

أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في الحقوق

تخصص قانون مدني معمق

التعويض عن الأضرار الناجمة عن الإخلال بالإلتزام بضمان العيوب الخفية للمبيع

تحت إشراف الأستاذ:

سلام عبد الله

إعداد الطالبة:

زروقي حنين

أعضاء لجنة المناقشة:

رئيسا	جامعة مستغانم	أستاذ محاضر "أ"	فرحات حمو
مشرفا ومقررا	جامعة مستغانم	أستاذ التعليم العالي	سلام عبد الله
مناقشا	جامعة مستغانم	أستاذ محاضرة "أ"	بن قو أمال
مناقشا	جامعة مستغانم	أستاذ محاضر "أ"	رحوي فؤاد
مناقشا	جامعة وهران	أستاذ محاضر "أ"	بن زحاف فيصل
مناقشا	جامعة تيارت	أستاذ محاضر "أ"	معمر خالد

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

قَالَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ

"لَا تَجْعَلْ لِسْلِمًا أَنْ يَتَّبِعَ سِلْعَتَهُ مِنْ السِّلْعِ وَهُوَ يَعْلَمُ أَنَّ عَيْنًا فِيهَا،

قُلٌّ أَوْ كِبْرٌ، جَهَنَّمُ يَتَّبِعُهَا عَيْنًا"

جَهَنَّمُ شَيْءٌ رَيْفٌ

شكر وتقدير

أقدم بالشكر الجزيل الى أستاذي المشرف الدكتور سلام عبد الله

الذي تفصل بتلبية الدعوة لتأطيري ومتابعة هذا البحث

من يوم كان بذرة الى يوم أصبح ثمرة سائلا المولى عز وجل

أن يجزيه عنى خير الجزاء.

كما لا يفوتني في هذا المقام أن أقدم بخالص الشكر الجزيل والتقدير الى أساتذتي

الأجلاء جميعا، وأخص بالذكر أعضاء اللجنة الموقرة، وكل من كان عوننا ونبراسا في

طريق البحث العلمي.

إهداء

إلى من علمتني أن النجاح يأتي بالصبر والصمود في وجه كل الظروف إلى من

حانت الصعاب لأصل إلى ما أنا فيه اليوم

إلى أمي الغالية على قلبي أطال الله في عمرها.....

إلى من أثار دربي وكان سببا في وجودي بالحياة

إلى أبي الغالي أطال الله في عمره.....

إلى من شاركوني كل مراحل حياتي في فرحي وقرحي، إخوتي الأعزاء

إلى من زودوني خير الزاد أساتذتي

إلى من عايشته معهم أيام الدراسة زملائي

إلى كل من ساندني، ووقف بجانبني وجعل الصعب سهل سواء من قريب ومن بعيد

إلى كل من شجعني في رحلتي إلى التميز والنجاح

إلى كل من كان النجاح طريقه والتفوق هدفه والتميز سبيله

إلى كل من أخلص في عمله ليفتح الطريق لغيره ليواصل مسيرة العمل والاجتهاد.

حق سلفه

مقدمة:

من بين أهم العقود المسماة على الإطلاق "عقد البيع"، الذي يحمل مجموعة من الالتزامات يلقيها على عاتق طرفيه كما أنه يعتبر من أكثر العقود شيوعاً، وكذا استعمالاً في الحياة مقارنة بما تجاوره من عقود أخرى باعتباره وسيلة لتبادل الأموال بين الأفراد.

فلهذا العقد ميلاد يتماشى وميلاد الإنسان حيث كان الأفراد في وقت سابق على حاضرتنا يستعملون بعض الأساليب لتوفير حاجياتهم وذلك من خلال استبدال الفائض، مما تم إنتاجه من قبلهم واستبدالها بنوع آخر مغاير لمنتوجه وهكذا توالى... وهو ما تم تسميته بعقد مقايضة إذ كان الشخص يرى من مصلحته أن يقايض الغير بسلعة أخرى أن حين إحساس الشخص بعدم المساواة بين مختلف الأشياء، وذلك بالرغم من أن العقد الأخير وفر للفرد في مرحلة معينة توفير للاحتياجات التي كانت تعتبر بسيطة.

وبالتالي هذا ما أدى إلى نشوء عقد آخر حل محل عقد المقايضة، وهو عقد البيع الحالي وكان نتيجة لتفاوت قيمة المبيعات التي يتم استخدامها للمقايضة، وكذا لاختلاف رغبات الأفراد فتم اللجوء إلى طريقة أخرى وهي الطريقة التي من خلالها البدء في تطبيق عقد البيع، حيث يتم اتخاذ سلعة معينة لتقسيم سائر السلع بها.

ويقبل الأفراد مبادلتها بأي نوع من أنواع السلع الأخرى وهذا ما أدى إلى ظهور النقود التي حلت كذلك محل المبيعات أو المنتجات التي كان يستبدل بها السلع، وهذا ما يبرر الاختلاف بين عقد المقايضة وعقد البيع، فتكون النقود مقابل منتج أو مبيع معين في حالة العقد الأخير، حيث تكون سلعة بسلعة أخرى في عقد المقايضة شريطة ألا يكون محل أحدهما مبلغاً من المال، لكن بالرغم من اختلافهما إلا أنهما يعتبران في حكم البيع.

وبهذا يمكن القول أن عقد البيع عبارة عن معاوضة يلتزم فيها البائع بنقل ملكية الشيء المبيع إلى المشتري، الذي يكون هو الآخر ملزماً مقابل هذا الحق المالي المنقول له أن يدفع مبلغاً من المال.

فمن خلال هذا العقد تم إشباع رغبات الأفراد والأمر الذي دفع أغلب التشريعات إلى إقامة قوانين وقواعد تحكم سير هذا العقد بداية من القانون الروماني، الذي كان له أثر كبير في التشريعات الأخرى وذلك لممارسته من التزامات يتم العمل بها إلى يومنا هذا، حيث ألزم البائع بتمكين المشتري من حيازة المبيع حيازة أصلية لا يمكن لأي دعوة من الدعاوي سلبها منه وبالتالي توفير انتفاع هادئ بالمبيع، هذا بالإضافة

إلى أن هذا الالتزام لا يتم إلا إذا توفر شرط الرضا الصريح بذلك من قبل البائع والمشتري بنقل الملكية ودفع المقابل.

وتوالت هذه الأحكام إلى القانون الفرنسي القديم الذي كان متأثراً بالقانون الأخير، ودليل ذلك ما تم العمل به من قوانين مصدرها القانون الروماني مع تغيير طفيف وهو تغيير أسلوب نقل الملكية بعد العقد إلى أسلوب التسليم الذي إعتبروه التزام أساسي في عقد البيع وبتحقيقه تتحقق الملكية للمشتري فالتسليم كان يعتبر وفاء منه بالالتزام وإجراء ناقل للملكية إلى المشتري والذي يجبان يكون في قد تم إدراجه كبند من بنود العقد يستساغ على هذا المنوال أن البائع قد تخلى عن المبيع أو تركه، وأن المشتري قد تسلمه أو قبضه. وهو ما عمل به التقنيين المدني الغربي الجديد وذلك تحت نص المادة 1138 من القانون المدني الفرنسي، على أن الالتزام بتسليم شيء يتم بمجرد تراضي الطرفين بحل الدائن مالكا أو كذا نص المادة 1582 من نفس القانون التي نصت هي الأخرى على أنه البيع اتفاق بموجبه يلتزم أحد المتعاقدين أن يسلم شيئا مبيعا ويلتزم الطرف الأخر بدفع الثمن.

إذ يفهم من ذلك أن التسليم هو أساس انتقال الملكية وإذا لم يتم لا ينشئ الالتزام بنقل الملكية.

ولكن لم يتم ذلك على حاله وذلك لما إنجر عنه من صعوبة في التعامل فجاءت نص المادة 1583 من القانون المدني الفرنسي لتأكيد ذلك، والتي نصت على أن البيع يكون تاما وأن الملكية تنتقل إلى المشتري في مواجهة البائع بقوة القانون من وقت الاتفاق على المبيع والثمن، ولو لم يتم تسليم المبيع أو دفع الثمن .

وهو الأمر الذي أضفر على أن البيع اتفاق على نقل ملكية الشيء المبيع وبالتالي أصبح البيع عقد يلتزم فيه البائع بنقل ملكية الشيء المبيع إلى المشتري مقابل دفع ثمن نقدي، إذ يقوم هذا الأخير بمجرد تراضي من الطرفين حيث يترتب عليه التزاما في ذمة البائع تنقل ملكية المبيع إلى المشتري وذلك باتخاذ إجراءات كفيلة بإتمام هذا الالتزام الأخير فتمثل في الالتزام بالتسليم والضمان.

يفهم من هذا أن عقد البيع لا يقتصر في جوهره على مجرد الانتقال المادي لملكية الشيء المبيع إلى المشتري، بل يتجاوز ذلك إلى ضرورة ضمان المبيع خاصة في ظل التطورات الاقتصادية والصناعية والاجتماعية وحتى العلمية، والتي أثرت على الشعوب أجمعها وأصبحت حاجة المجتمع تزداد يوما بعد يوم ولكن الاكتساب عن طريق البيع ليس هو الهدف الوحيد الذي يبتغيه المشتري من ذلك الجانب القانوني، لهذا العمل فحسب وإنما يسعى إلى أكثر من ذلك وهو الجانب العملي من الشيء المبيع وهو يتمثل في الحصول على مبيع صالح للاستعمال ويشبع رغبته بتملك مبيع مفيد له.

وهذا لا ينشأ إلا بتوافر ضمان يزرع في نفس المشتري الطمأنينة ويوفر له الاستقرار في تعامله مع الغير فتتولد عنده الرغبة في اكتساب الملكية عن طريق عقد البيع، وذلك ناتج عن تأكده المسبق بأن المبيع المُشْتَرَى يوفر الهدف أو المنفعة التي ينتظرها من الشيء المبيع صالحة لإشباع رغباته التي سعى إليها من خلاله، وبالتالي يمتلك مبيعا خال من العيوب.

حيث أدى هذا بمعظم التشريعات إلى وضع أحكام خاصة بالبيع لما استشعرته هذه الأخيرة من أن للمسألة أهمية تلزم عليه أفراد عملية البيع بمجموعة من القواعد القانونية، باعتبارها الركيزة الأساسية التي يقوم عليها التصرف القانوني، إذ تتمثل هذه القواعد في مجموعة من الالتزامات الملقاة على عاتق البائع ومن أهمها ضمان العيب الخفي، والذي أفرده المشرع بقواعد مستقلة قديمة النشوء لكن هذا لم يمنع من تطورها وتعديلها لما يتماشى والتطورات الحاصلة في المبيعات الناتج عنها سلع ذات تقنية عالية وتركيب صناعي معقد الأمر الذي أثر على المجتمعات حيث أصبحت تطالب بالرفاهية في معيشتها من خلال ما وفرته تلك الوسائل الحديثة من تسهيلات بتوفير أصناف وأنواع مختلفة كالمنتجات الإلكترونية أو الغذائية أو المنزلية.

وهذا ما أدى إلى استغلال بعض الفئات ذلك من خلال توفير أكبر قدر من الربح السريع على حساب الأطراف التي تفتقد إلى المعرفة الكافية حول تركيب وخصائص المبيعات، سواء كانت عبارة عن منقولات أو حيوانات أو عقارات بتنوعها.

على أساس ذلك وتوفيرا لأمن أكبر لهذا الطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية ألزمت التشريعات البائع بضمان العيوب الخفية الموجودة في المبيعات وجعلت لمتخلفيها جزاء يعوض به الطرف الضعيف عن ما أصابه من ضرر.

هذه الوضعية هي التي دفعتنا لاختيار موضوع كيفية تعويض عن الأضرار الناجمة عن ضمان العيوب الخفية وخصصنا بذلك عقد البيع باعتباره أكثر البيوع شيوعا واستعمالا حتى في المجال الدولي الذي يعتبر دعامة أساسية للتجارة الدولية والذي لا يقوم إلا بتوافر ضمانات تؤمن هذا التعامل في حالة وجود عيوب في المبيعات وقد تم إدراج هذا الالتزام بالرغم من وجود ضمانات أخرى في التعامل بين أطراف البيع كالدعوى المباشرة وغير مباشرة، والحق في الحبس والدفع بعدم التنفيذ وغيرها من الضمانات التي تركز مبدأ الثقة في التعامل نتيجة لما قد يوفره من حماية من بعض مظاهر التدليس التي قد يلجأ البائع إلى ممارستها تجاه المشتريين، كما تجدر الإشارة إلى أنه إضافة إلى ضمان العيوب الخفية الذي يقع على عاتق

البائع والذي يعتبر محل دراستنا هناك ضمان آخر يلتزم به البائع وهو ضمان التعرض سواء كان شخصي أو صادر عن الغير.

ويقصد بضمن التعرض أن يقوم البائع بدفع التعرض الصادر من الغير على مشتري، شريطة أن يكون هذا التعرض قانوني أما ضمان التعرض الشخصي فيقصد به عدم قيام البائع بأي عمل من شأنه حرمان المشتري من كل أو بعض طرق الانتفاع الهادئ للشيء المبيع وعدم حرمان المشتري من إستغلال أثر الاستعمال أو حيازة الشيء المبيع.

في حين يقصد بضمن العيوب الخفية وجوب قيام البائع بتسليم المشتري الشيء المبيع خاليا من العيوب التي قد تقلل من قيمته أو من نفعه، وهدف المشرع من تنظيم هذه الضمانات الشرعية هو حماية المشتري لأن من شأنه تحقيق الاستقرار في المعاملات عموما والمالية خصوصا.

والأمر الذي جعلنا نستثير هذا الموضوع يكمن في ما له من أهمية شديدة في عقد البيع وبالتحديد بين البائع والمشتري وعدم اقتصاره على هذا العقد وإنما إلى عقود أخرى، كعقد القرض وعقد العارية وعقد الإيجار وغيرها من العقود والتي اكتفى فيها المشرع بإحالة أحكامها إلى القواعد المنظمة لضمن العيب الخفي مع إدخال بعض التعديلات تبعا لطبيعة كل عقد، وقد أشرنا إلى ذلك دون أن نتطرق بالتفصيل وذلك لخصر موضوعنا في ضمن العيب الخفي في عقد البيع.

كما تجدر الإشارة إلى أن من بين الالتزامات الملقاة على عاتق البائع الالتزام بنقل الملكية والالتزام بضمن العيوب، فعند إلقاء أول نظرة نجد أن الالتزام بنقل الملكية من شأنه أن يحمي المشتري كذلك من العيوب التي قد يتم اكتشافها في الشيء المبيع وذلك لإشتماله على الالتزام بتسليم المبيع ونقل حيازته إلى المشتري حيازة هادئة تمكنه من الانتفاع به حسب الغرض المعد له، وظهور عيب في المبيع يعطي المشتري حقا في طلب فسخ البيع أو إبطاله لغلط إذا توفرت شروط هذا الأخير، لكن هذا لا يكفي لتوفير الحماية الكافية للمشتري في حالة وجود عيب بالمبيع حيث نجد أن العمل بهذه الأحكام يحيلنا إلى القواعد العامة في القانون المدني، والتي لا يمكن لها الإلمام بكل ما تحويه العيوب الخفية الموجودة في المبيعات نظرا لطبيعة كل مبيع وما يتطلبه من تعويض في حالة الإضرار بالمشتري من جراء العيوب الموجودة بالمبيع.

الأمر الذي دفع المشرع إلى عدم ترك عيوب المبيع الخفية لأحكام القواعد العامة وإنشائه كالتزام منفرد على عاتق البائع يختلف في أحكامه عن أحكام القواعد العامة التي لا يمكن لها وبأي شكل من الأشكال توفير إلمام كافي بقواعد ذلك الالتزام ودليل ذلك ما نتج عنه من قانون للاستهلاك وتأمينات وغيرها من

الوسائل التي يتم اللجوء إليها لجبر الأضرار التي تخلفها العيوب الموجودة في المبيعات عن طريق المطالبة بالتعويض مهما كان شكله كما أن لضمان العيب الخفي الفضل في فتح المجال الواسع أمام المتعاقدين وتجنبيهم مشقة تنظيم علاقاتهم التعاقدية الخاصة لضمان العيوب الخفية واختصار الطريق بتنظيم ضمان قانوني الذي ترك المشرع فيه نوعاً من المرونة، حيث لم يسقط معه مبدأ سلطان الإرادة ولا مبدأ حرية التعاقد، وإنما ترك لأطراف العقد الحرية الكاملة في التعديل بهذا الضمان سيتم توضيحه لاحقاً وذلك ضمن حدود إذا تم تجاوزها يرجع إلى تطبيق الضمان القانوني وهذا هو الهدف الأساسي للمشرع من ضبط المعاملات التي تجري بين المتعاقدين وتفاذي استعمال تلك الأحكام بشكل خاطئ وبصفة تعسفية.

فالبائع إذا قام باستعمال حيل وأساليب لجلب المشتري كإخفاء العيوب ومع ذلك يقوم بالتعديل في تلك الأحكام فيكون جزائه عند اكتشاف ذلك الرجوع إلى أحكام القانونية وقيام الضمان القانوني والذي يعتبر بمثابة جبر لتلك الأضرار التي يقيمها العيب الموجود بالمبيع للمشتري.

كما تجدر الإشارة إلى أن الضمان الأخير كان وليد العهود القديمة، كما أن للقضاء كذلك فضل في مساندة هذا الالتزام ليصل إلى ما هو الحال عليه اليوم، باعتبار أن القضاء قضاء تتم فيه مساندة مستجدات الحياة العلمية التي انتشر فيها الغش بين الناس والتجار، خاصة بسبب اكتسابهم مهارات تخفي العيب الموجود بالمبيعات والذي أثر سلباً على المجتمعات، حيث خلقت العديد من المشاكل نتيجة التعقيدات التقنية في الصناعة وكل هذا نتيجة إلى اختلال التوازن المعرفي بين أطراف العلاقة التعاقدية للبيع.

كما أننا نجد أن لهذا الموضوع اهتمام كبير من جانب حماية المستهلك والذي يعتبر أكبر طرف ضعيف في العلاقة العقدية، حيث نجد أن المشرع رأى أن أحكام عقد البيع في ضمان العيب الخفي غير كفيل وحده بتوفير الأمن والاستقرار ولذلك تم إصدار قانون لحماية المستهلك.

من خلال كل هذا خصص المشرع لضمان العيب الخفي مجموعة من الأحكام والقواعد التي تحكم سيره يمكن أن تتداخل مع أنظمة أخرى وذلك من خلال التفسير الخاطئ والوجيه للقواعد التي تحكم هذا الالتزام من جانب الفقه والقضاء وهذا راجع لما تعثر به المواد القانونية من غموض والتي نشأت وتوارثت من القوانين لكن بصفة تعديليه من جانب كل تشريع خاصة وأنه ضمن هذه الأحكام نجد إدخال للمشرع وخاصة الجزائري والمصري ضمان للصفات والتي اعتمد في تخلفها حكم تخلف ضمان العيب الخفي بالمبيع وذلك بالرغم من الاختلاف الموجود بينهما والذي يترتب عن الإخلال بهما دعوى ضمان العيب الخفي يقوم برفعها المضرور وهو المشتري أو المستهلك.

إذ لهذه الدعوى الأخيرة أهمية كبيرة خاصة بما هو ظاهر من خلال تبني نظام إقتصاد السوق وفتح المجال لحرية المنافسة حيث تم تكريس هذا النظام بموجب أعلى مرجع في سلم تدرج القوانين، وهو الدستور 1996 المعدل بالقانون رقم 01-16 المؤرخ في 6 مارس 2016، حيث نصت المادة 37 منه على أن "حرية التجارة والصناعة مضمونة"، كما تم إصدار مجموعة من القوانين أدت الى فتح المجال أمام القطاعات الخاصة في القطاعين الصناعي والتجاري وخصوصة المؤسسات العمومية وذلك بموجب الأمر رقم 95-22 المتعلق بخصوصة المؤسسات العمومية كذا فتح المجال للاستثمارات الوطنية والاجنبية وذلك بموجب المرسوم التشريعي رقم 93-12 المتعلق بترقية الاستثمارات الملغى في سنة 2011، بالإضافة الى تحرير التجارة الخارجية المقر به المرسوم التنفيذي 37-91 المؤرخ في 13 فبراير 1991 والمتعلق بشروط تدخل الدولة في التجارة الخارجية.

إذن فبالرغم من الأهمية التي نالها الالتزام بضمان العيوب الخفية في مجال التشريع والفقهاء والقضاء إلا أنه لم يكن له نصيب في التعويض عن ما يسببه الإخلال بذلك الالتزام، وهذا ما أدى بنا إلى البحث وطرح الإشكالية الآتية: **التمثلة في معرفة مدى تحقق الالتزام بضمان العيب الخفي الذي يقع على عاتق البائع وماهي شروط جبر الضرر الذي يتسبب فيه الإخلال بهذا الالتزام وكيفيات تعويضه؟**

وعلى أساس هذه الإشكالية كان من الضروري علينا التطرق الى المعالم الأساسية التي يرتكز عليها ضمان العيب الخفي وينفرد بها عن الأنظمة أخرى.

وسعياً للوصول الى ذلك إعتدنا في بحثنا على المنهج التحليلي لحصر ماهية ضمان العيب الخفي والمنهج المقارن لمقارنته مع بعض الالتزامات والأنظمة المشابهة، والتي له علاقة بها بصفة مباشرة وغير مباشرة وكذا المنهج التاريخي لمعرفة تطوره التاريخي وحتى الوصفي وذلك قصد الالمام بجميع الجوانب الملازمة له وعلى أساس ذلك قسمنا دراستنا الى بابين:

الباب الأول خصصناه: ل ماهية ضمان العيوب الخفية.

الباب الثاني عولجت فيه: الآثار المترتبة عن هذا الالتزام.

الباب الأول

ماهية ضمان العيوب الخفية

يهدف الضمان الواجب على البائع للمشتري إلى غرضين: أولهما ضمان وضع اليد على المبيع بلا معارضة والثاني ضمان ما قد يوجد في المبيع من نقائص أو عيوب ما نسميه بضمان البائع للعيوب الخفية للمبيع.

ذلك أنه إذا كان البائع يلتزم بان يملك المبيع للمشتري، فإنه لا يكفي أن ينقل إليه الملكية ويدفع عنه ما قد يقع له من تعرض حتى يحوز المبيع حيازة هادئة، وإنما يلتزم إلى جانب ذلك أن تكون هذه الملكية مفيدة نافعة.

بحيث يمكن أن يحصل المشتري على الخدمات التي كان ينتظرها من وراء شرائه للمبيع وذلك طبقا لما يقضي به حسن النية في التعاقد. وما قصد إليه المتعاقدين من العبث أن يحصل المشتري على شيء إذا لم يكن في استطاعته ان يستفيد منه بسبب ما يوجد فيه من عيوب أو نقائص لم يعلمها عند التعاقد.

فإذا لم يقم البائع بنقل ملكية مفيدة للمشتري بأن يكون المبيع غير صالح لما خصص له أو نقصت صلاحيته بصورة واضحة بسبب ما عليه من عيوب خفية حقت مساءلته عل النحو الذي يقضي به القانون.

وتقوم المساءلة في هذه الحالة على أساس أن البائع لم يقم بما يلتزم به من نقل ملكية مبيع تعود من ورائها فائدة مشتري (وتستند هذه المساءلة على مبدأ حسن النية في العقود).

ذلك أن المشتري رتب أموره على أساس أنه قد اشترى شيئا، من شأنه أن يخول له خدمات معينة محددة الثمن الذي يدفعه على أساسها.

فإذا كان من شأن العيوب الخفية التي توجد في المبيع الحيلولة بين المشتري وبين ما يريد، فإن البائع يكتسب الثمن المتفق عليه وعلى وجه مشروع.

ولهذا نص القانون على أن البائع يضمن ما في المبيع من عيب ينقص من قيمته أو نفعه بحسب الغاية المقصودة، مستفادة مما هو مبين في العقد أو مما هو ظاهر من طبيعة الشيء أو الغرض الذي أعد له¹.

وقد نظم المشرع الجزائري أحكام ضمان عيوب المبيع الخفية في القانون المدني ضمن التزامات البائع في المواد 379 الى 386 وغيرها من القوانين التي أولت لهذا الالتزام اهتمام كبير.

¹ الدكتور حسن فرج، عقد البيع والمقايضة، مؤسسة الثقافة الاجتماعية، بدون طبعة، الاسكندرية، 1979، صفحة 402

كما يتجاوز هذا الالتزام نطاق عقد البيع حيث يشمل كل عقد ناقل للملكية وإلى كل عقد ينقل الانتفاع وذلك أن من ينقل الملكية والانتفاع الى شخص آخر يجب عليه أن حيازة هادئة، خالية من أي عيب حتى يتمكن من انتقلت اليه ان ينتفع بها انتفاعا كاملا حسب هدف الشراء وطبيعة المبيع مثل عقد الهبة والمقايضة والإيجار .

إذا انطلقا من كل ما سبق ارتأينا تقسيم الباب الأول من هذه الدراسة إلى فصلين، يتناول أولهما أساس الالتزام بضمان العيوب الخفية للمبيع وخصصنا ثانيهما لشروط ونطاق أحكام ضمان العيوب الخفية.

الفصل الأول

أساس الالتزام بضمان العيوب

الخفية للمبيع

لم يعرف المشرع الجزائري¹ العيب الخفي الذي اكتفى بذكره دون تحديد مفهومه، لذلك اهتم الفقه بتعريفه حيث يعرف لغتنا على أنه الوصمة أي النقص وما يخلوا منه أصل الفطرة السليمة لشيء أما الفقه المصري يعرفه على أنه " هشاشة تعتري الشيء على غير المألوف في حالته العادية" كما عرفه الفقه الفرنسي على أنه " النقائص الموجودة في المبيع والتي تمنع المشتري من استعماله وفقا للغاية المعدة لها "أما الفقه الإسلامي يعرف العيب على أنه "كل ما أوجب نقصان الثمن في التجار فهو عيب"² وغيرها من التعاريف وبذلك تعتبر العيوب الخفية الموجبة للضمان عيوباً تنقص من قيمة المبيع أو تجعل المبيع غير صالح للاستعمال فيما اعد له لأنه ليس من المقبول القول بضمان البائع لكل عيب يظهر في المبيع.

وعلى هذا الأساس تطرقنا في هذا الفصل إلى تحديد مفهوم ضمان العيب الخفي (المبحث الأول) ثم إلى التمييز بين العيب الموجب للضمان وبين بعض الأنظمة الأخرى ومدى علاقته بالالتزامات (المبحث الثاني)

¹ لم يرد تعريف خاص للعيب الخفي في القانون الجزائري لكن نص المادة 379 قد نصت على شروطه والأمر نفسه بالنسبة للقانون الفرنسي الذي لم يعرفه إلا أنه أشار إليه في المادة 1641 من القانون المدني، وكذا القانون المغربي في المادة 549 قانون الالتزامات والعقود واللبناني في المادة 428 قانون الموجبات والعقود، ويهدف التزام ضمان العيوب الخفية الى زرع الثقة في المبادلات التجارية حيث ألزم البائع بتسليم المبيع خالياً من العيوب، فان سلمه وبه شيء قامت مسؤوليته، أشارت الى ذلك الدكتورة حويميينة، عقد البيع في القانون الجزائري، دار بلقيس، الطبعة الأولى، الجزائر، 2016، صفحة 163.

² كما عرفته محكمة النقض المصرية أنه " الآفة الطارئة التي تخلو منها الفطرة السليمة للمبيع "الدكتور عمرو أحمد عبد المنعم دبش، الوافي في شرح ضمان العيوب الخفية (في عقد البيع)، دار الفكر العربي، الطبعة الأولى، القاهرة، 2012، صفحة 26

المبحث الأول: التطور التشريعي لضمان العيوب الخفية

إن ضمان العيوب الخفية من الأنظمة القديمة النشأة ذات الجذور التاريخية المتأصلة، فالالتزام بضمان العيب الخفي واجب نتج عن وجود حق شخصي حيث لا يقوم هذا الالتزام إلا بوجود طرفين أحدهما بائع والآخر مشتري وبوجود عيب خفي في المبيع المبرم لأجله العقد يصبح هناك دائن ومدين إذ أن هذا الالتزام الأخير من بين الالتزامات الملقاة على عاتق البائع تجاه المشتري وهذا الالتزام كان نتيجة لما جاء في القوانين القديمة من مسؤولية يتحملها القائم بالبيع والذي يمكن أن يستعمل طرق احتيالية لبيع سلعته وهذا ما أدى إلى قيام مسؤوليته، لكن لهذا النظام الأخير عدة مجالات ومنها حالة وجود عيب بالمبيع لكن ما زاد اهتمام التشريعات به حالة كونه خفي لا يستطيع الأعيان اكتشافه.

ولا يمكن الإلمام بكل ذلك إلا عبر المرور بأصول التاريخية التي أدت إلى نشوئه (المطلب الأول) وما أخذت به القوانين الحديثة منها مع ماتم إضافته من أحكام يتم اللجوء إليها في حالة قيام عيب خفي بالمبيع (المطلب الثاني).

المطلب الأول: في القوانين القديمة

إن فكرة ضمان العيوب الخفية فكرة قديمة النشأة وهو الأمر الذي دفعنا إلى معرفة أصلها التاريخي بداية من القانون الروماني (الفرع الأول)، ثم العهد الفرعوني (الفرع الثاني)، ثم الانتقال إلى منظور الشريعة الإسلامية لهذه الفكرة (الفرع الثالث) وصولاً إلى القانون الفرنسي القديم (الفرع الرابع).

الفرع الأول: القانون الروماني

نشأ التزام البائع بضمان العيوب الخفية كفكرة ضئيلة النطاق في القانون الروماني مقارنة مع ما جاءت به القوانين الحديثة وكذا مع ما يعود إلى شريعة حمورابي في بابل، إذ تعد من بين الوثائق القانونية الأصيلة التي عثر عليها في وقتنا الحالي¹ والتي جاء فيها أنه إذا تم شراء عبد وظهر عيب فيه قبل انقضاء مهلة شهر على انجاز عقد البيع، حق للمشتري استعادة الثمن الذي تم دفعه مع رد المبيع، كما أن البيع كان يتمحور في هذه القانون في بيوع العبيد ضمن العيوب التالية، الصرع² لكن ما يعيب على هذا القانون أنه لم

¹ حيث يحتفظ في متحف اللوفر بهذا القانون منقوشاً على نصب من البازلت، / أشار إلى ذلك الدكتور حساني علي، الإطار القانوني للالتزام بالضمان في المنتوجات - دراسة مقارنة-، رسالة لنيل شهادة دكتوراه في القانون الخاص، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2011-2012، صفحة 39.

² حيث نصت المادة 278 من قانون حمورابي على أنه يحق للمشتري رفع دعوى الضمان ضمن ثلاث -" أن يتم رفع دعوى في الضمان خلال شهر واحد - أن يكون مقتصرًا على بيع العبيد - أن يكون العيب الموجب للضمان هو مرض الصرع " أشار إلى ذلك الدكتور محمود سلام زناتي، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، جامعة عين الشمس، الطبعة الأولى، سنة 1971، صفحة 23.

يقم بإدراج شرط القدم في قيام الضمان¹ إضافة إلى ذلك وما يمكن استنتاجه من المادة المذكورة أن لم يقم بإدراج شرط علم المشتري من عدمه بخلاف شرط التأثير الذي هو ظاهر من خلال نص المادة.

كما تجدر الإشارة إلى أن قانون حمورابي أضاف إلى ذلك عدة ضمانات منها ضمان الاستحقاق² وضمان التعرض الصادر من الغير³ وكذا ضمان العجز في المساحة، إذ لا يقوم هذا الضمان الأخير إلا في البيوع التي يكون محلها عقارات، حيث يجب أن يتم تحديد مساحة العقار بدقة متناهية حيث إذا وجد بعد ذلك زيادة أو نقصان فيكون للمشتري في الحالة الأخيرة المطالبة بالتعويض في حين إذا وجد زيادة في المبيع فتكون من حق البائع للمطالبة على أساس تعويض⁴.

أما عند الرجوع إلى القانون الروماني فنجد أن الالتزام بضمان العيوب الخفية كان يطبق على عقود خاصة فقط⁵ والتي كان أساسها افتراض سوء نية البائع وليس الإخلال بالالتزام العقدي.

إذ نجد أن للقانون الروماني قانون يتضمن إثني عشر لوحة⁶، من بينها التزام البائع بضمان العيب الخفي في بيع العقار عن طريق الإشهاد والاشتراط⁷ كما يقوم ببيع الالتزام بضمان العيوب الخفية ببيع الدواب

¹ الدكتور حساني علي، المرجع السابق، ص 40.

² حيث كان الالتزام بهذا الضمان ناتج عن تعهد صريح في بنود العقد، والإخلال به يلزم البائع بتعويض المشتري عما أصابه من ضرر نتيجة الإخلال بما تعهد به البائع / الدكتور محمود سلام زناتي، تاريخ النظم الاجتماعية في بلاد النهرين وعند العرب في الإسلام، بدون نشر، 1986، ص 200.

³ حيث نصت المادة 279 من قانون حمورابي على أنه " إذا أراد رجل شراء عبد أو أمة، وصار هو أو هي محلا لدعوى فذلك الذي باعه سوف يواجه الدعوى "الدكتور جلال الدين محمد صبري، الالتزام بضمان التعرض الصادر من الغير في القانون المصري، والفرنسي، رسالة دكتوراه، جامعة أسيوط، مصر، ص 22

⁴ الدكتور محمود سلام زناتي، تاريخ النظم، المرجع السابق، ص 202.

⁵ Monier: la garantie contre les vices cachés dans la vente romaine, tom deux, n°1, page 191

⁶ تم إصدار قانون الألواح الإثني عشر عام 450 ق م وقد أدى صدوره إلى انفصال القانون عن الدين في روما، إذ يعتبر من أهم التشريعات التي صدرت في العصر الجمهوري / الدكتور فخري أبوسيف مبروك، أصول النظم الاجتماعية والقانونية بدون دار نشر، بدون طبعة، ص 106.

⁷ إذ يقصد به الاكتساب أو القبض باليد، وهو إجراء شكلي لنقل الملكية في القانون الروماني ويقوم ذلك بشهادة خمسة شهود على اكتساب الملكية. أشار إلى ذلك الدكتور عبد المنعم البدر اوي، مبادئ القانون الروماني تاريخه ونظمه، مطابع دار الكتاب العربي، بدون طبعة، القاهرة، مصر 1965 صفحة 372.

Girard ; manuel élémentaire de droit romain , n°4 , 1929 , p545 /A.F GIF Fard.R.villers , droit romain –obligation – Parise ,Daloz , première éditions ,n°97 , page 66

وبيع الرقيق بشرط أن يكون مصرح به في عقد البيع وذلك بتعهد البائع بعدم وجود عيب بالعبد أو الحيوان¹. وبهذا يتم تعويض البائع للمشتري على أساس المسؤولية العقدية في حالة ظهور عيب بالمبيع² وعند عقد البيع عن طريق الإشهاد يتم انتقال الملكية بمجرد تمام إجراءات الإشهاد وكذا التزام البائع بضمان الاستحقاق³.

كما تجدر الإشارة انه كان لنظام الإشهاد عدة تطبيقات منها ما يرد على محل بيع ارض ذات مساحة معينة فإذا تم اكتشاف أن المساحة اقل من تلك المعقود عليها، كان للمشتري الرجوع على البائع بدعوى تسمى مساحة الحقل يحصل فيها على تعويض يوازي ضعف قيمة الناقص من العقار⁴.

ولم يتوقف الالتزام بضمان العيب الخفي عند حد اشتراط الإشهاد وإنما تعدى ذلك ليقوم في حالة تعهد البائع بوجود صفات معينة بالمبيع، ففي حالة عدم وجودها يصبح البائع مسؤولاً عن الضمان أما الحالة الثانية فيكون البائع ضامناً للعيوب إذ أكد على عدم وجود عيب معين بالمبيع غشا منه قصد إخفاء العيب فهنا يلتزم بالضمان لسوء نيته وعدم تقيده بما تمليه العقود من حسن نية لإبرام العقود وسيتم التفصيل فيما بعد⁵.

حيث تضمنت الألواح الاثني عشر جزءاً ضد البائع إذا أدلى بتصريحات كاذبة، كأن يذكر صفات معينة ليؤكد وجودها في الأرض المباعة وقد قال عن هذا الدكتور علي محمد بدوي أن هذا لب دعوى ضمان العيب خاصة إذا أكد البائع خلو المبيع من جميع العيوب ثم تبين عكس ذلك⁶.

¹ هذا بالإضافة إلى أن في عهد الروماني كان يشترط أن يقوم كئند في العقد عدم وجود مسؤولية جنائية على عاتق الحيوان وكذا الإنسان، حيث كان يحاسب الحيوان والإنسان على حد سواء، فإذا قام الحيوان المملوك لإنسان أو الغير مملوك لإنسان. بفعل مضر فيتم محاسبة الحيوان بذلك دون مالكة وذلك بتسليمه للمتضرر ليتم محاسبته أشارت الى ذلك الدكتورة خواص جويده، الضمان القانوني للعيوب الخفي وتخلف الصفة في عقد البيع، مذكرة ماجستير، جامعة الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الجزائر، 1986، صفحة 12.

² Monier: op ,cit, n°2 p 195.

³ والذي كان جزء الإخلال به دفع ضعف الثمن المطالب به، وهذا ما أدى إلى تحديد ثمن صوري عن الثمن الحقيقي في الإشهاد، والغرض منه انه في حالة الحكم على المشتري بالضمان فيكون الجزء المترتب اقل من المبلغ المحدد الحقيقي، أشار الى ذلك الدكتور شفيق شحاته، نظرية الالتزام في القانون المدني الروماني، المطبعة العالمية، القاهرة 1963، صفحة 264.

⁴ الدكتور علي محمد البدوي، مبادئ القانون الروماني في الأشخاص والأموال والالتزامات، مطبعة سكر، القاهرة، 193، ص271، قد أشار الى ذلك الدكتور حساني علي، المرجع السابق، صفحة 31.

⁵ الدكتور محمود سلام زناتي، نظم القانون الروماني، المرجع السابق، ص 203-204.

⁶ الدكتور علي محمد بدوي، المرجع السابق، صفحة 271.

وبهذا يمكن القول ان الضمان في الحالات السابقة الواردة في القانون الروماني في عهده الأول ضمان اتفاقي وليس ضمان قانوني.

لكن هذا الأمر لم يدم وذلك نتيجة للتطور الحاصل في المبيعات وكذا تردد الأجانب على الأسواق الرومانية لبيع الرقيق نتيجة للانتصارات التي حققتها في الحروب وتحول ممارسة الزراعة إلى تجارة ، وهو الأمر الذي حتم على وضع حكام الأسواق أو ما يطلق عليهم المحتبسين وهم موظفون في الدولة مهمتهم الإشراف على الأسواق من خلال ضبط المعاملات التجارية التي تحصل في الأسواق والميادين العامة، كما كان من حقهم إصدار اللوائح الخاصة بالبيع في أسواق العبيد والحيوانات¹.

إذن فقد تم وضع هؤلاء الحكام نتيجة لما كان يحصل في أسواق روما، حيث كان يتوافد إلى هذه الأسواق أجانب كثر، منهم النخاسون الذين كانوا يتقنون إخفاء عيوب ما يبيعه من عبيد، والتي يتم شراءهم من طرف سكان الروم بصفقتهم أشخاص عاديين لا يمكنهم كشف العيب الموجود بالعبيد إلا بعد مرور مدة من الزمن، وهذا راجع الى الطرق الاحتمالية التي كانوا يستعملونها لإخفاء العيوب.

وبصفة أن هؤلاء الحكام لديهم الحق في سن لوائح خاصة بالعبيد والحيوانات، فقد جرى الحال إلى تدخلهم لتنظيم هذه البيوع، وذلك نتيجة لما هو حاصل من ظلم تجاه الرومان من طرف التجار الأجانب².

وأول ما تم إدراجه ضمن اللوائح " مبدأ افتراض علم كل بائع للشيء المبيع من جهة وكذا علمه بما يحتويه من عيوب من جهة أخرى، وبالتالي إذا كان هذا البائع جاهلاً بما يوجد في مبيعه فهذا لا يعفيه من المسؤولية.

وفي نفس السياق أزم حكام الأسواق البائع بإخطار المشتري في حالة وجود عيوب عالم بها وتكون طريقة هذا الإخطار إما عن طريق الإعلان بصوت مرتفع داخل السوق أو القيام بكتابتها ضمان لائحة وتعليقها في عنق العبد أو الحيوان.

هذا بالإضافة إلى تفصيلهم في دعوى الممنوحة للمشتري حسب ما يقتنيه من شيء مبيع، فإذا كان محل البيع رقيقاً فيكون له الحق في رفع ثلاث دعاوى، دعوى إنقاص الثمن والتي تم تحديد مدتها بسنة كاملة من يوم العقد، أو دعوى رد المبيع والتي تسقط بمرور ستة أشهر من يوم إبرام العقد في حالة عدم رفعها خلال المدة المحددة أو دعوى الاشتراط يتم رفعها خلال مدة ستة أشهر.

¹ Garnier (A): de la garantie d'éviction dans les ventes immobilières , thèse , Aix , 1896 ,p12.

² الدكتور محمود سلام زنتاتي، نظم القانون الروماني، المرجع السابق، صفحة 204.

إذن فالسبب الرئيسي وراء إدراج دعوى الاشتراط أو كما تسمى بدعوى التعويض عن العطل والضرر فكان ما تم إدراجه من بنود في عقد تحت إلزامية حكم الأسواق بها، بأن يتم تسليم المبيع والذي يتمثل في الرقيق، الى المشتري خال من العيوب الخفية، وفي مخالفة ماتم التعهد به من سلامة المبيع من أي عيب خفي فيكون الجزاء هنا تعويض المشتري عما لحقه من ضرر بسبب العيوب الموجودة بالمبيع.

وكذا في حالة ما إذا أراد المشتري رد المبيع المعيوب للبائع، فيكون على هذا الأخير رد ضعف الثمن الذي دفعه له المشتري لأن الدعوى في هذه الحالة تصبح دعوى جزائية بسبب الاحتيال الصادر من جانب البائع¹.

وقد قلنا عن هذه الدعوى أنها جزائية لما تتسم به من طابع جزائي وذلك من خلال نظرة حكام الأسواق في الروم لها بسبب ما تم إدراجه في بنود العقد من اشتراط ضمان عدم وجود عيوب بالمبيع، فهنا هذا البند يتسم بصراحة الضمان وهو مدني أما اشتراط استرداد ضعف الثمن المدفوع من طرف المشتري فهذا يعتبر شرط جزائي لتخلف ما تم التعهد به من صفات.

لكن في أواخر عصر الجمهورية تم إدخال أحكام الضمان ضمن القانون الخاص، وكان للمشتري بمجرد تحقق الشرط الأول وهو شرط ضمان صفات بالمبيع أن يتم اللجوء الى المحتسبين في أجل شهرين وذلك في حالة رفع دعوى رد المبيع ليحصل على التعويض الكافي.

وإذا مرت هذه المهلة فلا يكون له الحق إلا في رفع دعوى تخفيض الثمن في أجل ستة أشهر، ولا تقوم هذه المهلة سواء في حالة رد المبيع أو تخفيض الثمن إلا في حالة وجود بند صريح في العقد يؤكد فيه البائع خلو المبيع من العيوب الخفية، أما في حالة عدم وجود هذا الشرط فيتم الرجوع إلى المهلة المذكورة قبل ذلك².

أما في حالة ما إذا كان محل البيع حيوان وتم ظهور عيب خفي به فيكون على المشتري إما القيام برفع دعوى رد المبيع واسترداد الثمن وإما الإبقاء عليه ورفع دعوى تخفيض الثمن وذلك لأن حكام الأسواق لم يلزموا البائع في هذه الحالة بتعهده بعدم وجود عيوب خفية للبائع³ ولم يكن لهم سبب محدد في ذلك، لكن من جانبنا نرى أن سببهم في ذلك لما يكون للعبد من عقل يفهم سيده في حالة ما إذا تم تحريضه بإخفاء عيبه

¹ GIFFART et ROBERT VILLERS ,droit romaine et ancien droit Français ,précis ,Daloz 4ème edition 1976, p 68.

² AL.AREF:la garantie des vices cachés consentie par un profes sionnel , thèse paris 1979.page 6

³ AL.AREF:de la théorie générale de la garantie pour vices cachés à l'exclusion de la vente et échanges d'animaux domestique ,thèse , paris ,1936.

بالقيام بتصرفات أو حركات تخفي العيوب، لكن الحيوان بالمقارنة لا يمكن أن يكون إخفاء عيبه إلا إذا كان عيباً داخلياً.

من خلال ذلك يمكن استخلاص أن القانون الروماني يعتبر منشأ أحكام ضمان العيوب الخفية بالرغم من وجود شرائع قد نصت على ذلك مثل ما تم ذكره في قانون حمورابي السابق الذكر لكن ما يعيب على هذه الشريعة أنها لم تتوصل إلى معرفة دعوى تخفيض الثمن بالرغم من إقراره بدعوى رد المبيع.

لكن القانون الروماني في مجال ضمان العيوب الخفية ومن خلال ما تم إدراجه ضمن قانون الألواح الاثني عشر فاقصر على بيوع التي يكون محلها رقيقاً أو حيواناً وكذا بيع العقار، وهذا من خلال افتراض علم البائع بالعيوب الموجود بالمبيع سواء كان العيب معلوماً من طرف المشتري أو لا.

كما تجدر الإشارة إلى أن البيوع المذكورة يقوم فيها الضمان في حالة ما إذا تمت داخل الأسواق أما ما تم خارجها فلا يتم الاعتراف بها.

لكن رغم هذا الحصر الذي كان قائماً في ذلك العهد إلا أنه لم يكن مؤثراً وذلك لعدم أهمية المبادلات التجارية في المجتمعات القديمة، لكن لم يبقى ذلك على حاله وإنما تم رفع ذلك الحصر لتعميم فكرة الضمان على معظم عقود البيع دون اشتراط محل معين للبيع وهذا تم في عهد جوستينيان بما أتاه من قوانين سميت بقانون جوستينيان حيث تم نقل الأحكام المسطرة من قبل المحتسبين والمعمول بها لديهم، ليتم العمل بها في القانون الأخير، إذ تعد هذه المرحلة النهائية لتطور الضمان في القانون الروماني¹.

فتم افتراض علم البائع بالعيوب سواء كان عالماً أو جاهلاً بالعيوب على أساس أن البائع لا يمكن أن يكون جاهلاً بما يبيعه، واتجاه نية المتعاقدين إلى خلو المبيع من العيوب².

لكن الاختلاف يكمن فقط في الاسم، حيث اتجه قانون جوستينيان إلى تسمية الدعوى رد المبيع وكذا تخفيض الثمن بدعوى الشراء لكن بصفة فرعية — أما دعوى التعويض عن العطل والضرر فتم تسميتها بدعوى الشراء، لكن بصفة أصلية، والتي يطلب فيها المشتري التعويض عن الأضرار الناجمة عن العيب الخفي.

¹ الدكتور شفيق شحاته، المرجع السابق، صفحة 372.

² الدكتور محمود سلام زنتي، نظم القانون الروماني، المرجع السابق، صفحة 206.

كما أن الاختلاف كان يكمن في رضا البائع من عدمه في حالة طلب المشتري رد المبيع واسترداد الثمن إذ يقوم التزام البائع برد ضعف الثمن إلا في حالة رفضه أو امتناعه عن تنفيذ حكم القاضي المتضمن رد الثمن وتوابعه واسترداد المبيع، أما إذا لم يمتنع فلا يلزم برد ضعف الثمن.

أما عن المهلة في هذا العهد فكانت تقدر في حالة رفع دعوى تخفيض الثمن خلال سنة من يوم عقد البيع أي أنها لم تخرج عن المألوف لدى حكام الأسواق، حيث تُمنَحُ هذه الدعوى في حالة اتجاه إرادة المشتري الى استبقاء المبيع والمطالبة بتخفيض الثمن بما يتناسب مع قيمة الشيء المبيع بعد ظهور عيب فيه، أما عن الأسس المعتمد عليها هنا لتخفيض قيمة المبيع فترجع إلى القاضي، حيث يقوم هذا الأخير باحتساب قيمة المبيع الذي تم دفعه المشتري عند إبرام عقد بيع محله مبيع سليم من العيوب ومقارنته بما كان المشتري سيدفعه لو علم بما في المبيع من عيوب عند إبرام العقد، والفرق الموجود يتم احتسابه كأساس لتخفيض الثمن ويتم ذلك كلما ظهر بالمبيع عيب جديد يوجب الضمان، كما أن قانون جوستينيان منح المشتري حق العدول عن دعوى تخفيض الثمن لتصبح دعوى رد المبيع والتي تقدر مهلتها بستة أشهر من يوم إبرام العقد.

لكن الحق الأخير الممنوح للمشتري لا يمكن العمل به وذلك في حالة رفع دعوى رد المبيع إذ لا يمكن للمشتري العدول عنها لرفع دعوى تخفيض الثمن إلا في حالة واحدة وهي رفض الدعوى بسبب تجاوز مدتها المقدره بستة أشهر عند رد البائع بالدفع بانقضاء المهلة المحددة لدعوى الرد، والسماح له برفع دعوى تخفيض الثمن لأن مدتها أطول¹ وكلاهما يسميان دعوى الشراء لكن عند طرحهما أمام القاضي فتتم التسمية حسب طلب المراد من قبل المشتري.

أما دعوى الشراء الأصلية فتقوم في حالة استعمال البائع طرق احتيالية لببيع سلعته إذا كان بها عيب خفي وذلك بتعهده بوجود صفات معينة بالمبيع أو بالتأكيد على خلو المبيع من عيوب معينة أو إخفاء عيوب بالمبيع يظهر بعد ذلك أنه كان على علم بها لكن هذا التعهد غير ملزم به البائع في هذه الحالة وهو عكس ما كان حاصلًا عند حكام الأسواق.

وفي حالة وجود مثل ذلك التصرف فيكون للمشتري في هذه الحالة رفع دعوى الشراء مضمونها طلب التعويض عن الضرر الذي لحقه بسبب وجود العيب الذي أخفاه البائع أو بسبب التعهد الحاصل بوجود صفات معينة بالمبيع ويكون أساس هذه الدعوى ما تم الاتفاق عليه بين أطراف العقد عند إبرام عقد البيع.

¹ الدكتور محمود سلام زنتاتي، نظم القانون الروماني، المرجع السابق، ص 207.

وما يميز هذه الدعوى إن لم يتم تحديد مدة معينة لرفعها وإنما تركها على إطلاقها حيث يمكن للمشتري في أي وقت إثارتها وذلك عقاباً على التدليس المعمول به من جانب البائع، عكس ما هو معمول به في الدعاوى السابقة حيث لا يكون للبائع فيها استعمال طرق احتيالية لبيع سلعه¹.

وبهذا يمكن القول أن أحكام ضمان العيوب الخفية في القانون الروماني مرت بثلاث مراحل مرحلة العصر القديم، والذي ينشأ فيه الضمان إما عن طريق الإشهاد أو الاشتراط، حيث يتم فيها انتقال الملكية فيها عن طريقهم، أما المرحلة الثانية فهي مرحلة العصر العلمي للقانون الروماني حيث تم اشتراط التعهد فيه بالضمان من خلال رد ضعف الثمن المدفوع من قبل المشتري وكذا التعهد بخلو المبيع من العيوب وهو ما قام فيع حكام الأسواق بالسيطرة على المعاملات التي تتم في سوق روما خاصة إذا كان محلها الرقيق والحيوان.

أما المرحلة النهائية فكانت في عهد جوستينيان حيث أصبح الضمان موسعاً على جميع العقود دون استثناء وتصبح الضمان من طبيعة عقد البيع ومنذ ذلك العهد لم يكن هناك داع لاشتراط الضمان وأصبح للمشتري في هذه المرحلة خيارات لاسترداد حقه في حالة وجود عيب بالمبيع وذلك برفع دعوى رد المبيع أو تخفيض الثمن أو الشراء، كما لم يتم في هذا العهد تحديد عيوب معينة يتم الضمان فيما وإنما اتسع نطاق الضمان ليشمل أي عيب يشوب بالمبيع مهما اختلفت حيث جعل هذا القانون الأخير لضمان العيوب الخفية ميزات يتميز بها عن باقي الالتزامات وذلك لما وجد به من أهمية لاستقرار المعاملات التجارية خاصة ولقيام العدل بين المتعاقدين ودحض كل متعاقدين سيء النية².

إذن فأحكام ضمان العيوب الخفية في عهد القانون الروماني سواء في العهد القديم أو في عهد حكام الأسواق من خلال ألواحهم الاثني عشر أو في عهد جوستينيان كان لها تأثير كبير عما هو معمول به في القوانين الحديثة، حيث أصبح الالتزام بضمان العيوب الخفية لصيق بعقد البيع ويقوم بقيامه.

الفرع الثاني: الضمان في العهد الفرعوني

من خلال ما تم التوصل إليه من بحوث حول الضمان في العهد الفرعوني مقارنة مع العهد الروماني ضئيلة وذلك نظراً لندرة النصوص القانونية لكن سعى في ذلك الباحثون والمحللون لتلك النصوص إلى الوصول لمعرفة النظام السائد في ذلك العهد وبالضبط لمدلول الالتزام بالضمان بمعناه الشامل

¹ Monier:op ,cit , p 196.

² الدكتور شفيق شحاته، المرجع السابق، ص 237-372/ الدكتور محمود سلام زنتي، تاريخ نظم القانون الروماني، المرجع السابق، ص 216/. كما تم الإشارة إلى ذلك من قبل الدكتور حسين على، المرجع السابق، ص 33.

وبالخصوص ضمان العيوب الخفية، إذ تم اكتشاف ذلك من خلال ماتم نقشه على الحجارة من عقود وردت على البيع وكان اغلب الفقهاء يفسرون تلك العبارات على أنها التزام من جانب البائع بضمان العيوب الخفية الموجودة بالمبيعات في ذلك الزمن وأكبر دليل على ذلك أن في هذا العهد الأخير كان عقود البيوع سائدة بشكل واسع حيث تم الاعتراف بالوثائق والنماذج المعثور عليها وكذا الاعتراف بنظام التحكيم وصولاً إلى الالتزام بالضمان في العقود المبرمة والوردة على عقود البيع¹.

الفرع الثالث: الضمان في الشريعة الإسلامية

عند الرجوع إلى الشريعة الإسلامية وعلاقتها بضمان العيوب الخفية، فنجد أنها تبنت الفكرة الأخيرة تحت اعتبارها من بين الخيارات التي تقع على المعاملات المالية، حيث أطلقت عليها خيار العيب².

حيث وردت هذه الكلمات في القرآن الكريم، وبالتحديد في سورة يوسف لقوله تعالى³ قَالُوا نَفَقْدُ صُوعَ الْمَلِكِ وَمَنْ جَاءَ بِهِ حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَا بِهِ زَعِيمٌ⁴ وكذا قوله تعالى⁵ قَال لَنْ أُرْسِلَهُ مَعَكُمْ حَتَّى تُؤْتُوا مَوْثِقًا مِنَ اللَّهِ لَتَأْتُنِّي بِهِ إِلا أَنْ يُحَاطَ بِكُمْ فَلَمَّا آتَوْهُ مَوْثِقَهُمْ قَالَ اللَّهُ عَلَى مَا نَقُولُ وَكِيلٌ⁶ وكذا قوله تعالى⁷ أَوْ تُسْقِطَ السَّمَاءَ كَمَا زَعَمْتَ عَلَيْنَا كِسْفًا أَوْ تَأْتِي بَالِلِهِ وَالْمَلَانِكَةِ قَبِيلًا⁸ وكذا قوله تعالى⁹ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَّا تَأْكُلُوا أَمْوَالِكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَن تَرَاضٍ مِّنْكُمْ وَلَا تَقْتُلُوا أَنْفُسَكُمْ¹⁰ إِنَّ اللَّهَ كَانَ بِكُمْ رَحِيمًا¹¹.

وكذا قال الله تعالى " وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالِكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ...¹² كما قال الله تعالى¹³ إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا وَإِذَا حَكَمْتُمْ بَيْنَ النَّاسِ أَنْ تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ¹⁴ إِنَّ اللَّهَ نِعِمَّا يَعِظُكُمْ بِهِ¹⁵ إِنَّ اللَّهَ كَانَ سَمِيعًا بَصِيرًا¹⁶.

¹ الدكتور شفيق شحاته، المرجع السابق، ص 56-57 / الدكتور هشام محمود سليم، ضمان الاستحقاق في البيوع، رسالة دكتوراه، جامعة عين الشمس، كلية الحقوق، مصر، 2007، ص 7. / الدكتور حسني علي، المرجع السابق، ص 44.

² الدكتورة خواص جويده، المرجع السابق، ص 26.

³ فالضامن هنا ورد في عبارة الزعيم الآية 72 من سورة يوسف.

⁴ الآية 66 من سورة يوسف.

⁵ الآية 92 من سورة الإسراء.

⁶ الآية 29 من سورة النساء.

⁷ الآية 188 من سورة البقرة.

⁸ الآية 58 من سورة النساء.

يفهم من هذه الآيات البيّنات أن الله يوصي بالعدل ومفهومه هنا الحصول على المبيعات بالثمن المستوي لقيمتها وإمكاناتها، إذ أن الثمن يجب أن يكون مساويا لإمكانات وقدرات المبيع، والعمل بغير ذلك أي في حالة ما إذا وجد أن الثمن أعلى قيمة من المبيع وكان البائع عالم بذلك فيكون ذلك غشا في حق المشتري يتنافى وشرع الله، وإن صح القول فهو منافي لصفات رب العالمين ألا وهو العدل، حيث يدخل في هذا الجانب علاقة الفرد بربه وما يمليه عليه ضميره، فإن عمل بغش، فقد خال أمانته مع مولاه¹

كما جاء في الحديث الشريف "" قال رسول الله صلى الله عليه وسلم " لا يحل لمسلم أن يبيع سلعة من السلع وهو يعلم أن عيبا فيها، قل وأكثر، حتى يبين ذلك لمبتاعه"، كما روي عن أن رسول الله عليه الصلاة والسلام طلب من صفوان بن أمية سلاحا ودرعا يوم حنين فقال له صفوان: أغضب يا محمد، قال لا بل عارية مضمونة.

وقد جاء في حديث شريف ان " الخراج بالضمان"²، حيث ورد أن رجلا ابتاع عبدا من آخر فأقام عنده ما شاء الله تعالى أن يقيم عنده ثم وجد به عيبا فخاصم البائع إلى النبي صلى الله عليه وسلم فرده، فقال الرجل يا رسول الله قد استعمل غلامي فقال عليه الصلاة والسلام "الخراج بالضمان"³، وقوله صلى الله عليه وسلم "" لا يحل مال امرئ مسلم إلا عن طيب نفس ومن غشنا فليس منا""⁴.

وروي عن الإمام علي قال "" إن خرج في السلعة عيب وعلم المشتري بالخيار إليه إن شاء رد وإن شاء أخذ ورد بالقيمة أرش المبيع ""⁵ كما تم الإجماع بين فقهاء المسلمين على مشروعية ضمان البائع لعيوب مبيعه وثبوت حق خيار للمشتري في حالة اكتشاف عيب خفي بالمبيع لا يعلمه المشتري إلا بعد انعقاد البيع⁵.

وهو ما يعرف عند فقهاء القانون بضمان العيب وعند المذهب المالكي بخيار النقيصة أو العهدة ومعناها أن كل عيب حدث في المبيع في يد المشتري فهو بسبب البائع، حيث يفترض هذا المذهب علم البائع

¹ الدكتور أسعد دياب ضمان عيوب المبيع الخفية، دراسة مقارنة بين القانون اللبناني والقوانين الحديثة العربية والأوربية، دار إقرأ، الطبعة الأولى، بيروت، لبنان، 1981، ص 22.

² وهو حديث عائشة رضي الله عنها .

³ وقد تم تفسير ذلك بما ورد عن أبوعبيدة بن الجراح هنا أن الغلام قد استحقه المشتري بضمانه لأنه كان في ضمانه ولو هلك ماله، وخراج الشيء منافعه وكل خرج منه من در ونسل ونحوه ورد في حديث صحيح رواه أحمد وأبو داود والترمذي والنسائي وابن ماجه وابن حبان.

⁴ نيل الأوطار، شرح منتقى الأخبار من أحاديث سيد الأخبار، لمحمد بن علي بن محمد الشوكاني، الجزء الخامس، صفحة 106.

⁵ الدكتور عمرو أحمد عبد المنعم دبش، المرجع السابق، ص 24

به وذلك في حالة ما إذا ظهر العيب في المبيع الموجود عند المشتري في مدة معينة من الزمن يكون في اعتقادهم تحقق لشرط خفاء العيب وكذا قديما أي نشأ منذ أن كان المبيع بيد المشتري¹.

كما قد تعرض له مجموعة من الفقهاء الإسلام، حيث ذهب البعض منهم إلى أن خيار العيب هو بمثابة إطلاق للعقد يستلزم سلامة العين وما من عاقل يقدم على بذل ماله في مقام التعاقد المجرد عن القيد غلا بهذا القصد.

أما البعض الآخر فقد أكد على أن سلامة المبيع من العيوب مستمدة من طبيعته ولا اشتراط فيه حيث ذهبوا في قولهم أن تفترض أن شخصا اشترط السلامة في متن العقد فان شرطه هذا توضيحا للمعنى الذي اقتضاه العقد لا تأسيسا لمعنى جديد².

ومن خلال ما سبق نجد أن الفقه الإسلام قد أولى اهتماما بالمشتري في حالة وجود عيب بالمبيع ولم يتوقف عند ذلك الحد وإنما أكد على أن يكون الخيار صحيحا وذلك من خلال نشوء الرضا صحيحا حيث يكون كذلك في حالة وقوعه بعد ظهور العيب أي أن لا يكون سابقا عن نشوء العيب، إذ من الممكن أن يكون المبيع خاليا من العيوب وقت انعقاد العقد وبعد ذلك يظهر به لكن الخيار هنا يكون قد سبق ذلك فيقع هذا الأخير في هذه الحالة غير صحيح ولا يتم الأخذ به، وأساسهم في ذلك أن الرضا يعد ركن من أركان العقد الصحيح وسلامته من سلامة العقد³، إذ يصح الاعتماد على السلامة كضابط ومعيار لإثبات أن الاتفاق الذي بين المتعاقدين تم خاليا من العيوب وذلك في حالة الشك دون وجود دليل على ذلك⁴.

إذن فحق الخيار القائم عند فقهاء الإسلام كان مبني على أن " لا ضرار في الإسلام"⁵ وبالتالي لا يجوز التعاقد على شيء مبيع به عيب خفي يعود بالضرر على أحد الأطراف وأن عقود المعاوضة مبنية

¹ الدكتور عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، الجزء الرابع، الطبعة الأولى، ص 249.

² وقد قال في هذا الصدد الشيخ الأنصاري " أنما يترك الناس اشتراط السلامة في متن العقد اعتمادا على هذا الأصل، اشار الى ذلك الدكتور اسعد دياب، المرجع السابق، ص 17.

³ الدكتور عمرو عبد المنعم ديش، المرجع السابق، ص 21.

⁴ الدكتور أسعد دياب، المرجع السابق، ص 17.

⁵ فقد قال رسول الله صلى الله عليه وسلم فيما رواه أحمد وأبو داود وابن ماجة عن ابن عباس رضي الله عنهما " لا ضرر ولا ضرار "

- فالضرر فعل الشخص الواحد والضرار فعل الاثنين فصاعدا

- الضرر أن تضرر وكما تعود بالنفع على أحدهم أما الضرار هو أن تضرر من غير أن تنفع،

- الضرر يكون ابتداء، والضرار جزاء له، أشار الى ذلك نيل الأوطار، المرجع السابق، ص 219-221.

على المساواة وهذا يقتضي السلامة وعلى هذا الأساس فالسلامة تعد شرطاً ضمناً في العقد والظاهر منه اشتراط صحة العقد في متنته، وقال البعض في هذا الصدد أن صحة العقد تعد مجرد تأكيد وتوضيح وما على المتعاقدين هنا سوى احترام والالتزام سواء بالشرط الصريح أو الضمني¹.

هذا بالإضافة إلى أن الفقه الإسلامي قد اعتبر ضمان العيب أثر من آثار العقد الحكيمية، حيث لا تقوم الحاجة إلى اتفاق مسبقوهوما كان معول به في القانون الروماني²، كما كان للفقه الإسلامي الفضل في تحديد الشروط التي يثبت بها هذا الخيار وذلك بأن يكون العيب خفياً وغير معلوماً للمشتري وقديماً وأن لا يكون تافهاً ولم يقف عند هذا الحد وإنما تطرق إلى مسقطات خيار العيب بعد إثباته ويكون ذلك في حالة زيادة محل العقد أو هلاكه أو تعيب المبيع بعيب جديد³.

وجاء في صحيح البخاري عن صدد حق الخيار عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال "البيعان بالخيار ما لم يتفرقا فإن صدقا وبينا بورك لهما في بيعهما، وإن كذبا وكتما محقت بركة بيعهما" متفق عليه

وبهذا يمكن التوصل إلى أن الصدد بتبيان العيوب الموجود من جانب البائع للمشتري فيه بركة تعود على الطرفين حيث يرضى الطرف الأخير أو لا يرضى بالعيب وبمجرد إظهار يتضح ما يوجد بالمبيع من عيوب ويصبح العقد يتسم بالشفافية والصدق بين المتعاقدين⁴.

إذن فحق المشتري في خيار العيب طبقاً لأحكام الشريعة الإسلامية ولأحكام الخيار بالضبط يثبت له في اثنتين: إما فسخ البيع وذلك برد المبيع وإسترداد الثمن المدفوع إذا كان هذا الرد غير مستحيل، أو الاستبقاء

¹ وقد جاء في مفتاح الكرامة "قال جماعة: إن اشتراط الصحة مجرد تأكيد لأن إطلاق العقد يقتضي السلامة، لأن الأصل في المبيع من الأعيان السلامة من العيوب، فإذا أقدم المشتري على بذل ماله في مقابل، فإنما أقدمه على غالب ظنه المستند إلى أصل السلامة، فإذا وجد عيب سابق على العقد وجب أن يتمكن من التدارك وذلك بثبوت الخيار" الدكتور أسعد دياب، المرجع السابق، ص 18.

² نفس المرجع والموضع السابقين / محمود عبد الحكم رمضان الخن، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه مقدمة لكلية الحقوق جامعة المنصورة، 1994ص 55.

³ الدكتور عمرو أحمد عبد المنعم دبش، المرجع السابق، ص 21-22.

⁴ وقوله صلى الله عليه وسلم "من غشنا فليس منا" إذ يعتبر العيش صورة من صور إخفاء العيب الخفي الموجود بالمبيع عن البائع، أو بتأكيد على خلو المبيع من العيوب الخفية، ثم يكتشف أن تلك الحقيقة كاذبة، إذ يفهم من هذا الحديث أن الرسول صلى الله عليه وسلم أنكر الغشاش إلى حد نبذه وإخراجه من أمته، أشار إلى ذلك نيل الأوطار، للشوكانى، الجزء الخامس، دار الجيل، بيروت سنة 1973، ص 174.

على المبيع في حالة رضا المشتري بذلك أما في حالة استحالة رد المبيع لا يمكن للمشتري فسخ البيع مع المطالبة بالأرش¹ والذي نعني به هنا تعويض يساوي العيب الموجود بالمبيع².

كما تم الإجماع على أنه في حالة ما إذا كان محل البيع حيوانا فللمشتري الخيار بين رد المبيع المعيوب مهما كانت درجة العيب سواء جسيما أوتافها، كما يمكنه الإبقاء على الحيوان وطلب التعويض والذي نعني به الأرش هنا³.

لكن ما لم يكن فيه إجماع للفقهاء أنه في حالة الاستبقاء على المبيع دون رده نجد أن الشافعيين أقروا بأنه يمكن للمشتري المطالبة بنقصان الثمن، أما المالكيين فقد ذهب إلى أن المشتري الذي يختار الاستبقاء على المبيع فيحرم من حق الرجوع على البائع بالنقصان الذي يخلفه العيب لكن يكون له ذلك في حالة ما لذا رضي البائع بذلك.

أما عن الحجج التي اعتمد عليها كليهما فنجد أن المذهب الأخير أن العيب نقص في أوصاف المبيع والأصاف لا يقابلها شيء من الثمن لأنها تابعة وبالتالي لا يمكن إلزام البائع بنقص الثمن إذا فات شيء منها ولأنه لو ألزم البائع به لألزم بإخراج المبيع من ملكه بعوض لم يرضه وذلك ضرر به ولا يجوز أن يرفع الضرر عن المشتري بإثبات ضرر على البائع، فيجب إما إعادة الحال إلى سيرتها الأولى وذلك بالفسخ البيع ورد كل الثمن إلى صاحبه أو الإبقاء العقد على حاله، لكن في حالة إذا تم الاتفاق على غير ذلك فيتم تطبيق ذلك الاتفاق، أما الحجج التي اعتمد عليها المذهب الحنفي والشافعي تتمثل في أن العيب يمنح للمشتري جزاء من المبيع يعتبر حقا من حقوقه التي تضمنها الحياة الهادئة وبالتالي يكون له المطالبة بحصته من الثمن.

وهو ما ذهب إليه الشيخ الأنصاري بقوله " ظهور العيب بالمبيع يوجب تسلط المشتري على الرد وأخذ الأرش بلا خلاف"⁴.

¹ نعني بالأرشدية الجراحات وأصله من الفساد والتأريش بين القوم، وهو الواجب من المال فيما دون النفس، وقد يكون مقدرًا/الدكتورة سميرة سليمان بيومي، خيار العيب، دار الطباعة المحمدية، القاهرة، مصر، 1989، ص 118.

² ابن قدامة، المغني على مختصر الحرفي، دار الكتاب العربي، بيروت، 1983، ص 166.

³ قال صاحب الجواهر: " الخيار بين فسخ العقد وأخذ الأرش عليه الإجماع المحصل والمحكي المستفيض صريحا وظاهرا وهو الحجة " محمد مغنيه، فقه جعفر الصادق، الجزء الثالث، ص 216، أشار إلى ذلك الدكتور أسعد دياب، المرجع السابق ص 18.

⁴ محمد مغنيه، فقه جعفر الصادق، الجزء الثالث، ص 216/ قد أشار إلى ذلك الدكتور أسعد دياب، المرجع السابق، ص 18.

لكن في حال ما إذا كان محل البيع عقارا وكان العيب جسيما فقد ذهب البعض من الفقهاء هنا الى أن للمشتري الحق في الفسخ من خلال استرداد الثمن ورد العقار لبائعه، لكن في حالة ما إذا كان العيب تافها غير جسيم فللمشتري حق طلب قيمة نقص المبيع دون طلب رد المبيع، ومن بينهم الإمام مالك¹.

كما تجدر الإشارة إلى أن الفقه الإسلامي تطرق لمفهوم العيب، حيث عرف المالكية العيب الموجب للضمان على أنه كل ما جرت العادة السلامة منه مما ينقص الثمن أو المبيع أو تخاف عاقبته²، حيث يفيد هذا المعنى أنه كل عيب جرى العرف بين أهل التجارة والناس أصلا على أنه ينقص أو يجعل ثمن المبيع قليلا كتسوس الخشب مثلا يلزم فاعله بالضمان في حين إذا كان هذا العيب من العيوب التي جرى التسامح على وجودها أو تعود الناس عامة على وجودها، فقد جرى التسامح فيها وعدم الالتزام بالضمان فيها، إذ يعلق الشافعية وجود العيب الموجب بالضمان بمدى العرف السائد في قبيلة ما³.

أما الشافعية فقد عرفوه على أنه " كل ما ينقص العين أو القيمة نقصانا يفوت به غرض صحيح إذا غلب في جنس المبيع عدمه"⁴ والمعنى من ذلك أن تركيزهم في التعريف غير الذي تم التأسيس عليه لدى المالكية، حيث يعتبرون أن عدم التوصل إلى الغرض المقصود من الشراء في حد ذاته يعتبر عيبا، زد على ذلك أن العيب الذي يكون بالمبيع يجب ألا يغلب على جنسه، بحيث إذا كان غالبا على جنسه فلا يعتبر عيبا وبالتالي لا يلزم بالضمان⁵، في حين أن الحنابلة عرفه على أنه " هونقص عين المبيع كخفاء ولولم تنتقص به القيمة بل زادت أونقص قيمته عادة في عرف التجار، وإن لم تنتقص عينه"⁶ وهذا يعني أن هذا المذهب ركز في تعريفه على النقص الذي يصيب المبيع بسبب العيب والذي يؤثر بالدرجة الأولى على المنفعة المرجوة من شراء المبيع.

¹ ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، مكتبة مصطفى البابلي الحلبي، الطبعة الثالثة، 1960، ص 134. ابن قدامه، المرجع السابق، ص 164.

² عيش، شرح منح الجليل على مختصر خليل، للشيخ محمد عيش مكتبة النجاح، الجزء 2 ليبيا بدون تاريخ نشر، ص 623

³ تم الإشارة إليه من طرف الدكتور عمرو أحمد عبد المنعم دبش، المرجع السابق، ص 32

⁴ الخطيب، مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج للعلامة محمد الشربيني الخطيب، مطبعة مصطفى الحلبي، الجزء الأول، مصر، سنة 1953، ص 51. أشار إلى ذلك الدكتور عمرو أحمد عبد المنعم دبش، المرجع السابق، ص 32.

⁵ هذا التعريف الذي يتضمن شروط تم نقده من قبل الدكتور عمرو دبش حيث جاء فيه أن تلك الشروط تعتبر قيودا مشددة، حيث أن المعاملات التجارية يكتفي فيها برأي أهل التجارة حتى يقوم الضمان أشار إلى ذلك الدكتور عمرو أحمد عبد المنعم دبش، المرجع السابق، ص 34.

⁶ البهوتي، كشف القناع شرح متن الإقناع، للعلامة منصور بن إدريس البهوتي، مطبعة عالم الكتب، بيروت، 1403 هجري، 215. كما أشار إلى ذلك الدكتور عمرو أحمد عبد المنعم دبش، المرجع السابق، ص 33.

لكن الحنفية قد عرفوا العيب على أنه " كل ما أوجب نقصان الثمن، وكذا ما نقص العين أو المنفعة وإلا فإن اعتبره التجار عيبا كان عيبا وإلا فلا"¹ وهذا يبين الأهمية الكبيرة التي يفرضها الواقع التجاري، فهو المرجع الرئيسي للأخذ بالعيب الموجود بالمبيع من عدمه ، أما الظاهرية فقد عرفوا العيب بأنه " ما حظ من الثمن الذي اشترى أوباع به من مالا يتغابن الناس مثله " إذ تم تفسير هذا التعريف على أن كل عيب يؤدي لنقص قيمة ثمن الشيء المبيع مما لا يتعامل الناس بغبن فيه يعتبر عيبا، إذا عني بهذا التفسير بصفة مباشرة أن هناك أشياء يجوز التعامل بغبن فيها².

لكن رغم تعدد المذاهب والآراء حول إعطاء تعريف محدد للعيب لكن يبقى لهم نفس الاتجاه ألا وهو أن وجود العيب من وجود الضمان، والعمل بغير ذلك يعد مخالفا لما جاء به الشرع الإسلامي، كما تم الاستقرار على توافر مجموعة من الشروط للقول بأن العيب خفيا وواجب الضمان وهي أن يكون العيب عبارة عن آفة و كذا أن يكون غير معهود بين جنسه، وأن يكون مؤثرا في قيمة ومنفعة المبيع، وأن لا يكون من ضمن العيوب المتسامح فيها في العرف التجاري³.

في حين أن تم تعريف الضمان من فقهاء الشريعة الإسلامية في عامته على أنه شغل الذمة بتحقق بتحقق عناصرها وشروطها ، حيث يتم مطالبة الضامن بما ضمنه من خلال ذمته المالية، إذ يقوم ذلك بقيام شرط وجوب الأداء، وهذا ما قاله الشيخ علي الخفيف بأن الضمان " شغل الذمة بما يجب الوفاء به من مال أو عمل والمراد بثبوته فيها مطلوبا أدائه شرعا عند تحقق شرط أدائه"⁴.

إذ يقول الإمام النووي أن معنى قوله صلى الله عليه ثلاثة كلهم ضامن على الله " رجل غار في سبيل الله ورجل راح إلى المسجد، ورجل دخل بيته"⁵ أي معنى ضامن على الله"، إذ يقصد بالضمان هنا الالتزام في حالة الهلاك واعتباره كجزء من ماله، فإن ظهر مستحقا لزمته قيمته⁶.

¹ ابن عابدين حاشية رد المختار، حاشية رد المختار على الدر المختار، شرح تنوير الإبصار، الطبعة الثانية، مكتبة مصطفى الحلبي، طبعة عام 1386 هجري، الجزء 5، ص 5.

² ابن حزم المحلي، للإمام محمد بن أحمد بن حزم الظاهري، مطبعة المكتب التجاري، بيروت، الجزء 9، ص 71.

³ الدكتور عمرواحمد عبد المنعم دبش، المرجع السابق، ص 35.

⁴ الشيخ الخفيف، الضمان في الفقه الإسلامي، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، 2000، ص 5.

⁵ دكتور أحمد أبو الوفا، التحكيم الاختياري، ص 6.

⁶ الأشباه والنظائر لابن نجيم 182/1، مجلة البحوث الفقهية والقانونية، جامعة لأزهر، العدد 10، دار التوفيق النموذجية للطباعة، مصر 1995، ص 19.

وللضمان عدة أوجه عند فقهاء الشريعة لكنها تصب في معنى واحد، منها " أن الضمان هو التزام مكلف غير سفيه ديناً على غيره، أو طلبه ممن عليه لمن هو له بما يدل عليه وأركانه خمسة: ضامن، مضمون ومضمون له ومضمون به والمقصود من كالاتي: المكلف هو الضامن، ديناً هو المضمون به، ممن عليه: هو المضمون، لمن هو له: المضمون له، بما يدل عليه: هو الصيغة أي ما يدل على الالتزام المعمول به من الصيغ المسموح بها الصيغة اللفظية أو الكتابية أو غيرها¹.

وقد جاء في مفتى المحتاج " الضمان لغة الالتزام وشرعاً يقال الالتزام حق ثابت في ذمة الغير أو إحضار من هو عليه أو عين مضمونه، ويسمى الملتزم لذلك ضماناً وضمناً وحميلاً وزعيماً وكافلاً"².
إذ يفهم من ذلك أن الضمان هنا نعني به الكفالة، حيث يعتبر الضمان كوسيلة من وسائل لكفالة وحفظ سلامة أفراد المجتمع من أي ضرر تتعرض له أنفسهم وأموالهم قصد المحافظة على حقوقهم³.

وكان استنادهم في إلحاق معنى الضمان بالكفالة وليس بغيرها ما ورد في القرآن الكريم من آيات فقال الله تعالى " وَأَوْفُوا بِعَهْدِ اللَّهِ إِذَا عَاهَدْتُمْ وَلَا تَنْقُضُوا الْأَيْمَانَ بَعْدَ تَوْكِيدِهَا وَقَدْ جَعَلْتُمُ اللَّهَ عَلَيْكُمْ كَفِيلًا ۗ إِنَّ اللَّهَ يُعَلِّمُ مَا تَعْلَمُونَ ۗ" إضافة الى قوله تعالى " وَحَرَّمْنَا عَلَيْهِ الْمَرَاضِعَ مِنْ قَبْلُ فَقَالَتْ هَلْ أَدُلُّكُمْ عَلَىٰ أَهْلِ بَيْتٍ يَكْفُلُونَهُ لَكُمْ وَهُمْ لَهُ نَاصِحُونَ" ⁴ ⁵

فالضمان والكفالة معنيان مترادفان الهدف منهما نشر الضمان في المال وفي النفس وذلك من خلال العقود المبرمة، كما تجدر الإشارة إلى أن للضمان عدة أوجه منها:

- 1- ضمان كفيل ما يكفله من مال.
- 2- ضمان الكفيل إحضار من يلتزم بإحضاره من الخصوم إلى مجلس القضاء، إذ تسمى هذه الكفالة كفالة النفس أو الوجه.
- 3- ضمان شخص تسليم عين من الأعيان في يد آخر كالعين في يد المستعير أو الغاصب.

¹ الدكتور عمرو أحمد عبد المنعم دبش، المرجع السابق، ص 40.

² الخطيب، مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج للعلامة محمد الشريبي الخطيب، مطبعة مصطفى الحلبي، مصر سنة 1953، ص 197.

³ الدكتور حسنين علي، المرجع السابق، ص 44.

⁴ الآية 91 من سورة النحل

⁵ الآية 12 من سورة القصص

4- ضمان الغاصب ما غصبه فأشغل ذمته برده الى صاحبه مادام قائما وبدفع قيمته أو مثله إذا أهلك تبعا لوجوده قيمي أو مثلي.

5- ضمان المستعير لما استعاره.

6- ضمان المعتدي على مال غيره إذا أتلفه أو عيبه، إذ تشغل ذمته أو بقيمته وإما بقيمة ما أتلفه، وهو ما يسمى عند الفقهاء المسلمين ضمان الإلتلاف أو الريد وبعبارة أعم ضمان الفعل¹.

إذ يفهم من ذلك أن الضمان يعنى به الضمان، كما يعنى به التعويض وذلك عند إلحاق ضرر بالغير بإعطاء مثل الشيء إن كان من المثليات وقيمه إن كان من القيميات².

وهذا يظهر المعنى الثاني للضمان عند بعض فقهاء الإسلام، حيث كان سندهم في ذلك ماروي عن الإمامين الشافعي وأحمد رضي الله عنهما وأصحاب السنن الأربعة أن رجلا ابتاع عبدا فأقام عنده ما شاء الله أن يقيم، ثم وجد به عيبا فخاصم البائع الى النبي صلى الله عليه وسلم فرده عليه فقال " الخراج بالضمان" وقد فسر هذا الحديث الإمام جلال الدين السيوطي في كتابه الأشباه والنظائر بأن معنى الخراج هو ما خرج من الشيء من غفلة أو منفعة كأجر الدابة ودرها ونسلها³.

وبهذا يفهم معنى الحديث أن كل ما خرج من العبد من نسل أو منفعة إلى آخره هو تعويض للمشتري عما تحمله من تبعة الهلاك لهذا العبد فيما لو كان هذا العبد قد هلك حال كونه في حيازة المشتري⁴.

كما كان سندهم في ذلك ما قاله الشيخ محمود شلتوت " تضمين الإنسان عبارة عن الحكم عليه بتعويض الضرر الذي أصاب الغير من جهة⁵.

¹ الدكتور فتحي عبد الرحيم عبد الله، دراسات في المسؤولية التقصيرية (نحو مسؤولية موضوعية)، منشأة المعارف، مصر 2005 ص 29 / الدكتور حسنين علي، المرجع السابق، ص 38.

² هذا المعنى جاءت به مجلة الأحكام العدلية في تعريفها، " وذلك بأن الضمان يعنى " إعطاء مثل الشيء إن كان من المثليات، وقيمه إن كان من القيميات " المادة 416 من مجلة الأحكام العدلية / محمد قدرى باشا، مرشد الحيران إلى معرفة أحوال الإنسان، الطبعة الأميرية، القاهرة، 1887 م.

³ السيوطي، الأشباه والنظائر للإمام جلال الدين السيوطي، دار إحياء الكتب العربية، الجزء 1 ص 172

⁴ الدكتور عمرو أحمد عبد المنعم ديش، المرجع السابق، ص 42.

⁵ محمود شلتوت، المسؤولية المدنية الجنائية في الشريعة الإسلامية، طبع بجامعة الأنهار، ص 2، أشار إليه الدكتور عمرو أحمد عبد المنعم ديش، المرجع السابق، ص 42.

أما عن معنى الضمان لغة فقد اختلف باختلاف القواميس العربية، فعند الرجوع إلى مادة الفعل الثلاثي "ضمن" يتبين أنه يشمل المعاني ضمن الشيء بالكسر ضامنا " كفل به فهم " ضامن " وضمين " و" ضمنه الشيء " تضمينا فتضمنه عنه مثل غرمه، إذ أن المعنى في ذلك الالتزام بالضمان، حيث يقال ضمننت المال بالمال، فهو ضامن وضمين أي التزمته وضمنته، وهو واجب رد الشيء أو بدله بالمثل أو بالقيمة¹.

كما جاء في المصباح المنير: (الضمان لغة) يقال ضمننت الشيء فأنا ضامن بمعنى ملتزم به ويقال ضمننته أي ألزمته إياه².

وقد جاء في لسان العرب " الضمين " الكفيل وضمن الشيء وبه ضمنا وضامنا: كفل به وضمنه إياه كفله، وفلان ضامن مضمن وكافل كفيل³.

الفرع الرابع: الضمان في القانون الفرنسي القديم

في العهد الفرنسي القديم وذلك قبل صدور التقنين المدني الفرنسي في سنة 1804 وكما هو معلوم كانت هناك مقاطعات اختلف فيها العادات والأعراف المحلية، لكن ما كان متفقا عليه أنها كانت تأخذ بنظام ضمان العيب الخفي، وذلك في حالة وجود عيب بالمبيع المشتري، والذي يعود بالضرر على المشتري، إذ أن الضمان كان سائرا على جميع المبيعات سواء كانت منقولات أو عقارات، كما تجدر الإشارة إلى أن القانون الفرنسي منذ القدم قد أخذ معظم قوانينه من القانون الروماني بطريق مباشر ولم يتم الإشهاد على أي قانون تم وضعه من قبل الفرنسيين دون اللجوء إلى القانون الروماني.

أما الدعاوى المعتمد عليها لاسترداد حق المشتري في الضمان كانت مستمدة من القانون الروماني إذ تم الاعتماد على دعوى الرد واسترداد الثمن، أو الإبقاء على المبيع والمطالبة بتخفيض الثمن وللمشتري حق الخيار.

¹ الدكتور حميدي أحمد سعد، الالتزام بالإضفاء بالصفة الخطرة للشيء المبيع، دراسة مقارنة بين القانون المدني والفرنسي والفقهاء الإسلاميين، المكتب الفني للإصدارات القانونية، دون طبعة، مصر، 1999 ص 42.

² المصباح المنير، الجزء الثاني، مادة (ضمن) الضاد مع الميم وما يليها، ص 7.

³ لسان العرب، طبعة بيروت، الجزء الخامس، ص 256 قد أشار إليه الدكتور عمرو أحمد عبد المنعم دبش، المرجع السابق، ص 39.

لكن ما كان غير متفق عليه بينهم المهلة التي يسمح من خلالها الادعاء على البائع والتي كان لها تأثير سلبي على المبادلات التجارية لما سببته من عرقلة، حيث كان أغلبهم يحددون مهلة الادعاء بالنسبة للحيوانات الداجنة بثمانية أيام كحد أدنى إلى أربعين يوماً كحد أقصى.

أما إذا كان محل المبيع يتمثل في غير الحيوانات الداجنة أو غير المنقول بصفة عامة، فكانت مهلة ادعائها تقدر بستة أشهر كحد أدنى وهذه المدة ليس مستقرة، وإنما تختلف باختلاف المناطق.

كما تجدر الإشارة إلى أن الضمان في القانون الأخير يدخل في نطاقه ضمان العيب الخفي وضمن الاستحقاق دون غيرهما وعلى هذا الأساس ذهب الفقهاء الفرنسيين إلى عدم التفرقة بين ضمان العيب الخفي وضمن الاستحقاق، ففي حالة إبرام عقد للبيع فطبيعته ترتب على المشتري أعباء وتكاليف يتحملها وبالتالي إذا وجد بالمبيع عيب خفي فهذا يعود على المشتري بالضرر من بينه نقص في قيمة المبيع ورجوع المشتري على ما عاد عليه من مصاريف يكون على أساس ضمان العيب الخفي وليس على أساس الاستحقاق الجزئي، وهذا يعتبر مرجع الفقهاء الرئيسي فيما تم تفسيره من قبلهم بعدم التفرقة بين الضمانين الأخيرين¹.

وهذا ما أدى بالقانون الفرنسي القديم إلى وضع قانون مدني قضى به على تنوع الأحكام بين المقاطعات وأصبح يؤخذ بقانون واحد يطبق على الجميع².

المطلب الثاني: في القوانين الحديثة

بعد التطور الحاصل في ظل الوسائل والمبيعات بسبب التكنولوجيا فلم تبقى التقنيات على حالها وإنما تغيرت وذلك قصد توفير أكبر قدر من الحماية وهذا ما نجده في ظل القوانين المدنية الحديثة من قانون مدني فرنسي (الفرع الأول) وقانون مدني جزائري ومصري (الفرع الثاني).

الفرع الأول: في القانون المدني الفرنسي

بعد صدور التقنين المدني الفرنسي توحدت الأحكام في المواد 1641 إلى 1646 والتي كان مصدرها الرئيسي القانون الروماني، حيث قام القانون المدني الفرنسي بالنص على أحكام مشابهة لأحكام القانون الروماني في معظم قوانينه إلا في جانبين، الأول يتعلق بنطاق العيب الموجب للضمان، حيث استبعد

¹ LAURENT (Ch): Principes de droit civil français ,paris ,1887 ,t24, page 269.

² الدكتور أسعد دياب، المرجع السابق، ص 15.

ضمان تخلف الصفة المشروطة في العقد، وهذا ما يظهر من خلال نص المادة 1641 من التقنين المدني الفرنسي التي تعرف العيب الخفي الواجب الضمان¹.

حيث كان للتقنين الحالي الفضل في التفارقة بين الحالات التي يتم اللجوء فيها إلى رفع دعوى ضمان العيب الخفي، وتلك التي يتم اللجوء فيها إلى دعوى الاستحقاق، إذ اعتبر التكاليف والأعباء غير المعلنة عنها في المبيع من ضمن الاستحقاق الجزئي إذن فالمبيع سليم لكنه مثقل لوجود غير له حق على المبيع، أما في حالة وجود عيب خفي ينقص من قيمة المبيع ومن منفعته، فهنا يتم اللجوء إلى أحكام ضمان العيب الخفي².

كما لم يتم تحديد مدة الضمان وإنما عبر عنها بقصر المدة التي يأخذ بها للدعاء، والسبب وراء ذلك تقاديا للوقوع في تعدد النظام الذي كان سائدا في العهد الفرنسي القديم والذي يتضمن أن تصدر عن كل مقاطعة مهلة معينة وهوما سيتم التطرق إليه في تفصيلنا في البحث ومن خلال ذلك يفهم أن التقنين الفرنسي لم يدر ظهره إلى العادات والأعراف التي كانت سائدة قديما وإنما ترك مجال تحديد مدة رفع دعوى الضمان³.

كما أن التشريع الفرنسي جعل الحق للمشتري في الاختيار بين فسخ البيع أي رد المبيع واسترداد الثمن أو إمكانية إنقاص الثمن في حالة الإبقاء على المبيع المعيوب، كما لم يدخل التقنين الفرنسي نظام ضمان العيوب الخفية في النظام العام وبالتالي بإمكان التعديل فيها بإرادة من أطراف العقد⁴.

إذ كان الفضل الأول لتطور الضمان وتحوله إلى التشديد في المسؤولية العقدية الناشئة عن فعل الشيء وكذا من خلال منع وجود أي شرط مسقط أو مقيد للضمان دون اتفاق أو إخطار المشتري بالعيوب الموجودة بالمبيع⁵.

كما أن القانون المدني الفرنسي قد أضاف من خلال مواده 1741 إلى 1749 قواعد عامة لحماية المشتريين بالنسبة لبئوع الأشياء، وأدخل في إطار الحماية المتزايدة للمشتريين، هذا إضافة إلى أن الاجتهاد

¹Article 1641 :

Le vendeur est tenu de la garantie à raison des défauts cachés de la chose vendue qui la rendent impropre à l'usage auquel on la destine, ou qui diminuent tellement cet usage que l'acheteur ne l'aurait pas acquise, ou n'en aurait donné qu'un moindre prix, s'il les avait connus.

² GUVOT: de la garantie d'éviction , paris, 1955, p15.

³ الدكتور أسعد دياب، المرجع السابق، ص 39.

⁴ الدكتور نبيل إبراهيم سعد، عقد البيع، دار الجامعة الجديدة، الطبعة الثانية، مصر، 2004، ص 289.

⁵ (H): MAZEAUD « la responsabilité civile du vendeur fabricant » R.T.D.C. 1955 P611-621.

قد أشار إلى ذلك الدكتور حسنين على، المرجع السابق، ص 45.

القضائي لعب دورا كبيرا في تطوير فكرة ضمان العيوب الخفية حسب ما هوجار في المعاملات التجارية وذلك من خلال التفرقة بين مسؤولية التاجر ومسؤولية البائع العادي حيث يقوم افتراض الأول دون الثاني وكذا بتعويض المشتري الحسن النية عن كل الضرر المتوقع والغير المتوقع من جانب البائع المحترف، كما أضافت عدة قوانين تعنتي بالمستهلك من خلال تنظيم قانون الاستهلاك وغيرها من الاجتهادات سيتسنى لنا التطرق إلى معظمها في بحثنا هذا.

الفرع الثاني: في القانون المدني المصري والجزائري

إهتم المشرع المصري والجزائري كغيرهم من التشريعات بالضمان حيث أورد أحكاما خاصة تتعلق بضمان حقوق المشتري وذلك من خلال أحكام التي تخص ضمان العيوب الخفية لسبب وهو أن الضمان يعتبر وسيلة لتدعيم الثقة والائتمان أثناء التبادلات التجارية وتحقيق الاستقرار في المعاملات، وذلك بالرغم من وجود ضمانات في الأحكام العامة للقانون المدني من شأنها أن تحقق الاستقرار والطمأنينة أثناء التعاقد كالتأمينات العينية والشخصية والدعاوى التي لها علاقة مباشرة بالضمان.

وكان ذلك نتيجة إلى التأثير الكبير والمباشر بالقانون المدني الفرنسي من جانب الدول العربية من جهة وكذا التأثير الغير المباشر بأحكام القانون الروماني من جهة أخرى، حيث تم نقل معظم أحكام القانون الفرنسي من معظم الدول ودليل ذلك ما تم تشريعه في القوانين المصرية والجزائرية وحتى اللبنانية والمغربية.

إذ جعلت القوانين المدنية من الضمان التزاما في حق البائع، حيث اعتبرها وسيلة من الوسائل التي توفر أكبر قدر من الحماية لحقوق الأفراد في أموالهم وذلك إما تقاديا لوقوع الضرر وإما جبرا له إذا وقع فعلا.

فقد تم العمل في القانونين الجزائري والمصري على الفصل بين أحكام التعرض والاستحقاق وضمان العيوب الخفية، كما تم فصل الأحكام الأخيرة عن الالتزام بنقل الملكية وعن الالتزام بالتسليم، وجعل منه التزاما مستقلا.

كما ورد في التقنين الجزائري وبالضبط في المادة 379 من القانون المدني الجزائري والتي تقابلها المادة 447 من القانون المدني المصري على أنه " يكون البائع ملزما بالضمان إذا لم يشتمل على الصفات التي تعهد بوجودها وقت التسليم إلى المشتري، أو إذا كان بالمبيع عيب ينقص من قيمته، أو من انتفاع به

بحسب الغاية المقصودة منه حسبما هو مذكور بعقد البيع أو حسبما يظهر من طبيعته أو استعماله، فيكون البائع ضامناً لهذه العيوب ولولم يكن عالماً بوجودها".

فمن خلال نص هذه المادة يفهم أن الضمان يقوم في حالة وجود عيب ينقص من قيمة المبيع أو نفعه وكذا عند عدم توفر الصفات المتعهد بها والتي ضمن البائع وجودها في المبيع. وهو ما لم يتم إدراجه ضمن المادة 1641 من القانون المدني الفرنسي حيث تم الاكتفاء بذكر الشروط التي تجب لقيام ضمان العيب الخفي دون التطرق إلى الصفات كما سبق الذكر¹.

وفي اعتقادي أن هذا الاختلاف جاء في صالح المشتري الذي يسعى دائماً إلى تضمين نفسه تجاه البائع خاصة إذا كان هذا المشتري ليس له أي خبرة، والتزام البائع بضمان وجود صفات معينة بالمبيع يجعل من مسؤوليته مشددة مقارنة مع البائع الذي لا يضمن صفات معينة بالمبيع، وبالتالي فإن الضمان في هذه الحالة يقوم بمجرد تخلف الصفات المتعهد بوجودها.

والجدير بالذكر هنا أن التقنين المدني المصري القديم من خلال نص المادة 313 و387 لم يرق بالتطرق والنص على التزام البائع بضمان الصفات التي كفل المشتري وجودها في الشيء المبيع. حيث اقتضت هذه المادة على أن البائع ضامن للمشتري العيوب الخفية في المبيع إذا كانت تنقص القيمة التي اعتبرها المشتري أو تجعل المبيع غير صالح للاستعمال فيما اعد له.

ولم يكن هناك اختلاف في ذلك فحسب وإنما تعدى ذلك ليمس مدة التقادم حيث كان يؤخذ في التقنين القديم بالمدة السقوط وليس مدة التقادم الحالية أما عن وقت سريان هذه المدة فتبدأ في القانون القديم من وقت العلم الحقيقي بالعيوب أما في القانون المدني الجديد فتسري من وقت التسليم بالمبيع، هذا بالإضافة إلى أن سقوط دعوى الضمان يكون بعد مرور سنة من وقت التسليم ولولم يكتشف المشتري العيب إلا بعد ذلك مالم يتم الاتفاق بين المتعاقدين على وقت أطول في القانون الحالي وهو ما تم النص عليه في المادة 452 من القانون المدني المصري، في حين أن التقنين المدني القديم كانت مدة رفع الدعوى تسقط بمرور ثمانية أيام من يوم علم المشتري الحقيقي بالعيوب الموجود بالمبيع وهو ما نصت عليه المادة 302/324 من التقنين المدني المصري².

¹ الدكتور خوص جويده، المرجع السابق، ص 26.

² الدكتور عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجزائري، العقود التي تقع على الملكية، البيع والمقايضة الجزء الرابع، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الثالثة الجديدة، بيروت، لبنان، 2000، ص 750.

وهذا ما جعل المشرع الجزائري يأخذ معظم قوانينه من القانون المدني المصري الجديد، حيث رأى فيه تعديلات تتناسب والتطور الحاصل في المجتمعات خاصة في مجال المبيعات، وذلك ما سيتم التطرق إليه من خلال بحثنا هذا بالتفصيل.

وبهذا فإن القانون المدني أقر بأن الضمان جاء كالتزام من الالتزامات الملقاة على عاتق البائع، حيث جعلها وسيلة لحفظ أموال الأشخاص وصيانتها وذلك بجبر الضرر الذي يحصل أو قصد تفاديه، هذا المعنى للضمان والمعترف به بين القوانين شكل انتقادا من جانب الدكتور سليمان مرقس والدكتور محمود جمال الدين زكي وكذا من جانب الدكتور محمد إبراهيم الدسوقي حيث أعابوا على ذلك المفهوم انه يحتاج إلى الثقة والتحديد من عدة جوانب منها تعليق الحكم بالتعويض على درجة معينة من الخطأ، حيث أن ما هو معمول به في القانون حتى الخطأ التافه تتحقق به المسؤولية ومن غير المعقول أن لا يوجد شخص فوق الكون لا يرتكب سلوكا أو غلط يؤدي بالإضرار بالغير، زد على ذلك جعل الشخص مسؤولا عن تعويض الضرر ولم يكن له شأن في ذلك أي لم يصدر عن خطأ منه ، كما أنه لم يتم بتحديد القدر من الضرر الذي يقوم به الضرر إذ تقوم مسؤوليته بالضمان بمجرد حدوث ضرر للغير وبأي قدر كان، كما يتم التعويض سواء عن الضرر المادي أو المعنوي¹.

ولكننا نرى أن المشرع قد أصاب في تشديده مسؤولية وخاصة منها التي تقوم في الضمان فكما كان هناك تشديد في المعاملات كلما كانت أكثر جدية، فكل خطوة يقوم بها الشخص في عقد البيع يكون له أثر سواء من بعيد أو من قريب، لهذا نرتئي من المشرع أن يقوم بالتشديد أكثر الملقى على الطرفين وليس فقط على المشتري.

¹ الدكتور سليمان مرقس، المسؤولية المدنية في التقنيات المدنية للبلاد العربية، معهد البحوث والدراسات العربية، دون طبعة مصر، 1979، ص 130 /الدكتور محمود جمال الدين زكي، الوجيز في النظرية العامة للالتزامات، مطبعة جامعة القاهرة الطبعة الثالثة، مصر، 1978 ص 19 / الدكتور محمد إبراهيم دسوقي، تقدير التعويض بين الخطأ والضرر، رسالة دكتوراه جامعة الإسكندرية، مصر، 1972، ص 257/الدكتور حساني علي، المرجع السابق، ص 45.

المبحث الثاني: علاقة ضمان العيوب الخفية بالأنظمة والالتزامات الأخرى

لقد سبق القول أن العيب الموجب للضمان يستلزم أن يكون من العيوب التي تنقص من قيمة المبيع أو من نفعه بحسب الغاية المقصودة مستفادة مما هو مبين في العقد ومما هو ظاهر من طبيعة الشيء أو الغرض الذي أعد له.

وقد أضاف القانون إلى العيب الذي يضمنه البائع حالة أخرى تتعلق بضمان وجود الصفات التي كفل البائع وجودها في المبيع، هذه هي المميزات الأساسية في العيب الذي يخول للمشتري الرجوع بالضمان على البائع بالضمان، والذي يؤدي وجوده إلى أعمال أحكام ضمان العيوب التي نص عليها القانون.

وهذه المميزات الأساسية تجعل ضمان العيب يستقل عن بعض الأنظمة القانونية والالتزامات الأخرى التي قد تقترب منه والتي يجب التمييز بينها وبينه لإختلاف الأحكام الواجبة التطبيق في كل منها.

وذلك من خلال التطرق إلى مدى علاقة ضمان العيوب الخفية وبعض الأنظمة الأخرى (المطلب الأول) ثم التطرق إلى العلاقات القائمة بين ضمان العيوب الخفية وبين مختلف الالتزامات (المطلب الثاني).

المطلب الأول: تمييز ضمان العيوب الخفية عن الأنظمة المشابهة له

من خلال إطلاعي على القواعد التي تحكم ضمان العيب الخفي وجدت أن هناك ما قد ينتشبه وهذا الضمان الأخير وذلك لما له جزئيات يمكن أن يتصادم فيها مع بعض الأنظمة الأخرى منها ما يتعلق بعيوب الرضا ومنها ما يتعارض والقواعد التي يمكن أن تكون جزءا مكملا له وعلى ذلك ومن بين الأنظمة المختلفة ارتأينا أن نقوم بدراسة مدى علاقة ضمان العيب الخفي بعيوب الرضا وخصصت منها الغلط والتدليس وذلك نسبة إلى التصادم الجاري في المحاكم خاصة منها الفرنسية (الفرع الأول) وكذا لما يترتب عنه من آثار قد تتصادم وبعض الأنظمة القانونية وخصصنا منها الفسخ لعدم التنفيذ وكذا الاستحقاق الجزئي (الفرع الثاني).

الفرع الأول: التمييز بين ضمان العيوب الخفية وعيوب الإرادة

من عيوب الإرادة كما هو معلوم الغلط والتدليس والإكراه والاستغلال ويترتب على توافر شروط أي من هذه العيوب دعوى إبطال لمصلحة الطرف الذي أعيبته إرادته.

وليس في عزمنا تناول دعوى الإبطال في كل هذه الحالات وإنما نقتصر فقط على ماله علاقة مباشرة بضمان عيوب المبيع خاصة الغلط والتدليس.

أ- التمييز بين العيب الخفي والغلط

قد يبدو أن جهل المشتري بحالة المبيع وقت العقد بوجود عيب فيه، لا يعدو أن يكون غلطا جوهريا وقع فيه ولذلك يحق للمشتري إبطال العقد بسبب الغلط¹ ويكون في الوقت ذاته منشئا لضمان العيوب الخفية، فإذا اشترى شخص حصانا على أنه صالح للسباق فوجده غير صالح له، أمكن القول أن المشتري قد وقع في غلط في صفة جوهريّة في الشيء، كما يمكن في الوقت ذاته القول أن المبيع به عيب خفي².

فلذلك قد تثور صعوبة في بعض الأحيان لمعرفة ماهو الأساس الذي يرجع المشتري بمقتضاه على البائع هل يكون له أن يرجع على أساس أحكام ضمان العيوب، أم له أن يرجع استنادا إلى أحكام الغلط؟ بمعنى آخر هل يمكن للمشتري الاختيار بينهما؟ أم الجمع بينهما؟.

ولهذا يجب التمييز بين النظامين وبين الحالات التي يقع المشتري في الغلط وتلك التي يكون فيها ضحية عيب خفي إذ لهذا التمييز أهمية من حيث المجال الذي ينطبق فيه كل منهما وبصفة خاصة من حيث الميعاد الذي ترفع فيه دعوى البطلان بسبب الغلط ودعوى الضمان بسبب العيب.

مما لا شك فيه أن هنالك تقارب بين النظامين مما دعا إلى إثارة هذا الموضوع فقها وقضاء وذلك نظرا لوجود بعض أوجه التشابه بينهما أونظرا لوجود بعض الفروض التي يلتقي فيها الغلط بالعيوب الخفية إلا أن كلا النظامين يختلف عن الآخر³.

الغلط وهم أي اعتقاد خاطئ يقوم في ذهن المتعاقد ويصور له الأمر على غير حقيقته فيدفعه إلى التعاقد ومثاله أن يقوم شخص بشراء أنية معتقدا أنها من الذهب فإذا بها من معدن مذهب⁴.

¹ التقنين المدني الجزائري، (المواد 81 - 85)، انظر في الغلط مؤلف الدكتور صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري مصادر الالتزام، الجزء الأول، دار الهدى، الطبعة الثانية، الجزائر، 2004، ص 165 - ص 180.

² الدكتور خميس خضر، عقد البيع في القانون المدني، مكتبة القاهرة الحديثة، 1969، ص 240 والدكتور محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني (عقد البيع والمقايضة، دراسة مقارنة في القوانين العربية)، دار الهدى، دون طبعة الجزائر، 2012، ص 411.

³ الدكتور توفيق حسن فرج، المرجع السابق، ص 406

⁴ الدكتور على حسين بخيره، ضمان العيوب المبيع في عقد البيع (في القانونين المصري والمغربي)، دار الفكر العربي، دون طبعة، القاهرة، 1982، ص 13/الدكتور محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، (النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام، العقد والإرادة المنفردة، دراسة مقارنة بين القوانين العربية)، دار الهدى، الطبعة الأولى، الجزائر، 2012 ص 162.

والغلط قد ينصب على صفة جوهرية في الشيء المتعاقد عليه أو على شخص المتعاقد أو على صفة من صفاته، ولكي يعتد بالغلط ويؤخذ في الاعتبار يجب أن يكون جوهريا أي دافعا إلى التعاقد بمعنى أنه لولاه لما أقدم المتعاقد على التعاقد¹ ولهذا فإن الفقه يتفق على أن الغلط يتمثل في حالة تقوم في نفس المشتري فتحمله على توهم غير الواقع بأن تكون هناك واقعة غير صحيحة يتوقع صحتها أو واقعة صحيحة يتوقع عدم صحتها².

أما العيب فهو أمر موضوعي يقع في الغرض الذي أعد له المبيع فيجعله غير صالح له، لا فرق في ذلك بين ما إذا كان محل اعتبار ذاتي عند المشتري وبين ما إذا لم يكن كذلك³

وهو بحسب تعريف الفقه الإسلامي "ما تخلوعنه الفطرة السليمة...."⁴ أو هو حالة يخلوعنها الشيء عادة لا تظهر عند البيع بفحص المبيع ويكون من شأنها أن تنقص من قيمة نقصا محسوسا، أو يكون هذا العيب مؤثرا على الجانب النفعي لهذا المبيع.

وقد أضاف القانون إلى ذلك أن البائع يضمن وجود الصفات التي كفلها في العقد⁵، وهكذا يظهر لنا أنه لتوافر الغلط أو العيب الموجب للضمان يجب ان تتوفر فيه شروط معينة، فالغلط يعيب الرضى طبقا

¹ فيما يخص تعريف الصفة الجوهرية يراجع ما يلي:

E.Comet De Santerre/cours analytiques de droit civil, tome 5,n°61 bis 2 ,page16.Et F.Laurent/principes de droit civil français ,tome 15,Bruylant –Christophe, Bruxelles,1875 et 1878 , n°488

² J-L.Aubert,le contrat,2ème édition ,Daloz,2000,page66.Et J.Carbonnie/Droit civil,les obligations, tome4,2ème édition ,Thémis droit privé,P.U.F. Paris,2000,note219,n°41, page98.Et Jacques Flour et Jean-Luc Aubert éric SavauxLLuc Aubert éric Savaux/Droit Civil ,Les obligations ,l'acte juridique ,Armand Colin ,9ème édition ,2000, page 130.

الدكتور عبد المجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني، الجزء الأول (مصادر الالتزام)، مطبعة العاني، بغداد، ط4، 1974، ص 136. والدكتور بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، الجزء الأول ن التصرف القانوني، العقد والإرادة المنفردة، ديوان المطبوعات الجامعية، ط3، 2004، ص 100

³ الدكتور عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، المرجع السابق، 748.

⁴ وهذا أيضا ما ذهب إليه محكمة النقض المصرية لتعريفها للعيب بقولها " الآفة الطارئة التي تخلومنها الفطرة السليمة للمبيع" نقض مدني في 1948/4/8 مجموعة قواعد محكمة النقض في 25 سنة تحت "بيع" قاعدة رقم 96. وكذا تعريف محكمة ليون للعيب "بأنه ما يصيب الشيء بطريق عارض، ولا يوجد حتما في كل الأشياء المماثلة:

on ne put considérer comme vice d'une chose vendue que les défauts qui l'ffectent accidentellement et ne se rencontrent pas nécessairement dans pots les choses de même nature"

محكمة ليون في 18 /02/ 1952 ورد في الجدول الخمسى (1951 - 1955) لمجلة Gaz.Pal. تحت "vente" قاعدة 322، الدكتور توفيق حسن فرج، عقد البيع والمقايضة، المرجع السابق، ص 407.

⁵ الدكتور عبد الناصر توفيق العطار، ماهية العيب وشروط ضمانه، مجلة إدارية قضايا الحكومة، العدد الثاني، 1972 ص.56.

لشروط التي حددها القانون وهي: أن يكون الغلط جوهريا، وأن يتصل بالمتعاقد الآخر¹.

أما في حالة العيوب الخفية، فقد حدد القانون للرجوع بالضمان على أساسها شروطا خاصة تستقل عن الشروط الرجوع على أساس الغلط وسيتم شرحها تفصيلا في المبحث الثاني من هذا الفصل.

الغلط مبني على اعتبار شخصي أو نفسي بحيث ما كان المشتري ليبرم العقد لو علم حقيقة الأمر ، بينما العيب الخفي مبني على اعتبار موضوعي حيث يدخل في الاعتبار أثر العيب في قيمة المبيع أو أثره على ما يمكن أن يؤديه من خدمات للمشتري.

في حالة الغلط لا يشترط القانون لإبطال العقد بيعا معينا، بمعنى آخر يستوي أن يقع هذا في بيع عادي أم في بيع من البيوع التي تجريها السلطة القضائية (البيع بالمزاد العلني)

أما في حالة ضمان العيوب فينبغي أن يكون في غير البيوع التي تجريها السلطة القضائية على التفصيل الذي يسرد فيما بعد.

أما من ناحية التقادم، فلا تتقدم دعوى الغلط إلا بخمس سنوات من وقت كشف الغلط أو بعشر سنوات من وقت إبرام العقد² وهذا بخلاف دعوى ضمان العيوب الخفية التي تتقدم بمرور سنة من يوم تسليم المبيع³.

ومتى توافرت الشروط التي يتطلبها القانون في كل من الحالتين، فإنه لا يكون للمشتري في حالة الغلط الا طلب إبطال العقد على أساس أحكامه، أما في حالة العيوب الخفية فما عليه إلا أن يرجع على أساس الضمان⁴.

¹ النصوص القانونية التي تنص تفصيلا في الغلط مواد 81 الى 85 من القانون المدني الجزائري رغم أن الشرط الثاني لم يذكره المشرع الجزائري صراحة غير أنه يتبين من نص المادة 82 مدني جزائري (يعتبر الغلط جوهريا على الأخص اذا وقع في صفة الشيء يراها المتعاقدان جوهرية أوجب إعتبارها كذلك نظرا لشروط العقد ولحسن النية)، ولذا نرى أن الغلط يتصل بالمتعاقد الآخر بأن وقع بدوره فيه أو كان على علم بأن المتعاقد قد وقع فيه أو على الأقل كان من السهل أن يتبين ذلك أشار الى ذلك الدكتور محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، المرجع السابق، ص 172.

² الرجوع للمادة 101 من القانون المدني الجزائري، أما التقنين المدني المصري تتقدم دعوى الغلط فيه بثلاث سنوات من وقت كشف الغلط أو بخمس عشر سنة من وقت إبرام العقد.

³ الرجوع للمادة 383 من القانون المدني الجزائري.

⁴ الدكتور محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، عقد البيع والمقايضة، المرجع السابق، ص 411

وهكذا يلاحظ أن الغلط قد يوجد دون عيب كما لو اشترى سيارة معتقدا أنها من نموذج معين ثم تبين أنها من نموذج آخر، ذلك أن المشتري يكون في هذه الحالة قد وقع في غلط جوهري مما يتيح له إمكانية المطالبة بإبطال العقد لوقوعه في غلط، دون أن يكون من حقه الرجوع على البائع بدعوى ضمان العيب لسلامة المبيع من العيوب¹.

كما أن العيب الخفي قد يوجد دون غلط عندما يكون الشيء معيبا دون أن يتصل عيبه بصفة جوهرية جعلها المشتري محل اعتباره ومثال ذلك أن يتبين للمشتري أن محل عقد من نفس الطراز الذي أراده، غير أن المبيع فيه ينقص من صلاحيته للغرض المقصود ذلك أن محل التزام البائع يكون في هذه الحالة معيبا رغم عدم وقوع المشتري في غلط مما يتيح له رفع دعوى ضمان العيوب الخفية دون دعوى الغلط²، إذا فالغلط عيب في الإرادة والعيب الخفي عيب في الشيء المبيع.

وقد استند بعض الفقهاء إلى الاختلاف بين طبيعة العيب الخفي من جهة وطبيعة الغلط من جهة أخرى للتفريق بينهما، لكن الاختلاف يكمن في المعيار المعتمد.

ففرق اعتمد على فكرة أن الغلط أمر ذاتي يقع في صفة جوهرية في الشيء والعيب الخفي أمر موضوعي يقع في الغرض الذي أعد له المبيع فيجعله غير صالح لهذا الغرض سواء كان محل اعتبار ذاتي عند المشتري أولا، عكس الغلط الذي يكون دون أن تتصل الصفة بالغرض المعد له المبيع وبعبارة أخرى الغلط يتصل بصفة مباشرة وأولية بالعنصر النفسي والذاتي ثم بصفة الشيء في حين أنه في العيب تكمن نقطة الانطلاق في الشيء ثم العنصر الذاتي أي إرادة المشتري.

لكن إذا انتقلنا بهذا المعيار للمجال التطبيقي نجده ضعيف لأن صفة الشيء الجوهرية ترتبط غالبا بالاستعمال المعد له وهذا الاستعمال قد يرتبط أيضا بمعطيات ذاتية تبعا لإرادة المشتري.

أما الفكرة التي تبناها بريت دي لاكرساي وهي بالتقريب الفكرة التي أخذ بها الفقيه زيريه الذي استند فيها إلى حالة المشتري الذهنية ويأخذها كنقطة انطلاق للتمييز بين النظامين ولكن المضمون نفسه مع

¹ الدكتور عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، المرجع السابق، ص 764.

² يراجع هذا المثال وأمثلة أخرى من مرجع الدكتور السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، المرجع السابق، ص 763 والدكتور مصطفى أحمد الزرقاء، العقود المسماة، عقد البيع والمقايضة، مطابع فتى العرب، دمشق، الطبعة السادسة، 1965، صفحة 200.

إضافة بعض الاقتراحات¹.

إذا أن الغلط في الصفة الجوهرية للمبيع عندما يكون من نوع معين حسب استعماله العادي لكنه ليس غاية المشتري المرجوة منه كحصان للسباق وحصان للفلاحة، أما العيب الخفي للمبيع يكمن في نقص أو عيب أكيد فيه كالمرض في حصان وهو من النوع المطلوب لكن كانت هذه الفكرة منقذة لأن مفهومها يضيق من مفهوم العيب ويعتمد على القيمة.

وهناك تيار آخر يقر بانفصال النظامين ولكن من منظور خطورة أحدهما عن الآخر بحيث يكون التطبيق إستنادا الى درجة أهمية خطورة العيب أو النقص الواقع في الشيء الذي تنقل ملكيته فإذا كان العيب هاما جدا تطبق نظرية الغلط وجزء ذلك البطلان للبيع أما إذا كان العيب أقل خطورة فان نظرية العيوب تخول المشتري أن يحصل على تخفيض الثمن أورد المبيع، لكن هذه المرونة تعطي للقاضي سلطة تقديرية واسعة².

ولكن على الرغم من الفوارق الجوهرية بين النظامين التي عالجها المشرع والفقهاء كل نظام على حدا إلا انه إذا وقع الغلط في الصفة الجوهرية للمبيع وكانت هذه الصفة تتصل بصلاحية المبيع للغرض الذي أعد من أجله حيث أن انتفاء تلك الصفة يجعل المبيع غير صالح لما أعد له، وبهذا يكون المبيع في هذه الحالة قابلا للإبطال على أساس الغلط، منشئا لضمان العيوب الخفية في نفس الوقت.

فشراء شخص لفرس على أنها صالحة للسباق ويجدها غير صالحة لهذا الغرض يجوز له هنا القول بأن المشتري قد وقع في غلط في صفة جوهرية، كما أنه يجوز القول بأن المبيع فيه عيب خفي.

¹ فبرأيه في حالة العيب الخفي لا يمكن القول بان عدم صلاحية المبيع ناتجة عن سوء فهم الشاري لمزايا المبيع وإضافته عليه صفات وهمية لأن البضاعة كما تصورها وأرادها تصلح للغرض المقصود منها في الأحوال الطبيعية إنما في هذه الحالة بالذات يظهر فيها عيب يجعلها غير صالحة للاستعمال المعدة له عكس الغلط فتكون البضاعة غير صالحة للاستعمال لما أعدت له أما لأن الشيء المبيع هو بحد ذاته غير صالح لكي يستعمل بالطريقة المقصودة دون ضرورة للبحث عن أي نقص أو تعيب.

ولم يكتفي بهذه التفرقة وإنما دعا إلى تنويع هذا المبدأ في المجال التطبيقي العملي واقترح جمع كل الافتراضات في مجموعتين كبيرتين وذلك لتفادي تصادمهما أحيانا.

المجموعة الأولى: تتناول البيع الواقع على مثليات لم يتمكن المشتري من تفحصها عند إبرام العقد. والمجموعة الثانية: تناول ل فيها البيع الواقع على عين معينة أو مثليات تمكن المشتري من تفحصها. ورغم كل هذا الاجتهاد لكن هذا يجعل صعوبة تصنيف الأشياء ضمن فئات محددة سلفا.

² الدكتور أسعد دياب، المرجع السابق، ص 343 الى 354.

ومن خلال الفكرة الأخيرة نجد أن التفرقة بين الغلط والعيب الخفي أكثر تعقيدا مما جعل الفقه مجمعا على أنه إذا وجد في الشيء المبيع عيب فإن المشتري يكون في الغالب واقعا في غلط ذلك أن وجود العيب دون الغلط يعتبر أمرا نادر الحصول¹ مما يعني أن العيب غالبا ما يكون في صفة جوهرية كانت محل اعتبار المشتري الذي يكون قد وقع في غلط نتيجة تخلف هذه الصفة الجوهرية بسبب وجود العيب².

وبناء على ذلك يلاحظ أن الخلط بين الغلط والمواصفات والعيب الخفي يحدث عندما تكون الصفة الجوهرية التي يبتغي المشتري الحصول عليها متمثلة في صلاحية الشيء للاستعمال المعد له³.

وهذا الخلط قد نتج عنه نظريات وحدت بين النظامين وذلك بارجاع ضمان العيوب الخفية الى الغلط.

يعتمد أصحاب هذه النظرية على الغلط في معناه الحديث وهو كما سبق القول " تصور خاطئ للحقيقة يدفع المتعاقد إلى التعاقد ولم يكن ليتعاقد لو علم حقيقة الأمر أو حالة تقوم في نفس المتعاقد فتحمل على توهم غير الواقع، لأن المعنى القديم للخلط وفقا للنظرية المادية يخرج الشيء عن أن يكون هو المقصود بالذات أي أساسه الغلط في العناصر المادية التي يتكون منها الشيء وهذا يسهل التمييز بين كل من النظامين.

لكن مع تغلب المعيار الذاتي للخلط أصبح المقصود بالخلط في الأوصاف التي دخلت في اعتبار المتعاقد وليس في مادة الشيء إذ أصبح التمييز بين الغلط وضمن العيب الخفي دقيقا وما اعتمد عليه أصحاب النظرية أسبابا كثيرة منها ما هو تاريخي ومنها ما هو قانوني:

يرجع وجود الغلط والعيب الخفي الى القانون الروماني الذي لم يكن يعرف في البداية العقود المبنية على حسن النية فلم يسلم بأن يكون للخلط أثر على صحة العقد لكن الحاجات العلمية أجبرته أن يجد للعيب الخفي في عقد البيع الذي هو حسب هذا القانون حالة من أحوال الغلط، وبعد التسليم بالعقود المبنية على حسن النية أصبح الغلط يؤثر على صحة العقد وأصبحت نظرية الغلط كقيلة بعلاج أحوال العيب الخفي لأن

¹ الدكتور عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، المرجع السابق، ص 765.

² L. Leveneur, obs. sous Cass. civ. 3^{ème}, 7 juin 2000, Cont, Conc, Cons NOVEMBRE 2000, novembre 2000, comm. 159. El Ph. Malaurie, L. Aynés et P. Y. Gautier/ Cours de droit civil, Les contrats spéciaux, 13^{ème} édition, Paris, Cujas, 1999, not 26, n° 284. Et J. Ghestin et B. Desché/ Traité des contrats, la vente, Paris, L.G.D.J., 1990, note 26, n°780, page 848

الدكتور صاحب عبيد الفتلاوي، المرجع السابق، ص 55.

³ Ph. Rémy, obs. à propos de cass. civ. 11 Février 1981, Rev. trim. Dr. civ 1981, page 860

غايتهما واحدة وهدفها واحد فالغلط كما سبق القول " تصور خاطئ للحقيقة وكذلك العيب الخفي فإذا كان الواقع أن المشتري تعاقد على شيء معين وهو يجهل ذلك أي يعتقد سلامته، هنا نقول أن المشتري تصور ما يخالف الحقيقة هذا يعني أنه قد وقع في الغلط لو كان يعلم بالعيب لما تعاقد من البداية.

أما إذا وقع أحد المتعاقدين في غلط جوهري، فإن هذا لا يكفي لإبطال العقد بل يجب اتصال الغلط بالمتعاقدين الآخر وهذا ما يسمى بالغلط المشترك وهو ما اعتمده بعض القوانين مثل القانون لمصري لأنه من غير المنطق تعليق مصير العقد كلياً على الوضع النفسي الداخلي لمن وقع في الغلط وإنما يجب مراعاة معرفة أو افتراض معرفة الغرض الذي يقصده المتعاقد الآخر من طرف الواقع في الخطأ وهنا لا يمكن أن يتشارك كل من ضمان العيوب الخفية والغلط ولكن القانون الجزائري قد اعتمد الغلط الفردي وهذا ما جاءت به المادة 82 من القانون المدني الجزائري في معناها الغير الصريح بهذا الشرط " يعتبر الغلط جوهرياً على الأخص إذا وقع في صفة الشيء يراها المتعاقدان جوهرياً أو يجب اعتبارها كذلك نظراً لشروط العقد ولحسن النية " وهنا يشترك كل من النظامين فيما إذا كان المتعاقد الآخر عالماً بالمبيع أوجاهلاً له.

وما رآه متناسقاً ومتشابهاً وحالة الغلط مع العيب الخفي أنه لتحديد الاستعمال المعد له الشيء، أن هذا الاستعمال يتحدد تبعاً لطبيعة الشيء أو الاتفاق الطرفين، ومن هذا المنطق أكد "ستارك" أن دعوى ضمان العيب الخفي ماهي إلا نوع من جنس أوسع هو الإبطال للغلط¹.

أيده مجموعة من الفقهاء في اعتماده النظرية التوحيدية² المعتمدة فكرة أن الغلط في صفات الشيء الجوهرية وفقاً للنظرية الحديثة أدى إلى احتواء الغلط للعيب حتى ضمن المجال التطبيقي ومن القوانين التي أخذت بهذه الفكرة القانون الفرنسي في بداية القرن الماضي وذلك من خلال أعمال بعض قضاة الموضوع المادة 1110 من القانون المدني الفرنسي المتعلقة بالغلط في مجال بيع الحيوانات الأليفة وذلك على أساس أن الحيوان إذا كان غير صالح للاستعمال المعد له من طرف المشتري، فإن ذلك يعني وجود عيب في إرادة هذا الأخير الذي ما كان ليشتري الحيوان لو علم بمرضه³، هذا يدل على وجود عيب إذ قام القضاة بمعالجة

¹ Note ou J.C.P.1958 -11-10808 "L'action pour vices cachés ou malfaçons est bien l'espèce d'un genre plus vaste celui de la nullité pour erreur" B.Stara.droit civil.obligation.libr.thechniques

"الدكتور أسعد دياب، ضمان العيوب الخفية، المرجع السابق ص344 هامش رقم -

² منهم الفقيه "إيهرنغ" الذي قال أن التوسع هو من مبررات التوحيد.

³ LYON , 27janvier 1904,D.P1904 ,page 1603

إشكالية ضمان العيوب الخفية بالغلط وتم تبرير ذلك بأن الهدف إبعاد الشرط الذي تخضع له دعوى ضمان العيوب الخفية وهو وجوب رفع الدعوى خلال مدة قصيرة¹، القضية أسندت العيب الخفي الى الغلط .

ولكن هذا القرار تم رفضه من طرف محكمة النقض الفرنسية صراحة حيث ذهبت الى دعوى البطلان بسبب الغلط إذا كانت تستند على وجود عيب خفي يجب أن ترفع خلال مدة قصيرة في شأنها في ذلك شأن دعوى الضمان أما ما ذهبت إليه الغرفة المدنية الثالثة في 11 فبراير 1981 ما هو إلا تأكيد لقرار محكمة النقض الفرنسية حيث ذهبت الى الغلط بسبب عيب خفي في الشيء المبيع لا يسمح للمتعاقد بتجاهل الالتزام المنصوص عليه في المادة 1948 والتي أتت في مضمونها بوجوب رفع دعوى الضمان خلال مدة معقولة²

لكن عند التمعن في هذه القرارات نجدنا مخالفتا للنصوص القانونية حيث عالجت كل نظام على حدا في معظم القوانين ومؤديتا الى نتيجة متناقضة بإدراج الغلط ضمن العيب الخفي لإبطال العقد.

ولم يكتفي القضاء الفرنسي فقط بإدراج ضمان العيب الخفي ضمن الغلط بغية استبعاد المهلة القصيرة التي يخضع لها دعوى ضمان العيب الخفي وإنما تعدت إلى إخضاع إحدى الدعويين إلى أحكام تنفرد بها الأخرى، ذلك هو شأن قرار صدر عن محكمة استئناف تخضع لها وهذا ما ذهبت إليه محكمة استئناف bordeaux في 14 مارس 1990 والذي تعلق الأمر فيه بشراء خمور من طرف إحدى الشركات ثم بعد ذلك اتضح أنها غير صالحة للاستهلاك، أدى ذلك إلى رفع دعوى ضمان العيوب الخفية من طرف الشركة بإبطال العقد بسبب وجود غلط في المواصفات، وقد تم رفض الدعوى من طرف قضاة الموضوع وأسسوا رفضهم لسببين:

أولهم وجود عيب خفي لا يمنع وجود غلط في المواصفات، ثانيهم أن دعوى البطلان للغلط تفرض تقديم الدليل على قدم العيب كلما تعلق الأمر بغلط ناتج عن عيب خفي شأنها في ذلك شأن دعوى الضمان³.

والجدير بالذكر عند الاستقراء هذه الأسباب نجدنا لا تمنح الاستقلالية لضمان العيوب الخفية بالنسبة لشروطها التي تنفرد بها وكذا للغلط.

¹ LYON , 27janvier 1904,D.P1904 ,page 1603

²Cass.civ.3^{ème}.11 février 1981D.1981.IR.page 440.obs.Ch..Laroumet.JCP.1982.II.1975.note J.Ghestin.

³Bordeaux.14 mars 1990.GAZ.pal.1990.page485.note EAgostini

ولكن على الرغم من وجود صلة بين أحكام الغلط وضمان العيوب الخفية والتي أدت بالقضاء الفرنسي الى ادراج أحكام نظام العيوب الخفية ضمن أحكام الغلط، ومن خلال استقرائي لقرارات المتخذة من طرف القضاء الفرنسي بإبعاده أحكام ضمان العيوب الخفية لأنها كانت تشكل عائقا خاصة فيما يخص المهلة القصيرة لرفع دعواها الا انه ينبغي أن يراعى أن هذا التقارب لا يعني عدم وجود فاصلة بينهما اذ هما مستقلان من حيث الشروط والآثار وهذا ما أوضحه في البداية وقد عالجهما المشرع كنظامين مختلفين فلا يجب مخالفة ذلك.

فإذا انصب الغلط على صفة جوهرية في المبيع، وتعلقت هذه الصفة بصلاحيته للغرض المقصود منه، كأن يشتري شخص سيارة يرتاد بها الصحراء ثم يتضح أنها لا تصلح لهذا الغرض، في هذه الحالة تتوفر للمشتري دعويين: دعوى الغلط لتخلف صفة جوهرية للمبيع، ودعوى ضمان عيوب المبيع لوجود عيب في المبيع لم يكن معلوما للمشتري، وهذه من أهم الإشكالات القانونية التي تتوافر فيها شروط طلب الإبطال للغلط إلى جانب توافر شروط الرجوع بالضمان للعيب.

هذا ما أدى إلى انقسام الفقه الذي ذهب جانب منه إلى القول بعدم جواز الاختيار بين دعوى الغلط ودعوى الضمان للعيب على أساس نفس الاعتبارات التي تم تقديمها فيما يتعلق بعدم جواز الجمع بين كل من المسؤولية العقدية والتقصيرية¹.

غير أن الرأي السائد يعطي المشتري الحق في الاختيار بين دعوى ضمان العيب ودعوى الغلط عند توافر شروطهما معا، على أساس عدم جواز حرمان شخص من حق ثبت له بمقتضى القواعد العامة إذا وجد ما يدل على ذلك صراحة².

وبهذا يمكننا القول انه يجوز للمشتري بالنسبة لهذه الحالة(توافر شروط أحكام الغلط وأحكام العيب الخفي) أن يرجع على البائع إما بدعوى الغلط أو دعوى ضمان العيوب الخفية ولا يجوز له الجمع بينهما بأي معنى من معاني الجمع³، ولا يجوز أن يرجع على البائع بأحدهما حتى إذا ما حصل على التعويض طبقا

¹ الدكتور مصطفى منصور، ، مذكرات في القانون المدني، العقود المسماة البيع والمقايضة والايجار، 1958، ص 65.

² الدكتور إسماعيل غانم، الوجيز في عقد البيع، مكتبة عبد الله وهبه، 1963، ص 250/ الدكتور جميل الشرقاوي، شرح العقود المدنية، البيع والمقايضة، دار النهضة العربية، مطبعة دار التأليف، دون طبعة، القاهرة، 1966، ص 299

³ الدكتور عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، المرجع السابق، ص 763./ الدكتور سليمان مرقس، المرجع السابق، ص 963، 964.

لأحكامها، رجع عليه بالأخرى، وذلك لأنه لا تعويض عن الضرر الواحد سوى مرة واحدة، ولا يستطيع أيضا أن يشكل منهما معا دعوى مستقلة منتقيا من بين شروطها الأكثر تحقيقا لمصلحته.

وذلك على الرغم من أن هناك رأي راجح من الفقه يقر بأنه إذا توافرت شروط دعوى الضمان للعيب، وجب على المشتري الرجوع بها، فإن فوتها فلا رجوع له على البائع بدعوى الغلط، وذلك عملا للإسراع في استقرار المعاملات بين طرفي عقد البيع¹.

كما تجدر الإشارة إلى أن لجوء المشتري إلى رفع دعوى ضمان العيوب الخفية فيستوي في ذلك بين ما إذا كان البائع عالما بالعيب أوجاهلا به بمعنى آخر أنه يلزم بالضمان سواء كان حسن النية أوسيء النية² والتعويض هنا يكون عن الضرر المباشر المتوقع بالنسبة للحالة الأولى وعن الضرر المباشر المتوقع وغير المتوقع بالنسبة للحالة الثانية.

في حين أراد المشتري رفع دعوى الغلط ضد البائع فهناك من القوانين من اشترط أن يقدم المشتري الدليل على أن البائع كان واقعا في غلط مثله أو أنه كان يعلم أو يستطيع أن يعلم بالغلط³، لكن القانون

¹ من بين مساندي هذا الرأي في فرنسا بلانيوك وريبيرواسمان ومن الفقه المصري/ الدكتور منصور مصطفى منصور، المرجع السابق، ص 65. ويقول بالخيرة كما سبق الذكر السنهوري، سليمان مرقس، جميل الشرفاوي، سمير تناغو، وقد قضت محكمة النقض المصرية بما يفهم منه رفضها للخيرة بين الدعيين حين ذكرت "رجوع المشتري على البائع في حالة تخلف صفة في المبيع كفل له البائع وجودها فيه انما يكون بدعوى ضمان العيوب الخفية ولا يكون للمشتري أن يرجع على البائع على أساس أنه أخل بالتزامه أخر مستقل عن الالتزام بالضمان " نقض مدني 15 مايو 1969 مجموعة المكتب الفني لمحكمة النقض س 20 ص 796 مؤخوذ من مرجع الدكتور على حسن بخيره، ضمان عيوب المبيع في عقد البيع في القانونين المصري والمغربي، المرجع السابق، ص 143

² المادة 379 الفقرة الأولى من القانون المدني الجزائري.

"ان الغاية المقصودة من حسن نية البائع تتمثل في ضرورة مراعاة مسلك المدين بالالتزام بالضمان ومدى ارتباطه بالأخلاق والمصارحة، أما في حالة إدراج شرط الإعفاء من الضمان أو الحد منه فيعتبر هذا الشرط باطلا إذا كان هدف البائع خداع المشتري عن طريق تعمد الكتمان أو مجرد العلم، ويلاحظ هنا أن الشرط لا يبطل إلا بالنسبة للعيب الذي تعمد البائع إخفاءه غشا منه، فإذا ظهر عيب آخر لم يتعمد البائع إخفاءه صح الشرط " / الدكتور رمزي رشاد عبد الرحمن الشيخ، أثر سوء النية على عقود المعاوضات في القانون المدني (مع التطبيق على عقد البيع التقليدي والالكتروني في مرحلتي المفاوضة والإبرام، دراسة تحليلية للقانون المصري مقارنة بالقانون الفرنسي)، دار الجامعة الجديدة، دون طبعة، الاسكندرية، 2014، ص 184.

³ ومن بين هذه القوانين القانون المدني المصري في نص المادة 120 "إذا وقع المتعاقد في غلط جوهرى جاز له أن يطلب إبطال العقد إن كان المتعاقد الأخر قد وقع مثله في هذا الغلط أو كان على علم به أو من السهل أن يتبينه" وهذا ما نسميه بالغلط المشترك، انظر الى مرجع الدكتور محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، المرجع السابق ص 172.

الجزائري اكتفى بالغلط الفردي لتشارك دعوى الغلط مع دعوى ضمان العيب من حيث عدم اشتراط علم البائع بالغلط، وعدم اشتراط علم البائع بالعيب¹ هذا من جهة.

أما من ناحية إلزامية الإخطار فإن المشتري يستطيع الرجوع بدعوى الغلط دون إخطار البائع عكس ما تقضي به أحكام ضمان العيوب الخفية التي تلزم المشتري إخطار البائع بوجود العيب قبل رفعه للدعوى²، ومعنى ذلك أنه يجب على المشتري متى تسلم المبيع أن يبادر الى التحقق من حالته بمجرد أن يتمكن من ذلك وفقا للمألوف في التعامل فان ظهر له عيب موجب للضمان، أي عيب قديم قد ظهر.

أما في المبيع المعين بالذات، وهو البيع الذي يتم فيه انتقال الملكية الى المشتري فور انعقاد العقد³ أو كما سماه الدكتور سليمان مرقس عيب موجود في القيمي وقت العقد وهو العيب المؤثر الموجود وقت البيع والذي لم يعلم به المشتري أو لم يكن يستطيع أن يعلم به وقت البيع بالفحص المعتاد.

أو في المبيع المعين بالنوع بالفرز⁴ وهو البيع الذي لا يتم إلا من خلال فرزها عن باقي المنقولات الأخرى، والفرز أو الإفراز هو عزله عن باقي المنقولات حتى تتحدد ذاتيته بحيث يتميز عن غيره من الأشياء التي هي من نفس النوع وهو بذلك عملية يترتب من خلالها تعيين الشيء بذاته بعد أن كان معينا بالنوع ويشترط في الفرز ما يلي:

- أن يتم تحديده تحديدا ذاتيا
- وأن يتم الفرز في المكان الذي تم الاتفاق عليه

¹ الدكتور علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة السادسة، 2006، ص 60 / الدكتور محمد صيري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، المرجع السابق، ص 173.

² المادة 380 من القانون المدني الجزائري "إذا تسلم المشتري المبيع وجب عليه التحقق من حالته عندما يتمكن من ذلك حسب قواعد التعامل التجارية، فإذا كشف عيبا يضمنه البائع وجب عليه أن يخبر هذا الأخير في أجل مقبول عادة، فإن لم يفعل إعتبر راضيا بالبيع.

غير أنه إذا كان العيب مما لا يظهر بطريق الاستعمال العادي وجب على المشتري بمجرد ظهور العيب أن يخبر البائع بذلك وإلا أعتبر راضيا بالمبيع بما فيه من عيوب".

³ وقد نصت المادة 165 من القانون المدني الجزائري على ذلك "الالتزام بنقل الملكية أوحق عيني آخر من شأنه أن ينقل بحكم القانون الملكية أو أي حق عيني، إذا كان محل الالتزام شيئا معينا بالذات يملكه الملتزم....."

⁴ وهو ما نصت عليه المادة 166 من القانون المدني الجزائري "إذا ورد الالتزام بنقل حق عيني على شيء لم يعين إلا بنوعه فلا ينتقل الحق إلا بإفراز هذا الشيء "

• وما يهمنا هنا الشرط الثالث وهو أن يتم الفرز في الوقت المتفق عليه، فإن لم يوجد اتفاق، يكون الفرز واجبا وقت التسليم باعتبار أن هذا هو الوضع الغالب ولا يشترط عدم علم المشتري به وقت البيع لأن ذلك غير متصور نظرا لعدم تعيين المبيع بالذات وقت البيع.

ففي كلتا الحالتين وجب على المشتري أن يبادر إلى إخطار البائع بالعيب خلال مدة معقولة¹ فإذا أهمل المشتري في فحص الشيء أوفي الإخطار بالعيب بعد كشفه، عد قابلا للمبيع بحالته وسقط حقه في الرجوع على البائع بالضمان ولولم تنقض المدة اللازمة لتقادم دعوى الضمان، إلا إذا كان البائع يعلم بوجود العيب وتعمد إخفاءه عن المشتري غشا منه، فإن ذلك يمنع سقوط حق المشتري في الضمان بسبب إهماله في فحص الشيء أو إخطار البائع بوجود العيب.

غير أنه إذا كان العيب مما لا يمكن كشفه بالفحص المعتاد بل يحتاج في ذلك الى خبرة فنية، فلا يسقط حق المشتري في الضمان لمجرد إهماله الفحص المعتاد، ويبقى له الحق في الضمان طوال المدة اللازمة لإجراء الفحص الفني بحسب المؤلف في التعامل ويجوز له الرجوع بالضمان متى أسفر هذا الفحص الفني عن ظهور العيب على أن يبادر بإخطار البائع به بمجرد ظهوره، فإن أهمل في ذلك عد قابلا للمبيع بحالته وسقط حقه من الضمان².

والجدير بالذكر أنه ليس للإخطار شكل معين فيجوز أن يتم بانذار على يد محضر أو بخطاب أو بتبنيه شفوي بشرط إمكانية إثباته ويقع عبء هذا الإثبات على عاتق المشتري ويجوز له إثبات ذلك بكافة الطرق بما فيها البيئة والقرائن.

كما أن البائع يضمن أيضا وجود الصفات للمشتري في المبيع وهنا يثور التساؤل عن أثر تخلف الصفة في هذه الحالة؟

¹ الدكتور حوحيمة، المرجع السابق ص 94.

² الدكتور عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، المرجع السابق، ص 736 وفي هذا المعنى نقض مدني 3 مايو 1978 في الطعن رقم 1008 سنة 46 ق. وقد قرر أن رجوع المشتري على البائع في حالة تخلف صفة في المبيع كفل له البائع وجودها فيه أنما يكون بدعوى ضمان العيوب الخفية، على أن عدم إخطار الطاعنة للمطعون ضدها في الميعاد الذي حدده القانون بتخلف صفة الجدة في آلة توليد الكهرباء التي وردتها المطعون ضدها يسقط حقا في التمسك بأن الآلة قديمة وليست جديدة، ولا يمكن لها التشبث بمخالفة العقد في هذا الخصوص للامتناع عن سداد باقي الثمن. أشار الى ذلك الدكتور سليمان مرقس، عقد البيع، المجلد الأول، المرجع السابق، ص 408، تهميش رقم 1.

إن تخلف صفة من صفات المبيع لا يعد بذاته عيبا موجبا للضمان، هذا ما دفع القانون يدخل تخلف الصفة في الاعتبار بالنص على ذلك لكن إذا ضمن البائع وجودها في المبيع، إذ يكفي تخلف الصفة أو الصفات المذكورة أعلاه حتى يتحقق ضمان البائع بصرف النظر عن أهميتها في ذاتها، حتى وكانت ثانوية وبصرف النظر عن تأثيرها على قيمة المبيع أو على استعماله، إذ الواقع أن ضمان البائع لوجودها، أو اشتراط المشتري ذلك، يعني أن الطرفين يعلقان أهمية على هذا الوجود، ويفترض أنه طالما أدخلها الطرفان في الاعتبار فإن تخلفها يكفي بذاته لاعتبار ذلك " عيبا مؤثرا"، وإذا كان القانون¹ يعتبر أن تخلف الصفة أو الصفات التي ضمن البائع وجودها يعد بذاته مؤثرا يكفي لتحقيق الضمان، فلا يلزم لكي يتحقق هذا الضمان أن يثبت أن تخلف الصفة كان له أثره سواء على قيمة المبيع أم على استعماله، كما لا يكون للبائع لكي يتخلص من الضمان أن يثبت أن الصفات المتخلفة ذات شأن أو أثر.

وإذا كان تخلف الصفة التي ضمن البائع للمشتري وجودها يؤدي إلى الضمان، باعتبار أنها مؤثرة بذاتها فهل يمكن القول بأن إدخال الطرفين لصفة من الصفات في الاعتبار على هذا النحو يجعل منها صفة جوهرية، وأن عدم توافرها يؤدي إلى القول بأن المشتري قد وقع في غلط يجيز له كذلك طلب الإبطال للغلط؟

لقد عملت محكمة النقض الفرنسية على استقلالية دعوى ضمان عيوب المبيع الخفية عن دعوى الغلط في المواصفات ضمن قراراتين هامين صادرين عن غرفتين مختلفتين شكل موقفهما تحولا قضائيا هاما ابتداء من سنة 1988²

ففي 18 ماي 1988³ ذهبت الغرفة المدنية الثالثة الى أن وجود عيب خفي في الشيء المبيع لا يمنع المشتري من إثارة الغلط في المواصفات كأساس لدعوى التي تعلق الأمر فيها بعقار⁴

¹ المادة 397 من القانون المدني الجزائري.

² Ch,Lapoyade-Deschamps;note sous Civ.3eme ;18 Mai 1988 et Cass elv.1ere , 28 juin 1988 , D. 1989 ,2, page 450 et somm.page 229,obs.Auberl.Et Def.1989 , Art 34010,note Y,Dagorne-Labbè ; Rev, Trim. DR.CIV 1989,page 342,obs rémy.

قد أشارت الى ذلك الدكتورة سعدي فتيحة، ضمان عيوب المبيع الخفية في القانون المدني الجزائري، رسالة دكتوراه، جامعة وهران، 2011-2012 ص 347.

³ cass.com.18mai 1988,Bull.civ.IV,N°96

⁴ Cass civ 1ère,28guin1988,Bull.civ,ln°211.

أما الغرفة المدنية الأولى فقد أصدرت قرار أكثر وضوحاً وصراحة بتاريخ 28 جوان 1988¹ في قضية يتعلق الأمر فيها بعقد بيع محله سيارة مستعملة تبين بعد الخبرة أنها عبارة عن تركيب لسيارتين سبق وأن تعرضتا لحادث، مما دفع قضاة الموضوع إلى قبول دعوى المشتري الهادفة إلى الحصول على حكم بإبطال العقد بسبب وجود غلط في المواصفات، ودفع البائع إلى الطعن في هذا الحكم بالنقض على أساس أن الغلط في القضية المطروحة يتعلق بعيب خفي، مما يستوجب رفع دعوى خلال المهلة القصيرة المنصوص عليها في المادة 1648 من القانون المدني التي رفضت الغرفة المدنية الأولى إعمالها بصدد هذا النزاع، ذاهبة إلى أن كون الغلط ناتج عن العيب خفي يجعل الشيء المبيع غير صالح للاستعمال المعد له لا يبرر إخضاع دعوى الغلط للمادة 1648 من القانون المدني الفرنسي²

وقد جاءت قضية أخرى تؤكد فيها محكمة النقض الفرنسية قرارها الصادر عن الغرفة المدنية الأولى التي تتضمن عقد بيع كان محله دراجة نارية تعطلت بعد مرور ثلاثة أشهر من إبرام عقد البيع وتسليم البائع الدراجة للمشتري وكان السبب وراء ذلك حسب ما ذهب إليه كل من الخبير والقائم بالإصلاح إلى انكسار علبه سرعتها بسبب كون هذه العلبه معادة وكذا الى كون أحد قطع غيار المحرك في غير مكانه الصحيح وهذا ما دفع قضاة الموضوع إلى الاستجابة لطلب المشتري بإصدار حكم كان محل نقض من طرف البائع بقولها أن قضاة الموضوع إلى الاستجابة لطلب المشتري بإصدار حكم كان محل نقض من طرف البائع بقولها أن قضاة الموضوع قاموا باعمال أحكام دعوى الضمان في هذه القضية خطأ مضيئة أن دعوى البطلان بسبب الغلط لا تخضع للمادة 1648 من القانون الفرنسي وإنما يجب رفعها باحترام الأجل المنصوص عليه في المادة 1304 من نفس القانون وذلك دون البحث عما إذا كان الغلط المتمسك به ناتجا عن عيب خفي يجعل المبيع غير صالح للاستعمال المعد له³.

وهكذا يلاحظ أن الغلط يوجد دون عيب والعيب يوجد دون غلط هذا رغم وجود بعض النقاط تجمعهم لأن من وقع في غلط في النفي المبيع يكون قد أقدم على شراء شيء غير الذي اتجهت إليه إرادته، أما من وقع ضحية عيب خفي فيكون اشترى الشيء الذي قصده ، غير أنه اكتشف أن به عيب⁴.

¹Cass ,civ 1ère ,28 juin 1988 , bull,civ, i I ,n°211.

² أشارت إلى ذلك الدكتورة سعدي فتيحة، المرجع السابق، تهميش رقم 5، ص 346
³ تم الإشارة الى ذلك من قبل الدكتورة سعدي فتيحة، المرجع السابق، ص 347.

⁴ الدكتور عبد المجيد الحكيم، المرجع السابق، ص 136

ب - التمييز بين ضمان العيوب الخفية والتدليس

التدليس هو إيهام الشخص بغير الحقيقة بالالتجاء الى الحيلة والخداع لحمله على التعاقد، ولكن قبل التطرق الى ما يفرق التدليس وما يجمعه وضمان العيوب الخفية يجب أن نفرق بينه وبين الغلط باعتبار أن الغلط إعتقاد خاطئ يقوم في ذهن الشخص المتعاقد فيدفعه الى التعاقد لولا هذا الاعتقاد لما أقدم على إبرام العقد "فعند تحليل هذا التعريف نجد أن الاعتقاد الخاطئ هو نتيجة ظروف داخلية أثرت على إبرام العقد وهنا يظهر واضحا وبجلاء مدى العلاقة ما بين الغلط والتدليس، لأن التدليس هو أيضا عيب من عيوب الإرادة وكما قلنا إيقاع الشخص في غلط بقصد حمله على التعاقد، بحيث لولا هذا الإيقاع لما أبرم العقد.

فالصلة وثيقة ما بين الغلط والتدليس، أي أن الغلط وهم تلقائي في نفس المتعاقد أما التدليس إيهام مستثار من الغير، أي أنه كلا الحالتين هناك غلط فالغلط من قبل الغير أوقع المتعاقد فيه والاشترك في ذلك الوهم.

لكن يبقى الإشكال في هذه الحالة فيما إذا كان الغلط يغني عن التدليس¹ طالما أنه صورة من صور الغلط² أو أن التدليس يغني عن الغلط، لأن بعض التشريعات وضعت حالات لا بد من وجود نظرية للتدليس حيث أن الغلط التلقائي يجب أن يكون ضمن حالات محددة مثل: الغلط في الشخص، الغلط في السن، الغلط في فاعليه³، وهذا من خلال الأخذ بالنظرية التقليدية⁴ التي أخذت بها بعض التقنيات كالقانون اللبناني وما يظهر من خلال هذه النظرية أنه لا غنى عن التدليس.

أما التشريعات التي توسعت في نظرية الغلط ولم تحدد على سبيل الحصر وإنما على سبيل المثال والذي جاءت به النظرية الحديثة وأخذت بها معظم التقنيات منها التقنين الجزائري، حيث جعلت الغلط سببا للإبطال كلما كان دافعا إلى التعاقد دون تحديد موضوعات لذلك، سواء وقع في الشخص، أو في الشيء، أو في القيمة أو في الباعث بشرط أن يكون جوهريا ويستوى هنا ما اذا كان الغلط تلقائيا أو من الغير أي التدليس ومن ثم فإن نظرية الغلط تغني عن نظرية التدليس .

¹ الدكتور حسين عطا حسين سالم، نظرية الغلط في القانون والشريعة الإسلامية، دار الحداثة، الطبعة الأولى، 1986، ص 19.

² الدكتور صبري السعدي الواضح في شرح القانون المدني، المرجع السابق، ص 184.

³ الدكتور حسين عطا حسين سالم، نظرية الغلط في القانون والشريعة الإسلامية، المرجع السابق، ص 20.

⁴ الدكتور صبري السعدي الواضح في شرح القانون المدني، المرجع السابق، ص 184.

مع هذا فإن التقنيات التي توسعت وضعت نصوصاً قانونية للتدليس كما هو معمول به في القانون الجزائري والمصري، حيث أنه قد نص على التدليس وقيل في تبرير ذلك إن هناك فروقا ما بين الغلط والتدليس حيث أن الغلط وهما تلقائيا أما التدليس وهم بفعل شخص آخر¹.

أما من ناحية الإثبات فالتدليس أسهل من إثبات الغلط التلقائي والسبب في ذلك أن الطرق الاحتمالية غالبا تتكون من وسائل مادية، أما الغلط التلقائي فهو مسألة نفسية يصعب إثباتها أي أنه كامن في النفس.

كما أنه إضافة إلى الحق في الإبطال الذي يترتب على الغلط في الحالتين فإن المدلس عليه يستطيع أيضا طلب التعويض بناء على فعل غير مشروع²، وخلاصة ذلك أن نظرية الغلط لا تغني عن نظرية التدليس ولا العكس صحيح.

أما عند الرجوع لضمان العيوب الخفية فنجدها قد تجتمع والتدليس، كأن يكون بالمبيع عيب يتعمد البائع إخفائه عن المشتري مستعملا أساليب احتيالية عندها يتوفر الخداع في كلا الحالتين وهو الذي يشكل عنصر اللقاء الوحيد بينهما، فيكون على المشتري في هذه الحالة إما الرجوع بدعوى ضمان العيب وإما دعوى الإبطال للتدليس، فإذا فضل دعوى الإبطال للتدليس:

كان عليه أن يثبت أن البائع قد استعمل طرقا احتيالية لإيقاعه في غلط دفعه إلى التعاقد³ وذلك بكافة طرق الإثبات لأننا بصدد واقعة وليس بصدد قانوني وعلى من يتمسك بالتدليس إقامة الدليل على توافر عنصريه المادي والمعنوي وكذا إثبات أثر التدليس في إرادة الطرف المخدوع.

وإذا توافرت هذه الشروط كان هنالك أثر وهو إبطال العقد وإعادة الحالة لما كانت عليها ويحق للمدلس عليه طلب تعويض الضرر الناجم عن التدليس إن كان لهذا التعويض محلا⁴.

¹ أو كما يسمى التخليط أي الإيقاع في الغلط، ومثال التدليس أن يقدم شخص لآخر شهادة كاذبة توهم بمتانة منزل أو بكثرة إيراده ويصل بذلك إلى جعله على شراءه فالتدليس يؤدي إلى إيقاع المتعاقد في غلط ولذا فهو يعيب الرضا لأنه مشعب بالغلط الدكتور عطا حسين سالم، نظرية الغلط في القانون والشريعة، المرجع السابق ص 20.

² الدكتور، عطا حسين سالم، نظرية الغلط في القانون والشريعة، المرجع السابق، ص 21 / والدكتور محمد صبري السعدي الواضح في شرح القانون المدني، المرجع السابق، ص 185. و/الدكتور جميل الشرفاوي، نظرية العامة للاتزام، الكتاب الأول مصادر الاتزام، دار النهضة العربية، القاهرة، 1981، ص 141

³ الدكتور محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، عقد البيع والمقايضة، المرجع السابق، ص 88.

