

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

جامعة وهران
كلية الحقوق والعلوم السياسية

ضمان عيوب المبيع الخفية في القانون المدني الجزائري
مقارنا

أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص

إشراف الأستاذ الدكتور:
زهدور محمد

إعداد الطالبة:
سعدى فتيحة

أعضاء لجنة المناقشة:

الدكتور **محمد جلول محمد**.....أستاذ التعليم العالي.....جامعة وهران.....رئيسا
الدكتور **زهدور محمد**.....أستاذ التعليم العالي.....جامعة وهران.....مقروا
الدكتور **العربي الفخيم عبد القادر**...أستاذ التعليم العالي.....جامعة وهران.....عضوا مناقشا
الأستاذ الدكتور **معوان مصطفى**.....أستاذ التعليم العالي.....جامعة بلعباس.....عضوا مناقشا
الأستاذ الدكتور **بوسنحة عباس**.....أستاذ التعليم العالي.....جامعة بلعباس.....عضوا مناقشا
الأستاذ الدكتور **مزيان محمد الأمين**...أستاذ محاضر -أ-.....جامعة مستغانم.....عضوا مناقشا

السنة الجامعية 2011-2012

أسباب اختيار الموضوع

يعتبر عقد البيع من أقدم العقود وأكثرها شيوعا وإثارة للإشكاليات القانونية لا سيما في الوقت الراهن لتعدد السلع وتنوعها وتميزها بالتعقيد، ونظرا للتطور الصناعي والتكنولوجي الحاصل والحائل دون كشف العيب الذي يعتري المبيع ممن يقبل على الشراء في جو يدفعه إلى ذلك دفعا بعدد الوسائل التي تروج للسلعة وتحت على الاستهلاك.

نحن نقبل على شراء ما نحتاج وما لا نحتاج أحيانا مدفوعين برغبة التملك تارة وبمحاولة مسايرة العصر أحيانا، جاهلين في معظم الحالات بمكونات المبيع وكيفية استعماله، بل وبما إذا كان صالحا للاستعمال أو غير صالح لذلك أصلا، لما يحتويه من عيوب.

هذه الوضعية هي التي دفعتني إلى اختيار موضوع ضمان عيوب المبيع الخفية، الذي يعتبر من المواضيع القديمة- الجديدة.

إنه موضوع عرفه القانون الروماني قديما، وعرفته الشريعة الإسلامية ضمن نظرية متكاملة تطورت عبر العصور، فكانت النتيجة أن تأثر بها المشرع الفرنسي حين إصدار قانونه المدني ولحقت به قوانيننا العربية.

واستمر هذا الموضوع في التطور على المستوى الفقهي والقضائي، فكانت النتيجة متمثلة في التوصل إلى نتائج تم تكريسها ضمن نصوص قانونية كان لا بد من إصدارها من أجل حماية المستهلك الذي لم يعد القانون المدني قادرا على حمايته.

والواقع أن كل ذلك أثار انتباهي من أجل دراسة هذه النصوص القانونية وتناول الاجتهادات الفقهية والقضائية المتعلقة بها ضمن البحث الموالي، الذي لم يكن اختياري له من باب الصدفة، والذي أرجو من الله تعالى أن يوفقني في إنجازته على النحو الذي أتمناه وأصبوا إليه.

المقدمة

يعد التزام البائع بضمان عيوب المبيع الخفية من أقدم الالتزامات التي تمت بلورتها ضمن القوانين الحديثة في نصوص تشريعية تتضمن أحكاماً صريحة، تتعلق بتحديد شروط أعمال هذا الضمان، والنتائج المترتبة على قيامه، إلى جانب الإجراءات الواجب إتباعها من أجل تمكين المشتري من جبر الضرر اللاحق به.

لذلك ارتأيت أن أتناول في مقدمة هذا الموضوع دراسة المراحل التي مر بها التزام البائع بضمان عيوب المبيع الخفية ابتداءً من القانون الروماني، وصولاً إلى القوانين الحديثة، دون إغفال التعرض لموقف فقهاء الشريعة الإسلامية من هذا الالتزام.

أولاً: ضمان عيوب المبيع الخفية في القانون الروماني:

لقد جعلت التشريعات الحديثة التزام البائع بضمان عيوب المبيع الخفية أحد الآثار التي تترتب بمجرد إبرام العقد، دون الحاجة إلى النص على ذلك صراحة بموجب اتفاق خاص بين طرفي العلاقة القانونية⁽¹⁾.

غير أن الأمور كانت مختلفة في المراحل الأولى للقانون الروماني الذي جعل التزام البائع بضمان عيوب المبيع الخفية مقتصرًا على الحالة التي يتعلق فيها الأمر بوجود عيب في العقار أو بوجود ارتفاع على العقار⁽²⁾.

أما في غير هاتين الحالتين فقد كان ضمان العيب يتطلب وجود اتفاق شفهي صريح وقت تسليم المبيع، مقتضاه التزام البائع بضمان العيوب التي تعتريه، مما يعني أن

(1) الدكتور أسعد دياب/ ضمان عيوب المبيع الخفية، دار إفرأ، لبنان، الطبعة الثالثة، 1983، ص 255. والدكتور مصطفى أحمد الزرقا/ شرح القانون المدني السوري، العقود المسماة، عقد البيع، والمقايضة، مطابع فتي العرب، دمشق، 1965، ص 209. والدكتور أحمد شوقي محمد عبد الرحمن/ مسؤولية البائع عن ضمان العيوب الخفية في بيوع السيارات، دراسة فقهية وقضائية، النسر الذهبي للطباعة، 2003، الإسكندرية، ص 09.

(2) الدكتور أسعد دياب/ المرجع السابق، ص 10.

الضمان كان يكتسي في البداية طابعا اتفاقيا وليس قانونيا⁽¹⁾.

غير أن التطور الاقتصادي الذي عرفه الرومان أدى إلى توسع العلاقات التجارية، مما أدى إلى ضرورة حماية المشتري بإقرار التزام البائع بضمان عيوب المبيع الخفية عن طريق تدخل حكام الأسواق، وهم موظفون في الدولة اهتموا بضبط المعاملات التجارية في الأسواق، لا سيما عندما يتعلق الأمر بالتصرف في الحيوانات والرقيق التي عرف بائعها بسوء نيتهم وغشهم في التعامل وعدم نزاهتهم⁽²⁾.

هذا الواقع أدى بحكام الأسواق إلى وضع قواعد تهدف إلى حماية المشتري بافتراض علم البائع بالعيوب التي تعتري المبيع وإقرار مسؤولية البائع عن الصفات التي يتعهد بوجودها فيه⁽³⁾.

أكثر من ذلك تم إقرار حق المشتري في الضمان عند وجود عيب في المبيع بمنحه الحق في الاختيار بين إحدى الدعاوى التالية⁽⁴⁾:

1- دعوى رد المبيع: Actio redhibitoria action

هذه الدعوى ذات طابع جنائي يلتزم البائع بموجبها باسترداد المبيع المعيب مع حصول المشتري على ضعف الثمن الذي يكون قد دفعه.

2- دعوى تخفيض الثمن: Actio aestimatoria, actio quanti minoris

هذه الدعوى يطالب فيها المشتري بإنقاص الثمن مع إعلان رغبته بالاحتفاظ بالمبيع رغم كونه معيبا.

(1) الدكتور أسعد دياب/ المرجع السابق، ص 11.

(2) الدكتور أسعد دياب/ المرجع والموضع السابقين. والدكتور صاحب عبيد الفتلاوي/ ضمان العيوب وتخلف المواصفات في عقود البيع، مطبعة الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الطبعة الأولى، 1997، ص 13.

(3) الدكتور أسعد دياب/ المرجع والموضع السابقان.

(4) الدكتور عبد الرزاق السنهوري/ الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الرابع، مطابع دار النشر للجامعات المصرية، القاهرة، 1960، ص 711. والدكتور صاحب عبيد الفتلاوي/ المرجع السابق، ص 16.

هذا وإذا كان ضمان عيوب المبيع مقتصرًا في البداية على العيب والدواب، فإنه يلاحظ أنه قد عم ليضمّل في المراحل الأخيرة للقانون الروماني جميع البيوع، لا فرق في ذلك بين ما إذا كان البيع قد أبرم في الأسواق العامة أو خارجها، لينشأ بذلك ضمان عيوب المبيع الخفية كأثر من الآثار المترتبة عن عقد البيع نفسه⁽¹⁾.

وهكذا انتقل النظام الذي استند عليه حكام الأسواق إلى القانون المدني ابتداء من القرن السادس في عهد جوستينيان⁽²⁾.

والملاحظ أن البائع لم يكن يسأل عن العيوب التي يعلمها المشتري الذي لم يكن يستطيع المطالبة بضمان العيب الذي يقوم البائع بكشفه له أو العيب الظاهر الذي لم يتمكن من كشفه رغم قدرته على ذلك كالعَمى⁽³⁾.

ومن جهة أخرى اشترط القانون الروماني أن يكون العيب معاصراً للبيع وأن يبقى قائماً بعده وأن يكون جسيماً بشكل يجعل المبيع غير صالح للغرض الذي أعد له⁽⁴⁾.

ثانياً: ضمان عيوب المبيع الخفية في الشريعة الإسلامية

يعتبر ضمان العيب في الشريعة الإسلامية أثر من آثار العقد التي لا تحتاج إلى اتفاق خاص كما كان عليه الأمر في المراحل الأولى للقانون الروماني⁽⁵⁾.

ذلك أن شريعتنا الغراء تولي أهمية كبيرة إلى إرساء جو من الثقة والنزاهة في التعامل و الابتعاد عن التريص والغش والتحايل.

(1) الدكتور صاحب عبيد الفتلاوي/ المرجع السابق، ص16.

(2) الدكتور عبد الرزاق السنهوري/ الوسيط في شرح القانون المدني، المرجع السابق، ص ص 711 و712. والدكتور أسعد دياب/ المرجع السابق، ص13.

(3) الدكتور صاحب عبيد الفتلاوي/ المرجع السابق، ص19.

(4) الدكتور أسعد دياب/ المرجع السابق، ص14.

(5) الدكتور أسعد دياب/ المرجع السابق، ص17.

فقد قال تعالى: يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم⁽¹⁾.

كما أن السنة النبوية الشريفة أولت اهتماما لهذا الموضوع حيث جاء في سنن ابن ماجه عن حديث عقبة بن عامر قال: سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول: المسلم أخو المسلم، ولا يحل لمسلم إن باع من أخيه بيعا فيه عيب أن لا يبينه له⁽²⁾.

وعن أبي هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم مر على صبرة طعام فأدخل يده فيها، فنالت أصابعه بللا، فقال: ما هذا يا صاحب الطعام؟ قال: أصابته السماء يا رسول الله، قال: أفلا جعلته فوق الطعام كي يراه الناس، من غش فليس مني⁽³⁾.

هذه الأحاديث النبوية الشريفة توضح بما لا يدع مجالا للشك عدم جواز بيع الشيء المعيب أو إخفاء العيب في الشريعة الإسلامية، وهي أحاديث أذكرها في هذا المقام على سبيل المثال لا الحصر⁽⁴⁾.

والملاحظ أن فقهاء الشريعة الإسلامية يطلقون على ضمان العيب مصطلح خيار العيب، ويسميه مذهب الإمام مالك خيار العهدة أو النقيصة⁽⁵⁾.

هذا الالتزام بالضمان الذي يقع على عاتق البائع يشكل نظرية كاملة في الشريعة الإسلامية، أدهشني كثيرا الإطلاع على تفاصيلها، فشعرت بالكثير من الفخر والاعتزاز.

(1) سورة النساء الآية رقم 29.

(2) أبو عبد الله محمد بن يزيد القزويني/ سنن ابن ماجه، الجزء الثالث، دار الجبل، بيروت، ص 31.

(3) صحيح مسلم بهامش النووي، الجزء الثاني، ص 468: أشار إليه الدكتور إسماعيل كاظم العيساوي/ أحكام العيب في الفقه الإسلامي، دار عمار بالأردن ودار البيارق بלבنا، الطبعة الأولى، 1998، ص 67.

(4) للإطلاع على المزيد من الأحاديث النبوية الشريفة في هذا المقام يراجع الدكتور إسماعيل كاظم العيساوي/ المرجع السابق، ص ص 67 و68.

(5) الدكتور عبد الرزاق السنهوري/ الوسيط في شرح القانون المدني، المرجع السابق، ص 712، الهامش الأول.

هذه الشريعة تعتبر مصدرا ثانيا من مصادر القانون بعد التشريع في الجزائر تطبيقا لنص المادة الأولى من القانون المدني⁽¹⁾ التي تختلف في هذا الصدد عن المادة الأولى من القانون المدني المصري التي جعلت الشريعة الإسلامية مصدرا ثالثا بعد كل من التشريع والعرف⁽²⁾.

وعلى هذا الأساس ستلاحظون تعرضي لما ذهب إليه مختلف فقهاء الشريعة الإسلامية فيما يتعلق بالإشكاليات التي يثيرها موضوع ضمان عيوب المبيع الخفية لاسيما عند وجود نقص في النصوص التشريعية أو عند سكوت هذه النصوص إطلاقا.

ثالثا: ضمان عيوب المبيع الخفية في القانون الفرنسي:

نص القانون المدني الفرنسي الصادر سنة 1804 على ضمان عيوب المبيع الخفية في المواد 1641 إلى 1649 من القانون المدني.

هذه النصوص كانت تشكل النظرية العامة لضمان العيوب الخفية في القانون المدني الفرنسي من حيث كونها تتعلق بجميع الأشياء المنقولة والعقارية.

غير أن المشرع الفرنسي أراد أفراد نصوص قانونية خاصة ببعض الأشياء، فخص مثلا البيوع التي يكون محلها حيوانا بأحكام استثنائية تضمنها القانون الريفى الفرنسي ابتداء من سنة 1838⁽³⁾، كما خص بيع العقارات تحت الإنشاء بأحكام قانونية ابتداء من سنة 1967 حين أصدر قانونا يحكم ضمان عيوب العقار المباع قبل الإنشاء⁽⁴⁾.

(1) تنص المادة الأولى من القانون المدني الجزائري على ما يلي: "يسري القانون على جميع المسائل التي تتناولها نصوصه في لفظها أو في فحواها.

و إذا لم يوجد نص تشريعي، حكم القاضي بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية...".

(2) تنص المادة الأولى من القانون المدني المصري على ما يلي: "تسري النصوص التشريعية على جميع المسائل التي تتناولها النصوص في لفظها أو في فحواها.

فإذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه، حكم القاضي بمقتضى العرف، فإذا لم يوجد، فبمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية".

(3) Daniel Mainguy/ Contrats spéciaux, 5^{ème} édition, Dalloz, 2006, page, 169. Et Pascal Puig/ Contrats spéciaux, 2^{ème} édition, Dalloz, 2007, page 275.

(4) يتعلق الأمر بالقانون رقم 67-3 المؤرخ في 3 جانفي 1967، ج.ر. المؤرخة في 4 جانفي 1967، رقم 107.

وهكذا قيل أن نظرية ضمان عيوب المبيع الخفية أصبحت مجزأة في القانون الفرنسي⁽¹⁾.

أكثر من ذلك يلاحظ أن هذه النظرية تعرضت للكثير من المحاولات القضائية التي تهدف إلى التقليل من مجال أعمالها لمصلحة دعاوى أخرى بغية توفير الحماية للمشتري المستهلك الذي كثيرا ما كان يصطدم بشرط وجوب رفع دعوى الضمان خلال مدة زمنية قصيرة⁽²⁾.

ومن جهة أخرى يلاحظ أيضا أن دعوى ضمان عيوب المبيع الخفية تخضع لشروط بالغة التعقيد حاول القضاء الفرنسي التهرب منها لا سيما بعد ظهور التزام البائع بالتسليم المطابق الذي اتسع مفهومه ضمن قانون حماية المستهلك ليشمل الالتزام بضمان عيوب المبيع الخفية منذ صدور الأمر رقم: 2005-136 المؤرخ في: 17 فبراير 2005⁽³⁾ الذي تبنى التوجيه الصادر عن البرلمان الأوروبي بتاريخ 25 ماي 1999 والمتعلق بضمان الأشياء الاستهلاكية⁽⁴⁾.

ومهما يكن من أمر يلاحظ أن دعوى ضمان عيوب المبيع الخفية تقتصر وفق ما ذهب إليه واضعي نصوص القانون المدني الفرنسي على ما اصطلح على تسميته بالأضرار التجارية أو الاقتصادية المتمثلة في عدم صلاحية المبيع للغرض المخصص له أو في نقصان فائدته⁽⁵⁾.

(1) الدكتور أسعد دياب/ المرجع السابق، ص 16.

(2) Appolis, R.J.D.A.1994. Page 492. Et A.Benabent/ Droit civil, les contrats spéciaux, Montchrestien, 3^{ème} édition, 1997, note 11, n° 188.

(3) L'ordonnance n° 2005-136 du 17 Février 2005 relative à la garantie de la conformité du bien au contrat due par le vendeur au consommateur : J.O : n° 41 du 18 Février 2005, page 2778.

(4) Directive 1999/44/CE du Parlement européen et du Conseil du 25 mai 1999 sur certains aspects de la vente et des garanties des biens de consommation, J.O.C.E. n° L 171 du 7 Juillet 1999, p. 12

(5) H.Mazeaud/ La responsabilité civile du vendeur fabricant, Rev.trim Dr.civ 1955, page 611

أما الأضرار التي يحدثها المبيع بسبب العيب الذي يعتريه والتي تلحق المشتري أو غيره في النفس أو المال فلا تمت لأحكام ضمان عيوب المبيع الخفية التقليدية بصلة.

هذه العيوب انتهى القضاء الفرنسي إلى تعويض المتضرر منها بناء على الالتزام بالسلامة الذي عرف تطورا هاما كانت نتيجته تمكين كل من تضرر من العيب الذي يعتري المبيع في نفسه أو ماله من جبر الضرر الذي لحقه⁽¹⁾.

وأكثر من ذلك يلاحظ أيضا أن هناك توجها أوروبيا يتعلق بالمسؤولية عن فعل الأشياء المعيبة⁽²⁾ أدرج ضمن القانون الفرنسي بموجب قانون 19 ماي 1998 الذي ينظم المسؤولية عن فعل الأشياء المعيبة التي تمنح المتضرر من العيب الحصول على تعويض عن الضرر الذي لحقه دون التفرقة في ذلك بين ما إذا كان المضرور هو المشتري نفسه أو من الغير⁽³⁾.

رابعا: ضمان عيوب المبيع الخفية في القانونين الجزائري والمصري:

قام المشرع الجزائري بتنظيم أحكام ضمان عيوب المبيع الخفية في القانون المدني ضمن التزامات البائع في المواد 379 إلى 386.

هذه المواد تم تحريرها بشكل مطابق للمواد 447 إلى 455 من القانون المدني المصري ليشارك القانونين في الأحكام التي يخضع لها التزام البائع بضمان عيوب المبيع الخفية.

والواقع أن التشابه بين القانونين وصل إلى درجة إلحاق فوات الوصف بضمان العيوب الخفية.

(1) Cass.civ.1^{ère}. 16 Mai 1984, D. 1985.485, note J.Huet. Et cass.civ.1^{ère}, 20 Mars 1989, Bull. civ. I. n° 137, D.1989. 381, note Malaurie. Et cass.civ.1^{ère} 4 avril 1991, Bull.civ.I. n° 131. Et Cass.civ. 11 Juin 1991. Bull. civ.I, n° 201. Et Cass.civ 27 Janvier 1993, Bull. civ.I, n° 44

(2) Directive Communautaire du 25 Juillet 1985 sur la responsabilité du fait des produits défectueux, L.G.D.J., 1990.

(3) J.Ghestin/ Le nouveau titre IV bis du livre III du code civil, de la responsabilité du fait des produits défectueux, J.C.P. 1998, I, 148.

هذا ويشترك كل من القانون الجزائري والقانون المصري مع القانون الفرنسي في أن التزام البائع بضمان عيوب المبيع الخفية يقتصر على العيوب التي من شأنها التأثير على صلاحية المبيع للاستعمال دون أن يمتد ليشمل الأضرار التي قد تلحق المشتري في نفسه أو ماله بسبب العيب الذي يعترى المبيع⁽¹⁾.

وبذلك فإنه لا مجال لإعمال أحكام ضمان العيوب الخفية لجبر هذه الأضرار لما في ذلك من تحميل لهذه النصوص القانونية ما لا تحتمل.

إنه إذن قصور في النصوص التشريعية التي لا تتيح للمضور التعويض عن الأضرار التي يلحقها به الشيء المعيب بعيدا عن الأضرار التجارية التي حررت أحكام ضمان العيوب الخفية من أجل مواجهتها.

إن هذه النصوص مستقاة من القانون الفرنسي الذي تأثر بالقانون الروماني فكان اهتمامه قاصرا على ضمان عدم صلاحية المبيع للغرض المخصص له أو في نقصان فائدته، تاركا المتضررين من العيب في أنفسهم وأموالهم خاضعين للأحكام العامة في المسؤولية التي يستوجب قيامها إثبات أركانها التقليدية من خطأ وضرر وعلاقة سببية⁽²⁾.

هذه الوضعية التي لم ترق القضاء الفرنسي دفعته لتطويع نصوص ضمان عيوب المبيع الخفية من أجل تمكين المتضررين من التعويض⁽³⁾، قبل أن يصدر القانون الفرنسي المتعلق بالمسؤولية عن فعل الأشياء المعيبة لإرساء نظرية متكاملة⁽⁴⁾، ما زال القانون الجزائري يفتقد إليها لاكتفاء مشرعه بإدراج مادة وحيدة في القانون المدني هي المادة 140

(1) تنص المادة 1/379 من القانون المدني الجزائري المقابلة للمادة 1/447 من القانون المدني المصري على ما يلي: "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 في عقد البيع، أو حسبما يظهر من طبيعته أو استعماله فيكون البائع ضامنا لهذه العيوب ولو لم يكن عالما بوجودها".

(2) الدكتورة زاهية حورية سي يوسف/ المسؤولية المدنية للمنتج، دار هومه للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2009، ص 45.

(3) الدكتورة زاهية حورية سي يوسف/ المسؤولية المدنية للمنتج، المرجع السابق، ص 84.

(4) J.Ghestin/ Le nouveau titre IV bis du livre III du code civil, de la responsabilité du fait des produits défectueux, J.C.P. 1998, I, 148.

مكرر التي نصت في فقرتها الأولى على أن المنتج مسؤول عن الضرر المترتب عن العيوب التي تعتري منتجاته حتى ولو لم تربطه بالمضروور علاقة تعاقدية⁽¹⁾.

هذا النص يرتب في ذمة المنتج التزاما بالتعويض عن الضرر الذي يلحقه منتجه بالمتعاقد معه أو بغيره، مما يعني الاكتفاء بحصول الضرر لقيام المسؤولية دون الحاجة إلى إثبات وجود خطأ ما، بشكل يمكن معه القول: إن الأمر يتعلق بمسؤولية موضوعية تقوم على أساس الضرر وليس الخطأ، ضمن ما يطلق عليه نظرية تحمل التبعة⁽²⁾.

غير أن الأمر يتعلق في النهاية بالأضرار التي يلحقها ما أطلق عليه المشرع مصطلح المنتج الذي يقتصر تطبيقا للفقرة الثانية من المادة 140 مكرر على الأموال المنقولة دون العقارات⁽³⁾.

وفي جميع الأحوال فإن الأمر يتعلق بموضوع يتطلب إرساء الكثير من الأحكام القانونية قام المشرع الفرنسي ببلورتها ضمن جملة من النصوص كانت محل نقد البعض وموضوع إشادة وترحيب من البعض الآخر⁽⁴⁾.

وفي انتظار نصوص أخرى لا يجب تجاهل الجهد الذي بدله المشرع الجزائري من أجل حماية المستهلكين ضمن نصوص قانونية ما زالت في مهدها، أصدرها مشرعنا ابتداء من سنة 1989 بمقتضى القانون: 89-02 المؤرخ في أول رجب 1409 الموافق للسابع من فبراير 1989 والمتعلق بالقواعد العامة لحماية المستهلك⁽⁵⁾ الذي ألغي بموجب

(1) تنص المادة 140 مكرر¹ من القانون المدني الجزائري الصادرة بموجب القانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 يونيو 2005 على ما يلي: "يكون المنتج مسؤولا عن الضرر الناتج عن عيب في منتج حتى ولو لم تربطه بالمتضرر علاقة تعاقدية".

(2) الدكتورة زاهية حورية سي يوسف/ المسؤولية المدنية للمنتج، المرجع السابق، ص 370.

(3) تنص المادة 140 مكرر¹ من القانون المدني الجزائري الصادرة بموجب القانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 يونيو 2005 على ما يلي: "يعتبر منتوجا كل مال منقول ولو كان متصلا بعقار، لا سيما المنتوج الزراعي والمنتوج الصناعي وتربية الحيوانات والصناعات الغذائية والصيد البري والبحري والطاقة الكهربائية".

(4) Daniel Mainguy/ Contrats spéciaux, précité, page, 199. Et Henri Capitant/ Les grands arrêts de la jurisprudence civile, Dalloz, 11^{ème} édition, Par François Terré et Yves Lequette, page 493.

(5) الجريدة الرسمية المؤرخة في 8 فبراير 1989، العدد السادس.

القانون 03-09 المؤرخ في 29 صفر 1430 الموافق للخامس والعشرين من فبراير 2009 الذي يتعلق بحماية المستهلك و قمع الغش⁽¹⁾.

إنها نصوص جاءت لتضع على عاتق المحترف التزامات تهدف إلى حماية المستهلك باعتباره الطرف الضعيف في العلاقة القانونية.

وهكذا ظهرت في القانون الجزائري مصطلحات جديدة كالالتزام بالأمن والالتزام بتقديم منتج يتوفر على كل الضمانات ضد المخاطر التي من شأنها أن تمس بالصحة والسلامة.

إنها مصطلحات يتضمنها قانون حديث النشأة هو قانون حماية المستهلك الذي أضحى فصله عن القانون المدني مستحيلا.

هذه الاستحالة تجسدت من خلال بحثي في موضوع ضمان عيوب المبيع الخفية في القانون المدني، فكان لا بد من تحليل نصوص قانون حماية المستهلك في أكثر من مناسبة، من أجل تحديد كيفية التعامل مع مختلف الإشكاليات القانونية التي يثيرها موضوع البحث عندما يتعلق الأمر بعقد بيع يجمع بين محترف ومستهلك.

ومهما يكن من أمر فإن موضوع هذا البحث يهتم بدراسة ضمان عيوب المبيع الخفية وفق ما جاء في القانون المدني الجزائري ضمن النصوص التقليدية التي تتعلق بالعيب القائم على المساس بصلاحية المبيع للاستعمال.

هذا وسأقوم ضمن هذه الدراسة بمقارنة بين كل من القانونين الجزائري والمصري من جهة والقانون الفرنسي من جهة أخرى.

كما أنني سأحاول أحيانا المقارنة بين هذه القوانين وما تضمنه كل من القانونين اللبناني والمغربي من أجل المفاضلة بين النصوص القانونية.

(1) الجريدة الرسمية المؤرخة في 8 مارس 2009، العدد 15.

هذا ونظرا لارتباط موضوع الدراسة بجملة النصوص القانونية المستحدثة بموجب قانون حماية المستهلك، فإنني سأطرق لأحكام هذا القانون كلما تطلب الأمر محاولة البحث فيما توصل إليه المشرع الفرنسي باعتباره صاحب السبق في هذا الموضوع.

إنه موضوع عرف الكثير من التطورات رغم بقاء نصوص القانون المدني على حالها، نظرا لتدخل القضاء في كثير من الأحيان من أجل إرساء جملة من التعديلات لمبادئ قانونية كانت ثابتة، من أجل مواكبة التطور الحاصل في إطار المجتمعات الحديثة التي أصبحت تعرف منتجات بالغة التعقيد يصعب تحديد ما إذا كان العيب الذي يعترئها متوفر على شروط الضمان المحددة قانونا.

هذا التدخل ظهر بحددة في فرنسا بغية توفير حماية أكبر للمستهلك الذي يتعامل مع محترف في إطار التصرف بالبيع إلى أن صدر قانون حماية المستهلك الذي عنى بتوفير حماية أكبر لهذه الفئة.

وهكذا أصبح القانون المدني يسير جنبا إلى جنب مع قانون جديد اصطلح على تسميته بقانون حماية المستهلك ولم يعد ممكنا التطرق لموضوع الضمان مثلا بدراسة نصوص القانون المدني وحدها.

وعلى كل فإن الأمر يتعلق بموضوع مثير، وبعيد كل البعد عن الجمود، حاولت التطرق له في هذه الدراسة تشريعيًا وفقهيا وقضائيا، عن طريق الإجابة عن سؤال مهم يتعلق بتحديد نطاق ضمان عيوب المبيع الخفية وأحكامه.

فما هو نطاق ضمان عيوب المبيع الخفية وما هي أحكام هذا الضمان؟

تلك هي الإشكالية التي طرحت في ذهني بعد استطلاع نصوص القانون المدني والقوانين ذات الصلة فقامت بتقسيم البحث إلى بابين على النحو الآتي:

الباب الأول: حاولت فيه تحديد نطاق ضمان عيوب المبيع الخفية بالتطرق لماهية البيوع الخاضعة للضمان في الفصل الأول، قبل الانتقال لتحديد ماهية العيوب الخاضعة للضمان ضمن الفصل الثاني.

الباب الثاني: تناولت فيه أحكام ضمان عيوب المبيع الخفية، فجااء مقسما إلى عدة فصول، خصصت أولها لدراسة كل ما يتعلق بدعوى الضمان، وحاولت من خلال ثانيهما تحديد الطبيعة القانونية لهذه الدعوى عن طريق التمييز بينها وبين مختلف الأنظمة القانونية التي تتشابه معها، قبل الانتهاء لدراسة الحالات التي يجوز فيها الاتفاق على ما يخالف نصوص الضمان القانوني لعيوب المبيع الخفية ضمن الفصل الثالث.

الباب الأول

نطاق ضمان عيوب المبيع الخفية

تقتضي دراسة ضمان عيوب المبيع الخفية تحديد نطاق هذا الالتزام بتحديد البيوع الخاضعة للضمان من جهة، والتعريف بالعيوب المضمونة من جهة أخرى.

لذلك ارتأيت أن أقوم بتقسيم الباب الأول من هذه الدراسة إلى فصلين، أتناول في أولهما ماهية البيوع الخاضعة للضمان عن طريق استثناء عقود البيع التي لا تخضع للالتزام البائع بضمان العيوب الخفية.

أما الفصل الثاني من هذا الباب فسأخصصه لدراسة ماهية العيوب الخاضعة للضمان عن طريق التعريف بالعيوب المضمون من جهة، وتحديد الشروط الواجب توافرها في العيب ليكون مضمونا من جهة أخرى.

الفصل الأول

ماهية البيوع الخاضعة للضمان

تثير دراسة موضوع الضمان القانوني لعيوب المبيع الخفية إشكالا هاما يتعلق بتحديد مجال إعمال هذا الالتزام بالتطرق لدراسة طبيعة عقود البيع التي تخضع للضمان القانوني بسبب وجود عيب خفي في الشيء المبيع.

فهل يتم إعمال أحكام ضمان عيوب المبيع الخفية بشأن جميع عقود البيع مهما كان محلها ومهما كانت الطريقة المعتمدة في إبرامها؟

ذلك ما أحاول الإجابة عنه فيما يلي ضمن مبحثين، أقوم في أولهما بمحاولة حصر البيوع التي يقوم فيها التزام البائع بضمان عيوب المبيع الخفية، لأنقل بعد ذلك إلى تحديد البيوع المستثناة من هذا الضمان.

المبحث الأول

البيع التي يقوم فيها التزام البائع بضمان عيوب المبيع الخفية

الواقع أنه لا يوجد خلاف على أن التزام البائع بضمان عيوب المبيع الخفية يقوم في عقود البيع التي يكون محلها منقولاً أو عقاراً على حد سواء⁽¹⁾، رغم أن الواقع العملي يثبت أن منازعات الضمان كثيراً ما تثور بشأن الأشياء المنقولة⁽²⁾.

هذا ولا يوجد خلاف أيضاً على أن ضمان عيوب المبيع الخفية يسري على عقود بيع العقارات، لا فرق في ذلك بين ما إذا كان الأمر متعلقاً بعقار بالطبيعة أو بالتخصيص⁽³⁾.

ومن جهة أخرى يلاحظ أن عقود بيع المنقولات تخضع لضمان عيوب المبيع الخفية، دون البحث في ذلك عما إذا كان الأمر متعلقاً بمنقول مادي أو معنوي⁽⁴⁾.

كما يلاحظ أيضاً أن التزام البائع بضمان العيوب الخفية يقوم بشأن عقود البيع التي يكون محلها شيئاً مصنوعاً أو غير مصنوع على حد سواء⁽⁵⁾.

(1) J.Huet /La garantie légale contre les vices cachés, domaine de la garantie, généralités, JCP, articles 1641 à 1649, 1994, fasc. 280, n° 10

(2) P.H. Malaurie et Aynés/ les contrats spéciaux, Cujas, 11^{ème} édition, 1998, Page 239, n° 378.

(3) الدكتور أسعد دياب/ المرجع السابق، ص 38.

(4) Planiol et Ripert /traité pratique de droit civil Français, 2^{ème} édition, Tome 6, par Esmein, page 237

(5) Ph. Le Tourneau/ La responsabilité civile, Dalloz, 3^{ème} édition, 1982, n° 1767.

هذا ولا يمانع القضاء الفرنسي في أعمال أحكام ضمان عيوب المبيع الخفية بشأن الأشياء المعنوية⁽¹⁾، كما هو الحال بالنسبة للتنازل عن الحصص في الشركات التجارية⁽²⁾، والتصرف في المحلات التجارية⁽³⁾، كما التنازل عن براءات الاختراع⁽⁴⁾.

ومن أجل تبرير إخضاع الأشياء المعنوية لضمان عيوب المبيع الخفية، ذهب الدكتور السنهوري إلى أن طبيعة الشيء هي التي تملئ المنافع المقصودة منه وتحدد العيوب التي تخل بهذه المنافع، مما يترتب عنه أن المبيع إذا كان شيئاً مادياً كانت العيوب مادية ترجع إلى طبيعة المبيع، وإذا كان شيئاً معنوياً كانت العيوب معنوية بالنظر إلى طبيعة المبيع أيضاً⁽⁵⁾.

ذلك هو شأن جملة من الأمثلة التي سردها الدكتور السنهوري والتي تتمثل في التصرف في محل تجاري سيئ السمعة، أو سندات قامت بإصدارها شركة باطلة أو تمت تصفيتها⁽⁶⁾.

ومع ذلك يلاحظ أن محل عقد البيع قد يتمثل في شيء قيمي، كما أنه قد يكون شيئاً مثلياً.

ثم أن البيع قد يتعلق بشيء مستعمل، كما أنه قد يتعلق بشيء جديد لم يسبق استعماله.

وأكثر من ذلك يلاحظ أن البيع قد يتم بشرط التجربة أو المذاق، مما يعني أن المشتري يقوم بتجربة المبيع أو تذوقه قبل الإقدام على شرائه.

(1) Daniel Mainguy/ Contrats spéciaux, précité, page 169.

