أسس تقدير الثمن وفقًا لنص المادة ٤٥٩ من القانون المدني الكويتي المعدلة بالقانون رقم ١٥/١٩٩٦ «دراسة انتقادية مقارنة»

الدكتور أحمد السعيد الزقرد
قسم القانون الخاص
كلية الحقوق - جامعة الكويت

مقدمة عامة:

١ – حدثان وقعا في مسألة قانونية واحدة، وفي فترة زمنية متقاربة لا يمكن تجاهلهما، فبينما يصدر عن محكمة النقض الفرنسية بدوائرها المجتمعة[١] في أول ديسمبر ١٩٩٥ حكم مرن في تقدير الثمن يماثل المعمول به في القانون المدني الألماني[٢] يبادر المشرع الكويتي في يونيو ١٩٩٦ بتعديل نص المادة ٤٥٩ من القانون المدني، ليشدد من أحكام تقدير الثمن، بواسطة أجنبي عن

(١) نشر في دالوز ١٩٩٦/ قضاء /١٣/ تعليق المحامي العام "de Jeol" وتعليق Aynés على الحكم ذاته في Petites- Affiches – ٢٧ ديسمبر ١٩٩٥ – وتعليق Bureau et Molfissis على الحكم ذاته في G.P- ٩ ديسمبر ١٩٩٥ وتعليق Font-Bresson في JCP – ١٩٩٦ – ٢ – ٢٢٥٦٥.

– وقد جاء بهذا الحكم ضمن مبادىء أربعة أخرى: أن الاتفاق الذي يتضمن إبرام عدد من العقود اللاحقة أو المتتالية، كما هو الحال في عقود التوريد، والتوزيع، فإن عدم تحديد الثمن بهذه العقود اللاحقة، بالاتفاق الأصلي، لا يؤثر في صحة العقد ما لم يوجد نص بغير ذلك – ونشير إلى المبادىء الأخرى في لاحقاً/ بند ٣٣.

– وفي الأخذ بهذه المبادىء فيما يسمى بسياسة إنقاذ العقود من البطلان بعدم التشدد في تقدير الثمن، إذا توافرت الشرائط الأخرى – انظر – نقض «تجاري» ١١ يونيو ١٩٩٦ – JC.P ١٩٩٦ – بانوارما – ٨١٨ – ونسميه، بسياسة تغليب منطق الواقع العملي على منطق القانون المجرد – لاحقاً – بند ٣٣ – وفي ترحيب الفقه بحكم الدوائر المجتمعة الذي أنهى خلافاً – سنراه – بين الدائرتين المدنية والتجارية لمحكمة النقض انظر:

Calvo, d'une indetermination a'l'autre- Petites- Afliches- 16 Janvier 1996.

Couret, Une nouvelle Jurispruodence. D. et Patrimoine- Janvier 1996- O 48.

(٢) المادتان ٣١٥ – و٣١٦ مدني الماني – ولاحقاً بند ٣٦ وبعده.

المتعاقدين[٣]،[٤] فأصبح تقدير الأجنبي للثمن غير ملزم للمتعاقدين إلا إذا تراضيا عليه مرة أخرى، بخلاف النص الأصلي.

(٣) القانون رقم ١٩٩٦/١٥ المعدِّل لبعض أحكام القانون المدني – نشر بالجريدة الرسمية/ الكويت اليوم/ ٢ يونيه ١٩٩٦ / عدد ٢٥٩/ س ٤٢ – وكذا مذكرته الإيضاحية.

(٤) وتنص على أنه «يجوز أن يقتصر في تقدير الثمن على بيان أسس صالحة لتقديره، وإذا ترك تقدير الثمن الأجنبي عن العقد، فلا ينعقد العقد إلا إذا رضى المتعاقدان بهذا التقدير، وعند الخلاف يعتد بثمن المثل – وكان النص الأصلي للمادة المذكورة، على أن تقدير الثمن ملزم للمتعاقدين، دون حاجة إلى رضاء آخر به. والتعديل مأخوذ في الحقيقة عن م ٣٣٨ من مشروع المعاملات المدنية المصري، الذي لم يعمل به. وكان يقضي برضاء الأطراف بتقدير الأجنبي للثمن منعاً للجهالة». بينما نصت م ٤٢٣ مدني مصري على أنه يجب أن يقتصر في تقدير الثمن على بيان الأسس التي يحدد بمقتضاها فيما بعد. ونصت م ٤٢٤ مدني على أنه إذا لم يحدد المتعاقدان ثمناً للمبيع، فلا يترتب على ذلك بطلان البيع متى تبين من الظروف أن المتعاقدين قد نويا اعتماد السعر المتداول في التجارة، أو السعر الذي جرى عليه التعامل بينهما. ولم يرد نص بالقانون المصري، على ترك تقدير الثمن لطرف ثالث. وكانت المادة ١٨٥ من المشروع الأول للمجموعة المدنية، تنظم تفويض الغير تحديد موضوع الالتزام بصفة عامة بما في ذلك تحديد الثمن، وحذف النص في لجنة المراجعة. وأجمع الفقه، والقضاء على جواز تفويض الأجنبي تحديد الثمن – وانظر مجموعة الأعمال التحضيرية – ج ٢ – ص ٣١٥، وص ٢٠٦ – ومن القضاء – نقض ١٩٨٧/١٠/٢٦ – غير منشور ومشار إليه في، جميل الشرقاوي/ العقود المسماة – البيع والمقايضة – ١٩٩٠ – ص ١٣٢هـ (٢) ومن الفقه/ عبدالرزاق السنهوري، ومصطفى الفقي/ الوسيط – جـ ٤ – ١٩٨٦ – /ص ٤٧٩/ بند ٢١٢ – سليمان مرقس وإبراهيم الخليلي/ الوافي/ جـ ٣/ ١٩٩٠/ص ٢٣١/ ٩٩ بند – عبدالمنعم البدراوي/ الوجيز في عقد البيع ١٩٨٣/ ص ١١١/ بند ٦٥ – أنو سلطان – العقود المسماة – البيع والمقايضة/ ١٩٨٠ – ومن القضاء كذلك نقض ١٩٨٨/٦/١ – شعلة/ قضاء النقض المدني في عقد البيع – منشأة المعارف – ص ٤٤/ رقم ١٥ – نقض ١٩٨٨/٥/٨ – شعلة/ ص ٤٢/ رقم ١٦.

وبعكس ذلك، فبعد أن نصت المادة ١٥٩١ من القانون المدني الفرنسي، على أن الثمن، يجب أن يكون مقدراً، «بواسطة المتعاقدين معاً – نصت المادة ١٥٩٢ على جواز ترك تقدير الثمن إلى حكم أو arbitre» خلاف المتعاقدين – وفي نقد اصطلاح – حكم – ماليري وآينس/ العقود الخاصة/ ١٩٩٦ بند ١٤٣ – فمن يخول تقدير الثمن ليس محكماً – ومرقس والخليلي /ص ٢٣١/ بند ٩٩ – محمود جمال الدين زكي/ قانون عقد البيع في القانون المدني الكويتي/ ١٩٧٤/ ص ١٤٣/ بند ٧٢ – جميل الشرقاوي/ ص ١٢٤ – والمرجع المشار إليها لاحقاً.

فإن لم يرغب، هذا الغير، تحديد الثمن، أو لم يتمكن من تحديده، فإن العقد لا ينعقد» وانظر في شرح النص:
J. Chestin, traité des Contrarts- T-1-Le Contrat- Formation P. 516. J. Ghestin et Desche (B.) traite des Contrats- La vente - 1990- P. 432- no- 386.

بينما ورد نص من ١٤ من اتفاقية فيينا للبيع الدولي للبضائع – التي صدقت عليها مصر قبل فرنسا، ولم تصدق عليها الكويت – بأن الإيجاب هو العرض المحدد بصورة كافية وهو لا يعتبر كذلك إذا لم يتحدد فيه ثمن البضائع، أو يتضمن – على الأقل – معطيات يمكن بمقتضاها تحديد الثمن. ونصت م ٥٥ من الاتفاقية ذاتها على أنه إذا تبين أن البيع أبرم صحيحاً، من دون تقدير ثمن البضائع صراحة، أو ضمنا، أو لم يتضمن معطيات يمكن أن يقدر بمقتضاها. أمكن تحديد الثمن، بالثمن الذي تباع به البضائع ذاتها، وقت إبرام العقد، بالجهة نفسها، والظروف نفسها – وانظر أحمد الزقرد/ البيع الدولي للبضائع في انفاقية فيينا – محاضرة، للطلاب المتدربين، بالدورات التدريبية بكلية الحقوق بجامعة الكويت/ ١٩٩٥ – ويصعب التوفيق – لأول وهلة – بين النصين، وانظر «ـ .CA Mouly – ثمن البيع، وطريقة الوفاء به في اتفاقية فيينا ١٩٨٠ – معلقات صغيرة – ١٥ يونيه ١٩٩٠.

كما توسع النص المعدَّل في الحالات التي يفوض فيها للمحكمة تقدير الثمن، بثمن المثل مخالفاً بذلك النص الأصلي، والاتجاه السائد في القانون المقارن.

٢ – والمتأمل في النص المذكور، يجد أن مبررات تعديله، كغيره من النصوص – على ما ورد بالمذكرة الإيضاحية(٥) – هو ضرورة التوافق وأحكام الفقه الإسلامي. ومن اليسير – يقينا – الأخذ بهذه الوجهة من النظر(٦)، لولا أن القانون المدني الكويتي فيما ورد بمذكرته الإيضاحية مطابق لأحكام هذا الفقه(٧) بما يثير التساؤل عن حقيقة الفقه الإسلامي المقصود؟ ومبررات التعديل؟ ومدى الحاجة إليه؟ ومدى توافق النص المعدل والمبادئ العامة لمدونه القانون المدني؟

- ولا يمكن الإجابة عن التساؤلات السابقة بالقانون المعدل إلا بالنظر لمجموع النصوص الواردة به مقارنة بالنص الأصلي.

كذا تصبح دراسة النص المعدَّل، بغير ذات فائدة ما لم تتناول الاتجاهات الحديثة بالقانون المقارن(٨)

---

(٥) المذكرة الإيضاحية للقانون ١٥/١٩٩٦ – المصدر نفسه.

(٦) وخصوصاً أن الأمم العريقة يجب أن تبحث عن جذورها عندما تتعرض للمحن الجسيمة والمشرع الكويتي لا يختلف – بذلك – عن غيره.

(٧) وآية ذلك – صفحات ٢٨/٣٠/٣٥/٤٢/٤٨/٤٩/٥٢/٥٦/٦١/٦٣/٨٩ مثلاً من المذكرة الإيضاحية – طبعة مجلس الوزراء – وأجمع الفقه على ذلك – مثلا – الشيخ دعيج الصباح – مقدمة القانون المدني/ ص١٠/ ص ١١/ طعمة الشمري/ الوضع القانوني للفوائد الربوية في القانون الكويتي/ مجلة الحقوق/ سبتمبر ١٩٩٤/ س ١٨ ع ٣ – ص ١٦٩/١٨١/١٨٣ – الذي يقطع بتوافق نصوص القانون المدني، بعكس قانون التجارة، وأحكام الفقه الإسلامي – وحسام الدين الأهواني/ عقد البيع/ ١٩٨٩/ ص ١٥/ بند ١٨/ أحمد الزقرد، الوجيز في عقد البيع في القانون المدني الكويتي ١٩٩٨/ وحدة التأليف والترجمة والنشر/ بند – ٥ –.

(٨) وبه ارهاصات ميلاد اتجاه جديد، ينحو فيه الفقه، والقضاء، للنظر إلى الثمن ليس فقط، بوصفه ركنا لا ينعقد البيع بدونه. وإنما كذلك بوصفه وسيلة لحماية إرادة أحد المتعاقدين، خصوصا في العقود طويلة الأجل أو الزمنية، وتنطبق عليها آثار البيع كالامتياز التجاري، مع شرط القصر مثلا: من هذا المعنى، انظر:

ومؤلفه المطول في القانون المدني/ العقد/ ص ٤٢٨. -J. Ghestin, not Sous Com. 11 avril 1971-D. 1972-353- Civ. 11 Fevrir 1957- 1957- B. Civ- 111- no 49- P42- Com. 18 decembre 1972- D. 1973-i 62- Paris 22 novembre 1972- D. 1973- 293 - not. Ghestim.

- F. leduc, la détermination de prix, une exigence excèptionnelle- Jcp. 1992- 1- 3631- D. Tallon la surprenant réveil de. L'obligation de donner- D. 1992- chr. 67- Frison- Roche, l'indetermination du prix. RTD Civ- 1992- 269- L'Aynés, lindetermination du prix dans la Contrats de distribution. Comment Sortir de l'impasse? D. 1993-25.

J.J. Barbierie la determination de Prix dans les Contrats d'approvesionnements exclusif. R.J.Com. 1983-329.

J.L. Piotrout, les Contrats de destribution et la determination de Prix R.J. Com. 1992-16.

Schmidt, le prix du Contrat de Fourniture D. 1985- Chr. 117.

وخصوصاً، أن النص المعدَّل، بتوافقه، ونص المادة ١٢٥ من قانون التجارة[٩] يمتد بآثاره – وهذا مهم – إلى عقود التوزيع، والتوريد التي تعتبر في جوهرها بيعاً[١٠][١١].

٣ – وعلى ذلك، سنعرض بداية للثمن القابل للتقدير أو التحديد[١٢] – في فصل أول، ثم تقدير الثمن بواسطة أجنبي عن العقد[١٣] – في فصل ثان.

---

(٩) وتنص على أنه... إذا لم يعين هذا الطرف «الأجنبي» الثمن لأي سبب كان إلزام المشتري بسعر السوق يوم البيع، فإذا تعذرت معرفة سعر السوق تكفل القاضي بتقدير الثمن وفي نقد تقدير المحكمة للثمن – الأهواني/ عقد البيع/ ١٩٨٩/ ص ٢٣٤/ بند ٣٠٣ – وجمال زكي/ البيع في القانون المدني الكويتي/ ١٩٧٥/ ص ١٤٣ – الشرقاوي/ شرح العقود المدنية – البيع، والمقايضة – ١٩٩٠/ ص ١٨ – سليمان مرقس – الوافي – بواسطة حبيب الخليلي / ص ٢٣١/ بند ٩٩ الزقرد/ الوجيز/ بند ١١٣.
١٩٩٨/ بند ١١٥ – وانظر المادة ٤٢٤ مدني مصري، المقابلة للنص السابق، والتي لا تخول المحكمة سلطة تقدير الثمن لاحقاً –.

(١٠) وهي عقود يتنازل فيها الصانع، مانح الامتياز إلى موزع محلي بحق قصر البيع لمنتج ما في منطقة معينة، مع التزامه بمتابعة تقديم خدمات ما بعد البيع للعملاء، وصيانة المنتجات، محل الامتياز، وتنتشر بالكويت في بيوع الأدوات الكهربائية، والحاسوب، والمنتجات ذات المستوى الرفيع delux، وتتخذ صورة الامتياز التجاري المقترن بشرط القصر Clause d'exclusivité وغير المقترن بشرط القصر، وتسري عليها آثار البيع من حيث الالتزام بنقل الملكية، والتسليم والوفاء بالثمن، وغير ذلك، سميحة القليوبي / شرح العقود التجارية/ ١٩٨٧. دار النهضة العربية/ ص ١٩٣/ بند ١٢٧ – وفي تطبيق نص م ١٥٩١ مدني فرنسي المقابل لنص م ٤٥٩ مدني كويتي على عقود الامتياز التجاري انظر:
Com. 13 mars 1972- JCP. 1972- 11- 17196- obs. J, Boré Rouen, 11 Janvier 1972- D. 1972- 585 not. J. Ghestin.

Com. 27 avril 1971- et- 5 novembre 1971- D. 1972- 353 not. j. Ghetin.

ومن الفقه: J.M. Mousseron, et A.Sube في A Propos des Contrats dassistanc, et Fourniture- D. 1973- Ch. 197. وتبدو مشكلة تقدير الثمن في العقود السابقة، كونها طويلة الأجل، وعادة ما يتفق فيها على تقدير الثمن لفترة معينة، على أن يحدد الثمن للفترات الأخرى، بالتفاوض بين المتعاقدين Com. 23 fevrir 1993- D. 1993- 379 not, J. Ghestin.

(١١) ويقلل من أهمية تطبيق المادة ٤٥٩ مدني على العقود السابقة، أنها أعمال تجارية أو حتى مختلطة. وفي الحالتين، تسري أحكام القانون التجاري على خلاف الاتجاه السائد في القانون المقارن وبذا، يكون النص الواجب التطبيق على العقود المذكورة هو المادة ١٢٥ تجاري كويتي – وتفصيلاً – الأهواني/ ص ١٢/ بند ١٤، ١٥ – الزقرد / بند ٧.

(١٢) المادة ١/٤٥٩ مدني معدل.

(١٣) المادة ٢/٤٥٩ مدني معدل.

الفصل الأول
الثمن القابل للتقدير
Le Prix- déterminable

تمهيد وتقسيم:

٤ – يكون الثمن مقدراً، إذا تم تحديده بواسطة المتعاقدين أنفسهما صراحة أو ضمناً[١٤] والمهم أن ينصب التقدير على الثمن، وملحقاته[١٥] فإذا لم يكن الثمن مقدراً صراحة، أو ضمناً. فليس معنى ذلك عدم انعقاد البيع إذا تضمن العقد أساساً صالحاً للتقدير[١٦].

على أن المشرع الكويتي، بالنص المعدل، أو بالنص الأصلي لم يعرف الأسس الصالحة لتقدير الثمن، وإن أورد – مع ذلك – تطبيقات تشريعية، بعضها تناوله بالتعديل وهو تفويض طرف ثالث أو أجنبي عن العقد، تحديد الثمن. ونفرد له مبحثاً مستقلاً. وبعضها الآخر، لم يعدل ونعرض له لبيان مدى توافقه، ونص المادة ٤٩٥ مدني بعد تعديلها بقانون ١٥/١٩٩٦.

٥ – وبناء على ما تقدم نتناول بداية ماهية أسس تقدير الثمن في مبحث أول، ثم التطبيقات التشريعية لتقدير الثمن في مبحث ثان.

المبحث الأول:
ماهية أسس تقدير الثمن

تمهيد وتقسيم:

٦ – ليس ثمة نص بالقانون الكويتي، أو غيره، كما أسلفنا، يحدد ماهية الأسس التي تجعل

---

(١٤) ومن ذلك، فيما أشار إليه المشرع الكويتي بالمادة ٤٦٠ مدني – م ٤٢٤ مدني مصري أنه يتبين من الاتفاق، أو الظروف أن المتعاقدين قصدا التعامل بالسعر المتداول بينهما. وفي القانون الأمريكي إذا لم يكن الثمن محدداً. فإن الثمن الواجب على المشتري الوفاء به هو الثمن المعقول وقت التسليم – إيزابيل كوربيزييه/ ص ٧٧٦.

(١٥) مثلا: Civ. 21 mai 1990- D. 1990- I.R -146 - C.E. 27 mars 1981- P.A. lér jullet 1988- no 79 - p21- not.

(١٦) في هذا المعنى من أحكام القضاء: P. de Couliboeuf Com. 4 jullet 1972- D. 1973- 662.

فإن لم يوجد اتفاق على أسس تقدير الثمن، اعتبر البيع باطلا، لتخلف ركن من أركانه، انظر في هذا المعنى - Com. 16 avril 1991- B. civ- 1V) no 148

Com. 24 mars 1965- RTD Civ. 1965- 821 obs. Cornu

ومن الفقه، كولار وديلبيك/ ص ١٠٧/ بند ١٤٦ – وملاحظات كورنو – بالمجلة الفصلية للقانون المدني/ ١٩٨٠/ ص ٣٦٥.

الثمن قابلا للتقدير، ينعقد به البيع صحيحاً. ولذا، اتجه القضاء[١٧] مؤيداً من الفقه[١٨] إلى أن الثمن يجب أن يقدر وفقاً لأسس مادية لا تثير أي نزاع بين الطرفين، وألا تكون متوقفة على محض إرادة أحدهما. ولعل هذا ما قصده المشرع الكويتي، أو المصرى، بنصه على أنه يجوز أن يقتصر في تقدير الثمن على بيان الأسس التي يتحدد بمقتضاها فيما بعد.

- وخضوعاً للاعتبارات العملية، تطور موقف القضاء الفرنسي، بصدد معنى، ومغزى الأسس العامة لقابلية الثمن للتقدير، فاقترب بذلك من المعمول به في القانون الألماني – م ٣١٥ – م ٣١٦ مدني. وهو اتجاه، يمكن الأخذ به في القانونين المصري، والكويتي لعمومية النص الوارد بهما[١٩][٢٠].

٧ – وعلى ذلك، نعرض للشروط الواجب توافرها، فيما يفيد أساساً صالحاً لتقدير الثمن – في مطلب أول – على أن نتناول – تفصيلاً – تطور القضاء الفرنسي في مطلب ثان.

المطلب الأول:
الشروط الواجب توافرها في أسس تقدير الثمن:

٨ – لما كان البيع ينعقد صحيحا – على ما قدمنا – إذا تضمن العقد أساسا صالحا لتقدير الثمن. والمشرع بدوره لم يحدد معنى الأسس المذكورة. فقد اجتهد القضاء[٢١]

---

(١٧) مثلا: نقض ٢٩/١٠/١٩٨٨/ أحكام النقض/ س ٣٩/١٦٦/ نقض أول يونية ١٩٨٨/س ٣٩ أحكام النقض/ ٣٣٧ بنص ٢٨/١/١٩٨٠ أحكام النقض/ س ٣١/ ص ٣٠٨. وانظر:

Civ. 28 Fevrir 1950- Jcp, 1950- 11- 5599 not E. Becqué-

Civ. 15 novembre 1968- B. Civ- 111- P363 no 477- Paris 22 novembre 1972- D. 1974- 93 not. Malaurie.

(١٨) جستان/ العقد/ ص ٤٢٨/ جستان وديشي/ البيع/ ص ٤٢٩/ – والسنهوري / ص ٣٧٠ – الزقرد/ بند ١١٥/ ولاحقاً هـ (٢١) و(٢٢).

(١٩) لاحقاً – بند ٢٧.

(٢٠) وفي الصعوبات التي تعترض المحكمة، تحديد الأسس الصالحة لتقدير الثمن. سواء من حيث، نطاق العقود، أو كيفية التطبيق – كولار، وديلبك العقود المدنية والتجارية/ ط ٣/ ١٩٩٦/ ص ١٢٦/ بند ١٤٥ – ومن القضاء –

Civ. 29 Novembre 1994 - D. 1995- 122 not. L. Aynés JCP. 1995-11- 22371 not. J. Ghestin.

Com. 23 Fevrir 1993- D. 1993-379- Not. J. GHestin.

(٢١) مثلاً: Paris 18 novembre 1831-11-239-

فيما أشارت إليه إيزابيل كوربنرييه/ ص٧٧٦/ هـ – ٤٧ –

civ. 25 avril 1952 - D.1952 - 635 - civ. 6 octobre 1965 - B. civ. 1-390- p517 - civ. 4 juillet 1968 - B. civ - 111-325- p.250 - civ. 5 janvier 1972 - B. civ - 111- p3-n°4 - Rouen, 14 janvier 1982 - G. p.1982 - Som - 189 - Com. 23 fevrir 1993 - D. 1993 - 379 - not. J. Ghestin - civ. 29 novembre 1994 - D. 1995 - 122 - not. Aynès - Jcp. 1995 - 11 - 22371 - not. J. Ghestin -

ومن القضاء المصري – نقض ٢٨/١/١٩٨٠ – أحكام النقض/ س٣١/ ص٣٠٨ – والكويتي – تمييز ٦/٤/ ١٩٨٧ / القضاء والقانون /س١٥/ ع١/ ص٤٢٤.

والفقه[٢٢] لوضع شروط، يجب أن تتوافر، فيما يعتبر أساساً صالحاً للتقدير، بحيث إذا تخلف أي منها، اعتبر البيع كأن لم يكن، لتخلف عنصر جوهري فيه، هو الثمن المحدد، أو القابل للتحديد.

ومجمل هذه الشروط، أن تكون الأسس المبينة، تسمح فعلاً بتعيين الثمن على وجه لا يثير أي خلاف أو منازعة. وإلا اعتبرت غير كافية لجعل الثمن قابلا للتقدير[٢٣].

وتفريعاً على ذلك، يشترط بدايةً: أن يكون تقدير الثمن، قائماً على عناصر مادية، أو موضوعية تسمح بتحديده. وعليه، إذا اتفق أطراف العقد على أن ينقل البائع ملكية المبيع إلى المشتري مقابل قيمته، أو مقابل ثمن عادل، فإن ذلك، لا يقوم أساساً مادياً يصلح لتقدير الثمن ولا ينعقد به البيع[٢٤]. وإن اتجه البعض[٢٥] – مع ذلك – إلى أن البيع في الحالة الأولى جائز لأن المقصود بالبيع وفقاً لقيمة المبيع، هو ترك تحديد قيمته لأهل الخبرة. ويحتج على ذلك بأن الرأي المذكور قيل به أساساً في ظل القانون المدني القديم. ولا يمكن الأخذ به في القانون الحالي الذي يفترض بصريح نص المادة ١٥٩٢ مدني من المتعاقدين، إذا فوضا تقدير الثمن إلى شخص أجنبي، القيام بتحديد المفوض، وإلا اعتبر البيع كأن لم يكن.

ويتجه الفقه عموما إلى أن البيع لا ينعقد على ثمن هو ما يساويه المبيع، لأن ذلك ليس أساساً مادياً للتقدير[٢٦]. يحول دون قيام نزاع في المستقبل على الثمن.

– ولا يجوز الاتفاق على أن يكون الثمن مساوياً لما يعرضه غير المشتري، فمثل هذا الاتفاق يؤدي إلى الغش، أو الغدر. «فقد يدس المشتري للبائع شخصاً يعرض عليه ثمناً قليلاً لحمله على البيع له به. وقد يحدث العكس، فيتفق البائع مع شخص آخر على أن يعرض عليه ثمناً مرتفعاً لإكراه

---

(٢٢) ومن الفقه، جستان ودبشي/ البيع/ ص٤٣٣ – جستان/ العقد/ ص٤٢٨ السنهوري/ ص٣٧٠ – الشرقاوي/ ص١١٨ – البدراوي/ ١٠٦ – مرقس والخليلي/ ص٢٢٦/ بند ٩٧ – الأهواني/ ص٢٢٣/ بند ٢٨٩ – ماليري وآينس/ بند ٢٠٣ – وكذا
Bermonsd de vaulx, la determination du Prix dans le Contrat de Vente - Jcp - éd - c.i - 1973 - n° 10948.