⁴ وقد قضت المحكمة العليا الجزائرية " إن قضاة الموضوع بإلغاء سند البيع مع إعادة الطرفين إلى الحالة التي كانوا عليها قبل التعاقد ومنح تعويض للمطعون ضدها لكون الطاعنين ارتكبا تدليسا باستعمال حيلة لإبرام العقد فإنهم قد أحسنوا تطبيق المادة 86، قرارا رقم 233625 مؤرخ 2001/01/17 المجلة القضائية. سنة 2001 العدد 2 ص 109

كما يجوز للمدلس عليه حينما يثبت له حق إبطال العقد أن يكتفي بطلب التعويض ولا يبطل العقد، إذ أن الإبطال حق مقرر لمصلحته هو، فلا يجوز للمتعاقد الآخر أن يتمسك بالإبطال مأخوذ من التهميش رقم 250 لصبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، عقد البيع والمقايضة، المرجع السابق، ص 183

أما إذا اتجه المشتري إلى رفع دعوى ضمان العيب فلا أثر لحسن النية البائع أو سوءها على رفع الدعوى ولا على علمه أو عدم علمه بوجود العيب¹، كما لا تقبل الدعوى إذا كان البيع قضائياً أو إدارياً تم عن طريق المزاد² وترفع هذه الدعوى بالإخطار بالعيب خلال مدة معقولة.

ويقضى في هذه الدعوى أما برد المبيع مع ثماره إلى البائع في مقابل ذلك يطلب تعويضاً يشمل المبالغ المذكورة في التعويض الاستحقاق الكلي والمنصوص عليها في المادة 375 من القانون المدني الجزائري، كما يحق له استبقاء المبيع مع المطالبة بالتعويض عما أصابه من ضرر بسبب العيب وذلك إذا كان العيب جسيماً. أو الإبقاء على المبيع وإنقاص الثمن هذا إذا كان العيب غير جسيم أو يسيراً³.

ووجود عنصر لقاء وبين ضمان العيب والتدليس لا يمنع من قيام ضمان العيب دون أن يكون هناك تدليس وذلك إذا كان البائع لا يعلم بالعيب أو كان يعلمه لكنه لم يخدع المشتري بأن تعمد مثلاً أن يخفي عنه العيب وقد يقوم التدليس دون أن يقوم ضمان العيب وذلك إذا كان الغلط الذي انساق إليه المشتري عن طريق التدليس لا يتصل بالعرض المقصود من المبيع بل يتصل بصفة جوهرية فيه كانت محل اعتبار المشتري⁴. وهذا يدل على وجود فوارق بينهما تجعل من غير الممكن توحيدهما .

الفرع الثاني: التمييز بين ضمان العيب الخفي والفسخ والاستحقاق الجزئي

قد لا يقوم البائع بتنفيذ إلتزامه بتسليم المبيع أولاً يقوم بتسليمه بالحالة المنفق عليها، وحتى وان انتقلت ملكية المبيع وتسلمه المشتري فلا تبرأ ذمت البائع وإنما يظل ملتزماً تجاه المشتري بعد ذلك بضمان حقه في ملكيته الشيء المبيع ملكية هادئة ودائمة حتى يتمكن من الإنتفاع به كاملاً وأبدياً

وتخلف هذه المواصفات ينتج آثار الفسخ بالنسبة للحالة الأولى والاستحقاق بالنسبة للحالة الثانية، فما

العلاقة بين هذه الأنظمة وضمان العيب الخفي ؟

أ-: التمييز بين ضمان العيب الخفي والفسخ

الفسخ لعدم التنفيذ سبب من أسباب انحلال العقد باعتباره جزاء لعدم التنفيذ في العقود الملزمة لجانبين وذلك بناء على طلب أحد طرفي العقد إذا أخل الطرف الآخر بالتزامه وذلك ليتحرر العاقد الآخر نهائياً من الإلتزامات التي يفرضها عليه العقد ويتطلب بصفة عامة تدخل القضاء ليحكم به.

¹ المادة 379 القانون المدني الجزائري. "..... فيكون البائع ضامناً لهذه العيوب ولولم يكن عالماً بوجودها"

² المادة 385 من القانون المدني الجزائري " لا ضمان للعيب في البيوع القضائية، ولا في البيوع الإدارية إذا كانت بالمزاد"

³ الدكتورة حوجيمينة، المرجع السابق، ص 172، والدكتور علي حسين بخيرة، المرجع السابق، ص 146- 148

⁴ الدكتور أسعد دياب، المرجع السابق، ص 360

ولكن قبل تمييزه عن العيب الخفي يجب أن نشير الى الأنظمة الأخرى التي تعتبر كذلك من أسباب انحلال العقد لأن القانون يضع تحت تصرفه أكثر من وسيلة لتحقيق ما يصبوا إليه

وينبغي ملاحظة أن انحلال العقد يختلف عن ابطاله رغم أن آثار كل من منهما زوال العقد فإبطال العقد يرجع الى تخلف ركن من أركان العقد أو اختلاله ومن ثم فالعقد يعتبر كأن لم يكن فيما بين طرفيه وايضا بالنسبة للغير بمعنى أوضح يكون في حالات العقد غير الصحيح، أما انحلال يكون في الحالات التي ينعقد فيها العقد صحيحا ثم يطرأ سبب يزيل وجوده بأثر رجعي أو بدون أثر رجعي اذا فالفسخ لعدم التنفيذ يختلف عن الأنظمة الأخرى لانحلال العقد، فإنهاء العقد هو حل الرابطة العقدية بالنسبة للمستقبل عن أن تبقى الآثار التي أحدثها، ويمكن أن يكون هذا الإنهاء بإرادة منفردة وهذا يكون في حالة ما إذا نص القانون على ذلك أو بمقتضى اتفاق العقد وهذا لا يكون له أثر رجعي

أما التناسخ أو ما يسمى التقابل كذلك هو حل رابطة عقدية باتفاق الطرفين على تقرير أن يكون أثر هذا التقابل أما رجعيا أو مستقبليا بشرط عدم جواز التأثير على الحقوق التي كسبها الغير بناء على هذا العقد أما انفساخ العقد بحكم القانون فهو حل العقد لاستحالة التنفيذ بسبب أجنبي¹.

إذا فالفسخ لعدم التنفيذ يختلف عن كل هذه الأنظمة كما يختلف عن العيب الخفي وهو ما نصت عليه المادة 119 من القانون المدني الجزائري ولتحقيق وقوعه يجب:

- أن يخل أحد المتعاقدين بالتزامه

- أن يكون طالب الإلغاء قد نفذ التزامه أو مستعد لتنفيذه

- أن يكون طالب الإلغاء قادرا قادرا على إعادة الحالة الى ما كانت عليه قبل العقد فعدم قيام البائع بتنفيذ التزامه بالتسليم يخول للمشتري طلب فسخ العقد لعدم قيام الطرف الآخر بتنفيذ التزامه وهذا لا وجود لشروط ضمان العيب الخفي.

أما إذا لم يقم البائع بتسليم المبيع بالحالة المتفق عليها أولم يكن المبيع مطابقا للشروط الواردة في الاتفاق فما الحكم الذي يمكن اللجوء اليه ؟ هنا يكون للمشتري أن يطلب فسخ العقد لعدم تنفيذ البائع لالتزامه لأن الواقع أن ليس بالمبيع عيب لأن العيب طبقا لما يقضي به القانون عيب ينقص من قيمة المبيع أو من نفعه

¹ الدكتور محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزامات، المرجع السابق، 358.

بحسب الغاية المقصودة مستفادة مما هو مبين في العقد أو مما هو ظاهر من طبيعة الشيء أو الغرض الذي أعد له¹.

كما إذا اتفق على أن يكون المبيع مصنوعاً من مادة معينة فقدم البائع شيئاً مصنوعاً من مادة أخرى ولكنه كان صالحاً للغرض ولا يقل قيمة عما اتفق عليه وهنا نكون بصدد إخلال بشروط العقد دون توافر شروط العيب الموجبة للضمان.

ولكن في حالة ما إذا كان التخلف عن الشرط زيادة إلى نقص من قيمة المبيع أو يظهر أنه غير صالح للغرض الذي أعد له أو كان هنالك تخلف لصفة من صفات التي كفل البائع وجودها، فهنا وبدون شك يكون للمشتري أن يطلب الفسخ تطبيقاً للقواعد العامة على أساس عدم التنفيذ البائع لالتزامه كما يكون له اللجوء لأحكام الضمان التي نص عليها القانون، وذلك بمراعاة الخيار بين الدعويين وليس الجمع بالإضافة إلى احترام ميعاد رفع دعوى الضمان باعتبارها قصيرة بعد اتخاذ الإجراءات التي يقضي بها القانون.

كما يمكن أن ترفع دعوى ضمان دون دعوى الفسخ لعدم التنفيذ بمعنى آخر إن يتم تسليم المبيع بالحالة المتفق عليها ولكن بوجود عيب خفي تتوافر فيه شروط دعوى ضمان هذا العيب، كأن يتم الاتفاق على تسليم حسان بحالته فيقوم البائع بذلك ثم يتضح للمشتري أن به عيب خفي يجعله غير صالح للغرض المقصود أو ينقص من قيمته أو ينقص من قيمته وبطبيعة الحال للقضاء دور هام في هذا الصدد بالنسبة لوصف الوقائع لمعرفة ما إذا كانت القضية تتعلق بالفسخ لعدم مطابقة المبيع للشروط والنموذج المتفق عليه أم أن به عيب خفي وبطبيعة الحال يكون هذا كله عن طريق تسبيب القرار المتخذ².

ب - التمييز بين ضمان العيب الخفي و ضمان الاستحقاق الجزئي

لا تبرأ ذمة البائع بنقل ملكية المبيع وتسليمه للمشتري وإنما يضل ملتزماً تجاه المشتري بعد ذلك بضمان حق المشتري في ملكية الشيء المبيع ملكية هادئة دائمة حتى يتمكن من الانتفاع إنتفاعاً كاملاً أبدياً هذا يستدعي حتماً أن يتمتع البائع عن أي فعل يصدر منه يعيق إنتفاع المشتري بالمبيع سواء كله أو بعضه من جهة وأن يدفع أي تعرض محتمل من فعل الغير يدعي من خلاله بحق من حقوق الملكية من شأنه أن يعرقل إنتفاع المشتري بالمبيع سواء كله أو بعضه من خلال فقدان المشتري لملكية المبيع³.

¹ الدكتور على حسن بخيره، المرجع السابق، 150.

² الدكتور حسن فرج، المرجع السابق، ص 415.

³ إذ يضمن البائع عدم التعرض للمشتري في الانتفاع بالمبيع كله أو بعضه سواء كان التعرض من فعله هو أو من فعل أجنبي يكون له وقت البيع حق على المبيع يحتج به على المشتري ويكون البائع ملتزماً بالضمان ولو كان الأجنبي قد ثبت حقه بعد البيع

إذ لا يستطيع البائع ضمان عدم تعرض الغير للمشتري وإنما هو ملزم بضمان التعرض إذا تعرض الغير للمشتري ويلتزم البائع بضمان التعرض القانوني فقط الصادر من الغير حيث أن هذا الأخير يدعي بحق على المبيع كحق الملكية أو أي حق من الحقوق المتفرقة عنها أوحق الرهن مثلا لأن المشتري يكون مهددا بنزع يده عن المبيع إذا استحق الغير العين المبيعة¹ وهنا يكون للبائع إما الإلتزام بدفع هذا التعرض لأنه الإلتزام بتحقيق نتيجة لا ببذل عناية واما تعويض المشتري عما أصابه من ضرر بسبب استحقاق المبيع إذا فشل في دفع هذا التعرض وهنا يكون ملزما بضمان الاستحقاق² وللعلم أن هنالك استحقاق كلي وهناك استحقاق جزئي وهو ما يعنينا هنا.

يكون الاستحقاق الجزئي إذا كانت خسارة المشتري بسبب هذا الاستحقاق قد بلغت من الجسامة قدرا لوعلمه وقت البيع لما اتمه وهنا يمكن أن يتشارك أو يتقارب الاستحقاق الجزئي وضمان العيب الخفي لأن الجزاء واحد بحيث إذا كان الاستحقاق أو العيب جسيما لدرجة أنه لوعلمه المشتري لما أقدم على الشراء كان له أن يطالب اما برد المبيع أو الاحتفاظ به، أما اذا كان القدر المستحق أو العيب يسيرا فلا يكون سوى التعويض عن وجود العيب او عن الجزء المستحق مع الملاحظة أن الرد في كلتا الحالتين لا يستند على فسخ العقد³.

لأنه من أهم الفوارق في التعويض المستحق بموجب ضمان الاستحقاق وبين التعويض المستحق بموجب دعوى الفسخ يظهر عندما يكون المشتري عالما بسبب الاستحقاق وقت البيع، أما في دعوى ضمان الاستحقاق لا يؤثر هذا العلم في مقدار التعويض، كذلك يظهر هذا الفرق في افتراض زوال عقد البيع في دعوى الفسخ أو دعوى الإبطال، وذلك عكس ما يفترض في دعوى الاستحقاق ببقاء العقد والرد هنا هو مجرد تنفيذ بطريقة التعويض للإلتزام البائع بعد ان تعذر تنفيذه تنفيذا عينيا ومن هنا يتضح لنا أن التعويض في ضمان الاستحقاق مقدرا على أساس تعويض المشتري عن فقده للمبيع فيأخذ قيمته وقت الاستحقاق لا على أساس زوال البيع فيسترد المشتري الثمن⁴.

...=إذا كان هذا الحق قد آل اليه من البائع نفسه نص المادة 371 من القانون المدني الجزائري / الدكتورة حوويمينة، المرجع السابق ص 144، 145.

¹ دكتورة حوويمينة عقد البيع في القانون الجزائري، المرجع السابق ص 149

² صبري سعدي، الواضح في شرح القانون المدني، عقد البيع والمقايضة، المرجع السابق، ص 417

³ الدكتور علي حسن بخيره، المرجع السابق ص 158

⁴ الدكتور عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ص 687 /الدكتور علي حسن بخيره، ضمان عيوب المبيع في عقد البيع، المرجع السابق، ص 155

وهذا لا يعني أن لا وجود لاختلاف بين ضمان العيب الخفي والاستحقاق الجزئي لأنه يكمن في الأساس ففي ضمان الاستحقاق يكون المبيع معيب من حيث ملكيته سليماً من حيث مادته، أما في حالة العيب الخفي يكون المبيع معيباً في ذاته سليماً في ملكيته¹ وذلك لأن الاستحقاق الجزئي لا يفرض وجود عيب في المبيع بل يفرض حق للخير عليه، أما العيب فيفرض وجود عيب بالمبيع لاحقاً للخير.

فقد كان هنالك خلط بين النظامين في بعض القوانين القديمة مثل القانون الفرنسي فعند ظهور حق ارتفاق على المبيع اعتبروه عيباً خفياً وهو في حقيقة الأمر استحقاق جزئي، لأن حق الارتفاق حق للخير على المبيع لا عيب في ذات المبيع².

ويكمن الاختلاف كذلك في اشتراط حسن نية المشتري في ضمان العيب الخفي وعدم اشتراط ذلك في ضمان الاستحقاق³ ويجوز الرجوع بضمان الاستحقاق حتى في البيوع القضائية والإدارية، بينما لا يجوز التمسك بضمان العيب في هذه البيوع⁴ إضافة إلى اختلافهما في مدة التقادم ففي ضمان الاستحقاق خمس عشرة سنة من وقت الاستحقاق والمدة في ضمان العيب الخفي سنة واحدة من وقت التسليم.

المطلب الثاني: علاقة ضمان العيوب الخفية بمختلف الالتزامات

نتيجة التطور التكنولوجي في المجال التقني والمعلوماتي والذي كان للإنتاج والاستهلاك نصيب منه، حيث تم اختفاء النموذج المبسط المعهود للمنتج، وبروز سلع وخدمات ذات تقنية عالية تؤدي في أغلب الأحيان إلى رفاهية المجتمعات، كونها تسهل الحياة بفضل الوسائل الحديثة، ويوفر منتجات بأصناف مختلفة كالمنتجات الإلكترونية أو الغذائية أو المنزلية، حيث رأى المشرع أن القانون المدني الجزائري لن يوفر الحماية الكافية والقصوى وبذلك لجأ إلى إصدار قانون رقم 89/02 المتعلق بحماية المستهلك الذي تم إلغائه بموجب القانون رقم 03/09 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش تضمن عدة التزامات يمكن أن نجدها في قانون المدني ولكن بقصد التخصيص والتشديد وحماية للمستهلك تم إدراجه ضمن القانون الأخير، وهذا ما دفعنا إلى البحث في مدى العلاقة بين ضمان العيب الخفي والالتزام بالمطابق والذي نجد له محل في

¹ الدكتور علي حسن بخيرة، المرجع السابق، ص 155.

² الدكتور عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد (العقود التي تقع على الملكية البيع والمقايضة)،

المرجع السابق، ص 768، الدكتور محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، المرجع السابق، ص 417

³ الدكتور عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد (العقود التي تقع على الملكية البيع والمقايضة)،

المرجع السابق، ص 769.

⁴ الدكتور علي حسن بخيرة، المرجع السابق، ص 155.

القانونيين (فرع أول) ومدى علاقة ضمان العيب الخفي المنصوص عليه في القانون المدني والضمان المنصوص عليه في قانون حماية المستهلك وقمع الغش (الفرع الثاني) وكذا مدى علاقة الالتزام بالإعلام بأحكام ضمان العيب الخفي (فرع ثالث) وأخير لمدى علاقة ضمان العيب الخفي بالالتزام بالسلامة (الفرع الرابع).

الفرع الأول: الالتزام بالمطابقة وعلاقته بالضمان

قبل التطرق الى علاقة ضمان العيب بالالتزام بالمطابق يجب التطرق إلى معرفة ما نعنيه بهذا الالتزام، من خلال التطور الحاصل في مجال إنتاج وتقديم السلع والمنتجات المختلفة نتيجة للثورة الصناعية وما واكبها من تطور علمي وتكنولوجي واسع، الذي أدى بالمنتجين أوالتجار إلى الاعتماد على أكثر من طريقة لترويج سلعهم وخدماتهم قصد إرضاء المشتري وبالتالي إقباله على التعاقد من دون البحث أكثر، ومن بين هذه الطرق استخدام صور تقديم ضمانات وإغراءات من خلال الإعلانات والتحسينات السطحية وغيرها من الوسائل، لكن بعد الشراء يظهر أن المبيع لا يتوافق مع الغرض المقصود من الشراء ووكذا عدم مطابقته للحاجات الخاصة، وبالتالي يكون المشتري صرفه ماله وجهده في غير محلها أي دون منفعة

حيث لا يتم إشباع حاجات المشتري إلا إذا وجد المشتري بالمبيع جميع الشروط والمواصفات التي ضمن وجودها البائع عن طريق الوسائل التي تم الاعتماد عليها لترويج مبيعاته.

إضافة إلى ذلك فإن التطور التكنولوجي في مجال العلمي أدى إلى ظهور عدة وسائل للتواصل وخلق علاقات تعاقدية بين البائعين والمشتريين منها البيع عن طريق شاشات التلفزيون وكذا عن طريق البيع بالانترنت، وبالمقابل يكون هذا المشتري مجرد من الخبرة الفنية والمعرفة التكنولوجية لهذه المبيعات لما تحويه من تعقيدات في تركيبها ودقة عالية في استعمالها، وهذا يؤدي حتما إلى صعوبة وإن لم تكن استحالة التحقق من مطابقة المبيعات وقت البيع للمواصفات التي تعهد بوجودها البائع في المبيع، وهذا ما أدى بشكل ملح الى إيجاد وسيلة قانونية يلتزم فيها البائع بإيفاء بما تعهد له من مواصفات تكون مطابقة لما تم الاتفاق عليه عند إبرام العقد حيث سمي هذا الالتزام بضمان المطابقة، إذ يعرف هذا الأخير بأنه التزام البائع بأن يسلم شيئاً مبيعاً مطابقاً للعقد ويضمن عيوب المطابقة الموجودة عند التسليم¹.

¹ الدكتور إيمان بطاهر، جزاء الإخلال بضمان المطابقة في عقد البيع، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، حيدر عبد الهادي للنشر، العدد الرابع لسنة السادسة، ص 08-09.

إذ نجد أن لهذا الالتزام محل ومجال بشكل كبير في قانون حماية المستهلك، حيث أقر المشرع المصري هذا الحق للمستهلك من خلال المادة من قانون حماية المستهلك بأنه " للمستهلك خلال أربعة عشر يوماً من تسليم أية سلعة الحق في استبدالها أو إعادتها مع استرداد قيمتها وذلك إذا شاب السلعة عيب أو كانت غير مطابقة أو الغرض الذي تم التعاقد عليها من أجله"¹.

إذ يفهم من هذا النص أن المشرع المصري أقر بأن ضمان المطابقة من الحقوق الأساسية التي تمنح للمستهلك ويكون مضمونها أن يكون المبيع المشتري مطابق للمواصفات المذكورة في العقد، كما يتم إثارة ذلك في حالة عدم مطابقة المبيع بالغرض الخاص والمقصود من طرف المشتري.

أما من ناحية الفقه فقد ذهب بعضهم إلى تعريف ضمان المطابقة " أن تتفق البضاعة التي تسلم إلى المشتري مع ما وقع عليه الاتفاق بينه وبين البائع"² وكذا تم تعريفه مطابقة الشيء المبيع للمواصفات المتفق عليها في العقد³، في حين ذهب البعض الآخر إلى تعريف ضمان المطابقة " بأنه تسليم مبيع لا يتطابق مع المعقود عليه"⁴.

أو " الاختلاف بين الشيء المتفق عليه في العقد وبين الشيء المسلم للمشتري"⁵. في حين ذهب آخرون إلى أنه " عدم صلاحية المبيع للاستعمال حسب طبيعة المبيع أو العقد أو الغرض المعد له المبيع "⁶ أو " لا تتوفر في المبيع الصفات التي تم الاتفاق عليها صراحة أو ضمناً أو تلك الصفات التي كان يتوقع المشتري وجودها في المعقود عليه"⁷

¹ قانون حماية المستهلك المصري رقم 67 لسنة 2006..

² الدكتور محمود سمير الشراوي، الالتزام بالتسليم في عقد بيع البضائع، مجلة القانون والاقتصاد، العددان الثالث والرابع للسنة الثالثة والأربعون، الشركة المتحدة للنشر والتوزيع، 1976، ص 366، قد أشارت إلى ذلك الدكتورة إيمان آل شكري المرجع السابق، ص 10.

³ الدكتور محمود علي مبروك، ضمان مطابقة المبيع في نطاق حماية المستهلك، مطبعة النهضة العربية، القاهرة، 2008، ص 7.

⁴ الدكتور حسام الدين الأهوتتي، عقد البيع في القانون الكويتي، مطبعة ذات السلاسل، الكويت، ص 726.

قد أشارت إلى ذلك الدكتورة آل شكري إيمان، المرجع السابق، ص 11.

⁵ الدكتور ممدوح علي مبروك، المرجع السابق، ص 8

⁶ الدكتور ثروت عبد الحميد، ضمان صلاحية، ضمان صلاحية المبيع لوجهة الاستعمال، دار أم القرى للطبع والنشر، المنصور، بدون سنة طبع. ص 37.

⁷ الدكتور حمدي أحمد سعد، القيمة العقدية للمستندات الإعلانية، دار الكتب القانونية، مصر، 2007، ص 127.

فمن خلال هذه التعاريف يفهم أن فقهاء القانون ينقسمون إلى فريقين منهم من يذهب إلى تعريف ضمان المطابقة الشيء المبيع لما تم التعاقد به في حين الفريق الآخر عرفها على أنها عدم مطابقة المبيع لما تم التعاقد به، لكن عند التمعن في تلك التعاريف نجد أن معناها الرئيسي واحد.

في حين أن التعريف الأخير قد انتقد من البعض حين رأوا أن هذا التعريف وسع من نطاق ضمان عدم المطابقة، حيث اشتمل على عدم صلاحية المبيع للاستعمال حسب طبيعة المبيع، أو الغرض المعد له المبيع وكذا تخلف الصفات التي كان يتوقع المشتري وجودها في المبيع¹، لكن ما أراه نقداً مناسباً إضافة إلى النقد الأخير أن الفقيه ذهب بخياله إلى النوايا الشخصية والمكبوتة عند المشتري في حد ذاته وعلى أن هذا يمكن يؤدي إلى تعسف المشتري في استعمال حقه من خلال إثارة ضمان المطابقة.

ومن خلال ذلك يمكن تعريف ضمان المطابقة على أنه " ضمان يلتزم بموجبه البائع بتسليم المشتري مبيع مطابق للمواصفات المتفق عليها في العقد، كما يلتزم أن يكون مطابق للغرض "

إذ يمكن التوصل إلى أن ضمان المطابق التزام بتحقيق نتيجة وذلك من خلال التعاقد بمواصفات معينة يجب على البائع أن يضمن وجودها الحقيقي²، هذا بالإضافة إلى الفقه والقانون فإن القضاء قد أعطى لهذا الجانب اهتماماً كبيراً حيث يظهر ذلك من خلال أكثر من منطوق للحكم الصادر من المحاكم، حيث ذهب إلى الحد من المطابقة في مواصفات المبيع الجمالية، حيث صدر في هذا الصدد " أن الإخلال بضمان المطابق يتحقق وإن لم تكن للخاصية المطلوبة في المبيع أية قيمة عملية بأن كانت ذات قيمة جمالية مجردة"³.

كما نجد في نفس السياق أن القضاء الفرنسي شدد في أحكام قيام الضمان بالمطابقة، حيث أقام حق المشتري في إثارته بمجرد وقوعه دون أن يحدث ضرراً مادياً للمشتري، كما هو حاصل في قضية كان محلها عقد بيع لكتاب، حيث كان الكتاب يحمل رقماً مخالفاً عن الرقم المحدد في طلب الشراء المقدم، حيث

¹ الدكتورة أل شكري إيمان، المرجع السابق، ص 9.

² Huet, Trait de Eloit civil, sous la direction de Ghestin, les principaux contrats spéciaux, 1996 n 250-251 L89-12

³ Cass, civ 1^{er} dec 1987 R T D, civ 1988 p338, obs, REMY

قد أشار إلى ذلك الدكتور عمر محمد عبد الباقي، الحماية العقدية للمستهلك، منشأة المعارف، بدون طبعة، الإسكندرية، 2004، ص 708.

صدر حكم في حقه يقر بأنه " إذا كانت النسخة المسلمة من كتاب يحمل رقما مختلفا على الرقم المحدد في طلب الشراء المقدم للناسر كان هناك إخلال بهذا الضمان حتى وإن لم يكن هناك أي اختلاف في ثمن"¹.

وبعد أن وضعنا معنى الالتزام بالمطابقة، ننتقل الآن لتحديد العلاقة الموجودة بين النظام الأخير وكذا ضمان العيوب الخفية للمبييع، عند الرجوع الى نص المادة 1603 من القانون المدني الفرنسي² نجد أنه يقر بأن البائع يقع عليه التزامين أساسيين، التسليم والضمان، حيث يلتزم البائع هنا بتسليم المبييع بذاته، ومطابق لما تم الاتفاق عليه ويلتزم بضمان ما يظهر في المبييع من عيوب تجعله غير صالح للاستعمال أو الغرض الذي خصص له، وهذا يبين لنا أن كل من الالتزامين يخضع لنظام قانوني يختلف عن الآخر³.

فإذا أردنا أن نحدد الفرق بين ضمان العيب الخفي وكذا الالتزام بالمطابقة فنجد أن العيب يعتبر خلل يؤثر على حسن أداء الشيء المبييع لاستعماله، في حين أن الإخلال بالالتزام الأخير هو قيام البائع بتسليم شيء يختلف في جوهره أو أحد عناصره الأساسية عن الشيء المتفق عليه، وهو يؤدي بالضرورة إلى الاختلاف في النطاق لكل من الالتزامين، إذ تنشأ دعوى عدم المطابقة عند عدم مطابقة المبييع لما هو محدد في العقد أما دعوى الضمان فتقوم عند ظهور عيب مؤثر في المبييع⁴ لكن رغم الفروقات الموجودة بين النظامين إلا ظهور الالتزام بتسليم الشيء المبييع مطابق لما تم الاتفاق عليه أحدث جدل كبير بين الفقهاء الفرنسيين وذلك لما قد يتداخل فيه كل من ضمان العيب الخفي وضمان المطابق، وصل الى المحاكم التي بدأت بالدمج بينهما على الرغم من اختلافهما، بعد أن كانت تفصل بينهما، لكن لم تبقى على حالها إذ أن هذا العمل أدى إلى تعطيل أحكام ضمان العيوب الخفية⁵.

وعند الرجوع إلى نص المادة الثالثة من المرسوم التنفيذي المتعلق بضمان المنتجات والخدمات نجد أنها تحدد لنا العيب الموجب للضمان القانوني وهو العيب الذي يمس المنتج الذي يتم تقديمه من طرف

¹ CASS Ire, ch ,civ 26 nov 1980 R T D , civ 1981 p 647.

قد أشار إلى ذلك الدكتور ثروت عبد الحميد، المرجع السابق، ص 35.

² **Article 1603:** Il a deux obligations principales, celle de délivrer et celle de garantir la chose qu'il vend.

³ Heut ,op ,cit , p 191.

⁴ الدكتورة إيمان محمد طاهر العبيدي، الالتزام بضمان السلامة في عقد البيع، دار النشر العربية، الطبعة الثانية، 2005، ص

⁵ Heut ,op ,cit , p 192

المشتري للبائع بأن يكون غير صالح للاستعمال المعد له¹ والمطابقة لنص المادة 1641 من القانون المدني الفرنسي².

كما جاء في نفس السياق نص المادة الحادية عشر من قانون 09-03 المؤرخ في 25 من فبراير 2009 والمتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش المعدل بالقانون رقم 18-09 المؤرخ في 10 جوان 2018 على إلزامية أن يكون المنتج المعروض للاستهلاك مطابقا لما لرغبات المستهلك المشروعة لعدة جوانب منها كما هو ظاهر قابلية المنتج للاستعمال³، إذ يفهم من هذه المادة أن المنتج لا يكون مطابق إلا إذا كان صالحا للاستعمال المعد له.

فمن خلال ما تم سرده من مواد قانونية أرى أن للعيب الموجب للضمان والالتزام بالمطابقة، معنى واحد من جانب وجود إلزامية أن يكون المنتج أو المبيع قابلا للاستعمال وهذا يعتبر محل التقاء، حيث جعل القضاء الفرنسي في وقت سابق يعطي الاختيار إلى المشتري برفع أي من الدعويين، كما وصل قبل ذلك إلى حد عدم التفرقة بينهم إلى حد إهمال أحكام ضمان العيوب الخفية كما تمت الإشارة.

¹ إذ تنص المادة الثالثة من المرسوم التنفيذي 90-266 المؤرخ في 19 سبتمبر 1990 والمتعلق بضمان المنتجات والخدمات الذي يتضمن مواد قانونية للقانون رقم 89-02 المؤرخ في السابع من فبراير 1989 والمتعلق بالقواعد العامة لحماية المستهلك الذي تم إلغاؤه بموجب القانون 09-03 المؤرخ في 25 فبراير 2009 الذي يتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش والذي تم تعديله بالقانون رقم 18-09 المؤرخ في 10 جوان 2018 أتى في مضمونه وبالتحديد نص المادة 94 منه على أن النصوص التطبيقية للقانون 89-02 تبقى سارية المفعول إلى حين صدور النصوص التطبيقية التي تحل محلها على أنه " يجب على المحترف أن يضمن سلامة المنتج الذي يقدمه من أي عيب يجعله غير صالح للاستعمال المخصص له...."

² Article 1641 Le vendeur est tenu de la garantie à raison des défauts cachés de la chose vendue qui la rendent impropre à l'usage auquel on la destine, ou qui diminuent tellement cet usage que l'acheteur ne l'aurait pas acquise, ou n'en aurait donné qu'un moindre prix, s'il les avait connus.

³ إذ تنص المادة على أنه " يجب أن يلبي كل منتج معروض للاستهلاك الرغبات المشروعة للمستهلك من حيث طبيعته وصفه ومنشئه ومميزاته الأساسية وتركيبته ونسبة مقوماته اللازمة وهويته وكمياته وقابليته للاستعمال والأخطار الناجمة عن استعماله.

كما يجب أن يحترم المنتج المتطلبات المتعلقة بمصدره والنتائج المرجوة منه والمميزات التنظيمية من ناحية تغليفه وتاريخ صنعه والتاريخ الأقصى لاستهلاكه وكيفية استعماله وشروط حفظه والاحتياطات المتعلقة بذلك والرقابة التي أجريت عليه تحدد الخصائص التقنية للمنتجات التي تتطلب تأطيرا خاصا عن طريق التنظيم".

مع التنبيه أن الفقرة الثانية من هذه المادة تم تعديلها بالقانون رقم 18-09 المؤرخ في 10 جوان 2018 المعدل والمتمم للقانون رقم 09-03 المؤرخ في 25 فبراير 2009 والمتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، الجريدة الرسمية رقم 35 المؤرخة في 13 جوان 2018. أما الفقرة الأخيرة من نفس المادة فتم إضافتها.

في حين تم تفسير ذلك من البعض بأن المشرع الجزائري من خلال فصله الثالث والذي يتضمن عنوان إلزامية مطابقة المنتوجات ونصه في المادة الحادية عشر من قانون حماية المستهلك ووقمع الغش المعدل والمتمم على أن يكون المنتوج قابلا للاستعمال ، وكذا من خلال نص المادة الثالثة من المرسوم التنفيذي المتعلق بضمان المنتوجات والخدمات التي تفر بأن العيب الموجب للضمان هو العيب الذي يجعل المنتوج غير صالح للاستعمال المقرر له، إن ذلك يعد تكرار من جهة وأن المشرع الجزائري قد أخذ بالمفهوم الوظيفي للعيب من خلال نص المادة الثالثة من المرسوم التنفيذي المتعلق بضمان المنتجات والخدمات، وأن أساس تقدير عدم المطابقة بموجب المادة الحادية عشر من القانون المتعلق بحماية المستهلك ووقمع الغش معيار وظيفي من جهة أخرى¹.

لكن ما نراه تفسيراً مناسباً أن المشرع الجزائري مواكباً منه لعصرنا ولتوفير حماية للمستهلك الذي يمكن أن يضيع حقه أثناء ممارسته أن يحدث به ضرراً من جانب المنتج، حيث إضافة إلى ماتم النص عليه بالنسبة للعيب في المادة الثالثة من المرسوم التنفيذي 90-266 تدخل بموجب القانون رقم 09-03 المعدل والمتمم بالقانون رقم 18-09 قصد توفير حماية للمستهلك سواء قبل التعاقد أو بعده بوضع مجموعة من الالتزامات تلقى على عاتق المنتج وهو ما يطلق عليه هنا المتدخل في الباب الثاني من هذا القانون تحت عنوان " حماية المستهلك "، إذ تم تخصيص الفصل الأول منه لإلزامية النظافة الصحية للمواد الغذائية وسلامتها " أما الفصل الثاني فتم تخصيصه للأحكام المتعلقة بإلزامية أمن المنتوجات، في حين تم تخصيص الفصل الثالث لإلزامية مطابقت المنتوجات " بالإضافة إلى التعديلات والإضافات التي أدخلت على القانون الأخير بموجب القانون رقم 18-09، حيث يفهم من ذلك أن ما جاء به المشرع الجزائري مكمل لما تم إقراره في المرسوم التنفيذي، كما يفهم من ذلك أن الالتزام بالمطابقة المنصوص عليه التزام يقع قبل إبرام العقد أي أنه التزام قبلي يقع على المتدخل قبل أن يقوم بعرض سلعه للتداول والاستهلاك حيث يتم خضوع المنتوج لرقابة المطابقة للأحكام التشريعية والتنظيمية، أما الالتزام بالضمان فيثور في مرحلة تنفيذ العقد إذا ظهر عيب يجعل المنتوج غير صالح للاستعمال المعد له، والهدف المرجوا من كلا النظامين توفير الأمن والسلامة في المنتوجات في جميع المراحل قبل التعاقد وأثناء التعاقد وحتى بعد التعاقد، ولهذا نجد أن كل من نظام الالتزام بتسليم المنتوج مطابق لما اعد له وكذا الالتزام بالعيب الخفي الموجود بالمبيع مكملان لبعضهما.

¹ الدكتور محمد بودالي، حماية المستهلك في القانون المقارن، رسالة مقارنة مع القانون الفرنسي، دار الكتاب الحديث، دون طبعة، الجزائر، 2006. ص 370-379/ الدكتورة سعدي فتيحة، المرجع السابق، ص 278.

أما عن المعيار المعتمد للقول بصلاحيّة استعمال الشيء المبيع لما أعد له فيكون طبقاً لنص المادة 379 من القانون المدني الجزائري¹ فيكون بالنظر إلى ما تم الاتفاق عليه في موجب العقد حيث يتم في هذه الحالة النص على منافع محددة من جانب المشتري تم إدراجها في العقد بشكل صريح، وكذا بالنظر إلى طبيعة الشيء المبيع من خلال قدرته على تحقيق الأغراض والمنافع المقصودة منه طبيعياً².

إذ فمن خلال ما سبق نجد أن للالتزام بالمطابقة وجهين الأول نجده في نصوص القانون المدني والوجه الثاني نجده في قانون حماية المستهلك سواء الملغى رقم 02/89 المتعلق بحماية المستهلك أو الحديث والمعدل رقم 03/09 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش.

وعند الرجوع إلى نظام المطابقة في القانون المدني من خلال نص المادة 379 من القانون المدني الجزائري، وكذا من خلال نص المادة 364 من القانون المدني الجزائري، فنجد أن المادة ما قبل الأخيرة تنص على أن البائع يكون ملزماً بالضمان إذا لم يشتمل المبيع على الصفات التي تعهد بوجودها وقت التسليم إلى المشتري.

حيث ذهب معظم الفقهاء إلى تفسيرها على أنها تعني عدم مطابقة المبيع للمواصفات المتفق عليها في حالة تحقق وجود الصفات المتعهد بها³، فمن خلال ذلك يمكن التساؤل عن معنى تخلف الصفة في الشيء المبيع هل نعني بها عدم المطابق أم نعني بها وجود عيب خفي بالمبيع؟

هذا يستدعي منا تحليل لنص المادة 379 حيث نجد أن الشرط الثاني منها ينص على التزام البائع بضمان العيوب الخفية التي تتوفر على شرط التأثير وهو ما سيفصل فيه في الفصول القادمة، أما تخلف الصفة يلتزم فيه البائع بضمان حتى وإن لم تكن الصفة المتخلفة مؤثرة.

هذا بالإضافة إلى أن الشرط الآخر وهو الخفاء يلزم لضمان العيب الخفي، لكن لا يلزم في تخلف الصفة حيث يضمن البائع الصفة حتى وإن كان ذلك ظاهراً⁴.

¹ إذ تنص المادة 379 من القانون المدني الجزائري على أنه " يكون البائع ملزماً بالضمان.....أو إذا كان بالمبيع عيب ينقص من قيمته أو الانتفاع به بحسب الغاية المقصودة منه حسبما هو مذكور بعقد البيع، أو حسبما يظهر من طبيعته أو استعماله.....".

² الدكتور محمد بودالي، المرجع السابق، ص 379.

³ الدكتور عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، العقود التي تقع على الملكية، المرجع السابق، صفحة 710/ الدكتور اسعد دياب، المرجع السابق، ص 73.

⁴ الدكتور سليمان مرقس، شرح القانون المدني، الجزء الثالث، العقود المسماة، عقد البيع، عالم الكتب، الطبعة الرابعة، 1980، ص 56..

كما أن ضمان صفة يقوم حتى وإن تم البيع عن طريق المزاد الذي يحرم فيه المشتري من الرجوع على البائع في حالة وجود العيب الخفي في حالة ما إذا تم البيع عن طريق المساومة¹.

كما يقوم الضمان في حالة تخلف الصفة الموعود بها سواء كان العيب جسيما أوتافها ولا يتم التخفيف إذ تقوم حالة الرد بالمبيع، كما يمكن أن تقوم حالة الإبقاء عليه، أما في حالة وجود عيب غير جسيم فلا يكون للمشتري إلا طلب التعويض على النقص الموجود بالمبيع مع الاستبقاء على المبيع².

إذ نجد أنه من خلال ما تم التطرق إليه من اختلافات بين تخلف الصفة والعيب الخفي إلا أن مادة واحدة تجمعهما.

اذ لهذا الوضع تفسير وهوراجع الى أن مصدر الصفة العقد وذلك من خلال الاتفاق المبرم بين المشتري والبائع، وهي تتعلق منطقيا وقانونيا بضمان المطابقة وما يؤكد على ذلك نص المادة 364 من القانون المدني الجزائري، والتي تلزم المشتري بتسليم المبيع على الحالة التي كان عليها المبيع وقت البيع وهذا الوقت يمكن أن يكون أساسه الاتفاق على مواصفات معينة في المبيع، كما يمكن أن يكون أساسه مستمدا من طبيعة المبيع، أما ضمان العيب المنصوص عليه في الشرط الثاني من المادة 379 من القانون المدني فمصدره القانون.

في حين أن السبب الذي جعل المشرع يدخل ضمان الصفة ضمن أحكام العيب الخفي راجع إلى ما لصفة من إرتباط بالمنفعة المرجوة من الشيء المبيع أوصلاحيته للاستعمال الذي يسعى إليه المشتري، وهذا ما نجده ضمن عقد البيع، فتخلف الصفة من تخلف ضمان العيب الخفي وبالتالي يدخل تحت أحكام ضمان العيب الخفي، إذ يفهم من ذلك أن المشرع عنى بالضمان من خلال المادة 379 من القانون المدني الجزائري ضمان العيب الخفي، وضمان الصفة الموعود بها، والتي يمكن أن تتجسد عند مخالفتها في عدم مطابقة الشيء المبيع لما تم التعهد به في عقد البيع³.

¹ الدكتور عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، العقود التي تقع على الملكية، المرجع السابق، ص 767.

² الدكتور صاحب عبيد الفتلاوي، المرجع السابق، 154.

³ الدكتور حساني علي، المرجع السابق، ص 85.

فالمطابقة هنا هي مطابقة تعاقدية وليست قانونية، هذا إضافة الى أن مفهوم المطابقة هنا هو مفهوم كلاسيكي خاصة ما تم التطرق في نص المادة 1641 من القانون المدني الفرنسي السالفة الذكر، إذ أن المعنى منها ما ذهبت إليه إرادة الأطراف الذي تم إفراغه في بنود العقد¹.

لكن عند الرجوع إلى المطابقة طبقا للقانون المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، فنجد أن لها مفهوم تنظيمي يظهر من خلال رقابة المنتوجات وهو ما نصت عليه المادة 3 فقرة 18 من القانون رقم 03/09 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش المعدل والمتمم بالقانون رقم 18-09، إذ يقصد بالمطابقة وجوب استجابة كل منتج موضوع للاستهلاك للشروط المتضمنة في اللوائح الفنية والمتطلبات الصحية والبيئية والسلامة والأمن الخاص به². وذلك قصد توفير الحماية الوقائية للمستهلك في المرحلة السابقة للتعاقد وهو ما نجده في القانون رقم 02 /89 المتعلق بحماية المستهلك الملغى من خلال المادة 3 منه، حيث جاء في مضمونها أن المطالبة تتحقق إذا توفر المنتج أو الخدمة تعرض للاستهلاك على المقاييس المعتمدة والمواصفات القانونية والتنظيمية التي تهمة وتميزه.

ويجب في جميع الحالات أن يستجيب المنتج أو الخدمة للرغبة المشروعة للاستهلاك لا سيما فيما يتعلق بطبيعته ووصفه ومنشئه ومميزاته الأساسية وتركيبه ونسبه والمقومات اللازمة له وهويته وكمياته.

كما يجب أن تكون المطابقة وفقا لرغبات المستهلك المشروعة فيما يخص النتائج المرجوة منه وأن يقدم المنتج وفق مقاييس تغليفه، وأن يذكر مصدره، وتاريخ صنفه والتاريخ الأقصى لاستهلاكه وكيفية استعماله والاحتياطات الواجب اتخاذها من أجل ذلك وعمليات المراقبة التي أجريت عليه³.

كما جاءت المادة 11 من القانون 03/09 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش بنفس المعنى للمواصفات والشروط المطلوبة للقول بمطابقة المنتج خلال عرض من قبل المتدخل.

إذ تتلخص في شرطين مهمين ورئيسيين يتناسبان والمطابقة، هما أن يتعلق بوجود توفر المنتج أو الخدمة على المقاييس المعتمدة والمواصفات القانونية التنظيمية والتي تتعلق به وتخصه، وكذا أن يحترم

¹ CALAIS-AULOY (J) et STEINMETZ(F), droit de la consommation, Dalloz 4é, éd, 1996.

² بالإضافة إلى المادة 11 من نفس القانون يفهم من معناها ان تعني بالمطابقة وجوب تلبية المنتج المعروض للاستهلاك لجميع رغبات المشروعة.

³ انظر الى المادة 3 من القانون رقم 02 /89 مؤرخ في أول رجب عام 1409 الموافق ل 7 فبراير سنة 1989 المتعلق بالقواعد العامة لحماية المستهلك الملغى.

المنتج المتطلبات المتعلقة بمصدره، خاصة فيما يتعلق بطبيعته ومنشأه ومميزاته الأساسية وتركيبه ونسبه المقومات اللازمة له وهويته وكميته، وحتى النتائج المرجوة من المنتج¹

والعمل بعكس ذلك يجعل المنتج غير مطابق أي لا يمكن أن تدوم صلاحيته للاستعمال ولا يلبي الرغبة المشروعة للمستهلك²

هذا بالإضافة إلى أن هذا النوع من الالتزام جاء قصد حماية المستهلك الذي يسعى الى تلبية حاجاته الشخصية أو حاجة شخص آخر أحياناً متكفل به وهو ما جاءت به نص المادة 03 من القانون 03 / 09 السابقة الذكر، كما أن الالتزام بالمطابقة يمكن إثارته ضد المتدخل خلا جميع مراحل العرض للاستهلاك حيث جاء في نص المادة الثانية من القانون 03/09 السابقة الذكر³.

ومن خلال ذلك نجد أن ضمان المطابقة الوارد في قانون حماية المستهلك وقمع الغش أو قانون القديم المتضمن حماية المستهلك يقتصر على العقود الاستهلاكية التي يكون محل البيع فيها منتج معين يتم اقتنائه من قبل المستهلك ويبيع من طرف المتدخل.

في حين أن المطابقة الموجودة في القانون المدني تسري على جميع عقود التي تقع على البيع شريطة أن يكون هناك تعهد بصفات معينة بالمبيع، كما لا تجب صفة معينة بالمشتري أو البائع، فهذه الأحكام تسري على جميع أصناف كما أنه يتعلق بالتسليم وكذا بالمرحلة اللاحقة للعقد والتي يقوم فيها التنفيذ⁴.

الفرع الثاني: علاقة ضمان العيوب الخفية بقانون حماية المستهلك وقمع الغش

المعدل والمتمم.

من خلال ما تم التطرق إليه سابقاً يظهر لنا أن علاقة الالتزام بالمطابقة وضمن العيب الخفي، علاقة تكاملية، رغم أن الالتزام الأخير أغلب أحكامه مستمدة من القانون المدني، أما الالتزام بالمطابقة فنجد أحكامه في ظل القانون الأخير كما هو ظاهر في المادة 1603 من القانون المدني الفرنسي والتي تلزم البائع

¹ مع التنبيه أن ما كان وارداً في المادة 11 من قانون حماية المستهلك وقمع الغش في الفقرة 2 التعديل كالتالي " كما يجب أن يستجيب المنتج للرغبات المشروعة للمستهلك من حيث مصدره....." أما بعد التعديل أصبحت تنص على أنه "كما يجب أن يحترم المنتج المتطلبات المتعلقة بمصدره...."

² الدكتور حساني علي، المرجع السابق، ص 86.

³ إذ تنص على أنه "تطبق أحكام هذا النص على كل سلعة أو خدمة معروضة للاستهلاك بمقابل أو مجاناً وعلى المتدخل وفي جميع مراحل عملية العرض للاستهلاك"

⁴ الدكتورة سعدي فتحة، المرجع السابق، ص 289.

أو المتدخل بالضمان والتسليم وباعتبار أن التسليم لا يكون سليماً إلا إذا كان مطابقاً لما أعد له طبقاً لقانون حماية المستهلك وقمع الغش السابق الذكر والمنصوص عليه ضمن المادة 12 منه، فنرى أنه من الجدير أن نتطرق إلى مدى علاقة ضمان العيب الخفي بقانون حماية المستهلك وقمع الغش وإذا وجد هل يعتبر مفهومه مخالفاً لما هو في القانون المدني أم أن لضمان العيب الخفي في القانون المدني نفس المعنى لضمان في قانون حماية المستهلك وقمع الغش الأخير ؟

بالرجوع إلى أحكام قانون حماية المستهلك وقمع الغش المعدل والمتمم وبالتحديد إلى نص المادة 13 فقرة 1 نجد أنها تنص على أنه " يستفيد كل مقتن لأي منتج سواء كان جهازاً أو أداة أو آلة أو عتاد أو مركبة أو أي مادة تجهيزية من الضمان بقوة القانون " هذا بالإضافة إلى نص المادة 3 فقرة 1 من المرسوم التنفيذي رقم 327 / 13 المتعلق بشروط وكيفيات وضع ضمان السلع والخدمات حيز التنفيذ إلى أن الضمان المنصوص عليه في النصوص التشريعية والتنظيمية المتعلقة بالآثار القانونية المترتبة على تسليم سلعة أو خدمة غير مطابقة لعقد البيع " (كل بند تعاقدي أو فاتورة أو قسيمة تسليم وكل وسيلة إثبات أخرى منصوص عليها في التشريع والتنظيم المعمول بها) وتغطي العيوب الموجودة أثناء السلعة أو تقديم الخدمة¹

إذن فالضمان في قانون حماية المستهلك وقمع الغش المعدل والمتمم يعتبر كوسيلة قانونية لحماية هذا الأخير من إحتيال وغش المتدخل خلال قيام علاقة استهلاكية ومن خلال نص المادة الأولى نجد أن الضمان المقرر في هذا القانون ضمان مقرر بقوة القانون أي لا يمكن الاتفاق على تعديله بالإسقاط أو بالإنقاص والعمل بغير ذلك يعد باطلاً، وهو ما جاءت به المادة 13 فقرة 4 منه على أنه يعد باطلاً كل شرط مخالف لأحكام هذه المادة إذ يعتبر باطلاً سواء كان الشرط سابقاً أو لاحقاً لعقد البيع الاستهلاكي.

لكن بمفهوم المخالفة يجوز التشديد في تلك الأحكام، حيث يتضح من خلال ذلك أن لا يجوز التخفيف من إلتزام المنتج أو المستهلك ومثال ذلك أن يتم الاتفاق على الإعفاء من ضمان عيوب الموجودة في منتج معين دون الآخر أو أن يشترط حداً معيناً من الجسامة والذي يعود بضرر كبير على المشتري دون ضمان العيب الغير الجسيم أو الجسيم الذي يصل إلى حد ضرر كبير كالموت مثلاً، أو يتم الاتفاق على حرمان المستهلك من رد المنتج والإبقاء على حقه في المطالبة بالتعويض فقط².

¹ جريدة رقم 49 مؤرخة في 02 أكتوبر 2013.

² الدكتور محمد لبيب شنب، والدكتور مجدي صبحي، شرح عقد البيع، دار النهضة العربية، دون ذكر الطبعة، القاهرة، 1968، ص 282.

أما من ناحية سقوط الضمان في هذا القانون يأخذ نفس الحكم بإبطاله وعدم العمل به، ففي حالة إدراج هذا التعديل الأخير يحرم المستهلك من حقه في الضمان بشكل كامل، إذ يقوم هذا التعديل بإبرام اتفاق بين المتعاقدين على إعفاء المنتج أو المتدخل من الضمان المبيع في حالة نشوب عيب، فإذا كان هذا الشرط بالإعفاء ضمن شروط عقد استهلاكي فيبطل الشرط ويقوم العقد وذلك بغرض الحفاظ على قوام العقود وليس لهدمها.

لكن بالرجوع إلى الضمان المنصوص عليه ضمن أحكام عقد البيع وبالتحديد التزامات البائع فيجوز لهذا الأخير وبالتفاق مع الطرف الآخر أن يعدل في الضمان سواء بالإنقاص أو بالإسقاط وهو ما نصت عليه المادة 384 من القانون المدني الجزائري¹.

لكن نجد أنه من خلال هذه المادة سمح بالتعديل في أحكام ضمان العيب الخفي بشرط أن لا يكون قد استعمل البائع طرقا إحتيالية لإخفاء العيوب غشا من المشتري وقصد الإضرار، وهذا يعتبر حدا وضع كحماية للمشتري الحسن النية، كما تم إدراج هذا الشرط في نفس المادة التي نصت على إيجازه التعديل من الضمان في شطرها الثاني².

كما أن هذا لا يقوم إلا في حالة إثبات المشتري إخفاء العيب غشا منه وذلك لأن العقد يفترض حسن نية البائع، وعلى من يدعي غير ذلك أن يثبته بأي طريقة من طرق الإثبات، وذلك لاعتبار أحكام ضمان العيب الخفي ليست من النظام العام، بعكس ما هو جار في أحكام ضمان العيب في قانون حماية المستهلك وقمع الغش، حيث يعتبر الضمان فيها من خلال المادة السابقة الذكر أنه من القواعد الخاصة بالنظام العام إذ تعتبر أمرا لا يجوز الاتفاق على عكسها أو كسرها.

إذن فهذه الميزة تخلف آثار منها: جواز إثارة بطلان الاتفاق على تعديل أحكام الضمان في قانون حماية المستهلك وقمع الغش بالإسقاط أو بالتخفيض من طرف القاضي من تلقاء نفسه ودون طلب ذلك من قبل الخصوم، كما يمنح ذلك للمستهلك حق إثارة هذا البطلان في أي مرحلة من مراحل الدعوى وحق إثارته ولولأول مرة أمام المحكمة العليا³.

¹ إذ تنص على أنه "يجوز للمتعاقدين بمقتضى إتفاق خاص أن يزيد في الضمان أو ينقصا منه وأن يسقطا هذا الضمان"

² ".....غير أن كل شرط يسقط الضمان أو ينقصه يقع باطلا إذا تعمد البائع إخفاء العيب في المبيع غشا منه"

³ الدكتور عبد الحميد سفيان وموسى أحمد وعلال مبروك، ضمان العيوب الخفية وفقا للقانون المدني و، مذكرة المدرسة العليا للقضاء 2006-2007، ص 20. وقانون حماية المستهلك رقم 02 /89 المتعلق بحماية المستهلك وذلك قبل التعديل

لكن هل هذا ينطبق على التعديل بالزيادة في الضمان المقرر في قانون حماية المستهلك وقمع الغش المعدل والمتمم؟

في هذه الحالة نجد أن للضمانين نفس الحكم سواء في ضمان العيب في عقد البيع المقرر ضمن أحكام القانون المدني أو الضمان المقرر في قانون حماية المستهلك وقمع الغش المعدل والمتمم وذلك بإيجازة التعديل بالزيادة في الضمان والتشديد فيه.

إذ يسمى في القانون المستهلك بالضمان الإضافي كما يميز للمشتري أو كما عرف بالضمان الاتفاقي وذلك من خلال نص المادة 11 من المرسوم التنفيذي رقم 90-266 المتعلق بضمان المنتجات والخدمات الذي تم الغائها¹.

وقد تم هنا التعديل تفاديا لفهمه بطريقة خاطئة، إذ أن المنطق القانوني يفترض فهم كلمة ضمان اتفاقي على أنها تشمل إضافة إلى التعديل بالتشديد التخفيف أو الإسقاط من الضمان، وهذا مخالف لقواعد النظام العام من خلال نص المادة 13 فقرة 4 من قانون حماية المستهلك وقمع الغش، أما في القانون المعدل فقد تم النص بصريح العبارة على إيجازة التعديل بالزيادة التعديل الإضافي وذلك من خلال نص المادة 14 فقرة 1 من القانون حماية المستهلك وقمع الغش إذ أقرت في معناها على أن أي اتفاق يكون محله الاستفادة من الزيادة أو التشديد في الضمان جائز²، بالإضافة إلى أن يكون هذا الضمان لا يمس بالضمان الأصلي وإنما يكون بالإضافة إليه.

فالتشديد في الضمان يقصد به التوسيع في الضمان إلى عيوب يمكن حتى التسامح فيها عرفا، حيث يمكن أن يصل التشديد إلى حد الاتفاق على التعويض في حالة ما إذا كان العيب غير جسيم، وقد جاء في هذا السياق تعريف لهذا التعديل في نص المادة 03 / 02 من المرسوم التنفيذي رقم 13 / 327 المحدد لشروط وكيفيات وضع ضمان السلع والخدمات حيز التنفيذ، إذ عرفت الضمان الإضافي بأنه "كل التزام تعاقدي محتمل يبرم إضافة إلى الضمان القانوني الذي يقدمه المتدخل الذي يقدمه المتدخل أو ممثله القانوني دون زيادة في التكلفة.

¹ حيث تم النص على أنه " يمكن للمحترف أن يمنح المستهلك مجانا ضمنا إتفاقيا أنفع من الضمان الخاضع للأحكام القانونية المعمول بها" / الدكتور بن زاي نسرين، حماية المستهلك من خلال الالتزام بالضمان، مذكرة ماجستير، تخصص عقود ومسؤولية، جامعة الجزائر، سنة 2014-2015، تهميش رقم 3، ص 13.

² حيث نصت على أنه " كل ضمان آخر مقدم من المتدخل بمقابل أو مجانا، لا يلغي الاستفادة من الضمان القانوني المنصوص عليه في المادة 13 أعلاه "

لكن في نفس الوقت نجد أن المادة 14 من قانون حماية المستهلك وقمع الغش المعدل والمتمم تقديم الضمان إضافي مجاناً أو بمقابل في حدود المادتين على المشرع الانتباه له والتعديل فيه.

أما المادة المطبقة فهي المادة الأخيرة بطبيعة الحال لكون القانون يخضع للسلم التدريجي للقوانين¹.

فمن خلال ذلك يفهم أن للضمان شروط لقيامه أولها أن يكون التعديل بالضمان إضافي للقانون، وأن يقوم ضمن علاقة استهلاكية تعاقدية وأن يقدمه المتدخل أو من يمثله قبل التعاقد أي أن يكون للمستهلك الاطلاع عليه والتقرير بقبوله فقط.

كما أن الشرط الأخير يكون يقر بعد مقابلة هذا الضمان بالتزام المستهلك بزيادة الثمن، بل أن يبقى ثمن المبيع كما هو² فهذا التشديد قصد تقادي ودحض استعمال المتدخلين طرق وأساليب الدعايات التي تؤثر على نفسية المستهلك وتجعله يرضى بشراء منتجات على أساس الضمان الاتفاقي، ونرى وذلك في مثل معظم الأحيان في المنتجات المضمونة بأكثر من 12 شهر مثل الآلات الكهرومنزلية وكذا ضمان العيوب التي يسهل على البائع اكتشافها بعناية الرجل العادي.

إذ يفهم من ذلك أن المشرع من خلال النص على عدة مواد قانونية تجيز الضمان الإضافي، أنه يحفز على مثل هذا الضمان المضاف بصفته يضمن حماية قصوى للمستهلك الضعيف، وتأكيداً من جانب المشتري أن المنتجات التي تعرض عليه ذات جودة وذات قيمة عالية، يمكن أن يدخل بها لأي سوق دون الحاجة إلى ضمان القانوني الملزم به.

كما جعل المشرع لهذا الضمان شكلاً معيناً ينصب فيه وهو مكتوب وذلك قصد تقادي الشك الذي يمكن يتخلل المستهلك بوجود خطر عليه، كما يعتبر أثبات قاطع يمكن اللجوء إليه من قبل المستهلك في حالة مخالفة ما تم إضافية من ضمان³.

¹ الدكتور بن زاي نسرين، المرجع السابق، ص 18.

² هذا بالإضافة إلى نص المادة 18 من المرسوم التنفيذي رقم 13 / 327 المحدد لشروط وكيفيات وضع ضمان السلع والخدمات على أنه يمكن للمتدخل أن يمنح المستهلك ضماناً أكثر امتيازاً من ذلك المنصوص عليه في المادة 03 أعلاه "

³ وهذا ما جاءت به المادة 19 من نفس المرسوم السابق حيث نصت على أنه " يجب أن يأخذ الضمان الإضافي المقدم للمستهلك شكل تعاقدي مكتوب يحدد حسب البنود الضرورية، وأن يحتوي البيانات اللازمة المذكورة في المادة 06 " أعلاه
إذ تنص المادة 6 من نفس المرسوم على أنه " يجب أن تبين شهادة الضمان التي يسلمها المتدخل على الخصوص البيانات التالية:

- اسم وأسم شركة الضامن وعنوانه ورقم سجله التجاري وكذا العنوان الإلكتروني عند الاقتضاء.
- اسم ولقب المقتني.

حقيقتنا وجد هناك اتفاق بين الضمان المشدد لأحكام الضمان في عقد البيع وأحكام الضمان في عقد الاستهلاك، حيث يجوز إثارته في كليهما وذلك لما يعود به من منفعة على المتعاقدين في كلا القانونين لكن الاختلاف هنا يكمن في إمكانية إلغاء الضمان بالزيادة فيه الضمان المقرر قانونا في عقد البيع والمقرر في نص المادة 384 من القانون المدني الجزائري.

في حين أن الضمان القانوني المقرر في قانون حماية المستهلك وقمع الغش لا يمكن أن يلغيه الضمان الإضافي وذلك لكونه ملزم على المتدخل بقوة القانون، لكن ما يمكن أن يلتقيا فيه كل من الضمان الإضافي المقرر في القانون المدني وقانون حماية المستهلك وقمع الغش يكون بإرادة من البائع أو المتدخل¹.

كما نجد الاشتراط بين الضمانين في ضمان صلاحية المبيع لمدة محددة، إذ يمكن في كلاهما إعمال هذا الشرط في العقد وذلك باتفاق عيين البائع والمشتري، كما هو ظاهر في المادة 386 من القانون المدني الجزائري أوفي الضمان المتعلق بقانون حماية المستهلك في شكل صورة من صور الضمان الإضافي².

لكن هل يخضع العيب الموجب للضمان المقرر لضمان حماية المستهلك لنفس الشروط المطبقة في ضمان العيب الخفي المقرر في القانون المدني والتي سيتم التفصيل فيها في الفصل الثاني لهذا الباب في المبحث الأول، وهي أن يكون العيب خفيا وغير معلوما من قبل المشتري وأن يكون مؤثرا وقديما.

قبل التفصيل في الشروط تجدر معرفة معنى العيب الموجب للضمان في القانون المدني وهل هو نفسه في قانون حماية المستهلك وقمع الغش.

بالرجوع الى القانون المدني وكما سبق التوضيح فإن العيب يعتبر الآفة الطارئة التي تخلومنها الفطرة السليمة للمبيع، أما العيب بمفهوم قانون الآخر يقصد به نقص السلامة والأمن في المنتج³.

وهذا ما يمكن فهمه من المعنى المعاكس لنص المادة 3 فقرة 11 من قانون حماية المستهلك وقمع الغش⁴ المعدل والمتمم والفقرة 12 من نفس المادة من نفس القانون التي تقر بأن الضمان يقوم في حالة وجود

- رقم وتاريخ الفاتورة أو تذكرة الصندوق أو قسيمة الشراء و/أو كل وثيقة أخرى مماثلة.

- طبيعة السلعة المضمونة، ولا سيما نوعها وعلاقتها ورقمها التسلسلي.

- سعر السلعة المضمونة.

- مدة الضمان.

- اسم وعنوان الممثل المكلف بتنفيذ الضمان عند الاقتضاء.

¹ الدكتور محمد بودالي، حماية المستهلك في القانون المقارن، المرجع السابق، ص 385.

² الدكتور سعيد جبر، الضمان الاتفاقي للعيوب الخفية في عقد البيع، دار النهضة، دون طبعة، مصر، 1985، ص 30.

³ الدكتور حساني علي، المرجع السابق. ص 81.

⁴ إذ تنص على أنه " منتج سليم ونزيه وقابل للتسويق، منتج خال من أي نقص و/ أو عيب خفي يضمن عدم الأضرار بصحة وسلامة المستهلك و/أو مصالحه المادية والمعنوية "

منتوج مخالف للشروط استعماله العادية، أوالممكن توقعها¹ بالإضافة إلى نص المادة 10 من المرسوم التنفيذي رقم 327 /13 المحدد لشروط وكيفيات وضع ضمان السلع والخدمات حيز التنفيذ الذي يفهم من خلاله أن العيب الموجب للضمان هو الذي يصبح به المنتوج غير صالح للاستعمال المخصص له، وكذا عندما لا يتوافق مع الوصف الذي يقدمه المتدخل من عينة أو نموذج، كما يقوم في حالة ما إذا لم يجد المستهلك الخصائص المشروعة والتي يتوقعها المستهلك وتم الإعلان عنها من قبل المتدخل أو ممثله، كما يمكن أن يكون العيب حيث لا تتوفر جميع الخصائص المنصوص عليها في التنظيم المعمول به².

إذن الضمان يختلف من قانون لآخر، حيث أن الضمان في قانون حماية المستهلك وقمع الغش يمكن تعريفه على أنه كل ما يجعل المنتوج غير سليم وغير قابل للتداول، فيعود على المنتوج بنقص خفي يؤثر على وظيفة المنتوج إضافة وما يسمى بالسلامة المادية والمعنوية للمستهلك³.

أما عند الحديث عن الشروط بالنظر الى القواعد الخاصة بحماية المستهلك وقمع الغش المعدل والمتمم فنتمثل في أن يكون العيب مؤثرا وكذا أن يكون خلال المدة الزمنية المحددة بهذين الشرطين أساسيين.

إذ يقوم معيار التأثير في عدم صلاحية المنتوج للاستعمال المخصص له سواء بشكل جزئي أو كامل أو أن يكون مخالفا وغير متوفر على ما تم الاتفاق عليه، كما يقوم معيار التأثير في حالة كون العيب الذي يمس المنتوج يعود بالخطر وبالتالي يمس سلامة المستهلك⁴.

وبالتالي يمكن القول أن العيب يكون مؤثرا في حالة ما اذا بلغ حدا من الجسامة لوعلمه المشتري قبل اقتناء المنتوج لما قام بذلك، حيث تم تحديد هذا مقدار الجسامة في القانون الفرنسي، كما تم تقديره كذلك

¹ إذ تنص على أنه "منتوج مضمون: كل منتوج في شروط استعماله العادية أوالممكن توقعها بما في ذلك المدة، لا يشكل أي خطر أو يشكل أخطارا محدودوفي أدنى مستوى تتناسب مع استعمال المنتوج وتعتبر مقبولة بتوفير مستوى حماية عالية لصحة وسلامة الأشخاص".

² إذ تنص في معناها الحقيقي على أنه " يجب ان يكون المنتوج المضمون موضوع الضمان صالحا للاستعمال المخصص له وعند الاقتضاء:

- يوافق الوصف الذي يقدمه المتدخل للمستهلك في شكل عينة أو نموذج
- يقدم الخصائص التي يجوز للمستهلك أ يتوقعها بصفة مشروعة، والتي أعلنها المتدخل أو ممثله علنا ولاسيما عن طريق الإشهار أو الوسم
- يتوفر على جميع الخصائص المنصوص عليها في التنظيم المعمول به.

³ الدكتور علي حساني، المرجع السابق، ص 369 /فد أشارت إلى ذلك الدكتورة زاي نسرين، المرجع السابق، ص 45.

⁴ الدكتور سامي بلعابد، ضمان المحترف لعيوب منتجاته، مذكرة ماجستير، جامعة منتوري، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسنطينة، 2005، ص 39.

بأنه لو علم المستهلك به لا اشتراه بقيمة أقل من تلك المشتراه بها، لكن بالرغم من تحديد هذه المعايير لتحديد العيب المؤثر الا أنه يرجع في نهاية الأمر الى السلطة التقديرية للقاضي¹، وبهذا يفهم أن العيب الذي جرى العرف على التسامح فيه لا يعد من قبيل التزامات الضمان الملقاة على عاتق المتدخل² وهو ما نجده من خلال الضمان الخاص بالقانون المدني، أما عن التأثير في القانون المدني والمقرر لضمان العيب الخفي³.

في حين أن الشرط الثاني المتمثل في قيام العيب خلال فترة زمنية محددة نجد أن هذا الشرط نصت عليه المادة 13 / 2 من قانون حماية المستهلك وقمع الغش المعدل والمتمم تلزم المتدخل بالضمان خلال المدة المحددة وذلك في حالة ظهور العيب بالمنتج، كما يجب على المستهلك أن يثيره خلال المدة الزمنية السالفة الذكر⁴.

إذ يفهم من هذا الشرط أن يظهر العيب ويتم اكتشافه خلال فترة الضمان سواء كانت محددة بالضمان الإضافي أو بالضمان القانوني⁵ والذي تم تحديده بقرار وزاري مؤرخ في 10 ماي 1990 وهي كما يلي:

- مدة الضمان المقدر بأربعة وعشرين شهرا فما فوق: تتعلق بالسيارات الجديدة
- مدة الضمان المقدر بثمانية عشر شهرا: تتعلق بكل الآلات الهامة كالأدوات الالكترونية الكبيرة، آلات الطبخ والتبريد، المدفأة، آلة التهوية، آلة الخياطة.
- مدة الضمان المقدر باثني عشر شهرا: تتعلق بأجهزة التسخين، أجهزة تسجيل الصوت ونقله أجهزة كهرومنزلية صغيرة، أدوات كهربائية محمولة مضخات كهربائية، أجهزة الحماية من الحرائق، مولدات الكهرباء، بطاريات، وومراكم، محولات مثبتات، الكهرباء، أجهزة كهربائية للإشارة السمعية، آلة التصوير، جهاز الكمبيوتر، آلة الغسيل التجفيف، والعصير، والدراجة.

¹ الدكتورة زاهية حورية، المسؤولية المدنية للمنتج، دار هومة للنشر، دون رقم للطبعة، الجزائر، 2009، ص 8181-82 / قد أشار الى ذلك الدكتورة زايدي نسرين، المرجع السابق، ص 48.

² الدكتور لبيب شنب ومجدي صبحي خليل، المرجع السابق، ص 259.

³ فيرجى الرجوع الى الشروط المخصصة لقيام ضمان العيب الخفي في القانون المدني في الفصل الثاني من نفس الباب في الفرع المخصص لشرط التأثير والمنصوص عليها في المادة 379 من القانون المدني الجزائري والسالفة الذكر.

⁴ تنص على أنه يجب على كل متدخل خلال فترة الضمان المحددة في حالة ظهور عيب بالمنتج " إضافة إلى ذلك وتأكيد له نصت المادة 3 من المرسوم التنفيذي رقم 327/13 السابق الذكر على أنه " تغطي العيوب الموجودة أثناء اقتناء السلعة أو تقديم الخدمة "

⁵ الدكتور سليم السعدوني، حماية المستهلك الجزائر نموذجا، دارالخلدونية للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، الجزائر، 2009 ص 53.

- مدة الضمان المقدره بستة أشهر: تشمل لوازم الساعات الآلات الموسيقية، أجهزة التسلية والترفيه والرياضة، الأربعاء الكهربائية، آلة الغسيل، آلة الخياطة وآلات أخرى من نفس الطراز.

- وحسب الاستعمال المهني تحدد المدة بستة أشهر كحد أدنى التي تشمل كل المنتجات غير الموجودة ضمن تلك القائمة.

أما في الضمان المقرر في القانون المدني فتحدد مدة الضمان بمرور سنة من يوم التسليم، وذلك حتى ولولم يكتشف المشتري العيب الا بعد انقضاء هذا الأجل، كما يجب أن تقوم هذه المدة في حالة عدم الاتفاق على مدة أطول منها وهو ما نصت عليه المادة 383 من القانون المدني الجزائري.

أما شرط الخفاء فيقوم في ضمان العيوب الخفية في القانون المدني من خلال نص المادة 379 من القانون المدني الجزائري يقوم على أساس عدم ظهوره وكذا عدم قدرة المشتري على اكتشافه، رغم استخدامه عناية الرجل العادي في ذلك والإخلال بأحد هذه الالتزامات يجعل العيب ظاهرا وبالتالي لا يسقط حق المشتري في الضمان نتيجة إهماله¹.

أما العيب الخفي فيقوم في ظل قانون حماية المستهلك رغم عدم تفحصه للمبيع أوتجربته كما يقوم رغم قدرة المستهلك تبنيه إذا تم القيام بفحصه².

في حين نجد أن الشرط الأخير المقرر في ضمان العيوب الخفية في القانون المدني وهو ضرورة عدم علم المشتري بالعيوب الموجود بالمبيع، والذي يسقط الضمان في حالة تحققه، فيطبق نفس الحكم بالنسبة لضمان في قانون حماية المستهلك والذي يشترط عدم علم المشتري بالعيوب، فالمفترض في كلا النظامين حسن نية المشتري، وعلى من يدعي العكس إثبات ذلك، حيث إذا تم الادعاء من طرف المتدخل بعلم المستهلك بوجود العيب ورغم ذلك قام بالشراء فيكون له في هذه الحالة القيام بإثبات ما ادعاه.

في حين أن المتدخل يفترض فيه العلم بوجود العيوب بالمبيع، عكس البائع العرضي الذي لا يفترض فيه العلم بالمبيع المعيوب ورغم ذلك تقوم مسؤوليته بالضمان في حالة وجود عيب لم يكن له علم به من قبل وهذا رغم عدم وجود نص صريح في القانون الجزائري³.

¹ الدكتور سليمان مرقس، المرجع السابق، ص 457.

² ودليل ذلك ما جاء في نص المادة 11 من المرسوم التنفيذي رقم 327/13 المحدد لشروط وكيفيات وضع ضمان السلع والخدمات حيز التنفيذ./الدكتور بودالي محمد، حماية المستهلك في القانون المقارن، المرجع السابق، ص 352.

³ الدكتور عامر قاسم أحمد القيسي، الحماية القانونية للمستهلك، الدار العلمية الدولية ودار الثقافة للنشر، الطبعة الأولى 2002، ص 53.

وبهذا يمكن القول أن شروط المقررة في الضمان العيوب الخفية والمقررة في ضمان حماية المستهلك وقمع الغش تعتبر تقريبا متناسقة ومتشابهة من خلال منظرها الخارجي دون المضمون، وذلك لما يحويه كل ضمان من اسس يرتكز عليها للقول بالضمان ولكن رغم ذلك نجد أن هناك نقاط التقاء بينهما باعتبار ان القانون المدني قاعدة عامة.

أما من ناحية أطراف قيام الضمان، فمن ناحية الضمان العيوب الخفية فيكون عبارة عن دائن وهو المشتري، ومدين وهو البائع، أما في الضمان المقرر في ضمان حماية المستهلك فيقوم بقيام علاقة تعاقدية إستهلاكية بين أطرافه وهم المستهلك والمتدخل، فالمتدخل يتمثل في كل شخص سواء كان طبيعي أو معنوي يتدخل في عملية عرض المنتج للاستهلاك وهو ما تقرر من خلال نص المادة 3 من القانون رقم 03/09 السابق الذكر، وفي مرتبة البائع في الضمان السابق، لكن الاختلاف يكمن في أن هذا الأخير يمكن أن يتجسد في شخص طبيعي لا يأخذه كمنشأط، أو تاجر حيث يمكن إطلاقه كلمة البائع حتى على المتدخل عكس هذا المصطلح الأخير الذي لا يمكن إطلاقه إلا على شخص يضع المنتج للتداول سواء قام بشخصه بإنتاجه أو تخزينه أو القيام بتحويله أو توزيعه¹.

إذن فمن خلال ما سبق يستشف أن الالتزام بالضمان في قانون المستهلك يختلف عن ضمان العيوب الخفية المقررة في القانون المدني، فالمنطق يقر بذلك فلو كان هناك تشابه لما كانت الحاجة الى إصدار قوانين غير تلك المقررة في القانون المدني، هذا من جهة ومن جهة أخرى جاءت تلك القوانين كمكمل وكتشديد في الأحكام المنصوص عليها في القانون المدني، وذلك نتيجة لما هو حاصل من تطور ومواكبة للعصر، وكذا لتوفير أكبر قدر من الحماية للمستهلك باعتباره الطرف الضعيف في هذه العلاقة، إذ يعتبر مرادفاً بالمشتري وهو ما جاء في نص المادة 3 فقرة 1 من قانون حماية المستهلك وقمع الغش المعدل والمتمم، حيث تم تعريف المستهلك بأنه كل شخص طبيعي أو معنوي يقتني بمقابل أو مجاناً سلعة أو خدمة موجهة للاستعمال النهائي من أجل تلبية حاجته الشخصية أو تلبية حاجة شخص آخر أو حيوان متكفل به.

أما المشتري فيمكن أن يكون شخص طبيعي يقتني السلعة أو المبيع للاستعمال الشخصي أو للاستعمال الغير الشخصي، كما يمكن أن يكون المشتري من نفس مرتبة البائع إذا كان تاجراً أو محترفاً أو حتى متدخلاً وهو ما سيتم التفصيل فيه في الفصل الأول من الباب الثاني تحت عنوان الشروط اللازمة لرفع دعوى الضمان.

¹ وهو ما نصت عليه المادة 3 فقرة 8 من قانون حماية المستهلك وقمع الغش المعدل والمتمم، حيث عرفت المتدخل بأنه: " كل شخص طبيعي أو معنوي يتدخل في عملية عرض المنتج للاستهلاك ".

إذن فالضمان يعتبر كأثر من آثار العقد الاستهلاكي وذلك قصد توفير الأمن والسلامة للمستهلك، إذ يتقرر هذا الضمان بقوة القانون بمجرد انعقاد العقد الأخير ودون الحاجة إلى النص عليه ولو تم العمل على عكس ذلك لثم خلق نوع من الاستغلال والتعسف في استعمال الحق الممنوح للمتدخل تجاه المستهلك.

أما عن الجزاء المترتب عند الإخلال بأحد الضمانين فيكون ذلك في الضمان المترتب عن حماية المستهلك وقمع الغش بتقديم احتجاج للمتدخل أي بتقديم شكوى أو إعداار للمتدخل وتكون هذه الشكوى كتابية أو أي وسيلة يمكن من خلالها تبليغ المتدخل بما شاب منتوجه من عيب¹ وقد تم إدراج "أي وسيلة أخرى" في المادة مع التعديل الجديد مواكبة من المشرع لما هو حاصل من تطور تكنولوجي دون التفصيل، حيث ان التكنولوجيا الاتصال تتطور بمرور الزمن.

أما في القانون المدني ومن خلال نص المادة 381 من القانون المدني الجزائري فيشترط أن يقوم المشتري بإخطار البائع بالعييب الموجود في المبيع في الوقت المناسب وإلا حرم من حقه في المطالبة بالضمان، حيث يعتبر كل من الشكوى والإخطار إجراء شكلي يقوم به المشتري قصد ضمان حقه في الرجوع على البائع أو المتدخل.

أما عن الاختلاف بينهما فيكون في حال الضمان المقرر بقوة القانون في أجل لا يتجاوز الضمان المحدد قانونا، أو المحدد إضافيا، أما الإخطار فيكون خلال مدة مقبولة عادة أو بمجرد ظهور العيب، والعمل بغير ذلك يسقط حق المشتري من الضمان

أما عن الجزاء المترتب في حالة القيام بكل الإجراءات الشكلية للاستفادة من الضمان فيكون بكل الإجراءات الشكلية للاستفادة من الضمان فيكون للمستهلك المطالبة باستبدال المنتج أو الرجوع عليه بالثمن المشتري به، أو طلب الإصلاح المنتج، كما يمكن للمستهلك إصلاح المنتج على نفقة المتدخل².

¹ وهو ما تم النص عليه في المادة 21/فقرة 1 من المرسوم التنفيذي رقم 327/13 السابق الذكر على أنه " لا يستفيد المستهلك من الضمان إلا بعد تقديم شكوى كتابية أو عن طريق أي وسيلة اتصال أو أي وسيلة أخرى مناسبة لدى المتدخل "

² وهو ما أقره نص المادة 13 فقرة 2 من القانون رقم 03/09 السابق الذكر على أنه " يستفيد كل مقتن لأي منتج..... خلال فترة الضمان المحددة في حالة ظهور عيب بالمنتج استبداله أو الرجوع بثمنه أو تصليح المنتج أو تعديل الخدمة على نفقته" وتأكيدا لذلك أقرت المادة 12 من المرسوم التنفيذي رقم 327 / 13، المتعلق بشروط وكيفيات وضع ضمان السلع والخدمات حيز التنفيذ بأنه " يجب أن يتم تنفيذ وجوب الضمان طبقا للمادة 13 من القانون 03/09 المذكور، دون تحميل المستهلك مصاريف إضافية إما بإصلاح السلعة أو إعادة مطابقة الخدمة باستبدالها "

والملاحظ هنا من خلال المادتين ان الترتيب يختلف فالأولى تبدأ بحق المشتري باستبداله، والثانية تبدأ بحق هذا الأخير بإصلاحه، فعلى المشرع أن ينتبه الى ذلك لأنه يمكن ان يكون كثرة قانونية يستعملها المتدخلين أو المستهلكين، فحبذا لو كان الترتيب متشابه.

أما عند الرجوع إلى الجزاء المترتب عند الإخلال بالضمان العيب الخفي في القانون المدني فيكون له تقريبا نفس الحقوق المترتبة للمستهلك، حيث نصت المادة 381 من القانون المدني في شقها الثاني على أنه يمكن للمشتري المطالبة بحقه في الضمان إذا تم إخطار البائع بالعيب¹.

ولكن تجدر الإشارة إلى أنه منحه للمتدخل أجل 10 أيام يبدأ سريانها بعد تقديم له شكوى من طرف المشتري للقيام بالمعاينة وبالتالي يكون له التأكد من وجود هذا العيب ويكون ذلك بحضوره وحضور المستهلك أو من يمثلهما، وهذا تطبيقا لنص المادة 21فقرة 2 من المرسوم التنفيذي رقم 327/13 السابق الذكر².

وبهذا نصل في هذا الفرع إلى أن هناك علاقة بين ضمان العيب الخفي في القانون المدني وقانون حماية المستهلك وقمع الغش المعدل والمتمم إذ يظهر ذلك من خلال ما تم التشديد فيه من ضمان منصوص عليه في القانون المدني باعتباره القاعدة العامة للضمان وذلك من خلال إدراجه في القانون الاستهلاك قصد توفير أكبر قدر من الحماية للطرف الضعيف، وهذا ما نلاحظه من خلال ما جاء في القانونين، كما جاء قانون حماية المستهلك وقمع الغش مع التعديلات الطارئة عليه بالقانون رقم 18-09 لدرء النقص الحاصل في الضمان المنصوص عليه في القانون المدني، وتشديدا لتلك الأحكام الخاصة وبالتالي يمكن القول أن قانون الأخير جاء ليكمل ضمان العيب الخفي المنصوص عليه في القانون المدني.

الفرع الثالث: الالتزام بالإعلام وعلاقته بضمان العيوب الخفية

لم يكن لاللتزام بالإعلام اهتمام في القانون الوضعي إلا حديثا ويرجع السبب في ذلك لبساطة المعاملات التي كانت تيرم في وقت سابق والتي تعتبر بسيطة بالمقارنة مع ما هو حاصل في وقتنا الحاضر الذي لزم تدخل كل من التشريع والقضاء لتنظيم مثل هذا الالتزام وذلك نتيجة للتطور التكنولوجي الحاصل علميا والمؤثر على الإنتاج والاستهلاك.

إذ يعتبر الالتزام بالإعلام تبصيرا للطرف الآخر بالمعلومات الضرورية اللازمة لمساعدته في اتخاذ قرار التعاقد من عدمه³ حيث كان لهذا الالتزام نصيب من تعريف الفقهاء فمنهم من اعتبره التزام سابق على

¹ انظر نص المادة 376 - 375 من القانون المدني الجزائري الذي سيأتي تفصيلها في ما يلي.

² إذ تنص على أنه " يمكن للمتدخل أن يطلب مهلة 10 أيام من تاريخ استلام الشكوى للقيام بمعاينة وعلى حسابه، بحضور الطرفية أو ممثليهما في المكان الذي توجد فيه السلعة المضمونة "

³ الدكتور حساني علي، المرجع السابق، ص 90.

التعاقد يتعلق بالتزام أحد الأطراف العقد بأن يقدم للمتعاقد الآخر عند تكوين العقد البيانات اللازمة لإيجاد رضا سليم على علم بكافة تفاصيل هذا العقد، أو صفة أحد طرفيه أو طبيعة محله، أو أي اعتبار آخر يجعل من المستحيل على أحدهما أن يلم ببيانات معينة أو يحتم عليه منح ثقة مشروعة للطرف الآخر الذي يلتزم بناء على جميع هذه الاعتبارات بالالتزام بالإدلاء بالبيانات والمعلومات¹، في حين ذهب اتجاه آخر إلى اعتباره واجب مفروض بواسطة القانون، لاسيما على بعض البائعين الحرفيين أو الشركات المتخصصة، بتقديم المعلومات التي تتصل بمحل العقد أو العملية المزعوم القيام بها، عن طريق الوسائل الملائمة كالبيانات الإعلامية² أما البعض الآخر فقد اعتبره تنبيه أو إعلام طالب التعاقد بصورة من شأنها إلقاء الضوء على واقعة ما أو عنصر ما من عناصر التعاقد المزعم إقامته حتى يكون الطالب على بينة من أمره، بحيث يتخذ القرار الذي يراه مناسباً في ضوء حاجته وهدفه من إبرام العقد³.

وهناك من اعتبر الالتزام بالإعلام واجب ضمني أوجده القضاء والذي يلتزم فيه الطرف الأكثر خبرة ومعرفة بإبلاغ الطرف الآخر بالبيانات المتعلقة بموضوع العقد، وهو يغطي المرحلة السابقة للتعاقد في جميع عقود الاستهلاك وذلك قصد نشوء رضا سليم وحر للمستهلك⁴.

ولم يقف عند هذا الحد وإنما نجد له تعريف في الاصطلاح الصحفي حيث ذهب إلى أن الالتزام بالإعلام يعد عملية توصيل الأحداث والأفكار لعلم الجمهور عن طريق وسائل عديدة سواء كانت مسموعة أو مرئية ويشترط فيه المصادقية والوضوح⁵.

إذن ينتج عن هذا الالتزام طرفان، طرف عالم عالماً كافياً بالظروف وتفاصيل العقد لتمييزه بالقوة الاقتصادية وطرفاً آخر يعد جاهلاً بهذا العقد وهو المستهلك هنا، وهذا ما يجعلنا أمام عدم التوازن العقدي حيث يقوم الطرف القوي باللجوء إلى وسائل الإشهار والدعاية التي أصبحت سمة العصر، إذ تلعب دوراً لا حدود له في الترويج للاستهلاك عن طريق التأثير على سلوك المستهلك وإقناعه لكن بالرغم من إيجابياتها التي تلعب دوراً لا يستهان به في التعريف بالمنتج إلا أنه وفي أحيان كثيرة تكون مضللة بسبب طغيان

¹ الدكتور عمر محمد عبد الباقي، الحماية العقدية للمستهلك، منشأة المعارف، الطبعة الثانية، مصر، 2008، ص 189.

² الدكتورة غدوشي نعيمة، حماية المستهلك الإلكتروني، مذكرة ماجستير، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2012، ص 13.

³ الدكتور خالد ممدوح إبراهيم، أمن المستهلك في المعاملات الإلكترونية، دراسة مقارنة، الدار الجامعية، دون طبعة، مصر، 2007، ص 127.

⁴ الدكتورة زاهية حورية سي يوسف، المرجع السابق، ص 137.

⁵ الدكتورة سي يوسف زاهية حورية، الالتزام بالإفشاء عنصر من ضمان سلامة المستهلك، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، العدد الثاني، 2009، ص 55.

الجانب المادي على حساب الضمير الإنساني وغياب المبادئ القانونية الراسخة في معاملات الأفراد كمبدأ حسن النية.

الأمر الذي استدعى بالقضاء الفرنسي والذي يعود له الفضل في تحديد هذا الالتزام وذلك من خلال معالجته مسألة عدم التكافؤ في المراكز العقدية، فبحث عن وسيلة يعيد بها التوازن المفقود في العلم بين الطرفين المتعاقدين من خلال تطويع نظرية عيوب الرضا القائمة على مبدأ سلطان الإرادة، وإقرار وجود واجب ضمني بالإعلام وكل ذلك قصد تحقيق التوازن في المراكز العقدية وخاصة في المجال الاقتصادي.

ويتحقق ذلك بإعلام المستهلك كافة المعلومات المفيدة المتوفرة لديه عن السلع وذلك عن الحالة المادة للمنتج أو كيفية حفظه والطريقة الصحيحة للاستعمال¹ التي نجد أغلبها في شكل نشرات مكتوبة وملصقة مع السلع²، وكيفية حفظه، إضافة إلى ذلك على المتدخل أن يبين المخاطر الكامنة في السلعة والاحتياطات الواجب إتباعها للوقاية من المخاطر³، ففي كثير من الأحيان نجد ان المستهلك عالم بطريقة الاستعمال ولكنه يكون جاهلاً لمخاطر السلعة وهذا ما يستدعي من المتدخل أو البائع ان يوضح بكل دقة ما يلزم من الاحتياطات اللازمة لتفادي مخاطر السلعة بعد تحذيره منها، وبهذا نجد ان الالتزام بالتحذير يجب ان يكون التحذير كاملاً⁴ وواضحاً وذلك من خلال توضيح العبارات المكتوب على السلعة من تحذير بشكل يسهل فهمه وادراكه من طرف شخص عادي، والابتعاد عن العبارات المعقدة والمركبة، ويتحقق ذلك من خلال كتابة هذا التحذير بلغة مفهومة يمكن أن يصل حد التوضيح الى تدعيم الكتابة بمجموعة من الصور المعبرة⁵ كما يجب ان يكون التحذير مثبتاً على السلعة وذلك لان هذا الاخير يلزم السلعة ولا يجب الفصل

¹ فأول ما يتبادر إلى ذهن المستهلك او المشتري خلال اتمام عملية الشراء، هو كيفية الاستعمال وذلك لكي يستطيع المشتري أن يحصل على الفائدة المرجوة من المبيع وبالتالي تجنب ما قد يحصل من اضرار نتيجة الاستعمال الخاطئ، وتقدير البائع في هذا الاعلام فيكون مسؤولاً عما يصيب المشتري من اضرار / الدكتور محمد شكري، مسؤولية المنتج عن الاضرار التي تسببها منتجاته الخطرة، دار النهضة العربية، 1982، ص 22.

² الدكتور سهير المنتصر، الالتزام بالتبصير، دار النهضة العربية، بدون طبعة، بدون سنة للطبع، ص 44.

³ الدكتور عبد المنعم موسى إبراهيم، حماية المستهلك، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، لبنان، 2007، ص 365.

⁴ فاذا حذر المتدخل أو البائع المشتري أو المستهلك من خطر سلعة دون الأخرى فان التحذير هنا يعتبر ناقصاً وبالتالي يقع على البائع المسؤولية تجاه المشتري، اذن فالتحذير الكامل يلعب دوراً تحقيق الانتفاع المرغوب من الشئ المبيع، وهذا يستدعي الادلاء بالمعلومات الكافية والوافية والدقيقة قصد الاستفادة السليمة من المنتج، تضمن السلامة الشخصية والمالية / الدكتور ثامر ياسر البكري، التسويق والمسؤولية الاجتماعية، وائل للنشر والتوزيع الطبعة الاولى، عمان، 2001، ص 128.

⁵ الدكتور علي سيد حسن، الالتزام بالسلامة في عقد البيع، دار النهضة العربية، دون ذكر رقم الطبعة، القاهرة، 1990 ص

بينهما¹ هذا بالإضافة الى الزامية ان يكون التحذير ظاهرا وذلك بمجرد ان تقع عين المشتري على المنتج يلاحظ مباشرة التحذير وهذا يستدعي أن يكون التحذير لافتا للانتباه ويكون ذلك بتغيير لون التحذير مثلا عن البيانات الاخرى أو بأحرف كبيرة أو غيرها قصد التظهير الجيد للتحذير².

وعلى هذا الأساس نجد أن التشريع قد ألزم الطرف الأقوى في العلاقة التعاقدية بإعلام الطرف الضعيف بالمعلومات اللازمة وذلك على أساس المسؤولية المدنية ، لكن مع مرور الزمن اتضح قصور الأسس التي تم الاعتماد عليها للقول بالزامية الإعلام سواء تلك التي اعتمد عليها التشريع أو القضاء على ضوء القيود التشريعية العديدة فسعى القضاء إلى تكريس أساس آخر إضافة إلى نظري عيوب الرضا ألا وهو ضمان العيوب الخفية وذلك ما يستشف من خلال نص المادة 352 من القانون المدني الجزائري والتي تلزم البائع بتبصير المشتري تبصيرا نافيا للجهالة، بإلزام البائع بإعلام المشتري على ما يشمل العقد من أوصاف أساسية والتي تفيد في اتخاذ قراره³.

وبهذا تم بروز معالم توشي بميلاد معالم خاصة للمستهلك حيث أصبح يشكل الالتزام بالإعلام أحد دعائم المقررة لحمايته ، الأمر الذي جعل المشرع يدرجه ضمن قانون رقم 03/09 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش المعدل والمتمم ضمن الفصل الخامس تحت عنوان إلزامية إعلام المستهلك وذلك من خلال المادة 417⁴ والمادة 18 منه⁵.

¹ أن هذا الالتزام ولأول ولهية يعتبر بديهي وسهل لكنه في الواقع منشأ لمشكل، حيث ان هذا لا نجده في المواد التي لها قوام صلب وإنما يظهر في المنتجات التي يصعب الطبع عليها بصورة مباشرة ومثال ذلك المواد السائلة واللينة التي تستوجب تعبئتها في الزجاجات والعبوات فهنا يكون التغليف في كل زجاجة وكل عبوة وهذا ما يمكن ان يشكل عائقا امام المنتجين لصعوبة توفير هذا على كل المنتجات وقد ذهب في هذا الصدد المجلس الأوروبي بضرورة حفر التحذير على جدار الزجاج إذا كان هناك تخوف من احتمال سقوط بطاقة معلومات التحذير، كما ذهب في نفس الصدد الفقه الذي رأي الى ضرورة حفر التحذير قصد ائصال التحذير للمستهلك / الدكتور محمود حسين البدووايمان محمد بطاهر، الالتزام بالإفشاء وسيلة بضمان السلامة، الرافدين للحقوق مجلد 1 كلية الحقوق جامعة الموصل، العدد 24، سنة 2005، ص 18.

² للاطلاع أكثر: الدكتور سهير منتصر، المرجع السابق، ص 68.

³ الدكتور حساني علي، المرجع السابق، ص 91.

⁴ إذ تنص على أنه يجب على كل متدخل أن يعلم المستهلك بكل المعلومات المتعلقة بالمنتج الذي يضعه بواسطة الوسم ووضع العلامات أوبأية وسيلة مناسبة تحدد شروط وكيفيات تطبيق أحكام هذه المادة عن طريق التنظيم "

⁵ والتي تنص على أنه تحرر بينات الوسم وطريقة الاستخدام ودليل الاستعمال وشروط ضمان المنتج وكل معلومة أخرى منصوص عليها في التنظيم الساري المفعول باللغة العربية أساسا، وعلى سبيل الإضافة يمكن استعمال لغة أو عدة لغات أخرى سهلة الفهم من المستهلكين، وبطريقة مرئية ومقروءة ومتعذر محوها ."

كما تجدر الإشارة إلى أن الالتزام بالإعلام قد يكون عقدياً وقد يكون قبل التعاقد وذلك لإرتباطه بالعقد وهذا الأخير بطبيعته يمر بمرحلتين الأولى مرحلة التكوين والثانية مرحلة التنفيذ.

إذ نجد أن أساس الافتراض الأول النصوص والمبادئ العامة كمبدأ حسن النية¹، أما أساس الافتراض الثاني فنجد في العقد استناداً إلى نظرية الخطأ في تكوين العقد، في حين تم اعتبار أساس الالتزام بالإعلام عقد الضمان المفترض والذي ينشأ بعقد سابق على العقد الأصلي².

لكن عند الرجوع إلى معرفة مدى علاقة ضمان العيب الخفي بالالتزام بالإعلام فنجد ذلك واضحاً من خلال نص المادة 379 من القانون المدني الجزائري التي يفهم من خلالها البائع ملزم بالضمان بسبب إلحاق الضرر بالمشتري وذلك يعود لعدم إحاطته علماً بما يشوب المبيع من عيوب حتى يتسنى له تجنبه. إذ تعتبر أول خطوة يقوم بها البائع قصد تبصير المشتري بحقيقة المبيع، وهذا ما أدى إلى اعتبار أن الالتزام بالإعلام يعد من قبيل الالتزام بالضمان³ بالإضافة إلى أن هذا الالتزام من الإعلام هنا يعد التزاماً عقدياً.

أما الالتزام بالإعلام الغير العقدي، فنجد له محل ضمن مسؤولية المنتج والتي أقر فيها المشرع وذلك من خلال نص المادة 140 مكرر من القانون المدني الجزائري حيث يكون فيها المنتج مسؤولاً عن الضرر الناتج عن عيب في منتوجه، حتى وإن لم تربطه بالمتعاقدين علاقة تعاقدية "وقد تم إدراجها تحت أحكام ضمان العيب الخفي نسبة إلى قيامها على عنصر العيب الذي يكون نتيجة لعدم إعلام المنتج للطرف الآخر من جهة وإخفائه عنه لما يحويه المنتج من عيب من جهة أخرى .

إذ يفهم من المادة الأخيرة أن المسؤولية التي تقع على عاتق المنتج تقوم على ثلاثة أسس وهي اكتشاف عيب بالمنتج، حيث يقوم العيب في حالة تأثيره في قيمة المبيع أو استعماله بالنقص وذلك حسب ما نصت عليه المادة 379 من القانون المدني الجزائري والخاصة بضمان العيب الخفي.

¹ الدكتور عليان عدة، الالتزام بالتحذير من مخاطر الشيء المبيع، مذكرة ماجستير، فرع عقود مسؤولية، جامعة الجزائر 2009/2008 ص 42.

² الدكتور عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، مصادر الالتزام، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان 2000، ص 554.

³ الدكتور عبد العزيز المرسى حمود، الالتزام قبل التعاقد بإعلام في عقد البيع، دراسة مقارنة، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، العدد 18، كلية الحقوق، جامعة المنوفة، أكتوبر 2000، ص 319. / قد أشار إلى ذلك الدكتور حساني علي المرجع السابق، ص 93.

أما الأساس الثاني فهو حدوث الضرر لمن قام باستخدام المنتج المعيب سواء كان الضرر مادي أو معنوي أو جسماني وقد تم إدراج هذه المادة بقصد استدراك النقص الحاصل في القواعد العامة والتي يكون فيها حق الطرف المضرور في التعويض عن الأضرار التجارية لا غير، وقد حكم بتعويض جميع الأضرار نتيجة لعدم تحديد المادة لضرر معين يتم على أساسه التعويض.

أما الأساس الأخير وهو قيام العلاقة السببية بين العيب والضرر، إذ يكون السؤال هنا هل الضرر الحاصل كان نتيجة للعيب الموجود بالمنتج؟ فإذا كان الإثبات يقر بوجود تلك العلاقة فتقوم المسؤولية فالمقصود هنا أنه لو قام المنتج بإعلام المستهلك بالبيانات والمعلومات حيث يكون الضرر الواقع نتيجة لما قدمه المنتج من بيانات ناقصة أو خاطئة أو عدم القيام بالإعلام من أصله¹.

لكن بالرغم من هذا التفسير المنطقي إلا أن هناك من ذهب إلى أن الضمان ليس له علاقة بالالتزام بالإعلام وذلك لأن مصدر أحكام مصدر الضمان العيب الخفي القواعد العامة وذلك من خلال المواد القانونية المدرجة في القانون المدني وبالتحديد ضمن عقد البيع وبالتخصيص ضمن التزامات البائع، في حين أن مصدر الالتزام بضمان الإعلام القضاء الذي عمل على تطوير تفسير إرادة المتعاقدين وتكافئ العلم بينهما بالمبيع ساعيا في ذلك إلى توفير أكبر قدر من الحماية للطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية وخاصة منها الاستهلاكية التي تستهدف المستهلك².

لكن في رأي أنها هذا ليس بتبرير يدحض فكرة إرجاع أساس الالتزام بالإعلام لأحكام ضمان العيب الخفي وذلك لكون أن القضاء كان مصدرا لهذا الالتزام، لكن بعد مرور الوقت أصبحت مدونة وبالتالي أصبح لهذا الالتزام الأخير نصيب من النصوص القانونية وهذا ما يستدعي بنا للقول بان مصدره تشريعي وهو ظاهر من خلال النصوص القانونية الصريحة المدرجة ضمن القانون المدني من خلال المادة 352 من القانون الأخير، وحتى المستنبطة من أحكام المادة 379 من نفس القانون، وكذا نص المادة 17 و18 من قانون رقم 03/09 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش المعدل والمتمم.

¹ فقد تم الإجابة على هذه العلاقة بإمكانية تعدد الأسباب التي تؤدي إلى ضرر واحد، لكن هذا قد تم الأخذ بذلك بالسبب المنتج وهو ما جاء في نفس المادة / الدكتورة زاهية حورية سي يوسف، تعليق على نص المادة 140 مكرر من التقنين المدني الجزائري، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزر، العدد الثاني، 2010 ص

² الدكتور ثروت فتحي إسماعيل، المسؤولية الحديثة للبائع المهني الصانع والموزع، رسالة دكتوراه، جامعة عين الشمس 1978، ص 373.

في حين ذهب آخرون إلى أن طبيعة كل من الالتزامين تختلف، فعند الرجوع إلى طبيعة الالتزام بالضمان نجد أنها التزاما عقديا بتحقيق نتيجة، في حين أن طبيعة الالتزام بالإعلام يمكن أن تكون التزاما تعاقديا ببذل عناية، كما يمكن ان يكون التزاما عقديا بتحقيق نتيجة، حيث أن تبرير الفرض الأول عدم تحكم البائع في نتيجة المعلومات والبيانات التي يقدمها للمشتري، إضافة إلى ذلك عدم مقدرة المتدخل بالزام المستهلك بإتباع المعلومات الموصى بها، بل يكون هنا على البائع التعهد فقط ببذل العناية اللازمة لأجل تبصير وتوير المستهلك بالمعلومات اللازمة ومهما بلغ حد الإعلام لن يصل إلى تحقيق نتيجة¹.

أما تبرير الفرض الثاني فكان بالزامية المتدخل أو نقل المعلومات معينة إلى المستهلك حسب نوع المنتج وما يستلزمه من إعلام، سواء بنقل بيانات معينة إلى المستهلك أو مجرد تبيان ذلك، غاية ما في الأمر ان يستعمل المعلومات في محلها وبصحتها، كما أن الإثبات هنا يصبح أقل درجة من ذلك المفروض في الطبيعة السابقة للالتزام بالإعلام، وبالتالي يكون على المستهلك فقط إثبات عدم تنفيذ المتدخل التزامه².

لكن في رأينا ان هذا ليس مبررا لفصل احكام ضمان العيب الخفي عن الالتزام بالاعلام وذلك لان الطبيب يخضع لنظام واحد وقانون واحد رغم أن الطبيب ملزم ببذل عناية باستثناء طبيب الجراحة التجميلية هو ملزم بتحقيق نتيجة، بالإضافة الى أن الإلتزام بالاعلام أكبر من أن يكون مجرد إلتزام ببذل عناية وذلك لوجود في شتى المجال كما سبق البيان.

هذا بالإضافة إلى أن الفرق الثالث موجود في نطاق الاعلام الذي يعتبر أوسع من الالتزام بالضمان، حيث يقوم نطاق الالتزام الاخير ضمن نشوب عيب في المبيع أو عدم مطابقة المواصفات التي تم التعهد بها، في حين أن الالتزام بالاعلام يشمل كل ماله علاقة بالمعلومات والاحتياطات اللازمة لتجنب الاضرار بمختلف أسبابها ومن بينها إعلام المشتري بما يشوب المبيع من عيب³.

¹ وقد تم الاستناد في ذلك إلى قرار صادرة من طرف محكمة استئناف باريس بتاريخ 12 جويلية 1972 في صدد مورد أجهزة الإعلام الآلي أن " المورد ليس ملزما بتحقيق نتيجة " / قد أشارت إليه الدكتورة زوبة سميرة، الحماية العقدية للمستهلك، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2005-2006 ص 77.

² عامر قاسم القيسي، الحماية القانونية للمستهلك، الدار العلمية الدولية، دار الثقافة للنشر، الطبعة الأولى، الأردن، 2002 ص 91.

³ الدكتور حساني علي، المرجع السابق، ص 93.

ونجد أن هذا الفرض الأخير رغم أنه جاء لدحض فكرة إرتباط ضمان العيب الخفي بالاعلام إلا أنه في رأينا يجيب عن التساؤل بمسايرة ذلك من خلال ادخال العيب الخفي ضمن ما يجب على البائع اعلامه للمشتري.

وبهذا يمكن التوصل الى أن الالتزام بالاعلام له صلة واسعة ليس فقط بضمان العيب الخفي وإنما نجد له علاقة بالتسليم¹ وحتى بالسلامة، فالعيب لا يمكن ان يقوم لوقام البائع بالترامه على أكمل وجه كما جاء في نص المادة 379 من القانون المدني الجزائري " غير أن البائع لا يكون ضامنا للعيوب التي كان المشتري على علم بها وقت البيع". كما كان لهذا الإلتزام حضور في حماية المستهلك من خلال إدراجه كفصل مستقل في القانون رقم 03/09 السابق الذكر يلزم فيه المتدخل وفق تقسيم فقهي بالإعلام عن الحالة المادية للمنتوج وذلك من خلال الإعلام عن عناصر وخصائص المنتوج في جانبه السلبي والايجابي وكذا إعلام المستهلك بجودة الخدمات² كما يلتزم بالاعلام حول طريقة استخدام المنتوج وذلك لجهل المستهلك للخدمات الجديدة المعقدة في ظل ما جاءت به التطورات التكنولوجية والعلمية، فالهدف المرجوا من الشراء مرتبط وبشكل مباشر بكيفية استعمال المنتوج بطريقة صحيحة³.

أما الهدف الأساسي من الالتزام بالاعلام هو تبصير المشتري والمستهلك بصفة خاصة بطريقة استعمال المنتوج والاحتياطات الواجب اتخاذها مع الاشارة الى الخصائص التي يحتوي عليها المنتوج، وتحذيرة من مخاطر المنتوج بشكل يزيل الجهل الموجود لديه، وبالتالي تحقيق الفائدة القسوى من السلع بطريقة آمنة ودون الحاق اذى به⁴، وكل ذلك كان نتيجة التطور التكنولوجي والتقدم الصناعي الذي شهده العالم، حيث جعل من المشتري بصورة عامة عاجزا أمام كل هذا الانفتاح عن استيعاب حقائق المنتوجات، فما كان قادرا على استيعابه في وقت سابق أصبح عاجزا عنه في وقتنا الحاضر وذلك لما تحويه المنتوجات من تعقيد⁵.

¹ وذلك من خلال نص المادة 364 من القانون المدني الجزائري والتي تنص على انه " يلتزم البائع بتسليم الشيء المبيع للمشتري في الحالة التي كان عليها وقت التعاقد البيع "اذ يلتزم البائع بتسليم الشيء المبيع مع اعلام المشتري بكافة المعلومات التي يحتاجها المشتري من مواصفات وكيفية الاستعمال، وكذا التحذير من المخاطر التي يمكن ان تطرأ وما عليه كي يتجنبها. وتجدر الاشارة الى ان هذا الاساس لم يسلم من الانتقاد شأنه في ذلك شان الحاق الالتزام بالاعلام باحكام ضمان العيب الخفي

² الدكتور محمد بودالي، حماية المستهلك في القانون المقارن، المرجع السابق، ص 81.

³ الدكتورة زاهية حورية سي يوسف، المسؤولية المدنية للمنتج، المرجع السابق، ص 146.

⁴ الدكتور محمد عبد القادر الحاج، مسؤولية المنتج والموزع، مطبعة الأمانة، دون ذكر رقم الطبعة، 1982، ص 86.

⁵ الدكتور سهير منتصر، المرجع السابق، ص 42

الفرع الرابع: الالتزام بالسلامة وعلاقته بضمان العيوب الخفية

لقد كان للقضاء الفرنسي تأصيل للالتزام بضمان السلامة لكون أن القانونالفرنسي كان يثير مسألة تطبيق معايير العدالة فب حالة إخلال بهذا الالتزام الى احكام المسؤولية التقصيرية، وذلك بسبب عدم وجود التزام عقدي يقر بضمان السلامة.

حيث كان القضاء الفرنسي يطبق أحكام المسؤولية الأخيرة عندما كان أحد الركاب يصاب أثناء عملية نقله على أساس أنه لا يجوز قياس نقل الأشخاص بنقل البضائع وللراكب الحرية الكاملة في ركوب بأي وسيلة من وسائل النقل وبالتالي ليس ملزماً بوسيلة معينة وبالتالي في حالة اصابته بضرر فلا يكون أمامه إلا اللجوء الى أحكام المسؤولية التقصيرية لجبر الضرر وبالتعويض باثبات خطأ الناقل وحدث الضرر وإثبات العلاقة بينهما¹.

وهذا ما استدعى من القضاء الفرنسي الى تحديث إلتزام أسماه بالالتزام بضمان السلامة كمصدر من مصادر المسؤولية العقدية، وجوهر هذا الالتزام هو التأكيد على الالتزام بتسليم منتج خال من عيب أو نقص يجعله مصر خطر على المستهلك، وبالتالي هذا يجعل الطرف الآخر في مأمن² هذا من خلال التطبيقات التي قام القضاء في بدايته، إذ كان يقوم بتطبيق أحكام ضمان العيب الخفي، وكذا التسليم كوسيلة لضمان السلامة، لكنها سرعان ما استخلص بموجب التخصيص إلتزاما بضمان السلامة في عقود البيع، وذلك تركته النصوص السابقة من نقص، حيث كانت تستهدف بالدرجة الأولى ضمان حصول المشتري على الجودي الاقتصادية في المبيع أي ضمان صلاحية المبيع للاستعمال.

حيث كان التقنين المدني الفرنسي في البداية يطبق النصوص الخاصة بضمان العيوب الخفية وذلك قصد تحديد مسؤولية المنتج إذ كانت تشمل هذه النصوص الخاصة بالبائع حسن النية عن البائع سيء النية وهوبالتالي فهذا الأساس يمكن أن يكون مخرجا للبائع السيء النية وذلك بإثبات أنه لم يكن عالماً بالعيب الذي سبب ضرار، وبالتالي عدم مسائلة عن الأضرار الجسمانية والمادية التي كانت نتيجة للعيوب الموجودة بالمنتجات³، وهذا مانجده من خلال نص المواد 1646/1645 القانون المدني الفرنسي⁴.

¹ الدكتور حسين عامر، المسؤولية المدنية التقصيرية والعقدية، مطبعة مصر، الطبعة الأولى، 1956، ص 107.

² الدكتور محمد علي عمران، الالتزام بضمان السلامة وتطبيقاته في بعض العقود، دار النهضة العربية، القاهرة، 1980 ص 98.

³ MALINVAUD (ph), la responsabilité civile du vendeur à raison des vices de la chose J.C.P, 1968, I 2123, n° 26 et s.

⁴ Article 1645

Si le vendeur connaissait les vices de la chose, il est tenu, outre la restitution du prix qu'il en a reçu, de tous

وهذا ما أدى بالقضاء الفرنسي الى افتراض علم البائع بالعييب الخفي، وإذا كانت موجودة وخصص بذلك البائع المحترف، وذلك قصد حماية مصالح الشخص المتضرر من هذه المنتجات المعيبة التي تسبب أضرار وذلك بمساءلة المنتج عنها سواء كان سيء النية أو حسن النية¹.

وقد كان أساس هذا التعديل أن البائع المحترف يعلم بجميع ما يحتويه المبيع من مكونات نتيجة لتخصصه في مجال الانتاج وبيع المنتجات وبالتالي لا يمكن له الادعاء بعدم علمه وجهله لما يحتويه المنتج من عيوب.

كما يعد إثبات العلم بالعيوب من الوقائع المادية التي يمكن إثباتها بكافة طرق الإثبات، وهذا يخضعه لأحكام القانون الفرنسي وبالتحديد المادة 1645 من القانون المدني التي تقضي بالزام للبائع بتعويض المشتري عن جميع الأضرار التي سببها الرئيسي المنتج المعيب².

إذ يفهم من ذلك أن القضاء الفرنسي قام بإفتراض هذا العلم بتحقيق نتيجتين، أولهما إلتزام البائع المحترف بتعويض المشتري عن جميع الأضرار التي أصابته، سواء في النفس أو المال وسواء أكانت الأضرار متوقعة أو غير متوقعة.

أما ثانيهما بطلان شروط التعديل التي تقوم على أساس الانقاص أو اسقاط الضمان وبالتالي تعويض المشتري عن جميع الأضرار حتى وإن تضمن العقد بندا يقضي بالتعديل في الضمان بشقيه³.

ومن خلال ما تم التطرق إليه نتوصل الى أن الإلتزام بضمان العيوب الخفية يعد وسيلة من وسائل ضمان السلامة وهو ما يستشف من خلال ما تم التوصل إليه بأن ضمان السلامة هو أساس التأكد من تسليم المبيع خال من العيوب الخفية وبالتالي ضمان خلو المبيع من العيب من ضمان السلامة.

وهو ما تم تكريسه من خلال قانون رقم 03/09 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش من خلال إبطال شروط الاعفاء من المسؤولية أو الانقاص منها في العقود الاستهلاكية، من خلال نص المادة 13 منه وكذا المادة 10 من المرسوم التنفيذي رقم 327 /13 المحدد لشروط وكيفيات إعلام المستهلك.

les dommages et intérêts envers l'acheteur.

Article 1646

Si le vendeur ignorait les vices de la chose, il ne sera tenu qu'à la restitution du prix, et à rembourser à l'acquéreur les frais occasionnés par la vente.

¹ OVERSTAKE(J)la responsabilité du produit dongereux ,R.T.D.C 1972 ,p501,n°40

² قد أشار الى ذلك الدكتور حساني علي، المرجع السابق، ص 106.

³ الدكتور جابر محجوب علي، المرجع السابق، ص 45.

كما أن لهذا القانون الأخير إهتمام بهذا النوع من الالتزام من خلال نص المادة 04 منه التي جاءت بالزامية إحتزام السلامة في المنتوجات قصد عدم إلحاق الضرر بصحة المستهلك وذلك خلال عملية وضع المنتوجات للاستهلاك¹.

إذ يعتبر هذا مفهوما تشريعيا للالتزام بضمان السلامة، وذلك لوجود تعاريف أرى مصدرها الفقه والقضاء بالاضافة الى التشريع.

فاذا إتجهنا الى جانب الفقهي فنجد أنه قام بتوضيح مفهومها من خلال تحديد شروط، وذلك بالقول أنه إلتزام يقضي توافر عدد من الشروط وذلك بإتجاه أحد المتعاقدين الى المتعاقد الآخر قصد الحصول على منتج أوخدمة معينة وأن يوجد خطر يتهدد المتعاقد طالبا هذه الخدمة أوالمنتج، وأن يكون الملتزم بتقديم المنتج محترفا أو مهنيا²

لكن في رأي لا يعد هذا التعريف كافيا بهذا الالتزام من جهة، كما أن التعريف يكون مصدرا للشروط وليس العكس، كما تم إنتقاده على أنه لم يصل الى تعريف واضح ودقيق، لتوضيحه الشروط وكذا الآثار دون الوصول الى ماهيته³

وفي نفس الجانب نجد أن هناك من الفقهاء من قام بتعريف الالتزام بأنه " ممارسة المدين سيطرة فعلية على كل العناصر التي يمكن أن تسبب ضررا للدائن المستفيد من السلعة أوالخدمة وذلك من خلال إلتزامه تحقيق نتيجة⁴

وقد أثر هذا الالتزام حتى على القضاء وذلك من خلال تطبيقاته التي تبين أن القضاء كان شديد الحرص على ضرورة تقييد المدين باللتزام الضمان السلامة وذلك بعدم ترك فرصة له يفلت بها من هذا

¹ إذ تنص على أنه " يجب على كل متدخل في عملية وضع المواد الغذائية للاستهلاك، احترام إزامية سلامة هذه المواد والسهر على أن لا تضر بصحة المستهلك."

² الدكتور محمود وحيد، الالتزام بضمان السلامة في العقود، دار النهضة العربية، القاهرة، ص 08 / الدكتور جابر أشرف السيد، المسؤولية عن فعل الأشياء المستخدمة في تنفيذ العقد، مقال منشور في مجلة الحقوق، حلوان للدراسات القانونية والاقتصادية، عدد 05، 2001، ص 71.

³ ومن منتقدي هذا التعريف الدكتور حسن عبد الرحمان تدرس: مدى إلتزام المنتج بضمان السلامة في مواجهة مخاطر التطور العلمي، دار النهضة العربية، القاهرة، 2004، ص 137.

⁴ DEFFERRAD:une analyse de l'obligation de sécurité a l'épreuve de la cause étrangère ,Dalloz revue ,1999,p 368.

الضمان وبالتالي كل محل بهذا الالتزام بالسلامة يكون ملزما بتحمل المسؤولية الآثار المترتبة على الاخلال بذلك¹.

إذن فمن خلال ماتم التطرق إليه نجد أن بضمان العيوب الخفية من قبل الالتزام بالسلامة وذلك لأن مفهوم السلامة واسع ويضمن خلوالمبيع من العيب كما يضمن الإلتزام بالمطابقة المبيع لما تم التعاقد وكذا ضمان المنتوجات التي تمس بقانون الاستهلاك.

في حين أن أن هناك من يرى أن العكس وذلك من خلال الإلتزام بالسلامة، وكان سندهم في ذلك، بما كان سائدا في وقت سابق من إلحاق لسلامة المشتري من الأضرار التي تحدثها المنتجات المعيبة والخاضعة للقواعد التقليدية الخاصة بضمان العيوب الخفية، وكذا من خلال ما تم العمل به من تطبيق لقواعد الضمان لضمان السلامة، حين رفضت محكمة النقض الفرنسية ما قضت به دعوى التعويض لعدم قدرة المشتري على إثبات وجود العيب، وهذا يدل على استنادها لأحكام ضمان العيب الخفي رغم عدم إشارتها الى ذلك².

لكن هذا السند لم يبقى على حاله، حيث تم تقرير من قبل القضاء على الزامية وضع حد فاصل بين ضمان السلامة وضمان العيب الخفي وذلك من خلال إستبعاد بعض الأحكام الصادرة من محاكم الموضوع والتي حكمت فيها وأشارت الى أن الإلتزام بضمان السلامة في إطار القواعد الخاصة بضمان العيوب الخفية والتي كانت نقطة بداية في دحض فكرة إلحاق ضمان السلامة بأحكام العيب الخفي³.

¹ الدكتور مواقي بناني أحمد، الإلتزام بضمان السلامة، المفهوم، المضمون، أساس المسؤولية، مجلة الفكر، العدد العاشر جامعة محمد خيضر، بسكرة ، 2012، ص 417.

² هذا القرار صادر عن محكمة النقض الفرنسية وذلك في 16 ماي 1984 كان تتمحور حوادثه حول اصابة المشتري بمحراث ميكانيكي نتيجة خلل في الفرامل بسبب تسرب بعض الأتربة غير المعروفة المصدر، فقضت محكمة النضض بأن البائع المهني لا يلتزم تجاه المشتري، فيما يتعلق بالأضرار التي يحدثها الشيء المبيع، بالإلتزام بنتيجة " وتمت رفض الطعن بالنقض ضد الحكم الاستئناف الذي قضى برفع دعوى الضمان التي رفعها المشتري لعجز الأخير عن اقامة الدليل على العيب الموجود بالمبيع والذي تسبب له في الضرر

Cass.1 ér Ch, civ , 16 mai 1984 , bull ,civ ,LN° 165 ,R.T.D.civ 1985 , p403 /J Huite.op.cit p183

كما قد اشار اليه الدكتور عمر محمد عبد الباقي، الحماية العقدية للمستهلك، دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون، منشأة المعارف، الاسكندرية، بدون رقم للطبعة، 2004، ص 619.

³ ويرجع ذلك الى حكم صادر من محكمة النقض الفرنسية والذي يقضي باقامة مسؤولية المنتج على اساس ضمان السلامة رغم ان المشتري قد رفعت دعواها على أساس أحكام الضمان، وتتلخص وقائع هذه القضية بأن سيدة قامت بابرام عقد بيع محله جهاز تلفاز وبعد مرور مدة من الزمن تمثلت في ستة أشهر بعد تسليم المبيع والذي حدث به خلل قامت باصلاحه الشركة البائعة بمجموعة من الاصلاحات، لكن بالرغم من ذلك تم انفجار هذا الجهاز، ولم يقف عند ذلك وانما انتج حريقا أتلّف بيت المشتريه بكامله، وبعد ان تم رفع دعوى الضمان تم الخبير بالتحريات الازمة لمعرفة سبب الانفجار، لكن ذلك كان دون جدوى

وبذلك تم الاستناد الى القواعد العامة للمسؤولية العقدية والتي تقر بضمان السلامة وإستبعاد أحكام ضمان العيب الخفي وذلك من خلال تطبيق المادتين 1135¹ و 1147² من القانون المدني الفرنسي التي تخصان المسؤولية العقدية بوجه عام .

وقد جاء في حكم آخر صادر عن نفس المحكمة تأكد فيه عن وجود هذا الالتزام عن طريق مجموعة عناصر تضمنها القرار منها أن الاستناد الى أحكام ضمان العيب الخفي يستلزم وجود دليل على وجود عيب يتوفر فيه شرط القدم وهوما لم يستطع المشتري التوصل اليه، لكن رغم ذلك لم تلغي الحكم المستأنف ضده وكان دليلها في ذلك أن ان لا يكون عيب السلعة مصدرا لخطر بالنسبة للأشخاص والاموال، وبالتالي هذا دليل على ان المحكمة الاخيرة كانت مصممة على استبعاد احكام ضمان العيب الخفي واعطاء الاولوية لسلامة الأشخاص والأموال وذلك بإقامة ضمان السلامة واثارته بتطبيق المسؤولية العقدية التي تتمثل في المادة 1135 من التقنين المدني الفرنسي والسابقة الذكر وعدم اثاره المادة 1641 من القانون المدني الفرنسي والتي تخص ضمان العيب الخفي³.

هذا بالاضافة الى أن محكمة النقض عندما قررت إلغاء حكم محكمة الاستئناف الى أن البائع يلتزم فقط بتسليم منتجات خالية من كل عيب أوخلل في التصنيع يجعله مصدر خطر للأشخاص أو الاموال، وإن إستعمال تعبير الخطر يثير فكرة الإلتزام بضمان السلامة.

حيث لم يستطع تسبب الانفجار، وكان حكم المسأف ضده يقر بمسؤولية المنتج رغم عدم وجود إثبات بأن جهاز هوسبب الحريق، لكن تم تأسيس هذا الحكم على أنه رغم عدم تحديد سبب الحريق إلا أنه من الثابت ان الحريق الناشئ كانت بدايته من انفجار الحاصل من الجهاز المشتري وهو الحكم المؤيد من قبل محكمة النقض الفرنسية التي لم تتطلب إقامة الدليل لوجود العيب، بل سمحت باستنتاجه من ظروف الدعوى ولم تسمح للمنتج التخلص من المسؤولية إلا بإقامة الدليل على السبب الأجنبي.

(J) Huite ,responsabilité du vendeur et garantie conte les vices caché , litec , 1987 , p403.

كما قد اشارت الى ذلك الدكتورة المر سهام، التزام المنتج بالسلامة -دراسة مقارنة- مذكرة ماجستير، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، 2009/2008، ص 61.

¹ Article 1635

Si le vendeur avait vendu de mauvaise foi le fonds d'autrui, il sera obligé de rembourser à l'acquéreur toutes les dépenses, même voluptuaires ou d'agrément, que celui-ci aura faites au fonds.

² Article 1647

Si la chose qui avait des vices a péri par suite de sa mauvaise qualité, la perte est pour le vendeur, qui sera tenu envers l'acheteur à la restitution du prix et aux autres dédommagements expliqués dans les deux articles précédents.

Mais la perte arrivée par cas fortuit sera pour le compte de l'acheteur.

³ Article 1641

Le vendeur est tenu de la garantie à raison des défauts cachés de la chose vendue qui la rendent impropre à l'usage auquel on la destine, ou qui diminuent tellement cet usage que l'acheteur ne l'aurait pas acquise, ou n'en aurait donné qu'un moindre prix, s'il les avait connus.

كما أن معنى العيب المشار إليه في القرار يختلف عن المعنى الموجب للضمان والذي يجب أن يتوفر في العيب¹.

وبهذا يمكن القول أن القرارات الأخيرة كانت محاربة لإتباع الالتزام بالسلامة الى أحكام ضمان العيب الخفي وإن لم يكن ذلك بصريح العبارة إلا أنه يستشف من خلالها²

لكن سرعان أخذت بذلك بصريح العبارة وذلك من خلال أحد قراراتها الصادرة عن محكمة استئناف باريس بسنة 1961 عندما قضت بأن كل عقد يتضمن تنفيذا ينشأ عنه للمتعاقد الآخر خطرا يتعارض مع روحه والنتيجة المرجوة منه، ومن ثم ينشأ من العقد على عاتق من يلتزم بالأداء التزاما بالسلامة يتجاوز بعمومه وقوته الالتزام بضمان العيوب الخفية ويهيمن عليه ويقوم بالإخلال به مسؤولية المدين مالم يرجع الى سبب أجنبي لا ينسب إليه³.

وهذا ما ذهب الى تفسيره البعض بأنه يقر بالزامية السلامة في عقد البيع لكن في رأي هذا قرار غير رافض لفكرة ضمان العيب الخفي وعلاقته بالالتزام بالسلامة، وإنما ما يفهم من ذلك الى إتباع ضمان العيب الخفي للالتزام بالسلامة ليكون عنصر من عناصر المحفوظة بمجرد الالتزام بالسلامة، ودليل ذلك ما ذهبت اليه محكمة النقض بأن الالتزام بضمان السلامة يعد تسليمًا للمنتجات خالية من العيوب أو أي خلل في التصنيع والذي يجعله مصدر خطر للأشخاص والاموال وأنه يقع على عاتق كل بائع محترف

كلمة خالية من العيوب توحى بوجود علاقة بين ضما العيب الخفي وضما السلامة، وبالتالي يمكن القول أن الالتزام بالسلامة هو التزام عان وشامل يقوم على عاتق البائع والمحترف، وحتى المتدخل سواء كان عن طريق التعاقد أو عدمه.

¹ J Huite.op.cit p1.86

² اذن فمن خلال ذلك يستنتج ان القضاء الفرنسي كان يسعى الى تحقيق نتيجتين أولهما استبعاد ضمان السلامة عن ضمان العيب الخفي اما النتيجة الثانية وهي السعي وراء تحقيق استقلال ذاتي للضمان بالسلامة الأمر الذي جعل من المحاكم تسعى وراء ذلك من خلال قراراتها التي كلما زادت زادت معها حيثها، حيث جاء في أحد القرارات رفض الحكم المستأنف ضده الذي يقر بالتعويض ورفض دعوى الفسخ على أساس أن دعوى ضمان العيب الخفي قد سقطت بمضي المدة القصيرة والذي كان أساسه أن دعوى المسؤولية العقدية المترتبة على إخلال البائع بالتزامه بضمان السلامة، والذي يتمثل في تسليم منتجات خالية من أي عيب أوخلل في التصنيع يكون مصدر خطر بالنسبة للأشخاص أو الاموال لا تخضع لشروط المدة القصيرة المنصوص ضمن أحكام ضمان العيب الخفي حيث كان طعن البائع بالنقض وتمسك بأن مضي المدة القصيرة الذي أسقط الحق في طلب الفسخ يسقط بالضرورة طلب التعويض باعتباره احد الآثار المترتبة عن وجود العيب الخفي بالمبيع.

³ قرار صادر عن محكمة إستئناف باريس في 1961/12/14 أشار اليه . SMEIN , op , cit , 264.

إذن فقد كان سند أصحاب إستبعاد أحكام ضمان العيب الخفي عن الالتزام بالضمان السلامة ودحض العلاقة التي تربط بينهم بأن أحكام ضمان العيب الخفي تتصف بقصور قواعدها للإحاطة بجميع أنواع الضرر والتي تسببها المنتجات وبالتالي أصبح من الضروري الإقرار بوجود إلتزام بضمان السلامة المستقل عن العيوب الخفية.

كما أن القضايا التي تحص الالتزام بضمان السلامة أكثر نته المتواجدة بخصوص ضمان العيب الخفي لتعلق الأولى بسلامة الأفراد وصحتهم، وهذا نتيجة لتطور الصناعة والتجارة التي تعود على الأشخاص والأموال بالضرر¹

كما أن نطاق ضمان العيوب الخفية ينحصر في المسؤولية الناشئة عن الأضرار الناتجة عن عيوب المبيعات ويقتصر تطبيقها على العيوب التي تمس بالمصالح الاقتصادية المحطة التي يكون مجالها في المسؤولية أما فسخ البيع واسترداد الثمن أو الاستبقاء على المبيع وانقاص الثمن.

أما ضمان السلامة فيكون نطاقها كل ما يمس المشتري في صحته أو أمواله، هذا بالإضافة الى أن إثبات الاخلال بالالتزام بالسلامة في عقد البيع يستلزم وجود العيب أو الخلل الذي مس المشتري في أمواله سواء كان هذا الخلل راجع للعيب أو الى التصميم السلعة ا والى صناعته وهذا يؤدي بالضرورة الى إكتساب صفة الخطورة، عكس ضمان العيب الخفي الذي يستلزم من المشتري إثبات خفاء العيب، وكذا قدمه وعدم علم المشتري به وتأثيره².

ولم يقتصر الاختلاف في ذلك فحسب بل يمتد الى معنى العيب في ضمان العيوب الخفية والذي يقتصر على أن يؤدي العيب الى جعل الشيء المبيع غير صالح للاستعمال الذي أعد له.

أما ضمان السلامة فيكون العيب فيه عبارة عن نقص للأمان في السلعة بإكتساب المنتج صفة الخطورة³.

¹ الدكتور عبد الرحمن قدوس، مدى التزام المنتج بضمان السلامة في مواجهة مخاطر التطور العلمي، دار النهضة العربية بدون رقم للطبعة، بدون سنة طبع، ص 18.

² الدكتور محمد علي عمران، الالتزام بضمان السلامة وتطبيقاته في بعض العقود، دار النهضة العربية، بدون رقم للطبعة 1980، ص 118.

³ Y.Lambert Faivre , Dalloz 1994 , fondement et regime de l'obligation de securite , recueil , chroniques ,p 81 ,dalloz , p 01.

كما ذهب مفرقوا هذين الضمانين الى أن ضمان السلامة يوفر أكبر قدر من الحماية والضمانة للمستهلك في حالة حصول ضرر بالتعويض عنها بالمقارنة مع ما توفره أحكام ضمان العيب الخفي، وذلك استنادا لنص المادة 1135 والمادة 1147. من القانون المدني الفرنسي.

وهذين المادتين الأساسيتين اعتمد عليهما القضاء وحتى الفقه في كل أحوال الالتزام بضمان السلامة سواء كان يشوب المبيع خطرا أو عيبا يتسبب في ضرر بالمستهلك، لكن في نفس الوقت نجد أن الفقه والقضاء الفرنسيين يستندان الى نص المادة 1646 وكذا نص المادة 1645 من القانون المدني الفرنسي¹ كوسيلة لضمان السلامة ومن ثم تعويض المشتري عن الأضرار التي سببتها المنتجات المعيبة والمواد التي تتقابلها المادتين 375، 376 من القانون المدني الجزائري وكذا المادتين 450 و444 من القانون المدني المصري².

الأمر الذي ألزم القضاء وحتى الفقه الاعتراف بعلاقة ضمان السلامة بضمان العيب الخفي من خلال الرجوع الى تطبيق أحكام ضمان العيب الخفي في حالة الإخلال بالالتزام بالسلامة.

حيث يجب العلم أن المواد السابقة الذكر تعد مواد يلجأ اليها المشتري في حالة ظهور عيب بالمبيع ويتم من خلال جبر الضرر وذلك إما عن طريق رد المبيع واسترداد الثمن أو الإبقاء على المبيع والتعويض أو الانقاص الثمن مع بعض المصاريف والتعويضات.

وقد تم الاستناد عليها وذلك لما تسمح به هذه الأحكام من تعويض للمشتري حتى وإن لم يكن البائع عالما بوجود تلك العيوب، وذلك من خلال الإخلال بالالتزام بضمان السلامة في عقد البيع.

إذن فضمان الالتزام بضمان السلامة لا يقتصر على الحالة التي ينتج فيها هذا الالتزام بسبب حدوث الأضرار من عيوب المبيع، وإنما يشمل الأضرار التي تحصل بسبب خطورة المبيع أيضا، الأمر الذي يستدعي بنا الى القول أن للضمان علاقة بالسلامة وذلك بإعتبار أن ضمان العيب الخفي وسيلة من وسائل ضمان الالتزام بالسلامة.

¹ Article 1645

Si le vendeur connaissait les vices de la chose, il est tenu, outre la restitution du prix qu'il en a reçu, de tous les dommages et intérêts envers l'acheteur.

Article 1646

Si le vendeur ignorait les vices de la chose, il ne sera tenu qu'à la restitution du prix, et à rembourser à l'acquéreur les frais occasionnés par la vente.

² تنص المادة 450 من القانون المدني المصري على أنه " إذا أخطر المشتري البائع في الوقت الملائم كان له أن يرجع بالضمان على النحو المبين في المادة 444".

وهذا راجع الى التطور الحاصل في المبيعات من منتجات وخدمات وما نتج عنها من أضرار خطيرة تسبب فيها الشيء المعيب، وبالتالي وقصد توفير الحماية اللازمة لصحة ومال ومصالح مادية للمشتري تم إدراج التزام بضمان السلامة في قانون حماية المستهلك والذي كان القصد منه إضافة الى ما تم إدراجه في ضمان العيب الخفي الذي لا يكفي أن يكون كفيلا بتوفير ضمان السلامة.

إذن عند الرجوع الى ضمان الالتزام بالسلامة في القانون الجزائري، فنجد أن أول ما يجب ذكره هو مبدأ العام للعقود وهي أن تنفذ العقود طبقا لما اشتمل عليه وبحسن نية، وهذا بالإضافة الى أن المتعاقدان ملزمان بالتوفيق في عقدهما زيادة الى ما يشمل عليه العقد أن يكون ضمن ما يقر به القانون والعرف والعدالة وذلك حسب طبيعة كل التزام، وكل من يقر على الزامية السلامة والامن¹.

إن القصد من وراء ادراج هذا المبدأ من قبل المشرع يبين أن المتعاقد الذي يخل بما إلتزم به يجب أن تقام مسؤوليته والاخلال بالالتزام هو في مفهومه العام إخلال بالامن والسلامة وهو ما تقر بوجوبه كل من الفقه والقانون والعدالة ، هذا من جهة ومن جهة أخرى نرى أن الضمان له مكانة خاصة لأنه حق مضمون دستوريا وهو معترف لكل شخص.

حيث أن الالتزام بالضمان بالسلامة يعد من بين لإلتزامات التي تقع على البائع وبالخصوص المنتج أو المتدخل بصفة عامة كما جاء في القانون 03/09 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، والذي الزم بدوره هذا الاخير بافشاء قواعد السلامة في المنتجات، وذلك من خلال نص المادة 4 منه والتي تقر بأن تكون المواد الاستهلاكية الموضوعة، ملازمة لقواعد السلامة².

¹ وهوما نصت عليه المادة 107 / 1 من القانون المدني الجزائري على أنه " يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه وبحسن نية ولا يقتصر العقد على الزام المتعاقد بما ورد فيه فحسب بل يتناول أيضا ما هو من مستلزماته وفقا للقانون والعرف والعدالة بحسب طبيعة الالتزام "

² إذ تنص على أنه يجب على كل متدخل في عملية وضع المواد الغذائية للاستهلاك احترام إلزامية سلامة هذه المواد والسيهر على أن لا تضر بصحة المستهلك.

تحدد الشروط والكيفيات المطبقة في مجال الخصائص الميكروبيولوجية للمواد عن طريق التنظيم.

هذا بالإضافة الى ما جاء في نص المادة 09 من نفس القانون والتي جاء مضمونها بالزامية المتدخل على أن تكون المنتوجات الموضوعة للاستهلاك مضمونة وتتوفر على الأمن، أذ يفهم من هذه المادة في رأي أنها تجمع بين إلزامية الضمان وإلزامية السلامة¹.

كما نجد ان لهذا الالتزام الأخير مجال في قوانين أخرى والتي تقر بضمانات ضد كل المخاطر المضرّة بأمن وصحة المستهلك، وذلك من خلال توفير حماية قانونية للمشتري عموماً وللمستهلك خصوصاً، تكون كافية ومضمونة من خلال نصوص القانون المدني وقانون العقوبات وقوانين خاصة.

مما يعني أن لالتزام ضمان السلامة علاقة بمعظم القوانين وذلك نابع من مبدئ دستوري مقر بأن حق من حقوق كل شخص.

وعند القول بالقانون المدني فإن المقصود من ذلك قواعد الضمان المنصوص عليها ضمن العيوب الخفية للمبيع والتي نجد لها ارتباط واسع بالزامية ضمان السلامة أكثر منه بقواعد المسؤولية التقصيرية وحتى المسؤولية العقدية.

¹ والتي تنص على أنه "يجب أن تكون المنتوجات الموضوعة للاستهلاك مضمونة وتتوفر على الأمن بالنظر الى الاستعمال المشروع المنتظر منها، وأن لا تلحق ضرراً بصحة المستهلك وأمنه ومصالحه، وذلك ضمن الشروط العادية للاستعمال والشروط الأخرى الممكن توقعها من قبل المتدخلين".

الفصل الثاني

شروط ضمان العيوب الخفية ونطاقها

من خلال ما تم الإطلاع عليه ضمن النصوص القانونية الخاصة بالضمان العيوب الخفية، إتحاح أن العيب الموجب للضمان يجب أن يكون يتوفر على مجموعة من الحدود يضبط بها العيب الذي يتم على أساسه قيام المسؤولية وهذا ما نجده من خلال المادة 379 من القانون المدني الجزائري، هذا بالإضافة الى ان المشرع ونظرا الى بعض الخصوصيات ألغت الضمان من بعض البيوع التي تتم بإجراءات معينة وعلى يد من تضع ثقتها فيهم ولمعاجة هذا ارتأيت أن أعالج في هذا الفصل الضوابط التي من خلالها يتم الاخذ بالعيب الموجب للضمان (المبحث الأول) وكذا تحديد نطاق ضمان العيب الخفي (المبحث الثاني).

المبحث الأول: شروط العيوب الموجبة للضمان

لا يجوز رجوع المشتري على البائع بضمان العيوب الخفية على أي عيب يكتشف بل من الواجب أن تتوافر في العيب شروط معينة أوردتها المشرع في مجموعة من القوانين لحماية المشتري من الخفاء الموجود بالعيب وليس لانعدام التبصر أولتهاون المشتري في فحص المبيع لأن التوسع في العيب الموجب للضمان يساعد المشتري السيئ النية على التعسف في استعمال هذا الحق.

إذا فالبائع لا يضمن العيب إلا إذا كان قديما ومؤثرا (المطلب الأول) وأن لا يكون ظاهرا بمعنى خفي وأن يكون غير معلوم للمشتري لأن هذا يغير معنى الخفاء(المطلب الثاني).

المطلب الأول: أن يكون العيب قديما ومؤثرا.

تم الإشارة الى أن العيب الموجب للضمان يجب أن يتوفر على شرط القدم وكذا شرط التأثير، فما هي المعايير التي يتم على أساسها القول بذلك، ويمكن التفرقة بين ماهو قديم وغير قديم، وما هو مؤثر وما هو غير مؤثر ولتوضيح ذلك وبشكل مفصل سيتم التطرق الى كلا الشرطين على التوالي:

الفرع الأول: أن يكون العيب قديما:

لا يضمن البائع عيب المبيع إلا إذا كان قديما ولكن ما يثار هنا ما المعيار الزمني المعتمد عليه الخاص بهذا الشرط، وتبدوا أهمية ذلك من حيث أن مدى مسؤولية البائع عن العيوب الخفية تتوقف على وقت تحقق هذه العيوب، لأن العيب قد يكون موجودا بالمبيع وقت العقد وقد يستمر وجوده إلى وقت التسليم، وقد يكون العيب غير موجود وقت العقد، وقد يستمر وجوده إلى وقت التسليم، وقد يكون العيب غير موجود وقت العقد إلا أنه يستجد بعد انعقاده وقبل التسليم وقد يوجد العيب وقت العقد ويزول قبل التسليم¹

قد ذهب الفقه والقضاء في فرنسا إلى اشتراط وجود العيب وقت العقد إذا كان المبيع معيناً بالذات أو وقت الإفراز إذا كان معيناً بالنوع، حيث ذهب إلى أنه إذا تم الاتفاق على تأجيل تاريخ نقل الملكية فإنه

¹ الدكتور أحمد شوقي محمد عبد الرحمن، مسؤولية البائع عن ضمان العيوب الخفية في بيوع السيارات في الفقه والقضاء المصري والفرنسي، دار الكتب والوثائق القومية، دون طبعة، القاهرة، 2007، ص 39.

يجب تقدير قدم العيب بالنظر لتاريخ انتقال الملكية فعلا¹، ويستند الفقه في ذلك إلى ربط بين أحكام تبعة الهلاك وضمن العيوب الخفية².

وذلك إنطلاقا من كون العيب الخفي بمثابة هلاك جزئي في المبيع يتأثر بشرط القدم فيه بمفهوم تبعة الهلاك، وهذه التبعية تنتقل إلى الشاري بمجرد انتقال الملكية إليه، وبرر بعض الفقهاء ربط تبعية الهلاك بانتقال الملكية يتفق مع العدالة ومبدأ الغرم بالغنم، يعني كما للمشتري الحق بالانتفاع من الشيء المبيع طيلة فترة ما بين تمام العقد وعدم التسليم يجب أن يقع عليه هلاكه الكلي أو الجزئي³، كما يمكن تبرير هذا الارتباط بهلاك الشيء المبيع على مالكه. والملكية في المبيع المعين بالذات تنتقل فور العقد ومن ثم يكون هلاكه على المشتري أما في المبيع المعين بالنوع لا تنتقل إلا بالفرز ومن ثم تكون تبعة الهلاك على البائع الى أن تتخذ هذه الاجراءات⁴.

ولكن الخلاف بين القوانين حول تاريخ انتقال هذه الملكية وليس حول انتقال الملكية بحد ذاتها، فهناك مجموعة من القوانين تعتبر أن الملكية تنتقل بمجرد انعقاد العقد كما سبق الذكر في القضاء الفرنسي وكذا المغربي⁵ والبلجيكي وفريق من الفقهاء، حيث يجب أن يكون العيب موجودا وقت البيع إذا كان المبيع عينا معينة بذاتها⁶.

¹ Cass.com.9 février 1965 bull civ ,n°103

² جعل القانون الفرنسي تبعة الهلاك على المشتري بمجرد تمام العقد، المادة 1138 من القانون المدني الفرنسي
³ لكن هذا التبرير تعرض للنقد باعتبار العدالة المعتمد عليها عدالة صورية ، الدكتور أنور سلطان، شرح عقود البيع والمقايضة، دار المطبوعات الجامعية، دون طبعة، الاسكندرية، 1980 ص 201.

⁴ الدكتور علي حسن بخيره، المرجع السابق، تهميش رقم 1 ، صفحة 25

⁵ ويتبن موقف القانون المغربي من خلال نص المادة 552 من قانون الالتزامات والعقود على وجوب التفرقة بين ما إذا كان المبيع معينا بالذات وبين ما إذا كان معينا بالنوع " واشترط وجود العيب في الشيء المعين بالذات وقت البيع، ووقت التسليم اذا كان معينا بالنوع من خلال نص المادة 557 من قانون الالتزامات والعقود المغربي التي تنص " لا يضمن البائع إلا العيوب التي كانت موجودة عند البيع، إذا كان البيع معينا بالذات أو عند التسليم إذا كان المنتج شيئا مثلما يبيع بالوزن أو القياس أو على أساس الوصف".

كما أن المشرع المغربي ربط بين انتقال الملكية وضمن عيب المبيع بيدوا منطقيا مع نفسة حسب تفسير الدكتور علي حسن بخيره لأنه يربط تبع الهلاك وانتقال الملكية فطبعيا أن يربط بين تبعة الهلاك وانتقال الملكية أيضا وهذا يعني تبعة هلاك المبيع وكذا تعييه قبل التسليم يقع على المشتري /علي حسن بخيرة، المرجع السابق، صفحة 24

⁶ المنقول المعين بالذات هو من الأشياء القيمة التي تنتقل بمجرد انعقاد العقد الا ما نص على خروجه عن القاعدة بنص قانوني لأنه وبالطبيعة أن المبيع المعين بالذات تنتقل ملكيته من البائع إلى المشتري بقوة القانون ومن وقت الاتفاق على البيع فيصبح التزام البائع بنقل الملكية بمجرد العقد الدكتور محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، المرجع السابق، ص

لأنه منذ ذلك التاريخ يتحمل المشتري المخاطر ولذا ليس له أن يحمل البائع مسؤولية العيوب التي تلحق بالمبيع بعد أن يصبح البيع كاملاً¹.

أما إذا كان المبيع معيناً بالنوع² يكون العيب موجوداً وقت التسليم ويرجع ذلك إلى إمكانية عدم وجود المبيع الذي قد يكون لدى البائع وقت البيع فلا يستطيع المشتري فحصه لمعرفة ما يحتويه من عيوب³. هذا يدل على أهمية وقت التسليم⁴ الذي هو وقت الذي يجري فيه الإفراز عادة، فإذا وجد المبيع معيباً في ذلك الوقت، كان البائع مسؤولاً عن الضمان أما إذا نشأ العيب بعد التسليم فيكون على عاتق المشتري تحمله⁵.

وهنا نرى أن وقت التسليم مقترن بوقت الفرز بالرغم من أنه يمكن أن يكون وقت الفرز غير وقت التسليم ولهذا وجدت تيار آخر يأخذ بنفس الفكرة بحيث يضمن البائع العيب وقت البيع إذا كان الشيء المبيع معيناً بذاته ولكن الاختلاف في المبيع المعين بالنوع، بحيث يتم الاعتداد بوجود العيب في المبيع وتحمل البائع له وقت الإفراز وليس وقت التسليم، بحيث إذا نشأ العيب بعد الإفراز وقبل التسليم فإن البائع لا يضمنه.

وقد سائر الدكتور منصور مصطفى منصور هذا الرأي بتبريره بتحليل نص المادة 447 من القانون المدني المصري والتي تنص "يكون البائع ملزماً بالضمان إذا لم تتوافر في المبيع وقت التسليم الصفات التي

¹ الدكتور اسعد دياب، المرجع السابق، ص 78.

² الأشياء المعينة بنوعها هي الأشياء التي تقوم بعضها مقام بعض في الوفاء والتي تقدر بالوزن أو الكيل أو بالعدد أو بالمقاس ومن أمثلة أن يبيع شخص لآخر خمسون قنطاراً (اردياً) من القمح من نوع معين ففي هذه الحالة لا تنتقل الملكية بمجرد إبرام عقد البيع بل بإفراز المبيع وجعله معيناً بالذات، أشار إلى ذلك الدكتور خليل أحمد حسن ققادة، شرح القانون المدني الجزائري، عقد البيع، الجزء الرابع، ديوان المطبوعات الجامعية، دون طبعة، 2001، ص 56.

³ من القوانين التي تبنت هذا الاتجاه القانون اللبناني بنص المادة 445 موجبات وعقود بأنه "لا يضمن البائع إلا العيوب الموجودة وقت البيع إذا كان المبيع عيناً معينة بذاتها أو وقت التسليم إذا كان مثلياً..." الدكتور رمضان أبو السعود، شرح العقود المسماة في عقدي البيع والمقايضة (دراسة مقارنة في القانونين المصري واللبناني)، الدار الجامعية، الطبعة الأولى، بيروت، 1990، ص 387.

⁴ التسليم في القانون المدني الفرنسي القديم وحتى الروماني كان يعتبر شرطاً لانتقال الملكية فيهما، فإذا لم يتم التسليم للشيء المبيع إلى المشتري فإن الملكية لم تكن تنتقل إليه، بينما التسليم في القوانين الحديثة فقد أصبح مجرد أثر يترتب على عقد البيع ولا دور له في انتقال الملكية/ الدكتور خليل أحمد حسن ققادة، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، الجزء الرابع، (عقد البيع)، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة الأولى - الجزائر، 2001، ص 65.

⁵ الدكتور أسعد دياب، المرجع السابق، ص 78.

كفل للمشتري وجودها فيه أو كان بالمبيع عيب ينقص من قيمته أو من نفعه... " فعبارة وقت التسليم هنا تتعلق بحالة عدم توافر الصفة التي كفل البائع وجودها في الشيء المبيع ولا تمتد لتشمل حالة العيب التي تنقص من قيمة المبيع هذا من جهة وعند تحليل نص المادة 447 فقرة 2 من نفس القانون " ان البائع لا يضمن البائع العيوب التي كان المشتري يعرفها وقت البيع " والمراد بوقت البيع هنا في حالة عدم علم المشتري بها في المبيع المعين بالذات، أما في حالة ما اذا كان المبيع معين بالنوع فلا يمكن تحققه الا بفرزه حتى وان لم يتم التسليم، بمعنى آخر حتى وان تم التسليم فلا يعتد به في الضمان ان لم يكن وقت الفرز¹.

كما يوجد مجموعة أخرى من القوانين تعتبر أن التسليم هو الذي يؤدي إلى نقل الملكية وبالتالي إلى نقل تبعه الهلاك فتكتفي بإيجاب وجود العيب وقت التسليم للقول بأنه سواء كان المبيع معيناً بالذات أو بالنوع² فهنا الأخذ بالوقت الذي يسلم فيه المبيع³.

وترجع أهمية التسليم الى ان المشتري يصبح منذ إتمام عملية التسليم قادرا على الانتفاع الكامل بالشيء المبيع ومن ثم يكون المشتري قد حقق الغاية من الشراء⁴.

¹ الدكتور منصور مصطفى منصور، تحديد فكرة العيب الموجب للضمان في عقدي البيع والإيجار، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، جامعة عين الشمس، العدد الثاني، السنة الأولى، 1959، ص 575 و 579 / الدكتور سليمان مرقس، شرح القانون المدني 3، العقود المسماة، المجلد الأول، عقد البيع، دار الهناء للطباعة، الطبعة الرابعة، القاهرة، 1980.

² فقبل الفرز يظل البائع محتفظاً بملكية الشيء المبيع وإذا هلك تحمل هوتبعة الهلاك وهذه هي نقطة الربط بين ضمان العيب الخفي وتبعة الهلاك التي استندت عليها معظم القوانين، ويتم الفرز بالطريقة التي تتناسب مع طبيعة الشيء المبيع سواء بالوزن أو بالعدد أو بالكيل أو المقاس مع تجنيبه أي وضعه جانبا وقد يتم الإفراز دون الحاجة إلى تجنيب المبيع عن بقية أفراد نوعه وذلك عن طريق وضع علامة عليه تميزه عن باقي المقدار رغم أنه مختلط به (كوضع اسم المشتري عليه) والأصل أن يتم الإفراز وقت التسليم ولكن قد يتم الإفراز في بعض الأحوال قبل التسليم كأن يقوم البائع بتجنيب الشيء المبيع في مخزنه مع وضع علامة عليه تفيد أن ما تم تجنيبه يتعلق بمشتر معين أو بعقد بيع، ويجب أن يتم الإفراز في مكان التسليم نظرا لكون الإفراز مقدمة للتسليم، وإذا تم الفرز انتقلت الملكية إلى المشتري حتى ولو لم يعقب ذلك تسليم ويكون للمشتري الحق في التصرف في المبيع من وقت الإفراز باعتباره ملكا له، ولذا تم الإفراز وانتقلت الملكية إلى المشتري فان تبعه الهلاك تظل على عاتق البائع الى أن يتم تسليم المبيع نظرا لأن تبعه الهلاك ترتبط في معظم القوانين بالتسليم وليس بانتقال الملكية كما هو معمول به في القانون المصري ولما كان القانون المصري يربط تبعه الهلاك بالتسليم لا بالملكية فإنها تقع على عاتق البائع قبل التسليم عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد (العقود التي تقع على الملكية البيع)، المرجع السابق، ص 427 ومحمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، المرجع السابق، ص 191.

³ الدكتور أسعد دياب، المرجع السابق ص 79.

⁴ وذلك لأن المادة 367 / 1 من القانون المدني الجزائري " يتم التسليم بوضع المبيع تحت تصرفه المشتري بحيث يتمكن من حيازته والانتفاع به دون عائق ولو لم يتسلمه تسليماً مادياً، ما دام البائع قد أخبره بأنه مستعد لتسليمه بذلك ويحصل التسليم على النحو الذي يتفق مع طبيعة الشيء المبيع".

فالتسليم عبارة عن وضع الشيء المبيع تحت تصرف المشتري بحيث يستطيع حيازته والانتفاع به دون أن يكون هناك أي عائق حتى ولولم يتم تسليمه تسليماً مادياً، حيث يتم إخطار البائع للمشتري بأن المبيع قد وضع تحت تصرفه ولايستلزم لهذا الإخطار شكل رسمي وإنما يتم بكافة الطرق كما يجوز أن يكون مترتباً على اتفاق في عقد البيع يقضي بأن يكون المشتري معذراً بمجرد حلول الأجل المعين للتسليم دون حاجة إلى أي إجراء آخر¹، وكما ذكرنا أنه لا يشترط أن يكون التسليم مادياً ذلك لأنه قد يكون تسليماً حكماً أو قانونياً.

فالتسليم القانوني حسب نص المادة 367 يتم بوضع المبيع تحت تصرف المشتري بالطريقة المتفق عليها أو مما يوافق وطبيعة المبيع، فإذا كان المبيع مسكن يسكنه البائع فيكون هنا التسليم بتخلي البائع عن المسكن بإخلائه وإخراج ماله وأثاثه، وتسليم المشتري مفاتيح هذا المنزل،² وأن كانت أرضاً زراعية وجب عليه أن تركها وإخلائها من ممتلكاته مثل المواشي والآلات، أما إذا كان المبيع عقاراً فيجب على البائع التخلي عنه وتسليم المشتري مستندات الملكية للعقار حتى يتمكن من التصرف فيها وعقود الإيجار إن كانت مؤجرة حتى يتمكن من التعامل من المستأجرين أو بالوصى التأمين حتى التأمين حتى يتمكن المشتري من التعامل وشركة التأمين. هذا من جهة أما إذا كان المبيع منقولاً فيجب أن يكون التسليم كما ذكر السهوري بمناولة البائع الشيء المبيع يدا بيد وذلك قصد تيسير نقل المبيع.