(2) Cass.com. 1990,23 Janvier 1990, Bull. Joly. 1990, page 371, note M.Jeantin.

(3) Cass. civ.1^{ère}. 3 Juillet 1996, Droit et Patrimoine, 1996, n° 1502, page 75.

(4) A.chavanne / Droit de la propriété industrielle, Dalloz, 4^{ème} édition, 1993, page 179 et suite. Et J.M.Mousseron/ L'obligation de garantie dans l'exploitation de brevets d'invention, Dalloz, 1974, page 157.

(5) الدكتور السنهوري/ الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، البيع والمقايضة، المرجع السابق، ص 720.

(6) الدكتور السنهوري/ الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، البيع والمقايضة، المرجع السابق، نفس الصفحة، الهامش الثاني.

فهل يضمن البائع عيوب المبيع الخفية دون التفرقة بين الأشياء المثلية والأشياء القيمة؟ وهل يقوم التزام البائع بالضمان حتى ولو كان الشيء المبيع مستعملا؟ ثم هل يسري ضمان عيوب المبيع الخفية بشأن البيع المعلق على شرط التجربة أو المذاق؟

ستكون الإجابة عن هذه الأسئلة على التوالي ضمن ثلاث مطالب بسبب اختلاف الاجتهاد الفقهي بشأنها فيما يتعلق بقيام التزام البائع بضمان عيوب الخفية من عدمه.

المطلب الأول

التزام البائع بضمان عيوب المبيع الخفية عندما يكون محل العقد شيئا مثليا

تساءل بعض الفقه عما إذا كانت أحكام ضمان عيوب المبيع الخفية تسري على العقود التي يكون محلها شيئا مثليا، فذهب بعضهم إلى أن الضمان يقتصر على الأشياء المعينة بالذات دون تلك المعينة بالنوع⁽¹⁾.

وفي تبرير هذا الموقف ركز صاحبه على الجزاء القانوني المترتب عن الضمان، ذاهبا إلى أن وجود العيب في الأشياء المثلية لا يستوجب فسخ العقد أو إنقاص الثمن، على أساس أن البائع يمكنه استبدال المبيع المعيب بآخر سليم دون اللجوء إلى فسخ العقد⁽²⁾.

ومع ذلك يلاحظ أن القضاء الفرنسي لم يأخذ بهذا الرأي على أساس أن المشرع الفرنسي لم يفرق ضمن أحكام ضمان عيوب المبيع الخفية بين المثليات والقيميات⁽³⁾.

أما فيما يتعلق بإمكانية استبدال المبيع بدلا من اللجوء إلى فسخ العقد أو إنقاص الثمن فقد علق عليها الفقيه Gross بقوله: إن تعدد الحلول الممنوحة للمشتري في إطار ضمان عيوب المبيع الخفية تشكل خصوصية هذا الضمان الذي قد يفضل المستفيد منه

(1) A.Wall/ De la garantie des vices dans la vente de valeurs mobilières, Rev.trim. dr.civ. 1914, page 1 et suite.

(2) B.Gross/ La notion d'obligation de garantie dans le droit des contrats, LGDJ 1983, page 119, n° 120.

(3) J.Carbonnier/ Rev.trim.dr.civ.1955, page 128. Et Gaz.Pal. 1954,2, page 258.

الاحتفاظ بالمبيع بدلا عن استبداله، لا سيما وأن المدة الزمنية الفاصلة بين التسليم الأول والثاني قد تؤدي إلى فقدان المنفعة الاقتصادية للشيء المبيع⁽¹⁾.

وفي نفس السياق ذهب الدكتور أسعد دياب إلى أن هناك فترة زمنية تفصل بين تاريخ البيع وتاريخ الاستبدال، مما يجعل الصفقة عديمة الجدوى تجاريا بالنسبة للمشتري الذي قد يفضل الاحتفاظ بالبضاعة المعيبة والحصول على الفرق في الثمن بينها وبين البضاعة السليمة التي تماثلها⁽²⁾.

هذا ويضيف الفقيه: Gross أن الرأي الذي يجعل ضمان عيوب المبيع الخفية مقتصرًا على القيميات دون المثليات يجعل الالتزام بالضمان متفرعا عن الالتزام بالتسليم رغم أن الأمر يتعلق بالتزامين مستقلين لا يجوز الخلط بينهما⁽³⁾.

ومهما يكن من أمر يلاحظ أنه لا يجوز استثناء الأشياء المثلية من ضمان عيوب المبيع الخفية في القانونين الجزائري والمصري، على أساس أن نصوص القانون المدني المتعلقة بضمان العيوب الخفية جاءت مطلقة، مما لا يسمح بالتفرقة بين الأشياء المثلية والقيمية في أعمالها⁽⁴⁾.

(1) B.Gross/ La notion d'obligation de garantie dans le droit des contrats, LGDJ 1963, page 119, n° 120.

(2) الدكتور أسعد دياب/ المرجع السابق، ص 44 .

(3) B.Gross/ La notion d'obligation de garantie dans le droit des contrats, LGDJ 1963, page 120.

(4) تنص المادة 379/1 من القانون المدني الجزائري المقابلة للمادة 447/1 من القانون المدني المصري على ما يلي: "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 في عقد البيع، أو حسبما يظهر من طبيعته أو استعماله. فيكون البائع ضامنا لهذه العيوب ولو لم يكن عالما بوجودها".

ولعل ذلك ما يفسر سكوت الفقه الجزائري والمصري عن إثارة إشكالية الضمان فيما يتعلق بالأشياء المعينة بالنوع بشكل يمكن معه القول بعدم جواز استثناء هذه الأشياء من الأحكام المتعلقة بضمان عيوب المبيع الخفية⁽¹⁾.

المطلب الثاني

التزام البائع بضمان عيوب المبيع الخفية عندما يكون محل العقد شيئاً

مستعملاً

تردد القضاء الفرنسي كثيراً فيما يتعلق بإعمال أحكام ضمان العيوب الخفية عندما يكون محل عقد البيع شيئاً مستعملاً، انطلاقاً من أن من يقبل على شراء شيء مستعمل يعلم مسبقاً أن ما يشتريه أقل جودة مقارنة بمثيله الجديد، بالإضافة إلى أن الضمان لا يتفق مع عنصرى القدم والاستعمال⁽²⁾.

وبناءً على ذلك تعددت الأحكام القضائية التي رفضت إلزام البائع بضمان العيب الخفي الذي يعتري المبيع المستعمل، على أساس أن بيع الأشياء المستعملة يتم بالحالة التي تكون عليها وقت إتمام البيع⁽³⁾.

هذا الإقصاء لأحكام ضمان عيوب المبيع الخفية من البيوع المنصبة على الأشياء المستعملة من شأنه أن يؤدي إلى الحد من مجال إعمال هذا الضمان بشكل معتبر، لا سيما وأن التصرف فيما هو مستعمل لم يعد استثنائياً⁽⁴⁾.

(1) للتأكد من عدم خوض الفقه الجزائري والمصري في إشكالية ضمان عيوب المبيع المعين بالنوع يراجع على سبيل المثال ما يلي: الدكتور السنهاوري/الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، البيع والمقايضة، المرجع السابق، ص 732 و733. والدكتور محمد حسنين/ عقد البيع في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة الثالثة، ص 159. والدكتور محمد حسين منصور/ أحكام البيع التقليدية والإلكترونية والدولية وحماية المستهلك، دار الفكر الجامعي، 2006، ص 314 إلى 332.

(2) Bordeaux 14 Juin 1938, Gaz.Pal. 1938-2-535. Et Lyon 26 Novembre 1931 D.H.1932, som.37.

أشار إلى هذه القرارات وقرارات أخرى الدكتور أسعد دياب/ المرجع السابق، ص 45، الهامش الأول.
(3) Trib.Metz, 26 Avril 1951, Rev. d'Alzace-Lorraine 1952, page 187.Et J.Hémard/ Trib.civ. Draguignan, 02 Juillet 1953, D. 1953, page 745.

(4) الدكتور أسعد دياب/ المرجع السابق، ص 44 و45.

وعلى هذا الأساس نادى الفقه الفرنسي بضرورة إعمال أحكام ضمان عيوب المبيع الخفية على الأشياء المستعملة معتبرا أن هذا الضمان يعد وسيلة لحماية المشتري من جشع البائع⁽¹⁾.

أما على مستوى الاجتهادات القضائية فيلاحظ أن الغرفة التجارية لمحكمة النقض الفرنسية وضعت حدا لاستثناء الأشياء المستعملة من مجال أحكام ضمان عيوب المبيع الخفية.

كان ذلك في 11 جوان 1954 حين ذهبت الغرفة التجارية لمحكمة النقض الفرنسية صراحة إلى أن أحكام ضمان عيوب المبيع الخفية تسري على الأشياء المستعملة والجديدة على حد سواء⁽²⁾.

ومنذ هذا التاريخ تتالت الاجتهادات القضائية التي أقرت بحق مشتري الشيء المستعمل في الضمان⁽³⁾.

غير أن جانبا من الفقه الفرنسي نادى بضرورة التخفيف من مسؤولية بائع الشيء المستعمل بعدم التشدد في تقدير توافر شروط قيام الضمان، على أساس أنه لا يمكن أن يكون التزام البائع بضمان شئى مستعمل على نفس درجة التزامه عندما يكون محل العقد شئيا جديدا⁽⁴⁾.

(1) J.Huet /La garantie légale contre les vices cachés, domaine de la garantie, généralités, JCP, articles 1641 à 1649, 1994, fasc.290, n° 91.

(2) Cass.com.11 Juin 1954, D.1954, page 697.

(3) Cass.civ. 19 Juillet 1960, Gaz.pal.1960, 2, page 217. Et Angers, 15 Février 1960, Gaz.Pal. 1960, 1, page 289. Et Cass.civ.1^{ère}, 16 Février 1983, Bull.civ.I. n° 65. Et Cass.com. 16 Mai 1995, RJDA 1995, n° 1348, page 1039.

(4) B.Gross/ La notion d'obligation de garantie dans le droit des contrats, LGDJ 1963, page 118, n° 119

ومع ذلك فإنه لا يوجد في الاجتهادات القضائية ما يدل على أن القضاء الفرنسي يعامل بائع الشيء المستعمل معاملة خاصة⁽¹⁾.

غاية ما في الأمر أن القضاء الفرنسي يخضع تقدير وجود العيب من عدمه لشرط خاص رافضا إعمال أحكام الضمان ما لم يكن العيب غير قابل للكشف رغم اللجوء إلى فحص المبيع فحصا دقيقا، إضافة إلى تقدير تأثير العيب بالنظر إلى الاستعمال العادي المتوقع من شيء مستعمل⁽²⁾.

ذلك أن من يقدم على شراء سيارة مستعملة مثلا يتوقع احتوائها على عيوب تستوجب الإصلاح، مما يحول دون قيام التزام البائع بالضمان في الحالة التي يكون فيها الإصلاح ممكنا وغير مرهق بالنسبة للمشتري⁽³⁾.

ومهما يكن من أمر يلاحظ أن ما انتهى إليه القضاء الفرنسي من وجوب ضمان عيوب الأشياء المستعملة يتماشى مع نص المادة 1641 من القانون المدني الفرنسي الذي لم يفرق بشأن ضمان عيوب المبيع الخفية بين الأشياء المستعملة وغير المستعملة رغم أن بيع الأشياء المستعملة كان معمولا به عند وضع القانون المدني فيما يتعلق بالتصرف في الأبنية القديمة⁽⁴⁾.

وبالإطلاع على النصوص التشريعية المتعلقة بضمان عيوب المبيع الخفية في كل من القانون الجزائري والمصري يلاحظ أن عبارة **المبيع** وردت فيها بصفة مطلقة دون

(1) Cass.civ. 19 Juillet 1960, Gaz.pal.1960, 2, page 217. Et Angers, 15 Février 1960, Gaz.Pal. 1960, 1, page 289. Et Cass.civ.1^{ère}, 16 Février 1983, Bull.civ.I. n° 65. Et Cass.com. 16 Mai 1995, RJDA 1995, n° 1348, page 1039.

(2) Paris, 13 Juillet 1963, Gaz.pal.1963, 2,138. Et Paris, 06 Novembre 1963, Rev.trim.drt. civ.1964, page 573

(3) Levy/ Recherches sur quelques aspects de la garantie des vices cachés dans la vente des véhicules neufs et d'occasion, Rev.trim. Dr.civ. 1970, page 3 et suite.

(4) الدكتور أسعد دياب/ المرجع السابق، ص 46.

التفرقة بين ما إذا كان المبيع مستعملا أو جديدا⁽¹⁾.

ولعل ذلك ما يبرر عدم خوض عموم الفقه الجزائري والمصري في إشكالية ضمان عيوب المبيع المستعمل، بشكل يمكن معه القول بعدم جواز استثناء الأشياء المستعملة من الأحكام المتعلقة بضمان عيوب المبيع الخفية في القانونين الجزائري والمصري⁽²⁾.

هذا الحكم اعتمده المحكمة العليا صراحة بتاريخ 21 جويلية 1999⁽³⁾، عندما نقضت قرار مجلس قضاء سكيكدة الذي اعتبر بائع السيارات القديمة غير ضامن للعيوب الخفية⁽⁴⁾.

هذا ولا شك في أن إفادة المشتري من ضمان العيوب الخفية للشيء المستعمل من شأنه أن يحقق له الحماية بوصفه شخصا صاحب إمكانيات متواضعة مقارنة بالبائع الذي غالبا ما يسعى إلى تحقيق الربح على حساب المتعاقد معه⁽⁵⁾.

(1) تنص المادة 379/1 من القانون المدني الجزائري المقابلة للمادة 447/1 من القانون المدني المصري على ما يلي: "يكون البائع ملزما بالضمان إذا لم يشمل 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 في عقد البيع، أو حسبما يظهر من طبيعته أو استعماله. فيكون البائع ضامنا لهذه العيوب ولو لم يكن عالما بوجودها".

(2) للتأكد من عدم خوض عموم الفقه الجزائري والمصري في إشكالية ضمان عيوب المبيع المستعمل يراجع على سبيل المثال ما يلي: الدكتور السنهاوري/ الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، البيع والمقايضة، المرجع السابق، ص ص 732 و733. والدكتور محمد حسنين/ المرجع السابق، ص ص 159. والدكتور محمد حسين منصور/ أحكام البيع التقليدية والإلكترونية والدولية وحماية المستهلك، المرجع السابق، ص 314 إلى 332. والدكتور لحسين بن الشيخ أت ملويا/ المنتقى في عقد البيع، دار هومه، 2005، ص ص 432 إلى 493.

(3) المجلة القضائية للمحكمة العليا، العدد الثاني، 2000، الجزائر، ص 88 وما بعدها.

(4) جاء تسبب هذا القرار على النحو الآتي:

"حيث أن قضاة الاستئناف كانوا على خطأ عندما صرحوا بأن البائع وفي مجال بيع السيارات القديمة غير ملزم بأي ضمان، وأن المادة 379 من القانون المدني تنص على أن البائع ملزم بالضمان عندما يتعلق الأمر بعيب خفي تعذر على المشتري نفسه اكتشافه، أو عندما يكون الشيء المباع مشوبا بعيوب لا تنقص من قيمته، وأنه كان يتعين عليهم بالنظر إلى مقتضيات هذه المادة والمواد المالية التحقق مما إذا كان العيب المثار من طرف المشتري عيبا خفيا، بحيث أن هذا العيب ينقص من قيمة الشيء المباع، وعند الاقتضاء تطبيق مقتضيات المادة 376 من القانون المدني، وبهذا فإن قرارهم غير مؤسس وغير مسبب التسبب الكافي ويؤدي إلى النقض".

(5) B.Gross/ La notion d'obligation de garantie dans le droit des contrats, LGDJ, 1963, page 119, n° 119.

غاية ما في الأمر أن قدم المبيع ليس عيباً موجبا للضمان، مما يعني أنه يجب تقدير وجود العيب من عدمه بعيداً عن قدم المبيع الذي يجب على المشتري أن يتحمل النتائج الطبيعية التي تترتب عنه⁽¹⁾.

ذلك ما ذهب إليه صراحة الدكتور محمد حسن قاسم حين أشار إلى أن الأمر يدق في بعض الأحيان حين يكون الشيء مستعملاً، من حيث وجوب التفريق بين العيب الخفي للشيء المستعمل والنقص الناتج عن الاستهلاك بسبب استعمال الشيء، إذ أن البائع إذا كان يضمن العيب الخفي، فإنه لا يسأل عن النقص العادي الذي يرجع إلى قدم المبيع أو إلى استعماله⁽²⁾.

المطلب الثالث

التزام البائع بضمان عيوب المبيع الخفية بشأن عقود البيع بشرط التجربة

أو بشرط المذاق

انقسم الفقه الفرنسي بين مؤيد ومعارض لإعمال أحكام ضمان عيوب المبيع الخفية بشأن عقود البيع المتعلقة على شرط التجربة أو المذاق، فكانت النتيجة أن ظهر اتجاه قال بوجود إخضاع هذه البيوع للضمان⁽³⁾، بينما ذهب اتجاه آخر إلى أن هذه البيوع لا تخضع لضمان العيوب الخفية على أساس أن المشتري يقوم فيها بتجربة المبيع أو تذوقه⁽⁴⁾.

هذا ويلاحظ أن المشرع الجزائري سكت في القانون المدني عن إثارة إشكالية ضمان عيوب المبيع الخفية بشأن عقود البيع بشرط التجربة أو بشرط المذاق، شأنه في ذلك شأن المشرع المصري.

(1) Cass.civ. 25 Mai 1963, Gaz. Pal.1963-2-363.

(2) الدكتور محمد حسن قاسم/ القانون المدني، العقود المسماة، البيع-التأمين-الضمان-منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2008، ص 375.

(3) Cass.civ.10 Juillet 1956, D. 1956-719

(4) Cass. civ. 19 Février 1929, Gaz.pal. 1929-1-561

غير أن مشرعنا نص في المادة 13 من القانون الصادر في العشرين من فبراير 2009 الذي يتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش⁽¹⁾ على أن كل من يقوم باقتناء منتج سواء كان جهازا أو آلة أو عتادا أو مركبة أو أي مادة تجهيزية يستفيد من الضمان بقوة القانون⁽²⁾، مضيفا بموجب المادة 15 من نفس القانون أن تجربة المنتوجات المذكورة في المادة 13 يعد حقا للمقتني⁽³⁾.

هذا الوضع القانوني لا شك أنه يحقق حماية كبيرة للمستهلك الذي يبقى مستفيدا من الضمان في علاقته بالبائع المحترف رغم قيامه بتجربة المنتج.

والواقع أن هذه الحماية يتمتع بها كل من يقدم على شراء شيء معيب حتى ولو كان خاضعا للقانون المدني الذي سكت عن النص عما إذا كان الشراء بعد التجربة أو المذاق من شأنه أن يؤدي إلى إعفاء البائع من الضمان.

ذلك أن الإطلاع على اجتهادات الفقه الجزائري والمصري يسمح بالتوصل إلى سكوت كل منهما عن إثارة إشكالية الضمان فيما يتعلق بعقود البيع المعلقة على شرط التجربة أو المذاق، بشكل يمكن معه القول بعدم جواز استثناء هذه البيوع من الأحكام المتعلقة بضمان عيوب المبيع الخفية⁽⁴⁾.

(1) القانون 03-09 المؤرخ في 29 صفر 1430 الموافق للخامس والعشرين من فبراير 2009 الذي يتعلق بحماية المستهلك و قمع الغش، الجريدة الرسمية المؤرخة في 8 مارس 2009، العدد 15.

(2) تنص المادة 13 من قانون حماية المستهلك و قمع الغش في فقرتها الأولى على ما يلي: "يستفيد كل مقتن لأي منتج سواء كان جهازا أو أداة أو عتادا أو مركبة أو أي مادة تجهيزية من الضمان بقوة القانون".

(3) تنص المادة 15 من قانون حماية المستهلك وقمع الغش على ما يلي: "يستفيد كل مقتن لأي منتج مذكور في المادة 13 من هذا القانون، من حق تجربة المنتج المقتني".

(4) للتأكد من عدم خوض الفقه الجزائري والمصري في إشكالية ضمان عيوب المبيع فيما يتعلق بعقود البيع المعلقة على شرط التجربة أو المذاق يراجع على سبيل المثال ما يلي: الدكتور السنهوري/ الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، البيع والمقايضة، المرجع السابق، ص ص 732 و733. والدكتور محمد حسنين/ المرجع السابق، ص ص 159. والدكتور محمد حسين منصور/ أحكام البيع التقليدية والإلكترونية والدولية وحماية المستهلك، المرجع السابق، ص 314 إلى 332. والدكتور لحسين بن شيخ آث ملويا/ المرجع السابق، ص ص 435 و436.

ولعل ما يؤيد عدم جواز استثناء هذه البيوع من الضمان ما ذهب إليه بعض الفقه الفرنسي من أن تعليق البيع على شرط التجربة أو المذاق قد لا يسمح للمشتري بكشف العيب الذي من الممكن أن يظهر لاحقاً⁽¹⁾.

أكثر من ذلك يلاحظ امتناع كلا من المشرع الجزائري والمصري عن استثناء البيع المعلق على شرط التجربة أو المذاق من ضمان عيوب المبيع الخفية رغم وجود نص تشريعي صريح يستثني بعض البيوع من الضمان.

يتعلق الأمر بالمادة 385 من القانون المدني الجزائري المقابلة للمادة 454 من القانون المدني المصري التي يقتصر فيها الاستثناء على البيوع القضائية والبيوع الإدارية التي تتم بالمزاد.

ولو أراد كل من المشرع الجزائري والمصري استثناء البيوع المعلقة على شرط التجربة أو المذاق لقاما بالنص على ذلك بصريح العبارة.

وبذلك فإن البيوع الوحيدة المستثناة من الضمان في كل من القانون الجزائري والمصري تتمثل في البيوع القضائية والبيوع الإدارية التي تتم بالمزاد.

أما القانون الفرنسي فقد تضمن استثناءات أخرى للالتزام بضمان عيوب المبيع الخفية.

فما المقصود بالبيوع القضائية والبيوع الإدارية التي تتم بالمزاد باعتبارها بيوعاً مستثناة من الضمان في القانونين الجزائري والمصري؟ ثم ما هي البيوع المستثناة من الضمان في القانون الفرنسي؟

ذلك ما أحاول الإجابة عنه فيما يلي بحصر البيوع المستثناة من الضمان.

⁽¹⁾ D. 1956-719

المبحث الثاني

البيوع المستثناة من ضمان عيوب المبيع الخفية

يشترك المشرع الجزائري مع المشرع المصري في النص على عدم سريان أحكام ضمان عيوب المبيع الخفية في مجال عقود البيع القضائية والإدارية التي تتم بالمزاد⁽¹⁾.

أما المشرع الفرنسي فقد نص على استثناء البيوع التي تتم بواسطة السلطة القضائية من ضمان عيوب المبيع الخفية دون أن يمد في هذا الاستثناء ليشمل البيوع الإدارية التي تتم بالمزاد⁽²⁾.

كما أنه ارتأى وضع نظام خاص للضمان بشأن بعض البيوع بالنظر إلى محلها ليستقل بيع الحيوانات⁽³⁾، وبيع العقارات تحت الإنشاء بأحكام خاصة⁽⁴⁾.

تلك إذن هي الاستثناءات التشريعية المتعلقة بضمان عيوب المبيع الخفية في كل من التشريعين الجزائري والمصري من جهة والتشريع الفرنسي من جهة أخرى.

غير أن القضاء الفرنسي عمل على إرساء استثناء آخر من مجال ضمان عيوب المبيع الخفية فيما يتعلق بالتفرغ الجبري⁽⁵⁾.

وبناء على ذلك سأطرق للبيوع المستثناة من ضمان عيوب المبيع الخفية بتحليل ما جاء في كل من التشريع الجزائري والمصري من جهة، والتشريع الفرنسي من جهة أخرى، قبل أن أتناول الاستثناء الذي جاء به القضاء الفرنسي في إطار التفرغ الجبري.

(1) تنص المادة 385 من القانون المدني الجزائري المقابلة للمادة 454 من القانون المدني المصري على ما يلي: "لا ضمان للعيوب في البيوع القضائية، ولا في البيوع الإدارية إذا كانت بالمزاد".

(2) تنص المادة 1649 من القانون المدني الفرنسي على ما يلي:

Elle - l'action résultant des vices rédhibitoires- n'a pas lieu dans les ventes faites par autorité de justice

(3) Daniel Mainguy/ Contrats spéciaux, précité, page 169. Et Pascal Puig/ Contrats spéciaux, précité, page 275.

(4) Daniel Mainguy/ Contrats spéciaux, ouvrage et page précités. Et Pascal Puig/ Contrats spéciaux, ouvrage et page précités.

(5) Cass. civ. 17 Février, S. 1864,1, page 117. Et Cass.civ. 3^{ème}, 2 Octobre 1980, Bull. civ. III, n° 143

المطلب الأول

الاستثناءات التشريعية المتعلقة بضمان عيوب المبيع الخفية في القانونين

الجزائري والمصري:

تنص المادة 385 من القانون المدني الجزائري المقابلة للمادة 454 من القانون المدني المصري على ما يلي: "لا ضمان للعيوب في البيوع القضائية، ولا في البيوع الإدارية إذا كانت بالمزاد".

وبذلك فقد أجمع الفقه على أنه لا مجال لإعمال النظام القانوني لضمان عيوب المبيع الخفية في هذين القانونين بشأن عقود البيع القضائية والإدارية التي تتم عن طريق المزادة⁽¹⁾.

ومن أجل تبرير عدم إخضاع هذه البيوع القضائية والإدارية لضمان عيوب المبيع الخفية يستند الفقه المصري⁽²⁾ إلى ما جاء في مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري من أن مرد ذلك يتمثل في أن هذا البيع قد تم الإعلان عنه وأتيحت الفرصة للمزايدين أن يفحصوا الشيء قبل الإقدام على المزادة، فيحسن بعد أن اتخذت كل هذه الإجراءات ألا يفسخ البيع لسبب كان يمكن توقيه، فتعاد إجراءات طويلة بمصروفات جديدة يتحمل عبئها المدين⁽³⁾.

هذا وقد جاء لفظ **المزادة** مطلقا ضمن المادة 385 من القانون المدني الجزائري المقابلة للمادة 454 من القانون المدني المصري، مما دفع بعض الفقه إلى استثناء البيوع الإدارية التي تتم في مظاريف مغلقة من ضمان العيوب الخفية⁽⁴⁾، مدعما موقفه بما جاء في

(1) الدكتور السنهوري/ الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، البيع والمقايضة، المرجع السابق، ص 732 و733. والدكتور محمد حسين منصور/ أحكام البيع التقليدية والإلكترونية والدولية وحماية المستهلك، المرجع السابق، ص 322. والدكتور صاحب عبيد الفتلاوي/ المرجع السابق، ص 99. والدكتور محمد حسنين/ المرجع السابق، ص 159. والدكتور لحسين بن شيخ آث ملويا/ المرجع السابق، ص 435.

(2) الدكتور السنهوري/ الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، البيع والمقايضة، المرجع السابق، ص 732.

(3) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري، الحكومة المصرية، وزارة العدل، الجزء الرابع، العقود المسماة، مطابع مذكور، القاهرة، 1950، ص 129.

(4) الدكتور صاحب عبيد الفتلاوي/ المرجع السابق، ص 101.

الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري من أن كلمة **عني** قد حذفت من المادة 454 من القانون المدني المصري لعدم ضرورتها⁽¹⁾.

هذا الإطلاق في لفظ المزايدة الوارد في المادة 385 من القانون المدني الجزائري هو ما دفع الدكتور محمد حسنين إلى القول بعدم جواز الرجوع على الإدارة بضمان عيوب المبيع الخفية، لا فرق في ذلك بين ما إذا تم البيع في إطار مزاد علني أو في شكل مظاريف مغلقة⁽²⁾.

أما البيوع التي تتم قضائياً فقد ثار بشأنها تساؤلاً هاماً يتعلق بتحديد ما إذا كان هذا الاستثناء شاملاً لعقود البيع التي تتم بواسطة القضاء اختياريًا⁽³⁾.

وكانت النتيجة أن ظهر رأيان فقهيان ذهب أولهما إلى أن استثناء أحكام ضمان عيوب المبيع الخفية يتعلق بجميع البيوع القضائية والإدارية التي تتم بالمزاد، لا فرق في ذلك بين ما إذا كان تدخل القضاء إجبارياً أو اختياريًا، على أساس أن النص التشريعي جاء عاماً من جهة، واستناداً إلى وحدة علة عدم الضمان سواء في البيوع التي يفرض فيها القانون تدخل القضاء أو تلك التي يكون فيها تدخل القضاء عرضياً⁽⁴⁾.

أما الاتجاه الثاني فيرى أن استثناء الضمان يتعلق بالبيع القضائي الإجباري دون البيع القضائي الاختياري الذي يقوم فيه التزام البائع بضمان العيوب الخفية حتى ولو تم عن طريق المزايدة، كما هو الحال بالنسبة لبيع العين الشائعة بالمزاد لاستحالة قسمتها

(1) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري، المرجع السابق، ص 129.

(2) الدكتور محمد حسنين/ المرجع السابق، ص 159.

(3) الدكتور صاحب عبيد الفتلاوي/ المرجع السابق، ص 100. والدكتور أسعد دياب/ المرجع السابق، ص 51.

(4) الدكتور محمد لبيب شنب/ شرح أحكام عقد البيع، دار النهضة العربية، 1966، ص 231. والدكتور إسماعيل غانم/ الوجيز في عقد البيع، مكتبة عبد الله وهبه، 1963، ص 231. والدكتور محمد حسنين/ المرجع السابق، ص 160. والدكتور توفيق فرج/ عقد البيع والمقايضة، 1965، ص ص 472 و473، الهامش الثاني. والدكتور لحسين بن شيخ آث ملويا/ المرجع السابق، ص 436.

تطبيقاً للمادة 841 من القانون المدني المقابلة للمادة 728 من القانون المدني الجزائري⁽¹⁾.

يتزعم هذا الاتجاه الدكتور عبد الرزاق السنهوري الذي عمد إلى سرد أمثلة عن البيوع القضائية المستثناة من الضمان، كبيع أموال القاصر والمحجور عليه في المزاد وبيع أموال المدين من أجل سداد ديونه⁽²⁾.

هذا ويرى بعض الفقه أن الرأي الذي يميل إلى استثناء البيوع القضائية الإجبارية من الضمان، دون مد هذا الاستثناء ليشمل البيوع القضائية الاختيارية جاء نتيجة تأثر أصحاب هذا الاتجاه بما قيل بشأن تحليل المادة 1649 من القانون المدني الفرنسي التي تتناول البيوع التي تتم باللجوء إلى سلطة القضاء، رغم الاختلاف في الصياغة بين نص هذه المادة ونص المادة 385 من القانون المدني الجزائري المقابلة للمادة 454 من القانون المدني المصري⁽³⁾.

فما هو وجه الاختلاف بين المادة 1649 من القانون المدني الفرنسي وما يقابلها في القانونين الجزائري والمصري؟

ذلك ما سأقوم بالإجابة عنه ضمن الفقرة الموالية التي تتضمن الاستثناءات التشريعية المتعلقة بضمان عيوب المبيع الخفية في التشريع الفرنسي.

(1) الدكتور السنهوري/ الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، البيع والمقايضة، المرجع السابق، ص 733. والدكتور أنور سلطان/ العقود المسماة، شرح البيع والمقايضة، الطبعة الثانية، مطبعة دار نشر الثقافة، الإسكندرية، 1952، ص 342. وسليمان مرقس محمد وعلي إمام/ عقد البيع في التقنين المدني الجديد، مطبعة نهضة مصر، 1955، ص 385.

(2) الدكتور السنهوري/ الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، البيع والمقايضة، المرجع السابق، ص 733.

(3) الدكتور صاحب عبيد الفتلاوي/ المرجع السابق، ص 100. والدكتور محمد حسن قاسم/ المرجع السابق، ص 377.

المطلب الثاني

الاستثناءات التشريعية المتعلقة بضمان عيوب المبيع الخفية في القانون

الفرنسي

ينص المشرع الفرنسي في المادة 1649 من القانون المدني على استبعاد الضمان بشأن عقود البيع التي تتم بسلطة القضاء.

ومن جهة أخرى يلاحظ أن المشرع الفرنسي وضع نظاما خاصا للضمان بشأن بعض البيوع بالنظر إلى محلها ليستقل بيع الحيوانات وبيع العقارات تحت الإنشاء بأحكام خاصة.

لذلك سأقوم فيما يلي بدراسة الاستثناءات التشريعية المتعلقة بضمان عيوب المبيع الخفية في التشريع الفرنسي بالتعرض بداءة للاستثناء التشريعي المتعلق بالبيوع التي تتم بسلطة القضاء، لأنقل بعد ذلك لدراسة الاستثناء التشريعي المتعلق بالبيوع التي يكون محلها حيوانا، انتهاء بالاستثناء التشريعي المتعلق بالبيوع التي يكون محلها عقارا تحت الإنشاء.

الفرع الأول

الاستثناء التشريعي المتعلق بالبيوع التي تتم بسلطة القضاء

تنص المادة 1649 من القانون المدني الفرنسي على استبعاد البيوع التي تتم بتدخل سلطة القضاء من مجال ضمان عيوب المبيع الخفية⁽¹⁾.

(1) تنص المادة 1649 من القانون المدني الفرنسي على ما يلي:
« Elle - l'action résultant des vices rédhibitoires- n'a pas lieu dans les ventes faites par autorité de justice. »

هذا النص استقطب اهتمام الفقه الفرنسي الذي ذهب إلى أن البيوع المستثناة من الضمان هي البيوع التي يوجد بشأنها نص تشريعي يقضي بوجود إتمامها عن طريق اللجوء إلى سلطة القضاء⁽¹⁾.

وبذلك فإن الفقه الفرنسي يتفق على أنه لا مجال لاستبعاد أحكام ضمان عيوب المبيع الخفية بشأن البيوع التي يكون فيها تدخل القضاء اختياريا بناء على إرادة الأطراف⁽²⁾.

ومن جهة أخرى يجمع الفقه الفرنسي أيضا على أن البيوع التي تتم بالمزاد العلني تحقيقا لرغبة المتعاقدين تخضع لضمان عيوب المبيع الخفية ولا مجال فيها لإعمال الاستثناء الوارد في المادة 1649 من القانون المدني الفرنسي⁽³⁾.

هذا وقد ثار في فرنسا تساؤل لا يتعلق بتحديد ما إذا كان نص المادة 1649 من القانون المدني الفرنسي يمتد ليشمل العلاقة بين المشتري الفرعي والمنتج، وكانت النتيجة أن أجابت الغرفة المدنية الأولى بالنفي، ذاهبة إلى أن العلاقة بين المشتري الفرعي ومنتج البضاعة تخضع لضمان عيوب المبيع الخفية، ولا مجال فيها لإعمال الاستثناء الوارد في المادة 1649 من القانون المدني الفرنسي التي تقتصر على العلاقة بين المشتري الفرعي والوسيط في الحالة التي يتم فيها البيع بسلطة القضاء⁽⁴⁾.

ومهما يكن من أمر فإن البيوع التي تخضع للمادة 1649 من القانون المدني الفرنسي تتمثل حصرا في عقود البيع التي يفرض القانون تدخل سلطة القضاء لإبرامها.

