص، لتطبيق فقرتها 4 المختصة بدوام الغرس ونوعيته، على أن كفاءات التطبيق ستحددها اللجنة الاستشارية للايجارات الريفية؛ انظر غ إن، 25 أيار 1957، م إد، 1957، II، 10219، تعليق M. de Juglart، رد طلب المستأجر بأن يجاز له إعادة زرع الكرمة على نفقة المؤجر، في غياب قرار متخذ لهذه الغاية من قبل اللجنة؛ انظر أيضاً المادة 415 - 9 التي تشذ عن المادة 1719 بتقرير أن المالك غير ملزم بتأمين دوام زرع أشجار التفاح للخمر وأشجار الإجاص للبيد.

الخاصة للقانون المدني المتعلق بإيجارات المزارع⁽¹⁾ التي تشكل في هذا الشأن نسيج أساس⁽²⁾. على أن هناك في هذه المناسبة بعض الشذوذات كالشذوذ المتعلق بالمسؤولية عند حصول حادث في الأماكن المؤجرة ولا تكون قائمة، خلافاً لنص المادة 1733 من ق م، إلا في حال الخطأ الخطير من جانب المزارع (المادة 415 - L. 3، الفقرة 2، من ق م)⁽³⁾.

21561 - مسألة «الملكية الزراعية». لا يحوز مستأجر الإيجار الريفي، مهما كان محمياً، الحق في التنازل عن إيجاره مع الاستثمار. فهو لا يستفيد إذًا، على عكس التاجر، من ملكية عقاره: ما يسمى «الملكية الزراعية».

فالقانون الريفي يمنع بالفعل المستأجر التنازل والإيجار من الباطن شذوذاً عن المادة 1717 من القانون المدني (المادة L.35-411)⁽⁴⁾. وقيمة الإيجار الذمية المالية

(1) مثلاً المادتان L.1-415 و L.2-415 من ق م ر تحيلان صراحة إلى المادتين 1777 و 1778 من ق م اللتين تفرضان على المزارع أن يترك لمن يخلفه مساكن ملائمة وقشاً وسماد السنة.

وفي الواقع تمت استعادة الأساسي من أحكام القانون المدني المتعلقة بإيجار المزرعة في ق م ر: المادة 1766، نص أساسي متعلق بموجب تأنيث أماكن الحيوانات وبالادوات المنزلية، والاستثمار برعاية الأب الحريص بمراعاة مقصد الشيء، موجودة في المادة L. 25-411 من ق م ر، وملطفة بالمادة L.29-411 (والمادة 1767 المتعلقة بموجب الخزن في أهراء موجودة في المادة L.25-411)؛ والمادة 1765 التي تعالج السعة استعيدت في المادة 411 - 18، مع إن المادة 1769 وما يليها في شأن إمكانية المستأجر في الحصول على تخفيض ثمن الإيجار عند تلف الغلة بقوة قاهرة استعيدت في المادة L.19-411 وما يليها (الرأي في أيامنا يحوي إلى حد ما مغالطة تاريخية بسبب إمكانيات التأمين؛ انظر L. Lorvellec، في د م، V الإيجارات الريفية، رقم 684)...

ويندر، بالمقابل، أن تطبق نصوص المادتين 1774 و 1175 المتعلقةتين بمدة الإيجارات غير الخطية طالما أن التجديد الأمر لمدة تسع سنوات للعقد في نظام الإيجارات الريفية: على أن المادتين L. 10-411 و L. 52-411 تترك لها، هامشياً، إمكانية التطبيق في ما يتعلق بالتربة التي لا تخضع للنظام بمساحتها وفقاً للمادة L. 3-411.

(2) ذلك أحياناً حتى ولو لم يتم الإسناد: تنص المادة L. 4-415 من ق م ر. على أنه ليس على عاتق المستأجر سوى الإصلاحات الإيجارية أو الصيانة الطفيفة إذا لم يسببها القدم ولا عيب البناء ولا القوة القاهرة: أنها تنسجم مع المادة 1720 من ق م التي تنص على أن المالك ملزم بالقيام بالإصلاحات غير الإيجارية؛ انظر غ إن، 19 تشرين الثاني 1959، ن م، IV، رقم 150: تنظيف قرميد السقف الذي لا يمكن أن يماثل بتجديد الغطاء هو إصلاح إيجاري؛ غ إن، 16 شباط 1961، ن م، IV، رقم 212، فرض مصاريف استبدال الوتد واسلاك الحديد في الكرمة على المؤجر، في حين أن المستأجر قبل العقار على حاله.

(3) المادة 854 القديمة من ق م ر؛ بيد أن القضاة يفسرون هذا النص حصرياً، انظر غ م ت ا ن، 2 أيار 1989، مجلة بدلات الإيجار، 1990، 14، م ف ق م، 1990، 301، م Ph. Rémy، مرآب، حريق: تجد المادة 1733 سلطانها عندما يؤجر البناء بقسم منه للاستعمال السكني وبقسم آخر للاستثمار الزراعي: تقع الحادثة إذًا في هذه الحالة على عاتق المستأجر إذا كان سببها مجهولاً؛ انظر أيضاً C. Gourdon، L'incendie d'une ferme، د، 1965، العرض 181.

(4) انظر P. Ourliac et M. de Juglart، La propriété «Culturale»، م إ د، 1962، I، 1983؛ وفي ص د غياب قيمة الإيجار الريفي التي لا يمكن أن تكون مالا في ملكية مشتركة، انظر غ إن، 27 شباط 1958، =

مكرسة أيضاً في الواقع بممارسة خلّو الرجل حتى ولو وقعت في عقوبات جزائية (المادة 411 - 74 من ق ر التي تعاقب جرائماً ممارسة خلّو الرجل)⁽¹⁾. وتشريع الايجارات من وحي اجتماعي أكثر مما هو رأسمالي. والفكرة هي أيضاً حماية المزارعين الشبان الذين يريدون الاستقرار⁽²⁾.

ويظهر نوع من الاعتراف بالاستثمار الزراعي في إوالية التخصيص التفضيلي في المادة 832 وما يليها من ق م الذي ينظم انتقال الاستثمار عقب وفاة المستأجر لصالح الزوج الباقي على قيد الحياة أو أي وريث شريك في الملكية ساهم في تنمية هذا الاستثمار⁽³⁾.

وحول قابلية انتقال الايجار إلى الورثة عند وفاة المستأجر انظر الرقم السابق.

- = م إ د، 1958، II، 10892، تعليق P. M. de Juglart و Ourliac؛ ويعتبر، في حالة ممارسة المستأجر حقه في الشفعة، أنه ينبغي، لتقويم العقارات يقام وزن لانخفاض القيمة الذي يؤدي وجود الايجار إليه، انظر غ م ث ا ن، 22 شباط 1977، م إ د، 1978، II، 18799، تعليق P. Ourliac و M. de Juglart.
- (1) انظر J. Hudault، رقم 13، الذي ينتقد بعنف التحضير القانوني للتنازل عن الايجار: L. Larvellec, Baux Ruraux، رقم 8؛ على أن التنازل ممكن لصالح زوج المستثمر بموافقة المؤجر، أر باذن المحكمة، كما يمكن أن يعترف لهذا الزوج بصفة شريك في الايجار.
- (2) انظر V, L. Lorvellec الايجارات الريفية، رقم 8.
- (3) المادة 832، الفقرة 3، تخصيص شرط فرق الأنصبة احتمالياً؛ انظر أيضاً المواد 832 - 1 التي تنص على التخصيص حكماً، و832 - 2 المتعلقة بتخصيص الحقوق والأموال العقارية لمقصد زراعي، و832 - 3 حول الحق في طلب عقد ايجار لأجل طويل في غياب التخصيص؛ انظر Dagot، م إ د، 1980، I، 3000، 1983، I، 3118؛ غ م أ ن، 18 تموز 1972، 654، تعليق A.B.، م إ د، 1973، II، 17383، تعليق Dagot: لا يمكن نفي طابع الاستثمار الزراعي القابل للتخصيص للملك المؤجر بالمزارعة بالمشاركة؛ غ م أ ن، 8 كانون الأول 1965، د، 1967، 407، تعليق R.Savatier: إذا كان الايجار قد عقده المتوفي فهو ينطفيء للالتباس في شخص الوريث ويجب أن يتم تقويم المال الريفي المخصص حراً من الحق في الايجار. على أن هناك نزعة اجتهادية وفقهية إلى اعتبار أن التخصيص التفضيلي للاستثمار الزراعي يمكن أن يحصل عندما يكون العقار في ملكية الكتلة المعدة للتقسيم وليس عندما يركز الاستثمار على الحق في الايجار الذي اجراه الغير وأن التخصيص يستدعي النقل أيضاً، انظر غ م أ ن، 6 أيار 1970، م إ د، 1970، II، 6505، م P. Ourliac et M. de juglart؛ غ م أ ن، 23 تشرين الثاني 1977، ن م، I، رقم 439، د، 1978، إ س، 450، تعليق E: N. Martine: التخصيص التفضيلي ممكن في شأن استثمار زراعي وليس في صدد الحق في الايجار؛ M.Grimaldi, Successions، منشورات Litec، رقم 886؛ وتبدو الفكرة مناقضة لروح المادة 832 وما يليها وكذلك لروح نظام الايجارات الريفية: مجرد كون المؤسسة التجارية، مع الحق في الايجار، يمكن أن تشكل موضوع تخصيص كهذا يكفي لادانتها.

الفصل IV

الايجارات المهنية

21562 - إصلاح Mermaz. أصبحت الايجارات المهنية، بعد أن بقيت لمدة طويلة مستبعدة من التنظيم ومحافظ عليها في القانون العام لمدونة القانون المدني الصرف⁽¹⁾، موضوع نواة تنظيم منذ أن كرس لها نص خاص في عام 1989 بموجب قانون Mermaz: المادة 57 A من قانون 23 كانون الأول 1986 التي أدخلها قانون 6 تموز 1989 في احكامه المختلفة⁽²⁾. الايجار المهني هو أي إجارة عقار لغايات مهنية غير الايجارات الاخرى الخاضعة للنظامين الخاصين بالايجارات التجارية والايجارات الريفية.

فالمادة 57 A من قانون 1986 تنص على أن للعقد الذي يجب أن يكون خطياً⁽³⁾ مدة دنيا هي ست سنوات، ويتابع بتمديد ضمني للمدة عينها عند حلول أجله. وقد كرس حق المؤجر في عدم تجديد العقد في نهاية الايجار شرط إبلاغ المستأجر نيته مع مراعاة الإخطار لسته أشهر. ويستفيد المستأجر من ناحيته من الامكانية ذاتها، إلا أن له الحق أيضاً في مغادرة الأماكن في أي وقت خلال الايجار شرط إعلام المؤجر قبل ستة أشهر⁽⁴⁾. وليس هناك أي شيء حول التحديد الاولي لبدل الايجار وتطوره: الحرية العقدية في هذا الشأن كاملة.

إن نظام 1986 نادراً ما يحمي حائز ايجار لاستعمال مهني.

21563 - امكانيات الاختيار. إن هذه القواعد لا شك آمرة، بيد أن الفريقين لهما

(1) اعتراف خجول بفائدة الايجار المهني، قبل عام 1989، إذ عدلت المادة 382 من ق م، الفقرة 2، الناجمة عن قانون 19 كانون الأول 1961 هذا النص وحددت فيها امكانية الزوج الباقي على قيد الحياة أو أي وريث ملكية مشتركة في أن يطلب التخصيص التفضيلي عند وفاة المستأجر.

(2) انظر Raffray، م إد، الطبعة N، 1991، 269؛ حكم محكمة استئناف باريس، 26 تشرين الثاني 1991، الادارة 6 أيار 1992، 42: لا يطبق هذا النظام على العقود السارية.

(3) يمكن، في شأن ايجارات السكن، التساؤل عما إذا كان الأمر يتعلق بقاعدة إثبات أو بقاعدة شكل.

(4) تجري التبليغات بكتاب مضمون مع اشعار بالتسلم أو بعمل صادر عن المباشر، المادة 57 A، الفقرة 5.

حرية معينة إذ بإمكانهما أن يخضعا أنفسهما لنظام آخر.

وهكذا عندما يكون العقار المؤجر لاستعمال مختلط سكني ومهني يكون للفريقين الاختيار بين حلين: إبرام عقد واحد خاضع لقانون 6 تموز 1989 أو فصل المظهرين بإبرام عقدين أحدهما يخضع لقانون 1989 بالنسبة إلى أمكنة السكن والثاني لقانون 1986 بالنسبة إلى الأماكن للاستعمال المهني. على أنه يخشى أن ينتج عن ذلك تعقيد لا فائدة منه بسبب الاختلاف بين نظاميهما ولا سيما بالنسبة إلى مدة العقد. وقد يكون ذلك مضراً إذا كانت إيجارات السكن هي، بالفعل، مرتبطة بالإيجارات المهنية⁽¹⁾.

يضاف إلى ذلك أن للفريقين إمكانية اختيار نظام الإيجارات التجارية بالخضوع له: من المقبول تقليدياً، بالفعل، أن بالإمكان الخضوع له إرادياً⁽²⁾.

(1) انظر بهذا المعنى J. Lafond et F. Lafond، رقم 77.

(2) وعليه يكون الفريقان حرين في الخضوع إدارياً إلى مرسوم 1953، انظر غ م ت ا ن، 20 آذار 1984، ن م، III، رقم 71؛ غ م ت ا ن، 3 تشرين الثاني 1988، ن م، III، رقم 153؛ Gaubeaux et Bihl، ص 474؛ وعلى عكس ذلك محكمة استئناف باريس، 7 آذار 1989، إ س، 110، رابطة؛ انظر حول هذا النظام الرقم 21540 السابق.

III الباب الفرعي

ايجار الأموال المنقولة

21800 - عقد خاضع لنظام غامض. لايجار الاموال المنقولة أهمية كبيرة في أيامنا. وهو يستعمل في الحياة المهنية - ايجار رافعة أو تجهيز معلوماتي - كما في الحياة الخاصة - ايجار سفينة أو سيارة... إلا أن نظامه ما زال ضبابياً⁽¹⁾، عدا أنه بمنجى أيضاً إلى حد كبير من التنظيم الذي يحمي المستهلكين الذي ما زال، قبل أي شيء، باتجاه البيع⁽²⁾.

ولا يعترف القانون المدني إلا بوجوده بايضاحه في المادة 1713 أن الايجار يمكن أن يتناول أي نوع من الأشياء، منقولات أو عقارات. وعنوان الفصل II من كتابه الثامن المكرس لعقد الاجارة «في إجارة الأشياء» بدون تفريق، مع ان القواعد التي سنّها في شأن الايجار هي بداهة للايجار العقاري. ومن الصحيح إن ايجار المنقول في تلك الحقبة

(1) انظر في شأن هذا التطبيق على الاجارة Planiol et Ripert، المجلد X، تأليف Givord et Tunc، رقم 722 وما يليه؛ F. Collard Dutilleul et Ph. Delebecque، رقم 409، وما يليها؛ R. Juan، م إ، عقود التوزيع، الكراسة، 757، عقد الايجار، 1988، وصيفة عقد الايجار في الكراسة 758؛ J. Hémar، ن ر ت، V ايجار المنقولات، 1974؛ B. Grélon، Les entreprises de services، اطروحة ن منشورات Economica، 1978، رقم 302 وما يليه.

أضف إلى ذلك توصية لجنة البنود التعسفية رقم 91 - 40 المتعلقة بعقود ايجار بعض الأموال المنقولة غير السيارات، ن ر م إ غ، 23 آذار 1993، ص 84 وما يليها؛ فقد تقديم هذه العقود لأن: تحديد الثمن متروك أحياناً في بعض النواحي إلى استئناس المؤجر، وغالباً ما تكون الحوادث التي يسببها عيب الشيء على عاتق المستأجر، ولا يستطيع المستأجر العدول عن العقد بسبب بعض الأسباب المشروعة كتغيير البيت بدون توجب تعويض لا يتناسب مع الضرر الحاصل، ويحتفظ المؤجر بإمكانات الفسخ الاستثنائي... وحول ايجار ادارة مؤسسة تجارية وهو غالباً ما يقدم كايجار منقول، انظر الرقم 21551 السابق وما يليه؛ وفي شأن ايجار الخزنة، والنقاشات حول وصفها انظر الرقم 33116 اللاحق.

(2) انظر مع ذلك حكم محكمة استئناف باريس، 20 ايلول 1991، د، 1992، الموجز 268، م. Kullmann، م إ د، 1992، II، 21866، ملاحظة: Cinay- Citermam، Location de véhicule automobile sur trois ans indemnité en cas de résiliation anticipée tenant compte de l'intérêt que l'exécution partielle a procuré au loueur، absence de caractère abusif au sens de la loi de 1978.

لم يكن له سوى تطبيقات محدودة. ويتطرق القانون المدني عرضاً إلى ايجار المنقول: في شأن الايجار المفروش وهو في آن واحد ايجار عقار وايجار منقول، وقد نصت المادة 1757 في صددهما على أن وضع المنقولات لتأثيث الأماكن بالتصرف يفترض أنه لمدة ايجارات البيوت العادية. إنها فرصة لوضع نظام المنقولات في وصف نظام ايجار العقار، ولا شيء في شأن ما تبقى.

غير أن نظام ايجار الأموال المنقولة هو، مبدئياً، نظام الايجار العقاري نفسه. وبالفعل يعتبر انه يجب أن تطبق عليه قواعد القانون المدني في شأن العقارات، وبالتالي إن احكام المادة 1713 وما يليها، عندما يبدو ذلك منسجماً مع الطبيعة المنقولية للشيء المؤجر، تسري ايضاً⁽¹⁾. ولكن بعضها خارج الموضوع بوضوح: فالمادة 1735 مثلاً تعلن ان المستأجر مسؤول عن التلف اللاحق بالشيء المؤجر من قبل أشخاص البيت⁽²⁾، أو المادة 1751 التي تفرض حيازة الزوجين المشتركة الايجار الذي يؤمن السكن العائلي...؛ ومن جهة ثانية لم تمتد إلى ايجار المنقول المادة 1743 التي، عند بيع الشيء، تنقل العقد المبرم مع المستأجر إلى مكتسب الملكية⁽³⁾. ومن المقبول، بالعكس، كون المسؤولية عن تلف الشيء، الواردة في المادة 1732 من ق م⁽⁴⁾ وقرينة مسؤولية المستأجر التي تطرحها المادة 1733 في حالة الحريق⁽⁵⁾، تطبقان على ايجار المنقول،

(1) حكم مبدئي، النقض المدني، 16 آب 1882، دد، 1883، 1، 213، س، 1884، 1، 33، تعليق Esmein: «ينتج عن تقريب المواد 1709 و1711 و1713 من ق م، أن القواعد العامة المطبقة على الأموال العقارية تطبق أيضاً على ايجار الأموال المنقولة، طالما هي منسجمة مع طبيعة الشيء»؛ غ م أن، 22 تموز 1968، د، 1968، 622، مجموعة توليد الكهرباء؛ Planiol et Ripert، المجلد X، تأليف A. Tunc، رقم 420؛ J. C. Groslière، رقم 126.

(2) تتحدد مسؤولية الغير في مادة ايجار المنقول، تقليدياً، تبعاً لموضوع العقد ولاسيما كفيات استخدام الشيء، انظر كمثال حكم محكمة استئناف Angers، 27 أيار 1941، د، 1942، 25، ايجار رافعة لغاية الغسل، زيادة الوزن، ضرر اصاب الجهاز وما حوله؛ بيان سيء اعطاه زبون المستأجر، المستأجر مسؤول: «ليست المسؤولية العقدية على عاتق من يجب أن يعتبروا مسؤولين وهم التابعون والوكلاء وحسب وإنما أيضاً الذين تم إدخالهم طوعاً في التنفيذ».

(3) انظر Planiol et Ripert، المجلد X، تأليف A. Tunc، وهما ينتقدان هذا الحل في تطبيقه على ايجار إدارة مؤسسة تجارية.

(4) انظر غ م أن؛ 22 تموز 1968، د، 1968، 622، مجموعة توليد الكهرباء.

(5) انظر حكم محكمة استئناف ليون، 7 آذار 1840، إع، V المسؤولية، رقم 201، مغسل عائم؛ النقض المدني، 16 آب 1882، المذكور آنفاً، دد، 1883، 1، 213، قش على المزارع تركه عند انتهاء العقد؛ النقض المدني، 11 حزيران 1909، دد، 1910، 1، 361، تعليق Guénée؛ النقض المدني، 10 شباط 1919، د.د.، 1921، 1، 193، غ.م.أ.ن.، 6 أيار 1968، م إ.د.، 1970، II، 16157، تعليق Chevassus، م ف ق م، 1968، 736، م G. Cornu؛ وعلى عكس ذلك، في ايجار إدارة المؤسسة التجارية، غ ت ن، 16 تموز 1980، ن م، IV، رقم 294؛ غ ت ن، 21 نيسان 1991، ن م، IV، رقم 268، م إ.د.، 1993، II، 22101، تعليق Dubaele.

كالمادة 1722 التي تنص على فسخ العقد في حالة تلف المال الذي يتناوله⁽¹⁾.

ويلاحظ، في أي حال، أن إيجار الاموال المنقولة، في غياب تنظيم خاص، يظهر، شيئاً فشيئاً، خاصية معينة ولاسيما بمدته التي يمكن أن تكون قصيرة جداً وأن تذهب حتى مدة استهلاك الشيء. وأصالة تتجلى في نوع من التقريب الذي توحى به: مع عقود الاعتماد طالما أنها تتيح أيضاً لمستعمل الشيء أن يجني منه فوراً الفائدة الاقتصادية مع اختلافه في شأن كلفته⁽²⁾، ومع عقود الخدمات طالما غالباً ما تقترن بتقديمات مختلفة تقنية أو متعلقة بالصيانة بإيجار المال نفسه؛ وفي شأن الخدمات، مع عقد النقل، عندما يكون موضوعه سيارة ويتناول أيضاً وضع سائق بالتصرف، يكون الإيجار قريباً من النقل⁽³⁾.

ويمكن التساؤل أخيراً حول نقطة معرفة ما إذا كان من المأمول توفير علنية عقد الإيجار عندما يتعلق بمنقول⁽⁴⁾. لم ينص القانون على أي شيء من ذلك مع أن الحياة المادية للاموال المؤجرة قد يخضع في شأن ملاءة المستأجر. وبالنسبة إلى ما تبقى قد تلجأ مؤسسات الإيجار أحياناً إلى لصق صفائح على اموال التجهيز التي تؤجرها، ذلك بأن الأسلوب هو إتاحة الاعتراض على ممارسة الامتياز الذي يحوزه المؤجر على الاموال التي تؤثث العقار الذي يؤجره (المادة 2102 - 1° من ق م)⁽⁵⁾.

21801 - التنوع في المدة. جوهر إيجار المنقول، كالايجارات جميعاً، أن يكون محصوراً في المدة⁽⁶⁾. إلا إن أحد مظاهر أصالته هو التنوع الكبير الذي يرتديه في هذا

(1) انظر حكم محكمة استئناف اميان، 17 تموز 1942، م ق ع، 1942، 2، 201، براميل خمر.

(2) انظر حول معيار عملية الاعتماد هذا، J. Calais- Auloy, Droit de la consommation، د، 1992، رقم 244؛ P. Ancel، تعليق في د، 1991، 225، ص 227.

(3) انظر حول هذه النقطة بصورة خاصة L. Peyrefitte، ف د ت، الكراسة 610، عقد النقل، عموميات، 1992، رقم 81 وما يليه.

(4) انظر R. Juan، الكراسة 757، المذكور سابقاً، رقم 21.

(5) بهذا المعنى R. Juan، الكراسة 757، المذكور سابقاً، رقم 21: لكن ذلك شرط أن يثبت مؤجر منقولات التأنيث، أن مؤجر العقار المؤثث على هذا النحو عرف مصدر المال المعني في آونة إدخاله إلى الأماكن، انظر غ م أن، 12 أيار 1969، د 1970، 43، تعليق Ph. Malinvaud.

(6) يجري الاعتبار أن التحديد الأقصى لمدة الايجارات بتسع وتسعين سنة لا يسري إلا على العقارات، انظر Planiol et Ripert، المجلد X، تأليف A. Tunc، رقم 724.

لذلك لا يمكن، كما في أي إيجار آخر، أن يمتد إيجار المنقول في الزمن إلى ما لانهاية له، انظر حكم محكمة استئناف باريس، 23 شباط 1987، د، 1987، إ س، 58، الذي أخذت به غ ت ن، 3 كانون الثاني 1989، ن م، IV، رقم 3، م ف ق م، 1989، 554، م J. Mestre، تجهيز هاتفي؛ غ ت ن، 3 تشرين الثاني 1992، ن م، IV، رقم 339، تجهيز هاتفي، عيب في التأبد، عقد يتجدد عند كل تعديل في التجهيز؛ انظر أيضاً الباب الفرعي I، الفصل II، القسم III، الفقرة 3، المدة.

يضاف إلى ذلك أنه من المقبول عدم امكانية تطبيق المادة 1736 وما يليها من ق م على إيجار المنقول، في شأن مدة الايجارات غير الخطية وتجديد الايجارات الخطية لأنهما نادراً ما يتكيفان معها، انظر بهذا =

الصدد. فمدته قد تكون الأقصر، ساعة أو ساعتين، وقد تكون الأطول، عشر سنوات أو أكثر. وللفريقين حرية كبيرة في هذا الشأن وهم غير محصورين، على عكس ما يجري في المادة العقارية، في أي تشريع يفرض عليهم المدة الدنيا.

وغالباً ما يكون ايجار المال المنقولة عرضياً: زورق يسير بدوآستين لمدة ساعة، شريط فيديو مسجل ليوم واحد، سيارة لاسبوع، جهاز تلفاز لشهر... ويجري الكلام عندئذ على ايجار لمدة قصيرة.

وليس الأمر على هذا النحو دائماً فقد يكون الايجار لمدة طويلة. إن مدة العقد، في هذه الفرضية، تتطابق، عملياً، على وجه العموم مع الحياة المفيدة للمال: بالنسبة إلى مهني يعني ذلك مدة استهلاكه⁽¹⁾. إذن غالباً ما توجد ايجارات لاربع أو خمس سنوات، فيتعاقد الفريقان عندئذ على هذه المدة نهائياً وتعاقب المحاكم بحزم المستأجر الذي يأمل التملص قبل الأجل⁽²⁾.

هناك حالتان من هذه الايجارات الطويلة المدة: إما أن يكون المال قد وضعه المورد بتصرف المستعمل فيتعلق الأمر عندئذ بايجار بلا قيد أو شرط وإما أن يكون مكتسباً بفتح اعتماد بناء على طلب المستعمل ليؤجر فيما بعد لهذا المستعمل، ويدل على ذلك على أنه «ايجار مالي». والإوالية قريبة من إوالية البيع في صورة ايجار، والايجار البيعي، مع هذا التحفظ في أن المستعمل لا يعطى خيار الشراء في نهاية العقد⁽³⁾. وقد يتم اللجوء أحياناً إلى مجرد أفراد لحيازة مال استهلاك⁽⁴⁾، أو إلى مؤسسات في شأن

= المعنى Planiol et Ripert، المجلد X، تأليف A. Tunc، رقم 731، Collart Dutilleul et Delebecque، رقم 426.

(1) تلاحظ في هذه الفرضية الأموال التي يحافظ عليها مع البيع: عندما يتم ايجار مال تجهيز بدلاً من شرائه خلال مدة هي مدة حياته ويجري الحصول من ذلك على ترصية اقتصادية مماثلة حاصلة في الشراء. ومن هنا امكانية ظهور بعض الفروقات في النظام بين العقدين غير المسوّغة في هذه الرؤية، انظر حول هذه النقطة الرقم 21112 السابق.

(2) انظر على سبيل المثال غ ت ن، 17 تموز 1980، م ق ع، 1980، 2، الموجز، 215، نقض قرار رفض تطبيق بند في عقد ينص على مدة ايجار لسنتين بحجة أنه كرس اساءة استعمال الحق؛ انظر أيضاً حكم محكمة استئناف باريس، 7 آذار 1986، د، 1990، الموجز، 325، م J. Huet، تجهيز معلوماتي، مدة الايجار أربع سنوات (القضية الأولى) وستين شهراً (القضية الثانية).

(3) على أن الفارق ليس، عملياً، كبيراً ذلك بأنه من المفيد بالنسبة إلى مؤسسة اعتماد أن يترك للمستعمل اكتساب ملكية الشيء في نهاية الايجار، وغالباً ما يجد هذا المستعمل في ذلك منفعة له ما دام أن الثمن، طالما أن الشيء تم استهلاكه، لا يمكن إلا أن يكون بخساً.

(4) انظر كمثال غ م أن، 11 تشرين الأول 1989، د، 1991، 225، تعليق P. Ancel: بيت متحرك جرى اكتساب ملكيته بناء على طلب المستأجر المستقبلي من قبل مؤسسة اعتماد بثمن قدره 89000 فرنك وتم تأجيره بقسط شهري أول قدره 3500 فرنك، وواحد وسبعين قسطاً أخرى بمبلغ، 1500 فرنك كل قسط، أي بما مجموعه 141500 فرنك.

اموال التجهيز. ويجري الكلام أيضاً، في حالة كهذه، على «نظام تأجير معدات موحدة النمط»⁽¹⁾.

وقد قادت وظيفة التمويل هذه التي يمكن أن تتمثل في ايجار الاموال المنقولة⁽²⁾ إلى التساؤل عما إذا كان العقد خاضعاً للقواعد الواردة في قانون 10 كانون الثاني 1978 لحماية المستهلك الذي يلجأ إلى الاعتماد. وقد اجابت محكمة النقض سلباً على هذه المسألة⁽³⁾، بخلاف ما أخذ به قسم من الفقه⁽⁴⁾. فالإيجار المالي ليس إذاً عملية اعتماد.

وثمة عقود، على أقصى حد من السلسلة الزمنية في ايجار الاموال المنقولة، لمدة طويلة جداً: التجهيزات الهاتفية التي كثيراً ما يكون ايجارها لخمس عشرة سنة⁽⁵⁾. إن حقبات ايجار كهذه تفوق إلى حد كبير مدة استهلاك المال هي تعسفية وتجعل المستعمل سجين العلاقات العقدية في ظروف مناقضة لمنافسة سليمة⁽⁶⁾. يضاف إلى ذلك ان المحاكم قبلت أحياناً أن يتمكن المستأجر من التخلص من موجباته بسبب عدم تحديد ثمن التقديمات التي يوفرها المؤجر⁽⁷⁾، بيد أن امكانية كهذه تبدو مستبعدة منذ تحول الاجتهاد

(1) يعني التعبير في الواقع - كتعبير «lease» في آن واحد - الإيجار، انظر حول هذه الإوالية F. Collart Dutilleul et Ph. Delebecque، رقم 413، وهما يريان أن المستأجر يميل في ظرف كهذا إلى تحديد موجباته بأكثر ما يمكن؛ أضف إلى ذلك C. Volait La location- services, une technique d'équipement l'entreprise، مطبوعة على الآلة الكاتبة، 1976، باريس I، 1976.

(2) لا يقوم الإيجار دائماً بوظيفة التمويل: عندما يكون لمدة قصيرة، بصورة خاصة، تكون المكافأة التي يدفعها المستأجر مجرد مقابل الاستعمال الموقت للشيء، انظر بهذا المعنى P. Ancel، تعليق في د، 1991، 225، سبق ذكره.

(3) انظر غ م أن، 11 تشرين الأول 1989، د، 1991، 225، تعليق P. Ancel، بيت متحرك: رفض الحكم اعتبار أن الإيجار لمدة طويلة بدون خيار يشكل عملية اعتماد وأعلن أنه لا يدخل في أحكام قانون 1978 ما دام أن هذا القانون لا يستهدف إلا قروض العملة أو عقود الإيجار البيعي أو الإيجار مع الوعد بالبيع؛ ويبدو، منذ التعديل الذي أدخله قانون 23 حزيران 1989 على النص الأصلي لقانون 1978، أن التفسير الذي أعطته المحكمة العليا معزز طالما أن النص يعلن أن الإيجار البيعي والإيجار مع خيار الشراء أصبحا «يماثلان» عملية اعتماد: على العكس ليس الإيجار بدون خيار كذلك، انظر بهذا المعنى P. Ancel، تعليق في د، 1991، 225 سبق ذكره، ص 226 وص 227؛ انظر الرقم 22503 اللاحق وما يليه.

(4) انظر F. Collart Dutilleul et Ph. Delebecque، رقم 283، د، 1992، J. Calais- Auloy، Droit de la consommation، رقم 422.

(5) انظر في صدد التجهيزات الهاتفية، المؤجرة لخمس عشرة سنة غ ت ن، 31 أيار 1976، ن م، IV، رقم 185؛ غ ت ن، أول كانون الأول 1981، ن م، IV، رقم 413؛ غ ت ن، 12 كانون الأول 1985، ن م، IV، رقم 342؛ غ ت ن، 28 شباط 1989، د، 1990، الموجز، 325، م J. Huet؛ أضف إلى ذلك H. Huet et H. Maisl، Droit de l'informatique et des télécommunications، منشورات Litec، 1989، رقم 768.

(6) لم نر حتى الآن معاقبة عقود كهذه على صعيد قانون المنافسة، انظر كمثال محكمة عدل المجموعات الأوروبية، 5 تشرين الأول 1988، الحالية التجارية Joly، كانون الأول 1988، رقم 257.

(7) ذلك بأن المؤجر يضطلع، علاوة على وضع الشيء بالتصرف، في هذا النوع من العقود، بموجبات أخرى =

الذي حصل في عام 1995 مع القرارات الصادرة عن الهيئة العامة في هذا الصدد⁽¹⁾.

غير أن الحفاظ على مدة العقد لا يمكن تأمينه، في ايجار الاموال المنقولة، عن طريق قانون 11 حزيران 1943 الذي يفرض حداً لعشر سنوات على عقود التمويل: سنحت للمحاكم فرصة الحكم بأن هذا النص يستهدف توريد السلع وليس وضع الشيء بالتصرف الذي يؤمنه الايجار⁽²⁾.

وأخيراً، في حال عدم تحديد مدة الايجار في العقد، يكون هذا العقد لمدة غير محددة ويتابع حتى عدول أحد الفريقين: على انه من الملائم، في حالة كهذه، مراعاة الإخطار الممارس وفقاً للعادات، أو في حالة عدم وجود مهلة معقولة⁽³⁾.

21802 - التكوين والتنفيذ. يتناول ايجار المنقول الأشياء كافة التي هي في التجارة

= ويحتفظ لنفسه بتقديمات مختلفة: صيانة وتعديلات التجهيز، وتوريد توسيع... ويمكن أن يكون ثمن هذه التقديمات المختلفة، في عملية تمتد على مدى هذه الفترة، صعب التحديد منذ الاساس، انظر غ ت ن، أول كانون الأول 1981، ن م، IV، رقم 423؛ غ ت ن، 9 حزيران 1987 و غ م أن، 5 تموز 1988، د، 1990، الموجز، 325، م J. Huet؛ وكذلك غ ت ن، 5 تموز 1991، ن م، IV، رقم 248؛ حكم محكمة استئناف باريس، 13 حزيران 1991، د، 1991، إس، 196؛ قارن ب غ م أن، 5 حزيران 1971، ن م، I، رقم 182، الذي أخذ بالابطال بسبب الخداع.

(1) انظر بخاصة الهيئة العامة، أول كانون الأول 1995، الحكم رقم 393، قضية Cofpratel ضد Bechtel، ايجار صيانة تجهيز هاتفي لخمس عشرة سنة، المستأجر يرغب في وضع نهاية للاتفاقية، تعديلات مفوترة حسب التعريف النافذة عند الطلب، حصرية محتفظ بها للمورد، نقض الحكم الذي ابطال الاتفاقية، والحكم رقم 395، قضية شركة CAT ضد SUMACO، ايجار صيانة تجهيز هاتفي، تعديلات مفوترة حسب التعريف النافذة عند الطلب، حصرية محتفظ بها للمورد، نقض الحكم الذي ابطال الاتفاقية، انظر أيضاً الرقم 11190 السابق وما يليه.

(2) انظر غ ت ن، 10 كانون الأول 1985، ن م، IV، رقم 342 تجهيز هاتفي؛ غ ت ن، 28 شباط 1989، ن م، IV، رقم 75، د، 1990، الموجز 325، م J. Huet، تجهيز هاتفي، قارن ب غ ت ن، أول كانون الأول 1981، ن م، IV، رقم 423، ينص العقد، عدا الايجار، على توريدات؛ انظر أيضاً غ ت ن، 3 تشرين الثاني 1992، المذكور سابقاً، ن م؛ IV، رقم 359.

قد يخضع بدل الايجار للمردود، انظر غ ت ن، 9 تموز 1957، ن م، III، رقم 222، جرّافة، بدل ايجار تكميلي خاضع للتنازع، نتائج غير كافية.

(3) انظر حكم محكمة استئناف Aix 30 تشرين الأول 1918، م ق ع، 1918 - 19، 1، 610، ايجار أكياس؛ Planiol et Ripert، المجلد X، تأليف A. Tunc، رقم 730.

ونتيجة استبعاد المادة 1738 في مادة المنقول، في شأن التمديد الضمني، أنه لن يعود هناك، عند انقضاء ايجار المنقول، إخطار يجب أن يراعي لانتهاء الايجار ولاسيما لاسترداد الشيء: بتعبير آخر لا يستفيد المستأجر الذي بقي الشيء من حيازته إلا من مجرد عقد مؤقت، قارن بحكم محكمة استئناف باريس، 10 كانون الثاني 1918، م ق ع، 1918 - 19، 1، 148؛ براميل للخمر، ايجار لمدة محددة، فسخ حسب العادات، غياب الطابع التعسفي؛ انظر أيضاً حكم محكمة استئناف باريس، 11 نيسان 1946، د، 1946، 228، ايجار براميل، قارن ب Planiol et Ripert، المجلد X، تأليف A. Tunc المذكورين آنفاً رقم

ويتم إثبات العقد حسب قواعد القانون العام⁽¹⁾. هناك بالنسبة إلى بعض الأموال، بداية تنظيم: تنظيم ايجار السيارات⁽²⁾ وايجار المنتجات المغطاة بحق المؤلف⁽³⁾....

ويطبق تطلب تحديد الثمن، كما في أي ايجار آخر، على بدلات الايجار المتفق عليها: يجب أن يكون مبلغها وكيفيات تطورها محددة في الأصل بوضوح⁽⁴⁾. وفي شأن ما تبقى يحدد موضوع العقد وبخاصة شروط استعمال الشيء⁽⁵⁾ بحرية من قبل الفريقين. وكثيراً ما يتم النص على صيانة المال المؤجر من قبل المؤجر، حتى على التقديرات التابعة (التوريدات، التأهيل، الاشراف، التوسع...) ⁽⁶⁾. ويجري في هذه الحالة الكلام على «ايجار الخدمات»⁽⁷⁾.

ويؤجر الشيء أحياناً مع المستخدمين المكلفين تأمين العمل: رافعة، شاحنة... ويؤثر ذلك في المسؤولية: حراسة الشيء، والعلاقات مع الغير غالباً ما تعتبر كبقية على عاتق المؤجر⁽⁸⁾، وتقدر مسؤولية المستأجر في حال التلف مع مراعاة أقل سيطرة كانت له على الشيء⁽⁹⁾.

(1) ثمة خلاف يتعلق بتطبيق المادة 1715 وما يليها، إلا أن هناك ميلاً إلى اعتبارها خاصة بالايجارات العقارية مما يستوجب امكانية اللجوء إلى الاثبات بشهادة الشهود ضمن شروط القانون العام، انظر إغ، V الايجار، رقم 123؛ Planiol et Ripert، المجلد X، تأليف A. Tunc، رقم 726، وهما يثيران وضع هذه النصوص في القسم المعنون «في القواعد المشتركة بين ايجارات البيوع والأموال الريفية»؛ Troplong, De l'échange et du louage، رقم 110، وهو يأخذ بالحل مع الأسف؛ Planiol et Ripert، المجلد X، تأليف A. Tunc، رقم 488.

(2) القرار رقم 25 - 247، 14 شباط 1967، في شأن الايجار بدون سائق؛ وقد اعتبر مجلس المنافسة أن الممارسة المرتكزة على الافادة من كون بيع مركبة لغير مقيم بمنحى من الرسم على القيمة المضافة لاقتراح عقود بيع مركبات جديدة، مع خيار البيع بعد الشراء في نهاية الاستعمال، بدلاً من ايجار لمدة قصيرة، لا تستحق المعاقبة، ن ر م إغ، 16 كانون الأول 1987.

(3) توجيه 19 تشرين الثاني 1992 «المتعلق بالحق في الايجار والقرض وفي بعض الحقوق القريبة من حق المؤلف في نطاق الملكية الفكرية»، ت ن ر م إغ، رقم 61/346، L. 27 تشرين الثاني 1992، انظر A et H. J. Lucas, Traité de la propriété littéraire et artistique، منشورات Litec، 1994، رقم 272 وما يليه على سبيل المثال.

(4) انظر حكم محكمة استئناف باريس، 10 تموز 1986، د، 1990، الموجز 323 م J. Huet، نظام معلوماتي.

(5) انظر حول مراعاة مقصد الشيء بالنسبة إلى المستأجر الرقم 21185 السابق وما يليه.

(6) حول موجب المؤجر في الصيانة الناجم عن المادة 1719 - 2 من ق م، في القانون العام للايجار، انظر الرقم 21166 السابق وما يليه.

(7) انظر حول هذه النقطة Grelon, Les entreprises de services، الاطروحة المذكورة سابقاً، رقم 302 وما يليه.

(8) حول حراسة الشيء في الايجار انظر الرقم 21158 السابق وما يليه.

(9) من المقبول أن يفيد المستأجر من غياب الخطأ وحده، انظر غ ت ن، 22 كانون الأول 1975، م ق ع، 1976، بانوراما، م ف ق م، 1976، 1796، م G. Cornu.

الاضرار الجسدية⁽¹⁾. والمؤجر، كما البائع، ملزم بموجب نتيجة يمتد إلى سلامة المستأجر⁽²⁾. وإذا كانت البنود التحديدية أو المعفية مقبولة في هذا الصدد⁽³⁾ فإن تفسيرها غالباً ما يكون حصرياً⁽⁴⁾.

ويقال أيضاً إن مسؤولية المؤجر يجب أن تثار في مهلة قصيرة اعتباراً من اكتشاف العيب في أداء الشيء⁽⁵⁾، مما يعني نقل قواعد البيع⁽⁶⁾، وظهوره بتأخير كبير لا يمنع، بالتأكيد، الحصول على العطل والضرر.

والمستأجر ملزم، بموجب المادة 1728، بدفع بدلات الايجار⁽⁷⁾ والتمتع بالشيء

= استبعد الحكم البند الذي يعني من المسؤولية في حالة الوضع السيء أو عدم الصيانة؛ انظر كذلك محكمة التجارة في Bourg-en-Bresse، أول أيار 1931، م ق ع، 1931، 2، 43، ايجار حافلة خزانات؛ محكمة القاضي الوحيد أو المنفرد، 19 حزيران 1970، م إد، 1970، II، 16515، سفينة نزهة، حالة سيئة، وعيب خفي، خلل لا يكتشف، تجميد، تعويض للحرمان من التمتع: استبعد الحكم البنود المختلفة النازعة إلى تحديد مسؤولية المؤجر.

(1) انظر محكمة استئناف Chambéry، 28 كانون الثاني 1969، د، 1969، 260، تزلج، حادث لدى المؤجر عند التجربة، مسؤولية عقدية؛ انظر غ م ت ا ن، 11 تموز 1972، ن م، III، رقم 454، انهيار مبنى، بند عدم المسؤولية؛ انظر أيضاً غ م ت ن، 11 كانون الثاني 1973، ق م، II، رقم 18 (الأخذ بالمسؤولية استناداً إلى المادة 1382 من ق م) وفي القضية عينها غ م أ ن، 7 تشرين الثاني 1973، ن م، I، رقم 298 (انظر على الصعيد العقدي) مركبة، اطار مطاط، حادث.

(2) انظر في شأن مسؤولية المؤجر الرقم 21174 السابق؛ بيد أنه يقال إن موجب المؤجر، في ما يتعلق بسعة التجهيز المقدم لتلبية حاجات المستعمل، ليس سوى موجب وسائل، انظر حكم محكمة استئناف باريس، 21 حزيران 1971، م إد، 1972، II، 17138، تعليق Mègret: يبين الحكم ان النتائج الحاصلة مرتبطة بالنوعية الخاصة للآلة وبالظروف التي تم فيها استعمالها.

(3) انظر غ م ت ا ن، 11 تموز 1972، الحكم المذكور سابقاً، III، رقم 454، انهيار مبنى، بند عدم المسؤولية، رد الطلب الذي قدمته الجمعية الرياضية إلى المدينة التي أجرت الشيء، المؤجر يجهل العيب، غياب مؤشرات ضعف: «بإمكان المؤجر أن يشترط أنه لن يعطي ضماناً ضد عيوب الشيء حتى الخفية منها... وهو، في هذه الحالة، غير مسؤول إلا عن خداعه أو عن خطئه الجسيم».

(4) انظر غ م ت ا ن، 3 حزيران 1926، د د 1927، 1، 167، حافلة خمر، مذاق ممجوج، بند عدم الضمان مستبعد في ما يتعلق بالعيوب الخفية وليس بحالة الشيء السيء؛ انظر أيضاً: حكم محكمة التجارة في Bourg، أول أيار 1931، م ق ع، 1931، 2، 43، ايجاز حافلات الخزانات؛ حكم محكمة القاضي المنفرد في باريس، 19 حزيران 1970، المذكور آنفاً، إد، 1970، II، 16515، سفينة نزهة جرد موقع بدون تحفظات، بند إعفاء: لا يكفي عدم تحفظ المستأجر لإعفاء المؤجر من المسؤولية؛ حكم محكمة استئناف باريس، 10 أيار 1992، إس، 173، مجموعة توليد الكهرباء لترويض الخيل، بند عام للمسؤولية غير محتج به ضد غير المهني، رد طلب الدفع.

(5) انظر: R. Juan، الكراسة 757، رقم 60؛ قارن بـ غ م ت ن، 30 كانون الثاني 1979، ن م، VI، رقم 41، اسطوانات للمعالجة المعلوماتية، استعمال خلال عدة سنوات.

(6) انظر حول شرعية هذا النقل الرقم 21160 السابق.

(7) انظر حول البنود الجزائية التي يمكن أن تتضمنها العقود في هذا الشأن الرقم 21178 السابق.

كرب عائلة حريص⁽¹⁾. وعليه أيضاً أن يرد، في نهاية الايجار، الشيء في حالة جيدة⁽²⁾. وتطبق المادتان 1731 و1732 اللتان تتطلبان بيان وضع وصفي للمال المؤجر في بداية العقد، وتفترضان، في حال عدم القيام بذلك، ان الشيء جرى تلقيه في حالة جيدة⁽³⁾. والمستأجر مسؤول عن التلف الحاصل إلا أن يثبت غياب خطئه⁽⁴⁾ أو السبب الاجنبي⁽⁵⁾. وفي حال عدم امكانية قيامه برد الشيء يكون ملزماً بقيمته⁽⁶⁾. ولضمان حسن تنفيذ موجبات المستأجر غالباً ما ينص العقد على ايداع ضمان.

21803 - التنازل عن العقد. ليس من النادر في ايجار الاموال المنقولة أن يتم التساؤل حول التنازل عن العقد: مثلاً بالنسبة إلى أموال التجهيز التي تستخدمها مؤسسة تباع متجرها⁽⁷⁾. والوضع متواتر في العملية، والمسألة هي التالية: هل تتبع عقود الايجار المؤسسات عند بيع الاستثمار.

إن عقوداً كهذه ليست من حيث المبدأ داخلية في بيع الاستثمار، إلا أن بإمكان الفريقين أن يأملا هذا النقل. يضاف إلى ذلك إن المادة 1717 من ق م تنص على أن للمستأجر الحق في التنازل عن عقده. إن نقلاً كهذا صحيح إذن، إلا أنه لا يعفي المستأجر الاصلي من الموجبات التي التزم بها. والتنازل المفهوم على هذا النحو غير كامل إلى حد كبير في نظره؛ ذلك بأن ما يهم المتنازل ليس إفادة خلفه من العقد وحسب

- (1) انظر حكم محكمة استئناف Angers، 27 أيار 1941، د، 1942، 25، لوازم رفع، زيادة في الوزن، مسؤولية المستأجر؛ انظر أيضاً غ ت ن، 19 كانون الثاني 1976، ن م، VI، رقم 21، رافعة مع سائقها، عمليات يجب أن تتم تحت رقابة المستأجر، ضرر أصاب الجهاز، مسؤولية المستأجر.
- (2) هذه المسؤولية اساسية، انظر النقض المدني في 29 كانون الثاني 1977، د، 1877، 1، 280، أكياس للحبوب.
- (3) انظر حكم محكمة استئناف Angers 27 أيار 1941 المذكور سابقاً، د، 1942، 25، لوازم رفع: الموجب المنصوص عليه في المادة 1930 وما يليها بوضع مستند بحالة الشيء، وإلا يفترض أنه جرى تسليمه في حالة جيدة، يطبق في مادة المنقول.
- (4) يسري ذلك بخاصة عندما جرى تأجيله الشيء مع المستخدمين لاستعماله، انظر غ ت ن، 22 كانون الأول 1975، المذكور سابقاً، م ق ع، 1976، 1، بانوراما، 96، م ف ق م، 1976، 796، م G.Cornu.
- (5) انظر غ م ن، 22 تموز 1968، د، 1968، 622، مجموعة توليد كهرباء، تلف، فعل الغير تمسك به المستأجر؛ انظر حول موجب النتيجة «المخفف» الذي يقع على عاتق المستأجر الرقم 21190 السابق وما يليه.
- (6) انظر غ م ن، 27 حزيران 1966، د، 1966، 588، سفينة بمحرك، خسارة المحرك في البحر، إدانة بقيمتها واكلاف البحث عنه؛ غ ت ن، 6 تموز 1971، ن م، VI، رقم 194؛ غ م ن، 15 تشرين الأول 1985، ن م، I، رقم 258، مركبة، بند تقويم الضرر ببصيرة؛ حكم محكمة استئناف باريس 10 كانون الثاني 1918، م ق ع، 1918 - 19، 1، 148، براميل للخمر؛ قارن بحكم محكمة استئناف باريس 3 تموز 1924، م ق ع، 1924، 2، 316؛ براميل للخمر، ايجار حل أجله، تقويم العقد مستبعد، حصول زيادة في القيمة، إدانة بالقيمة الفعلية.
- (7) انظر الرقم 21137، و21207 السابقين.

بل أيضاً وبخاصة للمستقبل . وقد تمنع المعاهدة المعقودة أيضاً أي تنازل، وفي هذه الحالة يكون النقل مستحيلاً ظاهرياً .

والطريقة التي تجري فيها الأمور في الواقع تدعو إلى التساؤل مع ذلك عما إذا كان يجب إعفاء المستأجر الأصلي من موجباته في الإيجار عند نقل المال إلى مستعمل آخر . وبالفعل، وفي حالة كهذه يتحرر الخلف الذي أخذ مكان المستأجر الأولي، وقد ظن أنه يستعيد العقد، من بدلات الإيجار ويقبل المؤجر عموماً المدفوعات الحاصلة على هذا النحو . وتغدو المسألة عندئذ معرفة الخلاصات التي من المناسب استخراجها من ذلك عندما يدعي المستأجر الأولي تخلصه من الموجبات بعد فوات الآوان . ويبين الاجتهاد، النادر إلى حد ما في الحقيقة، إن المحاكم تتردد أو بالأحرى تتحفظ في إعفاء المستأجر . وتحلل الظاهرة كتفويض⁽¹⁾ . والحال إن المبدأ هو أن الرضى الصريح للمفوض ضروري لحصول تجديد، أي تفويض كامل يحرر المدين الأصلي . والتفويض، خارج هذه الحالة، لا يمكن إلا أن يكون ناقصاً، أي إن التعهد الجديد الذي يمكن أن يكون قد اتخذه من يقوم بدفع بدلات الإيجار لا يقوم إلا بالتراكب مع الروابط التي ولدها الإيجار في الأساس بدون أن يمحوها⁽²⁾ .

على أن هناك، منذ بعض الوقت عميلاً اجتهادياً إلى قبول التنازل عن العقد بصورة أسهل بالبناء على قبول ضمني من الفريق الذي يحتج به ضده⁽³⁾ . ومن المفيد ولا ريب إعطاء هذا الحل توسيعاً أكبر: إنه يسهل انتقال الأموال، وهو، فضلاً عن ذلك، أكثر انصافاً طالما أن ثمة مجالاً، إذا قبل المستأجر دفع بدل الإيجار عن طريق مستعمل جديد للشيء خلال فترة من الزمن، للافتراض أنه راضٍ عن هذه العلاقة القانونية على الأقل كالعلاقة التي أقامها مع المستأجر السابق .

(1) انظر M. Billiau, La délégation de créance في باريس I، منشورات L.G.D.J؛ 1979 Carbonnier، رقم 348؛ Ghestin, La formation du contrat، رقم 908 وما يليه؛ Malaurie et Aynès، رقم 1250 وما يليه؛ Marty et Raynaud، المجلد 2، رقم 425 وما يليه؛ Mazeaud et Chabas، رقم 233 وما يليه؛ Sériaux، رقم 172 وما يليه؛ Starck، تأليف Roland et Boyer، المجلد 3، رقم 81 وما يليه؛ Terré, Simler et Lequette، رقم 1175، ورقم 1139 وما يليه .

(2) انظر غ ت ن، 17 تموز 1980، ن م، VI، رقم 305، م ق ع، 1، 39، م J. Dupichot, Location d'un bulldozer: cassation sur le fondement de l'art. 1275 de la decision ayant admis que le loueur était devenu le créancier direct du successeur du locataire primitif et que ce dernier était dégagé de ses obligations, «sans rechercher... si en acceptant un paiement direct... Il avait entendu décharger expressément son débiteur originaire»؛ كذلك غ ت ن، 22 حزيران 1983، ن م، VI، رقم 183، م ف ق م، 1984، 720، J. Mestre .

(3) انظر غ ت ن، 7 كانون الثاني 1992، القانون المعلوماتي والمواصلات المسافية، 1992 - 2، ص 37 وما يليها، تعليق J. Huet التمسك بالنظام المعلوماتي .

الباب II

العارية أو القرض

22000 - عارية الاستهلاك وعارية الاستعمال. أنني أسكن لدى صديقة، «كتاب معار: كتاب مفقود»، اعرني سيارتك الأردواز، موجود عند البقال، فتح اعتماد، صرافة... .

يرتدي عقد العارية، في الأصل، طبيعة مزدوجة طالما أن الرومان كانوا يعرفون من جهة أولى le mutuum أو قرض الاستملاك وموضوعه شيء يُستهلك وبالتالي قابل للاستهلاك⁽¹⁾، ومن جهة ثانية عارية الاستعمال التي تتناول شيئاً مفرداً⁽²⁾.

فالقانون المدني، تقليدياً، في المادة 1874 التي تستهل الباب العاشر من الكتاب III، «في العارية»، يفرق بينهما وينظم على حدة عارية الاستعمال وعارية الاستهلاك المسماة «عارية عادية» لأنهما تشكلان تقريباً عقدين مختلفين، وربما كان في هذا الباب الثاني ثلاث بدائل في العارية لأنه يحوي ثلاثة فصول: العقدان التقليديان معالجان في الفصلين الأولين، ويشكل القرض بفائدة موضوع الفصل الثالث. وبالإجمال يتضمن هذا

(1) يمكن إلى حد كبير، القيام بالمماثلة لأنه، إذا لم تكن الأشياء المثلية، أو الأشياء المعينة بالنوع، قابلة للاستهلاك بالضرورة (سيارة جديدة) فإن الأشياء القابلة للاستهلاك هي على وجه العموم مثلية، انظر Carbonnier, Droit civil, les biens, 1992، رقم 52 وما يليه، ولا سيما رقم 54، وهو يورد كاستثناء - نادر -، مثال زجاجة خمر من مصنع كبير من سنة قديمة؛ F. Terré, et Ph. Simler, Droit civil, les biens, 1992، رقم 15؛ انظر Cornu, Vocabulaire juridique (صدرت ترجمته تحت عنوان معجم المصطلحات القانونية عن مجد، 1999) الشيء والأشياء القابلة للاستهلاك التي تستهلك بالاستعمال الأول هي عموماً أشياء مثلية أيضاً؛ وهذه الأشياء تفترق بنظامها القانوني عن الأشياء المقررة أو العين، المادتان 1245 و 1246 من ق م؛ انظر حول التفريق بين الأشياء المعينة بالنوع والأشياء المثلية F. Zénati، م ف ق م، 1990، 110.

(2) انظر G. May, Éléments de droit romain، الطبعة العاشرة، 1909، رقم 30 أو ما يليه؛ P. F. Girard، Manuel élémentaire de droit romain، الطبعة السادسة، 1918، ص، 516 وما يليها؛ إذن تعبير «العارية» ليس باسم أحد العقدين الرومانيين: مصدره الفعل اللاتيني «praestimo»، تحت اليد، ولو فعل «praestare» ومعناه: وضع بالتصرف، أعطى.

الباب أكثر من ثلاثين نصاً، المواد 1874 إلى 1908 (يقتضي استثناء المواد 1909 إلى 1914 التي لها سمة الدخل العمري)⁽¹⁾، القصيرة في الغالب والقابلة للتكرار ودقة التقديم ليست في أوجها.

ولهذا العقد مفهوم وحيد: يضع أحد الأشخاص، وهو المعير أو المقرض، لمدة من الزمن، مالا بتصرف الغير، هو المستعير أو المقرض، لكي يستعمله ويرده، عند انتهاء العقد، بالذات إذا كان عيناً⁽²⁾ أو بالنوع عندما يكون الشيء قابلاً للاستهلاك (المادة 1875 والمادة 1892 من ق م).

وتعتبر العارية في الأصل عقداً عينياً، ومجانياً كما يقال تقليدياً، وتاريخ العارية مطبوع بتحضير القرض بفائدة، في ظل النظام القديم الذي ألغي منذ الأيام الأولى للثورة الفرنسية⁽³⁾، وقد بدا مشؤوماً سياسياً طالما أنه غذى الانقسام بين الكاثولوكيين والبروتستانتين والحروب الدينية، وكان لا يحتمل اقتصادياً.

وعزز القانون المدني فكرة ازدواجية العارية باعلان أن عارية الاستعمال هي مجانية بشكل أساسي (المادة 1876) مما يحيل إلى وصف عقد الإحسان (1105) في حين أنه صمت في هذا الشأن عن عارية الاستهلاك. واستعادت المادة 1905 مبدأ مشروعية العارية بفائدة المقبول حديثاً: «يجاز اشتراط فوائد عن العارية العادية، قرض العملة أو المواد الغذائية أو أشياء منقولة أخرى». بقيت عارية الاستعمال إذاً، مبدئياً، خدمة صديق: إنها في الواقع بدون مشاكل قليلاً ما تثير الاجتهاد. وانتشرت، بالمقابل، عارية الاستهلاك إلى حد كبير: إنها الدعامة القانونية للاعتماد.

وتتقاسم العارية، كعقد استرداد، كما يقال اليوم في الغالب⁽⁴⁾، هذا الطابع مع عقد آخر «صغير»: الايداع⁽⁵⁾. ولهذا السبب تركز إلى حد كبير على الثقة بالمعير. يضاف إلى

(1) حول الدخل العمري الذي يتعاقد عليه الشاري كضمن للشيء، في بيع منقول، انظر الرقم 11548 السابق.

(2) يقال أيضاً بالذات *in specie*، انظر G. May, *Eléments de droit romain*، المذكور سابقاً، رقم 30 أو ما يليه، و P. F. Girard, *Manuel élémentaire de droit romain*، المذكور سابقاً، ص 518، إلا أن التعبير قد يحمل على الالتباس مع تعبير «نوع» وبالتالي مع عارية الاستهلاك.

(3) انظر حول هذه النقطة الرقم 22501 اللاحق.

(4) انظر على وجه الخصوص Malaurie et Aynès، رقم 905 وما يليه؛ قارن ب G. Cornu، ص 429 وما يليها، وهو يتكلم على عقود تتناول السيطرة على الشيء ويدرج فيها الايداع والعارية والايجار؛ انظر أيضاً Flour et Aubert، الموجبات، المجلد 1، العمل القانوني، رقم 303.

(5) انظر الكتاب III التالي، الباب III، والاسترداد المتعاقبة في عقود الايجار أو القرض أو الايداع هي استرداد «طبيعية»، أي واردة أصلاً في العملية التي تسوّغها بخلاف الاسترداد «غير الطبيعية أو الشاذة» عقب حادث غير متظر إلى حد ما، كإبطال عقد أو فسخه، أو كذلك مطالبة بالمال من قبل مالكة الحقيقي، انظر Barbier de Blignieres, *De la restitution in integrum en droit romain* في 1960؛ Ph. Malaurie, *La restitution en droit civil*، محاضرات في الدكتوراه، 1974 - 1975.

ذلك أن عقوبة اساءة الامانة (أو خيانتها) الجزائية تطبق عليه⁽¹⁾. ولا يسري ذلك عندما تكون العارية مجانية وعندما يقتضي أن تكون الثقة بالغير ممكنة وحسب، بل إن العارية عندما تصدر عن مهني بصفة مجانية تشمل أي عقد ثقة: مثل فتح اعتماد في مصرف.

وكلمة «عارية»، في ما تبقى، لها عدة استعمالات. يجري الكلام على «عارية» يد عاملة، مع أن عقد العارية لا يمكن أن يتناول إلا الأشياء: تسمى «مساومة» وهي محظرة مبدئياً⁽²⁾. والمسخر -nom «Prête» يظهر أيضاً على المسرح كشخص يتدخل. وذلك مختلف جداً عن العارية. فالصيغ ليست إذاً موفقة. يقال أيضاً أقسم اليمين «Prêter» serment، وإنما يؤمل أن لا يرجع بكلامه. ويقال كذلك ساند أو عاضد «prêter» main forte، لمساعدة الغير: إن ذلك طريقة تقديم خدمة. وكذلك يقال أفسح في المجال للالتباس «prêter» à confusion، وليس في ذلك إلا الارتباك.

22001 - ازدواجيتان ووحدة. يبدو التنوع ملازماً للطبيعة القانونية للعارية: عارية استعمال أو عارية استهلاك، عارية شيء أو قرض عملة...

وما يتعارض في عارية الاستعمال مع عارية الاستهلاك هو أن ملكية الشيء المعار تبقى للمعير في الأولى لأن عينا بالذات هي موضوعها (المادة 1877 من ق م)، في حين أنها تنتقل إلى المستعير في الثانية التي تتناول شيئاً قابلاً للاستهلاك وبالتالي شيئاً مثلياً (المادة 1893). وفارق الموضوع يشكل التسويغ إذن، مع النتيجة الطبيعية ان نظام الاسترداد مختلف بالنسبة إلى الاسترداد الذي يتم برد الشيء بالذات في الحالة الأولى وبرد المثل في الحالة الثانية، إلا أنه ليس في ذلك ولا ريب تعارض عميق. فنقل الملكية عندما يتم ليس حقاً من روح العملية ولا ينتج عن ارادة الفريقين بل عن حكم الأمور: في عارية الاستهلاك يكون الموضوع مثلياً ويدوب بالضرورة في ذمة المستعير المالية⁽³⁾.

(1) لم يكن من الممكن، في الماضي، أن تكون جريمة اساءة الامانة موجودة إلا في حالة عارية الاستعمال التي تتضمن وحدها موجب رد المماثل، انظر الغرفة الجنائية في محكمة النقض، 20 تشرين الثاني 1962، النشرة الجنائية، رقم 329، و 31 أيار 1976، النشرة الجنائية، رقم 189؛ إلا أن الصياغة الجديدة للمادة 314 - 4 L. الجديدة من قانون العقوبات المعطاة للجريمة تحمل على التفكير، في ما يتعلق بعارية الاستهلاك، في أن اختلاس المال الذي كان يجب تخصيصه «لاستعمال معين» أصبح مجزماً.

(2) حول تحظير المساومة انظر المادتين L. 1-125 و L. 3- 125 من قانون العمل، وكذلك G. Couturier, Droit du travail، المجلد 1، رقم 52 وما يليه: انه يفترق عن تقديم العمل الموقت الذي ينظمه قانون 3 كانون الثاني 1972؛ انظر أيضاً F. Gaudu, La responsabilité civile du prêteur de main- d'œuvre، د، 1988، العرض، 235.

(3) ولا يحدث ذلك بالطريقة نفسها في عقد الإيداع، انظر الرقم 33133 اللاحق؛ ويمكن القول أيضاً، في ما يختص بالعارية، إنه يستحيل استعمال شيء قابل للاستهلاك بدون اتلافه بالاستهلاك بسبب استعماله، وبالتالي بدون التصرف كمالك، انظر J. Carbonnier Droit civil، الأموال، 1992، رقم 52.

ولذلك تنتقل الملكية إليه ولا يتم هذا الانتقال لأنه هو المأمول⁽¹⁾.

والفارق بين عارية الشيء وقرض العملة عميق جداً. فموضوع القرض عندما يتناول اموالاً، ولأن، في أغلب الأحيان مقابل أجر، يضيف على العملية خاصية دافعة. وهذا التفريق هو الأكثر محسوسة في أيامنا⁽²⁾.

إلا أن ثمة إغراء، وراء هاتين الازدواجيتين. في السعي إلى وحدة العقد التي تتجاوب مع تحديد وحيد. ولاشك في أنه ينبغي، بالتأكيد، الانطلاق من عارية الاستعمال لمعرفة السمات الرئيسية للعملية، يضاف إلى ذلك أن القانون المدني، عندما يعالج عارية الاستهلاك، يحيل في بعض الاحكام إلى النصوص التي تطبق على عارية الاستعمال (المادة 1875 والمادة 1892 تنصان، بالطريقة عينها، على أن أحد الأشخاص، في العارية، «يسلم شخصاً آخر» شيئاً ما؛ كالمادة 1898 تحيل إلى المادة 1891 في ما كل ما يتعلق بمسؤولية المعير؛ والمادة 1899 قريبة من المادة 1888 في شأن مدة العارية...). إذن يمكن الأخذ، رغماً عن أي شيء، بأن هناك نوعاً من القانون العام للعارية.

من المناسب بالتالي تحديد نظام عقد العارية (الباب الفرعي I) قبل التطرق إلى خاصية قرض العملة (الباب الفرعي II).

22002 - مصادر عقد العارية. المواد 1874 إلى 1908 من ق م؛ وقانون 28 كانون الأول 1978 المتعلق بالعارية بفائدة، وقانون 10 كانون الثاني 1978 في شأن الإعلام وحماية المستهلكين في نطاق بعض عمليات الاعتماد، وقانون 13 تموز 1979 المختص بحماية المستهلكين وإعلامهم في المجال العقاري اللذين استعيدا في قانون الاستهلاك الجديد في المادة L.1-311 وما يليها، والمادة L.1-312 وما يليها، والتوجيهات الأوروبية 87/102 CEE في 22 كانون الأول 1986 حول الاعتماد في شأن المنقول، الجريدة الرسمية للمجموعة الأوروبية رقم L.42 في 12 شباط 1986، والتوجيه الأوروبي 88/90 CEE في 22 شباط 1990، الجريدة الرسمية للمجموعة الأوروبية رقم L.61 في 10 آذار 1990، حول الموضوع نفسه.

(1) يبين تحليل التفريق بين عارية الاستعمال وعارية الاستهلاك أنه ليس هناك ما ينتقد في إدراج عقد العارية، في كليته، في فئة العقود التي يكون موضوعها وضع شيء بالتصرف، حتى ولو كانت عارية الاستهلاك تؤدي إلى نقل الملكية إلى المستعير، ذلك بأن الهدف الذي ينشده الفريقان، في شتى الأحوال، هو، بشكل رئيسي، أن يتاح للمستعير استعمال الموقت للشيء وليس تلقي ملكيته.

(2) انظر بهذا المعنى Ripert et Boulanger، رقم 2294.

الباب الفرعي I

العارية بصورة عامة

22100 - من نموذج غير شائع: عارية ورهان. تعتبر عارية العملية التي تُعد عملاً تجارياً في المادة 633، الفقرة 5، من قانون التجارة والتي تشكل القرض البحري أو قرض كبرى المغامرات ويعود مصدرها إلى القانون الروماني⁽¹⁾. إن الأمر يتعلق بتوظيف يقوم به مقرض المال في إرسالية بحرية يمكن أن يبدو مثمراً أو كارثياً حسب نجاح العملية: من المتفق عليه أن المبلغ سوف يعاد مع فائدة مرتفعة جداً إذا نجحت المغامرة، وسوف يضيع في حالة الفشل. الأمر رهان على وجه التقريب. فالعقد إذاً مختلف تماماً عن العارية حيث هناك، بالتأكيد، مخاطرة يتعرض لها المقرض، ولكنه يسعى بالوسائل جميعاً إلى السيطرة بأفضل ما يمكن بانتقاء المقرض⁽²⁾. وقرض كبرى المغامرات أصبح في العفاء ووظيفته في أيامنا تقوم بها عقود التأمين⁽³⁾.

ويقتضي أيضاً تفريق العارية عن تكوين الدخل العمري المنظم في نهاية باب القانون المدني المكرس للعارية في المواد 1909 إلى 1914 وتفسر صدف التاريخ أن يكون قريباً منها: جرى استعمال العملية في الماضي للتحايل على القرض بفائدة⁽⁴⁾. ويرتكز تكوين هذا الدخل على دفع رأس مال إلى الغير بصفة نهائية مقابل خدمة الفوائد المسماة مستحقات الدخل العمري⁽⁵⁾. فالتركيب، في الحقيقة، مختلف تماماً عن العارية ذلك بأن

(1) إنها *nauticum faenus*، انظر P. F. Girard, *Manuel élémentaire de droit romain*، المذكور سابقاً، ص 524؛ انظر أيضاً ف د ت، V قرض كبرى المغامرات.

(2) انظر الرقم 22514 اللاحق.

(3) انظر س، الفهرس العام الابددي (الملحق)، 1933، قرض كبرى المغامرات، وهو يبين انه، منذ سبعينات 1870، لم ينشر أي قرار في صدد هذا العقد.

(4) انظر كمثال Carpentier et Frèrejouan du Saint، ف ع أ، 1903، V، العارية، رقم 229، والباب الفرعي II اللاحق، في المدخل.

(5) تنص المادة 1909 على ما يلي: «يمكن اشتراط فائدة مقابل رأس مال يمتنع المقرض عن فرضها. ويتخذ =

المدين بالدخل، كما توضح المادة 1909، لا يقع عليه موجب رد المبلغ الذي تلقاه في وقت معين. إذن انه، قبل أي شيء، عملية توفير وتوظيف وإنتاج دخل وإنما هالك (موظف في دخل عمري). يضاف إلى ذلك في أغلب الاحيان أن تكوين الدخل ليس معزولاً، إنه يندمج في عملية لا تشكل سوى مظهر، على سبيل المثال بيع عقار يشكل فيه نمط دفع الثمن: ليست هناك مطلقاً مماثلة بالعارية في حالة كهذه⁽¹⁾. على أنه يمكن النص على أن الدخل سيكون قابلاً للاسترداد فيقترب عندئذ من العارية طالما أن المدين بالدخل بإمكانه دفع رأس المال ليتحرر في المستقبل من دفع الآجال التي ستستحق⁽²⁾.

22101 - القواعد العامة. انطلاقاً من احكام مجزأة من القانون المدني بالاجمال يظهر مع ذلك قانون عام للعارية. ويقتضي البدء بحصر مفهومها (الفصل I)، ثم تحديد كفيات تكوين العقد (الفصل II) قبل البحث في مفاعيله (أو آثاره) (الفصل III) والتطرق إلى مدته وانتهائه (الفصل IV).

= القرض في هذه الحالة اسم تكوين الدخل؛ ولم يكن الدخل، في ظل النظام القديم، مبدئياً، قابلاً للاسترداد كي لا يستخدم للاحاطة بتحضير القرض بفائدة، انظر الرقم 22501 اللاحق؛ ويفرق ق م في المادة 1910، بين الدخل «الابدي» والقرض بفائدة والدخل «العمري»: تنص المادة على أن الدخل يتكون «أبدياً» وهو قابل للاسترداد بشكل اساسي، المادة 1911، لأنه يجب منع أن يكون شخص ما وورثته مثقلين أبدياً بخدمة الدخل، وهي تحيل إلى باب العقود الجزافية لتنظيم الدخل العمري، المادة 1914. وتسوس تكوين الدخل العمري المواد 1968 إلى 1983 من ق م، انظر حول هذه الإوالية Planiol et Ripert، المجلد XI، تأليف Besson، رقم 1217 وما يليه؛ Malaurie et Aynès، رقم 990 وما يليه.

(1) حول كون خدمة الدخل العمري غالباً ما تستعمل كنمط دفع الثمن في البيع العقاري، انظر الرقم 11548 السابق.

(2) وعندما يكون الدخل أبدياً يكون بالضرورة قابلاً للاسترداد، المادة 1911 من ق م، وحول الدخل العمري المشروط أن يكون قابلاً للاسترداد انظر كمثال غ م أ ن، 21 أيار 1958، ن م، I، رقم 254، بيع عقار مقابل دخل عمري؛ وفي شأن الطريقة التي يجب اللجوء إليها لمعرفة ما إذا كانت عروض أنه المدين بالدخل كافية انظر غ م أ ن، 2 تموز 1962، ن م، I، رقم 330.

تحديد وتفريق

22102 - بعد تفحص ما يميز العارية (القسم I) يسهل التفريق الذي يفرض نفسه في صدها (القسم II).

القسم I

تعريف عقد العارية

22103 - تتضمن العارية عدداً معيناً من العناصر الأساسية التي تحددها (الفقرة 1): وخصائص تكميلية كخاصة كونها مجانية من حيث المبدأ (الفقرة 2).

الفقرة 1 - عناصر العقد

22104 - وضع شيء بالتصرف لاستعماله. العارية، كالايجار، عقد يوضع شيء ما بموجبه بتصرف الغير لاستخدامه. والفارق مع الايجار يعود إلى أن الايجار بعوض من طبيعته، في حين إن العارية هي مجانية من حيث المبدأ. فنقل استعمال الشيء إذاً هو من روح العملية، على عكس ما يجري في الايداع⁽¹⁾.

إن ذلك يميز العارية عن أوضاع قريبة يسلم فيها الشيء شخص آخر لغايات معينة وليس لاستعماله: الأمر على هذا النحو عندما يعهد به إليه لكي يتمكن من فحصه أو تخمينه، أو ليجره⁽²⁾. وفي حالات كهذه لا يستطيع من تسلم الشيء أن يستعمله على عكس المستعير.

22105 - ... خلال زمن معين. يضاف إلى ذلك أن المستعير بمقدوره الاعتماد

(1) انظر حول هذا العقد الرقم 33000 اللاحق وما يليه.

(2) سبق لـ Pothier أن فرق في هذه المناسبة بين «بعض حالات العارية المختلفة عن عارية الاستعمال» في Traité du prêt à usage et du précaire رقم 93.

على استعمال الشيء خلال مدة معينة. ويكرس القانون المدني نصين للمدة من المادتان 1888 و 1899 لكي يوضحا أنه لا يمكن سحب الشيء قبل الاجل المتفق عليه. ويمكن التقدير هذا الحصر في المدة هو نموذجي في العارية، حتى ولو كان من المقبول أن يكون هذا العقد أحياناً لمدة غير محددة، وهذا ما يحصل في قرض العملة. والفارق مع الايداع محدد بوضوح حول هذه النقطة، حتى ان ذلك هو ما يتيح تفريقه عن العارية عندما يكون ثمة نص، على سبيل الاستثناء، على امكانية استخدام الشيء المودع: على المستعير الوديع رد الشيء عند أول طلب في حين أن المستعير له الحق في الاحتفاظ به طوال الوقت المتفق عليه.

وتتعارض العارية بذاتها مع العقد المتعلق بما هو وقتي الذي عرفه القانون الروماني والقانون القديم⁽¹⁾، والذي لم يرَ واضعو القانون المدني من الضروري الاعتراف به. فالموقت أو العارض هو إذاً عقد غير مسمى سقط في العفاء، وهو يفرق عن العارية في أن الحائز الوقتي يتوجب عليه رد الشيء لدى أول مطالبة⁽²⁾. ويمكن استعمال الصيغة كعقد غير مسمى⁽³⁾، ولكن نادراً ما يتم اللجوء إليه في أيامنا، حتى تسهيلات الصندوق التي يمكن أن يمنحها المصرف لا تعود إلى هذا الوصف طالما أن الممول بالمال لا يستطيع، مبدئياً، أن يضع له اجلاً إلا مع مراعاة الإخطار⁽⁴⁾.

22106 - ... والاسترداد متوجب في نهاية العقد. يقال، لأن المستعير لا يتمتع بالحق في استعمال الشيء إلا خلال وقت محدد، وعليه بالتالي رده في نهاية العقد، إن العارية هي عقد استرداد. وتتقاسم هذا الطابع مع الايجار والايداع. إن موجب الاسترداد هو من روح العارية، حتى ولو كانت تنفذ واقعياً بطريقة

(1) P. F. Girard, Manuel, 3^o - 163، رقم 1909، الطبعة العاشرة، G. May, Éléments de droit romain (1) élémentaire de droit romain، الطبعة السادسة، ص 606؛ Pothier, Traité du prêt à usage et du précaire، رقم 86 وما يليه: هذه الاتفاقية «تأخذ الكثير عن عارية الاستعمال»، هذا ما يعترف به المؤلف، وحول فكرة تطبيق هذا الوصف على العلاقات بين منتج افلام ومجموعة محطات تلفزة أعطيت إذن بث شريط غير مرة خلال فترة من الزمن انظر P. Y. Gautier, Du Contrat de précaire sur les images de cinéma، د، 1989، العرض 113.

(2) Pothier, Traité du prêt à usage et du précaire، المذكور سابقاً رقم 89، الذي يقبل مع ذلك أن يكون بإمكان المعير أن يرفض أن يعيد فوراً إذا كان يخشى أن يصيبه ضرر فادح: العقد، في ما تبقى، في أي حال، يولد موجبات العارية ذاتها (استرداد، ثمار، مسؤولية...).

(3) تطبق عليه، بالمماثلة، قواعد العارية عندما تكون منسجمة مع طبيعة العقد الخاصة.

(4) انظر حول هذه النقطة الرقم 22546 اللاحق؛ انظر أيضاً Ripert et Roblot, Droit commercial، المجلد 1، 1990، رقم 2380 (على عكس ذلك الرقم 2194 حيث نرى الأخذ، في ما يتعلق بإمداد حساب صاحب شيك، بأن المصرف أن يضع فجأة نهاية للتسامح في المكشوف، ويمكن ان تتكون جريمة إصدار شيك بلا مؤونة من قبل حائز الحساب في هذه الحالة).

مختلفة حسبما يتطرق الأمر بعارية استعمال حيث يتناول الرد الشيء بحد ذاته (المادة 1875 من ق م) أو بعارية استهلاك حيث يتم الرد بما يماثل (المادة 1892)⁽¹⁾.

الفقرة 2 - الخصائص التكميلية

22107 - التقسيم. هناك عناصر أخرى تميز العارية: يقال إنها مجانية وهي، على وجه العموم، تبرم بالنظر إلى الشخص المتعاقد معه.

22108 - أ. طابع مجاني من حيث المبدأ. يفرّق القانون المدني بين عارية الاستعمال وعارية الاستهلاك في ما يتعلق بمجانبة العملية: يفرضها في الأولى لا في الثانية، وإلى جانب هذا التعارض يبقى مبدأ أن من طبيعة العقد أن يكون مجانياً، حتى ولو كان يتم في قرض مبلغ من العملة، الاتفاق على خلاف ذلك في أغلب الأحيان.

- تنص المادة 1876 في صدد عارية الاستعمال على أنها «مجانية بشكل اساسي»⁽²⁾. إن الطرح يبقى صحيحاً: تتحول العارية، ما أن يكون هناك مقابل، إلى إجارة⁽³⁾. وقد حكمت محكمة النقض، على سبيل المثال، بأن الاتفاقية التي يوضع بموجبها مرآب بتصرف سائق مركبة يشارك فيها هذا السائق في سباق سيارات، مقابل دعاية معينة لصالح المرآب، لا تشكل عارية طالما أن الفريقين يجنيان نفعاً من العملية: يحصل المعير في الواقع على المقابل⁽⁴⁾. وتعود الاتفاقية إلى ما اتفق على تسمية «شركة توصية لغاية دعائية Sponsoring»، ويضاف إلى ذلك أن هذا النوع من الاتفاقيات هو قابل لكيفيات متعددة، غالباً ما تكون معقدة⁽⁵⁾.

(1) انظر الرقم 22146.

(2) الحال كما هي في المادة 1917 بالنسبة إلى الإيداع، انظر الرقم 33109 اللاحق؛ انظر أيضاً غ م أن، 10 أيار 1989، ن م، I، رقم 191: لا يعمل بالمبدأ إلا أن يتمكن المعير، إذا جرى رد الشيء بتأخير، من الطموح إلى العطل والضرر لأن ذلك لا يشكل أجراً.

(3) حتى ولو كان هذا الأجر زهيداً، انظر غ م ت ن، 2 شباط 1967، ن م، III، رقم 58، أماكن تجارية، دفع الكهرباء والتدفئة، عائدة سنوية: نقض الحكم الذي أمر بمغادرة الأماكن؛ انظر أيضاً حكم محكمة استئناف باريس، أول تموز 1903، د د، 1905، 2، 25، تعليق Valéry، وضع خزانة بالتصرف مقابل دفع أجر، وصف العارية مستبعد؛ غ م ت ن، 15 أيار 1973، ن م، III، رقم 336.

(4) غ م أن، 9 أيار 1966، ن م، I، رقم 272، عارية مركبة للسباق.

(5) انظر حول هذا العقد، Huguet, A propos du contrat de sponsoring, le parrainage publicitaire، م إ د، 1980، الطبعة CI، 8940؛ لهذا العقد أصالة بحيث أنه يصعب إدخاله في هذه الفئات الموجودة، إنما انظر عكس ذلك Malarie et Aynès، 715، وهما يعتبرانه عقد مقاول؛ ويقتضي عدم خلطه بعقد الغاية الدعائية «Sponsor» وهو عملية تركز على أن يكافأ، بصراحة خفية على وجه العموم، وسيط للحصول على صفقة خارجية في التجارة الدولية؛ انظر M. Dubisson, Le contrat de sponsor pour l'obtention d'un marché international، م إ د، 1982، الطبعة CL، 14027.

على أنه يقتضي اعتبار مجانية عارية الاستعمال تطلباً إذا طابع فلسفي، أو بكل بساطة بقيا من الماضي. والعارية، كالإيداع، قد تكون بعوض أو مجانية⁽¹⁾، ويدرك تماماً أن عارية الاستعمال يمكن أن يكون لها هذا الطابع أو ذاك. ولا تعود امكانية كونها بعوض، في الواقع، إلى جوهرها: إنها ناجحة عن أن هناك، إلى جانب العارية عقداً آخر يقوم بالوظيفة عينها وإنما بعوض، انه عقد الإيجار⁽²⁾. وللاقتناع بأنه ليست ثمة علاقة لها ضرورة مطلقة بين العارية ومجانيتها، يجدر التثبت من أن العارية، في الممارسة غالباً ما يكون لها طابع يهم المعير⁽³⁾.

- ليس في القانون المدني شيء حول مجانية عارية الاستهلاك في جوهرها. يمكن، إذاً، أن تكون بعوض، فالمادة 1905 تعترف بذلك صراحة بالنسبة لهذا النوع من عارية الاستعمال التي يشكلها قرض العملة. وكون ذلك ممكناً يعود إلى أنه العقد الوحيد الذي يتناول شيئاً قابلاً للاستهلاك. ومن المقبول: بالفعل أن الإيجار، القريب منه، لا يمكن أن يتعلق إلا بشيء مفرد⁽⁴⁾. وليس ثمة نزاع بين الوصفين، إذن، يمكن أن تكون عارية الاستهلاك مجانية أو بعوض.

وهناك قرابة معينة بين عارية الاستهلاك والمجانبة، في ما يتعلق بفرض العملة في أي حال. ويظهر ذلك في أن هذا النوع من العارية، في حال عدم البيان المعاكس، يفترض إنه مجاني. والظاهرة هي ما تبقى، في آن واحد، من مجانية العقد في القانون الروماني وفي التحضير الشرعي للعارية بفائدة. والقرينة الضمنية في المادة 1905 («يسمح باشتراط الفوائد...»): كما يقتضي التوضيح في العقد انه ينتجها) أقامها الاجتهاد بوضوح وتعتبر العارية، في غياب اشتراط الفائدة، مبرمة بصفة مجانية⁽⁵⁾. يمكن القول إذاً إن من طبيعة العارية، على وجه العموم، ان تعطى مجاناً. هناك إذاً بالنسبة إلى هذا العقد مبدأ المجانية: عدا إثبات العكس.

وحول الاعتماد المجاني وتنظيمه انظر الرقم 22517 اللاحق.

22109 - العارية «النافعة». يضاف إلى ذلك أنه ليس من النادر أن ترتدي العارية

(1) انظر الرقم 33109 اللاحق وما يليه.

(2) انظر حول الطابع العوضي للإيجار الرقم 21106 السابق.

(3) لا تستبعد مصلحة المعير بالضرورة وصف عارية الاستعمال: هكذا الحال في فرضية قيام بائع شيء بأن يعهد به إلى شارب محتمل على سبيل التجربة، وهو يأمل في أن يكتسب ملكيته؛ انظر كمثال غ ت ن، 27 كانون الثاني 1969، ن م، VI، رقم 27، معدّات اعارها معير إلى مقاول من الباطن؛ وحول العارية المعنية انظر الرقم 22109.

(4) انظر Planiol et Ripert، المجلد 10، تأليف Givord et Tunc، رقم 419، انظر أيضاً الرقم 22117 اللاحق.

(5) انظر كمثال غ م أن، 26 تشرين الثاني 1991، ن م، I، رقم 335، والرقم 22530 اللاحق.

طابعاً «نافعاً» كما يقال، بسبب كونها تدرج في نطاق علاقات الاعمال بين الفريقين⁽¹⁾. وفي هذه الحالة لا تشكل، كعارية، موضوع اجر، مع إنها مع ذلك لم تبرم في الحقيقة بصفة مجانية. والأمثلة وفيرة: يقدم بعض المنتجات في توضيب ضمن أوعية (قوارير الغاز...)، وزين المخزن الكبير يستخدمون عربات صغيرة توضع بتصرفهم من قبل المستثمر⁽²⁾، ويستخدم الحرفي تجهيزاً يعود إلى زبونه لاصلاحه⁽³⁾، ويرى مستثمر محطة خدمة وضع براميل بتصرفه معدة لتخزين البنزين⁽⁴⁾، وزبون مرآب يجرب طرازاً جديداً للسيارات لمدة أسبوع...

ومن المقبول، في هذه الحالات المختلفة، أن تشكل العملية عارية حقيقية، حتى ولو تم أحيانا التحول عن قواعد هذا العقد لمراعاة مضمون «النافع» الذي يندرج فيه⁽⁵⁾، ولا سيما من أجل جعل مسؤولية من يضع، على هذا النحو، شيئاً بتصرف الغير أشد قساوة⁽⁶⁾.

22110 - ب. طابع بالنظر إلى الشخص المتعاقد معه. من المقبول، على وجه العموم، أخيراً أن يرتدي عقد العارية طابع بالنظر إلى الشخص المتعاقد معه، في نظر المعير على الأقل. والحل ناتج عن أن العقد مبني على الثقة. وقرض العملة إشهار نموذجي له⁽⁷⁾. فالمصرف لا يعطي، مبدئياً قرضاً إلا بالنظر إلى شخص المقترض، ولا سيما بالنظر إلى ملاءته.

ومن الواضح، في ما يتعلق بعارية الاستعمال، أنه يجب أن تكون هناك ثقة بمن يستعمل المال: سيارة، بيت... لأن العناية لحفظ الشيء على حاله تتوقف عليه. يمكن

(1) كما في شأن الايداع انظر الرقم 33110 اللاحق؛ انظر في صدد العارية R. Fabre, Le prêt à usage en matière commerciale، م. ف. ق. م.، 1977، 193؛ انظر أيضاً M. N. Jobard- Bachelier, des contrats Réels en droit français؟، م. ف. ق. م.، 1985، 1، ولا سيما رقم 55 وما يليه؛ قارن بـ Malaurie et Aynès، رقم 911، وفي عرفهما «يقتضي، في علاقات الأعمال، عدم الكلام على الاطلاق على عارية الاستعمال لأن العقد ليس مجانياً حقاً».

(2) انظر حكم محكمة استئناف، 19 كانون الأول 1973، د، 1972، 640، تعليق، Roujou de Boubée، م. ف. ق. م.، 1973، G. Cornu.

(3) غ م ت ن، 9 نيسان 1970، ن. م.، II، رقم 118.

(4) انظر كمثال حكم محكمة استئناف باريس، 9 آذار 1959، م ق ع، 1959، 2، 115؛ وحول اذانة ممارسات الشركات النفطية التي تفرض الرد عيناً انظر الفصل III؛ قارن في شأن معدات سحب موضوعة بتصرف مقهى من قبل صانع الجعة، حكم محكمة استئناف باريس، 27 تشرين الأول 1975، م إ د، 1977، II، 18746، تعليق J. Hémard.

(5) انظر كمثال غ م أ ن، 28 شباط 1989، ن م، I، رقم 100، معدات وضعت بتصرف استثمار في إطار عقد لحم الدواجن: نقض الحكم الذي استبعد حق المستعير في الاحتجاز استناد إلى المادة 1885 من ق م بدون البحث عما إذا كان القرض قابلاً للفصل عن العلاقات العقدية التي توحد بين الفريقين.

(6) انظر الرقم 22154 اللاحق.

(7) انظر الرقم 22153 اللاحق وما يليه.

أيضاً التمسك لصالح طابع بالنظر إلى الشخص المتعاقد معه في هذا العقد بالقاعدة الخاصة بعارية الاستعمال التي تتطلب. أن يكون للمستعير وحده الحق، من حيث المبدأ، في استعمال الشيء المعار⁽¹⁾.

وكان قد حدد في مشروع القانون المدني أن المستعير ليس بإمكانه استخدام الشيء إلا «لحاجاته» من أجل التركيز على الطابع الشخصي لعارية الاستعمال، إلا أن هذه النصوص محتها المحكمة العليا بحجة أن التوضيح كان لا طائل تحته، فالفكرة تبرز بوضوح من بقية النص⁽²⁾. وهذا الطابع، في أي حال، يدفع العقد بعمق في مجمله.

القسم II

التفريق والتقريب

22111 - العارية والحق في الانتفاع وغيرهما قد يكون ثمة إغراء في التقريب بين العارية والحق في الانتفاع⁽³⁾، وبالتالي بين وضع المستعير ووضع المتمتع بالانتفاع: كلاهما لهما امتيازات عادية في استعمال الشيء موضوع حقهما، مما يستوجب بعض التشابه في وضعهما⁽⁴⁾. إلا أن المنتفع، على عكس المستعير، هو حائز حق عيني غالباً ما يكون عمرياً مما يفرقه بقوة. وهذا الحق مثلاً قابل للتنازل عنه في حين أن امتيازات المستعير تبقى مرتبطة بشخصه⁽⁵⁾.

يضاف إلى ذلك أنه من السهل فهم أن لا يكون في هذا المادة، على عكس ما يجري بالنسبة إلى الايداع مثلاً⁽⁶⁾، شبه عقد عارية، أو شبه عارية: لا تتم إدارة أعمال الغير باعارة المال.

(1) انظر الرقم 22141 اللاحق.

(2) انظر Carpentier et Frèrejouan du Saint، ف ع أ، V العارية، رقم 12؛ Locré، المجلد 7، ص 273.

(3) انظر حول الحق في الانتفاع، J. Carbonnier، Droit civil، Les biens، 1992، رقم 721 وما يليه؛ وفي شأن مبلغ من العملة يقتضي إجراء مقارنة بين عقد العارية وشبه الانتفاع؛ انظر أيضاً حول الاستعمال والسكن «حقوق الانتفاع في تخفيض» J. Carbonnier، المذكور سابقاً، رقم 97.

(4) هكذا للمنتفع، في ما يتعلق بشيء يتلف بالاستعمال، الحق في استخدامه، وإنما عليه أن يقيه في حالة تسوُّغ استعمال طبعياً، تماماً كما هي حال المستعير، المادة 589 من ق م، انظر J. Carbonnier- Droit civil، Les biens، المذكور آنفاً، رقم 97.

(5) وضع المستعير، في هذا الصدد، قريب من وضع حائز حق الاستعمال أو السكن كما هو وارد في المادة 625 وما يليها، وهما مثل «منتفع يتناقص حقه»، وإحدى خصائصهما أنهما غير قابلين للتنازل، انظر J. Carbonnier، Droit civil، Les biens، المذكور آنفاً، رقم 101؛ وفي صدد التفريق بين هذين الحقيين، انظر غ م أن، 23 حزيران 1981، م إد، 1982، الطبعة NII، 113، تعليق J. F. Pillebout: الحق في الاستعمال والسكن يجب أن يكون موضوع علنية ليكون محتجاً به ضد مكتسب ملكية العقار، طرد.

(6) انظر الرقم 31121 اللاحق.

ويقتضي البدء بالقيام بالتفريق بين عارية الاستعمال وعارية الاستهلاك (الفقرة 1) قبل التطرق إلى التفريق مع عقود أخرى (الفقرة 2)، وكذلك بين رباط العارية بعقود أخرى (الفقرة 3).

الفقرة 1 - عارية الاستعمال وعارية الاستهلاك

22112 - القانون المدني. جعل القانون المدني التفريق التقليدي بين عارية الاستعمال وعارية الاستهلاك ضرورياً، حتى انه وضع له بعض الفروقات في النظام بين كل منهما⁽¹⁾.

فعارية الاستهلاك، بخلاف عارية الاستعمال التي تحدد كعقد يوضع فيه شخص ما مجاناً بتصرف شخص آخر شيئاً يجاز له استخدامه، وإنما عليه رده في فردانيته نيته في الاجل المتفق عليه (المادة 1875 من ق م)، هي العقد الذي يسلم بموجبه أحد الفريقين الآخر كمية معينة من الأشياء تستهلك بالاستعمال⁽²⁾، شريطة أن يعيد هذا الفريق الآخر شيئاً من الصنف ذاته والنوعية نفسها (1892)، ويكون الشيء المعار في إحدى الحالات عيناً من طبيعة منقولة أو غير منقولة: كتاب، مركبة، شقة... ويكون في حالة أخرى شيئاً يُستهلك أي مثلياً⁽³⁾، القمح على سبيل المثال والنفط والخشب والعملة... وفي حالة ثالثة يبقى المستعير مالكاً (المادة 1877)، وفي حالة رابعة تنتقل الملكية إلى المستعير (المادة 1894)، ولذلك انعكاسات على عبء مخاطر خسارة الشيء بحدث فجائي.

وتعود فوارق النظام بين العقدين، قبل أي شيء، إلى مصير الملكية والمخاطر⁽⁴⁾.

(1) انظر F. Grua، م إ م، المادة 1874، التفريق بين عارية الاستعمال وعارية الاستهلاك، 1993.

(2) النتيجة أنه من المستبعد، مبدئياً، أن تتناول عارية الاستعمال شيئاً قابلاً للاستهلاك، المادة 1878 من ق م؛ انظر كإشهار جريء المحكمة المدنية في ليون، 3 آذار 1909، س، 1909، 2، 325، مستودع تبريد، برد اصطناعي، موضوع قابل للتأييد ويمكن أن يكون موضوع اتفاقية، استيداع من قبل زبون قصاب للحم إلى الغير، ضرورة عقد نصت عليه المادة 408 من قانون العقوبات، وصف الايجار أوالعارية مستبعد.

(3) قابل للاستهلاك ومثلي ومفرد ومعين بالنوع (أعيان): تعبيراً «أشياء مثلية» شيء معين بالنوع يمكن اعتبارهما مرادفين: انظر G. Cornu، Vocabulaire juridique، Capitane، V الشيء أو «الأشياء القابلة للاستهلاك» التي تستهلك في أول استعمال هي على العموم أيضاً أشياء مثلية؛ وتتميز هذه الأشياء بنظامها القانوني عن الأشياء المفردة، أو «الأعيان»، المادتان 1245 و1246 من ق م؛ انظر J. Carbonnier، Droit civil، Les biens المذكور، سابقاً، 1992، رقم 52 وما يليه؛ F. Zénati et Ph. Simler، Droit civil، les biens، 1992، رقم 15 وما يليه؛ وحول التفريق بين الأشياء المعينة بالنوع والأشياء المثلية انظر F. Zénati، م ف ق م، 1990، 110، انظر أيضاً مدخل الباب في التعليق.

(4) كان هناك فارق في ظل المادة 408 من قانون العقوبات القديم يعود إلى أن إساءة الامانة لم تكن تطبق إلا على عارية الاستعمال، وكان تطور ذلك محتملاً في قانون العقوبات الجديد والتجريم الأوسع للمادة 314 - 4 L، انظر المدخل في التعليق.

ومن الواضح بصورة خاصة ان المعير بإمكانه أن يطالب بالشيء بأنه له إذا بقي مالكة⁽¹⁾، في حين أنه في الوضع الأضعف لدائن عندما يكون على المستعير الذي أصبح مالكا موجب الرد بالمماثل. وثمة فارق آخر أقل أهمية وهو أن المعير لا يستطيع طلب استرداد الشيء المعار قبل الأجل المتفق عليه - إذا كانت لديه حاجة ملحة وغير متوقعة - إلا في عارية الاستعمال: إن ذلك ليس مسموحاً به له في عارية الاستهلاك (المادة 1899 التي تتعارض مع المادة 1889 من ق م)⁽²⁾.

22113 - المعايير. الانشقاق بين العقدين يقوم حسب معايير مستعملة اعتيادياً للتفريق بين الأشياء القابلة للاستهلاك والأشياء غير القابلة للاستهلاك⁽³⁾. وفي ذلك تعارض طبيعي سهل الاعمال: إعادة سيارة هي بالنسبة إلى الجهاز عارية استعمال، وبالنسبة إلى البنزين عارية استعمال هناك أيضاً أشياء قابلة للاستهلاك تُستهلك، مديناً، بالاستعمال، العملة مثلاً، والمعيار الأول هو إذاً طبيعة الأشياء (انظر المادة 1874 من ق م).

إلا أن النية، في قسم منها، تدخل في التفريق أيضاً. فارادة الفريقين قد تنزلق في اتجاه أو في آخر. فدور الارادة حاسم، وإن كان ذلك نادراً وإنما لا شك فيه⁽⁴⁾، فبإمكان الفريقين بخاصة أن يأملا معالجة شيء ما على أنه غير قابل للاستهلاك مع أنه قابل له اعتيادياً: يستشهد بعارية العرض والتباهي التي تتعلق بأشياء يجري استردادها بعد الاستعمال كما هي، الزخرفة مثلاً. وقد يصعب التحديد، فضلاً عن ذلك، عندما تكون عارية الاستعمال قد جرى العمل بها لاكتساب مال إذا كانت تتناول الشيء الذي تم شراؤه

(1) قارن بحكم المحكمة المدنية في ليبورن، 9 أيار 1894، مجلة المحكمة، 16 أيلول 1894: بإمكان المستعير، باسم المعير، ممارسة دعاوى المعير وبالتالي المطالبة بالشيء المعار الموجود بحوزة الغير الذي انتزعه منه.

(2) انظر حول هذه النقطة الرقم 22156 اللاحق وما يليه.

(3) انظر P. Jaubert, Deux nations du droit des biens, la consomptibilité et la fongibilité، م ف ق م، 1945، 75 وما يلي؛ J. Carbonnier, Droit civil, Les biens، رقم 13، F. Terré et Ph. Simler، 1992، Droit civil les biens، رقم 15؛ إن «الأشياء القابلة للاستهلاك» التي تستهلك في أول استعمال هي على العموم أيضاً أشياء مثلية وتتميز بنظامها القانوني عن الأشياء المفردة أو «الأعيان»، المادتان 1245 و1246 من ق م؛ انظر J. Carbonnier, Droit civil, Les biens، المذكور آنفاً، 1992، رقم 52 وما يليه؛ F. Terré et Ph. Smiler, Droit civil, Les biens، 1992، رقم 15 وما يليه؛ وحول التفريق بين الأشياء المعينة بالنوع والأشياء المثلية انظر F. Zénati، م ف ق م، 1990، 110.

(4) انظر الغرفة الجنائية في محكمة النقض، 11 أيار 1901، دد، 1902، 1، 145، والغرفة نفسها، 9 كانون الثاني 1903، س 1906، 1، 430، سندات مرفقة؛ انظر أيضاً حكم محكمة استئناف Chambéry، 21 تموز 1892، م ق ع، 1893، 146، حلي سلمها صائغ زميلاً له شرط إعادتها إذا لم يتم بيعها، وصف عارية الاستعمال.

- عارية استعمال - أو أشياء يستخدمها المستعير ليحصل عليها - عارية الاستهلاك⁽¹⁾. إن تفسير ارادة الفريقين ضروري في هذه الحالات المختلفة.

وتوضح المادة 1894 من ق م أنه لا يمكن أن تعطى بصفة عارية استهلاك أشياء، مع انها تنتمي إلى صنف معين، «تختلف لدى الفرد» (أي: تتميز مادياً) كالحيوانات، فالعارية هي عارية استعمال. والنص يتوافق ولا ريب مع ما يأمله أصحاب العلاقة، بصورة عامة، غير أن هناك مجالاً للتفكير في أنه نص بديل: إذا اراد الفريقان اعتبار بقرة شيئاً قابلاً للاستهلاك وقررا أن المستعير يتوجب عليه رد بقرة مماثلة وحسب، فهذا من شأنهما.

الفقرة 2 - العارية المتميزة عن عقود أخرى

22114 - يجب تفريق عقد العارية عن الهبة باليد، (أو المناولة) (أ)، ثم عن عقد الايداع (ب) وأخيراً عن ايجار الشيء (ج).

انظر حول التفريق بين العارية والشركة والرقم 22502 اللاحق.

22115 - أ. العارية والهبة باليد. مع ان العارية غالباً ما تكون مجانية وتحمل إحساناً، إلا أنها ليست هبة، ذلك بأن المستعير ملزم بالرد في حين أن ملكية الشيء تنتقل إلى الموهوب إليه (تستدعي الهبة باليد تجريداً من الملكية لا رجوع عنه، المادة 894 من ق م). والظواهر، مع ذلك، قد تكون خادعة، ذلك بأن الشيء، في النهاية، بالنسبة إلى المستعير كما إلى الموهوب له، يسلم لكي يتم استعماله. وكل شيء هو إذاً معرفة بأي صفة⁽²⁾.

وتبرز الصعوبة في نطاق العلاقات العائلية، في شأن الحلّي التي اهداه الزوج لزوجته أو التي زين الحموان بها زوجة ابنهما⁽³⁾. هل يعتبر ذلك عارية أم هبة؟ وترغب

(1) انظر غ م أن، 15 كانون الثاني 197، م إد، 1977، II، 18516، تعليق Goubeaux، مكبس للسحق، تمويل سلفه مورّد ركازات مركبة لصالح شريكه في التعاقد، زراعي يصنع غذاء للحيوانات: عارية اموال، ردّ بالعملة.

(2) انظر النقض المدني في 22 تشرين الثاني 1932، س 1933، 1، 60، منقول وضع بتصرف بيت من قبل الوالدين: تظهر المراسلات المتبادلة أن الوالد كان يتوخى أن يبقى مالك الأموال، انظر أيضاً غ م أن، 3 تشرين الثاني 1988، م إد، 1989، II، 213 75، تعليق Th. Hassler، م ف ق م، 1989، 570، م Ph. Rémy، زوجة اجازت لزوجها إشغال شقة مدة ثلاثين سنة مع امكانية تأجيرها كلياً أو جزئياً من الباطن: كان العقد، حول هذه النقطة الأخيرة، يتضمن هبة محتملة بالثمار، ذلك بأن عارية شيء تجبر المستعير ألا يستعمل شخصياً ألا هذا الشيء (كان تطلب العقد الخطي وارداً ومفروضاً بالنسبة إلى الهبة).

(3) انظر حول مفهوم الهدية في مناسبات مألوفة - المتميز مبدئياً بضالّة قيمته النسبية - الذي من غير المتوجب، في العلاقات بين الورثة، أن يدخل في الارث، المادة 852 من ق م، والذي له، في العلاقات بين الزوجين، طابع اللارجوع عنه، انظر غ م أن، 30 كانون الأول 1952، قضية Sacha Guitry، د، 1953، 161، م إد، 1953، II، 7475، تعليق Mihura، حلّي، هدية؛ غ م أن، 15 تشرين الأول 1963، ن م، I، رقم 433، سيارة؛ غ م أن، 19 كانون الأول 1979، د، 1981، 449، تعليق Foulon-Piganiol، خاتم خطوبة، هدية في مناسبة مألوفة، طابع «تذكّار عائلي» مستبعد.

الزوجة، في حالة الانفصال، في الاحتفاظ بهذا الشيء الثمين وترافع لصالح الهبة مع أنه يدعي أن عليها رده عند انتهاء العارية. وإذا كان للشيء قيمة معينة وكان له طابع مال عائلة لا تتردد المحاكم في الأمر بالاسترداد⁽¹⁾. وللعارية طابع مؤقت.

إن فائدة الوصف واضحة: ينبغي، إذا تعلق الأمر بعارية، رد الشيء يوماً ما، وإذا تعلق بهبة للمستفيد الحق في الاحتفاظ بها⁽²⁾. ويمر الحل بتفسير ارادة الفريقين، ويقع على القضاة القيام بهذا التفسير⁽³⁾.

22116 - ب. العارية والايداع. بين العارية والايداع قرابة: قريبان في القانون المدني إذ يشغلان البابين X و XI من الكتاب III، ويشتركان في أنهما يعتبران مجانيين وأحادي الجانب، ويتضمنان، كموجبات رئيسية، حراسة الشيء واسترداده.

ويختلف عقد الاحسان الصغير هذان بقصديتهما المتعارضتين، فمن يحوز الشيء في الايداع يقدم خدمة بحراسته، في حين ان الخدمة التي يؤديها من يضع الشيء بتصرف الغير في العارية هي أن يستعمله. ويعود الفارق المبدئي، بشكل اساسي، إلى أن حائز الشيء لا يستطيع، إذا كان وديعاً، أن يستعمل الشيء، في حين أنه إذا كان مستعيراً فله الحق في استعماله: علة العارية أنها تتيح للمستعير استعمال الشيء. والتعارض واضح مع الايداع العادي. وهكذا جرى وصف عارية مال منقول، ورد وصف الايداع، في صدد براميل بنزين تؤمن الشركات النفطية تمويلها لصالح مستثمري محطات خدمة شبكاتها، ما دام أن هؤلاء المستثمرين اعتادوا ذلك⁽⁴⁾.

على أن الحد بين العقدين يختلف في فرضيات جانبية. فعندما يكون الايداع غير نظامي لأنه يتناول شيئاً معيناً بالنوع أو مثلياً تنتقل ملكية الشيء إلى الوديع الذي يستطيع

(1) انظر غ م أن، 20 حزيران 1961، قضية La Rochefoucauld، د، 1961، 641، تعليق R. Savatier، م إ د، 1951، II، 12352، تعليق A. Ponsard، حلي، قيمة كبيرة، مال عائلي: تسليم من قبل الحموين لزوجته ابنتها اعتبر أنه يغطي في عملية تقليدين متعاقبين، الهبة باليد لابنتها والعارية لزوجته؛ غ م أن، 23 آذار 1983، د، 1984، 81، تعليق A. Breton، م إ د، 1984، II، 20202، تعليق J. F. Barbiéri، حلي لها طابع مال عائلي، استرداد.

(2) يقال أيضاً إن الراهب يفتقر ذلك بأنه يتجرد من مال في حين أن المعير لا يخسر سوى الربح الفائت، إنما يشدد على أن الفارق ليس بهذا الوضوح ذلك بأن العارية قد تؤدي إلى خسارة حقيقية، على سبيل المثال إذا كان الشيء موضوع امتياز لزمان هو مدة حياة المال، انظر F. Grua، م إ م، المراد 1875 إلى 1879، عارية الاستعمال، 1993، رقم 105.

(3) انظر كمثال غ م أن، 8 كانون الأول 1982، م ق ع، 1983، 1، بانوراما، 65، مال مسلّم إلى رابطة، تقديم وليس هبة.

(4) انظر حكم محكمة التجارة في Seine، 11 حزيران 1951، م ق ع، 1951، 2، 220، J. Hémar، ف د ت، V، الايداع، 1973، 25؛ ليس للوصف فائدة كبيرة، لأن موجب الرد عيناً هو في صلب هذه الصعوبات بين الفريقين وموجود في كلا العقدين.

استعماله وكذلك المصرفي وديع الاموال. إلا أن الفارق يتجلى في أن الشيء المودع قابل، مبدئياً، لاسترداده لدى أول طلب للمودع، في حين أن الشيء يوضع بتصرف الغير في العارية لمدة معينة مما يعزز حق المستفيد في استعماله (المادتان 1888 و 1899 من م ق)⁽¹⁾. وقد يجاز للوديع أيضاً، ولو كان ذلك نادراً، في ايداع نظامي، باستعمال الشيء صراحة، ويقترب الوضع عندئذ من الوضع الذي تولده العارية⁽²⁾.

هناك حالة أخرى أصلية تحتاج إلى التفريق، هي الحالة التي يوضع فيها مكان بتصرف الغير لتخزين السلع: فهل يتعلق الأمر بعارية عقار أم بايداع بين يدي مالكه؟ إن فائدة الوصف تعود إلى موجب الحراسة الواقع على عاتق الوديع. وكل شيء إذاً هو مسألة تفسير ارادة الفريقين⁽³⁾.

22117 - ج. العارية وايجار الشيء. هناك شبه بين العارية وايجار الأشياء. فموضوع العقدين هو وضع شيء بتصرف الغير الذي يستطيع استعماله خلال مدة معينة من الزمن ويستوجب كل منهما استرداد المال بانقضاء المدة المتفق عليها⁽⁴⁾. وليست الفروقات أقل كبراً، إنها واضحة بين عارية الاستعمال وايجار الشيء. فعارية الاستعمال مجانية والايجار أو الاجارة هي بعوض⁽⁵⁾. ويتقاسم الفريقان وظيفة وضع المال بالتصرف لمدة من الزمن، وفقاً لهذين النمطين. وغالباً ما يكون الايجار لمدة غير محددة وقابلاً للتجديد، في حين العارية هي، على وجه العموم، لمدة محددة، ونادراً ما تكون قابلة للتجديد. ونظاماً هذين العقدين متعارضان بوضوح: بصورة خاصة كون التشريع الذي يحمي الايجارات والذي يستطيع المستأجر التمسك به لا يطبق بالنسبة إلى المستعير⁽⁶⁾.

(1) انظر حول هذه النقطة الرقم 33106 اللاحق.

(2) انظر الرقم 33107؛ الغرفة الجنائية، 11 حزيران 1960، النشرة الجنائية، 314.

(3) انظر Troplong, Du prêt، رقم 67؛ حكم محكمة استئناف Colmar، 18 نيسان 1806، س، 1806، 2، 136، ف ع أ، ٧، العارية، رقم 59، كهف لتخزين زجاجات مشروبات روحية، وصف العارية مستبعد؛ النقض المدني، 22 شباط، 1897، د د، 1901، 1، 75، تخزين حبوب لصناعة الجعة، عارية استعمال؛ غ م أ ن، 5 حزيران 1978، ن م، I، 10، عارية مبنى لتخزين مواد زراعية.

قارن بـ غ م أ ن، 7 تشرين الأول 1963، ن م، I، رقم 412: ايداع مزارع لحوما في قطعة أرض تابعة لمعمل من أجل تكريرها لا يكشف عارية استعمال، ولكن ملحق عقد ايجار مبنى يستوجب ايداع السلعة.

(4) انظر كمثال غ م ت ا ن، 20 كانون الأول 1971، ن م، III، رقم 643، عارية استعمال سبقت إعطاء وعد بالايجار يجب في النهاية إعماله، تمتع مجاني، غياب الحق في البقاء في الأماكن.

(5) انظر الرقم 22108 السابق.

(6) انظر محكمة المحكمة المدنية في Seine، 17 أيار 1954، د، 1954، 581، عيادة، إشغال موقف، رفض البقاء في الأمكنة؛ غ م ت ا ن، 20 كانون الأول 1971، ن م، III، رقم 643، وصف عارية استعمال، البقاء في الأمكنة مستبعد؛ انظر أيضاً غ م ت ا ن، 31 كانون الثاني 1958، د، 1958، 449، م ف ق م، =

يصعب إذاً إفشال حماية المستأجر بإخفاء الايجار في شكل عارية تتضمن أجراً مستتراً: إذا كان بالامكان إثبات وجود هذه العارية فإن وصف الايجار يكون ثابتاً⁽¹⁾. والتفريق عن الايجار في صدد عارية الاستهلاك أقل بقاءً، إذ قد ترتدي العارية هذا الطابع أو ذاك، المجاني أو بعوض. وهي، في ظل هذه الكيفية الثانية، كإيجار. ويلاحظ ذلك في شأن قرض العملة الذي يقترب من الايجار بالدفع في استحقاقات متعاقبة كدفع المستأجر بدلات الايجار. ويجري الكلام، فضلاً عن ذلك، على «بدل ايجار العملة».

على أنه ليس هناك أي منافسة مع الايجار بحصر المعنى، طالما أن الايجار لا يمكن أن يتناول إلا الشيء المفرد، منقول أو عقار (المادة 1713 من ق م)⁽²⁾. ولا يمكن أن تكون المقارنة إلا فكرية.

الفقرة 3 - العارية المرتبطة بعقد آخر

22118 - التقسيم. تنسيق العارية مع عقد آخر يتم حسب كفيات متنوعة في الزمن: خلافة، تعايش... وقد تخدم العارية التي تتناول مبلغاً من العملة في تمويل عملية ما.

22119 - أ. العارية المسبقة أو التابعة. قد تكون العارية مرتبطة بعقد آخر، بالبيع على وجه الخصوص، إذ يمكن، في بيع عقار، أن يعطى الشاري، عند الوعد، امكانية أن يكتسب التمتع فوراً بموجب عارية استعمال. وربما وضع مورد معدات بتصرف زبون محتمل مجاناً لكي يجربها قبل شرائها⁽³⁾. فالعارية سبقت البيع.

ويمكن أن يباع الشيء في توضيب ملائم ضروري لنقله، واستعماله ويقتضي رده⁽⁴⁾. فالعارية ترافق البيع.

= 1958، 424، J. Carbonnier، نقض، جناح مفروش، تعويض شهري، وصف العارية مستبعد، إمكانية إثبات ايجار شفهي؛ غ م ت ا ن، 2 شباط 1967، ن م، III، رقم 58، ايجار من الباطن، نقض الحكم الذي قبل المجانية في حين أن الشاغل كان يقوم بالدفع، مجرد دفع قسم من بدل الايجار الاصلي حسب قضاة الاساس، وصف ايجار حسب المحكمة العليا، البقاء في الأماكن.

(1) انظر كمشال غ م ا ن، 9 كانون الثاني 1961، ن م، I، رقم 18، أماكن تجارية، وصف الايجار، دفع شهري كتسديد قرض، خداع.

(2) Planiol et Ripert، المجلد X، تأليف Givord et Tunc، رقم 419؛ انظر الباب I السابق حول عقد الايجار هذا.

(3) انظر غ م ت ن، 24 تشرين الثاني 1980، ن م، IV، رقم 392، م ف ق م، 1981، 651، G. Cornu، وعاء قلاب للتحقق موضوع بالتصرف للتجربة، خسارة الخمر عند الانقلاب، عيب خفي؛ غ م ا ن، 8 كانون الثاني 1985، ن م، I، رقم 11، تجهيز صناعي على الغاز مقدم لفترة تجربة، انفجار؛ المحكمة الابتدائية في باريس، 26 أيار 1983، م ف ق م، 1984، 121، Ph. Rémy، مركبة جديدة، حادث؛ قارن لصالح وصف الايداع بحكم الغرفة الجنائية، 27 تشرين الثاني 1909، دد، 1910، 481، تعليق Legris.

(4) توريد منتج في وعاء مناسب يجعل الشاري حائز الوعاء بصفة عارية استعمال ولا يمكن أن يصبح مالكة، انظر غ م ا ن، 2 آذار 1954، د، 1954 - 275، م إد، 1954، II، 8117، تعليق J. Hémar، =

وفي العلاقات العقدية المعقدة كالعلاقات بين الشركات النفطية ومستثمري محطات الخدمة عن علاقتها تعتبر خزانات البنزين التي تضعها هذه الشركات بتصرف المحطات التي تعتبر انها استعارتها⁽¹⁾.

واستقلالية وصف العارية، في هذه الحالات المختلفة، موجودة مع استقلالية العقد الذي تقترن به⁽²⁾. على ان هذا الجدار قد يؤثر في نظام الموجبات الملزمة لكل من المعير والمستعير بخاصة بسبب طابع المصلحة لعلاقتهما: تطبق على المعير احياناً قواعد المسؤولية التي هي قواعد مسؤولية البائع كمونا⁽³⁾.

22120 - ب. القرض لغاية التمويل. من الشائع، علاوة على ما تقدم، ان يتدخل قرض العملة إلى جانب عقد آخر يؤمن تمويله: اكتساب ملكية مال، دفع إجرة خدمة... أجبر انتشار الاعتماد في الحقبة المعاصرة على التفكير في إشراك الظاهرة.

وتبرز، في وصف العارية التي تحتفظ، هنا أيضاً، باستقلاليتها، إحدى الصعوبات في قياس نتائج الرباط الموجود بسبب ذلك بين العقدين، وعلى وجه أخص تقرير ما إذا كان سوء تنفيذ العملية الممولة يمكن أن تتيح إعادة النظر في عقد القرض⁽⁴⁾.

انظر الرقم 22500 اللاحق وما يليه.

= م ف ق م، 1954، 510، م J. Carbonnier، قارورة غاز؛ انظر أيضاً حكم محكمة استئناف رين، 19 كانون الأول 1972، د، 1973، 650، عربة وضعت بتصرف الزين في خدمة حرة.

قارن بالحالات التي لا يكون الشاري فيها ملزماً برد توضيب السلعة، وإنما له الحق في اعادته للحصول على استرداد المبلغ المدفوع وفيها تطبق المحاكم وصف البيع مع امكانية الشراء بعد البيع، انظر غ ت ن، 14 تشرين الأول 1974، م ق ع، 1975، 1، 129، م ف ق م، 1975، 323، م G. Cornu، قارورة غاز، انفجار بسبب عيب، أضرار، غياب المجانية، العارية مستبعدة، بيع، ضمان ضد العيوب، تأخر دعوى المسؤولية، رد الطعن: ثمن بيع الغاز يتضمن بالضرورة اسهلاك الأوعية؛ انظر أيضاً غ ت ن، 26 كانون الثاني 1960، د، 1960، 400، م إد، 1960، II، 11614، زجاجات وخزائن ادراج، غياب موجب البائع بالمفرق في الرد إلى الصانع.

و «باسم البيع الشائع مع تسليم التوضيب، توجد معا كفيات يرتبط بعضها بالعارية وبعضها الآخر بالبيع» وجرى بيان ذلك، G. Cornu، م ف ق م، 1975، 324: يتوقف كل شيء على ارادة الفريقين.

(1) انظر على سبيل المثال حكم محكمة التجارة في Seine، 11 حزيران 1951، م ق ع، 1951، 2، J. Hémard، ف د ت، V الايداع، 1973، رقم 25؛ الإسنادات في الرقم 22143 اللاحق.

(2) انظر الأمثلة المذكورة آنفاً؛ وعكس ذلك غ إن، 8 كانون الأول 1966، ن م، IV، رقم 935، مرآب مجاني تابع لايجار المكان، ليست هناك عارية استعمال متميزة، الحق في البقاء في الأماكن مستبعد استناداً إلى قانون 1948؛ غ م أن، 28 شباط 1989، ن م، I، رقم 100، معدات وضعت بالتصرف في نطاق عقد ذبح الدواجن: نقض الحكم الذي استبعد حق المستعير في الاحتجاز استناداً إلى المادة 1885 من ق م بدون تحديد ما إذا كانت العارية قابلة للفصل عن هذه العلاقات بين الفريقين.

(3) انظر حول مسؤولية المقرض الذي يطبق عليه، في هذه الحالة، النظام المطبق على البائع الرقم 22154 اللاحق وما يليه.

(4) انظر في هذا الصدد الرقم 22521 اللاحق وما يليه.

تكوين عقد العارية

22121 - عقد العارية المقدم تقليدياً كعقد عيني وأحادي الجانب، أصبح، عملياً، توافقياً، ملزماً للطرفين إذا أمعنا النظر فيه. إنه يخضع، إلى حد كبير، إلى القانون العام لتكوين العقود ويجب أن يكون له بصورة خاصة سبب مشروع⁽¹⁾، والحالة ليست كذلك، مثلاً، في قرض العملة المعطى لتغذية اللعب في كازينو⁽²⁾.

وستتطرق تباعاً إلى فريقي العقد (القسم I)، وتبادل الرضا (القسم II)، وموضوع العقد (القسم III)، ثم شروط الشكل (القسم IV) والبيئة على العقد (القسم V).

(1) انظر كأمثلة قديمة غ ع، أول نيسان 1895، دد، 1895، 1، 263، قرض عملة لشراء منزل دعارة، لاقانونية، وغ ع، 17 نيسان 1923، دد، 1923، 172، قرض لامرأة متزوجة للهرب مع عشيقها، لاقانونية: هل تتخذ اليوم قرارات مشابهة؟

وفي ما يتعلق بالسبب المعتبر مقابلاً، انظر الرقم 22126 اللاحق؛ وفي صدد قرض العملة انظر الرقم 22126 اللاحق وما يليه.

(2) انظر غ م أن، 20 تموز 1988، ن م، I، رقم 257، شيكات كازينو مقدمة للدفع من إرث صاحب العلاقة، سلفة اجرتها مؤسسة لتغذية اللعب، وصف قرض وليس وصف دفع؛ انظر أيضاً غ م أن، 22 تشرين الثاني 1988، ن م، I، رقم 328، نقض الحكم الذي أخذ بادعاء تسوية الاعتراف بالدين؛ على أن السلفة المعطاة للاعب في كازينو ليست بالضرورة مشوبة بعيب قرض معطى لتغذية اللعب، انظر غ م أن، 3 أيار 1988، ن م، I، رقم 124، تسليم بدائل (في ألعاب القمار) غير مرة خلال سهرة لكي يتجنب اللاعب تعدد الشيكات، مجرد «اتفاق ملاءمة» وليس قرصاً: ادين اللاعب الذي رفض في نهاية المطاف سحب شيك اجمالي بالدفع (الكتابات في هرامش دفتر تسليم البدائل تتيح تحديد مبلغ الدين)؛ وفي الاتجاه عينه انظر الغرفة المختلطة، 14 آذار 1980، نشرة الغرفة المختلطة، رقم 3، التشديد على أن إجراء الألعاب في الكازينو اجازاه القانون.

القسم I

فريقا العقد

22122 - حائز أو مالك. يعتبر أي شخص، في عارية الاستعمال، كان حائز الشيء حتى ولو لم يكن مالكا، بإمكانه إعارته: المتفع أو المستأجر⁽¹⁾. ويكفي أن يكون المعير مستعمل الشيء لكي يستطيع التنازل عنه. وبالمقابل، يجب، في عارية الاستهلاك، لأن هذا العقد ينقل ملكية الشيء إلى المستعير، أن يكون المعير مالكا⁽²⁾.

22123 - الأهلية في عارية الاستعمال. يشير عقد العارية مسائل دقيقة في حماية الأشخاص. ليست هناك عقبة أمام إبرامه بالنسبة إلى من يتمتع بالأهلية التامة وسلطاته غير محددة بظروف تعود، مثلا، إلى نظامه الزواجي، إلا أن العملية، في الحالة المعاكسة، خاضعة لتقييدات ذلك بأنه يقتضي الحذر من أن للعارية، كالقرض تماما، حتى ولو كان يمكن أن تبدو عملاً غير مؤذ وبدون خطورة، أخطارها في الواقع⁽³⁾. والأشخاص المعنيون هم القاصرون والراشدون المحميون، ومن يمثلونهم، الزوجان في علاقاتهما مع الغير، والذين يديرون ذمة الغير المالية....

وثمة وجود آخر للصعوبة في عقد العارية هو أن تطبيق التفريق التقليدي بين أعمال الإدارة وأعمال التصرف يبدو غير مريح. ويتجلى ذلك بخاصة في عارية الاستعمال.

- تبدو العملية، من جهة المعير، أنها تشكل عمل إدارة طالما أنه لا يملك الشيء المعار الذي يجب أن يسترده. ولكن، بما أن للعملية طابعاً مجانياً، فلا مندوحة من التفكير في أنها ليست إدارة حسنة⁽⁴⁾. فعمل الإدارة يركز، مبدئياً، على جعل الأموال مثمرة، على تنميتها. والحال ليست كذلك في العارية التي، فضلاً عن ذلك، تعرض الشيء موضوع العارية للخسارة أو التلف. وعليه ثمة ميل في صدها

(1) بخلاف ما يقال في الإيداع، انظر Troplong, Du prêt, رقم 38، إ.ع، V العارية، رقم 39؛ وفي صدد مستأجر معير، انظر غ. إن، 3 تموز 1953، ن م، IV، رقم 527.

(2) Pothier, Du prêt، رقم 4، إ.ع، V العارية، رقم 152 وما يليه؛ على أنه من المقبول أن يكون من تلقى الشيء عن حسن نية، محمياً بالقاعدة «الحيازة في المنقول سند للملكية» ويمنح من نزع اليد من قبل المالك الحقيقي، انظر Troplong, Du prêt، رقم 187، د المذكور سابقاً، رقم 155.

(3) انظر في هذا الاتجاه Planiol et Ripert، المجلد XI، تأليف Savatier، رقم 1129، بالنسبة إلى عارية الاستعمال، ورقم 1139.

(4) يؤيد قسم كبير من فقه القرن التاسع عشر هذا الرأي، انظر S. Bétant- Robert، ف د م، V العارية، 1975، رقم 73 والإسنادات.

إلى جلاء تطلبات أعمال التصرف ذاتها⁽¹⁾.

والخلاصة هي أن الوالدين، في الإدارة القانونية بلا قيد أو شرط، كما في الإدارة تحت الرقابة القضائية، وكذلك الوصي الذي يدير ذمة القاصر المالية، ليس بإمكانهم إعاره أموال هذا القاصر إلا أن يتعلق الأمر بالمنقولات الشائعة الاستعمال التي تعلن المادة 456، الفقرة 2، من ق م، إن الوصي بإمكانه نقل ملكيتها إليه⁽²⁾. وهذه الحلول تطبق على الراشدين المحميين⁽³⁾ وليس في وسع القاصر الذي يتصرف منفرداً إعطاء عارية إلا أن تتناول شيئاً زهيداً حيث بدخل في فئة الأعمال التي تجيز العادة أن يقوم بها وحده حسب المادة 450 م ق.

ولا يسمح لمن يكلف إدارة ذمة الغير المالية إعطاء عارية: الوكيل، على سبيل المثال، الذي لا يعطى سوى وكالة عامة (المادة 1988 من ق م). والعارية الجارية رغماً عن قواعد الأهلية لا تجعل المعير المزعوم مسؤولاً: بإمكانه في أي وقت المطالبة بالشيء. والمقترض، بالمقابل، مسؤول ويبقى ملزماً بصورة خاصة بالمسؤولية عن تلف الشيء أو خسارته.

- لعارية الاستعمال، بالمقابل، لجهة المعير، فائدة بلا قيد ولا شرط، فمن المقبول إذاً أن إعاره شيء هو عمل إدارة⁽⁴⁾. وبإمكان ممثلي عديم الأهلية القاصر أو الراشد، طالما أن له حرية تامة في عقد أعمال كهذه الاقدام على ذلك بأنفسهم بدون أي معاملة أخرى. كما يبدو الراشد تحت القوامة، بموجب المادة 510، حراً في إعاره شيء لحاجاته، أما القاصر الذي يسمح له تأجير شيء اعتباراً من سن معينة⁽⁵⁾، تطبيقاً للمادة

(1) قارن بـ Planiol et Ripert المجلد XI، تأليف Savatier، رقم 1129، في ما يتعلق بعارية الاستعمال المعتبرة عمل تصرف في شخص المعير عندما يكون مفعولها حرمانه من عناصر هامة في ثروته خلال زمن قابل للتقدير.

(2) المواد 389 - 4 و 389 - 6 و 456 بالنسبة إلى القاصرين؛ على أنه يمكن مناقشة ذلك لأن لأحكام المادة 456 مفهوماً واسعاً إلى حد ما لمفهوم عمل الإدارة طالما أنه يدخل فيه التصرف بالأموال ذات الطابع المثمر: التصرف بالثمار أو العارية المجانية هما سيان باستثناء مخاطرة خسارة الشيء الذي قد تؤدي إليها العارية؛ وبالنسبة إلى القاصر انظر Starck تأليف Roland et Boyer، الموجبات، المجلد 2، العقود، 1989، رقم 346 وما يليه.

(3) المادة 495، في شأن الراشدين تحت الوصاية، التي تمد قواعد الوصاية على القاصرين إلى الراشدين، والمادة 510، الفقرة الأولى، من ق م، بالنسبة إلى الراشدين تحت القوامة.

وينص القانون أيضاً، في شأن الراشدين المحميين، على أن مسكنهم، مع المفروشات المنقولة، يجب الحفاظ عليها تحت تصرفهم قدر الإمكان، وعلى أن سلطة إدارة هذه الأموال لا تجيز سوى اتفاقيات مؤقتة: إذا أعير السكن يجب إذاً استرداده عند أول مطالبة، المادة 420 - 2 من ق م.

(4) انظر Planiol et Ripert، المجلد 11، تأليف Savatier، رقم 1129؛ S. Bétant- Robert، ف د ت، V العارية، المذكور سابقاً رقم 75.

(5) انظر غ م أن، 4 تشرين الثاني 1970، د، 1971، II، 16631؛ تأليف Roland et Boyer، الموجبات، المجلد 2، العقد المذكور سابقاً، رقم 352.

450، فيجب في شأنه الاعتقاد أن بإمكانه إعارته أيضاً.

وعقوبة عدم الأهلية، وفقاً للقانون العام، هي أن عديم الأهلية الذي ما كان عليه أن يعير - الراشد تحت القوامة مثلاً -، ليس ملزماً بالرد إلا أن يكون الشيء المعار ما زال بين يديه (المادة 1312 من ق م) ⁽¹⁾، وهو، في أي حال من الأحوال، ليس مسؤولاً عن تلفه.

22124 - الأهلية في عارية الاستهلاك. العامل الحاسم، في ما يتعلق بعارية

الاستعمال، هو أنها تؤدي، ولا سيما عندما تتناول شيئاً ما، إلى نقل الملكية إلى المعير مما يقربها من عمل تصرف. ولا أهمية تذكر لأن تكون عارية الشيء هذه بعوض أو مجانية، فقواعد الأهلية الأشد قساوة تفرض نفسها ⁽²⁾.

والحلول قاسية في قرض العملة. فبعض النصوص الخاصة يتطرق إلى الفرضية، والقواعد المطبقة من نواح عدة، تبدو مكرهة، ذلك بأن المخاطر التي يمكن أن تحصل في مناسبة العملية لا يستهان بها. فالخطر من جانب المعير ناجم عن أنه يبادل صفته كمالك الأموال بصفته كدائن في استردادها، ويمكن أن لا يستوفي ما يتوجب له احتمالياً. إذن يبدو قرض العملة، من حيث المبدأ، عمل تصرف. ولا يمكن أن نرى فيه عمل إدارة إلاّ بشرط أن ينتج فائدة وكذلك أيضاً أن يكون مضموناً بتأمينات متينة. ويمكن، عرضياً، مع هذه التحفظات، أن يقوم ممثل عديم الأهلية بهذه العملية وحده (المادة 456 من ق م). ولا يستطيع القاصر، أو الراشد المحمي، عقد قرض عملة وحده ⁽³⁾.

والفكرة قائمة أيضاً بالنسبة إلى المقترض إذ إن الاستدانة عمل خطر، عمل تصرف، حتى أنه يعتبر بين الأعمال الأكثر خطورة. فالأهلية تمنع، على وجه العموم، الالتزام بقرض. يضاف إلى ذلك أن المادة 457، الفقرة 2، تنص بوضوح على أن ممثل القاصر،

(1) انظر غ م أن، 5 نيسان 1978، ن م، I، رقم 147، قرض عملة معطى لقاصر لشراء سيارة، ضرورة البحث عما إذا كان قد توخى فائدته قبل رد طلب الاسترداد؛ انظر أيضاً حكم محكمة استئناف فرساي، 26 تشرين الأول 1990، د، 1993، العرض 125، م F. Lucet، قاصر حساب ايداع مع دفتر شيكات، بطلان، تبذير الأموال: استرداد في حالة الاثراء التي لم تكن موجودة.

(2) انظر Planiol et Ripert، المجلد XI، تأليف R. Savatier، رقم 1189، في صدد عارية استهلاك: يتمتع المعير بأهلية التصرف بالمال باستثناء القرض بفائدة الذي يجب أن يعتبر كتوظيف؛ والعملية بالنسبة إلى المقترض هي إحدى أخطر العمليات التي يقتضي اعتبارها عمل تصرف.

(3) لا تدخل العارية، في نطاق الاعمال التي تجيزها العادة للقاصر القيام بها وحده، المادة 450 من ق م؛ وتفرض المادة 495 مّد الحل إلى الراشد تحت القوامة؛ ويبدو، في شأن الراشد تحت القوامة، طالما أن المادة 510، الفقرة الأولى، تؤهله عقد الاعمال التي بإمكان الوصي القيام بها بدون إذن، إن في مقدوره الاقدام، عليها أيضاً: إنما مع التحفظات الواردة في النص.

كممثل الراشد تحت القِوامة، لا يستطيع التعاقد على أي قرض بهذه الصفة⁽¹⁾. ومن المقبول وحسب الاستثناء من المادة بالنسبة إلى قروض العملة بمبلغ زهيد⁽²⁾.

وتدعو المادة 450، بالتأكيد، إلى ترك حرية معينة للقاصر حسب العادة. غير أنه لم يجز العرف على السماح له بالاستدانة: ليس بمقدوره الاستدانة إلا بمبلغ زهيد جداً، وتنحصر هذه الامكانية في حالة كون هذه الامكانية خدمة صديق⁽³⁾. إن المادة 510 من ق م، في ما يختص بالراشد تحت القِوامة، تستبعد أن يكون في وسعه «تلقي رؤوس اموال أو استعمالها» بدون اشراف القيم، وينبغي التفكير في أنه لا يستطيع، بشكل صحيح، الالتزام بقرض عملة⁽⁴⁾.

وتنص المادة 1415 من ق م، في العلاقات بين الزوجين، على أن أحدهما لا يستطيع بمبادرته وحدها الزام الاموال المشتركة بقرض، وأن الرضا الصريح للزوج الآخر ضروري لهذه الغاية⁽⁵⁾.

(1) يحتاج إلى إذن قاضي الوصاية أو مجلس الأسرة، انظر Starck، تأليف Roland et Boger، الموجبات، المجلد 2، العقد، المذكور آنفاً، رقم 356؛ وذلك قائم بالنسبة إلى القاصر تحت الادارة القانونية بلا قيد أو شرط حتى ولو كان الزوجان موافقين على إتمام العملية: ينبغي، للاقتراض باسم القاصر، الحصول على إذن قاضي الوصاية، المادة 389 - 5 ق م.

(2) انظر غ، ع، 26 تشرين الأول 1910، س، 1912، 1، 337، تعليق Loubers، تسديدات قامت بها والدّة باسم ولدها القاصر لإيفاء ديون تعاقد القاصر عليها من أجل تجنب التصرف بمال، وللدّيون فوائد أكثر ارتفاعاً من السلفات المعطاة.

(3) مما يستبعد القرض المعطى من مصرف؛ انظر أيضاً J. Huet، Détournement- bancaire- de mineurs، rappel des règles de capacité dans les contrats، د، 1987، العرض، 215.

(4) انظر غ م أن، 21 تشرين الثاني 1984، د، 1985، 297، تعليق Cl. Lucas de Leyssac، بطاقة اعتماد، ضرورة إشراف القيم.

(5) مع انها ليست الفرضية الأكثر شيوعاً، ذلك بأن أحد الزوجين يتدخل عملياً على وجه العموم كمستعير شريك، فإن النص يحوي كون الزوج الذي يتعاقد على قرض بمفرده لا يلتزم إلا بامواله الخاصة ومداخله والرضا الصادر عن الزوج الآخر، إذا كانت نتيجته تنعكس على الاموال المشتركة، لا يكون له مفعول تجاه الاموال الخاصة بهذا الزوج الآخر.

وثمة نص آخر يتدخل في حال وجود زوج على قيد الحياة في ظل نظام الاموال المشتركة، هي المادة 1424 من ق م: اكتساب الملكية الحاصل، بالفعل، عن طريق قرض ينبعث في أغلب الاحيان من ضمان رهني، بفتح اعتماد، والحال أنه لا يمكن أن يعطى في شأن مال عقاري مكتسب داخل في الاموال المشتركة إلا برضا الزوجين، في ما يتعلق بحق عيني على عقار؛ وثمة، بالمقابل، نزعة إلى التفكير في أن رضا الاثنين ليس ضرورياً لتسجيل امتياز مقرض الاموال الذي تتمتع به مؤسسة الاعتماد والذي يؤمن له تأميناً له قيمته، ذلك بأن الحجة هي أن الضمان لم يعط للدائن وأنه حكمي: إن فائدة عدم الحصول على رضا أحد الزوجين موجودة، مثلاً، في حال اكتساب الملكية من قبل الزوج الذي ينتظر الطلاق.

القسم II

الرضا بالعقد

22125 - نية الفريقين. يجب، من ناحيتين، لتكوين العقد، وجود نية إعاره شيء ما خلال فترة من الزمن، ونية استعماله شرط اعارته.

وإذا انتفت هذه النية أو تلك فلن تتم العملية: هكذا الحال، مثلاً، إذا لم يأمل أحد الفريقين التخلي عن الشيء إلا بشرط استرداده لدى أول طلب، مما يميز العقد الوقتي⁽¹⁾، أو إذا توخى الفريق الآخر الافادة من هبة لها طابع نهائي⁽²⁾. وفي هاتين الفرضيتين ثمة غلط في العمل القانوني يعيب العقد جذرياً.

22126 - غياب السبب. سبب رضا المستعير الذي يلتزم برد الشيء يجد سببه في التسليم الذي قام به المعير. وقد تبرز صعوبات في هذا الصدد في ما يتعلق بقرض العملة إذ قد يحصل اعتراف بالدين في حين ان الاموال، في النهاية، لم تقدم إلى المكتتب بها. وفي هذه الحالة بإمكان المدين الظاهري إثبات غياب سبب تعهده: ينجو إذاً من موجب الاسترداد بالبرهنة على أنه لم يتسلم العملة الموعود بها⁽³⁾.

القسم III

موضوع العقد

22127 - الشيء المعار. يمكن أن تتناول العارية أي نوع من الأشياء، المنقولة أو غير المنقولة⁽⁴⁾، على عكس الايداع غير المقبول إلا في صدد الاموال المنقولة⁽⁵⁾، حتى

(1) انظر حول هذا العقد الرقم 22105 السابق.

(2) انظر حول التفريق عن القرض الرقم 22115 السابق.

(3) انظر غ م أ ن، 7 تشرين الثاني 1979، د، 1980، إ س، 26، م Ghestin، تمويل شراء شقة: موقع الاعتراف بالدين أثبت أن السبب المعبر عنه في العقد لا يتوافق مع الحقيقة؛ غ م أ ن، 7 نيسان 1992، ن م، I، رقم 114: كان عقد العارية مجرداً من سبب حقيقي، ولم يتمكن الدائن الذي يقع عليه عبء البينة من إثبات سبب دينه؛ Starck، تأليف Roland et Boyer، الموجبات، المجلد 2، العقد، 1989، رقم 723؛ وفي شأن الصعوبة التي تعود، إذا كان العقد يذكر سبب العارية، إلى أن إثبات غياب السبب يؤول إلى البينة على سند خطي مضاد، انظر الرقم 22131 اللاحق وما يليه.

(4) انظر على سبيل المثال حكم محكمة استئناف كولمار، 18 نيسان 1806، س، 1806، 2، 134، عارية كهف لايداع زجاجات مشروب روحي؛ غ م أ ن، 5 تموز 1960، د، 1960، 709، قطعة أرض معارة لفريق كشافة، احتراق الغابة.

(5) هذا المبدأ مقبول على الأقل تقليدياً في شأن الايداع، حتى ولو لم يأت القانون المدني صراحة على ذكره، انظر الرقم 33126 اللاحق.

انه يمكن ان يعار شيء غير مادي كالمؤسسة التجارية (أو المتجر)⁽¹⁾. والأمر، حسبما يكون المال عيناً أو شيئاً قابلاً للاستهلاك، يتعلق بعارية استعمال أو بعارية استهلاك⁽²⁾. وليس من الضروري، في الحالة الأولى، أن يكون بالامكان التصرف بالشيء بحرية، يمكن إعاره مال غير قابل للتصرف به طالما أن عارية الاستعمال لا تنقل إلى المستعير ملكية الشيء الذي يشكل موضوعها.

على أنه من المناسب أن يكون الشيء في التجارة: ليس الأمر على هذا النحو، كما يقال، في شأن «كتب لأخلاقية وصور إباحية»⁽³⁾. ويتعرض العقد للبطلان للقانونيته إذا تمت العارية في تصميم يستحق العقاب: عارية سلاح لارتكاب جريمة.

انظر حول موضوع قرض العملة، عملة فرنسية أو أجنبية، الرقم 22510 اللاحق.

22128 - الثمن المحتمل. يجب، عندما لا تكون العارية مجانية، وذلك مقبول في شأن عارية الاستهلاك، أن يخضع أجر المعير، مبدئياً، لتطلب تحديد الثمن الذي يشكل، في الواقع، مقابل خدمة كلفتها قابلة للتقويم، ومن المأمول، بما أنه، على وجه العموم، يدفع في استحقاقات منتظمة، أن يكون له طابع قابل للتقدير من قبل المدين. والحل مقرر في ما يتعلق بقرض العملة⁽⁴⁾.

(1) العقد هو إيجار إدارة معطى بصفة مجانية؛ قارن بـ فهرس وزارة العدل، 30002، ج ر ج و، 25 كانون الثاني 1988؛ في شأن عارية الشعار انظر حكم محكمة استئناف Aix، 16 أيار 1973، د، 1974، 676، تعليق F. Bories.

(2) انظر حول هذا التفريق الرقم 22112 السابق.

(3) إ، ع، V العارية، رقم 36.

(4) انظر غ م أن، 2 أيار 1990، د، 1991، 41، تعليق Gavalda، م إد، 1991، II، 21655، تعليق Stouffet، انظر الرقم 22530 وما يليه؛ انظر J. Ghestin et M. Billau، Le prix dans les contrats de longue durée، منشورات L. G. D. J.، 1990، M. A. Frison- Roche، L'indétermination du prix، 1990، رقم 244 وما يليه؛ Ghestin، 1992، 269، Carbonnier، رقم 55؛ Flour et Aubert، المجلد 1، رقم 1233 وما يليه، Starck، تأليف Roland et Boyer، المجلد 2، رقم 519 وما يليه، Terré، Simler et Lequette، رقم 274، في شأن تحديد الثمن.

القسم IV شكل العقد

22129 - هل هو عقد عيني؟ يؤكّد أن العارية عقد عيني⁽¹⁾. وفي الواقع، كان يرتدي في القانون الروماني هذا الطابع مع الايداع والرهن⁽²⁾. وكان يعتبر أن عقداً كهذا يتكون بتسليم الشيء وحسب.

ويجري، لتسويغ كون الحال هكذا، بيان انه لا يعقل، إبقاء موجب الاسترداد على عاتق المستعير طالما أنه لم يتسلم الشيء المعار فعلياً. والحل مسوّغ، بالتأكيد، بيد أنه ليس من الضروري ادعاء أن العقد عيني للوصول إلى ذلك. ويكفي، لتفسير عدم وجود موجب الاسترداد في حالة كهذه، التنبه إلى أن المستعير في وسعه التمسك بالدفع بعدم التنفيذ للاحتجاج ضد مطالبة معير مزعوم يتجاسر على طلب رد ما لم يقدمه⁽³⁾. وفي الواقع، وفي أيامنا حيث يتغلب مبدأ التوافقية⁽⁴⁾، ليس الطابع العيني لعقد العارية سوى بقايا تخطاها الزمن ولا طائل تحتها. فالتأكيد، فضلاً عن ذلك، خاطيء إلى حد كبير.

(1) تنص المادتان 1875 و1892، من ق م على أن المعير «يسلم» المستعير الشيء ولا يبدو أنهما تفرضان، لتكوين العقد، إعطاء الشيء؛ وحول مفهوم العقد العيني انظر M. N. Jobard- Bachelier, Existe- t- il encore des contrats réels en droit français، م ف ق م، 1985، 1؛ 1903، 477 وما يليه؛ V. de Valicourt, Du développement historique des contrats réels اطروحة في Douai 1995؛ وقد فقدت في الفقه المعاصر، باستثناء الهبة باليد، العقود المقدمة تقليدياً كعينية - وأحادية الجانب في آن واحد - هذا الطابع إلى حد كبير مع تأكيد مبدأ التوافقية وانتشاره:

انظر Carbonnier، رقم 91، Flour et Aubert، المجلد 1، رقم 90؛ Ghestin, La formation du Contrat، رقم 447 وما يليه؛ Malaurie et Aynès، رقم 327؛ Marty et Raynaud، المجلد 1، رقم 58 وما يليه، المجلد 2، رقم 83؛ Mazeaud et Chabas، رقم 79 وما يليه؛ Sériaux، رقم 6، Starck، تأليف Roland et Boyer، المجلد 2، رقم 187 وما يليه؛ Terré, Simler et Lequette، رقم 59، ورقم 140 وما يليه، ورقم 325.

(2) كل من النوعين عارية الاستهلاك mutum ou prêt de consommation وعارية الاستعمال Commodat ou prêt à usage في القانون الروماني هو عقد عيني، مما يجعل قائمة العقود العينية التي تحوي الايداع والرهن أيضاً تضم أربعة عقود، انظر المدخل العام حول انتشارها.

(3) انظر في شأن مبلغ من العملة غ م أن، 7 تشرين الثاني 1979، د، 1980، إ س، 268، م J. Ghestin، مكتسبو ملكية شقة لم يدفع لهم البائع على الاطلاق المبلغ الذي يشكل موضوع اعتراف بالدين؛ غ م أن، 7 نيسان 1992، ن م، I، رقم 115، ادعاء سداد دين ولد موقع الاعتراف؛ انظر أيضاً حول اثبات غياب سبب العارية القسم V اللاحق، إثبات العقد.

(4) انظر في شأن الفكرة في أن «العقد العيني غير مسوّغ في القانون العصري» Starck، تأليف Roland et Boyer، الموجبات، المجلد 2، العقد، 1989، رقم 179؛ قارن ب Flour et Aubert، الموجبات، المجلد 1، العمل القانوني، رقم 303، وهما يقرّطان «التمسك بالتحليل التقليدي مهما كان غير منطقي».

وذلك واضح في القانون الوضعي في ما يتعلق بعارية الاستعمال إلا أنه ما زال هناك تردد بالنسبة إلى عارية الاستهلاك.

- لا يشك أحد في أن عارية الاستعمال فقدت طابع العقد العيني: انه توافقي. ومن المقبول، بالفعل، أن الوعد بالعارية صحيح: انه يجبر الواعد والمستفيد من الوعد يأمل امكانية الحصول على التنفيذ القسري عينا. والاجتهاد في هذا الاتجاه⁽¹⁾. ويقبل الفقه، بصورة عامة جداً، فعالية هذا الوعد بالعارية⁽²⁾. فالقول إن هذا العقد عيني هو وهم إذن.

والظاهرة بارزة إلى درجة أن مجانية عارية الاستعمال كان يمكن أن تناضل لصالح الحفاظ على شكلية معينة ذلك بأن من شأن تسليم الشيء حماية رضا المستعير الذي يلتزم بدون مقابل⁽³⁾.

- يبدو الطابع العيني للعقد، في عارية الاستهلاك، وعلى الأخص العارية التي تتعلق بمبلغ من العملة، متماسكاً. وقد أخذت محكمة النقض (أو التمييز) بهذا الاتجاه في قرار ملفت في 20 تموز 1981 إذ ردت طلب التنفيذ المقدم من شخص صدر وعد بعارية لصالحه من أجل اكتساب الملكية العقارية: تسليم الشيء في عرف القضاة لم يكن يجبر على فتح اعتماد للموافقة على القرض، لعدم تسليم الشيء، ويمكن، على الأكثر، المطالبة بالعطل والضرر بسبب الضرر الحاصل⁽⁴⁾. ولا يمكن القول بوضوح أكثر إن مجرد الوعد ليست له قيمة العقد الذي له طابع عيني.

هل أن هذا التسويغ كافٍ؟ يمكن الشك في ذلك، إذ يصعب فهم ما يجعل لعارية

(1) انظر في هذا الاتجاه حكم محكمة استئناف Colmar، 8 أيار 1845، د، 1846، 2، 219، س، 1847، 2، 117؛ استعمال أحد الأماكن: «ليس للوعد طابع مجرد موجب فعل ينحل، في حال عدم التنفيذ، بالعطل والضرر: على القضاة الأمر بجميع تدابير القسر الضرورية...».

(2) انظر Planiol et Ripert، المجلد XI، تأليف R. Savatier، رقم 1126، قبول الطابع العيني للعارية؛ M. N. Jobard- Bachelier، Existe- t- il encore des contrats réels en droit français، م. ف. ق. م، 1985، 1، ولا سيما الرقم 64 وما يليه والإسنادات المستشهد بها.

(3) هذا هو تسويغ طابع العقد العيني، وبالتالي تسويغ تطلب تسليم الشيء لتكوين العقد في ما يتعلق بالهبة باليد التي ليست لمجرد الوعد بها أي قيمة، انظر كمثال Starck، تأليف Roland et Boyer، الموجبات، المجلد 2، العقد، 1989، رقم 179: من الصحيح أن التخلي مادياً عن الشيء بالنسبة إلى المتبرع يضع ارادته على المحك.

(4) غ م أن، 20 تموز 1981، ن م، I، رقم 267، م ف ق م، 1982، 427، Ph. Rémy، حيث مراعاة التعهد بقرض 400000 فرنك لم يتمكن المقرض من الحصول على مراعاة التعهد عينا، وقد تمسك المقرض، لعدم التنفيذ، بعدم كفاية قيمة العقار الذي كان تأميناً له: «لا تتحقق عارية الاستهلاك، وهي عقد عيني، إلا بتسليم المستعير الشيء المعيار»؛ انظر أيضاً غ م أن، 22 تموز 1977، ن م، I، رقم 330، يعتبر التسليم حاصلاً عندما يسلم المعير المال إلى الغير بناء على طلب المستعير؛ انظر أيضاً M. N. Jobard- Bachelier، Existe- t- il encore des contrats réels en droit français؟، المذكور سابقاً، م ف ق م، 1985، ولا سيما الرقم 29 وما يليه.

الاستهلاك طبيعة عينية في حين أن عارية الاستعمال تعتبر توافقية. إن شكلية كهذه، علاوة على ذلك، لا يمكن تفسيرها إلاً بهاجس حماية المعير وتسهيل تمامية الرضا المعطى: الحال انه، في ما يختص بمهني في العارية كالمصرفي، تصعب معرفة لماذا تكون هذه الحماية ضرورية، ولماذا لا يستطيع المعارض السهر على إعطاء رضا مستنير منذ الآونة التي يتعهد فيها بوضع اموال بتصرف الغير. فالحل الاجتهادي إذاً غير مسوّغ تماماً.

وهو، فضلاً عن ذلك، يتناقض مع الفكرة المقبولة عموماً في أن فتح اعتماد مصرفي هو عقد توافقي يلزم المصرفي منذ الوعد الصادر عنه⁽¹⁾.

وما ينبغي قبوله، بالاختصار، سواء تعلق الأمر بعارية استعمال أو بعارية استهلاك، هو أن هذا العقد يتميز بعمل أو بتعهد بوضع مال بتصرف الغير شرط الاسترداد: لا أهمية لتنفيذ القرض أو الوعد به إذا كان الشيء متنازلاً عنه على هذا النحو.

22130 - علاقات الاستهلاك. إذا كانت ثمة شكلية، مع ذلك، يجب التقيد بها،

في ما يتعلق بقرض العملة، فذلك بالاحرى لصالح المقترض وليس لصالح المقرض، ذلك بأن ما يهم هو حماية المقترض، لأن الإغراء بالاعتماد يمكن السقوط فيه بسهولة. ولذلك جهد قانونا Scrivener لعام 1978 و1979، حول الاعتماد للاستهلاك، في صدد المنقول وغير المنقول، في وضع شكلية حامية للمستهلكين، مما يضيفي على العقد طابعاً رسمياً معيناً⁽²⁾.

إن هذه النصوص، فضلاً عن ذلك، إذ تجبر مؤسسة الاعتماد التي تقدم عرض قرض - يستند إليه المستهلك فيما بعد لاكتساب الملكية التي ينشدها - على الحفاظ على ايجابها خلال مدة من الزمن، تسير في اتجاه معاكس لاجتهاد 1981 الذي ينفي عن مجرد الوعد قيمة عارية حقيقية: يمكن إذاً القول إنه غير قابل للتطبيق، وهذا أمر حسن في علاقات الاستهلاك.

(1) انظر حول فتح الاعتماد الذي يشكل قرضاً الرقم 22519 اللاحق.

(2) انظر الرقم 22506 اللاحق وما يليه.

القسم V

البينة على العقد (أو إثباته)

22131 - الإثبات الخطي. تثبت العارية، مبدئياً، كأى عقد آخر، بمستند خطي عندما يتجاوز الرهان عتبة 5000 فرنك محددة في المادة 1341 من ق م⁽¹⁾.

على أن القانون المدني لم يعلن على الإطلاق صراحة ذلك، على عكس ما فعله في شأن الإيداع في المادة 1923 الملغاة اليوم⁽²⁾. وجرى التساؤل كثيراً حول هذا الفارق. ورأى Troplong إن ذلك يفسر بأن عقد العارية قابل لأن يتناول عقاراً ومنقولاً وهذا غير مقبول في الإيداع، وبأن مطالبة المعير، في ما يختص بعقار، ليست خاضعة لاثبات عقد العارية وإنما لاثبات الملكية العقارية وحسب⁽³⁾. والحال إن هذه الملكية العقارية تثبت بوسائل مختلفة ولا سيما بسند الملكية⁽⁴⁾. ولا يفرض الإثبات الخطي على

(1) انظر حول الاثبات الخطي Carbonnier، رقم 95، Flour et Aubert، المجلد 1، رقم 320؛ Ghestin، La formation du contrat، رقم 141؛ Marty et Raynaud، المجلد 1، رقم 239؛ Mazeaud et Chabas، رقم 92؛ Starck، تأليف Roland et Boyer، المجلد 2، رقم 30 ورقم 201؛ وعلى سبيل المثال انظر غ م أن، 23 تموز 1974، ن م، I، رقم 244؛ شقة معارة عقب فسخ وعد بالزواج، سكن مؤمن للموعد لها، مراسلات متبادلة بين الفريقين، اثبات تم بمستند خطي؛ بدء بينة خطية مقبول بالطبع، قارن في صدد دين كازينو بـ غ م أن، 3 أيار 1988، ن م، I، رقم 124، ادانة لاعب بتسديد المبلغ الناظر لمحسوبات البدائل (القطع المعدنية المستعملة في القمار كبديلة من العملة) التي تمت لصالحه، الكتابات على الهامش في دفتر التسليم تتيح تحديد مبلغ الدين على اللاعب: كان يشكل ذلك بدء بينة خفية في عرف القضاة. ويعتبر القضاة، إذا كان الغير هو الذي يجب أن يسترد الشيء المعار، أن الاثبات الخفي غير مفروض في ما يتعلق بمطالبة هذا الغير، انظر غ م أن، 2 شباط 1988، ن م، ع، رقم 30، مبلغ من العملة؛ ولكن هل ذلك مسوّغ تماماً في حين أن من يجب أن يجري الاسترداد له يبدو متمسكاً بحقوقه في العقد؟.. ومن المتفق عليه أن مصاريف العقد هي، مبدئياً، على عاتق المستعير؛ فالمادة 2155 من ق م تنص على ذلك صراحة بالنسبة إلى مصاريف تسجيل الرهن العقاري؛ انظر Planiol et Ripert، المجلد XI، تأليف R. Savatier، رقم 1143.