أما إن كان المبيع حقاً كحق المرور مثلاً: فإنه يوضع تحت تصرف المشتري بالترخيص للمشتري في استعمال هذا الحق مع تمكنه من ذلك بإزالة كل العقبات المعرقة لمروره، كما يمكن أن يكون حوالة للحق وهنا لا يجب على البائع بوضع الحق تحت تصرف المحال له بتسليمه سنداً للحق لتمكينه من استعماله في مواجهة المحال عليه، وقد يكون المبيع معيناً بالنوع فيحصل التسليم بإفرازه وذلك بحضور المشتري ويتم الإفراز إما بالعد أو بالكيل أو بالوزن أو بالمقاس، وعل هذا الأساس يتمشى التسليم وطبيعة الشيء المبيع.

¹ هذا ما جاءت به المادة 180 من القانون المدني الجزائري "يكون اعدار المدين بانذاره، أو بما يقوم مقام الانذار، ويجوز أن يتم الإعدار عن طريق البريد على الوجه المبين في هذا القانون، كما يجوز أن يكون مترتباً على اتفاق يقضي بأن يكون المدين معذراً بمجرد حلول الأجل دون حاجة إلى أي إجراء آخر "

² ويكون تسليم المفاتيح أن كان أيضاً صناديق أو مخازن أو أي أماكن أخرى يحتوي منقول يلزم فيه تسليم المفاتيح ولكن ما قضت به محكمة النقض بأن حيازة مفتاح الخزانة هي حيازة رمزية لمنقول غير حاصل فعلاً في اليد، وليست بذاتها دليلاً قاطعاً على حيازة ما هوفي الخزانة (نقض مدني 30 يناير سنة 1947 مجموعة عمر 5 رقم 117 ص 327) وهذا تحليل منطقي مأخوذ من تهميش رقم 1 من كتاب الدكتور السهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد (العقود التي تقع على الملكية البيع) المرجع السابق، ص 592.

أما التسليم الحكمي فيتم بمجرد تراضي المتعاقدين على البيع ويعتبر تصرف قانوني أو اتفاق وليس بعمل مادي وهذا ما يختلف به عن التسليم القانوني أو الفعلي¹ ويسمى كذلك بالتسليم المعنوي وذلك بالاتفاق على تغيير صورة الحيازة، وللتسليم الكمي صورتان:

الأولى: تتمثل في كون المشتري يحوز المبيع حيازة عرضية باعتباره مستأجرا أو مستعيرا أو مودعا لديه أو مرتها رهن حيازة، فبمجرد الاتفاق على البيع تتغير صفة حيازته فيصير حائزا بصفته مالكا عن طريق الشراء

الثانية: تتمثل في كون البائع يظل حائزا للمبيع بعد البيع على سبيل الإيجار أو العارية أو الانتفاع أو الرهن أو الوديعة، وهي الصورة العكسية بالنسبة للحالة الأولى، فتتغير صفة الحيازة من حائز لحساب نفسه إلى حائز لحساب المشتري ويسمى هذا التسليم تسليما مع استبقاء الحيازة².

وعلى هذا الأساس نجد ان للتسليم حالات كثيرة تتطلب منا البحث عن المقصود بقد العيب الموجب للضمان، بمعنى آخر هل يجب الأخذ بجميع صور التسليم للقول بقد العيب الموجب للضمان أم يبقى علينا الأخذ ببعض صور التسليم دون الأخرى؟؟

عند الرجوع الى معظم القوانين والفقهاء نجد الاكتفاء بعبارة يقوم البائع بضمان العيوب الخفية وقت التسليم دون تحديد صورة معينة من صور التسليم التي ذكرت سابقا³.

ولكن في كلتا الحالتين التسليم يتم بمجرد الاتفاق على تغيير صفة الحيازة، وهنالك صور ثالثة وردت في التقنين المدني العراقي وتم العمل بها في مصر بموجب القواعد العامة، بحيث يتم التسليم لشخص آخر

¹ وهذا ما جاءت به المادة 367 فقرة 1 وقد يتم التسليم بمجرد تراضي الطرفين على البيع إذا كان المبيع موجودا تحت يد المشتري قبل البيع أو كان البائع قد استبقى المبيع في حيازته بعد البيع لسبب آخر لا علاقة له بالملكية "

² الدكتور عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد (العقود التي تقع على الملكية البيع) المرجع السابق، ص 590-594/ الدكتور محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، عقد البيع والمقايضة المرجع السابق، ص 266-268 / محمد حسنين، المرجع السابق، ص 55. خليل أحمد حسن قداد، المرجع السابق، ص 62.

³ الدكتور عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد (العقود التي تقع على الملكية البيع) المرجع السابق ص 722 / الدكتور أسعد دياب، المرجع السابق، ص 179/ الدكتور سعدون العامري، الوجيز في العقود المسماة، الجزء الأول، مطبعة العاني، الطبعة الثالثة، بغداد، 1974، ص 150.

غير المشتري ويعد هذا القبض أو التسليم فعليا بالنسبة الى العقد الذي أبرمه مع المشتري، وأما بالنسبة الى عقد البيع فيعد قبضا حكيميا، ويقوم القبض الأول مقام القبض الثاني¹.

فبالرجوع إلى المقارنة بين القانون المدني المصري القديم² والنص المعدل³ نجد أن المشرع ربط ضمان العيب بالتسليم سواء أكان المبيع معيناً بالذات أو بالنوع، إضافة إلى ربطها بتبعية الهلاك، لأن المادة الملغاة لا يوجد تناقض أو إن أصح القول انعدام الرابطة بين أحكام تبعية الهلاك وأحكام ضمان العيب الخفي باعتبار تبعية الهلاك متصلة بالتسليم وذلك من خلال نص المادة 437 من القانون المدني المصري " إذا هلك المبيع قبل التسليم لسبب لا يد للبائع فيه، انفسخ البيع واسترد المشتري الثمن إلا إذا كان الهلاك بعد اعذر المشتري لتسلم المبيع " إذا فالبائع مسؤول عن هلاك المبيع إذا حدث قبل التسليم وبالتالي مسؤول عن العيب الذي يوجد وقت التسليم رغم عدم وجوده وقت البيع لكلا الحالتين في المبيع المعين بالذات والنوع⁴ وهذا لا يعني التناقض في النفي لأنه عند الحديث عنه في تحمل التبعية يصبح البائع غير مسؤول ويقتصر أثره على فسخ العقد وإسقاط التزامات المشتري مقابل انقضاء التزامات البائع باستحالة الوفاء أما في العيب يسأل البائع عن كل الأضرار التي يسببها للمشتري⁵ وبمعنى آخر نرى أن المشرع المصري قام بإلغاء قاعدة ارتباط ضمان العيوب الخفية بانتقال الملكية وربطه بتاريخ التسليم.

ويمكن تبرير ذلك بوجود العيب بالمبيع وقت العقد وبقاءه إلى وقت التسليم فيستلم المبيع وبه عيب وهنا يتحقق شرط القدم وبالتالي ضمان البائع للمبيع، كما يمكن أن يكون العيب غير موجود وقت العقد ولكن وظهر وقت التسليم فهنا كذلك يتحقق شرط القدم وبالتالي الضمان محتوم، وقد يوجد العيب وقت العقد لكن

¹ وقد أورد الدكتور السنهوري صورة ثالثة للتسليم الحكمي يتم فيها انتقال الملكية انتقالاتا ماديا لحيازة المبيع بحيث لا تنتقل الحيازة ماديا الى المشتري نفسه، بل الى شخص آخر يعد نائبا عنه في تسلم المبيع كمسأجر من المشتري أو مستعير أو مودع عنده أو مرتين رهن حيازة أو مشتر أو موهوب له، وهذا ماجاءت به المادة 540 من القانون المدني المصري في الفقرة الثانية فيما يلي " وإذا أجره (المشتري) قبل قبضه لغير البائع أو باعه أو وهبه أو رهنه أو تصرف فيه أيتصرف آخر يستلزم القبض، وقبضه العاقد، قام هذا القبض مقام قبض المشتري "، الدكتور عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد (العقود التي تقع على الملكية البيع) المرجع السابق، ص 594.

² كان المراد بالعيب القديم في نص المادة الملغاة 323 و 397 العيب الموجود في المبيع وقت البيع اذا كانت عيناً معينة أو العيب الموجود في المبيع وقت التسليم اذا لم يكن عيناً معينة"، قد أشار الى ذلك الدكتور علي حسن بخيرة، المرجع السابق ص 21، تهميش رقم 3.

³ نص المادة 447 من القانون المدني المصري، للاطلاع على نص المادة الرجوع الى الصفحة التي قبل هذه الصفحة.

⁴ الدكتور علي حسن بخيرة، المرجع السابق، ص 22.

⁵ الدكتور سليمان مرقس، شرح القانون المدني، العقود المسماة، عقد البيع، المرجع السابق، ص 400.

بمجرد إقتراب وقت التسليم فيزول، فهنا لا يلتزم البائع بالضمان سواء كان معيناً بالذات أو بالنوع الذي تأخذ فيه العبرة بوقت التسليم وليس بوقت الفرز حتى وإن وجد العيب وقت الفرز لكن زال وقت التسليم فلا يضمن البائع المبيع والعكس صحيح.

أما عند الرجوع للشريعة الإسلامية فالحكم هو عدم جواز التصرف في الشيء المبيع قبل تسلمه¹ وهذا يعني أن موقف الشريعة الإسلامية جاء مؤيداً للمجموعة الثانية التي أخذت بوقت التسليم، فالرسول صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع المبيع قبل تسلمه لا سيما إذا تعلق الأمر بطعام مقدار²، عن ابن عمر أن النبي عليه السلام نهى أن يبيع أحداً طعاماً اشتراه كيلاً حتى يستوفيه³ فقد نهى الرسول صلى الله عليه وسلم على أن تباع السلع عند شراءها، حتى يحوزها الذي اشتراها إلى رحلة⁴، وعن ابن الحكيم حرام أنه قال يا رسول الله إني رجل اشتري هذه البيوع، فما يحل لي منها وما يحرم؟ قال يا ابن أخي إن اشتريت بيعاً فلا تبعه حتى تقبضه⁵.

على هذا الأساس يدخل ضمان المبيع في حيز المشتري بعد القبض ويعتبر عيباً حديثاً، أما قبل القبض فيكون عيباً قديماً من مسؤولية البائع، وهذا ما اتفق عليه الفقه الإسلامي ما عدا المذهب المالكي الذي اعتمد تاريخ العقد⁶.

¹ وقد جاء في مرشد الحيران في المادة 529 " العيب القديم هو ما كان موجوداً في المبيع وقت العقد أو حدث بعده وهو في يد البائع قبل التسليم" مؤخوذ من تهميش رقم 2 للدكتور محمد كامل مرسى باشا، شرح القانون المدني، العقود المسماة، عقد البيع والمقايضة، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2005 صفحة 324.

² وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي، الفقه الإسلامي في التنويه الجديد، دار الكتاب، الطبعة الثانية، 1975 الجزء الثاني، ص 19
³ أحمد بن شعيب بن علي، سنن النسائي، شرح جلال الدين عبد الرحمن السيوطي، الجزء الثالث، دار الكتب العلمية بيروت، لبنان، 911 هجرية، ص 536

⁴ حديث شريف رواه الحاكم وقال حديث صحيح على شرط مسلم وأثره الذهبي على ذلك: الحافظ أبو عبد الله، محمد ابن عبد الله الحاكم، المستدرک على الصحيحين، 405، ص 40

⁵ حديث شريف رواه الطحاوي وابن جزم ولدان لطني وقال النووي ان اسناده صحيح، يراجع في ذلك شرح معاني الآثار لأبي جعفر أحمد بن محمد ابن سلامة الأزدي طحاوي 321 هجرية حققه وعلق عليه محمد زهدي تجار، دار الكتب العلمية الطبعة الثانية، 1987، الجزء الرابع، صفحة، 38، والمحلي أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم ظاهري أندلسي، المحلي تحقيق لجنة إحياء التراث العربي، دار الجبل بيروت.

⁶ الدكتور أسعد دياب، المرجع السابق، ص 79.

بمعنى أن يكون وجود العيب سابقا لتاريخ إبرام العقد أو أن يكون حادثا بعده.¹ أي شرط الرجوع بالعيب على البائع يتمثل في وجوب حصوله في ظرف الزمان وجود المبيع لدى البائع².

أما عند الرجوع الى القانون الجزائري فنجد أن المادة 379 من القانون المدني كانت صريحة " يكون البائع ملزما بالضمان.....وقت التسليم الى المشتري" فنجد أنه قد ساير المشرع المصري بقصده بشرط القدم أن يكون العيب موجودا وقت تسليم المبيع للمشتري بغض النظر عن وجوده وقت العقد³.

وفرق في ذلك بين ما إذا كان المبيع معينا بالذات أو معينا بالنوع الذي يصبح معينا بالذات بمجرد فرزه والذي يقع عادة وقت التسليم، إلا إذا لم يتم التسليم عند الفرز وعند فرزه لم يكن به عيب، لكن ظهر في فترة ما بين الفرز والتسليم، وهنا الحكم بمسؤولية البائع عن هذا الضمان⁴.

لكن رغم توحيد المشرع لوقت تحمل تبعة الهلاك وضمان العيب الخفي لا يعني الخلط بين مجال تطبيق كل منهما والأحكام التي تسري بشأنها، حيث يلتزم البائع بالتعويض عن الأضرار التي تترتب نتيجة العيب الخفي، بينما يقتصر الحكم على فسخ البيع ورد الثمن، دون الالتزام بالتعويض في تحمل التبعة⁵.

وعلى هذا الأساس فان مسؤولية البائع في القانون الجزائري هو تاريخ التسليم وحده دون تاريخ إبرام العقد ودون انتقال الملكية للمشتري وهذا ما أخذ به القانون المصري ومجموعة من الفقهاء كما سبق الذكر⁶.

أما عند الحديث عن ضمان وجود صفة معينة بالمبيع كما جاء في نصوص القانون المدني المصري والجزائري⁷ فنجد ان هذه النصوص صريحة، فإذا كفل البائع للمشتري توافر صفات معينة في المبيع سواء

¹ الدكتور محمد سكمال المجاهي، أحكام عقد البيع في الفقه الإسلامي المسالكي، دار ابن حزم، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، 2001، ص 266

² وكان هناك جدال فقهي كبير بين مجموعة من الفقهاء لم تفصل فيها

³ الدكتور خليل أحمد حسن قدارة، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزء 4، ص 177

⁴ الدكتور عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، البيع والمقايضة، المرجع السابق، ص 722

⁵ الدكتور محمد شوقي محمد عبد الرحمن، مسؤولية البائع عن ضمان العيوب الخفية في بيوع السيارات في الفقه والقضاء المصري والفرنسي، دار الكتب والوثائق القومية، مصر، 2007 صفحة 38

⁶ الأستاذة زهية سي يوسف، عقد البيع، دار الأمل، طبعة 3 ص 168 /الدكتور أسعد دياب، المرجع السابق، ص 79 /الدكتور زهدي يكن، عقد البيع، منشورات المكتبة العصرية، الطبعة 1، بيروت، صفحة 254

⁷ نص المادة 447 من القانون المدني المصري " اذا لم تتوافر في المبيع وقت التسليم الصفات التي كفل للمشتري وجودها " والمادة 379 من القانون المدني الجزائري " يكون البائع ملزما بالضمان إذا لم يشتمل المبيع على الصفات التي تعهد بوجودها وقت التسليم الى المشتري "

كانت جوهرية أم غير جوهرية في ذاتها فإنه يكفي تخلفها وقت التسليم ليصبح البائع ملزماً بالضمان وذلك نتيجة لتعده بذلك، حتى ولو وجدت وقت إبرام العقد، ولكن هذا لا يعني أن مجرد تخلف أي صفة من الصفات الخاصة بالمبيع تعتبر عيباً موجباً للضمان وسيتم شرح هذا الجزء بالتفصيل في الشرط الموالي ولكن ما يهمنا هنا الوقت الذي تتخلف فيه الصفة الموعود بها، وهو وقت التسليم، فلو كفل بائع للمشتري بوجود موصفات سرعة معينة وعند التسليم يظهر أنها لا تقطع تلك السرعة التي كفلها وإنما أقل من ذلك ما نراه هنا أن الصفة التي كفلها البائع للمشتري غير جوهرية ولكن رغم ذلك البائع ملزم بالضمان، وعلى هذا الأساس لا تدخل الصفة في الاعتبار ما لم يكن البائع قد ضمن وجودها، فيكفي تخلفها وقت التسليم وهذا ما يعبر عنه بتوافر شرط القدم في الصفات المكفولة من طرف المشتري¹.

وهذا ما أشار إليه الدكتور حسن فرج والذي سايره فيه الدكتور محمد صبري السعدي² حين قال أن المقصود في المادة بوقت التسليم ترجع على الصفات التي كفلها البائع للمشتري فقد دون العيب بمعناه الحقيقي وذلك لأن العيب بمعنى "الآفة الطارئة التي تخلوا منها الفطرة السليمة للمبيع" يكون موجود وقت العقد وليس وقت التسليم وهذا ما دعا إلى الاستعانة بالمذكرة الإيضاحية التي يتم اللجوء إليها في القانون المصري حينما يثور شك في مادة، فتم استدعاء لجنة مراجع القانون المدني المصري بشأن المادة 447 فقرة واحد من نفس القانون فتم تصحيح الصياغة فجاء النص المقترح على النحو التالي "يكون البائع ملزماً بالضمان إذا كان المبيع وقت التسليم لا تتوافر فيه الصفات التي كفل للمشتري وجودها فيه، أو كان بالمبيع عيب....." وهذا التعديل حسب الدكتور حسن فرج يزيل الشك الذيثار حول النص ويعتد بوقت التسليم في جميع الحالات وهو ما ساد في الفقه كما سبق الذكر³.

ورغم هذا التوضيح يظل الدكتور حسن فرج متشبهاً بوجود العيب وقت العقد مستنداً بذلك لبعض

الحجج:

- فالنظر إلى تحقق كل شروط الضمان ينبغي أن يكون وقت العقد لأنه من غير الصواب

النظر إلى بعض الشروط وقت العقد والأخرى وقت التسليم.

¹ الدكتور توفيق حسن فرج، المرجع السابق، صفحة 436-437 / والدكتور محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون

المدني (عقد البيع والمقايضة)، المرجع السابق، صفحة 375-376

² الدكتور محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني (عقد البيع والمقايضة)، المرجع السابق، صفحة 374

³ مؤخوذة من التهميش رقم 1 للدكتور توفيق حسن فرج، المرجع السابق، صفحة 441

- من خلال إستقراء نص المادة 447 فقرة 2 من القانون المدني المصري والمادة 379 فقرة 2 من القانون المدني الجزائري " غير أن البائع لا يكون ضامنا للعيوب التي كان المشتري على علم بها وقت البيع، أو كان في استطاعته أن يطلع عليها لو أنه فحص المبيع بعناية الرجل العادي " نجد أن عدم علم المشتري بالعيوب أو خفاؤه ينبغي أن يكون وقت البيع وليس وقت التسليم¹

- هذا ما أقرته محكمة النقض صراحة حين ذهبت الى الاعتداد بوقت العقد في النظر الى العيب اذا كان المقصود منه وقوع المبيع داخل خط التنظيم من قبل البيع، وأن المشتريين لم يتبيننا وجود هذا العيب عند التعاقد²

- وأن نظرنا الى معنى العيب على أنه العيب بمعنى الآفة سنأخذ بوجود العيب وقت البيع، ونستبعد وجود الصفات التي كفل البائع وجودها للمشتري وقت التسليم.

- ومدام البائع لا يلتزم بالضمان في الفترة ما بين ابرام العقد والتسليم فيعد العيب هنا طارئاً ويصبح البائع في هذه الفترة متحملاً للتبعية والحكم هنا يختلف بين ضمان العيب الخفي وتبعية الهلاك في حين أن الأولى يعرض المشتري عما لحقه من خسارة وما فاتته من كسب أو كل المخاطر كما سبق القول، أما حكم في تبعية الهلاك وهنا نكون أمام هلاك جزئي لا يلتزم البائع بالتعويض.³

أما عند الرجوع الى القوانين التي تعتمد تاريخ التسليم لكل من المبيعات المعينة بالنوع والمبيعات المعينة بالذات فالتسليم يكون عن طريق الناقل في معظم الأوقات فما الحكم هنا عند وجود عيب؟

يكون النقل عن طريق عقد للنقل وهو " الاتفاق الذي يتعهد بمقتضاه الناقل بنقل بضاعة أو شخص الى مكان معين مقابل اجر معين " وبالتالي يكون ثلاث أطراف في هذا العقد المرسل (البائع) والناقل والمشتري (المرسل إليه) ومرادنا هنا ايضاح الصلة ما بين القانون المدني والتجاري فمن الالتزام المهمة التي تقع على عاتق المشتري الالتزام بإعداد البضاعة للنقل وبالتالي يكون البائع مسؤولاً عن العيوب

¹ حتى ولو كان العيب خفياً على النحو الذي بيناه فانه لا يكون عيباً موجباً للضمان إذا ثبت أن المشتري كان يعلمه بالفعل وقت تسلم المبيع بالرغم من خفاؤه اشار إليها الدكتور عبد الرزاق أحمد السهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، البيع والمقايضة، المرجع السابق، صفحة 769

² انظر حكم المحكمة في 14 يونيو س 1962 مجموعة المكتب الفني س 13 رقم 121 ص 808 مأخوذ من تهميش رقم 1 لدكتور حسن فرج، المرجع السابق، صفحة 442

³ الرجوع للمادة 438 من القانون المدني المصري

التي نشأت¹ قبل نقل البضاعة ويتم استلام البضاعة في الزمان والمكان المتفق عليهما من طرف الناقل والمشتري وبإستلام البضاعة يبدأ تنفيذ عقد النقل².

ومن الالتزامات الملقاة على عاتق الناقل نقل البضاعة والمحافظة على سلامتها أثناء النقل وتمتد هذه الفترة من وقت استلامها من المشتري وتنتهي بتسليم البضاعة للمشتري

بمعنى آخر إذا كان هنالك عيب نشأ بفعل الناقل فهو الذي يتحمل تبعه الضمان³ خاصة إن كان عن سوء نية وقصد إحداث ضرر⁴ الا اذا كان السبب قوة قاهرة بمعنى آخر تنتفي مسؤولية الناقل إذا أثبت ان الهلاك أو التلف أو التأخير ناشئ عن قوة قاهرة.

والقوة القاهرة هي حدث تتسبب فيه قوة تفرق قوة الإنسان بحيث لا يستطيع هذا الأخير أن يتجنبها أو يتحكم فيها وليست له القدرة على توقعها كالزلازل أو العواصف أو الفيضانات.

¹ وعند الرجوع إلى القانون التجاري نجد أن المشرع قرر مسؤولية المرسل وهو المشتري عن الأضرار الناجمة عن عيوب إعداد البضاعة للنقل وذلك من خلال نص المادة 44 من نفس القانون " يكون المرسل مسؤولاً عن الأضرار الناجمة عن عيوب التحريم.....".

² وهذا ما أكدته محكمة rouen في حكمها الصادر بتاريخ 1986/01/01 بقولها " ان عقد النقل سواء كان بریا أو بحريا يبدأ في وقت استلام الناقل البضاعة ويلاحظ أنه في وقت استلام الناقل البضاعة ويلاحظ أنه في وقت استلام الناقل البضاعة بذات يفترض بدأ مسؤوليته وفقاً لنص المادة 47 من القانون التجاري

JEAN NECTOUX ET AUTRES: JURISPRUDENCE FRANÇAISE: TRANSPORTS TERRESTRES, PARIS, 1807-1967, N:25

³ الدكتور اسعد دياب، المرجع السابق ص 80

وعند الرجوع الى القانون التجاري فنجد ان المادة 47 من نفس القانون تحمل الناقل المسؤولية من وقت تسلم الأشياء " يعد الناقل مسؤولاً من وقت تسلم الأشياء المراد نقلها عند ضياعها الكلي أو الجزئي أو تلفها أو التأخير في تسلمها "

فالضياع الجزئي اذا سلم الناقل للمشتري أو المرسل اليه البضاعة مثلاً بها عجز أو نقص سواء في الوزن أو العدد، أما الضياع الكلي كاحتراق كل البضاعة مثلاً و هنا الناقل يتحمل مسؤولية الضمان

لكن ما يهمنا هنا هو تلف البضاعة ويقصد بها وصول البضاعة كاملة من حيث المقدار ولكن بحالة معيبة، كما اذا وصلت البضاعة في حالة عفن أو كما إذا كان بها كسر أو أصبحت غير قابلة للإنتفاع بها انتفاعاً صحيحاً فيسأل الناقل عن التلف الذي يعيب البضاعة سواء كان التلف كلياً أو جزئياً ما لم يثبت عكس ذلك.

الدكتورة سميحة القيلوني، شرح قانون التجارة الجديد رقم 1999/17 العقود التجارية وعمليات البنوك، دار النهضة العربية الطبعة الثالثة ، مصر، 2000، صفحة 491

⁴ الدكتور سمير جميل حسين الفتلاوي: العقود التجارية، ديوان المطبوعات الجامعية، بدون طبعة، الجزائر، 2001، ص:195.194.

كذلك يعفى الناقل من المسؤولية إذا كان العيب ذاتي في البضاعة المنقولة، وذلك إذا أثبت الناقل أن هلاك أو التلف أو التأخير يرجع للعيب الخاص في البضاعة الذاتية للبضاعة المنقولة وهو ينبع من الطبيعة الذاتية للبضاعة المنقولة أو من أسباب سابقة على تسلمها للناقل وبالتالي تتلف البضاعة بدون تدخل الناقل ولأن العيب هنا خفي فالناقل هنا غير ملزم بفحص البضاعة قبل نقلها من أجل معرفة عيوبها لأن ذلك لا يدخل في نطاق التزامه¹.

فالسؤال المطروح هنا من يتحمل مسؤولية الضمان؟

استقر مجموع من الفقهاء على أن البائع يتحمل مسؤولية الضمان إذا حصلت العيوب أثناء عملية نقل البضاعة ويتحملها الناقل كما سبق التفصيل إذا نشأت العيوب بخطأ منه ما عدا القوة القاهرة.

لكن بناء على القوانين التي تربط ضمان العيب الخفي الموجب للضمان بانتقال الملكية فالتاريخ المعتمد عليه لوجود العيب إذا سلمت البضاعة للناقل في الأشياء المعينة بالذات تاريخ إبرام العقد، وفي الأشياء المعينة بالنوع تاريخ التسليم، أما القوانين التي تربط ضمان العيوب الخفية بالتسليم فتاريخ وجود العيب الخفي الذي يؤدي إلى المسؤولية إذا سلمت البضائع هو الوقت الذي يتم فيه تسليم البضائع سواء كانت الأشياء معينة بالنوع أو بالذات.

وتقديرنا من تقدير الفقهاء لأن مسؤولية الناقل في كلا القانونين ضئيلة زيادة على أن الأشياء المنقولة تصبح من مسؤولية الناقل إلى حين وصولها والتسليم هنا يجدر به ان يكون وقت وصول الأشياء المنقولة إلى المشتري وتسلمها من الناقل وهذا ما تأكده المادة 368 من القانون المدني الجزائري في معناها أن لا يعتد بالتسليم إلى حين وصول المبيع إلى المشتري ما لم يكن هنالك نص مخاف لذلك².

إذا فالبائع ملزم بالضمان إذا لم يشمل المبيع الصفات التي تعهد بوجودها وقت التسليم إلى المشتري حسب نص المادة 379 من القانون المدني الجزائري، وينطبق هذا على العيوب الخفية الموجودة في المبيع وعلى الصفات التي تعهد البائع للمشتري وجودها في المبيع وقت التسليم، بمعنى آخر أن المشتري هو الذي

¹ الدكتور علي حسن بونس، العقود التجارية، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، 1970، صفحة 237 والدكتور عبد الحميد الشواربي الإلتزامات والعقود التجارية وفقا لقانون التجارة، الجزء 2، منشأة المعارف، الاسكندرية، مصر، 2000، صفحة 317

² تنص المادة 368 على مايلي " إذا وجي تصدير المبيع إلى المشتري، فلا يتم التسليم إلا إذا وصل إليه، ما لم يوجد اتفاق يخالف ذلك "

يتحمل كل عيب أخطر بعد التسليم، لكن هل يتحمل كذلك المشتري تبعية الضمان في حال كانت هذه العيوب التي طرأت بعد التسليم سببها وجد قبل تسلم المبيع ؟

في حالة شراء قمح تم تسليمه إلى المشتري ثم بعد فترة يظهر به سوس وجد سببه سوس في حالة بدائية وقت التسليم، بالنسبة للقوانين التي تعقد بوقت التسليم سواء كان البيع معيناً بالنوع أو بالذات مثل القانون الجزائري والمصري فيقع الضمان هنا على عاتق البائع لأن سببه أونواته أوجرتومته كانت قبل التسليم حيث ربط المشرعين بين ضمان العيوب والتسليم.

أما عند الرجوع إلى القوانين التي ربطت بين ضمان العيب الخفي للمبيع وانتقال الملكية كقاعدة عامة كالقانون الفرنسي¹ والمغربي، نجد أنه يتم القول بقدوم العيب إذا كان موجوداً وقت الإفراز باعتباره وقت انتقال الملكية في البيوع المعينة بالنوع ووقت إبرام العقد إذا كان معيناً بالذات، حيث يتبين هنا أنه رغم الاختلاف الموجود بين القوانين فيما يتعلق بالوقت الذي يؤخذ في الاعتبار للقول بقدوم العيب من عدمه إلا أن كلا منها استقرا على أنه إذا وجد العيب بالمبيع بعد التسليم أوبعد انتقال الملكية وظهر به عيب ثبت أن أصله قبل تسليم المبيع أوبعد انتقال الملكية يصبح البائع مسؤولاً عن الضمان.

وقد أيد أغلبية الفقه الإسلامي هذا الرأي بتحميل البائع مسؤولية الضمان بعد انتقال المبيع إلى المشتري وكان استنادهم في ذلك على بيع العبيد، حيث كان يباع العبيد من طرف أسيادهم فلوارتكب العبد جريمة ثم بيع وبعد ذلك ظهرت جنايته فقضي عليه بعقوبتها كان خيار العيب للمشتري²، وقد كان هذا مخالفاً لما أتى به المذهب الشافعي بحيث إذا حدث العيب بعد القبض ولم يستند إلى سبب قبل القبض لم يثبت له الرد وذلك لأن المبيع تحت ضمانته المشتري، وإن كان استناده إلى ما قبل القبض بأن عبداً سرق أوقطع يداً قبل القبض فقطعت يده بعد القبض وهنا نجد وجهان، الأول بقيام الضمانة أو كما قال أبي اسحق أنه يرد

¹ يأخذ بوقت وجود السبب المباشر للعيب حتى وإن كان حدوثه بعد ذلك وهذا ما سايره كل من الفقه والقضاء الفرنسي وجاء في نقض فرنسي 8 مارس 1892 دالوز 92 -1-204 إذا كان سبب العيب موجوداً قبل التسليم ثم انتشر بعد التسليم وذلك بالطبع في المبيعات المعينة بالنوع، وجب أن يكون انتشاره غير راجع إلى خطأ المشتري وإلا وزعت المسؤولية بين البائع والمشتري وفقاً لقواعد الخطأ المشترك (مدني 216) الدكتور عبد الباقي، المرجع السابق، ص 269-270 أشار إلى ذلك للدكتور عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، تهميش رقم 1، صفحة 723 / الدكتور أسعد دياب، المرجع السابق، صفحة

لأنه قطع بسبب كان قبل القبض أما الثاني فكان مناقضا لأبي إسحق بعدم قيام الضمانة ومن أصحاب هذا الاتجاه علي بن أبي هريرة بقوله بعدم الرد لأن القطع أو العيب وجد في يد المشتري فلم يرد¹

أما في حالة وجود طرف آخر في العقد مثل الوسيطيين البائع والمشتري ففي حالة وجود عيب بالمبيع عند تسلمه من طرف المشتري فيكون الرجوع بالضمان على الوسيط لا على البائع بالدرجة الأولى لأن من التزامات الوسيط التحقق وفحص الشيء المبيع قبل تسليمه للمشتري هذا من جهة، ومن جهة أخرى يكون البائع ضامنا للعيب الى حين تحقق الشرط في حال كان عقد البيع تحت شرط تعليق

أما في البيع لأجل فالعكس لا يكون البائع ضامنا في البيوع الحاصلة بين تاريخ العقد واستلام البضاعة الا اذا وجود الخطأ ناتج من طرف البائع²

وخلاصة القول هنا أن البائع يكون ضامنا للعيوب التي تحصل سواء بعد التسليم أو بعد انتقال الملكية اذا كانت هذه العيوب تنتمي بأصولها أو بعوامل وجودها الى ما قبل التسليم ومن أمثلة ذلك بيع حيوان به جرثومة المرض قبل تسليمه للمشتري ثم يحدث المرض بعد التسليم وهنا البائع مسؤول بالضمان اذا اثبت المشتري أن العيب الحاصل سببه قبل التسليم، كذلك بالنسبة للخشب اذا وجد بها سوس تم انتشاره بعد التسليم فهنا يصبح العيب قديماً وبالتالي ضمان البائع للمبيع بعد التسليم يصبح محتملاً³.

ولكن اعتبار العيب قديماً إذا كان موجوداً بعد التسليم هل يعني بذلك إعفاء البائع تماماً من المسؤولية تجاه المشتري؟

بالرجوع إلى نص المادة 177 من القانون المدني الجزائري بقولها "يجوز للقاضي أن ينقص مقدار التعويض أو لا يحكم بالتعويض، إذا كان الدائن بخطئه قد اشترك في احداث الضرر أوزاد فيه" ونفس النص بالنسبة للقانون المصري.

بمعنى أنه اذا وجد بالمبيع عيب راجع أصله قبل التسليم بالنسبة للقوانين التي تأخذ بوقت التسليم كأساس لضمان العيب الخفي أو وقت البيع أو وقت الافراز بالنسبة للقوانين التي تعتمد على انتقال الملكية كأساس للضمان ولكن كان انتشاره فيما بعد وجب ألا يكون سبب انتشاره راجع الى المشتري، بمعنى آخر

¹ مأخوذة من الهامش رقم 1 للدكتور عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، البيع والمقايضة المرجع

السابق، ص 723 / الدكتور اسعد دياب، المرجع السابق، صفحة 82

² الدكتور اسعد دياب، المرجع السابق، صفحة 80

³ الدكتور حسن فرج، المرجع السابق، ص 723

لولا المشتري ما كان المبيع وصل الى الحد الذي وصل اليه من التعفن مثلا لوبدل في حفظه بعد تسلمه عناية الرجل العادي، أولم يتم اتخاذ الاحتياطات اللازمة من طرف المشتري لتفادي ظهور العيب، أو عدم استعمال المبيع بطريقة سليمة بعد احترام قواعد الاستعمال الصحيح والمشار اليه من طرف البائع مثلا، أو تصرفه بشكل يتلف الشيء المبيع¹، فإذا كانت السيارة قد لحقها عيب معين، لم تظهر نتائجه إلا بصورة تدريجية بعد التسليم وتشغيل السيارة لعدة آلاف من الكيلومترات، فإن البائع يظل ملزما بالضمان².

فالعبرة في ذلك بوجود أصل العيب أو مصدره في وقت سابق على التسليم حتى ولو لم تظهر نتائج هذا العيب إلا في وقت لاحق، حيث تكون حالة المبيع وقت التسليم مخالفة للحالة التي تفي بالغرض المقصود وبالتالي يلزم البائع بالضمان³.

ويتم إعمال هذه القاعدة في البيوع المعينة بالنوع كبيع سيارة جديدة دون تعيينها بالذات وقت العقد، حيث لا تتحدد ذاتية المبيع إلا في وقت لاحق على العقد، وقد يتعاصر الإفراز والتسليم، ولا مجال بالتالي لاشتراط أسبقية العيب على إبرام العقد وذلك في القانون الفرنسي وقلنا عن السيارات الجديدة لأن السيارات المستعملة تعتبر من البيوع المعينة بالذات والتي يعتد وجوب وجود العيب فيها وقت البيع⁴.

والواقع أن مسألة تحميل البائع أو المشتري لمسؤولية الضمان تعتمد في النهاية على تحديد سبب العيب وهذا التحديد يرجع إلى القضاء

فإذا تبين أن المشتري لم يبذل عناية الرجل العادي جاز للقاضي توزيع المسؤولية بين البائع والمشتري⁵ طبقا لقواعد الخطأ المشترك كما يجوز للقاضي أن يقوم بتخفيض الضمان بمقدار مساهمة خطأ المشتري في تفاقم أثر العيب⁶.

كما يمكن أن يعفى البائع من التعويض وهذا ما جاءت به المادة 177 السالفة الذكر⁷ وكل هذا راجع إلى اتساع التزام المشتري بالعناية وبالتالي التضييق من نطاق ضمان العيب الخفي⁸.

¹ الدكتور أسعد دياب، المرجع السابق، ص 82 / الدكتور محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 375.

² الدكتور أحمد شوقي محمد عبد الرحمن، المرجع السابق، صفحة 40

³ نفس المرجع والموضع السابقين.

⁴ احمد شوقي محمد عبد الرحمن، المرجع السابق، ص 40 / الدكتور اسعد دياب، المرجع السابق، ص 80

⁵ وهذا ما جاء به الدكتور السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، البيع والمقايضة، المرجع السابق، ص 723

⁶ الدكتور جعفر الفضلي، الوجيز في العقود (البيع والإيجار والمقايضة)، دراسة في ضوء التطور القانوني، معززة بالقرارات

القضائية، مكتبة الثقافة للنشر والتوزيع، دون طبعة، الأردن، 1977، ص 133

⁷ الدكتور محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، عقد البيع والمقايضة، المرجع السابق، ص 375

⁸ الدكتور جعفر الفضلي، المرجع السابق، ص 133

وعند الرجوع الى استمرارية قدم العيب الى حين رفع الدعوى فنجد أن بعض الفقه الفرنسي يشترط أن يكون العيب سابقا على انتقال الملكية لا سابقا على البيع¹

ولكن ما يهمنا هنا سواء قيل بوجود توافق شرط القدم في العيب وقت انتقال الملكية أو وقت التسليم فإنه يجب أن يستمر قائما إلى وقت رفع الدعوى وإلا حكم بعدم قبولها، ويقع إثبات قدم العيب خفي على المشتري لأن الاصل في البيوع سلامتها، والاثبات على من يدعي، وهذه كقاعدة عامة

لكن هناك من اعفى الدائن من الاثبات وهو ما قمت به بعض المحاكم من خلال تحليلهم لبعض العبارات وردت في العقد مثلا اذا ورد أن "محرك السيارة بحالة جد جيدة"

ولكن ما نراه أن هذا مخاف للمبدأ العام وهو غير منطقي وكان نقاده أكثر منهم العميد كورني الذي صرح بأن الدائن هنا هو من يقع على عاتقه عبئ الاثبات حتى وان كان بصدد تحقيق غاية يبقى ملزما بالاثبات لأنه كما ذكرنا هو من يدعي.

أما عند الرجوع لما هو معمول به في حاضرتنا نجد أن الاستعانة بالخبير هي أحسن طريقة لتحديد تاريخ نشوء العيب².

فالمشتري ملزم باثبات أسبقية العيب على تسلمه للسيارة المعيبة وذلك باعتبار أن هو من يدعي ذلك وله الإستعانة بجميع طرق الاثبات لأنها بطبيعة الحال تمثل لنا واقعة مادية وقد يتم في كثير من الاحيان الاستعانة بخبير لتحديد نشوء العيب في السيارة المباعة وما على الخبير هنا إلا تقديم تقرير مفصل يقر فيه ويؤكد على أن العيب نشأ وكان موجودا في وقت سابق على التسليم³.

وسنأخذ كنموذج في تحديد قدم العيب السيارات المستعملة والجديدة:

ففي السيارات المستعملة قد يستدل المشتري من طبيعة العيب بذاته الموجود بالسيارة أسبقيته نشوئه على التسليم مثل إيجاد آثار إصلاحات سيئة بسبب حادث تعرضت له السيارة المستعملة.

كما يمكن أن تكون هذه العيوب لاحقة على التسليم ولكن مسؤولية البائع هنا تتوقف على مدى نجاح المشتري في إثبات وجود أصل العيب في وقت التسليم، أي أن العيب كان موجودا حقيقتا قبل التسليم.

¹ Levy "recherché sur quelques aspects de la garantie des vices cachés dans la vente des véhicules neufs et d'occasion "rev.trim.de droit civil 1970 p.18

² الدكتور اسعد دياب، المرجع السابق، ص 82-83

³ نقض مدني مصري 26 يناير سنة 1967، مجموعة النقض المدنية، س 18، ص 264

وهذا يتحقق بطبيعة الحال في حالة ما إذا لم ترجع هذه العيوب إلى إهمال من المشتري وسوء تشغيله للسيارة، أو قد اخطأ في التعليمات التي تحدد الاستعمال.

ولكن رغم هذا إلا ان قد تتحقق مصلحة البائع في اثبات خطأ المشتري في استعماله للسيارة وخاصة إذا كان مظهر السيارة الخارجي عائد بالقدم العيب عند التسليم.

وعلى هذا الأساس فإن السيارات المستعملة تعتبر من البيوع المعينة بالذات والأصل أن المشتري يتحمل عبء إثبات حالة السيارة عند التسليم ومع ذلك يمكن ان يكون المشتري مساهماً بطريقة أو بأخرى في اظهار هذا العيب القديم مما يؤدي الى تخفيف المسؤولية على البائع وذلك بقدر مساهمته بخطئه في ذلك¹

وعلى هذا الأساس يجب على المشتري أخذ الحيطة والحذر والعناية عند استعماله للسيارة المستعملة

اما اثبات قدم العيب في السيارة الجديدة فيستند ذلك على تقرير الخبير في تحديد ما اذا كان الأمر يتعلق بعيب في تصميم أجزاء السيارة أو تصنيعها وبالتالي اذا كان تقرير الخبير يقر بخلو هذه السيارة الجديدة من العيوب المذكورة فإن العيب يرجع الى سوء تشغيل السيارة ولا مسؤولية للبائع بضمان هذه العيوب. اما اذا تبين أن جزءاً من العيب تسبب فيه المشتري فهنا مسؤولية البائع جزئية²

اذن يقع عبء الاثبات على المشتري سواء كان العيب الخفي وقت البيع أو وقت التسليم حسب القوانين ويكفي ان يثبت أن العيب كان موجوداً من حيث الأصل، ولا يمتد الى اثبات ما بلغه في ذلك الوقت، ثم انتشر فيما بعدج التسليم أو البيع ذلك أن شرط وجود العيب في الوقت المعين شرط لقبول الدعوى³ وهذا ما دعى بالمشروع ايقاع عبء اثبات العيب على المشتري بالدرجة الأولى.

¹ كما جاء في نص المادة 216 من القانون المدني المصري بأنه " يجوز للفاضي أن ينقص مقدار التعويض أولاً بحكم

بتعويض ما، إذا كان الدائن بخطئه قد اشترك في إحداث الضرر أوزاد فيه "

² الدكتور أحمد شوقي محمد عبد الرحمن، المرجع السابق، ص 32-33-34.

³ الدكتور توفيق حسين فرج، عقد البيع والمقايضة، المرجع السابق، ص 445

الفرع الثاني: أن يكون العيب مؤثر

إشترط العيب المؤثر يعني أنه لا ضمان اذا كان العيب لا ينقص من الانتفاع بصفة جدية¹ أي أن العيب لا يرتب ضمان البائع إلا إذا أثبت أنه ينقص من قيمة المبيع نقصا محسوسا أو يصبح غير صالح فيما أعد له حسب نوعه أو بمقتضى العقد².

لكن السؤال المطروح هنا هو معرفة المقصود بالتنقيص من قيمة المبيع فهل يعتمد مقياس ذاتي أم معيار موضوعي؟ أي هل تعتبر القيمة المجردة للمبيع أم قيمته في نظر المشتري؟ وما العيب الذي يمكن اعتباره مؤثر وما العيب الذي لا يمكن اعتباره كذلك وهل يكفي بالقول المجرد من جهة المشتري لاعتبار العيب مؤثرا فنقيم الحد على البائع ونلزمه بالضمان ' أم أن هناك قاعدة قانونية يخضع لها طرفي العقد وتكون معيارا فاصلا وحاميا لحقوق كل من الطرفين؟

قبل تحليل ما ورد نجد أن للعيب مفهومين مختلفان أحدهما ضيق والآخر واسع فالقاعدة بالنسبة للمفهوم الأول اعتبار كل نقصان عيبا ومن ثم يتم البحث عن مدى تأثيره في قيمة المبيع أو استعماله فكل فساد في البضاعة بصرف النظر عن مدى تأثيره على الاستعمال ' أما المفهوم الواسع فلا يعتبر العيب عيبا بالمعنى القانوني إلا انطلاقا من مدى تأثيره على الاستعمال أو القيمة بحيث يندمج العيب وتأثيره في شرط واحد أو عمل قانوني واحد.

فالأول يعتمد على المفهوم التجريدي للعيب والذي يعتمد في تفسيره على أن لعدم صلاحية الاستعمال والنقيصة شرطان متميزان كالتميز بين السبب والنتيجة أو بين الغلط والضرر في حقل المسؤولية المدنية حيث لا موجب لوجود الضرر دون تحقق الضرر.

أما المفهوم الواسع فيعتمد على مدى تأثير العيب في الاستعمال أو القيمة بحيث يندمج العيب وتأثيره في شرط واحد أو عمل قانوني واحد ومن هنا يمكن القول بأن العيب يباخذ شكله القانوني الصحيح وكما قال عنه زيره في تعريفه للعيب بأنه " الفعل المعطل للاستعمال"³.

¹ الدكتور خليفة الخروبي، قانون مدني (العقود المسماة، الوكالة، البيع والمعارضة، الكراء، الهبة) مجمع الأطرش للكتاب المختص، طبعة ثانية، تونس، 2013، صفحة 214

² الدكتور عبد الله الأحمد، قانون مدني العقود الخاصة، 1 البيع، مركز الدراسات، الطبعة الأولى، تونس، 1991 صفحة 340.

³ مؤخوذة من التهميش رقم 1 من كتاب الدكتور أسعد دياب، المرجع السابق، صفحة 56

وبهذا يؤخذ العيب مفهوماً وظيفياً ويتسع لتشكّل كل حالة معينة عيباً يمكن اعتبارها كذلك إذا كان من شأنها الاستعمال وهذا ما لا يؤخذ به في نظر المفهوم الضيق.

حيث يتبين لنا أن عدم قابلية الشيء للاستعمال ليس نتيجة جسامة العيب ولكن هذه الجسامة هي نتيجة عدم القابلية¹.

وهذا ما ينفي العيب الذي يؤثر على مزاج المشتري أي لا يعتد به، وإنما يقتضي أن يؤثر تأثيراً جسيماً على القيمة أو على الاستعمال، بمعنى آخر عند وجود العيب بدون التأثير فهذا لا يدل على انتفاء العيب وإنما يدل على أن الضمان غير لازم².

ومن هنا نجد أن المفهوم المأخوذ به هو المفهوم الوظيفي والواسع النطاق والمتداول فقهيًا وذلك تحت عبارات مختلفة "العيب المضر بمنفعة الشيء"³ و"على درجة الجسامة"⁴ و"يكون العيب بحيث يصبح المبيع غير صالح للعمل بصورة طبيعية"⁵ لأن المفهوم المجرد للعيب يتنافى والواقع الاقتصادي ويفتقر إلى المرونة التي تساعد على الاستجابة لتحسين سير المعاملات وهذا ما سعى إليه المفهوم الوظيفي الذي يعتبر العيب هو ذلك الذي يتعارض والآمال التي كان المشتري يبتغي تحقيقها من عقد البيع، فالمشتري لا يعقد عقد البيع بنية الحيازة وإنما يدفعه إلى ذلك رغبته بالانتفاع به، فالحيازة هنا ليست سوى وسيلة لتحقيق هذا الهدف الأساسي المنشود، في حين أن صفة العيب يكتسبها من تبعيته للاستعمال لأن العيب هنا يؤثر تأثيراً واضحاً ومباشراً على الاستعمال ولذلك سمي بالعيب الوظيفي⁶ فعند النظر إلى مصدر بضاعة مشتراً ونجد أن

¹"ce n'est pas l'inaptitude de l'objet qui est la conséquence de la gravité du vice mais bel et bien la gravité qui dépend de l'inaptitude"

هذا القول لـ زيره، أشار إلى ذلك الدكتور أسعد دياب، ضمان العيوب الخفية، المرجع السابق، صفحة 56، تهميش رقم 2. مثل وجود كمية من الطحين ذي رائحة كريهة فهذا طبعاً يشكل عيباً في المبيع يجعله غير صالح للاستعمال مما يؤثر على مصير العقد، لكن إذا كان الطحين معداً لصناعة لا تؤثر فيها الرائحة، فالعيب يبقى عيباً ولكنه لا يؤثر على المنفعة الاقتصادية للبضاعة ولا تأثير له بالتالي على قيام ضمان العيب الدكتور أسعد دياب، المرجع السابق، صفحة 56.

³Ripert et boulangier traité de droit civil d'après le traité de planiol 4 vol 1956-1959 n 2478

مؤخدة من التهميش رقم 3 من كتاب الدكتور أسعد دياب، ضمان العيوب الخفية، ص 56.

⁴ بيدان الجزء رقم 9 رقم 254 مأخوذة من التهميش رقم 1 من نفس المرجع السابق، صفحة 57

⁵ La chose n'est plus apte à fonctionner normalement

" بلانيول وريبير الجزء 10 رقم 129 مؤخدة من نفس المرجع السابق، ومن نفس الصفحة.

⁶ فقد اعتبر الاجتهاد القضائي الفرنسي أن شراء صفائح نحاسية ثم الرجوع إلى نفس المحل لشراء كمية من المسامير من نفس البائع لكن بشرط تثبيت تلك الصفائح بها لصناعة سفينة ثم يتبين عدم صلاحيتها للاستعمال معاً، هنا يجوز للمشتري المطالبة بضمان العيب سيما وأن البائع كان مطلعاً على الغاية المرجوة من العقد وقد أقر الضمان في هذه الحالة بالرغم من عدم وجود

إدخال هذه البضاعة لبلد المستورد ممنوعا وذلك بسبب المصدر، فهذا يشكل عيبا موجب للضمان في حين أنه لو صدرت نفس البضاعة الى بلد لا يكون دخولها لها ممنوعا لا يؤثر ذلك على مصير العقد، فالمصدر هنا إذا أخذناه بحد ذاته أي دون تدخل ظرف آخر لا يشكل عيبا.¹

وبهذا نستخلص أن المفهوم الوظيفي هو الساري المفعول وكون القانون أوجب بحسب المفهوم الوظيفي أن يكون العيب على قدر من الجسامة لجهة التأثير على قيمة المبيع أولجهة الاستعمال لأن العيب المؤثر له درجات متفاوتة حسب ما ذهب إليه بعض الشراح في القانون الفرنسي يجعل هذا الشرط له وجهين الأول أن يكون العيب منتقضا من المنفعة بالشيء والثاني أن يكون على درجة معينة من الجسامة بحيث استلزم أن يكون من شأن العيب أن ينقص من قيمة الشيء أو من نفعه بحسب طبيعته أو بمقتضى العقد أو الغرض الذي أعد له.

وذلك لأن العيب قد ينقص من قيمة الشيء دون أن يؤثر على نفعه كون سيارة صالحة لتأدية وظائفها وكل الأغراض المرجوة منها، إلا أن بصندوق السيارة عيب أو عيب بغطائها الخارجي أو بمقاعدتها فمثل هذه العيوب يؤثر على قيمة السيارة يعني يتعلق بقيمة الشيء المادية ولا تأثير له على نفعه والبائع هنا ملزم بالضمان²، كما يمكن أن يكون العيب دون تأثيره على القيمة المادية وإنما التأثير هنا على النفع المرجو من المبيع، بحيث لو علم المشتري أمره عند التعاقد لما انقص من قيمة المبيع ولكن رغم عدم تأثيره على قيمة الشيء المبيع يبقى البائع مسؤولا عن الضمان وذلك لفوات بعض المنافع المقصودة ولا يمنع من اعتبار المنافع مقصودة كونها من المنافع الكمالية للشيء المبيع مثل شراء آلة ميكانيكية بها عيب يؤثر على منافعها التي قصدتها المشتري دون أن يكون له أدنى تأثير على قيمتها المادية.³

أي عيب في كل مادة لو أخذت بصورة منفردة ومنعزل عن وحدة الصفقة تمييز فرنسي 1859/1/4 وخوذة من تهميش رقم 1 من نفس المرجع و صفحة 58

¹ هذا ماجاء به حكم لمحكمة باريس جاء في إحدى حيثياتها أن وجهة الاستعمال هي التي تؤثر على قيام ضمان العيب

"considérant que si aucun rendement n'a été promis K il est certain au moins que les qualités de la marchandise étaient déterminées par l'emploi tinctorial qu'elle devait recevoir et que c'est l'impossibilité de cet emploi dans les conditions industrielles qui légalement vicie le contrat" - paris 19 juin 1880 rec jur.de havr e 1880 -11-25 3

² الدكتور رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص 384 والدكتور جعفر الفضلي، المرجع السابق، ص 128.

³ الدكتور علي حسن بخيره، المرجع السابق، - ص 13 / الدكتور أسعد دياب، المرجع السابق، ص 55 والدكتور السنهوري

الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، البيع والمقايضة، المرجع السابق، ص 718

وللعلم هنالك فرق بين القيمة والثمن هو ما اتفق عليه المتعاقدان وما يكون من التزامات المشتري نحو البائع ويدخل في تحديده كما قال علي حسن بخيرة بعض العوامل الشخصية أما القيمة فهي المقدار المساوي لما هو في السوق بمعنى ما تساويه السلعة في السوق وفقا لقواعد العرض والطلب ولا دخل للعوامل الشخصية هنا¹

حيث كان رأي فقهاء المذهب الحنفي منهم ابن عابدين في حاشيته إلى أن الثمن والقيمة مترادفين في هذا المجال، لهذا فإن العيب هو ما ينقص قيمة المبيع بحيث ينقص ثمنه الذي ابتاعه المشتري به وبناء عليه فإن العيب إذا كان من شأنه أن يؤدي إلى إنقاص من قيمة المبيع دون التأثير على ثمنه، فإن خيار العيب لا يثبت للمشتري لعدم تضرره نظرا لكونه قد اشترى المبيع بأقل من قيمته معيبا².

إذا فالعيب الموجب للضمان هو العيب الذي يقع في مادة الشيء المبيع بحيث يجب أن يكون بالمبيع عيب ينقص من قيمته، أو من نفعه بحسب الغاية المقصودة مستفادة مما هو مبين في العقد أو مما هو ظاهر من طبيعة الشيء أو الغرض الذي أعد له³.

فالعيب إذن قد يكون من شأنه أن ينقص من قيمة الشيء المادية أو من نفعه المادي، وقيمة الشيء ونفعه أمران مختلفان كما سبق الذكر وهذا يستدعي منا البحث في كلتا الحالتين:

1- نقص قيمة الشيء المبيع:

النقص في القيمة يقصد به طبعا النقص الناجم عن العيب الاحق بالمبيع وليس عن تقلبات الأسعار هذا من جهة، ومن جهة أخرى النقص في القيمة متميز عن النقص في مقدار المبيع لأن هذا الأخير يؤدي

¹ هنالك بعض الفقهاء يرون أنه للأخذ بالعيب بمعناه الصحيح والقانوني يجب أن يكون العيب في نفس الوقت منقضا لقيمة المبيع وللثمن الذي دفعه المشتري يعني لا وجود لشرط واحد الثمن والقيمة. وهذا يبقى مجرد رأي فقهي لأن القاضي سواء في الرأي السابق أو هذا من الصعب عليه الاعتماد على إرادة المتعاقدين لتقدير القيمة كما يصعب معرفتها عن طريق الغرض المعد له الشيء الدكتور علي حسن بخيره، المرجع السابق، صفحة، 13-14

² الدكتور عبد الناصر توفيق العطار، مقال العيب وشروط ضمانه في القانون المصري، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية جامعة عين الشمس، العدد الثاني، 1971، ص 468

³ الدكتور عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، العقود التي تقع على الملكية البيع، المرجع

الى اعتبار البائع مخلا بموجب تسليم المقدار أو الكمية المتفق عليه، في حين أنه بالنسبة للنقص في القيمة يكون تسليم الكمية المتفق عليها قد حصل ولكن عيبا في المبيع يؤثر في قيمته دون مقداره¹.

ويكون رجوع المشتري على البائع بالاستناد على القواعد العامة في فسخ العقد لعدم التزام البائع بالتسليم في حين كان الاخلال في قيمة المبيع يكون الرجوع على البائع بالضمان.

أما عند الرجوع إلى الفقه الإسلامي فنجد أن العيب يكون مؤثرا في قيمة المبيع اذا كان من شأنه أن يوجب نقصان الثمن في عادة التجار نقصانا فاحشا ليس يسيرا كعيوب العمى والعمور والحوالز العشا والبرص والقراع والصلع والشلل وسائر الأمراض المؤثرة في الرقيق وكانت هنالك عدة آراء جاءت من قبل الفقهاء ولكن معظمها كانت تكمل بعضها البعض حيث ان العيب اذا كان لا ينقص من قيمة الشيء المبيع بين التجار فإنه لا يؤدي الى ثبوت الخيار، كما اذا وجد خط بسيط في هامش الكتاب أو خدش خفيف في جلده وذلك لأن مثل هذه العيوب البسيطة لا تلحق ضررا بالمشتري لكونها لا تنقص من قيمة الشيء لدى أهل الخبرة وهم التجار في هذا المجال².

حيث ذهب الحنابلة والحنفية إلى اعتبار أن النقص في القيمة ركنا من أركان العيب التي يؤدي تخلفها إلى ثبوت الخيار للمشتري واعتمدوا في تقدير هذا النقص على معيار موضوعي³ محض يقوم على أساس الاعتداد برأي أهل الخبرة أو كما قال الحنابلة بوجود الاعتداد بأهل الشأن و، وتزداد موضوعية المعيار وضوحا بالرجوع إلى النصوص القانونية منها أو المصرية⁴

¹ قد جاء في المادة 428 موجبات وعقود والتي تعني العيوب وما تأيد بقرار لمحكمة التمييز اللبنانية جاء فيه " إن النقص ابتسليم بعض المتفق عليها لا يعتبر من عيوب المبيع أو نقائصه الذاتية ولا يخضع بالتالي لأية مهلة قانونية ولا تطبق عليه أحكام المادتين 440 و446 موجبات وعقود والتي تنص بدورها على أن " العيب الذي يضمنه البائع هو الذي ينقص من قيمة المبيع أو من نفعه بحسب الغاية المقصودة مستفادة مما هو مبين في العقد أو مما هو ظاهر من طبيعة الشيء أو الغرض الذي أعد له " الدكتور أسعد دياب، المرجع السابق، ص 59

² الدكتور مصطفى أحمد الزرقاء، العقود المسماة، عقد البيع، مطابع فتي العرب، دمشق، الطبعة السادسة، 1965، ص 196.

³ "ويرجع في تقدير ذلك الى معيار مادي فينظر الى قصد المتعاقدين كما هو مبين في العقد - أي الإرادة الظاهرة - الى طبيعة الشيء، والى الغرض الذي أعد له - فيعتبر أن هناك عيبا مؤثرا إذا خلا المبيع من صفة قرر البائع أنها موجودة فيه "المذكورة الايضاحية للمشروع التمهيدي، مجموعة الأعمال التحضيرية 4 ص 110 أشار إليه الدكتور عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، البيع، المرجع السابق، ص 718، الهامش رقم 1

⁴ الفقرة الأولى من المادة 447 مدني مصري يشترط أن يكون بالمبيع عيب ينقص من قيمته أو من نفعه بحسب الغاية مستفادة مما هو مبين في العقد أو مما هو ظاهر من طبيعة الشيء أو الغرض الذي أعد له "

ولكن رغم ذلك نجد أقوالا في نفس المذهب ولكن توهم بخلاف ذلك مثل ما جاء به ابن المفلق من الحنابلة في صياغة قد يفهم منها أن العيب اليسير يأخذ حكم العيب الفاحش، حيث أنه ذهب الى أن يسير العيب كالكثير، والذي يقصد به في تفسير البعض لها أن النقص اليسير في الثمن كالنقص الكثير في قيام أحكام العيب عليه، مما ينفي الالتزام بالضمان في حال عدم تأثير العيب على قيمة الشيء لدى الحنابلة¹ أما صاحب الفتاوى الهندية من الحنفية فقد ذهب الى أن ه من اشترى شيئا ولم يعلم بالعيب وقت الشراء ولا قبل الشراء وكان العيب يسيرا أو فاحش فله الخيار إن شاء رضي بجميع الثمن وإن شاء رده².

وقد كان هنالك انتقاد وتفسير لرأي هذين المذهبيين ومنه ما ذهب إليه الدكتور اسماعيل كاضم العيساوي في حديثه عن النقص في القيمة كشرط من شروط قيام الالتزام بالضمان موضحا أن كلا من صاحب الفتاوى الهندية وابن المفلق يقصدان العيب بمفهومه اللغوي³.

كما أن المذهب المالكي كان له نفس رأي المذهب الحنفي والحنابلة باعتبار النقص في قيمة الشيء المبيع شرط من شروط العيب الموجب للضمان والتي لا يقوم الخيار دونها ولكن مصب اهتمامهم كان على العقارات بحيث صاغوا الأشياء الثابتة⁴ لا ترد بالعيب الذي يؤدي إلى الإنقاص من قيمة الشيء المبيع نقصانا يسيرا وإنما يجب على البائع أن يضمن قيمة العيب للمشتري على أساس أن العقارات وما في حكمها لا تخلوا من العيوب فلو تم ردها بالقليل لأدى ذلك الى إلحاق الضرر بالبائع وللتوضيح أكثر نجد أن المذهب المالكي قد جاء بثلاث عيوب على أساس درجة التأثير لكل عيب:

الأول: العيب اليسير الذي لا ينقص القيمة وهو العيب الغير مؤثر

الثاني: العيب اليسير الذي ينقص القيمة ويوجب الارش

الثالث: وهو العيب الفاحش الذي يستوجب الرد

¹ الدكتور كاضم العيساوي، المرجع السابق، ص 83

² الفتاوى الهندية العالمية، المرجع السابق، ص 66 وأبو الحسن علي بن سليمان المرادوي، الفروع لعلاء الدين أبو الحسن علي بن سليمان المرادوي، الطبعة الثانية، بيروت، عالم الكتب، 1389 هجرية، ص 104 / قد اشارت اليها الدكتورة سعدي فتيحة، المرجع السابق، ص 102.

³ الدكتور كاضم العيساوي، المرجع السابق، ص 81

⁴ كاللور والنفادق والحمامات والمصانع والمخازن التجارية

وهذا يعني أن العيب يكون مؤثرا لدى الفقه المالكي متى انقص من قيمة المبيع سواء كان الانقاص يسيرا أم فاحشا بمعنى كثيرا، وغير ذلك فلا يستوجب الضمان لأن ما لا ينقص من قيمة المبيع يعد غير مؤثر¹.

كما قد عرفه قدامة العيوب الموجبة للضمان بكونها النقائص الموجبة لنقص المالية في عرف التجار لأن المبيع إنما صار محلا للعقد باعتبار صفته المالية، فما يوجب نقصها يكون عيبا².
لكن ما الموقف الذي اعتمده الشافعية في ذلك؟ هل كان رأيها من رأي المذاهب الأخرى أم كان مغايرا؟

كان للشافعية وضع العيب الموجب للضمان شروط وقيود يتم المرور بها لاعتبار عيبا يمنح للمشتري حق الخيار حيث كان الشرط الأول أن يؤدي النقص في عين الشيء المبيع أو قيمته إلى الحيلولة دون تحقيق الغرض الصحيح، والشرط الثاني أن يغلب في جنس المبيع عدمه والمعيار المعتمد عليه في الشرط الأول هو معيار موضوعي لأنه يتعين الرجوع في ذلك إلى الغرض العام الذي يهدف إلى تحقيقه المشتري العادي³.

ولكن ما يستوجب الالتفات له بالنسبة للشرط الأول التفرقة بين غاية المشتري المراد تحقيقها لأن هنالك غاية واضحة ومعلومة حيث يجب الأخذ في هذه الحالة برغبة المشتري وهنالك غاية مجهولة يجب اللجوء إلى قياس الغرض المراد تحقيقه بالنظر إلى معيار موضوعي⁴.

وما كان محطا لأنظار مجموعة من الدكاترة منهم الدكتور كاظم العيساوي في تحليله لموقف الشافعية بوجود إنقاص العيب للعين أو القيمة نقصانا يفوت به غرض صحيح متسائلا عما إذا كان يقصد بفوات الغرض النقص في العين فقط أم أنه يتعداه ليشمل العين والقيمة معا.

في هذا انقسم الفقه الشافعي إلى فريقين ذهب أولهما إلى أن الأمر يتعلق بنقص في العين فقط وهذا يعني أن أي نقص في القيمة يفوت به الغرض ويتحقق به شرط التأثير الذي ينتفي لدى الفريق الثاني

¹ الدكتور اسماعيل كاظم العيساوي، أحكام العيب في الفقه الإسلامي، دار عمار بالأردن، ودار البيارق بلبنان، الطبعة الأولى، 1998، ص 83 والدكتور سكمال المجاجي، أحكام عقد البيع في الفقه الإسلامي المالكي، دار ابن حزم، بيروت لبنان، الطبعة الأولى، 2001، ص 266

² موفق الدين أبو محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي المرجع السابق، ص 243.

³ الدكتور عبد الناصر توفيق العطار، المرجع السابق ص 472 وحاشيتا القيلوني وعميرة، المرجع السابق، ص 66.

⁴ الدكتور صاحب عبيد الفتلاوي، المرجع السابق، ص 63.

المتمسك بأن فوات الغرض الصحيح قيد في العين والقيمة معا وهذا يعني وجوب وضع قيد للنقض في القيمة وعدم ثبوت خيار العيب إذا كان النقص يسيرا وهو ما يتسامح فيه¹

أما عند الرجوع إلى القانون الجزائري ومن خلال نص المادة 379 من القانون المدني الجزائري² نجد أن البائع لا يضمن العيب إلا إذا كان مؤثرا أي على قدر من الجسامة، وتقدير الجسامة متروك لقاضي الموضوع يفصل فيه حسب المعايير الموضوعية لا الشخصية³ فينظر إلى قصد المتعاقدين كما هو مبين في العقد أي الإرادة الظاهرة لا إلى الإرادة الحقيقية لكل من المتعاقدين وإلى طبيعة الشيء وإلى الغرض الذي أعد له بوجه عام، لا إلى الغرض الخاص الذي كان ينوي المشتري أن يستعمله يكن قد اعلم البائع بهذا الغرض⁴ وهذا يعني أن المشرع الجزائري قد تأثر بموقف الفقه الإسلامي لاعتماده النقص يسيرا وفاحشا والنقص اليسير والفاحش في معناه في القانون الجزائري حسب ما ذهب إليه الفقه العربي أن عدم التصريح بدرجة جسامة العيوب الموجبة للضمان في بعض التشريعات مثل التشريع الجزائري بأن العيب لا يعتبر مؤثرا إلا إذا بلغ حدا من الجسامة بحيث لو علم به المشتري لما أقدم على إبرام العقد أولما دفع في الشيء المبيع إلا ثمنا أقل، أما إذا كان العيب دون هذا القدر من الجسامة فإنه يعتبر تافها والتافه يأخذ حكم المعدوم لا فرق في ذلك بين ما إذا كان يمس بقيمة المبيع أو ببنفعه⁵.

ومن خلال إستقرائنا لنص المادة 381 من القانون المدني الجزائري⁶ نجد أنها تحيلنا إلى نص المادة 376 في حالة إخطار المشتري للبائع بالعيب الموجود في المبيع في وقت المناسب نجد أن المادة المحال لها تنص عن حالة نزع اليد الجزئي عن المبيع وهذا ما يسمى بالاستحقاق الجزئي الذي يلزم البائع فيه بالضمان كما جاء نص المادة 375 من نفس القانون وهي المادة التي تنص على حالة الاستحقاق الكلي.

¹ الدكتور كاضم العيساوي، المرجع السابق، ص 83-84

² والتي تنص على أن "يكون البائع ملزما بالضمان إذا لم يشتمل المبيع على الصفات التي تعهد بوجودها وقت التسليم إلى المشتري أو إذا كان بالمبيع عيب ينقص من قيمته، أو من الانتفاع به بحسب الغاية المقصودة منه حسبما هو مذكور بعقد البيع، أو حسبما يظهر من طبيعته أو من استعماله.."

³ محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني (عقد البيع والمقايضة)، المرجع السابق، ص 376.

⁴ الدكتور سليمان مرقس، المرجع السابق، ص 401

⁵ الدكتور محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص 103.

⁶ تنص المادة 381 من القانون المدني الجزائري " إذا أخبر المشتري البائع بالعيب الموجود في المبيع في الوقت الملائم كان له الحق في المطالبة بالضمان وفقا للمادة 376 " من نفس القانون

إضافة إلى أن الفقرة الثانية من المادة 376 تنص على الخسارة التي لم تبلغ القدر من الجسامة الذي يصل إلى الاستحقاق الجزئي بمعنى اليسير فله الحق في المطالبة بالتعويض عن ما لحقه من ضرر .

من خلال هذه المادة نجد أن المشرع الجزائري قد أخذ بالعيب اليسير وكذا الفاحش أو كما سماه التشريع اللبناني النقص المحسوس في قيمة الشيء المبيع، وذلك من خلال أخذه بالاستحقاق الجزئي والكلي وما دون الاستحقاق الجزئي، وهذا بطبيعة الحال يجعل البائع نوعاً ما تحت رحمة المشتري في حالة ما إذا كان العيب غير مستحق للتعويض .

أما عند الرجوع إلى المشرع المدني المصري فنجد انه قد تأثر بالفقه الإسلامي وحذا ما حذاه التشريع الجزائري وذلك من خلال استقراء المادة 447 من القانون المدني المصري على أن نقص قيمة الشيء المبيع لوجود عيب به يجعل هذا العيب مؤثراً ويستتبع إلزام البائع بضمان العيب وذلك كأن يشتري أحد الأشخاص سيارة ويكتشف بعد استلامه أن هذه السيارة موديل قديم عن ما كان محددًا في عقد البيع، ففي هذه الحالة نجد أن اختلاف موديل السيارة حتى وإن لم تكن هذه السيارة قد استخدمت منذ يوم صناعتها يقلل من قيمة السيارة، وفي هذه الحالة يحق للمشتري بموجب هذا العيب أن يعود على البائع بالضمان حتى ولو لم يكن البائع عالماً بذلك العيب .

وكذا نفس المعيار معتمد وذلك لتحديد هذا النقص يترك لأرباب الخبرة والتجار وذلك لقدرتهم على تحديد النقص وقيمة وبذلك لا يترك مجالاً للمعيار الشخصي الذي قد يتعارض مع مبادئ العدالة والذي قد يؤدي إلى التلاعب بمصالح كل من المتعاقدين¹ وكذلك هذا ما هو متفق بين الفقهاء وعلماء القانون في أن المرجع لجميع المسائل القانونية غير الواضحة هو الشريعة الإسلامية والتي تقر بأن نقص القيمة لا يكون متعلقاً بنقص الثمن لأن العيب الخفي الذي ينقص من قيمة الشيء بدون أن ينقص من قيمته عند أهل الخبرة وأرباب التجارة لا يستوجب الضمان لأن المعيار المعتمد عليه عند فقهاء الشريعة الإسلامية هو نقص قيمة الشيء المبيع في عرف أهل الخبرة وأرباب هذه التجارة وكما ذهب الدكتور عمرو أحمد المنعم ديش في ذلك باتباع ما نص عليه القانون بأن البائع ملزم بالضمان.... إذا كان بالمبيع عيب ينقص من قيمته.... وذلك لأنه لا مجال لضمان العيب الخفي في حال كان النقص في ثمن السلعة دون المساس بقيمتها وذلك

¹ الدكتور عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد (البيع)، الجزء الرابع، ص 718 / الدكتور عمرو أحمد المنعم ديش، المرجع السابق، ص 53

لوجود طرق أخرى يمكن رد الحق بها مثل عيوب الرضا من تدليس، كما أن وقت التسليم هو الوقت المعمول به هنا وليس وقت البيع¹.

إذا المشرع المصري من خلال نص المادة 447 من قانونه المدني صرح على أن النقص في القيمة من شأنه أن يؤدي الى ثبوت التزام البائع بالضمان دون أن يستبعد صراحة الحالة التي يكون فيها النقص تافها شأنه في ذلك المشرع الجزائري من خلال نص المادة 379 مدني، شأنه كذلك شأن القانون الليبي من خلال نص المادة 1/436 من نفس القانون².

غير أن هنالك تشريعات أخرى ذهبت الى أكثر مما ذهب إليه التشريع الجزائري مثل التشريع المغربي من خلال نص المادة 549 من قانون الالتزامات والعقود على ضمان العيب الذي ينقص من قيمة الشيء المبيع، إضافة الى تقرير حرمان المشتري من الضمان في حال كان النقص يسيرا ينقص القيمة إذ أنه يشترط وجوب كون هذا النقص محسوسا شأنه في ذلك شأن المشرع اللبناني الذي ينص في المادة 442 من قانون الموجبات والعقود على ضمان البائع للنقص في القيمة مشترطا في ذلك أن لا يكون هذا النقص يسيرا لكن رغم الاختلاف بين الشرائع في حالة ما اذا كان المعمول هو النقص اليسير أو الفاحش، فإننا نجد الفقه الاسلامي كما سبق الذكر يقر ان العيب يكون مؤثرا في قيمة المبيع اذا كان من شأنه أن يوجب نقصان الثمن في عادة التجار نقصا فاحشا وليس يسيرا كعيوب العمى والعمور والحول والعشا والبرص والقراع والصلع والشلل وسائر الأمراض المؤثرة في الرقيق وهذا يستدعي البحث عن العيوب التي لا ضمان فيها وهذا سيتم التطرق اليه³.

2- نقص منفعة الشيء المبيع:

وهنا يختلف الأمر عما سبق لأن العيب الخفي يكون مؤثرا في الحالة التي يكون فيها العيب ينقص منفعة الشيء المبيع كأن يكون بالمبيع عيب ينقص من مدة صلاحية المبيع فهو لا يؤثر في قيمة المبيع وإنما في مدة الانتفاع به.

¹ محمود عبد الحكم رمضان الخن، المرجع السابق، ص 66/ الدكتورة ناجي ياقوت، العقود المسماة، ص 117 تم الإشارة إليها الدكتور عمرو أحمد عبد المنعم دبش، المرجع السابق، صفحة 54، هامش رقم 3.

² الدكتور محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، عقد البيع والمقايضة، المرجع السابق، ص 376

³ الدكتور عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، البيع، الجزء 4، المرجع السابق، الهامش رقم 1 ص 718.

وبالرجوع الى معظم القوانين نجد أن العيب المؤثر لا يكون مؤثر في حالة النقص في قيمة المبيع فقط وإنما يقوم إلتزام البائع بالضمان كذلك في حالة النقص في منفعة الشيء المبيع.

والمنفعة في الشيء المبيع حسب هذه النصوص كما جاء في القانون الجزائري في نص المادة 379¹ مدني والمادة 447² فقرة 1 من القانون المدني المصري حيث جاء فيها " يكون البائع ملزما بالضمان إذا كان بالمبيع عيب ينقص من قيمته أو من نفعه بحسب الغاية المقصودة مستفادة مما هو مبين في العقد أو مما هو ظاهر من طبيعة الشيء أو الغرض الذي أعد له ².

فالعيب هنا يقع مادة الشيء المبيع³، وقد ذهب فقهاء الشريعة الإسلامية الى أنه لقيام إلتزام البائع بضمان العيوب الخفية للمبيع أن يكون العيب المنقص للمنفعة تاما بحيث زيادة عن النقص المادي الذي يمس القيمة والذي يوجب الضمان نجد النقص المعنوي الذي يمس النقص في المنفعة في تحليلها لهم.

وقد ذهبوا فقهاء الشريعة الإسلامية في تفسيرهم لنقص المنفعة بالمنفعة الشرعية كذلك، وذلك لأن شراء شاة بها عيب بأذنها، وقد قيل عنه عيب لأن الغرض المرجو من هذه الشاة هو الأضحية، وذلك لإعتبار أن عيب يمس بمنفعة الشاري الشرعية لأن القطع في الأذن يعد عيب يحرمه من الأضحية بالرغم من أن لا يؤثر في مادة الشيء المبيع ⁴.

يتضح من رأي فقهاء الشريعة الإسلامية أن المعيار المعتمد هنا معيار موضوعي وليس شخصي فهل هو المعيار المعتمد من التشريعات ؟ وعند معظم الفقهاء ؟

من خلال إستقراءنا للمواد سواء في التشريع الجزائري أو التشريع المصري نجد هنالك ثلاث حالات حصر فيها العيب الموجب للضمان للقول بالنقص في منفعة الشيء المبيع بمعنى آخر تقاس بها وتحدد لنا المعنى الصحيح من المنافع وناحية تأثيره تحدد لنا معيار العيب المعتمد:

¹ تنص المادة 379 من القانون المدني الجزائري على ما يلي " يكون البائع ملزما بالضمان إذا لم يشمل المبيع على الصفات التي تعهد بوجودها وقت التسليم الى المشتري أو إذا كان بالمبيع عيب ينقص من قيمته، أو الانتفاع به بحسب الغاية المقصودة منه حسبما هو مذكور بعقد البيع أو حسبما يظهر من طبيعته أو استعماله...."

² محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، المرجع السابق، ص 376

³ الدكتور عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، البيع والمقايضة، المرجع السابق، ص 717

⁴ الفتاوى الهندية، المرجع السابق، ص 73

- تحديد المنافع بالرجوع الى العقد المبرم بين البائع والمشتري سواء كانت صريحة أو ضمنية

- تحديد المنافع بالرجوع الى طبيعة الشيء المبيع أو الى الغرض الذي أعد له الشيء المبيع.

أ- تحديد المنافع بالرجوع إلى العقد:

عند الرجوع الى العقد الذي نعني به توافق إرادتين أو أكثر على إحداث أثر قانوني، وبالتالي الاتفاق على تحديد آثار هذه الرابطة حيث لا يتم التزام على كل منهما إلا بما أراد الالتزام به، فالفرد حر في أن يتعاقد وفقا لما يريد وبالشروط التي يرتضيها والتي تعود عليه بالمنفعة¹، ومن هنا يمكن القول أن يحق للمشتري أن يعدد المنافع التي يرجوها من اقتنائه المبيع وذلك عن طريق اتفائه عليها مع البائع وإدراجها ضمن بنود العقد وبالتالي تخلف هذه الشروط يجيز الضمان على البائع.

لكن هذا لا يعني أن تكون هذه الشروط خارقة للعادة وبالتالي يصبح البائع تحت رحمة المشتري وإنما يجب أن تكون هذه الشروط شروط توفيقية ومقبولة بالنسبة للمتعاقدين.

إذا وضعت بنود بالعقد من طرف المشتري والغرض منها الانتفاع فيجب أن تكون محكمة وكذا شروط ترضي الطرفين وأن يكون لدى البائع علم بما أعد له هذا المبيع بمعنى الاستعمال المتوخى منه أو إمكانية علمه وكذا مشروعية هذا الاستعمال.

وبهذا نجد أن لتحديد الشروط هناك حدود يجب عدم اجتيازها لإستقرار المعاملات والتوفيق والطمأنينة في ما بين أطراف العقد وقد سائر الفقه والاجتهاد هذه الحدود المرسومة رغم انتقادها من طرف بعض الفقهاء منهم الفقيه مازو بالنسبة لشرط علم البائع بقوله إن عدم علم البائع أو علمه بالاستعمال المقصود من الشيء المبيع سواء، لأن في كلتا الحالتين يصبح ملزما بالضمان حتى وإن كان مبدأ حسن النية موجود.

المقصود من البنود الموجودة في العقد تكون خاصة لهذا نجد أنه يجب العلم بها من طرف البائع والا إعتبر هذا ظلم له هذا من جهة ومن جهة أخرى نجد منافع ومقاصد أخرى غير المنافع الموجودة في العقد لكنها منافع اعتيادية أو مألوفة يعني اعتادنا وجودها في استعمالات الشيء المبيع، وعلى هذا

¹ الدكتور محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزامات مصادر العقد، العقد والارادة المنفردة، المرجع السابق، ص 39.

الأساس نجد أن البائع لا يضمن العيب إلا إذا كان مؤثرا و تقدير تأثير العيب متروك لقضاة الموضوع باعتمادهم المعايير الموضوعية.

من هذا يتبين لنا وجود منافع خاصة موجودة بشرط من شروط العقد والذي اشترط علم البائع به ف شراء ساعة الغاية منها استعمالها في المباريات الرياضية وهي بعد ابرام العقد يتبين أنها ساعة عادية فهنا حد العلم يفصل بين الضمان من عدمه لأن المشتري قد اتجهت نيته الى الاستعمال الخاص وليس العادي ولا يكفي أن يعلم به المشتري فقط لأنه يعتبر خروج عن الاستعمال العادي للشيء المبيع ويصبح تخصيصا¹.

وكذا عند شراء مبنى الغرض منه تخزين آلات حديدية ثم تبين أن موقعه غير لائق لهذا الغرض وذلك لقربه من البحر وكذا جدرانه غير عازل، فإن هذا العيب يكون موجبا للضمان، اذ من شأنه أن يجعل المبيع غير صالح للاستعمال فيما أعد له طبقا لما هو مبين في العقد وعالم به البائع. رغم أن هذا المبنى يصلح للتخزين العادي مثلا²

إذا فقد يكون هذا الدافع وراء المشرع الجزائري والمشرعين الذين أدرجوا درجة الانتفاع بالشيء المبيع حسب الغاية المقصودة منه وفق بنود العقد للقول بضمان البائع للمشتري³، فمن يشتري منزلا الغرض منه تصنيع الفخار عن طريق تحويله إلى مصنع ويتبين أن جدران البناء ضعيفة لا تصلح بالمرّة لتحمل الآلات فهنا لا يمكن للمشتري الرجوع على البائع إن تبين أن هذا المنزل لا يصلح لذلك إلا في حالة إخطاره بذلك.

كذلك في حالة كان محل العقد حصان الغرض منه المشاركة في سباق بالأحصنة ولم يكن هذا الحصان مدربا على ذلك وإنما مخصص للركوب فقط فهنا لا يمكن الرجوع على البائع إن لم يكن قد أخطر البائع بهذا الغرض وأدرج هذا الشرط في العقد.

وهذا المعيار المأخوذ به هنا هو معيار موضوعي جعل العدالة والاستقرار في معاملات البيع في الشرائع الآخذة به⁴ بإلزام البائع بضمان العيب إذا كان من شأنه جعل المبيع غير صالح للاستعمال المعد له.

¹ الدكتور أسعد دياب ، المرجع السابق، ص 24 / الدكتور حسن فرج، المرجع السابق، ص 430.

² الدكتور حسن فرج، المرجع السابق، ص 430.

³ الدكتور مجدي صبحي خليل، المرجع السابق ، ص.259.

⁴ الدكتور حسن فرج، المرجع السابق، ص 430 431.

المشتري في عقد البيع يدرج الأغراض المقصودة من المبيع وبهذا يجب اعتبار كل هذه الأغراض منافع مقصودة منه، وعلى هذا يجب ألا يكون في المبيع عيب ينقص بهذا الانتفاع، حتى ولولم تكن هذه الأغراض من الأغراض الاعتيادية.

هذا من جهة ومن جهة أخرى يجب أن يضمن البائع للمشتري توافر صفات معينة في المبيع وهو ما جاءت به المادة 379 من القانون الجزائري¹ والمادة 447 من القانون المدني المصري² حيث يكفل البائع للمشتري وجود صفات معينة بالمبيع وذلك للحصول على امتيازات، ويعد تخلفها سببا لقيام التزام البائع بالضمان، وأكما قال الدكتور حسن فرج بأن تخلف إحدى صفات الخاصة بالمبيع لا يعتبر عيبا يستوجب الضمان وإنما وجود العيب الخفي في المبيع خفى الصفة، وبالتالي تخلف هذه الصفة يجب أن يكون له تأثير إما على قيمة المبيع أو على نفعه، وعدم توافر هذه الشروط الموجبة للضمان تجعل صفة غير موجود وتعفي البائع من الضمان.

إذا فعدم وجود الصفة التي تعهد بوجودها البائع يعتبر إخلالا بالتزام قانوني وبشروط العقد وذلك دون النظر الى كون الصفات جوهرية أم غير جوهرية وهذا يعني الرجوع بالضمان على البائع من طرف المشتري بغض النظر عن أهمية هذه الصفة التي تعهد البائع بوجودها لدى المشتري وقت التسليم وكذا رغم عدم تأثيرها لقيمة المبيع أو للمنفعة المرجوة من المبيع، فبمجرد التعهد يكفي للقيام بالضمان.

والصفة يمكن أن تكون عن طريق تعهد البائع بذلك ويمكن أن تكون شرط من شروط المشتري³ وهذا يبين الأهمية المرجوة من هذه الصفة بالنسبة للمتعاقدين وهذا يكفي لاعتبار ذلك عيبا مؤثرا وذلك دون توفر الشروط الأخرى⁴ كما في حالة اشتراط المشتري أن تكون السيارة المباعة يسهل عليها الطريق الوعرة وكذا سرعتها تفوق السرعة العادية، ففي حالة عدم توفر هذه الصفات التي تعهد بها البائع للمشتري أصبح ملزما بالضمان لأن العيب أصبح مؤثرا⁵، أوفي حالة شراء قارب صغير للإبحار به في المحيط فهنا الشيء

¹ تنص المادة 379 من القانون المدني من القانون الجزائري على ما يلي " يكون البائع ملزما بالضمان إذا لم يشتمل المبيع على الصفات التي تعهد بوجودها وقت التسليم الى المشتري....."

² نصت المادة 447 من القانون المدني المصري على أن البائع يكون ملزما بالضمان " اذا لم تتوافر في المبيع وقت التسليم الصفات التي كفل للمشتري وجودها فيه "

³ فقد نصت المادة 442 موجبات وعقود في فقرتها الأخيرة من القانون اللبناني على أن " البائع يضمن وجود الصفات التي ذكرها هو أو اشتراط الشاري وجودها" الدكتور أسعد دياب، المرجع السابق، ص 72

⁴ الدكتور حسن فرج، المرجع السابق، ص 411

⁵ الدكتور عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، البيع والمقايضة، المرجع سابق، ص 719

المبيع الغرض منه مختلف ومعين، ففي هذه الحالة يلزم البائع بالضمان لأن الشيء المبيع غير مهياً للغرض الذي ابتغاه المشتري والذي صرح به قبل الشراء، وهذا يعني أنه على المشتري إذا كان يرغب في استعمال المبيع المشتري في غرض غير الغرض المعد له في الحقيقة، أو كانت الغاية المرجوة من الشيء المبيع ليست الغاية المعد لها فيكون المشتري هنا ملزم بالإبلاغ عنها للبائع وإلا سقط حقه بالرجوع بالضمان على البائع ولا يلزم البائع بضمان العيوب الخفية¹.

زيادة عن ذلك فإن الصفات التي كفلها البائع للمشتري ليس بشرط أن تكون صريحة وإنما يمكن أن تكون ضمنية وهي الصفات التي نجدها ضمن العرف التجاري والتي تنشأ عن طريق تعهد غير صريح مثل ما هو في البيع بالعينة أو البيع بالنموذج، ف ضمان وجود الصفات يتحقق ضمناً عند انعقاد البيع طبقاً لنموذج معين مثلاً.

البيع بالعينة نجد فيه أن البائع يقدم عينة للمشتري مثل قطعة قماش أو عينة قمح ذوجودة عالية أو جلد نوع معين من الحيوانات أو قطن ذونوعية رفيعة والمشتري يحتفظ بهذا النموذج ويكون البائع متعهداً بمطابقة هذه العينة للمبيع، ففي حالة عدم المطابقة يلزم البائع بالضمان لعدم وجود الصفات التي تعهد بها للبائع²، ويرجع قيام العيب في هذه الحالة إلى اختلال الصفات التي تعهد البائع للمشتري بها ضمناً وليس صراحة بالبيع طبقاً للعينة³.

¹ الدكتور عمرو أحمد عبد المنعم، المرجع السابق، ص 55

² الدكتور محمد صبري السعدي، الوضح في شرح القانون المدني، عقد البيع والمقايضة، المرجع السابق، ص 88

³ وقد كانت هذه النقطة محل جدل لأن بعض الاجتهاد والفقهاء الفرنسيين اعتبروا عدم مطابقة العينة يرجع يستوجب الإلغاء لعدم التنفيذ وكان استنهادهم في ذلك المادة 1184 مدني فرنسي، والبعض الآخر ارجع عدم مطابقة النموذج يرجع في أساسه الى الغلط في الصفات الجوهرية مما يؤدي إلى إبطال العقد، وقد سايره في ذلك قوانين مثل القانون اللبناني في ذلك من خلال الاجتهاد اللبناني على اعتبار أن الغلط أساس لتخلف الصفات وبالتالي إبطال العقد وكان الاستشهاد في ذلك بقرار صادر عن محكمة إستئناف بيروت في 1975/6/18 في دعوى طراد على شركة الأعمال التجارية وقد جاء في حيثيات هذا القرار ما يلي "حيث أن المحكمة تعتبر إذن أن العقد مشوب بعيب الغلط الجوهرية المشترك الأمر الذي يؤدي إلى إبطال العقد"

وقد أجب عن هذا الخلاف الدكتور السنهوري من خلال الاستاذ جميل الشراوي بقوله " أن ما يعتد به في العيب المؤثر الغرض الذي أعد له المبيع، وليس بالصفات الجوهرية التي دخلت في اعتبار المتعاقد كما جاء في الغلط وهو معيار ذاتي لأنه أمر نفسي، فالصفة الجوهرية في الغلط تكون جوهرية بالنسبة لطرف واحد وليس للطرفين، عكس الفكرة الأولى التي تأخذ بالعرض الذي أعد له المبيع أساس العيب المؤثر فيكون الغرض متفق عليه من طرف المتعاقدين. والغرض من الغلط الذي تكون أساسه الصفة الجوهرية وعلم أحد المتعاقدين به الإبطال في حين أن العيب المؤثر يجب أن يكون متفقاً عليه فيما بين المتعاقدين والمعيار المعتمد عليه موضوعي، أشار الى ذلك الدكتور عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 719، تهميش رقم 2.

إذ فهناك مجموعة من الصفات في الشيء المبيع جاء بها العرف التجاري ويعد تخلفها عيبا مؤثرا
وجب على البائع ضمانه وتحدد هذه الصفات بالطابع الشخصي¹ وذلك لأن العقد يصبح تاما متى اتفق
الطرفين على النموذج.

حيث يعدا الالتزام بالمطابقة إلتزاما يتعين على البائع تنفيذه وإلا عد تخلفا للصفة في المبيع وهو ما
أخذ به القانون الجزائري وحتى القانون المصري، عكس ما جاء به القانون الفرنسي والذي اعتبره التزام
قائم بذاته² حيث نصت عليه المادة 1616 من القانون الفرنسي³ والتي ألزمت البائع بتسليم المبيع مطابق لما
اتفق عليه في العقد وكان تبريرهم في ذلك أن الالتزام بمطابقة النموذج للمبيع تختلف عن الصفة بحيث
الالتزام بالمطابقة يشمل مجموعة من العناصر التي يكون فيها البائع ملزما بتنفيذها وهي تسليم المبيع بالحالة
التي كان عليها وقت البيع كما يجب أن يشمل الشيء المبيع وقت التسليم على كل الصفات التي تم الاتفاق
عليها، وكل هذا مرتبط بوقت التسليم.

أما عند الرجوع الى القانون الجزائري وكما ذكرنا أن تم إدراج تخلف الصفة في الالتزام بالمطابقة
والذي أتى به العرف التجاري تحت طائلة الالتزام بضمان العيوب الخفية أي في حالة عدم مطابقة النموذج
للمبيع يرجع البائع على المشتري على أساس ضمان العيوب الخفية، وهذا يعني أن المشرع الجزائري لم

¹ الدكتور محمد حسنين، عقد البيع في القانون الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة الرابعة، 1990، ص 165.
² وقد كان هذا القرار متأثرا بما جاء في اتفاقية فيينا لسنة 1980 والتي اعتبرت أن الالتزام بالمطابقة في عقد البيع الدولي
للبيضاء كالتزام قائم بذاته وذلك من خلال نص المادة 30 من اتفاقية الأمم المتحدة والتي تنص على " يجب على البائع أن يسلم
البضائع، والمستندات المتعلقة بها، وأن ينقل ملكية البضائع على النحو الذي يقتضيه العقد وهذه الاتفاقية "وما يفهم من هذا المادة
أن البائع سواء بالنسبة للبضائع أو للمستندات المقدمة للمشتري يجب أن تكون نفسها التي تم الاتفاق عليها في العقد أو الاتفاقية
أي القانون والبائع هنا ملزم بتحقيق نتيجة وليس بذل عناية ويفهم من هذه المادة أن هنالك مطابقة مادية والتي تشمل المطابقة
الكمية والوصفية والوظيفية وهنا نجد أن المطابقة الوصفية هي أن تكون أوصاف الشيء المبيع مطابقة تماما لما اتفق عليه
وهو ما جاءت به المادة 35 من نفس الاتفاقية بقولها "على البائع أن يسلم بضائع تكون كميتها ونوعيتها وكذلك تغليفها أو تعبئتها
مطابقة لأحكام العقد

-ومالم يتفق الطرفان على خلاف ذلك لا تكون البضائع مطابقة لشروط العقد إلا اذا كانت:

- أ- صالحة للاستعمال في الأغراض تستعمل من أجلها عادة بضائع من نفس النوع
 - ب- صالحة للاستعمال في الأغراض الخاصة التي أحيط بها البائع علما، صراحة أو ضمنا، وقت انعقاد العقد، الا إذا تبين من
الظروف أن المشتري لم يعتمد على خبرة البائع أو تقديره أو كان من غير المعقول للمشتري أن يعتمد على ذلك
 - ج- متضمنة صفات البضاعة التي سبق للبائع عرضها على المشتري كعينة أو نموذج.
- أما المادة 36 من نفس الاتفاقية فقد نصت على جزاء عدم الالتزام بالمطابقة "يسأل

³ Art 1616" le vendeur est tenu de délivrer la contenance telle qu'elle est portée au contrat sous les modifications ci-après exprimées"

يعالج الالتزام بالمطابقة كالالتزام قائم بذاته وهو الذي قام به القانون الفرنسي، لكن هناك قرار قد جاء به القضاء الجزائري الذي قضى¹ بأنه متى كان مقررا قانونا أن البائع ملزم بالضمان، إذا لم يشتمل المبيع على الصفات التي تعهد بوجودها وقت التسليم أو إذا كان بالمبيع عيب ينقص من قيمته، فإن عدم تنفيذ الالتزامات التعاقدية من طرف البائع وعدم مطابقة السلع النوعية والجودة المتفق عليها، تكون محل ضمان البائع وليس الناقل "وقد كانت وقائع هذه القضية كالتالي " حيث البائعة الطاعنة لم تقم بتسليم السلع بالنوعية والجودة المتفق عليها الى المشتري المطعون ضدها وأن النزاع لا يتعلق بإتلاف أو عيب ناجم عن نقل البضاعة بل يتعلق بعدم تنفيذ الالتزامات التعاقدية من طرف البائعة "، فإن جهة الاستئناف بتأييدها الحكم المستأنف لديها القاضي على الطاعنة بإرجاع قيمة البضائع المتضررة إلى المطعون ضدها، طبقت صحيح القانون وبررت قرارها بتبرير كافيا ".²

إذن من هذا القرار نجد أن قضاة المحكمة العليا قد ميزوا بين العيب الخفي وبين عدم المطابقة المادية للمبيع مع ما تم الاتفاق عليه في العقد² هذا من جهة ومن جهة أخرى نجد أن المطابقة المادية للمبيع ومن خلال القانون الجزائري الذي عالج ما تم إدراجه ضمن الالتزام بالمطابقة في القانون الفرنسي ضمن مواد قانونية وهي 364³ و 365⁴ و 366⁵ و 379⁶ من القانون المدني الجزائري، يتبين ويتأكد لنا أن القانون الجزائري لم يتناول الالتزام بالمطابقة كالالتزام قائم بذاته وإنما أدرجها ضمن مواد قانونية⁷.

حقيقة هي وجود مجموعة من المواد القانونية التي عالجت الحالات التي أدرجها القانون الفرنسي ضمن الالتزام بالمطابقة والتي جعلها أوسع نطاقا من تخلف الصفة لكن في رأينا أن المادة القانونية السابقة الذكر 379 من القانون المدني الجزائري جاءت واضحة بان يكون البائع ملزما بالضمان إذا لم يشتمل المبيع

¹ قرار مؤرخ في 19/02/1989، المحكمة العليا، المجلة القضائية 3/1990 ملف رقم 55935.

² الدكتور حويمي، المرجع السابق، ص 169

³ المادة 364 من القانون المدني " يلتزم البائع بتسليم الشيء المبيع للمشتري في الحالة التي كان عليها وقت البيع "

⁴ إذا عين في عقد البيع مقدار المبيع، كان البائع مسؤولا عما نقص منه حسب ما يقضي به العرف، غير أنه لا يجوز للمشتري أن يطلب فسخ العقد لنقص في البيع إلا أثبت أن النقص يبلغ من الأهمية درجة لو كان يعلمها المشتري لما أتم البيع....."

⁵ تنص المادة 365 من القانون المدني على " إذا وجد في قدر المبيع نقص المبيع أو زيادة المبيع فان حق المشتري في طلب انقاص الثمن أو فسخ العقد وحق البائع في طلب تكملة الثمن يسقطان بالتقادم بعد مضي سنة من وقت التسليم المبيع تسليميا فعليا"

⁶ تنص المادة 379 من القانون المدني الجزائري على أن " يكون البائع ملزما بالضمان إذا لم يشمل المبيع على الصفات التي تعهد بوجودها وقت التسليم الى المشتري....."

⁷ الدكتور حويمي، المرجع السابق، ص 168.

على الصفات التي تعهد بها وقت التسليم والمواد القانونية وخاصة من نفس القانون تأتي لتكملة بعضها البعض فعند الرجوع الى المادة 364 من القانون المدني والتي تنص في فحواها على التزام البائع بتسليم البائع الشيء المبيع في الحالة المتفق عليها ما هي التزام من التزامات البائع والضمان هوجزاء هذا التخلف، وهكذا بالنسبة للمادة الموالية 365 فمقدار المبيع هو بمثابة قيمة قد تم الاتفاق عليها في العقد ويكون البائع مسؤولاً عما نقص منه بحسب ما يقضي به العرف والعرف هنا هو العرف التجاري والذي بدوره يدخل ضمن الصفات التي كفل البائع وجودها للمشتري بشكل ضمني و 366 من القانون المدني الجزائي والتي جاءت لتبين لنا مدة التقادم وهي بعد مضي سنة من وقت التسليم المبيع تسليمًا فعليًا والوقت الذي يأخذ به في حالة تخلف الصفة هو وقت التسليم الفعلي للشيء المبيع .

وقد عالجوا فقهاء المسلمين هذا الموضوع تحت عنوان خيار فوات الوصف، وقد عرفه البعض منهم أنه الأمر الذي إذا قام بالمحل يوجب في ذلك المحل حسنًا أو قبحًا¹

والتعريف المتداول بين فقهاء المسلمين هو " حق الفسخ لتخلف وصف مرغوب إشتراطه العاقد في المعقود عليه" والصفات هي العوارض والحالات التي تكون جزء منه كالملاكات والسجايا التي يتصف بها بعض الناس دون البعض الآخر مثل الكرم والشجاعة والإيثار

فالصفة اذن هي الدافع لإقتناء الشيء المبيع وملاك المالية ومنشأ الحصول على الرغبات، وقد اعتبر فقهاء المسلمين ضمان الصفة المشروطة في المبيع إحدى الخيارات التي تعطي للمتعاقد الذي ثبت له الوصف وتخلف الصفة في الشيء المبيع التي اشترطها المشتري لا تبطل العقد وانما يتوعد لزومه بالخيار لتخلف الوصف المشروط²

وماهية الخيار هنا هي أن يكون له حق الرد المبيع أو أخذه بجميع الثمن دون ارش للوصف

الفائت

ومن هنا نجد انه يشترط لخيار فوات الوصف:

¹ المحمد علي بن علي التهانوي، موسوعة اصطلاحات العلوم الاسلامية للمعروف بالكشاف، الجزء 6، شركة الخياط بيروت، دون طبعة ، دون سنة نشر ص 373

² الدكتور علي حيدر، درر الحكام، شرح مجلة الأحكام، تعريف المحامي فهامي الحسيني، الكتاب الأول البيوع، الجزء 1 دار الكتب العلمية، دون طبعة، بيروت، ص 258.

- أن تكون الصراحة في اشتراط المشتري للصفة المراده والعرف مسلم بها، ف شراء بقرة و ظهور بعد ذلك أنها غير حلوب فللمشتري أن يردها لأن المتعارف عليه أن البقرة تكون حلوب إلا إذا كان شراؤها قصد الذبح فليس له ذلك¹، وقد التفتت المحاكم الفرنسية في قضية شراء مجموعة من الأبقار على أنها حلوب بمعنى الصفة قد تم النص عليها في العقد ولكن بعد التسليم اتضح أنها ليست حلوب فقد إعتبرت محكمة التعقيب بفرنسا أن الأمر يتعلق باخلال بواجب التسليم المطابق².

ولوعرضت قضية مثل هذه على المحاكم الجزائرية لنسبتها لنص المادة 379 من القانون الجزائري وذلك لأن القانون الجزائري يأخذ بتخلف الصفة كأساس للضمان، وهذا كذلك ما ذهب اليه الدكتور عبد الله الأحمدى بأنه لوعرضت هذه القضية على المحاكم التونسية لإعتبارها حالة فوات الوصف على معنى الفصل³ 647 من مجلة الالتزامات والعقود التونسية⁴.

- أن يكون الصفة مقصودة إذ أن الصفات التي يشترطها المشتري اذا كانت مقصودة فيعدم وجودها عيبا يثبت الخيار أما إذا كانت الصفة غير مقصودة فلا ضمان عليه ولا خيار في ذلك⁵.

وكذلك لا يلزم الخيار إذا رافق الصفة تحقق الغرر حيث يصح العقد ويبطل الشرط والحكم بوجوده أوعدمه وهذا يعني أن تكون الصفة المشروطة مسببة للغرر بحيث يمكن معرفة الوصف المشترط والحكم بوجوده أوعدمه فبيع بقرة على أنها حامل أو حلوب بمقدار معين لوقت معين غير مسلم به⁶ وهذا سبب من أسباب اعتبار الحنفية ان شرط الوصف سائغا إذ انزلوه منزلة الشرط الذي يقتضيه العقد إذا كان لا غرر فيه ذلك أن الوصف لو كان موجودا في البيع دون التفات الى اشتراط

¹ نفس المرجع السابق، ص 259.

² Civ.ler.21 fevrier 1979.bull.civ.I.N.73.

³ أوجب المشرع التونسي بالفصل 647 من مجلة العقود والالتزامات التونسية على البائع " ضمان الصفات التي صرح بها عند البيع أو التي اشترطها المشتري " فالضمان المحمول على البائع ليس منحصر في العيوب الخفية للمبيع بل يشمل أيضا وجود الصفات التي اتفق الطرفان على توافرها في المبيع، أشار الى ذلك الدكتور عبد الله الأحمدى، قانون مدني العقود الخاصة الجزء الأول، مركز الدراسات، دون طبعة، دون سنة نشر، تونس، ص 346.

⁴ نفس المرجع السابق، ص 348.

⁵ العلامة الحلبي، (الحسن بن المطهر الحلبي)، تذكرة الفقهاء، الجزء 7، مطبعة الآداب، النجف الأشرف، 1374 هـ، ص 371.

⁶ علي حيدر، المرجع السابق، ص 258.

المشتري له فإنه يدخل في العقد ويكون من مقتضياته ويكون الاشتراط صحيحا اذا لم يكن غرر، ثم إن الوصف المرغوب يرجع الى صفة ملائمة للعقد.

ليس شرط أن تكون الصفة ذات قيمة مالية وانما يكفي أن يكون سائغا وغي مخالفة لأحكام الرع ومما يمكن الوفاء به وان كانت مخالفة لذلك فلا خيار للمشتري يعني أن يكون الوصف المرغوب مباحا في الشرع أو مقورا منه فإشترط محذور من الأوصاف لاغ كاشتراط في الكيش النطح، أو الديك صائلا لاستعماله في صور من اللهوالمحذور لأنى ما لا يقره الشرع يتمتع الالتزام به فلا إثبات مشروعية هذا الخيار يجب إثبات موضوعه وهو "إشترط صفة مرغوبة في المعقود عليه لولا الاشتراط لم يثبت" والوصف المرغوب يكون بحسب العادة فلوإشترط مالم ليس بمرغوب أصلا، كأن يكون معيبا ثم يظهر أنه سليم فلا خيار للمشتري وهذا يعني أن بالمبيع وصف أفضل من الوصف المرغوب وهنا يكون العقد لازم ولا خيار للمشتري ومن الأمثلة أن يشترط في الجمل أن يكون بعير ثم يظهر أنه ناقه والمشتري هن أهل البادية الذين يرغبون بما فيه در ونسل، وقد ذهب أصحاب المذاهب الى التفصيل في ذلك: فالمالكية يرون أنه ما فيه غرض للعائد سواء كان فيه مالية أو لا لأن الغرض أعم من المالية والشافعية يرون أن ما فيه مالية لاختلاف القيم بوجوده وعدمه وكان له بالمثل عن ابن حجر بقوله أن المرغوب فيه وصف مقصود منضبط فيه المالية¹.

- كما يجب أن تكون الصفة من جنس المبيع فلا يمكن أن يكون المبيع عبارة عن قطع قماش والصفة قطن فيجب أن تكون الصفة من جنس المبيع فالعقد هنا غير صحيح لاختلاف الجنس والمعيار المأخوذ به هنا هو الاختلاف الفاحش من عدمه وذلك بأن يقارن المبيع بالصفة ويرى ما مدى الاختلاف بينهما فإذا كان المبيع من نفس جنس الصفة المرادة ويكون الاختلاف من ناحية النوعية فهنا يجوز الخيار أما إذا كان الاختلاف في الجنس فمآله الإبطال².

وفصل فيه ابن الهمام فقد ذكر أن معيار اختلاف الموجود عن المشروط هو ان كان المبيع جنس المسمى ففيه خيار وذكر أن ما فحش التفاوت بين أغراضه فهو أجناس ومالم يفحش فهو جنس واحد وأورد فيما يعتبر من الثياب أجناسا كالكتان والقطن وأن الذكر مع الأنثى، وأما اختلاف النوع دون الجنس فمن أمثلته شراء لحم على أنه لحم معز فإذا به لحم ضأن وعكسه، وهذا يعني أن في حالة كانت الأجناس مختلفة

¹ القاسم نجم الدين جعفر بن الحسين، شرائع الاسلام في مسائل الحلال والحرام، الجزء 2، مطبعة أوفسيت، بغداد ص 737

² عبد الستار أبوغدة الخيار وأثره في العقود، الجزء 1، الطبعة 2، مطبعة مقهوي، الكويت، 1985 ص 727 و 728

فهذا يؤدي إلى وجود جنس جديد غير متفق عليه بين أطراف العقد ولا يصبح أمامنا فواتا للوصف ولذلك اشترط لتحقيق الخيار للمشتري أن يكون التخلف من نفس جنس المبيع¹.

وقد أقر بعض الفقهاء أنه يشترط لتحقيق الخيار ألا يكون تخلف الصفة عيبا وإلا كنا أمام خيار فوات العيب وليس خيار فوات الوصف².

وهذا ما أدى بهم إلى التفرقة بين فوات الوصف والعيب الخفي وهو الرأي الغالب بين الفقه والقضاء لأن العيب هو الآفة الطارئة التي تخلوا منها الفطرة السليمة للمبيع في حين أن فوات الوصف يكون في حالته السليمة ولكن يخلوا من الصفة المبتغاة³ هذا من جهة، ومن جهة أخرى المعيار المعتمد في تحديد العيب المؤثر هو معيار موضوعي في حين أن المعيار المعتمد في تحديد فوات الوصف هو شخصي⁴.

كذلك نجد أن العيب الخفي يظهر بعد التسليم في حين أن فوات الوصف يبرز عند التسليم، ويجد الفقهاء كذلك أن فوات الوصف ليس خفيا بل ظاهرا وهذا لأن تسلّم وقبول المبيع يؤدي إلى انقضاء واجب التسليم وبالتالي انقضاء الالتزام بفوات الوصف ونشوء الالتزام بضمان العيب الخفي⁵، كما أن البائع لا يضمن تخلف الصفة إلا إذا كان قد أكد المشتري وجودها في المبيع بينما يضمن ما يوجد به من عيوب دون الحاجة إلى اشتراطها في العقد وقد أولى الفقه والقضاء الفرنسي هذه التفرقة أهمية حيث وجد في السبعينيات قرار يوجب التفرقة بين العيب الخفي وفوات الوصف ثم بعد ذلك ظهر اتجاه حاول إلغاء هذا التمييز وذلك بتطبيق فكرة الالتزام بالتسليم المطابق يعني أصبح الرابط بينهم هو رابط زمني أي قابلية الشيء لاستعماله فيما أعد له وبعد هذا ظهر اتجاه آخر يقر ويطالب بالعودة للسبعينيات وأدرج ضمان العيب الخفي تحت نطاق المسؤولية العقدية في حين أنه أدرج ضمان فوات الوصف إلى إجراءات خاصة⁶، ولكن رغم كل هذا

¹ ابن الهمام كمال الدين محمد بن عبد الواحد، فتح القدير " شرح الهداية " لابن الهمام كمال الدين محمد بن عبد الواحد وتكلمته: نتائج الأفكار في كشف الرموز والأسرار لشمس الدين أحمد قاضي زادة، المطبعة الأميرية ببولاق، مصر 1315 هجرية، ص 80.

² العلامة الحلي، المرجع السابق، ص 371.

³ الدكتور عباس حسن الصراف، شرح عقدي البيع والإيجار في القانون المدني العراقي، مطبعة الأهالي، بغداد، 1956 ص 209.

⁴ الدكتور محمد حسنين، المرجع السابق، ص 165.

⁵ الدكتور عبد الله الأحمد، المرجع السابق، ص 349.

⁶ وقد جاء قرار تعقيبيا بالنسبة للإتجاه الأخير في فرنسا في 1993/5/5 وقد اعتبر تحولا في فقه والقضاء DQLLIW 1993.P.506 note Alain BENABENT. أشار إلى ذلك الدكتور عبد الله الأحمد، المرجع السابق، ص 350.

الجدل الفقهي في الاختلاف المطروح بين ضمان العيب الخفي وفوات الوصف والذي نقصد به الصفات الموجودة بالمبيع إلا أنهما يخضعان لنظام واحد من حيث الضمان ويمكن كذلك القول أنه نقطة الالتقاء بين العيب الخفي والصفة المشروطة لأنهما يؤخذان نفس الحكم فاشتراط المشتري توافر صفات معينة ثم يظهر عدم وجودها وقت التسليم فإن المشتري يرجع على البائع بدعوى ضمان العيوب الخفية¹، ورغم أن معظم الفقهاء قد أقرروا أن فوات الوصف ليس عيباً إلا أن هناك من الفقه من أقر بذلك في حالة اشتراط وصف معين في المبيع ثم عدم وجود هذا الوصف أثناء التسليم فهذا قد اعتبروه عيباً يبرر ضمان ضمان البائع للمبيع الذي به عيب² إذا فالهدف الأساسي من اشتراط المشتري للصفات في المبيع هو حصوله على امتيازات وعدم وجودها يعد سبباً لقيام الالتزام بالضمان ويمكن أن نجد هذه الصفات في العرف التجاري والتي يؤدي تخلفها للالتزام بالضمان، ومجرد تخلف هذه الصفات يوجب الضمان دون النظر إذا كانت جوهرية أم لا وهذا يعني عدم الأخذ بدرجة التأثير وهذا لأن المعيار المعتمد هو معيار شخصي ولأن الإرادة المشتركة للمتعاقدين قد ذهبت إلى اعتبار الصفة مؤثرة دون النظر إلى ما ينقص من قيمة أو نفع المبيع³.

ب- تحديد المنافع بالرجوع إلى طبيعة الشيء المبيع أو إلى الغرض الذي أعد له

الشيء المبيع:

إذا لم تحديد المنافع في العقد صراحة أو ضمناً، فتحدد حسب طبيعتها وشراء مبيع ثم يبين أن بهذا المبيع عيب يؤثر عليه بحسب طبيعته فالبائع ملزم بالضمان، إذا فطبيعة الشيء المبيع هي التي تحدد المنافع المقصودة منه وبالتالي معرفة العيوب التي تأثر بالمبيع لأن شراء ماكينة للخياطة يفترض استعمالها للخياطة وبالتالي فإن طبيعتها تكون قد حددت الغرض الطبيعي المقصود منها، أو آلة للغسل فطبيعتها تحدد الغرض المقصود منها وتخلفها يوجب الالتزام بالضمان من طرف البائع كما هو الحال عند شراء ثلاجة الغرض منها الاحتفاظ بالأشياء لعد إتلافها وتخلف هذا الغرض الطبيعي يوجب الضمان⁴.

¹ الدكتور عبد الله الأحمد، المرجع السابق، ص 350 / الدكتور غني حسون طه، الوجيز في شرح العقود المسماة، الجزء الأول، عقد البيع، مطبعة المعارف، بغداد، 1970، ص 304

² الدكتور عباس حسن الصراف، المرجع السابق، ص 209.

³ الدكتور أسعد دياب، المرجع السابق، ص 77.

⁴ الدكتور عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، البيع والمقايضة، المرجع السابق، ص 720/الدكتور أسعد دياب، المرجع السابق، ص 62

وشراء فرس الغرض منه السباق ثم يتبين أن المشتري كان يريد به الحرث وهو غير مؤهل لذلك فهنا لا يلزم البائع بالضمان لأن الفرس غرضه الحقيقي السباق ويستوحى ذلك من عمله مثلا وهوتدريب الخيول على السباق إذا فطبيعة الشيء تتحد من جنس ونوع الشيء المبيع، كما يمكن أن تتحدد من طبيعة الشيء المبيع من خلال المعدات والمؤهلات التي استعملت في تكوين هذا المبيع كالمشاحنات المعدة لتبريد فهنا طبيعة تكوينها تلزم البائع بالضمان في الحالة الخالقة لذلك، وهذا يعني أن طريقة إعداد الشيء المبيع تلعب دور في تكوين الطبيعة للشيء المبيع فالأرض المعدة للزراعة إذا كانت غير مؤهلة لذلك فهذا يعني وجود عيب بها والآلة المعدة لتبريد المياه وهي في نفس الوقت آلة لحفظ المياه فتخلف ذلك بوجود الضمان على البائع¹.

ما يمكن أن نجد الاستعمال العادي للشيء المبيع هو ما يسعى المشتري إلى تحقيقه، وبالتالي نجد أن الاستعمال العادي نفسه الغرض تمليه طبيعة الشيء المبيع، ويصبح من السهل على البائع معرفة ما يصبوا إليه المشتري، هذا في حالة ما كان القصد عادي لكن في حالة ما اذا كان القصد خاصا هنا الرجوع بضمان العيب الخفي لكن ليس على أساس طبيعة الشيء المبيع وإنما على أساس تحديد المنافع المرجوة من العقد التي سبق ذكرها² لأن المشتري لا يمكنه معرفة ما يدور في خيال المشتري بالنسبة للمنافع الخاصة للشيء المبيع³.

كما يمكن اعتبار مدة انتهاء صلاحية الدواء عيبا يوجب الضمان بحسب طبيعة الدواء لأن طبيعة الشيء المبيع وما يصيبه من عيوب خفية ترجع في تحديدها إلى ذات العين موضوع البيع ففي حالة الدواء المعيب التي ذكرناها تؤدي إلى هلاك المشتري من وراءه لكن هذا لا يعني استهلاك أكثر من دواء واحد في نفس الوقت والذي يؤدي إلى تعقيدات صحية بعد الاستهلاك الرجوع على البائع بالضمان فقد أتى في هذا السياق تعقيا من المحكمة الفرنسية⁴ والتي اشترطت أن يكون العيب الخفي في مادة الشيء المبيع وبالتالي عدم الجمع بين شيئين مختلفين فاستعمال الدواء بصفة عشوائية لا يجيز الرجوع بدعوى ضمان العيب الخفي

¹ الدكتور أسعد دياب، المرجع السابق، ص 63

² الرجوع إلى الصفحة التي 44 من هذه الرسالة

³ عمرو أحمد عبد المنعم ديش، المرجع السابق، ص 57.

⁴ Cass.civ.8.avril1986.bull.civ 1 p 81.

للمبيع على أساس وجود عيب خفي في أحدها¹ والمعيار المتخذ هنا لتحديد وجود العيب الخفي المؤثر هو معيار موضوعي لأنه يؤدي الى نقص في قيمة المبيع أو نفعه، فإذا كان محل البيع متجرا فالغرض المقصود منه تحديد بحسب طبيعته ومن الأغراض المقصودة إستقرار في مكان معين فاذا كان هذا المكان مشوبا بعيب وجب على البائع ضمانه لأن الغرض المقصود من وراء الشراء هو غرض بحسب الطبيعة

كما تجدر الإشارة أن الاغراض المقصودة من الشيء المبيع والتي يتم تحديدها بحسب الطبيعة تكون لها إما أغراض طبيعية مادية أو أغراض طبيعية معنوية، وتكون مادية مثلما ذكر في الأمثلة السابقة ، أما اذا كانت طبيعة الأشياء معنوية فتكون العيوب بالرجوع الى طبيعة الاشياء مثل ما هو في البيوع التي تكون على شكل حقوق شخصية وتكون مثلا عليها رهن هنا البائع ملزم بالضمان في حالة اكتشاف ذلك من طرف المشتري وكذا السندات التي تم استهلاكها من قبل المشتري، والمتجر الذي ساءت سمعته وغيرها من العيوب التي يتم تحديدها من طبيعة الشيء المبيع والتي تلزم البائع بالضمان².

وإذا لم تتحدد المنافع المقصودة من الشيء المبيع بالنظر الى طبيعة، فتتحدد على أساس الغرض الذي أعد هذا الشيء المبيع من أجله³ ويختلف هذا الغرض المقصود باختلاف الاستعمال المراد من وراء الشراء فوجود عيب في الشيء المبيع يمكن أن يكون عيبا في غرض معين ولا يعتبر كذلك في غرض آخر وهذا يعتمد على تقدير العيب لدى الأشخاص بحسب الغرض المبتغى من شيء المبيع فالخشب مثلا: التسوس يعتبر عيبا بالطبيعة ويجوز للمشتري الرجوع على البائع بالضمان لأن الغرض المقصود منه طبيعي وهو البناء أو الصناعة والتسوس يعييبها في كلتا الحالتين، لكن إذا كان الغرض من وراء شراء الخشب هو الوقود فهنا لا يمكن اعتباره عيبا لأن التسوس الخشبي غير مؤثر في الشيء المبيع كما أن الأرض المعدة

¹ وقد كان هذا القرار محل نقد فقهي حيث صرح بأن كل ما كان العيب الخفي يتعلق بأشياء تلتزم التطور العلمي والتقني أصبح ضيقا هذا المجال وهو يعبر عن خطورة كبيرة متوقعة
J.Huet ,Le paradoxe des médicaments et les risques de développement ,D.1987 chro.p.73

أشار الى ذلك الدكتور خليفة الخروبي، المرجع السابق، التهميش رقم 1، الصفحة 213

² الدكتور عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، البيع والمقايضة، المرجع السابق، ص 720.

³ علي حسين بخيرة، المرجع السابق، ص 18 - 19.

للبناء لا يعيها قربها من المياه الجوفية عكس الأراضي الزراعية التي يؤدي الى هلاكها وهذا ما أشارت إليه المادة 379 من القانون المدني الجزائري¹.

اما اذا أخذنا كمثال السيارات المستعملة فاننا نميز بين فرضين: أولهما أن تكون الغاية المقصودة هي استعمال هذه السيارات المستعملة في أغراض لا تتعلق بالسير، ثانيهما أن تكون الغاية المقصودة هي استعمال السيارة في أغراض للسير.

ومن أمثلة الحالة الأولى: اتجاه ارادة المشتري الى وضع السيارة التي هي من الطراز القديم جدا والمهدد بالانقراض كتحفة أثرية في المتاحف، أولديه اذا كان مولعا باقتناء هذا النوع من السيارات القديمة، كما يمكن أن يكون القصد من وراء هذا الشراء تفكيكها واعادة بيع هذه الاجزاء المفككة، بغرض تحقيق ربح فيها ولهذا يمكن القول أن الغاية من وراء الشراء تلعب دور كبير في اعتبار العيب خفيا ويلزم الضمان ام لا وبالتالي عدم صلاحية السيارة المستعملة للسير لا يشكل عيبا، طالما المقصود هو اغراض أخرى .

كما يمكن ان تكون غاية المشتري من شراء للسيارة المستعملة السير لكن شراءها كان من غير إطارات خاصة بها، ومن غير بعض الأجهزة اللازمة لعملية تشغيل والسير، فهنا اذا رجعنا الى العقد نجد ان المشتري وفقا للإتفاق مع البائع أنه سيشتريها في هذه الحالة وبثمن زهيد، بشرط تصليحها بعد ذلك قصد السير بها².

والمفهوم من ذلك أن لكل مبيع منفعة معينة تتشابه معه فيها جميع أفراد جنسه وقد لا تتشابه معه وبالتالي تصبح منفعة خاصة بحسب الغرض الذي أراده المشتري وذلك بعلم البائع، فالحصان في الأصل يقتضي أن يكون الغرض منه الركوب لكن إذا تم تحديد الغرض الذي أعد له فنجد أنه يمكن أن يكون الغرض المحدد هو السباق أو الحرث، فهنا إذا تم قصد المشتري من المبيع فلا ضمان على البائع لكن إذا لم يتم القصد فعليه الضمان.

¹ تنص المادة 379 من القانون المدني الجزائري على مايلي "يكون البائع ملزما بالضمان.....أوإذا كان بالمبيع عيب ينقص من قيمته أوالانتفاع به.....حسبما يظهر من.....أواستعماله فيكون ضامنا لهذه العيوب ولولم يكن عالما بوجودها..".

² الدكتور أحمد شوقي محمد عبد الرحمن، المرجع السابق، ص 26-27.

فالأرض الزراعية التي لا يمكن استخدامها لعب خاص بملوحتها الشديدة، يعد هذا عيباً موجبا للضمان كذلك¹.

وللحظة نجد أن هذا المعيار يتشابه ويشرح المعايير السابقة وهو ما ذهب إليه الدكتور عمرو أحمد عبد المنعم باشا والدكتور محمود عبد الحكم رمضان خان حين قال أن هذا المعيار هو تكرار للمعايير السابقة. وذلك لأن الغرض الذي يبتغيه المشتري بشكل خاص يجب أن يكون مذكوراً بالعقد، وقد يتحدد هذا بتحديد الغرض وفقاً لطبيعة الشيء المبيع، يعني موضح وشارح لهما².

لكن من رأينا أن هذا الانتقاد أو التعقيب غير مبرر ولا يركز على أسس قانونية فما دام أن معظم التشريعات قامت بنص عليه في المواد القانونية فهذا يكفي للاعتراف والقول به كمعيار منفصل عن المعايير الأخرى ويمكن أن نقول عنه أنه معيار تكميلي للمعايير الأخرى.

أما عند الرجوع إلى معظم القوانين نجد أن هناك عيوب مؤثرة ولكن لا ضمان فيها وذلك لأن العرف قد جرى في التعامل فيها والتسامح عليها.

فالعرف هو العادة التي درج الناس على إتباعها في زمن معين مع اعتقادهم الراسخ بالزاميتها وبوجوب تطبيقها كالثمار ذات الغلاف اليابس³ والتي لا تعرف حقيقتها إلا بإحداث تغيير فيها وبالتالي لا ينشأ الالتزام بالضمان فالحبوب التي تحتوي على كمية من الأتربة التي ألف التجار وجودها الموجودة في حب السمسم وحتى وجود بعض المواد الغريبة، فوجود هذه المواد لا يعد عيباً مؤثراً وذلك لأنه جرى التسامح فيه عرفاً.

لكن هل كل الأعراف المتسامح فيها متشابهة بالنسبة للبلدان، وما العرف المأخوذ به في حالة الاختلاف؟

¹ الدكتور عمرو أحمد عبد المنعم ديش، المرجع السابق، ص 57 والدكتور محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، عقد البيع والمقايضة، المرجع السابق، ص 378.

² عمرو أحمد عبد المنعم، المرجع السابق ص 57 ومحمود عبد الحكم رمضان الخن، ضمان العيوب الخفية في البيع، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه مقدمة لكلية جامعة المنصورة، 1994، ص 76، ووعبد الرسول عبد الرضا محمد، الالتزام بضمان العيوب الخفية في القانونين المصري والكويتي، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1974، ص 68.

³ وهو ما جاءت به نص المادة 442 من قانون الموجبات والعقود اللبناني "أما إذا كان المبيع أشياء لا تعرف حقيقة حالها إلا بإحداث تغيير فيه كالثمار ذات الغلاف اليابس، فالبائع لا يضمن عيوبها الخفية إلا إذا ضمنها صراحة أو كان العرف المحلي يوجب عليه هذا الضمان".

إن ما يعد عرفاً في بلد ما لا يعد كذلك في بلد آخر يعني الاختلاف موجود لكن في حالة نشوء عيب في الشيء المبيع، فالأعراف المأخوذ بها هي الأعراف المحلية، يعني عرف البلاد الذي به الشيء المبيع وهو ما جاءت به معظم التشريعات¹، عدا التشريع الجزائري الذي لم ينص عليها صراحة ولكن هذا لا يعني أنه لا وجود لأعراف جرى التسامح فيها، لأن المشرع الجزائري قد أخذ بها كما قال بعض الفقهاء وحتى ما ذهبت إليه الشريعة الإسلامية، أنه لم يكن من داع لنص على عدم ضمان العيب الخفي المتسامح عليه عرفاً وذلك لاعتياد وتعارف الناس على ذلك لأنها لا تنقص من قيمة أو استعمال الشيء المبيع وبالتالي يعد وجود هذه العيوب من عدمها في العرف بين الناس سواء² وبهذا فلا ضمان للمشتري على البائع عيباً جرى العرف على التسامح فيه، لأن هذه العيوب لا يكون لها تأثير لا في قيمة المبيع ولا في استعماله منها وجود بعض المواد الغريبة في حب الرشاد، كما يمكن أن يكون المبيع من الأشياء التي تعرف حقيقة حالها إلا بإحداث تغيير فيها: كثمار ذات الغلاف اليابس والتي ذكرها المشرع اللبناني في مادته والبطيخ والشمام واللوز والجوز والبندق يعني هنا لا يمكن معرفة ما بداخلها إلا بفتحها عليها.

ولكن رغم هذا التسامح الجاري في هذه الحالات إلا أنه هناك حالة رغم هذا العرف إلا أن البائع يضمن المبيع وهو الحالة التي يكون فيها اتفاق صريح بين طرفي العقد بالضمان مثلاً: في حالة وجود عدد معين ولو كان قليل في هذه الثمار فاسد أو الاتفاق على أن هذه الثمار من نوع جيد دون إحداث تغيير فيها، كما قد جرى العرف على أنه في حالة وجود أغلبية الثمار فاسدة عند إحداث التغيير بها، فهنا يستوجب على البائع الضمان لأن العرف جرى على ذلك³

المطلب الثاني: أن يكون العيب خفياً وغير معلوم من طرف المشتري.

بالإضافة إلى الشرطين السابقين أضاف المشرع شرطين الول يعد خاصاً بالمبيع والثاني يعد كحد للمشتري السيء النية إذ يتمثل الشرط الأول في الزامية أن يكون العيب الموجب للضمان خفياً والثاني أن يكون غير معلوم من قبل المشتري، لكن على أي أساس يتم الأخذ بشرط الخفاء، وأي علم يتخذ كأساس لعلم المشتري، فما هي المعايير للقول بذلك ولمعرفة ذلك تم التطرق إلى كل شرط على حدا كما يلي:

¹ المادة 448 من القانون المدني المصري بقولها " لا يضمن البائع عيباً جرى التسامح فيه"

والمادة 437 من القانون المدني الليبي في معناها لا ضمان في عيب جرى العرف التسامح فيه.

² الدكتور أسعد دياب، المرجع السابق، ص 52.

³ الدكتور أسعد دياب، المرجع السابق، ص 72 والدكتور رمضان أبو السعود، المرجع السابق، تهميش رقم 250، ص 386.

الفرع الأول: أن يكون العيب خفياً.

بالإضافة إلى العيوب التي سبق ذكرها نجد أن هناك شرط آخر وأرجح وهو خفاء العيب وهو المصدر الحي لنظام ضمان العيب الخفي باعتبار حسن نية¹ المشتري هي التي قادت إلى إبرام البيع والانتفاع منه وعكس الخفاء هو الظهور، يعني أن يعتد بالعيب الخفي في إلزام البائع بالضمان ولا يعتد بالعيب الظاهر لأنه يفترض علم المشتري به ويعد ذلك من جانبه موافقة على شراء سيارة بحالتها المعيبة مثلاً²، وهو ما تم استخلاصه من المواد القانونية لمعظم التشريعات مثل ما هو ظاهر من نص المادة 379 فقرة 2 من القانون المدني الجزائري بقولها " غير أن البائع لا يكون ضامناً للعيوب التي كان المشتري على علم بها وقت البيع أو كان في استطاعته أن يطلع عليها لأنه فحص المبيع بعناية الرجل العادي " ويفهم من هذه المادة ومن كلمة المدرجة بها " علم بها " يعني العيوب التي تكون ظاهرة له تعد غير خفيه وكذا كلمة أن يطلع عليها "كلها كلمات تدل على كلمة الخفاء هذا من جهة ومن جهة أخرى نجد أن معظم القوانين لم يدرجوا كلمة عدم الظهور أو بالمعنى الأصح الخفي، في تبريرنا لهذه المادة والتي تقابلها المادة 447 من القانون المدني المصري أن المشرع تفادى التكرار يعني لم يدرج كلمة خفاء العيب لأنه أدرج كلمة مرادفة لها وهي أن البائع لا يلزم بالضمان في حالة العيوب ظاهرة وذلك عكس ما ذهب إليه فقهاء المذهب الحنفي لأنهم أخذوا بالعيوب الظاهرة كأساس لإلزام البائع بالضمان³.

أما عند الرجوع إلى القانون الفرنسي نجد أن نص المادة 1642 من القانون المدني تنص على أن البائع لا يكون مسؤولاً عن العيوب الظاهرة من جهة يعني نفس سياق الذي أخذ به القانون الجزائري وان كان مستندا عليه في ذلك ولا العيوب التي يكون بإمكان المشتري معرفتها⁴ فنجد من خلال هذا النص أن المشرع الفرنسي قد أكد على أن لا ضمان في العيوب الظاهرة وذلك بالرغم من أن هناك من قال بأن

¹ وقد ذهب الفقهاء الفرنسيين إلى تعريف حسن النية بأنها تصرف وفق لقواعد القانون وكذا الضمير ودون أن يضر بحقوق الآخرين وتعد النية قصداً وعزم القلب على الفعل الحسن النية أو السوء لأن حسن النية مفترض في الإنسان وهو الأصل حيث يستقيم مع الفطرة الإنسانية التي فطر الله الإنسان وبالتالي ليس في حاجة إلى إثبات وجوده/الدكتور رمزي رشاد عبد الرحمن الشيخ، اثر سوء النية على عقود المعاوضات في القانون المدني (مع التطبيق على عقد البيع التقليدي والإلكتروني في مرحلتي المفاوضة والإبرام، دراسة تحليلية للقانون المصري مقارناً بالقانون الفرنسي)، دار الجامعة الجديدة، دون طبعة، الإسكندرية 2015، ص 30 -31.

² الدكتور أحمد شوقي محمد عبد الرحمن، المرجع السابق، ص 47.

³ ككون العيب أعمى أو أعمس، الفتاوى الهندية، الجزء الثالث، الطبعة الثالثة، بولاق مصر، 310 هجرية، ص 92

⁴ تنص المادة 1642 من القانون الفرنسي على ما يلي:

Le vendeur n'est pas tenu des vices apparents et dont l'acheteur a pu se convaincre lui-même.

الضمان يقوم في حالة كون العيب ظاهرا وإن لم يكن المشتري قادرا على كشفه وهو ما ذهب إليه الاجتهاد الفرنسي في البداية¹.

ويفهم من هذا الاجتهاد أنه يضع حدا للمبدأ العام حيث يؤخذ بموضع المشتري الخاص لكون العيب الخفي قد يكون ظاهرا لبعض الأشخاص دون ظهوره لأشخاص آخرين وهو ما يسمى بالمعيار الشخصي ويعرف هذا المعيار بأنه معيار يعتمد على النظر الى صفات المشتري وما لديه من خبرة ومعلومات تسمح له بكشف عيوب الشيء المبيع

وقد جاء نقدا لهذا التفسير بأنه لا يتوافق ونية المشرع وهذا ما حدته كذلك المادة 428 و460 موجبات وعقود مسايرا لما جاء به التشريع الفرنسي في مواده 1641 و1642 مدني فرنسي، لكن الفرق أن الاجتهاد اللبناني لم يساير الاجتهاد الفرنسي في تفسيره للمواد في البداية

وكما ذكرنا أن التفسير لم يؤخذ به في القانون الفرنسي إلا في البداية وللدلالة على ذلك فان محكمة النقض الفرنسية كانت صريحة في اتخاذ قرارها الذي كانت قضيته تتمحور حول عيب موجود بمركبة أدى بها إلى الغرق بأن لا ضمان للمشتري من العيوب الظاهرة²، بمعنى ان القضاء والفقهاء الفرنسي كانوا على اتفاق باشتراط خفاء العيب كأساس لقيام البائع بالضمان شريطة ان يكون المشتري وقت البيع غير عالم به أو غير قادر على اكتشافه³.

ويتبين لنا من خلال هذا أن القصد من المشرع سواء المصري أو الجزائري أوحتى الفرنسي وكل من قال بوجود أن يكون العيب خفيا أن يقوم بالمقابلة بين العيب الخفي من جهة والعيب الظاهر أوالذي علمه المشتري من جهة أخرى وألزم البائع بالضمان في الحالة الأولى وإعفائه في الحالة الثانية وكذا إعفاء المشتري من عبئ اثبات خفاء العيب بل قام المشرع بافتراض هذا الشرط فرضا وهذا يؤدي الى قابلية إثبات

¹ Cass.31 juill 1905 -D.1908 -1- 148 , Zérah p. 368:" les vices d'un moteur peuvent être considéré comme non apparents.lorsque l'acheteur était .suivant les affirmations de l'expert, incapable de s'en rendre compte par suite de son ignorance " .

قد أشار الى ذلك الدكتور اسعد دياب، المرجع السابق، ص 87

² Cass. civ.1ère ,7 Janvier 1982 ,Bull.civ.I,n °8

³ Jean Gatsi ,les contrats spéciaux, Armand Colin, D.1998,page50

العكس وذلك من خلال قيام البائع بإثبات العيب ظاهرا أو قابل للظهور بالفحص المعتاد أو علم المشتري به فعلا¹.

إذن فالعيوب الظاهرة هي تلك العيوب التي بمقدور المشتري اكتشافها أو معرفتها لأن البائع ملزم بفحص المبيع فحصا جيدا، وذلك إذا كان في استطاعة كل ذي عينين أن يكتشفه لأن الحواس تجعل المشتري يدرك ما يشتريه²، ويعتبر العيب الظاهر في حكم القانون متى كان يدركه الفطن اليقظ ولولم يكن في متناول إدراك غيره فليس معيار الظهور في العيب معيارا شخصيا يتفاوت بتفاوت المستوى في الأفكار المختلفة، بل معيارا متعينا بذاته مقدرا بمستوى نظر الشخص الفطن المنتبه للأمور³، كما أن العيب الظاهر يدخل ضمن الظروف الخارجية التي تحدد حالة المبيع التي يرضيها المشتري⁴، وهذا يعني رضا المشتري بحالة المبيع المعيبة وتنازل عن حقه من الضمان

وهذا يعني عدم الأخذ أو الضمان في البيوع الظاهرة لكن هناك استثناء جاء لهذه القاعدة والتي جاء بها بعض الفقه الفرنسي عندما أخذوا بضمان العيب الظاهر لكن في البيوع المستقبلية تحت تبرير استحالة معرفة ما إذا كان الشيء المشتري معيبا أولا عند التسليم⁵

¹ لقد كان القانون المدني المصري في مادته الملغاة 313 و 387 تنص على ان "البائع ضامن للمشتري العيوب الخفية في المبيع....." وهذا يبين صراحة المشرع لهذا الشرط وهي المادة التي تقابلها في التقنين الحالي فان المادة 447 مدني مصري في فقرته الأولى تنص على ضمان البائع ما يوجد في المبيع من عيب " وكذا المادة الملغاة 320 و 395 تنص على أن "لا وجه لضمان البائع اذا كان العيب ظاهرا أو علم به المشتري علما حقيقيا " أما المادة 447 في فقرتها الثانية من التقنين المصري الحالي فقد قرر عدم ضمان البائع العيب الظاهر أو الذي علمه المشتري " نلاحظ من ذلك أن المواد الملغاة والمواد الحالية لها نفس المعنى رغم وضوح الملغاة أكثر حسب رأي لكن الاختلاف يكمن في عبئ اثبات خفاء العيب فيكون على عاتق المشتري في التقنين الملغى ويكون افتراضي في التقنين الحالي.

الدكتور سليمان مرقس، المرجع السابق، ص 401 و 402

² الدكتور علي حسن بخيره، المرجع السابق، ص 27.

³ هذا التعريف اتى به نقض مدني مصري في 4 ديسمبر 1947 المحاماة 28 - 1022 - 414 مجموعة القواعد القانونية 1 ص 361 مؤخوذ من كتاب الدكتور سليمان مرقس، المرجع السابق، ص 403، تهميش رقم 2

⁴ الدكتور أحمد شوقي محمد عبد الرحمن، المرجع السابق، ص 47.

⁵ SAINT -ALARY "le vent d'immeubles à contruire et l'obligation de garantie à raison des vices de la construction "sem. jur.1968 -1-2146.

وكان تبرير هذا الموقف الفقرة التي اضيفت للتقنين المدني الفرنسي وذلك بالقانون رقم 547/67 في 7 يوليو 1967 المتعلق ببيع العقارات قبل بنائها قد اشار الى هذا الاستثناء الدكتور علي حسين بخيره، المرجع السابق، ص 27، تهميش رقم 2.

وقد كان تفسير الأستاذ خليفة الخروبي لنص المادة 668 مجلة الالتزامات والعقود التونسي¹ بأن لا يلتزم البائع بضمان العيب الظاهر ويستخلص من ذلك مبدئياً إقصاء بيع الأشياء القديمة والمستعملة من نطاق العيب الخفي لأن المشتري يتعاقد مع البائع مع احتمال وجود عيوب بالمبيع وبالتالي الثمن المدفوع من طرف المشتري يتناسب وحالة الشيء المبيع²، كما أن المشرع المصري قد اقر بعدم الضمان في البيوع الظاهرة وذلك من خلال المادة 447 من التقنين المدني المصري عندما قال "...ومع ذلك لا يضمن البائع العيوب التي كان المشتري يعرفها وقت البيع..." كما أن المشرع المغربي كان له نفس الرأي وذلك من خلال نصه في الفصل 569 من تقنين الالتزامات والعقود على أنه "لا يضمن البائع العيوب الظاهرة..."

لكن السؤال المطروح هنا على أي أساس يتم تحديد قدرة المشتري على اكتشاف العيب من عدمه؟ المعيار المأخوذ به للقول بخفاء العيب؟ وذلك لأن هنالك معايير موضوعية ومعايير شخصية، فإذا كان اعتمادنا على المعيار الشخصي فهنا يقاس المشتري على أساس ما لديه من مهارات فنية في كشف العيب والصفات التي يتصف بها أما إذا كان اعتمادنا على المعيار الموضوعي فيكون تسليط الضوء على عامة الناس وأخذ النموذج منهم³.

إذن يمكن القول بأن هناك تيارين منهم التيار المؤيد للمعيار الموضوعي ومنهم التيار المؤيد للمعيار الشخصي فأما أصحاب المعيار الموضوعي فكان تبريرهم في ذلك، بأن العيب هنا هو العيب الغير المكتشف في نظر وانتباه الأشخاص المختصة في مادة الشيء المبيع، أما إذا كان المشتري لا يستطيع تبين هذا العيب بنفسه وكان في مقدور شخص آخر في نفس درجته أن يتبينه نتيجة المهارات التي يتمتع بها، كان على المشتري هنا الاستعانة بمن هم أدري⁴ لأن المؤخوذ به هنا عامة الناس وليس بشخصية الذاتية للمشتري، أما

¹ جاء في نص المادة 668 مجلة الالتزامات والعقود "لا يضمن البائع العيوب الظاهرة ولا التي علمها المشتري أو كان يمكنه أن يعلمها بسهولة"

² ووقد انتقد هذا القول من طرف فقه القضاء الفرنسي الذي اعتبر أن أحكام المجلة المدنية حملت البائع التزاماً بالضمان دون التمييز بين الأشياء موضوع البيع

Cass.com.11juin 1954 , RTDciv ,1955, p 128 , obs carbonnier,: H.Roland,observation sur la vente des véhicules d'occasion, D.1959, chron.161

قد أشار إليها الأستاذ خليفة الخروبي، المرجع السابق، ص 214 -215، تهميش رقم 3.

³ الدكتور زهدي يكن، المرجع السابق، ص 245

⁴ Celui qui doit échapper aux regards à l'attention des personnes compétentes en la matière

قد اشار اليها الدكتور اسعد دياب، المرجع السابق، ص 88، التهميش رقم 3.

أصحاب المعيار الشخصي فكان تبريرهم بأن القول بوجود العيب يكون بمراعاة كل شخص بحد ذاته من سبر للنية وقلب يحمله وهذا بحسب ورأي معظم الدكاترة يجعل البائع تحت رحمة المشتري¹

لكن لا تخلوا كل من النظريتين من الانتقاد لان النظرية الموضوعية تجعل أغلبية المشتريين تحت رحمة البائع كما أنني أجد فيها نوع من الظلم وكما قال الدكتور اسعد دياب بتأييده زيره بان هذا المعيار قاسي يخلوا من الإنصاف والمنطق²، أما عن النظرية الموضوعية فنجد هنا العكس بحيث يصبح البائع تحت رحمة المشتري فمثلا يمكن أن يكون المشتري يدعي البراءة لكنه سيء النية والقصد به من وراء العقد المبرم هوتشويه سمعة البائع مثلا³.

إذن فالمشتري يعتبر عنصر أساسي لتحديد خفاء العيب، فما هي الاعتبارات التي يؤخذ بها لتحديد ما على المشتري ليتمكن من القول بان العيب الذي وجد بالمبيع خفيا ؟

حيث جاء منطوق قرار صدر عن محكمة النقض الفرنسية أن وجود مجموعة من العيوب (صدا وتسرب للمياه بسيارة جديدة غير مستعملة تعتبر أمور غير منطقية وبالتالي لا يمكن اعتبار العيوب خفية هنا إلا إذا كانت خفية بالنسبة للمشتري⁴.

إذن بإمكانية إدراك المشتري للعيب بحواسه من عدمه هو الذي يحدد مدى توفر شرط خفاء العيب من عدمه فالمشتري ملزم ببذل عناية الرجل العادي، والرجل العادي هو الرجل العادي هو رجل ليس بأشدهم حرصا ولا بأكثرهم إهمالا يعني أوسط الناس وقد أخذ بمعيار الرجل العادي معظم القوانين منها القانون المصري من خلال ما جاء به في نص المادة 447 من القانون المدني المصري⁵ وكذا القانون الجزائري من

¹ zerah ,la garantie des vices cachés dans la vente commerciale de marchandises ,paris 1951,page 270

قد اشار اليه الدكتور اسعد دياب، المرجع السابق، ص 89 من التهميش رقم 1

² Brulez _ les tous dieu reconnaitra les siens"

قد اشار اليه الدكتور اسعد دياب، المرجع السابق، ص 88 وكذا التهميش رقم 5 من نفس الصفحة

³ Elle avait enfin inconvenient de faire retomber sur le vendeur la naïveté parfois excessive de l'acheteur , sinon sa mauvaise foi vêtue de "lin candide" pour la circonstance

أشار إليه الدكتور اسعد دياب، المرجع السابق، ص 59 .

⁴ Com.24 janvier 1984 ,Bull.civ.IV,n°34

Le dispositif de la résolution était le suivant:

la présence de nombreuses pièces rouillées sur un véhicule neuf et l'existence d'infiltration d'eau constituent des anomalies qui ne peuvent être considérées par les juges du fond comme des vices rédhibitoires sons qu'il soit relevé par aucun motif que ces vices étaient demeurés cachés pour l'acquéreur

⁵ قد جاء في نص المادة 447 فقرة 2 من القانون المدني المصري على أن " البائع لا يضمن العيوب التي كان المشتري يستطيع أن يتبينها بنفسه لو أنه فحص المبيع بعناية الرجل العادي "

خلال مادة 379 من القانون المدني الجزائري في فقرته الثانية¹ وبهذا نكون قد اخذنا بالمعيار الموضوعي لأن العيب قد يكون ظاهرا لشخص وخفيا لشخص آخر وبهذا يكون المشتري قد تجرد من شخصيته الذاتية، وقد قضت المحكمة العليا الجزائرية وطبقا لهذه المادة أن القرار المطعون فيه جاء بتعليل خاطئ حيث قضى برفض طلب المدعي الرامي إلى إبطال البيع وإرجاع الثمن لعيب خفي في المبيع بحجة أن البائع غير ملزم بالضمان في بيوع السيارات القديمة، والصحيح في ذلك أن البائع ملزم بالضمان العيوب الخفية عندما يتعذر على المشتري نفسه اكتشاف هذا العيب أو عندما يكون المبيع مشوبا بعيوب تنقص من قيمته فكان يتعين عندئذ التحقق عما إذا كان العيب المثار من طرف المشتري عيبا خفيا ينقص من قيمة المبيع أولا وبالتالي يكون مآل هذا القرار المطعون فيه النقض من طرف المحكمة العليا².

إذا لا يلتزم البائع بالضمان إذا كان العيب ظاهرا، كما إذا استطاع المشتري أن يتبينه بنفسه لوأنه قام بفحص الشيء المبيع أثناء مجلس العقد وذلك في حالة كون المبيع معين بالذات³.

وهذا لكون وقت البيع يلعب دورا كبيرا هنا ويعتبر أساس تحديد خفاء العيب لأن العيب إذا كان ظاهرا فإن المشتري لا يستطيع مطالبة البائع بضمانه لأنه يعتبر عالما به وعدم معارضة ذلك وإقبال المشتري على إتمام البيع يؤدي بالضرورة إلى سقوط حقه في المطالبة بالضمان⁴ لأن الوقت الذي يعبر فيه المشتري عن رفضه هو وقت البيع في حالة كان العيب ظاهرا وقد اعتبر الفقه الفرنسي خفاء العيب شرطا أساسيا لقيام الضمان وذلك في حالة جهل أو عدم القدرة على اكتشاف العيب وذلك وقت البيع⁵.

وعند القول وقت البيع فيمكن أن يكون وقت التسليم وبالتالي رضى المشتري بوجود العيب يعتبر برأي تنازل ضمنى عن الحق في الضمان في حالة، وكذلك يمكن أن يكون وقت البيع ووقت التسليم منفصلين وفي هذه الحالة نرى وجود حالتين يكون فيها العيب الخفي، الأولى في حالة وجود العيب وقت البيع وبقائه إلى وقت التسليم فيكون موجودا وقت التسليم ويسأل البائع عن الضمان، لأنه يعتبر خفيا، أما

¹ جاء في نص المادة 379 فقرة 2 من القانون المدني الجزائري على مايلي " غير أن البائع لا يكون ضامنا للعيوب التي كان المشتري على علم بها وقت البيع، أو كان في استطاعته أن يطلع عليها لوأنه فحص المبيع بعناية الرجل العادي "

² قرار رقم 202940 بتاريخ 1999/07/21 المجلة القضائية الرسمية 8 رقم 87 - استئناف مختلط 8 يناير سنة 1914 م 26 ص 138. مأخوذ من كتاب محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، عقد البيع والمقايضة، المرجع السابق ص 381 تهميش رقم 428.

³ الدكتور سليمان مرقس، المرجع السابق، ص 403

⁴ Cass.civ.I.ére ,7 janvier,1982, bull ,civ,I,n°8- 724 - المرجع السابق، ص

⁵ Jean Gatsi ,op ,cit ,page50

الثانية فيكون العيب بعد البيع وقبل التسليم وهنا كذلك البائع ملزم بالضمان، لأن العيب بقي إلى وقت التسليم والضمان يقوم هنا لخفائه لعدم قدرة المشتري على كشفه أما إذا كان العيب ظاهرا قبل التسليم ولكن بعد البيع، فالبائع هنا كذلك يلتزم بالضمان ولكن ليس على أساس أحكام ضمان العيوب الخفية وإنما على أساس تحمل تبعه هلاك المبيع قبل التسليم وذلك لظهور العيب وعدم خفائه¹ وهذا يعني أن المشتري العالم بالعيب يمكن له رفض تسلّم المبيع وذلك بالامتناع عن الشراء، أو عدم الوفاء بالثمن المطلوب كاملا، وهذا في حالة كون العيب ظاهرا في المبيع وما يسمى بالحماية القانونية للمشتري الحسن النية².

إذن فالعيب الخفي هو ما لا يمكن إدراكه بالحواس وهذا يعتبر معنى مادي للعيب الخفي كما يتطلب درجة من العناية المطلوبة لدى الشخص العادي (المشتري) ليتمكن من كشف العيب بالاعتداد بالسلوك الذي يصدر من شخص متوسط الذكاء والتبصر مع الأخذ بعين الاعتبار مدى الإمكانية المتوفرة لديه لأن الأشياء المبيعة تختلف من نوع إلى آخر وبالتالي الفحص يختلف كذلك حسب نوع الأشياء المبيعة³ لأن هناك بعض الأشياء المبيعة تستدعي منا اللجوء إلى أهل الخبرة⁴، فهل المقصود هنا ببذل المشتري عناية الرجل العادي في كشف العيب أن يكون من ذوي أهل الخبرة في حالة ما إذا كان الشيء المبيع يستلزم ذلك أو لا يشترط ذلك؟

قد جاء في قرار لمحكمة النقض بأنه " ليس معيار الظهور في العيب معيارا شخصيا يتفاوت بتفاوت المستوى في الأنظار المختلفة، بل معينا بذاته مقدرا بمستوى نظر الشخص الفطن المتنبه للأمور " وهذا يعني ان المعيار المأخوذ به للقول بأن العيب يعد خفيا هو معيار مجرد، وبالتالي المفروض على المشتري استعمال الوسائل المألوفة والعادية والمتعارف عليها لفحص المبيع، فقد أورد المشرع المصري في المادة 447 السابقة الذكر ان " البائع لا يضمن العيوب التي كان المشتري يستطيع أن يتبينها بنفسه....."

¹ الدكتور عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجزائري، البيع والمقايضة، المرجع السابق، ص 722 تهميش رقم 1.

² الدكتور حسن قاسم القيسي، المرجع السابق، ص 357

³ الدكتور أحمد شوقي محمد عبد الرحمن، المرجع السابق، ص 53.

⁴ محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، عقد البيع والمقايضة، المرجع السابق، ص 380.

إن المعنى الصحيح لهذه العبارة أن يكون في وسع المشتري أن يتبين العيب بوسائله الخاصة وليس عن طريق معلوماته الشخصية¹ وذلك دون اللجوء إلى دراية البائع لمعرفة ذلك²، وما على المشتري هنا الا أن تكون له دراية ومعرفة الشخص العادي لفحص المبيع وليس ان تكون لديه دراية من الناحية الفنية³.

إذا ما قصر المشتري في فحص المبيع فحصا للرجل العادي، وبالتالي وبطبيعة الحال هنا عدم اكتشاف العيب فلا يمكن للمشتري في هذه الحالة الرجوع على البائع بالضمان لأنه لم يبذل العناية الكافية للكشف عن العيب وهذا يعتبر تقصيرا من طرف المشتري وبالتالي هو المألم. وهذا ما جاءت به المادة 320 من القانون المدني المصري⁴ والتي كانت صريحة حيث أن العيب الذي يدركه الانسان بحواسه اي الادراك بالنظر اليقظ لا يعتبر عيبا خفيا وانما عيبا ظاهرا لأن معيار الظهور في العيب ليس بمعيار شخصي يتفاوت بتفاوت المستوى في الانظار المختلفة بل هو معيار متفاوت متعين بذاته مقدر بمستوى نظر الشخص الفطن المنتبه للأمر⁵.

كما يعتبر من قبيل التقصير الحالة التي لا تتوفر لدى المشتري القدرة الكافية لإكتشاف العيب لانه ليس مفروضا علىه ان يقوم بهذا الفحص بنفسه لأن لربما لا تتوافر لديه القدرة الكافية لإكتشاف العيب وانما تكون لدى أشخاص آخرين، وهذا يعني أنه لا يمكن للمشتري تبرير عدم كشف العيب الخفي الى عدم خبرته أو جهله أوحداثته بالمهنة مادام ان المشرع قد اذن له بالاستعانة عند فحصه للمبيع بمن هم أكثر خبرة ودراية وتخصص وهذا يعني ان اكتشاف العيب ليس مرتكزا على شخصية الشاري وانما مفروض عليه من الخارج وبذلك نقول أن المشتري قد قام بالفحص الدقيق والجدي للمبيع، فشاء مركبة ليس للشاري دراية بفحصها يستلزم منه اللجوء الى من له خبرة ودراية وتخصص بهذا المجال، كذلك في حالة شراء عقار مثلا مسكن وخوفا من المشتري من البناء المشيد عليه هذا المسكن يلجأ الى من هم ادرى بهذا المجال كالمهندسين

¹ ان كلمة بنفسه الواردة في نص المادة 447 من القانون المدني المصري والسابقة الذكر حسب رأي الدكتور توفيق حسن فرج لا ضرورة لها طالما أن المعنى هو أن يكون بمقدور المشتري الكشف عن العيب بوسائله الخاصة ولولم يم هوشخصيا بالفحص والكشف عن العيب، الدكتور توفيق حسن فرج، المرجع السابق، ، ص 447، تهميش رقم 4.