(1) J.Huet / La garantie légale contre les vices cachés, domaine de la garantie, généralités, JCP, 1994, fasc. 290, n° 96.

(2) M.Planiol et G.Ripert/ Traité pratique de droit civil Français, par J. Hamel, 1956, page 130, n° 127.

(3) P.H. Malaurie et Aynés/ Les contrats spéciaux, précité, Page 245. Et J.Huet / La garantie légale contre les vices cachés, domaine de la garantie, généralités, JCP, 1994, fasc. 290, n° 99.

(4) L.Leveneur/ Cass.civ. 1^{ère}, 3 Mars 1992, Contrats. concur. et consom., n° 112.

لذلك يتم استثناء أحكام ضمان عيوب المبيع الخفية في القانون الفرنسي إذا تعلق الأمر ببيع عين شائعة بالمزاد بسبب رفض أحد الورثة للقسمة تطبيقاً للمادة 823 من القانون المدني الفرنسي أو بسبب كون أحد الورثة غائباً أو قاصراً تطبيقاً للمادة 838 من نفس القانون⁽¹⁾.

ومن جهة أخرى يتم إعمال الاستثناء الوارد في المادة 1649 من القانون المدني الفرنسي بشأن بيع أموال القصر تطبيقاً للمادة 459 من القانون المدني الفرنسي، وبيع أموال المحجور عليهم تطبيقاً للمادة 495 من نفس القانون⁽²⁾.

وخلاصة القول أن هناك إجماع فقهي في فرنسا على استبعاد ضمان عيوب المبيع الخفية بشأن البيع القضائي الإجباري دون البيع القضائي الاختياري.

هذا الإجماع يتماشى مع صياغة المادة 1649 من القانون المدني الفرنسي التي تقضي باستبعاد البيوع التي تتم بسلطة القضاء من مجال ضمان عيوب المبيع الخفية⁽³⁾.

ورغم اختلاف صياغة هذه المادة عن الأسلوب الذي تم اعتماده في تحرير المادة 385 من القانون المدني الجزائري المقابلة للمادة 454 من القانون المدني المصري، فإن هناك جانباً فقهيًا اعتمد في تفسير هاتين المادتين نفس تفسير الفقه الفرنسي للمادة 1649 من القانون المدني الفرنسي⁽⁴⁾.

(1) Patricia Jachmig- Joly/ La garantie des vices cachés, Essai de Théorie Générale, thèse pour le doctorat en droit privé, Université de Paris II, soutenue le 19 Décembre 1997, page 55.

(2) Patricia Jachmig- Joly/ thèse précitée, page 56.

(3) تنص المادة 1649 من القانون المدني الفرنسي على ما يلي:
Elle -l'action résultant des vices rédhibitoires- n'a pas lieu dans les ventes faites **par autorité de justice**.

(4) الدكتور السنهوري/ الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، البيع والمقايضة، المرجع السابق، ص 733. والدكتور أنور سلطان/ العقود المسماة، شرح البيع والمقايضة، المرجع السابق، ص 342. والدكتور سليمان مرقس محمد وعلي إمام/ المرجع السابق، ص 385.

بالفعل. لقد نص المشرع الجزائري في المادة 385 من القانون المدني الجزائري المقابلة للمادة 454 من القانون المدني المصري على أنه لا ضمان للعيب في البيوع القضائية التي تتم بالمزاد.

هذا النص التشريعي يتناول جميع البيوع القضائية على العموم دون التفرقة بين البيوع القضائية الطوعية والإجبارية، مما يعني أنه لا وجه للمقاربة بينه وبين نص المادة 1649 من القانون المدني الفرنسي التي أعتت البائع من ضمان عيوب المبيع الخفية بشأن البيوع القضائية التي تتم تحت سلطة القضاء مستثنيا من الضمان البيوع التي لا يوجد بشأنها نص تشريعي يقضي بوجوب إتمامها عن طريق القضاء⁽¹⁾.

ومهما يكن من أمر فإن استثناء البيوع القضائية من الضمان له أصل تاريخي يمتد إلى عهد جوستينيان عندما كانت السلطة تهدف إلى التخلص من مراجعة المزايدين⁽²⁾.

وقد عمل الفقه الفرنسي على تبرير هذا الاستثناء فذهب الفقيه Trolong إلى أن عدم ضمان عيوب المبيع الخفية في البيوع القضائية يرجع إلى أن المشتري يدفع ثمنا منخفضا⁽³⁾.

وقبل ذلك ذهب الفقيه "دوما" إلى أنه لا يجوز تحميل المالك أعباء ضمان عيوب المبيع الخفية بشأن البيوع القضائية انطلاقا من أن البيع لم ينشأ بإرادته ولا بإرادة المدين أو الموظف العام⁽⁴⁾.

(1) الدكتور صاحب عبيد الفتلاوي/ المرجع السابق، ص 99. والدكتور محمد حسنين/ المرجع السابق، ص 160.

والدكتور أسعد دياب/ المرجع السابق، ص ص 49 إلى 52.

(2) الدكتور أسعد دياب/ المرجع السابق، ص 51.

(3) الدكتور أسعد دياب/ المرجع السابق، ص 52.

(4) الدكتور فتحي والي/ التنفيذ الجبري في القانون اللبناني، دار النهضة العربية، بيروت، 1969، ص 495.

أما الفقيه Laurent فقد ذهب إلى أن المشتري في المزداد العلني يعلم مسبقاً أن البيع ليس مضموناً مما يؤدي به إلى التقدم بثمن منخفض ليأخذ البيع صفة العقد الاحتمالي⁽¹⁾.

هذا وذهب الفقيه Daniel Mainguy حديثاً إلى أن استثناء البيوع القضائية من الضمان قد يجد أساسه في أن الأمر يتعلق بعقود تتحمل الربح والخسارة وأن ذلك هو ما يبرر قيام القضاء الفرنسي بالتوسع في تفسير المادة 1649 من القانون المدني الفرنسي عن طريق مد الاستثناء ليشمل جميع العقود الاحتمالية⁽²⁾.

غير أن نفس الفقيه عاد ليرد على هذا التبرير بإعلان شكه في كون استثناء البيوع القضائية من الضمان يتمثل في أنها بيوع احتمالية، ذاهبا إلى أن احتمال الربح والخسارة موجود أيضاً في البيع القضائي الاختياري الذي يخضع لضمان العيوب الخفية⁽³⁾.

أكثر من ذلك يلاحظ أن القضاء الفرنسي يسمح للمشتري في إطار البيع القضائي الإجباري باللجوء إلى مطالبة البائع السابق بالضمان عن جميع العيوب الخفية التي تعترى المبيع⁽⁴⁾.

الفرع الثاني

الاستثناء التشريعي المتعلق بالبيوع التي يكون محلها حيواناً:

خص المشرع الفرنسي البيوع التي يكون محلها حيواناً بأحكام استثنائية ابتداء من سنة 1838⁽⁵⁾.

(1) Laurent/ Principes de droit civil Français, 3^{ème} édition, tome XXIV, page 284.

أشار إليه الدكتور أسعد دياب/ ضمان عيوب المبيع الخفية، المرجع السابق، ص 52، الهامش الثالث.

(2) Daniel Mainguy/ Contrats spéciaux, précité, page 169, note 1.

(3) Daniel Mainguy/ Contrats spéciaux, page et note précitées.

(4) Cass.com. 3 Mars 1992, contrats. conc. consom. 1992, 112, Obs.L.Leveneur.

(5) Pascal Puig/ Contrats spéciaux, précité, page 275.

والنتيجة هي أن عقود البيع التي تتعلق بالحيوانات أصبحت تخضع لأحكام خاصة تضمنها القانون الريفي الفرنسي⁽¹⁾.

ومع ذلك يلاحظ أن القضاء الفرنسي كثيرا ما يقوم بإعمال المادة 1641 وما يليها من القانون المدني الفرنسي لضمان عيوب الحيوان الخفية مستبعدا الأحكام القانونية الخاصة استنادا إلى تفسير إرادة الأطراف الصريحة منها والضمنية⁽²⁾.

وبناء عليه فإن الاستثناء التشريعي الذي تضمنه القانون الريفي فيما يتعلق ببيع الحيوانات لا يؤدي بالضرورة إلى استبعاد الأحكام القانونية المنظمة لضمان عيوب المبيع الخفية عموما⁽³⁾.

ذلك أن طرفي العقد يمكنهم الاتفاق على إخضاع تصرفهم للمادة 1641 وما يليها من القانون المدني الفرنسي باعتبارها أحكاما عامة يمكن الاتفاق على إعمالها بدلا عما جاء به القانون الريفي من أحكام خاصة تتعلق ببيع الحيوانات⁽⁴⁾.

ومن جهة أخرى يلاحظ أن الأمر قد يتعلق عمليا بعيب لا يندرج ضمن العيوب التي وردت حصرا في القانون الريفي، مما أدى بالقضاء الفرنسي إلى إحلال المواد 1641 وما يليها من القانون المدني الفرنسي محل النصوص التشريعية التي تضمنها القانون الريفي فيما يتعلق بضمان عيوب الحيوان الخفية⁽⁵⁾.

(1) Daniel Mainguy/ Contrats spéciaux, précité, page 169.

(2) Rouen, 21 Novembre 1968, D. 1969, page 107. Et Cass.civ.1^{ère}, 11 Mai 1971, D. 1971, somm. page 204. Et Cass. civ. 1^{ère}, 26 Novembre 1981, Gaz. Pal. 1982, 1, pan, page 168. Et Cass.com. 14 Janvier 1969, JCP 1970, édition G, I, 16167.

(3) Pascal Puig/ Contrats spéciaux, précité, page 276.

(4) Pascal Puig/ Contrats spéciaux, ouvrage et page précités.

(5) Pascal Puig/ Contrats spéciaux, ouvrage et page précités.

الفرع الثالث

الاستثناء التشريعي المتعلق بالبيع التي يكون محلها عقارا تحت الإنشاء

خص المشرع الفرنسي بيع العقارات تحت الإنشاء بأحكام قانونية ابتداء من سنة 1967، حين أصدر قانونا يحكم ضمان عيوب العقار المباع قبل الإنشاء⁽¹⁾.

هذه النصوص انعكست على الالتزام بضمان عيوب المبيع الخفية عندما يكون الأمر متعلقا ببيع عقار تحت الإنشاء.

والنتيجة هي أن النظام القانوني لضمان العقارات تحت الإنشاء أصبح يخضع لمواد استثنائية مدرجة ضمن القانون المدني الفرنسي، قصد إرساء نظام قانوني خاص بضمان بيع هذه العقارات، يختلف عن النظام التقليدي لضمان عيوب المبيع الخفية عموما.

يتعلق الأمر بكل من المادة 1642-1⁽²⁾، والمادة 1646-1⁽³⁾، والفقرة الثانية من المادة 1648⁽⁴⁾.

(1) يتعلق الأمر بالقانون رقم 67-3 المؤرخ في 3 جانفي 1967، ج.ر المؤرخة في 4 جانفي 1967، رقم 107.

(2) تنص المادة 1642-1 من القانون المدني الفرنسي على ما يلي
«Le vendeur d'un immeuble à construire ne peut être déchargé, ni avant la réception des travaux, ni avant l'expiration d'un délai d'un mois après la prise de possession par l'acquéreur, des vices de construction ou des défauts de conformité alors apparents. Il n'y aura pas lieu à résolution du contrat ou à diminution du prix si le vendeur s'oblige à réparer.»

(3) تنص المادة 1646-1 من القانون المدني الفرنسي على ما يلي:
«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.»

(4) تنص المادة 1648 من القانون المدني الفرنسي في فقرتها الثانية على ما يلي:
«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.»

هذه المواد تتضمن إذن نظاما قانونيا استثنائيا خاصا بمن يقوم ببيع عقار تحت الإنشاء، وهي مواد تجد مصدرها في جملة من القوانين التي تم إصدارها من أجل حماية من يشتري عقارا تحت الإنشاء⁽¹⁾.

والواقع أن استقراء هذه النصوص يسمح بالتوصل إلى نتيجتين، تتعلق الأولى بكل من المادة 1-1642 والفقرة الثانية من المادة 1684 من القانون المدني الفرنسي اللتين ألزمتا بائع العقار تحت الإنشاء بضمان عيوب العقار الظاهرة⁽²⁾.

أما النتيجة الثانية فتتمثل في المادة 1-1646 من القانون المدني الفرنسي التي جعلت بائع العقار تحت الإنشاء في نفس مركز المقاول القانوني بإخضاعه للمواد 1792 وما يليها من القانون المدني الفرنسي⁽³⁾.

وخلاصة القول أن البائع يخضع تارة للمادة 1641 وما يليها من القانون المدني الفرنسي باعتباره نظاما قانونيا عاما ويخضع تارة أخرى لنظام قانوني خاص عندما يكون محل العقد عقارا تحت الإنشاء.

المطلب الثالث

الاستثناء الذي جاء به القضاء الفرنسي في إطار النفرغ الحيري:

كثيرا ما يصعب تكييف التصرف القانوني للتوصل إلى إمكانية إطلاق وصف عقد البيع عليه من عدمه.

⁽¹⁾ La loi 67-3 du 3 janvier 1967 relative aux ventes d'immeubles à construire ou en cours de construction, JORF du 04 Janvier 1967, page 107, et la loi 67-547 du 07 juillet 1967 tendant à reporter la date d'application et à préciser certaines dispositions de la loi du 3 janvier 1967 relative aux ventes d'immeubles à construire ou en cours de construction et à l'obligation de garantie à raison des vices cachés, JORF du 09 juillet 1967, et la loi 78-12 du 04 janvier 1978 relative à la responsabilité et à l'assurance dans le domaine de la construction, JORF du 05 Janvier 1978, et la loi 2009-323 du 25 Mars 2009 relative à la mobilisation pour le logement et la lutte contre l'exclusion, JORF du 27 Mars 2009, page 5408.

⁽²⁾ Patricia Jachmig- Joly/ thèse précité, page 58.

⁽³⁾ Patricia Jachmig- Joly/ ouvrage et page précités.

ذلك ما حدث في فرنسا بشأن الحالة التي يتم فيها اكتساب ملكية حائط مشترك،

أو ما يطلق عليه مصطلح: Acquisition de mitoyenneté

فمتى يكون الحائط مشتركاً؟ وما هي الأحكام القانونية التي يخضع لها؟

الواقع أن الحائط الذي يفصل بين بناءين أو عقارين قد يكون حائطاً مشتركاً، وقد يكون حائطاً فاصلاً غير مشترك ولكنه مملوك ملكية خاصة لمالك أحد البناءين أو العقارين⁽¹⁾.

وبالرجوع إلى نصوص القانون المدني الفرنسي يلاحظ أن المادة 661 منه قد أجازت للجار أن يطلب من جاره الاشتراك في ملكية حائطه الفاصل، كله أو بعضه، فيصبحان شريكين في الملكية، مقابل أن يدفع له نصف قيمة الجزء الذي يريد جعله مشتركاً، مع نصف قيمة الأرض التي أقيم عليها الحائط⁽²⁾.

كما أن المادة 660 من القانون المدني الفرنسي أجازت للجار المشترك في ملكية الحائط الاشتراك في الجزء العلوي من هذا الحائط الذي لم يشترك في تعليته منذ البداية، شريطة أن يدفع نصف التكاليف ونصف قيمة الأرض المستعملة لزيادة كثافة الحائط⁽³⁾.

(1) الدكتور السنهوري/ الوسيط في شرح القانون المدني، حق الملكية مع شرح مفصل للأشياء والأموال، دار إحياء التراث العربي، الجزء الثامن، ص 990. والدكتور أسعد دياب/ المرجع السابق، ص 40.

(2) تنص المادة 661 من القانون المدني الفرنسي الصادرة بموجب القانون 60-464 المؤرخ في 17 ماي 1960 والمنشور بالجريدة الرسمية المؤرخة في 18 ماي 1960 على ما يلي:

« Tout propriétaire joignant un mur a la faculté de le rendre mitoyen en tout ou en partie, en remboursant au maître du mur la moitié de la dépense qu'il a coûté, ou la moitié de la dépense qu'a coûté la portion du mur qu'il veut rendre mitoyenne et la moitié de la valeur du sol sur lequel le mur est bâti. La dépense que le mur a coûté est estimée à la date de l'acquisition de sa mitoyenneté, compte tenu de l'état dans lequel il se trouve. »

(3) تنص المادة 660 من القانون المدني الفرنسي الصادرة بموجب القانون 60-464 المؤرخ في 17 ماي 1960 والمنشور بالجريدة الرسمية المؤرخة في 18 ماي 1960 على ما يلي:

« Le voisin qui n'a pas contribué à l'exhaussement peut en acquérir la mitoyenneté en payant la moitié de la dépense qu'il a coûté et la valeur de la moitié du sol fourni pour l'excédent d'épaisseur, s'il y en a. La dépense que l'exhaussement a coûté est estimée à la date de l'acquisition, compte tenu de l'état dans lequel se trouve la partie exhaussee du mur. »

وبناء على ذلك هناك تساؤل هاما طرح نفسه يتمثل في البحث عما إذا كان تملك نصف الحائط أو نصف التعلية يعتبر عقد بيع يخضع لأحكام ضمان عيوب المبيع الخفية؟

أجابت محكمة النقض الفرنسية عن هذا التساؤل بالنفي بموجب قرار صدر عن غرفتها التجارية في 17 فبراير 1864 على أساس أن ضمان عيوب المبيع الخفية يقتصر على عقود البيع الحقيقية، في حين أن التفرغ عن الملكية لا يتم برضا المالك المجاور ولا يعدوا أن يكون سوى ممارسة لحق الارتفاق⁽¹⁾.

بالفعل لقد كان الأمر متعلقا بموجب هذه القضية بتطبيق المادة 661 من القانون المدني الفرنسي المتعلقة بالتفرغ الجبري، مما أدى بالفقيه Gross إلى تأييد استبعاد أحكام ضمان عيوب المبيع الخفية تحقيقا للعدالة، على أساس أن إخضاع المتنازل للضمان يعد تعسفا في حقه⁽²⁾.

ويبدو أن القضاء الفرنسي أراد البقاء على نفس الموقف، بعد مرور ما يزيد عن قرن من الزمن، بصدور قرار عن الغرفة المدنية الثالثة في 02 أكتوبر 1980، اعتمدت فيه نفس الاتجاه حين استبعدت أحكام ضمان عيوب المبيع الخفية بشأن التفرغ الجبري⁽³⁾.

وبالإطلاع على الاجتهادات الفقهية يلاحظ أن الفقه الفرنسي الراجح يقبل أعمال أحكام ضمان عيوب المبيع الخفية في الحالة التي يكون فيها التفرغ عن الملكية طوعيا على أساس أن الأمر يتعلق في مثل هذه الحالة بعقد بيع⁽⁴⁾.

(1) Cass. civ. 17 Février, S. 1864,1, page 117.

(2) G.Gross/ La notion d'obligation de garantie dans le droit des contrats, LGDJ 1963, page 123.

(3) Cass.civ. 3^{ème}, 2 Octobre 1980, Bull. civ. III, n° 143.

(4) Carbonnier/ Droit civil, 6^{ème} édition, Thémis, Tome IV, page 158.

أما إذا كان التفرغ عن الملكية جبريا فإن هناك من يعتبره بمثابة ممارسة لحق الارتفاق ولا يرتب عليه التزاما بضمان العيوب الخفية⁽¹⁾، بينما هناك من ينادي بضرورة إعمال الضمان في حالة التفرغ الجبري عن الملكية أيضا⁽²⁾.

(1) J-limpes/ La vente en droit Belge, Paris, L.D.J. 1960, page 162.

(2) M.Planiol et G.Ripert/ Traité pratique de droit civil Français, tome 10, 2^{ème} édition, n° 127. أشار إليه الدكتور أسعد دياب/ المرجع السابق، ص 42، الهامش الثاني.

الفصل الثاني

ماهية العيوب الخاضعة للضمان

لا شك في أن دراسة أحكام الالتزام القانوني بضمان عيوب المبيع الخفية يتطلب التطرق لمفهوم العيب إلى جانب تحديد الشروط التي يجب أن يتوفر عليها حتى يقوم الالتزام بالضمان. فما هو المقصود بالعيوب؟ وما هي الشروط التي يجب أن تتوفر فيه حتى يكون مضمونا؟

إن الإجابة عن هذه التساؤلات من شأنها أن تؤدي إلى تحديد مجال أعمال الالتزام بضمان العيوب الخفية، إذ أنها تحول دون حصول الالتباس بين مفهوم العيب وغيره من المصطلحات.

لذلك ارتأيت أن أقسم هذا الفصل إلى مبحثين، أتطرق في أولهما لتحديد مفهوم العيب، وأتناول في ثانيهما دراسة الشروط التي يجب أن تتوفر في العيب حتى يقوم الالتزام بضمانه.

المبحث الأول

مفهوم العيب

تتطلب دراسة الالتزام القانوني بضمان عيوب المبيع الخفية تحديد المقصود بعبارة: "العيب"، لذلك ارتأيت أن أتناول هذا المصطلح بالدراسة ضمن ثلاثة مطالب، حيث أخصص أولهما لتحديد مفهوم العيب لغة، وأتناول في ثانيهما دراسة المقصود بهذه العبارة في الفقه الإسلامي قبل الانتهاء إلى تحديد مفهومها قانونا ضمن المطلب الثالث.

المطلب الأول

مفهوم العيب من الناحية اللغوية

جاء في محيط المحيط للمعلم بطرس البستاني أن العيب هو النقيصة والوصمة وما يخلوا عنه أصل الفطرة السليمة، والعيب اليسير هو ما ينقص ما يدخل تحت تقويم المقومين، وقدره في العرض في العشرة بزيادة نصف، وفي الحيوان درهم، وفي العقار درهمين، والعيب الفاحش بخلافه هو ما لا يدخل نقصانه تحت تقويم المقومين⁽¹⁾.

كما جاء في اللسان: عابه عيبا وتعيبته: نسبته إلى العيب⁽²⁾.

أما في الصحاح فقد قيل: إن العيب والعيبة والعاب بمعنى واحد: تقول عاب المتاع أي صار ذا عيب، وعبيته أنا، يتعدى ولا يتعدى، فهو معيب ومعيوب أيضا على الأصل⁽³⁾.

المطلب الثاني

مفهوم العيب في الفقه الإسلامي

جاء لفظ العيب بمعناه الصريح في القرآن الكريم ضمن سورة الكهف في قوله تعالى بعد البسملة: "وأما السفينة فكانت لمساكين يعملون في البحر فأردت أن أعيبها"⁽⁴⁾.

وقد نزلت هذه الآية بمناسبة أن ملكا كان يأخذ كل سفينة صالحة غصبا، فأراد الخضر عليه السلام أن يحدث في السفينة عيبا يجعل الملك يزهد فيها فقام بخرقها، ومعنى

(1) محيط المحيط للمعلم بطرس البستاني في "عيب"، الجزء الثاني، مكتبة لبنان، بيروت، طبعة 1870، ص 1503.

(2) أبو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم بن منظور الإفريقي/لسان العرب: دار المعارف القاهرة، 811 هجرية، الجزء الرابع، ص 3183.

(3) إسماعيل بن حماد الجوهري/الصحاح، تحقيق أحمد عبد الغفور عطا، معجم مقاييس اللغة، ص 189. وأبو زكريا محمد محي الدين بن شرف النووي/تهذيب للأسماء واللغات، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الجزء الثالث، ص 53.

(4) سورة الكهف، الآية 79.

ذلك أن السفينة كانت في أصلها خالية من العيب ولكنه خرقتها فأصبحت معيبة بشكل يصد الملك عن الرغبة في الحصول عليها⁽¹⁾.

هذا وقد جاء في الجامع لأحكام القرآن للقرطبي عند تفسير عبارة: "فأردت أن أعيبها" قوله: أي أجعلها ذات عيب، مضيفاً أنه يقال عبت الشيء فعاب، إذا صار ذا عيب: فهو معيب وعائب⁽²⁾.

وإذا كان لفظ العيب لم يرد في مكان آخر في القرآن الكريم فإن هناك عبارات أخرى تفيد معنى العيب فيه، ولعل أهم هذه العبارات عبارة: "اللمز" الواردة في سورة التوبة في قوله تعالى: الذين يلمزون المطوعين من المؤمنين في الصدقات⁽³⁾، وفي قوله تعالى ضمن سورة الحجرات: ولا تلمزوا أنفسكم⁽⁴⁾.

هذا وقد نزلت سورة التوبة بمناسبة أن الرسول صلى الله عليه وسلم أمر بالصدقة فقدم أغنياء الصحابة صدقات ذات قيمة كبيرة، بينما جاء الفقراء منهم بقيم ضئيلة القيمة، فعاب المنافقون ذلك واصفين أغنياء الصحابة بالرياء ومنتقدين الفقراء منهم بقولهم: إن الله غني عن صدقاتهم⁽⁵⁾.

وأما عن سورة الحجرات فقد ذهب القرطبي بشأنها إلى أن المقصود باللمز هو العيب وأن قوله تعالى: "ولا تلمزوا أنفسكم" فيه تنبيه على أن العاقل لا يعيب نفسه، فلا ينبغي أن يعيب غيره لأنه كنفسه، كما أنه قال أن بكر بن عبد الله المزني ذهب إلى أن الشخص إذا أراد أن ينظر العيوب جمة فلا بد أن يتأمل عيابه، فإنه يعيب الناس بفضل ما فيه من العيب⁽⁶⁾.

(1) الدكتور إسماعيل كاظم العيساوي/ المرجع السابق، ص 17.

(2) أبو عبد الله محمد بن أحمد بن أبي بكر القرطبي/ الجامع لأحكام القرآن، دار الكتب المصرية، 1368 هجرية، الجزء 11، ص 34.

(3) سورة التوبة، الآية 79.

(4) سورة الحجرات، الآية 11.

(5) أبو عبد الله محمد بن أحمد بن أبي بكر القرطبي/ المرجع السابق، ص 34.

(6) أبو عبد الله محمد بن أحمد بن أبي بكر القرطبي/ المرجع السابق، ص 327.

هذا وقد قال الفراء في تعرضه لقوله تعالى: "ويل لكل همزة لمزة"⁽¹⁾ أن هذه الآية قد نزلت في رجل واحد كان يهمز الناس ويلمزمهم، أي يغتابهم ويعيبهم، وهذا جائز في اللغة العربية التي يمكن فيها أن يذكر الشيء في صورة العمومية في حين أن المقصود به شخص واحد⁽²⁾.

لقد وردت عبارة العيب أو ما يرادفها في القرآن الكريم إذن ضمن ثلاث سور هي: سورة التوبة وسورة الحجرات وسورة الهمزة.

غير أن البحث عن مفهوم العيب في الشريعة الإسلامية لا يستوي إلا بالتساؤل عما إذا كانت هناك مواضع لهذا المصطلح في السنة.

والواقع أن أكثر الأحاديث الشريفة تداولها بهذا الصدد حديث عقبة بن عامر رضي الله عنه الذي قال: سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول: "المسلم أخو المسلم، ولا يحل لمسلم باع من أخيه بيعا فيه عيب إلا بينه له." رواه ابن ماجة واللفظ له، والحاكم وقال: صحيح على شرط الشيخين⁽³⁾.

هذا وفي بيانه لأنصبة الزكاة قال صلى الله عليه وسلم: "...ولا يؤخذ في الصدقة هرمة ولا ذات عيب"⁽⁴⁾.

ومع ذلك فإن استقراء الأحاديث الشريفة التي تضمنت عبارة العيب واستقراء الآيات القرآنية المتضمنة لهذا المصطلح أو لما يرادفه لا يكفي في حد ذاته لإعطاء مفهوم للعيب في الشريعة الإسلامية.

إن تحقيق هذه الغاية يستدعي في حقيقة الأمر البحث عن مختلف التعاريف الفقهية لمصطلح العيب في فقه شريعتنا الغراء.

(1) سورة الهمزة، الآية الأولى.

(2) أبو زكريا يحيى بن زياد الفراء/ معاني القرآن، عالم الكتب، بيروت، صورة عن الطبعة الثانية، 1980 ميلادية، الجزء الثالث، ص289.

(3) أبو عبد الله محمد بن يزيد القزويني بشرح أبي الحسن نور الدين بن عبد الهادي السندي الحنفي/ سنن ابن ماجة، دار الجبل، بيروت، الجزء الثاني، ص31.

(4) أبو عبد الله محمد بن إسماعيل بن إبراهيم بن المغيرة/ صحيح البخاري، الجزء الثالث، ص409.

فبالرجوع إلى المادة 383 من مجلة الأحكام العدلية يلاحظ أنها تنص على أن العيب هو ما ينقص من ثمن المبيع عند التجار وأرباب الحرفة.

والواقع أن هذا التعريف يتفق مع ما ذهب إليه الحنفية من أن العيب هو كل ما أوجب نقصان الثمن في عادة أهل الخبرة⁽¹⁾.

كما أنه يتفق أيضا مع موقف الحنابلة الذين ذهبوا إلى أن العيب هو نقص القيمة أو المنفعة في عرف أهل الشأن وهم التجار⁽²⁾.

هذا ويتضح مما جاء في حاشية القليوبي وعميرة أن العيب عند الشافعية هو كل ما ينقص العين أو القيمة نقصا يفوت به غرض صحيح إذا غلب في جنس المبيع عدمه⁽³⁾.

والواقع أن هذا التعريف يتفق مع ما ذهب إليه المالكية من أن العيب هو ما يغلب في جنس المبيع عدمه، مما ينقص الثمن أو المبيع أو يخاف عاقبته⁽⁴⁾.

هذا ويلاحظ أن الدكتور مصطفى أحمد الزرقا قد شدد على أن المقصود بالعيب في مقام الضمان لدى فقهاء الشريعة الإسلامية يتمثل فيما تخلو عنه أصل الفطرة السليمة إذا كان مما يؤدي إلى الإنقاص من قيمة المبيع⁽⁵⁾.

كما أنه ذهب إلى شرح المقصود بالفطرة السليمة للأشياء، معتبرا إياها الحالة الأصلية التي يغلب وجودها في الشيء المبيع سواء كان طبيعيا أو صناعيا، إذ أن السوس في الحبوب والوهن في أساس البناء والكسر في الأثاث تعد عيوباً لأنها آفات عارضة مما تخلو عنه أصل الفطرة السليمة لهذه الأشياء، أما ما لا يخلو منه الشيء عادة، بحيث يكون

(1) كمال الدين بن همام/ شرح فتح القدير، المطبعة الكبرى الأميرية ببولاق مصر المحمية، الطبعة الأولى، الجزء الخامس، سنة 1316 هـ، ص 153.

(2) شرف الدين موسى المقدسي/ الإقناع في فقه الإمام بن حنبل، الجزء الثاني، المطبعة المصرية بالأزهر، دون ذكر سنة الطبع، ص ص 93 و 94.

(3) حاشية القليوبي وعميرة/ حاشيتا الشيخ شهاب الدين القليوبي و الشيخ عميرة على شرح جلال الدين المحلي على منهاج الطالبين للشيخ محي الدين النووي في فقه الإمام الشافعي، دار إحياء الكتب العربية، الجزء الأول، دون ذكر سنة الطبع، ص 198 و 199.

(4) شمس الدين الشيخ محمد عرفه الدسوقي/ حاشية الدسوقي على الشرح الكبير لأبي البركات سيدي أحمد الرديري، الجزء الثالث، المطبعة الأزهرية بمصر، دون ذكر لسنة الطبع، ص 115.

(5) الدكتور مصطفى أحمد الزرقاء/ المرجع السابق، ص 192.

وجوده أغلب من عدمه، فإنه لا يعد عيباً، كما هو الحال بالنسبة للحصى والتراب اليسير في القمح والفساد في بعض أفراد الجوز⁽¹⁾.

وبناء على ذلك نادى الدكتور مصطفى أحمد الزرقا بضرورة التفريق بين العيب والرداءة مشدداً على أن الرداءة ليست عيباً بالمعنى الفقهي، على أساس أن اختلاف الحالة المعتادة للشيء الذي يوجد في أصل فطرته السليمة على وجوه مختلفة، تتراوح بين ما هو أعلى وبين ما هو أدنى، لا تعتبر من قبيل السلامة والعيب، وإنما من قبيل الجودة والرداءة التي تعد في الشريعة الإسلامية حالة طبيعية معتادة باعتبارها من الأوصاف الدنيا للأشياء⁽²⁾.

هذا وقد جاء الدكتور مصطفى أحمد الزرقا في معرض تناوله للفرق بين الرداءة والعيب بأمثلة عديدة من أجل توضيح مجال أعمال خيار العيب في الشريعة الإسلامية، ومن جملة هذه الأمثلة أن وجود السوس والدود في القمح والدقيق وإصابة الحيوان بمرض وتخرق الثوب والفساد الكبير في الجوز والبيض تعد عيوباً، أما غلط القشر في الجوز وبطء السير في الدابة وخفة وزن القمح وقصر عنق الفرس أو ظهرها فتدخل ضمن الأوصاف الدنيا للأشياء التي لا يسأل عنها البائع إلا إذا اشترط ذلك في العقد، كما هو الشأن بالنسبة لخيار الوصف، وخلافاً لما هو عليه الأمر بالنسبة لخيار العيب الذي يثبت للمشتري دون الحاجة إلى النص عليه صراحة⁽³⁾.

والواقع أن هذا الحكم يتفق مع ما ذهب إليه فقهاء الشريعة الإسلامية بمناسبة التعرض لفوات الوصف، حيث جاء في حاشية ابن عابدين أن الدابة لا ترد بسبب بطء سيرها إلا إذا اشترط أنها عجول، لأن البطء والعجلة تكون في أصل الفطرة السليمة وبطء السير ليس الغالب عدمه⁽⁴⁾.

(1) الدكتور مصطفى أحمد الزرقاء/ المرجع السابق، ص 193.

(2) الدكتور مصطفى أحمد الزرقاء/ المرجع والموضع السابقان.

(3) الدكتور مصطفى أحمد الزرقاء/ المرجع السابق، ص ص 194 و195.

(4) محمد أمين بن عابدين/ حاشية رد المحتار على الدر المختار، شرح تنوير الأبصار، الجزء الرابع، دون ذكر سنة الطبع، ص ص 78 و79.

ومهما يكن من أمر يلاحظ أن وجود ما تخلو عنه فطرة الشيء الأصلية يعد عيبا لدى فقهاء الشريعة الإسلامية في الحالة التي يقترن فيها هذا الوجود بشرط آخر يتمثل في أن يترتب عليه نقص في قيمة الشيء لدى التجار.

أما إذا كان الشيء موجودا في أصل فطرته السليمة على درجات متفاوتة من الجودة والرداءة فإن الرديء منها لا يعتبر معيبا، ولا مجال فيه لإعمال أحكام خيار العيب.

فهل يتفق القانون المدني مع موقف الفقه الإسلامي فيما يتعلق بتعريف العيب الذي يترتب على وجوده في الشيء المبيع قيام التزام البائع بالضمان؟

ذلك ما أتعرض له ضمن الفرع الموالي الذي يتضمن مفهوم العيب وفق ما استقر عليه الفكر القانوني.