(٢٣) ومن قضاء لمحكمة النقض مستقر:
"...il n'est pas necessaite qui, le montant en soi Fixé dume manière absolue. el suffit pour la dormation de la ventu des clauses de Contrat par voie de rélation aven des éléments qui ne deoendent pas de la Volonté ni de l'une, ni de p.autre des Parties...".

(٢٤) مثلاً:
civ. 15 novembre 1968 - B. civ - 111 - n° 477 - p363 civ. 6 juin 1969 - D. 1969 - 513 - civ. 5 janvier 1972 - D. 1972 - 339 -

(٢٥) قال به بوتييه لي/ بودري وسينيا/ بند ٢ – وأشير إليه في سلطان/ ص١٢٢/ بند ١١٢.

(٢٦) مثلاً: مرقس، والخليلي/ ص٢٢٧/ بند ٩٧ – وقرب من ذلك من القضاء الفرنسي – نقض «تجاري» ٤ يوليه ١٩٧٢ – بلتان – ٤ – رقم ٢١٧ – دالوز ١٩٧٣ – ص٦٦٢ – ويتعلق ببيع نوع من المسكرات، يتحدد الثمن فيه طبقاً لدرجة الكحول – فحكم ببطلانه لعدم وجود أساس موضوعي لتقدير الثمن، وهو باطل في القانونين المصري والكويتي لعدم مشروعية المحل أصلاً.

المشتري على دفعه»، وإن رأى البعض – مع ذلك – أن مثل هذا الاتفاق يعتبر وعداً بالتفضيل promesse de préference، وليس بيعاً[٢٧].

١٠ – ولا ينعقد البيع، إذا كان الثمن يرتبط بالعائد، أو بالربح الذي يدره المبيع باعتبار الثمن في هذه الصورة، يكون متوقفاً على اتفاقات لاحقة يبرمها أحد المتعاقدين «المشتري» فلا يصلح لذلك أساساً مادياً، أو موضوعياً لتقدير الثمن[٢٨].

١١ – وبعكس ذلك، يعتبر أساساً مادياً يصلح لتقدير الثمن، اتفاق البائع والمشتري أن يكون الثمن مساوياً للثمن الذي اشترى به البائع، أو مساوياً للثمن الذي باع به البائع لشخص آخر، أو طبقاً للسعر الوارد بقائمة الأسعار في تاريخ محدد. باعتبار أن الثمن، قد تحدد في الفروض السابقة، وفقاً لأسس مادية، لا تثير أي نزاع بين المتعاقدين.

كذا، يجوز أن يكون الثمن في عقد البيع، هو ثمن التكلفة مع إضافة ربح معين، أو متوسط الأثمان التي باع بها التاجر، أو على أساس التسعيرة الجبرية[٢٩]. وتبعاً لذلك وتفصيلاً له، أكدت محكمة النقض المصرية، صحة عقد البيع، على أن يحسب الثمن بإضافة ربح مقداره ٢٨٪ إلى الثمن الذي اشترى به البائع البضاعة المستوردة «سيف»[٣٠]. وفي مقابل ذلك، لا يعتبر أساساً مادياً، يصلح لتقدير الثمن، الإحالة لتقديره في العقد، لعبارة «طبقاً للشروط المتفق عليها بيننا...»[٣١].

– وأياً ما كان الأمر فلا يشترط فيما يعتبر أساساً مادياً للتقدير أن يكون الثمن متكافئاً مع قيمة المبيع[٣٢] ففرق بين الثمن المقدر، أو القابل للتقدير، والثمن المكافىء لقيمة المبيع، والأول، لا يقوم العقد بدونه، والثاني لا يعتبر ركناً من أركان العقد، ولا شرطاً من شروط صحته ما لم يكن الثمن تافها - Prix - Vil فلا ينشأ العقد أصلاً أو بخساً dèrisoire، فلا يجيز للبائع الطعن في العقد إلا إذا توافرت شروط الاستغلال، أو الغبن[٣٣]. وهي مختلفة في القانون الكويتي عنها في القانونين المصري، والفرنسي.

١٢ – ويشترط ثانيا – فيما يعتبر أساساً صالحاً لتقدير الثمن، أن تكون عبارات العقد واضحة في الدلالة عليه، بحيث تقي أطراف العلاقة التعاقدية قيام نزاع محتمل على تقدير الثمن. وهو

---

(٢٧) فيما ذكره سلطان/ ص١٢١، ص١٢٢/ هـ(٢) – ونؤيده – لسلامة الاعتبارات التي يقوم عليها – وتفصيلاً، الزقرد/ ص٧٧/ بند ٨٢ – ماليري وآينس/ ص١٠٧/ بند ١٤٣.

(٢٨) باريس ٢٢ نوفمبر ١٩٧٢ – دالوز ١٩٧٤ – ٩٣ – فيما أشار إليه – الأهواني/ ص٢٧٧ هـ/ ٤٣٢ «في براءة الاختراع مقابل ثمن يحدد في ضوء العائد الذي قدره على المتنازل إليه».

(٢٩) سليمان مرقس/ ص١٢٧/ بند ٨٩/ ومرقس والخليلي/ ص٢٢٧/ هـ٢/ مكرر ثالث.

(٣٠) نقض ١٩٨٠/١/٢٨/ أحكام النقض/ س٣١/ ص٣١٨.

(٣١) من هذا الرأي D.Ferrier في:
L.indetermination du Prix et annulation du Contrat, d'approuvisionnement execlusif - che - dr. de l.ent 1982 - p12.

(٣٢) نقض ١٩٥١/٢/٨ – أنور طلبة – عقد البيع في ضوء قضاء النقض/ ١٩٩٠/ ص٩/ رقم ١٨.

(٣٣) ولا تدخل في دراستنا، وعرضنا لها فقط على سبيل الاستطراد النظري البحت.

الهدف الذي تدور حوله جميع الشروط اللازم توافرها فيما يعتبر أساساً صالحاً للتقدير. ويمكن تفسير ذلك بأن الثمن ركن البيع الأساسي. ولا بيع بلا ثمن Pas de prix, Pas de Vente وعليه، فإن الشك في مقدار الثمن، أو في كيفية تقديره، ينعكس سلباً على ركن التراضي ذاته، فلا ينعقد العقد(٣٤).

– وتفريعاً على ذلك، حكم بأن صياغة العقد بصورة غير محددة بحيث لا يعرف من عباراته بدقة قيمة المبيع، تجعل العقد باطلاً(٣٥). وبأنه، لا يجوز لمحكمة الموضوع الأمر، بإجراء تحقيق Contestation لإثبات حقيقة ثمن المبيع، إذا لم يكن قد تحدد في العقد بصورة واضحة(٣٦) وحكم بأن البيع يقع باطلاً إذا كان الثمن الأصلي قد حدد بالعقد، بينما لم تتحدد المصروفات الملحقة بالثمن، ومن ذلك مثلاً تحديد الطرف الذي يقع عليه عبء الضريبة على الإنتاج في حكم محكمة باريس ١٩٥١(٣٧) أو للاختلاف بشأن من يتحمل دفع العمولة للسمسار في عقد بيع، انعقد بوساطته، في حكم النقض المدنية ١٩٧٣(٣٨). فإذا لم يعرف ما إذا كانت العناصر المرتبطة بالثمن جوهرية كالمصروفات أو ثانوية كغيرها تعين على المحكمة تفسير بنود العقد، إعمالاً للقواعد العامة في التفسير(٣٩). وتبعاً لذلك، وتفصيلاً له، حكم بأنه لا يمنع انعقاد عقد بيع حصان السباق أن يخالف المشتري (الأمير علي خان في الدعوى) التزامه بالشد على يد البائع في حلبة السباق على مرأى من الجمهور، بوصفه التزاماً لا علاقة له بتقدير سعر الحصان(٤٠).

---

(٣٤) في هذا المعنى:
j.Ghestin, l.indetermunation du Prix de vente, et la Condition Potestative - D. 1973 - p293.
Malaurie, Ency. Dalloz, Resf. civ. V' - Vente - n°648.

(٣٥) انظر:
Civ. 28 mai 1952 - D. 19543 - Som - p.11 - B.civ - 1 - p.150 n°182.

(٣٦) انظر:
Civ. 6 juin 1969 - D. 1969 - p513 - B. civ - 1 - 171. Civ. 6 octobre 1965 - D. 1966 - Som - 35 - B.civ - 1 - 309 - n° 317.
Civ. 13 janvier 1971 - D 1971 - Som - P - 100.

(٣٧) انظر: Paris 4 janvier 1951 - G. P. 1951 - 11 - 273.

(٣٨) انظر: Civ. 4 Janvier 1973 - D. 1973 - 663.
وفي المعنى نفسه: Civ. 21 mai 1990 - D.1990 - i.R - 146.

(٣٩) انظر: Civ. 15 Janvier 1963 - RTD. civ. 1963 - 364 - ob. Cormu
والمحكمة، قد حسمت الخلاف في شأن هذه المسألة بوصفها مسألة ثانوية، لم ينزلها أطراف العلاقة التعاقدية منزلة المسائل الجوهرية. بينما الثمن «ومصروفاته» من المسائل الجوهرية. التي لا ينعقد البيع بدون الاتفاق عليها (م٥٢ مدني كويتي) فتقدير الثمن، أو قابليته للتقدير لا ينصب على أصل الثمن، كما قد يتبادر إلى الذهن وإنما يشمل ملحقاته «مصروفات البيع» وإلا اعتبر العقد باطلاً – نقض ٢ مايو ١٩٧٨ – دالوز ١٩٧٩ – ص٣١٧ – ونقض «تجاري» – ١٦ ابريل ١٩٩١ – JCP – ١٩٩٢ – ٢–٢١٨٧١.

(٤٠) نقض ١٩٨٠/١/٢٨/ أحكام النقض/ س٣١/ ص٣١٨/ رقم ٦٢ – وفي المعنى نفسه:
J.Ghestin, reffexions sur le domaine et le fondenents de la nullité, Pour indetermination du Prix - D. 1993 - chr. 251.

١٣ – ونلفت النظر إلى أن المقصود بالأساس الواضح في تقدير الثمن أن تكون عبارات العقد قاطعة في تقديره مستقبلاً، بحيث تحول دون قيام نزاع فيما بعد على ركن من أركان البيع.

بيد أنه لا يشترط أن يكون الثمن قابلاً للتعيين determinable، باتفاق المتعاقدين عليه صراحة. فقد قدمنا، إمكانية الاتفاق – ضمنا – على الأسس التي يتحدد عليها فيما بعد، أخذاً من النص الوارد، بالمادتين ٤٢٣، ٤٢٤ مدني مصري أو م٤٦٠ مدني كويتي. وتطبيقاً لذلك حكم بأن الثمن، وإن كان يعد ركناً أساسياً في عقد البيع إلا أنه، وعلى ما يستفاد من نص المادتين ٤٢٣، ٤٢٤ مدني لا يشترط أن يكون معيناً بالفعل في عقد البيع، بل يكفي أن يكون قابلاً للتعيين باتفاق المتعاقدين صراحة، أو ضمناً، على الأسس التي يتحدد بمقتضاها فيما بعد(٤١). وبذا، يمكن تقدير الثمن على أساس سعر السوق، أو بسعر التكلفة، مع قدر من الربح تم تحديده.

– فإذا تم تحديد الثمن بالرجوع إلى قرارات وزارية، أو لوئح صادرة عن جهة الإدارة. فالمسألة خلافية في الفقه، أو القضاء. فالبعض(٤٢) على أن البيع، ينعقد صحيحاً، على سند من القول، بأن الإحالة في تقدير الثمن إلى القرارات، أو اللوائح المذكورة، كالإحالة في تقدير الثمن لشخص ثالث أو أجنبي عن المتعاقدين، ينعقد به البيع صحيحاً.

– وفي أحكام أخرى، لا ينعقد البيع – في الفرض المطروح – باعتبار أنه ليس أساساً مادياً أو موضوعياً، يجعل الثمن قابلاً للتقدير(٤٣).

ونتجه إلى تأييد الرأي الأول، لسلامة الاعتبارات التي يقوم عليها، وخصوصاً أن الإحالة في تقدير الثمن لقرارات وزارية أو لوائح إدارية تتشابه، والإحالة في تقديره لشخص ثالث، فيجب أن يكون من الغير Le tiers، وتفريعاً على ذلك، فإن اللجنة المهنية للنفط، وهي تتكون من المنتجين، والبائعين للمواد البترولية، لا تصلح في نظر الدائرة التجارية بمحكمة النقض أن تكون غيراً، يفوض إليه تقدير الثمن لأنها ليست مستقلة عن المتعاقدين خصوصاً عن «البائع»(٤٤).

١٤ – وثمة فرض آخر، ينعقد فيه البيع على ثمن بالإحالة إلى قرارات وزارية أو لوائح صادرة عن جهة الإدارة وأثناء إبرام العقد، تتغير اللوائح، أو القرارات المذكورة سواء بالتعديل، أو بالحذف. وبذا يثور التساؤل: هل ينعقد البيع على ثمن يتغير؟

---

(٤١) مثلاً: نقض «تجاري» ٢٣ أبريل ١٩٥١ – بلتان مدني – ٢ – ١٠٩ – رقم ١٤٦.

(٤٢) مثلاً:
Com. 27 avril 1981 - RTD. Com. 1981 - P828 - obs. Hemard.
G.P. 1981 - 11 - Pan. 343 - obs. PH. Le Tourneau.

(٤٣) وتطبيقاً لذلك:
Com. 25 mai 1981 - B. civ. - IV - n° 297.

(٤٤) انظر:
Com. 5 novembre 1971 - D. 1972 - P.355 - not. J. Ghestin
– ومن الفقه، جستان وديشي/ ص٤٥٦/ بند ٣٩٤.

– الواقع أن الإجابة، بالنفي، حتى عند القائلين بصحة العقد في الفرض الذي يتحدد فيه الثمن بالإحالة إلى قرارات وزارية، أو لوائح جهات الإدارة[٤٥] باعتباره، ليس أساساً مادياً، يقي المتعاقدين، النزاع فيما بينهما مستقبلاً بشأن الثمن المحدد.

١٥ – وإذا تأجل الاتفاق على تقدير الثمن إلى وقت لاحق على إبرام عقد البيع فإن الثمن يكون غير قابل للتقدير، ويعتبر البيع كأن لم يكن[٤٦] ما لم يتبين للمحكمة من طبيعة الاتفاق، أو الظروف والملابسات، قصد المتعاقدين التعامل بالسعر المتداول بينهما، أو بسعر السوق. ففي مثل هذه الحالات يكون الثمن قابلاً للتقدير بتضمنه أساساً مادياً صالحاً، وقد انتهينا إلى أن الثمن يكون قابلاً للتقدير باتفاق المتعاقدين عليه ضمناً إذا دلت الظروف، والوقائع عليه بما في ذلك الحالات السابقة إعمالاً لنص م٤٢٤ مدني مصري (م ٤٦ مدني كويتي) وتفريعاً على ذلك، أكدت محكمة التمييز الكويتية بأنه لا يؤثر في صحة البيع، خلوه من تسمية الثمن، إذا تبين من الظروف أن هذا الثمن معلوم من الطرفين. ويدخل في ذلك إقرارها في العقد بأن البيع نظير ثمن قبضه البائع. فذلك يعني اتفاقهما على ثمن معين[٤٧] وأكدت محكمة النقض المصرية بأن الاتفاق على حساب الثمن بإضافة ربح معين إلى الثمن الذي اشترى به البائع يمكن أن يكون صريحاً أو ضمنياً[٤٨].

---

(٤٥) تطبيقاً لذلك: Com. 27 avril 1971 - 5 novembre 1971 - D. 1972 - 353 - obs. J. Ghestin.
حيث عُدِّل – في الدعوى المطروحة – القرار الوزاري – ٢٧ مايو ١٩٦٣ – الذي يحدد هامش الأرباح، بالنسبة لشركات توزيع منتجات البترول – وانظر في هذا النظر J. Ghestin – في العقد/ بند ٧٢٥ – وكذا:
Com. 11 janvier 1984 - JCP. 1984 - IV - 88
وقرب من ذلك «عندما يستقل البائع بصورة تحكمية بإمكانية تغيير الثمن – انظر:
civ. 13 mars 1973 - B. civ - 1 - n° 96 -
civ. 7 decembre 1981 - D. 1982 - I.R - 95.

(٤٦) انظر: Civ. 28 mai 1952 - B. Civ. - 1 - P 150 - n° 82
– وفي القانون الإنجليزي Manceil بأن الشرط الذي يتضمن الاتفاق اللاحق في العقود طويلة المدة، يمكنه أن يكشف عن نية المتعاقدين التعاون مستقبلاً في تحديد الثمن بما يتساوى، واتجاه الإرادة إلى الارتباط حالاً بالعقد انظر:
Apremier of Contracts planning - 84 - s. col. L. Rev. 1975.
Posser, open pricelin Contracts for the sale of goods - 16 Minn - L.Rev. P 73 - 1936.

(٤٧) تمييز/ ١٩٨٩/٦/٢٥ – القضاء والقانون/ س١٥/ ص٨٤/ رقم (٢٠).
ومن النقض الفرنسية:
Com. 24 mars 1965 - B.civ. 111 - n° 232 - P208 JCP. 1965 - 11 - 14378 - not. P.L.D. - D. 1965 - 474.
وفي الفقه – إبزابيل كوربيزييه – مرجع سابق/ ٧٦٧ – وافتراضات أخرى في القانون الانجليزي – انظر مثلاً Posser – مرجع وموضع سابقين.

(٤٨) نقض أول يونيو ١٩٨٨/ أحكام النقض/ س٣٩/ ص٣٣٧ – طعن رقم ١١٤٢ سابق الإشارة.

١٦ – وقد أثير التساؤل – عملاً – بصدد ما إذا كانت الإحالة في تقدير الثمن إلى إدارة النفع العام Domain - Public، تصلح أساساً مادياً أو موضوعياً للتقدير؟

فذهب حكم الاستئناف – في دعوى، يصعب عرضها تفصيلا[٤٩] – إلى بطلان البيع الذي يحال فيه تحديد الثمن إلى الإدارة المذكورة، باعتبار أنها غير مختصة، بالتدخل مباشرة لتقدير الأثمان. التي يترك تقديرها – في نظر المحكمة – لقانون العرض، والطلب. فيكون الثمن لذلك، غير مقدر، ولا قابل للتقدير. بينما أكدت محكمة النقض – بعكس ذلك – صحة البيع، اعتباراً بأن إدارة النفع العام، وإن كانت غير مختصة، بتقدير الأسعار إلا أنها قبلت القيام بمهمة التقدير، بما يعتبر أساساً مادياً صالحاً للتقدير[٥٠]، وهو تطبيق محض للنص الوارد بالمادة ١٥٩٢ من القانون المدني الفرنسي.

١٧ – وثمة طريقة أخرى، يتحدد فيها الثمن بواسطة الصانع أو الموزع نفسه، بحيث يفرضه على بائع التجزئة، فيما يسمى بالثمن الإجباري أو المفروض Prix - Imposé.

وفي القانون الفرنسي، لا يجوز للمنتج أو الموزع تحديد الأسعار بفرضها على البائع ولا تحديد حد أدنى للأسعار وإلا تعرض للعقوبة المنصوص عليها بالقرار الصادر في أول ديسمبر ١٩٨٦. وتحايلاً على الحظر الوارد بالقرار المذكور فإن العديد من المنتجين يلجأون إلى طريقة أخرى هي طريقة الثمن الإرشادي Prix-Conseile. وفيها لا يفرض، على البائع الالتزام بسعر محدد. بل يكتفي بنصحه، أو إرشاده بهذا السعر. ومن الناحية – النظرية – يظل البائع – على الرغم من الثمن الإرشادي – محتفظاً بحرية تحديد الثمن. فإذا تبين أن السعر الإرشادي قيد على حرية البائع أو مساس بأحكام المنافسة، انطبقت عليه أحكام الحظر الخاص بالسعر المفروض. ونلاحظ – في هذا الصدد أن محكمة النقض «الدائرة الجنائية» تتجه في حظر الثمن الإرشادي، إلى تشبيهه بالثمن المفروض تماماً[٥١].

١٨ – كما يثور التساؤل، بصدد إمكانية تحديد الأسعار من جانب البائع بالإحالة إلى المنظمة أو النقابة المهنية التي ينتمي إليها – فيما يسمى، في القانون الفرنسي بتعريفة النقابات Tarif - syndicaux – الواقع أن هذه الطريقة لتحديد الأسعار، لا تختلف عن الطرق السابقة كونها تمس

---

(٤٩) لتعلقها بمسائل إجرائية، انظر: civ. 23 octobre 1979 - RTD. civ. 1980 - 366 - not. Cornu
وقرب civ. 23 avril 1951 - B. civ. 11 - P.109 - n° 146
وعكس ذلك
Con. 26 avril 1981 - RTD Com. 1981 - 827 - obs. J.Hemard G.P. 1981 - 11 - Pan. 343 obs. PH. Le Tourneau.

(٥٠) وعندنا أن البيع صحيح في هذا الفرض قياساً على تخويل المتابعين تقدير الثمن الأجنبي، إذا قبل الأخير، وتمكن من التقدير فعلاً. وانظر في صحة البيع على ثمن تم تقديره بالرجوع إلى التقدير الجمركي السابق:
civ. 23 ovtobre 1979 - B. civ - 111 - n° 188 - P - 146 -
وجستان وديشي/ ص١٣٥.

(٥١) من ذلك مثلاً: Crim 7 decembre 1981 - D. 1982 - i.R - 151 -

بحرية المنافسة، وحظرها لذلك الأمر الصادر في أول ديسمبر ١٩٨٦. كما أبدى مجلس المنافسة الفرنسي موقفاً متشدداً في تحريم هذه الطريقة لتحديد الأسعار(٥٢).

– ومع ذلك، فقد استثنى قانون «لانج» الصادر في ١٠ أغسطس ١٩٨١(٥٣) أسعار الكتب من الحظر السابق، فنص على تحديد الثمن بواسطة المستورد نفسه أو الناشر وليس بواسطة البائع «أو القرطاسية»(٥٤) بحيث لا يكون لهذا الأخير حرية المنافسة إلا في حدود ٥٪ من السعر المحدد بواسطة المستورد أو الناشر.

١٩ – ويلاحظ، من أحكام القضاء عموماً، الاتجاه إلى المرونة فيما يعتبر أساساً صالحاً للتقدير، إنما في نطاق الشرائط السابقة. وتبعاً لذلك، اعتبر أن الثمن يكون قابلاً للتقدير، عندما يتحدد طبقاً لأوزان، أو مقاييس معروفة مقدماً للمشتري(٥٥). وأن بيع الأخشاب بالقدم، الذي يتحدد فيه السعر، بالمتر المكعب، يقع صحيحاً، إذا كان البائع لا يجهل معنى ومغزى هذه الطريقة أو ثبت أن المشتري، باستطاعته تغطية الثمن، أخذاً من نص المادة ٨ من القرار الصادر في ٣ مايو ١٩٦١(٥٦).

كذلك اعتبر الثمن مقدراً، والعقد صحيحاً، في حوالة حصص شركة للانتفاع بدار للسينما، رغم عدم الاتفاق لاحقاً على ثمن السهم الواحد في الشركة كالتزام يقع على عاتق البائعين، عليهم القيام به(٥٧).

٢٠ – وينبغي التفرقة فيما يعتبر أساساً صالحاً لتقدير الثمن بين البيوع التي تنشىء التزامات فورية، والعقود متراخية التنفيذ. وفي الأولى لا تثور صعوبة في تقدير ثمن المبيع، بحسب قيمته وقت إبرام العقد، أو وقت التسليم. أما إذا أنشأ العقد التزامات، تنفذ خلال فترة زمنية طويلة بحيث يختلف وقت إبرام العقد، عن وقت التسليم، كما هو الشأن في بيوع السيارات أو عقود المدة التي يعتبر فيها الزمن عنصراً من عناصر العقد كعقود الامتياز التجاري، سواء اقترنت بشرط القصر أو لم تقترن به(٥٨) أو حتى بالنسبة للبيع مقابل إيراد مرتب لمدى حياة البائع. فإن تقدير قيمة المبيع، ينبغي أن تتحدد بالنظر إلى ارتفاع، أو انخفاض القوة الشرائية للنقود. لذا غالباً ما تقترن هذه العقود، بشرط الثمن المتغير d'echelle mobile، بحيث يسمح بإعادة التوازن العادل، أو المعقود بين قيمة المبيع، وقيمة النقود التي

---

(٥٢) انظر: Cas et Bont في Lamy. e Co. – ١٩٩٠/ رقم ١٠٩٦.

(٥٣) الجريدة الرسمية ١٣/٨/١٩٨١.

(٥٤) التعبير الشائع بالكويت والهدف حماية صغار الموزعين للكتب خصوصاً في مواجهة كبار الموزعين مثل - FNAC.

(٥٥) انظر: Civ. 6 juillet 1983 - JCP. 1983 - IV - P302

في المعنى نفسه: Civ. 19 mars 1986 - JCP. 1986 - IV - 154

(٥٦) انظر: Civ. 22 avril 1986 - JCP. 1986 - IV - 184.

(٥٧) انظر: Civ. 1er avril 1981 - JCP. 1981 - IV - 255

وفي المعنى نفسه: Civ. 6 decembre 1982 - G.P. 16 avrile 1983 - Pano.

(٥٨) سميحة القليوبي/ ص١٦٤/ بند ١٢٨.

تتغير لعامل الزمن – ارتفاعاً، أو انخفاضاً[٥٩]،[٦٠] وإن تقيد ذلك، بما ورد بالقانون الصادر في ٩ يوليو ١٩٧٠، على أنه يقع باطلاً، على كل شرط يرد في العقد، بتقدير الثمن، مؤسساً على معيار الحد الأدنى للأجور، أو على المستوى العام للأسعار، «أو الأجور»، أو على أثمان الأموال «السلع، والخدمات»، لا يكون له علاقة مباشرة بالاتفاق، أو بالمبيع محل العقد، أو بنشاط أي من المتعاقدين[٦١].

٢١ – وعلى أية حال، ففي العقود الزمنية، إذا وجد شرط الثمن المتغير، الذي يسمح للبائع بزيادة الأسعار الواردة بالعقد، ينبغي التفرقة بين فرضين: **الأول**، وفيه تكون زيادة الأسعار قائمة على عناصر موضوعية، تبرر الزيادة فعلاً، وفيه يقع الشرط صحيحاً، وخاصة، أنها لا تقترن بفرض أحد المتعاقدين إرادته على المتعاقد الآخر. فتكون لذلك قائمة على أسس موضوعية تسمح بالتقدير.

– أما إذا كانت زيادة الثمن، تقترن بفرض إرادة أحد المتعاقدين على المتعاقد الآخر، كتحديد الثمن، بالأسعار التي تظهر يوم تسليم المبيع، أو بواسطة البائع نفسه، فإن الشرط يقع باطلاً[٦٢] وبعبارة أخرى، فالبيع بشرط الثمن المتغير، ليس بذاته، سبباً لبطلان العقد. ما لم يتوقف على محض تحكم أحد المتعاقدين.