² الدكتور سليمان مرقس، المرجع السابق، ص 403.

³ الدكتور توفيق حسن فرج، المرجع السابق، ص 447، تهميش رقم 4.

⁴ تنص المادة 320 من القانون المدني الجزائري على أنه: " لا وجه لضمان البائع اذا كان العيب ظاهر أو علم به المشتري علما حقيقيا "

⁵ الدكتور علي حسن بخيره، المرجع السابق، تهميش رقم 1، ص 28.

المعماريين¹ وفي حالة الاستعانة بهؤلاء المختصين ولم يكتشف العيب فيعد في هذه الحالة عيبا خفيا وبالتالي يلزم البائع بالضمان لأن المشتري قد قام بالفحص باعتماده معيار الرجل العادي².

وفي حالة التقصير كما سبق القول في الالتجاء الى أهل الخبرة في حالة كون المبيع المشتري يحتاج الى من هم أدري به من خبراء فالبايع غير ملزم بالضمان لأن المشتري لم يقم بالفحص اللازم عليه للكشف عن العيب الخفي³، لأن عدم خبرة المشتري وجهله بالأصول الفنية لا يجعل العيب الظاهر خفيا وبالتالي سقوط حقه في الرجوع على البائع بالضمان⁴.

وأما عند الحديث عن المشتري المختص ونحن نعني به الإختصاص في الشيء المبيع من طرفه فهنا لا يمكن القول بوجود عيب خفي لأن المشتري لا يمكن له الدفع بعدم قدرته على إكتشاف هذا العيب مادام العيب الظاهر يعتبر كذلك متى كان يدركه الفطن واليقظ، فإذا كان الشيء المبيع عبارة عن بذور زراعة والغرض منها الإنبات ولكن لم يتم ذلك ويرجع ذلك الى تسوس بعضها، فهنا لا يمكن للمشتري رفع دعوى الضمان لأن العيب يعتبر بالنسبة إليه عيبا ظاهرا وذلك لأن المشتري من كبار وعمدة المزارعين وبالتالي يسهل عليه إكتشاف العيب بإعتبار أن بذور زراعة من اختصاصه وخبرته وقد كان في هذا الصدد قضية تم رفض دعواها وهي دعوى ضمان العيب الخفي⁵.

¹ ان ادعاء المشتري بتشقق الحيطان بدعوى أن أسس الجدران ظهر أنها متداعية غير مؤسس لأن من أراد شراء منزل ولم يكن ذا معرفة بالمباني وجب عليه أن يسترشد بمهندس معماري فإذا لم يفعل فلا حق له في طلب الضمان اعتمادا على جهله بعيوب المباني ما دام العيب ممكن إكتشافه لمن يعاين من أهل الخبرة. المنصورة الجزئية 2 يناير 1935 المحاماة 17 رقم 324 ص 680 / قد اشار اليها الدكتور محمد كامل مرسى باشا شرح القانون المدني العقود المسماة، المرجع السابق، تهميش رقم 2، ص 328.

² الدكتور توفيق حسن فرج، المرجع السابق، ص 448 / الدكتور سليمان مرقس، المرجع السابق، ص 403 / الدكتور حسين بخيره، المرجع السابق، ص 29

³ ان جهل المشتري لا يبزر طلب فسخ العقد لأنه في وسعه دائما أن يستعين بخبير أوبرجل من رجال الفن قبل أن يقدم على الشراء. استئناف 14 أفريل 1924 المجموعة 27 رقم 1 ص 1 مرجع القضاء 6085 قد اشار اليه الدكتور محمد كامل مرسى باشا، شرح القانون المدني العقود المسماة، المرجع السابق، صفحة 328، تهميش رقم 2.

⁴ نفس المرجع والموضع السابق.

⁵ فإثبات الحكم أن عدم انبات البذور التي هي محل الدعوى انما يرجع الى تسوس بعض منها، واثبات المشتري وهويعتبر من عمدة وكبار المزارعين لا يصعب عليه كشف تسوس هذه البذور عند ورودها اليه ثم خلص من ذلك الى القول أن العيب كان ظاهرا وأسس على ذلك قضاءه برفض دعوى المشتري فإنه لا يكون قد خالف القانون بإعتبار ان نص المادة 320 من القانون المدني المصري (المادة 447 من القانون المدني الجديد) جاءت صريحة وهي تنص على ان " لا وجه لضمان البائع إذا كان العيب ظاهرا أو علم به المشتري علما حقيقيا " محكمة النقض المصرية، نقض 4 ديسمبر 1947 مجموعة القواعد القانونية 5 رقم 239 ص 500 / قد اشار اليه الدكتور على حسين بخيره، المرجع السابق، ص 28، تهميش رقم 1

وبهذا يمكن القول أن معيار الرجل العادي لا يهمل الإمكانيات الخاصة بالشخص الخاضع سلوكه للقياس والفحص بمعنى أن ينظر الى المشتري في هذه الحالة الى درجة العناية التي يبذلها في فحص المبيع واكتشاف العيب هل هي نفسها العناية التي يبذلها الشخص ففي مثل ظروف المشتري محل القياس، فتاجر السيارات أوالمكانيكي إذا أراد شراء سيارة مستعملة وهوأدرى بهذا المجال فهنا الفحص والعناية المفروضة على المشتري تقاس على تلك التي يبذلها الشخص العادي في مثل ظروف المشتري أي تاجر السيارات المتوسطون ومصليحي السيارات ولا تقاس على الشخص الجاهل بهذا المجال، يعني هنا يمكن القول أن العناية المطلوبة من المشتري عناية مشددة وذلك بغرض حماية البائع الحسن النية¹.

هذا من جهة ومن جهة ثانية نجد أن المعيار المؤخوذ به هنا معيار واقعي لأنه يأخذ بالصفات الخاصة بالمشتري وخبراته ومهاراته الفنية والعلمية وبالتالي يصبح العيب من العيوب الظاهرة التي لا ضمان فيها وهذا ماذهب إليه الدكتور خالد عبد الله حين قال أن المعيار الموضوعي لا يأخذ بالمؤهلات التي تتوافر لدى الشاري بل يأخذ بالقدرة التي تتوافر لدى العامة من الناس أما المعيار الذي يأخذ بالقرارات الشخصية والفنية للمشتري فهوالمعيار الذاتي لكن رأي الإحتكام يجد أن امكانية كشف العيوب ترتكز على المعيار الموضوعي الواقعي والذي لا يفرق في الذاتية والاعتداد بظروف المشتري الذاتية وبالتالي استبعاد الازدواجية في المعيار لأن المعيار الموضوعي كفيل بذلك².

وذلك لأنه جرى تكييفه عن طريق الأخذ بعين الإعتبار المزايا والمواهب التي تكون لدى المشتري مع عدم التركيز على النقاط السلبية الموجودة بهذا المعيار، فقد اعتبر عنصر الخفاء لدى معظم الفقهاء ومنهم الفقيه مازوأن القول بخفاء العيب يعني القياس على نموذج معين من الأشخاص الذين يتمتعون بنفس المزايا والمؤهلات التي يتمتع بها المشتري³.

لأن خفاء العيب لا يفرض على المشتري بفعل ظروف واعتبارات خارجة عن شخصه وإنما بالنظر إليه وعند القول بالنظر إليه، هذا لا يعني الأخذ بمعارفه الفعلية وإنما الأخذ بالمعارف المفترض توافرها في

¹ الدكتور علي حسين بخيره، المرجع السابق، ص 33.

² الدكتور خالد عبد الله عيد، العقود المسماة وفقا لأحكام قانون الإلتزامات والعقود المغاربي، الجزء الأول، المغرب، 1980، ص 302، قد أشار اليه الدكتور علي حسين بخيرة، المرجع السابق، تهميش رقم 1-2، ص 34.

³ La rédaction de l'art 1642 pourrait laisser supposer que le caractère caché ou apparent du vice s'apprécie in concreto par rapport à l'acheteur lui-même: L'acheteur a-t-il ou non découvert le vice en achetant la chose ? l'appréciation doit pourtant se faire in abstracto. Seulement le type de comparaison à l'égard duquel on se demandera s'il aurait ou non découvert le vice. C'est une personne disposant des memes connaissances techniques que l'acheteur » mazeaud(H.L.et J.) ; Leçons de droit civil T II et III 4ème éd.1974.

قد أشار إليه الدكتور أسعد دياب، المرجع السابق، ص 90، تهميش رقم 5.

شخص بنفس موقعه وظروفه كما سبق القول، وقد قال الدكتور أسعد دياب في هذا الصدد بأن هذه النظرية إتمدت نفس الأسس المعتمدة في تحديد الخطأ في المسؤولية المدنية التقصيرية¹.

وعلى هذا الأساس يمكن القول أن المشتري في هذه الحالة يعتبر مشتري مهني وخبير لأنه يعتمد بما لديه من معرفة، لأن العيب هنا لا يخفى على خبرته الفنية، وبالتالي وجود هذا العيب هو أمر طبيعي بالنسبة الى المشتري.

لكن قرينة المعرفة بالعيب هي قرينة بسيطة يمكن دحضها بإثبات عكسها من طرف المشتري إذ أن أي مشتري مهني آخر لم يكن بمقدوره إكتشاف العيب وهذا ما ذهب إليه الإجتهد الفرنسي بترك مجال إثبات عدم تمكن المشتري من كشف العيب الذي هو على درجة من الخفاء بحيث أصبح صعبا عليه إكتشافه قياسا على من كان في موضعه لإجتهد المشتري².

وسنأخذ كمثال بيوع سيارات بالنسبة للمشتري العادي والمشتري المحترف، فبالنسبة الى المشتري الغير محترف فتعتبر عيوباً خفية كل مايلحق بالجانب الخارجي من شرج أوتشفقات ظاهرة في الأجزاء الخارجية للمحرك عند رفع غطاء المحرك أوفي القاعدة السفلى للسيارة أوجود تلف ظاهر في اطارات السيارة، فهنا كما سبق القول يجب على المشتري الغير محترف بذل عناية الرجل العادي برفع لغطاء المحرك وفحص إطارات السيارة والتأكد من عدم وجود صدأ من تآكل وغيرها من الفحوصات التي تجب على المشتري وهذا من ناحية المظهر الخارجي، أما من ناحية أخرى فيجب على البائع تجربة السيارة، والعناية المطلوبة هنا هي عناية الرجل العادي من تشغيل للسيارة لفترة محدودة في حالتي الوقوف والسير للتأكد من الغرض المقصود من الشراء في حالة ما اذا كان السير بأمان، وان اقتضى الحال اللجوء الى خبير لفحص السيارة للكشف عن العيوب.

أما في حالة ما اذا كان المشتري لديه خبرة كافية في مجال السيارات كمصالح السيارات أوالمتاجر فيها أوغيرهم من الأشخاص ذات الخبرة الكافية في هذا المجال فمعليه في هذه الحالة اجراء الفحوصات اللازمة بما يتوافق مع درجة معرفته الفنية للكشف عن العيوب السيارات التي تكمن في قاعدة السيارة أوالأجزاء الداخلية للمحرك التي يكون سببها في الغالب الاستعمال المفرط بدون الاعتناء والحفاظ عليها حيث يمكن للسائق المحترف أن يتبين ذلك بما توافرت لديه من خبرة فنية، أما من يحترف الاتجار بالسيارات أواصلاحها فتتوفر

¹ الدكتور أسعد دياب، المرجع السابق، ص 91.

² نفس المرجع السابق ، ص 94-95.

لديهم درجة عالية في معرفة الدقائق الفنية للسيارات، حيث يمكن معرفة بعض العيوب الداخلية التي يستدل عليها من المظاهر الخارجية للسيارة أو الأجهزة الفنية الخاصة، ولكن هذا لا يعني درايتة بكل العيوب التي يمكن ان تكون بالسيارة، فالامر يتعلق هنا بتقدير مدى عناية المشتري اللازمة للكشف عن العيب على ضوء خبرته.

وبالتالي فالمشتري في الحالة الأولى يجب عليه بذل عناية الرجل العادي والذي ينجر عنه الضمان وفي حالة وجود عيب خفي وجب الضمان اما الحالة الثانية فتكون العناية مشددة من طرف المشتري باعتباره خبير والضمان لا يكون إلا إذا كان لا يستطيع الكشف عنه بالرغم من معرفته كشرط تفكيك محرك لسيارة ما لكشف العيب¹.

كما أن هنالك بعض المبيعات تحتاج الى تجارب علمية كأن يحتاج اكتشاف لترتبه بما بها من أملاح الى تحليل كيميائي أو اكتشاف ضعف احتمال الحديد أو ضعف احتراق الفحم لكن كلها يمكن اكتشافها إذا استعنا بخبراء متخصصين لكن هناك بعض العيوب لا يمكن اكتشافها إلا بعد مدة من الزمن ولا يمكن للشخص العادي الذي له خبرة أو لا ولا لخبير متخصص إكتشافها مثل عيوب السيارات التي لا يمكن معرفة أسرارها الآلية إلا بعد قطع مسافة عدة كيلومترات وبالتالي هذه العيوب تعتبر عيوباً خفية تستوجب الضمان من طرف البائع.

كما يمكن أن يتعدى الضمان أيضا الى المنافع التي قصدها المشتري من الشيء المبيع وذلك في حالة كون العيب ظاهرا أو يمكن إكتشافه، أما الجهل يكون بالنسبة الى تأثيره على صلاحية المبيع ونفعه، بمعنى أنه في حالة قبول المشتري المبيع بعد علمه بالعيب ظنا منه أنه لن يؤثر على الغرض الذي يبتغيه من الشيء المبيع المعيب²، ثم بعد بعد استعماله يجد أن به عيب يمنعه من الإنتفاع بالشيء المبيع الذي كان يقصده من وراء شراءه له ولو علم بهذا لما أقدم على الشراء، فهنا لا يحرم المشتري من الضمان ويصبح البائع ملزما به ولكن لا يكون ذلك إلا اذا تحقق شرطان هما:

1- إثبات المشتري إعتقاده بعدم تأثيره الظاهر والذي رضي به على المنافع التي

كان يرجوها من العين المببعة ولا على صلاحيتها.

¹ الدكتور احمد شوقي عبد الرحمن، المرجع السابق، ص من 56 الى 60.

² الدكتور عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، البيع والمقايضة، المرجع السابق، ص 728

2- إثبات المشتري أن الرجل العادي في مثل ظروفه لن يكون بإستطاعته أن

يدرك تأثير العيب على المنافع المبتغاة من الشيء المبيع ولا على صلاحية المبيع¹.

كما يعتبر بعض الفقهاء زمن الإعلام أي إخطار البائع من طرف المشتري بوجود العيب يشكل معيارا أساسيا في اعتبار العيب خفيا أم ظاهرا، لأنه في حالة وجود عيب خفي يجب هنا على المشتري إخطار البائع بذلك في آجال محدودة وسيتم التفصيل في ذلك في الفصول الموالية، فإذا تم إخطار البائع من طرف المشتري بعد تسلمه الشيء المبيع في الأجال المحددة قانونا كان العيب هنا عيبا خفيا، لكن إذا لم يتم الإخطار داخل الأجال اعتبر العيب ظاهرا لأن البائع هنا يعتبر راض بحالة المبيع المعيبة، وبذلك تبرأ ذمة البائع من الضمان بشرط ألا يكون البائع سيء النية²

لكن هذا المعيار يعتبر معيار غير منطقي بالنسبة لي، كما أنه قد تعرض الى الإنتقاد بأن عدم الاخطار يعد من صميم عدم مسايرة الإجراءات التي تفرض على المشتري وبالتالي مخالفة الإجراءات تؤدي الى حرمانه من الضمان ولا تؤدي الى اعتبار العيوب الخفيه عيوباً ظاهرة، وهذا النقد صائب لأن اعتبار العيب الخفي عيباً ظاهراً موضوع وعدم اتخاذ الاجراءات اللازمة موضوع آخر لأن الجانب الأول موضوعي، والجانب الثاني إجرائي

كما أن المشرع رتب على عدم القيام بالإجراءات خلال المواعيد المحددة سقوط حق المشتري في الضمان إلا أن هذا السقوط للحق في الضمان يرجع الى عدم القيام بإجراء أولي وهو الإخطار وهو إجراء الزامي في حالة ظهور عيب بالمبيع، وليس الى عدم توافر شروط العيب لأن الخفاء يعتبر شرط من شروط الضمان في العيوب الخفية، كما أن المشرع المغربي قد حدد آجال الاخطار بسبعة أيام من تسليم، إذا كان أمكن التعرف على العيب من خلال الفحص العادي، وفور إكتشاف العيب إذا كان من غير الممكن كشفه بالفحص العادي، وإذا حال بين المشتري وفحص المبيع سبب خارج عن إرادته³، كما أن المشرع الجزائري قد تطرق الى الاخطار في نص المادة 380 و381 من القانون المدني الجزائري⁴، حيث كان

¹ الدكتور على حسين بخيره، المرجع السابق ، ص 32/31.

² المرجع نفسه، تهميش رقم 1، ص 30.

³ المرجع نفسه ، ص 35، تهميش رقم 2.

⁴ تنص المادة 380 من القانون المدني الجزائري على ما يلي: ".....فإذا كشف عيباً يضمنه البائع وجب عليه أن يخبر هذا الأخير في أجل مقبول عادة، فإن لم يفعل اعتبر راضياً بالمبيع.....وجب على المشتري بمجرد ظهور العيب أن يخبر البائع بذلك وإلا اعتبر راضياً بالمبيع بما فيه من عيوب "

المشروع فيهما صريحا بأن جزاء الإخلال بالالتزام الملقى على عاتق المشتري في حالة ظهور عيبا خفيا بالمبيع وهو إخطار البائع به في الأجل المحددة يسقط حقه في الضمان وبالتالي اعتباره راضيا بذلك العيب الموجود، ولم يقل يصبح العيب الخفي ظاهرا بمجرد عدم إخطار البائع بالعيب.

ولكن هناك استثناء عن قاعدة وجوب فحص المبيع من طرف المشتري بعناية الرجل العادي أو المتخصص بمعنى أن البائع يضمن العيب الظاهر أو العيب الذي يستطيع المشتري أن يكتشفه¹ في حالة اثبات البائع للمشتري خلو المبيع من العيوب الخفية، ويكون هذا الإثبات عن عيوب معينة بالذات² وهذا يعتبر بمثابة إتفاق ضمني بين البائع والمشتري بأنه في حالة وجود عيب في العين المبيعة المحدد بذاته وجب على البائع الضمان لأنه يعد عيبا خفيا وبالتالي يعفى المشتري من فحص المبيع بعناية الرجل العادي لأن الضمانة هنا هي تأكيد البائع خلو المبيع من العيب الخفي³، كما أنه يجب أن تكون عبارات التأكيد ظاهرة في معناها وتصل الى مرتبة الاتفاق ولا تكون عبارات بين مفهوم التأكيد، وعكسه، فقد أوجب القانون التونسي في الفصل 669 مدني على ان البائع يضمن العيوب التي تخفى على المشتري إذا صرح البائع بسلامة المبيع منها⁴، كما أن المادة 447 من القانون المدني المصري اكدت على ذلك بقولها بأن البائع يضمن العيب الذي أكد خلو المبيع منه، دون التقيد بشرط الخفاء، كما انها تدخل ضمن الفرض الخاص بكفالة البائع صفات معينة في المبيع وقت التسليم.⁵ ويقع عبئ اثبات التأكيد بخلو المبيع من عيب معين على عاتق المشتري ويكون ذلك بالطرق والقواعد العامة المتعلقة بالأعمال القانونية.

أما في حالة إخفاء العيب عن طريق الغش فهنا يعني ان البائع قد تعمد إخفاء العيب، وبالتالي يكون كل من المشتري والبائع قد قصر، فالمشتري لم يبذل عناية الرجل العادي في فحص المبيع والبائع بدوره إخفاء غشا وسوءا لنيته عن المشتري، لكن في هذه الحالة من يتحمل المسؤولية؟ فهل يعفى البائع من الضمان وبالتالي يحرم المشتري من الضمان لعدم قيامه بالفحص المفروض عليه؟

أما المادة 381 من نفس القانون فإنها تنص على ما يلي " إذا أخبر المشتري البائع بالعيب الموجود في المبيع في الوقت الملائم، كان له الحق في المطالبة بالضمان وفقا لنص المادة 376 "

¹ الدكتور أحمد عبد المنعم ديش، المرجع السابق، ص 67.

² أما إذا كان المبيع معيناً بنوعه أو كان الضمان متعلقاً بتخلف صفة كفل البائع للمشتري وجودها في المبيع، فلا محل لإشتراط الخفاء وقت البيع ويكفي توافره وقت التسليم. الدكتور محمد صيري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني (عقد البيع والمقايضة)، المرجع السابق، ص 383.

³ الدكتور عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، البيع والمقايضة، المرجع السابق ص 726.

⁴ الدكتور عبد الله الأحمد، المرجع السابق، ص 342.

⁵ الدكتور أحمد شوقي محمد عبد الرحمن، المرجع السابق، ص 49.

كذلك تعد هذه الحالة كاستثناء عن القاعدة العامة وهذه الحالة نجد أن الخطأ المرتكب من طرف البائع قد غطى أو استغرق خطأ المشتري لعدم بذله العناية وبالتالي وجوب الضمان لإعتبار العيب خفياً¹، وذلك بهدف رد قصد السوء على البائع، وحرمانه من الاستفادة من غشه، لأن في هذه الحالة مصلحة المشتري أجدر بالرعاية أي لها الأولوية²، فأحداث تشويش داخل المرآب لمنع المشتري من فحص السيارة فحصاً جيداً، كما قد يقوم البائع بطلاء للسيارة يخفي بها الخدوش والعيوب الموجودة بالخارج، ويقع اثبات حالة تأكيد البائع للمشتري بخلو المبيع من العيوب على عاتق المشتري ويكون بكافة طرق الإثبات، كذلك هذا ماجاءت به المادة 447 فقرة 2 من القانون المدني المصري بأن يضمن البائع العيوب الظاهرة التي تعتمد إخفاءها غشاً منه³، والمادة 379 من القانون المدني الجزائري.

قبل الشراء يجب على الشخص المشتري أن يعرف طبيعة الشيء المبيع المراد شراؤه: هل هو من الأشياء المستعملة أم الجديدة أم الخطيرة لأن طبيعة الشيء المبيع تلعب دور كبير في التأثير على وصف العيب إذا ما كان عيباً ظاهراً أم خفياً وهذا يعني أنه لا ينفرد تشخيص الشيء المبيع إذا كان ظاهراً أو خفياً بعناية الرجل العادي فقط وإنما تعدى ذلك إلى طبيعة الشيء المبيع كذلك

فأول شيء يجب مراعاته وتحديده ومعرفته من طرف المشتري عند شراؤه الأشياء المستعملة أن لا يتوقع الفعالية التي تتواجد بالأشياء الجديدة، فالسيارة المستعملة بطبيعتها لا تتحقق له نفس درجة الكفاءة المرجوة من السيارات الجديدة من حيث التشغيل والقوة، وتجب الملاحظة هنا أنه لا يعتبر نقص الكفاءة عيباً قديماً موجباً للضمان⁴.

وأن يعلم عند شراؤه الأشياء الخطرة مثل قارورات الغاز والمواد المتفجرة والسموم الملتهبة فهي تعتبر أشياء خطيرة بطبيعتها وليس بفعل عامل خارجي والضرر الذي تحدثه بفعل مصدرها، وبالتالي أن يتوقع العيب المضر فيها⁵

¹ الدكتور عبد الرزاق السنهوري، الويك في شرح القانون المدني الجديد، البيع والمقايضة، المرجع السابق ص 726.

² الدكتور أحمد عبد المنعم ديش، المرجع السابق، ص 68.

³ لدكتور أحمد شوقي محمد عبد الرحمن، المرجع السابق، ص 51

⁴ الدكتور أحمد شوقي محمد عبد الرحمن، المرجع السابق، ص 28.

⁵ وهو الأمر الذي أقره الاستشهاد الفرنسي عند إنفجار قارورة غاز بأنه انطلاقاً من طبيعة هذا النوع من المبيعات يجب على المشتري أن يتوقع العيب المضر فيها

تميز 1959/01/11 - المجلة المدنية. bull.civ. - 1 - رقم 43، أشار إلى ذلك الدكتور أسعد دياب، المرجع السابق، من ص 99، تهميش رقم 3.

أما عند الرجوع الى الأشياء المباعة المستعملة والتي تطبق عليها أحكام ضمان العيوب الخفية نجد وجوب التفرقة بين أمرين: الأول أن طبيعة الأشياء المستعملة تفرض وجود نواقص وهذه النواقص ناتجة عن القدم المبيع وأاستعماله المتكرر، والثاني أنه يمكن أن يكون هنالك عيوب في نفس الوقت، لأنه اذا نظرنا في طبيعة هذه المبيعات نجد أن العيوب يمكن القول عنها أنها تلك العيوب التي يتجاوز حدها ماهومتوقع في الشيء المستعمل ولا يجوز أن يتواجد عادة فيه، وهي الحالة الوحيدة التي يمكن أن يتواجد بها العيب الخفي بالمبيع¹ فالعيوب المتواجدة بالسيارة داخل محركها أوأجزاؤها الداخلية الرئيسية أووجود خلل لم يتم اصلاحه بصورة جيدة في قاعدة السيارة يجب أن تكون قد وصلت الى حد لا يجعل السيارة صالحة للسير في أمان². كما أن العيب هنا يكون ناشئا من وجوده بالمبيع، أومن عدم وجوده بالمبيع³، ويكون هذا التحديد أوهذا الوجود نتيجة الى توقعات المشتري من المبيع أونتيجة لصفات الشيء المبيع.

فأما عند الحديث عن توقعات المشتري من المبيع فنجد أنها كثيرة وعديدة ومتداخلة، فالثمن مثلا والوضع الخارجي للسيارة كلها عوامل مؤثرة بإعتبار العيب خفي أم لا فالأجهزة الداخلية الموجودة داخل غطاء السيارات مثل المحرك تتأثر بالثمن ان كان باهضا أوزهيدا.

فاذا كان الثمن باهضا هنا يقل توقع العيوب بالمبيع ووجودها يؤدي الى الضمان ويصبح العيب خفيا أما اذا كان الثمن زهيدا فهنا توقع العيوب الخفية بالمبيع شيء عادي ونسبة الضمان ضئيلة لأن العيب هنا يصبح ظاهر الى حد كبير، مثل شراء سيارة بدون الاطارات الخاصة بها أوعدم وجود جهاز معين لازم لعملية التشغيل بقصد السير لكن ثمنها المشتري به زهيدا جدا مما أدى الى اعتبار العيب ظاهرا⁴، وغيرها من التوقعات لأن الثمن لا يجب أن يؤخذ كمعيار مطلق وقاطع فكما يعتبر الثمن معيار، يعتبر كذلك النوع معيار، فالأنواع الجيدة من الاشياء وفي شتى المجالات مثل مجال الآلات الالكترونية تلعب دور كبير في اعتبار العيب خفي أوظاهر لأن الماركات الجيدة بالرغم من قدمها الا اننا نجد دائما محافظة على قيمتها والثمن بطبيعة

¹ « le vice dont se plaint l'acheteur, essentiellement distinct du seul caractre usagé de la chose , doit etre apprécié de façon relative ,en ce sens qu'il doit dépasser ce qui était normalement prévisible dans un véhicule d'occasion en un mot il doit etre un défaut qu'une chose meme usagée ne devrait par présenter »
Rolan: observations sur la vente des vehicules d'occasion D.1959.P168.

قد أشار اليه الدكتور أسعد دياب، المرجع السابق، ص 96، تهميش رقم 1.

² الدكتور أحمد شوقي محمد عبد الرحمن، المرجع السابق، ص 29.

³ وكان هذا من رأي الاستاذ رولان:

"la protection due soit proportionnelle à la qualité de l'objet et prévisions des contractants

قد أشار اليه الاستاذ أسعد دياب، المرجع السابق، تهميش رقم 1 ص 97.

⁴ الدكتور أحمد شوقي محمد عبد الرحمن ، المرجع السابق، ص 27.

الحال لا ينزل كثيرا عن الثمن الأصلي، اما اذا كانت سمعة الماركة غير جيدة نتيجة الى عدم صلابتها وسوء سمعتها بين الناس وبالتالي قلة ثمنها¹.

كما أن الغرض المرجوا من شراء الاشياء المستعملة يعتبر كذلك من المعايير المعتمد عليها في تحديد ظهور العيب من خفائه ففي مجال السيارات مثلا: شراء السيارات المستعملة تكون لأغراض متعددة فمنهم من كان قصد شرائها لتفككها وبيع اجزائها وهنا لا يكون البائع ملزما بضمان العيب الخفي للسيارة لعدم سيرها طالما أن الغرض المرجوا منها اجزائها وهنا بالرغم من ان العيب خفي لكن غرض المشتري ادى به الى الظهور، كما أن ظهور العيب من عدمه يستشف من الشروط الصريحة الموجودة بالعقد يعني ارادة المتعاقدين، كما يستشف من الظروف الخارجية للمبيع كاشراء سيارة بها اصلاحات غير مكشوفة تم اخفائها بطريقة محترفة بعد تعرضها لحادث سير، كما يستشف من سنة الصنع والموجودة بظهر السيارات، إذن فالبايع يكون ضامنا للعيوب الخفية في السيارات المستعملة الناتجة عن عيب في التصميم أو تصنيع السيارات أثناء عملية إنتاجها وإذا كانت نتيجة صلاحية السيارة للسير.

أما في حالة ما إذا كانت الأشياء جديدة مثل السيارات ان تكون كاملة الكفاءة، واي عيب خفي يؤدي للضمان، فالتعطيلات المتكررة خلال فترة زمنية قصيرة من وقت شرائها يعتبر عيبا خفيا يؤدي الى تعطيل سيرها الآمن وهو الهدف المرجوا من وراء شرائه لها، وكذا اذا تعلق الأمر بعيوب خفية، أو أي خلل فادح في القيادة المريحة للسيارة كعلوصوت المحرك بالتصميم أو التصنيع الاجهزة الحيوية في السيارة، كجهاز الفرامل بشرط أن لا تكون هذه العيوب ناتجة عن سوء تشغيل من جانب المشتري² هذا من جهة وعند الحديث عن الأشياء الخطرة فمعظم الناس يجد الاشياء الخطرة بانها كل مابه خطر وهذا غير صريح لأن الاشياء العادية قد ينجم عنها خطر في حالة سوء استعمالها، وانما الخطر هنا يكمن في طبيعتها كما قلنا فانفجار قارورة غاز بسبب استعمالها المتمادى لعدة اعوام دون انقطاع لا يعتبر هنا عيبا خفيا³.

وإنطلاقا من هذه الطبيعة من سموم وسوائل ملتهبة ومواد متفجرة، يجب على المشتري أن يتوقع العيب المضر فيها لأن الخطر ناجم من المادة بحد ذاتها وليس بفعل عامل خارجي، وبالتالي من واجب البائع

¹ الدكتور اسعد دياب المرجع السابق ص 97.

² الدكتور أحمد شوقي محمد عبد الرحمن، المرجع السابق، ص 24 الى 27.

³ قد أشار اليه الدكتور أسعد دياب، المرجع السابق، ص 98 انظر تهميش رقم 3 من نفس الصفحة.

ان ينبه المشتري من خطورة هذه المواد، حيث اذا لم يتم التنبيه فيتحمل البائع مسؤولية ذلك، اما اذا كان المشتري على دراية بمعنى خبير في هذا المجال فافتراض المعرفة هنا واجب¹.

الفرع الثاني: أن يكون العيب غير معلوم من طرف المشتري

قبل التطرق إلى التفصيل في هذا الشرط يجب معرفة ما إذا كان هذا الشرط مستقل أو تابع لشرط الخفاء؟

فقد اختلف الفقهاء في هذا ولكل مبرراته، فالرأي القائل بأن شرط عدم علم المشتري بالعيب شرطا مكملا لشرط الخفاء وتبريرهم في ذلك أن العيب إذا كان معلوما من طرف المشتري يصبح ظاهرا وبالتالي يجب أن يكون مكملا ومدرجا ضمن خفاء العيب، وذلك لأن شرط خفاء العيب يتطلب وجود شرطين أولهما أن يكون العيب غير ظاهر وثانيهما أن يكون المشتري جاهلا بالعيب وتخلف هذين الشرطين المدرجين تحت شرط واحد وهو خفاء العيب وأحدهما يعفي البائع من الضمان².

وعلى هذا الأساس يعد السكوت عن العيب من طرف المشتري رضا بالعيب وبالتالي يصبح العيب من خفي الى ظاهر³.

أما الرأي الثاني فقد أكد على استقلالية هذا الشرط وإنفراده وعدم درجه ضمن شرط الخفاء وقد كان تبريرهم في ذلك أن المعنى الأصح لشرط عدم علم المشتري للمبيع هو أنه رغم فحص المبيع من طرف المشتري ببذله عناية الرجل العادي إلا أنه لم يتمكن من كشفه⁴، ومن مؤيدي هذا الرأي الدكتور السنهوري بقوله فمادام العيب خفيا فالمفروض أن المشتري لا يعلم به، وإذا علم به فهذا يعني رضا بالمبيع بما فيه من عيوب وبالتالي التراجع عن حقه من الضمان⁵.

أما عند الرجوع الى المعيار المعتمد لكل منهما أي العيب الخفي بالنسبة للعيب الظاهر وعلم المشتري بالنسبة الى جهله، فالأولى تعتمد على معيار موضوعي والثاني يعتمد على معيار شخصي، وهو ما

¹ نفس المرجع السابق، ص 98 و 99.

² الدكتور عمرو أحمد عبد المنعم دبش، المرجع السابق، ص 70.

³ الدكتور توفيق حسن فرج، المرجع السابق، ص 186

⁴ الدكتور عمرو أحمد عبد المنعم دبش، المرجع السابق، ص 70.

⁵ الدكتور توفيق حسن فرج، المرجع السابق، ص 727

اتجهت إليه محكمة النقض المصرية¹، كما اتجه إليه الدكتور أسعد دياب حيث ان تحديد العلم بالعيب يستند الى اساس شخصي وذلك لإختلافه من شخص الى آخر، وهويتق مع الرأي القائل بالفصل بين العلم بالعيب وشرط الخفاء لكن تفسيره يرجع الى المعيار المعتمد لكل منهما ويعتبر شرط عدم العلم بالعيب شرطا مكملا لشرط الخفاء لكن بشكل مستقل²، كما نادى الدكتور عمرو أحمد عبد المنعم دبش الى وجوب التفرقة بين شرط الخفاء وشرط عدم علم المشتري بالعيب، وقد ارجع وجود فصلها الى تحقيق حماية كلا الطرفين من سوء نية بعضهما لبعض أي حماية المشتري حسن النية من سوء نية البائع واحتياله، وحماية البائع حسن النية من سوء نية المشتري.

ولتحقيق أكبر قدر من الحماية لأطراف عقد البيع يجب اجتماعهما كشرطين أساسيين ومستقلين³.
ومن أنصار هذا الرأي الدكتور السنهوري⁴ و الدكتور منصور مصطفى منصور⁵، والدكتور إسماعيل غانم⁶، فالهدف الأساسي هنا هو العمل على استقرار المعاملات وتحقيق الطمأنينة بين أطراف العقد لاستمرارية المعاملات.

تلك هي وجهات نظر كل فريق وكل مناصر، لكن الأهم هنا هو ألا يكون المشتري عالما بالعيب الذي يعتري الشيء المبيع، لأن أحد الأطراف الأساسية في عقد البيع وهو المشتري يكون على علم بهذا العيب وهو ما يميز هذا الشرط عن بقية الشروط، وبالتالي السكوت يعد علامة من علامات الرضا وعلى هذا الأساس يصبح العيب الخفي في حكم العيب الظاهر لعلم المشتري به وبالتالي سقوط حق المشتري من الضمان، لأن مباشرة المشتري الشراء مع العلم بوجود عيوب يعد تنازلا ضمنيا عن الضمان من طرف المشتري⁷.

¹ حيث قضت في ظل التقنين المدني الملغى بأن المادة 320 والتي تقابلها المادة 447 فقرة 2 مدني والتي تنص على أنه لا وجه لضمان البائع إذا كان العيب ظاهرا، أو علم به المشتري علما حقيقيا أي أن العيب حين يكون ظاهرا يكون كافيا لنفي الضمان الذي على عاتق البائع بدون الحاجة الى التأكد إذا كان العيب قد علم به المشتري أم لا - نقض مدني في ديسمبر سنة 1947، مجموعة قواعد النقض، الجزء الأول فقرة 99 ص 361 قد أشار إليها الدكتور عمرو أحمد عبد المنعم دبش، المرجع السابق، ص 71.

² 1 الدكتور أسعد دياب، المرجع السابق، ص 100

³ الدكتور عمرو أحمد عبد المنعم دبش، المرجع السابق، ص 71.

⁴ الدكتور عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، البيع والمقايضة، المرجع السابق، ص 727.

⁵ الدكتور منصور مصطفى منصور، العقود المسماة، عقد البيع، القاهرة، 1957، ص 89

⁶ الدكتور إسماعيل غانم، مذكرات في العقود المسماة (عقد البيع)، القاهرة، 1958.

⁷ الدكتور أسعد دياب، المرجع السابق، ص 100.

كما أن لهذا الشرط عناصر معايير يرتكز عليها للقول بشرط عدم العلم بالعيب من طرف المشتري أولها:

الوقت الذي يعتد هنا حسب نص المادة 379 فقرة 2 من القانون المدني الجزائري¹، والمادة 447 فقرة 2 من القانون المدني المصري² والفصل 569 من تقنين الالتزامات والعقود الخاص بالتشريع المغربي³ هو وقت البيع حيث أن علم المشتري بالعيب وقت العقد وإقدامه على الشراء يعد رضا بحالة المبيع المعيب وهو الوقت الذي يعبر فيه أطراف عقد البيع عن الرضا، بإعتبار أن رضا الطرفين في عقد البيع يعتبر من شروط تكوين عقد البيع، وبالتالي إفتراض عدم تأثير العيب على إستعمال الشيء المبيع شيء محتم خاصة وان كان تقدير الثمن يرجع الى وجود العيب بالمبيع⁴.

وعلى هذا الأساس نجد أن وقت البيع هو من أهم العناصر التي يرتكز عليها شرط عدم العلم بالمبيع ويعتد به في حالة المبيع المعين بالذات، أما في حالة المبيع المعين بالنوع، فلا يتصور ذلك لأنه من غير الممكن تحديد ذاتية المبيع إلا عن طريق الافراز، والافراز يكون عادة وقت التسليم⁵.

إذن فعلم المشتري بالعيب وقت البيع أو عند التسليم دون ابداء أي اعتراض أو موقف تجاه البائع يسقط حقه من الضمان وبالتالي التنازل عن حقه في الضمان⁶، الذي يثبت له أصلا بناء على عقد البيع⁷.

والمراد بالتسليم هنا هو التسليم الفعلي وليس التسليم الرمزي لأن التسليم الأول يتحقق بتوافر عنصرين: الأول يتمثل في وضع المبيع تحت تصرف المشتري بحيث يتمكن فحصه فحصا جيدا باستعمل جميع وسائله المتاحة دون إعتراض من البائع، أما العنصر الثاني فهو إعلام المشتري أن المبيع وضع تحت

¹ تنص المادة 379 فقرة 2 من القانون المدني الجزائري على أن " غير أن البائع لا يكون ضامنا للعيوب التي كان المشتري على علم بها وقت البيع....."

² تنص المادة 447 فقرة من القانون المدني المصري " على أن العيوب التي لا يضمنها البائع هي تلك التي يعلم بها المشتري وقت البيع....."

³ ينص الفصل 569 من تقنين الالتزامات والعقود من التشريع المغربي على أنه " لا يضمن البائع العيوب الظاهرة ولا العيوب التي كان المشتري يعرفها...."

⁴ الدكتور علي حسن بخيره، المرجع السابق، ص 45.

⁵ الدكتور حسن فرج، المرجع السابق، ص 442-443.

⁶ الدكتورة حوجويمينة، المرجع السابق، ص 166.

⁷ الدكتور أحمد شوقي محمد عبد الرحمن، المرجع السابق، ص 79.

تصرفه ولا يكون هذا الاعلام بطريقة خاصة، بل يتم بكافة الطرق¹ وهو ما نصت عليه المادة 367 من القانون المدني الجزائري في فقرته الأولى² وهو الأمر الذي تم تأييده من قبل الدكتور علي حسن بخيره بإقراره بأن شرط عدم علم المشتري بالعييب لا يكتمل إلا إذا كان وقت التسليم الفعلي وذلك لوضع البائع المبيع تحت تصرف المشتري حتى وإن لم يشترط في هذا التسليم المبادلة المادية إلا أنه يشترط التخلية بين البائع والمشتري³.

أما التسليم الرمزي⁴ فلا يعتد به هنا لأنه لا يحقق الفحص المرجوا لأنه يتم بطريقة رمزية كتسليم مستندات الإيداع إذا كان المنقول في أحد المخازن مثلا، أو تسليم سندات شحن لبضاعة ما لم تصل بعد، وهو يختلف عن التسليم الحكمي⁵ أو ما يسمى بالتسليم المعنوي فهو صورة من صور تغيير صفة الحيازة كما هو الحال بالنسبة للمستأجر يمكن تغيير صفته من الى مشتري وهو يتحقق بمجرد تراضي المتعاقدين على تغيير الصفة⁶ وبالتالي لا يمكن فحص المبيع لأن التسليم هنا ليس تسليما فعليا.

فالمقصود من عبارة وقت البيع شمولها على جميع أنواع البيوع المبيعات المعينة بالنوع وبالذات وبين الحاضر في مجلس العقد والغائب عنه⁷ هذا من جهة ومن جهة أخرى نجد أن العيب المعلوم للمشتري

¹ الدكتور محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، عقد البيع والمقايضة، المرجع السابق، ص 264.

² قد نصت المادة 369 من القانون المدني الجزائري " يتم التسليم بوضع المبيع تحت تصرف المشتري بحيث يتمكن من حيازته والانتفاع به دون عائق ولولم يتسلمه تسليما ماديا، مادام البائع قد أخبره بأنه مستعد لتسليمه بذلك ويحصل التسليم على النحو الذي يتفق مع طبيعة الشيء المبيع

³ الدكتور علي حسن بخيره، المرجع السابق، ص 46.

إن التسليم الذي يقع على المنقول يكون عادة بالتسليم المادي أي المناولة ، أي نقل الحيازة فعلا من البائع الى المشتري، وهو التسليم الفعلي، الدكتور محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 266.

⁴ وهو ما نصت عليه المادة 813 من القانون المدني الجزائري حيث " تسلم السندات المعطاة عن البضائع المعهود بها الى أمين النقل أو المودعة في المخازن يقوم مقام تسليم البضائع ذاتها " .

⁵ وهومانصت عليه المادة 367 فقرة 2 من القانون المدني الجزائري حيث " يتم التسليم بمجرد تراضي الطرفين على البيع إذا كام المبيع موجودا تحت يد المشتري قبل البيع أو كان البائع قد استبقى المبيع في حيازته بعد البيع لسبب آخر لا علاقة له بالملكية "

⁶ الدكتور محمد صبري السعدي ، الواضح في شرح القانون المدني، عقد البيع والمقايضة، المرجع السابق، ص 266.

⁷ الدكتور أسعد دياب، المرجع السابق، ص 106.

والمقصود بالغائب عنه أن يقوم مقام المشتري نائب وإذا باشر نائب عقد البيع عن المشتري، فهنا العلم المؤخوذ به هو علم النائب بالعيوب التي توجد بالمبيع وهنا لا ضمان على البائع حتى وان كان المشتري لا يعلم بالعييب وذلك اعمالا للقواعد العامة في النيابة في التعاقد والتي تحل ارادة النائب محل ارادة الاصيل، والعكس صحيح في حالة علم المشتري بالعييب وعدم علم النائب بالعييب فهنا لا يمكن للبائع التمسك بعلم المشتري - الدكتور علي حسن بخيره، المرجع السابق، ص 47

يجب أن يكون علما يقينيا وليس إفتراضيا ولا شك فيه، فلا يكفي مجرد الظن لأنه لا يعتد بعلم المشتري متى كان علمه بالتشكيك حيث لا يكفي مجرد إقرار المشتري في محرر بالعيب الموجود بالعيب يعد المعاينة أو قلة الثمن المدفوع قصد الشراء¹.

لأن العلم واقعة مادية بإمكان البائع إثباتها بكافة طرق الإثبات منها البينة والقرائن² وحتى يسقط الضمان ويتخلص البائع منه عليه أن يثبت علم المشتري بالعيب وقت التعاقد كما سبق التوضيح وذلك لأن الأصل يملي إفتراض حسن نية المشتري الغير عالم بالعيب والمنطق يقول بأنه لا يمكن لأي شخص أن يشتري شيئا به عيب إلا إذا كان سيء النية، أما البائع هنا هو من يدعي بعلم المشتري بالعيب وبالتالي عليه إثبات ما يدعيه³ وذلك من خلال إثبات أن رغم خفاء العيب إلا أنه معلوم للمشتري، وقد يكون هذا العلم من خلال فحص المبيع بعناية الرجل العادي بمعرفته بنفسه أو بالجوء للخبير أو من خلال إخطار البائع للمشتري بوجود عيب بالمبيع⁴.

فإذا كان العيب موجودا وقت البيع لكن علم المشتري تحقق وقت التسليم ولم يعترض على ذلك اعتبر راضيا وبالتالي اعفاء البائع من الضمان وهذا يعني إشتراط عدم علم المشتري وقت التسليم وكذا وقت البيع

¹ وقد كان في هذا صدد عدت قرارات منها ما قضت به محكمة النقض المصرية بأن " علم المسقط لدعوى ضمان العيب الخفي هو العلم الحقيقي دون العلم الافتراضي" وبالتالي نشر مرسوم اعتماد وقوع العقار المبيع داخل خط التنظيم بالجريدة الرسمية لا يدل بذاته على علمه بهذا العيب - نقض 14 يونيو 1962 مجموعة المكتب الفني لمحكمة النقض قاعدة 13 ص 808.

كما أنها قضت من خلال القانون القديم من المادة 324 قديم وهي نفسها المادة 452 مدني مصري جديد بأن المقصود منها العلم الحقيقي، وبهذا تم تأييد محكمة الاستئناف فيما ذهبت اليه من أن المشتري ما كان يعلم حق المعرفة عند تحريره خطابا للبائع يخبره فيه بما ظهر من عيب في البذور التي اشتراها ان هذه البذور معيبة بهذا العيب القديم الخفي الذي يستلزم فسح البيع ورد الثمن وإلتزام البائع بما عليه من ضمانات تجاه المشتري وأنه لم يكن عالما بالعيب الا من خلال تقرير خبير وبالتالي رفض الدفع بسقوط الدعوى بحجة أن العلم بالعيب الذي يكون عن طريق خطاب يرسله المشتري للبائع - نقض مدني 23 مارس 1935، مجموعة عمر رقم 242 ص 660 قد أشار الى هذه القرارات الدكتور علي حسن بخيره، المرجع السابق، ص 44 تهميش رقم 1.

² الدكتور رمضان أبوا السعود، المرجع السابق، ص 389 - والدكتور محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، عقد البيع والمقايضة المرجع السابق، ص 383.

يجب مراعاة الثمن، لأن الثمن يعد قرينة فإذا كان منخفضا، يمكن ان يدل على العلم بالعيب من طرف المشتري - الدكتور محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص 362.

³ الدكتور توفيق حسن فرج، المرجع السابق، ص 453.

⁴ الدكتور علي حسن بخيره، المرجع السابق، ص 46.

وإذا كان العيب قد حدث بين وقت البيع ووقت التسليم فهنا عبئ الإثبات يقع على البائع بإثبات علم المشتري بالعيب وقت التسليم¹.

ولكن هذا لا يعني عدم وجود صعوبات في تحديد العلم بالعيب فقد تكون في حالة وجود صلة بين الظواهر الخارجية للمبيع والعيب بحد ذاته، وهذه الصلة تكون محتملة وليست قطعية².

كما يمكن إفتراض علم البائع بالعيب الشائع أو المشهور وذلك حسب طبيعة الشيء المبيع ويكون ذلك إما من خلال الظروف المحيطة بالشيء المبيع أوفي حالة ما اذا كان المشتري مهني محترف حيث يكون على دراية بعيوب المبيعات التي تخص مجاله وهي عيوب متعارف عليها لكن بين التجار المهنيين مثل أصحاب الجلود عند شراءهم له يمكن لهم تمييز الجلود السريعة التلف من الجلود الرفيعة الجودة عكس شخص العادي الذي لا يمكن له التمييز بين الجلود، أما الإثبات فيقع على عاتق المشتري بإثبات عدم علمه بالعيب لأن الظاهر يوحي بعلم المشتري كما هو الحال في الأشياء المستعملة فافتراض وجود العيوب يوحي علم المشتري بها³.

وقد فرق الدكتور أسعد دياب بين العيوب الشائعة أو كما قال عنها عيوب علنية وبين العيوب التي يمكن توقعها فالأولي هي تلك العيوب التي لا يمكن لأي شخص الجهل بها فالتسجيل والقيود في السجل التجاري مثلا لا يمكن الجهل به وهذا يعني انه يجب على المشتري أن يكون فطنا متيقظا، لأنه حتى الجهل يجب أن يكون جهلا مبررا مشروعا⁴، حيث لا يمكن القول عن العيب بأنه مجهول بمجرد عدم كشفه فحتى الجهل له معايير أهمها: أن يكون المشتري يقظا ومتقظا غير مهمل، لأنه في حالة ما إذا كان العيب ظاهرا أو علنيا كما سبق التوضيح فلا يمكن له أن يرجع على البائع بالضمان من خلال تمسكه بجهله، لأنه يعتبر مخطئا في هذه الحالة لأن العلم يكفي أن يكون من السهل معرفته وليس فعليا فقط⁵.

أما العيوب المتوقعة فهي العيوب التي تستنتج أو ترجع من الظروف المحيطة بالعقد حيث تكون معقولة واعتيادية فشراء نوعية رديئة للأقمشة يمكن توقع تلفها وليس للمشتري أن يطالب بالضمان، كما أن

¹ الدكتور عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، البيع والمقايضة، المرجع السابق، ص 728.

² فشراء كمية من الطحين به رائحة كريهة ظنا منه أنه عند إضافة مادة أخرى لها تصبح صالحة يقر ضمان البائع للمشتري - الدكتور أسعد دياب، المرجع السابق، ص 101.

³ الدكتور علي حسن بخيره، المرجع السابق، ص 27-28.

⁴ الدكتور أسعد دياب، المرجع السابق، ص 102.

⁵ الدكتور حسن فرج، المرجع السابق، ص 452.

التمن كذلك يعتبر من الظروف التي التي تتحكم بنوعية المبيع فاذا كان التمن ضئيل جدا فلا يمكن كذلك هنا للمشتري المطالبة بالضمان لأن التمن الضئيل كان نتيجة لبضاعة يمكن ان يتوقع عيوب بها، وللقاضي هنا سلطة تقديرية في تقدير وجود العيب وعلمه به من طرف المشتري من عدمه¹.

وبالتالي يفترض علم المشتري بكل من العيوب الشائعة أو المشهورة والتي لها صلة بطبيعة الشيء وبالعيوب المتوقع والذي يتعلق بالظروف المحيطة بإبرام العقد².

كما أن العلم يجب أن يكون علما محددًا وليس عشوائيا أي على سبيل الحدس، حيث لا يكفي علم المشتري أن المركبة معيبة أو إخطار البائع له بذلك، وإنما يلزم أن تتحدد معرفة المشتري بنوع العيب الذي يلحق المركبة المبيعة، كما يشترط أن يكون المشتري على علم بالنتائج المؤثرة القريبة أو البعيدة الناشئة عن وجود العيب³، لأن العيب يمكن أن يتعدى الى المنافع التي قصدها المشتري من الشيء المبيع⁴، والاعفاء من الضمان يكون بعلم المشتري بها، وذلك كون العيب ظاهر ويمكن اكتشافه، لكن الجهل بالعيوب هنا يكون بالنسبة الى تأثيره على صلاحية المبيع ونفعه، بمعنى أنه في حالة قبول المشتري المبيع بعد علمه بالعيوب ظنا منه أنه لن يؤثر على الغرض الذي يبتغيه من الشيء المبيع المعيب ثم يكتشف بعد استعماله أن به عيب يمنعه من الانتفاع بالشيء المبيع الذي كان يقصده من وراء شراؤه له ولو علم بهذا العيب المؤثر لما أقدم على الشراء.

فهنا لا يحرم المشتري من الضمان ويصبح البائع ملزما بالضمان لكن لا يكون ذلك إلا بتوافر شرطان أولهما:

1- إثبات المشتري إعتقاده بعدم تأثير العيب الظاهر والذي رضي به على العين المبيعة من حيث منافعها وصلاحيتها.

2- إثبات المشتري أن الرجل العادي في مثل ظروفه لن يكون بإستطاعته أن يدرك تأثير العيب على منافع المرجوة من الشيء المبيع ولا على صلاحية المبيع.

¹ الدكتور أسعد دياب، المرجع السابق، ص 104

² الدكتور علي حسن بخيره، المرجع السابق، ص 43، تهميش رقم 1.

³ الدكتور أحمد شوقي محمد عبد الرحمن، المرجع السابق، ص 68

⁴ وأحسن مثال على ذلك اتجاه نية المتعاقدين إلى إمكانية إصلاح العيب وتشغيل المبيع لكن يتبين انه غير قابل للإصلاح بما يؤثر على المنفعة المقصودة من الشيء المبيع، قد أشار إلى ذلك الدكتور أحمد شوقي محمد عبد الرحمن، المرجع السابق ص 69.

على هذا الأساس فالعلم الذي ينتفي به العيب الموجب للضمان يجب أن يكون: علما يقينيا وأن يتحقق وقت العقد سواء وقت البيع أو وقت التسليم، ويتعلق بعيب محدد وأن يكون هذا العلم مؤثرا حيث يعلم المشتري بالنتائج المترتبة عنه.

وتقاس هذه الحالة على العيوب المؤلوفة دون العيوب الغير المؤلوفة في حالة شراء أشياء مستعملة وذلك لإفترض علم المشتري بتلك العيوب بالنسبة للحالة الأولى والتي يكون مصدرها الرئيسي القدم، وقد تم افتراض هذه العيوب بسبب الاستعمال، وبالتالي إرتباط العيب بالإستعمال يختلف باختلافه (كلما اختلف الاستعمال اختلف العيب)¹، أما عبئ الإثبات هنا فيقع على المشتري وذلك بإثبات عدم علمه بالعيوب المؤلوفة لأنه من إدعى به ولأن المفروض هو علمه بالعيوب².

وإفترض علم المشتري بالعيب يجرمه من الضمان بطبيعة الحال إذا لم يكن هناك إتفاق على خلاف ذلك لأن المبدأ العام يقضي بأن العقد شريعة المتعاقدين.

فالبائع معفى من الضمان في حالة شراء أشياء مستعملة، لأن الأشياء المستعملة تلحقها عيوب ظاهرة وبالتالي إفترض علم المشتري بها وتعتمده شراءها بحالتها ويدخل هنا ما هو ظاهر من طبيعة الشيء أي أن الظروف الخارجية للمبيع هي التي تحدد حالة المبيع التي ارتضاها وعلم بها المشتري.

ولكن هناك استثناء يستمد قوته من القول الأخير المبدأ الذي يقضي بأن العقد شريعة المتعاقدين، حيث يمكن للبائع أن يكون ضامنا رغم علم المشتري بالعيب وذلك في حالة وجود اتفاق بين طرفي العقد بضمان البائع صفات معينة في المبيع إشتراطها المشتري بذاتها، هنا يكون البائع ملزما بالضمان عند خلوالمبيع من هذه الصفات وقت التسليم رغم افتراض علم المشتري بوجود العيب أو العلم الحقيقي بانتقاء الصفات الموعود بوجودها الوقت العقد³.

¹ الدكتور على حسين بخيرة، المرجع السابق، ص 32، 31، تهميش رقم 1 من ص 43.

² الدكتور عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، البيع والمقايضة، المرجع السابق ص 728

³ قد أشار إلى ذلك كل من الدكتور عبد الرزاق السنهوري المرجع السابق ص 728 وكذا الدكتور أحمد شوقي محمد عبد

الرحمن، المرجع السابق، ص 76

لكن في حالة تجاوز الأوضاع العادية أو المألوفة بأن تأخذ درجة من الجسامة لتصبح عيوباً غير مألوفة فهنا يقع عبئ الإثبات على عاتق البائع لإفترض عدم علم المشتري بها بالرغم من فحص المبيع فحصاً جيداً¹.

كما نجد أن علم المشتري يتأثر بذاتية المشتري بحد ذاته، فعلم المشتري المحترف ليس هو نفسه علم المشتري العادي الذي لا يملك خبرة ولا إحتراافية.

فالعلم المفترض بحالة المبيع في بيوع السيارات المستعملة لدى المشتري الذي لا يملك خبرة في هذا المجال ليس نفسه بالنسبة للعلم المفترض لدى الشخص المحترف ذا خبرة في مجال السيارات.

فبالنسبة للمشتري الذي لا يملك خبرة فيفترض علمه بالعيوب الظاهرة في الجانب الخارجي للسيارة من خدوش أو تشققات سواء في الهيكل الخارجي أو الداخلي من خلال رفع الغطاء عن المحرك أو القاعدة السفلية للسيارة أو وجود صدأ أو تآكل، فكل هذه العيوب يفترض وجودها بمجرد النية على شراء سيارة مستعملة.

هذا من الناحية الخارجية للسيارة المستعملة أما ما يفترض وجوده والعلم به بالنسبة للمشتري الذي لا يملك خبرة من الناحية الداخلية فيظهر ذلك من خلال تجربة السيارة بتشغيلها لمدة محدودة في حالتي الوقوف والسير بقصد تحقيق الغرض المقصود من الشراء إذا كان التثقل أو السير، لأن الغرض المقصود من الشراء يختلف من مشتر إلى آخر فيمكن أن يكون قصد السير، كما يمكن أن يكون الشراء لأجل تفكيكها وإعادة بيعها قطع منفصلة عن بعضها .

وعلى هذا الأساس نجد أن إفترض العلم في بيوع السيارات بالنسبة للمشتري الذي لا يملك خبرة يكون بمجرد الشروع في الشراء ولا ضمان له فالدخان المنبعث من السيارة المستعملة أو ارتفاع درجة حرارة المحرك أو صدور صوت غير عادي عند تشغيل السيارة يمكن له أن يعلمها قبل التعاقد من خلال فحصها سواء بالنظر أو التشغيل، وبالتالي يعفى البائع من الضمان، لكن هذا غير مطلق لأن المشتري لا يحرم من الضمان في حالة اشتراطه على البائع ضمان عيب معين بالذات.

أما بالنسبة للمشتري الذي يملك خبرة في مجال السيارات المستعملة فتكون درجة إفترض علمه أكثر ويظهر ذلك من خلال التزامه بفحص السيارة بتشغيلها وإلقاء نظرة خارجية عليها بالنسبة كما هو الحال

¹ الدكتور حسن فرج، المرجع السابق، ص 454.

بالنسبة الى المشتري العادي، إضافة الى ذلك يتعين على المشتري ذا خبرة أن يقوم بإجراء الفحوص اللازمة بما يتوافق ودرجة معرفته الفنية ويمكن أن تظهر هذه لدى السائقين المحترفين بمجرد إلقاء نظرة على المحرك أو قاعدة السيارة يعلم مدى الاستعمال المفرط أو العادي لهذه السيارة والذي قد يؤثر عليها أو لا يؤثر عليها، وهذا يعتبر علما يعفي البائع من الضمان في حالة كون المشتري ذا خبرة ولا يعفيه اذا كان المشتري عديم الخبرة أما الاثبات هنا فيقع على المشتري بأنه لا يتوفر على الخبرة الكافية لإكتشاف العيب الخفي وأن هذا العيب قد فاقت درجة جسامته الأوضاع العادية أو المألوفة.

كما يمكن كذلك للبائع إثبات ارتفاع المستوى الفني للمشتري الذي يمكنه من اكتشاف والعلم بالعيب الموجود بالمبيع وإذا تحقق ذلك وتم الاثبات أعفي البائع من الضمان لعدم توفر شرط جهل المشتري بالعيب.

كما يعد من قبيل المشتري ذا خبرة في مجال السيارات المستعملة مصلح السيارات أو كما يقال عنه الميكانيكي وكذا تاجر السيارات المستعملة، حيث يمكن لكليهما العلم بالعيوب الباطنة بمجرد إلقاء نظرة عن الهيكل الخارجي للسيارة، فلا ضمان لكليهما لأن علمهما مفترض وبدرجة عالية.

لكن هذا الاعفاء ليس مطلق لأنه في حالة ما اذا تجاوزت العيوب الأوضاع العادية مثل استلزام تفكيك محرك لتبيان العيب أو أن يكون العيب من العيوب التي لا تظهر إلا بصورة تدريجية، بمعنى أنه من المستحيل أن يعلم بها المشتري سواءا ذا خبرة أو عديم الخبرة وبالتالي يلزم البائع بضمان العيب الخفي ولا يتجرد من المسؤولية¹، أما علم البائع من عدمه لا تأثير له في مبدأ الضمان، بمعنى أن البائع الذي يعلم بوجود العيب أو لا يعلم بوجوده لا تأثير له على قيام الضمان أو عدمه، وهو ما نصت عليه المادة 379 فقرة من القانون المدني² في معناها والمادة 447 مدني مصري³.

لكن في حالة علم البائع بوجود العيب يمكن لهذا أن يشدد مسؤولية البائع العقدية بإعتباره قد احتال على المشتري وغشه بمحاولة اخفاء العيب عنه قصد إقناعه بالشراء.

¹ الدكتور أحمد شوقي محمد عبد الرحمن، المرجع السابق، ص 56-60.

² تنص على أنه " فيكون البائع ضامنا لهذه العيوب ولولم يكن عالما بوجودها "

³ تنص على انه ".....ويضمن البائع هذا العيب ولولم يكن عالما بوجوده "

وعلى هذا الأساس يصبح التعويض هنا على الأضرار المتوقعة وكذا غير المتوقعة وأساس التعويض عن الأضرار¹ غير المتوقعة مخالفة المبدأ العام للتعاقد وهو حسن النية في إبرام العقود الملزمة لجانبين بسوء النية² التي يترتب على توافرها بطلان شرط الإعفاء من الضمان أو الحد منه في حالة إهمال المشتري فحص المبيع أو إهماله إخطار البائع بالعيب الموجود بالمبيع، وقد يلحق هذا التأثير في مقدار التعويض الذي يستحقه المشتري حيث يضمن الأضرار المتوقعة وغير المتوقعة وكذا التقادم الذي يصل الى خمسة عشرة سنة وهو ما سيتم التفصيل فيه لاحقاً، لأن الهدف من كتمان البائع للعيب هنا هو خداع المشتري³.

ويكون الإثبات في حالة سوء نية البائع وتعده الغش على المشتري، حيث يلزم أن يقيم الدليل على علم البائع الفعلي بالعيب الموجود بالمبيع، لأن حسن النية مفترض في العقود، وبالتالي على من يدعي عكس ذلك أن يثبت الإدعاء بأن البائع قد تعمد إخفاء العيب غشاً منه ويكون ذلك بجميع طرق الإثبات لإعتبار العلم واقعة مادية.

¹ وهو ما نصت عليه المادة 182 فقرة 2 من القانون المدني الجزائري في معناها و"غير أنه إذا كان الإلتزام مصدره العقد، فلا يلتزم المدين الذي لم يرتكب غشاً أو خطأً جسيماً إلا بتعويض عن الضرر الذي كان يمكن توقعه عادة وقت التعاقد." والتي تقابلها المادة 221 فقرة 2 من القانون المدني المصري.

² قد أشار الى ذلك الدكتور رمزي رشاد عبد الرحمن، المرجع السابق، ص 184

³ قد أشار الى ذلك الدكتور محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 385، والدكتور عمرو أحمد عبد المنعم دبش المرجع السابق، ص 73.

المبحث الثاني: نطاق ضمان العيوب الخفية

لقد تعلمنا من خلال دراستنا أن لكل قاعدة عامة إستثناء يرد عنها ولأسباب معينة ، وهذا ينطبق على أحكام ضمان العيب في المبيعات، حيث أقام المشرع استثناءات من البيوع لا يجب أن يقوم فيها الضمان وذلك لاعتبارات معينة ولمعرفة هذه الأخيرة ارتأينا أن نقوم بالتطرق إليها تفصيلا(المطلب الأول) وهذا نفس السبب الذي جعلنا نتطرق الى البيوع التي تخضع للضمان (المطلب الثاني).

المطلب الأول: البيوع التي لا ضمان فيها

مما سبق ذكره نجد أن إعفاء البائع من الضمان بافتراض علم المشتري به يعتبر استثناءا لكن ضمنيا، أما ما كان صريح بشأنه المشرع البيوع القضائية دون الاختيارية التي تتم عن طريق المزاد (الفرع الأول) وكذا البيوع الجبرية التي تتم عن طريق المزاد سواء كانت من جهة القضاء أو من جهة الإدارة بالنسبة لبعض القوانين، أما قوانين أخرى فقد اكتفت بإعفاء البائع من الضمان في حالة البيوع الجبرية دون الإدارية التي تتم بالمزاد العلني (الفرع الثاني) كما يمكن أن نجد بعض البيوع قد أخذت موضعا خاص نتيجة لطبيعتها التي تفرض ذلك (الفرع الثالث).

الفرع الأول: الاستثناء الوارد على البيوع القضائية التي تتم بالمزاد العلني

قبل الخوض في التفصيل في هذه التشريعات يجب أن نعلم أنه في البيوع القضائية يوجد نوعين من البيوع بيوعا جبرية وبيوع اختيارية تتم بطريق المزاد العلني¹، فالبيوع الإجبارية هي تلك البيوع التي يستلزم فيها اللجوء إلى القضاء.

فالبيع القضائي ليس بعقد يستلزم رضا الطرفين ولا يمكن القول برضا أطراف العقد سواء كان طالب التنفيذ أو المنفذ عليه أو الموظف العام ، فالطرف الأول لا يمكنه أن يقتضي حقه بنفسه وإنما يتوجب عليه اللجوء

¹ فالمزاد هو إحدى صور بيع الأراضي أو العقارات أو أي سلعة كانت بنمط يضمن للبائع تحقيق أعلى نسبة ربح ممكن، وذلك عن طريق اجتماع كل من يرغب في شراء السلعة المباعة عبر المزاد ثم يتم وضع حد أدنى لسعر البيع لا يقل عنه السعر المدفوع وتبدأ حينها المزايدة حيث يقوم كل شاري بعرض سعر أعلى من السعر السابق له حتى يصل أحد الحاضرين لسعر لا يعرض أحد من الباقيين قيمة أكبر من ذلك وعندها ينتهي المزاد بحصول صاحب أعلى سعر على السلعة المعروضة وتجدر الإشارة هنا الى ان المزايدة ليست هي نفسها المناقصة لأن هذه الأخيرة تقوم فيها هيئة حكومية بعرض رغبتها في إقامة مشروع وتعرض الشروط والمعايير المطلوبة في المشروع ثم تقوم كل جهة مهتمة بالحصول عليه عن طريق اتباع مجموعة من الاجراءات - الدكتور عمارة بلغيث، التنفيذ الجبري وإشكالاته، دار العلوم، دون طبعة، عنابة، 2004.

إلى القضاء لاستفتاء حقه وفقا لقواعد وإجراءات معينة ، حيث نظم القانون هيئة خاصة تقوم بهذه المهمة، وقد اختلفت ماهيتها من تشريع إلى آخر حيث أنه في التشريع الجزائري والتشريع الفرنسي أخذوا بنظام المحضر القضائي وهو الذي يقوم بالحجز على أموال المنفذ عليه ومحافظ البيع بالمزاد العلني الذي يقوم بعمليات البيع بالمزاد العلني وهو الموظف العام¹، أما الطرف الثاني هو البائع أو المالك الذي يعتبر الطرف السلبي في هذه العلاقة حيث يصدر في حقه أمرا من ممثل السلطة العامة القائم بالتنفيذ جبرا عليه.

إذن فدور القضاء لا يقتصر على مجرد إصدار الأحكام وإنما يمتد إلى التنفيذ الذي يعتبر وفاء بالتزام بحيث تبرا ذمة المدين لأن أي التزام يتضمن عند نشوئه عنصرين هما عنصر المديونية وعنصر المسؤولية².

وعلى هذا الأساس يمكن القول أن التنفيذ الجبري يتم بواسطة السلطة العامة وتحت إشراف القضاء ورقابته وبناء على طلب إذن بيده سند مستوفي للشروط خاصة قصد استيفاء الدائن حقه الثابت في سند من المدين قهرا³ وخير مثال على ذلك التنفيذ على أموال المدين جبرا سدادا لديونه، أو التنفيذ على أموال المفلس أو التنفيذ على أموال القاصر

أما البيوع الاختيارية فلا تستلزم أن تتم بواسطة القضاء إلا أنها تقع بواسطة القضاء وذلك بمحض الإرادة والاختيار ذلك قصد حل نزاع معروض بينهم، كبيع العين الشائعة لعدم إمكانية قسمتها بين الشركاء الشيوع⁴.

فقد ساد إختلاف لازال قائما إلى حد الساعة، حيث أن البعض من الفقهاء قد استبعدوا البيوع القضائية الإجبارية من الضمان دون الاختيارية والعلة في ذلك أن المشرع لم ينص على إلزامية اللجوء إلى القضاء في هذه البيوع وإنما صارت باختيار ورضا من أطراف العقد، كما نجدان من مؤيدي ذلك الدكتور

¹ وهو ضابط عمومي يكلف وفق شروط محددة بموجب القوانين والتنظيمات المعمول بها بالتقييم والبيع بالمزاد العلني للمنقولات والأموال المنقولة المادية، ويتم تعيينه بموجب قرار من وزير العدل المادة 5 من الأمر رقم 96-02 المؤرخ في 19 شعبان عام 1416 الموافق 10 يناير سنة 1996 و المرسوم التنفيذي رقم 97-33 مؤرخ في 2 رمضان عام 1417 الموافق 11 يناير سنة 1997، الذي ينظم محاسبة محافظي البيع بالمزايدة ويحدد كيفية دفع الأتعاب مقابل خدماتهم.

² ويخرج من هذا المعنى الالتزام الطبيعي، لأنه يتضمن عنصرين عنصر المديونية فقط.

³ وهو ما نصت عليه المادة 160 من القانون المدني " المدين ملزم بتنفيذ ما تعهد به "

⁴ وقد نصت على ذلك المادة 724 من القانون المدني الجزائري " إذا اختلف الشركاء في اقتسام المال الشائع، فعلى من يريد الخروج من الشيوع أن يرفع الدعوى على باقي الشركاء أمام المحكمة.

وتعين المحكمة إن رأت وجها لذلك خبيرا أو أكثر لتقويم المال الشائع وقسمته حصصا إن كان المال يقبل القسمة عينا دون أن يلحقه نقص كبير في قيمته "

السنهوري حيث أكد على أن البيوع الاختيارية يقام فيها الضمان حتى ولو بيعت عن طريق المزاد العلني، وكذا الدكتور صبري السعدي وغيرهم من الأساتذة¹، في حين أن البعض الآخر قد اتجهت آراءهم إلى أن البيوع الاختيارية التي تتم عن طريق المزاد مثلها مثل البيوع القضائية الإجبارية حيث يمنع فيها الرجوع بضمان العيب كونها تعتبر من البيوع القضائية وتتم فعلا أمام القضاء، وقد ساير هذه المساواة كل من الدكتور سليمان مرقس حيث ساوى في ذلك بين البيع القضائي الذي يتم بالمزاد إجباريا واختياريا²، وكذا الدكتور على حسن بخيره الذي ارتأى انه من المنطق القانوني استبعاد ضمان العيب في كلتا الحالتين وكان تبريره في ذلك أن الإجراءات المتبعة للبيع هي نفسها من حيث الإعلان والعرض وإتاحة الفرصة للمعاينة، وبهذا يصبح كل من البيع الاختياري والإجباري متساويين³.

لكن من وجهة نظري أن هذا التبرير غير كافي وغير تام لأن إتحاد العلة في كلتا الحالتين لا يمكن أن يصل إلى مساواة بيع كلتا الحالتين في الحكم، فرغم إتباع نفس الاجراءت لكن الحكم يختلف وهذا يرجع إلى الفرق ولو كان فرقا صغيرا لكن يعتد به وبالتالي الاختلاف مفروض، لأن البيع القضائي الإجباري يكون قهرا وبرضا المدين أوالبائع أو بدون رضاه، لكن في البيوع الاختيارية يختلف الأمر فالبيع يتم برضا الأطراف ويعتبر اللجوء إلى القضاء استكمالا لإجراءات البيع، أما البيع الإجباري فهو منشأ البيع.

كما أن معظم التشريعات منها الجزائري والمصري قد أقام الضمان على البيوع الاختيارية التي تم التطرق إليها وهو ما كان محل انتقاد حيث أن عبارة البيوع القضائية والبيوع الإدارية التي تتم بالمزاد العلني والمذكورة في النصوص القانونية جاءت مطلقة، بمعنى أن هذا اللفظ الموجودة بنص المادة مخالف لمعناها⁴.

أما عند الرجوع للقانون الفرنسي فنجد أن المادة 1649 قد حددت البيوع التي تم إعفاءها من الضمان وهي البيوع التي تتطلب تدخل سلطة القضاء لإبرامها وبالتالي استبعاد البيوع التي تتم برضا من

¹ منهم الدكتور بلانيول وريبير وهامل، جوسان، والاستاذ انور سلطان، والاستاذ محمد على امام، والاستاذ منصور منصور، قد أشار الى ذلك الدكتور عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، البيع والمقايضة، المرجع السابق، الصفحة 733، تهميش رقم 1 وكذا الدكتور كامل مرسى باشا، المرجع السابق، ص 346.

² الدكتور سليمان مرقس، المرجع السابق، ص 419.

³ انظر في ذلك الدكتور علي حسن بخيره، المرجع السابق، ص 52.

⁴ الدكتور حسن فرج، المرجع السابق، ص 422 تهميش رقم 2.

المتعاقدين أمام المزااد العلني من أعمال المادة السابقة الذكر لكونها تتم عن طريق الاختيار وليس الإيجبار. وهو الرأي الذي اجمع عليه الفقه الفرنسي بقيام الضمان في البيوع الإيجبارية دون الاختيارية¹

الفرع الثاني: الاستثناءات الواردة على البيوع الإدارية التي تتم بالمزااد العلني .

إن الاختلاف لم يقتصر فقط على البيوع الاختيارية التي تتم عن طريق المزااد وإنما تعدى ذلك ليمس البيوع الإدارية التي تتم بالمزااد بقيام ضمان العيوب الواقعة عليها من عدمها، فهي البيوع التي تقوم بها الإدارة بقصد استيفاء حقوقها ومن أمثال تلك البيوع بيع مصلحة الجمارك السلع التي تم حجزها في حالة عدم وجود رخصة بإدخال سلع أجنبية²، وكذا بيع مصلحة الجمارك السلع التي تم حجزها في حالة عدم وجود رخصة بإدخال سلع أجنبية للبلاد، كما يمكن للبلديات أو الولايات في حالة تجديد المعدات بيع المعدات القديمة مثل المركبات التي لا تصلح للعمل وكل ذلك يتم عن طريق تكليف محافظ البيع بالمزااد بالبيع عن طريقه³.

فإن رجعنا إلى التشريعات التي تأخذ بالبيوع الإدارية كاستثناء من ضمان عيوب المبيع الخفية فنجد أن التشريع الجزائري من بينها حيث نص على ذلك صراحة بنص المادة 385 من القانون المدني على أنه " لا ضمان للعيوب في البيوع القضائية ولا البيوع الإدارية إذا كانت بالمزااد " والتشريع المصري في نص المادة 454 من القانون المدني والمتشابهة حرفيا والمادة السابقة الذكر، كما أن الفقه قد أجمع على عدم إخضاع هذه البيوع لنظام العيب الخفي، والعلة في ذلك الإعفاء في كلتا البيوع يرجع إلى إيتاح الفرصة للمزايدين أن يفحصوا الشيء المزاياد عليه قبل التقدم إلى المزايادة⁴.

فالبيع بالمزااد العلني يتم بمعرفة القائم بإجراء التنفيذ محافظ البيع أو المحضر وذلك بعد جرد الأشياء التي يراد التنفيذ عليها.

أما الإجراءات المتبعة في هذا النوع من البيع فقد اكتفى المشرع بأن تكون قانونية فلم يتم تحديد طريقة الإعلان بل تم الاكتفاء بذكر الوسائل التي تتناسب وأهمية الحجز وقد نصت على ذلك المادة 707 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

¹ Patricia jachmig- Joly , thèse précitée ,page56.

² الدكتور عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، البيع والمقايضة، المرجع السابق، ص 732.

³ الدكتور لحسين بن الشيخ آث ملويا، المنتقى في عقد البيع (دراسة فقهية قانونية وقضائية مقارنة.نصوص للمطالعة، أعمال تطبيقية)، دار الهومه، دون طبعة، الجزائر، 2005، ص 435.

⁴ الدكتور محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، عقد البيع والمقايضة، المرجع السابق، ص 386.

ويكون الإعلان في غالب الأحيان عن طريق النشر في الصحف اليومية أو اللصق في لوحة الإعلانات البلدية والمحكمة وكذا في الساحات العمومية مع ذكر العنوان بدقة (اليوم والشهر والسنة) كما يجب أن يكون في أقرب سوق عمومي أو أي مكان آخر من شأنه الحصول على أحسن النتائج.

كما يجب على المترشحين للمزاد زيارة الأشياء المراد بيعها بقصد فحصها والتأكد من صحتها وذلك بحضور المحضر القضائي أوقات العمل، إضافة إلى أنه يمكن لكل مترشح إستخراج قائمة الأشياء التي يراد المزايدة عليها من مكتب المحضر القضائي بغرض التأكد من أن ما هو موجود بالمزاد هو نفسه المستخرج ضمن القائمة وهو نفسه الذي تم فحصه.

وفي حالة ما إذا رسا المزاد لصالح مشتري ما وجب عليه دفع مصاريف التسجيل، كما لا يتم تسجيل البيع إلا بعد دفع ثمنه نقداً، لكن في حالة عدم دفع الراسي عليه المزاد أي المشتري قيمة المبيع، يعاد البيع بالمزاد العلني للمرة الثانية لكن على نفقة وتحت مسؤولية المشتري الأول وعليه بدفع فارق الثمن وهو جاءت به المادة 713 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية¹.

وقد تعمدنا شرح الإجراءات المتبعة بقصد البيع بالمزاد العلني ولوبذكرها سطحياً لأن المشرع قد قام بإعفاء البائع من الضمان في هذه البيوع بسبب إجراءاتها المطولة والتي تتطلب وقتاً وجهداً لا يمكن الاستهانة بها إضافة إلى أن الفسخ أو الرجوع قد يؤثر على كل الأطراف بما فيهم المدين كون الإجراءات تأخذ وقتاً إضافة إلى أن السبب الأساسي هنا في مخالفة المبدأ العام هو وضع المبيع تحت تصرف المزايدين قبل الشروع في المزايدة وهو الأمر الذي يسمح للجمهور بالتشاور والاستشارة بملاحظات بعضهم البعض وهذه حجة كافية يمكن الاستناد عليها لمخالفة مبدأ الضمان في البيوع القضائية والإدارية التي تتم بالمزاد².

بالإضافة إلى التشريع الجزائري والمصري الذي أخذ باستثناء البيوع الإدارية من أحكام ضمان العيب الخفي³ كما نجد كذلك التشريع الليبي من خلال نص المادة 443 والسوري من خلال نص المادة

¹ الدكتور العربي الشحط عبد القادر والأستاذ نبيل صقر، طرق التنفيذ، دار الهدى، دون طبعة، الجزائر، 2007، ص 126-127.

² الدكتور اسعد دياب، المرجع السابق، ص 52.

³ فقد جاء في المذكرة الإيضاحية للقانون المدني المصري أن السبب الذي من أجله لا يقوم الضمان في حالة البيع بالمزاد، سواء من جهة القضاء أو من جهة الإدارة ان الاعلان عنه وابتاح فرصة للمزيدين أن يفحصوا الشيء قبل الإقدام على المزايدة فيحسن بعد ان اتخذت كل هذه الإجراءات ألا يفسخ البيع لسبب كان يمكن توقيه، فتعاد اجراءات طويلة بمصاريف جديدة يتحمل عبأها المدين " قد أشار إليها الدكتور حسن فرج، المرجع السابق تهميش رقم 1 من ص 424.

422 وحتى العراقي من خلال نص المادة 569، مرجعا ذلك للتأصيل التاريخي حيث كانت السلطة في عهد جوستيان تهدف إلى التخلص من مراجعة المزايدين¹، وذلك بالاعتماد على مبررات النظرية التقليدية التي نادى بها الفقيه دوما، حيث يرجع إعفاء البائع من الضمان لعدم قيامه بالإجراء وكذا عدم صدور البيع بإرادته أو إرادة المدين أو إرادة الموظف العام وبالتالي عدم تحميله المسؤولية عن ضمان العيب الخفي، وكذا تم تبرير هذا الإعفاء نسبة للثمن المدفوع والذي يعتبر ثمنا منخفضا يقوم بدفعه المشتري وهوما نادى به الفقيه ترولون في نظريته².

كما ذهب البعض إلى وصف البيع القضائي بالمزاد بطابع العقد الاحتمالي، ويرجع ذلك إلى الثمن المنخفض الذي يتقدم به المشتري نتيجة لعلمه بأن المبيع المراد التقدم لشرائه لا ضمان عليه³.

أما عند الرجوع إلى القانون الفرنسي فنجد انه لم يدخل البيوع الإدارية التي تتم بالمزاد العلني ضمن البيوع المعفية من الضمان وذلك استنادا لنص المادة 1649 من القانون المدني الفرنسي، وهوما سايره معظم الفقه الفرنسي بوجوب نص قانوني صريح للقول بعدم الضمان في بيوع معينة، وكذا ما جاء به التشريع اللبناني في مادته 464 من قانون الموجبات والعقود حيث استثنى البيوع التي تجريها السلطة القضائية من أحكام ضمان العيب الخفي وكان تبريرهم في ذلك حسب الدكتور اسعد دياب البيوع التي تعفى من الضمان هي البيوع التي تتم بقوة القانون دون غيرها، ففي حالة رفض أحد الشركاء بيع شيء مشترك أو استحالة قسمته يتم اللجوء إلى القضاء لتسوية ذلك، طبقا لنص المادة 942 موجبات وعقود فقرتها السادسة التي تقر في معناها بأنه في استحالة القسمة عينا يباع الشيء المشترك بالمزاد العلني وفق القواعد التي تسود تنفيذ الأحكام وبواسطة دائرة الإجراء استنادا إلى دفتر شروط حسب الأصول، وما يفهم من ذلك ان المشرع يفرض اللجوء الى القضاء في حالة استحالة القسمة بين الشركاء وبالتالي يصبح البيع بسلطة القضاء إجباريا وهذا ما يخرج هذا النوع من البيوع من دائرة الالتزام بالضمان⁴، وهوما ذهب اليه القانون الفرنسي حيث يتم استثناء أحكام ضمان العيب الخفي في حالة بيع عين شائعة بالمزاد بسبب رفض أحد الورثة التقسيم وذلك تطبيقا لنص المادة 823 من القانون المدني أو كون احدهم قاصرا تطبيقا لنص المادة 835 من نفس القانون⁵.

¹ الدكتور اسعد دياب، المرجع السابق، ص 51.

² الدكتور أسعد دياب، المرجع السابق، ص 52.

³ الدكتور حسن فرج، المرجع السابق، ص 424.

⁴ الدكتور أسعد دياب، المرجع السابق، ص 50.

⁵ Patricia jachmig –joly , la garantie des vicrs caches ,essai de théorie générale ,these pour le doctorat en droit privé ,université de paris II, soutenue le 19 décembre 1997 ,page 55.

الفرع الثالث: الاستثناءات الواردة على بيع أخرى.

بالرغم من وجود نص صريح يقر بإستبعاد الضمان بشأن البيوع التي تتم بسلطة القضاء (نص المادة 1649 من القانون المدني الفرنسي)، إلا أنها وضعت نظاما خاصا بشأن بعض البيوع وذلك نظرا لطبيعتها¹. ومن هذه البيوع بيع المباني قيد الإنشاء.

وعلى هذا الأساس يمكن القول أنه من البيوع التي أُخرجت من النظام العام إلى الخاص وبالتالي تطبيق قاعدة " الخاص يقيد العام " والتي يراعى فيها طبيعة الأشياء المبيعة تظهر في البيوع التي تقع على العقار المخصص للبناء.

فعقود بيع المباني قيد الإنشاء يعد نوعا جديدا من البيوع لم تعرفه الساحة العقارية عموما، لأن هذا العقد يتميز بالخصوصية تكمن في طبيعته القانونية التي إختلف الفقه بشأنها في فرنسا قبل أن يستقر على أنه بيع من نوع خاص تحكمه الى جانب قواعد البيع بعض قواعد المقاوله الخاصة بالأبنية إضافة الى قواعد أخرى ينفرد بها هذا النوع.

فقد تطور وتنوع وإزدهر هذا النوع من العقود مع مرور الزمن وذلك في ظل أزمة الإسكان التي تمر بها البلاد، وحاجة الفرد الى المسكن التي لا تقل أهمية عن حاجته الى المأكل والملبس، فهذه الحاجة يمكن ان تصبح محل استغلال من طرف البائعين، خاصة وأن المبيع في هذا العقد يعد شيئا مستقبليا يتمثل في البناء فقط أما الأرض فهي محققة أي أنها تتشابه وبيع الأشياء المستقبلية، إلا أن هذا العقد تحاط به ضمانات تكفل حماية أطرافه في جميع مراحل العقد².

فهذه الضمانات تحقق للمشتري وهو الطرف الضعيف اقتصاديا والأقل خبرة حصوله على الوحدة العقارية حسب المواصفات المتفق عليها وضمن المدة المحدودة، لكن ما هو محل دراستنا هنا ضمان العيب والذي يكون في مرحلة الانجاز والتسليم، لأن طبيعة هذا العقد تستلزم أكثر من مرحلة هما مرحلة ما قبل التعاقد ومرحلة تنفيذ العقد.

¹ والتي تنص على أنه:

" Elle -l' action résultant des vices rédhibitoires - n'a pas lieu dans les ventes

² كتاب الدكتور سبيل جعفر حاجي عمر، ضمانات عقد بيع المباني قيد الإنشاء، دراسة مقارنة، دار وائل للنشر، الطبعة الأولى، 2014 ص 13 و38.

وعلى هذا الأساس يمكن تعريف هذا النوع من البيوع على أنه " بيع لعقار قيد الإنشاء هو الذي يلتزم بمقتضاه البائع ببناء أو تشييد عقار خلال مدة يحددها العقد"¹، صحيح أنه من هذا التعريف يتضح أن الالتزام بالبناء عنصر مهم في هذا النوع من البيوع إلا أنه في نفس الوقت لا يعني أنه أهم عنصر كذلك لاتمام العقد ذلك لأن الالتزام بالبناء ما هو إلا وسيلة لتنفيذ الالتزام بنقل الملكية².

فالعيوب المراد ضمانها هنا هي التي تتهدد المباني المشيدة بالتهدم الكلي أو الجزئي وكذا ظهور العيوب الجسيمة التي تهدد سلامتها ومتانتها أو تجعلها غير صالحة للغرض الذي أقيمت من أجله من إضرار بالاقتصاد القومي ومساس بالآمن والسكينة العامة في المجتمع، ومن تهديد للأفراد في أموالهم وأنفسهم وهذا ما يؤدي إلى حماية المصلحة الخاصة والعامة ضد المخاطر التي كان سببها الرئيسي الإهمال الذي انتشر في الآونة الأخيرة في هذا المجال، فقد أصبح هذا النوع من البيوع الأكثر شيوعاً حالياً في الواقع العملي³.

فمالك المشروع في عقد بيع المباني قيد الإنشاء ملزم بتوفير نفس الضمانات الموجودة في البيع العادي وذلك لإعتباره بائعاً، فالعيوب التي توجد في البناء عند التسلم قد تكون ظاهرة وقد تكون خفية، فبالنسبة للعيوب الأولى هي تلك العيوب التي يمكن لرب العمل أو من ينويه في عملية التسليم أن يكتشفها لو أنه بذل في فحصها عناية الرجل العادي من نفس الطائفة⁴.

وغالباً ما يظهر من الفحص أن البناء به عيوب جسيمة تهدد متانته، وسلامته وتجعله غير مخصص للغرض المقصود أو عيوب بسيطة، وبالرجوع إلى التشريعات نجد أن القانون الفرنسي قد أخضع النظام الخاص بالضمان الذي يقع على عاتق مشيدي المباني لتطبيق المادة 1642 /1 من القانون المدني والتي تقر بالزامية ضمان العيوب الظاهرة التي تقع على البيوع العقارية تحت الإنشاء ومن طرف البائع⁵ حيث تنص على " ان البائع في بيع العقار قيد الإنشاء لا يستطيع التخلص، لا قبل استلام الأعمال ولا قبل انقضاء شهر

¹ وقد جاء بهذا التعريف المادة 1/1601 من قانون المدني الفرنسي، وقد الإشارة إليه في المرجع السابق، ص 23.

² نفس المرجع والموضع السابقين.

³ نفس المرجع السابق، المرجع السابق، ص 235.

⁴ Desports.f. la garantie decennale est-elle toujours une garantie des vices de la construction.Gaz.pal.p 85

⁵ تنص المادة 1/1642

Le vendeur d'un immeuble à construire ne peut être déchargé, ni avant la réception des travaux, ni avant l'expiration d'un mois après la prise de possession par l'acquéreur, des vices de construction ou des défauts de construction ou des défauts de conformité alors apparent

li n'y aura par lieu à résolutuin du contrat ou à diminution du prix si le vendeur s'oblige à réparer

بعد حيازة المشتري من عيوب البناء الظاهرة، ولا يجوز فسخ العقد أو إنقاص الثمن إذا تعهد البائع بإصلاح العيب " وكذا نص المادة 1648¹ من نفس القانون الذي جاء ب أنه " في الحالة المنصوص عليها في المادة 1/1642 من القانون المدني الفرنسي يجب رفع الدعوى وإلا سقطت خلال سنة من تاريخ الذي يمكن عنده إعفاء البائع من العيوب الظاهرة "، أما المشرع الجزائري فقد أشار إلى ذلك لأن طرفي العقد يتفقان في العقد بحد ذاته على مدة معينة لإصلاح العيوب الظاهرة من تاريخ التسلم وإذا انقضت مدة الإصلاح فللمشتري هنا إصلاحها طبقا للقواعد العامة في تنفيذ الالتزام بعمل ويكون هذا الإصلاح على نفقة البائع ، وذلك دون الحاجة إلى رفع دعوى كما هو قائم في القانون الفرنسي².

أما بالنسبة للعيوب الخفية المترتب عن عقد بيع قيد الإنشاء فنجد أن المادة 379 والمادة 386 من القانون المدني الجزائري، وكذا المادة 447 - 455 من القانون المدني المصري، والمادة 1641 - 1649 من القانون المدني الفرنسي كلها هنا لا تطبق ويرجع السبب في ذلك انه لقيام الضمان هنا يجب أن بالمبيع عيب وأن يكون وقت التسليم، وهذا يعني أن العيوب التي يتم اكتشافها في وقت لاحق لذلك لا يضمنه البائع والطبيعة القانونية للعقود البيع التي يكون محلها عقار قيد الإنشاء لا يمكن أن يطبق عليه ذلك باعتبار أن العيوب في هذا النوع من البيوع يظهر بعد التسليم، كما انه في أحكام ضمان العيب الخفي في عقد البيع يجوز الإنقاص أو إسقاط هذا الضمان، وهذا ما لا ينطبق في البيوع التي يتم معالجتها باعتبار ان المشتري سيصبح ضحية للبائع في هذه العقود نظرا لحاجته الماسة للمسكن، كما أن هناك مدة محدودة بالنسبة لدعوى الضمان في كل التشريعات فإذا أخذنا القانون الجزائري فنجد أن المادة 383 من القانون المدني الجزائري تنص على " تسقط بالتقادم مدة الضمان بعد انقضاء سنة من يوم تسليم المبيع، حتى ولولم يكتشف المشتري العيب إلا بعد انقضاء هذا الأجل...."، هذه المدة تعتبر مدة قصيرة جدا بالنسبة للبيوع التي محلها عقار قيد الإنشاء ويرجع ذلك إلى صعوبة الاكتشاف³.

إذن فنتيجة إلى هذه الأسباب وغيرها أحالت معظم التشريعات أحكام عقد بيع المباني قيد التشييد وبالأخص أحكام العيوب الخفية إلى قوانين أخرى غير التي تحكم القواعد العامة لعقد البيع.

¹ تنص المادة 1648 من القانون المدني الفرنسي على انه:

Dans le cas prévu par l'article 1642-1, l'action être introduite , à peine de forclusion , dans l'année qui suit la date à laquelle le vendeur peut être déchargé des vices ou drs défauts de conformité apparents.

² الدكتورة سبيل جعفر حاجي عمر، المرجع السابق، ص 245.

³ قد اشار الى ذلك الدكتور محمد المرسي زهرة، ص 241-242

فعند الرجوع الى التشريع الفرنسي فنجد أن رأى ان هناك علاقة مباشرة بين عقد المقاولة وعقد بيع المباني قيد التشييد تتمثل في وجود التزام بإقامة البناء دون التسليم يوجب معاملة ضمان العيب الخفي في عقد بيع المباني قيد التشييد، نفس المعاملة التي تقوم في ضمان العيب الخفي بين رب العمل وبين المقاول والمهندس المعماري، حيث تم تطبيق الضمان العشري وذلك نسبة لتغلب صفة المقاول على صفة البائع¹ هذا ما جاءت به المادة 1/1646² والتي جعلت بائع العقار تحت الإنشاء في نفس مركز المقاول القانوني، فقد نصت على انه " بائع العقار تحت التشييد، يكون ضامنا خلال العشرة سنوات اعتبارا من تاريخ تسلم الأعمال للعيوب الخفية التي يكون المهندسون المعماريون المقاولون، وغيرهم من الأشخاص المرتبطين مع رب العمل بعقد مقاولة يكونون مسؤولين عنها طبقا لأحكام المادة 1792³، 2270⁴ من التقنين المدني الفرنسي البائع يكون ملتزما بضممان الأعمال الصغيرة خلال سنتين من تاريخ التسلم، هذه الضمانات يستفيد منها الملاك المتعاقبين ولا يكون هناك محل لفسخ العقد، أو إنقاص الثمن إذا التزم البائع بإصلاح العيب"⁵

أما عند الرجوع للتشريع الجزائري فنجد أن المادة 554 من القانون المدني قامت بأخذ مسار القانون الفرنسي حيث أقامت مدة الضمان في هذا النوع من البيوع مدة 10 سنوات من وقت تسلم العمل نهائيا⁶

¹ Article 1646-1

Le vendeur d'un immeuble à construire est tenu, à compter de la réception des travaux, des obligations dont les architectes, entrepreneurs et autres personnes liées au maître de l'ouvrage par un contrat de louage d'ouvrage sont eux-mêmes tenus en application des articles 1792, 1792-1, 1792-2 et 1792-3 du présent code.

Ces garanties bénéficient aux propriétaires successifs de l'immeuble.

Il n'y aura pas lieu à résolution de la vente ou à diminution du prix si le vendeur s'oblige à réparer les dommages définis aux articles 1792, 1792-1 et 1792-2 du présent code et à assumer la garantie prévue à l'article 1792-3.

² Article 1792

Tout constructeur d'un ouvrage est responsable de plein droit, envers le maître ou l'acquéreur de l'ouvrage, des dommages, même résultant d'un vice du sol, qui compromettent la solidité de l'ouvrage ou qui, l'affectant

³ Article 2270

On ne peut pas prescrire contre son titre, en ce sens que l'on ne peut point se changer à soi-même la cause et le principe de sa possession.

⁴ تنص هذه المادة في معناها على ان "المهندسون المعماريون والمقاولون وغيرهم من الأشخاص المرتبطون مع رب العمل بعقد اجارة عمل يكونون متحليلين من ضمان الأعمال التي أقاموها أو أداروها بعد عشر سنوات بالنسبة للأعمال الكبيرة وبعد سنتين بالنسبة للأعمال الصغيرة "

⁵ قد تم الإشارة الى ذلك في كتاب الدكتور عبد الرزاق حسين يس، المسؤولية الخاصة بالمهندس المعماري ومقاول البناء ص 450

⁶ حيث جاء في نص هذه المادة انه " يضمن المهندس المعماري والمقاول متضامنين ما يحدث خلال عشر سنوات من تهدم كلي أو جزئي فيما شيدها من مبان وأقمامه من منشآت ثابتة أخرى ولو كان التهدم ناشئا عن عيب في الأرض، ويشمل الضمان المنصوص عليه في الفقرة السابقة ما يوجد في المباني والمنشآت من عيوب يترتب عليها تهديد متانة البناء وسلامته وتبدأ هذه السنوات العشر من وقت تسلم العمل نهائيا "

والرجوع بالضمان على كل من المقاول والمهندس المعماري عن التهدمات الناشئة عن المباني التي شيدها ولو كان السبب في ذلك التهدم عيب خفي بالأرض المشيد عليها البناء، كما أن المشرع الجزائري قد شدد في ذلك من خلال إجبار المشتري المكلف بالإنشاء أن يقدم له شهادة تأمين تحمله المسؤولية المدنية في خلال مدة عشر سنوات في ظهور عيب من العيوب الخفية¹.

وعلى أساس ما تقدم يمكن القول أن هذا النوع من البيوع هو بيع العقار قيد الإنشاء من البيوع التي حاولت التشريعات تشديد الضمان فيها نسبة لحماية المشتري الضعيف والذي يمكن ان يصبح ضحية مقاولين وأرباب عمل ومهندسين المعماريين وقد أصابت في ذلك التشريعات عندما أخرجت هذا النوع من البيوع من نطاق أحكام العيب الخفي لعقد البيع.

كما أن البيوع التي تقع على الحيوانات كذلك تخرج عن القاعدة العامة لتخضع للقانون الريفي الفرنسي والذي يحدد نوع المرض الذي يقع على الحيوانات المبيعة والذي يكون محلا للضمان وكذا الوقت المناسب وهو ما أقرته المادة 224 إلى 243 والمادة 284 وما بعدها، وهذا يدل على أن القانون الريفي الفرنسي قد قام بحصر العيوب التي تستلزم الضمان في مجال المبيعات التي يكون محلها حيوان.

ولكن تجدر الإشارة إلى أن العقد يبقى شريعة المتعاقدين وبالتالي الإرادة الصريحة أو الضمنية للمتعاقدين يمكن أن تستبعد الأحكام القانونية الخاصة وذلك بتطبيق نص المادة 1641 وما يليها من القانون المدني الفرنسي قصد ضمان عيوب الحيوانات الخفية وهذا يعني أنه بالرغم من وجود قانون خاص وهو القانون الريفي الفرنسي ليفصل بين عقود البيع التي يكون محلها حيوان إلا أنه لا يمكن إستبعاد النظام العام لهذه المبيعات بصفة تامة لأن إرادة المتعاقدين يمكنها أن تغير مسار تطبيق القانون.

وكما سبق القول فإن العيوب المدرجة ضمن القانون الريفي الفرنسي على سبيل الحصر وهذا يعني أن العيوب التي لم تذكر في هذا القانون لا يمكن أن يطبق عليها فما القانون المطبق في هذه الحالة ؟ قد قام

¹ وهو ما جاءت به المادة 2/8 من المرسوم التشريعي الجزائري رقم 03/92 لسنة 1993 التي تنص على ان "...وقبل أي تسليم بناية الى المشتري، يتعين على المتعامل في الترقية العقارية ان يطلب من المهندسين المعماريين والمقاولين المكلفين بانجاز المنشآت شهادة تأمين تحملهم المسؤولية المدنية العشرية المنصوص عليها في احكام القانون المدني، لا سيما المادة

القضاء الفرنسي في هذه الحالة بالرجوع الى القانون المدني الفرنسي وبالضبط نص المادة 1641¹ ومايلها لتحل بذلك محل النصوص القانونية التي تضمنها القانون الريفي فيما يتعلق بضمان عيوب الحيوان الخفية.

كما اعتبر من الاستثناءات الواردة عن أحكام ضمان العيب الخفي، في حالة ممارسة حق ارتفاق ذلك لأن هذا التفريغ يتم رغما عن المالك الحقيقي ووبالتالي يمكن القول انه عقد غير حقيقي لأن العقد الحقيقي يتم برضا الطرفين والذي يعتبر ركن من أركانه، وقد الاستناد في ذلك على قرار صدر عن محكمة النقض الفرنسية وبالضبط من غرفتها التجارية في فبراير 1864 والذي تم فيه استبعاد أحكام ضمان العيب الخفي²، وقدتم تأييد هذا القرار بحكم أن المطالبة بالضمان في حالة وجود جدران مشترك كان في البداية مملوكا لأحدهم وأصبح مشتركا تحقيقا لحق الارتفاق يعد تعسفا في حق المالك الحقيقي³. ورغم أن هذا الرأي قد تم تأييده بكثرة لكنه لم يسلم من المعاكسة حيث تم المناداة بإعمال أحكام الضمان في حالة التفريغ الجبري.

وهذا الاختلاف ينطبق على الأشياء المبيعة في حالة كونها من المثليات، فهنا نجد أن الاجتهاد الفرنسي أقر بقيام الضمان في حالة كان محل البيع من المثليات وذلك انطلاقا من ان معظم البضائع نجدها من المثليات، ولا يمكن في هذه الحالة التخلي عن الضمان كون أن هذه المبيعات يجوز إستبدالها بما هوخال من العيب المستبدل لأجله، كما ان وجوب الضمان هنا يرجع إلى كون النصوص القانونية الخاصة بالضمان جاءت شاملة وما هو مستثنى يكون مستثنى بنصوص قانونية صريحة، كما ان استبدال البضاعة يعتبر من قبيل التزام التسليم وليس الضمان، كما أننا نجد أن حتى الاستبدال لا يكون في جميع الأحوال لأنه بالإمكان ان يكون الشيء المبيع من الأشياء المثلية لكن من المستحيل وجود ما يشبهها⁴، أوحى في بعض

¹Article 1641'' Le vendeur est tenu de la garantie à raison des défauts cachés de la chose vendue qui la rendent impropre à l'usage auquel on la destine, ou qui diminuent tellement cet usage que l'acheteur ne l'aurait pas acquise, ou n'en aurait donné qu'un moindre prix, s'il les avait connus.

² وقد صدرت عدة قرارات تستبعد أحكام ضمان العيب الخفي منها قرار الذي صدر من الغرفة المدنية الثالثة في 02 أكتوبر

Cass.civ.3eme,2 octobre 1980 ,ball.civ, III, n°143.

لكن هذا الاستبعاد لا يتم الا في حالة كون التفريغ جبري على المالك، لأن التفريغ عن الملكية والذي يتم برضا المالك وبصفة تطوعية منه يكون الضمان قائما فيه وذلك لأعتبار ان العقد هنا عقد بيع حقيقي قد تم برضا من الطرفين / الدكتورة سعي فتحة المرجع السابق، ص 40

³ G.Gross, la notion d'obligation de garantie dans le droit des contrats, LGDJ, 1963, page 123.

⁴ R.saleilles.etudes sur la théorie générale de l'obligation n 227 à 231.

قد أشار إلى ذلك الدكتور اسعد دياب، المرجع السابق، ص 44، تهميش رقم 1.

الأحيان نجد أن الاستبدال لا نفع منه لأن الوقت هو الذي يتحكم وليس المبيع في حد ذاته¹، فبيع أسهم شركة قد طرأ عليها البطلان تكون أسهم معيبة وبالرغم من وجود مثلها من الأسهم لكن بدون فائدة، وقد تم التأييد من طرف الفقيه Gross بوجود قيام الضمان في مثل هذه المبيعات ومساواتها بالمبيعات المعينة بالذات².

لكن الرأي الآخر يقول عكس ذلك ومنهم الفقيه ألبرت حيث استبعد أحكام ضمان العيب الخفي في حالة كون المبيع من المثليات وذلك لإمكانية الاستبدال بمثله ومرجعهم في ذلك أن قيام الضمان لا يتعدى أن يكون فرع من فروع إلزامية التسليم³.

كما نجد أن القضاء الفرنسي أقر بعدم خضوع العقود الاحتمالية للضمان في حالة ما اذا كان البائع شخصاً عادياً وليس محترفاً أو سيء النية، وكذا أن يكون هذا الاحتمال واقعياً وليس مصطنعاً، وتم الاستناد في ذلك على قاعدة "الخطر يطرد الضمان"⁴، لأنه في العقود الاحتمالية لا يستطيع طرفاه أن يحددا وقت إبرامه أو قيمة ما يعطيانه أو يأخذانه، أو على الأقل أحدهما، ومثال ذلك بيع منزل نظير مرتب مدى الحياة فالبايع هنا يعلم قيمة ما أعطاه وهو المنزل، والمشتري قيمة ما أخذه وهو الثمن، ولكن البائع هنا لا يستطيع تحديد ما سيحصل عليه وكذلك المشتري لا يستطيع تحديد ما سيقدمه وهو الثمن لأن مقداره مرتبط بأمر مستقبل غير معروف وقت حدوثه وهو الوفاء وفي هذه الحالة يقوم المشتري بشراء المبيع بحالته من محاسن ومساوئ يمكن ان تتحول إلى عيوب ومخاطر، وعلى هذا الأساس يمكن القول بأن المشتري في هذه الحالة يتحمل مسؤولية الخسارة التي يكون أساسها الاحتمال⁵.

لكن في رأي ان العقود الاحتمالية لم يرد عليها نص صريح يخرجها من نطاق أحكام ضمان العيب الخفي ولا في أي تشريع، وبالتالي القول بغير ذلك يعتبر مخالفة للتشريع وللقضاء.

كل الحالات التي تكلمنا عنها لا تزيد عن طرفين البائع والمشتري، وضمان العيب الخفي من عدمه لكن هل يمكن ان يكون هناك طرف آخر في هذه العلاقة وبالتالي هل يجوز مطالبته بالضمان ؟

¹ فالحصول على فارق الثمن والاحتفاظ بالمبيع القديم أهون عليه من استبدالها لأن الوقت هو الذي يتحكم في الفائدة التجارية التي تطل على الصفقة وذلك لأن انقضاء الوقت بين تاريخ البيع وتاريخ إمكانية الاستبدال يعتبر خسارة كبيرة.

قد أشار إلى هذا الدكتور اسعد دياب، المرجع السابق، ص 44

² G.Gross, op.cit page 120.

³ الدكتور أسعد دياب، المرجع السابق، ص 43.

⁴ الدكتور لحسين بن الشيخ آث ملويا، المرجع السابق، ص 437.

⁵ الدكتور محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني (النظرية العامة في الالتزامات، مصادر الالتزام العقد الإرادة المنفردة) المرجع السابق، ص 72.

يمكن أن يدخل طرف ثالث وذلك لأن البائع قبل ان يكون بائعا أخذ صفة المشتري قبل ذلك وهذا يعني وجود بائع سابق فهل يمكن للمشتري هنا أن يرجع على هذا الأخير في حالة حرمانه من الرجوع ضد البائع الحالي؟.

قد أجاب الأستاذ لحسين بن شيخ آث ملويا على ذلك بإمكانية رجوع المشتري على البائع السابق وذلك لحرمانه من الرجوع ضد المالك القديم وقد استند في ذلك على نقض مدني فرنسي¹.

كما يمكن كذلك أن يرجع المشتري الفرعي على المنتج بضمان العيب الخفي وذلك استنادا لقرار الغرفة المدنية الفرنسية الأولى الذي أخرج هذه العلاقة من نطاق المادة 1649 من القانون المدني الفرنسي لتدرجها ضمن أحكام العيب الخفي، واقتصار النفي وإعمال المادة السابقة الذكر على البيع الذي يتم بسلطة القضاء بالمزاد العلني و ذلك بين المشتري الفرعي والوسيط فقط².

وعلى أساس كل ما تقدم نجد أن المشرع الفرنسي قد أكد على استثناء البيوع القضائية دون أن يمتد ذلك إلى البيوع الإدارية، وقد كان القانون اللبناني مسابرا له في ذلك في حين أن التشريع الجزائري أضاف إلى البيوع القضائية المستثناة من الضمان البيوع الإدارية التي تتم بالمزاد العلني، شأنه في ذلك شأن القانون المصري، أما بشأن البيوع الاختيارية التي تتم بالمزاد العلني فقد كان الرأي واحد بين كل هذه القوانين وهو عدم خضوعها للنص القانوني الذي يستبعد أحكام ضمان العيوب الخفية. كما نجد الاتفاق بين القوانين في حالة إعمال الاستثناء الوارد في النصوص القانونية السابقة الذكر والتي تقر بعدم الضمان في البيوع القضائية في حالة بيع أموال القصر تطبيقا لنص المادة 459 وبيع أموال المحجور عليهم تطبيقا لنص المادة 495³.

المطلب الثاني: البيوع التي يثبت فيها الضمان

من خلال التطرق إلى البيوع التي لا يثبت فيها الضمان من بيوع قضائية وبيوع إدارية التي تتم بالمزاد العلني، نرى أنه من الجدير الإشارة إلى البيوع التي يثبت فيها الضمان وبطبيعة الحال من خلال استقرائنا للبيوع التي تتم فيها الضمان نجد أن هذا الفرع تم إدراجه نظرا لأهميته العلمية من ناحية وإزالة اللبس الذي يدور حول بعض البيوع من ناحية أخرى.

¹ نقض مدني فرنسي، الغرفة الأولى في 3 مارس 1992، أشار إلى ذلك الأستاذ لحسين بن الشيخ آث ملويا، المرجع السابق تهميش رقم 1 من الصفحة 437.

² L. le veneur, Cass civ, 1ere, 3Mars 1992, contrats, coneur et consom, n°112.

³ Patrcia jachmig –joly, op.cit, page 56.

فالقاعدة العامة تبين أن ضمان العيوب يقوم في كل عقود المعاوضات بصفة عامة، فهي تلك العقود التي يأخذ فيها كل من المتعاقدين مقابلاً لما يعطيه فكل منهما يبحث عن مصلحة معينة ويسعى للحصول عليها بإبرامه للعقد إذا فكل عقد ناقل للملكية أو للمنفعة يثبت فيه الضمان بانتقال الملكية أو الانتفاع من البائع للمشتري انتقالاً مفيداً يمكن للمشتري من الانتفاع به وبذلك إذا ما صادف المشتري عيباً من عيوب الخفية ألزم البائع بضمان ذلك.

ويرد على ذلك أن عقود المعاوضات أساسها العوض ولكن إن تحدثنا عن انتقال الملكية فنجد أن عقود التبرع هي من العقود التي يحصل فيها أحد المتعاقدين على مقابل لما يقدمه ولا يقدم العاقد الآخر مقابلاً لما يحصل عليه ومثال ذلك عقد الهبة إذ يعطي الواهب الشيء للموهوب دون أن يقدم مقابلاً للواهب وكذا عقد العارية والقرض بدون فائدة والوديعة بدون أجر، فكل هذه العقود التي تقوم دون قيام العوض تخفف فيها أحكام ضمان العيب إلى حد الإنعدام.

وتجدر الإشارة إلى أن هذا العنصر لا يعد شرطاً وإنما هو شرط يتعلق بعقد البيع الذي يتم بين البائع والمشتري والذي به ينشأ ضمان العيب الخفي، وبهذا يمكن القول أن قيام ضمان العيب الخفي يكون في جميع أحوال البيع سواء كان مدنياً أو تجارياً أو إدارياً.

وعلى أساس ما تقدم نجد أن محل البيع في قيام أحكام العيوب الخفية لا يهم سواء تعلق بأشياء مادية من منقولات أيما كان نوعها من سلع مختلفة أو أقمشة أو بضائع أو بذور أو المنتجات والآلات الميكانيكية والسيارات والآلات المستعملة.

كما أننا نجد قيام ضمان العيب الخفي على البيوع التي يكون محلها عقار مهما كانت طبيعته، كما أن البيوع التي يقوم فيها الضمان لا تنحصر فقط في الأشياء المادية وإنما تمتد لتصل إلى الأشياء الغير مادية من بيع للمحلات التجارية فاكتشاف ان المحل يحمل سمعة سيئة، أو ان رخصته قد سحبت تعتبر عيوباً موجبة للضمان، كما يقع الضمان على بيع الأسهم والسندات، في حالة اكتشاف أن هذه الأسهم قد استهلكت قبل شرائها، وان الشركة المصدر لها قد انحلت، كما يمكن أن يقع الضمان في الحقوق الشخصية، حيث يكون البيع حقاً شخصياً مكفولاً برهن وكشف المشتري المحال له ان الرهن غير مقيد أو ان قيده لم يجدد في هذه الحالة يعتبر عيباً موجباً للضمان¹.

¹ الاستاذة خواص جويده، المرجع السابق، ص 87.

وعلى هذا الأساس تعدد البيوع لا يؤثر على القواعد العامة في مجال ضمان العيب الخفي، لكن الطبيعة الخاصة بالشئ المبيع هي التي تؤثر بقدر كبير على نوع الانتفاع المقصودة وهذا ما يسمح بتحديد العيوب التي تستلزم من البائع ضمانها، فمن المفيد معالجة بعض التطبيقات الخاصة بضمان العيوب الخفية في بعض الحالات المختلفة للبيوع والتي نجد لها أهمية كبيرة في حياتنا خاصة مع تطور الملحوظ ومواكبة للعصر.

فالضمان الذي ينشأ عن الأضرار الناجمة عن عيوب المنتج من الالتزامات المتصلة بعقود البيع عامة والغرض من وراء ذلك تسليم مبيع خال من العيوب لأن العيوب الناجمة عن المنتجات قد تؤدي إلى الإضرار بالأشخاص والأموال ولا يحقق الأمن والسلامة للمستهلك.

حيث يمكن القول أن العيب الذي يضمنه البائع أثناء عملية البيع، هو عيب خفي كامن في المنتج لكن في حالة ما كان هذا العيب ظاهراً أو يمكن تبيانه من خلال الفحص فلا ضمان فيه كما سبق القول إلا في حالتين أولها تصريح من طرف البائع بخلو المبيع من عيب أو إخفاؤه غشا منه، فقد منح القانون للمشتري الحق في الضمان سواء القانوني أو الاتفاقي الذي سيتم التفصيل فيه الفصول الموالية، "اذ تعتبر السلعة معيبة حينما لا توفر السلامة المتوقعة قانونياً"¹.

فقد تم إكتشاف العيب في المنتج إما في تصميمه أو تكوينه أوفي عملية تصنيعه من خلال عدم مراعاة الأصول الفنية اللازمة عند صناعة المنتج أو عدم أخذ الحيطة والحذر بإغفاله.

كما يمكن أن يطرأ العيب لسوء تعبئته أو حفظه أو لعدم التنبه إلى احتمال وقوعه، أو أن طريقة عرض المنتج واستخدامه كانت خاطئة مما أدى الى نشوء العيب، لأن المنتج السليم هو الذي يخلوا من أي نقص أو عيب خفي يضمن عدم الإضرار بصحة وسلامة المستهلك أو بمصالحه المادية والمعنوية، وهذا ما يطلق عليه المنتج المضمون² وهو ما ذهب إليه المشرع الجزائري من خلال قانون الاستهلاك 09-03 من خلال المادة الثالثة منه.

¹ وهو ما جاء به قانون التوجيه الأوربي في نصه للمادة السادسة

Un produits est défectueux lorsqu'il n'offre par la sécurité a laquelle on peut légitiment s'attendre

قد اشار اليه الدكتور حساني علي، المرجع السابق، ص 109

² ومثال ذلك شراء خزانة من الخشب بتأكيد من البائع ان الخشب المصنوع منها هذه الخزانة من النوع الممتاز مليزيا مثلاً، ثم بعد الاستعمال يظهر ان بها عيب التشقق المتتالي للخزانة ويرجع ذلك الى نوعية الخشب الرديئة والتي لم تتأقلم والمناخ الحار.

إذا فبالنسبة للعيوب التي يمكن اكتشافها في المنتج والتي تسبب ضرراً لمستهملها، نجد أنها في أغلب الأحيان ضمن ذاتية المنتج كعيب الذي ينشأ عن التصميم، فعدم احترام المقاييس اللازمة في تصميم عازل زيت لمحرك سيارة والذي يظهر من ناحية الشكل أنه صنع بإتقان يشكل عيباً خفياً يوجب الضمان.

أول الذي ينشأ عن التصنيع، كأن تكون المادة الأولية المصنوعة منها عجلة المركبة رديئة، أو معادة التصنيع حيث لا تقاوم الاحتكاك أو الحرارة الشديدة أثناء السير وبالتالي هذا كذلك يشكل عيباً يوجب الضمان لكن ما يجب التنويه له أن لهذا العيب استثناء وذلك في حالة وجود منتجات خطيرة بطبيعتها على رغم إتقان صناعتها، كالمواد السامة والمبيدات وكذا المواد سريعة الالتهاب، كما يوجد منتجات ليست خطيرة بطبيعتها لكن تحمل في عنصر من عناصرها تركيبها مسبباً للخطر يبقى ملازم للمنتج بعد خروجه من تحت يد صانعه في حالة اقترانه بالظروف الخارجية، فتعرض المعلبات الغذائية لتجعل منها مواد فاسدة لا تصلح للاستهلاك بالتالي يكون سبب الضمان ليس سوء التصنيع وإنما سوء استخدامها.

كما يمكن أن تكون من البيوع التي يثبت فيها الضمان تلك المبيعات الخطرة التي يشوبها عيب فني يجعل منها مصدر تهديد وإحداث ضرر بمن يفتنيها، ولا ينحصر في مقتنيها وإنما يتعدى ذلك ليصيب الغير ف شراء بطارية خاصة بالمركبات لا يمكن اعتبارها منتوجاً خطراً وذلك لتوافرها على شروط السلامة لكن عند استخدامها أدى إلى انفجار مفاجئ نظراً لوجود عيب فيها، ففي هذه الحالة تترتب مسؤولية الضمان على منتجها وليس صاحب المركبة لنشوء الخطر من البطارية وليس المركبة في حد ذاتها.

ولكن من الممكن أن يتفادى البائع عند بيعه منتجاته أن يقوم بتوفير كل المعلومات اللازمة والكاشفة للوضع المادي للمنتج واتخاذ الحرص والإحتياط عند التغليف والتعبئة وعمليات التخزين وتسليمها على أكمل وجه خاصة فيما يخص المنتجات الخطرة. فمن خلال ما تطرقنا إليه نجد أن هناك عيوباً تطرأ على المنتج من الناحية الداخلية، وكذا من الناحية الخارجية كقيام البائع بتسليم المنتج معيباً إلى المشتري دون الإدلاء بالبيانات اللازمة لذلك، أو فقدان التعليمات والتحذيرات المطلوبة كتجهيز المنتج وتسويقه معيباً.

إن فوجود العيب بالمنتج يؤدي بالضرورة إلى وقوع الخطر الذي يسبب الضرر للأشخاص في صحتهم أو مصالحهم المادية والمعنوية، وبالتالي يمكن اعتبار الضرر هنا سبباً أساسياً للقول بوجود خطر وعيب يوجب الضمان، والمشتري هنا لا يستطيع أن يستند في رجوعه على المنتج إلا على أساس ضمان

العيب الخفي في عقد البيع، لأن المنتج لا يضمن العيوب الظاهرة على الرغم من قابلية أعمال مسؤولية المنتج إذا أثبت المتضرر وجود خطأ تسبب فيه المنتج¹.

إذا فالتشريعات سواء كانت الجزائرية أو الفرنسية أو المصرية أو غيرها من التشريعات سعت الى تحقيق أكبر قدر من الحماية للمشتري دون تمييز في ذلك بين المشتري المحترف أو المشتري العادي، فالضمان يقوم على البائع سواء كان بائعا عرضيا، أو عاديا أو محترفا أو مهنيا ولا فرق كذلك في الضمان بين بائع المنتج الطبيعي وبائع المنتج الصناعي.

لأن المنتج الصناعي ليس بطبيعي وذلك لمروره بعدة مراحل ليصل الى المستهلك النهائي، حيث يتم إنتقال المنتج من المنتج أو الصانع الى أن يصل الى السوق ويصير بيد المستهلك كما يمكن أن يكون هذا المنتج نتيجة لمشاركة عدة منتجين بإدخال أجزاء تم تصنيعها من قبل منشآت صناعية أخرى ويكون العيب بهذه الأجزاء المضافة إذا فالعيب الخفي في مجال المنتجات الصناعية غالبا ما يجد مصدره في مرحلة التصميم وهو مايسأل عنه المنتج في مواجهة المشتري المقتني.

أما في حالة عقد شراكة لصنع منتج واحد كما هو الحال بالنسبة للسيارات التي يتم تصنيعها في الجزائر مؤخرا، فالشراكة تكون بين المنتجين على شراء الأجزاء التي يتم تركيبها والحصول على الشكل النهائي للمنتج فهنا نجد أن مسؤولية الضمان في هذه الحالة تقع على المنتج النهائي والذي يكون ملزما بالرقابة الفنية على منتوجه من أول مرحلة للتركيب إلى آخر مرحلة للتجهيز التي يصبح فيها المنتج جاهزا للاقتناء إذا فعلى المنتج النهائي تفاديا للوقوع في عيب من العيوب الخفية التي تستلزم الضمان أن يقوم بالمراعاة والمتابعة التفصيلية لمراحل التصنيع باعتبارها مسؤوليته².

أما في حالة ما اذا كان المنتج المشتري مستورد فهنا يكون الرجوع بالضمان على كل من شارك في إيصال المنتج الى المستهلك النهائي، بداية من المنتج ثم الصانع النهائي انتقالا الى المستورد ثم الموزع ثم تاجر الجملة انتهاء بتاجر التجزئة وكلهم في هذه الحالة مدينون بالضمان³.

¹ الدكتور محمد يوسف الزغبي، المرجع السابق، 398 ومايليها.

² الدكتور محمد شكري سرور، المرجع السابق، ص 11.

وهو ما قرره 140 مكررا من القانون المدني الجزائري التي تقر مسؤولية المنتج عن الضرر الناتج عن عيب في منتجاته.

³ تنص المادة 1 فقرة 2 من القانون 89 - 02 على أنه " إن عملية عرض المنتج... أو الخدمة للاستهلاك تشمل جميع المراحل من طور الإنشاء الأولي الى العرض النهائي للاستهلاك قبل الاقتناء من قبل المستهلك "

إذا فالإلتفاتة التي قام بها المشرع والخاصة بالضمان في المنتجات كان نتيجة للتطورات الاقتصادية والصناعية التي كان لها تأثير ملحوظ على المفاهيم القانونية، وكذا بسبب ضعف المشتري والذي أخذ اسم المستهلك من خلال البيوع التي تنطوي على المنتجات وحاجته إلى الحماية القانونية نظرا لعدم درايته وخبرته لما يعرض عليه من سلع وخدمات¹.

كما تعتبر من قبيل المنتجات المهمة في عالم المنتج والتي تطراً عليها ضمان العيب الخفي في وقتنا الحاضر البيوع التي تطراً على السيارات سواء كانت جديدة أو قديمة، وذلك نتيجة إلى الحاجة الماسة لها والتي أصبحت في وقتنا الحاضر ضرورة من ضروريات العيش ومتطلبات الحياة ، حيث تكفل الانتقال السريع وأسهل طريقة للحصول عليها اللجوء الى عقد البيع، لتوفيره أحسن خدمة له.

فتظهر هذه الخدمة من خلال الالتزامات الناشئة على البائع وبالخصوص ضمان العيب الخفي فيها خاصة إن كان المشتري قد وفى بكل الالتزامات الملقاة على عاتقه، وسواء كان البائع هنا يتمثل في الشركة المنتجة للسيارة إذا كانت تتعامل مع زبائنها مباشرة أو فردا أو شركة يربطها عقد مع منتج يمنحه الحق في التوزيع منتوجاته من سيارات، وكما هو معلوم هناك سيارات جديدة واخرى قديمة بمعنى انها استعملت.

فلمشتري في حالة شراءه لسيارة جديدة يكون الغرض المقصود منها غرضا طبيعيا وهو استخدامها بكامل كفاءتها المرجوة، فأى عيب من شأنه أن ينقص من كفاءتها يعد عيبا يلزم فيه الضمان، كتعرض السيارة الجديدة لأعطال متعددة وفي فترة زمنية محدودة.

كما تجب الملاحظة أن البائع لا يكون ضامنا في حالة ما إذا كان العيب يتجاوز مدة صلاحيتها العادية من وقت شراءها، فتلف أجزاء من السيارة نتيجة للاستعمال المطول لها لا يعد عيبا لأن تجاوز المدة التي يضمن البائع فيها البائع العيوب الخفية قد إنتهت.

إذ أن العيوب التي تستوجب الضمان بالنسبة للبيوع التي تقع على السيارات الجديدة تلك التي تتعلق بالتصميم أو تصنيع الأجهزة الحيوية في السيارة كجهاز الفرامل، هذه العيوب تتعلق بالغرض المقصود من إستعمالها.

أما ما يتعلق من عيوب خارجة عن نطاق الاستعمال المقصود وجود خلل فادح في القيادة المريحة للسيارة كوجود صوت مرتفع ينبثق من المحرك حيث لو علم المشتري قبل التعاقد لما أقدم على الشراء.

¹ الدكتور عامر أحمد القيسي، المرجع السابق، ص 6-7.

هذا بالنسبة للعيوب التي يكون محلها سيارات جديدة ويفترض فيها عدم علم المشتري بالعيوب الخفي بشرط أن لا يكون المشتري هو سبب وراء وجود هذه العيوب وذلك نتيجة لسوء التشغيل.

أما إذا كان المبيع محله سيارات مستعملة والتي يفترض فيها علم المشتري بوجود عيوب بالمبيع قبل الشروع في الشراء لأنه وكقاعدة عامة وجود بعض الأعطال بسيارة مستعملة ليس بعيوب وهو ما تختلف فيه السيارات القديمة عن الجديدة فقدم سنة الانتاج وكذا ما قطعته من مسافة عند البيع لا تعد عيوباً لكن ما يتم تحديد العيوب على أساسه هنا الغرض المقصود من الشراء، وفقاً لما اتجهت إليه إرادة البائع والمشتري.

لكن قبل التفصيل في هذا النوع من البيوع يجب التنويه على في حالة كانت الشركة هي البائع فتتحمل المسؤولية ضمان العيوب الخفية في البيوع التي تباشرها لأنها تتمتع بالشخصية المستقلة أما إذا كانت تعتمد على فرع فهذا امتداد لشخصية الشركة أما في حالة وجود عيب بسيارة تعهد البائع بها إلى شخص آخر لإصلاحها فمن يتحمل مسؤولية الضمان هنا البائع أم المصلح؟

البائع هو الذي يتحمل مسؤولية الضمان في هذه الحالة باعتباره طرفاً في العقد ومن ضمن الالتزامات الملقاة عليه لأخذه صفة البائع ضمان العيب الخفي ولا ضمان على المصلح باعتباره خارجاً عن نطاق عقد البيع، إذن فأساس ضمان البيوع التي تقع على السيارات المستعملة الغرض المقصود من الشراء والغرض يمكن أن يكون استعمال السيارة لتحقيق السير الآمن أو لأغراض أخرى غير السير¹، كما يمكن أن يقوم الضمان في حالة وجود عيب بالسيارة التي يريد المشتري شراءها لكن وفقاً لاتفاق المتعاقدين والذي يمكن معرفته من خلال شروط العقد أو استناداً إلى الظروف الخارجية التي يستعان بها في بيان نية المتعاقدين، في حالة خلوع عقد البيع من شرط صريح. فمن خلال ذلك نرى أن العيب يكون مؤثراً في الحالات الآتية:

- عدم مطابقة سنة إنتاج السيارة لما هو وارد في العقد، فهنا يترتب الالتزام بضمان العيب الخفي وفقاً للنص المادة 379 من القانون المدني الجزائري والمادة 447 من القانون المدني المصري، وذلك لتخلف الشرط العقدي الذي يتعلق بوقت إنتاج السيارة المباعة ولتكفل البائع بهذا الشرط.

- عدم مطابقة عداد المسافة لعداد الذي يوجد بالعقد فلو علم المشتري بالمسافة المقطوعة الحقيقية التي قطعها السيارة المستعملة لما أقبل على الشراء، لأن المسافة الحقيقية كبيرة عن تلك المسافة التي توجد بالعقد، ويمكن يرجع ذلك إلى عطل سابق بسيارة أو يكون بسبب عدم دقة هذا

¹ انظر الصفحة 52 وتغييرها بعد المراجعة.

العداد أراجع الى البائع بنفسه أو غيره، كلها أسباب غير مهمة لأن العيب هنا يعتبر عيباً يوجب الضمان.

- اتجاه نية المشتري للسيارة المستعملة ظناً منه وتأكيداً من البائع أن شخصاً واحداً قد استعمل هذه السيارة، لكن بعدها يكتشف أن هناك عدة أشخاص سبق لهم استعمالها، ففي هذه الحالة يقوم الضمان وذلك لان الاستعمال المتعدد يؤدي إلى ضعف درجة الكفاءة، مثل شراء سيارة كانت خاصة بمدرسة لتعليم السياقة، ففي هذه الحالة نجد أن الأشخاص الذين تم استعمالهم لهذه السيارة أشخاص تنقصهم الخبرة والدراية الفنية للسياسة وبالتالي يمكن ان ينتج عن ذلك ضعف لدرجة كفاءة السيارة.

- حالة تعرض السيارة لحادث مرور جسيم أدى بالسيارة فقدانها صلاحيتها للسير الآمن، فهذا يعتبر عيباً يوجب الضمان اذا لم يتم القضاء عليها عند محاولة إصلاحها.

- كما يعتبر من قبيل الضمان في حالة السيارات المستعملة حالة الاستعمال السيئ للسيارة إذا انجر عنه نقص من درجة كفاءتها عن المستوى الذي يكون وحالة الاستعمال المماثل ونذكر من بين هذه العيوب.

- العيب الناتج عن التشغيل السيئ للسيارة خلال عملية التشغيل، والعيب الناتج عن الاستعمال المفرط مثل سيارات الأجرة وكذا الناشئ عن الإهمال المتكرر لها مثل تغيير زيت المحرك بصورة غير منتظمة عدم تجديد الذي تحتاجه بعض القطع الغيار بالسيارة أو عدم تشغيل السيارة لمدة طويلة فكل هذه العيوب قد تنتج عيوباً مؤثرة يمكن اكتشافها في المحرك أو الهيكل الخارجي للسيارة أو القاعدة الرئيسية لها¹.

كما تعتبر العقاقير الطبية من أهم أنواع المنقولات المادية، إذ يعتبر قطاع الدواء من أهم القطاعات التي تمس واقع حياة الأفراد والجماعات لما لها من ارتباط وثيق بالسلامة والصحة الإنسانية، إذ لا يمكن أن يتعامل الإنسان مع العقاقير الطبية كما يتعامل مع باقي السلع الأخرى، وهذا ما دفع مختلف التشريعات على المستويين الدولي والوطني إلى إعطاء أهمية كبيرة يستحقها هذا المجال ، وكان سبب تسليط الضوء على هذا النوع من البيوع نتيجة تفاقم مستوى المخاطر التي قد تترتب على المنتج الدوائي سواء كان سببه ذلك التقصير الذي يحيط بمنتجي الدواء أو كان مرده أسباباً أخرى، وهذا ما يترتب عنه عيوباً تختلف عن العيوب التي تتواجد بالمنتجات الأخرى، وهذا يعني أن المنتج الدوائي بقدر ما يحظى بمنفعة للصحة الإنسانية بقدر

¹ الدكتور أحمد شوقي محمد عبد الرحمن، المرجع السابق، ص من 26 إلى 34.

ما يشكل خطرا في حالة ما إذا كان هذا المنتج معيبا، إذن فالعيب الموجب للضمان القانوني بصورة عامة لا يمكن تطبيقه في مجال الدواء وذلك لأن الدواء لا يستخدم بحسب مزاج المريض، بل بما خصص له الصيدلي المنتج للدواء وحسب المعلومات المرفقة أو ما يقرره الطبيب¹ إذ يظهر العيب بعدة أشكال وصور في مجال العقاقير الطبية فقد يكون العيب في تصنيع المادة ذاتها أو طريقة التغليف للمنتج مما يتلف عناصره المركب منها².

فالعقاقير الطبية هي من المنتجات جد خطيرة والمسؤول عنها في حالة تعييبها تبدأ من المنتج إلى الموزع إلى الصيدلي والطبيب كلهم مسؤولين، لكن المسؤولية تختلف من طرف إلى آخر، لكن ما يهمنا هنا في حالة وجود عقد البيع وبطبيعة الحال فان الصيدلي هو الذي يتخذ هذه الصفة في معظم الأحيان لأنه يمكن للطبيب اتخاذ هذه الصفة في حالة ما اذا قام ببيع عقاقير طبية داخل عيادته للمريض وبالتالي يأخذ نفس الحكم بالنسبة للصيدلي البائع، وتجدر الملاحظة هنا الى انه تقوم مسؤولية الصيدلي عن الدواء المعيب في حالتين، حالة ما اذا قام ببيع دواء جاهز مصنوع من قبل الشركات بأسعار محددة وهنا يتخذ صفة البائع وهو محور بحثنا هنا وحالة اخرى هي قيامه بتحضير الدواء بناء على وصفة طبية محررة من قبل الطبيب ويتخذ في هذه الحالة صفة المنتج للدواء اوالمركب له³.

إذ يتعين على الصيدلي أثناء بيع الأدوية مراقبة الوصفة الطبية مراقبة فنية وموضوعية، وذلك بالتأكد من صفة محرر الوصفة⁴ وأن الدواء الموصوف مندرج ضمن الأدوية المسجلة⁵ وكل ذلك يتحقق من

¹ الدكتور صفاء شكور عباس، تعدد المسؤولين عن الدواء المعيب (دراسة تحليلية مقارنة في القانون المدني)، المؤسسة الحديثة للكتاب، الطبعة الأولى، لبنان، 2013، ص 29.

² الدكتور أحمد السعيد الزقردة، الروشنة (التذكرة) الطبية بين المفهوم القانوني والمسؤولية المدنية للصيدلي، دار أم القرى المنصورة، 1993، ص 57.

³ الدكتور محمد حسين منصور، المسؤولية الطبية، منشأة المعارف، الاسكندرية، دون طبعة، دون سنة نشر، ص 167.

⁴ الدكتور أحمد سعيد الزقردة، المرجع السابق، ص 101.

(A)Leca ,droit pharmaceutique ,presses universitaires d' AIX-marseille 2006,3eme éd. P 225.

⁵ وهو ما نصت عليه المادة 09 من قانون 08-13 المعدلة للمادة 174 من قانون حماية الصحة وترقيتها، والتي أكدت على أنه " قصد حماية صحة المواطنين وأستعادتها وضمن تنفيذ البرامج والحملات الوقائية وتشخيص ومعالجة المرضى وحماية السكان من إستعمال المواد غير المرخص بها، فإنه لا يجوز للممارسين الطبيين أن يصفوا أو إستعملوا إلا الأدوية المسجلة والمواد الصيدلانية المصادق عليها المستعملة في الطب البشري والواردة في المدونات الطبية الخاصة بها أوالأدوية التي كانت محل ترخيص مؤقت للإستعمال .

خلال التأكد من صحة البيانات المكتوبة في الوصفة لأن أي ضرر ناتج عنها يكون الصيدلي مسؤولاً عنه¹ كما يلتزم بتقديم مواد صيدلانية صالحة للاستعمال وكذا الاستعانة بقدراته العلمية قصد نصح وتوجيه المرضى لأفضل طرق استعمال هذه الأدوية².

فالصيدلي البائع أثناء مراقبته الموضوعية للوصفة الطبية يجب عليه أن يتأكد من مدى توافق الدواء وحالة المريض ومراعاة الجرعات المحددة سواء من حيث العدد أو الكم وهذا يعني أن الصيدلي ملزم بالتقيد بصرف الدواء المدون في الوصفة الطبية³ بالرغم من اني أرى أن الحالة الأولى تكون من مسؤولية الطبيب وليس الصيدلي لأن التشخيص يكون من مهام الطبيب وليس الصيدلي⁴ لكن ما هو منطقي هنا مسؤولية الصيدلي أمام المريض عن الدواء الذي انتهت صلاحيته وكذا عن ذلك الذي فقد مقوماته وأصبح غير صالح للعلاج وهنا يمكننا أن ندخل تطبيق نص المادة 379 من القانون المدني الجزائري، حيث لضمان صلاحية الأدوية للاستعمال طبقاً للأصول العلمية والفنية المقررة في عملية حفظ الأدوية، ألزمت التشريعات المهنية بيع الأدوية في غلافها الأصلي المقفل وعدم فتحها وشدت على حفظ الأدوية المعدة للبيع في مخزون وفي المحلات التي تضمن سلامتها، وهذا ما نعني به ضمان العيب الخفي في المنتجات المباعة سواء نشأ العيب بسبب إنتهاء الصلاحية أم لسبب سوء حفظ الأدوية أو لسبب آخر وهذا ما استدعى إلى تطبيق المادة الخاصة بضمان العيب الخفي الخاصة بعقد البيع والمنصوص عليها في القانون المدني والسابق الذكر، ومن مسابري ذلك الدكتور عباس علي محمد الحسيني⁵ والدكتور حسين عامر⁶ حيث استندا في ذلك على أن العلاقة التي تربط بين المريض والصيدلي هي علاقة تعاقدية وبالتالي تطبيق أحكام ضمان العيب الخفي لتعويض المضرور من استعمال الدواء المعيب وهو كذلك ما قالت به المحاكم الفرنسية حيث اتجهت إلى تطبيق أحكام

¹ وذلك ما جاءت به المادة 192 /3 من قانون حماية الصحة وترقيتها المعدل والمتمم، فالمواد المخدرة التي تكون على شكل أدوية نظراً لما تحتويه من خطر نظم المشرع عملية إتخاذها في القانون رقم 18/04 الصادر في 26 ديسمبر 2004، المتعلق بالوقاية من المخدرات والمؤثرات العقلية وقمع الإتجار والاستعمال غير المشروعين، جريدة رسمية، عدد 83 لسنة 2004.

² الدكتور صفاء شكور عباس، المرجع السابق، ص 70.

³ الدكتور أحمد الزقردة، المرجع السابق، 107.

⁴ الدكتور صاحب عبيد الفتلاوي التشريعات الصحية (دراسة مقارنة)، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، الأردن 1998، ص 111.

⁵ الدكتور علي محمد الحسيني، مسؤولية الصيدلي المدنية عن أخطائه المهنية (دراسة مقارنة)، دار الثقافة للنشر والتوزيع الطبعة الأولى، الأردن، 1999، ص 112.

⁶ الدكتور حسين عامر، المسؤولية المدنية، مطبعة مصر، الطبعة الأولى، القاهرة، 1956 ص 126.

ضمان العيب الخفي لتوفير الحماية المدنية للمستهلك وذلك قبل صدور قانون 1998/5/19 أسوة التوجيه الأوروبي ويتم تشديد المسؤولية في حالة إخفاء الصيدلي العيب الموجود بالدواء غشا من المستهلك له¹.

كما يمكن اعتبار البيوع التي تتم بشرط التجربة والمذاق من قبيل البيوع التي تطبق عليها أحكام ضمان العيب الخفي وذلك استنادا إلى عدم إخراج هذه البيوع بصريح العبارة من القانون المدني الجزائري من طرف المشرع الجزائري، وإن رجعنا إلى البيوع التي تقع بشرط التجربة فنجدها من البيوع التي تكون معلقة أما على شرط واقف وذلك عند قبول المشتري المبيع وتجربته² ما لم يتفق المتعاقدان صراحة أو ضمنا على اعتبار بيعا معلقا على شرط فاسخ وهو عدم قبول المشتري بعد تجربته وهو ما نصت عليه المادة 335 من القانون المدني الجزائري وسكوت المشرع عن الضمان الذي يخص هذه البيوع يعني الرجوع إلى الشريعة العامة لكن عند الرجوع إلى قانون حماية المستهلك وقمع الغش نجد أن المشرع قد قام بالتأكيد على الضمان فيما يخص المنتج سواء كان جهازا أو آلة أو عتاد أو مركبة³ وهو ما ذهب إليه الفقه الفرنسي في إسناد البيوع التي تتم بشرط التجربة والمذاق إلى أحكام ضمان العيوب الخفية⁴، لكن هذا لم يكن مطلقا وذلك لوجود اتجاه آخر من الفقهاء، أما عند الرجوع إلى الفقه الفرنسي فنجد أن مجموعة من الفقهاء قد أخرجوا الضمان من أحكام العيب الخفي وسبب وراء ذلك أن التجربة والتذوق التي يقوم بها المشتري قبل الشروع في الشراء تمنحه التأكد الكامل أو عدم التأكد من سلامة المبيع⁵، لكن عند الوقوف على شروط قيام

¹ وهذا ما أدى إلى افتراض علم البائع المهني بالعيب الخفي، وبالتالي عدم اللجوء إلى الاثبات من طرف المتضرر، الدكتور اسعد دياب المرجع السابق، ص 216 وما يليها.

ولكن هذا الاتجاه لم يسلم من الانتقاد والمعارضة حيث نجد أن أحكام ضمان العيوب الخفية لا توفر الحماية اللازمة للمتضرر وذلك لعدم انتماء هذه الأحكام إلى النظام العام وهذا يؤدي إلى إمكانية إعفاء الصيدلي من المسؤولية وكذا في إطار المسؤولية العقدية المترتبة من العقد المبرم فان التعويض يكون عن الضرر المتوقع دون الغير متوقع وغيرها من الحجج التي استند إليها للتفصيل في هذا انظر الدكتور صفاء شكور، المرجع السابق، ص 73.

² وقد جاء في هذا الصدد نص المادة 15 من قانون 03/09 المؤرخ في 29 صفر 1430 الموافق لـ 25 فبراير 2009 الذي يتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش على أنه " يستفيد كل مقتن لأي منتج مذكور في نص المادة 13 من هذا القانون، من حق تجربة المنتج "

³ تنص المادة 1/13 من نفس القانون على أنه " يستفيد كل مقتن لأي منتج سواء كان جهازا أو أداة أو عتادا أو مركبة أو أي مادة تجهيزية من الضمان بقوة القانون "

⁴ Cass.civ.10 juillet 1956.D. 1956 - 71

قد أشارت إلى ذلك الدكتورة سعدي فتيحة، المرجع السابق، ص 40.

⁵ Cass.civ.19 février 1929.gaz pal.1929-1-561.

قد أشارت إلى ذلك الدكتورة سعدي فتيحة، المرجع السابق، ص 40.

العيب الخفي فنجد ان العيب هو ما ينقص من قيمة الانتفاع به بحسب الغاية المقصودة منه فالفقه والقضاء في فرنسا قد اخذا على ان البيع بشرط التجربة معلق على صلاحية المبيع لتحقيق غرض المشتري وليس معلقا على الاختيار المطلق للمشتري إلا إذا كانت طبيعة المبيع تجعل الغرض من تجربته التحقق من مجرد اتفائه مع مزاج المشتري وذوقه¹ وهذا يؤكد على قيام الضمان العيب الخفي في هذه الأنواع من البيوع حيث نجد أن الاعتبار بالعيب يقع في الانتفاع من الشيء المبيع وكذا البيع بشرط التجربة في حد ذاته معلق على تحقيق الغرض المقصود من الشيء المبيع وهذا ما أدى بنا إلى اعتبار هذا النوع من قبيل البيوع التي تتدخل ضمن نطاق العيوب الخفية، كما ان المشرع كان صريح بشأن البيوع التي اخرجها من أحكام العيوب الخفية كما سبق الذكر وهي البيوع القضائية والإدارية التي تتم بالمزاد العلني بالنسبة للتشريع الجزائري والمصري وغيره، وكذا البيوع القضائية التي تتم بالمزاد بالنسبة للتقنين الفرنسي.

كما يمكن القول من خلال ما سبق أن كل المواد التي تم ذكرها سواء المنصوص عليها في القانون المدني الجزائري أو تلك المنصوص عليها في قانون القمع والغش الخاصة بالبيوع التي تقع على شرط التجربة والمذاق كلها مكملة لبعضها البعض ودليل كافي لوجوب الضمان وأن الرأي القائل من الفقه الفرنسي بوجوب الضمان كان غالبا على ذلك الرأي القائل بإعفاء البائع من الضمان.

¹ مجموعة الأعمال التحضيرية للتقنين المدني المصري، الجزء 4، ص 26 قد أشار الى ذلك الدكتور صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، عقد البيع والمقايضة، المرجع السابق، تهميش رقم 84، ص 83.

الباب الثاني

الأثار المترتبة عن الإلتزام

بضمان العيوب الخفية

يترتب على وجود العيب في المبيع أو خلوه من الصفة التي تعهد بوجودها في المبيع على النحو الذي سبق تحديده ثبوت حق المشتري في المطالبة بالضمان، وذلك بعد إثبات وجود الشروط الواجب توافرها في العيب الموجب للضمان كما سبق تحديده الباب الأول، لكن لن يكتمل حقه في المطالبة بالضمان الا بعد اتخاذ بعض الإجراءات، على أن حقه في المطالبة بالضمان قد يسقط بعد ثبوته إذا أخل ببعض الالتزامات التي رأى المشرع أنها ضرورية لحماية استقرار المعاملات بين الناس.

لذلك نحاول من خلال هذا الباب التطرق للآثار المترتبة على قيام الضمان وذلك من خلال فصلين تناولت في أولهما الجزاء المترتب عن الاخلال بالالتزام بضمان العيب الخفي، وثانيهما تناولت فيه أحكام ضمان العيوب الخفية.

الفصل الأول

جزاء الأخلال بالالتزام بضمان العيوب

الخفية

يعتبر الإلتزام بضمان العيوب الخفية قاعدة قانونية يترتب عن الإخلال بها جزاء قانوني يكون حسب الضرر الناتج عن الإخلال بالقاعدة القانونية ومن خلال ذلك وفي حالة الإخلال بالإلتزام الملقى على عاتق البائع وهو ضمان المبيع بخلوه من العيب يترتب عن ذلك قيام مسؤولية تعاقدية والتي تأخذ بمصدرها من العقد المبرم بين البائع والمشتري في صفة قانونية، إذ تقوم هذه المسؤولية كأساس لهذا الضمان والتي لا تكتمل إلا إذا تمت الإجراءات المنصوص عليه قانونياً، كما تجدر الإشارة الى أن الهدف من قيام المسؤولية في حق البائع هو جبر الأضرار الناتجة عن العيوب الموجودة بالمبيع بالتعويض وعلى هذا الأساس إرتأينا أن نعالج هذا الفصل في مبحثين نتناول في أولهما المسؤولية التعاقدية كأساس لهذا الضمان (المبحث الأول) وكذا التعويض عن الأضرار الناجمة عن الإخلال بالضمان (المبحث الثاني).

المبحث الأول: المسؤولية التعاقدية كأساس لضمان العيوب الخفية

تقيام مسؤولية البائع بالضمان وحتى يتمتع المشتري بحقه في الضمان والمخول له قانونا لا بد أن يقوم ببعض الإجراءات اللاحقة لثبوت العيب بالمبيع والتي نجدتها موحدة في معظم القوانين حيث يمكن أن تكون في نفس الوقت سببا في سقوط الضمان، اذا تم عكس ذلك وقام الضمان ففي هذه الحالة يصبح له الحق في رفع دعوى الضمان والتي يمكن أن تقوم على عدة خيارات يتحكم فيها العيب في حد ذاته أو المضرورة من العيب إذ تقوم الحالة الاولى تبعا لما لجسامة العيب من عدمه أما الحالة الثانية فتقوم حسب ما يصبوا إليه المشتري.

وتبعا لذلك إرتأينا تقسيم هذا الفصل الى مطلبين تناولنا في أولها مقدمات دعوى الضمان والتي تعتبر إجراءات إلزامية يقوم بها المشتري سابقة عن رفع الدعوى الأخيرة (المطلب الأول) كما ينجر عن تحقيقها ثبوت لحق المشتري في الضمان من خلال طلب الرد (المطلب الثاني).

المطلب الأول: شروط دعوى ضمان العيوب الخفية وكيفية دفعها

لا يمكن للمشتري أن يرفع دعوى الضمان مباشرة بل يجب عليه أن يتأكد من حالة المبيع وأن يخطر البائع بذلك، ثم يلجأ بعد ذلك إلى رفع دعواه في الميعاد القانوني

إذن مقدمات دعوى الضمان هي الإجراءات الأولية السابقة لرفع دعوى الضمان أو الشروط اللازمة لرفع دعوى الضمان وتبعا لذلك سنتناول بالترتيب طرفي دعوى الضمان ومن له الحق في رفع تلك الدعوى باعتباره أهم عنصر لرفع الدعوى (الفرع الأول) ثم الانتقال إلى الإجراء اللازم على المشتري بمجرد انتقال المبيع إليه وما عليه في حالة اكتشاف العيب (الفرع الثاني) وأخيرا الميعاد المحدد لرفع هذه الدعوى (الفرع الثالث).

الفرع الأول: تحديد أطراف دعوى الضمان

إن دعوى الضمان ككل دعوى يجب أن تتوفر لرفعها أمام المحاكم على طرفين هما المدعي وهو الدائن المضمون والمدعى عليه وهو المدين بالضمان¹، وهذا لكون أن أي عقد ميرم لا يتم انصراف آثاره بحسب الأصل إلا لطرفيه سواء بضرره أو نفعه، حيث أن الشخص لا يكون طرفا في العلاقة العقدية إلا إذا كان قد شارك في تكوينها، وكل طرف فيها يتوقع نفعاً محدداً من هذا العقد وعدم حدوث ذلك لا ينتج أثراً على غيره وبالتالي لا يتحمل هذا الأخير أي ضرر فيصبح المتعاقدين هما المحتملين لآثار العقد²، لكن هناك استثناء عن هذه القاعدة وهو إمكانية امتداد النفع لهذا العقد إلى الخلف العام³ والخلف الخاص⁴ تحت طائلة الأثر النسبي للعقد⁵ وسنبين ذلك كما يلي:

أ- المدعي كما هو معلوم في عقد البيع نجد أن طرفي هذا الأخير هما البائع والمشتري وجل القضايا التي ترفع في هذا الشأن تكون من جانب المشتري على البائع بالضمان، كما تجدر الإشارة إلى أن المشتري الدائن يمكن أن يتخذ صفة المشتري العادي، أو المحترف، ويكمن الاختلاف بينهما في أن الأول يعتبر غير محترف إذ يكون هدفه الرئيسي من الشراء الاستفادة من منافع المنتج التقني مع افتراض جهله لهذه التقنية وعدم التزامه بمعرفتها، لكن هذه الصفة العادية تنتفي عنه بعد إرشاده والقيام بتنبهه من قبل البائع

¹ الدكتور آث ملويا، المرجع السابق، ص 460

² الدكتور عمرو أحمد عبد المنعم دبش، المرجع السابق، ص 156

³ فالخلف العام هو من يخلف السلف (الميت) في ذمته المالية كلها أوفي جزء غير معين منها باعتبارها مجموعة من الأموال ويمثل أما في الوارث أو الموصى له.

⁴ أما الخلف الخاص فهو الذي لا يخلف السلف في جملة ذمته المالية أوفي حصة منها كالثالث والربع بل يخلفه في عين معينة بالذات إذ يمكن أن يصبح المشتري كخلف خاص يخلف البائع في المبيع عند وفاته وكذا المنتفع يخلف المالك في حق الانتفاع، فالخلف الخاص هو من يتلقى شيئاً سواء كان هذا الشيء حقاً عينياً أو شخصياً

⁵ وهذا ما نصت عليه المادة 145 من القانون المدني المصري بانصراف آثار العقد إلى المتعاقدين والخلف العام وكذا نص المادة 146 من نفس القانون إلى انتقال أثر العقد إلى الخلف الخاص.

أما عند الرجوع إلى القانون الجزائري فنجد أنه نص على ذلك من خلال المادة 108 من القانون المدني والتي جاء في فحواها أنه " ينصرف العقد إلى المتعاقدين والخلف العام، ما لم يتبين من طبيعة التعامل، أو من القانون، أن هذا الأثر لا ينصرف إلى الخلف العام كل ذلك مع مراعاة القواعد المتعلقة بالميراث ".

أما الخلف الخاص فتم صرف ذلك الأثر إليه في القانون الجزائري من خلال نص المادة 109 من القانون المدني حيث نصت على انه " إذا أنشأ العقد التزامات، وحقوقاً شخصية تتصل بشيء انتقل بعد ذلك إلى خلف خاص فان هذه الالتزامات والحقوق تنتقل إلى هذا الخلف في الوقت الذي ينتقل فيه الشيء، إذا كانت من مستلزماته وكان الخلف الخاص يعلم بها وقت انتقال الشيء إليه"

المحترف¹، كما هو الحال بالنسبة للمستهلك الذي يقوم بشراء شيء قصد استعماله الشخصي²، أما الثاني فيتمثل في المشتري الدائن الذي يقتني منتجات وأشياء بغرض إعادة بيعها وترويجها إذن فالغرض من وراء الشراء هنا هو الامتثال بحرفة البيع والشراء أي توفره على صفة البائع والمشتري في نفس الوقت³، لكن هذا لا يمنعه من أن يكون طرفاً دائماً في دعوى الضمان إلا في حالة علمه بالعيب الموجود بالمبيع ففي هذه الحالة يحرم من الضمان وهو ما جاءت به المادة 379 من القانون المدني الجزائري والسابقة الذكر ولكن التشريع الجزائري لا يفترض علم المشتري المحترف إلا في حالة إثبات ذلك من قبل البائع باعتباره مديناً في هذه العلاقة ويسعى للتخلص من الالتزام الملقى عليه هذا بالنسبة إلى الصفة لطرفي العقد.