المطلب الثالث

مفهوم العيب من الناحية القانونية

عرف الالتزام بضمان العيوب الخفية مشاكل عديدة يكمن مصدرها في اختلاف الحدود المرسومة له تبعا لاختلاف المفهوم المعتمد للعيب الذي يعتبر الفعل المنشئ للالتزام بالضمان، ولعل ذلك هو ما يستدعي الاهتمام بتحديد مفهوم العيب على وجه الدقة. فما هو المقصود بالعيب المنشئ للالتزام بالضمان؟

الواقع أن تعريف العيب الخفي أثار إشكالا قانونيا رغم أنه يتسم بالوضوح ظاهريا.

وتكمن أسباب هذا الإشكال في عدم وضوح النصوص التشريعية رغم بساطتها مما يفتح المجال أمام أكثر من تفسير فقهي وقضائي.

وبناء عليه يلاحظ امتناع كل من المشرع الجزائري والمصري عن إيراد تعريف للعيب الذي يؤدي وجوده في الشيء المبيع إلى قيام التزام البائع بالضمان.

كما أن المشرع الفرنسي سكت عن إيراد تعريف للعيب الموجب للضمان شأنه في ذلك شأن كل من المشرع اللبناني والمغربي.

غير أن ذلك لا يمنع من أن هذه التشريعات جاءت بنصوص تتضمن تحديدا للمقصود بالعيب من خلال التطرق لآثاره.

وبذلك يلاحظ أن المشرع الجزائري قد نص في المادة 1/379 من القانون المدني المقابلة للمادة 1/447 من القانون المدني المصري على أن قيام التزام البائع بالضمان يتطلب أن يكون بالمبيع عيبا ينقص من قيمته أو من الانتفاع به حسب الغاية المقصودة منه حسبما هو مذكور في عقد البيع أو وفقا لما يظهر من طبيعته واستعماله⁽¹⁾.

كما أن المشرع الفرنسي نص في المادة 1641 من القانون المدني على أن البائع يلتزم بضمان العيوب الخفية التي تجعل الشيء المبوع غير صالح للاستعمال لدرجة أن المشتري ما كان ليشتريه أو ما كان ليدفع فيه إلا ثمنا أقل لو أنه علم به⁽²⁾.

هذا وقد اكتفى المشرع اللبناني بالنص في المادة 442 من قانون الموجبات والعقود المقابلة للمادة 549 من ظهير الالتزامات والعقود المغربي على أن البائع لا يضمن سوى العيوب التي تنقص من قيمة المبوع نقصا محسوسا أو تجعله غير صالح للاستعمال فيما أعد له بالنظر إلى طبيعته أو إلى مقتضيات عقد البيع⁽³⁾.

(1) تنص المادة 1/379 من القانون المدني الجزائري المقابلة للمادة 1/447 من القانون المدني المصري على ما يلي: "يكون البائع ملزما بالضمان إذا... كان بالمبيع عيب ينقص من قيمته، أو من الانتفاع به حسب الغاية المقصودة منه حسبما هو مذكور في عقد البيع، أو حسبما يظهر من طبيعته أو استعماله...".

(2) تنص المادة 1641 من القانون المدني الفرنسي على ما يلي:

"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'aurait donné qu'un moindre prix, s'il les avait connus."

(3) تنص المادة 549 من قانون الالتزامات والعقود المغربي و المادة 442 من قانون الموجبات والعقود اللبناني المقابلة للمادة على ما يلي: "يضمن البائع عيوب الشيء التي تنقص من قيمته نقصا محسوسا، أو التي تجعله غير صالح لاستعماله فيما أعد له بحسب طبيعته أو بمقتضى العقد.

أما العيوب التي تنقص نقصا يسيرا من القيمة أو الانتفاع، والعيوب التي جرى العرف على التسامح فيها، فلا تخول الضمان".

وأمام سكوت التشريعات عن إيراد نص يتضمن تعريفا للعيب الموجب للضمان اقترح أساتذة القانون تعاريف مختلفة له، يمكن إجمالها ضمن اتجاهين أخذ أحدهما بالمفهوم التجريدي للعيب بينما تبنى الآخر المفهوم الوظيفي له.

لقد ظهر هذان الاتجاهان في فرنسا لعدم اتفاق الفقهاء على منح تفسير موحد لنص المادة 1641 من القانون المدني الفرنسي رغم مرور قرنين على صدور هذا القانون. فما هو الأساس القانوني لكل اتجاه؟

الفرع الأول

الاتجاه التجريدي للعيب: La théorie conceptuelle

يركز أنصار هذا الاتجاه على عبارة: "العيوب" الواردة في المادة 1641 من القانون المدني الفرنسي باعتبارها العبارة الأهم في هذا النص التشريعي⁽¹⁾، وتتمثل نقطة الانطلاق لديهم في أن كل نقص هو عيب موجب للضمان، أما كون الشيء المبيع غير صالح للاستعمال المعد له فلا يشكل سوى نتيجة للعيب الذي يظهر كسبب أو كعامل منشئ لالتزام بالضمان⁽²⁾.

هذا ولعل أهم نتيجة تترتب على الأخذ بالمفهوم المجرد للعيب هي السماح برفض دعوى الضمان لغياب العيب في حالات يكون فيها الشيء المبيع غير صالح للاستعمال المعد له⁽³⁾.

(1) تنص المادة 1641 من القانون المدني الفرنسي على ما يلي:

"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'aurait donné qu'un moindre prix, s'il les avait connus."

(2) Patricia Jachmig- Joly/ thèse précitée, page 95.

(3) Patricia Jachmig- Joly/ thèse et page précitées

ذلك أن أنصار هذا المذهب يعتبرون أن كل نقص في الشيء المبيع يعد عيباً فيه بقطع النظر عن تأثيره في الاستعمال، مما يجعل تعريف العيب لديهم مستندا على طبيعة النقص دون النظر إلى النتائج المترتبة عنه⁽¹⁾، مما يعني أن هناك فرقا بين العيب وعدم صلاحية الشيء للاستعمال المعد له باعتبارهما شرطان متميزان، كما هو الشأن بالنسبة للفرقة بين السبب والنتيجة وبين الخطأ والضرر في المسؤولية المدنية، فوجود الخطأ قد لا يؤدي إلى تحقق الضرر، لتمتع الخطأ بكيان قانوني مستقل يسمح بوجوده في غياب الضرر⁽²⁾.

إن المذهب التجريدي للعيب يقوم إذن على البحث فيما إذا كان الشيء المبيع مشوبا بنقص لتقرير الضمان، دون البحث عما إذا كان من شأن هذا النقص ترتيب عدم صلاحية الشيء المبيع للاستعمال المعد له.

ولعل ما ذهبت إليه محكمة النقض المصرية بموجب حكم صدر لها في ظل القانون الملغى من أن العيب هو الآفة الطارئة التي تخلوا منها الفطرة السليمة للمبيع يقترب من المفهوم التجريدي للعيب من حيث قيامه على الاعتداد بوجود نقیصة في الشيء المبيع دون البحث في أثر هذه النقيصة على صلاحية المبيع للاستعمال المعد له⁽³⁾.

والواقع أن هذا التعريف يجد مصدره فيما ذهب إليه ابن عابدين في حاشيته من أن العيب هو ما يخلو عنه أصل الفطرة السليمة عن الآفات العارضة لها⁽⁴⁾.

فلماذا خرجت محكمة النقض المصرية عما جاء في المصدر التاريخي لهذا

التعريف؟

(1) F.Collard Dutillet et PH.Delebecque/Contrats civils et commerciaux, Dalloz, 3^{ème} édition, 1966, page 217, n° 268.

(2) الدكتور أسعد دياب/ المرجع السابق، ص 56.

(3) نقض مدني في 8 أبريل 1948، مجموعة القواعد القانونية، الجزء الأول، رقم 96، ص 360: أشار إليه الدكتور عبد الناصر توفيق العطار/ استقراء لماهية العيب وشروط ضمانه في القانون المصري، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، جامعة عين شمس، العدد الثاني، 1971، ص 318، الهامش الثالث.

(4) محمد أمين بن عابدين/ المرجع السابق، ص 78.

الحقيقة أن هذا التساؤل قد أثير من بعض الفقه الذي لم يجد مبررا لوجود هذا الاختلاف بين كل من التعريف الوارد في حاشية ابن عابدين وتعريف محكمة النقض المصرية الذي تعرض لانتقادات تتمثل في مجملها في أن العيب قد لا يكون آفة طارئة على أساس أن الأمر قد يتعلق بآفة في الخلقة، إضافة إلى أن العيب ليس آفة تخلو عنها الفطرة السليمة وإنما آفة تخلو عنها أصل هذه الفطرة، ذلك أن القول بأن العيب هو ما تخلو عنه الفطرة السليمة من شأنه أن يؤدي إلى اعتبار الرداءة عيبا، أما القول بأن العيب هو ما تخلو عنه أصل هذه الفطرة فمن شأنه أن يؤدي إلى استبعاد الرداءة من مفهوم العيب على أساس أن أصل فطرة المبيع يمكن أن يكون فيه الجيد و الرديء⁽¹⁾.

هذا وإذا كان التعريف الذي تبنته محكمة النقض المصرية في تحديدها للعيوب الموجبة للضمان لم يسلم من النقد على أساس أنه يمزج بين العيب وفوات الوصف، فإنه يلاحظ أن المشرع الجزائري قد أدمج في المادة 1/379¹ من القانون المدني المقابلة للمادة 1/447¹ من القانون المدني المصري كلا من ضمان العيب وفوات الوصف رغم أن الأمر يتعلق بموضوعين مختلفين تماما⁽²⁾.

فهل يعني ذلك أن التمييز بين الرداءة والعيب ليس له وجود في القانون كما هو الحال بالنسبة للمعمول به في إطار الشريعة الإسلامية؟

لقد تولى الدكتور مصطفى أحمد الزرقا الإجابة عن هذا التساؤل مؤكدا أن إلحاق موضوع فوات الوصف بنفس المادة التي تنظم أحكام ضمان العيب ليس فيه ما يمنع التمييز بين الرداءة والعيب على أساس أن البائع لا يضمن الأوصاف إلا إذا تكفل بوجودها في الشيء المبيع في حين أنه يلتزم بضمان العيوب بمقتضى العقد ودون الحاجة إلى وجود شرط⁽³⁾.

(1) الدكتور عبد الناصر توفيق العطار/ المرجع السابق، ص ص 455 و 456.

(2) تنص المادة 1/379¹ من القانون المدني الجزائري المقابلة للمادة 1/447¹ من القانون المدني المصري على ما يلي: " 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 ...".

(3) الدكتور مصطفى أحمد الزرقاء/ المرجع السابق، ص 201.

الفرع الثاني

الاتجاه الوظيفي للعيب: La théorie fonctionnelle

يتمثل مقتضى هذا الاتجاه في أن وجود العيب يعني عدم قابلية الشيء المبوع للاستعمال المعد له⁽¹⁾.

ذلك أن العيب لا يعتبر عيباً بالمفهوم القانوني لدى أنصار هذا الاتجاه إلا بالنظر إلى درجة تأثيره على استعمال الشيء المبوع وقيمته، ومعنى ذلك أن وجود العيب بمفهوم النقيصة وتأثيره يندمجان في شرط واحد أو عمل قانوني واحد ليصبح العيب هو الفعل المعطل للاستعمال⁽²⁾.

هذه النظرية التي يدافع عنها الكثير من الفقهاء⁽³⁾ تميل إلى إقامة الالتزام بضمان العيوب الخفية في غياب العيب بمفهومه الضيق في جميع الحالات التي يكون فيها الشيء المبوع غير صالح للاستعمال المعد له⁽⁴⁾.

وقد سميت هذه النظرية بالنظرية التعاقدية لأن وجود العيب فيها موقوف على عدم احترام التوقعات التعاقدية الصريحة والضمنية المتعلقة باستعمال الشيء المبوع⁽⁵⁾.

(1) J.Ghestin/ Conformités et garanties dans la vente de marchandises, L.G.D.J.1983, n° 10.

(2) الدكتور أسعد دياب/ المرجع السابق، ص 56.

(3) J.Ghestin/ Conformités et garanties dans la vente de marchandises, L.G.D.J.1983, n° 10. Et J.Ghestin/ Traité des contrats, la vente, L.G.D.J.1990, page 764, n° 721. Et suite. et S.M Malter/ L'obligation de délivrance dans la vente des meubles corporels, L.G.D.J.1972, page 209. Et G.J.Nana/ La réparation des dommages causés par la vente d'une chose, L.G.D.J.1982, page 38, n° 12 et suite. Et R.Zerah/ Théorie générale du vice rédhibitoire dans la vente commerciale de marchandises, in la vente commerciale de la marchandise, étude de droit commerciale sous la direction de J.Hamel. D.1951, page 339.

(4) Patricia Jachmig- Joly/ thèse précitée, page 96.

(5) Patricia Jachmig- Joly/ thèse et page précitées.

فالمشتري لا يبرم العقد لتحقيق رغبة نظرية تتمثل في مجرد حيازة الشيء المبيع التي لا تعد سوى وسيلة لتحقيق هدف أبعد هو الرغبة في الانتفاع بالشيء المبيع⁽¹⁾.

هذا الانتفاع لا يتحقق إلا إذا كان الشيء المبيع صالحا للاستعمال المعد له ومحترما لتوقعات الأطراف المتعاقدة فيما يتعلق بالاستعمال⁽²⁾.

غير أنه تجدر الإشارة إلى أن العيب الذي لا يؤثر سوى على مزاج المشتري لا يعتد به، ذلك أن قيام الضمان يتطلب أن يؤثر العيب على الشيء المبيع تأثيرا جسيما من حيث القيمة أو الاستعمال⁽³⁾.

ومهما يكن من أمر فإن أنصار هذه النظرية يمنحون أهمية كبيرة لتوقعات الأطراف، ذلك أن البحث عما إذا كان العيب صالحا لأن يكون أساسا لدعوى الضمان يتطلب الرجوع وجوبا لتوقعات الأطراف التعاقدية التي يشترط أن لا تكون مخالفة للاستعمال الذي يتيح الشيء المبيع في حدود المعقول.

وعلى هذا الأساس فإن البائع يلتزم بإحاطة المشتري علما بطرق استعمال الشيء المبيع، كما أن المشتري يلتزم بإعلام البائع بتوقعاته والآمال التي يهدف إلى تحقيقها من عقد البيع⁽⁴⁾.

ومن تم فإن العيب وفق أنصار المذهب الوظيفي هو ما كان متعارضا مع الآمال التي كان المشتري يهدف إلى تحقيقها من عقد البيع⁽⁵⁾.

(1) Ghestin/ L'application de règles spécifiques de la vente à la responsabilité des fabricants et distributeurs de produits en droit français, in la responsabilité des fabricants et distributeurs, Economica, 1975, n°15. Et PH.Rémy, Obs.civ, 3^{ème}, 10 Mars 1981, Rev.trim. dr.civ.1982, page 155.

(2) Patricia Jachmig- Joly/ thèse précitée, page 97.

(3) الدكتور أسعد دياب/ المرجع السابق، ص 57.

(4) الدكتور أسعد دياب/ المرجع السابق، ص 58.

(5) الدكتور أسعد دياب/ المرجع السابق، ص 57.

فلا وجود لعيب عندما لا يتأثر الاستعمال تأثراً واضحاً على أساس أن صفة العيب تكتسب من صلاحيته للاستعمال⁽¹⁾.

ولعل ذلك هو الذي أدى إلى القول باتساع مفهوم العيب لدى أنصار المذهب الوظيفي الذين قد يعتبرون حالة معينة موجبة للضمان متى كان من شأنها التأثير على الاستعمال دون النظر فيما إذا كانت تشكل عيباً في حد ذاتها⁽²⁾.

ومهما يكن من أمر فإن الفقه الفرنسي قد انقسم أخذاً إما بالمعيار الوظيفي للعيب أو بالمعيار التجريدي له، شأنه في ذلك شأن القضاء الفرنسي الذي يلاحظ أنه لا يتفق على تعريف موحد للعيب الموجب للضمان.

وبناء عليه يلاحظ وجود قرارات قضائية أقرت بوجود عيب في الشيء المباع عند عدم احترامه المقاييس الضرورية، مستعملة عبارات تدل على أنها أخذت بالمفهوم المجرد للعيب الذي يعني قيام الالتزام بالضمان عند احتواء المنتج على نقيسة⁽³⁾.

كما أن هناك قرارات قضائية أخذت بمفهوم العيب الوظيفي في بعض الحالات التي لم يكن فيها بالإمكان القول بوجود عيب بالمفهوم المجرد من أجل تمكين المدعي من الحصول على الضمان⁽⁴⁾.

(1) R.Zerah/ Théorie générale du vice rédhibitoire dans la vente commerciale de marchandises, in la vente commerciale de la marchandise, étude de droit commerciale sous la direction de J.Hamel. D.1951, page 339.

(2) A.Benabent/ Droit civil, les contrats spéciaux, 4^{ème} édition, Domat, droit privé, Montchrestien, Paris, 1999, note 11, n°18. Et PH. Antonmattei et Raynard/ Droit civil, contrats spéciaux, Paris, Litec, 2000, note 57, n° 170.

(3) من بين العبارات التي استعملها القضاء الفرنسي: **Défectuosité-Anomalie-Altération**
يراجع على سبيل المثال لا الحصر القرار التالي: Paris, 13 novembre 1991, D.1992, IR, page32. الذي جاء في إحدى حيثياته ما يلي:

« *Le vice caché de la chose vendue est une défectuosité, une anomalie ou une altération nuisant au bon fonctionnement de la chose et la rendant impropre à l'usage auquel on la destine, alors que le défaut de conformité, justifiant la résolution de la vente pour inexécution contractuelle, consiste en une différence entre la chose promise et la chose délivrée* ».

(4) Cass.civ. 1^{ère}, 5 Mai 1993, édition. G, IV, 1690, JCP 1994, édition. E, II, page 526. Et D. Veaux/ Sélection des actions de l'acheteur, contrats, conc. et consom. 1993, chron. n° 9. Et Cass. civ. 3^{ème}, 17 Janvier 1990, Bull.civ.III. n° 26.

هذا ويلاحظ أن محكمة النقض الفرنسية أصدرت قرارات أخذت بالمفهوم المجرد للعيب الذي سمي أيضا بالمفهوم الكلاسيكي مركزة على وجود نقيصة في الشيء المبوع دون أن تغفل البحث في مدى صلاحية الشيء المبوع للاستعمال المعد له⁽¹⁾.

وبناء عليه صدرت قرارات أقرت بوجود عيب في الشيء المبوع وقيام الالتزام بالضمان في حالة ما إذا اجتمع شرطان يتمثل أولهما في احتواء الشيء المبوع على نقيصة بالمفهوم المجرد للعيب ويتعلق ثانيهما في عدم صلاحية الشيء المبوع للاستعمال المعد له.

إن هذه القرارات تقول بوجود عيب إذا احتوى الشيء المبوع على نقيصة من شأنها أن تجعل الشيء المبوع غير صالح للاستعمال المعد له مما يسمح بالقول: إن محكمة النقض الفرنسية جمعت في بعض قراراتها بين المفهوم الكلاسيكي المجرد للعيب والمفهوم الوظيفي التعاقدية له.

وبناء عليه يتعين ضم هذه القرارات لتلك التي تأخذ بالمفهوم المجرد للعيب منفردا وتلك التي تقوم بإعمال المفهوم الوظيفي له.

غير أن الأمور ليست بهذه البساطة، ذلك أن الوصول إلى نتيجة نهائية فيما يتعلق بتحديد موقف محكمة النقض الفرنسية من مفهوم العيب الموجب للضمان لا يستقيم دون التطرق لجملة من القرارات يؤدي تحليلها إلى طرح إشكاليات هامة.

ومن بين هذه القرارات قرار صدر في 15 نوفمبر 1988 عن محكمة النقض الفرنسية أيدت فيه قضاة الموضوع الذين رفضوا إعطاء وصف العيب الخفي للنقص الناتج عن تركيب معدات مختلفة لا يعترها أي عيب فيما لو تم استعمالها بصفة منفردة⁽²⁾.

(1) Paris, 13 Novembre 1991, D.1992, IR, page32. Et Cass. civ. 1^{ère}, 3 Mars 1954, D. 1954, page 417. Et Cass. civ. 1^{ère}, 5 Décembre 1995, RJDA 1995, page 864. Et Cass. civ.1^{ère}, 5 Décembre 1995, RJDA 1996, page 352.

(2) Cass.civ.1^{ère}, 15 Novembre 1988, Bull.civ.I, n° 322. Et Gaz. pal.1989, I, page16 : un désordre provenant de la conception d'ensemble des équipements frigorifique dans un contrat de vente d'évaporateurs.

وقد ذهبت محكمة النقض الفرنسية في هذه القضية إلى أنه في غياب عيب متعلق بالشيء المبيع نفسه لا يمكن إلزام الشركة بالضمان على أساس المادة 1641 وما يليها⁽¹⁾.

هذا القرار جاء ليكرس موقف محكمة النقض الفرنسية الصادر عن الغرفة المدنية الأولى في قضية: THORENS بتاريخ 08 ابريل 1986⁽²⁾، حين ذهبت إلى أن العيب الخفي يجب أن يكون مرتبطاً بالشيء المبيع نفسه ولا يمكن أن يكون ناتجاً عن الجمع بين دوائين⁽³⁾.

ومعنى ذلك أن العيب الذي يمكن أن يشكل أساساً لدعوى الضمان هو العيب المتعلق بالدواء إذا تم استعماله منفرداً⁽⁴⁾.

وبناء عليه يلاحظ أن محكمة النقض الفرنسية لجأت في هذه القرارات إلى اشتراط ارتباط العيب الخفي بالشيء المبيع لقبول دعوى الضمان. فهل يعني ذلك أنها استقرت على هذا المبدأ ولم تخالفه؟

الواقع أن الاطلاع على بعض القرارات الصادرة عن محكمة النقض الفرنسية تسمح بالإجابة عن هذا التساؤل بالنفي.

ذلك أن الغرفة المدنية الثالثة مثلاً نقضت قراراً صدر عن قضاة الموضوع رفضوا فيه منح صفة العيب الخفي لنقص في الشيء المبيع هو شدة حساسية الطلاء للماء على أساس أن هذا العيب غير مرتبط بالشيء المبيع⁽⁵⁾.

(1) جاء منطوق هذا القرار كالآتي:

« ... *Qu'en l'absence d'un vice caché inhérent à la chose vendue, la société Trane ne pouvait être tenue à garantie sur le fondement des articles 1641 et suite* ».

(2) Cass. civ.1^{ère}, 8 Avril 1986, JCP.1987, édition G, II, 20722, note G. vialla et A. viandier.

(3) جاء منطوق هذا القرار كالآتي:

Le vice caché étant nécessairement inhérent à la chose elle-même, il ne peut résulter de l'association de deux médicaments. »

وفي نفس السياق يراجع قرار الغرفة الثالثة لمحكمة النقض الفرنسية :

Cass.civ.3^{ème}, 31 Janvier1990, Bull.civ III, n°39.

(4) J.Penneau, D.1985, page 228.

(5) Cass.civ.3^{ème}, 28 juin 1995, RJDA. 1996, n° 32, page 31.

ورغم أن الإشكال الذي كان مطروحا بموجب هذه القضية يتعلق بالمفهوم المجرد للعيب، ذهبت الغرفة المدنية الثالثة إلى إثارة المفهوم الوظيفي له من أجل إقرار الضمان، على أساس أن قضاة الموضوع قد تعسفوا في اشتراطهم توافر عيب بمفهومه المجرد القائم على أساس وجوب ارتباط العيب بالشيء المبيع، رغم أنه كان بإمكانهم القول بوجود عيب بالمفهوم الوظيفي⁽¹⁾.

هذا وقد أكدت الغرفة الثالثة لمحكمة النقض الفرنسية على هذا الموقف من خلال قرار أصدرته في 23 فبراير 1994 ذهبت بموجبه إلى أن غياب تصريح إداري يسمح بتركيب شبكة تطهير يشكل عيبا خفيا رغم أنه لا يرتبط بالشيء المبيع⁽²⁾.

إن اشتراط عيب متعلق بالشيء المبيع لم يكن يسمح بالتوصل إلى هذا القرار الذي من شأنه أن يؤدي إلى نتيجة هامة هي التوسيع من مجال أعمال الضمان ليشمل الحالات التي لا يرتبط فيها العيب بالشيء المبيع نفسه⁽³⁾.

ومن الملاحظ أن القضاء الفرنسي أصدر عددا لا يستهان به من القرارات التي اعتمد بموجبها المعيار الوظيفي للعيب⁽⁴⁾، بل وذهب إلى أبعد من ذلك بموجب قرار صدر عن محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 31 جانفي 1990، تعلق الأمر فيه بتقرير وجود عيب خفي من عدمه عن طريق الإجابة عن سؤال يتمثل في البحث عما إذا كان العيب الناجم عن الجمع بين شيئين من المفترض عدم الجمع بينهما يشكل عيبا موجبا للضمان⁽⁵⁾.

(1) La garantie des vices cachés/ Essai de théorie générale, université Pantheon-Assas, Paris II, Droit, Economie, Sciences Sociales, page 203.

(2) Cass.civ.3^{ème}, 23 Février 1994, page 524, note C.Mascala.

(3) يمكن الاطلاع أيضا على ما يلي : Paris 13 Octobre 1996, RJDA 1996, n°209, page 156.

(4) Cass.com.11 Mai 1965. Bull.civ III, n° 306. Et Cass.civ.1^{ère} 18 Mai 1966. Bull.civ.I, n° 308. Et Cass.civ.3^{ème}, 24 Février 1988. Gaz.Pal.1988, page 143. Et Cass.civ.3^{ème}, 23 Janvier 1979, JCP.1979, édition G.II, 19241.

(5) Cass.civ.3^{ème}, 31 Janvier, 1990, Bull.civ.III, n° 39.

وكانت الإجابة أن ذهبت الغرفة المدنية الثالثة إلى إقرار وجود العيب وإلزام المدعى عليه بالضمان رغم أن العيب كان ناتجا عن الجمع بين شيئين لم يكن من المفروض أن يقوم المدعي بالجمع بينهما⁽¹⁾.

لقد لجأت محكمة النقض الفرنسية في هذه القضية إلى إدانة المنتج استنادا إلى أحكام ضمان عيوب المبيع الخفية، عن طريق إدخال العيب الناتج عن الجمع بين شيئين ضمن مجال هذا الضمان، رغم أن الأمر كان متعلقا بعيب ناتج عن الجمع بين شيئين لم يكن من المفروض أن يقوم المدعي بالجمع بينهما.

كان ذلك من أجل تبرير إدانة المنتج الذي لم ينفذ الالتزام بالإعلام الذي يقع على عاتقه مما يمكن معه القول أنه كان من الأنسب لمحكمة النقض الفرنسية أن تلجأ إلى أعمال مسؤولية المنتج عن طريق اللجوء إلى أحكام المسؤولية العقدية التي تفرض عليه التزاما بإعلام المتعاقد معه باعتباره بائعا محترفا.

ومهما يكن من أمر يتبين مما سبق أن تعريف العيب الموجب للضمان قد أثار إشكالا كبيرا لدى القضاء الفرنسي الذي أخذ تارة بالمفهوم المجرد وتارة بالمفهوم الوظيفي للعيب إضافة إلى اشتراط ارتباط العيب بالشيء المبيع في أحيان أخرى والجمع بين المفهوم الوظيفي والمفهوم المجرد للعيب في بعض الحالات.

هذه الوضعية لا شك أنها تخلق جوا من عدم الاستقرار في المعاملات وتفتح مجالا واسعا لسلطة القضاء التقديرية لتقرير قيام الالتزام بالضمان أو رفضه.

كل ذلك جاء بناء على نص المادة 1641 من القانون المدني الفرنسي الذي صيغ بشكل واضح يتبين من خلال استقراءه أن المشرع الفرنسي جعل التزام البائع بالضمان مقترنا بشرط وجود عيب بمفهوم النقيصة نظرا لاستعماله لفظ: **Défauts**، كما أنه اشترط

(1) Rep.Defrenois, 1996, art.34917, page1357, obs.G.Vermelle.

أن يترتب على هذا النقص في المبيع عدم صلاحيته للاستعمال المعد له⁽¹⁾.

ومعنى ذلك - في تقديري- أن توافر العيب الموجب للضمان تطبيقاً لهذه المادة يتطلب وجود شرطين مجتمعين، يتمثل أولهما في احتواء الشيء المبيع على عيب بالمفهوم المجرد ويتعلق ثانيهما بعدم صلاحية الشيء المبيع للاستعمال المعد له بسبب النقيصة التي تعتريه.

غير أن الأستاذ: M.TOURNAFOND ذهب إلى أن الالتزام بالضمان لوجود عيب خفي يتحقق إذا توافر أحد هذين الشرطين بصفة منفردة، شأنه في ذلك شأن محكمة النقض الفرنسية، التي أخذت بالمفهوم المجرد للعيب بقطع النظر عن مساسه بصلاحية المبيع للاستعمال في بعض الحالات، وأقرت بوجود عيب في الشيء المبيع لعدم صلاحيته للاستعمال المعد له بقطع النظر عن وجود عيب بمفهوم النقيصة في حالات أخرى⁽²⁾.

ومهما يكن من أمر يلاحظ أن عدم الاتفاق على توحيد التعريف المتعلق بالعيب الخفي بات واضحاً لدرجة أن القضاء الفرنسي لا يتردد في المرور من النقيض إلى النقيض باعتماد المفهوم المجرد للعيب أحياناً وتبني المفهوم الوظيفي له دون تجاهل الحالات التي جمعت فيها محكمة النقض الفرنسية بين كل من المفهوم المجرد والوظيفي للعيب.

هذا الجمع بين المعيارين يلاحظ أن الكثير من الفقه العربي قد تبناه، فقد ذهب الدكتور توفيق حسن فرج إلى أن العيب هو حالة يخلو منها الشيء عادة، لا تظهر بفحص المبيع، ويكون من شأنها أن تنقص من قيمته نقصاً محسوساً أو تؤثر على الانتفاع به⁽³⁾.

(1) تنص المادة 1641 مدني فرنسي على ما يلي

« 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) O.Tournafond/ Obs. sous cass. com. 23 Janvier 1990, D.1991, somm. page 167.

(3) الدكتور توفيق حسن فرج/ الوجيز في عقد البيع، الدار الجامعية، 1988، ص 168.

أما الدكتور غني حسون طه فيرى أن العيب هو صفة في الشيء يخلو مثله منها عادة وينقص وجودها من قيمته⁽¹⁾، متفقاً في ذلك مع ما ذهب إليه الدكتور مصطفى أحمد الزرقا من أن العيب في نظر القانون يتمثل في حالة يخلو منها الشيء عادة وينقص وجودها من قيمته أو نفعه⁽²⁾.

هذا وإذا كان الدكتور صاحب عبيد الفتلاوي يرى أن تضمين القانون المدني تعريفاً للعيب ليس ضرورياً بدعوى أن إيراد نصوصاً قانونية تحدد آثار العيب وحقوق وواجبات طرفي عقد البيع يعد كافياً، إلا أنه اقترح تعريفاً للعيب على أساس أن ذلك من شأنه وضع صورة مصغرة للعيوب الموجبة للضمان⁽³⁾.

ويتمثل تعريفه للعيب الذي يترتب على وجوده قيام التزام البائع بالضمان في أنه كل ما يعرض للمبيع فيجعله غير ملائم أو يؤثر على إمكانية تصريفه أو يعوق استعماله العادي، ويجب أن يعتد بذلك قانوناً⁽⁴⁾.

هذا وقد دافع الدكتور صاحب عبيد الفتلاوي على هذا التعريف مبرزاً أنه يحقق التوازن بين طرفي عقد البيع، كما أنه أضاف أن القول بأن العيب هو ما يعرض للمبيع يختلف عن اعتبار العيب بمثابة ما يطرأ على المبيع، على أساس أن ما يعرض للمبيع يشمل حالتين تتمثل أولهما في ما يصيب المبيع في خلقته أو عند تصنيعه، وتتمثل ثانيهما في ما يطرأ على المبيع بعد هذه المرحلة كالعيوب التي تصيب الأجهزة الإلكترونية بعد الانتهاء من صنعها⁽⁵⁾.

ويواصل الدكتور صاحب عبيد الفتلاوي في معرض تناوله للمزايا التي يتضمنها الاقتراح الذي تقدم به في تعريف العيب أن هذا التعريف يتضمن كل ما من شأنه أن يؤدي إلى عدم ملاءمة المبيع من جهة، وإلى عدم إمكانية تصريفه من جهة أخرى، على أساس أن العبارة الأولى تعني عدم صلاحية المبيع للغرض المعلوم الذي قصده المشتري لإشباع

(1) الدكتور غني حسون طه/ الوجيز في العقود المسماة، البيع، الجزء الأول، مطبعة المعارف، بغداد، 1969-1970، ص 305.

(2) الدكتور مصطفى أحمد الزرقاء/ المرجع السابق، ص 197.

(3) الدكتور صاحب عبيد الفتلاوي/ المرجع السابق، ص 49.

(4) الدكتور صاحب عبيد الفتلاوي/ المرجع السابق، ص 50.

(5) الدكتور صاحب عبيد الفتلاوي/ المرجع والموضع السابقين.

حاجته، في حين أن الإشكالية المتعلقة بعدم إمكانية تصريف المبيع لا تثور إلا إذا أراد المشتري إعادة بيع ما ابتاعه⁽¹⁾.

هذا وإذا كان الدكتور صاحب عبيد الفتلاوي يرى أن تعريفه للعيب بجمعه بين كل من المعيار الوظيفي والمجرد من شأنه تحقيق التوازن بين الأطراف المتعاقدة، فإن الاعتماد المنفرد للمعيار الوظيفي في تعريف العيب الموجب للضمان قد ظهر بشدة في فرنسا نتيجة وجود رغبة جادة في حماية المستهلك دائم التعرض للغش⁽²⁾.

هذه الرغبة المتنامية في حماية المستهلك تجسدت من خلال ظهور قانون جديد هو قانون المستهلك⁽³⁾، وإنشاء تجمعات لحماية المستهلكين⁽⁴⁾، مما أدى بالقضاء الفرنسي إلى تفسير قواعد ضمان العيوب الخفية بشكل يتماشى ومصلحة المستهلك عن طريق التوسيع من مفهوم العيب باعتماد التعريف الوظيفي له⁽⁵⁾.

هذا المفهوم تم الدفاع عنه من طرف عدد من الفقهاء نادوا باستبعاد المفهوم المجرد المؤسس على الطبيعة القانونية للعيب من أجل تفضيل معيار زمني قائم على وقت ظهور العيب، مقتضاه أن العيب يتمثل في نقیصة تظهر بعد القبول وأن أثر النقیصة وليس سببها هو الذي يسمح بإعطائها وصف العيب، دون الحاجة في ذلك للبحث عن سببها مما

(1) الدكتور صاحب عبيد الفتلاوي/ المرجع والموضع السابقان.

(2) J.Calais-Auloy et Steinmetz/ Droit de la consommation, Dalloz, 4^{ème} édition 1996, page 06.

(3) J.Calais-Auloy et Steinmetz/Droit de la consommation, précité, page 12, n° 13 et suite. Et Larroumet/ Les obligations, le contrat, economica, 3^{ème} édition, 1996, page 108. Et G.Comu/ La protection du consommateur et l'exécution du contrat, travaux de H.Capitant, Monterial 1973, page 131. Et PH Malinaud/ La protection des consommateurs, D.1981, chron. 179. Et PH Malaurie/ Le consommateur, Répertoire Détrénois 1985, Art 33593, page 1040. Et Asinay-Citermann/ Protection ou surprotection du consommateur, JCP 1994, édition G.I.3804.