٢١ – كذلك يشترط فيما يعتبر أساساً صالحاً للتقدير، **ألا يكون متروكاً لمحض إرادة** أحد المتعاقدين[٦٣] وتفريعاً على ذلك. من أحكام النقض الفرنسية، إذا فوض تقدير الثمن لأحد المتعاقدين،

---

(٥٩) وفي قاموس Robert – فإن هذا الشرط هو:

disposition d.un Contrat en vertu de la quelle le Prix, suivra les Variations de Cout de la Vie.

(٦٠) انظر القرار الوزاري ٣٠ ديسمبر ١٩٥٨ – الجريدة الرسمية ٣١ ديسمبر ١٩٥٨ – ج س ب ١٩٥٩ – ١١١ – ٢٣٨٥٩ – وقرار ٤ فبراير ١٩٥٩ – الجريدة الرسمية ٨ فبراير – المادة ١٤ – وقانون ٩ يوليو ١٩٧٠ – الجريدة الرسمية ١٠ يوليو – JC.P – ١٩٧٠ – ١١١ – ٣٦٨٠٤.

(٦١) وحرفياً:

"Sont interdites toutes clauses Prevoyant des indixations, Fondeés sur le niveau géneral des Prix ou de salarie ou sur les Prix des biens, Produits, services n'ayant pas de relation directe avec l/ objet de statut, ou de la Convention ou avec l/activité de l/une des Parties."

ولا مثيل لهذا النص بالقانونين المصري، أو الكويتي، وإن أمكن الأخذ به إعمالاً للقواعد العامة، باعتبار أن هذه الطريقة لا تمنع من الخلاف لاحقاً بين المتعاقدين على الثمن كركن من أركان البيع.

(٦٢) ولا ينعقد البيع – في هذا الفرض – إلا بقبول المشتري وقت التسليم الثمن الذي حدده البائع. وإن اتجه القضاء الفرنسي – فيما سنرى – إلى إمكانية تقدير الثمن في بيوع السيارات، وبيوع المواد البترولية طبقاً لمتوسط الأسعار السائدة لدى عدد من الشركات الكبرى.

(٦٣) مثلاً:

Civ. 16 juillet 1974 - D. 1974 - J - 681 nopt Malaurie.

Civ. 15 fevrir 1972 - D. 1973 - 417 not. Ghestin JCP. 1972 - 11 - 17099 not. PH. Levy.

- Com. 18 decembre 1972 - D. 1973 - 662.

– ونصت م١/٣٨٦ من قانون الموجبات والعقود اللبناني، على عدم جواز ترك الثمن لمشيئة أحد المتعاقدين – وإيضا المادة ١٥٩٢ مدني فرنسي.

وترك هذا العاقد حراً في تحديد الثمن، أو عدم تحديده. وكذا في المبلغ الذي يقدره قيمة للمبيع. فإن هذا الاتفاق لا ينعقد به العقد لأنه يعلق البيع، وما ينشأ عنه من التزامات على محض إرادة هذا العاقد(٦٤).

٢٢ – إنما يثور التساؤل – مع ذلك – إذا ترك تقدير الثمن لأحد المتعاقدين، واشترط عليه أن يقوم بتحديد الثمن دون تأخير، وأن يستند في تحديده إلى مبررات عادلة أو معقولة، واشترط فضلاً عن ذلك، إمكانية اللجوء إلى المحكمة إذا خالف أي شرط من الشروط السابقة، فهل يصلح ذلك، أساساً لتقدير الثمن، في نص المادة ٤٥٩ مدني كويتي؟ والإجابة عن التساؤل المطروح قسمت الفقه إلى قسمين: الأول، على أن ذلك يعتبر أساساً كافياً يجعل الثمن قابلاً للتقدير. فالمحظور، أن يتوقف تقدير الثمن على محض إرادة أحد المتعاقدين. أما وأن هذه الإرادة مقيدة – في الفرض المطروح – باعتبارات العدالة، وتحديد الثمن بالسرعة الواجبة، فضلاً عن رقابة القضاء لهذه المسائل جميعا، فلا يعتبر ذلك شرطاً إرادياً محضاً وبذا يكون البيع صحيحاً(٦٥).

ويرى البعض الآخر، أن تحديد الثمن – في الفرض السابق – يتمخض عن مجرد اشتراط البيع بثمن عادل، ولا يقع به البيع صحيحاً، بوصفه أساساً غير مادي، أو موضوعي يجعل الثمن قابلاً للتقدير(٦٦).

---

(٦٤) مثلاً:

Civ. 4 octobre 1988 - D. 1989 . i.R - 266 -
Civ. 15 novembre 1968 - B. civ - 111 - 477 - p363
Civ. 16 juin 1969 - D. 1969 - 513 -
Civ. 10 mai 1995 - Cont. Conc. Cons. 1995 - n° 140 -
Civ. 5 janvier 1972 - D. 1972 - 339

– والبطلان – في هذا الفرض – لا يتعلق – عند البعض – بالثمن كركن من أركان البيع، بقدر ما يتعلق، بحماية أحد المتعاقدين – وانظر J.Ghestin في:

Lindetermination du Prix de vente et la Condition Potestative. D. 1973 - chr. 293 -

وعموماً: ماليري، وآينيس/ العقود الخاصة/ ١٩٨٨/ ص١٢٨/ بند ٢٠٣ –

Bermond de vaulx, la determination du Prix dans le Contrat de vente - JCP. éd - ci - 1973 - 10948 - J. Corbisier, op. cit. RiDc. 1988 - 767.

– والبيع وبطلان البيع في هذا الفرض – يتقرر – طبقاً لمحكمة باريس، ليس فقط لتخلف ركن في العقد وإنما لحماية أحد المتعاقدين – باريس ٢٢ نوفمبر ١٩٧٢ – دالوز – ١٩٧٣ – ٢٩٣.

(٦٥) من هذا الرأي في الفقه – مرقس والخليلي/ ص٢٢٨/ بند ٩٧ – وقرب، المادتان ٣١٥، ٣١٦ من القانون المدني الألماني في J.Corbisier – مرجع سابق RiDc – ١٩٨٨/ ٧٦٧.

Civ. 4 ovtobre 1988 - D. 1989 - i.R - 266 - civ. 10 mai 1990 - Cont. Conc. Conso. 1995 - n° 140.

وهو الرأي الذي يتجه إليه القضاء الفرنسي الحديث – كما سنرى لاحقاً – بند ٣٦.

(٦٦) السنهوري/ جـ٤/ ص٣٧٠ (هـ١). الشرقاوي/ ص١١٨ – ماليري، وآينس ص١٥٢/ بند ٢٠٣ – والأحكام المشار إليها.

ونتجه إلى تأييد الرأي الأول، باعتبار أن القيود الواردة على تحديد الثمن بواسطة أحد المتعاقدين لا تجعله حراً في تحديد الثمن، أو عدم تحديده، فالمحظور – في نظرنا – ترك تقدير الثمن لأحد المتعاقدين، وتركه حراً في تحديد الثمن أو عدم تحديده، فمثل هذا الاتفاق، يعلق العقد، وما ينشأ عنه من التزامات على محض مشيئة أحد المتعاقدين.

أما إذا قيد المتعاقد في تقديره للثمن بمدة معينة، لا يجوز تجاوزها، وعلى أساس الثمن العادل، وإلا جاز للمتعاقد الآخر الالتجاء للقضاء لتحديد الثمن فإن ذلك لا يعتبر شرطاً إرادياً محضاً، ولا يعلق العقد، وما ينشأ عنه من التزامات لمحض مشيئة أحد المتعاقدين. وبذا، يصلح أن يكون أساساً كافياً لتقدير الثمن، ينعقد به البيع صحيحاً.

– وعلى ذلك، ينبغي التفرقة، بصدد الشرط الوارد بعقد البيع، على ترك تقدير الثمن لأحد المتعاقدين. فيما إذا كانت إرادة المتعاقد حرة، في تقدير الثمن، أو عدم التقدير، أو على العكس مقيدة، بالقيود السابقة، بحيث لا يقع البيع باطلاً إلا في الحالة الأولى.

٢٣ – وإذا كانت القاعدة، عدم ترك تقدير الثمن لمحض إرادة أحد المتعاقدين، فقد استثنى المشرع الفرنسي من ذلك بيوع المباني، تحت التشييد فأجاز للبائع وحده سلطة تقدير الثمن، وتعديله بإرادته المنفردة، إنما في حدود ٥٪ فقط من الثمن المتفق عليه مبدئياً بالعقد الابتدائي(٦٧). والمتأمل بالاستثناء السابق، يرى أن سلطة البائع في التقدير محدودة بنسبة لا يجوز تجاوزها. وبأنه تقرر لحكمة تتفق وطبيعة بيوع المباني والإنشاءات تحت التشييد Construire à، بما تتضمنه من احتمال زيادة نفقات مواد البناء في الفترة، بين إبرام العقد، وتسليم المبنى. وهو استثناء لم يرد النص عليه بالقانونين المصري، والكويتي، وإن أمكن الأخذ به. بالنص عليه بالعقد إعمالاً للقواعد العامة للقوة الملزمة للعقد، والحكمة التي شرع لأجلها.

٢٤ – وثمة فرض، يتحدد فيه الثمن وفقاً لعناصر موضوعية «تقنية، أو فنية أو اقتصادية» وعلى إرادة أحد المتعاقدين فقط. فهل يعتبر اقتران العناصر الموضوعية، والشخصية أساساً صالحاً لاعتبار الثمن قابلاً للتقدير؟

– يتجه القضاء الفرنسي، في عمومه(٦٨) للإجابة عن التساؤل المطروح بالإيجاب، ومن ذلك مثلاً، ما أكدته محكمة النقض بأن البيع مقابل إيراد مرتب لمدى حياة البائع يعتبر صحيحا، لتقدير الثمن طبقاً لعناصر مختلطة، لا تتوقف على محض مشيئة أحد المتعاقدين. كذلك، حكم بصحة البيع

(٦٧) المادة "R.261-31" من تقنين البناء، والإسكان – وتفصيلاً:
Malinvaud et Jestaz, Droit de Promotion Immobliere - 6ém. ed - 371.

(٦٨) مثلاً، نقض ٥ يناير ١٩٧٢/ بلتان مدني/ جـ٣/ رقم ٣.

الذي حدد فيه الثمن على أساس السعر الوارد بالكتالوج. وأكدت المحكمة بأن هذا السعر يخلو من مطلق تحكم مانح الامتياز التجاري(٦٩).

– وتفريعاً على ذلك، حكم ببطلان البيع، إذا ارتبط تقدير الثمن بالثمن الدارج عادة في مكان استغلال المنشأة أو المشروع على سند من القول بأن تقدير الثمن، في هذا الفرض – ينفرد به مانح الامتياز، ولا يخلو من تحكمه(٧٠).

– وحكم بصحة، بيع بناء، أو إنشاء تحت التشييد Construire à، حيث يقدر الثمن نهائياً، بتمام إنجازه رجوعاً إلى عناصر عدة، يمكن أن تتغير دون أن يؤثر ذلك في اعتبار البيع بثمن قابل للتقدير(٧١).

– والمهم، أن الثمن لا يجوز أن يخضع في تقديره لمطلق إرادة أحد المتعاقدين. وبذا، ورد نص المادة ١٥٩١ من القانون المدني الفرنسي صريحاً في إمكانية تقدير الثمن، إنما طبقاً لإرادة المتعاقدين المشتركة(٧٢) وليس المقصود بالنص، أن تحديد الثمن بواسطة أحد المتعاقدين، يعني بطلان البيع فقد انتهينا إلى أن المحظور، أن يترك ذلك المتعاقد حراً في تحديد الثمن، أو عدم تحديده، وفي المبلغ الذي يحدده. والحكمة من الحظر أن هذا المتعاقد يمكنه بالامتناع عن تقدير الثمن أن يبطل آثار العقد، وهي نتيجة لا يمكن التسليم بها، كونها تعلق العقد، وما يرتبه من التزامات على محض مشيئة أحد المتعاقدين. وهو الاتجاه السائد في القضاء الفرنسي(٧٣). ويمكن الأخذ به بالقانونين المصري، والكويتي، إعمالاً للقواعد العامة في إبرام العقد من دون الحاجة للنص على ذلك بصفة خاصة في عقد البيع، أو في العقود الأخرى التي تعتبر في جوهرها بيعاً كعقود الامتياز التجاري، وغيرها.

---

(٦٩) محكمة استئناف باريس ٢١ سبتمبر ١٩٨٩ – دالوز ١٩٩٠ – ص٣٦٩.

(٧٠) نقض «تجاري» ١١ أكتوبر ١٩٧٨ – دالوز ١٩٧٩ – ص١٣٥ – تعليق – R-Houin – ومن حكم قديم للنقض الفرنسية بأن البيع صحيح، إذا...
la fixation ultérieure du Prix doit se faire en vertu des clauses du Contrat Par voie de rélation avec des elements qui ne dependent pas de la volonté de l/une ou de l'autre Partie - Rec. 7 janvier 1925 - D.H. 1925 - 57.

(٧١) محكمة Lyon – ٦ أكتوبر ١٩٥٨ – .JCP – ١٩٥٨ – جـ٢ – ١٥٨٣٦ – وملاحظات Becqué.

(٧٢) وانظر ماليري، وآينس/ ص١٥٢/ بند ٢٠٣ – وكولارووديلبك/ ص١٢٥/ بند ١٤٥ – ومن القضاء – نقض «تجاري» ٥ مايو ١٩٥٩ – دالوز ١٩٥٩ – ٥٧٥ – نقض ١٢ نوفمبر ١٩٧٤ – JCP – ١٩٧٤ – جـ٤ – ٤٢٩.

(٧٣) محكمة استئناف باريس ٢١ سبتمبر ١٩٨٩ – دالوز ١٩٩٠ – ص٣٦ – ونقض «تجاري» ٢٤ مايو ١٩٨١ – المجلة الفصلية للقانون التجاري – ١٩٨١ – ص٨٢٩ وفيه، حكم بصحة العقد، لتحديد الثمن بالرجوع إلى قرار نقابة Brasserie بوصفه لا يتوقف على محض إرادة أحد المتعاقدين – وفي نقد هذا الحكم: جستان وديشي/ ص٤٥٦/ بند ٣٩٤.

٢٥ – وثمة فرض آخر، يتحدد فيه ثمن المبيع بالرجوع إلى قائمة الأسعار المعمول بها لدى الصانع أو المنتج. فهل يعتبر ذلك أساساً صالحاً لتقدير الثمن؟

الواقع أن طرح السؤال على النحو السابق، يجب أن يسبقه في نظرنا الإجابة عن سؤال قبله: هل يعتبر تحديد السعر في الفرض المطروح متوقفاً على محض إرادة أحد المتعاقدين؟ والواقع أنه ليس ثمة صعوبة تذكر، فيما لو كان الثمن قد حدد رجوعاً إلى قاعة أسعار الصانع، أو المنتج وقت إبرام البيع، حيث يسهل العلم بها، فتعتبر أساساً صالحاً للتقدير(٧٤) أما إذا كان المقصود هو قائمة الأسعار لدى الصانع، أو المنتج يوم التسليم كما هو الحال في بيوع السيارات، التي يختلف فيها تاريخ إبرام العقد عن تاريخ تسليم المبيع، فإن المشكلة، تبدو واضحة للإجابة عن السؤال السابق.

كما تثور المشكلة بصورة أكثر وضوحاً في عقود التوريد، التي يستغرق تنفيذها مدة طويلة، وعقود الامتياز التجاري، التي تعتبر في جوهرها بيعاً وتنطبق عليها أحكام البيع من حيث قابلية الثمن للتقدير(٧٥).

٢٦ – وقد تطور موقف القضاء الفرنسي في الإجابة عن التساؤل المطروح، متأثراً بما عليه العمل في القانون الألماني (م ٣١ – ٣١٦ مدني) – ومر في ذلك بمراحل عدة، انتهى فيها إلى أن الثمن المحدد ليس فقط ركناً من أركان البيع، وإنما – كذلك – باعتباره وسيلة لحماية إرادة أحد المتعاقدين والنتيجة، إقامة توازن عادل، أو معقول بين قابلية الثمن للتقدير، حتى وإن تحدد بإرادة أحد المتعاقدين(٧٦) مع حماية المتعاقد الآخر، من تحكم البائع في تقدير الثمن تعسفياً، أو بسوء نية. ونعرض لهذا التطور بوصفه حلاً لأحد أهم مشكلات تقدير الثمن – بمراحله المختلفة فيما يلي:

المطلب الثاني
– تطور القضاء الفرنسي:

٢٧ – اتجه القضاء الفرنسي في مرحلة أولى إلى اعتبار البيع، باطلاً، لتحديد الثمن، بالرجوع إلى قائمة الأسعار المعمول بها بواسطة الصانع، أو المنتج في يوم تسليم المبيع بدون تفرقة بين أنواع العقود. واستند القضاء، إلى أن الثمن – في الفرض المذكور – يكون في تقديره مجرد انعكاس

---

(٧٤) وإن ثارت – مع ذلك – صعوبة أخرى، هي تحديد الوقت الذي يعتبر فيه، العقد قد أبرم فعلا – مثلا:
Com. 2 Juillet 1979- D. 1980- I.R- 225-.

(٧٥) خصوصا لأن هذا الطرف «المورد» ليس مستقلا تماما عن البائع – من هذا المعنى:
Com. 25 mai 1981- B. Civ- iv- 246
– ثلاثة أحكام – Com 5 novembre 1972- 535- not. J. Ghestin.

(٧٦) فيما سمى بسياسة إنقاذ العقد من البطلان.

لإرادة أحد المتعاقدين وهو «البائع» طبقا لبعض الأحكام(٧٧). وإن اتجهت أحكام أخرى لتبرير البطلان لشبهة الاستغلال من جانب البائع(٧٨) أو لأن تحديد الثمن بالرجوع إلى قائمة الأسعار المعمول بها بواسطة الصانع أو المنتج يضع المشتري تحت رحمة البائع في أحكام أخرى(٧٩) واتجه الفقه – في هذه المرحلة(٨٠) إلى بطلان العقد، اعتبارا بأن تقدير الثمن بالرجوع إلى قائمة أسعار الصانع، أو المنتج لا يختلف عن ترك تحديد الثمن لمطلق تحكم أحد العاقدين. بدون النظر لما إذا كان هذا المتعاقد يقوم بالتحديد في إطار أسس موضوعية واردة بالعقد، وتسمح للمحكمة بممارسة الرقابة القضائية للتحقق مما إذا كان التحديد قد تم طبقاً لهذه الأسس، أم لا.

٢٨ – وبداية من ١٩٨٧، ونظراً لإبطال العديد من عقود التوزيع – بناء على القضاء السابق – ورغبة في تضييق نطاق البطلان «بوصفه جزاءً سلبياً بحتاً: تزول به العقود، التي أبرمت لتنفذ. اتجهت أحكام القضاء – فيما إذا حدد الثمن رجوعاً إلى قائمة أسعار الصانع أو المنتج – إلى مبدأ آخر، هو التفرقة في عقود التوزيع – بين نوعين: الأول، عقود التوزيع التي تشتمل على التزام بإعطاء Ob. de donner، وأهمها عقود الامتياز التجاري المقترنة بشرط القصر(٨١) Clause d'exclusivité. وتعتبر باطلة إذا حدد الثمن فيها رجوعاً إلى قائمة أسعار الصانع «أو الموزع» باعتباره، انعكاساً لمحض إرادة أحد المتبايعين فقط(٨٢).

---

(٧٧) من ذلك مثلا: - Com. 27 avril 1971-D. 1972- j- 353- not. j. Ghestin
- Com.- 11 fevrir 1974- D. 1974-k 414 not. j. Ghestin PCP, 1975- 11- 17915 not, J. Boré.
- Com. 25 fevrir 1986- B. Civ. IV- no 35.
واستندت الدائرة التجارية للنص الوارد بالمادتين ١٥٩١ و١١٢٩ من القانون المدني.

(٧٨) مثلا: Con. 11 Octobre 1979- D. 1979- 135- not. Houin- JCp- 1079- 11- 19093- not. Loussouarn.

(٧٩) مثلا – Com. 23 octobre 1962- Cit. Par. & Corbisier op. cit- 767-
وقد حكم ببطلان البيع الذي يلتزم فيه المشتري بشراء كمية محددة من البضائع كل سنة لمدة عشر سنوات بثمن حدده البائع – وقالت المحكمة – تبريراً للبطلان.
Car, il placait l'acheteur à là merci du Vendeur
وفي القانون الإنجليزي Schlesinger – في Formation of Contracts: Study of the Common Core of the legal systems 1969- 504.

(٨٠) جستان – العقد/ ص ٤٢٨/ بند ٥٢٧ – وكولار، وديلبك/ ص ١٢٧/ بند ١٤٦.

(٨١) وهي عقود يتنازل فيها المنتج أو تاجر الجملة إلى موزع محلي بحق قصر البيع في منطقة محددة، مع التزامه بمتابعة تقديم خدمات للعملاء، وصيانة المنتجات محل العقد – سميحة القليوبي /ص ١٩٣/ بند ١٢٧ – وتنتشر بالكويت أو بمصر في بيوع الحاسوب، والأدوات الكهربائية، التي تتطلب خبرة فنية خاصة، فيساعد صاحب الامتياز، العملاء على أفضل استخدام لها. وكذا في المنتجات ذات المستوى الرفيع de Luxe كالعطور، وبعض المصنوعات الجلدية، حيث يفضل المنتج «مانح الامتياز» إبرام عقود توزيع مع شرط القصر «للمتنازل إليه» حتى يتفادى بيع هذه المنتجات ذات المستوى الرفيع في منافذ البيع العادية فيحط من سمعتها، وقد انتهينا إلى أنها في جوهرها تعتبر بيعاً.

(٨٢) ويقصد بشرط القصر – في وجه من الأوجه – امتناع مانح الامتياز عن منح ذات الامتياز لأي شخص آخر بالمنطقة كذا، يمنع عليه البيع مباشرة للجمهور، وهي قيود لا يتحمل بها البائع في عقد البيع – وجستان / العقد/ ص ٤٢٨.

أما عقود التوزيع الأخرى، التي تتمخض عن التزام بعمل فلا تكون باطلة حتى، ولو قدر الثمن، رجوعاً إلى قائمة أسعار الصانع أو الموزع، وقت التسليم[٨٣] ومن ذلك مثلا عقود Franchises[٨٤] ونظراً لانتشار هذا النوع الأخير من عقود التوزيع. وللحكم – بصحة العقود المذكورة رغم تحديد الثمن بالاحالة إلى قائمة الأسعار المحددة بواسطة المنتج أو الموزع، يوم التسليم. فإن النتيجة، التضييق من نطاق البطلان إلى حد كبير.

٢٩ – وفي عام ١٩٩١، عدل القضاء الفرنسي عن التفرقة، فيما يعتبر أساساً لتقدير الثمن «بالرجوع إلى قائمة أسعار المنتج، في تاريخ التسليم» بين عقود التوزيع التي تشتمل على التزام بإعطاء، وعقود التوزيع التي تتمخض عن التزام بعمل. إلى معيار آخر، يعتبر فيه العقد صحيحاً، أو باطلا بالنظر إلى مدى حرية المتعاقدين في التفاوض على الثمن[٨٥] وتبعاً لذلك حكم – مثلا – بأن عقد Franchise، حتى إن اشتمل على التزام بعمل، يعتبر باطلا لأن الثمن لم يتحدد فيه عملاً من خلال المفاوضات الحرة بين المتبايعين[٨٦].

٣٠ – وبداية من عام ١٩٩٢، اتجهت بعض الأحكام إلى معيار قريب، هو وجود شرط القصر في عقود التوزيع. على أساس من القول، بصعوبة تصور امتياز تجاري مع شرط القصر، يكون فيه للمتعاقدين حرية التفاوض على تحديد الثمن. إذ كيف يمكن التفاوض على الثمن، مع أن المتنازل إليه «صاحب الامتياز ملزم بمقتضى العقد، بالشراء من مانح الامتياز وحده[٨٧].

---

(٨٣) من ذلك مثلا: Com. 9 novembre 1987- D. 1989- 35 not. Malaurie- JCP. 1989- 11- 21186 obs. Virassamy- RTD Civ- 1988- 527- obs. Mestre.

(٨٤) وفيها يسمح المنتج أو التاجر أو Le Franchiseur إلى شخص آخر يسمى Franchise، بحق استخدام طرق البيع، ووسائل الخدمة التي يقدمها الأول، وتنتشر في الكويت، وغيرها، في نطاق خدمات المطاعم، والفنادق وفيها يلزم الموزع بمقابل المنتجات والخدمات التي يحصل عليها، واحترام شروط البيع وتقديم الخدمات للعملاء، وإمداد المنتج بالمعلومات المحاسبية أو المالية، والإدارية عن نشاطه.

(٨٥) حكم.

Com. 2 Jullet 1991.- D. 1991- 501- not Malaurie "La libre negociabilité du Prix

وفي معنى التفاوض الحر على الثمن، انظر:

Com. 22 Janier 1991- D. 1991- 175 Conc. Joel Com. 16 Jullet 1991- JCP. 1992- 11- 21769 obs. Leveneur.

(٨٦) حكم:

Com. 5 Janvuer 1991- D. 1992- Som- 266 obs.

ويتعلق بعقد توريد بضائع، حكمت محكمة الاستئناف. Aynés بصحة العقد، ونقضته محكمة النقض لغياب التفاوض الحر بين المتعاقدين على تحديد الثمن.

(٨٧) من ذلك مثلاً.

Com. 14 avril 1992- D. 1992 - I.R- 209 ومن الفقه: L. Vogel في:

Plaidoyer, Pour un revirement Contre l. obligation de determination du Prix dans les Contrats de distribution - D. 1995- Chr- 135.

٣١ – وفي عام ١٩٩٤، وفي دعوى شهيرة باسم AL Catel[٨٨] أكدت الدائرة المدنية الأولى بمحكمة النقض، بأن العقد يعتبر صحيحاً حتى وإن حدد فيه، رجوعاً إلى قائمة أسعار الصانع أو المورد مستقبلا. وذلك في دعوى تتلخص وقائعها في عقد امتياز – مع شرط القصر، على توريد، وصيانة أجهزة اتصالات حديثة تنتجها شركة AlCatel، وذلك طبقا للأسعار التي يحددها الصانع نفسه. قامت الشركة الموردة بعد ذلك بتعديل الأسعار الواجب العمل بها. وعندما رفضت الدعوى من قبل العميل أكدت محكمة الاستئناف بطلان العقد، لأن الثمن لا يعتبر محدداً، ولا قابلاً للتحديد. فأكدت محكمة النقض، حكمها السابق معتبرة بأن تحديد الثمن، بالإحالة لأسعار المنتج يوم التسليم، أساساً صالحا لتقدير الثمن وبه يعتبر العقد، صحيحاً[٨٩]. وبذا، وضع الحكم حدا للتفسير الضيق لعبارات المادة ١١٢٩ من القانون المدني الذي يقوم على ضرورة تحديد الثمن، والمبيع باعتبارهما محلا للعقد، وقصر التحديد فقط على المبيع دون الثمن الذي يعتبر قابلا للتصدير، بالإحالة في ذلك إلى أسعار الصانع، أو الموزع مستقبلا Tarif du Fournisseur – كما يستمد الحكم السابق أهمية من عمومية تطبيقه على سائر العقود، دون تفرقة بين ما يتمخض عنها من التزام باعطاء، أو التزام بعمل. وبصرف النظر عن اقترانها بشرط القصر من عدمه.