لكن يمكن أن يتدخل طرف ثالث في هذه العلاقة وذلك بتصرف المشتري في الشيء المبيع إذ يطلق على ذلك البيوع المتتالية للشيء المبيع فكلما أعاد المشتري التصرف في المبيع سواء بإعادة بيعه أو بأي ناقل للملكية كالمقايضة والهبة، عقد مقاوله في حالة استعمال المشتري المبيع لبناء أو صنع موجه لزبونه⁴.

فهذه الحالة تقوم عند وجود مشتري ثاني بالنسبة للبائع الأصلي ومشتري أول بالنسبة للبائع الأخير وتعتبر هذه الحالة أبسط الحالات في تتابع البيوع، حيث تتوالى عقود البيع في الزمن ولا يجمع بينها سوى تصرفهم في مبيع واحد، إذ يكون للمشتري الثاني أن يرفع دعواه ضد البائع له وهو المشتري الأول وأن يرفع دعواه ضد البائع الأصلي، لكن لا يمكن أن تقام هذه الدعوى إلا في حالة ما إذا كان نشوء العيب قبل تسليم المبيع للمشتري الأول وأن يتوفر هذا العيب على جميع شروط الضمان لكل بيع.

¹ الدكتور اسعد دياب، المرجع السابق، ص 305.

² كما ورد في نص المالد 02 فقرة 09 من المرسوم التنفيذي رقم 39/90 المتعلق برقابة النوعية وقمع الغش والصادر بالجريدة الرسمية عدد 05 الصادرة بتاريخ 1990/01/31. بأن المستهلك " كل شخص يقتني بثمن أو مجاناً منتجاً أو خدمة، معدين للاستعمال الوسيط أو النهائي لسد حاجة شخص آخر أو حيوان يتكفل به "

وكذا في نص المادة 03 فقرة 01 من القانون رقم 03/09 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش التي جاء بتعريف للمستهلك بأنه " كل شخص طبيعي أو معنوي يقتني حاجته الشخصية أو تلبية حاجة شخص آخر أو حيوان متكفل به، هذا بالإضافة إلى نص المادة 03 فقرة 2 من القانون 02/04 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية والصادر بالجريدة الرسمية عدد 41 الصادر بتاريخ 2004/06/27 والتي عرفت المستهلك كذلك بأنه " كل شخص طبيعي أو معنوي يقتني سلعا قدمت للبيع أو يستفيد من خدمات عرضت ومجردة من كل طابع مهني "

³ الدكتور أسعد دياب، المرجع السابق، ص 308.

⁴ الدكتور آث ملويا، المرجع السابق، ص 460.

وفي حالة رفع المشتري الثاني أو الفرعي دعواه ضد البائع له، فيكون قد استمد ذلك من عقد البيع المبرم بينه وبين البائع المباشر له، إذ يعتبر عقد البيع في هذه الحالة عقداً ثاني لأن الشيء المبيع واحد وذلك قصد مطالبته بضمان عيب المبيع الخفي¹.

وفي هذه الحالة يكون للمشتري الأول وهو المدعى عليه هنا والذي حكم عليه بالضمان أن يرجع على بائعه ليطالبه بما حكم عليه، وذلك برفع دعوى ضمان لاحقة² أو برفع دعوى مستقلة للمطالبة بالتعويض مع احترام الميعاد، حيث يستفيد من الضمان الخاص به، لكن لا تقوم هذه الحالة إذا قام بالبائع بعد اكتشافه للعيب حيث أن العلم بالعيب ينتفي به الضمان بالعيب الخفي³.

بالإضافة إلى ذلك يمكن للمشتري الأول أن يقوم بإدخال بائعه في دعوى الضمان التي ترفع ضده بصفة مباشرة، كما يمكن له المطالبة بالخروج من الدعوى المقامة ضده ليحل محله البائع الأصلي مكانه باعتباره ضامناً أو البقاء كطرف في الدعوى ومائلاً فيها على أساس الضمان⁴.

كما أن من حق المشتري الأول في حالة تعرضه للفسخ بالعقد واسترداده المبيع المعيوب من قبل المشتري الفرعي ورده الثمن المقابل لهذا المبيع، أن يقوم برفع دعوى الرد بالمبيع المعيوب والمطالبة باسترداد الثمن المدفوع من قبله وليس الثمن المدفوع لإعادة البيع والذي اضطر إلى رده للمشتري الفرعي⁵.

وهذا التتابع مستمد من اعتبار دعوى الضمان دعوى شخصية مقررة لمصلحة كل مشتر في مواجهة بائعه المباشر الذي يجوز له بدوره رفع دعوى ضمان لاحقة في مواجهة بائعه المباشر⁶.

هذا في حالة رفع دعواه ضد البائع له، أما حقه الثاني فيتمثل في رفع دعواه ضد البائع الأصلي مباشرة إذ يمنح هذا الحق من خلال ما ترتب من التزامات بموجب عقد البيع المبرم بين المشتري الأول وبائعه⁷.

¹ الدكتور صاحب عبيد الفتلاوي، المرجع السابق، ص 165.

² الدكتور أسعد دياب، المرجع السابق، ص 158.

³ الدكتور آث ملويا، المرجع السابق، ص 460.

⁴ الدكتور أسعد دياب، المرجع السابق، ص 158.

⁵ الدكتور آث ملويا، المرجع السابق، ص 460.

⁶ الدكتور عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، البيع والمقايضة، المرجع السابق، ص 731.

⁷ الدكتور صاحب عبيد الفتلاوي، المرجع السابق، ص 165.

وهو ما أقرت به المحاكم الفرنسية منذ زمن بعيد¹، كما يمكن أن تقوم هذه الحالة أيضا في حالة إختفاء المشتري الأول أي البائع المباشر له فلا يكون للمشتري هنا إلا رفع دعواه ضد البائع الأصلي مباشرة بالإضافة إلى إمكانية رفع المشتري الفرعي دعوى الضمان ضد البائع الأصلي إذا وجد شرط بعقد البيع الثاني يقر بعدم الضمان، وبهذا يمكن القول انه بإمكان المشتري رفع دعوى الضمان رغم عدم وجود عقد مبرم بينه وبين هذا الأخير وكذا دون الحاجة إلى المرور على البائع الثاني أو البائعين المتتاليين في حالة عقد أكثر من بيع لشيء مبيع واحد².

حيث ذهب بعض الفقهاء الفرنسيين إلى تفسير ذلك على أساس وجود حوالة حق ضمنية تقرر بمداعاة ضامنه، فحوالة الحق بالادعاء بموجب الضمان هي نتيجة حتمية لطبيعة عقد البيع والتفسير الذي لاقى انتقادا وذلك لإمكانية المشتري الأول منع نقل هذا الحق بالادعاء إلى المشتري الفرعي وحصره تجاه بائعه ونجد هذه الحالة في أغلب الأحيان إذا بيع الشيء المبيع بثمن ضئيل نتيجة اكتشافه العيب وتفاديه المطالبة بحقه في الضمان، إذ نجد أن لهذا التفسير شيء من الصحة حيث أن البيع بثمن زهيد من المشتري يبين أن المبيع يفتقر إلى الضمانة وهذا سبب كاف لرضا المبيع به³.

¹ حيث جاء في نقض مدني فرنسي أنه: " تعتبر مقبولة دعوى ضمان العيوب الخفية التي يرفعها المشتري الفرعي ضد البائع الأصلي للشيء المشوب بعيب "نقض مدني فرنسي، الغرفة الثالثة في 7 مارس 1990 تم الإشارة إليه من قبل الدكتور آث ملويا، المرجع السابق، ص 461، تهميش رقم 2.

² الدكتور أسعد دياب، المرجع السابق، ص 159، الدكتور عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد البيع والمقايضة، المرجع السابق، ص 731.

Daniel Maingy, contrats spéciaux , 5 éme édition , Dalloz , 2006 , page 181.

³ لكن هذا لا يمنع من انتقال الحق بالادعاء بالضمان من طرف المشتري الفرعي على البائع الأصلي، إذ لا يشكل ذلك سندا قويا يمكن الارتكاز عليه لنقد ذلك، وقد كان للدكتور اسعد دياب رأي في ذلك حيث اقر بأن حوالة الحق يجب إبلاغها من المدين حتى يسري التفرغ بوجهه في حين أن هذا الأمر لا يحصل بين البائع والمشتري، إضافة إلى ذلك فان انتقال الحوالة تنتقل حقوق المتفرغ إلى المتفرغ له ولا يعود من حق المشتري الأول مداعاة بائعه بهذا الحق، بينما إذا رجعنا إلى عقود الخاصة بالبيع يبقى فيه حق المشتري الأول برفع دعوى ضد بائعه محلها تخفيض الثمن رغم تصرفه في المبيع، كما نجد الاختلاف بين حوالة الحق والضمان في حالة وجود اتفاق سواء كان هذا الاتفاق مضيق أو معفي للضمان بين البائع والمشتري الأصليين فهذا الاتفاق لا يسري على المشتري الثاني في الضمان، أما عند النظر في ذلك ناحية أحكام حوالة الحق فنجد أنه لا يجوز للمتفرغ التفرغ عن أكثر من حقه، وهذا ما يستدعي القول باختلاف دعوى الضمان المباشرة عن حوالة الحق وبالتالي لا محل لتفسير علاقة المشتري الفرعي بالبائع الأصلي على أساس حوالة الحق، أشار الى ذلك الدكتور أسعد دياب، المرجع السابق ص 123.

أما التفسير الثاني الذي اعتمده الفقهاء الفرنسيين ومنهم الفقيه اوبري وروآن المشتري الفرعي يتمتع بجميع الحقوق ومن ضمنها الدعاوى الثابتة لمن سبقه باعتبارها لصيقة بالشيء بشكل يجعلها تنتقل بانتقاله¹.

وكان أساس تفسيرهم نص المادة 1615 من القانون المدني الفرنسي² التي تلزم البائع بتسليم المبيع مع كل ملحقاته وبالتالي فالضمان له صلة وثيقة بالشيء المبيع فكل مبيع مضمون وهذا نتج عن التسليم حسب نص المادة، وقد أيد هذا التفسير الفقيه الأستاذ مالنفوا نبروا الذي لم يرى أي مانع من الموانع القانونية للقول بهذا الحق اللصيق بالشيء المبيع والذي يظهر من خلال تسليمه³ وكذا تفسير الشيء المبيع حسب نص المادة السابقة الذكر لا يقف عند الأشياء المادية وإنما تتعدى ذلك لتشمل الحقوق الشخصية أيضا⁴.

وقد رأى الدكتور أسعد دياب أن هذا التفسير هو الأقرب إلى المنطق وذلك استنادا إلى أن البائع ملزم بتنفيذ ما هو وارد من التزامات في عقود البيع ومن هذه الالتزامات الالتزام بالضمان العيب الخفي⁵.

في حين أن التفسير الثالث في هذا الصدد مؤسس على التعاقد لمصلحة الغير، حيث التعاقد هنا يكون لمصلحة من قام بذلك وهذه المصلحة تسمح بانتقال حق الضمان من العيوب الخفية لمن يتعاقد معه، إذ نجد محلها في نظرية الاشتراط لمصلحة الغير⁶.

¹ Aubry et rau , curs de droit civil , tome 2,7 éme édition , par esmein , paragraphe 176, n° 69, page 104.

تم الإشارة إلى ذلك من قبل الدكتورة سعدي فتيحة، المرجع السابق، ص 167.

² والتي تنص على انه:

« L'obligation de délivrer la chose comprend ses accessoires et tout ce qui a été destiné à son usage perpétuel. »

³ لكن هذا الاتجاه لم يسلم من الانتقاد وذلك على أساس أن تفسيرهم لنص المادة 1615 من القانون المدني الفرنسي تفسير خاطئ، باعتبار أن الحق لا يلحق الشيء، فالمعنى الحقيقي لملاحقات الشيء المبيع هي الملحقات المادية وليس الحقوق الشخصية ومن بين المنتقدين الأستاذ روديير. جروس وكوزيان.

تم الإشارة إلى ذلك من طرف الدكتور اسعد دياب، المرجع السابق، ص 164

⁴ وقد تم تأييد هذا التفسير من جانب القضاء الفرنسي تمييز فرنسي 1968/3/23 دالوز 1970-163 تعليق جستاني

« Ce droit accompagne en tant qu' ascès soire la chose vendue et s' identifie avec avec elle.»

تم الإشارة إلى ذلك من قبل الدكتور اسعد دياب، المرجع السابق، ص 164.

⁵ الدكتور أسعد دياب، المرجع السابق، ص 165.

⁶ A Weill, la relativité des contrats en droit privé français ,thèse Strasbourg , 1938 , n°445.-446.

كما نجد مؤيد التفسير القائل بحوالة الحق كأساس للدعوى المباشرة الأستاذ روديير ينتقد هذا التفسير الأخير والذي يؤيده الأستاذ ويل وكان أساس هذا الانتقاد أن انتقال الحق برفع دعوى ضمان العيوب الخفية لا ينتقل وحده إلى المستفيد وإنما يجب أن تنتقل معه الالتزامات الملازمة لعقد البيع والعمل بغير ذلك يؤدي حتما إلى فقدان التوازن الموجود بين المتعاقدين، تم الإشارة إلى ذلك من الدكتور اسعد دياب، المرجع السابق، ص 162.

إن فمهما اختلفت التفسيرات فإن الحكم واحد ألا وهو حق المشتري الفرعي في رفع دعوى مباشرة قصد الضمان على البائع الأصلي وفقد نشأ هذا الحق نتيجة العقد البيع الأول الذي أبرم بين البائع والمشتري وانتقلت بعقد البيع الثاني من المشتري الأول إلى المشتري الثاني التي تبقى في حقه ثابتة حتى وإن كان هناك شرط عدم الضمان بين المشتري الأول وبائعه، كما تجدر الملاحظة إلى أن الوقت المعتد به هنا لرفع هذه الدعوى المباشرة هو وقت تسليم المبيع بالنسبة لعقد البيع الأول وليس الثاني بالنسبة للمبيع الواحد¹.

كما أن للمشتري الفرعي أن يرفع دعواه ضد البائع الأصلي لكن بإسم بائعه المباشر عن طريق دعوى غير مباشرة التي تمده قوة استعمال المشتري الثاني حق رفع دعوى الضمان ضد البائع الأول²، لكن ما يميز هذه الحالة عن حالة رفع دعوى المشتري الفرعي دعوى مباشرة ضد البائع الأول أن المدعي هنا يتعرض لمزاحمة دائني بائعه أو المشتري الأول الذين يستفيدون من دعواه في الحصول على ديونهم، كما تجدر الملاحظة أن ما يربط بين الدعوى الأخيرة والدعوى غير مباشرة مدة التقادم تبقى على حالها أي من وقت التسليم بالمبيع للمشتري الأول وليس المشتري الثاني³، واللجوء إليها يساعد المشتري على تخطي الحلقات الوسيطة المتعددة.

لكن في حالة وفاة المدعي هنا فما مصير إدعائه؟ في هذه الحالة ينتقل حقه في الادعاء إلى الخلف العام والخلف الخاص، إضافة إلى ذلك نجد أن بعض القوانين أدخلت ضمن فئة الدائنين بالضمان جمعية حماية المستهلكين وهذا ما نجده في القانون الفرنسي، ومثال تلك الجمعيات تعاونيات الاستهلاك التي تهدف إلى تخفيض الأسعار، وكذا تحسين نوعية السلع والمنتجات التي تقدم وتقتصر على المستهلك⁴.

¹ وقد تم تدعيم ذلك من قبل من طرف التشريع الجزائري القانون رقم 02/89 المؤرخ في 1989/02/07 المتعلق بحماية المستهلك لا سيما المادة 02/12 منه التي تنص على " وجوب الضمان والتجربة من أي من المتدخلين في مراحل عرض المنتج للاستهلاك، حق للمستهلك، ويكون للمتابع الحق في إتباع الطرق القانونية ضد كل المتدخلين أو بعضهم، كل حسب مسؤولية الخاصة وفي حدود فعله..."

² الدكتور عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 731.

³ الدكتور صاحب عبيد الفتلاوي، المرجع السابق، ص 165. وقد كان هذا سببا كافيا لعدم التجاء أغلبية المشتريين لهذه الدعوى الدكتور أسعد دياب، المرجع السابق، ص 157.

⁴ الدكتور محمد السيد عمران، حماية المستهلك أثناء تكوين العقد، دراسة مقارنة، منشأة المعارف، دون طبعة الإسكندرية صفحة 153.

إذ يجوز لورثة الدائن في حال وفاة مورثهم برفع دعوى الضمان ضد المدين كل بقدر نصيبه من المبيع محل عقد البيع المبرم بين الدائن المتوفي والمدين بالضمان¹ هذا بالإضافة إلى حقهم في طلب رد المبيع واسترداد الثمن إذا تم ذلك باتفاق منهم خاصة في حالة تعددهم، وهو ما ذهب إليه الفقه الإسلامي، حيث أقر بحق الورثة في الخيار بين الدعويين الرد الكلي أو الرد الجزئي، وقد استندوا في ذلك على قول رسول الله صلى الله عليه وسلم " من ترك مالا أوحقا فلورثته " إذ لا يمكن حرمان الورثة من حقهم فيما ترك مورثهم والعمل على عكس ذلك يؤدي بالإضرار بهم، كما نجد أن هذا الضرر يقوم في حالة وجود العيب بالشئ المبيع الموروث، ولإزالته يمكن للورثة الرد بالمبيع وذلك من خلال حقهم في اللجوء إلى الخيار²

إذ نجد أن لهذا الحق عدة أسس وطرق وأسباب لانقله من الوارث إلى الموروث تم الارتكاز عليها للقول بذلك، منها ما هو متعلق بالصلة خيار العيب بالعين المعيبة، وبالتالي فإن انتقال الحق في المبيع المعيب يضمن انتقال ذلك الحق دون اللجوء إلى الورثة³.

أما الأساس الثاني فينتقل فيه الحق بالخيار بافتراضه كحق من حقوق الورثة⁴، لكن ما موقف الفقه الإسلامي في حالة اختلاف الخيار بين الورثة أي إذا أراد البعض من الورثة رد المبيع والبعض الآخر الاستبقاء عليه، فهنا نجد أن هناك فريقين من الفقهاء الأول يؤيد الخيار بالاستبقاء بالمبيع مع رد نصيب البعض الآخر والذي أراد الرد بالمبيع وسندهم في ذلك محاولة بناء العقود وليس هدمها⁵. أما الفريق الثاني والمتمثل في الشافعية والحنابلة فقد أخذ برضا البائع وما يعود عليه بالفائدة في حالة اختلاف بين الورثة برد المبيع من عدمه، فإرادة البائع تجيز استبقاء بعض الورثة جزء من المبيع المعيب، وكذا رد البعض الآخر ما نقل إليهم عن طريق الميراث⁶.

أما من ناحية القوانين فتم الإقرار بأحقية الورثة بالادعاء وذهب القانون الفرنسي إلى تشبيه الورثة أو الخلف العام بأطراف العقد، بالإضافة إلى أن الفقه الفرنسي أيد ذلك بقوله أن للورثة الحق في الاستفادة من

¹ الدكتور عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، البيع والمقايضة، المرجع السابق، ص 730.

² الدكتور عمرو عبد المنعم دبش، المرجع السابق، ص 166.

³ من القائلين بذلك الحنفية /ابن الهمام، شرح فتح القدير للإمام كمال الدين محمد بن عبد الواحد، دار الفكر، الطبعة الثانية مصر، 1397 هجرية، ص 125.

⁴ ابن الهمام، المرجع السابق، ص 125

⁵ ومن أصار هذا الرأي الحنفية، وقد تم الإشارة إلى ذلك من قبل الدكتور عمرو أحمد عبد المنعم دبش، المرجع السابق، ص 167.

⁶ نفس المرجع السابق، ص 168.

الضمان ثبت لسلفهم، أما القانون المصري فيظهر ذلك من خلال نص المادة 145 من التقنين المدني المصري أن تقر بأن أثر العقد ينصرف إلى الخلف العام للمتعاقد، إذ يفهم من ذلك دعوى الرجوع على البائع بالضمان والتي أقرها القانون للمشتري أصبحت من حق الورثة في حالة ما إذا توفي وارثهم¹.

أما خلف المشتري الخاص فهو كل ما تصرف إليه هذا الخير المتوفي قبل وفاته في الشيء المبيع محل الضمان وذلك بأي شكل من أشكال التصرف، فهذا الخلف من حقه الرجوع على البائع بالضمان في حالة وفاة المشتري، ففي حالة بيع الشيء المبيع لمشتري آخر فمن حق هذا الأخير الرجوع على البائع بخيار بين رد المبيع أو الاستبقاء عليه².

ب- المدعى عليه:

وهو البائع هنا أو المدين بالضمان، فتطبيقاً لمبدأ نسبية العقد والذي لا يلزم طرفيه في عقد البيع ترفع دعوى ضمان العيوب الخفية ضد البائع المدين، والذي لا يحرم المشتري من حقه في حالة وفاته، لأن تركة هذا الأخير محل محله، أو كفيله في حالة ما إذا مكفولاً من أحدهم والغاية من ذلك أن حق الدائن مضمون رغم مفارقتة الحياة³.

وقبل التطرق إلى كل ذلك تجدر الملاحظة أن البائع يمكن أن يكون له صفة البائع العادي، أو البائع الصانع الذي ينتج ويصنع المنتجات والسلع ويقوم بعرضها في السوق، وهو ما أطلق عليه قديماً البائع السيء النية، وما يتم افتراضه في بعض القوانين وكما سبق التوضيح فإن البائع العادي تفترض حسن نيته سواء في القانون الجزائري أو الفرنسي أو المصري، وعلى من يدعي العكس اثبات ذلك.

أما البائع المحترف، فهو البائع الذي يعلم بعيوب موجودة بالمبيع نتيجة لدرابته الكافية بتعقيدات ومركبات تلك السلع، وبالتالي علمه بالمخاطر والإضرار التي يمكن أن تلحق هذا البائع⁴.

¹ الدكتور عمرواحمد عبد المنعم دبش، المرجع السابق، ص 169.

² الدكتور محمود عبد الحكم رمضان الخن، المرجع السابق، ص 183.

³ الدكتور آث ملويا، المرجع السابق، ص 461.

⁴ الدكتور عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، البيع والمقايضة، المرجع السابق، ص 370، الدكتور اسعد دياب، المرجع السابق، 154، الدكتور رمضان ابوالسعود، المرجع السابق، 331، الدكتور انور سلطان، المرجع السابق، ص 266.

وهذا ما اعتبره المشرع الفرنسي سيء النية، وذلك لمجرد علمه بالعيب الموجود بالمبيع دون اثبات علمه بالعيب الموجود بالمبيع أو اثبات غشه، أما في القانون المدني الجزائري فان علم البائع بالعيب غير كافي للقول بسوء نية البائع وإنما يجب إضافة إلى اثبات علمه، إثبات غشه¹.

إن في حالة ما إذا أصبح البائع مورثا فإن الالتزام بالضمان لا يقع على حلفه العام وإنما يقع على تركته في حد ذاتها، حيث تصبح الأولوية في هذه الحالة للدين قبل الميراث، وذلك تطبيقا لمبدأ القائل لا تركة إلا بعد سداد الدين²

إضافة إلى ذلك فان المدين يطالب بالضمان بمشاركة باقي دائني البائع المتوفي مشاركة الغرماء³، أما في حالة وجود كفيل للبائع المتوفي فيتم الرجوع عليه من طرف المدين وذلك على أساس عقد الكفالة والتي تجيز الرجوع على كافل المكفول.

أما في حالة تعدد الباعين لعين شائعة واحدة، فهنا يجد المشتري نفسه أمام عدة مدينين، ويتم رفع دعوى ضمان العيب الخفي حسب ما تم الاتفاق عليه بينهم، إذ نفرق في هذه الحالة بين حالتين الأولى إذا كان الباعون متضامنون فيكون رجوع الدائن على أي بائع منهم بالضمان كله وذلك على أساس ما تقر به القواعد العامة.

أما الحالة الثانية فهي تلك التي لا نجد فيها الباعون متضامنين، فيتم رجوع الدائن هنا بضمان العيب الخفي على الباعين كل على قدر نصيبه في الملكية الشائعة⁴.

الفرع الثاني: إخطار البائع بالعيب الخفي .

في حالة ما إذا توافرت الشروط القانونية التي سبق وتم ذكرها بخصوص ضمان العيب الخفي أوتخلف الصفات التي كفل البائع وجودها في المبيع أصبح من حق المشتري الرجوع على البائع وتحمله مسؤولية الضمان بموجب ضمان العيوب الخفية.

¹ وهذا ما اقرت به المادة 379 فقرة 2 وكذا المادة 383 فقرة 2 من القانون المدني الجزائري.

² الدكتور عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 731.

³ الدكتور اسعد دياب، المرجع السابق، ص 153.

⁴ الدكتور صاحب عبيد الفتلاوي، المرجع السابق، ص 166/ الدكتور أسعد دياب، المرجع السابق، ص 153.

فيه للمبيع وكذا ضمان وجود الصفات المعهود بها في العقد، لكن هناك حالة يكون المشتري محروما من الضمان بالرغم من وجود كل الشروط اللازمة للضمان، بمعنى يتم إلغاء كل الشروط وذلك في حالة عدم إخطار المشتري للبائع في حالة وجود عيب خفي بالمبيع.

إذن من خلال ذلك نجد أنه لقيام ضمان العيب الخفي يجب على المشتري أن يبادر بإخطار البائع بالعيب الذي تم اكتشافه بالمبيع لأن عكس ذلك يعد بمثابة قبول ورضا بالحالة التي يكون عليها المبيع.

فالإخطار عمل إجرائي يقوم به المشتري نحوالبائع، يعبر عن تدمره من كون المبيع يحتوي على عيب معين يجعله غير مطابق للمنفعة المرجوة منه، كما يعتبر من مقدمات الدعاوى القضائية حيث يكون الدائن ملزم بإخطار البائع لإتمام دعواه، لكن تجدر الإشارة هنا أن الإخطار يختلف عن الإنذار، فالإخطار هو إعلام أو إخبار بعدم تنفيذ ما تم الاتفاق عليه ضمن العقد، أما الإنذار فهو تكليف بإيفاء أي بتنفيذ الالتزام وإلا ترتب على ذلك جزاء عن ما أنذر لأجله، كما أن الإخطار يختلف عن الإنذار في الآثار المتعلقة بمصير العقد¹ مع الملاحظة أنه يمكن في معظم الأحوال أن يرافق الإخطار إنذارا بالوفاء، كما نجد أن الهدف من الاثنين واحد وهو تحقيق الأهداف المرجوة من العقد.

فالغاية المرجوة من الإخطار هي تحاشي تفسير سكوت المشتري بقبوله بالمبيع على علته، هذا إضافة إلى محاولة المحافظة على معالم العيب وذلك خوفا من الضياع لتسهيل إثبات وجوده وكذا لتحديد الوقت الذي وجد فيه، كما أن عملية الإخطار تمنح الراحة لأطراف العقد فالبائع يتحرر من حيرته التي قد تطول حول مصير العقد، والمشتري يتحرر من مسؤولية هذا العيب بإظهار رغبته بعدم قبوله للمبيع المعيب².

يفهم من خلال ذلك أن لهذا الإجراء المتخذ من طرف المشرع طابع يتسم بالاستعجال، نظرا لحساسيته، ولأن السياسة التشريعية في ضمان العيب الخفي قائمة على عدم التراخي في إتخاذ الاجراءات اللازم لإثبات العيب ولتفنيح طريقه الى رفع دعوى الضمان، لأن التهاون في ذلك قد يجعل الإثبات في ذلك صعبا وعسيرا وبالتالي يفتتح مجال النزاعات والادعاءات.

¹ M.BEHAR-Touches et G VIRSSAMY.TRAITE DES CONTRATD DE LADISTTRIBUTION, DELTA ,L,G ,D,J , paris 1999, p 126.

² الدكتورة خواص جويبة، المرجع السابق، ص 165

والمشتري الذي يقوم بالإخطار يكون قد احتفظ بحقه بإثارة العيب عن طريق الدفع بالرغم من انقضاء مهلة الادعاء وذلك إذا ادعى بإيفاء الثمن¹، كما نجد أنه من بين الأهداف الإيجابية للإخطار، أن يتقاضي طرفي العقد إقامة الدعوى وأثارها وذلك باستبدالها المبيع في حالة ما إذا كان من المثليات أو إصلاح العيب الموجود بالمبيع القيمي إذا كان قابلاً للإصلاح وتحمل النفقات من جانب البائع².

ولتحقيق هذا الالتزام وجب التحقق من حالة المبيع إثر إستلامه وذلك تطبيقاً لما جاء في نص المادة 380 فقرة 1 من القانون المدني الجزائري والتي تقر في مفهومها أن المشتري ملزم بالتحقق من حالة المبيع بمجرد أن يتمكن من ذلك بمعنى بمجرد أن يقع المبيع بحوزته وذلك وفقاً لما هو متفق عليه بالعقد أو وفقاً لما تمليه القواعد والتعاملات المألوفة أو الجارية³.

معنى ذلك أنه يجب على المشتري بمجرد تسلمه المبيع أن يبادر الى التأكد من سلامة المبيع من كل عيب وذلك عن طريق الفحص العادي والمقصود منه الفحص الذي يجريه المشتري عادة عندما يتسلم المبيع وهذا الفحص يكون أكثر دقة من ذلك الفحص الذي يجريه هذا الأخير عند إجراء البيع أي إبرام العقد، وقد قيل عن ذلك من قبل الدكتور خميس خضر وكأن المشتري يقوم بنوعين مختلفين من الفحص أولهما عند إجراء البيع بإبرام العقد وثانيهما عند التسليم⁴ ويفهم من ذلك أن الفحص الثاني يكون ما بعد التسليم وذلك لاختلاف درجة كل نوع منها سواء من ناحية التأثير أو الدقة.

ويكون هذا الفحص كذلك تبعاً لما تمليه قواعد التعامل التجارية، مثال ذلك عند شراء كتاب وجب المشتري بمجرد تسلمه القيام بفحص المبيع فحصاً عادياً وذلك بتصفحه بسرعة لتأكد من سلامته من التمزق أو الفراغ بالأوراق أما إذا كان المبيع من النوع المغلف والمعبئ فالتأكد يكون بمجرد انتقالها للمشتري وتسلمه إياها فيقوم المشتري بتفقد بما هو داخل العلب من بضاعة وعلى هذا الأساس يكون الفحص تبعاً لطبيعة المبيع وكيفية تعبئته فالطبيعة تلعب دوراً في الوقت الذي يتم فيه الفحص، فهناك من المبيعات ما يسمح طبيعتها بالفحص أثناء التسليم، وأخرى بعد التسليم ونفس الشيء ينطبق على التعبئة فما هو معبئ بإحكام لا يمكن

¹ الدكتور أسعد دياب، المرجع السابق، ص 124.

² الدكتور سليمان مرقس، المرجع السابق، ص 408 / الدكتور آث ملويا، المرجع السابق، ص 466.

³ تنص المادة 380 فقرة 1 من القانون المدني على أنه " إذا تسلم المشتري المبيع وجب عليه التحقق من حالته عندما يتمكن من ذلك حسب قواعد التعامل الجارية "

⁴ قد أشار الى ذلك الدكتور على حسن بخيره، المرجع السابق تهميش رقم 1 ص 55.

فحصه أثناء التسليم نظرا لصعوبة عملية نقله الى المكان المراد تخزينه فيه أو استهلاكه أو الى غير ذلك أي لما هو ظاهر من الغرض المرجوا من الشراء¹.

وبمجرد الانتباه على وجود العيب يجب إخطار البائع به، لكن تجدر الإشارة أن هناك عيب ظاهر وعيب يأخذ حكم الظاهر، فبالنسبة للعيب الأخير هو العيب الذي يمكن تبيانه بالفحص المعتاد، أما العيب الظاهر فهو العيب الذي يعلمه المشتري، فهل يؤخذ هنا نفس الحكم بالنسبة للعيب الذي يظهر بالفحص العادي؟

ان نظرنا من وجهة السنهوري فنجد أن الحكم المطبق هو نفسه بالنسبة للعيب الظاهر أو الذي يأخذ حكم العيب الظاهر، ومعنى ذلك أنه مجرد تسلم المشتري المبيع، وسواء كان به عيب ظاهر أو أخذ حكم الظاهر لا يمكن إعتباره مقبولا من طرف المشتري، وراضيا بما جاء فيه من عيوب ويبريره في ذلك المهلة المعطاة للمشتري من طرف البائع للتحقق والتأكد من سلامة المبيع عن طريق الفحص المعتاد فالتاجر المشتري لمجموعة من الأقمشة المطوية، فالعيب يمكن أن يكون عيبا ظاهرا أو في حكم الظهور ولا يمكن الحكم عليه بالرضا بمجرد تسلمه للقماش وإنما بعد فوات المدة المعقولة أو المعمول بها تجاريا وعرفا بين التجار، وعدم الإخطار بعد فوات تلك المدة يعتبر رضا بالمبيع بحالته المعيبة، ويكون ذلك سواء في حالة العيب الظاهر أو الأخذ بحكم الظاهر².

كما يمكن الاستناد في ذلك على أن المعاينة أو الفحص التي يقوم بها المشتري التي تكون بعد التسليم تكون أكثر دقة، ويكون فيها المشتري آخذا راحته في الفحص الذي يقوم به أثناء تسليم المبيع أو إجراء البيع³.

أما المنظور الآخر لهذه الحالة فيرتكز على تكوين مجلس العقد، فإذا تم مجلس العقد بحضور المشتري فلا مجال لتطبيق قاعدة فحص المبيع بعد مدة معقولة لأن التسليم فعليا في الزمان والمكان وبالتالي باستطاعة المشتري رأيت المبيع ووجود عيب به يؤدي إلى استنتاج أن المشتري راض بذلك العيب وبالتالي تنازله عن الضمان، أما إذا تمت مجلس العقد بغياب المشتري إذ يقوم الشراء هنا على أساس معلومات

¹ الدكتور لحسين بن الشيخ، المرجع السابق، ص 464.

² الدكتور عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 436.

³ الدكتور اسماعيل غانم، المرجع السابق، ص 193، أشار الى ذلك الدكتور اسعد دياب، المرجع السابق، ص 118 تهميش

رقم 1.

محددة يقدمها البائع للمشتري، وبعد الشراء يحصل التسليم، فهنا تطبق قاعدة فحص المبيع خلال مدة معقولة والقيام بإخطار البائع في حالة وجود عيب أو عدم إخطاره وبالتالي رضا بحالة المبيع المعيب¹.

أما الدكتور أسعد دياب فقد إعتد في ذلك على معيار تاريخ اكتشاف العيب، وهو لا يتم إلا بعد التسليم الفعلي، وهنا يمكن القول أن التسليم يعد بمثابة نقطة انطلاق للقول بخفاء العيب من ظهوره، وهذا لما للتسليم الفعلي من مكانة لأنه يضمن للمشتري فحص المبيع فحصا فعليا².

إذا فأي كان المعيار المعتمد للقول بظهور العيب أو أخذ الحكم بظهوره فعلى المشتري في حالة ما اذا وجد بالمبيع عيبا وجب عليه إخطار البائع، ويكون هذا الإخطار خلال مدة معقولة³.

عند الرجوع الى القانون الجزائري في تحديد مدة الاخطار نجد أنه ومن خلال نص المادة 380 من القانون المدني الجزائري لم يحدد المدة التي يجب على المشتري خلالها اخطار البائع بالعيب وانما تركها للمألف في التعامل من جهة ولطبيعة العيب والشئ المبيع من جهة أخرى، وهذا يعني أن التشريع الجزائري قد آل تحديد مدة الإخطار للقاضي الذي يستخدم سلطته التقديرية في ذلك⁴ اما فقهاء الشريعة الإسلامية فقد كان لهم رأي آخر في ذلك فالملكية قاموا بتحديد مهلة الإخطار بيومين ومنهم من حكم على ذلك بالتصرف الذي يقوم به المشتري من يوم التسليم، فإذا دخل يوم ثالث بالنسبة للفرض الأول اعتبر المشتري راض بالمبيع سواء به عيب أم لا، أما الشافعيين فقد قاموا بالزام المشتري بالإخطار فور اكتشاف العيب دون أي تأخر، بينما الحنفية فقد ساروا في نفس الاتجاه الذي سار فيه الشافعيين، وذلك بعدم تحديد المهلة لكن قد ربطوا ذلك بتصرف المشتري فالكوت علامة الرضا بما في المبيع من عيوب⁵.

أما التشريع المصري فقد سلك نفس الاتجاه الذي صار عليه التشريع الجزائري حيث يتبين من نص المادة 449 فقرة 1 من القانون المدني المصري أنه لم يحدد المدة التي يتم فيها الإخطار وإنما تركها لما

¹ الدكتور أسعد دياب، المرجع السابق، ص 118.

² الموضوع والمرجع السابقين.

³ الدكتور حسن فرج، المرجع السابق، ص 458.

⁴ اذ تنص المادة المذكورة على انه " اذا تسلم المشتري المبيع وجب عليه التحقق من حالته عندما يتمكن من ذلك حسب القواعد التعامل الجارية، فاذا كشف عيبا يضمنه البائع وجب عليه أن يخبر هذا الأخير في أجل مقبول عادة، فان لم يفعل اعتبر راضيا بالمبيع."

⁵ ابن قدامة المغني جزء الرابع، ص 160، قد أشار اليه خواص جويده، الضمان القانوني للعيب الخفي وتختلف الصفة في عقد البيع بحث للحصول على درجة الماجستير، مقدم لمعهد الحقوق والعلوم الادارية، جامعة الجزائر، سنة 1986 ص

تجري عليه العادة التجارية¹ وكذا حاله حال التشريع الجزائري والذي ترك ذلك التقدير لقاضي الموضوع الذي يهتدي في ذلك بظروف العقد وطبيعة المبيع²، أما إذا نظرنا بمنظور التشريع اللبناني فنجد أنه يأخذ بأحكام مماثلة مع اختلافات يسرة ومنها تحديد مدة الإخطار حيث نصت المادة 446 من قانون الموجبات والعقود على أن مدة الإخطار اقدر بسبعة أيام التي تلي الاستلام وعند فوات هذه المدة بدون أن يقوم المشتري بالإخطار عد راضيا بحالة المبيع في حالة ما إذا كان به عيب³

وقد سايره في ذلك التشريع المغربي من خلال الفصل 553 من تقنين الالتزامات والعقود بإلزام المشتري في حالة وجود عيب بإخطار البائع خلال مدة سبعة أيام الموالية للتسليم⁴

لكن عند الرجوع إلى التشريع الفرنسي في هذا الصدد فنجد من خلال نص مادته 1648 من القانون المدني لم يحدد مدة الإخطار، وإنما اكتفى بالترام المشتري بوجوب رفع دعوى خلال مدة قصيرة وذلك وفقا لطبيعة العيب وعرف الجهة التي أبرم فيها البيع وقد تم تبرير ذلك برغبة المشرع في تسهيل إثبات العيب ووقت وجوده، كما ترك تحديد هذه المدة الى سلطة القاضي التقديرية والتي كان للفقهاء رأي خاص بشأنها، حيث ذهبوا الى أن المدة المعقولة للإخطار والتي تطبق السلة التقديرية بشأ نها تعتبر من مسائل القانون

¹ تنص المادة 449 فقرة 1 من التقنين المدني المصري على مايلي " إذا تسلم المشتري الشيء المبيع وجب عليه التحقق من حالته بمجرد أن يتمكن من ذلك وفقا للمألوف في التعامل، فإذا كشف عيبا يضمنه البائع.. وجب عليه أن يخطره به خلال مدة معقولة فإن لم يفعل اعتبر قابلا للمبيع "

وما كان موافقا من القوانين لنص الجزائري والمصري من تحديد لمدة الإخطار القانون السوري من خلال مادته 418 والقانون العراقي من خلال مادته 560 تم الإشارة إلى ذلك الدكتور أسعد دياب، المرجع السابق، ص 115.

² الدكتور على حسن بخيرة، المرجع السابق، ص 54.

³ إذ تنص المادة 446 من قانون الموجبات والعقود على أنه " إذا كان المبيع من منقولات غير الحيوانات وجب على المشتري أن ينظر في حالة المبيع على إثر استلامه وأن يخبر البائع بلا إبطاء في خلال السبعة أيام التي تلي الاستلام عن كل عيب يجب على البائع ضمانه وإلا فالمبيع يعد مقبولا ما لم تكن تلك العيوب مما لا يعرف بفحص عادي أو تكن هناك موانع لا علاقة لها بمشيئة المشتري، حالت دون النظر في حالة المبيع، وفي مثل هذا الموقف يجب إبلاغ عيوب المبيع إلى البائع على أثر اكتشافها وإلا عد المبيع مقبولا، غير أنه لا يحق للبائع السيئ النية أن يتذرع بهذا الحكم الأخير "

⁴ تنص المادة 553 من تقنين الالتزامات والعقود على أنه " إذا ورد البيع على الأشياء المنقولة، عدا الحيوانات، وجب على المشتري أن يفحص الشيء المبيع فور تسلمه، وأن يخطر البائع حالا بكل عيب يلزمه ضمانه خلال السبعة أيام التالية، وإذا لم يجر ما سبق اعتبر الشيء مقبولا ما لم تكن العيوب مما لا يمكن التعرف عليه بالفحص العادي، أو كان المشتري قد منع لسبب خارج عن إرادته من فحص الشيء المبيع، وفي هذه الحالة يجب إخطار البائع بعيوب الشيء فور اكتشافه، فان لم يحصل الإخطار اعتبر الشيء مقبولا، ولا يسوغ للبائع سيء النية أن يتمسك بهذا التحفظ الأخير "

وعلى المحاكم الأعلى درجة في القضاء أن تفرض رقابتها على ذلك لأن هذه المدة لا تخضع لرقابة السلطات العليا وكانت حجتهم في ذلك صدور أحكام متضاربة¹.

لكن ما المعنى الحقيقي للمدة المعقولة، وعلى أي أساس يتم احتسابها؟

المدة المعقولة التي تخص حالة الإخطار بالنسبة للفحص العادي نعني بها المعاملات، فلا يطول عن الطبيعي ولا يقتصر الى الحد الذي لا يسمح فيه للمشتري بفحص المبيع².

فإذا تمثل الشيء المبيع في سيارة، فيتحقق الفحص العادي لها بتجربتها، وكذا السير بها وهتين العمليتين تعتبران فحصا عاديا لسيارة وفي هذه الأثناء إذا وجد بها عيب يجب مباشرة إخطار البائع بهذا، ويتم احتساب هذه المدة إعتبارا من الوقت الذي يتمكن فيه المشتري من تجربة السيارة، فإذا وجدت على سبيل المثال ظروف منعت المشتري من تجربة السيارة كسفر أو مرض يتم احتساب المدة بعد زوال الظروف.

وبهذا يمكن القول أن مدة الإخطار تتوقف على طبيعة العيب، بحيث يحتاج الكشف عنه مدة متباينة، فالمركبة يمكن أن تحتاج للكشف عن العيوب التي توجد بها إلى تجربة السيارة والسير بها مدة متفاوتة الطول.

ففي حالة فحص السيارة فحصا عاديا يمكن أن يعتبر انبعاث دخان غير عادي من المركبة أو تعرض المحرك لحرارة زائدة على أنها عيوب تتطلب من المشتري إخطار البائع بها.

أما في حالة تعهد البائع للمشتري بوجود صفات معينة بالشيء المبيع، ثم بعد انتقال المبيع للمشتري يظهر أن الصفات الموعود بها غير موجودة أو غير كاملة، فهنا يلتزم المشتري بغرض ضمان حقه بالرجوع على البائع أن يخطر البائع بذلك ويكون في مدة اعتبار من الوقت الذي يتمكن فيه من تجربة الشيء المبيع³ وتخضع هذه المدة المعقولة كما سبق القول الى السلطة التقديرية لقاضي الموضوع فيتم التقدير بالنظر الى الظروف التي لحقت للمشتري وإجراء الفحص، حيث ذهب الدكتور حسن بخيره في ذلك

¹Starck note sur cass 19 mai 1958 sem jur 1958-2-10808
Cass ,civ, 10 févrrier 1968 D 1968-282.

قد أشار الى ذلك الدكتور علي حسن بخيره، المرجع السابق، تهميش رقم 1، ص 54.

²الدكتور عمروأحمد عبد المنعم دبش، المرجع السابق، ص 145.

³الدكتور أحمد شوقي محمد عبد الرحمن، المرجع السابق، ص 98-99.

بإمكانية القول بأن المدة المعقولة التي يجب فحص المبيع خلالها، لا تبدأ إلا من الوقت الذي يزول فيه العيب الذي كان مانعا للمشتري من إجراء الفحص بشكل كامل¹.

وتجدر الملاحظة أن بعض المبيعات تحتاج إلى فحصها العادي إلى مدة أطول من المدة التي حددتها بعض التشريعات بسبعة أيام أو غيرها وإذا تمثل محل المبيع في بذور للقمح فهنا لا يمكن اكتشاف عيب من عيوبها وبالفحص العادي إلا إذا تم زراعتها وانتظار خروجها من الأرض، أو بوضع البعض منها في ماء دافئ والانتظار إلى حين الإنبات وفي كلتا الحالتين تأخذ وقت للتأكد من صحتها فإذا مرت هذه المدة والتي تدخل في صميم المدة المعقولة وتمت عملية الإنبات بنجاح فتكون هذه البذور صالحة للزرع، وإن حدث العكس فهنا يمكن تكييفها على أساس تخلف صفة من الصفات الأساسية ألا وهي الإنبات والتي لم يتم الكشف عنها إلا بعد مدة معينة².

في هذه الحالة إذا تم تطبيق التشريعات التي حددت مدة الإخطار بأيام معدودة فيحرم المشتري من الضمان أما إذا تم تطبيق التشريعات التي حددت مدة الإخطار بأيام معدودة فيحرم المشتري من الضمان، أما إذا تم تطبيق التشريعات التي حددت المدة لكن بطريقة معقولة، فيمكن هنا لهذت المشتري أن يقوم بإخطار البائع لأن المدة المعقولة تكون تبعا لطبيعة المبيع، وبالتالي لا يحرم من حقه في الرجوع بالضمان على البائع على أساس وجود عيب.

إذ نجد من خلال ما ذكر أن المشرع الجزائري ومن ماثله من التشريعات قد وفقوا في الموازنة بين مصالح المشتري الحسن النية والبائع حسن النية بمعقولة مدة الإخطار في الفحص العادي، كما أشار الدكتور علي حسن بخيره إلى أن التشريع المصري ومن سايره لم يبين مصير المشتري من الإخطار في حالة الفحص المعتاد إذا طرأ عليه سبب خارج إرادته، أما التشريع المغربي فقد جعل المشتري في هذه الحالة في حل من مراعاة مهلة السبعة أيام التي أعطاه له لفحص المبيع والإخطار بالعيب إن وجد³.

لكن في نظرنا أن هذا ليس بمعيار للقول بأن التشريع المصري لم يلتفت إلى حالة المشتري الذي حال بينه وبين إجراء الفحص العادي بسبب خارج عن إرادته لأن لم يحدد المدة التي حددها المشرع المغربي بسبعة أيام وبهذا يكون جامعا لكل الحالات من خلال القول " إذا تسلم المشتري المبيع وجب عليه التحقق

¹ الدكتور علي حسن بخيره، المرجع السابق، ص 56.

² الدكتور آث مليويا، المرجع السابق، ص 465.

³ ويظهر ذلك من خلال نص المادة 553 في فقرتها الثانية ".....أوكان المشتري قد منع لسبب خارج عن إرادته من فحص الشيء المبيع، وفي هذه الحالة يجب إخطار البائع بعيوب الشيء المبيع فور اكتشافه....."

من حالته عندما يتمكن من ذلك حسب القواعد الجارية...." فيفهم من كلمة عندما يتمكن من ذلك أنه أدرج الأسباب الخارجية عن إرادة المشتري والتي أحيل بينه وبين الفحص العادي، وعلى هذا الأساس لا يمكن القول بإهمال التشريع المصري وحتى الجزائي الذي يطابقه لذلك وإنما تم إدراجه بطريقة مختلفة أو غير مباشرة عكس التشريع المغربي الذي كان صريحا في ذلك.

وكان رأينا من رأي الدكتور علي حسن بخيرة الذي أعاد النظر في تلك الحالة لكنه استند في ذلك على الإقرار أن المدة التي تكون في حالة الفحص العادي هي مدة معقولة، وكذا ترك تقدير الظروف التي حالت بين المشتري وإجراء الفحص للسلطة التقديرية لقاضي الموضوع¹.

هذا بالنسبة للحالة العادية التي يتم فيها إكتشاف العيب من طرف المشتري بيسر وسهولة بمعنى مما يسهل على الشخص العادي اكتشافه ولا يحتاج منه اللجوء إلى جهات فنية متخصصة أو أشخاص لها دراية عالية بالشيء المبيع وطرق اكتشافه العيوب الخفية التي اظهر فيه².

لكن السؤال المطروح في حالة ما إذا كان الشيء المبيع يحتاج إلى من لهم قدرة فنية متخصصة وإن صح القول إلى فحص غير عادي، فهل يتم القياس هنا على حالة الإخطار التي تتم في حالة وجود العيب المكتشف عن طريق الفحص العادي أم هناك اختلاف؟

هناك بعض العيوب لا يمكن اكتشافها بالفحص العادي حيث يتطلب الكشف عنها بخبرة ومهارة فنية دقيقة وخاصة، أو لا تظهر إلا إذا أحاطت بها ظروف خاصة كالمناخ مثلا: من حرارة شديدة أو رياح قوية أو رطوبة لهذا نجد أنه من الاستحالة إخطار البائع بالعيب عن وجوده فور استلام الشيء المبيع³.

ونلاحظ من خلال النص القانوني الجزائري 380 في فقرته الثانية لم يذكر المدة المعقولة التي تم ذكرها في حالة الإخطار بالعيب والذي تم اكتشافه عن طريق الفحص العادي⁴ لأن هذه الحالة تخالف الحالة السابقة بحيث لا يتمكن المشتري من كشف العيب بناء على المظاهر الخارجية الناجمة عن استعماله العادي للشيء المبيع ويرجع ذلك لعدم توفره على إمكانيات فنية لازمة لكشف العيب فلا نطاق لإلزام المشتري

¹ الدكتور علي حسن بخيره، المرجع السابق، ص 56.

² الدكتور عمرو أحمد عبد المنعم دبش، المرجع السابق، ص 145.

³ الدكتور بلعابد سامي، ضمان المحترف لعيوب منجاته في القانون المدني والقواعد العامة لحماية المستهلك في الجزائر مذكرة لنيل شهادة الماجستير في قانون الأعمال، جامعة منشوري بقسنطينة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2005، ص 85

⁴ إذ تنص على أنه "غير أنه إذا كان العيب مما لا يظهر بطريق الاستعمال العادي، وجب على المشتري بمجرد ظهور العيب أن يخبر البائع بذلك وإلا اعتبر راضيا بالمبيع بما فيه من عيوب"

بإخطار البائع بالعيب، إلا إذا إستعان بمتخصص فني للكشف عنه¹ وفي هذه الحالة يلزم المشتري بضرورة إخطار البائع فوراً بوجود هذه العيب²، وبالتالي فهو لا يحتاج الى فترة زمنية ليتأكد من العيب بالاستعمال بعد أن تم التأكد من وجود عيب تم الكشف عنه عن طريق متخصص فني في المجال³.

وفي نفس السياق نجد القانون المصري من خلال نص المادة 449 في فقرتها الثانية⁴، هذا بالإضافة إلى أن معظم القوانين قد سارت في نفس الاتجاه بالنسبة للإخطار الذي ينجز عن عيب لا يتم إكتشافه إلا بالفحص الغير المعتاد منها التشريع التونسي من خلال الفصل 652 من مجلة الالتزامات والعقود والذي أقر في معناه أن العيوب التي من شأنها تخفى عند التقليل على من لم يتأمل يتأمل أو إذا حصل للمشتري مانع عاقه عن التقليل على من لم يتأمل أو يجب إعلام البائع بمجرد إطلاع المشتري على العيب⁵ وكما هو الحال في القانون اللبناني⁶ والقانون الفرنسي والمغربي.

إذا فيما يمكن ملاحظته من خلال ذلك أن كل القوانين اتفقت على عدم تحديد المدة كما في الحالة الأولى بل ترك ذلك للوقت الذي يتم فيه اكتشاف العيب فالأصل عدم إلزامية المشتري بالاستعانة بأهل الخبرة المتخصصون فنيا للكشف عن العيب⁷.

¹ وقد ذهب بعض الفقه في ذلك الى عدم اشتراط أن يكون الخبير الذي يعهد له بالفحص خبيراً ممتازاً وإنما يمكن أن يأخذ في ذلك الخبير العادي، أشار الى ذلك الدكتور لبيب شنب، المرجع السابق، ص 226.
كما ذهب القضاء الفرنسي في ذلك باعتباره المشتري خبيراً اذا كان مهنيًا.

Cass -18 out 1970 sem ,gur 1970 -04-138

قد أشار إلى ذلك الدكتور علي حسن بخيره، المرجع السابق، ص 56، تهيمش رقم 1.

² الدكتور عمرو أحمد عبد المنعم دبش، المرجع السابق، ص 146.

³ الدكتور عبد الرزاق السنهوري، الوسيط فس شرح القانون المدني الجزائري، البيع والمقايضة، المرجع السابق، ص 736.

⁴ والتي تقر بأن " أما إذا كان العيب مما لا يمكن الكشف عنه بالفحص المعتاد ثم كشفه المشتري وجب عليه أن يخطر به البائع بمجرد ظهوره، وإلا اعتبر قابلاً للمبيع بما فيه من عيب "

⁵ الدكتور خليفة خروبي، المرجع السابق، ص 218.

⁶ إذ تنص المادة 446 موجبات وعقود لبناني بأنه: إذا كان المبيع من منقولات غير الحيوانات، وجب على المشتري أن ينظر في حالة المبيع على أثر استلامه وأن يخبر البائع بلا إبطاء في خلال السبعة الأيام التي تلي الاستلام عن كل عيب يجب على البائع ضمانه.

وإلا فالمبيع يعد مقبولاً ما لم تكن العيوب مما لا يعرف بفحص عادي، أو تكون هناك موانع لا علاقة لها بمشينة المشتري حالت دون النظر في حالة المبيع، وفي مثل هذا الموقف يجب إبلاغ عيوب المبيع إلى البائع على إثر اكتشافها وإلا عد المبيع مقبولاً، غير أنه يحق للبائع سيء النية أن يتدرع بالحكم الأخير "

⁷ وهوما نصت عليه المادة 2/ 447 مدني مصري وما تم التطرق إليه في المعيار المعتمد عليه للقول بخفاء العيب والذي يعتبر شرط من شروط قيام الضمان.

وعلى هذا الأساس يبقى خفاء العيب أمرا مفترضا طالما يعتمد المشتري على الخبرات التي تساعد على الكشف عنه فالسيارة التي يتم شراءها وبها عيب خفي لا يستطيع المشتري بمجرد استعماله لها أن يكتشف العيب

وإنما يجب الاستعانة بخبير في هذا مجال السيارات¹ وفي حالة عدم قيام المشتري بإخطار البائع سواء خلال مدة معقولة والتي تطبق في حالة إذا كان الفحص عادي أو بعد اكتشاف للعيب مباشرة في حالة الفحص غير عادي يحرم من الرجوع بالضمان وذلك لاعتباره راضيا بالعيب الملازم للشيء المبوع وكذا لاعتبار الاعلام بالعيب شرطا جوهريا للقيام بدعوى ضمان العيوب الخفية فاذا لم يتم بالاحاطار سواء كان السبب وراء موقفه عدم اكتشاف العيب رغم فحصه وإمكانية الكشف عنه، فإهمال الوقت للكشف على البضاعة أمر غير مألوف في التعامل خاصة في الأمور التجارية، والمعيان المعتمد هنا معيار موضوعي يقاس به حسن التصرف، وإذا وجد هذا التراخي فيتحمل المشتري إذا كان تاجرا مخاطر سوء التصرف².

كما يمكن أن يكتشف العيب ولكنه لم يخطر البائع في مدة معقولة، أو محددة أو بعد الكشف عنه أو لأنه لم يتم بعملية الفحص وتجاوز المدة المحددة لذلك³ وبهذا يمكن القول إن الإخطار لم في وقت لاحق أي غير ملائم وإعتبر المبوع هنا غير معيب وسقط حقه في الرجوع على البائع بالضمان⁴.

بحكم أن الإخطار تصرف قانوني إنفرادي يصدر من المشتري، يقوم فيه بالمطالبة بحقه في ضمان العيب الخفي الذي تم كشفه سواء باستعماله العادي أو بواسطة متخصص فني وذلك بالتمسك بالتعبير عن ارادته .

فالإخطار يدخل ضمن التعابير القانونية الواجبة الاتصال أو التسليم ولا يكون أي أثر مالم يكن لها إتصال بعلم البائع، ومن خلال النصوص القانونية التي تقر بالإخطار يفهم أن المشرع قد أخضع هذا التصرف الى مبدأ الرضائية ويعني أنه لم يحدد شكلا معيناً للإخطار ظ، كما يرسل الى البائع شخصيا أو الى من يمثله قانونيا.

¹ الدكتور أحمد شوقي محمد عبد المنعم، المرجع السابق، ص 100.

² الدكتور أسعد دياب، المرجع السابق، ص 123.

³ الدكتور علي حسن بخيره، المرجع السابق، ص 55.

⁴ الدكتور خليفة خروبي، المرجع السابق، ص 218

وعلى هذا الأساس يمكن أن يقوم الإخطار بثتى الوسائل ومناسبة ذلك أنه يعني التشريع تقييد المشتري بشكل معين فلو أراد ذلك لحدده، كما فعل بشأن الإنذار.

فنظرا للسرعة التي تتطلبها المعاملات التجارية فقد يتم الإخطار بثتى الوسائل منها الاستعانة بمحضر خطاب مسجل أو عادي أو في برقية أو بموجب سند رسمي، أو عبر محادثة هاتفية أو عبر البريد الإلكتروني.

لكن تجدر الإشارة إلى أن الإخطار الشفهي مقبول لكن ينجر عنه صعوبة الإثبات وذلك لإعتبار أن الإخطار بداية فتح باب النزاع، لهذا نجد أن معظم المشتريين يلجئون إلى الإخطار الواضح مبتعدين عن الإبهام، ويتحقق ذلك باستعمال عبارات واضحة لا تترك مجالاً للالتباس بوصف العيب المشكومنه وصفا دقيقا وتحديد نوع الصفة ووسيلة الإثبات وذلك لأن الإخطار وحده غير كاف للحصول على مزايا الضمان وإنما يجب أن يقترن بإثبات العيب.

والحرص على وضوح الإخطار يقصد به أن يستعمل في هذا الإجراء الأخير كلمات غير مبهمة تتيح للبائع قراءتها وللمشتري وصف العيب الذي يشكومنه، بالإضافة الى ذلك لتفادي سوء نية المشتري كي يتيسر بعيوب غير محددة ودقيقة، وبالتالي يتخلص من الصفة التي لم تعد مفيدة له، وفي نفس الوقت يتأكد البائع من صحة البائع مضمون الإخطار¹.

لكن لا يكفي قيام الضمان بوجود العيب والإخطار به فقط وإنما يجب إثبات هذا العيب فالمشتري هنا هو الذي يعنى بالإثبات وذلك عملا بمبدأ أن البيئة على من إدعى، فالمشتري هو من يدعى الإخطار ووصله إلى علم البائع وبالتالي فهو من يقع عليه مسؤولية إثبات ذلك لأنه بإمكان البائع دحض ذلك بالقول بعدم العلم بوجود العيب وذلك لأن المشتري لم يقم بما تمليه عليه القواعد من إخطار البائع².

¹ الدكتور أسعد دياب، المرجع السابق، ص 125. / الدكتور على حسن بخيره، المرجع السابق، 133/ الدكتور أحمد عبد المنعم ديش، المرجع السابق، ص 144.

² فقد جاءت المادة 91 من القانون المصري بقريئة قانونية مفادها أن وصول التعبير عن الإرادة إلى من يوجه إليه يقوم بدأته على علم هذا الشخص به، ما لم يثبت عكس ذلك، أشار الى ذلك الدكتور محمود عبد الحكم رمضان الخن، التزام البائع بضمان العيوب الخفية في المبيع، رسالة دكتوراه جامعة المنصورة، 1994. ص 101.

إذا فالإخطار يجب أن يتضمن نوع العيب الذي تم اكتشافه بالفحص العادي أو عن طريق متخصص فني، ليتم تحديد إذا تم في مدة معقولة أو دون إبطاء، وهذا ما قصده التشريع إذا لم يتطلب أكثر من إخطار البائع باكتشاف العيب حسب الظروف أي في مدة محددة أو معقولة أو بدون تماطل.

كما تجدر الإشارة هنا أنه من خلال المواد القانونية الخاصة بالإخطار أنه كلما كشف المشتري عيبا لم يسبق له الإخطار يجب عليه تحديده وبهذا تتم مسؤولية المشتري في حدود العيب فلا يكفي إذن الإخطار بالعيب دون تعيين العيوب التي يستند إليها في رجوعه.

ولأن الإخطار يعتبر واقعة مادية وكذا لحصوله في أغلب الأحيان بين تاجرين، فالإثبات فيه يكون بكافة طرق، حيث حرية الإثبات جائزة، فالتعبير عن الإرادة يكون باللفظ أو بالكتابة أو بالإشارة المتداولة¹.

لكن تجدر الإشارة هنا إلى أنه حقيقتا لم يفرض المشرع طريقة معينة للإخطار إلا أن إذا تم بالكتابة فسيضمن المشتري حقه في مواجهة البائع وإلزامه بالضمان وأفضل طريقة لذلك رسالة مضمنة مع الإشعار بالوصول أو بواسطة المحضر القضائي، أما إذا كان شفويا فان إثبات وصول الإخطار للبائع يكون عسيرا².

كما أن البعض يرى أن وجوب إثبات الإخطار بالكتابة لازم إذا كانت قيمة عقد البيع الذي تعلق به هذا الإخطار تتجاوز النصاب الحائز لإثباته بشهادة الشهود، كما نجد أن بعض الفقهاء ذهبوا إلى تفسير إخطار البائع بالعيب الموجود بالمبيع يكون بمجرد وصول الإخطار إلى موطن البائع ليقام الدليل عليه³.

وطالما أن الإخطار يعتبر مقدمة نزاع قضائي فقد جرت العادة على أن يتم كتابته حتى يكون له أثر، فيسهل إثباته، لكن هذا ليس إلزام وإنما باستطاعته إثبات ذلك بجميع وسائل الإثبات طبقا للقواعد العامة⁴.

¹ والتي تنص عليه المادة 90 من الفقرة الأولى من التقنين المدني المصري على أن "التعبير عن الإرادة يكون باللفظ وبالكتابة وبالإشارة المتداولة عزا"

² الدكتور آث ملويا، المرجع السابق، ص 466.

³ إلا أن هذا المسلك كان من منظور بعض الفقهاء الآخرين ضيق إلى حد دحضه بإثبات البائع أنه كان مسافرا خارج البلاد أوتم الانتقال إلى موطن آخر - الدكتور عمرو أحمد عبد المنعم دبش، المرجع السابق، ص 143.

⁴ الدكتور آث ملويا، المرجع السابق، ص 466 / الدكتور عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 737. / الدكتور أحمد شوقي محمد عبد الرحمن، المرجع السابق، ص 101-102.

بالإضافة إلى ذلك تجدر الملاحظة إلى أن هذا الإخطار ينطبق على مختلف البيوع سواء بالنسبة للمنقولات أو غيرها بالنسبة للعيوب التي تظهر بالفحص العادي، وذلك تطبيقاً للنصوص القانونية التي لم تحدد مهلة الإخطار في ذلك، وإنما تركت ذلك للمدة المعقولة يعني تبعاً لطبيعة الشيء المباع.

أما بالنسبة للتشريعات التي حددت مدة خلال الفحص العادي فقد استثنى من ذلك الحيوانات، فالمشتري في ذلك غير خاضع للتقييد بتلك المهلة ونفس الشيء بالنسبة لغير المنقول، وذلك نسبة لإمكانية تأخر ظهور العيب لمدة تفوق المدة المحددة، أما ما كان مشتركاً مع العيوب التي يجب ضمانها السابقة الذكر فيكون الإخطار فيها كما سبق الإشارة¹.

كما أن المشرع منح للمشتري قابلية بيع البضاعة على حساب البائع، وذلك شريطة أن تكون تلك البضاعة من النوع المعرض للتلف، وأن يتقدم المشتري بطلب إلى المحكمة المختصة للترخيص له بهذا البيع².

أما إذا اقتضى الأمر رد البضاعة للبائع فإن للمشتري أن يردهامع إمكانية الرجوع عليه بالمصروفات³.

فالمفترض في العقود حسن نية البائع، لكن يمكن أن يكون البائع سيء النية وتتمثل هنا في تعمد تضليل المشتري بمعنى أن البائع يعلم بالعيب الخفي الموجود في المبيع والذي من شأنه أن ينقص من قيمته أو منفعته التي يسعى إليها المشتري أو كان المقصود من وراء ذلك إلحاق الضرر بالمشتري.

وعلى هذا الأساس فإن الإبلاغ والإخطار عن العيب الذي الذي بالمبيع من طرف المشتري والذي يعتبر رضاً وقبولاً بالعيب وبالتالي حرمانه من حقه في الرجوع بالضمان على البائع لا يكون له تأثير في هذه الحالة أي لا يحرم من الرجوع على البائع بالضمان.

كما يحرم البائع من أن يحتج بأنه لم يُخَطَّرْ بالعيب في الوقت المحدد أو المقبول أو الذي يلحق الاكتشاف إضافة إلى أن المشتري يعفى من القيود الواردة على سقوط دعوى الضمان وبهذا يدخل ضمن المدة المحددة للتقادم العادي وهذا ما يتم التفصيل فيه لاحقاً⁴.

¹ الدكتور حسن فرج، المرجع السابق، المرجع السابق، ص 444.

² الدكتور عبد الله أحمد، المرجع السابق، ص 351.

³ الدكتورة نزيه كباره، المرجع السابق، ص 112.

⁴ وهو ما نصت عليه المادة 2/452 من القانون المدني المصري على أنه " لا يجوز للبائع أن يتمسك بالسنة (وهي مدة تقادم دعوى الضمان) لتمام التقادم إذا ثبت أنه تعمد إخفاء العيب غشاً منه بحيث لا يكفي مجرد علمه بالعيب"

الفرع الثالث: رفع دعوى الضمان

بعد أن يقوم المشتري بالفحص الجيد للشيء المبيع واكتشاف العيب يخطر البائع بما تم اكتشافه من عيوب خفية ضمن الميعاد المحدد لذلك كما سبق التوضيح أعلاه ولكن هذا لا يعد إجراءً كافياً لقيام حق المشتري في الضمان وإنما يجب عليه إضافة إلى ذلك احترام المدة المحددة لرفع دعواه حسب ما جاء في النصوص القانونية في مختلف التشريعات والواقع أن الغرض من تحديد مدة زمنية معينة لرفع الدعوى عدم تمديد هذا الحق إلى ما لا نهاية ولأن العمل بذلك يؤدي حتماً إلى التعسف في استعمال ذلك الحق.

وعند الرجوع إلى التشريع الفرنسي نجد أنه لم يحدد وقت محدد لرفع دعوى الضمان و، لكنه بالمقابل أكد على ضرورة رفع الدعوى في وقت قصير وهو ما جاء في نص المادة 1648 من القانون المدني الفرنسي¹ ويتم تحديد هذه المدة بالرجوع إلى طبيعة العيب وكذا العرف المتبع في الجهة التي تم فيها البيع أما في حالة تعذر ذلك فيجب على القاضي تحديد تلك المدة اعتماداً على سلطته التقديرية²

ويبدأ سريان هذه المدة القصيرة من وقت اكتشاف العيب وليس من تاريخ البيع، لكن في حالة ما إذا تطلب العيب إجراء معاناة من أصحاب الخبرة سواء كانت هذه الخبرة رسمية أو غير رسمية فيبدأ سريان هذه المدة القصيرة في هذه الحالة بعد هذا الإجراء الأخير³.

كما أن يمكن أن تؤخر هذه المدة القصيرة في حالة إقامة مفاوضات من طرف البائع تجعل المشتري يسعى إلى حل ودي أو عند تماطل البائع في المطالبة بالثمن فور استرجاع المبيع، فيكون للمشتري أن يدفع قضائياً بالعيب عند رفع البائع دعوى المطالبة بالثمن أما الحالة الأخرى التي يمكن أن تكون سبباً في تأخير بدأ سريان المدة القصيرة عند رفع دعوى الرجوع على البائع لأنه متابع من طرف مشتري فرعي فلا يبدأ

الدكتور حسن فرج، المرجع السابق، ص 462.

كما نجد الفصل 652 مجلة الالتزامات والعقود تنص على أنه ".....هذا إذا كان البائع غير مدلس وإلا فلا يعد سكوت المشتري رضاً" وقد استثنى من ذلك بيع الدواب، أشار إلى ذلك الدكتور خليفة الخروبي، المرجع السابق، ص 218 تهميش رقم 1.

¹ L'article 1648 du code civil français: « l'action résultant des vices rédhibitoires doit être intentée par l'acquéreur dans un bref délai suivant la nature des vices rédhibitoires , et l'usage du lieu ou la vente a été faite »

² Laurant: principes de droit oi vil français 3ème od.t.XXIV. P 300-301

³ نقض مدني فرنسي، الغرفة الأولى في 19 مارس 1991.

احتساب هذه المدة إلا من يوم رفع الدعوى الأصلية وهذه الحالات يمكن أن تأخر سريان تلك المدة والتي جاءت على سبيل المثال وليس الحصر والمأخوذة من الاجتهادات القضائية¹.

هذا من جهة ومن جهة أخرى ذهب بعض الفقهاء إلى تحديد هذه المدة القصيرة بعدم تجاوزها تسعة أشهر في أغلب حالاتها وهذا يعني أن لا تمتد المدة القصيرة عن بعض الأشهر، حيث ذهبوا إلى اعتبار أن المدة المحددة للضمان في معظم العقود تكون قصيرة خاصة إذا انصب ذلك على عقد بيع والتي تقوم في حالة كون البائع حسن النية أي غير محترف أوسيء النية حسب التشريع الفرنسي².

كما أن الجدل لم يتوقف عند هذه النقطة وإنما إمتد ليمس وقت سريان تلك المدة القصيرة والتي يتم فيها رفع دعوى الضمان بالعيب الخفي حيث ذهب البعض إلى أن الوقت المحدد لسريان دعوى الضمان هو تاريخ إنشاء العقد، أما البعض الآخر فرأى أن الوقت الذي يتناسب وبدأ سريان تلك المدة المقررة لرفع دعوى الضمان وقت التسليم، في حين ذهب آخرون إلى أن تاريخ كشف العيب هو أقرب إلى المنطق لبدأ سريان مدة رفع دعوى الضمان³.

إذن فالمدة القصيرة التي جاء بها المشرع الفرنسي أصبحت محل للتقدير سواء من جانب القاضي والذي يمكن أن لا يقدر هذه المدة بشكل يتماشى والشيء المبيع خاصة وإن كانت طبيعتها لا تحتمل إطالة المدة أو تقصرها، كما نجد أن هذه المدة غير محددة تحديدا دقيقا محل جدل فقهي كبير.

هذا ما جعل من المشرع الفرنسي يعدل في مادته بموجب الأمر الصادر في 17 فبراير 2005 في مادته الثالثة والتي تقر بأن دعوى ضمان العيب الخفي تتقدم بمرور سنتين من تاريخ الكشف عن العيب بالنسبة لجميع العقود المبرمة بعد صدور الأمر المذكور⁴.

بالإضافة إلى ذلك جعل المشرع الفرنسي في بعض البيوع نصوصا صريحة تحدد مدة رفع الدعوى منها ما تم النص عليه في المادة 64 من قانون العمل الفرنسي والتي تخص بيع الآلات التي تشكل عيوبها

¹ نقض مدني فرنسي، الغرفة الأولى في 16 يوليو 1987

نقض تجاري في 11 مايو 1981 والذي تم فيه إثارة الدفع في ميعاد قصير يبدأ من الطلب الأساسي.

نقض تجاري في 20 مارس 1984

تم الإشارة إليها من قبل الدكتور آث ملويا، المرجع السابق، ص 473.

² الدكتور آث ملويا، المرجع السابق، ص 474.

³ الدكتورة خواص جويده، المرجع السابق، ص 172.

⁴ L'article 1648 Partie I du code civil français « L'action résultant des vices rédhibitoires doit être intentée par l'acquéreur dans un délai de deux ans à compter de la découverte du vice ».

خطرا على العمال نجد أن مدة رفع دعوى الضمان تقدر بسنة واحد، وهي المدة التي نجدها في بيع العقارات بقصد البناء وهوما نصت عليه المادة 1648 فقرة من القانون المدني الفرنسي¹، وكذا نفس المدة بالنسبة للعقود الخاصة ببناء السفن وهوما نصت عليه المادة 8 من القانون 3 يناير 1967.

أما فيما يخص بيع الحيوانات المصابة بأمراض معدية فتم تحديد المدة التي ترفع فيها دعوى الضمان ببعض الأيام وهوما جاءت به المادة 224 - 284 وما بعدها من القانون الريفي الفرنسي².

ومن كان مسائرا لتحديد مدة رفع الدعوى الضمان حسب نوع البيع وكذا نوع العيب الشرعية الإسلامية حيث تم تحديد عهدة السنة أي مدة سنة في حالة كون محل البيع رقيق وذلك إذا شابها أحد العيوب الثلاث وتتمثل هذه العيوب في الخدام أو الجنون أو البرص ، وعهدة الثلاثة أيام لرفع الدعوى للمطالبة بالحق في الضمان في باقي العيوب الأخرى³.

أما القانون الجزائري فقد حدد مدة رفع الدعوى للمطالبة بالضمان سنة واحدة تبدأ من تاريخ تسليم المبيع⁴ وهوما تم النص عليه في المواد القانونية رقم 383 فقرة 1 من القانون المدني الجزائري والمادة 452 فقرة 1 من القانون المدني المصري⁵.

¹ L'article 1648 Partie1 du code civil « Dans le cas prévu par l'article 1642-1, l'action doit être introduite, à peine de forclusion, dans l'année qui suit la date à laquelle le vendeur peut être déchargé des vices ou des défauts de conformité apparents ».

² قد تم الإشارة إلى ذلك من قبل الدكتور آث ملويا، المرجع السابق، ص 474، تهميش، 4-6.

³ ابن رشد الحفيد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، الجزء 4، 94 تم الإشارة إلى ذلك من قبل الدكتور خوص جويده خوص جويده، المرجع السابق، ص 168.

⁴ فقد أصدرت المحكمة العليا قرار بتاريخ 1989/10/11 الذي قضا فيه بنقض القرار المطعون فيه الرامي إلى إلزام الطاعنة (البائعة) بإرجاع مبلغ السيارة المباعة مقابل استلامها، بالرغم من مضي مدة تزيد عن السنة ومن دون أن التزم البائعة بأي ضمان لمدة زمنية أطول، المجلة القضائية، العدد الأول، 1991.

⁵ إذ تنص كل من المادتين على أنه: تسقط بالتقادم دعوى الضمان بعد انقضاء سنة من يوم تسليم المبيع حتى ولولم يكتشف المشتري العيب إلا بعد انقضاء هذا الأجل "

إذ أن التقنين المدني المصري القديم تم انتقاده، حيث أن المادة 324/ 402 من نفس القانون كانت تقر بضرورة القيام برفع دعوى ضمان للعيب في ظرف ثمانية أيام من وقت علم المشتري بوجود العيب الخفي في الشيء المباع له. وإذ تنص المادة " على وجوب رفع دعوى الضمان العيب الخفي في ظرف ثمانية أيام من وقت علم المشتري بهذا العيب، وإلا سقط حق المشتري في الحصول على الضمان " وكان مضمون هذ الانتقاد أن البائع يبقى مهدها طال الزمن فإذا تم اكتشاف العيب بعد ثلاثين سنة كان له الحق في رفع دعوى الضمان وذلك لأن الوقت المحدد لبدأ سريان رفع دعوى الضمان هو علم المشتري بوجود العيب خلال ثمانية أيام وهذا يعود بطبيعة الحال بالضرر على البائع، ومن شأن ذلك العيب أن يكون سببه الرئيسي الاستعمال لمدة طويلة، بالتالي فإن مطالبة المشتري بالضمان بعد ذلك يعد تظاهرا بوجود عيوب خفية كان هو السبب الرئيسي في نشوئها إذن فما يعيب على إطالة مدة الضمان دون حدود صعوبة معرفة وقت نشوء العيب، وفي نفس الوقت تم تحديد المدة لرفع الدعوى تعد مدة قصيرة جدا لسقوط الحق في الضمان وهذا ما استدعى المشرع إلى إطالة مدة رفع دعوى

كما تجدر الملاحظة أن هذه المدة تخص المنقولات وعقارات على حد سواء، فالمدة تبقى على حالها مهما تنوع محل البيع¹.

والتسليم المقصود هنا هو التسليم الذي ينقل الحيازة المادية الى المشتري إذ يمكن لهذا الأخير فحص المبيع والتحقق من سلامته وإكتشاف عيوبه².

كما أن هذا المبدأ العام يحدد مدة رفع دعوى الضمان التي تقدر بسنة من وقت التسليم، غير أن هذا المبدأ يطراً عليه استثناء وهو في حالة الاتفاق بين البائع والمشتري على الزيادة في هذه المدة مما يتيح للمشتري إضافة إلى المدة المحددة قانوناً مدة التمديد المتفق عليها لرفع دعواه الخاصة بالضمان³.

وإضافة لهذا الاستثناء نجد استثناء آخر حيث تمديد فيه مدة رفع دعوى الضمان من سنة إلى خمسة عشرة سنة وذلك في حالة إخفاء البائع العيب الموجود بالمبيع عن غش من المشتري، لكن هذه الحالة لا تقوم إلا في حالة إثبات المشتري إخفاء البائع العيب الموجود بالمبيع إضافة إلى غشه وذلك قصد نقادي استفادة البائع من ذلك الغش⁴.

الضمان سنة كاملة وذلك ما هو ظاهر من المادة 452 من التقنين المدني المصري السابقة الذكر، أشار الى ذلك الدكتور عمروا أحمد عبد المنعم ديش، المرجع السابق، ص 151-152.

¹ لكن رغم ما جاءت به المادة 452 من القانون المدني المصري من إيجابيات بإطالة مدة رفع الدعوى بالضمان، وأن الصياغة التي أتت بها المادة قد تداركت النقص الذي كان في المادة القديمة والملغاة وإستبدلت وقت إكتشاف العيب بوقت إستلام المبيع كتحديد للوقت الذي يبدأ فيه سريان رفع دعوى الضمان بالعيب الموجود بالمبيع والذي من شأنه أن يحقق التوازن بين مصلحة البائع الذي لا يبقى مهتدا بالضمان مدة طويلة ومصلحة المشتري الذي يجد أمامه الوقت الكافي لفحص المبيع والكشف عن عيوبه التي قد لا يتمكن من الكشف عنها في إطار القانون القديم، فإنها لم تسلم من النقائص حيث ذهب الدكتور عمروا ديش الى أن المادة الأخيرة جاءت مقيدة لمصلحة البائع ومضرة بمصلحة المشتري والعلة في ذلك أن ظهور العيب الخفي في آخر يوم من أيام السنة والتي تم تحديد بدايتها من وقت التسليم قد يحرم المشتري من الضمان لأن اليوم الموالي لا يجوز فيه سماع أرفع هذه الدعوى الأخيرة لأنه اليوم الذي تسقط فيه دعوى الضمان بالتقادم، وبالتالي لا يبقى أمام المشتري إلا استجداء البائع للالتزام بالضمان، وهذا الطلب يقف على رفض البائع أوقبوله لأن التقادم بالدعوى يعد في مصلحة هذا الأخير

هذا بالإضافة إلى أنه ذهب إلى أن تلك المادة تخص الدعاوى التي ترفع الكترولونيا والتي لا تستغرق ثواني ولا تخص الدعاوى التي ترفع بشكل مباشر والتي تستغرق وقتاً وإجراءات طويلة الدكتور عمروا ديش، المرجع السابق، ص 152.

² الدكتوروا خواص جويده، المرجع السابق، ص 172.

³ تنص المادة 383 فقرة 1 من القانون المدني الجزائري والمقابلة لنص المادة 452 فقرة 2 من القانون المدني المصري على أنه "..... ما لم يلتزم البائع بالضمان لمدة أطول"

⁴ وهو ما نصت عليه المادة 383 فقرة 2 والمقابلة لنص المادة 452 فقرة 2 من القانون المدني المصري حيث " غير أنه لا يجوز أن يتمسك بسنة التقادم، متى تبين أنه أخفى العيب غشا منه "

فقد قضت محكمة النقض المصرية بأنه " لا يجوز للبائع طبق للفقرة الثانية من المادة 452 من القانون المدني أن يتمسك بهذه السنة لتمام التقادم إذا ثبت أنه تعمد إخفاء العيب غشا منه، وإذا كان المشرع قد الحق حالة تخلف الصفة بالعيب الخفي وأجرى عليها أحكامه فيما يختص بقواعد الضمان بأن جعل للمشتري الرجوع على البائع في هذه الحالة بدعوى ضمان العيوب الخفية، تحقيقا لإستقرار المعاملات، فإن الحكم المطعون فيه إذا قام قضاؤه برفض الدفع بسقوط الدعوى على أساس تعهد البائع إخفاء هذا العيب غشا منه، فإنه لا يكون قد خالف القانون أو أخطأ في تطبيقه ذلك أن مدة التقادم في هذه الحالة خمس عشرة سنة أخذًا بالأصل العام المعمول به بشأن مدة التقادم"¹.

البائع إذا غش المشتري فسيكون حتما الهدف من وراء ذلك إلحاق الضرر بهذا الأخير فالغش كفيل بتغيير مدة رفع دعوى الضمان من سنة إلى خمسة عشرة سنة، كما تجدر الملاحظة إلى أن الغش ليس القصد منه سوء النية بل الخداع، ذلك لأن سوء النية يمكن أن يفترض في البائع كما هو حاصل في بعض القوانين منها القانون الفرنسي إذا كان محترفا، حيث تتمثل سوء النية في هذه الحالة في علم البائع بالعيب لأن المفروض علم البائع المحترف بما يوجد من عيوب بمبيعه².

فههدف البائع في هذه الحالة إتمام العقد أو الصفقة وليس الاضرار بالمشتري كما هو حاصل في حالة ثبوت إخفاء العيب قصد الغش، كما نجد أن هذه الحالة الأخيرة تعد مانعا وحاجزا لتمسك البائع بمدة سنة ليتخلص من الضمان إذ يعد هذا سببا لعدم تفرقة المشرع الجزائري وكذا نظيره المصري بين البائع العالم بالعيب والجاهل به، وإنما أولى اهتماما بغش البائع من عدمه³.

في حين ذهب التشريع اللبناني والمغربي إلى تحديد مدة رفع دعوى الضمان حسب طبيعة الشيء المباع وهو ما جاءت به المادة 463 من قانون الموجبات والعقود، والمقابلة للمادة 573 من الالتزامات والعقود المغربي بإلزام المشتري برفع دعوى الضمان في ظرف 365 يوما من وقت التسليم وذلك في حالة ما إذا كان محل البيع عقارا، وثلاثين يوما من تاريخ التسليم في حالة ما إذا كان محل البيع حيوانا أو منقولاً⁴.

¹ نقض مدني مصري 23 افريل 1970 مجموعة المكتب الفني س 21 ص 297.

² الدكتورة خواص جويده، المرجع السابق، ص 173.

³ الدكتور حسن فرج، المرجع السابق، ص 505.

⁴ اذ تقر المادة 573 من الالتزامات والعقود المغربي والمقابلة لنص المقابلة لنص المادة 463 من قانون الموجبات والعقود اللبناني على ما يلي: " الدعوى الناشئة عن وجود عيب موجب لرد المبيع، أوخلوه من الصفات الموعود بها، يجب أن تقام على الوجه التالي وإلا سقط الحق في إقامتها:

إن فمهما اختلفت التشريعات والآراء الفقهية والقضائية فإن هدفها واحد وهو تقصير مدة الادعاء وعدم ترك هذا المجال مفتوحا، فبمجرد النظر في الأغراض الحقيقية لمعظم هذه التشريعات من تحديد مدة الادعاء إلا ووجدنا أن أغلبها تسعى إلى تحقيق الاستقرار في التعامل في عقود البيع وخلق جوارثقة الذي يحتاجه إبرام العقود بمختلف أنواعها وكذا الحد من إمتداد إلتزام البائع بالضمان إلى ما لا نهاية إذ أن العمل بعكس ذلك يجعل من البائع مهددا إلى وقت لا يمكن حصره، ناهيك عن ذلك أن إنقضاء وقت كبير على استعمال المبيع دون ادعاء يعني أن المبيع لا يشكي من عيب وقد كان صالحا للغرض المقصود منه وأن المشتري قد رضي بالمبيع ولو ظهر به عيب لسارع إلى ضمان حقه عن ذلك¹.

كما أننا نجد أن الغرض من تقصير مدة الادعاء راجع إلى أن ذلك يمكننا من التعرف على منشأ العيب وتاريخ حدوثه وكذا تحديد ما إذا كان العيب قديما وكذا معرفة ما إذا كان العيب موجبا للضمان أم حادثا لا يقوم التتزام البائع بضمانه خاصة في الحالة التي يتم فيها التتزام البائع بضمان العيب لمدة طويلة، هذا بالإضافة إلى أن الإثبات في هذه الحالة يصبح يسيرا والعمل بعكس التقصير يمكن ان يعسر من إثبات العيب ان لم يجعله مستحيلا وبالتالي يصبح العقد مهددا بالزوال مدة طويلة مما يعود بعدم استقرار المعاملات والمبادلات التجارية والحد من الازدهار².

فهذه المدة تطبق على الدعوى المباشرة التي يرفعها المشتري على بائعه أو على الدعوى التي يقيمها المشتري الثانوي على بائع بائعه، وكذا أنها تطبق على دعوى الضمان سواء قدمت كدعوى أصلية أو على سبيل الدافع.

والقيام بذلك في الوقت المحدد قانونا أو اتفاقا يجعل البائع ضامنا لحقه في الضمان، كما يصبح بإمكان المشتري العدول عن طلب الرد والانتقال إلى طلب التعويض ولو انقضت المدة المحددة لهذه الحالة الأخيرة إذ يتم الاكتفاء بتوافر بمعيار قيام دعوى الرد بالمبيع ولا يأخذ بعين الاعتبار حالة العدول عن طلب الرد إلى

1- تقام الدعوى من أجل الأمور الثابتة في خلال 365 يوما بعد التسليم.

2- وتقام من أجل المنقولات في خلال ثلاثين يوما بعد التسليم "

¹ " Id' autre part il importe que la situation soit réglée qu'au plus vite et d'ailleurs si l'acquéreur tarde à se plaindre il y a toute raison de croire que la chose lui a fourni un udage complet et normal "

الدكتور عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 752/ والدكتور علي حسن بخيره، المرجع السابق، ص 120.

² الدكتور حسن فرج، المرجع السابق، ص 211/ الدكتور لييب شنب ومجدي صبحي، المرجع السابق، ص 502.

طلب التعويض إذ يتم في هذه الحالة الأخذ بعين الاعتبار الميعاد المحدد لرفع دعوى الرد وإذا تم احترامه آجاله القانونية دون النظر إلى الآجال المحددة لدعوى التعويض¹.

لكن هل نعني بأن مدة الضمان هي نفسها المدة التي يجوز خلالها رفع دعوى الضمان ؟

قد ذهب أغلب فقهاء والباحثين إلى أن هناك فرق بين المدة التي يتم خلالها الضمان وكذا المدة التي يجوز خلالها رفع دعوى الضمان وذلك من خلال مناداتهم المشرع بالفصل بينها من خلال تعديل العبارات الواردة في نص المادة 452 من التقنين المدني المصري والمادة 383 من التقنين المدني الجزائري

إذ أن الإشكال يكمن في حالة ظهور العيب في آخر يوم من السنة التي تبدأ من وقت استلام المشتري للشيء المبيع، ففي هذا اليوم يظل البائع ضامناً للعيب ولكن دعوى الضمان لا تسمع في اليوم التالي لظهور هذا العيب من قبل جهات القضاء، ولكن في حالة التعديل بالمواد وأن يكون محل هذا الأخير الفصل بين مدة الضمان عن مدة رفع دعوى الضمان سيكون من شأنه محاربة ذلك الإشكال الذي يحرم المشتري من الحصول على حقه في حالة ظهور العيب في آخر يوم من أيام السنة التي يضمن خلالها البائع للمشتري خلوالمبيع من العيوب الخفية²

لكن في حالة الرجوع إلى تعريف الضمان فنجد أنه يمكن تعريفه على أنه التزام بتوفير الحياة الهادئة للشيء الذي يبيعه من الغير كما يمكن كذلك تعريفه على أنه الالتزام المترتب على الشخص بالتعويض عن الضرر المترتب عن العيب الموجود بالشيء المبيع أو عن خطأ هذا الأخير وهذا يعني أن الضمان يوفر الحياة الهادئة وكذا التعويض في حالة الإخلال بهذه الحياة الهادئة مما يعني في رأي أن مدة الضمان هي نفسها مدة رفع دعوى الضمان ففي حالة ضمان شيء مبيع مدة سنتين مثلاً ففي هذه المدة وهي مدة ضمان للشيء المبيع وطراً عيب بالمبيع يمكن للمشتري رفع دعوى تخص ذلك الضمان وبالتالي فالمنطق القانوني يربط دعوى ضمان العيب الخفي بموضوعها والذي يتمثل في الضمان العيب الخفي وخلال المدة المخصصة لذلك سواء المحددة قانوناً أو اتفاقاً.

ومدة سنة المخصصة لرفع دعوى ضمان العيب الخفي وكذا المحددة كمدة لضمان العيب والتي يبدأ احتسابها من وقت التسليم من شأنه أن يحقق التوازن بين مصلحة البائع ومصلحة المشتري الذي يكون أمامه

¹ الدكتور حسن فرج، المرجع السابق، ص 505/ وتم الإشارة إلى ذلك من قبل الدكتورة خواص جويده، المرجع السابق ص 170.

² الدكتور عمرو أحمد عبد المنعم دبش، المرجع السابق، ص 153-154.

الوقت الكافي لفحص المبيع فحصا نافيا للجهالة والكشف عن عيوبه إن وجدت واكتشاف العيب في آخر يوم غير منطقي بالنسبة إلى المدة المخصصة لرفع دعوى الضمان وهي سنة كاملة.

وهذا الانتقاد يمكن أن ينسب إلى التشريعات المحددة لسقوط دعوى الضمان بمرور ثلاثين يوما من تاريخ التسليم في الحالة التي يكون فيها محل عقد البيع منقولاً أو حيواناً إذ يمكن القول أن هذه المدة لا تكفي لفحص المبيع والكشف عن عيوبه باعتبار أن المنقولات التي يمكن أن تتسم بطابع تقني معقد يجعل الكشف عن العيوب الموجودة بالمبيع مستعصية على المشتري والتي قد يتطلب الكشف عنها اللجوء إلى خبير أحيانا أخرى إلى متسع من الوقت على الأقل مدة شهرين.

كما تجدر الإشارة إلى أن نص المدة المحددة لرفع دعوى الضمان خلال سنة من وقت التسليم اختلف عن التقادم الموجود بالنسبة لدعوى الإبطال للغلط أو التدليس أو دعوى الفسخ لعدم التنفيذ ولعل السبب في اختلاف ذلك يكمن في تحقيق الاستقرار في التعامل وتوازن المصالح بين المشتري والبائع¹

كما نجد أن نفس المدة مطبقة على القواعد العامة لحماية المستهلك حيث تنص المادة 18 من المرسوم التنفيذي رقم 90/266 المتعلق بضمان المنتوجات على أنه " وإذا لم يستجب له ، يمكنه أن يرفع دعوى الضمان عليه إلى المحكمة المختصة في أجل أقصاه عام واحد ابتداء من يوم الإنذار"².

إذ يتضح من هذه المادة الأخيرة أن مدة رفع دعوى الضمان وفقا لقواعد المستهلك محددة بمدة عام واحد وهونفس الحكم الموجود في القانون المدني الجزائري، لكن نجد الاختلاف يكمن في تاريخ بدأ سريان تلك المدة، فعند الرجوع إلى المدة المحددة لرفع الدعوى وفقا للقواعد العامة لحماية المستهلك فتبدأ من يوم إنذار البائع، أما في قانون المدني وكما هو معلوم من وقت تسليم المبيع³.

أما الشكليات التي يتم إتباعها عند رفع دعوى الضمان وحسب ما هو وارد في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، حيث يتم افتتاح الدعوى بعريضة مكتوبة تخضع في تحريرها لأشكال خاصة⁴ إذ يقوم

¹ الدكتور محمد حسن، المرجع السابق، ص 220

² فنص المادة 383 فقرة المعدل بالمادة 22 من المشروع التمهيدي، وكذا نص المادة 18 من المرسوم التنفيذي رقم 90-266 المؤرخ في 15 سبتمبر 1990 المتعلق بضمان المنتوجات والخدمات، كلها حددت مدة الادعاء بسنة واحدة من يوم التسليم بالنسبة للمشتري ومن يوم الإنذار بالنسبة للمستهلك.

³ الدكتور بلعابد سامي، المرجع السابق، ص 91.

⁴ تنص المادة 14 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أن " ترفع الدعوى أمام المحكمة بعريضة مكتوبة، موقعة ومؤرخة تودع بأمانة الضبط من قبل المدعي أو وكيله أو محاميه، بعدد من النسخ يساوي عدد الأطراف

الدائن (المشتري أو من ينوب عنه) بكتابة طلب خطي يحرر بشكل معين ويحمل بيانات قانونية واجبة وواردة على سبيل الحصر¹.

ثم يتقدم إلى المحكمة ويودعها لدى مكتب الضبط، الذي يقوم بتقييدها في سجل خاص تبعاً لترتيب ورودها مع بيان أسماء وألقاب الخصوم ورقم القضية وتاريخ أول جلسة².

المطلب الثاني: حق المشتري في الضمان

إذن فمتى إكتملت شروط الضمان وأتم المشتري الاجراءات التي فرضها القانون عليه كان له خيارات متعددة للمطالبة بحقه بالضمان، وعند الرجوع الى القانون المدني فنجد أن المشرع قد جاء بمادة محيلة وليست مستقلة وذلك لكونها تؤكد من جهة على عدم ضياع حق المشتري بالضمان بكلمة" له الحق في الضمان"، وكذا تحت على أن هذا الحق لا يكون ولا يمكن المطالبة به إلا إذا أتم الإجراءات القانونية التي تسبق رفع الدعوى.

ونحن نعلم من جهتنا أن للمطالبة بأي حق يجب اللجوء الى القضاء باعتباره رمزا للعدالة من خلال رفع دعوى، والمادة 381 من القانون المدني الجزائري قد أحالتنا الى نص المادة 376 من نفس القانون والتي تنص على أحكام دعوى ضمان الاستحقاق الجزئي والتي بدورها تحيلنا الى المادة 375 من نفس القانون وهذا يبين أن هناك علاقة بينهما، فعند التمعن في المواد القانونية التي أحالت لبعضها البعض نجد أنها تحدد موضوع الدعوى بالنظر الى درجة الخسارة.

والخسارة كما نعلم تتبع العيب، فإذا كان العيب لدرجة لو علم به المشتري لما أقدم على الشراء فيعد خسارة كبيرة بالنسبة للمشتري، وبالتالي يصبح العيب فيها جسيماً، وعكس ذلك العيب اليسير والذي حتى

¹ وتتمثل هذه البيانات حسب نص المادة 15 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية وتحت طائلة عدم قبولها شكلاً البيانات التالية "

1- الجهة القضائية التي ترفع أمامها الدعوى

2- إسم ولقب المدعي وموطنه

3 - إسم ولقب وموطن المدعى عليه فان لم يكن له موطن المدعي عليه، فان لم يكن له موطن معلوم، ففخر موطن له

4- الإشارة إلى تسمية وطبيعة الشخص المعنوي ومقره الاجتماعي وصفة ممثله القانوني أو الاتفاقي .

5- عرض موجز للوقائع والطلبات والوسائل التي تؤسس عليها الدعوى

6- الإشارة عند الاقتضاء، إلى مستندات والوثائق المؤيدة للدعوى "

² وهو ما تم النص عليه في المادة 16 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية

لوعلمه المشتري قبل التعاقد لربما أقدم على الشراء، وبالتالي يتحدد موضوع الدعوى حسب المواد القانونية السابقة الذكر أي حسب حالة العيب فيما إذا كان يسيرا أو جسيما.

وبهذا إرتأينا أن نحترم التسلسل الذي قام به المشرع في الاحالة فالمادة 381 والتي تعتبر المادة الوحيدة في القانون الجزائري التي نصا على رفع دعوى الضمان وأثبتت حق المشتري بها بالرجوع الى نص المادة 376 من نفس القانون والتي تحيلنا بدورها الى نص المادة 375 من نفس القانون. فيكون للمشتري الحق في طلب الفسخ الكلي وذلك بتقريره ذلك في حالة ثبوت هذا الحق (الفرع الأول)، كما يمكن ان يثبت له الحق في الرد الجزئي في حالة ما اذا كان العيب غير جسيم إضافة الى إختياره هذا الفرض في حالة وجود عيب جسيم (الفرع الثاني) هذا بالإضافة الى أن للمشتري الحق في إستبدال المبيع المعيوب بآخر سليم، إذا كان المبيع من المثليات وذلك عن طريق طلب التنفيذ العيني (الفرع الثالث).

الفرع الأول: تقرير حق المشتري في طلب الرد الكلي

إن نبدأن المشرع قد جعل أحكام دعوى ضمان العيب الخفي هي أحكام دعوى ضمان الاستحقاق الجزئي وذلك لأن هذه الدعوى الأخيرة إلتزام البائع بتعويض المشتري عما أصابه من ضرر بسبب استحقاق إما بدعوى فرعية أثناء نظر دعوى الاستحقاق¹.

إذا رجعنا إلى نص المادة 376 من القانون المدني الجزائري نجد أنها تقر بأنه حالة ما إذا كان العيب جسيما أي أن تكون خسارة المشتري قد بلغت قدرا لوعلمه المشتري لما أقدم على إتمام العقد.

في هذه الحالة يحق للمشتري أن يطالب البائع برد المبيع ومن أفاده منه وكذا المطالبة بالتنفيذ بمقابل فيصبح الحكم به كما في حالة الاستحقاق الكلي² بجميع المبالغ المنصوص في المادة 375 من القانون المدني الجزائري³ والتي تقابلها المادة 443 من القانون المدني المصري.

¹ والمقصود من الاستحقاق التزم البائع بتعويض المشتري عما أصابه من ضرر بسبب استحقاق المبيع أما دعوى الاستحقاق فيجب أن تفهم بمعنى واسع، فقد تكون دعوى استحقاق يدعي فيها الغير بأنه يملك البيع كله أو بعضه وهي التي تؤدي إلى قيام التزم البائع بضمان تعرض الغير، كما أن المشرع قد أحال أحكام دعوى التعويض في العيوب الخفية إلى أحكام دعوى ضمان الاستحقاق الجزئي الدكتور آث ملويا، المرجع السابق، 394.

² ويقصد بالاستحقاق الكلي حرمان المشتري من حقه في المبيع، كما لوقام البائع ببيع الشيء لمشتري ثاني غير محروم من المبيع وأكسبه ملكية المبيع بسبب تسجيل عقده في حالة كون هذا المبيع عقارا.

³ في حالة نزع اليد الكلي عن المبيع فللمشتري أن يطلب من البائع

- قيمة المبيع وقت نزع اليد

إن فالهدف الأول للمشتري في حالة ما إذا كان العيب جسيما مع رد المبيع ذاته المعيب للبائع رد المبيع للبائع مع عيبه المكتشف لاسترداد ثمنه.

وهذا العيب حرمة من الاستفادة بالعرض المقصودة من المبيع والمشتري لأجله وهذا الغرض كما سبق القول يكون وفقا لما تم الاتفاق بين أطراف العقد.

كما تجدر الإشارة إلى أن قضية تقدير جسامه العيب من عدمه تخضع للسلطة التقديرية للقاضي والذي من حقه أن يستعين بخبير ليأخذ بالرأي الأصوب في الحكم.

كما أن رجوع المشتري على البائع على أساس ما ذكره في المادة 375 ليس إجباري وإنما له الحق أن يقوم بالمطالبة بإبقاء المبيع تحت يده كما سيتم التوضيح في حالة العيب الغير الجسيم.

إذا فطلب رد المبيع المعيب يعتبر حقا من الحقوق التي أقرها المشرع للمشتري دون البائع وذلك لاعتبار هذا الأخير الطرف الضعيف في هذه العلاقة التي سُمح له نظرا لجسامه المبيع بالمطالبة برد المبيع للبائع¹.

لكن كان لهذا الرد عدة معاني اختلفت وتتنوعت، فالمعنى الأول كان أساسه الفسخ فاعتبر رد المبيع مشابها للفسخ وهذا المعنى جاء به فقهاء الشريعة الإسلامية وعمل به القانون المدني المصري القديم، حيث كان يعتبر دعوى الرد هي نفسها دعوى الفسخ وذلك تحت إلزام البائع برد الحالة إلى ما كانت عليه واعتبار العقد كأنه لم يكن، ودليل ذلك إقرار المادة بأنه إذا كان العيب جسيما بحيث يجعل المبيع غير صالح لاستعماله فيما أعد له أو ينقص من القيمة التي اعتبره، بحيث لو علمه لامتنع عن الشراء، فالمشتري بالخيار، فأما أن يفسخ البيع، وإما أن يطلب إبقاء العقد مع إنقاص الثمن فهذه المادة تبين أن مجرد التفكير في رد المبيع يعتبر فسحا².

-
- قيمة الثمار التي ألزم المشتري بردها الى الملاك الذي نزع يد المشتري عن المبيع
 - المصاريف النافعة التي يمكنه أن يطلبها من صاحب المبيع وكذلك المصاريف الكمالية إذا كان البائع سيء النية
 - جميع مصاريف دعوى الضمان ودعوى الإستحقاق باستثناء ما كان المشتري يستطيع أن يتقيه منها لو أعلم البائع بهذه الدعوى الأخيرة طبقا للمادة 373
 - وبوجه عام تعويضه عما لحقه من الخسائر وما فاتته من كسب بسبب نزع اليد عن المبيع.
 - كل ذلك ما لم يقر المشتري دعواه على طلب فسخ البيع أو إبطاله.

¹ الدكتور أسعد دياب، المرجع السابق،

² الدكتور عمرو احمد عبد المنعم ديش، المرجع السابق، ص 260.

أما ما كان مساندا لهذا الرأي لكن من منظور آخر فقهاء الفرنسيين حيث ذهبوا الى أن الفسخ يعد إنهاء يؤدي قيامه لإزالة حقوق الغير المنشأة على المبيع بقوة القانون وبالتالي يتم رد المبيع للبائع غير مثقل بالالتزامات التي تقوم بين تاريخ البيع واكتشاف العيب¹.

وهذا يعني أن الرأيين كانوا في نفس السياق إلا أن الأول اعتبر الفسخ هو نفسه الرد، أما الثاني فاعتبر أن الرد من صميم الفسخ.

أما المعنى الثاني فأكثر التشابه بين الفسخ ورد المبيع مرفوبين الفسخ ورد المبيع وأكد على أنه مرفوض حيث اعتبر أن الفسخ ليس له نفس المعنى والرد وذلك لوجود عدة اختلافات منها:

1- ليس للفسخ أثر رجعي، وذلك لإنهاء العقد بالنسبة للمستقبل فقط، أما رد المبيع فيكون له إعادة الحال الى ما كانت عليه قبل العقد

2- كما أن الفسخ يترتب التزامات على عاتق الطرفين دون أن يكون له أثر على حقوق الغير فعلى طالب الفسخ تطهير المبيع من جميع الحقوق المسبقة مما قرره عليه من حقوق واذا تعذر عليه ذلك فلا يبقى سوى طلب تخفيض الثمن وعلى أساس هذه الاختلافات وغيرها من الأسباب التي أدت بالمشروع المصري إلى تغيير وجهة نظره والتي أصبحت تتادي باستقلالية كل من دعويي الفسخ والرد هي دعوى تمت إضافتها إلى الدعوى الأولى على سبيل الاستقلال وخير دليل على ذلك نص المادة الجديدة 443 من قانون المدني المصري والتي تم الإحالة لها من خلال نص المادة 444 من قانون المدني المصري والتي تتعلق بالتعويضات المستحقة للمشتري حيث جاء في نصها " أنه كل هذا ما لم يكن رجوع المشتري مبنيا على المطالبة بفسخ البيع أو إبطاله " وهذه الفقرة الأخيرة أكدت على استقلالية كل نظام على حدى، فالفسخ ليس نفسه البطلان وليس نفسه الرد ".

كما يترتب أن لكل طبيعة خاصة ومختلفة يتميز بها وهو نفس الحكم الذي تبناه التشريع الجزائري من خلال نص المادة 375 والتي أحيل إليها من قبل المادة 376 في نصها الأخير " كل ذلك ما لم يقم المشتري دعواه على طلب فسخ البيع أو إبطاله ".

وهذا راجع الى أن دعوى الرد ترجع لعقد البيع المبرم وتقوم عليه في حين دعوى الفسخ تفترض انقضاء عقد البيع، وذلك لأن أساس الدعوى الأخيرة الزوال وكذا نفس الشيء في البطلان، أما دعوى الرد

¹ الدكتور خوص جويبة، المرجع السابق، ص 68.

فأساسها المسؤولية العقدية لأن الهدف من وراء الدعوى جبر العيب والتعويض عنه وليس إزالته بعد محاولة تنفيذه عينا.

كما يوجد من الآراء التي اعتبرت أن دعوى الرد هي نوع خاص بالنسبة لدعوى الفسخ¹ لكن عند الرجوع إلى القانون الفرنسي فقد كان منهم المؤيدين والمعارضين للمعنى الأول لكن هذا لم يكن مطلقا على كل الاتجاهات الفرنسية حيث ذهب الاتجاه الآخر إلى إخراج أحكام دعوى الرد من أحكام الفسخ إلى أحكام البطلان وكان أساسهم في ذلك إرجاع قواعد ضمان العيوب الخفية إلى نظرية الغلط، كما سبق وبيننا، أما الاتجاه الأخير في القانون الفرنسي فقد كانوا من مؤيدي استقلالية كل نظام عن الآخر والذي يؤدي بطبيعة الحال إلى استقلالية كل دعوى عن الأخرى ويصبح بالتالي في المجموعة الثانية المناهضة للاختلاف.

حيث ذهبوا إلى أن الاختلاف يرجع سببه إلى النتائج والأسباب وحتى المواعيد التي تقوم بها دعوى البطلان وكذا دعوى الرد هذا من جهة ومن جهة الاختلاف القائم بين دعوى الرد ودعوى الفسخ لعدم التنفيذ أساسه أن الفسخ ذو أثر رجعي وهذا الأمر غير موجود في دعوى الضمان، هذا بالإضافة إلى أن دعوى الفسخ يمكن أن تقوم فيها عدم التنفيذ من جانب أحد المتعاقدين وهو الأمر غير المأخوذ به في حالة وجود العيب لأن الإخطار في هذه الحالة هو أساس علم الضامن بالعيب وبالتالي لا يمكن أن ينسب له عدم التنفيذ.

إذن فهذا الاختلاف القائم في القانون الفرنسي يرجع إلى نص المادة 1644 من القانون المدني الفرنسي حيث لم تقم بإظهار طبيعة هذه الدعوى كما قام بها التشريع الجزائري والمصري واكتفت بتبيان ما يقع على كل متعاقد تجاه الطرف الآخر وما زاد من تضارب في الآراء بالنسبة إلى طبيعة دعوى الرد والمنصوص عليه في نفس المادة بالزام المشتري برد الثمن والذي يعتبر أثر من آثار دعوى الفسخ وكذا دعوى البطلان².

لكن الأساس القانوني هو الأسمى وهذا ما نجده في المواد القانونية التي تم ذكرها والتي قامت بالتأكيد على أن دعوى الضمان في حالة رد المبيع دعوى مستقلة عن دعوى الفسخ ودعوى البطلان، وبالتالي نجد أن الفقه والقضاء قد منح حق المطالبة برد المبيع إلى المشتري دون البائع وهذا ما هو مستقر عليه، لكن هذا لا نجده من ناحية الممارسة وهذا ما يدفعنا للتساؤل هل يمارس هذا الحق بإرادة منفردة كما جاء في القانون الألماني أم يقوم عن طريق الاتفاق أو القضاء؟

¹ الدكتور أسعد دياب، المرجع السابق، ص 186

² الدكتور عمرو أحمد عبد المنعم ديش، المرجع السابق، ص 260-261.

ومن مساندي القانون الألماني الشرع الإسلامي الذي أقر أنه بمجرد توافر شروط الضمان يكتسب العقد قوته الإلزامية من ناحية البائع دون المشتري لكن لتحقيق عدم إلزامية المشتري أي إذا أراد المشتري رد المبيع بإرادة منفردة ودون الحاجة إلى رضا البائع أو القضاء يجب أن يكون هذا الرد قبل التسليم حيث يصبح العقد قابلاً للفسخ وأن يكون المبيع تحت يد البائع.

وبهذا يكفي القول من قبل المشتري " رددت المبيع للبائع " أو ما يجري من هذا القبيل، وبهذا يقوم العكس في حالة إنتقال المبيع للمشتري فلا يصبح للمشتري التصرف بإرادة منفردة تجاه رد المبيع للبائع إلا إذا تم برضى الطرفين وإذا لم يتم ذلك فيقوم باستصدار حكم قضائي يؤيد ذلك أو يرفضه.

وقد قال في هذا الشأن الكسائي "وأما عن كيفية الرد والفسخ بالعيب بعد ثبوته، فالبيع لا يخلوا من أن يكون في يد البائع أو في يد المشتري، فإن كان في يد البائع يفسخ بقول رددت ولا يحتاج إلى قضاء القاضي ولا إلى التراضي بإجماع، وإن كان في يد المشتري لا يفسخ إلا بقضاء القاضي أو بتراضي عندنا¹.

لكن لايسعنا بعد أن بينا طبيعة هذه الدعوى أن نبين ما يترتب عنها من آثار دون المرور ومعرفة من له الحق في هذا الطلب وكيف يمكن الوصول إليه.

لقد سبق الذكر أن طلب رد المبيع هو حق من الحقوق الواردة على المشتري دون أن يكون للبائع حق في ذلك لأن المتضرر هنا هو المشتري وله أن يطلب من البائع رد المبيع المعيب في حالة توافر الشروط السابقة الذكر في العيب المكتشف كان على المحكمة الحكم له بذلك.

إذ أن السلطة التقديرية للقاضي في هذه الحالة محصور في التحقق من توافر الشروط واكتمالها دون إنشاء لطلب الرد أو رفضه وهذا راجع الى أن الواقع العلمي يقتضي عرض النزاع على القضاء والذي يقوم بدوره انطلاقاً من حرصه على مختلف الثوابت القانونية الهامة منها توفير أكبر حماية للمشتري وحتى البائع من تعسف المشتري في استعمال حقه برد المبيع دون توفر شرط من شروط العيب وهذا بيد نشر الاستقرار في التعامل بين الأشخاص خاصة منهم الذين يتعاملون بكثرة مع هذه الأنواع من العقود وذلك بإخضاع طلب الرد لرقابة دون إنشائه.

¹ الكسائي: بدائع الصنائع في ترتيب الشرائح ، للإمام أبي بكر بن مسعود الكسائي، نشر زكرياء علي يوسف، الجزء السادس، القاهرة، 1971، ص 281.

ونرى عكس ذلك في القانون الألماني الذي يقوم فيه المشتري برد المبيع من تلقاء نفسه أي بإرادته المنفردة دون اللجوء إلى حكم قضائي¹.

ومن خلال النصوص القانونية الخاصة بالقانون المدني الجزائري² والقانون المدني المصري وحتى القانون المدني الفرنسي فقد منح هذا الحق المشتري دون البائع³.

وفي نفس السياق نجد أن لفقهاء الاسلام رأي في ذلك، حيث ذهب البعض منهم الى أنه في حالة ظهور عيب بالمبيع فللبائع الخيرة بين رد المبيع وإسترداد ما دفع بالمقابل أو إيقائه وطلب التعويض عن خسارته، وهو ما قال به مرشد الحيران أنه " ما بيع مطلقا منقولا كان أوعقار وظهر بالمشتري عيب قديم فيه فله الخيار إن شاء قبله بكل الثمن المسمى وإن شاء رده واسترد الثمن إذا كان نقده للبائع⁴.

إذ نجد أن المعيار المتحكم في هذه الحالة الأخيرة والتي تجيز للمشتري رد المبيع بإرادة منفردة تسليم المبيع من عدمه وهو ما لا يقر به الحنابلة والشافعية حيث يرى أصحاب الاتجاه الأول أنه لا يحتاج قيام المشتري برد المبيع إلى الاتفاق مع الطرف الآخر وهو البائع وكذا لا يحتاج لحكم من القضاء يقضي بذلك وسواء كان ذلك قبل التسليم أو بعده

أما أصحاب الاتجاه الثاني فكان لهم في ذلك القول بأن للمشتري رد المبيع دون رضا البائع ودون حضوره وتم الاستناد في ذلك على أن رد مبيع هو حق من حقوق المشتري الثابتة والحق الثابت يمكن العمل به بإرادة منفردة ودون الحاجة إلى رضا الطرف الثاني أو اللجوء إلى القضاء.

¹ وذلك ما تقرره نص المادة 454 في فقرتها الثانية وكذا المادة 462 من نفس القانون، الدكتور اسعد دياب، المرجع السابق، ص 184.

² إذ تنص المادة 381 من القانون المدني الجزائري على أنه " إذا أخبر المشتري البائع بالعيب الموجود في المبيع في الوقت الملائم، كان له الحق في المطالبة بالضمان وفقا للمادة 376 "

والتي نجد فيها عبارة ".....كان له أن يطالب البائع بالمبالغ المبينة بالمادة 375 مقابل رد المبيع.....".

³ تنص المادة 1644 من القانون المدني الفرنسي على أنه:

"Dans le cas des articles 1641 et 1643 l'acheteur a la choux de rendre le chase et de se faire restituir le prix , ou de gorder la chose et de se foire rendre une partie du peurix , telle sera arbitrée par experts »

في الأحوال المنصوص عليها في المادتين 1643 1641 يكون المشتري مخيرا بين رد المبيع واسترداد الثمن وبين إيقائه والرجوع بجزء من الثمن يقدره أهل الخبرة " تم الإشارة إلى ذلك من قبل الدكتور عمرو احمد عبد المنعم دبش، المرجع السابق، ص 255، تهميش رقم 3.

⁴ " مرشد الحيران، ص 425. قد تم الإشارة إليه الدكتور عمرو احمد عبد المنعم دبش، المرجع السابق، ص 255.

فقد قام الدكتور دبش بانتقاد الحنابلة وكذا الشافعية ووصفه بالمخالف للمنطق حيث لا يعقل أن ينعقد برضا الطرفين وأن يفسخ أو يطرأ عليه تغيير بدون رأي الطرفين، فالعقد يسمى كذلك لاتفاق طرفيه، هذا من جهة

ومن جهة أخرى يجب أن يخضع طلب رد المبيع لرقابة القضاء وكذا أن تمتد هذه الرقابة الى الحد من استعمال حق المشتري بطريقة تعسفية تؤدي بالبائع إلى الهلاك¹.

وخير دليل على ذلك ما هو منصوص عليه في المواد القانونية والتي سبق ذكرها بإخضاع رد المبيع لسلطة القضاء أو الاتفاق الطرفين.

وبعد توضيح كل ما يخص رد المبيع والذي يعتبر أثر من الآثار المترتبة في حالة وقوع عيب جسيم والذي نص عليه ضمن المادة 376 والذي من شأنه أن يرتب التزامات على عاتق البائع نصت عليها المادة 375 من القانون الجزائي والتي تتمثل في:

أولاً: قيمة المبيع وقت نزع اليد:

تجدر الإشارة هنا إلى أن هذه الالتزامات تقع على البائع الحسن النية وليس سيء النية، لأنه في الحالة الأخيرة تكون هناك آثار غير الآثار المترتبة في الحالة الأولى².

فالمقصود بهذا الالتزام تقدير قيمة المبيع غير معيب وقت ظهور العيب، وذلك تبعاً للوقت الذي يقابل وقت الاستحقاق والمذكور في نص المادة 375 والمعبر عنه " وقت نزع اليد " وهذه القيمة لا تتمثل في ثمن المبيع بل في قيمته الحقيقية بغض النظر عن ثمنه وقد تزيد كما قد تنقص لأي سبب عن مقدار الثمن الذي دفعه المشتري، إذ أن قيمة المبيع هي القدر الذي ضاع فعلاً على المشتري بسبب الاستحقاق.

كما يمكن إعتبار وقت صدور الحكم النهائي بنزع اليد أمر اختلف فيه الفقه، فالبعض منهم ذهب إلى أن تقدير قيمة المبيع تكون بتاريخ إبرام العقد، بينما البعض الآخر يقدر قيمة المبيع بوقت ظهور العيب فعند الرجوع إلى الشريعة الإسلامية فنجد أنها تقضي بالزامية المشتري برد المبيع المعيب كله مقابل استرداد الثمن الذي دفعه البائع بغض النظر عما إذا كانت القيمة لا زالت كما هي أم أنها انقضت بعد البيع وبالتالي

¹ الدكتور عمرواحمد عبد المنعم دبش، المرجع السابق، ص 259-258..

² الدكتور أسعد دياب، المرجع السابق، ص 192.

لا يمكن الأخذ في هذه الحالة الأخذ بأسباب انخفاض قيمة المبيع وقت إبرام العقد، وهو الأمر الذي أدى باعتبار الرد من قبيل الفسخ¹

كما هو الحال في القانون المدني الفرنسي الذي يقر بإلزامية رد قيمة المبيع التي لا تتجاوز الحد الأدنى المتمثل في المقدار الذي بدون النظر إلى قيمة المبيع إذا زادت أو نقصت، إذ أن الثمن الذي يجب إرجاعه هو المدفوع بالفعل².

أما القانون المصري فكان له رأي آخر في حالة نشوء الأخير وذلك برد المبيع واسترداد قيمة وليس الثمن الذي دفعه المشتري، فقد فرق بين حالتين، الحالة الأولى تتمثل في استلام الثمن من المشتري فهنا يلتزم البائع برد قيمة المبيع الذي رُد عليه، أما إذا لم يستلم الثمن من المشتري فهذا الأخير الحق بحبس المبيع إذا ما ظهر فيه عيبا مع الاحتفاظ بحق الرجوع بما يستحق له من قيمة المبيع وهذا يعني بالضرورة تقدير قيمة المبيع بوقت ظهور العيب وهو ما يفهم من كلمة "رُد عليه"³

وهذا ما أخذ به التشريع الجزائري بإرجاع تقدير قيمة المبيع إلى وقت ظهور العيب المعيب وبرأي أن التشريع الجزائري في حكمه قد أصاب، وهذا بغرض توفير الحماية اللازمة لكل من البائع الحسن النية والمشتري.

كما يجب التأكيد بهذا المبدأ حتى ولو تعددت البيوع على الشيء الواحد، فيكون رد المبيع وقت ظهور العيب وأن يرجع المشتري على البائع والبائعين السابقين إذ أنه يتلقى المبيع بتوابعه وملحقاته ويظهر ذلك في حالة بيع المشتري الشيء المبيع الذي اشتراه إلى مشتريين ثم يستحق المبيع وهوبين يدي هذا الأخير وبهذا يكون للمشتري الأخير الذي أخذ من بين يدي هذا الأخير أن يرجع على من باع له بدعوى الضمان أو على البائع الأول مباشرة وكذا على البائعين السابقين عند توالي البيوع.

والسبب الرئيسي وراء هذا الحق إنتقال الضمان الذي يعتبر من حق المشتري الأول إلى المشتري الثاني لإعتبارها من ملحقات المبيع وبالتالي يمكن للمشتري الأخير الرجوع على البائع الأول بقيمة المبيع

¹ الدكتور عمرو أحمد عبد المنعم ديش، المرجع السابق، ص 263.

² الدكتور عمرو أحمد عبد المنعم ديش، المرجع السابق، ص 266.

³ نفس المرجع السابق، ص 264.

وقت ظهور العيب الذي هولصيق بوقت الاستحقاق ويطبق هذا في القوانين التي تأخذ بقيمة رفع دعوى الضمان¹.

أما القوانين التي تأخذ بمبدأ عدم جواز تعدي قيمة ما دفعه المشتري فيتم التقيد بهذا المبدأ حتى ولوتعددت البيوع فاذا وجد مشتري ثاني فيمكنه الرجوع على البائع الأول بقدر ما دفع والبائع قدر ما تسلمه من ثمن، لكن في حالة ما إذا كان الثمن الذي تسلمه البائع الأول أقل مما دفعه المشتري الثاني للمشتري الأول، اوكان الثمن المدفوع للبائع الأول أكثر مما دفعه المشتري الثاني للمشتري الأول ، فهل تطبق نفس الأحكام في تقدير الثمن ؟

في الحالة الأولى يرجع على البائع الأول بالقيمة المدفوعة والباقي يحصل عليه من المشتري الأول أما في الحالة الثانية فلا يمكن للمشتري الثاني أن يطالب إلا بالقيمة التي دفعها للمشتري الأول وما تبقى يصبح من حق المشتري الأول إذا قام بالمطالبة به².

هذا بالاضافة الى أن البائع ملزم برد الفوائد القانونية من الوقت الذي يتحقق فيه سبب الرد والمقصود به وقت ظهور العيب، وهذا ما لا نجده في القانون الجزائري، حيث لم يقم المشرع بذكرها³ وهذا يعني عدم العمل بها حتى وإن وجدت على عكس ما ذهب إليه الفقه والاجتهاد الفرنسيين الى اشتراط رد قيمة المبيع بالاضافة الى الفوائد القانونية المنجزة عنه وذلك من وقت التسليم الى حين رد قيمة المبيع وقد كان تبريرهم في أعمال هذا الالتزام الأخير لإعتبارها بمثابة تعويض عن تأخير في دفع الثمن المطلوب ويقوم ذلك سواء كان البائع حسن النية أو سيء النية وأي إعتراض على ذلك يعد غير قانوني ولا يؤخذ به⁴.

ثانيا: قيمة الثمار

فليس للمشتري المطالبة بها وإنما هي من الالتزامات الملقاة على عاتق المشتري، إضافة الى رد المبيع يلزم برد ما أفاده بوجه عام منه⁵، وتقوم هذه الحالة بطبيعة الحال إذا تم إختبار المشتري طريق الرد الكلي ويكون هذا الرد من تاريخ رد المبيع سواء كان بالتراضي أو عن طريق القضاء، وكذا يلتزم برد الثمار

¹ الدكتور حسن فرج، المرجع السابق، ص 337-472.

² الدكتور أسعد دياب، المرجع السابق، ص 194-195.

³ الدكتور محمد صبري السعدي، عقد البيع، المرجع السابق، ص 393.

⁴ الدكتور أسعد دياب، المرجع السابق، ص 195.

⁵ الدكتور محمد صبري السعدي، عقد البيع، المرجع السابق، ص 394.

السابقة على تاريخ رد المبيع أي جميع ما أنتجه من خلال استغلاله لهذا المبيع¹، وكذا لأن الأصل في طلب الرد لصالح المشتري أما عن الآثار المترتبة الرد إعادة الطرفي العقد الى الحالة التي كان عليها قبل العقد، وهذا يؤدي الى إسترداد البائع كل الثمار والملحقات وغيرها.

هذا بالإضافة الى أن الحكم القضائي بالرد يؤدي الى إنتقال ملكية المبيع الى البائع، وبالتالي كل ما ينتج عنه من ثمار يصبح من حق البائع وبالتالي كل ما ينتج عنه من ثمار تصبح من حق البائع، أما السبب الذي أدى بالمشرع أن يقر برد المبيع حتى قبل صدور الحكم أو الاتفاق على رد المبيع فيرجع الى أنه طالما أراد المشتري الحصول على ما قام بدفعه للبائع وذلك برده المبيع المعيب والمنطق هنا يقول بأن لا ينتفع من هذا المبيع وإلا سيكون قد تعدى على حساب البائع، فعند المطالبة برد شاحنة للبائع بها عيب فيلتزم في نفس الوقت برد الفوائد التي جناها من جراء تشغيل هذه الشاحنة أكثر من مرة وهو ما قضت به إحدى المحاكم فرنسا².

أما عن الثمار المدنية فيرد منها ما حصل عليه المشتري فعلا دون الموعود بها أو الاحتمالية فإذا تمثل المبيع في عمارة تحتوي على 10 شقق و5 منهم قد تم تأجيرهم والباقي لا فهنا المشتري يلتزم بتلك المبالغ التي تم تحققها دون تلك التي لم يتم تأجيرها وبالتالي من حق البائع المطالبة بدفع قيمة الشقق المؤجرة دون الشقق الغير مؤجرة.

لكن الفقه الاسلامي فقد فصل في هذه الفوائد واعتبرها زيادة، حيث قسمها الى نوعين زيادة منفصلة وزيادة متصلة واعتبر من قبيل الزيادة الأولى: زيادة متولدة من الأصل وزيادة غير متولدة من الأصل كالأجرة وما يوصى له به وما يوهب له والكسب.

أما الزيادة الثانية فيمكن تقسيمها الى زيادة متولدة من الأصل كالحبن والكبر والحمل وزيادة غير متولدة من الأصل، فعند الرجوع الى الزيادة المنفصلة ونوعها الغير الناتج عن الأصل فقد إتفقوا على أن المشتري غير ملزم بردها وحتتهم في ذلك من هذه الزيادة كانت مقابل ضمنن المشتري للمبيع فلو هلك لكان من مال المشتري، أما الحجة الثانية فكفكانت ما روته السيدة عائشة رضي الله عنها " أن رجلا أتباع غلاما فأقام عنده ما يشاء الله أن يقيم به، ثم وجد به عيبا فخاصمه الى النبي صلى الله عليه وسلم ورد عليه فقال الرجل يار سول الله قد أستغل غلامي، فقال رسول الله صلى رسول الله الخراج بالضمنان ".¹

¹ الدكتور حسن فرج، المرجع السابق، ص 470.

² وقد أشار الى ذلك الدكتور عمرو أحمد عبد المنعم دبش، المرجع السابق، ص 288

أما الزيادة الناتجة عن الأصل فقد ثار خلاف حولها بين الفقهاء فمنهم من إعتبرها موجبة للرد والبعض الآخر أنكر ذلك ولكل حجة في ذلك، ففيما يتعلق بالرأي الأخير نجد أن الشافعية لم ترتب أي أثر عليها جعلتها من حق المشتري ومثال ذلك ولادت شاة فالأصل يرد وهو الشاة والاولد لا يرد، كما هو الحال بالنسبة الى الثمرة الناتجة عن الشجرة فتزد الشجرة أما الثمار فتصبح من حق المشتري وسبب وراء ذلك لأنه ناتج منفصل حدث في ملكه فجاز أن يحتفظ به ويرد الأصل لكن هذا لا ينطبق على الانسان وولده، لأنه لا يجوز التفريق هنا وهوما أنكره الشافعية بأن تباع الجارية دون الولد، فمن جانبي حتى الحيوان له الحق بأن لا يفرق عن ولده.

وهوما ذهب إليه الحنابلة حيث ذهب بعضهم في تبرير ذلك بقياس حديث الخراج بالضمان على الزيادة المنفصلة والمتولدة عن الأصل كالولد والثمرة واللبن.

أما عند الرجوع الى الرأي الأول والذي يقر برد الزيادة الأخيرة فنجد من بينهم المالكية حين ذهبوا الى إلزامية رد المبيع مع الزيادة المنفصلة والمتولدة عن الأصل، أما الحنفية فإعتمدوا معيار للقول بالرد أم بغيره وهو وقت التسليم، فإذا حدثت الزيادة قبل التسليم فيكون المشتري مخيرا برد الأصل والزيادة معا أما إذا حدثت بعد التسليم فتصبح هذه الزيادة من حق المشتري.

هذا بالنسبة الى الزيادة المنفصلة أما عند الرجوع الى الزيادة المتصلة وبالأخص الزيادة المتولدة من الأصل فنجد أن فقهاء الشريعة الاسلامية يلتزمون بردها مع المبيع لأنها تعتبر لصيقة به ومن غير الممكن أن لا ترد، أما بشأن الزيادة الغير الناتجة عن الأصل، فللمشتري في هذه الحالة أن يحتفظ بالمبيع المعيب ويرجع بقيمة العيب دون المبيع ككل وبين أن يرد المبيع ويرجع على البائع بما أحدثه من زيادة في المبيع ومثال ذلك طلاء منزل وإعادة ترميمه والزيادة هنا تتمثل في الترميم والطلاء وفي رأي ان هذا منطقي لأن ما أنفقه على المبيع دون علمه بالعيب يجب أن يرد له¹.

أما عند الرجوع الى القانون المدني الجزائري ومن خلال ارجاع أحكام ضمان العيب الخفي بالنسبة لأحكام الاستحقاق في حالة رفع دعوى الضمان بالرد الكلي فنجد في نص مادته 375 فقرة 2 من نفس القانون تقرر بإلزامية رد قيمة الثمار التي ألزم المشتري بردها الى الملاك الذي نزع يد المشتري عند المبيع، اذ يفهم من ذلك أن الثمار التي يجب على المشتري ردها هي تلك التي لا يحوزها منالوقت الذي تزول فيه

¹ قد اشار الى ذلك الدكتور عمروأحمد عبد المنعم دبش، المرجع السابق، ص 286-287-288.

حسن نيته ونعني بذلك من يوم إعلانه لعريضة إفتتاح الدعوى، أما الثمار التي إكتسبها بحسن نيته، فلا رجوع فيها للبائع¹ وهو ما جاءت به نص المادة 837 من قانون المدني الجزائري².

إذن فمن خلال ذلك يفهم أن الثمار الموجبة للرد هي الثمار التي يحصل عليها المشتري لكن بسوء نية، أما ما نتجت عن حسن نية فلا مجال لرجوع البائع على المشتري فيها، ويدخل في اعتبار سوء النية ما يحصل عليه من ثمار من وقت رفع الدعوى عليه³.

لكن هذا غير معمول به ضمن أحكام رد الثمار في دعوى ضمان العيب الخفي، وإنما يكون هذا الرد من تاريخ رد المبيع بالتراضي أو من تاريخ الحكم بالرد، إذ يجب على المشتري رد الثمار كاملة للبائع وذلك بغض النظر عن حسن نية أو سوء نية هذا الأخير.

أما عند الرجوع الى القانون المغربي نجد أنه يلزم برد ثمار المبيع من وقت البيع، لكن لهذه القاعدة استثناء حيث أن للمشتري في هذه الحالة حق عدم الرد بالثمار التي قد جناها ولوقبل نضجها، وكذا الثمار الناضجة ولولم يتم جنيتها⁴.

وهي في رأينا شبيهة بما أقر به فقهاء الشريعة الاسلامية بالنسبة للزيادة المنفصة والتي يمكن أن يرجع سببها في ذلك أنه مقابل ضمان المشتري للمبيع، في حين أن الفقه الفرنسي قد خرج عن كل تلك القواعد وكان له عدة حلول في ذلك حيث ذهب الجانب الاول الى جعل الثمار التي يحصل عليها المشتري من المبيع مقابل فوائد الثمن الذي يلتزم البائع بردها للمشتري، أما الجانب الآخر فرأى أنه من الصواب إجراء المقاصة بين الثمار الواجب ردها وبين الفوائد التي يلتزم البائع بردها للمشتري.

أما ما كان ناقدا للجانب الثاني من فقهاء الفرنسيين، حيث أسس نقده على أن الحكم بإجراء المقاصة غير ممكن لأنه يتعارض مع المبدأ القائل باعادة الحال الى ما كان عليه قبل التعاقد وتخلص الطرفين من الالتزامات الملقاة على عاتقيهما⁵

¹ الدكتور آث ملويا، المرجع السابق، ص 417.

² والتي تنص على انه " يكتسب الحائز ما يقبضه ما دام حسن النية "

³ الدكتور سليمان مرقس، المرجع السابق، ص 388.

⁴ الدكتور على حسن بخيره، المرجع السابق، ص 80-81.

⁵ الدكتور عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 742.

ثالثا: المصروفات :

قد نصت الممتدة 375 من القانون المدني الجزائري في فقرتها الثالثة على المصاريف النافعة التي يمكنه أن يطلبها من صاحب المبيع وكذلك المصاريف الكمالية إذا كان البائع سيء النية.

ومن خلال هذه الفقرة يمكن استخلاص أن المشرع أقر بوجود نوعين من المصاريف والتي يلزم البائع بردها للمشتري وهي المصروفات النافعة والكمالية.

فالمقصود بالأولى المصروفات التي ينفقها المشتري على المبيع وفي أغلبها لا تكون للمحافظة على المبيع وإنما للزيادة في قيمته كبناء طابق جديد فوق الطابق الأصلي إذ لا تقوم ضرورة تستدعي إنفاقها.

أما المصروفات الكمالية فالمقصود بها ما ينفق بقصد التجميل كطلاء الدار أو تركيب مصعد لا لزوم منه الا بقصد الزينة أو فرش الأرضية.

إذن فالبائع ملزم برد المصروفات سواء النافعة أو الكمالية، لكن الاختلاف يكمن في أن الأول يلزم بها البائع سواء كان حسن النية أو سيء النية، أما المصروفات الاخيرة يلتزم بها البائع السيء النية فقط دون حسن النية كما تجدر الإشارة هنا الى أن حسن نية مفترض بالبائع الى حين قيام المشتري الدليل على أنه سيء النية¹.

لكن ما مصير المصروفات الضرورية من هذه المادة؟ هل يلتزم البائع بردها أم غير ذلك؟

المقصود من هذه المصروفات التي ينفقها المشتري للمحافظة على المبيع من الهلاك، كوجود جدار قابل للسقوط فيقوم المشتري بتزميمه وذلك حفاظا عليه، أو التحسينات التي يدخلها المشتري على المبيع كخرس ورود فيه أو فتح طريق أو بناء جدران وهذا كله يعود بالنفع على البائع الذي يسترد المبيع.

فعند الرجوع الى القانون المدني الجزائري نجد أن المادة المحال إليها خاصة بضمان الاستحقاق وفي الاستحقاق يلتزم المستحق بدفعها للمشتري وذلك قبل أن يتسام المبيع أي أن المشتري يرجع بها على المستحق وهو ما أقرت به المادة 389 فقرة 1 من القانون المدني الجزائري².

¹ الدكتور على حسن بخيره، المرجع السابق، ص 77.

² إذ تنص على انه " يستحق المشتري انتفاع وإيراد الشيء المبيع، كما يتحمل تكاليفه من يوم انعقاد البيع، هذا ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضيان بخلاف ذلك "

لكن عند الرجوع لضمان العيب الخفي فلا وجود للمستحق بالتالي يمكن رجوع المشتري على البائع بصفته المالك الجديد للمبيع المعيب والمرمم من قبل المشتري حفاظا على عدم زواله¹، والسبب وراء ذلك ما يعود على البائع من منفعة وكذا أن لا يكون المشتري سببا في اثناء البائع، ولو كان الشيء المبيع بين يدي البائع لقام بنفس الترميمات باعتبارها ضرورية للحفاظ على المبيع، وبهذا يمكن القول أنه لا مجال لتخلص البائع من تلك المصروفات².

إختلف فقهاء الشريعة الاسلامية في ذلك حيث لم يقر بإلزامية رد المصاريف التي أنفقت من قبل المشتري، ولا بحقه بالمطالبة بها حتى وان كانت تلك المصاريف التي تهدف الى الحفظ على المبيع من الهلاك أما القانون الفرنسي فقد ألزم البائع برد المصاريف الضرورية وكذا النافعة وذلك اذا كان حسن النية، أما البائع السيء النية فيلزم بالإضافة الى المصاريف المذكورة برد المصروفات الكمالية وهي ما اعتبرت تعويض عن الأضرار المتوقعة والغير المتوقعة³.

رابعاً: مصاريف دعوى الضمان

إن حق المطالبة بهذه المصاريف جاءت واضحة في نص المادة 375 من القانون المدني الجزائري والتي تقر بإلزامية رد البائع جميع مصاريف دعوى الضمان ودعوى الاستحقاق بإستثناء ما كان المشتري يستطيع أن يتقيه منها لو أعلم البائع بهذه الدعوى الأخيرة طبقاً للمادة 373 من القانون المدني الجزائري⁴.

فمن خلال هذه الفقرة يتبين:

أن هذه المادة الأخيرة جاءت شاملة لدعوى ضمان العيب الخفي ودعوى الاستحقاق، ولكن بما أن ما نحن بصددده يخص ضمان العيب الخفي فسيكون مجال دراستنا من هذه الفرة مصاريف دعوى الضمان دون دعوى الاستحقاق.

¹ الدكتور محمد صبري السعدي، عقد البيع، المرجع السابق، ص 349.

² الدكتور حسن فرج، المرجع السابق، ص 473.

³ وهوما قضت به محكمة النقض الفرنسية حين ألزمت البائع بدفع التعويض الذي حكم به المشتري بدفعه للغير الذي أصيب نتيجة حادث تصادم سيارة بسبب العيب الموجود فيها / قد أشار الى ذلك الدكتور عمرو عبد المنعم دبش، المرجع السابق ص272، تهميش رقم 3.

⁴ اذ تنص على " إن الرجوع بالضمان هو حق يثبت للمشتري ولو اعترف عن حسن نية بحق الغير أو تصالح معه دون أن ينتظر حكماً قضائياً متى أخبر البائع بالدعوى في الوقت المناسب ودعا له ليحل محله فيها دون جدوى، كل ذلك مالم يثبت البائع أن الغير لم يكن على حق في دعواه "

إذ يلزم البائع بجميع المصروفات دعوى ضمان العيب الخفي ولكن يقوم ذلك بعد إخطار المشتري البائع في الوقت الملائم ومحاولة تسوية الأوضاع المبيع بالتراضي مع البائع وعدم إقرار البائع بالتزامه يضطر المشتري الى رفع دعوى ضمان العيب الخفي¹.

فالمصاريف تشمل في هذه الحالة كل ما أنفقه المشتري أثناء رفعه الدعوى من أتعاب للمحامي وللخبراء وكذا الرسوم القضائية ونفقات الى المحكمة المختصة².

كما نجد المطالبة بمصروفات دعوى الضمان في القانون المدني الفرنسي وبالإضافة يلزم البائع برد مصاريف المبيع ونقله لمحل المشتري وكذا المصاريف المتعلقة بإلغاء العقد أو تجميد عمل المركبة المبيعة فترة من الزمن وكل مصاريف تاعقد والسمسرة والتسجيل ومصاريف إزالة الرهن أو التأمين أو الرسوم الجمركية.

هذا كله في حالة سدادها من طرف المشتري، وكذا جميع المبالغ التي غرمها المشتري نتيجة للبيع والتعويضات التي قضي بها لورثة المشتري الذي توفي نتيجة تناوله الشيء المبيع إذا كان صالحا للأكل والذي أدى بوفاته نتيجة للخطر الناتج عن العيب الموجود بالمبيع.

التعويضات الازمة:

والمقصود منها كل تعويض للمشتري عن كل ما لحقه من خسارة وما فاتته من كسب بسبب وجود العيب بالمبيع، وهو ما تم ذكره ضمن المادة 375 في بندها الخامس من القانون المدني الجزائري³.

إذ يفهم من هذا البند أن المشرع ترك التعويض على إطلاقه، وكذا ما هو إلا أعمال للقواعد العامة في المسؤولية العقدية حيث يعوض الدنتن عما لحقه من خسارة وما فاتته من كسب متوقع أيضاً، وهو ما أقرت به الذكر الإيضاحية بأن ليس في ذلك إلا تذكير بالقواعد العامة⁴.

¹ الدكتور محمد صبري السعدي، عقد البيع، المرجع السابق، ص 394.

² وهو ما نصت عليه المادة 375 من القانون المدني الجزائري والتي جاء فيها: " في حالة نزع اليد الكلي عن المبيع فللمشتري أن يطلب من البائع.....4- جميع المصروفات دعوى الضمان ودعوى الاستحقاق عدا ما كان المشتري يستطيع أن يتقيه منها لو أخطر البائع بالدعوى.

³ في حالة نزع اليد الكلي عن المبيع فللمشتري أن يطلب من البائع:.....5- وبوجه علم تعويضه عما لحقه من خسارة وما فاتته من كسب بسبب نزع اليد من المبيع ".
⁴ الدكتور علي حسن بخيره، المرجع السابق، ص 88 / الدكتور صبري السعدي، عقد البيع، المرجع السابق، ص 351.

كما أن حسن النية من سوئها تلعب دور كبيراً ويتمثل في التعويض عن الضرر فقط وقت إبرام عقد عند حسن النية، أما إذا كان سيء النية يعلم بالعيب فيكون مسؤولاً عن الضرر المتوقع والغير متوقع وهنا يتم تطبيق المسؤولية التابعة للقواعد العامة¹.

كما يسأل أيضاً عن الضرر غير متوقع إذا كان جهله للعيب نتيجة خطأ جسيم²، إذن فمتى توفرت الشروط اللازمة لقيام وكان للمشتري الرجوع على البائع بضمان العيب الخفي فله أن يطلب التعويض من البائع والذي يتمثل في عنصرين هما مصاريف العقد والتعويضات التي يلتزم بها البائع بسبب الأضرار الناتجة عن عيوب الشيء المباع.

كما تجدر الإشارة قبل التفصيل فيهما أن المشرع لم يقد بالتفصيل في ذلك ولم يدرج هذين العنصرين وإنما هذا ناتج عن تفسير الفقهي لهذه المادة والذي يعد منطقياً.

أ - مصاريف العقد

والتي تتمثل في نفقات المشتري في المصاريف والرسوم التي يقوم عادة بسدادها من بينها مصاريف العقد والدمغة والسمسرة وكذا كل المصاريف التوثيق والتسجيل ومصاريف إزالة الرهن والتأمين ورسوم الجمارك وغيرها من المصاريف والتي لها علاقة بالمبيع المعيب أي كل ما يتحمله المشتري قصد تنفيذ العقد³.

أما عند الرجوع إلى القانون المدني الفرنسي نجد أنه بالإضافة إلى إلزامية البائع برد مصروفات دعوى الضمان والكمالية إذا كان سيء النية والضرورية والنافعة يلزم البائع برد مصاريف المبيع ونقله لمحل المشتري وكذا المصاريف المتعلقة بإلغاء العقد أو تجميد عمل المركبة المبيعة فترة من الزمن وكل مصاريف العقد والسمسرة والتسجيل ومصاريف إزالة الرهن أو التأمين والرسوم الجمركية وجميع المبالغ التي غرمها المشتري نتيجة للبيع والتعويضات التي قضى بها لورثة المشتري الذي توفي نتيجة تناوله الشيء المباع إذا كان صالحاً للأكل والذي أدى بوفاته نتيجة للخطر الناتج عن العيب الموجود بالمبيع.

هذا التفسير الذي أخذ به الفقه الفرنسي للمصروفات التي تكون محل سرفها العقد وهي الحالات التي تقتصر عليها المادة 1646 من القانون المدني الفرنسي، لكن القضاء الفرنسي قد ذهب إلى أبعد من ذلك فلم

¹ وهوما أقرته المادة 1645 من القانون المدني الفرنسي.

² الدكتور محمد صبري السعدي، عقد البيع، المرجع السابق، ص 395.

³ الدكتورة خواص جويبة، المرجع السابق، ص 125.

يقتصر على تلك المصاريف التي ينفقها المشتري مباشرة وما ينفعه بسبب العقد وإنما تعدى ذلك إلى إلزام البائع برد المصاريف التي تم صرفها إلى تعويضات التي يدفعها المشتري للغير مما سبب له الشيء المعيب من أضرار وتقوم هذه الحالة حتى وإن كان البائع جاهلاً للعيب وهذا يعني توفير أكبر قدر من الحماية للمشتري من خلال تعويض المشتري عن كل ما ألحقه به من خسارة وكذا التقليل من المبيعات المعيبة والتي تلحق أضراراً بالغير وتعود بالخسارة على المشتري¹، وكذا محاولة إزالة التفرقة بين ما يلتزم به البائع حسن النية والبائع سيء النية، لكن رغم ذلك نجد أن القانون الفرنسي يفرق بين البائع الحسن النية، والذي يلتزم برد قيمة المبيع والمصروفات التي أنفقها بسبب العقد، والسيء النية الذي يلتزم هو الآخر إلى جانب رد قيمة المبيع بالتعويض عن كل ضرر الذي يلحق بالمشتري المتوقع منه والغير متوقع، وهو ما أقرت به المادة 1646 من القانون المدني الفرنسي بأنه إذا كان البائع لا يعلم بعيوب المبيع فلا يلزمه غير الثمن للمشتري مع المصاريف التي ترتبت على البيع.

أما نتيجة الإجهاد والذي اعتبر موسعاً للمصروفات الناجمة عن العقد فكانت تتمثل في إلزامية تعويض المشتري عما فاتته من كسب فقط من جانب البائع، وكان تبرير الاجتهاد في ذلك الأثر الناجم عن الفسخ وهو إعادة الحال إلى ما كان عليه سابقاً، وهذا الأثر يفترض إزالة كل الأضرار اللاحقة بالمشتري.

كما أن المشرع أطلق البند على عموميته ولو شاء لضيق من المعنى وهذا يستدعي التوسع ليشمل جميع المصاريف والأضرار الناجمة عن العقد وصولاً إلى المصاريف التي انفقته بدون فائدة وهو ما تم تطبيقه في قرار لمحكمة التمييز الفرنسية².

والذي تم إنتقاده من طرف الفقه من جانب أن هذا القرار يمكن تطبيقه إذا كان البائع سيء النية، وقد كان لهذا الانتقاد نتيجة وذلك بالترجع عن هذا التفسير الموسع لنص المادة السابقة الذكر، وآخر ما هو معمول به حالياً في القضاء الفرنسي الحكم ضمن حدود إذا كان البائع حسن النية أوسوء النية³.

¹ الدكتور حسن فرج، المرجع السابق، ص 475، تهميش رقم 1.

² وقد جاء في هذا الصدد قرار محكمة التمييز الفرنسية والمتعلق بضرر بالغير كان سببه عيب لاحق بسيارة أدى إلى نشوء حادث وهو ما أدى بالمشتري إلى مدعاة البائع بالضرر الذي حكم عليه به تجاه المتضرر والذي كان منطوقه: استناداً إلى المادة 1646 من القانون المدني الفرنسي فإنه يلزم بالتعويض الكامل للمشتري

« Si le vendeur ignorait les vices de la chose, il ne sera tenu qu'à la restitution du prix, et à rembourser à l'acquéreur les frais occasionnés par la vente ».

قرار صادر من محكمة النقض الفرنسية في 1925/10/21.

³ الدكتورة خواص جويبة، المرجع السابق، ص 127.

وهذا في رأينا رأي صائب وأقرب للواقع لأن عدم التفرقة بين البائع حسن النية وسيء النية يعد ظلما في حق البائع حسن النية، وهو مبدأ يفترض في أغلب العقود والعمل بغير ذلك يعد خروجاً عن القواعد العامة.

والسبب الذي أدى بالقضاء الفرنسي الى جعل البائع الحسن النية والسيء النية في مرتبة واحدة ورود المادة 1646 من القانون المدني الفرنسي مطلقة دون تحديد لكن في رأي أن المشرع الفرنسي لم يأبى إعادة القواعد العامة التي تقر بمبدأ حسن النية في قيام العقود بشتى أنواعها.

إن فأساس البند المذكور ما قبل الأخير في المادة 375 من القانون المدني الجزائري المسؤولية العقدية باعتبارها أساس التعويض عن الضرر اللاحق بالدائن بغض النظر عن نية الدائن إذا كانت حسنة أو سيئة.

زد على ذلك دعوى ضمان العيب الخفي والتي تعتبر أساساً للتعويض المذكور في نفس البند، لكن عند التمعن في النصوص الخاصة بالدعوى الأخيرة فنجدها خالية من التفرقة التي أقيمت في النصوص القانونية الفرنسية، والذي منح حق التعويض للمشتري في حالة جهله دون ذلك في حالة علمه وهو المعمول به حالياً في القضاء الفرنسي بعد عدة خلافات عبر مرور القضايا التي تخص هذا الشأن.

لكن عند الرجوع الى القانون الجزائري تفسيراً في ذلك وهو ترك التفرقة للقواعد العامة في إقتصار التعويض عن الضرر البتوقع فقط إذا كان البائع حسن النية وعن الضرر المتوقع والغير المتوقع إذا كان سيء النية¹ وهوماتم تأكيده من خلال تفسير ماجاءت به المذكرة الايضاحية المصرية للمشروع التمهيدي للقانون المدني المصري أن عدم ذكر التفرقة في النصوص الخاصة بضمان العيب الخفي مفاده تطبيق القواعد العامة إذا قام المشتري بالمطالبة بتعويضه عن الضرر الذي لحقه وكان السبب وراء ذلك العيب الموجود بالمبيع².

¹ وهوذلك البائع الذي يعلم بعيوب الشيء المبيع ويخفيها عن المشتري أو يقوم بتصريح مفاده عدم وجود عيب محدد بالمبيع، كما تجدر الإشارة الى أن القانون الجزائري يعتبر البائع سيء إذا أثبت المشتري علمه بالعيب وكذا إخفائه غشا منه وذلك إستناداً الى نص المادة 379 فقرة وكذا المادة 383 فقرة 2 من القانون المدني الجزائري واشتراط الإثبات عملاً بمبدأ إفتراض حسن النية البائع علمه بالعيب الموجود بالمبيع أما في القانون الفرنسي فيكفي للقول بسوء نية البائع علمه بالعيب الموجود بالمبيع /الدكتور حسن فرج، المرجع السابق، ص 512 تهميش 3.

² المذكرة الايضاحية، الجزء الرابع، ص 233-234. /الدكتور عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 743.

الفرع الثاني: ثبوت حق المشتري في طلب الرد الجزئي.

تقوم هذه الحالة إذا أراد المشتري الاحتفاظ بجزء من المبيع ورد الجزء الذي طرأ عليه عيب وقد قامت هذه الحالة تنفيذاً لمبدأ بناء العقود خير من هدمها، كما حرص التشريع على تحقيق ذلك بالرغم من وجود تلك العيوب الخفية في قسم من المبيع محققاً بذلك الغاية منه بتنفيذه ولو جزئياً وهذه الحالة لم يتم النص عليها ضمن أحكام الضمان بالعيب الخفي وإنما استتبطت من القواعد العامة الخاصة بالفسخ الجزئي.

كما أنني أرى أنه في حالة وجود عيب غير جسيم بالمبيع وأن هذا الأخير وارد ضمن عدة أجزاء فبإمكان المشتري أن يرد الجزء المتعيب منه دون الجزء السليم إذا كان محل البيع قابل للتجزئة، مع اشتراط أن يكون هذا العيب من غير العيوب المتسامح بها عرفاً.

كما تجدر الإشارة هنا إلى أن الرد الجزئي يعتبر خياراً بالنسبة للمشتري ونجد في هذا الصدد المادة 454 موجبات وعقود لبناني والتي تم تفسير العبارة الواردة فيها " حق المشتري " بأنها تمنح الخيار للمشتري وليس للمحكمة بين الرد الكلي والرد الجزئي بالنسبة للبيوع الواردة على شكل يسمح بالتقسيم، وذلك تبعاً لما يراه المشتري في صالحه، فالخيار هنا جوازي وليس مفروضاً¹.

إذن يمكن أن نجد هذا النوع من الرد في بيوع محلها شيئاً من الأشياء التي لا يمكن تجزئتها دون ضرر ودون المساس جذرياً بالغرض الذي أعد له هذا المبيع والمرجوا منه تحقيق من طرف المشتري، كما يمكن أن نجده ضمن البيوع التي يكون محلها أشياء متعددة أحواله وجود العيب في أصل المبيع أوفي ملحقاته.

وسنتناول هذه الحالات بالتفصيل فيما يلي:

1- الرد الجزئي الوارد على البيوع التي يمكن تجزئتها: ترد هذه الحالة في المبيعات المكونة من عدة أشياء منفصلة عن بعضها البعض ومعينة تعيناً واضحاً نافياً للجهالة والشك، وكذا في مبيع محلها أشياء مبيعة جملة واحدة إذ لا يمكن فصل جزء عن الآخر.

فأما بالنسبة للحالة الأولى نجد أنه بإمكان المشتري أن يرد المبيع لكن في جزئه المعيوب دون الجزء السليم من العيب ومقابل ذلك يسترد قيمة ما رد من المبيع أما عن وقت فلا يشترط أن يكون هذا الرد وقت التسليم وإنما هو جائز حتى بعد التسليم وهذا طبقاً لما نصت عليه المادة 443 من القانون المدني المصري

¹ الدكتور أسعد دياب، المرجع السابق، ص 201.

كما يمكن اعمال الرد الجزئي في حالة ما إذا ورد عيب في مجموعة من المبيعات تم شرائها في جملة وبثمن واحد لكن بشرط أن لا يكون الجزء المعيب هو الغرض المقصود من الشيء المبيع، وكذا أن لا يكون الجزء المعيب في المبيع أكثر من السليم في حالة وروده على البيع على وحدات متعددة وهو ما أقرت به الشريعة الإسلامية بجواز اللجوء اليه (الرد الجزئي) مع الإبقاء على حقه في الخيار في الخيار بين الرد الأخير والرد الكلي، شريطة عدم إلحاق الضرر بكلا المتعاقدين إذ يتم اللجوء إلى الرد الكلي في حالة ظهور أن الشيء المبيع لا يصلح للغرض المقصود.

وفي هذا نجد ان هناك اتفاق بين ما تقر به الشريعة الإسلامية وبين ما يقره القانون، لكن عند الرجوع الى ما اقره المرشد الحيران في مادته¹ 520 نجد أنه يقر بهذا الرد لكن يربط ذلك بالتسليم. بمعنى أن الرد الجزئي لا يمكن ان يرد في حالة عدم التسليم بالمبيع، وكل عمل من هذا القبيل يعد باطلا، كما ينطبق نفس الحكم في حالة تسلم بعض الشيء المبيع دون البعض الآخر وظهر به عيب فلا يكون له الرد أو التعويض سواء للجزء المسلم أو الغير المسلم، مما يعنى اشتراطه لقيام الرد الجزئي: تسليم كلي للمبيع ، وأن يكون محل هذا البيع أشياء متعددة وأن يظهر به العيب في جزء منه.