(4) P.Ourliac/ Le passé du consumérisme, Annales de l'université de Toulouse 1979, page 217 et suite.

(5) J.Ghestin et B.Destré/ Traité des contrats, les contrats, la vente, LG.DJ.1990, page 102.

يفسر سيادة المعيار الوظيفي القائم أساسا على وجوب النظر إلى أثر النقيصة المتمثل في عدم صلاحية الشيء للاستعمال⁽¹⁾.

ولا شك في أن اعتماد هذا المفهوم من شأنه حماية مصالح المستهلك بشكل لافت كما أنه يعد ظاهرة إيجابية⁽²⁾ بالنسبة لكل من يقوم بالاستهلاك الذي يتجسد من خلال تصرف قانوني يسمح للشخص بالحصول على شيء أو خدمة لتلبية حاجة شخصية أو عائلية بعيدا عن الحاجات المهنية⁽³⁾.

غير أن هذا لا يمنع من ضرورة القول بوجوب الحد من هذه الظاهرة وعدم التمادي في البحث عن توفير الحماية للمستهلكين بتعميم الأخذ بالمفهوم الوظيفي للعيب من أجل تقرير الضمان وفق ما ذهب إليه المعارضون لهذا الاتجاه من أن هذا التعميم من شأنه أن يؤدي إلى التضيق من مجال أعمال ضمان عيوب المبيع الخفية لمصلحة دعوى تخلف الوصف لاقترابها الشديد من المفهوم الوظيفي للعيب وعدم اشتراط رفعها خلال مدة زمنية معينة، خلافا لما هو الحال بالنسبة لدعوى ضمان العيب المقيدة زمنيا.

هذا وإذا كان منطلق الأخذ بالمفهوم الوظيفي للعيب هو تحقيق التوازن بين مصالح الأطراف المتعاقدة عن طريق حماية المستهلك فإن الأخذ بهذا المفهوم على إطلاقه من شأنه أن يؤدي في تقديري إلى جعل المستهلك مهيمنا على حساب البائع.

هذا وهناك سبب آخر يدعوا إلى وجوب الحد من الأخذ بالمفهوم الوظيفي للعيب بغية حماية المستهلك، ذلك أن قانون العقود يتضمن أحكاما من شأنها حماية المستهلك بعيدا عن القيام بتفسير المواد المتعلقة بضمان العيوب الخفية بشكل لا يتماشى مع النصوص التشريعية ويبتعد عن الهدف الذي أراد المشرع تحقيقه من خلال سن هذه النصوص.

بالفعل فإن دعوى ضمان العيوب الخفية ليست الدعوى الوحيدة التي تحمي حقوق المتعاقد، إذ أن القانون المدني يضع تحت تصرفه عدة دعاوى كدعوى البطلان بسبب الغلط

(1) O.Tournafond/ Les prétendants concours d'actions et le contrat de vente, D. 1969, page 237.

(2) J.Ghestin et B.Destré/ Traité des contrats, précité, page 102.

(3) J.Calais-Auloy et Steinmetz/ Droit de la consommation, précité, page 02.

والتدليس ودعاوى عدم تنفيذ العقد بسبب تخلف الوصف ودعاوى المسؤولية العقدية
عموما.

المبحث الثاني

شروط العيوب الخاضعة للضمان

لا يكفي لقيام الالتزام بضمان العيوب الخفية أن يكتنف الشيء المبيع عيب بالمفهوم
الذي سبقته دراسته ضمن المطلب السابق، وإنما يشترط إلى جانب ذلك أن تتوفر في العيب
شروطا معينة.

وتتمثل هذه الشروط في أن يكون العيب قديما ومؤثرا وخفيا وغير معلوم
للمشتري.

ولعل دراسة الالتزام القانوني بضمان عيوب المبيع الخفية لا يمكن أن تتم دون
تحليل هذه الشروط التي أتتأولها ضمن المطالب الأربعة الموالية.

المطلب الأول

قدم العيب

يشترط جمهور الفقهاء في الشريعة الإسلامية أن يكون العيب موجودا وقت إبرام
عقد البيع أو بعد ذلك ولكن قبل التسليم، حيث أنه لو حصل بعد التسليم فإن الخيار لا يثبت
للمشتري⁽¹⁾، غير أنه لا يكفي أن يكون العيب قد وقع قبل التسليم، وإنما يجب كذلك أن
يبقى ثابتا بعده، لأن العيب إذا لحق بالشيء المبيع قبل التسليم وزال قبله يكون المشتري قد
قبض الشيء المبيع سليما من العيب فلا يكون له الخيار⁽²⁾.

(1) الشيخ محمد جواد مغنية/ فقه الإمام جعفر الصادق، الجزء الثالث، الطبعة الأولى، دار العلم للملايين، بيروت،
لبنان، ص 215. والدكتور وهبة الزحيلي/ الفقه الإسلامي وأدلته، الجزء الرابع، دار الفكر للطباعة والتوزيع
والنشر، دمشق، ص 559

(2) الدكتور السنهوري/ مصادر الحق في الفقه الإسلامي، نظرية العقد، الجزء الرابع، سنة 1957، ص 273
و274.

وبناء على ذلك فقد تعرض الكاساني لشرط القدم كشرط من شروط ثبوت خيار العيب، حيث أنه ذهب إلى أن ثبوت العيب وقت البيع أو بعده وقت التسليم يعد من شروط ثبوت خيار العيب للمشتري⁽¹⁾، وبذلك يكون الحنفية قد أكدوا على ضمان العيب عند البيع وفي الفترة الفاصلة بين تاريخ إبرام العقد وتاريخ التسليم⁽²⁾، شأنهم في ذلك شأن الشافعية الذين ألزموا البائع بضمان العيب حتى تمام القبض، حيث أنه جاء في حاشية القليوبي وعميرة أن المشتري له الحق في أن يختار بين رد المبيع بظهور عيب قديم بالنسبة إلى القبض فيصدق بالحادث قبله بعد العقد⁽³⁾.

هذا وقد اعتمد الحنابلة نفس الحكم حيث أنهم يشترطون أن يكون العيب موجودا في الشيء المبيع عند العقد أو عند التسليم⁽⁴⁾.

أما المالكية فقد اشترطوا أن يكون وجود العيب سابقا لتاريخ إبرام العقد أو أن يكون حادثا بعده، لكن في حالة بقاء الضمان على ذمة البائع إلى وقت سقوط الضمان، كالمبيع غايبيا والمبيع على الخيار، حيث قال ابن الحاجب أن النقص الموجب للخيار هو الذي يكون حادثا في مدة ضمان البائع للمبيع، فإذا حدث العيب عند المشتري بعد انتقال الضمان إليه فإنه لا يوجب الخيار، أما إذا حدث العيب قبل البيع أو بعده ولكن في مدة الخيار أو في مدة ما قبل قبض المبيع الغائب على الوصف، فضمانه من البائع وبعد ذلك يكون من المشتري⁽⁵⁾.

(1) علاء الدين الكاساني/ بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، مطبعة الجمالية، مصر، الطبعة الأولى، الجزء الخامس، 1910، ص 275.

(2) الدكتور صاحب عبيد الفتلاوي/ المرجع السابق، ص 76.

(3) حاشيتنا قليوبي وعميرة/ المرجع السابق، ص 197.

(4) الدكتور صاحب عبيد الفتلاوي/ المرجع السابق، ص 77.

(5) جامع الأمهات لأبي عمرو عثمان ابن الحاجب/ تحقيق أبو عبد الرحمن الأخضر، دار اليمامة، دمشق، 1418، ص 357: أشار إليه الدكتور محمد سكمال المجاجي/ أحكام عقد البيع في الفقه الإسلامي المالكي، دار ابن حزم، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، 2001، ص 266.

هذا ويلاحظ أن الدسوقي قد أيد ما ذهب إليه ابن الحاجب من أن شرط الرد بالعيب يتمثل في وجوب تبوئه في زمان ضمان البائع⁽¹⁾.

ورغم أن الضابط المعتمد لدى الفقه المالكي بشأن تحديد ما إذا كان العيب قديما يعد واضحا بموجب هذا التعريف للعيب الموجب للضمان، إلا أنه يلاحظ أنه كان محل نقد فقهي من جانب الدكتور: إسماعيل كاظم العيساوي الذي يرى أن تخصيص البائع بالذكر فيه اعتماد للحالة الغالبة، من حيث أن الغالب هو وجود العيب في المبيع دون الثمن، وإلا فإن رد الثمن المعين إذا كان معيبا يقتزن أيضا بثبوت العيب فيه زمن ضمان المشتري⁽²⁾.

هذا وقد أضاف نفس الدكتور أن استعمال لفظ: المالك بدل لفظ: البائع في تعريف الدسوقي كان من شأنه أن يؤدي إلى رد المبيع مطلقا، لا فرق في ذلك بين ما إذا كان الأمر متعلقا بالشيء المبيع أو بالثمن⁽³⁾.

أما آخر انتقاد وجهه الدكتور كاظم العيساوي لتعريف الدسوقي باعتباره ممثلا للفقه المالكي فقد جاء في صورة افتراض جدلي مفاده أن افتراض عدم وجود حاجة إلى إدراج الثمن ضمن الضابط المعتمد لتقدير قدم العيب الموجب للضمان لا يمنع من القول: إنه كان الأولى استعمال لفظ: المالك بدل لفظ: البائع على أساس أن البائع قد يكون غير المالك كالوكيل مثلا، وعندئذ لا يكون مسؤولا عن ضمان المبيع، لأن المبيع من ضمان المالك، سواء كان مباشرا للعقد بصفة شخصية أو بواسطة غيره⁽⁴⁾.

هذا وقد برر الدكتور: كاظم العيساوي توجيهه لهذه الانتقادات بكون الأمر متعلق بضابط فقهي يجب أن يكون بعيدا بقدر الإمكان عما يوجب الاعتراض عليه، مما يستدعي الابتعاد عن استعمال الأسلوب المعتمد في تعريف الدسوقي واستعمال أسلوب أكثر دقة

(1) شمس الدين الشيخ محمد عرفه الدسوقي/ حاشية الدسوقي(محمد عرفة)على الشرح الكبير للدردير، المرجع السابق، ص115.

(2) الدكتور إسماعيل كاظم العيساوي/ المرجع السابق، ص 103.

(3) الدكتور إسماعيل كاظم العيساوي/ المرجع والموضع السابقان.

(4) الدكتور إسماعيل كاظم العيساوي/ المرجع والموضع السابقان.

بالقول: إن العيب القديم هو العيب الذي يتبث وجوده في المبيع زمان ضمان من انتقل من ملكه⁽¹⁾.

أما مسألة تحديد الحالات التي يدخل فيها المبيع في ضمان المشتري وتلك التي يدخل فيها في ضمان البائع فقد ربطها الدكتور كاظم العيساوي بقضية أخرى تتعلق بالبحث في حكم بيع المبيع قبل قبضه، فإذا كان بإمكان المشتري بيع المبيع قبل قبضه، دخل المبيع في ضمان المشتري دون الحاجة إلى القبض، أما إذا كان بيع المبيع مقترنا بشرط قبضه، كان دخول المبيع في ضمان المشتري مشروطا بالقبض⁽²⁾.

وبالرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية يلاحظ أن الأحاديث النبوية الشريفة تتبنى حكما واحدا هو عدم جواز التصرف في الشيء المبيع قبل قبضه، حيث صح عن ابن عمر أن رسول الله عليه الصلاة والسلام نهى على أن تباع السلع حيث تشتري، حتى يحوزها الذي اشتراها إلى رحله⁽³⁾، كما تبث عن حكيم ابن حزام أنه قال يا رسول الله إني رجل اشتري هذه البيوع، فما يحل لي منها وما يحرم؟ قال يا ابن أخي إن اشتريت بيعا فلا تبعه حتى تقبضه⁽⁴⁾.

ومع ذلك فقد يستدل بحديث آخر خص فيه الرسول صلى الله عليه وسلم الطعام المكال بالذكر، إذ صح عن ابن عمر أن النبي عليه الصلاة والسلام نهى أن يبيع أحد طعاما اشتراه كيلا حتى يستوفيه⁽⁵⁾.

(1) الدكتور إسماعيل كاظم العيساوي/ المرجع والموضع السابقان.

(2) الدكتور إسماعيل كاظم العيساوي/ المرجع السابق، ص ص 107 و108.

(3) حديث شريف رواه الحاكم وقال حديث صحيح على شرط مسلم، وأقره الذهبي على ذلك: الحافظ أبو عبد الله محمد ابن عبد الله الحاكم النيسابور/ المستدرك على الصحيحين، 405 هجرية، الجزء الثاني، ص 40.

(4) حديث شريف رواه الطحاوي وابن جزم و الدارقطني وقال النووي إن إسناده صحيح: يراجع في ذلك شرح معاني الآثار لأبي جعفر أحمد بن محمد ابن سلامة الأزدي الطحاوي، 321 هجرية، حققه وعلق عليه محمد زهدي النجار، دار الكتب العلمية، الطبعة الثانية، 1987، الجزء الرابع، ص 38. والمحلي أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الظاهري الأندلسي/ المحلي، تحقيق لجنة إحياء التراث العربي، دار الجيل بيروت، ص 523.

(5) أحمد بن شعيب بن علي/ سنن النسائي، شرح جلال الدين عبد الرحمن السيوطي، 911 هجرية، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان الجزء الثالث، ص 536.

فهل يعني ذلك أن هذا الحديث الأخير قيد القاعدة العامة الواردة في الحديثين الأولين طبقاً للمبدأ القائل إن الخاص يقيد العام؟

الواقع أن المتفق عليه هو أن الحديث الذي خص الطعام المكال بالذكر إنما يشمل حكماً مماثلاً لذلك الذي تضمنه الحديثين الأولين، فهو تأكيد على الحكم العام وليس تخصيص له، غاية ما في الأمر أن رسول الله عليه الصلاة والسلام نهى عن بيع المبيع قبل القبض لا سيما إذا تعلق الأمر بطعام مقدر⁽¹⁾.

وبذلك فإن الرأي الراجح يتمثل في أن المبيع يدخل في ضمان المشتري بالقبض، إذ أنه يعد قبل ذلك في ضمان البائع لعدم جواز التصرف في الشيء المبيع في الشريعة الإسلامية إلا بقبضه.

وعلى هذا الأساس فإن الفقهاء قد اتفقوا على أن العيب الذي يوجد في الشيء المبيع قبل إبرام العقد يدخل في زمان ضمان البائع باعتباره عيباً قديماً، خلافاً للعيب اللاحق بالمبيع بعد قبضه من المشتري الذي يعتبر عيباً حادثاً لا يضمنه البائع لأنه لا يوجد في زمن ضمانه وإنما في زمان ضمان المشتري⁽²⁾.

غير أنه بالرجوع إلى التشريعات الحديثة يلاحظ أنها اختلفت في تحديد ما إذا كان البائع يلتزم بضمان العيوب الخفية التي توجد في الشيء المبيع وقت تسليمه للمشتري، أو تلك التي يحتويها عند إبرام العقد⁽³⁾.

(1) وهبه الزحيلي/ الفقه الإسلامي في أسلوبه الجديد، دار الكتاب، الطبعة الثانية، 1975، الجزء الثاني، ص. 19 وما بعدها. وابن الهمام كمال الدين محمد بن عبد الواحد/ فتح القدير "شرح الهداية" وتكملته، المرجع السابق، ص 264. والمحقق العلي ابن القاسم نجم الدين جعفر بن الحسن/ شرائع الإسلام في مسائل الحلال والحرام، 676 هجرية، مطبعة الآداب، النجف، ص31. ومحمد ابن أحمد ابن جزى الغرناطي المالكي الكلي، القوانين الفقهية: قوانين الأحكام الشرعية ومسائل الفروع الفقهية، دار الكتاب العربي، بيروت، الطبعة الثانية، 1989، ص257. والروض المربع/ شرح زاد المستنقع للبهوتي، تحقيق محمد عبد الرحمن عوض، دار الكتاب العربي، بيروت، لبنان الطبعة الثالثة، 1990، ص 266 وما بعدها.

(2) علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي/ المرجع السابق، ص 275.

(3) الدكتور أسعد دياب/ المرجع السابق، ص 78. والأستاذة زاهية سي يوسف/ عقد البيع، المرجع السابق، ص 168. والدكتور توفيق حسن فرج/ الوجيز في عقد البيع، المرجع السابق، ص 182 و 183.

وسبب هذا الاختلاف وفق ما ذهب إليه: الدكتور أسعد دياب يتمثل في أن العيب الخفي يعتبر بمثابة هلاك جزئي في المبيع، إذ أن شرط القدم يتأثر فيه بمفهوم تبعة الهلاك التي ترتبط بانتقال الملكية، ونظرا لأن القوانين الحديثة تختلف حول تاريخ انتقال الملكية، فإنها تختلف أيضا في تحديد وقت ثبوت وجود العيب الخفي لقيام الالتزام بالضمان⁽¹⁾.

وعلى هذا الأساس فإن التشريعات التي تعتبر أن انتقال الملكية يتم بمجرد انعقاد البيع تتفق على أن العيب يجب أن يكون موجودا وقت البيع إذا كان المبيع عينا معينة بذاتها، على أساس أن المشتري يتحمل المخاطر ابتداء من هذا التاريخ⁽²⁾.

أما إذا كان المبيع عينا بالنوع، فإن العيب يجب أن يكون موجودا وقت التسليم، على أساس أن الشيء المبيع قد يكون غير موجود عند البائع وقت البيع، فلا يمكن للمشتري فحصه، كما أن المخاطر تصبح على عاتق المشتري ابتداء من تاريخ التسليم الذي يتم وقت الإفراز عموما، وبالتالي فإن البائع يضمن العيوب التي توجد في الشيء المبيع في ذلك الوقت، دون تلك التي تنشأ بعد التسليم⁽³⁾.

هذا وتذهب التشريعات التي ترى أن العبرة في انتقال الملكية بالتسليم الذي يؤدي إلى نقل تبعة المخاطر من البائع إلى المشتري، إلى أن البائع يضمن العيوب التي توجد في المبيع وقت تسليمه للمشتري، لا فرق في ذلك بين ما إذا كان المبيع عينا بالذات أو بالنوع⁽⁴⁾.

غير أن ربط ضمان العيوب الخفية بانتقال الملكية على أساس أن العيب الخفي ما هو إلا هلاك جزئي يؤدي إلى قيام مسؤولية المالك، قد يجوز في التشريعات التي تجعل تحمل تبعة هلاك الشيء المبيع على المالك.

(1) الدكتور أسعد دياب/ المرجع السابق، ص 78.

(2) الدكتور جعفر الفضلي/ المرجع السابق، ص 133.

(3) الدكتور جعفر الفضلي/ المرجع والموضع السابقان. والدكتور توفيق حسن فرج/ الوجيز في عقد البيع، المرجع السابق، ص 182.

(4) الدكتور جعفر الفضلي/ المرجع السابق، ص 133.

أما التشريعات التي جعلت العبرة في تحمل التبعة بالتسليم فلا يجوز فيها ربط ضمان العيوب الخفية بانتقال الملكية على أساس أن العيب الخفي يعتبر هلاكاً جزئياً.

ذلك هو الوضع القانوني السائد في التشريع الجزائري الذي يعد من بين التشريعات التي تعدد بالتسليم الفعلي لانتقال تبعة الهلاك إلى المشتري أسوة بالتشريع المصري⁽¹⁾.

ومن جهة أخرى يعتد المشرع الجزائري في ضمان العيوب الخفية بالتسليم أيضاً⁽²⁾، شأنه في ذلك شأن المشرع المصري، حيث أن غالبية الفقه المصري ترى أن قيام مسؤولية البائع بالضمان يتطلب أن يكون العيب موجوداً في المبيع وقت تسليمه للمشتري، أما إذا طرأت عيوب على المبيع في يد المشتري فإن البائع لا يضمنها، لا فرق في ذلك بين ما إذا كان المبيع معيناً بالذات أو معيناً بالنوع، حيث أن العبرة في الضمان بتمام التسليم⁽³⁾، كما أن المبيع إذا كان معيناً بالنوع فإن العيب لا يمكن أن يلحقه وقت البيع لأن ذاتيته لا تتعين إلا بالإفراز الذي غالباً ما يقع وقت التسليم، أما إذا سبقت عملية الإفراز تسليم الشيء المبيع ولم يكن به عيب خفي عند إفرازه ثم لحقه العيب في الفترة الفاصلة بين تاريخ الإفراز وتاريخ التسليم فإن البائع يلتزم بالضمان⁽⁴⁾.

ومع ذلك يلاحظ أن بعض الفقه المصري يرى أن البائع يضمن العيب وقت البيع إذا كان الشيء المبيع معيناً بذاته ولا يضمن العيب الذي يحدث بعد البيع وقبل التسليم، أما إذا كان المبيع من المثليات التي لم تعين وقت العقد إلا بنوعها ومقدارها، فإن شرط القدم

(1) ينص المشرع الجزائري في المادة 369 مدني المقابلة للمادة 437 مدني مصري على ما يلي: "إذا هلك المبيع قبل تسليمه بسبب لا يد للبائع فيه سقط البيع واسترد المشتري الثمن إلا إذا وقع الهلاك بعد إعدار المشتري بتسلم المبيع".

(2) الدكتور محمد حسنين/ المرجع السابق، ص 153. والأستاذة زاهية سي يوسف/ عقد البيع، المرجع السابق، ص 168.

(3) الدكتور زهدي يكن/ عقد البيع، المرجع السابق، ص 254. والدكتور أسعد دياب/ المرجع السابق، ص 79. والدكتور السنهوري/ الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، البيع والمقايضة، المرجع السابق، ص 723. والدكتور أنور سلطان/ شرح البيع والمقايضة، المرجع السابق، ص 329. و الدكتور عبد الفتاح عبد الباقي/ عقد البيع، الجزء الثاني، القاهرة، 1956، ص 268. والدكتور سعدون العامري/ الوجيز في شرح العقود المسماة، المرجع السابق، ص 150. والدكتور سمير عبد السيد تناغو/ عقد البيع، الفنية للطباعة والنشر، دون ذكر سنة الطبع، ص 315.

(4) الدكتور السنهوري/ الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، البيع والمقايضة، المرجع السابق، ص 722.

بالنسبة لها لا يمكن أن يقصد به وجود العيب وقت العقد، على أساس أنه لا يوجد شيء معين بالنوع يمكن أن يقال بوجود عيب به في ذلك الوقت، وبما أن المثليات لا تتعين بذاتها إلا إذا تم إفرازها فإن شرط القدم بالنسبة لها يعني وجود العيب وقت الإفراز، أما إذا كان العيب قد نشأ بعد ذلك وقبل التسليم فإن البائع لا يضمنه⁽¹⁾.

وقصد تدعيم هذا الرأي قام الدكتور منصور مصطفى منصور بإيراد عدة حجج ضمن مقال نشره في مجلة العلوم القانونية والاقتصادية⁽²⁾.

وتتمثل هذه الحجج فيما يلي:

- **الحجة الأولى:** تستند هذه الحجة إلى التحليل اللغوي للمادة 447 من القانون المدني المصري، حيث ذهب الدكتور منصور مصطفى منصور إلى أن عبارة وقت التسليم الواردة في هذه المادة تتعلق بحالة عدم توافر الصفة التي كفل البائع وجودها في الشيء المبيع ولا تمتد لتشمل حالة العيب التي ذكرها المشرع معطوفة على ما قبله.

- **الحجة الثانية:** تعتمد هذه الحجة على التعليق الوارد في المذكرة الإيضاحية لنص المشروع التمهيدي الذي لا تختلف عباراته عن عبارات المادة 447 من القانون المدني المصري في أن شرط القدم يعني وجود العيب وقت العقد، حيث جاء في هذا المشروع تعليق على المادتين 593 و594 اللتان تقرران أن العيب لا يكون مضمونا إلا إذا كان موجودا وقت البيع وهو ما يعبر عنه عادة بالعيب القديم، وبالتالي فإن البائع يتحمل تبعه العيب الذي يطرأ بعد العقد وقبل التسليم بسبب قوة قاهرة ولكنه لا يضمنه، بمعنى أنه لا يلتزم بتعويض المشتري عن الأضرار التي لحقت، أما إذا كان العيب ناتجا عن خطأ البائع فلا حاجة إلى اللجوء إلى ضمان العيب، حيث أن البائع يلتزم بتسليم الشيء المبيع بالحالة التي كان عليها وقت العقد، وإلا اعتبر مخلا بالتزامه بالتسليم، فيقع على عاتقه

(1) الدكتور سليمان مرقس/ في العقود المسماة، عقد البيع، دار الكتب القانونية، المنشورات الحقوقية، لبنان، الطبعة الخامسة، 1990، ص 559. والدكتور محمد نبيب شنب/ المرجع السابق، ص 228.

(2) الدكتور منصور مصطفى منصور/ تحديد فكرة العيب الموجب للضمان في عقدي البيع والإيجار، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، جامعة عين شمس، العدد الثاني، السنة الأولى، 1959، ص 575-579.

تعويض المشتري عما يلحقه من أضرار تطبيقاً للقواعد العامة، ونفس هذا الحكم ينطبق على العيب الحاصل بعد الإفراز وقبل التسليم بالنسبة للأشياء المعينة بالنوع.

-**الحجة الثالثة:** تنص المادة 447/2 من القانون المدني المصري على أن البائع لا يضمن العيوب التي كان يعرفها المشتري وقت البيع، ومعنى ذلك أن ضمان البائع يتعلق بالعيوب الموجودة وقت البيع في الحالة التي يكون فيها الشيء المبيع معيناً بالذات، أما إذا كان معيناً بالنوع فإن العيب لا يتحقق فيه قبل تعيينه عن طريق إفرازه، وبناء عليه فإنه يكفي وجود العيب في الأشياء المثلية وقت إفرازها ولو لم يتم تسليمها، ولا يكفي وجود العيب بها عند تسليمها إذا لم يكن موجوداً عند الإفراز.

غير أن هذه الحجج لم تلق قبولاً غالبية الفقه المصري حيث قام بعضه بالرد عليها⁽¹⁾، واكتفى البعض الآخر بالإشارة إليها مع تمسكه بربط ضمان العيوب الخفية بالتسليم دون التفرقة بين ما إذا كان الشيء المبيع معيناً بالذات أو بالنوع⁽²⁾.

هذا وتتمثل الردود الفقهية التي واجهها الرأي القاضي بوجود التفرقة بين ما إذا كان المبيع معيناً بالذات وبين ما إذا كان معيناً بالنوع لتحديد ما إذا كان العيب موجبا للضمان فيما يلي:

أولاً: يضمن البائع العيوب التي توجد في الشيء المبيع وقت البيع وحتى تاريخ التسليم لأن نص المادة 447/1 من القانون المدني المصري جاء صريحاً في أن البائع يلزم بالضمان إذا لم يتوافر في الشيء المبيع وقت التسليم الصفات التي كفلها للمشتري، أو إذا كان بالمبيع عيب، حيث أنه اشترط وجود الصفات وقت التسليم وعطف على هذه الصفات بحرف "أو" العيب بمعنى الآفة الطارئة، مما يترتب عليه أن العيب يكون موجبا للضمان إذا كان موجوداً وقت التسليم.

(1) الدكتور صاحب عبيد الفتلاوي/ المرجع السابق، ص 80-82.

(2) الدكتور السنهوري/ الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، البيع والمقايضة، المرجع السابق، ص 755.

وبما أن النص جاء صريحا فليس هناك ما يدعوا إلى اللجوء إلى ما ورد في المذكرة الإيضاحية التي لا يعدوا أن يكون ما ورد فيها تعبيرا لموقف واضعيها لا يلزم الأخذ به.

ثانيا: تعرض المشرع المصري لانتقادات شديدة خلال الفترة التي كان فيها القانون المدني القديم ساريا نظرا لانعدام التناسق بين أحكام ضمان العيوب الخفية وأحكام تبعة الهلاك، حيث أن العبرة في تحمل تبعة الهلاك كانت بالتسليم في حين أن ضمان العيوب الخفية كان مرتبطا بانتقال الملكية، مع أن العيب يعتبر بمثابة هلاك جزئي للشيء المبيع، مما جعل المشرع المصري يلجأ إلى تعديل أحكام ضمان العيوب الخفية وربطها بالتسليم شأنها في ذلك شأن تبعة الهلاك.

ثالثا: إذا كانت أحكام ضمان العيوب الخفية تختلف عن أحكام تبعة الهلاك فإن ذلك لا يمنع وجوب التنسيق بينهما، فيلتزم البائع بضمان العيب الذي يحدث حتى تاريخ التسليم على أساس أن البيع من ضمانه حتى هذا الوقت، لأن العيب ليس سوى هلاك جزئي والبائع يتحمل تبعة الهلاك حتى تاريخ التسليم.

رابعا: لو أن المشرع المصري كان يريد الاحتفاظ بالحكم الذي ورد في القانون المدني السابق من وجوب ربط ضمان العيوب الخفية بالتسليم في المبيع المعين بالنوع وبتاريخ إبرام العقد في المبيع المعين بالذات لما قام بإعادة صياغة النص الذي كان يربط ضمان العيوب الخفية بانتقال الملكية.

خامسا: رغم أن الخطأ يؤثر في قيمة التعويض فإن مسؤولية البائع في الضمان تقوم على أساس انهيار التوازن الاقتصادي وليس على أساس فكرة الخطأ، و بالتالي فإنه لا يصح أن يقال: إن قواعد العدالة تقضي أن يتحمل البائع تبعة العيب الذي يلحق الشيء المبيع بسبب قوة قاهرة بعد العقد وقبل التسليم ولكنه لا يضمنه، أي أن البائع لا يلتزم بتعويض المشتري عن الأضرار التي تلحقه لأنه لم يرتكب خطأ.

وبناء عليه فإن شرط القدم يرتبط في التشريع المصري وفق ما ذهب إليه غالبية الفقه وعلى رأسه الأستاذ الدكتور عبد الرزاق السنهوري بتاريخ تسليم الشيء المبيع وهو ما

يتفق مع ما ذهب إليه الفقه الجزائري بهذا الشأن، كما أنه يتفق ما ارتأه جمهور الفقهاء في الشريعة الإسلامية.

أما القضاء الفرنسي فإنه يشترط أن يكون العيب موجودا وقت البيع إذا كان الشيء المبيع عينا معينة بذاتها، ووقت الإفراز إذا كان الشيء المبيع عينا معينة بنوعها⁽¹⁾، أما العيوب التي تطرأ على الشيء المبيع بعد انتقال الملكية فلا ضمان فيها على البائع ولو كان المبيع في حيازته ولم يقدّم بتسليمه إلى المشتري⁽²⁾، ومعنى ذلك بدهاءة أن القضاء الفرنسي يعتد في ضمان العيوب الخفية بانتقال الملكية التي تعتبر شرطا لتحمل تبعه هلاك الشيء المبيع أيضا⁽³⁾، وهو ما أكدته صراحة حين ذهب إلى أنه إذا تم الاتفاق على تأجيل تاريخ نقل الملكية فإنه يجب تقدير قدم العيب بالنظر لتاريخ انتقال الملكية فعلا⁽⁴⁾.

هذا ويعتبر القانون المغربي من بين التشريعات العربية التي تأثرت بالموقف الذي اعتمده القضاء الفرنسي، إذ أنه نص في المادة 552 من قانون الالتزامات والعقود على وجوب التفرقة بين ما إذا كان المبيع معيناً بالذات وبين ما إذا كان معيناً بالنوع، حيث أن المشرع المغربي قد اشترط صراحة أن يكون العيب موجودا في الشيء المعين بالذات وقت البيع، أما إذا كان الشيء معيناً بالنوع فقد اشترط أن يكون العيب موجودا فيه وقت التسليم⁽⁵⁾، وبالتالي فإن البائع لا يضمن العيوب التي تلحق الشيء المبيع بعد انتقال الملكية للمشتري في القانون المغربي⁽⁶⁾، شأنه في ذلك شأن البائع في القانون اللبناني الذي اعتمد

(1) الدكتور سلايم محمد/ محاضرات غير منشورة ألقاها على طلبة السنة الثالثة، قانون العقود، 1992-1993.

(2) الدكتور سلايم محمد/ المحاضرات السابقة الذكر.

(3) Pascal Puig/ Contrats spéciaux, précité, page 279.

(4) Cass.com. 9 Février 1965, Bull.civ.IV, n° 103.

(5) تنص المادة 557 من قانون الالتزامات والعقود المغربي على ما يلي:

"لا يضمن البائع إلا العيوب التي كانت موجودة عند البيع، إذا كان البيع معيناً بالذات أو عند التسليم، إذا كان المنتج شيئا متليا، بيع بالوزن أو بالقياس".

(6) الدكتور جعفر الفضلي/ المرجع السابق، ص 133.

هذا الحكم بمقتضى المادة 445 من قانون الموجبات والعقود⁽¹⁾.

وبناء على ذلك فإن البائع إذا سلم الشيء المبيع إلى ناقل يلتزم بنقله إلى المشتري فإن التاريخ المعتمد لوجود العيب الخفي الموجب للضمان بالنسبة للقانون الفرنسي والقوانين التي ربطت ضمان العيوب الخفية بانتقال الملكية هو تاريخ إبرام العقد إذا كان محله شيئاً معيناً بالذات، وتاريخ التسليم للناقل إذا كان المحل معيناً بالنوع⁽²⁾.

أما التاريخ المعتمد لوجود العيب الخفي الذي يؤدي إلى قيام مسؤولية البائع بالضمان في القانونين الجزائري والمصري فيتمثل في تاريخ وصول محل العقد للمشتري، سواء كان محل العقد معيناً بالذات أو مثلياً، على أساس أن العبرة في الضمان في التشريعين الجزائري والمصري بالتسليم وليس بانتقال الملكية كما هو الشأن في القانون الفرنسي⁽³⁾، حيث أن مناط مسؤولية البائع في القانونين الجزائري والمصري هو تاريخ التسليم وحده دون تاريخ إبرام البيع ودون تاريخ انتقال الملكية للمشتري⁽⁴⁾.

هذا وذهب الفقه إلى أن الشيء المبيع إذا لحقه عيباً أثناء نقله إلى المشتري فإن البائع يكون مسؤولاً إذا ثبت أن سبب العيب كان موجوداً في الشيء المبيع قبل نقل البضاعة، أما إذا ثبت أن الناقل هو الذي تسبب في العيب بخطئه فإنه يتحمل المسؤولية على أساس أنه قصر في القيام بواجبه⁽⁵⁾.

(1) تنص المادة 445 من قانون الموجبات والعقود اللبناني على ما يلي:
"لا يضمن البائع إلا العيوب الموجودة، وقت البيع إذا كان البيع عيناً معينة بذاتها، أو وقت التسليم إذا كان المبيع مثلياً".

(2) الدكتور أسعد دياب/ المرجع السابق، ص 79.

(3) الدكتور السنهوري/ مصادر الحق في الفقه الإسلامي، الجزء الرابع، طبعة 1953-1954، منشورات معهد الدراسات العالية في القاهرة، ص 249، الهامش رقم 1.