ولا يصح النعى على ذلك بأن الثمن لا يكون قابلا للتقدير، كونه يتوقف على محض إرادة أحد المتعاقدين، وبذا يكون العقد باطلا. فقد أضافت المحكمة تقول بأن حرية الصانع، أو المورد في تحديد الثمن ليست مطلقة، وإنما يقيدها، عدم التعسف في تقدير الثمن. إما لأن المنتج أو المورد قد استغل شرط القصر في عقد الامتياز لكي يرفع الأسعار، بغرض تحقيق أرباح، اعتبرتها المحكمة غير مشروعة وإما لأن تحديد السعر المتروك للمورد، قد اقترن بسوء نية وبذا، فإن المحكمة تعدل عن شرط القصر، إلى حسن نية المورد التي لا تتحقق بدورها إذا استغل شرط القصر لتحقيق أرباح غير مشروعة بزيادة الأسعار. وبعبارة أخرى، فإن شرط القصر في عقود الامتياز التجاري، ليس بذاته سبباً لبطلان العقد، المحددة الأسعار فيه بالإحالة إلى قائمة أسعار المورد. وإنما يستمد البطلان مبرراته، من استغلال المورد لهذا الشرط بزيادة الأسعار، أو لسوء نيته[٩٠].

٣٢ – ورغم قضاء الدائرة المدنية بمحكمة النقض، بصحة العقد عموماً، رغم تحديد الثمن بالرجوع إلى قائمة أسعار المورد أو المنتج. فقد ظل قضاء الدائرة التجارية على الوفاء للتفسير الضيق لنص المادة ١١٢٩ مدني!!! وهو ما يفهم ضمنا من تأكيدها، على صحة العقد، اعتبارا بأن

---

(٨٨) شركة، تقوم على صناعة، وتجهيز أجهزة الاتصالات الحديثة، والمعقدة.

(٨٩) الحكم، والتعليق عليه في:
Civ. 29 novembre 1994- 2 arrets- JCP. 1995-11-22371- obs. j. Ghestin- D. 1995-122- not. L. Aynes- RTD Civ. 1995- 358- obs. Mestre.

(٩٠) وانظر L. Aynes في:
L; indetermination du Prix dans Les Contrats de distribution: Comment Sarter de Limpasse? D. 1993-25.

الأثمان، كان سيعاد الاتفاق عليها دورياً، باتفاق المتعاقدين، وأوضحت – خصوصا – بأن ذلك، لا يخالف صريح المادة ١١٢٩ مدني(٩١).

٣٣ – ولكن التطور يبلغ ذروته، **بقضاء الدوائر المجتمعة**، لمحكمة النقض في أول ديسمبر ١٩٩٥ الذي انتهى إلى مبادىء أربعة، تقترب تماماً – فيما يعتبر أساساً صالحاً لتقدير الثمن من المعمول به بالقانون الألماني (م٣١٥ – م٣١٦ مدني).

– أما المبدأ الأول، فعندما يتضمن العقد الأصلي إبرام عقود لاحقة في المستقبل، كما هو الشأن في عقود التوزيع فإن عدم تحديد ثمن المبيع في العقود اللاحقة، في العقد الأصلي نفسه، لا يترتب عليها البطلان إلا إذا وجد نص قانوني على خلاف ذلك(٩٢) وبذا، فإن العقد يصح، ولو لم يتحدد ثمن المبيع فيه مستقبلاً، ولو ترك هذا التحديد لإرادة البائع(٩٣).

– المبدأ الثاني، إن ورود شرط في عقد Franchise يتحدد فيه الثمن رجوعاً إلى التعريفة، أو قائمة الأسعار التي تظهر، في تاريخ الأمر بالتوريد لا تؤثر في صحة العقد، ولا يغير من ذلك أن يكون العقد المذكور مقترناً بشرط القصر. وإن اتجه النظر(٩٤) إلى صلاحية المبدأ للنص على جميع عقود التوزيع.

– والمبدأ الثالث، أن نص المادة ١١٢٩ من القانون المدني، ليس واجب التطبيق فيما يعتبر أساساً صالحاً لتقدير الثمن. وإنما ينحصر نطاق النص المذكور في تحديد محل التزامات المتعاقدين، غير النقدية.

---

(٩١) حكم: Com. 21 Fevrir 1995- B. Civ- IV- no 50.

(٩٢) نقض أول ديسمبر ١٩٩٥ «الدوائر المجتمعة» – نشر في دالوز ١٩٩٦ – قضاء – ١٣ تعليق المحامي العام de jeol، وتعليق Aynès على الحكم ذاته في معلقات صغيرة – ٢٧ ديسمبر ١٩٩٥ – وتعليق Bureau et Molfessis في – جازيت دي باليه/ ٩ ديسمبر ١٩٩٥ – وتعليق Font Bressin في ج س ب ١٩٩٦ – ٢ – ٢٢٥٦٥ – وفي ترحيب الفقه الفرنسي بهذا المبدأ:

Calvo, d.une indetermunation à l.autre - Prtites Affiches - 16 janvier 1996.

Couter, une nouvelle judisprudence - D. et Patrimoine - Janvier 1996 - 48 -

وفي الأخذ بالمبدأ السابق، فيما سمي بإنقاذ العقود رغم عدم تحديد الثمن –

Com. 11 juin 1996 - JCP. 1996 - Pan. 810.

رغم أن الدائرة التجارية، قبل ذلك بعكس الدائرة المدنية، كانت تتشدد فيما يعتبر أساساً صالحاً لتقدير الثمن، وصدر حكم الدوائر المجتمعة، لينتهي الجدل بين الدائرتين.

(٩٣) وجاء – ما يلي:

Lorsqu, une Convention Prevoit la Conclusion de Contrats ulterieurs, l.indetermination du Prix dans la Convention initiale n.affecte pas, Sauf dispositions legales Particulieres la validitié de Celle - ci....".

(٩٤) كولار، وديلبك/ العقود المدنية، والتجارية/ ط٣/ ١٩٩٦ –/ ص١٢٥/ بند ١٤٥. وفي تطور القضاء:

J.Corluisier, le determination du Prix dans les Contrats Commerciaux Portant Vente de marchandises: Reflexions Comparatives - R.I.D.C. 1988 - 767.

– والمبدأ الأخير، ومؤداه، أن صحة العقد المخول، تحديد الثمن فيه للبائع أو المورد، رجوعاً إلى قائمة الأسعار في تاريخ التسليم – يقيده عدم التعسف في تقدير الثمن. ويمكن أن يكون البائع متعسفاً – في نظر المحكمة – في تقدير الثمن، إذا خالف مقتضيات حسن النية في التقدير، أو إذا استغل ضعف الطرف الآخر العلاقة التعاقدية، أو سعى للحصول على أرباح غير مشروعة.

٣٤ – ومقابل ذلك، ففي القانون الألماني، نصت م٣١٥ مدني على أنه عندما يخول تقدير المقابل من العقد لأحد المتعاقدين، فعند الشك، ينبغي التسليم بأن يكون تقديره للثمن قد تم طبقاً للتقدير العادل(٩٥).

– ونلفت النظر إلى أن وجوب التقدير العادل للثمن، لا ينطبق في القانون الألماني إلا في الفرض الذي لا يحدد فيه أطراف العلاقة التعاقدية نسبة محددة، يلتزم بها المتعاقد المخول تقدير الثمن. وفيما عدا ذلك، إذا ترك لأحدهما، حرية تقدير الثمن، إنما في حدود العدالة، وحسن النية في تنفيذ الاتفاق، وألا يكون متعسفاً. وفي كل الحالات يكون للمحكمة، بناء على طلب المتعاقد الآخر، رقابة التقدير، وأنه لم يكن تقديراً تعسفياً. فإن البيع ينعقد صحيحاً.

وتبعاً لذلك، أكدت محكمة العدل الفيدرالية، بأن تقدير الثمن، لم يكن عادلاً في دعوى تتلخص وقائعها، أن طرفي العلاقة التعاقدية وهما: مشروع التوليد الكهربائي، ومشروع توزيع الكهرباء للمستهلكين مباشرة ارتبطا بعقد تمويل كهربائي، على ثمن حدد بواسطة المشروع الأول بنسبة ٦٠٪ من فاتورة الكهرباء. وفي فترة لاحقة، رفع مشروع التوليد الكهربائية النسبة التي يحصل عليها إلى ٧٠٪ من فاتورة الكهرباء للمستهلك. اعترض مشروع توزيع الكهرباء على رفع السعر، وبادر بفسخ عقد التمويل الكهربائي، وطلب إعادة التفاوض على الأسعار. وبينما تجرى المفاوضات بين المشروعين على الأسعار، وإبرام عقد جديد بينهما، استمر مشروع توزيع الكهرباء، ملتزماً بالسعر الأصلي (٦٠٪ من فاتورة الاستهلاك). لكن مشروع التوليد الكهربائي بادر برفع الدعوى أمام المحكمة مطالباً بدفع الفرق في الأسعار أي ١٠٪ خلال الفترة اللاحقة لفسخ العقد. فأكدت المحكمة، بأن تحديد مشروع توليد الكهرباء لم يكن عادلاً، أخذاً من نص م٣١٥ مدني ألماني – وليس من حقه طلب الفرق في الأسعار، ليس فقط إعمالاً لقواعد العرض، والطلب، وإنما، بالنظر إلى نصوص تشريعية صريحة بالقانون الألماني بتحديد أسعار الكهرباء، بما لا يمكن تجاوزه، إلا في حدود نسبة ضئيلة(٩٦).

---

(٩٥) ورد النص، مترجماً إلى الفرنسية، كالآتي:
"Lorsqu'une prestation doit etre determinée par l'un des Contractants, dans le doute, il faut admettre qu'elle doit être effectuée d'aprés une appreciation equitable..."
– وانظر في شرح النص: J. Corbisier, op. cit, R.I.D.C. 1989 - 769.
ويعتذر الباحث، لعدم عرض النص بلغته الألمانية – لعدم الإلمام إلا بالفرنسية، والإنجليزية.

(٩٦) المحكمة الفيدرالية الألمانية ٢ أكتوبر ١٩٩١ – منشور في:
F.KuTcHer-Puis, Determination du Prix de vienne - L.ex perience Allemand - RIDC. 1997 - P175 - not. 178 - et 179.
– وإيزابيل كوربيرييه/ ص٧٩٧.

– وعلى أية حال، فإن معيار التقدير العادل للثمن، معيار شخصي in Concreto، بحيث تعتد المحكمة، بكل الظروف الخاصة، في كل دعوى على حدة، والتي قد يترتب عليها ارتفاع الأسعار أو انخفاضها.

٣٥ – ولما كانت القاعدة في القانون الألماني، ترك تقدير الثمن، بنص في العقد لأحد المتعاقدين. فقد تكفل المشرع، بحماية المتعاقد الآخر، ليس فقط باشتراط التقدير العادل، فضلاً عن عدم التعسف، وحسن النية في تنفيذ الاتفاق. أو تخويل المحكمة، سلطة الرقابة على تقدير المتعاقد للثمن. وإنما كذلك يجوز للمتعاقد الآخر، الطعن على تقدير الثمن، بعيوب الإرادة، كالغلط أو التدليس.

– فإذا كان تقدير الثمن، تعسفياً، أو غير عادل، فإن التحديد، يكون للمحكمة. كذا، يكون تحديد الثمن، بحكم قضائي، إذا تأخر، من عهد إليه – بنص في العقد – تقدير الثمن، القيام بهذه المهمة. وعلى ذلك، ورد نص م٣١٥/٣، صريحاً[٩٧] بترك تقدير الثمن للقضاء في الفرضين المذكورين.

– وعلى ذلك، فإن حكم النقض الفرنسية، بدوائرها المجتمعة، يقترب من النص الوارد بالقانون المدني الألماني، سواء فيما يتعلق بترك تقدير الثمن لأحد المتعاقدين، أو بحماية المتعاقد الآخر، من التعسف في التقدير، أو التقدير غير العادل للثمن.

المبحث الثاني
تطبيقات، للأسس الصالحة لتقدير الثمن

تمهيد وتقسيم:

٣٦ – إذا لم يكن الثمن مقدراً، فليس معنى ذلك – كما رأينا – بطلان العقد، ما دام، تضمن أسساً صالحة لتقدير الثمن. ومن ذلك، فيما نص عليه القانونان المدني والتجاري. على خلاف بينهما – تحديد الثمن بسعر السوق[٩٨].

---

(٩٧) ورد النص، مترجماً إلى الفرنسية كالآتي:
La determination doit etre effectuée d'une manière équitable La determination ainsi effectuée ne lie l'autre Partie que, si elle est Conforme à l'equité. la determinition est effectuée par jugement: La meme règle s'applique si la determinetion est retardée.

انظر: F. Jutcher-Puis – سابق الإشارة – ص١٨٠.

(٩٨) ويسمى، في أحكام النقض المصرية، بالبيع على الوجه، أو الكونتر – فحكم مثلاً بأن البيع على الوجه أو البيع بالكونترات صحيح لأنه لا يختلف عن البيع إلا في ترك تحديد السعر للسوق، أو البورصة، على الأسس التي توضح في تلك العقود، والتي تؤدي إلى تعيينه بلا نزاع – نقض ١٩٥٧/٦/٢٧ – أحكام النقض/ س٨/ ص٦٤٣. ويسمى بالفرنسية Vente au Cours – نقض تجاري ٩ أبريل ١٩٩١ – ج س ب – ١٩٩١ – ٤ – ٢٢٦ – وماليري، وآينس/ ص١٥٤/بند ٢٠٧ – والسنهوري والفقي/ ص٤٧٦/ بند ٢١٠ – وسلطان/ ص١٢٢/ بند ١١٣.

– وأخذاً من نص م٤٦٢ مدني كويتي – ولا مثيل له بالقانونين المصري أو الفرنسي – يمكن أن يكون الثمن الذي اشترى به البائع أساساً للتقدير[٩٩].

٣٧ – وسوف نعرض فيما يلي، لتحديد الثمن، على أساس سعر السوق – في مطلب أول – على أن نتناول، الثمن الذي اشترى به البائع – كأساس للتقدير في مطلب ثانٍ.

المطلب الأول
تقدير الثمن بسعر السوق

٣٨ – قد يحيل البائع، والمشتري، تحديد الثمن إلى سعر السوق، أي، على أساس السعر الجاري في السوق للسلعة محل البيع. فيعتبر ذلك أساساً صالحاً لتقدير الثمن، بنص المادة ٤٦٠ من القانون المدني الكويتي[١٠٠] وكذا، بنص المادة ١٢٣ من قانون التجارة.

وفي القانون الفرنسي، لا يوجد نص بالتقنين المدني، على إمكانية تقدير الثمن، بسعر السوق. وإن اعتبر – في أحكام القضاء – أساساً صالحاً للتقدير، ينعقد به العقد صحيحاً[١٠١] على سند من القول بأن المحظور – كما رأينا – أن يخضع تقدير الثمن لإرادة أحد المتعاقدين. أما تحديد الثمن بسعر السوق، فيتم دون تدخل من أي من المتعاقدين. فيصلح لذلك أساساً موضوعياً، أو مادياً لتقدير الثمن. وبذا، يقع البيع باطلاً إذا حدد الثمن على أساس سعر سوق، لم يوجد بعد، أو لا وجود له على الإطلاق – أو على أساس سعر سوق، حدد مسبقاً، أو بطريقة انفرادية unilateralement من قبل أحد المتعاقدين[١٠٢].

– فإذا اتفق المتعاقدان على أن الثمن، هو سعر السوق، وقت إبرام العقد، أو وقت تسليم المبيع في مكان معين. فإن الثمن في هذا الفرض، يكون قابلاً للتقدير، وفقاً لعناصر موضوعية، أو ثابتة ويسمى لذلك بالثمن الحاسم Prix-Fermé.

---

(٩٩) فيما يعرف، ببيوع الأمانات في فقه الشريعة الإسلامية – الأهواني/ ٢٣٩/ بند ٣٠٩ تناغو/ ص١٠٦/ بند ٣٦ – السنهوري والفقي/ ص٤٧١/ بند ٢٠٩ – وأخذ بها أيضاً القانون المدني العراقي بالمادة ٥٣٠ – والأردني – م٤٨٠ – والسنهوري/ مصادر الحق في الفقه الإسلامي/ جـ٢/ ص١٦٦/ وبعدها – ولاحقاً/ بند ٤٥ – حيث عرضنا لها بالتفصيل.

(١٠٠) ونصت م٤٢٣ مدني مصري على أنه، إذا اتفق على أن الثمن هو سعر السوق، وجب عند الشك أن يكون الثمن سعر السوق في المكان والزمان اللذين يجب فيهما تسليم المبيع للمشتري. فإذا لم يكن في مكان التسليم سوق، وجب الرجوع إلى سعر السوق في المكان الذي يقضي العرف أن تكون أسعاره هي السارية. وهذا النص لا يختلف عما ورد بالمادة ٢/٤٦٠ مدني كويتي.

(١٠١) مثلاً: Com. 21 mars 1983 - B. civ - IV - n° 110 – وفيه، فإن البيع بسعر السوق، تطبيق عملي للأسس الصالحة لتقدير الثمن.

(١٠٢) نقض تجاري ٢١ مارس ١٩٨٣ – سابق الإشارة.

أما إذا أبرم العقد على سعر، هو متوسط السعر الجاري في السوق في الشهر السابق، أو اللاحق مثلاً على إبرام العقد. فإن الثمن يكون في هذا الفرض – محدد على عناصر غير ثابتة، وإن اعتبر العقد – مع ذلك – صحيحاً في القضاء الفرنسي. ومن أمثلة البيع بثمن متغير a Pri-Variable – بيوع المباني، أو الإنشاءات تحت التجهيز(١٠٣).

٣٩ – والأصل، أن سعر السوق، السعر الجاري في مكان ما يوم البيع، أو اليوم الذي يتفق عليه المتبايعان. وقد يقوم خلاف في شأن تحديد الزمان أو المكان الذي يرجع إليه في تحديد سعر السوق. فلا يعرف مثلاً هل المقصود بالمكان مكان دفع الثمن، أم مكان تسليم المبيع، أم مكان إبرام عقد البيع؟

٤٠ – وقد يقوم شك في معرفة الزمان الذي يرجع إليه لتحديد سعر السوق، هل هو مثلاً، وقت البيع، أم وقت تسليم المبيع... الخ(١٠٤)؟

ولم يشأ المشرع الكويتي، كنظيره المصري، أن يترك هذه المسألة بدون نص ينظمها، فقضت المادة ٤٢٣ مدني مصري بأنه إذا اتفق على أن الثمن هو سعر السوق، وجب عند الشك أن يكون الثمن، هو سعر السوق في المكان، والزمان اللذين يجب فيهما تسليم المبيع للمشتري. فإذا لم يكن في مكان التسليم سوق، وجب الرجوع إلى سعر السوق في المكان الذي يقضي العرف أن تكون أسعاره هي السارية». بينما نصت المادة ٢/٤٦٠ مدني كويتي على أنه، إذا وجد خلاف، يكون سعر السوق، في زمان البيع ومكانه هو المعتبر...

– ويتفق نص م١٢٣ من قانون التجارة الكويتي ونص القانون المدني المصري الذي يقرر بأن الثمن هو سعر السوق في المكان والزمان اللذين يجب فيهما تسليم المبيع للمشتري.

٤١ – بقي أن نوضح أنه ليس بلازم أن يكون الاتفاق صريحاً على اعتبار سعر السوق أساساً لتقدير الثمن، متى تبين من الظروف أن المتعاقدين قد نويا اعتماد السعر المتداول في التجارة...» أو على أساس ما يجري في التعامل بينهما. وتأكيداً لذلك، حكم بأنه إذا كانت المحكمة قد تبينت من أقوال طرفي الخصومة، ومناقشتهما بالجلسة، ومن مختلف الفواتير، والدفاتر، المقدمة، أن التعامل بين الطرفين جرى باطراد على قاعدة الفواتير المفتوحة «أي تسليم البضاعة، مع التراخي في دفع الثمن» وأن الصفقة محل النزاع أدرجت ضمن ما تم بينهما من معاملات على أساس هذه الطريقة، وأنه لم يحصل باتفاق خاص على استثناء هذه الصفقة من تلك القاعدة، فلا مخالفة في ذلك للقانون، إذا هي أجرت على الصفقة المذكورة حكم ما اتفق عليه الطرفان، فلا عليها إذ هي أطرحت العرف التجاري أخذاً باتفاق المتعاقدين(١٠٥).

---

(١٠٣) مثلاً Lyon, 25 juin 1958 - D. 1959 - J. 63 والأحكام المشار إليها في هـ (٢٣).

(١٠٤) الأهواني/ ٢٢٩/ بند ٢٩٦ – ومشكلات أخرى في الزقرد/ بند ١٢٣.

(١٠٥) نقض ١٩٤٧/١٢/٤ – مجموعة القواعد – جـ١/ ص٣٦٩/ رقم ١٤٧.

المطلب الثاني
الثمن الذي اشترى به البائع كأساس لتحديد قيمة المبيع

٤٢ – نص المشرع الكويتي على هذه الطريقة، لتحديد الثمن بالمادة ٤٦٢ مدني. «يجوز البيع تولية، أو إشراكاً، أو مرابحة، أو وضعية، إذا كان الثمن الذي اشترى به البائع معلوماً وقت العقد، وكان مقدار الربع في المرابحة، ومقدار الخسارة في الوضعية محدداً».

وهذا النص، لا مثيل له بالقانون المصري، أو القوانين التي حذت حذوه، وإنما، جاء به المشرع الكويتي، متأثراً ببيوع الأمانة في فقه الشريعة الإسلامية. وتفسير ذلك، أن المتعاقدين، قد يتفقان على أن يتخذ الثمن الذي سبق أن اشترى به البائع أساساً لتقدير ثمن المبيع «فيشتري، المشتري بمثل ما اشترى به البائع أو أزيد، أو أقل، بشرط أن يكون مقدار الزيادة «الربح» أو النقص «الخسارة» محدداً».

٤٣ – وبيوع الأمانة، الواردة بالنص السابق – تفترض بداية توافر الأمانة لدى البائع في الإعلام عن الثمن الذي اشترى به المبيع. وإلا كان البيع مشوباً بالغش، والتدليس. ويجوز للمشتري إثبات واقعة الغش بجميع طرق الإثبات.

كما تفترض بيوع الأمانة، إعلام البائع عن الثمن وقت إبرام العقد. فإذا لم يكن الثمن معلوماً وقت إبرام العقد كان البيع باطلاً، وذلك لتخلف الأساس الحقيقي لتقدير قيمة المبيع.

وينبغي على البائع – أخيرا – أن يحيط المشتري علماً بملابسات الثمن وما اقترن به من أوصاف قد تؤثر في رضائه بالصفقة[١٠٦] باعتبار أن هذه الملابسات، أو الأوصاف تكون محل اعتبار لدى المشتري عند تحديد قيمة الربح، أو الخسارة، – ومن ذلك مثلا، يقع على عاتق البائع إعلام المشتري بما إذا كان قد اشترى السلعة بثمن فوري، أو على أقساط. وإذا كان المبيع، منزلاً، يقع على عاتق البائع إعلام المشتري بالضرائب، والرسوم وسائر التكاليف العقارية، التي قد يتحملها مستقبلاً.

٤٤ – ولا ريب أن إعلام البائع بظروف، وملابسات الثمن، تؤثر في رضاء المشتري – وبذا، فإن الكذب فيها، أو الانتقاص منها، يعتبر تدليساً، ولذا، نصت الفقرة الثالثة من المادة السابقة على أنه، يعتبر تدليساً، كتمان البائع ملابسات أحاطت بشرائه، إذا كان من شأنها أن تؤثر في رضاء المشتري.

ونص الفقرة السابقة، في نظرنا – فضلة وزائدة لا فائدة منها، ويمكن تطبيق الحكم الوارد بها، إعمالاً للقواعد العامة في عيوب الرضا. ولعل المشرع الكويتي قد أورد النص، للتأكيد على ضرورة توافر الأمانة لدى البائع في الإعلام عن ظروف، وملابسات المبيع. وعلى هذا الأساس يمكن فهم نص الفقرة المذكورة.

(١٠٦) المذكرة الإيضاحية للنص – ص ٣٦٩ – الأهواني/ ص ٢٤١/ بند ٣١١ – جمال زكي/ ص ١٣٨/ بند ٦٦.

وعلى ذلك، فإن بيوع الأمانة، الواردة بالنص السابق، تلقى على عاتق البائع التزاما مزدوجاً بالمصارحة، أو الإفضاء: فهو يلزم بداية ببيان الثمن الحقيقي، فإذا ثبت أنه أقل مما ذكره البائع، لا يكون العقد باطلا، وإنما يكون للمشتري طلب إنقاص الثمن، ويكون له – إعمالا للقواعد العامة استرداد القدر الزائد عن حقيقة الثمن، إذا كان دفعه فعلا.

فإن لم يكن قد دفعه فعلاً، فلا يلتزم بالوفاء به[١٠٧] وأيا ما كان الأمر، فإن إثبات حقيقة الثمن تعتبر واقعة مادية، يكون للمشتري إقامة الدليل عليها بجميع طرق الإثبات.

كما يلتزم البائع بالإفضاء، أو المصارحة بشأن ما أحاط بالثمن من ملابسات، وما اقترن به من أوصاف، قد تؤثر في رضاء المشتري بالصفقة، وإلا كان البيع مشوبا، بعيب التدليس إعمالاً لحكم المادة ٣/٤٦٢ من القانون المدني.

أما إذا لم يكن الثمن الذي اشترى به البائع معلوماً وقت العقد، فإن البيع لا ينعقد، لتخلف الأساس الحقيقي لتقدير الثمن.