(2) منذ إصلاح 1980، مما لا يغير مبدأ كون الإيداع العادي خاضعاً للقواعد العادية للاثبات، انظر الرقم 33130 اللاحق.

(3) في القرض، رقم 50 وما يليه.

(4) انظر حول إثبات الملكية العقارية الذي يتم بالوسائل جميعاً J. Carbonnier، رقم 206 وما يليه ورقم 211، F. Terré et Ph. Simler Droit civil، Les biens، رقم 515 وما يليه.

والحل نفسه غير مقبول في شأن الأموال المنقولة: يقدر أن القول المأثور «الحيازة في المنقول سند للملكية»، في العلاقات بين الحائز وواضع اليد على الشيء، يحمي الحائز وأن على واضع اليد التمسك بعقد غير ناقل للملكية كالإيجار أو العارية لكي يتصدى للقرينة وتسويغ مطالبته بالمال، انظر J. Carbonnier المذكور آنفاً، رقم 233، F. Terré et Ph. Simler، المذكورين سابقاً، رقم 435 وما يليه؛ على أنه يبدو من المسوّغ أن يتمكن من يطالب بالمال على أنه له من (1) تقديم الاثبات بالوسائل جميعاً لأنه كان مالك الشيء (2) أن يبرهن، بالوسائل كافة أيضاً، على سوى نية الحائز المزعوم، بدون أن يتوجب عليه، من أجل ذلك، أن يثبت بمستند خطي عقد استرداد للإيجار أو عارية (قارن، حول إثبات الطابع المبهم للحيازة بـ =

المالك إلا في مادة المنقول: ذلك بأن قاعدة المادة 2279 تفترض ملكية المالك الذي يبدو حائز الشيء واضع اليد عليه⁽¹⁾. إن التحليل مقنع.

وينتج عن كون العارية تتناول في أغلب الأحيان مالا منقولاً إنها تخضع إلى حد كبير للقواعد العامة للعقود. يجب إذاً وجود مستند خطي بين الفريقين⁽²⁾، إلا أن تكون العلاقات قائمة بين التجار حيث يتم إثبات العارية بالوسائل جميعاً⁽³⁾. هذه هي الحالة بالنسبة إلى فتح الاعتماد الذي يعد المصرف به مؤسسة ما⁽⁴⁾. والحالة متواترة لأن المؤسسات المالية، في سبيل الاحتفاظ بأكبر هامش من الحركة الممكنة، تنفر من تعقيد سندها المالي في مستند خطي⁽⁵⁾.

ولا يفرض أيضاً، تجاه الغير، ولا سيما إذا تعلق الأمر بإثبات أن الشيء المعار تحت حراسة المستعير بالنسبة إلى المسؤولية التي يمكن أن تنجم عن المادة 1384، الفقرة الأولى، من ق م، أن يثبت العقد بالطبع بمستند خطي⁽⁶⁾.

22132 - الوثيقة الأحادية الجانب أو الشئانية الجانب. بما أن العقد لا يجبر، مبدئياً، إلا أحد الفريقين وهو المستعير الملزم برد الشيء، فلا يعتبر أن هناك حاجة إلى تنظيم نسخ أصلية بعدد الفرقاء⁽⁷⁾. ويمكن مع ذلك، عملياً، أن يتخذ السند الذي يثبت

= J. Carbonnier المذكور سابقاً، رقم 233، أو حوله اثبات سوء نية الحائز، F. Terré et Ph. Simler، المذكورين آنفاً، رقم 436، ويبين هذان المؤلفان بذلك أن المطالب غير ملزم بالضرورة بالتمسك بعقد يجبر واضع اليد على الاسترداد.

- (1) انظر الرقم الهامش السابق حول الفارق بين المنقول وغير المنقول في هذا الصدد.
- (2) انظر مع ذلك التحفظات الواردة لاحقاً في صدد إثبات التسليم.
- (3) انظر Planiol et Ripert، المجلد XI، تأليف R. Savatier، رقم 1130، في شأن عارية الاستعمال، و1142 في صدد عارية الاستهلاك؛ وحول عدم وجود تطلب مستند خطي في المادة التجارية انظر حكم الغرفة الجنائية، 25 أيار 1930، م ق ع، 1930، 2، 155.
- (4) انظر كمثال حكم محكمة استئناف أورليان، 26 تشرين الأول 1971، م إد، 1972، II، 17082، تعليق J. Stoufflet.
- (5) J. L. Rives- Lange et M. Contamine- Raynaud، Droit bancaire، المذكورين سابقاً الرقم 436، والرقم 437 وما يليه حول العلامات القابلة للاستثمار.
- (6) انظر غ م ت ن، 27 تشرين الأول 1960، د، 1961، 192، تعليق Lamand، حادث حصل في طائرة يقودها صديق المالك، نقض الحكم الذي اعتبر المالك... مسؤولاً لأنه لم يقدم إثبات إذن خاص معطى لإعارة الطائرة، وبالتالي عقد يؤدي إلى نقل الحراسة.
- (7) وعليه «ليس لعقد العارية الذي لا يفرض موجبا إلا على المستعير طابع ملزم للطرفين ولا يستدعي إذاً إثباته بنسخ بصدد الفرقاء»، انظر غ م أن، 28 آذار 1984، ن م، I، رقم 20، اعتراف بدين تم عند التسوية الارثية: يسري هذا الحل حتى ولو جرى اعتبار أن العارية ترتدي في أيامنا طابعاً ملزماً للطرفين، ذلك بأنه يكفي لاعفاء المؤسسة من نسخة أصلية مزدوجة أن يكون هناك موجب واحد بقي لتنفيذه، وذلك هو الحال عندما يكون المستعير قد تسلم الشيء المعار؛ انظر أيضاً حكم محكمة Melun، 10 شباط 1927، د إ، 1927، 163، عارية بفائدة لاكتساب ملكية مؤسسة تجارية، نسخة واحدة.

العارية، الوثيقة، شكلين مختلفين: أحادي الجانب وثنائي الجانب⁽¹⁾. وسواء جرى اختيار هذا الشكل أو ذاك، يتعلق الأمر بالمادة 1326 من ق م التي تأمر بذكر خطي، أو المادة 1325 التي تفرض المعاملة المزدوجة.

- الأسهل بداهة النموذج الأحادي الجانب أي الاعتراف بالدين. فالعقد يتطلب تدخل المستعير وحده الملزم بالاسترداد: «يعترف عمرو بأنه مدين لزيد بكذا مبلغ أقرضه إياه زيد ويتعهد بدفعه له في تاريخ معين»⁽²⁾. وغالباً ما تمارس هذه الطريقة بالنسبة إلى قرض العملة، ولا ضرورة لأن يذكر في السند سببه وهو القرض (المادة 1132 من ق م). بيد أن المدين بإمكانه المنازعة فيه سواء ذكر السبب أم لا⁽³⁾.

(1) انظر Planiol et Ripert، المجلد XI، تأليف R. Savatier، رقم 1142.

(2) انظر كمال غ م ت ن، 23 تموز 1974، د، 1975، 586، تعليق J. Stoufflet، قرض أعطاه الكاتب العدل لتاجر؛ وحول طابع التعهد الأحادي الجانب للاعتراف بالدين انظر Malaurie et Aynès، الموجبات، 1992، رقم 343.

يمكن أن يكون السند لأمر أو لحامله، انظر Planiol et Ripert، الجزء II تأليف Savatier رقم 1142.

(3) انظر غ م أن، 7 تشرين الثاني 1979، د، 1970، إ س، 268، م J. Ghestin، تمويل شقة، إثبات غياب سبب الاعتراف بالدين؛ انظر أيضاً Starck، تأليف Roland et Boyer، الموجبات، المجلد 2، العقد، 1989، رقم 723؛ قارن ب Planiol et Ripert، المجلد XI، تأليف R. Savatier، رقم 1142، ويبدو أنهما لا يقبلان هذا الإثبات إلا في حال الخداع.

وعندما يذكر الاعتراف بالدين سببه - قرض مبلغ من العملة مثلاً - تبرز صعوبة تعود إلى كون إثبات غياب السبب - لم يتسلم المقرض المال - يعني الإثبات ضد مستند خطي، وهذا ما لا يمكن القيام به مبدئياً إلا بمستند خطي آخر: تنجم القاعدة، كما هو مقبول، عن المادة 1341 من ق م، انظر Flour et Aubert، الموجبات، العمل القانوني، 1991، رقم 268؛ على أنه يجب قبول كون هذا الإثبات يمكن أن يتم بالوسائل، جميعاً كما يبين ذلك قرار محكمة النقض (أو التمييز)، غ م أن، 7 تشرين الثاني 1979، المذكور سابقاً، حيث كان مكتسبوا ملكية شقة وافق البائع على إعطائهم قرضاً قد اعترفوا بالدين وإنما اثبتوا أن المبلغ لم يدفع لهم على الإطلاق: من غير المعقول بالفعل منع المستعير المزعوم، وقد وقع الاعتراف بالدين، من إثبات عدم تسلمه الشيء ابداً في الواقع؛ فالوضع الذي هو فيه، إضافة إلى ذلك، وضع المستفيد من وعد بالقرض في شكل عمل أحادي الجانب الذي يتمسك بالدفع بعدم التنفيذ من قبل المقرض لمواجهة طلب الاسترداد، كوسيلة دفاع متاحة له بالطبع، انظر القسم IV السابق في صدد شكل العارية؛ وبهذا المعنى ليست قاعدة الإثبات المضاد بمستند خطي مطلقة، انظر Ph. Simler، م إ م، المواد 1131 إلى 1133، السبب، رقم 1985؛ انظر أيضاً حكم محكمة استئناف بورجو، أول آب 1907، د، 1908، 2، 354، قرض مثبت بعمل كاتب عدل يذكر دفعاً جرى بعيداً عن انظار الكاتب العدل، الإثبات المضاد ممكن؛ غ ع، 29 تشرين الثاني 1987، د، 1888، 1، 159، استبعاد تطلب الإثبات المضاد بمستند خطي في حالة الخداع.

وهناك نزعة، مع ذلك، إلى قبول كون الإثبات المضاد، إذا كانت العارية مثبتة بعمل كاتب عدل ذكر أن الأموال دفعت أمام الكاتب العدل، لا يمكن أن ينتج إلا عن طريق الطعن في التزوير أو اعتراف المقرض المزعوم؛ انظر كذلك Planiol et Ripert، المجلد XI، تأليف R. Savatier، رقم 1142؛ قارن ب غ ع، 5 كانون الأول 1906، د، 1908، 1، 545، حيث اعترف الفرقاء جميعاً بأن الذكر كان مخالفاً للواقع وأن تسليم المال لم يحصل إلا بصورة لاحقة.

وفي أي حال، عندما لا يأتي السند على ذكر السبب، لا تبرز أي صعوبة من هذا النوع ذلك بأن الأمر لم يعد متعلقاً بالإثبات ضد مستند خطي، انظر Flour et Aubert المذكورين سابقاً، رقم 269.

وقد يرتدي السند أيضاً أشكال القانون التجاري: كمبيالة، سند لأمر⁽¹⁾.. غير أنه، منذ قانوني Scrivener لعامي 1978 و 1979، يحظر جعل المستهلك يوقع سندات كهذه إذا اقترض لتمويل عمليات كشراء احوال منقولة أو عقارية⁽²⁾.

ويخضع الاعتراف العادي بالدين الموقع من المدين، عندما ينظم في شكل توقيع خاص، لمعاملة المادة 1326 التي تفرض ذكر ذلك بخط المدين نفسه والمبلغ المتوجب بالاحرف وبالارقام مع توقيعه⁽³⁾. وإذا جرى إغفال الذكر الخطي يمكن أن يشكل السند بدء بيئة خطية⁽⁴⁾، ويكون العقد، في آن واحد، بمنجى من معاملة النسخة الأصلية المزدوجة التي تفرضها المادة 1325 بالنسبة إلى العقود الملزمة للطرفين.

- على أنه يمكن تنظيم عمل ثنائي الجانب يتدخل فيه الفريقان ويوقعانه: «عمر» أقرض زيداً مبلغاً ما يتعهد هذا الأخير يردّه بتاريخ معين»، فتكون الصيغة متكيفة تماماً مع الوعد بالقرض، إلا أنه من المتواتر وجود قرض بلا قيد أو شرط في هذا الشكل، مثلاً عندما يثبت في عقد موثق ينظمه الكاتب العدل⁽⁵⁾.

- (1) هكذا يمثل الاعتماد الذي يؤمنه بائع مؤسسة تجارية للشاري مثلاً بسند مالي على وجه العموم.
- (2) المادة 17 من قانون 10 كانون الثاني 1979 حول اعتماد المنقول والمادة 35 من قانون 13 تموز 1979 حول الاعتماد العقاري المستعادتان في المادة 13-313 L. من قانون الاستهلاك، انظر حول هذه النقطة الباب الفرعي II اللاحق؛ ويقترح، فضلاً عن ذلك، تعميم المنع بمده إلى مجموع عمليات الاعتماد التي يكتب بها المستهلكون، انظر J. Calais-Auloy, Droit de la consommation, 1992, رقم 258.
- (3) الذكر الخطي مفروض عندما يتعلق العقد بمبلغ من العملة أو بأشياء مثلية، انظر Starck, تأليف Roland et Boyer، المدخل إلى القانون، 1991، رقم 1481 وما يليه، والموجبات، المجلد 2، العقد، المذكور سابقاً، رقم 87؛ قارن بـ غ م أن، 19 نيسان 1988، ن م، I، رقم 110، وعد بقرض بعملة سويسرية، غياب الطابع الأحادي الجانب، مجازفة صرف قبلها المقترض؛ يضاف إلى ذلك أن المعاملة ليست مفروضة في العقد بين مصدر بطاقة اعتماد وحائزها، انظر غ م أن، 24 شباط 1987، ن م، I، رقم 69.
- ليس في ذلك سوى قاعدة واحدة للاثبات، وعدم مراعاتها لا يؤثر في صحة الموجب ذاتها، إذ يستطيع الدائن التمسك بها بتقديم وسائل اثبات أخرى، انظر غ م أن، 27 كانون الأول 1963، ن م، I، رقم 570؛ إذا لم ينازع موقع الاعتراف بالدين بمادية هذا الدين ولا بمبلغ الدين، وإنما تمسك بعدم قانونية العقد وحسب استناداً إلى المادة 1326، يستطيع القضاء قبول كون موقفه يشكل اعترافاً؛ وفي الاتجاه عينه، في شأن الكفالة، انظر غ م أن، 26 تشرين الثاني 1990، م إد، 1991، II، 21701، تعليق D. Legeais.
- وتطلب الذكر الخطي الوارد في المادة 1326 مستبعد عندما يكون العقد قد نظم بالشكل الموثق، انظر على سبيل المثال بالنسبة إلى الكفالة، غ م أن، 20 آذار 1990، ن م، IV، رقم 83، د، 1990، الموجز 383، م. Aynès.
- (4) انظر Petel- Teyssié، م إم، المادة 1326، 1992، أعمال في شكل توقيع خاص أحادية الجانب، رقم 81 والإسنادات.
- (5) تارة يكون للعقد كموضوع وحيد القرض المعني وطوراً يثبت هذا القرض في مناسبة عقد آخر، على سبيل المثال بيع قسم من تمويله مؤمن بقرض يعطى للبائع، وينبغي أن ينظمه كاتب عدل وأن يرتدي الشكل الموثق لأنه من الممنوع على الكاتب العدل أن يقوم بدور الوسيط في القروض بين الافراد المجراة بتوقيع خاص، انظر الرقم 22521 اللاحق وما يليه.

فإذا نظم على هذا الشكل كعمل ثنائي الجانب يكون القرض بمنجى من معاملة الذكر الخطي الواردة في المادة 1326 من ق م⁽¹⁾، إلا أنه يجب أن ينظم في نسخ أصلية بعدد الفرقاء الملتزمين كما تتطلب ذلك المادة 1325، وتنظم نسخة للمقرض ونسخة للمقترض في حال الوعد بالقرض.

ويمكن، فضلاً عن ذلك، تأييد العمل الثنائي الجانب وتنظيم نسختين أصليتين ذلك بأن الإثبات بمستند خطي قد يبدو مفيداً لكل من الفريقين، على سبيل المثال في ما يتعلق بعارية الاستعمال ليست النسخة الأصلية ضرورية للمقرض لإثبات حقه في الاسترداد وحسب: كذلك لإثبات أن الشيء كان معاراً فقط وليس معطى⁽²⁾. وهي مقيدة أيضاً للمقترض، مثلاً إذا كان يتوجب عليه إثبات أن الشيء تمت إعارته وليس إيجاره: بحيث يتجنب توجب دفع بدل الإيجار⁽³⁾.

22133 - إثبات التسليم. بما أن العارية غالباً ما تكون مجانية فإن تطلب مستند خطي يبدو قاسياً تماماً. يضاف إلى ذلك أنه قد يجري، في الممارسة، غض النظر عن قواعد اثبات العقود في شأن عارية الاستعمال، ذلك بأن ثمة ميلاً، إذا كان يمكن اثبات تسليم الشيء الشخص الذي يطالب بهذا الشيء أو إذا لم يتم نكران هذا التسليم، إلى أن تطرح مباشرة مسألة معرفة بأي صفة تم هذا التسليم: ليس هناك أمر طبيعي أكثر من دعوة واضع اليد إلى أن يسوّغ حيازته للشيء.

(1) لا أهمية تذكر في هذا الصدد لتحميل العارية كمعد أحادي الجانب أو عقد ملزم للطرفين، لأنه توافقي: من الواضح أن العارية إذا اعتبرت عقداً ملزماً للطرفين وجرت تنظيم نسختين أصليتين فإن المادة 1326 مستبعدة، وبالعكس، في نطاق عقد ملزم للطرفين، إذا كان أحد المتعاقدين مديناً وحده في آونة تنظيم العقد وجرى بنسخة أصلية واحدة فإن المادة 1326 تُفرض مراعاتها، انظر I. Petel- Teyssié، م إ م، المادة 1326، المذكور سابقاً، رقم 45 وما يليه؛ Aubry et Rau، Cours de droit civil français، المجلد VIII، 1878، الفقرة 756؛ وفي الواقع لضرورة الذكر الخطي الذي يشكل تطلب اثبات (مع أنه يعطي دور قاعدة أساسية في مادة الكفالة حيث يعمل لحماية الكفيل ضد التعهدات الطائشة)، انظر Petel- Teyssié، المذكور سابقاً، رقم 2 ورقم 40، يقدم فائدة عندما ينظم العقدة على نسخة أصلية واحدة لأنها تنزع إلى تجنب أن يتمكن الدائن، واضع اليد الوحيد، من أن يفاقم موجب المدين بجعل السند باهظاً: المخاطرة مستبعدة عندما ينظم العقد على نسختين أصليتين لأن مقارنتهما تتيح إفشال الخداع؛ يضاف إلى ذلك أيضاً أن معاملة الذكر الخطي وظيفتها حماية المدين ضد إساءة استعمال التوقيع على بياض الذي قد يرتكبه دائه بأن يدخل في السند، غشاً، مبلغاً أعلى من المبلغ المتوجب فعلاً، انظر Starck، تأليف Roland et Boyer، المدخل إلى القانون، المذكور سابقاً، رقم 1484: هنا أيضاً يزيل وجود نسختين أصليتين هذه المخاطرة.

(2) انظر غ م أن، 4 كانون الأول 1984، ن م، I، رقم 324: إثبات تسليم المال أحد الأشخاص لا يكفي لتسويغ موجب هذا الشخص في رد هذا المال.

(3) «في حالة قرض هام يلجأ المقترض عن حكمة إلى التزود بمستند خطي»، كما يرى Planiol et Ripert، المجلد XI، تأليف Savatier، رقم 1130؛ انظر حكم محكمة استئناف باريس، 24 كانون الأول 1912، د، 1914، 415، سيارة: لا يسع من جرت مطالبته بدفع مصاريف الإيجار الاكتفاء بالتمسك بأنه تسليم الشيء مجاناً بصفة عارية استعمال، وإنما عليه إثبات وجود عارية الاستعمال هذه.

وللظاهرة إشهار، مثلاً، في القضايا التي يطلب فيها الزوج، عقب طلاق، إلى زوجته استرداد الحلّي التي لها طابع أموال عائلية والتي أعلن أنه وضعها بتصرفها لمدة حياتهم المشتركة. ولم يكن الطابع العائلي للحلّي منازعاً فيه وقد أقرت الزوجة بأنها تلقتها من زوجها ومن حمايتها: إن وجود عارية الاستعمال التي يتذرّع بها الزوج، ما دام أنها لم يكن بإمكانها «إثارة حدث خاص يمكن أن يعلل هذا التسليم»، قد أخذ به القضاة وجرى الأمر بالاسترداد⁽¹⁾. ويمكن بيان التحقق نفسه ويبدو تطلب الإثبات الخطي واجب الرفع أيضاً عندما تدخل العارية في نطاق العلاقات العقدية بين الفريقين⁽²⁾.

وقد يكون ثمة إغراء في أن يطرح مبدئياً، انطلاقاً من الآونة التي يثبت فيها من يدعي أنه معبر شيء ما أنه يعود إليه وقد سلمه إلى الغير، ان ثمة قلب العبء الإثبات قد حصل: على واضح اليد على الشيء أن يبرهن، بالوسائل كافة، على السبب أو السند الذي يسوّغ عدم موجه برده لأنه ليس المستعير⁽³⁾. ويكون للتسليم إلى حد ما مفعول بدء بينة خطية يعفي من الإثبات الخطي.

وفي الواقع تتناسب قساوة الإثبات الخطي مع عقد غالباً ما هو خدمة صديق، يضاف إلى ذلك أنه كان، في بداية القرن، شك في أن القاعدة يجب أن تطبق على العارية، وجرى الأخذ بأن العارية يمكن إثباتها بشهادة الشهود⁽⁴⁾.

(1) غ م أن، 24 آذار 1983، د، 1984، 81، تعليق A. Breton، م إ د، 1984، II، 20202، تعليق J. F. Barbirérie.

(2) الفرضية هي فرضية «العارية»، انظر الفصل I، السابق في شأن المجانية؛ عندما يتعلق الأمر بعلاقات كهذه نادراً ما يكون من الواجب اثبات وجود عارية استعمال: يكتفي المتعاقد الذي يطلب استرداد الشيء المعار في هذه المناسبة إثبات تسليم المتعاقد الآخر هذا الشيء.

(3) على عكس ذلك غ م أن، 5 أيار 1971، ن م، I، رقم 152، المادة 1315، نقض الحكم الذي اعتبر أن إثبات التسليم له مفعول نقل عبء الإثبات وفرض إثبات سببه على واضح اليد على الشيء: يبدو القرار مع ذلك ظالماً إلى حد كبير؛ قارن بـ غ م أن، 7 شباط 1961، ن م، I، رقم 86، مال دفع إلى جمعية رياضية، مستندات غامضة حول سبب الدفع، تفسير القضاة أن الحق في التسديد لم يكن منقولاً، رد ادعاء المدعي الذي يقع عليه عبء اثبات الموجب: «إثبات تسليم الشيء أحد الأشخاص لا يكفي لتسويغ موجب هذا الشخص في رد المبلغ الذي تلقاه».

(4) انظر حكم محكمة استئناف Colmar، 18 نيسان 1806، س، 1806، 365، إ ع، V القرض، رقم 59، عارية كهف لتخزين زجاجات مشروبات روحية.

مفاعيل عقد العارية (أو آثاره)

22134 - ملزم للطرفين. يستخلص، للوهلة الأولى، من أن المستعير وحده يتعاقد على موجبات، بصورة خاصة موجب استرداد الشيء في نهاية العقد، واستطراداً من موجب الأجر المشروط في حالة عارية الاستهلاك بعوض، برهان للقول إن العارية هي عقد أحادي الجانب. حتى أنه يبدو أن لا مجال للكلام على موجبات المعير، عدا أنه جرى الأخذ بالفكرة، خلال الأعمال التحضيرية للقانون المدني، في إلغاء الأحكام التي تعالجها⁽¹⁾. ومع ذلك كرّس القانون المدني أحكاماً خاصة في عارية الاستعمال كما في عارية الاستهلاك.

ومن هنا الأخذ، على الأقل، بوصف العقد الملزم للطرفين والناقص⁽²⁾. ويسوّغ ذلك بأن الموجبات التي يمكن أن تقع على عاتق المعير تتجسد خلال حياة العقد وليس منذ البداية: على سبيل المثال موجب ضمان المستعير ضد عيوب الشيء، أو موجب تسديد بعض النفقات. ولكن يمكن تقدير أن العارية تشكل، في الحقيقة عقداً تاماً ملزماً للطرفين⁽³⁾، ذلك بأن بعض موجبات المعير توجد منذ عقد الاتفاق: ولاسيما الموجب الملقى على عاتقه في ترك الشيء بتصرف المستعير خلال المدة المتفق عليها⁽⁴⁾. أما

(1) قيل ذلك في ما يتعلق بعارية الاستهلاك التي أريد الغاؤها عند الأعمال التحضيرية للقسم المكرس لموجبات المعير، انظر Locré، المجلد 15، ص 20؛ وحول فكرة أن العارية، سواء كانت عارية استعمال أو استهلاك، هي أحادية الجانب بالضرورة، انظر Carpentier et Frèrejouan du Saint، ف ع أ، V، العارية، رقم 9 ورقم 169.

(2) انظر في هذا الاتجاه Aubry et Rau، المجلد IV، الفقرة 391، النقض المدني، 8 آذار 1887، د د، 1887، 1، 264.

(3) على عكس ذلك غ م أ ن، 28 آذار 1984، ن م، I، رقم 120، ليس القرض عقداً ملزماً للطرفين ولا يفرض تحريره بعدد من النسخ الأصلية يساوي عدد الفرقاء.

(4) قيل إن: «موجب عدم سحب الشيء قبل الفترة المتفق عليها (قبل انقضائها) ينجم عن المبدأ الذي بمقتضاه يجب على المعير خلالها الامتناع عن أي خداع»، Carpentier et Frèrejouan du Saint، م ع أ، V، العارية، =

الوعد بالعارية الذي يجبر المعير على تقديم الشيء المتفق عليه فإن له بالتأكيد أيضاً طابع العقد التام الملزم للطرفين.

ثمة سمة أخيرة تميز العارية: إنها عقد متعاقب التنفيذ، كالايجار، ذلك بأن الشيء يترك بتصرف المستعير طيلة مدة معينة.

وينبغي في المقام الاول التطرق إلى مفاعيل العقد بالنسبة إلى الملكية والمخاطر والحراسة (القسم I)، قبل الكلام على موجبات المستعير التي هي الأهم (القسم II)، ثم موجبات المعير (القسم III).

القسم I

المفاعيل أو الآثار بالنسبة إلى ملكية الشيء ومخاطره وحراسته

22135 - يجب أن يتم تفحص العارية، بالنسبة إلى المفاعيل التي ينتجها تجاه ملكية الشيء ومخاطر خسارته (الفقرة 1) وكذلك تجاه حراسته، بمعنى هذا التعبير في قانون المسؤولية التقصيرية (الفقرة 2).

الفقرة 1 - الملكية والمخاطر

22136 - حسب الحالات. بما أن عقد العارية موضوعه وضع شيء ما بتصرف الغير مؤقتاً ليتمكن من استعماله، فمن الواجب الاستنتاج من ذلك أن المعير يحتفظ بالضرورة بالملكية وبعبء مخاطر خسارته. على أنه من المناسب التفريق حسبما يكون العقد قد تناول عيناً أو شيئاً معيناً بالنوع⁽¹⁾.

تنص المادة 1877 من ق م، في شأن عارية الاستعمال، لأن القرض يتناول عيناً، على أن «المعير يبقى مالك الشيء المعار». فليس هناك نقل ملكية إلى المستعير وإنما مجرد نقل وضع اليد على الشيء. يستنتج من ذلك أن المستعير ملزم برد الشيء المعار عيناً، بالذات، وليس ما يعادله. وإذا تلف الشيء بقوة قاهرة فذلك على عاتق المعير الذي بقي مالكاً: إنه يضطلع بعبء المخاطر، وليس المستعير مسؤولاً عن الحدث الفجائي⁽²⁾.

= رقم 87، أو كذلك إن هذا الموجب «ليس نتيجة العارية وإنما نتيجة حسن النية الذي يجب يسود العقود جميعاً»، المرجع عينه، رقم 171: بيد أن هذا الكلام ملتبس؛ يضاف إلى ذلك، خلال الأعمال التحضيرية، لفت Tronchet ليس انظر من كانوا يريدون إلغاء القسم المكرس لموجبات المعير والاحتفاظ بالمادة 1898 المتعلقة بمدة العقد، إلى أنهم قبلوا بذلك عينه بأنها تفرض موجبات على المعير، انظر Carpentier et Frèrejouan du Saint، المذكورين سابقاً، رقم 169.

(1) كما في الايداع الذي قد يكون سويتاً أو شاذاً، انظر حول هذا العقد الرقم 33000 اللاحق وما يليه.

(2) انظر الرقم 22145 اللاحق؛ قارن بـ غ م أن، 5 تموز 1960، د، 1960، 709، فريق كشافة مخيم في غابة وضعها المالك بتصرفه، حريق لسبب مجهول، وصف العارية: مسؤولية المستعير معتمدة ولم يبين الحكم بما فيه الكفاية بوضوح أسباب هذا الحل.

كما تنص المادة 1893 من ق م، في شأن عارية الاستهلاك، وبخاصة قرض العملة، على العكس، طالما أن موضوع العقد هو شيء قابل للاستهلاك وبالتالي مثلي، على أن «المستعير يصبح مالك الشيء المعار»، ويجري فوراً نقل الملكية، ولا يمكن أن يتناول موجب الاسترداد عندئذ إلا شيئاً معادلاً ومن النوع نفسه نوعاً وكمّاً، ومخاطر الخسارة بحدث فجائي هي على عاتق المستعير الذي يجب أن يتزود بالمعادل على نفقته⁽¹⁾، ويتحمل أيضاً مقابل المنفعة التي هي التصرف بالشيء على هواه خلال الزمن المحدد⁽²⁾.

الفقرة 2 - حراسة الشيء

22137 - المستعير الحارس. قد يسبب الشيء المعار ضرراً للغير. فإذا سعى هذا الغير إلى الحصول على تعويض استناداً إلى المادة 1384 الفقرة الأولى من ق م، فإن المسألة، كما في الإيجار⁽³⁾، تطرح لمعرفة من له صفة الحارس ومن هو المسؤول عن الضرر، المعير أم المستعير. ومن المقبول، مبدئياً، أن الحراسة تنتقل من المعير إلى المستعير في حالة العارية، كما هي الحال في الإيجار: إذن إلى الحارس، هو المستعير واضع اليد على الشيء عند وصول الضرر لأنه يستعمله⁽⁴⁾.

(1) انظر الرقم 22145 اللاحق.

(2) تبرز صعوبة عندما ينفذ العقد عن طريق وكيل، ولا سيما إذا تناول مبلغاً من العملة: طالما أن نقل الملكية يتم في آونة تسلم المستعير فإن كل شيء يتوقف على نقطة معرفة لمن الوسيط يكون وكيلاً في هذه الآونة؛ فإذا سلم المعير المال أحد الأشخاص الذي هو وكيله يبقى متحملاً عبء المخاطر طالما أن المستعير لم يتلق المال بنفسه، انظر كمثال حكم محكمة اميان، 21 أيار 1879، إ.ع، الملحق، V العارية، رقم 29؛ وبالمقابل، إذا سلم الشيء بين يدي وكيل المستعير يكون التسلم حاصلاً والملكية منقولة مع المخاطر؛ هذا ما تم الرأي عليه في صدد مال تسلمه الكاتب العدل الذي كان وكيلاً مشتركاً للمعير والمستعير: ينتقل المال عندئذ على عهدة المستعير، وفي حال إعسار الكاتب العدل فالمستعير هو الذي يجب أن يتحمل الخسارة، غ ع، 7 آذار 1842، س، 1842، 1، 207، إ.ع، V العارية، رقم 196؛ Capentier et Frèrejouan du Saint، م ع أ، V العارية، رقم 141؛ أضف إلى ذلك النقض المدني، 4 آذار 1868، د د، 1868، 1، 263؛ غ ع، 5 آذار 1886، د د، 1887، 1، 28، إ.ع، الملحق، V العارية، رقم 28. ونادراً ما حصل هذا الوضع الأخير، في أيامنا عملياً، طالما أن الكاتب العدل لم تعد له حرية توظيف عملة زبنة والفرضية التي يتلقى فيها أموالاً مقترضة هي على وجه العموم الفرضية التي تسلمه فيها مؤسسة اعتماد هذا المال من أجل اكتساب الملكية المحققة في عقد ينظمه: تسجل الأموال عندئذ في حساب باسم مؤسسة الاعتماد وتبقى ملكيتها حتى إجراء العملية.

(3) انظر الرقم 21158 اللاحق وما يليه.

(4) انظر بخاصة Flour et Aubert، الموجبات، العمل القانوني، 1992، رقم 248، القرار المسند إليه الصادر عن النقض المدني في 24 تشرين الثاني 1941، د، 1943، تعليق F. G. : «المستعير الذي أعطي حرية التصرف لاستعمال سيارة وحده يعتبر قانوناً الحارس خلال مدة العارية»؛ انظر أيضاً النقض المدني في 8 أيار 1944، D L، 1945، 29؛ النقض المدني في 5 تموز 1948، م إ د، 1948، II، 4595، تعليق Cavarroc؛ النقض المدني في 12 تشرين الثاني 1951، د، 1952، 56؛ غ م ت ن، 27 تشرين الأول =

على أن الحل ناتج عن هذا التحقق من أن السيطرة على الشيء، في الوضع الذي تولده العارية، قد ترك لمن اكتسب الاستعمال مؤقتاً أكثر مما هو ناجم عن طبيعة العقد ذاتها⁽¹⁾، ذلك بأنه أصبح من المقبول، منذ حكم Franck⁽²⁾، أن الحراسة ترتبط بالسلطات التي تمارس على الشيء أكثر مما ترتبط بالحقوق المستمدة منه.

فالحراسة، في هذه الأحوال، يمكن، أحياناً، أن تبقى على مسؤولية المعير مالك الشيء⁽³⁾، والأمر على هذا النحو بخاصة عندما ينسب الضرر إلى بنيته⁽⁴⁾.

22138 - مسؤولية فعل الإعارة. يقتضي، علاوة على ذلك، بيان مصدر مسؤولية

المعير، غير حراسة الشيء وبنيته: إنه يعود إلى أن الغير ضحية ضرر يسببه الشيء بإمكانه

= 1960، د، 1961، 192، تعليق Lamand، طيارة يقودها صديق المالك: لا أهمية تذكر للمصلحة المشتركة التي يمكن أن تنجم عن أن الطيار كان ينقل زوجة المالك؛ غ م ت ن، 12 تشرين الثاني 1965، ن م، II، رقم 882، سيارة يقودها رفيق في عيد. غ م ث ن، 26 تشرين الثاني 1970، ن م، II، رقم 329، سيارة اعارها صاحب مرآب؛ غ م ث ن، 13 تشرين الأول 1971، ن م، II، رقم، سيارة 276، آلة رفع أثقال؛ غ م ث ن، 13 كانون الأول 1973، ن م، II، رقم 335، إعادة مقطورة؛ غ م ث ن، 24 أيار 1975، ن م، II، رقم 179، عارية سلم؛ قارن ب حكم محكمة استئناف Rennes، 19 كانون الأول 1972، د، 640، تعليق Roujou de Boubée، م ف ق م، 1973، 587، م G. Cornu، متجر كبير، زبون جرحته عربة صغيرة، مسؤولية المتجر مستبعدة، غ م ت ن، 16 أيار 1979، ن م، II، رقم 143، شاحنة صغيرة، يستحيل التعرف إلى المستعير.

يضاف إلى ذلك أن التابع هو مستعير واقعي لأنه يستعمل الشيء العائد لمستخدمه بدون علمه، أو ضد إرادته، فيصبح حارساً؛ انظر حكم الغرف مجتمعة، 9 آذار 1960، د، 1960، 329، تعليق R. Savatier، م إ د، 1960، II، 11559، تعليق R. Rodière، مزارع اعار مركبة ضد إرادة رب العمل، حادث؛ الهيئة العامة في محكمة النقض، 10 حزيران 1977، د، 1977، 465، تعليق Ch. Larroumet، م إ د، 1977، II، 18730، طلبات Gulphe، نوع الوضع ذاته؛ قارن ب غ م ت ن، 21 تشرين الثاني 1956، د، 1957، 51، مركبة اعارها خادم زراعي في الأمكنة التي كان المالك يتغذى في ارجائها.

(1) انظر F. Génay، التعليق المذكور سابقاً، د، 1943، 2، تعليق F. G. Lamand؛ F. Génay، تعليق في د، 1961، 192.

(2) الغرف مجتمعة، 2 كانون الأول 1941، د، 1943، 25، تعليق G. Ripert، س، 1941، 1، 217، تعليق H. Mazeaud.

(3) بصورة خاصة إذا حدد شروط استعمال الشيء، انظر غ ع، 22 حزيران 1943، د، 1947، 145، تعليق A. Tinc، النقض المدني، 20 تموز 1955، م ق ع، 1955، 2، 212، النقض المدني، 12 آذار 1959، س، 1960، 252؛ أو إذا احتفظ بإمكانية إعطاء الأوامر في شأن هذا الاستعمال، النقض المدني، 2 تشرين الثاني 1951، د، 1952، 55، م إ د، 1952، II، 6677، تعليق P. Esmien: كان المالك المسن في المركبة، ولكنه يعرف أن يسوق ولم يحتفظ بإمكانية إعطاء الأوامر، مع أن الحراسة على عاتق المستعير؛ وبالمقابل لا يمنع الاحتفاظ بنفقة معينة في استعمال الشيء من نقل الحراسة، انظر النقض المدني، 8 أيار 1944، د، 29، المذكور سابقاً، غ م ت ن، 27 تشرين الأول 1960، د، 1961، 192، المذكور سابقاً.

(4) انظر غ ث ن، أول تموز 1976، م ق ع، 1976، 2، 238، م ف ق م، 1977، 567، م G. Cornu، عمود إرشاد اعارته بلدية لرابطة عائلية لعرض سينمائي في الهواء الطلق أدى سقوطه إلى أضرار، الشيء سليم المظهر وإنما فيه هريان داخلي، حراسة الشيء تبقى على المدينة التي بإمكانها وحدها معرفة حالة الشيء.

اعتبار إعارته مطعناً. والأمر كذلك مثلاً عندما يُعهد بسيارة إلى أحد الأشخاص لا يحوز إجازة سوق ويسبب حادثاً باستعمال الشيء⁽¹⁾.

القسم II

موجبات المستعير

22139 - الامتيازات. للمستعير الذي أصبح واضح اليد على الشيء استناداً إلى العقد ان يستعمله: وهذا هو الامتياز الاساسي المستمد من العملية. ووضعه في ذلك قريب من وضع المستأجر ويختلف عن موضع الوديع. ولكن عليه استعمال الشيء بشكل متوافق مع العقد (الفقرة 1)، وهو يضطلع أيضاً بمسؤولية الحراسة والرد (الفقرة 2) التي تترافق عند الحاجة مع صيانة الشيء (الفقرة 3). هذه هي موجبات المستعير. إلا انه بإمكان الفريقين تعديلها (الفقرة 4).

الفقرة 1 - موجب استعمال الشيء وفقاً للعقد

22140 - الشيء والعقد. ليس للاستعمال الذي يمكن أن يتناول الشيء بدون حدود. فالمادة 1880 من ق م تنص صراحة على ذلك: «لا يمكنه استعمال الشيء إلا وفقاً للاستعمال المحدد بطبيعته أو بالاتفاق»⁽²⁾. فإذا خالف المستعير ذلك تعرّض لواجب تحمل الخسارة أو التلف الحاصل بحدث فجائي بين غيره من العقوبات (المادة 1881). ويعود الحد الأول إلى طبيعة الشيء، يجب عدم استعمال جواد الركوب للجر⁽³⁾. ولا تستعمل سيارة سياحية للتنقل في جميع الاراضي أو للسباق. إن المسألة هي مسألة رشد، وإنما يمكن ان يضاف أن هذا الاستعمال الطبيعي للشيء لا يمكن ان يستثمره المستعير بإفراط، فمن المفروض عليه استعمال الشيء باعتدال⁽⁴⁾.

وينتج حد آخر عن أن الفريقين يتفقان أحياناً على استعمال محدد: على مستعير مركبة التقيد بخط سير محدد؛ ومستعير دارة لقضاء أيام العطلة يجب أن يستعملها مع

(1) بهذا المعنى غ م ث ن، 8 نيسان 1970، ن م، II، رقم 113 بالنسبة إلى سفينة؛ غ م ث ن، 27 شباط 1991، ن م، II، رقم 68، دراجة صغيرة استعارها شخص يعرف المالك أنه ليس لديه إجازة سوق وقد رآه يستهلك جرعة كبيرة من الويسكي، إدانة بالتعويض عن كامل الضرر.

(2) قارن بوضع المنتفع الملزم هو أيضاً بالبقاء في حدود استعمال طبيعي، المادة 589 من ق م، انظر J. Carbonnier, Droit civil, Les biens, 1992، رقم 97.

(3) Troplong, Du prêt، رقم 97.

(4) انظر حكم محكمة استئناف Rennes، 3 كانون الأول 1815، إ ع، V القرض، رقم 94، أحصنة لم يكن إستعمالها مفرطاً وإنما مات أحدها بسبب المرض: إعفاء المستعير من المسؤولية.

أسرته وحسب وليس مع أصدقاء.. وقد يقرر الفريقان في شأن قرض العملة استعمال المال⁽¹⁾. فمن المفروض مراعاة ذلك.

وللمستعير، في حدود هذه التحفظات، حرية واسعة في استعمال الشيء: له الحق في استعمال طبيعي، وهو غير مسؤول عن التلف الحاصل بفعل هذا الاستعمال وحده (المادة 1884).

22141 - الاستعمال الشخصي. من المتفق عليه أيضاً أن على المستعير أن يقوم باستعمال شخصي، وأن الحق الذي يستفيد منه غير قابل للتنازل عنه⁽²⁾، إذ إن التعاقد بالنظر إلى الشخص المتعاقد معه يصب في هذا الاتجاه.

وجرى تأكيد هذه الفكرة بوضوح بالنسبة إلى عارية الاستعمال: اعتبرت محكمة النقض (أو التمييز) في حكمها عام 1988 أن امكانية «التأجير من الباطن» الداخلي في عارية الاستعمال يشكل في الحقيقة هبة محتملة للثمار⁽³⁾. ووضع المستعير في المادة العقارية قريب، في هذا الصدد، من وضع حائز حق الاستعمال والسكن اللذين تعلن المادتان 630 و631 من ق م أنه لا يمكن استعمال الشيء إلا للحاجات الخاصة وحاجات الأسرة ولا يمكن التنازل عن هذا الحق أو تأجيره⁽⁴⁾.

على أنه يمكن بيان أن تحديد حقوق المستعير على هذا النحو هو بشكل أضيق مما يبدو أن المادة 1880 نفسها تفرضه وهي تتطلب أن لا يستعمل المستعير الشيء إلا للاستعمال المحدد بطبيعته أو بالاتفاق⁽⁵⁾. إذن يمكن التساؤل عما إذا كان هذا الوضع مسوّغاً تماماً. فمن المشكوك فيه، على وجه الخصوص، أن يمتنع على المستعير التنازل

(1) انظر الرقم 22538 اللاحق.

(2) انظر Carpentier et Frèrejouan du Saint، ف ع أ، V العارية، رقم 13: «الاستعمال... شخص من قبل المستعير: لا يستطيع بالتالي التنازل عن حقه للغير»، انظر مع ذلك في شأن التنازل عن قرض العملة الرقم 22551.

(3) كان العقد إذاً مركباً من العارية والهبة، غ م أ ن، 3 تشرين الثاني 1988، م إد، 1989، II، 21375، تعليق Th. Hassler، م ف ق م، 1989، 570، م Ph. Rémy، زوجة سمحت لزوجها بإشغال شقة مدة ثلاثين سنة مع امكانية «تأجيرها من الباطن» كلياً أو جزئياً.

(4) Malaurie et Aynès، Les biens، 1992، رقم 850؛ J. Carbonnier، Droit civil، Les biens، 1992، رقم 101؛ انظر غ م ت ا ن، 16 تموز 1974، ن م، III، رقم 305، معاقبة الخطأ الذي ارتكبه حائز حق السكن في شقة بتأجير قسم منها للغير (سقوط الحق).

وبالمقابل يمكن أن يتنازل المتفع الذي له الحق في الثمار عن حقه والتأجير من الباطن، انظر Malaurie et Aynès، المذكورين سابقاً، رقم 808.

(5) انظر Ph. Rémy، م ف ق م، 1989، 570، م على حكم غ م أ ن، 3 تشرين الثاني 1988.

مجاناً عن استعمال الشيء لشخص آخر خلال فترة من الزمن الذي يتمتع به أو مجرد تقاسمه مع أشخاص آخرين⁽¹⁾.

وليس للمبدأ دور في عارية الاستهلاك طالما أن ملكية الشيء تنتقل إلى المستعير. وإذا كانت بعوض لن يكون هناك، فضلاً عن ذلك، سبب، من حيث المبدأ، لتحديد استعمال الشيء. ولكن الفريقين في وسعهما الاتفاق على هذا الموضوع. وقد يكون متفقاً عليه في قرض العملة أن يكون للاموال مقصد معين⁽²⁾.

الفقرة 2 - موجب حراسة ورد الشيء

22142 - موجب الرد أساسي. موجب الرد أساسي في العارية⁽³⁾ ولا يمكن استبعاده حتى في اتفاقية صريحة بدون تشويه العقد⁽⁴⁾، فهو يفرض رد الشيء في الآونة المتفق عليها (المادة 1875 من ق م). ويتم هذا الرد بالمماثل في عارية الاستعمال وهو يترافق مع موجب الحراسة: على المستعير أن يسهر على الحفاظ عليه (المادة 1880) وتنتقل ملكية الشيء، في عارية الاستهلاك، في هذه الحالة، بالمقابل، إلى المستعير الذي يؤمن الرد بما يعادل الشيء (1892)، وبما أن الأمر يتعلق عندئذ بشيء مثلي خسارته مستحيلة ولا تطرح مسألة الحراسة: لا تتلف الأشياء المعينة بنوعها: *genera non pereunt*. من المفروض إذاً التفريق في هذه المرحلة حسبما يكون من الواجب أن يتم الرد ذاتياً أو يجري عيناً قبل التطرق إلى كيفية تطبيق هذا الموجب.

22143 - أ. الرد بالذات. في عارية الاستعمال تفرض حراسة الشيء الذي يجب رده بالمماثل على المستعير موجب نتيجة «مختلف» كما يقال مشابهاً لموجب الوديع المأجور⁽⁵⁾.

وفي الواقع، إذا كانت المادة 1880 من ق م تنص على أن المستعير ملزم بالسهر على الشيء «كرب أسرة حريص»، مما يبدو أنه ليس على عاتقه سوى مسؤولية عن

(1) بمقدار ما تخفف المادة 1879، التي تنص على أن الاستفادة من العارية تنتقل، مبدئياً، إلى ورثة المستعير، طابع بالنظر إلى الشخص المتعاقد معه.

(2) انظر الرقم 22538 اللاحق.

(3) الردود المتتالية في عقود الإيجار أو العارية أو الإيداع هي ردود طبيعية، أي منصوص عليها منذ الأساس في العملية التي تسوّغها، بخلاف الردود «غير الطبيعية» التالية لحادث غير متظر إلى حد ما، كإبطال العقد أو فسخه، أو كذلك في مطالبة المالك الحقيقي بالمال، انظر Barbier et Blignières، في الرد الكامل في القانون الروماني، أطروحة في 1990؛ M. Malaurie، الاسترداد في القانون المدني، أطروحة في باريس II، منشورات Cugas، مقدمة G. Cornu، 1991؛ Ph. Malaurie، الرد في القانون المدني، محاضرات في الدكتوراه 1974 - 75، المحاضرات في القانون.

(4) انظر كمثال حكم محكمة المدينة 29 كانون الثاني 1877، د 1877، 1، 28 اكياس للحبوب، موجب الرد.

(5) انظر الرقم 33147 اللاحق حول هذه النقطة.

الخطأ، على غرار ما هو الأمر بالنسبة إلى الوديع بصفة مجانية⁽¹⁾، فمن الواضح انه الوحيد الذي يجني فائدة من العقد: لا يمكن إذاً قبول أن يكون ملزماً بمجرد موجب وسائل⁽²⁾. يجب أن يفرض على المستعير موجب نتيجة «مخفف» على الأقل يسمى أيضاً موجب وسائل «معزز»⁽³⁾، وبالتالي مسؤولية يكون فيها الخطأ مفترضاً: عليه أن يثبت، في حالة تلف الشيء أو خسارته، أنه بذل كل العناية لكي يعفى⁽⁴⁾. وهو يضطلع بالتعويض الحاصل لسبب مجهول⁽⁵⁾. وبالمقابل لا يلزم، مبدئياً، بالخسارة بسبب حدث فجائي أو قوة قاهرة⁽⁶⁾.

وكان من الممكن التفكير في وضع موجب نتيجة على عاتق المستعير ومنعه من إعفائه منه عن طريق إثبات غياب الخطأ. وكون حراسة الشيء لا تتضمن على العموم مخاطرة يصب في هذا الاتجاه⁽⁷⁾. غير أن ذلك يتناقض صراحة مع المادة 1880، كما

- (1) وفقاً لما تفرضه المادة 1137 من ق م كقاعدة عامة، في ما يتعلق بمسؤولية المدين بموجب الرد؛ انظر حول المسألة A. Ponsard، تعليق في د، 1975، 648.
- (2) من الثابت تماماً، في مادة الخدمات المجانية، أن من يقوم بعمل مجاني يستحق إهتماماً معيناً، وان المسؤولية التي يتعرض لها المستفيد من الخدمة تجاهه يجب أن تكون أكثر جساماً منها في الحالة التي تكون فيها هذه الخدمة بعوض، انظر كمثال Boitard, Les contrats de services gratuits، اطروحة في باريس، 1941، رقم 201، الذي يستشهد بالمادة 1947 من ق م المتعلقة بالايذاع وبالمادة 2000 المتعلقة بالوكالة، ويعلن أنهما «تطبيقات لقاعدة عامة جداً بأنه يجب أن لا يتحمل أحد، خارج خطئه، ضرراً بتقديم خدمة إلى الغير»؛ انظر حول التخفيف الموازي لموجبات المعير في حالة عيب الشيء الرقم 22154 اللاحق.
- (3) انظر حول هذا المصطلح على سبيل المثال Malaurie et Aynès، رقم 915؛ M. L. Morançais- Demeester, La responsabilité des personnes obligées à restitution، م ف ق م، 1993، 757، ولا سيما الرقم 22.
- (4) انظر غ م أن، 14 كانون الثاني 1977، ن م، I، رقم 4، م ف ق م، 1977، 567، م G. Cornu، جناح؛ غ م أن، 29 نيسان 1985، ن م، I، رقم 133؛ وحول هذا المبدأ أن المستعير «لا يُسأل إلا عن خطئه»، وإنما طالما أنه مدين بعين «يُسأل عن اثبات» عدم وجود خطأ، انظر G. Cornu، م ف ق م، 1977، 56، المذكور سابقاً والإسنادات.
- (5) انظر المحكمة المدنية في Agen، 15 آذار، 1895، د د، 1896، 2، 41؛ غ م أن، 8 تشرين الثاني 1954، ن م، I، رقم 312، عارية آلات تلفت في حريق لاسباب مجهولة؛ غ م أن، 5 تموز 1960، د، 1960، 709، م ف ق م، 1961، 153، م J. Carbonnier، عارية غابة لكشافة، حريق؛ غ م أن، 4 كانون الثاني 1977، ن م، I، رقم 4، م ق ع، 1977، الموجز 76، م ف ق م، 1977، 56، م G. Cornu، عارية جناح خلال اعياد عيد الميلاد، حريق.
- (6) يسري الحل تماماً عند خسارة بقوة قاهرة حصلت بالطريقة عينها لدى المعير (موت الجواد المعار بسبب المرض) وفي الحالة التي حصلت فيها بسبب الاعارة التي جرت (سرقة الجواد حين استعماله)، مع أنه جرى النقاش حول هذه الحالة الأخيرة: إلا أن السبب يعود إلى كون الملكية تبقى للمعير وأن الخسارة هي على عاتق المالك، انظر Pothier, Du prêt، رقم 55؛ أ ع، V، العارية، رقم 73 والإسنادات.
- (7) انظر الرأي عينه المعتمد في صدد الايداع، الرقم 33147 اللاحق؛ انظر أيضاً في هذا الاتجاه M. L. Morançais- Demeester, La responsabilité des personnes obligées à restitution، م ف ق م، 1993، 757، المذكور سابقاً، رقم 6.

المادة 1137 من ق م، اللتين تعود صياغتهما إلى فترة لم يكن التفريق معروفا فيها بين نوعي الموجبين، وذلك هو سبب اختيار موجب النتيجة «المخفف».

وثمة استثناء على هذه القاعدة، فتصبح المسؤولية بسبب الخطأ الصرف مطبقة عند الاستعمال المشترك للشيء من قبل المعير والمستعير⁽¹⁾.

22144 - التعسف في استعمال الحق. قد يكون موجب رد الشيء بما يماثله، ذاتياً، شديد القسوة عندما يتطلب استعمال الشيء أشغال تجهيز. فردة على هذا النحو، وليس بشيء آخر مشابه، يستوجب مصاريف تركيب.

وقد طرحت المسألة في شأن ضحّاخي العلامات الذين تطالب الشركات النفطية التي أعارتهم اللوازم الضرورية لاستثمار محطات الخدمة، البراميل والمضخات، برد الشيء بحد ذاته أياً كانت كلفة العملية... وأياً كانت المنافع الحقيقية بالنسبة إليهم. وتبرز الصعوبة بصورة ملموسة عندما تنتهي العلاقات بين الفريقين لأسباب عديدة: حلول الأجل، ابطال الاتفاقية (لعدم تحديد الثمن مثلاً)، فسخ الاتفاقية المسبق بسبب الخطأ... والرهان الرئيسي بالنسبة إلى المدين هو أن يكون بمقدوره استعادة حريته بأسهل ما يمكن للتعاقد، وبالتالي أن لا يعود مرتبطاً بمورد بسبب العبء المالي للرد. وقد حاولت المحاكم، خلال زمن معين، تخفيف موجب المستعير بتقرير أن كل طلب الرد عيناً لبراميل أصبحت غير صالحة للاستعمال كان تعسفاً⁽²⁾. إذن كان بإمكان مستثمر محطة الخدمة عرض رد براميل جديدة، إلا أن النظرية جرى استبعادها في النهاية⁽³⁾.

وقد أعلن مجلس المنافسة، من أجل وضع شروط منافسة سليمة، في عام 1987، أن ممارسات كهذه تشكل عقبة أمامها، وأمر الشركات النفطية بتعديل العقود بحيث يجعل شراء البراميل والتجهيزات الأخرى بعد البيع ممكناً من قبل الضحّاخين⁽⁴⁾. وبالفعل يجعل

(1) انظر غ م أن، 29 نيسان 1985، ن م، I، رقم 133؛ غ م أن، 19 آذار 1975، د، 1975، 648، تعليق A. Ponsard، هُزِيْ يستعمله المعير وضع بتصرف المستعير لزراية شاحنة صغيرة، حريق مصدره مجهول، ضرورة اثبات خطأ المستعير ليكون مسؤولاً: غ م أ ث ن، 5 كانون الثاني 1978، ن م، I، رقم 10، عمارة اعبرت لخزن القش والحبوب، استعمال متقاسم، حريق مصدره مجهول.

(2) انظر كمثال، باريس في 28 شباط 1985، م ف ق م، 1985، 2، 441.

(3) انظر كمثال غ ت ن، 18 كانون الأول 1986، م ن، IV، رقم 242.

(4) ما هو مدان بدقة أكثر هي بنود العقود التي تنص على الرد عيناً (لأن الشركات النفطية، على سبيل قدر أكبر من الحيلة، كانت تدرجها كتابة)، وصدر الأمر بالغائها، المنافسة والاستهلاك، 29 كانون الأول 1982، ن ر م إ غ، 1987، ص 304: ولكن المسألة كان يمكن أن تكون، في غياب بنود كهذه، مشابهة والحل المعتمد مماثلاً؛ انظر أيضاً F. Perochon، L'adieu aux cuves، ك ق م، 1987، رقم 6، ص 4؛ ويتناول قرار لاحق لمجلس المنافسة، في صدد حل مرّ عن طريق ضبط امكانية الشراء بعد البيع، في 23 تشرين الأول 1990، ن ر م إ غ، 30 تشرين الثاني 1990، ص 420، م إد، 1990، الطبعة I، I، 20626، حول بعض عقود الشركات النفطية المعاد النظر فيها لهذه الغاية: نقض المجلس قسماً من بعض العقود لأنها =

موجب الرد عيناً المدين به من المستحيل عليه تغيير المورد، ويحدد بذلك المنافسة عن هذه الطريقة. وكان على محكمة استئناف باريس تأييد هذا القرار⁽¹⁾. وانتهى اجتهاد القضاء العدلي بالأخذ بذلك وبإدانة مسلك الشركات النفطية⁽²⁾.

22145 - القوة القاهرة. خسارة الشيء، عدا وجود اتفاق مخالف، أو تلفه، يحدث فجائي مخاطرة يتحملها المعير في حالة عارية الاستعمال لأنه ما زال مالك الشيء: الخسارة هي على عاتق المالك *res perit domino*⁽³⁾. وذلك هو الحال مثلاً عندما يكون الشيء مشوباً بعيب يسبب خسارته مع أنه بين يدي المستعير: ليس المستعير ملزماً بالتعويض على المعير⁽⁴⁾.

إلا أن المعير يكون أحياناً، بصورة استثنائية، مسؤولاً عن القوة القاهرة⁽⁵⁾. فالمادة 1881 من ق م تأخذ بهذا الحل عندما تحصل خسارة الشيء في حين أن المستعير كان يستخدمه لاستعمال آخر غير الاستعمال المتفق عليه، أو استعمله لمدة أطول من المدة المتفق عليها. والخطأ الذي ارتكبه المستعير في هاتين الحالتين يفسر قساوة المعاملة المخصصة له⁽⁶⁾. وتضيف المادة 1882 أن المستعير يُسأل عن الخسارة أيضاً إذا كان بإمكانه حماية الشيء المعار كما لو استعمل شيئاً يخصه. وليس هناك ما يدهش ذلك بأنه، في حالة كهذه، كان، بصورة جلية، حائز مال كان عليه استعماله، وقد فضل

= لم تكن تنص على شراء معدات تابعة بعد البيع ولا على إمكانية هذا الشراء في حالة الفسخ المسبق، إلا أنه قبل أن يكون بالامكان المطالبة بقيمة متبقية من التنازل من جانب الضخاخ، حتى بعد الاستهلاك التقني للكهوف، ما دام أن مدة الحياة الحقيقية هي أعلى، مما هو متوقع تماماً.

(1) حكم محكمة استئناف باريس، 5 أيار 1988، م إد، 1988، الطبعة N، 1، 17457؛ انظر C. Béhar-Touchais، م إم، العقود والتوزيع، الكراسة 176، تلاشي العقد، 1990، رقم 17.

(2) انظر غ ت ن، 18 شباط 1992، د، 1993، 57، تعليق Hannoun، م إد، 1997، II، 21897، تعليق C. Béhar-Touchais.

(3) انظر كمثال محكمة الصلح في نانت، 8 أيلول 1946، م ق ع، 1946، 2، 34، إعفاء المستعير: أعير كلب صيد هرب، عند أول طلقة بندقية، ولم يتم العثور عليه أبداً؛ محكمة الصلح في Candé، 27 تشرين الثاني 1959، د، 1946، 386، تعليق A. Tunc، إعفاء مستعير بندقية صيد - استعار البندقية ابن الأخ من عمه - كان عليه تسليمها إلى الألمان، انظر حول هذه القضية الرقم 33121 اللاحق.

(4) انظر حكم محكمة استئناف Poitiers، 29 تموز 1890، إع، الملحق، V، العارية، رقم 13: رافعة دوارة قدمتها سكك الحديد مجاناً لمؤسسة ترسل البضائع إليها لأجراء عملية التفريغ، كسر الهيكل عند الاستعمال، تصليح سابق، عيب غير ظاهر، المستعير معفى من أي مسؤولية.

(5) إع، V العارية، رقم 82 وما يليه؛ يقتضي أن تضاف إلى الحالات الواردة في المادة 1881 وما يليها حالة القانون العام للمادة 1302 التي تنص على أن المدين مسؤول عن القوة القاهرة إذا كان قد انذر بتسليم الشيء إلا يكون هذا الشيء قد تلف لدى الدائن لو كان قد تسلمه.

(6) Pothier, Du prêt، رقم 21، الذي يُبقي على الحالة التي اعتقد فيها المستعير أن المعير كان موافقاً على هذه الزيادة في الاستعمال؛ وكان من الواجب أيضاً استبعاد الحالة التي ليس للخسارة فيها علاقة بتغيير الاستعمال.

الاستفادة مجاناً من شيء يخص الغير: من العدل أن يجري كل شيء كما لو أنه خسر ماله الخاص⁽¹⁾.

وتضيف المادة 1883 أخيراً أن القوة القاهرة لا تحرر المدين بالرد «إذا جرى تخمين الشيء عند الاعارة». وثمة توافق على التفكير في أن النص يقوم بعملية تفسير إرادة الفريقين المحتملة: تخمين الشيء، في آونة العارية، يعني أن المعير يتوخى، عندما يكون رد الشيء بما يماثله مستحيلاً، أن يتلقى القيمة المتفق عليها في شتى الاحوال⁽²⁾. ويؤول ذلك إلى افتراض أن المستعير قد تعهد بأن يأخذ على عاتقه الحدث الفجائي وأن يدفع مبلغ التخمين إذا حصل. وكان هناك تشهيد بهذا التفسير للإرادة الذي غالباً ما يكون مخالفاً للحقيقة⁽³⁾.

غير أن المادة 1883 أوضحت أن بإمكان الفريقين الاتفاق على عكس ذلك، حتى أنه يمكن استبعاد تفسير الإرادة الواردة في هذا النص في ظروف تسوّغه، ووضع الفريقين تحت سلطان المبدل الذي بمقتضاه تقع خسارة الشيء على عاتق المالك.

يضاف إلى ذلك أنه من المتفق عليه أن المستعير، في عارية الاستعمال، ليس مسؤولاً عن الاستعمال الطبيعي ولا عن القِدم الذي يصيب الشيء طالما أن له الحق، بحسب التعريف، في استخدامه (المادة 1884)⁽⁴⁾. وتطبق عليه، علاوة على ذلك، وفقاً للقانون العام وفي حال عدم وجود نص خاص، القاعدة الواردة في القانون المدني بالنسبة إلى المدين بعين: يرد الشيء في الحالة التي كان فيها عند تنفيذ الرد (المادة 1245)⁽⁵⁾.

(1) بغض النظر، على وجه الاحتمال، عن أنه كان يمكن أن يخفي عن المعير أن بإمكانه أن يستعمل شيئاً يخصه.

(2) لا يعني ذلك، عقب التخمين الذي تم، أن ملكية الشيء انتقلت إلى المستعير، بل لأن نية المعير هي أن يؤمن لنفسه الرد أما عيناً أو قيمة، انظر J. A. Rogron, Les Codes français expliqués, 1857, 346, المادة 1883 من ق م.

(3) Troplong, Du prêt, رقم 121: «يتلف الشيء»، في الفرضية العادية، على مسؤولية السيد، ويقتضي وجود اتفاقية صريحة لنقل المسؤولية إلى شخص آخر عن حوادث القوة القاهرة... والحال هل أن تخمين الشيء المعار وحده يحوي فرضياً هذه الاتفاقية غير المألوفة؟... كلا بالتأكيد؛ انظر أيضاً إ، ع، ٧ العارية، رقم 90.

(4) إلا أن يكون هناك خطأ من قبله، كما جاء في النص، إلا أن الأمر عندئذ لا يتعلق باستعمال طبيعي؛ وكان الرأي فضلاً عن ذلك، أن هناك، إذا كان تلف الشيء من شأنه تعذر نسبته إلى استعمال طبيعي، قرينة أنه ناجم عن خطأ المستعير، المحكمة المدنية في Agen، 15 شباط 1895، دد، 1895، 2، 41؛ وحول حدود استعمال الشيء، انظر الرقم 22140 السابق.

(5) قارن بوضع المستأجر الملزم برد الشيء في حالة متوافقة مع الحالة المدرجة في بداية الإيجار، المادة 1730 من ق م، الذي يواجه بقرينة أن الشيء كان في حالة جيدة، إذا لم يتم أي تثبيت منذ البداية، المادة 1731، والرقم 22150 السابق.

22146 - ب. الرد عيناً. يجري الرد، في عارية الاستهلاك، بالمماثل: على المستعير أن يرد الأشياء من النوع عينه وبالكمية نفسها والنوعية ذاتها، حسب المادة 1892 من ق م. فموجب أثقل مما هي الحال في عارية الاستعمال، طالما أن، حسب القول المأثور «لا تتلف الأشياء المعينة بنوعها»، يضطلع بمخاطرة الخسارة بقوة قاهرة: ليس هناك، مبدئياً استحالة إيجاد أشياء مشابهة للرد. والحل منسجم مع النسبة الطبيعية لعبء المخاطر: يغدو مستعير أشياء معينة بالنوع مالكا، ويجب أن يطبق عليه القول المأثور «الخسارة هي على عاتق المالك». فالمخاطرة إذاً هي على المستعير.

على أنه من السهل فهم أن تكون هناك، استثنائياً، استحالة رد أشياء كهذه، وهذا ما أشارت إليه المادة 1903: إذا كان النوع قد نفذ. ولا أهمية تذكر لذلك، فالمستعير ملزم بالعطل والضرر: تعلن المادة 1893 أن الخسارة تقع عليه «بأي طريقة حصلت هذه الخسارة»⁽¹⁾. يضاف إلى ذلك، في حالة قرض مبلغ من العملة، أنه ليست هناك أي صعوبة من هذا النوع: لا وجه لاستحالة التزود بالعملة المتداولة، وموجب الرد هو مطلق اذن.

لا تدخل قيمة الشيء، في هذا الرد بالمماثل، في الحساب مطلقاً: لا أهمية تذكر لأن تكون قد زادت أو نقصت، وهذا ما يحدث غالباً في ما يتعلق بالمواد الغذائية (المادة 1902). يستنتج ذلك من طبيعة موجب الرد هذا: يتناول أشياء معينة بنوعها وليس بقيمتها⁽²⁾. ويسري الحل على أنواع الأشياء المثلية جميعاً: ذهب، طحين، بنزين... (المادة 1897)⁽³⁾، ويطبق على السبائك (المادة 1896). وتنص المادة 1895 صراحة على ذلك، إذ طرحت، في هذه المناسبة، مبدأ ذاتية الوحدة النقدية Nominalisme monétaire ذا المدى العام جداً: الموجب «ليس دائماً إلا في صدد

(1) ليست الاستحالة موجودة إلا أن تكون مطلقة، محكمة استئناف باريس، 17 تموز 1846، د، 1948، 169، تعليق A. Weill؛ وفي صدد المصادرة التي يأمر بها حكم اجنبي انظر محكمة استئناف باريس، 18 شباط 1927، دد، 1928، 2، 49 (القضية الثانية)، تعليق R. Savatier. إلا أن Troplong مع الرأي أن الاستحالة يجب أن لا تمتد بشكل قاسٍ أكثر من اللازم، ويقتضي قبول كون الرد بالمماثل يسبب للمستعير ضرراً ضخماً جداً: من الملائم إذاً استبدال التخمين به، Du prêt، رقم 284.

(2) على أنه ينبغي، عند استحالة إيجاد أشياء مشابهة لردّها، اللجوء إلى تخمين العطل والضرر - وبالتالي الأخذ بقيمة الشيء المعار - المتوجبين محل المستعير الذي يضطلع بمخاطر الخسارة، وتطرح مسألة معرفة في أي أونة من الملائم الأخذ بها للجوء إلى التخمين: يقتضي، للوهلة الأولى، اختيار الآونة التي يجب أن يتم الرد فيها، وبالتالي أن يفرض على المستعير قيمة الأشياء في ذلك التاريخ، إذا كان يمكن ردّها، وذلك هو الحل الذي اعتمدته المادة 1903 من ق م التي تنص أيضاً على الأخذ بالمكان الذي يجب أن يتم الرد فيه (ويُرجع، في حال عدم الوضوح في العقد، إلى الزمان والمكان اللذين جرى فيهما الاعارة).

(3) ورد في النص أن المواد يجب أن تعاد «بالكمية والنوعية ذاتهما» وذلك «أيّاً كانت زيادة ثمنها أو نقصانها».

المبلغ الرقمي الوارد في العقد». ويجب رد هذا المبلغ «بالنقود المسعرة في آوالة الدفع»⁽¹⁾. ولا أهمية تذكر إذاً لزيادة قيمة العملة المستعملة، أو نقصانها وهو الظاهرة الأكثر تواتراً. ويجوز للفريقين محاربة هذا الانخفاض المحتمل عن طريق لعبة بهذا التحديد استناداً إلى مؤشر متحرك.

إلا أن الحظ في الربح، أو الخسارة، الذي يمكن أن يؤدي إليه نقصان قيمة الشيء أو زيادتها، في غياب اتفاقية خاصة، هو على عاتق هذا الفريق أو ذاك حسب الطريقة التي يتّمان فيها.

وحول مبدأ ذاتية الوحدة النقدية وامكانيات التحديد وفقاً لمؤشر متحرك انظر الرقم 22535 اللاحق.

22147 - ج. كفاءات التنفيذ. يجب رد الشيء إلى المعير، ولا يمكن أن يفرض عليه إثبات ملكيته: ليس من الضروري في الواقع، في عارية الاستعمال، أن يكون مالك الشيء لإعارته، ومن المفترض، في عارية الاستهلاك، أن للمعير هذه الصفة، طالما أنه إذا لم يكن مالكا فليس بمقدوره إعارته⁽²⁾. والتحفّظ الوحيد في هذا الصدد هو أنه، إذا كان المستعير قد اكتشف أن الشيء قد سرق، عليه أن يخطر المالك الحقيقي بذلك، وإنذاره بالمطالبة به⁽³⁾.

وينص القانون المدني، شذوذاً عن مبدأ كون التضامن ليس مفترضاً (المادة 1202 من ق م)، على أنه إذا كان هناك مستعيرون كثيرون فهم مسؤولون عن الرد بالتضامن (المادة 1887). والقاعدة مطروحة في صدد عارية الاستعمال، بسبب مجانية الخدمة المؤداة ولا ريب، ومن المسوّغ مدها إلى عارية الاستهلاك، وبخاصة إلى قرض مبلغ من العملة من أجل تعزيز موقف المعير الذي يجعله هشاً، فضلاً عن ذلك، فقدانه ملكية الشيء.

وقد سكت النص في شأن كان الرد. وثمة تردد، بالنسبة إلى عارية الاستعمال، بين محل إقامة المعير، للأخذ دائماً في الحسابان مجانية عمله، والمكان الذي تلقى فيه المستعير الشيء المعار: يعتمد، على وجه العموم، الحل الأخير باعتباره أفضل تكيّفاً مع

(1) تقدم قاعدة المادة 1895 أحياناً على أنها تختلف عن تلك المطبقة على الأشياء المعينة بالنوع الأخرى في أنه تؤخذ القيمة في الحسابان بالنسبة إلى مبالغ العملة، انظر كمثال Carpentier et Frèrejouan du Saint، ف د أ، ٧ العارية، رقم 199: بيد أن ذلك ليس صحيحاً لأن الارتباط هو بعدد قطع العملة المقترضة وحسب.

(2) انظر الرقم 22124 السابق.

(3) تنقل إذاً قاعدة المادة 1938 من ق م المطبقة على الايداع، انظر إ ع، ٧ العارية، رقم 41.

ذاتية العقد⁽¹⁾، ومن المقبول في شأن عارية الاستهلاك الأخذ بالحل نفسه، أي مكان تحقيق العارية، باستثناء الرجوع إلى القانون العام للمادة 1247 من ق م ق م بالنسبة إلى قرض العملة، وعندئذ تعيين محل إقامة المستعير كمكان للرد⁽²⁾.

وتوضح المادة 1904 أخيراً أن الفوائد في حال التأخر تتوجب اعتباراً من الانذار أو الادعاء أمام القضاء، مما هو متوافق مع القانون العام⁽³⁾.
وحول تاريخ الرد انظر الرقم 22156 اللاحق وما يليه.

الفقرة 3 - موجب صيانة الشيء

22148 - عدم السداد. ليست في مقدور المستعير أن يطالب بثمان نفقات الصيانة التي كان عليه تحملها لاستعمال الشيء، فليس له الحق إلا في استرداد النفقات غير العادية التي كان لا بد منها (المادة 1890)⁽⁴⁾. وللحل منطقته: يضطلع المستعير المجاز له استخدام الشيء بالمصاريف الملازمة له.

ويستنتج من أنه ليس له الحق في استرداد النفقات المتعلقة باستعمال الشيء ان على المستعير، بصورة عامة، أن يتحمل المصاريف الضرورية لصيانة الشيء: ببطرة جواد، اصلاحات ايجارية في عقار⁽⁵⁾ ويكاد ذلك أن يستكمل النص، والحل سهل الفهم.

الفقرة 4 - تعديل الموجبات

22149 - التلاعب بالمسؤولية. يمكن تعديل موجبات المستعير في الاتفاقية. وقد

(1) برهان المادة 1903، انظر Troplong، رقم 276 وما يليه؛ إ، ع، V العارية، رقم 114، وعلى عكس ذلك Pothier، Du prêt، رقم 36؛ يختلف هذا الحل قليلاً عن القانون العام في المادة 1247 من ق م ق م التي توضح في شأن العين أن التسليم يتم في مكان وجود الشيء في أونة الموجب؛ ولا سيما مكان تسليم الشيء أورده إذ يشكل موضوع العقد، المادة 1247 من ق م: يجب مبدئياً، أن يتم الدفع في محل إقامة المدين، إلا أنه، عندما يتناول الموجب عيناً توضح الفقرة الأولى من النص أن الدفع يقتضي أن يجري «في المكان حيث كان الشيء موضوع العقد في وقت الموجب»؛ انظر Carbonnier، رقم 328؛ Malaurie- et Aynès، رقم 972؛ Marty et Raynaud، المدين، المجلد 2، رقم 208؛ Mazeaud et Chabas، رقم 919 وما يليه؛ Sériaux، رقم 180؛ Starck، تأليف Roland et Boyer، المجلد 3، رقم 160 وما يليه؛ Terré Simler et Lequette، رقم 1247.

(2) انظر في هذا الاتجاه Troplong، Du prêt، رقم 275 وما يليه؛ Pothier، Du prêt، رقم 45 وما يليه؛ إ، ع، V العارية، رقم 208.

(3) لا يمكن إذاً أن يدان المستعير بدفع الفوائد اعتباراً من اليوم الذي كان من الواجب أن يتم السداد فيه، انظر النقض المدني، 29 كانون الثاني 1906، د، 1906، 1، 120.

(4) انظر حول هذه النقطة الرقم 22153 اللاحق.

(5) Carpentier et Frèrejouan du Saint، ف ع أ، المجلد 31، 1903، V العارية، رقم 41 والإسنادات؛ Domet، Du prêt et de l'usure، القسم II، الفصل XIV.

يقود ذلك، في عارية الاستعمال، إلى جعله مسؤولاً عن مخاطر الخسارة بقوة قاهرة. ويمكن أن يكون الأمر عكس ذلك، حتى ولو كانت مجانية العقد يجب أن تردع الفريقين، بحيث يعفى من المسؤولية التي قد يتحملها في حالة تلف الشيء. وصحة هذا النوع من الاشتراطات لا شك فيها.

القسم III موجبات المعير

22150 - عقد ملزم للطرفين. ربما لن يضطلع المعير بأي موجب أو يكاد لا يضطلع بأي موجب. وفي الواقع إذا جرى كل شيء بدون عقبة يكون مجرد دائن بالرد. ويكفي انتظار حلول الأجل: موجب سلبي صرف، ولا تصبح الموجبات على عاتق المعير إلا أن تسنح الفرصة للنجاح: مصاريف يقتضي سدادها، ضرر يجب التعويض عنه... ويمكن اعتبار العقد في العارية توافقياً وملزماً للطرفين حيث يكون تسليم الشيء موجباً على عاتق المعير في الأساس⁽¹⁾.

وهناك، بالإضافة إلى موجب وضع الشيء بتصرف المستعير، موجبات عديدة على عاتق المعير: ترك الشيء بتصرف المستعير خلال الوقت المتفق عليه (الفقرة 1)، وأن يكون بإمكانه استعادته عندما يردده المستعير (الفقرة 2)، وأن يتحمل احتمالاً كلفة بعض النفقات على الشيء (الفقرة 3)، وأحياناً أيضاً مسؤوليته عن الضرر الذي يسببه الشيء (الفقرة 4).

على أن موجبات المعير تبقى محدودة بسبب المجانية التي تشجع مبادرته مبدئياً. وهكذا مثلاً ليس ملزماً بضمان المستعير ضد نزع اليد من قبل الغير⁽²⁾. كما أنه نادراً ما يكون من المقبول أن يكون ملزماً بتقديم معلومات أو نصائح للمستعير إلا أن يكون للعملية طابع عوضي، على سبيل المثال قرض العملة حيث يفرض عليه موجب الإعلام⁽³⁾.

(1) سبق أن رأينا أنه يمكن إكراهه على ذلك، على أساس مجرد وعد بالعارية، وبخاصة في عارية الاستعمال، انظر 22129 السابق.

(2) انظر Pothier, Du prêt، رقم 79؛ Troplong, Du prêt، رقم 154، الذي يشدد، في ذلك، على أن العارية تختلف عن الإيجار.

(3) انظر على سبيل المثال حكم محكمة استئناف Rennes، 9 تموز 1975؛ د، 1976، 417، تعليق J. Schmidt، م ف ق م، 1976، 547، م G. Durry، في صدد شروط السداد في حالة العجز الصحي أو الوفاة؛ انظر 22515 اللاحق وما يليه.

الفقرة 1 - موجب ترك استعمال الشيء خلال الوقت المتفق عليه

22151 - مدة معينة من الزمن. يضع المعير الشيء بتصرف المستعير لكي يستعمله.

ولا يكون الرد على العموم إلا بعد مدة معينة تتيح استعماله. والموجب الناجم عن ذلك على المعير هو ترك الشيء للمستعير خلال المدة المتفق عليها. فالمادتان 1875 و1888 من ق م تنصان على ذلك في عازية الاستعمال، والمادتان 1892 و1899 في شأن عازية الاستهلاك.

وإذا لم تتضمن العازية مدة الاستعمال كان هناك أحد أمرين: يجب تحديد المدة الضرورية لاستعمال الشيء، عند الحاجة، باللجوء إلى تحكيم القاضي، وإما أن يكون العقد لمدة غير محددة، على أنه يفرض على المعير الذي يطالب بالرد توجيه إخطار مسبق للقيام به.

انظر الرقم 22156 اللاحق وما يليه.

الفقرة 2 - موجب استعادة الشيء في نهاية العقد

22152 - عند حلول الأجل أو قبله. كما أن المعير عليه وضع الشيء بتصرف

المستعير في بداية العقد، عليه أيضاً، عندما يرد المستعير الشيء إليه، استرداد الحيازة. وهو في هذا الصدد في وضع الوادع الذي رد الوديع له ما عُهد إليه به⁽¹⁾.

ويتم ذلك مبدئياً في نهاية العقد. بيد أن الرد المسبق ليس مستبعداً. فالأجل، في ما يتعلق بعازية الاستعمال، وهي مجانية بطبيعتها، هو في صالح المستعير: بإمكانه العدول عن ذلك ورد الشيء عندما لا يعود بحاجة إليه⁽²⁾. على أن آونة الرد يجب أن تكون بحيث أن ذلك لا يسبب ازعاجاً كبيراً للمعير.

وليس لهذه الحجة دور في عازية الاستهلاك، ولا سيما في قرض العملة، وغالباً ما هي بعوض. إذن يقتضي أن يكون الرد المسبق خاضعاً لموافقة الفريقين. غير أن القانون يحدد لعبة البنود التي تحظر الرد أو تعاقبه، وصحتها يمكن أن تكون موضع شك⁽³⁾.

الفقرة 3 - موجب سداد بعض النفقات الزهيدة على الشيء

22153 - النفقات غير العادية. قد يكون من الواجب الانفاق على الشيء لحفظه،

وتفرض على المستعير، كقاعدة عامة، إحاطة المعير علماً بها واتخاذ التدابير التي يأملها

(1) انظر حول هذه النقطة، في صدد الابداع، الرقم 33140 اللاحق.

(2) يفترض، علاوة على ذلك، أن الاجل مشروط لصالح المدين، المادة 1187 من ق م؛ قارن بـ غ ع، 21 نيسان 1896، دد، 1896، 484، تقرير Voisin.

(3) انظر الرقم 22548 اللاحق.

المعير، وعليه انتظار أوامره، وإذا أقام بالانفاق فيكون ذلك كوكيل.

وتورد المادة 1890 من ق م ق مع ذلك الفرضية التي يتعلق الأمر فيها بنفقة «غير عادية، ضرورية وعاجلة» بحيث انه تعذر إخطار المعير⁽¹⁾. كالأصلاح مثلاً الواجب القيام به لمركبة أعيرت لانتقال في آونة استحالة الاتصال بالمعير، وبدونه كان لا يمكن ردها إليه. وينص القانون على أن المعير، في حالة كهذه، ملزم بسداد المبالغ المسلفة، ولا يكون ملزماً مع ذلك إذا أهملت استشارته⁽²⁾.

على أن ذلك لا يغطي، بداهة، نفقات الصيانة الشائعة التي هي على عاتق المستعير⁽³⁾، وكذلك النفقات التي تكون مقيدة وحسب⁽⁴⁾. يضاف إلى ذلك أن المستعير، حسب المادة 1885، ليس له الحق في احتجاز الشيء للحصول على السداد⁽⁵⁾.

الفقرة 4 - موجب التعويض عن الاضرار التي يسببها عيب الشيء

22154 - إذا كان على علم بالعيب. قد يسبب الشيء المعار ضرراً للمستعير أو للغير بسبب عيب خفي، فيحق للمستعير مطالبة المعير بالتعويض عن ضرره إذا كان ضحيته، أو الرجوع عليه أيضاً إذا كان يتوجب عليه التعويض على الغير كحارس الشيء مسبب الضرر⁽⁶⁾.

وليس المعير ملزماً، بما أن العارية مجانية مبدئياً، بمسؤولية بقوة القانون. وذلك إحدى ثوابت تنظيم عقود الخدمات المجانية التي تتضمن تحقيقاً لموجبات مقدم الخدمات المجانية⁽⁷⁾. وتفرض المادة 1891، ليكون مسؤولاً، إثبات أن المعير كان على علم

(1) قارن بـ محكمة الصلح في Candé، 27 تشرين الثاني 1945، د، 1947، تعليق A. Tunc، بندقية اعارها عم لابن أخيه الذي احتفظ بها رغماً عن أوامر السلطات الألمانية بتسليم الأسلحة النارية جميعاً، تعويض بصفته فضولياً.

(2) ينتج ذلك عن النص؛ وعلى العكس S. Bétant- Robert، ف د م، V العارية، 1975، رقم 103.

(3) وتجري المواجهة أيضاً بالنفقات التي تسوّغها ضرورة العناية بحيوان معار، ونفقات الغذاء، المادة 1886 من ق م، انظر القسم II؛ وحول كون «فائض القيمة يعود إلى الدائن بالرد» انظر M. Malaurie، La restitution en droit civil، اطروحة في باريس II، 1991، ص 220.

(4) إلا أن يكون قد حصل على موافقة المعير بتسليف هذه النفقات، فيكون في هذه الحالة قد تصرف كوكيل؛ غير أن المادة 1890، استدلالاً بالضد، تبدو أنها تمنع الطموح إلى ذلك كمجرد فضولي.

(5) انظر الرقم 22160 اللاحق.

(6) انظر حول صفة المستعير كحارس الرقم 22137 السابق.

(7) انظر على سبيل المثال Esmein، تعليق في د، 1955، 589: «كل قرينة مسؤولية مستبعدة على عاتق مدين يقدم خدمة مجانية»؛ Planiol et Ripert، Traité pratique de droit civil français، المجلد VI، تأليف Esmein، رقم 387 ورقم 622؛ Savatier، Traité de la responsabilité civil، 1950، المجلد، رقم 123 وما يليه.

بعبء الشيء، وتوضح المادة 1898 أن القاعدة تسري أيضاً تماماً على عارية الاستهلاك وعارية الاستعمال. وهي تطبق في المادة العقارية⁽¹⁾ كما في الاموال المنقولة⁽²⁾، ولا يسأل المعير إذاً إلا عن خداعه أو خطئه الجسيم ما لم تكن هناك اتفاقية تعزز مسؤوليته.

إذن مسؤوليته أقل جساماً من مسؤولية البائع أو المؤجر. وهي تطبق، باعتبارها مسوغة بمجانية الخدمة التي يقدمها، قبل أي شيء على عارية الاستعمال التي لها هذا الطابع بالضرورة. يضاف إلى ذلك، عندما يكون الشيء الموضوع بتصرف الغير عيناً، إن حصول الضرر المنسوب إلى عيب هذا الشيء الخط الأكبر في الإشهار.

على أن حادثاً كهذا يمكن أن يجعل أيضاً في حالة عارية الاستهلاك: مثلاً، في ما يتعلق بالإنسمام بسبب المواد الغذائية. والحال أن هذا النوع من العارية يمكن أن يكون بعوض، ومن الملائم، في هذه الحالة، الشذوذ عن مبدأ القانون المدني.

وقد يحدث أيضاً أن تجعل المحاكم، بشكل غير مباشر، المعير مسؤولاً بقوة القانون عن الأضرار التي يسببها الشيء، في حين أنه وضعه بتصرف الغير مجاناً: هكذا الحال عندما تقرر أنه يحتفظ بحراسة هذا الشيء، وبخاصة بحراسة بنيته، فيكون مسؤولاً على هذا الأساس عن الضرر الذي كان الغير ضحيته⁽³⁾.

22155 - مسؤولية المعير «المستفيد». يضاف إلى ما تقدم، عندما تبدو العارية «مفيدة»، لأن لها مكانها في نطاق علاقات الأعمال الموجودة بين الفريقين، أنه يمكن

(1) انظر النقض المدني، 22 شباط 1897، دد، 1897، 1901، 1، 75. مستودع، حريق؛ غ، ع، أول نيسان 1941، س، 1942، 1، 112، شقة؛ حكم محكمة استئناف ليموج، 12 تشرين الثاني 1859، د، 1860، 2، 51، مكان للعرض، طوفان.

(2) النقض المدني، 21 حزيران 1928، م ق ع، 1928، 2، 406، مستوعات معدة لنقل البضائع؛ غ، ع، 3 نيسان 1933، س، 1933، 1، 334، انفجار انبوب اسيتيلين؛ محكمة استئناف ريوم، 9 تشرين الثاني 1934، س، 1935، 2، 45، سلم؛ النقض المدني، 26 تشرين الأول 1960، د، 1961، 10، سلم؛ محكمة استئناف رين، 19 كانون الأول 1972، د، 1973، 1640، تعليق Roujou de Boubée، م ف ق م، 1973، 587؛ م G. Cornu، متجر كبير، جرح زبون بعربة صغيرة، مسؤولية المتجر مستبعدة؛ انظر أيضاً محكمة Chaurbery، 14 شباط 1963، د، 1964، الموجز، 43، مؤجرة غرف مفروشة وضعت بتصرف المستأجرين جهاز تدفئة، انسمام لعدم التهوية، عدم وجود مسؤولية، غ، إ، ن، 18 آذار 1975، ن م، 7، رقم 151، عيب ظاهر.

(3) لا يستدعي ذلك، مبدئياً، إثبات عيب الشيء، بيد أنه مقبول ضمناً بصورة عامة، انظر حول حراسة الشيء بمعنى المادة 1384، الفقرة الأولى، الفصل II السابق، وكمثال غ م ت ن، أول تموز 1976، م ق ع، 1976، 2، الموجز، 238، م ف ق م، 1977، 567، م G. Cornu، إرشاد اعارته بلدية جمعية عائلية لعرض سينمائي في الهواء الطلق.

اعتبار العقد مبرم لمصلحة الفريقين: لا شك في أنه من الانصاف قلب مبدأ المادة 1891 من ق م⁽¹⁾.

ويتبنى الاجتهاد حلاً في هذا الاتجاه عندما يوضع الشيء مجاناً بتصرف الغير من أجل بيعه، ويطبق، عندما يسبب شيء في هذه المناسبة ضرراً لعيب فيه، قواعد مسؤولية البائع، قواعد الضمان ضد العيوب الخفية الواردة في المادة 1641 وما يليها: هذه هي الحال بالنسبة إلى المورد الذي يعير زبوناً محتملاً مواد للتجربة⁽²⁾. إنه يماثل بالبائع: مثال مؤات للانزلاق من نظام عقدي إلى آخر.

وليست المحاكم دائماً قاسية إلى هذا الحد، وعلى سبيل المثال لم نر حتى الآن وضع موجب نتيجة على عاتق مخزن يقدم مجاناً عربات صغيرة لزبنه، بحيث تفرض عليه مسؤولية الحوادث التي يسببها عيب إحدى هذه العربات⁽³⁾، على أن الحال يفرض نفسه.

(1) في هذا الاتجاه G. Cornu، م ف ق م، 1973، 587، المذكور آنفاً؛ Ph. Rémy، م في م ف ق م، 1984، 121، والإسنادات.

(2) انظر غ ت ن، 24 تشرين الثاني 1980، ن م، IV، رقم 392، م ف ق م، 1981، 651، G. Conu، برميل قلاب للتخمير، خسارة الخمر بالانقلاب: تثبت الحكم من أن «الجهاز المقدم للتجربة، من أجل البيع، ... كان يحوي عيباً يجعل استعماله خطراً»، وبما أن المورد هو «صانع هذا الجهاز» فإنه «لم يكن من الممكن أن يجهل هذا العيب» بحيث يجب اعتباره مسؤولاً «ما دام أنه لم ينبه» المستعمل إليه، غ م أ ن، 8 كانون الثاني 1985، ن م، I، رقم 11، تجهيز صناعي على الغاز قُدم لفترة تجربة، انفجار؛ انظر أيضاً المحكمة الابتدائية في باريس، 26 أيار 1983، م ف ق م، 1984، 121، J. Huet، Responsabilité du vendeur et garantie contre les vices cachés، 1987، رقم 356.

(3) محكمة استئناف Rennes، 19 كانون الأول 1972، المذكورة سابقاً، د، 1973، 640، تعليق Roujou de Boubée، م ف ق م، 1973؛ G. Cornu، مسؤولية متجر كبير مستبعدة.

مدة عقد العارية ونهايته

22156 - أجل العارية. تعقد العارية عموماً لمدة محددة. فالمادتان 1888 في صدد عارية الاستعمال، والمادة 1889 من ق م ق في شأن عارية الاستهلاك، تنصان على أن المعير ليس في وسعه أن يطلب رد الشيء إليه قبل الأجل المتفق عليه. فالشيء المعازر، على عكس الشيء المودع، غير قابل للرد بارادة المعير لدى أول طلب⁽¹⁾، لأن آونة الرد تتوقف على المدة المتفق عليها صراحة أو ضمناً.

وغالباً ما يكون هناك نص صريح على مدة العارية. وهذا هو الحال في قرض العملة. وقد يكون هناك اتفاق على احتمالية خرق العقد من قبل المستعير قبل أجله: ثمة كيفيات يجري النص عليها في هذه الفرضية للسداد المسبق للأموال⁽²⁾.

وتستنتج المدة احياناً، في عارية الاستعمال، من الظروف: مثلاً عند اعارة سيارة لانتقال معين تنتهي العارية في آونة تحقيق هذا الانتقال. والمادة 1888 تنص على ما يلي: تنتهي العارية عند حلول أجلها، أو بعد أن يكون الشيء «قد استخدم للاستعمال الذي تمت العارية من أجله»⁽³⁾. وفي حال النزاع تعطي الصيغة القاضي هامشاً واسعاً جداً في التقدير.

ويبدو الاجتهاد بالاحرى لصالح المستعير الذي جرت لصالحه لعبة غموض المهلة.

(1) انظر حول الايداع الرقم 33161 اللاحق.

(2) انظر حول هذه النقطة والصعوبات التي يثيرها كون العقوبات منصوصاً عليها عموماً في حالة كهذه الرقم 22550 اللاحق.

(3) حول موجب الزوجة المطلقة في رد الحلّي التي قدمها الوالدان من أجل نقلها إلى أولاد الزوجين، على سبيل المثال، المحكمة المدنية في سين، 5 شباط 1954، د، 1956، 106، تعليق Blaise، وفي القضية عينها غ م أن، 20 حزيران 1961، د، 1961، 641، تعليق R. Savatier؛ انظر حول هذه المسألة أيضاً الفصل I السابق في صدد التفريق عن الهبة باليد.

فهو يأخذ مثلاً بأنه ليس ملزماً برد الشيء قبل أن يطلب المعير ذلك⁽¹⁾.

وإذا كان العقد لمدة غير محددة يمكن أن يخرقه المعير في أي وقت: إلا أنه لا ينتهي إلا عقب إخطار المستعير برد الشيء⁽²⁾.

انظر حول الفارق بين نوعي العارية الرقم 22112 السابق وما يليه.

22157 - التحديد القضائي. ينبغي، في حال عدم وجود أجل محدد في العقد

وتمليه الظروف، في حالة النزاع، تفسير ارادة الفريقين، فيحدد القاضي المراجع مدة العارية وبالتالي مهلة وجوب رد الشيء. وينص القانون المدني على ذلك في المادة 1900 صراحة في ما يتعلق بعارية الاستهلاك. ويتبنى الاجتهاد الموقف نفسه في صدد عارية الاستعمال. ويعني ذلك أنه لا يمكن اعتبار الوعد مشوباً بالبطلان لعدم تحديد أحد عناصره الأساسية، أي مدته.

وللمحاكم في، ما يتعلق بعارية الاستعمال، أن تحدد أحياناً مدة العقد، ولها في ذلك حرية كبيرة⁽³⁾. غير أن محكمة النقض (أو التمييز) تمارس في هذا الشأن رقابة معينة، إذ يجب البحث عن «نية الفريقين المشتركة»، ويمكن مثلاً استنتاج الطابع العمري للعارية من كونها قد أبرمت، كما هي الحال مبدئياً، بالنظر إلى شخص المستعير⁽⁴⁾.

وتنص المادة 1900، بالنسبة إلى عارية الاستهلاك، عندما لا يحدد الفريقان استحقاق الرد، على أن القاضي بإمكانه إعطاء المستعير مهلة حسب الظروف. وتتنطق المادة 1901 إلى الحالة ذاتها حيث يدفع المستعير «عندما يستطيع ذلك أو عندما تتوفر لديه الامكانيات»⁽⁵⁾. وللقضاة حرية كبيرة لكي يقدروا، بانصاف، الأجل المناسب. ومن

(1) انظر غ م أن، 4 تموز 1979، م ق ع، 1979، 2، الموجز 514، مقعد سيارة: نقض القرار حكماً أذان المستعير بالعتل والضرر بدون البحث عما إذا كان، قبل الدعوة أمام المحكمة، قد رفض رد الشيء.

(2) هكذا يظهر الفارق مع الموقت.

(3) انظر غ م أن، 10 أيار 1989، ن م، I، رقم 191، شقة اعيرت لإقامة المستعير في باريس خلال أربع سنوات أو خمس، إمكانية الحصول على الرد بعد ثلاث سنوات: تحدد المادة 1888 مدة العارية بالوقت الضروري للإفادة من الشيء للاستعمال المتفق عليه ولا تطبق عندما لا يسوّغ المستعير حاجة محددة في الزمن.

(4) انظر غ م أن، 15 تشرين الأول 1985، ن م، I، رقم 259، نقض: الغرفة التي أجاز شخص ما لشقيقته بناءها على أرضه لاستعمالها الشخصي الصرف يمكن أن يطالب بها بعد خمس عشرة سنة بعد البناء من قبل مالك الأرض الذي يأمل استعادة الاستعمال الحاصر لمليته، ذلك بأن عارية الاستعمال لا ترتدي بالضرورة طابعاً عمرياً.

(5) انظر كمثال حكم محكمة استئناف باريس، 13 تشرين الأول 1986، د، 1987، 618، تعليق J. Moury، اعترافاً بالدين، عارية أعطتها امرأة إحدى جيرانها التي تعهدت بالسداد «تدريجاً حسب امكانياتها»: أعلن الحكم لتحديد الأجل، ان الدين، في حال عدم وجود تاريخ محدد للسداد مشروط في الاعتراف بالدين، يصبح مستحقاً عندما يبدي المدين، بسلوكه، ارادته في عدم مراعاة تعهداته، وذلك هو الحال عندما يختفي بدون أن يترك أي أثر.

المقبول في الواقع، شذوذاً عن القانون العام، أن يصوغا العقد مكان الفريقين.

ويقتضي، عموماً، الأخذ في الحسبان المهل الإضافية التي للمحاكم الحق في منحها للمدين استناداً إلى المادة 1244 - 1 وما يليها.

انظر حول المهلة في قرض العملة الرقم 22548 اللاحق وما يليه.

22158 - الطلب المسبق. قد ينتهي العقد، استثنائياً، قبل الأجل المتفق عليه. فالمادة 1889 من ق م تحوي في هذا الصدد قاعدة أصلية: تنص على أن المعير بإمكانه أن يطلب استرداد الشيء إذا برهن على «حاجة عاجلة وغير متوقعة إليه، وإن للقاضي إمكانية الأمر به «حسب الظروف»⁽¹⁾. وهذه إمكانية، مع كونها استثنائية، مسوغة تماماً بالطابع المجاني للخدمة المؤداة. وثمة توافق على التفكير في أن المعير لا يستطيع الحصول على استرداد الشيء قبل الأجل المتفق عليه في عارية الاستهلاك (المادة 1899).

وتسويغ الفارق، عدا مجانية الخدمة التي تدعو إلى معاملة المعير بحظوة، ان الشيء، في عارية الاستعمال، هو مادياً بين يدي المستعير بحيث انه لا يصعب عليه رده. وينبغي، بالمقابل، عندما تكون العارية للاستهلاك، أن يحصل المستعير على شيء معادل للشيء الذي تلقاه واستهلكه: الحال أنه قد يرتبك بكونه يتوجب عليه ذلك قبل التاريخ المتفق عليه⁽²⁾. او من هنا القساوة الكبيرة في الأجل في هذه الحالة الأخيرة.

انظر حول السداد المسبق في فرض العملة الرقم 22550 اللاحق.

22159 - وفاة أحد الفريقين. تنص المادة 1879، الفقرة الأولى، مع أن وفاة المتعاقد الذي جرى إبرام العقد، مع أخذه في الاعتبار، عندما يكون لهذا العقد طابع بالنظر إلى شخص المتعاقد معه، تضع نهاية طبيعية له، على أن وفاة هذا الفريق أو ذاك لا تجعل عقد العارية منتهياً⁽³⁾. إذن يتابع العقد مع ورثة المعير مما لا يؤدي إلى أي صعوبة،

(1) علة كون القاعدة مزدوجة هي أن «المعير، بوجه الاحتمال، لم يكن ليقدم على العارية لو أنه توقع حصول حاجة ملحة إلى الشيء، وأن من الظلم أن تكون رغبته في إجبار المستعير مضرة به»، إ.ع، V العارية، رقم 106.

وكإشهار انظر غ م أ ن، 23 تموز 1974، ن م، I، 244، شقة معارة عقب خرق وعد بالزواج، سكن مؤمن للموعدة، حالة المعير الصحية، حاجة ملحة، كلا؛ غ م أ ن، 3 شباط 1993، ن م، I، رقم 233، شراء الوالدين شقة لإسكان ولدهما وعائلته، انتظار طلاق هذا الابن، إشغال الزوجة الشقة، مطالبة اوقارب مردودة، غياب الحاجة الملحة.

(2) حتى أنه قد يحدث أن تكون كلفة الشيء، في هذا التاريخ غير المتوقع، أعلى من الكلفة المحسوبة، انظر Carpentier et Frèrejouan du Saint، ف ع أ، V العارية، رقم 175.

(3) النص صادر مباشرة عن Dumat في Du prêt à usage، القسم I، XV.

أو ورثة المستعير مما لا يسهل فهمه بسهولة⁽¹⁾. إن هذا الحل الأخير موضوع جدال⁽²⁾.

على أنه يبقى من السهل على الفريقين الاتفاق على أن العارية هي شخصية صرف ولا تنتقل إلى ورثة المستعير، والمادة 1879 تنص على ذلك صراحة في الفقرة 2 منها. يضاف إلى ذلك أن هذه الامكانية تستنتج من الظروف، فترتدي العارية عندئذ طابع بالنظر إلى شخص المتعاقد معه مما يدعو إلى التفكير في أنه قد تكون هناك درجات في الأخذ بالاعتبار شخص المتعاقد معه. ويعطي Troplong المثال التالي على ذلك: «إذا أعرت زيداً بيتي لاستعادة عافيته عقب مشقات العمل، فمن البديهي أن وفاة زيد تضع نهاية للعقد... للاتفاقية هنا طابع شخصي بحت»⁽³⁾.

وفي الواقع ينبغي تقديم الأمور في الترتيب العكسي للترتيب الوارد في القانون المدني: يجب أن تنتهي العارية، بالنظر إلى طابعها الشخصي، عند وفاة المستعير، إلا أنها قد تنتقل، استثنائياً، إلى ورثته إذا لم يكن الاستعمال، المتفق عليه قد أنتهى⁽⁴⁾.

22160 - الحق في الاحتجاز. تنص المادة 1885 في صدد عارية الاستعمال على أن «المستعير ليس في وسعه احتجاز الشيء مقابل ما يتوجب على المعير تجاهه»⁽⁵⁾. تبدو معاملته إذاً أقل حظوة من معاملة الوديع (1948). ويفسر هذا الفارق بسهولة بملاحظة أن الاثنين هما في وضعين متعاكسين: المستعير في عارية الاستعمال يستفيد من خدمة، والوديع يقدم خدمة، على أن نص المادة 1885 متنازع فيه وقد اعتبر Pothier نفسه، حيث ثمة توافق على التفكير في أن واضعي القانون المدني قد اقتبسوا النص، إن للمستعير الحق في الاحتجاز لتأمين دفع المصاريف أو التعويضات التي يمكن أن يطالب بها⁽⁶⁾. إن Troplong وآخرين مع هذا الرأي⁽⁷⁾.

(1) انظر Carpentier et Frèrejouan du Saint، ف ع أ، V العارية، رقم 13.

(2) Troplong, Du prêt، رقم 44، وهو يحاول تسويغ الحل، وقد استعاد مع ذلك المثال التقليدي: إذا استعرت قطعة خشبية لتدعيم بناء يهدد بالانهيار ويجب إصلاحه، فمن العدل أن يتمكن ورثتي من الاستمرار في استعمالها لهذه الغاية.

(3) Du prêt، المذكور سابقاً، رقم 44.

(4) هذا ما يراه Pothier في Du prêt، رقم 27: يتفحص في المقام الأول حالة كون العارية شخصية، وتحصل الوفاة لتقطعها (كتاب معار لكتابة مؤلف) ثم حالة عدم كون العارية شخصية، حيث بإمكان الورثة استعمال الشيء (جواد معار للمساعدة في قطاف العنب)؛ وعلى عكس ذلك Aubry et Rau، الفقرة 393، ص 597، وهما يرفضان أن يريا المبدأ في الطابع الشخصي، والاستثناء في قابلية الانتقال.

(5) انظر كتطبيق النقض المدني، 29 كانون الثاني 1877، د، 1877، 1، 280، أكياس للحبوب، موجب الرد: امكانية مقاصة دين بمبلغ من العملة ودين بمال منقول.

(6) Pothier, Du prêt، رقم 43، إ ع، V العارية، رقم 118، إ ع، الملحق، V العارية رقم 21.

(7) Du prêt، رقم 128؛ وكذلك Ripert et Boulanger، رقم 2304.

ويجري، دعماً لهذا الحل، بيان أن حرفية المادة 1885 لا تستبعد الاحتجاز من أجل المقاصة، وهكذا ليس ذلك سوى مجرد تطبيق للمادتين 1291 و1293 - 2: المقاصة مع دين المستعير لم تحصل على الإطلاق طالما أن الشيء، في عارية الاستعمال، وهو موضوعها، ليس مثلياً (الحال أن المادة 1291 تفرض أن تتناول الديون من الجهتين أشياء مثلية في ما بينها)، وإذا كانت عارية الاستعمال، استثنائياً، قد تناولت شيئاً مثلياً (مثلاً قطع معارة للعرض والتباهي *ad pompam et ostentationem*)، فإن النص الثاني يستبعد المقاصة أمام طلب استرداد إيداع أو عارية استعمال.

من الملائم إذاً الاعتراف للمستعير بالحق في احتجاز الشيء المعار. والاجتهاد، في أي حال، يرى أن النص هو في هذا الاتجاه عندما يكون الشيء قد عُهد به في نطاق علاقات أعمال متميزة ليست العارية قابلة للفصل عنها⁽¹⁾.

22161 - امتياز المعير. ينبغي، فضلاً عما تقدم، بيان أن المعير، في المادة العقارية، يستفيد من تأمين فعال جداً يتناول المال الذي يؤمن تمويله: امتياز مقرض للاموال الوارد في المادة 2103 - 2^o، من ق م⁽²⁾ المسجل وفقاً للاصول والمجتمع احتمالياً مع امتياز البائع ودعوى الفسخ، بمفعول الحلول في حقوق بائع الشيء، يجعله في وضع مرضٍ بما فيه الكفاية بصورة خاصة بحيث يكون راضياً في حال تخلف المستعير⁽³⁾.

22162 - التقادم (مرور الزمن). التقادم في مادة العارية هو تقادم القانون العام: ثلاثون سنة في ما يتعلق بالعلاقات بين الأفراد أو غير التجار (المادة 2262 من ق م)، عشر سنوات إذا كان أحد الفريقين من التجار (المادة 189 مكرر من قانون التجارة). بيد أن هناك أنواعاً خاصة من التقادم بالنسبة إلى عارية الاستعمال⁽⁴⁾.

(1) يتعلق الأمر بفرضية العارية «المفيدة»، انظر غ م أ ن، 28 شباط 1989، ن م، I، رقم 100، معدات بتصرف استثمار في إطار عقد ذبح الطيور الدواجن: نقض الحكم الذي استبعد حق المستعير في الاحتجاز استناداً إلى المادة 1885 من ق م.

(2) انظر حول هذه النقطة، Ph. Simler et Ph. Delebecque, Droit civil, La publicité foncière, 1989، رقم 261 وما يليه.

(3) انظر في هذا الصدد الرقم 22528 اللاحق.

(4) انظر الرقم 22549 اللاحق.

الباب الفرعي II

قرض العملة

22500 - عارية استهلاك. يرتبط القرض بشكل وثيق بالاعتماد. إن أكثر القروض شيوعاً وتسميه المواد 1829 إلى 1904 «القرض العادي» هو الذي يتناول مبلغاً من العملة والذي نصت عليه المواد 1905 إلى 1908 بأنه يمكن أن يتضمن فائدة: يجري الكلام عندئذ على «القرض بفائدة». وهو يحوي، كأى عارية شيء قابل للاستهلاك وبالتالي مثلي، بالضرورة نقل ملكية الشيء المقرض⁽¹⁾.

ثمة قواعد مختصرة جداً في القانون المدني في صدد قرض مبلغ من العملة (المواد 1905 إلى 1908). وقد اكتفت بالسماح باشتراط فائدة وتنظيم موجز لمعدلات الفائدة القانونية والاتفاقية. إلا أن قرض العملة، كمبدإ، هو بديلة من قرض الاستهلاك مما يجعله خاضعاً للقواعد الخاصة بعارية الاستهلاك (المواد 1892 إلى 1904). ويقتضي، في ما تبقى، أن تطبق عليه المبادئ العامة السارية على أنواع العارية جميعاً⁽²⁾.

إن حقل تطبيق الاعتماد، كتمويل لاكتساب الملكية العقارية وتمويل شراء الأموال المنقولة وتمويل الأشغال العقارية وجميع أنواع تقديم الخدمات، وبالتالي قرض العملة، شاسع. ويُنظر في أيامنا إلى القرض بفائدة بحظوة إلى حد ما: يستفيد مؤجر العقارات من تأمين خاص، امتياز مقرض الأموال الوارد في المادة 2103 - 2° من ق م⁽³⁾. إلا أن الأمر ليس على هذا النحو في مادة المنقول أو في تمويل تقديمات الخدمات.

ويبين التاريخ ان قرض العملة لم يكن ينظر إليه دائماً بعين الرضا.

(1) انظر الرقم 22112 السابق.

(2) انظر الرقم 22001 السابق.

(3) انظر الرقم 22161 السابق.

22501 - التطور التاريخي للقرض بفائدة. القرض هو أحد الأشكال الرئيسية في

القانون الروماني للعقود الذي يظهر الحاجة إلى الاحاطة بأسلوب القرض بفائدة. وقانون اللوحات الاثنتي عشرة، مع الاعتراف بصحة القرض بفائدة تحبسه في حدود يجري النقاش حولها لمعرفة ما كانت: الحد الأقصى المقبول كان على الأرجح 12% في السنة⁽¹⁾. ولكن نظام القرض كان قاسياً ويتيح حبس المقترض الذي لا يفي دينه، واسوأ من ذلك قتله⁽²⁾. وقادت ثورة العامين المثقلين بالديون، nexi ضد النبلاء، في القرن الخامس قبل الميلاد، إلى إصلاح قام به القنصلان Poetelliuss و Paparirus لتلطيف نظام القرض⁽³⁾. يضاف إلى ذلك أن الربا بضعف رأس المال كان، بصورة عامة، ممنوعاً بحيث إن الفوائد غير المدفوعة لم يكن على الاطلاق من الممكن أن تتجاوز مقدار المبلغ المقترض⁽⁴⁾. وكان قرض كبرى المغامرات بسبب طابع الضرر للعملية بمنجى من أي حد⁽⁵⁾.

وفي عهد Vespasien صدر القرار المشيخي المقدوني الذي حظّر قرض أولاد الأسرة: جرى تبني المبدأ في المجتمع المنحل آنذاك عقب قتل أحد الأولاد والده بسبب ديونه⁽⁶⁾، وأخيراً حدد جوسنينيان معدل الفائدة بـ 4% تجاه الأشخاص الشهيرين مقابل 8% بين التجار و 6% بالنسبة إلى الأشخاص الآخرين⁽⁷⁾.

- (1) Troplong, Du prêt، الصفحة XX، وما يليها، وهو يدعم الرأي القريب بأن الحد كان 8,33% لسنة من عشرة أشهر؛ وكذلك إغ، V العارية بفائدة، رقم 3؛ تم بعد ذلك تغير الحد الأقصى للمعدل المعتمد كثيراً، انظر P. F. Girard, Manuel élémentaire de droit romain، الطبعة السادسة، 1918، ص 525: انتقل إلى النصف، ثم حُظّر كلياً بقانون Genicia في العام 412 قبل أن يعود إلى 12% سنوياً في عهد شيشرون...
- (2) P. F. Girard, Manuel élémentaire de droit romain، المذكور سابقاً، ص 441 وص 487 وما يليها، وهو يبين أنه كان، بموجب قانون mexum من الضروري الحصول على قرار مسبق من القضاء من أجل العقوبات المطبقة؛ G. May, Éléments de droit romain، الطبعة العاشرة، 1909، رقم 126.
- (3) انظر Jean- Louis Gezzaniga, Introduction historique au droit des obligations، 1992، رقم 100، في صدد قانون nexum، الشكل الأول الذي ارتداه عقد القرض، وكانت الفوائد فيه مرتفعة جداً: يجري الكلام على 100% سنوياً؛ انظر أيضاً P. F. Girard, Manuel élémentaire de droit romain، المذكور سابقاً، ص 487 وما يليها.
- (4) انظر P. F. Girard، المؤلف السالف الذكر، ص 527، وهو يقدم القاعدة ككيفية تحديد تراكم الفوائد بالموازاة مع رسملة الفوائد؛ إغ، V العارية بفائدة، رقم 4.
- (5) انظر P. F. Girard، المؤلف نفسه، ص 526.
- (6) ينتج عن ذلك تحديد لأهلية أن يكون المرء مديناً بقرض عملة، انظر P. F. Girard، المؤلف الآنف الذكر، ص 527 وما يليها؛ ونجد أثر ذلك لدى Damat, Du prêt et de l'usure، ص 87، وهو يؤيد منع قرض أولاد الأسرة، وإنما يوضح أن هذا التحظر ليس له القيمة المطلقة التي كانت له في روما: ليس القرض غير مباح إلا أن يكون بمناسبة الفجور.
- (7) L. 26 قانون جوسنينيان، De usuris، «مما يترجم عدم خبرة مالية كبير»، كما قال P. F. Girard في مؤلفه السابق الذكر، ص 526، انظر إغ، V العارية بفائدة، رقم 4.

وبعد ذلك منع الاباطرة المسيحيون الربا كلياً. وبالفعل حظرت قوانين الكنيسة - القانون الكنسي - القرض بفائدة⁽¹⁾. وكان للتحذير كل قوته في القرون الوسطى، حوالي القرن الثاني عشر: وظهر الاحساس، في الوقت عينه كانت نهضة القانون الروماني التي قادت الروماني إلى جعله يتغلب شيئاً فشيئاً على القانون العرفي، بتأثير القانون الكنسي والمبادئ الاخلاقية التي نشرها، ولاسيما موجب احترام الوعد وتحذير القرض بفائدة⁽²⁾. بعد ذلك حظّر ملوك فرنسا هذا القرض⁽³⁾. وبقي القرض بفائدة مسموحاً به بين اليهود⁽⁴⁾، واللومباردين⁽⁵⁾.

وكان مذهب الكنيسة مبنياً على مقطع من إنجيل القديس لوقا الذي جرى توسله لهذه الغاية: «إذا اقترضتم من تألون أن تتوفوا منهم فأني امتنان يكون لكم؟... اقرضوا بدون أن تأملوا مقابل ذلك»⁽⁶⁾. ويمكن التفكير مع ذلك في أنه لم يكن في ذلك سوى نصيحة، محبة مسيحية. ونقتنع أكثر أيضاً إذا أوردنا حكمة الوحدات النقدية العشر (تالان Talant):

«والأمر، بالفعل، كما لو أن، رجلاً مسافراً دعا خدمه وعهد إليهم بامواله، فأعطى أحدهم خمس تالونات والتالي تالونين والثالث تالونا واحداً، لكل منهم حسب أهليته، ثم غادر... وعاد سيد هؤلاء الخدم وسوى حسابه معهم. وتقدم من تلقى خمس تالونات وقدم خمس تالونات أخرى قائلاً: سيدي، لقد عهدت إليّ بخمس تالونات؛ وهذه خمس تالونات أخرى ربحتها. فقال سيده له: هذا حسن، خادم أمين ومخلص، كنت أميناً على أشياء قليلة، وسأثبت في أشياء كبيرة، تعال للتمتع مع سيدك. وتقدم من تعهد إليه بتالونين بدوره وقال: لقد عهدت إليّ بتالونين، وهذان تالونان آخران كسبتهما. فقال له سيده، هذا حسن، خادم أمين ومخلص، كنت أميناً على أشياء قليلة، وسأثبت في أشياء كبيرة، تعال للتمتع مع سيدك. وتقدم بدوره من عهد إليه بتالون

(1) شدد العلماء اللاهوتيون، لتسوية التحذير، على أن الفائدة هي أجرة الزمن ولا يعود الزمن إلا إلى الله، انظر Jean- Louis Gazzaniga، المؤلف المذكور آنفاً، رقم 74.

(2) انظر Jean- Louis Goazaniga، المؤلف المذكور سابقاً، رقم 37 والإسنادات المعطاة في الرقم 85.

(3) انظر Pothier, Traité du prêt de consommation de l'usure، رقم 67، وهو يستشهد باعلان Philippe le Bel، في عام 1512 وبأمر Blois في عام 1579 (البند 202: «لتمنع أي شخص كان، من أي جنب كان، أو في أي ظرف، ممارسة الربا أو قرض الأموال بربح أو بفائدة... ولو كان ذلك بذريعة التجارة العامة»؛ Ripert et Boulanger، رقم 2315، وقد جعلوا الخطر عائداً إلى Charlemagne وأمره العالي في عام 789.

(4) لم يكونوا خاضعين للقانون الكنسي؛ وقد جرى تنظيم ربا أصحاب المصارف اليهود، وبخاصة في الأمر الملكي لعام 1360 الذي منهم - مقابل عائدات مالية - امتياز القرض بفائدة، انظر Ripert et Boulanger، رقم 2315.

(5) كان ثمة استثناء أيضاً بالنسبة إلى القروض الجارية في Chanpagne و Brie و Lyon، انظر Carpentier et Frèrejouan، ف د أ، V الفائدة، المذكور سابقاً، رقم 12 وما يليه.

(6) إنجيل لوقا، VI، 34، 35؛ Pothier, De l'usure، المذكور سابقاً، رقم 57، وهو يرجع بعيداً في الزمن ويشهد بـ Lévitique، Deutéronome.

واحد وقال: كنت أعرف أنك رجل صلب: تحصد حيث لم تزرع، وتجمع ما لم تنشر، وقد خبات، عن خوف، تالونك في الأرض، هذا هو مالك يعود إليك، إلا أن سيده أجابه: خادم سيء، وجِل!... كان عليك أن تضع تالوني في المصرف: كنت بدوري وجدت مالي مع فائدة انتزعوا منه تالونه وأعطوه من له العشر تالونات، لأن من له يعطى ويزاد وسيكون في بحبوحه، ومن ليس له ينتزع منه ما عنده. أما هذا الخادم الذي لا يصلح لشيء فالفقه في الظلمات في الخارج حيث ستكون الدموع وصرير الاسنان⁽¹⁾.

ولا يمكن، حتى ولو كانت العادة أن يستنتج من ذلك إرشاد من الدرجة الثانية (كل واحد عليه أن يجني هبات الطبيعة...)، أبعاد احساس بشع تجاه رأسمالية متوحشة يدل المثال عليها لدى التوقف عند الأول. ولكن ربما كان هدف القصد بيان ما هو مجتمع البشر وانتقاده...

ولم يكن تحظير الربا المقبول على هذا النحو في القانون القديم⁽²⁾ مع ذلك معقولاً⁽³⁾. وكان، فضلاً عن ذلك توقع نمو وسائل الإحاطة به وبالتالي الإقراض بفائدة مع ذلك: يستخدم البيع مع شرط الاسترداد⁽⁴⁾، وبخاصة الدخل العمري الذي، إذا كان

(1) XXV, Mathieu, 14 وما يليها؛ انظر أيضاً انجيل لوقا، XIX، 13، المثال عينه تحت تسمية «المظاهر العشر».

(2) انظر، في سبيل محاولة تسويغ جاهدة للحل عن طريق العقل Dumat, Du prêt et de l'usure، المذكور آنفاً، ص 79 وما يليها، وقد قصد «اكتشاف الاسباب التي تجعل فائدة القرض مشروعة»، ووجد طبائع مختلفة تفرق ايجار الشيء بعوض عن عارية الاستهلاك المجانية وتبين أنه من الظلم أن تصبح عارية الاستهلاك بعوض: نظام الحدث الفجائي، ونقل الملكية... وكل تسويغ غير مقنع، إنما ينبغي ايجادها، ذلك بأنه، كما يعترف المؤلف، «لا يمكن الشك في أن الربا هو جريمة كبرى طالما أن الانبياء بصفونه بجريمة منكورة ويضعونه في مصف عبادة الأوثان والزنا والجرائم الكبرى الأخرى... لأنه إذا لم يكن هناك فارق آخر بين قرض المال بدون فائدة أو بفائدة وبين بيع اعارة جواد أو تأجير، فمن الإلحاد والسخرية التفكير في أن القانون الإلهي الذي لا يمنع استيفاء ثمن الايجار كان يمكن أن لا يمنع فائدة القرض وقد يضعها في عداد الجرائم الكبرى المنكرة»؛ انظر أيضاً Pothier, De l'usure، المذكور آنفاً، رقم 55.

(3) يقصد بتعبير «الربا» الفائدة أيًا كان معدلها، انطلاقاً من الآونة التي تستخدم فيها للحصول على العملة، انظر Pothier, Du prêt et de l'usure، المذكور سابقاً، رقم 54: هذا الربا «المربح» هو الربا الذي يحظره القانون، وهو يفتقر عن الفائدة «التعويضية» وحسب التي ليست سوى التعويض عن الضرر، مثلاً عندما ينذر المستعير بالرد: إنه غير محظر، Pothier، المرجع عينه؛ وإنما، من أجل تجنب أي لبس، من الممنوع اشتراط فائدة في قرض حتى ولو كانت تعويضية، انظر Carpentier et Frèrejouan du Saint، ف د أ، المجلد 24، 1896، V، الفائدة، رقم 11.

(4) انظر في هذا الاتجاه Troplong, De la vente، رقم 692: الوعد بالبيع مع شرط الاسترداد «يناسب الربا جداً»، Ripert et Boulanger، رقم 2316.

ويمنح البيع مع شرط الاسترداد، مع ملكية المال، تأميناً للمعير ليكتسب الملكية، وليستفيد من الفائدة يكفي الاعلان في العقد عن ثمن أعلى مما دفعه فعلياً؛ أو بشكل أبسط أيضاً النص على ثمن للاسترداد بعد البيع أعلى من ثمن بيع الشيء، مما يعتبر مشروعاً، انظر في هذا الاتجاه Pothier, De la vente، رقم 413؛ إ، V، البيع، رقم 1440.

بالامكان استرداده، يشبه خلطه بالقرض⁽¹⁾. وقد قيل بحق: «بدلاً من شجب إساءة استعمال القرض بفائدة يكفي افراط في الروحية لايفاء استعماله كلياً ولرفع هذا العقد الثمين نحو الاتجاه الصحيح للقرض الخاص أو العام»⁽²⁾.

إن إحدى منتوجات الثورة الفرنسية الأولى كان إعلان صحة القرض بفائدة في قانون 3 - 12 تشرين الأول 1789: ذلك إحدى تأكيدات الحرية⁽³⁾. وقد استعاد القانون المدني هذا المبدأ في المادة 1905، وإنما بدون إهمال تنظيم رقابة القانون في المادة 1907.

22502 - مقارنات. عندما تركز عارية الاستهلاك على وضع مبلغ من العملة بتصرف الغير تقترب أحياناً من عقد الشركة: يمكن أن يحصل ذلك إذا كان من المتفق عليه أن أجر المعير يتوقف على استخدام الأموال المعنية⁽⁴⁾. والمعيار الرئيسي للتفريق هو أن هناك قرضاً بالتأكيد إذا لم تكن للمؤجر كلمته في شأن إدارة الأموال من قبل المقترض، وانه، على العكس، تكون هناك شركة إذا له الحق في رقابتها⁽⁵⁾.

ويورد Ripert et Boulanger، في المرجع عينه، أساليب أخرى مستعملة، كعقد المهاترة (عقد بيع وهمي يخفي فوائد ربوية) الشراء نقداً مع بيع ثانٍ لأجل، والرهن الميت Mort-gage الذي يتيح للمرتهن أن يجني ثمار الشيء...

(1) كان الشراء بعد البيع محظراً أيضاً لمدة طويلة، انظر إ.ع، المجلد 1، 1870، محاولة حول التاريخ العام للقانون الفرنسي، ص 154 وما يليها؛ وقد أيد البابا Martin الخامس في عام 1425 إنشاء الدخل وإنما بشرط أن لا يكون قابلاً للشراء بعد البيع؛ وقد دافع Du Moulin في مطوّله De usuris لصالح شرعية إعادة شراء المداخل، وقد كرس حكم المجلس النيابي في باريس في عام 1552 هذا الحل.

(2) Troplong السالف الذكر، ص V.

(3) انظر Jean- Louis Gazzaniga, Introduction historique au droit des obligations، الأنف الذكر، رقم 74 ورقم 160.

(4) انظر حكم محكمة استئناف باريس، 11 آذار 1967، د، 1967، 474، م إ د، 1968، II، 15344، أموال مقدمة لشراء مؤسسة تجارية، المشاركة في فائض القيمة، غياب كمساهمة في الخسائر، وصف قرض؛ غ م أن، 27 شباط 1973، ن م، I، رقم 73، مال مسلم لشراء لوحة بالمحاصة من أجل تحقيق ربح في البيع ثانية؛ حكم محكمة استئناف باريس، 21 شباط 1986، د، 1986، 548، تعليق J. Honorat، جمعية محاصة موضوعها اكتساب ملكية قطعة أرض وتنميتها وبيعها بعد الشراء، وصف العارية مستبعد رغماً عن نصوص العقد، تقديم أحد الشركاء الذي قدم الأموال؛ قارن بـ غ ت ن، 8 كانون الثاني 1969، ن م، رقم 11، مقرض أموال مستفيد من فائض القيمة الذي يمكن أن يتحقق من إعادة بيع محتملة للمؤسسة التجارية المكتسبة ملكيتها بعد العملة المقترضة؛ انظر أيضاً غ ع، 3 آذار 1903، د، 1904، 1، 257؛ تعليق I. Petel- Teyssié؛ E. Thaller، م إ م، المواد 1905 إلى 1908، القرض بفائدة، الكراسة 1، 1990، رقم 5.

(5) انظر على وجه الخصوص E. Thaller، التعليق المذكور سابقاً، د، 1904، 1، 257؛ هناك عنصر آخر يجب أخذه في الحسبان هو إرادة المقرض في الاسهام في الخسائر: ليس موجوداً إذا كان يتوخى سداداه مهما حصل، انظر غ ع، 8 كانون الثاني 1972، د، 1972، 1، 194، تقديم رؤوس أموال لاستثمار صناعي، ليست هناك مساهمة في الخسائر؛ غ ع، 5 كانون الأول 1987، د، 1988، 1، 430، رؤوس أموال وضعت بالاشتراك، غياب مساهمة في الخسائر؛ حكم محكمة استئناف باريس، 11 آذار 1967، د، 1967، 474، م إ د، 1968، II، 15334، أموال مقدمة لشراء مؤسسة تجارية: عقد الشركة يجب أن =

وفي الحد بين الاثنين هناك القرض الإشراكي الذي أنشأ حديثاً المشرع الفرنسي على صورة نموذج الانغلو اميركي حيث يتكون أجر وضع الأموال من فائدة محددة من جهة أولى، وتتوقف من جهة ثانية على الأرباح⁽¹⁾.

إن قرض العملة مقدم كعقد اعتماد. من المفيد إذاً، بعد تفحص هذا النوع من القرض (الفصل I)، موضعه في نطاق عمليات الاعتماد الأوسع (الفصل II).

= يعتبر باطلاً لأنه يعفي أحد الشركاء من أي اسهام في الخسائر مما يمكن أن يجعله مرتدياً خصائص عقد آخر صحيح، ولا سيما القرض.

(1) انظر القانون رقم 78 - 741 بتاريخ 13 تموز 1978؛ ف د ت، V القرض الإشراكي، 1986، انظر في هذا الاتجاه Malaurie et Aynès، رقم 928.

ذاتية قرض العملة

22503 - المفهوم والروابط. أصبح قرض العملة، مع الانتشار الخيالي للاعتماد، يستعمل يومياً، فالجميع يلجأون إليه: الفرد لحاجات حياته اليومية، والمهني لتمويل نشاطه.

ويتمثل القرض في كفاءات متنوعة جداً. فقد يعطى بعوض أو مجاناً: انتشر في السبعينات والستينات الاعتماد المجاني كتقنية لتنشيط البيع⁽¹⁾ وهو تارة لمدة محددة، ويعطى بالتالي لسنة أو خمس سنوات أو اثنتي عشرة سنة... وطوراً لمدة غير محددة بحيث ان للمقترض أو المقرض الحق في وضع نهاية له في أي وقت مع إخطار. وهو يستخدم في أغلب الأحيان لتمويل مال أو تقديم خدمة⁽²⁾، وأحياناً يكون مقصد الأموال متفقاً عليه: يخصص القرض لاستخدام معين⁽³⁾؛ وأحياناً أخرى لا يحدد المقصد ويبقى المقترض حراً في استخدام الأموال: يتعلق الأمر بقرض «شخصي»⁽⁴⁾. وتتنوع كفاءات سداد القرض من حالة إلى أخرى: قد تكون الاستحقاقات ثابتة أو متغيرة، كما في القرض بأقساط سنوية تصاعدية⁽⁵⁾؛ وتفسح العلاقة بين دفع الفائدة وسداد رأس المال في

(1) انظر حول تنظيم القرض المجاني الرقم 22517 اللاحق.

(2) قد يتم التعاقد لغاية أخرى: تسديد دين على سبيل المثال.

(3) يجري الكلام أيضاً على القرض «المقيد» انظر M. Yh. Calais Auloy, Fondement du lien unissant vente et prêt dans le prêt lié، م. د، 1984، 1، 3144؛ وحول كون مؤسسة الاعتماد تعلق عموماً أهمية كبرى

على مقصد المال المقترض، ولا سيما في قرض المؤسسات، انظر J. L. Rives- Lange et M. Contamine، انظر Raynaud، رقم 354؛ وحول الرباط بين عقد القرض والعقد الممول، انظر الرقم 22521 اللاحق وما يليه.

(4) انظر كمثال غ م أن، 26 تشرين الثاني 1991، ن م، I، رقم 336، قرض شخصي لشراء سيارة، قانون 10 كانون الثاني 1978 حول حماية المستهلكين عديمي الأهلية.

إن تعبير القرض «الشخصي» ملتبس ذلك بأنه يجري الكلام أيضاً على الاعتماد «الشخصي» للتدليل على

القرض غير المضمون بتأمين عيني، بخلاف الاعتماد «العيني» المضمون، انظر J. L. Rives- Lange et M. Contamine- Raynaud، رقم 355.

(5) صيغة القرض بأقساط سنوية تصاعدية جرى استخدامها في المادة العقارية وبخاصة في قروض الوصول إلى =

المجال لأنواع مختلفة من التنسيق، يمكن أن يكون الاستهلاك خطياً (أي في شكل خط) أو تناقصياً أو تصاعدياً⁽¹⁾؛ وقد يكون معدل الفائدة محدداً أو متغيراً تبعاً لأسعار العملة موضوع الإسناد⁽²⁾؛ ويمكن سداد رأس المال كلياً عقب القرض، كما في القرض في النهاية prêt in fine⁽³⁾... وقرض العملة أخيراً قابل لأن يتخذ أي نوع من الأشكال والتسميات: قرض رهن عقاري، قاعدة الاعتماد، ربح الصرف⁽⁴⁾...

إن نظام قرض العملة معقد وهو ليس موجوداً في القانون المدني وحسب. إن عقد القرض معقد لأنه يندرج في مجموعة عقود⁽⁵⁾. فحاجة المقرض إلى إيجاد ضمانات، وهاجس المقرض في الجمع بين الاعتماد وعملية التمويل يجعلان القرض يقيم علاقات مع بعض العقود الملحقة.

وفتح الاعتماد، بالفعل، نادراً ما يتم بدون تأمين: يقترن القرض عموماً بعقد ضمان يبدأ بما هو الأكثر جساماً الرهن العقاري وينتهي مع الأخف بالكفالة⁽⁶⁾. وكل واحد

= الملكية التي تساعد الدولة، انظر حول مسألة إعادة شراء قروض كهذه في حقبة تهقر معدلات الفوائد، M. Vion, La renégociation des prêt immobiliers، ف د، 1987، 1217.

(1) انظر حول هذه النقطة الرقم 22534 اللاحق وما يليه.

(2) على سبيل المثال PIBOR؛ انظر حول البطلان لعدم التحديد عندما تتغير الفائدة تبعاً للمعدل على قاعدة مصرفية، القسم III اللاحق، الفقرة 1، ج.

(3) عملية الاعتماد، في القرض في النهاية الذي غالباً ما يمارس في المادة العقارية، مقترنة بعقد تأمين - رسملة، مما يجسد بصورة خاصة منافع ذات طابع ضريبي: يتعاقد صاحب العلاقة في هذه الحالة على قرض، لست سنوات على سبيل المثال، ولا يسدد إلا الفوائد (القابلة للتنازل بخاصة من دخل يستوفى على أساس تأجير المال للغير) طوال مدة القرض، ولكنه يشكل في آن واحد ادخاراً بتسديد علاوات التأمين، مما يتيح له جمع رأس المال الواجب السداد عقب نهاية الاعتماد.

(4) ينبغي عدم الشك في أن فتح الاعتماد يشكل قرضاً: ذلك بأنه يركز على وضع مبلغ من العملة بتصرف الغير خلال مدة من الزمن، على الأقل التعهد بذلك، انظر حول الوعد بالقرض الرقم 22129 السابق؛ وعلى عكس ذلك، Bénabent، رقم 829؛ وفي صدد فتح الاعتماد انظر Ripert et Roblot, Traité élémentaire de droit commercial، المجلد 2، 1986، رقم 2377، وفتح الاعتماد في عرفهما يختلف عن العقد ذي الطابع العيني الوارد في القانون المدني؛ J. L. Rives Lange et M. Contamine-Raynaud، رقم 433، ويريان أن الفقه يعتبره عقداً من نوع خاص؛ انظر أيضاً النقض المدني، 12 تشرين الثاني 1946، د، 1947، 109.

(5) هناك، بين عقود أخرى مرتبطة بالقرض، التأمين الذي يكتب به المقرض، في حالات الوفاة أو العاهة، أو المرض، حتى التوقف على العمل مما يعرض دفع الاستحقاقات للخطر، وبخاصة في المادة العقارية حيث يكون الاعتماد لمدة طويلة؛ وحول موجب الإعلام الملقى على عاتق المقرض في هذا الصدد انظر حكم محكمة استئناف نيم، 16 شباط 1981، م ف ق ت، 1981، 833، م Rives-Lange و Cabrillac، حيث كان المستفيد من القرض الذي توقف عن العمل يجهل أن هذا الوضع كان مماثلاً للمرض المغطى بالتأمين المرافق لهذا القرض: المدفوعات الفصلية جرى مع ذلك استقطاعها من حسابه في المصرف الذي أدين بالتعويض بسبب الواقع الناجم عن أن المؤمن كان، لاحقاً، قد عارض تغطية المخاطر لأنه جرى ترك مرور الزمن لستين يجري.

(6) انظر ضمانات التمويل، مؤتمر الكتاب العدل الثاني والثمانين في فرنسا، 1986.

يعرف القرض التقليدي مع رهن الحيازة حيث لا يحصل المقرض على مبلغ من العملة إلا شرط ترك شيء ثمين كإيداع. ويمكن دائماً اللجوء إلى ذلك. فقد تعاقبت في جبال Piété في القرون الوسطى إلى أيامنا مؤسسات الاعتماد البلدي المسماة عامياً «لدى عمتي»⁽¹⁾. إلا أنه من غير الملائم بالنسبة إلى المقرض أن يتجرد من أحد أمواله. ويعطي تعيين محل وفاء الأجور حيث يكون القرض مرتبطاً، داخل حساب في المصرف، بإيداع مبلغ من المال مثلاً على إوالية سهلة للضمان الشخصي⁽²⁾.

ويقيم القرض، من جهة أخرى، روابط مع العقد الذي يتيح التمويل. إن أحد مظاهر تقدم التشريع الذي يحمي الاستهلاك تكريس وجود هذا الرباط بحماية المقرض ضد احتباسه في شبك الاعتماد في حين أن الخدمة المنشودة، أو المال، قد لا تقدم له.

إن مبادئ جديدة لم تطرح حول هذه النقطة وحدها. فجاذبية الاعتماد في الحقبة المعاصرة قادت إلى التشريع من أجل حماية المستهلكين من الأخطار التي يتضمنها. ولكن القواعد المثبتة الصادرة في قوانين خاصة بقيت خارج القانون المدني. وقد جمعت حديثاً في مدونة قانون الاستهلاك⁽³⁾. وكانت حماية المستهلكين موضوع توجيهات أوروبية حولت التشريع الوطني: التوجيه الأول حول حماية الاستهلاك الصادر في 22 كانون الأول 1986 وقد طرح مبادئ بحدها الأدنى وإنما ترك مسألة حساب معدل الفائدة معلقة، والتوجيه الثاني الصادر في 22 شباط 1990 أكمل التوجيه الأول في هذا الصدد⁽⁴⁾.

(1) يسوس الاعتمادات البلدية المخصص لها الحق في أن تقترح على الجمهور القرض مقابل رهن الحيازة مرسوم 20 أيار 1955: يعطى القرض لمدة قصوى لسنة واحدة، انظر J. Calais-Auloy, Droit de la consommation, 1992، رقم 267؛ وبالفعل لم تتمكن بيوت القرض مع رهن الحيازة من أن تبدأ عملها إلا ابتداء من تحرير القرض بفائدة في عام 1789، ولكنها أفسحت في المجال لاساءات استعمال فأخضعها قانون 16 بلوفيز العام XII لاجازة، انظر إغ، المجلد 36، V العارية مع رهن الحيازة، بخاصة الرقم 2 «ما يمنعه القانون هو هذه المضاربة المجرمة وبدون رقابة التي تستغل حاجات الفقير بسهولة القرض وتنهيه عن طريق فوائد فاحشة بافراط».

(2) انظر في هذا الصدد الرقم 33509 اللاحق.

(3) قانون 26 تموز 1993 المتعلق بمدونة قانون الاستهلاك؛ وحول حماية المستهلك انظر Corbonnier، رقم 46؛ Flour et Aubert، المجلد 1، رقم 192 وما يليه؛ Ghestin، La formation du contrat، رقم 78؛ Malaurie et Aynès، رقم 324 وما يليه؛ Marty et Raynaud، المجلد 1، رقم 43 وما يليه ورقم 105؛ Mazeaud et Chabas، رقم 32 - 3 وما يليه، Stareck، تأليف Roland et Boyer، المجلد 2، الأرقام 102 و125 و137 و290 وما يليه و350 و656 وما يليه و681 وما يليه و1525 وما يليه و1689؛ Terré، Simler، et Lequette، الأرقام 249 وما يليه و430 و544 و833؛ Viney، المجلد 1، الأرقام 244 و494 و512 و761 وما يليه و782...

(4) التوجيه 102/87/CEE في 22 كانون الأول 1986 حول الاعتماد في مادة المنقول، الجريدة الرسمية للمجموعة الأوروبية رقم L 42 في 12 شباط 1986، والتوجيه CEE/88/90 في 22 شباط 1990 الجريدة =

22504 - التصميم. يرتسم أكثر فأكثر انشقاق بين الاعتماد للمهنيين والاعتماد للمستهلكين الذي أصبح منظماً بقوة⁽¹⁾. ويسوّغ ذلك، على سبيل الإيضاح، التطرق إلى نمو حماية المستهلك الذي يلجأ إلى الاعتماد (القسم التمهيدي).

وقد سبق أن رأينا، في شأن ما تبقى، بيان ذاتية قرض العملة غير مرة عند تفحص قواعد القرض العامة: في ما يتعلق بالأهلية المطلوبة للتعاقد، وذاتية الوحدة النقدية في الرد بالمعادل، وغياب الضمان ضد العيوب⁽²⁾. . . . وللاقتناع بشكل أفضل ينبغي التطرق إلى تكوين العقد (القسم I) ثم الرباط الموجود مع عقد التمويل (القسم II)، ينبغي التطرق إلى تكوين العقد ومعطيات قرض العملة (القسم III) وبعض مظاهر تنفيذه (القسم IV)، قبل إثارة نهايته (القسم V).

القسم التمهيدي

نمو حماية المستهلك عن طريق الاعتماد

22505 - التقسيم. تم وضع نظام خاص لحماية المستهلك عن طريق الاعتماد (الفقرة 1) الذي يفترض تطبيقه تحديد بعض المفاهيم كمفهوم المستهلك والاعتماد (الفقرة 2).

الفقرة 1 - النظام الخاص للحماية

22506 - أ. أعمال الحماية. كان دائماً ثمة إحساس بالحاجة إلى حماية المقترض أكثر من أي متعاقد آخر. وقد أضيفت إلى حماية المقترض التقليدية التي يؤمنها على العموم تحظير الربا بشكل خاص، حماية هذا المقترض الخاص أي المستهلك الذي هو موضوع إغراء الاعتماد أكثر من غيره.

وجرت ثورة حقيقية حول هذه النقطة في قانوني Scrivener في 10 كانون الثاني 1978 حول الاعتماد للمنقول و13 تموز 1979 في شأن الاعتماد العقاري⁽³⁾. وتكرّس

= الرسمية للمجموعة الأوروبية رقم L 61 في 10 آذار 1990، انظر M. Tenreiro، مصنف الاجتهاد الأوروبي، الكراسة 2011، حماية مصالح المستهلكين الاقتصادية، 1993، رقم 75 وما يليه، C. Boutayeb، معجم السوق الأوروبية، V، حماية المستهلك، 1992، رقم 22.

(1) وفي شأن الاعتماد للمستهلكين انظر، بخاصة، J. Calais-Auloy، Droit de la consommation، المذكور سابقاً، رقم 266 وما يليه (اعتماد المنقول) و331 وما يليه (الاعتماد العقاري).

(2) انظر الباب الفرعي I السابق.

(3) انظر، على وجه الخصوص Ch. Gavalda، L'information et la protection des consommateurs dans le domaine des opérations de crédit، د. 1978، 189، و La protection de l'emprunteur en matière de credit immobilier، د. 1980، العرض 211؛ J. Calais-Auloy et L. Bihl، commentaire de la loi 1978،

أدب قانوني غزير لمختلف مظاهر حماية المستهلك التي أقامها هذان النصان. إنهما في الواقع، من جوانب عدة، يحددان قانون الموجبات التقليدي حتى انهما يقلبان: شكلية عقدية تبعث من جديد، وإعادة النظر في القوة الإلزامية للعقد مع امكانية الرجوع الممنوحة للمقترض، ورباط بين عقد الاعتماد وعقد التمويل، وتنظيم خاص للاعتماد المجاني... وقد انتقلت الحركة إلى المستوى المجموعي (أي المتعلق بالمجموعات الأوروبية)⁽¹⁾.

وتتدخل الحماية في المراحل جميعاً: سواء مرحلة إبرام العقد (علنية، شكلية، ...)، أو مفاعيله (ترابط العمليات، تحديد الاكراهات...)، أو تلاشيته، (أو زواله) (الوفاء المسبق، العقوبات المخففة). ويلاحظ، بوجه خاص، هاجس إعطاء المستهلك وقتاً معيناً للتفكير في تأكيد حقيقة رغبته في التعاقد، وهذا ما يسمى في ما وراء الاطلسي «cooling off period»: مهلة التبريد.

وأحد المظاهر الهامة للحماية المقامة هو تحظير العمل على توقيع كمبيالات أو سندات تجارية أخرى من قبل المستهلك الذي يحصل على اعتماد في مادة المنقول أو غير المنقول. وتنص المادتان 17 من قانون 10 كانون الثاني 1978 حول قرض المنقول و35 من قانون 13 تموز 1979 في شأن القرض العقاري المستعادتان، في المادة 313 - 13 L. من قانون الاستهلاك، على ذلك صراحة، في تعابير يصعب ان يفهمها الجاهل، وذلك أحد التقديمات الأساسية لهذين النصين⁽²⁾. ويعاقب على مخالفة هذه القاعدة بغرامات⁽³⁾.

= de, م إ د، 1972، الطبعة IC.I، 7245، وقانون 1979، م إ د، 1980، الطبعة C.I، 9045؛ R. Vente Prêt et d'immeuble et protection de l'acquéreur- emprunteur، م إ د، 1980، I، 2973، و Fadrallah et autres, Le droit du، I، 1980، 2979؛ immobilier et protection de l'emprunteur، منشورات Litec، 1982.

(1) اتوجيه رقم 102/87، C E E، 22 كانون الأول 1986 (الجريدة الرسمية للمجموعة الأوروبية) رقم 42 L. 22/12/1986 ص 48 الصادر في شأن الاعتماد للمنقول، الذي أقام حماية تتموضع في ناحية ما سبق أن نص عليه القانون الفرنسي بحيث انه لم يعدل في هذا القانون شيئاً له دلالة؛ انظر حول هذا الموضوع الاسنادات الفقهية المعطاة سابقاً.

(2) تعلن المادة 313-13 L. إن «أحكام المادة 114 من قانون الاستهلاك تنطبق على الكمبيالات والسندات لأمر التي يوقعها المقترضون أو يكفلونها حتى الراشدون في مناسبة عمليات اعتماد يسوسها هذا الباب» (مع بعض الاستثناءات)؛ وبما أن المادة 114 من قانون الاستهلاك تنص على أن «الكمبيالات التي يوقعها القاصرون غير التجار بالجملة باطلة تجاههم عدا حقوق الفريقين المتبادلة وفقاً للمادة 1312 من ق م» فإن المادة 313-13 L. من قانون الاستهلاك موضوعها إذاً بيان أن مفاعيل ما التزم به المستهلكون في الاعتماد باطلة لأن موقعها يماثل بالقاصر.

(3) المادة 25 من قانون 1978 التي أصبحت المادتين 311-35 L. والمادة 32 من قانون 1979 التي أصبحت المادة 312-34 L.، في أحكام أكثر صراحة: على سبيل المثال تعلن المادة 311-35 L. إن من «يعمد إلى جعل المقترض أو شاري كمبيالات أو سندات لأمر يوقع أو يقبل أو يضمن هذه السندات» يتعرض لغرامة من ألفين إلى مئتي ألف فرنك.

وتسويغ الحل هو أنه من الملائم استبعاد قساوة القانون المتعلق بسعر الصرف⁽¹⁾ إذا كان القصد تأمين حماية المستهلكين ذلك مفروض بصورة خاصة كي يتمكن المدين باستحقاقات سداد قرض معطى لشراء مال منقول من التحرر من موجبات القرض عندما يبطل عقد التمويل أو يفسخ⁽²⁾.

يضاف إلى ذلك ان المشتري سن قواعد صلاحية خاصة في مادة قرض المنقول. فالنزاعات التي يثيرها إعطاء الاعتمادات تخضع لقانون عام 1978 التي، بمقتضى مادته 27 التي أصبحت المادة L.37/311 من قانون الاستهلاك، تعود لصلاحية محكمة القاضي المنفرد: الهدف هو توفير قاضٍ بالقرب من المستهلك⁽³⁾. وليس هناك نص مشابه في مادة الاعتماد العقاري: هناك نص فقط على أن محكمة القاضي المنفرد صالحة لإعطاء المستهلك مهلة إضافية استناداً إلى المادة 1244 - 1 وما يليها من ق م⁽⁴⁾.

22507 - ب. حقل تطبيق الحماية. يعلن قانون عام 1978 أنه يطبق على «بعض

عمليات الاعتماد» ويسري، مبدئياً، على القروض الشخصية والقروض المخصصة أيضاً⁽⁵⁾ طالما انها ليست معدة لتمويل حاجات نشاط مهني⁽⁶⁾. فالقروض المخصصة في الواقع هي الأكثر تواتراً بكثير بحيث ان النص يغطي، بصورة اساسية، تمويل الأموال المنقولة أو

- (1) يستبعد القانون المتعلق بسعر الصرف بين نصوص أخرى، تطبيق المادة 1244 - 1 وما يليها من ق م في شأن المهل الإضافية.
- (2) المادة 9 من قانون 10 كانون الثاني 1978 التي أصبحت المادة L. 21- 311، انظر حول هذا الرباط بين العقد الاصيلي وعقد القرض الرقم 22 515 اللاحق وما يليه.
- (3) هذه المادة 27 سيئة الصياغة والحق يقال طالما أنها تنص فقط على أن «محكمة القاضي المنفرد تنظر في النزاعات الناشئة عن تطبيق هذا القانون»، بحيث إنه ينبغي بت مسألة معرفة ما إذا كانت تستهدف مجموعة المسائل التي تثيرها القروض المعطاة للمستهلكين بسرعة، ولا سيما المسائل المتعلقة بتخلف هذه المحكمة، أو المسائل التي تقحم أحد أحكام قانون 1978 وحسب: أخذت محكمة النقض بالحل الأول وهو حل موفق، انظر غ م أن، 11 حزيران 1985 د. 1986، 138 تعليق Warembourg Auque، وأيضاً غ م أن، 9 كانون الأول 1966، د. 1988، 84، تعليق Paire، م إد، 1987، II، 20862، تعليق Bey.
- وتنص المادة 27 في الوقت عينه على أن الدعاوى المقامة أمام المحكمة يجب أن تقام خلال سنتين اعتباراً من نشوء الحق المتمسك به، انظر حول هذه النقطة الرقم 22549 اللاحق.
- (4) انظر حول هذه النقطة الرقم 22543 اللاحق.
- (5) حماية المقترض أكثر فعالية في حالة القرض المخصص لأنه يستفيد من القواعد التي انشأت رباطاً بين عملية الاعتماد وقرض التمويل، وهذا غير وارد في حالة القرض الشخصي، انظر الرقم 22522 اللاحق.
- (6) تستبعد المادة 3 من قانون 1978 التي أصبحت المادة 311 - 3 من قانون الاستهلاك من حقل تطبيقها: (1) العقود المعدة لحاجات نشاط مهني والقروض المعطاة لشخص عام (مما يضيفي على النص طابع حماية المستهلك)، (2) العمليات التي تتناول عقارات بما في ذلك نفقات البناء أو الاصلاح بمبلغ أعلى من رقم محدد بمرسوم، هو اليوم 140000 (مما يؤمن التماسك مع قانون 1979): وضع الرقم 140000 فرنك المرسوم رقم 88 - 293، 25 آذار 1988، المتخذ تطبيقاً لهذا النص.

تقديم الخدمات باستثناء الاشغال العقارية بمبلغ معين⁽¹⁾، ومن هنا التسمية التي يمكن اعطاؤها على انه قانون اعتماد المنقول.

وتستبعد من سلطانه: (1) القروض المعقودة في الشكل الرسمي ذلك بأنه يعتبر أن حضور الكاتب العدل الذي يحرر العقد كافٍ لتوفير المقرض، (2) الاعتماد المعطى لزمن مساوٍ لثلاثة أشهر أو أقل، مما يستبعد المهل القصيرة للدفع⁽²⁾، (3) الاعتماد بمبلغ مرتفع محدد حالياً بـ 140000 فرنك، باعتبار أن السبب هو أن المقرض في حالة كهذه لا يحتاج إلى الحماية القانونية⁽³⁾.

ويطبق قانون 1979 في ما يتعلق بعقارات لاستعمال سكني أو لاستعمال مهني أو سكني وبصورة أوضح: (1) بعمليات اكتساب عقار، كملكية أو كتمتع، أو عمليات التسجيل أو شراء حصص في شركات، وعمليات نفقات بناء عقاري أو إصلاح عقاري بمبلغ أعلى من رقم هو اليوم 140000 فرنك⁽⁴⁾، و(2) بشراء قطع اراضٍ معدة لبناء عقارات كهذه⁽⁵⁾.

إن الحقل واسع إذاً من هذا الجانب ومن ذاك.

الفقرة 2 - مفهوم المستهلك ومفهوم الاعتماد

22508 - أ. مفهوم المستهلك. يطرح تنظيم الاعتماد المقترح على المستهلكين، بصورة أساسية، المسألة المزدوجة لمعرفة من هو المستهلك من جهة أولى، وما هي عملية الاعتماد من جهة ثانية، والجواب عن المسألة الأولى قابل للتأويل.

(1) انظر المادة 3 من قانون 1978 التي أصبحت المادة 311 - 3 من قانون الاستهلاك ومرسوم تطبيقها المذكورين سابقاً.

(2) المادة 3 من قانون 1978 التي أصبحت المادة 311 - 3 من قانون الاستهلاك: كسب الوقت، مع استعمال بطاقة دفع من نموذج بطاقة مصرفية، وهو أربع أسابيع في أفضل حال؛ بيد أنه، إذا كانت وسيلة الدفع المستعملة هي بطاقة اعتماد تتضمن امكانية الحائز في عدم تسديد كامل دينه في نهاية كل شهر، فإن الاعتماد المعطى يمكن أن يصبح أعلى بثلاث مرات.

(3) المرسوم رقم 88 - 293، 25 آذار 1988، المذكور آنفاً؛ غير أن الفريقين بإمكانهما أن يخضعا ارادياً للقانون عملية يفترض أنها بمنجى منه، انظر غ م أن، 16 تموز 1988، ن م، I، رقم 229، د، 1988، الموجز 405، م J. L. Aubert، سيارة ايجار مع وعد بالبيع، مبلغ أعلى من سقف 100000 فرنك في ذلك الوقت، عقد مبرم في صيغة تعتمد قانون 1978، تطبيق التقادم في سنتين.

(4) المرسوم رقم 88 - 293، 25 آذار 1988، المذكور سابقاً؛ بالنسبة إلى نفقات الاصلاح بمبلغ أدنى، قانون 1978 حول اعتماد المنقول هو المطبق.

(5) المادة الأولى من قانون 1979 التي أصبحت المادة 312 - 2 من قانون الاستهلاك؛ نفلت من القانون، على وجه الخصوص، القروض المعطاة لاشخاص القانون العام والاشخاص الذين يمولون نشاطاً مهنيًا، بخاصة نشاط الشركات التي تكتسب بصفة اعتيادية عقارات، كملكية أو كتمتع، المادة 2 من قانون 1979 التي أصبحت المادة 312 - 3 من قانون الاستهلاك.

فالمستهلك، في ما يتعلق باعتماد المنقول، هو قبل أي شيء من يتعاقد لتلبية حاجاته الشخصية ويتوجه إلى مهني لهذه الغاية: مهني الاعتماد، وفي حالة الاعتماد غير المخصص، هو الوحيد الذي يجب أخذه في الاعتبار وكذلك مهني البيع أو الخدمات، في ما يتعلق بعملية التمويل. وينبغي، باعتبار أن القروض المعقودة لحاجات نشاط مهني مستبعدة في المادة 3 من قانون 1978 التي أصبحت المادة L.7-311 من قانون الاستهلاك، أن تستبعد من حقل تطبيق القانون التوظيفات المهنية الصرف. على أن مفهوماً واسعاً لمفهوم المستهلك يبدو متغلباً في هذا الشأن، تماماً كما كانت الحال خلال زمن معين في تطبيق التشريع حول البنود التعسفية⁽¹⁾، ومن المقبول أن تفيد حماية المستهلك الحاصل على القرض المهني الذي يبرم عقداً خارج مجاله التخصصي⁽²⁾. ومن الصعب بالفعل التفكير في أن حماية القانون يجب أن تعطى لأي شخص غير متخصص في الاعتماد.