(4) الدكتور محمد حسنين/ المرجع السابق، ص 153. والأستاذة زاهية سي يوسف/ عقد البيع، المرجع السابق، ص 168. والدكتور لحسين بن الشيخ آت ملويا/ المرجع السابق، ص 442. والدكتور أنور سلطان/ شرح البيع والمقايضة، المرجع السابق، ص 329. والدكتور عبد الفتاح عبد الباقي/ المرجع السابق، ص 268. والدكتور أسعد دياب/ المرجع السابق، ص 79. والدكتور سعدون العامري/ المرجع السابق، ص 150. والدكتور زهدي يكن/ عقد البيع، المرجع السابق، ص 254.

(5) الدكتور أسعد دياب/ المرجع السابق، ص 80.

كما أن المحكمة العليا ذهبت إلى أن البائع يلتزم بالضمان إذا لم يشتمل المبيع على الصفات التي تعهد بوجودها وقت التسليم للمشتري أو كان بالمبيع عيب ينقص من قيمته، ولا يجوز له الادعاء بمسؤولية الناقل إذا كان النزاع لا يتعلق بإتلاف أو عيب ناجم عن نقل البضاعة⁽¹⁾.

ومع ذلك يجدر التساؤل عما إذا كان البائع يلتزم بالضمان إذا لحق عيب بالشيء المبيع أثناء نقله للمشتري دون أن يكون سبب العيب موجودا فيه قبل نقل البضاعة، كما إذا كان العيب الخفي ناتجا عن قوة قاهرة أدت إلى إنقاص قيمة الشيء المبيع أثناء نقله إلى المشتري.

الواقع أن الدكتور أسعد دياب واجه هذه الفرضية بقوله إن المشتري يعتبر في مثل هذه الحالة مالكا للشيء المبيع وبالتالي فإنه يتحمل مثل هذه المخاطر، ولا يجوز له الرجوع على البائع بالتعويض على أساس أنه باعه شيئا يتضمن عيبا خفيا لأن هذا العيب لحق بالشيء بعد تسليمه بسبب لا يد للبائع فيه⁽²⁾.

غير أن هذا الموقف يتضمن في تقديري مخالفة لنص المادة 368 من القانون المدني الجزائري المقابلة للمادة 436 من القانون المدني المصري اللتان نصتا على مبدأ عام مفاده أن التسليم لا يتم في حال وجوب تصدير المبيع للمشتري إلا بعد وصول محل العقد إليه⁽³⁾.

ومعنى ذلك أن البائع يلتزم بالضمان إذا لحق عيب بالشيء المبيع أثناء نقله للمشتري على أساس أن العيب يكون قد لحق المبيع قبل التسليم ما لم يتم الاتفاق على خلاف ذلك تطبيقا للمواد السالفة الذكر.

(1) قرار مؤرخ في 19 فبراير 1989، الملف رقم: 53955، المجلة القضائية لسنة 1990، العدد الثالث، ص 124.

(2) الدكتور أسعد دياب/ المرجع السابق، ص 80.

(3) تنص المادة 368 من القانون المدني الجزائري المقابلة للمادة 436 من القانون المدني المصري على ما يلي: "إذا وجب تصدير المبيع إلى المشتري، فلا يتم التسليم إلا إذا وصل إليه، ما لم يوجد اتفاق يخالف ذلك".

هذا وإذا كان مناط ضمان العيوب الخفية في القانونين الجزائري والمصري هو تاريخ تسليم الشيء المبيع للمشتري، فإن العيب قد لا يظهر إلا بعد التسليم، في حين أن سببه يكون موجودا في الشيء المبيع عند تسليمه للمشتري.

والواقع أن الفقه الجزائري والمصري يجمع في مثل هذه الحالات على قيام الضمان في مواجهة البائع، حيث أنه يكفي بأن تكون نواة العيب الخفي أو سببه أو جرثومته موجودة في المبيع عند التسليم ولو لم يستفحل أمرها ولم تتطور إلا بعد ذلك⁽¹⁾.

فإذا اشترى شخص حيوانا غير مريض عند التسليم، ولكنه يحمل جرثومة المرض، ثم انتشر المرض فيه، وظهر عليه بعد ذلك، فإن المرض يعتبر قديما موجبا للضمان رغم أنه نشأ بعد التسليم لأن نواته وجدت قبل ذلك، فإذا استطاع المشتري تقديم الدليل على أن العيب قد حصل سببه قبل أن يتسلم الشيء المبيع استحق الضمان⁽²⁾، شأنه في ذلك شأن الشخص الذي يشتري خشبا يحمل سوسا لا يظهر قبل التسليم ولكنه ينتشر بعد ذلك، حيث أن العيب يعتبر في هذه الحالة أيضا عيبا قديما يقع ضمانه على البائع⁽³⁾.

وقد اعتمد القضاء الفرنسي نفس الحكم حيث ذهب إلى أن العيب إذا كان في صورة جرثومة وقت البيع فإنه يكون موجبا للضمان⁽⁴⁾، وذلك خلافا للعيوب التي تظهر بعد

(1) الدكتور زهدي يكن/ عقد البيع، المرجع السابق، ص 254. والدكتور السنهوري/ الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، البيع والمقايضة، المرجع السابق، ص 723. والدكتور توفيق حسن فرج/ الوجيز في عقد البيع، المرجع السابق، ص 183. الدكتور أسعد دياب/ المرجع السابق، ص 81. والدكتور جعفر الفضلي/ المرجع السابق، ص 133.

(2) الدكتور السنهوري/ الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، البيع والمقايضة، المرجع السابق، ص 723. والدكتور أسعد دياب/ المرجع السابق، ص 81. والدكتور سعدون العامري/ المرجع السابق، ص 150. والدكتور زهدي يكن/ عقد البيع، المرجع السابق، ص 254.

(3) الدكتور توفيق حسن فرج/ عقد البيع والمقايضة في القانون اللبناني، دار النهضة العربية، بيروت، لبنان، طبعة 1968، ص 495. والدكتور السنهوري/ الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، البيع والمقايضة، المرجع السابق، ص 723. والدكتور زهدي يكن/ عقد البيع، المرجع السابق، ص 254.

(4) Cass.com.18 Janvier 1972, JCP 1972.II.17072.

البيع والتي يكون سببها لاحق لتاريخ إبرام العقد وتلك التي تنتج عن استعمال غير طبيعي للشيء المبوع⁽¹⁾.

كما أنه ذهب إلى أن العيب إذا ظهر بعد تسليم الشيء المبوع إلى المشتري في حين أن سببه كان موجودا قبل العقد في البيع المعين بالذات وقبل التسليم في البيع المعين بالنوع، فإن الضمان يقوم في هذه الحالة أيضا على أساس أنه يكفي أن يكون مصدر العيب موجودا قبل العقد في الحالة الأولى وقبل التسليم في الحالة الثانية⁽²⁾.

هذا ويرى المالكية أن العيب الذي يحصل عند المشتري بسبب قديم هو في حكم العيب القديم، حيث أن العبد إذا ارتكب جناية عند مولاه ثم باعه، وبعد ذلك ظهرت جنايته فقضي عليه بعقوبتها، كان ذلك موجبا خيار العيب للمشتري⁽³⁾.

أما المذهب الشافعي فقد اختلف فقهاؤه بشأن هذه المسألة وانقسموا إلى فريقين يرى أحدهما وجوب التفرقة بالنسبة للعيب الحادث بعد القبض بين حالتين، تتمثل أولهما في الحالة التي يستند فيها هذا العيب إلى سبب كان موجودا قبل القبض، وتتمثل ثانيهما في الحالة التي لا يستند فيها العيب إلى أسباب وجدت قبل القبض، ذلك أن الرد يتبث في الحالة الأولى دون الحالة الثانية⁽⁴⁾.

أما الفريق الثاني فيذهب إلى عدم ثبوت الرد بالنسبة للعيوب الحادثة بعد القبض على إطلاقها والتي يجوز للمشتري بموجبها أن يرجع على البائع بالإرش المتمثل في الفرق بين قيمة الشيء معيبا وقيمه سليما من العيب⁽⁵⁾.

(1) Cass.1^{ère} civ. 8 Avril 1986, Rev.trim. Dr.civ., 1987.557, Obs. J. Huet .

(2) الدكتور السنهوري/ الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، البيع والمقايضة، المرجع السابق، ص 724، الهامش رقم 1.

(3) محمد أمين بن عابدين/ المرجع السابق، ص 195.

(4) أبو يحيى زكريا بن محمد بن أحمد الشافعي الأنصاري/ المجموع شرح المهذب لأبي يحيى زكريا بن محمد بن أحمد الشافعي الأنصاري، نسخة مصورة لا تتضمن تاريخ ومكان النشر، ص 118.

(5) شمس الدين محمد بن أحمد الشربيني القاهري الشافعي الخطيب البغدادي/ مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده، مصر، 1958، ص 52.

هذا ويرى أبو حنيفة أن المشتري يملك حق الاختيار بالنسبة للعيوب الحادثة بسبب عيب قديم بين رد المبيع والرجوع بكامل الثمن وبين إمساك المبيع والرجوع بالإرش ممثلاً في نصف الثمن⁽¹⁾.

غير أن تحديد الإرش بنصف الثمن جاء بمناسبة التطرق إلى مثال على وجه التحديد يتمثل في الحالة التي يكون فيها محل عقد البيع عبداً قطعت يده بعد تسليمه للمشتري بسبب ارتكابه لجريمة السرقة عند وجوده في ضمان البائع، على أساس أن قطع اليد قد تم خلال فترة وجود العبد عند المشتري، غير أن سبب القطع يتمثل في السرقة التي حصلت خلال وجود العبد عند البائع، مما يتطلب إلحاق القطع بسببه فيصبح وكأنه حصل عند البائع، وسبب تقدير الإرش بنصف الثمن يتمثل في أن اليد من الأدمي نصفه⁽²⁾.

هذا وإذا كان البائع يضمن العيوب الخفية التي يستفعل أمرها بعد التسليم في الحالات التي يكون فيها سبب العيب موجوداً في الشيء المبيع عند تسليمه للمشتري، فإن قيام هذا الالتزام يقترن بشروط تتمثل في أن لا يكون تطور العيب راجعاً لظروف استثنائية ولولاها لبقى العيب كامناً⁽³⁾، كما أنه يشترط أن لا يكون انتشار العيب راجعاً لخطأ المشتري، ومن أمثلة ذلك أن يقوم المشتري باستعمال الشيء المبيع بطريقة غير طبيعية⁽⁴⁾، أو بطريقة لا يحترم فيها قواعد الاستعمال الصحيح أو أن يتخاذل عن اتخاذ الإجراءات والاحتياطات التي من شأنها الحيلولة دون ظهور العيب⁽⁵⁾، حيث أنه يجوز للقاضي في هذه الحالات أن يقوم بتخفيض الضمان بمقدار مساهمة خطأ المشتري في تفاقم أثر العيب، مما يجعل اتساع التزام المشتري بال العناية سبباً في التضييق من نطاق ضمان العيب الخفي⁽⁶⁾.

(1) ابن الهمام كمال الدين محمد بن عبد الواحد/ المرجع السابق، ص 178.

(2) ابن الهمام كمال الدين محمد بن عبد الواحد/ المرجع والموضع السابقان.

(3) الدكتور محمد حسنين/ المرجع السابق، ص 153.

(4) الدكتور جعفر الفضلي/ المرجع السابق، ص 133.

Cass. civ. 1^{ère}. 8 Avril 1986, R.T.D.C. 1987.557, Obs. J. Huet

(5) الدكتور السنهاوري/ الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، البيع والمقايضة، المرجع السابق، ص 723،

الهامش رقم 1. والدكتور أسعد دياب/ المرجع السابق، ص 82. والدكتور توفيق حسن فرج/ الوجيز في عقد

البيع، المرجع السابق، ص 183.

(6) الدكتور جعفر الفضلي/ المرجع السابق، ص 133.

هذا وقد ذهب الدكتور السنهوري إلى أن المسؤولية عن العيب قد تتوزع بين البائع والمشتري إذا كان هذا الأخير قد شارك جزئياً في إظهار العيب⁽¹⁾.

وخلاصة القول أن البائع يضمن العيوب الخفية التي يحتويها الشيء المبوع وأن الضمان يقتصر في القانونين الجزائري والمصري على العيوب التي توجد في المبوع وقت تسليمه للمشتري، إلا إذا كان العيب كامناً في الشيء المبوع عند التسليم واستفحل بعده، دون أن يرتكب المشتري خطأ له علاقة سببية بظهور العيب.

ولعل ربط ضمان عيوب المبوع الخفية بالتسليم لا يثير إشكالات فيما يتعلق بتحديد العيوب التي يضمنها البائع، حيث أن البائع يلتزم قانوناً بتسليم الشيء المبوع فور انعقاد البيع ما لم يتم الاتفاق على تأجيل تاريخ التسليم تطبيقاً لنص المادة 1/281 مدني جزائري المقابلة للمادة 1/346 مدني مصري⁽²⁾، كما أن المشتري يلتزم قانوناً بتسلم المبوع دون تأخير ما لم يقض الاتفاق أو العرف بخلاف ذلك تطبيقاً للمادة 394 مدني جزائري المقابلة للمادة 463 مدني مصري⁽³⁾.

ومع ذلك فإن الشيء المبوع قد يبقى في حيازة البائع، حيث أن المشتري لا يتسلمه فعلاً فيظهر فيه عيب يؤدي إلى الإنقاص من قيمته أو من درجة الانتفاع به، وهنا يثور تساؤل هام يتعلق بتحديد ما إذا كان البائع يلتزم بالضمان، أم أن المشتري يتحمل العيب وحده على أساس أنه لم يتسلم الشيء المبوع تسليماً مادياً في الوقت المحدد لذلك.

(1) الدكتور السنهوري/ الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، البيع والمقايضة، المرجع السابق، ص 723، الهامش رقم 1.

(2) تنص المادة 1/281 من القانون المدني الجزائري المقابلة للمادة 1/346 من القانون المدني المصري على ما يلي: "يجب أن يتم الوفاء فور ترتيب الالتزام نهائياً في ذمة المدين ما لم يوجد اتفاق أو نص يقي بغير ذلك".

(3) تنص المادة 394 من القانون المدني الجزائري المقابلة للمادة 463 من القانون المدني المصري على ما يلي: "إذا لم يعين الاتفاق أو العرف مكاناً أو زماناً لتسلم المبوع وجب على المشتري أن يتسلمه في المكان الذي يوجد فيه المبوع وقت البيع وأن يتسلمه دون تأخير باستثناء الوقت الذي تتطلبه عملية التسليم".

باستقراء أحكام ضمان العيوب الخفية في كل من القانون المدني الجزائري والمصري يتبين أنها اكتفت بالنص على أن البائع يلزم بضمان العيوب الموجودة في الشيء المبيع وقت التسليم⁽¹⁾.

غير أن التسليم قد يكون ناقلا لحيازة الشيء المبيع من البائع إلى المشتري الذي يمكن اعتباره متسلما أيضا بحكم القانون في حالات أخرى رغم عدم انتقال حيازة المبيع له فعلا كما إذا تخلف عن الحضور في المكان والزمان المحددين للاستلام، أو امتنع عن تسلّم الشيء المبيع رغم إعلام البائع إياه بكون المبيع موضوعا تحت تصرفه أو رغم قيام البائع بإعداره بوجوب أداء التزامه بالاستلام⁽²⁾.

وأكثر من ذلك يلاحظ أن التسليم قد يتم بمجرد تراضي الطرفين على البيع إذا كان المشتري حائزا للشيء المبيع قبل البيع أو كان البائع قد أبقى المبيع في حيازته بعد البيع لسبب آخر لا علاقة له بالملكية⁽³⁾.

وعلى هذا الأساس فإن تعدد الأوضاع التي يتم بها التسليم يتطلب البحث في المقصود بقدّم العيب الموجب للضمان نظرا لارتباط قيام التزام البائع بالضمان بوجود العيب قبل التسليم. فهل يجب الاعتداد بجميع صور التسليم في تحديد العيوب القديمة الموجبة للضمان بما في ذلك التسليم الذي يبقى بمقتضاه المبيع في حيازة البائع؟

(1) تنص المادة 379/1 من القانون المدني الجزائري المقابلة للمادة 447/1 من القانون المدني المصري على ما يلي: " يكون البائع ملزما بالضمان إذا لم يشتمل المبيع على الصفات التي تعهد بوجودها وقت التسليم إلى المشتري...".

(2) تنص المادة 367/1 من القانون المدني الجزائري المقابلة للمادة 435/1 من القانون المدني المصري على ما يلي: "يتم التسليم بوضع المبيع تحت تصرف المشتري، بحيث يتمكن من حيازته والانتفاع به دون عائق ولو لم يتسلمه تسلما ماديا، ما دام البائع قد أخبره بأنه مستعد لتسليمه".

(3) تنص المادة 367/2 من القانون المدني الجزائري المقابلة للمادة 435/2 من القانون المدني المصري على ما يلي: "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".

الواقع أن أغلب الفقه يكتفي بالإشارة إلى أن البائع يضمن العيوب التي تكون موجودة في المبيع في الوقت الذي يتم فيه التسليم للمشتري، دون الإشارة لما إذا كان يجب الاعتداد بجميع صور التسليم في تحديد العيوب الخفية التي يضمنها البائع⁽¹⁾.

غير أن الدكتور مصطفى أحمد الزرقاء ذهب إلى أن تقدير قدم العيب يتطلب الاعتداد بالتسليم **الفعلي والحكمي** معا، حيث أن العيب يجب أن يكون موجودا في المبيع قبل البيع أو حادثا فيه عند البائع قبل تسليمه إلى المشتري فعلا أو قبل اعتبار المشتري متسلما حكما، خلافا للعب الذي يحدث عند المشتري بعد أن يتسلم المبيع فعلا أو حكما، والذي لا يقوم التزام البائع بضمانه على أساس أن تبعة هلاكه تقع على المشتري، مما يستلزم قيام هذا الأخير بتحمل العيب من باب أولى⁽²⁾.

ومعنى ذلك أن البائع يضمن العيوب التي تلحق بالشيء المبيع قبل أن يتسلمه المشتري فعلا أو حكما، بينما يتحمل المشتري تبعة العيوب التي تكتنف الشيء المبيع بعد التسليم الفعلي أو الحكمي له، مما يتطلب تحديد كيفية تمام كل من التسليم الفعلي والحكمي وفق ما ذهب إليه الدكتور مصطفى أحمد الزرقاء الذي يرى وجوب الاعتداد بهما معا في تحديد العيوب القديمة الموجبة للضمان.

إن تحديد ما قصده الدكتور مصطفى أحمد الزرقاء بالتسليم **الفعلي والحكمي** حين ذهب إلى وجوب الاعتداد بهما معا في تحديد العيوب الموجبة للضمان يتطلب الرجوع إلى الدراسة التي خص بها التزام البائع بتسليم الشيء المبيع للمشتري باعتباره أحد الالتزامات الجوهرية التي تترتب عن عقد البيع.

(1) الدكتور محمد حسنين/ المرجع السابق، ص 153. والأستاذة زاهية سي يوسف/ عقد البيع، المرجع السابق، ص 168. والدكتور السنهوري/ الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، البيع والمقايضة، المرجع السابق، ص 722. والدكتور أنور سلطان/ شرح البيع والمقايضة، المرجع السابق، ص 329. والدكتور عبد الفتاح عبد الباقي/ المرجع السابق، ص 268. والدكتور أسعد دياب/ المرجع السابق، ص 79. والدكتور سعدون العامري/ المرجع السابق، ص 150. والدكتور جعفر الفضلي/ المرجع السابق، ص 133.

(2) الدكتور مصطفى أحمد الزرقاء/ العقود المسماة، المرجع السابق، ص 203.

والمواقع أن هذه الدراسة تسمح للمطلع عليها بالتوصل إلى أن الدكتور مصطفى أحمد الزرقاء يرى أن التسليم ينقسم إلى تسليم فعلي وتسليم حكمي على النحو الآتي⁽¹⁾:

التسليم الفعلي: يطلق عليه الدكتور مصطفى أحمد الزرقاء مصطلح التسليم الحقيقي أيضا، ويقصد به قيام البائع بوضع المبيع تحت تصرف المشتري بحيث يتمكن من حيازته واستعماله دون عائق ولو لم يتسلمه تسليما ماديا ما دام البائع قد أخبره بأنه مستعد لتنفيذ التزامه بالتسليم.

التسليم الحكمي: يطلق عليه الدكتور مصطفى أحمد الزرقاء مصطلح التسليم الاعتباري أيضا، حيث يرى أن التسليم قد يتم حكما في حالة اتفاق الطرفين على اعتبار المشتري متسلما للشيء المبيع إذا لم يحضر لاستلامه في وقت أو مكان معين، كما أنه قد يتم حكما في حالات أخرى قام بإجمالها تحت عنوان التسليم القانوني الذي يرى أنه يتخذ عدة صور تتمثل فيما يلي:

الصورة الأولى: تتمثل في الحالة التي يحوز فيها المشتري الشيء المبيع قبل البيع حيازة عرضية بصفته مستأجرا أو مودعا له أو مستعيرا أو مرتها رهن حيازة لتتغير هذه الصفة بعد البيع فيصبح حائزا للمبيع بصفته مالكا.

الصورة الثانية: تتمثل في الحالة التي تستمر فيها حيازة البائع للشيء المبيع بعد البيع باعتباره مستأجرا أو مودعا له أو مستعيرا أو مرتها رهن حيازة، حيث أن صفة حيازته تتغير من حائز لحسابه الشخصي إلى حائز لحساب المشتري.

الصورة الثالثة: تتمثل في الحالة التي يتخلف فيها المشتري عن تسلم الشيء المبيع رغم إعدار البائع له.

الصورة الرابعة: تتمثل في الحالة التي يقوم فيها البائع بحبس المبيع لامتناع المشتري عن أداء ثمنه.

(1) الدكتور مصطفى أحمد الزرقاء/ المرجع السابق، ص 138.

وخلاصة القول أن ربط الدراسة التي تناول فيها الدكتور: مصطفى أحمد الزرقاء التزام البائع بالتسليم بما ذهب إليه من أن البائع يضمن جميع العيوب الخفية التي تلحق بالشيء المبيع قبل أن يتسلمه المشتري فعلا أو حكما من شأنه أن يؤدي إلى التوصل إلى أن العيوب الخفية التي يقع على عاتق البائع ضمانها تنقسم من حيث قدمها إلى قسمين:

القسم الأول: العيوب التي تكون موجودة في الشيء المبيع قبل أن يقوم البائع بوضع المبيع تحت تصرف المشتري بحيث يتمكن من حيازته واستعماله دون عائق ولو لم يتسلمه تسليما ماديا ما دام البائع قد أخبره بأنه مستعد لتنفيذ التزامه بالتسليم.

ولعل مرد ذلك يتمثل في أن البائع الذي يقوم بوضع المبيع تحت تصرف المشتري بشكل يمكنه من حيازته والانتفاع به دون عائق مع القيام بإعلامه بذلك يكون قد نفذ التزامه بالتسليم، ولو لم يكن المشتري قد حاز الشيء المبيع حيازة مادية، مما يترتب عليه أن البائع لا يلتزم بضمان العيوب التي تلحق الشيء المبيع بعد تاريخ إعلام المشتري بوضع المبيع تحت تصرفه.

حيث أن المشتري الذي يمتنع عن تسلم الشيء المبيع رغم علمه بأنه موضوع تحت تصرفه يعتبر مخلا بأحد الالتزامات الجوهرية التي يربتها عقد البيع في ذمته، وبالتالي فلا مبرر لاستفادته من ضمان البائع للعيوب التي تظهر في الشيء المبيع بعد التاريخ الذي يقوم فيه البائع بإخطاره بوجود المبيع تحت تصرفه، إلا إذا تمكن من تقديم الدليل على أن العيب قد ظهر في الشيء المبيع بخطأ من البائع تطبيقا للقواعد العامة في المسؤولية التقصيرية.

القسم الثاني: العيوب التي تكون موجودة في الشيء المبيع قبل أن يتسلمه المشتري حكما، حيث أن البائع يلتزم بضمان العيوب التي يتبين أنها لحقت الشيء المبيع قبل تحقق التسليم الحكمي، أما العيوب التي تلحق المبيع بعد هذا التاريخ فإن المشتري يتحمل تبعاتها وحده.

لذلك فإن تحديد العيوب التي يضمنها البائع يتطلب ربط موضوع ضمان العيوب الخفية بتاريخ تحقق التسليم الحكمي الذي يتخذ صوراً مختلفة تم التطرق إليها عند تحليل

موقف الدكتور مصطفى أحمد الزرقاء من مفهوم قدم العيب⁽¹⁾، غير أن الأمر يتطلب الرجوع إلى دراسة هذه الحالات من أجل تحديد تاريخ حدوث التسليم الحكمي الذي يسمح بحصر العيوب التي يضمنها البائع بالنظر إلى تاريخ حدوثها.

إن ربط الدراسة التي قام بها الدكتور مصطفى أحمد الزرقاء من أجل تحديد حالات التسليم الحكمي بما ذهب إليه من أن تقدير قدم العيب يتطلب الاعتماد بالتسليم الحكمي، من شأنه أن يؤدي إلى أن المشتري يتحمل تبعه العيب الذي يتبين أنه لحق الشيء المبيع بعد تحقق التسليم الحكمي، بينما يضمن البائع العيوب الخفية في الحالات التي يثبت فيها أن العيب الخفي قد لحق الشيء المبيع قبل أن يتسلمه المشتري حكماً.

ومعنى ذلك أن البائع يضمن العيوب الخفية التي تكتنف المبيع في الحالات الخمسة التي أقوم بالتعليق عليها فيما يلي:

الحالة الأولى: إذا اتفق الطرفان على اعتبار المشتري متسلماً في حالة معينة فإن هذا الاتفاق يعتبر صحيحاً على أساس أن تنظيم أحكام التسليم لا يعد من النظام العام، وبالتالي فإن تراضي الطرفين على أن المشتري يعتبر متسلماً حكماً في الحالة التي لا يحضر فيها لاستلام المبيع في وقت ومكان معين يعتبر اتفاقاً صحيحاً، ومعنى ذلك أن المشتري يتحمل تبعه العيب الذي يلحق المبيع بعد التاريخ المحدد للتسليم رغم عدم تسلمه للمبيع فعلاً، بينما يقع على عاتق البائع الالتزام بضمان العيوب الخفية التي يثبت وجودها في الشيء المبيع قبل التاريخ المحدد لاستلامه.

ولعل مرد ذلك يتمثل في أن المشتري الذي يخلّ بالاتفاق القاضي بحضوره لاستلام المبيع في مكان وزمان محددين يكون قد أدخل بأحد الالتزامات التي يرتبها عقد البيع في ذمته والتمثل في تسلم المبيع، مما يستدعي اعتباره متسلماً حكماً ابتداءً من التاريخ المتفق عليه الذي يتعين الاعتماد به من أجل تحديد العيوب التي يضمنها البائع وتلك التي يتحمل المشتري تبعاتها باعتباره مقصراً في تنفيذ أحد الالتزامات التي يرتبها عقد البيع في ذمته.

(1) تراجع الصفحة 83 من هذا البحث.

الحالة الثانية: إذا كان المشتري حائزا للشيء المبيع قبل البيع حيازة عرضية بصفته مستأجرا أو مودعا له أو مستعيرا أو مرتهنا رهن حيازة فإنه يعتبر متسلما حكما بمجرد إتمام البيع، وبناء عليه فإن البائع يضمن العيوب التي يثبت وجودها في الشيء المبيع قبل إبرام العقد، بينما يتحمل المشتري تبعة العيوب التي تلحق المبيع بعد هذا التاريخ.

الحالة الثالثة: إذا استمرت حيازة البائع للشيء المبيع بعد البيع باعتباره مستأجرا أو مودعا له أو مستعيرا أو مرتهنا رهن حيازة فإن المشتري يعتبر متسلما حكما بمجرد إبرام العقد، ومعنى ذلك أن البائع يضمن العيوب التي يثبت وجودها في الشيء المبيع قبل إبرام العقد، بينما يتحمل المشتري تبعة العيوب التي تلحق المبيع بعد هذا التاريخ.

ومع ذلك فإنه يجدر التساؤل عما إذا كان بإمكان المشتري أن يطالب البائع بضمان العيوب التي تظهر في الشيء المبيع في الفترة الفاصلة بين تاريخ التسليم الحكمي وتاريخ تحقق التسليم الناقل للحيازة في الحالة التي يتفق فيها المشتري مع البائع بموجب عقد لاحق لعقد البيع على أن يبقى البائع حائزا للشيء المبيع، فيترتب على ذلك أن تنتقل الملكية إلى المشتري مع بقاء الشيء المبيع في حيازة البائع الذي قد يحتفظ بصفة الحائز لمدة معينة تنتقل الحيازة بعد انقضاءها للمشتري بصفته مالكا، فيكتشف بعد فحص الشيء المبيع أنه يحتوي على عيوب خفية لم يكشفها قبل ذلك لعدم فحصه للشيء المبيع عند اتفائه مع البائع على أن يبقى هذا الأخير حائزا.

الواقع أن هناك فرقا بين الحالة التي يكون فيها المشتري حائزا للمبيع قبل إبرام عقد البيع وبين الحالة التي تستمر فيها حيازة البائع للشيء المبيع بعد البيع، حيث أن المقارنة بينهما من شأنها أن تؤدي إلى أن التسليم الحكمي الذي يكون فيه المشتري حائزا للمبيع قبل البيع ليس من شأنه الحيلولة دون قيام المشتري بالتأكد من خلو المبيع من العيوب نظرا لوجوده في حيازته.

أما التسليم الحكمي الذي يترتب عنه بقاء الشيء المبيع في حيازة البائع فقد يتم بناء على عقد يبرم بين البائع والمشتري دون أن يقوم هذا الأخير بفحص الشيء المبيع

فحصا ماديا، مما يستدعي - في تقديري - ضمان البائع لجميع العيوب الخفية التي تلحق الشيء المبيع في الفترة الفاصلة بين تاريخ التسليم المادي وتاريخ التسليم الحكمي الذي تستمر بمقتضاه حيازة البائع للشيء المبيع، لعدم تمكن المشتري من القيام بفحص الشيء المبيع قبل هذا التاريخ.

غير أن اقتران التسليم الحكمي في هذه الحالة الأخيرة بتمكين المشتري من فحص الشيء المبيع رغم استمرار حيازة البائع له من شأنه أن يؤدي إلى انتفاء العلة من عدم الاعتداد بالتسليم الحكمي في تقدير قدم العيب في الحالة التي يتم فيها الاتفاق بين البائع والمشتري على بقاء المبيع في حيازة البائع رغم انتقال ملكيته للمشتري.

ولعل ما يؤيد هذا الحكم أن الدكتور السنهوري قد ذهب إلى أبعد من ذلك حين واجه الحالة التي يقوم فيها المشتري بفحص الشيء المبيع وقت تسلمه دون أن يتمكن من كشف العيب الذي يعتريه رغم أن هذا العيب قد يأخذ حكم العيوب الظاهرة، حيث أنه أعطى المشتري حق الرجوع على البائع بضمان مثل هذه العيوب ورفض اعتبار تسلمه للشيء المبيع قرينة على قبوله بها مدرجا على ذلك أمثلة من بينها أن القماش غالبا ما يباع مطويا، فإذا كان فيه عيب ظاهر أو في حكم الظاهر، فإن المشتري لا يعتبر راضيا بمجرد تسلمه القماش المطوي، وإنما يكون ذلك إذا ذهب بالقماش إلى متجره وفحصه وسكت دون أن يقوم بإخطار البائع بالعيب في مدة معقولة يتم تحديدها وفقا للمألوف في التعامل⁽¹⁾.

كما أن هناك من الفقه من ذهب إلى تحديد العيوب التي يضمنها البائع عن طريق التفرقة بين ما إذا كان المشتري حاضرا في مجلس العقد أو غائبا عنه، وفي ذلك دلالة واضحة على أن التسليم الذي يتعين تحديد العيوب المضمونة على أساسه هو التسليم الذي يقترن بقيام المشتري بفحص المبيع، حيث أنه ذهب إلى أن العيب إذا كان مما يمكن الكشف عنه بإجراء فحص عادي فإن المشتري لا يمكنه أن يطالب البائع بالضمان إلا إذا كان غائبا عن مجلس العقد، أما إذا كان المشتري حاضرا في مجلس العقد وقبل تسلم الشيء المبيع دون اعتراض، فإنه يكون راضيا به ولا يجوز له متابعة البائع على أساس أحكام

(1) الدكتور السنهوري/ الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، البيع والمقايضة، المرجع السابق، ص 736.

ضمان العيوب الخفية، ولعل ذلك يرجع إلى أن حضور المشتري مجلس العقد يمكنه من فحص الشيء المبيع وهو ما يتعذر عليه القيام به في حال غيابه⁽¹⁾.

ومن جهة أخرى يلاحظ أن المشرعين الجزائري والمصري قد ربطا ضمان عيوب المبيع الخفية بتاريخ معاينة الشيء المبيع، حيث أن المشرع الجزائري قد نص في المادة 1/330 من القانون المدني الجزائري المقابلة للمادة 1/449 من القانون المدني المصري على أن المشتري يلزم بالتحقق من حالة المبيع عندما يتمكن من ذلك حسب قواعد التعامل المألوفة، فإذا كشف عن عيب يضمنه البائع وجب عليه أن يقوم بإخطاره قبل اللجوء إلى مطالبته بالضمان، ولعل التفسير الأرجح لهذا الموقف ينصرف إلى أن ضمان العيوب الخفية يرتبط بالتاريخ الذي يتسنى فيه للمشتري فحص الشيء المبيع دون التفرقة بين ما إذا كان الفحص ماليا لتسليم المبيع تسليمًا ماديًا وبين ما إذا كان التسليم قد تم حكمًا، إذ أن العبرة بالتسليم الذي يخول للمشتري فحص المبيع.

الحالة الرابعة: إذا تخلف المشتري عن تسلم الشيء المبيع رغم إعدار البائع له فإنه يعتبر متسلسًا حكمًا، ومعنى ذلك أن البائع يضمن العيوب التي يثبت وجودها في الشيء المبيع قبل إعدار المشتري بوجوب أداء التزامه بالاستلام، بينما يتحمل المشتري تبعه العيوب التي تظهر في الشيء المبيع بعد إخطار البائع إياه بالاستلام بما في ذلك العيوب التي تظهر في الفترة الفاصلة بين تاريخ الإعدار وتاريخ التسليم الناقل للحيازة.

ولعل ذلك يرجع إلى أن التزام البائع بالتسليم يقابله التزام المشتري بالاستلام، فإذا قصر هذا الأخير في أداء الالتزامات التي يرتبها عقد البيع في ذمته بأن امتنع عن استلام الشيء المبيع رغم علمه بوجوده تحت تصرفه بشكل يمكنه من حيازته والانتفاع به دون عائق، فإن البائع يكون حينئذ قد أدى التزامه بالتسليم رغم امتناع المشتري عن الاستلام المادي، وبالتالي فإن المشتري يتحمل العيوب التي تظهر على الشيء المبيع في حيازة

(1) الدكتور أسعد دياب/ المرجع السابق، ص 106.

البائع الذي نفذ التزامه بالتسليم وفق أحكام المادة 367 مدني جزائري المقابلة للمادة 435 مدني مصري⁽¹⁾.