٤٥ – ويثور التساؤل، بصدد الصور المختلفة من بيوع الأمانة الواردة بالنص السابق؟

والواقع أن المشرع قد عرض بالمادة ٤٦٢ إلى بيوع التولية، والإشراك والمرابحة، والمواضعة، على النحو الآتي:

أ – بيوع المرابحة:

٤٦ – القاعدة في بيوع الأمانة أن المشتري، يحصل على السلعة من البائع، على أساس الثمن الذي اشترى به مطمئناً إلى أمانته، فإذا زاد عليها قدراً من الربح سمى البيع مرابحة. بشرط أن يكون هذا القدر معلوماً.

ب – بيوع المواضعة

٤٧ – أما إذا حصل المشتري على السلعة بأقل من الثمن الذي اشترى به البائع بقدر معلوم وهو ما يحدث عادة. إذا تعيب المبيع، مثلا، أو مضى عليه زمن طويل، كما هو الحال في بيوع السيارات، والملابس الجاهزة... الخ ففي هذه الفروض، وغيرها يتحمل البائع خسارة تتمثل في الفرق بين الثمن الذي اشترى به، والثمن الذي باع به السلعة. ويسمى البيع في هذه الحالة وضعية أو مواضعة.

جـ – بيوع التولية:

- وهو البيع الذي لا يزيد فيه الثمن، ولا ينقص عما سبق أن اشترى به البائع، فيشتري

(١٠٧) ويكون له – في جميع الأحوال – أن يرجع بالتعويض على البائع طبقاً للقواعد العامة، إذا إثبت الغش، أو التدليس.

المشتري من البائع بمثل ما اشترى به هذا الأخير. بشرط أن ينصب العقد على مجموع المبيع.

د – بيوع الإشراك:

١ – المقصود ببيوع الإشراك أن يشتري الشخص جزءاً من المبيع بما يقابله من الثمن، إنما دون زيادة، ولا نقص عما اشترى به البائع(١٠٨).

– وجدير بالملاحظة، أنه لا يوجد نص بالقانون المصري، ينظم بيوع الأمانات وليس ثمة ما يمنع من الأخذ بما تتضمنه من أحكام إعمالا للقواعد العامة. وبذا، ينعقد البيع صحيحاً، إذا كانت البيانات التي أدلى بها البائع بخصوص الثمن، وملابساته صحيحة، سواء تم البيع مرابحة، أو وضعية، أو تولية أو إشراكا. فإن كانت البيانات المذكورة، كاذبة بخصوص الثمن أو ملابساته كان للمشتري أن يثبت بجميع وسائل الإثبات صحة الثمن. وبذا، يعاد تقدير الثمن على أساس الثمن الذي أثبته المشتري(١٠٩).

(١٠٨) المذكرة الإيضاحية، تعليقاً على المادة ٤٦٢ مدني –/ ص ٣٦٩ – ولا مثيل لهذه البيوع بالقانون المدني المصري/ أو الفرنسي– على ما قدمنا – وتفصيلاً – السنهوري والفقي/ ص ٤٧١/ بند ٢٠٩ – ومصادر الحق/ ص ١٦٦ – الأهواني/ ص ٢٣٩/ بند ٣٠٩

(١٠٩) تناغو/ ص ١٠٨ – والسنهوري، والفقي/ ص ٤٧٣/ بند ٢١٠.

الفصل الثاني
تقدير الثمن بواسطة الأجنبي:

تمهيد وتقسيم:

٥٠ – قدمنا بأن البيع ينعقد صحيحاً – على ما ورد بالمادة ٤٥٩ مدني معدل – إذا كان الثمن مقدرا، أو تضمن العقد أساساً صالحاً جعله قابلا للتقدير. بما في ذلك ترك تقديره لأجنبي عن العقد[١١٠][١١١] وبينما كان النص الأصلي، بأن تقدير الثمن بواسطة الأجنبي ملزم للمتعاقدين. ورد النص المعدل، بأن هذا التقدير غير ملزم إلا إذا رضي المتعاقدان به. وعند الخلاف يعتد بثمن المثل، الذي تقدره المحكمة وذلك – على ما ورد بالمذكرة الإيضاحية للنص المعدل – ليكون هناك معيار، يتم الاحتكام إليه عند وجود الخلاف.

٥١ – وسوف نعرض بداية لأحكام تقدير الثمن بواسطة الأجنبي – في مبحث أول، ليتسنى، بعد ذلك عرض وجهة نظرنا، بالنص المعدل في مبحث ثان.

المبحث الأول
ـ أحكام تقدير الثمن بواسطة الأجنبي[١١٢].

تمهيد وتقسيم:

٥٢ – نصت م ٤٥٩ مدني معدل على أنه «.... وإذا انزل تقدير الثمن لأجنبي عن العقد، فلا ينعقد العقد إلا إذا رضي المتعاقدان بهذا التقدير، وعند الخلاف يعتد بثمن المثل[١١٣] بينما كان النص

---

(١١٠) من المشروع الأول للمجموعة المدنية، ينظم تفويض الغير وليس ثمة نص بالقانون المدني المصري يقابل هذه النصوص. وكانت المادة ١٨٠ تحديد موضوع الالتزام بصفة عامة بما في ذلك تحديد الثمن. وحذف النص في لجنة المراجعة. وأجمع الفقه، والقضاء على جواز تفويض الأجنبي تحديد الثمن – السنهوري والفقي/ ص ٤٧٩/ بند ٢١٢ مرقس/ ص ٢٣١/ بند ٩٩ – الشرقاوي/ ص١١٨/ أنور سلطان/ ص ١٢٤/ بند ١١٩ البدراوي/ ص ١١١/ بند ٦٥ – ومن القضاء – نقض ١٩٨٠/١/٢٨ أحكام النقض س ٣١/ ص ٣١٨ – نقض ١٩٨٨/٦/١ – شعلة/ ص ٤٤/ ومن ١٥ – نقض ٩٨٨/٥/٨. شعلة/ ص ٤٢/ رقم ١٦.

(١١١) بينما ورد نص م ١٥٩٢ مدني فرنسي صريحاً في جواز ترك تقدير الثمن إلى حكم arbitre خلاف المتعاقدين – في شرح النص – جستان/ العقد – جـ ١/ الانعقاد/ ص ٥١٦ – جستان وديشي/ البيع/ ص ٤٣٢/ بند ٣٨٦.

(١١٢) من الأهمية العملية لترك تقدير الثمن الأجنبي.
Frison- Roche, L'indetermination du Prix-RTD. Civ- 1992- 269.
D. Legeais, la determination du Prix d'achat des marchandises dans les Contrats de franchise- l'espoir decu- JCP. 1992-1-135 F. Leduc, la determination du Prix, une exigence exceptionnelle? JCP. 1992 - 1- 3631.

(١١٣) سابقاً – هـ (٤).

الأصلي – على ما قدمنا – أن تقدير الأجنبي للثمن ملزم للمتعاقدين. ولا يرجع للمحكمة لتقدير الثمن، بثمن المثل إلا إذا لم يتمكن الأجنبي لأي سبب من الأسباب من تقدير قيمة المبيع. وهي مسألة يتفق فيها النص الأصلي، والنص المعدل، وإن اختلفت أسباب التقدير بثمن المثل، فتتسع في النص المعدل عنه في النص الأصلي. كما يتفق النص الوارد بالقانون المدني في هذه المسألة، ونص من ١٢٥ المادة القانون التجاري الكويتي.

٥٣ – وتبعاً لذلك نعرض كيفية تقدير الأجنبي للثمن.... في مطلب أول – على أن نتناول مدى التزام المتعاقدين بتقدير الثمن بواسطة الأجنبي – مطلب ثان – .

المطلب الأول:
كيفية تقدير الأجنبي للثمن

٥٤ – قدمنا بأن البيع ينعقد صحيحا، إذا ترك تقدير الثمن «وهو ركن من أركان العقد» لطرف ثالث أو أجنبي عن المتعاقدين. وينعقد البيع في هذا الفرض معلقا على شرط واقف هو قيام الطرف الثالث بتقدير الثمن إعمالا للنص الأصلي[١١٤] أو تمكنه من تقدير الثمن، ورضاء المتعاقدين به في النص المعدل.

- وعلى عكس ذلك، إذا لم يذكر المتعاقدان ثمن المبيع، وتركا تحديده لطرف ثالث لم يحددانه، فإن البيع لا ينعقد لتخلف عنصر جوهري فيه، وهو الثمن، لا فرق في ذلك بين النص الأصلي للمادة ٤٥٩ مدني كويتي، والنص المعدل، فالثمن يكون قابلا للتقدير، إذا اختار المتعاقدان شخصا للقيام بذلك. فإن تعذر هذا الاختيار فالثمن عندئذ لا يكون قابلا للتقدير، وبذا، يقع البيع باطلا[١١٥].

- ٥٥ – وإذا تعذر اختيار الأجنبي، بعد الاتفاق عليه لامتناع أحد المتعاقدين، أو لاتخاذه موقفا سلبياً، حال دون تعيين هذا الأجنبي – فإن ذلك – يحول – كما قدمنا – دون جعل الثمن قابلا للتقدير، ويكون البيع باطلا[١١٦] وتفريعاً على ذلك يكون للعاقد الذي يتضرر من بطلان البيع مطالبة المتعاقد الآخر بالتعويض إنما على أساس المسئولية التقصيرية، لا التعاقدية فيما

---

(١١٤) بينما نزل تقدير الثمن لطرف ثالث، يعني عند بلانيول، وريبر – مرجع سابق ص ٣٥ أنه لا يوجد عقد بيع، وإنما عقد غير مسمى، يفرض على المتعاقدين معا التزاما بإبرام العقد بثمن يحدده طرف ثالث. بينما ترى إيزابيل كوربيزييه أن البيع في هذا الفرض لا يكون مكتملا/ ص ٧٧٥.

(١١٥) أو منعدماً Caduc عند جستان وديشي/ البيع/ ص ٤٢٧/.

(١١٦) في المعنى نفسه .Civ 21 decembre 1987- D. 1988- IR- 73.

يراه البعض[١١٧]اعتباراً بأن عدم تعيين الأجنبي «المفوض إليه تحديد الثمن». لا يترتب عليه انعقاد العقد ولا أي عقد آخر، بينما يرى البعض الآخر، أن المسئولية، تعاقدية، فالقانون لا يلزم أي من العاقدين بتعيين الطرف الثالث، ومصدر الالتزام هو نص في العقد، فضلاً عن المبدأ العام، الذي يقضي بوجوب تنفيذ العقد، بحسن نية، ومن مقتضيات حسن النية، ألا يتخذ أحد المتبايعين موقفا يحول دون انعقاد البيع[١١٨] فضلا عن أن عدم انعقاد البيع، لا يمنع من وجود عقد آخر، منشىء لالتزامات، وعلى أساس هذا العقد الآخر، يمكن مطالبة الطرف المتعنت بالتعويض لإخلاله بالتزام تعاقدي سابق[١١٩] وتأييدا لهذا الرأي، حكم بأن مخالفة أحد المتعاقدين تعهده بتعيين طرف ثالث لتقدير الثمن يرتب مسئوليته التعاقدية عن مخالفة التزام عقدي، يلزمه بالتعويض قبل المتعاقد الآخر[١٢٠].

بينما ذهبت محكمة باريس أبعد من ذلك، بتأكيدها، إمهال الطرف الذي خالف تعهده بتعيين أجنبي لتقدير قيمة المبيع مهلة يحكم عليه بعدها بغرامة تهديدية[١٢١].

وعندنا، أن العقد معلق في الفرض المطروح على شرط واقف، بحيث لا تتحقق آثار البيع إلا بقيام الأجنبي بتقدير الثمن في القانونين المصري والفرنسي أو بتقدير الثمن، ورضاء المتعاقدين به في نص المادة ٤٥٩ مدني كويتي معدل فإذا لم يتمكن الأجنبي من تقدير الثمن، أو لم يقبل أصلا القيام بمهمة التقدير، فلا ينشأ عقد البيع. ولعل هذا ما قصد به في نص م ١٥٩٢ من القانون المدني الفرنسي "... si le tiers ne Veut, ou ne Peut faire l'estimation, il n'y a Point de Vente.."

- فإذا تبين أن عدم تمكن الأجنبي من تقدير الثمن، مردة، تعسف أحد المتعاقدين، أو تقصيره، أو إهماله، أو تعمده وضع عقبات مادية، قبل من فوض في تقدير الثمن، فإن عقد البيع لا ينشأ. وعليه تكون مسئولية المتعاقد الذي تسبب بخطئه في عدم انعقاد العقد، تقصيرية، وليست تعاقدية. ما لم يندمج التعهد بالتعاون مع الأجنبي، وتمكينه من أداء مهمته في التقدير بعقد البيع ذاته، فيعتبر بنداً من بنوده، ومخالفة هذا التعهد ترتب المسئولية التعاقدية، أي عن مخالفة الالتزام بالتعاون، وتمكين المفوض إليه تقدير الثمن القيام بالتقدير كالتزام تعاقدي.

---

(١١٧) بودري، ولاكنتري – في القانون المدني/ بند ٢٠٦ فيما أشار إليها سليمان مرقس/ عقد البيع – / ص ٢٣٥/ بند ١٠١.

(١١٨) السنهوري / الوسيط/ جـ ٤/ ص ٣٨١/ البدراوي/ بند ١٣٩، سليمان مرقس ص ٢٣٥/ بند ١٠١.

(١١٩) سلطان/ عقد البيع/ ص ١٢٧/ بند ١١٨.

(١٢٠) نقض ٢٤ نوفمبر ١٩٦٥ – JCP – ١٩٦٦ – ٢–٤٦٠٢ تعليق C.Goury المجلة الفصلية للقانون المدني – ١٩٦٦ – /ص١٠٣/ ملاحظات Cournu.

(١٢١) باريس أول مارس ١٩٥١ – دالوز ١٩٥١/ ص ٣١٥.

- ونذكِّر، بأن القضاء الفرنسي، قد اتجه قديماً إلى أنه اذا اتفق البائع والمشتري على تقدير الثمن بواسطة طرف ثالث. فإن رفض أحدهما تعيين الطرف المذكور يعتبر مخالفة لصريح نص المادة ١١٣٤ مدني وخرقاً للالتزام بتنفيذ العقد بحسن نية(١٢٢).

وثمة فرض آخر يختلف فيه البائع والمشتري على اختيار الشخص الذي يعهد إليه تقدير الثمن. فيبادر أحدهما لاختيار شخص من جانبه، بينما يتجه الآخر لاختيار شخص آخر. وفي هذا الفرض لا ينعقد البيع صحيحاً ما لم يتفقا على تعيين حكم أعلى Surarbitre للقيام بمهمة التقدير في إجراء أشبه عند البعض «بالتحكيم»(١٢٣) فإذا لم يتسن تعيين الحكم المذكور لا ينشأ عقد البيع، ولا مسئولية على أي منهما، ما لم يثبت تعسف، أو تقصير من أحدهما، فتعتبر مسئولية عندئذ تقصيرية، لا تعاقدية. وسواء تمثل التعسف في رفضه لاختيار المتعاقد، للأجنبي، أو للحكم الأعلى.

وإذا فرض أن ثمة وعداً بالبيع اتفق فيه أطرافه على تفويض طرف ثالث تحديد ثمن العقار المبيع، وعند إبرام العقد النهائي اختلفا في تحديد شخص المفوض إليه تقدير الثمن، فإن البيع لا ينعقد(١٢٤).

ولا يختلف الحكم إذا تم تحديد الطرف الثالث، لتقدير الثمن. لكنه رفض القيام بمهمة التقدير. وبذا، ورد نص المادة ١٥٩٢ من القانون المدني الفرنسي صريحاً في عدم انعقاد البيع، إذا لم يرغب «الأجنبي» المفوض إليه تقدير الثمن، القيام بذلك.

– وإذا خول، تقدير الثمن لعدة أشخاص، انتهى هؤلاء إلى تحديد، حد أقصى، وأدنى لقيمة المبيع. قبل البائع الحد الأقصى للثمن. فلا ينعقد العقد باعتباره تعبيرا عن إرادة منفردة للبائع(١٢٥)، وهو لا ينعقد في الفرض السابق، ما لم يرض به المشتري.

٥٦ – كذلك يعد الثمن قابلاً للتقدير، وينعقد البيع – تبعاً لذلك صحيحاً من أحكام النقض الفرنسية – إذا تحدد الثمن رجوعاً إلى قوائم الأسعار التي تتم بمقتضى قرارات وزارية مفروضة

---

(١٢٢) مثلا: Paris 6 Juillet 1812-R.382.
فيما أشارت إليه إيزابيل كوربيزييه/ ٧٧٦ – كما اتجه القضاء في هذه المرحلة إلى أن للمحكمة – في الفرض المشار إليه – أن تحل محل الطرف الثالث في تقدير الثمن – وهو قضاء كما أشرنا قديم، وعدل عنه في الوقت الحالي من ذلك مثلا: - Civ. 25 avril 1952- D. 1952- 635.
– وعكس ذلك، بلا نيول، وريبر/ ص ٣٥ «المسئولية، تعاقدية».

(١٢٣) انظر: Daniel- Veaux- J.Cl- Civ- V. Vente- art 1591.

(١٢٤) ورد النص بأصله الفرنسي على النحو التالي:
Le Prix Peut - Cependent - etre laissé à l'arbitrage d'un tiers, si le tiers ne Veut, ou ne Peut faire l'estimation il n'ya point de Vente.

(١٢٥) وطبقا لما ذكرته محكمة النقض:
Car, Seul, le vendeur arait Consentie à ce Prix - Com. 29 mai 1972 - B. Civ. - IV - n° 167.

على المتعاقدين[١٢٦] أو رجوعاً إلى الأسعار المحددة بواسطة مصلحة الجمارك لبعض أنواع السلع[١٢٧] أو رجوعاً إلى التعريفة المعمول بها في عقود التوزيع بواسطة الصانع، أو الموزع، سواء من جانب البائع، أو المشتري[١٢٨] أو على أساس سعر البورصة في تاريخ معين، إذا فتحت البورصة، وتحدد الثمن في هذا التاريخ[١٢٩]. فتحديد الثمن في الفروض المذكورة، أي، رجوعاً إلى قرارات وزارية، أو لمصلحة الجمارك، أو تعريفة الصانع، أو الموزع في عقود التوزيع بصفة خاصة، أو سعر البورصة، يماثل ترك تقدير الثمن لأجنبي كونه أساساً صالحاً للتقدير[١٣٠].

– ونلفت النظر إلى أن تعيين المفوض إليه تقدير الثمن يتم بإرادة المتعاقدين المشتركة ولا يجوز للقاضي أن يحل إرادته محلهما في تعيين الطرف الثالث، إذا اختلفا عليه المتعاقدان بشأنه. ولذا يشبه القضاء الفرنسي إحلال القاضي محل المتعاقدين في تعيين الطرف الثالث، كأنه لا يوجد رضاء أصلاً على الثمن[١٣١].

وعلى عكس ذلك، يجوز للمحكمة سلطة تعيين الطرف المعهود إليه تقدير الثمن، إذا وجد نص في العقد يخولها هذه السلطة. ويعتبر الثمن الذي يقدره هذا الطرف الذي عينته المحكمة ملزماً للمتعاقدين[١٣٢].

٥٧ – وقد يثور التساؤل بصدد ماهية الشخص المفوض إليه تقدير الثمن؟ ونبادر إلى القول بأن نص المادة ٤٥٩ مدني معدل، لم يعرض لهذه المسألة وبذا، فليس ما يمنع من تفويض أي شخص يقبل القيام بمهمة تقدير ثمن المبيع. ولا يختلف الحكم عن المعمول به في القانون الفرنسي. بما في ذلك، من أحكام القضاء، تفويض إدارة المال العام، تقدير ثمن العقارات المبيعة، إذا لم ترفض – طبعاً – القيام بالتقدير[١٣٣].

---

(١٢٦) انظر: Com. 27 octobre 1981 - JCP. 1982 - IV - 27.

(١٢٧) انظر Com. 23 avril 1951 - B. Civ. 11 - P 109 - n° 146 ومشار إليه في جستان، وديشي/ البيع/ ص٤٣٥.

(١٢٨) مثلاً: Civ. 23 octobre 1979 - B. civ. - 111 - n° 88

(١٢٩) مثلاً: Civ. 15 decembre 1964 - B. civ. 490 – وفي هذا المعنى - Com 4 fnep. 1972 - D. 1973 - 662

(١٣٠) في هذا الرأي جستان وديشي/ البيع/ ص٤٥٧/ بند ٣٩٥ – ونقض تجاري ٢٣ أبريل، سابق الإشارة، وعكس ذلك:

Com. 27 avril 1981 - RTD. Com. 1981 - P828 obs. J. Hemard
G.P. 1981 - 2 - Pano. 343 - obs. PH. Le Tourneau.

(١٣١) مثلاً: T.Civ. Toulouse, 12 juillet 1956 - G.P. 1956 - 2 - 252
Com. 27 avril 1968 - B. civ - IV - n° 141.
Civ. 16 mai 1984 - B. civ - 1 - n° 164.

(١٣٢) انظر: Aix, 7 mars 1974 - D.S. 1974 - 678.

(١٣٣) أو على حد تعبير محكمة النقض الفرنسية n'import quelle Personne انظر:

Civ 23 octobre 1979 - D. 1980 - i. R - 226 obs. B.Audit RTD. Civ - 1980.... 366 obs. G. Cornu.

إنما يشترط – مع ذلك – أن يكون الطرف الثالث، المعهود إليه تقدير الثمن مستقلاً عن المتبايعين، ويتضح ذلك، من استخدام المشرع بنص المادة ٤٥٩ لفظة «أجنبي». وهو ما أشارت إليه المادة ١٥٩١ مدني فرنسي، بالنص على اختيار الطرف الثالث، بالإرادة المشتركة للمتعاقدين فضلاً عن استخدام اصطلاح «الغير» أو Le tiers[١٣٤].

٥٨ – وقد يحدث عملاً، في عقود التوزيع المتكاملة Les Contrats d'integrations أن يقوم مانح الامتياز، وهو يتمتع بمركز اقتصادي قوي بفرض حد أدنى للأسعار على صاحب حق الامتياز التجاري «المتنازل إليه» بما يضر بالمستهلك فيما يسمى بالثمن المفروض – بحيث لا يكون للأخير حرية تحديد ثمن إعادة البيع.

وقد يلجأ مانح الامتياز إلى الإشارة على المتنازل إليه، بسعر محدد عند إعادة البيع – دون أن يفرضه عليه، فيما يسمى بالثمن الإرشادي Prix Conseilé[١٣٥] ولذا، فقد تدخل المشرع الفرنسي، بنص يعاقب العمليات التي يقصد منها فرض سعر على تاجر الجملة grossiste، أو المتنازل إليه، عند إعادة البيع للمستهلك سواء أكان ذلك بصورة مباشرة، أم غير مباشرة (م٣٤ من القرار الصادر في أول ديسمبر ١٩٨٦)[١٣٦]. وحظر، فرض الأسعار، أو حتى النصح بها من قبل مانح الامتياز على تاجر الجملة، أو المتنازل إليه، لا يهدف فقط إلى حماية المشتري النهائي وإنما كذلك لأن هذه الأساليب تخالف صريح نص المادة ١٥٩٢ من القانون المدني باعتبار أن الامتياز التجاري، في جوهره بيع، والعلاقة بين مانح الامتياز «المنتج» مثلاً، والمتنازل إليه «تاجر الجملة» علاقة بائع ومشتر، ويترتب عليها آثار البيع، من حيث التسليم، ونقل الملكية، والوفاء بالثمن[١٣٧] ويقطع بذلك، أن الحظر السابق لا ينطبق – فيما ذهبت إليه النقض الفرنسية[١٣٨] – إذا وافق المشتري على الثمن الذي طلبه الموزع، حتى ولو كان ثمناً مفروضاً، أو نصح به المنتج أو «مانح الامتياز» بما يؤكد أن الحكمة من النص الوارد بالقرار المذكور، حماية المشتري النهائي للسلعة.

---

(١٣٤) ولذا، حكم بأن اللجنة المهنية للنفط، لا يمكن أن تكون تمييزاً، في تحديد الثمن في العلاقة بين موزع المواد البترولية، والمستهلك.

Com. 5 nob 1971 - D. 1972 - P355 not. Ghestin.

– ومع ذلك أكدت النقض «التجارية» ٢٥ مايو ١٩٨١، بأن تحديد الثمن بالرجوع إلى قرارات نقابة Brasserie، يعني أن: عقد البيع أبرم صحيحا، لأن تقدير الثمن غير خاضع لإرادة أحد المتعاقدين RTD Com. 1981 - 825. ونقد هذا الحكم في جستان، وديشي/ ص٤٥٦/ بند ٣٩٤.

(١٣٥) في هذه المسألة J.Calais. Auloy – قانون الاستهلاك – ط ١٩٩٣/ ص١٥١.

(١٣٦) المنشور بالجريدة الرسمية ٩ ديسمبر – و ج س ب – ١٩٨٦ – ١١١ – ٥٩٤٨٧ – ونص حرفيا على عقاب – كل عمل مؤداه، فرض حد أدنى للأسعار عند إعادة البيع

Le fait Par tout Personne d'imposer directement ou indirrectement un Caracter minimal au Prix de Revente d'un produit ou d/un bien, au Prix d'une Prestation de Service, ou à une marge Commercial.

(١٣٧) سميحة القليوبي/ ص١٩٦/ بند ١٢٩.

(١٣٨) انظر: Civ. 9 fevrir 1974 - JCP. 1974 - IV - P127.

٥٩ – ويثور التساؤل – مع ذلك – بصدد إمكانية تفويض المنتج «مانح الامتياز» تقدير الثمن عن العلاقة بين البائع «صاحب الامتياز» والمشتري النهائي؟

والإجابة عن السؤال المطروح، تستدعي بداية الإجابة عن تساؤل يسبقها عما إذا كان مانح الامتياز شخصا مستقلا، أم أجنبياً عن العلاقة التعاقدية، أم عن البائع، بصفة خاصة؟

القضاء الفرنسي، فيما نلاحظه يتجه في بيوع السيارات للحكم بصلاحية المنتج أو المشروع مانح الامتياز، إلى تقدير الثمن في العلاقة بين البائع «صاحب الامتياز» والمشتري النهائي، خصوصاً إذا كان مانح الامتياز مشروعاً أجنبياً بينما كان صاحب الامتياز مشروعاً وطنياً(١٣٩) وبذا، لا يكون الثمن في نظر هذا القضاء، محدداً بمحض مشيئة البائع، كما أن مانح الامتياز يراعي عادة في تحديد الثمن قانون السوق. ومعنى ذلك أن السعر، إذا حدد، تعبيراً عن سلطة احتكارية لدى البائع، اعتبر البيع باطلاً.

والقضاء المذكور يكتسب أهمية خاصة، فقد قدمنا بأن الثمن في بيوع السيارات يتحدد بالإحالة إلى الأسعار المعمول بها وقت التسليم «لدى مانح الامتياز» بينما يفصل بين وقت إبرام العقد، وتسليم المبيع زمنا طويلاً، تثور خلاله منازعات بصدد تقدير الثمن، فضلاً عن ارتفاع، أو انخفاض القوة الشرائية للنقود.