أما الرد الكلي فلا يكون من حق المشتري إلا في حالة رضا الطرفين بذلك والسبب في ذلك أن حق الرد يثبت لفوات السلامة المشروطة في العقد، إذ أن السلامة هنا قد ضعفت أو تلاشت، وفي هذا السياق نصت المادة 521 من المرشد الحيران على أنه " إذا بيعت جملة أشياء صفقة واحدة وظهر ببعضها عيب بعد التسليم فإذا لم يكن في تفريقها ضرر فالمشتري أن يرد المعيب منها بحصته من الثمن سالما وليس له أن يرد الجميع بدون رضا البائع " ².

أما الحالة الثانية فلا يمكن تطبيق هذا الرد عليها وذلك لما لها من أهمية في بيعها جملة من جهة ومن جهة أخرى إذا تم تجزئتها فهذا يسبب حتما ضررا³ ومثل ذلك المبيعات الواردة في شكل أزواج منها الخيول المعدة لجر عربية مثلا وكذا زوج من الطيور وغيرها من الأشياء التي لا يمكن التفريق بينها نتيجة للمنفعة الموجودة في التجمع أو لأن طبيعتها تتطلب ذلك وبالتالي يتم اللجوء في هذه الحالة إلى الرد الكلي

¹ بأنه " اذا بيعت جملة أشياء صفقة واحدة وظهر ببعضها عيب قبل التسليم فالمشتري مخير إن شاء قبلها بالثمن المسمى وإن شاء رد جميعها وليس له أن يرد المعيب وحده ويأخذ السالم "

² الدكتور السنهوري، مصادر الحق في الفقه الاسلامي، الجزء الرابع، ص 257 تهميش رقم 1.

³ الدكتور أسعد دياب المرجع السابق، ص 202.

بصفته عيبا جسيما والمتمثل في عدم إمكانية الفصل بينهما وعكس ذلك يؤدي إلى فقدان قيمة كل المبيع الذي يتسبب في ضرر يجيز للمشتري طلب هذا الرد الأخير¹.

وما أجمع عليه فقهاء الشريعة الاسلامية على أنه " اذا اشترى خفين أو نعلين أو مصراعي باب ووجد في أحدهما عيبا فله أن يردهما جميعا كأنهما في صورة شيئان، وفي المنفعة والمعنى كشيء واحد فانه لا يتأتى الانتفاع المقصود بأحدهما دون الآخر، والمعتبر، وفي الشيء الواحد وجود العيب في أحد منه ممكن رد الكل لأنه لورد المعيب خاصة لعار الى البائع بعيب حادث، اذ التفريق بينهما يمنع الانتفاع وذلك عيب في كل واحد منهما فان كان قد باع الذي ليس به عيب لم يكن له أن يرد ما بقي أو لا يرجع بشيء كما في الشيء الواحد حقيقة اذا باع بعضه..."².

أما بالنسبة لمسألة التأكد من استقلال أو انفصال الأشياء المباعة مع بعضها يرجع الى السلطة التقديرية للقضاة وذلك من خلال تفسيرهم للعقد والذي يعتمد فيه على الظروف المحيطة بالعقد والتي يمكن أن نعتمد فيها وبكثرة على طريقة تنفيذ العقد والذي يعتبر دليلا يوجه القاضي إلى الرأي الأصوب.

هذا إضافة إلى أنه إذا كان التسليم من خلال دفعات أو ضمن آجال مختلفة فهنا لا يمكن تطبيق حالة الرد الجزئي وإنما يحاسب البائع على كل دفعة لوحدها³.

إذن فدعوى الرد في حالة ما اذا كان جزئيا ترد على الجزء المعيب فقط دون إمتدادها الى الجزء السليم مع اشتراط ان يكون من ضمن العيوب الجسيمة، لأنه في حالة ما اذا كان العيب غير جسيم، فيكون للمشتري في هذه المطالبة بالتعويض عن ذلك العيب كما سنرى لاحقا.

2- العيب الوارد في أصل أو ملحق المبيع:

هناك نوع من المبيعات تتضمن ما هو أصلي وما هو تباعي، بمعنى أن الأصل يوجد حتى وإن غاب التابع أما التابع فلا يقوم بدون الأصل.

¹ الدكتور حسن فرج، المرجع السابق، ص 487.

² المبسوط للسرخسي، ص 102، أشارت الى ذلك الدكتورة خواص جويده، المرجع السابق، ص 140. وفي هذا الصدد نصت المادة الثانية من المادة 521 من مرشد الحبران على أنه " ان كان في تفريقها ضرر فله أن يرد المبيع كله أو يقبله بكل الثمن "

أشار الى ذلك الدكتور السنهوري، مصادر الحق في الفقه الاسلامي، المرجع السابق، ص 258، وكذا الدكتورة خواص جويده، المرجع السابق، ص 139.

³ الدكتور أسعد دياب، المرجع السابق، ص 202، 203.

في هذه الحالة إذا وجد عيب بالمبيع وبالتحديد في جزئه الأصلي يمكن إعتبار ذلك عيباً جسيماً رغم سلامة الملحقات وهذا يؤدي حتماً إلى الرد الكلي، حيث يكون هذا الرد بالنسبة إلى أصل المبيع ويمتد إلى توابعه أو ملحقاته ومقابل ذلك يلتزم البائع برد قيمة المبيع وتوابعه¹، أما إذا إختار الاحتفاظ بالمبيع فيكون له في هذه الحالة الاستبقاء عليه كله وليس جزئه مع المطالبة بالتعويض فقط كما سنبين لاحقاً هذا الرد الوارد في هذه الحالة كان نتيجة لتأثير العيب في أصل المبيع والغرض المقصود من البيع وما على البائع هنا إلا الرضاء باسترداد المبيع ودفع قيمة المبيع وما يرد عنه، فإذا كان محل المبيع مركبة مع توابعها ووجد العيب بالمركبة دون التوابع فنكون هنا بصدد رد المركبة وما يليها من توابع ويكون الرد قيمة المركبة وما يليها².

أما إذا وجد العيب بالجزء اللاحق وسلم الأصل منه، فهنا يجوز الرد الجزئي لكونه عيباً غير جسيم ويكون العيب لاحق بالفرع وليس الأصل، أما الرد في هذه الحالة فيكون بطبيعة الحال بالنسبة للفرع الذي طرأ عليه عيب دون الأصل.

فإذا بيع قطيع من الأبقار أو الغنم ووجد بها بقرة معيبة فهنا الرد يكون بالنسبة إلى البقرة المعيبة دون الآخرين وما على البائع هنا إلا رد ثمن تلك البقرة المعيبة³.

وعلى أساس ما تم سرده من شروط لقيام الرد الجزئي فيكون للمشتري الحق في الرجوع على البائع على أساس أحكام الرد الكلي والمنصوص عليها في المادة 375 مدني جزائري و، فيكون له أن يسترد قيمة هذا الجزء عند ظهور العيب مع المصروفات والتعويض الذي يشمل كل العناصر التي يمكن أن نجدها في الرد الكلي والتي سبق شرحها، كما يتم تعويض المشتري عما لحقه من خسارة وما فاتته من كسب أما الضرر غير المتوقع فيمكن تعويضه في حالة إثبات سوء نية البائع كما ينظر إلى قيمة المبيع سليماً وقت ظهور العيب مثل ما هو معمول به في حالة الرد الكلي، كما تجد الملاحظة هنا أنه لا يمكن للمشتري مطالبة البائع إلا في حدود الجزء المعيب والمسترد ويخضع تقدير ذلك إلى أهل الخبرة في حالة غياب الاتفاق بين الطرفين⁴.

¹الدكتور حسن فرج، المرجع السابق، ص 485.

²الدكتور اسعد دياب، المرجع السابق، ص 203.

³ومن أمثلة ذلك ما جاء به الفقه الفرنسي القديم بيع مزرعة مع الخيول التي كانت عليها، وكان أحد الخيول معيباً، فهنا يكون الرد بالنسبة للخيول المعيبة دون المزرعة ككلها باعتبار ان العيب بالفرع وليس بالأصل، أشارت الى ذلك الدكتورة جويده خواص، المرجع السابق، ص 140.

⁴الدكتور حسن فرج، المرجع السابق، ص 486.

ومن هنا تظهر أهمية اعتبار العيب الجسيم أو غير جسيم، وذلك من خلال ما ينتج من أثر تجاه العيب الأول من رد كلي أو جزئي في حالة تعدده وذلك حسب ما يقرره المشتري أما إذا كان العيب غير جسيم فيكون أثره في اغلب الأحيان التعويض عما لحقه من ضرر تجاه ذلك العيب، ومن جهتنا نرى إمكانية اللجوء إلى الرد الجزئي في حالة نشوء الحالة الأخيرة.

الفرع الثالث: التنفيذ العيني

إضافة الى حالات الرد يمكن للمشتري في حالة وجود عيب غير جسيم طبقاً للمادة 376 من القانون المدني الجزائري أنه يمكن رد المبيع لكن لاستبداله بمثل له وليس لاسترداد قيمة المبيع هذه الحالة تقوم بشرط إمكانية ذلك وهذه الأخيرة تتمثل في أن يكون المبيع من المثليات، حيث يتمكن المشتري من استبدال المبيع المعيوب بمبيع سليم¹.

ويمكن معرفة ذلك من خلال استقراء المادة القانونية الخاصة بدعوى الضمان 381 من القانون المدني الجزائري والتي لم تنص على أي إعتراض عن حالة الاستبدال بالمثل، أما ما يؤكد على اللجوء إلى هذه الحالة عند توفر شروطها المرسوم التنفيذي² والمتعلق بالقواعد العامة لحماية المستهلك والذي صرح بإمكانية استبدال المنتج في حالة تعيبه³ واعتبر ذلك من قبيل الالتزام بالضمان، وذلك لأن المنتج وبطبيعته له من المثليات هذا من جهة ومن جهة أخرى يمكن أن يكون المبيع المعيب قابلاً للإصلاح لكن ذلك لا يقوم إلا باتفاق الطرفين بالحكم بأحد الحالات المذكورة.

كما تجدر الملاحظة في المادة السابقة أن المشرع قد تعمد ترتيب الحالات في العقود الاستهلاكية وذلك باللجوء إلى إصلاح إن كان ممكناً، لكن إذا المبيع غير قابل للإصلاح يلجأ إلى استبداله إن كان له مثل والحالة الأخيرة التي يتم اللجوء إليها في الضمان هي رد الثمن⁴، وهذا دليل على شيء واحد أن

¹ الدكتور آث ملويا، المرجع السابق، ص 482-483.

² هذا المرسوم رقم 90-266 المؤرخ في 19 سبتمبر 1990 والذي ما زال سارياً بالرغم أنه يتضمن نصوصاً تطبيقية للقانون 89-02 المؤرخ في 07 فبراير 1989 المتعلق بالقواعد العامة لحماية المستهلك والذي ألغي بموجب القانون 09-03 المؤرخ في 15 فبراير 2009 الذي يتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش الذي ينص في المادة 94 منه على أن النصوص التطبيقية للقانون 89-02 تبقى سارية المفعول الى حين صدور النصوص التطبيقية التي تحل محلها.

³ إذ تنص المادة 5 من المرسوم السابق الذكر على انه: "تنفذ الزامية الضمان بأحد الوجوه الآتية: إصلاح المنتج - استبداله - رد ثمنه.

⁴ الدكتور محمد بودالي، حماية المستهلك في القانون المدني المقارن، دراسة مقارنة مع القانون الفرنسي، جامعة سيدي بلعباس، دار الكتاب الحديثة، 2006 ص 374-375.

تم الإشارة إليها من طرف الدكتورة سعدي فتية، المرجع السابق، ص 183.

المشروع يسعى دائما لبناء العقود لا إلى هدمها وتأكيدا لهذا التسلسل ألزم المشرع البائع المحترف برد ثمن المبيع عند تعذر إصلاح المنتج أو إستبداله بسبب عدم إمكانية توفير مثيل لها لإنتهائه¹.

لكن هذا لا يعني بالضرورة عدم مطالبة البائع بالتعويض في حالة الإصلاح أو الاستبدال، لأن مجرد التأخير يعتبر ضررا يجدر التعويض عنه.

أما عند الرجوع إلى رأي الفقه في ذلك فنجد أنه أعطى الحق للمشتري بأن يطالب بإصلاح العيب إن كان قابلا لذلك على أن لا يطالب البائع بجزء من الثمن، كما تم إشتراط أن لا يكلف هذا الإصلاح أكثر من قيمته أو من تخفيض الثمن وأن يكون في وقت معين لا يتعدى وقت رفع دعوى الضمان.

كما يمكن للمشتري أن يقوم بإصلاح المبيع المعيب على نفقة البائع، لكن في حالة نشوب نزاع حول قيمة التصليح بين البائع والمشتري وبالتالي رفض البائع هذه القيمة والتي اعتبرها باهضة؟ في هذه الحالة يتم الاستعانة بأهل الخبرة لتقدير قيمة الإصلاحات التي تمت على نفقة البائع، مع ملاحظة أن هذا الحق يتم المطالبة به من طرف المشتري دون البائع، وبالتالي فإن هذا الأخير لا يمكن له سلوك هذا الطريق والسبب وراء ذلك تأخير قيام أحكام ضمان العيوب الخفية.

نفترض أنه تم الإصلاح سواء من طرف البائع على نفقته أو من المشتري على نفقة البائع ثم طرأ هذا العيب من جديد، فهنا إذا طلب المشتري إعادة الإصلاح فيمكن ذلك، غير أنه إذا لم تتم إزالة هذا العيب وبقي على حاله فهنا تقوم أحكام ضمان العيب الخفي.

كما أن القانون اللبناني كان صريحا بإقراره إمكانية إستبدال المبيع في الحالة التي يكون فيها مثيل له وهذا ظاهر من خلال نص المادة 450 موجبات وعقود².

¹ إذ تنص في هذا الصدد المادة 9 من المرسوم التنفيذي 90-266 على أنه " إذا تعذر على المحترف إصلاح المنتج أو استبداله فإنه يجب عليه أن يرد ص ثمنه دون تأخير وحسب الشروط الآتية: - يرد جزء من الثمن إذا كان المنتج غير قابل للاستعمال جزئيا وفضل المستهلك الاحتفاظ به

- يرد الثمن كاملا اذا كان المنتج غير قابل للاستعمال كلية، وفي هذه الحالة يرد له المستهلك المنتج المعيب.

كما نجد في نفس الصدد المادة 7 من نفس المرسوم تقر بما يلي " يجب على المحترف أن يقومك باستبدال المنتج إذا بلغ عيبه درجة خطيرة تجعله غير قابل للاستعمال جزئيا أوكلية على الرغم من إصلاحه".

² والتي تنص على انه " إذا كان المبيع من المثليات فلا يحق للمشتري أن يطلب إلا تسليم كمية أخرى من النوع نفسه خالية من تلك العيوب "

كما أن الفقه قد فضل أن يتم الاستبدال بسرعة حتى لا يتم الرفض من طرف البائع لأن هذا الأخيرة في هذه الحالة غير ملزم بالتنفيذ حتى وإن كان المبيع من المثليات رغم ان هذا الاستبدال يكون لصالح البائع أكثر منه للمشتري وذلك لاقتترانه في معظم القوانين ومنها القانون اللبناني بانتفاء المسؤولية عن الضرر وحصره بالالتزام بالاستبدال فقط.

لكن كل هذه الأحكام ليست من القواعد العامة إذ يمكن الاتفاق على عكسها مثلا بوضع بند بالعقد يقر بأن السلع المباعة لا تستبدل ولا ترد مثلا وهذا يعنى في حالة وجود عيب بالمبيع يتم اللجوء الى ضمان العيوب الخفية والمطالبة بالتعويض مباشرة، كما يمكن أن يكون من ضمن البنود الاتفاقية تعليق الاستبدال أو الإصلاح بقبول البائع المسبق على عملية الفحص، أما النفقات والمصاريف نقل السلع المعيبة وإستبدالها بالسليمة فتكون على عاتق المشتري وليس البائع¹، وهذا هو السبب في رأينا وراء ذلك إختيار المشتري سلوك هذا الطريق.

¹ الدكتور أسعد دياب، المرجع السابق، ص 210-211-212.

المبحث الثاني: نطاق تعويض الأضرار الناجمة عن الإخلال بالضمان

لقد تحدثنا في مبحثنا السابق عن ثبوت حق المشتري في الضمان والذي ينعكس بطلب الرد الكلي والجزئي أي بحق الخيار حسب ماهو جار في القوانين، لكن هذا لن يكتمل دون التطرق الى كيفية التعويض ونطاقه وذلك من خلال وجود حالات لا يجوز فيها للمشتري سوى طلب تخفيض الثمن (المطلب الأول) بالإضافة الى طلب التعويض عن العطل والضرر (المطلب الثاني).

المطلب الأول : دعوى تخفيض الثمن

إن لدعوى تخفيض الثمن إمتداد تاريخي عريق حيث كان يثبت هذا الحق للمشتري وذلك نسبة الى تجاوب المشرع الى السياسة التشريعية التي تكون المصلحة فيها عامة أكثر منها خاصة وذلك لأن عقد البيع ناشئ عن سلسلة متواصلة من الحلقات البيع والشراء والاخلال بأحدهما يشكل خلل في باقي الحلقات ويعود سلبا على المتعاقدين وهذا ما أدى الى وجود مثل هذه دعوى لكن لا يكتمل ذلك إلا من خلال معرفة تأسيسها القانوني (الفرع الأول) وكذا كيفية تخفيض الثمن (الفرع الثاني).

الفرع الأول:التأسيس القانوني لدعوى تخفيض الثمن

بالإضافة الى الحق الممنوح للمشتري في رد المبيع سواء الكلي أو الجزئي أو التنفيذ العيني، كل حسب حالته وتوافره على شروطه نجد أن له كذلك الحق في الخيار بين رد المبيع بنوعيه أو الاحتفاظ به والمطالبة بتخفيض الثمن، حيث تقوم الحالة الأخيرة إذا كان العيب جسيما.

فإستبقاء المبيع والمطالبة بإنقاص الثمن تعد من ضمن السلطات الممنوحة للمشتري لأن المشتري هنا هو الذي يحدد ما إذا المبيع مازال مفيدا أم لا.

كما أن دعوى تخفيض تعد رومانية الأصل والقانون المدني قام بالتسمية وذلك من خلال نقله للقانون الروماني بطريقة مباشرة، إذ كان المشتري في حالة العيب الغير الجسيم يحتفظ بالمبيع ويطالب البائع بالفرق بين ثمن المبيع معيبا و ثمنه سليما، وبهذا انتقل العمل بهذا النظام من العيب اليسير إلى العيب الجسيم.

كما نجد بعض الفقهاء قد إعتبروا أن دعوى تخفيض الثمن ما هو إلا فسخ جزئي بمعنى عدم التنفيذ الجزئي الناتج عن وجود عيب بالمبيع وأساس ذلك أن البائع في حالة العيب الغير جسيم يرفع دعوى مع الاستبقاء على المبيع على المبيع الذي يلتزم بموجب هذه الدعوى برد جزء من الثمن الذي دفعه المشتري

والذي يتساوى في قيمته الجزء المعيب من البيع، إذ يقوم ذلك بتخفيض الثمن بما يوازي الفرق بين ما دفعه المشتري وبين ما يجب أن يتم دفعه في حالة كون المبيع معيب¹.

لكن عند الرجوع إلى القانون الفرنسي ومن خلال نص المادة 1644 نجد أن المشرع الفرنسي أتاح للمشتري إمكانية الإختيار بين رد المبيع أو الاستبقاء عليه مع إنقاص الثمن²، وهذا دليل على أن المشرع لورأى عدم الحاجة لكلتا الحالتين لما قام بالنص عليهما ولو استنفرد بحكم الرد دون اللجوء إلى إنقاص الثمن مع استبقاء المبيع. وهونفس الحكم المطبق في الشريعة الإسلامية³.

كما نجد أن الفقهاء من إعتبر أن دعوى تخفيض الثمن هي دعوى تعويض عن الضرر الذي يلحق بالمشتري إذ نجد إستنادهم في ذلك نص المادة 444 من القانون المدني المصري من خلال تفسيرهم لها بأن طلب الإبقاء على المبيع بالرغم من تعييبه يجيز للمشتري أن يطلب التعويض لا تخفيض الثمن وبالتالي حتى وإن تم تخفيض الثمن فيعتبر ذلك من قبيل التعويض⁴.

وهوما أكدت عليه محكمة النقض المصرية في حكمها والذي استندت فيه على نص المادة السالفة الذكر إذا إختار المشتري إستبقاء المبيع، فإنه لا يكون له أن يطالب البائع بالفرق بين قيمة المبيع سالما وقيمه معيبا وبمصروفات دعوى الضمان إذا إضطره البائع إليها وبوجه عام ما لحقه من خسارة وما فاتته من كسب بسبب العيب⁵، كما إعتبر غالبية الفقه المصري أن هذا الرأي صحيح لأن تخفيض الثمن من قبيل دعوى التعويض مع عدم التحديد كون العيب جسيم أويسير ، فمجرد الإحتفاظ بالمبيع المعيب يعد دليلا على نية المشتري بالتعويض عما أصابه من ضرر بسبب العيب الموجود بالمبيع⁶.

¹ الدكتوراة خواص جويده، المرجع السابق، ص 143.

² والتي تنص على ما يأتي:

Dans le cas des articles 1641 et 1643 ,l'acheteur a le choix de rendre la chose et de se faire restituer le prix ,ou de garder la chose et de se faire rendre une partie du prix , telle qu'elle sera arbitrée par experts »

³ المادة 526 من مرشد الحيران ام الاشارة الى ذلك من الدكتوراة خواص جويده، المرجع السابق، ص 144، تهميش رقم 2.

⁴ الدكتور السنهوري عبد الرزاق، المرجع السابق، ص 841.

فقد ساوى المشرع بين أحكام ضمان العيب الخفي وبين أحكام ضمان الاستحقاق وذلك بالإحالة من المادة 450 الى نص المادة 444 منه والتي نصت على انه إذا إختار المشتري استبقاء المبيع أو كانت الخسارة التي لحقته لم تبلغ القدر المبين في الفقرة السابقة، لم يكن له غلا أن يطالب بالتعويض عما أصابه من ضرر بسبب الاستحقاق "

⁵ نقض في 26 يناير 1976 تم الاشارة اليه من قبل الدكتور عمروأحمد عبد المنعم دبش، المرجع السابق، تهميش رقم 1 ص 296.

⁶ نفس المرجع السابق من نفس الصفحة.

كما أن للرأي السالف الذكر إنتقاد من قبل بعض الفقهاء وذلك لإعتبار أن التخفيض بمثابة تعويض وهذا غير صحيح لأن تخفيض الثمن محصور بإعادة مقدار الثمن إلى ذلك المبلغ الذي كان المشتري يدفعه لو علم بأن المبيع مصاب بعيب¹.

كما أن هناك من خرج عن هذه القواعد السابقة وأرجع طبيعة دعوى تخفيض الثمن إلى مبدأ تحمل تبعه هلاك الشيء وأساس ذلك أن العيب الخفي بمثابة هلاك جزئي يقع على عاتق البائع وذلك لكونه مدينا بالالتزام المبيع خال من العيوب وتبعه الهلاك في العقود الملزمة لجانبين تقع على عاتق المدين بالالتزام².

لكن الرأي الآخر إعتبر دعوى تخفيض الثمن من قبيل تعديل والسبب وراء ذلك أن المشرع أعطى الحق للمشتري في حالة وجود عيب بالمبيع أن يقوم باختيار الوسيلة المناسبة لإسترجاع حقه دون أخذ برأي البائع.

والأصل في العقود أنه لا يجوز لأي طرف تعديل أي بند أو شرط فيه إلا بموافقة ورضا الطرف الآخر، غير أن أحكام ضمان العيب الخفي تمنح للمشتري تعديل العقد بإرادة منفردة وهذا أساسهم الأول لإرجاع طبيعة دعوى تخفيض الثمن من بين التعديلات التي تطرأ على المبيع.

فقد جاء في حكم لمحكمة باريس أنه إذا فاقت الأتعاب الخدمة المتفق على تقديمها في عقود أصحاب المهن الحرة، فيجوز عندئذ تخفيض المبلغ الذي التزم الموكل أو العميل بتقديمه بناء على العقد³.

وقد تم إعتبار هذا الحكم من قبيل إقرار تعديل العقد بإرادة منفردة بإعطاء الحق للعميل والذي يعتبر أحد أطراف العقد بأن يقوم بتخفيض الالتزام المالي.

وفي حقيقة الأمر أن هذا التخفيض ليس بتعديل في العقد لأن صدوره كان عن طريق حكم من المحكمة المختصة أي عن طريق القضاء ولم يصدر بإرادة منفردة لأن هذا يعد تخفيضاً لالتزام العميل ناحية مقدم الخدمة عن طريق حكم قضائي وليس من جانب طرف واحد من العقد.

¹ الدكتوراة خواص جويده، المرجع السابق، ص 144.

² Saleilles, étude sur la théorie générale de l'obligation 3ème éd, 1925, p 220.

³ نقض فرنسي عرائض 12 ديسمبر 1911 - دالوز 129-01-1913 و 11 مارس 1913 دالوز 1913-408 ومحكمة باريس 9 مارس 1951 دالوز 1951-551.

تم الإشارة إلى هذا النقض من قبل الدكتور عمرو أحمد عبد المنعم ديش، المرجع السابق، ص 291، تهميش رقم 1.

أما الأساس الثاني فيتمثل في أن المشتري مخير عند توافر العيب الموجب للضمان بأن يفسخ العقد ويعود الحال إلى ما كان عليه ما بين المتعاقدين وبين أن يطلب المشتري من البائع إنقاص الثمن والاحتفاظ بالمبيع وهذا التخيير يعتبر تعديلاً للعقد نسبة لعدم الإبطال وإقامة العقد من خلال تعديله، إذ يتمثل هذا التعديل في دعوى إنقاص الثمن، وقد تم الاستناد في ذلك لما جاء في القانون المصري الغير معدل في المادة 314-338 بأن المشتري مخير عند تحقق العيب بين فسخ البيع وبين طلب نقصان الثمن مع التضمينات في الحالتين "1.

ومن مساندي هذا الرأي الدكتور عمرو عبد المنعم دبش والذي ناشد المشرع المصري بتوضيح فكرة أن دعوى تخفيض الثمن من بين التعديلات التي تطرح على العقد، والسبب وراء ذلك تمييز أحكام ضمان العيوب الخفية عن القواعد العامة المقررة بعدم تنفيذ الالتزام بوجه عام، ويكون ذلك التوضيح من خلال تعديل صياغة المادة الحالية لكونها تخالف في معناها عن المادة السابقة².

وفي هذا الصدد أقرت المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي للقانون المدني المصري الجديد " ولم يساير التقنين الجديد التقنين السابق بل جعل تقدير التعويض طبقاً للقواعد العامة في جميع الأحوال كما أنه تجنب أن يجعل التعويض بسبب الاستحقاق الجزئي قيمة الجزء الذي انتزعت ملكيته بالنسبة للقيمة الحقيقية للمبيع وقت الاستحقاق³ وهو ما جاءت به نص المادة 444 مدني مصري، حيث أن العيب إذا كان غير جسيماً فلا يكون للمشتري إلا التعويض، ويزيد التعويض وينقص حسب نية البائع إذا كانت سيئة أو حسنة، أما في حالة كون العيب جسيماً وإختار المشتري استبقاء المبيع فيكون له التعويض فقط وذلك طبقاً لما تقضي به القواعد العامة ويعوض المشتري عما أصابه من خسارة وما فاته من كسب بسبب العيب⁴.

¹ الدكتور عبد المنعم البدرأوي، المرجع السابق، ص 526.

أما السبب وراء الإقرار بدعوى بتخفيض الثمن فما جاء في نصوص القانون المدني الملغى في المادة 315-389 التي تنص على جواز رد الثمن في حالة طلب الفسخ، ونص المادة 3318-393 من نفس القانون والتي تقر بانقاص الثمن في حالة إذا كان العيب ليس بالجسامه التي تعطي الحق في الحق في طلب الفسخ " كل هذه المواد جاءت لإثبات وجود دعوى إنقاص الثمن وأنها ليس دعوى تعويضية.

² الدكتور عمرو أحمد عبد المنعم دبش، المرجع السابق، 293.

³ المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي للقانون المدني المصري الجديد، الجزء الرابع، أشار إليها الدكتور السنهوري، المرجع السابق، ص 689، هامش رقم 1.

⁴ الدكتور السنهوري، المرجع السابق، ص 740-741.

أما القانون الفرنسي فكان مساندا في الجهة اعتبار تعديل العقد وذلك بإقرارهم أن فكرة الأخيرة أساسية في بناء العقود وخاصة في مجال ضمان العيب الخفي، وهذا التعديل يجب أن يكون برضا و اتفاق الطرفين وغير ذلك يعتبر خرقا للقانون، حيث نجد في ظل ذلك إن المادة 1644 مدني فرنسي أعطت الحق للمشتري بأن يطلب الاحتفاظ بالمبيع وإن يطالب بإنقاص الثمن وليس أن يعدل بمحض إرادته¹.

ومن هنا يتضح أن القانون الفرنسي كان مؤيدا لفكرة أن دعوى تخفيض الثمن مع الإبقاء على المبيع من قبيل تعديل العقد وكان رافضا لفكرة تعديل العقد بإرادة منفردة².

إذن فطبيعة دعوى تخفيض الثمن في القانون الفرنسي ليس دعوى تعويض وإنما تبقى طبيعتها مستمدة منها باعتبارها دعوى إنقاص الثمن وهو ما تم الاستقرار عليه فقهاء القانون المدني الفرنسي³.

كما نجد من الفقهاء من إعتبر أن دعوى إنقاص الثمن هي دعوى من نوع خاص، لا تحكمها القواعد القانونية العادية التي تتضمن نشأة العقد وتعديله⁴ ومن مؤيدي هذا الرأي والآخذين به الدكتور أسعد دياب⁵.

لكن عند الرجوع إلى القانون الجزائري نجده مسائرا لفكرة القول بأن إنقاص الثمن ما هو إلا تقدير للتعويض المقرر طبقا للقواعد العامة، وعلى أساس هذه القواعد يتحدد التعويض تبعا لما أصاب المشتري من ضرر بسبب العيب حيث يتبين من خلال نص المادة 381 مدني جزائري بدعوى ضمان العيب الخفي والتي تحيلنا إلى تطبيق نص المادة 376 مدني جزائري والخاصة بالاستحقاق الجزئي في حالة العيب الغير الجسيم وكذا العيب الجسيم والذي يختار في كليهما الاستبقاء على المبيع الحق في طلب التعويض، والتعويض ليس المقصود به هنا إنقاص الثمن، وإنما التعويض المنصوص عليه ضمن القواعد العامة، وهذا يستدعي الفهم بأن التعويض يقدر تبعا لقيمة الضرر الذي لحق المشتري بسبب العيب لا قيمة الشيء المعيب لأن هذا المنظور يؤخذ به في حالة تخفيض الثمن وبالتالي فإن هذه الحالة الأخيرة لا تقدر على أساس الضرر اللاحق

¹ إذ تنص في معناها وكما سبق الإشارة إليها أنه في الأحوال المنصوص عليها في المادتين 1641 و 1643 يكون المشتري مخير بين رد المبيع واسترداد الثمن، وبين إبقائه والرجوع بجزء من الثمن يقدره أهل الخبرة".

² « qu' onresolbe le contral ,rien de de mieux ,mais qu'on le modifre au gre de l'une seulement des parties ,Boila Quiest contraire a toutes les idees juridiques »

Saleilles ,étude sur la théorie générale de l'obligation 3éme éd ,1925 , p231.

³ الدكتور عمرو عبد النعم ديش، المرجع السابق، ص 297.

⁴ الدكتورة خواص جويبة، المرجع السابق، ص 145.

⁵ الدكتور أسعد دياب، المرجع السابق، ص 207.

بالمشتري، ونجد أن هذا الحكم كان على أساس ما ذكر من عبارة في نص المادة 376 فقرة 2 من القانون المدني الجزائري¹.

إذن فالمشتري الذي يختار إستبقاء المبيع يكون ذلك تبعاً لأسبابه الخاصة فيمكن أن يرجع ذلك لما يمكن أن يعود عليه بفائدة أكثر منها ما يعود عليه من رد المبيع، وأن لا جدوى من رد المبيع أو غيرها من أسباب لكن في جميع الأحوال فقد منحت التشريعات الحق للمشتري بأن يطلب من البائع أن يرد مبلغاً من المال يساوي النقص أو العيب الذي شاب المبيع أو الضرر أي أنه مهما اختلفت طبيعة دعوى تخفيض الثمن إلا أنها في الأخير تعد جبراً للضرر أو النقص الذي تسبب فيه العيب للمشتري، ولكن ما هو مهم هنا كيف يتم تقييم هذا التخفيض؟.

الفرع الثاني: كيفية تخفيض الثمن

تختلف كيفية تقدير إنقاص الثمن باختلاف القانون والاتجاه، فالقانون الجزائري يقدر ذلك على أساس الفرق بين قيمة المبيع سليماً وقيمه معيباً وبمصروفات دعوى الضمان إذا ما اضطره البائع لرفعها أي بما لحق المشتري من خسارة وما فاتته من كسب بسبب العيب².

أما عند الرجوع إلى الفقه الإسلامي فنجد أنه يأخذ بالتخفيض النسبي، ويكون ذلك بالنظر إلى قيمة المبيع سليماً وكذا بالنظر إلى قيمته معيباً وما بين القيمتين من فرق يأخذ به كثن مسمى في العقد وعلى أساس تلك النسبة يرجع المشتري على البائع بتخفيض الثمن ومثالنا في ذلك: أن تكون القيمة الحقيقية للمبيع السليم خمسون ألف دينار وأن تكون قيمة المبيع معيوباً أربعين ألف دينار أما الثمن المدفوع من قبل المشتري فهو مائة ألف دينار فيكون مقدار الفرق بين القيمتين عشرة آلاف دينار وهي بالنسبة لقيمة السلعة خمس القيمة، فنطرح الخمس من القيمة المدفوعة من قبل المشتري ويتم احتساب مقدار النقص وهو عشرون ألف دينار وبالتالي تقدر قيمة المبيع المعيوب بثمانين ألف دينار³.

¹ والتي جاء فيها بأنه " إذا اختار المشتري استبقاء المبيع أو كانت الخسارة التي لحقته لم تبلغ القدر المشار إليه في الفقرة السابقة لم يكن له سوى المطالبة بحق التعويض عن الضرر الذي لحقه بسبب نزع اليد عن المبيع "

² الدكتور محمد صبري السعدي، عقد البيع، المرجع السابق، ص 395.

³ الدكتور عمرو أحمد عبد المنعم دبش، المرجع السابق، ص 698.

فقد أطلق على المعنى السابق كلمة أرش العيب إذ إن للمشتري الرجوع بالأرش فيقوم بتقييم المبيع بلا عيب فيقال قيمة مائة ثم يقوم مع العيب فيقال قيمته تسعون، فيعلم أنه نقص العشر من بدله، فيرجع على البائع بعشر الثمن، ولا يرجع بما نقص من قيمته، لأن الأرش بدل على الجزء الفائت، ولوفات المبيع كله رجوع على البائع بجميع الثمن ".
261

إذن فهنا يتم تقدير النقصان بتقدير قيمة المبيع صحيحا ثم تقديره معيبا ثم يؤخذ بالقسط الذي يفرق ما بين القيمتين ثم يتم إنقاص حصة نسبية من الثمن تتناسب والنقص الحاصل في قيمة المبيع نتيجة العيب¹.

فمن القوانين التي أخذت عند تقدير تخفيض الثمن عند الاستبقاء على المبيع بالتخفيض النسبي القانون الألماني²، وفي نفس الصدد نصت المادة 342 من مجلة الأحكام العدلية على أن يقوم الثوب سالما ثم يقوم معيبا فما كان بين الثمنين من تفاوت ينسب الى الثمن المسمى وعلى مقتضى تلك النسبة يرجع المشتري على البائع بالنقصان³، هذا بالإضافة إلى القانون المدني المصري القديم وبالتحديد في نص مادته 319-394 من نفس القانون⁴، والتي أقرت في معناها بأن تقدير قيمة تخفيض الثمن في المبيع المعيب إذا احتفظ المشتري به يكون بتقدير الفرق بين القيمتين ومعرفة النسبة بينهما ثم يخصم نظير هذه النسبة من الثمن المسمى وهو ما يتم العمل به في الفقه الإسلامي، لكن ما تم إغفاله في هذا القانون الجهة التي تقوم بهذا التقدير، لكن إستنادا لما هو مأخوذ به من أحكام الشرع الإسلامي فيتم اللجوء إليه لتحديد الجهة المختصة في التقدير وهم أهل الخبرة في الفقه الإسلامي⁵.

لكن التعديل القائم في القانون المصري قد غير معنى دعوى تخفيض الثمن إلى دعوى تعويض في حالة الاحتفاظ بالمبيع ويكون ذلك التعويض على أساس القواعد العامة وبالتحديد في المسؤولية العقدية، إذ يعرض المشتري عما لحقه من خسارة وما فاتته من كسب، وهذا التعويض يخضع لحكم القاضي المطروح أمامه النزاع لكن رغم هذا التقنين الواضح إلا أن محكمة النقض المصرية أصدرت حكما بإلزام البائع برد قسط من الثمن الى المشتري نتيجة لوجود عيب بالمبيع وهذا الجزء يتساوى مع النسبة التي أوجدها العيب في المبيع بعد حساب سعر المبيع خاليا من العيوب وحسابه معيبا، مع خصمها من الثمن المسمى والذي تم

¹ الشيرازي، المذهب في فقه الإمام الشافعي، للامام أبي إسحاق إبراهيم بن يوسف الشيرازي، دار المعرفة للطباعة والنشر، الطبعة الثانية، بيروت، طبعة عام 1959، ص 225 - ابن قدامة، المغني لأعلى مختصر الحرفي، دار الكتاب العربي، بيروت، 1983، ص 240.

وقد تم كذلك الإشارة الى ذلك من طرف الدكتور عمرو أحمد عبد المنعم دبش، المرجع السابق، ص 298.

² تنظر المادة 472 من القانون الألماني والذي تمت الإشارة إليه من قبل الدكتور اسعد دياب، المرجع السابق، ص 209.

³ الدكتور عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، الجزء 3، المرجع السابق، ص 257 / الدكتور أسعد دياب، المرجع السابق، ص 209.

⁴ والتي نصت على أن " تنقيص الثمن يكون باعتبار قيمة المبيع الحقيقية في حالة سلامته من العيب وقيمته الحقيقية في الحالة التي هو عليها، وتطبيق نسبة هاتين القيمتين على الثمن المتفق عليه ".

⁵ الدكتور عمرو أحمد عبد المنعم دبش، المرجع السابق، ص 299.

الاتفاق عليه في عقد البيع¹ وبهذا يتبين لنا أن التشريع المصري رغم عدم اعترافه بدعوى تخفيض الثمن إلا أنه قضائياً يتم العمل بها وهذا دليل كافي ان المشرع المصري عدل في المصطلح وليس في المعنى².

وتجدر الإشارة إلى أن تقدير تخفيض الثمن في الفقه الإسلامي ومن أخذ بأحكامه تخضع إلى أهل الخبرة بإعتبارهم أكثر دراية ودقة في تقدير النسب³.

أما القانون الفرنسي ومن خلال نص المادة 1644 من القانون المدني الفرنسي والسالفة الذكر أنه يتم تحديد الإنقاص بما يوازي الفرق بين ما دفع وبين ما يجب أن يدفع فيما لو كان المبيع معيوباً⁴.

لكن تجدر الإشارة إلى أن نص المادة السالفة الذكر لم يوضح فيها المشرع الفرنسي كيفية تقدير تخفيض الثمن في حالة الاحتفاظ بالمبيع وهذا ما أدى إلى فتح المجال للفقهاء الفرنسيين بتفسيرهم كيفية تقدير النقص اللازم من ثمن المبيع المعيب وأول ما يجب التتويه إليه أن المشرع الفرنسي ترك الحرية للمتعاقدین في إختيار الأسلوب المناسب لتحديد مقدار إنقاصهم من ثمن المبيع المعيب، وهذا ناتج عن مبدأ العقد شريعة المتعاقدين، أما في حالة عدم الاتفاق فيتم اللجوء إلى القضاء للفصل فيه والتي تقوم بدورها بتعيين خبير يقوم بهذا التقدير على أساس تحكيمي وهنا يكمن الإشكال لأن الجهة المختصة قد عينت، لكن كيفية التقدير لم تعين.

وعلى هذا الأساس اختلفت الآراء فمنهم من نادى بأن من واجب القاضي المرفوع أمامه النزاع أن يحكم للمشتري بمبلغ مالي نظير وجود العيب في الشيء المبيع ويتم تقدير ذلك على أساس الفرق الموجود بين قيمة الشيء المبيع خالياً من العيوب وبين الشيء المبيع معيوباً، وهذا الفرق بين القيمتين يخصم من

¹ نقض مدني مصري، 26 يناير 1967، مجموعة أحكام النقض سنة 18 قاعدة 40 ص 261. تم الإشارة إليه من قبل الدكتور عمرو أحمد عبد المنعم ديش، المرجع السابق 300، تهميش رقم 3.

² وقد قال الدكتور السنهوري في نفس الصدد أنه " في حالة احتفاظ المشتري على المبيع، يكون لهذا الأخير أن يطلب من البائع فارق الثمن بين قيمة المبيع سليماً وقيمته معيباً وبمصرفات دعوى الضمان إذا اضطره البائع إلى رفعها وبوجه عام ما لحقه من خسارة أو ما فاتته من كسب نتيجة هذا العيب.

الدكتور السنهوري عبد الرزاق، المرجع السابق، ص 842.

³ الدكتور عبد الرسول عبد الرضا محمد، الالتزام بضمان العيوب الخفية في القانون المصري والكويتي، رسالة دكتوراه مقدمة لكلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1974 ص 256.

⁴ ومن مؤيدي هذا التفسير للقاعدة القانونية الدكتور أسعد دياب وكذا AREF وRIPERT التي تقر في معناها " أن الجزء الذي يجب رده عند الحكم بإنقاص الثمن، يتم تقديره بواسطة الخبراء ويكون تقديرهم في ذلك تحكيمياً، إلا إذ وجد اتفاق بين المتعاقدين على الجزء اللازم إنقاصه من ثمن المبيع أو إتباع أسلوب آخر، "الدكتور أسعد دياب، المرجع السابق، ص 208
AERF: la garantie des vices caché ,these ,paris 1936 p100

الثلث المسمى للسلعة المباعة، فإذا تم تقدير قيمة المبيع خاليا من العيوب بستون ألف والمبيع المعيوب بأربعون ألف علما أن الثلث المسمى هو مائة وعشرون ألف فعلى أساس هذا التقدير يدفع المشتري للبائع مائة ألف وهي القيمة التي تم خصمها من قيمة المبيع المعيوب بمقارنتها مع المبيع الخالي من العيوب¹.

هذا من جهة ومن جهة أخرى نجد لها ميول شخصي في تقدير قيمة التخفيض ذلك من خلال مناقشة القاضي بالأخذ بوجهة نظره الشخصية والتي في نظرهم تتفق ووجهة نظر المشتري، حيث يتم الأخذ بالثلث المسمى وهو الثلث الذي يتم الاتفاق عليه بين البائع والمشتري كمقابل للمبيع و، ثم يحدد الثلث الذي كان سيدفعه المشتري لو كان على علم بالعيوب قبل إتمام البيع، والفرق الذي يجده بين هاتين القيمتين يحكم على البائع برده².

لكن كلا الوجهتين تم انتقدهما على أساس أن الرأي ما قبل الأخير رغم واقعيته إلا تقدير قيمة المبيع معيبا يعتبر من الأمور المستعصية خاصة والمبيعات بشتى أنواعها قد تتعدد بتعدد صفاتها ومميزاتها، كما انه ليس دائما المبلغ المدفوع من طرف المشتري أكثر من الثلث المقدر للمبيع وهو معيوب، فلو كان أقل لتم تحول دعوى تخفيض الثلث الى دعوى تعويض.

أما الانتقاد الموجه إلى الرأي الأخير فكان عدم إرتكازه على معيار يبين كيفية معرفة القيمة التي كان سيدفعها المشتري لو علم بالعيوب³ وهذا في رأينا غير منطقي لأنه بإمكان المشتري لو علم بالعيوب لما أقدم على الشراء وبالتالي فلا أساس للاتجاه الأخذ بالنظرة الشخصية للمشتري.

وعلى أساس هذا الانتقاد تم الاتجاه إلى آراء أخرى منها من أقر بأن على القاضي الأخذ بعين الاعتبار الثلث المسمى دون الثلث الحقيقي للشيء المبيع السليم من العيوب وعند تحديد ذلك الثلث يتم الاستعانة بخبير لتقدير الثلث الذي ينبغي أن يدفع في حالة وجود عيب بالمبيع، والفرق الموجود بين الثلث المسمى والذي تم تحديده من طرف القاضي وثلث المبيع معيوب الذي قرره الخبير هو الذي يدفع من قبل البائع للمشتري⁴.

¹ Saleilles , op ,cit , p 242

² Monier: la garantie contre les vices caches dans la vente romaine these , paris 1930,p 194-195.

³ الدكتور عبد الرسول عبد الرضا، مرجع سابق، ص 254.

⁴ Saleilles : op ,cit , p 242

ومنها من رأى إلزامية خصم جزء من الثمن المسمى يتناسب مع قيمة العيب الموجود بالمبيع وهذا الجزء يتم إعتبره كأساس لتحديد القيمة التي ترد للمشتري مقابل وجود عيب بالمبيع، فإذا فقد نصف من قيمة المبيع فإن الجزء الذي يتم رده للمشتري من طرف البائع هو نصف الثمن المسمى في عقد البيع¹.

لكن رغم التغيير في وجهة النظر إلا أنهم لم يسلموا من الانتقاد حيث تم توجيه عدة انتقادات بالنسبة للاتجاه القائل بأن تقدير تخفيض الثمن خاضع لفارق الثمن المدفوع من قبل والقيمة التي تم تحديدها من طرف الخبير منها: أن هذا الرأي لم يأخذ بالمنفعة التي عادت على المشتري من تاريخ تسلمه المبيع. وفي رأينا أن هذا الانتقاد غير مؤسس لأن في معظم الأحوال لا يستطيع المشتري الانتفاع بالشيء المبيع وخاصة إن كان العيب الموجود بالمبيع يمنعه من ذلك..

ما يعيب على هذا الاتجاه كذلك تدخل أكثر من طرف لتحديد ذلك الفرق الذي على أساسه يتم تحديد قيمة التخفيض في الثمن، وغيرها من الانتقادات التي وجهة إلى هذا الاتجاه².

أما الاتجاه الأخير فقد لاقى تأييدا نسبة إلى موضوعيته ومراعاته للعدالة بين البائع والمشتري باعتباره منطقيًا ورغم كثرة مناصري ذلك الاتجاه إلا أنه لم يسلم من الانتقاد حيث أغفل معيار الوقت وكذا لم يعر انتباها للمنفعة التي عادت على المشتري من خلال استعماله للمبيع³ والذي لم نعتبره نقدا منطقيًا.

إذن فمن خلال ما تم التطرق إليه نجد أن هناك ثلاث طرق لتقدير كيفية تخفيض الثمن:

إذ تتمثل الحالة الأولى في إعتماها على التخفيض النسبي ويتم ذلك بتخفيض حصة نسبية من الثمن وهذه النسبة تتناسب والنقص الحاصل في قيمة المبيع نتيجة العيب وقد قيل عن هذه الطريقة أنها لا تخرج الثمن من إطاره أو طبيعته القانونية وذلك عن طريق حصر دعوى تخفيض الثمن في الحدود المرسومة لها، أما الحالة الثانية فيتم تحديد النقص فيها بالفرق بين الثمن المدفوع وقيمة المبيع المعيوب، أما الحالة الثالثة فيتم التخفيض بإنقاص الثمن على أساس ما يوازي المقدار الذي نقصت فيه قيمة البضاعة فعليًا⁴.

¹ Aref: op ,cit ,p199.

² كما تجدر الملاحظة إلى إن كل الاتجاهات الفرنسية تم الإشارة إليها من قبل الدكتور عمرو أحمد عبد المنعم دبش، المرجع السابق، ص 300 الى 304.

³ الدكتور عمرو أحمد عبد المنعم دبش، المرجع السابق، ص 304.

Aref:op ,cit ,p 100.

⁴ الدكتور أسعد دياب، المرجع السابق، ص 207.

إذن فمن خلال تطرقنا إلى الحق الممنوح من طرف التشريعات للمشتري في رفعه دعوى تخفيض الثمن، هل رفعه لهذه الدعوى يمنعه من ممارسة حقه في رفع دعوى الرد بالمبيع؟ وهل العكس صحيح؟.

ولتوضيح ذلك يتم التطرق إلى هذا الحق وحدود ممارسته من خلال ما يلي:

الفرع الثالث: حق ممارسة دعوى تخفيض الثمن ودعوى الرد بالمبيع:

عند اللجوء الى القضاء الفرنسي نجد أنه منح للمشتري الحق في الاختيار بين دعوى الرد ودعوى تخفيض الثمن وذلك من خلال ما تم إصداره من قرارات قضائية منحت السلطة التقديرية الواسعة الإختيار بين الدعويين هذا بالإضافة أن إختيار المشتري رفع إحدى الدعويين لا يحول بينه وبين اللجوء إلى رفع الدعوى الأخرى لاحقاً بمعنى أن المشتري له الحق في الانتقال من الرد الى دعوى تخفيض الثمن، وكذا الانتقال من دعوى تخفيض الثمن الى دعوى الرد¹.

لكن هل يبقى هذا الحق قائماً في حالة وجود شرط بعقد البيع يقر بالتزام البائع بإصلاح المبيع أو تبديله؟

بقي القضاء الفرنسي متمسكاً بأحقية الاختيار بين الدعويين رغم توافر بند بالعقد بإلزامية إصلاح المبيع أو تبديله من قبل البائع في حالة ظهور عيب به² ووصل بهم الحد إلى درجة أن محكمة النقض الفرنسية منعت قضاة الموضوع من التدخل في اختيار المشتري أو فرض دعوى معينة، وعند تجاوز هذا الحد تقوم بإدانتهم.

لكن رغم إستقرار القضاء الفرنسي على مبدأ أحقية المشتري في الاختيار رغم وجود بند بالعقد يقر بشرط إتباع طريق معين في حالة وجود عيب بالمبيع، فقد كان محل جدال كبير من جانب الفقه، حيث ذهب معظمه الى الرد على ذلك المبدأ بأنه يخل باستقرار المعاملات ويجعل منه لعبة بيد المشتري خاصة وإن

¹ Cass.civ.2 éme ,11 juillet 1974 , Bull ,civ ,II N° 231.

Cass , com , 22 juillet 1953 , D 1953 , page 587.

Cass , civ , 1ére , 16 janvier 1985 , Bull , civ , I , n ° 27

Cass , civ , 1érs 5 Mai 1982 , Bulll , civ ,I , n° 163

Cass , civ , 1ére 23 mai 1995 , D 1996 somm.page 14.

تم الإشارة إليها من قبل الدكتورة سعدي فتيحة، المرجع السابق، ص 186، تهميش رقم 1-2-3

² Cass ,civ , 1ére , 11 juin 1980 , Bull , civ I n° 185

كان سيء النية وبنوي الإضرار بالبائع وذلك من خلال التخلص من الالتزام اللاحق بالبائع بإمكانية التصليح أو التبدل وجعله ملزم برد قيمة المبيع أو الثمن في حالة الاحتفاظ بالمبيع.

لكن البعض الآخر قد ساير الفكرة لكن من جانب آخر وهو فتح مجال الاختيار بين دعوى الرد ودعوى تخفيض الثمن في حالة ما إذا توافرت الشروط اللازمة لقيام الضمان مع كون العيب فيها جسيما مؤثرا، وغلق المجال في حالة كان العيب غير جسيم.

أومنهم من رفض الفكرة من أساسها بإقرارهم بأن المشتري لا يملك الحق في الاختيار بين دعوى الرد ودعوى تخفيض الثمن في حالة توافر بند يقر بإصلاح أو تبدال المبيع في حالة ظهور عيب به، بمعنى أن هذا الجانب من الفقه قد جعل من توافر بند بالعقد يقر بإلزامية اللجوء إلى حل من الحلول القانونية في حالة وجود العيب يعتبر حد من الحدود أو بالأحرى استثناء عن المبدأ المقر بحرية المشتري في اختيار دعوى رد المبيع أو الإنقاص من الثمن ، وهذا فتح المجال للبحث عن الاستثناءات الأخرى التي يمكن ان تحد من السلطة التقديرية الممنوحة للمشتري في الاختيار بين الدعويين. بمعنى أن يصح له إتباع دعوى واحدة دون الأخرى في القضاء الفرنسي .

إذن فمن خلال البحث في القوانين الفرنسية وجد أن القانون الريفي الفرنسي نص في مادته 7-213 على أن دعوى تخفيض الثمن والتي منحت للمشتري بموجب النص القانوني الموجود بالمادة 1644 من القانون المدني الفرنسي لا يمكن إعمالها في حالة طلب البائع رد الثمن مقابل استرداد المبيع وكذا تعويض المشتري عن المصاريف التي وقعت على عاتقه بسبب البيع من نقل وغيرها وذلك بشرط أن يكون محل البيع بعض الحيوانات¹.

وعلى هذا الأساس يمكن القول أن المشتري في حالة تصرفه بالمبيع الذي به عيب يحرم من حقه في المطالبة برد الثمن وتعويضه عن المصاريف وذلك في حالة مطالبة البائع استرداد المبيع.

¹ « l'action en réduction de prix autorisée par l'article 1644 du code civil ne peut être exercée dans les vents et échanges d'animaux énoncés à l'article L 213-2 lorsque le ven deur offer de reprendre l'animal vendu en restituant le prix et en remboursant à l'acquéreur les frais occasionnés par la vente »

وهذا ما لاقى رفضا من قبل المحاكم خاصة في حالة ما إذا كان العيب غير جسيم وطالب البائع برده له وكذا في حالة استحالة رد المبيع المعيب سواء كان بفعل المشتري أو بسبب خارج عن إرادة هذا الأخير وحصرنا الدعوى في تخفيض الثمن دون الرد بالمبيع¹.

المطلب الثاني: تحديد مضمون التعويض

لم يرد تعريف صريح للتعويض في القانون وإنما كان جانب الاهتمام ناحية الآثار المترتبة عن وقوع المسؤولية وجزاء الإخلال بها وحتى الوسائل التي يمكن اللجوء إليها للمطالبة به بها وفي هذا الصدد يتم الرجوع إلى نص المادة 124 من القانون المدني الجزائري والتي يمكن اعتبارها كأثر يترتب عن ارتكاب شخص ضرر للغير².

وإذا كان السبب وراء عدم إدراج تعريف للتعويض من ناحية التشريع فهو راجع إلى أنه مصطلح لا يحتاج إلى تعريف قانوني نظرا لوضوحه، كما يعتبر الأثر الوحيد الناتج عن المسؤولية، ويبقى دائما كل ما يطلبه المتضرر لإصلاح الضرر وجزاء للمسؤولية خاصة وأن سبب العيب الموجود بالمبيع ضررا لا يمكن معه إعادة الحال إلى ما كان عليه.

فالتعويض عبارة عن حق يستفيد منه المتضرر أو نائبه أو وكيله في حالة ما إذا كان قاصرا مثلا، أما النائب هنا هو الولي أو الوصي وإن كان محجورا عليه فالقيم وإن كان مفلسا فوكيل التفلسة كما يمكن أن يكون الوارث والدائن والمحال إليه.

وتجدر الملاحظة أن التعويض هو الوجه الإيجابي للمسؤولية بالمقارنة مع الضمان لأن هذا الأخير وكما ذهب الفقهاء إلى تعريفه هو التزام بتعويض مالي عن الضرر الحاصل للغير في حين أن التعويض هو تمكين المتضررين من جبر الأضرار التي لحقت بهم أو بغيرهم أثناء تحقق مسؤولية الشخص المتسبب في ذلك وقد يكون هذا الضرر مباشرا أو غير مباشر¹.

¹ J.Huet:garantie légale contre les vices caché , régime de la garantie ,résultat de l'action en garantie , JCP ? ARTICLES 1641 à 1649 ,fasc 320, 1994,n° 18 et suite.

تم الإشارة الى ذلك من قبل الدكتور ة سعدي فتيحة، المرجع السابق، ص 192.

² إذ تنص هذه المادة على " ان كل فعل أيا كان يرتكبه الشخص بخطئه ويسبب ضررا للغير، يلزم من كان سببا في حدوثه بالتعويض"، وقد استعمل المشرع الفرنسي كلمة réparation ليوسع من كلمة التعويض ليشمل الإصلاحات الممكنة في حالة التعيب من حالات جبر الضرر التي تعيد حالة المتضرر الى ما كانت عليه.

وبهذا التعريف نجد أن الجزاء العقابي هو النتيجة والغاية لأن الجزاء يمكن أن يسلب حرية الأشخاص بسبب إحداث ضرر جعل منه جريمة، أما التعويض فالهدف منه جبر ما سببه هذا الضرر للمتضرر، فالقاضي عند فصله في قضية ما لا يتأثر سوى بالضرر المطلوب حتى يتمكن من المساواة بين ما حصل من ضرر نتيجة العيب وما يحكمه من تعويض تجاه المدين¹.

كما نجد أن التعويض يدخل ضمن نطاقه الأضرار الجسمانية والمعنوية والمادية إذ أن المسؤولية المدنية والتي نحن بصددنا سواء العقدية أو التقصيرية التعويض فيها كمبدأ عام يكون عن الأضرار المباشرة سواء كان حالاً أو مستقبلاً، مدنياً أو معنوياً، أما الضرر الغير مباشر فلا يعرض عنه مهما بلغت جسامة الخطأ المرتكب².

وبعد أن أوضحنا ماهية التعويض ننقل الآن إلى إلزامية التعويض عن الضرر وكيفية التعويض في حالة وجود عيب بالمبيع.

بالرجوع الى نص المادة 375 من القانون المدني الجزائري والتي تقابلها المادة 443 من القانون المدني المصري على ان البائع ملتزم برد قيمة المبيع وقت نزع اليد أو كما جاء في القانون المصري على أن البائع ملزم برد قيمة المبيع وقت نزع اليد أو كما جاء في القانون المصري وقت الاستحقاق، وقيمة الثمار والمصروفات النافعة، وجميع مصروفات دعوى الاستحقاق والتي تم الإحالة إلى أحكامها من خلال المادة 381 مدني جزائري، كما نصت المادة 375 على أنه وبوجه عام تعويض المشتري عن ما لحقه من خسارة وما فاتته من كسب.

وهنا قد ثار جدال حول كل عناصر التعويض لقواعد ضمان الاستحقاق وبالتالي ضمان العيوب الخفية.

فقد ذهب أغلبية الفقهاء إلى أن العناصر الموجوده بالمادة 443 والتي تقابلها المادة 375 من القانون المدني الجزائري تدخل جميعها في مضمون عناصر التعويض على أساس قواعد ضمان الاستحقاق، والتي إعتبرت أنها نفس قواعد ضمان العيب الخفي³ أما الاتجاه الآخر فقد دحض ذلك بأن ليست جميع العناصر المذكورة في نص المادة 443 المقابلة للمادة 376 تدخل ضمن عناصر التعويض، وحجتهم في ذلك أن

¹ الدكتور حسنين علي، المرجع السابق، ص 346.

² الدكتور عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 451.

³ الدكتور لبيب شنب، المرجع السابق، ص 197.

الاستحقاق في ذاته يعتبر ضرراً يقع على عاتق المشتري يمكن حصره عن طريق الاجراءات أو الجزاءات التي نص عليها ضمان الاستحقاق ذاته، أما في حالة حدوث ضرر ناتج عن وجود الاستحقاق يجعل المشتري يحرك دعوى الضمان فيها وبالتالي فهذا الضرر يُجبرُ بالتعويض.

فصدور حكم لصالح الدائن يجبر المدين أن يرفع الضرر بسبب الاستحقاق وذلك إما برد الثمن أو قيمة المبيع وقت الاستحقاق، كما يجب عليه رد المصروفات التي اضطر المشتري لإنفاقها للوصول إلى حقه.

إضافة الى ذلك يلتزم البائع بتعويض المشتري الذي حصل على كل ما سبق من خسارة أو ما فاتته من كسب وهذا الالتزام الأخير أساسه خطأ عقدي الذي يتمثل هنا في الالتزام بالإخطار عن وجود حقوق للغير على المبيع لعلمه بذلك أو افتراض علمه بذلك ومن خلال ذلك تم إيضاح مدى علاقة الالتزام بالتعويض وبأحكام الخاصة بالاستحقاق، أما من ناحية علاقته بأحكام ضمان العيب الخفي.

فكل الجزاءات المترتبة عن ضمان العيب الخفي قد لا تكفي المشتري وتفتنعه بتقبل الضرر الذي وقع عليه جراء هذا العيب، خاصة إن كان الضرر الناتج عن العيب ضرراً مادياً كحدوث ضرر جسدي للمشتري حال استعماله الشيء المبيع، وقد يكون الضرر معنوياً في حالات أخرى وذلك ما يعود على المشتري بالاهانة مثلاً.

إن فلجبر الضرر الواقع على المشتري أوجد المشرع طريقة يستطيع بها الحصول على تعويض عن ما أصابه من الضرر حيث يمكن القول عنها أنها إجراء إضافي في معظم الأحوال¹.

إن فعلى أساس ما سبق نجد أن التعويض عن الضرر الذي يطالب به المشتري يكون الغرض منه جبر الضرر بالإضافة إلى ما تم التطرق إليه من رد للمبيع مع إستيفاء الثمن المدفوع أو إنقاص ثمن الشيء المبيع بما يتناسب مع العيب الموجود في السلعة أو مطالبة البائع بإزالة العيب وذلك بإصلاحه أو استبداله بمبيع آخر سليم ويكون ذلك وفقاً للقواعد المقررة في ضمان العيب الخفي. وتأكيداً لهذا نجد أن المحكمة الفرنسية في حال طرح نزاع أمامها يخص طلب إنقاص الثمن، فحكمت للمشتري بالطلب المعروض أي

¹ وبعيدا عن عقد البيع نجد ذلك في عقد المقاولة، فلا يكون أمام المشتري إلا أن يقوم برفع دعوى التعويض لجبر الضرر الواقع في حالة نشوء عيب في المعقود عليه الدكتور عبد الرسول عبد الرضا محمد، المرجع السابق، ص 286.

انقاص ثمن المبيع على أساس العيب وما أنتجه من ضرر والحكم بالتعويض عن الضرر السابق ويكون ذلك الحكم من تلقاء نفسه أي دون الحاجة إلى طلب من الأطراف¹.

فهل هذا يعني بالضرورة عدم تطابق عناصر التعويض والجزاء المترتبة عن الضمان ؟

هذا يعني أن التعويض يختلف عن الجزاءات المقررة لقواعد ضمان العيوب الخفية، إذ يمكن للمشتري أن يرفع دعوى التعويض كدعوى مستقلة عند النظر من جانبه أن هذه الدعوى كافية لرفع الضرر عنه، كما يصح أن يكون التعويض هو الطلب الرئيسي أو الأساسي وتجدر الإشارة هنا إلى هذا لا يمنعه من اللجوء إلى الجزاءات الأخرى التي تم الإشارة إليها وفقا لقواعد ضمان العيوب الخفية.

إذ أن المبالغ التي تلقى على عاتق البائع جراء استبقاء المبيع لدى المشتري من تنفيذ عيني أو من إنقاص للثمن لا تعتبر من قبيل التعويض، حتى وإن رجع المشتري بدعوى الرد أو الفسخ، وهذا يعني أن مصاريف العقد والمصاريف القضائية ليست هي التعويض حيث أن مصاريف العقد تقع على عاتق المشتري في حال الإبقاء على المبيع، أما المصروفات التي ينفقها المشتري على المبيع أثناء إستعماله لها، فتزد إلى المشتري وفقا لأحكام الضمان وليس كتعويض.

وبهذا يمكن التوصل إلى أن عناصر التعويض لا يمكن أن تشمل كل ما تم إدراجه ضمن المادة 443 من القانون المدني المصري وبالتالي فعناصر التعويض يمكن أن تتلخص في القانون المدني المصري في: قيمة المبيع وقيمة الثمار، بالإضافة لما لحق المشتري من خسارة وما فاتته من كسب².

فالجزاء الأخير يقوم في حالة الضرر المباشر وهو أقل ما يمكن أن يستفيد منه المصاب المتضرر جراء ظهور عيب بالمبيع بضرر في جسمه أو ما أنفقه من المال في سبيل علاج نفسه، أما تعويض الكسب الذي فاتته فيكون مثلا في حالة ما إذا قام أحد المستثمرين في مجال الصناعة بشراء عتاد فلاحى من آلات وعند تشغيله يظهر أن كل هذا العتاد غير صالح للاستعمال، فهنا يعود المشتري على البائع للمطالبة بالتنفيذ

¹ نقض مدني عرائضي 23 يوليو 1887 دالوز 1889 - 1 - 72 قد أشار إليه الدكتور عبد الرسول عبد الرضا محمد، المرجع السابق، ص 285.

² الدكتور احمد عمرو عبد المنعم دبش، المرجع السابق، ص 212-213.

الدكتور حسين علي، المرجع السابق، ص 96.

العيني سواء الاستبدال أو التصليح وتعويض المصاريف والفوائد وكل ما فاتته من كسب وما لحقه من خسارة¹.

أما عند الرجوع إلى القانون المدني الفرنسي فنجد أن أول نقطة يتم الإشارة إليها أنه لم يتم بإحالة أحكام ضمان العيب إلى أحكام ضمان الاستحقاق حيث قام بعكس ذلك من خلال النص على كل دعوى على حد ضمان الاستحقاق وضمن العيب الخفي، وهذا يعني عدم توحيد بين أحكام بعضهما، فنجد أن دعوى الفسخ ودعوى إنقاص الثمن من خلال نص المادة 1644 من القانون المدني الفرنسي نوعين من أنواع الجزاء بسبب وجود العيب الموجب للضمان².

أما التعويض فقد تم إدراجه ضمن المادة 1645 من القانون المدني الفرنسي وذلك بأن البائع العالم بالعيب يلتزم بتعويض المشتري عن الأضرار التي لحقت به نتيجة العيب إلى جانب رد الثمن المدفوع من قبل المشتري³.

أما المادة 1646 من نفس القانون فقد نصت على أن البائع الذي يجهل بوجود العيب يلتزم برد الثمن إلى جانب المصاريف التي تكبدها المشتري من أجل إبرام العقد⁴.

وبهذا يمكن القول أن المادتين الأخيرتين قد بينت مسألة التعويضات وكذا ما يدخل في نطاق التعويض وما لا يدخل في نطاقه.

أما عن علاقة العناصر التعويضية وضمن الاستحقاق فتظهر من خلال نص المادة 1640 من القانون المدني الفرنسي والتي تقر بحق المشتري في إسترداد الثمن والثمار ومصروفات دعوى الضمان، والاستحقاق وكذلك التعويضات ومصاريف العقد⁵.

¹ الدكتور حسني علي، المرجع السابق، ص 340-341.

² الدكتور عمرو احمد حسن ديش، المرجع السابق، ص 319.

³ Si le vendeur connaissait les vices de la chose, il est tenu, outre la restitution du prix qu'il en a reçu, de tous les dommages et intérêts envers l'acheteur."

⁴ اذ تنص تلك المادة على انه:

Si le vendeur ignorait les vices de la chose, il ne sera tenu qu'à la restitution du prix, et à rembourser à l'acquéreur les frais occasionnés par la vente.

⁵ تنص المادة 1640 من القانون المدني الفرنسي على انه:

Lorsque la garantie a été promise, ou qu'il n'a rien été stipulé à ce sujet, si l'acquéreur est évincé, il a droit de demander contre le vendeur:

1° La restitution du prix ;

2° Celle des fruits, lorsqu'il est obligé de les rendre au propriétaire qui l'évince ;

ففي هذا الصدد ذهب بعض الفقهاء الى اعتبار كل العناصر الموجودة بالمادة السابقة الذكر من قبيل التعويض¹ أما الرأي الآخر فقد أقر بالبعض دون الآخر، حيث أخرجوا من دائرة التعويض الفقرة الأولى من المادة 1640 من القانون المدني الفرنسي وهي رد الثمن، وما تبقى رد بالثمن والمصروفات سواء كانت الخاصة بالعقد أو بالدعوى وسواء كانت الخاصة بالضمان أو بالاستحقاق في حد ذاتها² وهو الرأي الذي تم تأييده من قبل الدكتور عمرو أحمد دبش وذلك لفصله التام بين ما هو ثمن للمبيع والتعويض إذ أن هذا الأخير ماهو إلا مبلغ من النقود يُعطى للمضروور لجبر الضرر، وبهذا لا يمكن إدخال قيمة المبيع ضمن قيمة التعويض لأن طبيعتها محددة في حين أن التعويض يمكن أن يزيد ويمكن أن ينقص بحسب الحالة³، وفي رأينا أن هذه ليست بالحجة التي تستحق التأييد لأن أغلبية البنود كانت من قبيل التعويض والتي تعتبر في حقيقة الأمر حق من الحقوق التي اللازمة على البائع تجاه المشتري أما التعويض فيكون إضافة الى كل هذه المصروفات.

أما الرأي الذي يمكن أن يكون صائبا نوعا ما من بين الآراء الأخرى هو الذي يعتبر أن مضمون التعويض وفقا لنص المادة 1640 من القانون المدني الفرنسي والسالفة الذكر تخص فقط زيادة القيمة والمصاريف الخاصة بالعقد إذ لا يهم إن كان الزيادة في قيمة ما تم صرفه من قبل المشتري على المبيع أو بسبب حادث مفاجئ⁴.

هذا من جانب الاستحقاق أما من جانب ضمان العيب الخفي وعلاقته بالتعويض فكان التشريع صريحا في ذلك كما سبق البيان ما يرد بموجب دعوى الضمان وما يعوض عن الأضرار اللاحقة بالعيب الخفي من خلال النصوص القانونية 1645 و1646 من القانون المدني الفرنسي.

إلا أن القضاء الفرنسي ومن خلال تطبيقه لهذه المواد وإصداره أحكاما تخص ذلك نجد أن هناك نوعا من الخلط بين ما هو تعويض وما هو رد وذلك من خلال ما تم الحكم به من محكمة النقض الفرنسية بإلزام البائع تعويض المشتري عن كل المصاريف إعادة البيع وكان حكمها استنادا إلى نص المادة 1646 من

³ Les frais faits sur la demande en garantie de l'acheteur, et ceux faits par le demandeur originaire ;

⁴ Enfin les dommages et intérêts, ainsi que les frais et loyaux coûts du contrat.

¹ Aubry et Rau: 5 eme Ed par Bartin ,T.V.P 355.

تم الإشارة الى ذلك من قبل الدكتور عمرو أحمد عبد المنعم دبش، المرجع السابق، ص 316

² Laurent:princeps de droit civil frencais paris 1970.

³ الدكتور عمرو أحمد عبد المنعم دبش، المرجع السابق، ص 317.

⁴ H.Mazeaud , la responsabilité civile du vendeur fabricant ,rev , trim , dr , civ , 1995 page 513.

القانون المدني الفرنسي لما ورد فيها من تعويض للمشتري عن كل المصاريف التي تكبدها من أجل إبرام عقد البيع في حالة ما إذا كان البائع جاهلاً بوجود العيب بالمبيع".

إذ أن الخلط هنا ظاهر ناحية المادة المطبقة إذ يجب تطبيق المادة 1645 وليس المادة السابقة الذكر من القانون السابق لأن البائع هنا قد إعتبر في رأي بعض النقاد سيء النية وذلك يعود لإفترض علمه بالعيب وحثهم في ذلك الوقائع المبينة لرفع الدعوى، حيث أن محل البيع كان يتمثل في كمية من السماد من إنتاج البائع وعند بيعها فإن أي مشتر يشتري السماد كان لغرض إعادة البيع والبائع هنا على علم بهذا الإجراء، ولهذا تم إعتبره سيء النية والمادة الواجب تطبيقها تلزم البائع بتعويض المشتري عن جميع الأضرار التي لحقت به بسبب العيب لكن في حالة العلم بوجود هذا العيب والافتراض بالعلم كان ناتجا عن إعتبر البائع منتجا وتاجرا في نفس الوقت، إذن فالمقصود هنا أن السند القانوني الذي إعتده القضاة ليس سليما لكن الحكم الصادر كان عادلا وسليما¹.

لكن سرعان ما عدلت من أحكامها من خلال نقض وجه إلى قضية طرحت أمامها والتي أعطت لمصاريف العقد معناها الحقيقي حيث قضت محكمة تولوز واستنادا إلى نص المادة 1646 من القانون المدني الفرنسي بإلزام البائع بجميع تعويضات إعادة البناء التي كان قد تهدم بسبب حريق ناجم عن عيب في تركيب المدخنة إذ أن هذا الحكم تم رفضه من قبل محكمة النقض بإصدار قرار مضمونه أن العبارة المذكورة لا تشمل التعويضات التي قضت بها محكمة تولوز في 27 يونيو 1955 إذ يعتبر حكمها مناقضا لما جاءت به المادة التي تم الاستناد عليها وبهذا يمكن القول أن القضاء الفرنسي فرق بين الجزاءات المترتبة عن العيب الخفي فمنها ما يرد بموجب دعوى الضمان ومنها ما يتم التعويض عنه على أساس الأضرار الناجمة عن العيب الخفي².

أما السبب وراء تخلف محكمة النقض الفرنسية عن هذا النقد قبل ذلك راجع التفسير المتعلق بالمادة 1645 السابقة الذكر حيث تم حصر مفهوم الأضرار الناجمة عن البيع في عدم صلاحية المبيع للغرض

¹ نقض مدني فرنسي ، عرائض 29 يونيو 1847 - 1 - 187. أشار الى ذلك الدكتور عمرو احمد عبد المنعم ديش، المرجع السابق، ص 318، تهميش رقم 3.

² نقض مدني فرنسي في 10-فبراير 1959 - دالوز 1959 - 117 أشار الى ذلك الدكتور عمرو احمد عبد المنعم ديش المرجع السابق، ص 319، تهميش رقم 1.

المقصود من المبيع¹ لأن الأضرار التي يسببها العيب والتي تمس المشتري أو غيره في النفس أو المال لم تظهر إلا بعد التطور الصناعي وما واكبه من تنوع للمنتجات والمبيعات.

وهذه الإلتفاتة جعلت من القضاء جهة موسعة لتفسير التعويضات التي تقع على عاتق البائع سيء النية في حالة نشوب عيب بالمبيع أدى الى الأضرار بالمشتري²، لأن الاعتماد على النصوص القانونية بمفهومها اللفظي يؤدي الى حصرها في الأضرار التجارية أو الاقتصادية دون غيرها³.

هذا بالإضافة إلى أن دعوى التعويض يمكن أن ترفع مستقلة عن دعوى الرد أو دعوى تخفيض الثمن المعمول بها في القانون الفرنسي، لكن هذا لا يمنع أن تصاحبهم، أما عن عبئ الإثبات في حالة مطالبة المشتري بالتعويض فتقع عليه وذلك بإثبات العيب والضرر والعلاقة السببية بينهما⁴.

لكن بعض الفقه الفرنسي في هذا الصدد كان له رأي آخر حيث أوجب إقتصار ضمان العيب الخفي في التعويض عن الأضرار التي تلحق بالمبيع وترك التعويض عن الأضرار التي يتسبب فيها للقواعد العامة، لكن هذا الرأي كان محل انتقاد لأن هذه القواعد لا توفر الحماية اللازمة للعيب وإنما تتوفر بالالتجاء إلى الالتزام بالسلامة والتي تقوم على أساس أحكام المسؤولية العقدية، أما الغير فيكون له الحق في التعويض بعد ظهور الالتزام بالسلامة إذ يتم تعويضه على أساس المسؤولية التقصيرية وليس المسؤولية العقدية⁵.

أما عند الرجوع الى القانون الجزائري وبالتحديد الى النصوص الخاصة بالضمان وكما سبق التوضيح فان المشتري الدائن له حق الرد بالمبيع سواء كان هذا الرد جزئيا أو كليا بحسب الحالة واسترداد المبالغ التي تم شرحها في المواد 375 من القانون المدني الجزائري، وهذا يقوم بشرط اثبات أن العيب الذي وجد في المبيع قد كان مؤثرا لدرجة أنه لو علم به لما إتجه الى إبرام عقد البيع من أساسه، لكن بالرغم من هذا إلا أن المشرع منحه الطريق الثاني وهو الاستبقاء على المبيع ومطالبة البائع بالتعويض.

¹ H.Mazeeaud, op.cit. , page 611.

² Capitant et F.Terré et Y. Lequette: les grands arrêts de la jurisprudence civile , précité , page 487 et 488.

تم الإشارة الى ذلك من قبل الدكتورة سعدي فتيحة، المرجع السابق، ص 196.

³ Brun Philippe: les présomptions dans le droit de la responsabilité civile ,précité , page 42

⁴ الدكتور سعدي فتيحة، المرجع السابق، ص 196.

⁵ Cass.civ. 1ère.16 mai 1984 ,D.,1985 , 485 , note J.HUET. et cass ,civ.1ère 20 mars 1989 , bull ,civ ,I N° 137 ,D 1989 , 381 ,note malaurie.Et Cass , civ .1 ére , 4 avril 1991 , bull , civ , I n° 201 , Et Cass , civ 27 janvier 1993 , Bul , civ , I, n° 44.

تم الإشارة اليه من قبل الدكتورة سعدي فتيحة، المرجع السابق، ص 196.

أما إذا كانت درجة جسامة العيب لا تؤثر في المبيع حيث لو علم به المشتري لأقدم على الشراء فليس له هنا سوى المطالبة بالتعويض عن الضرر الذي لحقه بسبب العيب عن طريق دعوى التعويض.

ومن هنا تجد أن التعويض في القانون الجزائري وبالتحديد في النصوص القانونية الخاصة بالضمان وردت ثلاث حالات تتمثل الأولى في ما جاء في النص المادة 375 وهي حالة وجود عيب جسيم وما يرجع به المشتري على البائع في الفقرة الأخيرة منها " وبوجه عام تعويضه عما لحقه من خسارة وما فاتته من كسب " وقد تم شرح معناها.

وكذا في نص المادة 376 مدني في الفقرة الثانية في حالة إختيار الإستبقاء على المبيع سواء كان العيب جسيما أو غير جسيم والمقصود بالحالة الأخيرة إذا كان الخسارة التي لحقته لم تبلغ القدر من الجسامة المشار إليها في الفقرة الأولى من نفس المادة ولا يكون أمامه سوى المطالبة بحق التعويض عن الضرر الذي لحقه بسبب العيب الموجود بالمبيع وهذه الحالة سماها المشرع الفرنسي "دعوى إنقاص الثمن " كما سبق التوضيح في دعوى إنقاص الثمن.

إذ تجدر الإشارة الى وجود إختلاف بين هتين الدعويتين وذلك تبعا للقانون الواجب التطبيق والخاص ببلد معين حيث أن التخفيض محصور بإعادة مقدار الثمن الى المبلغ الذي كان المشتري سيدفعه لو كان علم بالعيب الموجود في المبيع أما التعويض فيكون من البعد ما يفوق مقدار الثمن الذي كان سيدفعه لو علمه قبل التعاقد إذ يدخل ضمن هذا التعويض عدة إعتبرات وهو ما قالت به أغلبية الفقه والقضاء الفرنسي، حيث جعلت دعوى تخفيض الثمن مستقلة عن تلك الدعوى الخاصة بالتعويض رغم وجود الأغلبية منهم تفر بأن دعوى إنقاص الثمن ما هي إلا دعوى تعويض.

إن فرغم عدم دحض التشريع الجزائري لفكرة الإنقاص من الثمن لكن إعتبرها تقديرا للتعويض المقرر طبقا للقواعد العامة وعلى أساس تلك القواعد يتحدد التعويض تبعا لما أصاب المشتري من ضرر بسبب العيب وذلك بموجب أن المشرع الجزائري منح للمشتري الحق في طلب التعويض عن الضرر الذي لحقه بسبب الغير قياسا على الاستحقاق الجزئي وليس إنقاص وتخفيض الثمن¹.

¹ الدكتور خوص جويده ، المرجع السابق، ص 147-148.

الفرع الأول: شروط التعويض

إن المبدأ الأساسي في قيام العقود حسن نية كل متعاقد سواء كان بائع أو المشتري، وهذا يبين مدى أهميتها.

الشرط الأول:

ألا يكون المشتري طالب الضمان عالما بوجود العيب بالمبيع إذ يفهم من ذلك أن نية المشتري تلعب دورا كبيرا حيث أن علم هذا الأخير بالعيب الموجود في المبيع يجعل منه سيء النية، وبالتالي يفقد المشتري حقه في الضمان وهو ما جاء في نص المادة 379 فقرة 2 من القانون المدني الجزائري.

كما أن هذا العلم لا يكون علما غير مؤكد وإنما يجب أن يكون علما يقينيا نافيا للجهالة، إذ يصل الى درجة أنه يعلم بمدى جسامته هذا العيب ومدى تأثيره بالمبيع.

لكن هناك استثناءات لهذه القاعدة أي أنه رغم علمه يقوم بالرجوع بالضمان ولما كان له الحق في الرجوع بهذا الأخير كان له الرجوع بالتعويض وذلك في حالة علمه بالعيب الموجود بالمبيع مع عدم توقعه أن يؤدي ذلك العيب إلى النتائج التي تعود عليه بالضرر أي أن لم يتوقع أن تكون درجة تأثيره كبيرة لحد الإضرار به، ففي هذه الحالة لا يسقط حقه في الضمان وبالتالي فله أن يطالب بالتعويض المستحق، إذ يعتبر في هذه الحالة حسن النية وليس سيء النية¹.

وهذا ما أقرت به محكمة النقض المصرية بأن العلم المسقط لدعوى الضمان للعيب الخفي هو العلم الحقيقي دون العلم الافتراضي والمقصود هنا العلم من جانب المشتري².

الشرط الثاني :

تنص المادة 1645 من القانون المدني الفرنسي على أن البائع الذي يعلم بوجود العيب ويكون ملزما بتعويض المشتري عن جميع الأضرار التي لحقت به بسبب العيب.

¹ الدكتور عبد الرسول عبد الرضا محمد، المرجع السابق، ص 297.

² نقض مدني مصري 14 يونيو 1962، مجموعة أحكام النقض، سنة 13 قاعدة 121 ص 808. قد أشار الى ذلك الدكتور عمرو أحمد عبد المنعم ديش، المرجع السابق، ص 320.

ويفهم من نص المادة أن التعويض يستلزم أن يكون البائع على علم بالعييب وذلك لجبر الضرر الذي أصاب المشتري، وأن يقوم بإخفاء هذا العيب عن المشتري.

إن أول ما يتم التأكد منه في حالة رفع دعوى التعويض عن الأضرار الناجمة عن العيب الخفي الموجود بالمبيع سوء نية البائع، لأن أساس قبول الدعوى موضوعا.

وهو ما تم فرضه على قضاة الموضوع عند الفصل في مثل هذه القضايا من طرف محكمة النقض المصرية وكذا من جانب المشرع¹.

كما تجدر الإشارة إلى أن العقود تقوم على التعامل بحسن النية وتقوم به سواء من جهة البائع أو من جهة المشتري أي أن حسن النية مفترض في العقود بحسب الأصل.

لكن هذه القاعدة يستثنى منها البائع المحترف، فهذا الأخير تفترض سوء نيته التي كانت في البداية تعتبر قرينة بسيطة يجوز إثبات عكسها وبجميع الطرق، لكن سرعان ما تحولت إلى قرينة قاطعة لا يجوز إثبات عكسها.

لكن هل هذه الحالة الأخيرة أي القرينة القاطعة تسقط حتى وإن كان الطرف الآخر من نفس مرتبة البائع أي إحترافية المشتري ؟

البائع المحترف هنا لا يمكن اعتباره جاهلا بالعييب لأن القرينة القاطعة لا تقبل إثبات العكس وبالتالي عدم التأثير بجهل أو علم المشتري بها، وهذا ما تم تأكيده من طرف محكمة النقض الفرنسية حين ذهب إلى نقض قرار لقضاة الموضوع مفاده رفض إعمال قرينة العلم بالعييب في مواجهة بائع محترف ضد مشتري من نفس صنفه أي محترفا مثله وكان تأسيس هذا النقض على أن البائع المحترف لا يمكن اعتباره جاهلا لمجرد كون الطرف الثاني محترفا وإنما تبقى صفته،² وهوما استقرت عليه المحاكم الفرنسية في أحكامها منذ القدم حيث تم تشبيه البائع ذي الحرفة سواء كان صانعا لما يبيعه أو تاجرا فيه، فكليهما يعتبر عالما لما يصنعه ولما يبيعه³.

¹ Cass , civ Ière 25 juin 1968 , bull , civ I N° 183 ET CASS , com. 22 juin 1967 , bull , civ II N°26.

² Cass , com. ,21 janvier 1992 , in contrats ,concur et consomm ,mai 1992.

تم الإشارة إليه طبقا جريدة ص 198 تهميش 1.

³ الدكتور عمرو أحمد عبد المنعم دبش، المرجع السابق، ص 220 /الدكتور حسن فرج، المرجع السابق، ص 477.

أما بالنسبة للقانون المصري والجزائري باعتبار أن لهم نفس أحكام الضمان تقريبا فنجد أنه وبمناسبة الإحالة التي يقوم بها القوانين في ضمان العيب إلى قواعد ضمان الاستحقاق والتي لم تشترط سوء أو حسن نية البائع لقيام بالمطالبة بالتعويض وذلك عكس ما ذهب إليه التشريع الفرنسي، لكن ما كان مشابها ومسايرا والقانون الفرنسي افتراض علم البائع المحترف بالعيب¹.

1- الحالات التي يثبت فيها التعويض.

أ - في حالة التصرف بالمبيع:

بعد أن يقوم المشتري بتسلم الشيء المبيع يقوم بالتصرف فيه ويكون هذا التصرف قانوني والذي يتعذر معه على المشتري رد المبيع إلى البائع كالهبة والبيع والمقايضة وغيرها من التصرفات، وإن لم يكن هذا هو القصد من شراء فيكون إذن قصده استعمال المبيع استعمالا قد يحوله إلى شيء آخر وبالتالي قد يؤدي هذا الأخير إلى النقصان في قيمة الشيء المبيع أو الزيادة بالمبيع وسنعالج كل حالة على حدة.

1- حالة التصرف القانوني بالمبيع:

المبدأ الأساسي في هذه الحالة يستشف من نص المادة 379 فقرة 2 من القانون المدني الجزائري والتي تقر في معناها بأن البائع لا يكون ضامنا للعيوب التي يعلم بها المشتري وقت البيع²، ويفهم من هذا المعنى أن المشتري الذي يكون على علم بالعيب ويقوم بالتصرف بالمبيع المعيوب يعتبر راضيا بالحالة التي يكون عليها المبيع وبالتالي توافر شرط العلم يحرم المشتري من الرجوع على البائع بالضمان بما في ذلك الرد، التعويض، لأن تعمده بالتصرف بالمبيع من جانبه أو من جانب آخر يكون هو المسؤول عنهم سواء بهدف رفع القيمة أو الإنقاص من قيمة وصلاحية المبيع، إذ يعد تنازلا ضمنيا عن حقه في الضمان.

لكن في حالة ما إذا كان هذا التصرف مع انتفاء العلم بالعيب من جانب المشتري فهل يسقط حقه في

الضمان؟

إذا نظرنا إلى الحكم على هذه الحالة من منظور الشريعة الإسلامية، يسقط حق المشتري في الخيار لأن السبب الرئيسي وراء امتناع الرد هو المشتري أو من هم تحت مسؤوليتهم وقد شبه الشريعة الإسلامية ذلك بإتلاف المبيع أو بيعه أو هبه أو تسليم المبيع، وهو غير عالم بالعيب سقط حقه في الخيار لكن هذا المبدأ ليس

¹ الدكتور عمرو أحمد عبد المنعم ديش، المرجع السابق، ص 320.

² والتي تنص على ".... غير أن البائع لا يكون ضامنا للعيوب التي كان المشتري على علم بها وقت البيع.....".

مطلقا وإنما له استثناء وذلك في حالة زوال هذا التصرف الذي قام به المشتري ورد إليه المبيع إذا كان ذلك ممكنا، وبهذا يقوم حق هذا الأخير بالخيار من جديد برد المبيع واسترداد الثمن أو الإبقاء عليه وإنقاص الثمن¹.

لكن هذا التشديد الذي نجده في الشريعة الإسلامية والتي تحرم المشتري من التعويض في حالة تصرفه في المبيع ولودون علمه، قد تم تخفيفها من قبل التشريعات، وذلك من خلال الرجوع إلى القواعد العامة بمنحه حق الرجوع بالتعويض على البائع دون أن يكون له الحق في الرد، وأساس ذلك انتقال ملكية الشيء المبيع من المشتري الأول إلى المشتري الثاني عن طريقه، وهذا ما يحول بينه وبين حقه في الرد وكذا لا اعتبار المشتري الأول ضامنا للتعرض والاسترداد بالنسبة للمشتري الثاني.

وهذا المانع الذي كان السبب الرئيسي فيه المشتري لا يترك مجالاً إلا بالتعويض عن الضرر الذي أصابه بسبب العيب الموجود بالمبيع ولكن لهذه القاعدة إستثناء وهو حالة الرجوع المشتري الثاني على المشتري الأول بالضمان بدعوى الرد الكلي وبالتالي ينتفي المانع القائم بين المشتري الأول والبائع ويصبح له حق الرجوع بالرد من جديد².

وبهذا يمكن القول هذه الحالة غالباً ما تكون لأن معظم المشتريين يكون هدفهم الرئيسي من الشراء التصرف في ذلك الشيء وهذا التصرف يؤثر بطبيعته على دعوى الضمان وما يترتب عنها، فإذا كان للمشتري علم بالعيب حرم من حقه بالضمان نتيجة الى سوء نيته أو تهاونه، أما إذا لم يكن له علم بالعيب إكتفى بالتعويض لعدم توافر شروط الرد بالمبيع.

ومن بين القوانين التي كانت صريحة في ذلك القانون العراقي وذلك من خلال نص المادة 566 موجبات وعقود والتي أفرت بانه " إذا إطلع المشتري على عيب قديم في المبيع ثم تصرف فيه تصرف المالك سقط خياره³ حيث يفهم من ذلك أن قيام المشتري بالتصرف بالشيء المبيع قبل علمه بالعيب يجعل حق هذا الأخير مقتصرًا في حقه في المطالبة بالتعويض.

¹ المغنى لابن قدامه، الجزء الرابع، ص 174-175، الدكتور السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، الجزء الرابع ص 261. كما تم الإشارة إلى ذلك من قبل الدكتورة جويده، المرجع السابق، ص 153.

² الدكتور عبد الرزاق السنهوري الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، البيع والمقايضة، المرجع السابق، ص 749.

³ قد اشار الى ذلك الدكتورة مراد قرفي، دعوى الضمان القانوني لعيوب المبيع، مذكرة لنيل درجة الماجستير في القانون، فرع العقود والمسؤولية، جامعة محمد بوقرة، كلية الحقوق والعلوم التجارية، سنة 2006، تهميش رقم 2، ص 99

ب- في حالة استعمال هذا المبيع:

من البديهي أن يكون الغرض من هذا الشراء الاستعمال وهذا الأخير قد يؤدي إلى تحوله إلى مبيع آخر وهذا التحول قد يؤدي إلى النقصان أو الزيادة في الشيء المبيع.

ففي حالة الزيادة في الشيء المبيع بعد التسليم الحاصل بين البائع والمشتري لم يحظى بنصوص قانونية صريحة من جانب التشريعات سواء في التشريع الجزائري أو المصري وحتى في قانون الموجبات والعقود اللبناني وحتى المغربي لكن الشريعة الإسلامية كانت عكس التشريعات وأولت هذا الجانب إهتماما ودليل ذلك تعدد الآراء والفصل بين الحالات.

فالحالة الأولى كانت تتمثل في وجود زيادة في المبيع بعد التسليم وتكون هذه الزيادة إما زيادة متصلة متولدة عن الأصل، أو زيادة متصلة غير متولدة عن الأصل، فبالنسبة للحالة الأولى يكون للمشتري حق الرد بالمبيع إذا اختار ذلك ويكون هذا الرد مع الزيادة الواقعة عليه وبالمقابل يسترد قيمة المبيع¹، وهونفس الحكم بالنسبة إلى الحالة الثانية إلا أنه يرجع المشتري على البائع بنقصان الثمن في حالة الرد لكن بالنسبة إلى بعض الفقهاء دون البعض منهم الشافعية والحنابلة الذين ذهبوا إلى منع رد المبيع المعيب ولورضي البائع بذلك واقتصروا على حق المشتري في هذه الحالة على المطالبة بالتعويض عن النقص الحاصل بسبب العيب الموجود بالمبيع، كما لم يعطوا أهمية إلى وقت حصول الزيادة، إذ يتم تطبيق هذا الحكم سواء كان ذلك قبل التسليم أو بعده والعلة من ذلك اعتبار الزيادة الحاصلة تصرفا في الشيء المبيع الذي يعتبره المشتري في حوزته. أما الحجة التي اعتمدها مؤيدو عدم الامتناع عن الرد بالمبيع ما حصل من زيادة بالمبيع في ضمان المشتري، وبالتالي الرد بالمبيع مع تلك الزيادة يعد ربحا بالنسبة للبائع، ورده دون الزيادة المتصلة الغير متولدة من الأصل يعد في رأيهم ربا لبقائها في يد المشتري بلا ثمن².

¹ وهو ما تم تسميته من قبل المالكية بالزيادة في عين المبيع دون أن يحدث عليه تغيير و الحكم فيه عند بعضهم بالامتناع عن الرد والاستبقاء على الحق في المطالبة بالتعويض عن نقص العيب، أما البعض الآخر فكان رأيه من الآراء المقررة للمشتري بحق الخيار بين رد المبيع واسترداد كل الثمن لكن دون الزيادة الحاصلة، وبين الاستبقاء على المبيع والمطالبة بالتعويض عن العيب الموجود بالمبيع.

عبد الرحمن الجزيري، كتاب الفقه على المذاهب الأربعة، الجزء الثاني، قسم المعاملات، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع بدون طبعة، بدون سنة نشر، ص 207.

² الدكتور السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص 260.

ومن أمثلة النوع الأول وذي تكون زيادته متصلة ومتولدة من الأصل كبر العجل، الزيادة في وزن الدابة وأما النوع الثاني والمتمثل في الزيادة المتصلة والغير متولدة عن الأصل البناء على الأرض وترميم بيت وصباغته وهي الحالة التي أجازت فيها المالكية بخيار المشتري بين أن يرد المبيع كله ويسترد الثمن إضافة إلى نصف الثمن المصروف على المبيع المعيب أو الاستبقاء على المبيع مع المطالبة بالتعويض عما لحق به من ضرر بسبب العيب الموجود بالمبيع¹.

أما الحالة الثانية فالزيادة فيها منفصلة ويكون هذا الانفصال متولد من الأصل أو غير متولد منه، فالحالة الأولى تكون فيها الزيادة تتعلق بالمبيع لكن ليست من جنسه إذ يمنع الرد بالمبيع المعيوب فيها ويكون ذلك بعد التسليم وليس قبله، وهو ما أقرته الشافعية والحنابلة ومثال ذلك الزيادة في المحاصيل الزراعية من إنتاج وثمار الأشجار فإذا تم الإنتاج أو الإثمار قبل التسليم كان من حق المشتري ردها بثمرها أما إذا كان الإنتاج أو الإثمار بعد التسليم فيسقط حق المشتري في رد المبيع، لكن بعض من فقهاء الشريعة الإسلامية ومن بينهم المالكية قد فرقوا بين ما إذا كان هنالك اتفاق بين أطراف العقد بأن تكون الثمار أو الإنتاج من حق البائع في حالة ما إذا قام هذا الأخير بتلقيح الأشجار والمحاصيل الزراعية أو عدم الاتفاق على ذلك، حيث أن الاتفاق يجيز للمشتري رد المبيع مع الزيادة الحاصلة والتي تم الاتفاق عليها أما في حالة إنتفاء ذلك فتكون الثمار والإنتاج الصادر عن المحاصيل من حق المشتري لكن في حالة فصلها عن المبيع ومن حق البائع في حالة عدم فصلها عن أصل المبيع ، أما بالنسبة للحالة الثانية فقد اتفق فقهاء الشريعة الإسلامية على إمكانية الخيار وبالتالي جواز رد المشتري المبيع وذلك باقتصار الرد على الأصل في المبيع دون الزيادة الحاصلة لأنها حصلت في ضمانته المشتري وبالتالي له الحق بالاحتفاظ بها ولا تعد رد كما هو الحال بالنسبة للزيادة المتصلة والغير المتولدة عن الأصل عند رد المبيع والاحتفاظ بالزيادة ويكون ذلك سواء قبل التسليم أو بعده ومثال ذلك الزيادة في الكسب ربح غلة².

لكن في رأينا ومن خلال نص المادة فقرة 376 من القانون المدني الجزائري فالزيادة بالمبيع تعتبر مانعا من موانع الرد بالمبيع و ذلك لإمكانية عودة هذه الزيادة بالمنفعة الهائلة على البائع بعد الرد والتي لا يمكن أن تساوي التعويض الذي يمكن أن يقدمه البائع بناء على تقدير القاضي بالتالي فان المشتري يمكن أن يعود عليه ذلك بخسارة كبيرة ولهذا فان الاحتفاظ بالمبيع والمطالبة بالتعويض يكون اسلم وأضمن للمشتري

¹ الدكتور عبد الرحمن الجزيري، المرجع السابق، ص 205-206.

² عبد الرحمن الجزيري، المرجع السابق، أشارت الى ذلك الدكتورة سعدي فتيحة، المرجع السابق، ص 223-224.

لكن هذا يعتبر رأياً لا أكثر إذ أن هذه الحالة من الضروري إدراج حالاتها ضمن النصوص التشريعية وذلك لسد الثغرات والآراء الفقهية التي يمكن أن تخطأ أو تصيب.

وفي حالة التحول الناتج عن الاستعمال والذي من شأنه أن ينقص من قيمة الشيء المبيع فحكمه يكون على أساس القائم به وكذا توافر علم بالعيب من جانب المشتري من عدمه، بالإضافة إلى درجة تأثيره في الشيء المبيع فإذا كان هذا النقص في المبيع راجع إلى المشتري أو إلى سبب أجنبي وكان المشتري عالماً بالعيب الموجود بالمبيع سقط حقه في الضمان سواء بالرد أو بالتعويض، أما إذا لم يكن عالماً بالعيب فيكون له حق المطالبة بالتعويض عما سببه العيب من ضرر دون الرجوع على البائع برد المبيع بشرط أن يكون هذا التحول المنقص من قيمة المبيع وصلاحيته واضحاً وله تأثير في حالة المبيع¹.

وهو ما تم التطرق إليه من جانب القانون اللبناني والمغربي بصراحة وذلك بأن حالة التحول الطارئة على الشيء المبيع والتي من شأنها التأثير في صلاحية المبيع المعد من أجله يؤدي بالضرورة إلى حرمان المشتري من الرجوع على المبيع بالرد أو بالتعويض²، وهو ما جعل من الدكتورة سعدي فتحة تنادي بتدخل كل من المشرع الجزائي ونظيره المصري إلى تحديد طبيعة وشروط التحول الذي يؤثر على دعوى ضمان العيوب الخفية³ لأن الرجوع بهذه الحالات التي تعد حساسة في مجال ضمان العيوب الخفية إلى القواعد العامة لا يكفي للتفصيل فيها⁴.

¹ الدكتور عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، البيع والمقايضة، المرجع السابق، ص 749 / والدكتور حسن فرج، المرجع السابق، ص 497 / الدكتورة جويده خواص، المرجع السابق، ص 153.

² وهذا ما نصت عليه المادة 445 فقرة 3 من قانون الموجبات والعقود اللبناني وكذا المادة 562 فقرة 3 من الالتزامات والعقود المغربي بأنه " لا يحق للمشتري استرداد شيء ولا خفض الثمن في حالة تحول المبيع إلى شكل لم يبق معه صالحاً لما أعد له"

³ الدكتورة سعدي فتحة، المرجع السابق، ص 226.

⁴ وهذا ما لا نجده في القانون اللبناني حيث نجد أنه كان صريحاً في ذلك من خلال نص المادة 457 موجبات وعقود التي تقضي بأن " لا سبيل لفسخ البيع، ولا حق المشتري إلا في المطالبة بتخفيض الثمن:

أولاً - إذا تعيب المبيع بخطأ منه أو من الأشخاص الذين يكون مسؤولاً عنه

ثانياً - إذا استعمل المشتري المبيع استعمالاً يؤدي إلى نقص كبير في قيمته

ويسري هذا الحكم إذا استعمل المبيع قبل علمه، أما إذا كان الاستعمال بعد العلم بالعيب فتطبق أحكام المادة 462 من نفس القانون، والتي تنص بدورها على أنه " يسقط حق المشتري في دعوى الرد:

أولاً - إذا عدل عنها صراحة بعد وقوفه على عيب المبيع

ثانياً - إذا كان بعد وقوفه على العيب قد باع الشيء أو تصرف فيه على وجه آخر بصفة كونه مالكا

ثالثاً - إذا استعمل المبيع لمنفعته الخاصة واستمر على هذا الاستعمال بعد وقوفه على العيب "

أما في حالة تحوله دون التأثير في قيمة المبيع علما أن مدى التأثير يخضع لتقدير القاضي المطروح أمامه النزاع، والذي يكون له حق الخيار برد المبيع والاستبقاء عليه¹ والعلة في ذلك النقص اليسير والتافه في قيمة المبيع والذي من شأنه عدم التأثير في صلاحية المبيع، وهذا الحكم ينطبق على المبيع المعيب الذي يطرأ عليه تحول لكن القائم به من هو خارج عن مسؤولية المشتري أو عن المشتري بحد ذاته كالسبب الأجنبي فيكون له حق الخيار بين المطالبة بالتعويض أو رد المبيع².

ب - في حالة ظهور عيب جديد بالمبيع

هذه الحالة تختلف عن الحالات التي تم التطرق إليها آنفا حيث يلحق بالمبيع عيب جديدا لم يسبق له أن كان وذلك بعد تسلمه إضافة إلى العيب القديم ، إذ يكون الحكم في هذه الحالة مرتبطا بوقت ظهور العيب الجديد فإذا تحقق ذلك قبل التسليم يبقى للمشتري الحق في خيار رد المبيع أو الاحتفاظ به مقابل التعويض له، أما إذا تحقق ذلك بعد التسليم فيسقط حقه من الخيار ولا يبقى أمامه سوى اللجوء إلى المطالبة بالتعويض ويقتصر ذلك على العيب القديم دون الوصول إلى العيب الجديد لأن هذا الأخير يعتبر في هذه الحالة مانعا من موانع الرد والتي طرأت على المبيع إذ لا يهتم هنا القائم به سواء المشتري أو منهم تحت مسؤولية ومن مؤيدي ذلك ما جاء في معنى المادة 399 من القانون المدني المختلط حيث أن المشتري ليس له الخيار في هذه الحالة برد المبيع سواء كان بفعل المشتري أو بفعل أجنبي³ ونجد أن هذا النص ما هو إلا تطبيق للقواعد العامة، وهذا ما جعل المصري يقر بصريح العبارة بالرجوع إلى القواعد العامة من خلال مذكرته

تم الإشارة إلى ذلك من قبل الدكتور عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 748، تهميش رقم 1.

¹ الدكتور حسن فرج، المرجع السابق، ص 497، تهميش رقم 3.

² نفس المرجع والموضع السابقان.

³ فقد أقرت المادة 399 من القانون المدني من القانون المدني المختلط على أنه " إذا حدث المبيع بسبب حادث قهري جديد....أو كان المبيع بعد تسليمه تغيرت حالته بفعل المشتري أو بفعل أي شخص آخر، فلا يكون الحق في فسخ البيع إلا إذا كان العيب الحادث قد زال أو كان البائع قد ارتضى أخذ المبيع مع وجود العيب الجديد فيه، إنما يسوغ للمشتري أن يطلب تنقيص الثمن بالكيفية المبنية آنفا مع مراعاة العيب الجديد أو التغيير الذي حصل " الدكتور عبد الرزاق السنهوري ، المرجع السابق، تهميش رقم 1 من ص 747.

وتفسيره في ذلك لتفادي إلقاء عبئ العيب على عاتق البائع واقتصار عبئ العيب على البائع في حالة وجود عيب مستوفيا لكل الشروط خاصة القدم باسترداد المبيع أو الاستبقاء عليه مع المطالبة بالتعويض.الدكتور سليمان مرقس، المرجع السابق، ص

الإيضاحية¹ وذلك لعدم إدراجها مادة قانونية صريحة تبين الأحكام التي تطبق على حالة وجود عيب جديد بالمبيع.

فقد ذهب الدكتور سليمان مرقس الى تفسير ما جاء في المذكرة الإيضاحية للقانون المدني المصري بأنها تطبيق للحل القائل بحرمان المشتري من رد الشيء المبيع مع الإبقاء على حقه في المطالبة بالتعويض².

لكن الحالة الأخيرة لم يجعل منها البعض من الفقهاء مانع من موانع الرد بالمبيع، فظهور عيب جديد بالمبيع سببه الرئيسي أجنبي أي خارج عن إرادة المشتري لا يشكل مانعا للمشتري بالمطالبة بالتعويض كاملا عند رد المبيع ولو بعد تسلم المبيع ، لكن إذا حصل ذلك بفعل المشتري فيقتصر حقه في المطالبة بالتعويض فقط لا غير³.

فرأى الشريعة الإسلامية في هذه الحالة من رأي المسلم بفقدان المشتري في حقه بالرد مع إبقاء حقه في طلب النقصان، والعلة في ذلك ظهور العيب الجديد بعد التسليم وليس قبله لأن الحالة الأخيرة تبقى حق المشتري في الخيار قائما وكذا لأن شرط الرد في الشريعة يكون بنفس الصفات التي كان عليها عند التسليم، كما أن المبيع أصبح تحت مسؤولية المشتري بعد التسليم لانقزال الملكية من البائع الى المشتري، وهذا لأن المبيع خرج من يد البائع بعيب واحد ورده بعيب أحدها قديم والآخر جديد غير معقول وغير مسموح لدى أصحاب لشريعة لأن البائع يضمن العيب المستوفي كل شروط قيام الضمان وهو العيب القديم دون العيب الجديد، وهذا ما يستدعي إلى إعتبار العيب الجديد مانعا للرد لكن يجيز للمشتري الرجوع على البائع بنقصان الثمن للعيب، غير أنه في حالة رضا البائع بأخذ المبيع بعيوبه ورده الثمن كاملا فله ذلك⁴.

وهونفس الحكم بالنسبة إلى العيب الجديد والذي يكون سببه خرج عن إرادة المشتري وذلك برجوع المشتري على البائع بالتعويض، وبهذا نجد أن الفقه الإسلامي قد سوى في الحكم بين ظهور العيب بسبب المشتري بحد ذاته أو من هم مسؤول عنهم، وبين ظهوره بسبب أجنبي بالرجوع على البائع في كلتا الحالتين بالتعويض والعلة في ذلك عندهم عدم إزالة الضرر بالضرر⁵، وهو أصوب رأي في نظرنا. لأن إزالة

¹ وهو ما جاء في مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري، المرجع السابق، ص 124.

² الدكتور سليمان مرقس، المرجع السابق، ص 579.

³ الدكتور عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، البيع والمقايضة، المرجع السابق، ص 747.

⁴ قد أشار الى ذلك الدكتورة خواص جويده، المرجع السابق، ص 151.

⁵ قد تم الإشارة الى ذلك من قبل الدكتورة خواص جويده، المرجع السابق، ص 150.

الضرر من جانب المشتري برد المبيع المعيوب بعيب قديم زائد العيب الجديد الناشئ عن سبب أجنبي إلى البائع يعد تعسفا في استعمال الحق الممنوح للمشتري على البائع وبالتالي فالتعويض هو انسب طريقة لجبر الأضرار الناشئة عن العيب القديم.

وهو ما رآه الدكتور مصطفى الزرقا صائبا لكن بتبرير آخر، حيث أن هذا الحكم كان تطبيقا للقواعد العامة التي تمنح المشتري المطالبة بالتعويض عن العيب المستوفي لشروط قيامه دون الرد وذلك حفاظا على حقوق البائع من إلحاق الضرر به والتي تمنح للبائع حق القبول بالرد في حالة ظهور عيب جديد من عدمه¹، فوجود عيب بالدار في أساسها متوفر على كل شروط ضمان العيب الخفي تم طرأ بعدها عيب جديد بهذه الدار كسقوط حائطها لإصطدام سيارة به فإذا أراد المشتري الرد بالمبيع في هذه الحالة فإنه لا يجوز له ذلك لتوافر مانع الرد وهو العيب الجديد، وبالتالي لا يمكن للمشتري رد المبيع بعيب قديم وجديد لما يعود على البائع من إضرار إلا في حالة ما إذا قام المشتري بترميم هذا الحائط وبنائه من جديد ففي هذه الحالة يمكن القول ان المانع من الرد قد زال وبالتالي يمكن للمشتري استرداد حقه في الخيار.

وهو عكس ما ذهب إليه المذهب المالكي والذي أقر بإمكانية رد المشتري المبيع في حال ظهور عيب جديد شريط أن يرد معه ثمن النقصان الوارد عن العيب الذي نشأ وهوتحت يد المشتري أي ارش النقصان الناتج عن العيب الجديد²، كما أنهم منحوا للبائع عند نشوء عيب جديد استرداد المبيع والمطالبة بقيمة العيب الجديد ويقوم هذا الحق حتى وإن طالب المشتري بالاستبقاء على المبيع والرجوع على البائع بالتعويض³ وهو الأمر الذي اختلف فيه عن الشافعية حيث ذهبوا إلى وجوب الاستجابة الى طلب الاستبقاء على المبيع والمطالبة بالتعويض عن العيب القديم الذي سبب ضرارا للمشتري كما قيل عنه الإمساك بالمبيع ومع إرش العيب القديم، وذلك في حالة تصادم المطالبين وسبب في ذلك في رأيهم التدليس الواقع من قبل المشتري⁴.

لكن هناك من قام بتحديد حقوق المشتري عند ظهور عيب جديد في الشيء المبيع على أساس درجة العيب الموجب للضمان، فإذا كان العيب الموجب للضمان جسيما، فيكون للمشتري الحق في طلب رد المبيع

¹ الدكتور مصطفى الزرقاء، عقد البيع والمقايضة، مطابع فتى العرب، الطبعة السادسة، دمشق، 1965، ص 219.

² المبسوط السرخسي، ص 104 وما بعدها، المغني ابن قدامة، الجزء الرابع ص 172، الدكتور السنهوري، المرجع السابق، ص 259..

³ محمد ابن أحمد ابن جزى الغرناطي المالكي الكلبي، القوانين الفقهية، قوانين الأحكام الشرعية ومسائل الفروع الفقهية لمحمد ابن أحمد ابن جزى الغرناطي المالكي الكلبي، دار الكتاب العربي، الطبعة الثانية، بيروت، 1989، ص 103.

⁴ محمد بن أحمد الشافعي، شرح الجلال المحلي على منهاج الطالبين، مكتبة ومطبعة محمد علي صبيحوأولاده، مصر 1949، ص 205 تم الإشارة الى ذلك من قبل الدكتورة سعدي فتحة، المرجع السابق، ص 215.

واسترداد الثمن مع مراعاة ما طرأ على المبيع من تغيير، وذلك عند حساب قيمة التعويضات التي يستحقها المشتري.

أما إذا كان العيب الموجب للضمان غير جسيم، وهو العيب الذي لا يستدعي من المشتري رده وإنما يحق له فقط المطالبة مع مراعاة خصم النقص في قيمة المبيع والتي كان سبب نشوئها العيب الجديد¹.

في حين أن البعض الآخر قد أرجع تحديد حقوق المشتري عند ظهور عيب جديد في الشيء المبيع بعد التسليم إلى أحكام تبعة الهلاك، حيث يتحمل المشتري العيب الحاصل بعد التسليم على أساس تبعة الهلاك التي تقع على عاتق المشتري بعد أن يصبح بين يدي هذا الأخير إذ أن تبعة الهلاك تقع على عاتق المشتري طبقاً للقانون المدني الجزائري بعد تسليم للشيء المبيع، وقد جاء هذا الحكم نظراً للتناقض الحاصل بين أحكام ضمان العيب الخفي والتي تقر في شروطها على الأخذ بالعيب الذي يوجد بالمبيع أثناء العقد أي قبل التسليم أو أثناءه أما العيب الذي يطرأ بعد التسليم فلا محل له من الضمان².

لكن في حالة زوال المانع وهو العيب الجديد يكون للمشتري الخيار بين رد المبيع واسترداد قيمة المبيع أو الاستبقاء عليه مع المطالبة بنقصان الثمن وهو ما تم الإقرار به من جانب الشريعة الإسلامية والدليل في ذلك ما جاء في نص المادة 525 من المرشد الحيران³ ومن التشريعات التي تأثرت بالفقه الإسلامي التشريع العراقي وذلك من خلال ما نص عليه في المادة 562 فقرة 2 من التقنين المدني لنفس البلد⁴.

عند ما نجد العديد من الآراء الفقهية والأفكار لدى فقهاء الشريعة الإسلامية والتشعب الحاصل بين الفقهاء الآخرين فهذا دليل على عدم وجود نص صريح يقر بهذه الحالات وهو الأمر الذي دعنا إلى مناقشة

¹ الدكتور أنور سلطان، شرح البيع والمقايضة، المرجع السابق، ص 271.

² الدكتورة خواص جويده، المرجع السابق، ص 150.

ومن القوانين التي كانت صريحة في هذا الصدد القانون اللبناني وذلك من خلال مادته 458 موجبات وعقود والتي قضت بأن "تتقيص الثمن الذي ناله المشتري من أجل عيب مسلم به لا يمنعه من طلب فسخ البيع أو تخفيض آخر في الثمن إذا ظهر عيب آخر" ومن هذه المادة يفهم أن القانون اللبناني لا يمنع اللجوء إلى الخيار في حالة وجود عيب جديد بالمبيع، تم الإشارة إلى ذلك الدكتور عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، البيع والمقايضة، المرجع السابق، تهميش رقم 1 من ص 748.

³ حيث نصت على أنه في حالة "إذا زال العيب الحادث عاد للمشتري حق رد المبيع بالعيب القديم على البائع"

⁴ حيث جاء في نصها أنه "إذا ظهر بالمبيع عيب قديم ثم حدث به عيب جديد عند المشتري، فليس له أن يرده بالعيب القديم والعيب الجديد موجود فيه، بل له أن يطالب بنقصان الثمن، ما لم يرضى البائع بأخذه على عيبه ولم يوجد مانع للرد فإذا زال العيب الحادث، عاد للمشتري حق رد المبيع بالعيب القديم على البائع"

المشرع الجزائري وحتى المصري وكل تشريع لوضع نصوص واضحة تحد من الآراء الفقهية والتي يمكن أن تتصادم في آرائها وهذا يعود بالسلب على الأطراف المطبقة عليهم.

الفرع الثاني: التعويض عن العطل والضرر

إن التطور الحاصل في النظام الاقتصادي والمبني على حرية التجارة والمنافسة الحرة والذي نتج عنه اتساع مجال المعاملات وكبر حجم السوق بما فيه من بيع وشراء وتوزيع إنتاج وتسويق وغيرها وما تحمله هذه السلع من تنوع وتكنولوجيا معقدة، يصعب فهم استعمالها ومعرفة مكوناتها لدى الكثير من المقتنين لهذه السلعة، وهذا قد يؤدي بالضرورة إلى تنوع وتفاقم الأضرار التي يكون سببها العيوب الناتجة عن تلك المنتجات سواء من جراء استعمالها أو الخطورة الكامنة فيها أصلا والتي تعود بالدرجة الأولى على المشتري أو المستهلك هذه السلع والمبيعات، لأن الهدف الأول الذي يسعى البائع لتحقيق جمع أكبر قدر من الأموال باستعمال كل الطرق والوسائل.

فما هي الأضرار التي يمكن أن تتجر عن هذه المبيعات وكيف يتم التعويض فيها؟

للإجابة على هذا الإشكال يجب معرفة مصدر الضرر أو العطل، إذ يمكن ان يكون مصدره العقد المبرم بين البائع والمشتري، أو الشيء المبيع في حد ذاته

فالضرر في الحالة الأولى هو ذلك الذي يلحق بالمشتري مهما كانت صفته، إذ نجد أن العقد في ذاته لا يمكن أن يفى بالغرض المقصود منه أصلا، أما الضرر الناجم عن الشيء المبيع فيكون له صلة مباشرة بالمبيع المعيوب ويطلق عليها الأضرار الناتجة عن الشيء المبيع وذلك بغرض تمييزها عن الضرر التجاري، والتي تعتبر كذلك من قبيل الأضرار الناتجة عن المبيع، وخير مثال عن تلك العيوب التي لها صلة مباشرة بالشيء المبيع والناتجة عن التطور الصناعي والتعقيدات الفنية في الصناعة ما يترتب عن انفجار لدولاب سيارة بها عيب فيه وتسبب هذا الانفجار بعب في المكابح مما ينتج عنه ضررا بالمشتري نفسه أو بأملكه.

أما من جانب التعويض فيكون في المصدر الأول عن الضرر باللجوء إلى دعوى الفسخ أو دعوى التخفيض من الثمن كما سبق الشرح، لكن يكون ذلك في حالة ما إذا كان المشتري شخصا عاديا لان التاجر أو الصانع لا يمكن أن يلاحقه الضرر المقصود هنا ألا وهو عدم الإيفاء بالغرض المقصود منه، والسبب وراء ذلك أن الضرر الذي يلحق بالتاجر أو الصانع تمس بربحه الفائت وذلك نتيجة عدم إمكانية قيام الشيء

بوظيفته إذ أن العقد قد أجراه التاجر أو الصانع لمصلحة تجارته أو صناعته وبالتالي يتمثل الضرر في هذه الحالة في التأخير في إنتاج صناعته أو خسارته لسوق تجاري يتم عرض سلعته فيه، ومثال ذلك عدم قدرة الحبوب على الإنبات أو عدم فعالية السماد على إخصاب الأرض¹.

إذن فصفة البائع تلعب دور في تصنيف الضرر أو العطل اللاحق بهذا الأخير، فإذا كان بائع عادي يصنف ضمن الضرر الناجم عن عقد البيع أما إذا كان تاجراً أو صانعاً فيصنف ضمن الأضرار الناتجة عن الشيء المباع.

ومناسبة الحديث عن هذا التطور الحاصل في السلع والمبيعات وما يترتب عنها من أضرار جسدية ومادية كسقوط طائرة بسبب خللها التقني الذي به عيب قد يؤدي إلى أضرار جسدية سواء بركابها أو بالمكان الذي تم سقوطها فيه، وكذا انفجار قارورة من الغاز بسبب عيب قد يؤدي إلى أضرار جسدية وكذا إلى إهيار البيت الموجودة بداخله إضافة إلى تلك البيوت المجاورة لها وفي هذه الأحوال يرجع المشتري على البائع بالضمان على أساس عقد البيع.

أما الغير المضرور فيرجع على المشتري بالتعويض لكن استناداً للمسؤولية التقصيرية وهو ما يرجع به المشتري على بائعه لكن على أساس المسؤولية العقدية.

لكن الفقه والاجتهاد الفرنسي إرتأى في ذلك القيام بنظام التأمين على العقود المبرمة بين أطرافه، وذلك قصد:

- 1- لتفادي العيب الذي يمكن أن يطرأ في هذا النوع من العقود
- 2- لتحديد الطرف الذي يتحمل عبء حدوث الضرر والعلّة في ذلك أن تلك الأضرار أصبحت متوقعة ولم تعد من قبيل الصدفة والحظ كما هو جاري في الضرر التجاري
- 3- لتأمين المخاطر التي يمكن أن ينجر عنها آثار وخيمة نتيجة العيب الخفي

إذن فمن خلال ما سبق يمكن القول أن التعويض عن الضرر والعطل الناجم عن العيوب التي يكون سببها الرئيسي التطور الصناعي والتكنولوجي الناتج عنهم تطور السلع والمبيعات وحتى المنتجات وإزدهارها شروطاً يجب توافرها: ويتم إستنتاجها من خلال نص المادة 449 موجبات وعقود للقانون اللبناني

¹ هذا المثال مقتبس من تمييز فرنسي 29-6-1847 دالوز 1848 - 1 - 187.

والتي نصت على أنه يحق للمشتري " علاوة على ماتقدم (والمقصود بها حالة طلب فسخ المبيع) أن يأخذ بدل العطل والضرر في الأحوال التالية:

- 1- عندما يكون البائع عالما بعيوب المبيع أو بعدم اتصافها بالصفات التي بها ولم يصرح بأنه باع بدون ضمان ويقدر أن البائع عالم بذلك إذا كان تاجرا أو صانعا يبيع منتجات صناعته.
- 2- إذا صرح البائع بخلوالمبيع من العيوب ولم تكن هناك عيوب لم تظهر إلا بعد البيع أو كانت من العيوب التي يمكن أن يجهلها البائع عن حسن نية.
- 3- إذا كان وجود الصفات التي يتبين خلوالمبيع منها مشروطا بصراحة أو كان العرف التجاري يوجب وجودها"

إذ يفهم من هذا أن هناك ثلاث حالات جاءت على سبيل المثال لتثبت حق المشتري في المطالبة بالتعويض عن الضرر وهي:

حالة سوء نية المشتري: وهي الحالة التي كانت محل انتقاد من قبل الدكتور أسعد دياب والذي ارتأى تسميتها بالبائع العالم بالعيوب وسببه في ذلك أن سوء النية ليست دائما العبارة التي تعبر عن العلم بالعيوب، وتفضيله استعمال العبارات الموجودة بالمواد القانونية كما هو الحال في المادة 449 موجبات وعقود وكذا المادة 1645 من القانون الفرنسي، لأن التغيير في عباراتها يعتبر تغييرا في معناها.

كما نجد أن للعلم بالمبيع صلة بصفة البائع، فإذا كان هذا الأخير بائعا محترفا فعلمه بالعيوب الموجود بالمبيع يكون مفترضا وذلك نسبة الى كفاءته العالية، وهو ما تم تأييده من جانب الاجتهاد الفرنسي من خلال العمل به في محاكم التمييز الفرنسية وذلك من خلال القضايا المعروضة عليها والخاصة بهذه الأحوال.

أما طبيعتها فهي تختلف باختلاف قانون البلد المعروض أمامه النزاع فإذا رجعنا الى القانون اللبناني فنجد أن قرينة العلم بالعيوب لدى البائع المحترف هي قرينة بسيطة بعكس القانون الفرنسي الذي ذهب الى اعتبار القرينة في هذه الحالة قرينة قاطعة لا يجوز إثبات عكسها وهذا من خلال النظر الى القسم الأكبر من الاجتهاد حيث يتم رفض أي دليل مقدم من طرف البائع يدل على عدم ارتكاب أي خطأ أو تعذره على اكتشاف العيب في المبيع وهذا ما يعبر عنه بقطعية القرينة المقررة بعلم البائع المحترف بالعيوب، وهو ما تم العمل به رغم عدم وجود نص واضح يجيز ذلك¹.

¹ الدكتور أسعد دياب، المرجع السابق، 212 الى 216.

فالبائع المحترف مفهوم يصنف إلى فئتين بائع تاجر وبائع صانع، إذ يعد من أصحاب الفئة الأولى كل شخص اتخذ له حرفة من تعاطي أعمال الإنتاج أو التداول أو المضاربة أو التوسط بمعنى كل شخص يمارس الأعمال التجارية بيعاً وشراءً على وجه الاحتراف، أما الفئة الثانية فتعد من الأصناف المنتسبة لمفهوم التاجر لكن قد تعددت التعاريف المنتسبة للصانع وذلك لحدائته فمنهم من ذهب إلى أنه الشخص الذي تولى صنع المادة ووضعها بين يدي الوسيط الموزع أو المستهلك مباشرة " أما البعض الآخر فقد اعتبره كل من قام بإنتاج الشيء المعيب وعرضه للتداول على العموم، لكن البعض الآخر اعتبر مفهوم الصانع شاملاً لكل من صانع المنتج أو صانع المادة الأولية أو المادة المكونة أو أي شخص يتصرف على أساس كونه صانعاً بوضع اسمه أو أية علامة أو رمز يميزه على المنتجات، والاختلاف بينهم يكمن في أن البائع الصانع أكثر إختصاصاً باعتباره من قام بصنع الشيء المباع¹.

فإفترض علم البائع الصانع بالعيب يستمد من إثبات أن المبيع من متعلقات صناعته أو تجارته وبالتالي فعليه ضمان تلك المنتجات التي يقوم بإنتاجها وطرحها في السوق مشوبة بعيب، لكن طالما المبيع المعيوب مضمون وبشكل واف فهذا يشكل حافزاً يبعث الثقة في نفوس الزبائن بالحصول على تعويض عن الضرر الذي قد ينتج هذا المبيع بهم، ويكون ذلك بإجراء عقد تأمين من قبل البائع الصانع على المخاطر أو الأضرار التي قد يتعرض لها المشتري إذ أن الضمان هنا إلزامي قبل طرح المنتج بالسوق وهذا ما يجعل البائع يقوم بعقد التأمين والذي يعد بمثابة حماية يتم تقديمها للمشتري في ظل التطورات الحاصلة والتي يكون لها أثر بالنسبة للمنتجات والتي تحد بدورها من المنتجات المعيبة، أما ما يستفاده البائع من هذا العقد تأمينه من المخاطر التي قد تطرأ ويتعرض لها.

كما يمكن للبائع المحترف أن يدخل المصاريف التي يتحملها جراء المسؤولية التي يتحملها عن الأضرار الناجمة عن الشيء المباع ضمن ثمن البيع وذلك قصد تفادي تضرره.

إذا فعقد التأمين بمثابة حماية للمشتري وتعويض له عن كل الأضرار التي يمكن أن تطرأ عن الشيء المباع وكذا توفر على البائع الإرهاق المادي الذي يمكن أن يقوم في حالة تعيب المنتج وإضراره بالمشتري في حالة عدم تأمينه هذه المبيعات.

كما يشكل وسيلة فعالة لإتساع نطاق الصناعة وزيادة المبيعات وانتشارها في الأسواق وإزدهار التبادلات التجارية لأن الضمانة المنبعثة من عقد التأمين تبعث الثقة بين أطراف العقد والتجارة والتي لا

¹ الدكتور فدى قهواجي، المرجع السابق، ص 85-87-90.

تزدهر ولا تتوسع إلا في جومحاط بالثقة، فعقد التأمين مستمد من إلزامية ضمان العيب الخفي، هذا الأخير قد جاء نتيجة الى القرينة القاطعة بالعلم بالمبيع في حالة تعيبه من جانب البائع المحترف¹.

فقد إتفق إفق الفقه والاجتهاد الفرنسي على أن سوء نية البائع ترتب على صاحبها تعويضاً عن العطل والضرر الناجم عن العيب والعلم به هنا هو بمثابة سوء نية، ولكن ليس بمفهوم القانون العام أي توفر نية الأضرار لدى البائع وإنما المقصود بذلك سوء النية بالمفهوم التقني².

إذ أن القضاء الفرنسي قد إعتبر مجرد العلم بالعيب تجسيدا لسوء النية وهو عكس ما ذهب إليه القانون الجزائري حيث إعتبر سوء النية في حالة العلم بالعيب زائد إخفائه غشا من المشتري.

فخروج الإجتهد القضائي الفرنسي عن مبدأ حسن نية المدين بالالتزام واللجوء إلى قرينة علم المحترف بكل عيب يشوب منتجاته جاء نتيجة لصعوبة إثبات سوء نية المحترف، تبعاً لتطور مفهوم سوء النية وربطه بالتعقيدات التقنية التي ترافق المنتجات الحديثة نتيجة التطور الصناعي والتكنولوجي³.

كما تجدر الإشارة الى أن للقضاء الفرنسي عدة إجتهدات للقول بعلم البائع المحترف والذي يعتبر أساس التعويض هنا حيث نجد أن الفقه أخذها كدليل لبناء وجهته على القرينة القطعية لعلم البائع المحترف سواء التاجر أو الصانع والتي لا يجوز إثبات عكسها⁴.

¹ الدكتور أسعد دياب، المرجع السابق، ص 217

² الدكتورة خواص جويده، المرجع السابق، ص 127

³ حيث كانوا يصدرون القضاة الفرنسيين في البداية حكمهم على أساس سوء النية وذلك من خلال الوقائع المذكورة بالقضية المعروضة أمامهم وقد استنتجوا في الأخير أن البائع المحترف سواء التاجر أو الصانع لا يجب أن يغيب عن خبرته وعلمه بوجود عيب لاحق بالمبيع

J. LALAI-AULOY, CODE DE LA CONSOMMATION, 4e édition, DALLOZ, Paris, 1999. 82-

Cassation Civil, 30 mars 2000, Dalloz. 2000, p 132 ; Cassation Commercial, 27 novembre 1991, Bulletin Civil.4, n°. 367, Encyclopédie Dalloz, vente, n. 1536 ; Cassation Civil, 27 novembre 1991, Bulletin Civil. 4, n°. 367, Encyclopédie Dalloz, vente, n. 1559, La responsabilité contractuelle du professionnel, 2003, p 73

تم الإشارة إلى ذلك من قبل الدكتور بلعابد سامي، ضمان المحترف لعيوب منتجاته، المرجع السابق، ص 99.

⁴ إذ نجد أن ان العبارات الموجودة بالاجتهادات القضائية تقر بذلك منها:

لا يجوز للبائع أن يجهل بالعيب رومان 27-11-1930 - دالوز 1931 موجز 39

Le vendeur n'a pas le droit d'ignorer

- وهو اختصاصي لا يمكن أن يجهل دووي 9-5-1958

- un spécialiste qui ne pourrait ignorer

- ولا يسعه التذرع بجهله جرينوبل 20-11-1952 دالوز 1953 - 503.

- Qu'il peut arguer de son ignorance

لكن عند الرجوع إلى القانون الجزائري فلا نجد قرينة لسوء نية المحترف إذ تطبق عليه أحكام القانون المدني المنظمة لضمان العيب الخفي والتي توازن بين التزامات المتعاقدين وبالتالي سوء نية البائع هنا تعتمد على إثبات المستهلك لها واذ تحقق ذلك طبقت الأحكام الخاصة بالبائع السيئ النية أما إذا لم يتحقق ذلك فيتم التعويض هنا على أساس بائع عادي¹.

وذلك لأن المشرع الجزائري قد تخلى عن مصطلح المحترف الذي يشمل المنتج والصانع والوسيط والحرفي والتاجر والمستورد والموزع ليقوم مكانه **المتدخل** ودليل ذلك ماورد في نص المادة الخامسة من القانون 89-02 والتي جعلت المنتج والوسيط والموزع لهم نفس صفة المتدخل في عملية وضع المنتج للاستهلاك في حين أن عرف المرسوم التنفيذي رقم 90-266 المحترف بأنه: "هو منتج أو الصانع أو وسيط أو حرفي أو تاجر أو مستورد أو موزع، وعلى العموم كل متدخل ضمن إطار مهنته في عملية عرض المنتج أو الخدمة للاستهلاك كما هو محدد في المادة الأولى من القانون رقم 89-02".

إذ أن المتدخل هو الطرف القوي في العلاقة التعاقدية والملتزم بتوفير الأمن والسلامة للمشتري من خلال عرض المنتجات خالية من العيوب التي تجعلها خطرة وتسبب ضرارا لمستعملها وقد تقررت مسؤوليته وفق القانون المدني الجزائري من خلال نص المادة 140 مكرر والتي جاءت لتقر بمسؤولية المنتج عن الضرر الناتج عن عيب في منتجاته وفي رأي الدكتور حساني علي أن المقصود من المنتج في نص المادة وبمنظور قانون الاستهلاك هو المتدخل أو المحترف بصفة عامة، وكان السبب الذي أدى بالمشرع إلى ذلك التعديل أن الآثار الناشئة عن الأضرار التي تسببها المنتجات محدودة في الماضي والتي كان محلها المنتجات الطبيعية أو المواد الأولية أو المبيعات التقليدية أو اليدوية أما الحاضر فقد حصل تطور في العلوم والتكنولوجيا والتي تكتنفها نوع من التعقيد والذي ألزم المشرع التعديل والتشديد من مسؤولية المنتج وتضمن تعويض المضرور. لكن رغم هذا التعديل إلا أنه لم يفرق بين البائع الذي يعلم بالعيب والبائع الذي جهله من حيث إستحقاق التعويض عن الضرر والعطل الذي سببه العيب الموجود بالمبيع مما يعني وجود

-
- وهو ملزم بأن يعلم تمييز فرنسي تجاري 1-12-1964 المجموعة القانونية B.C 1964-3-رقم 532.
 - Il est professionnellement tenu de les connaître
 - ويترتب عليه التعويض عن الضرر اللاحق بالمشتري حتى ولو كان جاهلا للعيب وكل صانع ملزم بأن يعرف عيوب الشيء الذي يصنعه البائع تمييز فرنسي 10-5-1909 دالوز 1-1-1912
 - Tout fabricant est tenu de connaître les vices affectant la chose fabriquée
 - « est garant des vices cachés et doit des dommages et intérêts même s'il a ignoré ces vices »

قد تم الإشارة إلى ذلك من قبل الدكتور اسعد دياب، المرجع السابق، ص 228.

¹ الدكتور عابد سامي، المرجع السابق، ص 101.

قصور في التعويض عن هذا النوع من الأضرار وأن التعويض يعتمد على إثبات سوء نية البائع فإن ثبت ذلك تم تعويض المشتري عن كل الأضرار المتوقعة والغير متوقعة، أما إذا لم يتم إثبات ذلك فيتم تعويض الأضرار المتوقعة فقط¹.

أما عند الرجوع الى القانون الفرنسي وعلى أساس ما سبق نجد أن الهدف الأساسي من هذا التشديد الوارد فيه على التاجر أوالصانع أوالمحترف بصفة عامة توفير السلامة اللازمة للمشتري وهوما اتخذته بعض الاتجاهات كأساس لعلم البائع بالعيب

فقد تم إلزام هذا الأخير بكفالة السلامة للمشتري وأساسها إلزامية تقديم البائع النصح والإرشاد بالاحتياطات اللازمة على المشتري الأخذ بها والخاصة بالمبيع وقد كان استنادهم في ذلك ماورد من عبارات في أحكام المحاكم² والاجتهادات القضائية³

لكن رغم حقيقة هذا الجانب الموفر للحماية والتعويض عن الأضرار والعطل التي تصيب المشتري إلا أنه لا يمكن الاعتماد عليه بصفة مطلقة وذلك لإقتضاره كفالة السلامة اللازمة على الضرر اللاحق بالشخص دون الضرر اللاحق بالأشياء المادية في حين أن التعويض الواجب لضمان التعويض عن العيب الخفي يشمل النوعين من الضرر، هذا بالإضافة إلى أن شروط تحقق التعويض عن الضرر الناجم عن عدم كفالة السلامة يتحقق بمجرد وقوع ضرر جسدي بينما لا يتحقق التعويض عن الضرر والعطل الناجمة عن العيوب الخفية إلا بإثبات أن الضرر الواقع كان سببه الرئيسي العيب الخفي الموجود بالمبيع، وهذا الإثبات واجب لأن إمكانية تفادي حصول هذا الضرر أوالعطل ببذل جهد معقول وبسيط يؤدي إلى سقوط حقه في التعويض عن الأضرار وعدم إثبات ذلك يؤدي إلى تفسيره لصالح البائع⁴.

فعلى أساس ما تقدم نجد أنه رغم إختلاف وجهات النظر في هذا الموضوع من جانب الفقه والقضاء وحتى القانون إلا أن الغرض واحد وهو توفير أكبر قدر من الحماية للمشتري المستهلك والذي لا يملك أي

¹ الدكتور حساني علي، المرجع السابق، ص 218-223.

² فقد ورد في أحد القضايا المعروضة في المحاكم الفرنسية حكما يقر بإلزامية كفالة السلامة من قبل البائع المحترف، وذلك لانفجار قنبلة بين أيدي أحد الزبائن والسبب في ذلك ما تحويه من عيب في السائل، قد تم الإشارة إلى ذلك من قبل الدكتور اسعد دياب، المرجع السابق، ص 229.

³ فقد تم اعتبار صنع الدرج كفيل بسلامة الزبائن وهوما تم إقراره في حادث جرى في أحد المحلات العامة بالحقاق الضرر بأحد الزبائن نتيجة تعيب في الدرج ، قد تم الإشارة إلى ذلك من قبل الدكتور أسعد دياب، المرجع السابق، ص 230.

⁴ باريس 18-11-1971 مجلة القصر 1289-1-1972 G PAL تم الاشارة اليه من قبل الدكتور اسعد دياب، المرجع السابق، تهميش رقم 5 ص 230.

دراية أوخبرة في مجال التجارة خاصة أوالصناعة مقارنة بالبائع المحترف والذي لا يكون له حيلة سوى المطالبة بالتعويض عن الضرر الذي وقع له سواء كان مصدره التأمين أوأي مصدر آخر.

أما إذا كان البائع شخصا عاديا فتكون الإفتراض هنا بعدم علمه بالعيب وهو عكس القائم في حالة كانت صفته محترفا، حيث يتم إفتراض حسن نية البائع إلى حين ثبوت العكس والعلة في ذلك أن البائع العادي ليس له نية الإلتجار وإنما في أغلب الأحيان يكون غرضه شخصي كما نجد أن اغلب الأحيان يكون محل البيع الأشياء المستعملة يريد بيعها لاستبدالها بأخرى جديدة.

وبالتالي فالتعويض عن الأضرار والعطل الناجمة عن المبيع العيب في المبيع في حالة كون البائع شخصا عاديا أو محترف سواء كان صانعا أو تاجرا تقوم على علمه بهذا العيب سواء كان هذا العلم عن طريق الإثبات من طرف المشتري أو عن طريق افتراضه افتراضا قطعيا أو بسيطا¹.

حالة تصريح البائع بخلوالمبيع من العيب:

في حالة تصريح البائع بخلوالمبيع من العيوب ثم ظهور التصريح الحقيقي أي مطابق لما تم الإبلاغ عنه إذ أن البائع في هذه الحالة ملزم بالتعويض عن الضرر والعطل التي صرح بعدم وجودها، وذلك بشرط أن لا تظهر هذه العيوب بعد البيع وبفعل من المشتري، أو كانت من العيوب التي يمكن للبائع أن لا يعلم بها أي عن حسن نية إذا فالتعويض هنا يكون مؤسسا إما على التقصير الحاصل من طرف البائع لعدم معرفته حالة المبيع، وأما أنه قد علم بالعيب وصرح على خلاف الواقع، وبالتالي يمكن إعتبره سيء النية.

حالة اشتراط وجود صفات في المبيع:

في حالة اشتراط صفات معينة من قبل المشتري أو ضمان وجودها بالمبيع من طرف البائع ثم يظهر أنها غير موجودة بالمبيع كما سبق الشرح فيلتزم البائع بالتعويض عن ذلك، وهذه الحالة تقوم إذا تم التصريح بوجودها فعلا إضافة الى أن البائع ملزم بالتعويض كذلك عن الصفات التي كان العرف التجاري يوجب وجودها بالمبيع وهذا يعتمد على نوع الشيء المبيع وما يتقرر معه.

فإذا اشترط المشتري وجود صفات معينة بالمبيع فعلى البائع هنا ضمان تلك الصفات، أما في حالة خلوالمبيع منها فهذا يعطي الحق للمشتري بمطالبة البائع بتعويضه عن الضرر أوالعطل اللاحق به جراء

¹ الدكتورة فدوى قهواجي، المرجع السابق، ص 80.

تخلف تلك الصفات ويكون هذا التعويض على أساس إلتزام عقدي بمعنى ينحصر تعويضه عن الضرر المتوقع في حالة كان البائع حسن النية وعن الضرر المتوقع وغير المتوقع في حالة سوء نيته.

لكن هل دعوى التعويض عن الضرر والعطل هي دعوى مستقلة؟

عند الرجوع الى التشريع الفرنسي فقد أقر باستقلالية هذه الدعوى وذلك من خلال ما نص عليه في المادة 1645 من القانون المدني الفرنسي، حيث ذهب فيها إلى أن البائع العالم بالعيب ملزم بتعويض المشتري عن العطل والضرر الناتجة عن العيب وبالتالي نجد أن التشريع الفرنسي قد فصل بين دعاوى الخاصة بالعطل والضرر وبين دعوى الفسخ وغيرها من الدعاوى الضامنة المتاحة للمشتري بإسترداد حقه المضمنون قانونا¹.

إن التصريح بإستقلالية دعوى التعويض عن العطل والضرر تزيل اللبس الحاصل في بعض القوانين التي كان لها عدة تفسيرات من جانب القضاء، فالبعض منها إدعى باستقلاليتها والبعض الآخر إدعى بتبعيتها لدعوى الفسخ أوتخفيض الثمن.

وهو ما جرى في القانون اللبناني فقد إدعى البعض منهم بإستقلاليتها، وكان مرجعهم في ذلك تفسير نص المادة 449 موجبات وعقود بأنها لم تتح للمشتري الرجوع على البائع إلا بدعوى الفسخ أوتخفيض الثمن وأن التعويض عن الضرر والعطل الناجم عن العيب بالمبيع هو حق تبعي لاحق لإحدى الدعويين المذكورين لا يجوز رفعها بمعزل عن أحدهما وهو ما يستشف من نص المادة 450 في فقرتها الثانية من نفس القانون والتي جاء في مضمونها أنه " يحق له المطالبة بالعطل والضرر عند الاقتضاء " وهو الأمر الذي يثبت أن دعوى تعويض عن العطل والضرر تعتبر تبعية للدعوى الرئيسية من خلال التفسير كذلك نجده مأخوذ مما هوجار في القضاء اللبناني².

¹ « la doctrine reconnaît l'existence de cette troisième action purement indemnitaire M esmin en particulier affirme que l'acheteur en cas de découverte de vices ,peut ,en plus de l'action rédhibitoires et de l'action quantiminoris , se borner à demander des dommages - intérêts »

وقد سايره في ذلك التشريع الألماني الذي نص صراحة على حق المشتري في رفع ثلاث دعاوى واستقلال كل منها عن الأخرى دعوى الفسخ، والتخفيض، ودعوى التعويض عن الضرر والعطل، وأساس ذلك ماورد في نص المادة 462، 463 من القانون التجاري الألماني.

تم الإشارة إلى ذلك من قبل الدكتور أسعد دياب، المرجع السابق، ص ، تهميش رقم 1، 237.

² محكمة استئناف بيروت، الغرفة الثالثة، قرار رقم 335 تاريخ 1971/3/10 ن.ق. 1972 ص 99، تم الإشارة إليه في ص 238، التهميش رقم 1.

في حين ذهب البعض الآخر إلى تفسير نص المادة 449 موجبات وعقود أنها تجيز رفع دعوى التعويض عن الضرر والعطل مسلة عن تلك الدعاوى الممنوحة للمشتري.

إذ أنه ونسبة إلى أن القانون الفرنسي يعتبر أصل القانون الموجبات والعقود فيجب تفسير العبارة الواردة النص السابق الذكر وهي " علاوة على ذلك " والتي لا تفيد الإلحاق أو التبعية وإنما تفيد الفصل والاستقلالية نسبة إلى ما جاء في القانون الفرنسي « en outre » وبالتالي فإذا أراد التشريع الفصل بين الدعاوى فما عليه إلا كتابة العبارة الصحيحة المعبرة عن ذلك.

وعند الرجوع إلى نصوص أخرى لنفس القانون نجد أنها تفيد الاستقلالية وإمكانية تقديمها بالرغم من عدم الفسخ للعقد أو تخفيض الثمن، وذلك لما جاء في الفقرة الثانية من نفس المادة 450 على أنه " إذا كان المبيع من المثليات فلا يحق للمشتري أن يطلب إلا تسليم كمية من النوع نفسه خالية من تلك العيوب غير أنه يبقى له حق المطالبة ببطل العطل والضرر عند الاقتضاء " وهوما تم مساندته من قبل الدكتور أسعد دياب بجواز دعوى التعويض عن الضرر والعطل مستقلة وذلك بحجة أن المبدأ من خلال النصوص القانونية مباح، وكل منع من ذلك يعد إستثناء عن ذلك المبدأ، والاستثناء لا يمكن أن يقوم إلا بموجب نص قانوني صريح يجيز ذلك وفي هذه الحالة لا يوجد.

لكن من الناحية العملية وفي معظم الأحوال نجد أن دعوى التعويض عن الأضرار والعطل ملازمة لدعوى الفسخ أو لدعوى تخفيض الثمن لكن غالباً ما نجده مثل هذه الحالة رغم جوازها ¹ .

أما عند الرجوع إلى القانون الجزائري فنجد أن دعوى التعويض تقوم في حالة الفرق في قيمة المبيع يعني في حالة الفسخ الجزئي كما سبق الشرح وكذا في مصروفات دعوى الضمان، وكذا نفقات إصلاح العيب، وصولاً إلى الضرر الناجم عن العطل.

وفي الالتزام بالتعويض على أساس دعوى التعويض، فإن المشرع لا يقيم وزناً لنية البائع كما هو بالنسبة للقانون الفرنسي الذي يقيم التعويض للمشتري في حالة إذا كان البائع يعلم بالعيب فقط، أما إذا كان جهله فيكون للمشتري الحق في طلب النفقات فقط دون التعويض ولا يكون له التعويض إلا في حالة رد المبيع لكن يقوم الاعتبار لنية البائع في التعويض عن الضرر المتوقع وغير متوقع في حالة سوء نيته وعن المتوقع فقط في حالة حسن نيته.

¹ الدكتور أسعد دياب، المرجع السابق، ص 238-239

أما بالنسبة للبائع المحترف فلم يتجاوز الفقه القانوني في هذه النقطة عن بعض الدراسات الأكاديمية، كما أن الاجتهاد القضائي الوطني لا يمكن أن تثار مسألة قرينة سوء نية المحترف في القضاء الجزائري، وعليه فإنه تطبق على المحترف أحكام القانون المدني المنظمة لضمن العيب الخفي في عقد البيع والتي تفترض موازنة التزامات المتعاقدين.

فما على القاضي الجزائري بالتالي إلا أن ينظر إلى الحل قضية ووقائعها فإذا استطاع المشتري أن يثبت سوء نية المحترف، طبق عليه أحكام البائع سيء النية، أما إذا عجز عن ذلك وهو الأمر الغالب فما على القاضي إلا أن يعامل المحترف كبائع عادي¹.

¹ الدكتور بلعابد سامي، المرجع السابق، ص - 101 - 102.

الفصل الثاني

أحكام ضمان العيوب الخفية

في حالة وجود عيوب بالمبيع إضافة إلى ما تقرر من أحكام للعيوب الخفية يجوز للمشتري اللجوء الى القواعد العامة في حدود ما يسمح به القانون، كما تجدر الإشارة الى أن هناك من القواعد العامة ما نجد تخصيصاً لها وهو ما نراه في حالة الحبس بالثمن من جانب المشتري، باعتبار ان هذا الحق ضمن القواعد العامة مقرر لحائز الشيء أو محرزها. هذا بالإضافة الى امكانية تفادي كل هذه الاحكام وذلك من خلال اللجوء الى التعديل في الضمان بالتشديد أو بالتخفيف أو بالاعفاء مع العلم ان كل هذه التعديلات تسقط في حالة اثبات سوء نية البائع وهذا ما يبين لنا ان أحكام ضمان العيوب الخفية لا تعتبر من قبيل النظام العام ولذلك يجوز التغيير فيها، تحت مبدأ سلطان الارادة وكذا مبدأ الحرية في التعاقد.

لكن كل هذه الأحكام تقوم في حالة قيام المشتري بالإجراءات المفروضة عليه قانوناً في ميعادها المحدد، مع التنويه ان هذه المدة تختلف من بلد لآخر وبالتالي إهمالها يؤدي الى حرمانه من الرجوع على البائع بالضمان بفعل منه، كما ان هناك اسباب تجعل الدعوى تسقط بمجرد قيامها ودون فعل من المشتري.

ولهذه الأسباب إرتأيت أن أجمع هذه الأحكام في فصل واحد من خلال تقسيمها الى مبحثين، حيث تناولت في الأول مدى تعلق العيب الخفي بالقواعد العامة والنظام العام، أما في الثاني فخصصته الى مسقطات دعوى الضمان.

المبحث الأول: إرتباط أحكام ضمان العيوب الخفية بالقواعد العامة والنظام العام

تحت مبدأ سلطان الإرادة وتكملة القوانين لبعضها نجد أنه مبدئياً يجوز للمشتري اللجوء الى القواعد العامة عند قيام حقه في الضمان، وذلك باللجوء الى الحق في حبس الثمن وذلك بالرغم من أن الثمن يكون مستحق الأداء بمجرد تسلم المبيع إضافة الى ذلك يكون من حق البائع أن يطالب به المشتري.

لكن في حالة توافر ظروف معينة لا يمكن فيها إجبار المشتري على دفع الثمن وبالتالي يكون من حقه أن يمتنع عن الوفاء وذلك من خلال إثارته الحق في حبس الثمن، إضافة الى إمكانيته الدفع بعدم التنفيذ المقرر في القواعد العامة.

هذا بالإضافة إلى إمكانية اللجوء إلى الضمان الاتفاقي، حيث يمكن من خلال ذلك الاتفاق على مدة معينة يتم الضمان فيها أو بالتعديل بالتخفيف أو التشديد أو الاعفاء تماماً وذلك لكون ان احكام ضمان العيب الخفي خارجة عن نطاق النظام العام.

وللتفصيل أكثر في ذلك يتم البحث في مدى علاقة ضمان العيب الخفي بالقواعد العامة وبالتحديد في الحق في الحبس وكذا الدفع بعدم التنفيذ (المطلب الأول) ثم التطرق الى مدى علاقة ضمان العيب الخفي بالنظام العام (المطلب الثاني).

المطلب الأول: إرتباط أحكام ضمان العيوب الخفية بالقواعد العامة

إن لقواعد ضمان العيوب الخفية صلة وطيدة بالقواعد العامة وقد خصصنا بالذكر منها قاعدتين الحق في الحبس وكذا الدفع بعدم التنفيذ، وذلك بالرغم من أن حق الحبس مقرر في أغلبه للبائع لكن ما دفعنا لإختيار القاعدة الأولى هو النص عليها في كلتا الأحكام القواعد العامة وكذا أحكام ضمان العيب الخفي.

وعلى هذا الاساس نتطرق الى حق المشتري في حبس الثمن (الفرع الأول) والدفع بعد التنفيذ (الفرع الثاني).

الفرع الأول: حق المشتري في حبس الثمن

عند الحديث عن الحق في الحبس فإننا نتكلم عن فكرة قانونية عريقة وقديمة النشأة، حيث ظهرت في القانون الروماني وبالتحديد في مرحلة المرافعات الكتابية والتي بدأ العمل بها مع بداية العصر العالمي وقد إعتبر الحق في الحبس كضمان للوفاء.

وكان سبب نشوئها راجع الى كراهية الرومان للشكلية التي كانت سائدة وكذا لإتباع مجال التجارة وإنتشار النزعة الفردية تحت تأثير الفلسفة الإغريقية، وكان الفضل في ظهور نظام الحق في الحبس للبريتور¹ وذلك من خلال قانون ايبوتيا في ذلك العهد، حيث إستعمل سلطته لتنظيم مجموعة من الدفوع، منها الدفع بالغش الذي يراد به الحق في الحبس وذلك من خلال ما عرف عند الرومان بقواعد العدالة وحسن النية بهدف سد النقائص التي وجدت في القانون المدني الروماني، هذا بالإضافة الى أن هذا الحق كان يمنح للأشخاص الذين كانوا يحوزون مالا لغيرهم بموجب عقد بينهم وبين المعير ولأن هؤلاء كان لهم الرجوع على المالك بما أنفقوه من مال بدعوى يستندون فيها الى العقد المبرم بينهم وبينه كعقد الرهن والعارية، حيث كان الهدف من الحق تمكين المتمسك من الوصول الى حقه دون اللجوء الى رفع دعوى².

ثم إنتقل هذا الحق الى القانون المدني الفرنسي والذي إعترف فيه بهذا الحق في حالات ليست واردة على سبيل الحصر منها: وجود رابطة عقدية بين البائع والمشتري وفي حالة إنحلال أو إنقضاء هذه الرابطة العقدية بصفة قانونية حيث يكون الأثر المترتب عن ذلك، برد العقد الى الحالة التي كان عليها، هنا يجب على كل متعاقد أن يقوم برد ما قبضه وبالتالي في حالة رفض أحدهما فيقوم الطرف الآخر بحبس ماله من إلتزام حتى يقوم المتعاقد المقابل بما عليه من إلتزام، كما يقوم الحق في الحبس إذا وجد إرتباط مادي بين الدائن والشئ المحبوس³.

أما عند الرجوع القوانين العربية كالقانون المصري، فنجد أنه قديما إعتبر الحق في الحبس من الحقوق العينية وأورد الحالات التي يسمح فيها بقيام هذا الحق والتي تتمثل في وجود حق إمتياز للدائن، وكذا لمن أوجد تحسينات في العين، وأخيرا لمن صرف على العين مصاريف ضرورية أولصيانتها.

وما يميز القانون المدني المصري القديم عن الجديد في حكمه عن هذا الحق اعتباره وسيلة من وسائل التنفيذ العيني وضمان في نفس الوقت⁴.

¹ كان للبريتور سلطة قضائية وكذا سلطة تشريعية منحت له في حدود معينة دون سلطة تعديل أو إلغاء قواعد القانون المدني/الدكتور حماده عادل طه الحق في الحبس في القانون الروماني والفقهاء الإسلاميين، رسالة الدكتوراه، كلية الحقوق، جامعة حلوان، 2002، ص 62.

² نفس المرجع والموضع السابق.

³ الدكتورة نمره محمد محمود محمد، الحق في الحبس كوسيلة للضمان، دراسة مقارنة بين القانون المدني المصري والفقهاء الإسلاميين، أطروحة دكتوراه، جامعة القاهرة، كلية الحقوق، ص 112.

⁴ نفس المرجع السابق، ص 113.

أما عن موقف المشرع الجزائري فقد اعتبر ان الحق في الحبس بمثابة ضمان لحق الدائنين وهذا يبين أن المشرع الجزائري إعتد على الحق في الحبس كوسيلة قانونية وشرعية تضمن للدائن إسترجاع حقه بالوفاء من المدين دون اللجوء الى القضاء، كما نجد ان الحق في الحبس يتم اللجوء اليه قصد عدم انتهاء العقد ومحاولة اجبار الطرف المتعاقد الآخر تنفيذ التزامه¹.