ويفرض الحل ذاته بالنسبة إلى الاعتماد العقاري ويعرّف المستهلك فيه أيضاً كمن يتعاقد لحاجات حياته الخاصة⁽³⁾. بيد أن للأسلوب الذي نص عليه قانون 1979 ذاتية من المناسب بيانها، إنها تعود إلى أن مستهلك الاعتماد الذي يريد تمويل اكتساب ملكية محمي عندما يتزود من مهني، وذلك طبيعي، وكذلك عندما لا يكون بائع العقار مهنيّاً وذلك أقل طبيعية، وفي هذه الحالة الأخيرة، بين فردين، اختار المشتري بالفعل حماية أحدهما بمضرة الآخر، ويجب عدم الخطأ في ذلك لأن الأسلوب القانوني الذي يفيد من تعهد بوعدهم بالبيع عليه أن يلجأ إلى الاعتماد لتحقيق ملكيته، إلا أن ذلك ليس بدون سيئات بالنسبة إلى البائع: يجد هذا البائع نفسه معرضاً للمجازفة في أن يعدل شريكه في التعاقد في النهاية عن العملية لعدم حصوله على القرض الضروري⁽⁴⁾. ويقدر أن حماية القانون

(1) انظر غ م أن، 28 نيسان 1987، د، 1988، 1، تعليق Ph. Delebecque، م إ د، II، 20893، تعليق G. Paisant، نظام انذار لمكتب تأمين؛ وعلى عكس ذلك غ م أن، 21 شباط 1995، م إ د، II، 1995، 728، تعليق G. Paisant، ايجار سيارة.

(2) غ م أن، 25 أيار 1992، إ س، 183، نظام انذار، تاجر، قرض يمول الاكتساب، نقض الحكم الذي استبعد قانون 1972 حول السعي إلى التعاقد وقانون 1978 حول اعتماد المنقول: العقد الأصلي، حسب الحكم، كان يتعلق باقامة نظام انذار ليس من صلاحية الزبون المهنية الذي كان «في حالة الجهل كأي مستهلك آخر»؛ وعلى نقض ذلك، سابقاً، غ ت ن، 10 أيار 1989، ن م، IV، رقم 148، نظام معلوماتي مكتسب عن طريق بيع في صورة ايجار من قبل وكيل تأمين.

(3) على أن مدى القانون أوسع مما هو في مادة اعتماد المنقول، ذلك بأن عملية التمويل قد تتناول عقاراً لاستعمال مختلط مهني وسكني؛ ويمكن جني دخل منها، الغرفة الجنائية في محكمة النقض، 7 آب 1990، د، 1990، إ س، 225؛ غير أن تجار الأموال أو منشطيهما الذين يكتتبون باعتماد في نشاطهم المهني مستبعدون، في أي حال، من حقل تطبيق القانون.

(4) الحال أن مرشح اكتساب الملكية، إذا كان بإمكانه العدول على هذا النحو، له الحق في استرداد تعويض التجميد الذي دفعه؛ وحول هذا الرباط بين العقد الأصلي والقرض المطلوب، انظر الرقم 22521 اللاحق وما يليه.

ليست عقابية إلى الحد الذي يمكن الاعتقاد به، ذلك بأن البائع هو دائماً في وضع غير مريح إذا كان مرشح اكتساب الملكية لا يجد تمويلاً: وإجباره على التنفيذ ليس قضية بسيطة فالعقد إذاً معرض للخطر في أي حال. إلا أنه من الواضح، في معنى آخر، إن البائع يفقد الافادة من تعويض التجميد عندما تكون العملية في هذا المنحى. والقانون، واقعياً، يتجسد في علاوة لمن يدفع نقداً ويكون لدى البائع الإغراء في تفضيل الشاري الذي يسعى إلى الحصول على اعتماد، حتى ولو كان من الواجب إعطاؤه تخفيضاً: ولكن إذا كان من المفروض تخفيض الثمن قليلاً فإن البائع هو الذي يتحمل المصاريف.

وقد بدأ من الضروري، أياً كان الأمر، ان يحمي المشتري، في أي ظرف كان، مكتسب ملكية عقار يلجأ إلى القرض. ولاشك في أن هذا الاختيار هو الأفضل بالنظر إلى أهمية العملية واغراءات الاعتماد. إن قانون عام 1979 برهن على حماية جريئة للمستهلك.

22509 - ب. مفهوم الاعتماد. يتنوع الجواب عن المسألة الثانية حسب النصوص

المعنية، إلا أن المفهوم، المعتمد في مجمله، هو مفهوم الاعتماد. فمن المقبول في قانوني 1978 و1979، كما في قانون 28 كانون الأول 1966 حول الربا، أن الاعتماد غير محدود في حالة قرض العملة: إنه موجود، مبدئياً، ما أن يتم الحصول على تقديم، بدون أن يكون الدفع الملازم له قد تم فوراً بكامله.

وقد سبق لقانون 1966 أن اعتبر أن البيع عند المقدرة يجب أن يماثل بالقرض⁽¹⁾. وقانون 1978 أوسع مدى، فهو ينص على أنه يطبق على «أي عملية اعتماد»⁽²⁾، مجاناً أو بعوض، حتى ولو تحققت عن طريق البيع في صورة ايجار أو ايجار مع وعد بالبيع⁽³⁾، كما عن طريق بيع أو تقديم خدمات يتدرج دفع ثمنها أو يتأجل أو يتجزأ⁽⁴⁾. ويستهدف ذلك، مثلاً، الاعتماد الذي يعطيه البائع، الاعتماد البيعي كما يقال، ونادراً ما يبدو أنه

(1) المادة الأولى، الفقرة 2، التي أصبحت المادة 313-3 L، الفقرة 2، من قانون الاستهلاك؛ انظر في صدد قانون 1966 الرقم 22532.

(2) لوحظ، بأسف، أن القانون لا يحدد ما هو الاعتماد، J. Calais- Auloy, Droit de la consommation المذكور سابقاً، رقم 283: يعتبر المؤلف أن ذلك قد يستهدف حتى بعض الايجارات ذات المدة الطويلة؛ وعلى عكس ذلك غ م أن، 11 تشرين الأول 1989، د، 1991، 225، تعليق P. Ancel الناقد، انظر حول هذه النقطة الرقم 21801 السابق.

(3) يتكلم القانون عن «ايجار مع خيار الشراء»، إلا أن الأمر سيان: تعبير الايجار، مع «وعد بالبيع» هو التعبير الذي أخذ به قانون 1979، انظر الرقم 22522 وما يليه.

(4) المادة 2 من قانون 1978 التي أصبحت 311 - 2 من قانون الاستهلاك: هذا الطرح الأخير كان موضوع انتقاد ببيان أن ذلك قد يمد قانون 1978 إلى عمليات يكون الدفع فيها مجزئاً، وذلك إلى أقصى حد، بدون أن يكون لاحقاً للتقديم من قبل المهني.

يستبعد غير الايجار بلا قيد أو شرط⁽¹⁾. أما قانون 1979 فهو يأخذ بمفهوم أضيق ولا يماثل بالقرض⁽²⁾ إلا عقود الاجارة البيعية أو الاجارة المقترنة بوعد بالبيع⁽³⁾. هناك في ذلك إرادة توسيع مفهوم ظاهرة الاعتماد وتعزيز الحماية. انظر أيضاً حول مفهوم الاعتماد الرقم 22109 السابق.

القسم I

تكوين عقد قرض العملة

22510 - النقد، الفائدة... يجب أن يعبر عن المبلغ المقترض موضوع قرض العملة بالنقد الفرنسي⁽⁴⁾. إلا أن القاعدة لا تطبق عندما يكون للقرض طابع دولي: يفرض ترك هذه الامكانية للفريقين بسبب «ضرورات التجارة الدولية»⁽⁵⁾. والإسناد، حتى في العمليات ذات الطابع الداخلي، إلى عملة اجنبية مقبول عندما يكون لهذه العملة رباط مع موضوع العقد، ولا سيما مقصد الاموال أو نشاط أحد الفريقين: يبدو البند الذي يقوم المبلغ المقترض مرتبطاً بعملة أخرى كمجرد بند التحديد وفقاً لمؤشر متحرك⁽⁶⁾.

- (1) غ م أن، 11 تشرين الأول 1989، د، 1991، 327، تعليق P. Ancel، م ف ق ت، 1990، 244، تعليق B. Bouloc، ايجار بيت متحرك لمدة طويلة بدون خيار الشراء، قانون 1978 مستبعد؛ انظر أيضاً غ م أن، 19 حزيران 1990، ن م، I، رقم 173، ايجار سيارة مستعملة: اعتبر الحكم ان العملية تخضع لقانون 1978 طالما أن المهني جعل المستهلك، بالتلازم، يلتزم بظلمة للسيارة عينها عقب الايجار.
- (2) المادة الأولى من قانون 1979 التي أصبحت المادة L. 2-312 من قانون الاستهلاك، تستهدف القروض «أيّاً كان وصفها أو تقنياتها».
- (3) المادة 22 من قانون 1979 التي أصبحت المادة 312 - 24 من قانون الاستهلاك: ينص القانون، في صدد هذه العقود، على كفاءات خاصة للتطبيق بالنسبة إلى المواد التالية.
- (4) المادة 1895، الفقرة 2، من ق م التي تعلن وجوب رد المبلغ المقترض «في سعر النقد في آونة الدفع»، وانشأ قانون 12 آب 1870 سعر الصرف القسري للنقد الفرنسي؛ انظر A. Le Bayon، م إ م، المادة 1895، القرض العادي، رقم 13 وما يليه.
- (5) على سبيل المثال غ م أن، 13 أيار 1985، ن م، ، رقم 146، قرض تعاقدت عليه شركة فرنسية لدى شركة سويسرية، بند إسناد إلى العملة السويسرية؛ وقد تعتمد العملة الاجنبية كما في قرض دولي، عملة الدفع أو مجرد عملة حساب، انظر حول هذه النقطة كمثال F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, Les obligations، 1993، رقم 1234 وما يليه.
- (6) بيد أن الإسناد إلى العملة الاجنبية كعملة حساب هو وحده الصحيح على الصعيد الداخلي، أي بند «القيمة النقدية الاجنبية» وليس سعر صرف العملة الاجنبية كعملة دفع (بند «العملة الاجنبية»)، انظر غ م أن، 10 أيار 1966، د، 1966، 497، تعليق Ph. Malaurie، م إ د، 1966، II، 114871، تعليق J. Ph. Lévy؛ كما أن بند «القيمة ذهباً» هو صحيح (وليس بند - الذهب) الذي يحدد القرض وفقاً لمؤشر متحرك على أساس سعر الذهب، انظر غ م أن، 4 كانون الأول 196، د، 1963، 698، تعليق M. Pédamon، م إ د، 1963، II، 13033، تعليق P. Esmein، وقد أطلق حركة تحرير بنود التحديد وفقاً لمؤشر متحرك قرار Guyot، غ م أن، 27 حزيران 1957، د، 1967، 649، تعليق G. Ripert، م إ د، 1957، II، 10093 مكرر، طلبات Besson، قبول قانونية بند السلم المتحرك في عقد داخلي انظر أيضاً القسم III، التحديد وفقاً =

والقرض قد يكون مجاناً أو بعوض. وإذا كانت، صحة القرض بفائدة قد أكدها القانون المدني في المادة 1905، فإن قرض العملة، عندما لا يكون مشروطاً صراحة أنه بفائدة، يعتبر ذا طابع مجاني⁽¹⁾. والقرض هو بعوض على العموم عندما يعطيه المصرف. وليس من النادر أن يكون مجاناً إذا أمّنه بائع المنتج أو المدين بالخدمة. إن له، من هذا الجانب أو ذلك، أخطاراً: من هنا التنظيم شبه المتعاقب المتقلب.

ويتميز قرض العملة، من زاوية تكوينه، بذاتية تلاحظ في ما يتعلق بفريقي العملية (الفقرة 1)، وتبدو أيضاً في الإحاطة بمسار تكوين العقد المتسم بقوة بهاجس حماية المقرض (الفقرة 2).

الفقرة 1 - فريقا العقد

22511 - الاحتكار والانتقاء. إن المقرض الذي لا يمكن أن يكون أيّاً كان (أ)، والمقرض الذي يحق انتقاؤه (ب) هما، إذا صح القول، مختاران بدقة.

انظر حول مسائل الأهلية في القرض على وجه العموم الرقم 22124 السابق.

22512 - أ. مقرض العملة. ثمة احتكار في هذا الشأن. فمن يقرض بفائدة، على الأقل إذا كان يعمل على وجه اعتيادي، يجب أن يكون مؤسسة اعتماد: قانون 24 كانون الثاني 1984، المسمى القانون المصرفي، يؤكد أن عمليات الاعتماد هي في عداد العمليات المصرفية الداخلة في احتكارها، وتعرفها المادة 3 بأنها «أي عمل يضع بموجبها أحد الأشخاص الذي يقرض بفائدة أموالاً بتصرف شخص آخر أو يعد بوضعها»⁽²⁾. على أن ثمة استثناءات لصالح بعض الهيئات، كالتي ليس الربح هدفاً لها⁽³⁾، أو بعض العمليات كمنح مهل دفع في نطاق نشاط مهني⁽⁴⁾.

ويمكن، على هامش القانون المصرفي، إعطاء القرض بطرق مختلفة. من قبل أحد

= لمؤشر متحرك؛ ولكن الدفع يجب دائماً أن يكون ممكن الاجراء بالعملة الوطنية، وتكون مهمة العملة الاجنبية عملة حساب وحسب؛ وينبغي مع ذلك التحفظ في حالة الدفع في الخارج، انظر في ما يتعلق بالاجر، في عقد عمل منفذ في العراق، غ إ ن، 25 تشرين الأول 1990، ن م، ٧، رقم 508.

(1) ما عدا في شأن الحساب الجاري، انظر غ م أ ن، 23 تموز 1974، د، 1975، 586، تعليق Stoufflet؛ وحول قرينة مجانية قرض العملة انظر القسم III، معطيات القرض.

(2) يضيف النص: «أو يتعهد لصالحه بتوقيع ككفيل قرض عملة أو ضامنه، مما يتجاوز مفهوم القرض بحصر المعنى، انظر J. L. Rivies- Lange et M. Contamine- Raynaud، رقم 29 وما يليه

(3) المادة 11 من قانون 24 كانون الثاني 1984، انظر أيضاً الاستثناء لصالح الهيئات التي تمارس عمليات البناء الواردة في المادة L. 1-411 من قانون البناء وما يليها، ويمكن أن توافق على قروض لاشخاص طبيعيين يريدون اكتساب الملكية.

(4) المادة 12 - 1 من قانون 24 كانون الثاني 1984: هكذا ينجو الاعتماد للبائع من الاحتكار المصرفي.

الأفراد مثلاً وإنما عرضاً⁽¹⁾، أو مجاناً من قبل مهني أيضاً⁽²⁾. وقد يعطى القرض في العلاقات العائلية بدون فائدة.

ولم يعد الكاتب العدل، منذ 1945، يجاز له القيام بدور وسيط في القروض المعطاة بين افراد، وبالتالي توظيف عملة زبنة: لا يستطيع المفاوضة في عمليات كهذه أو تحقيقها بعقد توقيع خاص، وبإمكانه فقط تنظيم العقد في الشكل الموثق (أو الرسمي) لإثبات القرض⁽³⁾.

يضاف إلى ذلك، لتجنب أن يستسلم المستهلكون - وأي شخص آخر - لإغراء الاعتماد، أن قانون 28 كانون الأول 1966 المتعلق بالربا يحظر، في مادته 9 - 1 السعي إلى التعاقد من أجل النصح بقروض العملة أو عرضها. إن ذلك حد سليم⁽⁴⁾.

22513 - رفض البيع. هل تكون مؤسسة القرض، المقرضة المهنية التي تكون في وضع ايجاب دائم مذنبه برفض تقديم خدمة، وتستوجب اللوم تجاه الأمر الاشتراعي لعام 1986 المتعلق بحرية الاسعار والمنافسة، لعدم الموافقة على قرض طلب إليها؟ الجواب سلبي ولا شك: فمن المقبول، بصورة عامة، ان لا تطبق القواعد العادية للمنافسة في هذا الشأن بسبب المجازفة التي يتعرض لها المصرفي وطابع بالنظر إلى الشخص المتعاقد معه⁽⁵⁾. ومن المشروع، في الواقع، ان يشكل طلب القرض موضوع انتقاء، مما يطرح

(1) انظر كمثال غ م أن، 29 حزيران 1982، ن م، I، رقم 246، قرض شخص لاخته بدون شرط المهلة وبلا فائدة.

(2) قد يحدث أن يوافق مهني على قروض بفائدة بدون أن يكون مؤسسة قروض: إنه يخرق عندئذ التنظيم المصرفي.

(3) مرسوم 19 كانون الأول 1945، المادتان 13 و 14 اللتان تنصان على عقوبات مسلكية: لا يؤثر توسط الكاتب العدل في القوة الالزامية للعقود المبرمة بواسطته، انظر غ م أن، 14 تشرين الأول 1980، ن م، رقم 254؛ انظر، كمثال على عقد منظم لدى الكاتب العدل يثبت قرض بين الأفراد، غ م أن، 24 حزيران 1981، القضية الثانية، د، 1982، 397، تعليق M. Boisart، منع تنظيم عقود قروض بتوقيع خاص يسري على الاعتراف بالدين ذلك بأنه، عندما يتعلق الأمر بعقد كهذا يعتبر الكاتب العدل أنه لم يشترك في التفاوض على القرض وإنما يتدخل لاحقاً حيث لم يبق سوى تثبيت الموجب: بإمكان الكاتب العدل إذاً المساهمة فيه كأن يتولى مثلاً تسجيل الاعتراف لاعطائه تاريخاً أكيداً.

(4) وكنتطبق انظر غ م أن، 19 حزيران 1990، ن م، رقم I، رقم 172، نقض الحكم الذي طبق قانون 1966 على شخص وكلاء زوجان ايجاد قرض لاكتساب ملكية بيت بدون اثبات اقدام هذا الشخص على السعي إلى التعاقد.

(5) يمكن استنتاج الحل بالاستدلال بالضد من المادة 89 من القانون المصرفي لعام 1984؛ وفي صدد الاعتماد الذي يعطيه البائع، وفي ظل سلطان الأمر الاشتراعي العام 1945، انظر غ ت ن، 31 كانون الثاني 1966، د، 1966، 537، م M. Cabrillac و J. L. Rives- Lange: جوهر الاعتماد هو الثقة ويعود إلى البائع إعطاء مكتسب الملكية تسهيلات الدفع التي يرى انها في علاقة مع المعلومات التي يمكن أن يحصل عليها حول ملاءة هذا المكتسب. انظر J. L. Rives Lange et N. Contamine- Raynaud، رقم 361؛ Cl. Lucas de Leyssac، مصنف اجتهاد المنافسة والاستهلاك، الكراسة 290، V رفض البيع، 1991، رقم 26، وهو =

مسألة معرفة ما هي الامكانيات المتوفرة لدى من يبرم القرض معه، ومعرفة لماذا: مما يدعو إلى النظر في الأمور من وجهة نظر المقرض.

22514 - ب. مقرض العملة. يفترق مقرض العملة حسبما يكون مهنيًا أو مستهلكًا. وللقرض، في الحالة الأولى، طابع تجاري في أغلب الأحيان، مما يؤثر في نظامه⁽¹⁾. وهناك حماية خاصة مؤمنة للمقرض في الحالة الثانية.

والمرشح للاقتراض، أيًا كانت صفته، وقبل أي شيء عندما يكون أحد الأفراد، موضوع تقدير وبالتالي موضوع انتقاء: مؤسسات الاعتماد، عن طريق المعلومات المختلفة، وبفضل معالجات معلوماتية، تقوم مخاطرة عدم إيفاء دينها، بحيث تستبعد الدافعين السيئين. يضاف إلى ذلك أن قانون 10 كانون الثاني 1978 المتعلق بحماية المستهلكين في مادة الاعتماد للمنقول ينص على أن المقرض بإمكانه أن يحتفظ بالحق في قبول شخص المقرض (المادة 7، الفقرة 2).

وتسمى التقنية المستعملة لهذه الغاية «Scoring» (وضع علامات)، بسبب أن علامة معينة تعطى لمرشح الاقتراض. ويشير هذا الأسلوب صعوبات تجاه حماية الأفراد ضد المعالجات المعلوماتية للمعطيات الاسمية⁽²⁾. ويطبق المبدأ الوارد في المادة 2، الفقرة 2، من قانون 6 كانون الثاني 1978 المتعلق بالمعلوماتية على البطاقات والحريات لأنها تمنع أن يكون القرار إداري أو خاص، يستدعي تقدير السلوك البشري، كاساس وحيد معالجة معلوماتية تعطي تحديداً للمظهر الجانبي لصاحب العلاقة أو لشخصه. وقد ذكرت اللجنة الوطنية للمعلوماتية والحريات حديثاً بأن مرشح الاقتراض له الحق في الوصول⁽³⁾ إلى المعلومات المستخدمة لتقديم مجازفة الاعتماد ومعرفة مدلول هذه المعلومات⁽⁴⁾.

= يعترف، بصورة عامة، للمصرفي بالحق الاستثنائي في رفض التعاقد، شرط أن يعرضه التقديم لمخاطرة ما؛ Ch. Gavalda et J. Stoufflet, La loi bancaire du 24 janvier 1984، م إد، 1985، 13176، رقم 30.

(1) انظر فهرس دالوز التجاري.

(2) انظر التقرير السادس للجنة المعلوماتية والحريات - 1985، ص 298؛ عشر سنوات من المعلوماتية والحريات، منشورات Economica، 1988، ص 46 وما يليها؛ J. Huet et H. Maisl, Droit de l'informatique et des télécommunications، 1989، رقم 224.

(3) حول حق الوصول انظر المادة 34 وما يليها من قانون 6 كانون الثاني 1978؛ وفي صدد توصية أول نيسان 1980 المتعلقة بأعمال الحق الفردي في الوصول إلى البطاقات المؤلفة انظر J. Huet et H. Maisl, Droit de l'informatique et des télécommunications، المذكورين سابقاً، رقم 263.

(4) القرار رقم 93032، 6 نيسان 1993، في صدد المعالجة المؤلفة للمعلومات الاسمية التي تقوم بها مؤسسة الاعتماد وقصديتها إدارة زبنها التجارية: غير إنه أضيف، عن عدم تبصر، في القرار أنه لا يمكن الاحتجاج ضد من يمارس حقه في الدخول «بسرية الأعمال والمصلحة الاقتصادية أو التجارية للمؤسسة»، وذلك موقف منتقد لأن وضع العلامات يستدعي ضبط الطرق التي هي ثمار عمل المؤسسة ولا يمكن أن يفرض عليها نشرها.

وتقتضي الإشارة، فضلاً عن ذلك، إلى ان المادة 23 من قانون 1989 حول الاستدانة المفرطة للمنازل أنشأت بطاقة وطنية لحوادث الدفع المرتبطة باعتماد الاستهلاك يسوسها مصرف فرنسا⁽¹⁾، وبطاقة الدافعين السيئين هذه تغذى من معلومات تعطيها مؤسسات الاعتماد الملزمة باعلان حوادث الدفع المعنية ولها امكانية الاطلاع على هذه المعلومات عندما تسأل عن ملاءمة منح اعتماد⁽²⁾.

ويعتبر أن المقرض، لأن الاعتماد عملية لها طابع بالنظر إلى شخص المتعاقد معه الهام جداً، بإمكانه أن يرفض إعطاء الاعتماد حسب مشيئته ولا يلزم ببيان أسباب هذا الاختيار⁽³⁾. وينبغي إيضاح فروقات هذا الطرح الدقيقة: حماية الاشخاص ضد مخاطر المعلوماتية تجعل الوصول إلى المعلومات التي على أساسها جرى اتخاذ قرار رفض القرض حكماً. ويبقى أن اعتبار الشخص اساسي في قرض العملة.

والدليل على ذلك المسؤولية التي يتعرض المصرفي موزع الاعتماد لها تجاه الغير، انظر الرقم 22547 اللاحق.

الفقرة 2 - حماية المقرض

22515 - المقرض والمستهلك. تحقق تقدم هام في إعلام المقرض مع تبني إوالية المعدل الفعلي الاجمالي الذي تقتضي إثارته مع تحذير الربا⁽⁴⁾. من الأكيد، في أي حال، ان المرشح للاقتراض يجب أن يكون بوضوح على علم بالمظاهر المختلفة للقرض المقترح عليه: المدة والاستحقاقات والتأمين، وتحديد الثمن وفقاً لمؤشر متحرك... وبخاصة الفائدة المطلوبة⁽⁵⁾. بيد أن المشتري وضع، بصورة أخص، في هذه المرحلة، حماية معينة للمستهلكين: عن طريق تنظيم العلنية وتنظيم الاعتماد المجاني، وعن طريق الإحاطة بمسار تكوين عقد القرض.

وغاية بعض هذه النصوص، كمونا، حماية انواع المقرضين جميعاً، سواء أكانوا

(1) يتكلم النص على «بطاقة وطنية تحصى المعلومات حول حوادث الدفع المرتبطة بالاعتمادات المعطاة للأشخاص الطبيعيين لحاجات غير مهنية»، ويعتبر أن إقامة دعوى أمام القضاء ضد المستهلك تميز حادث دفع كهذا، انظر J. Calais-Auloy, Droit de la consommation، المذكورين آنفاً، رقم 307؛ وحول قانون عام 1989 الرقم 22556.

(2) أورد النص أن «مصرف فرنسا في جلّ من السر المهني في إعطاء مؤسسات الاعتماد... معلومات اسمية واردة في البطاقات».

(3) Ch. Gavalda et J. Stoufflet, Droit bancaire، المذكورين سابقاً، رقم 366 ورنم 453؛ J. L. Rives- Lange et Contamine- Raynaud، رقم 361.

(4) انظر الرقم 22530 اللاحق.

(5) انظر كمثال غ ت ن، 23 تشرين الأول 1990، د، 1991، 73، تعليق Ch. Gavalda، الحساب الجاري، تطبيق معدل الفائدة القانوني.

ليس لها وزن كبير في شأن قرار الشاري»⁽¹⁾. هكذا عدل قانون 1978 في مادته الرابعة التي أصبحت المادة 311 - 5 و 6 من قانون الاستهلاك في المقام الأول، الدعاية في صدد الاعتماد المجاني، بطريقتين: علنية الاعتماد المجاني ممنوعة خارج أماكن البيع، وعندما تتم في أماكن البيع يجب أن تبين مبلغ الحسم المعطى عند الدفع نقداً. وقد أمّن القانون، فضلاً عن ذلك، في المادة 4 - 1 من قانون 1978 التي أصبحت المادة 311 - 34 من قانون الاستهلاك، حقيقة السعر بطريقتين: (1) سعر المنتج أو الخدمة المقترح مع اعتماد مجاني يجب أن لا يتعدى الثمن الأدنى الذي يمارسه المهني فعلياً خلال السنوات الثلاث الأخيرة (هكذا يتم تجنب زيادة السعر في آونة اقتراح الاعتماد المجاني، مما يخدع المستهلك: النفع يجب أن يكون حقيقياً)؛ (2) على المهني أن يقترح في آن واحد سعراً للبيع نقداً الأقل من السعر مع اعتماد مجاني⁽²⁾. وثمة نص على عقوبات جزائية دعماً لهذا الأسلوب⁽³⁾.

وهكذا نصل، تناقضياً، إلى جعل الاعتماد «المجاني» اعتماداً له ثمنه⁽⁴⁾، طالما أن المستهلك يعرف تماماً كلفته، بالنسبة إلى منتج ما، عند شرائه عن طريق الاعتماد أو الدفع نقداً: أن يعرف إذاً ثمن الاعتماد. بيد أن الشفافية هي بهذا الثمن⁽⁵⁾.

22518 - ب. الإحاطة بمسار تكوين العقد. يتطلب إبرام عقد القرض إعلاماً تاماً للمقترض. ويُفرض، لهذه الغاية، أن تكون الفائدة المطلوبة كمكافأة على القرض مشترطة صراحة: يفرض قانون 28 كانون الأول 1966 الذي يحظر الربا، وكذلك المادة 1907، الفقرة 2، من القانون المدني، الذكر الخطي لمعدل الفائدة في عقد القرض⁽⁶⁾. ويفرض على المقرض، بصورة عامة، أن يزود شريكه في التعاقد

(1) Ch. Gavalda, Un frein à l'extention du crédit gratuit، د، 1984، العرض 181، المذكور آنفاً، رقم 1، حيث يوضح المؤلف أن الاعتماد المجاني انتشر في السبعينات ليصل إلى القمة في 1984: إنه القانون المصرفي في 24 كانون الثاني 1984، المادة 6 التي احتضنت الظاهرة.

(2) يجب أن تحدد كفيات الحساب بمرسوم، المادة 4 - 1 من قانون 1978 التي أصبحت المادة 311 - 34 من قانون الاستهلاك في نهايتها.

(3) المادة 24 من قانون 1978 التي أصبحت المادة 311 - 34 من قانون الاستهلاك.

(4) حول الانطباع عن الدعاية الكاذبة التي يمكن أن تنتج عن ذلك انظر Cas et Bout, Lamy Droit économique، 1993، رقم 4310: «ممارسة التخفيض المعطى للشاري نقداً التي كانت بالأمس تعتبر كاذبة بالنسبة إلى الشاري عن طريق الاعتماد أصبحت إلزامية».

(5) يلاحظ في الوقت عينه أن القانون، إذا لم يكن قد اهتم بتأمين المساواة في المعاملة بين المستهلكين النهائيين للمنتجات أو الخدمات (كان الاهتمام موجهاً إلى عدم التمييز في العلاقات بين المهنيين فقط لصون المنافسة)، تمكن من الوصول إلى هذه النتيجة طالما أنه أمّن لمن يدفع نقداً: أن يدفع بسعر أقل مما يدفع عن طريق الاعتماد، وبالتالي لن تطبق مساواة كاذبة بين هذين الشارين.

(6) انظر J. Stoufflet، تعليق في د، 1975، 586، على حكم غ م أن، 23 تموز 1974، الذي استعاد =

بالمعلومات بأكثر ما يمكن من الكمال⁽¹⁾.

ويسري ذلك على أنواع القروض جميعاً. إلا أنه، من أجل حماية المستهلك، تعزز الأسلوب مع قانوني 10 كانون الثاني 1978 و 13 تموز 1979، في شأن الاعتماد العقاري والاعتماد المتعلق بالمنقول، وقد حددا كليات تكوين العقد وفرضا شكلية معينة⁽²⁾. وعند الانطلاق كانت فكرة أن المقترض الذي عليه أن يحصل على اعتماد لاكتساب ملكية مال يتمناه «قابل للتأثر بصورة خاصة» باغراءات الاعتماد⁽³⁾، وبالتالي معرض للسقوط في افخاخه. على أنه، إذا كانت الاهتمامات هي ذاتها هنا وهناك، ثمة فروقات موجودة في الممارسة بين القرض للمنقول والقرض العقاري. فعندما يجري التعاقد لشراء مال منقول أو تقديم خدمة تعود السمة البارزة للحماية إلى حق المستهلك في الرجوع. وشكلية المستند الخطي بالمقابل هي الوسيلة المميزة في القرض العقاري. وتنضبط سيرورة تكوين العقد في مرحلتها: المرحلة السابقة للتعاقد والمرحلة العقدية.

22519 - 1°. المرحلة السابقة للتعاقد. يتدخل في هذه المرحلة الأولى تنظيم إيجاب الاعتماد. فقد فرض المشتري الذي حدد دوري المرغب والقابل على مؤسسة الاعتماد، المفترض أنها اتخذت المبادرة، أن تقدم خطياً «إيجاباً مسبقاً يسلم في نسختين للمقترض» في ما يتعلق بالاعتماد في شأن المنقول (المادة 5 من قانون 1978، المادة L.8-311 من قانون الاستهلاك)⁽⁴⁾، أو أن «تصوغ إيجاباً خطياً يوجه مجاناً عن طريق البريد إلى المقترض» في ما يختص بالاعتماد العقاري (المادة 5 من قانون 1979، المادة

= المناقشة حول نقطة معرفة ما إذا كان التطلب هو من أجل الصحة أو في سبيل الإثبات؛ وحول كون الأمر يتعلق بتطلب في الأساس انظر الفقرة 3 اللاحق، معطيات القرض في صدد اشتراط فائدة.

(1) انظر، حول موجب الاعلام هذا في قرض العملة، حكم محكمة استئناف رين، 9 تموز 1975، د، 1976، 417، تعليق J. Schmidt، م ف ق، 1976، 547، م G. Durry، في صدد شروط الإيفاء عند العجز الصحي أو الوفاة: خطأ المقرض الذي أغفل إعلام المقترض حول رفض المؤمن الذي كانت لديه وكالة ان يأخذ على عاتقه هذه المخاطر؛ غ م ت ان، 23 نيسان 1978، م ق ع، 8 آب 1978، بانوراما، مسؤولية شركة. بناء تعاقدت على القروض لمكتسبي الملكية ولم تعلمهم بصورة كافية حول التأمينات ضد الوفاة؛ حكم محكمة استئناف نيم، 16 شباط 1981، م ف ق ت، 1981، 333، م Rives- Lange و Cabrillac، عدم إعلام المستفيد من القرض حول كون التأمين يأخذ على عاتقه الوفاء عند التوقف عن العمل؛ انظر أيضاً غ م ان، 8 أيار 1973، ن م، I، رقم 153.

(2) أدخلت في قانون الاستهلاك في المادتين L. 1-311 وما يليها و L.1-312 وما يليها.

(3) Martin, La défense des emprunteurs dans le domaine immobilier, Banque, 1979, 1193.

(4) يجب أن ينظم وفقاً لأنماط نموذجية وضعتها لجنة التنظيم المصرفي، المادة 5 من قانون 1978 التي أصبحت المادة 311 - 13 من قانون الاستهلاك، «وأن يقدم بطريقة واضحة ومقروءة»، المرسوم رقم 87 - 509، 24 آذار 1978، المادة الأولى؛ انظر هذه النماذج في الجريدة الرسمية 6 نيسان 1978؛ وانظر Ch. Gavalda et J. Stoufflet، رقم 460.

312 - 7 من قانون الاستهلاك). وهكذا جرى وصف المقرض بالعارض في حين أنه غالباً ما يلتزمه المقرض. وبالطبع يجب أن يحوي الإيجاب عدداً معيناً من المعلومات: مبلغ القرض، كلفة القرض الاجمالية، المعدل الاجمالي الفعلي⁽¹⁾، مجموع الاستيفاءات الجزافية زيادة على الفائدة...

وليست هذه المعلومات مفروضة تحت طائلة التغيريم وحسب وإنما أيضاً تحت طائلة سقوط الحق في الفوائد (المادة 23 من قانون 1978 والمادة 311-33 L. من قانون الاستهلاك). إن المقرض «يمكن أن يسقط حقه فضلاً عن ذلك»...، مما يشكل عقوبة قاسية جداً. ويقع على عاتق المقرض بالطبع أن يعطي من يتفاوض معه أي معلومات تكميلية قد تكون مفيدة له.

يضاف إلى ذلك أن العرض المسبق يجب أن يحافظ عليه خلال مهلة معينة: خمسة عشر يوماً في الاعتماد للمنقول (المادة 5 من قانون 1978 والمادة 311 - 8 من قانون الاستهلاك) وثلاثون يوماً في الاعتماد العقاري (المادة 7 من قانون 1979 والمادة 312 - 10 L. من قانون الاستهلاك). ويحق لمرشح الاقتراض، خلال هذا الوقت، القيام ببعض المساعي، إذا كانت ضرورية، أو التساؤل حول ملاءمة العملية التي يأمل تمويلها بالقرض المعني. ونادراً ما تكون للتدبير، عملياً، فائدة بالنسبة إلى القرض للمنقول، ذلك بأن المستهلك لا يستغل أبداً هذه الفترة من الزمن، ولا شيء يكرهه على ذلك.

والأمر مختلف في المادة العقارية لأنه يحظر على مرشح الاقتراض أن يقرر ما يريد قبل انقضاء مهلة عشرة أيام بعد تلقي العرض (المادة 7 من قانون 1979، والمادة 10-L. 312 من قانون الاستهلاك، الفقرة 2). وهذه الأوعية في التفكير الإلزامي هي إحدى التقنيات التي، مع الندم بعد فوات الآوان، تتأمن بموجبها نوعية رضا المستهلك. يضاف إلى ذلك أن مهلة العشرة أيام هذه هي مهلة دنيا: يستطيع مرشح الاقتراض أن يفكر لمدة أطول حتى لمدة ثلاثين يوماً إذا رغب في ذلك.

ويجري تحليل موجب الحفاظ على العرض، تقنياً، بأنه عقد قبلي، وعد أحادي الجانب بالقرض، طالما أن بالمقرض لا يستطيع سحبه، بيد أنه مجاني ما دام أن المقرض ليس له أجر على ذلك. والطابع الأحادي الجانب للعقد يؤكد بكون المقرض لا يمكنه أن يدفع أي مبلغ قبل قبول الاعتماد المقترح عليه (المادة 7 من قانون 1978، المادة 311 - 7 L. من قانون الاستهلاك، والمادة 8 من قانون 1979، المادة 312 - 11

(1) موجب ذكر ذلك غير موجود عندما يتخذ الاعتماد شكل عقد إيجار أو اجارة بيعية، مما كان موضوع انتقاد ببيان أن هذا النموذج من الاعتمادات خطر أيضاً إن لم يكن أخطر من غيره، انظر J. Calais- Auloy, Droit de la consommation، المذكور سابقاً، رقم 289.

من قانون الاستهلاك). والحل، في أي حال، في قطيعة مع الاجتهاد الذي يعتبر أن مجرد الوعد بالقرض لا يلزم الواعد بالطرق عينها كالمقرض الذي سلم المقرض المال المعني⁽¹⁾.

22520 - 2° . المرحلة العقدية. تبدأ هذه المرحلة مع قبول القرض ممن اكتب به. وتتنوع الكيفيات حسب نموذج الاعتماد. فالقانون، في اعتماد المنقول، مع التحفظ لجهة الموافقة التي بإمكان المقرض التحفظ في شأنها ببند صريح⁽²⁾، ينص على أن العقد يصبح تاماً منذ قبول المقرض (المادة 7 من قانون 1978، المادة L.15-311 من قانون الاستهلاك). التفكير يجب أن يحصل بعداً إذن. وفي الواقع للمقرض امكانية الرجوع، الحق في الندم: يستطيع، خلال السبعة أيام من قبول الاعتماد، الرجوع عن التزامه، وإلغاء العملية، بقدر ما يكون التمويل موضوع العقد (النص نفسه). وهذا الحق من الانتظام العام، مما يجعل الشذوذ عنه مستحيلاً بموجب عقد. ولجعله سهل الاستعمال يجب أن تظم إلى العرض صيغة قابلة للانفصال عنه بحيث يكفي المقرض أن يعيدها إلى المقرض⁽³⁾. وأخيراً، بما أن هذا الحق استثنائي، فلا يمكن طلب أسباب تسوية الندم، ولا يمكن أن يفسح اللجوء إليه في المجال للتسجيل في بطاقة البنوك (النص عينه)⁽⁴⁾.

وطالما أن هذه المهلة لم تنقض يحظر أي دفع للمستهلك سواء لصالح المقرض أو المهني الذي عليه أن يوقر له التقديم الممول (المادة 7، الفقرة الأخيرة من قانون 1978، المادة L.17-311 من ق إ)،⁽⁵⁾ تحت طائلة التغريم (المادة 25 من قانون 1978، المادة L.35-311، من ق إ). والهدف هو وقاية تحكيمه الحر⁽⁶⁾. ولا يستطيع المقرض،

(1) لأن لعقد القرض طابعاً عينياً، انظر الفصل II السابق.

(2) يتيح ذلك لمؤسسات الاعتماد رفض قرض لشخص هناك مخاطر كبرى في إعساره، انظر حول وضع العلامات Scoring، الرقم 22514 ب؛ وإذا تحفظ المقرض على هذه الامكانية، فهناك نص على أن العقد لا يصبح تاماً إلا أن لا يستعمل المقرض، خلال الأيام السبعة المتروكة له للرجوع، هذه الامكانية وأن يكون المقرض قد أحاطه علماً بأرادته في إعطاء الاعتماد (المادة 7 من قانون 1978، المادة L. 16-311 من قانون الاستهلاك).

(3) يمكن التعبير عن الرجوع بشكل آخر حتى توجيهه إلى البائع إذا بدا للمستهلك أن هذا البائع هو وكيل المقرض انظر غ م أن، 12 شباط 1991 م ف ق م، 525، 1991، J. Mestre.

(4) تضاف إلى ذلك حماية اشخاص مدعويين إلى أن يكونوا كفلاء المقرض، وقد عززها قانونا 23 حزيران و31 كانون الأول 1989، انظر بخاصة J. Calais- Auloy, Droit de la consommation، المذكور آنفاً رقم 291.

(5) يتضمن النص هذا التحذير «ما دام أن هذه العملية لم تبرم نهائياً»، مما يدعو إلى التفكير في أن حماية الاتفاق في نظر المشتري مرفوضة حتى نهاية مهلة الرجوع.

(6) يمكن إبداء الأسف، في هذه الأحوال، لكون قانون 23 حزيران 1989 الذي عدل قانون 1972 المتعلق بالسعي إلى التعاقد، قد رأى من المفيد النص على أن المورد بإمكانه أن يستوفي فوراً القسم من الثمن الذي يدفعه المستهلك نقداً، المادة 15 من قانون 1978 التي أصبحت المادة L. 27-311 من ق إ، انظر J. Calais- Auloy, Droit de la consommation، المذكور آنفاً، رقم 290.

بالمماثلة، القيام بأي دفع للمقترض (النصّان ذاتهما).

ولا يمكن جعل الأيام السبعة ثلاثة أيام، وذلك هو الحد الأدنى الذي فرضه القانون إذا رغب المستهلك في تليته بأسرع ما يمكن (المادة 12 من قانون 1978، المادة 311 - L. 24 من ق. إ.). ما دام الشك قائماً ليس المهني الذي طلب إليه التقديم الممول على هذا النحو مجبراً على تنفيذ موجهه (النص عينه). ولن يقوم بذلك على وجه العموم. وبهدف تسريع الأمور غالباً ما يوافق الزبون على تقصير مدة التفكير البعدي: يتطلب ذلك أن يذكر بخط يده، مع تاريخ وتوقيع⁽¹⁾، أنه يطلب التوريد الفوري (النص ذاته)⁽²⁾.

ويقحم اختيار تقنية الرجوع. وقد أخذ بعضهم، لنقد ذلك، بأن المستهلك، إذا كان العقد يفترض أنه قد تكوّن، قد تكون لديه بعض الوسائوس في الرجوع عن وعده. ويمكن، بمعنى عكسي، بيان أن التفكير لن يمارس ابداً بأفضل مما هو عند الاعتقاد بالسقوط في شبكة العقد. ومن الصعب البت.

إن التفكير الضروري الذي كان يمكن أن يتم مسبقاً، في الاعتماد العقاري، خلال عشرة أيام من الفترة التي يجب خلالها أن يحافظ على الوعد بالقرض (المادة 7، الفقرة 2، من قانون 1979، المادة L.10-312، الفقرة 2، من ق. إ.)، يكون بالمقابل، عند حصول القبول بعد مهلة العشرة أيام هذه، العقد بدون ندم ممكن. على أن القانون ينص على أنه لا يعطى إلا بشرط فاسخ لعدم إبرام عملية التمويل خلال الأشهر الأربعة: لا يغدو القرض الذي بقي هكذا خاضعاً للعقد الأصلي نهائياً إلا أن يبرم هذا العقد خلال هذه المهلة القانونية (المادة 9 من قانون 1979، المادة L.12-312 من ق. إ.)⁽³⁾. وهذا القبول الذي يجب أن يعطى خطياً، يرسل، فضلاً عن ذلك، بكتاب عادي (المادة 7 من قانون 1979، المادة L.10-312 من ق. إ.).

القسم II

الرباط بين القرض وعملية التمويل

22521 - الجاذبية والتجديد. مع أن فرض العملة غالباً ما يكون معداً لتمويل مال أو خدمة، فقد جرى الاعتبار لمدة طويلة أنه ليس هناك، مبدئياً، رباط قانوني بين

(1) انظر غ م أن، 31 أيار 1988، ن م، I، رقم 166، د، 1988، إ س، 406، م J. L. Aubert، م ف ق م، 1989، 65، م J. Mestre، سيارة، نقض الحكم الذي اعتبر أن الفريقين كانا قد اتفقا على تخفيض المدة إلى ثلاثة أيام في حين أن معاملة الذكر الخطي لم تتم مراعاتها.

(2) يتكلم النص على تسليم «فوري»، إلا أن التوريد في الواقع كان خلال ثلاثة أيام غير قابلة للضغط.

(3) انظر حول الترابط بين العقدين الرقم 22521 اللاحق وما يليه.

العمليتين . وتم الاستناد إلى مفهوم السبب لدعم وجود علاقة كهذه، إلا أن محكمة النقض استبعدت بوضوح الحجة إذ أعلنت، في قضية إعطاء قرض تم التعاقد عليه لتمويل تجهيز معين، أن «سبب موجب المقرض يكمن في وضع اموال ضرورية للاكتساب الذي جرى»، بحيث ان هذا السبب لم يختلف لأن المورد الذي أفلس لم يسلم الشيء المطلوب⁽¹⁾. واحتفظ الحل بقيمته في العلاقات بين المهنيين.

وبالمقابل، عندما يعطى القرض للمستهلك في سبيل تمويل اكتساب مال أو تقديم خدمة، وضع قانونا 10 كانون الثاني 1978 و13 تموز 1979 رباطا بين العقدين من أجل تأمين حماية المقرض. وبعد تفحص الطريقة التي ينشأ فيها هذا الرباط في اعتماد المنقول (الفقرة 1) سنتطرق إلى الحلول المعتمدة في الاعتماد العقاري (الفقرة 2).

الفقرة 1 - الرباط بين عقد القرض والعملية الممولة في المادة العقارية

22522 - قانون 1978. ندين لقانون 10 كانون الثاني 1978 المتعلق بالاعتماد في مادة المنقول بانشاء رباط بين عقد القرض والعملية الممولة لصالح المستهلك⁽²⁾. وقد أدخلت هذه الأحكام في المواد L.10-311 وما يليها من ق.إ.

والفرضية هي أن الأموال المقرضة مخصصة لاكتساب مال أو تقديم خدمة⁽³⁾. وفي هذه الحالة يعقد المستهلك اتفاقيتين، احدهما مع المورد الذي يوفر له التقديم المرغوب فيه، والثانية مع المصرفي الذي يؤمن له الأموال الضرورية. إن المورد يكون، عملياً، قد اتفق مع مؤسسة اعتماد يوجه زبائنه إليها، فيتلقى، إذا أعطي القرض، دفع الثمن مباشرة من المقرض الذي لا يمر عبر المقرض⁽⁴⁾. ومن المفهوم، في هذه

(1) غ م أن، 20 تشرين الثاني 1974، م إد، 1975، II، 18109، تعليق J. Calais- Auloy، غسالة؛ ليست الأموال والخدمات المكتسبة سوى «أسباب تسويق» أو دوافع خارجية عن العقد، انظر أيضاً غ ت ن، 14 كانون الثاني 1963، ن م، III، رقم 32، سيارة، بائع أفلس قبل أن يسلم، المكتسب مجبر بالقرض.

(2) انظر Ch. Gavalda et J. Stoufflet ورقم 466 وما يليه؛ ليس لهذه الحماية دور إلا في حالة الاعتماد المخصص لاكتساب معين وليس إذا كان الاعتماد شخصياً، انظر غ م أن، 26 تشرين الثاني 1991، ن م، I، رقم 336، فرض شخصي لشراء سيارة، قانون 10 كانون الثاني 1978 حول حماية المستهلكين غير قابل للتطبيق.

(3) لا تطبق أحكام قانون 1978 الذي أقام رباطا بين العملية الممولة والقرض في حالة القرض الشخصي بالطبع، أي بدون تخصيص متفق عليه بين الفريقين، انظر المادة 9 من قانون 1978 التي أصبحت المادة L. 311-20 من ق.إ، والتي تعلن أنها تطبق «عندما يذكر الإيجاب المسبق (للقرض) المال أو الخدمة الممولة...»: إن ذلك، إضافة إلى ما تقدم، أحد أنواع ضعف النص التشريعي؛ انظر غ م أن، 26 تشرين الثاني 1991، ن م، I، رقم 336، قرض شخصي لشراء سيارة، خصائصها غير مذكورة في العقد، قانون 1978 غير قابل للتطبيق، الكفيل ملزم بضمان المقرض.

(4) في هذا الاتجاه J. Calais- Auloy، Droit de la consommation، رقم 271.

الظروف، أن العمليتين في نظر المستهلك لا تشكلان سوى عملية واحدة⁽¹⁾. ولتجسيد هذا الانطباع في تعابير قانونية من قانون 1978 قواعد تبعية بين العقد الأصلي، البيع أو تقديم الخدمة، وعقد القرض التابع له⁽²⁾.

ويقتضي، لهذه الغاية، في المقام الأول، على أنه «يجب، في كل مرة يتم دفع الثمن، كلياً أو جزئياً، عن طريق اعتماد...»، أن يوضح ذلك عقد البيع» (المادة 11 من قانون 1978 التي أصبحت المادة L.23-311 من ق إ)⁽³⁾. ولا يشير ذلك في أغلب الأحيان أي صعوبة: يقع على المورد بيان وسيلة تمويل التقديم إذا اتخذ مبادرة اقتراح الاعتماد، وعلى المستهلك القيام بذلك إذا تلقى الاعتماد. وبالمقابل ليس هناك أي حماية، بالمقابل، للمستهلك الذي يعتمد على قرض شخصي ولا يبين لمورده أنه ينتظر أموالاً لتمويل الخدمة المأمولة. والنص الموجود في شأن هذه النقطة في مادة المنقول، أقل حماية من النص الذي يسوس الاعتماد العقاري⁽⁴⁾، إنما يبقى فعالاً⁽⁵⁾.

وحماية المستهلك مؤمنة بطريقتين: إخضاع العقد الأصلي للحصول على القرض، وإخضاع القرض لحسن تنفيذ العقد الأصلي.

22523 - أ. إخضاع العقد الأصلي للحصول على القرض. بما أن الرباط بين

العملية الواجب تمويلها والقرض الملازم لها قد تم، فإن إخضاع العملية للقرض هدفه تجنب أن يكون المستهلك ملزماً بالعقد المئوي إبرامه في حال عدم حصوله على الاعتماد الضروري. وتسهر عدة نصوص على ذلك. وبمقتضى أحدها لا يمكن أن يتخذ المستهلك أي تعهد تجاه المورد طالما أنه لم يقبل القرض، ولا يمكن، كنتيجة لذلك، أن يقوم بأي دفع ولا أي إيداع في هذه المرحلة (المادة 11 من قانون 1978 التي أصبحت المادة L.23-311 من ق إ)⁽⁶⁾. ويجدد نص آخر التحذير، وإنما لا يتضمن، عن طريق الشذوذ،

(1) أسس كبار لبيع السيارات لهذه الغاية فروعاً مع مؤسسات الاعتماد، انظر J. Calais- Auloy, Droit de la consommation، رقم 271.

(2) انظر M. Th. Calais- Auloy, Fondement du lien juridique unissant vente et prêt dans le prêt lié، د، 1984، I، 3144.

(3) يعاقب هذا الموجب بعقوبات المادة 25 من قانون 1978 التي أصبحت المادة L. 35- 311 من ق إ، أي بغرامة من 2000 إلى 200000 فرنك.

(4) ينص قانون 1979 في شأن هذا الاعتماد العقاري على أن قواعد الترابط بين البيع والقرض تطبق مع ذلك إذا لم يذكر العقد أن الاكتساب يجب أن يمول عن طريق قرض، وأن المرشح للمشراء سيلجأ إليه مع ذلك.

(5) قارن بـ J. Calais- Auloy, Droit de la consommation، المذكور آنفاً، رقم 301، الذي ينتقد ترك تطبيق القانون متوقفاً على عناية الفريقين.

(6) يعاقب الموجب بعقوبات المادة 24 من قانون 1978 التي أصبحت المادة L. 34- 311 من ق إ، أي بغرامة من 6000 إلى 12000 فرنك.

أن المورد بإمكانه، قبل أن يغدو عقد القرض مبرماً بشكل نهائي، أن يتلقى القسم من الثمن الذي يقبل الشاري دفعه نقداً (المادة 15 من قانون 1978 كما تعدلت في عام 1989 وقد أصبحت المادة L.27-311 من ق إ⁽¹⁾).

يضاف إلى ذلك أنه ينبغي الأخذ في الحسبان أن المستهلك في مادة اعتماد المنقول يتمتع بإمكانية الندم خلال سبعة أيام تلي إبرام القرض، وقد يتم الندم إذاً بعد فوات الأوان فيتلاشى هذا الاعتماد⁽²⁾. وينص القانون، من وجهة النظر هذه، على أن «عقد البيع أو تقديم الخدمة يفسخ بقوة القانون وبدون تعويض... إذا كان المقترض قد... مارس حقه في الرجوع» (المادة 13 من قانون 1978 التي أصبحت المادة L.25-311 من ق إ⁽³⁾). إن التبعية واضحة.

22524 - ب. إخضاع القرض لحسن تنفيذ العقد الأصلي. تتجلى تبعية العقود، بالمماثلة، في هاجس تجنب أن يوجد المستهلك مقيداً بروابط قرض في حين أن العقد الأصلي لا يلبي ما كان ينتظره.

وليس هناك بالتأكيد، كما في مادة الاعتماد العقاري، إوالية لمنع المستهلك من أن يلتزم بقرض في حين أن عملية التمويل لا يمكن أن تتم. والخطر ملموس في الشأن العقاري ذلك بأن العقد الأصلي لم يبرم فوراً وربما لن يبرم في النهاية لأسباب عديدة.

(1) يضرّ هذا النص الثاني المدخل في قانون 1989 الذي ترك إمكانية الدفع على الحساب للبائع قبل الحصول على القرض بحماية الشاري المقترض، انظر في هذا الاتجاه J. Calais- Auloy, Droit de la consommation, المذكور آنفاً رقم 290.

ويلاحظ، فضلاً عن ذلك، نوع من اللبس في تعابير القانون في ما يتعلق بهذه الاستحالة، بالنسبة إلى المستهلك، في اتخاذ أي تعهد أو في القيام بأي دفع، عدا القسم المدفوع نقداً، قبل إبرام القرض: تعلن المادة L. 23- 311 أن المنع يسري ما دام المقترض لم «يقبل الإيجاب المسبق الصادر عن المقرض» (وبما أن المادة L. 15- 311 تنص على أن عقد القرض يصبح تاماً بقبول الإيجاب المسبق من قبل المقترض، ومهلة الرجوع خلال سبعة أيام تتدخل بعد فوات الأوان، فيكون ثمة إغراء على التفكير في أنه ليس من الضروري انتظار انقضاء هذه المهلة ليكون هناك حق في اتخاذ تعهد من قبل المستهلك أو في دفع أموال له)، في حين أن المادة L. 27- 311 تنص، من جهة أخرى، على أنه لا يمكن القيام بأي دفع أو ايداع، عدا المبلغ المدفوع نقداً، «طالما أن العقد المتعلق بعملية الاعتماد لم يبرم نهائياً»، مما يدعو إلى الاعتقاد أنه يقتضي انتظار انقضاء مهلة الرجوع لسبعة أيام؛ ولا شك في أن التفسير الثاني هو الأفضل ذلك بأنه الأكثر حماية للمستهلك، انظر في هذا الاتجاه J. Calais- Auloy, Droit de la consommation, المذكور سابقاً، رقم 294 («طالما لم تنقض مهلة السبعة أيام لا يستطيع البائع... أن يتلقى أي شيء من الشاري»)، انظر الرقم 290 في صدد آونة إبرام عقد القرض.

(2) انظر الرقم 22523 السابق.

(3) يسري الحل نفسه إذا لم يتم المقرض، الذي تحفظ في قبول المقترض ضمن شروط المادة 7، الفقرة 2، من قانون 1978 التي أصبحت المادة L. 17- 311 من ق م، خلال مهلة السبعة أيام بإعلام المقترض تخصيص الاعتماد؛ وقد قرر الاجتهاد أن العقد الأصلي يفسخ أيضاً إذا أبطل عقد القرض، غ م أ ن، 22 تموز 1987، د، 1987، إ س، 186.

والمجازفة معدومة تقريباً في اعتماد المنقول حيث يبرم العقدان، عملياً، في الوقت ذاته حيث يكون عموماً للتقديم المرغوب فيه طابع النمط الموحد، مما يجعل من غير المرجح أن يكون من غير الممكن توفيره. إذن يكتفي القانون بتعليق مفاعيل عقد القرض، وبصورة أدق بالنص على أن «موجبات المقترض لا تولد إلا اعتباراً من تسليم المال أو توريد التقديم»⁽¹⁾ الذي من أجله تم التعاقد على القرض (المادة 9 من قانون 1978 التي أصبحت المادة L.20-311 من ق إ)⁽²⁾.

وتتجسد إرادة تبعية عقد القرض لمصير العقد الممول أيضاً في إوالية أخرى، ربما هي الأكثر أصالة في القانون: ينص هذا القانون على أنه إذا ظهر، بعد تسليم الشيء أو تقديم الخدمة، نزاع حول هذا التقديم، فإن القاضي الذي يراجع بإمكانه تعليق تنفيذ عقد القرض؛ وأنه إذا كان من الواجب إبطال العقد الأصلي أو فسخه، فالأمر كذلك، كنتيجة، بالنسبة إلى عقد الاعتماد (المادة 9، الفقرة 2، من قانون 1978 التي أصبحت المادة L.21-311 من ق إ)⁽³⁾. وبصورة واضحة لا يمكن أن يجبر من يشتري سيارة مع أجل للايفاء (أو بالنسيئة أو بالثقة بالملاءة) ظهر أنها مشوبة بعيب، بحيث أن ذلك يسوغ فسخ البيع، على الاستمرار في دفع الاستحقاقات المناظرة، وبإمكانه أن يطلب استرداد ما دفعه، ويتوجب عليه رد الشيء المباع إلى المورد فقط، ويستعيد المقرض من ناحيته الثمن المدفوع من المورد.

إن الحل ينقض الاجتهاد السابق الذي كان يرفض استخدام مفهوم السبب لتسويق الرباط بين العقدین⁽⁴⁾، وينضم إلى تيار القرارات التي صدرت في مادة البيع في صورة ايجار الذي يحرر المستأجر على أساس غياب السبب من الموجبات التي تعهد بها تجاه المؤجر ابتداء من آونة فسخ البيع⁽⁵⁾.

(1) غ م أن، 6 آذار 1990، ن م، I، رقم 63، قرض بمبلغ 50000 فرنك لتمويل أشغال التأهيل، قانون 1978 مطبق، أشغال لم تنفذ على الإطلاق، نقض الحكم الذي أدا ان المقترض بالدفع، تكون مفاعيل موجبات المقترض، في العقد المتعاقب التنفيذ، سارية اعتباراً من بداية التسليم أو التردد، وتتوقف في حال انقطاع التسليم، إنما ينبغي أيضاً أن يكون الانقطاع عائداً إلى المورد، غ م أن، 15 أيار 1990، د، 1990، إس، 142، وغ م أن، 16 نيسان 1991، د، 1991، إس، 139.

(2) كان المقترض، في السابق، مع أن الشيء لم يسلم، يبقى ملزماً بتسديد القرض، غ م أن، 20 تشرين الثاني 1974، م إد، 1975، II، 18109، تعليق J. Calais-Auloy.

(3) النص أمر ولا يمكن، عن طريق عقد، حرمان المستهلك من هذه الحماية، انظر غ م أن، 11 شباط 1986، ن م، I، رقم 27، مركب شرعي، ايجار مع وعد بالبيع، فسخ لعيوب خفية.

وينبغي فقط ان يكون المورد أو المقترض قد اقحم المقرض في القضية، كما يوضح القانون، مما هو ضروري لتجنب خداعه، ويفتضي مدّ الحل إلى الفسخ الودي، مع التحفظ ذاته بأن يستثار المقرض، وفي هذا الاتجاه انظر Calais-Auloy, Droit de la consommation المذكور سابقاً، رقم 271.

(4) انظر في شأن هذا الاجتهاد الرقم 22521 السابق.

(5) انظر حول هذا العقد الرقم 23000 اللاحق وما يليه.

بيد أن قانون 1978 يثير، في هذا الصدد، صعوبات التطبيق. إذا كان لا يمكن استرجاع ثمن الشيء المناظر لمبلغ القرض من قبل البائع إلى المقرض، فإن الصعوبة هي في تحديد من يجب ان يتحمل المصاريف: المقرض أم المقرض؟ يبدو أن الاجتهاد لصالح وضع التبعة، على عاتق المقرض وإلزامه برد مبلغ القرض⁽¹⁾، غير أن الحل الوحيد الذي يؤمن الحماية الحقيقية للمقرض هو إن تبعة إعسار المورد تقع على عاتق المقرض⁽²⁾. ويسوّغ ذلك بصورة خاصة عندما يكون هذا المقرض على علم بأي عملية كان القرض معداً لها⁽³⁾.

الفقرة 2 - الرباط بين عقد القرض والعملية الممولة في المادة العقارية

22525 - قانون 1979. الترابط بين عقد القرض والعملية الممولة موجود أيضاً في مادة اعتماد غير المنقول، ويتجلى بلعبة الشروط المعلقة والفاسخة. غير أن الوضع أكثر تعقيداً مما هو في مادة المنقول. فقد استعيدت الاحكام الواردة في قانون 13 تموز 1979 حول هذه النقطة في المادتين L.12-312 وما يليها والمادة L.15-312 وما يليها من ق إ، وهما تتضمنان ثلاثة مظاهر وسيتم الاستدلال على اساس فرضية اكتساب الملكية لعرضهما.

22526 - أ. تبعية القرض لتحقيق العملية المرجوة. يجري التعبير عن الرباط بين العقود المعنية، في المقام الأول، في أن القرض، إذا تم اكتسابه يبقى خاضعاً لتحقيق العملية المرجوة، شراء العقار: تنص المادة L.3-312 من ق إ على أن المقرض يقبل القرض تحت شرط فاسخ لعدم إبرام العقد الذي طلب القرض من أجله خلال أربعة أيام (المادة 9 من قانون 1979)⁽⁴⁾. ويغدو عقد القرض، بوضوح، معدوم المفعول إذا لم يوقع الفريقان البيع خلال هذه المهلة. وهكذا يتم تجنب أن يبقى المستهلك ملزماً

(1) انظر غ م أن، 2 أيار 1989، ن م، I، رقم 181، د، 1989، الموجز، 338، ملاحظة Aubert.

(2) من الأكيد، في أي حال، أن هذه التبعة يتحملها المقرض إذا ارتكب خطأ في تسليم الاموال، انظر غ م أن، 28 كانون الثاني 1992، ن م، I، رقم 34، اشغال لبناء حوض سباحة، 50000 فرنك، قانون 1978: رفض الحكم طلب سداد القرض وأعلن فسخ العقد لأخطاء المقرض، ما دام أن هذا المقرض رفع الحصار عن الأموال لصالح المؤسسة المكلفة الاشغال على اساس تأكيدها أنها قد نفذت، في حين أنها كادت تبدأ وستغدو مستحيلة بسبب تصفية هذه المؤسسة قضائياً.

(3) أنه على علم في أغلب الاحيان ولاسيما عندما يدفع للمورد الثمن مباشرة، انظر Calais-Auloy, Droit de la consommation، المذكور سابقاً، رقم 301.

(4) هذا الشرط الفاسخ، حسب احكام القانون، معلق خلال أربعة أشهر، إلا أن الفريقين بإمكانهما الاتفاق على وقت أطول.

بعلاقات القرض الذي لن يكون له أي منفعة له، إذ توقفت العملية المرجوة فجأة لسبب أو لآخر.

وذلك لا يعطي مرشح اكتساب الملكية الحق في الرجوع بملء ارادته، ذلك بأنه، عندما يطلب القرض يصبح على العموم مقيداً بعلاقات وعد بالبيع أو بأحد العقود التي يطبق عليها قانون 1979. وليس بمقدوره التحرر بدون سبب. كان ينبغي أن تكون العملية مستحيلة التحقيق لأن حدثاً تدخل، أو لأن بعض الشروط لم يتحقق (الحق في الشفعة الذي يمارسه الغير، استحالة الحصول على رخصة بناء...). ولكن، إذا كان إخفاق العملية يفسر بأن مرشح الاكتساب قد عدل عن مشروعه، فلن يعود بإمكانه الرجوع إلا بخسارة المبالغ التي دفعها للبائع عند الوعد: ليس اختياره استثنائياً.

ويستعمل القانون إوالية الشرط الفاسخ. إذن يمكن تنفيذ العقد عندما يكون الشرط معلقاً. وإذا كان فسخ العقد يجب ان يتم استناداً إلى المادة L.12-312 لعدم إبرام العقد المتعلق بالعملية الممولة فإن المادة 312 - 14 تنص على أن المقترض ملزم برد المبالغ التي تلقاها جميعاً، وهذا مسلم به، وأن مؤسسة الاعتماد ليس في وسعها أن تطلب إليه أي تعويض، عدا مصاريف الدراسات (المادة 11 من قانون 1979)⁽¹⁾.

22527 - ب. تبعية العملية المرجوة للحصول على القرض. ثمة نص بالموازاة،

على أن عقد القرض يؤثر في العقد المتعلق بالعملية الواجب تمويلها، العقد الأصلي. وذلك هو النقطة الأهم.

فالمادة L.16-312 من ق إ تتضمن أن العملية التي يتوخاها المستهلك تبرم تحت الشرط الفاسخ بالحصول على القرض المطلوب من المستهلك (المادة 17 من قانون 1979). ويعني ذلك، في ما يختص بشراء عقار، أن الوعد الذي يربط المكتسب المحتمل يصبح عديم المفعول عندما يستحيل عليه الحصول على التمويل الضروري له. والحل مفروض بسبب وجود بعض المستهلكين السذج الذين يقتنعون بسهولة بتوقيع وعد بالبيع بنتيجة إلحاح وكلاء عقاريين يقنعونهم بأنهم سيحصلون بسهولة على قرض: يكتشفون، بعد فوات الأوان. أحياناً، أنه لم يُعطوا القرض نظراً إلى مستوى مداخيلهم وبقون سجناء الوعد المعطى. وقد عبّرت محكمة النقض بوضوح عن تسويف القانون عندما أعلنت أن «هذا النص حامي المستهلك ينزع إلى تجنب أن يتعهد هذا المستهلك طالما ليس لديه تأكيد بالحصول على الأموال

(1) مبلغها محدد باتباع قائمة وضعها مرسوم، انظر مرسوم 28 حزيران 1980 المتعلق بهذه النقطة الذي حدد المصاريف بـ 0,75% من مبلغ القرض ونص على حد أقصى بـ 1000 فرنك (المادة الأولى).

الضرورة لتحقيق العملية العقارية المنشودة»⁽¹⁾.

وينتج عن كون الحصول على القرض يشكل شرطاً معلقاً للبيع أو أي عملية أخرى تخضع لقانون 1979 أن المستهلك، في حال عدم تحقق هذا الحصول، إذن عدم اعطائه القرض، يكون في حلّ من موجباته المعطاة لتحقيق هذه العملية: بخاصة، كما ورد في المادة 312 - 16، الفقرة 2، استرداد أي مبلغ دفعه المكتسب بكامله بدون توقيفات ولا تعويض (المادة 17، الفقرة 2، من قانون 1979)⁽²⁾.

وتتمفصل الحماية المبنية على الشرط المعلق مع العقد المتعلق بالعملية المنوي تمويلها، وعد بالبيع في اغلب الأحيان. ويُفرض أن يأتي هذا العقد على ذكر ما إذا كان الثمن يجب أن يسدد عن طريق قرض أو عدة قروض (المادة 16 من قانون 1979، المادة L.15-312 من ق إ). فإذا لم يتضمن ذلك، وكان هناك طلب قرض لهذه الغاية، فإن حماية القانون تبقى مكتسبة من المستهلك، ويقوم الشرط الفاسخ بدوره لصالحه (المادة 18، الفقرة 2، ن قانون 1979، المادة L.17-312 من ق إ)⁽³⁾. إلا أن التطبيق مستبعد إذا كان الثمن يجب أن يدفع عن طريق قرض: بتعبير أدق ينبغي لهذه الغاية أن يعلن المستهلك في العقد، عن طريق ذكر خطي، أنه لا يتوخى اللجوء إلى تمويل كهذا ويعترف أنه قد جرى إعلامه بأنه، إذا لجأ إليه مع ذلك، لن يستطيع الافادة من حماية القانون (المادة 18 من قانون 1979، المادة 312 - 17، الفقرة 2، من ق إ). وهذا الذكر يجب أن يتوافق مع الحقيقة: مثلاً، إذا مارس البائع ضغطاً على المكتسب لكي يعلن عدم رغبته في الافادة من القانون، ويلجأ مع ذلك إلى القرض، فإن الحماية القانونية يجب أن يكون لها دورها⁽⁴⁾.

ويقع على عاتق فريقى العقد الاصلي تحديد خصائص القرض بتوضيح كافٍ، لأن الحصول عليه يشترط فعالية اتفاقهما: المبلغ، المعدل، المدة⁽⁵⁾... وصيغة «الحصول»

(1) الغرفة الجنائية في محكمة النقض، 27 أيار 1986، د، 1987، 39، تعليق Aubert، بناء منزل فردي، رد الدفعة على الحساب التي اداها صاحب العمل المستقل.

(2) ينتج هذا المبلغ فوائد بالمعدل القانوني المزد بنصفه، بعد خمسة عشر يوماً من طلب الايفاء، النص نفسه؛ ويحتفظ الكاتب العدل بنفقات تنظيم الوعد.

(3) انظر غ م أن، 10 كانون الأول 1986، د، 1987، 458، إس، 458، تعليق Aubert.

(4) غ م أن، 10 آذار 1987، د، 1987، 577، تعليق Morin؛ تبرز مسألة دقيقة عندما يملك الشخص الاموال الضرورية للشراء المنشود، وإنما يرغب مع ذلك في اللجوء إلى قرض، مثلاً لاسباب ضريبية: هل أن الذكر الخطي المستخدم يجب أن يتضمن اللجوء إلى القرض؟... يمكن، حتى ولو كانت روح القانون تبدو أنها في هذا الاتجاه، من الصعب التوصية بذلك.

(5) انظر في صدد العقود التمهيدية في بيع العقار الرقم 11510 السابق؛ وكذلك M. Baron, Formules de promesses unilatérale de vente soumise à la loi du 13 juillet 1979، ف د، 1981، البند 32747.

على القرض (المادة 17، الفقرة الأولى، من قانون 1979، المادة 312-16، الفقرة الأولى، من ق إ) تستهدف أي عرض تقوم به مؤسسة اعتماد يكون متوافقاً ما توخاه الفريقان: إذن يجب ان يعتبر القرض «حاصلاً» منذ اقتراحه، ولا أهمية تذكر لكون المستهلك يتوخى في النهاية قبوله أم لا⁽¹⁾. فالمستهلك يحتفظ، فضلاً عن ذلك، بالحرية التامة حول هذه النقطة. إلا أن هناك أحد أمرين: إما أن يقبل القرض ويتحقق مجمل العملية كما هو متفق عليه، أو يرفضه فيتعرض لعقوبات العقد بأن هذا القرض كان يجب ان يخدم للتمويل ووجوده مؤكد منذ تحقيق الشرط المعلق، وينتج عن ذلك بالنسبة إليه، مثلاً، خسارة تعويض التجميد المدفوع.

ولا يمكن أن تكون مدة صحة الشرط الوارد في القانون أقل من شهر (المادة 17، الفقرة الأولى، من قانون 1979، المادة 312-16، الفقرة الأولى، من ق إ). إن هذه المهلة قصيرة نوعاً ما بالتأكيد وتلاحظ، في الممارسة، مهل اطول: شهر ونصف أو شهران في الغالب. ويجب عدم الخطأ في معنى القانون. فإذا كان الفريقان يتمسكان بشهر واحد فلن ينجم عن ذلك أن مرشح الاكتساب، عند حلول هذا الاجل، يكون محروماً من الحماية التي انشأها: إذا لم يحصل المستهلك على القرض، بانقضاء هذه المهلة، يسقط الشرط المعلق وتلاشى العملية العقارية المنشودة⁽²⁾.

وينص القانون أخيراً على عقوبات جزائية بحق المقرض كما بحق البائع لضمان تطبيقه⁽³⁾.

وينتقد قسم من الفقه هذه الإلالية حامية المقترض ويعتبر العقد المعلق من طبيعة ارادية إلى حد ما عندما يكون من السهل للمقترض أن يُفشل ارادياً طلب الاعتماد المصرفي⁽⁴⁾. ومن الملائم، في الحقيقة، لتجنب هذه النتيجة، الإحاطة بوضوح بطلب القرض من قبل مرشح الاكتساب ليكون بالامكان التثبت بسهولة إذا كان قد قام بالمساعي الضرورية وإذا كان قد تمكن من الحصول على جواب من مؤسسة الاعتماد.

(1) انظر في هذا الاتجاه غ م أن، 9 كانون الأول 1992، ن م، I، رقم 309: يتحقق الشرط منذ تقديم هيئة اقراض ايجاب قرض متوافق مع الخصائص المنصوص عليها.

(2) انظر الغرفة الجنائية، 27 أيار 1986، المذكور آنفاً، د، 1987، 39، تعليق J.L.Aubert، بناء منزل فردي، استرداد الدفعة على الحساب، اذانة الباني بـ 100000 فرنك كتغريم: نص العقد على أن صاحب العمل بامكانه، خلال شهر، ابطال العقد واسترداد الدفعة على الحساب إذا لم يحصل على القرض، بعد ذلك يكون ملزماً بشكل لا رجوع عنه حتى أن القضاة اعتبروا أن العقد لم يحترم قانون 1979.

(3) المواد 312 - 32 إلى 312 - 35 من ق إ، قديماً المواد 30 إلى 34 من قانون 1979.

(4) انظر كمثال R.Dagot، Vente d'emprunteur et protection de l'acquéreur emprunteur، م إ د، 1980، I، 2973، رقم 5.

وثمة نقد آخر يمكن ان يتناول النص القانوني هو أن الفريقين، في المادة العقارية، على عكس ما يجري في مادة المنقول، ليسا بالضرورة مستهلكين ومهنيين: غالباً ما يكون البائع مجرد فرد وبالتالي قد يبدو من الظلم أن يتحمل حماية مكتسب الملكية طالب الاعتماد⁽¹⁾.

22528 - ج. الرباط بين مختلف القروض الضرورية للتمويل. ينص القانون أخيراً، لتوفير الضمان الكلي للمستهلك، فضلاً عن ذلك، على نوع تضامن القروض عندما يجب الحصول على عدة قروض لتمويل العملية⁽²⁾: تقرر المادة L.13-312 أن كلاً منها يبرم بشرط معلق على منح القروض الأخرى⁽³⁾.

انظر الرقم 11507 السابق وما يليه حول الشرط المعلق في العقد التمهيدي للوعد بالبيع، في الاتفاق على البيع، وفي عقد الحجز.

القسم III

معطيات عقد قرض العملة

22529 - التقسيم. يتميز قرض العملة، قبل أي شيء، بالفائدة المطلوبة كأجر عن الخدمة المقدمة (الفقرة 1)؛ بيد أنه قد يحصل أن يضاف إليه تحديد رأس المال المقترض وفقاً لمؤشر متحرك (الفقرة 2).

الفقرة 1 - تحديد الفائدة وتحضير الربا

22530 - القرض بأجر. يحوي قرض العملة بصورة عامة فائدة هي أجر المقرض⁽⁴⁾، وتسوّغ بتجميد المبلغ المعني وبمخاطر الايفاء. إلا أنه يجوز للفريقين عدم النص على أي فائدة. وغالباً ما لا يشترط في العلاقات العائلية أو علاقات الصداقة أي فائدة عن الخدمة المؤداة. على أن القرض المجاني يبقى الاستثناء، عملياً، ولا يتوجب، نظرياً، على المقرض أي أجر إذا لم يتضمن العقد ذلك.

وتحسب الفائدة عموماً عن كل سنة: قرض بمبلغ 600000 فرنك بمعدل 10% يمثل فائدة 60000 فرنك كل سنة، وبالتالي 5000 فرنك في الشهر.

-
- (1) انظر حول هذه النقطة، في المدخل، مفهوم المستهلك.
- (2) انظر كمثال على الوضع الذي يطلب فيه المقرض عدة قروض، الغرفة الجنائية، 27 أيار 1986، المذكور سابقاً، د، 1987، 39، تعليق J.L.Aubert.
- (3) على أن ذلك قائم بشرط أن يمثل القرض على الأقل 10% من الاعتماد كله، المادة L.13-312 في نهايتها، وينبغي أن يُعلم المقرض كل هيئة مغرصة بنيتها في اللجوء إلى عدة قروض.
- (4) انظر Ch. Gavalda et J. Stoufflet، رقم 472 - 1 وما يليه.

ومن المعلوم أنه ينبغي، استناداً إلى المادة 1905 من ق م، لكي تتوجب الفائدة، أن تشترط صراحة. وتتحد القاعدة بالمادة 1907 التي تتطلب تحديد معدل الفائدة خطياً، مما ينتج عنه تطلب مزدوج.

- أجر المقرض يجب، في مبدئه، أن يجري النص عليه، فلاشترط بهذا المعنى ضروري، ذلك بأن القاعدة - ذكرى من الزمن القديم ولا شك - هي المجانية⁽¹⁾. هناك في ذلك، بالتأكيد، حماية للمقرض⁽²⁾، وتقوم بدورها، فضلاً عن ذلك، في العلاقات التجارية وفي المادة المدنية⁽³⁾. وينبغي، إذا كانت المادة 1906 قد استبعدت القاعدة عندما يدفع المدين الفوائد⁽⁴⁾، أن يكون هذا الدفع ارادياً: يستبعد قبولها مثلاً عندما تقتطع الفائدة مؤسسة اعتماداً آلياً من حساب زبونها⁽⁵⁾.

(1) انظر حول مجانية القرض التقليدية الرقم 22108 السابق.

(2) انظر كمثال غ م أن، 23 تموز 1974، د، 1975، 586، تعليق J.Stoufflet، قرض اعطاه كاتب عدل للتاجر؛ غ م أن، 26 تشرين الثاني 1991، ن م، I، رقم 335، قرض اعتبر مجانياً لعدم ذكر الفوائد المتوجبة: جعل الحكم الفوائد تسري بالمعدل القانوني اعتباراً من الانذار بالايفاء.

كانت الحماية نفسها موجودة في القانون الروماني حيث كان اشتراط الفائدة في العقد ضروري لانشاء الحق في الفائدة، انظر P.F.Girard, Manuel élémentaire de droit romain، المذكور سابقاً، ص 525.

(3) تم، في هذا الشأن؛ بيان أن «المادة 1905 البعيدة عن الممارسة المعاصرة تطبق أيضاً على القروض التجارية والقروض المدنية». J.Stoufflet، التعليق في د، 1975، 586، الذكور آنفاً، ثمة فارق بين المادتين يعود إلى أن ارادة اشتراط الفوائد يمكن اثباتها بالوسائل جميعاً بين التجار، في حين أن مبدأ الانبات الخطي في النظام المدني مطبق، انظر J.L.Rives-Lange et M.Contamine-Raynaud، رقم 416.

على أن قرينة المجانية لا تطبق على الحساب الجاري، وهو حل ثابت تماماً، انظر غ م أن، 23 تموز 1974، المذكور سابقاً، د، 1975، 586، تعليق J.Stoufflet، أضف إلى ذلك غ ت ن، 17 أيار 1982، ن م، I، IV، رقم 181، د، 1983، إس، 186، م Vasseur، بطاقة اعتماد، فتح اعتماد مقترن بوعد بالقرض معدل فائدته لم يكن مذكوراً.

(4) يتضمن هذا النص عندئذ على «أنه لا يستطيع تكرار ذلك»: الإوالية قريية من إوالية المرجب الطبيعي، المادة 1235، الفقرة 2، من ق م؛ انظر Colin et Capitant, Cours élémentaire de droit civil، المجلد 2، تأليف Julliot de la Morandière، 1948، وفي عرضهما يستبعد تطبيق المادة 1906 إذا اخطأ المدين وافترض على العكس ان عليه الدفع مع علمه بالأمر بحيث ان النص، إذا صح القول، «يفترض ان ثمة اتفاقية ضمنية على الفوائد بين الفريقين» في هذه الحالة: وأضافا أن «الاتفاقية الضمنية التي يفترضها القانون لا تولد هنا سوى موجب طبيعي».

ويمكن ايجاد آثار للقاعدة الرومانية: لم يكن يكفي، في الأصل، وعد منضم إلى القرض، عقد عيني فعال بهذه الصفة، وإنما كان يقتضي وجود عقد متوافق مع الاشكال التقليدية، عقد شفهي، ولم يكن لمجرد الوعد بالفائدة المنضم إلى القرض مفعول إلا كموجب طبيعي يستبعد التكرار، انظر P.F.Girard, Manuel élémentaire de droit romain، المذكور آنفاً، رقم 524.

(5) انظر غ ت ن، 23 تشرين الاول 1990، د، 1991، 73، تعليق Ch.Gavalda، حساب مدين لزبون، غياب المعدل الاتفاقي، أو الاعلام به، الموجه إلى صاحب الحساب، تطبيق معدل الفائدة القانوني، المادة 1906 من ق م مستبعدة: على أنه يلاحظ أن المحكمة العليا لا يبدو، في هذه القضية، أنها فرضت موافقة الزبون على المعدل الاتفاقي، وإنما فرضت فقط «اعلاماً معدلاً للفت انتباه المدين واثارة منازعته المحتملة يساوي موافقة واعية من قبله»، مما ليس في انسجام مع باقي الاجتهاد؛ انظر أيضاً غ ت ن، 19 نيسان 1991، د، =

- يجب أن يحدد معدل الفائدة خطياً، ولتكريس حق المقرض بأجر معين لا يكفي إذا النص على دفع الفائدة: ينبغي أيضاً بيان أي فائدة. فالمادة 1907، الفقرة 2، من ق م تنص على أن «معدل الفائدة الاتفاقي يجب أن يحدد خطياً»⁽¹⁾. وفي حال عدم ايضاح ذلك يجب الأخذ بمعدل الفائدة القانوني⁽²⁾. والفرضية ليست مدرسية: ليس من النادر، مثلاً بالنسبة إلى تسهيلات الصندوق أو فتح الاعتماد، أن لا يكون الفريقان قد ذكرا الفائدة التي قد تستحق⁽³⁾. ويعتبر تطلب المستند الخطي، حول هذه النقطة، مطلوباً لصحة اشتراط الفائدة ذاتها⁽⁴⁾.

هذه هي الشروط الاولى المطلوبة لكي يكون للمقرض الحق في استيفاء فائدة كأجر عن وضع الاموال بالتصرف. إن الحرية العقدية تنقلب في أيامنا إذن. بيد أنه كان يجب، منذ تشريع القرض بفائدة وتبني المادة 1905 من ق م، حدوث تطور لاكتساب حرية تحديد الفائدة الاتفاقية والخروج من نظام الفائدة القانونية التي سادت القرن التاسع عشر (أ)؛ وهذه الحرية العقدية، في أيامنا، لا يقيدتها سوى بعض الحدود تعود بالضرورة إلى تحظير الربا (ب).

22531 - أ. المعدل القانوني والمعدل الاتفاقي. تنص المادة 1907 من ق م، في فقرتها الاولى، على أن «الفائدة تكون قانونية أو اتفاقية». ويتفق الفريقان، عملياً، في عقد القرض، على الفائدة التي ستدفع: المعدل هو اتفاقي. إلا أنه لم تكن لهما ابداً الحرية التامة في هذا الشأن. فالمال المقرض، بخلاف الشيء المؤجر الذي لا سقف

= 1991، 385، تعليق Vasseur، م إ د، الطبعة N، 1992، II، 44، تعليق Stoufflet.

(1) انظر كمثال غ م أن، 24 حزيران 1981، القضية الأولى، 1982، 397، تعليق M.Boisard، نقض القرار الذي استند، لقبول فكرة اتفاق شفهي بين الفريقين، إلى زيادة معدل الفائدة السارية، وعلى بدء بيئة خطية وعلى كون الفائدة المنازع فيها في النهاية كانت قد دفعت خلال فترة من الزمن: الحال أن «وجود مستند خطي يذكر معدل الفائدة شرط لصحة اشتراط الفائدة».

(2) انظر غ م أن، 24 حزيران 1981، القضية الثانية، د، 1982، 397، تعليق M.Boisard: في مادة قرض العملة بعوض، وفي حال عدم وجود اشتراط الفوائد، «من المناسب تطبيق معدل الفائدة القانوني بتاريخ القرض»، غ ت ن، 23 تشرين الأول 1990، د، 1991، 73، تعليق Ch.Gavalda، حساب جار؛ J.L.Rives-Lange et M.Contamine-Raynaud، رقم 418.

(3) انظر كمثال غ ت ن، 12 نيسان 1988، د، 1988، 309، طلبات M.Jéol، م إ د، 1988، II، 21026، تعليق Stoufflet و Gavalda، حساب جار، تطبيق المعدل القانوني: جرى النص من قبل الفريقين على أن الفائدة الاتفاقية تطبق بينهما، إلا أنه لم يكن هناك مستند خطي يحدد المعدل.

(4) انظر غ م أن، 24 حزيران 1981، القضيتين الأولى والثانية، المذكورتين سابقاً، د، 1982، 397، تعليق Boisard؛ يطبق الحل حتى في نطاق حساب جار، انظر غ ت ن، 12 نيسان 1988، المذكور سابقاً، د، 1988، 309، طلبات M.Jéol، م إ د، 1988، II، 21026، تعليق Stoufflet و Gavalda؛ غ م أن، 11 تشرين الأول 1988، ن م، I، رقم 282، طبق الفريقان خلال فترة من الزمن معدلاً مختلفاً عن المعدل المذكور اتفاقياً، استحالة الأخذ بهذه الواقعة على أنها حاسمة.

لمردوده على وجه العموم، يشكل دائماً موضوع احكام تحدد المردود الذي يمكن انتظاره. وقد تغير تنظيم القرض بفائدة في روما بدءاً من التحضير التام إلى الاعتراف المراقب. وكان تحفيز الربا، في أي حال، موجوداً دائماً⁽¹⁾.

ولم تكن المعدلات الاتفاقية في فرنسا، بعد الاعتراف بشرعية القرض بفائدة في عام 1789، وخلال ما يقرب من نصف قرن، اعلى من المعدل القانوني.

وفي الواقع وضعت المادة 1907، مع قبول امكانية الفريقين في تحديد الفائدة، وإنما بحذر، تنظيم معدل الفائدة باعلان أن حرية الفريقين تمارس «عندما لا يحظر القانون ذلك». ولم يكتف قانون 3 أيلول 1807 بتحديد المعدلات القانونية بـ 5% في المادة المدنية و 6% في الشأن التجاري، وإنما، وبخاصة، قرر أنه لا يمكن الاتفاق على معدلات أعلى من هذه المعدلات القانونية.

وقد تعرض هذا النظام القاسي والموحد للانتقاد، ذلك بأن المعدلات الثابتة لا تأخذ في الحسبان المجازفة التي يتعرض لها المقرض. وبالتالي تم إلغاء الحدود المطروحة على هذا النحو: في عام 1886 في المادة التجارية، وفي عام 1918 في الشأن المدني⁽²⁾. وأصبحت المعدلات الاتفاقية منذ ذلك الحين مستقلة عن المعدل القانوني.

ولم تتطور مبالغ المعدلات القانونية إلا في النادر خلال قرن ونصف⁽³⁾. هنا أيضاً كان النظام يفتقر إلى الواقعية والمرونة: كانت هذه المعدلات بعيدة كل البعد عن تطلبات الأعمال وكان تحديدها يستحيل ان يتكيف مع الظروف. وانتهى هذا التحديد إلى التعديل في النهاية. والمعدل القانوني يسوسه اليوم قانون 11 تموز 1975 الذي وضع طريقة التحديد، كل سنة، بموجب مرسوم⁽⁴⁾، وقد تآرجح في النصف الأول من التسعينات حول 10%⁽⁵⁾، مسا

(1) انظر الرقم 22501 السابق.

(2) أنهما قانونا 12 كانون الثاني 1886 و 18 نيسان 1918، انظر حول النص الأول إ.ع، الملحق، V، القرض بفائدة، رقم 7.

(3) خفض قانون 7 نيسان 1900 هذه المعدلات إلى 4% و 5%، ورفعها قانون 18 نيسان 1918، بعد ذلك، إلى 5% و 6% قبل أن تنخفض مجدداً إلى 4% و 5% بمرسوم اشتراعي صادر في 8 آب 1935.

(4) ذلك بدون تفريق حسب المادتين المدنية والتجارية، المادة الأولى من قانون 11 تموز 1975 كما تعدل في قانون 23 حزيران 1989: إنه «قانوني»، بالنسبة إلى السنة المعينة، على اساس المتوسط الحسابي للاثني عشر المتوسط الفصلي الأخير لمعدلات المردود الحسابي لمزايدات سندات الخزينة بمعدل ثابت لثلاثة عشر اسبوعاً.

(5) تحدد بـ 10,40% لسنة 1993 بمرسوم 24 كانون الأول 1992.

يموضعه بوضوح تحت المعدلات الاتفاقية التي تمارس اعتيادياً⁽¹⁾.

ووظيفة المعدل القانوني في القرض، في أيامنا، أن يطبق في حال عدم قيام الفريقين بتحديد الفائدة المتوجبة على المقرض⁽²⁾. غير أنه يقوم بوظائف أخرى، فهو يشكل، مثلاً، الفائدة المطبقة على التعويضات المتوجبة في المسؤولية التقصيرية⁽³⁾، وله، في المادة العقدية، دور في أنواع الموجبات كافة وليس في الموجب الناجم على القرض⁽⁴⁾ فقط.

أما ضرورة رقابة الحرية العقدية في مادة القرض فقد بقيت حينية، وتعاقت محاولات مختلفة لاحتواء الفوائد الاتفاقية في حدود عادلة. ونظامها هو نظام حرية مراقبة.

22532 - ب. تحظر المعدلات الربوية. يعود التنظيم الحالي الذي يحظر الفوائد المرتفعة بشكل غير طبيعي إلى قانون 28 كانون الأول 1966 «المتعلق بالربا»⁽⁵⁾ الذي تعدل بقانون 31 كانون الأول 1989 حول الاستدانة المفرطة للأسر ثم أصبح داخلاً في ق م في المادة L.1-313 وما يليها⁽⁶⁾. ويطبق على الاعتمادات المعطاة للمستهلكين في

(1) على الأقل في مادة المنقول: المعدلات الاتفاقية في المادة العقارية غالباً ما هي بعض النقاط فقط فوق المعدل القانوني. وقد نص قانون 11 تموز 1975، لتجنب المناورات التسويقية للمدينين المتشككين نوعاً ما، على أن المعدل القانوني، إذا كان المدين قد أدانه القضاء، يزداد خمس نقاط اعتباراً من مهلة خمسة أشهر تلي التاريخ الذي أصبح فيه هذا القرار نافذاً (إلا أن يعفي القاضي المدين من هذه الزيادة، المادة 3 كما تعدلت بقانون 9 تموز 1991).

(2) انظر على سبيل المثال غ م أ ن، 24 حزيران 1981، القضية الثانية، المذكور سابقاً، د، 1982، 397، تعليق M.Boisard، والرقم السابق.

(3) انظر كمثال Terré, Simler et Lequette, Droit civil, Les obligations.

(4) تسري الفوائد اعتباراً من انذار بالدفع موجه إلى المدين، وإنما إذا كان يتوجب حكم لتصفية المبلغ العائد للدائن فلا تسري إلا اعتباراً من الحكم، كدين التعويض (انظر المادة 1153 - 1 من ق م التي ادخلها قانون 5 تموز 1985 المتعلق بحوادث السير) انظر Terré, Simler et Lequette, Droit civil, Les obligations، المذكورين سابقاً، رقم 584.

(5) لتحظر الربا حفل تطبيق أضيق في بعض النواحي من القوانين الصادرة في عامي 1978 و 1979 في مادة الاعتماد: لا يسري على عمليات الاعتماد المحققة عن طريق البيع في صورة ايجار أو الاجارة البيعية أو الايجار مع خيار الشراء، انظر J.Calais-Auloy, Droit de la consommation، المذكور آنفاً، رقم 297، وهو ينتقد هذا الحل.

وقانون عام 1966، مع أن له طابع الانتظام العام، لا ينزع إلى حماية المقرض، وبطلان بند اشتراط الفوائد المخالف لاحكامه هو بطلان نسبي يتقدم بمرور خمس سنوات اعتباراً من ابرام العقد، انظر غ م أ ن، 21 كانون الثاني 1992، ن م، I، رقم 22 (الحكم رقم 1).

(6) يشير هذا التقنين، حقاً، مشكلة، كنتيجة ولا ريب، طالما أن المادة 4 من قانون 26 تموز 1993 المتعلق بقانون الاستهلاك تنص على أن المواد 1 إلى 7 من قانون 28 كانون الأول 1966 التي تحدد ما هي الفائدة الربوية قد ألغيت: مع ذلك، ومع أن مدونة القانون التي انشأت حديثاً تطبق على علاقات الاستهلاك، ينبغي عدم الاستخلاص من ذلك أن تحظر الربا لم يعد نافذاً إلا تجاه المستهلكين، ذلك بأنه يحتفظ بمده العام بلا أدنى ريب.

مادة المنقول وغير المنقول وكذلك على الاعتمادات المعطاة للمهنيين⁽¹⁾،⁽²⁾.

والنص نتيجة مسعى في محاولات عديدة فشلت لاحتواء معدلات الفوائد في حدود مقبولة، ولاسيما مرسوم 8 آب 1935 الذي منع المعدلات التي تتجاوز مرة ونصف المعدلات المتوسطة التي يعطيها المقرضون الحسنو النية بالمخاطر عينها: آثار هذا النص صعوبات تطبيق في المفاهيم المستخدمة - حسن النية، معدل وسطي، مخاطر مقارنة... - كانت ضبابية. وحاول قانون 1966 معالجة ذلك، وهو يحوي مظهرين.

- أقر، في المقام الأول، مفهوم المعدل الفعلي الاجمالي وهو الاداة التي تتيح قياس الكلفة الحقيقية للعملية بالنسبة إلى المقرض، ويصلح كقاسم مشترك لجميع أنواع المقارنات: بين عدة قروض مقترحة في السوق لمعرفة الأكثر نفعاً، وبين المعدل الممارس والمعدل الربوي لمعرفة ما إذا كان يتجاوز المعيار⁽³⁾. ويتم الحصول على المعدل الفعلي الاجمالي بأن تضاف إلى الفائدة المطلوبة «المصاريف أو العمولة أو الأجر من أي طبيعة كان، المباشرة وغير المباشرة بما في ذلك الأجر المدفوع إلى الوسطاء أو المتوجب لهم»⁽⁴⁾، وإنما بدون إدخال الاعباء المرتبطة بالضمانات التي تفتقر

(1) تحظير الربا، وضرورة بيان المعدل الفعلي الاجمالي خطياً وهو الممارس في العملية المعنية، يطبقان حتى بين التجار، مثلاً في شأن المكشوف في الحساب الجاري، انظر غ م أن، 9 شباط 1988، م إد، 1988، II، 21026، تعليق Stoufflet و Gavalda، يأخذ القرار بأن قانون 1966، مع الأخذ في الحسبان خاصية الاعتماد في الحساب الجاري، لم يصبح مطبقاً عليه إلا اعتباراً من مرسوم 4 أيلول 1985 المتخذ لإعمال المادة 3 من هذا القانون التي حددت نمط حساب المعدل الفعلي الاجمالي في ما يتعلق بمكشوف في الحساب؛ انظر أيضاً طلبات M.Jéol في د، 1988، 309، حول غ ت ن، 12 نيسان 1988.

على أنه يعتبر أن تحظير الربا، إذا كان أجر القرض له طابع جزائي، وذلك هو الحال بخاصة عندما يكون المقرض مهتماً بالربح الذي تحققه الأموال الموضوعة بتصرف المقرض، ليس له دور، انظر كمثال حكم محكمة استئناف باريس، 11 آذار 1967، د، 1967، 474، م إد، 1968، II، 15334، أموال مقدمة لشراء مؤسسة تجارية، أجر قسم منه بفائدة والقسم الآخر نصف رقم المبيعات خلال خمس سنوات: من الحكمة، في أحوال تجاوز المعدل الربوي إلى حد كبير، عدم اعطاء دور للتحظير.

(2) انظر بصورة خاصة E.Thaller، التعليق المذكور آنفاً، د، 1904، 1، 257، ثمة عنصر آخر يقتضي أخذه في الاعتبار هو ارادة المقرض في المشاركة في الخسائر: ليست موجودة إذا كان من المتوخى الايفاء مهما حدث، انظر غ ع، 8 كانون الثاني 1872، د، 1872، 1، 194، تقديم رؤوس أموال لاستثمار صناعي، لا توجد مشاركة في الخسائر؛ غ ع، 5 كانون الأول 1887، د، 1888، 1، 340، رؤوس أموال وضعت بالاشتراك، عدم وجود مشاركة في الأرباح؛ حكم محكمة استئناف باريس، 11 آذار 1967، د، 1967، 474، م إد، 1968، II، 15334، أموال لشراء مؤسسة تجارية: عقد الشركة يجب ان يعتبر باطلاً لأنه يعني شريكاً من أي اسهام في الخسائر، ويمكن أن يرتدي طابع عقد آخر، صحيح، ولاسيما القرض.

(3) يوفر المعدل الفعلي الاجمالي إعلماً موضوعياً، كمال قال J.Calais-Auloy، في مؤلفه Droit de la consommation المذكور سابقاً، رقم 289؛ وحول المعدل الفعلي الاجمالي انظر Ch. Gavalda و J.Stoufflet، رقم 378 وما يليه.

(4) حتى ولو كانت المصاريف، وهي في هذه القضية أجر وسيط، ناتجة عن عقد منفصل، انطلاقاً من الآونة التي يشكل فيها كلاً مع القرض، انظر غ م أن، 12 حزيران 1990، ن م، I، رقم 161؛ ويقتضي الأخذ في =

الاعتمادات بها، ولا اتعاب الموظفين القضائيين المتدخلين في العملية (المادة L.1-313 من ق إ، المادة 3 القديمة من قانون 1966)⁽¹⁾.

والمعدل الفعلي الاجمالي المحدد على هذا النحو يجب ان يذكر في أي مستند خطي يثبت قرضاً أو اعتماداً، وإنما هو محدد في قانون 1966 حول الربا (المادة L.1-311 من ق إ، المادة 4 القديمة من قانون 1966)⁽²⁾. إذن لحماية المقترض نوع من الضمان في الصديق الذي يفرض التحديد القانوني للمعدل، وفي هذه الشكلية العقدية. والمعدل الفعلي الاجمالي، المحدد على هذا النحو هو معدل سنوي. وإذا تدرجت العملية في فترات أكثر من سنة أو أقل يجب إجراء تحويل والطريقة المستعملة هي حساب نسبي⁽³⁾. وذكر المعدل الفعلي الاجمالي مفروض لصحة اشتراط الفائدة⁽⁴⁾، وليست لصحة عقد القرض نفسه⁽⁵⁾. وفي حال عدم وجود فائدة اتفاقية يُرجع إلى الفائدة

= الحساب أيضاً الضرائب والرسوم على عاتق المقترض، وإنما ليس تحديد رأس المال المقترض وفقاً لمؤشر متحرك، غ م أن، 21 كانون الثاني 1992، ن م، I، رقم 22 (الحكمان رقم 2 و 3).

(1) عندما يتعذر بيان مبلغها بدقة قبل إبرام العقد، كما يضيف النص، في ما يتعلق بهذه الاعباء والاتعاب؛ وفي شأن مصاريف التأمين من المقبول أنها داخلة عندما يفرض على المقترض ان يتعاقد عليها، وليس إذا كان المقترض حراً في الاقدام على ذلك أم لا، انظر حكم محكمة استئناف باريس، 11 كانون الثاني 1982، م ق ع، 1982، 1، 131، تعليق Marchi؛ وفي صدد صعوبات حساب المعدل الفعلي الاجمالي، انظر J.L. Rives-Lange et M. Contamine-Raynaud، رقم 412.

(2) انظر غ م أن، 9 شباط 1988، ن م، I، رقم 35: لا يمكن الإسناد إلى اتفاقية أخرى غير ملحقة بالعقد.

(3) انظر غ م أن، 9 شباط 1985، م إ د، 1986، II، 20532، تعليق Pitou؛ Malaurie et Aynès، رقم 940 وما يليه وكذلك ف د، 1991، 446، Husset، Calcul du taux d'usure dans les prêts، 131، remboursables par mensualité، 1977، العرض، 131.

على أن الحل لا يبدو أنه يسري إلا لتقدير الطابع الربوي للفائدة المطلوبة، ذلك بأن الطريقة، في ما يتعلق بصحة الإعلام الواجب اعطاؤه للمقترض، بواسطة بيان المعدل الفعلي الاجمالي، المسماة «حسابية»، يجب تفضيلها طالما أنها الطريقة التي يتبناها التوجيه المجموعي (أي المتعلق بالمجموعة الأوروبية) رقم CEE /88 /90، 22 شباط 1990، الجريدة الرسمية للمجموعة الأوروبية رقم L.61 في 10 آذار 1990، المكملة بالتوجيه الصادر في 22 كانون الأول 1986 حول اعتماد الاستهلاك، الجريدة الرسمية للمجموعة الأوروبية، رقم L42، 12 شباط 1986، انظر Ch. Gavalda et J.Stoufflet، Droit bancaire، 1992، رقم 381 - 1؛ انظر أيضاً M.Tenreiro، م إ، أوروبا، الكراسية 2011، حماية المصالح الاقتصادية للمستهلكين، 1993، رقم 112.

يضاف إلى ذلك أن المادة 3، الفقرة 2، من قانون 1966 التي أصبحت المادة L.1-313 الفقرة 3 من ق إ تنص على حالة القروض التي تكون موضوع استهلاك متدرج وقد فرض مرسوم 4 أيلول 1985 المتعلق بحساب المعدل الفعلي الاجمالي، للأخذ في الحساب هذا الاستهلاك، الطريقة المسماة طريقة الفوائد المركبة التي اشاد بها الاجتهاد، انظر الغرفة الجنائية، 8 حزيران 1977، ن ج، رقم 209.

(4) بيد أن العملية هي فتح اعتماد مع وعد بالقرض، كما في اعطاء الزبون بطاقة اعتماد، وليس ذكر معدل الفائدة مفروضاً في هذه المرحلة: يفرض فقط عند إرسال كشف الحساب حيث تترك امكانية استعمال الاعتماد، انظر غ ت ن، 17 أيار 1982، ن م، IV، رقم 181، د، 1983، إ س، 186، M.Vasseur.

(5) انظر غ م أن، 24 حزيران 1981، القضية الثانية، 1982، 397، تعليق M.Boisard، نقض الحكم الذي =

القانونية⁽¹⁾. على أن القانون لا يفرض أي تقديم خاص: هكذا يجب ان يعتبر ذكر المعدل امام الشعار «TEG أي المعدل الفعلي الاجمالي»، مع إحالة إلى الشروط العامة، كافياً إذ لم يكن هناك مجال للالتباس في ذهن المقرض⁽²⁾.

- يعطي القانون، من جهة أولى، تحديداً دقيقاً للربا: المعدل الفعلي الاجمالي للقرض يكون ربوياً عندما يتجاوز ثلث المعدل الفعلي الوسطي خلال الفصل السابق في العمليات من الطبيعة عينها ويتضمن مخاطر مماثلة (المادة الاولى من قانون 1966 التي أصبحت المادة L.3-313 من ق إ⁽³⁾). والتحديد موحد ويسري في المادة التجارية والمدنية. ونشر المعدلات الفعلية الوسطية التي تصلح كإسناد مؤمن، عن طريق فئات العمليات، في اعلان صادر عن وزارة الاقتصاد والمالية في بدء كل فصل: يبين الاعلان المعدلات الوسطية التي تمارس خلال الفصل السابق⁽⁴⁾. وفعالية الإلالية تعود إلى وجود نصوص تطبيقية تعطي الإسنادات التي لا غنى عنها، مما يجنب صعوبات التفسير.

وللنظام عيب: يحسب الإسناد الذي يتيح تحديد ما إذا كان المعدل ربوياً - وبالتالي إذا كان قرض كهذا يفرض في التطلب - محسوراً تبعاً لما يتم ممارسته - وبالتالي تبعاً لما يفعله المقرضون عموماً. هناك إذاً حلقة مفرغة. ويلاحظ، علاوة على ذلك، ان القانون يتيح، في الواقع، فرض معدلات مرتفعة مقبولة: نحو 20 إلى 30% في مادة اعتماد المنقول، ونادراً ما يؤمن ذلك حماية المقرضين⁽⁵⁾.

= اعتبر القرض باطلاً وأمر برد رأس المال مع فائدة قانونية اعتباراً من الانذار؛ غ م أ ن، 9 شباط 1988، ن م، I، رقم 35: عدم ذكر المعدل الفعلي الاجمالي لا يؤدي إلى بطلان القرض.
(1) العقوبة المدنية هي استرداد الفوائد وحسب، انظر غ ت ن، 17 أيار 1982، ن م، IV، رقم 181، بطاقة اعتماد.

(2) انظر غ م أ ن، 24 حزيران 1981، القضية الثالثة، د، 1982، 397، تعليق M.Boisard: نقض الحكم الذي اعلن القرض باطلاً لأنه لم يذكر، وفي الصفحة اليمنى، المعدل الفعلي الاجمالي بالاحرف.

(3) قبل التعديل الذي أدخله قانون 31 كانون الأول 1989، المتعلق باستدانة الأسر، كان هناك حد أقصى مزدوج: المعدل الفعلي الاجمالي للقرض لا يمكن ان يكون أعلى من ربع المعدل الفعلي الوسطي الذي تمارسه المصارف (قانون 1966، المادة الأولى، الفقرة الأولى)، ولا أعلى، في أي حال، من ضعف المعدل الوسطي للمردود الفعلي للسندات الصادرة خلال الستة أشهر السابقة (قانون 1966، المادة الأولى، الفقرة 3)؛ انظر Vion، ف د، 1990، 922.

(4) تنص المادة L.3-313 الفقرة 3 من ق إ المتحدرة من المادة الأولى، الفقرة 2، من قانون 1966، على أن «شروط حساب المعدلات الفعلية الوسيطية ونشرها محددة نظامياً ويحدد، في الواقع، الوزير المكلف الاقتصاد، بناء على رأي المجلس الوطني للاعتماد، كيفية تطبيق الاحكام المتعلقة بالربا: يطبق حالياً حول هذه النقطة قرار 25 حزيران 1990 الذي يحدد نماذج الاعتمادات التي يتضمن كل منها معدل الربا.

وتحسب المعدلات الوسيطية بالطبع بالطريقة نفسها التي يجب أن يطبق فيها المعدل الفعلي الاجمالي؛ وفضلاً عن ذلك بإمكان القاضي أن يراجع اللجنة الاستشارية لتوضيح الارقام المنشورة على هذا النحو، انظر J.L.Rives-Lange et M.Contamine-Raynaud، رقم 409.

(5) هكذا تراوحت المعدلات الوسيطية الممارسة، في عام 1991، حول 11,5% في قروض المعدل الثابت في =

وفي الفرضية التي يبدو فيها المعدل ربوياً ينص القانون على ان الاستيفاء المفرط ينسب إلى الفوائد الطبيعية والمستحقة واستطراداً إلى رأس المال (المادة L.4-313 من ق إ). فالعقوبة ليست بطلان القرض اذن، إذ قد يبدو مضرراً بالمقترض، وإنما استرداد المستوفى المفرط، وذلك هو التدبير الملائم الوحيد، بقطع النظر عن العقوبات الجزائية: لأن الربا هو جريمة ايضاً⁽¹⁾. على أن هذه العقوبة أكثر اعتدالاً من العقوبة الواردة في القانون المتعلق بالاعتماد في مادة المنقول في حال انتهاك الشكلية المفروضة لحماية المستهلك وهي سقوط الحق في الفوائد (المادة L.33-311 من ق إ، المادة 23 القديمة من قانون 10 كانون الثاني 1978) إن التناقض ظاهر.

قد يكون تدبير آخر أكثر فعالية، لتجنب أن يكون القرض الذي يعطيه المصرف باهظاً وهو منع مثل هذا القرض منذ عام 1989 بمنح التجار مكافأة نسبياً إلى معدل الفائدة التي تنجح المصارف في فرضها على المستهلكين: أصبحت هذه الممارسة محظرة بموجب القانون (المادة L.11-313 من ق إ التي أصبحت المادة 22 - 1 من قانون 1978 المتعلق بالاعتماد في مادة المنقول، المادة 30 أ القديمة من قانون 1979 حول الاعتماد العقاري).

22533 - ج. تطلب التحديد. غالباً ما يكون المعدل الذي يعتمد الفريقان ثابتاً: وإذا لم يتضمن العقد شيئاً من ذلك يفترض المعدل ثابتاً. إلا أنه قد يكون متغيراً، ويخشى في هذه الحالة بروز صعوبات⁽²⁾، ذلك بأنه يجب، إذا كان من المشروع النص على تغيير المعدل، ان يتم ذلك وفقاً لمعايير موضوعية لا تتوقف على ارادة المقرض: يجب أن

= المادة العقارية، وحول 19,5% في مادة المنقول في القروض تحت 10000 فرنك، مما كان يجيز معدلات تصل إلى 15,33% و 26%؛ وفي عام 1993، حول 11% في المادة العقارية وحول 20% في مادة المنقول للقروض الأدنى من 10000 فرنك، مما كان يجيز معدلات تصل إلى 14,6% و 26,6%، انظر م إ م، المواد 1905 إلى 1908، الكراسة 25، 1993؛ انظر ايضاً J.Calais-Auloy, Droit de la consommation، المذكور سابقاً، رقم 297، رقم 342.

(1) إن عقوبات جزائية كهذه منصوص عليها في القانون، المادة 313 - 5 من ق إ، المادة 6 القديمة من قانون 1966: حبس شهرين إلى سنتين وغرامة من 2000 إلى 300000 فرنك أو إحدى هاتين العقوبتين؛ انظر حكم المحكمة الابتدائية في ديجون، 7 كانون الأول 1982، م إ د، الطبعة CI، 1983، II، 14120، تعليق Husset.

(2) انظر J.L.Rives-Lange et M. Contamine-Raynaud، رقم 419، وهما يفرقان بين المعدل الثابت والمعدل وفقاً لمؤشر متحرك والمعدل المتغير؛ Ch.Gavalda et J.Stoufflet، رقم 377؛ وحول تحديد القرض وفقاً لمؤشر متحرك انظر ما سيرد فيما بعد.

ويحسب المعدل المتغير عموماً بالطريقة التالية: المعدل الاساسي (معدل المصرف المتطور تبعاً للظروف) + X% (نقاط تحسب للزبون تبعاً للعملية) = المعدل المطبق؛ ويسمى المعدل «قابلاً لاعادة النظر» عندما لا يعكس المصرفي آلياً تغييرات معدله الاساسي.

يكون التغيير قابلاً للتحديد تبعاً لعناصر السوق المالية الخارجة عن ارادة المقرض⁽¹⁾. وهكذا يخضع قرض العملة لهذا المبدأ الحامي الكبير للنظرية العامة للموجبات⁽²⁾. وفي حال عدم التحديد يبطل بند التغيير وحده وليس المعدل الذي يجب ان يحل محله هو المعدل القانوني وإنما المعدل الاتفاقي المحدد في آونة تكوين العقد⁽³⁾.

الفقرة 2 - سداد رأس المال وتحديد القرض وفقاً لمؤشر متحرك

22534 - الاستحقاقات المتوجبة على المقرض. ما يتوجب على المقرض، عملياً، في الاستحقاقات المتفق عليها، لا يتحدد بالفوائد: ينبغي أيضاً أن يسدد رأس المال. والمبلغ المتوجب في كل استحقاق هو ضم هذين الثابتين وفقاً لنسب متغيرة. وتتوقف دورية الاستحقاقات التي غالباً ما تكون شهرية في قروض الاستهلاك على ارادة الفريقين⁽⁴⁾.

والتنسيق بين سداد الفوائد وايفاء رأس المال يظهر في جدول استهلاك. ثمة ثلاث طرق في هذا الشأن: تناقصية أو تصاعدية أو ثابتة.

والأسهل هي طريقة الاستهلاك الثابت أو الخطي يسدد فيها رأس المال والفوائد في تواتر واحد. والأمر على هذا النحو في الجدول التالي وفيه يتعلق الأمر بقرض بمبلغ 400000 فرنك تسدد في أربع اقساط سنوية اعتباراً من عام 1995 وتتأول فائدة بمعدل 10% سنوياً تدفع كل ستة أشهر.

(1) كانت للقضاة، منذ لم يعد المعدل الاساسي المصرفي يحدد من قبل مصرف فرنسا وإنما يقرره كل مصرف في نطاق نشاطاته، مناسبة إعلان أن القروض المتغيرة تبعاً لهذا المعدل الاساسي باطلّة بسبب عدم التحديد، انظر غ م أ ن، 2 أيار 1990، نقض، د، 1991، 41، تعليق Ch.Gavaldà، م إ د، 1991، II، رقم 21655، تعليق Stoufflet؛ قارن، سابقاً، ب غ م أ ن، 20 تشرين الاول 1982، ن م، I، رقم 295، استبعاد مطعن الارادية بكون تغيير القرض الذي اعطاه الصندوق الاقليمي للاعتماد الزراعي كان يتوقف على تطور معدلات الصندوق الوطني للاعتماد الزراعي؛ انظر ايضاً غ ت ن، 16 كانون الأول 1992، ن م، IV، رقم 417، تعويض ايفاء مسبق يتوقف على المعدل الذي يمارسه المصرف، عدم تحديد؛ J.Ghestin، المطول في القانون المدني - تكوين العقد مجد، بيروت، 2000، رقم 748 وما يليه.

(2) انظر حول هذه النقطة J.Ghestin et M.Billiau، Le prix dans les contrats de longue durée، منشورات L.G.D.J.، 1990؛ M.A.Frison-Roche، L'indétermination du prix، م ف ق م، 1992، 269، Carbonnier، رقم 55، Flour et Aubert، المجلد 1، رقم 244 وما يليه؛ J.Ghestin، La formation de contrat، تكوين العقد رقم 694 وما يليه؛ Mazeaud et Chabas، رقم 237؛ Starck، تأليف Roland et Boyer، المجلد 2، رقم 519 وما يليه.

(3) انظر غ ت ن، 9 حزيران 1992، نقض، د، 1992، 529، تعليق Ch.Gautier، م إ د، II، 21892، طلبات Curti.

(4) كمثال في المادة العقارية غ م أ ن، 18 تشرين الثاني 1992، ن م، I، رقم 283، م ف ق م، 1993، 607، P.Y.Gautier: قرض بمعدل 14,25% يسدد في 20 سنة ب 240 دفعة شهرية.

التاريخ	الاستحقاق	الفائدة	الاستهلاك	رأس المال الباقي
95,6	20000	200000	0	المتوجب 400000
95,12	120000	20000	100000	300000
96,6	15000	15000	0	300000
96,12	115000	15000	100000	200000
97,6	10000	10000	0	200000
97,12	110000	10000	100000	100000
98,6	5000	5000	0	100000
98,12	105000	5000	100000	0

يتبين من هذا الجدول إن الاستحقاقات ليست بمبلغ موحد وأن المجموع الذي سدده المقرض ارتفع إلى 500000 فرنك لرأس مال مقرض قدره 400000 فرنك.

وغالباً ما تلاحظ الصيغة التناقضية حيث تحوي الاستحقاقات عند الانطلاق القسم الأكبر من سداد الفوائد وقسماً أضعف من سداد رأس المال. ونادراً ما يُلجأ إلى الطريقة التصاعدية حيث يحصل العكس، إلا أنه يمكن، في هذه الطريقة أو تلك، حساب نسبة رأس المال المسدد والفوائد المدفوعة بحيث تكون الاستحقاقات بمبلغ موحد. وتفضل مؤسسات الاعتماد عموماً الصيغة الأولى بسبب منافعها عند التسديد المسبق بشكل خاص⁽¹⁾.

ويعطي جدول الاستهلاك التالي مثلاً في شأن قرض بمبلغ 1000000 فرنك بفائدة 7,75% تسدد خلال خمس عشرة سنة.

السنة	رأس المال	الفوائد	الدفقات الشهرية
1	963260	76213,15	9412,76
2	923569	73262,46	9412,76
3	880691	70074,81	9412,76
4	834369	66631,11	9412,76
5	784326	62910,86	9412,76
6	730265	58891,81	9412,76
7	671862	54550,00	9412,76
8	608768	49859,44	9412,76

(1) يمكن أن يكون للطريقة التناقضية بالنسبة إلى المقرض وفيها تسدد الفوائد بكثافة في البداية اغراء الاستفادة بسرعة من التخفيضات الضريبية حول الفوائد عندما يتم اقتراض رأس المال لغايات معينة.

السنة	رأس المال	الفوائد	الدفعات الشهرية
9	540607	44792,20	9412,76
10	466972	39318,00	9412,76
11	387423	33404,13	9412,76
12	301485	27015,30	9412,76
13	208646	20113,40	9412,76
14	108350	12657,17	9412,76
15	0	4602,11	9412,76
كلفة الاعتماد			694296,29

22535 - ذاتية الوحدة النقدية. يخضع سداد المبلغ المقرض لذاتية الوحدة النقدية: من تلقى فرنكا يجب ان يرد فرنكا. وهذا المبدأ وارد في المادة 1895 من ق م التي وضعت كقاعدة أن «الموجب الناجم عن قرض عملة ليس دائماً سوى المبلغ العددي المبين في العقد».

وكون المبدأ قد ورد في صميم الاحكام الخاصة بالقرض لا يمنع ان ينتشر المبدأ في مجمل قانون العقود. من المتفق عليه ان أي موجب رد مبلغ من العملة أو دفعه لا يتناول على الاطلاق إلا المبلغ العددي الوارد في العقد. هذا هو مبدأ ذاتية الوحدة النقدية الذي طرح كمذهب في فجر القرن التاسع عشر والذي كان يقتضي ايجاد علاج ضده بسبب الانخفاض الدائم للنقد خلال القرن العشرين: إوالية الدين القيمي هي أحد العلاجات بين غيرها⁽¹⁾. ويُلبأ في العلاقات العقدية، لتجنب انخفاض العملة، إلى تحديد المبلغ المعني وفقاً لمؤشر متحرك للحماية ضد الانخفاض النقدي⁽²⁾. وهذه الحاجة موجودة في مادة القرض كما في عقود أخرى حتى ولو كان بالامكان استخدام معدل الفائدة لتحقيق التعويض المأمول. اذن غالباً ما يكون رأس المال محدداً وفقاً لمؤشر متحرك.

(1) انظر Durand, La dette de valeur, اطروحة في باريس، 1972، طبع على الآلة الكاتبة؛ Carbonnier، رقم 11؛ Flour et Aubert، المجلد I، رقم 48؛ Malaurie et Aynès، رقم 1001 وما يليه؛ Marty et Raynaud، المجلد II، رقم 9 وما يليه؛ Starck، تأليف Roland et Boyer، المجلد I، رقم 1425، المجلد III، رقم 129، Terré, Simler et Lequette، الأرقام 580، 863، 993، 1241.

(2) انظر Flour et Aubert، المجلد I، الأرقام 303 و 307، 412، 423؛ (تكوين العقد) Ghestin، La formation du contrat، الأرقام 118، 138، 148؛ (مفاعيل العقد) Ghestin، Les effets du contrat، Jamin et Billiau، الرقم 281؛ Mazeaud et Aynès، رقم 993؛ Marty et Raynaud، المجلد II، رقم 17 وما يليه؛ Mazeaud et Chabas، الأرقام 329، 660، 878 وما يليه؛ Seriaux، الرقمان 34، 47؛ Starck، تأليف Roland et Boyer، المجلد II، الرقمان 518، 577 وما يليه والرقم 1230؛ Terré, Simler et Lequette والرقمان 448 و 1234 وما يليه.

ويجب عدم خلط التحديد وفقاً لمؤشر متحرك بالفائدة المتفق عليها⁽¹⁾. وهو يستخدم لمكافحة انخفاض العملة الناتج عن التضخم وليس مكافأة الهيئة المقرضة. وترتكز الإلالية على تغيير المبلغ المقصود أو قسم منه، وفقاً لمؤشر أو مؤشرات، حسب الصيغة التالية:

$$R = (0,4 \text{ أ} / \text{أ} + 0,6 \text{ ب} / \text{ب})^\circ$$

وفيها يدل حرف ر على رأس المال المعاد تقويمه، (وفقاً للجوء إلى مؤشرين تأثيرهما معتدل بمعدل 10/4 بالنسبة إلى الأول و 10/6 بالنسبة إلى الثاني)⁽²⁾.

وكان على الاجتهاد بعد تردد لمدة طويلة أن يقرر ان مبدأ ذاتية الوحدة النقدية ليس له طابع الانتظام العام وأن يقبل في النهاية ان بنود التحديد وفقاً لمؤشر متحرك يمكن إدخالها بحرية في العقود⁽³⁾. وقد قاد الحل التحرري إلى حد كبير السلطات العامة إلى التدخل في الأمر الاشتراعي بتاريخ 30 كانون الأول 1958، للاحاطة بنود التحديد وفقاً لمؤشر متحرك ويفرض أن يكون المؤشر المعتمد في علاقة مع موضوع العقد أو نشاط أحد الفريقين⁽⁴⁾، وهكذا يحدد قرض العملة المعد لتحقيق بناء أو شراء عقار بشكل

(1) يمكن في الواقع أن تكون الفوائد أيضاً موضوع تحديد وفقاً لمؤشر متحرك، كما رأس المال، أنظر ما بعد النص.
(2) R° تمثل مبلغ رأس المال عند البدء، والمؤشر الأول المتخذ بقيمته في يوم حصول الدفع (A° قيمة هذا المؤشر عند البدء: وهذا المؤشر، في الصيغة، يؤثر بنسبة 10/4 في تطور رأس المال)، وب مؤشر آخر بقيمته في يوم الدفع (B° القيمة عند البدء: يؤثر هذا المؤشر بنسبة 10/6).

والمعادلة مع مؤشر واحد هي $J = C^\circ / S^\circ$ ؛ وإذا كان المراد قسماً ثابتاً بنسبة 10/2 مثلاً بالتنسيق مع مؤشرين يؤثران بنسبة 10/3 و 10/5 تصبح المعادلة: $J = C^\circ / (S^\circ + 0,3 + 0,2 \times 0,5)$ ص/ص⁽³⁾.

(3) انظر قرار Guyot، غ م أن، 27 حزيران 1957، 649، تعليق G.Ripert، م إد، 1957، II، 10093 مكرر، طلبات Besson: «لا يفرض الانتظام العام، في قرض العملة، حماية المقترضين ضد القبول الحر لمخاطرة زيادة المبلغ الواجب رده»؛ ويسري الحل المعتمد في شأن القرض على العقود جميعاً: إنه يضع نهاية لاجتهاد ذممي يفرّق حسب ان يكون موضوع البند تملص الدائن من عدم الاستقرار النقدي (مما كان يؤدي إلى البطلان)، أو تكييف العقد مع الظروف الاقتصادية (مما كان يسوّغ الصحة)، انظر Mazeaud et Chabas: Leçons de droit civil، الباب II، المجلد الأول، الموجبات، 1991، رقم 876 وما يليه، والقراءات؛ وقد كرس الاجتهاد، في قرارات آخرين متعلقين أيضاً بعقد القرض، صحة بنود القيمة ذهباً، وبنود القيمة بالعملة الأجنبية، انظر غ م أن، 4 كانون الأول 1962، د 1963، 698، تعليق M.Pédamon، م إد، 1963، II، 13033، تعليق P.Esmein، وكذلك غ م أن، 10 أيار 1966، م إد، 1966، II، 114871، تعليق J.Ph.Lévy، د 1966، 1197، تعليق Ph. Malaurie؛ انظر أيضاً F.Terré، 1966، II، 114871، تعليق Ph.Simler et Lequette، 1993، رقم 1234 وما يليه؛ Ph.Malaurie et L.Aynès، الموجبات، 1994 - 1995، رقم 993 وما يليه.

(4) المادة 79 - 1 المعدلة بالأمر الاشتراعي في 4 شباط 1959، المادة 14: يحظر النص، في الوقت عينه، أي تحديد وفقاً لمؤشر يتحرك حول الاجر الأدنى اليمهني المضمون، وكذلك حول المستوى العام للأسعار أو الاجور (يعتبر النص موضوع اتفاقية متعلقة بعقار مبني في علاقة مباشرة مع بند التحديد وفقاً لمؤشر متحرك في شأن المؤشر الوطني لكلفة البناء)؛ انظر Mazeaud et Chabas، Leçons de droit civil، الباب II، الموجبات، المذكور سابقاً، رقم 879 بالأمثلة: أنهما يبينان أن هذا النظام يسمى التحديد «الداخلي» وفقاً =

صحيح وفقاً لمؤشر متحرك على أساس كلفة البناء⁽¹⁾، ويقدر بشكل اعم أن قصدية القرض يمكن ان تستخدم كإسناد⁽²⁾.

وغالباً ما تولد القروض المشتركة بعملة اجنبية منازعات. ويعتبر الاجتهاد هذا الاسلوب كتحديد وفقاً لمؤشر متحرك⁽³⁾. وعليه تكون العملية، حسب الأمر الاشتراعي لعام 1958، إذا كان النقد المعتمد ليس في علاقة مع العقد أو الفريقين، ممنوعة، على الأقل في القروض ذات الطابع الداخلي: تحديد المبلغ المقترض مع ذكر السداد بالعملة الاجنبية يشكل، في حالة كهذه، تحديداً وفقاً لمؤشر متحرك غير قانوني ومستتر⁽⁴⁾. والإوالية، بالمقابل، قانونية في قرض ذي طابع دولي⁽⁵⁾.

= مؤشر متحرك؛ ويقدر قضاة الاساس، مبدئياً بسيادة العلاقة الموجودة بين المؤشر وموضوع العقد أو نشاط احد الفريقين، انظر غ م ت ا ن، 30 أيار 1972، د، 1972، 352، تعليق Ph.M. بدل ايجار تجاري؛ ويلاحظ أنهما يديان هاجس انقاذ بند التحديد وفقاً لمؤشر متحرك عندما تبرز صعوبة التطبيق، مثلاً اختفاء المؤشر الذي اختاره، انظر Mazeaud et Chabas، المذكورين سابقاً، رقم 879.

(1) انظر غ م أ ن، 9 كانون الثاني 1974، م إ د، 1974، II، 17806، تعليق J.Ph. Lévy؛ يجب أيضاً ان يكون التخصيص حقيقياً، انظر غ م أ ن، 18 شباط 1976، م إ د، 1976، II، 18465، تعليق J.Ph. Lévy: مجرد التأكيد في العقد أن المقترض يجب أن يقوم باشغال عقارية لا يكفي لتسويغ التحديد على اساس كلفة البناء.

(2) انظر حكم محكمة استئناف باريس، 15 كانون الأول 1980، م ق ع، 1981، 1، 270، تعليق A.Solal، قرض محدد وفقاً لمؤشر متحرك على اساس الأجور في العمارة.

(3) انظر حول هذا الموضوع وفيه شكوكية معينة، Ph.Malaurie، تعليق في د، 1989، 80، في صدد حكم غ م أ ن، 12 كانون الثاني 1988.

(4) انظر غ م أ ن، 12 كانون الثاني 1988، د، 1989، 80، تعليق Ph.Malaurie، قرض معطى بين زوجين في فرنسا بفرنكات سويسرية، بطلان: بين الحكم أن الأمر كان يتعلق بعقد «داخلي»، وليس بعقد دولي؛ غ م أ ن، 11 تشرين الأول 1989، د، 1990، 167، تعليق E.S.de la Marnière، م إ د، 1990، II، 21393، تعليق J.Ph.Lévy، قرض بفرنكات سويسرية، نقض الحكم الذي قبل صحته بدون البحث عما إذا كان يتيح الفرصة لدفع دولي، وعما إذا كان معداً لتمويل عملية تجارة دولية؛ انظر أيضاً Bénabent، رقم 835.

على أن المسألة تطرح، مع الافتتاح التام للسوق الموحدة، لمعرفة ما إذا كان يجب اعتبار تحرير القرض، حتى إذا كان داخلياً، بعملة بلد خارج المجموعة الأوروبية؛ إن قانون 31 كانون الأول 1989 المتعلق بتكييف قانون التأمين مع افتتاح السوق الأوروبية (الجريدة الرسمية، 3 كانون الثاني 1990) انحاز إلى إلغاء تطلب قانون التأمينات التعبير عن عقود التأمين وتخمين الدخول بالفرنكات.

(5) انظر غ م أ ن، 18 نيسان 1989، ن م، I، رقم 116، م ف ق م، 1990، م J.Mestre، سداد قرض دولي يجب أن يتم بالدولار، دفع جرى في البرازيل بالعملة المحلية، نقض القرار الذي أخذ بالطابع التحريري؛ غ م أ ن، 11 تشرين الأول 1989، المذكور آنفاً، د، 1990، 167، تعليق E.S.de la Marnière، م إ د، 1990، II، 21393، تعليق Ph.Lévy؛ م إ م، الملحق، ب - 2، الكراسة الثالثة، 1990، عملة الدفع، رقم 8.

انظر حول الطابع الوطني أو الدولي للعملية، وبالتالي حول معيار العقد الدولي الذي يستوجب حركة المد والجزر من فوق الحدود Mazeaud et Chabas، Leçons de droit civil، الباب II، الموجبات، المذكور سابقاً، رقم 875 والإسنادات.

إن الفائدة والتحديد وفقاً لمؤشر متحرك اللذين يضطلعان بوظائف مختلفة يمكنه بالطبع، ان يجتمعا: قد يحوي القرض الفائدة والتحديد ولا يتوجب، فضلاً عن ذلك، الأخذ في الحسبان تحديد المبلغ وفقاً لمؤشر متحرك في حساب المعدل الفعلي الاجمالي لتقدير ما إذا كان ربوياً⁽¹⁾.

22536 - تحديد الفوائد وفقاً لمؤشر متحرك. يوجب إلى جانب تحديد رأس المال وفقاً لمؤشر متحرك، هذا التحديد بالنسبة إلى الفائدة نفسها⁽²⁾. ويمكن الاتفاق مثلاً على أن يتطور المعدل المحدد في الاصل من قبل الفريقين في استحقاق محددة، اما وفقاً لمؤشر إسناد أو في النسب نفسها المعدل آخر قابل للتطبيق⁽³⁾.

القسم IV

تنفيذ عقد قرض العملة

22537 - التقسيم. يقتضي تفحص موجبات المقرض وعقوباتها (الفقرة 1) قبل تفحص الموجبات الملقاة على عاتق المقرض والمسؤولية التي قد تنجم عنها (الفقرة 2).

الفقرة 1 - موجبات المقرض وعقوباتها

22538 - مقصد الاموال. ينبغي التطرق، بين موجبات المقرض، إلى موجب من المهم بيان اهميته وهو موجب مراعاة مقصد الاموال المقرضة عندما يكون هناك اتفاق على تخصيصها لاستعمال معين. ويمكن في الواقع، أن يكون هذا التخصيص جوهرياً في نظر المقرض وأن يشكل بالنسبة إليه ضمان ملاءة المقرض. إذن غالباً ما يوضح العقد مقصد الاموال المقرضة.

ومن المقبول ان تكون للمقرض، في حالة كهذه، امكانية رقابة الاموال للتثبت من مراعاة المقصد المتفق عليه، وفسخ العقد عندما يقصر المقرض بموجباته حول هذه النقطة⁽⁴⁾.

(1) انظر غ م أ ن، 21 كانون الثاني 1992، ن م، I، رقم 22 (القرار رقم 3).

(2) حول مبدأ التحديد وفقاً لمؤشر متحرك الذي يمكن ان يتناول الفوائد ورأس المال انظر غ م ت ا ن، 6 شباط 1974، ن م، III، رقم 64.

(3) انظر كإشهار غ م أ ن، 21 كانون الثاني 1992، ن م، I، رقم 22، قرض لمدة 25 سنة، فائدة اسمية بـ 4%، تحديد الانساق السنوية وفقاً لمؤشر متحرك بالنسبة إلى الفوائد واستهلاك رأس المال، الحكم الثاني، قرض لخمسة وعشرين سنة، فائدة اسمية بـ 4%، الفائدة وقسم من رأس المال داخلاً في كل قسط سنوي مع زيادة تبعاً لكلفة البناء؛ انظر أيضاً J.L.Rives Lange et M. Cantamine- Raynaud، رقم 419، وهما يعطيان مثلاً Paris Interbank Offered Rate؛ ويمكن أيضاً الاتفاق على قسم يحدد وفقاً لمؤشر متحرك في المعدل الاساسي.

(4) J.L.Rives-Lange et M.Cantamine- Raynaud، رقم 354.

وتقصير المقرض في دفع الاستحقاقات (أ) يخضع لمعالجة خاصة عند اللجوء إلى اجراء جماعي ضد هذا المقرض (ب)، وفي شتى الاحوال ينبغي أن تراعى القواعد التي تحدد اللجوء إلى رسملة الفوائد (أو الفائدة المركبة) (ج).

وفي شأن مسؤولية المصرفي في ما يتعلق بمقصد الأموال انظر الرقم 22547 اللاحق.

22539 - أ. التخلف عن الدفع. إن موجب المقرض الاساسي هو سداد رأس المال المقرض المحدد، احتمالياً، وفقاً لمؤشر متحرك، ودفع الفوائد المشترطة، إذا كانت هناك فوائد. وفي أغلب الاحيان ينفذ هذا الموجب في شكل دفعات في استحقاقات منتظمة - شهرية أو فصلية حتى سنوية - وإثبات الدفع من قبل المقرض نادراً ما يشير صعوبات إذ أصبح كل شيء في أيامنا لعبة تسجيلات في الحساب. وينص القانون، مراعاة للمدين، على ان ايصال رأس المال الصادر عن المقرض يفترض دفع الفوائد (المادة 1908 من ق م⁽¹⁾).

وتخلف المدين يعرضه لعقوبات، ويظهر مثلاً عند عدم تسديد استحقاق ما. وقد ينص العقد على ان يفسخ في حالة كهذه⁽²⁾. ويمكن تدخّل بند جزائي لمعاقبة التقصير⁽³⁾. وغالباً ما تكون الاشتراطات قاسية بحق المقرض إلا أن المادة 1152 من ق م قد يكون لها دور ويمكن ان تسوّغ تخفيض العقوبة عندما تبدو مفرطة بشكل جلي.

يضاف إلى ذلك نص يحمي الدائن، مقرض المال، ذلك بأن رأس المال هو المثمر، فالمادة 1254 من ق م تنص على أن المبالغ التي يدفعها المقرض، في حال الدفع الجزئي، تنسب أولاً إلى الفوائد، وإلى رأس المال استطرادياً⁽⁴⁾.

وقد ينقاد المقرض عند عدم الدفع إلى الموافقة على مهل أو تخفيضات⁽⁵⁾، وغالباً ما يُكره، في حالة اجراء جماعي، يتناول المدين، على قبول توضيحات.

(1) انظر غ م أ ن، 30 كانون الثاني، ن م، I، رقم 40: لا يمكن أن يتسّمك المدين بالنص عندما لا ينازع في أنه لم يدفع الفوائد كوسيلة لإثبات أن المقرض عدل عن استيفائها.

(2) انظر كمثال على البند الفاسخ في حالة عدم دفع استحقاق يؤدي إلى السداد الكامل وإلى التعويضات غ م أ ن، 18 تشرين الثاني 1992، ن م، I، رقم 283، م ف ق م، 1993، 608، P.Y. Gautier.

(3) لا يدخل البند الجزائي في حساب الربا، انظر غ ت ن، 22 شباط 1977، ن م، IV، رقم 58؛ غ م أ ن، أول شباط 1972، ن م، I، رقم 44، م ف ق م، 1979، 147، G.Cornu.

(4) عدا اتفاقية في اتجاه معاكس، انظر غ ت ن، 20 تشرين الأول 1992، ن م، IV، رقم 319؛ وكذلك J.Mestre، م في م ف ق م، 1989، 749، في شأن غ ت ن، 5 تموز و13 كانون الأول 1988؛ يضاف إلى ذلك أن المادة 12 من قانون 31 كانون الأول 1989 المتعلق بالاستدانة المفرطة من قبل الأسر تتيح للقاضي الشذوذ عن هذا المبدأ وكذلك المادة 1244 - 1، الفقرة 2، من ق م.

(5) انظر J.L. Rives-Lange et M. Contamine-Raynaud، رقم 625 وما يليه.

22540 - ب. فتح إجراء جماعي. عندما يستحيل على المدين أن يواجه

استحقاقاته يمكن عقد تسوية حبية مع الدائن ويوافق فيها المقرض، عند الحاجة، على مهل أو تخفيض (المادة 35 من قانون أول آذار 1984).

إلا أن الحالة الأكثر تواتراً هي حالة التقويم القضائي أو تصفية أموال المدين (قانون 25 كانون الثاني 1985)⁽¹⁾. وفتح فترة المراقبة مفعولها تعليق الملاحظات الفردية أيضاً كانت صفة الدائن: يخضع المقرض لها ولو كان مزوداً بتأمين (المادة 47 من قانون 1985)⁽²⁾. إلا أن سريان الفوائد لا يتوقف إلا في ما يختص بالدائنين الذين يكون استحقاقهم أقل من سنة: تستمر الفوائد بالسريان بالنسبة إلى القروض المبرمة لمدة سنة أو أكثر⁽³⁾ (المادة 55 من قانون 1985)⁽⁴⁾. وكان ذلك من أجل اعطاء حظوة للقروض لاجل متوسط وطويل بمضرة تسهيلات الخزينة.

إن بند السداد الفوري تقليدي في المبدأ والفوائد، في حال التقويم القضائي الذي يطال المقرض⁽⁵⁾. إلا أن له فعالية محدودة. وعندما يكون المدين موضوع إجراء جماعي، من المتفق عليه منذ قانون 1985، على عكس ما كان مقبولا في السابق، أن حكم الفتح لا يجعل الديون غير المستحقة متوجبة الدفع، وأن أي بند معاكس يعتبر غير خطي (المادة 56)⁽⁶⁾. ولا يعمل بالاستحقاق الفوري إلا عندما يوضع تصميم توقف كامل للمؤسسة أو عند تصفيتها القضائية (المادتان 91 و 160 من قانون 1985).

(1) جرى تعديل هذا النص وكذلك قانون أول آذار 1984 بقانون 10 حزيران 1994 الذي لم يأت بتغيير يذكر بالنسبة إلى متابعة العقود السارية ولا شيء أيضاً في ما يتعلق بالعقود المصرفية، انظر Ch. Gavalda, Les établissements de crédit et la modification des lois du premier mars 1984 et du 25 janvier par la loi du 10 juin 1944، إ. ص، 1944، رقم 110 (عدد خاص، إصلاح قانون المؤسسات التي تواجه صعوبات)، ص 18 وما يليها، Y. Chaput, La réforme de la prévention et du traitement des difficultés des entreprises، م. د، 1994، I، 3786، رقم 34.

(2) أدخلت القاعدة بقانون 1985 عقب اجتهاد منتشر سابقاً، انظر Y. Chartier, Droits des affaires، الباب III، المؤسسات التي تواجه صعوبات 1989، رقم 144.

(3) يسري ذلك أيضاً، كما يوضح القانون، على «العقود المقترنة بدفع مؤجل لسنة أو أكثر»، ويقبل الفقه أنه لا يتوجب عدم الأخذ بأجل القرض الوارد في المادة 55 بمعنى ضيق. وأنه يجب مد القاعدة إلى جميع أنواع فتح الاعتماد، انظر Ch. Gavalda، تعليق في د، 1991، 362، على غ ت ن، 16 نيسان 1991؛ وكذلك Y. Chartier, Droit des affaires، الباب III، المؤسسات التي تواجه صعوبات، المذكور سابقاً، رقم 143.

(4) يطبق الحل حتى ولو حل أجل القرض قبل فتح الإجراء بسبب لعبة بند سقوط الأجل، انظر غ ت ن، 16 نيسان 1991، د، 1991، 362، تعليق Ch. Gavalda.

(5) لا يشكل بنداً جزائياً، انظر غ ت ن، 9 تموز 1991، ن م، IV، رقم 254، د. 1993، الموجز 72، م. H. Honorat.

(6) حول جذة المبدأ انظر Y. Chartier, Droit des affaires، الباب III، المؤسسات التي تواجه صعوبات 1989، رقم 136.

ويستطيع مدير التقويم القضائي للمقترض، فضلاً عن ذلك، ورغماً عن طابع بالنظر إلى الشخص المتعاقد معه الذي ترتديه العملية، أن يفرض متابعة عقد القرض، وبشكل أعم أيّ كيفية اعتماده لحاجات متابعة نشاط المؤسسة، ويستبعد أن يشكل بند ينص على فسخ العقد بسبب فتح الإجراء الجماعي وحسب عقبة امام ذلك (المادة 37)، من قانون (1985)⁽¹⁾.

22541 - ج. تحديد رسملة الفوائد. يضاف إلى تحذير الربا، في سلسلة التدابير التي تحمي المقترض ضد قساوة القرض المالية، تحديد الرسملة. يقال تقليدياً «محظرة»: ليست، في الحقيقة، سوى محدودة. ولا نجد القواعد المطبقة في الاحكام الخاصة بالقرض وإنما في النظرية العامة للموجبات، المادة 1154 من م ق⁽²⁾ أن المسألة، في الواقع، تهم العقود جميعاً. فرسملة الفوائد هي تركيب الفوائد، أي إدخال الفوائد المتوجبة عند عدم دفعها في رأس المال لكي تصبح هي ايضاً منتجة للفوائد في الشروط عينها. وتنص المادة 1154 ضمن أي شروط يستطيع فريقا العقد أن يشترطاً أن تكون الفوائد المستحقة على المدين تنتج الفوائد. إذن تحدد الحرية العقدية في هذه النقطة.

وسبب الحذر من الإوالية هو أنها تزيد بسرعة دين المقترض. والحال أنه ليس هناك سوى أحد أمرين، إما أن لا يدفع المقترض الفوائد المستحقة لأنه لا يريد ذلك ومن الضرر أن يترك دينه يزداد على هذا النحو، وإما لا يدفعها لأن الاتفاقية تعطيه هذه الإمكانية مقابل رسملة الفوائد، وذلك مضر أيضاً لأن فيه تأخير التسديد الذي يثقل الدين. إن مبلغاً بفائدة 6% يسدد خلال عشر سنوات يتضاعف عملياً إذا كانت الفوائد مرسملة.

إن الاحاطة تضمن مظاهر عديدة: (1) ينبغي، لكون المبدل هو التحذير، النص صراحة على رسملة الفوائد في الاتفاقية لكي يتحقق ذلك⁽³⁾؛ (2) ليست رسملة الفوائد

(1) انظر Ch. Gavalda et J. Stoufflet, Droit bancaire سابقاً، رقم 453؛ انظر أيضاً غ ت ن، 8 كانون الأول 1987، د. 1987، 52، تعليق F. Derrida، م إ د، 1988، II، 20927، تعليق Jeantin؛ وحول كون بالنظر إلى الشخص المتعاقد معه لا يمكن أن يتعارض مع متابعة العقود السارية انظر Y. Chartier, Droit des affaires، الباب III، المؤسسات التي تواجه صعوبات، المذكور سابقاً، رقم 211؛ قارن بـ Ripert et Roblot, Droit commercial، 1990، الباب I، رقم 3049، حيث تم الأخذ، استناداً إلى المادة 60 من القانون المصرفي لعام 1984، بأن المصرفي يحتفظ بالحق في فسخ عقد القرض بدون إخطار. على أنه ينبغي كذلك ألا يكون عقد القرض قد انتهى قبل ذلك، انظر المحكمة الابتدائية في Laon، 9 آذار 1988، م إ د، 1989، II، 21243، تعليق Ch. Gavalda، د، 1990، الموجز 11 - م. Derrida، فتح اعتماد ألغي قبل الحكم، لأن الإخطار لا يزال سارياً عند فتح الإجراء، لا يمكن طلب متابعة العقد.

(2) انظر حول رسملة الفوائد مثلاً Malaurie et Aynès، الموجبات، 1995، رقم 847.

(3) تفرض المادة 1154 «اتفاقية خاصة»، انظر غ م أن، أول حزيران 1960، ن م، I، رقم 305: يجب أن تكون الرسملة منصوفاً عليها صراحة.

ممكنة إلا بالنسبة إلى الفوائد المستحقة خلال سنة مما يحد من استعمالها⁽¹⁾.

هناك إذاً تنظيم مرن جداً. وهذه التحررية فاقمها الاجتهاد الذي قرر ان بالامكان اشتراط رسملة الفوائد في الاتفاقية التي تنشئ الدين المعني: يمكن إذا النص عليها منذ البدء⁽²⁾. ويقترح بعض المؤلفين عدم قبول الرسملة إلا باتفاقية خاصة تبرم عند استحقاق الفوائد، وتجدد عند الحاجة كل سنة⁽³⁾. ومن الصحيح أن ذلك أكثر حماية للمقترض: يعرف المقترض بشكل أفضل على ما يوافق.

وتطبق المادة 1154 أيضاً على إدعاء بالفوائد امام القضاء. ويكفي لقبول هذا الإدعاء أن يتناول فوائد مستحقة عن سنة بدون أن يكون من الواجب استحقاقها في آونة الادعاء امام القضاء⁽⁴⁾. وهذا الحل الذي تقبله المحاكم هو أيضاً لصالح المقترض.

ولا يطبق النص بالمقابل، في المادة التجارية على الحساب الجاري، ذلك بأن رؤوس الاموال والفوائد تذوب داخل الحساب⁽⁵⁾. ويسري ذلك، على الأقل، ما دام الحساب قائماً. فالمادة 1154 تستعيد سلطانها عند إقفال الحساب في ما يتعلق بفوائد الرصيد المدين⁽⁶⁾.

22542 - د. قساوة العقوبات. تدخّل المشتري، امام العقوبات التي يتعرض لها المقترض المقصر، لحمايته وبخاصة عندما يكون مستهلكاً.

22543 - 1° المهلة الاضافية. المهلة الاضافية هي إحدى كيفيات الحماية. وهي لصالح المدين: للمقترض على وجه الخصوص. وللمادة 1244 - 1 وما يليها من ق م

(1) تفرض المادة 1154 إنه «يتعلق الأمر بفوائد متوجبة عن سنة كاملة على الأقل»، ويمكن أن تنتج الفوائد حتى بعد دفع أصل الدين شرط أن لا تكون الفوائد المعينة قد دفعت، انظر غ ت ن، 23 كانون الثاني 1990، ن م، IV، رقم 19.

(2) انظر فهرس 10 آب 1859، دد، 1859، 1، 441، س، 1860، 1، 456؛ النقص المدني 15 تموز 1913، دد، 1917، 1، 50؛ النقص المدني، 19 تشرين أول 1938، دإ، 1938، 561.

(3) المادة 1154 نفسها التي تنص على أن «الفوائد المستحقة على رأس المال يمكن أن تنتج الفوائد»: ذلك غير ممكن إلا أن تكون الفوائد قد استحققت، انظر في هذا الاتجاه و Terré، Simler et Lequette، الموجبات 1993، رقم 588.

(4) انظر غ م ت أن، 26 شباط 1974 ن م، III، رقم 91؛ غ م أن، 12 آذار 1991 ن م، I، رقم 89.

(5) أي أن الرصيد المدين، عند كل توقيف للحساب، مثلاً كل ثلاثة أشهر، ينقل ويصبح منتجاً للفائدة، وليس من الضروري أن يكون الفريقان قد اتفقا على ذلك صراحة، انظر النقص المدني 14 أيار 1850 دد، 1850، 1، 157، س، 1850، 1، 441؛ النقص المدني 21 تموز 1931، دد، 1932، 1، 49، تعليق Ch. Hamel؛ غ ت ن، 11 كانون الثاني 1984، ن م، IV، رقم 15؛ غ ت ن 22 أيار 1991، د، 1991، 458، تعليق Ch. Gavalda، م ف ق م، 1991، 736، J.Mestre.

(6) انظر النقص المدني 30 تموز 1928، دد، 1930، 1، 24؛ النقص المدني 25 شباط 1930، دإ، 1930، 251.

التي حلت محل ما تنص عليه في هذا الصدد المادة 1244، تجد في القرض اختيارات عديدة لتطبيقها، فهي تعطي القاضي امكانية إعطاء المدين، مع الأخذ في الحسبان وضعه وحاجات الدائن، مهل دفع يمكن أن تصل إلى سنتين⁽¹⁾. فبإمكان القاضي، لتلطيف مصير المدين، ان يأمر بصورة خاصة بتأجيل دفع المبالغ المتوجبة كي لا تنتج فائدة إلا بمعدل مخفض.

وتعزز هذه الوسائل عندما يكون المدين مستهلكاً وبخاصة عندما يكون سبب اعساره خسارة عمله. وتعطي المادتان 8 من قانون 1978 و 14 من قانون 1979 اللتان أصبحتا المادة 313 - 12 من ق إ، مع الإسناد إلى المادة 1244 - 1 والأخذ في الاعتبار تسريح المقترض، القاضي صلاحية تعليق تنفيذ موجبات المدين، بأمر ضمن حدود السنتين هذه، وتجزئ له ان يقرر ألا تكون المبالغ المستحقة منتجة للفوائد خلال هذه المهلة الإضافية. ويغدو العاطلون عن العمل متعاقدین محميين بشكل خاص.

ومن شأن صلاحية قاضي الدرجة الأولى في مادة اعتماد المنقول أن تسهل استفادة المستهلك من هذه التدابير⁽²⁾. ولهذا السبب ولا ريب كان هناك نص صريح في المادة العقارية على ان المنازعات التي لها سمة منح مهلة إضافية لتسوية القرض من صلاحية محاكم الدرجة الأولى⁽³⁾.

وحول تسوية أوضاع الافراط في الاستدانة انظر الرقم 22555 اللاحق وما يليه.

22544 - 2° تحديد العقوبات. حدد قانونا 1958 في مادة المنقول و 1979 في

المادة العقارية، في ما يتعلق بالقروض المعطاة للمستهلكين، لعبة البنود الجزائية التي تعاقب تقصير المقترض. فالمادة 20 من قانون 1978 التي أصبحت المادة L.30-311 تنص على ان المقرض يستطيع: (1) إما ان يفرض التسديد الفوري لرأس المال مع زيادة الفوائد المستحقة غير المدفوعة⁽⁴⁾، ومع تعويض يحدد تبعاً للمدة التي ما تزال سارية

(1) انظر Issa Sayegh، م إ م، المواد 1235 إلى الكراسة III، 1987، رقم 29 وما يليه، A.Sériaux، Réflexions sur les délais de grâce، م ف ق م، 1993، 789 وما يليها؛ و Flaur et Aubert، الباب 1، رقم 196 ورقم 421؛ Ghestin، Les effets du contrat (مفاعيل العقد) رقم 157؛ Malaurie et Aynès، رقم 1012؛ Marty et Raynaud، الباب 2، الرقمان 46 و 58 وما يليه ورقم 203؛ Mazeaud et Chabas، رقم 909 وما يليه؛ Seriaux، رقم 186؛ Starck، تأليف Roland et Boyer، الباب 2 الأرقام 1136 و 1673 و 1692 الباب 3، الرقمان 165 و 722 وما يليها. Simler و Terré و Lequette، الأرقام 1013 و 1108 وما يليه و 1229، كل ذلك في صدد المهلة الإضافية.

(2) المادة 27 من قانون 1978 التي أصبحت المادة 311 - 37 من ق إ؛ انظر حول هذه الصلاحية الرقم 22503 وما يليه.

(3) المادة 312 - 36 من ق إ، قديما المادة 34 - 1 من قانون 1979 كما تعدلت بقانون 31 كانون الأول 1989.

(4) تنتج المبالغ المستحقة حتى التسوية، فائدة بمعدل القرض.

يحدد حسب قائمة تنظيمية⁽¹⁾؛ (2) وإما متابعة تنفيذ العقد وطلب تعويض يكون هو بدوره خاضعاً لسقف محدد⁽²⁾. وليس هناك أي تعويض آخر عدا المصاريف الخاضعة للرسم (المادة 22 من قانون 1978 التي أصبحت المادة 311 - 32 من ق إ)⁽³⁾.

وتنص المادة 13 من قانون 1979، التي أصبحت المادة 312 - 22 من ق إ، على حدود تقارن بحدود الاعتماد العقاري في شأن التعويض الذي يمكن أن يطلبه إذا كان المقرض قد اختار فسخ العقد، كما في شأن زيادة معدل الفوائد إذا تابع التنفيذ⁽⁴⁾. وفي صدد السداد المسبق انظر الرقم 22550 اللاحق.

الفقرة 2 - موجبات المقرض ومسؤوليته الاحتمالية

22545 - موجب وضع الاموال بتصرف المقرض، وموجب مراقبة مقصدها احتمالياً، وموجب سحب التسهيلات المالية المعطاة لمدة معينة فجأة، هي مناسبة للمقرض، للمصرفي عملياً، لقيام مسؤوليته تجاه شريكه في التعاقد (أ)، وكذلك تجاه الغير (ب).

22546 - أ. المسؤولية التي يمكن ان يتعرض المصرفي لها تجاه المقرض. إحدى الحالات التي يمكن أن تؤدي إلى مسؤولية المصرفي تجاه زبونه، المقرض، هي الرجوع عن فتح الاعتماد⁽⁵⁾. يأخذ هذا النوع من الاعتمادات عموماً، تجاه أحد الافراد، شكل اتفاق على مكشوف: امكانية الزبون في أن يكون حسابه مكشوفاً، ضمن حدود معينة، مقابل استيفاء عمولة بنسبة معينة. وغالباً ما تكون الاتفاقية لمدة غير محددة. يمكن إذاً ككل اتفاق من هذا النوع ان يفسخ من جانب واحد في أي وقت. على أنه ينبغي أيضاً أن لا يتصرف المصرف مباغته: عليه مراعاة إخطار معين، أي إخطار الزبون مسبقاً⁽⁶⁾،

(1) حدد مرسوم 17 آذار 1972 سقف هذا التعويض بـ 8% من رأس المال الباقي المستحق.

(2) بمعدل 8% للمبالغ المستحقة غير المدفوعة أو 4% للاستحقاقات المؤجلة في حالة موافقة المقرض على تأجيل الاستحقاق استناداً إلى مرسوم 7 آذار 1978 المذكور سابقاً.

وهناك نصوص أخرى في حالات الايجار المقترن بوعدهم بالبيع أو الإجارة البيعية، المادة 21 من قانون 1978 التي أصبحت المادة 311-312 من ق إ.

(3) هكذا لا يمكن أن يطالب بمصاريف الحراسة بالنسبة إلى مركبة معادة إلى مؤسسة الاعتماد التي مؤلتها، غ م أ ن، 12 تشرين الثاني 1987، د، 1988، الموجز 406، م J.L. Aubert.

(4) جرى اتخاذ تدابير التطبيق في مرسوم 28 حزيران 1980.

(5) انظر J.L. Rives- Lange et N. Contanin- Raynaud، رقم 439 وما يليه.

(6) انظر حكم محكمة استئناف اورليان، 26 تشرين الأول 1971، م إ د، 1972، II، 17082، تعليق J. Stoufflet؛ انظر أيضاً غ ت ن، 18 أيار 1993، إ ص، 1993، رقم 149، ص 16، م J. L. Courtier، نقض، قضية مادة عقارية، التعليق قابل للنقل: أعلنت المحكمة، في ما يتعلق برفض دفع شيك سحبته شركة، أن المصرف يجب ان يكون «قد بلغ الشركة زبونه»، قبل رفض دفع الشيك المنازع فيه، بعبارة واضحة، =

بحيث يتمكن هذا الزبون من حسن التصرف⁽¹⁾ كي لا يتعرض للتعويض عن الضرر المسبب.

وبما أن صعوبات برزت بشكل متواتر في هذا الصدد في العلاقات بين المصارف والمؤسسات، فقد أصبحت المادة 60 من قانون 24 كانون الثاني 1984 المسمى القانون المصرفي تسوس الوضع وأعلنت أن «أي مساعدة لمدة غير محددة، غير المساعدة العرضية، توافق عليها مؤسسة اعتماد إلى إحدى المؤسسات لا يمكن تخفيضها أو قطعها إلاّ باعلام خطي وعند انقضاء مهلة الإخطار المحددة في وقت منح المساعدة». إن النص قاس إلى حد ما⁽²⁾.