ويقلل من هذه المسألة – كما أسلفنا – ما ورد بنص القرار الصادر في ٣٠ يونيه ١٩٧٨ في فرنسا – بإلزام، بائعي السيارات، تحديد ثمن إرشادي للسيارة المبيعة خلال فترة لا تجاوز ثلاثة أشهر من وقت إبرام العقد، أو إذن الشراء Bon de Command(١٤٠).

– وعلى عكس ذلك، يتشدد القضاء الفرنسي، بصدد عقود الامتياز المقترنة، بشرط القصر، بحيث لا يعتبر مانح الامتياز التجاري، طرفاً أجنبياً، يصلح أن يفوض إليه تقدير الثمن في العلاقة بين البائع «صاحب الامتياز» والمشتري النهائي(١٤١).

٦٠ – كذا، يثور التساؤل بصدد التزامات المفوض إليه تقدير الثمن؟ ونبادر بداية – بأن الطرف «الأجنبي» المفوض إليه من قبل المتعاقدين، تحديد ثمن المبيع، ليس ملزماً بقبول هذه المهمة. فله أن يرفض، وعندها، لا ينعقد البيع، ما لم يعهد بالتحديد لطرف آخر، يقبل القيام بذلك. فإذا قبل من

---

(١٣٩) مثلاً: Civ. 8 novembre 1983 - JCP. 1985 - 11 - 20373 not G. Raymond.
واجتهاد آخر في حكم باريس ٢٩ أكتوبر ١٩٦٠ – ج س ب – ١٩٦١ – ٢ – ١٢١١٠.

(١٤٠) كاليه أولوي/ ص١٥٣.

(١٤١) مثلاً:
civ. 23 octobre 1979 - D. 1980 - i.R - 226 obs. B.Audit . RTD Civ. 1980 - 366 - obs. G. cornu.
وفي المعنى نفسه: Civ. 19 fevrir 1974 - JCP. 1979 - IV - 127.

عهد إليه تحديد الثمن، أصبح ملزماً بالقيام بالتحديد بصورة واضحة أو مؤكدة. وعلى ذلك لا يكون قد قام بعمله، إذا اكتفى بتحديد الحد الأدنى، والأقصى لثمن المبيع خصوصاً، وربما لا يتمكن المتبايعان من التوصل إلى اتفاق، وبذا، لا ينعقد البيع لتخلف عنصر جوهري(١٤٢).

٦١ – كذلك يلتزم الطرف المفوض إليه تحديد الثمن القيام بمهمته طبقاً للشروط الواردة بعقد البيع. فإذا طلب إليه مثلاً تحديد سعر قطعة الأرض، بالمتر، امتنع عليه تحديد الثمن، بوحدة قياسية أخرى كالقدم مثلاً.

كذا ينبغي على الطرف الثالث، المفوض تحديد الثمن التزام حدود التفويض. وهو تقدير قيمة المبيع، فلا يعمل مثلا على تعديل شرط وارد بالعقد، وإن تعلق بالثمن مباشرة، أو بصورة غير مباشرة(١٤٣).

٦٢ – وينبغي أن يقوم الطرف الثالث، بتحديد ثمن المبيع بالدقة المطلوبة، وتفريعا على ذلك، إذا فوض تقدير الثمن لعدة أشخاص، انتهى هؤلاء إلى تحديد حد أقصى لقيمة المبيع، وحد أدنى. قبل البائع بالحد الأقصى للثمن. فإن البيع لا ينعقد. فالثمن، وهو ركن أساسي في عقد البيع يجب الرضاء به من المتبايعين معاً، ولا يكفي قبول البائع وحده(١٤٤).

٦٣ – ولا يشترط أن يكون تحديد قيمة المبيع بواسطة الأجنبي مسبباً motivée فيعتبر لذلك ملزماً، أخذاً من مبدأ القوة الملزمة للعقد في نظر محكمة النقض حتى ولو كان التحديد مجرداً عن ذكر مبررات التقدير. على أنه ليس ما يمنع المفوض إليه تقدير الثمن، أن يستعين بمراجعة كشوف، أو حسابات سلمت إليه...(١٤٥).

– والمهم أنه إذا توافرت الشرائط السابقة، فيمن عهد إليه تقدير الثمن، اعتبر التقدير ملزماً للمتبايعين. فلا يكون لأي منهما، – كقاعدة عامة – مخالفة التقدير(١٤٦) (١٤٧).

---

(١٤٢) من ذلك مثلاً: Com. 29 mai 1972. RTD civ. 1972 - 791 - obs. G.Cornu.

(١٤٣) مثلاً: Com. 20 janvier 1970 - B. civ - IV - n° 27.

(١٤٤) انظر: Com. 29 mai 1972 - B. civ - IV - n° 167 -

وقالت المحكمة – حرفياً – تبريراً لبطلان العقد في الحكم المذكور:

"...Car Seul, le vendeur avait Consenti à ce Prix.

(١٤٥) Civ. 31 Janvier 1974 - D. 1974 - Som - 92.

(١٤٦) مثلاً:

Com. 4 novembre 1987 - JCP. 1988 - 11 - 21050 not. A. Viandier.

Civ. 19 janvier 1942 - JCP. 1942 - 11 - 1815 not E.Becqué

مشار إليه في D. Veaux – مرجع سابق في J-VL – رقم ١٠٤ ومن الفقه – جستان/ العقد/ الانعقاد – بند ٥٢٢.

(١٤٧) وسنعرض لهذه المسألة لاحقاً – بند ٧٩.

٦٤ – وفي تقدير الأجنبي للثمن، لا يخرج الأمر عن أحد فرضين: الأول، أن ينتهي فعلاً إلى تقدير قيمة المبيع، فيعتبر ملزماً للمتعاقدين، – كما قدمنا – والفرض الثاني، ألا يتمكن، لأي سبب من الأسباب من تقدير الثمن. ويثور التساؤل – تبعاً لذلك – عن حكم البيع في الفرضين.

الفرض الأول: تحديد الثمن بواسطة الأجنبي:

٦٥ – إذا قام الأجنبي، بتحديد الثمن، فإن البيع ينعقد صحيحاً، بتوافر أركانه، أخذاً من نص م٤٥٩ مدني كويتي، أو م١٥٩٢ مدني فرنسي، وبما عليه الفقه(١٤٨) والقضاء(١٤٩) المصري رغم عدم وجود نص. وينعقد العقد في الفرض المطروح ليس من تاريخ تحديد الثمن بواسطة الأجنبي، وإنما بأثر رجعي من وقت انعقاد العقد. فالبيع، مع تفويض طرف ثالث، تحديد الثمن ينعقد معلقاً على شرط واقف، هو قيام الطرف الثالث فعلاً بتحديد الثمن(١٥٠) ولا يلزم في القانونين المصري، والفرنسي، رضاء المتبايعين مرة أخرى بهذا التقدير، وبمعنى آخر، إذا انتهى الطرف الثالث من تحديد الثمن، يكون الشرط المعلق عليه البيع، قد تحقق، ويكون تحققه بأثر رجعي يمتد إلى تاريخ إبرامه. وليس فقط من تاريخ تقدير الثمن. ويترتب على ذلك نتائج مؤداها: إذا كان المبيع منقولاً معيناً بالذات، فإن ملكيته تنتقل إلى المشتري من تاريخ إبرام البيع، وليس من تاريخ تحديد الثمن بواسطة الطرف الثالث(١٥١). أما إذا كان المبيع عقارا، انتقلت ملكيته إلى المشتري من وقت التسجيل، وإن سبق قيام الطرف الثالث بتحديد الثمن(١٥٢).

٦٦ – كذلك، فإن تصرف البائع، في الفترة بين تاريخ إبرام البيع، وتحديد الثمن بواسطة طرف ثالث، لا يكون نافذاً في مواجهة المشتري. وإذا هلك المبيع، بعد إبرام البيع، وقبل تحديد ثمنه

---

(١٤٨) السنهوري، والفقي/ ص٤٨٠/ بند ٢١٢ – مرقس والخليلي/ ص٢٣١/ بند ٩٩/ – سلطان/ ص١٢٤/ بند ١١٦/ البدراوي/ ص١١٨/ بند ٦٦.

(١٤٩) ومن القضاء نقض ١٩٨٠/١/٢٨ – أحكام النقض/ س٣١/ ص٣١٨ – نقض ١٩٨٨/٦/١ شعلة/ ص٤٤.

(١٥٠) وعلى هذا أغلب الفقه، بينما يرى بلاينول وريبير – بأنه لا يوجد بيع – في الفرض المذكور، وإنما عقد غير مسمى يفرض على المتعاقدين معاً التزاماً بإبرام العقد بثمن يحدده طرف ثالث. بينما ذكرت إيزابيل كوربيزييه/ ص٧٧٥ – بأن العقد في هذا الفرض غير مكتمل أو impérfait – وبعكس ذلك – جستان وديشي/ ص٤٣٢/ بند ٣٨٦ ومالييري، وآينس/ ص١٥٣/ بند ٢٠٤ – وسابقاً/ بند ٥٤/ هـ(١١٤) – وانظر:
Frison. Roche - op. cit - RTD civ. 1992 - 269.
- D. Legeais - op. cit - JCP. 1992 - 1 - 135.
F.Leduc, op. cit. JCP. 1992 - 1 - 3631.

(١٥١) من هذا الرأي البدراوي/ ص١٢٣/ بند ٦٨/ وآراء أخرى في الأهواني/ ص٢٣٧/ بند ٣٠٦.

(١٥٢) مالييري وآينس – ص١٥٣/ بند ٢٠٤.

بواسطة الطرف الثالث، فإن الشرط لا يتحقق، ويعتبر البيع كأن لم يكن Caduc، وتقع تبعة هلاك المبيع في هذا الفرض، على عاتق البائع وحده(١٥٣).

– كما يترتب – أخيراً – على أن البيع، المفوض تقدير الثمن فيه لطرف ثالث عقد معلق على شرط واقف، أن تقدير القيمة، يرجع فيه إلى وقت البيع، لا إلى وقت تقدير القيمة. وتبدو هذه المسألة، مهمة، خصوصاً في البيوع التي ترتفع فيها قيمة المبيع، أو تنخفض في فترات زمنية قصيرة. إذ يعتد – عندئذٍ – بقيمتها وقت إبرام العقد، وإن زادت، أو نقصت لحظة تقدير الثمن بواسطة المفوض.

٦٧ – أما في القانون الكويتي رقم ١٩٩٦/١٥ المعدل لنص المادة ٤٥٩ مدني، فلم يعد تقدير الأجنبي للثمن شرطا يعلق عليه عقد البيع، كما هو الحال في النص الأصلي للمادة المذكورة. فقد قدمنا بأن هذا التقدير غير ملزم للمتعاقدين، ولا ينعقد البيع إلا إذا رضي المتبايعان بهذا التقدير. وليس من تاريخ التقدير ذاته وهي نظرة، يترتب عليها تعطيل آثار عقد البيع جميعا، حتى، ولو تم للطرف الثالث، تحديد الثمن، وبه تكتمل أركان العقد. ما لم يصدر رضاء آخر عنهما بهذا التقدير، ويحد من هذه المسألة، ما ورد بعجز المادة ٤٥٩ من القانون المدني، سواء قبل التعديل أو بعده، بأنه يرجع إلى المحكمة في حالة، عدم قيام الطرف الثالث بتحديد الثمن لأي سبب بالنص الأصلي، أو وجود خلاف بينهما بشأن التقدير الذي انتهى الطرف الثالث بتقدير الثمن، بثمن المثل، اعتباراً بأنه الثمن العادل، لذا، لا نسلم بأن البيع في نص م٤٥٩ من القانون المدني، المعدل، ينعقد بسيطاً غير موقوف. لأن تقدير الثمن وحده غير كاف بذاته، ويشترط فضلاً عن ذلك الرضاء بهذا التقدير. فيظل تكييف البيع، المفوض، تقدير الثمن فيه لأجنبي بيعاً معلقاً على شرط واقف. والفرق بين النص الأصلي، وتعديله، أن الشرط المعلق عليه البيع في النص الأصلي هو قيام الطرف الثالث بتحديد الثمن، بوصفه تحديداً ملزماً للمتبايعين. وتترتب آثار البيع جميعاً من تاريخ إبرام البيع، إعمالاً للأثر الرجعي للشرط، وليس من تاريخ القيام بتقدير الثمن. بينما الشرط المعلق عليه البيع في النص المعدل، ليس فقط تقدير الأجنبي للثمن، وإنما كذلك رضاء المتبايعين بهذا التقدير.

فإذا لم يقم الأجنبي بتقدير الثمن لأي سبب، لا يعتبر البيع باطلاً في النص الأصلي، وإنما يحال الأمر إلى المحكمة لتقديره بثمن المثل بوصفه الثمن العادل.

٦٨ – وإذا وقع خلاف بشأن التقدير الذي انتهى إليه الطرف الثالث، أحيل أمر تقدير الثمن

(١٥٣) ومن مصلحة المشتري – في هذا الفرض – المبادرة إلى تسجيل البيع العقاري دون انتظار لتحديد الثمن حتى يتمكن من الاحتجاج بملكه على أصحاب الحقوق العينيه التي قد يرتبها لهم البائع على العقار في المدة من تاريخ إبرام البيع، وتاريخ تحديد الثمن بواسطة الغير – الزقرد/ بند ١١٧.

كذلك للمحكمة لتقديره بثمن المثل. فالنص المعدل إذن لم يغير طبيعة البيع، المفوض تقدير الثمن فيه لطرف ثالث، بوصفه بيعاً معلقاً على شرط واقف. بيد أن الشرط المعلق عليه البيع في النص الأصلي، هو توصل الأجنبي لتقدير الثمن. وفي النص المعدل، التوصل فعلاً إلى تحديد الثمن، ورضاء البائع، والمشتري بهذا التقدير مرة أخرى. وفيما عدا ذلك يتفق النصان في منح المحكمة سلطة تقدير الثمن بثمن المثل. وإن اختلف نطاق تقدير الثمن بواسطة المحكمة فهو في النص الأصلي، عدم تمكن الأجنبي – لأي سبب – من تقدير قيمة المبيع. وفي النص المعدَّل، عدم تمكنه من تقدير الثمن، أو تمكنه، وعدم الرضاء به[١٥٤]. وهو ما نعرض له في الفرض التالي:

الفرض الثاني: عدم تحديد الثمن بواسطة الطرف الثالث

٦٩ – إذا اختار المتعاقدان الشخص المنوط به تقدير الثمن، ولم يتمكن لأي سبب من الأسباب من تحديده لتعذر معرفة قيمة المبيع مثلاً، أو اختلاف معايير تقدير القيمة، إذا تعدد الأشخاص المعهود إليهم تحديد الثمن، أو لموت المفوض، أو لفقد أهليته أو لأسباب أخرى. فلا يترتب عليهم بطلان البيع في القانون المدني الكويتي، أخذاً من المادة ٤٩٥ لا فرق في ذلك بين النص الأصلي أو المعدَّل[١٥٥] وإنما يكون البيع صحيحاً، وللمحكمة سلطة تحديد الثمن، بثمن المثل، باعتباره – في هذا الفرض – هو الثمن العادل[١٥٦].

٧٠ – كذلك نصت المادة ١٢٥ من قانون التجارة – وهذا مهم[١٥٧] – على أنه إذا لم يعين الطرف الثالث الثمن لأي سبب كان، ألزم المشتري بسعر السوق يوم البيع. فإذا تعذرت معرفة سعر السوق تكفل القاضي بتعيين الثمن.

وطبقاً للنص المقرر للمحكمة، فضلاً عن ذلك سلطة تحديد الثمن، إذا تمكن الطرف الثالث من تحديده فعلاً، ولم يرض به البائع، والمشتري – كما أشرنا – والحكم الوارد بالقانون المدني في حالة عدم تمكن الأجنبي من تقدير الثمن. أو تقديره للثمن، وعدم الرضاء به، يغاير الحكم الوارد بقانون التجارة (م١٢٥) فهو في الحالة الأولى ثمن المثل. وفي الحالة الثانية سعر السوق يوم البيع، فإن

---

(١٥٤) وكانت لجنة القانون الخاص، بكلية الحقوق – بجامعة الكويت – التي درست مشروع تعديل القانون المدني المحال من مجلس الأمة الكويتي قد انتهت إلى اقتراح تعديل نص م٤٥٩ على النحو الآتي – «يجوز أن يقتصر في تقدير الثمن على بيان أسس صالحة لتقديره. وإذا ترك تقدير الثمن للأجنبي عن العقد. فإن العقد ينعقد بهذا التقدير ما لم يكن قد اتفق على غير ذلك. وقد أيد الباحث هذه الصياغة.

(١٥٥) آنفاً/ بند ٥٤.

(١٥٦) المذكرة الإيضاحية للقانون المدني، تعليقاً على م٤٥٩ – قبل التعديل – وانظر، المذكرة الإيضاحية، تعليقا على النص بعد تعديله/ المصدر السابق – بالكويت اليوم.

(١٥٧) ويستمد النص المذكور أهميته من أهمية القانون التجاري الكويتي، الذي ينطبق على الأعمال التجارية، والأعمال المختلطة، ويضع نظرية عامة للالتزام، لا تختلف عن الواردة بالقانون المدني، كما ينظم البيع التجاري «بالاتساع السابق» في العديد من النصوص – في ذلك، ونقده – الزقرد/ بند ٧، وبعده.

تعذرت معرفة سعر السوق يوم البيع، أو لم يكن هناك سوق أصلاً كان للقاضي تقدير الثمن بثمن المثل. فالنصان – على النحو السابق – يختلفان في الحالة التي يمكن فيها معرفة سعر السوق يوم البيع، وبه يتحدد الثمن في البيع التجاري ولا شيء من ذلك في البيوع المدنية(١٥٨). ويقتربان، إذا تعذرت معرفة سعر السوق في تاريخ البيع، والنتيجة. أن البيع صحيح، ولو لم يتحدد الثمن بواسطة الطرف الذي عهد إليه من قبل المتعاقدين مهمة التقدير(١٥٩).

– وتتسع سلطة المحكمة في تقدير الثمن، بثمن المثل، أخذاً من نص م٤٥٩ مدني معدل، إذا تمكن الأجنبي من تقدير الثمن، ولم يقبله أطراف التعاقد. ولا مثيل لهذه الحالة في القانون التجاري، أو في النص الأصلي، وإجمالاً، فإن النص المعدَّل يختلف عن النص الأصلي في مسألتين: نزع قوة الإلزام عن تقدير الأجنبي للثمن، وتوسيع نطاق سلطة القاضي في تقدير الثمن بثمن المثل، والمسألة الثانية، نتيجة مترتبة على المسألة الأولى ونعرض لهما – تباعاً – فيما يلي:

المطلب الثاني
مدى الالتزام بالثمن المحدد بواسطة الأجنبي، وسلطة المحكمة

٧١ – قدمنا، بأن التعديل الجوهري بالمادة ٤٥٩ من القانون المدني الكويتي يتمثل في نزع قوة الإلزام عن تقدير الأجنبي للثمن، حيث يعتد النص الجديد برضاء المتعاقدين بهذا التقدير.

وقد ترتب على ذلك نتيجة مؤداها، اتساع نطاق الحالات التي يجوز فيها للمحكمة تقدير الثمن، بثمن المثل، ليس فقط في الفرض، الذي لا يتمكن فيه من تقدير الثمن، وإنما كذلك، إذا تمكن الأجنبي من تقدير الثمن واختلف المتعاقدان بشأنه.

٧٢ – وسوف نعرض – في فرع أول – لمدى الالتزام بالثمن الذي حدده الأجنبي – على أن نتناول – في فرع ثان – سلطة المحكمة في تقدير الثمن.

الفرع الأول
مدى التزام المتعاقدين بالثمن المحدد بواسطة الأجنبي

٧٣ – إذا انتهى الأجنبي عن العقد، من تقدير ثمن المبيع. فالفرض أنه ملزم لكل من البائع، والمشتري. ومبدأ الإلزام لا يخرج – في نظرنا – عن كونه مجرد تطبيق لقاعدة أعم، وأشمل هي التزام المتعاقدين بما اتفقا عليه، فالطرفان تراضيا على أن يقبلا الثمن الذي حدده الطرف الثالث فوجب الأخذ بما سبق أن تراضيا عليه إعمالاً لمبدأ الالتزام بالعقد الوارد بنص م١٩٦ مدني

(١٥٨) وتقل أهمية الاختلاف لاتساع البيع التجاري على حساب البيع المدني في القانون الكويتي لأسباب، عُرض لها في الزقرد/ بند ٥/ ص٧.

(١٥٩) قرب الأهواني/ ص٢٣٤/ بند ٣٠٣ – بعكس م٢٢٤ مدني مصري.

كويتي[١٦٠] وعلى هذا، نص م٤٥٩، قبل تعديله وإجماع الفقه[١٦١] والقضاء[١٦٢]. لذا، حكم مثلاً بأن تقدير الأجنبي للثمن ملزم للمتبايعين، فلا يكون لأي منهما – كقاعدة عامة – مخالفة التقدير ولا تعديل الثمن المحدد ارتفاعاً، أو انخفاضاً[١٦٣] وبأن البيع باطل إذا كان تقدير الثمن في حاجة إلى اتفاق جديد بين المتعاقدين[١٦٤].

كذلك يتعين على المحكمة عدم التدخل في تقدير الثمن الذي انتهى إليه الطرف الثالث، حتى ولو كان مبالغاً فيه. ويتفرع عن ذلك، أن تقدير الأجنبي ملزم للمتبايعين وللمحكمة. وتغل فيه يد القاضي عن التعديل، ولو كان تقدير الثمن مبالغاً فيه. وبذا، يختلف عن الشرط الجزائي، كاتفاق بين المتعاقدين على مبلغ التعويض، إذا أخل أي منهما بالالتزامات التي يولدها العقد، يجوز فيه للمحكمة تخفيض قيمته إذا كان مبالغاً فيها إلى درجة كبيرة وأثبت المدين ذلك، بنسبة ما نفذ المدين من التزامه، أو بنسبة ما نفذ منه بغير تأخر بحسب الأحوال[١٦٥].

يتعين على المحكمة عدم التدخل في تقدير قيمة المبيع، كما انتهى إليها، الأجنبي، حتى وإن كانت بأقل من قيمته[١٦٦].

٧٤ – ومع ذلك، يجوز لأي من المتعاقدين الطعن في التقدير الذي انتهى إليه الأجنبي إعمالاً لقواعد عيوب الإرادة[١٦٧] للغلط في قيمة جوهرية في المبيع[١٦٨] في بعض الأحكام أو للتدليس[١٦٩] في أحكام أخرى أو إذا بنى طعنه على خروج الأجنبي المفوض تقدير الثمن، عن الحدود التي رسمها الاتفاق[١٧٠]. في أحكام أخرى.

---

(١٦٠) ونص المادة ١٤٨ مدني مصري.

(١٦١) مثلاً الأهواني/ ص٢٣٢/ بند ٣٠٠/ مرقس والخليلي/ ص٢٣٤/ بند ١٠١/ – البدراوي/ ص١١٨/ بند ٦٦/ – سلطان/ ص١٢٧/ بند ١١٨ – السنهوري/ ص٤٨١/ بند ٢١٢ – تناغو/ ص١١٠/ بند ٣٦/ – الشرقاوي/ ص١٣٦/ ١٣٧ – الزقرد/ ص ١٠٩/ بند ١١٣ (م).
– ومن الفقه الفرنسي جستان/ العقد/ بند ٥٢٢/ جستان وديشي/ ص٤٤٠/ بند ٣٨٨/ مازو ص١١١/ بند ٨٦٨/ – ماليري وآينس/ ص١٥٤/ بند ٢٠٥.

(١٦٢) Com. 25 mai 1981 - RTD Com 1981 - 829-
Civ. 16 mai 1984 - B. civ - 1 - n° 164
Aix 7 mars 1974 - D. 1974 - 678.
Com. 27 avril 1968 - B. civ - IV - 141
T. Civ. Toulouse 12 juillet 1956 - G.P. 1956 - 2 - 252.

(١٦٣) Civ. 4 janvier 1973 - B. civ- 111 - P17 - n° 21

(١٦٤) انظر: Com. 24 mars 1965 - JCP. 1965 - 11 - 14378 - not - P.L.D

(١٦٥) Civ. 31 janvier 1974 - D. 1974 - Som - 92.

(١٦٦) Com. 4 nobembre 1987 - JCP. 1988 - 11 - 21050 - not. A. Viandier.

(١٦٧) في المعنى نفسه: Com 6 juin 1950 - B. civ - 11 - n° 205.

(١٦٨) Com. 9 avril 1991 - RTD civ. 1992 - 133 - not. P. y. Gautier.

(١٦٩) انظر: Com. 3 nobembre 1952 - B. civ - 111 - 333

(١٧٠) Com. 4 novembre 1987 - B. civ. IV - 226 -
مرقس والخليلي/ ص٢٣٢/ بند ٩٩.

الفرع الثاني:
سلطة المحكمة في تقدير الثمن بالنص المعدَّل

٧٥ – قدمنا بأن نص المادة ٤٥٩ مدني، كان يخول المتعاقدين الالتجاء إلى القضاء بقصد الحصول منه على حكم بتقدير الثمن في حالة واحدة هي ألا يتمكن، الأجنبي «المعهود إليه تقدير الثمن» لأي سبب من الأسباب من تقدير قيمة المبيع. وذكرنا بأن الأصح – فيما يراه الفقه – في هذا الفرض. ألا ينعقد البيع أصلا لتخلف عنصر جوهري فيه هو الثمن. كما أن تقدير القاضي للثمن ينطوي على تكملة لشروط العقد. ويخرج بالقضاء عن وظيفته التقليدية وهي الفصل في الخصومات. ويخالف الاتجاه السائد في القانون المقارن(١٧١).

وكان مأمولاً والحال هذه أن ينصب تعديل النص على هذه المسألة فينزع عن المحكمة سلطة تكملة عناصر العقد الجوهرية. فيعتبر البيع – في الفرض المذكور – كأن لم يكن. فإذا بالتعديل الوارد على النص السابق – للأسف – يتوسع في سلطة المحكمة في تقدير الثمن، ليس فقط في الحالة التي لا يتمكن فيها الأجنبي من تقدير قيمة المبيع. وإنما كذلك، إذا تمكن من تقدير الثمن، واختلف المتعاقدان بشأنه. وهو توسع، تحل بمقتضاه المحكمة محل إرادة المتعاقدين، تحديد ركن البيع الأساسي ويوحي بتناقض في السياسة التشريعية للنص المذكور، لا نفهمه. فالمشرع الذي يبالغ في تقدير إرادة المتعاقدين من جهة عدم إلزامهما بالثمن الذي يقدره الطرف الثالث، ما لم يتراضيا عليه – مرة أخرى – منعاً للجهالة يجور من جهة أخرى على إرادة المتعاقدين، فيخول المحكمة، أن تحل محلهما، مكملة بذلك شروط التعاقد في تقدير الثمن بينما اتجهت إرادتهما أصلا إلى تفويض التقدير لطرف ثالث وهذا الطرف، ليس المحكمة. وبذا، كان ينبغي أن يكون الثمن الذي يقدره هذا الطرف

---

(١٧١) من القضاء المصري – نقض ٢٦/١٠/١٩٨٧/ شعلة/ ص٤٤/ رقم ١٥ – ونقض ٢٨/١/١٩٨٠ – أحكام النقض/ س٣١/ ص٣١٨.