حيث أنه لا يجوز مكافئة المشتري على تقصيره بالاعتداد بالتسليم المادي في ضمان العيوب الخفية رغم امتناعه عنه، كما أنه لا يجوز مساءلة البائع عن ضمان العيوب الخفية التي تظهر في المبيع الموجود في حيازته لامتناع المشتري عن تسلمه تسليماً مادياً، لأن هذا الحكم سيؤدي إلى إثقال كاهله رغم أنه قام بأداء جميع واجباته، وذلك لحساب المشتري الذي قصر في القيام بواجب الاستلام بشكل يستدعي تحميله تبعة العيوب التي تظهر في المبيع أثناء وجوده في حيازة البائع إلا إذا تمكن من تقديم الدليل على أن العيب قد ظهر في الشيء المباع بخطأ من البائع تطبيقاً للقواعد العامة في المسؤولية التقصيرية⁽²⁾.

هذا ويلاحظ أن المشرعين الجزائري والمصري قد سكتا عن تحديد ما إذا كان امتناع المشتري عن استلام المبيع رغم قيام البائع بإعداره بوجوب أداء التزامه بالاستلام من شأنه أن يؤدي إلى تحميله تبعة العيوب التي تظهر في الشيء المباع بعد الإعدار، ولكنهما تطرقا لحكم هذه المسألة فيما يتعلق بتحمل تبعة الهلاك، حيث أن المادة 437 مدني مصري التي تقابل المادة 361 مدني جزائري تنص على أن المبيع إذا هلك قبل تسليمه بسبب لا يد للبائع فيه سقط البيع واسترد المشتري الثمن، إلا إذا وقع الهلاك بعد إعدار المشتري بتسلم المبيع، ومعنى ذلك أن المشرعين الجزائري والمصري جعلوا تبعة الهلاك على المشتري إذا امتنع عن تسلم المبيع رغم إعدار البائع له، على أساس أنه يعتبر مخلاً بأحد الالتزامات التي يترتبها عقد البيع في ذمته⁽³⁾.

لقد حرم المشرعان المصري والجزائري المشتري من الحماية التي يتمتع بها في حالة هلاك الشيء المباع في يد البائع ولو كان هذا الهلاك كلياً، إذا امتنع عن استلام المبيع

(1) تنص المادة 367 من القانون المدني الجزائري المقابلة للمادة 435 مدني مصري على ما يلي: "يتم التسليم بوضع المبيع تحت تصرف المشتري بحيث يتمكن من حيازته والانتفاع به دون عائق ولو لم يتسلمه تلماً مادياً ما دام البائع قد أخبره بأنه مستعد لتسليمه بذلك ويحصل التسليم على النحو الذي يتفق مع طبيعة الشيء".

(2) تنص المادة 124 من القانون المدني الجزائري المقابلة للمادة 163 من القانون المدني المصري على ما يلي: "كل فعل أيا كان يرتكبه الشخص بخطئه ويسبب ضرراً للغير، يلزم من كان سبباً في حدوثه بالتعويض".

(3) تنص المادة 394 من القانون المدني الجزائري المقابلة للمادة 463 من القانون المدني المصري على أن المشتري يلتزم بتسلم المبيع دون تأخير باستثناء الوقت الذي تتطلبه عملية التسليم.

بعد إغذار البائع له، مما يمكن معه القول: إن المشتري لا يجوز له أن يتمتع بالحماية التي تخولها له أحكام الضمان فيما يتعلق بالعيوب الخفية التي تظهر في الفترة الفاصلة بين تاريخ الإغذار وتاريخ التسليم الناقل للحيازة، على أساس أن هذه العيوب من شأنها أن تؤدي إلى الإنقاص من قيمة الشيء المبوع وبالتالي فإنه يمكن أن تعتبر هلاكا جزئيا، وهو ما يتفق مع ما ذهب إليه بعض الفقه من أن العيب الخفي يعتبر بمثابة هلاك جزئي في المبوع مما يؤدي إلى ارتباط شرط القدم فيه بمفهوم تبعة الهلاك⁽¹⁾، كما أنه يتفق مع السياسة التشريعية للمشرع المصري الذي قام بتعديل الحكم القاضي بوجوب ربط ضمان العيوب الخفية بانتقال الملكية تحقيقا للتناسق بين أحكام تبعة الهلاك وأحكام ضمان العيوب الخفية⁽²⁾.

الحالة الخامسة: إذا قام البائع بحبس المبوع لامتناع المشتري عن أداء ثمنه فإن المشتري يعتبر متسلما حكما مما يؤدي إلى تحمله تبعة العيوب التي تلحق المبوع أثناء حبسه.

ولعل هذا الحكم يتفق مع ما ذهب إليه المشرع الجزائري في المادة 391 من القانون المدني المقابلة للمادة 460 مدني مصري من أن المبوع إذا تلف في يد البائع وهو ماسك له كان تلفه على المشتري ما لم يكن التلف قد وقع من فعل البائع⁽³⁾، ومعنى ذلك أن البائع إذا امتنع عن التسليم لأن المشتري لم يدفع الثمن، فإن تبعة هلاك الشيء المبوع تكون على المشتري الذي يحرم من الحماية التي يتمتع بها بمقتضى نصوص القانون التي تقضي بأن تكون تبعة الهلاك على البائع قبل التسليم، ولعل ذلك يرجع إلى أن امتناعه عن تنفيذ

(1) الدكتور أسعد دياب/ المرجع السابق، ص78.

(2) الدكتور صاحب عبيد الفتلاوي/ المرجع السابق، ص. ص. 80-82.

(3) تنص المادة 391 من القانون المدني الجزائري المقابلة للمادة 460 من القانون المدني المصري على ما يلي: "إذا تلف المبوع في يد البائع وهو ماسك له، كان تلفه على المشتري، ما لم يكن التلف قد وقع من فعل البائع."

التزامه بدفع الثمن هو السبب في حبس الشيء المبيع⁽¹⁾.

وإذا كان المشرعان الجزائري والمصري قد سحبوا الحماية من المشتري في حالة الهلاك الكلي للشيء المبيع إذا هلك في يد البائع وهو حابس له، فإنه يمكن أن يقال: إن المشتري لا يجوز له أن يتمتع بهذه الحماية – من باب أولى – إذا ظهر في الشيء المبيع عيباً أثناء وجوده في يد البائع الحابس، إلا إذا تمكن من تقديم الدليل على أن العيب قد ظهر في الشيء المبيع بخطأ من البائع، وهو ما يتفق مع ما ذهب إليه بعض الفقهاء من وجوب التنسيق بين أحكام ضمان العيوب الخفية وأحكام تبعة الهلاك على أساس أن العيب الخفي يمكن اعتباره هلاكاً جزئياً⁽²⁾، كما أنه يتناسب مع السياسة التشريعية للمشرع المصري الذي يرى الفقه أنه قام بتعديل الحكم القاضي بوجوب ربط ضمان العيوب الخفية بانتقال الملكية بهدف تحقيق التناسق بين أحكام تبعة الهلاك وأحكام ضمان العيوب الخفية⁽³⁾.

والواقع أن هذا الحكم يتماشى مع ما جاء في الفقه الحنبلي الذي ذهب إلى أن العيب يعتبر قديماً إذا كان موجوداً في الشيء المبيع عند العقد أو عند التسليم شأنه في ذلك شأن باقي المدارس الفقهية الأخرى⁽⁴⁾، ولكنه قرر التفرقة بين ما إذا كان العيب يندرج ضمن العيوب التي تدخل في ضمان البائع وبين ما إذا كان من العيوب التي يضمنها المشتري، كما هو الحال بالنسبة للعيوب التي تلحق الشيء المبيع في يد البائع خلال الفترة التي يحبسها فيها نتيجة امتناع المشتري عن دفع الثمن⁽⁵⁾.

(1) تنص المادة 390 من القانون المدني الجزائري المقابلة للمادة 459 من القانون المدني المصري على ما يلي: "إذا كان تعجيل الثمن كله أو بعضه مستحق الدفع في الحال، جاز للبائع أن يمسك المبيع إلى أن يقبض الثمن المستحق ولو قدم له المشتري رهناً أو كفالة، هذا ما لم يمنحه البائع أجلاً بعد انعقاد البيع. يجوز كذلك للبائع أن يمسك المبيع ولو لم يحل الأجل المتفق عليه لدفع الثمن إذا سقط حق المشتري في الأجل طبقاً لمقتضيات المادة 212".

(2) الدكتور أسعد دياب/ المرجع السابق، ص 78.

(3) الدكتور صاحب عبيد الفتلاوي/ المرجع السابق، ص 80-82.

(4) تراجع الصفحة 64 من هذا البحث.

(5) أبو محمد عبد الله بن قدامة المقدسي على مختصر أبي القاسم عمر الخرقى/ المغني، الطبعة الثالثة، الجزء الرابع، دار المنار، 1327، ص 150.

وفي جميع الأحوال فإن عبء إثبات تاريخ وجود العيب يقع على عاتق المشتري، حيث أن الأصل في المبيع هو أن يكون سليماً من العيوب⁽¹⁾.

هذا ويتعلق الأمر هنا بقريضة بسيطة يجوز للمشتري إثبات عكسها بجميع وسائل الإثبات لاستحقاق الضمان على أساس أن الأمر يتعلق بواقعة مادية⁽²⁾.

ومع ذلك فقد ذهب بعض الفقه إلى أن تحديد مهلة للدعاء بالعيب الخفي يعني أن العيوب التي تظهر خلال هذه المهلة كانت موجودة قبل عقد البيع أو قبل التسليم، ما لم يقيم البائع بإثبات العكس، ومقتضى ذلك أن هذا النص نقل عبء الإثبات من المشتري إلى البائع⁽³⁾.

غير أن أغلب الفقه يرى أنه لا يصح أن يقال إن العيب يتبع المهلة حيث أن المهلة هي التي تلحق بالعيب⁽⁴⁾.

هذا وقد انتقد الفقه الفرنسي ما ذهب إليه القضاء من أن احتواء عقد بيع سيارة على عبارة بحالة جيدة ومقبولة من شأنه نقل عبء إثبات تاريخ العيب من المشتري إلى البائع، وذلك على أساس أن الدائن هو الذي يلتزم بتقديم الدليل على ما يدعيه حتى ولو كان التزامه يتضمن تحقيق غاية⁽⁵⁾.

ومهما يكن من أمر فإن إثبات تاريخ العيب يمكن أن يتم بجميع وسائل الإثبات وذلك لأنه يرتبط بواقعة مادية، غير أن الخبرة هي الوسيلة الأكثر استعمالاً⁽⁶⁾.

(1) الدكتور جعفر الفضلي/ المرجع السابق، ص 133.

Daniel Mainguy/Contrats spéciaux, précité, page 145.

(2) الدكتور أسعد دياب/ المرجع السابق، ص 84. والدكتور جعفر الفضلي/ المرجع السابق، ص 133. والدكتور محمد حسن قاسم/ المرجع السابق، 371.

(3) Aubry et Rau/ Cours de droit civil, 6^{ème} édition, 1952, page 109.

(4) الدكتور أسعد دياب/ المرجع السابق، ص 84.

(5) الدكتور أسعد دياب/ المرجع والموضع السابقان.

(6) الدكتور جعفر الفضلي/ المرجع السابق، ص 134. والدكتور أسعد دياب/ المرجع السابق، ص 84.

على أن تحديد تاريخ نشوء العيب قد يصعب على الخبراء في الحالات التي تنعدم فيها الصلة بين طبيعة المبيع ونوعية العيب، وفي هذه الحالة يجب على المحكمة أن تطالب الخبير بتحديد ما إذا كان المشتري قد أساء استعمال الشيء مما أدى إلى إلحاق العيب به⁽¹⁾.

وعلى العموم فإن القضاء الفرنسي غالباً ما يلجأ إلى إثبات تاريخ نشوء العيب عن طريق القرائن⁽²⁾، حيث أن محكمة النقض الفرنسية قد ذهبت إلى أن قبول البائع تغيير إحدى القطع يعني أن العيب كان موجوداً في الشيء المبوع قبل البيع⁽³⁾.

هذا وتظهر أهمية تحديد تاريخ نشوء العيب عندما ينتاب انتقال ملكية الشيء المبوع بتتابع البيع عليه فيقتضي الأمر معرفة تاريخ البيع لتحديد البائع الذي يتعين عليه أن يتحمل الضمان⁽⁴⁾.

غير أن هذا لا يعني أن تحديد تاريخ نشوء العيب يكتسي أهمية أقل في البيوع المنفردة، إذ أنه لا ضمان عند حادثة العيب.

لذلك فقد درس فقهاء الشريعة الإسلامية الخصومة في شرط قدم العيب بعناية لا سيما عندما يتعلق الأمر ببيوع تتضمن عيوباً يحتمل قدمها كما تحتمل حداثتها بشكل يستحيل معه الجزم بالقدم والحداثة.

وبناء عليه ذهب فريق إلى وجوب توجيه اليمين إلى البائع⁽⁵⁾، بينما اتفق الفريق الآخر على أن القول قول المشتري بيمين يؤدي أدائها إلى تبوُّث الخيار له⁽⁶⁾.

(1) الدكتور أسعد دياب/ المرجع السابق، ص 84. والدكتور جعفر الفضلي/ المرجع السابق، ص 134.

(2) Daniel Mainguy/ Contrats Spéciaux, précité, page 145.

(3) Cass.civ.1^{ère}, 8 Octobre 1997, JCP 1998, page 604, n° 17, Obs. Seub.

(4) الدكتور جعفر الفضلي/ المرجع السابق، ص 134.

(5) محمد بن علي بن محمد الشوكاني/ السيل الجرار المتدفق على حدائق الأزهار، دار الكتب العلمية، لبنان، 1985، ص 161. ومحمد جواد مغنية/ فقه الإمام جعفر الصادق، المرجع السابق، ص 224. وشمس الدين محمد بن أحمد الشربيني القاهري الشافعي الخطيب البغدادي/ مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج لشمس الدين محمد بن أحمد الشربيني القاهري الشافعي الخطيب البغدادي، مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده، مصر، 1958، ص 61.

(6) موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي/ المغني لموفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي، دار الكتاب العربي، بيروت، 1972، ص 251.

ولعل ما ذهب إليه الاتجاه الأول من أن القول هو قول البائع بيمينه يتفق مع القاعدة القانونية التي مفادها أن البينة على من ادعى واليمين على من أنكر، فالمشتري هو المدعي بقدوم العيب والملتزم بتقديم البينة، والبائع هو المنكر لقدم العيب والملتزم بأداء اليمين.

هذا وقد أورد الكاساني صيغة لليمين التي يجب على البائع أن يؤديها عند احتمال قدم العيب وحدثته بقوله إن البائع يجب أن يستحلف بالله عز وجل بأنه لا وجود لحق الرد بالعيب الذي يدعيه المشتري، أو أن يستحلف بالله عز وجل أنه سلم المبيع وهو خال من العيب الذي يدعيه المشتري⁽¹⁾.

والواقع أن هذه اليمين جامعة فهي تشمل العيب الموجود عند البيع والعيب الطارئ بعد العقد وقبل التسليم، خلافا لما إذا اكتفى البائع بأداء اليمين على أن محل العقد كان سليماً وفق ما ذهب إليه النووي، ذلك أن اليمين في هذه الحالة تشمل العيب الموجود وقت العقد دون ذلك الذي يطرأ بعد العقد وقبل التسليم مما يؤدي إلى صدق يمين البائع وسقوط حق المشتري⁽²⁾.

ومع ذلك فإنه قد يحدث عملاً أن يتنازع المشتري والبائع على قدم العيب وحدثته، فيؤدي البائع اليمين على أن العيب حديث، ويسقط حق المشتري في الضمان بتقديم الدليل على قدم العيب لاستحالة ذلك عليه وقت الخصومة، مما يؤدي إلى التساؤل عن مصير الحكم الصادر لصالح البائع إذا توافرت لدى المشتري بينة على قدم العيب بعد صدور الحكم بإعفاء البائع من الضمان.

(1) علاء الدين الكاساني/ المرجع السابق، ص 280. وأبو محمد محمود بن أحمد العيني/ البناية شرح الهداية، دار الفكر، بيروت، الطبعة الأولى، 1980، ص 352.

(2) شمس الدين الشيخ محمد عرفه الدسوقي/ المرجع السابق، ص 137.

لقد كانت هذه الإشكالية موضع اهتمام لدى فقهاء الشريعة الإسلامية الذين أجمعوا على جواز نقض الحكم لظهور وسيلة إثبات جديدة تتمثل في البيئة التي استجذت لدى المشتري⁽¹⁾.

ومهما يكن من أمر فإن غياب البيئة لدى المشتري فيما يتعلق بقدم العيب وحدائته تقتضي توجيه اليمين للبائع ورد دعوى المشتري على النحو الذي سبق.

غير أن هذه الحالة لها حالة أخرى تقابلها تتمثل في القضايا التي يقيم فيها المشتري البيئة على قدم العيب، والتي أثارت لدى الفقه الإسلامي إشكالية أخرى تتعلق بتحديد ما إذا كان يتعين استحلاف المشتري لصدور حكم برد المبيع، في الحالة التي لا يقوم فيها البائع بتقديم الدليل على رضا المشتري بالعيب أو وجود اتفاق يقضي بإبرائه من الضمان.

وبناء عليه انقسم الفقه إلى فريقين ذهب أولهما إلى وجوب فسخ العقد دون توجيه أي يمين للمشتري على أساس أن اليمين حق للمدعي ولا يجوز إجبار الشخص على استعمال حقه أو المطالبة به⁽²⁾.

هذا وذهب الاتجاه الثاني إلى عدم جواز فسخ العقد دون توجيه يمين للمشتري فحواها أنه لم يرض بالعيب ولم يقر بإبراء البائع من الضمان، إضافة إلى أنه لم يعرض الشيء المبيع للبيع بعد العلم بالعيب⁽³⁾.

وفي الدفاع عن هذا الاتجاه ذهب أنصاره إلى أن توجيه مثل هذه اليمين للمشتري من شأنه تحصين الحكم الذي قد يصدر في مواجهة البائع برد الشيء المبيع، ذلك أن إصدار حكم بالرد دون توجيه اليمين للمشتري يفتح مجالاً للنقض أمام البائع في الحالة التي

(1) برهان الدين إبراهيم بن علي بن أبي القاسم بن محمد بن فرحون/ تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام دار الكتب العلمية عن الطبعة المصرية الأولى، 1301 هـ، ص 71.

(2) الدكتور عبد الكريم زيدان/ نظام القضاء في الشريعة الإسلامية، مطبعة العاني، بغداد، الطبعة الأولى، 1984، ص 204.

(3) علاء الدين الكاساني/ المرجع السابق، ص 280.

يتمكن فيها هذا الأخير من تقديم الدليل على رضا المشتري بالعيب أو وجود اتفاق على البراءة من الضمان⁽¹⁾.

ومع ذلك فإن القول بالزام المشتري بأداء يمين إلى جانب تقديمه الدليل على قدم العيب ببينة كاملة من شأنه أن يصطدم في تقديري بالقاعدة القائلة إن البينة على من ادعى واليمين على من أنكر⁽²⁾.

كما أن القول بالزام المشتري على أداء اليمين رغم تقديمه بينة على قدم العيب يتضمن ما يخالف حكماً لعثمان بن عفان رضي الله عنه في قضية يتعلق الأمر فيها ببيع أبرم على البراءة من العيب بين عبد الله بن عمر بصفته بائعاً وأحد الغلمان بصفته مشترياً قام بادعاء احتواء الشيء المبيع على عيب، مما أدى بعثمان ابن عفان إلى توجيه يمين لعبد الله بن عمر، فحواها أن البيع قد تم بالبراءة من العيب، وحكمه برد الشيء المبيع إليه لرفضه أداء اليمين، دون توجيه اليمين إلى المشتري رغم عدم قيام هذا الأخير بتقديم أية بينة على العيب، مما يؤدي إلى القول بعدم جواز توجيه اليمين إلى المشتري الذي يقدم الدليل على قدم العيب من باب أولى⁽³⁾.

(1) علاء الدين الكاساني/ المرجع السابق، ص 49.

(2) من رسالة عمر بن الخطاب رضي الله عنه في القضاء إلى أبي موسى الأشعري.

(3) الزرقاني/ شرح الزرقاني محمد بن عبد الباقي بن يوسف على موطأ الإمام مالك بن أنس، شركة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده، القاهرة، الطبعة الأولى، ص193. وأبو بكر أحمد بن الحسين بن علي البيهقي/ السنن الكبرى، دار الفكر، بيروت، ص 228.

المطلب الثاني

تأثير العيب

ينفق أغلب الفقهاء وأساتذة القانون على أن نقص قيمة الشيء المبيع أو نفعه يعتبر شرطاً من الشروط التي يجب توافرها في العيب حتى يكون موجبا للضمان⁽¹⁾.

أما فقهاء الشريعة الإسلامية فقد اعتبروا النقص في قيمة الشيء المبيع أو في منفعته أركاناً يدور العيب معها وجوداً و عدماً⁽²⁾.

وقد اتفق معهم في ذلك الدكتور مصطفى الزرقاء الذي ذهب إلى أن النقص في قيمة الشيء المبيع أو نفعه يعتبر ركناً في العيب وليس مجرد شرط فيه، لأن العيب القانوني لا بد أن يكون مؤثراً، فإن لم يكن كذلك فإنه يعتبر عيباً من الناحية اللغوية وليس من الناحية القانونية⁽³⁾.

ومهما يكن من أمر فإن العيب لا يكون موجبا للضمان إلا إذا كان مؤثراً بشكل يجعله على درجة معينة من الجسامة والأهمية، غير أن التشريعات الحديثة قد اختلفت في تحديدها للحالات التي يعتبر فيها العيب مؤثراً.

وبناء على ذلك يلاحظ أن المشرع الفرنسي قد نص في المادة 1641 من القانون المدني على أن البائع يلتزم بضمان العيوب الخفية التي تجعل الشيء المبيع غير صالح

(1) الدكتور أسعد دياب/ المرجع السابق، ص 54. والدكتور سليمان مرقس/ في العقود المسماة، عقد البيع، دار الكتب القانونية، شتات، مصر، الطبعة الخامسة، ص 558. والدكتور زهدي يكن/ عقد البيع، المرجع السابق، ص 252. والدكتور السنهوري/ الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، البيع والمقايضة، المرجع السابق، ص 717. والدكتور محمد حسنين/ المرجع السابق، ص 155. والدكتور جعفر الفضلي/ المرجع السابق، ص 124. والدكتور توفيق حسن فرج/ الوجيز في عقد البيع، المرجع السابق، ص 176. والدكتور رمضان أبو السعود/ شرح العقود المسماة، في عقدي البيع و المقايضة، المكتبة القانونية، الدار الجامعية، دون ذكر تاريخ الطبع، ص 384.

(2) الدكتور صاحب عبيد الفتلاوي/ المرجع السابق، ص 59.

(3) الدكتور مصطفى أحمد الزرقاء/ في شرح عقد البيع: أشار إليه الدكتور سليمان مرقس/ عقد البيع، المرجع السابق، ص 562، الهامش رقم 74.

للاستعمال لدرجة أن المشتري ما كان ليشتريه أو ما كان ليدفع فيه إلا ثمنا أقل لو أنه علم به⁽¹⁾.

أما المشرع المغربي فقد حدد درجة تأثير العيب الموجب للضمان حيث أنه نص في المادة 549 من قانون الالتزامات والعقود على عدم ضمان العيب الذي لا ينقص من قيمة الشيء المبيع أو نفعه إلا نقصا يسيرا، وبالتالي فإن النقص في قيمة المبيع يشترط أن لا يكون يسيرا بحيث يمكن التغاضي عنه لتفاهته، وإنما يجب أن يكون على قدر من الجسامه حيث ينقص من قيمة الشيء أو نفعه بالقدر المحسوس⁽²⁾.

هذا ويلاحظ أن المشرع الجزائري قد نص في المادة 1/379¹ مدني المقابلة للمادة 1/447 من القانون المدني المصري على أن العيب المؤثر هو العيب الذي ينقص من قيمة المبيع أو من الانتفاع به بحسب الغاية المقصودة منه حسبما هو مذكور بعقد البيع أو حسبما يظهر من طبيعته أو من استعماله⁽³⁾، ومعنى ذلك أن العيب يكون مؤثرا في التشريعين الجزائري والمصري إذا أنقص من قيمة المبيع أو من درجة الانتفاع به⁽⁴⁾.

(1) تنص المادة 1641 من القانون المدني الفرنسي على ما يلي:

"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'aurait donné qu'un moindre prix, s'il les avait connus.**"

(2) تنص المادة 549 من قانون الالتزامات والعقود المغربي على ما يلي:

"يضمن البائع عيوب الشيء التي تنقص من قيمته **نقصا محسوسا**، أو التي تجعله غير صالح لاستعماله فيما أعد له بحسب طبيعته أو بمقتضى العقد. أما العيوب التي تنقص نقصا يسيرا من القيمة أو الانتفاع، والعيوب التي جرى العرف على التسامح فيها، فلا تخول الضمان."

(3) تنص المادة 1/379¹ من القانون المدني الجزائري المقابلة للمادة 1/447 من القانون المدني المصري على ما يلي:

"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 في عقد البيع، أو حسبما يظهر من طبيعته أو استعماله.** فيكون البائع ضامنا لهذه العيوب ولو لم يكن عالما بوجودها."

(4) الدكتور رمضان أبو السعود/ المرجع السابق، ص 384. والدكتور سليمان مرقس/ عقد البيع، المرجع السابق، ص 562. والدكتور السنهوري/ الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، البيع والمقايضة، المرجع السابق، ص 717. والدكتور توفيق حسن فرج/ عقد البيع، المرجع السابق، ص 176. والدكتور أنور سلطان/ العقود المسماة، شرح عقدي البيع والمقايضة، دراسة مقارنة في القانونين المصري واللبناني، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، بيروت، لبنان، 1983، ص 255. والدكتور زهدي يكن/ عقد البيع، المرجع السابق، ص 252. والدكتور محمد حسنين/ المرجع السابق، ص 155. والدكتور لحسين بن شيخ آث ملويا/ المرجع السابق، ص 446.

وبناء على ذلك فإن جسامة العيب لها وجهين، يتمثل أولهما في وجوب كون العيب مؤثرا في قيمة المبيع، ويرتبط ثانيهما بتأثير العيب على استعمال الشيء المبيع.

حيث أن العيب قد يترتب عليه نقص في القيمة من شأنه أن يؤدي إلى قيام التزام البائع بالضمان رغم أنه قد لا يؤثر على صلاحية الشيء المبيع للاستعمال، ومثال ذلك أن يتعلق الأمر بسيارة صالحة لجميع الأغراض المقصودة، غير أنها تحتوي عيبا خفيا في غطاءها الخارجي أو في مقاعدها مما ينقص من قيمتها دون المساس بصلاحياتها لجميع الأغراض المقصودة منها⁽¹⁾.

كما أن العيب قد يترتب عليه نقصانا في الانتفاع من شأنه أن يؤدي إلى قيام التزام البائع بالضمان رغم أنه قد لا ينقص من القيمة الفعلية للشيء المبيع، ومثال ذلك أن يكون محل عقد البيع ممثلا في آلة ميكانيكية بها عيب خفي يجعلها غير صالحة لبعض المنافع دون أن يؤثر على قيمتها المادية⁽²⁾.

ولعل أكثر الأمثلة التي تبين قيام التزام البائع بالضمان في حال ما إذا كان النقص متعلقا بالانتفاع بالشيء دون التأثير على قيمته ما ذهب إليه فقهاء الشريعة الإسلامية من أن من اشترى خفين فوجدهما ضيقين، له حق الرد رغم أن الأمر لا يتعلق بعيب ينقص القيمة⁽³⁾.

فالمهم أن يؤثر العيب على استعمال الشيء المبيع أو قيمته، إذ أنه لا يكفي أن يلحق الشيء المبيع نقص وفق المفهوم المجرد للعيب الذي يقوم على أساس أن كل نقصان في المبيع يعتبر عيبا دون الحاجة في ذلك إلى البحث عن مدى تأثيره على قيمة المبيع أو نفعه، حيث أنه يجب أن يندمج العيب وتأثيره في شرط واحد مما يؤدي إلى إعطائه مفهوما وظيفيا يتماشى مع ما انتهى إليه الفقه من أن المفهوم المجرد للعيب يتنافى مع

(1) الدكتور رمضان أبو السعود/ المرجع السابق، ص 384. والدكتور جعفر الفضلي/ المرجع السابق، ص 128.

(2) الدكتور جعفر الفضلي/ المرجع السابق، ص 128. والدكتور أسعد دياب/ المرجع السابق، ص 55. والدكتور السنهوري / الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، البيع والمقايضة، المرجع السابق، ص 718.

(3) الفتاوى الهندية العالمية الكيرية بإشراف لجنة من مشاهير العلماء المكتبة الإسلامية بديار بكر، تركيا، الطبعة الثالثة، 1393، الجزء الثالث، ص 73 .

الواقع الاقتصادي ويفتقر إلى المرونة التي تساعد على تحسين سير المعاملات، خلافا للمفهوم الوظيفي للعيب الذي يقوم على أن العيب لا يعتبر عيبا بالمفهوم القانوني إلا إذا كان من شأنه التأثير على استعمال الشيء المبيع أو قيمته⁽¹⁾، كما أنه يتمشى مع ما ذهب إليه فقهاء الشريعة الإسلامية من أن النقص في قيمة الشيء المبيع أو في منفعته تعتبر أركاناً يدور العيب معها وجوداً و عدماً⁽²⁾.

وعلى هذا الأساس فإنه يتعين البحث في المقصود بالعيب المؤثر في قيمة المبيع والعيب المؤثر في استعماله من أجل تحديد العيوب الموجبة للضمان.

الفرع الأول

العيب المؤثر في قيمة المبيع

يعتبر فقهاء الشريعة الإسلامية أن العيب يكون مؤثراً في قيمة المبيع إذا كان من شأنه أن يوجب نقصان الثمن في عادة التجار نقصاناً فاحشاً وليس نقصاناً يسيراً، مثل عيوب العمى والحوال والعود والقرع والصلع وسائر الأمراض المؤثرة في الرقيق⁽³⁾.

وبالتالي فإن العيب إذا كان لا ينقص من قيمة الشيء المبيع بين التجار فإن فقهاء الشريعة الإسلامية يتفقون على أنه لا يؤدي إلى ثبوت حق المشتري في الخيار، كما إذا وجد خط بسيط في هامش الكتاب أو خدش خفيف في جلده، وذلك لأن مثل هذه الهنات البسيطة لا تلحق ضرراً بالمشتري لكونها لا تنقص من قيمة الشيء لدى التجار⁽⁴⁾.

(1) الدكتور أسعد دياب/ المرجع السابق، ص 56. والدكتور جعفر الفضلي/ المرجع السابق، ص 129.

(2) الدكتور صاحب عبيد الفتلاوي/ المرجع السابق، ص 59.

(3) الدكتور عبد الرزاق السنهوري/ مصادر الحق في الفقه الإسلامي، منشورات معهد الدراسات في القاهرة، الجزء الرابع، طبعة 1954، الجزء الرابع، ص. 348: أشار إليه الدكتور أسعد دياب/ المرجع السابق، ص 59، الهامش الأول.

(4) الدكتور مصطفى أحمد الزرقاء/ المرجع السابق، ص 196.

وبذلك اعتبر فقهاء المذهب الحنفي نقصان ثمن المبيع بسبب الآفة الطارئة ركنا هاما من أركان العيب، واعتمدوا في تقدير هذا النقصان على معيار موضوعي يقوم على أساس الاعتداد برأي أهل الخبرة⁽¹⁾.

كما أنهم اهتموا بتوضيح العلاقة بين الثمن والقيمة حيث أن ابن عابدين قد ذهب 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 الإنقاص من قيمة المبيع دون التأثير على ثمنه، فإن خيار العيب لا يثبت للمشتري لعدم تضرره نظرا لكونه قد اشترى المبيع بأقل من قيمته معيبا⁽²⁾.

هذا وقد اعتبر الحنابلة نقصان القيمة ركنا من أركان العيب التي يؤدي تخلفها إلى ثبوت الخيار للمشتري، كما أنهم ذهبوا إلى وجوب الاعتداد بعرف أهل الشأن، شأنهم في ذلك شأن الحنفية⁽³⁾.

ومع ذلك يلاحظ أن هناك أقوالا لدى بعض الحنفية والحنابلة قد توهم بخلاف ذلك، إذ ذهب صاحب الفتاوى الهندية من الحنفية إلى أنه من اشترى شيئا، ولم يعلم بالعيب وقت الشراء، ولا علمه قبله، والعيب يسير أو فاحش، فله الخيار إن شاء رضي بجميع الثمن وإن شاء رده⁽⁴⁾.

أما ابن مفلح من الحنابلة فقد صاغ جملة أخرى قد يفهم منها أن العيب اليسير يأخذ حكم العيب الفاحش، حيث أنه ذهب إلى أن يسير العيب كالكثير⁽⁵⁾.

(1) الدكتور صاحب عبيد الفتاوى/ المرجع السابق، ص 60.

(2) الدكتور عبد الناصر توفيق العطار/ في مقاله استقراء لماهية العيب وشروط ضمانه في القانون المصري، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، جامعة عين شمس، العدد الثاني، 1971، ص 468.

(3) شرف الدين موسى المقدسي/ الإقناع في فقه الإمام بن حنبل، الجزء الثاني، المطبعة المصرية بالأزهر، دون ذكر لسنة الطبع، ص ص 93 و 94.

(4) الفتاوى الهندية العالمية/ المرجع السابق، ص 66.

(5) أبو الحسن علي بن سليمان المرادوي/ الفروع لعلاء الدين أبو الحسن علي بن سليمان المرادوي، الطبعة الثانية، بيروت، عالم الكتب، 1389 هجرية، ص 104.

والواقع أن أسلوب صاحب الفتاوى الهندية من الحنفية يشترك مع صياغة ابن مفلح من الحنابلة في أن المطلع عليهما قد يفهم أن العيب الموجب للضمان لا يشترط فيه أن يكون منقصا للقيمة في هذين المذهبين.

ذلك ما ذهب إليه الدكتور إسماعيل كاظم العيساوي في معرض حديثه عن النقص في القيمة كشرط من شروط قيام الالتزام بالضمان موضحا أن كلا من صاحب الفتاوى الهندية وابن مفلح إنما يقصدان العيب بمفهومه اللغوي⁽¹⁾.

وفي محاولة منه لاستبعاد القول بقيام الالتزام بالضمان لدى الحنفية والحنابلة دون البحث فيما إذا كان العيب منقصا للقيمة، استند إلى أن أصحاب المذهب الواحد يفسرون أقوال بعضهم البعض، مستعرضا ما ذهب إليه الكاساني في البدائع من أن كل ما يوجب نقصان الثمن في عادة التجار نقصانا فاحشا أو يسيرا يعد عيبا موجبا للخيار⁽²⁾ مما يعني أن العيب إذا كان منقصا للثمن فإنه يؤدي إلى ثبوت الخيار لدى الحنفية سواء كان الإنقاص في الثمن يسيرا أو فاحشا، مما يفسر ما ذهب إليه صاحب الفتاوى الهندية وينفي ما قد يتبادر إلى الذهن من أن الحنفية لا يشترطون نقصان القيمة لقيام الضمان⁽³⁾.

هذا وقد عرف 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 عيبا⁽⁴⁾.