وقد يحدث أحياناً أن يكون من يعطي الاعتماد مسؤولاً تجاه زبونه لعدم مراقبة تخصيص الاموال. ويمكن ان يحصل ذلك عندما يقوم المقرض بتسليم المؤسسة التي عليها تحقيق تقديم لحساب المقرض الاموال مباشرة: يمكن، في هذه الحالة، أن يعتمد الزبون على المصرف ليتأكد من مقصد الاموال⁽³⁾. بيد أن هذا النوع من المسؤولية قائم تجاه الغير في أغلب الأحيان.

22547 - ب. مسؤولية المصرف فاتح الاعتماد تجاه الغير. قد يتعرض المصرف

تجاه الغير لمسؤولية من نوعين: مسؤولية خاصة عند تخصيص المال لمقصد متفق عليه، ويتعرض بصورة عامة للمسؤولية إذا فتح اعتماده بدون تبصر.

وإذا كان الفريقان قد اتفقا في عقد القرض على مقصد معين للاموال ولم يتأكد المصرف الذي اقرضهما من مراعاة هذا التخصيص، هناك توافق على أنه مسؤول تجاه الغير الذي قد يتضرر من ذلك: الأمر على هذا النحو بالنسبة إلى كفلاء المقرض الذين يخشى أن يتفاقم تعهدهم بسبب ذلك⁽⁴⁾، حتى بالنسبة إلى أي

= قراره بعدم اعطائها اعتماداً في المستقبل؛ إن الفقه مؤيد لفكرة كون المصرف ملزماً بمراعاة الإخطار، انظر كمال Ripert et Roblot, Droit commercial, 1988، الباب I، رقم 2087.

(1) انظر حكم محكمة استئناف باريس، 30 آذار 1977، 748، م. J.L. Rives- Lange و M. Cabrillac.

(2) هناك استثناء، وقد يكون الرجوع فوراً عندما يكون سلوك المستفيد من الاعتماد يستدعي العقاب إلى حد كبير أو يكون وضعه معرضاً للخطر بحيث يتعذر علاجه، النص نفسه.

(3) المصرف مسؤول تجاه المقرض عندما لا تخصص الاموال الموضوعة، عن طريق وكالة، بتصرف مؤسسة ملزمة بالقيام بأشغال لحساب المقرض لهذه الغاية بسبب إهمال المصرف، انظر غ ت ن، 18 أيار 1993، د، 1993، 609، تعليق A.Bénabent، تجديد عقاري؛ انظر أيضاً غ م أن، 29 تشرين الأول 1990، ن م، I، رقم 227، رصيد قرض مدفوع قبل انجاز أشغال في نطاق بيع عقار للبناء، خطأ.

(4) انظر غ ت ن، 30 تشرين الثاني 1982، ن م، IV، رقم 384؛ غ م أن، 19 أيار 1987، ق م، I، رقم 154، اعتماد لاكتساب حقبة تأمين: تعهد الكفيل «ينتهي عقب التخصيص لتوظيف مختلف عن التخصيص المحدد في العقد» J.L.Rives- Lange et M.Cantamine- Raynaud، رقم 354، A. Bénabent، تعليق في د، 1993، 609، على حكم غ ت ن، 18 أيار 1993.

شخص قد يكون ضحية هذا الواقع⁽¹⁾.

والمصرف مسؤول أخيراً تجاه الغير عندما يسند اصطناعياً بقاء مؤسسة منحها اعتمادات وانتهت إلى وضعها في التقويم القضائي أو تصفية الاموال: والضرر، بسبب ذلك، هو أن مطلوبات المؤسسة (خصومها) قد تتفاقم ودعم المصرف للمؤسسة يوحى إلى الآخرين بالثقة⁽²⁾.

القسم V

انتهاء عقد قرض العملة

الفقرة 1 - مدة القرض والتقادم (مرور الزمن)

22548 - المدة. يعطى قرض العملة على العموم لمدة محددة. وهناك، في هذا الصدد، تصنيف لعمليات الاعتماد حسب المدة، بين الأجل القصير والمتوسط والطويل⁽³⁾. وتتغير مدة القرض عملياً إلى حد كبير: تتراوح في المؤسسات بين بضعة أيام أو بضعة أشهر قابلة للتجديد احتمالياً، في اعتمادات الخزينة حتى أجل طويل في اعتمادات التوظيف؛ وبالنسبة إلى الأفراد بين بضعة أشهر وستين، وفي اعتماد المنقول بين خمسة أشهر وسبعة وإثني عشر إلى خمسة عشر، حتى عشرين سنة في المادة العقارية. والمقرض ملزم بترك رأس المال المعطى حتى إنقضاء المدة المتفق عليها (المادة 1899 من ق م)، يستطيع بعدها أن يتطلب السداد. على أنه من المقبول أن تكون ثمة امكانية لمؤسسة الاعتماد في فسخ القرض مسبقاً ابتداء من الآونة التي تصبح فيها الثقة التي لها بزبونها مفقودة إذ «يتعرض ضمان الاعتماد للخطر»⁽⁴⁾. غير أن النظرية خطيرة إذ يخشى أن تؤدي إلى تقديرات استنسابية.

إن خطأ الزبون وحده، إذا كانت خطورته تسوّغ ذلك، يجب أن تؤدي إلى نهاية العقد قبل الأوان. يضاف إلى ذلك أن المادة 60 من قانون 24 كانون الثاني 1984، المسمى القانون المصرفي، لا تجيز الرجوع عن الاعتماد، في العلاقات بين المصارف

(1) على سبيل المثال مهندس معماري لم يدفع له في عملية بناء جرى اعطاء اعتماد لها، غ م ت ان، 15 شباط 1978، ن م، III، رقم 82، د، 1978، إس، 416، م Vasseur، انظر أيضاً غ م ت ن، 18 أيار 1993، د، 1993، 609، تعليق A. Bénabent، مسؤولية المصرف تجاه المقرض نفسه.

(2) انظر حول هذه المسألة التقليدية Ch.Gavalda et J.Stouffelt، Droit bancaire، المذكورين آنفاً، رقم 391 وما يليه؛ J. L. Rives- Lange et Contamine- Raynaud، رقم 610 وما يليه.

(3) أجل قصير: حتى سنتين، متوسط: حتى خمس سنوات، طويل: فوق ذلك، ونادراً ما يكون أكثر من ثلاثين سنة، J.L.Rives- Lange et M. Contamine- Raynaud، رقم 352.

(4) J. L. Rives- Lange et M. Contamine- Raynaud، رقم 441.

والمؤسسات، إلا في حالة تصرف خطير صادر عن الزبون يستوجب المعاقبة، أو عندما يصبح وضعه معرضاً بحيث يتعذر علاجه.

ونادراً ما يعطى القرض بدون مدة محددة. وهناك تفسيران ممكنان في هذه الحالة. قد يكون القرض لمدة محددة ضمناً ولم يتم تحديد الأجل، أو يكون العقد، بكل بساطة، لمدة غير محددة. وتنص المادة 1900 من ق م، في شأن قرض الاستهلاك، على أن «القاضي، إذا لم يتحدد أجل السداد، بإمكانه إعطاء المقرض مهلة حسب الظروف»⁽¹⁾. ويطبق النص على قرض العملة. وفي حال عدم الاتفاق مع المدين على مهلة الايفاء، يتوجه الدائن إذاً إلى المحكمة التي عليها، حتى ولو كانت لها حرية تقدير واسعة، أن تعطي المقرض مهلة لسداد المال⁽²⁾. ولا شك في أن حرية القاضي أكبر عندما ينص الاتفاق، حسب المادة 1901، على أن «المقرض يدفع عندما يستطيع أو عندما تتوفر لديه الامكانية»⁽³⁾، أو كذلك عند المقدرة⁽⁴⁾. إلا أن الرأي هو أن هذا الايفاء، إذا كان الفريقان قد اتفقا على أن المدين يسدد «عندما يشاء»، اختياري طوال حياته، وليس في وسع القاضي الحكم باستحقاق الدين⁽⁵⁾. غير أنه يقتضي الحذر من أن يكون لهذا النوع من الاشتراط طابع إرادي أكثر من اللازم⁽⁶⁾.

- (1) ليست هذه المهلة الإضافية الواردة في المادة 1244 - 1 من ق م، وقد تكون أطول: يتوقف كل شيء على «الظروف»، انظر غ م أ ن، 12 تشرين الأول 1977، ن م، I، رقم 362.
- (2) انظر غ م أ ن، 19 كانون الثاني 1983، ن م، I، رقم 29؛ م أ ن، 29 حزيران 1982، ن م، I، رقم 246؛ غ م أ ن، 6 تشرين الأول 1976، ن م، I، رقم 287.
- (3) انظر غ م أ ن، 6 تشرين الثاني 1973، د، 1974، 91، اعتراف بالدين تعهد فيه المكتتبون بالسداد «ما أن تسمح لهم امكانياتهم بالايفاء، وفي أي حال في مهلة خمس عشرة سنة كحد أقصى»؛ ثم م أ ن، 14 حزيران 1977، ن م، I، رقم 274، سند ينص على سداد قرض في «عيد مار glin- glin» (عبد وهمي في تاريخ لن يحصل ابداً): أمر القاضي بالسداد في عيد جميع القديسين التالي؛ انظر أيضاً غ م أ ن، 17 شباط 1976، ن م، I، رقم 72.
- (4) وتعهد المقرض بالرد «عندما يستطيع» يلقي على عاتق المقرض عبء اثبات أن الوضع يتيح له استيفاء دينه، انظر محكمة استئناف بوردو، 6 كانون الثاني 1869، إ ع، الملحق، V القرض، رقم 39.
- (5) انظر غ م أ ن، 20 تشرين الثاني 1990، ن م، I، رقم 255، م ف ق م، 1991، 333، م J.Mestre، نقض: على القضاة، قبل منح المهل، البحث عما إذا أصبح قادراً على الدفع.
- (6) حكم محكمة استئناف باريس، 14 أيار 1857، إ ع، الملحق، V القرض، رقم 39: اعتمد الدائن «على استقامة المدين وحسن نيته»، وفي أي حال «سيأتي بالضرورة يوم، يوم وفاة «المدين» وفيه يصبح الدين مستحقاً.
- (6) هذا الأجل المشوب البطلان حسب المادة 1174 من ق م يجب أن يسقط، وينبغي الحكم برد الأموال المقرضة فوراً: الأمر كذلك عندما يتعهد المدين بالرد في مهلة متروكة لاستنسابه، انظر غ م ت أ ن، 9 تموز 1984، ن م، III، رقم 135؛ ليس الحال كذلك عندما يخضع السداد لبيع عقارات المدين، مما لا يرتكز على مجرد اعلان الارادة وإنما على انجاز عمل خارجي، بحيث يتعلق الأمر بشرط اردي قانوني محض، انظر غ م أ ن، 17 شباط 1976، ن م، I، رقم 72. وعلى عكس ذلك، في فرضية سداد قرض خاضع لبيع عقار، حكم محكمة استئناف باريس 15 آذار 1974، م إ د، 1974، II، 17786، تعليق Goubeaux. =

بيد أنه من الممكن أيضاً أن يكون القرض لمدة غير محددة. وقد يكون ذلك في اتفاقية فتح اعتماد على المكشوف في الحساب، الحساب الجاري مثلاً⁽¹⁾. وفي هذه الحالة يستطيع كل فريق فسخ الاتفاقية من جانب واحد عندما يأمل ذلك. غير أنه يقتضي أيضاً أن يتم ذلك بحذر. فالصعوبة الرئيسية هي معرفة متى يمكن وضع نهاية للاتفاقية، وبصورة خاصة متى يكون المقرض مسؤولاً عن الفسخ التعسفي لفتح الاعتماد⁽²⁾. ومن المعروف أنه ليس من النادر أن يدان بالتعويض على شريكه في التعاقد في ظروف كهذه.

22549 - التقادم (مرور الزمن). يتقادم دين رأس المال، أو يمر عليه الزمن، بعد ثلاثين سنة إذا كان القرض بين افراد عاديين، وبمرور عشر سنوات إذا كان أحد فريقتي العقد تاجراً، وذلك وضع المقرض على وجه العموم. والدين بفائدة يتقادم بمرور خمس سنوات وفقاً لاحكام المادة 2277 من ق م بسبب دوريته⁽³⁾.

وتنص المادة 27 من قانون 1978 التي اصبحت المادة 311 - 37 من ق إ، في اعتماد المنقول، على تقادم خاص لستين. وقد تعدل النص في عام 1989، لجعله مهلة معينة سلفاً غير قابلة للوقف أو القطع⁽⁴⁾. ونقطة انطلاق المهلة هي الحدث الذي ولد العمل مما يتوافق، في شأن عدم دفع المقرض، مع تاريخ استحقاق الدين المعني⁽⁵⁾. انظر في شأن مسؤولية المصرف فاتح الاعتماد الرقم 22547 السابق.

الفقرة 2 - السداد المسبق

22550 - الإمكانية المعاقبة. غالباً ما يأمل المقرض، إذا كانت لديه الوسائل

= قارن بحكم محكمة استئناف بوزانسون، 2 آب 1864، دد، 1864، 2، 180، إغ، الملحق V القرض، رقم 40: إذا كان المدين قد اعترف بأنه مدين بمبلغ سيدفعه «إذا كان ذلك ممكناً، فلن يكون الأمر متعلقاً بمجرد موجب ضميري ولا بموجب متعاقد عليه تحت شرط ارادي، وإنما بموجب لاجل غير محدد فيعود إلى القاضي الأمر بتنفيذه حسب الظروف».

- (1) انظر J.L. Rives-Lange et M. Contamine-Raynaud، رقم 433 وما يليه.
- (2) Ch. Gavalda et J. Stoufflet، رقم 388: يجب أن يكون ذلك مبالغاً وبدون تعسف.
- (3) على أنه، إذا كانت الفوائد قد ترسملت بمفعول اتفاقية رسملة الفوائد القانونية، فهي تشكل رأس مال جديداً ويكون التقادم لثلاثين سنة أو لعشر سنوات، انظر غ، 10 آب 1859، دد، 1859، 1، 441؛ غ إن، 15 تموز 1943، م إد، 1943، II، 2243، تعليق Gobalde؛ يضاف إلى ذلك أن الفريقين بإمكانهما الاتفاق على تحويل الفائدة إلى رأس مال، غ م أن، 29 نيسان 1969، د، 1969، 411.
- (4) انظر غ م أن، 9 كانون الأول 1986، د، 1988، 84، تعليق Paire، م إد، 1987، II، 20862، تعليق Bey، غ م أن، 11 تشرين الأول 1988، د، 1988، الموجز 405، تعليق J.L. Aubert، وقد قلب هذان الحكمين الاجتهاد السابق.
- (5) غ م أن، 16 حزيران 1987، ن م، I، رقم 200، د، 1987، إس، 160، بطاقة اعتماد؛ غ م أن، 27 تشرين الثاني 1987، ن م، I، رقم 307؛ انظر أيضاً غ م أن، 9 كانون الأول 1986، م ق ع، 1987، 1، 187.

الضرورة خلال سريان العقد، في إيفاء المبلغ المقترض قبل استحقاق الأجل، فيتجنب بذلك الاستمرار في أن يتحمل، بلا طائل، ثقل الاستدانة، ولا سيما الفوائد. ويقتضي قبول كون هذا السداد ممكناً من حيث المبدأ⁽¹⁾. . . إلا أنه يمكن أن يكون الفريقان قد استبعدا هذه الامكانية، أو أن يكون العقد قد نص، في هذه الفرضية، على عقوبة⁽²⁾.

على أن الاشتراطات التي تنزع إلى منعه أو تعاقبه يقتضي التعامل معها بحذر ذلك بأن السداد المسبق أمر حسن. ويمكن، فضلاً عن ذلك، الشك في قانونية بنود كهذه⁽³⁾.

وقد سبق أن أعطيت حماية معينة للمقترض في القوانين المتعلقة بالاعتماد للمستهلكين في مادتي المنقول وغير المنقول. وأفضل حماية هي التي أمنها قانون 1978 المتعلق بقرض المنقول: السداد المسبق، حسب هذا النص، ممكن دائماً ولا يمكن استيفاء أي عقوبة (المادة L.29-311، المادة 19 القديمة من قانون 10 كانون الثاني 1978)⁽⁴⁾. وينص القانون، في مادة الاعتماد العقاري، على أن الإيفاء ممكن دائماً،

(1) يجري، ضد هذه الفكرة، بيان أن الأجل، في القرض بفائدة، بصورة عامة، مشروط لصالح الفريقين، مما يمنع أحدهما وضع نهاية للعقد بمبادرته وحدها، انظر كمثال، I. Petel- Teyssié، م إ م، المواد 1905 إلى 1908، القرض بفائدة، الكراسة 6، 1991، رقم 238؛ Collart- Dutilleul et Delebecque، رقم 855؛ قارن، في صدد امكانية الحلول بالنسبة إلى المدين المنصوص عليه في المادة 1250 - 2° من ق م، Terré، Simler et Lequette، Droit civil، Les obligations، 1993، رقم 1273؛ على أن ما يجب أن يرسخ في الذهن هي أن الاستدانة وضع سيئاتها الاقتصادية تفرض، بشكل أمر، أن يتاح للمدين وضع نهاية لها: على عكس الدائن الذي يجب أن يكون ملزماً بالأجل، ينبغي أن يتمكن المدين، عند الحاجة، من أن يكون بمنجى من مراعاة الأجل.

(2) انظر في شأن هذه البنود J.L.Rives- Lange et M.Contamine- Raynaud، رقم 419، وهما يتصدیان لهذه البنود في إطار قرض بمعدل ثابت وفي امكانية المقترض الرغبة في التحرر من قرض أصبح مخسراً، لعقد قرض آخر عند الحاجة؛ وفي ما يتعلق بالعقوبة كان الرأي بأنها لا تخضع لتنظيم البنود الجزائية، حكم محكمة استئناف باريس، 16 أيار 1989، م ف ق ت، 1989، 504، م Cabrillac et Teyssié: الحل منتقد جداً.

وليس البند الذي يتضمن تعويضاً للمصرف عند السداد المسبق بنداً جزائياً في عرف محكمة النقض قابلاً للتخفيض استناداً إلى المادة 1152 من ق م عما هو منازع فيه إلى حد كبير، انظر غ م أ ن، 7 تشرين الأول 1992، ن م، I، رقم 301، قرض لاكتساب قطعة أرض، تعويض بنسبة 7% من المبالغ المستحقة كرأس مال وكفائدة؛ قارن بـ غ م أ ن، 20 آذار 1989، ن م، I، رقم 138، قرض في المادة العقارية: يلح القرار إلى التخفيض على أساس المادة 1152.

(3) على أن الاجتهاد يقبل الصحة ويعتبر أن التعويض يحل محل استيفاء الفوائد المشترطة خلال كل مدة القرض، انظر غ م أ ن، 18 تشرين الثاني 1992، ن م، I، رقم 283. شرط أن لا يكون التعويض محدداً حسب ثوابت متروكة لاستئساب المقرض، انظر غ ت ن، 15 كانون الأول 1992، ن م، I، رقم 417.

(4) جرى إدخال الحل المرتكز على منع أي عقوبة بقانون 31 كانون الأول 1989 المتعلق بالإستدانة المفرطة للأسر، المادة 29؛ بإمكان المقرض، مع ذلك، أن يرفض سداداً أقل من مبلغ معين يحدد بمرسوم؛ ويبدو من النص، علاوة على ذلك، أن منع العقوبات في حالة الإيفاء المسبق لا يطبق على عقود البيع في صورة إيجار أو الإيجار مع وعد بالبيع.

ولكنه يقبل اشتراط عقوبة يحدد سقف مبلغها (المادة L.21-311 من ق إ، المادة 12 القديمة من قانون 13 تموز 1979)⁽¹⁾.

وقد نص القانون، فضلاً عن ذلك، على امكانية المدين بقرض في الانفصال عمن منحه القرض باستبدال مقرض آخر به عن طريق الحلول. ويجاز بالفعل جعل المقرض الذي تدخل ثانياً يستفيد من التأمينات المعطاة للمقرض الأول التي تضمن الدين الاصلي. والهدف إتاحة الفرصة للمدين للاستفادة من تطور ملائم للظروف الاقتصادية، أي من انخفاض عام لمعدلات الفوائد. والإوالية المقامة لهذه الغاية هي الحلول الذي يوافق عليه المدين والوارد في المادة 1250 - 2° من ق م⁽²⁾. إذن يضيف هذا النص الشرعية على الايفاء المسبق لقرض تم في سبيل التعاقد على قرض آخر أكثر كسباً⁽³⁾. وبما ان ذلك هو الهدف فان كل شيء يدعو إلى التفكير في أنه يرتدي طابعاً آمراً: إن البنود التي تنزع إلى شلّه أو إلى مجرد الردع عن اللجوء إليه⁽⁴⁾ يجب أن تعتبر مخالفة للانتظام العام.

غير أنه يقتضي التساؤل، جذرياً، عما إذا كانت البنود التي تمنع السداد المسبق أو تعاقبه هي بنود صحيحة، ذلك بأنها تبدو، لدى امعان النظر فيها، مجردة من السبب ويقتضي ابطالها لهذه العلة. أن هذه البنود يجري تفسيرها بأن للمقرض الحق في أن يعتمد، حتى أجل العملية، على أجر الخدمة المؤداة: على الفوائد جميعاً بوضوح. على أن اجر المقرض يسوّغ بتجميد المبلغ وكذلك بمخاطر صعوبات الايفاء⁽⁵⁾. والحال،

(1) تنص المادة 2 من مرسوم 28 حزيران 1980، المتخذ تطبيقاً لهذا النص، على أن هذا التعويض لا يمكن ان يتجاوز قيمة ستة أشهر من الفوائد عن رأس المال المسدد، ولا 3% عن رأس المال الباقي المستحق، وكإشهار انظر غ م أن، 20 آذار 1989، ن م، I، رقم 138؛ أضف إلى ذلك غ م أن، 2 كانون الأول 1992، ن م، I، رقم 301.

(2) هكذا يتم الحلول الوارد في المادة 1250 - 2° بدون موافقة الدائن الاصلي: أن أصل هذا النص هو منشور هنري الرابع في عام 1609 الصادر لكي يتاح استرجاع دخل مكوّن من جزء من اثني عشر (8,33%) بعد البيع والتعاقد على دخل على أساس السدس (6,25%)، أي المعدل المنشأ حديثاً، مع الحفاظ على التأمينات التي اتخذها الدائن؛ انظر حول تاريخ هذا النص Terré, Simler et Lequette, Les obligations المذكورين أنفاً، رقم 1272 وما يليه.

(3) انظر حول هذه المسألة M.Vion, La renégociation des prêts immobiliers، ف د، 1987، البند 34072 (ولاسيما القسم الأول: قرض معد للسداد بقرض معطى سابقاً، حيث يتفحص المؤلف منافع صيغة الايصال الحلولي الذي يعطيه المدين، الوارد في المادة 1250 - 2° من ق م بالنسبة إلى اساليب اخرى)؛ J.P. Sénéchal, Les prêts substitutifs، م إد، الطبعة N، 1987، الفقه، 15.

(4) معاقبة عقدية على سبيل المثال.

(5) انظر الرقم 22530 السابق، تعرض بعوض؛ يضاف أيضاً أن «المصرف يتعرض لمخاطرة تطور غير ملائم لمعدلات» الفائدة في السوق (قد يعطى قرض بمعدل 0% ثم تقفز المعدلات لاحقاً إلى 15% خلال مدة القرض مما يعيق تمويل مؤسسة الاعتماد)، وإنما مع توضيح ان «هدف المصرف، في عملية اعتماد تقليدي، ليس المضاربة على تطور المعدلات»، Lamy Droit du financement، تأليف A.Couret, J. Devèze et G.Hirigoyen، 1993، رقم 2605.

عندما يتدخل هذا الايفاء المسبق، لا تكون هذه المخاطر موجودة مطلقاً، والمبلغ المعني لا يعود مجمداً بالطبع. ولم يعد هناك أي شيء إذاً يسوّغ مكافأة المقرض: موجب التعويض هو بلا سبب⁽¹⁾.

ويمكن، فضلاً عن ذلك، في العلاقات بالمستهلكين، وللأسباب ذاتها، دعم أن البنود التي تعاقب الايفاء المسبق لقرض هي تصفيه، بالنسبة إلى المادة 35 من قانون 10 كانون الثاني 1978، المتعلق بالإعلام وحماية المستهلكين (التي أصبحت المادة 132 - 1 من ق إ) لأنها مفروضة على المستهلكين وتعطي المهني منفعة مفرطة⁽²⁾.

وذلك عدا إن جعل وضع أشخاص، لجأوا إلى اعتماد واراودا أن يكونوا في وضع سليم -، عن طريق التهديد بعقوبات عقدية -، يمتد، اصطناعياً، هو أمر لاجتماعي ولا اقتصادي⁽³⁾.

الفقرة 3 - التنازل (أو التفرغ) عن قرض العملة

22551 - المنفعة. لامكانية التنازل عن قرض العملة فائدة عندما يستخدم الاعتماد لتمويل مال يراد بيعه، وهو عقار على وجه العموم: يأمل المالك، المدين باستحقاقات متفق عليها، التخلص من موجباته في وقت التنازل عن الشيء. إن العملية جذابة، بصورة خاصة، عندما تكون فوائد القرض ملائمة. ويجري، عملياً، الكلام على «استعادة القرض»، إذ يأخذ مكتسب ملكية العقار مكان البائع المقترض⁽⁴⁾ ويصبح مديناً

(1) يتمسك المقرض، ضد هذا التحليل، بأنه يشكو من خسارة ربح فائت بسبب فسخ العقد قبل اجله؛ هناك مع ذلك أحد أمرين: إما أن معدلات الفوائد منخفضة في فترة الايفاء أو هي مستقرة، والحجة باطلة طالما أن المقرض بإمكانه توظيف المال مجدداً بشكل أفضل أو في ظروف مقارنة؛ وإما أن معدلات الفوائد مرتفعة، وشكواه من الضرر هو ما لا تجيز له المادة 1250 - 2° الشكوى منه لأنها وضعت لكي يتاح للمدين التحرر من القرض للتعاقد على قرض آخر أفضل له، ولأنه من الملائم قبول الطابع الأمر لهذا النص.

(2) انظر حول هذا المبدأ وتطبيقه من قبل القضاة انفسهم، مع أن قانون 1978 احتفظ للسلطة التنظيمية برقابة البنود التعسفية، غ م أن، 14 أيار 1991، د، 1991، 449، تعليق J.Ghestin، م إ د، 1991، II، 21763، تعليق G. Paisant، خسارة افلام تصوير، بند تحديدي للمسؤولية: غ م أن، 6 كانون الثاني 1994، ايجار سيارة، قوة قاهرة على عاتق المستأجر، بند جزائي في حال الفسخ.

(3) يمكن، بالتأكيد، بيان الضرورة للمقرض في أن يتمول مجدداً المصارف، وهذا ما يفعله ضمن شروط عليه مراعاتها، إلا أنه يسهل فهم أن الحجة ليست بدون رد، وليس هناك، عند النظر ملياً إليها، سوى مسألة كلفة: فرض امكانية الايفاء مسبقاً بدون عقوبة لا يفعل سوى أن يتجسد في استدانة مفرطة وإنما ملطفة عن طريق اعتماد مصرفي.

(4) في فرضية «استرداد القرض» هذه من قبل مكتسب ملكية العقار الممول على هذا النحو، تطرح مسألة معرفة ما إذا كان من الملائم أن تطبق احكام قانون 13 تموز 1979 مجدداً على الاعتماد العقاري، المستعادة في المواد L.1-312 وما يليها من ق إ، ولا سيما اعطاء المقرض المستبدل مهلة تفكير اعتباراً من عرض القرض: الجواب لا يمكن إلا أن يكون تأكيدياً.

باستحقاقات القرض تجاه المؤسسة المالية التي أعطته. ولكن الإوالية لا يكون لها الدور المنتظر منها إلا أن يكون البائع قد تحرر، بمفعول ذلك، من تعهداته تجاه المقرض. وغالباً ما لا تعمل هذه الإوالية، رغماً عن منفعتها. فبعض المؤسسات، كالا اعتماد (العقاري)⁽¹⁾، يوافق على ذلك بدون صعوبات كبيرة: مع التحفظ لجهة قبول المقرض البديل، ومعظم المصارف يرفض البديل وينفر من تغيير المدين⁽²⁾.

-
- (1) يفرض القانون في بعض الحالات هذا الموجب.
- (2) لا تبقى، إلا أن يتضمن القرض بند استحقاق فوري في حالة بيع المال الممول بعد الشراء، والحالة على هذا النحو عموماً، سوى امكانية العمل عن طريق تفويض غير تام، إذ يعطي البائع الشاري أمراً بدفع استحقاقات القرض مكانه كمفوض لصالح المصرف المفوض إليه: غير أن المقرض الأصلي ليس متحرراً من موجباته تجاه المقرض؛ إنه الأسلوب نفسه المستخدم للتنازل عن دخل عمري عندما يتم، بعد دفع ثمن اكتساب ملكية العقار في هذا الشكل، التنازل عن الدخل العمري: يأخذ الشاري مكان البائع؛ المدين بالدخل، في علاقاته مع المالك السابق، الدائن بالدخل، بيد أن المدين الأصلي السابق بالدخل يبقى ملزماً بالدين وعليه التنفيذ إذا تخلف المدين الجديد عن الدفع.

القرض والاعتماد والاستدانة المفرطة

22552 - فيما وراء القرض. ليس القرض الوارد في القانون المدني الوسيلة الوحيدة للجوء إلى الاعتماد. فما أثاره تنظيم القرض يتجاوز إذاً العقد التقليدي. ومن المفيد موضوعة دراسة القرض داخل هذا المنظور مع التصدي لتنوع العمليات التي تقوم بهذه الوظيفة الاقتصادية (القسم I) والتصدي لتنظيم الصعوبات المرتبطة بالاستدانة المفرطة (القسم II).

القسم I

سلسلة العمليات: القرض والاعتماد

22553 - أ. القرض المعطى من المقرض. يدخل في مهام المؤسسات إعطاء القروض. وقانون 24 كانون الثاني 1984، المسمى القانون المصرفي، يأخذ بمعنى ضيق إلى حد ما لمفهوم الاعتماد: أنه يعرفه بفعل وضع أموال بتصرف الغير، أو باتخاذ تعهد بتوقيع، مع احتفاظ المصارف بالحقوق في اللجوء إلى ذلك بصفة اعتيادية⁽¹⁾. وقد تبنى النص هذا التعريف ولا شك لأن الأمر يتعلق بتحديد الاحتكار المصرفي.

من الصحيح أن الاعتماد غالباً ما يتخذ شكل قرض عملة يعطيه مهني: تسليم الأموال، فتح الاعتماد، تسهيلات الصندوق... ولا أهمية تذكر عملياً للتسمية شرط أن توضع الأموال بتصرف الغير. كما أنه لا أهمية تذكر لأن يكون الاعتماد مرتبطاً بعملية

(1) J.L. Rives- Lange et M. Contamine- Raynaud، رقم 30: ولكن القانون لا يدخل في الاعتماد الدفع النقدي للديون غير المستحقة، مثلاً حسم السندات التجارية الأكثر توافقاً مع فكرة تسهيل تبادل الديون من تداول الاعتمادات؛ على أنه هناك أحياناً قبول وسيلة لتحصيل الديون كعملية الاعتماد، انظر حكم محكمة استئناف فرساي، 24 تشرين الثاني 1989، م إ د، الطبعة E، 1991، رقم 36، م Gavalda و Stoufflet؛ وحول هذا الاحتكار المصرفي انظر الرقم 22512 السابق.

محددة: يجري الكلام على «اعتماد مخصص»؛ أو معطى بالنظر إلى شخص المقرض: يسمى ذلك «اعتماداً شخصياً».

يعطي مكتسب ملكية مال ممول أو المستفيد من تقديم خدمة، في الاعتماد المخصص، المصرف وكالة لكي يدفع للمورد الذي يقبض الثمن فوراً، فتقوم علاقة مزدوجة بين المقرض والمقرض: يكون الأول دائن الثاني استناداً إلى عقد القرض وكذلك كحال في حقوق البائع الذي تم ارضاءه⁽¹⁾. والعلاقة الناتجة عن القرض مستقلة عن العقد الممول إلا أن تكون العلاقات مع مستهلك⁽²⁾، ويكون للمقرض مجال جعل المقرض يوقع كمبيالات أو سندات لأمر في استحقاق متدرجة لكي يسهل تبادل الاعتماد المعطى: الحال أن الدفع المستخرجة من العقد لا يحتج بها، على أساس الحق في الصرافة، في وجه من يطلب دفع السند، ويتعرض المصرفي بصفته حالاً في حقوق المورد لحجج المقرض المرتبطة بالعقد الممول، ولا سيما الحجج الناجمة عن سوء التنفيذ، إلا أنه يمكن ان يجد فيها منفعة الاستفادة من التأمينات التي ترافقه، الاحتفاظ بالملكية مثلاً⁽³⁾.

على أن مفهوم الاعتماد أوسع. فالمادة 3، الفقرة 2، من القانون المصرفي، تماثل، فضلاً عن ذلك، بوضع الأموال بالتصرف عمليات البيع في صورة ايجار أو الايجار مع وعد بالبيع⁽⁴⁾، وتلتف بذلك على الاعتماد الذي يعطيه البائع.

22554 - ب. الاعتماد الذي يعطيه المورد. قد يعطي الاعتماد البائع أو مورد

الخدمات نفسه. ومجرد الدفع في أجل وإالية تسمى «اعتماد البائع».

ويمكن ان يعطي المهني زبونا ليس مهنياً مهلة للدفع لكي يقرر مثلاً ابرام القضية، فيجري الكلام عندئذ على البيع بالثقة بالملاءة (أو بيع الاجل أو النسيئة) أو بصورة أدق البيع بالتقسيط إذا كان يتوجب على الشاري تسديد الثمن أقساماً متدرجة في الزمن. وتنقل الظاهرة عينها إلى تقديم الخدمات. وأصبح، عملياً في أيامنا، من النادر ان يوافق البائع نفسه على اعتماد للمستهلك: ما أن تكون للمبلغ والمدة أهمية معينة حتى يتم اللجوء إلى خدمات مصرف⁽⁵⁾.

(1) انظر J.L. Rives- Lange et M. Contamine- Raynaud، رقم 448.

(2) انظر الرقم 22522 السابق وما يليه.

(3) انظر غ ت ن، 15 آذار 1988، ن م، IV، رقم 106؛ غ ت ن، 11 تموز 1988، مجلة القانون المصرفي، 1989، 28، م Gérard و Crédot.

(4) يدخل ذلك إذا ما يسمى «الاجارة المالية»، أي الايجار مع خيار الشراء يشمل ذلك إذا ما يسمى «الاجارة المالية»، أي الاجارة مع خيار الشراء التي لا يسبقها اكتساب الملكية من أجل الايجار، انظر E. M. Bey La، location financière dans la réforme bancaire، م إد، 1986، I، 14630.

(5) انظر J. Calais- Auloy، Droit de la consommation، رقم 269.

ويشكل بيع اموال استهلاك بالتقسيط موضوع تنظيم خاص اصبح بالياً. وقد طمح مرسوم 20 أيار 1955 إلى احاطته بطريقة مزدوجة بفرض دفع جزئي أدنى ومدة قصوى للسداد وأعطى المجلس الوطني للاعتماد صلاحية تأمين تطبيقه⁽¹⁾. ويعود القرار الأخير المتخذ إلى عام 1976: ينص على دفعة أولية قدرها 20% ويحدد مدة الاعتماد بواحد وعشرين شهراً⁽²⁾، ويفسر عدم فعالية الاسلوب الذي كان يمكن، بسهولة أن يحاط به عن طريق قرض شخصي غير مخصص يعطيه المصرف، التخلي عنه في عام 1979⁽³⁾.

ثمة امكانيات أخرى في هذا الشأن. فهناك كفاءات عقدية مختلفة تلحق بالعقد: إنها التي تحوي دفعة مؤجلاً، كلياً أو جزئياً، فيستفيد الزبون فوراً من التقديم. والأمر على هذا النحو في البيع في صورة ايجار أو الإجارة البيعية أو الايجار مع وعد بالبيع: إن هذه العقود التي تتضمن إمكانية الزبون في أن يصبح مكتسباً في نهاية الايجار تجعله مالكا محتملاً منذ ابرام الاتفاقية مع تأجيل دفع الثمن الذي يتم لاحقاً وبطريقة متدرجة. والايجار بدون قيد أو شرط، بالمقابل، لا يحوي عنصر اعتماد ذلك بأن التقديم المرتكز على التمتع بالشيء لا يدفع ثمنه بعد فوات الأوان: يسدد المستأجر، في الواقع، دينه تدريجاً عندما ينفذ شريكه في التعاقد ما هو على عاتقه⁽⁴⁾.

وقد أخذ قانونا عامي 1978 و 1979 المتخذان لحماية المستهلكين بهذا المفهوم الواسع للاعتماد بمد حقل تطبيقهما إلى إواليات كالبيع في صورة ايجار أو الإجارة البيعية. على أن قانون 1978، في ما يتعلق بمهل الدفع، ادخلها في اعتماد المنقول، في حين أن قانون 1979 لا يغطيها⁽⁵⁾.

وعندما تعطى مهل الدفع لمهني يجري الكلام على اعتماد «بين المؤسسات». وهذا الاعتماد، فضلاً عن ذلك، هو أحد التطبيقات الأكثر تواتراً لاعتماد البائع: كالصانع بالنسبة إلى القطع والمكونات التي يستخدمها، والموزع في شأن تمويله بالمنتجات... طلبه سلع فيحصل، بحسب وضعه في السوق، على مهلة لتسديد الفاتورة. والدفع مؤجل

(1) انظر J.L. Rives- Lange et M. Contamine- Reynaud، ورقم 448؛ وحول التطبيقين انظر حكم محكمة استئناف ليون، 4 نيسان 1968، م ف ق ت، 1969 - 144، م J. Hémar.

(2) عدا ما يتعلق بالسيارات التي تقبل في شأنها أربعة عشر شهراً، قرار المجلس الوطني للاعتماد في 24 آذار 1976.

(3) قرار المجلس الوطني للاعتماد، 24 نيسان 1979، J.L. Rives- Lange et M. Contamine- Raynaud، رقم 448.

(4) قارن بـ Calais- Auloy، Droit de la consommation، المذكور سابقاً، رقم 272، وفي عرفة، إذا كانت مدة الايجار تساوي مدة الاستعمال الوسطي للشيء، فإن نقل الملكية عندئذ في نهاية الايجار لا تكون لها أية فائدة، ويغطي الايجار اعتماداً.

(5) انظر الرقم 22205 السابق وما يليه.

بطيبة خاطر ثلاثين يوماً في نهاية الشهر لسداد الفاتورة. وقد يكون أكثر من ذلك بكثير. فالظاهرة التي كانت نتيجتها خنق مالية بعض الموردين غالباً ما تم استبعادها لمفاعيلها الاقتصادية السيئة. وقد تأخرت السلطات العامة في اتخاذ قرار التدخل. وصدر في 31 كانون الأول 1992 قانون في شأن مهل الدفع بين المؤسسات لتحديد استعمالها. إنه لم يمنعها، وكان ذلك غير واقعي بلا شك، وإنما نظم إوالية بطريقة ثلاثية: (1) أصبحت الفاتورة من الواجب بشكل أمر أن تحدد تاريخاً محدداً لتسديدها؛ (2) يجب أن تنص على أن المدين، إذا حصل الدفع قبل هذا التاريخ، يستفيد من حسم ضمن شروط معينة؛ (3) ينبغي أن تبين إضافة إلى ذلك، أن المدين إذا دفع بعد تاريخ السداد، يتوجب عليه أن يفي ما عليه من عقوبات تأخير إضافة إلى الثمن ضمن شروط محددة أيضاً في الفاتورة⁽¹⁾. ولا يمكن أن يؤمل أن تكون هذه الإحاطة، الليبرالية والمكرهة في آن واحد، من شأنها تحديد المفاعيل المشؤومة للاعتماد بين المؤسسات.

وقد يكون اعتماد ما، في بيع المؤسسة التجارية، إعطاء البائع لمكتسب الملكية، وتعطى مهل متدرجة لتسديد قسم من الثمن: يتجسد ذلك عن طريق سندات مالية يلتزم بها مكتسب الملكية وبامكان البائع المستفيد منها تداولها بحسمها عن طريق أحد المصارف. ويمكن في نهاية المطاف تعريف الاعتماد، في وظيفته الاقتصادية، بأنه كل «عملية تتيح لشخص ما الحصول فوراً على تقديم يدفع قيمته لاحقاً»⁽²⁾.

(1) عدل قانون 1992، من أجل ذلك بالمواد 31 (نص يتضمن أن «كل شراء منتجات أو كل تقديم خدمات النشاط مهني يجب أن يشكل موضوع فوتر»)، 33 و 35 من الأمر الاشتراعي في أزل كانون الأول 1986 المتعلق بحرية الاسعار، ونص على عقوبات تغريمية قاسية إلى حد ما في حال المخالفة؛ وانشأ القانون، فضلاً عن ذلك، تحديداً آخراً لمهل الدفع في بعض المجالات وبخاصة القطاع الزراعي.

(2) Droit de la consommation و J. Calais- Auloy، المذكور سابقاً، رقم 264: يضاف لتمييز الاعتماد أن الخدمة مأجورة، وأن السداد مندرج في الزمن، لكن الاعتماد يمكن أن يكون مجاناً ويتم السداد في دفعة واحدة؛ أضف إلى ذلك، في شأن وحدانية عملية الاعتماد، J. L. Rives- Lange et M. Contamine- Raynaud، رقم 363.

وللتجربين عموماً مفهوم أوسع للاعتماد ويدخلون فيه بسهولة تداول الديون عن طريق حسم السندات التجارية مثلاً، انظر Ripert et Roblot, Traité élémentaire de droit commercial، المذكور سابقاً، رقم 2375 وما يليه ورقم 2390 وما يليه؛ وتختلف في ما تبقى كليات الاعتماد بشكل ثابت: هكذا انشأ قانون 14 كانون الأول 1985 سندات خزينة يمكن أن تصدرها مؤسسة مر على انشائها أكثر من سنتين للحصول على أموال مما يحدث ثغرة في الاحتكار المصرفي، انظر J. L. Rives- Lange et M. Contamine- Raynaud، رقم 373.

القسم II

المخاطر: الاعتماد والاستدانة المفرطة

22555 - التنظيم. لا يمر الاعتماد بدون مخاطر. ومن يعطيه يعرف ذلك أنه يتعرض لعدم التسديد حتى لعدم دفع قيمة الاعتماد. وفي الاطار ذاته هناك أيضاً الذين يتخذون قرض العملة مهنة، وكذلك الذين يكونون في وضع الدائنين باعطاء مهل دفع على سبيل المثال. وأدى انتشار الاعتماد إلى مسائل الاستدانة... فعندما يكون أحد الاشخاص عاجزاً عن ايفاء ما يتوجب عليه لدائنيه لن يكون هناك بالتأكيد من ضحايا إلا الذين اعطوه اعتماداً: هناك أيضاً الخزانة العامة وهيئات الضمان الاجتماعي وحائزو دين مدني كالدين المرتكز على التعويض عن ضرر ما... بيد أن الذين يؤمنون الاعتماد لهم دور حاسم في مسار الاستدانة.

ودفع التاجر ديونه شكلاً دائماً موضوع تنظيم خاص تغيرت تسميته على مر الزمن - «الافلاس» في قانون التجارة لعام 1807، «التسوية القضائية» و «تصفية الاموال» في عام 1967، و «التقويم القضائي» وتصفية الاموال في عام 1985: إلى متى الصيغة الجديدة؟ حاول المشرع اعتماد صيغ مختلفة للتوفيق بين هذه المصالح المتباينة أي مصالح الدائنين المغبونين الأول والمؤسسة واجرائها والمدين نفسه. وأقل ما يمكن قوله هو أن التوازن صعب التحقيق.

إن علة ما يمكن تسميته، في المادة التجارية، في غياب الأفضل، «الاجراءات الجماعية» للتسوية تعود إلى كون التاجر، بنتيجة نشاطه، يكون أمامه عدة دائنين محتملين: ادارة الضرائب، والموردون والمصرفي... إن دائنيه هم أكثر بكثير من دائني أحد الأفراد في الحياة المدنية. ولا يمكن، تجاه صعوبات التاجر المالية، الاكتفاء بتطبيق مبدأ ان «الدفع هو ثمن العمل» الذي يتفوق في القانون المدني. ويقتضي تنظيم الأمور للحفاظ على مساواة معينة بين الدائنين.

22556 - «الافلاس المدني». جرى إدخال تجديد في القانون الفرنسي أدخله قانون 31 كانون الأول 1989 المتعلق بتدارك الصعوبات المرتبطة باستدانة الأفراد والأسر بشكل مفرط وتسويتها: لأن هذا النص انشأ نوعاً من «الافلاس المدني»⁽¹⁾. وحتى الآن كان المجال في المادة التجارية لا يمكن، في حال استحالة إرضاء المدين دائنيه، يمكن ان يتوفر اجراء جماعي للتسوية المعدة لتنظيم الوضع وايجاد حلول ذات مدى جماعي لهذا الوضع. كان هناك بالتأكيد في المواد 1265 إلى 1270 من القانون المدني التي

(1) انظر Ch. Gavalda et J. Stoufflet، رقم 471، الاسنادات الفقهية.

الغيت اليوم⁽¹⁾ اجراء خاص هو التنازل عن الاموال الذي يتيح للمدين ايجاد حل لصعوبات الدفع⁽²⁾. إلا أن الإلالية لم تكن تشكّل نظاماً جماعياً للتسوية.

وقد وضع قانون 1989 المستوحى من كون الاعتماد للأفراد غالباً ما يضع الأفراد أكثر فأكثر في وضع ماليّ صعب حتى متعذر الحل، إجراءً جماعياً للتجار⁽³⁾. وكان هذا النص في أعقاب بعض الاحكام المتخذة لكي يجاز للقاضي اتخاذ قرار بمنح تأجيل الدفع لمدين في مناسبة ادعاء امام القضاء أقامه الدائن: صدر بشكل خاص قانون في عام 1985 جعل المهلة الاضافية سنتين ويمكن للقاضي منحها استناداً إلى المادة 1244 من القانون المدني.

وقد ذهب قانون 1989 إلى أبعد من ذلك بكثير إذ انشأ، في حالة «استحالة جليّة للمدين الحسن النية في مواجهة مجموع ديونه غير المهنية المستحقة أو التي ستستحق» إجراءً مزدوجاً، فتتم المرحلة الاولى امام لجنة مقاطعية تسمى «تفحص أوضاع استدانة الافراد المفرطة»، ويمكن ان يثار ذلك بناء على طلب المدين نفسه أو من قبل القاضي. إن ذلك مجرد إجراء ودي فتحاول اللجنة التوفيق بين الفريقين لتبني تصميم تقويم للوضع: تأجيل الاستحقاق، تدرج المدفوعات، تأجيل الدين

والمرحلة الثانية التي يتم الانتقال إليها عندما تفشل المرحلة الأولى (أو إذا رأى القاضي المراجع، عقب دعوى أمام القضاء أقامها الدائن، أنه من غير الضروري المرور بمرحلة التسوية الودية)، تتم امام القاضي وتؤدي إلى حل تقررته المحكمة: إنه «إجراء جماعي للتقويم القضائي المدني». وهو يقطع مجرى الملاحظات التي أقامها الدائنون ويمنع المدين من التعاقد على قروض جديدة . . . وبامكان القاضي، في حدود التأجيل حتى خمس سنوات، ومع كفيات خاصة لبيع السكن العائلي، وضع أي حل للتقويم يمكن ان يتيح للمدين ارضاء دائنيه إلى حدّ ما.

(1) بالقانون رقم 91 - 650 في 9 تموز 1991.

(2) مع التخلي عن الأموال للدائنين يتخلص المدين من الإكراه الجسدي: لكنه لم يتحرر من ديونه.

(3) J. Calais- Auloy ، Droit de la consommation ، المذكور سابقاً، رقم 414 وما يليه والاسنادات الفقهية.

الباب III

البيع في صورة ايجار أو الإجارة البيعية

23000 - ملتي العقود. البيع في صورة ايجار والإجارة البيعية عقدان يضع شخص ما فيهما، هو المؤجر، بتصرف شخص آخر هو المستأجر، مالا يكتسب ملكيته أو هو مالك عند ابرام العقدين مع امكانية المستأجر في شرائه في نهاية الايجار بصورة عامة. وهذان العقدان مستوحيان من فكرة مشتركة للبيع بالتقسيط⁽¹⁾. والهدف من ذلك أن يتاح للشاري المحتمل تقسيط مدفوعاته مع تأمين الاستعمال الفوري للشيء الذي هو بحاجة إليه.

ومع هذه التقنيات القانونية تلتقي عقود عديدة: الايجار والعارية (أو القرض) والبيع. الايجار في المقام الأول لأن عملياته تتجسد في وضع شيء بتصرف أحد الاشخاص. والعارية (أو القرض) في المقام الثاني لأن العملية تتضمن مظهر اعتماد هو أقوى من مجرد ايجار. والبيع أخيراً لأن مؤجر الشيء عليه في الغالب تملكه لتأجيره بعد ذلك، ولأن المستعمل سيصبح مالكا في نهاية الايجار.

هناك في الحقيقة عدة رسوم بيانية في هذا الشأن: قد يكون ثمة توفيق مرن بين الايجار والبيع، فلا يلتزم المؤجر بالبيع في البداية، أو على العكس ثمة رابطة وثيقة عندما يتعهد المؤجر بموجب وعد بالبيع منذ البداية. يضاف إلى ذلك ان تمويل المال قد يؤمنه البائع نفسه، فتضع العملية عندئذ شخصين فقط في علاقة بينهما؛ أو يؤمن التمويل شخص ثالث، مؤسسة اعتماد تشتري المال لتضعه بتصرف المستعمل فيكون هناك ثلاثة اشخاص.

إن للأسلوب فائدته الكاملة، وتطرح مشاكل قانونية حقيقية عندما يرافق الايجار وعد بالبيع من جهة أولى، وتتدخل من جهة ثانية مؤسسة اعتماد تؤمن تمويل شراء المال.

23001 - البيع بالتقسيط. أتت هذه الاساليب، تاريخياً، من البيع بالائتمان، (أو

(1) انظر حول البيع بالائتمان الرقم 11586 السابق؛ وحول مفهوم الاعتماد 11509.

النسيئة) وهو ما كان يسمى في الماضي «البيع بالتقسيط»، وفيه يتيح المالك للشاري أن يدفع له عدة دفعات مجزأة. وكان لذلك خطاره: لم يكن متأكداً من استيفاء الثمن بكامله إذ تنازل عند العملية عن ملكية الشيء⁽¹⁾. ومن هنا إغراء التموضع على صعيد الايجار الذي يتيح البقاء مالكا: فتم اكتشاف البيع بصورة ايجار لارضاء الشاري فوراً وإنما مع الحفاظ على حقوق البائع. على أن فعالية بند الاحتفاظ بالملكية لم يكن في تلك الحقبة مقبولا تجاه إفلاس الشاري. وقد سهرت المحاكم إذاً على أن لا يستخدم البيع في صورة ايجار للتحايل على هذا المبدأ⁽²⁾. وكانت هناك عقبة في الوقت عينه امام البيع في صورة ايجار: الخشية من أن يظهر هذا البيع كوسيلة تحايل على تنظيم الاعتماد⁽³⁾. وفي الواقع تدخلت السلطات العامة، في مرسوم 20 أيار 1955، لتحديد مدة الاعتماد وفرض دفع نقدي بحد أدنى. وكان ثمة اغراء للمقاولين، لتجنب هذه الاكراهات، في استعمال البيع في صورة ايجار وتأجير الشيء لوقت محدد كان المستأجر في نهايته بإمكانه شراؤه. ولكن هنا أيضاً كان من الواجب السعي إلى إفشال الغش⁽⁴⁾.

وقد اختفت هاتان العقبتان في أيامنا، فقبول بند الاحتفاظ بالملكية، أجتاز العقبة الأولى، والإحاطة بالاعتماد أفسحت في المجال للتشريع الحامي للمستهلكين الذي أقامه قانونا عامي 1978 و1979 وجرت استعادته في قانون الاستهلاك⁽⁵⁾. ولم تعد العقبة الثانية موجودة. وقد أتاح هذا المنطوق الأكثر تحرراً للبيع في صورة ايجار (انطلاقاً من الصيغة الانجلو اميركية Leasing) أن ينتشر. والمبدأ في هذه الإوالية هو أن بدل الايجار يتضمن دفعا مسبقاً لقسم من ثمن الشيء (يجري الكلام على «علاوة الايجار»)⁽⁶⁾. وقد فرض قانون 2 تموز 1966 المتعلق بالمؤسسات التي تمارس البيع بصورة ايجار ذلك حتى في ما يتعلق ببيع المنقول في صورة ايجار للمؤسسات⁽⁷⁾.

(1) انظر Ripert et Roblot، الباب II، رقم 3164.

(2) كان يجب أن لا يخفي البيع في صورة ايجار بيعا بالتقسيط مع بند الاحتفاظ بالملكية: كان يجري التحقق بشكل خاص من أن بدلات الايجار لم تكن مفرطة لأن ذلك كان يبين أن المستأجر لم تكن لديه في الحقيقة حرية عدم الشراء في نهاية الايجار، وأن البيع قد تم، انظر Ripert et Roblot، الباب II، رقم 3164.

(3) Ripert et Roblot، الباب II، رقم 2518.

(4) كان يفرض هنا أيضاً أن لا تشكل بدلات الايجار المتفق عليها أقساماً من الثمن مدفوعة مسبقاً، وإنما أن تكون حقاً تبعاً لإستعمال الشيء، انظر Ripert et Roblot، الباب II، رقم 2519.

(5) انظر حول هذا التنظيم الرقم 22505 السابق وما يليه.

(6) يؤخذ إذاً بالحل الذي كان مداناً في الماضي.

(7) عند استعمال خيار الشراء من قبل المستأجر يجب أن تؤخذ في الحسبان «على الأقل جزئياً، المدفوعات التي تمت بنصفه بدلات ايجار»؛ والتطلب ذاته مطروح في ما يختص بإوالية الاجارة اللاحقية، انظر الرقم 23010.

23002 - المصطلح . تصعب الإحاطة بالمادة وبصورة خاصة لأن المصطلح غير

ثابت . يضاف إلى ذلك ان عقد البيع في صورة ايجار يكاد يكون عقداً مسمى : لا ينظم قانون 1966 محتواه وإنما يوضح فقط من يستطيع ممارسته مع تخصيصه بمؤسسات الاعتماد⁽¹⁾ .

وينبغي ، في سبيل توضيح الأمور ، بيان ما يتعارض بين البيع في صورة ايجار والاجارة البيعية وبين الاجارة العادية حتى الاجارة المالية . فالمقاول ، في الاجارة العادية ، يؤجر المال بدون التعهد ببيعه ؛ وفي الاجارة المالية الأمر على هذا النحو مع فارق ان المال مؤجر من قبل مؤسسة اعتماد التي تكتسبه لهذه الغاية⁽²⁾ . والمؤجر ، في البيع في صورة ايجار ، بالمقابل ، مرتبط بوعده بالبيع على مال مؤجر ؛ وسنأخذ في الاعتبار ، في التحليل الذي سنعمده ، أن الأمر على هذا النحو في شأن الاجارة البيعية : سوف تتم مماثلة هذا التعبير بتعبير الايجار مع وعده بالبيع⁽³⁾ .

ومن المتفق عليه ، إلى حد كبير ، أن البيع في صورة ايجار والاجارة البيعية يسوسهما القانون العام لايجار الأشياء ، وهذا ما تقرره المحاكم ، على سبيل المثال في ما يختص بالتقادم (مرور الزمن) المطبق : إنها تعتبر أن المادة 2277 من ق م التي تخضع دعوى دفع بدلات الايجار وأجرة الأرض الزراعية لتقادم خمس سنوات تسري أيضاً على مختلف انواع الايجارات وبالتالي على البيع في صورة ايجار⁽⁴⁾ .

وستتطرق على التوالي ، في ضوء هذه الملاحظات الاستهلاكية ، إلى الاساليب التي توفق بين الايجار والبيع في المادة العقارية حيث ظهرت في أول الأمر (الفصل I) قبل البحث في النطاق العقاري (الفصل II) .

(1) مد قانون 6 كانون الثاني 1986 تطبيق البيع في صورة ايجار إلى اكتساب ملكية مؤسسة تجارية ، غير أنه لا يبدو أنه توصل إلى النجاح المتوقع ؛ انظر حول هذا النص J.G.Raffay, Le crédit- bail de fonds de commerce et d'établissement artisanal ، م إ د ، الطبعة N ، 1986 ، الممارسة ، 377 .

(2) انظر حول هذا الوضع الثاني م أ ن ، 11 تشرين الأول 1989 ، د . 1991 ، 225 ، تعليق مؤيد ، P. Ancel . Mobil home, obligation de délivrance .

(3) في شأن مفهوم أكثر إكراهاً للاجارة البيعية انظر H.Thuillier ، ف د م ، V الاجارة البيعية ، 1973 ، رقم 3 : يماثل المؤلف الاجارة البيعية بالبيع بالتقسيط .

(4) انظر غ ت ن ، 24 تشرين الثاني 1992 ، م إ د ، 1993 ، II ، 22078 ، تعليق Barrial ، د . 1993 ، الموجز 213 ، م Ph. Delebecque ، مركبة ، حكم اعتبر البيع في صورة ايجار خاضعاً للمادة 2277 وإنما في ما يتعلق ببدايات الايجار لا في ما يختص بالتعويض عن الفسخ .

الصيغ الموفقة بين الايجار والبيع في مادة المنقول

23003 - التقسيم. الفارق بين البيع في صورة ايجار والاجارة البيعية هو أن الأول يتوجه إلى المهنيين في حين أن الثانية تختص بالأفراد، وهذا الفارق ناتج عن قانون 1966 الذي نظم البيع في صورة ايجار ولم ينظم الاجارة البيعية⁽¹⁾.

القسم I

البيع في صورة ايجار للمؤسسات

23004 - بين مهنيين. يرتكز بيع المنقول في صورة ايجار، كما يسوسه قانون 2 تموز 1966، على ترسيمة الايجار مع وعد بالبيع⁽²⁾. ويجعله هذا النص منذوراً لأن يتناول، من حيث المبدأ، اموال التجهيز (آلات، حاسوب...)، أو معدات (جرارات، رافعات...) بالنسبة إلى المؤسسات ويحتفظ لمؤسسات الاعتماد بالحق في ممارسة هذا النوع من التمويل⁽³⁾. وبما أن الأمر يتعلق بالمادة التجارية كان هناك هاجس جعل الغير

(1) انظر في هذا الاتجاه P. Ancel، تعليق في د، 1991، 225، الذي يرى أن البيع في صورة ايجار المخصص لحاجات المؤسسات في قانون 2 تموز 1966، والايجار مع خيار الشراء هما الشيء الوحيد ذاته مع التحفظ لجهة فوارق النظام الطفيفة.

(2) حددت المادة الاولى - 1^o من قانون عام 1966 الوعد بالبيع إذ نصت على أنه يغطي «عمليات ايجار اموال التجهيز أو المعدات المشتراة من أجل هذا الايجار وتقوم بها مؤسسات ما زالت مالكتها، عندما تعطي هذه العمليات، أيّاً كان وصفها، المستأجر امكانية اكتساب ملكية الأموال المؤجرة كلياً أو جزئياً مقابل ثمن متفق عليه يراعي، على الأقل في قسم منه، الدفعات التي جرت بصفة بدلات ايجار».

(3) انظر حول هذه العملية J. L. Rives- Lange et M. Contamine- Raynaud، Droit bancaire، 1990، رقم 598 وما يليه؛ Ch. Cavada، Banque et crédit، م، إ، الكراسة 640، بيع المنقول في صورة ايجار، 1988؛ D. Legeais، مصنف م ا ت الكراسة 442، بيع المنقول في صورة ايجار، 1993؛ Malaurie et =

على علم بما يجري لأن المال يبقى في ملكية الشاري في صورة ايجار: نُظمت علنية العقد بمرسوم 4 تموز 1972، المادة 2 وما يليها، التي يجب أن تتم لدى قلم مكتب محكمة التجارة؛ والمادة 12 تنص أيضاً على علنية في محاسبة المستعمل.

ويقتضي حساب بدلات الايجار تبعاً لاستهلاك المال. وتدور مدة الإيجار التي هي المدة المقررة لهذا الاستهلاك حول خمس سنوات، وهي مفروضة على الفريقين كأى ايجار لمدة محددة⁽¹⁾. وتكون للمستأجر في انتهاء هذه المدة امكانية شراء الشيء بالقيمة المتبقية.

والعملية ثلاثة مظاهر عقدية بحيث يكون هناك انقياد إلى القيام بتطبيق توزيعي للأنظمة القانونية المعنية: يتم أولاً بيع بين مورّد المعدات والبائع في صورة إيجار وهو مؤسسة الاعتماد - يطبق عندئذ قانون البيع؛ وقد جرى في الوقت عينه ابرام بيع بين البائع في صورة ايجار وهو مكتسب ملكية الشيء والمستعمل الذي وُضع الشيء بتصرفه وهو المستأجر الشاري - وتطبق، مبدئياً، قواعد الايجار، ويمكن عقب انتهاء الايجار ان يتم بيع من جديد، وهذه المرة بين البائع في صورة ايجار والمستأجر في صورة ايجار الذين إذا استعمل خيار الشراء - يطبق أيضاً قانون البيع مرة أخرى.

وتظهر فكرة الايجار، في مركز المسار مهيمنة. والأمن الذي يجده البائع في المال هو أن ملكية المال لم تُنقل إلى المستعمل، المستأجر العادي، قبل استعمال الخيار: فإذا لم يدفع هذا المستأجر الاستحقاقات المتفق عليها يصبح بإمكان البائع في صورة ايجار استرداد المعدات. ويطابق ذلك على وجه العموم مع عقوبات قاسية جداً. إن الظاهرة هي في أساس إصلاح عام 1975 الذي اجاز للقاضي تخفيف البنود الجزائية. وللمؤجر الذي بقي مالك الشيء الحق في أن يطالب بهذا الشيء عندما يكون المستعمل موضوع إجراء جماعي⁽²⁾. وتقاس المنفعة التي يوفرها اللجوء إلى عقد الايجار على هذا النحو وكذلك سبب تغليب هذا الوصف⁽³⁾.

= Aynès، رقم 811 وما يليه؛ Collart Dutilleul و Delebeque، رقم 833 وما يليه؛ Bénabent، رقم 881 وما يليه.

(1) انظر الرقم 21800 السابق وما يليه.

(2) غ ت ن، 7 شباط 77، د، 1978، 702، تعليق Nguyen Phu Duc، العقد المسمى الاجارة البيعية، تجهيزات هاتفية، مدة الاستهلاك خمس سنوات، عائدة تعتبر بدل إيجار: «الايجار بلا قيد أو شرط»؛ الغرفة الجنائية في محكمة النقض، 14 شباط 1979، د، 1979، إ س، 177، م Roujou de Boubée: عملية «كونها الايجار بشكل اساسي».

وهناك قواعد خاصة بالنسبة إلى متابعة العقود الجارية في شأن البيع في صورة ايجار في حالة الاجراء الجماعي، وقد تعدلت في إصلاح 10 حزيران 1994، انظر Y. Chaput، La réforme de la prévention et du traitement des difficultés des entreprises، م إد، 1994، I، 3786، وبخاصة الرقم 93 وما يليه.

(3) انظر غ ت ن، 14 نيسان 1972، ن م، IV، رقم 105، شاحنة؛ الغرفة الجنائية في محكمة النقض، =

ونتيجة تطبيق القانون العام للايجار القاء عبء موجب التسليم الناجم عنه على المؤجر البائع في صورة ايجار، وذلك بصورة آمرة⁽¹⁾.

23005 - الرباط بالبيع. على أن تطبيق قواعد الايجار لا يتم بدون صعوبات، ذلك بأن مؤسسة الاعتماد لا تعتبر عملياً، في الحقيقة، مؤجراً وهي تأمل أن تنحصر في دور مالي صرف. والرباط بالبيع الجاري في الاساس لاكتساب ملكية مال موضوع بتصرف المستأجر هو، قوي جداً. ويشدد عقد البيع في صورة ايجار على ذلك بصورة عامة.

وتشهد على ذلك عدة بنود اعتيادية في العقود كالبند الذي يعلن أن المستعمل يختار المعدات والمراجعات التي يمارسها ضد البائع في حالة سوء أداء عمل الشيء، وهو موكل للمقاضاة لأجل هذه الغاية. وبهذه الطريقة لا يظهر المستعمل كمستأجر وإنما كشاري.

وتطرح مسألة اساسية هي معرفة مصير عقد البيع في صورة ايجار عندما يتلاشى البيع أو يزول، مثلاً عقب دعوى الفسخ لعب خفي في الشيء المقدم. والمستأجر على العموم، هو الذي يقوم بهذا الإدعاء ويحصل على هذه النتيجة لأن العقد وگله في هذا المعنى.

إن الاجتهاد تطوري ومتعرج حول هذه النقطة. فقد كان في زمن أول مؤيداً للترابط بين العقدين، إذ إن مفعول فسخ البيع حرمان البيع في صورة ايجار من السبب بحيث أن سقوط أحدهما يسقط الآخر⁽²⁾. ثم اتخذ منحى معاكساً أمام بنود تعلن أنه يمتنع على المستأجر ممارسة أي مراجعة ضد المؤجر، فأبقى على البيع في صورة ايجار مع ان البيع قد تلاشى وزال⁽³⁾.

إن المسألة دقيقة ذلك بأن هناك اعتبارين متناقضين يتجابهان. ففسخ البيع، من جهة أولى، يبين ان المال غير قابل للاستعمال، ويقتضي فضلاً عن ذلك ردّه إلى البائع بحيث أن المستأجر لن يستعمله وعليه يكون من الصعب اعتبار أن المؤجر في وضع يمكنه من

= 14 شباط 1979، د، 1979، إ س، 177، م، Roujou de Boubée المذكور سابقاً؛ «عملية كونها الايجار بشكل اساسي».

(1) انظر غ ت ن، 13 تموز 1977، د، 1977، إ س، 454، شاحنة، عيب خفي، استحالة الحكم بدفع بدلات الايجار؛ أضف إلى ذلك غ م أ ن، 11 تشرين الأول 1989، د، 1991، 225، تعليق P. Ancel، المؤيد والمذكور سابقاً والذي يكرس الطابع الأمر لموجب التسليم حتى في الاجارة المالية.

(2) انظر غ ت ن، 4 كانون الثاني 1980، ن م، IV، رقم 52، ن ف ق م، 144، 1980، م G.Cornu، د، 1980، إ س، 565، Ch.Larroumet. شبكة اذاعة هاتفية؛ وفي الاتجاه ذاته غ م أ ن، 11 كانون الأول 1985، ن م، I، رقم 351.

(3) انظر غ ت ن، 10 أيار 1982، م ع ق، 1982، 2، بانوراما، 370، م A.P.، تجهيز معلوماتي؛ غ ت ن، 15 آذار 1983، م إ د، 1983، II، 20115، تعليق E. M. Bey، تجهيز معلوماتي.

القيام بموجبه الاساسي في جعل مستأجر الشيء المؤجر يتمتع به بشكل هادئ: هذا ما يجب أن يكون كافياً لتقرير أن المستأجر لم يعد ملزماً بدفع بدلات الايجار. وللمؤجر، من جهة ثانية وهو الشاري، طالما ان البيع تم فسخه، بالتأكيد، الحق في استرداد الثمن، إلا أنه إذا كان البائع في حالة اجراء جماعي، وذلك ليس نادراً، يظهر حق كهذا نظرياً إلى حد كبير ويخشى أن تتحمل مؤسسة الاعتماد خسارة بلا تعويض: وهذا ما يكون لصالح الحفاظ على البيع في صورة ايجار وعلى دفع بدلات الايجار.

23006 - سراب. اتخذت الغرفة المختلطة في 3 آذار 1989 قراراً هاماً اعلنت فيه أن بند عقد البيع في صورة ايجار يجب ان يطبق، رغماً عن فسخ البيع، لأن «موضوعه ليس سوى تسوية نتائج فسخ البيع»: في هذه القضية بند يضع على عاتق الشاري في صورة ايجار موجب ضمان البائع في صورة ايجار في صدد الاسترداد التي يمكن ان يكون البائع ملزماً بها تجاهه⁽¹⁾.

إلا أنه، على وجه الخصوص، صدرت ثلاثة أحكام عن الغرفة المختلطة، في 23 تشرين الثاني 1990، جرى فيها تأكيد أن «فسخ عقد البيع يؤدي بالضرورة إلى فسخ عقد البيع في صورة ايجار، مع التحفظ لجهة تطبيق البنود التي يكون موضوعها تسوية نتائج هذا الفسخ»⁽²⁾.

وتتيح قراءة هذا التعليل رسوخ يقين وطرح بعض الاسئلة. فاليقين هو أن فسخ البيع يرتد على عقد البيع في صورة ايجار. وهكذا نرى فرضية الترابط بين العقود مكرسة. يضاف إلى ذلك أن مفعول الذبذبة يحصل «بالضرورة»: يجب إذاً تقدير أن بنداً معاكساً في عقد البيع في صورة ايجار يكون بلا قيمة.

أما الأسئلة التي تبرز فهي عديدة. ويلاحظ، في المقام الأول، في ما يتعلق بالترابط بين العقود، أن اساسه ليس جلياً وحسب وإنما محدود في نتائجه، انه لا يؤدي إلى إمحاء رجعي للايجار المقيد بالبيع: الإيجار مفسوخ وحسب إذا رجعنا إلى التعابير

(1) الغرفة المختلطة، 3 آذار 1989، م إد، 1989، II، 21365، تعليق E. M. Bey، د، 1989، إ س، 103، م ف ق م، 1990، 302، م Ph. Remy المؤيدة في Droit de l'informatique et des télécoms، 1990 - 1، ص 31، تعليق F. Dupuis- Toubol؛ وكذلك قرار غ ت ن، 9 كانون الثاني 1990، م ق ع، 1990، 1، 127، تعليق P. Cordier، أ ف ق م، 1990، 2، 3، م Ph. Rémy.

(2) الغرفة المختلطة، 23 تشرين الثاني 1990، قضية Pierti, Bitoum, Lubin، د، 1991، 121، تعليق Larroumet، م إد، الطبعة E، 1991، II، 21462، تعليق D. Legeais، معدات معلوماتية؛ أضف إلى ذلك G. Virassamy، Les clauses contractuelles aménageant l'après- contrat de crédit bail résolu ou résilié، م إد، طبعة E، 1992، I، 137؛ D. Carbonnier، Le crédit-bail: du bail au crédit، ف د، 1991، 1025.

التي استخدمها القضاة. والبيع في صورة ايجار لا يختفي ألا للمستقبل ويبقى محافظاً عليه بالنسبة إلى الماضي مما يمنع استرداد بدلات الايجار التي سبق دفعها: يبدو الحل متقدماً عندما لا يعمل التجهيز المقدم للمستعمل على وجه صحيح⁽¹⁾.

أما مفهوم «البندود التي يكون موضوعها تسوية نتائج هذا الإلغاء»، فمن الصعب الاحاطة به. على أنه يمكن التفكير في أنه لا يمكن أن يغطي اشتراطات موضوعها أو مفعولها تأمين الربح المحسوب من عملية القرض للبائع في صورة ايجار. ويقتضي أن يختفي البيع في صورة ايجار للمستقبل ولا يمكن أن يحافظ عليه عن طريق اشتراط يناقض هذا المبدأ، ذلك بأنه من الصعب قبول كون الشاري في صورة ايجار ملزماً، بطريقة أو بأخرى، بدفع بدلات ايجار مال لم يعد من الممكن أن يستعمله. وبالمقابل يكون بند ينزع إلى أن يجنب البائع في صورة ايجار تحمل مجازفة إعسار المورد مسوَّغاً تماماً: إنه لا ينزع إلى الحفاظ، في الواقع، على اتفاقية يُفترض أن تختفي قانوناً، وإنما إلى وضع إحدى مخاطر العملية اقتصادياً على عاتق أحد الفريقين، أي أن نرى البائع عاجزاً عن رد ثمن الشيء للمؤجر.

غير أن قرار الغرفة التجارية في 26 تشرين الأول 1993 جاء مخالفاً هذا التحليل إذ نقض حكماً أعلن أنه، إذا كان البند الذي ينص على التضامن بين المستأجر والبائع في شأن رد ثمن الشيء كان صحيحاً، فإن هذا البند، بالمقابل، يصطدم بالانتظام العام البند الذي يكون موضوعه أن يضع على عاتق المستأجر تعويضاً ينزع إلى تأمين المردود المحسوب من العملية للمؤجر⁽²⁾. والحال أن بنداً كهذا يوصل، في الواقع، إلى النتيجة عينها في حال المحافظة على عقد البيع في صورة ايجار رغماً عن تلاشي بيع المال الذي تناوله أو زواله.

وعليه تعطي محكمة النقض (أو التمييز) انطباع استعادة ما تم اعطاؤه من يد إلى يد أخرى.

(1) على أن قراراً لاحقاً يدعو إلى التفكير في أن المسألة، حتى بالنسبة إلى الحقبة السابقة للإلغاء، يمكن أن تطرح لمعرفة ما إذا كانت بدلات الايجار كان لها مقابل حقاً، انظر غ ت ن، 22 أيار 1991، م إد، الطبعة E، بانوراما، 738.

(2) غ ت ن، 26 تشرين الأول 1993، م إد، طبعة E، II، 548، تعليق D. Legeais؛ انظر في الاتجاه عينه غ ت ن، 4 كانون الثاني 1994، ن م، IV، رقم 5، جرائد للطرق.

القسم II

الاجارة البيعية للأفراد

23007 - عملية الاعتماد. ليس قانون 2 تموز 1966 منذوراً ليسوس بيع اموال

الاستهلاك في صورة إيجار. وهذا النوع من التمويل مؤمن إذن، بالنسبة إلى الأفراد، في نطاق آخر: نطاق الاجارة البيعية وضمن شروط القانون العام.

والإجارة البيعية، أي الايجار مع خيار الشراء، عملية اعتماد بمعنى قانون 1978 حول اعتماد الاستهلاك الذي أدخل في المواد L-1-311 وما يليها من قانون الاستهلاك⁽¹⁾. ينجم عن ذلك أن الشخص الذي تقترح عليه هذه الصيغة يستفيد من حماية القانون وبخاصة من مهلة رجوع خلال سبعة أيام قبل ابرام العملية الممولة على هذا النحو⁽²⁾.

وفضلاً عن ذلك يجب، بما أن الاسلوب الوارد في قانون 1978 إعمال القاعدة التي بمقتضاها يكون عقد الاعتماد «مفسوخاً أو مبطلاً بقوة القانون عندما يكون العقد الذي ابرم لهذه الغاية قد ابطال أو فسخ قضائياً» (المادة 311 - 21 من ق إ)، مما يحمل في العلاقات مع المستهلكين جواباً عن مسألة بقيت معلقة في العلاقات بين مهنيين.

23008 - البنود التعسفية. لم تشدد توصية لجنة البنود التعسفية الصادرة في عام

1986 على جذب هذا النمط من تمويل الأفراد - الذين يعرض عليهم شراء سيارات أو سفن نزهة أو تلفاز... - وإنما أيضاً على سيئات هذه الصيغة.

وهذه السيئات تختصر في عدد من الملاحظات: يعتقد أصحاب العلاقة أنهم مالكو الأموال المكتسبة وذلك عن خطأ، كما في أي اعتماد تقليدي؛ إن عقد البيع في صورة إيجار يقترحه البائع بصورة عامة، لحساب مؤسسة اعتماد، مما يعني أن المستهلك ليس دائماً أمام من هو الأفضل في أعطائه المعلومات؛ والمهني يقترح عقداً يجمع، في الحقيقة، بين عدة تقديمات تبدأ من ايجاب الشراء حتى التأمين مروراً بصيانة المال احتمالياً، في حين أن عقوداً متميزة يجب أن تعرض عليه؛ والتأمين المسمى «ضد الاخطار جميعاً» المقترح على المستهلك غالباً ما يدعوه عن خطأ، إلى الاعتقاد أنه مغطى ضد جميع المبالغ التي قد تستحق لمؤسسة الاعتماد في حال خسارة الشيء؛ والشروط التي بمقتضاها يستعاد الشيء في حال تخلف المستأجر غالباً ما تكون غير طبيعية⁽³⁾...

(1) انظر Calais- Auloy- Droit de la consommation، 1992، رقم 272.

(2) انظر حول هذا النظام الرقم 22506 السابق وما يليه.

(3) توصية لجنة البنود التعسفية رقم 86 - 01، 17 كانون الثاني 1986، المتعلقة بعقود الايجار مع خيار الشراء أو عقود الايجار مع الوعد ببيع اموال الاستهلاك، ن ر م إغ، في 11 آذار 1986.

الفصل II

الصيغ التي توفق بين الايجار والبيع في المادة العقارية

23009 - البيع العقاري في صورة ايجار. للبيع في صورة إيجار، في المادة العقارية، خاصية معينة تعود إلى طبيعة الاستثمار الجاري والرهانات الضرائبية الموجودة؛ يتطلب تمويل العقار، من جهة أولى، على عكس ما يجري في مال منقول، رؤوس أموال ضخمة في الغالب، ولا يمثل المال مجرد قيمة متبقية في نهاية الايجار؛ ويقتضي، من جهة ثانية الأخذ في الحسبان فرض الرسم العقاري الواجب استيفاؤه مبدئياً، عقد الانتقالين المتعاقبين الواجب القيام بهما⁽¹⁾. ويمكن، إضافة إلى ذلك، ألا يكون المال الواجب تمويله عن طريق البيع في صورة ايجار قد جرى بناؤه بعد عند اللجوء إلى هذا الأسلوب: تتدخل عندئذ عقود بناء في العملية⁽²⁾.

والبيع العقاري في صورة ايجار هو إوالية معدة للمهنيين⁽³⁾ تعود في مبدئها إلى الاطار القانوني لبيع المنقول في صورة ايجار ذاته، أي قانون 2 تموز 1966 المتعلق بالمؤسسات التي تمارس البيع في صورة ايجار⁽⁴⁾. وهدف العملية هنا أيضاً اتاحت تمويل

(1) انظر حول بيع عقار في صورة ايجار J. L. Rives- Lange et M. Contamine- Raynaud ، Droit bancaire رقم 598 وما يليه؛ E-M. Bey ، م إ، المصرف والاعتماد، الكراسات 650 إلى 652، بيع العقار في صورة ايجار 1984.

(2) قد يفوض البائع في صورة ايجار، في حالة كهذه، وهو يأمل عدم التدخل في عملية البناء ويتوخى ان يقتصر دوره على دور مالي، هذه الصلاحية للمستأجر المستقبلي.

(3) يمكن أن يستعمله مثلاً اعضاء مهنة حرة، انظر J.L.Rives- Lange-et M. Contamine, Raynaud, Droit bancaire رقم 598: لأنه من الصحيح أن انتشاره كان سهلاً في القطاع الصناعي والتجاري، انظر ما بعد النص.

(4) المادة الأولى، 2°، التي تستهدف بخاصة البيع العقاري ايجار وتعطيه تعريفاً خاصاً: يتعلق مثلاً بإمكانية القيام بعملية بناء.

الاموال للاستعمال الشخصي وحتى اقتراح هذا النوع من التمويل مخصص لمؤسسات الاعتماد. على أن الأمر الاشتراعي في 28 أيلول 1967 وضع في هذا الشأن شروطاً ضريبية لصالح نمو الاسلوب وخلق بنية ادارة هي الشركات العقارية للتجارة والصناعة SICOMI المعدة لتسهيل استخدامه: لم يكن من الواجب اللجوء إليها ولكن هذه الشركات كانت تشكل اطاراً جذاباً لأنها تستفيد من منافع ضريبية هامة⁽¹⁾. ولهذه الشركات في التركيب المالي دور توظيف وبالتالي حسب الرسم البياني، الأكثر تقليدية، اكتساب ملكية عقار لايجاره للمستعمل.

والمنافع المرتبطة باللجوء إلى صيغة الشركات العقارية للتجارة والصناعة SICOMI جرى تخفيفها اعتباراً من عام 1990 ثم أصلح النظام الضريبي للعملية قانون 4 شباط 1995⁽²⁾.

ويستوجب بيع العقار في صورة ايجار، كما في مادة المنقول، علنية نص عليها مرسوم 4 تموز 1972 في مادته العاشرة وما يليها: يتم في مكتب امانة السجل العقاري (أو الشهر العقاري)⁽³⁾؛ وأضافت المادة 12 من هذا النص إعلماً ذا طابع حسابي.

ويخضع البيع العقاري في صورة إيجار بشكل أساسي لنظام الايجار عينه حتى في حال وجوب وجود تغييرات طفيفة لهذا النظام⁽⁴⁾. ويفرض على البائع في صورة ايجار تنفيذ موجب التسليم وضرورة تأمين التمتع الهادئ بالشيء للمستأجر. ومدة العقد يختارها الفريقان بحرية، وهي على العموم خمسة عشر عاماً. على ان قانون 1966، لتجنب أن يكون المستأجر سجين عقد لمدة طويلة، أعلن ان البيع في صورة ايجار يجب أن ينص على امكانية الفسخ بناء على طلب المستأجر تحت طائلة البطلان⁽⁵⁾. ويعتبر، بالمقابل، إن نظام الايجارات التجارية، مع امكانية اعادة النظر في بدلات الايجار

(1) انظر G. Tixier, Les SICOMI، د، 1968، 135، المعجم الدائم للدخار والانتاج المالي، SICOM V.

(2) المادة 57 من قانون 1995، د، 1995، L.139: النظام «الوحيد» المطبق، سواء أكان المؤجر الشركات العقارية للتجارة والصناعة SICOMI، أم لا، أصبح ساري المفعول في أول كانون الثاني 1996، انظر تعليمات 10 كانون الأول 1995، 95 - 61 انظر Feuillet rapide Francis Lefebvre, Fiscal-social.

(3) انظر J. Lafond، L'absence de publication des contrats de crédit-bail immobilier، م إد، الطبعة N، الممارسة، 343.

(4) انظر E-M.Bey، م إ، المصرف والاعتماد، الكرامة 650، رقم 20 وما يليه.

(5) المادة 1 - 2، الفقرة 2، من قانون 1966، التي ادخلها الأمر الاشتراعي لعام 1967؛ انظر غ م إ، 6 كانون الأول 1978، م إد، 1980، II، 19387، تعليق E-M.Bey، تطلب مرض، غ م إ، 27 نيسان 1988، م إد، 1989، II، 21171، بطلان، عقد ينص على أن المستأجر، في حالة الفسخ يتوجب عليه تعويض يساوي بدلات الايجار المعاد النظر فيها والتي ما زالت سارية، مما يؤول إلى تطبيق الايجار حتى اجله.

والفسخ الثلاثي الحَوْل اللذين يوفرهما للمستأجر، ليس مطبقاً في هذا الشأن لأنه يتناقض مع سير العملية⁽¹⁾.

وللمستأجر، في نهاية الايجار، الإمكانية في أن يصبح مالك العقار. وتتغير الكيفيات حسب الطريقة التي نظم الفريقان بموجبها علاقاتهما⁽²⁾. والحالة الأبسط هي التي يكون البائع في صورة ايجار، بكونه مالك العقار، قد أعطى المستأجر وعداً بالبيع⁽³⁾. ويكفي هذا الأخير استعمال الخيار المعترف له به.

وإوالية التنازل الايجاري lease back أو التنازل عن الايجار قريب من البيع في صورة ايجار وهو يستعمل في المادة العقارية: يرتكز، بالنسبة إلى مؤسسة الاعتماد، على جعل المستأجر المستقبلي مالكا العقار الذي يعود لها، لكي تؤجره اياه فوراً في صورة ايجار⁽⁴⁾.

23010 - الإجارة - الالتصاق. إوالية الاجارة - الالتصاق أدخلها قانون 12 تموز 1984، وقصيدها تسهيل الوصول إلى ملكية عقارات لاستعمال سكني⁽⁵⁾. إنها معدة إذا للأفراد.

ويحدد النص هذه العملية، في مادته الاولى، بأنها «عقد يتعهد فيه البائع تجاه مستأجر ملحقات عقار بأن ينقل إليه، عن طريق ابداء لاحق لارادته (إرادة هذا المستأجر). . . وبعد فترة تمتع بعوض، ملكية عقار كلياً أو جزئياً مقابل دفع مجزأ لثمن البيع أو مؤجل ودفع عائدة حتى تاريخ استعمال الخيار». ويدفع هذا المستأجر، خلال مدة التمتع بالعقار، عائدة تمثل بدل الايجار من جهة اولى (يتكلم النص على «مقابل حق التمتع بالسكن»)، ومن جهة ثانية سلفة من ثمن العقار (مما يمثل ظاهرة رسملة). ويدفع الثمن عند استعمال الخيار.

والهدف المنشود أن يتمكن المستأجر، جزئياً، من رسملة بدلات الايجار (المادة 10) إنما يتم السهر أيضاً على أن تكون له امكانية الخروج من العملية (المادة 9). ويقرن

(1) غ م ت ا ن، 10 حزيران 1980، د 1980، 566، م Guyon.

(2) انظر حول هذه الكيفيات المختلفة J. L. Rives Lange et M. Contamine- Raynaud, Droit bancaire، رقم 604.

(3) لا تطبق على هذا الوعد الأحادي الجانب، بالنظر إلى خاصية الإوالية، المادة 1840 من القانون العام للضرائب وبالتالي ليس عليه موجب التسجيل خلال عشرة أيام، انظر غ م ت ا ن، 3 تشرين الثاني 1981، د، 1982، إ س، 409، م M.Vasseur.

(4) انظر E-M. Bey، م إ، المصرف والاعتماد، الكراسة 651، رقم 118 وما يليه.

(5) انظر حول الاسلوب M.Dagot et D. Lepeltier، La location- accession، منشورات Litec 1985؛ Ph. Malinvaud et Ph. Jestaz، L'accession à la propriété par le contrat de location- accession، د،

1985، العرض، 273؛ Malaurie et Aynès، رقم 809.

القانون، في الوقت عينه، بين إشغال العقار وإدارته لأنه الشاغل ليس سوى مجرد مستأجر منذور لأن يصبح مالكا عن طريق هذه العملية، مع أنه لم يصبح مالكا بعد (المادة 32).
ونظام الايجار الالتصاقي أخيراً، بسبب خاصية اهدافه يستبعد نظام ايجار السكن (المادة 2)⁽¹⁾.

(1) جرى التشديد، مع أن النظام الاجار الالتصاق هو من الانتظام العام وفي النطاق الذي هو نطاقه، ليس نطاقه اجبارياً: بإمكان الفريقين أن يفضلوا، مثلاً، الايجار التقليدي مع الوعد بالبيع، إلا أن التداخل مع نظام ايجارات السكن يكون ممكناً عندئذ، انظر Malaurie et Aynès، رقم 809.

III الكتاب

العقود التي تتناول عملاً مستقلاً أو خدمة

30000 - عمل الانسان. فئة ثالثة من العقود، بعد العقود التي تؤدي إلى نقل ملكية الشيء أو امتياز التمتع به والتي بالتالي تؤثر في قيمة الشيء الاقتصادية، أو في قسم منها، هي فئة العقود التي يكون موضوعها عملاً مستقلاً أو خدمة والتي لها اصالتها في أنها، بالتعكس، تتناول بصورة رئيسية عمل الانسان: تنضم إليها بالفعل إجارة العمل المستقل والوكالة والايذاع⁽¹⁾. وتتجلى وحدتها على هذا النحو، رغمًا عن التنوع الكبير في أنها تجمع، حقاً التباين الذي جرى التشديد عليه بالقول في صدد أحد العقود المعنية، وهو إجارة العمل المستقل، إنه تسمية كيس كل شيء: «نزل اسباني» للعقود⁽²⁾.

وفي داخل هذه المجموعة من العقود نجد التحقيقات الحاصلة بناء على طلبه والتبادلات الاقتصادية التي تشكلها الخدمات. ولا ترتبط بها، تقليدياً، المقابلة المنفذة بصورة مستقلة والمسماة صناعة وحسب (المادة 1779 من ق م التي تستهل الفصل III من الباب الثامن، «في إجارة العمل المستقل والصناعة») وإنما أيضاً العمل المأجور الذي كان يشكل في القانون المدني موضوع حكمين (النصوص الداخلة في قسم عنوانه «في إجارة الخدم والعمال»)، أحدهما بقي وحده، وهو المادة 1780 ويستمر في ان يمثل فائدة رئيسية إذ اعلن: «لا يمكن ان يتعهد المرء بخدماته إلا في الوقت المناسب أو

(1) انظر في شأن مجموعات العقود المتعلقة بالخدمات Ripert et Boulanger، رقم 1993 وما يليه، «العقود المتعلقة بالعمل والخدمات» (عقد العمل، عقد المقابلة، الوكالة)؛ G.Cornu، ص 317 وما يليه، «عقود تقديم الخدمات» (يفرق المؤلف بين التقديمات من فعل الانسان، أي الوكالة وعقد المقابلة، والاستيلاء على شيء الغير، مع الايداع والعارية والايجار)؛ A. Bénabent، رقم 471 وما يليه، «عقود الخدمة» (عقد المقابلة، وعقد الوكالة، والايذاع).

(2) G. Cornu، م ف ق م، 1971، 171؛ أو كذلك «الخادمة التي تقوم بكل شيء»، انظر Malaurie et Aynès، رقم 700.

لمؤسسة معينة»، وهو نص اساسي يحمي الحرية الفردية⁽¹⁾. ويحتفظ هذا المبدأ بقيمة جوهرية في القانون المعاصر. ويستنتج منه أن هناك دائماً امكانية الفسخ الأحادي الجانب في العقود لمدة غير محددة، وبصورة أعم أن عيب الأبدية هو عيب بطلان من الانتظام العام يطال الاتفاقيات التي لا تتقيد بالزمن⁽²⁾.

30001 - موجب الفعل. تغطي فئة العقود التي تتناول عملاً مستقلاً أو خدمة العمليات التي تمثل ثروة متزايدة في الشركات المعاصرة مع نمو القطاع الثلاثي الذي نشطه التحسين الدائم للاختصاصات العلمية والتقنية⁽³⁾. غير أن النظام القانوني للعقود المعنية غالباً ما بدا غير يقيني. فالاحكام المكرسة له في القانون المدني أو في النصوص اللاحقة أقل عدداً أو تفصيلاً كما هي الحال في شأن عقود أخرى كالبيع والايجار، وهو ليس كذلك بالنسبة إلى المصطلحات التي ليست، احياناً غامضة.

ويعود مصدر تذبذب إلى القرابة التي تؤدي إليها العقود المجمعة تحت هذه الفئة مع إواليات قريبة تولد موجبات من طبيعة أخرى هي موجبات غير عقدية: شبه العقد، وبصورة أدق، الفضول، ذلك بأن الفضول في كفياته المختلفة - شبه عقد وكالة، شبه عقد اجارة العمل المستقل... - هو في حاشية العقود التي تتناول عملاً مستقلاً أو خدمة مما ينتج عنه قساوة أقل من قساوة القواعد العقدية، قساوة يجعلها اللجوء الممكن إلى شبه العقد وهمية، أو حتى بكل بساطة أقل إدراكاً لها، وهكذا يمكن أن يؤدي الفضول إلى

(1) Troplong, De l'échange et du louage, الباب III, Du louage d'ouvrage et d'industrie, رقم 852.

وقد ألغيت المادة 1781 من ق م التي كانت تنص على أن المفوض كان مصداً في كلامه في شأن مبلغ الأجر، ودفع السنة المستحقة والدفعات على الحساب.

(2) انظر في مادة الوكالة غ م أن، 5 آذار 1968، د، 1968، 624، م إد، 1968، II، 15523، تعليق R.L.، م ف ق م، 1968، 560، م G. Cornu، رسام اعطى معرض لوحات وكالة حصرية لبيع انتاجه لمدة غير محددة.

إن التطور الحديث، في الحقيقة، في ما يتعلق باجارة الخدمات أو عقد العمل، للقانون ينزع إلى تحديد اللجوء إلى كفيات للعمل الموقت مما يبين أن المنطوق تعدل بشكل ملموس وأن المادة 1780 من ق م، التي استعيدت في المادة L.4-121 من قانون العمل، لا تؤثر في ما أصبح الأكثر محسوسية أي الاستخدام: لا تتطلب حماية الاجير في أيامنا أن يكون من المستحيل أن يفرض عليه تعهداً مدى الحياة، بل أن يتم تسهيل استقرار العمل ولذلك طرح المشتري، إضافة إلى تنظيم عقد العمل لمدة محددة ابتداء من 1979 وعزله اعتباراً من 1982 في فرضيات استثنائية، في المادة L.5-121 من قانون العمل مبدأ أن «عقد العمل يبرم بدون تعيين مهلة»؛ وبالفعل إن تعبير «بدون تعيين» لا يعني «بدون تحديد» المدة، ذلك بأن امكانية الفسخ الأحادي الجانب هو من روح الإوالية: تحظير الالتزام مدى الحياة؛ ويتوافق المبدأ مع كون الفسخ من جانب المستخديم مقيد بشكل وثيق: هاجس استمرار الخدمة؛ والنتيجة هي أن العقد لمدة غير محددة أصبح من القانون العام لعقد العمل، انظر في هذا الصدد بصورة خاصة G. Poulain, Les contrats de travail à durée déterminée، منشورات Litec، 1988، رقم 6 وما يليه.

(3) قارن بـ Ripert et Boulanger، رقم 1993: «تبادل الخدمات بين الناس يفسح في المجال للعقود: زادت أهميتها في الازمنة العصرية مع مجيء الصناعة الكبرى.

تمديد وكالة وإلى إفشال القواعد المتعلقة بسلطة الوكيل، أو الانضمام إلى اجارة العمل المستقل لإكمال تحديد موضوع العمل الواجب التحقيق.

بيد أن للمجموعة منطق معين في مفهوم موجب الفعل هو في صلب المادة. وهذه المجموعة في الواقع تميز هذه العقود أفضل أيضاً مما هو الأمر في الايجار أو العارية حيث التمتع بالشيء يتغلب إلى حد كبير على الاسهام الشخصي لمن يعطيه. من هنا فائدة الاعتراف من القانون العام لسد ثغرات الأنظمة الخاصة والبحث عن الاحكام المتعلقة بموجب الفعل: بخاصة المادة 1142 من ق م التي تحدد اللجوء إلى التنفيذ القسري؛ للموجب وتنص على أن يستبدل العطل والضرر بالتنفيذ القسري؛ والمادة 1237 التي تضع الاعتبار الممكن لشخص مدين في وضع معين إذ تؤكد أن «موجب الفعل لا يمكن التخلص منه عن طريق الغير ضد رغبة الدائن عندما يكون لهذا الأخير مصلحة في ان يقوم به المدين نفسه»

إن شخص المدين والصلاحيية الخاصة والثقة . . . ثابت تتدخل هنا ودورها غالباً ما لا يكون وارداً في العقود الأخرى.

30002 - العقود المعنية. إجارة العمل المستقل هي قبل أي شيء من بين العقود

المعنية وكذلك عقد المقاولة. وكان القانون الروماني يفرق بين إجارة الأشياء والعمل المستقل والخدمات التي أصبحت في اللغة المعاصرة عقد العمل وإجارة عمل شيء التي تناظر إجارة العمل المستقل والصناعة في القانون المدني⁽¹⁾؛ وكلاهما يدخل في إجارة الأشياء في الفئة الأوسع للعقد المسمى التوافقي والمبرم عن حسن نية والذي تشكله الإجارة⁽²⁾.

(1) جرى بيان الفارق بين اجارة الأشياء وإجارة عمل شيء الذي لا يعود إلى وجود رباط التبعية بين مقدم التقديم والمستفيد منه كما هي الحال اليوم في الخلاف بين عقد العمل وعقد العمل المستقل، وإنما إلى أن العقد في اجارة الأشياء كان موضوعه العمل بقطع النظر عن نتيجته (مثلاً كذا يوم عمل من عمل العامل)، في حين أن العقد في اجارة العمل المستقل يتعلق بالنتيجة المنتظرة أكثر ما يتعلق بالوسائل المستخدمة للوصول إلى هذه النتيجة (مثلاً بناء منزل)، انظر P. F. Girard, Manuel élémentaire de droit romain، الطبعة السادسة، 1918، ص 5831.

يوجد التفريق ذاته لدى Troplong في De l'échange et du louage، الباب III، في اجارة العمل المستقل والصناعة، رقم 843.

(2) انظر May, Éléments de droit romain، الطبعة العاشرة رقم 118 وما يليه؛ انظر P.F. Girard, Manuel élémentaire de droit romain، المذكور سابقاً، ص 578 وما يليها؛ انظر أيضاً Aubry et Rau, Cours de droit civil français، الباب IV، الفقرة 371 مكرر، وقد استعادا التفريق بين اجارة الأشياء وإجارة عمل شيء ما في القانون الروماني؛ وكان هذا التفريق في الاساس في المادة 1979 من ق م - صياغة سابقة لعام 1967 - يستهدف: ¹ «اجارة الناس للعمل» و³ «اجارة مقاولي العمل المستقل عقب مقايضة أو صفقات».

ويقتضي أن يستبعد من حقل هذا العمل المستقل عقد العمل الذي أصبح يرتبط بنظام مستقل، لكي لا يعتمد إلا العمل المستقل والصناعة، وهو عقد بمقتضاه «يتعهد أحد الفريقين بفعل شيء ما للغير مقابل ثمن متفق عليه بينهما» (المادة 1710 من ق م). وهذا العقد هو الورقة الأساسية في المجموعة، ويسمى في أيامنا بطيبة خاطر «عقد المقاول».

سيخصص إذاً باب للعمل المستقل، أو عقد المقاول، تسوسه المواد 1779 إلى 1799 من ق م، وفي ظل النظام الذي تدرج فيه عمليات مختلفة كالبناء العقاري، أو نقل الأشخاص والسلع، أو عقد الصناعة الفندقية (الباب II).

والتعريف الذي أعطاه القانون المدني للعمل المستقل واسع جداً ويغطي بسهولة عقوداً قريبة كالوكالة أو الأيداع اللذين يشكلان موضوع احكام خاصة في ق م.

يضاف إلى ذلك أنه من الأفضل بدء دراسة العقود التي تتناول عملاً مستقلاً أو خدمة بدراسة الوكالة ومصدرها في القانون الروماني من *mandatum*، عقد مسمى آخر، توافقي وعن حسن نية. وتنظيم الوكالة بالفعل الوارد في المواد 1984 إلى 2010 من القانون المدني، بكونه أكثر تفصيلاً، يشكل نموذجاً قابلاً لأن ينتقل إلى اجارة العمل المستقل الذي يتحد به هذا العقد أحياناً. وكانت الوكالة في الاصل مفهومة كخدمة مجانية بحيث كانت تتعارض مع اجارة العمل المستقل⁽¹⁾. وهي تحتفظ بهذا الطابع في القانون المدني، مع أنها هي في الغالب، في الممارسة، بعوض. إنها تركز بشكل اساسي على تمثيل الغير لابرار أعمال قانونية: مهمة قانونية وليست مادية كما في اجارة العمل المستقل⁽²⁾. بيد أن وجودها كان ولا شك معترفاً به قبل اجارة العمل المستقل⁽³⁾، طالما أنها لم تلبس مع اجارة العمل، المستقل. وهذا العقد الذي تتيح «الطبيعة الخاصة للخدمة المؤداة» تمييزه⁽⁴⁾، يندرج إذاً في المصنف الأول من تقديم الخدمات طالما أنه يركز على فعل شيء لحساب الغير (الباب I).

ويقتضي أخيراً التطرق إلى عقد الإيداع الذي تسوسه المواد 1915 إلى 1963

(1) انظر P.F. Girard، ص 594، وقد لاحظ أن الوكالة كانت في القانون الروماني مفهومة في البدء على أنها مجانية صرف، وإنما جرى، شيئاً فشيئاً، قبول امكانية اعطاء اجر، وبين ما يلي: «كان من الواجب إدخال العملية في نطاق الاجارة حتى في الاجر»؛ وكذلك Ripert et Boulanger، رقم 1994.

(2) على أنه ينبغي أن يلاحظ أن المفهوم المعطى للوكالة في القانون الروماني كان أوسع إذ إنه كان يُرى فيه فعل شخص ما بالتعهد بأن يدير مجاناً قضية أو عدة قضايا لحساب شخص آخر، انظر G.May، رقم 155؛ انظر حول هذه النقطة الباب I اللاحق.

(3) انظر P.F. Girard، ص 592: «إنه العقد الأول عن حسن نية الذي يشهد على وجوده إجراء صيغ العقود».

(4) انظر Ripert et Boulanger، رقم 1994 وهما لا بشددان اليوم على طابعه المجاني الذي يصلح كمعيار تفريق.

ومصدره كلمة depositum الرومانية وهو عقد عيني⁽¹⁾ له طابع مجاني أيضاً وينتمي إلى تقديم الخدمات عن طريق الفائدة التي توفرها العملية للشخص الذي يكون بحاجة إلى حراسة أحد أمواله (الباب III).

(1) انظر G. May، رقم 132؛ P-F. Girard، ص 540 وما يليها الذي يعتبره كنقيض للعارية: العارية تتم لمصلحة المتلقي في حين أن الايداع يتم لمصلحة من يقدم.

الباب I

الوكالة وعقود الوساطة الأخرى

31000 - المقدمة. توقيع وكالة لدى الكاتب العدل، إرسال مكلف مهمة ابرام قضية، توكيل جارٍ في اجتماع الشركاء في الملكية، مديرو عقار ووكلاء تجاريون، وسطاء تجاريون وسماسرة، وكالة في دعوى، سلطة

الوكالة، في سلسلة تقديم الخدمات⁽¹⁾، بخلاف إجارة العمل المستقل الذي يغطي انواع المهام جميعاً، المادية أو الفكرية، موضوعها تنفيذ مهمة خاصة: ادارة قضية الغير، ولهذه الغاية تمثيله. إنها كلية الوجود في قانون الموجبات ولعبة العقود. إنها لا تستخدم لكي تسهل، عرضاً، ابرام عقد بين شخصين تجعلهما المسافة بعيدين وحسب: إنها أيضاً عماد أنشطة اقتصادية هي الأكثر تنوعاً في المادة العقارية وفي مادة المنقول وتستخدم كنمط إسناد بالنسبة إلى المهن الوسيطة كافة، سواء تعلق الأمر بوكلاء أو وسطاء تجاريين. وهي تتدخل، بصفة ثانوية، في تحقيق العديد من العمليات.

ويعبر Troplong عن رأيه في شأن هذا العقد بهذه العبارات: «أقامت الطبيعة بين الناس لامساواة كبيرة في الذكاء والاستعداد والقوة. غير أن المجتمع يصحح هذه اللامساواة عن طريق تبادل ناجع للواجبات والخدمات. فما لا نستطيع القيام به بنفسنا ننيطه بيد شبه رسمية، أو تحل الثقة بصديق محل عدم كفايتنا . . . من هنا غالباً ما تستخدم الوكالة للوصول عن طريق وظيفة الغير إلى نتيجة لا يمكن أن نحصل عليها بوسائلنا الخاصة»⁽²⁾.

(1) جاءت تسمية العقد من manu data، تقديم اليد، لأن العرف كان وضع الختم بتقديم اليد، انظر Pothier, Du contrat de mandat، رقم 1.

وزاد Troplong، لتسوية رمزية التسمية: «كان التقاء الأيدي يجب ان يكون موجوداً بصورة أكثر تمييزاً وأكثر ضرورة من أي شيء آخر. هناك، في عقود أخرى يكون فيها حسن النية أيضاً الروح والرباط، شيء يجب تسليمه، فيغدو الموجب تاماً عن طريق هذا الشيء»، Du mandat المذكور سابقاً، رقم 3.

(2) Du mandat، رقم 1.

وليست الخدمة المؤداة ابرام عقد بالضرورة مكان الغير: إذا كانت الوكالة تتميز عموماً بالتمثيل، أي بسلطة ابرام عقد لحساب شخص آخر، فلا مندوحة من بيان أن هذا العقد، عملياً، يمكن أن يغطي أوضاعاً لا يكون الوسيط فيها مزوداً إلا بمهمة عادية للبحث والتفاوض. وذلك، في الغالب، هو الحال بالنسبة إلى الوكلاء العقاريين، وكذلك أحياناً في صدد الوكلاء التجاريين. فصاحب العمل يحتفظ لنفسه بالكلمة الأخيرة.

31001 - الاصول الرومانية. يستدعي الأخذ بمبدأ الوكالة مستوى معيناً من التجريد القانوني. وفي روما القديمة كان ثمة بعض العناء في تكوين فكرة امكانية أن لا يكون الشخص، جسدياً، حاضراً في مناسبة عمل قانوني يخصه. من هناك كانت النتيجة أن الوكالة ليست في عداد الصور العقدية المقبولة في الأصل: وقد قيل، «هذا العقد، أياً كانت فائدته، لا يبدو أن ظهوره كان باكراً»⁽¹⁾.

على أن استخدام هذا الأسلوب، تحت ضغط الحاجات العملية والتجارة مع الجانب، نما بسبب ملاءمته مع بقائه موضوع إحاطة ضيقة⁽²⁾. وهكذا كان الرسول، وهو النوع الأول من الوسطاء، يكتفي بنقل ارادة سيده بدون أن يضيف شيئاً إليها، كتابع على وجه التقريب. غير أن بعث رسالة، أو إيفاء الغير الذي ينقل الرضا، يتيح تكوين العقد بين غائبين⁽³⁾. ثم اكتسب الممثلون، بعد ذلك، استقلالاً معيناً بدون قبول التمثيل التام حيث كان الممثل وحده ملزماً بأعمال الممثل⁽⁴⁾.

وكان لإولايات قريبة دور تكميلي: كان هذا العقد غير المسمى، وقد دعي التخمين أو التثمين، وبمقتضاه يسلم شيء ما أحد الأشخاص في سبيل بيعه بثمن محدد سلفاً، أو اعادته في حال عدم بيعه، اتفاقية بقيت طبيعتها غير محددة لمدة طويلة⁽⁵⁾.

وتأكدت الوكالة في النهاية كعقد توافقي واتخذ بعده الكامل ابتداء من آونة قبول كون الوكيل يلزم الموكل ويملك هامشاً معيناً في العمل في اتمام مهمته⁽⁶⁾.

(1) G. May, *Éléments de droit romain*, رقم 155.

(2) لوحظ أن الوكالة، في الأصل، كان يصعب تفريقها عن الفضول: كان سبب الاعتراف بها كوكالة أنه كانت هناك حاجة إلى معاقبة موجبات الوكيل عندما يسيء ادارة القضية المنوطة به وكذلك عند عدم القيام بأي ادارة خلافاً للتعهدات المتخذة، انظر G. May، رقم 155.

(3) G. May، رقم 143؛ Malaurie et Aynès، رقم 533.

(4) على أن Troplong يعتبر أن «القانون الروماني لم يبق على الاطلاق غريباً عن فكرة جعل الوكيل ممثلاً للموكل»، Du mandat، رقم 4.

(5) يمكن أن يبدو المتنازل بائعاً، أو مؤجراً أو موكلاً... انظر حول هذه التفسيرات المختلفة، G. May، رقم 162 - 4°.

(6) يشهر مقال قدمه Pothier هذه النقطة: «وكالة شراء شيء معين لا تحمل على افتراض ان موضوعها، مع أن الوكالة لم تحدد الثمن الذي يريده في الشراء، هو عين: يمكن، في شأن الثمن، الرجوع إلى الموكل الذي لا يتوجب عليه الأخذ بالثمن الحقيقي» (Du contrat de mandat رقم 9).

31002 - تطور الوكالة. ظهرت الوكالة، على عكس اجارة العمل المستقل الذي تتضمن أجراً موعوداً به فاعل التقديم، كخدمة صديق تؤدي مجاناً. ثم تم، شيئاً فشيئاً، الاعتراف بأن الوكيل بإمكانه تلقي تعويض سمي تعبير مختلف هو الاتعاب، للاستمرار في بيان الفارق⁽¹⁾. وكان على الوكالة المجانية، في الممارسة، ان تفسح في المجال، شيئاً فشيئاً، لاستخدام المهنيين المأجورين هذا الاسلوب: بخاصة «الوكلاء» (procureus) اسلاف وكلاء الدعاوى (avoués).

وكان موضوع الوكالة يحدد بتعابير عامة جداً كالعناية بقضايا الغير⁽²⁾. ولم يتغير العقد لدى Domat باسماء وكالة⁽³⁾، أو توكيل أو تفويض، واحتفظ بمعنى واسع: يلجأ إليه «من لا يريد أن يتفرغ بنفسه لقضاياها» ويعطي غيره سلطة العمل مكانه، «إما لفعل ادارة فقط والعناية ببعض الاموال، أو بعض القضايا، أو للمعالجة مع آخرين»⁽⁴⁾. إن المفهوم نفسه موجود لدى Pothier⁽⁵⁾.

والوكالة التي تسوسها المواد 1984 إلى 2010 من ق م هي إذا مستمدة من أحد العقود التوافقية الأربعة في القانون الروماني، mandatatum⁽⁶⁾، وهي تحتفظ بإحدى السمات الاساسية، أي إنها تعقد مجاناً مما يفرقها أيضاً في تلك الحقبة من اجارة العمل المستقل⁽⁷⁾. بيد ان موضوعها، وهو مدار جدال، يتجه نحو مفهوم أضيق مركز على مفهوم التمثيل طالما أنها توصف مثل «العمل الذي يعطي فيه أحد الاشخاص شخصاً آخر سلطة فعل شيء ما لحساب الموكل وباسمه».

وهذا العقد، مع أنه جرى ابعاده في القانون المدني حتى نهاية قائمة العقود، بعيداً جداً عن النصوص التي تسوس اجارة العمل المستقل وبعد العقود الجزافية (الباب الثاني عشر: القمار، الرهان، الريع؛ الباب الثالث عشر: الوكالة)، كما لو أنه لم يكن يُعرف أن يتم وضعه على وجه التقريب، جرى تكريس خمس وعشرين مادة له، وهذا لا يستهان

(1) P.F.Girard, Manuel élémentaire de droit romain، ص 595، G.May، رقم 155.

(2) انظر P.F.Girard، ص 592، الذي يحددها كعقد يكلف بموجه أحد الاشخاص شخصاً آخر «لفعل شيء ما» لصالحه.

(3) pro curare اعتنى بـ.

(4) القوانين المدنية، الكتاب I، الباب XV، في الوكالات، القسم 1، 1.

(5) Pothier, Du contrat de mandat، رقم 1، وهو يحدد الوكالة «كعقد بموجه ينيط أحد المتعاقدين إدارة قضية أو عدة قضايا بغير مكانه».

(6) P.F. Girard، ص 592 وما يليها؛ G.May، رقم 155.

(7) G. May، رقم 155: «يجب أن تكون الوكالة مجانية وإلا كانت الاتفاقية اجارة صناعة»؛ P. F. Girard، ص 594.

به⁽¹⁾. إنه يشكل احد عقود الاحسان الواردة في المادة 1105 من ق م ويصنف بطيبة خاطر بين العقود «الصغيرة» بخلاف عقود أخرى كالبيع الذي هو عقد «كبير». ومن الصحيح انه لم يكن له ولا ريب لمدة طويلة سوى دور هامشي في الحياة الاقتصادية.

وتستخدم الوكالة، إلى حد كبير، كدعامة للخدمات المجانية المبنية على روابط القرابة أو الصداقة: بخاصة عندما يطلب أحد الاشخاص، عندما يستحيل عليه ابرام عقد، بسبب بعد المسافة مثلاً، إلى قريب له بأن يقوم مكانه بابرامه، ويعطيه لهذه الغاية وكالة للتصرف باسمه.

31003 - حيوية العقد. تطبيقات الوكالة عديدة في الحقيقة. وهي تستخدم في نمط دائم: هكذا الوكالة التي تعطيها جمعية الشركاء في الملكية⁽²⁾. وقد تعقد مجاناً: مثلاً عندما يتدخل معاون الكاتب العدل كتمثيل أحد الفريقين في عمل تلقاه مكتب هذا الكاتب العدل. وغالباً ما تكون بعوض: ذلك هي الحال في وكالة وكيل السفر. وقد تشكل الموضوع الرئيسي للعقد: وكالة البيع، أو وكالة الشراء، أو وكالة الدفع... وقد تكون تابعة لعقد آخر: وكالة ضمنية للمهندس المعماري الذي يمثل صاحب العمل المستقل في علاقاته مع المؤسسات⁽³⁾، أو وكالة ضمنية للطبيب لاجراء بعض التحاليل⁽⁴⁾...

وقامت الوكالة، شيئاً فشيئاً، بدور هام أكثر فأكثر في الاعمال⁽⁵⁾. وقد استعاد Troplong في هذا الصدد تعابير Savary الذي أعلن: «ليس ثمة شيء يحافظ على التجارة غير الوكلاء التجاريين أو المراسلين، ذلك بأن التجار، وكذلك المصارف، يستطيعون التفاوض في العالم بأسره بدون الخروج من مخازنهم أو مكاتبهم»⁽⁶⁾. والوكلاء التجاريون، في أيامنا، وكذلك المسافرون الممثلون الوسطاء التجاريون VRP، هم وكلاء

(1) لم يفعل واضعو القانون المدني، في الحقيقة، سوى استعادة الترتيب الذي اعتمدته Pothier حيث ورد في «Traité du contrat de mandat»، إن الوكالة جاءت، في البعيد خلف اجارة العمل المستقل، أو بعد التأمين والقمار.

(2) انظر Ch. Atias, La vérification des mandats de vote assemblée de copropriété immobilière، د، 1995، العرض، 175.

(3) انظر حول هذه النقطة الرقم 31124 اللاحق.

(4) انظر غ م أن، 27 آذار 1979، ن م، I، رقم 102، د، 1980، إ س، 167، م J.Penneau، وكالة ضمنية لطبيب لاجراء تحاليل في المختبر.

(5) انظر كمثال Ripert et Roblot، الباب II، رقم 2620: «العقود المدنية هي دائماً على وجه التقريب معقودة بين الفرقاء الذين يعالجون الأمور بأنفسهم أو عن طريق وكلاء ليسوا ناطقين بلسان موكلهم. والعقود التجارية تبرم مع عدد ضخم من الزبن، غالباً ما يكونون بعيدين جداً، ولا يعرفهم المنتج أو الموزع»؛ Ph. Le Tourneau, De l'évolution du mandat، د، 1992، العرض، 157: «العقد الوكالة أهمية كبرى، واستعماله متواتر في النشاط القانوني ودائم في حياة الاعمال».

(6) Du mandat، المقدمة، ص 1.

الموردين ويدرسون الاسواق لحسابهم. وهكذا تتدخل الوكالة في توزيع الاموال حيث يتنافسون مع الصيغ المبنية على البيع والبيع بعد الشراء، وهو ما تشكل المنافسة وتقديم المهارة⁽¹⁾. وتتنافس الصيغة مع عقود التموين الحصري عندما تستخدم، مثلاً، كعقد إطار لتوزيع منتجات نفطية⁽²⁾.

وأصبحت صورة الوكالة، عقب مسار الانتشار المستمر، تشغل وضعاً مركزياً في صميم التقنيات العقدية. وكانت، مع تنوع المهام في الاقتصاد المعاصر، مدعوة إلى الاستخدام في النطاق القانوني لأكثر من مهنة، وكانت منظمة أحياناً بشكل وثيق: وكلاء عقاريون ووكلاء تأمين... وكانت المهن الحرة تستخدمها وكذلك الموظفون العامون والقضاة بانتظام أو يبنى قسم من النشاط عليها: المحامون والوكلاء (في الدعاوى)، والمباشرون ووكلاء الصرف والدلالون... وهي أيضاً دعامة أنشطة إدارة أموال الغير⁽³⁾.

(1) حول التوازي بين صيغ التوزيع عن طريق البيع بعد الشراء والتوزيع بالوكالة انظر الرقم 11596 السابق وما يليه.

(2) انظر على سبيل المثال غ ت ن، 17 كانون الأول 1991، قضية Total- France، غ ت ن، 17 كانون الأول 1991، قضية Esso، 28 كانون الثاني 1992، قضية Esso، غ ت ن، 28 كانون الثاني 1992، قضية Total، م إد، الطبعة E، 1992، II، 372، تعليق B.Gross.

وغالباً ما تكون الوكالة، في حالة كهذه، مقترنة باجارة إدارة مؤسسة تجارية، انظر في صدد اتفاقية مسماة «عقد وكالة وإدارة» بين Esso واحد الموزعين غ ت ن، 12 شباط 1991، حكم غير منشور في ن م استعاده L.Leveneur, Des contrats cadres en matière de distribution et l'exigence de détermination du prix, le reflux et ses limites، العقود والمنافسة والاستهلاك، أيار 1991، ص أو ما يليها، بطلان لعدم تحديد عناصر أجر الموزع؛ غ ت ن، 4 كانون الأول 1990، العقود والمنافسة والاستهلاك، شباط 1991، م L.Leveneur؛ اتفاقية بين Total وأحد الموزعين، فسخ، بند أجر جزافي، رفض ادانة المنتج بالعطل والضرر؛ اجارة الادارة يمكن أن تستخدم، رغباً عن التنظيم الحصري الذي يطالها كقاعدة عامة، لأن القضية هي في نطاق الاستثناء الوارد في قانون 1956 بالنسبة إلى المؤسسات التي تؤجر مؤسسات تجارية للتصريف بالفرق، مع الحصرية، منتجات صنعتها.

(3) وظيفة الادارة هذه التي يؤمنها عقد الوكالة تفسر التفریب بين عقد الوكالة وعقد الائتمان، أحد العقود العينية في القانون الروماني حسب بعضهم، انظر في هذا الاتجاه P.F.Girard، ص 516، الذي يضمه إلى قائمة العقود العينية الأربعة وهي عارية الاستهلاك mutuum وعارية الاستعمال والايذاع والرهن؛ انظر أيضاً Malaurie et Aynès، رقم 536؛ قارن بـ G.May، رقم 119، الذي لا يأتي على ذكرها في العقود العينية.

ويعرف P.F.Girard الائتمان بأنه «اتفاقية يكون فيها من يتسلم ملكية شيء مجبر مدنياً باعادته أو يتخلى عنه في ظروف محددة»، مما «يمكن أن يستخدم لتحقيق رهن حيازة المفعول أو الثابت، (إئتمان أو استيثاق لصالح الدائن fiducia cum creditori) أو ايداع أو عارية استعمال (إئتمان أو استيثاق لصالح صديق fiducia cum amico)، أو كذلك في القانون التقليدي في أربع وظائف أخرى معروفة بصورة أقل، امتتها فيما بعد الوكالة أو العقود غير المسماة، وأيضاً لتحقيق هبة بسبب الوفاة بنقل الملكية إلى شخص يتعهد بنقلها ثانية إذا توفي هو أو فروعه قبل الواهب...، ثم لتحقيق هبة لاشخاص مسخرين بنقل الملكية إلى شخص يتعهد بنقلها ثانية إلى الغير وليس إلى المتصرف بالملكية»، ص 529 وص 532: يدير المؤتمن الذي أصبح مالكاً (أنه «وسيط حقيقي» كما يقول Malaurie و Aynès) بمفعول الاتفاق المبرم مع المؤتمن، المال بهذه الصفة قبل أن يتخلى عنه تنفيذاً للعقد، وهو مكلف مهمة نقله ثانية؛ وكان لهذا العقد، الذي سقط في العفاء بحيث لا =

لأنها تتيح إبرام العقود الضرورية لهذه الغاية: هذا هو الحال بالنسبة إلى وكيل الأعمال والكاتب العدل⁽¹⁾...

ولا تقتصر الوكالة أخيراً، في تنوع إسهارتها، على أنها تنظم أنشطة عديدة، أنها تتدخل أيضاً بصفة تكميلية لكي تنضاف إلى عمليات مختلفة مما يعطيها عندئذ طابعاً تابعاً وتثري حقل تطبيقها⁽²⁾. إن لها دوراً كمفهوم محور في أشكال عقدية معقدة كالبيع في صورة إيجار أو الإجارة البيعية حيث تستخدم لتسويق السلطات التي يتركها المؤجر للمستأجر ولا سيما في ما يتعلق باختيار التجهيز الذي يجب أن يشكل موضوع العقد⁽³⁾. وثمة أشكال مفاتيح لبعض أنواع الحقوق الخاصة الصادرة عنهما مباشرة: حالة التحويل في المادة المصرفية الذي يشكل موضوع استمرار تحليله كوكالة، أو كذلك الإخطار بالانقطاع⁽⁴⁾. وذلك بغض النظر عن اللجوء إلى الإوالية في شكل حوالة ظاهرية أو وكالة

= نجده في مجموعة جوستينيان، انظر P.F.Girard، ص 529، حظوة في أيامنا حيث المنافسة الأوروبية (كمثله الانكليزي Trust) جعلته ينبعث من أجل تأمين نقل المؤسسات العائلية مثلاً.

ثمة مشروع قانون في هذا الاتجاه، انظر M.Grimalda، La fiducie, réflexions lois un l'avant- projet de loi qui la consacre، ف د، البندان 35085 و 35094؛ M.Cantin، L'avant- projet de loi relatif à la fiducie, un point de vue civiliste d'Outre- atlantique، د، 1992، العرض 117؛ وحول الإوالية انظر بخاصة C. Witz، La fiducie en droit privé français، اطروحة منشورات Economica، 1981.

(1) وحول منفذ الوصية وهو نوع من الوكيل بعد وفاة المرحوم انظر المواد 1025 إلى 1034، ق م؛ R.Verdot، La délimitation des pouvoirs de l'exécuteur testamentaire، د، 1963، العرض 75، Moguet، L'exécuteur testamentaire، م إ د، الطبعة N، 1948، 700.

(2) قد تصلح الوكالة أيضاً كأداة لغايات تقنية مختلفة، مثلاً كإدارة أمن: هكذا نظرت المحاكم في اعلاء شأن الحد من تحظير شرط الاستيلاء على الشيء المرتهن وفاء للدين أو بند الفرق الممهد - الوارد في المادة 2078 من ق م التي تمنع الدائن المرتهن من أن يضمّن في علاقاته مع المدين أن ملكية المرهون تعود إليه بقوة القانون في حالة التخلف عن الدفع - وبمقتضاه يتفق الدائن مع مدينه على أن يكون له، في حال عدم الدفع عند الاستحقاق، وكالة بيع مال محدد يعود إلى المدين لتحصيل دينه عن طريق المقاصة، انظر غ م ت ن، 1840، قراران، س، 1840، 1، 398، د، 1840، 1، 201؛ انظر أيضاً حكم محكمة استئناف باريس، 19 تشرين الثاني 1908، س، 1910، 2، 165، م ف ق م، 1909، 207، م R.Demogue، وبناء على طعن الغرفة المدنية، 4 حزيران 1913، س، 1914، 1، 179؛ وحول هذه النقطة، C.Pigache، Le mandat d'intérêt commun، اطروحة في باريس، طبع على الآلة الكاتبة، 1991، رقم 58: جرى قبول صحة وكالة كهذه ويجب أن تعتبر من المصلحة المشتركة لتأمين عدم قابلية الرجوع عنها، رهان الدائن على فعالية الأسلوب، وذلك مع أنه يمكن الشك في أن الدائن قد يبيع الشيء بضمن زهيد ابتداء من آونة كون ذلك يغطي الدين، وهو خطر يتمثل في شرط الاستيلاء على الشيء المرتهن وفاء للدين.

(3) انظر كمثال غ ت ن، 2 آذار 1976، ن م، IV، رقم 78، م ف ق م، 1977، 149، م G.Corun، بيع اجهزة توزيع آلي، وكالة معطاة للمستأجرين المستعملين المستقبليين لاختيار الاجهزة، خداع مرتكب بحق المستعملين، إبطال.

(4) انظر J. L. Rives- Lange et M. Contamine- Raynaud، Droit bancaire، 1790، رقم 269 وما يليه (أنواع مختلفة من الوكالات)... انظر أيضاً حول دور الوكالة في القانون المصرفي J. Prieur، م إ، المصرف والاعتماد، عقد المصرف، الكراسة 130، 1987، ولا سيما الرقم 69 وما يليه.

ضمنية تتيح المعالجات المختلفة، وهو عرضي أو مقلق⁽¹⁾.

31004 - التجارة الدولية. قد يكون للوكالة المستخدمة لتنمية النشاطات

الاقتصادية، مدى يتجاوز الحدود. ومن هنا هاجس تنظيمها على الصعيد الدولي عندما تصلح لتجير أموال أو خدمات.

وصدر، في القانون الاوروبي، توجيه في 18 كانون الأول 1986 في موضوع الوكلاء التجاريين لوضع نوع من التماثل في نظامهم⁽²⁾، وجاء منسجماً مع المبادئ المكتسبة منذ مدة طويلة في القانون الفرنسي⁽³⁾. وليس هناك على الصعيد العالمي بعد نص ساري المفعول وإنما اتفاقيات جرى عقدها: في ما يتعلق بتنازع القوانين اتفاقية لاهاي في 14 آذار 1978، في شأن القانون المطبق على العقود الوسيطة والتمثيل وقد وضعتها فرنسا، وهي تأخذ، عدا القانون الذي يختاره الفريقان، بقانون مكان مؤسسة الوكيل⁽⁴⁾؛ واتفاقية جنيف في 15 شباط 1983، في القانون الاساسي، حول التمثيل في مادة البيع الدولي للسلع الذي أعد برعاية القانون الموحد Undroit، لتكون امتداداً لاتفاقية فينا حول البيع الدولي للسلع⁽⁵⁾.

(1) انظر حول هذه التطبيقات الالاقياسية للوكالة الرقم 31502 اللاحق وما يليه.

(2) انظر الجريدة الرسمية للمجموعة الاوروبية L.382، ص 17.

(3) نُقل إلى القانون الداخلي بقانون 25 حزيران 1991، انظر الباب الفرعي II اللاحق، الفصل II، الوكلاء التجاريون؛ وكذلك Thieffry et Granier, Les contrats d'agence dans le droit de la distribution français et communautaire، م ق ع، 1982، 1، الفقه، 258.

(4) يفرق النص بين القانون الذي يسوس الفريقين والذي يخضع للمكان حيث توجد مؤسسة الوسيط في آونة تكوين عقد التمثيل (المادة 6) والقانون الذي يسوس العلاقات مع الغير والذي يخضع للمكان حيث توجد مؤسسة الوسيط في آونة ابرام العقد مع الغير المعني (المادة 11)، بيد ان القانونين هما واحد في أغلب الاحيان؛ وقد صدقت فرنسا الاتفاقية بقانون 3 أيلول 1985، انظر هذا النص لدى Heuzé, La vente internationale de marchandises، 1992، ص 401 وما يليها.

انظر أيضاً Tomasi, Les conflits de lois en matière de représentation conventionnelle et l'opportunité d'une convention internationale، المجلة الناقدة للقانون الخاص، 1958، 651.

(5) صدقت فرنسا الاتفاقية بقانون 2 تموز 1987، الجريدة الرسمية في 4 تموز 1987، راجع هذا النص لدى Heuzé, La vente internationale de marchandises، GLN Joly، 1992، ص 431 وما يليها؛ تدخل الاتفاقية حيّز التنفيذ بعد تصديق عشرة دول، المادة 33؛ انظر Ch. Mouly, La convention de Genève sur la Représentation en matière de vente internationale de marchandises، مجلة القانون الدولي المقارن، 1983، 82.

انظر بصورة اعم، حول التوزيع التجاري الدولي R.Quenaudon، م إ، القانون الدولي، الكراسة 565، A-10، وسطاء التجارة في العلاقات الدولية، 1989؛ ممارسة العقود الدولية، بادارة V.Heuzé، مقدمة V.Heuzé، رقم 18 وما يليه؛ Lamy Contrats internationaux، بادارة H. Lesguillons، التقسيم الخامس، ولاسيما الرقم 6 وما يليه؛ من الزاوية العملية P.Grahay, Les contrats internationaux d'agence et de concession de vente، منشورات L. G. D. J، 1991.

31005 - في مواضيع أخرى. تبقى الوكالة، في تطبيقاتها المختلفة، بشكل

اساسي، وسيلة لتكون موجودة في مواضيع أخرى: للتصرف، للتفاوض، للتجوير... فالوكيل امتداد لشخص من يدير القضية.

إذن فائدة الاسلوب ضخمة. وقد قيل بشكل ملفت إنها تضيف على الشخص نوعاً من «كلية الحضور»⁽¹⁾، فبفضلها يستطيع كل واحد ان يكون موجوداً في الآونة نفسها في عدة اماكن عن طريق ممثليه. فالوكالة عامل مضاعف للسلطة القانونية. وسبق ل Troplong الذي كان يفكر بتطبيقاتها التجارية ان راق له بيان هذا المظهر:

«جرت بمهارة مقارنة الوكالة بالطلسم المدهش الذي كان فيثاغور عن طريقه موجوداً في Crotone و Metaponte... وترسم هذه المقارنة المنفعة التي يمكن ان تستمدّها من ذلك... (بهذه الوسيلة) يستطيع التجار والمصرفيون التفاوض في العالم بأسره بدون الخروج من مخزنهم أو مكتبهم. فالإنسان يتضاعف بالفعل عن طريق الوكالة في الأمكنة المختلفة جداً وكذلك ليست هناك حاجة إلى التنجيم ولا إلى السحر. عقد بسيط يكفي لتحقيق هذه المعجزة»⁽²⁾.

وفي القانون، وكما أن تخيل الرجعية يكفي لمحو الزمن، تلغى إوالية الوكالة الزمن أيضاً. ويكفي ذلك وحده لتفسير الجاذب القوي جداً الذي تمارسه الإوالية.

ولكن، العقد، بذلك بالذات، يركز دائماً، إلى حد ما، على الثقة، ويمكن انهاؤه في أي وقت: بحركة من الرأس ارادياً. ويسري الحل حتى على ما يسمى وكالة «المصلحة المشتركة» حيث يجعل تعاون الفريقين في النشاط عينه فسخ العقد غير المسوّغ مستوجباً التعويض على الوكيل: يكفي للانفصال عنه دفع العطل والضرر المتوجبين له.

وفي عقد الثقة تخضع الوكالة لعقوبات اساءة الامانة⁽³⁾. والعملية، أيّاً كانت الكيفيات، عقد مجاني أو بعوض، صريح أو ضمني، يخضع للقانون الجزائي إذا بدد الوكيل الأشياء التي تسلمها لتنفيذ العقد أو اختلسها، والمال الذي دفعه الغير الشريك في التعاقد والذي يجب أن يقدم للموكل حساباً عنه⁽⁴⁾. غير أن التجريم لا يغطي كل ما يجري في مناسبة الوكالة ويمكن يدخل تجرم آخر بخاصة السرقة. هذا ما يجعل الوكيل

(1) Malaurie et Aynès، رقم 530.

(2) Du mandat، المقدمة، ص 1.

(3) المادة 314 - 1 من قانون العقوبات الجديد التي حلت محل المادة 408 القديمة من قانون العقوبات انظر W. Jeandier، م إ الجزائي، المواد 314 - 1 إلى 314 - 4، 1994.

(4) انظر مثلاً حكم الغرفة الجنائية، 7 تموز 1934، د إ، 1934، 510، مبالغ مستوفاة أكثر من المتوجب لدى تجار لاعلانات دعائية احتفظ بها وكيل الجريدة.

العقاري مذنباً إذا اختلس المنقولات التي تؤثث شقة تسلمها لاجل بيعها⁽¹⁾.

31006 - تقسيم الباب. اثبت استعمال حاذق، أصبح أكثر تواتراً للوكالة، فائدته الكبرى شيئاً فشيئاً. ومن الملائم، لجلاء أكثر ما يمكن جلاؤه، التطرق إلى الإوالية في مبدإها، أي الوكالة بشكل عام (الباب الفرعي I) قبل البحث في بعض الوكالات الخاصة (الباب الفرعي II).

31007 - مصادر عقد الوكالة. القانون المدني، المواد 1984 - 2001. القوانين أو النصوص الخاصة: المواد 411 إلى 420 من قانون الاجراء المدني الجديد (أصول المحاكمات المدنية)، في شأن التمثيل امام القضاء (محام، وكيل)؛ قانون «Hoguet» في 2 كانون الثاني 1970 ومرسومه التطبيقي في 20 تموز 1972، المتعلقان بوكالة الوكلاء العقاريين وبالإدارة العقارية؛ مرسوم 23 كانون الاول 1958 وقانون 25 حزيران 1991 في شأن الوكلاء التجاريين؛ قانون 7 آذار 1957 في ما يتعلق بالمسافرين الممثلين الوسطاء التجاريين VRP وهم وكلاء مؤسسة يعملون لحسابها.

وليس من النادر، في الأنشطة التي يقوم بها الزوجان معاً، أن يعتبر القانون أحدهما وكيلاً للآخر في العلاقات مع الغير راجع مثلاً المادة 789 - 1 من ق ر (استثمار ذات العقار الزراعي: زوجان يفترض أن لكل منهما وكالة) والمادة 9 من قانون 10 تموز 1982 المتعلق بزوجين حرفيين وتجار يعملون في مؤسسة عائلية (إذا كان الزوج مسجلاً في سجل التجارة والشركات يعتبر أنه تلقى وكالة من رئيس المؤسسة)؛ أضف إلى ذلك في العلاقات بين الزوجين: المادتين 218 (وكالة اعطاها أحد الزوجين للآخر) و219 من ق م (سلطة اعطاها القضاء لاحد الزوجين لتمثيل الآخر)؛ وفي شأن السلطات المعطاة للزوجين للقيام بأعمال لحساب الآخر: المادة 1432 والمادة 1540 من ق م (إدارة اموال الآخر استناداً إلى وكالة قانونية ضمنية بالنسبة إلى أعمال الإدارة)؛ وفي الشيوخ: المادة 815 - 3، الفقرة 2، من ق م، (وكالة ضمنية لاستعمال اموال الشيوخ لتدابير ضرورية للحفاظ على الأموال الشائعة)، قارن بتضامن الزوجين في الديون المتعاقد عليها لصيانة المنزل أو تربية الأولاد، المادة 220 من ق م.

وعلى الصعيد المجموعي: التوجيه الأوروبي في 18 كانون الأول 1986 في صدد الوكلاء التجاريين الذي نُقل إلى القانون الداخلي بقانون 25 حزيران 1991. وعلى الصعيد الدولي: اتفاقية لاهاي في 14 آذار 1978 حول القانون المطبق على العقود الوسيطة؛ واتفاقية جنيف في 15 شباط 1983 في شأن التمثيل في مادة البيع الدولي للسلع.

(1) انظر حكم الغرفة الجنائية 24 تشرين الأول 1968، النشرة الجنائية رقم 269.

الباب الفرعي I

الوكالة بصورة عامة

31100 - التقديم. الوكالة التي نظمته المواد 1984 وما يليها من القانون المدني تقدّم عموماً كأسلوب يتيح للموكل الذي يعطي لهذه الغاية بموجب عقد سلطة القيام بأعمال قانونية بواسطة الوكيل، فيكون هكذا ممثلاً بهذا الأخير في علاقاته مع الغير، مثلاً في سبيل الشراء أو البيع أو الايجار، ومن أجل دفع أو أعمال اجرائية أو انذار...

وتظهر الوكالة، والحق يقال، مع كونها عقداً خاصاً اعتبره القانون المدني على هذا النحو، قريبة من إوالات القانون العام للموجبات كالتفويض أو الحلول أو التضامن... وهي تشكل، فضلاً عن ذلك، عملاً يتدخل فيه ثلاثة أشخاص ويقتضي ألا يحسب فيه حساب للارادة وحسب (ارادة عقدية من حيث المبدأ. للأكثر أو الأقل: ذلك بأن الوكالة يمكن أن تكون ضمنية، تابعة لعقد آخر، أو كذلك ظاهرة) ارادة الموكل واردة الوكيل وحسب وإنما أيضاً مع وجود الغير الشريك في التعاقد. وينجم عن ذلك نظام خاص إلى حدّ ما قد يتحول فيه قانون العقود من جوانب عدّة، على سبيل المثال في ما يتعلق بالبيّنة.

ويصل التعقيد إلى قمته عندما تزدوج الوكالة وليس ذلك نادراً: هناك من جهة أولى وكالة أولى بين الموكل الأصلي ووكيله، ووكالة ثانية، من جهة أخرى، في علاقات الوكيل بالغير الشريك في التعاقد، لأن هذا الشريك يصبح بدون موكل. ويلاحظ ذلك في نطاق التأمين حيث من المقبول أنه «إذا كان الوكيل العام هو وكيل شركة التأمين عادة، فليس هناك أي نص قانوني يمنعه أن يكون وكيل المؤمن، وهذا ما يحدث مثلاً عندما تجبره أهمية المخاطر على تجزئتها بين عدة مؤمنين ليؤمنها جميعاً»⁽¹⁾.

(1) حكم محكمة استئناف باريس 8 أيار 1981، م ق ع، 1981، 2، 101، تعليق Margeat et Favre- Rochex، سرقة لوحات؛ انظر غ م أن، 25 تشرين الأول 1977، ن م، I، رقم 387.

ومن الواضح أخيراً أن الوكالة هي في علاقة جوار وثيق مع الفضول وبالتالي مع شبه الوكالة، وأن هذه القرابة من غير العقدي هي أيضاً من شأنها إعطاء اصالة معينة لقواعد هذا العقد وقد أدرج Pothier، علاوة على ذلك، في المطول في عقد الوكالة، بعد الفصول الخمسة المكرسة للعقد بحد ذاته، في شكل «ملحق، مطولا لشبه العقود التي لها علاقة بالوكالة وبصورة رئيسية بشبه العقد أي بالفضول»⁽¹⁾.

31101 - التقسيم. ما تقدّم هو أحد الاسباب التي من أجلها تكمن فائدة الوكالة، بعد جهد تعريف (الفصل I)، في مقاربات وتفريقات (الفصل II).

(1) انظر Du contrat de Mandat ، رقم 1.

الفصل I

تعريف وتفریق

31102 - اعلان. بقي المفهوم التقليدي للوكالة كما اعتمده القانون المدني، مدفوعاً ببعض سماته الاصلية، وبخاصة مجانيته المدعاة التي يجب أخذها في الحسبان للسعي إلى التعريف (القسم I). والتفریق بين الوكالة وأوضاع قريبة يبين هذه الإوالية القابلة لعدة مقارنات (القسم II).

القسم I

تعريف عقد الوكالة

31103 - توافقي وملزم للطرفين. الوكالة تجعل شخصين حاضرين، أحدهما «الموكل» الذي ينيط بشخص آخر هو الوكيل ادارة قضية ما، ويكون هذا الوكيل في علاقة مع اشخاص آخرين هم الغير الذي بإمكانه أن يبرم لحسابه عقداً ما. والوكيل وهو الشخصية المفتاح في العملية، والذي سمي لمدة طويلة الوكيل «procureur» (من يعتني بشيء ما لشخص آخر)، غالباً ما يسمى في أيامنا «وكيلاً agent» (في مهن مختلفة: وكيل عقاري، وكيل اعمال، وكيل تجاري...).

والوكالة عقد توافقي على الأقل من حيث المبدأ لأنها شكل خاص مفروض احياناً وملزم للطرفين، أي ثمة موجبات متبادلة. وكان يندرج في القانون الروماني في فئة «عقود قانون الناس» ويخضع بالتالي للقانون الطبيعي: كان بشكل وهو مستمد من ممارسة الأعمال مع المسافرين الاجانب، عقداً يبرم عن حسن نية ولم يكن خاضعاً لأي شكل خاص⁽¹⁾. وليس هناك أدنى شك في الطابع الملزم للطرفين عندما يكون بعوض ذلك بأن الفريقين يضطلعان بموجبات تنشأ منذ ابرام العقد. وبالمقابل، عندما يرتدي طابعاً

(1) انظر بخاصة Pothier, Du contrat de mandat، رقم 2.

مجانياً، يقدّم بطيبة خاطر على أنه عقد ملزم للطرفين تام لأن موجبات الموكل تجاه شريكه بالتعاقد، على عكس موجبات الوكيل - مثلاً الموجبات الملقة عليه للقيام بمهمة وتقديم حساب عنها -، لا يمكن ان تنشأ إلا فيما بعد، بعد فعل آخر *ex post facto*⁽¹⁾. هكذا الأمر بالنسبة إلى موجب الموكل في التعويض على الوكيل، وهذا التعويض لا مجال له إلا في حالة قيام الوكيل ببعض النفقات بمناسبة تنفيذ العقد.

31104 - التقسيم. موضوع الوكالة موجبات فعل مستقلة عن وضع مال بالتصرف مما يسوّغ تصنيفها بين تقديمات الخدمة⁽²⁾.

إنها عملية معقدة تقضي بتدخل عدة عناصر يجب تفصيلها (الفقرة 1). ومن المناسب فضلاً عن ذلك، إكمال التعريف بتفحص بعض الخصائص المنسوبة إليها بطيبة خاطر (الفقرة 2).

الفقرة 1 - عناصر الخدمة الواجبة تأديتها

31105 - القانون المدني. ورد التعريف في المادة 1984 من القانون المدني أن «الوكالة أو التوكيل عمل بمقتضاه يعطي احد الاشخاص شخصاً آخر سلطة فعل شيء ما للموكل وباسمه».

وهي تركّز الانتباه على السلطة التي يعطيها الموكل وعلى أن الوكيل يتصرف لحساب هذا الأخير (أ)، وإنما مع التوضيح أنه يعمل باسم الموكل مما يدعو إلى التساؤل حول العلاقات بين الوكالة والتمثيل (ب).

31106 - أ. الثابتان: السلطة والادارة. يتكلم القانون المدني، على السواء، على الوكالة أو التوكيل ويستعمل التعبير الثاني بخاصة في ممارسة اعمال الكتابة العدل. ويؤخذ أحياناً بأن المماثلة في غير محلها لأن التوكيل هو الشكل الذي يمكن أن تتخذه الوكالة وحسب: هناك التباس بين السند، أي الوثيقة *instrumentum*، والعمل القانوني، *negotium*⁽³⁾. على أن Domat يفضل عبارة توكيل على الوكالة⁽⁴⁾. وغالباً ما يعتمد في اللغة الشائعة تعبير التوكيل بلا خبير.

(1) انظر *Du contrat de mandat*، رقم 5.

(2) في هذا الاتجاه انظر Bénabent، رقم 628.

(3) Ripert et Boulanger، العقود المدنية، 1958، الرقمان 2131 و 2133.

(4) انظر *Les loix civiles*، الكتاب I، الباب XV، التوكيل والأذن والتفويض؛ كما أن Troplong، لصالح «مرادفة الوكيل بالموكل»، يرفض في: *Du mandat*، في الرقمين 6 و 12 التعارض بين العقد، أي الوكالة، والأمر المعطى أي التوكيل: إلا أن المؤلف يبين مع ذلك أن التوكيل يبدو عملاً أحادي الجانب أكثر من أي عمل آخر ويسبق الوكالة نفسها.

وموضوع الوكالة، أياً كانت التسمية المعتمدة، عملية ادارة تتركز على سلطة معطاة لهذه الغاية، فمن المناسب إذاً البدء بالتطرق إليها.

31107 - 1°. ارادة اعطاء سلطة للوكيل. تستدعي الوكالة سلطة يعطيها الموكل

للاهتمام بقضيته، وينيطها بالغير لأن ليس له رغبة في القيام بذلك بسبب عدم الإلمام بها أو كذلك بسبب ضيق الوقت لامكانية القيام بها، وذلك طبيعي.

وتفترق الوكالة، وهي عمل قانوني، في ذلك بداهة عن الفضول أي شبه العقد حيث لا تتركز السلطة التي يمارسها الفضولي على ارادة الموكل. وتسويغ ذلك هو في النهاية فائدة الارادة المؤمنة. فالمنفعة تحل محل الارادة. بيد أن الفضول، عند توفر هذا الشرط، ينتج بموجب المادة 1375 من ق م مفاعيل الوكالة، بحيث أن صاحب القضية عليه، بخاصة، تحمل التعهدات التي التزم بها الفضولي باسمه.

والسلطة تناط بموجب الوكالة بطريقة فعالة إلى حد ما، وقد تكون حصرية أم لا. والوكيل في الحالة الأولى هو وحده المزود بالتوكيل. وقد تكون ارادة الفريقين الآ يعطى حق التصرف عن الموكل إلا بالتنافس معه. وليست السلطة المعطاة بالضرورة سلطة متخلّى عنها. وغالباً ما يحتفظ الموكل لنفسه بامكانية ادارة القضية شرط إذ يعلم الوكيل بالطبع. ولا تطرح المسألة على العموم في الحالة الثانية أي عندما لا يكون الوكيل هو المتصرف الوحيد: عندئذ لا يحتفظ الموكل بالامكانية الكلية بالعمل لنفسه وحسب وإنما يمكن أن يكون هناك عدة وكلاء يتدخلون في القضية. والأمر على هذا النحو مثلاً عندما يناط بيع مال بعدة وكلاء عقاريين في الوقت عينه.

وهذه السلطة المعطاة أخيراً تشكل في آن واحد الأمر بالتصرف: تعني الوكالة عندئذ، سواء اكانت مجانية أو بعوض، تنفيذ المهمة التي اناطها الموكل⁽¹⁾.

31108 - 2°. الادارة المؤمنة لحساب الموكل. الوكالة تفضي إلى الادارة. وهذه

الادارة التي يؤمنها الوكيل محددة في تعابير واسعة جداً في المادة 1984 من ق م طالما أن الأمر يتعلق «بفعل شيء ما» لحساب الموكل. نجد هنا تعريف الوكالة الوارد لدى Pothier بأنها عملية لها مدى عام جداً: بمقتضى هذا العقد، كما يقول، يكون الموكل قد «اناط الادارة في قضية أو عدة قضايا لانجازها مكانه أو على مسؤوليته بالتعاقد الآخر»⁽²⁾.

يضاف إلى ذلك أنه يجب ان يقبل الوكيل السلطة المعطاة له لكي تتكون الاتفاقية:

(1) Du contrat de mandat ، رقم 1.

(2) انظر حول كون السلطة تترافق مع الأمر Du mandat ، Troplong ، رقم 6.

يرجع القانون المدني إلى ذلك مرتين في المادتين 1984، الفقرة 2، 1985، الفقرة 2. يقابل الأمر بالتصرف إذاً ارادة الاضطلاع بالمهمة المنشودة، ويشدد Troplong على ذلك «لن يكون هناك عقد وكالة إلا أن تنضم إلى ارادة لإعطاء عُهدة الاضطلاع بهذا الاعطاء والقيام به»⁽¹⁾.

31109 - ب. النقاش: وكالة وتمثيل. يجعل تعريف الوكالة الذي اعتمده القانون المدني من التمثيل ايضاً عنصراً من عناصر العملية: تنص المادة 1984 على أن الوكيل ليس عليه ان يعمل لحساب الموكل وحسب وإنما باسمه أيضاً⁽²⁾. إن التمثيل موجود بالتأكيد خارج عقد ما، فقد يكون مصدره قانونياً كما هي الحال في تمثيل الوصي لعديم الأهلية، وتمثيل المديرين لشخص معنوي... كما أن الفضول هو مصدر سلطة تمثيل المدير لصاحب القضية⁽³⁾.

والتمثيل، من مصدر، عقدي، هو مفعول مميز للوكالة. فهذا العقد هو المنذور لكي يتيح لاحد الاشخاص أن يمثل شخصاً آخر استناداً إلى سلطات معطاة له.

ويبدو أن له أكثر من ذلك، فتعريف الوكالة، منذ صدور القانون المدني، وقد أيد الاجتهاد ذلك، يبدو أنه قد أدخل سلطة تمثيل الموكل هذه من جانب الوكيل كعنصر اساسي للعملية. ويقتضي أن يقود ذلك إلى تمييزها بوضوح عن الوكالات بدون تمثيل حقيقي مما يشير النقاش⁽⁴⁾.

31110 - مظهر أساسي. أصبح التمثيل، منذ نهاية القرن التاسع عشر، بالفعل، يعتبر في الاجتهاد مظهراً أساسياً للوكالة⁽⁵⁾.

وقد طرح حكم محكمة النقض الصادر في 14 نيسان 1886 بوضوح هذا المبدأ لبيان الفارق بين عقد الوكالة وإجارة الخدمات، أو عقد العمل: أعلن أن الوكيل له وحده الحق في التعويض عن الاضرار التي قد يتحملها بمناسبة مهمته استناداً إلى المادة 2000 من ق م، بخلاف الأجير، ويوضح لهذه الغاية أن «الطابع الاساسي أو الجوهرى لهذا العقد يتركز على السلطة المعطاة للوكيل في تمثيل الموكل»⁽⁶⁾. وهكذا توطدت في تلك

(1) Du mandat، رقم 7.

(2) انظر في هذا الصدد Du mandat، Troplong، رقم 7.

(3) انظر المادة 1375 من ق م المذكورة سابقاً.

(4) انظر في شأن معارضة هذا المفهوم للوكالة مثلاً Du mandat، Troplong، رقم 7؛ Bénabent، رقم 630: «ثمة وكالات بدون تمثيل».

(5) انظر حول مفعول هذا التمثيل الرقم 31202 اللاحق وما يليه.

(6) النقض المدني، 14 نيسان 1886، دد، 1886، 1، 221، جراح سببها شخص موقوف، ضحية تم استخدامها بموجب اجارة خدمات، غياب التعويض، التمثيل من جوهر الوكالة.

الفترة هرمية بين فئتين من الاشخاص يعملون للغير، الوكيل، في أعلى السلم الذي يستفيد من حماية عقدية فعالة، والأجير، في اسفل السلم، الذي ليس باستطاعته الطموح إلى هذه الفائدة.

على أن الحل، اضافة إلى أن قانون 1898 حول التعويض عن حوادث العمل قد محا هذا الفارق، يرتكز على إقامة تعارض كهذا بين عقد الوكالة وعقد العمل ولا يمكن إلا أن يبدو اصطناعياً. وفي الواقع يتوافق العقدان في حالات عديدة، إذ يمكن ان يناط بالاجير تمثيل المؤسسة التي يعمل لها⁽¹⁾. وليس من اجل إجراء انشقاق كهذا في أيا منا وإنما للدلالة على التفريق بين الوكالة واجارة العمل المستقل، أو عقد المقاوله هناك إصرار على مفعول التمثيل الذي يتغلب، بخلاف اجارة العمل المستقل.

ويقود مفهوم الوكالة هذا، في شتى الأحوال، وهو المرکز على فكرة التمثيل إلى تعريفه بأنه ليس عملية ادارة وإنما، بصورة وثيقة أكثر، كتوكيل لابرام عمل قانوني. وقد أخذ به وحده في الماضي Aubry و Rau، وبقي ساري المفعول حتى اليوم⁽²⁾.

ولا شك في ان الاعمال التي على الوكيل القيام بها يجب ألا تفهم بطريقة ضيقة. إنها ليست فقط العقود أو الاتفاقيات: قد يتعلق الأمر بالدفع أو التفاوض أو المساعي الادارية⁽³⁾. . . . وبكلمة واحدة كل ما هو قابل لأن يجعل الشخص المكلف مسؤولاً إلى حد ما. إن في ذلك مفهوماً ضيقاً للوكالة، وربما لم يفرض نفسه⁽⁴⁾.

31111 - تضيق مزدوج. يكرّس، قبول كون وظيفة التمثيل وإبرام أعمال قانونية للغير هما اساسيان في الوكالة⁽⁵⁾، تضيق مزدوج لحقل تطبيق هذا العقد الذي كان له سابقاً مدى أكثر اتساعاً⁽⁶⁾.

- الوكالة المفهومة على هذا النحو لا تغطي من جهة أولى عمليات لا تستدعي التمثيل. والحال أن الوكالة، في عرف Pothier مثلاً، تتجاوز هذه الوظيفة إلى حد كبير

(1) حول التعويض عن الخسائر التي تصيب الوكيل المأجور على اساس المادة 2000 من ق م، انظر حكم محكمة استئناف باريس، 14 آب 1852، دد 1853، 275، عامل كُلف مراقبة عمال آخرين وجُرح اثناء تخليص احدهم من الخطر؛ حكم محكمة استئناف Aix، 23 تشرين الأول 1889، دد، 1890، 2، 301، تابع في تفريغ حمولة سفينة انقذ تابعاً؛ غ ع، 28 تشرين الأول 1907، دد، 1908، 1، 231، تعليق Boistel، مدير مصلحة أرسل إلى مرتينيك وتوفي عند ثورة بركان.

(2) انظر Aubry et Rau، Cours de Droit civil français، 1871، الباب IV، الفقرة 410.

(3) انظر Binabent، رقم 629.

(4) انظر في هذا الاتجاه Troplong، Du mandat، رقم 7.

(5) جرى اعلان ذلك «أن طابعه التمثيلي هو الذي يعطي الوكالة خاصيتها» Ripert et Boulanger، رقم 2136.

(6) انظر في هذا الاتجاه Ripert et Boulanger، رقم 2131، وفي عرفهما أن مفهوماً «أوسع للوكالة» كان موجوداً في القانون الروماني.

وتغطي أنواع الأعمال المنوطة بالغير جميعاً، كما يشهر ذلك أحد الاوضاع التي يشير إليها: «إذا كنت قد قلت لك: يحتاج صديقي زيد إلى مبلغ الف écus؛ ولا استطيع أنه اعيره اياها إذ ليس عندي مال حالياً؛ ارجوك أن تعيره أياها نيابة عني؛ من البداهة أن هذه العبارات تتضمن وكالة»، ويضيف ان هذا العقد «يجبرني على أن أعوض عليك هذا المبلغ»⁽¹⁾. إن معيار عقد الوكالة في عرف هذا المؤلف يظهر في ارادة «تكليف... الوكيل» في قضية وليس في ارادة الالتزام بعقد ابرمه الغير، إذا كان ذلك يفرض «الالتزام بالتعويض عليه»⁽²⁾.

كما ان Troplong يأخذ بمفهوم واسع للوكالة بالنسبة إلى موضوعها طالما أنه يستهدف مثلاً حالة الكتاب العدل أو وكلاء الصرف «الذين يطلعون على رأيهم، في قضية ما، زبون يطلب ذلك»⁽³⁾.

وقد تم، مع Aubry et Rau، إرجاع مفهوم الوكالة إلى ابعاد أشد ضيقاً، وأعلنا أن «الوكالة هي عقد يعطي فيه أحد الفريقين الفريق الآخر سلطة... تمثيله لكي يقوم، باسمه ولحسابه، بعمل قانوني»؛ وأضافا أن «تعريف المادة 1984... لا يستوجب الخصائص التي تميز هذا العقد وتفرقه عن غيره»، وأن «معظم المؤلفين، لأنهم لم يدركوا بوضوح هذه الخاصيات، خلطوا مع الوكالة اتفاقيات من طبيعة مختلفة تماماً، وانه، من جهة ثانية، جرى اعتبار الكتاب العدل وكلاء الفريقين اللذين لجأ إلى وظيفتهم»⁽⁴⁾.

على أنه بقيت آثار للمفهوم الواسع للوكالة: هكذا جعل الاجتهاد دوراً لامكانية اعادة النظر في الاتعاب تقوم بها المحاكم حذاء الوكلاء وكذلك في قطاعات أخرى مختلفة النشاط ولاسيما بالنسبة إلى المهن الحرة.

- حدث مظهر آخر للتضييق ومصدره الوكالة لم يكن يستدعي بالضرورة تمثيلاً تاماً وإنما ارادة ادارة قضية الغير وحسب. والحال أن القانون المدني، في المادة 1984،

(1) Du contrat de mandat، رقم 20.

(2) Du contrat de mandat، رقم 18.

(3) Du mandat، المذكور سابقاً، رقم 17، فالمسألة هي أن هذه النصيحة يمكن أن تؤدي إلى مسؤولية من اعطاها، لأنه قدمها بصفة وكيل مع نية الالتزام وليس على سبيل المجاملة؛ انظر أيضاً Troplong، Du mandat، رقم 36: «استطيع أن أتفق مع زيد على ان يتولى قطاف كرمه عمرو الذي يؤدي غيابه إلى تهديد الغلة. فإذا رفض زيد، بعد ان قبل الوكالة، فإن بإمكانني اجباره على ذلك عن طريق القضاء؛ والعكس بالعكس تكون له دعوى ضدي لكي اعوض عليه».