ومن الفقه المصري: السنهوري والفقي/ ص٤٨١/ بند ٢١٢/ أنور سلطان/ ص١٢٧/ بند ١١٨ مرقس والخليلي/ ص٢٣٤/ بند ١٠١/ البدراوي/ ص١١٠/ بند ٦٦/ الشرقاوي/ ص١١٧/ ص١١٨ تناغو/ ص١١١/١١٢/ بند ٣٦.

– ومن الفقه الفرنسي، انظر مازو – بواسطة جوجلار – جـ٣ – دروس في البيع/ ص١١١/ بند ٨٦٨ – وحرفياً:
en aucun Cas, le Tribunal ne Peut Valider une Vente nulle en determinant le Prix que, les Parties ont omis de fixer dans son chiffre ou ses elements...
Damiel - Veaux - J - CL - civ - V° - Vente - art 1591 -

كولار، وديلبك/ العقود المدنية والتجارية/ ط٣ – ١٩٩٦ – ص١٢٥/ بند ١٤٥ ماليري، وآينيس/ ص١٥٢/ بند ٢٠٣.

وذكر Farjat - et - Martin عن تحديد القاضي للثمن، بأنه يفتح طريقاً لتعهد غير حقيقي، وحرفياً:
"...les juges risquent d'ouvrir la voie à de faux engagement - J - CL - civ - objet de Contrat - art - 1126 - 1130.

ملزما لهما. خصوصا، وأنهما تراضيا على تفويضه مهمة التقدير. فإن لم يتمكن من تقدير قيمة المبيع، أو لم يرغب أصلاً القيام بمهمة التقدير، فإن البيع يعتبر كأن لم يكن Caduc، لتخلف الاتفاق على عنصر جوهري فيه. وبعكس ذلك، إذا حدد المتبايعان ثمناً للمبيع، وثار نزاع على مقداره، فإن للمحكمة – في قضاء النقض المصرية – أن تستخلص من شروط البيع، ووقائع النزاع مقدار الثمن الذي اتفق عليه، ما دام هذا الاستخلاص يستند إلى عناصر ثابتة من أوراق الدعوى(١٧٢) من دون أن يعتبر ذلك تدخلا من المحكمة في تكملة شروط العقد.

٧٦ – وليس ثمة ما يمنع المحكمة، تقدير الثمن إذا وجد نص بالعقد يخولها سلطة التقدير، دون أن يعتبر ذلك افتئاتاً على إرادة المتعاقدين. فقد قدمنا، بأن عدم تحديد الثمن، لا يعني بطلان العقد، إذا تضمن العقد، أسساً صالحة لتقديره، ومن ذلك، الاتفاق على تفويض المحكمة سلطة تقدير الثمن.

المبحث الثاني
نقد التعديل الوارد بقانون ١٥/١٩٩٦
(من حيث التراضي على تقدير الأجنبي للثمن، وسلطة المحكمة في التقدير)

تمهيد وتقسيم:

٧٧ – رأينا بأن تعديل نص المادة ٤٥٩، قد تمثل أساساً في نزع قوة الإلزام عن تقدير الأجنبي للثمن. بحيث لا ينعقد العقد إلا إذا رضي المتعاقدان بهذا التقدير(١٧٣) وعند الخلاف يرجع إلى سعر المثل. وهذا التعديل أدى بدوره إلى نتيجتين. الأولى. اتساع نطاق الحالات التي يكون فيها للمحكمة تقدير الثمن، بثمن المثل مقارنة بالنص الأصلي، أو... بنص م ١٢٥ من قانون التجارة.

والثانية، اختلاف الطبيعة القانونية، لوظيفة، الأجنبي، المعهود إليه تقدير الثمن بالنص المعدَّل، مقارنة بالنص الأصلي.

٧٨ – وبناء على ما تقدم، نعرض لملاحظاتنا على قاعدة، عدم الالتزام بتقدير الأجنبي للثمن. في مطلب أول.

– وعلى سلطة المحكمة في تقدير الثمن – في مطلب ثان.

---

(١٧٢) نقض ١٠/٥/١٩٦٣ – أحكام النقض/ س١٢/ ص٦٣٩.

(١٧٣) وكانت لجنة القانون الخاص، التي درست مشروع تعديل هذا النص، قد اقترحت إعادة صياغته كالآتي: «يجوز أن يقتصر من تقدير الثمن على بيان أسس صالحة لتقديره. وإذا ترك تقدير الثمن لأجنبي عن العقد، فإن العقد ينعقد لهذا التقدير ما لم يكن قد اتفق على غير ذلك». وفرق بين اقتراح اللجنة، وما جاء بالنص المعدَّل. – انظر أعمال اللجنة المذكورة في ١٠/٣/١٩٩٦.

المطلب الأول:
قاعدة عدم الالتزام بتقدير الثمن، ملاحظات:

٧٩ – عدل المشرع الكويتي عن قاعدة إلزام المتعاقدين بالثمن الذي حدده الطرف الثالث. بحيث أصبح تقدير الأجنبي غير ملزم. إلا إذا رضي المتبايعان بهذا التقدير م٤٥٩ وعند الخلاف، يكون للمحكمة، تقدير الثمن بثمن المثل. وبررت المذكرة الإيضاحية للنص، ذلك بأن ترك تقدير الثمن لأجنبي يجعله غير معلوم للمتعاقدين عند التعاقد، وهو ما يخالف قواعد الفقه الإسلامي نظرا لما ينطوي عليه من جهالة». وهي مبررات غير مقبولة، وتتشدد في تقدير إرادة المتعاقدين، وتؤدي إلى كثير من التعقيدات، وتخالف، الاتجاه السائد في القانون المقارن.

٨٠ – فهي أولاً، غير مقبولة، لأن أطراف البيع بإحالتهما تقدير الثمن بواسطة أجنبي يكونان قد ارتضيا مقدما بهذا التقدير. والقاعدة أن الثمن إن لم يكن مقدراً كما أسلفنا – يمكن أن يكون قابلاً للتقدير، إذا تضمن العقد الأسس الصالحة لذلك ومن ذلك، ترك تقدير الثمن لأجنبي يتفقان عليه، فإذا انتهى الأجنبي من تحديد الثمن، وجب الأخذ به، إعمالاً للاتفاق السابق بينهما.

أما أن يتفقا بداية على تفويض تقدير الثمن لطرف ثالث، ولا يكون هذا التقدير ملزماً لهما إلا برضائهما مرة أخرى. فإنه يهدر كل قيمة لاتفاقهما الأول ويخالف قاعدة القوة الملزمة للعقد.

٨١ – والنص المعَّدل ينطوي على تشدد في تقدير دور الإرادة. فيشترط الاتفاق بداية على ترك تقدير الثمن لأجنبي، كما يشترط رضاء المتعاقدين مرة أخرى بالتقدير الذي يتوصل إليه، وإلا كان للمحكمة التدخل بتقدير الثمن، بثمن المثل. وهو ما يجرد الرضاء الأول من كل قيمة ما دام أنه يترك للمحكمة سلطة تقدير الثمن بثمن المثل، ويثير التساؤل عن جدوى عمل الأجنبي أصلا.

ويتفرع عن ذلك، أن المشرع الذي يبالغ في تقدير إرادة المتعاقدين، بعدم إلزامهما بتقدير الأجنبي للثمن، يجوز من ناحية ثانية على إرادة المتبايعين، فيخول المحكمة، أن تحل محلهما في تقدير الثمن، وهو ركن من أركان العقد. فيكون للمحكمة بذلك – تكملة إرادة المتعاقدين. على ما سنرى حالاً.

٨٢ – والتعديل الوارد بقانون ١٩٩٦/١٥، يؤدي إلى تعقيدات عدة: فقد أشرنا آنفا، إلى أن تفويض المتعاقدين لأجنبي تقدير الثمن، والاختلاف بعد ذلك في اختيار هذا الأجنبي، يترتب عليه عدم انعقاد العقد.. ويتساوى ذلك، والحالة التي لا يتمكن فيها الأجنبي من تقدير الثمن، أو يقع اختلاف بشأن هذا التقدير. ففي هذه الفروض جميعا يتخلف عنصر جوهري في العقد، وبذا، يعتبر البيع كأن لم يكن. أما التفرقة التي أقامها المشرع الكويتي بين هذين الفرضين فاعتبر البيع باطلا في الحالة الأولى، وصحيحا في الحالة الثانية على سند من القول بأنه إذا وقع اختلاف في تقدير الأجنبي للثمن،

كان للمحكمة تقديره بثمن المثل. فمردود عليه بأن الاتفاق، عهد إلى هذا الأجنبي أصلاً، لا إلى المحكمة بالتقدير(١٧٤).

وتفريعاً على ذلك، ثمة فرض يمكن تصوره بالنص المعدَّل، يتحدد فيه الثمن على مراحل ثلاث: الأولى، وفيها يتفق البائع، والمشتري على تفويض أجنبي تقدير قيمة المبيع مع الاتفاق كذلك على شخص المفوض.

وفي المرحلة الثانية، يتمكن المفوض، فعلا من تقدير الثمن، فلا يرضى به أطراف العقد. فيحال أمر التقدير – في مرحلة ثالثة للمحكمة.

وليس من المعقول، أن يتحدد الثمن، وهو ركن العقد الأساسي على هذا النحو بما ينطوي عليه من ضياع للوقت، والجهد، والنفقات.

٨٣ – وقد يرد على ذلك بأن تقدير الأجنبي للثمن يجعله غير معلوم للمتعاقدين عند التعاقد، ويخالف المبدأ المستقر بالقانون الكويتي، وهو العلم بأركان البيع «المبيع، والثمن» أما المبيع، فقد تكفلت به المادة ٤٥٦ مدني التي أوجبت على المشتري العلم بالمبيع علماً كافيا. ولم تكتف بالقواعد العامة بتعيين محل العقد. واتساقا مع المبدأ السابق، نصت المادة ٤٥٩ مدني معَّدل على ضرورة الرضاء بالثمن «وهو الركن الثاني» من جانب المتبايعين، وبه يتوافر العلم؛ وتتحقق حماية المتعاقدين.

ومردود على ذلك بأن حماية المتعاقدين تتحقق من إمكانية الطعن على تقدير الأحنبي للثمن بالغلط، أو بالتدليس، أو بتجاوز حدود المهمة المعهود بها إليه. أما الرضاء بالتقدير مرة أخرى، فتشدد لا معنى له، كما أنه يعلق أحد أركان البيع على تعبير إرادي آخر. فضلا عن أنه يفتح الباب على مصراعيه لمنازعات تثور بشأن المبيع الذي تتغير قيمته انخفاضا، وارتفاعا خلال فترات زمنية قصيرة. فقد يترك تقدير الثمن لأجنبي. وبعد فترة معينة ينتهي هذا الشخص من تقدير قيمة المبيع، فتتغير قيمته ارتفاعا، أو انخفاضا. وفي الحالة الأولى – أخذا من النص المعدل لن يقبله المشتري. وفي الحالة الثانية، يرفضه البائع. ولا يغير من ذلك أن يكون الثمن قد تحدد، وفقاً لمعايير موضوعية ما دام أن تقدير الأجنبي للثمن غير ملزم للمتعاقدين أصلا.

٨٤ – بقى أن نذكِّر، بأن قاعدة عدم التزام المتعاقدين بتقدير الأجنبي للثمن، انعكس على

(١٧٤) ويرى الفقه عموماً، بأن تحديد الثمن بواسطة طرف ثالث، يساهم في إنفاذ العقد خصوصاً العقود الكبيرة، وهو ضمان، أو احتياط كاف يقي المتعاقدين، المنازعات المحتملة، ولا يحقق وظيفته إلا إذا كان التقدير ملزماً للمتعاقدين، فإذا أعيد النظر منهما في تقدير الأجنبي، فإنه لا يسمح بإنقاذ الصفقة، ولا حل المنازعات المحتملة انظر – مثلاً:
B. Gross, les clauses de prix dans les Contrats de biére. Cont. Con Consom. Janvier 1991.
Frison - Roche, l.indetermination du Prix. RTD. civ - 1992 - D. Legeai, le determination du Prix d'achat des marchandines de les Contrats de franchuse, l. espoir decu - JCP. E - 1992 - 135.

الطبيعة القانونية لوظيفة الأجنبي، ففي النص الأصلي، للمادة ٤٥٩ مدني الذي كان يتفق ونص المادة ١٥٩١ من القانون المدني الفرنسي وما عليه العمل بالقانون المصري اختلفت الآراء،[١٧٥] واتجه الرأي الغالب[١٧٦] إلى أن الأجنبي إذا انتهى من تحديد الثمن والفرض، أنه ملزم للبائع، والمشتري، يعتبر وكيلا عنهما. وذهبت محكمة النقض المصرية إلى أنه إذا ترك الطرفان في عقد البيع تحديد الثمن لأجنبي يتفقان عليه وقت العقد، فيكون الثمن في هذه الحالة قابلا للتقدير، بتفويض الأجنبي في تقديره، وما يقدره الأجنبي ثمنا للمبيع يعتبر ملزماً لكل من البائع، والمشتري، فهو وكيل عنهما[١٧٧]. بينما انتهينا – في شرح النص الأصلي للمادة ٤٥٩[١٧٨] إلى أن مبدأ الإلزام بالثمن الذي حدده الأجنبي لا يخرج عن كونه، مجرد تطبيق لقاعدة أعم، وأشمل، هي التزام المتعاقدين بما اتفقا عليه. فالطرفان تراضيا، على أن يقبلا الثمن الذي حدده الأجنبي فوجب الأخذ بما سبق أن تراضيا عليه دون الحاجة للقول بالوكالة عنهما كأساس للالتزام بالثمن. ومن ناحية أخرى، فالوكيل، منفذ لإرادة الموكل، كونه، يبرم التصرفات القانونية باسمه، ولمصلحته. بينما تفويض تحديد الثمن لأجنبي، مع التزام المتبايعين، بهذا التقدير، يعني أنه، يفرض إرادته على من وكله، وهما البائع والمشتري.

وبذا. فإن قاعدة الالتزام بالثمن الذي حدده. الأجنبي، لا تخرج عن كونها تطبقا لقاعدة الأثر اللازم للعقد. ولا شأن له بالوكالة، على الأسباب التي ذكرناها آنفا.

أما، وقد عدل المشرع الكويتي عن قاعدة الإلزام بتقدير الأجنبي للثمن، إلا إذا رضي المتعاقدان بهذا التقدير، وعند الاختلاف يعتد بثمن المثل. فلا مناص من التسليم بفكرة الوكالة. وبذا، فإن الطبيعة القانونية للأجنبي المعهد إليه تقدير الثمن، تنطبق عليها أحكام الوكالة.

المطلب الثاني
تقدير المحكمة للثمن، ملاحظات

٨٥ – يتمثل النقد الثاني لنص م٤٥٩ مدني، بتخويل المحكمة سلطة تقدير الثمن، بصورة

(١٧٥) فبينما، أطلقت م ١٥٩٢ مدني فرنسي، على هذا الأجنبي، لفظة الحكم، وعلى عمله، تحكيم الغير l.arbitrage d'autrui، إلا أنه تعبير منتقد – فالتحكيم يفترض نزاعاً، أو خصومة، بينما يقتصر عمل الأجنبي على تقدير قيمة المبيع، أي تكملة اتفاق المتعاقدين اللذين أرجآ، أحد عناصره للأجنبي ماليري، وآينس/ ص١٥٣/ بند ٢٠٤ – جروس/ ص٤١ – كذا، فإن الأجنبي، في تقديره للثمن لا يعد خبيراً، فتقديره ملزم، وعمل الخبير استشاري وحتى بعد نزع قوة الإلزام عن تقدير الأجنبي في النص المعدل، فإن اتفاق المتعاقدين، على تقدير الثمن بواسطة الأجنبي يختلف عن اختيار الخبر الذي يلزم له، اتباع الإجراءات التي رسمها قانون المرافعات الكويتي لعمل المحكمين، وأهل الخبرة – البدراوي/ ص١١٢/ بند ٦٧ – الأهواني/ ص٢٣٥/ بند ٣٠٥.

(١٧٦) الأهواني/ مرجع وموضع سابقين – وماليري، وآينس – مرجع سابق وعكس ذلك البدراوي/ مرجع وموضع سابقين.

(١٧٧) نقض ١٩٨٨/٥/٨ – شعلة – ص٤٤/ رقم ١٦.

(١٧٨) الزقرد/ بند ١١٧.

أوسع نطاقاً من النص الأصلي، بدون شرط في العقد، يمنحها سلطة التقدير[١٧٩] بما يترتب عليه، حلول القاضي، محل إرادة أحد المتعاقدين من تكملة شروط العقد. «بتحديد الثمن، وهو ركن العقد الأساسي» فضلاً عن أن تدخل المحكمة، في تقدير الثمن، يخرج بالقضاء عن وظيفته التقليدية وهو الفصل في الخصومات، وليس من ذلك، تحديد قيمة المبيع في العقود. وقد يرد على ذلك، من ناحية أولى بأن سلطة المحكمة، تقدير الثمن، تعبر عن سياسة ينتهجها المشرع الكويتي، وبه يتوافق نص المادة ٤٥٩ من القانون المدني، ونص المادة ١٢٥، من قانون التجارة، التي قضت بأنه، إذا لم يعين «الأجنبي» الثمن لأي سبب كان، ألزم المشتري بسعر السوق يوم البيع، فإن تعذرت معرفة سعر السوق، تكفل القاضي بتعيين الثمن. بينما خولت الأولى للمحكمة تقدير الثمن في حالتين هما: عدم تمكن الأجنبي من التقدير، أو تمكنه، وعدم الرضاء مرة أخرى بتقديره. والقول بعد ذلك يعني اختلاف الحكم القانوني لمسألة واحدة. ومن ناحية ثانية، فإن تحديد المحكمة للثمن، بثمن المثل في الحالات السابقة، تأكيد لاتفاق ضمني بين المتعاقدين، ذلك، أن تفويض المتعاقدين لطرف ثالث تحديد الثمن، إنما يستهدف ضمنا – تحديد الثمن بثمن المثل، بواسطة شخص يوثق فيه «هو الأجنبي» فإن لم يتمكن، حكمت المحكمة به[١٨٠] دون أن يعد ذلك بمثابة خروج على اتفاقهما الضمني.

٨٦ – ومردود على ذلك أولاً، بأن نص المادة ٤٥٩ مدني، وإن اتفق مع نص المادة ١٢٥ من قانون التجارة، في صحة البيع على الرغم من عدم تقدير الثمن بتفويض المحكمة مهمة تقديره بثمن المثل – وإن اختلف أساس تحديد الثمن وحالات تقديره، بواسطة المحكمة. إلا أن نص المادة ١٢٥ من قانون التجارة قد وجه إليه الانتقادات ذاتها، التي توجه إلى نص م٤٥٩ من القانون المدني. بأنه، افتئات على إرادة المتعاقدين. وخروج بالقضاء عن وظيفته التقليدية.

وثانياً، فإن القول بوجود اتفاق ضمني بين المتعاقدين على تقدير الثمن بواسطة الأجنبي، بثمن المثل، فإن لم يتمكن، أو اختلف بشأن تقديره، كان للقاضي سلطة تقديره، إعمالاً لهذا الاتفاق الضمني. مردود عليه بأن الاتفاق، حتى ولو كان ضمنياً على تخويل الأجنبي سلطة تقدير الثمن، يلزم

---

(١٧٩) وطبقاً لقضاء فرنسي قديم، كان القاضي يحل، محل الأجنبي في تقدير الثمن إذا رفض الأخير القيام بمهمة التقدير، مثلاً:

Paris 18 novembre 1831 - D. 1831 - 11 - 239

فيما أشارت إليه إيزابيل كوربيزييه/ ص٧٧٦/ هـ ٤٧٠ – وعدل القضاء عن هذا الاتجاه تماماً – انظر: بلانيول، وريبر/ رقم ٣٩، ونقض مدني

Civ. 25 avril 1952 - D. 1952 - P635.
Civ. 28 mai 1952 - B. civ. 1 - P150 - n°182 -
Civ. 6 juin 1969 - D. 1970 - 513 -

وجستان، وديشي/ ص٤٣٣.

(١٨٠) قرب، الأهواني/ ص٢٣٣/ بند ٣٠١ – وجمال زكي/ ص١٤٣.

المتعاقدين، بالتقدير الذي ينتهي إليه الأجنبي، إعمالاً لمبدأ، العقد شريعة المتعاقدين بما يترتب عليه، التزامهما بالتقدير الذي انتهى إليه الأجنبي. فلا يكون للمحكمة سلطة تقدير الثمن. فهي حجة تنفي عن المحكمة مبررات تقدير الثمن، ولا تؤكدها.

٨١ – ومقابل ذلك، فقد استقر قضاء النقض المصرية(١٨١) أو الفرنسية(١٨٢) بأن تقدير الثمن الذي انتهى إليه الأجنبي ملزم للمتبايعين، وللمحكمة على السواء ولا يجوز للقاضي – من أحكام عدة – أن يحل تقديره هو محل تقدير من فوضه البائع والمشتري مهمة تقدير قيمة المبيع(١٨٣) وذلك أخذاً من مبدأ تقليدي يحظر على المحكمة، تكملة إرادة المتعاقدين، بتحديد عنصر جوهري من عناصر العقد، كالثمن في البيع.

– فإذا أثير التساؤل عن دور القاضي في تقدير الثمن وحدود هذا الدور، يجب التفرقة بين مسألتين: الأولى، إذا كان الثمن مقدراً، وحدث نزاع على مقداره بعد ذلك. فإن للمحكمة أن تستخلص من شروط البيع، ووقائع النزاع مقدار الثمن الذي اتفق عليه ما دام هذا الاستخلاص يستند إلى عناصر ثابتة(١٨٤) وتفسير ذلك، أن مهمة القاضي، الكشف عن إرادة المتعاقدين بتفسير نصوص العقد، وإضفاء التكييف القانوني عليه(١٨٥) فإذا تدخل القاضي في تقدير الثمن، فمعنى ذلك أنه يكمل إرادة المتعاقدين بتحديد أهم عناصر البيع(١٨٦) ويتعدى بذلك حدود مهمته. وهذه هي المسألة الثانية. وتأييداً لذلك، حكم مثلاً بأنه يتعين على المحكمة عدم التدخل في تقدير الثمن الذي انتهى إليه الطرف

---

(١٨١) مثلاً، نقض ١٩٨٨/٥/٨ – شعلة/ ص٤٤/ رقم ١٦.

(١٨٢) مثلاً:
Com. 27 avril 1968 - B civ. IV - 141
Civ. 16 mai 1984 - B civ - 1 - n° 164
Com. 25 mai 1981 - RTD civ. 1981 - 829

(١٨٣) مثلاً:
Civ. 4 juillet 1968 - B. civ - 111 - n° 325 - P250
Rouen, 14 janvier 1982 - G.P. 1982 - Som - 189

(١٨٤) وعلى هذا، قضاء النقض المصرية، مثلاً نقض ١٩٦٣/٥/١٠ – أحكام النقض/ س١٢/ ص٦٣٩.

(١٨٥) في المعنى نفسه، بلانيول، وريبير – المطول العملي للقانون المدني الفرنسي – ط٦ – /ص١٨ – ستارك – القانون المدني/ الالتزامات/ ١٩٨٦/ ط٢ – ص٢٣٢ – ماليري، وآينس/ الالتزامات/ ١٩٨٥/ ص٣١٥.

(١٨٦) ويستثنى من ذلك، عقد المقاولة، وفيه، يجوز للمحكمة تقدير أجرة المقاول، من ظروف وملابسات المقاولة، إذا لم يتضمن العقد هذا الأجر – جستان/ العقد/ ١٩٨٠/ ص٤٢٤/ بند ٥٢٣ – وماليري وآينس – ص٣٢٢ – وتطبيقاً لذلك نقض ٢٤ يناير ١٩٧٨ – بلتان مدني – رقم ٤٩ وانظر مازو – بواسطة جوجلار –/ ص١١١/ بند ٨٦٨ – وإن ورد مع ذلك نص بالمادة ل١٨٠ من مشروع قانون الاستهلاك الفرنسي. بأنه إذا لم يكن الثمن محدداً بالعقد فإن للمشتري الخيار بين طلب إبطال البيع، أو ترك تقدير الثمن للمحكمة. وحذف النص من المشروع النهائي. فجاء تقنين الاستهلاك – خالياً من هذا النص.. تقنين – ٢٦/ يوليو/ ١٩٩٣ المنشور في دالوز – جـ٣ – ص٤١١.

الثالث حتى ولو كان مبالغاً فيه[١٨٧] وبأنه لا يجوز للمحكمة التدخل في تقدير قيمة المبيع، كما انتهى إليها الطرف الثالث حتى ولو كانت بأقل من قيمته[١٨٨].

وتفريعاً على ذلك، أكدت محكمة النقض بأن إحلال القاضي محل إرادة المتعاقدين في تقدير الثمن يخالف صريح المادة ١٥٨٩ مدني[١٨٩] ورفضت لذلك حكم الاستئناف الذي قامت فيه المحكمة – من تلقاء نفسها بحساب أسعار المنتجات البترولية، في دعوى تتلخص وقائعها في اتفاق أبرم بين مشروع لإدارة أحد الفنادق وموزع المنتجات البترولية، يورد فيه الأخير، ولمدة عشر سنوات المواد المذكورة لإدارة الفندق. ولما تغيرت الأسعار، ارتفاعاً، وانخفاضاً خلال هذه المدة، بحيث أصبح من الصعوبة حساب الثمن. قدرت محكمة الاستئناف في الدعوى هذا الثمن بأنه المبلغ الذي يدفع عملاً للممول «محطة الجنوب العربي للبترول» من قبل العملاء الذين يتعاقد معهم في نفس الظروف وبذات الشروط، فأصدرت محكمة النقض حكمها المذكور. كذا، حكم بأن القاضي، يخالف صريح النص الوارد بالمادة ١٥٩١ مدني، إذا حل محل المتعاقدين، تحديد ثمن المبيع، بتعيينه خبيراً يقدر ثمن المتر من الخشب «في العقد»[١٩٠].