وبهذا نصل الى أن الحق في الحبس حق استثنائي نال إهتمام معظم التشريعات وحتى الفقهاء وذلك لكونه حق استثنائي يخول محرز الشيء أن يحبسه تحت يده بصفته دائنا بموجب التزام متصل بهذا الشيء إلى غاية إيفاء المدين لهذا الالتزام.

إذ يراد به فقهيًا مكنة قانونية تمثل مصلحة حال مشروعة ومحمية قانونًا أي مصدرها القانون، إذ تمارس هذه المكنة بواسطة دفع أمام القضاء عند الإقتضاء، إذ تمنح صاحبها حق رفض رد شيء بين يديه بوجه كل من يطالب به عند توافر شروطه المحددة بين موجب الرد والدين المختص بمن يستعمل هذه المكنة من أجل ذلك الموجب.

أما لغتا فيراد به عدة معاني منها المنع، ومنه قولهم حبسه بحبسه حبسا أي منعه فهو محبوس، وكذلك يراد به الإختصاص كقولهم وإحبسوا الشيء، بمعنى أنه إختص به نفسه، وقد يراد به العقوبة البدنية التي تنزل بالمحكوم عليه ومنه قولهم حكم بالحبس على فلان والمعنى المقصود في الحبس الذي نحن في صدده هو المعنى اللغوي الأول أي "المنع" أي إمتناع رد الحابس الشيء الذي بين يديه الى من يطالب به².

فمن خلال ما تطرق إليه نجد أن للحق في الحبس خصائص يتميز بها عن بقية الانظمة حيث يقع بقوة القانون إذ لا يحتاج الى ترخيص من القضاء بالإستعماله ومتى توفرت شروطه والتي تتمثل في شروط صحة حق الحبس المتعلقة بنشوءه وشروط متعلقة بالتمسك بحق الحبس.

فبالنسبة الى النوع الأول من الشروط نجد أنها تتضمن هي الأخرى الشروط المتعلقة بالأموال محل حق الحبس حيث نجد أن المبدأ العام يقر بأن تكون كل الاموال محلا لحق الحبس إذ تشمل كل الأموال

¹ يقع موقع الحق في الحبس في القانون المدني الجزائري في الكتاب الثاني المعنون بالإلتزامات والعقود من الباب الثاني والمعنون آثار الإلتزام من الفصل الثالث المعنون بضمان حقوق الدائنين، من القسم الثاني، من الأمر رقم 75-58 المؤرخ 1975 / 09/26 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم. والصادر في الجريدة الرسمية في عدد 78 الصادرة بتاريخ 1975/09/30.

² الدكتور وجدي حاطوم، حق الحبس في القانون المدني كوسيلة ضمان غير مباشرة، دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، الطعة الأولى، 2007، ص19.

المادية المنقولة وغير المنقولة مثلية كانت أوقيمية وذات قيمة مادية أوقيمية غير مادية كالوثائق مثلا وأساس هذا المبدأ أن الحق في الحبس لا يعد تأمينا لكي ينحصر في الأشياء ذات قيمة مادية ولا يعد حقا عينيا وما يؤكد على ذلك ما جاء في القرارات القضائية فرنسية¹.

لكن لكل مبدأ عام استثناء، حيث يوجد أموال غير قابلة بطبيعتها أن تكون محلا للحبس وهناك من الأموال ما يمنع حبسها بنص من القانون وذلك لوجود سبب يمنع حق الحبس وهذا السبب نجد أنه منصوص عليه ضمن القواعد القانونية، بالإضافة الى منع حبس الأموال التي تخالف النظام العام والآداب العامة كالأشياء التي تتعلق بالحقوق الشخصية مثل الإنسان فهذا يعد مخالفا للنظام العام، وأموال ممنوع حبسها طبقا لشرط في العقد ويكون هذا الشرط باتفاق بين طرفي العقد، كما يوجد من الأموال ما تكون غير قابلة أصلا للحبس عليها.

هذا فيما يخص الشروط المتعلقة بالأموال القابلة وغير قابلة للحبس، أما فيما يتعلق بشروط المتعلقة بصفة الدين حيث تفترض فلسفة حق الحبس وجود دين واجب الوفاء في ذمة المدين المطالب بإسترداد الشيء المحبوس، حيث يجب أن يكون الدين أكيد ومستحق الأداء ومعلوم المقدار وهذا ما أطلق عليه من قبل المشرع بأن يكون الحق مستحق الأداء.

إذ يفهم من الحالة الأخيرة أن عدم وجود دين مستحق الأداء ويقوم أحد الاطراف بحبس ما لديه فيكون في هذه الحالة غاصبا، وذلك لإعتبار طبيعة الحق في الحبس تستلزم أن يكون الدين المضمون حالا مستحق الأداء، بالإضافة الى أن هذا الحق يشكل وسيلة غير مباشرة لجبر المدين على الوفاء وهذا دليل كافي لعدم صحة إلزام المدين بالوفاء إذا لم يكن الدين مستحق الأداء أي قبل حلول أجله، حيث قال العلامة ديرن عن ذلك أنه من إلتزم بأجل كأنه لم يلتزم².

كما لا يهم هنا حلول الأجل الأداء إذا كان بمقتضى نص قانوني أو بالاتفاق، لكن في حالة ما إذا منح القاضي للمدين أجلا للمدين حتى يفي بما عليه من دين، فهل تسري هذه المهلة على الحق في الحبس؟

¹ حيث أقرت على امكانية التمسك بحق الحبس ووثائق رخصة سير السيارات وكذا الملفات.

Cass ,com, 31 mai 1994 JCP 1994 I 3807 N°21 obs simler et Delebecque.

cass.Com ,14 avril 1992 JCP 1992 p 412. CA ,Aix –en provence 2 mars 1995 JCP 1997 Bull Civ ,IV n° 1977.

قد أشار الى ذلك الدكتور وجدي حاطوم، المرجع السابق، ص 167.

² قد أشار الى ذلك:

Mastre , droit de retention , exercice , effet , extinction ,Art , préc ,n°12.

إن المهلة الممنوحة من قبل القاضي تسمى بنظرة الميسرة، وبالتالي فهذا لا يمنع من قيام الحق في الحبس لأن هذه المهلة تتعلق بالدين ولا تمتد لتأجل حق الحبس¹.

فالأجل الممنوح للمدين بإيفاء دينه يمكن كذلك أن يصدر من الدائن بحد ذاته، لكن بالرغم من ذلك لا يمس حقه في حبس الشيء المبيع.

هذا بالإضافة الى أن إثبات إستحقاق الدين يقع على من إدعى بعكس المفترض وهو حسن النية، وبناء على ذلك فإن الدائن هو من يقع عليه عبئ الإثبات في هذه الحالة باعتباره مطالباً بالدين.

وكما هو معلوم أن لا يشترط أن تكون قيمة الشيء المحبوس متساوية مع قيمة الدين المستحق، وهذا ما يؤكد على أن الحبس مسموح حتى وإن تفاوت بينهما، لكن المشترط هنا أن يكون الدين معلوم المقدار هذا بالنسبة إلى الشروط اللازمة بصحة حق الحبس المتعلقة بنشوئه.

أما الشروط المتعلقة بالتمسك بحق الحبس أولها يتمثل في أن يكون الحابس حسن النية، وهو الأمر الذي أثار جدلاً عند الفقهاء الفرنسيين، حيث وجد إتجاهين، الأول إعتبر أن حسن نية الحابس واجبة وبالتالي فاللجوء إلى حق الحبس يجب أن يكون ضمن حدود معينة لا يسمح فيها للحابس أن يتعسف في إستعمال حقه وقد جاء في هذا السياق عدة قرارات قضائية أيدت ذلك.

كما أن هذا الاتجاه قد إستند في هذا القول على عدة حجج بإعتبار سوء النية سبباً غير مشروع لقيام حق من الحقوق، ويظهر ذلك من خلال إتباع أساليب غير مشروعة للتوصل بها الى ممارسة حق الحبس كسرقة الشيء المراد حبسه أو استعمال العنف أو الاحتيال أو تسلط وغيرها من الأساليب.

أما الحجة الثانية تتمثل في أن الأخذ بسوء النية بشكل توافقي تجاه الغير إذا كان موجوداً، وتقوم هذه الحالة عند توافي الدائن والمدين بحبس الشيء قصد إخراجه من الضمان العام للدائنين، وبالتالي فهذا يعتبر ممارسة للغش تجاه الغير.

أما الاتجاه الثاني فقد خالف الأول حيث لم يعطي إهتماماً الى نية الحابس فيما إذا كانت سيئة أو حسنة حيث كان أصحاب هذا الإتجاه ومنهم العلامة جوسرند ينتقدون القرارات القضائية التي كانت تقر بإلزامية حسن النية على من يمنح له حق الحبس، لكن الاجتهاد القضائي كان يميل كل الميل الى منع سيء النية من

¹ وهو ما تم تأكيده من قبل القضاء الفرنسي

ممارسة حقه في حبس الشيء المبيع، الأمر الذي يبين أن الاجتهاد القضائي كان مؤيدا للاتجاه الاول ومنافيا للاتجاه الثاني¹.

أما الشرط الأخير فيتمثل في الزامية وجود ارتباط بين حق الحابس والتزامه ، وذلك بقيام الحق في الحبس أن توجد هناك علاقة تربط بين الحابس وبين حقه المترتب في ذمة مدينه الذي يطالبه بهذا التسليم اذ يعد ذلك تبريرا قانونيا كوسيلة لإجبار المدين على الوفاء بحقه².

أما الخاصية الثانية التي يتميز به الحق في الحبس أنه حق غير قابل للتجزئة، ففي حالة ما إذا كان من المثليات وبقدر معين، وجب التسليم دفعة واحدة، وليس عن أجزاء وبالتالي فلا يحق للبائع المطالبة بقدر معين من المبيع، لكن ذلك يسقط في حالة ما إذا تم الاتفاق على غير ذلك كالإتفاق على تجزئة المبيع مع دفع كل كمية من المبيع ما يقابلها من الثمن³

كما يعد الحق في الحبس وسيلة دفاعية وقائية ذات طابع جزائي، إذ يعتبر هذا الحق وسيلة دفاع لكون طبيعته دفاعية كنظام، وذلك لإعتباره أقل خطورة بالمقارنة بالفسخ، وقد لاقى هذا الشأن تأكيدا من جانب الفقه إذ يرى في ذلك أن المشرع أدرج هذا الحق بغرض الوقاية، وهذه الأخيرة رصدتها المشرع بهدف منع وقوع الضرر.

حيث يمكن القول أن الحابس يمارس دفاعا بممارسته موقف سلبي من خلال الدفع عند المنازعة في حقه⁴، هذا من جهة ومن جهة أخرى نجد أن الطابع الجزائي يعد عقوبة لما تم التخلف عنه من إلتزام، وهذا الجزاء ممنوح للأفراد وذلك بتنازل عنه من قبل السلطات العامة التي تملك سلطة الإجبار والجزاء، وسلطة الضغط والاكراه، ففي الأصل أن الحابس يحبس شيئا غير مملوك له، بل الملك للمدين عموما والذي يبقى له حق الاسترداد في حالة الوفاء وبالتالي يبقى المدين محروما من الاستعمال والاستغلال.

لكن في حالة ما اذا كان الشيء المحبوس من النوع الذي يجوز التصرف فيه كالبيع وهوفي يد المشتري، فهل يسقط الحبس عنه ؟

¹ الدكتور وجدي حاطوم، المرجع السابق، ص 206-208.

² بلحاج العربي، أحكام الإلتزام في ضوء الشريعة الاسلامية، دراسة مقارنة، دار الثقافة، الطبعة الأولى، الأردن 2012.ص

³ الدكتور نمره محمد محمود محمد، المرجع السابق، ص 113.

⁴ F. Hage – chahine: Essai d'une novella classification , article préc n°29

قد اشار الي ذلك الدكتور وجدي حاطوم، المرجع السابق، ص 153.

في هذه الحالة لا يمكن لهذا التصرف ان يسقط ذلك الحق ولو تم إجازة ذلك لكانت وسيلة يذهب اليها كل مدين تم حبس أشياءه ولو صوريا لإجبار الحابس على اسقاط حقه من الحبس.

كما تجدر الإشارة الى أن الحق في الحبس ليس وسيلة عادية، كالحجز التنفيذي، إذ يعتبر وسيلة خاصة تهيء أسباب وتفتح الأبواب أمام التنفيذ لما يكرسه من ضغط وإكراه على المدين¹.

لكن هذا التنازل ليس تنازلا مفتوحا وإنما محدد بحدود ضيقة ومرسومة ضمن الدفاع عن حق الشخص بحبس ما لديه، ونرى مثل هذا الحق في حالة الدفاع الشرعي عن النفس والمال والذي يعتبر حقا مخول قانونيا، لكن هو الآخر يكون ضمن حدود معينة، وكل هذا دون اللجوء الى القضاء².

هذا بالإضافة الى أن الحق في الحبس وسيلة من وسائل التنفيذ التي تتيح للدائن أن يستوفي حقه جبرا من المدين، وهو ما تم إنتقاده من قبل الفقهاء وذلك لاعتبار أن الحق في الحبس يعد وسيلة غير مباشرة للتنفيذ حيث تم تفسير إدراج هذه الخاصية على أنها وسيلة حقيقية للتنفيذ³، في حين أنني أجد أن هذا الخاصية تعتبر حقيقتا وسيلة من وسائل التنفيذ وذلك لكون تهدف الى تنفيذ العقد وليس لهدم العقد.

وخير دليل على ما يوفره من ضمان، ضمان الوفاء بالإنزام معين، ويظهر كذلك من خلال السيطرة الفعلية وامتناع الحابس عن تسليمه لأي كان حتو ولو بقي جزء يسير من حقه غير موفى⁴.

وعند الرجوع الى عقد البيع فنجد أنه من الالتزامات الأساسية الملقاة على عاتق المشتري دفع ثمن ليقابل التزام أساسي للبائع وهونقل ملكية المبيع للمشتري، إذ أن البيع هونقل ملكية المبيع في مقابل دفع الثمن⁵.

¹ المرجع نفسه السابق، ص 152.

² الدكتور الجندي محمد صبري، دعوى نفاذ تصرفات المدين في القانون الأردني ومشروع المعاملات لدولة الإمارات العربية دراسة مقارنة مع القانونين المصري والفرنسي، مقالة بالمجلة العربية للفقهاء والقضاء، العدد 9، 1989، ص 47.

³ الدكتور رمضان أبو السعود، الوسيط في شرح مقدمة القانون المدني، الجزء الثاني، نظرية الحق، الدار الجامعية، 1992 ص 48.

⁴ الدكتور وجدي حاطوم، المرجع السابق، ص 151.

⁵ إذ يعتبر الثمن مبلغ من النقود يتفق عليه الطرفان، كما يجب ان يكون عبارة عن مبلغ من النقود وان يكون جديا ومقدرا أوقابلا للتقدير، وإن صحت هذه الشروط صح الالتزام وهو ما أكدت عليه المادة 602 من المشروع التمهيدي للتقنين المدني المصري الجديد حيث نصت على أنه " يلتزم المشتري بدفع الثمن المتفق عليه بالشروط التي يقررها العقد، وهو الذي يتحمل نفقات الوفاء " .

كما تجدر الإشارة إلى أن المبيع مستحق للتسليم بمجرد تمام البيع كما سبق التوضيح، وهذا ما ينطبق على الثمن أيضا إذ يستحق الدفع بمجرد تمام البيع¹.

ومن خلال ذلك يفهم أن حق الحبس يمكن أن يقرر للبائع، كما يمكن أن يقرر للمشتري في عقد البيع إذ يمنح هذا الحق للبائع بإعتباره ملزم بتسليم المبيع للمشتري في أجل محدد وفي نفس الوقت له حق يدفع المشتري له مقابل ما تم تسليمه له، وفي هذه الحالة وإذا لم يتم هذا الأخير بدفع الثمن حق للبائع بحبس المبيع إلى غاية وفاء المشتري بما التزم به، وهذا لاعتبار أن الحق في الحبس بالنسبة للبائع يعد ضمان تأمينيا لاستيفاء الثمن².

وهذا يقوم كما سبق البيان في حالة ما إذا كان الثمن حال الأداء كليا أو جزئيا سواء قانونيا أو اتفاقيا إن وجد³ وهوما جاءت به النصوص القانونية من خلال المواد 457 في فقرتها الأولى من القانون المدني المصري⁴، وكذا المادة 388 الفقرة الأولى من القانون المدني الجزائري⁵، حيث أكدت على أن الثمن يدفع في الوقت الذي يسلم فيه المبيع، ما لم يكن هناك اتفاق أو شرط مخالف لذلك في عقد البيع، لكن في نفس الوقت أجازت للمشتري حق حبس الثمن المستحق الدفع وهذا الحق ظاهر من خلال الفقرات التالية للمواد السابقة الذكر⁶.

¹ إذ توضح المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد" ويتبين من كل ما تقدم أنه إذا لم يوجد اتفاق خاص أوعرف، يكون البيع مستحق التسليم وقت تمام البيع، والثمن مستحق الدفع في هذا الوقت أيضا....." مجموعة الأعمال التحضيرية 4 ص 136-137.

² الدكتور محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، عقد البيع والمقايضة، المرجع السابق، ص 182.
³ وهوما نصت عليه المادة 390 من القانون المدني الجزائري بأنه إذا كان تعجيل الثمن كله أو بعضه مستحق الدفع في الحال جاز للبائع أن يمسك المبيع إلى أن يقبض الثمن المستحق ولوقدم له المشتري رهنا أو كفالة، هذا ما لم يمنحه البائع أجل بعد انعقاد البيع.

يجوز كذلك للبائع أن يمسك المبيع ولولم يحل الأجل المتفق عليه لدفع الثمن، إذا سقط حق المشتري في الأجل طبقا لمقتضيات المادة 212"

⁴ إذ تنص على أن " يكون الثمن مستحق الوفاء في الوقت الذي يسلم فيه المبيع، ما لم يوجد اتفاق أوعرف يقضي بغير ذلك "
⁵ حيث تنص على أن " يكون ثمن المبيع مستحقا في الوقت الذي يقع فيه تسليم المبيع ما لم يوجد اتفاق أوعرف يقضي بخلاف ذلك"

⁶ إذ تنص المادة في 450 فقرة ثانية والثالثة على انه:

2- "فاذا تعرض أحد للمشتري مستندا إلى حق سابق على البيع أو آيل من البائع، أو إذا خيف على المبيع أن تنزع من يد

المشتري، جاز له ما لم يمنعه شرط في العقد أن يحبس الثمن، حتى ينقطع التعرض أو يزول الخطر، ومع ذلك يجوز للبائع في هذه الحالة أن يطالب باستيفاء الثمن، على أن يتقدم كفيلا "

3- ويسري حكم الفقرة السابقة في حالة ما إذا كشف المشتري عيبا في المبيع "

يعتبر الحق في الحبس من الوسائل الممنوحة للدائن كي يتمكن من إجبار المدين على تنفيذ الموجب المستحق له، كما أن هذا الحق الأخير يعتبر من الوسائل التي يحصل الحابس بموجبها على تنفيذ الموجب المستحق له دون اللجوء إلى القضاء، إذ تم اعتبارها وسيلة من وسائل الضمان الغير المباشرة¹.

فحق الحبس بالمفهوم المدني أي حبس الدائن لأموال المدين الواقعة بين يديه لحين قيام المدين بتنفيذ الموجبات الواقعة عليه إذ ليس من العدل والإنصاف أن يطلب المدين استيفاء حقه من الدائن قبل تنفيذ التزامه تجاه دائئه².

ويقوم هذا الحق ولو كان مستحق الدفع وذلك في ثلاث حالات هي:

- 1- إذا ما وقع له تعرض في المبيع، مستندا في تعرضه الى حق سابق على المبيع أو آيل من البائع.
- 2- وجود أسباب جدية تجعله يخشى وقوع هذا التعرض ومثال ذلك ظهور أن المبيع مملوك لغير البائع أو أن المبيع مثقل بحق الرهن، أو حق اختصاص أو أن ملكية البائع معلقة على شرط فاسخ.
- 3- إذا وجد بالمبيع عيبا يضمنه البائع، وهو ما يعنينا في دراستنا هذه، إذ نجد أن هذا الحق ممنوح للمشتري بموجب القواعد العامة والقواعد الخاصة للضمان وكذا تطبيقا للدفع بعدم التنفيذ وللحق في الحبس بوجه عام³، كما أن هذه الحالات لا تسري في الحالات التي يتضمن فيها عقد البيع شرط يوجب بعدم الحق في حبس الثمن لأن هذا الحق ليس من النظام العام وبالتالي يجوز التعديل فيه، وبالتالي فالمشتري أن يتنازل

أما الفقرة الثانية من نص المادة 388 من القانون المدني الجزائري تقر بانه " فاذا تعرض أحد للمشتري مستندا الى حق سابق أو آل من البائع، أو إذا خيف على المبيع أن ينزع من يد المشتري، جاز له إن لم يمنعه شرط في العقد أن يمسك الثمن الى أن ينقطع التعرض أو يزول الخطر، ومع ذلك يجوز للبائع أن يطالب باستيفاء الثمن إذا ظهر للمشتري عيب في الشيء المبيع ".¹

¹ فقد تناول المشرع الجزائري الحق في الحبس في المادة 200 من القانون المدني الجزائري والتي تنص على أنه " لكل من يلتزم بأداء شيء أن يتمتع عن الوفاء به مادام الدائن لم يعرض الوفاء بالتزام ترتب عليه وله علاقة سببية وارتباط بالتزام المدين، أو مدام الدائن لم يقم بتقديم تأمين كاف للوفاء بالتزامه هذا

ويكون ذلك بوجه خاص لحائز الشيء أو محرزه، إذا هوانفق عليه مصروفات ضرورية ونافعة، فان له أن يتمتع عن رد هذا الشيء حتى يستوفي ما هو مستحق له، إلا أن يكون الالتزام بالرد ناشئا عن عمل غير مشروع "

² الدكتور وجدي حاطوم، حق الحبس في القانون المدني كوسيلة ضمان غير مباشرة، دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، بيروت، لبنان، 2007، ص 13.

³ فقد جاءت المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي بتأكيد لذلك بقولها " وحق الحبس هذا ليس إلا تطبيقا للحق في الحبس وللدفع بعدم التنفيذ وهما مقرران في القواعد العامة " مجموعة الأعمال التحضيرية 4، ص 136.

عن حقه في حق حبس الثمن قبل قيام العيب الخفي في المبيع بإدراج شرط يقر فيه بالعدول عن حقه في حبس الثمن في حالة وجود عيب بالمبيع، أوبعد قيام هذا العيب أوالسبب الموجب لحق حبس الثمن¹.

كما تجدر الإشارة هنا إلى أن الحق في الحبس لا يقتصر على هذه الحالات فقط لأن هذه الحالات جاءت على سبيل المثال وليس الحصر، إذ أنه من حق الدائن أن يحبس الثمن متى توافرت أسباب هذا الأخير وذلك طبقا لما هو وارد في القواعد العامة الخاصة بالعقود التبادلية².

إذا فالقيام الحق في حبس الثمن من جانب المشتري يجب: أن يكون المشتري قد تسلم المبيع³، وأن يكون قد إكتشف العيب، كما يشترط لقيام هذا الحق يكون الثمن لم يتم دفعه بعد للمشتري، لأنه إذا تم دفعه للبائع فلا يمكن للمشتري هنا أن يسترده بغرض حبسه، ويسري نفس الحكم إذا تم دفع هذا الثمن لوكيل البائع وأوائبه سواء كان محاميه أووسيطه، دون أن يسري ذلك على وكيل المشتري، كتسليم المبلغ المالي للمحامي الذي يعتمده المشتري ليدفعه للبائع، فهنا يجوز للمشتري إسترداد الثمن والقيام بحبسه⁴.

أما السبب وراء تقرير هذا الحق أن المشتري لم ينعم بملكية النافعة الهادئة والهدف من وراء حبس الثمن إيقاف تنفيذ التزامه المقرر بدفع ثمن المبيع للبائع إلى حين تنفيذ البائع التزامه بالتنفيذ.

في حين أن هذا الحق المقرر لمشتري يزول بزوال سببه، والسبب هنا إصلاح العيب الذي بالمبيع أوتعوضه عن ذلك العيب تعويضا يكفي لجبر الضرر الحاصل بسبب العيب.

كما يزول الحق في الحبس إذا تم تقديم كفالة شخصية أو عينية تضمن له ما يترتب عن الضمان من تعويض، كما تجدر الإشارة إلى وجوب أن تكون هذه الكفالة في حدود ما تم حبسه من ثمن، وأن هذه الكفالة تخضع لاختيار البائع إذ لا يمكن للمشتري إجباره على تقديمها، وهو ما جاء في النصوص القانونية المقررة بهذا الحق وفي نفس الوقت المسقطه له⁵.

¹ الدكتور عد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، 783-784.

² الدكتور حسن فرج، المرجع السابق، ص 538.

³ الدكتور بن الشيخ آث ملويا، المرجع السابق، ص 500.

⁴ الدكتور أنور سلطان، المرجع السابق، ص 337-338/ الدكتور عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 793.

⁵ إذ جاء في نص المادة 471 موجبات وعقود انه " تطبق أحكام المادة السابقة في اكتشاف المشتري لعيب في المبيع بوجب رده " إذ جاء في نص المادة السابقة والمقصود منها 470 موجبات وعقود انه: " إن المشتري الذي تعرض له الغير أو كان مستهدفا لخطر قريب هام من وقوع هذا التعرض بسبب سند سابق للبيع، يحق له حبس الثمن مادام البائع لم يزل عنه التعرض على أنه يحق للبائع أن يجبره على الدفع بأن يقدم له كفالة أو ضمانا لرد الثمن ومصاريف العقد القانونية إذ نزعته يده عن المبيع، وإذا كان هذا التعرض مقصورا على قسم من المبيع، فلا يحق للمشتري أن يحبس من الثمن إلا ما يناسب ذلك القسم

الفرع الثاني: حق المشتري في الدفع بعدم التنفيذ

في العقود الملزمة لجانبين يفترض أن يقوم كل طرف في العقد بتنفيذ التزامه الملقى على عاتقه، إذ يكون واجب التنفيذ فوراً، فإذا امتنع أحد الطرفين عن تنفيذ التزامه والآخر أراد أن ينفذ التزامه، فيكون لهذا الأخير أن يمتنع عن التنفيذ وذلك بالدفع بعدم التنفيذ حتى يقوم من يجب عليه التنفيذ أولاً بتنفيذ التزامه¹.

حيث يرجع أصل ذلك الى القانون الكنسي الذي أنشأ مبدأ الارتباط ما بين الالتزامات المتقابلة الناشئة عن علاقة قانونية واحدة، وقام بترتيب التزام على أساس هذا المبدأ يقر بأن أياً من الطرفين لا يجبر على القيام بالتزامه نحو الطرف الآخر إذا كان الطرف الآخر لم يقم هو نفسه بما عليه من التزام².

إذ نجد أن للمتعاقد بدلاً من أن يطالب بالفسخ عقد البيع وإرجاعه للحالة التي كان عليها في حالة عدم تنفيذ الطرف الآخر لالتزامه، أن يقوم الدائن بالدفع بعدم التنفيذ وذلك بالامتناع عن تنفيذ التزامه الى حين تنفيذ المدين لالتزامه، إذ نعني به الامتناع المشروع عن الوفاء بالعقد³.

كما أن الاقرار بالدفع بعدم التنفيذ يستلزم شروط قانونية يجب توافرها ولا يمكن أن يقوم دون قيامها وأولها يكون العقد المدفوع فيه من العقود الملزمة لجانبين وكما نعلم أن هذه العقود تعتبر من العقود الثنائية التبادلية وهذا يؤدي حتما الى وجود طرفين دائن ومدين، وكل منهما يلتزم إتجاه الطرف الآخر، لأن كل التزام مرتبط بالتزام المقابل لها، وفي عقد البيع نجد أن البائع يلتزم بتسليم المبيع والمشتري ملتزم بتسليم الثمن وإذا نظرنا من جهة إلزامية كطرف نجد أن البائع دائننا بالثمن ومدينا بتسليم المبيع، في حين أن المشتري يكون دائننا بتسليم المبيع ومدينا بالثمن، وقد ورد هذا الشرط وهو أن يكون الدفع بعدم التنفيذ في العقود الملزمة لجانبين قصد تقاضي العقود الملزمة لجانب واحد لأن لا محل فيه للدفع بعدم التنفيذ وذلك لعدم وجود التزامات متقابلة.

وتكون الكفالة مقصورة على القسم المعرض لنزع الملكية، ولا يحق للمشتري أن يستعمل حق الحبس إذا كان الدفع مشروطاً على الرغم من كل تعرض، وإذا كان المشتري عالماً وقت البيع بخطر نزع الملكية منه "

الدكتور عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 794.

¹ الدكتور علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، مطبوعات الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، 2005، ص 110.

² الدكتور عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، الإثبات - آثار الالتزام، المرجع السابق، ص 1125 تهميش رقم 2.

³ الدكتور عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام (العقد، العمل الغير مشروع، الإثراء بلا سبب، القانون)، الجزء الأول، دار إحياء التراث العربي، بيروت لبنان، 729.

أما الشرط الثاني فيتمثل في أن تكون الالتزامات المتقابلة مستحقة الأداء أي أنه في حال ما إذا تم الاتفاق بين البائع والمشتري بأن يتم دفع الثمن في وقت سابق على تسليم المبيع أو العكس الصحيح فإنه لا يجوز سواء للبائع بالدفع بعدم التنفيذ لأن الالتزام المقابل غير مستحق الأداء، ونفس الشيء نجده في حالة ما إذا قام المشتري بالدفع بعدم التنفيذ وأدائه غير مستحق، هذا بالإضافة إلى أن الالتزام بالدفع بعدم التنفيذ لا يجوز التمسك به في حالة ما إذا كان الالتزام طبعياً، لأن هذا الالتزام الأخير يشترط فيه أن يكون الالتزام مدني.

هذا بالإضافة إلى أنه لا يجوز للتمسك بالدفع لعدم التنفيذ أن يتمسك بهذا الالتزام في حالة ما إذا تم إستخلاص من طبيعة العقد أو العرف أن إلتزامه واجب الأداء قبل تنفيذ الالتزام المقابل¹.

أما الشرط الثالث فيتضمن أن يخل أحد المتعاقدين بإلتزامه وذلك بإمتناع أحد الطرفين عن تنفيذ الإلتزام لكن بطبيعة الحال إذا كان الإلتزامات مستحقة الأداء دائماً.

فالإخلال يقصد به أن الوعد المعهود به من قبل أحد الطرفين بالتنفيذ الإلتزام الملقى على عاتقه في الزمان والمكان المتفق عليه تم التراجع عنه بعدم التنفيذ ومثال ذلك، تسليم المبيع للمشتري من قبل البائع وبه عيوب تم التعهد فيه أن يكون المبيع خالياً من العيوب عند إبرام العقد، أو عدم تسليم المبيع للمشتري في الوقت والمكان المحدد والمتفق عليه، فيكون للمشتري في هذه الحالة الامتناع عن دفع الثمن لأن البائع لم يُتمّ الإلتزام الملقى على عاتقه وذلك بتسليم المبيع أو لعدم سلامة المبيع من العيوب².

كما تجدر الإشارة إلى أن الإخلال بالإلتزام يختلف عن الخطأ العقدي، وذلك لأن هذا الأخير يصدر دائماً من المدين أما الإخلال بالإلتزام فقد يكون صادراً من أحد طرفي العقد³، ما يفهم من ذلك أن الإخلال بالإلتزام قد يقوم في حالة عدم تنفيذ كلا من المتعاقدين لإلتزامهما في حين أن الخطأ العقدي يكون فيه أحد الطرفين قد أدى الإلتزام الملقى على عاتقه والطرف الآخر إمتنع عن ذلك.

¹ الدكتور أنور سلطان، الموجز في النظرية العامة للإلتزام، مصادر الإلتزام، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، 1998، ص 287.

² الدكتور محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، نظرية العامة للإلتزامات، المرجع السابق، ص 364.

³ الدكتور الفار عبد القادر والدكتور ملكاوي بشار عدنان، مصادر الإلتزام، مصادر الحق الشخصية في القانون المدني، الطبعة الأولى، دار الثقافة، الأردن، 2012، ص 114.

فالإمتناع في هذا الخطأ الأخير لا يكون فيه مشروعاً في حين أن الامتناع الملازم للإخلال بالإلتزام نجده دائماً مشروعاً، هذا بالإضافة إلى إشتراط حسن نية كل من المتعاقدين، إذ يفسر ذلك بأن يكون الطرف المتمسك بالدفع بعدم التنفيذ حسن النية إذ لا يجوز أن يتعسف في استعمال من هو مقرر لصالحه، حيث لا يمكن أن يتمسك المشتري بهذا الدفع قصد الإمتناع عن تنفيذ إلتزامه إذا كان الإلتزام المقابل له والذي امتنع من أجله عن التنفيذ ضئيلاً بالمقارنة مع الإلتزام المدفوع من أجله لأن العمل بهذا يعد معارضا لمبدأ حسن النية الواجب توافره¹.

أما عن الحل في هذه الحالة فيكون في إستطاعة المتعاقد الامتناع عن تنفيذ جزء معادل لما يتم تنفيذه إذا كان هذا الإلتزام قابلاً للتجزئة، كما تجدر الإشارة إلى أن الدفع بعدم التنفيذ لا يحتاج إلى اللجوء إلى القضاء قصد أخذ الإذن بالتمسك بالدفع وكذا لا حاجة إلى الإعذار، لكن في بعض الأحيان تقتضي الحاجة إلى اللجوء إلى القضاء عند تمسك كلا الطرفين بالدفع بعدم التنفيذ، وذلك قصد فض النزاع القائم².

وهو ما جاءت به نص المادة 123 من القانون المدني الجزائري³، وما يقابلها في تقنين مصري وذلك من خلال المادة 161 من القانون المدني المصري⁴، أما عن ما يترتب عن الدفع بعدم التنفيذ فالمفترض في حالة الدفع بعدم التنفيذ إيقاف تنفيذ العقد، حيث يستمر هذا الوقت إلى حين قيام الطرف الآخر بتنفيذ إلتزامه⁵. وكذا الإمتناع عن تسليم الشيء محل العقد من قبل المتمسك بعدم التنفيذ ضماناً يؤمن الدائن به بنفسه ضد خطر إفسار المدين⁶.

وقد تم التسليم بهذه القاعدة فقهيًا إذ كان لها تاريخ وبدايته كانت في القانون الفرنسي القديم، حيث تم إطلاق تسمية الدفع بعدم التنفيذ من قبلهم وذلك نسبة إلى مصطلح لاتيني، أما الرومان فقد قاموا بعد ذلك وفي

¹ الدكتورة حموحسنية، انحلال العقد عن طريق الفسخ، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة تيزي وزو، 2001، ص 125. وهذا المبدأ تطبيقاً لنص المادة 124 مكرر فقرة 2 من القانون المدني الجزائري " يشكل الاستعمال التعسفي للحق خطأ لا سيما في الحالات الآتية:..... إذا كان يرمي للحصول على فائدة قليلة بالنسبة إلى الضرر الناشئ للغير.....".

² الدكتور سعد نبيل إبراهيم، النظرية العامة للإلتزام، الجزء الأول، مصادر الإلتزام، منشأة المعارف، الاسكندرية، 2001 ص 325.

³ إذ تنص على أنه " في العقود الملزمة للجانبين إذا كانت الإلتزامات المتقابلة مستحقة الوفاء جاز لكل من المتعاقدين أن يمتنع عن تنفيذ الإلتزامه إذا لم يقم المتعاقد الآخر بتنفيذ ما التزم به "

⁴ إذ تنص على أنه " في العقود الملزمة للجانبين، إذا كانت الإلتزامات المتقابلة مستحقة الوفاء، جاز لكل من المتعاقدين أن يمتنع عن تنفيذ الإلتزامه إذا لم يقم المتعاقد الآخر بتنفيذ ما التزم به "

⁵ الدكتور حسن فرج توفيق، المرجع السابق، ص 341

⁶ الدكتور أنور سلطان، المرجع السابق، ص 289.

العصور الوسطى بإعادة صياغة قوانينهم وإدخال تلك القاعدة، كما قاموا كذلك بنسبة فكرة الدفع بعدم التنفيذ إليهم¹، إلا أن الواقع التاريخي يقر بعكس ذلك لأن القانون الروماني عمل بالدفع بالغش وليس بالدفع بعدم التنفيذ، فقد كان الحائز لعين لا يملكها وهو يعتقد أنها ملكه إذا أنفق مالا في حفظها وتحسينها وأراد المالك أن يسترد العين أن يقوم الحائز بالدفع بالغش حيث يدفع به دعوى الاسترداد حتى يسترد ما صرفه في حفظ العين وفي تحسينها وهذا الحق تم منحه من قبل البريتور الروماني الذي لم يرضى بالنتيجة الغير العادلة التي كان مضمونها عدم حق الحائز في استرداد ما صرفه على العين والسبب وراء ذلك انه لم يكن وقت الصرف وكيلا عن المالك ولا فضوليا إذ كان يعمل لمصلحته الشخصية لا لمصلحة المالك وهذا مادفعه إلى إعمال العدالة فضمن دعوى الاسترداد دفعا بالغش وبذلك لا يلزم الحائز برد العين قبل أن يتوفي ما أنفقه من مصروفات²، حيث كان أساسهم في ذلك أن العقود تبنى على حسن النية، وعقاب من يخالف ذلك أن يحرم من تقاعس على تنفيذ التزامه من الالتزام الذي يكون من حقه وذلك بإعطاء الدائن ما يطلبه من المدين، دون أن يقوم الدائن بتنفيذ ما عليه من التزام، وبالتالي الخروج من قاعدة العقد الملزم للجانبين حيث يكون الالتزام هنا واحد، وذلك على أساس الدفع بالغش، والذي نجد له قوام في العقود المبنية على حسن نية البائع، وهذا ما تم اعتباره من طرفهم دفع لعدم التنفيذ لكن بطريقة غير واضحة وعادية³.

غير أن مدرسة فردوا وعلى رأسهم الفقيه كيجاز أرجعت النصوص الرومانية إلى أصلها، وحصرت الدفع بعدم التنفيذ على حالات معينة والتي وردت فيها هذه النصوص، فتلاشت وحدة النظرية المقررة بأن الدفع بالغش هونفس منشأ الدفع بعدم التنفيذ وحتى الحق في الحبس وكذا تفككت تطبيقاتها ولم يعد يذكر اسمها وتم تدعيم ذلك قضائيا حيث لجئوا إلى إدراج الدفع بعدم التنفيذ ضمن أحكام الفسخ وتحت طائلتها وكذا وإعتبار الحق في الحبس حقا من الحقوق العينية⁴.

¹ وقد قاموا بذلك فقهاء اللاحقون لعهد التحشية حيث بنوا من النصوص الرومانية القائمة على هذا المعنى نظرية الدفع بعدم التنفيذ وأعطوها الاسم بعد ان نسبوها للقانون الروماني / الدكتور عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني نظرية الالتزام بوجه عام، الإثبات - آثار الالتزام، المرجع السابق ص 1125 تهميش رقم 2.

² وقد كان رأي الدكتور السنهوري في ذلك ومن خلال ما ورد أن منشأ الحق في الحبس والدفع بعدم التنفيذ واحد ألا وهو القانون الروماني وذلك على أساس الدفع بالغش. /الدكتور عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، الإثبات - آثار الالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة، 1968، ص 1125.

³ الدكتور عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، المرجع السابق، ص 730.

⁴ وقد قال بذلك كل من الفقيهين ديمولان وبوتيه / الدكتور عبد الرزاق السنهوري الوسيط في شرح القانون المدني نظرية الالتزام بوجه عام الإثبات - آثار الالتزام الجزء 2، المرجع السابق، ص 1126 تهميش رقم 2.

لكن ما فات المشرع الفرنسي أنه لم يقننها بشكل واضح رغم مصدره المباشر لها، وإنما تم الاعتماد فيها على تطبيقات وهو ما ذهب إليه القانون المدني المصري القديم عكس ما هو معمول به الآن حيث سارعت كل القوانين إلى سياغة مواد محددة وعامة.

كما تم التسليم بها قضائياً، وذلك لنهوض بالعقود، وتنفيذ الالتزامات المتقابلة في العقد والملزمة للجانبين وعدم إتمام أحدهما حتى يتم الآخر بما التزم به.

حيث إعتبر البعض أن الدفع بعدم التنفيذ هو صورة من صور الحق في الحبس¹، حيث جعلوا الحق في الحبس هو الأصل وجعلوا الدفع بعدم التنفيذ تطبيق هذا الأصل ضمن دائرة الملزمة للجانبين، حيث اعتبر القانون المدني المصري الحق في الحبس هو دفع بعدم التنفيذ وليس حق عيني ولا حق شخصي، كما أدخل ضمن أحكامه الدفع بعدم تنفيذ العقد² وهو ما نصت عليه المادة 200 من القانون المدني الجزائري والمادة 246 من القانون المدني المصري كمبدأ عام³.

في حين أننا نعتبر العكس صحيح وذلك باعتبار أن الحق في الحبس جزء من الحق في الدفع بعدم التنفيذ. وذلك نسبة الجزء للكل إذ نجد أن القانون المدني القديم أقر بأن الدفع بعدم تنفيذ العقد هو الأصل والحق في الحبس يتفرع عن ذلك الأصل⁴.

¹ الدكتور علي علي سليمان، المرجع السابق، ص 111.

² الدكتور عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام الإثبات - آثار الالتزام الجزء 2 المرجع السابق، ص 1134.

³ إذ تنص على أنه " لكل من التزم بأداء شيء أن يمتنع عن الوفاء به مادام الدائن لم يعرض الوفاء بالالتزام مترتب عليه بسبب التزام المدين ومربط به، أو ما دام الدائن لم يقدّم تأمين كاف للوفاء بالتزامه هذا "

ويكون ذلك بوجه خاص لحائز الشيء أو محرزه إذا هوأنفق عليه مصروفات ضرورية أو نافعة، فإن له أن يمتنع عن رد هذا الشيء حتى يستوفي ما هو مستحق له، إلا أن يكون الالتزام بالرد ناشئاً عن عمل غير مشروع "

⁴ الدكتور عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام ، المرجع السابق، ص 83. تهميش رقم 1.

فقد دحض القانون المصري القديم فكرة اعتبار الحق في الحبس من قبيل الحقوق العينية، والحقوق الشخصية (وهو ما كان سائداً في القانون المدني القديم) وأرجعت الحق في الحبس إلى طبيعته الحقيقية بأنه دفع بعدم التنفيذ وهذا ما عمل به التقنين المدني المصري الجديد.

أما القانون الفرنسي القديم قام بعكس ما قام به القانون الروماني والذي فصل بين الحق في الحبس والدفع بعدم التنفيذ حيث أرجع أحكام الدفع بعدم التنفيذ إلى أحكام فسخ العقد، وأرجع الحق في الحبس بالأعيان المادية وأصبح يعتبر حقا عينيا.

الدكتور عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام الإثبات - آثار الالتزام الجزء 2 المرجع السابق، ص 1131.

أما عن الفرق بين الحق في الحبس والدفع بعدم تنفيذ العقد والذي تم اعتباره في الأخير فرعا من فروع الحق في الحبس يعتمد على نطاق العقد حيث إذا تم تطبيق الحق في الحبس داخل نطاق العقد والملزم لجانبين كنا بصدد الدفع بعدم تنفيذ العقد، في حين إذا تم تطبيق الحق في الحبس خارج عن نطاق العقد كنا بصدد الحق في الحبس وذلك لأن العقد هنا قد زال¹.

إذ يفهم من ذلك أن الدفع بعدم التنفيذ يقوم في الأصل على الإيجاب والقبول والتبادل الملزمة للجانبين سواء كان هذا الالتزام بفعل شيء أو الامتناع عن فعل شيء أو موجب أداء كالقيام بخدمة أو تسليم شيء ما أما عند النظر إلى المحل الذي يتم الارتكاز عليه في حالة نشوء الحق في الحبس فلا يمكن أن يكون إلا تسليم شيء أو رد شيء ما وجد تحت حيازته لسبب من الأسباب.

أما المعيار المعتمد للتفرقة بين هذين النظامين فيكمن أساسا في العقود الملزمة لجانبين فيما إذا كان الالتزام الواقع على الحابس يشكل سببا للالتزام الواقع على المحبوس عليه أولا فإذا كان سببا فإن الممتنع عن التنفيذ يمارس حق الحبس و، وإذا لم يكن سببا فإن الممتنع عن التنفيذ يمارس الدفع بعدم التنفيذ.

كما نجد أن الاختلاف بين النظامين في الشروط، حيث نجد أن الدفع بعدم التنفيذ يقوم في العقود التبادلية، والتي يتم فيها تبادل الالتزامات المتقابلة ويصبح التزام كل طرف فيه سببا لالتزام الطرف المقابل، بينما الحق في الحبس يتطلب الأمر تلازما بين دين الحابس المتعلق بالشيء أو بمناسبته وبين التزامه بالتسليم وبهذا يمكن القول أن ممارسة حق الحبس تقوم مهما كانت القيمة المتبقية من التزام المدين قليلة الأهمية ولا يكون لهذا الأمر سلطة في تقديره من قبل القاضي، وهذا ما لا نجده في الدفع بعدم التنفيذ والذي تجب فيه أن يكون الجزء غير المنفذ في التزام الخصم غير تافه وللقضاء في ذلك السلطة التقديرية الكاملة، والا إعتبر ذلك إعمالا لسوء النية.

أما عن المحل المحبوس فيجب أن يكون شيئا ماديا ليس ملكا للحابس، أما عن الدفع بعدم التنفيذ فإن محله يقع على فعل أو عن امتناع عن فعل أو الالتزام بأداء.

إن ردت الفعل الطبيعية للعقل الانساني في حالة إخلال الطرف الآخر بالالتزام بما عليه هو حبس ماله من ملك لطرفه الآخر، إذ تعتبر صيحة خطر يطلقها الحابس الواقع تحت رحمة مدينه، ففي هذه الحالة تعتبر آخر وسيلة يلجأ إليها الدائن لجبر المدين على الوفاء بما يقع عليه من التزام، أما التمسك بالدفع بعدم

¹ الدكتور عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية التزام بوجه عام، مصادر الالتزام، الجزء الأول المرجع السابق، ص 731.

التنفيذ فلا تعتبر الوسيلة الوحيدة لتحقيق الغاية التي يهدف إليها هذا الدفع، وذلك لأنه يمكن اللجوء الى استعمال الغاء العقد برمته، لأنه الى حد ما حر في هذه الحالة في الاختيار لأن حالته لا تتذر بالخطر كما هو الحال بالنسبة الى الدائن الحابس، اذ نجد ان هذا الأخير قد تحمل تنفيذ التزامه بتحملة المصاريف والنفقات ولم يبق، حيث لم يبق أمانه سوى الالتزام بالتسليم الذي يتمتع عن تنفيذه، وهو الأمر الذي يشكل جوهر حق الحبس¹.

إذا فالقيام الدفع بعد تنفيذ العقد يفترض وجود طرفين ملزمين دائن ومدين لنفس العقد، كما يجب أن يكون هذا الالتزام واجب التنفيذ حالاً، حيث أن للبائع أن يحبس المبيع حتى يستوفي الثمن من المشتري حتى ولومنح القاضي للمشتري أجلاً لدفع الثمن، إذ يقاس ذلك على حالة وجود العيب بالمبيع فللمشتري في هذه الحالة الدفع بعدم التنفيذ بسبب وجود عيب بالمبيع والذي لم يتم الاتفاق عليه في عقد البيع وبالتالي فمن حقه أن يقوم بالدفع بعدم التنفيذ في حالة مطالبة البائع المشتري بتنفيذ ما التزم به.

إذ يفهم من هذا الشرط أن الدفع بعدم التنفيذ لا يجوز إثارته إلا إذا كان ثابت الأجل وكذا حان وقت تنفيذه من جانب المتعاقدين ولاتفاق منهما إضافة إلى ذلك ألا يساء استعمال الدفع من طرف المثير له².

إذ يفهم من ذلك أنه لا يجوز للمشتري أن يثير الدفع في حالة ما إذا كان هو البادئ بعدم التنفيذ، وكذا في حالة ما إذا كان المشتري هو السبب الرئيسي في عدم تنفيذ البائع لالتزامه كما لا يجوز الدفع بعدم التنفيذ في حالة ما إذا كان العيب يسيراً لا يستلزم ذلك.

حيث أقرت المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي على أنه لا يجوز للمتعاقد أن يتمتع عن تنفيذ التزامه إذا كان مالم ينفذ من الالتزام المقابل ضئيلاً بحيث يكون امتناعه عن التنفيذ غير متفق مع ما يجب توافره من حسن النية³، لكن هناك إستثناء عن قاعدة حيث لا يجوز إثارة الدفع بعدم التنفيذ في حالة ما إذا تم الاتفاق بين المتعاقدين أن يبدأ بتنفيذ العقد المشتري قبل البائع ونفس الحكم يسري في حالة ما إذا كانت

¹ الدكتور وجدي حاطوم، المرجع السابق، ص 106.

² وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد " ومهما يكن من شيء فلا يباح للعاقد أن يسيء استعمال هذا الدفع فلا يجوز له أن يتمسك به ليمتنع عن تنفيذ التزامه إذا كان الالتزام المقابل كاد أن يكمل نفاذه، وأصبح مالم ينفذ منه ضئيلاً لدرجة لا تبرر اتخاذ هذا الإجراء " مجموعة الأعمال التحضيرية 2 ص 333 لكن تم حذفه هذا النص في لجنة مراجعة باعتباره تطبيقاً لنظرية التعسف في استعمال الحق / تم الإشارة إليه من قبل الدكتور عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق ص 733، تهميش رقم 1.

³ مجموعة الأعمال التحضيرية 6 ص 331. نفس المرجع والموضع السابق.

طبيعة العقد تستلزم ذلك، وبالتالي يجب على المشتري تنفيذ التزامه دون أن يطالب البائع بذلك وهذا يؤدي إلى حرمان المشتري من الحق في الدفع وذلك لما لحمله العقد من شروط أو طبيعة¹ فإذا تم إدراج شروط في عقد البيع تقرر بأنه بان المشتري ملزم بدفع الثمن المقدر بمبلغ معين مقابل شقة في طور الانجاز، حيث يتم دفع الثمن من قبل المشتري قبل إتمام انجاز الشقة، أما الشرط الثاني فيتمثل في عدم إثارة الضمان في حالة ظهور عيوب محددة على سبيل الحصر، فهنا لا يكون للمشتري الحق في إثارة الدفع بعدم التنفيذ كما لا يمكنه إثارة الضمان وذلك في حالة موافقته على الشروط قبل إبرام العقد.

أما عن حالات التي ينقضي بها الدفع بعد التنفيذ فنقوم في حالة وجود مانع من موانع المسؤولية العقدية سواء كانت طبيعية أم قانونية، فبالنسبة للإستحالة التي يكون سبب فيها طبيعياً فنراه في معظم الأحيان في حالة هلاك الشيء المبيع نتيجة عوامل طبيعية مثل بيع حصان بذاته لصفاته، فيكون البائع هنا ملزماً بتسليمه لكن يستحيل عليه ذلك في حالة مرضه، وإلا قامت عليه دعوى ضمان العيب الخفي لتخلف الصفات الموجودة بالمبيع.

إن فإلما نراجع اللى عامل طبيعي ينقضي به الدفع بعدم التنفيذ وذلك لأن المانع كان خارج عن إرادة المتعاقد المتخلف عن الإلتزام.

أما الإستحالة القانونية فتتمثل في مانع قانوني يسقط الإلتزام الموجب على المدين، وكذا المسؤولية الملقاة على عاتقه عن عدم التنفيذ وهي تختلف عن الاستحالة الدفع بعدم التنفيذ أو انقضائه التي تقوم بفعل الطرفين والتي تكون في حالة ما إذ كان الدائن هو المتسبب بخطئه في عدم تنفيذ الموجب، فلا يجوز في هذه الحالة الدفع بعدم التنفيذ إتجاه المدين، أو بفعل الغير أي الشخص الأجنبي عن العلاقة التعاقدية بين الدائن

¹ لكن هذا الإلتزام ليس مطلقاً، أجاز المشروع التمهيدي للطرف المحروم من الدفع لسبب من الأسباب المذكورة في حالة ما إذا أصيب المتعاقد الآخر بنقص في ماله بعد إبرام العقد وذلك من خلال ما جاءت به المادة 223 من هذا المشروع على ما يأتي " في العقود الملزمة لجانبين إذا أصاب أحد المتعاقدين نقص في ماله بعد إبرام العقد، أو إذا طرأ على مركزه المالي ما يخشى معه أن يكون عاجزاً عن تنفيذ التزامه، جاز للمتعاقد الآخر إذا كان هو المكلف بتنفيذ العقد أن لا يمتنع عن تنفيذ التزامه حتى يقوم المتعاقد الأول بتنفيذ ما تعهد به أو يعطي ضماناً كافياً لهذا التنفيذ، فإذا لم يتم التنفيذ أو يعط الضمان في وقت مناسب جازت المطالبة بفسخ العقد" مجموعة الأعمال التحضيرية 2 ص 331 في الهامش تم الإشارة إليه من خلال المرجع والموضع السابقين.

والمدين فاذا قام بفعل يمنع من تنفيذ إلتزام المدين سواء بصفة مباشرة أو غير مباشرة، فهذا الفعل ينقضى معه الدفع بعدم التنفيذ ويستحيل من جانب الدائن على المدين¹.

أما إذا طرأت قوة قاهرة وتوفرت شروطها فينتفي معها الدفع بعدم التنفيذ بإعتبارها عامل من العوامل الغير متوقعة والتي لا يمكن دفعها، هذا بالإضافة الى أن الدفع بعدم التنفيذ ينقضى إذا كان المتسبب في عدم التنفيذ طرفي العقد وذلك بإشتراك من كل الدائن والمدين، فهنا لا يمكن لأي منها التمسك بالدفع لعدم التنفيذ لإشتراكه في تخلف الإلتزام الملقى على طرفه الآخر².

المطلب الثاني: إرتباط أحكام ضمان العيوب الخفية بالنظام العام

إن أحكام ضمان العيوب الخفية ليست من النظام العام، وهذا ما يسمح بالاتفاق على مخالفتها والعمل بعكسها وذلك بالزيادة في الضمان أو بالإنقاص منه، أو بالتخفيف منه .

وقد ذهب البعض من الفقهاء في هذا الصدد الى أن الضمان المتفق عليه ناتج عن مبدأ سلطان الارادة الذي يترتب عن التعبير الضمني لإرادة المتعاقدين، وبالتالي تم اعتبار الضمان الاتفاقي هو الأصل الراجع اليه في حالة قيامه، أما الضمان القانوني والصادر عن المشرع فلا يتم اعماله الا كضمان إحتياطي يلجأ اليه المتعاقدان في حالة غياب الضمان الأول.

فيما يذهب آخرون الى الاقرار بأن الأصل في الضمان هو الضمان القانوني، أما الضمان الاتفاقي فهو احتياطي، ومرجعهم في ذلك أن الاتفاق الأول صادر عن هيئة لا يمكن مخالفة احكامها وهي التشريع، أما الضمان الثاني فهو صادر من الأطراف التي لا تملك أي سلطة وبالتالي لا يمكن القياس على الضمان الاتفاقي مقارنة بالاتفاق القانوني³.

وعلى أساس ذلك وحتى يتم معرفة الرأي الراجح ارتأينا التطرق الى هذه الاحكام المعدلة للضمان القانوني وذلك من خلال الاتفاق على ضمان البائع صلاحية المبيع مدة معينة (الفرع الأول)، ثم التعديل من أحكام الضمان (الفرع الثاني) ثم التطرق الى تعديل ضمان العيب الخفي على المسؤولية العقدية والاستثناءات الواردة على ذلك (الفرع الثالث).

¹ الدكتور العوجي مصطفى، القانون المدني، المسؤولية المدنية، الجزء الثاني، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الثالثة لبنان، 2007، ص 105.

² الدكتور حسن فرج، المرجع السابق، ص 342.

³ الدكتور على حسن بخيره، المرجع السابق، ص 96.

الفرع الاول:الاتفاق على ضمان البائع صلاحية المبيع مدة معينة

زيادة عن ضمان العيوب الخفية، يمكن للمشتري اشتراط على البائع ضمان صلاحية المبيع مدة من الزمن ويقع هذا الاتفاق أكثر ما يكون في البيوع الدقيقة الصنع وسريعة الخلل¹، كما يعتبر من قبيل الضمان الاتفاقي الذي يتم مسبقا بين المتعاقدين بتعديل أحكام الضمان القانوني باتفاق خاص سواء بالزيادة في الضمان أو الإنقاص منه أو إسقاطه أو قيد ما اتفق عليه من ضمانات معينة، بحيث ينتج عنه حماية للمشتري في حالة ظهور عيب في الشيء المبيع، وهذا ما تم النص عليه ضمن المواد القانونية 384 و 386 من القانون المدني الجزائري، ولكن ما هو محل لدراستنا هنا ما ورد في نص المادة الثانية².

يعد ضمان صلاحية المبيع للعمل لمدة محددة التزاما إتفاقيا لا يقوم إلا إذا تم النص عليه صراحة وهونظام مكمل ومشدد لنظام ضمان العيوب الخفية، ويتم تحديد نطاقه ومعالمه من خلال التصرف القانوني المنشئ له وذلك لكونه ذو طبيعة اتفاقية محضة سواء في نشأته أو في مضمونه.

وقد برزت أهمية هذا الضمان من خلال التطور الحاصل في شتى المجالات وباعتبار أن الطرف الضعيف هنا هو المشتري الذي يجد نفسه عاجزا لعدم تمكنه من معرفة محتويات المبيع، خاصة إذا كان المشتري شخص عادي وليس ذا خبرة، فبناء على ذلك تم استغلال ذلك القلق ليتم إفراغه في ميزة استثنائية بضمان صلاحية المبيع مدة معينة على سبيل الدعاية من جهة ولنشر الاطمئنان من جهة أخرى³.

إذن فمن خلال هذا يبرز الاختلاف بين ضمان العيب الخفي و ضمان صلاحية المبيع للعمل مدة معينة فبالنسبة لهذا الأخير لا يقوم إلا بإتفاق الصريح أما الضمان الذي يسبقه فالنصوص القانونية هي التي تحدد مجال إعماله وذلك في حالة عدم وجود اتفاق مخالف لذلك، لكن هل هذا يعني استقلالية أحكام ضمان صلاحية المبيع مدة معينة عن أحكام الضمان العيب الخفي ، فالمعرفة ذلك يجدر بنا تحديد نطاق ضمان صلاحية المبيع للعمل (أولا) وما يترتب عنه في حالة قيامه (ثانيا) وأخيرا علاقته و ضمان العيب الخفي (ثالثا).

¹ على حسن بخيره، المرجع السابق، ص 108.

² الدكتور محمد حسنين، المرجع السابق، ص 81.

³ الدكتور محمد حسين منصور، ضمان صلاحية المبيع مدة معلومة، دار الجامعة الجديدة للنشر، بدون طبعة، وبدون سنة للطبع ص 15.

أولاً: نطاق ضمان صلاحية المبيع للعمل

من خلال نص المادة 386 من القانون المدني الجزائري نجد أن ضمان صلاحية المبيع مدة محددة يتناول صورة من صور الضمان الاتفاقي كما سبق القول، فنجد لها حضوراً في الوقت الحاضر أكثر من أي وقت آخر وبصفة خاصة في البيوع التي تنصب على الآلات دقيقة الصنع وسريعة الخلل¹ كالألات الحديثة منها الميكانيكي وكذا الأجهزة الإلكترونية والكهربائية مثل: الحاسوب والتلفزيون، الثلاجات، المدفئات، أجهزة الهاتف، أجهزة الراديو بطاريات السيارات..... الخ² وهذا يعني استبعاد البيوع التي يكون محلها العقارات والمنقولات العادية كالسلع والبذور واللوحات وكذلك المبيعات الغير المادية من نطاق النص، ذلك لأن مجال تطبيق هذا الضمان يكون في حالة بيع الأشياء التي تعمل خلال المدة المتفق عليها أما ما يتعلق بالأشياء التي لا تعمل فلا مجال لإعمال أحكام ضمان صلاحية المبيع مدة محددة إلا في حالة النص عليها صراحة في الاتفاق أما فيما يخص العقارات كذلك لا تسري عليها الأحكام المذكورة كما سبق القول باعتبارها لا تعمل، لكن يمكن ذلك بالإضافة إلى سلامة ومتانة البناء يمكن أن يقوم البائع وهو المهندس المعماري مثلاً باستمرار الرنونق الزخرفي للمبنى مدة زمنية محددة³.

فيقوم البائع هنا بإعطاء المشتري قسيمة للضمان يتحدد فيها ما يشمل الضمان ومدته، لأن الالتزام بضمان صلاحية الشيء المبيع للعمل مدة محددة يرد ضمن بنود العقد بحد ذاته أو بصفة لاحقة، إذ يعتبر التزاماً بدون مقابل أي ينشأ صحيحاً في ذمة صاحبه دون الحاجة إلى قبول أو مقابل من جانب الدائن، لكن في أغلب الأحيان يكون في صورة شهادة للضمان أو وصل يدل على ذلك، حيث يكون البائع فيه ملتزماً إما بإصلاح أو استبدال الشيء المبيع بشروط معينة في حالة ظهور أي خلل خلال المدة المتفق عليها⁴.

إذ نجد هذا النوع من الوثائق الخاصة بالضمان المحدد لمدة الصلاحية في عقود بيع المنتجات والأجهزة الحديثة كالسيارات والأدوات الكهربائية على شتى أنواعها، إذ تأخذ هذه الوثيقة شكل قسيمة يتم

¹ فقد أكدت المذكرة الإيضاحية على ذلك صراحة حيث بينت أن الحكمة من إدراج هذا النص الجديد مواجهة للتطور التقني الحديث مما يحمله من آلات وأجهزة دقيقة ومعقدة قد أشار إلى ذلك الدكتور محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 18.

² علي حسين بخيره، ضمان عيوب المبيع في عقد البيع، المرجع السابق، ص 104.

³ الدكتور محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 19.

⁴ المرجع نفسه، المرجع السابق، ص 10.

فيها تحديد مجموعة من الشروط تكون مطبوعة ومعدة سلفا وتكون على عدة نسخ ولنفس المنتج، إذ تكون شاملة في أغلب الأحيان لكل أنواع التصنيع دون أي نوع من التحديد¹.

وبالرجوع إلى قانون المستهلك نجد ان المادة 13 منه أكدت أولا على ضرورة استفادة كل مقتن لأي منتج من الضمان بقوة القانون وذلك في الفقرة الأولى، أما في الفقرة الثانية من نفس المادة أكدت على وجوب إرفاق وثيقة الضمانات الاتفاقية بالمنتج المباع²، أما عند الرجوع الى التقنين الجزائري فإنه قد جعل منها شهادة ضمان إجبارية في المنتوجات التي تحدد قائمتها بقرار وزاري مشترك بين الوزير المكلف بالجودة والوزير المعني أو الوزراء المعنيين³.

هذا من ناحية كيفية تحديد النص على هذا الضمان، أما من ناحية الخلل الموجب للضمان، فنجد في ذلك كل خلل ولو كان يسيرا يؤثر على صلاحية المبيع للعمل خلال المدة المتفق عليها، والمقصود من صلاحية المبيع للعمل خلال مدة معينة إمكانية أداء الآلة للوظيفة المرجوة منها سواء الأساسي أو الفرعي⁴ ومثال ذلك أن يضمن البائع صلاحية السيارة المباعة للعمل⁵ مدة معينة يمكن أن تكون تسعة أشهر لسيارة

¹ الدكتور محمد حسن قاسم، عقد البيع، دراسة مقارنة في القانون اللبناني والمصري، الدار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت، لبنان، 1999، ص 350.

² الدكتور محمد حسنين، المرجع السابق، ص 82.

³ هذا ما نصت عليه المادة 15 من المرسوم التنفيذي رقم 266/90 المتعلق بضمان المنتوجات والخدمات والذي مازال ساريا رم تضمنه للنصوص التطبيقية من القانون رقم 02/89 المؤرخ في 25 من فبراير 1989 والمتعلق بالقواعد العامة لحماية المستهلك، الذي ألغي بموجب القانون رقم 03/09 المؤرخ في 25 فبراير 2009 والذي يتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش المعدل والمنتم بالقانون رقم 09/18 المؤرخ في 10 جوان 2018، الذي نص صراحة في المادة 94 من نفس القانون على أن تبقى النصوص التطبيقية المذكورة في القانون 02/89 سارية للمفعول الى حين صدور نصوص تطبيقية تحل محلها إذ تنص المادة الثالثة من المرسوم 266/90 على أن يضمن سلامة المنتج الذي يقدمه من أي عيب يجعله غير صالح للاستعمال المخصص له، أو من أي خطر ينطوي عليه.

فقد أصدر وزير التجارة في 10 ماي 1994 بشأن هذا الضمان قرار يتضمن كيفية تطبيق المرسوم المذكور وذلك عن طريق تحديد قائمة المنتجات التي يلتزم بها البائع بضمانها إجباريا مع تحديد مدة الضمان التي تتراوح بين 18 شهر و 5 أشهر هذا بالإضافة الى تحديد مدة سنة كضمان لصلاحية المبيع وبالنسبة للمنتوجات، وتبدأ من تاريخ الاخطار وذلك تطبيقا لنص المادة 18 من المرسوم التنفيذي المذكور.

قد تم الإشارة الى ذلك من قبل الدكتورة سعدي فتيحة، المرجع السابق، ص 375، وكذا الدكتور آث ملويا، المرجع السابق ص 486.

⁴ الدكتور محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 22

⁵ فالمعنى الدقيق للصلاحية هنا المبيع هو أن يكون المبيع صالحا للعمل، ولا يعني أن يكون عدم الصلاحية راجعا الى عيب معين الدكتور عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 759.

معيبة لكن الضمان الموعود به جعلها بحالة جيدة وعلى هذا الأساس تم شراءها من طرف المشتري وفي هذا الصدد يضمن البائع كافة العيوب التي قد تؤدي إلى الإخلال بحسن سير هذه السيارة¹.

إذ يضمن البائع ضمان صلاحية المبيع خلال مدة معينة يمكن أن تحدد من خلال النص القانوني ويمكن أن تحدد تبعا لنص لما تم الاتفاق عليه، زد على ذلك أن تحديد المدة الزمنية الخاضع لاتفاق الأطراف يجب أن يتحدد حسب طبيعة الجهاز أو المنتج ويمكن ان تتراوح ما بين ثلاثة أشهر أو ستة أشهر أو سنة، إذ تتحكم في تحديد مدة الضمان عدة عوامل كفترة الاستعمال أو فترة الاستهلاك أو المدة الكافية لتجربة المبيع والتأكد من صلاحيته للعمل، ويبدأ سريان فترة الضمان عادة من وقت التسليم سواء كان نفسه وقت البيع أو بعده، والمقصود هنا بوقت التسليم الفعلي، والذي يقوم فيه الضمان بمجرد وقوع الخلل سواء أثناء التسليم أو لاحقا له أو سابق له كل ما يعد به هنا هو المدة المحددة للضمان ، هذا إذا لم يكن للمشتري يد في نشوء الخلل، لأن هذا يحرمه من حقه في الضمان².

ما يميز ضمان صلاحية المبيع للعمل مدة معينة إعفاء المشتري من عبء إثبات عدم صلاحية المبيع للعمل إذ يكفي حصول هذا الخلل في المدة المتفق عليها للضمان وأن هذا الخلل مرتبط بعييب في الصناعة أو في تصميم أو في مادة الشيء المبيع، لكن هذا لا يعني بالضرورة أن لا يتبع المشتري التعليمات المدونة الخاصة بالمبيع ثم يقوم بالمطالبة بالضمان إذ من الممكن إثبات ذلك وبسهولة أيضا، وبالتالي يحرم المشتري من الضمان باعتباره السبب الرئيسي الذي أدى إلى حدوث الخلل بالشيء المبيع³، كما تن ضمان صلاحية المبيع للعمل مدة محددة لا تمنع قيام ضمان البائع للعيوب الخفية⁴.

ثانيا: الآثار المترتبة عن قيام ضمان صلاحية المبيع للعمل مدة محددة

في حالة ظهور خلل في المبيع خلال مدة الضمان المتفق عليها يجب على المشتري خلال اجل شهر أن يقوم بإخطار البائع بذلك والا تم اعتباره راضيا بحالة المبيع الذي به خلل مؤثر على صلاحيته وكما كانت مدة الإخطار قصيرة كلما عادت بالفائدة سواء على المشتري بادراك الشيء المبيع وعدم فقدانه وكذا على البائع لمعرفة الخلل وإصلاحه قبل تفاقمه خاصة وأن هذا النوع كما سبق القول نجده في الأجهزة

¹ الدكتور أحمد شوقي محمد عبد الرحمن، المرجع السابق، ص 155.

² الدكتور محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 27

³ المرجع نفسه، المرجع السابق، ص 32.

⁴ الدكتور عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، البيع والمقايضة، المرجع السابق، ص 758.

الدقيقة¹ وتجدر الإشارة هنا إلى أن مدة الإخطار يصح الاتفاق على تقصيرها أو تمديدتها حسب اتجاه نية المتعاقدين²، فمن خلال هذا الإجراء يكون المشتري قد قام بتحقيق أول شرط من شروط ضمان صلاحية المبيع للعمل في المدة المحددة والمتفق عليها للاستفادة من أحكامه التي تقضي برفع دعوى الضمان خلال ستة أشهر والتي تبدأ من يوم الإخطار باعتبار أن هذه المدة هي مدة سقوط للدعوى لا مدة تقادم³ إذ يجوز الاتفاق على تقصير هذه المدة أو تطويلها لكونها ليست من النظام العام⁴.

فالتعويض عادة في هذا النوع من الضمان يكون بالالتزام بإصلاح المبيع إن كان هذا الأخير قابلاً لذلك إضافة إلى تعويض الخسارة التي لحقت به إن وجدت، لكن إذا كان المشتري في حالة استعجال جاز له القيام بإصلاح الشيء المبيع على نفقته ثم بعد ذلك يمكن له الرجوع على البائع بتعويضه الأضرار اللاحقة به⁵.

لكن في بعض الأحوال نجد أنه بالرغم من قابلية الشيء المبيع للتصليح إلا أن هذا التصليح لا يكون له نفع على طريقة العمل التي يعتمدها في هذا المبيع، فهنا يمكن اعتبار الشيء المبيع غير قابل للتصليح وبالتالي استبداله بما يماثله من المبيعات⁶ ومثال ذلك حكم القاضي بالتعويض العيني والذي يتجسد في إلزام البائع بأن يقدم للمشتري سيارة أخرى ماثلة وصالحة للسير بدلاً من السيارة التي تخلصها خلل عدم إمكانية السير الحسن والغير القابلة للتصليح⁷.

كما يمكن للمشتري المطالبة بالتعويض عن الخسارة اللاحقة به بسبب الخلل المؤثر كأن يكون السبب وراء فساد البضاعة المُبرَد المُشترَى والمضمون بمدة معينة من الصلاحية⁸ إضافة إلى ذلك أن البائع يلتزم بالضمان في جميع الحالات، بغض النظر عن حسن أو سوء نيته وكذا حتى ولو لم يكن عالماً بوجوده وذلك

¹ الدكتور محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 49

² الدكتور حسن فرج، المرجع السابق، ص 517

³ الدكتور رمضان أبوا السعود، المرجع السابق، ص 413.

⁴ هذا عكس مدة التقادم التي تسري على ضمان العيب الخفي والتي يجوز تطويلها دون تقصيرها الدكتور محمد صبري السعدي المرجع السابق، ص 760.

⁵ الدكتور لحسين بن الشيخ آث ملويا، المرجع السابق، ص 485.

⁶ الدكتور عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، البيع والمقايضة، المرجع السابق، ص 759.

⁷ الدكتور أحمد شوقي محمد عبد الرحمن، المرجع السابق، ص 156.

⁸ الدكتور لحسين بن الشيخ آث ملويا، المرجع السابق، ص 484.

كون سوء نية البائع أو حسن نيته لا تأثير لها كما هو معمول به في ضمان العيب الخفي كما لا يتأثر قيام هذا الضمان بعلم المشتري به أو إمكانية علمه¹.

كما تجدر الإشارة إلى أنه في حالة وجود خلل لكن تم اكتشافه بعد انتهاء مدة الضمان لكن سببه ومصدره وجد قبل انتهاء مدة الضمان المحددة لضمان صلاحية المبيع للعمل، فهنا للمشتري الرجوع على البائع على أساس ضمان العيوب الخفية باعتباره عيباً قديماً².

ثالثاً: مدى علاقة أحكام ضمان صلاحية المبيع مدة معينة بأحكام ضمان العيب الخفية

من خلال نص المادة 386 من القانون المدني الجزائري³ نجد أنه ولأول ولهبة أن ضمان صلاحية المبيع مدة معينة قد تتشابه وضمان العيب الخفي لدرجة أن يتم الخلط بينهما، وسبب وراء ذلك التعود على وجود هذا النوع من الضمان في البيوع التي يكون محلها الآلات والأجهزة الدقيقة بكثرة لدرجة أنه أصبح مألوفاً⁴.

لكن لو صح هذا القول لما قام المشرع بالنص على كل ضمان على حداً، ووجود ذلك دال على وجود الاختلاف، ف ضمان صلاحية المبيع لمدة محددة يعد التزاماً مصدره الاتفاق وهذا دال على الاستقلالية الذاتية لهذا الضمان من حيث المصدر لأن مصدر ضمان العيب الخفي الأحكام القانون المنصوص عليها في المواد، وهذا ما أدى بالمشرع إلى إدراج ضمان العيب الخفي تحت النطاق الضمان القانوني باعتبار أن المقصود من هذا الأخير التزام البائع بمقتضى عقد البيع بضمان المشتري الملكية وحيازة هادئة وتتمثل في وجوب امتناعه عن التعرض والاستحقاق للشيء المبيع وكذا التزامه بضمان العيوب الخفية⁵ وهو محل دراستنا هنا.

¹ الدكتور محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 73.

² الدكتور منصور مصطفى منصور، فكرة العيب الموجب للضمان في عقدي البيع والايجار، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية 1959 ص 315. والدكتور محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 27.

³ والتي تنص على أنه " إذا ضمن البائع صلاحية المبيع للعمل لمدة معلومة ثم ظهر خلل فيها، فعلى المشتري أن يعلم البائع في أجل شهر من يوم ظهوره وأن يرفع دعواه في مدة ستة أشهر من يوم الإعلام، كل هذا ما لم يتفق الطرفان على خلافه "

⁴ الدكتور عمرواحمد عبد المنعم دبش، المرجع السابق، ص 129.

⁵ الدكتور حساني علي، المرجع السابق، ص 71.

أما من حيث المحل فنجد أن ضمان العيب الخفي يقوم في جميع أنواع البيوع مهما كانت طبيعتها عقار كان أم منقول مادي أم غير مادي، أما ضمان صلاحية المبيع للعمل فيقتصر في الأصل على المنقولات التي تعمل كالألات والأجهزة.

كما نجد الاختلاف من حيث السبب الموجب للضمان، وذلك استنادا لما جاءت به نص المادة 386 من القانون المدني الجزائري والسابقة الذكر، فأما السبب الموجب للضمان في الضمان الاتفاقي يقوم بمجرد حدوث خلل في المبيع يجعله غير مؤهل للعمل ولا يشترط وجود العيب عند التسليم، أما ضمان العيب الخفي وكما سبق التوضيح فيقوم بمجرد الكشف عنه حتى وان كان هذا المبيع صالحا للعمل، هذا بالإضافة إلى أن ضمان صلاحية المبيع للعمل مدة محددة لا يقتصر على العيوب الخفية فقط كما هو الشأن في ضمان العيوب الخفية وإنما يمتد ليضمن العيوب الظاهرة، زد على ذلك عدم اشتراط الجسامة في الخلل لقيام الضمان الاتفاقي عكس ما يشترط لقيام العيب الخفي في بعض التشريعات¹.

ولم يقف الاختلاف عند ذلك وإنما تعدى ليصل الى الشروط، فالعيب الخفي يجب أن يكون قديما وخفيا وغير معلوم للمشتري، لكن الضمان المتفق عليه فيتحقق بمجرد تأثيره على صلاحية المبيع خلال المدة المتفق عليها وأن يكون لا يكون المشتري سببا في وقوع الخلل².

أما ما يجب على المشتري الالتزام به في حالة قيام ضمان صلاحية المبيع للعمل مدة معينة إخطار البائع في حالة ظهور خلل في الشيء المبيع خلال شهر من اكتشافه، هذا من جهة ومن جهة أخرى نجد أن الإخطار من الالتزامات الواقعة على عاتق المشتري في الضمان القانوني لكن الاختلاف يكمن في ان مدة الإخطار محددة في الضمان الاتفاقي وغير محددة في الضمان القانوني³ وإنما اكتفى بمعقوليتها⁴، ويعتبر من قبيل الالتزام فحص المبيع في الضمان القانوني بمجرد التسليم وعدم الالتزام بذلك في الضمان الاتفاقي⁵.

كما يظهر ذلك في الاختلاف في مدة التقادم التي حددها المشرع لرفع الدعوى في ضمان العيب الخفي والتي تتحدد بسنة من وقت التسليم، وانقضاء تلك المدة يحرم المشتري من حقه بالرجوع على البائع بالضمان القانوني أما المدة المحددة في دعوى الضمان الاتفاقي فتقدر بستة أشهر وتحتسب من اليوم الذي يتم

¹ الدكتور حسن فرج، المرجع السابق ص 515.

² الدكتور محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 61.

³ وذلك استنادا إلى نص المادة 380 من القانون المدني الجزائري السابقة الذكر.

⁴ الدكتور عمرو أحمد عبد المنعم ديش، المرجع السابق، ص 130.

⁵ الدكتور محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 62.

فيه إخطار البائع بوجود خلل في مدة شهر من ظهوره وإلا سقط حقه من الضمان، هذا في حالة عدم الاتفاق على مدة تقادم أخرى خلافا لما هو وارد بالمادة¹.

إذ يمكن الاتفاق على تقصير هذه المدة إذ أنها مدة سقوط وليست من النظام العام، والتي بالإمكان اطالتها وباتفاق مسبق، أما عند الرجوع الى احكام ضمان العيب الخفي فنجد أن المدة المحددة كما سبق الاشارة سنة، فلا يجوز التعديل فيها².

لكن هذا لا يعني عدم وجود تكامل بين النظامين ولا يعني إستبعاد أحدهما والإبقاء على الآخر، فالاتفاق على الضمان لمدة معينة لا يعني أبدا استبعاد أحكام ضمان العيب الخفي، لأن الضمان الاتفاقي يعتبر مكملا للضمان القانوني بإعتباره ميزة إضافية إلى جانب القواعد العامة للضمان³.

فقد قام في هذا الشأن خلاف ليس بين الفقهاء فحسب وإنما تعدى ذلك ليصل إلى التشريعات فالقانون المصري قد أقر على إمكانية الاتفاق على استبعاد ضمان العيب الخفي في حالة عدم اللجوء إلى الغش وإخفاء العيب من جانب البائع⁴، وعند الرجوع إلى القانون الفرنسي حيث قام بمنع أي اتفاق يقر باستبعاد

¹ الدكتور خميس خيثر، العقود المدنية الكبيرة، الجزء الأول، عقد البيع في القانون المدني، دار النهضة العربية، دون طبعة مصر، 1989، ص 239.

فقد ثار خلاف في ذلك عند بعض الفقهاء حيث ذهب بعض الفقهاء إلى أنه من الممكن أن يقوم المشتري برفع دعوى وذلك بمجرد اكتشاف العيب في حالة الضمان الاتفاقي دون الحاجة إلى التقيد بالمدة المحددة أي شهر من تاريخ اكتشاف العيب والسند في ذلك أنه من الممكن أن يقوم تبليغ البائع بصحيفة الدعوى مقام الإخطار وذلك خلال مدة شهر التي أقرها القانون أما الاتجاه الآخر فقد وجه النقد للرأي السابق وأقر بمشروعية تلك المدة لأن بغير ذلك يعد خروجا عن القاعدة القانونية والتي قامت بالزام المشتري بإخطار البائع خلال مدة شهر من يوم الاكتشاف، ولورأى المشرع عدم الحاجة للإخطار لما نص عليه لأنه وكما نعلم ان النصوص القانونية التشريعية جاءت نتيجة للظروف التي تتطلب من التشريع التدخل أما بإضافة مادة وبحذفها أو بتعديلها

فلإخطار عدة مزايا منها محاولة تخفيف العبء عن الجهات القضائية، ومحاولة بناء العقود وليس هدمها قد أشار إلى ذلك الدكتور عمرو أحمد عبد المنعم ديش، المرجع السابق، ص 130.

² الدكتور محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، المرجع السابق، ص 409.

³ منصور مصطفى منصور، المرجع السابق، فقرة 211 وقد أشار الى ذلك الدكتور محمد حسين منصور، المرجع السابق ص 62.

⁴ وهونصت عليه المادة 453 من القانون المدني مصري

أحكام الضمان القانوني في العقود المبرمة بين المهنيين والمستهلكين لأنه بهذا يكون قد تم استبعاد أحكام حماية المستهلك¹.

أما من جانب الفقه فقد قام البعض بالنقد حيث أن الجمع بين أحكام ضمان صلاحية المبيع مدة محددة وأحكام ضمان العيب الخفي غير ممكن لإستحالة الجمع بين آثارهما وكون ذلك بالخيار بين أعمال أحكام أحدهما واستبعاد الثاني وحجتهم في ذلك أن أحكام ضمان العيب الخفي كفيلة بتحقيق آثارهما وآثار ضمان صلاحية المبيع مدة محددة².

فقد ذهب في نفس السياق الدكتور محمد حسين منصور إلى أن الآثار المترتبة عن ضمان الاتفاقي تختلف عن تلك الآثار التي تترتب عن الاتفاق القانوني، ولم يقف الاختلاف عند ذلك وإنما تعدى إلى النطاق حيث يمكن للمشتري رفع دعوى على أساس ضمان العيب الخفي، وفي نفس الوقت على أساس ضمان صلاحية المبيع مدة محددة، فكون العيب الخفي متوفر على شروطه يفسر الأول ووجود الخلل ضمن المدة المتفق عليها يفسر الثاني³.

لكن من الممكن ان يتصادم النظامين في الآثار، وذلك من خلال كون الحكم كأثر لضمان العيب الخفي برد المبيع، والذي سيتم التفصيل فيه لاحقا وبين الحكم بإصلاح المبيع على نفقة البائع في ضمان صلاحية المبيع مدة معينة أوقع تكامل فيكون فيها الحكم بإنقاص الثمن أو التعويض في الضمان القانوني والإصلاح في الضمان الاتفاقي.

فقد كان في هذا الصدد عدة آراء متضاربة، فمنهم من قال بإحتياطية الضمان القانوني وذلك بأن تكون الأولوية لضمان صلاحية المبيع مدة معينة على ضمان العيب الخفي في حالة توفر شروطهما، أما الرأي الآخر فقد ذهب إلى عكس ذلك.

لكن كل هذه الآراء لا يوجد ما يبررها، فكل نظام يستقل عن الآخر، ومن ثم فللمشتري الحرية بتقديم أحدهما عن الآخر أو بجمعهما وبالتالي من الممكن تطبيق القاعدة السابقة الذكر والتي تمنح الحرية في اللجوء لأي ضمان يضمن للمشتري مصلحته.

¹ J.gestion ,rapport sur les clauses de garantie ,au colloque « droit et commerce sur les contrats d'adhésion et la protection des consom masteurs »3-4 juin 1978

تم الإشارة إليه من قبل الدكتور محمد حسين، المرجع السابق، تهميش رقم 4 من ص 63.

² الدكتور سعيد حبر، الضمان الاتفاقي للعيوب الخفية في عقد البيع، المرجع السابق، 1958.ص 96..

³ الدكتور محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص62.

أما القاعدة القائلة باحتياطية الضمان القانوني فيمكن توظيفها في حالة ما إذا طرأ الضمانين على نفس المجال كمنشوء خلل في المبيع خلال المدة الزمنية للضمان وأصل هذا الخلل راجع إلى عيب خفي في الشيء المبيع، فهنا يكون اللجوء إلى أحكام الضمان الاتفاقي بطلب الإصلاح قصد تفادي اللجوء إلى المحاكم والإجراءات المطولة وكما تجدر الملاحظة أن الأحكام التي تم اللجوء إليها كانت بصفة اختيارية وليست إجبارية¹.

فالواقع أن ضمان صلاحية المبيع لمدة معينة مكمل لضمان العيوب الخفية باعتبارها ميزة إضافية ولا يخرج عن كونه تطبيقاً للقواعد العامة²، كما تجدر الملاحظة هنا أنه تم إدراج الضمان الاتفاقي كمكمل لتوفير أكبر قدر من الحماية للمستهلك، حيث أنه وبالرغم من أن ضمان العيوب الخفية توفر قدراً من الحماية للمستهلك إلا أنها غير كافية لمواجهة الأخطار المحدقة بالمستهلك وذلك لصعوبة الحصول على الضمان، لأن وجود تلك الشروط المعينة تصعب المهمة على المستهلك في المطالبة بالضمان والاستفادة منه، كما أن المستهلك قد يحتاج إلى إثبات لوجود العيب الخفي في المبيع أو إثبات لسوء نية البائع³، وهذا يعد بمثابة إجابة عن الفقهاء وخاصة منهم من اعتبر أن الضمان الاتفاقي ما هو سوى نوع من التعديل وتوسع في ضمان القانوني للعيوب الخفية، حيث أن التطور الصناعي الحاصل وتأثيره البالغ جعل هذان النوعان من الضمان أمراً مسلماً به، بالرغم من أن الفرق واضح بينهما حيث يلتزم البائع بضمان العيب الخفي ويتحمل المسؤولية الناتجة عن وجوده في المبيع عند التسليم، كما يلتزم البائع في الضمان الاتفاقي بضمان كافة العيوب التي تحول دون صلاحية المبيع للاستعمال المشتري لأجله⁴.

ويظهر ذلك من خلال القانون الأكثر تأثراً بالضمانات الاتفاقية وبالأخص ضمان صلاحية المبيع مدة معينة في قانون المستهلك رقم 03/09، المعدل والمتمم فعند الرجوع إلى نص المادة 13 من نفس القانون نجد أنها صريحة في هذا الشأن وذلك بضرورة إستفادة كل مقتن لأي منتج من الضمان بقوة القانون، ونص المادة 14 من نفس القانون على أنه كل ضمان آخر مقدم من المتدخل بمقابل أو مجاناً، لا يلغي الاستفادة من الضمان القانوني المنصوص عليه في المادة السابقة " ومن خلال هذه النصوص القانونية يتبين أن التشريع

¹ محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 66.

² الدكتور حسن فرج، المرجع السابق، ص 515.

³ الدكتور عبد المنعم موسى إبراهيم، حماية المستهلك (دراسة مقارنة)، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2007 ص 76.

⁴ الدكتور محمد علي عمران، الالتزام بضمان السلامة وتطبيقاته في العقود، دار الثقافة، القاهرة، مصر، 1963. ص 302 / الدكتور محمد شنب والدكتور مجدي صبحي خليل، المرجع السابق. ص 199.

الجزائري قصد بالضمان في المادة 13 الضمان الاتفاقي والقانوني¹ وفي المادة 14 أكد على وجود والاستفادة من الضمان بقوة القانون إضافة إلى حرية إختيار المستهلك أنسب ضمان لحالته سواء كان القانوني أو اتفاقي ولتمكين المستهلك من إدراك حقه من الضمان وتوعيته للطريق الأنسب لذلك ارتأى المشرع إدراج نص المادة 14 السابقة الذكر والتي توضح أن الاستفادة من الضمان الاتفاقي لا يعني بالضرورة عدم الاستفادة من الضمان القانوني أي أن الاستفادة من ضمان صلاحية المبيع لمدة محددة لا يحرم المشتري أو المقتني من ممارسة حقه في اللجوء إلى أحكام ضمان العيوب الخفية².

وبعد أن أوضحنا مدى علاقة ضمان العيوب الخفية بضمان صلاحية المبيع للعمل مدة معينة لابد لنا من تحديد طبيعة ضمان هذا الأخير ، والذي كان محل جدال، فأغلب الآراء الفقهية حصرت أحكام ضمان صلاحية المبيع للعمل مدة محددة ضمن أحكام ضمان العيب الخفي، وذلك من خلال اعتبار أحكام الضمان الاتفاقي ما هو إلا تشديد لأحكام الضمان القانوني وعلى رأسهم الدكتور عبد الرزاق السنهوري وكانت حجته في ذلك أن للمشتري الحق في اشتراط ضمان صلاحية المبيع مدة معينة إضافة إلى ضمان العيب الخفي للمبيع³ أما الرأي الآخر فاعتبر أن ضمان الاتفاقي ما هو إلا إطالة وامتدادا لضمان العيب الخفي⁴.

هذا وقد أقرت مذكرة المشروع التمهيدي المصري بأن ضمان صلاحية المبيع مدة معينة تعتبر بمثابة شرط صريح وإعتيادي يمكن إخضاعه للقواعد العامة⁵.

أما الرأي الذي أخرج ضمان صلاحية المبيع من نطاق العيب الخفي ليدخله ضمن صور الوصف ضمان تخلف الصفة⁶، لكن كل هذه الآراء التي سعت إلى إعطاء وصف قانوني للبنود الاتفاقية الملزمة بوضع التزام على عاتق البائع مفاده ضمان صلاحية المبيع مدة محددة كانت محل انتقاد على أساس أن الأمر لو كان بهذا الوصف لانتفت الحاجة إلى ضمان صلاحية المبيع مدة معينة ولا تم الاكتفاء بأحكام ضمان

¹ وهو ما يطلق عليه إلزامية الضمان والخدمة ما بعد البيع

² الدكتور محمد حسنين، المرجع السابق، ص 82.

³ الدكتور عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، البيع والمقايضة، المرجع السابق، ص 758.

⁴ الدكتور سليمان مرقس، العقود المسماة، عقد البيع، الجزء الأول، مطبعة النهضة الجديدة، القاهرة، 1968، ص 433.

⁵ مجموعة الأعمال التحضيرية، للقانون المدني المصري، قد اشارت الى ذلك الدكتورة سعدي فتيحة، المرجع السابق، تهميش رقم 5 ص 371.

⁶ الدكتور صاحب عبيد الفتلاوي، المرجع السابق، ص 114.

العيوب الخفية¹، وتأكيدا لذلك تم منح الاستقلالية الذاتية لأحكام ضمان صلاحية المبيع مدة معينة وذلك من خلال إدراج نصوص قانونية تتمثل في المادة 386 من القانون المدني الجزائري السابقة الذكر وغيرها من المواد المشابهة في القوانين الأخرى² أما جانب التشديد وما يدخل في نطاق التعديل بالنسبة لضمان العيب الخفي فقد كان التشريع صريحا بذلك وهو ما سيتم التفصيل فيه لاحقا.

غير أن ما ذهب إليه الدكتور أسعد دياب وبالتحديد التشريع اللبناني الذي كان صريحا من أن ضمان صلاحية المبيع للعمل مدة محددة يدخل ضمن الصفات التي يتعهد بوجودها البائع في الشيء المبيع يعد في تقديري الاتجاه الأقرب للواقع، والنقد الذي وجه لهذا الاتجاه بأن التحقق من وجود الصفات المضمونة يتم عند التسليم وتوافر هذه الصفات في ذلك الوقت ينتفي به الحق في الضمان فيما بعد، أما ضمان صلاحية المبيع مدة معينة فيقوم الضمان فيه حتى ولو كان المبيع صالحا وقت التسليم ثم طرأ الخلل، يعد صحيحا لكن عند الرجوع إلى السبب الحقيقي الذي أدى بوجود الخلل المضمون خلال المدة الزمنية المحددة وجوده قبل التسليم وليس بعد التسليم ونشوء الخلل بعامل خارج عن إرادة البائع لا يسأل عنه هذا الأخير، وظهر هذا الخلل بعد مرور مدة من الزمن يكون سببه الرئيسي ناتج عن سوء تسيير المشتري للشيء المبيع³، كما يمكن إيجاد ضمن قسيمة الضمان بنود تحدد وجود صفات معينة بالمبيع ومن بينها المدة المحددة لذلك وهذا كفيل بالأخذ بهذا الافتراض باعتباره مطبق في إحدى التشريعات، كما أننا أجد أن هذا النوع يقوم سواء كان نوع الخلل فيه يسيرا أو متسامحا فيه وهو ما يتم العمل به في ضمان الصفات المكفولة في العقد، هذا ما يستدعي بنا إلى اعتبار كل من ضمان وجود صفات معينة بالمبيع و ضمان صلاحية المبيع لمدة معينة لا تخرج عن القواعد العامة، وأن الضمان الاتفاقي بما يحمله من ضمانات والتي تم الإشارة إليها بما فيها

¹ عند الرجوع إلى القانون المغربي فنجد أنه لم يتم بوضع نظام خاص لهذا النوع من الضمان، لكنه لم يمنع من إمكان الاتفاق عليه ضمن البنود الواردة في العقد ففي هذه الحالة يمكن تطبيق القاعدة القائلة بإدراج أحكام ضمان صلاحية المبيع مدة محددة ضمن القواعد العامة التي تحكم ضمان العيوب الخفية والسبب وراء ذلك عدم تخصيص نص قانوني صريح بذلك. أنظر الدكتور حسن على بخيره، المرجع السابق، ص 109.

² تنص المادة 455 من القانون المدني المصري على أنه " إذا ضمن البائع صلاحية المبيع للعمل مدة معلومة ثم ظهر خلل في المبيع، فعلى المشتري أن يخطر البائع بهذا الخلل في مدة شهر من ظهوره وأن يرفع الدعوى في مدة ستة شهور من هذا الاخطار وإلا سقط حقه في الضمان، كل هذا ما لم يتفق على غيره " وكذا نص المادة 444 من القانون الليبي ونص المادة 423 من القانون المدني السوري، والمادة 499 من القانون المدني الأردني. ونص المادة 1512 من القانون الإيطالي.

تم الإشارة الى ذلك من قبل الدكتور حسن فرج، المرجع السابق، تهميش رقم 1، ص 517. والدكتور محمد صبري السعدي الواضح في شرح القانون المدني، عقد البيع والمقايضة، المرجع السابق، ص 407.، الدكتور أسعد دياب، المرجع السابق ص 319.

³ الدكتور أسعد دياب، المرجع السابق، ص 320.

ضمان صلاحية المبيع للعمل مدة محددة يعد توسيعاً لنطاق الضمان القانوني وبالتحديد ضمان العيوب الخفية للمبيع.

لكن عند الرجوع إلى التشريعات التي أفردت ضمان صلاحية المبيع مدة محددة نجد أن لها أسبابها الخاصة والتي أدت بها لإخضاعه لأحكام خاصة قد تتعدد وتتنوع كتوفير أكبر قدر من الحماية للمشتري وبالأخص للمستهلك باعتباره الطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية التي يكون محلها نوع من أنواع الآلات خاصة الحديثة منه.

الفرع الثاني: نطاق التعديل في أحكام الضمان

من خلال ماتم التطرق إليه من الزامية ضمان العيوب الخفية على البائع بمجرد تحقق الشروط اللازمة لقيام العيب، والذي يقوم دون وجود إتفاق صريح أو ضمني ذلك أن العقد والقانون يعتبران أساسين للالتزام بضمان العيب الخفي بالمبيع، لكن لا يعتبر ذلك من جوهر عقد البيع¹.

وباعتبار أن الالتزام بضمان العيوب الخفية ناتج عن علاقة عقدية ويمثل أثر من آثارها، فهذا لا يمنع من وجود إتفاق بين المتعاقدين يخدم مصالحهم ويحافظ على حقوقهم، وذلك من خلال تطبيق نص المادة 106 من القانون المدني الجزائري والتي تقر بأن العقد شريعة المتعاقدين وكذا تطبيقاً لمبدأ سلطان الإرادة.

هذا بالإضافة إلى أن أحكام ضمان العيوب الخفية ليست من النظام العام فهذا يجيز للمتعاقدين التعديل في أحكام العيوب الخفية، ويكون ذلك باتفاق خاص على التشديد في الضمان (أولاً) أو الإنقاص أو الإعفاء (ثانياً).

أولاً: الاتفاقات الموسعة للضمان في العيب الخفي

أوكما يطلق عليه الزيادة في الضمان حيث أجازت أحكام ضمان العيوب الخفية والمنصوص عليها في القانون المدني الاتفاق على الزيادة في الضمان²، والذي اعتبره الفقهاء تشديداً لأحكام ضمان العيوب الخفية

¹ وهذا ما قاله بوتبيه بهذا الشأن وأشار إليه الدكتور أسعد دياب المرجع السابق، ص 262.

" L'obligation de garantie est bien de nature de vente ,elle est toujours sous-entendue quoiqu'elle n'y soit pas exprimée " mais quoiqu'elle soit la nature de ce contrat , elle n'est pas de son essence »

² تنص المادة 384 من القانون المدني الجزائري على أنه " يجوز للمتعاقدين بمقتضى اتفاق خاص أن يزيدا في الضمان....."

وذلك لان التعديل في هذه الأحكام يتم وفق تصرف قانوني ويكون محله مدرج ضمن الآثار التي ينتجها العقد المبرم.

فالاتفاق على زيادة الضمان يعتبر عرض من البائع أوإشتراط من المشتري، كما يمكن أن يصدر بإرادة منفردة فنجد هذه الصورة الانفرادية بادراج شرط يتضمن الزيادة في الضمان في عقود البيع التي يكون طرفا فيها المحترف حيث لا يحتاج قبولا من جانب المستهلك ليرتب أثره القانوني وذلك لأن المستهلك لا يلتزم فيه بأي مقابل، إذن فيكفي للزيادة في الضمان هنا إرادة المحترف فقط لكونه المدين بهذا الالتزام الذي تتجه إرادته الى زيادة حدود التزامه والتشديد منها ولا يجوز ذلك للمشتري أوالمستهلك في هذا النوع من الاتفاق أن يقيم ذلك بإرادته المنفردة ودون موافقة البائع، وسبب ذلك عدم إمكانية المشتري تحميل البائع مسؤولية لم يسبق له العلم بها، لكن هذا لا يمنع من إشتراط المشتري على البائع الزيادة في الضمان، وبالتالي يكون لهذا الأخير إما القبول أوالرفض¹.

فهذه الميزة نجدها في الاتفاق على الزيادة في الضمان دون الإنقاص أوالإسقاط كما سنرى لاحقا هذا بالإضافة الى أن لأعمال الاتفاق الخاص بالزيادة في الضمان يجب أن يتوفر على شروط خاصة بذلك:

- يجب أن يكون المشتري غير عالم بالعيب وقت إبرام العقد وذلك لإغفال مبدأ حسن النية والذي يعتبر أساس قيام كل عقد، إضافة الى أن المشتري يصبح في هذه الحالة راض بالعيوب وراض بإعفاء البائع من الضمان، وبالتالي ينتفي الاتفاق الذي يتضمن الزيادة في أحكام ضمان.

لكن هناك استثناء بالنسبة لهذه الحالة وهي في حالة ضمان وجود صفات معينة بالمبيع، وعلم المشتري بخلوالمبيع منها، فهنا يقوم التزام البائع.

- أن لا يكون المشتري سببا في قيام العيب المضمون، حيث لا يلتزم البائع بضمان العيوب الناتجة عن سوء تسيير وإهمال المشتري للمبيع المشتري، فاستعمال المشتري للمبيع في غير مجاله المخصص له أوإدخال أي تعديل أو تغيير مؤثر في المبيع والذي من شأنه أن يسبب عيوباً، يعد خطأ من المشتري لا يمكن ان يضمه البائع.

¹ الدكتور أحمد شوقي محمد عبد الرحمن، المسؤولية العقدية للمدين المحترف، منشأة المعارف، الاسكندرية، مصر، 2003 ص 87.

- كما يلتزم المشتري بعرض الشيء المبيع والمعيوب على البائع، لكي يتم إصلاحها وفقاً للأصول الفنية والمعلومة لديه إذ أن البائع غير مسؤول عن تلك الإصلاحات التي يقوم بها البائع لدى الغير¹.

فالإتفاق المتضمن الزيادة بالضمان يتعلق في معظم الأحيان إما بأسباب الضمان، وإما بمدى التعويض المستحق من الضمان²، فعند الإتفاق على الزيادة في الضمان على أساس الأسباب فيكون ذلك بضمان البائع العيوب الظاهرة بالرغم من استطاعة المشتري الكشف عن العيوب ببذله العناية المطلوبة، والتي تتمثل في عناية الرجل العادي التي سبق التكلم عنها كشرط من شروط قيام الضمان، لكن رغم ذلك وفي حالة ظهورها يلتزم البائع بالضمان، كما يمكن اعتبار الإتفاق على إطالة المدة اللازمة لرفع دعوى الضمان الى أكثر من سنة والتي نص عليها المشرع ضمن أحكام الضمان المستحق بالعيوب الخفية، ويبدأ هذا الوقت من يوم التسليم³ وذلك قصد توفير أكبر قدر من الحماية ووضع الإلتزام إضافي بينود العقد على عاتق البائع لم يفرضه عليه القانون وإنما العقد.

كما يجوز الإتفاق على رفع دعوى الضمان في حالة اكتشاف عيب خفي بالمبيع والتأخر عن إخطار البائع به⁴ باعتبار أن المبيع المُشْتَرَى لا يمكن لصاحبه تفحصه إلا بعد مرور مدة من الزمن بسبب ظروف خارجة عن إرادته مثلاً، كما يمكن الإتفاق على ضمان العيوب التي جرى التسامح فيها⁵.

أما الزيادة في الضمان والتي يكون محلها التعويض المستحق عند تحقق نتيجة الضمان فتظهر في اتفاق المتعاقدين على إلتزام البائع برد المبيع للبائع والمطالبة بالتعويض الكامل ويقوم ذلك حتى وإن لم يتوفر شرط الجسامة بالعيوب أو الإتفاق على تخيير البائع للمشتري في أن يسترد أعلى القيمتين ثمن المبيع أو قيمته سالماً، وقد تم إدراج هذه الحالة من الزيادة في الضمان باعتبار أن المصروفات الكمالية لا تدخل عادة في

¹ الدكتور أحمد شوقي محمد عبد الرحمن، ضمان العيوب الخفية في بيوع السيارات، المرجع السابق، ص 158-159-160.

² الدكتور عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، 875.

³ الدكتور عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، البيع والمقايضة نفس المرجع والموضع السابقين الدكتور صاحب عبيد الفتلاوي، المرجع السابق، ص 215، الدكتور على حسن بخيره، المرجع السابق، ص 97.

⁴ الدكتور ليبي شنب، المرجع السابق، ص 242

⁵ الدكتور محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 405.

تقدير التعويض على عكس تلك الضرورية¹ فقد كانت مذكرة المشروع التمهيدي للقانون المصري صريحة بشأن ذلك بأن ما تقدم من أحكام الضمان ليست من النظام العام فيجوز الاتفاق على زيادة الضمان².

إذ يدخل في إطار الإعتبار الاتفاق الموسع للضمان المبيعات التي لا تعرف حالاتها إلا بإحداث تغيير فيها كالثمار ذات الغلاف اليابس وذلك لكونها من الأنواع التي لا تخضع لأحكام ضمان العيوب الخفية أصلاً وهو ما صرح القانون الفرنسي العمل به.

كما يمكن الاتفاق على الضمان حتى في حالة القوة القاهرة باعتبارها حالة من الحالات التي يعفى منها البائع من الضمان، وهو شبيه بعقد التأمين³.

أما ما يمكن أن يكون تعديلاً ضمناً كتأخير بدأ سريان وقت الإخطار في وقت غير وقت التسليم والتي تكون في البيوع بشرط التجربة الذي يتأخر فيه بدأ سريان مهلة الإخطار إلى حين إجراء التجربة حيث نص

¹ الدكتور عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، البيع والمقايضة، المرجع السابق، ص 756
الدكتور جليل أحمد حسن ققادة، الوجيز في شرح القانون المدني، الجزء الرابع، الديوان الوطني لمطبوعات الجامعية، ص 181.

² الدكتور محمد مرسي باشا، المرجع السابق، ص 344.

وذلك تبعاً لما هو مذكور في نص المادة 453 مدني مصري على أنه "يجوز للمتعاقدین باتفاق خاص أن يزيدا في الضمان أو أن ينقصا منه أو يسقطا هذا الضمان، على أن كل شرط يسقط الضمان أو ينقصه يقع باطلاً إذا كان البائع قد نعد إخفاء العيب في المبيع غشاً منه"

أما ما جاء في التقنين المدني العراقي من خلال المادة 567 فقد كان يتسم بالتفصيل وذلك بأنه "1- إذا ذكر البائع أن في المبيع عيباً فاشترى المشتري بالعيب الذي سماه له فلا خيار له في رده بالعيب المسمى وله رده بعيب آخر.

2- وإذا اشترط البائع براءته من كل عيب أو من كل عيب موجود بالمبيع صح البيع والشرط وإن لم يسم العيوب. ولكن في حالة الأولى يبرأ البائع من العيب الموجود وقت العقد ومن العيب الحادث بعده قبل القبض وفي هذه الحالة الثانية يبرأ من الموجود دون الحادث."

ومن التقنينات التي كانت صريحة بهذا الشأن لكل بطريقتها القانون اللبناني من خلال المادة 460 و461 موجبات وعقود فالمادة 461 تنص على أنه "لا يسأل البائع عن عيوب المبيع ولا عن خلوه من الصفات المطلوبة: أولاً: إذا صرح بها. ثانياً: إذا كان قد اشترط أنه لا يتحمل ضماناً ما.

والمادة 460 منه "لا يكون البائع مسؤولاً عن العيوب الظاهرة ولا عن العيوب التي سبق للمشتري أن عرفها أو كان من العيوب الظاهرة ولا عن العيوب التي سبق للمشتري أن عرفها أو كان من السهل عليه أن يعرفها وإنما يكون مسؤولاً حتى عن العيوب التي كان من السهل على المشتري أن يعرفها، إذا صرح البائع بخلو المبيع منها" وغيرها من المواد الأخرى يمكن الاطلاع عليها بالرجوع إلى مرجع الدكتور أسعد دياب، المرجع السابق، ص 206، 207 والتي اعتبرها الدكتور أسعد دياب غير صريحة كما تجدر الملاحظة على أنها جتعت على سبيل المثال وليس الحصر.

³ الدكتور أسعد دياب، المرجع السابق، ص 268.

المادة الرابعة من مرسوم تنفيذي رقم 90/266 المتعلق بضمان المنتوجات على أنه "يمكن للمستهلك أن يطالب بتجريب المنتوجات والخدمات المذكورة في المادة 6¹ من القانون رقم 02/89 المؤرخ في 7 فبراير سنة 1989 أعلاه دون أن يعفى ذلك المحترف من إلزامية الضمان".

فالإتفاقيات المعدلة للضمان بالزيادة نادرة الحصول بصورة عامة في التعاملات التجارية وذلك لاعتبار البائع أن الضمان المنصوص عليه ضمن القواعد العامة كفيل بتوفير الحماية للمشتري² لكن ما أراه جديرا بالاهتمام تطبيق هذا الضمان من جانب الإختراعات والابتكارات الحديثة التي تتسبب في أضرار مباشرة وغير مباشرة للمتعاملين بها خاصة منها التكنولوجية والتي تستلزم تقنيات حديثة والتي يتم التعامل معها من طرف المشتري وخاصة العادي الذي لا يتوفر على الخبرة والدراية الكافية التي تمنحه الحماية اللازمة، لأنه وفي معظم الأحيان يكون لهذه الأجهزة عواقب وخيمة على المشتري مثل الإشعاعات التي تصدرها هذه الأجهزة والتي تشكل خطرا مع استمرار استعمالها وبالتالي يمكن أن ينتج عن ذلك أضرار محتملة لا يمكن للقواعد العامة ضمانها نسبة الى قصر مدة الضمان أو الإجراءات الكثيرة والطويلة فيها ، أما إذا تم العمل بهذا الشرط وهو الزيادة في الضمان فيحصل المشتري على أكبر قدر من الحماية خاصة بالنسبة الى الأجهزة المعادة التصنيع بمواد قابلة للتلف والتي تسبب كل أنواع الخطر .

لكن في حالة ما إذا شاب هذه الشروط المعدلة والموسعة للضمان والمدرجة ضمن بنود العقد غموض ولبس فما التفسير الذي يتم الأخذ به ؟ فقد اختلفت التفسيرات لهذا الجانب:

فمنهم من أوجب الأخذ بعين الاعتبار اتجاه إرادة المتعاقدين الحقيقية عند إتمام التعبير عنها في حال كانت هذه الشروط مشوبة بعدة احتمالات وتحتمل أكثر من معنى، ذلك لاعتبارها أساس تكوين وصحة العقد، وهذا يستدعي عدم الخروج عن المعنى الأصلي الذي قام عليه العقد والتوسيع في نطاقه ليشمل أوضاع لم يخصص لها من البداية.

أما الرأي الآخر فقد أخذ بعين الاعتبار في تفسير تلك البنود الغير مفهومة المعنى لمصلحة البائع بصفته الطرف الضعيف في هذه العلاقة بالذات، فهو ملزم بتنفيذ تلك الشروط التي تتصف بالتشديد من جانبه، لكن هذا الفرض قد يسبب ظلما للمشتري حيث لو استعمل البائع وخاصة التاجر منهم عبارات في عقد البيع

¹ والتي تنص على أن " كل مقتن لأي منتج سواء كان جهازا أو أداة أو آلة أو عدة أو أية تجهيزات أخرى يستفيد بحكم القانون من ضمان تدوم صلاحياته حسب طبيعة المنتج، ما لم ينص القانون على خلاف ذلك، يمكن أن يمتد هذا الضمان الى أداء الخدمات تحدد عند الاقتضاء كيفية تطبيق الضمان ومدته عن طريق التنظيم، ويعتبر لاغيا كل شرط يقضي بعدم الضمان "

² الدكتور أسعد دياب، المرجع السابق، ص 259.

يسعى من خلالها إلى جلب الزبائن وكذا ترغيب البضائع المطروحة، فيقوم بتعداد الصفات الجالبة بشكل يجعل منها ضامنا لكن هذه العبارات المستعملة والتي تكون عامة ومرنة تحتل أكثر من معنى، حيث لو تم تفسيرها على أساس مصلحة المشتري وهو الزبون هنا فيكون ضامنا لكل الشروط التي تم ذكرها فتكون له خسارة لا حصر لها خاصة في حالة ما إذا تعدد الزبائن المطالبون بتنفيذ تلك الشروط الواردة في العقد، أما إذا كان التفسير لمصلحة البائع وهو التاجر هنا فلا يلتزم بأي ضمان ذكر بالعقد ويتحرر منه ويعود ذلك بالضرر على المشتري.

ونجد هذه الحالة وبكثرة في حالة الإشهار التجاري، والذي نعني به " كل نشاط تجاري يهدف إلى تحقيق الربح عن طريق الإعلان عن سلعة أو خدمة معينة بإظهار محاسنها ومزاياها بأية وسيلة من وسائل الإعلان لإثارة المستهلكين ودفعهم للتعاقد من أجل الحصول عليها، فموكل إعلان هدفه ترويج للمنتجات ويعتبر بمثابة زيادة في الضمان بصورة انفرادية كما سبق التوضيح.

والخلاف الذي نجده في هذه حالة تقديم هذا الإشهار والذي يعد بمثابة ضمانات واسعة القصد منها إذا تم تقديم معلومات غير صحيحة عن المنتج فيبالغ في تلميع صورته ويضفي عليه مميزات ليست موجودة به وبالتالي تصبح هذه الضمانات بمثابة تضليل إشهاري يوهم فيه البائع المشتري بضمانات دون وجودها أصلا فنجد أن المشرع الجزائري كان صارما في حماية المستهلك وذلك من خلال نص المادة 28 من القانون رقم 02/04 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية¹ ولم يكتف المشرع بذلك وإنما حدد الممارسات التي تعد من قبيل الإشهار التضليلي الذي يعد بمثابة تعديل بالزيادة في الضمان صادر من جانب البائع بصورة انفرادية ليعرض على المشتري ، وتتمثل هذه الممارسات التي جاءت على سبيل المثال وليس الحصر في:

- تضمينه تصريحات أو بيانات يمكن أن تؤدي الى التضليل بتعريف منتج أو خدمة أو بكميته أو بوفرتة أو مميزاته

¹ والتي نصت على أنه ".....يعتبر إشهارا غير شرعي وممنوعا، كل إشهار تضليلي " القانون رقم 02/04 المؤرخ في 2044 /06/23 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، الصادر بالجريدة الرسمية عدد 41 الصادر بتاريخ 2004/06/27.

- تضمينه عناصر يمكن أن تؤدي الى الالتباس مع بائع آخر أومع منتجاته أوخدماته أوأنشطاته -
عدم امكانية البائع من ضمان الخدمات التي يجب تقديمها عادة بالمقارنة مع ضخامة الإشهار¹.

كما انه فرض عقوبات مالية لعدم الالتزام والتضليل²، وسبب وراء هذه الصرامة في رأي التعديل الصادر بإرادة منفردة من جانب البائع، وكذا لتوفير الحماية الكافية للطرف الضعيف هنا وهوالمشتري.

ولم يفق التفسير عند هذا الحد وإنما تعدى إلى كون أن محل هذا التعديل بالتوسع في الضمان لا يتعدى كونه تكرر لضمان العيوب الخفية ولا مجال لإنشاء التزامات جديدة على عاتق البائع أما الموقف المخالف فقد رأى أن هذا التعديل بالتوسيع في الضمان هو بمثابة زيادة في الضمان والبائع ملزم بما تم الاتفاق عليه³ وكل ما هو صادر عنه خاصة فيما يخص الوسائل التي يعتمدها التجار للترويج ببضائعهم، والتفسير بعكس ذلك يعتبر بمثابة حث البائع على الغش.

وقد تم تأييد في ذلك من طرف المحاكم الفرنسية الاستثنائية بالنسبة إلى بيع سيارة مستعملة جاء في عقد بيعها بأنها بيعت " بحالة جيدة للاستعمال" فتم تفسير هذه العبارة توسيعا لضمان العيوب الخفية استنادا إلى أحكام المادة 1157 من القانون المدني الفرنسي⁴.

لكن نفس السياق أصدرت محكمة التمييز الفرنسية قرارا يعتبر أن العبارة الواردة في إيصال صادر عن مزارع باع جرارا مستعملا لصاحب مرآب لا يعتبر زيادة في الضمان⁵.

لكن الدكتور أسعد دياب لم يكن مؤيدا لأي من الرأيين سواء الموسع أوالمضيق للضمان وكان تفسيره للمادة 1156 من القانون المدني الفرنسي السابقة الذكر على أساس أنه تعتمد في تفسيرها للبنود الغامضة

¹ الدكتور عمار زعبي، حماية المستهلك من الأضرار الناتجة عن المنتجات المعيبة، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه، تخصص قانون أعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم حقوق، جامعة محمد خبضر، بسكرة، 2013/2012، ص 116-117.

² تنص المادة 38 من القانون 02/04 السالفة الذكر عقوبة بشأن ذلك و" التي تتراوح بين 50.000.00 دج و5.000.000.00 دج مع إمكانية الحجز والمصادرة والغلق الإداري للمحلات المعنية بهذه الجريمة "

³ الدكتور أسعد دياب، المرجع السابق، ص 362.

⁴ فالمادة 1157 مدني فرنس تميل إلى التفسير الذي يعطي مفعولا لل بند على ذلك الذي يسلبه منه المفعول، وكذا استنادا لأحكام المادة 1602 من القانون المدني الفرنسي والتي تلزم بتفسير كل بند غامض وملتبس في عقد البيع لغير مصلحة البائع وأن التفسير الضعيف من شأنه أن يساعد البائع على غش المشتري، لاسيما العادي غير الخبير "

A. Galbier –des vices rédhibitoires dans la vente ou échange d’animaux domestiques cité par Dupont:la garantie conventionnelle des vices rédhibitoires p 29.

قد تم الإشارة إلى الدكتور اسعد دياب، المرجع السابق، ص 263.

⁵ تمييز فرنسي 1962/12/18 دالوز 1963 -114، تم الإشارة إليه كذلك في نفس الموضوع والمرجع السابقين.

على الإرادة المشتركة للبائع والمشتري ويتم استتباط ذلك من الظروف الموائية للعقد، كما أن السلطة التقديرية للقاضي تلعب دورا في هذا التفسير والذي يعتمد في جانب فيه لإصدار قراره على ما يتم إثباته وكذا مراعاة الشكل الذي أتى فيه الاتفاق الموسع اذا كان صريحا أو ضمنيا، وهذا لكون أن الاتفاق يمكن أن يكون حسب الدكتور أسعد دياب يمكن أن يكون مكتوبا أو شفويا، كما يمكن أن يستفاد ضمنيا من موقف معين أو من السكوت الملايس¹.

غير أن رأي الدكتور كان كما تجدر الملاحظة انه إذا تم إدراج شرط الزيادة في الضمان بأي صورة من الصور التي تم ذكرها، يجب أن تكون واضحة وصريحة غير قابلة للغموض أولعدة احتمالات وذلك لخروجها عن القواعد العامة، وفي حالة ما اذا شاب لبس وجب الرجوع إلى القواعد الخاصة بأحكام ضمان العيب الخفي²، وذلك تقاديا لخلق العدالة بين الطرفين ولتفادي الغش في حالة وروده في نية أحد المتعاقدين، كما أن الاتفاق على الزيادة في الضمان نظرا لحساسيته وندرة التعامل به يجب أن يكون صريحا وواضحا بعيد عن كل أنواع التأويل، أي مستكملا لجميع عناصره القانونية³.

ثانيا: الاتفاق المضيق للضمان

إذا تم الرجوع إلى نص المادة 384 من القانون المدني الجزائري نجد أنه بالإضافة الى تعديل العقد بالزيادة في الضمان يمكن كذلك الإنقاص أو إسقاط هذا الضمان⁴. إذ أصبح العمل بهذا التعديل شائعا خاصة في نطاق التعاملات التجارية نسبة لصلتها الوطيدة بالنواحي العلمية والاجتماعية والاقتصادية وكذا لكثرة

¹ السكوت يمكن أن يكون أفضل من الكلام في بعض الحالات وذلك لان السكوت له أحكام محددة في بعض التعاملات، أو يكون تفسيره واضح خاصة إذا كان مرافقا لظروف وأحداث تدل على القصد منه ويكون ذلك في حالة عرض شروط من طرف المشتري على البائع وتكون هذه الشروط موسعة ومشددة أي فيها زيادة بالضمان وتكون لاحقة لفاتورة البيع، فهنا في حالة سكوت البائع على هذا العرض المقدم من طرف المشتري يفهم الرضا والموافقة على تلك الشروط حتى وان تم الاعتراض شرط أن يكون هذا الاعتراض بعد مرور فترة زمنية طويلة خاصة إذا كان مجال هذا العقد تجاريا باعتباره يستلزم السرعة والائتمان في معاملاته.

الدكتور اسعد دياب، المرجع السابق، ص 265.

² الدكتور عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، البيع والمقايضة، المرجع السابق، ص 858.

³ وهذا ما قضت به محكمة استئناف بيروت بأن عقد التحكيم الذي لم يوقعه جميع البائعين والشاريين لا يمكن اعتباره ما يحتويه بمثابة تمديد لمهلة ثلاثين يوما وان تم توقيعه من طرف البعض منهم فقط وتبقى المهلة القانونية للضمان هي السارية لعدم استكمال العناصر القانونية وأولهم رضا كل أطراف العقد /تم الإشارة إلى هذا القرار مرجع الدكتور أسعد دياب، تهميش رقم 3 ص 269.

⁴ يجوز للمتعاقدین بمقتضى اتفاق خاص.....أو أن ينقصا منه وأن يسقطا هذا الضمان....."

الأضرار الناتجة عن تلك التطورات الحاصلة والتي تزيد من مسؤولية البائع، هذا ما جعله في حاجة ملحة تلجئه إلى السعي التعديل في الضمان، ونتيجة لذلك يلجأ معظم البائعين الى تعديل بنود العقد التي تخفف من الضمان أوتعفي منه بصورة نهائية والتي أجازتها معظم القوانين العربية¹ منها والفرنسية²، وقد كان لمذكرة المشروع التمهيدي للقانون المصري والتي أجازت زيادة في الضمان، أجازت كذلك الإنقاص منه أو إسقاطه أصلا³.

لكن كان للدكتور عمرو أحمد عبد المنعم دبش رأي مغايرا وسلبيا في ذلك، حيث ذهب إلى أن حقيقة الاتفاق على الإعفاء أو الإنقاص من الضمان الذي يعد في الأصل تعديلا لأحكام المسؤولية وُضِعَ مخالف لطبيعة الأشياء في ظل النظام التعاقد الذي تعرفه القوانين، وبمثابة هروب من جانب البائع من تلك الأحكام المنصوص عليها والتي تنظم العقود المبرم بين الأطراف بإعفائه أو إنقاصه من المسؤولية الملقاة على عاتقه⁴، حيث أصبح يستعمل المنتج وسائل إعلانية تروجه كما سبق القول وبها يندفع المستهلك لتلك المنتجات بالرغم من وجود شروط قد تقترب من الشروط الأسدية⁵.

كما تجدر الإشارة إلى أن الاتفاق على التخفيف أو الإعفاء من الضمان يمكن أن يصدر بصورة انفرادية لكن من جانب صاحب الحق الذي يمكن له التنازل عنه بصورة واضحة وبقينية والذي يتمثل هنا في المشتري بإعفاء البائع دون مراعاة قبوله أو رفضه، ويمكن اكتشاف ذلك من خلال عدم قيام المشتري بإخطار البائع رغم اكتشافه العيب⁶.

¹ منها القانون المدني المصري في نص المادة 453 والسابقة الذكر، وكذا المادة 461 من موجبات وعقود والتي سبق ذكرها، وكذا نص المادة 571 من تقنين الالتزامات والعقود التي تقضي بأن " لا يضمن البائع عيوب الشيء أو خلوه من من الصفات المتطلبية فيه:1- اذا صرح بها.

2- اذا اشترط عدم مسؤوليته عن أي ضمان "

² تنص المادة 1643 من القانون الفرنسي على:

IL est tenu des vices caches ,quand meme il ne les aurait pas connus , moins que , dans ce cas , il n'ait stipule qu'il ne sera obligé à aucune garantie"

³ الدكتور محمد كامل مرسى باشا، المرجع السابق، ص 344.

⁴ الدكتور عمرو أحمد عبد المنعم دبش، المرجع السابق، ص 337.

⁵ H. DAVO, CLAUSE ABUSIVES, Éditions Techniques Jurais-Classeurs, CONCURRENCE et CONSOMMATION, Fascicule 820, Edition Techniques, Parie, 1991, p 5

قد تم الإشارة إلى ذلك من قبل الدكتور بلعابد سامي، المرجع السابق، ص 115.

⁶ وخير مثال على ذلك شراء سيارة واكتشاف تعيبها والاحتفاظ بها رغم ذلك الدكتور أحمد شوقي محمد عبد الرحمن، المرجع السابق، ص 138.

أما الصورة الثانية فتتمثل في العقد، إذ التعديل أو الإعفاء يتم إما ضمن العقد أو لاحقا له، المهم هنا هو إثبات اتجاه إرادة المتعاقدين إلى ذلك التصرف¹.

إذن فالإتفاق على التخفيف من الضمان يتخذ صورتين الأولى تتمثل في أسبابه والثانية تتعلق بآثاره فبالنسبة للصورة الأولى تقوم في حالة تحديد عيوب محل الضمان وتستبعد عيوب أخرى هي في الأصل مشمولة بأحكام ضمان العيوب الخفية، ومثال ذلك الإتفاق على إعفاء البائع من ضمان العيوب الخاصة بطلاء السيارة أو بمحرك السيارة أو اشتراط البائع على المشتري أن يضمن فقط تلك العيوب التي لا تظهر ولا يمكن للمشتري اكتشافها إلا من خلال فحص دقيق وفني دون الفحص العادي، أو اشتراط أن يكون الضمان بالعيوب في العيوب الأساسية دون الثانوية، أو ذكر عيبا معيناً بالذات لا يلتزم فيه البائع بالضمان.

كما قد يتعلق التخفيف من أجل مدة الضمان والتي اختلف الفقه بصددها من مؤيد ومعارض، والتي أقر فيها الفقه بعدم جواز الإتفاق على التخفيض في مدة الادعاء باعتبارها مدة للتقادم ومن مناصري هذا الفرض الدكتور السنهوري²، في حين وجود رأي آخر يأخذ بعكس ذلك ويجيز التخفيف من مدة الضمان ومنها ما جاءت به المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي السابقة الذكر³.

أما ما يتعلق بالتعديل المحدد للآثار الناجمة عن الضمان، فيقوم ذلك إذا تم رد المبيع المعيب، فلا يرد للمشتري إلا أقل القيمتين قيمة المبيع سليما أو الثمن، وأن يرد له قيمة المبيع في حالته السليمة دون تعويض أي لا يصبح له حق الخيار بين الجزاءات الممنوحة له طبقا للمواد القانونية عند تحقق العيب⁴ فلو كان محل هذا الإتفاق سيارة فيكون للمشتري عند رد السيارة أن يسترد من البائع الثمن الذي دفعه للشراء دون فوائد أو تعويض آخر⁵، كما قد يتحقق اتفاق إنقاص الضمان في تضييق حصر حق الرجوع على البائع بالتعويض وذلك بشرط دفع التعويض المستحق دون أن يمر إلى المطالبة بالمصاريف والنفقات القانونية حتى وإن كان العيب جسيما⁶ هذا بالإضافة إلى أنه يمكن للمتعاقدين أن يتفقا على تحديد قيمة التعويض عن الضرر الناجم

¹ نفس المرجع والموضع السابقين.

² الدكتور عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 756.

³ حيث أقرت بأنه " إضافة إلى ما تم ذكره سابقا فإنه يجوز الإتفاق. أو على إنقاصه كما لو اشترط مدة أقل من سنة أو اشترط قصر الضمان على العيوب التي لا تظهر إلا بعد الفحص الفني، أو على إسقاط الضمان أصلا، غير أن الإتفاق على الإنقاص أو الإسقاط باطل إذا اقترن بتعهد البائع لإخفاء العيب"/الدكتور محمد كامل مرسي باشا، المرجع السابق، ص 344

⁴ الدكتور عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 756.

⁵ الدكتور أحمد شوقي محمد عبد الرحمن، المرجع السابق، ص 167.

⁶ D.FENLIER, La protection des consommateurs, Dalloz, paris ; 1996 p78.

عن العيب بمبلغ أدنى من قيمة الضرر الحقيقي الذي لحق بالمشتري وهذا يعني أنه في حالة تحقق هذا العيب لا يكون للمشتري فيه إلا المطالبة بذلك المبلغ الضئيل الذي تم التوقيع عليه¹.

ويمكن أن تتحقق الصورتين في حالة حصر الضمان في إستبدال بعض الأجزاء المعيبة في سيارة مثلا خلال مدة معينة، إذ يتم تعيين بعض أجزاء السيارة يقوم الضمان فيها باستبدالها بأجزاء أخرى سليمة وبالتالي ينتفي حق المشتري في المطالبة برد السيارة أو بإنقاص ثمنها أو بأي تعويض آخر، لكن يقوم ذلك في حالة اكتشاف العيب في جزء من الأجزاء المحددة في الاتفاق بالاستبدال فيها دون أي طلب آخر أما فيما يتعلق بالعيوب الأخرى والتي لم تحدد ضمن الاتفاق فيكون له الرجوع إلى الأحكام العامة الخاصة بضمان العيوب الخفية، هذا من جهة ومن جهة أخرى تتحدد فترة الضمان بالاستبدال خلال مدة معينة، فإذا تبين العيب بالفحص العادي بعد المدة المتفق عليها انتفى حقه بالرجوع على البائع، لكن في حالة ما إذا تطلب اكتشاف العيب خبير فني أي انه كامن فيظل الاتفاق قائما حتى بعد انقضاء مدة الضمان².

أما الاتفاق على مبدأ الإعفاء من الضمان فيقوم في حالة اشتراط البائع إعفائه من كل العيوب التي من شأنها إقامة الضمان وهذه ماجاء بصريح العبارة في نص المادة 567 من التقنين المدني العراقي والسابق الذكر، حيث قام المشرع فيه بإجازة هذا الشرط المعفي من بعضها من كل العيوب التي يمكن أن تطرأ على المبيع وقت العقد والعيب الذي يطرأ بعده ولكن قبل التسليم ، لكن المعفي كليا من العيوب فقد حصر فيه العيوب الموجودة بالمبيع وقت البيع ولا ينصرف الاعفاء عن غيرها³ فالاعفاء من الضمان الكلي يعني بالضرورة الرضا بالعيوب التي تطرأ دون الرجوع على البائع بأي تعويض، ويكون المشتري في هذه الحالة كما الذي اشترى ساقط الخيار الذي يعد من أحكام ضمان التعرض والاستحقاق⁴.

¹ اقر القانون أن للقاضي الفرنسي الحق في تعديل الشرط الذي يعتبر بمثابة عبئ على المشتري بالتعديل فيه برفعه وذلك بشرط أن يكون المبلغ المتفق عليه زهيدا ومنخفضا إلى حد التفاهة، وبإبطال أي شرط يعفي القاضي من ذلك الحق. وتم التأييد في ذلك من طرف الفقهاء وذلك لكونه اليد المنقضة والمساعدة للطرف الأضعف في هذه العلاقة

لكن هذا التغيير غير مطلق بالنسبة لكل التشريعات الأخرى كما هو الحال في القانون اللبناني والذي ارتأى فيه الدكتور دياب النفاة المشرع اللبناني في أعمال مثل هذا الاستثناء -الدكتور اسعد دياب المرجع السابق، ص 291 والذي يعتبر في رأي خوفا من أن يستعمل المشتري هذا الاستثناء لمصلحته الشخصية، وتحايله على البائع بالموافقة على إدراج ذلك الشرط ضمن العقد.

² الدكتور أحمد شوقي محمد عبد الرحمن، المرجع السابق، ص 168.

³ الدكتور أسعد دياب، المرجع السابق، ص 293 - 294

⁴ الدكتور محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، المرجع السابق، ص 406

وتقوم هذه الشروط حتى في حالة علمه وعدم تعمد باخفاءها عن المشتري والذي أثار خلاف بين القوانين فعند الرجوع إلى التقنين المدني نجد انه لا يجيز الإعفاء من الضمان مع توفر شرط العلم البائع بالعييب¹، لكن كان رأي الدكتور السنهوري من رأي الدكتور أنور سلطان بأن الضمان يصح في حالة ما إذا كان البائع على علم به ولكنه لم يقم بإخفائه غشا من المشتري وذلك لأن العيب لم ينشأ بفعل البائع، ولو كان العكس لسقط حق البائع بالإعفاء من الضمان لأن ذلك يعتبر بمثابة إعفاء من المسؤولية التي يكون مصدرها بفعل الغش وهذا غير جائز².

فقد تم تطبيق هذا النوع من الضمانات في البيوع العقارية، من قبل الاجتهاد الفرنسي حيث أقر بأن العبارات المنصوص عليها ضمن العقد واضحة لا تتضمن عدة احتمالات³ وإنما تفيد إعفاء البائع من الضمان⁴.

لكن في حالة ما إذا شاب هذه الشروط المعدلة للضمان بالتخفيف أو الإعفاء والمدرجة ضمن بنود العقد غموض ولبس، فما التفسير الذي يتم الأخذ به؟ فقد اختلفت التفسيرات لهذا الجانب:

فالهدف من التفسير هو معرفة النية التي اتجهت إليها إرادة المتعاقدين الحقيقية، والتفسير وارد وواجب في حالة إذا شاب التعبير عن إرادتهما شكوك، أي إما تكون غير كاملة أو أن تكون بعبارات لا تمد صورة الصحيحة للمعنى الحقيقي المرغوب فيه من طرفهم.

أول قاعدة في تفسير البنود المنقصة أو المعفية من الضمان عدم التوسع في تفسيرها، وهو الشيء المسموح به في التعديل القائم على الزيادة في الضمان، ذلك لأن الطرف الضعيف في هذه الحالة من التعديل المشتري، وهذا يعني أن التفسير المعمول به في الاتفاق سواء المخفف أو المعفي من الضمان هو التفسير الضيق وأساس ذلك عدم جواز تفسير النص لمصلحة المدين وهو البائع، خاصة وأن البنود المنصوص عليها بالعقد تنشأ في الأغلب من خلاله.

¹ انظر نص المادة 1643 من القانون المدني الفرنسي، لكن الفقه فيه كان ينقسم إلى قسمين فمنهم من أقر بالإعفاء بالرغم من العلم ومنهم ببلانيل، وريبير وهامل وآخرون كانوا مؤيدين لما جاء به تقنين الخاص ببلدهم مثل بودرى وسينييا، الدكتور السنهوري، المرجع السابق، ص 758، تهميش رقم 1.

² الدكتور أنور سلطان فقرة 286 والذي أشار إلى ذلك الدكتور عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 758.

³ وهذه العبارة هي "شراء المبيع كما هو" بعبوبه الظاهرة والخفية "

⁴ تمييز مدني 1975/11/12 دالوز 1976 قد تم الإشارة إليه في كتاب الدكتور أسعد دياب، المرجع السابق، تهميش رقم 2 ص 283.

فناطق التفسير يتجه بالدرجة الأولى إلى التأكد من وجود هذا التعديل إما بالتفويض وأوبالإعفاء، ثم الانتقال في التفسير إلى مدى ما يسعى إليه المتعاقدين من خلال إقامة هذا التعديل.

فبعد التأكد من وجوده من خلال تلك العبارات التي تدرج بالعقد يتم الانتقال إلى مدى وضوح تلك العبارات فإذا كان وضوحها ينفي أي شك بتأويلها فهنا ما على أطراف العقد إلا تنفيذ ما يمليه هذا الأخير من التزامات ملقاة على عاتقهم، أما إذا كانت غامضة وتحتمل أكثر من معنى، فأول قاعدة تطبق هنا تفسيرها على أساس مصلحة المشتري وليس البائع رغم كونه المدين في هذه العلاقة وتبعاً لما يمليه مبدأ التضييق من التفسير.

وذلك من خلال التأكد أنه تم تبليغ المشتري بالشروط المنقصة أوالمعفية للضمان في الوقت المناسب أوالمحدد لذلك، لأن التبليغ الذي يقع في وقت لاحق لعقد البيع مثل طباعة الشروط على الفواتير التجارية والإيصالات اللاحقة لعقد البيع والتي ترسل إلى المشتري بعد إتمام عقد البيع أوبعد مرور مدة زمنية منه لا يمكن الاعتداد بها مادام لم يتم في الوقت المخصص له وهو الوقت الذي يتم فيه الاتفاق على عقد البيع حيث إن الأصل تحديد المتعاقدين لحالة الشيء المبيع التي يرضيها المشتري تكون وقت حصول الاتفاق بشأنها¹، ويتم في هذه الحالة الرجوع إلى أحكام الضمان القانوني باعتباره الأصل وذلك لعدم تمكن البائع من إثبات رضا الطرف الثاني على ما تم عرضه عليه، لأن الإثبات في هذه الحالة يقع على من يدعي وجود الشرط لمصلحته وبطبيعة الحال هو البائع².

أما إذا وجد بالعقد عدة شروط وبعده وسائل، مثل شروط مكتوبة بخط اليد وشروط أخرى مطبوعة فيأخذ في هذه الحالة بالشروط الأكثر وضوحاً والمكتوبة بخط اليد من تلك المطبوعة³، وهو ما كان مخالفاً من طرف الدكتور أحمد شوقي حيث ذهب إلى عكس ذلك وأقر بأن الشروط المطبوعة لها نفس القيمة القانونية للشروط المكتوبة باليد وذلك إعمالاً لمبدأ العقد شريعة المتعاقدين وعلى هذا الأساس لا يمكن الادعاء بعدم الاطلاع أو فهم تلك الشرط المطبوعة وبالتالي يترتب على الأطراف الالتزام بتنفيذ العقد⁴.

أما في حالة شيوع الشروط المعدلة للضمان والتي نجدها في البيوع التي يكون محلها شيء اعتاد الناس على العمل بشروطه بحيث يصبح مألوفاً فهنا نكون أمام شروط مصدرها العرف وليس العقد بصفة

¹ الدكتور أسعد دياب المرجع السابق، ص 280

² الدكتور أحمد شوقي محمد عبد الرحمن، المرجع السابق، ص 129.

³ الدكتور أسعد دياب، المرجع السابق، ص 281.

⁴ الدكتور أحمد شوقي محمد عبد الرحمن، المرجع السابق، ص 130.

ضمنية، فقد اختلفت الفروض في هذا الشأن فمنهم من أخذ به وعلى رأسهم الدكتور أحمد شوقي حيث أقر بأنه لا يجوز إهمال هذا الشرط المتعارف عليه إلا في حالة تعارضه ونية المتعاقدين المدونة ضمن بنود العقد كورود شرط في العقد مغاير لما هو متعارف عليه، كما لا يجوز للقاضي إهمال هذا الشرط على أساس وروده بالعقد ولوجاء على سبيل المحاكاة¹، لكن الاتجاه الآخر رفض الأخذ بهذه الشروط وحثهم في ذلك أن المشتري الذي يقبل بهذا النوع من العقود ليس على أساس العرف وإنما على أساس تدوينها بخط لا يرى من طرف هذا الأخير، أي أن هذه الشروط لم تلتفت انتباه المتعاقدين².

لكن ما التفسير المطبق في حالة ما إذا أدرج بالعقد أن شراء هذا المبيع يدخل تحت مسؤولية المشتري فهل هذا الشرط يعني بالضرورة الإعفاء من الضمان؟ أن هذا شرط يحمل أكثر من معنى، منها إقرار هذا الأخير بتسلم الشيء المبيع بعد تجربته له حيث يقع على عاتقه المسؤولية المدنية والجنائية الناشئة عن استعماله له، كما يستفاد من هذا الشرط التعبير عن حالة المبيع خاصة إذا كان مستعملاً، ويفهم من هذا الشرط عدم أخذه المعنى المقر بالإعفاء أما المعنى الآخر لإدراج شرط شراء المبيع تحت مسؤولية المشتري تعد بمثابة إعفاء البائع من ضمان العيوب³.

لكن كل ذلك يعتمد في الأخير على السلطة التقديرية للقاضي والتي تقوم وفقاً لظروف العقد، ووقت الذي يتم فيه تحديد هذه الشروط مع عدم الخروج عن التفسير الضيق للتعديل الحاصل بالتخفيف أو الإعفاء من الضمان وحصرها ضمن المسؤولية العقدية باعتبار أن العقد أساس قيام هذه العلاقة⁴.

الفرع الثالث: أثر تعديل ضمان العيوب الخفية على المسؤولية العقدية والاستثناءات الواردة عنه

أولاً: مدى توافق تعديل أحكام ضمان العيوب الخفية وأحكام المسؤولية العقدية

وهذا يعني بالضرورة أن شرط الإعفاء أو التخفيف لا يصح إلا في حدود التي يصح فيها شرط الإعفاء أو التخفيف من المسؤولية، فما مدى صحة ذلك؟

لقد ثار في هذا الشأن جدل والذي يظهر جلياً من تعدد الآراء فقهية، فالرأي الأول كان يعتبر أن شروط تعديل الضمان بالإنقاص أو الإعفاء تختلف عن شرط الإعفاء أو التخفيف من المسؤولية حيث ذهب

¹ نفس المرجع السابق، ص 141.

² الدكتور أسعد دياب، المرجع السابق، ص 283.

³ الدكتور أحمد شوقي محمد عبد الرحمن، ص 170.

⁴ الدكتور أسعد دياب، المرجع السابق، ص 282.

البعض منهم للقول بأن التمييز بين شروط التخفيف والإعفاء من المسؤولية العقدية لا بد من تميزه عن شروط التخفيف والإعفاء من ضمان العيب الخفي وقد كان تبريرهم في ذلك كون أن التعديل بشقيه المخفف والمعفي من الضمان يقوم حتى في حالة العيب الجسيم والغش¹.

وهذا نراه من جانبنا غير صحيح كون أن تعديل في ضمان لا يقوم في حالة الغش وهو منصوص عليه في معظم القوانين ومنهم نص المادة 384 من القانون المدني الجزائري والقانون المدني المصري الذي كان صريحا بخصوص ذلك.

أما التبرير الثاني فكان جوهره يتمثل في أن التعديل في الضمان لا يعني بالضرورة استبعاد المسؤولية التعاقدية وإنما يعتبر ذلك مقيما للشروط المعدل للضمان الذي يمنع ظهور إنشاء المسؤولية، كما أن موضوع المسؤولية يختلف عن موضوع الضمان وذلك يعني أن المدين يبقى ملزما بالمسؤولية رغم قيام التعديل بالتخفيف أو الإعفاء من الضمان²، وهناك من ذهب إلى أن الإعفاء من الضمان يقوم دون التأثير في المسؤولية وذلك بنشئها دون إعطاءها مفعولها الطبيعي³.

أما الرأي الثاني فكان أساسه ان التعديل بالتخفيف أو الإعفاء في ضمان العيوب الخفية يعد من ضمن أنواع المسؤولية العقدية وتبريرهم في ذلك يكمن في أن التعديل في الضمان ليس بالضرورة استبعادا بالضمان وإنما استبعاد المسؤولية الناشئة عن ظهور العيب محل الضمان والتي تقوم نتيجة لحسن نية البائع، أما إذا تبع هذا التعديل في الضمان غش أو خطأ جسيم وجب قيام الضمان وبالتالي المسؤولية التعاقدية وهو الرأي الصائب في نظر الدكتور دبش.

كما أن الدكتور عبد المنعم دبش كان له رأي في ذلك، حيث انتقد رأي الفقهاء خاصة منهم الذين جعلوا أساس التعديل في الضمان يمكن أن يكون في الخطأ الجسيم وفي حالة غش وهو أمر لا يتماشى مع احتياجات استقرار المعاملات وز بهذا يمكن القول عنه ان هذا القول مخالف لمقتضيات النظام العام⁴.

وفي الأخير نجد أن الهدف من التعديل المخفف أو المعفي من الضمان تتحصر في إسقاط حق الدائن في المطالبة بالتعويض في حالة إخلال المدين بالتزامه التعاقدية وبالتالي التخلص من المسؤولية الملقاة على

¹ الدكتور عمرو أحمد عبد المنعم دبش، المرجع السابق، ص 339.

² المرجع والموضع السابقين اعلاه.

³ الدكتور أسعد دياب، المرجع السابق، ص 295.

⁴ الدكتور عمرو عبد المنعم دبش، المرجع السابق، ص 337.

عاقبه، لكن هذا لا يعني بالضرورة إعفائه من الالتزام بحد ذاته، بل بل يظل المدين ملتزما ولكنه يعد غير مسؤول مسؤولية كاملة تبعا لما يمليه الشرط وكذا تبعا لما تمليه إرادة كل من المتعاقدين¹.

أما الهدف من التعديل بالزيادة في الضمان زيادة حق الدائن في المطالبة بالتعويض في حال ثبوت إخلال المدين بالتزامه التعاقدى وكذلك زيادة فترة الضمان والتوسع فيه.

ثانيا: الاستثناءات الواردة على مبدأ تعديل أحكام ضمان العيوب الخفية

سبق وأن بينا أن البائع يلتزم بضمان العيوب الخفية دون الحاجة إلى اتفاق خاص بهذا الشأن لأن القانون هو الذي يرتب هذا الالتزام من جهة ومن جهة أخرى أقر القانون بإمكانية التعديل إما بالزيادة أو الانقاص أو الإعفاء من هذا الضمان القانوني، لكنه جعل لهذا الاتفاق حدود يجب عدم تجاوزها سواء فقها أو قانونا وهي مجموعة من الاستثناءات لا يمكن تجاوزها وإلا أعد الشرط المعدل باطلا تتمثل هذه الحالات في:

أ - كل ما هو من النظام العام لا يجوز الاتفاق على مخالفته وإلا عد شرطا باطلا ولا تسري أحكامه أما باقي الشروط فنقوم إذ كانت غير مخالفة للنظام العام وقد اعتبر القانون الريفي من قبيل الاتفاق عليه مساس بالنظام العام البيوع التي يكون محلها حيوانات مصابة بالأمراض السارية وهوما جاءت به المادة 24 من نفس القانون كما إعتبر من قبيل النظام العام والمحضور من التعديل فيه بالتخفيف أو الإعفاء في البيوع التي يكون محلها بيع البناءات قيد الإنشاء وهوما نصت عليه المادة 12 من القانون الفرنسي رقم 67/3 بتاريخ كانون الثاني.

كما يعتبر من الاستثناءات الواردة على مبدأ جواز التعديل لضمان كل ما ماهومتعلق بسلامة الإنسان باعتباره حق من حقوق هذا الأخير وهو مقدس لكونه أسمى حق يتمتع به الإنسان على وجه الأرض ولذلك لا يجوز الاتفاق أو التعديل أو التخفيف من الضمان الذي يكون محله هذا الحق.

فمن خلال هذا يمكن القول بأن يمنع على الأفراد التصرف في أنفسهم أو في غيرهم سواء بالإنقاص أو بالإعفاء من الضمان وكل شرط يكون محله الإضرار بسلامة الإنسان يكون باطلا.

لكن كان لبعض الفقهاء وجهة ثانية فيما يتعلق بالتعديل الحاصل على سلامة الإنسان، فمنهم من أقر بإيجازة مثل هذا النوع من الاتفاقات في حالة ما إذا كتن محلها الإضرار بجسم المشتري في حالة كان

¹ المرجع والموضع السابقين.

شخص عادي لا غير، بمعنى أن هذا الاتفاق لا يركز على سلامة الإنسان والمتاجرة بجسمه وإنما يتعدى ذلك ليقع على التعويض الذي يترتب له عن الضرر اللاحق بهذا الجسم وسلامته.

وهذا يعني أن الاتفاق في هذه الحالة جائز إذا كان محله ما قد يترتب عن الضرر الجسدي وليس الاتفاق على الضرر بحد ذاته، لكن لو تم الأخذ بهذه الفرضيات لترتب على ذلك سلبيات منها:

- 1- إيجازة الاتجار بحق السلامة الإنساني المقدس فوق كل شيء بحجة تناوله التعويض فقط.
- 2- فسح المجال أمام المتعاقدين المدين بالتصرف بحق مقدس من حقوق الإنسان وهو السلامة.
- 3- تؤدي إيجازة الاتفاق الذي يتناول الضرر الذي قد يصيب الشخص سواء الغير أو المشتري، بخلق استثناء عن بطلان الاتجار بسلامة الإنسان المقدسة.

وعلى أساس هذه السلبيات لا يجوز الاتفاق على ايجازة الاتفاق على الاتجار بحق الإنسان المحفوظ كما لا يجوز إبطال الأساس وإيجازة الفرع لأن بطلان الأساس يؤدي إلى بطلان الفرع¹.

ب- هناك أساس يجب توافره لبناء العقود وهو توفر حسن نية المتعاقدين والذي يعتبر أول شرط يجب أن يكون لكي يصح هذا التعديل الذي يكون محله الإعفاء أو الإنقاص، إذ يعد مبدأ قيام كل العقد وانتقاه يبطل الشرط المعدل للضمان.

ولتقدير توافر حسن النية من عدمها يجب مراعاة صفة البائع إذا كان بائع عادي أو بائع عرضي، وقبل تبيان ذلك يجب المرور على المعنى منهما وأساس التفرقة بينهما، خاصة في ظل غياب النصوص القانونية الصريحة بخصوص عقد البيع، حيث لم يقم المشرع بتصنيف معين للبائعين، ولا نجد ذلك إلا في صورة وحيدة والتي يكون طرفا فيها البائع المدلس والذي إعطاه حكما ومفهوما خاص.

إذن فالقانون لا يفرق بين البائع المحترف والبائع العادي وذلك لتوظيف عبارة البائع على إطلاقها، وهذا يستدعي بضرورة التزام البائع مهما كان صنفه بجميع الالتزامات المقررة، وكذا المطالبة بجميع الحقوق التي تم النص عليها في القانون المدني، لكن الفقه وكعادته لم يترك المجال مفتوحا لاستغلال البائعين خاصة منهم المحترفين المشتريين العاديين، وإنما قام بالالتفاتة وقام بالتمييز بينهما على أساس عدة معايير فقهية أخذ الاجتهاد القضائي ببعضها دون البعض الآخر.

¹ الدكتور أسعد دياب، المرجع السابق، ص 300-301.

فمنهم من أرجع أساس التفرقة بينهما إلى الهدف المرجوا من البيع، حيث أن البائع العادي يقدم على الشراء بهدف تحقيق عدة اغراض ما عدا ممارسة مهنة البيع مثل البيع لأجل الشراء وإعادة البيع أما البائع المحترف فهدفه الأساسي من ابرام عقد البيع إشباع غايات مهنته لا غير .

أما المعيار الثاني فاعتمد على معيار التكييف التصرف أي أنه في حالة ما إذا كانت التصرفات الصادرة من البائع تصرفات مدنية محضة فيعتبر البائع عاديا، أما إذا كانت التصرفات قائمة في إطار مزاوله نشاط مهني بتصرف تجاري فيعتبر في هذه الحالة بائع محترف .

في حين أن المعيار الذي اعتبره الفقه الأقرب من الواقع هو معيار المعتمد على نوعية المبيع المشتري بحيث إذا كانت الأشياء المباعة من بين الأشياء القديمة والمستعملة اعتبر البائع عاديا أما إذا كان محل عقد البيع أشياء جديدة فهو بائع محترف¹ .

لكن عند النظر إلى ما يجول في القضاء والفقه فنجد أكثر معيار معتمد للتفرقة معيار الاختصاص، ونعني بذلك أن البائع المحترف يملك خبرة ومعارف وتقنيات في مجال تخصصه، أما البائع العادي فلا يملك خبرة فيما يبيع باعتباره غير مختص وبحكم جهله وهو ما كان في نظر كثير من الفقهاء والقضاء تمييز قطعي بين البائع العادي والبائع المحترف، كما تجدر الإشارة إلى أن البائع المحترف يمكن أن يكون بائعا عاديا إذا كان الشيء المباع خارجا عن نطاق اختصاصه² .

وعلى أساس ما تقدم يمكن القول أن البائع المحترف هو البائع الذي اعتاد بيع المواد متخذًا ذلك مهنة له بشرط ان يكون هذا التصرف بصورة اعتيادية على اعتباره أنه المصدر الأساسي لبيع نوع معين من البضاعة، وهو يعتبر في أغلب الأحيان همزة وصل بين المستهلك وهو المشتري وبين الصانع، وبهذا يتحدد مفهوم البائع العادي وهو من لا يتخذ مهنة البيع في مجال معين مهنة معتادة له .

¹ هذا المعيار تم تطبيقه من طرف محكمة التعقيب الفرنسية، حيث ذهب القضاء إلى الحكم على البائع في هذه القضية بائع عادي وحثهم في ذلك أن محل العقد هو كان سيارة قديمة ومستعملة وبالتالي جعلت من السيارة القديمة أساسا للتفرقة بين البائع المحترف والعادي

Rolland(h) observation , D.1959 , chron , p 171

قد تم الإشارة الى ذلك من قبل الدكتورة فدوى قهواجي، المرجع السابق، ص 52 .

لكن هذا المعيار ليس له من الأساس في البيوع الأخرى حيث أن المحكمة ذهبت الى تطبيق هذا المعيار في حالة ما اذا كان محل العقد سيارة، لكن هذا المعيار من غير المعقول قياسه كل الأشياء المبيعة، فالبايع العادي يمكن له ان يبيع أشياء جديدة ولا وجود لمانع في ذلك .

² الدكتورة فدوى قهواجي، المرجع السابق، 51-54 .

وبهذا نكون قد فرقنا ولوبصورة بسيطة بين كل من البائع العادي والبائع المحترف والذي يسهل علينا كيفية تقدير حسن نية لكل منهما.

فبالنسبة إلى البائع العادي في حالة اشتراطه إعفائه من الضمان أو التخفيف منه والذي لا يتم بإرادة منفردة من قبل البائع أي يجب فيه أخذ رضا المشتري، يجب أن يكون حسن النية بالمعنى المعاكس يجب ان لا يكون سيء النية، وتتوفر هذه الحالة الاخيرة عند علم البائع بوجود العيب، وتعتمده إخفاءه وعدم إخطار البائع به لأنه يعد غشا لا يعفيه من المسؤولية، وبالتالي تترتب الآثار الناجمة عن العيب الموجود بالمبيع، وقد كان للفقهاء الفرنسي رأي في ذلك، فمنهم من مؤيدا للمبدأ المذكور حيث أقر بقيام المسؤولية في حالة التدليس وذلك لمن يعلم بالعيب ومع ذلك قام بإعفاء نفسه منه، أما في حالة عدم علمه بالعيب واشتراط إعفائه منه فيقوم هذا الاتفاق محل المسؤولية، وهما اعتبره الأستاذ Laurent من قبيل العقود الاحتمالية إذا قام البائع بإخطار المشتري بالالتزام بالضمان وبهذا التصرف يكون المشتري على دراية من الأمر ويقوم بإبرام العقد، كما أن القانون المدني الفرنسي ومن خلال نص المادة 1643 أقر بتوافر سوء نية البائع العادي بمجرد علمه بالعيب ودون أن يُعلمَ به المشتري، أما اذا نظرنا الى ما جاءت به المادة 384 من القانون المدني الجزائري¹ والمادة 453 من القانون المدني المصري والسابقة الذكر، فنجد أنها ذهبت الى ابعاد من العلم ألا وهو الغش عن طريق كتمان العيب وتعتمده إخفاء²، لكن القانون اللبناني نجد أنه كان أكثر وضوحا من القوانين الأخرى حيث يستشف من القواعد العامة المتعلقة بشرط عدم المسؤولية وذلك من خلال نص المادة 138 من قانون الموجبات والعقود اللبناني والتي تنسم بالطابع العام والتي تطبق على شروط الإعفاء والتخفيف منها على أن " ما من أحد يستطيع أن يبىء نفسه إبراء كلياً أو جزئياً من نتائج احتياله أو خطئه الفادح، بوضعه بندا يعفي من التبعية يخفف من وطأتها وكل بند يدرج لهذا الغرض في أي عقد كان هو باطل أصلاً".