(4) محاضرات في القانون المدني الفرنسي، 1871، الباب IV، الفقرة 410 والتعليق 2؛ قارن بـ Aubry et Rau، الباب VI، تأليف Ponsard، 1975، الفقرة 410، رقم 164، ص 236 حيث جرى تأكيد أن الوكالة «يمكن أن توجد بدون تمثيل».

بفرض ان يتصرف الوكيل «لحساب الموكل وباسمه»، يبدو أنه استبعد فرضيات التمثيل الناقص جميعاً.

بيد أن ذلك نقطة انتقدها Troplong جداً وفي رأيه أن ذلك «يصغر إلى أقصى حد الفكرة التي يجب ان تتكون عن التوكيل». ويتعجب قائلاً: «هل من الضروري قول ذلك؟ هناك العديد من الحالات لا يعمل الوكيل فيها باسم الموكل وأن كان يتصرف لحسابه»⁽¹⁾. ويغتاظ المؤلف الذي أخذ مثال شراء اجراه وسيط الغير ويأخذ بأنه «ليس من الضروري إعلام البائع بأنه يعمل باسمك. وبالفعل ماذا يهم البائع ذلك وقد جرى دفع الثمن نقداً؟ فالوكالة هنا هي قضية لا تتعلق إلا بك وبصديقك»⁽²⁾.

وبتعبير آخر كان القانون المدني في قطيعة مع التقليد. وفي عرف Aubry و Rau، في أي حال، ليس هناك أي غموض: «يتلقى الوكيل سلطة تمثيل الموكل لكي يكون ملتزماً تجاه الغير ولكي يلزم الغير تجاهه»⁽³⁾. ويبدو أن الفقه المعاصر في هذا الاتجاه ذلك بأنه يفرق عموماً بين الوكالة والأساليب التي تؤدي إلى تمثيل ناقص كالعمولة التجارية⁽⁴⁾. والسبئية هي أننا لا نعرف جيداً ما إذا كان ينبغي، في التمثيل الناقص، تطبيق قواعد الوكالة.

على أن مفهوماً كهذا، ضيقاً مضاعفة، للوكالة هو المفهوم الذي كرسه الاجتهاد منذ وقت طويل واستمر في اعتماده. وقد جعل منه معيار التفريق عن اجارة العمل المستقل أو عقد المقاول: تكون هناك وكالة عندما يكلف أشخاص شخصاً آخر عملاً قانونياً لحسابهم وليس أعمالاً مادية⁽⁵⁾.

الفقرة 2 - خصائص العقد التكميلية

31112 - اعلان. تقدم الوكالة في القانون المدني كخدمة مجانية من حيث المبدأ (أ). تضاف إلى ذلك عدة نصوص تجعل منها عقداً مبرماً بالنظر إلى الشخص المتعاقد معه (ب).

31113 - أ. إنه خدمة، مبدئياً، ذات طابع مجاني. تنص المادة 1986 من ق م

(1) Du mandat ، رقم 8.

(2) Du mandat ، رقم 8.

(3) محاضرات في القانون المدني الفرنسي 1871، الباب IV، الفقرة 410.

(4) انظر على سبيل المثال Malaurie et Aynès ، رقم 538: الوكيل بالعمولة «ليس ركيلاً طالما أنه يعمل لحسابه».

(5) غ م أن، 19 شباط 1968، د، 1968، م إد، 1968، II، 15490، شخص يكلف شخصاً آخر اناطة بناء منزل بمقاول يختاره، وكالة.

على أن «الوكالة مجانية إذا لم يكن ثمة اتفاق مخالف». ويقضي تقليد بأن بعض عقود الخدمة هي عقود مجانية، خدمات مجانية (كالإيداع والعارية والوكالة...). ويقدم Domat الوكالة على إنها «استقامة» أو «وظيفة صداقة»⁽¹⁾. وقد بقيت المجانية معتمدة في القانون المدني مع أن القانون التجاري طاردها بسبب الشك الذي تولده⁽²⁾، وكذلك ولا ريب بسبب الالتواء الذي يخشى أن تفرضه على المنافسة.

على أن المادة 1986 تحتفظ صراحة بإمكانية إبرام اتفاقيات معاكسة، ومن المفهوم، في هذه الحالة، أن مسؤولية الوكيل تقدر بقساوة أكثر⁽³⁾. فالمجانية، إذا كان من الممكن أن تكون من طبيعة الوكالة، ليست إذاً بالتأكيد من جوهرها.

بيد أنه من الممكن اعتبار أن التمثيل الاتفاقي المجاني تحتفظ به لوصف الوكالة، وإذا كانت بعوض فهي تعتبر داخلة في فئة الإجارة⁽⁴⁾، تماماً كما تتعارض العارية بمجانيتها مع الإيجار الذي يتضمن دائماً مقابلاً. وتوزيع التسميات لا يتم على هذا النحو: الوكالة المؤمنة مجاناً أو بمقابل مال هي دائماً وكالة.

أما تعبير «الاعتاب» فهو مرتبط بالمجانية الأصلية لهذا العقد وقد جاء من كون الاعتاب التي يمكن دفعها استثنائياً كانت تقدم كبيان عن العرفان بالجميل للخدمة المؤداة بشكل مجاني، أو كذلك طريقة إكرام فيما بعد للطاقة الغير⁽⁵⁾.

إن نتيجة إضفاء الاحتراف النامي على الخدمات التي يؤديها الوسطاء، مهما يكن من أمر، جعل الوكالة المجانية استثناء - مسوّغاً في أغلب الأحيان بالفحوى العائلية للعملية - والوكالة المأجورة هي القاعدة، يضاف إلى ذلك أن الاعتاب، حتى داخل العلاقات العائلية، بالنسبة إلى من يدير قضايا الغير، قد تغدو المبدأ: الأمر كذلك في المادة 815 - 12 التي تنص على اعتاب المالك على الشيوخ المدير. وللمثال دلالة حتى ولو لم يكن هذا النص قد بنى التدخل المبين على هذا النحو على مفهوم الوكالة الضمنية ولا على الفضول.

(1) Les lois civiles، في التوكيل، الأوامر والعهد، القسم I، رقم IX؛ انظر أيضاً Pothier, Du contrat de mandat، رقم 3: «هذا العقد هو في مصف عقود الإحسان»؛ Troplong, Du mandat، المذكور سابقاً، رقم 2: «الدافع الأصلي للوكالة هو في الصداقة».

(2) ليس هناك شيء مجاني، في الحقيقة، في الأعمال؛ انظر Boitard, Les contrats de service gratuit، اطروحة في باريس، 1941؛ Ch. Goyet, La gratuité dans la promotion commerciale en droit pénal، م ف ق ت، 1975، 35.

(3) «تطبق المسؤولية المتعلقة بالخطأ بقساوة أقل على من تكون وكالته مجانية مما هي الحال بالنسبة إلى من يتلقى أجراً»، المادة 1992، الفقرة 2، من ق م.

(4) لصالح إدخال الوكالة بعوض في الإيجار، انظر Ripert et Boulanger، رقم 2135.

(5) «تحية للموهبة المستفاد منها: honos, honorarium»، انظر Ripert et Boulanger، رقم 2135.

وقد طرحت المحاكم، انطلاقاً من ذلك، قرينة اعتبار الوكالة التي يضطلع بها مهني أنها وكالة مقابل أجر⁽¹⁾. الحل نفسه بالنسبة إلى اجارة العمل المستقل⁽²⁾.

31114 - ب. العقد مبرم، مبدئياً، بالنظر إلى الشخص المتعاقد معه. إذا تبين لأحد الأشخاص أن امكانيات عمله تتضاعف بسبب الوكالة فتكون السيئة أنه يتعرض، في آن واحد، إلى مخاطر هي ايضاً عديدة. وإذا ما خان الممثل ارادة من يعمل لاجله، أو الاسوأ إذا حوّل مهمته لمصلحة شخصية قد يصبح الموكل ملتزماً في ظروف مناقضة لمصلحته.

إن الوكالة تستوجب الثقة إذن، ذلك بأنها تسوّغ وحدها أن يقبل شخص ما، سلفاً، الالتزام عن طريق شخص آخر. وعلاقة كهذه، كنتيجة لذلك، تركز على اختيار يأخذ في الاعتبار اختيار الموكل شخص الوكيل⁽³⁾. ويتجسد هذا الطابع في أحكام خاصة في القانون المدني في ما يتعلق بالتنازل عن هذا العقد.

ولكن للفكرة طابع أكثر فأكثر اليوم. ويبدو أن القانون المدني تلاقى مع طابع بالنظر إلى الشخص المتعاقد معه في العقد عندما يجيز استبدال الوكيل بدون موافقة الموكل.

31115 - 1°. التنازل عن الوكالة. يتم التنازل عن الوكالة حسب كفيات محددة في المواد 2003 إلى 2010 من ق م⁽⁴⁾. فالمادة 2003 تعتبر أن سبب زوال العقد هو وفاة الوكيل ما يمثل إحدى سمات الشخص المتعاقد معه في العقود.

وتوضح المادة 2004 أن الموكل بإمكانه الرجوع عن توكيله «عندما يحلو له ذلك»، أي بمبادرة منه وبدون إخطار. وثمة علامة أخرى لطابع بالنظر إلى الشخص المتعاقد

(1) انظر كمثال غ م أن، 13 كانون الأول 1989، ن م، I، رقم 399، مستشار قانوني: «تفترض الوكالة مأجورة عندما تناط بشخص مهته المعتادة تركز على الاهتمام بقضايا الغير».

(2) انظر الرقم 32113 اللاحق وما يليه.

(3) انظر حول هذا الطابع على سبيل المثال Saint-Denis-de-la-Réunion، 16 تشرين الأول 1989، م إد، 1990، II، 21504، تعليق Putman، ابطال العقد لغلط في الشخص، موكل نيته الالتزام مع وكالة تجارية للاختبار وليس مع شخص طبيعي؛ انظر في ما يتعلق بالنظر إلى الشخص المتعاقد معه، Azaulai، L'élimination de l'intuitus personae dans le contrat، في La tendance à la stabilité du bien، M.Contamine-Raynaud، L'intuitus personae dans، 1960، L.G.D.J., P.Purand، إدارة، les contrats، اطروحة في باريس II، 1974، طبع على الآلة الكاتبة؛ Ph. Simler، م إم، المواد 1136 إلى 1145، العقود والموجبات، الكراسة 1، التفريق بين موجبات العطاء والفعل وعدم الفعل 1983؛ Ph. Le Tourneau، م إ، العقود والتوزيع، الكراسة 420، عقد «بالنظر إلى الشخص المتعاقد معه»، 1994، Malaurie et Aynès، رقم 323، 790.

(4) انظر حول أسباب زوال العقد المختلفة الرقم 31263 اللاحق وما يليه.

معه . إن امكانية الموكل هذه استثنائية ولا تؤدي ممارستها إلى حق الوكيل في العطل والضرر لوضع نهاية لمهمته .

على أن هذا الحل مرتبط بالمفهوم التقليدي للوكالة ، أي إنها خدمة يقدمها صديق ، وانطلاقاً من ذلك هي خدمة عرضية يجب أن يكون نظامها حامي الموكل . إنها غير متكيفة مع عالم تستخدم فيه الوكالة للاحاطة بالأنشطة المهنية التي غالباً ما يكون لها طابع دائم⁽¹⁾ .

من هنا بروز مفهوم وكالة «المصلحة المشتركة» المتميزة بالتعاون بين الفريقين في قضية مشتركة ، مثلاً إنماء الزبن الذي يطبق بخاصة على الوكلاء التجاريين : إن امكانية الموكل ، في حالة كهذه ، في التخلص من الوكيل ، غير موجودة إلاً مقابل التعويض عليه⁽²⁾ . ويلاحظ ، هكذا ، أن طابع بالنظر إلى الشخص المتعاقد معه يتراجع امام الحقائق الاقتصادية .

31116 - 2° . الاستبدال بالوكيل . استبدال شخص آخر بالوكيل يشكل استثناء جلياً في شأن طابع بالنظر إلى الشخص المتعاقد معه في هذا العقد ، على الأقل إذا كان الاستبدال يمكن أن يحصل بدون موافقة الموكل .

والحال أن المادة 1994 من ق م ق تقبل ضمناً هذه الامكانية إذ تؤكد أن الوكيل مسؤول عن الشخص الذي حل محله في ادارته إذا لم يكن قد أعلم الموكل أو إذا اساء اختيار الوكيل من الباطن . وهكذا للوكيل امكانية التخلص من مهمته بأن ينيط بدوره بشخص آخر المهمة التي عهد الموكل إليه بها . ويجري الكلام عندئذ على الوكالة من الباطن .

تبقى بالتأكيد حالات يكون فيها الاستبدال ممنوعاً ، بخاصة في الوكالات القضائية . إلاً أن التحضير استثنائي .

ويلاحظ هنا أيضاً أن طابع بالنظر إلى الشخص المتعاقد معه في الوكالة يقدم بطيبة خاطر كأحد المظاهر الاساسية وهو قابل للمحاء .

(1) انظر كمثال Houin et Pédamon ، رقم 620 ؛ J.M. Leloup, Les agents commerciaux منشورات Delmas ، 1989 ، ب 3.

(2) انظر الرقم 31276 اللاحق وما يليه .

القسم II

تقريب وتفریق

31117 - اعلان. ينتج عن وصف الوكالة تطبيق نظام خاص له أصالة بالنسبة إلى النظام الذي يمكن أن يطبق على اتفاقيات أو أوضاع قريبة. من هنا التفریق الواجب اجراءه عن بعض العقود (الفقرة 1) ومع امكانيات أخرى وسيطة (الفقرة 2)، أو كذلك عن أوضاع أخرى على هامش الوكالة (الفقرة 3).

الفقرة 1 - التفریق عن بعض العقود

31118 - الوكيل أو البائع أو مقدم الخدمات. تشير الوكالة تقريباً من عقد البيع وعقد العمل ومختلف تقديم الخدمات.

31119 - أ. الوكالة وعقد البيع. التردد بين الوكيل أو البائع بعد الشراء مسموح أحياناً. فللوكالة في الواقع دور تقوم به هو في المقام الأول في تتجير الأموال.

والتاجر، في الأصل، ليكون في احتكاك مع الزبن أو غير بعيد عنهم، يلجأ إلى خدمات وكلاء متوطدين في فروع، أو إلى أنواع الممثلين كافة⁽¹⁾. والوكالة في أيامنا، بالموازاة مع أشكال التوزيع المبنية على البيع، كالامتياز أو تقديم المهارة، تبقى إوالية قانونية مستعملة إلى حد كبير: دور الوكلاء التجاريين أو الوكلاء بالعمولة يشهد على ذلك⁽²⁾. وتوازي الوظائف هذا يجعل من الصعب، في المناسبة، التفریق بين الوكالة والبيع.

عندما يتزود بائع بالمفرق بمنتجات من صانع ليقترحها على الزبن، هل تستدعي هذه العملية بينهم بيعاً أم يمكن ان يتعلق الأمر بوكالة؟ لقد طرحت المسألة على وجه الخصوص في بداية انتشار الامتياز، فقرر الاجتهاد أن صاحب الامتياز مرتبط، مبدئياً، بمورده بعقد بيع وهو ليس ممثلاً عادياً. إن صاحب الامتياز، حتى إذا استخدم علامة مورده، يقود تجارته لحسابه الخاص، يضاف إلى ذلك أنه له زبائنه الخاصون⁽³⁾.

والمعيار الرئيسي هو أن هناك بيعاً لا وكالة إذا كان الموزع قد اشترى السلع

(1) انظر Troplong, Du mandat، المقدمة، ص 1.

(2) حول الموازاة بين كيفتي التوزيع انظر الرقم 11596 السابق وما يليه؛ وفي صدد الوكلاء التجاريين انظر الرقم 31516 اللاحق وما يليه.

(3) انظر Malauric et Aynès، رقم 828؛ J.Huet, Responsabilité des vendeurs، 1987، رقم 132 وما يليه؛ انظر Leloup, Le partage du marché par les réseaux de distribution، 1978، ص 933 وما يليها.

والملكية نقلت إليه لتكون فيما بعد ملكية المكتسب النهائي⁽¹⁾. ووصف الوكالة، في الحالة المعاكسة، ممكن وكذلك وصف الايداع. وتستخدم مؤشرات مختلفة للاقناع يمكن ان تشهد على نقل الملكية: مثلاً كون العملية تحمل على وجود دفع صاحب الامتياز بدون انتظار البيع من المستهلك النهائي⁽²⁾. يضاف إلى ذلك، في التفريق الواجب القيام به، أن أهمية معينة ترتبط بكون الوسيط قد أعلم مكتسب الملكية بالوكالة أم لا⁽³⁾.

والنتائج الناجمة عن الوصف مختلفة مع غلبة معينة لصفة الوكيل: الموزع البائع مسؤول شخصياً عن نوعية الشيء المقدم بموجب المادة 1641 وما يليها من القانون المدني، في حين أن الوكيل ليس مسؤولاً⁽⁴⁾. والوكيل يستفيد في الوقت عينه من حماية خاصة اعطاها الاجتهاد الممثلين الذين يعملون بموجب وكالة مصلحة مشتركة، أو بمقتضى مرسوم 23 كانون الأول 1958 للوكلاء التجاريين.

31120 - الوكيل العقاري أو تاجر الأموال. يوجد التعارض نفسه بين الوكالة

والبيع في المادة العقارية بسبب التنظيم المطبق في هذا المجال. فالوكيل العقاري يخضع بالفعل لنظام اكراهي إلى حد ما انشأه قانون «Hoguet» في 2 كانون الثاني 1970 ومرسومه التطبيقي في عام 1972. والحال ليست كذلك في صدد تاجر الاموال الذي يفلت ايضاً من أي تنظيم خاص⁽⁵⁾. ومن هنا ضرورة التفريق بينهما.

(1) انظر كمشال غ م أن، 8 تشرين الأول 1957، ن م، I، رقم 360، م ف ق م، 1958، 365، م J.Hémard، صاحب امتياز، بائع بعد الشراء، ضمان المادة 1641 وما يليها من ق م؛ غ ت ن، 17 كانون الأول 1957، ن م، III، رقم 350، م ف ق ت، 1958، 594، م Hémard، جراحة مستعملة، اداة الموزع بتعويضات؛ غ ت ن، 27 تشرين الأول 1970، م إد، 1971، II، 16655، تعليق P.L.، قطاعة أحجار، مسؤولية صاحب الامتياز؛ غ ت ن، 17 أيار 1976، ن م، IV، رقم 166، مشتريات مفوترة للموزع؛ وكذلك، بالنسبة إلى وصف الوكالة، الغرفة الجنائية، أول تموز 1962، النشرة الجنائية، رقم 171، اتفاقية وكيل حر ابرمها الصانع مع البائعين بالمفروق، قانونية بند الثمن المفروض.

(2) هكذا يشكل عقد توزيع حصري، بمقتضاه يطلب صاحب امتياز مسبكة بصورة حاسمة إليها سلماً مفوترة له، امتياز بيع لا وكالة، انظر غ ت ن، 13 أيار 1970، م إد، 1971، II، 16891، تعليق A.Sayag، قواعد الوكالة المشتركة غير قابلة للتطبيق. طلب العطل والضرر بسبب الفسخ مردود.

(3) انظر غ ت أن، 8 تشرين الأول 1957، ن م، I، رقم 360، المذكور سابقاً، اسباب تسويغ.

(4) انظر الاحكام السابقة، غ م أن، أول تشرين الأول 1957، ن م، I، رقم 360، غ ت ن، 17 كانون الأول 1957، ن م، III، رقم 350، غ ت ن، 27 تشرين الأول 1970، م إد، 1971، II، 16655، تعليق P.L.

(5) انظر في شأن فئة المهنيين الثانية هذه S. Gaillard et H.M.Tubiana، منشورات Litec، 1991، وبخاصة الرقم 13 وما يليه؛ انظر أيضاً غ م أن، 10 كانون الثاني 1979، ن م، I، رقم 17، قانون 1970 في شأن الوكلاء العقاريين غير قابل للتطبيق في العلاقات بين تاجر الاموال والوكلاء التجاريين الذين يعتمدهم؛ أضف إلى ذلك غ م أن، 31 تشرين الأول 1989، م ق ع، 1990، 2، 552، تعليق M.Peisse.

إن معيار نقل الملكية، من جديد، هو المعيار الواجب إعماله. فالوكيل العقاري، بكونه مجرد وسيط، يعمل بدون اكتساب ملكية الأموال التي يؤمن تداولها. وبالعكس يغدو تاجر الأموال الذي يمارس نشاطاً يرتكز على شراء الأموال العقارية وبيعها بعد الشراء مالك ما يقترحه على الزبن. إلا أن الحد بين الكيفيتين جعلته ملتبساً اللعبة الممكنة في شأن الوعود بالبيع التي تنقل قبل استحقاق المهلة المحددة لاستعمال الخيار⁽¹⁾.

وتجار الأموال، في أي حال، منذ قانون 29 كانون الثاني 1993 المعد لمكافحة الرشوة، ليس لهم، كالوكلاء العقاريين، الحق في التفاوض حول الوعود بالبيع، أي القيام بالتنازل بعوض مما يجب أن يكون من شأنه توضيح وضعهم في السوق⁽²⁾.

31121 - ب. الوكالة وعقد العمل. الوكالة قريبة أيضاً في جوانب عدة من عقد العمل. ويلاحظ بصورة خاصة إن موضوع كلتا الاتفاقيتين مماثل في بعض الأحيان. فمهمة الوكيل التجاري الذي يمثل كوكيل مستقل وبصورة منتظمة مؤسسة أو عدة مؤسسات لبيع منتجاتها قريبة من مهمة أجير يروج السلع لدى الزبن لحساب مستخدمه بصفة مسافر وممثل وسيط تجاري VRP. إنه يؤمن وظيفة توزيع مماثل.

غير أن المبدأ هو أن الوكيل يفتقر عن الأجير بالاستقلال الذي يتمتع به في علاقاته مع الشخص الذي يستعمل خدماته⁽³⁾. إذن، يظهر المعيار نفسه كالمعيار الذي يتيح تفريق إجارة العمل المستقل عن عقد العمل⁽⁴⁾.

ويستند الاجتهاد إلى واقع أن هناك رباط تبعية أم لا لتقرير ما إذا كان الممثل الذي يدرس السوق لحساب مؤسسة هو أجير أو وكيل⁽⁵⁾. وتتجسد تبعية الاجير بصورة خاصة

(1) انظر كمثال في شأن الاجتهاد الذي يفرق بين تاجر الأموال الذي يشتري لنفسه والوكيل العقاري الذي يؤمن التداول للغير، الغرفة الجنائية، 12 شباط 1979، النشرة الجنائية، رقم 59، مجلة القانون العقاري، 1980، 73، م Ch. Lombois، وعد بالبيع معطى لتاجر؛ غ م أن، 27 كانون الثاني 1987، ن م I، رقم 22، وعد بالبيع معطى لوكيل.

(2) انظر حول هذا الحل الرقم 11528 السابق وما يليه.

(3) لوحظ ذلك في صدد الوكيل الاجتماعي الذي يفتقر عن الاجير بوضعه الموقت، انظر كمثال غ إ ن، 20 تشرين الأول 1976، ن م V، رقم 503: «رئيس مجلس الإدارة والمدير العام هما وكلاء الشركة القابلون للاستغناء عن خدماتهما في أي وقت... وهما ليسا اجيرين، إلا أن انزلاق وضع إلى آخر قد يكون غير ملموس انظر غ إ ن، أول حزيران 1978، ن م V، رقم 426، رئيس الجهاز الإداري؛ وفي حالة الجمع مع وضع الاجير يمكن الرجوع دائماً عن الوكالة الاجتماعية، انظر Ph. Langois، م العمل، الكراسة 2 - 10، رقم 30 وما يليه.

(4) انظر الرقم 32127 اللاحق وما يليه.

(5) انظر في شأن وصف الأجير: غ إ ن، 8 كانون الأول 1961، ن م IV، رقم 1017، وكالة بيع منتجات، استخدام اجير، تقارير يومية مفصلة؛ وفي اتجاه معاكس لوصف الوكيل: غ إ ن، 11 أيار 1966، ن م IV، رقم 434، شركة تأمين، عقد عمل استبدلت به وكالة إدارة، مستخدم عين مديراً مساعداً، تفويض السلطات واسع جداً، فسخ العقد، قضاء العمل التحكيمي ليس صاحب صلاحية.

بكون المستخدم بإمكانه تعديل شروط عمل صاحب العلاقة، في كل ما يتعلق باداء مؤسسته بدون أن يشكل ذلك خرقاً للعقد المبرم، في حين أن العلاقات بين فريقى الوكالة تخضع بشكل وثيق لما يتفق عليه عقب ابرام الاتفاقية⁽¹⁾.

بيد أن استقلال الوكيل يتوافق بصورة خاصة مع وقتية معينه، طالما أن عقد الوكالة يمكن دائماً الرجوع عنه من جانب واحد. وتبعية الأجير تتيح له في الوقت عينه الاستفادة من منافع قانون العمل جميعاً، وعلى وجه الخصوص الضمان الناتج عنه.

وكان للتفريق بين نوعي العقدين، خلال القرن التاسع عشر، طابع حاد إذ كان من المقبول كون وضع الوكيل، حسب المادة 2000 من ق م، يتيح له التعويض عليه عن نتائج الحوادث الحاصلة في مناسبة تنفيذ مهمته⁽²⁾ وعلى عكس وضع الاجير الذي كان في تلك الفترة موضوع اجتهاد صلب ينكر عليه أي حق في التعويض⁽³⁾. وقد زال هذا التعارض في النهاية بالأخذ على العائق حوادث العمل (أو طوارئ العمل) في القوانين الصادرة اعتباراً من عام 1898، ثم عن طريق الضمان الاجتماعي.

31122 - التنسيق وشبه الاجارة (وضع الاجراء أو مجموعهم). أصبح التفريق بين العقدين صعباً بكون التنسيق بينهما ممكناً. على أن معيار التبعية لا يبدو حاسماً ذلك بأن هناك، عملياً، وكلاء هم شبه اجراء.

- التنسيق. قد يكون اجير ما مزوداً بسلطة تمثيل مستخدمه. إذن لا يستبعد أحد الوصفين الآخر⁽⁴⁾.

والأمثلة على جمع صفتي الوكيل والأجير عديدة. فالخدام عندما يتبضعون هم وكلاء أسيادهم في الشراء من الغير. وقد يكون هذا المستخدم أو ذاك، في مناسبة قضية

(1) انظر غ إن، 24 شباط 1955، د، 1955، 442، ممثل مرتبط باجارة الخدمات، تطلب تقرير يومي، عنصر غير وارذ في العقد: «تعليمات جديدة للمستخدم»، الحر دائماً في وضع نظام جديد لمؤسسته لاداء أفضل، الحق في فرضها على مستخدميه».

(2) انظر النقض المدني، 14 نيسان 1886، دد، 1886، 281، جراح سببها شخص موقوف، الضحية مستخدمة بموجب اجارة خدمات، غياب التعويض التمثيل هو من جوهر الوكالة؛ غ ع، 28 تشرين الأول 1908، دد، 1908، 1، 481، تعليق A. Boistel، تأييد التعويض غير الجزافي عن الضرر الذي يطالب به اصحاب حقوق الوكيل؛ انظر بصدد هذا الاجتهاد القسم 1 السابق، التمثيل.

(3) اكدت المحاكم، في تلك الفترة بالفعل، ان عقد العمل لا يولد ضماناً على عائق المستخدم، انظر غ ع، 2 كانون الأول 1884، د، 1885، 1، 423، س، 1885، 1، 377؛ غ ع، 5 نيسان 1894، د، 1894، 1، 479، س، 1897، 1، 229؛ غ ع، 15 تموز 1896، س، 1897، 2، 229، Mazeaud et Tunc، Traité de la responsabilité، الباب I، 1965، رقم 156.

(4) انظر Ph.Langlois، م إل العمل، الكراسة 2 - 10، الاجراء، 1985، رقم 21 وما يليه.

خاصة، معيناً للتعبير باسم مستخدمه. وإذا كان العقدان لا يقبلان التوفيق بينهما فيجري التطبيق توزيعياً. وفي حالة النزاع تتغلب قواعد الانتظام العام لقانون العمل على القواعد البديلة للوكالة.

وقد جرت المنازعة في فكرة جمع نوعي العقد بهذه الطريقة، وجرى الأخذ، في صدد وظيفة مفوض بالتوقيع في إحدى المؤسسات، بأن عقد العمل غالباً ما يستوجب مهمة تمثيل مستمدة من العقد ذاته وليس من وكالة بحصر المعنى⁽¹⁾. بيد أن التحليلين - الوكالة التابعة لعقد العمل أو سلطة التمثيل المستمدة من الوظيفة المأجورة - يبقيان محتملين⁽²⁾.

- يضاف إلى ذلك وجود أوضاع يستعمل فيها عقد الوكالة لإقامة علاقات تبدو قريبة جداً من الأجارة salariat: هكذا الأمر بشأن العلاقات بين الشركات النفطية وضخاخي العلامة.

ونشاط الضخاخين تراقبه الشركات النفطية، وقد منحهم الاجتهاد الذي أخذ في الحسبان حالة التبعية الاقتصادية الموجودين فيها تعويضاً عن الخسارة التجارية عندما ينتهي عقدهم⁽³⁾.

31123 - المسافرون الممثلون الوسطاء التجاريون والوكلاء التجاريون. بت المشترع في بعض الحالات مسألة الوصف. ويعترف أحياناً لصاحب العلاقة بصفة مزدوجة. وهكذا يصف قانون 7 آذار 1957 الصادر في شأن المسافرين الممثلين الوسطاء التجاريين VRP بأنهم اجراء ويعطيهم الحق في التعويض عن الزبائن في حالة فسخ العقد⁽⁴⁾، ولكنهم في

(1) Aubry et Rau, Droit civil français، الباب VI، تأليف Ponsard، 1975، الفقرة 410، الرقم 164، ص 237.

(2) انظر Ph. Langlois، م إ العمل، الكراسة 2 - 10، رقم 21.

(3) انظر بصورة خاصة غ ت ن، 17 كانون الأول 1991، قراران، قضايا توتال وإسو، وغ ت ن، 28 كانون الثاني 1992، قضايا توتال وإسو، م إ د، 1992، II، 372، تعليق B. Gross، M. Béhar- Touchais، Idemnisation par les compagnies pétrolières des pertes d'exploitation de leurs distributeurs d'exploitation، م إ ق أ، 1992، العرض، 163؛ وحول التعويض عن الخسائر التجارية للموزعين على اساس المادة 2000 من، ق م، بسبب حالة تبعية الاقتصادية، انظر الرقم 21245 اللاحق وما يليه.

(4) جرى بيان أن ممثلي التجارة كانوا يفترقون، تاريخياً، عن الممثلين المسافرين الاجراء الذين يزورون الزبن للحصول على طلبات، في كونهم يقومون بالنشاط ذاته وإنما بصورة مستقلة، انظر M. Vasseur، ص 557؛ بيد أن وقتية وضعهم، ولا سيما كون حقية تمثيلهم قد تكون فارغة من قيمتها إذا كانت المؤسسة التي يعملون لها قد سحبت منهم بطاقتهم، جعلت هؤلاء يأملون الاقتراب من نظام الاجبر: عمل قانون 18 تموز 1937 على ارضائهم باعطائهم الحق في التعويض عن الزبن؛ إلا أنه جرى الاستمرار في اعتبارهم وكلاء مستقلين، انظر غ إ ن، 29 آذار 1946، د، 1946، 243؛ ولم يُقبل الطابع التابع لوضعهم إلا في الخمسينات شيئاً فشيئاً، انظر غ إ ن، 24 شباط 1955، د، 1955، 442، وهذا ما أكدته قانون 1957.

الوقت عينه وكلاء مستخدمهم⁽¹⁾.

وتجري معاملة الوكلاء التجاريين، مع أنهم قريبون من المسافرين الممثلين الوسطاء التجاريين بالتعويض عن فسخ العقد الذي يستفيدون منه أيضاً، وفقاً للمرسوم الصادر بتاريخ 28 كانون الأول 1958 وقانون 25 حزيران 1991 كوكلاء صرف يتصرفون باستقلال. على أن التفريق بين المسافر والممثل والوكيل التجاري يمكن الأخذ به إلى حد ما⁽²⁾. حتى ولو كان المسافر... يكلف على العموم بمهمة درس السوق في قطاع معين في حين أن الوكيل التجاري يستفيد من حرية أكبر⁽³⁾.

ولتسجيل الممثل، عملياً في السجل الخاص الوارد في مرسوم عام 1958، دور هام في اسباغ صفة وكيل تجاري⁽⁴⁾، مما يؤدي إلى كون نوع من امكانية اختياره النظام متروكاً لصاحب العلاقة.

وحول نظام الوكلاء التجاريين انظر الرقم 31516 اللاحق به.

31124 - ج. الوكالة وإجارة العمل المستقل: مقدّم الخدمة، في اجارة العمل

المستقل كما في الوكالة، يقوم بنشاطه بشكل مستقل. ويعود التفريق بين العقدين إلى واقع أن العقد الأول ينزع، مبدئياً، إلى تحقيق أعمال قانونية لحساب الغير، في حين أن الثاني موضوعه تنفيذ أعمال مادية. ولكن التعارض ليس جازماً، والوصفان متجانسان إلى حد كبير: لا يستبعد أحدهما الآخر بصورة عامة.

وفي الواقع يعود الكثير من المهن في آن واحد إلى هذا الوصف أو ذاك: المحامي أو الكاتب العدل (وكالة ونصيحة)... ووكالة السفر التي تعمل كمقدم خدمات عندما

(1) المواد 1-L.1-751 إلى 751 - 15 من ق ع؛ وحول المسافرين الممثلين الوسطاء التجاريين انظر M.Bouteloup، م إ العمل، الكراسات، 4 - 10 و 4 - 20 و 4 - 30، المسافرون والممثلون والوسطاء التجاريون، 1990، S.Dureteste، ف د ت، V، ممثلو التجارة، 1988.

(2) غير أن محكمة النقض (أو التمييز) تمارس رقابة الوصف، انظر غ ت ن، 27 شباط 1973، ن م، IV، رقم 100، وكالة معطاة لتسلم طلبات الاعتماد لشراء سيارات أو تجهيزات، وكيل مسجل، غياب قطاع محدد، استحالة استبدال وكيل بآخر، امكانية الموكل في رفض بعض العقود المقترحة، تعليمات عامة لا تمنع الممارسة المستقلة للمهنة، نقض الحكم الذي رفض الاستفادة من نظام 1958؛ وقد أخذ الحكم بوصف الوكيل التجاري.

(3) يمكن أيضاً ألا يكون صاحب العلاقة مسافراً ممثلاً وسيطاً تجارياً ولا وكيلاً تجارياً، انظر غ إ ن، 23 تشرين الأول 1974، ن م، V، رقم 499، شخص يبيع منتجات صنعها شخص آخر شرط أن يسدد الثمن مع الاحتفاظ بعمولة، تسجيل في سجل التجارة، ليس ثمة قطاع محدد ولا درس السوق من ناحية الزبن، غياب رباط التبعية، نزاع حول نسبة تسديد الثمن، قضاء العمل التحكيمي ليس صاحب اختصاص.

(4) انظر Ph. Langlois، م إ العمل، الكراسة 2 - 10، رقم 28؛ غ ت ن، 27 شباط 1973، ن م، IV، رقم 100.

تنظم رحلات هي وكيلة زبونها للحجوزات من أجل النقل والفنادق⁽¹⁾. هناك إذاً مجموعة عناصر متجانسة من الميسور الانتقال باستمرار من واحد إلى آخر بين النظام القانوني للعقدين، مثلاً بالنسبة إلى رقابة مكافأة الخدمة المؤداة التي يمارسها القاضي.

وكان ثمة انطباع بالتأكيد في ما يتعلق بالمهندس المعماري، خلال فترة من الزمن، عن تناقض بين صفتي الوكيل ومقدم الخدمات، ذلك بأنه تم، بعد زمن طويل من وصف المهندس المعماري كوكيل⁽²⁾، استبعاد هذا الحل من أجل تطبيق قواعد اجارة العمل المستقل عليه⁽³⁾. غير أن هناك توافقاً على التفكير في أن المهندس المعماري يمكن أن يكون له، بالإضافة إلى المهمة التي يضطلع بها، دور وكيل وممثل لزبونه في العلاقات مع المقاولين⁽⁴⁾.

31125 - معيار التفريق. يكمن الفارق بين العقدين في أن الوكالة تستدعي وحدها التمثيل لا اجارة العمل المستقل. وهكذا جرى البيان في أحد القرارات، في صدد عقد ينيط بأحد الاشخاص «مهمة العمل على بناء منزل معين بضمن جزافي»، ان العقد كان يستوجب بالنسبة إلى المحاور «سلطة العهدة بالبناء إلى مقاول يختاره»، وأن الأمر كان يتعلق إذاً بوكالة تكلفه إتمام عمل قانوني وفقاً للمادة 1984 من ق م وليس القيام بأعمال مادية بدون تمثيل كما في عقد المقاولة⁽⁵⁾.

والفائدة الرئيسية لوصف الوكالة، سواء أكانت بصفة أصلية أو تابعة لإجارة، هي أنها تتيح الاعتراف بوجود رباط قانوني بين الشخص الممثل والغير الذي تمكن الممثل

(1) انظر غ ع، 14 تشرين الثاني 1939، د إ، 1940، 75، رحلة مشتركة، وكالة، غياب مسؤولية الوكيل عن حادث حصل لزبون خلال نقل في حافلة، الخطأ لم يثبت؛ قارن بـ غ م أن، 13 تشرين الثاني 1956، م إ د، 1957، II، 9799، تعليق Rodière، رحلة استجمام، وكالة، سداد بعض النفقات التي قام به الزبون، تنظيم سيء، خطأ؛ وحول وكالة السفر التي تعمل كمقدم خدمات انظر الباب II، الباب الفرعي II، الفصل III.

(2) انظر النقض المدني، 3 تشرين الثاني 1926، د د، 1927، 1، 77، تعليق G.Minvielle: الاجتهاد والفقه، حسب المعلق، «يعتبران المهندس المعماري وكيلاً».

(3) انظر بخاصة غ م أن، 27 كانون الأول 1960، ن م، I، رقم 572، نقض، صاحب العمل يعمل ضد المهندس الذي اختاره المقاول؛ غ م أن، 2 شباط 1965، د، 1965، 648، اجارة عمل مستقل، الحق في الاتعاب.

(4) انظر غ م إن، 9 نيسان 1962، ن م، I، رقم 201، د، 1963، الموجز، 11، تركيب سيء للتدفئة المركزية، ادانة المقاول من الباطن بالتعويض مباشرة على المالك: «المهندس المعماري الذي يقوم بأعمال قانونية لحساب المالك ويأمر باشغال ويعقد صفقات أو يعدلها يتصرف بصفة وكيل ويجعل المالك مسؤولاً؛ انظر أيضاً غ م أن، 19 شباط 1968، د، 1968، 303، وم G. Cornu. في م ف ق م، 1962، 558؛ وحول التفريق بين اجارة العمل المستقل والوكالة في ما يتعلق بالمهندس المعماري انظر أيضاً الرقم 32130 اللاحق.

(5) غ م أن، 19 شباط 1968، م إ د، 1968، II، 15490؛ انظر أيضاً Ripert et Boulanger، رقم 2137.

من التعاقد معه باسمه. وفي المادة الطبية مثلاً يؤخذ بوجود رابط قانوني مباشر بين المريض وطبيب البنج الذي لجأ إليه الجراح⁽¹⁾.

الفقرة 2 - الوكالة ونشاطات الوسيط الاخرى

31126 - الاعلان عن المزايد الحقيقي. إذا كان موضوع الوكالة ادارة أعمال الغير وتتضمن عموماً سلطة تمثيل فهناك تنسيق آخر موجود ينص القانون عليه احياناً وينزع إلى هذه النتيجة، وفيه أنواع أخرى من الوسطاء غير الوكيل.

الأمر على هذا النحو في أسلوب الاعلان عن المزايد الحقيقي المسمى أيضاً «شراء عن طريق اختيار الصديق»، وبمقتضاه يملك أحد الاشخاص، «وهو الذي يعمل لحساب غيره» مالاً لحساب هذا الغير ويبرم عقداً يأمله هذا الغير وإنما بدون كشف هوية من يعمل لحسابه أي «الحائز الحقيقي»⁽²⁾. وصحة الاسلوب مقبولة منذ وقت طويل وكحظوة ضريبية أعطت المادة 686 من القانون العام للضرائب «الحائز الحقيقي» مهلة أربع وعشرين ساعة، وهو الشاري المستتر لكي يكشف عن نفسه إذا كان يريد تجنب إلا تفرض على العملية الضريبة كأنها انتقال مزدوج. ويجري كل شيء عقب المسار كما لو كانت هناك وكالة وكون «من يعمل لحساب الحائز الحقيقي» قد أعلن إبرام العقد لصالح مكتسب الملكية. فالتمثيل تام⁽³⁾.

(1) انظر غ م أن، 27 أيار 1970، م إ د، 1971، II، 16833، القضية الثانية، تعليق Savatier، د، 1970، 181؛ أضف إلى ذلك م م د في Seine، 3 آذار 1985، م إ د، 1966، II، 582، 14، تعليق Savatier، ادانة بالتضامن بين الجراح وطبيب البنج: كلاهما اعطيا «وكالة ضمنية» إلى من يتصل منهما بالمريض لابرام عقد طبي بإسمهما؛ انظر أيضاً النقض المدني 17 أيار 1939، د إ، 1939، 451، طبيب معالج يلجأ إلى اختصاصي، وكيل المريض، مريض ملزم بالاعتاب تجاه الاختصاصي؛ غ م أن، 27 آذار 1979، ن م I، رقم 102، نقض الحكم الذي رد طلب الدفع الموجه لزبون طبيب من قبل المختبر الذي أجرى التحاليل، ضرورة البحث عما إذا كانت هناك وكالة ضمنية على الأقل.

انظر في مجالات أخرى النقض المدني، 23 تشرين الأول 1945، د، 1946، 19، مواكب دفن، تنظيم المآتم، مدفوعات جرت للغير، عقد مقالة مقترن بوكالة؛ حكم محكمة استئناف باريس 19 كانون الأول 1975، م ق ع، 1976، 1، 204، م ف ق م، 1976، 573، م G.Durry، سكك الحديد وكيلا مسافر وضعت بتصرفه سيارة لدى وصوله.

(2) لا شيء يبين للغير المتعاقد وجود اتفاق معقود بين الحائز الظاهري الذي يعمل لحساب الحائز الحقيقي وهذا الحائز الحقيقي في حالة بيع بالمزايدة وارد في المادة 707 من الاجراء المدني القديم (أصول المحاكمات المدنية)، وإنما يعتبر، في شأن بيع حبي أن العقد يجب ان يتضمن بند اعلان اسم الحائز الحقيقي لكي يمكن، بشكل صحيح، اللجوء إلى الاسلوب: امكانية استبدال شخص آخر بشخص الحائز الظاهري فتكون عندئذ قد ظهرت.

انظر حول هذه الإوالية في بيع عقار الرقم 11504 السابق.

(3) في هذا الاتجاه Malaurie et Aynès، رقم 535: إذا جرى كشف الحائز الحقيقي في المهلة المتفق عليها «يكون هناك تمثيل... ولا يوجد بيعان متعاقبان».

وهناك اساليب أخرى: بعضها قريب من الوكالة وإنما لا يؤمن من تمثيلاً حقيقياً (أ)، وعقود أخرى تدخل في العمليات مجرد وسطاء (ب).

31127 - أ. الوكلاء بدون سلطة تمثيل حقيقية. يتعلق الأمر بوكالة بدون تمثيل

حقيقي عندما يقوم شخص بواسطة الوكيل بالتصرف لحسابه ولكن الغير الذي أبرمت معه العملية المنشودة: (1) إما يكون على علم بأن محاوره يعمل بناء على أمر شخص آخر، على الأقل لا يعرف لحساب من أبرمت هذه العملية، وهذا هو الحال مع عقد العمولة في القانون التجاري، (2) أو أن يكون جاهلاً كلياً أن هذا المحاور لا يعمل لحسابه الخاص، وذلك هو الحال في عقد التسخير في القانون المدني.

ويمكن في الفرضية الأولى، الكلام على تمثيل ناقص، وليس هناك في الفرضية الثانية تمثيل على الإطلاق.

31128 - 1°. التمثيل الناقص: عقد العمولة. العمولة إوالية في القانون التجاري

حددها المادة 94 من قانون التجارة كما فعلت في شأن وسيط يعمل باسمه لحساب مفوض. إنها تفترق عن الوكالة بدون أن تبتعد عنها كثيراً، وقد أعلن القانون المدني، فضلاً عن ذلك، أن قواعد الوكالة يجب أن تطبق على العلاقات بين المفوض والوكيل بالعمولة⁽¹⁾. ويتم اللجوء إلى ذلك في تجارة السلع وفي نطاق النقل حيث كرس هذا الأمر المواد 96 إلى 99 من قات.

على أن عقد العمولة يخضع في جوانب عديدة لنظام خاص. وبشكل خاص لا تنتج عنه، مبدئياً تمثيل الوكيل بالعمولة للمفوض.

ويعمل الوكيل بالعمولة بناء على أمر المفوض ولحسابه بعقد اتفاقية (شراء مواد غذائية أو بيعها، أمر يعطى للنقل...). ولكنه، إذا قدّم نفسه علناً بأنه يعمل للغير فهو

(1) المادة 94 المذكورة سابقاً: «واجبات الوكيل بالعمولة وحقوقه وهو يعمل باسم المفوض محددة في ق م، الكتاب III، الباب XIII»؛ وحول التفويض انظر A.Bénabent، م إ، العقود والتوزيع، الكراسة 470 والكراسة 480، 1992؛ B.Boulloc، ف د ت، V، الوكيل بالعمولة، 1972؛ Houin et Pédamon، رقم 610 وما يليه؛ Ripert et Roblot، رقم 2632 وما يليه؛ Vasseur، ص 502 وما يليها؛ Malaurie et Aynès، رقم 538؛ Collart Dutilleul et Delebecque، رقم 663 وما يليه؛ عقد التفويض، دراسات في القانون التجاري، بإدارة J.Hamel، د، 1949؛ F.Goré، Le commissionnaire du croire، الدراسات المذكورة سابقاً؛ F. Derrida، Les obligations du cammissionnaire، الدراسات المذكورة سابقاً؛ A. Ponsard، Le contrat de comimssion dans le Code de commerce، الدراسات المذكورة سابقاً، ص 55 وما يليها؛ B. Starck، Les rapports du commettant et du commissionnaire avec les tiers، الدراسات المذكورة سابقاً، ص 148 وما يليها.

وحول المفهومين الحصري والتوسعي لعقد التفويض، وكون المفهوم الحصري يتغلب في أيامنا في ان هذا العقد ليس له مفعول التمثيل انظر A.Bénabent، الكراسة 470، المذكور سابقاً، رقم 7 وما يليه.

يجري العمليات باسمه الخاص وليس باسم المفوض الذي لا يتوجب عليه كشف هويته. ويتميز الأسلوب بسرية معينة.

فالوكيل بالعمولة، بخلاف الوكيل، فضلاً عن ذلك، ملزم، مبدئياً، بموجب السرية⁽¹⁾، ولكنه ليست مسخراً، ذلك بأن الغير يعي أنه يتعامل مع وسيط بدون أن يعرف الشخص الذي يجري التعامل لحسابه.

ومعيار التفريق بين التفويض والوكالة بسيط إذن: يعود إلى أن الوكيل بالعمولة، بخلاف الوكيل، يعمل بدون أن يكشف حدود مهمته. فإذا أقدم على كشف ذلك، وبخاصة إذا أعلن اسم من يعمل له، تطبق قواعد الوكالة لا قواعد التفويض⁽²⁾.

31129 - نظام الوسيط التجاري. تتجلى خاصية نظام الوسيط التجاري في طرق مختلفة، وفي المقام الأول في العلاقات بين الوسيط التجاري والغير.

هناك أحد المظاهر الهامة للإوالية. فالوسيط التجاري، لأنه يعمل في الواقع باسمه يجد نفسه مسؤولاً عن تدخله: الوسيط التجاري، وليس المفوض، هو المرتبط بالعملية المعقودة مع الغير الشريك في التعاقد⁽³⁾، ووضعه في ذلك شبيه بوضع المسخر ويتعارض جذرياً مع وضع الوكيل، وكذلك مع وضع السمسار أو الوسيط. ويبدو شخصياً إذا المدين بالموجبات الناجمة عن العملية المعنية، مثلاً ثمن البضائع التي اكتسبها وسيط المفوض، كلفة النقل الذي طلبه... حتى ولو كان ملزماً بأن يتحملها في النهاية.

ثم يلاحظ، في ما يتعلق بعلاقات الوسيط التجاري بالمفوض التي تخضعها المادة 94 من قانون التجارة لقواعد الوكالة⁽⁴⁾، أن الوسيط التجاري، ودوره قريب من دور الوكيل المأجور، وهو لا يُسأل إذاً إلا عن أخطائه⁽⁵⁾، غالباً ما يضطلع في الممارسة

(1) انظر A.Bénabent، م، إ، العقود والتوزيع، الكراسة 480، رقم 18 وما يليه.

(2) انظر غ ت ن، 3 أيار 1965، ن م، III، رقم 280، وسيط فندق في حجز غرنا لدى أحد الافراد لوكالات سفر، هو وكيل وليس وسيطاً تجارياً، حجوزات جرت باسم الوكالات، قبولية الدعوى المقامة من هذه الوكالات مباشرة ضد هذا الفرد؛ Ripert et Boulanger، رقم 2132.

(3) انظر غ ت ن، أول شباط 1961، ن م، III، رقم 60؛ انظر، في صدد مدير اعمال مسرح جرت معاملته كوسيط تجاري وليس كوكيل، غ ت ن، 12 أيار 1991، م، إد، 1992، II، 21865، تعليق Y.Saint Jours، م ف ق م، 1992، 86، J.Mestre، فنان غير ملزم بالتعهدات التي عقدها وكيله؛ انظر أيضاً الملاحظات الناقدة على حكم 1992 التي ابداهها P.Y.Gautier في Le mandat en droit d'auteur في Méléanges Françon، 1994، ص 223 وما يليها، ولا سيما ص 225.

(4) هكذا يجب على الوسيط التجاري، كالوكيل تماماً، أن لا يجعل نفسه ضامناً بدون علم من يقع عليه عبء الفوائد؛ عليه أن يقدم حساباً عن تنفيذ مهمته... انظر Houin et Pédamon، رقم 611.

(5) ذلك ليس نادراً، انظر غ ت ن، 5 تشرين الأول 1965، م ق ع، 1966، 218، اختيار ناقل غير مؤمن بما فيه الكفالية ومعسر؛ غ ت ن، 18 تشرين الثاني 1969، ن م، IV، رقم 343، وسيط تجاري للنقل مكلف التسليم وقد دفع رسوم الجمارك.

بمسؤولية أكثر جسامة: إنه، في الواقع، إذا قبل أن يكون وسيطاً تجارياً «ضامن الوفاء»⁽¹⁾، يضمن حسن نهاية العملية المعقودة عن طريقه. إنه يضطلع إذاً بموجب نتيجة بالنسبة إلى حسن تنفيذ العقد المبرم، مما قد يقوده إلى تغطية القوة القاهرة⁽²⁾.

بيد أن التفويض غالباً ما يستخدم لإقامة علاقات معينة لا تدوم كالوكالة ولذلك لا يطبق عليه نظام وكالة المصلحة المشتركة، ويُرفض أن يعطى الحماية الناجمة عنه⁽³⁾. إلا أنه من المفهوم بسهولة، حتى ولو كانت العلاقات بين الفريقين يمكن أن تمتد مدة معينة، أن الوسيط التجاري الذي يعمل باسمه الخاص لا يساهم في تنمية زبن مشتركين مع من فوضه.

هناك أخيراً فارق هام بالنسبة إلى الوكيل، فالوسيط التجاري يستفيد من امتياز المادة 95 من ق ت: ثمة ضمان خاص في شأن دفع الديون التي له ضد المفوض. وهذا الامتياز يثقل البضائع المودعة بين يديه جميعاً اعتباراً من إرسالها. وما يعطي المدى الواسع جداً لهذا الضمان هو أنه ليس هناك ما يدعو إلى البحث عن علاقة ترابطية بين الديون المطالب بها والبضائع المعنية⁽⁴⁾. ويعود قسم من قوته إلى أنه يتفوق على امتياز البائع غير المدفوع له⁽⁵⁾.

31130 - المفوض والغير. للصعوبات الكبيرة التي يثيرها عقد الوساطة التجارية سمة روابط بين المفوض والغير الشريك في التعاقد. ثمة في هذه النقطة مادة للتفريق بين هذه الإوالية وإوالية الوكالة. فطالما أن الوسيط التجاري لا يعلن اسم من أبرم العقد لحسابه فليس هناك من سبب، بداهة، للاعتراف بوجود علاقات بين المفوض والغير الشريك في التعاقد.

(1) عن الإيطالية *del credere*، في الثقة.

(2) اتفاقية ضمان الوفاء مثلاً في بيع هي الاتفاقية التي تضمن دفع الثمن للبائع، انظر غ، 6 آذار 1935، س، 1935، 1، 210، اعسار الشاري.

انظر أيضاً غ ت ن، 5 آذار 1969، ن م، IV، رقم 88، وكيل اعلان، وسيط تجاري خاص الوفاء ومستشار المعلن؛ غ ت ن، 26 شباط 1980، ن م، IV، رقم 100، القوة القاهرة لا تعفي الوسيط التجاري، رئيس محطة منع سير قطار يحتوي على خمر؛ غ ت ن، 6 شباط 1981، م إد، II، 1982، 19829، تعليق J.Hémard، منتجات صيدليانية مباعة في افريقيا؛ قارن ب Ripert et Roblot، 2655، وفي عرفهما ليس الوسيط التجاري ضامن الوفاء مسؤولاً عن القوة القاهرة.

(3) انظر غ ت ن، 10 حزيران 1969، ن م، IV، رقم 218، وكالة اعلان، وساطة تجارية، وكالة المصلحة المشتركة غير مطبقة؛ انظر أيضاً غ ت ن، 9 آذار 1976، د، 1976، 358؛ غ ت ن، 27 حزيران 1978، ن م، IV، رقم 182، ليس هنا مجال في مادة الوساطة التجارية للبحث عن وجود مصلحة مشتركة.

(4) غ ت ن، 19 حزيران 1978، ن م، IV، رقم 171، وساطة تجارية للنقل.

(5) شرط أن يكون حسن النية، انظر غ ت ن، 11 حزيران 1968، د، 1969، 6؛ مما لا يعني أنه يجب أن يكون جاهل كون السلع لم يتم دفع ثمنها، غ ت ن، 8 تموز 1981، ن م، I، رقم 311، د، 1981، إ س، م B.Mercadal.

على أن هناك إغراء للتفكير، إذا كشف المفوض عن هويته، في أن علاقات مباشرة قد تقوم بينه والغير، كتصديق الاعمال المبرمة استناداً إلى المهمة المنوطة بالوسيط التجاري⁽¹⁾. ولهذا التحليل بالتأكيد سيئة ترك المبادرة بين يدي المفوض، بيد أن هذا التحليل ليس أقل صلابة قانوناً. والعلاقة المعترف بها على هذا النحو يجب إن يكون لها دور في الاتجاهين: سواء تعلق الأمر بالمفوض الذي يقاضي الغير، أو الغير الذي يقاضي المفوض. ومع أن الاجتهاد نادراً ما هو ميّال إلى ذلك، وبخاصة في ما يتعلق بدعوى الغير ضد المفوض⁽²⁾، فهناك تيار فقهي مؤيد للاعتراف بعلاقات كهذه متبادلة بين اصحاب العلاقة⁽³⁾. وعند عدم قيام المفوض بأي شيء للخروج من الظل فقط لن يكون هناك أي رباط من هذا النوع ولا أي مفاعيل ناتجة عن التمثيل.

ويبدو أن المشتري مؤيد لممارسة المفوض دعوى مباشرة ضد الغير في نطاق الاجراءات الجماعية. وبالفعل من المقبول أن يكون بإمكان المفوض أن يطلب مباشرة إلى الغير المكتسب دفع ثمن البضائع التي جرى بيعها وابرّم بواسطة الوسيط التجاري أو مطالبة الغير الذي باعه إياها ثانية بعد شرائها عن طريق الوسيط التجاري⁽⁴⁾.

وهذه العلاقات القائمة بداهة في مناسبة اتفاقيات معقودة لحساب الغير وإنما بدون أن يمثله لأول وهلة هي نتاج ما يسمى بطيبة خاطر التمثيل الناقص⁽⁵⁾.

31131 - 2. غياب التمثيل: عقد المسخر. يعمل أحد الاشخاص في اتفاقية المسخر⁽⁶⁾ لحساب الغير بدون كشف وجود وكالة تلقاها: إنه يعيد اسمه بحيث يجعل

(1) قارن بـ Ripert et Roblot، رقم 2636، وهما يريان تحويل الوساطة التجارية إلى وكالة عقب تصديق المفوض، ولكنهما لا يريان وجود دعوى مباشرة إلا لصالح المفوض؛ انظر في مادة الوساطة التجارية في النقل النقض المدني، 17 كانون الأول 1945، س، 1946، 1، 80، دعوى المرسل ضد الناقل.

(2) وعليه لا يملك الغير الشريك في التعاقد دعوى مباشرة ضد المفوض الذي تعامل الوسيط التجاري لحسابه، انظر النقض المدني، 14 حزيران 1982، د، 1983، 1، 500، مفاوضات حول القيم في المصفق (البورصة)، وكيل صرافة وسيط تجاري: ليس هناك أي دعوى يمكن أن توجد لصالح معطي الأمر الشاري ضد وكيل الصرافة البائع؛ المحكمة التجارية في باريس، 25 أيلول 1985، ك ق م، 1986، 3، ص 8.

(3) انظر B.Starck, Les rapports du commettant et du commissionnaire، في Le contrat de commission، بادارة J.Hamel، ص 148 وما يليها؛ Houin et Pédamon، رقم 615.

(4) المادتان 121 و 122 من قانون 25 كانون الثاني 1985، انظر Houin et Pédamon، رقم 615.

(5) انظر Houin et Pédamon، رقم 610؛ A. Bénabent، م، إ، العقود والتوزيع، الكراسه 480، رقم 154 وما يليه؛ قارن بـ Malaurie et Aynès، رقم 538، أقل صراحة.

(6) يجري بطيبة خاطر تقريب عقد الائتمان الذي يعود اصله إلى القانون من عقد المسخر، انظر على سبيل المثال Malaurie et Aynès، رقم 536، انظر مقدمة هذا الفصل في التعليق؛ وفي هذه العملية، في الواقع، يكتسب أحد الاشخاص بناء على طلب شخص آخر، ملكية مال بصفة مؤقتة، بدون اعلان ذلك، شرط أن ينقل الملكية لاحقاً: يشتري المؤتمن، كما المؤتمن (أو القيم) في القانون الانكليزي غير المكتوب تقريباً، المال من المؤتمن باسمه الخاص ويلتزم بالتنازل عنه فيما بعد إما للمؤتمن من جديد وإما للغير الذي يعينه الفرقاء، =

الغير يعتقد إنه يتعاقد لحسابه هو⁽¹⁾، فهناك بالتالي صورية. إلا أن المسخر، في الوقت عينه، ملزم شخصياً بالنسبة إلى الغير الشريك في التعاقد المدني تجاهه، كالدائن تماماً. وهو يغدو المالك في البيع مثلاً: يظهر كمكتسب الملكية بسند. وعندما يحصل التنازل عن المال مجدداً لمعطي الأمر يجري انتقال آخر بالضرورة⁽²⁾.

والفارق مع الوكالة هو أن المسخر لا يكشف، بداهة، إنه يمثل الغير. أنه يتصرف، مع العمل بناء على أمر، ظاهرياً باسمه الخاص ولحسابه هو. وهذا النوع من الاتفاقيات صحيح إلا أنه يستخدم للتحايل على القانون (الضريبي بصورة خاصة) أو أي ترتيب لاقانوني، وفقاً للقانون العام للصورية⁽³⁾. وعندما تكون الاتفاقية قانونية يستخدم لتحقيق عمليات تستوجب اللجوء إلى وسيط غير معترف به: اكتساب ملكية شيء بثمن ملائم، مكافأة أحد الأشخاص بدون أن يكون معروفاً... وليس للحيلة في حالة كهذه أي شيء لاخلاقي. ويمكن أن تكون نوعاً من الاعتراف العقدي من قانون إغفال الاسم.

ويعامل الوسيط المسخر في العلامات مع معطي الأمر كممثل: وتطبق من هذه الزاوية قواعد عقد الوكالة⁽⁴⁾. وبالمقابل ليس للتمثيل في العلاقات مع الغير الشريك في التعاقد دور، فالغير مرتبط بالمسخر. على أنه يمكن تطبيق قواعد الصورية لكي يتاح للغير الافادة من العقد الخفي الذي يكشف مهمة المسخر: الغير، على هذا الأساس، له الحق في الرجوع مباشرة على معطي الأمر المستتر وكذلك على المسخر محاوره الظاهري⁽⁵⁾.

= وهو، علاوة على ذلك، غير مزود إلا بسلطات محدودة على هذا الشيء؛ وتستخدم العملية بصورة خاصة لتأمين إدارة الاموال لحساب الغير، وبخاصة في ما يتعلق بنقلها في النطاق الارثي؛ انظر في صدد اموال رهبانية غير مرخص لها ويديرها أحد اعضائها، غ ع، 31 تموز 1906، دد، 1907، 1، 478، س 1908، 1، 185 حيث اعتمدت محكمة النقض وصف المسخر وقبلت دعوى الدولة للمطالبة بعلامة «Chartreuse» المستثمرة باسم أحد رهبانها ومنقولة هكذا من راهب إلى آخر؛ وحول الإوالية انظر بخاصة C.Witz, La fiducie en droit privé français، منشورات éconómica، 1981.

(1) انظر كمثال Malaurie et Aynès، رقم 534؛ Bénabent، رقم 698.

(2) تنتج سيئات في مجالات كمجال بيع عقار أو مؤسسة تجارية بسبب الضرائب المطبقة، انظر غ ع، 10 شباط 1936، دد، 1937، 1، 92، قارن بـ Pilon, Acquisition d'un immeuble, conséquences sur le plan civil aussi bien que fiscal, double droit proportionnel de mutation: «le mandataire prête-nom ne représente pas son mandant»، انظر أيضاً Aubry et Rau، الباب VI، تأليف Ponsard، الفقرة 410، رقم 166.

(3) المادة 1321 من ق م: ليست الصورية في ذاتها سبب بطلان العقد؛ انظر غ م أن، 11 تموز 1979، ن م، I، رقم 209، تنازل عن أسهم.

(4) في هذا الاتجاه غ م أن، أول كانون الأول 1971، دد، 1972، 248، م ف ق م، 1972، 1795 م G.Cornu، بيع عقار، موكل ملزم بالتعهدات التي عقدها المسخر؛ انظر أيضاً غ إن، 17 تموز 1958، ن م، IV، رقم 940، شراء شقة، سداد النفقات التي تكبدها المسخر.

(5) انظر غ ع، 11 آذار 1890، دد، 1893، 1، 369، تعليق Beudant، س، 1890، 1، 208، بيع عقار، مسخر، كلفة الاشغال: «لا يمكن الاحتجاج بالصورية ضد الغير الذي بقي اجنبياً عنها». ويسرى ذلك حتى =

وهذه النتيجة ناجمة عن وجود صورية ليست موجودة، مثلاً، في حالة التفويض.

ثمة صعوبة لا يستهان بها هي، والعكس بالعكس، معرضة ما إذا كان معطي الأمر بإمكانه التوجه مباشرة إلى الغير الشريك في التعاقد. إن الجواب سلبي من حيث المبدأ⁽¹⁾. حتى إنه يضاف إنه لا أهمية، في هذا الصدد، لأن يكون الغير المتعاقد على علم بأن المسخر يعمل في الحقيقة لحساب الغير⁽²⁾، مما يبدو أنه منازع فيه. ويظهر أنه من المقبول، في حالة سوء نية الغير، وجود علاقة مباشرة تربطه بمعطي الأمر لكي يجاز لمعطي الأمر بصورة خاصة الاحتجاج في وجهه بامتداد السلطات الممنوحة للمسخر⁽³⁾.

ولا يحصل تمثيل على الإطلاق، بالاجمال، في هذه الإولاية التي توضع بطيبة خاطر في خانة التمثيل الناقص بتقريبها من التفويض⁽⁴⁾.

31132 - ب. الوسطاء الآخرون. يمكن إجراء تقريب آخر من الوكالة. فجميع الأوضاع التي يعمل فيها أحدهم كوسيط بصفة أو بأخرى⁽⁵⁾ لتحقيق أعمال قانونية تستحق الإشارة إليها، بما في ذلك الأوضاع التي لا يتأمن فيها أي وظيفة تمثيل. من المفيد إذاً التطرق أيضاً إلى السمسرة وضمان موافقة الغير⁽⁶⁾.

31133 - 1° السمسار. السمسار، ونشاطه هام في حياة الأعمال لأنه موجود في مجالات متنوعة كما في تجارة السلع أو التأمين أو الاعلان، يختلف عن الوكيل في أن هذا الوسيط مهمته الوحيدة هي التقريب بين الفريقين ومحاولة الوصول إلى اتفاق بينهما: ليست له سلطة إبرام أعمال قانونية في المفاوضة التي يلجأ إليه من أجلها⁽⁷⁾، على الأقل بصورة عامة.

= ولو كان الشريك في التعاقد على علم بصفة المسخر، انظر غ ت ن، 26 نيسان 1982، د، 1986، 233، تعليق D. Rambure.

(1) انظر غ ع، 4 تشرين الثاني 1902، س، 1903، 1، 173، بيع بضائع.

(2) انظر غ ع، 25 كانون الثاني 1864، د، 1864، 1، 282، س، 1864، 1، 105، تنازل عن حقوق ارثية، تخلف عن الدفع، طلب الفسخ، وفاة الموكل ليس لها مفعول، وريث لا يحق له تقديم اعتراض الغير: «لا أهمية تذكر لأن يكون الغير الذي تعامل معه المسخر باسمه على علم بصفة المسخر».

(3) انظر غ ع، 4 تموز 1922، س، 1924، 1، 286، اكتاب بالاسهم؛ النقض المدني، 29 كانون الأول 1930، س، 1931، 1، 136، بيع سلع؛ وكذلك Aubry et Rau، الباب VI، تأليف Ponsard، الفقرة 410، رقم 166.

(4) انظر Ph. Malaurie et L. Aynès، الموجبات، 1994، رقم 667 وما يليه.

(5) انظر، في صدد استعمال تعبير «الوسيط» كفتة قانونية، قانون التجارة، المادة 74 التي تعترف بوجود وكلاء وسطاء في التجارة هم وكلاء الصرف والسماسرة.

(6) انظر، في شأن المقارنة، كمثال، Malaurie et Aynès، رقم 534 وما يليه؛ Bénabent، رقم 694 وما يليه.

(7) انظر حول هذا النشاط المادة 77 وما يليها من قانون التجارة التي تستهدف سمسرة البضائع ومجال النقل؛ F.de Chasteigner، م إ، العقود والتوزيع، الكراسة 490، 1984؛ B.Boulloc، ف د ت، V، السمسار، =

هكذا تقدم ثلاثية الوكلاء التجاريين وهم وكلاء ووسطاء تجاريون يمثلون مفوضهم وإنما بدون العمل باسمهم، والسماسة الذين لهم دور التقريب بين الفريقين⁽¹⁾.

وللسمسة، خارج هذه التطبيقات التجارية التقليدية، إشهارات عديدة، أحدها تبينه الطرق المعاصرة لتعيين الافراد المكلفين البحث عن مستخدمين من مستوى رفيع لحساب المؤسسات، ومهمتهم تحوي أعمالاً مادية (اجتذاب الزبن، التفاوض، الاعلان، السفر، تنظيم التقديمات...)، ولا يقومون ابداً إلا بالاتصال بالأشخاص المهتمين بالأمر: الأعمال القانونية المعنية أي عقود الالتزام تحضر ولا يوقعونها. هناك إذاً عملية سمسة⁽²⁾.

والأمر على هذا النحو بالنسبة إلى نشاط الوكالات الزوجية الذي نظمه حديثاً قانون 23 حزيران 1989⁽³⁾.

وصفة الوكيل في بيع العقارات معترف بها للوكيل العقاري بطيبة خاطر⁽⁴⁾. على أن الوكيل العقاري غالباً ما يظهر كسمسار عادي مكلف فقط «مهمة توسط»⁽⁵⁾. وليس هناك، علاوة على ذلك، تفريق مبتوت بين الوكالة والسمسة لتطبيق قواعد خاصة على المهنة مفروضة لأخلاقية العقد⁽⁶⁾، إذا اعتبرت محكمة النقض (أو التمييز في لبنان) أن هذا

= 1973؛ Houin et Pédamon، رقم 609 وما يليه؛ Ripert et Roblot، الباب II، رقم 2681 وما يليه؛ M. Vasseur، ص 525 وما يليها.

ثمة تطبيق حديث للسمسة في المادة التجارية يتناول مراكز الشراء المسماة ببيع «الاجمالية استناداً إلى عينة»، وتجمع هذا المراكز موزعين تتفاوض معهم على عروض توريد؛ انظر Houin et Pédamon، رقم 619؛ Sélinsky، Le contrat de référencement existe-t-il؟، في إص، 1988، معارضة وصف السمسة؛ غ ت ن، 23 تشرين الاول 1990، العقود والمنافسة والاستهلاك، كانون الثاني 1991، رقم 4، م L. Leveneur، مركز الشراء ليس مسؤولاً عن الثمن، بيع عقود بين المنضمين والموردين، طبيعة عقد الاجمالية استناداً إلى عينة.

(1) انظر Houin et Pédamon، رقم 609.

(2) انظر حكم محكمة استئناف باريس، 23 شباط 1990، د، 1990، إ س، 73، مستشار في التعيين، موجب وسائل، اتعاب؛ Collart Dutilleul et Delebecque، رقم 669.

(3) في هذا الاتجاه انظر Houin et Pédamon، رقم 616؛ B. Bouloc، ف د ت، رقم 224 وما يليه.

(4) هذا هو الوصف الذي اعتمدته قانون «Hoguet» في 2 كانون الثاني 1970 المتعلق ببعض عمليات عقارية أو في شأن المؤسسات التجارية ومرسومه التطبيقي في 20 تموز 1972.

(5) انظر غ م أن، 3 كانون الثاني 1985، م إد، الطبعة N، 1985، II، ص 209، تعليق Ch. Atias، م ف ق م، 1986، 147، م Ph. Rémy: ليس لوكالة الوكيل العقاري حتى الحصرية مفعول استبدال البائع في تحقيق العملية وهي تنيط به مهمة توسط وحسب عدا وجود بند صريح متوافق مع المادة 72 من مرسوم 20 تموز 1972.

(6) بين مستندات أخرى: مستند خطي الزامي، ذكر مدة العقد، تنظيم الحصرية والأجر....

النص «لا يتطلب أن يكون الوكيل قد تلقى سلطة إلزام موكله في العملية المعنية»⁽¹⁾. إن الصيغة تجمع بغرابة بين عقد الوكالة وغياب السلطة، إلا أنه يبقى من الصحيح أن التحقيق النهائي للعقد، والاساسي في مهمة الوكيل العقاري هو ايجاد شريك في التعاقد وبالتالي التقريب بين الفريقين، يعود إلى الكاتب العدل: ففكرة السمسرة هي المهمة.

وكان نشاط السمسرة لمدة طويلة موضوع احتكار ويعود إلى النظام القديم ويفيد السماسرة التجاريين في المدن التي يوجد فيها مصفق (بورصة). واحترامه يعاقب بعقوبات السمسرة السرية أو عدم وجود رخصة⁽²⁾.

وكان السماسرة، وهم يكلفون تأمين ظروف التجارة مع المفاوضين الاجانب الموجودين محلياً والتثبت من اسعار السلع واللجوء إلى البيع العمومي، مأمورين عامين ترتدي وظيفتهم أهمية كبرى⁽³⁾. هكذا كان يفسر كون السمسار ليست مهمته سوى التقريب بين التجار بدون أن يكون موكلاً من الفريقين أو بالأحرى تحقيق عمليات تجارية باسمه الخاص⁽⁴⁾. إلا أنه، مع انتشار الأنشطة الاقتصادية في القرن التاسع عشر وصعوبة مواجهة التجارية (أي ممارسة التجارة بدون الاهتمام بأي شيء آخر) التي كان يمارسها السماسرة بدون رخصة، كان لا بد من الاصلاح: طرح قانون 18 تموز 1866 مبدأ حرية السمسرة التي أصبحت من الممكن ممارستها بدون تحفظ إلا في بعض الحالات الخاصة⁽⁵⁾. وينص اليوم مرسوم 29 نيسان 1964 المتعلق بتقنين المادة، في مادته

(1) انظر غ م أن، 8 تموز 1986، ن م، I، رقم 194، نقض الحكم الذي منح عمولة لوسيط سمسار باستبعاد قانون 1970: «الوكالة المعطاة لشخص ينصرف لعملية معينة أو يساعد فيها بصورة اعتيادية وفقاً للمادة 1 من قانون 1970 ليست، من حيث المبدأ، سوى وكالة توسط تركز على البحث عن الزبائن والمفاوضة أو إحدى المهمتين وحسب»، و«البند الصريح وحده... يمكن أن يجيز للوكيل إلزام موكله»؛ وحول قانون «Hoguets» لأنه يستخدم باسراف مفهوم الوكالة ويشوّهه، انظر D.Ferrier, Le mandat des agents immobiliers، م إ د، 1976، I، 2795، رقم 16 وما يليه: يشدد المؤلف على أن المادة الأولى من قانون 1970 تستهدف «الاشخاص الذين يفاوضون أو يقدمون مساعدتهم...».

(2) انظر حكم الغرفة الجنائية، 24 تموز 1852، دد، 1852، 1، 254؛ حكم الغرفة نفسها في 30 نيسان 1853، دد، 1853، 5، 140.

(3) يتناول قانون التجارة، في الاحكام المكرسة للمصارف التجارية (البورصات)، في المادة 71 وما يليها، الوظيفتين معاً؛ انظر حول التحقق من الاسعار المادة 72 والمادة 76 من قانون التجارة؛ انظر ايضاً B.Boulloc، ف د ت، V السمسار، رقم 4 وما يليه والاسنادات.

(4) انظر المادة 85 من قانون التجارة.

(5) مثلاً حالة سمسرة الخمرة الخاضعين لنظام خاص، انظر B.Boulloc المذكور سابقاً، رقم 175 وما يليه، وفي صدد بيع خمر Hospices de Beaune انظر غ م أن، 21 نيسان 1976، م إ د، 1977، II، 18605، تعليق Y.Chaput؛ وحالة السماسرة المترجمين وقادة السفن، المادة 80 من ق ت؛ وحول مجمل التطور انظر Ripert et Roblot، الباب II، رقم 2681 وما يليه.

الاولى، على أن «السمسرة في البضائع يمكن ان يمارسها كل تاجر»⁽¹⁾، مما لا يمنع أن يبقى بيع السلع للعموم والتحقق الرسمي من الاسعار من صلاحية السماسرة المحلفين والمسجلين في محكمة التجارة⁽²⁾.

31134 - المعيار والنظام. معيار التفريق عن الوكيل، كما عن الوسيط التجاري، هو أن السمسار وسيط ليست له سلطة التمثيل⁽³⁾ حتى ولو كان بإمكانه عرضاً أن يتلقى وكالة⁽⁴⁾. وهو مكلف الوصول إلى قضية ما: يكلف من أحد الفريقين حتى من الاثنين لهذه الغاية. وهو يتلقى من معطي الأمر أتعابه عندما يتم إبرام العقد.

إن السمسرة تدخل، في الحقيقة، في فئة إجارة العمل المستقل أو عقد المقاوله، وتسوسها المادة 1789 وما يليها ق م، مع التحفظ لجهة القواعد الخاصة الواردة في المادة 71 وما يليها من قانون التجارة والتنظيم الخاص المعطى لنشاط بعض فئات السماسرة.

ولكن هذا الفارق في الطبيعة مع الوكالة والوساطة التجارية يؤدي إلى ملاحظة أن السمسار يخضع في علاقاته مع من أعطاه الأمر لنظام قانوني له عدة نقاط شَبّه مع النظام الذي يخضع له الوكيل والوسيط التجاري.

وثمة قانون عام لنشاط الوسيط في الأعمال، إذا صح القول، مكوّن من بعض الافكار المفاتيح التي تتمفصل حول موجب الوسائل الذي يثقل، مبدئياً، هذا النوع من المهن: الوسيط ملزم بتأمين صحة المعلومات المتعلقة بالعملية المنشودة (الشن، المهمل، ...).؛ ويرتكب خطأ إذا كانت ملاءة المتعاقد الذي وعد بايجاده، بداهة، مشكوك فيها⁽⁵⁾؛ غير أنه ليس ضامن نوعية السلع التي تكون موضوع مصالحته⁽⁶⁾، وليس

(1) د، 1964، L.170.

(2) انظر J.Bommcase, Les courtiers en marchandises assermentés، د إ، العرض 13.

(3) انظر غ ت ن، 3 كانون الثاني 1967، ن م، III، وكيل اعلان، فسخ العقد، سمسرة، قواعد وكالة المصلحة المشتركة غير مطبقة، ليس هناك عطل وضرر.

(4) انظر النقض المدني، 20 كانون الثاني 1931، د إ، 115، 1931، سمسار بضائع، سلطة الزام الوكيل؛ غ ت ن، 3 شباط 1958، د، 433، 1958، سمسار بضائع، وكيل، حق السمسرة مكتسب على الأقل منذ إبرام العقد.

(5) انظر حكم محكمة استئناف باريس، 22 أيلول 1970، د، 1970، 657، م إ د، II، 16527، تعليق P.L.، سمسار استعلم لدى مصرف عن ملاءة الشريك في التعاقد، مسؤولية، كلا؛ قارن ب غ ت ن، 28 أيار 1991، ن م، IV، مركز شراء: ليس المركز سمسار السلع، في حال عدم وجود اشتراط خاص، ملزماً بموجب التيقظ في انتقاء المنضمين والاستعلام عن ملاءتهم.

(6) عدا الاستثناء، انظر غ ت ن، أول آذار 1971، د، 1971، 597، بيع دولي، جلود العظاية (lézard)، شراء من قبل دباغة، عدم المطابقة، غياب التحقق من قبل السمسار في مرفأ الشحن، عادة المهنة، نقض القرار الذي استبعد مسؤولية السمسار بدون بيان وجهة نظره حول العادة المتمسك بها.

مسؤولاً عن حسن تنفيذ العقد الذي أجزى له ابرامه؛ واتعابه الخاضعة عموماً لتحقيق العملية المعنية⁽¹⁾ يمكن أن تفسح في المجال لأن يعيد القاضي النظر فيها في حالة الاسراف⁽²⁾.

وحول مراكز الإجمالية (استناداً إلى عيّنة) التي لها دور الوسيط في مادة التوزيع، وغالباً ما يكون دورها دور سمسار، انظر الرقم 11179 السابق.

31135 - 2° ضمان موافقة الغير. هناك وسيط آخر، أكثر بعداً أيضاً عن الوكالة في ظاهرة، وارد في المادة 1120 من ق م⁽³⁾. إنه لا يعمل بناء على أمر الغير: يتخذ من تلقاء نفسه كواعد تجاه مستفيد مبادرة إعلان أنه يعمل للغير بضمان أن هذا الغير سينضم لاحقاً إلى العقد المبرم. وعليه يلتزم تجاه محاوره باسمه الخاص ويتعاقد على مسؤوليته وحدها.

وليس في الوعد بضمان موافقة الغير أمر معطى ولا بالاحرى تمثيل، مع أن الشريك في التعاقد ضامن موافقة الغير يعرف أنه لا يأمل في نهاية المطاف أن لا يكون ملزماً لنفسه ولحسابه.

على أن الوعد يتعهد بالحصول على تصديق الغير مما يشكل موجب نتيجة، وإلا

(1) انظر في صدد العقد الإطار وصفقات تطبيقه غ ع، 16 حزيران 1902، دد، 1903، 1، 305، صفقات للتسليم، سمسرة مستحقة بعد التنفيذ التام، أكد القرار أنه «إذا كان حق السمسرة مكتسباً، مبدئياً، للسمسار منذ عقد الصفقة بقطع النظر عن تنفيذها، فالأمر ليس كذلك عندما لا تحوي الصفقة، وهي لم تكن نهائية، إلاّ الثمن الاساسي...» وفي هذه الحالة لا يكون الحق متوجباً إلاّ شيئاً فشيئاً عند كل تسليم: في الحقيقة ليس هناك استثناء حقيقي للمبدأ، ذلك بأن كل تنفيذ تعاقبي يشكل بيعاً جديداً داخل الاتفاق الأعم للتموين؛ قارن بحكم محكمة استئناف باريس، 23 شباط 1990، د، 1990، إ س، 73، مستشار التعيين، اتعاب رغماً عن الرفض النهائي لا تستخدم المرشح المقترح.

(2) انظر حكم المحكمة المدنية في سين، 3 شباط 1927، د، 1927، 160، سمسرة زواجية، اتعاب غير مفروضة. في صدد هذه الظواهر المختلفة للنظام المطبق على السمسار انظر B.Boulloc، ف د ت، V، السمسار، رقم 32 وما يليه.

(3) انظر J.Flour et J.L.Aubert، الموجبات، المجلد 1، العمل القانوني، 1991، رقم 456 وما يليه؛ Ph.Malaurie et L.Aynès، الموجبات، 1994، رقم 682؛ H.Roland et L.Boyer، الموجبات، المجلد 2، العقد، 1989، رقم 1285 وما يليه؛ M. Véricel، Désuétude ou actualité de la promesse de porte- fort، 1988، د، 123؛ انظر في شأن الوعد بضمان موافقة الغير 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؛ Véricel، المرجع السابق، د، 1988، العرض 123؛ Carbonnier، رقم 123؛ Flour et Aubert، الباب I، رقم 471 وما يليه؛ Ghestin، Les affets du contrat، (مفاعيل العقد)، رقم 809 وما يليه؛ Larroumet، رقم 826؛ Malaurie et Aynès، رقم 683 وما يليه؛ Marty et Raynaud، رقم 276 وما يليه، Mazeaud et Chabas، رقم 242 ورقم 267؛ Sériaux، رقم 51؛ Starck، تأليف Roland et Boyer، الباب 2، رقم 1344 وما يليه؛ Terré، Simler et Lequette، رقم 484 وما يليه. وحول الوعد بضمان موافقة الغير في مادة البيع انظر الرقم 11143 السابق.

تعرض للعطل والضرر بما يتناسب مع الضرر المسبب⁽¹⁾. ويتيح السياق الذي يكون فيه للإوالية دورها فهم اللجوء إليها: جرى بيان ذلك، «إن وعداً كهذا لا يتدخل أبداً إلا أن تكون بين الواعد بضمان موافقة الغير والغير علاقات تسمح للواعد بالاعتقاد بوجود حظوظ جدية في أن يقرر الغير الموافقة على العقد الموعود به»⁽²⁾. ثمة مثال غالباً ما يعطى لتسوية فائدة الصيغة وهو مثال ورثة راشدين في أرث يضمنون موافقة الغير في قبول القسمة من قبل أحد الورثة القاصر لتجنب ثقل الاجراء المطبق في وجود قاصر في القسمة⁽³⁾. وفي هذه المناسبة قد يكون ضامن موافقة الغير وكيلاً حقيقياً لإبرام عملية يتجاوز فيها سلطاته ومن المقبول أن تكون من نوع الوكالة: هكذا الأمر بالنسبة إلى وكيل مكلف شراء عقار بضمن معين ويرى أنه يعقد قضية ممتازة بضمن أعلى بقليل، ويلتزم الحصول على التصديق على العملية.

والعلاقة بالوكالة، في أي حال، وثيقة جداً طالما أن الدور الذي يقوم به الوسيط، إذا كان الشخص الذي جرى الوعد بضمان موافقته قد صدق العملية في النهاية، يبدو كدور الوكيل: العقد المبرم يربط الغير الشريك في التعاقد مباشرة بالشخص الذي تم الوعد بضمان موافقته ويكون هذا الارتباط رجعياً فضلاً عن ذلك⁽⁴⁾.

على أن الإوالية تستدعي التكتّم ذلك بأنها تستخدم للتحايل على القواعد الطبيعية للأهلية⁽⁵⁾. والوعد بضمان موافقة الغير غير مقبول أحياناً: هكذا يشكل سكن العائلة أحياناً، فضلاً عن ذلك، في العلاقات بين الزوجين، بالنسبة إلى أعمال التصرف بالحقوق التي بموجبها تأمن هذا السكن، موضوع حماية خاصة بمقتضى المادة 215، الفقرة 3، من ق م⁽⁶⁾.

(1) قارن باتفاقية المساعي الحميدة، غ م ت ا ن، 7 آذار 1978، ن م، III، رقم 108، ف د، 1979، أ، 31928، رقم 3، م J. L. Aubert: خطأ وحيد يستوّج مسؤولية الوسيط.

(2) J. Flour et J. L. Aubert، الموجبات، رقم 457.

(3) M. Véricel، Désuétude ou actualité de la promesse de porte- fort، 1988، العرض 123، والإسنادات.

(4) انظر غ م أ ن، 8 تموز 1964، د، 1964، 560، بيع عقار، فسخ بسبب الغبن، تأخر؛ وفي الفرضية التي يتلقى فيها الغير المعني موجبات الواعد المتوفى انظر غ م أ ن، 26 تشرين الثاني 1925، د، 1976، 353، تعليق Larroumet، م ف ق م، 1976، 575، م G. Cornu، بيع عقار، أولاد قاصرون، نقض: يحتفظ الغير بحريته في عدم التصديق.

(5) انظر على وجه الخصوص M. Véricel، Désuétude ou actualité de la promesse de porte- fort، د، 1988، العرض 123؛ انظر أيضاً الرقم 11143 السابق.

(6) انظر غ م أ ن، 11 تشرين الأول 1989، د، 1990، 310، تعليق R. Le Guidec، نقض، عقد وقعه الزوج وحده، بطلان العقد بكامله بما في ذلك الوعد بضمان موافقة الغير.

31136 - ج . الوكالة التابعة لعقد آخر . غالباً ما ترتبط الوكالة بعقد آخر: يمكن أن تترافق مع عقد عمل (أجير مكلف مهمة، مسافر وممثل ووسيط تجاري) وإجارة عمل مستقل (مهندس معماري يمثل زبونه، طبيب يمثل مريضه)⁽¹⁾ . . . والإيداع قد يتضمن أيضاً وكالة تكميلية لأبرام عقود تتعلق بالشيء المودع: المصرفي وديع الأموال التي يتسلمها يتلقى، في الوقت عينه، وكالة عامة لقبض الأموال المحولة إلى حساب زبونه⁽²⁾ .

إن أحد الارشادات المستخرجة من ذلك هو أن الوكالة عقد نادراً ما يكون في تنازع مع العقود الأخرى على عكس الكثير من الاتفاقيات.

غير أن القابلية التي هي استعداد الوكالة للقيام بدور تابع لعقد آخر تثير إهتماماً خاصاً، ذلك بأن الأسلوب يؤدي إلى نتائج تعود إلى الواقع في أنه ينجم عنه رباط قانوني جديد بين شخصين: الشخص الذي يفترض أنه وكّل الأجير، المقاول، الوديع . . . والغير الذي دخل في علاقة مع هذا الأجير . وهكذا، عندما يعتبر المقاول وكيل صاحب العمل المستقل الذي لجأ إليه تقوم علاقة قانونية معه، مثلاً مورّد المعدات الذي يختاره المقاول . إن لوكالة كهذه مفاعيل مختلفة: بخاصة مفعول إنشاء دعاوى مباشرة بين اشخاص لا رابطة قانونية بينهم لأول وهلة . وغالباً ما يتم التوصل إلى ذلك على أساس وكالات ضمنية حقيقية إلى حد ما . والحال أنه نادراً ما يكون منح دعاوى مباشرة مرضياً بهذه الطريقة لأنه في اتجاه مضاد لمبدأ المساواة بين الدائنين: على أن ذلك هو النتيجة التي يتم التوصل إليها عندما يتم، على سبيل استعادة المثال نفسه، الاعتراف لمورّد المعدات بالحق في مقاضاة صاحب العمل المستقل، تماماً كما يمكن أن يقوم به مقاول من الباطن استناداً إلى قانون 1975، مما يتيح له التملص من اعسار المقاول⁽³⁾ . ويعود للمشتري وحده توزيع امتيازات كهذه .

الفقرة 3 - التقريب من أوضاع على هامش الوكالة

31137 - أ . الوكالة والتوصية والنصح (أو النصيحة) . ألح المؤلفون القدماء على

(1) انظر الوكالة، العمل والخدمات، انظر في هذا الاتجاه بأن الوكالة «تنضم في أغلب الأحيان إلى اجارة العمل المستقل أو إلى عقد العمل»، Ripert Boulanger، رقم 2139.

(2) J.L. Rives- Langer et M. Contamine- Raynaud، Droit de la banque، 1990، رقم 262 وما يليه .

(3) انظر غ م ث ا ن، 8 آذار 1977، م ف ق م، 1977، 787، G.Cornu، غير منشور في ن م، صاحب عمل مستقل، ذين بدفع كلفة الاشغال التي قام بها المقاول الذي تعامل معه واعد، اعتبار الواعد وكيلاً: يفلت المقاول من الاجراء الجماعي للواعد؛ وفي اتجاه معاكس غ م أ ن، 8 أيار 1961، ن م، I، رقم 229، ليست هناك دعوى مباشرة لصاحب العمل المستقل ضد المقاول من الباطن، افلاس المقاول العام: «اثبات وكالة مزعومة اعطاها للمقاول صاحب العمل المستقل لكي يختار لحسابه المقاولين من الباطن لم يقدم» .

التفريق بين الوكالة والوصية والنصح⁽¹⁾. والفكرة هي أن الوكالة وحدها تتضمن موجباً قانونياً. فالتوصية ومجرد النصح يعودان فقط، عدا سوء النية، إلى علاقات المجاملة والجميل، ويبقيان في ما يسمى اليوم، مع العميد Carbonnier، اللاقانون⁽²⁾. ويعود التحليل، والحق يقال، إلى زمن كان فيه توافق على مفهوم واسع للوكالة.

وقد اعتمد Pothier، لإشهار التفريق بين الوكالة والتوصية، المثال التالي: «إذا كتبت إليك إلى ليون التي سيمر بها ولدي ويقضي فيها اقامة قصيرة، وأوصيتك به خلال الاقامة التي يمكث فيها، فإن هذا الكتاب لا يحوي سوى مجرد توصية، فلم نتعاقد احداً تجاه الآخر على أي موجب. ولذلك إذا أقمت، مراعاة لتوصيتي، بالتوليم له ووفرت له النزهة في جوار المدينة، فلست مجبراً على الاطلاق بسداد النفقة التي تحملتها للتوليم له وتوفير النزهة له»⁽³⁾.

نرى موضوع النصيحة التي ذكرها Troplong في تعابير تبين التعارض أيضاً: يمكن أن يكون الوكيل مسؤولاً عن ادارة قضايا الغير إذا بدت سيئة؛ ولكن الذي لا يعطي سوى نصح ليس ملزماً بأي شيء من ذلك. هكذا يعلن المؤلف: «يعفى المحامي الذي يخطئ في الاستشارات التي يعطيها زبائنه من المسؤولية في كل مرة لا يستخدم فيها الغش أو الخداع تجاههم لوقعهم في الغلط»⁽⁴⁾. ويضيف: «ما قلناه عن المحامين يجب أن يطبق على الكتاب العدل ووكلاء الصرف الخ. الذين يعطون رأيهم في قضية ما لزبون طلبه»، وذلك «حتى ولو كان الكاتب العدل أو وكيل الصرف قد مجّد القضية على أنها جيدة»، لأنهم «أعطوا رأيهم، هذا كل شيء؛ إنهم لم يتوخوا الالتزام كوكلاء وكموكلين»⁽⁵⁾.

وقد سبق لـ Domat أن تكلم على هذه النصائح أو التوصيات «التي لا تحوي أي تصميم لتكوين اتفاقية، وإنما تختص فقط بمصلحة الشخص الذي اعطي النصيحة، أو بمصلحة شخص تقدم له التوصية، وهما يتركان الحرية التامة لفعل ما تُصح به أو عدم

(1) Domat, Des procurations mandemens et commissions، القسم I، XIII، في عقد الوكالة، رقم 18؛ Troplong, Du mandat، رقم 14 وما يليه؛ Au bry et Rau، الباب IV، 1871، الفقرة 410.

(2) انظر Carbonnier, Flexible droit، 1976؛ Perreau, Courtoisie, complaisance et usages non obligatoires، م ف ق م، 1914، 481؛ Boitard, Les contrats de services gratuits، اطروحة في باريس، 1941.

(3) Du contrat de mandat، رقم 18: الفصل الذي يعالج في Pothier هذه المسألة عنوانه «في الارادة التي يجب أن تكون للموكل والوكيل في إلتزام أحدهما تجاه الآخر».

ويضيف المؤلف: «على العكس، إذا كانت رسالتي تحوي أنني أرجوك أن تقدم لابني المال الذي يحتاجه خلال إقامته لمتابعة سفره، فيفترض أنني ملتزم بأن أعيد إليك هذا المال وعندئذ تتضمن رسالتي وكالة».

(4) Du mandat، رقم 16.

(5) Du mandat، رقم 17.

فعله، أو ما أوصي به»⁽¹⁾.

31138 - انتشار النصح. إذا كان التعارض بين الوكالة والتوصية يحتفظ بقيمة ما،

فليس الأمر على هذا النحو بالنسبة إلى التعارض مع النصح ذلك بأن هذا المفهوم قد تطور إل حد كبير⁽²⁾. وليس من شك في أنه يجب الأخذ بمسؤولية المهني الذي يزاول نشاط تقديم النصح أو الذي يعطي النصائح في مناسبة نشاطه.

وصدرت منذ النصف الأول من القرن التاسع عشر قرارات للاجتهاد في هذا الاتجاه أثارها Troplong لينتقدها⁽³⁾. إنه يعذر فقط القرارات الصادرة في قضايا كان المهني فيها تأكيدياً بحيث ظهر كأنه «ضامن نجاح» القضية⁽⁴⁾. وقد أورد مثال الكاتب العدل الذي تدخل، وهو يعلم أن مأموراً قليل الإلمام في القضايا كانت له اموال لتوظيفها، تلقائياً للقيام بذلك وأكد ملاءة المقترضين: جرى الحكم بأنه جعل نفسه وكيلاً ويجب أن يكون مسؤولاً عن التأمينات الموعد بها⁽⁵⁾.

إن حلولاً كهذه لا تثير في أيامنا أي شك. فتفحص موجبات الوكيل يبين أن واجب النصح غالباً ما يكون مفروضاً على من يتكفل، بصفة مهني، بأعمال الغير⁽⁶⁾.

31139 - ب. الوكالة والفضول. التقريب بين الوكالة والفضول يفرض نفسه أيضاً

طالما أن الفضول يشكل في مبدئه شبه وكالة.

(1) Domat, Des procurations, mandements et commissions ، القسم I، XIII.

(2) انظر حول هذا المفهوم الاسنادات في شأن النصح (واجب -) أي R.Savatier, Les contrats de conseils ، 1972، العرض 137؛ M.F. Mialon, Contribution à l'étude d'un contrat de conseil: le conseil en organisation d'entreprise ، م ف ق م، 5؛ G.Viney, La responsabilité des entreprises prestataires de conseil ، م إ د، 1975، 2750؛ Christianos, Conseil, modes d'emploi et mise en garde en matière de vente de meubles corporels ، طبع على الآلة الكاتبة؛ Ghestin, La formation du contrat ، رقم 594، Les effets du contrat ، رقم 44 (تكوين العقد ومفاعيل العقد، ترجمة ونشر مجد)؛ Malaurie et Aynès ، رقم 634 وما يليه؛ Sériaux ، رقم 44؛ Strack ، تأليف Roland et Boyer ، الباب 2، الأرقام 285 و 1051 و 1204؛ Le Tourneau ، رقم 1553 وما يليه؛ Viney ، الباب 1، رقم 502 وما يليه ورقم 549، الباب 2، رقم 190 ورقم 200، انظر أيضاً M.Fabre- Magnan, De l'obligation d'information dans les contrats (essai d'une théorie) ، منشورات L.G.D.J. ، 1992؛ La formation du contrat ، (تكوين العقد) رقم 294 وما يليه.

(3) انظر حكم محكمة استئناف باريس، 17 تشرين الثاني 1834، د، 1835، 32، 15: النصح مصدر مسؤولية، كما ورد في هذا الحكم، انظر Troplong, Du mandat ، رقم 17.

(4) Troplong, Du mandat ، رقم 19.

(5) حكم محكمة استئناف Douai ، 22 كانون الأول 1840، د، 1841، 2، 139؛ Troplong, Du mandat ، رقم 21؛ غير أن المؤلف يعتبر أنه يمكن، في ظروف كهذه، القول إن «الكاتب العدل خرج عن دوره في النصح»، رقم 26.

(6) انظر الرقم 31235 اللاحق.

ويمكن بالتأكيد أن تغطي الإوالية التي نظمها المادة 1372 وما يليها من القانون المدني أوضاعاً يحقق فيها الفضولي مهمة مادية لمصلحة صاحب القضية ويرتبط هكذا بشبه إجارة العمل المستقل. بيد أن مثال الفضول هو الفرضية التي يأخذ فيها الفضولي على عاتقه، تلقائياً تمثيل الغير في أمور هذا الغير. يضاف إلى ذلك أن القرابة واضحة إلى درجة إن المادة 1372 تعلن أن الفضولي ملزم «بجميع الموجبات الناجمة عن وكالة صريحة كان يمكن أن يعطيها المالك».

والفروقات بين العقد وشبه العقد تعود قبل أي شيء إلى ظروف وجودها إذ يركز الموكل على ارادة الفريقين والفضول على فائدة فعله، وهكذا يجب، عملاً بالإثبات المطلوب في موضوعهما، أن تكون الوكالة ثابتة كأى اتفاقية أخرى، في حين أن اثبات الفضول حر⁽¹⁾.

على أن امكانية الاعتراف بوجود وكالات ضمنية أو تابعة لعقد آخر تظلل التعارض الذي يمكن أن يراد إثباته مع الفضول⁽²⁾، ذلك بأن الوكالات الضمنية قد تقوم بدور يقارن بالوكالات التابعة لعقد آخر. مثلاً، لتمديد وكالة انقضت مدتها أو لتوسيع سلطات الوكيل⁽³⁾.

(1) انظر النقض المدني في 9 كانون الأول 1947، د، 1948، كاتب عدل فاوض على قرض، فضول، البحث عن المسؤولية، نقض الحكم الذي استبعدها: «الفضول الارادي الذي يركز فقط على وقائع لا يمكن ان يخضع، بالنسبة إلى البيئة على وجوده، للتحفظات المبينة في المادتين 1341 و1985 من ق م»؛ غ م أن، 2 حزيران 1970، ن م، I، رقم 188، بيع عقار عن طريق كاتب عدل، عمولة متوجة لوكيل عقاري وجد مكتسب الملكية، غياب الوكالة، نقض القرار الذي رفض العمولة بدون البحث عن ملاءمة الادارة؛ قارن بـ غ م أن، 5 تشرين الثاني 1980، ن م، I، رقم 283، مؤسسة تجارية، وكيل عقاري أعطى وعداً بالشراء أو الايجار وقدم مستأجراً بعد انقضاء وكالته، غياب العارية (النفقات المعروفة لحساب الغير)، عمولة غير متوجهة، فضول، كلا، إثراء المستأجر بلا سبب، كلا.

(2) انظر في هذا الصدد Ch.Lazerges, Les mandats tacites، م ف ق م، 1973، 222، رقم 20 وما يليه، بيان ان محكمة النقض تقبل احياناً الالتباس بين الوكالة الضمنية والفضول، وقد استشهد بحكم غ ت ن، 15 تموز 1970، ن م، IV، رقم 204، د، 1970، الموجز 81، زوجة ظهرت لصالح الغير كمبيالة سحبها زوجها، وكالة أو فضول؛ وفي الاتجاه نفسه انظر أيضاً L. Guénée، تعليق في د، 1902، 489، المذكور سابقاً: «من الصعب في الواقع... تمييز أحدهما عن الآخر لكي تطبق على كل منهما قواعد الاثبات الخاصة به».

(3) حول تمديد وكالة راجع 31270 اللاحق.

الفصل II

تكوين الوكالة

31140 - القانون العام والقانون الخاص. شروط صحة الوكالة هي شروط أي عقد آخر (الأهلية، الرضا، الموضوع، السبب). على أنه يلاحظ بعض الخاصيات بالنسبة إلى فرقاء العقد (القسم I)، ومسار تبادل الرضا (القسم II)، ثم البحث عن كيفية تحديد موضوع العقد (القسم III)، وأخيراً تفحص ما إذا كان هذا العقد خاضعاً لتطلبات الشكل (القسم IV، وكيفية تأمين إثباته (القسم V).

القسم I

فرقاء العملية

31141 - ثلاثة اشخاص. تضاف إلى المسائل المتعلقة بشخص الموكل (الفقرة 1) وشخص الوكيل (الفقرة 2) المسائل المختصة بالغير الشريك في التعاقد (الفقرة 3).

الفقرة 1 - الموكل

31142 - أهلية مزدوجة. الموكل شخص يأمل إبرام عملية لحسابه عن طريق الغير. ويكفي للقيام بذلك على وجه صحيح أن يكون أهلاً للتعاقد. والأهلية القانونية مطلوبة في شخصه بصفة مزدوجة: يجب أن يكون بإمكانه الالتزام كموكل، مثلاً دفع اتعاب الوكيل، ويجب أيضاً، وبصورة خاصة، أن يكون في وسعه الالتزام بالعقد المبرم عن طريق الوكيل، ذلك فإن مفاعيل العقد المنشود تقع على عاتق الموكل، ويقتضي تقدير شروط الأهلية المطلوبة لهذا العقد في شخصه.

إن إعطاء التوكيل يشكل في ذاته عملية إدارة والأهلية المطلوبة، هي إذاً أهلية إبرام عقد إدارة⁽¹⁾. وبالمقابل، في ما يتعلق بالعملية المنشودة، يتوقف كل شيء على

(1) انظر في شأن عمل الإدارة R.Verdot, De l'influence du facteur économique sur la qualification des

خطورتها: إعطاء وكالة عقد ايجار سكن لمدة ثلاث سنوات، على سبيل المثال، يستوجب ابرام عقود إدارة⁽¹⁾؛ وإعطاء وكالة لبيع عقار يتطلب، بالمقابل، أهلية التصرف⁽²⁾.

ويقتضي بيان توضيحات خاصة في صدد الوكالة بين الزوجين.

31143 - الوكالة بين الزوجين. لكل من الزوجين باعتباره، استناداً إلى المادة 216

من ق م، مزوداً بالاهلية القانونية التامة، الحرية الكلية لاعطاء الغير وكالة لإدارة أعماله⁽³⁾. وهو، عملياً، يعطي بطيبة خاطر توكيلاً لهذه الغاية للزوج الآخر.

من هنا تكاثر الوكالات بين الزوجين. وبما أن الوكالة تشكل عمل إدارة فإن صحتها لم تكن على الإطلاق موضوع شك عندما تعقد بين الزوجين، بخلاف ما يمكن أن يجري بالنسبة إلى البيع أو الشركة⁽⁴⁾. والمشتري نفسه، فضلاً عن ذلك، كرس شرعية اللجوء إلى الأسلوب. فالمادة 218 تنص، بالفعل، على أن «الزوج بإمكانه إعطاء الزوج الآخر وكالة لتمثيله في ممارسة السلطات التي يزوده بها النظام الزواجي»، وتوضح فقط أن وكالة كهذه يمكن دائماً الرجوع عنها⁽⁵⁾.

ومن الصحيح أنه يُقبل، تقليدياً، لتسهيل علاقات الأسرة مع محيطها، أن يكون في مقدور أحد الزوجين أن يمثله الزوج الآخر⁽⁶⁾. وغالباً ما تكون الزوجة هي التي تعطي، أو يفترض أنها أعطت، وكالة لزوجها لانجاز أعمال على أموالها الخاصة (لنظام أموال الزوجين المشتركة)، أو على أموالها الشخصية (فصل الأموال)، أو كذلك على أموال مشتركة (نظام الأموال المشتركة)⁽⁷⁾. ويقتضي، في اتجاه معاكس، الاعتراف للزوجة بأنها

(1) انظر كمثال Aubry et Rau، الباب VI، تأليف Ponsard، الفقرة 411، رقم 169.

(2) انظر في شأن عمل التصرف R. Verdout، المذكور سابقاً، المتعلق بعمل الإدارة.

(3) كان الرأي أن وكالة البيع التي يعطيها أحد الزوجين وكيلاً عقارياً تشكل بالنسبة إليه رضا بالعقد الذي ابرمه الزوج الآخر، انظر حكم محكمة استئناف ليون، 5 تشرين الثاني، 1980، م إد، الطبعة N، 1983، II، ص 40، عقار خاص بالزوج، رضا مسبق من الزوجة، غياب ضرورة المشاركة في العقد.

(4) انظر في شأن العقود بين الزوجين والاعتراف المتبادل بها H. Lécuyer، La théorie générale des obligations dans le droit patrimonial de la famille، اطروحة في باريس II، 1993، طبع على الآلة الكاتبة، رقم 120 وما يليه، ولاسيما الرقم 123 في صدد الوكالة: «يبدو أن الوكالة بين الزوجين ليست ابداً موضوع شبهة»؛ انظر أيضاً G. Cornu، Les contrats entre époux، recherche d'un critère général de validité، م ف ق م، 1953، 1، 461؛ J. Hémar، Les contrats onéreux entre époux، م ف ق م، 1938، 671؛ H. Lalou، Des contrats entre époux، دراسات Capitant، 1939، ص 417 وما يليها.

(5) يستبعد ذلك أن يوافق أحد الزوجين، بموجب اتفاقية لمدة معينة، على توكيل غير قابل للرجوع عنه.

(6) انظر Ripert et Boulanger، رقم 2144.

(7) الوكالة، في ما يتعلق بالأموال المشتركة، ليست مفيدة إلا في عمليات تتطلب مشاركة الزوجين وفقاً لما ورد في المادة 1424 من ق م.

تحوز وكالة ضمنية من الزوج للإلزامه في شأن حاجات البيت الزوجي، أو لانجاز قضايا زوجها⁽¹⁾. وقد فقد هذا الحل الثاني في أيامنا فائدته بسبب المادة 220 التي بموجبها «لكل من الزوجين السلطة في أن يبرم لوحده عقوداً موضوعها صيانة البيت الزوجي أو تربية الأولاد»، والتي تنص على تضامتهما في الديون الناتجة عن ذلك.

31144 - تسويات مختلفة. غالباً ما لا تكون الوكالة التي يعطيها أحد الزوجين بطريقة صريحة. ولتسوية وجود تمثيل أحدهما الآخر في غياب أي توكيل، ثمة تفسيرات مختلفة معتمدة⁽²⁾.

وأحد هذه التفسيرات هو الوكالة الضمنية⁽³⁾. فالمادة 1432 من ق م، في نظام الأموال المشتركة، والمادة 1540، في مادة فصل الأموال، تستخدمان الأسلوب لكي يتاح لأحد الزوجين أن يتولى بنفسه إدارة أموال الآخر، أي أن يبرم في صدها أعمال إدارة أو تمتع⁽⁴⁾. وهناك إوالية أخرى يتم اللجوء إليها هي الفضول الذي يتطلب مع ذلك إثبات فائدة التدخل الذي جرى في قضايا الغير⁽⁵⁾. وهناك أحياناً أيضاً ما هو أكثر ندرة أي الكلام على وكالة ظاهرية⁽⁶⁾.

(1) انظر Troplong, Du mandat, رقم 119.

(2) ذلك بدون الأخذ في الحسابان الحالات التي يستطيع فيها أحد الزوجين أن يجيز له القضاء أن يبرم وحده عقداً يستوجب موافقة الزوجين عليه أو المشاركة فيه، أو أن يمثل الزوج الآخر المتعذر عليه بيان إرادته، المادة 216 والمادة 219 من ق م؛ وفي صدد السكن عن طريق القضاء حسب المادة 219، الفقرة الأولى، انظر غ م أن، 18 شباط 1981، ن م، I، رقم 60، م إد، الطبعة N، 188، II، 155، تعليق P.Rémy، م ف ق م، 1982، 140، م Norson et Rubellin- Devichi، فصل الأموال، بيع عقار؛ ع م أن، أول تشرين الأول 1985، م إد، الطبعة N، 1986، II، 249، فصل الأموال، بيع د؛ أضف إلى ذلك حول هذه الكيفيات المختلفة G, Cornu، م ف ق م، 1977، 570.

(3) انظر حول هذه الإوالية Troplong, Du mandat، رقم 117 وما يليه Ch.Lazerges, Les mandats tacites، م ف ق م، 1976، 222، رقم 2؛ وكذلك القسم IV و V اللاحقين.

(4) حول الوكالة الضمنية بين الزوجين وحدود التمثيل التي تجيزها، وبخاصة كونها لا يمكن أن تجيز إبرام عقود تصرف انظر الفصل II، القسم I، التمثيل، خارج المهمة، إلزام الموكل.

(5) عدا الحالات الواردة في المادة 1372 من ق م المتعلقة بالفضول انظر المادة 219، الفقرة 2، تمثيل أحد الزوجين الآخر عندما يتعذر على أحدهما بيان إرادته: يتعلق الأمر بنص من النظام الأولي، وهو بالتالي مطبق أياً كان النظام الزواجي، انظر غ م أن، 5 آذار 1985، ن م، I، رقم 86، فصل الأموال، الزوج في السجن، اشغال نفذتها الزوجة في سكن الأسرة، مال شخصي للزوج، تقدمت الزوجة كوكيل وضامن موافقة الغير، منفعة؛ قارن بـ 814 - 4، الفقرة 2، في شأن الشيوخ.

(6) انظر غ م أن، 14 كانون الأول 1976، ن م، I، رقم 403، ف د، 1977، ص 928، م G.Champenois، الناقد، م ف ق م، 769، م G.Cornu، بيع ملك زراعي تابع للأموال المشتركة؛ غ م ث أن، 18 كانون الثاني 1977، م ق ع، 1977، 1، بانوراما، 196، م ف ق م، 1977، 570، م G.Cornu، تجديد إيجار على أموال الزوجة، عقار يديره عادة الزوج؛ وفي اتجاه معاكس غ م أن، 6 تموز 1976، م إد، 1978، II، 18845، تعليق R. Le Guidec، ف د، 1977، البند 31350، رقم 46، م G. Champenois، =

وقد سن المشرع احكاماً خاصة لتسهيل لعبة التمثيل في نطاق ادارة مؤسسة حرفية أو تجارية ذات طابع عائلي: هذا هو موضوع الوكالة المفترض أن يكون «أحد الزوجين المساعد» المسجل في سجل التجارة قد تلقاها من رئيس المؤسسة لانجاز «أعمال الادارة المتعلقة بحاجات المؤسسة» (المادة 9 من قانون 10 تموز 1982 المتعلق بزواج الحرفيين والتجار الذين يعملون في مؤسسة عائلية)⁽¹⁾؛ كما أنه يعتبر، استناداً إلى المادة 789 - 1 من ق ر، أن الزوجين يفترض أن يكونا قد أعطيا وكالة تبادلياً لحاجات استثمار مال زراعي.

ويتعذر مع ذلك اخفاء ما يكون لهذه الاساليب احياناً من الاصطناعي، حتى ولو كان من الممكن ان تدعو العلاقات الموجودة في نطاق الاسرة إلى النظر إليها كاحسان⁽²⁾. وغالباً ما يخشى فضلاً عن ذلك، أن تضر بالاداء الطبيعي لقواعد توزيع السلطات بين الزوجين. وتسهر المحاكم على حصر التطبيق، عندما يكون ذلك ضرورياً. والأمر على هذا النحو مثلاً في ما يتعلق بسكن الأسرة الذي أمنت المادة 215، الفقرة 3، حمايته بصورة خاصة، وهي تتطلب رضا الزوجين للتصرف به⁽³⁾.

الفقرة 2 - الوكيل

31145 - التفريق. يقوم من يختاره الموكل بالتنفيذ شخصياً (أ)، غير أنه لا يُستبعد أن يقوم بالتنفيذ بواسطة وكيل من الباطن (ب). إلا أنه من المتفق عليه أياً كانت الحالة، أن الشروط المفروضة على الوكيل مفروضة أيضاً على الوكيل من الباطن.

31146 - أ. الوكيل شخصياً. ليس اختيار الوكيل دائماً حراً تماماً. وتحظر أن يعتمد إلى أن يكون الطرف المقابل يحدد الامكانية المتروكة للوكيل.

= م ف ق م، 1977، 570، م G.Cornu، بطلان ايجار معقود خلال انتظار الطلاق على مال الزوجة، لا يمكن أن يكون الغير جاهلاً الوضع.

على أنه تم بيان أنه إذا كانت الوكالة الضمنية المنصوص عليها صراحة في القانون توفر تسويغاً جيداً لدعوى أحد الزوجين من الزوج الآخر فإن اللجوء إلى الاجتهاد حول الوكالة الظاهرية لبناء تمثيل بين الزوجين يجب أن يكون التحديد الأكثر الممكن: هناك «وسيلة ضربة حظ اساءة استعمالها قد تمحو جميع الاحتياطات الواردة في القانون الزواجي وتحول قواعده كافة»، م G.Cornu، م ف ق م، 1977، 572.

(1) انظر A. Kurgansky, La déclaration notariée du cessation du mandat du conjoint collaborateur du chef d'une entreprise artisanale ou commerciale، I، 1984، N، الطبعة، ص 17.

(2) انظر في هذا الاتجاه Malaurie et Aynès، رقم 562.

(3) جرى أيضاً، في ما يتعلق بسكن الأسرة، اعتبار الوعد بضمان موافقة الغير من قبل أحد الزوجين الذي يتعهد بالحصول على رضا الآخر مجرداً من الفعالية، انظر غ م أن، 11 تشرين الأول 1984، د، 1990، 310، تعليق R. Le Guidec، بطلان العقد الذي وقعه الزوج وحده، بما في ذلك الوعد بضمان موافقة الغير: يمكن نقل الحل إلى الوكالة الضمنية مثلاً.

31147 - 1°. اختيار الوكيل. أبدى القانون المدني المرونة الأكبر في ما يتعلق بشخص الوكيل طالما أنه قبل في مادته 1990 اختيار عديم الأهلية⁽¹⁾. يكفي فقط أن يملك صاحب العلاقة جدارة فكرية كافية. ويفسر هذا الحل الشاذ ظاهرياً بأن الموكل يلتزم وحده بالأعمال القابلة لأن تبرم استناداً إلى المهمة الممنوحة بالوكيل، فالأهلية يجب أن تكون مطلوبة في شخصه وحده. وإذا حدثت نتائج مؤسفة ناتجة عن الاختيار فلا يمكن أن تضر إلا بالموكل الذي ليس في وسعه أن يلوم سوى نفسه عن عدم تبصره.

يضاف إلى ذلك أن المادة 1990 تنص على أن الموكل ليس في وسعه أن يرجع على وكيل كهذا إلا أن يكون ذلك وارداً ضد عديم أهلية: الحال أن عديم الأهلية هذا يحق له التمسك ببطلان الوكالة إذا أثبتت مسؤوليته بسبب خطأ في الإدارة، أو لعلّة موجب تقديم الحساب، وذلك فقط في شأن ما يعود إليه من نفع من العملية يكون قابلاً عندئذ للمطالبة به⁽²⁾. وتطبق القاعدة على الوكالة وذلك فقط في حالة كون عديم الأهلية مذنباً لارتكاب الغش وسرقة ما انيط به، ويمكن عند ذلك التمسك بمسؤوليته بعيداً عن ذلك⁽³⁾.

إن النص يبدو مفيداً جداً حتى لا غنى عنه في العلاقات بين الزوجين في الفترة التي كانت فيها للمرأة المتزوجة نظام عديم الأهلية. وتمثيل الزوجة زوجها، عملياً، غالباً ما يتمسك به الغير امام المحاكم لتسويغ كون الزوج الصادر التوكيل عنه ملزماً بالتعهدات الصادرة عن الزوجة⁽⁴⁾.

31148 - الوكلاء المهنيون. ليس وكيلاً في الحقيقة من يريد ذلك، على الأقل بصفة مهني.

إن بعض المهن منظم وبخاصة مهنة الوكلاء العقاريين الذين يجب أن يكونوا حائزي

(1) تستهدف المادة 1990 القاصر غير المحرر، بيد أن التعبير امتد إلى مجموع القاصرين، انظر على سبيل المثال النقض المدني 5 كانون الأول 1933، د إ، 1934، 49، س، 1935، 1، 25: «يمكن إعطاء القاصر وكالة تكون الاعمال التي يقوم بها لحساب الموكل بمنجى من اسباب البطلان التي تعيب الاعمال نفسها التي ينجزها عديم الأهلية لحسابه الخاص».

(2) المادة 1312 من ق م، انظر Aubry et Rau، الباب VI، تأليف Ponsard، الفقرة 411، رقم 169.

(3) في هذا الاتجاه Aubry et Rau، الباب VI، تأليف Ponsard، الفقرة 11، رقم 169، وهما يتمسكان في فرضية كهذه بالمسؤولية التقصيرية الواردة في المادة 1310؛ أضف إلى ذلك Ripert et Boulanger، رقم 2143: «لن يكون مسؤولاً إلا أن يرتكب خداعاً أو يخلق اثرأ غير مشروع أو بلا سبب».

(4) انظر النقض المدني، 5 كانون الأول 1933، د إ، 1934، 49، س، 1935، 1، 25، توكيل عام اعطاه الزوج إلى زوجته لإدارة أمور خاصة وتجارية للمنزل الزوجي، اجارة ووعد بالبيع اجراء الغير للزوجة باسم الزوجين مع تعويض تجميد، مبلغ من العملة وسبارة، قاضي الزوج لاسترداد المبلغ وخسر دعواه، زوجة قاضت بصفة وكيل، تصديق الزوج الضمني في ما يختص بما يتجاوز اعمال الادارة وحدها؛ أضف إلى ذلك النقض المدني، 14 شباط 1937، م ف ع، 1937، 1، 907، في تعليق فرعي، وكالة تكوين سلطة.

بطاقة مهنية تصدرها الادارة والذين يخضعون بقانون «Hoguet» في 2 كانون الثاني 1970 ومرسومه التطبيقي في 20 تموز 1972، لنظام قاس إلى حد ما⁽¹⁾.

والأمر على هذا النحو بالنسبة إلى من ينصرفون إلى نشاط ادارة عقارية والذين يخضعون لأكراهات مماثلة في النصوص عينها⁽²⁾. وذلك يغطي بصورة خاصة الوظائف التي يضطلع بها وكيل Syndic الملكية المشتركة⁽³⁾ وهو وكيل نقابة المالكين المشتركين وليس وكيل المالكين أنفسهم كل فرد على حدة⁽⁴⁾.

ويقضي العرف أيضاً بالاشارة إلى أن القانون يحتفظ لبعض الاشخاص بصفة القيام بأعمال محددة لحساب الغير عما يعطيهم احتكاراً: هذا هو حال المحامين والوكلاء avoués في شأن الأعمال الإجرائية⁽⁵⁾، وحال وكلاء الصرف في شأن العمليات في المصفق (البورصة)⁽⁶⁾...

31149 - 2°. تحظير الطرف المقابل. ثمة تقييد آخر مفروض على وظيفة الوكيل

هو التحظير على الوكيل أن يجعل نفسه طرفاً مقابلاً في العقد الذي تلقى مهمة ابرامه. والمبدأ موجود في المادة 1596 من القانون المدني، وهي نص خاص بقانون البيع يحظر على الوكيل أن يجعل نفسه مزائداً في الأموال المكلف بيعها، وهناك توافق على اعطائه مدى عاماً. وجرى الاعتبار، في المادة التجارية، أن القاعدة تسري أيضاً على الوسيط التجاري⁽⁷⁾.

(1) بطاقة «المصالحات على عقارات ومؤسسات تجارية»، جدارة مهنية، ضمان مالي، تأمين الزامي... كل ما هو وارد في قانون 1970 ومرسوم 20 تموز 1972.

(2) بطاقة «ادارة عقارية».

(3) وظائف مبنية في المادة 25 من قانون 10 تموز 1965 والمادتين 28 و29 من المرسوم التطبيقي في 17 آذار 1967.

(4) انظر كمثال حكم محكمة استئناف فرساي، 30 تشرين الثاني 1982، مجلة بدلات الايجار، 1985، 133: «وكيل الملكية المشتركة هو وكيل... ومسؤول تجاه موكله وكيل المالكين المشتركين».

إن ذلك يثير صعوبات عندما يرغب احد المالكين المشتركين في اثاره مسؤولية الوكيل، انظر الحكم نفسه: «أحد الشركاء في الملكية غير موكل الوكيل ليست له صفة إثارة المسؤولية العقدية».

(5) في صدد المحامين والوكلاء انظر الرقم 31509 اللاحق.

(6) اصبح وكلاء الصرف شركات المصفق مع احتكار محافظ عليه حتى أنه توسع مع قانون 22 كانون الثاني 1988، انظر حول هذا الاصلاح G.Mazet et T. Forschbach, Le monopole des sociétés de bourse en matière d'opérations sur valeur mobilières، م إد، الطبعة E، 1989، II، 15518؛ وكذلك Ripert et Roblot، الباب II، رقم 1862 وما يليه في صدد مصفق القيم؛ P.Diener, L'entremise obligatoire d'un agent de change dans les cessions d'actions du marché «hors cote»، 1987، العرض 209.

(7) انظر النقض المدني، 10 كانون الأول 1912، دد، 1914، 1، 97، تعليق L.Lacour، س، 1916، 1،

4، تعليق Na. quet، قيم عقارية، الموافقة على الحسابات عديمة التأثير؛ Houin et Pédamon، رقم 611،

5؛ Ripert et Roblot، الباب II، رقم 2647 وما يليه؛ A.Dreyfus, Du commissionnaire en bourse et en marchandises et de la contrepartie، 1898، 201.

وبذلك يحظر على العموم ما يسمى بطيبة خاطر عقداً مع الذات يجب أن لا يثير اعتراضاً نظرياً، ذلك بأن هناك ارادتين حاضرتين⁽¹⁾. والعقوبة هي البطلان النسبي وهدفها حماية الموكل وبالتالي تصرفه الخاضع لمرور الزمن (أو التقادم) الخماسي⁽²⁾.

وللقاعدة مدى واسع جداً، فالمادة 1596 تفسر على أنها تطبق على انواع البيع جميعاً⁽³⁾. والحل نفسه مفروض، بمنطق كلي، في أنواع عمليات أخرى: الجواب على استدراج عروض اشغال، واعطاء قرض⁽⁴⁾... وما يعاقب احياناً هو التواطؤ الخداعي بين الوكيل والغير الشريك في التعاقد في أمور تقارن بعمل الطرف المقابل: قد تكون المناورة أن يجد الوكيل شريكاً في التعاقد بين أقاربه ويوفر له شروطاً نافعة له باسم الموكل⁽⁵⁾.

وتسوّغ القاعدة بداهة بتنازع المصالح في شخص الوكيل إذا كان عليه، أو بالأحرى إذا كان بإمكانه، في آن واحد الاهتمام بمصالح الموكل والسهر على مصالحه الخاصة⁽⁶⁾. وجرى احياناً تصوير ذلك بصفة موجبات تقع على عاتق الوكيل⁽⁷⁾.

على أن وكلاء الصرف الذين اصبحوا شركات في المصنف منذ عام 1988، بإمكانهم أن يجعلوا أنفسهم اطرافاً مقابلة ضمن بعض الشروط، وهو حل أدخله قانون 2 تموز 1972 الذي عدل في هذا الاتجاه الفقرة 3 من المادة 85 من قانون التجارة، وقد

(1) Ripert et Roblot، الباب II، رقم 2647.

(2) انظر غ م أن، 29 تشرين الثاني 1988، ن م، I، رقم 341، د، 1989، الموجز 231، م J.L.Aubert.

(3) لا المبيعات بالمزاد العلني فقط، انظر في مادة عمليات المصنف (البورصة) النقض المدني 10 كانون الأول 1912 المذكور سابقاً، دد، 1914، 1، 97، تعليق L. Lacour: «يرتكب الوكيل الذي ينصرف، بلا علم زبونه، إلى عمليات طرف مقابل، خداعاً؛ أضف إلى ذلك النقض المدني، 28 حزيران 1934، م ق ع، 1934، 2، 430، مصرف، عمليات مصنف، طرف مقابل، شذوذ؛ حكم محكمة استئناف باريس، 12 تشرين الثاني 1964، د، 1965، 415، مال عقاري لشركة، شريك اكتسب الملكية عن طريق زوجته؛ D. Alexandre، م إ م، المواد 1984 إلى 2010، الكراسة من D إلى F، رقم 7 وما يليه وفي عرقه «يعمم الاجتهاد الحل الوارد في المادة 1596؛ قارن بـ غ ع، 17 حزيران 1907، دد، 1908، 1، 248، تصفية وقسمة ارث: أعتبر الحكم أن التحضير يجب أن يفسر حصرياً؛ غ م ث ا ن، 3 تشرين الثاني 1981، م إد، IV، ص 34، لصالح تفسير حصري؛ قارن بـ النقض المدني، 24 تشرين الأول 1951، 2، كاتب عدل مكلف تصفية الارث وليس بيع موجوداته (أصوله)، الحق في أن يكون مزايداً.

(4) انظر في صدد فروض أعطيت لصالحه من قبل كاتب عدل من أموال زبائنه حكم المحكمة الابتدائية في Bressuire، 5 كانون الثاني 1966، الموجز 83.

(5) انظر غ م أن، 9 حزيران 1958، ن م، I، رقم 295، م ف ق م، 1958، 631، م J. Carbonnier، إجارة وتنازل عن أسهم من قبل وكيل لزوجته مقابل ثمن زهيد.

(6) انظر حكم محكمة استئناف Rennes، 6 كانون الثاني 1959، د، 1959، 273: «قبول أسلوب كهذا يشكل اغراء خطراً جداً».

(7) Aubry et Rau، الباب VI، تأليف Ponsard، الفقرة 413، رقم 179.

جرى اعتماده لتنشيط السوق المصفقية وتنظيمها⁽¹⁾.

31150 - الأعمال. يتغلب في ما هو بيع بحد ذاته، وذلك هو الحالة الأكثر

تواتراً، تفسير واسع، إذ يعتبر، في ما يتعلق بالوكلاء العقاريين، أن التحضير لا يستوجب بالضرورة وجود سلطة بيع: يكفي أن يعطي العقد الوسيط المختار مهمة توسط تتناول بيع مال⁽²⁾. ويفسر التحضير بصلابة إلى حد ما: مثلاً له دور حتى ولو كان الثمن الذي أبرم العقد على أساسه هو الثمن الذي حدده الموكل⁽³⁾. ولا أهمية تذكر بالتأكيد لأن يظهر الوكيل نفسه كطرف مقابل أو لأن يتصرف كشخص مستخر⁽⁴⁾. ويسترد الوكيل حريته في الإجابة على الاقتراح المقدم له سابقاً عندما تنتهي الوكالة فقط. وفي سبيل إعطائه امكانية القيام بذلك قبل هذا الأجل يكفي الفريقين فسخ العقد إرادياً خلال تنفيذه⁽⁵⁾.

بيد أنه من المقبول عموماً أن لا يسود لهذه المساواة سبب وجود إذا وافق الموكل على أن يجعل الوكيل نفسه طرفاً مقابلاً أو إذا صدق العملية لاحقاً⁽⁶⁾. وقد تبدو العملية، فضلاً عن ذلك، مفيدة له: مثلاً يريد أن يبيع والوكيل يشتري بثمن مناسب.

(1) انظر Ripert et Roblot، الباب II، رقم 1861؛ رقم 1861؛ أخذ قانون 22 كانون الثاني 1988 بهذا الحل في مصافق القيم، وقد ألغى الفقرة 3 من المادة 85 من قانون التجارة، ونص على امكانية الطرف المقابل في مادته الاولى حيث انشأ أيضاً احتكاراً «شركات المصفق»؛ انظر قرار 21 نيسان 1988 المتعلق بتصديق النظام العام لمجلس مصافق القيم، الباب VI، الطرف المقابل في الأسهم، المادة 1.1.6 وما يليها. أضف إلى ذلك A.d'Hennezel- Rousin، La contrepartie en bourse de valeurs، Banque، 1977، 424؛ قارن، في ما يتعلق بالوسطاء في عمليات المصافق في شأن البضائع، التحضير المبدئي بـ Ripert et Roblot، الباب II، رقم 2570.

(2) انظر غ م أن، 13 نيسان 1983، ن م، I، رقم 119.

(3) انظر غ م أن، 27 كانون الثاني 1987، ن م، I، رقم 32، بيع عقار، وكالة حصرية معطاة لوكيل عقاري مع سلطة الزام الموكل، اكتساب الملكية بثمن حددته شركة انشأها الوكيل، المادة 1596، إبطال: «التحضير على الوكيل أن يكتسب لنفسه أو بواسطة مستخر ملكية المال المكلف بيعه يطبق حتى ولو كان البيع قد تم بثمن حدده الموكل».

(4) انظر على سبيل المثال غ م أن، 27 كانون الثاني 1987، ن م، I، رقم 32، المذكور آنفاً؛ وحول الشراء بواسطة شخص مستخر قبل انتهاء وكالة الوكيل، وقد أجرى البيع البائع نفسها انظر غ م أن، 2 تشرين الأول 1980، ن م، I، رقم 241، ف د، 1981، 1310، J.L. Aubert، بيع عقار، وكالة حصرية أنيطت بوكيل عقاري، اكتساب الزوجة ملكية العقار، عقد أبرمه الوكيل نفسه، المادة 1596؛ إبطال: كان للاعتراض على قيام البائع بأبرام العقد شخصياً «أهميته»، كما يعترف المعلق، وإنما يضيف أن «الاحطار التي تواجه البائع وأن كانت قليلة هي حقيقة».

(5) انظر في هذا الاتجاه J.L. Aubert، التعليق المذكور سابقاً، ف د، 1981، 1310.

(6) انظر غ م، 30 حزيران 1909، دد، 1910، 1، 5، القضية الثانية، تعليق Lacour، س. 1911، 1، 505، قيم عقارية، مفهوم «العقد المباشر»، اعلام غير كاف، غياب القبول: «لبس في مقدور الوسيط التجاري أن أن يجعل نفسه طرفاً مقابلاً لموكله إلا بموجب اتفاق خاص يجيز له ذلك»؛ النقض المدني، 10 كانون الأول 1912، المذكور سابقاً؛ أضف إلى ذلك الإسنادات العديدة التي استشهد بها D.Alexandre، م إ م، المواد 1984 إلى 2010، الكراسة D، رقم 8.

من هنا أن الاعتراف، من حيث المبدأ، بصحة بند يجيز، قبلياً، للوكيل أي يجعل نفسه طرفاً مقابلاً، وقد يترافق مع ورطة يصعب تذليلها مع ذلك. على أن هذا البند يعتبر، مبدئياً، صحيحاً⁽¹⁾. إلا أنه يبقى من الممكن، حتى في حالة كهذه، أن تنفر المحاكم من اللجوء إلى ذلك، ولا سيما في العلاقات بين المهنيين والأفراد⁽²⁾.

ويمكن القول، في المادة العقارية، أن صحة اتفاقية الطرف المقابل «غير المشكوك فيها إذا تلقى الوسيط التجاري أوامر أمرة»، تبدو «قابلة للنقاش إلى حد كبير إذا كانت الأوامر بيانية صرفاً»⁽³⁾.

31151 - تنازع المصالح. يعتبر، بصورة أعم، أن تعارض المصالح بين الوكيل والموكل يمنع الوكيل أن يمثل الموكل بصورة صحيحة⁽⁴⁾. وينبغي أن لا يبعث المبدأ على الدهشة ويسري على جميع الأشخاص الذين يتدخلون في قضايا الغير: إنه مقبول بالنسبة إلى الكتاب العدل بصورة خاصة⁽⁵⁾.

وللشك نفسه، بالمقابل، علة وجود أقل في فرضية وكالة مزدوجة، وبالتالي لا يمتنع على الوسيط أن يقوم بدور الوكيل من جانبي العملية المتوخاة.

وفي الواقع إذا كان تنازع المصالح ما يزال موجوداً فهو لم يعد موجوداً بين الموكل والوكيل: على العكس يكون الوكيل الذي يتلقى توكيلاً من شخصين في موقف حكم بين مصالح كل منهما. والأمر على هذا النحو بالنسبة إلى وكيل التأمين الذي يمثل الشركة وغالباً ما يتوجه الزبون إليه⁽⁶⁾. وما يُفرض ليكون التنسيق صحيحاً هو أن يكون مختلف المحاورين مطلعين على التركيب.

(1) انظر Ripert et Roblot، رقم 2649.

(2) انظر غ م أن، 2 تشرين الأول 1980، ن م، I، رقم 241، بيع عقار اجراه المالك نفسه، وكيل استفاد من وكالة حصرية، شراء عن طريق مسخر وقبل انتهاء الوكالة، ابطال بناء على طلب ابن البائع عقب وفاته؛ غ م أن، 17 حزيران 1986، ن م، I، ثم 170، بيع عقار، اكتساب الوكيل الملكية عن طريق شركة، شارك البائع شخصياً في البيع، المادة 1596، بطلان، ضرورة رضا متتير.

(3) Ripert et Roblot، الباب II، رقم 2649.

(4) انظر في صدد الجميع بين وظائف كاتب المحكمة في إحدى القضايا، ووظائف وكيل أحد الفريقين النقض المدني 30 تموز 1900، دد، 1900، 1، 464، كاتب محكمة يقوم أيضاً بوظيفة وكيل syndic، استحالة؛ D. Alexandre، م إ م، المواد 1984 إلى 2010، الكراسة B، رقم 08 وما يليه؛ وعلى عكس ذلك غ ع، 11 تشرين الثاني 1907، دد، 1908، 471، قارن بـ Alfandery, Légetaire universel.

(5) مرسوم 26 كانون الأول، 1971، المادة 2؛ انظر حول هذه النقطة J. P. H.B. et T. P. Kuhn، ف د م، V الكتابة العدل، 1982، رقم 36 وما يليه.

(6) انظر غ ع، 26 تشرين الثاني 1928، س، 1929، 1، 94، تأمين حمولة سفينة، وسبط جرى اعتباره «ممثلاً المؤمنين والمؤمنين في آن واحد»؛ حكم محكمة استئناف باريس، 8 أيار 1981، م ق ع، 1981، 2، 801، تعليق Margeat et Favre-Rochex، تأمين صالة لوحات.

31152 - ب. تدخل الوكيل من الباطن. يكون هناك احياناً، إلى جانب الوكيل نفسه، وكيل من الباطن. والاستبدال قانوني وينتج مفاعيل خاصة.

31153 - 1°. قانونية الاستبدال. يحق لمن يتلقى توكيلاً أن ينقل، مبدئياً، المهمة الموكولة إليه إلى شخص آخر شرط أن يبقى مسؤولاً هو نفسه: تكتفي المادة 1994 من ق م بالقول إنه مسؤول عن الشخص الذي جاء بديلاً عنه، غير أن قانونية الاسلوب غير قابلة للنقاش⁽¹⁾.

على أن الأمر إذا كان ممكناً على هذا النحو، بدون الحصول على موافقة الموكل، يبدو كخرق ملموس تماماً لطابع بالنظر إلى الشخص المتعاقد معه، حتى، بكل بساطة، لقوته الالزامية⁽²⁾.

إن منع الوكيل أن يجعل الغير بديلاً عنه موجود فقط في حالة كون الموكل قد حظّره بشكل صريح، أو عندما ينجم ذلك عن الاتفاقية⁽³⁾. هذا هو الحال في بعض المهن كمهنة المحامي والوكيل avoué⁽⁴⁾.

21154 - 2°. مفاعيل الاستبدال. مفعول الاستبدال دخول الوكيل من الباطن بسهولة في التركيب: تقوم عن طريق دعاوى مباشرة ومتصالبة بين هذا المدين الجديد والموكل علاقات قانونية ثنائية الجانب.

فالقانون، من جهة أولى، يعطي الموكل دعوى مباشرة للمسؤولية ضد الوكيل المستبدل⁽⁵⁾. ويجيز الاجتهاد، من جهة ثانية، للوكيل من الباطن أن يطلب مباشرة إلى

(1) انظر D.Alexandre، م إ م، المواد 1984 إلى 2010، الكراسات D إلى F، رقم 57.

(2) انظر في صدد إشهار النقض المدني، 10 كانون الأول 1912، المذكور آنفاً، د، 1914، 1، 97، تعليق Lacour، س، 1916، 1، 41، تعليق Naquet، عمليات في المصنف، وسيط تجاري عهد بالقضية إلى سمسار مصنف، ضرورة السهر على أن لا يجعل نفسه طرفاً مقالاً؛ وحول بالنظر إلى الشخص المتعاقد معه، في الوكالة انظر الرقم 31114 السابق وما يليه.

(3) من المتفق عليه أن «الوكالة معطاة، مبدئياً بالنظر إلى الشخص المتعاقد معه»، غ م أ ن، 26 كانون الأول 1961، ن م، I، رقم 623، وسيط في شراء القمح لتعاونية تموين جرى توقيفه خلال الحرب وتم فسخ عقده، ولكنه يبدي أن زوجته حلت محله في وظائفه بنجاح: مجرد تسامح، استبدال مسوّغ لأن «الاتفاقية لم تنص على أي امكانية للاستبدال».

(4) في الوكالة بالنسبة إلى الخصومة، غ ع، 8 كانون الثاني 1912، دد، 1913، 185، القضية الاولى، تعليق Lalou، س، 1912، 1، 359.

(5) بالموازاة مع الدعوى التي يملكها ضد الوكيل الاصلي، المادة 1994، الفقرة 2؛ يتعلق الأمر بالطبع بمسؤولية عن الخطأ، على صورة المسؤولية التي يتحملها من تولى منه المستبدل مهمته، انظر غ م أ ن، 26 تشرين الثاني 1981، ن م، I، رقم 355، محام جرى استبداله بزميل لعقد رهن على مال.

الموكل دفع المبالغ المشتركة لصالحه أو التي يكون دائناً بها في مناسبة التنفيذ⁽¹⁾.

وقد أثارت هذه الطريق القانونية الثانية، غير المنصوص عليها في القانون المدني رغباً عن مبدأ «لا دعوى مباشرة بدون نص»، تحفظات⁽²⁾. والحال أن لها دور حتى في غياب موافقة الموكل على مبدأ الاستبدال: «يمكن أن تمارس دعوى الوكيل البديل في شتى الحالات سواء أكان الاستبدال قد اجازته الموكل أم لا»، كما هو مقدر⁽³⁾. والحل جريء إلى درجة أن النتائج الناجمة عنه تبدو قاسية بالنسبة إلى الموكل.

31155 - الدفع مرتين. ليس الموكل في الواقع، في عرف القضاة، ملزماً في حدود ما يتوجب عليه تجاه متعاقده الخاص وحسب: ليس في وسعه الاحتجاج ضد الوكيل من الباطن بأنواع الدفع التي يمكن أن يتمسك بها ضد الوكيل الاصيل⁽⁴⁾.

حتى إنه يعتبر أنه ليس في مقدوره التمسك ضد الوكيل البديل بالدفع الذي سبق أن استفاد منه الوكيل الاصيل: «لا يحق للموكل أن يحتج ضد الوكيل البديل بما دفعه للوكيل الاصيل، حتى ولو كانت هذه المدفوعات سابقة لممارسة الوكيل البديل الحقوق الخاصة به التي يستمدّها من المادة 1994، الفقرة 2، من ق م»، كما اعلنت محكمة النقض (أو التمييز)⁽⁵⁾. وهكذا يتعرض الموكل، عملياً، لأن يدفع الدين نفسه مرتين.

(1) انظر غ م أن، 27 كانون الأول 1960، د، 1961، 491، تعليق J. Bigot، ف د ت، 1961، 465، م B. Starck، م ف ق م، 1961، 700، م G. Cornu، تحقق من الأماكن التي أخلاها المستأجر نظمه المباشر بناء على طلب مستشار قانوني، دعوى المباشر المباشرة ضد الموكل: «يتمتع المستبدل، عن طريق الاستنتاج، بدعوى شخصية ومباشرة للحصول على سداد تسليفاته والمصاريف والاجر المتوجب له»؛ غ ت ن، 8 تموز 1986، ن م، IV، رقم 153، وسيط تجاري في الجمارك، سداد نفقات التخليص من الجمرک المدفوعة بناء على طلب الناقل، قبولية الدعوى ضد المؤسسة التي كلفت الناقل بالعملية وعوضت عليه مسبقاً؛ غ ت ن، 4 كانون الأول 1990، ن م، IV، رقم 312: «يملك الوكيل المستبدل دعوى شخصية ومباشرة ضد الموكل لدفع المبالغ التي تكبدها لحسابه».

(2) N. Cozian، L'action directe، اطروحة في L.G.D.J، 1969، رقم 72 وما يليه ورقم 114 وما يليه، الذي يبين «أن من طبيعة الدعوى المباشرة أن تكون خطوة في اتجاه وحيد»، المرجع عينه، رقم 72؛ J. Bigot، د، 1961، 491، التعليق المذكور آنفاً: «من المسموح به التساؤل عما إذا كان مبدأ نسبية الاتفاقيات يعني شيئاً ما في الوقت الحالي».

(3) انظر غ ت ن، 9 تشرين الثاني 1987، ن م، IV، رقم 233، وسيط تجاري في الجمارك يراجع ضد المؤسسة التي لجأت إلى خدمات الناقل الذي عمل له؛ غ ت ن، 19 آذار 1991، قضية Gefco، م إ ق أ، 1991 - 67 رقم 589، وسيط في الجمارك، نقض.

(4) انظر غ ت ن، 9 تشرين الثاني 1987، المذكور سابقاً، ن م، IV، رقم 233؛ غ ت ن، 8 تشرين الثاني 1983، ن م، IV، رقم 1، 3، م ف ق ت، 1985، 353، م J. Hémard et B. Boulloc، وسيط تجاري في الجمارك، نقض.

قارن بـ Malaurie et Aynès، رقم 561، وفي عرفهما «يمكن أن تكون الدفوع التي يحتج بها الموكل ضد الوكيل محتجاً بها ضد الوكيل من الباطن».

(5) انظر بخاصة غ ت ن، 5 تشرين الأول 1993، د، 1995، 169، تعليق F. Auckenthaler، عمليات تخليص =

والحظوة الممنوحة للوكيل من الباطن على هذا النحو تتجاوز الحدود. فمن المقبول أن بإمكانه إلقاء المسؤولية على الموكل مباشرة حتى ولو كان هذا الموكل يجهل استبدال الوكيل أو لم يجزه، وذلك بدون نص خاص لتسوية هذه الدعوى: وأقل ما يمكن هو أن يكون الموكل غير ملزم إلا عندما يكون شريكه في التعاقد بإمكانه حيازة حق تجاهه.

الفقرة 3 - الغير الشريك في التعاقد

31156 - غير محدد أو غير محدد. ليس الشريك في التعاقد، الفريق في العمل المعني، بحصر المعنى، فريقاً في عقد الوكالة. ولذلك ليس اعتبار شخصه أقل أهمية في ذهن الموكل والوكيل.

ويشهد على ذلك كون الوكيل المختار، من حيث المبدأ، لا يستطيع، خفية عن الموكل، أن يجمع دوره مع دور الغير الشريك في التعاقد بجعل نفسه طرفاً مقابلاً. وفي هذا ذاته يقين أول سلبي: يجب وكقاعدة عامة، أن لا يكون الغير الشريك في التعاقد هو الوكيل.

على أنه من غير الضروري أن يكون شخص الغير الشريك في التعاقد، منذ عقد الوكالة، محدداً. ويمكن أن يكون كذلك فعلياً فتغدو الوكالة، في هذه الحالة، وفي هذه النقطة، أمرة. إلا أنه غالباً ما يبقى غير محدد، وذلك لا يشوب الوكالة بأي عيب: موضوعها، في فرضية كهذه، هو إيجاد الشريك في التعاقد المنشود، وإبرام العملية في الوقت عينه. وهو أقل تحديداً بوضوح، حتى أنه من الأكيد، في عدة حالات، أن مصلحة الموكل هي ترك البحث عن الغير الشريك في التعاقد متاحاً: هذه هي وسيلة إيجاد العارض الأفضل.

على أنه يجب أحياناً الحذر من أن تكون شخصية الغير غير مبالى فيها: مثلاً، يمكن، تجاه متعاقدين كالأفراد، أن يكون ثمة إلزام بواجب النصح وضمان أكثر صلابة، على الأقل عندما يتعلق الأمر بمهني... ومن المفيد في الغالب التفكير فيه سلفاً.

= البضائع من الجمرك؛ غ ت ن، 19 آذار 1991، قضية Gefco، م إ ق أ، 1997 - 7، رقم 589، المذكورة سابقاً، نقض؛ وعلى نقض ذلك حكم محكمة استئناف Aix، 5 أيار 1991، قضية SCAC، م إ ق أ، 1997 - 7، رقم 590، وسيط تجاري في الجمارك: «الدفع عن حسن نية» من الموكل إلى الوكيل «يلاشي الموجب ويحرر بالتالي فاعله».

القسم II

الرضا بالوكالة

31157 - الازدواجية. يظهر رضا الفريقين في الوكالة موجهاً نحو العمل الذي من مهمة الوكيل ابرامه، كما تجاه السلطة المعطاة في الوكالة لهذه الغاية. والحال أنه يمكن التصور بسهولة، إذا كانت ارادة إعطاء توكيل، واردة تلقيه يجب أن تتوافقا مع الشروط العامة المطلوبة لأي اتفاقية، إن الأمور تتعقد عند تفحص العملية المنشودة.

إن الرضا بهذه العملية بالتأكيد هو، في مبداه، رضا الموكل، ولكن الوكيل يعبر عنه. ومن هنا يقبل عموماً أن تقدر عيوب الرضا في شخص الوكيل. وعلى سبيل المثال، ني حالة الخداع الذي استغله الوكيل، يعتبر إنه ليس من الضروري التساؤل عما إذا من الممكن أن يكون الموكل أيضاً مخدوعاً⁽¹⁾. وتشوب ارادة الموكل بفعل التمثيل العيوب ذاتها التي تفسد رضا الوكيل.

ومن الممكن أن يكون الوكيل، من جهته، قد ارتكب غلطاً أو كان فريسة خداع يعيب رضاه مباشرة: كان العمل قد جرى تصميمه عن خطأ. يجب إذا التفكير في أن العيب في الرضا، في هذه الفرضية الثانية، كما في الفرضية السابقة، يجب أن يعاقب وهو يسوّغ ابطال الاتفاقية.

وقد تنبجس المسألة أخيراً عن عيب في الرضا يؤثر في الغير الشريك في التعاقد وقد يتمسك به الموكل أو الوكيل. وليست هناك أي صعوبة إذا كان الغش صادراً عن الموكل: على هذا الموكل أن يتحمل النتائج كفريق في العقد وأن يتعرض بخاصة للابطال. على أنه من المقبول أيضاً أن يكون الموكل، لجهة خداع الوكيل، ملزماً بكونه مسؤولاً عنه كخداع صادر عنه⁽²⁾.

31158 - التقسيم. أن رضا الفريقين، في ما تبقى، يعبر عنه بشكل مختلف سواء أكان الأمر يتعلق بنطاق الوكالة العرضية (الفقرة 1) أو يكون أصحاب العلاقة قد أقاما علاقات مستمرة (الفقرة 2).

(1) انظر غ ت ن، 2 آذار 1976، ن م، IV، رقم 78، م ف ق م، 1977، 149، م G. Cornu، بيع أجهزة توزيع آلي، وكالة معطاة للمستأجرين المستقبليين المستعملين لاختيار الأجهزة، خداع مرتكب بحق المستعملين، ابطال.

(2) انظر كمثال Aubry et Rau، الباب IV، 1871، الفقرة 343 مكرر، النص والتعليق 28، وهما يأخذان بهذا الحل بأن التمثيل هو اتفاقي أو قانوني.

الفقرة 1 - الوكالة العرضية

31159 - القبول. تتكوّن الوكالة المعقودة بصفة عرضية لمهمة محددة بكل بساطة. ثمة عملية نادراً ما تفسح في المجال لتعقيد العقد التمهيدي، حتى للعبة الشروط، مع أن كل شيء قابل للتصور.

على أن هناك نقطة تستحق التعمق فيها وتعود إلى أن القانون المدني يصر مرتين على ضرورة قبول الوكيل مهمته: في المادة 1994، الفقرة 2، التي تنص على أن «العقد لا يتكوّن إلاّ بقبول الوكيل»، وفي المادة 1995، الفقرة 2، التي ورد فيها أن هذا القبول يمكن أن يكون ضمناً أو ناتجاً عن تنفيذ الوكالة.

وهدف ذلك تأمين حماية الوكيل مع الحفاظ على المرونة الضرورية.

ويستخرج من ذلك، تقليدياً، هذه الخلاصة أن عقد الوكالة له أصالة معينة بالنسبة إلى تكوينه ذلك بأنه ما أن يعطى القبول حتى يصبح «الموكل ملزماً حتى ولو جهله أو رجع عن توكيله قبل أن يعرفه»: «الأمر ليس هذا النحو هنا، كما في حالة العقد الملزم للطرفين والتام حيث يجب أن تكون الارادتان معروفتين من هذا الفريق وذاك»⁽¹⁾. وكنتيجة لذلك، منذ قبول الوكيل مهمته إذا قام بتنفيذها وقام بعمليات اتفاق لهذه الغاية، يصبح الموكل ملزماً بسداد هذه النفقات.

إن ارادة الوكيل مهيمنة في هذه المرحلة إذن. ويلاحظ أننا قريبون إلى حد ما من الطريقة التي تجري بها الأمور في الفضول.

الفقرة 2 - علاقات مستمرة

31160 - المهني. قد تكون علاقات الموكل بالوكيل مقيدة بالمدة، ولاسيما عندما يكون اصحاب العلاقة مهنيين. وفي عقد الادارة تكون الوكالة منذورة لأن تكون مقيدة بالزمن.

وتلاحظ الظاهرة مثلاً في صدد مهنيي الادارة العقارية ووكلاء الملكية الذين تمتد مهمتهم عموماً عدة سنوات⁽²⁾.

يضاف إلى ذلك، عندما تستخدم الوكالة لغايات تتجبر اموال أو خدمات، إن هذه الوكالة تعقد أيضاً لمدة معينة: حالة وكالة الوكيل التجاري أو عقد توزيع منتجات نفطية⁽³⁾.

(1) إ.ع، ٧ الوكالة، رقم 179 وما يليه.

(2) انظر في شأن هؤلاء المهنيين الرقم 31148 السابق، والرقم 31183 اللاحق حول المدة.

(3) في صدد استخدام الوكالة في التوزيع انظر الرقم 31003 السابق والاسنادات، وفي شأن الوكلاء التجاريين انظر الرقم 31516 اللاحق.

القسم III

موضوع الوكالة

31161 - التقسيم. موضوع الوكالة، كموضوع أي عقد آخر، وبصورة أدق محتوى موجبات كل من الفريقين، يجب أن يكون محدداً وقانونياً. إلا أنه توجد، في هذه المادة، متطلبات خاصة في شأن تحديد المهمة المنوطة بالوكيل (الفقرة 1) ونوع من المرونة في تحديد الاتعاب التي قد تستحق له (الفقرة 2). ويمكن التساؤل، فضلاً عن ذلك، عما إذا كان من الواجب أن تكون الوكالة محصورة في مدة معينة (الفقرة 3).

الفقرة 1 - مهمة الوكيل

31162 - «القيام بأمر معين». قد تكون المهمة المطلوبة منوطة بالوكيل بشكل صحيح، ويجب أن تركز على «القيام بأمر معين»⁽¹⁾، أي أن تكون موجودة. ومن المناسب بصورة خاصة ألا تكون المهمة قد سبق تنفيذها⁽²⁾.

وتجري المناقشة حول نقطة معرفة ما إذا كانت الوكالة غير منوطة. بشكل صحيح إلا بشرط أن تمثل فائدة لمن يعطيها⁽³⁾. على أنه لا يبدو، للوهلة الأولى، أي شيء يتعارض مع أن يتصرف الموكل لمصلحة الغير وحدها، ذلك بأن حقه في طلب تنفيذ العقد هو عندئذ مشابه للحق المعترف به لصالح المشتري في الاشتراط لصالح الغير⁽⁴⁾.

وثمة أعمال يخصص إنجازها بصفة وكيل لبعض المهنيين: التمثيل أمام القضاء الذي يحتكره رجال القانون، البيع العمومي لأموال منقولة وهو حكر على الدالين⁽⁵⁾... وهناك مثال آخر هو التفاوض في شأن القيم في المصفق (البورصة) الذي لا يمكن، تحت طائلة البطلان، أن يناط بشخص ليس وسيطاً مجازاً⁽⁶⁾.

(1) Pothier, Du contrat de mandat، رقم 6.

(2) مع أن الوكيل، حتى في هذا الحالة، عند جهله هذه الواقعة إذا قام ببعض النفقات بإمكانه استردادها، انظر Aubry et Rau، الباب IV، 1871، الفقرة 410.

(3) في هذا الاتجاه Aubry et Rau، الباب IV، 1871، الفقرة 410، وهما يتطلبان إما مصلحة الوكيل الحصرية أو مصلحته ومصلحة الغير أو الوكيل.

(4) انظر D.Alexandre، م إ م، المواد 1984 إلى 2010، الكراسة B، رقم 108؛ أضف إلى ذلك Pothier Du contrat de mandat، رقم 17، وفي عرفة ليس من الضروري أن تكون القضية «قضية الوكالة لا كلياً ولا حتى جزئياً»، وهو يعطي التفسير التالي: يصبح الموكل عند إناطة قضية الغير بغير آخر محاسباً هو نفسه بمفعول الفضول، وله بالتالي مصلحة في أن تدار بشكل جيد.

(5) انظر في شأن هؤلاء المهنيين الرقم 31500 اللاحق وما يليه.

(6) انظر غ ع، 9 كانون الأول 1895، دد، 1897، 1، 177، طلبات Denis، تعليق P.Pic، س، 1897، 1،

185، اتفاقية مع مصرفي، مفاوضة على سندات مسعرة في المصفق ومنفذة في السوق الحرة وبدون وساطة وكيل الصرف. بطلان من الانتظام العام؛ غ ع، 6 كانون الثاني 1913، دد، 1914، 1، 13، تعليق =

31163 - التقسيم. قد تكون قانونية الوكالة، علاوة على ذلك، موضوع خصام لأن بعض الأعمال المخطط لها لا يمكن أن تشكل موضوعها (أ). وثمة صعوبات تبرز عندما يتعلق الأمر بتحديد مدى السلطات المعهود بها إلى الوكيل (ب).

31164 - أ. أعمال قد تشكل موضوع وكالة أم لا. معظم التعهدات القانونية يمكن التعاقد عليها عن طريق الوكالة: صعوبة إعطاء التوكيل محدودة لأول وهلة، مما هو حسن بالنسبة إلى الحرية الفردية. على أن ثمة أعمالاً لا يمكن لهذا الأسلوب أن يتعرض لها، ويمكن تصنيفها في ثلاث فئات: الأعمال المحتفظ بها للموكل (ولا يمكن بالتالي تفويضها إلى وكيل)، والأعمال غير القانونية في حد ذاتها، والأعمال المحظرة على الموكل.

31165 - 1° الأعمال المحتفظ بها للشخص. بعض الأعمال، بسبب طبيعتها الشخصية جداً، مخصص عقدها شخصياً لمن يلتزم بها: لا يمكن تحقيقها عن طريق وكيل. ليست هناك وصية صحيحة لا تصدر عن الموصي نفسه. وبصورة خاصة إذا كانت بخط يد الموصي وموقعة منه⁽¹⁾. ويتطلب الزواج الوجود الشخصي لزوجي المستقبل بحيث أنه يستحيل أن يتزوجا عن طريق الوكالة⁽²⁾. والحضور الشخصي، عملاً بقواعد الإجراء، إلزامي للطلاق والهجر.