– وعلى فرض أن المتعاقدين اتفقا على طريقة لحساب الأسعار، لم يمكن تطبيقها بسبب عدم الكشف عن أحد عناصر الحساب، وقت إبرام العقد فإن قاضي الموضوع في نظر محكمة النقض لا يكون له أن يحل إرادته محل إرادة المتعاقدين بفرض طريقة أخرى لحساب الأسعار خلاف المتفق عليها بالعقد[١٩١].

---

(١٨٧) نقض «تجاري» ٤ نوفمبر ١٩٨٧ – JCP. – ١٩٨٨ – ٢ – رقم ٢١٠٥٠ – تعليق A.Viandier. وإذا كانت المحكمة لا تتدخل في تقدير الثمن الذي انتهى إليه الطرف الثالث. بالزيادة، أو التخفيض، يجوز لها بعكس ذلك، التدخل بتخفيض قيمة الشرط الجزائي في حالات محددة منها، أن يكون مبالغاً فيه إلى درجة كبيرة.... الخ.

(١٨٨) في هذا المعنى جستان – العقد/ الانعقاد/ بند ٥٢٢.

(١٨٩) حكم: Civ. 29 novembre 1965 - RTD civ. 1966 - 301 - obs. G. Cornu.

(١٩٠) انظر: Rouen, 14 janvier 1982 - G.P. - Som - 189

وبأن تحديد الأجنبي للثمن أفضل من تعيين المحكمة لخبير يقوم بهذه المهمة

Daniel - Veaux, J - CL - Civ - V^{e} - Vent - art 1591

وبعكس ذلك، يكون للمحكمة – بنص في العقد – اختيار طرف ثالث، للتقدير

Aix, 7 mars 1974 - D.S. 1974 - 678

ويعتبر ذلك، تطبيقاً لإرادة المتعاقدين.

(١٩١) انظر: Civ. 4 Janvier 1973 - B. civ. 111 - P17 - n^{o}21

وقرب

Civ. 4 Juillet 1968 - B. civ - 111 - n^{o}325 - P250

وفيه «لا يجوز للمحكمة الحكم بالتنفيذ العيني، إذا تبين أن الثمن المحدد بالوعد بالبيع متروك لأحد المتعاقدين «البائع» ولم يقم بمهمة التقدير».

وتأييداً للقضاء المذكور، اتجه الفقه إلى أن المحكمة لا تستطيع تعيين شخص يحل محل الأجنبي في تقدير الثمن، إذا امتنع الأخير عن القيام بالتقدير(١٩٢) وبأنه إذا اتفق المتبايعان على أن تعين المحكمة مرجحاً عند اختلاف المفوضين في تقدير الثمن، واعترض أحد المفوضين، أو امتنع عن إبداء رأيه فإن المحكمة لا تستطيع تعيين شخص يحل محله(١٩٣).

وقد ذهب البعض بعيداً، بالقول بأن القاضي لا يستطيع تقدير الثمن بنفسه حتى، ولو عهد إليه المتبايعان في ذلك وجعلاه هو المفوض لأن القاضي ليست مهمته أن يكمل العقود التي لم تتم، بل أن يحسم الخلاف في عقود تمت فعلاً(١٩٤).

– وقد يرد على ذلك، بأن الاتجاه السائد بالقانون المقارن، ليس حجة في مواجهة النص الصريح، بعدم التزام المتعاقدين بالثمن الذي يقدره الأجنبي أو ترك تقديره – عند الخلاف بينهما، للمحكمة.

– والواقع، أننا لا نشكك – إطلاقاً – في صراحة النص، أو وجوب الالتزام به وإنما يتمثل النقد أصلاً في مدى التعقيدات التي يرتبها مقارنة بما عليه العمل بالقانون المقارن في عقد من أهم العقود التي تنظم المعاملات المدنية، والتجارية على السواء، خصوصاً، وقد قدمنا بأن النص الوارد بالمادة ١٢٥ من قانون التجارة، يقوم على الأسس ذاتها التي تخول للمحكمة سلطة تقدير الثمن. كما أن النص الوارد بالقانون المعدل، لن يتلاءم بجموده، ومقتضيات الاستقرار الواجب في العلاقات التعاقدية ما دام أن الثمن، يتحدد خلال مراحل ثلاث سبق أن عرضنا لها.

– ومردود على ذلك، بأن النص الوارد بالقانون المعدَّل، كغيره من النصوص، ورد مطابقاً لأحكام الفقه الإسلامي. على أساس أن «ترك تقدير الثمن لأجنبي يجعله غير معلوم للمتعاقدين، عند التعاقد، وهو ما يخالف قواعد الفقه الإسلامي، نظراً لما ينطوي عليه من الجهالة(١٩٥) وعند الخلاف يرجع إلى سعر المثل، وذلك حتى يكون هناك معيار يتم الاحتكام إليه عند وجود الخلاف.

– والواقع، أن الجهالة المزعومة عن تقدير الأجنبي للثمن مبالغ فيها، ولا تعبر عن الحقيقة. وخصوصاً، أن المتعاقدين، قد أحالا في تقدير الثمن إلى أجنبي عن العقد. وارتضيا تقديره للثمن. فوجب الأخذ، بما سبق، وأن تراضيا عليه. كما أن الأجنبي، ينبغي أن يكون مستقلاً عن العلاقة التعاقدية، وقد فرض، القضاء في القانون المقارن، شرائط عدة، عرضنا لها فيمن يخول، سلطة تقدير الثمن. وهي تكفل للمتعاقدين، تماماً العلم بالتقدير وإذا وقع غلط، أو تدليس، أمكن الطعن في تقدير

---

(١٩٢) بلانيول، وريبر بواسط هامل/ ص١٠/ بند ٣٩ عن السنهوري والفقي/ ص٤٨١/ هـ(٤). وفي المعنى نفسه يرى مازو – بواسطة جوجلار – دروس في عقد البيع – جـ٣ – رقم ٨٦٨ – بأنه:
"...en aucun cas, le trilunal ne peut calider une vente nulle en determinant le prix que les Parties ont omis de fixer dans son chiffre ou ses elemenis.."

(١٩٣) بلانيول، وريبر/ مرجع وموضع سابقين.

(١٩٤) وعكس ذلك أغلب الفقه المصري/ مثلاً الشرقاوي/ ص١١٦.

(١٩٥) على ما ورد حرفياً بالمذكرة الإيضاحية للنص المعدل – المصدر السابق.

الثمن. كما أن الأجنبي يلتزم حدود المهمة المفوض فيها من قبل المتعاقدين. وبذا، يمكن الطعن في تقديره إذا تجاوز حدود هذه المهمة.

إن الأهمية العملية، من تفويض شخص ثالث، القيام بتقدير الثمن، تسمح بإنقاذ العقود، خصوصاً إذا كانت قيمة المبيع كبيرة، أو لم يستطع البائع، والمشتري – تقدير قيمته وقت إبرام العقد.. وهذه الوظيفة لا يمكن أن تتحقق، إلا إذا كان تقدير الأجنبي ملزماً للمتبايعين، إعمالاً لقاعدة الأثر الملزم للعقد (م١٩٦ مدني).

كما أن قاعدة، عدم التزام المتعاقدين بالثمن الذي قدره الأجنبي، ترتب بالنص المعدل التوسع في حالات تخويل المحاكم، سلطة تقدير الأسعار. وهي مهمة تخرج بالقضاء عن وظيفته التقليدية. كما أنها إهدار لإرادة المتعاقدين.

– وأخيراً، فإن القول، بتوافق النص المعدَّل، وأحكام الفقه الإسلامي[١٩٦] يستتبع التساؤل عما إذا كان النص الأصلي ورد مخالفاً لأحكام هذا الفقه؟

– ولا يمكن التسليم بذلك فقد وردت نصوص القانون المدني الكويتي في البيع كما في غيره، مستمدة من أحكام الفقه الإسلامي. مع عدم التقيد بمذهب معين من المذاهب، ولا الوقوف عند أرجح الأقوال فيها. كما انتهج المشرع الكويتي سياسة تقوم على الأخذ بالأحكام الأكثر اتفاقا مع واقع البلاد، ومصالحها.. وهو ما يسلم به الفقه الكويتي في مجموعه[١٩٧].

– والحقيقة، أن النص الوارد بالقانون المعدل، كغيره من النصوص، ينبىء عن إرهاصات ميلاد اتجاه جديد، ينحو فيه المشرع إلى الأخذ بالأحكام الواردة في الفقه الإسلامي بصورة عامة، ومطلقة، وبصرف النظر عما إذا كانت تلائم واقع البلاد، ومصالحها. بينما ينبغي في اعتقادنا، الأخذ بالأحكام التي تتسق والمبادىء العامة التي يقوم عليها القانون الكويتي في مجمله. فلا يجوز الأخذ بحكم في الفقه الإسلامي يتعارض مع مبدأ من هذه المبادىء. وإلا، فقد النظام القانوني تجانسه، وانسجامه[١٩٨] وعلى هذا، فقد ورد نص المادة ٤٥٩ مدني معدل، مخالفاً لمبدأ «القوة الملزمة للعقد – الوارد بالمادة ١٩٦، والذي يلزم المتعاقدين، بالأخذ بما سبق، وإن تراضيا عليه، دون حاجة إلى رضاء آخر[١٩٩] كما يخالف المبدأ التقليدي عن وظيفة القضاء، وهي الفصل في المنازعات إلى وظيفة أخرى – لا يعرفها القانون المقارن – وهي التدخل في تكملة شروط العقد، بتقدير الأسعار.

---

(١٩٦) كما ورد بالمذكرة الإيضاحية لقانون ١٥/١٩٩٦.

(١٩٧) الأهواني/ ص١٣/ بند ١٤ – طعمه الشمري/ مرجع، وموضع سابقين – الزقرد/ بند ٧/ ص٥ – ويستثنى من ذلك لاعتبارات عملية نص م٩٣٧ الخاص بالحيازة في المنقول سند الحائز – كما لم يأخذ المشرع الكويتي بالشفعة كسبب من أسباب الملكية للجار المالك كما ذهب لذلك أغلب الفقه الاسلامي وجاء بالمذكرة الإيضاحية/ ص٦٨١ – بأن ظروف العصر الحالي، لا تستدعي الخروج على الأصل العام، وهو اشتراط الرضاء في انتقال الملك، بتقرير الشفعة للجار المالك.

(١٩٨) على ما ورد بالمذكرة الإيضاحية للقانون المدني/ ص١١ ونسلم به.

(١٩٩) وقرب – البدراوي /ص ١١٢/ بند ٦٧.

خاتمة عامة

– قدمنا بأن المشرع الكويتي، كغيره، لم يحدد ماهية الأسس الصالحة لتقدير الثمن فاجتهد القضاء، مؤيداً من الفقه لوضع شرائط معينة مؤداها: ألا يسمح هذا الأساس بقيام نزاع بين المتعاقدين مستقبلاً على مقدار الثمن. وهو لا يكون كذلك ما لم يكن واضحاً، وغير متوقف على محض إرادة أحد المتعاقدين.

– كما انتهينا إلى أن القضاء الفرنسي، قد تطور موقفه في هذا الصدد، فأصبح ينظر لتقدير الثمن، ليس فقط على أنه ركن، لا ينعقد البيع بدونه، وإنما كذلك بوصفه وسيلة أو آلية mecanism لحماية إرادة أحد المتعاقدين. كما أقام نوعاً من التوازن المعقول، أو المقبول بين المرونة فيما يعتبر أساساً صالحاً لتقدير الثمن فيما يعرف بسياسة إنقاذ العقود من البطلان «كجزاء سلبي بحت» وحماية المتعاقد الآخر. فخول لأحد المتعاقدين، إمكانية تقدير الثمن، وتكفل بحماية المتعاقد الآخر. فاشترط، فضلاً عن عدم التعسف في التقدير، أن يكون هذا التقدير عادلاً، وطبقاً لمقتضيات حسن النية، وهو قضاء يمكن الأخذ به بالقانونين الكويتي والمصري لعمومية النصوص الواردة بهما.

– كذا، فإن المشرع الكويتي، كغيره، أورد تطبيقات، لما يعتبر أساساً صالحاً للتقدير، منها، تقدير الثمن بسعر السوق، واعتبار الثمن الذي اشترى به البائع أساساً للتقدير. وأهمها، تفويض أجنبي عن المتعاقدين تقدير الثمن – م٤٥٩ مدني المقابلة للمادة ١٥٩٢ مدني فرنسي ولا مقابل لهما بالقانون المصري.

– وقد ورد بالنص المعدل، عدم التزام المتعاقدين، بالثمن الذي يقدره الأجنبي وبررت المذكرة الإيضاحية ذلك بأن ترك تقدير الثمن للغير، يجعله غير معلوم للمتعاقدين، عند التعاقد وهو ما يخالف أحكام الفقه الإسلامي. وعند الخلاف يعتد بثمن المثل. وقد عرضنا لهذه المبررات – جميعا – وانتهينا إلى مخالفتها للاتجاه السائد في القانون المقارن وكذا للمبادىء العامة في القانون الكويتي. كما بيّنا مدى الصعوبات التي ستترتب على قاعدة عدم الالتزام بتقدير الأجنبي للثمن.

كما أن الادعاء، بتوافق النص المعدَّل لأحكام الفقه الإسلامي مردود عليه بتأييد الأخذ عن هذا الفقه بالأحكام التي تتسق والمبادىء العامة للقانون الكويتي، وإلا فقد النظام القانوني تجانسه، وانسجامه. وهو ما ينطبق – للأسف – على م٤٥٩ بالقانون المعدَّل.

– بقي أن نوضح – مع ذلك – بأن نصوص القانون المدني المعدَّل، عمل فقهي شاق، نقدره، ينم عن جهد بذل من لجنة العمل على تطبيق الشريعة الإسلامية إلا أننا نحبذ أن ينصرف الجهد إلى تعديل نصوص وردت بقانون التجارة، وليس بالقانون المدني، جاءت مخالفة لأحكام الفقه الإسلامي. كذا، نحبذ أن ينصرف الجهد إلى العمل على إعادة التنسيق بين نصوص قانون التجارة، والقانون المدني، وهي مسألة أخرى، تستدعي دراسة أخرى[٢٠٠].

(٢٠٠) عُرض لها بإيجاز في الزقرد – الوجيز/ بند ٥ – وبعده – وقرب – من قبل – الأهواني ص٨/ بند ٩ – وبعده.

قائمة بأهم المختصرات

١ – بالعربية:

– المقصود بـ:

- نقض/ محكمة النقض المصرية – الدائرة المدنية.
- تمييز/ دائرة التمييز بمحكمة الاستئناف العليا بدولة الكويت بالنسبة للأحكام الصادرة قبل ١٩٩٠ – ومحكمة التمييز بالنسبة للأحكام الصادرة بعدها.
- أحكام النقض/ مجموعة الأحكام الصادرة عن الهيئة العامة للمواد المدنية والتجارية، والدائرة المدنية بمحكمة النقض المصرية.

أما مجموعة أحكام النقض «الدائرة الجنائية» فنشير لها بالاسم.

القواعد القانونية/ مجموعة القواعد القانونية التي قررتها محكمة التمييز تصدر عن المكتب الفني بمحكمة الاستئناف العليا – بالكويت.

- طلبة/ مجموعة المبادىء القانونية التي قررتها محكمة النقض المصرية منذ إنشائها ١٩٣١/ جـ٩ – جـ٤ – للمستشار أنور طلبة.
- المذكرة الإيضاحية/ المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الكويتي/ طبعة مجلس الوزراء، أما المذكرة الإيضاحية للقانون رقم ١٩٩٦/١٥ – محل البحث – فنشير إليها بالاسم. والسنة، والعدد/ والرقم.

٢ – بالفرنسية:

B. civ. - Bulletin des arrêts de la chambre civile

ونشير إليها أحيانا باسم/ بلتان مدني/السنة/ ص/

Civ - Civil.
D - Dalloz

ونشير إليه أحياناً باسم دالوز/ السنة/ ص/

JCP - Semaine Juridique
J-CL - Juris - classeur -
G.P - Gozette de Palais

ونشير إليها باسم جازيت دي باليه/ السنة/ ص/

R.T.D. Civ - Revue trimistrielle de droit civil

ونشير إليها باسم المجلة الفصلية للقانون المدني/ السنة/ ص/

Revue trimistrielle de droit Commercial

ونشير إليها باسم المجلة الفصلية للقانون التجاري/ السنة/ ص/

Rep. Civ - Reperatoire Dalloz, en droit civil.

قائمة بأهم المراجع

أولاً – بالعربية:

- د. أنور سلطان – العقود المسماة – شرح عقدي البيع، والمقايضة – ١٩٨٠ – دار النهضة العربية – مشار إليه باسم سلطان/ ص / بند.
- د. أحمد السعيد الزقرد – الوجيز في عقد البيع في القانون المدني الكويتي – ١٩٩٨ – وحدة التأليف والترجمة والنشر بكلية الحقوق – جامعة الكويت، مشار إليه باسم الزقرد/ ص/ بند.
- د. جميل الشرقاوي – شرح العقود المدنية – البيع والمقايضة – القاهرة – ١٩٩١ – دار النهضة العربية – مشار إليه باسم الشرقاوي/ ص/ بند.
- د. حسام الدين كامل الأهواني – عقد البيع في القانون المدني الكويتي – ١٩٨٩ – مطبوعات جامعة الكويت – مشار إليه باسم الأهواني/ ص/ بند.
- د. سليمان مرقس – طبعتان: عقد البيع – ١٩٨٣ – القاهرة – ومشار إليه باسم مرقس/ ص/ بند.
  والوافي في شرح القانون المدني – المجلد الأول – عقد البيع بواسطة حبيب إبراهيم الخليلي ومشار إليه باسم مرقس والخليلي/ ص/ بند.
- سمير عبدالسيد تناغو – عقد البيع – منشأة المعارف بالاسكندرية – بدون سنة نشر – مشار إليه باسم – تناغو/ ص/ بند.
- د. عبدالمنعم البدراوي – الوجيز في عقد البيع – ١٩٨٥ – بدون ناشر – مشار إليه باسم البدراوي/ ص/ بند.
- د. عبدالرزاق السنهوري – طبعتان – الوسيط في شرح القانون المدني – ١٩٦٤ – جـ٤ – البيع والمقايضة – ومشار إليه باسم السنهوري/ ص/ بند.
  والبيع والمقايضة – جـ٤ – ١٩٨٦ – بواسطة مصطفى الفقي – ومشار إليه باسم السنهوري والفقي/ ص/ بند.
- د. عباس الصراف* – شرح عقد البيع في القانون المدني الكويتي – الكويت – دار البحوث العلمية – بدون سنة نشر.
- د. محمود جمال الدين زكي** – عقد البيع في القانون المدني الكويتي ٧٤/١٩٧٥ – مطبوعات جامعة الكويت، ونشير إليه باسم جمال زكي/ ص/ بند.

* رجعنا إليه نادراً، كونه يتعلق بشرح أحكام المجلة العدلية التي كانت سارية بالكويت من ١٩٣٨ إلى ١٩٨٠.

** رجعنا إليه نادراً للعلة ذاتها، فلزم التنويه.

ثانياً – بالفرنسية:

– مراجع عامة

I - ouvrages Generaux

- Collard Dutilleul (F.) et Delebecque (PH.) - Les Contrats civil et Commerciaux - 1993 - 2èm ed - et 1996 - 3èm éd.

- مشار إليه باسم كولار، وديلبك/ ص/ بند.

- Ghestin (J.) et Desche (B.) traitè des Contrats - Lavente L.G.D.J. 1990.

- مشار إليه باسم جستان وديشي/ ص/ بند.

- Huet (J.) Traité de droit civil - Les Principaux Contrats Speciaux - L G.D.J. - 1996 -

- مشار إليه باسم أوي/ ص/ بند –

- Malaurie et Aynès - Droit civil - Contrats speciaux - LG.D.J. 1996 -

- مشار إليه باسم ماليري، وآينيس/ ص/ بند

دراسات، وفقة

II - Doctrine - chroniques - etudes -

في القانون الفرنسي: 1 - En droit Francais

- Aynès (L.) L.indetermination du Prix dans les Contrats de distribution: Comment sortir de l.impasse? R.J.C.
- Barbieri (J.J.) La determination du Prix dans les Contrats d.approvisionnement exclusif. R.J.C. 1983 - 329.
- Bergel (J.L.) valeur de Comparaison, et valeur de raison (Pour plus derigueur dans les evaluations immobiliers - R.D.I. 1986 - 135.
- Bermoud De Vaulx - La determination du Prix dans les vente - J.C.P. 1973 - G-1-2567.
- Corbisier (1) La determination du Prix dans les Contrats Commerciaux Portant vente de marchandises: Reflexions Comparatives R.I.D.C. 1988 - 767 -

- مشار إليها أحياناً باسم كوربيزييه/ ص/ بند/ –

- Calvo - d.une indetermination à l.autre - Petites offiches - 16 janvier 1996 -
- Covret - une nouvelle juris prudence - D. et Patrimoine janvier 1996 - 48 -
- Didier (P.) Apropos de Contrat de Concession: La Station - Service - D. 1966 - chr - 55 -
- de Fontbressin, De l.influence de l.acceptation du Concept de Prix sur l.evolution du droit des Contats RTD civ. 1988 - 655 -
- Ferrier (D.) la determination du Prix dans les Contrats stibulant une obligation d.approvisionnement exclusif? D. 1991 - chr - 237 -
- Frison - Roche, l.indetermination du Prix - RTD C. 1992 - 269 -

- Ghestin (J.) L.indetermination du Prix de vente, et Condition Potestative De la realité de Consentement à la Protection de l.une des Parties Contre ;.arlutraire de l.autre D. 1973 - chr. 293 -
- Leveneur (L.) Des Contrats - Cadre, en matière de distribution et l.exigence de la determination du Prix - Le reflux et ses limites - Cont. Conc. Cons. mai. 1991 -
- Leveneur (L.) Conequences de la nullité Pour indetermination du Prix des Contrats - Cadre de distribution - Cont. Conc. Cons. 1992 - n° 11 -
- Le duc (F.) La determination du Prix, une exigence exceptionnelee JCP. 1992 - 1 - 3631 -
- Legeais (D.) le determination du Prix d.achat des marchandises dans les Contrats de franchise l.espoir decu - JCP. - ed - E - 1992 - 1 - 135 -
- Piotraut (J-L.) Les Contats de distribution et la determination du Prix - R. J. C. 1992 - P16 -
- Pigassou (P.) la distribution integrée. RTDC. 1980 - 973 -
- Schmiolt (J.) le Prix du Contrat de forniture - D. 1985 - chr - 117 -
- Vogel (L.) Plaidoyer Pour un revierment: Contre l.obligation de determination du Prix dans les Contrats de distribuition D. 1995 - chr. 155 -

II - En droit allemand: في القانون الألماني

- F. Ku Tscher - Puis - determination du Prix de vente: P. experience Allemand - RID.C. 1997 - 175 -
- Strauch et Neumann - la determination des Prix, et autres Prestations en droit allemand des Contrats. D. Prat. Com. int 1980 -

III - En droit Anglais: في القانون الإنجليزي

- David (R.) Les Contrats en droit anglais - LG.D.J. 2èm-éd - 1985 -
- Manceil, the many futures of Contrats - 47 - Col. L. Rev. 691 - 1974 -
- Manceil, Aprimer of Contrat Planning - 48 - S.Col. L. Rev - 1975 -
- Posser - open Prixve in Contrats for ilw Sole of goods - 15 Minn - L.Rev. 733 - 1932 -

III - Not. - obs. - Conc. de jurispoudence: *

- Aynès - Com. 5 janvier 1991 - D. 1992 - Som - 266
- Civ. 29 mobembre 1994 - D. 1995 - 122
- Ass. Plèn. 1er decembre 1995 - Petites - Affiches - 27 decembre 1995
- Audit (B.) civ. 23 ovtobre 1979 - D. 1980 - i.R - 226 -
- Bureau et Holfessis - Ass. Plèn. 1er decembre 1995 - G.P. 9 decembre 1995 -
- Becquè (E.) civ. 28 fevrir 1950 - JCP. 1950 - 11 - 5599 -
- Cornu (G.) civ. 24 novembre 1965 - RTD. civ. 1966 - 310

* يلاحظ، أننا نكتفي بذكر أحكام المحاكم التي اقترنت بتعليقات الفقه، أما ذكر جميع الأحكام، فتزيد، أو تصنع، ننأى عنه، خصوصاً وقد أشرنا إليها بالحاشية، فلزم التنويه.

- civ. 23 octobre 1979 - RTD. civ. 1980 -
- Com. 29 mai 1972 - RTD. civ. 1972 - 791 -
- Com. 27 mars 1965 - RTD. civ. 1965 - 821 -
- De Jeol - Ass. Plèn. 1er decembre 1995 - D. 1996 - 13 - Com. 22 janvier 1991 - D. 1991 - 175 -
- de Caubloeuf (P.) C.E. 27 mars 1981 - P.A. 1er Janvier 1982 - n° 79 - P21
- Font - Bressin - Ass. Plèn. 1èr decembre 1995 - JCP. 1996 - 11 - 22565
- Ghestin (J.). Com. 27 avril 1971 - 5 nobemvre 1971 - D. 1972 - 353
- Rouen, 11 Janvier 1972 - D. 1972 - 585
- Paris, 22 nobembre 1972 - D. 1973 - 293
- Civ. 15 fevrir 1972 - D. 1973 - 417
- civ. 23 fevrir 1993 - D. 1993 - 379
- Civ. 29 novembre 1994 - JCP. 1995 - 11 - 22371 -
- Gautier - Com. 9 avril 1991 - RTD civ. 1992 - 133 -
- Goury (C.) civ. 29 novembre 1965 - JCP. 1966 - 11 - 14602 -
- Hemard (J.) Com. 27 avril 1981 - RTD Com. 1981 - 828 -
- Houn (R.) Com 11 octobre 1978 - D. 1979 - 135 -
- Loussouarm - Com. 11 octobre 1978 - JCP. 1979 - 11 - 19093 -
- Le Tournrau (PH.) Com. 27 avrile 1981 - G.P. 1981 - 2 - Oand. - 343
- Leveneur - Com. 16 juillet 1991 - JCP. 1992 - 11 - 21769 -
- Malaurie - Com. 9 novembre 1987 - D. 1989 - 35 - Com. 2 juillet 1991 - D. 1991 - 501 - Paris 22 novembre 1972 - D. 1974 - 93 - civ. 16 juillet 1974 - D. 1974 - 681 -
- Hestre - Com. 9 novembre 1987 - RTD civ. 1988 - 527 -
- P.L.D. Com. 24 mars 1965 - JCP. 1965 - 11 - 14378 -
- Raymond - civ. 8 novembre 1983 - JCP. 1985 - 11 - 20373 -
- Virassamy - Com. 9 novembre 1987 - JCP - 1989 - 11 - 21186