فالخطأ الفادح هو القيام بعمل أو امتناع عن عمل يصدر من البائع مفاده عدم اتخاذ الاحتياطات اللازمة والواجب عليه للمحافظة على المبيع والتي تؤدي الى اضرار جسيمة لم تكن لتقوم لولا الإهمال المتعمد من طرف البائع، ونتيجة هذا التعمد شبيهة من طرف بعض الفقهاء بالسوء النية³.

¹ والتي نصت على أنه "...غير أن كل شرط يسقط الضمان أو ينقصه يقع باطلا إذا تعمد البائع إخفاء العيب في المبيع غشا منه".

² الدكتور رمزي رشاد عبد الرحمن الشيخ، المرجع السابق، ص 184.

³ ومنهم ليون وهنري مازو وتم الإشارة إلى ذلك من قبل الدكتور اسعد دياب، المرجع السابق، تهميش رقم 3 ص 303. وعكس العيب الفادح أو الجسيم الخطأ السير والذي لا يصدر عن سوء نية من البائع.

أما الإثبات حالة الغش فتقع على عاتق المشتري بإثبات علم البائع بالعيب إضافة إلى تعمده إخفائه والذي يكون بجميع طرق الإثبات وذلك لاعتباره واقعة مادية¹ هذا إضافة إلى أن حسن النية في العقود مفترض وعلى من يدعى العكس أي سوء النية عليه إثبات ذلك وبالتالي فلا يبطال شرط الإعفاء أو التخفيف من الضمان وجب عليه أن يقيم الدليل على علم البائع الفعلي بالعيب المكتشف بالمبيع².

أما عند الرجوع إلى الفقه الإسلامي فنجد انه قد اخذ بهذا التعديل وخاصة منه الإعفاء من الضمان واعتباره راضيا بالعيوب المحتملة مهما كانت، لكن الفقه الحنفي منه لم يأخذ بمبدأ حسن النية في أعمال هذا التعديل وجعل المشتري ملزم بالاتفاق سواء كان البائع حسن النية أو سيء النية ، لكن الاتجاه المالكي كان معارضا لذلك بإقراره بعدم الالتزام بالاتفاق المعفي من الضمان أو المنقصر من جانب المشتري إذا ثبت سوء نية البائع³.

هذا بالنسبة للبائع العادي وتقدير سوء نيته من عدمها أما بالنسبة للبائع المحترف فيختلف الأمر حيث لا يمكن تقدير مدى حسن نيته من عدمها إلا إذا تم تحديد علاقته الطرف الآخر فيما إذا كان مشتر عادي أم مشتري من نفس صنفه.

وهذا يستدعي منا التفرقة ما بين المشتري العادي والمشتري المحترف، حيث يتمثل الأول في المشتري الذي يقوم بالشراء بنية الاستفادة من المنافع المرجوة من الشراء مع افتراض جهله وعدم علمه، لكن يمكن له أن يقوم باستشارة من هم أدرى منه ليصبح على دراية وبالتالي تنتفي عنه الجهالة.

كما يمكن القول عن المشتري العادي انه كل مستهلك، وهذا الأخير عرفه القانون الخاص به بأنه كل من يقوم بشراء شيء لإشباع حاجياته وليس لإعادة بيعها والذي وفر له حماية خاصة نسبة لعدم خبرته في مجال التجارة وباعتباره الطرف الضعيف دائما.

إذا فالمفترض في علاقة المشتري بالبائع المحترف سوء نية هذا الأخير إذ تعد قرينة قاطعة غير قابلة للعكس في القانون الفرنسي، وذلك ما يبين حماية المشتري العادي من احتيال البائع المحترف، وافترض سوء النية بالنسبة لهذا الأخير متفق عليه فقها وقضاء فيما عدا قطعية هذه القرينة ذلك ببطلان كل شرط معفي أو مخفف من الضمان يقوم على سوء نية البائع المحترف، وهذا يستدعي عدم الإثبات من جانب

¹ الدكتور حسن فرج، المرجع السابق، ص 513- 514.

² الدكتور رمزي رشاد عبد الرحمن الشيخ، المرجع السابق، ص 185.

³ الدكتور اسعد دياب، المرجع السابق، ص 294.

المشتري ليستفيد من البطلان، لكن كل هذا يتحقق بشرط أن لا يكون للمشتري العادي يدا في إحداث هذا العيب أو في تفاقمه، كما يمكن أن يصح الشرط المعفي أوالمخفف من الضمان في حالة إقدام البائع بإخطار البائع بالعيب بشكل صحيح وواضح لأن حتى الإعلام الذي يشوبه نوعا من الغش يبطل الشرط.

أما في حالة إذا كان البائع والمشتري من نفس الصنف أي لهما خبرة في نفس المجال أوفي نفس المهنة وبالتالي يمكن القول عنهما طرفين محترفين، فهل يصح أن يكون هناك استثناء في هذه الحالة بعدم إعمال؟

لقد شابت نزاع واختلفت الآراء في هذه الحالة بين الفقه والقضاء ، حيث أن الفقه الفرنسي ذهب إلى جواز الاتفاق على إعفاء أوالتعديل من ضمان العيوب الخفية والسبب وراء ذلك أن العمل بعكسه يحرم الطرفين من ممارسة حقوقهم وبالتالي وضع حجز بينهم وبين الابتكار والازدهار في العمل، في حين ذهب بعض الفقهاء إلى إعمال ذلك المبدأ بشرط أن يكون لأطراف العقد اختصاص في مجال واحد، وأن توضع بنود التعديل بالضمان بموافقة ومناقشة كلا الطرفين والتي تؤدي بالضرورة إلى معرفة المخاطر والعيوب التي يمكن أن تطرأ جراء هذا التعديل والتي يلتزم المشتري بها المشتري، أما البعض الآخر فاعتمد على مبدأ توافر الخبرة التقنية للقول بصحة شروط الإعفاء من الضمان¹.

أما الاجتهاد فكان هدفه الأساسي الحرص على الاستقرار التجاري والمحافظة على حقوق المستهلكين من جهة دون التضحية بروح المبادرة لدى الأطراف ذات الإبداع لدى الأشخاص المحترفين ذا خبرة وقد مرت بعدة أحكام وقرارات في هذا الشأن وآخر قرار صدر فيه عدم جواز الاتفاق على التعديل بالإعفاء أوالتخفيف إلا في حالة توافر شروط محددة وهي عدم جواز التوسع في هذا التعديل إلا ضمن حالات حصرية وضمن شروط محددة منها:

- أن يكون الاتفاق المبرم بين البائع والمشتري ذوي الاحتراف من نفس تخصصهما، لأنه في حالة وجود عيب بالمبيع، يمكن للمشتري كشفه بمجرد فحصه للمبيع وذلك قبل إنهاء اجراءت البيع وفي حالة عدم مقدرته على ذلك فلا يسري هذا التعديل وبالتالي يصبح استثناء عن إعمال مبدأ الإعفاء والتخفيف من الضمان.

¹ الأستاذ بينغوا كان صاحب الرأي الأخير

أنظر الدكتور اسعد دياب، المرجع السابق، ص 309.

وبهذا يمكن التوصل إلى أن الاتفاق على الإعفاء أو الإنقاص من الضمان لا يسري في حالة:

- ما إذا اثبت غش البائع مهما كان نوعه سواء بائعا عاديا أو بائعا محترفا بغض النظر عن الافتراض

اللاحق بكل صنف

- إذا تعلق الأمر بضرر جسدي خاصة في مجال المنتجات الدوائية التي يمكن أن تحمل في طياتها

عيوب تلحق الضرر بالمستهلك

- إذا تعلق الأمر بشروط الإعفاء أو التخفيف من الضمان لم تجري مناقشتها بين أطراف العقد مثل

عقود ما هو حاصل في عقود الإذعان، وفي هذه الحالة يتم إعمال هذه الشروط تجاه مصلحة المشتري

وللتبويه أن البطلان في هذه الأحوال يكون بطلان مطلق وليس نسبي ويكون ذلك تحت السلطة التقديرية

للقاضي لتحديد صحة الشروط من عدمها¹.

المبحث الثاني: إنقضاء دعوى الضمان

إن وجود العيب الخفي يعطي الحق للمشتري باللجوء الى دعاوى السابقة الذكر وذلك إذا توفرت

شروط الدعوى، وللمشتري حق رفع دعوى ضمان العيوب الخفية حتى يكن ذلك منصوص عليه في العقد

لان هذا الحق مقرر بموجب القانون، كخيار رد المبيع أو الاستبقاء عليه، لكن هذه القاعدة والمقررة بمواد

قانونية محددة ورت عليها استثناءات أساسها الأحكام الخاصة الواردة في الضمان، أوفي القواعد العامة فانه

يمكن القول بأن حالات سقوط الضمان والتي تؤدي بسقوط دعوى الضمان لا تخرج عن حالتين والتي يكون

فيها المشتري سببا فيها واخرى تكون خارجة عن إرادته.

وعلى أساس هذه الاستثناءات تم تقسيم المبحث الى استثناءات يمكن أن يتسبب فيها المشتري بحد ذاته

(المطلب الأول) وأخرى تكون خارجة عن ارادته (المطلب الثاني) وهذا يؤدي حتما الى إبراء البائع من

الضمان.

المطلب الأول: سقوط الحق في الضمان بإرادة المشتري

إذن فمن خلال ما تم دراستهم شروط لازمة لقيام اتلعيب الخفي، وكذا من إجراءات وتدابير لازمة

ومحددة قانونا حتى يصبح الضمان من حقه وبالتالي يقوم برفع دعوى الضمان.

¹ الدكتور أسعد دياب، المرجع السابق، ص 313 - 314.

فعند الرجوع الى الشروط، فنجد أن العيب الموجب للضمان يشترط فيه الخفاء، ونقصد به ألا يكون في مقدور المشتري إكتشافه والمعيار المتخذ هنا، هو معيار الرجل العادي، أي في حالة فحصه للمبيع ولم يتبين له العيب، ولم يتم إكتشافه إلا بخبير أو لا يظهر إلا بالتجربة، فيكون البائع عنا ملزماً بالضمان.

غير أنه وفي حالة ما إذا كان العيب الذي يعرف أو يكتشف بمجرد مشاهدة ظاهره، فلا يكون هناك ضمان، وبالتالي سقوط حق المشتري منه وعدم إلزامية البائع به أي إبراء ذمته، لأن شرط الخفاء في هذه الحالة غير متوفر¹.

هذا من جهة ومن جهة أخرى هناك حالة بالرغم من وجود شرط الخفاء في المبيع، وكذا القدم، وحتى شرط التأثير إلا أن البائع لا يضمن العيب الموجود بالمبيع، وهذه الحالة تقوم إذا أثبت من قبل البائع أن المشتري يعلم علماً حقيقياً بالعيب، مع إثبات أن وقت العلم محدد بوقت التسليم، وهنا يمكن القول أن الشرط الأخير وهو علم المشتري بالعيب، لم يكن موجود في هنا.

وبالتالي فإن علم المشتري بالعيب وسكوته عنه يعد رضاً منه ونزولاً عن حقه في الرجوع بالضمان لكن هذه الحالة لا تقوم إلا بإثبات البائع ذلك العلم الحقيقي للمشتري بالعيب لأن عدم العلم بالعيب هنا نفترض وعلى من يدعي عكسه عليه بالإثبات.

فالعلم هنا يعد سبباً من الأسباب التي تؤدي الى سقوط حق المشتري، وبالتالي النزول عن الضمان كما أن مصدر العلم هنا لا يهم، فما يؤخذ بعين الاعتبار العلم الحقيقي سواء توصل إليه بنفسه أو عن طريق ما يتوافر لديه من خبرة أو القيام بالاستعانة بخبير متخصص.

كما تجدر الإشارة الى أن العلم بالعيب الموجود بالمبيع يسقط الحق في الضمان حتى وإن كان قبل التسليم إذ أن المشتري الذي يكون على علم بالعيب وبالرغم من ذلك يقبل على الشراء، فإنه يقر بأنه راضٍ بالعيب.

فإذا أثار الضمان في هذه الحالة، فيمكن للبائع إثبات علمه بالعيب قبل التعاقد وقد يكون أكبر دليل في هذه الحالة الثمن المدفوع والذي يكون ضئيلاً بالمقارنة مع مثيله من المبيع، وفي حالة اثبات ذلك فلا يصبح الضمان من حق المشتري، لأنه رضي ضمناً على التنازل عن هذا الضمان، وقام بإبرام عقد يتحمل نتائجه

¹ الدكتور عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، البيع والمقايضة، المرجع السابق، ص 727.

لوحده، ففي هذه الحالة إذا قام المشتري بالمطالبة بالضمان رغم علمه بالعيب فيمكن ان يكون سيء النية وقاصدا للاضرار بالمشتري¹.

اذن نجد أن الحالة الثانية للعلم والتي تقوم قبل انعقاد العقد، نجد أساسها في نص المادة 352 من القانون المدني الجزائري والتي تقر بأن يكون المشتري على علم كافي بالمبيع، ونجد ان هذا العلم يتحقق إذا اشتمل العقد على بيان المبيع وأوصافه الأساسية بحيث يمكن التعرف عليه².

وعملا بذلك نجد المشتري عند قيامه بالشراء مبيع يجب أن يقوم ذلك على العلم الكافي، كما يلتزم البائع بإعلام المشتري بحالة المبيع وما يوجد به من عيوب وذلك تطبيقا لمبدأ حسن النية في العقود.

عند الرجوع في هذا المبدأ الاخير الى الشريعة الاسلامية فنجد أن البائع ملزم بإعلام المشتري بكل العيوب الموجودة بالمبيع وذلك ما اوصى به الرسول صلى الله عليه وسلم وذلك من خلال قوله صلى الله عليه وسلم "المسلم أخو المسلم ولا يحل لمسلم باع أخيه بيعا وفيه عيب إلا بينه"³ إذ يفهم من ذلك ان الرسول حث على ان يكون التعامل في عقود البيع بحسن نية.

أما إذا تم الرجوع الى نص المادة 352 من الفقرة 2 من القانون المدني الجزائري فانها تقر بأن المشتري العالم بالعيب الموجود بالمبيع يعد ذلك حجة عليه، وبالتالي تنازلا منه عن حقه في الضمان وذلك يعد اعترافا ضمني بتحمل النتائج التي يمكن ان تتجر عن هذا العيب⁴، ويقوم الاثبات في هذه الحالة من جانب المشتري لارجاع حقه في الضمان وذلك بإثبات سوء نية وغش البائع عن طريق التدليس لأن حسن النية البائع مفترض. كما تجدر الاشارة هنا ان حالة التدليس الاخيرة يدخل ضمنها حالة تأكيد البائع للمشتري خلو المبيع من العيوب أو إخفاءه عنه.

إذن بالإضافة الى سقوط حق المشتري من الضمان بالتنازل منه عن إما عن طريق علمه بالعيب القديم وبالتالي يصبح في حكم الظاهر والذي يمكن ان يكون قبل ابرام العقد أو بعده، نجد أن الحق في الضمان يمكن سقوطه بالتقادم، أو بالنزول عن هذا الحق سواء ضمنيا أو بشكل صريح، أوفي حالة ظهور أن المبيع لم يعد صالحا لما أعد له.

¹ الدكتور حسن قاسم، المرجع السابق، ص 316.

² والتي تقابلها نص المادة 419 من القانون المدني المصري وتقر بأن " يجب أن يكون المشتري عالما البيع علما كافيا حيث يعتبر العلم إذا اشتمل العقد على بيان المبيع وأوصافه الأساسية تماما يمكن من معرفته.

وإذا ذكر في عقد البيع أن المشتري عالم بالمبيع سقط حقه في طلب ابطال البيع بدعوى عدم علمه به إلا إذا أثبت تدليس البائع"³ رواه ابن ماجه، سنن ابن ماجه، الجزء الثاني، ص 755.

⁴ الدكتور جميل الشرفاوي، الإثبات في المواد القانونية، دار النهضة العربية، بيروت، الطبعة الثانية، 1990، ص 172.

وبهذا إرتأينا أن نتطرق إلى هذه الحالات كما يلي: سقوط حق في الضمان بالتقادم (الفرع الأول) ثم سقوط الحق في الضمان بالتنازل عنه (الفرع الثاني) ثم التطرق الى عدم صلاحية المبيع لما أعد له في الأصل (الفرع الثالث).

الفرع الأول: سقوط الحق في الضمان بالتقادم:

عملا على استقرار المعاملات بين أطراف عقد البيع نجد أن التشريعات وضعت حدا لدعوى الضمان وذلك بتحديد المدة التي يمكن خلالها رفع الدعوى وعند الانتهاء يسقط حقه في الضمان ، والعلة في ذلك لصعوبة معرفة أصل العيب خاصة وان طالت المدة بين اكتشاف العيب والاحتكام الى القضاء.

فقد نصت في هذا الصدد المادة 452 فقرة 1 من القانون المدني المصري على ان مدة التقادم تتحدد بسنة من وقت تسليم المبيع¹ وهوما جاءت به المادة 383 فقرة 1 من القانون المدني الجزائري²، والجدير بالذكر أن وقت التسليم المراد هنا هو التسليم الفعلي وليس الحكمي، والعلة في ذلك أن التسليم الحكمي لا يتيح للمشتري فحص المبيع عكس التسليم الفعلي الذي يوفر ذلك وهذا رغم عدم النص عليه صراحة³.

وقد ذهب البعض في ذلك إلى التسليم القانوني وذلك بوضع المبيع تحت تصرف المشتري ورغم عدم استيلائه عليه ماديا⁴.

هذا في حالة عدم التعديل بأحكام التقادم وبقاء المدة منصرمة في مدة سنة، تسقط دعوى الضمان حتى ولولم يعلم المشتري بالعيب، إلا بعد انقضاء هذا الأجل، أما في حالة التعديل بإطالة مدة التقادم إذا أتفق الطرفين على ذلك، كما ورد في النصوص القانونية للقانون المدني الجزائري من خلال نص المادة 383 فقرة الأولى⁵ والمادة 452 فقرة الأولى من القانون المدني المصري السابقة الذكر⁶، فإنه يمكن التمديد في

¹ إذ تنص على أنه " تسقط بالتقادم دعوى الضمان إذا انقضت سنة من وقت تسليم المبيع ولولم يكتشف المشتري الا بعد ذلك ما لم يقبل البائع أن يلتزم بالضمان مدة أطول "

² إذ تنص على أنه "تسقط بالتقادم دعوى الضمان بعد انقضاء سنة من يوم تسليم المبيع، حتى ولولم يكتشف العيب إلا بعد انقضاء هذا الأجل "

³ الدكتور عبد الفتاح عبد الباقي، عقد البيع، 1952 ص 257.

⁴ الدكتور إسماعيل غانم، الوجيز في عقد البيع، 1963 ص 244، الدكتور لبيب شنب، شرح أحكام عقد البيع، 1966 ص 339.

⁵ والتي تنص على "..... ما لم يلتزم البائع بالضمان لمدة أطول."

⁶ والمخالف للمادة القانونية الملغاة حيث حددت مدة الادعاء أومدة سقوط حق المشتري في الضمان بالتقادم في مدة ثمانية أيام فقط من يوم العلم اليقيني بالعيب وليس كما هو معمول به في القانون الجديد وقت التسليم"

مدة التقادم إذا إذا رضي البائع بذلك على سبيل الاستثناء مع ملاحظة أن هذه الإطالة لا يمكن أن تتجاوز خمسة عشرة سنة من تاريخ البيع إذ تعتبر المدة الأصلية للتقادم¹.

لكن المدة المحددة لسقوط دعوى الضمان يمكن أن ترجع بالضرر على المشتري المستهلك وذلك نسبة لطبيعة المنتجات الصناعية وما تتسم به من تعقيدات وصعوبات تحتاج في واقع الحال إلى وقت طويل لاكتشاف العيب الخفي فيها، إضافة إلى أن المشتري في هذه الحالة لا يعلم عن المبيع أو المنتج إلا شكله الخارجي، ثم بعد مرور المدة المعينة والتي يسقط فيها الحق في الضمان يتم اكتشاف العيب من قبل المشتري لكن دون جدوى لأن الحق قد انقضى بانقضاء المدة المحددة للرجوع على البائع بدعوى الضمان².

لكن هناك حالتين لا يتم سقوط الحق في الضمان عن طريق تقادم دعوى الضمان وهي حالة تعمد إخفاء البائع العيب غشا من المشتري، فإذا تبين أن البائع أخفى العيب غشا منه فلا يمكن يتمسك بالمدة المحددة لسقوط الحق في الضمان بالتقادم وهو ما جاء في نص المادة 383 من القانون المدني الجزائري³ وهو ما يحتاج إلى البحث عن قرينة قاطعة تحقق مبنغى المشتري وتثبت فعلا أن البائع قد أخفى العيب الموجود في المبيع.

والمدة المطبقة في هذه الحالة والتي يتم فيها سقوط حق المشتري في الضمان رغم إخفاء البائع العيب الموجود بالمبيع غشا منه نص المادة 308 من القانون المدني الجزائري والتي تقر بان مدة انقضاء الالتزام خمسة عشرة سنة فيما عدا الحالات التي جاءت في نصوص خاصة⁴، والذي لا خلاف فيها في حين أن المدة التي يتم بدأ الاحتساب منها ثار خلاف بشأنها، فالبعض ذهب إلى عدم الخروج عن النص الخاص وهو المادة 383 من القانون المدني الجزائري والتي تقر بأن المدة التي يبدأ فيها احتساب المدة هويوم تسليم المبيع وحجتهم في ذلك عدم النص على ذلك صراحة في نفس المادة ولو أراد المشرع العمل بمدة أخرى غير المدة التي تم إقرارها لثم ذلك بنص صريح بالإضافة إلى أن التقادم يعتبر من قبيل النظام العام فلا يجوز التعديل في أحكامه إلا بمادة قانونية صريحة.

¹ الدكتور حسين علي بخيرة، المرجع السابق، ص 114.

² الدكتور حساني علي /، المرجع السابق، ص 224-225.

³ إذ تنص على أنه " غير أنه لا يجوز للبائع أن يتمسك بسنة التقادم، متى تبين أنه أخفى العيب غشا منه " وهو ما جاء كذلك في نص المادة 452 فقرة الثانية من القانون المدني المصري " على أنه لا يجوز للبائع أن يتمسك بالسنة لتمام التقادم إذا ثبت أنه تعمد إخفاء العيب غشا منه "

⁴ إذ تنص على أنه " يتقادم الالتزام بانقضاء خمسة عشر سنة، فيما عدا الحالات التي ورد فيها نص خاص في القانون وكذا الإستثناءات التالية ".

وقد ساندتهم في ذلك أغلبية الفقهاء لكن حجتهم في ذلك نص المادة 315 من القانون المدني الجزائري والتي يبدأ فيها السريان من اليوم الذي يصبح فيه الدين مستحق الأداء لكن بشرط أن لا يكون هناك نص خاص¹ وهذا ما نجده في نص المادة 383 فقرة 2 من القانون المدني الجزائري والتي تعتبرها بمثابة يقر بصريح العبارة عن اليوم الذي يبدأ فيه احتساب مدة التقادم في حالة ثبوت غش البائع بإخفاء العيب والتغيير يكون في المدة من سنة إلى خمسة عشرة سنة أما الوقت الذي يبدأ سريان ذلك فيه سرىا تلك المدة فلا يمسه التغيير وذلك إستنادا إلى نص المادة 383 فقرة 2 من القانون المدني الجزائري والسابقة الذكر².

أما البعض الآخر فقد جعل مدة التقادم المسقطلة للدعوى في حالة غش تبدأ من يوم اكتشاف العيب³ في حين ذهب الآخرون إلى أن الوقت يبدأ من وقت البيع⁴.

هذا بالنسبة للحالة الأولى التي تعطي الحق للمشتري في الضمان خارج أجل المحدد وهوسنة أما الحالة الثانية والتي يمكن القول عنها أنها بمثابة اتفاق بين أطراف العقد وبالزيادة في مدة التقادم والتي تم ذكرها والقول عنها أنها بمثابة تشديد للضمان، أما الحالة الأخرى فتتمثل في عدم اعتراض البائع عن الدعوى التي تقر بحق المشتري في الضمان بعد مدة تتجاوز سنة المقررة في القانون ويكون ذلك إما إغفالا أو جهلا للقواعد الخاصة بالتقادم ففي هذه الحالة لا يمكن رفض الدعوى من قبل المحكمة وذلك نسبة إلى نص المادة 321 من القانون المدني الجزائري⁵ والتي تقر بعدم إمكانية المحكمة إثارة التقادم من تلقاء نفسها وإنما يجب أن يتم ذلك بطلب من القانون المشتري المدين هنا⁶.

وهذا يعني أن البائع قد يرضى بالزيادة في مدة الضمان إما بالاتفاق بإدراج بند في عقد البيع يجيز تلك الإطالة أو أن يقوم بالتنازل عن حقه ولو ضمنيا⁷.

¹ حيث تنص على أنه " لا يبدأ سريان التقادم فيما لم يرد فيه نص خاص إلا من اليوم الذي يصبح فيه الدين مستحق "

² الدكتور آث ملويا، المرجع السابق، ص 469.

³ الدكتور محمد حسنين، المرجع السابق، ص 159.

⁴ الدكتورة سي يوسف زاهية، المرجع السابق، ص 185.

⁵ إذ تنص المادة 321 من القانون المدني الجزائري على أنه " لا يجوز للمحكمة أن تقضي تلقائيا بالتقادم، بل يجب أن يكون

ذلك بناء على طلب المدين أو أحد دائنيه له مصلحة فيه ولولم يتمسك المدين به

ويجوز التمسك بالتقادم في أية حالة من حالات الدعوى ولو أمام المحكمة الاستئنافية ".

⁶ الدكتور آث ملويا، المرجع السابق، ص 468- 469.

⁷ الدكتور على حسن بخيره، المرجع السابق، ص 115.

فيما نجد أن القانون المغربي شأنه في ذلك شأن القانون المصري والقانون الجزائري قام بتحديد المدة التي يتم فيها المطالبة بالحق بالضمان وتحقيقاً للإبصار والاستقرار في المعاملات، وكذا تفادياً لأثر مرور الوقت على صعوبة إثبات وجود العيب، مما يترتب على ذلك سقوط حقه في الضمان بالتقادم، لكن ومن خلال نص المادة 573 من تقنين الالتزامات والعقود¹ نجد أن قام بالتفصيل في مدة سقوط حق المشتري بالحق في الضمان بالتقادم وذلك حسب طبيعة المبيع، فإذا كان محل المبيع عقار فتكون مدة سقوط الحق في المطالبة بالضمان برفع دعوى خلال 365 يوماً أما إذا كان محل المبيع منقولاً فتكون المدة ثلاثين يوماً وهو ما يسري على المبيعات المتمثلة في الحيوانات، وتبدأ هذه المدة من وقت تسليم المبيع للمشتري والمراد هنا كذلك التسليم الفعلي وليس التسليم الحكمي وذلك قصد الفحص النافي للجهالة والكاشف للعيوب عند وجودها².

¹ إذ تنص على أن " كل دعوى ناشئة عن العيوب الموجبة للضمان أو عن خلو المبيع من الصفات الموعود بها يجب أن ترفع في الآجال الآتية والا سقطت.

بالنسبة للعقارات خلال 365 يوماً بعد التسليم، بالنسبة للأشياء المنقولة والحيوانات خلال 30 يوماً بعد التسليم، بشرط أن يكون قد ارسل للبائع الاخطار المشار إليه في الفصل 533.

ويسوغ تمديد هذه الآجال أو تقصيرها باتفاق المتعاقدين، وتسري أحكام الفصل 371 إلى 377 على سقوط دعوى ضمان العيب² الدكتور علي حسن بخيره، المرجع السابق، ص 118.

كما اني قد وجدت في قرار لمحكمة التمييز الأردنية في هذا الصدد جاء فيه: أنه أجازت المادة 109 من قانون أصول المحاكمات المدنية قبل تعديلها بالقانون رقم 14 لسنة 2001، للمحكمة في الفقرة الثالثة منها أن تضم الدفوع الى الموضوع وعندئذ يفصل فيها بحكم واحد لذلك فإن الإجراء الذي تم من قبل محكمة البداية بتاريخ 2001/2/13 كان إجراء صحيحاً حيث أن محكمة التمييز دفعت بأن الدعوى غير مسموعة على سند من القول أن المدعي أقام دعواه بعد إنقضاء مدة ستة أشهر على استلامه السيارة موضوع الدعوى عملاً بأحكام المادة 521 فقرة 1 من القانون المدني.

وعليه وحيث نجد أن المدعي عليها بصفتها الشركة البائعة للسيارة التزمت بضمان السيارة موضوع الدعوى وكفالتها لمدة سنة أوقف مسافة عشرين ألف كليومتر، فإذا تم البيع بتاريخ 1999/7/11 والدعوى أقيمت 2000/07/5 أي قبل انقضاء مدة الضمان، أضف الى ذلك أن المدعي قد اخطرت الشركة بالعيب واطلعت على العيب الخفي بالسيارة، وحاولت الشركة إصلاح تلك العيوب في قسم الصيانة التابع للشركة، إلا أنها لم تتمكن من إصلاح العيب الخفي الموجود بالسيارة، فان البائع هنا ملزم بالضمان لمدة سنة واحدة، وحيث اقيمت الدعوى قبل مرور السنة فان التقادم الوارد في المادة 521 فقرة الاولى من القانون المدني الاردني لا يطبق على واقعة هذه الدعوى

وإذا جرت الخبرة الفنية على السيارة موضوع الدعوى بأن هناك خطأ في في طريقة التي صممت فيها مسارات مواسير زيت الريبك بشكل لا يوفر شرط التوازن مما يؤدي الى عدم توازن المركبة أثناء القيادة وانحرافها اثناء استخدام الريبك فان هذا العيب مصنعي من المنشأ ولا يتم تصويبه الا عن طريق إعادة المركبة الى الشركة الصانعة ووضع تصميم الصحيح وحيث أن محكمة الموضوع قد اقتنعت بهذا التقرير للصلاحيحة الممنوحة لها بالمادة 83 من قانون اصول المحاكمات المدنية الاردنية، فلا رقابة لمحكمتنا عليها في هذه المسألة الموضوعية التقديرية ما دام أن تقرير الخبرة جاء مستوفياً لشرائطه القانونية، ولم

لكن عند التمعن في المواد القانونية نجد أنها منها ما يقر بسقوط المدة ومنهم من يقر بتقادم المدة فهل لهما نفس المعنى أم هناك اختلاف؟

عند الرجوع إلى المواد القانونية الخاصة بسقوط الحق في الضمان بالتقادم كما هو الحال في المواد القانونية الخاصة بالتقادم والمذكورة في القانون المدني الجزائري والمصري تقرر بالتقادم أما ما هو مذكور في القانون المغربي فهو الإسقاط، فالفرق بينهما أن التقادم يتعلق بالنظام العام وبالتالي لا يجوز التعديل فيها بالإتقاص أو الزيادة إلا بنص قانوني واضح كما سبق الشرح، أما فيما يخص الإسقاط فيمكن الإطالة وتقصير هذه المدة وذلك بالاتفاق المسبق بين أطراف العقد أو نزول البائع صراحة أو ضمنا عن السقوط بعد تمامه وما تم التصريح به من خلال نص المادة السابقة الذكر في فقرتها الثانية.

هذا من جهة ومن جهة ثانية يكمن الاختلاف في أن مدة السقوط وفقا للقواعد العامة لا يرد عليها انقطاع ولا وقف عكس ما هو وارد في مدة التقادم حيث يتم قطع هذه المدة وفقا للقواعد العامة¹، فتنتقطع مثلا بالمطالبة القضائية وباقرار البائع بمسؤوليته².

كما أن مدة السقوط لا تسري إلا إذا أخطر المشتري البائع بالعييب خلال سبعة أيام الموالية للتسليم إذا كان محل البيع في القانون المغربي منقولات، أو فور اكتشافه في حالة تعذر اكتشافه بالفحص العادي أي طرأ

يرد أي طعن قانوني يجرح هذا القرار، لذلك فإن امتناع المدعي عليها عن فسخ عقد البيع لوجود عيب خفي من الشركة الصانعة، والتي تمثلها المدعى عليها البائعة لهذه السارة لا يتفق وحكم القانون، حيث أن محكمة الموضوع قد حكمت بفسخ عقد البيع لوجود عيب خفي، وإعادة المتعاقدين إلى الحالة التي كانوا عليها وقت التعاقد، والزامها بإعادة المبلغ الذي قبضته يتفق وحكم القانون.

إذا تم فسخ البيع لوجود عيب خفي في المبيع وامتنع البائع إعادة المبلغ الذي قبضه، فإن الحكم عليه بالفائدة القانونية يتفق وحكم القانون وما استقر عليه اجتهاد التمييز /قرار محكمة التمييز الأردنية بصفتها الحقوقية رقم 2007/570 (هيئة خماسية) تاريخ 2007/5/31 منشورات مركز عدالة / قد اشار اليه الدكتور محمد بخيت الوازن، ابرا مسؤولية البائع من ضمان العيب الخفي في عقد البيع، رسالة ماجستير، جامعة الشرق الوسط، قسم القانون الخاص، كلية الحقوق، 2001، 47-48 وقد اشرت الى هذا القرار قصد ان ابين ان في حالة التعديل بالضمان ويكون هذا التعديل موسعا له كما هو الحال في قرارنا فتسري أحكام التقادم الموسعة وهي سنة كاملة، في حين تسقط المدة القانونية والتي تقدر بستة أشهر.

¹ انظر في ذلك الى نص المادة 381 /2 من القانون المدني المصري.

حيث لا توقف مدة التقادم لأسباب كنقص الأهلية بالنسبة للبائع أو الحكم عليه بجناية أو سفره فكل هذه الأسباب لا تجعل مدة التقادم تتوقف حتى وإن لم يعين نائب يمثله قانونا وذلك لأنها لا تزيد على خمس سنوات وهو ما اقرته المادة 382 /2 من القانون المدني المصري.

² الدكتور سليمان مرقس، المرجع السابق، ص 417.

سبب خارج عن إرادته منعه من ذلك¹، أما مدة التقادم فتقوم بعد أن يخطر المشتري البائع بالعييب في أجل معقول²

وبهذا يمكن القول أن الحق في الضمان يسقط إما بالتقادم خلال مدة سنة من وقت التسليم أو خمسة عشرة سنة من نفس الوقت في حالة ثبوت أن البائع سيء النية³، أو يسقط بانقضاء مدة 365 أو ثلاثين يوماً من وقت التسليم، كما يسقط هذا الحق في حالة عدم الإخطار في الآجال المحددة في القوانين التي تقر بسبعة أيام من وقت التسليم وفي أجل معقول من نفس الوقت أوفور اكتشاف العيب في المبيعات التي تتطلب وقت لاكتشافها⁴.

كما نجد لسقوط الحق في الضمان بسبب تجاوز المدة المحددة لرفع اللقيام بذلك محلاً حتى في القانون البحري حيث قضى المجلس الأعلى في قرار له بتاريخ 1989/04/30 (ملف رقم 55663) في قضية الشركة الجزائرية لتأمينات النقل والديوان الوطني للتجارة⁵، ضد شركة الشركة الجزائرية الليبية للنقل البحري كلترام برفض الطعن بالنقض لعدم قيام المدعيتان بالمعاينة للبضاعة في ميعاد ثلاثة أيام بعد التفريغ وبالتالي سقوط حقها في الضمان طبقاً للمادة 790 من القانون المدني البحري⁶.

الفرع الثاني: التنازل عن العيب الخفي

إن النزول عن الحق في الضمان يكون إما بشكل صريح أو ضمنى حيث أن النتيجة تكون واحدة وهي سقوط الحق في الضمان، إذ يعتبر هذا السقوط بشكل إرادي أي أن المشتري هو الذي يحققه.

¹ الدكتور علي حسن بخيره، المرجع السابق، ص 118.

² الدكتور آث ملويا، المرجع السابق، ص 467

³ فالبائع سيء النية يقوم باستعمال طرق احتيالية ليخفي العيوب الموجودة بالمبيع أو أوليحقها به، إذ يمكن القول أن البائع في هذه الحالة تعمد إخفاء المبيع غشا من المشتري

⁴ الدكتور علي حسن بخيره، المرجع السابق، ص 119

⁵ المجلة القضائية للمحكمة العليا، العدد الرابع لسنة 1991، ص 152 وما بعدها

⁶ والتي ألزمت المشتري بمعاينة البضاعة في حالة العيب الظاهر في يوم واحد، بثلاثة أيام في حالة العيب الخفي وتبدأ من وقت تفريغ البضاعة، وذلك بحضور خبير مختص وفي مواجهة طرفي العقد.

حيث تم رفض القرار المطعون فيه دعوى الشركتان الرامية إلى إصدار حكم ببناء على طلبهما للحصول على تعويضات عن الخسارة اللاحقة بهما، لعدم قيامهما خلال ثلاثة أيام من تاريخ تفريغ الشحنة بالمعاينة، وكان بذلك مطبقاً لأحكام المادة 790 من القانون البحري، مما يستتبع رفض هذا الوجه والطعن في مجموعه.

أشار إلى هذا القرار الدكتور آث ملويا، المرجع السابق، ص 471-472.

حيث تقوم حالة التنازل الضمني في حالة إهمال المشتري فحص المبيع المعيب في الوقت المخصص لذلك إذ يعد فحص المشتري للمبيع من الأمور المطلوبة، وذلك حتى يتأكد المشتري من صلاحية الشيء المبيع الذي يبتغي شراؤه، وكذا في حالة عدم الإخطار بالمعيب في الوقت المناسب أو بمجرد كشفه، أي حسب ما هو مأخوذ به في القوانين كما سبق البيان¹.

كما أن استعمال المبيع المعيب بعد ظهور العيب وعلم المشتري به كذلك يعتبر تنازلاً ضمناً عن الضمان² أو أن يقوم بالتصرف المشتري في المبيع كأن يقوم ببيعه أو وهبه رغم علمه بالعيب الموجود بالمبيع³ فقد ورد في هذا الصدد وبصريح العبارة في القانون الأردني أنه " إذا تصرف المشتري في المبيع تصرف المالك بعد إطلاع على العيب القديم سقط خياره"⁴.

هذا بالإضافة إلى أن التنازل الضمني يكون في حالة الانتفاع بالمبيع المعيوب كاللباس الثوب، والقيام بتصرفات مادية تؤدي إلى تلف المبيع كتخطيط السيارة مثلاً فهذا التصرف يعد تنازلاً ضمناً عن الضمان من خلال إسقاطه لأن إتلاف المبيع يرجع إلى سببه إلى المشتري في حد ذاته⁵.

¹ إذ تنص المادة 380 من القانون المدني الجزائري انه " إذا تسلم المشتري المبيع وجب عليه التحقق من حالته عندما يتمكن من ذلك حسب قواعد التعامل الجارية، فإذا كشف عيباً يضمنه البائع وجب عليه ان يخبر هذا الأخير في اجل مقبول عادة، فان لم يفعل اعتبر راضياً بالمبيع "

² الدكتور على حسن بخيره، المرجع السابق ص 129.

³ الدكتور أنور سلطان، المرجع السابق، ص 274.

⁴ المادة 515 من القانون المدني الأردني

⁵ وهو ما نصت عليه المادة 515 من القانون المدني الأردني: على انه تقوم تصرفات المشتري وأعماله تدرج تحت ثلاثة أنواع هي:

1- الانتفاع في المبيع

2- تصرفات مادية تؤدي إلى تلف المبيع.

3- تصرفات قانونية تخرج المبيع المعيب عن الملك.

516 هذا بالإضافة إلى نص المادة من القانون الأردني التي تقر بأنه " إذا هلك المبيع بعيب قديم في يد المشتري أو استهلكه قبل علمه بالمعيب يرجع على البائع بنقصان الثمن "

إذ يفهم من هذه المادة بشكل معاكس أن المشرع يقصد أن الهلاك الذي يكون المشتري سبباً فيه يحرم المشتري من الضمان، لكن في حالة ما إذا كان هلك المبيع قبل علمه بالمعيب فلا يحرم من الضمان، ويرجع على البائع بنقصان الثمن أو بالتعويض وذلك حسب ما يتقرر في هذه الحالة في كل تشريع من التشريعات القانونية التابعة لبلد معين، فالفرق يكمن في هذه الحالة إلى ان العلم يكمن هنا اذا كان قبل الهلاك اوبعد / الدكتور وليد محمد بخيت الزان، المرجع السابق، ص 63.

اذ يتضح من خلال نص المادة 380 من القانون المدني الجزائري أن الفحص المطلوب هنا على درجتين الفحص العادي بالنسبة للعيب والذي يمكن اكتشافه بسهولة، وكذا الفحص الذي يتطلب درجة معرفية أكبر من الأولى أي لا يمكن للشخص العادي كشفه بسهولة حيث يحتاج إلى أهل اختصاص وخبرة.

بالإضافة إلى ذلك يتم الفحص بمجرد أن تسمح له الفرصة بذلك ويكون ذلك عادة عند التسليم الفعلي للشيء المبيع وليس التسليم الحكمي، إذ يمكن أن يكون التسليم فور إبرام العقد ألاحقا له، فإذا كان به عيب ظاهر أو درجة خفائه يمكن اكتشافها بسهولة فيقوم المشتري بالفحص العادي هنا والعمل بغير ذلك يعتبر قبولاً بالمبيع المعيب، أما إذا كان التسليم بعد إبرام العقد بمدة يمكن أن تطول ويمكن أن تقصر حسب ما ذهب إليه الأطراف في عقد البيع المبرم بينهما، فعنا كذلك يكون الفحص بمجرد استلام المبيع وإلا عد راضيا بالمبيع إذا كان معيباً¹، حيث يفهم من ذلك أن الفحص يكون اما بطرق عادية أو طرق أخرى غير عادية².

لكن الفقهاء كان لهم رأي آخر في ذلك حيث ذهبوا إلى أن الفحص الذي يقوم به المشتري يكون مرتين عند إبرام العقد، وعند تسلّم المبيع سواء كان العيب مما يمكن كشفه بالفحص العادي أو الغير العادي³.

إذ يكون الفحص العادي للمبيع فور انعقاد العقد باكتشاف العيب الذي يكون بحكم الظاهر، ما يمكن اكتشافه بسهولة، لذلك فان المشتري إذا لم يخطر البائع فان ذلك يعد قبولاً من المشتري للعيب في المبيع.

أما الفحص الغير العادي وهو الذي يقوم للمرة الثانية فيكون بعد إبرام العقد، والذي يستلزم دقة في الفحص لا تستلزم في الفحص للمرة الأولى، خاصة ان كان المبيع معين بالنوع، أي يكون البيع هنا على

¹ تجدر الإشارة أن المشرع الجزائري وكذا المشرع المصري لم يحددا المدة التي يقوم فيها المشتري بالفحص وإنما اكتفى بالزام المشتري بالقيام بالفحص بمجرد أن يتمكن من ذلك، إضافة إلى ذلك أن المدة متروكة عند لجوء الطرفين إلى المحاكم للسلطة التقديرية للقاضي الموضوع وهذا الأخير يقدر المدة على أساس طبيعة المبيع المعيب وكذا العيب الدكتوروة خواص جويده المرجع السابق، ص 161.

² وهو ما جاء في نص المادة 449 من القانون المدني المصري بأنه "إذا تسلّم المشتري المبيع، وجب عليه التحقق من حالته بمجرد أن يتمكن من ذلك وفقا للمألوف في التعامل، فإذا كشف عيبا يضمنه البائع وجب عليه أن يخطره به خلال مدة معقولة وإن لم يفعل إعتبر قابلاً للمبيع...."

³ فقد قال الدكتور عبد الرزاق السنهوري في هذا الصدد أن "إذا تسلّم المشتري المبيع وكان به عيب وكان هذا العيب مما يمكن اكتشافه بسهولة أوبعسر ولم يقم المشتري بالفحص بعد تسلّمه مباشرة ففي رأي الدكتور الأخير أن هذا لا يعتبر رضا بالمبيع المعيب، وإنما يجب أن تعطى له مهلة للتحقق من حالة المبيع عن طريق الفحص المعتاد، فهناك من المبيعات ما تحتاج إلى فترة زمنية لاكتشافها مثل القماش المطوي.الدكتور عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 736.

أساس العينة، فالمشتري مقارنة العينة بالمبيع اذا كان هناك حقيقة عدم الاختلاف وبالتالي المطابقة واذا تحقق ذلك انعدم العيب وان لم يتحقق ذلك اعتبر عيبا تم اكتشافه.

كما نجد أن هذه الحالة لها وجود بكثرة في الحالات التي لا يكون فيها المشتري حاضرا في مجلس العقد، فيكون نائبه المكلف أو عن طريق البيع بالإنترنت أو الهاتف، اذ لا يكون للمشتري في هذه الحالة فحص المبيع الا بعد تسلمه المبيع، فاذا قام بالفحص الجيد المناسب للرجل العادي أو استعانة بخبير وتم كشف العيب فيجب عليه اخطار البائع ليضمن حقه في الضمان أما إذا تماطل ولم يتم بفحص المبيع وقال ان الفحص السابق يكفي فهنا يسقط حقه في الضمان لعدم التزامه بالاجراء الموالي للمبيع¹.

في حين أن بعض الفقهاء ذهبوا الى أنه يجب على المشتري أن يبذل عنايته لفحص المبيع، وذلك قصد انشاء حقه في الضمان، اذ يتوجب على المشتري في هذه الحالة الأخذ بعدة نقاط مختلفة قبل شرائه المبيع وذلك باستخدام الأفكار والمصادر وذلك لتحديد التصرف الذي يسمح بالإستعمال الصحيح والمطابق للشيء المبيع، هذا بالإضافة الى القيام بتحريات المناسبة لمعرفة حالة المبيع، وكذا استجواب البائع عن شروط استخدام المبيع².

لكن عند التمعن في المادة القانونية 380 مدني جزائري نجد أنها قد أملت بجميع أنواع البيوع وذلك من خلال إدراجها مصطلح "عندما يتمكن من ذلك حسب القواعد الجارية" التي تؤكد على أن المشرع كان فطنا ومسائرا لما يجول في مجال المعاملات³.

كما أورد في نفس المادة عبارة ".....فإذا كشف عيبا يضمنه البائع وجب عليه أن يخبر هذا الأخير في أجل مقبول عادة....."⁴

حيث ذهب البعض الى تفسير عبارة الكشف على أنها **الفحص ظاهر** ولفهم هذا المعنى نلجأ الى المثال الآتي حيث يقوم شخص ما بشراء قماش من احد التجار، ويكون هذا القماش مطويا، وهذا يوحي بأن المبيع يظهر سليما، لكنه في الاصل معيوب لكن هذا العيب لايمكن اكتشافه الا بعد فتحه كاملا، فالمعنى من ذلك أن

¹ الدكتور خوص جويده، المرجع السابق، ص 160.

² الدكتور ممدوح محمد مبروك، المرجع السابق، ص304/ الدكتور حسن قاسم، عقد البيع، الدار الجامعية، الطبعة الأولى 1999، ص 316.

³ الدكتور خوص جويده، المرجع السابق، ص 163.

⁴ المادة 380 من القانون المدني الجزائري.

المشتري هنا لا يعتبر راضيا بالمبيع المعيوب بمجرد تسلمه، لأن هذا النوع يستلزم وقتا لكشفه، لكن يعتبر راضيا بالمبيع وبالتالي سقوط حقه من الضمان في حالة ما اذا قام بأخذ هذا المبيع الى محله أو منزله، ولم يتم بفحصه لمدة طويلة وليست معقولة، وعدم الفحص من عدم الضمان والذي يكون بارادته لانه السبب الأساسي في حرمانه من حقه في الضمان¹.

هذا بالإضافة الى ان العيب اذا كان ظاهرا لا يضمنه المشتري حتى وان لم يتبين له، ومثال ذلك العيب الموجود في المظهر الخارجي لمركبة، لكن المشتري لم يتم بالملاحظة عند قيامه بالفحص، فهنا لا يمكن لهذا الاخير مطالبة البائع بالضمان لان سبب حرمانه من ذلك هو نفسه، حيث لم يتم بالفحص اللازم رغم ان العيب من بين تلك العيوب السريعة الاكتشاف أي ظاهرة، وذلك يستشف من خلال شرط العيب، أي ان يكون العيب الواجب الضمان من العيوب التي تكون خفية، والعيب في هذه الحالة يعد ظاهرا، بالإضافة الى أن المشتري لم يتم بالفحص المطلوب، وقيام هذين العنصرين يبرآن البائع من الضمان².

وعلى هذا الأساس يمكن القول أن البائع لا يكون ملزما بالضمان في حالة ما إذا كان العيب الموجود بالمبيع ظاهرا حتى وإن لم يكن للمشتري علم به بسبب عدم تفحصه للمبيع وعدم تدقيقه الناتج عن اهمال المشتري.

أما الإخطار فقد إعتبره البعض هنا شرط لإثبات سوء نية المدين وكذا شرط للحصول على التعويض لكنه لا يعتبر قيدا على لرفع دعوى الضمان وذلك طبق لما تقر به القواعد العامة³. كما أن الإخطار جاء لتفادي سكوت المشتري بأنه راض بالمبيع المعيب.

¹ الدكتور عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 736.

² الدكتور أحمد شوقي عبد الرحمن، المرجع السابق، ص 40.

³ إذ تنص المادة 179 من القانون المدني الجزائري على انه " لا يستحق التعويض إلا بعد إعدار المدين، مالم يوجد نص مخالف لذلك "

إذ نجد في هذا الصدد انه من خلال قانون حماية المستهلك نجد انه الزم هذا الخير للحصول على الضمان بقيامه بإجراءات معينة، منها القيام بفحص المنتج وبمجرد اكتشاف العيب يلزم بإنذار المحترف برسالة مسجلة مع إشعار بالاستلام أو بنذره بأية وسيلة أخرى تطابق التشريع المعمول به والعمل بغير ذلك يعتبر تنازلا ضمنيا من المستهلك عن حقه في الضمان / المادة 08 من القرار الوزاري المؤرخ في 94/05/10 المتضمن كيفية تطبيق المرسوم التنفيذي رقم 266/90 وذلك من خلال المادة 18 منه.

فالاخطار وكما سبق البيان هو عمل إجرائي يتخذه المشتري بعد تسلمه للمبيع في حال إكتشافه عيب في المبيع ضد البائع لعدم تطابق المبيع والمنفعة المقصودة من وراء ذلك المبيع، وهي إنكار المشتري وإعراضه عن قبول المبيع وكذا مقدمة لدعوى قضائية¹.

تجدر الإشارة هنا كذلك إلى أن المشرع لم يحدد مدة الإخطار بالعيب وإنما تركها للمألوف في التعامل من جهة ولطبيعة العيب والشيء المبيع من جهة أخرى، كما أن للقاضي السلطة التقديرية في تقدير تلك المدة².

إن فالمشتري ملزم بإخطار البائع عن العيب الموجود بالمبيع إذا تم اكتشاف ذلك، إذ يقوم بهذا الإجراء سواء تم تحديد المدة أم لا فالمنطق القانوني يقر أن المشتري الغير الراضي بحالة المبيع يقوم بالإخطار بمجرد الاكتشاف، والعمل بغير ذلك يعد من رضا بالمبيع سواء كان ذلك عن عمد أو عن تهاون من المشتري.

لكن ما يمكن ملاحظته فب النصوص القانونية أن هناك حالتين تدرجان في هذا الصدد، الحالة الاولى تتمثل في الفحص العادي والذي يتحقق فيه المشتري من العيب بالتجربة ويكون هنا الفحص معتادا، فبمجرد ان يتم كشف العيب يقوم هذا الاخير باخطار البائع والا تم تبراة البائع من الضمان وحرمان المشتري من الضمان بسبب رضاه بالعيب الموجود بالمبيع³.

أما المدة التي يستلزم أن يتم فيها الاخطار فتكون خلال مدة معقولة كما جاء في النص القانوني السابق الذكر، لكن هذه المدة المعقولة تسري في حالة ما اذا لم يكن هناك اتفاق بين الطرفين على مدة معينة، لان تحقق ذلك يؤدي الى التزام المشتري بالمدة المتفق عليها وليست المقررة قانونا، وذلك لإعتبار أن أحكام ضمان العيب الخفي ليست من النظام العام وبالتالي يمكن التعديل فيها.

فإذا تم الاتفاق بين طرفي عقد البيع الذي يكون محله سيارة، فيتم الاتفاق على أن يتم تجربتها خلال مدة اسبوعين، وان ظهر بها عيب ترد خلال هذه المدة، فهنا يكون المشتري ملزما في حالة وجود العيب بالسيارة اخطار البائع وردة للسيارة خلال اجل اسبوعين، فاذا قام بالاخطار عن العيب وعن رغبته برد المبيع بعد الاجل المحدد فهنا لا يكون له ذلك وبالتالي يحرم من حقه في الضمان لأن كان خارج المدة

¹ الدكتور اسعد دياب، المرجع السابق، ص 115.

² الدكتورة خواص جويبة، المرجع السابق، ص 164.

³ الدكتور عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 736.

المحددة ولا يمكن له الرجوع على البائع خلال المدة المعقولة والمحددة قانونيا إلا في حالة ثبوت سوء نية البائع وغشه¹.

أما في حالة ما اذا كان الفحص غير اعتيادي، يعني يستلزم خبير تقني أوفني قصد كشف وجود العيب فهنا يكون الاخطار بمجرد ظهور العيب وإلا عد راضيا بالمبيع²، والسبب وراء إدراج هذه الفقرة ما يستلزمه العيب من وقت لكشفه مقارنة بالفحص المعتاد، إذ يمكن أن يقوم المشتري في هذه الحالة بالإستعانة بخبير.

هذا بالإضافة الى تفادي إمكانية دفع البائع بأن المشتري قد إستغرق وقتا طويلا للقيام بإجراء الاخطار أي أنه تأخر وبأن البائع لديه العلم الكافي بوجود العيب³.

كما تجدر الإشارة الى أن الاخطار يجب أن يكون واضحا نافيا لعكسه حتى لا يحرم المشتري من الضمان إضافة الى أن يكون الاخطار في مدة معقولة في حالة ما اذا كان الفحص معتاد وخلال الكشف عنه في حالة ما اذا كان فحصا غير معتاد.

هذا بالإضافة الى أن الاخطار يجعل من الاثبات بالعيب يسيرا، والابطاء به يجعل اثبات العيب عسيرا وبالتالي ينجر عن ذلك فتح باب النزاع بين البائع من جهة والمشتري من جهة أخرى، هذا بالإضافة الى ان الاخطار يحقق مصلحة المشتري وذلك لحماية المشتري من تعسف استعمال الحق الذي يمنح للبائع في حالة التماطل عن اخطاره بالعيب، إذن فالاخطار يعد اثبات على وجود العيب، واذا تم ذلك اعتبر البائع مسؤولا عن الضمان⁴، وبالتالي يقوم حقه في رد المبيع وارجاع الثمن المدفوع أو الاستبقاء على المبيع مع الرجوع على البائع بانقاص الثمن وله حق الاختيار في حالة ما اذا كان العيب جسيما، أما في حالة ما اذا كان العيب يسيرا فيكون له الحق المطالبة بالتعويض.

لكن هناك استثناء يجعل حق المشتري في الضمان قائما رغم عدم إخطار المشتري بالعيب وذلك عندما يكون البائع سيء النية، فيخفي العيب عن المشتري ويؤكد له خلوه من العيب، فإذا أثبت المشتري هنا سوء نية البائع فلا يمكن للبائع أن يتمسك بسقوط حق المشتري في الضمان وذلك لعدم قيامه بالإخطار.

¹ الدكتور أحمد شوقي عبد الرحمن ، المرجع السابق، ص 63

² انظر المادة 380 فقرة 2 من القانون المدني الجزائري

³ الدكتور أحمد شوقي عبد الرحمن، المرجع السابق، ص 64.

⁴ الدكتور عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، البيع والمقايضة، المرجع السابق، ص 735.

كما تجدر الإشارة إلى أن التنازل العيب يختلف عن شرط عدم الضمان، حيث أن هذا الأخير يقوم قبل ظهور العيب والعلم به في حين أن التنازل عن العيب يقوم بعد إكتشاف العيب والعلم به، والرضا بذلك¹.

نخلص مما سبق ومما هو ظاهر من خلال نص المادة 380 من القانون المدني الجزائري وما يقابلها من نص المادة 449 من القانون المدني المصري أن من واجب المشتري ليضمن حقه في ضمان العيب الخفي أن يقوم بفحص المبيع فحص الرجل العادي في حالة كون العيب مما يسهل كشفه، وبفحص غير اعتيادي في حالة ما إذا كان يستلزم خبير فني، هذا من جهة وعند كشف العيب يجب على المشتري إخطار البائع في مدة معقولة إذا كان بصدد الحالة الأولى وبمجرد كشفه في الحالة الثانية من جهة أخرى

ففي حالة الإخلال بأحد الاجراءات المذكورة يسقط حق المشتري من الضمان بصفة ضمنية، وبالتالي يحرم من الضمان الناتج عن اهماله في فحص المبيع أو اجراء الاخطار، او عدم وضوح شكل الاخطار أو تجاوز المدة المددة سواء قانونيا أو إتفاقيا.

أما التنازل الصريح، يكون برغبة وإرادة من المشتري تكون صريحة في التنازل عن حقه في الضمان عن عيب محدد دون العيوب التي يمكن أن تظهر بعد ذلك، اذ تكون الصراحة بعبارات لا تحمل في طياتها نوعا من اللبس والغموض².

فيكون بإصدار عبارات من المشتري بعد علمه بالعيب الموجود بالمبيع وهو شرط أساسي³، فالتنازل عن الحق في الضمان بالعدول يكون عن مباشرة الدعوى، أو سيرها أمام القضاء، والعمل بعكس ذلك لا يعد تنازلا عن ضمان العيب وبالتالي يبقى من حق المشتري الرجوع على البائع بالضمان عن العيب المعيب⁴، وهو ما أقرت به الشريعة الإسلامية⁵، ويستشف ذلك من خلال ما ورد من نصوص منها ولا رد إن أتى المشتري بما يدل على رضا بالعيب بعد الاطلاع عليه وكذا جل فقهاء القانون، ومن هذه العبارات قول المشتري رضيت بالمبيع المعيب وأسقطت خيارتي، استبقي على المبيع عندي على حالته المعيبة، والسند في ذلك أن للمشتري الحق في التنازل عن حقه إذ لا يعتبر هذا الأخير من النظام العام⁶. ولم يكن التأييد من

¹ الدكتور اسعد دياب، المرجع السابق، ص 250.

² الدكتور عمرو أحمد عبد المنعم دبش، المرجع السابق، ص 194.

³ الدكتور أحمد شوقي محمد عبد الرحمن، المرجع السابق، ص 48.

⁴ الدكتور عمرو أحمد عبد المنعم دبش، المرجع السابق، ص 194.

⁵ علاء الدين الكاساني، المرجع السابق، ص 283.

⁶ الدكتور حسن فرج، المرجع السابق، ص 210. / الدكتور صاحب عبيد الفتاوي، المرجع السابق، ص 232.

الفقهاء فقط بل حتى القضاء كذلك ذهب إلى تأكيد ذلك التنازل عن الضمان فقد جاء في منطوق للحكم من محكمة استئناف فرنسية أن محاولات المشتري لإزالة عيب وجد في الشيء المبيع له، ومحاولته إعادة المبيع للعمل بعد إزالة العيب للاستعمال المقصود منه، يعتبر نزولا للمشتري عن حقه في الضمان، إلى جانب ذلك تم اعتبار شرط عدم الضمان المتفق عليه في العقد نزولا صريحا عن حق المشتري في ضمان العيب¹

بالإضافة إلى ذلك فإن حق في ضمان العيب الخفي حق مقرر قانون كما هو معلوم، كما أن هذا الحق ليس مسطرا من بين الحقوق التي يحكمها النظام العام وبالتالي فلن يثبت له هذا الحق يثبت له حق التنازل عنه ومن حالاته السكوت عن العيب صراحة وذن أن يمارس على المشتري إكراه أو عيب في إرادته ومن بين التشريعات التي كانت صريحة في هذا الصدد القانون الأردني حيث أقرت أن: لا يكون البائع مسؤولا عن العيب القديم في الحالات التالية وهي:

- 1- إذا تبين البائع عيب المبيع حين البيع
- 2- إذا اشترى المشتري المبيع وهو عالم بما فيه من العيب
- 3- إذا رضي المشتري بالعيب بعد إطلاعه عليه أو بعد علمه به من الآخر².

هذا بالإضافة إلى نصها الصريح بأن " إذا تصرف المشتري في المبيع تصرف المالك بعد إطلاعه على العيب القديم سقط خياره"³.

أما عند الرجوع إلى رأي أغلبية الفقهاء المصريين من التنازل الصريح فقد أخذوا بأن دعوى الضمان للعيب يجوز العدول عنها باستعمال ما يدل على رغبة المشتري في التنازل عن الضمان وذلك من خلال عدم رفع دعوى الضمان، أو عدم الاستمرار في نظرها أمام القضاء صراحة.

كما تم اشتراط أن يكون هذا التنازل دون وجود لبس أو غموض فيه، بالإضافة إلى اشتراط أن يكون المشتري عالما بالعيب الموجود بالمبيع علما كافيا.

¹ محكمة استئناف ليون، 18 أغسطس 1859، دالوز 1859، 2، 102. / محكمة باريس 9 ديسمبر 1930، الأسبوع القانوني 1931 - 384 - نقض مدني فرنسي في 31 مارس 1954 - 417، مشار إليه في من قبل الدكتور عبد الرسول عبد الرضا محمد، المرجع السابق، ص 406.

² المادة 541 من القانون المدني الأردني

³ المادة 515 من القانون المدني الأردني

وكل هذا قصد التوصل الى أن التنازل الصريح قد تم بكامل إرادة المشتري عن حق أقر له قانونا¹، كما تم الاقرار من قبل الفقهاء على عدم الأخذ بالتنازل الصريح عن دعوى الضمان في حالة ما إذا كان هذا التنازل عن عيب معين في الشيء المبيع، فمن الخطأ أن يفهم من خلال ذلك تنازل المشتري عن جميع العيوب الموجودة بالمبيع، حيث أن التنازل يكون في هذه الحالة عن العيب المتنازل عنه صراحة دون العيوب الأخرى².

وهو ما تم مسابته من القانون المصري حيث اجاز التنازل الصريح عن دعوى الضمان العيب شريطة ان يكون هناك اتفاق صريح بين طرفي عقد البيع والذي يكون نافيا لفهم عكسه او ابهام اوشك، والعمل بعكس ذلك يعد الضمان قائما وبالتالي يلزم البائع بضمان العيب الموجود بالمبيع³.

أما عند الرجوع فقهاء الشريعة الاسلامية فنج أنهمقد اجازوا التنازل الصريح عن ضمان العيب الخفي ودليل على ذلك والسند في ذلك ما ورد عن الدسوقي " ولا رد إن أتى المشتري بما يدل على الرضا بالعيب بعد الاطلاع عليه"⁴.

كما ورد عن ابن حزم أنه " ومن اطلع فيما اشترى على عيب يجب به الرد، فله أن يرده ساعة اكتشاف العيب....ولا يسقط ما وجب من الرد إلا أحد خمسة أوجه لا سادس لها وهي نقطة الرضا"⁵.

كما ورد عن الكاسني أن " وأما ما يمنع الرد بالعيب ويسقط به بعد ثبوته ويلزم البيع فنقول وبالله التوفيق:الرد يتمتع بأسباب منها الرضا بالعيب بعد العلم به، لأن حق الرد لفوات السلامة المشروطة، ولما رضي (المشتري) بالعيب بعد العلم به دل أنه ما شرط السلامة، لأنه ثبت للمشتري دفعا للضرر عنه، فإن رضي بالعيب فلم ينظر لنفسه ورضي بالضرر"⁶.

إذن يفهم مما سبق أن حق التنازل عن الحق في الضمان المنقرر قانونا يجوز النزول عنه سواء قانونا أو شرعا شرط أن يكون المشتري المتنازل على علم بالعيوب علما كافيا.

¹ الدكتور حسن فرج، المرجع السابق، ص 500.

² الدكتور أحمد شوقي عبد الرحمن، المرجع السابق، ص 48.

³ الدكتور اسعد دياب، المرجع السابق، ص 195.

⁴ الدسوقي، المرجع السابق، ص 120 جزء 3/ قد اشار اليه الدكتور أسعد دياب، المرجع السابق، ص 195.

⁵ ابن الحزم، المرجع السابق، ص 73 جزء 9/ قد اشار اليه الدكتور أسعد دياب، المرجع السابق، ص 195.

⁶ الكاساني، مرجع سابق، الجزء 7، ص 337 / قد أشار الى ذلك الدكتور أسعد دياب، المرجع السابق، ص 196.

والعلم الكافي لا يتم الا اذا كان يقينيا بالعيب، اذالا يمكن الاخذ بذلك العلم الذي يأخذ للشك، أي المقصود به هنا أن يكون حقيقيا، فالشك في هذه الحالة لا يعتبر تنازلا صريحا ويقع عبئ اثباته على من يقوم بالادعاء بوجود العلم الكافي، حيث ذهبت محكمة التمييز الاردنية الى أنه " إذا استلم المدعي سيارته بعد فحصها فحصا كاملا من حيث الميكانيك والبودي، وحسب ما تشير اليه الورقة الموجهة من المدعي الى شركة التأمين، أنه قام بفحص سيارته فحصا كاملا عند مختصين بهذا الأمر، مما يجعل ما يدعيه من ان هناك عيوباً خفية في الاصلاح في غير محله، إذ ان العيب الخفي وان كان لا يستظهره الشخص العادي إلا أنه لا يخفى على الخبير، فاذا انصبت الطلبات في لائحة الدعوى على سوء المصنعية التي قامت بها المدعى عليها، وحدد المدعي في لائحة الدعوى الاشياء التي لم يتم إصلاحها بصورة تتفق مع الأصول الفنية ولم يرد ذكر للمطالبة بالتعويض عن سوء المصنعية التي يدعيها¹.

هذا من جهة ومن جهة أخرى يجب أن يكون العلم بالعيب محدد، بمعنى أن يكون التحديد في نوع العيب وكذا مقداره حتى يتم إعفاء البائع منه وذلك لأنه ذلك لأن تنازل المشتري عن حقه في الضمان ، من زوال الآثار الناجمة عنه.ولهذا يستلزم ان يكون المشتري عالما بالنتائج التي يمكن ان تترتب على وجود العيب كالأخطار الناجمة عن العيب والتي تهدد حياته وماله، اذ نجد أنه ومن المستحسن الى المشتري الذي يرضى بالنزول عن العيب ان يقوم بتكليف خبير تقني ومتخصص ليقدر له حجم الأار التي يمكن أن تتجر عن هذا العيب المتنازل عنه، كما أن اهم شرط يقوم في حالة التنازل الصريح عن العيب أن يكون محددًا وقت انعقاد العقد ليكون واضحا بشكل ينفي الشك².

ومن خلال ما سبق نجد أن التنازل عن الحق في دعوى ضمان العيب تكون بطريقة ضمنية حيث يفهم من تصرف المشتري في المبيع سواء كان عن طريق استعماله أو بيعه أو هبه أو تأجير، أو غيرها من التصرفات القانونية، أوفي حالة عدم اخطاره عن العيب الموجود بالمبيع سواءا كان عن طريق التعمد أو الإهمال، كما يمكن ان يكون التنازل بطريقة صريحة وذلك من خلال التلفظ بعبارات واضحة تجيز هذا التصرف.

¹ قرار محكمة التمييز الأردنية بصفتها الحقوقية رقم 398 / 2002 (هيئة خماسية) تاريخ 2002/2/28، منشورات مركز العدالة / قد اشار اليه الدكتور وليد محمد بخيت الوزان، المرجع السابق، ص 61.

² الدكتور سمير تناغوا، المرجع السابق، ص 317

الفرع الثالث: عدم قابلية صلاحية المبيع لما أعد له

هنا يجب التفرقة فيما إذا تم تسليم المبيع أولاً، لأنه هذا يقرر مدى أحقية المشتري بالضمان أو سقوطه فإذا كان المبيع المعيب في يد المشتري وتحول إلى شيء آخر، ونتج عن هذا التحول عدم قابلية صلاحية المبيع لما أعد له المبيع في الأصل فهنا يسقط حق المشتري في الضمان في حالة ما إذا كان التحول بفعل من المشتري أو بعد اطلاعه على العيب إذ يعد ذلك تنازلاً ضمناً¹.

لكن في حالة ما إذا كان تحول المبيع بفعل المشتري وأصبح غير معد للغرض المقصود لكن بغير علم من المشتري بالعيب الموجود بالمبيع فهنا يجوز للمشتري الرجوع على البائع بما تسبب به هذا العيب من ضرر الواقع نتيجة العيب من غير الحق في رد المبيع لأنه التحول كان بفعل من المشتري².

والهدف من إدراج حالة تحول المبيع المعيب إلى شيء آخر وعدم قابليته للغرض المخصص له توضيح أن تحول المبيع المعيب إلى شكل آخر دون المساس بالغرض المخصص له أصلاً لا يشكل حائلاً في رفع دعوى الضمان أو الاستبقاء عليها في حالة سيرها مع الإشارة إلى أن هذه الحالة لم يتم إدراجها بنص صريح في القوانين وإنما يتم فهمها من خلال القواعد الخاصة بالضمان والسابقة الذكر³.

أما في حالة تحوله من حالة إلى أخرى إلى درجة تأثيره في صلاحية المبيع لما تم انشائه لأجله، فهنا يتم التمييز بين ما إذا كان السبب الأجنبي هو المتسبب في ذلك أم بفعل المشتري وما يهنا هنا الحالة الأخيرة

¹ الدكتور عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، البيع والمقايضة، المرجع السابق، ص 749.

² الدكتور علي حسين بخيره، المرجع السابق، ص 135.

لكن في حالة ما إذا كان سبب التحول المبيع سبب أجنبي، فيبقى حق المشتري في إمكانية رد المبيع إذا كان ذلك ممكناً واستحقاقه للعناصر التعويضية عن الضرر اللاحق به وأساسهم في ذلك أن حتى الهلاك بالمبيع الذي يرجع سببه للقوة القاهرة لا يشكل حاجزاً بين حق المشتري في رد المبيع أو الاستبقاء عليه مع المطالبة بالتعويض، فتحول المبيع أقل ضرراً بالنسبة للهالك وبالتالي فلا يمكن أن يكون تحول المبيع المعيب بفعل خارج عن فعل المشتري إن يكون عائقاً في وجه المشتري بالمطالبة برد المبيع أو الاستبقاء عليه والمطالبة بالتعويضات اللازمة والسابقة الذكر /الدكتور عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، البيع والمقايضة، المرجع السابق، ص 749.

³ فقد ورد في هذا الصدد في القانون العراقي من نص المادة 563 منه " إن زيادة شيء من مال المشتري على المبيع تمنع الرد كصبغ ثوب كصبغ الثوب المبيع أو البناء في الأرض المبيعة أو ظهور الثمر في الشجر المبيع، — فإذا حدث في المبيع زيادة مانعة من الرد ثم اطلع المشتري على العيب القديم، فإنه يرجع على البائع بنقصان الثمن ويمنع معه الرد ولو قبله البائع بالعيب الحادث "الدكتور اسعد دياب، المرجع السابق، ص 248.

حيث يجب أن نفرق بين تحول المبيع مع علمه او مع عدم علمه، فعلمه مع تحويله للشيء المبيع يعد حالة من حالات سقوط الحق في الضمان بفعل منه.

المطلب الثاني: سقوط الحق في الضمان بدون إرادة المشتري

إذ تتمثل حالات السقوط غير الارادي للحق في الضمان، في حالة هلاك المبيع (الفرع الأول) وكذا في حالة سرقة المبيع من المشتري أو انتزاعه منه (الفرع الثاني) بالإضافة الى زوال العيب (الفرع الثالث).

الفرع الأول: حالة هلاك المبيع:

إن المقصود بها تحميل نتائج هلاك أو فقد الشيء المبيع بصفة نهائية دون إمكانية الرجوع على شخص آخر كقاعدة عامة ويحدث ذلك في حالة الفقد الناجم عن القوة القاهرة أو الحادث المفاجئ، إما لسبب خارج عن الطرفين إذ تعتبر قوة القاهرة حادث خاص ينشأ من الخارج كالفيضانات والزلازل، أما الحادث المفاجئ فهو لصيق بالشيء المبيع كأنفجار الآلة المشترية، لكن كلاهما لا يمكن توقعهما وكذا ردهما، وفي أغلب الأحيان نجد أن النتيجة المترتبة عنها واحدة.

إذن فمن خلال قواعد العامة الخاصة بتبعية هلاك الشيء المبيع فنجد أنها تعتمد على التسليم، فإذا هلك الشيء المبيع قبل التسليم فللمشتري الحق في تحميل البائع تبعة الهلاك بحيث يفسخ العقد ويسقط التزام بدفع باقي الثمن كما يمكنه المطالبة بارجاع ما دفعه والعكس صحيح¹، أما في حالة تسليم المبيع فتبعية الهلاك هنا تقع على المشتري لا البائع وبالتالي للبائع المطالبة بأداء الثمن أو ما تبقى منه.

أما إذا كان سبب الهلاك قوة القاهرة أو حادث مفاجئ كان البائع لا يشكل عاملا لحدوته فان هذا الأخير لا يتحمل تبعة الهلاك، لكن هل هذا ينطبق على تبعية الهلاك في حالة وجود عيب خفي بالمبيع؟

قبل الإجابة عن هذه الإشكالية يجب معرفة ما مدى الفرق بين القوة القاهرة والعيب الخفي الغير متوقع من الطرفين، إذ نجد أن الفقهاء قد اختلفوا في هذا حيث ذهب أغلبهم الى أن هناك فرق واسع وإختلاف تام بين القوة القاهرة والعيب الخفي المجهول والغير متوقع من الطرفين والعمل بغير ذلك يؤدي حتما إلى زوال

¹ إذ تنص المادة 307 من القانون المدني الجزائري في هذا الصدد على انه " ينقضى الالتزام إذا أثبت المدين أن الوفاء به أصبح مستحيلا عليه لسبب أجنبي عن إرادته " كما تنص المادة 121 من المدني الجزائري بأنه " في العقود الملزمة للجانبين إذا انقضى التزام بسبب استحالة تنفيذه انقضت معه الالتزامات المقابلة له وينفسخ العقد بحكم القانون "

الالتزام بالضمان عن العيب الخفي في معظم الأحيان لأن الواقع القضائي أغلب قضاياها يكون العيب فيها خفياً، مجهولاً وغير متوقع من كلا الطرفين، إذ يعتبر الجهل بالعيب أحد مقومات ضمان العيب الخفي وإن نظرنا من جانب القوة القاهرة فهي خارجية عن المبيع وليست لصيقة به كالعيب، لأن هذا الأخير يكون داخلياً وناشئاً عن تركيب المبيع، وخير مثال على ذلك القوة القاهرة الملازمة والمتلفة للشيء المبيع المعيب كحريق مفاجئ أو صاعقة ينتج عنها إتلاف الشيء المبيع¹.

أما للإجابة على الإشكال المطروح سننتقل إلى القوانين والتي نجدتها نوعاً ما مساهراً للقواعد العامة فعند الرجوع إلى نص المادة 455 من قانون الموجبات والعقود فنجد أنها تقر بأن المشتري يسقط حقه في الضمان إذا هلك الشيء المبيع بقوة القاهرة أو بخطأ المشتري أو بخطأ شخص مسؤول عنه². لكن في نفس الوقت نصت على أن البائع يتحمل تبعه الهلاك إذا هلك المبيع بسبب العيب الذي كان مصاباً به أو بسبب قوة القاهرة ناشئة عن هذا العيب³

فمن خلال النصوص القانونية اللبنانية نجد أن تبعية الهلاك يمكن أن تقع على المشتري كما يمكن أن تقع على البائع إذ تقع على عاتق المشتري في حالة حدوث قوة القاهرة أو بخطأ منه أو ممن هو مسؤول عنهم وبالتالي يحرم المشتري من الضمان المنصب على العيب الخفي الموجود بالمبيع، فمصدر الحالة الأولى الأحكام العامة وذلك من خلال الدفع بالتبعية عن فعل الأشياء التي تعتبر أن الإعفاء من المسؤولية لا يتم إلا بسبب القوة القاهرة أو بخطأ المضرور، وبهذا يمكن القول أن أحكام ضمان العيب الخفي للمبيع الطارئ عليها عيب ما هي إلا تأكيداً لما ورد ضمن القواعد العامة للدفع بالتبعية حسب القانون اللبناني⁴.

¹ الدكتور اسعد دياب، المرجع السابق، ص 242.

² إذ تنص المادة 455 من قانون الموجبات والعقود على انه " لا يحق للمشتري استرداد شيء ولا خفض الثمن إذا كان لم يستطع رد المبيع في الأحوال الآتية: أولاً: إذا كان المبيع قد هلك بقوة القاهرة أو بخطأ من المشتري أو من أشخاص هم مسؤول عنهم".

³ إذ تنص المادة 456 من قانون الموجبات وعقود على أنه إذا هلك المبيع بسبب العيب الذي كان مصاباً به أو بقوة القاهرة ناشئة عن هذا العيب كان هلاكه على البائع وألزمه أن يرد الثمن، وإذا كان سبب النية لزمه أيضاً أن يؤدي بدل العطل والضرر" إذ نجد أن لهذه النصوص القانونية اللبنانية نظير في القانون المغربي وذلك من خلال المواد القانونية 563 والتي تنص في نفس المعنى والمصطلح لنص المادة 456 من قانون الموجبات وعقود، وكذا نص المادة 262 من التزامات وعقود المقابلة لنص المادة 455 من قانون الموجبات وعقود السابقة الذكر.

⁴ الدكتور رمضان ابوا السعود، المرجع السابق، ص 405/ الدكتور محمد حسين منصور، شرح العقود المسماة، المرجع السابق، ص 173.

في حين أن مسؤولية البائع عن هلاك المبيع وبالتالي قيام الضمان في حالة ما إذا كان السبب الرئيسي في نشوء ذلك الهلاك العيب الموجود بالمبيع، ولكن هذه الحالة لا تقوم إلا في حالة إثبات العلاقة السببية بين العيب والقوة القاهرة الناتجة عن هلاك المبيع، وما يميز هذه الحالة أن المشتري لا يستطيع طلب رد المبيع بسبب الهلاك، إذ يبقى أمامه المطالبة بتخفيض الثمن إضافة إلى ذلك والنفقات السابقة الذكر، أما التعويض فيعوض المشتري عن الضرر المتوقع فقط في حالة حسن نته وعن الضرر المتوقع والغير المتوقع في حالة سوء نيته وخير مثال على ذلك كون محل البيع بذور للقمح، فإذا تبين أنها لا تنبت جيداً فهذا يعني أن بها عيب خفي جعلها لا تفي بالغرض المطلوب المُشْتَرَى من أجله وطراً عليه هلاك لا يمكن للمشتري هنا المطالبة برد المبيع لكن بإمكانه تخفيض الثمن إضافة إلى النفقات والتعويضات¹.

فعلى هذا الأساس نجد أن القانون الأخير يساير القواعد العامة لكن لم يأخذ بجزء مهم هنا والذي يفصل في تبعية الهلاك وهو وقت التسليم وهذا ظاهر من خلال النصوص القانونية المذكورة سابقاً، لكن ما يجب ملاحظته أن كل هذه الحلول تقوم في حالة هلاك المبيع قبل الادعاء بضمان العيب الخفي، لأن حصول الهلاك بعد الادعاء بالضمان، فقد أقر القضاء بالعمل على سير دعوى الضمان وعدم إلغائها بسبب هلاك المبيع².

إذ نجد أن هذا الحكم تم اعتماده من جانب الشريعة الإسلامية لكن باختلاف طفيف عن ما جاء في القانون اللبناني بحيث يسقط خيار العيب بهلاك المبيع وذلك لفوات محل الرد، وذلك لفوات محل الرد وذلك في حالة هلاك المبيع وهو في يد البائع انفسخ البيع ولا يرجع البائع على المشتري شيء من الثمن لأنه يتحمل تبعة الهلاك قبل التسليم تقع على عاتق البائع، أما إذا هلك المبيع في المبيع في يد المشتري أي بعد التسليم فيقع على عاتق المشتري والاختلاف يكمن في حق المشتري بالمطالبة بتخفيض الثمن بسبب العيب وأساس الشريعة في ذلك المبدأ القائل ببناء العقود خير من هدمها، لأن الرد هنا أصبح مستحيلاً³.

¹ الدكتور اسعد دياب، المرجع السابق، ص 244.

² الدكتور أسعد دياب، المرجع السابق، ص 245.

³ الدكتور عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 744/ بدران ابوالعين بدران، الشريعة الإسلامية ونظرية الملكية والعقود، ص 546/ ابوبكر محمد بن أحمد بن أبي سهل السرخسي، المبسوط في الفقه الإسلامي، دار المعرفة، بيروت لبنان، الطبعة الثانية، ص 133

ونجد من القوانين التي كانت مسايرة لهذا الحكم وهو حق المشتري طلب تخفيض الثمن بسبب العيب في حالة ما إذا كان هلاك الشيء المبيع بسبب قوة القاهرة سببها خطأ المشتري القانون السويسري وذلك من خلال نص المادة 207 من قانون الالتزامات: « La résiliation peut être demandée même si la chose a péri par suite de ses défauts ou par cas fortuit. - l'acheteur n'est alors tenu de rendre que ce qui lui reste de la chose. - si la chose a péri par la faute de l'acheteur, ou qu'il aliénée ou transformée, il ne peut demander que la réduction du prix pour la moins-value. »

تم الإشارة إلى ذلك من قبل الدكتور محمد كامل مرسى باشا، المرجع السابق، ص 336.

وهذا هو المتفق عليه بين فقهاء الشريعة الإسلامية بينما الاختلاف يكمن بينهم في الأسباب المؤدية الى ذلك، فإذا نظرنا بنظرة أصحاب المذهب الشافعي فنجدهم يقرون بحق المشتري في الرجوع على البائع في جميع حالات الهلاك بالأرش سواء كان السبب وراء ذلك العيب ذاته أو سبب آخر خارج عن نطاقه وهونفس ما جاءت به الحنفية¹.

في حين ان المذهب المالكي ركز على نية البائع فيما اذا كانت سيئة أو حسنة ولم يراعي السبب الذي أدى الى الهلاك اذا كان العيب ذاته أو سبب خارجي، اذ نجد أن اثر حسن نية البائع، رجوع المشتري عليه بالأرش أما إذا كان سيء النية واستعمل غشه لإخفاء العيب الذي قد يكون سببا في هلاك المبيع أو قد لا يكون فيجوز للمشتري مطالبة البائع بالثمن كاملا، ونفس المسار نجده عند المذهب الحنابلي الذي لم يراعي السبب المؤدي إلى الهلاك سواء كان العيب ذاته أو سبب أجنبي آخر، وإنما أولى اهتمامهم بالبائع الذي يستعمل طرق حيالية لإخفاء العيب من عدمه والذي كان له نفس الحكم بالنسبة للمالكية².

لكن وبالاطلاع على القوانين والتي اعتبر كأصل لهلاك المبيع وما يترتب عنها من مسؤولية فإننا نجد القانون الروماني والذي جعل من البائع ضامنا في كل الأحوال حتى في حالة هلاك الشيء المبيع بفعل القوة القاهرة في حين أخذ بالإعفاء من الضمان من جانب البائع في حالة ما إذا كان المشتري سببا رئيسيا في ذلك الهلاك وقد سايره في ذلك القانون الفرنسي القديم والملغى والذي لم يرقم بإعفاء البائع في حالة الهلاك بسبب قوة القاهرة وألزمه بالضمان³.

في حين أن التشريع الفرنسي الجديد خالف في حكمه القوانين القديمة حين أعفى البائع من الضمان اذا كان سبب الهلاك قوة القاهرة وتحمل المشتري تبعة الهلاك وهو ما نصت عليه المادة 1647 فقرة 2 من القانون المدني الفرنسي⁴.

¹ شمس الدين محمد بن أحمد الشربيني القاهري الشافعي الخطيب البغدادي، مغني المحتاج الى معرفة معاني ألفاظ المنهاج لشمس الدين محمد بن أحمد الشربيني القاهري الشافعي الخطيب البغدادي، مكتبة ومطبعة مصطفى الباوي الحلبي وأولاده مصر، 1958، ص 24.

² شمس الدين الشيخ محمد عرفه الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير لشمس الدين الشيخ محمد عرفه الدسوقي على الشرح الكبير لأبي البركات سيدي أحمد الدردير، الجزء الثالث، المطبعة الأزهرية، مصر، ص 129-130.

³ الدكتور أسعد دياب، المرجع السابق، ص 244.

⁴ اذ تنص على:

"Mais la perte arrivée par cas fortuit sera pour le compte de l'acheteur."

لكن ما كان مسائرا فيه للقانون الروماني، وما بقي على حاله بالنسبة للقانون المدني القديم، تحمل البائع تبعية الهلاك مع احتفاظ المشتري بحق الرد إن كان غير مستحيل، وذلك في حالة ما إذا كان سبب الهلاك العيب ذاته¹.

وبهذا نجد أن المشرع الفرنسي جاء بحكم صارم بحرمان المشتري من الرجوع على البائع باسترداد الثمن أوتحفيظه في حالة ما إذا كان السبب في الهلاك قوة قاهرة².

لكن من خلال ما تم التطرق إليه من تطبيق لهذه المادة قضائيا فنجد محكمة النقض الفرنسية لم تلتزم بنص المادة الذي لربما رأت فيه نوع من الظلم في حق المشتري، حيث ذهبت إلى ايجازة رجوع المشتري على البائع في حالة هلاك المبيع بقوة قاهرة بتخفيض الثمن³.

ولم هذا التعقيب من جانب القضاء فقط وإنما تعدى ذلك إلى الفقه، حيث ذهب بعضهم التفسير والبعض الآخر إلى النقد، حيث يرى الفريق الأول القول أن المشرع قد أعطى الأولوية للقواعد العامة التي تقر بتبعية الهلاك بعد التسليم للمشتري دون مراعاة وجود العيب بالمبيع من عدمه، وقد اسند ذلك إلى صعوبة اثبات سبب هلاك المبيع من جانب المشتري إذا كان سببه العيب ذاته أم قوة قاهرة.

أما الاتجاه الآخر فقد انتقد نص المشرع وذلك بحرمانه المشتري من حق الرجوع على البائع بتبعية الهلاك لأن المنطق والعدالة تقر بحق البائع بقيمة المبيع المعيب وما تبقى من حق المشتري، إذ أن العمل بغير ذلك يعتبر إثراء على حساب المشتري، وعلى أساس ذلك يرجع المشتري على البائع بقيمة ما كان ينقصه العيب من مقدار الثمن الذي دفعه لقاء المبيع خاليا من العيوب⁴.

أما عند الرجوع الى القوانين العربية ومن خلال النصوص القانونية 382 من القانون المدني الجزائري⁵ المقابلة لنص المادة 451 من القانون المدني المصري⁶.

¹ وهوما نصت عليه المادة 1647 فقرة 1 من القانون المدني الفرنسي:

"Si la chose qui avait des vices a péri par suite de sa mauvaise qualité, la perte est pour le vendeur, qui sera tenu envers l'acheteur à la restitution du prix et aux autres dédommagements expliqués dans les deux articles précédents."

² الدكتورة خواص جويدة، المرجع السابق، ص 184.

³ Cass , civ , 1ère , 3décembre 1996,J C P 1997 , édition G.I. V 234

⁴ الدكتورة خواص جويدة، المرجع السابق، ص 182.

⁵ إذ تنص على انه " تبقى دعوى الضمان مستمرة ولوهلك الشيء المبيع وبأي سبب كان."

⁶ إذ تنص على انه " تبقى دعوى الضمان ولوهلك المبيع بأي سبب كان"

فنجدها تقر بحق المشتري في دعوى الضمان أثناء الشروع فيها وسيرها وأساس ذلك حصول الهلاك أثناء سير الدعوى وبعد إقامتها، وقبل صدور حكم بهلاك المبيع¹.

إذن ففي حالة هلاك المبيع وثبوت وجود العيب الخفي وقيام المشتري بإخطار البائع خلال الوقت المناسب بالعيب فإن حق المشتري في الضمان يبقى قائماً ما دامت شروط الضمان متوفرة قبل هلاك المبيع، كما تجدر الملاحظة أنه لا يهم إذا كان سبب الهلاك أطراف العقد أو الغير أوقوة القاهرة، فما على البائع في حالة اثبات وجود العيب قبل هلاكه إلا تفادي الحكم القاضي بالتعويض الكامل كما في حالة الرد الكلي للمبيع السابق الذكر، وذلك بإثبات أن العيب الموجود في المبيع قبل هلاكه يعد عيباً يسيراً².

إذن فحكم القوانين المشار إليها في حالة هلاك المبيع تكون إما مقرة لحق المشتري بالضمان أو غير مقرة بحقه في الضمان، وهذا ما خلف جدل بين الفقهاء في تفسير ما جاءت به المواد القانونية وفي الأسس المعتمد عليها.

فعند النظر المواد التي جاءت بها القوانين العربية وبالتحديد نص المادة 382 من القانون المدني الجزائري وما يقابلها من نص المادة 451 من القانون المدني المصري بنظرة بعض الفقهاء فنجد أنها جاءت عامة ومطلقة حيث لم تحدد الحالات التي لا يمكن أن يقوم معها الضمان والحالات التي يمكن معها الضمان كما أنها لم تبين في حالة قيام الضمان ما يجوز للمشتري الرجوع به على البائع وما لا يجوز وذلك نتيجة لتعدد أسباب هلاك المبيع، منها ما يرجع إلى العيب ذاته ومنها ما يرجع إلى فعل الغير، كما قد يكون سبب ذلك القوة القاهرة أو أحد طرفي العقد، كما أن هذه المواد لم توضح الوقت الذي يؤخذ به بهذا الحكم فيما إذا كان قبل التسليم أو بعد التسليم، إذ يعد هذا السبب الرئيسي في ترك المجال لتفسير الفقه والقضاء على حد سواء.

فذهب بعضهم إلى تفسير المواد القانونية بأنها تجيز حق المشتري بالضمان مهما تعددت أسباب الهلاك سواء كانت عن طريق القوة القاهرة أو بفعل الغير أو بفعل من البائع والمشتري أو العيب الموجود فيه وتقوم هذه الحالة بعد التسليم وليس قبله، وكذا بعد رفع دعوى الضمان، إذ يظهر حق المشتري في طلب الرد

¹ الدكتور حسن فرج، المرجع السابق ص470.

² الدكتور لحسين بن الشيخ آث ملويا، المرجع السابق، ص 483.

الجزئي إذا كان الهلاك جزئياً والرد الكلي إذا كان الهلاك كلياً، كما يجوز له المطالبة بالإبقاء على المبيع المهلوك¹.

في حين ذهب البعض الآخر إلى أن المواد القانونية حقيقية تقرر بالضمان بعد رفع الدعوى ولكنها تختلف عن الاتجاه الأول إذا كان هذا العيب والمرفوع من خلاله دعوى الضمان فيما إذا كان جسيماً أو غير جسيم ففي الحالة الأولى يصبح من حق المشتري طلب رد المبيع واسترداد الثمن، إذا كان ذلك ممكناً، أما إذا لم يكن ذلك غير ممكناً أي أن هلاك المبيع كان كلياً للمبيع فيكون للمشتري الرجوع على البائع بالتعويض الكامل عن الضرر اللاحق به بسبب العيب الموجود بالمبيع، مع مراعاة سبب الهلاك في التعويض، فإذا كان السبب أجنبي راجع إلى المشتري فهنا يحرم هذا الأخير من التعويض الكامل لإسهامه في هلاك المبيع المعيوب، أما في حالة هلاك المبيع بسبب غير منسوب للمشتري كهلاكه بسبب العيب أو سبب أجنبي فالتعويض المطالب به هنا هو التعويض الكامل.

كما أن هذا التفسير ذهب إلى التفرقة بين هلاك المبيع قبل تسلمه وبعده، حيث أنه في الحالة الأولى يرجع على البائع وبالتالي لا ضمان فيه أما إذا تم ذلك بعد التسليم فلا تسقط دعوى الضمان لأن المبيع أصبح في يد المشتري².

عند التمعن في هذه الأحكام التي تم إدراجها في التفسير الأخير فنجد أن مستتبطة من أحكام تبعة الهلاك بالتسليم حيث جاء في نص المادة 369 من المدني الجزائري أن هلاك المبيع قبل تسلمه بسبب لا يرجع للبائع سقط البيع واسترد المشتري الثمن، أما في حالة المشابهة للتسليم، وهي إضرار المشتري بالتسليم فيكون هلاك على عاتق المشتري³.

أما الآثار المترتبة عن ذلك فنجد أن للمشتري الحق في التعويض الكامل في حالة ما إذا كان سبب الهلاك العيب ذاته، كتهدم الأساس لضعفه أو موت الحيوان لمرضه مع رد ما تبقى له من المبيع كالأرض

¹ قد تم انتقاد هذا التفسير على أنه يتعارض وأحكام القواعد العامة بشكل كبير كما أنه يمنح المشتري حق التعسف في استعمال حقه ضد البائع، وفيه تحريف للمعنى القانوني للمواد، فعند الأخذ بهذا التفسير نجد أن يتخالف ويعقب على أحكام ضمان العيب وأحكام تبعية الهلاك التي تقضي بأن هلاك المبيع يعد التسليم يكون على المشتري وقبله تكون على البائع. الدكتور جويذة خواص، المرجع السابق، ص 179.

² الدكتور عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، البيع والمقايضة، المرجع السابق، ص 743.

³ إذ تنص المادة 437 من القانون المدني المصري والمقابلة لنص المادة 369 من القانون المدني الجزائري على أنه " إذا هلك المبيع قبل التسليم لسبب لا يد للبائع فيه، انفسخ البيع واسترد المشتري الثمن، الا إذا كان الهلاك بعد إضرار المشتري لتسلم المبيع ".

أو الأتقاض في حالة تهدم المنزل، أما إذا كان هلاك المبيع يستحيل معه رد المبيع فلا يلزم المشتري برده كالحيوان الميت، أما التعويض عن نقص الموجود بالمبيع المعيب، فيقوم في حالة هلاك المبيع بسبب قوة قاهرة، وذلك بعد تسلم المبيع إذ يتمكن البائع في هذه الحالة بالرجوع على البائع، كما لو كان المبيع مازال قائماً وكذا في حالة ما إذا كان العيب غير جسيماً لأن العيب الجسيم يرجع فيه المشتري على البائع بقيمة المبيع المحددة في الحالة السابقة مع التعويض، ولا يرد إلا ما تبقى من المبيع في حالة الهلاك الجزئي لكن في حالة هلاك المبيع بفعل من المشتري فلا يكون له إلا التعويض عما كان بالمبيع من نقص بسبب العيب سواء أكان النقص جسيماً أم غير جسيم، وذلك لكون المشتري سبب ذلك¹.

في حين ذهب اتجاه آخر من المفسرين إلى نفس السياق، حيث إذا كان سبب هلاك المبيع العيب ذاته فيكون للمشتري الحق بالرجوع على البائع بالتعويض الكامل، مثل ما جاء في المادة 375 من القانون المدني الجزائري وبالمقابل يلتزم برد ما تبقى من المبيع المهلوك، ونفس الحكمة يطبق في حالة كان البائع سبباً في هذا الهلاك، أما إذا كان السبب وراء الهلاك قوة قاهرة أو الغير، فيكون من حق المشتري الرجوع على البائع بالتعويض الذي كان يستحقه نتيجة للعيب الموجود بالمبيع، مع فرض استبقاء المبيع، لكن الاختلاف بين الاتجاهين، يكمن في أن الاتجاه السابق يأخذ بعين الاعتبار جسامه العيب، في حين أن الاتجاه الأخير لا يؤخذ بها، إذ تطبق تلك الأحكام دون النظر إلى جسامه العيب فيما إذا كان يسيراً أو جسيماً².

وقد جاء في المذكرة الإيضاحية المصرية لتفسير ذلك بقولها " إن المشرع اكتفى بالقول بأن دعوى الضمان تبقى حتى ولو هلك المبيع، حتى تنتفي الشبهة في أن هلاك المبيع قد يسقط دعوى الضمان"³.

إذن فالتفسير المنطقي للمواد القانونية يجب أن يراعى فيه القواعد الضمان إضافة إلى قواعد تبعية الهلاك، فعند مراعاة الأحكام الأولى نجد أن للمشتري حق في رفع دعوى الرد بالمبيع واسترداد الثمن، وأما إذا أراد الاستبقاء عليه فيكون له الحق في المطالبة بالتعويض عن الضرر الذي أصابه بسبب العيب أما عند مراعاة ما طرأ بالمبيع من هلاك وذلك من خلال الأحكام الخاص بهذا الأخير، فيحق للمشتري الرجوع على البائع بالتعويض عن الضرر الذي أصابه بسبب العيب القديم ، إذا هلك المبيع بفعل المشتري أو بفعل القوة

¹ الدكتور عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 744 / الدكتور محمد صبري السعدي، عقد البيع، المرجع السابق ص 295-296.

² الدكتور لبيب شنب والدكتور مجدي صبحي خليل، شرح المرجع السابق، ص 280/ الدكتور محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 172.

³ مجموعة الأعمال التحضيرية 4، ص 124.

القاهرة، اوبسبب عيب جديد فيه، لأن هلاك المبيع بسبب من هذه الأسباب يجعل المشتري لا يستطيع أن يرد المبيع بالحالة التي كان عليها عند البيع ومن ثم لا يكون له إلا الرجوع بالتعويض عما يستحقه بسبب العيب فقط، في حالة ثبوت وجود العيب.

أما في حالة هلاك المبيع بسبب العيب الخفي القديم أوبسبب البائع، أو من هم مسؤول عنهم يكون له التعويض الكامل عن الضمان ولا يهم إذا هلك المبيع كلياً أو جزئياً، وعلى المشتري أن يثبت رابطة السببية بين العيب والهلاك¹.

فحقيقة أن المشرع ألزم البائع بضمان العيب مهما يكن سبب الهلاك، إلا أن الاختلاف الذي جعل من المفسرين له كثر اختلاف أسباب الهلاك وبالتالي يمكن القول أن دعوى الضمان تبقى قائمة لكن تختلف في الأثر المترتب عنها باختلاف سبب واثر الهلاك المترتب عنها. كما أن هلاك المبيع المعيب في يد البائع يمنع قيام الضمان ويؤدي إلى تحمل البائع تبعه الهلاك إذن فالهدف الأساسي للمشرع من ذلك الاحتفظ على حق المشتري في الضمان رغم هلاك المبيع².

أما عند الرجوع إلى التفسير المأخوذ به في حالة إعفاء البائع من الضمان في حالة هلاك المبيع بسبب قوة القاهرة كما هو جار في القانون الفرنسي والقانون اللبناني وكذا المغربي.

إذ ذهب البعض في ذلك أن البائع قد تخلص من التزام باسترداد الشيء المبيع أوتخفيض الثمن وأساسهم في ذلك أن المشتري يعتبر مالك تحت شرط إلغاء بعدم هلاك المبيع بقوة القاهرة وتحقق هذا الشرط يعني تحقق الخسارة بالنسبة للمشتري.

كما تم اعتبار أن تبعه الهلاك في حالة وجود مبيع معيب لم يتم نشوئها بسببه وإنما بعيدة عنه كل البعد حيث أن هلاك الشيء المبيع بسبب القوة القاهرة يطرأ بغض النظر عن وجود العيب أو عدم وجوده بالشيء المبيع، إضافة إلى ذلك أن المبيع المعيب في حالة هلاكه يستعصي وإن لم يكن مستحيلاً إثبات وجود ذلك

¹ الدكتور عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 745. / الدكتور أنور سلطان، شرح البيع والمقايضة، المرجع السابق، ص 271.

² الدكتور عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 744. / الدكتور ابوالسعود رمضان، المرجع السابق، ص 403 / الدكتور أنور سلطان، المرجع السابق، العقود المسماة، المرجع السابق، ص 270 / الدكتور لبيب شنب والدكتور مجدي صبحي، المرجع السابق، ص 280.

العيب وكذا إثبات تاريخ نشوئه، وهذا ما دفع بالمشرع إلى إعفاء البائع من الضمان بالعيب الخفي والذي طرأ عليه هلاك بسبب قوة قاهرة.

كما تجدر الملاحظة أن هذا الإعفاء يتمشى وأحكام تبعية الهلاك المنصوص عليها المنصوص عليها ضمن القواعد العامة والتي تقر بأن الدائن يتحمل تبعة الهلاك الطارئة على الشيء وذلك في العقود الناقلة للملكية والملزمة للجانبين، لأن التزامات البائع الأساسية تتمثل في نقل الملكية للمشتري والتسليم وعند الوفاء بهم فتكون تبعة الهلاك على عاتق من انتقلت إليه الملكية وهو عكس ما جار في القوانين العربية المصرية والجزائرية التي تأخذ بوقت التسليم لإرجاع تبعة الهلاك¹.

لكن كل هذه الأسس كانت محل انتقاد بعض الفقهاء وذلك لمخالفته قواعد الضمان العامة ومبادئ الإنصاف والعدالة التي أقر بحق المشتري في الحصول على مقدار الثمن الذي ينقصه العيب من المبيع المشتري.

والمنصف هنا أن لا يُدْفَعُ إلى البائع إلا ما يستحقه من قيمة المبيع المعيوب، دون إضافة، وما تبقى من ذلك فهو حق من حقوق المشتري.

كما أن العمل على إعفاء البائع من الضمان في حالة الهلاك يثرى البائع على حساب المشتري الذي سلم مبلغ من المال على أساس مبيع سليم².

فإذا تمعنا في الحلول التي جاءت بها القوانين والتي كانت مؤيدة من بعض الفقهاء دون البعض الآخر فنجد تقوم قبل رفع دعوى الضمان وليس بعدها لأنه في حالة سيرورة دعوى الضمان وهلاك المبيع فيكون الحكم غير الذي تم الحكم به في الحالة الأولى.

إذن فإذا تم رفع دعوى الضمان وطرأ هلاك للمبيع أثناءها، فقد جرى الاتفاق بين الفقه والاجتهاد على أن البائع يلتزم بالضمان لكن بشرط ثبوت حق المشتري في ذلك والحكم إما بالفسخ أو بالتخفيض، فميعاد رفع دعوى الضمان هنا يقرر حق للمشتري وبالتالي لا يمكن إيقاف الدعوى في حالة سيرها بسبب هلاك المبيع.

¹ Jacques GHESTIN , conformite et garanties dans la vente , librairie generale de droit et de jurisprudence, paris ,1983 page 223.

² Jacques GHESTIN , HANRY SOLUS ,la reparation des dommages causes par les vices d'une chose , librairie general de droit et de jurisprudence , paris , 1982, page 240

الفرع الثاني: حالة سرقة المبيع من المشتري أونزعه منه.

في حالة طلب المشتري رد المبيع وتم سرقة منه أو انتزاعه، فهنا يتعذر على المشتري إثبات ما يدعيه من عيب خفي في المبيع وبالتالي سقوط حق المشتري بطلب رد المبيع وكذا بتخفيض الثمن¹.

لكن تم انتقاد ذلك من قبل الدكتور عبد الرزاق السنهوري وسائره في ذلك الدكتور اسعد دياب بإمكانية طلب المشتري تخفيض الثمن في حالة إثبات العيب الموجود بالمبيع، لان الحكم الأخير لا يستوجب رد المبيع، كما ان الحكم الأول لم يتطرق إلى إمكانية طلب المشتري للتعويض او تخفيض الثمن في حالة ما إذا طرأت على المبيع سرقة أو انتزاعه في حالة ثبوت العيب وإجماله على كل الشروط الواجبة للضمان².

الفرع الثالث: حالة زوال العيب.

إن المشرع قد منح المشتري الحق في رفع دعوى الضمان سواء كان محلها رد المبيع واسترداد الثمن أو المطالبة بالتعويض مع الاستبقاء على البيع، لكن في حالة زوال العيب فتزول معها الدعوى، كما أن هذا الحكم يسري في حالة الشروع في رفع الدعوى إذ الدعوى تستوجب وجود المصلحة، وهذه الأخيرة تزول بزوال العيب الخفي الموجود³، كما أن زوال العيب يجعل الضمان غير مؤسس، وقد تم الأخذ بهذا الحكم من القواعد العامة لان التشريع الجزائري وكذا المصري لمن يتطرق إلى هذه الحالة⁴.

فمن القوانين التي لم تلجأ الى القواعد العامة في ذلك القانون الاردني حيث نص عى أنه إذا زال العيب الحادث عاد للمشتري حق رد المبيع على البائع بالعيب القديم⁵.

كما أنه لقيام زوال العيب الذي تزول به دعوى الضمان يجب أن يكون الزوال نهائياً، حيث لا يتم الأخذ بذلك الزوال المتقطع والذي سيظهر تارة ويختفي تارة، كما يجب أن يكون الزوال قائماً إلى حين الحكم بالضمان أي أن يدوم من وقت التسليم إلى حين رفع الدعوى والنطق بالحكم، والحكمة من وراء ذلك ان

¹ الدكتور اسعد دياب المرجع السابق، ص 247.

² الدكتور عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، البيع والمقايضة، المرجع السابق، ص 745. الدكتور اسعد دياب، المرجع السابق، ص 247.

³ الدكتور حسن فرج، المرجع السابق، ص 499.

⁴ الدكتور عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، البيع والمقايضة، المرجع السابق، ص 750.

⁵ المادة 517 فقرة 2 من القانون المدني الأردني.

الضمان لا يزول عند في الحالة التي يكون فيها العيب غير مؤكد ونهائي أي فيه رجعة، كما يشترط لسقوط دعوى الضمان بسبب زوال العيب أن يكون العيب مؤقتاً بطبيعته¹.

هذا بالإضافة إلى أن فقهاء الشريعة الإسلامية اتفقوا على أن زوال العيب النهائي يؤدي إلى حرمان المشتري من الضمان، فالعيب الذي يؤخذ به هو ذلك العيب الذي يستمر إلى حين الحكم بالضمان². وعلى هذا الأساس يفقد المشتري الحق في الرجوع على البائع بالضمان إذا زال العيب نهائياً، أي أن العيب كان عرضي ومؤقت وزال تلقائياً، أما إذا كان العيب متقطع وقابل للرجوع فللمشتري الحق في الضمان على البائع.

¹ الدكتور علي حسن بخيره، المرجع السابق، ص 136/ الدكتور عادل المعراوي، أحكام ضمان العيوب الخفية في القوانين البلاد العربية، دراسة مقارنة، مطبعة الإنصاف، بيروت، المرجع السابق، 1969، ص 8
غير ان القانون اللبناني كان صريحاً في ذلك حيث أقرت المادة 459 موجبات وعقود انه " تسقط دعوى الرد إذا زال العيب قبل إقامة دعوى الفسخ أو دعوى تخفيض الثمن أو في أثنائهما وكان هذا العيب بطبيعته مؤقتاً وغير قابل للظهور ثانية، ولا يجري هذا الحكم إذا كان العيب قابلاً بطبيعته للرجوع ". اذ يقابلها في ذلك نص المادة 459 من قانون الموجبات والعقود.

² شمس الدين الشيخ محمد عرفه الدسوقي، حاشية الدسوقي على الكبير لشمس الدين الشيخ محمد عرفه الدسوقي علي الشيخ الكبير لأبي البركات سيدي أحمد الدرير، الجزء الثالث، المطبعة الأزهرية، مصر، ص 130/ علاء الدين أبي بكر الكاساني الحنفي ، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، الطبعة الأولى، الجزء الخامس، مطبعة الجمالية، مصر، 1910، ص 275.

خاتمة

خاتمة:

وختاماً لموضوع التعويض عن الأضرار الناجمة عن ضمان العيوب الخفية في المبيع، يمكن أن نستعرض أهم ما جاء فيه من نتائج:

يعتبر موضوع ضمان العيوب الخفية من أهم المواضيع التي نالت اهتمام كبير من جانب الشعوب وذلك منذ عصور قديمة من عهد حمورابي مرورا بالعهد الروماني والفرعوني وصولاً إلى القانون المدني الفرنسي، الذي تم نقله من قبل القانون المدني المصري، مع العمل على إزالة النقاط التي تم إنتقادها كثيراً من قبل الفقهاء والتي كانت محل عدة تفسيرات قضائية ثم التشريع الجزائري وإن كان ذلك حرفياً تقريباً.

ففي العصور القديمة حينما كانت التجارة تتم عن طريق المقايضة، التي تعتبر بمثابة ضمان للحصول على الشيء المبيع، كما أن الفقه الإسلامي له فضل كبير في تحديد ودقة هذا الضمان مقارنة بالقانون المدني الجزائري عامة سواء في ضرورة اشتراط توافر الخطأ الذي يسأل عنه الشخص بالتعويض وتحديد نوع الضرر ومداه وقيمه.

يوجد في كل العقود التزام بالضمان يختلف مضمونه من عقد لآخر ولهذا يرى البعض أنه من المنطق تنظيم أحكامه في القسم الخاص بالالتزامات بدلاً من النص عليه بمناسبة عقد معين من العقود.

ولكن لما كان منشأ الضمان يرجع الفضل فيه إلى عقد البيع فقد تأثر المشرع بهذه الفكرة واستمر على تنظيمه مع باعتباره انسب مكان له.

لالتزام بضمان العيب الخفي عدة توجيهات وإن اختلفت، ولكن في النهاية لها نفس المعنى والهدف وهو حماية الطرف الضعيف من الطرف القوي في العلاقة التعاقدية.

كما نجد أن لضمان العيب الخفي ميزات يمكن أن ينفرد بها عن بعض الأنظمة خاصة منها ما يتعلق بعيوب الرضا والذي نجد منها الغلط أقرب إلى حد كبير من العيوب الخفية إلى حد أن القضاء كان في بعض الأحيان يخلط بين هذين النظامين.

إضافة إلى أن لضمان مجال واسع يمس عدة قطاعات وفئات من المجتمع، خاصة مع التطور الحاصل وهو الأمر الذي جعل المشرع يواكبه بإدخال إضافة خاصة منها ما يتعلق بالمستهلك ومحاولة منه إلى توفير أكبر قدر من الحماية وذلك بممارسة الضغط على الجهات التي يتعامل معها لاسيما تلك العيوب

التي تمس المستهلك في صحته قبل أن تصيبه في ماله، وهو ما أدى بالمشرع الى فرض التزامات جمعها في التعديل الأخير لقانون حماية المستهلك، راجيا منه أن يكون بمثابة سند للقانون المدني في تحكيمه وتشديده للقواعد المطبقة على البائع خاصة منهم الذين يكتسبون خبرة كافية تجعلهم غير معييين من الخطأ، خاصة منها ما هو متعلق بسلامة وأمن المستهلك الذي يوفره الاعلام والضمان.

وعند التمعن في قصد المشرع من تحديد شروط معينة لقيام ضمان العيب الخفي نجد أنه لتوفير أكبر قدر من الحماية للمشتري بالدرجة الاولى من جهة وللبيع المظلوم من جهة أخرى، فشرط الخفاء يحرم المشتري من الضمان في العيب الظاهر، أما شرط عدم علم المشتري بالعيب يفهم من عكسه أن العيب المعلوم من قبل المشتري لا يجوز فيه الضمان بإعتباره سيء النية، أما شرط التأثير فهو محدد ، لكننا نرى من جانبنا أنه يجب تحديد الشرط الأخير بصفة دقيقة وذلك لأن المبيعات تتطور بتطور التكنولوجيا، وهذا ما يستدعي بنا الى جلب إنتباه المشرع حول محاولة مواكبة ما هو جار في الحياة المعاصرة، أما شرط القدم فإننا نراه في صالح المشتري الحسن النية وحماية له من البائع سيء النية.

غير أننا نرى من بين كل تلك الشروط يتعين تخصيص مادة أو أكثر لشرط التأثير وذلك قصد الحد من توسيع أو تضيق هذا الشرط.

وبهذا يمكن القول أن معظم التشريعات جعلت لضمن العيب الخفي نفس الشروط مع تغيير طفيف في المضمون قصد ضبط المطالبة بالضمان تقاديا لتعميمه وفتح المجال لأي شخص أن يتمسك بدون قيد أو شرط بهذا العيب.

ولكن لا يمكن أن يقوم شرط القدم والتأثير وحتى الخفاء دون القيام بفحص المبيع فحصا جيدا والذي يقوم بالإعتماد على مجموعة من المعايير، وفي رأينا فإن كل من التشريع الجزائري والمصري يشوبهما نقصا فيما يتعلق بالمعايير الأخيرة ويتعين التفصيل فيها، بإعتبارها أقوى جزء في قيام العيب الخفي من عدمه وذلك نسبة الى ما يتقنه التجار من أساليب للتحايل والغش على المشتري والذي يجد نفسه في حلقة مغلقة نسبة لعدم خبرته في ذلك وكذا لسعيه وراء توفير حاجياته وهو الأمر المستغل من قبل التجار.

هذا بالإضافة الى أن إثبات وجود العيب بالمبيع يستلزم كما ورد في النصوص اللجوء الى خبير في هذا الصدد من المستحسن أن يضيف المشرع طرقا أخرى يتم اللجوء إليها لإظهار العيب من خلال إدراج مادة قانونية جديدة أو إضافة فقرة الى المادة 380 من القانون المدني الجزائري تسمح باللجوء الى التجربة مثلا أو اللجوء الى وسائل أخرى لكشف العيب .

كما أنه ومن المستحسن أن يحدد المشرع بتبيان ماهية الإخلال بالالتزام بالضمان والهدف منه والجزاء المترتب عنه إضافة الى حالات حرمان المشتري من رفع دعوى الضمان.

من جهة أخرى إستنتى المشرع البيوع التي لاضمان فيها وهي البيوع الادارية والقضائية التي تتم بالمزاد العلني ويستحسن أن يقوم الضمان في هذا النوع من البيوع بإعتبار القائمين به أشخاص عاديين ويمكن أن تكون لهم مصلحة في ذلك سواء بطريقة مباشرة أو غير مباشرة.

وعند إثبات وجود العيب يقوم المشتري برفع دعوى الضمان التي لا تقوم الا بعد اتخاذ بعض الاجراءت والتي تم تقنينها ضمن أحكام العيوب الخفية كالاخطار بالعيب الذي ساير فيه المشرع التطورات التي حدثت في هذا المجال، حيث لم يتم بتحديد بدة معينة وتركه لنوعية العيب الذي يأخذ وقتا من عدمه غير أنه حدد مدة لتقادم لمنع المشتري من التعسف في استعمال حقه وكذا قصد عدم بقاء البائع تحت رحمة المشتري.

كما أن المشرع كرس حق للمشتري حالات الإمتناع عن الوفاء للمحافظة على حقه بطريقة وقائية على غرار ضمان حقوق الدائنين كالدفع بعدم التنفيذ والحق في الحبس، لكن من خلال ما تم التطرق إليه فإن حق الحبس يحقق فعالية قانونية ومادية بالنسبة لضمان حق الدائن في الالتزام بضمان العيب الخفي أكثر منه عند ممارسة الحق في دفع الثمن وهذا راجع ربما الى تكريس الحق في الحبس في القواعد العامة من خلال نص المادة 200 من القانون المدني الجزائري وكذا من خلال أحكام ضمان العيوب الخفية في المادة 388 منه، وما يدعم رأينا أن نظام الدفع بعدم التنفيذ لا يحقق في أغلب الأحيان الاستمرار في التعاقد وانما ينجر عنه في معظمه إنهاء العقد وهذا ما دفع في رأينا المشرع الى إدراج الدفع بعدم التنفيذ تحت عنوان انحلال العقد.

وبين المشرع الحالات التي يسقط فيها الضمان بسبب العيب الخفي، لكن اقتصرها على البعض تاركا البعض الآخر الى أحكام القواعد العامة وهذا ما قد يؤدي الى الإخلال بها، وبالتالي فإنه من المفيد للمشتري أن يشترطها صراحة في العقد حماية نفسه .

هذا بالإضافة الى أننا قد إستعنى بالقانون المدني الاردني في حالة سقوط بالضمان لإعتباره أكثر وضوحا في هذا الجانب خاصة في حالة التنازل الضمني للضمان.

وما نرجوه من المشرع أن يحدد حالات واضحة ومعينة تبين الحالات التي يكون فيها التنازل ضمنيا.
أخيرا، وبالرغم من هذه أهمية الإلتزام بضمان العيب الخفي فإنه لم ينال نصيبه في التعويض عن ما
يسببه الإخلال به، لذلك نقترح على المشرع إحداث نصوص قانونية خاصة تكفل للمشتري حقه في الحصول
على التعويض في حالة ما لحقه ضرر عن هذا الإخلال.

قائمة المراجع المعتمدة

قائمة المراجع المعتمد عليها

أولا المراجع باللغة العربية:

أ- المراجع العامة:

- الدكتور أحمد السعيد الزقردة، الروشنة (التذكرة) الطبية بين المفهوم القانوني والمسؤولية المدنية للصيدي، دار أم القرى، بدون طبعة، المنصورة، ، 1993.
- الدكتور أحمد شوقي محمد عبد الرحمن، المسؤولية العقدية للمدين المحترف، منشأة المعارف، بدون طبعة، الإسكندرية، مصر، 2003.
- الدكتور إسماعيل غانم، الوجيز في عقد البيع، مكتبة عبد الله وهبه، بدون طبعة، القاهرة، 1963.
- الدكتور إسماعيل غانم، محاضرات في العقود المسماة (عقد البيع)، القاهرة، 1958.
- الدكتور العربي الشحط عبد القادر والأستاذ نبيل صقر، طرق التنفيذ، دار الهدى، دون طبعة الجزائر 2007.
- الدكتور العوجي مصطفى، القانون المدني، المسؤولية المدنية، الجزء الثاني، منشورات الحلبي الحقوقية الطبعة الثالثة، لبنان، 2007.
- الدكتور الفار عبد القادر والدكتور مكايي بشار عدنان، مصادر الالتزام، مصادر الحق الشخصية في القانون المدني، الطبعة الأولى، دار الثقافة، الأردن، 2012.
- الدكتور أنور سلطان، الموجز في النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، دار المطبوعات الجامعية دون طبعة، الإسكندرية، 1998.
- الدكتور بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، الجزء الأول ن التصرف القانوني، العقد والإرادة المنفردة، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة الثالثة، دون سنة نشر.
- الدكتور ثامر ياسر البكري، التسويق والمسؤولية الاجتماعية، وائل للنشر والتوزيع الطبعة الاولى عمان 2001.
- الدكتور جعفر الفضلي، الوجيز في العقود (البيع والايجار والمقاولة)، دراسة في ضوء التطور القانوني معززة بالقرارات القضائية، مكتبة الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 1977.
- الدكتور جميل الشرفاوي، شرح العقود المدنية، البيع والمقايضة، دار النهضة العربية، مطبعة دار التأليف، بدون طبعة، القاهرة، 1966.

- الدكتور حسام الدين الأهوتني، عقد البيع في القانون الكويتي، مطبعة ذات السلاسل، بدون طبعة الكويت بدون سنة للنشر.
- الدكتور حسن عبد الرحمان تدرس: مدى التزام المنتج بضمان السلامة في مواجهة مخاطر التطور العلمي، دار النهضة العربية، بدون طبعة، القاهرة، 2004.
- الدكتور حسن فرج، عقد البيع والمقايضة، مؤسسة الثقافة الجماعية، بدون طبعة، الإسكندرية 1979.
- الدكتور حسين عامر، المسؤولية المدنية، مطبعة مصر، الطبعة الأولى، القاهرة، 1956.
- الدكتور حسين عامر، المسؤولية المدنية التقصيرية والعقدية، مطبعة مصر، الطبعة الأولى 1956.
- الدكتور حسين عطا حسين سالم، نظرية الغلط في القانون والشريعة الإسلامية، دار الحداثة الطبعة الأولى، 1986.
- الدكتور حمدي أحمد سعد القيمة العقدية للمستندات الإعلانية، دار الكتب القانونية، بدون طبعة مصر 2007.
- الدكتورة حميدي أحمد سعد، الالتزام بالإضفاء بالصفة الخطرة للشيء المبيع، دراسة مقارنة بين القانون المدني والفرنسي والفقهاء الإسلاميين، المكتب الفني للإصدارات القانونية، بدون طبعة، مصر، 1999
- الدكتور خالد عبد الله عيد، العقود المسماة وفقا لأحكام قانون الالتزامات والعقود المغربي، الجزء الأول المغرب، 1980.
- الدكتور خالد ممدوح إبراهيم، أمن المستهلك في المعاملات الالكترونية، دراسة مقارنة، الدار الجامعية، بدون طبعة، مصر، 2007.
- الدكتور خليفة الخروبي، قانون مدني (العقود المسماة، الوكالة، البيع والمعارضة، الكراء، الهيئة) مجمع الأطرش للكتاب المختص، الطبعة الثانية، تونس، 2013.
- الدكتور خليل أحمد حسن قعادة، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، الجزء الرابع، (عقد البيع) ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة الأولى - الجزائر، 2001.
- الدكتور خميس خيثر، العقود المدنية الكبيرة، الجزء الأول، عقد البيع في القانون المدني، دار النهضة العربية، دون طبعة، مصر، 1989.
- الدكتور رمزي رشاد عبد الرحمن الشيخ، أثر سوء النية على عقود المعاوضات في القانون المدني (مع التطبيق على عقد البيع التقليدي والالكتروني في مرحلتي المفاوضة والإبرام، دراسة تحليلية للقانون المصري مقارنا بالقانون الفرنسي)، دار الجامعة الجديدة، دون طبعة، الاسكندرية، 2014.

- الدكتور رمضان أبو السعود، الوسيط في شرح مقدمة القانون المدني، الجزء الثاني، نظرية الحق الدار الجامعية، الطبعة الأولى، بيروت، 1992.
- الدكتور رمضان أبو السعود، شرح العقود المسماة في عقدي البيع والمقايضة (دراسة مقارنة في القانونين المصري واللبناني)، الدار الجامعية، الطبعة الأولى، بيروت، 1990.
- الدكتور زهدي يكن، عقد البيع، منشورات المكتبة العصرية، الطبعة الأولى، بيروت، 1962.
- الدكتور سعد نبيل إبراهيم، النظرية العامة للالتزام، الجزء الأول، مصادر الإلتزام، منشأة المعارف دون طبعة، الإسكندرية، 2001.
- الدكتور سليم السعدوني، حماية المستهلك الجزائر نموذجاً، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى الجزائر، 2009.
- الدكتور سليمان مرقس، المسؤولية المدنية في التقنيات المدنية للبلاد العربية، معهد البحوث والدراسات العربية، مصر، 1979.
- الدكتور سليمان مرقس، شرح القانون المدني، الجزء الثالث، العقود المسماة، عقد البيع، عالم الكتب الطبعة الرابعة، 1980.
- الدكتور سهير المنتصر، الإلتزام بالتبصير، دار النهضة العربية، بدون طبعة، بدون سنة للطبع.
- الدكتور شفيق شحاته، نظرية الإلتزام في القانون المدني الروماني، المطبعة العالمية، بدون طبعة القاهرة 1963.
- الدكتور صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري، مصادر الإلتزام، الجزء الأول، دار الهدى الطبعة الثانية، الجزائر، 2004.
- الدكتور صفاء شكور عباس، تعدد المسؤولين عن الداء المعيب (دراسة تحليلية مقارنة في القانون المدني)، المؤسسة الحديثة للكتاب، الطبعة الأولى، لبنان، 2013.
- الدكتور عامر قاسم أحمد القيسي، الحماية القانونية للمستهلك، الدار العلمية الدولية ودار الثقافة للنشر الطبعة الأولى.
- الدكتور عباس حسن الصراف، شرح عقدي البيع والإيجار في القانون المدني العراقي، مطبعة الأهالي بدون طبعة، بغداد، 1956.
- الدكتور عبد الحميد الشواربي الإلتزامات والعقود التجارية وفقاً لقانون التجارة، الجزء 2، منشأة المعارف، الاسكندرية، مصر، 2000.

- الدكتور عبد الرحمن قدوس، مدى التزام المنتج بضمان السلامة في مواجهة مخاطر التطور العلمي دار النهضة العربية، بدون طبعة، بدون سنة طبع.
- الدكتور عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، الإثبات آثار الالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة، 1968.
- الدكتور عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، العقود التي تقع على الملكية، البيع والمقايضة، الجزء الرابع، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الثالثة الجديدة، بيروت، لبنان 2000.
- الدكتور عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، مصادر الالتزام، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الثالثة، لبنان، 2000.
- الدكتور عبد الله الأحمدى، قانون مدني العقود الخاصة، الجزء الأول، البيع، مركز الدراسات الطبعة الأولى، تونس، 1991.
- الدكتور عبد المجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني، الجزء الأول (مصادر الالتزام)، مطبعة العاني، الطبعة الرابعة، بغداد، 1974.
- الدكتور عبد المنعم البدر اوي ، مبادئ القانون الروماني تاريخه ونظمه، مطابع دار الكتاب العربي القاهرة، مصر 1965.
- الدكتور عبد المنعم موسى إبراهيم، حماية المستهلك (دراسة مقارنة)، منشورات الحلبي الحقوقية بيروت، لبنان، 2007.
- الدكتور عبد المنعم موسى إبراهيم، حماية المستهلك، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى لبنان 2007.
- الدكتور علي حسن يونس، العقود التجارية، دار الفكر العربي، بدون طبعة القاهرة، مصر، 1970.
- الدكتور علي حيدر، درر الحكام، شرح مجلة الأحكام، تعريف المحامي فهمي الحسيني، الكتاب الأول البيوع، الجزء الأول، دار الكتب العلمية، بيروت.دون ذكر سنة الطبع.
- الدكتور علي سيد حسن، الالتزام بالسلامة في عقد البيع، دار النهضة العربية، بدون طبعة ، القاهرة 1990.
- الدكتور علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة السادسة، الجزائر 2006

- الدكتور علي محمد الحسيني، مسؤولية الصيدلي المدنية عن أخطائه المهنية (دراسة مقارنة)، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، الأردن، 1999.
- الدكتور عمارة بلغيث، التنفيذ الجبري وإشكالاته، دار العلوم، دون طبعة، عنابة، 2004.
- الدكتور عمر محمد عبد الباقي، الحماية العقدية للمستهلك، دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون منشأة المعارف، الإسكندرية، بدون طبعة، 2004.
- الدكتور غني حسون طه، الوجيز في شرح العقود المسماة، الجزء الأول، عقد البيع، مطبعة المعارف بغداد، 1970.
- الدكتور فتحي عبد الرحيم عبد الله، دراسات في المسؤولية التقصيرية (نحو مسؤولية موضوعية)، منشأة المعارف، مصر، 2005.
- الدكتور فخري أبوسيف مبروك، أصول النظم الاجتماعية والقانونية بدون دار نشر، بدون طبعة.
- الدكتور لحسين بن الشيخ آث ملويا، المنتقى في عقد البيع (دراسة فقهية قانونية وقضائية مقارنة.نصوص للمطالعة، أعمال تطبيقية)، دار الهوم، دون طبعة، الجزائر، 2005.
- الدكتور محمد حسين منصور، المسؤولية الطبية، منشأة المعارف، بدون طبعة، الإسكندرية، بدون سنة للنشر.
- الدكتور محمد حسين منصور، ضمان صلاحية المبيع مدة معلومة، دار الجامعة الجديدة للنشر بدون طبعة، مصر، وبدون سنة للطبع.
- الدكتور محمد السيد عمران، حماية المستهلك أثناء تكوين العقد، دراسة مقارنة، منشأة المعارف، دون طبعة، الإسكندرية، بدون سنة للطبع.
- الدكتور محمد بودالي، حماية المستهلك في القانون المقارن، دراسة مقارنة مع القانون الفرنسي، دار الكتاب الحديث، بدون طبعة، الجزائر، 2006.
- الدكتور محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني (عقد البيع والمقايضة، دراسة مقارنة في القوانين العربية)، دار الهدى، الأولى، الجزائر، 2012.
- الدكتور محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، (النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام، العقد والإرادة المنفردة، دراسة مقارنة بين القوانين العربية)، دار الهدى، الطبعة الأولى، الجزائر، 2012.
- الدكتور محمد عبد القادر الحاج، مسؤولية المنتج والموزع، مطبعة الأمانة، بدون الطبعة، 1982.

- الدكتور محمد علي عمران، الالتزام بضمان السلامة وتطبيقاته في العقود، دار الثقافة، القاهرة 1963.
- الدكتور محمد علي عمران، الالتزام بضمان السلامة وتطبيقاته في بعض العقود، دار النهضة العربية القاهرة، 1980.
- الدكتور محمد علي عمران، الالتزام بضمان السلامة وتطبيقاته في بعض العقود، دار النهضة العربية بدون طبعة، 1980.
- الدكتور محمد نبيب شنب، والدكتور مجدي صبحي، شرح عقد البيع، دار النهضة العربية، دون طبعة القاهرة، 1968
- الدكتور محمود جمال الدين زكي، الوجيز في النظرية العامة للالتزامات، مطبعة جامعة القاهرة الطبعة الثالثة، مصر، 1978
- الدكتور محمود سلام زناتي، تاريخ النظم الاجتماعية في بلاد النهرين وعند العرب في الإسلام، دون ذكر المطبعة والطبعة، 1986
- الدكتور محمود علي مبروك، ضمان مطابقة المبيع في نطاق حماية المستهلك، مطبعة النهضة العربية دون طبعة، القاهرة، 2008،
- الدكتور محمود وحيد، الالتزام بضمان السلامة في العقود، دار النهضة العربية، دون طبعة، القاهرة دون سنة الطبع.
- الدكتور مصطفى أحمد الزرقاء، العقود المسماة، عقد البيع والمقايضة، مطابع فنى العرب، دمشق طبعة السادسة، 1965
- الدكتور مصطفى الزرقاء، عقد البيع والمقايضة، مطابع فنى العرب، الطبعة السادسة، دمشق.
- الدكتور نبيل إبراهيم سعد، عقد البيع، دار الجامعية الجديدة، الطبعة الثانية، مصر، 2004
- الدكتور وجدي حاطوم، حق الحبس في القانون المدني كوسيلة ضمان غير مباشرة، دراسة مقارنة منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، 2007.
- الدكتورة إيمان محمد طاهر العبيدي، الالتزام بضمان السلامة في عقد البيع، دار النشر العربية طبعة الثانية، 2005.
- الدكتورة حوحيمة، عقد البيع في القانون الجزائري، دار بلقيس، طبعة الأولى، الجزائر 2016.
- الدكتورة زاهية حورية، المسؤولية المدنية للمنتج، دار هومة للطباعة والنشر، دون طبعة، الجزائر 2009.

- سمير جميل حسين الفتلاوي: العقود التجارية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2001
- صاحب عبيد الفتلاوي التشريعات الصحية (دراسة مقارنة)، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن الطبعة الأولى، 1998.
- عامر قاسم القيسي، الحماية القانونية للمستهلك، الدار العلمية الدولية ودار الثقافة للنشر، الطبعة الأولى الأردن، 2002.
- للدكتور محمد كامل مرسى باشا، شرح القانون المدني ، العقود المسماة، عقد البيع والمقايضة، منشأة المعارف، الاسكندرية، 2005.

ب- المراجع الخاصة:

- الدكتور أحمد شوقي محمد عبد الرحمن، مسؤولية البائع عن ضمان العيوب الخفية في بيوع السيارات في الفقه والقضاء المصري والفرنسي، دار الكتب والوثائق القومية، القاهرة، 2007.
- الدكتور أسعد دياب ضمان عيوب المبيع الخفية، دراسة مقارنة بين القانون اللبناني والقوانين الحديثة العربية والأوربية، دار إقرأ، الطبعة الأولى، بيروت، لبنان، 1981.
- الدكتور عمرو أحمد عبد المنعم ديش، الوافي في شرح ضمان العيوب الخفية (في عقد البيع)، دار الفكر العربي، الطبعة الأولى، القاهرة، 2012.
- الدكتور ثروت عبد الحميد، ضمان صلاحية المبيع لوجهة الاستعمال، دار ام القرى للطبع والنشر المنصورة، الطبعة الأولى، بدون سنة طبع.
- الدكتور سعيد جبر، الضمان الاتفاقي للعيوب الخفية في عقد البيع، دار النهضة، بدون طبعة، مصر 1985.
- الدكتور على حسين بخيره، ضمان العيوب المبيع في عقد البيع (في القانونين المصري والمغربي) دار الفكر العربي، بدون طبعة، القاهرة، 1982.
- الدكتورة سميرة سليمان بيومي، خيار العيب، دار الطباعة المحمدية، دون طبعة، القاهرة مصر 1989.

ج - مراجع الفقه الإسلامي:

- ابن العابدین حاشیة رد المحتار علی الدار المحتار، شرح تنویر الإبصار، الطبعة الثانية، مكتبة مصطفى الحلبي، طبعة عام 1386 هجري.
- ابن الهمام كمال الدين محمد بن عبد الواحد، فتح القدير " شرح الهداية " لابن الهمام كمال الدين محمد بن عبد الواحد وتكملته: نتائج الأفكار في كشف الرموز والأسرار لشمس الدين أحمد قاضي زادة، المطبعة الأميرية ببولاق، مصر، 1315 هجرية.
- ابن حزم المحلي، للإمام محمد بن أحمد بن حزم الظاهري، مطبعة المكتب التجاري، بيروت، الجزء التاسع
- ابن قدامة، المغني لأعلى مختصر الحرفي، دار الكتاب العربي، بيروت، 1983.
- أبو الحسن علي بن سليمان المرداوي، الفروع لعلاء الدين أبو الحسن علي بن سليمان المرداوي، عالم الكتب، الطبعة الثانية، بيروت، 1389 هجرية.
- أبو محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي، على مختصر أبي القاسم عمر الخرقى المغني الطبعة الثالثة، الجزء الأول، دار المنار، 1327 هجرية.
- أحمد بن شعيب بن علي، سنن النسائي، شرح جلال الدين عبد الرحمن السيوطي، الجزء الثالث. دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان ، 911 هجرية.
- امحمد علي بن علي التهانوي، موسوعة اصطلاحات العلوم الإسلامية للمعروف بالكشاف، الجزء 6 شركة الخياط، بيروت.
- بلحاج العربي، أحكام الالتزام في ضوء الشريعة الإسلامية، دراسة مقارنة، دار الثقافة، الطبعة الأولى الأردن، 2012.
- البهوتي، شرح متن الإقناع للعلامة منصور بن إدريس البهوتي، مطبعة عالم الكتب، بيروت 1403 هجري
- الخطيب، مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج للعلامة محمد الشربيني الخطيب، مطبعة مصطفى الحلبي، الجزء الأول، مصر، سنة 1953.
- الدكتور اسماعيل كاضم العيساوي، أحكام العيب في الفقه الإسلامي، دار عمار بالأردن، ودار البيارق لبنان، 1998.

- الدكتور سكمال المجاجي، أحكام عقد البيع في الفقه الإسلامي المالكي، دار ابن حزم، بيروت، لبنان الطبعة الأولى، 2001.
- الدكتور عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، الجزء الرابع، الطبعة الأولى 1957.
- السيوطي، الأشباه والنظائر للإمام جلال الدين السيوطي، دار إحياء الكتب العربية، الجزء 1.
- شمس الدين الشيخ محمد عرفه الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير لشمس الدين الشيخ محمد عرفه الدسوقي على الشرح الكبير لأبي البركات سيدي أحمد الدردير، الجزء الثالث، المطبعة الأزهرية مصر.
- شمس الدين محمد بن أحمد الشربيني القاهري الشافعي الخطيب البغدادي، مغني المحتاج الى معرفة معاني ألفاظ المنهاج لشمس الدين محمد بن أحمد الشربيني القاهري الشافعي الخطيب البغدادي، مكتبة ومطبعة مصطفى الباي الحلبي وأولاده، مصر، 1958.
- الشيخ الخفيف، الضمان في الفقه الإسلامي، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، 2000.
- الشيرازي، المذهب في فقه الإمام الشافعي، للإمام أبي إسحاق إبراهيم بن يوسف الشيرازي، دار المعرفة للطباعة والنشر، الطبعة الثانية، بيروت، طبعة عام 1959.
- عبد الرحمن الجزيري، كتاب الفقه على المذاهب الأربعة، الجزء الثاني، قسم المعاملات، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، بدون طبعة، بدون سنة نشر.
- العلامة الحلبي، (الحسن بن المطهر الحلبي)، تذكرة الفقهاء، الجزء 7، مطبعة الآداب، النجف الأشرف 1374 هجرية.
- الفتاوى الهندية، الجزء الثالث، الطبعة الثالثة، بولاق مصر، 310 هجرية.
- القاسم نجم الدين جعفر بن الحسين، شرائع الإسلام في مسائل الحلال والحرام، الجزء 2، مطبعة أوفسيت، 1374 هجرية.
- محمد ابن أحمد ابن جزي الغرناطي المالكي الكلبي، القوانين الفقهية، قوانين الأحكام الشرعية ومسائل الفروع الفقهية لمحمد ابن أحمد ابن جزي الغرناطي المالكي الكلبي، دار الكتاب العربي، الطبعة الثانية بيروت، 1989.
- محمد قدرى باشا، مرشد الحيران إلى معرفة أحوال الإنسان، الطبعة الأميرية، القاهرة، 1887.
- نيل الأوطار، شرح منتقى الأخبار من أحاديث سيد الأخبار، لمحمد بن علي بن محمد الشوكاني، الجزء الخامس، دار الجيل، بيروت سنة 1973.

- وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي، الفقه الإسلامي في التنويه الجديد، دار الكتاب، الطبعة الثانية، الجزء الثنائي، 1975.

د - الرسائل والمذكرات:

- الدكتور بلعابد سامي، ضمان المحترف لعيوب منجاته في القانون المدني والقواعد العامة لحماية المستهلك في الجزائر، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في قانون الأعمال، جامعة منشوري بقسنطينة كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2005.

- الدكتورة بن زاي نسرين، حماية المستهلك من خلال الالتزام بالضمان، مذكرة ماجستير، تخصص عقود ومسؤولية، جامعة الجزائر، سنة 2014-2015.

- الدكتور ثروت فتحي إسماعيل، المسؤولية الحديثة للبائع المهني الصانع والموزع، رسالة دكتوراه جامعة عين الشمس، 1978.

- الدكتور جلال الدين محمد صبري، الالتزام بضمان التعرض الصادر من الغير في القانون المصري والفرنسي، رسالة دكتوراه، جامعة أسيوط، مصر، 2005.

- الدكتور حساني علي، الإطار القانوني للالتزام بالضمان في المنتوجات - دراسة مقارنة- رسالة لنيل شهادة دكتوراه في القانون الخاص، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، كلية الحقوق والعلوم السياسية 2012/2011.

- الدكتور حماده عادل طه الحق في الحبس في القانون الروماني والفقه الإسلامي، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة حلوان، 2002.

- الدكتورة حموحسنية، انحلال العقد عن طريق الفسخ، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة تيزي وزو 2001.

- الدكتورة خواص جويذة، الضمان القانوني للعيوب الخفية وتخلف الصفة في عقد البيع، مذكرة ماجستير جامعة الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الجزائر، 1986.

- الدكتور عبد الحميد سفيان وموسى أحمد وعلال مبروك، ضمان العيوب الخفية وفقا للقانون المدني مذكرة المدرسة العليا للقضاء 2006-2007.

- الدكتور عليان عدة، الالتزام بالتحذير من مخاطر الشيء المبيع، مذكرة ماجستير، فرع عقود مسؤولية جامعة الجزائر، 2008-2009.

- الدكتور **عمار زعبي**، حماية المستهلك من الأضرار الناتجة عن المنتجات المعيبة، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه، تخصص قانون أعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم حقوق، جامعة محمد خيضر، بسكرة 2012-2013.
- الدكتور **محمد إبراهيم دسوقي**، تقدير التعويض بين الخطأ والضرر، رسالة دكتوراه، جامعة الإسكندرية مصر، 1972.
- الدكتور **مراد قرفي**، دعوى الضمان القانوني لعيوب المبيع، مذكرة لنيل درجة الماجستير في القانون فرع العقود والمسؤولية، جامعة محمد بوقرة، كلية الحقوق والعلوم التجارية، سنة 2006
- الدكتور **مواقي بناني أحمد**، الالتزام بضمان السلامة، المفهوم، المضمون، أساس المسؤولية، مجلة الفكر العدد العاشر، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2012.
- الدكتور **هشام محمود سليم**، ضمان الاستحقاق في البيع، رسالة دكتوراه، جامعة عين الشمس، كلية الحقوق، مصر 2002
- الدكتور **المر سهام**، التزام المنتج بالسلامة -دراسة مقارنة- مذكرة ماجستير، جامعة أوبكر بلقايد تلمسان، 2008-2009.
- الدكتور **زوية سميرة**، الحماية العقدية للمستهلك، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2005-2006.
- الدكتور **سعدى فتيحة**، ضمان عيوب المبيع الخفية في القانون المدني الجزائري، رسالة دكتوراه جامعة وهران، 2011-2012.
- الدكتور **غدوشي نعيمة**، حماية المستهلك الإلكتروني، مذكرة ماجستير، جامعة مولود معمري تيزي وزو، 2012.
- **محمود عبد الحكم رمضان الخن**، ضمان العيوب الخفية في البيع، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة المنصورة، عام 1994.

هـ- المقالات:

- الدكتور **الجندي محمد صبري**، دعوى نفاذ تصرفات المدين في القانون الأردني ومشروع المعاملات لدولة الإمارات العربية، دراسة مقارنة مع القانونين المصري والفرنسي، مقالة بالمجلة العربية للفقهاء والقضاء، العدد التاسع، 1989.

- الدكتور جابر أشرف السيد، المسؤولية عن فعل الأشياء المستخدمة في تنفيذ العقد، مقال منشور في مجلة الحقوق، حلوان للدراسات القانونية والاقتصادية، العدد الخامس، 2001.
- الدكتور عبد العزيز المرسي حمود، الالتزام قبل التعاقد بإعلام في عقد البيع، دراسة مقارنة، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، العدد 18، كلية الحقوق، جامعة المنوفة، أكتوبر 2000.
- الدكتور عبد الناصر توفيق العطار، ماهية العيب وشروط ضمانه، مجلة إدارية قضايا الحكومة جامعة عين الشمس، العدد الثاني، 1972.
- الدكتور عبد الناصر توفيق العطار، مقال العيب وشروط ضمانه في القانون المصري، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، جامعة عين الشمس، العدد الثاني، 1971.
- الدكتور محمود حسين البدو وإيمان محمد بطاهر، الالتزام بالإفشاء وسيلة بضمان السلامة الرافدين للحقوق مجلد 1 كلية الحقوق جامعة الموصل، العدد 24، سنة 2005.
- الدكتور محمود سلام زناتي، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، جامعة عين الشمس، العدد الأول سنة 1971.
- الدكتور محمود سمير الشرقاوي، الالتزام بالتسليم في عقد بيع البضائع، مجلة القانون والاقتصاد العددان الثالث والرابع، للسنة الثالثة والأربعون، الشركة المتحدة للنشر والتوزيع، 1976.
- الدكتور منصور مصطفى منصور، تحديد فكرة العيب الموجب للضمان في عقدي البيع والإيجار مجلة العلوم القانونية والاقتصادية جامعة عين الشمس، العدد الثاني 1959.
- الدكتورة زاهية حورية سي يوسف، تعليق على نص المادة 140 مكرر من التقنين المدني الجزائري المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزر، العدد الثاني 2010.
- الدكتورة سي يوسف زاهية حورية، الالتزام بالإفشاء عنصر من ضمان سلامة المستهلك، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، العدد الثاني، 2009.

و- النصوص القانونية:

- الأمر 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 الكتضمن القانون المدني المعدل والمتمم.

- القانون 09-03 المؤرخ في 25 فبراير 2009، المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش المعدل والمتمم بالقانون رقم 18-09 المؤرخ في 10 جوان 2018، الجريدة الرسمية رقم 35 المؤرخة في 13 جوان 2018.

- المرسوم التنفيذي 90-266 المتعلق بضمان المنتوجات والخدمات، الجريدة الرسمية المؤرخة في 1990 العدد 40.

- مرسوم تنفيذي رقم 13-327 مؤرخ في 26 سبتمبر 2013 الذي يحدد شروط وكيفيات وضع ضمان السلع والخدمات حيز التنفيذ. الجريدة الرسمية المؤرخة في 2 أكتوبر 2013، العدد 49.

- مرسوم تنفيذي رقم 13-378 مؤرخ في 9 نوفمبر 2013 يحدد الشروط والكيفيات المتعلقة بإعلام المستهلك، الجريدة الرسمية المؤرخة في 18 نوفمبر 2013، العدد 58.

ثانيا: المراجع باللغة الفرنسية:

A -ouvrages:

-(Y) Lambert Faivre , Dalloz 1994 , Fondement et r'egime de l'obligation. de securite , Recueil , Chroniques,Dalloz ,p 81

- (A) Weill, La relativité des contrats en droit privé français , thèse Strasbourg 1938.

- Aubry et Rau , Cours de droit civil , tome 2,7^{ème} éd , par Esmein , 1963

- (H) Capitant et (F).Terré et(Y). Lequette: les grands arrêts de la jurisprudence civile , 7^{ème} ,éd , Dalloz,1976.

- Daniel Maingy, Contrats spéciaux , 5^{ème} éd , Dalloz , 2006.

- (G) Gross, La notion d'obligation de garantie dans le droit des contrats, LGDJ 1963.

- (J) Gatsi , Les contrats spéciaux, Armand Colin, Dalloz.1998.

- Laurent:principe de droit civil Français Paris 1970.

- (M).Behar-Touches et (G) Virssamy. traite des contractés de la distribution , Delta L.G.D.J , Paris 1999

-(H.L.et J.) Mazeaud Leçons de droit civil T II et III 4ème éd , montchrestien ,1974

- Monier: la garantie contre les vices cachés dans la vente romaine, Paris 1930

- (R).saleilles.Etudes sur la théorie générale de l'obligation , Dalloz ,1963.

- Ripert et boulangier traité de droit civil d'après le traité de planiol 1857,tome2. ,L.G.D.J 1963.
- Zerah ,la garantie des vices cachés dans la vente commerciale de marchandises Paris 1951.
- (J) Huite , Responsabilité du vendeur et garantie contere les vices cachés , Litec 1987.
- (A)Leca ,Droit pharmaceutique ,presses universitaires d' AIX-Marseille 2006
- (J) CALAIS-AULOY (J) et STEINMETZ(F) ,droit de la consommation , 5^{ème} dalloz 2000.
- (p).Maurie et Aynés , Les contrats spéciaux ,cujas,11^{ème} édition , 1998.

Les articles:

- (F) Desports. La garantie décennale est-elle toujours une garantie des vices de la construction.Gaz.pal.1999
- (H).Mazeaud , la responsabilité civile du vendeur fabricant ,Rev , trim. , de droit civile , 1995.
- (H).Mazeaud: «La responsabilites civile du vendeur fabricant »Rev. Trim.De droit civile.1995.
- Levy "recherché sur quelques aspects de la garantie des vices cachés dans la vent des véhicules neufs et d'occasion "Rev.trim..de droit civil 1970.
- Roland: observations sur la vente des véhicules d'occasion D.1959.

الفهم الرس

الفهرس

الموضوع	الصفحة
مقدمة	1
الباب الأول: ماهية ضمان العيوب الخفية	7
الفصل الأول: أساس الالتزام بضمان العيوب الخفية للمبيع	10
المبحث الأول: التنظيم التشريعي لضمان العيوب الخفية	12
المطلب الأول: في القوانين القديمة	12
الفرع الأول: في القانون الروماني	12
الفرع الثاني: في القانون الفرعوني	19
الفرع الثالث: في الشريعة الإسلامية	20
الفرع الرابع: في القانون الفرنسي القديم	29
المطلب الثاني: فكرة الضمان العيوب الخفية في القوانين الحديثة	30
الفرع الأول: في القانون المدني الفرنسي	30
الفرع الثاني: في القانون المدني المصري والجزائري	32
المبحث الثاني: علاقة ضمان العيوب الخفية بالانظمة والالتزامات الأخرى	35
المطلب الأول: تمييز ضمان العيوب الخفية عن الأنظمة المشابهة له	35
الفرع الأول: التمييز بين ضمان العيب الخفي وعيوب الإرادة	35
أ- التمييز بين العيب الخفي والغلط	36
ب- التمييز بين العيب الخفي والتدليس	50
الفرع الثاني: التمييز بين ضمان العيوب الخفية والفسخ والاستحقاق الجزئي	52
أ- التمييز بين العيب الخفي والفسخ	52
ب- التمييز بين العيب والاستحقاق الجزئي	54

المطلب الثاني: علاقة ضمان العيوب الخفية بمختلف الالتزامات	56
الفرع الأول: الالتزام بالمطابقة وعلاقته بضمان العيوب الخفية	57
الفرع الثاني: مدى علاقة ضمان العيوب الخفية بقانون حماية المستهلك وقمع الغش المعدل	66
الفرع الثالث: الالتزام بالإعلام وعلاقته بالضمان العيوب الخفية	77
الفرع الرابع: الالتزام بضمان السلامة وعلاقته بضمان العيوب الخفية	85
الفصل الثاني: شروط ضمان العيوب الخفية ونطاقها	95
المبحث الأول: شروط العيوب الموجبة للضمان	97
المطلب الأول: أن يكون العيب قديما ومؤثرا	97
الفرع الأول: ان يكون العيب قديما	97
الفرع الثاني: ان يكون العيب مؤثرا	115
المطلب الثاني: أن يكون غير ظاهر وغير معلوم من طرف المشتري	141
الفرع الأول: أن يكون العيب خفيا	142
الفرع الثاني: أن يكون العيب غير معلوم من طرف المشتري	159
المبحث الثاني: نطاق ضمان العيوب الخفية	170
المطلب الأول: البيوع التي لا ضمان فيها	170
الفرع الأول: الاستثناء الوارد على البيوع القضائية التي تتم بالمزاد العلني	170
الفرع الثاني: الاستثناءات الواردة على البيوع الادارية التي تتم بالمزاد العلني	173
الفرع الثالث: الاستثناءات الواردة على بيوع أخرى	176
المطلب الثاني: البيوع التي يثبت فيها الضمان	183

195	الباب الثاني: الآثار المترتبة عن الإلتزام بضمان العيوب الخفية
197	الفصل الأول: جزاء الإخلال بالالتزام بضمان العيوب الخفية
199	المبحث الأول: المسؤولية التعاقدية كأساس لضمان العيوب الخفية
199	المطلب الأول: شروط دعوى ضمان العيوب الخفية وكيفية دفعها
200	الفرع الأول: تحديد أطراف دعوى التعويض
208	الفرع الثاني: إخطار البائع بالعيوب الخفية
222	الفرع الثالث: رفع دعوى الضمان
230	المطلب الثاني: حق المشتري في الضمان
231	الفرع الأول: تقرير حق المشتري في طلب الرد الكلي
249	الفرع الثاني: ثبوت حق المشتري في طلب الرد الجزئي
249	الفرع الثالث: التنفيذ العيني
256	المبحث الثاني: نطاق تعويض الأضرار الناجمة عن الإخلال بالضمان
256	المطلب الأول: دعوى تخفيض الثمن
256	الفرع الأول: التأسيس القانوني لدعوى تخفيض الثمن
261	الفرع الثاني: كيفية تخفيض الثمن
266	الفرع الثالث: حق ممارسة دعوى تخفيض الثمن ودعوى رد المبيع
268	المطلب الثاني: تحديد مضمون التعويض
277	الفرع الأول: شروط التعويض
288	الفرع الثاني: التعويض عن العطل والضرر
299	الفصل الثاني: أحكام ضمان العيوب الخفية
301	المبحث الأول: إرتباط أحكام ضمان العيوب الخفية بالقواعد العامة والنظام العام
301	المطلب الأول: إرتباط أحكام ضمان العيوب الخفية بالقواعد العامة
301	الفرع الأول: حق المشتري في حبس الثمن

311	الفرع الثاني حق المشتري في الدفع بعدم التنفيذ
319	المطلب الثاني: إرتباط أحكام ضمان العيوب الخفية بالنظام العام
320	الفرع الأول: الاتفاق على ضمان البائع صلاحية المبيع مدة معينة
332	الفرع الثاني: نطاق تعديل أحكام الضمان
345	الفرع الثالث: أثر تعديل ضمان العيوب الخفية على المسؤولية العقدية والاستثناءات الواردة عنه
353	المبحث الثاني: إنقضاء دعوى الضمان
353	المطلب الأول: سقوط الحق في الضمان بإرادة المشتري
356	الفرع الأول: سقوط الحق في الضمان بالتقادم
361	الفرع الثاني: التنازل عن ضمان عيب الخفي
372	الفرع الثالث: عدم قابلية صلاحية المبيع لما أعد له
373	المطلب الثاني: سقوط الحق في الضمان بدون إرادة المشتري
373	الفرع الأول: حالة هلاك المبيع
383	الفرع الثاني: حالة سرقة المبيع أو نزعه منه
383	الفرع الثالث: حالة زوال العيب
385	خاتمة
390	قائمة المراجع
405	الفهرس

ملخص:

يعد الإلتزام بضمان العيوب الخفية من أهم الإلتزامات الملقاة على عاتق البائع تجاه المشتري، لذلك أفرد له المشرع تنظيم تشريعي خاص يمنح لهذا الأخير عدة خيارات للمطالبة بحقه في الضمان ترمي جميعها إلى تعويضه عن الأضرار التي لحقت نتيجة إخلال البائع بهذا الإلتزام.

غير أنه، وفي مقابل ذلك، أن هذا الحق لا يقوم إلا بتوافر شروط معينة وإتباع إجراءات محددة قانونا من شأنها تحقيق التوافق بين عدم تعسف المشتري في استعماله من جهة وبين جبر الضرر اللاحق به من جهة أخرى.

تلك هي الخطوط العريضة التي تقيدنا بها أثناء إنجاز هذه الرسالة.

الكلمات المفتاحية: التعويض، الضمان، العيب الخفي، المبيع.

Résumé :

L'obligation de garantie des vices cachés de la chose est unanimement considérée comme l'une des plus importantes obligations incombant le vendeur dans ses relations avec l'acheteur. C'est pour cette raison que le législateur lui a consacré un arsenal juridique propre conférant à ce dernier plusieurs alternatives qui lui permettent toutes d'obtenir la réparation du préjudice subi suite au manquement du vendeur à cette obligation.

Néanmoins, et dans un souci d'assurer un équilibre entre un éventuel abus de l'acheteur et son droit à la réparation du préjudice subi, celui-ci ne lui est reconnu que si certaines conditions sont réunies et sous réserve de respecter la procédure légalement prescrite.

Telles sont brièvement esquissées les lignes directrices qui ont guidé l'élaboration de notre recherché.

Mot clé : l'indemnisation, garantie, vice caché, vente.