ومن السهل فهم أساس إستحالة التصرف هنا عن طريق التمثيل: يعود إلى أن مشاركة صاحب العلاقة في العقد لا غنى عنها لضمان صدق انضمامه في ما يتعلق بالقرارات التي تتناول الأعمق من حياته الخاصة.

على أن الوكالة قانونية بالنسبة إلى عدد معين من الأعمال ذات الطابع غير المتعلق

= A.Chéron، بطلان العمليات المتعلقة بسندات فرنسية جرت عن طريق سمسار المصنف بدون تدخل وكيل الصرف؛ النقض المدني 21 تموز 1920، دد، 1921، 1، 137، بطلان عمليات في المصنف حول قيم مسخرة جرت بدون وساطة وكيل الصرف، إبراء غير فعال؛ يضاف إلى ذلك D.Alexandre، م إ م، المواد 1984 إلى 2010، الكراسة B، رقم 92 وما يليه.

كان الوسطاء المجازون في الأصل وكلاء الصرف الواردون في المادة 75 وما يليها من قانون التجارة، وقد أصبحوا شركات المصنف التي أنشأها قانون 22 كانون الثاني 1988 المتعلقة بمصافق القيم الذي ألغى النصوص الواردة في قانون التجارة.

(1) المادة 970 من ق م؛ وإذا كان رسمياً فإن وجود واضعه مفروض لكي يملي على الكاتب العدل الذي يقرأ له النص بعد ذلك ويوقعه أخيراً، المادة 972، وإذا كان الأمر يتعلق بوصية سرية فإن وجود واضعها وتوقيعه لا غنى عنهما، انظر المادة 970 من ق م.

(2) إلا في حالة الزواج بعد وفاة المولود بالطبع، المادة 171 من ق م؛ انظر Ph. Dubois، La physique de la personne، اطروحة من منشورة Economica، 1986؛ رقم 424 وما يليه الذي يبين أن الأمر يتعلق «بأعمال شخصية إلى درجة كبيرة» جرت أمام سلطة ما، الكاتب العدل، مأمور الأحوال الشخصية... يمكنها تأمين مراعاة هذا التطلب للحضور الشخصي.

بالذمة المالية: الأمر كذلك في شأن الاعتراف بالولد الطبيعي أو التبني (ومع ذلك: ولد متبنى بالتوكيل... أي تمييز هذا في الحياة!). كما أنه، وذلك ليس حقاً من طبيعة ذمية مالية أيضاً، من المقبول امكانية التصويت عن طريق التوكيل.

أما التوقيع على عقد قانوني فيقدر أنه تعبير شخصي بحث لفاعله ولا يمكن أن يكون من فعل وكيل⁽¹⁾.

يضاف إلى ذلك أنه قد يحدث، بهاجس حماية المستهلك، أن يحظر على المتعاقد إعطاء المهني الذي توجه إليه الموكل القيام بهذه العملية أو تلك المتعلقة بتنفيذ الاتفاقية: هكذا الأمر في بناء منزل فردي لكي يتاح لصاحب العمل المستقل السهر على تقدّم الأشخاص وفقاً لتواتر الدفعات المتتالية حيث يمتنع على المقاول أن يلجأ إلى وكالة استيفاء الأموال المقترضة لتمويل البناء كلياً أو جزئياً، وبالتالي الحصول مباشرة من المقرض على المبالغ المتوجبة في كل استحقاق بدون موافقة صريحة من الزبون⁽²⁾.

ويمكن أيضاً بيان أن إدارة الديون عملية يحظر قانون 11 تشرين الأول 1985 المتعلق بالبند الجزائي وتنظيم الديون⁽³⁾ أن تناط بوكلاء غير بعض المهنيين كمؤسسات الاعتماد، مما يعني، خارج هذه الحالات، تخصيصها بشخص المدين.

31166 - 2° . الأعمال ذات الطابع غير القانوني. إذا كان العمل الذي يكلف الوكيل عقده غير قانوني في ذاته فإن التوكيل المعطى لهذه الغاية يعتبر أيضاً غير قانوني في موضوعه أو في سببه. ومن المسلم به أن وكالة ايجاد شخص يمكن أن يقوم بقتل شخص آخر - وهو ما يسمى في المافيا «عقد» - هي بدون قيمة قانونية.

وقد طرحت مسألة دقيقة هي تقرير صحة وكالة المقامرة، إذ من المتفق عليه أن عقد

(1) انظر غرغ، 20 شباط 1922، دد، 1922، 1، 201، تعليق R.Savatier، كفالة، أمر أعطاء السيد لأمين سره لوضع توقيعه، التعويض على المستفيد لخطأ معطي الأمر وليس بسبب الكفالة: من يوقع بوضع اسم شخص آخر لا يتصرف كوكيل؛ يبين واضح التعليق أن الحالة ليست نادرة لأن شكلية الأزمنة العصرية تساعد على ذلك، «يجيز عدة اشخاص لأمين السر أن يوقع الأوراق مكانهم» في الحياة اليومية.

(2) المادة L.II-7-231 و III من ق ب س: يجب، في شأن هذه المدفوعات، وجود «موافقة خطية» من صاحب العمل المستقل؛ أضف إلى ذلك المادة L.a-2-231 التي تمنع الباني العمل على الحصول على وكالة البحث عن قرض لحساب شريكه في التعاقد بدون أن يحوي هذا التوكيل جميع الايضاحات الضرورية حول شروط القرض: الفكرة هي تجنب أن يقترح الباني قرضاً مجحفاً جداً بحق الزبون الذي لم ينجح في الحصول على قرض بوسائله الخاصة ويجعله هكذا مقصداً بعقد البناء في حين أن الشرط المعلق للحصول على قرض كان يمكن أن يخلصه من العقد.

(3) المادة 4 من قانون 11 تشرين الأول 1985، د، 1985، L.547، المستعادة في المواد L.1-321 إلى L.3-321 من ق إ، والتي تعلن أن الاتفاقية التي يكلف بها وسيط أو يتولى، مقابل اتعاب، إما تفحص وضع مدين من أجل وضع برنامج سداد أو السعي، لحساب مدين، إلى الحصول على مهل دفع أو على حسم، باطلّة بقوة القانون؛ انظر J.Hémard et B. Boulloc، م ف ق ت، 1986، 456.

المقامرة غير معترف به في القانون المدني⁽¹⁾. وقد قبل حكم صحة وكالة مقامرة في Pari Mutuel Urbain بسبب قانونية هذه اللعبة التي نظمها القانون⁽²⁾.

ونادراً ما كان هناك، بالمقابل، تردد في إبطال الوكالة المعطاة إلى المستشار القانوني لتغطية التعويضات بسبب حادث سير لحساب زبائن مكتب تأمين، نظراً إلى التحضير الوارد في قانون 3 نيسان 1942 الذي أضفى الشرعية عليه الأمر الاشتراعي في 9 تشرين الأول 1945، في شأن الوعود بسداد التعويضات لضحايا الحادث التي تحوي موجودات الايضاء المتفق عليها مسبقاً⁽³⁾.

31167 - 3°. الأعمال المحظرة على الموكل. لا يستطيع شخص تحظر عليه ممارسة بعض المهن، على سبيل المثال المهن التجارية أو الحرة، أن يتهرب من التحضير عن طريق وسيط مسخر، وبالتالي التصرف كوكيل ينيط إدارة أعماله بالغير: في ذلك تحايل على القانون. وبصورة عامة كل عمل يتم بالتحايل على حقوق الغير، عن طريق اللجوء إلى الوكالة، يمكن أن يُبطل لسبب غير قانوني.

على أن من يكون موضوع تحضير يمكن أن يكون وكيل شخص آخر في قضاياها⁽⁴⁾.

31168 - ب. تحديد السلطات المنوطة بالوكيل. التمثيل الذي هو من طبيعة الوكالة يعني أن الموكل يعطي الوكيل سلطة إلزامه قانونياً. بيد أن السلطة المنوطة على هذا النحو يمكن أن تكون واسعة إلى حد ما. ويثير ذلك مسائل تفسير العقد، وربما الصحة أيضاً.

31169 - 1°. مسألة تفسير العقد. قواعد تحديد سلطات الوكيل واردة في المواد 1987 إلى 1989 من ق م التي تفرق الوكالة العامة عن الوكالة الخاصة. إلا أن العقد، في أي حال، يخضع لمبدأ عام للتفسير الحصري.

31170 - أ) تفريق الوكالة العامة عن الوكالة الخاصة. يمكن، حسب المادة 1987 من القانون المدني، أن تكون الوكالة عامة، كوكالة القيام بجميع الأعمال لمصلحة

(1) انظر المادة 1965 من ق م، وبمقتضاها «لا يمنح القانون أي دعوى في شأن دين القمار».

(2) الغرفة الجنائية، 28 أيار 1970، د، 1971، 20 تعليق H.Vray، م إد، 1971، II، 16728، تعليق A. PMU، Bénabent، نقل رهان، امر اعطاه رب العمل لعامل، وكيل قاصر على الجهاد في الترتيب المعطى وكذلك في عدم الترتيب، ثم احتفظ بالربح الناجع عن الترتيب لكي لا يدفع سوى الربح الناجم عن عدم الترتيب، إدانة الوكيل لاساءة الائتمان، انظر أيضاً حكم المحكمة الابتدائية في Auxerre، 3 كانون الأول 1968، د، 1969، 719، تعليق G. Roujou de Boubée، PMU، مبلغ مشترك، وكالة أعطاها عدة لاعبين لاحدهم، إساءة الائتمان.

(3) انظر غ م أن، 9 تموز 1963، ن م، I، رقم 376، الاتعاب نسبة مئوية، اتعاب من 15 إلى 20% من المبالغ الحاصلة.

(4) في هذا الاتجاه Aubry et Rau، الباب VI، تأليف Ponsard، الفقرة 411، الرقم 170.

شخص ما، أو خاصة، على سبيل المثال وكالة إبرام عقد محدد⁽¹⁾. تضاف إلى ذلك قاعدة تفسير واردة في المادة 1988: إذا كانت الوكالة معطاة بتعابير عامة فهي لا تغطي إلا أعمال الإدارة، أي الأعمال العائدة إلى الإدارة العادية⁽²⁾، ويقتضي بيان توضيح أكثر، بالمقابل، بالنسبة إلى أعمال التصرف وبخاصة عندما يكون هناك تصرف بالملكية أو نقلها: الوكالة الصريحة مفروضة⁽³⁾.

والتمييز بين الوكالة العامة والوكالة الخاصة صعب الملمس، كوكالة أعمال الإدارة والتصرف⁽⁴⁾. وتزداد الصعوبة لأن القانون المدني يضيف إلى ذلك مفهوم الوكالة «الصريحة»⁽⁵⁾. وغالباً ما يجري الخلط، عملياً في ما يتعلق بأعمال التصرف، بين تعبير «الوكالة الخاصة» والوكالة «الصريحة»⁽⁶⁾. ويستخدم بطيبة خاطر تعبير الوكالة «الأمرة» أيضاً، في مواجهة الوكالة البيانية⁽⁷⁾، ذلك بأن تعبير «أمر» قريب من «خاص» إنما مع درجة اضافية ربما في التوضيح إذ يبدو أنه لا يترك أي إمكانية للوكيل لكي يفاوض، مثلاً: شراء قيم معينة في المصفق (البورصة) بثمن معين وفي يوم محدد.

والتمييز بين أعمال الإدارة وأعمال التصرف أساسي في مادة الوكالة. ومن المتفق عليه أن «الوكيل عليه، لإنجاز جميع الأعمال غير أعمال الإدارة، أن يكون مؤهلاً لذلك بوكالة صريحة»⁽⁸⁾. والوكالة الخاصة والصريحة ضرورية للتصرف

(1) تنشئ هذه الاحكام روابط مع نظام اثبات الوكالة، كما مع المسائل المتعلقة بتنفيذها وبصورة أوضح مراعاة حدود سلطات الوكيل، انظر الرقم 31194 اللاحق وما يليه والرقم 31222 اللاحق وما يليه.

(2) كمثال على الوكالة العامة انظر النقض المدني، 5 كانون الأول 1933، د، 1934، 49، توكيل لدى الكاتب العدل من الزوج إلى زوجته يؤهلها إدارة القضايا الخاصة والتجارية للبيت الزوجي، ايجار عقار مع وعد بالبيع، عمل تجاوز تعابير التوكيل، تصديق ضمني من قبل الزوج في شأن عمليات تتجاوز أعمال الإدارة، خسارة الرجوع لعدم الافادة من الخيار.

(3) انظر بالنسبة إلى قرض غ ع، 6 شباط 1861، د، 1861، 1، 366، عمل تصرف، وكالة خاصة ضرورية.

(4) وحول التمييز بين أعمال الإدارة وأعمال التصرف انظر في صدد عمل الإدارة: R. Verdor, De l'influence du facteur économique sur la qualification des actes d'administration et de disposition, م ف ق م، 1968، 449.

(5) انظر حول هذا التمييز D. Alexandre، م إ م، المواد 1984 إلى 2010، الكراسة c، رقم 42 وما يليه، التشديد على أن التمييز بين عام وخاص، في الحدود المناقش فيها، ليست له فائدة عملية كبيرة، أن بعض الأعمال وحدها هي التي قصدها المشتري بأنها لا يمكن أن تشكل موضوع توكيل خاص: الأعمال المتعلقة بالحالة المدنية، المادة 36 والمادة 66 من ق م، أو القرض من قبل المنشط العقاري، المادة 1831 - 2 من ق م، جميع الفرضيات حيث يجب أن تكون الوكالة الخاصة صريحة أيضاً.

(6) انظر تطلب وكالة «خاصة» في الرهن، غ ت ن، 14 حزيران 1948، م إ د، 1948، II، 4534، تعليق E. Becqué.

(7) انظر Ripert et Roblot، الباب 2، رقم 2649، في صدد اتفاقية الطرف المقابل.

(8) غ ت ن، 10 كانون الثاني 1966، ن م، III، رقم 15، تحويل شركة.

بالملكية أو نقلها⁽¹⁾. وفي ما يتعلق ببيع عقار، حيث الوكالة الصريحة ضرورية، لا يمكن الاكتفاء بتعابير رسالة يوجهها المالك إلى وكيل عقاري يؤكد فيها أمله في البيع بثمن محدد: إذا كانت ارادة التصرف غير مشكوك فيها فإن ارادة إعطاء الوكالة لهذه الغاية يمكن أن تكون موضوع شك⁽²⁾. ويقتضي أخيراً الأخذ بمبدأ تكميلي أيضاً هو أن الوكيل لا يسعه إلزام من يمثله بالنسبة إلى الأعمال التي تخرج عن النشاط الطبيعي لمن وكله⁽³⁾.

31171 - ب) مبدأ التفسير الحصري للوكالة. ينجم عن التفريق الوارد في القانون المدني أن التفسير الحصري يفرض نفسه، بصورة عامة، في ما يتعلق بسلطات الوكيل⁽⁴⁾، يضاف إلى ذلك أن المادة 1989 من ق م ت تؤكد ذلك بأن اعلنت، بصورة خاصة، أن سلطة التصالح لا تتضمن سلطة المجازفة.

وفائدة الحل على وجه الخصوص إتاحة مكافحة الخطر الناتج عن الوكالات المحررة بتواتر بطريقة مبهمة جداً، سواء أكان ذلك عن عدم مبالاة أو عدم اختصاص. وقد جرى بيان ذلك: «التوكيلات المعطاة للوكلاء غالباً ما تكون سيئة الصياغة...؛ ويتم التعبير بطيبة خاطر بتعابير عامة جداً»⁽⁵⁾. ولتجنب النتائج المؤسفة التي يمكن أن تنجم عن ذلك يجب قراءة الوكالة قراءة دقيقة.

وهكذا لا يمكن أن يطال التوكيل لدى الكاتب المعطى لمدير الملك لرعايته وبيع أي غلة وبيع الاغصان المقطوعة للمصلحة الأفضل للمالكين إلا الاغصان المقطوعة لتأمين دخل سنوي وطبيعي ولا يمكن أن يتضمن سلطة قطع الاشجار الضخمة المثوية

(1) انظر غ م أن، 16 تشرين الأول 1963، م إد، 1963، II، 13431، د، 1964، 325، نزاع بين المالك والمستأجر، بيع تسمك به المستأجر، وكالة في الدعوى للوكيل avoué، غياب وكالة خاصة للبيع؛ غ م أن، 17 كانون الثاني 1973، ن م، I، رقم 25، توكيل لإدارة عقار، استحالة تمليك لأحد الفريقين، م م د في سبت، 5 تشرين الثاني 1935، د، 1937، 2، 47، تعليق L. Maguet، وكالة إقامة رهن عقاري أعطته الزوجة لزوجها، ضرورة التعيين في شأن أي عملية؛ حكم محكمة استئناف باريس، 2 تشرين الأول 1965، د، 1966، 545، مدير عقار ليست لديه وكالة بيع: «ليس من العادة أن يعطي المالك، الذي يكلف الغير السعي إلى إيجاد مكتسب ملكية لعقاره، هذا الغير سلطة البيع بدون الرجوع إليه».

(2) انظر غ م أن، 21 كانون الأول 1976، ن م، I، رقم 421: «قررت بيع شقتي الصغيرة بأسرع ما يمكن... بثمن 75000 فرنك... إذا اعتقدت إيجاد مكتب ملكية اخبرني بذلك».

(3) انظر كمثال حكم محكمة استئناف باريس، 11 كانون الثاني 1928، د إ، 1928، تعهد كفيل، عمل استثنائي بالنسبة إلى شركة نقل: «للغير الحق في أن يفترض استناداً إلى مجرد الظواهر أن مدير شركة من هذا النوع له صفة قيادة القضايا التي تدخل في النطاق العادي لنشاط موكلته».

(4) انظر غ م ت أن، 4 تموز 1972، ن م، III، رقم 443: لا تحمل وكالة بيع عقار وكالة انجاز اشغال فيه؛ حكم محكمة استئناف أورليان، 15 شباط 1973، م إد، 1973، IV، 254، بيع يتم بالمزايدة: تفرض المادة 1989 تفسير الوكالة حصرياً.

(5) Ripert et Boulanger، رقم 2141.

ذات القيمة الزينة الفريدة لجمالية القصر بدون الرجوع إلى المالك⁽¹⁾.

إن وكالة الوكيل العقاري منظمة بصورة خاصة في قانون «Hoguet» بتاريخ 2 كانون الثاني 1970 ومرسومه التطبيقي في 20 تموز 1972 الذي تفرض مادته الثانية والسبعون بنداً صريحاً في العقد لكي تكون للوسيط سلطة إلزام من لجأ إلى خدماته، من المفهوم اللجوء إلى التنظيم على هذا النحو لحماية البائع أو الشاري، والبيع نفسه غالباً ما يناف بعدة وكلاء غير حصريين⁽²⁾.

والوكالة العامة، بالمقابل، في شراء له طابع شائع، وغالباً ما تكون كافية⁽³⁾. وقد تدخل أحياناً في مفهوم عمل الإدارة وبالتالي في وكالة مصالح في تعابير عامة سلطة اكتساب ملكيات عقارية إذا كان الوكيل يحوز أموالاً لاستخدامها في شكل أفضل⁽⁴⁾.

ويُفرض، فضلاً عن ذلك، كما ورد في المادة 1989، عدم اللجوء إلى توسيع مهمة الوكيل بالمماثلة: سلطة إبرام عقد لا تحمل سلطة المقاضاة في صده⁽⁵⁾. وعندما تكون العملية في الامتداد الطبيعي للسلطات المنوطة بالوكيل فقط يجب اعتبارها داخلة فيها⁽⁶⁾. كما أنه من المقبول بدون صعوبة أن تمتد الوكالة إلى أعمال عادية ذات طابع تحفظي⁽⁷⁾.

ويعتبر أيضاً أن غموض تعابير الوكالة قد يدعو إلى جعل الموكل مسؤولاً خارج السلطات التي اعتقد أنها تحدد عمل الوكيل⁽⁸⁾.

وتبين الخبرة، في أي حال، أنه من المفيد في الغالب إعطاء بيانات كافية عن مهمة

(1) غ غ، 7 تشرين الثاني 1928، د إ، 1928، 606، إدانة تاجر الأخشاب بالعتل والضرر.

(2) انظر غ م أن، 8 تموز 1986، ن م، I، رقم 194، بيع حصص شركة مدنية عقارية، مجرد «وكالة توسط» للبحث عن زبون وللتفاوض بدون وكالة للتعاقد، ويفرض قانون 2 كانون الثاني 1970 بنداً صريحاً لكي يتمكن الوكيل من إلزام الموكل، العمولة ليست متوجبة.

(3) انظر غ غ، 29 أيار 1895، دد، 1895، 1، 507، استثمار ملك، توريدات معدة لطعام العمال.

(4) انظر غ غ، 5 كانون الثاني 1863، دد، 1863، 1، 77، أموال شركة كائنة في مستعمرة، وكالة عامة معطاة لوريث، اكتساب ملكية عقارات.

(5) غ إن، 3 شباط 1955، ن م، IV، رقم 94، تبادل أموال ريفية؛ غ م ث أن، 17 تشرين الأول 1972، ن م، III، رقم 517، وكالة قانونية لوكيل avoué، غياب سلطة القبول؛ غ م ث ن، 5 كانون الثاني 1972، ن م، II، رقم 3، دفع عطل وضرر، وكالة خصومة للوكيل avoué لا تتضمن وكالة تلقي الأموال.

(6) قارن بالمادة 1135 من ق م؛ انظر Ripert et Boulanger، رقم 2141؛ غ م أن، 16 تشرين الثاني 1954، م إد، 1955، II، 8616، تعليق Cl. Giverdon، وكيل مكلف أداة ملك، جدارة في تمثيل الموكل في دعوى بطلان عقد حول حصص الشركة المكونة لإدارة هذا الملك.

(7) غ م أن، 25 تشرين الأول 1973، ن م، I، رقم 217، وريث أقام دعوى امام القضاء للاطلاع على ملفات تتعلق بالمرحوم، طابع تخفضي وإدارة.

(8) حكم محكمة استئناف باريس، 11 كانون الثاني 1928، د إ، 1928، 279، كفالة، اسباب تسويغ: إلا أن عملية كهذه، في القضية المعنية، تبدو غير طبيعية، لم يكن الموكل ملزماً بالعقد المبرم باسمه، قارن بمفهوم الوكالة الظاهرية، انظر الرقم 31217 اللاحق وما يليه.

الوكيل: هل أن وكالة البيع تحمل وكالة التفاوض على الثمن؟ وهل تمتد وكالة الشراء إلى تلقي البضائع وإلى التعبير عن التحفظات المفروضة؟ من المناسب أن تكون هناك صراحة لتجنب الصعوبات في مرحلة التنفيذ مع الغير الشريك في التعاقد وكذلك مع الوكيل.

31172 - 2°. مسألة صحة العقد. يمكن، بعيداً عن مسائل التفسير، التساؤل عما

إذا كان تحديد سلطات الوكيل تثير، بالنسبة إلى الأساس، مسألة صحة العقد وعما إذا كانت الوكالة الغامضة يجب عدم اعتبارها باطلة بسبب عدم تحديد موضوعها.

إن النزعة، مع ذلك، هي الاعتراف بسهولة بصحة الوكالة. وهكذا تعتبر وكالة شراء مال فعالة مع أنها لا تبين الثمن، إذا كان ذلك يتوافق مع الأمل في أن يتعاقد الوكيل لصالح الموكل بالشكل الأفضل وليس أن يكون هذا الأمل نسياناً⁽¹⁾. والحل يوفر، عملياً، الكثير من المرونة للإوالية. وجرى قبول أن وكالة التعاقد على قرض يمكن أن يكون موضوعها مبلغاً محدداً، لأنها خاصة وصريحة، إذا كانت تختص بقضية خاصة، وما يهم شرعاً هو سلطة التصرف الواردة في المادة 1988 من ق م: من الأكيد أنه «إذا كانت الوكالة المحررة بتعابير واسعة يمكن أن تفسح في المجال لاساءة استعمال فإن النتائج يجب أن يتحملها من اعطاها وهو دائماً يستطيع الرجوع عنها وليس المقرضون حسنو النية»⁽²⁾.

ومن المقبول، علاوة على ذلك، صحة الوكالة على بياض، مثلاً لتمثيل عضو في ملكية مشتركة في القرارات التي تتخذها الجمعية العامة⁽³⁾. وللممارسة بعض الاخطار بالتأكيد وهي متواترة حتى أنه يعتبر أن «للموكل إمكانية أن يترك لمن تسلّم التوكيل عناية اختيار الوكيل»: إذا لم يكن اسم الوكيل إذاً مبيناً في التوكيل فإن حائزه حر في تسمية هذا الحائز لأن هذا الأخير نفسه قد تلقى وكالة هذا الاختيار⁽⁴⁾.

وغالباً ما يمكن أن تكون مسوغة مع ذلك لحماية الموكل ضد التعهدات الطائشة

(1) انظر D. Alexandre، م إ م، المواد 1984 إلى 2010، الكراسة B، رقم 86.

(2) النقض المدني، 6 كانون الأول 1858، المذكور سابقاً، د، 1859، 1، 75، وكالة افتراض إعطاء الزوج زوجته، فعالية حتى ولو كان عدد القروض غير محدد، وكالة خاصة وصريحة؛ أضف إلى ذلك، غ ع، 6 شباط 1861، د، 1861، 1، 366، قرض لزوجته باسم زوجها، وكالة خطية، توكيل لا يحدد المبلغ، فعالية الصحة.

(3) انظر كمثال المحكمة البدائية في باريس، 8 كانون الأول 1975، الاسنادات عينها، رقم 109، غياب قيمة وكالة معطاة عن طريق الهاتف عقب الجمعية؛ انظر أيضاً J.Lafond et B.Stemmer، Code de la propriété، منشورات Litec، في ظل قانون 1965، المادة 22، رقم 8؛ يحدد القانون الظاهرة بثلاث وكالات، وكالة لكل شريك في الملكية.

(4) انظر غ م أن، 28 شباط 1989، ن م، I، رقم 98، وكالة إعطاء كفالة، توكيل لدى الكاتب العدل استخدمه المقترض عند القرض، مراجعة المصرف ضد الكفيل، نقض الحكم الذي ردها.

بإظهار الشك في تحديد المهمة الموكول بها، كما في مادة الكفالة حيث يُسعى إلى فعل ذلك بغرض توضيحات بالنسبة إلى الديون المغطاة وكذلك مراعاة تطلبات الشكل⁽¹⁾. ويتجه الفكر نحو الفرضيات التي يكون الموكل فيها، وهو فرد عادي، تجاه وكيل مهني، وقد ظهرت هذه الحاجة بخاصة في المادة العقارية.

31173 - توضيح وكالة الوكيل العقاري. من المطلوب عموماً في المادة العقارية أن يكون للوكالة، عندما تعطى مهنيّاً، موضوع محدد بما فيه الكفاية في شأن السلطات المنوطة.

وينجم بعض التطلبات عن قانون 2 كانون الثاني 1970 يقال قانون «Hoguet» ومرسوم تطبيقه في 20 تموز 1972. وهكذا لا يستطيع الوكيل العقاري الذي يجب أن تحدد مهمته في وكالة خطية، تلقي الاجازة بإلزام الموكل إلا في «عملية محددة»: إن طلباً غامض المضمون للبحث عن عقار محدد في تعابير عامة، وفي سلسلة معينة من الثمن مثلاً، لا يمكن أن يترافق بشكل صحيح مع وكالة إبرام العملية لحساب من صدرت عنه (المادة 72، الفقرة 3، من المرسوم). وإذا تضمنت وكالة الشراء أو الإيجار «مالياً غير معين تماماً» فإن أي بند لا يمكن أن ينص سلفاً على عطل وضرر أو رجوع (المادة 76، الفقرة 2 من المرسوم). ويعني ذلك بأن التوكيل غير الواضح عندئذ في شأن موضوع العملية المنشودة لا يمكن أن يلزم الموكل حقيقة.

وثمة مظاهر أخرى لموضوع الوكالة من المناسب ذكرها: مدة المهمة، التحويلات، تقديم الحسابات... إن التنظيم الذي سنه قانون «Hoguet» في 2 شباط 1970 ومرسومه التطبيقي يعطيان الأمثلة. يجب أن تحوي وكالة الوكيل العقاري، عدا الأجر المتفق عليه، توضيحات مختلفة بخاصة بيان مدتها (المادة 7 من القانون)، التي لا يمكن أن تتجاوز ثلاثة أشهر في فرضيات مختلفة، ولا سيما توضيح الحصرية المعطاة للوكيل (المادة 78 من المرسوم)⁽²⁾. وإذا كانت امكانية تلقي الأموال وحيازتها منوطة بالوكيل فيجب أن يكون ذلك بموجب بند صريح (المادة 76 من القانون). وإذا اقترنت الوكالة ببند حصرية أو بند جزائي فيجب أيضاً أن يكون ذلك بصورة صريحة (المادة 78 من المرسوم).

31174 - مدير العقار. أسا بالنسبة إلى حائز بطاقة مهنية للإدارة العقارية، مثلاً

(1) وكالة جعل أي كان كفيلاً تخضع لمراعاة المادة 1326 من ق م التي تفرض الذكر الخطي للمبلغ المتفق عليه، غ م أن، 31 أيار 1988، م إد، 89، II، 21181، تعليق Ph. Simler، م ف ق م، 1989، 111، تعليق M. Bandrac؛ أضف إلى ذلك غ م أن، 22 تشرين الثاني 1988، د 1989، الموجز 289، تعليق L. Aynès.

(2) انظر حول وكالة الوكيل العقاري الرقم 31183 اللاحق.

وكيل (Syndic) ملكية مشتركة أعطي حق القيام عرضاً بعمليات تعود إلى المصالحة على العقار وإنما بشرط أن يكون قد أدار منذ ثلاث سنوات على الأقل المال الذي يشكل موضوع العقد، فهو لا يستطيع فعل ذلك إلا أن يتلقى «وكالة خاصة» تحدد إذاً بشكل حصري سلطات الوكيل وتتجاوز فضلاً عن ذلك مع تطلبات الشكل والاساس المفروضة على الوكلاء العقاريين (المادة 69 من مرسوم 1972 المذكور آنفاً).

الفقرة 2 - اتعاب الوكيل (إذا وجدت)

31175 - إستنتاجات خاطئة. من المقبول أن يكافأ نشاط الوكيل⁽¹⁾. إلا أن عدة صعوبات تبرز في مرحلة تكوين العقد عن ذلك: هل يجب أن يكون هذا الأجر منصوباً عليه في العقد، وبموجب أي كفاءات يجب تحديده؟... لا يعطي القانون المدني جواباً عن هذين السؤالين.

للكالة حسب أحكام المادة 1986 طابع مجاني إلا في حال وجود اتفاقية معاكسة. ويمكن أن تجري عملية استخراج نوعين من النتائج. النوع الأول اشتراط ثمن الخدمة ما لا يدخل أبداً في شروط صحة العملية. وبالفعل ثمة أحد أمرين: أما ألا تكون هناك موجودات (أصول) وصية فيكون العقد مجانياً أو هناك مثل هذه الموجودات فيظهر العقد بعوض وتكون صحته مرهونة باشتراط ثمن الخدمة في آن واحد. ويتعلق الارشاد الثاني بتفسير العقد وليس بصحته فتكون الوكالة، المجانية مبدئياً، غير معتبرة بعوض إلا عندما يكون الاجر منصوباً عليه صراحة: تكون في ذلك قرينة المجانية.

إن أياً من هذين الاقتراحين ليس مرضياً، والحق يقال، فالاقترح الأول لا يفضي إلى شيء لأنه ليس من النادر في الواقع أن يكون الفريقان قد اتفقا على كون الوكالة بعوض ولكنهما لم يحددا مبلغ الأجر: تصبح المسألة عندئذ معرفة ما إذا كان العقد صحيحاً، وإذا كان كذلك كيف سيحدد ثمن الخدمة المؤداة. أما بالنسبة إلى الاقتراح الثاني فقد جرى بيان أن المحاكم تصحح منذ وقت طويل سيئاته: «تكون هذه القاعدة مزعجة إذا لم يقبل الاجتهاد بسهولة كبيرة وجود اشتراط ضمني للاجر»⁽²⁾.

31176 - التقسيم. من المناسب البحث عما هي شروط صحة الوكالة بعوض (أ)، ثم تفحص كفاءات تحديد أجر الوكيل (ب).

31177 - أ. شروط صحة الوكالة بعوض. قاد تطور الأمور إلى حد ما إلى عكس القرينة التي يمكن أن يحاول إستخراجها من مبدأ مجانية الوكالة الوارد في القانون

(1) حول امكانية أن تكون الوكالة مجانية وبمعرض انظر الرقم 31113.

(2) Ripert et Boulanger ، رقم 2140.

المدني. وفي الواقع انشأت المحاكم لصالح الوكيل المهني قرينة كون مهمته مأجورة، مما قاد إلى الاعتراف بصحة الوكالة بعوض بدون اشتراط صريح للثمن، فالاستدلال يتضمن إذاً مظهرين.

- النقطة الأولى هي أن الاجتهاد أصبح يعتبر أن «الوكالة تُفترض مأجورة لصالح أشخاص مهنتهم الاهتمام بقضايا الغير»⁽¹⁾. فالتمييز في أيامنا هو إذاً بين الوكيل المهني والوكيل غير المهني. ولهذا المفهوم منطق اقتصادي معين.

ويقتضي أن تقاس من هذا المبدأ الجديد الحدود فقط. فليس للقرينة، من جهة أولى، دور خارج المزاولة المهنية والمتكررة للوكالة: ما أن نعود إلى إطار العلاقات العرضية حتى تكون للقرينة المعاكسة مجال الأخذ بها. والقرينة ذات الطابع العوضي للخدمة، في العلاقات المهنية ذاتها، يجب ألا يكون لها دور إلا أن تشكل الكفالة النشاط الرئيسي لصاحب العلاقة: هكذا الأمر بالنسبة إلى وكالة الوكيل التجاري (بيع منتجات مؤسسة ما) أو الوكيل العقاري، (بيع مال يعود إلى زبون)، وتتضمن وظائفه طبيعياً التفاوض حول العقود لحساب الغير. إنها تفقد علة وجودها، بالمقابل، عندما يكون مهني نشاطه الرئيسي من طبيعة أخرى - طبيب أو ناقل مثلاً - يجد نفسه في المناسبة يقدم خدمة أخرى مع كونه وكيل زبونه: ينبغي لكي يكون له أجر يتناسب مع هذا التقديم التكميلي أن يقدم إثباتاً خاصاً يبين أنه كان من المتفق عليه أن يستحق الأجر⁽²⁾، ذلك بأنه ينبغي هذه المرة، إنطلاقاً من الطابع التابع للوكالة، افتراض ان الخدمة هي من طبيعة مجانية: نجد هنا المفهوم الأصلي للقانون المدني.

غير أنه من الواضح، في أي حال، أن قرينة المجانية قد استبدلت بها القرينة ذات الطابع العوضي للوكالة ذات حقل التطبيق المحدود.

- المحاكم، في الوقت عينه، حاولت قبول صحة العقد الذي لم يحدد فيه أجر الوكيل، وتلك هي النقطة الثانية، ذلك بأنه عند الطرح كقاعدة ان الوكالة المعهود بها إلى مهني يجب أن تتضمن الأجر، فإن غياب الاشتراط الصريح له فائدته عندئذ. من هنا فكرة

(1) غ م أن، 10 شباط 1981، ن م، I، رقم 50، وكالة معالجة «جميع القضايا التي لها سمة الشراء وبناء منزل»، مزخرف المنازل وصاحب العمل المستقل؛ انظر بتاريخ أقدم غ م، 15 تموز 1896، د، 1896، 1، 156، وكيل أعمال، مفاوضة على قروض، وكيل عدل عن أي أجر في حالة الفشل، إدعاء مرفوض: ردّ الطعن ضد حكم لم يراع مبدأ كون «الوكالة المنوطة بالذين يهتمون بقضايا الغير يفترض أنها مأجورة».

(2) كارن بـ غ م، 5 كانون الثاني 1989، دد، 1969، 1، 127، وكيل avoué مكلف قضية خارج وظيفته الرسمية، حق في الأجر: في هذه الحالة «يجب على العموم أن يكون مفترضاً أنه يزاول مهنته بدلاً من تقديم عمل صداقة لزبونه».

ان الوكالة المأجورة لا يتوجب أن تتضمن لصحتها بيان الأجر المتفق عليه أو حتى بيان وسائل حسابه⁽¹⁾. وبهذه الطريقة، كما في إجارة العمل المستقل أو عقد المقاوله⁽²⁾، تنجو الوكالة من تطلب تحديد الثمن.

والحل مسوّغ، من وجهة نظر الممارسة، بأنه غالباً ما يكون من الصعب، في مادة كهذه، إن يحدد منذ اتفاق الفريقين الأجر الذي قد يطمح إليه الوكيل، إذ لا يعرف دائماً عند الانطلاق ما هي العناية الواجبة لكي يؤدي مهمته بشكل جيد.

31178 - تطلب التحديد. إن الحل، أياً كان تسويغه، المرتكز على جعل الوكالة

بمنجى من تطلب تحديد الثمن، له طابعه.

واشترط الأجر عند إبرام العقد إلزامي بالنسبة إلى بعض الوكلاء المهنيين. وفي حال عدم وجود هذا الاشتراط لا يمكن فرض أي دفع يقوم به المستفيد من الخدمة. هذا هو حال الوكلاء العقاريين، إستناداً إلى قانون 2 كانون الثاني 1970 المسمى قانون «Hoguet» ومرسوم تطبيقه في 20 تموز 1972⁽³⁾. والمادة 6 من القانون التي تفرض إعطاء المهني وكالة خطية تنص على أن هذه الوكالة تتضمن «شروط تحديد الأجر وكذلك بيان الفريق المتكفل به»، كل ذلك تحت طائلة البطلان⁽⁴⁾.

وتحديد مبلغ أجر الوكيل العقاري، في الممارسة، مفيد خصوصاً وأن تحديد ثمن البيع يتوقف عليه عندما يقترح الشاري ثمناً يتضمن عمولة الوسيط⁽⁵⁾.

ويسري التطلب ذاته لتحديد أجر الوكيل على مهني الإدارة العقارية وبخاصة وكلاء الملكية (Syndicats)⁽⁶⁾.

(1) انظر غ ع، 8 كانون الثاني 1890، د، 1891، 1، 22، مدير قضائي، تحديد الأجر من قبل القاضي، في حال عدم وجود اتفاق بين الفريقين، سلطة سيدة لقضاة الواقع.

(2) انظر حول هذه النقطة الرقم 32190 اللاحق وما يليه.

(3) انظر بخاصة S. Sanz, le droit à commission de l'agent immobilier، م ف ق م، 1981، 507؛ M. Dagot, Le droit à la commission de l'agent immobilier، م إد، الطبعة N، 1986، 1، 255، D.Tomasin, La rémunération des agents immobiliers، م ق ع ق، 1989، 125.

(4) انظر غ م ت أن، 28 تشرين الأول 1980، م إد، 1981، II، 19659، تعليق E.J.Guilliot، بيع حصص شركة مدنية عقارية: لم تذكر الوكالة ولا العقد الرسمي المكافأة ولم تبين شروط تحديدها؛ غ م أن، 20 تموز 1982، ن م، I، رقم 265، «وكالة زيادة»، غموض مدى الوكالة والاجر؛ أضف إلى ذلك غ م أن، 26 تشرين الثاني 1985، I، رقم 317: لا يمكن أن يطالب بالاجر إلا أن تكون هناك وكالة خطية سابقة للعملية؛ وتضيف المادة 73 من المرسوم أن كيفيات القسمة، إذا كان الاجر يجب أن يقسم بين الفريقين، مستعادة في تعهد نهائي؛ ويحدد هذا النص، فضلاً عن ذلك، صراحة الاجر بما كان متفقاً عليه في الوكالة.

(5) انظر غ م ت أن، 4 كانون الثاني 1973، ن م، III، رقم 21، وكالة بيع بضمن صاف، عرض الشاري ثمناً أعلى وإنما يتضمن المصاريف والعمولة وهذا العنصر الأخير مجهول، اتفاق لم يتحقق.

(6) المادة رقم 6 من قانون 2 كانون الثاني 1970 والمادة 66 من المرسوم التطبيقي المذكور آنفاً: «لا يستطيع الوكيل أن يطلب، مباشرة أو بصورة غير مباشرة، أجوراً أخرى... غير التي تكون شروط تحديدها مبينة في =

31179 - الوكالة والتوزيع . إن المحاكم، فضلاً عن ذلك، عندما تستخدم الوكالة

في نطاق شبكات التوزيع بدلاً من كفاءات أخرى كالتنازل أو تقديم المهارة، تسهر، كما في الماضي بالنسبة إلى هذه الكفاءات، على أن تلبي العلاقات المالية بين الفريقين التطلب العام لتحديد الثمن الذي يسوس العقود⁽¹⁾.

إلا أن هذا الحل يجب التخلي عنه ما دام أن هيئة محكمة النقض بكامل أعضائها استبعدت في النهاية تطبيق هذا المبدأ «عندما تنص الاتفاقية على إبرام عقود لاحقة»، أي عقود التوزيع⁽²⁾.

31180 - ب. تحديد أجر الوكيل . يحمل أجر الوكيل أسماء متنوعة: اتعاب،

أجر، عمولة. وتعبير «أتعاب» له حظوة عند المهنيين، بسبب أصالة أصوله الظاهرة ولا ريب. وثمة تعريف (وضع تعرفه) موجود، مثلاً بالنسبة إلى وكالة المحامي أو الوكيل avoué في الخصومة⁽³⁾.

وأجر الوكيل، خارج هذا النوع من الأوضاع، غالباً ما يكون نسبياً إلى الرهان، وهذا هو الحال في مادة بيع العقارات: يستوفي الوكيل العقاري، عادة، نسبة معينة من ثمن الشيء⁽⁴⁾. ويمكن، علوة على ذلك، أن يكون هناك نص على أن الأجر يكون متوجباً حتى ولو لم تتحقق العملية بفضل وساطة الوكيل الذي تلقى الوكالة⁽⁵⁾.

كما أن أجر مدير حقبة القيم المنقولة هو على العموم عمولة تحسب تبعاً لقيمة

= الوكالة؛ انظر قانون الملكية التي علق عليه J.Lafond et B. Stemmer، منشورات Litec، 1988، د، البند 29، التعليق 1 وما يليه؛ ولم تعد اتعاب الوكيل syndic منظمة في مبلغها منذ تعهد الاعتدال في 24 أيلول 1980.

(1) انظر غ ت ن، 12 شباط 1991، قضية إسو، حكم غير منشور، استعادت L.Leveneur في العقود الإطار في مادة التوزيع وتطلب تحديد الثمن، الانحسار وحدوده، العقود والمنافسة والاستهلاك، أيار 1991، ص 1 وما يليها، لاقابلية التقسيم، بطلان لعدم تحديد عناصر أجر الموزع: اشتراكات العقد «لم تكن تتيح في أي حال» للموزع «وضع توقع ربح أو خسارة».

وحول تطلب تحديد الثمن في عقود التوزيع انظر الرقم 11192 السابق وما يليه

(2) انظر حكم الهيئة العامة في محكمة النقض بكامل أعضائها في أول كانون الأول 1995 رقم 393، قضية Cafratel ضد Bechtel، إجارة صيانة تجهيز هاتفي، والحكم رقم 395، قضية CAT ضد SUMACO، إجارة صيانة تجهيز هاتفي، والحكم رقم 396 قضية Vassali ضد Gognaire، عقد تقديم المهارة، مدة لخمس سنوات؛ انظر أيضاً حول هذا الاجتهاد الرقم 11193 السابق.

(3) انظر الرقم 31509 اللاحق وما يليه حول هذه المهن؛ وفي صدد تحفيز الوعد بمقاسمة المتنازع فيه Pacte de quota litis، في ما يتعلق بالمحامي انظر الرقم 32196 اللاحق.

(4) حوالي خمسة بالمئة اعتيادياً؛ وينص مرسوم 20 تموز 1972 المذكور آنفاً، المادة 75، أيضاً على امكانية أجر جزافي، ويضيف أنه «يمكن أن يعدله الفريقان عندما يكون ثمن البيع أو التنازل الذي اعتمده الفريقان مختلفاً عن الثمن الوارد في الوكالة»: يمكن أن يكون القاضي حكماً في هذا التعديل.

(5) المادة 78 من مرسوم 20 تموز 1972 المذكور، تؤكد ذلك.

الأعمال موضوع الإدارة⁽¹⁾.

غير أن الأجر يمكن أن يكون جزافياً أيضاً، والحرية التامة موجودة في هذا الشأن. واتفاق الضبط في 16 كانون الثاني 1982، في مادة الإدارة العقارية، وبصورة أوضح في ما يتعلق بوكيل الملكية المشتركة، ينص على أتعاب جزافية للإدارة اليومية تضاف إليها أتعاب تحسب على أساس الكلفة الميقاتية بالنسبة إلى أمد التأدية في شأن التقديمات الخاصة⁽²⁾. على أن ثمة صعوبة تعود إلى حماية وكلاء الملكية المشتركة في تحديد حصة من موجودات (أصول) الإيصاء تبعاً لمبلغ الأشغال التي صوتت الجمعية عليها: نتيجة الأسلوب اعطاؤهم مصلحة في وضع تقديرات مرتفعة يستوفون على أساسها أجراً أكبر، وذلك نتيجة ضد مصلحة الوكلاء عندما يكون ثمن الأشغال المحددة أدنى. ويفسخ هذا الحل في المجال لتنازع المصالح بين الموكل والوكيل وهو لا يفسر بشكل مرض بأنه يبقى محتملاً ما دام أن مفاعيله يمكن أن تكون منحرفة.

31181 - تدخل القاضي. تتدخل المحاكم بطريقتين في تحديد أجر الوكيل⁽³⁾. بإمكانها، من جهة أولى، أن تكون بديلاً للفريقين في حال تقصيرهما وأن تحدد الثمن الواجب دفعه للوكيل. ومن الممكن أيضاً، من جهة ثانية، أن يطلب إلى القاضي إعادة النظر في الأتعاب التي يطالب بها الوكيل.

الفقرة 3 - مدة الوكالة

31182 - غياب قاعدة عامة. ثمة أهمية لمعرفة مدة الوكالة ذلك بأن الأعمال التي ينجزها الوكيل، قبل انقضاء الوكالة، تلزم الموكل، في حين إن الأعمال التي ينجزها بعد ذلك هي بلا مفعول تجاهه. وتسوّغ نتائج كهذه قيام المشرع باصدار أحكام حول هذا الموضوع، على الأقل التي يهتم بها الفريقان. وتطرح المسألة بإلحاح في ما يتعلق مثلاً بالكفالة. والحال أنه يلاحظ أن المسألة متروكة في الظل إلى حد كبير.

فليست هناك في القانون المدني قاعدة في هذا الشأن، في حين أنها كانت موجودة في القانون المدني حيث كان يفترض أن مدة الوكالة، غير المحددة في الزمن، كانت سنة على الأكثر⁽⁴⁾. وكانت للحل قيمته لأنه كان يتيح إفراغ مفعول الوكالة التي بقيت ساكنة.

(1) انظر Dix ans de droit de R. Verdot, Remarques sur le contrat dit de «gestion de portefeuille» l'entreprise، 1978، ص 869 وما يليها، رقم 16.

(2) م إد، الطبعة N، 1982، 8206.

(3) انظر الرقم 31255 اللاحق وما يليه.

(4) انظر إع، V الوكالة، رقم 4: يجب أن ينفذ التوكيل قبل انتهاء هذه المدة.

وغالباً ما ينسى الفريقان، عملياً، تحديد أجل للوكالة. غير أن التوكيل غالباً ما يكون له حد في الزمن ولو لم يشترطه الفريقان. فمن الواضح، في المقام الأول، إذا تمت معالجة القضية المعنية، ان الوكالة التي تنص عليها أصبحت عديمة المفعول. ثم إن الحيلة تقضي بأن يقوم الغير الشريك في التعاقد أو أي شخص مكلف تنظيم العقد المعني، الكاتب العدل مثلاً، بالتحقق من سلطات الوكيل إذا قدم هذا الوكيل توكيلاً مؤرخاً منذ مدة.

وحول تلاشي الوكالة أو زوالها انظر الرقم 31263 اللاحق وما يليه.

31183 - العقار. اهتم المشتري في بعض الحالات بمدة الوكالة. والأمر كذلك

بالنسبة إلى الوكلاء العقاريين ومديري العقارات: تنص المادة 7 من قانون «Hoguet» في 2 كانون الثاني 1970 على أن «العهود والاتفاقيات المتعلقة بعمليات» الشراء أو المقايضة أو الايجار العقاري باطلة، وكذلك عمليات الادارة العقارية «التي لا تتضمن تحديداً لمفعولها في الزمن». ومعاينة ذلك هو بطلان العقد⁽¹⁾. كما ينص مرسوم 20 تموز 1972 على التطبيق لهذا القانون على أن الوكالة المعطاة للوكيل العقاري، إذا كانت حصرية، لا يمكن أن تكون لها إلا مدة ثلاثة أشهر تكون بعد هذه المهلة قابلة للرجوع عنها بحرية⁽²⁾.

أما وكالة وكيل الملكية المشتركة، وهو يخضع بالنسبة إلى نظامه لفئة المديرين

(1) انظر غ م أ ن، 22 نيسان 1986، ن م، I، رقم 92، اكتساب ملكية مرآب، وكالة البحث معطاة «حتى التحقيق أو العدول»، أجر منحه القضاة بسبب الدور الحاسم الذي قامت به الوكالة، نقض؛ غ م أ ن، 8 تشرين الأول 1986، ن م، I، رقم 234، وكالة حصرية بيع عقار، ثلاثة أشهر قابلة للتجديد، بطلان لغياب التحديد في الزمن، غياب الحق في العمولة في مصالحه اقترحها الوكيل بعد الثلاثة أشهر الأولى.

على أن القضاة، في حالة الوكالة الحصرية المعطاة لثلاثة أشهر والمقترنة ببند التجديد، ميل إلى اعتبار أن البطلان لا يسري إلا في ما يتجاوز الفترة الأولى وليس بالنسبة إلى الكل، انظر غ م أ ن، 28 آذار 1984، ن م، I، رقم 117، وكالة لثلاثة أشهر قابلة للتجديد، وكالة محددة في الزمن؛ أضف إلى ذلك غ م أ ن، 4 تشرين الثاني 1986، ن م، I، رقم 246، بطلان بعد المدة الأولى لثلاثة أشهر، وكيل لم يقيم علاقة مع مكتسب الملكية قبل انتهاء هذه المهلة، الحق في العمولة، كلا؛ رسالة سابقة صادرة عن الوكيل لا تكفي لإحياء الوكالة؛ غ م أ ن، 16 تشرين الأول 1985، ن م، I، رقم 262؛ غ م أ ن، 8 تشرين الأول 1986، ن م، I، رقم 235، نقض؛ Meunier، م إد، 1983، 1، 3121؛ ولكن كميّات العدول، عندما يكون هناك نص على بند تمديد ضمني، يجب أن تكون، تحت طائلة البطلان، مذكورة بأحرف ظاهرة إلى حد كبير، غ م أ ت، 4 تشرين الثاني 1983، ن م، I، رقم 255.

والوسيلة المستخرجة من البطلان عند غياب التحديد في الزمن حكومية صرفة ويمكن التمسك بها تلقائياً من قبل محكمة النقض، انظر غ م أ ن، 19 نيسان 1983، ن م، I، رقم 120.

(2) يمكن أن يتم الرجوع عن طريق إخطار لخمسة أيام، المادة 78 من المرسوم؛ والأمر على هذا النحو بالنسبة إلى الوكالة التي تنص على أن العمولة تكون متوجة إلى الوكيل حتى ولو لم تتحقق العملية عن طريقه، أو في حالة بند جزائي، المادة 78 من المرسوم، انظر غ م أ ن، 13 نيسان 1983، ن م، I، رقم 120.

وحول التوضيح الذي يجب أن ترتديه وكالة الوكيل العقاري انظر أيضاً الرقم 31173 السابق.

العقاريين التي يسوسها قانون «Hoguet» لعام 1970، فلا يمكن، بموجب المادة 28 من مرسوم 17 آذار 1967 المتخذ تطبيقاً القانون 1965 حول الملكية المشتركة، ان تتجاوز ثلاث سنوات⁽¹⁾.

القسم IV شكل الوكالة

31184 - التقسيم. يمكن أن تعطى الوكالة، مبدئياً، في أي شكل كان (الفقرة 1)، بيد أن هناك حول هذه النقطة استثناءات هامة (الفقرة 2).

الفقرة 1 - المبدأ: عقد توافقي، حتى ضمني

31185 - غياب تطلب خاص في القانون المدني. تنص المادة 1985 من القانون المدني على أن: «الوكالة يمكن أن تعطى بعمل رسمي أو بعمل ذي توقيع خاص، حتى برسالة. كما يمكن أن تعطى شفهاً أيضاً...»⁽²⁾.

وعندما تعطى خطياً يسمى هذا المستند بطيبة خاطر توكيلاً. إنه الوثيقة التي تثبت وجود عقد الوكالة، أو مضمون العمل القانوني *negotium*. ويمكن أن يصاغ هذا التوكيل بطرق مختلفة: تاريخ تنظيمي وكذلك «الاذن بالوكالة» ليسا ضروريين⁽³⁾. وعندما تكون الوكالة خطية لا تكون هناك صيغة جوهرية مفروضة. هكذا الأمر بين الزوجين حيث يقبل، مثلاً، أن «لا تكون الوكالة التي يعطيها الزوج زوجته خاضعة، بالنسبة إلى شكلها وفحواها، لأي شرط خاص»⁽⁴⁾، أو في العلاقات بين المصرف والزبون في شأن العمليات التي لها علاقة بحساب الزبون⁽⁵⁾.

ويمكن أن تكون الوكالة شفوية، كما أضافت المادة 1985، ذلك أن القانون المدني، مع التحفظ لجهة شروط الإثبات، لم يطرح تطلباً خاصاً لوجود الوكالة: المبدأ

(1) انظر قانون الملكية المعلق عليه من J. Lafond et B. Stemmer، منشورات Litec، 1986، المادة 28 من مرسوم 1967، الملاحظات، رقم 6؛ وكذلك المادة 25، م رقم 11.

(2) نص عدله قانون 12 تموز 1980 الذي أصلح قواعد الإثبات بدون تغيير في الأساس.

(3) انظر غ، 6 شباط 1861، دد، 11261، 366، س، 1862، 1، 72: المادة 1326 من ق م لا تطبق على توكيل لاقتراض معطى بتعايير عامة، مسألة جرى الحكم فيها في تلك الفترة حيث كان «الإذن به» الوارد في المادة 1326، والمستبعد في عام 1980، ساري المفعول.

(4) المحكمة المدنية في Morlaix، 18 شباط 1859 وقد أخذ عملها غ، 6 شباط 1861، د، 366.

(5) الأمر على هذا النحو مثلاً في شأن أمر التحويل أو الاعلام بالانقطاع، انظر J.L. Rives Lange et M. Contamine-Raynaud، Droit bancaire، 1990، رقم 269، في صدد أمر التحويل؛ J.Prieur، م إ، المصرف والاعتماد، العقد المصرفي، الكراسة 130، 1987، رقم 104.

هو إذاً التوافقية، مما يترك للفريقين الحرية الأكبر⁽¹⁾.

31186 - النقاش حول الوكالة الضمنية. لا تغطي المادة 1985 كلياً سلسلة كيفيات

التحسيس الممكن للوكالة الواسعة جداً، ذلك بأنه يمكن تصور فرضيات لاشكلية تماماً بعيدة عن الشفهية وتجمع بطيبة خاطر تحت اسم وكالة ضمنية⁽²⁾. وبالفعل يُقبل في حالات عديدة أن تكون الوكالة موجودة بدون أن تصاغ خطياً أو شفهاً.

وهذه النقطة، في الحقيقة، كانت موضوع نقاش غداة تبني القانون المدني⁽³⁾. ففي هذه الحقبة كانت امكانية إعطاء وكالة ضمنية موضوع شك ببيان، من جهة أولى، أن المادة 1985 لم تلمح إليها، ومن جهة أخرى أن إوالية الفضول كانت تكفي لتغطية الفرضيات التي لا يكون فيها الشخص الممثل قد أبدى ارادته صراحة. ولذلك بين Troplong، أنه يقتضي قبول أن تكون وقائع معينة تعبيراً عن الرضا، واعترف على هذا الأساس بوجود الوكالة الضمنية، أي الوكالة التي «ليست صريحة بالكلام والكتابة»: يعتبر أن المسألة الوحيدة هي «معرفة ما إذا كان الرضا موجوداً»، وأضاف أن ذلك صحيح على وجه الخصوص بالنسبة إلى «عقد كالوكالة حيث يسيطر قانون الناس»⁽⁴⁾.

31187 - قبول الوكالة الضمنية. يقبل اليوم بلا صعوبة وجود الوكالات الضمنية

وصحتها⁽⁵⁾ وقد كرس المشتري هو نفسه هذا المفهوم باستخدامه، مثلاً، في العلاقات بين الزوجين⁽⁶⁾.

والوكالة الضمنية هي الوكالة التي «تنتج عن بعض الوقائع والأعمال والمواقف

(1) انظر غ ت ن، 21 كانون الثاني 1969، ن م، IV، رقم 22، تتجير مسدسات تثبيت للأبنية في عدة محافظات، اختصاص محكمة المكان الذي كانت المحادثات شفهاً فيه: أضفى الحكم الصحة على عقد وكيل تجاري «أبرم في اليوم الذي التقت فيه الارادتان بدون الأخذ في الحسبان الطريقة التي جرى فيها تحرير الوثيقة الخطية التي أثبت هذا الاتفاق».

(2) انظر حول هذا المفهوم Ch. Lazergues, Les mandats tacites، م ف ق م، 1975، 222؛ يتساءل المؤلف حول وحدة المفهوم وعلاقاته بمفاهيم قريبة كالفضول، ويصل إلى الخلاصة أن هناك الكثير من الأنواع بعضها عقود حقيقية وبعضها الآخر وكالات مفترضة وآخرها تخيلات أو ظاهرات حقيقية للتمثيل العرفي. انظر أيضاً حول هذا المفهوم الرقم 31197 اللاحق.

(3) انظر إ ع، V، الوكالة، رقم 176 وما يليه؛ Troplong, Du mandat، رقم 121 وما يليه؛ Houdart, Le mandat tacite، اطروحة في باريس، 1901، Cl. Giverdon, L'évolution du contrat de mandat، اطروحة في باريس، 1947؛ Ch. Lazergues, Les mandats tacites، م ف ق م، 1975، 222.

(4) Du mandat، الأرقام 120 إلى 122؛ أضف إلى ذلك حول التعارض بين العقود الشفهية والخطية الخاضعة للقانون المدني والعقود المتعلقة بالشئ والعقود التوثيقية التي يسوسها قانون الناس ومن بينها الوكالة، G. May, Eléments de droit romain، رقم 119.

(5) انظر حول استخدام الأسلوب لإعلان الموكل ملزماً مع أن الوكيل تجاوز سلطاته الرقم 31209.

(6) المادة 1432 و 1540 من ق م.

والظروف»⁽¹⁾ التي تعكس ارادة الموكل. على أن للاعتراف بها مفعول «تجاوز مفهوم العقد لاشعورياً»: وقد جرى بيان ذلك إذ انتشرت تحت غطاء هذا المفهوم نزعة إلى «إظهار وكالات لا علاقة لها بالعقود»⁽²⁾.

ومن الأسهل قبول وجود وكالة ضمنية ولاسيما أن الفريقين يقيمان علاقات مسبقة. ويتجه التفكير بخاصة إلى اللجوء إليها لمدّ لعبة الوكالة التي حل أجلها. والأمر على هذا النحو في المادة العقارية عندما تنتهي وظائف وكيل الملكية المشتركة المحددة بثلاث سنوات بموجب المادة 28 من مرسوم 17 آذار 1967: لإضفاء الصحة على الأعمال المنجزة فيما بعد يجري الاعتماد بطيبة خاطر على وكالة ضمنية أو على الفضول⁽³⁾.

الفقرة 2 - الاستثناءات: تطلب مستند خطي في بعض الحالات

31188 - التقسيم. إذا كانت الوكالة، مبدئياً، عقداً توافقياً فإن الاستثناءات موجودة مع ذلك. فالمستند الخطي مفروض أحياناً بصفة شرط لصحة العقد.

وهذا المستند الخطي يمكن، حسب الحالات، أن يكون عقداً رسمياً (أ)، أو بشكل أبسط عملاً ذا توقيع خاص (ب).

31189 - أ. الوكالة بعمل رسمي (أو موثق). الشكل الرسمي في مادة الوكالة قد يفرضه القانون بالنسبة إلى عقد خاص، وذلك نادر⁽⁴⁾.

وعند اللجوء إليه في أغلب الأحيان فذلك بموجب مبدأ الموازنة في الاشكال. إن الوضع موجود وبالتالي تفرض الرسمية لإثبات التوكيل عندما يعطى من أجل عمل قانوني له هو نفسه طابع رسمي⁽⁵⁾. وذلك مفهوم بسهولة إذا لوحظ أن الشكل المطلوب غالباً ما

(1) Ch.Lazergues، م ف ق م، 1975، 222، رقم 2؛ وكذلك Troplong، Du mandat، رقم 117 وما يليه؛ مثلاً: غ م ث ا ن، 12 آذار 1969، ن م، III، رقم 224، بيع منزل، وكالة ضمنية منوطة بالكاتب العدل، شخص أرملة ذهب إلى الكاتب العدل هذا مع مكتسب ملكية محتمل قبل الاشراف على عمليات فصل الحدود.

(2) Ch. Lazergues، م ف ق م، 1975، 222، رقم 4؛ أضف إلى ذلك Cl. Giverdon، L'évolution du contrat de mandat، ص 115، وفي عرّفه أن الوكالة «خرجت عن النطاق العقدي».

(3) انظر القرارات الواردة في قانون الملكية الذي علق عليه J.Lafond et B. Stemmer، منشورات Litec، 1986، د، المادة 28، التعليق 7؛ انظر أيضاً الرقم 31270 اللاحق.

(4) انظر على سبيل المثال، بموجب المادة 36 من ق م، بالنسبة إلى أعمال الاحوال المدنية: توكيل خاص ورسمي مطلوب للتمثيل، على الأقل في الحالات التي يكون من الممكن فيها عدم الحضور شخصياً.

(5) انظر النقض المدني، 7 شباط 1854، د، 1954، 1، 49، رهن عقاري: قرر الحكم، في شأن اتفاقية رهن عقاري، أن «التوكيل يجب أن يشارك في توثيق العقد نفسه»، ذلك بأن «هذين العقدين يشكلان كلاً غير قابل للانقسام ويخصصان للشروط نفسها». وعلى عكس ذلك، في صدد إقامة رهن عقاري أو تأمين عيني من قبل إحدى الشركات، المادة 1844 - 2 من ق م؛ انظر Malaurie et Aynès، رقم 562؛ أضف إلى ذلك G.Légier، م، إ، العقود والتوزيع، الكراسة 100، أشكال العقد، 1987، رقم 70.

يكون سبب وجوده يقظة الفريقين حول أهمية العقد، ولأن حضور الكاتب العدل، عندما يكون رسمياً، يتيح إعلامهما حول الحدود والملحقات: مما لا غنى عنه أن تكون للموكل في آونة التعهد من أجل هذا العقد بالتوكيل الذي يعطيه، الشروط ذاتها المعدة لضمان أن يكون رضاه متنوراً⁽¹⁾.

هكذا يسري الحل على عقد الزواج والهبة. فالوكالة يُلحقها الكاتب العدل بالعقد الذي تدخل الوكيل فيه.

والأمر عكس ذلك عندما لا يكون الشكل الرسمي مطلوباً إلا لغايات العلنية وحجية العقد وحدها اتجاه الغير وليس لصحته ذاتها إذا كانت مقحمة⁽²⁾. وموجب مراعاة موازنة الاشكال ليس، إضافة إلى ذلك، موجوداً إلا أن يتوجب أن يكون العقد المبرم رسمياً بموجب القانون، وليس إذا كان الفريقان قد اختارا هذا الشكل⁽³⁾.

وهكذا ليس من المتوجب أن يكون للتوكيل المعطى لتحقيق بيع عقار طابع رسمي، ذلك بأن هذا العقد ليس عملاً رسمياً حتى ولو أبرم دائماً لدى الكاتب العدل بسبب تطلبات العلنية العقارية (أو الشهر العقاري). إن الفريقين الراغبين في تزويد العملية بالحجية تجاه الغير التي توفرها العلنية هما اللذان يلجآن إلى وظيفة الكاتب العدل إرادياً. فالوكالة العادية إذاً بتوقيع خاص كافية.

31190 - ممارسة الكتابة العدل. للتوكيل لدى الكاتب العدل منافع خاصة.

وتثير الوكالة، في ممارسة الكتابة العدل، هذه الصعوبة في أنه يقتضي، بالنسبة إلى من يتلقى العقد، أن يكون متأكداً من أن توقيع التوكيل هو تماماً توقيع من يجب أن يكون فريقاً في العملية المنشودة. وليست هناك صعوبة في شأن عقد ذي توقيع خاص إذا كان التوقيع معروفاً من الكاتب العدل الذي بإمكانه من هذا الواقع أن يكون على علم بنياته وأن يتحقق من التوقيع. والتوكيل بعقد رسمي (أو موثق)، خارج هذا الحالة، له فائدة أن كاتب عدل آخر سهر على كون التوقيع هو تماماً توقيع من يجب أن يعطي رضاه بالعمل المعني.

وليس هناك، بالطبع، أي صعوبة من هذا النوع عندما تكون الوكالة، من أجل الراحة، قد أعطاهما أحد الفريقين لكاتب المكتب المكلف التدخل في العقد النهائي في سبيل إعفاء صاحب العلاقة من عناء الانتقال.

31191 - ب. الوكالة بتوقيع خاص. العقد بتوقيع خاص، بالنسبة إلى وكالات

(1) ينزع ذلك أحياناً إلى حماية مصالح الأسرة التي قد تكون مقحمة، بخاصة في التبرعات.

(2) في هذا الاتجاه Malaurie et Aynès، رقم 562.

(3) غ م أن، 5 كانون الثاني 1973، ن م، I، رقم 8، تمديد الايجار.

ذات النتائج الهامة، أو في حالات لفت انتباه المشتري، مطلوب كشرط لصحة الوكالة. وحماية الموكل هنا أيضاً غالباً ما تكون تسويقاً للتطلب: الأمر على هذا النحو في مادة الكفالة حيث يقود مبدأ موازنة الاشكال إلى أن يكون الكفيل، المحمي طبيعياً بالذكر الخطي لمبلغ الضمان في الكفالة نفسها، محمياً أيضاً عندما يلتزم عن طريق الوكالة⁽¹⁾.

31192 - الوكيل العقاري. ثمة شكلية تخيم في المادة العقارية منذ أن فرض المشتري، في فرضيات عديدة، أن تكون الوكالة خطية.

والأمر على هذا النحو بخاصة في شأن الوكلاء العقاريين: فرض قانون «Hoguet» في 2 كانون الثاني 1970، المتعلق بالشراء أو البيع أو المقايضة في شأن العقارات المبنية أو غير المبنية⁽²⁾، وكالة خطية يعطيها أحد الفريقين الوكيل العقاري لتسويق مهمته⁽³⁾. ويجب أن تحوي هذه الوكالة توضيحات مختلفة: شروط دفع الأموال، وتقديم الحسابات، وشرط أجر الوسيط، وبيان الفريق الملزم به، وتحديد الوكالة في الزمن⁽⁴⁾. . . . وهدف ذلك ثلاثي: موضوعه تأمين حماية الزبائن ضد مخاطرة وكالة شفوية؛ ويتيح للمهنيين تجنب مناورات منافسيهم أو حتى زبائنهم الذين يهددون عمولتهم، وينزع إجمالاً إلى تهذيب المهنة اخلاقياً⁽⁵⁾.

ولقانون 1970 طابع أمر ويعاقب المستند الخطي جزائياً: استيفاء اموال من قبل من

(1) انظر غ م أن، 31 أيار 1988، م إ د، 1989 II، رقم 21181، تعليق Ph. Simler، د، 1989، الموجز 289، م L. Aynès، م ف ق م، 1989، 111، م M. Bandrac، الذكر الخطي ليس مجرد قاعدة اثبات، حماية الكفيل، وكالة اعطاء كفالة خاضعة للتطلبات ذاتها؛ أضف إلى ذلك غ م أن، 22 تشرين الثاني 1988، د، 1989، الموجز 289، م L. Aynès، وكالة اعطاها أحد الزوجين الآخر: وكالة ضمنية ككفيل تظهر مستحيلة؛ م إ م، المواد 2011 إلى 2020، كفالة، شروط الصحة، 1990، رقم 49، يعطي المؤلف حكماً ناقداً لهذا الحل.

(2) يطبق النص أيضاً على الاكتتاب بأسهم الشركات العقارية أو حصصها أو شرائها أو بيعها لرصد تخصيص أمكنة للتمتع أو الملكية.

(3) انظر D. Frrier, Le mandat des agents immobiliers، م إ د، 1976، 1، 2795، وم إ، العقود والتوزيع، الكراسة 1180، الوكلاء العقاريون، 1985؛ J.M. Guth، ف د ت، V الوكلاء العقاريون، 1984؛ J.L. Bergel, Les ventes d'immeubles existants، منشورات Litec، 1982، رقم 273؛ J.M. Myse et S. Porri، (L'agent immobilier vente, achat, location، 1990، Delmas؛ وحول الوكيل العقاري انظر أيضاً القسم III السابق، المهمة، الأجر، المدة.

(4) يحدد قانون 1970 في مادته الأولى العمليات المغطاة، وفي المادة 6 يفرض مستنداً خطياً ويحدد حول أي نقاط يجب إن يتضمن بيانات، وتفرض في المادة 7 تحديد العقد في الزمن؛ إن تفاصيل محتوى الوكالة يوضحها مرسوم 20 تموز 1972 المتخذ تطبيقاً لهذا القانون؛ ولا تطبق هذه القواعد على من لا يقوم بعمليات عقارية إلا بشكل عارض.

وكان قد جرى طرح الحل في قانون 21 حزيران 1960 المقترن بمرسوم 25 آذار 1965.

(5) انظر J. Sanz, Le droit à la commission de l'agent immobilier، م ف ق م، 1981، 507، رقم 3 وما يليه، وهو يعرض تاريخ التنظيم في هذا المادة وسابقتها.

لا يكون مزوداً بمستند كهذا جريمة⁽¹⁾، حتى قد تكون مجرد فعل بالنسبة إلى الوكيل عند التفاوض بدون وكالة كهذه⁽²⁾.

والشكل المطلوب شرط لصحة العقد الذي يتوقف عليه حق الوكيل العقاري في الأجر: يمنع غياب المستند الخطي على الوكيل العقاري المطالبة بالعمولة المرتقبة⁽³⁾. وللعقوبة دورها حتى عندما لم يكن الوكيل العقاري قد تلقى وكالة بيع أو شراء بحصر المعنى، وإنما عُهدت إليه فقط مهمة البحث عن شركاء في التعاقد محتملين⁽⁴⁾.

ويبدو، فوق ذلك، أنه يُفرض، لصحة العقد ذاتها، أن تراعى الشكلية المزدوجة الواردة في المادة 1325 من ق م التي لا تعاقب، طبيعياً في القانون العام، ببطلان العقد: إذن من الملائم أن يقوم الفريقان قبل الاتفاق على أي شيء بزيارة الأماكن المعدة للبيع من مكتسب الملكية المحتمل، مثلاً، بتنظيم نسخة للوكيل وأخرى للزبون يوقعهما الفريقان⁽⁵⁾.

(1) المادة 18، الفقرة 2، من قانون 1970، سجن من شهرين إلى ستة أو غرامة، بقطع النظر عن امكانية سجن البطاقة المهنية واغلاق الوكالة؛ يضاف إلى ذلك أن المبالغ المستوفاة يجب أن تكون موضوع إيصال وان توضع في حساب خاص، سواء أكانت موقوفة لحساب الغير أو مكوّنة أجر الوكيل، انظر حكم الغرفة الجنائية، 20 حزيران 1976، النشرة الجنائية، رقم 231.

(2) المادة 18، الفقرة 2، من قانون 1970 والمادة 72 من المرسوم التطبيقي؛ إلا أنه يقبل كون مقدمات التفاوض ولاسيما العلنية لم تدخل بعد في حقل القانون، انظر حكم الغرفة الجنائية، 24 حزيران 1976، النشرة الجنائية، رقم 231: لا يشكل مجرد إعلانات صغيرة، بدون وكالة خطية، جريمة؛ وعلى نقض ذلك حكم الغرفة الجنائية، 24 كانون الثاني 1978، النشرة الجنائية، رقم 4، اعلان منشور من قبل وكيل، غياب اتفاقية مسبقة مع البائع، بيع مبرم مباشرة مع مكتسب الملكية الذي قدمه الوكيل، انذار موجه منه لدفع عمولته، مكتسب الملكية دفع العمولة، الجريمة تكوّنت؛ أضف إلى ذلك P.Capoulade، م إ الجزائي، الملاحق، V، الركلاء العقاريون، 1987؛ G.Roujou de Boubée، La responsabilité pénale des agents immobiliers، م ق ق ق، 1979، رقم 299.

(3) انظر غ م ت ان، 23 نيسان 1975، ن م، III، رقم 131، مساعدة مقدمة للايجار من الباطن المكاتب، قانون 1965؛ غ م أن، 18 كانون الثاني 1978، ن م، I، رقم 25، مساعدة لبيع قطعة أرض، قانون 1965، غياب وكالة تحوي البند الذي فرضه القانون الذي يجيز للوكيل استيفاء أموال، اعترف الموكل في رسالة بحق الوكيل في الأجر، نقض الحكم الذي أعطى الوكيل هذا الحق؛ غ م ت ان، 17 تموز 1980، غ م ت ان، 28 تشرين الأول 1980، م إد، 1981، II، 19659، تعليق E.J.Guillot، مساعدة قدمها وكيل لشراء عقار، مكتسبو الملكية تعهدوا في اتفاقية البيع بدفع عمولة، نقض الحكم الذي أعطى الوكيل الحق في العمولة.

(4) انظر غ م أن، 8 تموز 1986، ن م، I، رقم 194، بيع حصص شركة مدنية عقارية بدون تدخل الوسيط، تطبيق تطلب المستند الخطي على مجرد «وكالة وساطة» تركز على البحث عن زبون والتفاوض بدون وكالة للتعاقد، عمولة 3% غير متوجبة: «قانون 2 كانون الثاني 1970.. لا يفرض أن يكون الوكيل قد تلقى سلطة إلزام موكله في العملية المنشودة».

(5) المادة 6، الفقرة 5، من القانون، انظر غ م أن، 5 أيار 1982، م إد، 1983، II، 20064، تعليق E.J.Guillot، م ف ق م، 1983، 355، م Ph. Rémy؛ وحول القانون العام للمادة 1325 التي تتطلب عدداً =

وترفض المحاكم امكانية أصحاب العلاقة في الرجوع، عند الحاجة، إلى مفهوم الوكالة الشفهية، أو بالاحرى إلى مفهوم الوكالة الضمنية⁽¹⁾. ويمكن، مع ذلك، أن يكون الأجر متوجباً عندما يعترف الفريقان، بعد تحقيق العملية، بتدخل الوكيل ويتعهدان بدفع أجره⁽²⁾.

يضاف إلى ذلك أن المستند الخطي، لإنفاضة مهمة التفاوض وإبرام العقد، وبالتالي لتأمين تمثيل الموكل، يجب أن يبين ذلك ببند صريح⁽³⁾.

وتطلب المستند الخطي أخيراً يستخدم أيضاً إلى حد ما للحماية من البنود التعسفية. وتفرض النصوص بالفعل، عندما تقتزن الوكالة ببند حصري أو بند جزائي، أو بند ينص على دفع العمولة حتى ولو تمت العملية بدون تدخل الوسيط، أن تكون بنوداً كهذه محررة «بأحرف ظاهرة تماماً»⁽⁴⁾.

31193 - أمثلة أخرى على الوكالة الخطية. ثمة حالات أخرى يجب فيها أن تنظم الوكالة في الشكل الخطي: على هذا النحو الوكالة في مادة الادارة العقارية بموجب قانون «Hoguet» في 2 كانون الثاني 1970، ويطبق بخاصة على وكلاء الملكية المشتركة موضوع المادة 25 من قانون 10 تموز 1965 حول الملكية المشتركة⁽⁵⁾؛ ووكالة التفاوض

= من المستندات الخطية مساوياً لعدد الفرقاء الملتزمين، وهذا غالباً ما يسمى شكلية المزدوج، انظر غ م ت ا ن، 26 حزيران 1973، ن م، III، رقم 44: عدم مراعاة هذا النص لا يؤدي إلى البطلان وإنما يحرم المستند الخطي غير المنظم على نسختين من قوته الإثباتية وحسب.

(1) انظر غ م أ ن، 17 كانون الثاني 1973، ن م، I، رقم 27، وكالة شفوية، بدء بينة خطية، حضور شخصي، الحق في العمولة، نقض: «كل وكالة معطاة لعمليات شراء عقار أو بيعه يجب أن تكون خطية»؛ إلا أن تطلب مستند خطي يسري على الوكالة الأولية وليس على التفويض بين مهني العقارات، انظر غ م أ ن، 28 تشرين الأول 1986، ن م، I، رقم 240، الوكالة الأولية متوافقة مع القانون.

(2) في هذا الاتجاه J.L.Bergel, Les ventes d'immeubles existants، رقم 278؛ انظر أيضاً Cl. Lombois، م ق ع ق، 1980، 77، و 1981، 398.

(3) يقتضي أن يتعلق الأمر «بعملية محددة»، المادة 72 من المرسوم، الفقرة 3؛ انظر غ م أ ن، 8 تموز 1986، قضية Omède promotion، د، 1986، رقم 29، Flash، المذكور سابقاً: «البند الصريح وحده... يمكن أن يجيز للوكيل إلزام موكله».

وفي غياب بند كهذا، يستمر وصف الاتفاقية بالوكالة، مما هو غير متوافق مع المفهوم الضيق للوكالة المعني على التمثيل: لكنها تبقى تحت سلطان قانون «Hoguet» لعام 1970، وذلك مأمول به؛ وحول مفهوم الوكالة المطبق على الوكيل العقاري، وحول هذه المسألة انظر D. Ferrier, Le mandat des agents immobiliers، م إ د، 1976، 1، 2795.

(4) المادة 6 من القانون، الفقرة الأخيرة، و 78 من المرسوم التطبيقي.

(5) المادة 6 من قانون 1970 الذي يفرض «الاتفاقية خطية»، والمادة 64 وما يليها من مرسوم 20 تموز 1972، بخاصة المادة 66 التي توضح محتوى «الوكالة»؛ أضف إلى ذلك المادة 28 من مرسوم 17 آذار 1967 المتخذ تطبيقاً لقانون 1965، في ما يتعلق بالوكيل Syndic.

ويجب أن تصدق وكالة الوكيل الخطية جمعية الشركاء في الملكية، انظر قانون الملكية المشتركة الذي علق =

المعطاة للكاتب العدل لبيع عقار التي تفسح في المجال لاستيفاء اتعاب متميزة عن الاتعاب المستوفاة لتلقي عقد البيع⁽¹⁾...

القسم V

البيّنة على العقد

31194 - الإثبات الخطي. اتخذ القانون المدني في المادة 1985، كما لو أن

الأمر غير مسلم بها، الحيطة اللازمة ببيان أن «الإثبات لا يؤخذ به إلا في عنوان في العقود أو الموجبات الاتفاقية على وجه العموم»، حتى عندما تكون الوكالة مبرمة شفهيًا⁽²⁾. والمبدأ إذاً، بالنسبة إلى هذا العقد كما إلى غيره، هو مبدأ الإثبات الخطي.

إلا أن هناك استثناءات إذ تنص احكام خاصة أو عادات مثلاً على أن أعضاء المهن القانونية أو القضائية لا يتوجب عليهم تسويق وكالتهم ولا سيما في ما يتعلق بالتمثيل أمام القضاء: الأمر على هذا النحو بالنسبة إلى المحامين والمباشرين والكاتب العدل⁽³⁾... ومن الواضح، إذا كان الاجتهاد قد أعلن في ما يتعلق بالوكالة الضمنية أنه من المناسب تقديم إثبات خطي عليها⁽⁴⁾، إنه ليس هناك أي تأكيد ظاهر وغالباً ما يقبل، فضلاً عن

■ عليه J.Lafond et B. Stemmer، منشورات Litec، 1986، د، 1967، المادة 29، التعليق 7؛ حالة الوكيل المسمى «مجانياً» تشكل استثناء على المبدأ، أي الوكيل المختار من بين الشركاء في الملكية، حكم محكمة استئناف Aix، 24 نيسان 1979، م ق ع، 1980، 1، 80، تعليق Morand، صفة لا تمنع الأجر، الجواب الوزاري في 5 شباط 1981، الجريدة الرسمية، مناقشات مجلس الشيوخ، ص 182، انظر القانون المعلق عليه المذكور سابقاً، د، 1967، المادة 28، التعليق 5.

طراز العقد ملحق باتفاق الضبط في 16 كانون الثاني 1982، م إ د، الطبعة N، 1982، 2602، وطراز آخر مقترح في نشرة FAIM، تشرين الأول 1985، ص 58.

(1) المادة 11 من مرسوم 8 آذار 1978، وحول النصوص المطبقة على المهنة انظر الرقم 31507 وما يليه.

(2) نص عدله قانون 12 تموز 1980 الذي أصلح قواعد الإثبات وإنما بدون تغيير في الأساس.

(3) انظر حول هذه المهن الرقم 31506 وما يليه.

(4) يرى الاجتهاد، خلافاً لأي منطق، أن الوكالة، حتى الضمنية، تثبت خطياً، انظر غ م أن، 16 كانون الثاني 1952، ن م، I، رقم 26، مكتسب ملكية عقار كلف الكاتب العدل الحصول على تحديد الثمن، كاتب عدل كلف نقل هذا الثمن واستعمال الخيار؛ غ م ت أن، 29 تشرين الأول 1970، ن م، III، رقم 562؛ غ م ت أن، 29 نيسان 1971، ن م، III، رقم 276؛ وحول هذا الموضوع D. Alexandre المذكور سابقاً، م إ م، الفواد 1984 إلى 2010، الكراسة 6، رقم 29 وما يليه والاسنادات، P.Mimin، تعليق في د، 1946، 181؛ Malaurie et Aynès، رقم 561؛ وللرأي المعاكس مع ذلك مدافعون مشهورون، انظر Labbé، تعليق في س، 1876، 1، 401: «لا يتناول الإثبات الواجب تقديمه عقداً ما»، إنه يتناول وقائع مختلفة تفترض هذا العقد وتستدعيه؛ وعلى نقيض ذلك L.Guémée، تعليق في د، 1902، 1، 489: «يتم إثبات الوكالة الضمنية الناتجة عن الموكل غير المعبر عنها، وصحتها ليست موضوع نقاش اليوم، بطريقة إثبات الوكالة الصريحة ذاتها»؛ انظر Ch. Lazergues، Les mandats tacites، م ف ق م، 1975، 222، رقم 12، المنقسم الفقه في شأنها.

يجب، تحت طائلة الغموض، أن يكون بالإمكان إثبات الوكالة الضمنية بالوسائل جميعاً سواء تعلق الأمر

ذلك، وجودها بالنظر إلى ظروف واقعية يمكن أن تفترض فيها⁽¹⁾. والأمر كذلك على هذا النحو بالضرورة، في شأن الوكالة الظاهرية.

وفي ظل هذه التحفظات يفرض تطلب الإثبات الخطي تقليدياً على الذين هم فرقاء في الوكالة (الفقرة 1). والصعوبة في هذه المادة هي ان العقد قد يدخل الغير ويتجه التفكير بطيبة خاطر إلى كون القاعدة لا تطبق في صددهم: قررت المحاكم مع ذلك أن مبدأ الإثبات الخطي، في ما يتعلق بهم، يجب أن يكون له دور أيضاً (الفقرة 2).

الفقرة 1 - إثبات الوكالة بين الفريقين

31195 - التقسيم. إذا كانت الوكالة يتم إثباتها خطأً فإن ذلك يجري عندما يكون وجودها مقحماً (أ)، ذلك بأنه، في ما يتعلق بامتدادها، من المقبول إثبات الوكالة بالوسائل جميعاً (ب).

بالفرضية التي تنجم الوكالة فيها عن وقائع تعبر عن ارادة الفريقين (يتعلق الأمر فقط عندئذ بإثبات الوقائع)، أو بالفرضية التي يمكن الكلام فيها عن «وكالة مفترضة»، لأنها ناجمة عن كون المشتري قد ارتقب إمكانية شخص ما في العمل باسم شخص آخر (بين الزوجين مثلاً: ليس هناك أي شيء يجب إثباته وإنما إتباع القانون)، انظر حول هذا التفريق Ch. Lazargues, Les mandats tacites, المذكور سابقاً.

انظر حول الوكالة الضمنية الرقم 31186 السابق وما يليه.

(1) ليس من النادر، في الحقيقة، أن يستبعد مبدأ الإثبات الخطي في ما يتعلق بالوكالة الضمنية، انظر على سبيل المثال غ ع، 28 آذار 1908، دد، 1908، 1، 247، مهندس معماري ومدير عقار، وكالة للمقاضاة لعب في البناء، وكالة ناتجة عن المراسلة وعن «مجموعة قرائن خطية وواضحة ومتناسقة والقضاة أسياذ في تقديرها»، تخلف، مسؤوليته؛ غ ع، 12 حزيران 1936، د إ، 1936، 393، س، 1936، 1، 387، ولد علم عند بلوغه سن الرشد بمصالحة قبلها والده، وكالة ضمنية تلت وكالة قانونية ولا تسمح له بالتخلص منها: «يمكن الاتفاق على وكالة ضمنية»، و «يعود عندئذ إلى قضاة الأساس التثبت من وجودها بسيادة؛ أضف إلى ذلك غ ع، 5 كانون الثاني 1863، 1، 77، أموال إرث كائنة في إحدى المستعمرات، وكالة عامة معطاة لورث، شراء عقارات بالائتمان: تكفي الظروف، في حال وجود وكالة صريحة، لإثبات وكالة ضمنية؛ غ ت ن، 25 شباط 1986، ن م، IV، رقم 34، اكتتاب البائع بقرض لصالح الشاري، شاحنة مستعملة، إبطال البيع والقرض، بائع جعل نفسه وكيلًا، وكالة تابعة لعقد آخر؛ وثمة تلطيف إلى حد كبير بفعل قبول تحرري جداً لمفهوم بدء البيئة الخطية، انظر غ ع، 2 كانون الثاني 1907، دد، 1910، 1، 262، س، 1911، 1، 19، اختيار محل الإقامة لدى كاتب العدل، وكالة استيفاء سداد الأموال، تماماً كمفهوم إستحالة التزود بمستند خطي، انظر غ م ث ا ن، 16 تشرين الثاني 1971، ذ م، III، رقم 560؛ وعلى نقيض ذلك النقض المدني، 30 كانون الأول 1935، د إ، 1936، 81، س، 1936، 1، 145، كاتب عدل تنازل عن ديون رهن عقاري، غياب بدء البيئة؛ انظر أيضاً Ch. Lazergues المذكور سابقاً رقم 17 وما يليه، D. Alexandre المذكور سابقاً، رقم 31.

ويمكن استخدام تطلب بيئة خطية كوسيلة ملائمة للقضاة لاستبعاد وجود وكالة ضمنية في الأوضاع التي لا يظهر لهم ذلك فيها مناسباً، وفي هذا الصدد قارن ب غ ع، 2 كانون الثاني 1907 المذكور آنفاً، هذه القضية الثانية، غ م ت ا ن، 9 آذار 1967، ن م، III، رقم 112، كاتب عدل حرر عقد بيع، وكالة تلقى الثمن لحساب البائع، نقض لعدم تقديم بدء بيئة خطية؛ Malaurie et Aynès، رقم 561، التعليق 98: «يساوي البند المدخل في عقد بيع أو قرض، حسب الظروف، وبمقتضاه يجري الدفع في مكتب الكاتب العدل، وكالة ضمنية لتلقي المدفوعات أو لا يساويها».

31196 - أ. إثبات وجود الوكالة. تطبق القواعد العامة التي تسوس إثبات العقود

بدون صعوبة كبيرة، خارج الفرضيات الهامشية إلى حد ما للوكالة الضمنية وبالتالي في ما يتعلق بالوكالة الصريحة.

ويطلب مستند خطي في ما وراء المبلغ المنصوص عليه في المادة 1341 من ق م وهو خمسة آلاف فرنك فرنسي في العلاقات بين غير التجار أو بين تاجر وغير تاجر، أي في العلاقات ذات الطبيعة المدنية⁽¹⁾. يضاف إلى ذلك، في الممارسة، إن الوكالة غالباً ما تعطى في هذا الشكل ولا يستدعي تطلب كهذا، سواء أكانت عامة أو خاصة، تحفظات، وهي مع ذلك يفرضها المشتري أحياناً كشرط لصحة العقد ذاتها⁽²⁾.

ويكون إثبات الوكالة حراً في القضايا التي لا يتجاوز الرهان فيها خمسة آلاف فرنك، وينبغي أن يتم هذا الإثبات خطياً في ما يتعدى ذلك، سواء تعلق الأمر بعمل موثق (أو رسمي) أو بتوقيع خاص⁽³⁾. ويجب أن تطبق قواعد القانون العام الواردة في المادة 1985 طالما لم يعدل الفريقان عن هذا النص⁽⁴⁾. وتجد المحاكم بانتظام وجوب التذكير بأن ذلك، حتى ولو جرت العادة في بعض المجالات على اقتباس كفاءات مختصرة للوكالة، على سبيل المثال الوكالة عن طريق الهاتف للشراء في المصنف (البورصة)، لا يمكن أن تجيز التملص من قواعد الإثبات طالما أن ممارسة كهذه لم تكتسب قيمة العادة⁽⁵⁾.

وإمكانية الاستناد إلى مجرد بدء بيّنة خطية تكون نجدة معينة، ولا سيما عندما يكتفي الفريقان بمقايضة شفوية⁽⁶⁾. وليس من النادر، على الأخص بسبب أن للوكالة في المناسبة طابع خدمة تؤدي بين أصدقاء، أو في العلاقات العائلية، أن تكون هناك استحالة معنوية

(1) صيغة متحدرة من قانون 12 تموز 1980 والمرسوم التطبيقي في 15 تموز 1980.

(2) انظر الرقم 31188 السابق وما يليه.

(3) غ م أن، 22 أيار 1959، د، 1959، 490.

(4) غ م ث أن، 29 نيسان 1971، ن م، III، رقم 276.

(5) انظر غ م ث أن، 7 آذار 1972، م إد، 1972، IV، 103: أعلنت محكمة الاستئناف بصواب أنه، إذا كانت الأوامر في المصنف (البورصة) يمكن أن تعطى هاتفياً، ليس من العادة إعطاء وكالة إدارة مجموعة الحقيقية شفهاً، بخاصة عندما يتعلق الأمر بعمليات مضاربة لاجل.

(6) انظر غ م أن، 9 حزيران 1952، ن م، I، رقم 192؛ غ م ث أن، 3 تشرين الأول 1968، ن م، III، رقم 361؛ أضف إلى ذلك النقض المدني في 16 تموز 1946، د، 1946، 373، انعاب مهندس معماري، «وكالة» أنكرها الزبون، نقض الحكم الذي أدان الزبون استناداً إلى قرائن خطيرة: «بدء البيّنة الخطية لا غنى عنه لكي يمكن قبول القرائن كوسيلة إثبات الوكالة المعطاة في المادة المدنية» (يعود القرار إلى حقبة كان المهندس المعماري يعتبر فيها وكلياً، حتى في ممارسة فنه)؛ وحول استخدام شذوذات تقليدية في هذا الشأن عن تطلب مستند خطي انظر D. Alexandre، م إم، المواد 1984 إلى 2010، الكراسة C، رقم 15 وما يليه ورقم 27 وما يليه.

في التمسك بمستند خطي⁽¹⁾. ويقتضي، علاوة على ذلك، الأخذ في الحسبان كون الاتفاقيات على البيئة حرة في ما يتعلق بالحقوق التي للفرقاء حرية التصرف بها⁽²⁾، مما يمكن أن يطبق على الوكالة: هكذا يستطيع أحد الزبائن، وهو أحد الأفراد، أن يتفق خطياً مع مصرفه الذي يعطيه هاتفياً الأوامر المتعلقة بالعمليات الواجب القيام بها انطلاقاً من حساباته.

والبيئة على الوكالة حرة في العلاقات بين التجار، كما بالنسبة إلى المصالحات الأخرى، ويمكن بالتالي إثباتها بالوسائل كافة⁽³⁾.

31197 - القبول الضمني للوكيل. لا تتناقض المادة 1985، الفقرة 2، من ق م مع القانون العام للعقود باعلانها أن «قبول الوكالة يمكن أن يكون ضمناً ونتاجاً عن تنفيذها من الوكيل». وذلك يلفظ قساوتها⁽⁴⁾.

إنها تتناول الفرضية التي يكون فيها الأمر الصادر عن الموكل خطياً، وإنما لا يكون قبول الوكيل، مثلاً، وارداً فيه. ويعتبر، كقاعدة خاصة بالوكالة، ان العقد يتوافق مع متطلبات الإثبات مع أن هذا القبول، غير المنازع في مبدئه، يبقى ضمناً⁽⁵⁾.

ولهذا الحل علاقة مع واقع أن الوكالة التي ليس لها الطابع التام بأنها ملزمة للطرفين إذا لم تنص على أجر الوكيل، وهذا ما كان التقليد عليه، ليس من الضروري عندئذ تنظيمها بنسخة مزدوجة: الوكيل يضطلع وحده بالموجبات، لأن الخدمة التي يؤديها

(1) انظر كمثال غ إن، 15 تموز 1954، د، 1954، 631، وكالة أعطاه ا ب لولده لاستئجار مكان؛ بيد أن العلاقات العائلية لا تكفي وحدها، غ م ت ان، 16 تشرين الثاني 1971، ن م، III، رقم 560، عقار باعته زوجة لوحدها بدون اشتراك زوجها، نقض الحكم الذي أخذ باستحالة الإثبات الخطي بين الزوجين، على الغير مكتسب الملكية أن يثبت صفة الزوجة كوكيل؛ انظر Ph. Mailinvaud, L'impossibilité de la preuve écrite، م إد، 1972، I، 2468.

(2) G. Goubeaux et Ph. Bihr، ف د م، V الإثبات، 1979، رقم 189 وما يليه.

(3) غ ت ن، 4 أيار 1970، ن م، IV، رقم 141، وكالة للحصول على تعويض تجاري، نقض الحكم الذي رفض طلب تحقيق لاثبات الوكالة؛ الغرفة الجنائية، أول شباط 1972، م إد، 1973، II، 17304، تعليق Burst، وكالة اجتماعية، طبيعة تجارية.

(4) انظر حول هذا النص والطريقة التي يحمي فيها الوكيل القسم II السابق، الرضا، وكالة عرضية.

(5) انظر غ، 13 تشرين الثاني 1901، دد، 1902، 1، 489، L. Guénée، تعليق إدارة قيم منقولة أناطها التابع برب العمل، انتقال إلى ورثة هذا الأخير، تنفيذ عن طريق وكيل الصرف؛ غ م أن، 2 شباط 1966، ن م، I، رقم 83، وكالة بيع بباطا.

وكان من الممكن أن يستخرج من المادة 1985، الفقرة 2، من ق م برهان كان في الماضي لصالح قبول وكالة ضمنية عندما كانت النقطة موضوع نقاش، انظر مثلا Troplong, Du mandat، رقم 127.

مجانية، ويكفي نظرياً أن يكون تعهد الموكل وحده مثبتاً في مستند خطي⁽¹⁾. وفي هذا الاحتمال، في ما يتعلق بالوكالة المأجورة فقط، تشذ المادة 1985 عن القانون العام.

31198 - ب. إثبات مدى الوكالة. عندما يكون مدى الوكالة مقحماً، وليس وجودها ذاته على الاطلاق، يقبل الإثبات بالوسائل جميعاً بخاصة بمجرد قرائن⁽²⁾. وكان تسويغ الحل بالأخذ بأن المسألة هي مسألة تفسير وليست مسألة إثبات عمل قانوني تُطرح⁽³⁾. والبرهان في انسجام مع كون محكمة النقض (أو التمييز) ترى في هذا البحث مسألة تخضع لسلطة قضاة الاساس السيدة⁽⁴⁾.

على أنه يمكن أن يكون ثمة إغراء في التفكير في أن ما يصلح لإثبات وجود العقد يصلح كذلك لإثبات محتواه والتمسك بأنه لا يمكن إثبات غير المستند الخطي أو ضده إلاً بمستند خطي آخر⁽⁵⁾. إلاً أنه من المعروف أن القاعدة تنزع إلى السقوط لحاجات الممارسة وأنه يجري في أيامنا بطيبة خاطر التفريق بين إثبات وجود العقد وإثبات محتواه⁽⁶⁾.

على أنه يلاحظ أن فكرة قبول إثبات المدى المعطى لموضوع العقد بالوسائل جميعاً تأكدت في مادة الوكالة قبل غيرها من المواد.

الفقرة 2 - إثبات الوكالة والغير

31199 - توسيع تطلب المستند الخطي. امتد تطلب المستند الخطي في مادة الوكالة إلى أبعد من دائرة المتعاقدين. وفي الواقع، وفي حين أن المبدأ هو أن قواعد

(1) ليس من الواجب، عدا وجود وكالة مأجورة، مراعاة شكلية ازدواج النسخة، انظر D. Alexandre، م إ م، المواد 1984 إلى 2010، الكراسة، رقم 8.

ويمكن الاعتراض بأنه من المفيد جداً لو قيل أن يتمكن من إثبات الوكالة لكي تؤمن نتائج الوكالة: له مصلحة إذن، كشريكه في التعاقد، في أن يكون مزوداً بنسخة.

(2) انظر النقض المدني في 10 تموز 1945، د، 1946، 181، تعليق P. Mimin، كاتب عدل، وكالة ضمنية اعترف الفريقان بوجودها، قرائن عادية مقبولة لتحديد مداها، نقض الحكم الذي رفض عرض الاثبات؛ غ م أ ن، 23 أيار 1964، م ق ع، 1964، 2، 171، وكالة ايجاد شقة.

(3) Lazergues, Les mandats tacites، م ف ق م، 1975، 222، رقم 12؛ D. Alexandre المذكور سابقاً، م إ م، المواد 1984 إلى 2010، الكراسة C، رقم 112.

(4) انظر غ م ث أ ن، 29 تشرين الثاني 1972، ن م، III، رقم 645: «يقدر قطاع الاساس بسيادة مدى الوكالة»؛ غ م أ ن، 15 أيار 1973، م إ د، 1974، II، 17733، تعليق Bigot.

(5) المادة 1341 من ق م؛ P. Mimin، تعليق في د، 1946، 181.

(6) انظر في هذا الاتجاه P. Mimin المذكور سابقاً: يعتبر المؤلف أن القاعدة الثابتة منذ وقت طويل بالنسبة إلى الوكالة تصلح في النهاية لجميع العقود، وغالباً ما هو الأمر على هذا النحو في شأن الايداع لوصف الشيء المعهود به، والايجار في شأن تفعيل الأماكن المؤجرة، والبيع بالنسبة إلى مدى الشيء المتنازل عنه... G. Goubeaux et Ph. Bihr، ف د م، V الاثبات، 1979، رقم 285 وما يليه:

انظر في مادة الايجار الرقم 21150.

الإثبات في المادة 1341 وما يليها لا تطبق على غير الفرقاء⁽¹⁾، يعتبر القضاة أنه يعود إلى الغير الذي يتمسك بالوكالة أن يثبت وجودها خطأً أيضاً⁽²⁾.

ويكون التسويغ العملي في أنه يمكن دائماً للغير المتعاقد أن يتطلب من الوكيل إثبات سلطاته، ويجري التمسك أيضاً بأن محاور الوكيل ليس غيراً حقيقياً طالما أن صحة العقد الذي يتوخى إبرامه يتوقف على وجود الوكالة⁽³⁾. غير أن للحل طبائع، إذ يقبل، في المقام الأول بقطع النظر عن أن الغير الاجنبي كلياً عن العملية معفى من الإثبات الخطي⁽⁴⁾، ان يتم إثبات مدى الوكالة بالوسائل كافة في العلاقات مع الغير الشريك في التعاقد، تماماً كإثبات مداها في العلاقات بين الفريقين⁽⁵⁾. ثم ان الغير الشريك في التعاقد بإمكانه أحياناً التمسك بوكالة ظاهرية يكون إثباتها بقرائن عادية⁽⁶⁾.

31200 - النقد. يجري التساؤل حول شرعية القاعدة الاجتهادية المناقضة جداً للقانون العام للإثبات. من المفيد بالتأكيد حتّى أي كان في طريق التعاقد مع وكيل على أن يطلب إليه اطلاعه على التوكيل للتأكد من وجود الوكالة والسهر على أن يبقى ضمن حدودها⁽⁷⁾. ولذلك يجب أن يكون بالامكان تقديم إثبات ما تمّ اللجوء إليه على هذا النحو بالوسائل كافة.

أفلا يعني، مع ذلك، ان فرض إثبات خطي على الغير الشريك التعاقد أن يفرض

(1) انظر م إن، 11 تشرين الأول 1967، ن م، IV، رقم 624؛ انظر بمعنى أن الوكالة يجب أن يكون من الممكن أن يثبتها الغير بحرية Troplong, Du mandat، رقم 145.

(2) انظر غ م أن، 22 أيار 1959، د، 1959، 490، أن احب الفوائد العملية المرتبطة بهذا الحل هي أن يجري، في علاقات الأعمال مع الأشخاص المتزوجين، تجنب الاعتراف السهل جداً بوكالات شفوية أو ضمنية تتيح للغير التعامل مع أحد الزوجين فقط بدلاً من الاثنين، أو مع أحد الزوجين الذي يتقدم بأسراف على أنه مكلف مصالح الزوج الآخر، انظر النقض المدني 13 نيسان 1923، دد، 1926، 1، 40، بيع عقار يعود إلى مال الزوجة، زوج ادعى أن لديه وكالة التصرف أو نقل الملكية، مكتسب الملكية عليه إثبات الوكالة، إثبات الاستحالة المعنوية يقع عليه، نقض الحكم الذي اكتفى بتأكيد أن الوكالة يجب أن تكون مفترضة: تطبق المادة 1985 «على علاقات الموكل بالوكيل وكذلك ضد الغير الذي تعامل مع الوكيل المزعوم».

(3) انظر Mazeaud et Chabas، تأليف Juglart، الباب III، المجلد الثاني، رقم 1395؛ D. Alexandre، م ا م، المواد 1984 إلى 2010، الكراسة، رقم 38.

(4) انظر غ ت ن، 5 آذار 1969، ن م، IV، رقم 87، إدارة التسجيل.

(5) انظر غ ت ن، 5 آذار 1969، ن م، IV، رقم 87.

(6) انظر غ م أن، 19 حزيران 1959، م ق ع، 1959، 2، 160؛ Ch. Lazergues، Les mandats tacites، م ف ق م، 1975، 222، رقم 14.

(7) انظر النقض المدني، 30 كانون الأول 1935 المذكور سابقاً، د ا، 1936، 81، س، 1936، 1، 145، كاتب عدل، تفرغ عن ديون رهن عقاري: كانت للغير «امكانية المطالبة... بنسخ عن الوكالة الصريحة».

على الوكيل التخلي عن الوكالة لاعطائها إلى الغير؟ إلا أن يكون من المتوجب على الفريقين تنظيم عقد الوكالة في ثلاث نسخ احداها معدة للشريك المحتمل في التعاقد، حتى في عدد أكثر ارتفاعاً إذا كان هناك أكثر من متعاقد محتمل. وتقاس السيئات العملية الناتجة عن ذلك، وهي تختفي عندما يجب أن ينظم العقد المنشود في الشكل الرسمي أو الموثق ذلك بأن التوكيل يمكن، بدون أي سيئة، أن يلحق بالعقد الذي نظمته الكاتب العدل. غير أن الحل الذي تأخذ به المحاكم، خارج هذه الفرضية، يبدو منازعاً فيه جداً.

الفصل III

مفاعيل الوكالة

31201 - تقديم. ينبغي من بين مفاعيل الوكالة البدء بالتطرق إلى ما يعود إلى التمثيل، النتيجة الرئيسية التي يأملها الفريقان (القسم I).

ويمكن بالتأكيد أن يكون هناك إغراء في الكلام عليها في صدد موجبات الموكل كما فعل ذلك القانون المدني عندما وضع في الصف الأول من هذه الموجبات التي عليه أن ينفذ التعهدات المتخذة باسمه⁽¹⁾. على أن علاقاته مع الوكيل ليست معنية كعلاقاته مع الغير الشريك في التعاقد⁽²⁾.

ثم ينبغي تفحص موجبات الوكيل المكلف القيام بالمهمة الموكولة إليه على أحسن وجه (القسم II)، قبل تفحص الموجبات التي يمكن، بسبب وقائع مرتبطة بالتنفيذ أو استناداً إلى اشتراط الاجر، أن تكون موجبات الموكل (القسم III).

القسم I

مفعول التمثيل

31202 - الرباط بالغير. التمثيل مفعول مميز للوكالة⁽³⁾. وهذا المظهر جرى تقديمه منذ نهاية القرن التاسع عشر على أنه اساسي⁽⁴⁾. والنتيجة المباشرة للتمثيل إنشاء موجبات بين الموكل وشخص ثالث، أي الشخص الذي تعاقد معه الوكيل. إنه يجبر، بصورة غير

(1) المادة 1998؛ أضيف إلى ذلك Pothier, Du contrat de mandat، رقم 67 وما يليه.

(2) انظر في هذا الاتجاه مثلاً Ripert et Boulanger، رقم 2156.

(3) انظر حول هذا المفعول R. De Quenadon, Recherches sur la représentation volontaire dans ses

dimentions internes et internationales، إطروحة في ستراسبورغ 1979، طبع على الآلة الكاتبة؛ M.

Starck, Le mécanisme de la représentation dans les actes juridiques، منشورات L. G. D. J.

1982.

(4) انظر في هذا الصدد الرقم 110 31 السابق.

مباشرة وبمفعول الانعكاس، الموكل أيضاً أن يخلص الوكيل من أي تعهد تجاه الغير الشريك في التعاقد، وهذا ما تنص عليه المادة 1998 من م ق.

والتمثيل، وهو إوالية يبرم أحد الأشخاص بموجبها عقداً لحساب شخص آخر وبإسمه وينشئ في ذمته المالية الحقوق والموجبات الناجمة عن ذلك، لا يفعل سوى أن يقدم تلطيفاً لمبدأ المفعول النسبي للاتفاقيات المطروحة في المادة 1165 من م ق بدون الشذوذ عنه. ولا تفرض هذه المادة، مع انها تحدد علاقة الموجب بالفريقين، أن يكون المتعاقدان حاضرين شخصياً لعقد الاتفاقية. فللممثل قانونياً صفة الفريق. وذلك لا ينتج عندما لا يتصرف الممثل باسمه الخاص وإنما باسم الممثل، ويعرف الشريك المتعاقد هذا الأمر. غير أن ذلك لا يحدث، مبدئياً، إلا أن يتصرف الوكيل صراحة باسم الغير، ذلك بأنه، إذ عمل لحسابه الخاص، رغباً عن التوكيل المزود به، يغدو عندئذ وحده مدين الشريك في التعاقد⁽¹⁾.

وبإمكان الغير، حتى في حال وجود وكالة، أن يأمل التعاقد مباشرة مع الموكل. وليس هناك، على العموم، صعوبة خاصة. إلا أن الوكيل تمكن من ان يمتنع عن التدخل شخصياً: الأمر على هذا النحو في حالة الوكالة الحصرية المعطاة لوكيل عقاري لبيع مال ما؛ وقد يرى أحياناً أنه من الأفضل التعامل فقط عن طريق المكلف أعماله الأكثر منه تيقظاً مثلاً في القرارات الواجب اتخاذها. وبإمكان الموكل دائماً، أي كانت الحالة، أن لا يتعاقد بنفسه وأن يفرض على الغير العمل عن طريق وسيط يعينه. وهكذا تلاحظ الحجية التامة للوكالة تجاه الغير.

والأمر على هذا النحو على الأقل، عندما يكون الوكيل مزوداً بتوكيل منظم بوضوح لم يتنكر له، ذلك بأن الغير، في هذه الحالة الأخيرة، بإمكانه أن يفرض الدخول مباشرة في العلاقة مع الموكل⁽²⁾.

31203 - التصميم. ينبغي، لوصف العلاقات بين الموكل والغير الشريك في التعاقد، وظاهرة التمثيل تدرج في اللعبة التعاقدية، تفحص الأعمال التي ينجزها الوكيل في نطاق المهمة المعطاة له، والتزام الموكل بها مسلّم به، (الفقرة 1)، ثم الأعمال المنجزة خارج هذه المهمة التي يبدو أنه لا يمكن أن تقع على عاتق الموكل (الفقرة 2).

(1) انظر على سبيل المثال غ، 3 أيار 1893، دد، 1893، 1، 567، شراء أسهم.

(2) الحل مفروض أيضاً إذا لم يبلغ الوكيل عدوله عن الوكالة، المادة 2007 من م ق التي تفرض تبليغاً كهذا يطبق فقط على العلاقات مع الوكيل وليس مع الغير، انظر غ، 26 تشرين الأول 1914، دد، 1916، 1، 53، كاتب في كتابة العدل وكّله أحد الموحى لهم في تركة، وكيل رفض استخدام الوكالة في المستقبل.

الفقرة 1 - التزام الموكل بفعل الأعمال المنجزة في نطاق المهمة المنوطة بالوكيل

31204 - اعلان. الموكل، في نطاق المهمة المنوطة بالوكيل، ملزم بالعقد المبرم باسمه (أ). بيد أنه يمكن أن يكون ملزماً أيضاً بالمسؤولية عن الأخطاء التي يرتكبها الوكيل، مما هو أبعد من ذلك (ب).

31205 - أ. العقد المبرم وفقاً للسلطات المعطاة للوكيل. يجد الموكل نفسه، بمفعول التمثيل ملزماً مباشرة تجاه الغير الشريك في التعاقد الذي تعاقد الوكيل معه. إنه فريق في الاتفاقية المعقودة: هل يتعلق الأمر باكتساب ملكية بضائع؟ إنه شاريها. وهل يتعلق الأمر ببيع عقار؟ إنه المتفرغ عنه. إن المادة 1998 من ق م تنص، في هذا الصدد، على أن «الموكل ملزم بتنفيذ التعهدات التي تعاقد الوكيل عليها وفقاً للسلطات المعطاة له». ويقع تنفيذ العقد على الموكل وعليه وحده⁽¹⁾ ضمن الشروط الواردة في بنود هذا العقد⁽²⁾ ويفرض تاريخها عليه⁽³⁾. والغير الشريك في التعاقد ملزم، بالتمثيل، بتنفيذ العقد المبرم⁽⁴⁾. وليس هناك أي شك في هذه النقاط المختلفة ما دام أن العقد الحاصل كان وفقاً للسلطات المعطاة، وبالطبع بدون غش بالتواطؤ مع الغير.

إلا أن كل شيء يتوقف، في الحقيقة، على مدى السلطات المنوطة بالوكيل، وذلك نقطة من الحيلة أن يستعلم الغير الشريك في التعاقد عنها بشكل صحيح. وغالباً ما تكون الصعوبة في تحديد مدى المهمة التي اناطها الموكل بالوكيل. وينبغي في هذا الصدد الرجوع إلى التفريق الوارد في القانون المدني حسبما تكون الوكالة عامة أو خاصة، محررة في تعابير عامة أو صريحة⁽⁵⁾. ويتيح هذا الفرز تكوين رأي

(1) انظر غ م ث ن، 21 كانون الثاني 1966، ن م، II، رقم 99؛ زوج وكيل زوجته؛ غ م أ ن، 14 تشرين الثاني 1978، ن م، I، رقم 346، ممثل في منقول للمطبخ؛ غ م ث ا ن، 22 تشرين الثاني 1988، م إ د، 1989، IV، ص 30، غياب التضامن بين الموكل والوكيل.

(2) انظر غ م ث ن، 21 آذار 1983، ن م، IV، رقم 109، بند تحديد المسؤولية، عقد نقل.

(3) انظر غ م أ ن، 4 كانون الثاني 1984، ن م، I، رقم 5، م ف ق ت، 1985، 353، م Hémard et Bauloc: إذا كان الموكل يتوخى المنازعة في تاريخ العقد فيقع عليه إثبات كذبه، وهذا ما يتم بالوسائل جميعاً؛ وليس في وسعه التمسك بالمادة 1328 من ق م لأنه ليس غيراً في العقد المبرم باسمه، انظر غ م، 7 آذار 1893، دد، 1893، 1، 255، س، 1893، 1، 291، تاريخ أكيد انطلاقاً من الرجوع عن الوكالة.

(4) انظر كمثال غ م أ ن، 27 تشرين الثاني 1984، ن م، I، رقم 318، تأمين.

(5) المادة 1987، والمادة 1988، انظر في هذا الصدد الرقم 31170 السابق؛ وكالة معطاة في تعابير عامة قد تكون خطيرة ذلك بأنها تعطي الوكيل الكثير من الاستقلالية: حدد القانون المدني أيضاً حدودها بأعمال الإدارة (المادة 1988، الفقرة الأولى)؛ وهي تثير صعوبات أكثر في التفسير بالنسبة إلى ما تغطيه مقارنة بالوكالة خاصة التي يكون موضعها محدداً بشكل أفضل؛ يضاف إلى ذلك أن أعمال نقل الملكية ذات نتائج أكثر جساماً: لذلك أعلن القانون المدني أن الوكيل ليس في وسعه انجازها إلا بموجب بيانات واضحة في التوكيل وفي تحديد خاص (المادة 1988، الفقرة 2).

حول نقطة معرفة ما إذا كان الوكيل يتصرف في حدود مهمته.

- الوكالة العامة: أعطى زيدٌ عمراً سلطة إدارة أمواله جميعاً (أعمال إدارة) وإبرام العقود المختلفة المتعلقة بها باسمه؛ إلا أن الوكالة، لكي تحوي امكانية التملك، يجب أن تكون صريحة: أي أن تحدد ما هي الأموال التي يمكن أن تباع (حتى ولو لم يكن من الضروري تحديدها)؛ وفي ما يتعلق بإمكانية الاقتراض يقتضي النص عليه بوضوح، حتى ولو لم يكن المبلغ المطلوب محدداً في التوكيل (مع أن ذلك أوضح وأمن).

- الوكالة الخاصة: كلف زيدٌ عمراً مهمة إدارة القضايا العقارية المتعلقة بذمته المالية (أعمال إدارة، وأعمال تصرف إذا كان ثمة نص عليها)؛ وبشكل أوضح شراء عقار ما (عمل تصرف؛ وإنما بدون ضرورة تحديد الثمن)، أو إبرام عقد ما (عمل إدارة أو عمل تصرف)؛ وغالباً ما تكون الوكالة الخاصة وكالة صريحة.

31206 - تنفيذ العقد وتدخل الوكيل. قد يحصل، في سياق تنفيذ الاتفاقية التي توحد الموكل بالغير الشريك في التعاقد، أن يتدخل الوكيل أيضاً وأن يستمر ذلك في إلزام الموكل: هذا الأمر بالنسبة إلى إعلان تلقي الشيء الذي تم شراؤه⁽¹⁾، وفي شأن معالجة التعرض لتمتع المستأجر⁽²⁾، وبصورة أعم في صدد اتخاذ التدابير الضرورية في السرعة المطلوبة⁽³⁾.

ويمكن القول، في ما يتعلق بهذه الأعمال التي يقوم بها الوكيل في نطاق العقد المبرم والتي تقيد الموكل، إن الأمر يتعلق بمسؤولية فعل الغير: الموجبات المعنية هي موجباته ويجب أن يكون مسؤولاً عنها ولو عمل على تنفيذها عن طريق شخص آخر غيره⁽⁴⁾.

(1) انظر غ ث ن، 12 شباط 1980، د، 1981، 278، تعليق Aubertin، تلقي بدون تحفظات، الادعاء للفسخ لعدم المطابقة مردود؛ انظر غ م ت ا ن، 5 حزيران 1984، ن م، III، رقم 109، إخطار الوكيل، مفعول ضد الموكل.

(2) محكمة القاضي الوحيد أو المنفرد في Boulogne، 7 تشرين الثاني 1984، مجلة بدلات الايجار، 1985، 122، مدير احتفظ لمدة طويلة بتعويض تأمين قبل استعماله لمعالجة التعرض، مسؤولية المؤجر.

(3) حكم محكمة استئناف نانسي، 12 كانون الثاني 1984، م ق ع، 1984، 2، 622، تعليق Fray، خبير وكّله المؤمن، تأخير في تقويم مبلغ الاصلاحات الضرورية لسيارة، تجميد لأكثر من سنة، مسؤولية المؤمن؛ أضف إلى ذلك D. Alexandre، م إ م، المواد 1984 إلى 2010، الكراسة G، رقم 21 وما يليه، في صدد اخطاء إدارة الوكيل.

(4) انظر في صدد المسؤولية العقدية عن فعل الغير E. Becqué، De la responsabilité du fait d'autrui en matière contractuelle، م ف ق م، 1914، 251؛ P. Eismein، Le fondement de la responsabilité contractuelle، م ف ق م، 1933، 627، رقم 19 وما يليه؛ Rodière، Y a-t-il une responsabilité contractuelle du fait d'autrui؟ د، 1952، العرض 79؛ Mazeaud et Tunc، الباب I، رقم 965 وما يليه.

على أن المدى المعطى للتمثيل، في الحقيقة، يذهب أكثر بعداً من تنفيذ العقد ذاته : إنه يسوّغ أن يسري تسويغ يديه الوكيل تجاه الموكل⁽¹⁾، ويمكن ان يكون له دور في حال اعتراف الوكيل⁽²⁾.

31207 - ب. مسؤولية الموكل تجاه الغير بالنسبة إلى الاخطاء التي يرتكبها

الوكيل. يضاف إلى الالتزام الذي يضطلع الموكل به بفعل العقد المبرم باسمه من قبل الوكيل، احتمالياً، عبء الموجب تجاه الغير في العطل والضرر الذي يسببه من يمثله في نظره. وهذه المسؤولية تسري، مبدئياً، على كل ما يتعلق بأعمال الوكيل في نطاق المهمة الموكولة. إنها قريبة، في فلسفتها، من المسؤولية التي يتعرض لها المفوض عن أعمال تابعه، في نطاق وظائف هذا الأخير.

وتؤكد المحاكم ذلك: «الموكل مسؤول تجاه الغير عن الاخطاء التي يرتكبها الوكيل في ممارسة الوكالة»⁽³⁾. تطبيقات القاعدة عديدة، وذلك بسبب الخطأ المرتكب في ابرام العقد ويسوّغ الابطال⁽⁴⁾ في جميع انواع فرضيات الغش أو التعسف في استعمال السلطة⁽⁵⁾، ويمتد ذلك إلى مختلف أنواع الاختلاس التي يرتكبها الوكيل⁽⁶⁾ مروراً بالاخطاء العادية التي قد يرتكبها في مناسبة العقد⁽⁷⁾. وهذه المسؤولية موجودة حتى في حالة وكيل بديل⁽⁸⁾.

- (1) انظر غ م ث ا ن، 5 حزيران 1985، ن م، III، رقم 109.
- (2) انظر غ إن، 12 كانون الأول 1962، ن م، IV، رقم 892، ايجار شفهي.
- (3) حكم محكمة استئناف باريس، 10 تموز 1944، د، 1945، 62، وكيل مكلف مزايده، دفتر الشروط، إغفال ذكر تمديد ايجار؛ وكذلك غ ع، 17 نيسان 1896، دد، 1897، 1، 40، تحصيل دين، كاتب لدى الكاتب العدل، شطب رهن عقاري، ضرر الغير الحال.
- (4) غ ع، 30 تموز 1895، دد، 1896، 1، 132، س، 1896، 1، 288، اكتتاب باسهم، مصرف مكلف اصداها، معلومات كاذبة معطاة للجمهور، مناورات خداعية، مسؤولية الشركة المركلة؛ قارن ب غ م أ ن، 23 أيار، ن م، I، رقم 244، بيع حصص شركة، مناورات خداعية للوكيل، بطلان: استند الحكم قبل أي شيء إلى الخطأ الشخصي للموكل.
- إن مسؤولية الموكل، مبدئياً، في حال ابطال الاتفاقية، ذات طبيعة تقصيرية.
- (5) انظر حكم محكمة استئناف بوردو، 13 تشرين الثاني 1890، دد، 1892، 2، 364، بيع خمر مع امتياز احتكار للبيع الاقليمي بعد الشراء، الامتياز نفسه، للغير، غش، ابطال: «الموكل مسؤول عن الغش المستخدم ضد الغير الحسن النية من قبل الوكيل في تنفيذ واكلته».
- (6) انظر غ ت ن، 11 أيار 1976، ن م، IV، رقم 158، استرداد ايداع تأمين لمدير مؤسسة تجارية، اختلاس، الموكل مسؤول: ليست هناك بالفعل، في قضية كهذه، حاجة إلى اللجوء إلى فكرة المسؤولية عن فعل الوكيل، المدين بالمبلغ المتوجب يبقى ملزماً به، كما في موجه الخاص، ما دام أن السداد لم يتم؛ أضف إلى ذلك D. Alexandre، م إ م، المواد 1984 إلى 2010، الكراسة G، رقم 25 وما يليه والإسنادات.
- (7) انظر غ م أ ن، 31 آذار 1981، ن م، I، رقم 108، وكيل تأمين، وكيل الشركة، تحرير اقتراح تأمين، الشركة مسؤولة عن اخطائها.
- (8) انظر النقض المدني، 26 تشرين الثاني 1878، س، 1879، 1، 69، وكيل من الباطن أقيم بشكل صحيح.

ومن المقبول بالتأكيد أن «أعمال الوكيل تلزم الموكل في حدود السلطات المعطاة وخارج حالة الخداع (أو التدليس) والغش»⁽¹⁾، إلا أنه لا يبدو أن هذا التحفظ يجب أن يكون له دور على نحو آخر غير حالات تجاوز الوكالة أو الجرم الجزائي⁽²⁾. ومن الصحيح أحياناً ألا يستند القضاة مباشرة إلى مسؤولية الموكل عن فعل الوكيل، وإنما بالاحرى إلى الخطأ الشخصي المنسوب للموكل، مثلاً في اختيار الوكيل أو مراقبته⁽³⁾.

على أن مسؤولية الموكل، القريبة من مسؤولية المفوض عن فعل تابعيه، تفرق عنها: ذلك بأن تطبيق المادة 1384 من ق م، من جهة أولى، محدودة في الحالات التي توجد فيها علاقة تبعية بين المسؤول مدنياً وفاعل الضرر، ومسؤولية الموكل، من جهة أخرى، يمكن، مع كونها لا تتطلب هذا الشرط، أن تكون محصورة في حدود أضيق مما هي الحال في مسؤولية المفوض. وهكذا كان الرأي أن الموكل ليس ملزماً باضرار معينة سببها وكيله في مناسبة تنفيذ العقد وكانت تجعل المفوض مسؤولاً: مثلاً ضرر مسبب عند تقديم شيء إلى الزبون كان الوكيل مكلفاً ببيعه⁽⁴⁾. غير أنه، عندما يجمع الوكيل هذه الصفة مع صفة التابع، يوجد الاساسان معاً: الجمع بين عقد الوكالة وعقد العمل يفاقم مسؤولية الموكل المفوض المحتملة⁽⁵⁾.

يضاف إلى ذلك، كما بالنسبة إلى مسؤولية المفوضين، أنه قد يكون من الصعب

- (1) انظر غ ع، 7 آذار 1893، دد، 1893، 1، 235، س، 1893، 1، 291، عقد مبرم يلزم الموكل.
- (2) النقض المدني، 24 شباط 1934، م ق ع، 1934، 1، 654، س، 1935، 1، 318، موكل غير مسؤول عن جرم عدم التصريح الذي ارتكبه وكيله سائق شاحنة؛ حكم الغرفة الجنائية، 3 أيار 1940، م ق ع، 1940، 2، 28، وكالة التحقق من عمل سيارة، الموكل غير مسؤول مدنياً عن الحادث الذي سببه الوكيل.
- (3) انظر النقض المدني، 4 كانون الأول 1899، دد، 1900، 1، 14، س، 1900، 1، 137، شراء اخشاب مقطوعة، إخفاء غشي: الموكل «مسؤول تجاه الغير الحسن النية عن خداع الوكيل وغشه وقد اختاره بتهور»؛ حكم محكمة استئناف Aix، 24 كانون الثاني 1944، م ق ع، 1944، 1، 160، مواد غذائية طلبتها طبّاخة وتملكتها، أسياها مسؤولون، سؤ اختيار خادمتهم.
- (4) انظر النقض المدني، 16 حزيران 1936، د إ، 1936، 427، س، 1936، 1، 231، تعليق Jossier، وكيل شركة، وكالة بيع سفينة: «وجود الوكالة لا يستوجب بالضرورة أن تقوم بين الفريقين علاقة المفوض بالتابع» والمسؤولية المنصوص عليها في المادة 1384... تفترض... سلطة ادارة ومراقبة ورقابة؛ وفي صدد حادث سببه شخص مكلف نقل سيارة من مكان إلى آخر، انظر حكم الغرفة الجنائية، 10 أيار 1935، م ق ع، 1935، 2، 178، قتل متعمد، نقض الحكم الذي اعتبر الموكل مسؤولاً: إلا أنه يمكن الشك في صحة وصف الوكالة، ذلك بأن الأمر خدمة أداها السائق؛ الملاحظة عينها في صدد حكم آخر، النقض المدني، 4 كانون الأول 1945، م إ د، 1946، II، 3110، تعليق J.R.، وكالة أعطاه الأب لولده لاستخدام سيارته، رباط التبعية مقبول.
- (5) انظر في مادة التأمين المادة 511-1 L من قانون التأمين التي تعلن أن المستخدم المركل مسؤول عن أخطاء مستخدمي الوكلاء؛ انظر غ م أ ن، 31 آذار 1981، ن م، I، رقم 108، صياغة اقتراح تأمين وضعها وكيل عام، الشركة مسؤولة عن اخطاء الوكيل، وظيفة وكيل مأجور.

رسم الحد بين ما يعود إلى المهمة المنوطة بالوكيل الذي يُلزم الموكل إذن، وما لا يعود إلى هذه المهمة. والحال، عندما يتصرف خارج نطاق مهمته، ان الوكيل يجب ان يكون وحده مسؤولاً عن اخطائه تجاه الغير. وهكذا ذُكرت محكمة النقض، في صدد الخداع الذي ارتكبه وكيل عقاري مكلف ببيع عقار، وقد موّه في شأن العيب في الجدران بطبقة من الطلاء، بأن «الموكل ليس ملزماً بما أقدم عليه الوكيل خارج نطاق السلطات المزوّد بها»⁽¹⁾.

الفقرة 2 - مصير الأعمال التي ينجزها الوكيل خارج نطاق المهمة التي أنيطت به

31208 - التقسيم. لا يمكن أن يلزم الوكيل الموكل لأول وهلة، عندما يتصرف خارج نطاق مهمته لأنه يتجاوز السلطات التي تلقاها (أ). غير أنه ليس من المستبعد أن يكون الموكل ملزماً، برضاه التام لأنه يعطي في النهاية موافقته على العملية، أو بطرق أخرى (ب).

وحول مسؤولية الوكيل الذي يتجاوز سلطاته تجاه الغير الشريك في التعاقد انظر الرقم 31239 اللاحق وما يليه.

31209 - أ. تجاوز الوكيل سلطاته. نتيجة تجاوز الوكيل سلطاته التأثير في فعالية العقد المبرم. وإذا كانت أعمال التجاوز مختلفة فإن عقوبتها هي دائماً بطلان العملية تجاه من ادعى أنه يمثله.

31210 - 1° أعمال التجاوز. من الممكن أن يتصرف شخص ما باسم الغير بدون أن يكلف ذلك مطلقاً: انه ليس وكيلاً ويتصرف بدون سلطة. والفرضيات الأكثر عدداً هي الفرضيات التي يتجاوز الوكيل فيها، وهو المسمى وفقاً للأصول، المهمة التي أنيطت به أو يخونها: في ذلك إساءة استعمال السلطة أو تجاوز حدها.

(أ) إساءة استعمال السلطة أو تجاوز حدها. أمثلة إساءة استعمال السلطة عديدة في الممارسة⁽²⁾، وتفسرها أسباب مختلفة. وأحدها هو أن صياغة الوكالة غالباً ما تكون مبهمّة أو مختزلة مما يسهّل المبادرات غير المنتظرة من الوكلاء. يضاف إلى ذلك أن نصوص القانون المدني المعدة كإرشادات للتفسير ليست واضحة تماماً وثمة تردد دائماً في

(1) غ م ث ا ن، 4 تموز 1972، ن م، III، رقم 443، وكالة بيع جناح، الوكالة لم تتلق سلطة للقيام بالاشغال وأخفت تكتيها غير طبيعي في طبقة الدهان، ابطال البيع المعقود مع مكتسب الملكية، مراجعة الموكل ضد الوكيل، نعم.

(2) انظر غ م ث ا ن، 4 تموز 1972، ن م، III، رقم 443، الموكل ليس ملزماً بما فعله الوكيل خارج السلطات التي تلقاها.

وضع إحدى العمليات في نطاق هذه الوكالة أو تلك من الوكالات العامة أو الخاصة أو الصريحة الواردة في المادتين 1987 و1988. والنزاعات تنشأ، أخيراً، عن أن الموكل، عندما تظهر النسيثات في العمل المحقق لحسابه، يجد ذريعة سهلة للبرهان على عيب سلطة الوكيل.

ثمة وضع متواتر وفيه يقوم مهني في العقارات وكيل بمعنى قانون «Hoguet» في 2 كانون الثاني 1970، مزود فقط بمهمة ايجاد مكتسب ملكية ووضعه في علاقة مع البائع، وبالتالي يتعلق الأمر بمجرد وساطة، بابرار عقد بيع مع ذلك⁽¹⁾.

ب) تجاوز حد السلطة. يكون هناك تجاوز لحد السلطة عندما يتوخى الوكيل منفعة شخصية بمضرة الموكل، وأحياناً حتى بتواطؤ مع الغير. إن التواطؤ الغشبي بين الوكيل والغير غير قابل بالتأكيد لانتاج مفاعيل تلزم الموكل⁽²⁾.

غير أن الغير يمكن أن يكون حسن النية، فالمعتقد أن الوكيل يعمل استناداً إلى سلطات أنيطت به. ومن الممكن أحياناً، في حالة كهذه، اللجوء إلى مفهوم الوكالة الظاهرية⁽³⁾.

31211 - 2°. بطلان العقد المبرم. من الواضح أن الأعمال المنجزة بالتنكر

لحدود السلطات التي اناطها الموكل لا تلزمه. والمبدأ أن أي مفعول تمثيل ليس وارداً وفقاً لما نصت عليه المادة 1998 الفقرة 2 من ق م⁽⁴⁾. إلا أن الاجتهاد يذهب إلى أبعد من ذلك، فهو يرى أن عقوبة تجاوز السلطات يجب أن تكون أكثر جذرية، أي انعدام العمل المنجز المزعوم باسم الموكل، مما يبدو تقنياً كبطلان مطلق⁽⁵⁾.

(1) انظر كمال غ م ث ا ن، 12 نيسان 1976، م إ د، 1976، II، 18440، وكيل عقاري قبل شيكا من زبون اعتقد أنه أمتلك المال.

(2) انظر غ ع، 14 نيسان 1908، د د، 1908، 1، 344، اكتساب ملكية شركة: «تعهد الوكيل لا يلزم الموكل إلاّ تجاه الغير الحسن النية»؛ أضف إلى ذلك غ م أ ن، 11 كانون الأول 1950، ن م، I، رقم 254، تنازل عن سهم من زوج إلى زوجته بضمن زهيد؛ غ م ث ا ن، 29 تشرين الثاني 1972، ن م، III، رقم 647، وكالة بيع حصص في ملكية على الشيوع، تواطؤ غشي؛ غ م أ ن، 9 حزيران 1958، د، 1958، الموجز 130، تواطؤ غش بين الوكيل والغير.

(3) انظر الرقم 31217 اللاحق وما يليه.

(4) انظر D. Veaux, L'abus de pouvoirs ou de fonctions en droit civil français أعمال Capitant، الباب 28، ص 82 وما يليها.

(5) انظر في هذا الاتجاه غ م ث ا ن، 15 نيسان 1980، ن م، III، رقم 73، م ف ق م، 1981، 155، م F. Chabas، د، 1981، إ س، 314، م J. Ghestin، ف د، 1981، 853، م J. L. Aubert، ايجار عقده وكيل بدون إدخال بند يعتبر حاسماً بالنسبة إلى المؤجر، عدم وجود اتفاق بين الفريقين: لا يطبق تقادم الخمس سنوات الوارد في المادة 1304 من ق م بالنسبة إلى البطلان النسبي؛ قارن بحكم الهيئة العامة بكامل أعضائها، 28 أيار 1982، د، 1983، 117، طلبات Cabannes، و 349، تعليق E. Gaillard: استبعد =

وللحل منطقته طالما أن هذا العقد ينقصه عنصر أساسي: أحد الفريقين غائب وهو الموكل الذي ليس رضاه موجوداً. إن عيباً كهذا يشكل بالضرورة عقبة أمام وجود العقد. وهذا العقد ليس غير محتج به ضد الشخص المزعوم تمثيله وحسب: إنه يظهر معدوماً. والوكيل، بموجب هذا العمل الذي ليس له وجود، لا يمكن أيضاً أن يكون ملزماً به: إنه مسؤول تجاه الغير وحسب بسبب خطئه.

على أن البطلان المطلق الذي يعاقب هذا الانعدام له، بالنظر إليه ملياً، خاصية مزدوجة هي، من جهة أولى، قابلة للتأكيد، ومن جهة ثانية للبقاء بتصرف الموكل وحده بدون أن يكون بإمكان الغير الشريك في التعاقد التمسك بها. أن ذلك مستنتج من المادة 1998، الفقرة 2، وبمقتضاها يمكن أن يكون الموكل ملزماً بالتعهد المتخذ باسمه إذا صدّقه⁽¹⁾. وهذا النص الذي يجيز إذاً تأكيد العمل المشوب بالبطلان المطلق له مع ذلك مفعول الاحتفاظ للموكل بإمكانية التمسك بهذا البطلان: ذلك بأن هناك أحد امرين، أما ليس للموكل النية بأن يكون ملزماً فيطلب إبطال العقد (أو إذا بقي سلبياً يحتفظ بإمكانية الاحتجاج بالبطلان بدون تحديد وقت) وأما يتوخى الموافقة على ما حصل فليس عليه عندئذ إلا التصديق. وعليه يعطي مجرد امكانية التصديق الوكيل معارضة ما يأمله الغير الشريك في التعاقد، احتمالياً، في المنازعة في العقد⁽²⁾.

والحال أن هذا الغير قد تكون له فيه منفعة. فإذا باع وكيل عقاري أحد العقارات بدون أن تكون له سلطة البيع، وكان الثمن مرتفعاً، فإن الشاري قد يرغب في التخلص من هذا البيع بالتمسك بغياب سلطان الوكيل إلا أن البائع يكون له عندئذ معارضة ذلك بخيار

= الحكم المادة 1304 وإنما تكلم على اللاّحية؛ أضف إلى ذلك D. Alexandre، م إ م، المواد 1984 إلى 2010 الكراسة G، رقم 40.

الحل نفسه معتمد على أساس المادة 1427 من ق م في فرضية مقارنة لتجاوز السلطة في أحد الزوجين الشركاء في الملكية، نص ورد فيه «البطلان» صراحة، انظر غ م إ ن، 27 حزيران 1978، م إ د، 1980، II، 19424، تعليق Henry، ف د، 1979، 1020، تعليق Colomer: بطلان وليس لا حجية؛ وكذلك م غ إ ن، 17 حزيران 1981، م إ د، 1982، II، 19809، تعليق Patarin؛ غ م إ ن، 28 آذار 1984، م إ د، 1985، II، 20430، تعليق Henry؛ يمكن الاحتجاج بهذا البطلان ضد مكتسب ملكية حسن النية، م غ إ ن، 6 شباط 1979، ن م، I، رقم 43.

(1) هناك شذوذ عن المادة 1338 من ق م المتعلقة بتأكيد عمل باطل أو تصديقه، والرأي بالنسبة إلى تطبيقه إن عملاً باطلاً بطلاناً مطلقاً لا يمكن تأكيده رجعيّاً: الامكانية الوحيدة للفريقين هي تجديد اتفاقهما عندما ينقطع سبب البطلان، انظر كمثال م غ إ ن، 8 كانون الثاني 1985، ن م، I، رقم 6؛ غ م إ ن، أول كانون الأول 1976، د، 1977، 177، تعليق Breton، م إ د، 1977، 18625، تعليق Patarin.

(2) هذه الامكانية موجودة حتى ولو كان الوكيل قد تقدم كمتصرف باسمه الخاص، انظر غ م إ ن، 28 نيسان 1980، ن م، I، رقم 129، م ف ق م، 1981، 408، م G. Cornu؛ أضف إلى ذلك حكم محكمة استئناف باريس 28 حزيران 1851، دد، 1853، 2، 78، في صدد تسوية؛ انظر الفقرة ب 1°، أ، التصديق، اللاحقة.

التصديق⁽¹⁾. وليس هناك ما يصدّم، فضلاً عن ذلك، في أن يكون الغير بدون حق طلب الابطال: لقد فكر في الالتزام حقيقة عن طريق وكيل له سلطة تمثيل الموكل، فليس هناك سبب أن تكون له الفرصة في الرجوع.

31212 - ب. مفعول التمثيل رغماً عن غياب السلطة. هناك، رغماً عن تجاوز الوكيل سلطاته، عدة أسباب قد تدعو إلى اعتبار الموكل ملتزماً.

ويعود أحد هذه الأسباب إلى سلوك هذا الموكل المزعوم. ويمكن بالفعل البحث عن مسؤوليته استناداً إلى المادة 1382 من ق م، إذا ترك الغير باهماله يعتقد أن هناك شخصاً آخر يمثله أو كان مزوداً بسلطات أوسع مما هو مرتقب، فيكون عندئذ ملزماً بالتعويض عن الضرر المسبب والتعويض عيناً يكون بالحفاظ على العقد المبرم، ضد تمنيات الموكل. والأمر على هذا النحو بصورة خاصة عندما تكون تعابير التوكيل المعطى مبهمة فيكون مسؤولاً عنها، أو إذا لم يراقب نشاط وكيله كما يقتضي الأمر⁽²⁾.

وفي ما تبقى يمكن أن تكون مصادر تعهد الموكل من طبيعة إرادية أو غير إرادية.

31213 - 1°. تعهد الممثل على نمط إرادي إلى حدّ ما. ينتج مفعول التمثيل الناجم طبيعياً عن الموكل، رغماً عن غياب سلطات الوكيل، إذا تم تصديق العملية المعقودة لاحقاً من قبل الموكل المزعوم، أو كذلك يمكن، والتصور يساعد عليه، الكلام على وجود وكالة يمكن أن يكون قد اعطاها ضمناً.

31214 - أ) تصديق العقد. يستطيع الموكل، استناداً إلى المادة 1998، الفقرة 2، من ق م، «أن يصدق صراحة أو ضمناً» الأعمال المنجزة التي تتجاوز سلطات الوكيل. إن تسويغ هذا الحل إيجاداً ليس سهلاً فكان اللجوء إلى الفكرة في «إن هناك تمثيلاً خارج السلطات المنوطة»⁽³⁾.

والكيفيات التي يمكن أن ترتديها موافقة الموكل بعد العمل تبقى مفتوحة ولقضاء

(1) الامكانية نفسها موجودة في مادة أموال الزوجين المشتركة بسبب المادة 1427 من ق م، انظر غ م ا ن، 17 آذار 1987، ن م، I، رقم 95، تصديق ناجم عن أي عمل يستدعي ارادة التأكيد.

(2) انظر حكم محكمة استئناف باريس 25 آذار 1892، د، 1892، 2، 263، سلطة اقتراض في حدود مبلغ معين، قروض متعاقدة عليها تتجاوز هذا المبلغ، يستحيل على كل مقرض البحث عما إذا كانت الوكالة قد استعملت، مسؤولية الموكل الذي لم يحدد مدة الوكالة وترك الوكيل يعمل كما يحلو له؛ غ ع، 14 كانون الثاني 1920، س، 1920، 1، 272؛ غ ت ن، 27 نيسان 1979، د، 1980، إ س، 199، م. M. Vasseur، أب أعطى ابنه ادارة حساب جارٍ، غياب المراقبة.

غير أن الخطأ المرتكب يجب أن يثبت وفقاً للاصول، انظر النقض المدني 30 كانون الأول 1935، د إ، 1936، 81، س، 1936، 1، 145، تنازل عن ديون رهن عقاري، غياب الخطأ.

(3) Ripert et Boulanger رقم 2159؛ على أن التصديق يمكن أن يكون له دور حتى في حالة الوكالة الباطلة، انظر D. Alexandre، م إ م، المواد 1984 إلى 2010، الكراسة ج، رقم 45.

الاساس، في هذا الصدد، كل السلطة في التقدير: بالفعل «التصديق... لا يخضع لأي شكل» و«هو ناتج عن أي أعمال أو وقائع أو ظروف تبين ارادة الموكل الاكيدة في التصديق، وتقديره، في وجهة النظر هذه، يعود بسيادة إلى قضاة الاساس»⁽¹⁾. إن المادة 1998، الفقرة 2، توضح ذلك، إذ تورد أن التصديق يمكن أن يكون ضمنياً. وتكفي وقائع «تبين بشكل جلي إرادة أكيدة في تصديق هذا التعهد»⁽²⁾، مما يستوجب في أي حال أن يكون الموكل على علم بالأعمال التي أنجزها الوكيل خارج سلطاته⁽³⁾. ويستنتج التصديق الضمني أيضاً، على غرار ما تنص عليه المادة 1338 بالنسبة إلى تأكيد الأعمال الباطلة، من تنفيذ الموكل إرادياً العقد الذي يستفيد منه أو يؤمن دفعا⁽⁴⁾.

إلا أنه يعتبر أن لا شيء يفرض مراعاة الاشكال المبينة في المادة 1338 التي تفرض عملاً يستعيد جوهر الموجب ونية اصلاح العيب أو كذلك التنفيذ الارادي⁽⁵⁾، غير أن التصديق، عندما يكون العقد المنازع فيه مرتدياً هو نفسه شكلاً معيناً، يخضع لهذا الشكل⁽⁶⁾. ويعمل التصديق في ما تبقى كما في حالة اتفاقية ضمان موافقة الغير ويدعم العقد المبرم رجعيًا⁽⁷⁾.

ويبدو، فضلاً عن ذلك، قبول وجوب التصديق إذا تقدم الوكيل الذي تجاوز صلاحياته على أنه يتصرف باسم الموكل، وكذلك أيضاً إذا لم يدع، مع إنه يدير أعمال

(1) انظر غ، ع، 6 شباط 1893، دد، 1893، 1، 352، تصديق مجلس ادارة شركة الأعمال التي انجزها مدير خارج سلطاته: لم يتنكر المجلس للأعمال ولم ينهها واكتفى بطلب كفالة شخصية من المدير؛ غ ت ن، 7 شباط 1961، ن م، III، رقم 70.

(2) غ، ع، 11 تشرين الثاني 1878، دد، 1880، 1، 421، تسوية حساب وافق عليه زوج عن زوجته، أضف إلى ذلك غ ت ن، 7 شباط 1961، ن م، III، رقم 70.

(3) انظر غ، ع، 27 تموز 1863، دد، 1863، 1، 460، س، 1863، 1، 457، شركة في تصفية، صمت بقي مدة من الزمن، غياب العلم بالأعمال المعنية؛ النقض المدني، 30 كانون الأول 1935، د إ، 1936، 81، س، 1936، 1، 145، تنازل عن ديون رهن عقاري.

(4) انظر النقض المدني، 7 نيسان 1858، دد، 1858، 1، 155، دفع تلقاه مباشر، اموال قبلها الدائن؛ النقض المدني، 7 نيسان 1851، دد، 1851، 1، 92، تعهد بشراء اسهم شركة اتخذته زوجه باسم زوجها، تسليم سندات الدفع من الزوج إلى مدير الشركة.

(5) انظر غ، ع، 13 حزيران 1883، دد، 1884، 232، عمليات على قيم في المصنف (البورصة)، غياب الاحتجاج عند تلقي الإخطار بالتنفيذ، كتاب قبل صحة العمليات؛ قارن بـ غ، ع، 27 تموز 1863، دد، 1863، 1، 460، س، 1863، 1، 457، تصفية شركة.

(6) ضمني، وفي صدد عقد ضمان موافقة الغير انظر النقض المدني، 13 كانون الأول 1875، دد، 1876، 1، 97، تعليق E. Garsonnet، رهن عقاري، رجعية التصديق.

(7) النقض المدني، 13 كانون الأول 1875، دد، 1876، 1، 97، المذكور سابقاً؛ غ م ا ن، 28 نيسان 1980، ن م، 129، م ف ق م، 1981، 408؛ وحول مفاعيل التصديق ولاسيما تجاه الغير انظر بصورة خاصة D. Alexandre المذكور سابقاً، م إ م، المواد 1984 إلى 2010، الكراسة G، رقم 57 وما يليه.

الغير، أنه مزود بوكالة على الاطلاق: يعتبر القضاة أن «إعلان الوكيل الذي يتجاوز وكالته أنه يعمل باسمه الشخصي لا يتعارض مع قيام الموكل بتصديق أعماله»⁽¹⁾. ويمكن أن يكون للحل اساس ما عندما تزود اتفاقية مسخر، وهي نوع من الوكالة المستترة، الوكيل بمهمة التفاوض مع الغير إلا أنه يبدو منازعاً فيه عندما يكون الوكيل قد توخى العمل باسمه الخاص: يصبح الأمر عندئذ تكريس امكانية الموكل في حيازة الأعمال غير النظامية لوكيله⁽²⁾.

ويظهر التصديق، في نهاية المطاف، عند قراءة الاحكام، أن له وجهاً مزدوجاً. إنه يشكل بالتأكيد وقبل أي شيء على امكانية للموكل: يستخدم هذه الامكانية، مبدئياً، كما يحلو له. غير أنها تبدو أحياناً كوسيلة للقاضي لإعلان الموكل ملتزماً عند وجود تجاوز للصلاحيات ما دام أنه لم يُبدِ عدم موافقته بعد إنجاز الأعمال⁽³⁾. إن الامكانية في أن يكون التصديق ضمنياً وأن يعتبر أحياناً مكتسباً عقب صمت الموكل المزعوم الذي كان على علم بالأمر⁽⁴⁾ تتيح هذا النتيجة.

ويقرب التصديق، بسبب ذلك، من إواليات أخرى مستعملة لإنقاذ التمثيل: الوكالة الضمنية والوكالة الظاهرية والفضول.

31215 - ب). الوكالة الضمنية. يجب، مبدئياً، وضع الوكالة الضمنية بين أنماط الارادية لتعهد من جرى إبرام العقد لحسابه: إنها تركز في الواقع على ارادة مفترضة في إعطاء التوكيل لكي يكون ممثلاً⁽⁵⁾. بيد أن الإوالية كما يقتضي أعمالها حسب المشتري والمحاكم تركز إلى حد كبير على تصور الوكالة وتبدو قريبة، في هذه الحالة، من الوكالة الظاهرية. إنها تتيح الوصول إلى نتائج مشابهة للنتائج بالنسبة إلى الوكالة الظاهرية: وهي تسوغ أن يكون الموكل المزعوم ملتزماً تجاه الغير الشريك في التعاقد بدون أن يكون في الحقيقة قد عبر عن رضاه في هذا المعنى.

وللوكالة الضمنية أرضية انتقاء في العلاقات بين الزوجين حيث قرر المشتري وجود

(1) غ م أن، 28 نيسان 1980، ن م، I، رقم 129، م ف ق م، 1981، 408، م G. Cornu، مؤلف كتاب صدق على قيام الناشر باناطة النشر بلغة اجنبية بنشر آخر.

(2) انظر G. Cornu، ملاحظة في م ف ق م، 1981، 408، وهو يتكلم على سلطة الموكل في «امتلاك العقد».

(3) انظر غ ع، 6 شباط 1893، د، 1893، 1، 352.

(4) انظر غ ع، 27 تموز 1863، المذكور سابقاً، دد، 1863، 1، 460، س، 1863، 1، 457، تصفية شركة: «تصديق أفعال الوكيل يمكن أن ينتج، في بعض الحالات، عن سكوت الموكل، ما دام أن هذا الموكل معنياً ببعض العقود التي تفرض عليه ضرورة بيان رأيه»؛ غ م ث ا ن، 2 أيار 1978، ن م، III، رقم 173، موكل «لم يتنكر لوكيله».

(5) انظر حول الوكالة الضمنية الرقم 31197 السابق.

قرائن على الوكالة⁽¹⁾. فالمادة 1432 من ق م، في ما يتعلق بأموال الزوجين المشتركة، والمادة 1540 في شأن فصل الأموال، تقرران بالفعل أن أحد الزوجين بإمكانه إبرام أعمال إدارة أو تمتع على أموال الآخر⁽²⁾. وتأخذ المحاكم بقبول واسع للسلطات الممنوحة على هذا النحو ذلك بأنها تقبل أن يسوّغ ذلك، مثلاً، إبرام إيجاد من طبيعة تجارية⁽³⁾، حتى الاكتتاب بقرض احتمالياً⁽⁴⁾.

وينص القانون صراحة على أن وكالة ضمنية كهذه لا تعطي سلطة إبرام أعمال تصرف. والتحديد مفروض بداهة.

31216 - 2°). التزام الممثل في نمط غير إرادي. يمكن أن يكون الموكل ملتزماً بطريقتين، بدون أن يبدي إرادته على الإطلاق، بموجب العمل الذي أنجزه الوكيل خارج مهمته: عن طريق وكالة ظاهرية وعن طريق الفصول.

31217 - أ) الوكالة الظاهرية. يمكن أن يؤمل، مع أن أحد الأشخاص يتصرف بدون سلطة باسم شخص آخر، وفي غياب أي تصديق للعمل ممن جرى العمل لحسابه، اعتبار هذا الأخير ملتزماً. ولهذه الغاية جرى استخدام نظرية الظاهر⁽⁵⁾.

(1) انظر الرقم 31143 السابق؛ أضف إلى ذلك في شأن الوكالة الضمنية في حالة الشيوخ المادة 815 - 3، الفقرة 2 من ق م وانظر أيضاً I- L. Costes, La représentation dans la gestion d'une indivision, م إ د، 1985، I، 1981.

(2) انظر كمثال غ م أن، 3 شباط 1952، ن م، I، رقم 64، فسخ إيجار تجاري أجراه الزوج باسم زوجته، وكالة ضمنية.

من الملائم حسب أحكام القانون نفسها أن يكون الزوج الآخر على علم بإدارة المؤسسة بدون اعتراض من قبله، انظر في هذا الصدد غ ت ن، 7 تشرين الثاني 1979، ن م، IV، رقم 281، نقض، كمبيالات مسحوبة على الزوج ومقبولة من الزوجة، المادة 1540، كلاً.

(3) في حالة تصديق الزوج العملية بصمته حقاً، انظر غ م أن، 21 آذار 1984، ف د، 1984، 1498، م. G. Chanpenois، إيجار حظيرة، المادة 1432، نعم؛ أضف إلى ذلك، في شأن الإيجارات الريفية، حكم محكمة استئناف بورد، 25 آذار 1977 ومحكمة استئناف نيم، 15 حزيران 1978، م ق ع، 1978، 2، 616 و 617.

(4) انظر غ م أن، 12 تشرين الثاني 1986، م إ د، 1988، II، 21128، تعليق Ph. Simler، ف د، 1987، 561، م. G. Champenois، قرض لحاجات استثمار زراعي.

(5) انظر حول هذه الإوالية في العلاقات مع النظرية العامة للإوالية J. Léauté, Le mandat apparent dans ses rapports avec la théorie générale de l'apparence، م ف ق م، 1947، 292 وما يليه؛ P. Lescot, Le mandat apparent، م إ د، 1964، 1، 1826؛ J. Calais- Auloy, Essai sur la notion d'apparence en droit commercial، اطروحة في مونبيلييه، 1959؛ J. L. Souriaux, La croyance légitime، م إ د، 1982، I، 3058؛ J. Mestre et F. Derrida، ف د م، V الظاهر، 1990؛ A. Batteur, Le mandat apparent en droit privé، اطروحة في كان، ronéo، 1989؛ L. Leveneur, Les situations de fait en droit privé، اطروحة في باريس II، منشورات L G D J، 1990، مقدمة M. Gobert، ولا سيما الرقم 127 وما يليه؛ J. Ghestin, G. Goubeaux et M. Fabre، Magnan, Traité de droit civil، المدخل العام، 1994، رقم 838 وبخاصة الرقم 856 وما يليه.

والاستدلال هو أن متعاقداً، مخدوعاً بوضع يعتقد فيه أن بإمكانه شرعاً التفكير في أن محاوره يعمل لحساب شخص آخر، قد يكون مرتبطاً به بفعل العقد المبرم مع هذا المحاور المجرد فعلياً من أي سلطة. وهكذا تكون لمن يوجد في أحد المخازن، ويمتلك صنفاً يُقترح عليه، أسباب وجيهة للاعتقاد أن الشخص الذي تعامل معه هو المستثمر أو على الأقل وكيله بموجب سند.

والحقيقة أن هناك فكرة أنه ليس من العادة، في بعض الظروف، أو على الأقل ليس من الضروري، التحقق من سلطات من يجري التعاقد معه.

على أن النظرية تبدو صعبة التسويغ، ذلك بأن هناك مصلحتين متعارضتين جديرتين بالمراعاة: مصلحة الغير البريء الذي بإمكانه الإفادة من نظرية الظاهر، ومصلحة الموكل المزعوم الذي يخشى أن يكون ملتزماً بدون أن يكون قد اراد ذلك. وليس هناك تدخل أي فكرة خطأ: إذن لنظرية الظاهر دورها حتى ولو لم يكن الممثل مسؤولاً عن أي إهمال (اختيار الوكيل، وضع انشأه هو...). ولتسويغ قبول انتاج الظاهر مفعولاً كهذا «للاكره بدون قيد أو شرط وبدون مقابل»⁽¹⁾، يتم التمسك بأسس مختلفة من بينها، بقطع النظر عن هاجس الانصاف، الأفكار العامة جداً كفكرة الضمان القانوني⁽²⁾، أو أفكار أكثر جرأة كمماثلة الظاهر بشبه العقد⁽³⁾.

31218 - انتشار النظرية. اللجوء إلى مفهوم الوكالة الظاهرية كان، لمدة طويلة، مقبولاً في فرضيات إنشاء خطأ الموكل الوضع المعني.

ولم يصبح المفهوم مستقلاً إلا ابتداء من عام 1962. وفي هذا التاريخ صدر قرار أساسي عن محكمة النقض (أو التمييز) أعلن أن شخصاً ما يمكن أن يكون مسؤولاً على أساس الوكالة الظاهرية ما دام أن اعتقاد الغير بامتداد سلطات الوكيل مشروعاً: «يمكن أن يكون الموكل ملتزماً على أساس الوكالة الظاهرية حتى في غياب خطأ يمكن أن يؤخذ عليه، إذا كان اعتقاد الغير بامتداد سلطات الوكيل مشروعاً، إذ يفترض هذا الطابع أن الظروف تجيز للغير عدم التحقق من الحدود الصحيحة لهذه السلطة»⁽⁴⁾.

(1) P. Y. Gautier، م ف ق م، 1991، 243، تقديم اطروحة لـ A. Batteur، Le mandat apparent en droit privé، المذكور سابقاً، والاسنادات.

(2) انظر Malaurie et Aynès، رقم 577؛ L. Leveneur، Les situations de fait en droit privé، المذكور سابقاً، رقم 127.

(3) A. Bénabent، الموجبات، موجز Domat، 1993، رقم 346؛ انظر مع ذلك P. Y. Gautier، م ف ق م، 1991، رقم 243، الذي يشدد على أنه ليس هناك اثر.

(4) الهيئة العامة بكامل اعضائها، 13 كانون الأول 1962، د، 1963، 277، تعليق Calais-Auloy، م إد، 1963، II، 13105، تعليق P. Esmein، م ف ق م، 1963، 572، G. Cornu.

وكان رئيس مصرف مديره العام، في هذه القضية، أعطى كفالة ورفضت المؤسسة تنفيذ العقد بحجة أنه لم يكن موقعاً من مديرين. ولتسوية التزام المؤسسة المالية جرى الاستناد إلى الوكالة الظاهرية.

ومصدر النظرية ضرورة حماية الغير الذي تربطه علاقة بممثلي الشركات. وهذه الحاجة جرت تليتها، منذ ذلك الحين، بأحكام خاصة متخذة في الاصلاحات التي تبناها قانون 1966 في ما يتعلق بالشركات التجارية (المادة 98 وما يليها، والمادة 113 و 124، استحالة التحديد بالموضوع الاجتماعي) وقانون 1978 في شأن الشركات المدنية (المادة 1849، الفقرة الاولى من ق م، أعمال تدخل في الموضوع الاجتماعي، والفقرة 3، بنود نظامية لا يحتج بها). وقد انشأت هذه النصوص السلطات القانونية للوكلاء الاجتماعيين واستبعدت في الوقت عينه حجية التقييدات في شأن الوظائف في الأنظمة تجاه الغير. وبذلك فقدت نظرية الظاهر قسماً من فائدتها.

وقد استمر استخدام النظرية في أيماننا بانتظام كمراجعة للغير المخدوع بوضع اعتقد فيه بإمكانية إبرام عقد على وجه صحيح⁽¹⁾. وفائدتها أن يكون لها دور في غياب أي خطأ، حتى ولو أنها تستمر في علاقة بفكرة مسؤولية محتملة للموكل في الظاهر الناشئ⁽²⁾.

31219 - الأعمال. شروط أعمال النظرية اثنان رئيسيان يتلخصان بصيغة «الاعتقاد المشروع»: ينبغي وجود اعتقاد بالظاهر الناشئ وحسن نية من هو ضحيته⁽³⁾. وبالفعل يتركز انتباه القضاة على تفحص الظروف التي يمكن أن تسوّغ الإعفاء من التحقق من سلطات الوكيل المزعوم⁽⁴⁾. وتوضح سلسلة من الاحكام ذلك، وبخاصة ببيان ان النظرية تغطي حالة الغياب التام للتوكيل، كما مجرد تجاوز السلطات⁽⁵⁾.

وترشد قراءة الاجتهاد، إلى جانب هذه المبادئ، إلى أن تطبيق النظرية ضميري إلى حد كبير، فثمة عوامل مختلفة تتدخل لتفسير تطبيقها أو استبعاده. ويظهر إعتقاد الغير،

-
- (1) انظر Malaurie et Aynès، رقم 577، وفي عرفهما أنها «بقيت حتى أنه جرى التحقق منها».
 - (2) انظر كميثال غ ت ن، 12 أيار 1987، د، 1987، إ س، 134، حكم غير منشور في ن م، طلبه اجراها شخص يشغل أماكن محطة تركت بلا مراقبة، استخدام الهاتف والتلكس، غلط مشروع للبائع، مظاهر ولّدته الظروف، دفع ثمن السلع.
 - (3) قيل بطريقة مدهشة «إن الاعتقاد المشروع يساوي سندا»، انظر J. L. Souriaux، م إ د، 1982، I، 3058.
 - (4) انظر Cornu، م ف ق م، 1981، 409.
 - (5) غ م أن، 29 نيسان 1969، م إ د، 1969، II، 15972، تعليق Lindon، د، 1970، 23، تعليق J. Calais-Auloy، م ف ق م، 1969، 804، م G. Cornu؛ انظر D. Alexandre، م إ م، المواد 1984 إلى 2010، الكراسة G، رقم 76 وما يليه، والإسنادات العديدة إلى الاجتهاد اللاحق.

سواء أكان جاهلاً أو مهنيًا، مشروعاً إلى حد ما⁽¹⁾. يضاف إلى ذلك أنه يؤخذ في الحسبان الانطباع الناجم عن صفة المحاور الذي تعامل الغير معه، وبخاصة الطابع الرسمي إلى حد ما للوظيفة التي يضطلع بها: كاتب عدل، محام⁽²⁾....

وتفسر ظروف أخرى أيضاً اعتقاد الغير وتسوّغ بنوع خاص حسن نيته. وتدخل هنا عوامل ذاتية وموضوعية. ومن بين العوامل الذاتية خصائص الشخص التي ينتج المانع عنها - خصائص نفسية أو فيزيولوجية... - للتحقق من أصالة الوكالة: القرابة والالفة، والسن يأخذها الاجتهاد في الحسبان. على سبيل المثال يمكن أن تعتقد امرأة مسنة ومتواضعة جداً وقليلة الثقافة بالظواهر بصواب⁽³⁾. وفي وصف العوامل الموضوعية هناك جميع أنواع الموانع المادية أمام القيام بالتحقق: العجلة والقوة القاهرة... وهكذا يمكن أن تحول العجلة الغير دون الاستعلام عن حقيقة صفة الوكيل الظاهري⁽⁴⁾. والجو العائلي يمارس أيضاً تأثيره، تماماً كما هو دوره في الوكالة الضمنية بين الزوجين: جرى الاعتبار، في شأن أموال ذات قيمة زهيدة، ان البائع بالمراسلة كانت لديه أسباب وجيهة للتمسك بالوكالة الظاهرية والضمنية للوالدين التي تجعلهما مسؤولين عن دفع الثمن⁽⁵⁾.

ويخضع تقدير هذه العناصر، مبدئياً، لسلطة قضاة الاساس السيدة، ورقابة محكمة النقض (أو التمييز) عن طريق تطلب أساس قانوني ضيق إلى حد ما⁽⁶⁾.

31220 - الإشهارات. مدى نظرية الوكالة الظاهرية رحب جداً طالما أنه جرى قبول دورها: - تتناول العقارات أو المنقولات⁽⁷⁾ - وتتناول تقديم الخدمات⁽⁸⁾ - أو أيضاً

(1) يشهر ذلك أحد الأحكام الصادرة في عام 1969 التي تدخل في القضية تاجر أموال مهني يستثمر مكتب أعمال: جرى اعتبار أن خطاه لم يكن مشروعاً، في ما يتعلق بقرض وقعته المديرية على عكس عادات التجارة، وتم رد ادعائه، غ م أن، 29 نيسان 1969، 23، القضية الثانية، تعليق Calais- Auloy.

(2) غ م ث أن، 2 تشرين الأول 1974، ن م، III، رقم 331، م إد، 1976، 18247، تعليق Thuillier، كاتب عدل؛ غ م ث ن، 7 كانون الثاني 1991، ن م، IV، رقم 6، محام: وكيل تصفية مؤسسة كان عليه التحقق من سلطاته.

(3) غ م ث أن، 4 آذار 1971، ن م، III، رقم 160؛ أضف إلى ذلك، غ م ث أن، 27 تشرين الثاني 1969، ن م، III، رقم 771، مكتسب ملكية لم يتم إخطاره؛ غ م أن، 3 أيار 1972، م ن، I، رقم 121، مستخدم متواضع.

(4) غ م أن، 11 تشرين الأول 1972، ن م، I، رقم 201، مطيعي لم يتحقق من سلطات عضو في لجنة دعم مرشح لرئاسة الجمهورية خلال الحملة الانتخابية الرئاسية، وكالة ظاهري مقبولة بسبب الظروف.

(5) حكم محكمة القاضي الوحيد أو المنفرد في نيم، 29 حزيران 1982، د، 1983، 13، تعليق F. J. Pansier.

(6) انظر Cornu، م ف ق م، 1981، 409.

(7) انظر في نوع غريب غ م ث أن، 20 نيسان 1988، م إد، 1989، II، 21229، تعليق F. Monéger، نقض حكم محكمة استئناف Bastia، 20 حزيران 1985، د، 1987، 363، راهب وكيل مطران، بيع قطعة أرض تعود إلى شركة تخضع للأسقفية؛ انظر أيضاً Malautie et Aynès، رقم 579 وما يليه.

(8) انظر غ م أن، 25 تشرين الأول 1977، ن م، I، رقم 387، وكيل تأمين، وكيل ظاهري للمؤمن؛ غ م أ =

إيجار الأموال غير المنقولة⁽¹⁾

وبالتأكيد يقبل بطريقة أسهل اللجوء إلى وكالة ظاهرية في أعمال الإدارة وفي أعمال التصرف⁽²⁾. وتطبق كذلك على فرضيات التمليك ولاسيما نقل الملكية العقارية⁽³⁾. وهكذا جرى اعتبار من أبرم بيعاً مع كانت عدل، أو وكيل عقاري، اعتقد انه كانت له سلطة التنازل عن المال وانه اكتسب الملكية بشكل صحيح⁽⁴⁾.

وإذا كانت القيمة الزهيدة للرهان تدعو القضاة أحياناً إلى إبداء المرونة في قبول الأسلوب⁽⁵⁾، فإنه إذا كان يمكن أن يكون له دور تجاه أعمال تصرف فذلك يبين أن تطبيقه نادراً ما تكون له حدود.

على أن استثناء تم بالنسبة إلى الوكالة الظاهرية يعود إلى أن الظاهر يمكن، أحياناً، أن لا تكون له علاقة بالموكل المزعوم، ولا يعقل، في هذه الحالة، حتى ولو كان الغير حسن النية ضحية اعتقاده، اعتبار من كان يعتقد انه ممثل مسؤولاً: الأمر على هذا النحو في فرضية ينتج فيها الظاهر عن مجرد مجانسة⁽⁶⁾ homonymie.

= ن، 5 تموز 1972، م إ د، II، 17614، تعليق Pauffin de Saint- Morel، وكيل تأمين؛ غ م أ ن، 28 حزيران 1983، ن م، I، رقم 187، وكيل تأمين؛ غ م أ ن، 26 كانون الثاني 1976، د، 1976، إ س، 112، أمر الدعاية أصدره أمين صندوق التاجر.

(1) انظر غ م أ ن، 18 كانون الثاني 1977، ن م، III، رقم 26، ايجار اجراه الزوج؛ غ م أ ن، 23 تشرين الثاني 1969، م إ د، II، 15901، تعليق R. D.، ايجار اجراه البواب.

(2) في هذا الاتجاه انظر D. Alexandre، م إ م، المواد 1984 إلى 2010، الكراسة G، رقم 80 وما يليه، وهو يرى أن الاجتهاد في بيع العقارات بدا تقييداً وكذلك في صدد عقود القرض.

وفي صدد دفع جرى بين يدي كاتب عدل في مناسبة بيع عقار انظر غ م أ ن، 21 كانون الثاني 1989، ن م، III، رقم 219، كاتب عدل وكيل ظاهري للبائع.

(3) انظر غ م أ ن، 21 أيار 1974، ن م، III، رقم 219، مهندس معماري، وكالة ظاهرية، وضع براميل في عقار.

(4) انظر غ م أ ن، 2 تشرين الأول 1974، م إ د، II، 18247، تعليق H. Thuillier، م ف ق م، 1977، 15، م G. Cornu، كاتب عدل، بيع مال إرث؛ غ م أ ن، 6 كانون الثاني 1994، ن م، I، رقم 1، د، 1994، الموجز 208، انتقادات Ph. Delebecque، وكيل عقاري مجرد من الوكالة، اعتقاد مكتسبي الملكية المشروع أنه نحاس وهي بلا مهنة؛ قارن بـ غ م أ ن، 29 نيسان 1969، د، 1970، 23، تعليق J. Calais- Auloy، القضية الأولى، نقض، لمكتسب الملكية صفة تاجر أموال.

قارن، في ما يتعلق بمال مشترك يتطلب التنازل عنه موافقة الزوجين المشتركين في الأموال، بـ غ م أ ن، 4 كانون الأول 1976، ن م، I، رقم 403، ف د 1977، ص 928، انتقادات G. Champenois، م ف ق م، 1977، 570، م G. Cornu، بيع ملك زراعي يعود إلى الأموال المشتركة.

(5) غ م أ ن، 8 تموز 1981، ن م، IV، رقم 315، سلع، انظر D. Alexandre، م إ م، المواد 1984 إلى 2010، الكراسة G، رقم 83.

(6) انظر غ م أ ن، 27 أيار 1974، د، 1977، 421، تعليق J. P. Arrighi، كمبيالة قبلها شخص اجنبي عن مؤسسة الساحب، مجانسة الطابع وشبهه.

31221 - ب) الفضول. إوالية الفضول، كإوالية الوكالة الظاهرية، من شأنها ان تسوّغ إلزام الموكل خارج سلطة الوكيل. ويكفي، حسب المادة 1372 وما يليها عن ق م، ان تظهر العملية مفيدة لمن عمل الوكيل باسمه لكي يكون ملزماً بالتعهدات الناجمة عن عمل الوكيل.

إلا أن بعض المؤلفين، مع أن الاجتهاد لا يبدو أنه يؤيد ذلك⁽¹⁾، يعتبر اللجوء إلى هذا الأسلوب طبيعياً وقد قيل: «من المقبول أن يصبح من تجاوز نطاق الموجب الملقى عليه وأنجز أكثر مما هو ملزم به مديراً»⁽²⁾. على أن المخاطرة هي هدم المادة 1998 التي تحدد تعهد الممثل بما يتم وفقاً للمهمة المنوطة.

وفي الواقع جرى إلغاء قسم من فائدة نقاش كان يتناول النشاط النامي في نطاق شيوع الأموال من قبل أحد الاعضاء الذي قام بدور المالك على الشيوع وكان مديراً عقب إصلاح 31 كانون الأول 1976 الذي اعترف صراحة بسلطة التمثيل في حالة كهذه بينائها إما على وكالة ضمنية⁽³⁾ أو على الفضول⁽⁴⁾.

(1) انظر حكم غ م أن، 29 تشرين الأول 1962، ن م، I، رقم 446، الذي استبعد اللجوء إلى الفضول، وكيل عقاري، فسخ البيع، موافقة البائع المسبقة ضرورية، قارن، في صدد الوكيل العقاري أيضاً، بحكم غ م أن، 22 حزيران 1970، م إد، 1970، II، 16511، ضرورة البحث عن فائدة التدخل؛ غ ث ن، 26 حزيران 1990، ن م، IV، رقم 195، شخص ادعى أنه يعمل باسم شركة وسحب شيكات، الشركة ليست ملزمة؛ غ ت ن، 27 تشرين الثاني 1991، ن م، IV، رقم 357، مؤسسة تجارية، سلع طلبها الغير، نقض الحكم الذي أعلن أن مستثمر المؤسسة مسؤول بدون التحقق من منفعة الإدارة.

انظر ضد قبول الفضول لمد الوكالة J. Flour, Plusvalues et fruits Les biens indivis، م إد، 1943، I، 336، رقم 29 والتعليق 60: ينبغي «منع امكانية النهب من قواعد العقد بممارسة الدعوى غير العقدية».

(2) انظر J. Flour et J. L. Aubert, Les obligations، المجلد 2، الفعل القانوني، 1991، رقم 6، والتعليق؛ وفي الاتجاه عينه A. Tunc، تعليق في د، 1947، 386، تأييد «تطبيق الفضول بين المتعاقدين»، وسرد أمثلة عديدة؛ أضف إلى ذلك حول الموضوع R. Bout, La gestion d'affaires، اطروحة في Aix، 1972، رقم 111؛ Ch. Lazergues, Les mandats tacites، م ف ق م، 1975، 222، رقم 21 وما يليه.

انظر أيضاً حول فضول الوكيل Syndic الذي أنتهت مدة وكالته الرقم 21270 اللاحق.

(3) المادة 815 - 3 من ق م، وكالة محدودة بأعمال الإدارة؛ انظر بالنسبة إلى قرض غ م أن، 12 تشرين الثاني 1986، ن م، I، رقم 259، م ف ق م، 1987، 786، Patarin.

(4) المادة 815 - 4 في حالة التعذر على المالك على الشيوع أن يبدي إرادته؛ انظر في السابق، كمثال على عمل مالك على الشيوع المدير المقبول على صعيد الفضول، حكم محكمة استئناف باريس، 3 شباط 1966، وقد أورده Ch. Lazergues، م ف ق م، 1975، 222، تنبيه المستأجر بالإخلاء؛ انظر J. L. Costes, La représentation dans la gestion d'une indivision، م إد، 1985، I، 3181.

القسم II

موجبات الوكيل

31222 - فرقاء العقد. الوكيل ملزم تجاه الموكل بموجبات مستمدة من العقد (القسم الفرعي I)، ولا يُستبعد أن يكون مسؤولاً تجاه الغير (القسم الفرعي II).

القسم الفرعي I

موجبات تجاه الموكل

31223 - إعلان. يُفرض موجبات على الوكيل: موجب رئيسي بتنفيذ المهمة الموكولة إليه (الفقرة 1) وموجب تابع بتقديم الحساب إلى الموكل (الفقرة 2).

الفقرة 1 - تنفيذ المهمة

31224 - التقسيم. يتعرض الوكيل، إذا لم يتقيد بالمهمة المعهود بها إليه (أ)، للمسؤولية (ب). ويمكن أن تنجم هذه المسؤولية أيضاً عن التقصير في موجباته في الإرشاد والنصح (ج)، وهي قابلة للتكيف بارادة الفريقين (د).

31225 - أ. امتداد المهمة. على الوكيل، وبمقتضى المادة 1991 من ق م، أن «ينفذ الوكالة طالما لم تزل منوطة به»، حتى «إتمام الشيء الذي بدأه عند وفاة المدين إذا كان ثمة خطر ما»⁽¹⁾. وقد يكون موضوع المهمة متنوعاً جداً: إدارة الأموال، وبيع عقار، وتنفيذ أشغال، وإدارة أعمال... إن تحديد المهمة في العقد عنصر جوهري.

وتبرز صعوبة معرفة ما هو الهامش الذي يحوزه الوكيل للاضطلاع بالمهمة. إنه ليس، من حيث المبدأ، في علاقة تبعية للموكل. وله بالتالي نوع من الامكانية للتكيف مع الظروف. على أن الوكالة قد تكون أمرة في بعض الجوانب وقد تتحدد كي لا يتغير ما هو أكثر أهمية في العملية: قد يحدد الموكل عدا الشيء، في ما يتعلق بالبيع، الثمن، غير أنه تبقى للوكيل امكانية ايجاد مكتسب الملكية، مع التحفظ لجهة شروط معينة تتعلق بالملاءة بصورة خاصة، ومن المناسب، في أي حال، عند الشك، قبول هامش للوكيل في المبادرة وإذا اتخذها عند الضرورة، وبخاصة عندما يكون من الصعب مراجعة الموكل، كان له الحق في ذلك.

وللوكيل الاستنساب في اختيار الشريك في التعاقد لأن العملية المنشودة نادراً ما يكون لها طابع بالنظر إلى الشخص المتعاقد معه من وجهة النظر هذه، عدا الحيلة

(1) انظر غ ع، 28 نيسان 1926، س، 1927، 1، 282، غ ع، 19 آذار 1929، د إ، 1929، 218، غ إن،

المتعلقة بالملاءة (وهذا يوفر، فضلاً عن ذلك، نوعاً من المسحة الشخصية تجاه عقود مركنتيلية كالبيع)، كالحيطة المفروضة بقوة: حيطة عدم جعل نفسه طرفاً مقابلاً بشكل مباشر أو عن طريق شخص مستخر⁽¹⁾.

وقد يؤدي اختيار الشريك في التعاقد إلى جعل الوكيل مسؤولاً.

13226 - متابعة المهمة. تفرض المادة 1991، الفقرة 2، من ق م، على الوكيل

متابعة مهمته في حال وفاة الموكل. ومن السهل فهم ذلك باعتبار الورثة غالباً ما يكون من النادر علمهم بقضايا المورث، ويكون من المؤسف أن تكون نتيجة طابع بالنظر إلى الشخص المتعاقد معه إيقاف الإدارة الجارية فوراً⁽²⁾.

غير أن النص يحدد هذا الموجب عندما يكون هناك خطر ما⁽³⁾. فهل يعني ذلك القول إن الوكيل، في غياب خطر كهذا، بإمكانه الكف عن الاهتمام بكل شيء بدون حيطة؟ كلا بالطبع، وينبغي التفكير في أنه ملزم، ضمناً، بالدخول في علاقة مع الخلفاء لاعلامهم بالقضايا التي يتوخى متابعتها على عاتقه مع موافقتهم أو يتوخى نقلها إليهم.

وقد يأمل الوكيل التخلي عن وظائفه في فرضيات أخرى غير وفاة الموكل. ومن المقبول، مبدئياً، أن له الحق في التخلص منها بمجرد عدول عن الوكالة⁽⁴⁾، كما أن للموكل الحق بهذه السهولة في وضع نهاية لخدماته بعزله، حتى ولو لم تكن لهذه الامكانية أو تلك علة وجود. بيد أنه يقتضي أيضاً أن يبلغ الموكل هذا العدول⁽⁵⁾ وأن يستخدم بدراية، أي بدون مخاطرة تسبب ضرر للموكل، فإذا تضرر هذا الموكل فعلى

(1) حول منع الوكيل جعل نفسه طرفاً مقابلاً انظر الرقم 31149 السابق.

(2) وحول انتهاء الوكالة بوفاة أحد الفريقين انظر الرقم 31266 اللاحق.

(3) في حين أن الموجب في ما يتعلق بالفضول أشد قسوة بالطبع: على الفضولي متابعة مهمته ابتداء من الآونة التي بدأها «حتى يصبح المالك قادراً على الاضطلاع بها»، المادة 1372 من ق م.

ويجري بيان نزعة القضاة إلى أن يفسروا بشكل ضيق موجب الوكيل ومفهوم وجود خطر ما، انظر حكم محكمة استئناف ليون، 28 آذار 1895، دد، 1896، 2، 247: الابن وكيل والده لا يستطيع القيام بمدفوعات بعد وفاة هذا الوالد، حكم محكمة استئناف باريس، 6 شباط 1943، م ق ع، 1943، 1، 277، سندات يجب تسليمها لزوجته الوريث، استحالة.

(4) المادة 2003 والمادة 2007 من ق م، انظر الرقم 31272 اللاحق؛ وكمثال غ ع، 26 تشرين الأول 1914، دد، 1916، 1، 53، كاتب لدى الكاتب العدل وكله موصى لهم في تركة، قبول القسمة، منازعة من قبل صاحب العلاقة، وكيل رفض استخدام الوكالة في المستقبل.

(5) المادة 2007، الفقرة 1، من ق م؛ ق م؛ انظر غ ع، 7 تموز 1870، دد، 1871، 1، 168، مصرفي مكلف عمليات في المصفق (البورصة)، عدم التنفيذ بدون إبلاغ الموكل العدول، موجب التعويض عن الخسارة المسببة.

الوكيل التعويض عليه⁽¹⁾. وثمة حظوة معطاة للوكيل إذ يستبعد القانون هذا الموجب عندما يوجد في حالة «استحالة متابعة الوكالة بدون أن يشكو من ضرر جسيم»⁽²⁾. وتعود ولا ريب إلى الطابع التقليدي المجاني لهذا العقد.

يضاف إلى ذلك، في ما يتعلق بالدفع بعدم التنفيذ، إذا كان بإمكان الوكيل أن يأمل معارضة الموكل إذا كان هذا الأخير لا يراعي الشروط الموضوعية، انه يقتضي استخدام هذا الدفع بحذر إذ يجب تجنب عدم إيقاع خسارة لا تعوض بشريكه في التعاقد بدون أسباب كافية⁽³⁾.

31227 - ب. مسؤولية الوكيل. يجب تفحص مسؤولية الوكيل بالنظر إلى فعله الشخصي قبل التطرق إلى المسؤوليات التي قد يتعرض لها عند تدخل وكيل من الباطن، سواء من قبل الوكيل أو إذا كلف بديلاً عنه.

31228 - 1° مسؤولية الوكيل بسبب فعله الشخصي. ما يتعرض له الوكيل في تنفيذ مهمته هو المسؤولية عن الخطأ. فالمادة 1992 من ق م تنص، في فقرتها الأولى، على أن «الوكيل ليس مسؤولاً عن خداعه (أو تدليس) وحسب، وإنما أيضاً عن الأخطاء التي يرتكبها في إدارته»⁽⁴⁾. يقع عليه إذاً موجب وسائل.

ويتوجب عليه في مهمته جميع العنايةات المعتادة في الحياة العادية إذا كان أحد الأفراد، أو في قطاع نشاطه في ما يتعلق بالمهني⁽⁵⁾. من أجل ذلك يجب أن يستخدم المعارف الموجودة والمعطيات المكتسبة في الممارسة. والتحقق من الخطأ يعود إلى قضاة الأساس، إلا أن محكمة النقض تمارس، منطقياً إلى حد كبير، رقابة تقديرهم⁽⁶⁾.

(1) انظر غ م ث ا ن، 23 تشرين الثاني 1960، ن م، III، رقم 375، وكالة معطاة لخمس سنوات جرى العدول عنها خلال ثمانية عشر شهراً.

(2) المادة 2007، الفقرة 2، من ق م.

(3) انظر هذا الدفع الذي تقدم به المصرف والذي جرى سده في القضية التي افسحت في المجال لحكم غ ع 7 تموز 1870، دد، 1871، 1، 108، المذكور سابقاً.

(4) انظر في شأن هذه المسؤولية Y. Guyon، م إ، المسؤولية، الكراسة 415، الوكيل، 1984؛ D. Alexandre، م إ م، المواد 1984 إلى 2010، الكراسات من D إلى F، 1985، و G، 1989، و H، 1984.

(5) انظر كمال، في صدد الوكالة في إدارة حقبة، R. Verdot، Remarques sur le contrat dit de «gestion de portefeuille»، في Dix ans de droit de l'entreprise، 1978، ص 869 وما يليها، رقم 22.

(6) انظر غ ع، 21 كانون الثاني 1931، د إ، 1931، 147، وسيط تجاري في النقل، غياب الخطأ في تنفيذ الوكالة، «تقدير سيد» يسوغ «القرار قانونياً»؛ بيد أنه يبدو وجود تردد حول هذه النقطة، وفي اتجاه معاكس انظر غ ع، 10 آب 1870، 1871، 1، 332، وسيط تجاري باع سلعا وارسل وكالة إلى زبونه بالبريد العادي، علبة رسائل قسرية، سرقة الوكالة، خطأ ثبت منه قضاة الاستئناف، «تقدير صرف للوقائع يدخل في النطاق السيد لقضاة الأساس».

ويقال بطيبة خاطر إن الوكيل، في حال عدم التنفيذ بلا قيد أو شرط، تطاله قرينة الخطأ، أي انه ليس بمقدوره التخلص إلا في حالة الحدث الفجائي⁽¹⁾. غير أن المبدأ هو، في شأن عدم تنفيذ المهمة الموكولة، سوى خطأ مثبت ومطلوب لكي يتمكن الموكل من الطموح إلى التعويض⁽²⁾.

وإعمال المسؤولية بالتأكيد يكون أسهل عندما يتضمن التوكيل تعليمات واضحة: ويبدو الوكيل الذي لا ينفذ موجه حريفاً مخطئاً⁽³⁾. وقد يكون عليه إثبات الاسباب التي تسوغ عدم التنفيذ ليتحرر من مسؤوليته. وبالتالي، إذا كان الوكيل قد تلقى أوامر واضحة يعتبر مسؤولاً طالما انه لم يتبعها، أو ابتعد عنها بدون مسوغ: هكذا الأمر بالنسبة إلى مهني مكلف إطلاق إجراء ويقدم التفاصيل للبدء بالتنفيذ⁽⁴⁾. إلا أنه غالباً ما تكون الكفالة معطاة بتعابير عامة فتكون مسؤولية الوكيل عندئذ قائمة بسهولة أقل⁽⁵⁾.

31229 - التفريق. من المنصوص عليه، فضلاً عما تقدم، أن مسؤولية الوكيل، في حالة وكالة مأجورة، تقدر بصورة أكثر قساوة مما لو كانت مجانية: الفقرة 2 من المادة 1992 تنص على أن «المسؤولية المتعلقة بالاختفاء تطبق بقساوة أقل على من تكون وكالته مجانية ممن يستوفي اجراً». ويشكل ذلك إشهاراً تقليدياً، حول موجبات المدين، لمفعول الطابع المجاني لدعواه الذي يميز العقود المسماة عقود «الإحسان». وينبغي، مع أن الاجتهاد يؤكد بقوة أن «أي وكيل، مأجور أم لا، يسأل تجاه موكله عن عدم تنفيذ الموجب الذي تعاقد عليه»⁽⁶⁾، التفريق بين الوضعين.

(1) انظر غ إ ن، 30 تشرين الثاني 1945، د، 155، 1946، 1، إدارة شرب bar، عقد مختلط لايجار الخدمات والوكالة، بيع خمر قدمه المالك، نقص هام، موجب التعويض؛ غ م أن، 2 كانون الاول 1965، ن م، I، رقم 686، مهمة تعلية منزل وتجديده؛ حكم محكمة استئناف باريس، 25 أيار 1950، 439، صانع رخام عليه تجديد الامتياز، تقصير، ضرورة فتح قبر للتحقق، ضرر معنوي.

(2) انظر غ م أن، 18 كانون الثاني 1989، د، 802، 1989، Ch. Larroumet، تعليق م ف ق م، 1989، 558، م P.Jourdain، 5729، م Ph.Rémy، بيع استثمار زراعي من قبل خبير عقاري، قرينة الخطأ في حال عدم التنفيذ وليس في حالة سوء التنفيذ.

(3) انظر غ ع، 15 تشرين الثاني 1897، د د، 1897، 1، 620، وكالة معطاة لمصرف لتنفيذ مصالح متعلقة ببيع دولي مع اعتماد مستندي، «تعليمات واضحة جداً»، تسليم السلع بدون تطلب الضمان المصرفي المنصوص عليه، مسؤولية؛ غ م أن، 7 تشرين الأول 1963، ن م، I، رقم 413، توظيف أموال، اختيار مقترض غير المنفق عليه؛ انظر Y. Guyon، م إ، المسؤولية، الكراسة 415، الارقام 2 و 32 و 63 وما يليه، وهو يلج على القساوة التي تشهد عليها المحاكم احياناً تجاه الوكيل.

(4) انظر غ ع، 28 آذار 1908، د د، 1908، 1، 247، مهندس معماري ومدير عقار، عيب في البناء، دعوى ضد المقاول.

(5) انظر غ ع، 21 كانون الثاني 1931، وسيط تجاري للنقل، إرسال آلة، وكيل لم يتطلب تعرفه خاصة، التعرف العامة مطبقة لا التعرف الخاصة: «يعود إلى الوكيل اعلام موكله... تحت أي تعرفه سترسل الإرسالية».

(6) غ إ ن، 30 تشرين الثاني 1945، د، 155، 1946، إدارة مشرب؛ أضف إلى ذلك غ ع، 2 آذار 1891، د د، 1892، 1، 31، س، 1895، 1، 493، وكيل، إنتاج دين.

31230 - أ) الوكيل بصفة مجانية. الوكيل المجاني، كأي مقدم خدمات مجانية⁽¹⁾، يعامل بحلم⁽²⁾.

وتقرر المحاكم، لتطبيق المادة 1992، الفقرة 2، انه ليس للمجانية من تأثير إلا في تقدير الخطأ وليس في مبلغ التعويض⁽³⁾. إن الحل مختلف عن الحل الذي تدعو المبادئ المطبقة على الفضول إليه، طالما أن المادة 1374 تنص على أن الظروف قد تجيز للقاضي تخفيف العطل والضرر الناتجين عن خطأ المدير. وليس من الأكيد، فضلاً عن ذلك، أن يكون من المأمول التعارض بين الإوالييتين وحرمان القاضي من وسيلة فعالة للتعبير عن العناية بالوكيل المجاني بدون استبعاد مسؤوليته بسبب ذلك، وحبسه هكذا في منطق كل شيء أو لا شيء⁽⁴⁾.

والخطأ قابل لأن يجعل الوكيل المجاني مسؤولاً، وهو، مبدئياً، خطأ جسيم أو خطير. «تغترف له تقصيرات بسيطة تكفي لجعل مسؤولية الوكيل المأجور قائمة»⁽⁵⁾. هكذا وصف أحد الأحكام إقدام وكيل مأجور على توظيف أموال بدون الاستعلام عن الاشاعات المتعلقة بوضع المقرض المالي الذي كان يواجه صعوبة «بالخفة الخطيرة» - وقد أفلس هذا المقرض بعد خمسة أشهر - وبالتالي الموافقة على قروض لشخص لم يكن من الممكن أن يجهل ان هناك مخاطرة إعسار: كان على الوكيل المتهم أن يدفع الخمسين ألف فرنك قيمة القرض الذي لم يسده المقرض الذي كان في وضع ضيق شديد⁽⁶⁾.

بيد أن خطأ الوكيل، على عكس ما يجري بالنسبة إلى الوديع الذي يقدر خطأه بالملموس وفقاً لأحكام المادة 1927، أي بالنسبة إلى عادات المدين، يشكل موضوع تقدير تجريدي.

(1) انظر في صدد المجانية، Boitard, Les contrats de service gratuit، اطروحة في باريس، 1941، Ch. Goyet, La gratuité dans la promotion commerciale en droit pénal، م ف ق م، 1975، 35.

(2) انظر غ م أن، 5 شباط 1975، د، 1975، 410، تعليق R. Rodière، وكيل مكلف بتوظيف مبلغ، المقرض غير مليء، شخص أظهر «الخفة الأكبر بالموافقة على القرض»، مما يميز «الخطأ الذي يؤدي إلى مسؤولية الوكيل حتى المجاني»: يلاحظ المعلق مع ذلك أن القرار لا يتيح «بيان العقبة التي تقف عندها العناية المنتظرة من الوكيل المجاني لاعناية الوكيل المأجور».

(3) انظر غ م أن، 4 كانون الثاني 1980، ن م، I، رقم 11، م ف ق م، 1981، 407، م G. Cornu الناقدة.

(4) انظر G. Cornu، م في ف ق م، 1981، 407، وهو يورد قرارات قديمة ذهبت في اتجاه ذاتية النظام.

(5) G. Cornu، م في م ف ق م، 1981، 407.

(6) غ م أن، 5 شباط 1975، د، 1975، 140، تعليق R.R.؛ في الواقع هناك، خلف الكلمات، قساوة العقوبة بسبب ليس بالاجمال جسيما إلى درجة كبيرة: عدم الاستعلام حول الاشاعات؛ إن هدف قرار كهذا هو الوقاية ولا ريب، أي أنه ينزع إلى تجنب ارتكاب الوسطاء عدم تبصر باسم من وضعوا الثقة بهم وبمالهم.

على أن المحاكم، في الحقيقة، لا تفرق دائماً بين المأجورة. وقد قيل، بصواب تماماً، إن تخفيف مسؤولية الوكيل يستحقها، وليس «نقصاً قانونياً»⁽¹⁾.

ومن المقبول، فضلاً عن ذلك، أن يكون لسلطة قضاة الإحلم الخاص⁽²⁾.

31231 - ب) الوكيل بعوض أو المأجور. يكون الوكيل الموكل على أساس الخطأ العادي في حالة سوء تنفيذ مهمته، قساوة ممن يعمل مجاناً. إلا أن موجه يبقى موجب وسائل.

ويمكن بالتأكيد التساؤل عما إذا كان التزامه بموجب وم تماماً في ما يتعلق بالوكلاء المهنيين. فقانون «Hoguet» مثلاً لا يعترف بالحق في العمولة إلا أن يكون الوكيل قد حصل على يعني، في هذا الصدد، جعل تنفيذ مهمته موجب نتيجة⁽³⁾.

غير أن الاجتهاد، بصورة عامة، لم يذهب بعيداً إلى هذا الخطأ الأكثر جسامة بالنسبة إلى الوكالة المأجورة مما هو الأمر ومن الملائم أن يثبت الإهمال كما هي الحال في صدد المستند وكالة القيام بدفع عاجل فأرسل شيكا بالبريد إلى الدائن عشية السفر من وصول الرزمة إلى مكان الوصول⁽⁴⁾. وذلك لا يمنع القضاء متطلبين. فقد اعتبرت محكمة النقض (أو التمييز) مثلاً أن عدم مهمته، في ما يتعلق بـ Pari- Mutuel- Urbain التي لم تنقل الاتصالات الهاتفية، مسؤولاً بقوة القانون⁽⁵⁾.

ويطبق اجتهاد حازم أيضاً على الوسطاء وبخاصة الوكيل يتحققون من ملاءمة الشريك في التعاقد الذي يتعاملون معه:

- (1) انظر غ ع، 2 آذار 1891، دد، 1892، 1، 31، س، 1895، 1، 493، وكالة ضمنية، انتقاء محل الإقامة في مكتبه، انذار بتقديم المستندات، نسيان إهمال، خسارة الدين: إدانة بحصص متساوية مع أن وكالة أحدهما كانت (2) انظر G. Cornu، م في م ف ق م، 1981، 407.
- (3) انظر حول هذه النقطة Sang, Le droit à commission de l'agent immobilier ص 528؛ انظر الرقم 31175 السابق وما يليه.
- (4) غ م أن، 2 تشرين الأول 1984، ن م، I، رقم 243، م ف ق م، 1986.
- (5) انظر غ م أن، 5 شباط 1957، 178، قوة قاهرة، كلا؛ غ م أن، 19 شباط 13475، تعليق J. Mazeaud، م ف ق م، 1965، 371، م G. Cornu؛ انظر PMU, Mouralis، ف د م، V - القمار - الرهان، 1994، رقم 187.

31230 - أ) الوكيل بصفة مجانية. الوكيل المجاني، كأي مقدم خدمات مجانية⁽¹⁾، يعامل بحلم⁽²⁾.

وتقرر المحاكم، لتطبيق المادة 1992، الفقرة 2، انه ليس للمجانية من تأثير إلا في تقدير الخطأ وليس في مبلغ التعويض⁽³⁾. إن الحل مختلف عن الحل الذي تدعو المبادئ المطبقة على الفضول إليه، طالما أن المادة 1374 تنص على أن الظروف قد تجيز للقاضي تخفيف العطل والضرر الناتجين عن خطأ المدير. وليس من الأكيد، فضلاً عن ذلك، أن يكون من المأمول التعارض بين الإوالييتين وحرمان القاضي من وسيلة فعالة للتعبير عن العناية بالوكيل المجاني بدون استبعاد مسؤوليته بسبب ذلك، وحبسه هكذا في منطق كل شيء أو لا شيء⁽⁴⁾.

والخطأ قابل لأن يجعل الوكيل المجاني مسؤولاً، وهو، مبدئياً، خطأ جسيم أو خطير. «تغتنر له تقصيرات بسيطة تكفي لجعل مسؤولية الوكيل المأجور قائمة»⁽⁵⁾. هكذا وصف أحد الأحكام إقدام وكيل مأجور على توظيف أموال بدون الاستعلام عن الاشاعات المتعلقة بوضع المقرض المالي الذي كان يواجه صعوبة «بالخفة الخطيرة» - وقد أفلس هذا المقرض بعد خمسة أشهر - وبالتالي الموافقة على قروض لشخص لم يكن من الممكن أن يجهل ان هناك مخاطرة إعسار: كان على الوكيل المتهور أن يدفع الخمسين ألف فرنك قيمة القرض الذي لم يسده المقرض الذي كان في وضع ضيق شديد⁽⁶⁾.

بيد أن خطأ الوكيل، على عكس ما يجري بالنسبة إلى الوديع الذي يقدر خطأه بالملموس وفقاً لأحكام المادة 1927، أي بالنسبة إلى عادات المدين، يشكل موضوع تقدير تجريدي.

(1) انظر في صدد المجانية، Boitard, Les contrats de service gratuit، اطروحة في باريس، 1941، Ch. Goyet, La gratuité dans la promotion commerciale en droit pénal، م ف ق م، 1975، 35.

(2) انظر غ م أن، 5 شباط 1975، د، 1975، 410، تعليق R. Rodière، وكيل مكلف توظيف مبلغ، المقرض غير مليء، شخص أظهر «الخفة الأكبر بالموافقة على القرض»، مما يميز «الخطأ الذي يؤدي إلى مسؤولية الوكيل حتى المجاني»: يلاحظ المعلق مع ذلك أن القرار لا يتيح «بيان العقبة التي تقف عندها العناية المنتظرة من الوكيل المجاني لاعناية الوكيل المأجور».

(3) انظر غ م أن، 4 كانون الثاني 1980، ن م، I، رقم 11، م ف ق م، 1981، 407، م G. Cornu الناقدة.

(4) انظر G. Cornu، م في ف ق م، 1981، 407، وهو يورد قرارات قديمة ذهبت في اتجاه ذاتية النظام.

(5) G. Cornu، م في ف ق م، 1981، 407.

(6) غ م أن، 5 شباط 1975، د، 1975، 140، تعليق R.R.؛ في الواقع هناك، خلف الكلمات، قساوة العقوبة بسبب ليس بالاجمال جسيما إلى درجة كبيرة: عدم الاستعلام حول الاشاعات؛ إن هدف قرار كهذا هو الوقاية ولا ريب، أي أنه ينزع إلى تجنب ارتكاب الوسطاء عدم تبصر باسم من وضعوا الثقة بهم وبمالهم.

على أن المحاكم، في الحقيقة، لا تفرق دائماً بين الوكالة المجانية والوكالة المأجورة. وقد قيل، بصواب تماماً، إن تخفيف مسؤولية الوكيل يشكل مجرد «حظوة يستحقها»، وليس «نقصاً قانونياً»⁽¹⁾.

ومن المقبول، فضلاً عن ذلك، أن يكون لسلطة قضاة الأساس السيدة أعمال هذا الحلم الخاص⁽²⁾.

31231 - ب) الوكيل بعوض أو المأجور. يكون الوكيل المأجور مسؤولاً تجاه الموكل على أساس الخطأ العادي في حالة سوء تنفيذ مهمته، فهو ملزم إذاً بشكل أكثر قساوة ممن يعمل مجاناً. إلا أن موجهه يبقى موجب وسائل.

ويمكن بالتأكيد التساؤل عما إذا كان التزامه بموجب وسائل كهذا هو دائماً مسوّغ تماماً في ما يتعلق بالوكلاء المهنيين. فقانون «Hoguet» مثلاً في 2 كانون الثاني 1970 لا يعترف بالحق في العمولة إلا أن يكون الوكيل قد حصل على إبرام العملية لزبونه. وذلك يعني، في هذا الصدد، جعل تنفيذ مهمته موجب نتيجة⁽³⁾.

غير أن الاجتهاد، بصورة عامة، لم يذهب بعيداً إلى هذا الحد. إنه يكفي بتقدير الخطأ الأكثر جسامة بالنسبة إلى الوكالة المأجورة مما هو الأمر في شأن الوكالة المجانية. ومن الملائم أن يثبت الإهمال كما هي الحال في صدد المستشار القانوني الذي تلقى وكالة القيام بدفع عاجل فأرسل شيكا بالبريد إلى الدائن عشية السفر في عطلة، ولم يتحقق من وصول الرزمة إلى مكان الوصول⁽⁴⁾. وذلك لا يمنع القضاة في المناسبة أن يكونوا متطلبين. فقد اعتبرت محكمة النقض (أو التمييز) مثلاً أن عدم تنفيذ الوكيل المهمني مهمته، في ما يتعلق بـ Pari- Mutuel- Urbain التي لم تنقل الرهانات بسبب انقطاع الاتصالات الهاتفية، مسؤولاً بقوة القانون⁽⁵⁾.

ويطبق اجتهاد حازم أيضاً على الوسطاء وبخاصة الوكلاء العقاريين الذين لا يتحققون من ملاءمة الشريك في التعاقد الذي يتعاملون معه: هكذا الحال بالنسبة إلى

(1) انظر غ ع، 2 آذار 1891، دد، 1892، 1، 31، س، 1895، 1، 493، المذكور سابقاً، وكيل مكلف وكالة ضمنية، انتقاء محل الإقامة في مكتبه، انذار بتقديم المستندات، نسيان النقل، وكيل آخر تلقى وكالة، إهمال، خسارة الدين: إدانة بحصص متساوية مع أن وكالة أحدهما كانت مجانية ووكالة الآخر مأجورة.

(2) انظر G. Cornu، م في م ف ق م، 1981، 407.

(3) انظر حول هذه النقطة S. Sang، Le droit à commission de l'agent immobilier، م في م ف ق م، 1981، 507، ص 528؛ انظر الرقم 31175 السابق وما يليه.

(4) غ م أن، 2 تشرين الأول 1984، ن م، I، رقم 243، م في م ف ق م، 1986، 134، م J. Huet.

(5) انظر غ م أن، 5 شباط 1957، 178، قوة القاهرة، كلا؛ غ م أن، 19 شباط 1963، م إد، 1964، II، 13475، تعليق J. Mazeaud، م في م ف ق م، 1965، 371، م G. Cornu؛ أضف إلى ذلك حول صفة وكيل

PMU، Mouralis، ف د م، V - القمار - الرهان، 1994، رقم 187.

وكيل عقاري أنيطت به ادارة عقار عليه ان يتحقق من الوضع المالي للمستأجر⁽¹⁾. وغالباً ما يركز أحد المآخذ التي تنسب إلى الموكل على الخطأ في اختيار الشريك في التعاقد⁽²⁾.

وأخيراً يكون إعفاء الموكل قائماً عندما لا يثبت خطؤه أو عندما تتيح ظروف خارجية إعفاءه⁽³⁾.

31232 - 2° المسؤولية بسبب فعل الوكيل من الباطن. إذا كانت للوكيل الإمكانية في أن يستبدل الغير به في تنفيذ مهمته فإنه يبقى مسؤولاً عن حسن تنفيذ المهمة المنوطة به، وذلك لا يمنع، فضلاً عن ذلك، من ناحيته، أن يكون الوكيل من الباطن مسؤولاً أيضاً.

31233 - أ) مسؤولية الوكيل. مسؤولية الوكيل، وفقاً لاحكام المادة 1994 من ق م، بالنسبة إلى أعمال الوكيل من الباطن، تبدو انها متوقفة على كون الموكل قد أجاز الاستبدال أم لا.

- تستهدف المادة 1994، 1°، الفرضية التي «لا يتلقى الوكيل فيها سلطة جعل أحد الأشخاص بديلاً عنه» وتعلن أن الوكيل، في هذه الحالة، مسؤول عن البديل ويبدو ملزماً بدون تقييدات. ويعتبر، في الواقع، ان الوكيل الذي يتصرف على هذا النحو مع أنه لم يتلقَ الاذن يجب أن يبقى مسؤولاً كلياً عن محتوى مهمته⁽⁴⁾.

إن الحل مسوّغ تماماً: لا شيء يدعو إلى أن يكون الوكيل في جِلّ من الموجبات التي اضطلع بها ارادياً، والأمن القانوني الأكثر بدائية يفرض أن يتمكن الموكل من الاستمرار في الاعتماد على من اختاره.

(1) غ م أن، 28 آذار 1984، ن م، I، رقم 118.

(2) انظر حكم محكمة استئناف باريس، 19 كانون الأول 1975، م ق ع، 1976، 1، 204، م ف ق م، 1976، 573، م G. Cornu، الشركة الوطنية لسكك الحديد التي عملت كوكيل المسافر لاجار سيارة عند الوصول، حادث أصاب صاحب العلاقة، طلب التعويض مستبعد، عدم إثبات العيب في الشيء: لم يتم اخراج الشركة من الاختصاص ويفسر المعلق ذلك في اعتبار أن الوكيل يمكن ان تلقى عليه نتائج عيب الشيء بكونه مسؤولاً عن اختيار مؤجر السيارة؛ أضف إلى ذلك Planiol et Ripert، الباب XI، تأليف Savatier، رقم 1472.

(3) انظر في ما يتعلق بوكالة سفريات بوكالة محدودة بتسليم البطاقات، غ م أن، 12 حزيران 1985، ن م، I، رقم 185، عدم فعالية الحجج الناتجة عن ظروف خارجية، قارن بما ورد سابقاً في صدد العدول عن الوكالة حيث يكون الوكيل محرراً إذا أثبت الضرر الجسيم الذي سببته متابعة الوكالة.

(4) انظر حكم محكمة استئناف باريس، 23 أيار 1944، د، 1945، 8، استبدال مباشر بآخر، حجز، إهمال، تعويض؛ أضف إلى ذلك، غ م أن، 26 تشرين الثاني 1981، ن م، I، رقم 355، وكالة اجراء رهن، غياب غياب الخطأ في التنفيذ، حكم محكمة استئناف باريس، 8 كانون الثاني 1937، م ق ع، 1937، 1، 510، مباشر.

وفي الواقع يجري كل شيء كما لو أنه لم يكن هناك استبدال، مع هذا الفارق الدقيق في أن الخطأ يقدر في الشخص البديل وكذلك في شخص الوكيل. وبالطبع إذا كان الاختيار الذي اعتمده الوكيل سيئاً في شأن الوكيل من الباطن فهو مسؤول عنه.

- تنطبق المادة 1994، 2°، إلى الحالة التي يُحلّ فيها الوكيل الغير مكانه في حين أن «السلطة أنيطت به بدون تسمية شخص ما». وقد يحصل أن يكون الموكل قد ارتقب إمكانية الاستبدال هذه أو أنه أعطى الموافقة بعد الاستبدال⁽¹⁾. غير أن القانون المدني، في هذه الحالة، لا يأخذ بمسؤولية الوكيل إلا أن يكون قد اختار شخصاً «معسراً أو عديم الأهلية علانية»⁽²⁾.

والحل هو حظوة للوكيل، ذلك بأن من ينفذ موجهه عن طريق الغير يبقى، مبدئياً، مسؤولاً عنه كلياً. والوكيل، والحالة هذه، مبرراً الذمة عندما يحسن اختيار من جاء بديلاً عنه. والوكيل الأصلي، أكثر من ذلك، إذا سمى الموكل المستبدل، لا يعود مسؤولاً عن أي شيء.

على أن الاجتهاد لطف هذه المبادئ إذ قرر أن الوكيل يبقى ملتزماً بموجب مراقبة الوكيل من الباطن عندما يكون الموكل قد أعطى موافقته على الاستبدال⁽³⁾.

31234 - ب) مسؤولية الوكيل من الباطن. الحظوة التي تفيد الوكيل وازنها قيام القانون باعطاء الموكل دعوى مباشرة ضد الوكيل من الباطن. فالمادة 1994، الفقرة 2، من ق م تنص بالفعل على أن «الموكل بإمكانه أن يقاضي، مباشرة، الشخص الذي أقامه الوكيل بديلاً عنه».

ويتيح ذلك للموكل إثارة مسؤولية الوكيل من الباطن التي لا تقوم مع ذلك إلا بسبب خطأ، كمسؤولية الوكيل نفسه⁽⁴⁾. وهذه الطريق القانونية مفتوحة أمامه سواء أكان أجاز للوكيل الاستبدال أم لم يجزه⁽⁵⁾.

وتتيح الدعوى المباشرة للموكل أيضاً المطالبة بتنفيذ الوكالة من قبل الوكيل البديل

(1) انظر حول الاجتهاد الذي استنتج من الوقائع اجازة ضمنية بالاستبدال في بعض الحالات D. Alexandre، م إ م، المواد 1984 إلى 2010، الكراسات D إلى F، رقم 66.

(2) انظر غ ع، 28 حزيران 1904، دد، 1905، 1، 284: يمكن، في غياب الخطأ في الاختيار، أن يكون الوكيل مسؤولاً عن أنواع أخرى من الإهمال.

(3) انظر غ م أ ن، 29 أيار 1980، ن م، I، رقم 163، مراسل محلي لوكالة سفريات؛ النقض المدني، 10 كانون الأول 1912، د، 1914، 1، 97، تعليق L. Lacour، س، 1916، 1، 141، تعليق Naquet، عمليات في المصنف (البورصة)، بديل جعل نفسه طرفاً مقابل.

(4) غ م أ ن، 26 تشرين الثاني 1981، ن م، I، رقم 355، إجراء رهن.

(5) غ ت ن، 8 نيسان 1976، ن م، IV، رقم III، نقل سلع؛ غ ت ن، 9 تشرين الثاني 1987، ن م، IV، رقم 233، نقل وتخليص البضائع من الجمر.

الملزم بصرامة طالما أنه ليس في مقدوره الاحتجاج بدفع المبالغ للوكيل الأصلي⁽¹⁾، وكذلك بالدفع الخاصة بالعلاقات التي يقيمها مع هذا الوكيل الأصلي⁽²⁾. ولا يكون ذلك قائماً إلا أن يكون الوكيل من الباطن على علم بوجود وكالة أصلية جرى بموجبها اختياره كوكيل من الباطن⁽³⁾.

31235 - ج) موجبات الاستعلام والنصيحة. يلزم الوكيل، بصفة تكميلية، بموجبات استعلام ونصيحة تفرضان عليه إعطاء الموكل جميع المعلومات المفيدة. إن الأمر يتعلق، بطبيعته، بموجبات وسائل⁽⁴⁾.

والتطلب، في ما يتعلق بالوسيط الجاهل، نادراً ما يسري إلا في ما يتعلق بما يكون على علم به شخصياً، بدون أبحاث خاصة. ويكون الموجب أكثر جسامة بالنسبة إلى

(1) انظر النقض المدني 22 آذار 1875، دد، 1875، 1، 204، س، 1875، 1، 302، وكيل صرف في باريس وكله وكيل صرف في الريف باسم زبون، حق هذا الأخير في الحصول على دفع ثمن الأسهم المتفق عليها مع أن الوكيل الأول وضع المبلغ في حساب جارٍ مع الآخر؛ غ ع، 30 نيسان 1895، دد، 1895، 1، 337، بيع سندات: أكد الحكم ثانية المبدأ وإنما أورد فيه استثناء عندما يكون الوكيل الوسيط قد تلقى مهمة قبض الثمن.

(2) انظر غ ع، 28 تشرين الأول 1924، د إ، 1924، 683، مصرف الزبون توجه إلى مصرف آخر من أجل دفع إلى الخارج، لاحجية الحكم الصادر بين المؤسستين.

(3) انظر غ ع، 28 تشرين الأول 1924 المذكور سابقاً حيث جرى بيان الايضاح؛ النقض المدني، 23 شباط 1874، دد، 1874، 1، 389، س، 1875، 1، 363: كان الأمر يتعلق بسندات لحاملها وكان وكيل الصرف الذي أرسل هذه السندات إليه أحد الزملاء للتفاوض يجهل مالكةا؛ أنظر D. Alexandre المذكور سابقاً، الكراسات D إلى F رقم 67 وما يليه.

(4) انظر في شأن النصح R. Savatier, Les contrats de conseil، د، 1972، العرض 137، G. Viney، La responsabilité des entreprises prestataires de conseil، م إ د، 1975، 1، 2750، Christianos، Conseil, modes d'emploi et mise en garde en matière de vente de meubles corporels، طبع على الآلة الكاتبة؛ Ghestin، تكوين العقد رقم 594، ومفاعيل العقد رقم 44؛ Malaurie et Aynès، 634 وما يليه Sériaux، رقم 44؛ Starck، تأليف Roland et Boyer، الباب I، الأرقام 285، 1051، 1204؛ le Tourneau، رقم 553 وما يليه؛ Viney، الباب 1، رقم 502 وما يليه ورقم 549؛ الباب 2، رقم 190 ورقم 200. وفي شأن الاستعلام انظر M. De Juglart، De l'obligation de renseignements dans les contrats، م ف ق م، 1945، 1؛ Cl. Lucas de Leyssac، L'obligation de renseignements dans les contrats، في L'information en droit privé، منشورات L G D J، 1978، ص 305 وما يليها؛ J. Alisse، L'obligation de renseignements dans les contrats، إطروحة في باريس، 1975، طبع على الآلة الكاتبة؛ Ph. le Tourneau، De l'allègement de L'obligation de renseignements ou de conseil، د، 1987، العرض 101؛ Carbonnier، رقم 40؛ Flour et Aubert، رقم 214 ورقم 221؛ Ghestin، La formation du contrat، رقم 593 وما يليه؛ Larroumet، رقم 374 وما يليه؛ Molaurie et Aynès، رقم 634 وما يليه، Marty et Raynaud، الباب 1، الأرقام 51 و 109 و 147 و 156 أو ما يليه؛ Mazeaud et Chabas، الأرقام 131 و 193 و 151 و 402 و 754؛ Sériaux، رقم 44، Starck، تأليف Roland et Boyer، الباب 2، الأرقام 285 وما يليه و 1198، و 1794 وما يليه؛ Terré Simler et Lequette، رقم 249 وما يليه.

مهني جرى التوجه إليه بسبب كفاءته الخاصة. ويمتد هذا الموجب إلى المعلومات جميعاً التي يمكن حيازتها حتى إلى النصح بحصر المعنى.

وهكذا يجب على الوكيل العقاري التحقق من الطابع القابل للبناء لقطعة أرض جرى تكليفه بيعها وإعلام الشاري بعيوب الشيء الذي يمكن أن يكتشفها⁽¹⁾. . . هذا هو موضوع موجب الاستعلام.

وواجب النصح يذهب إلى أبعد من ذلك. فالوكيل المهني ملزم به في كل مناسبة: ينبغي أن يعرف كيف يوجه الموكل في الاختيارات العقدية كافة التي يمكن أن تفرض عليه. وعلى سبيل المثال من المفروض على الوكيل العقاري إعطاء زبونه معلومات صادقة حول قيمة الأموال المعروضة للبيع⁽²⁾.

ويمكن أن تجعل إدارة الحقيبة (portefeuille) من تناط به مسؤولاً بسبب التقصير في واجب النصيحة، مع أن المجازفات كبيرة في هذه المادة وهي تسوّغ إلى حد كبير أن لا يكون الموجب سوى موجب وسائل⁽³⁾.

والحيطة الواجب اتخاذها، فضلاً عن ذلك، في شأن ملاءة الغير الشريك في التعاقد هي على العموم تعليق أهمية على حسن تنفيذ المهمة المنوطة⁽⁴⁾، وهي تتعلق أيضاً بواجب الاستعلام والنصح.

(1) عليه إبلاغ الشاري الاختلال الظاهري في العقار الذي لا تسمح له صفقة كمهني جهله، انظر غ م أن، 18 نيسان 1989، ن م، I، رقم 150، صقالة السقفية وأرضيتها أكلتها القرنبيات Capricornes، وإنما ليس عليه التحقق من السعة وتفحص سندات الملكية، انظر غ م أن، 3 كانون الثاني 1950، م إد، م إد، الطبعة N، 1985، II، 209، تعليق Atias، م ف ق م، 1986، 147، م Ph. Rémy؛ مثال آخر: يكون هناك خطأ يرتكبه الكاتب العدل بعدم إعلام الموكل فوراً بأن التوكيل الذي أعفاه لا يتوافق مع نيته التي عبر عنها، حكم محكمة استئناف باريس، 18 آذار 1985، م إد، 1987، II، 20732، تعليق M. Dagot.

(2) انظر غ م أن، 30 تشرين الأول 1985، ن م، I، رقم 277، ثمن بخس القيمة بصورة جلية بدون سبب؛ أضف إلى ذلك J. L. Bergel، Les ventes de meubles existants، 1983، رقم 284؛ انظر R. Savatier، Le contrat de conseil professionnel en droit privé، د، 1972، 137، رقم 8؛ «كل وكالة يطلبها جاهل تولّد موجب نصيحة».

(3) انظر غ ت ن، 28 تشرين الأول 1974، د، 1976، 373، تعليق Decamme، م إد، 1976، II، 18251، تعليق Baitard؛ غ ت ن، 12 تموز 1971، د، 1972، 153، تعليق R. Verdort، Remarques sur le contrat dit de «gestion de porte feuille» في Dix ans de droit de l'entreprise، 1978، ص 869 وما يليها، رقم 22، الاستشهاد بحكم محكمة استئناف Aix في 25 تشرين الثاني 1975، مصرفي تخلف «بصفته وكيلاً مأجوراً ومهنيّاً». . . عن موجب النصيحة والاستعلام الذي اضطلع به تجاه زبونه، تبعة النصف في الخسائر الحاصلة؛ قارن بـ غ م أن، 22 آذار 1977، د، 1977، إ س، 401، م M. Vasseur، الأخذ بموجب نتيجة عندما تعود العملية السيئة التنفيذ إلى تطبيق آلي للتقنية المالية، شراء بعلاوة؛ انظر أيضاً Ripert et Roblot، الباب II، رقم 2461 وما يليه.

(4) انظر الرقم 31225 السابق وما يليه.

31236 - د. البنود المتعلقة بالمسؤولية. لا توجد، في مادة الوكالة، تقييدات لفعالية الاتفاقيات حول التبعة. فالبنود الخاصة، سواء أكانت تحديدية أو معفية، صحيحة⁽¹⁾.

يضاف إلى ذلك عدم وجود أحكام تحمي المستهلكين في هذه المادة، وكان يمكن أن تكون هناك نصوص مزودة بهذه الحماية، كقانون «Hoguet» في عام 1970 في مادة العمليات المتعلقة بالعقارات، إلا أنها غير موجودة.

الفقرة 2 - الحسابات الواجب تقديمها

11237 - الإدارة الجيدة. تنص المادة 1993 من ق م على أن «أي وكيل ملزم بتقديم حساب عن إدارته وبيان أسباب كل ما تلقاه استناداً إلى توكيله للموكل». ويفرض الموجب على وجه الخصوص عندما يناط بالوكيل تحصيل المبالغ المتوجبة⁽²⁾. وهو بالتأكيد ليس خاصاً بعقد الوكالة وحده⁽³⁾ ولكنه يشكل مكوناً هاماً. إنه يتعلق بحسن الإدارة.

والقانون المدني صلب في هذا الشأن لحماية الموكل: تتضمن الحسابات كل ما تمكن الوكيل من قبضه «حتى ولو كان ما استوفاه غير متوجب بسبب الوكالة». ومن المفيد بالفعل أن يتمكن الموكل من أن تكون له رؤية تامة عن إدارة القضية والعلاقات القائمة مع الغير باسمه مباشرة إلى حد ما. وكانت للمحاكم مناسبة تأكيد ذلك: تطبق المادة 1993 على جميع الأشياء والمبالغ التي استوفاه الوكيل بصفته هذه لأي سبب كان⁽⁴⁾ «حتى المبالغ غير المتوجبة والمدفوعة مع انها غير متوجبة»⁽⁵⁾. ومن الصحيح، إذا توخى الغير أن يطلب سبب المدفوع زيادة، أو سبب دفع غير متوجب، ان عليه أن يتوجه إلى الموكل.

غير أن تياراً اجتهادياً يفرق ما له سمة تنفيذ الوكالة عما ينتج بمناسبتها وحسب. وهكذا جرى اعتبار الغلط في دفع مبلغ أعلى مما كُلف تحصيله إلى الوكيل - وكانت النية

(1) انظر كمثال النقض المدني، أول حزيران 1954 د، 1954، 611، سرقة سيارة أوكل بيعها.

(2) انظر النقض المدني، 24 تموز 1900، دد، 1905، 1، 261، س، 1901، 1، 9، تعليق Teissier؛ حكم محكمة استئناف أورليان، 19 كانون الأول 1895، دد، 1897، 277.

(3) انه موجود أيضاً على سبيل المثال في ما يتعلق بعقد النشر، المادة 59 من قانون 11 آذار 1957 الذي أصبح المادة 13-132 L. من قانون الملكية الفكرية.

(4) انظر غ ت ن، 15 تشرين الثاني 1950، ن م، III، رقم 335، نقل خمر في سفينة.

(5) النقض المدني، 24 تموز 1900، دد، 1905، 1، 261، س، 1901، 1، 9، تعليق Teissier، المذكور سابقاً؛ حكم الغرفة الجنائية، 7 تموز 1934، دإ، 1934، 510، وكيل استوفى مبالغ أعلى من المبالغ الواردة في التعرفة.

دفع هذا المبلغ -، يكون فائضاً في الاستيفاء ولم يكن ذلك استناداً إلى الوكالة المعطاة وإنما في مناسبة تنفيذها وحسب، بحيث ان الموكل لم يكن له الحق في هذا المبلغ⁽¹⁾. وسيئة الحل انها تفرض تفريقاً صعباً ويخشى أن يؤدي إلى بلبلة في حسابات الوكيل. ولحسن الحظ ما أن يتثبتته القضاة من أن مصالح الموكل قد تكون مهددة، أو أن موقف الوكيل الذي يخفي قسماً مما استوفاه يعود إلى إساءة الائتمان، حتى يقرروا أن المبالغ المعنية لها سمة تنفيذ الوكالة⁽²⁾.

وينتج تصديق الحسابات عن كل عمل يستوجب اعتراف الموكل بأن المبالغ المستحقة له تم دفعها وإنه يرى ذمة الوكيل⁽³⁾. وعلى الوكيل أن يقدم الأوراق الثبوتية. ويتم تقديم الحسابات بطريقة الحسابات المزدوجة، الموجودات والنفقات في الجانبين ويستدعي ذلك ميزان بين المبالغ المتوجبة على الوكيل والمبالغ التي بإمكانه المطالبة بها بصفة سداد المصاريف أو بصفات أخرى. وتجري هكذا مقاصة بين المطلوبات والموجودات (الأصول والخصوم)⁽⁴⁾.

أما الفوائد المتوجبة على الوكيل فتبدأ بالسريان، وفقاً للمادة 1996، اعتباراً من تاريخ استعمالها من قبل الوكيل إذا كان قد خصصها لاستعماله على عكس موجباته، أو اعتباراً من الانذار الذي يوجهه الموكل في الحالة المعاكسة⁽⁵⁾.

وحول موجب الموكل في تصديق الحسابات وتقويمها انظر القسم III، اللاحق، موجبات الموكل.

31238 - الإعفاء. الموكل حر في إعفاء الوكيل من تقديم الحسابات، وقد

تكون هذه الإرادة ضمنية وتستنتج من الظروف التي تجعل الحصول على البراءة مستحيلاً أو لا طائل تحته⁽⁶⁾. ويفترض بين الزوجين بطيية خاطر أن الأمر على هذا

(1) انظر النقض المدني، 24 تموز 1900، دد، 1905، 1، 261، س، 1901، 1، 9، تعليق Teissier المذكور سابقاً. عامل واردات، فائض استيفاء في نهاية النهار، مصدر مجهول، غياب حق الموكل في المبلغ المعني: يفرق الحكم بين الغلط الذي قد يكون قد وقع المدين فيه حول وجود دينه أو مبلغه، والغلط المادي الصرف في دفع أكثر مما يتوجب؛ انظر أيضاً غ م ان، 8 تموز 1975، د، 1976، 315، تعليق Gaury.

(2) انظر غ م ان، 8 تموز 1975 المذكور آنفاً، د، 1976، 315، تعليق Gaury، فسخ مسبق للايجارات مبلغ يستخدم قسم منه للتعويض وإنما يجب أن يكون داخلاً بالنسبة إلى الكل في الحسابات المقدمة إلى الموكل؛ أضف إلى ذلك حكم الغرفة الجنائية 15 شباط 1939، د إ، 294 1939، بيع عقار، إخفاء قسم من الثمن، إساءة ائتمان.

(3) انظر غ م ان، 18 شباط 1989، م إ د، 1989، IV، ص 102.

(4) انظر غ م، 5 أيار 1873، دد، 1873، 1، 438.

(5) انظر على سبيل المثال في شأن الوكيل «المتوجب عليه رصيد» غ م ان، 19 نيسان 1961، ن م، I، رقم 212.

(6) انظر النقض المدني 26 كانون الثاني 1949، س، 1949، 1، 160؛ غ م ان، 12 تشرين الثاني 1957، ن م، I، رقم 431.

النحو عدا حالة الوكالة الخاصة في حال وجودها⁽¹⁾.

غير أن ذلك غير جائز في جميع الفرضيات: هكذا على وكيل (Syndic) الملكية المشتركة أن يقدم الحساب في كل سنوات إدارته⁽²⁾، ولا تستطيع الجمعية العامة إعفاءه من ذلك⁽³⁾.

القسم الفرعي II - التبعة تجاه الغير

31239 - التبعة العقدية. ليس للوكيل، للوهلة الأولى، لأنه منذور للإمحاء ما أن تقوم العلاقة العقدية التي أقامها وسيطه لحساب الموكل، أن يقيم علاقة مع الغير. وثمة توافق، على وجه الخصوص، في التفكير أنه بمنجى من أي مسؤولية عن نتائج العقد الذي يبقى، مبدئياً، أجنبياً فيه⁽⁴⁾.

والمظهر المشهور لغياب هذه المسؤولية العقدية هو أن الوسيط في تتجير الأموال ليس ملزماً بالضمان ضد العيوب الخفية عندما يعمل بصفة وكيل⁽⁵⁾، في حين أنه يكون ملزماً كبائع.

وتوضح المادة 1997 من ق م، فضلاً عن ذلك، أن الموكل «الذي أعطى الفريق الذي تعاقد معه بهذه الصفة العلم الكافي عن سلطاته ليس ملزماً بأي ضمان في صدد كل ما جرى خارج ذلك إذا لم يكن خاضعاً لما فعله شخصياً». ولا يُتصور أن الوضع يمكن أن يكون متواتراً، غير أنه من الممكن أن يشاء الغير، مع علمه بالوضع، إبرام عقد خارج نطاق سلطات الوكيل: الأمل الوحيد هو أن يصدق الوكيل بعد إبرام العقد⁽⁶⁾.

(1) انظر حكم محكمة استئناف بوردو، 14 حزيران 1853، دد، 1854، 2، 39، زوجة تولت الادارة المنزلية في حال جنون زوجها وليست ملزمة كوكيل عادي Ripert et Boulanger، رقم 2152.

(2) المادة 66 من مرسوم 20 تموز 1972 المتخذ تطبيقاً لقانون «Hoguet» لعام 1970 والمادة 11 من مرسوم 17 آذار 1967.

(3) تدرج هذه الحسابات بشكل صحيح في كشف حسابات عام، انظر قانون الملكية الذي علّق عليه J. Lafond et B. Stemmer، منشورات Litec، 1986، د، 1987، المادة 11، التعليقان 4 و 5؛ وقد أبدى الاجتهاد مرونة، انظر غ م ث ان، 27 تشرين الثاني 1929، د، 1980، إ س، 275؛ غ م ث ان، 19 كانون الثاني 1983، م إد، 1983، IV، ص 102.

(4) انظر غ م ث ن، 21 كانون الثاني 1966، ن م، II، رقم 99، زوج وكيل زوجته؛ م ب في غرونوبل، 3 تشرين الأول 1975، م إد، 1976، II، 18345، تعليق T. Leveneur، م ف ق م، 1977، 149، م G. Cornu، هيئة وسيطة ادارة، وكيل المؤمن، غياب المسؤولية تجاه المؤمنين.

(5) انظر كمشال غ م أن، 7 كانون الثاني 1982، ن م، I، رقم 8، سفينة؛ أضف إلى ذلك J. Huet، Responsabilité du vendeur، 1987، رقم 132.

(6) انظر النقض المدني، 9 تموز 1972، دد، 1972، 1، 404، تمديد الايجار، لا سلطة لرئيس الشركة للموافقة على ذلك، معرفة المستأجر؛ غ م أن، 16 حزيران 1954، ن م، I، رقم 200، إهمال المستأجر.

بيد أنه من الأكيد، هنا أيضاً، أن الوكيل ليس ملزماً.

والأمر خلاف ذلك بالطبع إذا لم يتقدم الوكيل بهذه الصفة وتعاقد باسمه الخاص: يصبح مديناً مباشراً لمحاورة⁽¹⁾. والحل هو نفسه إذا تعاقد، مع بيان حدود سلطاته، خارج هذه الحدود مع الاعلان أنه يلتزم شخصياً تجاه الغير الشريك في التعاقد: ذلك بأنه يتخذ عندئذ التعهد بضمان موافقة الغير⁽²⁾.

ويمكن أيضاً أن يستنتج، استدلالاً بالضد، من المادة 1997، في حالة عدم إعلام الوكيل سلطاته بما فيه الكفاية ويمكن أن ينسب إليه الخطأ، أنه مسؤول عن ذلك. إلا أن التبعة عندئذ تكون تقصيرية وتفترض، لدورها التام، ألا يكون الغير هونفسه مهملاً.

31240 - المسؤولية التقصيرية. الوكيل مسؤول عن الاخطاء التي قد يرتكبها بحق الغير. ومسؤولية كهذه هي من طبيعة تقصيرية. والاجتهاد مستقر في هذا الصدد ويعلن الوكيل «مسؤولاً تجاه الغير عن الجرائم التي يمكن أن يرتكبها عفواً أو بناء على اوامر الموكل»⁽³⁾.

وهكذا أخذ حكم الغرفة المختلطة في محكمة النقض (أو التمييز) الصادر في 26 آذار 1971 بمسؤولية شخص باع لحساب حدائدي دراجة مملوكة كحديد خردة أدت عقب ذلك إلى حادث بسبب عيب فيها: الوكيل الشريك في الخطأ الذي ارتكبه البائع حُكم عليه بالتضامن مع البائع، لأن مكتسب الملكية لم يتم إعلامه بحالة الشيء⁽⁴⁾.

ويمكن أن تجتمع تبعة الوكيل مع مسؤولية الموكل فكل منهما ملزم بالتعويض الكامل إذا ساهمت أخطاؤهما في حصول الضرر.

وهناك فرضية خاصة هي فرضية وكيل الملكية المشتركة التي تستمد أصالتها من أن الوكيل ليس، من جهة أولى، مباشرة وكيل الشركاء في الملكية وإنما وكيل النّقابة، ومن أنه، من جهة ثانية، يعمل لحساب جماعة تبدو أخطاؤه في أول الأمر منسوبة إلى هذه الجماعة، وبالتالي تنجم نتيجتان، أولاهما أن مسؤولية الوكيل تجاه الشركاء في الملكية هي مسؤولية تقصيرية⁽⁵⁾، والثانية أن الشريك في الملكية عليه إثبات «خطأ قابل للفصل»

(1) انظر غ م ث ا ن، 17 تشرين الأول 1972، ن م، III، رقم 528.

(2) قارن بحكم محكمة استئناف ديجون، 19 أيار 1931، د إ، 1931، 405، شراء عفار، مجرد موجب فعل يضطلع به الوكيل، عطل وضرر: يأخذ الحكم بهذا الحل مع أن الوكيل لم يحط علماً بسلطاته بالضبط.

(3) انظر غ م ت ن، 5 تشرين الأول 1955، د، 1956، الموجز 36، م إ د، 1955، II، 9002؛ أضف إلى ذلك النقض المدني، 4 كانون الأول 1899، د، 1900، 1، 14 والإسنادات؛ حكم محكمة استئناف باريس 10 تموز 1944، د، 1945، 62، Ripert et Boulanger, Les contrats civils، 1958، رقم 2158.

(4) م إ د، 1971، II، 16762، تعليق Lindon.

(5) انظر غ م ث ا ن، 4 تموز 1974، د، 1974، إ س، 224؛ كما هي الحال تجاه المستأجرين؛ انظر قانون الملكية الذي علق عليه J. Lafond et B. Stemmer، منشورات Litec، 1986، المادة 18، التعليق 21.

عن وظائف الوكيل للطموح إلى جعل الوكيل مسؤولاً⁽¹⁾. يضاف إلى ذلك، في صدد أشخاص أجانب عن الملكية المشتركة، أنه يجب أن يكون نشاط الوكيل محدث الضرر خارج وظائفه كوكيل النقابة⁽²⁾. كل ذلك يضيف، في الممارسة، إفلاتاً من العقاب إلى حد كبير في ما يتعلق بأعمال الوكيل، وليس ذلك مأمولاً بالضرورة.

ويعتبر، علاوة على ذلك، أنه يمكن أن يكون هناك خطأ من جانب من يتدخل في قضايا الغير بدون أن يكون حائزاً وكالة ويضع الشخص الذي تعامل معه، بسبب ذلك، في وضع لا يتيح له المراجعة إلاّ ضده وليس ضد صاحب القضية⁽³⁾.

القسم III

موجبات الموكل

31241 - إعلان. ينص القانون المدني في المواد 1998 إلى 2002 على أن الموكل، قبل أي شيء، مسؤول عن أن يسدد للوكيل المصاريف والتعويض عن خسائره. وهذان الموجبان ليسا ناجمين في الحقيقة مباشرة عن الوكالة: إنهما ينشآن عما يتم فعله بعد شيء آخر *ex post facto* عندما تدعو الاحداث إلى ذلك، أي في حالة النفقات أو الضرر الناجمة عن العقد (الفقرة 1).

يضاف إلى ذلك موجب آخر في فرضية الوكالة المأجورة حيث يتوجب دفع الأجر المتفق عليه: وعندما يكون هذا الموجب موجوداً على الموكل يكون مستمداً من العقد نفسه (الفقرة 2).

إن إناطة الوكالة بالغير لقضية معينة لا تسليخ، مبدئياً، عن الموكل امكانية إدارتها بنفسه عند الحاجة. فسلطة التنازل عن أموال مختلفة، مثلاً، حتى ولو كان يشترط أن لا يقبل الرجوع عنه، لا تحرم المالك من الحق في التصرف بها شخصياً⁽⁴⁾. ووجود الوكالة يمكن أن يسوّغ فقط أن يحتفظ الوكيل في أي فرضية بالحق في الأجر إذا نص العقد عليه، أو الحق في التعويض في حالة الخطأ المرتكب بمضرتّه.

(1) انظر حكم محكمة استئناف باريس، 22 أيلول 1978، د، 1978، إ س، 129، م Cl. Giverdon، حكم المحكمة نفسها، 16 تشرين الأول 1981، د، 1982، إ س، 439، م Cl. Giverdon.

(2) انظر غ م ث ا ن، 19 كانون الأول 1978، د، 1979، إ س، 447.

(3) انظر مثلاً غ م أ ن، 10 شباط 1982، ن م I، رقم 67، اقتراح كفيات تقسيم المصاريف بصدد عقارين متجاورين.

(4) انظر كمثال غ م أ ن، 16 حزيران 1970، د، 1971، 261، تعليق J. L. Aubert، وكالة للتنازل عن أموال مختلفة.

الفقرة 1 - موجبات الموكل في حالات الوكالة جميعاً: التسديد والتعويض وإبراء الذمة

31242 - التعويض. مع ان الموكل لم يعد بأي أجر عن الخدمة المؤداة، فهو مدعو إلى تحمل نتائج العقد المالية (أ).

إن المادتين 1999 و2000 تعلنان في الواقع أن المدين ملزم بالتعويض على الوكيل عن المهمة المنوطة به، وبالتالي سداد النفقات التي تكبدها والتعويض عن الخسائر التي لحقت به. ويمكن، مع ذلك، ابرأؤه منها في الشروط الواردة في المادة 1999، الفقرة 2، وبمقتضاها لا تتوجب السلفات والمصاريف إلا أن «لا يكون هناك خطأ صادر عن الوكيل»⁽¹⁾.

ويفرض على الموكل، فضلاً عن ذلك، إعطاء موافقته على الحسابات المنظمة لاجله من قبل الوكيل (ب).

31243 - أ. سداد النفقات التي تكبدها الوكيل. سداد السلفات والمصاريف التي تحملها الوكيل هو أقل ما يمكن. وتختلط الحظوة والقوة مع ذلك في القانون الوضعي.

الحظوة في المقام الأول. تنص المادة 1999 من ق م على سداد نفقات الوكيل بتعابير عامة جداً بالنسبة إلى هذا الوكيل طالما أن الموكل لا يستطيع المناقشة في مبلغها بذريعة كونها مفرطة: إن خطأ الوكيل وحده، ولم يكن عليه أن ينفق ما يطالب بسداده، يمكن التمسك به (على أنه من الصحيح أن التفريق بين الافراط الذي يفلت من النقد والإدارة السيئة القابلة للنقد يبدو دقيقاً أحياناً). تضاف إلى ذلك علامة حظوة هي أن ثمة نصاً على أن حق الوكيل يمارس حتى في حالة فشله في مهمته (بيد أن عدم مسؤوليته في الوصول إلى النتيجة التي تهدف إليها المهمة التي أوكلت إليه مبدأ في مادة الوكالة أياً كانت الاستثناءات المختلفة في الممارسة)⁽²⁾.

إن الأمر قد يكون خلاف ذلك حقاً، كما هو الحال بالنسبة إلى بعض المهنيين: ينص قانون «Hoguet» في 2 كانون الثاني 1970 ومرسومه التطبيقي في 20 تموز 1972،

(1) انظر حكم غ م أن، 13 آذار 1967، الذي استند إلى هذا النص، ن م، I، رقم 95: «لقضاة الأساس السلطة السيدة في تخفيض مبلغ الأجر في نسبة يقدرونها بسيادة تبعاً للخطأ»؛ أضف ذلك غ ت ن، 19 شباط 1958، ن م، III، رقم 83؛ غ م أن، 8 كانون الأول 1976، د، 1976، إس، 138.

(2) انظر غ ث ن، 20 شباط 1990، ن م، IV، رقم 50، بيع خالص حتى السفينة FOB، عميل جمركي لتخليص السلع، سداد المصاريف، بضائع لم يسلمها الناقل للشاري الذي لم ينجز المعاملات الجمركية.

بصورة خاصة، على أن الوكيل العقاري ليس في وسعه أن يستوفي أي مبلغ، بأي صفة، قبل أن تكون العملية التي من أجلها جرى توكيله قد أبرمت وأثبتت بمستند خطي فعلياً⁽¹⁾. وبهذه الطريقة يستبعد أي تعويض عن نفقات الوكيل إذا لم تتم القضية. وهذه النفقات تدخل في خسائر الوكالة وأرباحها.

القسوة في المقام الثاني. على العكس، تبدو جلياً قسوة تجاه الوكيل لأنه ليس في مقدوره، في القانون المدني، أن يطمح إلى السداد إلا في نطاق ما أنفقه حقاً أو التزم به: إذا سدد ديناً لحساب الموكل وقد حصل على إمكانية دفع مبلغ أدنى من هذا الدين فلن يتوجب له الدين الاسمي الذي سددته وإنما ما دفعه فعلياً وحسب⁽²⁾. وبهذه الطريقة يبدو جلياً كل ما يتعارض بين وضع الوكيل ووضع المتنازل له عن دين: لأن المتنازل له بإمكانه الحصول على الدين بثمن أدنى من قيمته الاسمية لكي يحصل على هذه القيمة الاسمية من المدين والاحتفاظ بالفرق.

كما تنص المادة 2001، علاوة على ذلك، على أن فوائد التسليفات تتوجب على الوكيل اعتباراً من تاريخ حصولها. والقاعدة شاذة عن القانون العام طالما أن الفوائد ليست، من حيث المبدأ، مستحقة إلا اعتباراً من الادعاء أمام القضاء للتعويض الكامل على الوكيل.

31244 - استعادة تعهدات الوكيل الشخصية. جرى، في شأن موجب السداد، بطيبة خاطر بيان أن الموكل ملزم بالتعويض على الوكيل عن كل تعهد شخصي يمكن أن يكون قد اتخذه تجاه الغير.

فالوكيل بالتأكيد، وقد عمل، مبدئياً، لصالح الموكل، لا يلتزم هو نفسه. وبما أن العملية قد أبرمت باسم الموكل فإن هذا الأخير يرتبط بالآخرى بفكرة التمثيل⁽³⁾. ولذلك مما لا طائل تحته التذكير هنا بأن الموكل ملزم بتنفيذ العقد المبرم لأجله.

ويختلف الأمر إذا تصرف الوكيل باسمه الخاص كما هي الحال بالنسبة إلى الوسيط التجاري مثلاً⁽⁴⁾. وقد أكد الاجتهاد بصواب أن «الوكيل، عندما يتعاقد باسمه الخاص على موجب (تجاه الغير)، يصبح المدين الشخصي المباشر «للغير المتعاقد»، إلا أن يرجع

(1) المادة 6 من قانون 1970.

(2) انظر غ، أول تموز 1856، د د، 1856: ليس للوكيل الحق في كامل الدين، الفارق مع ما دفعه يعتبر أجراً وكان في هذه القضية مبالغاً فيه ويبدو قابلاً للتخفيض؛ قارن بغ، 15 آذار 1854، د د، 1854، 1، 363، جرى دفع الرسوم الجمركية بسندات تغيرت قيمتها.

(3) انظر في هذا الصدد الرقم 31202 السابق وما يليه.

(4) انظر حول الوسيط التجاري الرقم 31128 السابق.

على الموكل الذي يحتفظ تجاهه بصفته وكيله⁽¹⁾.

31245 - ب. التعويض عن الخسائر التي تكبدها الوكيل. إن المادة 2000 من القانون المدني، التي استخدمت في الأصل للتعويض عن الخسائر المالية والأضرار المادية، ثم امتدت إلى التعويض عن الخسائر الجسدية التي أصابت الوكيل، أصبح حديثاً، يتم التمسك بها في شأن الخسائر التجارية.

31246 - أ. الخسارة المالية والضرر المادي والضرر الجسدي. تطرح المادة 2000 من القانون المدني، مبدئياً، أنه يقع على عاتق الموكل التعويض على الوكيل عن «الخسائر التي تكبدها في مناسبة إدارته، عدا التهور من قبله». إن الحل تقليدي وقد أكدته Domat⁽²⁾. وله اليوم، في قسم منه، مظاهر موجب أمن.

وللوكيل، على هذا الأساس، بصورة خاصة، الحق في العطل والضرر عن الخسائر المالية أو الأضرار المادية التي ربما يكون قد تحملها خلال تنفيذ مهمته. ولا يسري ذلك على النتائج المباشرة لتنفيذ العقد وحسب وإنما أيضاً على ما يمكن أن يحصل «في مناسبة إدارته»⁽³⁾. ويمكن تصوّر أي نوع من الأمور: أن يكون الوكيل ملزماً بسداد دين بالعملة الأجنبية وأن يتحمل خسارة في معدل الصرف بين الآونة التي اكتسب فيها العملة الأجنبية والآونة التي عليه أن يسدد فيها⁽⁴⁾؛ أن يتوجه الوكيل بسيارته الخاصة إلى المكان الذي يجب أن تتم فيه القضية وقد سرقت سيارته⁽⁵⁾. . . . وكان الرأي أن فرنسياً كلفه يهودي الماني غادر بلده استرداد قسم من أمواله وقد جرى توقيفه في هذه المناسبة، يتوجب عليه

(1) غ ع، 3 أيار 1893، دد، 1893، 1، 567، اكتساب أسهم، وبالتالي على الموكل سداد مبلغ الخسارة الناتجة عن العقد المبرم، أو أي مبلغ دفعه الوكيل بناء على طلبه، انظر غ ع، 10 كانون الأول 1902، القضية الأولى، دد، 1904، 1، 537، وسيط تجاري ضامن الوفاء، شراء سلع، بيعها بعد الشراء لأن الموكل لم يسدد الثمن، تحصيل الفرق، المادة 1999 من ق م؛ انظر أيضاً النقض المدني، 8 أيار 1872، دد، 1872، 1، 378، دفع مبلغ عن طريق مسخّر، ضمان من لم يشأ أن يظهر علانية.

(2) Les lois civiles, Des procurations, mandements et commissions، القسم، VI, II، «في الخسائر التي يتكبدها الوكيل المكلف جرّاء القضية التي أنيطت به»: قدم Domat، على غير عادته، عدة أمثلة لإشهار هذا الحل للكثير منها سمة الفرضية التي يكون فيها الوكيل، خلال ممارسة مهمته، ضحية سرقة؛ قارن بـ Pothier Du contrat de mandat، رقم 68 وما يليه الذي ينطرق، بصفة موجب التعويض، إلى النفقات التي أجراها الوكيل والموجبات التي اضطلع بها لحساب الموكل وحسب؛ انظر أيضاً Planiol et Ripert، الباب XI، تأليف Savatier، رقم 1481.

(3) غ ع، 10 أيار 1905، دد، 1905، 1، 428، وكيل اشترى باسمه وفقاً للوكالة مؤسسة تجارية، وكان عليه فيما بعد فسخ البيع بعد عدول الموكل، سداد النكول قد تم.

(4) قارن بـ غ م أن، 28 حزيران 1989، ن م، I، رقم 260، ف د، 1990، 501، م Vermelle، تقديم ضريبي.

(5) انظر Domat, Les lois civiles، القسم II، VI، المذكور سابقاً.

التعويض عن حبه⁽¹⁾.

إلا أن المادة 2000 جرى تفسيرها على أنها تغطي أيضاً الأضرار الجسدية، وبالتالي كل ما ينجم عن الاعتداء على سلامة الوكيل الجسدية⁽²⁾. وبذلك تظهر الوكالة كالعقد الأول متضمنة موجب أمن أو سلامة. وهذا التفسير أظهر، خلاف فترة من الزمن، فارقاً بين عقد الوكالة وعقد العمل⁽³⁾.

ويفترض التعويض عن الضرر الذي أصاب الوكيل أن لا يكون هذا الضرر، على الأقل بكامله، نتيجة خطئه. يضاف إلى ذلك أن الفريقين، لأن المادة 2000 لا تعتبر من الانتظام العام، حرّان في استبعاد أي تعويض كهذا على الموكل⁽⁴⁾. من الصحيح أن هذا النوع من العقود قد يغطي أوضاعاً متنوعة جداً بعضها عرضي، بحيث أنه لا يوجد دائماً سبب لأن يتحمل الموكل الأضرار بخاصة الجسدية.

31247 - 2° الخسارة التجارية. جرى التمسك، منذ وقت أحدث، بالمادة 2000

من ق م لكي يسوّغ، في نطاق العلاقات بين الشركات النفطية والموردين وضخاخي العلامة والبائعين بعد الشراء، التعويض عن الخسائر التجارية التي يمكن أن تصيب هؤلاء خلال استثمار نقطة البيع المخصصة لهم حتى فسخ عقدهم. وقد قبلت المحاكم اللجوء إلى هذا التفسير التوسعي لنص القانون المدني لاعطاء الموزعين العطل والضرر⁽⁵⁾.

(1) حكم محكمة استئناف Colmar، 16 شباط 1937، م ق ع، 1937، 1862.

(2) انظر غ ع، 28 تشرين الأول 1907، دد، 1908، 1، 481، تعليق A. Boistel، س، 1912، 1، 301، ثوران بركان مارتينيك، وفاة مستخدم رفيع المستوى في شركة يمثلها ويدير أعمالها في منطقة واسعة، وهو شخص كان المستخدم قد «توقف عن اعتباره... وكيلاً تابعاً»، «وكالة حقيقية»، تعويض عن الضرر الذي أصاب الأرملة وأولادها، موافقة قضاة الأساس الذين لم «يفعلوا سوى تحديد طبيعة العقد»؛ أضف إلى ذلك حكم محكمة استئناف باريس، 14 آب 1852، دد، 1853، 2، 75، وكذلك: Dereux, Du dommage éprouvé au service d'autrui، م ف ق م، 1928.

أضف إلى ذلك في شأن التعويض عن خسائر الوكيل المأجور استناداً إلى المادة 2000 من ق م، حكم محكمة استئناف باريس، 14 آب 1852، دد، 1853، 2، 275، مسيرة في القطار، جرح مستخدم الشركة عندما كان يحذر العمال الموضوعين تحت مراقبته من خطر، تعويض على أساس المادة 2000: خلط الحكم بين الوكالة واجارة الخدمات؛ حكم محكمة استئناف Aix، 23 تشرين الأول 1889، دد، 1890، 2، 301، مستخدم في شركة بحرية جرح عند قيامه بإغاثة ملاح، تطبيق قواعد الوكالة: الخلط نفسه بين العقدين.

وتم تكريس موجب التعويض عن الضرر الجسدي نفسه في مادة الفضول، لصالح الفضولي، م ب في باريس، 25 تشرين الأول 1971، م ق ع، 1972، 1، 424.

(3) حول الفارق مع عقد العمل انظر النقض المدني، 14 نيسان 1886، دد، 1886، 1، 221، جراح سببها شخص موقوف، كانت الضحية مستخدمة بموجب اجارة خدمات، غياب التعويض، التمثيل هو من جوهر الوكالة؛ انظر الرقم 31110 السابق.

(4) انظر غ ع، 9 شباط 1938، د إ، 1938، 213.

(5) انظر على وجه الخصوص غ ت ن، 17 كانون الأول 1991، حكمان، قضايا توتال وإسّو، وغ ت ن، 28 كانون الثاني 1992، قضايا توتال وإسّو، م إ د، 1992، II، 372، تعليق B. Gross.

وهذا الاستناد إلى المادة 2000 يفسره كون الشركات النفطية تستخدم، منذ فترة من الزمن، نطاق الوكالة لتنظيم توزيع منتجاتها استناداً، بصورة خاصة، إلى الإمكانية التي يوفرها هذا العقد للحفاظ على سيطرتها على الأسعار بالمفرق، وبالتالي استخدام هذه الميزة في لعبة المنافسة⁽¹⁾.

ويلعل أخذ الاجتهاد بطموح الضخاخين بأنهم في وضع تبعية اقتصادية تامة⁽²⁾ وليس في وسعهم اختيار مكان تجارتهم ولا تحديد ثمن بيع المنتجات بعد شرائها، وهما عنصران يشترطان نجاح المؤسسة⁽³⁾.

على أن الحماية المعطاة على هذا النحو، لأن المادة 2000 لها طابع بديل، يخشى أن تبدو وهمية لأن العقود يمكن أن تستبعد⁽⁴⁾.

31248 - ج. الموافقة على حسابات الوكيل. كما أن الوكيل يتحمل موجب تقديم حسابات إدارته للموكل⁽⁵⁾، كذلك يلزم هذا الموكل باعطائه براءة ذمة ممن هذا الإدارة إذا كانت الحسابات تستحق التصديق. والأمر على هذا النحو مثلاً بالنسبة إلى وكيل الملكية المشتركة كل سنة: تؤدي براءة الذمة، مبدئياً، إلى تصديق الجمعية حتى الأعمال التي تتجاوز سلطات الوكيل وإلى عدول عن انتقاد تنفيذ الوكالة⁽⁶⁾.

وهذا التصديق هام بالنسبة إلى الوكيل، انه، بصورة خاصة، يمنع إعادة نظر قضائية في الأجر احتمالية، ما دام ان هذا الأجر قد دخل في الحسابات المعنية: يتضمن اعترافاً بصحة الأجر المطالب به وجرى بيان ذلك، «إذا كان الأمر خلاف هذا، فإن الوكيل، رغماً عن ابرائه، يبقى خاضعاً لمدة ثلاثين سنة لدعوى الاسترداد، في حين أنه بتسليم الأوراق، أو بجهل الورثة الظروف، يجد الوكيل نفسه في استحالة الدفاع عن نفسه»⁽⁷⁾.

(1) انظر B. Gross، تعليق في م إ د، 1992، II، 372.

(2) انظر في هذا الاتجاه M. Béhar- Touchais، مجلة الاجتهاد في قانون الأعمال، 1992، العرض 163؛ وحول هذا النوع من الأوضاع انظر G. Virassamy، Les contrats de dépendance، اطروحة في باريس I، منشورات J. Ghestin، 1986 L G D J، مقدمة.

(3) انظر B. Gross، تعليق في م إ د، 1992، II، 372.

(4) انظر حول هذا الطابع البديل غ ت ن، 4 كانون الأول 1990، ن م، IV، رقم 311، وكالة لبيع الهيدروكاربور.

(5) انظر الرقم 31237 السابق.

(6) انظر قانون الملكية المشتركة الذي علق عليه J. Lafond et B. Stemmer، منشورات Litec، 1986، قانون 1965، المادة 18، التعليق 21؛ غ م ث ا ن، 6 شباط 1963، الحالية القانونية للملكية العقارية، 1963، II، 505، تعليق Cabanne.

(7) حكم محكمة استئناف بوردو، أول نيسان 1857، د، 1857، 2، 122، تخفيض الأجر المفرط، استحالة: بعد براءة الذمة تجاوز دعوى تقديم الحسابات وحدها.

31249 - تقديم الحساب. ما ان يتم تصديق الحسابات حتى تصبح الإمكانية الوحيدة أمام الموكل هي دعوى التقويم الواردة في المادة 541 من قانون الإجراء المدني (أصول المحاكمات المدنية) للغلط أو السهو أو التزوير أو الخداع⁽¹⁾.

يضاف إلى ذلك أن طلب استرداد الأوراق المعهود بها إلى الوكيل يمكن أن يتم بعد تصديق الحسابات: انه لا يشكل منازعة في الحسابات رغماً عن براءة الذمة المعطاة⁽²⁾.

الفقرة 2 - الموجبات الخاصة في حال الوكالة المأجورة: دفع الأجر للوكيل

31250 - الخاصية. ليس من السهل تحديد الوقت الذي يكون فيه الموكل ملزماً بدفع الأجر الموعد رغماً عن إيراد هذا الأجر في العقد: لا يمكن، مبدئياً، ان يطمح الوكيل إلى الأجر إلا أن يكون قد نفذ مهمته (أ). أما في ما يختص بتحديد مبلغ الأجر فالأمور ليست سهلة أيضاً. إن الفريقين هما اللذان يحددانه، وإلا حده القاضي. يضاف إلى ذلك أن القاضي بإمكانه التدخل أيضاً لتعديل الأجر المفرط المطلوب من الموكل، وهذه الإمكانية هي خاصية بارزة في عقد الوكالة (ب).

وحول أجر الوكيل من الباطن وحقه في طلبه المباشر من الموكل انظر الرقم 21154 السابق؛ وفي شأن كون الأجر، في ما يتعلق بالوكيل العقاري، غير متوجب إلا بشرط وجود وكالة خطية، انظر الرقم 31192 السابق.

31251 - أ. شروط الحق في الأجر. عندما تكون الوكالة مأجورة يكون على الموكل موجب أن يدفع للوكيل الأجر المتفق عليه. ويمكن أن ترتدي الوكالة طابعاً بعوض، إمّا في علاقات ليس لها طابع مهني إذا اتفق الفريقان على ذلك صراحة، وفقاً للمادة 1986 من ق م، وإمّا في العلاقات مع مهني، وفي هذه الحالة يفترض الاجتهاد أن الأجر متوجباً للوكيل⁽³⁾. ويحمل هذا الأجر أسماء متنوعة: أتعاب وعمولة...

(1) انظر النقض المدني، 21 تموز 1920، دد، 1921، 1، 137، بطلان عمليات المصفق (البورصة) حول قيم مسخرة قام بها وكيل الصرف بدون وسيط، براءة ذمة غير فعالة: «التسوية ليست نهائية إلا أن يكون معطي الأمر على علم بالعيب الذي كان يشوبها». وقد أثبتت هذه الدعوى في قرار النقض المدني، 10 كانون الأول 1912، دد، 1914، 1، 97، تعليق L. Lacour: الاعتراض المستمد من المادة 541 من قانون الاجراء المدني جرى استبعاده في وضع الوكيل الذي جعل نفسه طرفاً مقابلًا.

(2) انظر النقض المدني، 24 تشرين الأول 1904، دد، 1905، 1، 33، أوراق لها سمة إدارة «ثروة الموكلة».

(3) انظر حول هذا الاجتهاد الرقم 31113 السابق.

على أنه يقتضي بيان أن خطأ الوكيل يمكن أن يحرمه من حقه في الأجر كلياً أو جزئياً⁽¹⁾.

31252 - تحقيق القضية. من المتواتر، بصورة خاصة، في ما يتعلق بوكلاء الأعمال، أن يخضع استيفاء الأجر لنجاح المهمة المنوطة بالوكيل.

الأمر على هذا النحو، بموجب القانون نفسه، بالنسبة إلى الوكيل العقاري الذي لا يمكن أن يستوفي أي مبلغ قبل أن تكون العملية المنشودة «قد تحققت وجرى التثبت من ذلك في عقد خطي واحد يحوي تعهد الفريقين»⁽²⁾. ويعتبر الفريقان، خارج هذه الحالات، في الغالب أن الاتعاب تتوجب فقط عندما تكون المهمة قد أنجزت، وقد يشترطان ذلك صراحة. وعلى سبيل استعادة صيغة حكم لخص جيداً جداً الطريقة التي تتمثل فيها الأشياء، «لا يمكن إعطاء الوسيط علاوة إلا أن تكون القضية التي أشار إليها قد انتهت نهاية حسنة»⁽³⁾.

ومن المتفق عليه، في مادة بيع العقار أو المؤسسة التجارية، إن عمولة الوكيل المكلف العملية لا تستحق، إذا كان البيع خاضعاً لشرط معلق لم يتحقق⁽⁴⁾. ولا يمكن تطلب الأجر المتفق عليه حتى ولو فشل الوكيل في مهمته لأسباب خارجية عنه، وإنما فقط طلب تعويض عن أتعابه وعنايته إذا لم يكن العقد قد استبعده⁽⁵⁾.

على أن من بين الأحداث المختلفة التي قد تمنع الفريقين من إبرام العقد الرسمي

(1) انظر غ ت ن، 10 شباط 1970، د، 1970، 588، وكيل اعلانات، تقصير في واجب النصح بعدم التفاوض لزبونه في شأن تخفيض تعرفات الداعم المستعمل، الأجر مرفوض.

(2) حظر قانون «Hoguet» في 2 كانون الثاني 1970 في المادة 6 منه ومرسوم 20 تموز 1972 على الوكيل استيفاء أجر قبل أن تتحقق العملية عن طريق وساطته في عقد يتضمن رضا الفريقين، وعبارة «عملية» تبدو بالتالي مناسبة تماماً S. Sanz, Le droit à commission de l'agent immobilier، م ف ق م، 1987، 507، 2؛ وكمثال انظر غ م أن، 7 حزيران 1988، ن م، I، رقم 70، بيع مؤسسة تجارية، وكيل عقاري، فشل العملية، العمولة غير متوجبة؛ غ م أن، 11 تموز 1982، ن م، I، رقم 232، بيع تحت شرط معلق، شرط لم يتحقق، العمولة غير متوجبة؛ غ م أن، 19 تموز 1988، ن م، I، رقم 241، وكالة عقارية، عقد إيجار تحول إلى بيع بعد ثلاث سنوات، عمولة غير متوجبة؛ أضف إلى ذلك J. L. Bergel, Les ventes d'immeubles existants، 1982، رقم 280.

(3) غ م أن، 21 تموز 1970، ن م، I، رقم 243.

(4) غ م أن، 23 كانون الأول 1968، د، 1969، 235، بيع قطعة أرض، عمولة الوكيل متمثلة بالفارق بين الثمن الذي حدده البائع والثمن الذي يمكن أن يحصل عليه الوكيل من الشاري، وعد بالبيع موقع تحت شرط معلق على موافقة الإدارة على بناء عقار، رفض، الحق في العمولة، كلا.

(5) غ م أن، 27 حزيران 1955، ن م، I، رقم 265، د، 1956، الموجز 53، بيع عقار، تسوية موقعة عن طريق تدخل وكيل عقاري، رهن عقاري على المال، رفض المتابعة من قبل مكتسب الملكية، لا حق للوكيل في العمولة وإنما حق في التعويض.

النهائي بما هو ليس مستقلاً عن هذه الاحداث وتري المحاكم أنه يجب أن لا يكون لذلك دور بمضرة الوكيل . وعليه تكون العمولة مكتسبة ما ان يتم البيع حتى ولو قرر البائع والشاري باتفاق مشترك إلغاء البيع بعد عقده بفسخ حبي⁽¹⁾ . ومن المقبول أحياناً أن لا يكون توقيع العقد الرسمي (أو الموثق) لا غنى عنه لكي ينشأ الحق في الاجر⁽²⁾ . يضاف إلى ذلك انه نادراً ما تحكم المحاكم بأن الوكيل بإمكانه أن يطمح إلى تعويض إذا جعل الفريقان القضية مستحيلة بخطئهما، أو إذا وجد نفسه، غشياً، قد نزعت يده عن العملية، وإنما مع ذلك شرط أن يتمكن من إثبات العناية التي قام بها كي يصل الملف إلى نهايته⁽³⁾ .

ومع ان المادة 1999 الفقرة 2، تنص على أن التسديد والدفع المتوجبين للوكيل يجب أن يتما «حتى ولو لم تنجح القضية» فإن هذا الحل لا يطبق على الأجر وإنما على المصاريف والنفقات وحسب⁽⁴⁾ . إذن لا يتوجب أي تعويض عن مساعي الوكيل إذا لم تتم القضية⁽⁵⁾ . وتسري هذه المبادئ في المادة التجارية والمدنية على حد سواء، ذلك بأن القواعد المنصوص عليها بالنسبة إلى الوكالة المأجورة تطبق على العمولات التي يشترطها وكلاء القضايا⁽⁶⁾ .

وتأكيد ان أجر الوكيل خاضع لنجاح المهمة المنوطة بهذه الطريقة يعني تقدير ان

- (1) انظر غ م أن، 16 تشرين الأول 1963، م إد، 1964، II، 13595، بيع شقة، فسخ حبي .
- (2) غ م أن، 16 تشرين الأول 1963، م إد، 1964، II، 13595 المذكور سابقاً، بيع شقة، فسخ حبي، بائع اعترف في اذن العمولة بالبيع التام على اساس العمولة، الحق في العمولة كاملة: البند الذي اشترط دفع العمولة في يوم توقيع العقد الرسمي لا يشكل شرطاً وإنما أجل، قارن بحكم غ م أن، 23 آذار 1966، د، 1966، 396 الذي أخذ بالحل المعاكس، عقد بيع بتوقيع خاص، عمولة متوجبة عند توقيع العقد الرسمي، بيع لم يحققه الفريقان، العمولة غير متوجبة: تفسير ضروري لبند غامض، حصري للتشويه .
- (3) غ م أن، 22 حزيران 1976، ن م، I، رقم 224، بيع جناح، وكالة حصرية أنيطت بوكيل عقاري، تواطؤ غشّي؛ قارن بغ ت ن، 16 تشرين الثاني 1976، م ق ع، 1977، 1، بانوراما، 39، ايجار مكان تجاري، وسيط نزعته يده لتسويغ مدى فعالية عنايته، عطل وضرر؛ غ م أن، 16 تشرين الأول 1984 المذكور سابقاً، م ن، I، رقم 259، احتفظ في اسباب تسويغه بفرضية خطأ البائع والعناية المبذولة؛ قارن بغ ت ن، 4 شباط 1963، د، 1963، 370، بيع مرآب، شار تمثل امام البائع بالوكيل العقاري، زيارة الأماكن أمنها هذا الوكيل، وكيل مكروه عى البقاء اجنبياً عن التفاوض بسبب اعتراض الفريقين، حق في الأجر، كلا: على أن الحكم يبين أن إثبات وجود اتفاقية مع البائع لم يقدم .
- (4) انظر غ ت ن، 21 كانون الأول 1981، ن م، IV، رقم 450، برنامج عقاري، فشل العملية يعود إلى ظروف خارجة عن الفريقين، غياب خطأ الوكيل، رجوع مشروع عن الوكالة، الأجر الموعود به محدود بالقسم المنفذ، سلطة قضاة الاساس سيدة: ليس هناك حق للوكيل بالاجر طالما لم تنجح القضية .
- (5) انظر غ ع، 15 كانون الأول 1956، دد، 1957، 1، 171، وكيل أعمال، بيع مؤسسة تجارية، تدفع العمولة بعد التحقيق، رفض الاجر عند عدم وجود القضية .
- (6) انظر حكم محكمة استئناف بوردو، أول نيسان 1857، د، 1857، 2، 122 (و دد، 1857، 1، 171، في التعليق).

تعهد الوكيل في هذا الصدد يشكل موجب نتيجة⁽¹⁾، مما يتباين مع كون الموجب الملقى عليه، من زاوية مسؤوليته، ليس أبداً إلا موجب وسائل: يدخل الموجب الأول في الحساب بالنسبة إلى الحق في الأجر، والثاني في شأن الإدانة بالتعويض.

31253 - تعددية الوكلاء. دعيت المحاكم إلى توضيح ما هو المقصود «بانجاز

مهمة» الوكيل، أو كذلك «بتحقيق القضية». وتطرح المسألة بصورة خاصة في الحالات التي تكون فيها العملية بين أيدي عدة وكلاء في آن واحد. والقاعدة، مع التحفظ في صدد غش منسوب إلى الموكل، هي أنه لا يكفي أحد الوكلاء في القضية، للطموح إلى العمولة، أن يكون قد عين الشخص الذي أبرم العملية معه في النهاية: يتوجب الأجر لمن نابع المفاوضة وشارك في تحرير العقد الذي يجسد اتفاق الفريقين⁽²⁾. على الوكيل إذاً، لكي يطمح إلى الأجر، أن يسوّغ شيئين: أن يكون قد قام بالمساعي المفيدة واستمر حتى إبرام الاتفاق.

وتتبنى المحاكم، بهذه الطريقة، في فرضيات الوكالات غير الحصرية المعطاة لعدة وسطاء، حلولاً من شأنها أن توفر المنافسة الأكبر الممكنة لأفضل فائدة للزبون: إنها تسهر على أن لا يحتفظ الوكيل لنفسه بغير وجه حق بربح في عملية بسبب مجرد تدخل منتظم.

31254 - الكيفيات الأخرى. على أن الحالات متنوعة إلى ما لا نهاية له في

(1) قارن بـ M. Boizard et J. M. Guth، ف د ت، V، وكلاء الأعمال 1984، رقم 59، أضيف إلى ذلك S. Sanz، Le droit à commission de l'agent immobilier، م ف ق م، 1987، 507، ص 528.

(2) انظر غ م أن، 16 تشرين الأول 1984، ن م، I، رقم 259، مؤسسة تجارية، نقض الحكم الذي منح الوكيل عمولة وقد مثل مكتسب الملكية، مع أن البيع لهذا الأخير أبرم بواسطة وكيل آخر، بحجة مغلوطة بأن البائع، تعهد بعدم التعامل مع مكتسب الملكية إلا عن طريق الوكيل الذي مثله: «عندما يعطي الموكل وكالة حصرية لبيع المال ذاته لعدة وكلاء لن يكون ملزماً بدفع أجر أو عمولة إلا لمن أبرم العملية فعلياً»، عدا حق الوكيل في العطل والضرر عند خطأ البائع ومع الأخذ في الحسبان العناية المبذولة؛ غ م أن، 22 تموز 1986، ن م، I، رقم 213، الحل نفسه، رغماً عن بند معاكس يعطي الحق في العمولة للوكيل عندما يتعامل البائع، بعد انقضاء مدة الوكالة، مع مكتسب ملكية جرى تقديمه بعنايته: تتوجب العمولة لمن توسط وأبرمت العملية عن طريق هذه الوساطة، حتى ولو كان مكتسب الملكية قد توجه في السابق إلى البائع عن طريق وكيل آخر، ومع التحفظ لجهة العطل والضرر عند خطأ البائع.

أضيف إلى ذلك غ ت ن، 28 تشرين الثاني 1956، ن م، III، رقم 312، بيع مؤسسة تجارية وكييل لم يثبت التسوية ولم يبرهن على أن البيع قد تم بوساطته وبفضل عنايته، وكييل بين القضية لمكتسب الملكية مع آخرين. بيع تم عن طريق وكيل آخر، اتعاب، كلا؛ غ ت ن، 15 تموز 1957، ن م، III، رقم 227، بيع مؤسسة تجارية، غياب حصرية معطاة للوكيل، تقديم مكتسب الملكية من قبل الوكيل، الحق في العمولة، كلا، مكتسب ملكية تمكن من الحصول على قرض بفضل وكيل آخر حرر العقد؛ غ م أن، 18 آذار 1975، ن م، I، رقم 109، بيع ملك، وكالة غير حصرية، وكييل عرّف بمكتسب الملكية ولكنه لم يحقق البيع، الحق في العمولة، كلا.

الممارسة ويمكن أن تحدد الاتفاقية أي نوع من الكيفيات .

فبإمكان الفريقين الاتفاق على أن الوكيل له الحق في العمولة لمجرد أنه قدم المتعاقد للموكل⁽¹⁾. ويتم في بعض الأحيان إجراء مدفوعات منتظمة أو متدرجة: مكافأة مستقلة عن العمليات المعقودة لوكيل أعمال يتدخل بصورة مستمرة في إدارة أموال زبونه. وغالباً ما يتم الأمر على هذا النحو عندما تتعلق الوكالة باجارة العمل المستقل، أي بتقديم خدمة: حال وكيل الملكية المشتركة⁽²⁾.

وقد يحدث أيضاً أن لا تفسح الوكالة في المجال لتنفيذ جزئي وأن يقبل الأجر الجزئي للوكيل عندما يستفيد منها الموكل⁽³⁾.

ويمكن التساؤل، في ما يتعلق بالوكيل العقاري، حول قانونية البند الذي يعلن فيه الوكيل الموكل أنه يحتفظ بحقه في الأجر⁽⁴⁾ حتى ولو تمت القضية بدون وساطته⁽⁵⁾. ويبدو بالفعل أن قانون «Hoguet»، في 2 كانون الثاني 1970 قد أضفى الصحة على الأسلوب طالما أنه ينص على أن بنداً كهذا يجب أن يراعي القواعد المحددة بمرسوم: وقد جاء في هذا النص انه يجب أن يرد في تعابير «ظاهرة جداً» وعلى ان الوكالة، في هذه الحالة، يمكن فسخها خلال ثلاثة أشهر⁽⁶⁾.

على أنه يمكن الشك في حظوظ تطبيق اشتراط كهذا من قبل المحاكم عندما تنفي بانتظام أي حق في الأجر للوكيل الذي لم يقم هو نفسه بالعناية بالقضية حتى حسن تحقيقها، وهي تتوافق، فضلاً عن ذلك، على إعادة النظر في الاتعاب المطلوبة تبعاً

(1) انظر غ م أن، 13 حزيران 1984، ن م، I، رقم 192، بائع عقارات لديه مصلحة خاصة للبيع وأعطى وكالة لوكيل للبحث عن مكتسبي ملكية، تعهد بالتوقيع مع أي شخص للاتفاق على الثمن والشروط الموضوعة، حق في الأجر: إرسال مكتسبي محتملين يكفي لتسوية العمولة المتفق عليها إذا اشترى حتى ولو لم يشرف الوكيل على التوقيع.

(2) انظر حول أجر وكيل الملكية المشتركة المادة 29 من مرسوم 17 آذار 1967 المتخذ تطبيقاً لقانون 1965 حول الملكية المشتركة، قانون الملكية، تأليف Lafond et Stemmer، منشورات Litec، 1986، د، 1987، المادة 29، حيث جرى توضيح أن أجر الوكيل ينقسم عموماً إلى أتعاب جزافية للإدارة اليومية وأتعاب تحسب على أساس الكلفة بالساعة لمدة تأدية التقديمات الخاصة.

(3) انظر غ ت ن، 21 كانون الأول 1981 المذكور سابقاً، ن م، IV، رقم 450، برنامج عقاري، أجر موعود محدد بالقسم المنفذ.

(4) انظر في شأن منع الوكيل العقاري استيفاء عمولة طالما لم تبرم القضية بموجب قانون «Hoguet»، ما قبل النص.

(5) انظر J. L. Bergel، Les ventes d'immeubles existants، 1983، 277، لصالح القانونية؛ فائدة النص هي أيضاً أنه يستبعد النقاش عندما يفسح البيع في المجال لممارسة حق الشفعة، وبالتالي لا يكون الشاري من اقتراحه الوكيل، انظر J. L. Bergel المذكور سابقاً رقم 280.

(6) المادة 6، الفقرة 7 من القانون والمادة 78 من المرسوم التطبيقي في 20 تموز 1972؛ انظر حول هذه النصوص الرقم 31192 السابق.

للخدمات المؤداة فعلياً⁽¹⁾.

31255 - ب. تحديد مبلغ الأجر. يحدد الفريقان، مبدئياً، أجر الوكيل، وإلاّ حدده القاضي الذي يتدخل، علاوة على ذلك، لاعادة النظر في مبلغ هذا الأجر إذا بدا مفرطاً، إلاّ أن سلطته لها حدود.

31256 - 1° التحديد من قبل الفريقين أو القاضي. يحدد الفريقان، مبدئياً، ما يتوجب للوكيل: أجر جزافي بالنسبة إلى قضية ما، ونسبة مئوية من المبلغ المراهن عليه، وتعويض دوري بالنسبة إلى سلسلة من المهام...

بيد أن المحاكم يمكن أن تتدخل في تقويم هذا الأجر، ذلك بأنه ليس من المفروض عموماً لصحة الوكالة أن يحدد الفريقان هذا الأجر منذ الانطلاق⁽²⁾. ويكون هذا الدفع قائماً بصورة خاصة عندما تكون شروط تنفيذ الوكالة سيئة الفهم في آونة إنائها بحيث ان تقديراً مسبقاً ليس مأمولاً. والحال، في وضع كهذا، أنه ليس من الأكيد أن ينجح صاحب العلاقة في الاتفاق عند الاستحقاق.

وعلى المحاكم، حتى لو كانت تتمتع بسلطة سيادة في هذا الصدد، ان تأخذ في الحسبان أهمية الخدمات المؤداة وظروف القضية⁽³⁾. هذه هي المبادئ التي ترشد في تقويم القاضي للأجر. إن لها دورها أيضاً في تخفيض الاتعاب القضائي.

31257 - 2° إمكانية إعادة النظر القضائية. قد يجري القضاء إعادة نظر في مكافأة الوكيل: يتيح الحل تجنب طلبات اتعاب مفرطة وإعادة كلفة الخدمة المؤداة إلى النسب الصحيحة للأتعاب والعناية المقدمة. ويفسر ذلك حكم محكمة استئناف بوردو الصادر في أول نيسان 1857 بهذه العبارات في صدد مكافأة وكلاء أعمال: «يمكن أن يكون الشخص الذي يتعامل مع وكيل أعمال قد خضع لتأثير وساوس في غير محلها أو آمال مغالى فيها، ووافق بدون معرفة تامة بالأمر على أجر غير مألوف»⁽⁴⁾.

(1) انظر أيضاً غ م أن، 27 كانون الثاني 1981، ن م، I، رقم 28، وكالة غير حصرية للبيع معطاة لوكيل عقاري، «إذن زيارة» يتضمن موجب مكتسب الملكية المحتمل بأن لا يتعامل إلا عن طريق الوكالة تعهد حصرية مناقضة للوكالة؛ انظر أيضاً الرقم 31260 اللاحق.

(2) انظر حول هذه النقطة الرقم 31178 السابق.

(3) انظر غ ع، 8 كانون الثاني 1890، د، 1891، 1، 22، مدير قضائي، يحدد القاضي الأجر في حال عدم اتفاق الفريقين، سلطة سيادة لقضاة الواقع، أخذ الشروط التي نفذت الوكالة بموجبها في الاعتبار على سبيل المثال واقع كون المهمة كانت عادية وسهلة؛ غ ع، 5 كانون الثاني 1869، د د، 1869، 1، 27، وكيل avoué مكلف قضية خارج وظيفته، حق في الاتعاب، «أجر متناسب مع العمل»؛ غ م أن، 23 تشرين الأول 1979، ن م، I، رقم 252، مستشار قانوني، ضرورة تحديد الأجر «نظراً إلى ظروف القضية وأهمية الخدمات المؤداة»: استحالة الاكتفاء بتقدير أن العرض الذي قدمه الموكل كافٍ.

(4) د، 1857، 2، 22، تخفيض الاتعاب المطلوب بعد البيع، استحالة؛ وأضاف الحكم: «إذا كان من =

يعود مصدر إعادة النظر القضائية في أتعاب الوكلاء إلى مبادرة مستقلة في بداية القرن التاسع عشر⁽¹⁾. وقد طبقتها المحاكم بانتظام منذ ذلك الحين⁽²⁾، ومدتها في قسم منها إلى اجارة العمل المستقل، أو عقد المقاوله بتطبيقها على مهن كمهنة المهندس المعماري أو المحامي⁽³⁾. وقد تم تقديمها في أيامنا بأنها بطيئة خاطر تعود إلى «اجتهاد قديم ومستقر»⁽⁴⁾.

وتميل المحاكم إلى أن ترى في ذلك قاعدة أمره: تطبقها، مع أن الفريقين ارادا استبعادها، باعلان أن الأجر متوجب بكونه «غير قابل للتخفيض وجزافي»⁽⁵⁾. غير أن محكمة النقض (أو التمييز) قررت أن العمل بها يعود إلى سلطة قضاة الاساس السيدة⁽⁶⁾.

إن القاعدة غير موجودة في القانون الروماني حيث كانت الوكالة ترتدي، مبدئياً، طابعاً مجانياً وحيث لا يتجه الفكر، عندما ينتهي الأمر بقبول بدفع إكرامية للوكيل بصفة

= الصحيح، في القانون، كما كرس الاجتهاد، ان الأجر المشروط من وكلاء الأعمال يمكن أن يخفضه القاضي، على عكس المبدأ الذي بمقتضاه تقوم الاتفاقيات المكونة قانونياً مقام القانون تجاه من أبرموها، عندما يكون مفراطاً، فالأمر على خلاف ذلك عندما ينتهي الفضول، ونتيجته معروفة تماماً، وقد كان الموكل في وضع يمكنه من تقدير الأجر العادل الذي قد يتوجب».

(1) انظر Troplong, Du mandat, رقم 246، حيث يستند المؤلف بصورة خاصة إلى حكم غرفة العرائض في 11 آذار 1824 الذي أعلن أن «كل أجر وكيل أعمال... هو قابل لتقويم القاضي وتنظيمه»؛ أضف إلى ذلك G. Cornu، م في م ف ق م، 1971، 172.

(2) انظر النقض المدني، 12 كانون الثاني 1863، د، 1863، 1، 302: «كان لمحكمة الاستئناف الحق وعليها الواجب في البحث عن علاقة أهمية العناية والمساعي والجهد التي بذلها الوكلاء بالاجر المتفق عليه وتخفيضه عندما يبدو مفراطاً»؛ حكم محكمة استئناف باريس، 3 نيسان 1873، دد، 1873، 2، 199، الذي تمسك بفكرة «أن السبب الحقيقي للموجب هو لاحق للموجب نفسه»، وأنه يقتضي الأخذ استدلالياً «بالمقياس الصحيح لمنفعة الخدمة»؛ غ ع، 12 كانون الأول 1911، دد، 1913، 1، 129، تعليق Feuilleley، بيع مؤسسة تجارية، ضرورة جعل الاتعاب متناسبة مع الخدمة المؤداة، سلطة إعادة النظر والمراقبة، تعود إلى المحاكم: يتمسك المؤلف كتسويغ عملي بتحسّن وكلاء الأعمال في عمليات بيع مؤسسة تجارية؛ حكم محكمة استئناف Riom، 3 أيار 1920، دد، 1920، 2، 112، بيع مؤسسة تجارية عن طريق وكيل أعمال؛ غ ت ن، 23 كانون الثاني 1962، ن م، III، رقم 51، وكيل غير مهني، نصائح ومساعد، أجر بنسبة مئوية من رقم مبيعات الشركة، مدة التعهد خفضت من 99 سنة إلى 15 سنة، مجازفة محدودة لا يمكن أن تشكل عقبة أمام التخفيض؛ غ م أ ن، 7 أيار 1969، ن م، I، رقم 172، وسيط في بيع عقار، عناية قليلة الأهمية، قارن بـ غ م أ ن، 17 نيسان 1956، د، 1956، 427، نسابي (اخصائي نسابة)، طابع جزافي للمؤسسة، رفض تخفيض الأجر.

(3) انظر الرقم 32192 اللاحق، وفي صدد النصح في تنظيم المؤسسة، انظر حكم محكمة استئناف Rennes، 17 نيسان 1969، م ف ق م، 1971، 172، G. Cornu.

(4) Malaurie et Aynès، رقم 550.

(5) انظر غ م ث ا ن، 20 شباط 1973، ن م، III، رقم 145، وكالة حصرية معطاة لوكيل عقاري، وكيل لم ينجز وکالته بکاملها.

(6) انظر غ م أ ن، 7 أيار 1969، ن م، I، رقم 175، المذكور سابقاً، بيع عقار.

مقابل للخدمة المؤداة⁽¹⁾، إلى امكانية تعديلها بمفعول مراجعة القاضي. وهي لا توجد لدى Pothier الذي يعتبر أن أتعاب الخدمات التي «تتوقف على مهنة حرة»، وبالتالي على الوكالة لا على عقد الاجارة، هي «مكافأة» وليست «بدل ايجار»: وبما أن ما تم دفعه ليس في الحقيقة ثمن هذه الخدمات التي «يؤديها الأطباء والنحويون والفلاسفة في مهنتهم لأنه «يتعذر تقديرها» بطبيعتها⁽²⁾، فإنه من السهل إدراك أن المؤلف لم ير أن مكافأة كهذه تفسح في المجال لتخفيضها. يضاف إلى ذلك انه كان ثمة شك، في تلك الحقبة، في أن يكون الدائن حائز دعوى أمام القضاء ليحصل على الدفع⁽³⁾.

وقد انتشر المبدأ، في الواقع، في الاجتهاد في بداية القرن التاسع عشر. وتبين قراءة Troplong أن الحل توطد بسرعة، وكان له، جزئياً على الأقل، تسويق في الطابع المجاني في الأصل للوكالة؛ ويشرح هذا المؤلف، في صدد وكلاء الأعمال في القانون التجاري الذين يمكن أن يطمحوا إلى أجر بدون أن تكون هذه المكافأة قد أدت إلى ترك الوكالة للسقوط في الايجار، تطبيق الاجتهاد الذي جعل مكافأتهم قابلة لأن «يقومها القاضي ويسويها» بهذه العبارات: «تخضع تصرفات الوكيل لإعادة النظر هذه لانه ينبغي ان تحتفظ بطابع الخدمات مع انها مكافأة؛ ولانه يقتضي ألا تنزع هذه الاتفاقيات الفظة أي نوع من المنفعة لوظيفة مفيدة إلى حد كبير؛ ولأن تصرفات كهذه وهي في وصف الوكالات يجب ألا يخضعها الفريقان لتعرفات كيفية كما في الإجارة؛ ولأن الأجر يجب أن يبقى زهيداً وأن يكون على هذا النحو دائماً في الوكالة»⁽⁴⁾. غير أن Aubry و Rau، إذا كانا قد اعترفا تماماً بهذا المبدأ، فقد عزلا مداه إلى حد كبير باعلان أن المحاكم «مسموح لها بتخفيض الأجر المشروط عندما تكون مساعي الوكيل وعناياته، عقب ظروف لاحقة، ولاسيما عقب مصالحة أبرمها الموكل بدون اشتراك الوكيل، قد جرى تقليل شأنها»⁽⁵⁾.

31258 - المدى المزدوج. إن المدى العملي للقاعدة يحقق بروزه التام إذا أدركنا

انه يمكن أن يكون له دور في نوعين من الأوضاع ينبغي التفريق بينهما. فإعادة النظر واردة في الواقع سواء أكانت المكافأة قد نصت عليها الاتفاقية في الأصل أو جرى تحديدها

(1) انظر حول أجر الوكيل، G. May, Éléments de droit romain، رقم 156؛ وعلى نقيض ذلك Malaurie et Aynès، رقم 550.

(2) Du contrat de mandat، رقم 26.

(3) انظر Pothier, Du Contrat de mandat، رقم 26، وهو يقبل ذلك بالنسبة إلى موضوع الخدمات التي يؤديها الوكلاء وإنما يجد في شأنها تسويغات مرتبكة.

(4) Du mandat، رقم 246، وكذلك رقم 632.

(5) محاضرات في القانون المدني الفرنسي، 1871، الباب IV، الفقرة 414، الاستشهاد في اتجاه معاكس.

لاحقاً من قبل الوكيل عقب التنفيذ. ومهمة المحكمة، في هذه الحالة أو تلك، هي إرجاع الاتعاب المطلوبة إلى قيمة الخدمة المؤداة فعلياً.

- الوضع الأول هو الوضع الذي لا يكون فيه أجر الوكيل محدداً في الأصل.

في فرضية كهذه، إذا كان يجوز للفريقين أن يراجعا المحكمة لسد هذه الثغرة⁽¹⁾، فإن ما يجري في أغلب الأحيان عملياً هو أن الوكيل يحدد بمبادرة منه، عقب التنفيذ، الاتعاب المأمولة. والحال أنه يحدث أن لا يكون الموكل موافقاً على المبلغ المحدد على هذا النحو بعد إنجاز المهمة. ويجعل الأسلوب إمكانية اللجوء إلى القاضي في حال النزاع لا غنى عنه.

وهذا ما يجري التحقق منه، فالتدخل القضائي في تقويم أجر الوكيل هو، في المقام الأول، النتيجة الطبيعية لغياب ضرورة تحديد ثمن الخدمة عند إبرام عقد الوكالة.

- الوضع الثاني الآخر، المختلف تماماً، هو الوضع الذي تكون فيه الاتعاب محددة في الأصل في الاتفاقية، وإنما بمبلغ يرفضه الموكل لاحقاً. وإعادة النظر ممكنة في هذه الفرضية الثانية أيضاً. ويشهد الحل، بالتأكيد، على جرأة كبيرة.

لأنه يصطدم مواجهة بمبدأ مراعاة الاتفاقيات المعقودة الذي طرحته المادة 1134 من ق م، ويبدو كتدبير حماية متعاقد يعتبر الأضعف بداهة وهو الموكل، ذلك بأنه ينبغي تدارك الغلط، فالمراجعة ليست معزولة عندما تتغير الظروف بطريقة لم تكن الطريقة التي توافق الفريقان عليها مما يحمل على التفكير في أن علة وجود إعادة النظر هذه تعود إلى هذا التغيير⁽²⁾. ومن الصحيح أن الظاهرة قد تحدث⁽³⁾.

بيد أن الوضع الأكثر إثارة للاهتمام هو الوضع الذي لا يكون فيه أي سبب من هذا النوع: لا تعود إعادة النظر القضائية مسوّغة عندئذ إلا بالطابع المفرط بالضبط، ان لم يكن تعسفياً، للاجر بحد ذاته. هذا هو السبب الذي من أجله يجاز للمدين أن ينازع في كلفة الخدمة المؤداة.

31259 - التسوية. أمكن القول، من سلطة إعادة النظر القضائية في الاتعاب، المعتبرة «غير مألفة»⁽⁴⁾ على وجه العموم، إنها مسوّغة برقابة القاضي المتعلقة بالمهن

(1) حول هذا التحديد للاتعاب من قبل القاضي، الرقم 31256 السابق.

(2) وضع يتمسك به Aubry et Rau، 1871، الفقرة 414؛ ويعني ذلك، إذا صح القول، فكرة عدم التوقع أو بند الإسناد إلى الحالة التي كانت قائمة Rebus sic stantibus، انظر G. Cornu، ص 360.

(3) أعطت المادة 75 من مرسوم 20 تموز 1972 مثالا في المادة العقارية تطبيقاً لقانون «Hoguet» في 2 كانون الثاني 1970: قيل، في شأن الوكلاء العقاريين، إن تعديل الأجر ممكن إذا كان هذا الأجر جزافياً وفي حال كان ثمن بيع المال مختلفاً عما نصت عليه لوكالة في الأصل.

(4) انظر G. Cornu، ص 360 الذي يرى في ذلك «توسعاً بمبادرة مستقلة لنظرية الغبن» على أساس الانصاف.

التي ولدت مخاطرة إساءة استعمال التأثير⁽¹⁾. وجرى التمسك، لتفسير ذلك، بالمجانية التقليدية للوكالة، وإنما هناك توافق في النهاية على التفكير في أن ذلك ليس مبنياً إلاً على الأمر بالانصاف⁽²⁾.

ويمكن التذرع أيضاً بأن الخدمة التي من الواجب تأديتها، في هذا الشأن، على عكس ما يجري في بيع مال أو إيجاره، قد تكون صعبة التقييم: لذلك لا يوضح الفريقان دائماً أجرها في الأساس، حتى ولو قاموا بذلك، فقد يبدو عدم تناسب بين الأجر المعني والعنايات الشخصية، يخشى أن يكون كبيراً فيما بعد وغير مسوّغ في نظر القضاة، وذلك بغض النظر عن الحالات التي قد تكون فيها الخدمة المؤداة نفيسة جداً: هكذا هي الحال في وكالة الخصومة عندما يكلف الممثل الدفاع عن مصالح زبونه الشخصية أو العائلية، حتى عن حرية هذا الزبون في حال الملاحقة الجزائية. كل ذلك يناضل لصالح الرقابة القضائية.

ويبدو أن هذا الحل، في أي حال، لا ينشئ منازعة قضائية تقنية، وحسناته، في نهاية المطاف، تفوق سيئاته.

31260 - غياب سبب الأجر. إن تدخل المحاكم، بطريقة أكثر جذرية أيضاً، في سلم الرقابة القضائية التي تتناول أتعاب الوكلاء، قد يذهب حتى إلى نفي حق الوكيل في الأجر إذا ظهر أن دوره لم يكن في النهاية منفيداً: هكذا الأمر بالنسبة إلى عملية تحققت، في الواقع، بدون تدخله، أو كذلك إذا لم يثبت أنه كرس عناية ما لتحقيقها.

وتطرح المسألة بصورة خاصة في حالة بند جزائي يضمن للوسيط إستيفاء عمولة إذا تمت القضية عن طريقه أم لا⁽³⁾. وقد أتى الاجتهاد، المبني ضمناً على فكرة غياب

(1) انظر G.Cornu، م ف ق م، 1971، 72، Malaurie et Aynès، رقم 550، أضيف إلى ذلك Van Die VCEt، Le pouvoir du juge de réduire le salaire, contractuellement fixé à l'agent d'affaire, histoire d'une jurisprudence, Mélanges Dabin، الباب 2، ص 911.

(2) انظر Planiol et Ripert، الباب XI، تأليف Savatier، رقم 1484؛ J. Flaur et J. L. Aubert، الموجبات، العمل القانوني، 1991، رقم 244، F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette، القانون المدني، الموجبات، 1993، رقم 297؛ Starck، تأليف Roland et Boyer، الموجبات، الباب 2، 1989، رقم 814.

ويقال أيضاً إن الحل الذي أخذ به الاجتهاد يركز على تفسير أحكام المادة 1999 من ق م، بالاستدلال بالضد: تستهدف الفقرة 2 من هذه المادة في المقام الأول سداد النفقات ودفع أجر الوكيل، ثم تستبعد امكانية الموكل في طلب تخفيض مبلغ هذه المصاريف، مما يمكن الاستنتاج منه أن تخفيض الأجر ممكن، انظر Fréjaville، محاضرات في الاجازة للسنة الثانية، محاضرات في القانون 1960، ص 161.

(3) انظر غ ت ن، 14 أيار 1973، بيع مؤسسة تجارية، مكتسب الملكية مرتبط بوكيل بتعهد مقترن ببند جزائي، عملية تحققت عن طريق وسيط آخر، الحق في الاستفادة من البند، كلا: «لن يكون للتعهد قيمة إلا عندما يكون قد جعل نفسه طرفاً مقابلاً في شأن بيان المال المعد للتنازل عنه»؛ قارن ب غ م ت ن، 9 شباط 1956، بيع مؤسسة تجارية، تعويض مطلوب من مكتسب الملكية الذي تعامل مباشرة مع البائع، رد ادعاء الوكيل لأن مكتسب الملكية كان على علم بوضع المؤسسة في البيع عندما قدم خدماته؛ قارن بحكم محكمة استئناف =

السبب لاستبعاد أجر الوسيط، بحماية معينة ضد بنود الحصرية ذات المفاعيل الضارة أحياناً.

31261 - 3° حدود إعادة النظر القضائية. لسلطة إعادة النظر في الاتعاب حدود

مختلفة يمكن تصنيفها في فئتين.

الحد الأول واضح إلى حد كبير بحيث انه إذا كان الأجر متفقاً عليه ما أن تؤدي الخدمة فهو لا يعود قابلاً للتعديل⁽¹⁾. وللموكل بالفعل، عدا حالة الغلط أو الخداع (أو التدليس) التي تتطلب إثباتاً خاصاً، كل الإمكانية في قياس مدى الخدمة المؤداة والالتزام مع علمه التام بالأمر. بيد أنه ينبغي أيضاً أن يفصل قليل من الزمن تنفيذ الوكالة عن قبول الأجر: إذا حصل الاثنان في آن واحد، ولاسيما إذا وعد الوكيل بالاتعاب عند تنفيذ المهمة، فإن مهلة كهذه ليست موجودة وتبقى المنازعة ممكنة⁽²⁾.

وتقترب من هذه الفرضية فرضية أدق هي فرضية الدفع الإداري للاتعاب الذي يقوم به الموكل: هل يمنعه قيامه بذلك من طلب إعادة النظر في هذه الاتعاب؟ هذه الحالة مختلفة إلى حد ما عن السابقة: كان الأجر قد حدده الفريقان في الأصل أو حدده الوكيل، بمبادرة منه، بعد التنفيذ، ودفع الوكيل هذا الأجر بدون التفكير في المنازعة فيه (أو بدون إمكانية المنازعة: الاعتقاد بأنه يصطدم مثلاً بحق الوكيل في الاحتجاز). ولكنه فكر في ذلك فيما بعد. وتبدو إمكانية طلب التخفيض، في حالة كهذه، غير مغلفة⁽³⁾، والسبب هو أن الدفع، الإرادي بالتأكيد، كافٍ بحد ذاته لإثبات قبول حقيقي بالمبلغ المعني.

= باريس 25 نيسان، 1956، د، 1956، 705، ايجار ادارة ثم بيع مؤسسة تجارية، غياب حق الوكيل بالنسبة إلى البيع؛ قارن بحكم محكمة استئناف باريس، 25 نيسان 1956، د، 1956، 705، اجارة ادارة مؤسسة تجارية تم بيعها، غياب حق الوكيل بالنسبة إلى البيع؛ قارن أيضاً في ما يتعلق بنسابين (أي اخصائيين في النسابة)، غ م أن، 18 نيسان 1953، د، 1953، 403 و Weill et Terré Les obligations، 1986، 261.

(1) انظر حكم محكمة استئناف بوردو أول نيسان 1857 المذكور سابقاً، د، 1957، 2، 122؛ حكم محكمة استئناف روان 20 كانون الأول 1966، م ق ع، 1967، 1، 93، بيع مال ريفي، عمولة معتاد دفعها؛ غ م أن، 19 كانون الثاني 1970، ن م، I، رقم 23، بيع عقار، وكالة حصرية معطاة لوكيل، رفض التعامل مع مكتسب الملكية المقترح، بيع من الغير، اعتراف البائع بالعمولة المتوجبة، تخفيض، نقض: «لا يستطيع القضاة تخفيض المبلغ إلا أن يعترف الموكل بعد نهاية الوكالة بأن العمولة تتوجب عليه»؛ قارن بـ غ م أن، 14 كانون الثاني 1976، م إد، 1976، II، 18388، بيع جناح، نقض القرار الذي رفض تخفيض العمولة بدون البحث عما إذا جرى الاتفاق عليها بعد البيع.

(2) انظر غ م أن، 7 أيار 1969، ن م، I، رقم 172 المذكور سابقاً، بيع عقار، وعد بالبيع واعتراف بالاتعاب الموقع عليها في الوقت عينه، إعادة نظر.

(3) في هذا الاتجاه حكم محكمة استئناف باريس 20 تشرين 1854، دد، 1855، 5، 243، دفع أجر وكيل الأعمال إرادياً لا ينتزع من الموكل الحق في المطالبة باسترداد ما تم دفعه زيادة عن المبلغ الذي حكم به القضاة.

ويوجد الحد الثاني عندما يكون الوكيل قد قدم حساباته بما فيها الأجر الواجب دفعه وصدقها الموكل. فإذا كان هذا الموكل قد أعطى براءة ذمة - وعليه موجب فعل ذلك، إذا كانت الحسابات صحيحة - يكون عندئذ قد اعترف بأن الأجر المطلوب كان متناسباً مع الخدمة المؤداة. ولا تعود إعادة النظر في الأتعاب ممكنة، وتحل محلها دعوى لتقويم الحسابات وفقاً لشروط المادة 541 من ق م بسبب الغلط أو الإغفال أو التزوير أو الاحتيال⁽¹⁾.

ولتفسير ذلك تم إعلان ما يلي: «يمكن تخفيض الأجر الذي يشترطه وكلاء القضية إذا كان مفرطاً، إلا أن هذا الحق لا يمكن أن يمتد إلى الحالة التي تكون فيها الوكالة قد انتهت وجرى فيها تقديم الحساب الذي يتضمن هذا الأجر وجرى تصديقه وقدم الوكيل الرصيد المتوجب عليه ووضعه بين يدي الموكل؛ وإذا كان الأمر خلاف ذلك فإن الوكيل، رغماً عن براءة ذمته، يكون خاضعاً لمدة ثلاثين سنة لدعوى الاسترداد مع أنه، بتسليم الأوراق، أو جهل ورثته ظروف القضية، يجد نفسه في استحالة الدفاع عن نفسه»⁽²⁾.

القسم IV

تعدد الموكلين أو الوكلاء

31262 - التضامن. كرّس القانون المدني أحكاماً في حالة تعدد الموكلين أو الوكلاء لها سمة التضامن بينهم. ومسألة تعدد المتدخلين الوحيدة ليست، من هذا الجانب أو ذاك، هي المسألة التي تبرز وحدها. وهكذا يحدث، في حالة تعدد الوكلاء، وجود تردد حول نقطة معرفة على من يتوجب الأجر المشترك⁽³⁾.

وتنص المادة 1995 من ق م على حالة وجود عدة وكلاء في القضية نفسها «كلّفوا في العقد عينه». وهي تنص، على وجود اشتراط خاص، على انه ليس هناك من تضامن بينهم. وإذا كان القانون المدني قد أكد هنا ثانية مبدءاً مستقراً في المادة المدنية، فإن ذلك من أجل استبعاد الشكوك حول هذا الموضوع، لأن القانون القديم كان يقبل التضامن بين الوكلاء⁽⁴⁾. والحل الذي أخذت به المادة 1995 مفهوم في الإمكانية التقليدية للوكالة التي

(1) انظر الرقم 31237 السابق حول تقويم الحسابات.

(2) حكم محكمة استئناف بورديو أول نيسان 1857، د، 1857، 2، 122، تخفيض الأتعاب المفرطة، استحالة: دعوى تقويم الحسابات مجازة وحدها فقط بعد براءة الذمة.

(3) انظر غ م أن، 16 تشرين الأول 1984، ن م، I، رقم 259، وغ م أن، 22 تموز 1986، ن م، I، رقم 213، وكلاء عقاريون، وكالة غير حصرية ببيع مؤسسة تجارية: العمولة متوجبة لمن تمت العملية بناء على توسطه.

(4) انظر Pothier, Du contrat de mandat، رقم 65.

لها طابع خدمة صديق. وسندها أضعف في ما يتعلق بالوكالة المأجورة. على أن هذا الحل لا يسري على الوكالة التجارية الطابع.

وعلى العكس، تنص المادة 2002 على أن هناك تضامناً بين الموكلين في حالة تعددهم أي أن الوكيل أقامه عدة أشخاص «في قضية واحدة» (مفهوم «القضية الواحدة» كما هي الحال في المادة 2006، وإنما بدون أن يكون ذلك بالضرورة في «العقد نفسه»، بخلاف ما تنص عليه المادة 1995)، ويبدو الحل منطقياً ومشابهاً لحل المادة 1995 مع أنه يوصل إلى نتيجة عكسية: أن الوكيل، لأنه يقدم خدمة صديق، يجب أن يكون مؤمناً بالخروج من هذه العملية معوضاً عليه، وبالتالي أن يكون بإمكانه أن يطلب ذلك بالنسبة إلى الكل، إلى كل من محاوريه.

على أن الاجتهاد يطبق المادة 2002 على جميع الوكالات المجانية أو المأجورة ويمد الخطوة إلى أبعد من عقد الوكالة بحصر المعنى طالما أنه يعتبر، على سبيل المثال، الكتاب العدل هم حائزو دعوى تضامنية لدفع أتعابهم أو النفقات المصروفة في هذه الدعوى، ضد جميع الفرقاء الذين لجؤوا إلى وساطته: والحال أن الكاتب العدل، عند الاضطلاع بوظيفته، لا يقوم بذلك كوكيل وإنما كموظف عام له سلطة تنظيم عقود يضيف عليها الرسمية⁽¹⁾.

وحول حق الوكيل في الأتعاب في حالة تعدد الوكلاء انظر الرقم 31250 السابق وما يليه.

(1) انظر النقض المدني، 30 كانون الثاني 1889، دد، 1889، 1، 440، عقد بيع عقار، دفع المصاريف والأتعاب، بائع ملزم بالكل ومكتسب الملكية معسر، دعوى أقيمت قبل مرور الزمن الخماسي في قانون 1881: رأى التعليق أن الحكم لا ينسجم مع الاجتهاد الذي يعتبر التمثيل عنصراً أساسياً في الوكالة لأن «الكتاب العدل... ليسوا ممثلي الفريقين اللذين يضيف علي عقودهما الرسمية»؛ أضف إلى ذلك النقض المدني، 19 تشرين الثاني 1830، س، 1831، 1، 28، حكاه؛ انظر أيضاً حكماً أدان «بالتضامن» شركة ومديرها الواقعي بكلفة الاشغال التي طلبها وكيلها، تصديق ضمني من قبل الشركة، غ م ت ا ن، أول تموز 1971، ن م، III، رقم 436.

الفصل IV

تلاشي الوكالة أو زوالها أو نهايتها

31263 - إعلان. إنهاء الوكالة يتم بكيفيات تبين طابع بالنظر إلى الشخص المتعاقد معه الذي يرتديه هذا العقد تقليدياً، وإنما ينزع إلى التلاشي (القسم I). وبعد تفحص أسباب زوال الوكالة من الملائم بحث الخصائص التي قد تكون للتأمينات وأنواع التقادم (مرور الزمن) التي يمكن أن تطبق عليها (القسم II).

القسم I

أسباب التلاشي أو الزوال

31264 - تقديم. تطرقت المواد 2003 إلى 2010 من ق م إلى «الطرق المختلفة لانتهاء الوكالة»، ويضم ذلك، بصورة خاصة، إمكانية الرجوع الإرادي من جانب واحد من قبل الموكل: هذا هو القانون العام في هذا الشأن (الفقرة 1).
إلا أن هذا العقد تطور تطوراً ضخماً بأن أصبح شيئاً فشيئاً دعامة أنشطة اقتصادية مستمرة: غالباً ما يرتدي عندئذ طابع وكالة مصلحة مشتركة، وذلك مفهوم اجتهدادي يعود إلى النصف الثاني من القرن التاسع عشر، ولم توضع نهاية له بالطريق نفسها (الفقرة 2)، وذلك بقطع النظر عن أنه من المقبول أحياناً أن يكون بإمكان الوكيل التنازل عن الوكالة لشخص آخر جدير بأن يأخذ مكانه في نشاط التمثيل (الفقرة 3).

الفقرة 1 - قانون الوكالة العام

31265 - التنوع. أسباب التلاشي في قانون الوكالة العام مختلفة. وفاة أحد الفريقين والأجل المتفق عليه وعدول الوكيل ورجوع الموكل عنها.

31266 - أ. وفاة أحد الفريقين. تلاشي الوكالة أو زوالها المنصوص عليه في المادة 2003 من ق م، الفقرة الأخيرة، المتفق على الاعتراف لها بالطابع البديل، عقب وفاة أحد الفريقين، مستمد من أنه يركز على ثقة الفريقين المتبادلة مما يطبعه بطابع بالنظر

إلى الشخص المتعاقد معه⁽¹⁾.

ومن الواضح ان وفاة الوكيل يجب أن تضع نهاية للمهمة الممنوعة لأن الثقة بشخص الوكيل نفسه جوهرية: تكليفه الاهتمام بالمهمة لا يمكن أن ينتقل حكماً إلى ورثته الذين يبقون بموجب المادة 2010 ملزمين باعلام الموكل بوفاة مورثهم واتخاذ الحيطة التي تتطلبها الظروف⁽²⁾. إلا أنه من الممكن أن يشترط الفريقان، ببند خاص في العقد، ان تستمر الوكالة، رغمًا عن وفاة الوكيل، مع ورثته⁽³⁾.

وينتج زوال الوكالة أيضاً عقب وفاة الموكل⁽⁴⁾. غير انه يبدو، حتى ولو كان القانون المدني ينص على الزوال بالنسبة إلى هذا الفريق أو ذاك بطريقة تماثلية، انه أمر بشكل أقل في أن تحصل الفترة نفسها في الحالة الثانية⁽⁵⁾. يضاف إلى ذلك أن المادة 2008 تنص على الفرضية التي يجهل فيها الوكيل وفاة الموكل أو أي سبب آخر لانتهاء الوكالة وقد ورد فيها أن «ما فعله خلال هذا الجهل صحيح»: تستمر الوكالة إذا في انتاج مفاعيلها⁽⁶⁾. وتفرض المادة 1991، الفقرة 2، فضلاً عن ذلك، على الوكيل إنجاز مهمته عندما يكون هناك خطر ما عند وفاة الموكل. كل شيء يدعو إلى التفكير في أن الوكالة يمكن أن تتابع رغمًا عن الوفاة.

31267 - التخفيف. قد تسوّغ ظروف خاصة الحفاظ على الوكالة رغمًا عن وفاة

من أعطاها ولاسيما عندما يكون العقد لمصلحة الفريقين⁽⁷⁾. ويمكن أن يستتج ذلك أيضاً

(1) انظر غ ث ن، 20 نيسان 1967، م إ د، 1968، II، 15989؛ J. P. Doucet, Les effets de la mort sur le mandat، م ق ع، 1963، الفقه 27.

انظر في شأن وفاة أحد الفريقين M. Béhar- Touchais, Le décès du contractant، اطروحة من منشورات Economica، 1988؛ M. Béhar- Touchais، م إ، العقود والتوزيع، الكراستان 175 و 176، انقضاء العقد، 1988 و 1990.

(2) انظر غ ع، 21 أيار 1867، دد 1867، 345، س، 1867، 1، 251، تصفية شركة كانت موجودة بين الفريقين.

(3) انظر كمال غ ت ن، 22 أيار 1969، م إ د، 1968، II، 15389، تعليق P. L.، وكالة وكيل تجاري، حق الورثة في تقديم أحدهم كوريث.

(4) انظر كمال غ ت ن، 30 كانون الثاني 1980، ن م، IV، رقم 49؛ غ م أن، 9 حزيران 1976، م إ د، 1976، IV، 257؛ والعقد الذي يبرمه الوكيل بعد وفاة موكله باطل بطلاناً مطلقاً، انظر غ م أن، 9 حزيران 1976، ن م، I، رقم 213؛ إنما يعود إلى الغير إثبات أن العقد كان لاحقاً للوفاة في حال حصول الحادثين في اليوم نفسه، انظر غ ع، 30 تشرين الثاني 1925، د إ، 1926، 54، تنازل عن دين.

(5) انظر كمال غ ت ن، Ripert et Boulanger، رقم 2166: «تسوّغ القاعدة أقل بكثير بالنسبة إلى الموكل، بخاصة عندما يتعلق الأمر بوكالة مأجورة».

(6) يعود إلى الوكيل إثبات الطابع المشروع لجهله، انظر غ إ ن، 22 حزيران 1978، ن م، V، رقم 511؛ يمكن أن يتم ذلك بقرائن خطيرة ومنسجمة، انظر النقض المدني، 10 تشرين الثاني 1954، م إ د، 1955، II، 8616، تعليق Giverdon، م ف ق م، 1955، 522، J. Carbonnier.

(7) انظر كمال غ ع، 22 أيار 1860، دد، 1860، 1، 448، س، 1860، 1، 721، وكالة معطاة لموصى له لبيع عقارات لتسديد سلف أعطيت لبناء كنيسة، ارادة تستتج من موضوع الوكالة.

من أنه تابع لعقد آخر ملزم للطرفين: على سبيل المثال وكالة تسمية حكمين لتحديد ثمن البيع المكتسب نهائياً لا تصبح بدون مفعول بوفاة أحد الطرفين⁽¹⁾.

ومفهوم الوكالة بعد الوفاة هو المفهوم الذي يتم اللجوء إليه، في الممارسة بصورة خاصة، لتلطيف المبدأ الذي بمقتضاه تنتهي الوكالة بوفاة الموكل. ويجوز للفريقين، بما أن المادة 2003 ليست من الانتظام العام، الاتفاق على تمديد الوكالة بعد وفاة الممثل. إن إرادة الموكل في أن يستمر التوكيل في إنتاج مفاعيله بعده يمكن أن تكون صريحة أو تستنتج من الظروف⁽²⁾. وتستعمل الأسلوب المؤسسات المالية في الوكالات التي يعطيها حائزو الحسابات أو الدفاتر، إلا أن ذلك يثير صعوبات أمام تطبيق القواعد الإرثية⁽³⁾، مما قاد الاجتهاد إلى المعاقبة⁽⁴⁾. ومع ذلك ليس من المفروض اللجوء إلى الأسلوب في هذا المجال طالما أن إوالية الحساب المنظم توفر مرونة استخدام كبيرة جداً⁽⁵⁾.

31268 - وضع الغير. تنص المادة 2009، فضلاً عن ذلك، وهي مطبقة على زوال

العقد بعد وفاة الموكل وعلى أسباب أخرى، على أن الالتزامات التي تعاقد الوكيل عليها وفقاً للأصول، رغماً عن هذا الحدث، «تنفذ» تجاه الغير الحسن النية». ويقتضي التوفيق بين هذا النص والمادة 2008 ومفعولها جعل الموكل لا الوكيل مرتبطاً بالغير المتعاقد مباشرة: نتائج ذلك هي أن خلفاء الموكل في وسعهم أن يطلبوا تنفيذ العقد المبرم، ولا يستطيع الشريك في التعاقد القيام بذلك إلا أن يكون جاهلاً شرعاً الوفاة التي تضع نهاية للتوكيل. وبالنسبة إلى الأعمال التي لم يتعاقد عليها الوكيل بشكل صحيح يستطيع الغير

(1) انظر حكم محكمة، استئناف روان، أول نيسان 1892، دد، 1894، 2، 134.

(2) انظر حكم محكمة استئناف باريس، 10 أيار 1938، دإ، 1938، 247، وكالة معطاة لمصرف لشراء سندات وايداعها في ملف غير، وفاة بعد الشراء، استمرار؛ حكم محكمة استئناف باريس، 12 كانون الأول 1967، د، 1968، 269، وكالة معطاة لوكيل avoué لمتابعة إجراء حتى أجله؛ وبناء على طعن غ م ت ن، 4 حزيران 1969، ن م، II، رقم 185.

(3) انظر جواب وزارة المالية، 3 كانون الأول 1975، الجريدة الرسمية للجمعية الوطنية، 1976، 1205، ف د، 1976، 31140.

(4) في شأن انتهاك قواعد الانتظام العام لقانون الإرث انظر غ م أن، 21 كانون الثاني 1980، ن م، I، رقم 36؛ سندات خزينة، هبة يدوية من وكيل بعد وفاة المالك، استحالة؛ غ م أن، 28 حزيران 1988، و 1989، 181، تعليق Najjar، م إد، 1989، II، 21366، م ف ق م، 1989، 116، تعليق Patarin، م إد، الطبعة N، 1989، II، 74، تعليق Salvage، ف د، 1990، 40، تعليق Beaubrin، ضرورة حصول المصرف على موافقة الورثة قبل نقل المبالغ الجاهزة للاستعمال في حساب المرحوم؛ P. Bouteiller، «De la validité du mandat «post mortem»»، إ ص، تشرين الأول 1988، ص 18، وفي عرفة لا يمكن إلا أن تزول وكالة كهذه لأنها ليست سوى «تابع اتفاقية الحساب» وتلاشى معها عند وفاة صاحب العلاقة؛ Malaurie et Aynès، رقم 552.

(5) وذلك حتى ولو لم تستخدم هذه الإوالية في الأموال جميعاً، ولا سيما في مادة دفاتر صندوق التوفير، انظر P. Bouteiller، «De la validité du mandat «post mortem»»، إ ص، تشرين الأول 1988؛ وحول الحساب المنظم انظر J. L. Rives- Lange et M. Contamine- Raynaud، Droit bancaire، 1990، رقم 187.

استناداً إلى مفهوم الوكالة الظاهرية وحسب أن يحوز دعوى مباشرة ضد الموكل.

31269 - اللاأهلية. أخيراً تنتهي السلطة المنوطة بالوكيل في فرضية لأهلية

الموكل⁽¹⁾، كما في حالة إجراء جماعي يؤثر فيها⁽²⁾.

31270 - ب. الأجل المشترط في العقد. غالباً ما تكون الوكالة لمدة محددة.

ويمكن مثلاً أن تعطى لقضية خاصة قد يكون نصيبها النجاح في وقت قريب إلى حد ما فتتضمن عندئذ اجلاً ولو لم يكن بالضرورة محدداً بدقة منذ البدء⁽³⁾. وقد يكون الأجل محدداً بصراحة.

ويجب أن يراعي الفريقان الأجل الوارد في العقد مع إن امكانية الوكيل في العدول وإمكانية الموكل في الرجوع تؤثران فيه⁽⁴⁾.

وقد حدد المشتري لبعض الوكالات بصورة واضحة مدة قصوى. والتنظيم الذي وضعه قانون «Hoguet» في 2 كانون الثاني 1970 ومرسومه التطبيقي في 20 تموز 1972 فعلاً ذلك في ما يتعلق بالوكيل العقاري⁽⁵⁾. والوكالة المنوطة به يجب أن تتضمن توضيحات مختلفة منها توضيح مدتها (المادة 7 من القانون). ويمكن أن يتدخل الرجوع عن الوكالة خلال ثلاثة أشهر في بعض الفرضيات: فرضية إعطاء الوكيل حصرية في شأن قضية ما، وفرضية وجود بند جزائي يضمن تدخله، وأخيراً فرضية الاحتفاظ بالحق في العمولة حتى ولو تمت العملية بدون وساطة الوكيل (المادة 78 من المرسوم). إن وكالة الوكيل العقاري التي لا تحوي التحديد في الزمن الذي فرضه القانون قابلة للإبطال: تبرز المسألة بصورة خاصة عند اشتراط مهلة محددة، ثلاثة أشهر مثلاً، وإنما قابلة للتجديد بتمديد ضمني بدون توضيح عدد التجديدات⁽⁶⁾. غير أنه جرى، حتى ولو لم يكن للبند

(1) إلا أن الخلل العقلي لا ينتج وحده هذا المفعول في غياب المنع، غ م أ ن، 22 تشرين الأول 1963، ن م، I، رقم 448.

(2) حجة المادة 2003؛ يستنتج من ذلك أن عقد الوكيل التجاري يلغى بقوة القانون في هذه الحالة، وليس لهذا الوكيل الحق في التعويض عن هذا الإلغاء إذا كان وكيل الإجراء قد وضع حداً لوظائفه، انظر حكم محكمة استئناف بوزانسون 20 شباط 1985، د 1986، إ ع، 8، م Derrida.

(3) انظر كمثال غ إن، 22 حزيران 1977، ن م، V، رقم 418، أمام تنجير عقارات، وكالة تنتهي في آخر الشهر الذي يلي البيع الأخير؛ غ م أ ن، 17 حزيران 1959، ن م، I، رقم 302، هبة دين، توكيل في العقد ينيط بالموهوب له تجديد الوكالة.

(4) انظر غ إن، 22 حزيران 1977، المذكور سابقاً: لا يستطيع الفريقان تخفيض المدة من جانب واحد وتعسفياً بدون ارتكاب خطأ.

(5) انظر J. L. Meunier, La durée du mandat de l'agent immobilier، م إ د، 1983، 1، 2131.

(6) انظر غ م أ ن، 5 أيار 1982، م إ د، 1983، II، 20046، تعليق E. J. Guillot، م ف ق م، 1983، 355، م Ph. Rémy؛ غ م أ ن، 22 نيسان 1986، ن م، I، رقم 92؛ قارن بحكم غ م أ ن، 4 تشرين الثاني 1983، ن م، I، رقم 255، موجب ذكر امكانية الرجوع عن الوكالة الحصرية بعد ثلاثة أشهر بأحرف ظاهرة جداً.

الذي يتضمن مدة محددة مقترنة بتجديد لا نهاية له بتمديد ضمني طابع محدد في الزمن، قبول تطبيق البطلان على التجديد وحسب⁽¹⁾.

كما أن وكالة وكيل الملكية المشتركة الخاضعة أيضاً لضرورة وجود مدة محددة بموجب المادة 6 من قانون «Hoguet» في 2 كانون الثاني 1970 لا يمكن أن تتجاوز ثلاث سنوات حتى ولو كانت قابلة للتجديد⁽²⁾. وإذا كان للوكيل الحق في الطموح إلى عطل وضرر عند الرجوع التعسفي قبل الأجل المتفق عليه⁽³⁾، فإن جمعية الشركاء في الملكية حرة في عدم تجديد العقد⁽⁴⁾.

31271 - التمديد الواقعي. تقتضي الإشارة، في الممارسة من أجل تمديد عمل الوكالة التي أنتهت مدتها، إلى أنه يتم اللجوء إلى إواليات مختلفة. وتطرح المسألة في المادة العقارية، على سبيل المثال، عندما تنتهي وظائف وكيل الملكية المشتركة خلال السنوات الثلاثة النظامية: ويجري، لاضفاء الصحة على الأعمال المنجزة فيما بعد، التمسك تارة بالوكالة الضمنية⁽⁵⁾ وطوراً بالفضول⁽⁶⁾.

31272 - ج. عدول الوكيل. تنص المادة 2003 من ق م على امكانية الوكيل في العدول عن وكالته كما ورد في المادة 2007 ان عليه ابلاغ الموكل ذلك، وليست هناك ضرورة شكل خاص حسب الاجتهاد⁽⁷⁾.

(1) انظر غ م أ ن، 22 أيار 1985، ن م، I، رقم 159، و 8 تشرين الأول 1986، و 4 تشرين الثاني 1986، رقم 246.

(2) المادة 28 من مرسوم 17 آذار 1967، انظر قانون الملكية، الذي علق عليه J. Lafond et B. Stemmer منشورات Litec، 1986، والمادة 25 من المرسوم، التعليق 11، والمادة 28، التعليق 6؛ وإذا كانت الحال هكذا فإن وكيل الملكية المشتركة يبقى مكانه حتى هذا الأجل، انظر غ م ث ا ن، 9 كانون الأول 1970، إ س حول الملكية المشتركة، 1971، ص 45.

(3) انظر حكم م ب في باريس 25 شباط 1980، د، 1980، إ س، 450، م Cl. Giverdon.

(4) انظر حكم م ب في باريس، 20 كانون الأول 1975، د، 1976، إ س، 318.

(5) انظر غ م ث ا ن، 4 كانون الثاني 1978، د، 1979، إ س، 127، م Cl. Giverdon، حكم م ب في باريس، 30 كانون الثاني 1975، د، 1976، إ س، 73؛ وعلى عكس ذلك حكم محكمة استئناف باريس، 3 تشرين الأول 1984، م ق ق ع، 1985، 190، م Cl. Giverdon.

(6) حكم محكمة استئناف ليون، 13 نيسان 1976، د، 1977، إ س، 156؛ حكم محكمة استئناف فرساي، 28 أيار 1980، م ق ق ع، 1980، 2، 639؛ غ م ث ا ن، 19 تموز 1983، الوارد في قانون الملكية المعلق عليه من J. Lafond et B. Stemmer منشورات Litec، 1986، والمادة 28 من المرسوم، التعليق 7، في صدد مفهوم «الوكيل الواقعي».

(7) انظر D. Alexandre، م إ م، المواد 1984 إلى 2010، الكراسة H، رقم 82؛ حتى إن الرأي كان أن الوكيل المجاني بإمكانه العدول عن الوكالة بدون تبليغ، انظر النقض المدني، 31 تشرين الأول 1923، م ق ق ع، 1923، 2، 760.

ويستطيع الوكيل بالتأكيد أن يضع نهاية لمهمته عندما يريد في فرضية كون الوكالة بدون تحديد زمن: كأي عقد لمدة محددة يمكن فسخ الوكالة بارادة أحادية الجانب من أحد الفريقين، إلا أن على الفريق الذي يتخذ هذه المبادرة أن يقوم بما هو ضروري لتفادي الضرر بسبب مبالغته أو خفته.

وإمكانية الوكيل في العدول في الوكالة لمدة محددة تستمد أساسها ولاريب من مجانية هذا العقد التقليدي، إلا أن القانون المدني يخضع ممارستها للتعويض عن الضرر المسبب للموكل عن هذا الانقطاع. إن موجب التعويض موجود إلا أن يتمكن الوكيل من تسويق عدوله «بإستحالة متابعة الوكالة بدون أن يتحمل ضرراً كبيراً» حسب نص المادة 2007، الفقرة 2.

وإمكانية العدول في هذه الظروف موجودة أيضاً في الوكالة المأجورة وفقاً للرأي العام، وجرى بيان ذلك «ليس من المصلحة في شيء أن يراد الاحتفاظ بوكيل في مهمته رغماً عنه»⁽¹⁾.

وعدول الموكل يفقده منافع الاجتهاد المتعلق بوكالة المصلحة المشتركة أو بالأنظمة الخاصة كالنظام الذي يحمي الوكلاء التجاريين التي لا وجود لها إلا تجاه عدول الموكل عن العقد⁽²⁾.

انظر حول المسؤولية التي يتعرض الوكيل لها في حال العدول في غير أوانه الرقم 31226 السابق.

31273 - د. رجوع الموكل. بموجب المادة 2004 من ق م «يستطيع الموكل الرجوع عن توكيله عندما يحلو له ذلك»⁽³⁾. ويقال إن الوكالة قابلة للرجوع عنها إرادياً، ad nutum بحركة من الرأس، وفي ذلك إحدى السمات الأكثر تمييزاً لنظام الوكالة. والتحضير الوحيد للرجوع الحر من قبل الموكل هو التعسف في استعمال الحق⁽⁴⁾. وما هو صحيح بالنسبة إلى الرجوع صحيح أيضاً بالنسبة إلى التقييدات الموضوعة على الوكيل

(1) D. Alexandre، م إ م، المواد 1984 إلى 2010، الكراسة H، رقم 83.

(2) انظر غ ت ن، 20 شباط 1978، ن م، IV، رقم 67، طلب الوكيل اناطة مهمته بشركة مكلفة استعادة وكالته، اقتراح جرى تحليله كعدول، رفض تنازل الموكل.

(3) رضا جميع الموكلين في حال تعددهم مطلوب، انظر غ م ت ا ن، 3 تشرين الثاني 1947، م إ د، 1947، II، 4009، تعليق R. C.، م ف ق م، 1948، 82، كاتب عدل وكيل المقرض والمفترض، دفع متوجب في المكتب؛ غ م أ ن، 17 تموز 1973، ن م، I، رقم 247، مالكون على الشيوع.

(4) انظر النقض المدني، 13 كانون الثاني 1941، د، 1941، 81، س، 1941، 1، 124، شركة نقل كلفت مؤمنين مستشارين تفحص وثائق التأمين العديدة وتقديم اقتراحات، احتمالياً، أكثر نفعاً خلال بضعة أشهر وإنما بدون أسباب تسويق جدية وبطريقة مفاجئة، تعويض، غ م أ ن، 2 أيار 1984، ن م، I، رقم 143، رجوع حر عدا التعسف في استعمال الحق؛ ولكن إثبات التعسف يقع على عاتق الوكيل، انظر حكم محكمة استئناف باريس، 28 كانون الثاني 1959، د، 1953، 617، تعليق S. Dureteste.

خلال تنفيذ سلطاته، وهي تبدو كعدول جزئي⁽¹⁾. ويطبق هذا النظام أيضاً على الوكالة المأجورة وعلى الوكالة المضطلع بها مجاناً، فالوكيل العقاري مثلاً يخضع له⁽²⁾. وليس هناك سوى وكالة المصلحة المشتركة التي من شأنها أن تنجو من الخضوع له⁽³⁾.

ومن المتفق عليه أيضاً أن تسمية الوكيل وكيلاً جديداً «للقضية عينها» يعادل رجوعاً عن الوكالة المكونة سابقاً، إلا أن هناك قرينة عادية لتفسير إرادته المطروح في المادة 2006 من ق م.

31274 - التطبيق. مبدأ الرجوع الحر يسهل فهمه في حالة الوكالة لمدة غير محددة لأنه يستحيل أن يبقى فريق في العقد ملزماً إلى ما لانهاية له، مع ان غياب المدة المعينة لا يسوّغ الفسخ الأحادي الجانب إلا بشرط تجنب المباغطة أو الخفة.

حتى أنه يحدث أن تعتبر المحاكم، استثنائياً بالتأكيد وإنما بطريقة لها مدلولها، إن الوكالة المعطاة بدون تحديد في الزمن باطلة لعيب الأبدية: هكذا جرى الحكم في قضية أعطى فيها رسام معرض لوحات وكالة حصرية لبيع انتاجه لمدة غير محددة⁽⁴⁾.

وتظهر قاعدة المادة 2004 من ق م بالنسبة إلى وكالة لمدة محددة شاذة بوضوح عن القانون العام. والفرضيات الأكثر نموذجية هي إذاً الفرضيات التي لها علاقة بهذا الوضع (توكيل للتحويل، وكالة لبيع مال، وكالة وكيل الملكية المشتركة...)، حتى ولو كانت الاشهارات العملية، في أغليتها، تنتمي إلى فئة الوكالة لمدة محددة⁽⁵⁾.

على أن وجود مدة خاصة معينة في العقد يمكن أن يدعو إلى التفكير في أن الفريقين قد توخيا الشذوذ عن المادة 2004 وتزويد اتفاقهما بلاقابلية رجوع اتفاقية. يضاف إلى ذلك أن بعض القرارات يعتبر، في ظرف كهذا، أن التعسف في استعمال الرجوع من قبل الموكل واضح ما دام أن هذا الموكل يفسخ العقد بدون سبب تسويغ مشروع⁽⁶⁾.

ومن الأكيد، في أي حال، ان الفريقين حرّان في الشذوذ عن المادة 2004 ذات

(1) انظر غ م أن، 8 كانون الثاني 1968، د، 1968، 350.

(2) انظر غ م أن، 14 آذار 1984، ن م، I، رقم 92؛ وكذلك النقض المدني، 13 كانون الثاني 1941: «يطبق المبدأ حتى في حالة الوكالة المأجورة».

(3) انظر حول هذه النقطة الرقم 31276 اللاحق وما يليه.

(4) انظر غ م أن، 5 آذار 1968، د، 1968، 624، م إد، 1968، II، 15223، تعليق R. L. م ف ق م، 1968، 560، م G. Cornu، نقض الحكم الذي أعلن الوكالة صحيحة بحجة أن الصيغة «لمدة لا حدود لها» تعني «لمدة غير محددة»، وأدان الموكل بالتعويض على شريكه في التعاقد.

(5) انظر كمثال Malaurie et L. Aynès، الموجبات 1994، رقم 747، وقد صنفا الوكالة كحالة شاذة للفسخ الأحادي الجانب لعقد لمدة محددة.

(6) انفرغ إن، 22 حزيران 1977 المذكور سابقاً، ن م، V، رقم 418، تنجير عقارات، وكالة تنتهي في آخر الشهر الذي يلي آخر بيع، أدان الوكيل الذي انتهك موجباته العقدية بدون تسويغ.

الطابع البديل. فالموكل يمكن إذاً أن يقبل الارتباط بوكالة تسمى «غير قابلة للرجوع عنها»، أو أن يوافق على أن تجبره مدة العقد على عدم الرجوع قبل الأجل المتفق عليه⁽¹⁾. على أنه، في هذه الحالة، تغطي الوكالة حرية الرجوع بدون تعويض في فرضية خطأ الوكيل، مما هو مسوّغ إذا علمنا أن هذه الفرضية تسقط قرينة الثقة التي يمكن فيها تحليل لاقابلية الرجوع الموعودة⁽²⁾.

ورجوع الموكل عن التوكيل أخيراً، ويقتضي أن يكون صريحاً⁽³⁾، لا يمكن الاحتجاج به ضد الوكيل إلا ابتداء من اليوم الذي عرف فيه هذا الوكيل بالرجوع⁽⁴⁾.

31275 - وضع الغير. من الملائم أن ينبه الغير إلى سحب التوكيل، بخاصة في حالة قيامه بإقامة علاقات متابعة مع الموكل ويخشى استمرار التعامل معه، وإلا كان الموكل ملزماً تجاهه. وتوضح ذلك المادة 2005 من ق م: لا يمكن أن يحتج ضد الغير بعدم وجود سلطة الوكيل إلا أن يكون الرجوع قد تم إبلاغه إياه⁽⁵⁾. ويستوجب حسن نيته، مع ذلك، عملاً بالمادة 2009، أن ينفذ الموكل العقد المبرم.

وواجب الموكل في إخطار الغير بأنه لم يعد يتوخى أن يكون ممثلاً بالوكيل الذي كان قد أعطاه وكالة، قوله أسهل من فعله، لأنه أحد افخاخ الوكالة - التي تبين هنا أيضاً التعقيد الذي يطبعه عليها وجود الغير الذي يمكن إبرام عقود معه - إذ غالباً ما يصعب إدراك كيف يمكن إعلام كل شريك في التعاقد محتمل بأن الوكيل قد سحبت منه سلطاته⁽⁶⁾.

(1) ذلك لا يعني أن الوكالة لا يمكن الرجوع عنها لأن الثقة الضرورية بين صاحبي العلاقة تفترض سلطة القيام بذلك عند الحاجة، غير أن الرجوع يفسح في المجال للحق في التعويض، انظر غ م أن، 23 أيار 1979، ن م، I، رقم 153، بإمكان الفريقين أن يشترطاً عدم امكانية الموكل في الرجوع بدون دفع تعويض للوكيل؛ وفي شأن اشتراط المدة انظر غ م ت ا ن، 27 نيسان 1982، د، 1989، 351، تعليق Ch. Atias: يعتبر الحكم، مع افتراض أن المدة المذكورة في العقد لا تمنع من الرجوع عن وكيل الملكية المشتركة، أنه ينبغي البحث عما إذا كان صاحب العلاقة قد ارتكب تفصيلاً من شأنه تسويغ رجوع بدون تعويض، ويطرح بند الحصرية مشكلة تفسير ذلك بأنه يمكن التساؤل عما إذا كان يجب مماثلته بلا قابلية الرجوع، انظر عكس ذلك غ م أن، 11 آذار 1963، د، 1963، 567، وكالة تنازل عن شقق؛ انظر أيضاً M. F. Nicolas- Maguin Le mandat exclusif، د، 1979، العرض 265 وما يليه.

(2) انظر غ م أن، 23 أيار 1979، ن م، I، رقم 153.

(3) انظر في شأن وكيل الملكية المشتركة غ م ت ا ن، 24 أيار 1978، م إ د، II، 19054، تعليق Atias: لا ينتج الرجوع عن رفض إعطاء الجمعية براءة الذمة.

(4) غ م ت ا ن، 28 شباط 1984، ن م، III، رقم 52.

(5) انظر غ م ت ا ن، 10 كانون الثاني 1984، ن م، III، رقم 7.

(6) انظر حكم محكمة استئناف الجزائر، 14 كانون الأول 1938، د إ، 1939، الموجز، 19، قرض رهن عقاري، توكيل يعود لعدة سنوات، دائن حسن النية، الحفاظ على القرض، مسؤولية الكاتب العدل الذي تلقى العقد تجاه الموكل، عدم التحقق.

ربما ينبغي أن يطرح كقاعدة لاستمرار إنتاج المفعول إلا تكون الوكالة قديمة جداً، وبالتالي افتراض انقطاع الوكالة عن أن تكون فعالة إذا أبرمت من وقت معين: يصبح الغير الشريك في التعاقد مخطئاً في عدم التحقق من كون الوكالة المقدمة له ما زالت تنطبق على الحقيقة. وثمة عناصر أخرى قد يكون لها دور أيضاً: مثلاً استعادة الموكل إدارة أعماله شخصياً، وقد كانت منوطة بوكيل، بعلم الجميع، علامة على انعدام مفعول الوكالة⁽¹⁾. وتبين الصعوبة، في أي حال، الفائدة التي يمكن أن تنتج، منذ الانطلاق، عن تحديد الوكالة في الزمن، بالطريقة المقارنة بما يجري بالنسبة إلى الكفالة⁽²⁾.

الفقرة 2 - وكالة المصلحة المشتركة

31276 - إعلان. جرى تبني مفهوم وكالة المصلحة المشتركة من أجل تخفيف نتائج قابلية الرجوع عن الوكالة إرادياً (أ). إلا أن الحماية الناتجة عنه يمكن أن تستبعدا اتفاقية الفريقين (ب).

31277 - أ. مبدأ الحماية الاجتهادية. بما أن الوكالة تظهر انها مبرمة «لمصلحة الموكل والوكيل»، وهو تعبير كان يستعمل في الماضي، أو «للمصلحة المشتركة» للفريقين، وهي الصيغة السارية في أيامنا، فإن ممارسة الموكل حقه في الرجوع لا يوجد إلا مقابل التعويض على الوكيل⁽³⁾.

ويقال بطيبة خاطر إن للوكالة إذاً خاصية كونها «قابلة للرجوع عنها»، وذلك ليس صحيحاً. فالموكل يحتفظ دائماً بإمكانية الرجوع عن توكيله بسبب علاقة الثقة التي يجب أن تكون موجودة بالوكيل، غير أن هذا الرجوع لم يعد حراً بشكل كامل: الموكل ملزم بدفع العطل والضرر لشريكه في التعاقد إذا أراد استعمال هذه الإمكانية. إن مفهوم المصلحة المشتركة لا يكرس لا قابلية الرجوع عن الوكالة وإنما بالاحرى يكرس حق الوكيل في التعويض.

(1) قارن بحكم محكمة استئناف الجزائر 14 كانون الأول 1938، د إ، 1939، الموجز 19 المذكور سابقاً، حيث لم يؤخذ هذا المظهر في الحساب تجاه الغير.

(2) انظر في صدد هذا النموذج من التمهيد حول التحديد في الزمن، Ph. Simler, Cautionnement et garanties autonomes، الطبعة الثانية، 1991، رقم 300 وما يليه، و 263 وما يليه.

(3) انظر في شأن وكالة المصلحة المشتركة Ch. Pigache, le mandat d'intérêt commun، اطروحة في باريس V، 1991، طبع على الآلة الكاتبة؛ D. Alexandre، م إ م، المواد 1984 إلى 2010، الكراسة H، رقم 27 وما يليه؛ A. Brunet, Clientèle commune et contrat d'intérêt commun، في Mélanges Weill 1983؛ Ghestin, Le mandat d'intérêt commun، في Mélanges Derruppé، 1991.

انظر حول مفهوم المصلحة المشتركة Houin et Pédamon، رقم 635، H. Souleau، تعليق في د 1980، 454؛ T. Hassler, L'intérêt commun، م ف ق ت، 1984، 581؛ A. Bénabent, le contrat d'intérêt commun، مؤتمر CSNCRA، باريس، نيسان 1990؛ Collart Dutilleul et Delebecque، رقم 928.

لقد صنع الاجتهاد هذا المفهوم في نهاية القرن التاسع عشر لتجنب أن يتيح الرجوع الحر وضع نهاية فظة للعلاقات بين الفريقين في أوضاع لا تجعل هذا الرجوع مأمولاً: طرح، مبدئياً، إن وكالة المصلحة المشتركة لا يمكن أن يرجع عنها الفريقان إلا «برضاها المتبادل، أو لسبب مشروع يعترف القضاء به. أو أخيراً حسب البنود والشروط المبينة في العقد»⁽¹⁾. ويتعرض الموكل، في حال عدم التقيد بهذا الشرط أو ذلك، لموجب دفع العطل والضرر.

وتصنف المحاكم الوكلاء، حالة حالة، في فئة من يستفيدون من طابع المصلحة المشتركة للوكالة أم لا. والصعوبة في هذه النقطة هي وضع معيار تفريقي لهذا النوع من العقود⁽²⁾. وتبين قراءة القرارات أن أجر الوكيل، مع أنه يسوّغ بالتأكيد أن تكون للوكيل مصلحة في العقد، ليس من شأنه وحده أن يكشف وجود مصلحة مشتركة للفريقين جديدة بحماية خاصة⁽³⁾.

وفي الواقع لا يكفي أن يجد كل واحد منفعة في تنفيذ الوكالة لكي تكون لها مصلحة مشتركة: يمكن القول إن العمل بالحماية الاجتهادية الخاصة ليس مرتبطاً بمجرد المتابعة المشتركة من هذا الفريق أو ذاك (هكذا كانت مع ذلك التعابير المستعملة في الماضي لتمييز الوضع) وينبغي، بصورة نموذجية أكثر، إثبات وجود مصلحة «مشتركة» حقيقية توحد بين الفريقين.

31278 - انتشار المفهوم. يطبق الاجتهاد المتعلق بوكالة المصلحة المشتركة

بالفعل، قبل أي شيء، في المادة التجارية، ويتوضح المفهوم في هذا المجال. وتتطابق المصلحة المشتركة مع فكرة انتشار مؤسسة تهم الفريقين، وبخاصة الزبائن المشتركين⁽⁴⁾.

(1) انظر النقض المدني، 13 أيار 1885، قضية Fiat، د، 1885، 1، 350، س، 1887، 1، 220، نقابة مديري ملكية الأموال المشتركة، وكيل له أيضاً صفة الشريك في الملكية، نقض القرار الذي أيد الرجوع.

(2) انظر في هذا الصدد Ch. Pigache, Le mandat d'intérêt commun، اطروحة في باريس V، وبخاصة الرقم 277 وما يليه.

(3) انظر النقض المدني، 4 آذار 1914، دد، 1916، 1، 68؛ س، 1914، 1، 296، مراقبة العقود التجارية لحساب شركة وتجديدها مقابل أجر، ليس هناك أي عقبة أمام الرجوع عن الوكالة، رجوع بدون تفاهم مسبق وبدون سبب مشروع، تعويض؛ غ م أن، 11 حزيران 1969، ن م، I، رقم 223، وكالة لتحقيق تقسيم الملكية إلى حصص، أتعاب؛ إن حكم عام 1885، شدد مع ذلك على وجود «مصلحة مالية» للموكل في «تنفيذ وكالته».

(4) انظر غ ت ن، 2 تموز 1979، ن م، IV، رقم 222 «انطلاق المؤسسة بخلق زبائن مشتركين وانتشارهم»؛ وكذلك غ ت ن، 8 تشرين الأول 1969، د، 1970، 143، تعليق J. Lambert، م ف ق ت، 1970، 473، م J. Hémar، غ م أن، أول تموز 1986، ن م، I، رقم 186، وكيل عام للتأمين؛ غ ت ن، 17 أيار 1989، ن م، IV، رقم 157، مراسل صحيفة في شأن الاعلانات؛ انظر أيضاً مظاهر أخرى جرى بيانها: سعي الفريقين إلى رقم المبيعات الأكثر ارتفاعاً، حكم محكمة استئناف Douai، 27 ايلول =

ويخضع هذا الوصف، مع انه متروك لسلطة قضاة الاساس السيدة، لتقدير محكمة النقض (أو التمييز) عن طريق رقابة الأساس القانوني⁽¹⁾.

ثم كرس المشتري هذا المفهوم بأن أكد من جديد أن بعض الوكلاء المأجورين يستفيد من حماية ضد وقتية وضعهم: ينص مرسوم 23 كانون الأول 1958 المتعلق بالوكلاء التجاريين، بصورة خاصة، على دفع تعويض إذا لم يكن الرجوع عن الوكالة مسوّغاً بخطأ صاحب العلاقة. والفارق بين وكالة المصلحة المشتركة ذات الطبيعة القانونية والوكالة من مصدر اجتهادي هو أن الحماية التي تؤمنها الوكالة الاولى هي أفضل لسبب مزدوج: لا يمكن رفض التعويض على الوكيل في حالة السبب المشروع، وإنما بسبب الخطأ وحسب، والنظام القانوني هو أمر في حين أن الاجتهاد يقبل بنوداً معاكسة.

وتشهر مفهوم وكالة المصلحة المشتركة، خارج النطاق التجاري، فرضيات مختلفة وفيها تفرض استمرارية الوكالة لأنها تابع مفيد لتنفيذ العلاقات الموجودة سابقاً أو الناشئة تلازماً بين الفريقين: هكذا الأمر عندما يكون الوكيل شريك الموكل في التعاقد لعملية يطلب إليه في مناسبتها تمثيله⁽²⁾، أو كذلك عندما يكون الوكيل، والموكل في الوقت عينه، حائز حقوق على الأموال التي أنيطت به ادارتها⁽³⁾. وفي ظروف كهذه لا يمكن الرجوع عن الوكالة بمجرد إرادة من جانب واحد طالما بقي الوضع الذي تطعمت فيه.

وهكذا يلاحظ أن المفهوم ذاته، إلى جانب التسويغ بأن لوكالة المصلحة المشتركة، في القانون التجاري، في ازدهار مؤسسة مشتركة، إشهارها في القانون المدني في فرضيات من طبيعة مختلفة إلى حد كبير كمتابع للعلاقات التي قد تكون مختلفة. هناك إذاً، في النهاية، بديلتان عن المصلحة المشتركة في الوكالة من الدقيق جداً ردهما إلى الوحدة⁽⁴⁾.

= 1963، م ق ع، 1964، 1، 128؛ أجر بالنسبة المثوية؛ غ ت ن، 6 كانون الثاني 1965، ن م، III، رقم 12؛ بنود حصرية متبادلة، غ ت ن، 12 كانون الأول 1967، د، 1968، 473، م إ د، 1968، II، 15534، تعليق J. Hémar؛ قارن بحكم محكمة استئناف باريس، 16 كانون الأول 1964، م ق ع، 1965، 172، م ف ق ت، 1966، J. Hémar، مدة العلاقات واستمرارها.

(1) انظر D. Alexandre، م إ م، المواد 1984 إلى 2010، الكراسة H، رقم 37.

(2) عقد التنشيط العقاري، في قانون 16 تموز 1971، المنظم في المواد 1831 وما يليها من ق م، اشهار لذلك؛ انظر أيضاً الوضع الذي يتفق فيه الدائن مع المدين على أن تكون له وكالة، في غياب الدفع عند الاستحقاق، لبيع مال محدد يعود إلى المدين لأرضاء الدائن بالحصول على الثمن عن طريق المقاصة، النقض المدني، 2 أيار 1840، حكمان، س 1840، 1، 398، د، 1840، 1، 201؛ انظر حول هذه النقطة، Ch. Pigache Le mandat d'intérêt commun، اطروحة في باريس V، 1991، رقم 58.

(3) انظر النقض المدني، 13 أيار 1885، المذكور سابقاً، د، 1885، 1، 350، س، 1887، 1، 220، وكيل له أيضاً صفة الشريك في الملكية؛ غ إ ن، 13 أيار 1953، ن م، IV، رقم 212، وكيل يدير مزرعة بصفته مالكا على الشيوع.

(4) انظر مع ذلك في صدد محاولة في هذا الاتجاه Ch. Pigache، Le mandat d'intérêt commun، اطروحة في باريس V، 1991.

انظر حول وكالة الوكلاء التجاريين الرقم 31516 اللاحق وما يليه.

31279 - الرجوع المشروع. مع ان التوكيل يتجاوب مع تحديد وكالة المصلحة المشتركة، يمكن، في بعض الظروف، الرجوع عنه بدون أن يؤدي ذلك إلى إلقاء موجب التعويض على شريكه في التعاقد على عاتقه. وكثيراً ما طرحت المصلحة في شأن التطبيق التجاري لوكالة المصلحة المشتركة.

إن قطع العلاقات، في الواقع، ممكن في حال الخطأ الذي يرتكبه الوكيل⁽¹⁾ وكذلك عندما يكون في وسع الموكل التمسك بأسباب مشروعة للرجوع. وهذه العبارة الأخيرة تستهدف فرضيات لا يكون قطع العلاقات التعبير فيها عن ارادة فاعلة، حتى عن هاجس تحسين نشاطه: لكي يكون الرجوع مسوّغاً ينبغي أن يكون بالإمكان تفسيره بأسباب موضوعية وأمرة وبخاصة إعادة بنية القوى التجارية للمؤسسة⁽²⁾ وانقطاع صنع المنتجات المعنية...

ثم إن سبباً آخر للرجوع يتفق عليه الفريقان صراحة يعتبر مشروعاً، وبذلك يظهر جلياً أن الاجتهاد المتعلق بوكالة المصلحة المشتركة ليس من الانتظام العام: الإعداد العقدي لهذا النوع من الوكالات قانوني، ويأخذ اعتيادياً شكل عودة إلى القانون العام للوكالة.

31280 - الفارق عن الامتياز. تبين الحماية الاجتهادية، أو القانونية، المعترف بها على هذا النح ولبعض الممثلين المنفعة المعطاة، في نطاق تتجير المنتجات، لمن يعملون استناداً إلى وكالات، بخلاف ما يجري بالنسبة إلى الوسطاء الذين يعملون على قاعدة البيع بعد الشراء.

إن التباين مع عقد الامتياز ملفت بصورة خاصة لأن صاحب الامتياز، وعقده لمدة قصيرة إلى حد ما على وجه العموم لبضع سنوات، ليس له حق مكتسب في تجديد الامتياز، ورفض التجديد من قبل المورد معطي الامتياز لا يفسح في المجال للعطل

(1) يفرض أحياناً الخطأ الخطير، انظر J. Ghestin, Le mandat d'intérêt commun في Mélanges Derruppé، رقم 3؛ ولكنه يبدو أن خطأ عادياً يكفي، كما أن الصعوبة التي تواجه الوكيل للوصول إلى الاهداف المنتظرة يمكن أن يكون من شأنها أن تجعل الرجوع مشروعاً، انظر غ م أ ن، 17 آذار 1987، ن م، 1، رقم 94، ضرورة إنتاج كانب، نشاط الوكيل ادنى بكثير.

(2) انظر كمثال غ ت ن، 21 تشرين الثاني 1966، ن م، III، رقم 444، تغيير فرضه تدخل مراكز شراء؛ وفي اتجاه معاكس حكم محكمة استئناف Aix، 2 أيار 1975، د، 1976، 344، تعليق J. Hémar: لا يمكن ان تعفي إعادة تنظيم مالي ملائمة من موجب التعويض عن الضرر الذي سببه الرجوع عن الوكالة؛ غ م أ ن، 21 حزيران 1988، ن م، I، رقم 199: إعادة تنظيم خدمة البيع بهدف التخلص من دفع العمولات لا يمكن أن تعتبر سبب تسويغ مشروع للرجوع؛ انظر من بين أمثلة أخرى J. Ghestin, Le mandat d'intérêt commun، في Mélanges Derruppé، رقم 4.

والضرر أياً كانت شهرة صاحب الامتياز أو الاستثمارات التي حققها⁽¹⁾. وهكذا تختلف وقتية عقد الامتياز عن الاستقرار المنشأ لصالح الموكلين⁽²⁾.

31281 - ب. العودة الاتفاقية إلى القانون العام. كان من المتفق عليه، منذ

القرارات الأولى الصادرة في مادة وكالة المصلحة المشتركة، ان الرجوع يمكن اللجوء إليه «حسب البنود والشروط المحددة في العقد»⁽³⁾. وقد تم الأخذ دائماً بالحل وذلك أحد أنواع ضعف البناء الاجتهادي⁽⁴⁾. حتى ان المحاكم تقبل قانونية بنود الفسخ المتبادل بدون إخطار ولا تعويض⁽⁵⁾. ويمكن الاعتقاد إن المبادلة، في فرضيات كهذه، نظرية إلى حد كبير إذ ان الامكانية المتاحة هي لصالح الموكل قبل أي كان.

ولن يبقى أمام الوكيل كامكانية، إذا كان يرغب في الحصول على تعويض، سوى إثبات التعسف في استعمال الحق الذي قد يرتكبه شريكه في التعاقد. ولن يعود هناك مكان لحل كهذا إلا نادراً اعتباراً من آونة مراعاة الاتفاقية⁽⁶⁾. فالعودة إلى القانون العام، بالنظر إليها ملياً، هي إذاً أقسى من القانون العام نفسه.

الفقرة 3 - التنازل عن الوكالة

31282 - الخلف. يمكن أن يكون عقد الوكالة موضوع تنازل رغماً عن طابعه

بالنظر إلى الشخص المتعاقد معه. وذلك بصورة استثنائية. وتلاحظ الظاهرة مثلاً في حالة وكالة المصلحة المشتركة أو عقد الوكالة التجارية.

فقد ينص بند خاص في وكالة المصلحة المشتركة على ان العقد، رغماً عن وفاة الوكيل، يتابع مع ورثته⁽⁷⁾.

(1) انظر على سبيل المثال Ph. Le Touneau، م، إ، العقود والتوزيع، الكراسية 530، الامتياز، 1988، رقم 57؛ انظر أيضاً الرقم 11618 السابق حول الامتياز.

(2) انظر في هذا الاتجاه G. Virassamy، Les contrats de dépendance، اطروحة في باريس I، منشورات L. G. D. J.، 1986، ولاسيما الرقم 287 وما يليه.

(3) النقض المدني، 13 أيار 1885، المذكور آنفاً، د، 1885، 1، 530، س، 1887، 1، 220؛ انظر غ ت ن، 11 كانون الأول 1973، ن م، IV، رقم 358، وكالة تتضمن الرجوع مقابل إخطار وبدون تعويض؛ غ ت ن، 10 شباط 1975، ن م، IV، رقم 39، م ف ق م، 1975، 556، م G. Cornu، بند فسخ تبادلي بدون شرط الإخطار؛ غ ت ن، 10 تشرين الأول 1984، ن م، IV، رقم 260، بند فسخ تبادلي تحت شرط الإخطار.

(4) انظر في هذا الاتجاه Malaurie et Aynès، رقم 557.

(5) انظر كمثال غ ت ن، 17 شباط 1958، م إد، 1958، II، 10706، تعليق Boccara، د، 1958، 541، القضية الأولى، تعليق Vidal؛ غ م ت ا ن، 30 تشرين الأول 1961، ن م، III، رقم 386.

(6) انظر في هذا الاتجاه D. Alexandre، م إم، المراءد 1984 إلى 2010، الكراسية H، رقم 52 الاستشهاد بقرارات رفضت جميعها إعطاء عطل وضرر.

(7) انظر كمثال غ ت ن، 22 أيار 1967، م إد، 1968، II، 15389، تعليق P. L.، ورثة الوكيل.

وقد انتشرت عادة في مادة الوكالة التجارية تنزع إلى الاعتراف بالذمية المالية لبطاقة التمثيل التجاري وبالتالي قابلية انتقالها بين الأحياء أو بسبب الوفاة، ويشهد على ذلك العقد النموذجي للاتحاد الوطني للوكلاء التجاريين⁽¹⁾.

القسم II

التأمينات ومرور الزمن (أو التقادم)

31283 - التقسيم. بعد البحث في التأمينات التي يمكن أن يستفيد منها الوكيل، (الفقرة 1) يجدر الكلام على التقادم المطبق في هذه الشأن (الفقرة 2).

الفقرة 1 - التأمينات التي يستفيد منها الوكيل

31284 - الحق في الاحتجاز. بإمكان الوكيل، كوسيلة ضغط لدفع أتعابه أو أي مبالغ أخرى متوجبة على الموكل، أن يستعمل حق الاحتجاز على الأشياء التي عهد إليه بها لتنفيذ وکالته، وذلك حتى الدفع الكامل⁽²⁾.

والتسويغ الذي أعطاه الاجتهاد في الاصل هو ان الوكالة «تتضمن ضمناً عقد إيداع بالنسبة إلى الأشياء المسلمة إلى الوكيل»⁽³⁾، مما يتيح العمل بالمادة 1948 من ق م التي يشتق منها هذا الحق للوديع⁽⁴⁾. ويقبل حق الوكيل في الاحتجاز في أيامنا بدون هذا التسويغ النصي تحت شرط وحيد هو وجود ترابط قانوني بين الأموال المحتجزة والدين المتمسك به⁽⁵⁾.

ولا ينتج عن ذلك امتياز حقيقي للوكيل، وإنما للأسلوب فعالية معينة. ويقتضي الحذر من أن يتعرض الإفراط للمعاقبة ويتحول إلى إساءة الأمانة⁽⁶⁾.

(1) انظر الرقم 31524 اللاحق.

(2) انظر النقض المدني 17 كانون الثاني 1866، دد، 1866، 1، 76؛ حكم محكمة استئناف Angers، 10 تموز 1934، دإ، 1934، 531؛ حكم محكمة استئناف كولمار، 30 كانون الثاني 1973، د، 1973، الموجز 99.

(3) انظر النقض المدني 10 آب 1870، دد، 1871، 1، 40، س، 1870، 1، 398، وكيل avoué، تسديد السلفات.

(4) انظر حول المفهوم الشرعوي للاحتجاز في الماضي N. Catala، De la nature juridique du droit de la rétention، م ف ق م، 1967، 9.

(5) انظر حكم محكمة استئناف كولمار، 30 كانون الثاني 1973، د، 1973، الموجز 99، م ف ق م، 1973، 789، م G. Cornu، مؤسسة الدفاع في المنازعات القضائية، حفظ الملفات؛ محكمة استئناف غرونوبل 11 حزيران 1970، د، 1971، الموجز 115، وكيل ملكية مشتركة، أوراق ومستندات.

(6) انظر حكم الغرفة الجنائية 17 تشرين الثاني 1970، د، 1971، 97، م إد، 1971، II، 16692، تعليق Lestang، إساءة ائتمان، سندات محتجزة عن سوء نية.

31285 - الاحتفاظ بالشيء. يضاف إلى ما تقدم ان الوكيل يستفيد أيضاً من امتياز الاحتفاظ بالشيء عندما يتكبد مصاريف للمحافظة على أموال الموكل في حالة جيدة⁽¹⁾.

الفقرة 2 - التقادم (أو مرور الزمن) المطبق على الوكالة

31286 - تقادم القانون العام. التقادم المطبق على الوكالة هو، مبدئياً، التقادم الثلاثيني الوارد في المادة 2262 من ق م أو التقادم القسري الوارد في قانون التجارة في العلاقات بين التجار. وهكذا تخضع لهذا التقادم دعوى المسؤولية للموكل ضد الوكيل. وبما ان الوكالة هي تارة قضية مدنية (أمثلة: صديق، زوج، كاتب عدل، محام، مهندس معماري...) وطوراً قضية تجارية (وكيل عقاري، وكالة سفر...) فإن كلتا المدتين لها دورها.

والتقادم الخمسي في المادة 2277، مع انه يستهدف الأجور، غالباً ما لا يطبق على الوكيل المأجور الذي تشكل أتعابه مكافأة ولا تدفع عموماً على شكل دورية الأجر المتوجب استناداً إلى عقد العمل مثلاً، أي «عن كل سنة أو في آجال دورية أقصر إلى حد ما»⁽²⁾.

وإذا كان التقادم في سنتين الوارد في المادة 2273 يتعلق تماماً بالوكلاء avoués والمحامين في دعواهم «لدفع مصاريفهم وأجورهم» (تقادم يبدأ من الحكم في الدعاوى أو التوفيق بين الفريقين)، فإن هذا التقادم لا يطبق مبدئياً، على المصاريف أو الأتعاب التي قد تستحق لهم خارج مهمتهم كوكلاء mandataire أو فضولي⁽³⁾.

31287 - التقادم الخاص. أدخل قانون 19 كانون الأول 1989 المتعلق بالمهنة القانونية المادة 2277 - 1 في القانون المدني وبمقتضاها يمر الزمن على الدعوى المقامة ضد اشخاص مؤهلين لتمثيل الفريقين أمام القضاء أو مساعدتهم بسبب مسؤوليتهم في هذا الشأن بعد عشر سنوات ابتداء من نهاية مهمتهم. فتقادم هذه الدعاوى، بالنسبة إلى هؤلاء المهنيين، وهي ذات طبيعة مدنية، تم إرجاعه إلى مدة أكثر معقولة مشابهة لمدة التقادم التجاري.

(1) المادة 2102 - 3 من ق م؛ انظر النقص المدني 21 كانون الثاني 1908، د د، 1910، 1، 161، س، 1909، 1، 501.

(2) انظر L. Topor, La notion de créance à caractère périodique au sens de l'art. 2277 du Code civil، م ف ق م، 1986، 1؛ وفي صدد الفوائد المستحقة للوكيل عن المبالغ المدفوعة للموكل، انظر النقص المدني، 7 أيار 1845، د د، 1845، 305، س، 1845، 1، 644؛ النقص المدني، 7 آذار 1887، د د، 1887، 1، 403، س، 1890، 295؛ وفي صدد مدير شركة انظر غ ت ن، 19 تمرز 1965، د، 1965، 666.

(3) انظر النقص المدني، 30 تشرين الأول 1945، د، 1946، 36، نقص.

أما المباشرون الذين قد يطلب إليهم العمل كوكلاء فإن دعواهم تخضع لمرور الزمن القصير لستتين بالنسبة إلى الأجر والعمولة (المادة 2272؛ انظر أيضاً المادة 2276 في ما يتعلق بحفظ المستندات). وتتقادم دعوى الكتاب العدل لدفع المبالغ المتوجبة لهم عن أعمالهم بمرور خمس سنوات اعتباراً من هذه الأعمال أو من وفاة فاعل العمل في ما يتعلق بعقد يخضع مفعوله لهذا الحدث⁽¹⁾.

الباب الفرعي II

في بعض تطبيقات الوكالة

31500 - البدائل والخصائص. «للوكالة ألف وجه»، هكذا قيل شعرياً وعلى وجه صحيح⁽¹⁾. وغنى تطبيقاتها يجعل منها ولا ريب أحد العقود المحيرة أكثر من غيرها. يمكن أن تكون بعوض أو مجانية، قابلة للرجوع عنها إرادياً، أو وكالة مصلحة مشتركة. ويتغير نظامها كلياً حسب أن يكون لها هذا الطابع أو ذاك⁽²⁾.

ويقدم القانون عقد التنشيط العقاري كوكالة يصفها، فضلاً عن ذلك، بالمصلحة المشتركة. هذا هو الجانب الذي أخذت به المادة 1831 - 1 من ق م، وليدة اصلاح 16 تموز 1971 الذي يسوسها⁽³⁾. غير أن هذا الوصف للعقد ليس موفقاً، لأن الوظيفة الرئيسية للمنشط من بين وظائفه هي تحقيق برنامج عقاري يمكن أن ينضم إليه تنفيذ أشغال متعلقة بقسم من العملية. وما يعود إلى الوكالة، أي تمثيل صاحب العمل المستقل لإبرام عقود مع المؤسسات التي تشترك في البناء، وكذلك إبرام أي عقد مفيد مع المحاورين المعنيين، يبدو إذاً أنه بالأحرى تابع، حتى ولو كانت له أهميته لعملية البناء⁽⁴⁾.

(1) G. Cornu، ص 319.

(2) انظر في شأن هذه الكيفيات المختلفة الرقم 31100 السابق وما يليه.

(3) انظر في صدد هذا العقد الرقم 32402 اللاحق وما يليه.

(4) انظر في هذا الاتجاه G. Cornu م في م ف ق م، 1977، 787، في صدد غ م ت ا ن، 8 آذار 1977، يعتبر المؤلف أن المهمة الرئيسية للمنشط هي تحقيق برنامج مما يجعله مقاولاً قبل أن يكون وكيلاً؛ قارن بـ Ph. Malinvaud et Ph. Jestaz، Droit de la promotion immobilière، 1991، رقم 502، ويريان في ذلك «وكالة ممزوجة بايجار العمل المستقل».

ووصف «المصلحة المشتركة» لعقد التنشيط نادراً ما يكون مع ذلك منسجماً مع نظام «المصلحة المشتركة» لعقد التنشيط كما يستنتج من الاجتهاد، وقراءة الاعمال التحضيرية لقانون عام 1971 تبين أن اللجوء إلى هذا المفهوم كان بالأحرى ثمرة الصدفة البرلمانية من كونه قراراً قانونياً متعلقاً، انظر Ph. Malinvaud et F. Jestaz، رقم 502؛ يضاف إلى ذلك أنه إذا كانت السلطات التي اعطاها الزبون للمنشط غير قابلة للرجوع عنها، فليس ذلك بسبب المصلحة المشتركة في العقد، وإنما لأن التوكيل مرتبط بعملية يذوب في مجموعها: هذه السلطات لا يمكن الرجوع عنها ما دام العقد الأصلي الذي تتبع له قيد التطبيق.

31501 - التقسيم. الوكالة هي، حسياً، الدعامة القانونية لعدة أنشطة اقتصادية. ويمكن، في هذا الصدد، بيان أهمية وكالة أشخاص يكلفون قضايا الغير (الفصل I)، ووكالة الوكلاء التجاريين (الفصل II). إلا أنه يمكن، كتوضيح، أن يكون هناك إغراء على التطرق إلى هاتين الصورتين الشاذتين، على هامش النموذج الاساسي، أي الوكالة الضمنية والوكالة الظاهرية (فصل تمهيدي).

الفصل التمهيدي

الوكالتان الشاذتان: الوكالة الضمنية والوكالة الظاهرية

31502 - الوكالة الضمنية. يستخدم مفهوم الوكالة الضمنية الذي يتواجد في مناسبات عديدة كبديل عن العقد: انه يتيح إلى حد كبير التملص من قواعد الشكل والإثبات⁽¹⁾. وغالباً ما يشهده الاجتهاد حتى أن المشتري جعل منه أحد العوامل الرئيسية لنقل السلطات بين الزوجين⁽²⁾.

وقد دفع هذا الاسلوب، إذ عالجت المحاكم بمرونة كبيرة ولاسيما محكمة النقض (أو التمييز) التي عاملت قضية الاساس بقسوة في ممارسة رقابتها وفي الطموح إلى الحفاظ على مبادئ القانون العام للعقود، بالوكالة إلى حد العقد: جعلت، في الحقيقة، من هذا العقد إوالية قانونية تتيح الحصول على بعض المفاعيل. ويجري السعي، عن هذه الطريق، إلى جعل المدين بتقديم شخصاً لم يوافق عليه في الحقيقة: زوج تمثله زوجته (لإدارة أمواله مثلاً)، مريض يمثله طبيب (في علاقاته باخصائي بصورة خاصة) ويستخدم لإقامة رباط قانوني مباشر بين هذا الشخص والغير.

والوكالة الضمنية، علاوة على ذلك، هي عموماً وكالة مجانية: نادراً ما تستخدم لقبول مطالبة وكيل منتحل موكلاً مزعوماً بالاعتاب. وبما أن إحدى خصائص الوكالة، عندما تكون مجانية، ان لا تكون في ذاتها تبادل قيمة اقتصادية - لا تنعقد العملية الاصلية بين موكل ووكيل -، فذلك يسهل الانزلاق نحو ما هو لاعقدي.

إن النتائج الاقتصادية محسوسة، فهي قريبة من النتائج التي يمكن أن تولدها إواليات أخرى كالتضامن أو التفويض.

(1) انظر الرقم 31194 السابق.

(2) انظر الرقم 31143 السابق حول هذه النقطة.

31503 - الوكالة الظاهرية . للوكالة الظاهرية مع انها من طبيعة مختلفة، دور

الوكالة الضمنية نفسه : ربط موكل مزعوم، عقدياً، بغير فكر في ذلك استناداً إلى الظاهر، ولم يكن ذلك بعلم هذا الموكل . إن الأسلوب هنا من مصدر اجتهادي صرف .

ومصدر الدهشة انه تم، مع العدد الكبير الاوالات الموجودة - فضول، وكالة ضمنية، وكالة تابعة لعقد آخر... -، تقدير انه من المفيد خلق إوالية جديدة⁽¹⁾. وقد جرى التساؤل عما إذا كان الهدف المتابع، وهو تحقيق العدالة بانصاف تام لصالح من تم خداعه، مشروعاً تماماً باعتباره يتم بمضرة موكل للنجدة ليس له فيه شيء يستحق الذكر بالنسبة إليه : أجرى والد ايجاراً ريفياً على رقبة الملك مع أنه مجرد منتفع، مما لا يمنع وجوب التنفيذ⁽²⁾؛ كما تمت طلبات في أمكنة تشكل جزءاً من مخازن تعود إلى تاجر اعتبر مسؤولاً عن دفع الثمن... .

وتفسر ضرورة اللجوء إلى مفهوم جديد بوجه الاحتمال بأنه غالباً ما نكون، في ظروف كهذه، بعيدين جداً عن الوكالة، حتى الضمنية، وان فائدة الفضول غير موجودة على العموم . وتم إدراك ان هذا التحول ليست له علاقة حقيقية بالوكالة والتمثيل : ليست للوكالة الظاهرية أي شيء من عقد الوكالة وعلاقتها كلها هي مع نظرية الظاهر . من هنا المحاولة المشروعة لادراجها بين شبه العقود إلى جانب الفضول⁽³⁾. ولا يحتفظ الأسلوب بجذوره إلا في حالة استخدامه كعامل توسيع سلطات الوكيل الموجود .

(1) يعود التكريس الاجتهادي للوكالة الظاهرية إلى عام 1962، انظر الرقم 31209 السابق وما يليه .

(2) غ م ت ا ن، 4 أيار 1982، ن م، III، رقم 111؛ وكأمثلة أخرى انظر الرقم 31204 السابق، وما يليه .

(3) انظر A. Bénabent, Les obligations، 1994، رقم 496 وما يليه .

الفصل I

وكالة الاشخاص المكلفين قضايا الغير

31504 - إعلان: يكلف قضايا الغير بصورة عامة أعضاء المهن القانونية والذين يسمون بتعبير غامض وكلاء الأعمال (القسم I). وعلى وجه أخص بعض الأشخاص المكلفين بيع أموال تعود إلى الغير (القسم II).

القسم I

المهن القانونية ووكلاء الأعمال

31505 - التقسيم. ينبغي التطرق على التوالي إلى المهن القانونية (الفقرة 1) الخاضعة للقانون المدني، ووكلاء الأعمال الذين يزاولون نشاطاً تجارياً (الفقرة 2).

الفقرة 1 - المهن القانونية

31506 - إبرام العقد. لأن الوكالة تتناول، مبدئياً، إبرام أعمال قانونية للغير، من السهل فهم إن إشهارها هو في نشاط المأمورين العموميين أو القضاة الذين يتدخلون في العقود أو يكلفون أعمال زبائنهم⁽¹⁾، وفي المهن الحرة التي يكون موضوعها ممارسة القانون، أي مهنة المحامين والمستشارين القانونيين الذين جرى تجميعهم في تسمية المحامي وحدها.

ولهذه التدخلات دور متميز للوسيط، وفي الغالب إدارة أعمال الغير التي تترافق أحياناً مع احتكار.

31507 - الكتاب العدل. الكاتب العدل موظف عمومي وظيفته، بصورة رئيسية، تلقي أعمال وعقود ليضفي الرسمية (أو التوثيق) عليها⁽²⁾ وحفظها وإعطاء نسخ

(1) انظر A. Gensane، ف د م، V الوظيفة العامة أو القضائية، 1974، رقم 98.

(2) انظر L. Chaine، L'authenticité et le notariat، م د، الطبعة N، 1985، 1، ص 125.

عنها⁽¹⁾. وقد يقوم بدور الوسيط. ولا يمنعه نظامه من تقديم خدمات من هذا النمط لزبونه: مثلاً تلقي مبالغ لتنفيذ عقد تلقاه في مكتبه، السعي إلى إيجاد مكتسب ملكية لبيع عقاري، إدارة الأموال⁽²⁾... ويمكن أن تتجاوز هذه الخدمات، فضلاً عن ذلك، نطاق الوكالة وتعود إلى إيجار العمل المستقل: هكذا الأمر في شأن نشاط النصح. وللكتاب العدل الحق في توفير تقديمات كهذه بصفة تكميلية لنشاطه الرئيسي عندما يتناول ذلك عمليات تنسجم مع طبيعة وظيفته. وقد يكون وجود وكالة ضمنية في هذا الشأن، مع ذلك، مقبولاً، بالنظر إلى المرونة الناتجة على صعيد الإثبات⁽³⁾.

على أن الكاتب العدل، في كل ما يتعلق العقود ذاتها التي يتلقاها، لا يمكنه أن يمثل أحد الفريقين. وإذا بدا ذلك ضرورياً، لراحة الزبون، فبإمكانه القيام به عن طريق أحد مستخدمي المكتب⁽⁴⁾.

- (1) للكتاب العدل احتكار تنظيم بعض الأعمال كالتى تفسح في المجال للعلنية العقارية (أو الشهر العقاري)، انظر حول نظامهم: قانون 25 فانتوز العام XI المتضمن تنظيم أعمال الكتابة العدل والمستعاد في ق م وفي د ومنشورات Litec، المادة 1317؛ ومرسوم 19 كانون الأول 1945 المعدل بمرسوم 20 تموز 1964، ومرسوم 21 تشرين الثاني 1971، المعدل (الصلاحية في مجموع الاقليم الوطني) بالمرسوم رقم 71 - 941 في 26 كانون الأول 1971 المتعلق بالأعمال التي ينظمها الكتاب العدل (هناك مرسوم آخران في التاريخ عينه يتعلقان بوظائف الكتاب العدل والشركة المهنية)؛ مرسوم 8 آذار 1978 المعدل (التعرفة، د، 1978، L. 174 و 263)؛ القانون رقم 90 - 1258 في 31 كانون الأول 1990 (شركات ممارسة حرة)؛ انظر في شأن مجمل النصوص المطبقة قانون الإجراء المدني (أصول المحاكمات المدنية) منشورات Litec، الملحق 19.
- انظر J. F. Pillebout، م إ، V الكتابة العدل، الكراسة أ - 5، الخصائص، المهام، الموجبات، 1984؛ J. B. المنشورات Litec، 1976؛ G. Saint Geniest، م إ، V، أعاب الكتاب العدل ومكافاتهم، الكراسان A و B، 1980، تعليق على مرسوم وضع التعرفة؛ إصلاح المهن القانونية والقضائية وقانون يتعلق بشركات الممارسة الحرة، لمحة أولى عن تأثيرها في الكتابة العدل، م إ د، 1991، الطبعة N، الممارسة 1689.
- (2) يتعلق الأمر بأنشطة «غير واردة في الباب II» من مرسوم 1978، كما يقال، انظر في صدد بيع الكاتب العدل مال تركة جرى تكليفه تسويتها، انظر غ م ت ا ن، 2 تشرين الأول 1974، م إ د، 1976، 18247، تعليق H. Thuillier، ملكية معتبرة مكتسبة لأول شار بالثمن الذي اقترحه الكاتب العدل، رغماً عن البيع الذي وافق عليه المالك فيما بعد لمكتسب ملكية ثانٍ بسبب ثمن أعلى، اعتقاد مشروع في امتداد الوكالة: «لم تكن العادة، بسبب السلطة والكرامة المرتبطتين بوظائفه، التحقق من امتداد سلطات الكاتب العدل الوكيل»؛ غ م أ ن، 6 شباط 1961، م إ د، 1962، II، 12471، تعليق P. Espagno، كاتب عدل، عمل بتوقيع خاص، قرض تابع لوعده بالايجار، عدم التحقق من ملاءة المقرض، مسؤولية؛ أضف إلى ذلك J. P. H. B. Et T. P. Kuhn، ف د م، V الكتابة العدل، رقم 44 ورقم 256 وما يليه؛ وبالمقابل، يمنع على الكاتب العدل أن يكون مسخراً، وذلك ما يسهل فهمه بدون جهد طالما أن الأسلوب مستتر ويخشى أن يضر بالزبون، انظر J. F. Pillebout، م إ، الكتابة العدل، الكراسة أ - 5، رقم 114 وما يليه.
- (3) انظر في شأن الإسنادات Kuhn، ف د م، V الكتابة العدل، الأرقام 262 و 270 و 274؛ هكذا يمكن أن يحمل بيان مكتب الكاتب العدل في عقد قرض بالنسبة إلى سداذه، حسب الظروف، على الافتراض أن الكاتب العدل قد تلقى وكالة استيفاء هذا السداد.
- (4) انظر المادة 14 من مرسوم 19 كانون الأول 1945 التي تفرض على الكاتب العدل أن لا يجعل مستخدميه يتدخلون في العقود التي تلقاها إلا على أساس وكالة خطية؛ انظر J. Yaigre، Droit professionnel notarial =

وتكون مسؤولية الكاتب العدل قائمة في نطاق وكالة خاصة يتلقاها، أو أي نوع من أنواع الخدمة المؤداة، بسبب خطئه بطريقة تقارن بمسؤولية أي وكيل آخر⁽¹⁾.

31508 - الأجر. تشكل الخدمة التي يؤديها الكاتب العدل بصفة وكيل أو مدير أعمال الغير، على وجه العموم، موضوع أجر كان منازعاً فيه في الماضي: حتى ان القضاة حاولوا افتراض أن الدور الذي يقوم به الكاتب العدل بسبب وكالة لا يعطي الحق في الاتعاب إلا أن تكون هذه الاتعاب منصوفاً عليها صراحة⁽²⁾، وهو من شأنه حصر مكافأة كهذه في الاستثناء.

ومن المتفق عليه في أيامنا أن الزبون ملزم عند وجود خدمة مؤداة له، ويتدخل القاضي احتمالياً لرقابة المبلغ المطالب به، ذلك بأن الاتعاب، في ما يتعلق بنشاط غير وارد في التعرفة، يحددها الفريقان⁽³⁾. وقد أعطيت هذه المكافأة المنصوص عليها صراحة في مرسوم وضع التعرفة في عام 1978، المسماة أجراً في المادة 4، حقل تطبيق أوسع في مرسوم 11 آذار 1986 الذي يفصل، من بين الخدمات التي يمكن أن يقدمها الكاتب العدل، الاستشارات ومختلف العقود القانونية للأعمال: مثلاً، في مادة الايجارات أو الشركات أو المؤسسة التجارية⁽⁴⁾.

= رقم 98؛ انظر أيضاً R. Savatier, Les mandats donnés aux clerks de notaires، فهرس الممارسة العملية للكتابة العدل 1928، 529.

(1) انظر في شأن الأخذ بالمسؤولية فهرس 28 تشرين الأول 1903، دد، 1910، 1، 316، كاتب عدل نصح بقرض؛ غ ع، 5 نيسان 1909، دد، 1909، 1، 309، كاتب عدل ترك المقرض جاهلاً النظام الزوجي للمقترضين؛ قارن بالنزعة إلى وصف مسؤولية الكاتب العدل بالتقصيرية في مناسبة تلقي عقد رسمي، انظر J. Poulpiquet، م إ، المسؤولية المدنية، الكراسية 420 - 2، V الكاتب العدل، 1992، رقم 23 وما يليه؛ أضف إلى ذلك Ph. Le Tourneau, La responsabilité civile، 1982، رقم 1657 وما يليه، ولاسيما الرقم 1661؛ La responsabilité professionnelle des notaires - منشورات - Defrénois، 1981.

(2) انظر غ ع، أول كانون الأول 1891، دد، 1892، 1، 209، تعليق E. Cahendy، إدارة قضايا زبون جرى تلقي عدة قضايا مقابل أتعاب، كمكافأة كافية إلى حد كبير؛ انظر غ ع، 21 أيار 1900، دد، 1901، 1، 265، س، 1901، 1، 186، إدارة أعمال زبون، إدارة قيم منقولة، مكافأة، ظروف القضية، سلطة قضاة الأساس السيدة.

وحول تبعة الكاتب العدل كمستشار وبالتالي كمقدم خدمة انظر الرقم 249 32 اللاحق.

(3) انظر مرسوم 8 آذار 1978، المادة 4؛ G. Saint Geniest، م إ، الكتابة العدل، الكراسية A، رقم 144 وما يليه، حيث يشدد المؤلف على أن التنظيم كان، منذ عام 1898، قد رفع أي غموض بقبول مكافأة الكاتب العدل «عن الأعمال والمهام التي يقوم بها بصفة استثنائية ولم تكن في تمانع مع طبيعة وظيفته وكرامتها»: وضعها مرسوم 29 كانون الأول 1953 بخدمات مؤداة في نطاق الوظائف التابعة؛ انظر التعرفة البيانية التي وضعتها غرفة الكتاب العدل والتي استعيدت في كتاب المستشارية في 13 كانون الثاني 1971، م إ د، 1971، الطبعة N، III، 37681، J. P. H. B. et T. P. Kuhn، ف د م، الكتابة العدل، رقم 83.

(4) انظر حول هذه النصوص التعليق الوارد سابقاً.

ويبقى مغطى بالتعرفة مع ذلك، قيام الكاتب العدل بوظيفة وسيط، مثلاً في المادة العقارية لبيع مال. ويستوفي الكاتب العدل الذي يؤمن العلاقة بين الفريقين، وغالباً ما يتلقى بعد ذلك العمل أو يشارك فيه، أتعاباً خاصة هي مكافأة المفاوضة⁽¹⁾. وتفسر طبيعتها الخاصة أنها تقبل التخفيض الجزئي من قبل الكاتب العدل - على عكس ما يجري بالنسبة إلى الاتعاب موضوع تعرفه التي يتوخى في صددتها تجنب أي مساومة، وهي بالتالي غير قابلة للتخفيض استناداً إلى المادة 2 من مرسوم 1978 - بدون إذن غرفة الانضباط⁽²⁾.

والأمر على هذا النحو بالاحرى بالنسبة إلى الاتعاب التي لا تدخل في التعرفة والتي تستوفي عن مختلف المهام التي يمكن أن يقبلها الكاتب العدل بصفة تابعة.

31509 - المحامون والوكلاء avoués. المحامي، عضو مهنة حرة، أو الوكيل avoué حائز وظيفة قضائية، هو، في نطاق إجراء ما، ممثل زبونه⁽³⁾. انه يظهر كوكيل

(1) انظر مرسوم 1978، المادة 11؛ ثلاثة شروط مفروضة لاستيفاء هذا الأجر حسب المادة 11: أن يكون الكاتب العدل مزوداً بوكالة خطية، وأن يكون قد وجد الشريك في التعاقد، وأن يتلقى العقد أو يشارك فيه، انظر M. Vion، تعليق في Defrénois، 1983، ص 1335 وما يليها؛ غ م ت ن، 20 أيار 1981، J. Not، 1981، البند 56345، تعليق J. Viatte، اكتشاف مكتسب الملكية عن طريق الاعلان، مكافأة مسوّغة؛ غ م ت ن، 19 تموز 1982، م إ د، الطبعة N، ص 319، في الممارسة، مكافأة التفارض متوجبة عند وجود شفعة لهيئة حلت محل مكتسب الملكية، انظر حول التفريق بين المكافأة الواردة في المادة 11، المفاوضة، والمكافأة المنصوص عليها في المادة 4، تقديم خدمات، غ م ت ن، 20 نيسان 1988، ن م، II، رقم 95، ف د، 1989، ص 120، تعليق M. Vion، كاتب عدل، غياب وكالة خطية، اكتشاف مكتسب الملكية عن طريق الاعلان الذي لجأ إليه البائع، نقض القرار الذي رفض الاتعاب؛ وفي القضية نفسها، غ م ت ن، 27 حزيران 1990، ن م، II، رقم 148، رد الطعن ضد قرار رفض الاتعاب لأنه لم يكن من الممكن طلبها من مكتسب الملكية في ما يتعلق بالعناية التي لم تكن خارجية عن الوكالة التي اعطاها البائع، تطبيق المادة 4 مستبعد: حل قاسٍ عندما نعلم أن مكتسب الملكية المستخرج، كشخص طبيعي؛ اشترى في النهاية عن طريق شخص معنوي (أو اعتباري)؛ انظر أيضاً النقض المدني، 13 كانون الثاني 1960، د، 1960، الموجز 69، وكالة تفاوض، الحق في ضعف المكافأة، كلا: لم يثبت أن الشاري جرى تقديمه إلى البائع من قبل الكاتب العدل؛ J. P. H. B. et T. P. Kuhn، ف د م، V الكتابة العدل، رقم 109.

(2) المادة 11 من مرسوم عام 1978 المذكور آنفاً.

(3) انظر في شأن مهنة المحامي قانون 31 كانون الأول 1971 المعدل بالقانون رقم 90 - 1259، في 31 كانون الأول 1990، المتعلق باصلاح بعض المهن القضائية والقانونية (أضف إلى ذلك القانون رقم 90 - 1258 في 31 كانون الأول 1990 المتعلق بشركات الممارسة الحرة)، وكذلك مرسوم 9 حزيران 1972 المعدل الذي ينظم مهنة المحاماة؛ انظر بالنسبة لمجموعة النصوص المطبقة قانون الإجراء المدني، منشورات Litec، الملحق 6؛ وحول الموضوع A. Bénabent، La réglementation de l'exercice du droit، م إ د، 1991، 1، 3490؛ G. Baron، م إ، المسؤولية المدنية، الكراسة 330، المحامي، 1985؛ Hamelin et Damien Les، règles procureurs de la profession d'avocat، الطبعة الخامسة، منشورات د، 1987؛ Lemaire، Les، règles de la profession d'avocat et les usages du Barreau de paris، الطبعة الثالثة، منشورات L G D J، 1975؛ F. Cabarello، Plaidons par procureurs، م ف ق م، 1985، 247.

مزود بهذه المهمة الخاصة، الوكالة في الخصومة⁽¹⁾. وجرى الأخذ بالعكس واعتبار المحامي الذي يرافع ليس أكثر من وكيل كالطبيب الذي يعالج مريضاً. إلا أنه يمكن، حتى بغض النظر عن الأعمال الضرورية لمسار الدعوى، التفكير في أن المحامي، بالمرافعة، بتقديم الملف الذي وضعه، يقحم زبونه في الاجراء⁽²⁾.

ولو وكالة المحامي، بخاصة وكالة تأمين تمثيل زبائنه امام القضاء، هذه الخاصة من مفعول العادة المكرسة في المادة 416 من قانون الاجراء المدني (أصول المحاكمات المدنية) بأن صاحب العلاقة معفى من تسويغها: يجري تصديق كلامه. وهي مفهومة إلى حد كبير من قبل المحاكم طالما أنه من المقبول مثلاً أن تحوي وكالة التمثيل سلطة خاصة في المصالحة⁽³⁾.

بيد أن المحامي يمكنه أيضاً أن يتلقى من زبون توكيلاً خاصاً لانجاز مهمة خاصة: دفع، قبض... ويبدو هكذا وكيلاً عندما يقترح، خارج أي دعوى، تسوية متدرجة لدين من قبل مدين زبونه، ومن المشروع أن يعتقد هذا المدين بوجود توكيل عندما يتلقى بموجب كتاب اقتراحاً كهذا مقدماً على أنه صادر باسم الدائن⁽⁴⁾. وتنتج وكالة المحامي هذه عن صفة صاحب العلاقة والكرامة المرتبطة بهذه المهنة، هذا ما أعلنته المحاكم: إذا ليس من العادة أن يطلب منه تسويغ وجود التوكيل أو مداه الذي بموجبه يعتني بقضايا زبونه⁽⁵⁾. إلا أن للمبدأ حدوداً وبالنسبة إلى الأعمال الخطيرة بصورة خاصة كبيع مال عقاري، ويفرض أن يكون المحامي مزوداً بوكالة صريحة⁽⁶⁾.

يضاف إلى ذلك أن الطابع الحر لنشاط المحامي يجعل كون الرجوع عن الوكالة، في هذه المادة أكثر من غيرها، لا يمكن أن يفسح في المجال للعطل والضرر لصالح

(1) انظر حكم محكمة استئناف Agen، 4 آذار 1989، د، 1890، 2، 281، تعليق E. Glasson؛ وحول التمثيل أمام القضاء ووكالة الخصومة انظر المواد 411 إلى 420 من قانون الاجراء المدني، مع «مهمة المساعدة الثانوية» في التمثيل حسب المادة 413 وهو خاصية هذه الوكالة؛ J. Viatte, Le mandat ad litem، م ق ع، 1976، 1، الفقه، 392.

(2) انظر B. Baudelot، ف د م، V، المحامي، رقم 29 وما يليه؛ غ م ث ن، 24 أيار 1984، د، 1985، إ س، 110، A. Brunois، موافقة؛ قارن بـ غ م أ ن، 14 أيار 1991، ن م، I، رقم 150: لا يمكن أن يلزم المحامي الفريق الذي يمثله إلا بتعاقد يملكه باسمه ولا يشكل الاعلان الذي يصدر عنه خلال المرافعة اعترافاً قضائياً.

(3) انظر غ م أ ن، 7 تموز 1987، ن م، I، رقم 220، اجارة مؤسسة تجارية وبيعها: يستند الحكم إلى المادة 417 من قانون الاجراء المدني التي لا تتعلق صراحة بالمصالحة.

(4) انظر كمثال حكم محكمة استئناف ليون 8 كانون الثاني 1986، د، 1987، الموجز 66، م A. Brunois، اعتقاد مشروع بمدى الوكالة المنوطة بالمحامي.

(5) انظر في هذا الاتجاه غ م أ ن، 12 أيار 1993، ن م، I، رقم 163، تفاوض على شروط ايجار تجاري.

(6) في هذا الاتجاه غ م أ ن، 12 أيار 1993، ن م، I، رقم 162.

الوكيل في حين انه قد أمّن إلى وقت طويل الدفاع عن مصالح زبونه⁽¹⁾.

والتفريق المفروض مع عقود قريبة يدعو إلى القول إن المحامي أو الوكيل avoué، بتقديم نصائح واستشارات، يخرج من عقد الوكالة ليدخل عقد إجارة العمل المستقل.

على أن الوصف لا يؤثر في امكانية القاضي تخفيض أجر صاحب العلاقة: وتعتبر الاتعاب، سواء على صعيد الوكالة أو على صعيد الاجارة، من غير الجائز أن تتجاوز مبلغاً معقولاً⁽²⁾.

أما المبدأ ذاته لاتعاب المحامي، رغماً عن بعض التردد الذي كان يعبر عنه خلال القرن التاسع عشر، فليس هناك أي شك فيه، ومن المقبول منذ مدة طويلة أنه يملك دعوى للحصول على الدفع⁽³⁾. وفي ما يتعلق بالوكلاء avoués ليس هناك أدنى تردد في حقهم في الاتعاب⁽⁴⁾.

ويقتضي أخيراً، كتطبيق خاص للمبدأ الذي يلزم الوكيل بأن لا تتعارض مصلحة الموكل مع مصلحة الوكيل، بيان أنه يمتنع على المحامي تمثيل فريقين مصالحهما متعارضة في القضية ذاتها، أو أن يمثل فريقاً يمارس ضده ملاحقة لحساب الغير⁽⁵⁾.

(1) انظر كمثال حكم م ب في باريس، 2 أيار 1985، د، 1985، إ س، 113، م A. Brunois، محامي شركة هامة نزعته يده عن جميع الملفات عقب صعوبة تتعلق باتعابه: الرجوع حر، كما جاء في القرار، إلا أن يكون الزبون قد وعد المحامي بحجم معين من القضايا أو طلب منه توظيفات خاصة.

(2) انظر كمثال حكم محكمة استئناف Agen، 4 آذار 1889، د، 1890، 2، 281، تعليق E. Glasson: يرى هذا المؤلف في ذلك ضرورة «منع المغالاة في مصلحة... كرامة القضاء».

(3) انظر E. Glasson تعليق في د، 1890، 2، 281 المذكور سابقاً؛ حكم محكمة استئناف باريس، 26 شباط 1908، س، 1909، 2، 297، تعليق A. Wahl؛ حكم محكمة استئناف Aix، 29 تشرين الثاني، 1955، د، 1956، 398، تعليق L. Crémieu.

ثمة تعرفه وردت في مرسوم 25 آب 1972 في شأن عقود التمثيل أمام القضاء، وقد تعدل هذا المرسوم، وبالنسبة إلى التطبيق في المادة العقارية، انظر غ م ت ن 28 نيسان 1986، د، 1987، الموجز، 109، م A. Brunois؛ إلا أن الاتعاب حرة في صدد الاستشارة والمرافعة، وحول قانون 1957، الذي وضع إجراء أمام النقيب لتسوية المنازعات P. Chaplet، تعليق في د، 1958، 231، L؛ انظر المواد 97 إلى 103 من مرسوم 9 حزيران 1972 الذي استعاد هذه الامكانية في اللجوء إلى النقيب وأعطى صلاحية حل النزاع لرئيس م ب؛ انظر أيضاً B. Baudelot، ف د م، V، المحامي، رقم 86 وما يليه.

(4) انظر النقض المدني 24 نيسان 1901، س 1901، 1، 261، D. Alexandre، م إ م، المواد 1984 إلى 2010، الكراسيات D إلى F، رقم 107: التعرفه حددها مرسوم 30 تموز 1980 المعدّل؛ أضف إلى ذلك G. Vervun، م إ، الإجراء المدني، الكراسة 88، وكلاء avoués لدى محكمة الاستئناف 1987 بخاصة الرقم 27 حيث جرى استخدام تعبير «الوكالة الحصرية والمأجورة» والرقم 41 في شأن الاتعاب.

(5) المادة 84 من مرسوم 9 حزيران 1972؛ انظر غ م أن، 30 حزيران 1981، د، 1982، 165، تعليق A. Brunois.

وحول منع الوعد بتقاسم المنازع فيه والتلطيف الذي يتناوله انظر الرقم 32196 اللاحق.

31510 - مباشرو القضاء. وظيفة مباشري القضاء، وهم موظفون قضائيون، تبليغ أعمال الإجراء ووضع قرارات القضاء موضع التنفيذ، وذلك لا يمنع تكليفهم خدمات أخرى كالتثبت من دين أو تحصيله⁽¹⁾.

وغالباً ما يعمل المباشرون كوكلاء زبائنهم، وهم مسؤولون عن خطإهم حسب قواعد هذا العقد⁽²⁾. وهم معفون كالمحاميين من تسويغ توكيل عندما يمثلون شخصاً أمام القضاء أو يساعدونه، في نطاق إجراء أمر بالدفع على سبيل المثال⁽³⁾.

غير أن وصف العقد قد يثير صعوبة مما يدعو إلى اختيار وصف اجارة العمل المستقل عندما يدعى المباشر إلى القيام بأحد التحقيقات⁽⁴⁾.

الفقرة 2 - وكلاء الاعمال

31511 - فئة سيئة التحديد. وكلاء الأعمال - وهم يشكلون فئة سيئة التحديد - هم المقصودون في المادة 632 الفقرة 6، من قانون التجارة تحت عبارة مؤسسة «الوكالة» و«مكتب الأعمال» وجرى النص على أن نشاطهم هو تجاري⁽⁵⁾.

(1) انظر الأمر الاشتراعي رقم 45 - 2592، 2 تشرين الثاني 1945 المتعلق بنظام المباشرين المعدل ومرسوم 29 شباط 1956 المتعلق بنظام التطبيق (بخاصة المادة 15 وما يليها)؛ وفي شأن مجمل النصوص المطبقة، قانون الاجراء المدني (أصول المحاكمات المدنية) منشورات Litec الملحق 16؛ انظر أيضاً Mémento Fr. Lefebvre, Professions libérales، 1994 - 1945، رقم 770 وما يليه؛ B. Nicod، فهرس الاجراء المدني، د، V، مباشر القضاء 1991؛ Ph. Le Tourneau، La responsabilité civile، 1982، رقم 1649 وما يليه.

(2) انظر غ، ع، 3 تموز 1935، م ق ع، 1935، 2، 701، القضية الثانية؛ غ م أن، 8 تشرين الأول 1968، د، 1969، الموجز 40، مباشر وكيل تحصيل ديون نصح موكله بالموافقة على قرض لتاجر، المسار التاجر، مسؤولية؛ غ م أن، 9 تموز 1985، د، 1986، 118، تعليق J. Prévault، حجز تنفيذي، تأخير في البيع، خطأ: المباشر ملزم بالتنفيذ بما هو أفضل لمصلحة زبونه الموكل الذي كلفه ذلك؛ قارن بـ حكم محكمة استئناف باريس، 3 تشرين الأول 1956، م إد، 1957، II، 8775، إبلاغ اعتراض بشكل متأخر، مسؤولية تقصيرية.

(3) المادة 417 من قانون الاجراء المدني الجديد.

(4) انظر حول هذا النوع من الأوضاع غ م ت ن، 23 شباط 1956، ن م، II، رقم 138، منتجات قتل الحشرات قتلت النحل، مسؤولية المزارعين، تثبت بناء على طلب الضحية، مباشر جرى وصفه «بالوكيل المأجور»؛ وتنص المادة 18 من مرسوم 29 شباط 1959، في ما يتعلق بتحصيل الدين، على أن «تسليم الأوراق للمباشر يساوي وكالة قبض».

(5) انظر حول هذه المهنة M. Boizard et J. M. Guth، ف د ت، V، وكلاء الاعمال، 1984؛ G. Vermelle، م إ، المسؤولية، الكراسة 315، وكلاء الأعمال 1988؛ Lamy Droit économique، تأليف Cas et Bout، 1994، رقم 4056 وما يليه.

وحول الوصف التجاري انظر Houin et Pédamon، رقم 64، وفي عرفهما أن نشاط الخدمة هو الذي يؤدي إلى هذا الوصف.

وهم مقدمون ارادياً كوكلاء⁽¹⁾. ولكن يمكن التفكير إلى حد كبير في أنهم يتبعون إجارة العمل المستقل⁽²⁾. ويجري تصنيف وكلاء الاعلان⁽³⁾ ومكاتب النسابيين ومديري العقارات والمستشارين في التنظيم⁽⁴⁾. . . . في هذه الفئة من المهنيين، ويمكن أن تضاف إلى ما تقدم وكالات الاعلام التجاري ومكاتب الابحاث الخاصة⁽⁵⁾، والوكالات الزوجية ومكاتب التوظيف ووكالات السفر⁽⁶⁾ . . .

وقد يكون التفريق بين وكيل الأعمال، وهو تاجر⁽⁷⁾، ومهني النصح ونشاطه حر⁽⁸⁾، دقيقاً.

بيد أن القاضي، أياً كان الوصف المعتمد، يمارس رقابة أتعاب وكيل الأعمال وبإمكانه تخفيضها عند الحاجة⁽⁹⁾.

31512 - الوكلاء الفنيون. يمارس الوكلاء الفنيون الذين يتدخلون في نطاق المشاهد مهنة ايجار تعهدات وتفاوض على عقود للفنانين⁽¹⁰⁾.

وتسوس نشاطهم المادة L.3-762 من ق ع⁽¹¹⁾، مما يشكل ردة الفعل على كون

- (1) انظر le Tourneau، ف د م، V الوكالة، 1992، رقم 38.
- (2) انظر حول المهن التي يغطيها هذا العقد الرقم 32153 اللاحق وما يليه؛ انظر على سبيل المثال في صدد الوكلاء التجاريين الرقم 32154 اللاحق.
- (3) ينحو القانون رقم 93 - 122، 29 كانون الثاني 1993 المعد لتهديب القطاع نحو وصف وكيل الوكالة على اساس فكرة ان هذا الوصف، باعتبار الوكيل وسيطاً محايداً، يجب أن يستخدم لهدف الشفافية المرغوب فيها، انظر حول ذلك مثلاً J. J. Biolay، الشفافية والدعاية، م إد، الطبعة E، 1993، 1، 249، ولاسيما الرقم 33 وما يليه؛ M. Malaurie، L'agence de publicité، l'éditeur et l'imprimeur، د، 1993، العرض 215.
- (4) انظر حول هذا النوع من الوكالات بصورة أعم N. Chollet، ف د ت، العقد والعلنية، 1973.
- (5) انظر Houin et Pédamon، رقم 64.
- (6) انظر M. Boizard et J. M. Guth، ف د ت، V، وكلاء الأعمال، رقم 104 وما يليه.
- (7) وحول نشاط وكالة السفر انظر الرقم 32492 اللاحق وما يليه.
- (8) انظر كمثل غ ت ن، 18 كانون الثاني 1966، م إد، 1966، II، 14714، «مستشار قانوني منظم»، تقديم خدمات الغير للغير، مستخدمون عديدون، تاجر؛ غ ت ن، 2 نيسان 1973، ن م، IV، 145، مدير أعمال ومستشار قانوني، شخص مكلف إدارة أعمال الغير مقابل أجر، تحصيل الديون وتسويتها، تاجر.
- (9) انظر غ م ت أن، 5 آذار 1971، م إد، IV 19117، ص 97، مستشارون لشراء حاسوب واستعماله؛ R. Savatier، La profession de conseil juridique، د، 1969، العرض 145.
- (10) انظر الرقم 31250 السابق؛ وحول ضرورة تواضع أتعاب وكيل الأعمال انظر Troplong Du Mandat، رقم 246.
- (11) انظر P. Y. Gautier، Le mandat en droit d'auteur، في Mélanges Françon، 1994، ص 223 وما يليها، رقم 3.
- (12) نص مصدره قانون 26 كانون الأول 1969، د، 1970، L. 25، انظر Ph. le Tourneau، ف د م، V الوكالة، 1992، رقم 31 وما يليه.

المادة L.1-762 تصف عقد الفنان نفسه بعقد عمل⁽¹⁾. وتضمن النص الأول من هذين النصين أن من ينصرف إلى هذا العمل الفني يجب أن يكون حائز اجازة وكيل فني. كما أن المادة R. 14-762 تحدد عمولة الوكيل الفني بسقف هو 10% من أجر الفنان.

القسم II

مهنيو بيع شيء الغير

31513 - إعلان. يمكن الكلام، بصفة مهنيي بيع شيء الغير، على الوكلاء العقاريين (الفقرة 1) والدالّين (الفقرة 2).

الفقرة 1 - الوكلاء العقاريون

31514 - إحاطة القانون بهم. جرى إدخال الوكلاء العقاريين بطيبة خاطر في فئة وكلاء الأعمال الضبابية إلى حد ما إلا أنهم يخضعون منذ قانون «Hoguet» في 2 كانون الثاني 1970 ومرسومه التطبيقي في 20 تموز 1972 لتنظيم خاص يطبق أيضاً على مهنيي الادارة العقارية⁽²⁾. وتضفي المادة 632 الفقرة 3 من قانون التجارة الطابع التجاري على هذا النشاط.

وقد فرضت عليهم متطلبات وصف وضمنان مالي. وينص القانون على وجوب طلب وكالة خطية وإلا لن يكون في مقدورهم الطموح إلى العمولة⁽³⁾. ومن الإلزامي في هذا العقد تحديد مكافأة الوكيل. ومدة الوكالة مقيدة⁽⁴⁾....

ومع أن صفة الوكيل يعترف القانون بها للوكيل العقاري فهو غالباً ما يقوم بدور وساطة عادية: يقرب بين الفريقين على طريقة السمسار. وغالباً ما يرفض البائع أو الشاري بالفعل إعطائه توكيلاً لابرار عقد باسمه⁽⁵⁾.

(1) انظر الرقم 32127 اللاحق.

(2) انظر J. M. Moyse et J. L. Bergel, Les ventes, 1985, الوكلاء العقاريون، الكراسة 1180، منشورات Delmes, الطبعة الخامسة، 1990؛ D. Ferriec, م، إ، العقود والتوزيع، الكراسة 1180، الوكلاء العقاريون، 1985، الوكلاء العقاريون، الكراسة 1180، منشورات Litec، 1982، رقم 273.

(3) انظر كمثال غ م أن، 17 كانون الأول 1991، ن م، I، رقم 351، غياب وكالة خطية، علاقات بين مهنيي العقارات، نقض الحكم الذي قبل أجر الوكيل؛ انظر أيضاً D. Tomasin, La rémunération des agents immobiliers، م ق ق، 1989، 125.

(4) انظر حول هذه النقاط المختلفة الرقم 31140 السابق وما يليه.

(5) انظر D. Ferrier, Le mandat des agents immobiliers، م إ د، 1976، I، 2795، ولاسيما الرقم 16 وما يليه.

ويستفيد الوكلاء العقاريون، في ما يتعلق بإمكانية ممارسة القانون، من أحكام المادة 59 من قانون 31 كانون الأول 1990 الذي أصلح المهن القانونية وبمقتضاها يستطيع شخص يزاول مهنة منظمة، في حدود نشاط يغطيه هذا النظام، إعطاء استشارات قانونية وتحرير عقود بتوقيع خاص تشكل تابع هذا النشاط⁽¹⁾.

الفقرة 2 - الدالّون

31515 - البيع العلني. يعمل الدالّون المزودون بمهمة اللجوء إلى التخمين وبيع المنقولات والحاجات المنقولة المادية بالمزاد العلني كوكلاء البائع في هذه العملية. وهم أحياناً وكلاء مكتسب الملكية أيضاً عندما يترك هذا المكتسب أمراً خاصاً⁽²⁾. وقد ترك لهم موضع صغير لتحقيق مهام أخرى طالما أنه يمتنع عليهم أن «يعملوا، مباشرة أو بصورة غير مباشرة، كوسيط في بيع حبي»⁽³⁾.

والدالّ، كوكيل، يتعرض للمسؤولية العقدية في حالة الخطأ المثبت⁽⁴⁾، وفي أغلب الأحيان لمسؤولية من طبيعة تقصيرية تجاه الغير⁽⁵⁾.

(1) انظر حول صعوبات تفسير هذا النص A. Bénabent, La réglementation de l'exercice du droit م إ د، 1991، I، 3490، رقم 30.

(2) انظر حول أنظمة الدالّين الأمر الاشتراعي رقم 45 - 2593 في 2 تشرين الثاني 1945 المتعلق بأنظمة المباشرين المعدل، مرسوم 19 كانون الأول 1945 المعدل، في شأن نظام التطبيق، ومرسوم 21 تشرين الثاني 1956 (تحديد التعرفة، ولاسيما المادة 29 التي تعلن الدالّ مسؤولاً مدنياً عن الخبراء الذين يشرف عليهم)؛ وفي صدد مجمل النصوص المطبقة انظر قانون الإجراء المدني، منشورات Litec، 1994، الملحق 9.

انظر أيضاً R. Maurice، فهرس قانون الاجراء، د، V الدالّ، 1993، Fr. Lefebvre, Professions libérales، 1994 - 95، رقم 719 وما يليه؛ Ph. le Tourneau, La responsabilité civile، 1982، رقم 1651 وما يليه؛ R. Maurice, Le Commissaire- priseur et les ventes publiques de meubles، منشورات L. G. D. J، 1971.

(3) الأمر الاشتراعي في 2 تشرين الثاني 1945 المذكور آنفاً، المادة الأولى.

(4) انظر على سبيل المثال النقض المدني، 25 نيسان 1955، م إ د، 1955، II، 8733، بيع قسري خلال الاحتلال، خطأ الدالّ انه لم يقوم المال، استحالة رد المال غ م أن، 23 شباط 1970، د، 1970، 604، تعليق J. M. Etesse، م ف ق م أن، 23 شباط 1970، د، 1970، 604، تعليق J. M. Etesse، م ف ق م، 1970، 771، م Durré الناقدة والمذكورة آنفاً، مَثْوَاة (كرسي واسع منجد المساند والظهر) اعتبرت مطلة باب، أبطال البيع، نقض الحكم الذي رد مراجعة البائع ضد الدالّ: على أن قبول دعوى رجوع البائع، في ما يتعلق بالغلط في بيانات قائمة الاصناف، وقد أدين تجاه مكتسب الملكية، قد يبدو قاسياً عندما يكون البائع في الغالب مصدر تأكيد مغلووط وعندما لا تتضمن الإدانة تجاه مكتسب الملكية سوى معاقبة عدم كفاية قيمة الشيء الذي باعه.

(5) على سبيل المثال حالة عدم الصحة في بيانات قائمة الأصناف التي أوقعت الشاري في الغلط، انظر غ م أن، 23 نيسان 1969، د، 1969، 493، م إ د، 1969، II، 16035، القضية الأولى، تعليق R. L.، م ف ق م، 1970، 771، م Durré، عدم أصالة لوحة، دالّ مسؤول عن فعل الخبير، مسؤولية تقصيرية، المادة 1648 من ق م لا تطبق؛ انظر أيضاً Ph. le Tourneau, La responsabilité civile، رقم 1655.

الفصل II

وكالة الوكلاء التجاريين

31516 - نظام عام 1958، إصلاح عام 1991. يعمل الوكيل التجاري وهو المهني في الميدان لحساب مؤسسة أو عدة مؤسسات وباسمها ويؤمن تمثيلها لدى زبائن يبحث عنهم: يفاوض ويبرم احتمالياً العقود، عقود بيع على وجه العموم، كوكيل (يمكن أن يتعلق الأمر بأموال استهلاك أو أموال تجهيز). إن له إذاً صفة ممثِّل⁽¹⁾.

ويستفيد الوكيل التجاري من نظام ملائم⁽²⁾ وضعه في الأصل مرسوم 23 كانون الأول 1958 الذي اعتبره، حسب الاجتهاد الحامي للوكلاء المهنيين والمأجورين الذي

(1) يصف الاجتهاد عقد الوكيل التجاري بأنه «وكالة من طبيعة مدنية» بحجة أن صاحب العلاقة لا يقوم هو نفسه بأعمال تجارية، إلا أن هذا المفهوم موضوع انتقاد في الغالب في شأن ما هو طابع مدني منسوب إلى العلاقات المعنية، لأن الوكيل هو مباشرة الفريق القابض في النشاط الاقتصادي للمؤسسات التي يعمل لها، انظر غ ت ن، 29 تشرين الأول 1979، د، 1980، م ق ع، 1980، 1، 87، م J. Dupichot، م ف ق ن، 1980، 814، م J. Hémar، وفي اتجاه ناقد انظر Houin et Pédamon، رقم 627، وهما يبينان أن هذا المهني ينخرط بشكل وثيق في حياة الأعمال؛ Ripert et Roblot، الباب 2، تأليف Germain، رقم 2625، وكالة الوكيل التجاري في عرفهما تجارية، وهذا الوكيل هو تاجر.

(2) أول مصدر لنظام الوكيل التجاري كان في مرسوم 23 كانون الأول 1958 المتعلق بالوكلاء التجاريين؛ وظهرت حاجة الإحاطة، في وقت أحدث، على الصعيد المجموعي (أي المتعلق بالمجموعة الأوروبية): نص توجيه المجموعة الاقتصادية الأوروبية CEE في 18 كانون الأول 1986 المتعلق بالوكلاء التجاريين، الجريدة الرسمية للمجموعة الأوروبية رقم 382 - 17، 31 كانون الأول 1986، على أول كانون الثاني 1990 لنقل هذه المبادئ إلى القانون الداخلي للدول الأعضاء، وتحقق إدخاله القانون الداخلي بقانون 25 حزيران 1991، د، 1991، L. 276؛ وجرى اتخاذ المرسوم رقم 92 - 506، 10 حزيران 1992، المتعلق بالوكلاء التجاريين تطبيقاً لقانون 1991 وعدل بالتالي مرسوم عام 1958 الذي بقي ساري المفعول، انظر العقود والمنافسة والاستهلاك، ايلول 1992، ص 1 وما يليها؛ وحول الإصلاح انظر F. Jazé-Dekeuwer، Commentaire de la loi du 25 juin 1991 relative aux rapports entre les agents commerciaux et leurs mandants، د، 1992، العرض 131؛ L. et J. Vogel، Réforme du droit de la distribution: le statut، ص 1 des automobiles après la loi du 25 juin 1991، القانون الأول 1991، ص 1 وما يليها.

نما منذ نهاية القرن التاسع عشر، فريقاً في وكالة مصلحة مشتركة⁽¹⁾. وعلى هذا الاساس أفاد نظام عام 1958 الوكيل التجاري من نوع من الاستقرار في علاقته العقدية باعطائه الحق في الزبائن الذين وفرهم.

وقد حافظ التوجيه المجموعي في 18 كانون الأول 1986 المتعلق بالوكيل التجاري على هذه الحماية حتى انه عززها، وهو مطبق على «من هو مكلف، كوسيط مستقل، بشكل دائم، إما في التفاوض لبيع السلع أو شرائها لحساب شخص آخر... يسمى «مفوضاً»، وإما إبرام عمليات باسم المفوض ولحسابه»⁽²⁾. ويبدو هذا التحديد متوافقاً مع مفهوم القانون الفرنسي: الوكيل التجاري هو، مبدئياً وكيل، حتى ولو كان دوره محدد أحياناً بالمفاوضة في عروض الشراء أو نقلها إلى المؤسسة التي يعمل لها⁽³⁾. وكان من الواجب، لادخال القواعد التي طرحها النص الأوروبي في القانون الداخلي، إدخال بعض التنقيحات على نظام الوكيل التجاري: كانت هذه التنقيحات موضوع قانون 25 حزيران 1991 الذي أبقى نص عام 1958 ساري المفعول، وقد عدل هذا النص بمرسوم 10 حزيران 1992 المتخذ تطبيقاً لهذا القانون⁽⁴⁾. وقد استعاد القانون تحديد الوكيل التجاري بالنص على ما يلي:

«الوكيل التجاري وكيل يكلف، بصفة مهني مستقل، بدون أن يرتبط بعقد إجارة الخدمات، بشكل دائم التفاوض في عقود البيع، وإبرمها احتمالياً، وكذلك الشراء أو الايجار أو تقديم الخدمات، باسم المنتجين أو الصناعيين أو التجار أو وكلاء تجاريين آخرين»⁽⁵⁾.

وأعلن قانون 1991 انه يطبق على أبعد تقدير على جميع العقود النافذة في أول كانون الثاني 1994 على أبعد تقدير، بحيث ان عقود الوكيل التجاري الموجودة أصبحت تخضع للنظام الذي وضعه هذا القانون.

31517 - التفريق عن وسطاء آخرين. ثمة طرق عدة للجوء إلى توزيع الأموال

- (1) المادة 3 من مرسوم 23 كانون الأول 1958، المذكور سابقاً؛ انظر حول الاجتهاد المتعلق بوكالة المصلحة المشتركة الرقم 31276 السابق وما يليه.
- (2) المادة الأولى من التوجيه المؤرخ في 31 كانون الأول 1986، المذكور آنفاً؛ انظر حول هذا النص ونقله الإسنادات السابقة.
- (3) المادة الأولى القديمة من المرسوم: الوكيل... «يفاض في العقود ويبرمها احتمالياً».
- (4) انظر حول هذا النص التعليق السابق؛ ومرسوم 1992 عدل بصورة خاصة المادة الأولى من مرسوم 1958 الذي كان يتضمن تحديد الوكيل التجاري أصبح لا طائل تحته (عدا أنه كان في تناقض نوعاً ما مع القانون الوضعي الجديد) منذ قانون 1991 في شأن التحديد.
- (5) أضاف أن الوكيل «يمكن أن يكون شخصاً طبيعياً أو شخصاً معنوياً»، والمادة الأولى من القانون بتت جدلاً اجتهادياً حول هذه النقطة، انظر Ripert et Roblot، الباب II، رقم 2624.

والخدمات، احداها تركز على ترك عناية تتجبرها ومسؤوليته إلى آخرين لحسابهم الخاص. والشبكات التي تتوافق مع هذا التحديد هي الشبكات المؤسسة على إوالية البيع والبيع بعد الشراء: يشتري البائع بالمفروق منتجاته من المورد لكي يبيعها بدوره إلى مكتسبي الملكية وغالباً ما هم المستعملون النهائيون⁽¹⁾. والأمر على هذا النحو في الامتياز أو تقديم المهارة.

وقد يأمل المورد المرور عبر ممثلين ينمون قضيته الخاصة مقابل فائدة من العمليات المعقودة عن طريقهم. هذا هو وضع الوكلاء التجاريين.

إن الوكيل التجاري، بخلاف الوسيط التجاري، هو وكيل بحث لأنه يعمل لحساب من أناط به تمثيله وباسمه، في حين أن الوسيط التجاري، إذا عمل لحساب الغير، فهو يعمل باسمه الخاص⁽²⁾. يضاف إلى ذلك مظهر آخر يفرق الوكيل التجاري وهو انه يعمل بصورة دائمة تتجسد بعقد يستوجب علاقات دائمة لحساب إحدى المؤسسات، في حين أن الوسيط التجاري، كالسمسار، لا يتدخل لحساب الغير إلا في مناسبات منتظمة، قضية قضية⁽³⁾.

ويمارس الوكيل التجاري، فضلاً عن ذلك، مع بقائه وكيلاً، نشاطه بصورة مستقلة، بخلاف المسافر الممثل الوسيط التجاري VRP وهو مأجور⁽⁴⁾. ولا شك في أن شبهة موجوداً بينهم ذلك بأن المسافر الممثل الوسيط التجاري يخضع أيضاً لنظام حماية يعود إلى قانون 7 آذار 1957 الذي نظم وظيفته ووظيفة الوكيل المأجور وجعله يستفيد من تعويض يسمى تعويض «الزبائن» في حال فسخ عقده من قبل مستخدمه⁽⁵⁾. غير أن الوكيل التجاري ينظم نفسه كما يشاء، وبإمكانه أن يعمل وحيداً أو مع مستخدمين عنده⁽⁶⁾. ويحق له، فضلاً عن ذلك، أن يعمل لحساب عدة موكلين بدون أن يتوجب عليه الحصول على إذن كل منهم، مع التحفظ الوحيد لجهة عدم العمل لمؤسسات منافسة إلا أن يوافق الموكل على ذلك⁽⁷⁾. فالوكيل هو إذاً، كما يقال، «متعدد التمثيل التجاري».

(1) انظر الرقم 11596 السابق وما يليه.

(2) انظر حول الوسطاء التجاريين الرقم 31128 السابق وما يليه.

(3) انظر M. Vasseur، ص 529 وص 556.

(4) انظر حول المسافرين الممثلين الوسطاء التجاريين الرقم 31123 السابق.

(5) هذه الأحكام أصبحت واردة في المادة L. 1-751 من ق ع وما يليها.

(6) في شأن أسباب اختيار صاحب العلاقة الوكيل بين نظام المسافر الممثل الوسيط التجاري ونظام الوكيل التجاري انظر M. Vasseur، ص 565 وما يليها: يبين المؤلف ان عدم ارادة الاستفادة من المنافع الاجتماعية جميعاً لنظام الأجير واختيار نظام الوكيل التجاري يعودان إلى دوافع نفسانية لا اقتصادية؛ فالفكرة هي أن الوكيل التجاري يحتفظ باستقلاله؛ وبذلك يستفيد بإمكانية إقامة مؤسسة حقيقية مع إجراء؛ تضاف إلى ذلك أيضاً إمكانية أن يكون تعددي التمثيل التجاري، مما يوسع حقل نشاطه.

(7) المادة 3 من قانون 25 حزيران 1991؛ انظر أيضاً المادة 2 القديمة من مرسوم 1958.

31518 - الخاصة. يتميز النظام القانوني للوكيل التجاري، قبل أي شيء، بكون يضمن له نوعاً من الدوام في نشاطه لأنه محمي ضد الوقتية التي يؤدي إليها تطبيق قواعد الوكالة بلا قيد أو شرط. ويتم الحصول على هذه النتيجة عن طريق تعويض عن خسارة الزبائن التي يحق للوكيل فيه في حال فسخ الوكالة (القسم I). تضاف إلى ذلك في أغلب الأحيان، في الممارسة، الإمكانية المتروكة للوكيل في نقل حقبة تعددية التمثيل التجاري (القسم II).

القسم I

الحق في التعويض بسبب الفسخ

31519 - التقسيم. ليست وكالة الوكيل التجاري، لكونها من المصلحة المشتركة، قابلة للفسخ بمشيئة المؤسسة التي يعمل لها وحدها. والعقد الذي يربطه ليس غير قابل للرجوع عنه كما يقال أحياناً. وما يجري هو أن الوكيل، في حال إقدام الموكل على الفسخ، له الحق في التعويض.

ومن المفيد التذكير بالنظام الذي أقامه مرسوم 1958 حول هذه النقطة ومعظم أحكامه بقيت سارية المفعول وقد نما في شأنها الاجتهاد القابل للتمسك به في جوانب عدة قبل العمل بالنظام المستمد من قانون 25 حزيران 1991.

31520 - أ. نظام عام 1958. كان نظام عام 1958 قد فرض، للافادة من حماية الوكيل التجاري، شروطاً كانت، إذا لم تكن مجتمعة، تحوّل وضع صاحب العلاقة إلى وضع وكيل لا يخضع لنظام ما: لم يكن هذا النظام، فضلاً عن ذلك، الأقل حسنة، موجباً للبطلان.

31521 - 1°. الوكيل المسمى «نظامياً» المحمي بمرسوم عام 1958. كان الوكيل التجاري النظامي الوكيل الذي جعل نظام عام 1958. وضعه نظامياً. ولذلك كان من المتوجب أن يتوافق عقده مع شروط الشكل بصورة خاصة.

وكانت الوكالة المعفاة من الواجب أن تكون خطية⁽¹⁾ وان تبين بوضوح أن الأمر يتعلق بعقد وكيل تجاري⁽²⁾. يضاف إلى ذلك أن الوكيل التجاري كان ملزماً، لكي يعتبر

(1) المادة الأولى القديمة من المرسوم؛ إنها قاعدة الشكل لا قاعدة الاثبات، غ ت ن، 21 تشرين الثاني 1966، د 1967، 597، تعليق S. Dureteste م إد، 1967، II، 15012، تعليق P. Level، م ف ق ت، 1967، 554، م J. Hémar؛ غ ت ن، 17 شباط 1987، ن م، IV، رقم 43، م ف ق ت، 1987، 572، م J. Hémar et B. Boulloc.

(2) انظر كمثال غ ت ن، 23 تشرين الأول 1984، ن م، IV، رقم 270.

على هذا النحو في نظر مرسوم عام 1958 ولكي يستفيد من حمايته، بأن يتسجل في سجل خاص في قلم محكمة التجارة، وأن يتجدد التسجيل كل خمس سنوات⁽¹⁾.

ولم يرد هذا التطلب في توجيه المجموعة الأوروبية لعام 1986 ولا في نص عام 1991 تبعياً⁽²⁾.

أما بالنسبة إلى الأساس فقد كان يفرض على الوكيل التجاري أن يكون مهنيًا، وبصورة أوضح أن يمارس المهنة «بصفة مهني معتاد»⁽³⁾، ولا يحمي النظام من لا يبرم قضايا إلاّ عرضياً⁽⁴⁾، يضاف إلى ذلك أن مرسوم عام 1958 كان يوضح أن الوكيل التجاري هو من كان نشاطه مستقلاً، أي غير مأجور⁽⁵⁾ وكان من الواجب أن تكون له صفة وكيل من يعمل لصالحه. ولم يكن ذلك يمنع، فضلاً عما تقدم، إمكانية أداء خدمات ثانوية لموكله كإيداع البضائع⁽⁶⁾.

وكانت الحماية المتوفرة في النظام، مقابل هذه الشروط، تركز على كون عقد الوكيل التجاري معتبراً كوكالة مصلحة مشتركة، وأكثر من ذلك كان لها دور أمر. وهكذا كان للوكيل، من جهة أولى، الحق في التعويض عن الفسخ ما أن يفسخ الموكل العقد، في غياب خطأ متميز من جهته، ومن ناحية أخرى، كان للقاعدة طابع الانتظام العام: كان يستحيل الشذوذ عن النظام في اتفاقية⁽⁷⁾.

وكان التعويض عن الفسخ الذي يمكن أن نرى فيه التعويض عن اثر غير مشروع

(1) المادة 4 من مرسوم عام 1958.

(2) على أن المادة 4 من مرسوم عام 1958 بقيت سارية المفعول إذ لم يلغها أو يعدلها مرسوم 1992، انظر Putman, L'obligation d'immatriculation après le décret du 10 juin 1992، م ف ق ت، 1993، 1.

(3) المادة الأولى القديمة من مرسوم عام 1958.

(4) انظر غ ت ن، 16 كانون الثاني 1968، م إ د، 1968، II، رقم 1555 مكرر، تعليق P. L.، م ف ق ت، 1968، 1119، م J. Hémar.

(5) المادة الأولى: يجب ألا يكون «مرتبطاً بعقد إجارة خدمات»، أي بعقد عمل؛ على أن محكمة النقض قبلت أن يكون نشاط الوكيل التجاري من الممكن أن يطعم على نشاط أجير، الهيئة العامة بكامل أعضائها، 24 كانون الثاني 1969، م إ د، 1969، II، 15924، مما يجيز الجمع مع نشاط المسافر الممثل الوسيط التجاري، وهذا الحل منازع فيه.

(6) المادة الأولى القديمة من مرسوم عام 1958؛ كان هذا النشاط التكميلي يؤخذ في الحسبان لتحديد تعويض الفسخ، انظر غ ت ن، أول كانون الأول 1981، ن م، IV، رقم 418؛ يضاف إلى ذلك أن الممثل كان بإمكانه أيضاً العمل لحسابه الخاص، حكم محكمة استئناف باريس، 27 حزيران 1961، م إ د، 1962، II، 12479، تعليق J. Hémar.

(7) سجلت هذه النقطة الأخيرة تقدماً واضحاً جداً بالنسبة إلى الاجتهاد الذي لم يكن يعترف أبداً إلاّ بطابع بديل عن الحماية عن طريق مفهوم وكالة المصلحة المشتركة.

وكان يعتبر أيضاً بطبيعة خاطر أن طابع الانتظام العام لنظام حماية الوكيل كان يمنع أي تقويم جزافي لتعويض الفسخ في العقد، انظر في هذا الاتجاه Houin et Pédamon، رقم 633.

أو بلا سبب كان يستفيد منه الموكل على حساب الوكيل في غياب أي سداد كهذا⁽¹⁾، ويمكن تقديمه كظاهرة مسؤولية عقدية⁽²⁾، متوجبة للوكيل في حال فسخ عقده، حتى ولو كان هذا الفسخ نتيجة إعادة تنظيم مؤسسة الوكيل أو أسباب اقتصادية موضوعية⁽³⁾. وكان يعتبر بطيبة خاطر أن القوة القاهرة كان يمكن أن تبرئ المدين⁽⁴⁾، إلا أن التوجيه المجموعي لم يقبل هذا المفعول المعفي، ولذلك اختفى هذا الإعفاء أيضاً في قانون 1991.

وكان خطأ الوكيل التجاري يحرمه من الحماية: بعضهم كان يرى، في سبيل ذلك، أن هذا الخطأ يجب أن يكون خطيراً أو على الأقل متميزاً⁽⁵⁾. وجرى الاعتبار أن ما يشل الحق في التعويض الجهد غير الكافي لايجاد متعاقدين⁽⁶⁾، وانتهاك الوكيل الموجب العقدي بعدم المنافسة⁽⁷⁾، وليس الهبوط في المبيعات التي يسجلها صاحب العلاقة⁽⁸⁾ أو مجرد الإهمال البسيط⁽⁹⁾.

إما بالنسبة إلى الواقع أخيراً في أن لهذه الحماية طابع الانتظام العام، وكان ذلك مظهراً من المظاهر الملفتة لتفوق النظام على الوضع غير النظامي، فكانت الرؤية أن ذلك يحمل تلطيفاً: عندما كانت وكالة الوكيل المستفيد من مرسوم 1958 لمدة محددة. إذن كان العقد يفرض قانونه إذ كان يقبل أن إنهاء العلاقات في الاستحقاق المتفق عليه لم

(1) انظر في شأن تحليل كهذا Houin et Pédamon، رقم 637، وهما يشددان في صدد الوكيل التجاري المحمي بمفهوم وكالة المصلحة المشتركة على «المخاطرة التي يتحملها الموكل مجاناً في امتلاك زبائن تجمعوا بفضل جهود الوكيل».

(2) تتكلم المادة 3 القديمة من المرسوم على «تعويض عن الضرر المسبب»؛ انظر غ ت ن، 20 أيار 1969، م إ د، 1970، II، 16189 مكرر، تعليق P.L.؛ يقدر قضاة الأساس بسيادة مبلغ العطل والضرر؛ حكم محكمة استئناف ريو، 8 تشرين الأول 1976، م إ د، 1972، II، 18941؛ غالباً ما يقوم هذا المبلغ لسنتين متعاقبتين من العمولة القائمة.

(3) بالنسبة إلى فرضية اندماج انظر غ ت ن، 12 آذار 1982، ن م، IV، رقم 83، م ف ق ن، 1982، 612، م J. Hémaré؛ وفي شأن ايداع الميزانية، حكم محكمة استئناف باريس، 8 حزيران 1980، د، 1980، 454، تعليق H. Soula.

(4) انظر غ ت ن، 6 كانون الثاني 1981، ن م، IV، رقم 3؛ ولا يبدو أن الأمر على هذا النحو في شأن وقف منع المنتجات الذي يوزعها الوكيل، انظر حكم محكمة استئناف Douai، 27 أيلول 1963، م ق ع، 1964، 1، 128.

(5) في هذا الاتجاه Houin et Pédamon، رقم 632؛ غ ت ن، 24 كانون الثاني 1989، ف م، IV، رقم 30؛ يقصد التوجيه المجموعي (أي المتعلق بالمجموعة الأوروبية) وقانون 1991، كنتيجة، الخطأ «الخطير» وحسب؛ على عكس ذلك Malaurie et Aynès، رقم 557.

(6) غ ت ن، 29 تشرين الثاني 1971، ن م، IV، رقم 287.

(7) انظر غ ت ن، 28 نيسان 1975، ن م، IV، رقم 112.

(8) انظر غ ت ن، 9 شباط 1982، م ق ع، 1982، 2، بانوراما، 278، عدم تحقيق الحصص النسبية.

(9) انظر غ ت ن، 7 حزيران 1979، ن م، IV، رقم 182.

يكن يشكل فسخاً يعطي الحق في التعويض⁽¹⁾. ومن الصحيح أن الوكيل تمكن من ارتقاب ذلك منذ الأساس ونظم نفسه كنتيجة لذلك. إن التوجيه المجموعي صحيح، حول هذه النقطة، في أي حال، القانون الداخلي بالنص على أنه يلي بالضرورة عقداً لمدة محددة عقد لمدة غير محددة⁽²⁾، وهذا ما استعاده إصلاح عام 1991.

وسيكون من غير الممكن إذاً تحويل حماية الوكيل عن طريق عقد لمدة قصيرة، قابل للتجديد ضمناً، ومعاذل في النهاية لعقد لمدة غير محددة⁽³⁾.

31522 - 2°. الوكيل «غير الخاضع لنظام» والمحمي بالاجتهاد. عندما لا تكون

شروط مرسوم عام 1958 مجتمعة لا يمكن أن يكون الوكيل التجاري إلّا في وضع غير خاضع لنظام ما. وكان محمياً بالاجتهاد التقليدي المتعلق بوكالة المصلحة المشتركة⁽⁴⁾.

وكان من المتفق عليه بالفعل أن «استبعاد تطبيق مرسوم 1958 لا يستبعد امكانية الإفادة من المفاعيل المرتبطة بوكالة معقودة لمصلحة الموكل والوكيل المشتركة»⁽⁵⁾. وبذلك كان الوكيل التجاري غير المحمي بمرسوم 1958، لسبب شكل العقد أو لعدم التسجيل، الحق في التعويض في حال الفسخ.

على أن الحماية التي تؤمنها المحاكم أضعف من حماية مرسوم 1958. فالموكل كان بمنجى من موجب دفع عطل وضرر ولم يكن ذلك في حالة خطأ الوكيل وحسب، وإنما أيضاً في أيّ فرضية كان يمكنه فيها الإفادة في سبب مشروع لقطع العلاقات، ولا سيما أسباب تسويق ذات طابع اقتصادي: إعادة تنظيم مؤسسته⁽⁶⁾، التوقف عن صنع المنتجات المعنية⁽⁷⁾.

يضاف إلى ذلك أن المحاكم كانت تقبل أن يكون بإمكان العقد إعداد وضع الوكيل التجاري، ذلك بأن الحماية الاجتهادية عن طريق وكالة المصلحة المشتركة ليس لها طابع

(1) انظر غ ت ن، 14 آذار 1961، ن م، III، رقم 137؛ غ ت ن، 22 تشرين الثاني 1980، ن م، IV، رقم 336.

(2) المادة 14 من التوجيه.

(3) كان الاجتهاد الفرنسي متسامحاً في هذا الصدد وكان يقبل لعبة التعبير حتى في فرضية كهذه، انظر غ ت ن، 24 نيسان 1974، د، 1975، 764، تعليق Delaporte؛ غ ت ن، 7 آذار 1977، م إد، 1979، III، 19072، تعليق J. J. Hanine؛ غ ت ن، 28 حزيران 1980، ن م، IV، رقم 38.

(4) انظر حول هذا المفهوم الرقم 31276 السابق وما يليه.

(5) انظر غ ت ن، 8 تشرين الأول 1969، و 143، 1970، G. Lambert؛ غ ت ن، 2 آذار 1982، ن م، IV، رقم 83.

(6) انظر غ ت ن، 28 أيار 1963، ن م، III، رقم 259؛ غ م أن، 21 حزيران 1988، ن م، I، رقم 199.

(7) انظر غ ت ن، 28 حزيران 1967، م إد، 1967، II، 15290 مكرر، تعليق P. Level؛ غ ت ن، 10 آذار 1976، د، 1976، الموجز 49.

الانتظام العام. إذن كان من السهل بالنسبة إلى الوكيل الافلات من إكراهه. وكان يكفي، مثلاً، إدخال امكانية الرجوع عن الوكالة في العقد بدون تعويض، أو النص على مدة محددة للوكالة⁽¹⁾. وعندما كان الوكيل التجاري يرى نفسه محروماً من الحماية في العقد لم يكن يبقى أمامه سوى اللجوء إلى القانون العام للوكالة إذا كان يريد الحصول على العطل والضرر، أي إثبات السلوك المعلوم للموكل في قطع العلاقات العقدية⁽²⁾.

ولم يكن على التوجيه المجموعي لعام 1986 - على افتراض أن ذلك يمكن أن يكون له مصلحة في منطوق تكون فيه تطلبات الشكل قد امتحت - أن يعيد النظر في هذا الاجتهاد الذي مدّ حماية الوكيل التجاري خارج النظام وبشكل مخفف، ذلك بأنه يجوز للقانون الوطني، أمام نص معدّ لإعطاء فئة من المتعاقدين الضعفاء بعض الضمانات، وضع نصوص أفضل أو توسيع مدى الإلالية الحامية إلى أبعد ما يجبر المشتري المجموعي على العمل به⁽³⁾.

31523 - ب. نظام قانون عام 1991. لا يختلف النظام الذي أقامه قانون 25

حزيران 1991 على وجه محسوس عن نظام 1958 إلا في ما يتعلق بشروط الشكل. ولم يطرح القانون الجديد بالفعل شرط التسجيل. أما بالنسبة إلى تطلب شكل الوكالة فهو ليس موجوداً إلا في الحد الذي جرى النص في شأنه على أن «لكل فريق الحق، بناء على طلبه، في الحصول من الفريق الآخر على مستند خطي موقع»⁽⁴⁾.

وفائدة القانون الجديد الرئيسية، في شأن ما تبقى، عدا أنه نص على متابعة عقد لمدة محدودة في عقد لمدة غير محددة مما لا يمنع الوكالات لفترة محددة وإنما يستأصل ممارسة التجديدات مع تهديد بالرجوع عند كل أجل⁽⁵⁾، النص، عقب التوجيه، بشكل أكثر تحديداً من الماضي، على الأسباب الممكنة لفسخ العقد بدون تعويض. وهذه الأسباب ثلاثة: أ) الخطأ الخطير للوكيل، ب) الفسخ بمبادرة من الوكيل عدا وجود سبب يعود إلى سن الوكيل أو عجزه أو مرضه، أو إلى ظروف تنسب إلى الموكل، ج) التنازل

(1) انظر غ ت ن، 15 تشرين الأول 1973، ن م، IV، رقم 277.

(2) بالنسبة إلى المباغنة في الفسخ انظر غ ت ن، 7 حزيران 1979، م إ د، 1979، IV رقم 265.

(3) انظر كمثال في صدد مفهوم المستهلك حكم محكمة عدل المجموعة الأوروبية، 14 آذار 1991، Di Pinto، القضية رقم 361/89، د، 1991، رقم 13، نشرة انباء قصيرة، إ ص، 27 أيار 1991، رقم 63، ص 7، الناظرة في مسألة فرعية تقتحم مظهراً من التشريع الفرنسي الحامي للمستهلكين: أعلنت المحكمة أن التوجيه المجموعي في 20 كانون الأول 1985 حول السعي إلى التعاقد في المنازل لا يشكل عقبة أمام أن يمد التشريع الوطني كالقانون الفرنسي في 22 كانون الأول 1972 حماية المستهلكين إلى تجار يبررون عقوداً من أجل بيع مؤسساتهم التجارية.

(4) المادة 2 من القانون: أضاف النص «مع ذكر محتوى العقد»، هكذا.

(5) المادة 11 من القانون؛ يفترض الرجوع عن الوكالة لمدة محددة مراعاة الإخطار، المادة 11، الفقرة 2.

عن عقد وكالة الغير بموافقة الموكل⁽¹⁾. إن هذه النقطة الأخيرة هامة لأنها تنضم إلى ممارسة التنازل عن التمثيل التجاري. وللوكيل التجاري، خارج هذه الفرضيات، الحق في «تعويض عن الضرر المسبب»⁽²⁾.

يضاف إلى ذلك أنه، في حال وجود بند عدم المنافسة عقب علاقات عقدية، لا يمكن أن يكون ذلك إلا خطأً ولفترة قصوى لستين⁽³⁾.

القسم II

تداول بطاقات التمثيل التجاري

31524 - الذمية المالية. ثمة مظهر آخر هام لوضع الوكيل التجاري هو الاعتراف المكتسب بالممارسة بالقيمة المرتبطة ببطاقات التمثيل التجاري، أي بالعقود التجاري تنفيذها مع المؤسسات الممثلة. وينتج عن تكريس الذمية المالية لبطاقة التمثيل التجاري قبول منقوليتها بين الأحياء أو بسبب الوفاة، بالاتفاق مع المؤسسة المعنية⁽⁴⁾.

والمسألة، والحق يقال، مرتبطة بمسألة التعويض على الوكيل عند فسخ العقد: لأنه يمكن تفسير الحق في التعويض بالأخذ بأن الموكل، في حال فسخ العقد بمبادرة من الموكل، يتوجب عليه أن يسدد قيمة بطاقة التمثيل. إلا أن ظاهرة الذمية المالية لبطاقة التمثيل التجاري، بامعان النظر فيها، تذهب إلى أبعد من ذلك: إنها تسوّغ للوكيل، إذا كان يرغب مثلاً في أن ينسحب بمبادرة منه، نقل عقده إلى بديل عنه؛ والأمر على هذا النحو بالنسبة إلى ورثته في فرضية وفاته.

وينص العقد النموذجي للاتحاد الوطني للوكلاء التجاريين على امكانية كهذه. فقد ورد في المادة 4 منه المتعلقة بالفسخ أن «الوكيل يستطيع نقل هذا العقد إلى خلف...». تتمثل فيه جميع الضمانات المهنية والأخلاقية المطلوبة»، فيملك الموكل عندئذ مهلة معينة للاعلام بأنه «يرفض موافقته»، ويجب عندئذ أن يتلقى الوكيل «تعويضاً عن قيمة بطاقة

(1) المادة 13 من القانون.

(2) المادة 12 من القانون.

(3) المادة 14 من القانون.

(4) انظر M. Vasseur، ص 569، ولاسيما الصفحة 571: «أصبحت امكانية التنازل هذه عادة»؛ Ripert et

Roblot، الباب II، تأليف Germain، رقم 2622 وما يليه، حيث جرى التشديد على أن حق الوكيل كان مكرساً بحكم صدر في هذا الشأن عام 1946، وإنما جرى نسيانه في تنظيم عام 1958؛ أضف إلى ذلك P. Leclercq، Les clientèles attachés à la personne، اطروحة من منشورات L G D J، 1965، رقم 117 وما يليه؛ J. Catoni، La Rupture du contrat d'agent commercial، س، 1970، رقم 67 ورقم 189؛ C. Pigache، Le mandat d'ietérêt commun، اطروحة في باريس V، 1991، طبع على الآلة الكاتبة، رقم

التمثيل». ويمارس هذا الامتياز إذاً في شكل تقديم خلف.

وليس في ذلك، في الحقيقة، سوى تنازل عن العقد منظم على أساس إرادي ويعاقب بالعطل والضرر في حالة رفض التنفيذ. وما هو أكثر حذراً، لتجنب المنازعات المتعلقة بهذا العطل والضرر، تضمين العقد نمط الحساب، بتقويمه مثلاً بعدد معين من أشهر العمولة. ويوجد تأكيد على كون الإلالية مسوغة في التوجيه المجموعي لعام 1986 وفي قانون 1991 اللذين يعتبران ذلك صراحة كإحدى الحالات التي يختفي فيها حق الوكيل في التعويض عند إقدام الموكل على فسخ العقد.

الباب II

إجارة العمل المستقل أو عقد المقاول

32000 - بعض المواد. بناء منزل، إقامة جسر، تصليح سيارة، تعليم، تنشيط عقاري، سفر في الدرجة الأولى، ذهاب إلى مسرح، مطعم، مزين، نقل المسكن، ممون بالطعام...

يقتضي الرجوع إلى المادة 1708 للعثور للمرة الأولى، في القانون المدني، على إجارة العمل المستقل المقدم كإحدى الاجارتين. وقد تم تفريقه عن اجارة الأشياء بهذه العبارات: «هناك نوعان من عقود الاجارة: إجارة الأشياء وإجارة العمل المستقل». وجرى التعويض في المادة 1710 بأن إجارة العمل المستقل «عقد يتعهد بموجبه أحد الفريقين بفعل شيء ما للفريق الآخر مقابل ثمن يتفقان عليه». وقد كرس القانون المدني لها بعض الاحكام فقط: المواد 1779 إلى 1799. وهذا التنظيم ذو الفجوات ترك نقصاً لا يتوافق مع أهمية هذا العقد المتزايدة في أيامنا بخاصة مع نمو أنشطة الخدمات.

ولكن هذا النقص في القانون المدني يفسر، ولا ريب، بأن القرابة التي اعتمدها واضعو هذا القانون صنعياً مع إجارة الأشياء كان من الواجب أن يتيح سد ثغرات تنظيم اجارة العمل المستقل بالدعوة، عند الحاجة، إلى اللجوء إلى القواعد المكرسة للإيجار بصورة عامة وبالتالي إلى المادة 1713⁽¹⁾.

32001 - إنعكاس. تاريخ اجارة العمل المستقل متعرج. فهي تعتبر في القانون الروماني نوعاً من الاجارة⁽²⁾، ولم تظهر بالتالي إلا متأخرة⁽³⁾. وربما تعود مماثلتها

(1) حول امكانية الرجوع إلى قواعد الايجار حتى إلى قواعد البيع لإكمال نظام اجارة العمل المستقل انظر في ما بعد النص، النظام المركب.

(2) انظر حول ازدواجية الاجارة - اجارة الشيء واجارة العمل المستقل - ومصادرها الرومانية الرقم 21000 السابق.

(3) انظر G. May, *Éléments de droit romain*، الطبعة العاشرة، 1909، رقم 154: «يستطيع الانسان الحر، مقابل مكافأة، ايجار صناعته. وهذا التطبيق للايجار لم يظهر إلا مؤخراً لأن العمل الرقّي كان كافياً لمدة طويلة لجميع الحاجات».

باجارة الأشياء إلى كون الخدمة المؤداة كان يمكن أن يقوم بها الرقيق الموضوع بتصرف الغير كالأشياء. ويقال أحياناً، إذا كانت اجارة الخدمات قد اندرجت في قالب اجارة الأشياء الموجودة سابقاً، فسبب ذلك انها كانت تعتبر في الأصل متعلقة بشيء ما يسلم إلى مقدم الخدمة لينفذ عليه عملاً ما: قطعة أرض للبناء عليها، مواد لصنعها، بضائع لنقلها، حيوان للعناية به⁽¹⁾. . . ثم أصبحت اجارة العمل المستقل مستقلة عندما جرى قبول كونها تغطي جميع الفرضيات التي يقوم فيها شخص ما بعمل بناء على طلب آخر⁽²⁾.

وكان من المرفوض في القانون الروماني التفكير في أن يكون الأستاذ أو الطبيب أو المحامي مرتبطاً بعقد كهذا أو أن يتلقى اتعاباً⁽³⁾. وقد تم الحفاظ على فكرة كون اشخاص كهؤلاء، بخاصة أعضاء المهن الحرة، لا يمكن أن يطمحوا إلا إلى مكافأة كان يدفعها المستفيد من خدماتهم بكرم مدة طويلة. وكانت الاتفاقية المعقودة لتنفيذ هذه التقديمات توصف، في منطق الأمور، بوكالة، وهي عقد يعتبر تقليدياً أنه مجاني⁽⁴⁾.

قال Domat في الإجارة التي تغطي «التجارة التي يمارسها الناس بتبادل الأشياء، أو في صناعتهم أو عملهم بثمان معين»:

«استعمال هذه الاتفاقية ضروري جداً ومتواتر جداً. وكان من الضروري، لأنه من غير الممكن أن يمتلك الجميع الأشياء التي يحتاجونها ولا أن يصنع كل واحد بنفسه ما لا يمكن الحصول عليه إلا عن طريق الصناعة والعمل، وانه ليس من العدل أن يكون استعمال أشياء الغير أو صناعتهم وعملهم دائماً مجانياً، ان تشكل هذه الأمور موضوع تجارة. وهكذا يؤجر من يملك بيتاً لا يسكنه إلى آخر مقابل بدل ايجار، كما تؤجر الخيول والعربات والبُسط والمنقولات الأخرى، كما يؤجر ما هو موروث عن طريق

(1) انظر G. May, *Éléments de droit romain* المذكور سابقاً رقم 154: «كان تسليم الشيء هذا يعتبر السمة المميزة للإجارة».

(2) انظر G. May المذكور سابقاً رقم 154: «الفكرة الضيقة إلى حد ما التي كانت لدى الرومان في أول الأمر عن اجارة الصناعة تركت مكانها لمفهوم أوسع: تكون هناك اجارة عندما يتعهد أنسان حر، مقابل أجر، بالقيام ببعض الخدمات».

(3) انظر G. May *Éléments de droit romain* المذكور سابقاً رقم 154.

(4) هكذا، في ما يتعلق بالمحامي الذي يتحدث عنه Pothier في نطاق الوكالة قائلاً ان المكافأة التي تدفع له ليست ثمن خدماته، المطوّل في الوكالة رقم 34.

إلا أن هذا المؤلف سبق أن قبل أن تكون المكافأة إلزامية في بعض الحالات: «على أن بعض الخدمات التي، مع أنها تتوقف على مهنة حرة وكنتيجة لذلك تعود إلى عقد الوكالة، بدلاً من عقد الاجارة، يحق لمن قدموها أن يكونوا مقبولين امام القضاء لطلب مكافأة عادية. تلك هي الخدمات التي يقدمها في إطار المهن الاطباء أو النحويون أو الفلاسفة أو الرياضيون الخ...»، المرجع عنه رقم 26.

اجارة الأرض الزراعية أو لحرثها. وهكذا تمارس التجارة في شأن الصناعة والعمل بضمن معين أو حسب الأجرة اليومية أو بصفقات أخرى.

ولجميع أنواع الاتفاقيات هذا الأمر المشترك في أن أحد الفريقين يتمتع في كل اتفاقية بالشيء الذي يخص الآخر أو يستخدم عمله بضمن معين ولهذا السبب جميع هذه الاتفاقيات هي تحت لواء اسم الاجارة أو الاستئجار. إجارة من قبل الأول الذي يسمى مؤجراً واستئجار من قبل الآخر الذي يسمى مستأجراً وعليه تقتضي الملاحظة ان المؤجر هو من يؤجر شيئاً والمستأجر هو من يحوزه للاستئجار: المؤجر في لغة العمل هو من يطلب فعل عمل مستقل، ومن يتولى العمل المستقل ويقدم عمله أو صناعته هو المستأجر أو المقاتل⁽¹⁾.

من هذه الاجارة إلى الأخرى من الاجارتين ثمة انعكاس يتم إذن من أحد هذين الايجارين إلى الآخر. ذلك بأن ايجار شيء يعني توفير تقديم يسوّغ المكافأة: المؤجر دائن بالضمن. ولكن اجارة عمل تعني طلب التقديم الذي يجب أن يكافأ: المؤجر مدين بالضمن⁽²⁾. وهذا الانعكاس يشهد على الفارق العميق الموجود بين هذين العقدين⁽³⁾.

وقد سبق أن رأينا لدى Domat ظهور الشخصية التي تعطي الاسم المستعمل بطيبة خاطر للتدليل على اجارة العمل هذه: المقاتل الذي يبرم عقد مقولة.

32002 - التوسع والتنوع. تقدم المادة 1779 من القانون المدني التي تستهل الفصل المسمى «في اجارة العمل المستقل والصناعة» هذا العقد باعلان وجود ثلاثة أنواع رئيسية: إجارة اناس العمل، وإجارة سائقي العربات أو السيارات. واجارة المهندسين المعماريين والمقاتلين⁽⁴⁾. وكان المراد بذلك التفريق بين عدة طرق للعمل: أناس العمل هم الخدم والعمال، وغالباً ما يؤجر هؤلاء خدماتهم على اساس يومي؛ وقد يجري الاتفاق أيضاً مع عامل بضمن معين، ويتم الانتقال عندئذ إلى الصفقة⁽⁵⁾. ويقابل عقد

(1) Lois civiles، الكتاب الأول، الباب IV، في الاجارة ومختلف أنواع الايجارات، المقدمة.

(2) انظر حول الفريقين في اجارة العمل المستقل الرقم 32106 اللاحق.

(3) Troplong, Du contrat de louage، الفصل III، Du louage d'ouvrage et d'industrie، رقم 787، ويعلن هذا المؤلف أن هناك بين هذين النوعين من الاجارة «مسافة تفصل الطريقة الجامدة للنشاط البشري عن الذكاء الماهر».

(4) نضيف المادة 1711، الفقرة 6، هذا البيان أن «المقايضة أو الصفقة أو الثمن بالنسبة إلى مقولة عمل مستقل مقابل ثمن عدد هي أيضاً اجارة، عندما يقدم المادة من يتم العمل المستقل لصالحه».

(5) انظر Troplong, De l'échange et du louage، الباب II، في اجارة العمل المستقل والصناعة، رقم 842 وما يليه.

العمل في أيامنا إجارة العمل المستقل⁽¹⁾.

وتخضع إجارة العمل المستقل، أو عقد المقاولة، المستمدة من *locatio operis faciendi* في القانون الروماني، وحدها بصورة تامة لقواعد المادة 1779 وما يليها من القانون المدني. وكانت تعتبر في تلك الحقبة بشكل رئيسي انها تغطي نشاط سائقي العربات أو الناقلين⁽²⁾ ونشاط المهندسين المعماريين والمقاولين.

وقد جرى توسيع إجارة العمل المستقل شيئاً فشيئاً. وكان ينبغي، لتغطية هذه الصيغة، أن يكون الأفراد بحاجة إلى اللجوء إلى أيدٍ خارجية لتلبية حاجاتهم: خارج عمل الرقيق وخارج الأسرة... من هنا ظهورها المتأخر في القانون الروماني. إلا أن الحركة أصبحت غير قابلة للانعكاس.

وجرى، في القرن التاسع عشر، تسويق هذا العقد باعلان أنه «متواتر في أيامنا لأن العمل المنزلي نقص وأن التجار أو الحرفيين حلوا محله»، وأن «أعمال غسل الثياب وكيّ الثياب ورأبها والصبغة والعنايات الشخصية وصيانة التدفئة وإنارة المنازل تفسح في المجال لعقود كهذه»⁽³⁾.

وفي الواقع أصبحت إجارة العمل المستقل أحد العقود الأكثر استعمالاً في الحياة الاقتصادية. وهي تطبق، بسبب موضوعها، على عمليات صنع مال منقول (حرفيون وملتزمو أعمال) وتحقيق مال عقاري (بناء، تجديد)، وعلى عمليات تتناول صيانة شيء (صاحب مصبغة، صاحب مرآب) ومراقبته (حراسة، وأماكن وقوف)... ويمكن أن تغطي الأنشطة الأكثر تنوعاً، سواء أكانت مادية أو غير مادية، وتطبق أيضاً على التقديمات ذات الطابع الفني، تقديم المهندس المعماري على سبيل المثال⁽⁴⁾.

وثمة عامل آخر للتنوع هو أن فاعل التقديم يمكن أن يكون مؤسسة تجارية أو حرفية، أو كذلك عضو مهنة حرة، وللعمليات المعنية تارة طابع تجاري وطوراً طابع مدني⁽⁵⁾.

(1) حول التفريق بين *locatio operarum* و *locatio operis faciendi*، والعملية الأولى تغطي ما يسمى اليوم عقد العمل، انظر الرقم 30002 السابق.

(2) يوجد قسم من تنظيم عقد النقل أيضاً في قانون التجارة، المادة 103 وما يليها.

(3) Ripert et Boulanger، رقم 2062.

(4) وحول المهندس المعماري الفني انظر *G. Liet- Veaux et, A. Thuillier, Droit de la construction*، 1991، ص 228 وما يليها.

(5) إجارة العمل المستقل هي عقد مال المهن المدنية، سواء أكانت حرة أو فكرية أو نصحية، انظر حول هذه المظاهر المختلفة A. Jauffret، ف د ت، V أعمال التجارة، 1972، ولاسيما الرقم 105 وما يليه، ومختلف المهن التجارية في المقايضة أو الصناعة انظر A. Jauffret، بخاصة الرقم 204 وما يليه، أو كذلك المهن الحرفية للصنع أو التصليح، انظر H. Mourier، ف د ت، 1972، بخاصة الرقم 24 وما يليه؛ وفي شأن هذه النقاط انظر الفصل II، القسم I، الفريقان، فاعل التقديم.

إلا أن اجارة العمل المستقل، في الغالبية الساحقة للحالات، تبرز على المسرح، من جهة فاعل التقديم، مهنيًا. وهكذا تكون اجارة العمل المستقل، على عكس ما يجري بالنسبة إلى العقود التي يتدخل فيها افراد كموردي التقديم، كالبيع (مثلاً: بيع أحد العقارات من قبل غير مهني)، أو الوكالة (مثلاً: توكيل معطى لأحد أفراد الاسرة)، قبل أي شيء عقداً مهنيًا: يتم فيه اللجوء إلى أحد الأشخاص نظراً إلى كفاءته وتنظيمه لاجاد حل لمشكلة معينة.

32003 - الخلق الاجتهادي. في نمو حديث من الصعب ألا تدعو اجازة العمل المستقل ذات الطابع المهني إلى تدخل الاجتهاد، إذ يجب، فضلاً عن ذلك، سد ثغرة النقص في القانون المدني.

وكانت هناك، في القرن التاسع عشر، اكتشافات لقانون العقود في مادة اجارة العمل المستقل هذه، أو عقد المقاوله. وهكذا تطعم موجب الأمن، في عام 1911، على أحد إحدى الصور الرئيسية لهذا النوع، أي عقد نقل الاشغال⁽¹⁾. وقد دخل عقوداً عديدة أخرى.

وكان التفريق الشهير بين موجبي الوسائل والنتيجة الذي صنعه Demogue هو الذي تكرر دائماً في هذا المجال: الطبيب، على عكس الناقل الذي يظهر موجب الأمن بالنسبة إليه كموجب نتيجة، مكلف، في عام 1936، بمجرد موجب تقديم العناية الشريفة لمرريضه (مع الاعتراف في الوقت عينه بالطابع العقدي للعلاقة التي يقيمها مع هذا المريض)⁽²⁾.

وإشهار موجبي الاعلام والنصح، وهما من خلق أحدث، غالباً ما هو في صدد اجارة العمل المستقل وبخاصة موجب النصح⁽³⁾.

وأخيراً، إذا كان لمفهوم البند التعسفي نفح جديد في الاجتهاد، في قرار عام 1991 الذي أعلن أنه يعود إلى القاضي أن يقرر بمبادرته الخاصة وخارج أي تأهيل تشريعي ما إذا كانت اشتراطات عقد لها طابع كهذا، فإن التطور انطلق أيضاً من نطاق اجارة العمل المستقل طالما أن الأمر يتعلق بفعالية اعفاء من المسؤولية بسبب خسارة شريط تصويري عُهد به إلى مهني لتظهره⁽⁴⁾.

(1) النقص المدني، 21 تشرين الثاني 1911، د، 1913، 1، 249، تعليق Sarrut، 1912، 1، 73.

(2) النقص المدني، 20 أيار 1936، د، 1936، 1، 88، س، 1937، 1، 321.

(3) انظر L'information en «Cl. Lucas de Leyssac, L'obligation de renseignement dans les contrats droit privé»، منشورات L G D J، 1978، ص 305 وما يليها.

(4) غ م أن، 14 أيار 1991، د، 1991، 449، تعليق J. Ghestin، م إ د، 1991، II، 21763، تعليق G.Paisant، منفعة مفرطة، طابع تعسفي.

وهذا الاجتهاد حاك النسبج الذي شكل ما ارتسم شيئاً فشيئاً كقانون عام لاجارة العمل المستقل، مع ان قوانين عديدة تدخلت، في قطاعات خاصة كالبناء والنقل.

غير أنه يلاحظ التباس يخيم احياناً في مادة اجارة العمل المستقل هذه. وكمثال على ذلك تدخل المسؤولية التقصيرية بصورة دائمة في العلاقات بين المتعاقدين، أكان ذلك داخل الاتفاقية في نطاق مجموعة عقود: الأمر على هذا النحو بالنسبة إلى الكاتب العدل الذي تطبق عليه المادة 1382 وما يليها في ما يتعلق بالموجبات التي يضطلع بها كموظف عمومي⁽¹⁾. وفي صدد البنائين نجد دائماً تدخل المسؤولية التقصيرية: يعتبر القضاة في الواقع أنها يجب أن تسوس العلاقات بين المهندس المعماري والمقاول لأنهما مرتبطان بعقود متميزة بصاحب العمل المستقل، أو كذلك المراجعة التي يمارسها صاحب العمل المستقل ضد البناء بعد التعويض على الغير⁽²⁾...

وفي هذا النطاق أصدرت الهيئة العامة في محكمة النقض بكامل أعضائها قرار Besse الذي أكد من جديد أن مسؤولية المقاول من الباطن تجاه الذي لحسابه جرى الاشغال تحقيق الاشغال لصالحه هي من طبيعة تقصيرية⁽³⁾.

32004 - نظام مركب. مع ان النظام القانوني لاجارة العمل المستقل أو عقد المقاول غير محاط به بما فيه الكفاية في القانون المدني، ينبغي عدم الاعتقاد بعدم وجود عناصر لتعريفه. توجد خارج المادة 1779 وما يليها الخاصة به، أحكام أخرى يمكن أن تطبق عليها: الاحكام التي تعالج موجبات الفعل. مثلاً المادة 1142 التي تستبعد، مبدئياً في شأنها، التنفيذ القسري عيناً، أو المادة 1237 التي تتناول طابع بالنظر إلى الشخص المتعاقد معه الذي يمكن أن يكون لها.

إلا أنه ليس هناك سوى ذلك لتكوين القانون المطبق على اجارة العمل المستقل في القانون المدني. وبالفعل إذا تمعنا في ذلك ملياً عن قرب نجد انها تستفيد من نسبة مزدوجة: لجهة اجارة الأشياء والبيع من ناحية أولى، ولجهة الوكالة والايذاع من ناحية أخرى.

(1) انظر J. de Poulpiquet، م إ، المسؤولية، الكراسة 420 - 4، كاتب عدل، المسؤولية، 1993، رقم 7 وما يليه.

(2) انظر J. Fossereau، Le «clair- obscur» de la responsabilité des constructeurs، د، 1977، 17، بخاصة ص 25.

(3) الهيئة العامة في محكمة النقض بكامل أعضائها، 12 تموز 1991، د، 1991، 549، تعليق J.Ghestin، د، 1991، الموجز 321، م J. L.Aubert، م إ، د، 1991، II، 21743، تعليق G.Viney، م ف ق م، 1992، 593، م P. Jourdain، أشغال ترصيص قام بها مقاول من الباطن: لا يمكن، لأن المقاول من الباطن ليس مرتبطاً بعقد تجاه صاحب العمل المستقل، تقرير أن صاحب العمل لا يملك ضده دعوى عقدية بالضرورة.

في المقام الأول لجهة إجارة الأشياء والبيع. من الواضح في الواقع انه يجب، في ذهنية واضعي القانون المدني، أن تطبق على اجارة العمل المستقل قواعد اجارة الأشياء: هذا هو السبب ذاته، فضلاً عن ذلك، الذي من اجله نادراً ما كان من المتفق عليه المذ إلى هذا العقد⁽¹⁾. ولكنه يجب الذهاب أبعد من ذلك. فمن المعروف أنه من المسوّغ أن تنقل قواعد البيع إلى إجارة الأشياء عند الحاجة⁽²⁾. ويسري ذلك، بصورة غير مباشرة، على اجارة العمل المستقل⁽³⁾. ولعبة المماثلة التي تضيفي الشرعية على هذا التوسع مسوّغة بصورة خاصة عندما تتناول الاجارة شيئاً للتحقيق، منقولاً أو غير منقول. وهي مسوّغة أيضاً بصورة طبيعية في ما يتعلق بالضمان على من يتسلم الشيء لإجراء عمل عليه: من المسوّغ إذاً الرجوع إلى المادتين 1641 و 1721 لسد الثغرات المتعلقة بالضمان المتوجب بسبب إجارة العمل المستقل.

هناك بالتالي ظاهرة دمی روسية قانونية: الحق في البيع الذي يشمل الحق في الايجار يتضمن الحق في اجارة العمل المستقل.

ورباط النسابة الثاني يربط اجارة العمل المستقل بالوكالة وبالايذاع⁽⁴⁾. في الرباط الأول، بصورة خاصة، تكون النسابة وثيقة ويعود ذلك في ناحية معينة إلى أن المجال الذي تغطيه الوكالة في الزمن كان أوسع ولم يعد كذلك اليوم: كان يسوس كل ما يتعلق بادارة الاعمال، ويربط اليوم باجارة العمل المستقل⁽⁵⁾. ومن السهل إذاً فهم وجود قواعد مشتركة بين الوكالة واجارة العمل المستقل: مثلاً القاعدة المتعلقة بتخفيض الاتعاب المفروطة. وفي الرباط الثاني ايضاً الروابط عديدة إذ غالباً ما يترافق الايداع باجارة. هناك بالتالي مادة لنقل آخر للقواعد بالمماثلة.

(1) انظر Mouricault، تقرير إلى المحكمة، إع، الباب 30، 1853، ٧ الاجارة، ص 273: في ما يتعلق باجارة الخدمات أعلن الخطيب أن «المشروع يتمسك بهذه الاحكام في شأن هذا النوع من الاجارة» وأنه «يمكن تلاقي النقص في التطور بتطبيق القواعد العامة الواردة في الفصل السابق التي من شأنها أن تسوس ايضاً هذا العقد»، ويضيف بعد ذلك أن «المشروع هو، بالاعتبار ذاته، مختصر في شأن اجارة سائقي العربات»، ذلك توضيح يسري على الصفقات والمقايضة.

(2) انظر Mouricault، تقرير إلى المحكمة، الاجتهاد العام، ٧، الاجارة، المذكور سابقاً، ص 270؛ اعلان ان «معظم القواعد المتعلقة بعقد البيع تطبق على عقد الاجارة».

(3) Pothier, Traité du contrat de louage، الطبعة السابعة، في اجارة العمل المستقل، رقم 394، وفي عرفه «لهذا العقد تماثل بعقد البيع».

(4) انظر Mauricault، تقرير إلى المحكمة، إع، ٧ الاجارة، المذكور سابقاً، ص 270، اعلان أن «اجارة العمل المستقل تضم جميع التعهدات التي تتناول اتفاقية أجر عن أشغال أو عناية أو خدمات؛ والوكالة والايذاع نفسها، عندما لا يكونان مجانيين، يرتبطان بها».

(5) انظر الرقم 31124 السابق وما يليه.

وعليه يظهر هذا الحق في اجارة العمل المستقل الذي ينعشه أيضاً التفريق بين موجب الوسائل وموجب النتيجة يبدو مركباً إلى حد كبير. ولهذا العقد، القابل لبديلات لا تنتهي، نظام كثير التنوع.

32005 - قانون العقوبات. ينبغي أخيراً بيان دور قانون العقوبات في مادة اجارة العمل المستقل، أو عقد المقاوله. فالعلاقات التي تقيمها، على عكس عقد البيع وإنما على غرار الوكالة، تفسح في المجال للعديد من الجرائم. مثلاً، لأن هذا العقد غالباً ما يستدعي تسليم الشيء إلى المدين بالتقديم الذي يقع في جريمة إساءة الائتمان إذا اختلف ما جرى ائتمانه عليه⁽¹⁾.

يضاف إلى ذلك أن المدين بالتقديم - الطبيب، الكاتب العدل... - غالباً ما يفشي المعلومات ذات الطابع السري، والسرية التي يحق لنا انتظاره منه في شأنها تعاقب أيضاً جزائياً⁽²⁾.

32006 - التصميم. تتعذر السيطرة على تنوع المادة إلا باعتماد نظرة اجمالية. وينبغي البدء بتفحص اجارة العمل المستقل عموماً (الباب الفرعي I)، قبل تفحص بعض التطبيقات الخاصة (الباب الفرعي II). والتطرق إلى بعدها الدولي (الباب الفرعي III).

32007 - مصادر اجارة العمل المستقل أو عقد المقاوله. المادتان 1710 و 1711، والمواد 1779 إلى 1799 من ق م. والمادة 2270؛ في النقل المادة 103 وما يليها من قانون التجارة؛ البناء: بيع عقار للبناء (1967: المواد 1601 - 1 إلى 1601 - 4 من ق م والمادتان 1642 - 1 و 1646 - 1)، عقد التنشيط العقاري (1971)، المواد 1831 - 1 إلى 1831 - 5 من ق م)، عقد بناء منزل فردي (1972، 1991، قانون البناء والسكن) انظر أيضاً قانون البناء والسكن؛ وحول التنظيمات المهنية المختلفة التي تثيرها اجارة العمل المستقل انظر الباب الفرعي II.

توصية لجنة البنود التعسفية رقم 81 - 02 في 18 تشرين الثاني 1980 المتعلقة بعقود

(1) المادة 408 القديمة من قانون العقوبات التي أصبحت المادة 314 - 1 من قانون العقوبات الجديد، انظر W. Jeandier، م إ، قانون العقوبات، المواد 314 - 1 إلى 314 - 4، 1994؛ انظر أيضاً M. L. Ressat، Droit pénal spécial، 1988، رقم 62 - 6° ورقم 68 وما يليه.

انظر على سبيل المثال حكم الغرفة الجنائية في محكمة النقض، 8 كانون الأول 1959، د، 1960، الموجز 39، مؤسسات كاذبة، موقف يحمل على الاعتقاد بوجود شركة هامة ومتخصصة، اعلان خادع في إحدى المجلات، إخراج حقيقي، حرفي متواضع، حصول على صفقة، احتيال.

(2) المادة 226 - 13 من قانون العقوبات الجديد؛ انظر الرقم 32244.

بناء منازل فردية وفق مخطط موضوع مسبقاً يقترحه البناء، ن م إغ، 16 كانون الثاني 1981؛ ورقم 81 - 01 في 20 تشرين الثاني 1981 المتعلقة بالعقود التي يقترحها الناقلون البريون للسلع والوسطاء التجاريون للنقل، ن م إغ، 27 آذار 1982؛ ورقم 82 - 02، 19 شباط 1982 في شأن العقود التي يقترحها ناقلو سكنهم، ن م إغ، 27 آذار 1982، ورقم 82 - 03 في 14 أيار 1982 في صدد عقود تجهيزات مطبخية ن م إغ، 22 كانون الأول 1982؛ ورقم 82 - 04 في 24 أيلول 1982 في صدد حق المستهلكين في التعويض في حالة خسارة اشربة جرى تسليمها إلى مختبرات تصويرية أو سينمائية أو إلى مفاوضين أو تلفها، ن م إغ في 22 كانون الأول 1982؛ ورقم 84 - 02 في 25 شباط 1983 المتعلقة بعقود النقل البري للمسافرين ن م إغ في 5 كانون الأول 1984؛ ورقم 84 - 03 في 8 تموز 1983 في شأن عقود الصناعة الفندقية في الهواء الطلق، ن م إغ، 5 كانون الأول 1984، ورقم 85 - 03، 5 تموز 1985 في ما خص العقود التي تقترحها مؤسسات ايواء اشخاص مسنين ن م إغ، 9 تشرين الثاني 1985؛ ورقم 86 - 02، 19 أيلول 1986 في صدد عقود التركيب الآلي في محطات الرياضة الشتوية ن م إغ في 3 تشرين الثاني 1986؛ رقم 87 - 02 في 15 أيار 1987 في صدد العقود التي تقترحها الوكالات الزوجية، ن م إغ، 13 آب 1987؛ ورقم 87 - 03 في 26 حزيران 1987 في شأن العقود التي تقترحها النوادي الرياضية ذات الطابع الربحي ن م إغ 16 كانون الأول 1987؛ ورقم 90 - 02 في 10 تشرين الثاني 1989 في ما خص عقود التأمين المسماة «ضرر - عمل مستقل»، ن م إغ 28 آب 1990؛ ورقم 91 - 01، 7 تموز 1989 في شأن العقود التي تقترحها مؤسسات التعليم ن م إغ في 6 أيلول 1991؛ ورقم 91 - 03 في 22 حزيران 1990 التي اكملت التوصية رقم 81 - 02 في شأن عقود بناء البيوت الفردية وفقاً لمخطط موضوع سلفاً يقترحه البناء ن م إغ 23 آذار 1993؛ ورقم 94 - 03 في 18 آذار 1994 المتعلقة بعقود الإقامة الالسنية ن م إغ 27 أيلول 1994.

العقود النماذج. جرى، في مادة البناء، تبني عقد نموذجي للمهندسين المعماريين في 8 ايار 1980 من قبل الاتحاد الوطني للنقابات الفرنسية للمهندسين المعماريين، وتبع ذلك في عام 1982 إعداد عقود نموذجية حسب فئات التطبيق، بناء منزل فردي مثلاً⁽¹⁾، ولاسيما في مادة النقل العام البري العقد النموذجي لإرسال بضائع لاكثر من ثلاثين طناً، وهو معد بشكل رئيسي للمهنيين، مرسوم 14 آذار 1986 (الجريدة الرسمية في 19 آذار 1986، ص 4628) وفي مادة الاعلان عقد نموذجي وضع عقب رأي اللجنة التقنية للتفاهم على تأليف لجنة تكلف دراسة المشاكل التي تثيرها العلاقات بين المعلنين

(1) انظر م إ، البناء، الكراسة 200، الملحق.

ووكالات الاعلان، وتم النشر في 19 أيلول 1961، الجريدة الرسمية 19 أيلول 1961 (انظر P.I. Greffe, La publicité et la loi منشورات Litec 1995 رقم 46 وما يليه)⁽¹⁾؛ وفي ما يتعلق بوكالات السفر جرى اتخاذ قرار تطبيق قانون 11 تموز 1975 بتاريخ 14 حزيران 1982 بتحديد شروط ممارسة النشاطات المتعلقة بتنظيم السفر أو الإقامة، والمادة 33 من مرسوم تطبيقه في 28 آذار 1977، والقرار المتضمن ملحق «الشروط العامة للبيع التي تسوس العلاقات بين وكالات السفر وزبائنهما»، إنما يبدو أنه مجرد من اساس قانوني طالما أن قانون 13 تموز 1992 حول تنظيم السفريات أو الإقامة وبيعها حل محل نص عام 1975.

على الصعيد الأوروبي: التوجيه رقم 90 - 314 - CEE (المجموعة الاقتصادية الأوروبية) الصادرة عن المجلس في شأن السفريات والعطل والدورات السياحية الجزافية، الجريدة الرسمية للمجموعة الأوروبية رقم L. 158 في 23 - 6 - 1990، ص 59 وما يليها؛ اقتراح توجيه يتعلق بمسؤولية مقدم الخدمات، 9 أيلول 1990، الجريدة الرسمية للمجموعة الأوروبية رقم 12/8 c، في 18/1/1991.

(1) يتضمن هذا العقد النموذجي بخاصة نصاً في مادة حق المؤلف وبموجبه ينقل الناشر هؤلاء المعلنين إلى من يلجأ إلى خدماته، انظر كمثال غ م أن، 13 تشرين الأول 1993، د، 1994، 166، تعليق P.Y. Gautier، قضية Perrier، زجاجة مغلفة بسترة التدخين، حكم طبق العقد النموذجي الموجود في هذا الشأن مع أن الفريقين لم يرجعا إليه؛ انظر أيضاً P et F. Greffe, La publicité et la loi منشورات Litec 1995 رقم 276 وما يليه.