وبمقارنة هذا التعريف بما ذهب إليه ابن مفلح من أن يسير العيب كالكثير، يتبين أن هذا الأخير يقصد وفق ما ذهب إليه الدكتور إسماعيل كاظم العيساوي أن النقص اليسير في الثمن كالنقص الكثير في قيام أحكام العيب عليه، مما ينفي قيام الالتزام بالضمان في حال عدم تأثير العيب على قيمة الشيء لدى الحنابلة شأنهم في ذلك شأن الحنفية⁽⁵⁾.

(1) الدكتور كاظم العيساوي/ المرجع السابق، ص 81.

(2) علاء الدين الكاساني/ المرجع السابق، ص 274.

(3) الدكتور كاظم العيساوي/ المرجع السابق، ص 82.

(4) موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي/ المرجع السابق، ص 243.

(5) الدكتور كاظم العيساوي/ المرجع السابق، ص 83.

هذا ولم يختلف المالكية مع باقي المذاهب الفقهية في اعتبار النقص في قيمة الشيء المبيع ركنا من أركان العيب التي لا يقوم الخيار دونها إلا أنهم اهتموا بالعقارات أكثر من غيرهم، حيث أنهم ذهبوا إلى أن الأشياء الثابتة كالدور والفنادق والحمامات والمصانع والمخازن والمحلات التجارية 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 الدور وما في حكمها لا تخلو من العيوب، فلو تم ردها بالقليل لأدى ذلك إلى إلحاق الضرر بالبائع⁽¹⁾.

وخلاصة القول أن العيب إذا كان لا ينقص من قيمة الشيء المبيع بين التجار فإن فقهاء الشريعة الإسلامية يتفقون على أنه لا يؤدي إلى ثبوت حق المشتري في الخيار.

هذا ويبدو أن كلا من المشرع الجزائري والمصري قد تأثرا بموقف الفقه الإسلامي حيث نص المشرع المصري في المادة 447 من القانون المدني على أن النقص في القيمة من شأنه أن يؤدي إلى ثبوت التزام البائع بالضمان شأنه في ذلك شأن المشرع الجزائري الذي اعتمد النقص في القيمة كسبب موجب للضمان في المادة 379 من القانون المدني⁽²⁾.

غير أن هناك تشريعات عربية ذهبت إلى أكثر من ذلك كالمشرع المغربي الذي نص في المادة 549 من قانون الالتزامات والعقود على ضمان العيب الذي ينقص من قيمة الشيء المبيع، إضافة إلى تقرير حرمان المشتري من الضمان في الحالة التي يكون فيها النقص في القيمة يسيرا، إذ أنه يشترط وجوب كون هذا النقص محسوسا شأنه في ذلك شأن

(1) الدكتور محمد سكمال المجاجي/ المرجع السابق، ص 266.

(2) تنص المادة 379 من القانون المدني الجزائري المقابلة للمادة 447 من القانون المدني المصري على ما يلي:
"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..."

المشروع اللبناني الذي نص في المادة 442 من قانون الموجبات والعقود على ضمان البائع للنقص في القيمة مشروطاً في ذلك أن لا يكون هذا النقص يسيراً⁽¹⁾.

إن هذا التباين في صياغة النصوص القانونية فيما يتعلق بالنقص في القيمة كشرط لثبوت الضمان في كل من القانون الجزائري والمصري من جهة، والقانون المغربي واللبناني من جهة أخرى، من شأنه أن يثير الفضول للبحث عن حكم هذه المسألة في الشريعة الإسلامية.

فبالرجوع إلى الفقه المالكي يلاحظ إلى أن المالكية قد ذهبوا إلى أن الأشياء الثابتة كالدار والفنادق والحمامات والمصانع والمخازن والمحلات التجارية لا ترد بالعيب الذي يؤدي إلى الإنقاص من قيمة الشيء المبيع نقصاناً يسيراً وإنما يجب على البائع أن يضمن قيمة العيب للمشتري على أساس أن الدور وما في حكمها لا تخلوا من العيوب، فلو تم ردها بالقليل لأدى ذلك إلى إلحاق الضرر بالبائع⁽²⁾.

فهل يعني ذلك بأن ما كان من غير العقارات يستوجب الرد لدى المالكية لا فرق في ذلك بين ما إذا كان الإنقاص من قيمة الشيء المبيع نقصاناً يسيراً أو فاحشاً؟

الواقع أن المالكية قد قسموا العيب إلى ثلاثة أقسام من أجل شرح الأثر المترتب عن العيب المؤثر، فهم يرون أن العيب قد يكون يسيراً لا ينقص القيمة وهو عيب غير مؤثر، وقد يكون يسيراً ينقص القيمة ويوجب الإرش، وقد يكون فاحشاً يستوجب الرد⁽³⁾.

(1) تنص المادة 549 من قانون الالتزامات والعقود المغربي المقابلة للمادة 442 من قانون الموجبات والعقود اللبناني على ما يلي:

"يضمن البائع عيوب الشيء التي تنقص من قيمته نقصاً محسوساً، أو التي تجعله غير صالح لاستعماله فيما أعد له بحسب طبيعته أو بمقتضى العقد. أما العيوب التي تنقص نقصاً يسيراً من القيمة أو الانتفاع، والعيوب التي جرى العرف على التسامح فيها، فلا تخول الضمان".

(2) الدكتور محمد سكمال المجاجي/ المرجع السابق، ص 266.

(3) محمد ابن أحمد ابن جزي الغرناطي المالكي الكلبي/ المرجع السابق، ص 264. وشمس الدين الشيخ محمد عرفه الدسوقي/ المرجع السابق، ص 114.

ومعنى ذلك في تقدير الأستاذ كاظم العيساوي أن العيب يكون مؤثرا لدى الفقه المالكي متى أنقص من قيمة المبيع سواء كان الإنقاص قليلا أم كثيرا، أما ما لا ينقص القيمة فهو غير مؤثر ولا يستوجب الضمان على إطلاقه⁽¹⁾.

ويلاحظ أن نفس هذا الموقف اعتمده ابن مفلح من الحنابلة بقوله إن ما ينقص القيمة يعد مؤثرا سواء كان النقص يسيرا أو فاحشا⁽²⁾.

هذا وقد سلك الحنفية نفس الاتجاه حين ذهبوا إلى ثبوت الخيار للمشتري في العيب اليسير والفاحش بتمكينه من رد الشيء المبيع⁽³⁾.

أما الشافعية فقد وضعوا قيودا للعيب الذي يمنح المشتري الحق في الخيار حيث أنهم اشترطوا أن يؤدي النقص في عين الشيء المبيع أو قيمته إلى الحيلولة دون تحقيق غرض صحيح من جهة وأن يغلب في جنس المبيع عدمه من جهة أخرى⁽⁴⁾.

إلا أن الفقه اختلف في تحديد المعيار المعتمد للبحث فيما إذا كان من شأن العيب الحيلولة دون تحقيق غرض صحيح عند الشافعية.

فقد ذهب الأستاذ الدكتور عبد الناصر توفيق العطار إلى أنه يتعين الرجوع في ذلك إلى الغرض العام الذي يهدف إلى تحقيقه المشتري العادي، بمعنى أن هذا الغرض يجب أن يقاس بمعيار موضوعي، ولهذا فإن الشافعية يقولون إن العيب هو ما يفوت به غرض صحيح دون النظر في ذلك لغرض المشتري⁽⁵⁾.

أما الدكتور صاحب عبيد الفتلاوي فقد ذهب إلى وجوب التفرقة بين ما إذا كانت غاية المشتري من الشراء واضحة ومعلومة و بين ما إذا كانت هذه الغاية مجهولة، مؤكدا

(1) الدكتور كاظم العيساوي/ المرجع السابق، ص 83.

(2) أبو الحسن علي بن سليمان المرداوي/ الفروع، الطبعة الثانية، بيروت، عالم الكتب، 1389 هجرية، ص 104.

(3) الفتاوى الهندية العالمية/ المرجع السابق، ص 66.

(4) حاشيتنا القليوبي وعميرة/ المرجع السابق، ص 198 و 199.

(5) الدكتور عبد الناصر توفيق العطار/ المرجع السابق، ص 472.

على أنه يتعين الاعتداد برغبة المشتري في الحالة الأولى، في حين أنه يجب اللجوء إلى قياس الغرض المراد تحقيقه بالنظر إلى معيار موضوعي في الحالة الثانية⁽¹⁾.

هذا وقد اهتم الدكتور كاظم العيساوي بمسألة أخرى في تحليله لقول 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 النقص في العين والقيمة معا.

وفي إجابته عن هذا التساؤل عرض الدكتور كاظم العيساوي آراء الفقه الشافعي الذي انقسم إلى فريقين ذهب أولهما إلى أن الأمر يتعلق بنقص في العين فقط، مما يعني أن أي نقص في القيمة يفوت به الغرض ويتحقق به شرط التأثير الذي ينتفي لدى الفريق الثاني المتمسك بأن فوات الغرض الصحيح قيد في العين والقيمة معا، مما يعني وجوب وضع قيد للنقص في القيمة وعدم ثبوت خيار العيب إذا كان النقص يسيرا مما يتسامح به⁽²⁾.

ولما كان للعرف دوره في دعاوى الضمان والمعروف أن كل ما كان يسيرا يتسامح به فإنه يبدووا لي أن هذا الرأي الأخير هو الأكثر إقناعا، إذ أنه يتوجب - في تقديري - التفرقة بين ما إذا كان النقص في القيمة يسيرا يتسامح به في عرف التجار وبين ما إذا كان هذا النقص فاحشا، بحيث أنه يتعين قيام الضمان في هذه الحالة الأخيرة دون الحالة الأولى لتفاهة العيب وعدم إلحاقه لأي ضرر بالمشتري.

ذلك ما أقره المشرع المغربي في المادة 549 من قانون الالتزامات والعقود صراحة حين أضاف حكما مفاده حرمان المشتري من الضمان في الحالة التي يكون فيها نقص القيمة يسيرا، مشترطا أن يكون هذا النقص محسوسا، متفقا في ذلك مع المشرع

(1) الدكتور صاحب عبيد الفتلاوي/ المرجع السابق، ص 63.

(2) الدكتور كاظم العيساوي/ المرجع السابق، ص. ص. 83 و 84.

اللبناني الذي اشترط في المادة 442 من قانون الموجبات والعقود أن لا يكون النقص في القيمة يسيرا لقيام الالتزام بالضمان⁽¹⁾.

أما المشرعان الجزائري والمصري فقد يبدوا ظاهريا أنهما تأثرا بموقف فقهاء الشريعة الإسلامية الذين يرون أن ما ينقص القيمة يعد مؤثرا سواء كان النقص يسيرا أو فاحشا، ذلك أن المشرع المصري نص في المادة 447 من القانون المدني على أن النقص في القيمة من شأنه أن يؤدي إلى ثبوت التزام البائع بالضمان دون أن يستبعد صراحة الحالة التي يكون فيها هذا النقص تافها شأنه في ذلك شأن المشرع الجزائري الذي اعتمد النقص في القيمة كسبب موجب للضمان في المادة 379 من القانون المدني⁽²⁾.

فهل يعني ذلك وجوب الاعتداد بالنقص في القيمة كسبب لقيام الالتزام بالضمان في كل من التشريع الجزائري والمصري لا فرق في ذلك بين ما إذا كان هذا النقص يسيرا أو فاحشا؟

لقد أجاب بعض الفقه العربي عن هذا التساؤل بقوله إن العيب لا يعتبر مؤثرا في التشريعات التي سكتت عن تحديد درجة جسامة العيوب الموجبة للضمان، إلا إذا بلغ حدا من الجسامة بحيث لو علم به المشتري لما أقدم على إبرام العقد أو لما 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 بنفعه⁽³⁾.

(1) تنص المادة 549 من قانون الالتزامات والعقود المغربي المقابلة للمادة 442 من قانون الموجبات والعقود اللبناني على ما يلي:

"يضمن البائع عيوب الشيء التي تنقص من قيمته نقصا محسوسا، أو التي تجعله غير صالح لاستعماله فيما أعد له بحسب طبيعته أو بمقتضى العقد. أما العيوب التي تنقص نقصا يسيرا من القيمة أو الانتفاع، والعيوب التي جرى العرف على التسامح فيها، فلا تخول الضمان".

(2) تنص المادة 379 من القانون المدني الجزائري المقابلة للمادة 447 من القانون المدني المصري على ما يلي: "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) الدكتور محمد لبيب شنب والدكتور مجدي صبحي خليل/ شرح أحكام عقد البيع، دار النهضة العربية، القاهرة، 1968، ص 258. والدكتور محمد حسن قاسم/ المرجع السابق، ص 372.

والواقع أن هذا الرأي الفقهي قد تأثر بالضابط الذي اصطنعه التشريع الفرنسي من أجل تحديد العيوب الموجبة للضمان، وقام بتعميمه ليشمل العيوب التي تمس بقيمة المبيع والعيوب التي تمس بفعاله، حيث أن المشرع الفرنسي نص على أن العيب هو الذي يجعل الشيء المبيع غير صالح للاستعمال أو يضعف هذا الاستعمال لدرجة أن المشتري ما كان ليشتريه أو ما كان ليدفع فيه إلا ثمنًا أقل لو أنه علم به، مكتفياً فيما يتعلق بضمان العيوب الخفية بالعيوب التي تؤدي إلى فوات منفعة الشيء المبيع أو الإنقاص من هذه المنفعة دون الاعتداد بالعيوب التي تنقص من قيمة المبيع⁽¹⁾.

ومهما يكن من أمر فإن الفقه يجمع على أن المقصود بالنقص في القيمة النقص المترتب عن العيب الذي يعتري الشيء المبيع وليس النقص الناجم عن تقلبات الأسعار⁽²⁾.

كما أنه يجمع على وجوب التفرقة بين النقص في القيمة والنقص في المقدار، حيث أن النقص في المقدار لا يخضع لأحكام العيوب الخفية على أساس أن البائع الذي يسلم بضاعة ناقصة يكون قد أحل بأحكام التسليم⁽³⁾، وهو ما لا ينطبق على الحالة التي يعتري فيها الشيء المبيع عيباً خفياً، حيث أن العيب قد يؤدي إلى الإنقاص من قيمة المبيع نقصاً محسوساً، ومع ذلك فإن المفروض هو أن يقوم البائع بتسليم القدر المتفق عليه دون نقص، إذ أن وجود العيب من شأنه أن يؤثر في قيمة الشيء المبيع دون المساس بمقداره⁽⁴⁾.

(1) ينص المشرع الفرنسي في المادة 1642 من القانون المدني على ما يلي:

"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'aurait donné qu'un moindre prix, s'il les avait connus.**"

(2) الدكتور أسعد دياب/ المرجع السابق، ص 59.

(3) الدكتور مصطفى أحمد الزرقاء/ المرجع السابق، ص 128. والدكتور أنور سلطان/ المرجع السابق، ص 194. والدكتور سليمان مرقس/ العقود المسماة، عقد البيع، عالم الكتب، الطبعة الرابعة، 1980، ص 349. والدكتور أسعد دياب/ المرجع السابق، ص 59. والدكتور محمد لبيب شنب والدكتور مجدي صبحي خليل/ المرجع السابق، ص 158.

(4) الدكتور توفيق حسن فرج/ المرجع السابق، ص 177.

ولعل ذلك يتفق مع ما ذهب إليه محكمة التمييز اللبنانية من أن النقص في تسليم بعض الكمية المتفق عليها لا يعتبر من عيوب المبيع أو نقائصه الذاتية ولا يخضع بالتالي لأية مهلة قانونية ولا تطبق عليه أحكام ضمان العيوب الخفية⁽¹⁾.

الفرع الثاني

العيب المؤثر في استعمال المبيع

يشترط فقهاء الشريعة الإسلامية لقيام التزام البائع بضمان عيوب المبيع الخفية أن يكون العيب منقصا للمنفعة على الإطلاق، إذ أنهم لا يشترطون أن يكون النقص في القيمة ماديا وإنما يمدون تفسير النقص في المنفعة كسبب موجب للضمان ليشمل النقص المعنوي أيضا، وفق ما ذهب إليه الدردير والدسوقي من أن الدار ترد إذا كان ماء بئرها مالحا مع وجودها في مكان تغلب الحلاوة على مياه الآبار فيه، كما أنها ترد أيضا بسبب خلل في أساسها أو سوء جارها أو شؤمها⁽²⁾.

أما إذا كان محل العقد دابة فيلاحظ أن إصابتها بالهقعة وهي دائرة بيضاء موجودة في الصدر على الجانب الأيسر كان يدعوا للتشاؤم ويشكل سببا لفوات المنفعة وقيام التزام البائع برد المبيع⁽³⁾.

ومن جهة أخرى يلاحظ أن نقص المنفعة قد يقصد به فوات منفعة شرعية يجعل العيب مؤثرا، إذ أن فقهاء الشريعة الإسلامية يدرجون في هذا الصدد مثلا يتعلق بشاة مخصصة للأضحية فيها قطع في الأذن، لا يؤدي إلى تفويت المنافع المادية للشاة، ولكنه يعد مؤثرا لتفويته منفعة شرعية⁽⁴⁾.

(1) أشار إلى هذا القرار: الدكتور أسعد دياب/ المرجع السابق، ص 75.

(2) شمس الدين الشيخ محمد عرفه الدسوقي/ حاشية الدسوقي، المرجع السابق، ص 115.

(3) الفتاوى الهندية / المرجع السابق، ص 73.

(4) الفتاوى الهندية / المرجع والموضع السابقان. وشمس الدين محمد بن أحمد الشربيني القاهري الشافعي الخطيب البغدادي/ مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، المرجع السابق، ص 51.

هذا وبالرجوع إلى المادة 379 مدني جزائري المقابلة للمادة 447 مدني مصري يتبين أن المشرعين الجزائري والمصري قد اشترطا أن يؤدي العيب إلى الإنقاص من درجة الانتفاع من الشيء المبيع بحسب الغاية المقصودة منه حسبما هو مذكور في عقد البيع أو حسبما يظهر من طبيعته أو استعماله⁽¹⁾.

ويتبين من استقراء المادة 1641 من القانون المدني الفرنسي أن العيب يكون موجبا للضمان إذا جعل المبيع غير صالح للاستعمال الذي أعد له أو أنقص من هذا الاستعمال إلى درجة أن المشتري لو علم بوجوده لما أبرم العقد أو لما دفع إلا ثمنا قليلا في الشيء المبيع⁽²⁾.

أما المشرع المغربي فقد نص صراحة على أنه يشترط لقيام التزام البائع بالضمان أن يؤثر العيب في صلاحية الشيء للاستعمال فيما أعد له حسب طبيعته أو بالنظر لما تم الاتفاق عليه بموجب عقد البيع، شأنه في ذلك شأن المشرع اللبناني الذي نص على أعمال هذا الحكم بموجب المادة 442 من قانون الموجبات والعقود⁽³⁾.

والواقع أن الفقه يتفق في تحليل هذه النصوص التشريعية على أن تقدير ما إذا كان العيب يؤثر في درجة الانتفاع بالشيء يجب أن يتم باللجوء إلى تحديد الغاية المقصودة منه

(1) تنص المادة 379 من القانون المدني الجزائري المقابلة للمادة 447 من القانون المدني المصري على ما يلي: "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..."

(2) تنص المادة 1641 من القانون المدني الفرنسي على ما يلي:

"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'aurait donné qu'un moindre prix, s'il les avait connus."

(3) ينص المشرع المغربي في المادة 549 من قانون الالتزامات والعقود المقابلة للمادة 442 من قانون الموجبات والعقود اللبناني على ما يلي: "يضمن لبائع عيوب الشيء التي تنقص من قيمته نقصا محسوسا، أو التي تجعله غير صالح لاستعماله فيما أعد له بحسب طبيعته أو بمقتضى العقد..."

وفق ما تم الاتفاق عليه صراحة في عقد البيع أو بالنظر إلى ما يظهر من طبيعة الشيء المبيع أو من استعماله⁽¹⁾.

غير أنه يلاحظ أن الفقه قد اختلف في تحديد طبيعة المعيار الواجب اعتماده في تقدير درجة النقص في الانتفاع التي تؤدي إلى قيام التزام البائع بالضمان.

حيث ذهب بعض الفقه إلى أن تقدير فوات الغرض من الشيء المبيع أو النقص الحاصل في منفعة يقوم على أساس موضوعي حسب الأصل، بدعوى أن المادة 447 من القانون المدني المصري تنص على وجوب الرجوع إلى القصد المشترك للمتعاقدين بالاعتداد بما هو مبين في العقد، غير أن الغاية من إبرام العقد قد لا يتفق عليها الطرفان بشكل صريح، مما يؤدي إلى اعتماد معيار موضوعي في تقدير النقص في المنفعة عند خلو العقد من نص صريح يوضح الغاية من الشراء وتعذر معرفة هذه الغاية استناداً لظروف التعاقد، ويتمثل هذا المعيار في وجوب الاعتداد بطبيعة الشيء المبيع وما أعد له، ومعنى ذلك أنه يتعين تقدير النقص الحاصل في منفعة الشيء المبيع يقوم على أساس معيار مادي وموضوعي في نفس الوقت⁽²⁾.

هذا وقد ذهب جانب آخر من الفقه إلى أن المعيار المعتمد في تقدير النقص في قيمة الشيء المبيع يعتبر معياراً موضوعياً وليس شخصياً، إذ أنه يجب النظر إلى قصد المتعاقدين كما هو مبين في العقد، مما يعني وجوب الاعتداد بالإرادة الظاهرة للمتعاقدين دون النظر إلى إرادتهما الحقيقية، كما أنه يجب النظر إلى الشيء المبيع وإلى الغرض الذي أعد له بوجه عام دون النظر إلى الغرض الذي كان المشتري ينوي أن يستعمله فيه، ما لم

(1) الدكتور أسعد دياب/ المرجع السابق، ص 61. والدكتور رمضان أبو السعود/ المرجع السابق، ص 385. والدكتور أنور سلطان/ العقود المسماة، المرجع السابق، ص 255. والدكتور محمد حسنين/ المرجع السابق، ص 155. والدكتور لحسين بن شيخ آث ملويا/ المرجع السابق، ص 446.

(2) الدكتور جميل الشرقاوي/ شرح العقود المدنية، البيع والمقايضة، دار النهضة العربية، مطبعة دار التأليف، القاهرة، 1966، ص 284، الهامش رقم 1. والدكتور صاحب الفتاوى/ المرجع السابق، ص 70.

يكن قد قام بإعلام البائع بهذا الغرض⁽¹⁾.

ومع ذلك فإنه يوجد إجماع على أنه لا يجوز أن يتم تحديد الغاية المقصودة من الشيء المبيع بالنظر إلى رغبة المشتري في الحالة التي تكون فيها هذه الرغبة خاصة ومجهولة من البائع، لأن ذلك من شأنه أن يجعل البائع تحت رحمة المشتري⁽²⁾.

حيث أن البائع يجب أن يعلم الغاية التي يقصد المشتري الحصول عليها من الشيء المبيع في الحالة التي تتجه فيها نية المشتري إلى استعماله استعمالاً غير معتاد⁽³⁾، أما إذا كان الاستعمال المقصود اعتيادياً فإن البائع يفترض فيه العلم به بالنظر إلى طبيعة الشيء المبيع أو الغرض المعد له عادة⁽⁴⁾.

ذلك أن الغرض الذي يريد المشتري الحصول عليه قد يندرج ضمن الأغراض الاعتيادية التي تتفق مع طبيعة الشيء المبيع، وقد يندرج ضمن الأغراض غير المألوفة التي لا ينتظر من الشيء المبيع تحقيقها عادة، والتي لا يفترض في البائع أن يعلمها ما لم يقر المشتري بالنص عليها صراحة في العقد.

وبالتالي فإذا اختلف الطرفان في تحديد المقصود من الشيء المبيع لتقدير ما إذا كان العيب الذي يعتريه مؤثراً، وبالتالي موجباً للضمان، فإن القاضي يلجأ إلى اعتماد ضوابط موضوعية دون الاعتداد بالقصد الخاص للمشتري، حيث أن هذا الأخير قد يرغب في استعمال الشيء بشكل غير اعتيادي، وفي هذه الحالة الأخيرة يجب عليه إعلام البائع

(1) الدكتور السنهوري/ الوسيط في شرح القانون المدني، عقد البيع و المقايضة، المرجع السابق، ص 717. والدكتور سليمان مرقس/ في العقود المسماة، عقد البيع، دار الكتب القانونية، الطبعة الخامسة، ص 562. والدكتور رمضان أبو السعود/ المرجع السابق، ص 384. والدكتور محمد لبيب شنب والدكتور مجدي صبحي خليل/ المرجع السابق، ص 259. والدكتور أنور العمروسي/ التعليق على نصوص القانون المدني المعدل بمذاهب الفقه وأحكام القضاء الحديثة في مصر والأقطار العربية، الجزء الثاني، 1993، ص 208 و 209.

(2) الدكتور أسعد دياب/ المرجع السابق، ص 61. والدكتور أنور سلطان/ العقود المسماة، المرجع السابق، ص 255. والدكتور محمد لبيب شنب والدكتور مجدي صبحي خليل/ المرجع السابق، ص 260. والدكتور محمد حسن قاسم/ المرجع السابق، ص 373.

(3) الدكتور توفيق حسن فرج/ عقد البيع، المرجع السابق، ص 179. والدكتور رمضان أبو السعود/ المرجع السابق، ص 385. والدكتور السنهوري/ الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، البيع والمقايضة، المرجع السابق، ص 718.

(4) الدكتور أسعد دياب/ المرجع السابق، ص 62.

بما اتجه إليه قصده إذا كان يتعارض مع ما هو متعارف عليه، إذ لا يفترض في البائع علمه بنية المشتري⁽¹⁾.

ولعل ذلك هو ما دفع المشرعين الجزائري والمصري إلى النص على أن العيب يكون موجبا للضمان إذا كان من شأنه التأثير في درجة الانتفاع بالشيء المبيع حسب الغاية المقصودة منه وفق بنود عقد البيع⁽²⁾.

كما أنه دفع الفقه إلى القول بوجوب التوفيق بين مصلحة الطرفين عن طريق اشتراط علم البائع برغبات المشتري أو إمكانية علمه بها⁽³⁾.

وبالتالي فإن من يقوم بشراء أرض زراعية قصد البناء عليها لا يمكنه مطالبة البائع بضمان استحالة البناء فوق هذه الأرض إلا إذا كان قد أعلمه بنيته في استعمالها استعمالا يختلف عن ذلك الذي تستعمل فيه عادة⁽⁴⁾.

ومن يشتري عقارا من أجل تحويله إلى متجر لا يمكنه مطالبة البائع بضمان سوء سمعة العقار المبيع إلا إذا كان قد أعلمه بنيته في استعمال البناء استعمالا يختلف عن ذلك الذي كان يستعمل فيه⁽⁵⁾.

كما أن من يشتري ساعة مكتب قصد استعمالها في توقيت المباريات الرياضية لا يمكنه المطالبة بالضمان إذا لم يقيم بإعلام البائع بذلك وقت البيع، لأن تحقيق الهدف الذي يتوخاه من وراء شراء هذه الساعة لا يتوفر عادة في ساعات المكتب العادية⁽⁶⁾.

ومن يشتري بناء قصد تحويله إلى مصنع لا يمكنه مطالبة البائع بضمان ضعف جدران البناء وعدم قدرتها على تحمل الآلات إلا إذا كان قد صرح له برغبته في استعمال

(1) الدكتور محمد لبيب شنب والدكتور مجدي صبحي خليل/ المرجع السابق، ص 259. والدكتور أسعد دياب/ المرجع السابق، ص 62.

(2) تنص المادة 379 من القانون المدني الجزائري المقابلة للمادة 447 من القانون المدني المصري على ما يلي: "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) الدكتور أسعد دياب/ المرجع السابق، ص 61.

(4) الدكتور توفيق حسن فرج/ عقد البيع، المرجع السابق، ص 179.

(5) الدكتور محمد لبيب شنب والدكتور مجدي صبحي خليل/ المرجع السابق، ص 209 و 210.

(6) الدكتور أسعد دياب/ المرجع السابق، ص 65.

البناء استعمالاً خاصاً من شأنه أن يؤدي إلى تحويله من مسكن صالح لما أعد له بحسب طبيعته كمنزل للسكنى إلى مصنع⁽¹⁾.

كما أن من يشتري منزلاً قاصداً تحويله إلى مستشفى لا يمكنه مطالبة البائع بضمان ارتفاع درجة الرطوبة فيه بدعوى أنها تضر بالمرضى وتقلل من درجة الانتفاع بالمبيع، إلا إذا كان قد صرح له برغبته في استعمال البناء استعمالاً خاصاً من شأنه أن يؤدي إلى تحويله من مسكن صالح لما أعد له بحسب طبيعته كمنزل للسكنى إلى مستشفى⁽²⁾.

وقياساً على ذلك فإن من يشتري فرناً منزلياً لاستعماله استعمالاً صناعياً لا يمكنه مطالبة البائع بالضمان إذا لم يكن قد قام بإعلامه وقت البيع بالهدف الذي كان يرجو تحقيقه من وراء شراء هذا الفرن، على أساس أن هذا الهدف يتطلب مميزات خاصة لا تتوفر في الفرن المنزلي.

هذا ويتم استخلاص نية المشتري عادة من بند صريح يدرج في عقد البيع، حيث أنه يجب الاعتداد بما اتجهت إليه إرادة المتعاقدين وفقاً لما تم بيانه في العقد⁽³⁾، غير أنه يمكن استخلاص هذه النية من الظروف الموضوعية التي أحاطت بإبرام العقد، ومن بين هذه الظروف ما يتعلق بشخصية المشتري، حيث أن هذا الأخير إذا كان فرناً يعرفه البائع فمن المفروض أن يكون الخشب الذي يشتريه يشتعل جيداً، وإلا فإنه يكون معيباً بالنسبة له⁽⁴⁾، وإذا كان تاجراً قام بشراء عقار واقع في منطقة تجارية، فإن البائع يلتزم بضمان ما قد يشوب المتجر من عيوب تحول دون الوصول إلى الهدف الذي كان يريد تحقيقه من إبرام عقد البيع⁽⁵⁾.

(1) الدكتور توفيق حسن فرج/ عقد البيع، المرجع السابق، ص 179.

(2) الدكتور زهدي يكن/ عقد البيع، المرجع السابق، ص 253.

(3) الدكتور السنهوري/ الوسيط في شرح القانون المدني، عقد البيع والمقايضة، المرجع السابق، ص 717. والدكتور سليمان مرقس/ في العقود المسماة، عقد البيع، المرجع السابق، ص 562. والدكتور رمضان أبو السعود/ المرجع السابق، ص 384.

(4) الدكتور أسعد دياب/ المرجع السابق، ص 65.

(5) الدكتور محمد لبيب شنب والدكتور مجدي صبحي خليل/ المرجع السابق، ص 260. والدكتور محمد حسن قاسم/ المرجع السابق، ص 373.

وفي جميع الأحوال فإن تحديد الهدف الذي يقصد المشتري تحقيقه من استعمال الشيء المبيع وتقدير ما إذا كان البائع عالماً به تعتبران مسألة واقع يعود تقديرها لقضاة الموضوع دون رقابة من المحكمة العليا⁽¹⁾.

على أن البائع لا يخضع لمزاج المشتري، حيث أن غاية هذا الأخير يجب أن تكون معقولة و مبررة بشكل يتوافق مع طبيعة الشيء المبيع وما يمكن أن يؤديه بالنظر إلى المجرى الطبيعي للأمر أو تبعاً لما يستفاد من ظروف العقد⁽²⁾.

وبناء عليه رفضت محكمة السين فسخ عقد بيع كان محله كمية من الخشب اشترتها إحدى الشركات ثم ادعت احتواءها على عيب ناجم عن اللحاء، حيث أسست المحكمة رفضها على أن هذا النوع من الخشب لا يخلو عادة من مثل هذا العيب وليس لهذه الشركة أن تتوقع الحصول على خشب خال من أي عيب بالثمن الزهيد الذي دفعته كمقابل له⁽³⁾.

وفي نفس السياق ذهب بعض الفقه إلى أن العيب الموجب للضمان هو الذي يحول دون استعمال الشيء وفق الغاية المقصودة منه في كل حالة تبعاً لشروط السوق والثمن المدفوع ومواصفات الشيء المبيع⁽⁴⁾.

هذا وإذا لم يتضمن عقد البيع ذكراً للمنافع المقصودة من الشيء المبيع صراحة

أو ضمناً فإنه يتعين الرجوع إلى طبيعة هذا الشيء لتحديد المنافع التي يراد تحقيقها⁽⁵⁾.

(1) الدكتور أسعد دياب/ المرجع السابق، ص 65. والدكتور رمضان أبو السعود/ المرجع السابق، ص 386.
والدكتور أنور العمروسي/ المرجع السابق، ص 218.
(2) الدكتور أسعد دياب/ المرجع السابق، ص 65.

(3) Gaz.Pal. 1933-2-570.

و قد جاء منطوق قرار محكمة السين على النحو الآتي:

"l'acheteur avait passé commande de qualité de bois ne lui permettant pas aujourd'hui de venir prétendre qu'elle devait être nette d'aubier; et que d'autre part, les différents fournisseurs avaient attiré l'attention de la société demanderesse sur l'impossibilité de fournir au prix qui leur était demandé des parquets sans aubier."

(4) الدكتور أسعد دياب/ المرجع السابق، ص 66.

(5) الدكتور السنهوري/ الوسيط في شرح القانون المدني، عقد البيع والمقايضة، المرجع السابق، ص 720.
والدكتور توفيق حسن فرج/ عقد البيع، المرجع السابق، ص 179. والدكتور محمد لبيب شنب والدكتور مجدي صبحي خليل/ المرجع السابق، ص 260.

حيث أن طبيعة الشيء هي التي تملي المنافع المقصودة منه والتي تؤثر على وجهة استعماله، والاستعمال الظاهر من هذه الطبيعة هو الذي يتلاءم مع جنس الشيء ونوعه ويختلف باختلاف هذا النوع أو الشيء⁽¹⁾.

وبالتالي فإن الغرض الذي أعد له الشيء المبيع قد يستنتج من طبيعته إذ أنه يتعين الرجوع إلى هذا الغرض من أجل تحديد المنافع المقصودة من الشيء المبيع والعيوب التي تخل بهذه المنافع، فمن يشتري سيارة مثلا فإنه يفترض فيه أن يستعملها للسير، وبالتالي فإن طبيعتها تكون قد حددت الغرض المقصود منها، لأن السيارة غالبا ما تكون مخصصة للسير، غير أن الأمر إذا تعلق بسيارة قديمة قام المشتري باقتنائها كحطام فإن عجزها عن السير لا يعتبر عيبا فيها⁽²⁾.

كما أن محل عقد البيع إذا كان يتمثل في فرس فإن طبيعة هذا الفرس هي التي تملي المنافع المقصودة منه والتي تؤثر على تحديد وجهة استعماله، فإذا كان هذا الفرس معدا للسباق فإن المشتري لا يمكنه مطالبة البائع بضمان عدم قدرته على حث الأرض⁽³⁾. وإذا كان الشيء المبيع أرضا زراعية فإن طبيعتها هي التي تملي الغرض المراد تحقيقه من وراء شرائها، إذ لا يشترط سوى أن تكون صالحة لزراعة المحاصيل العادية، أما عدم قدرتها على زراعة الزهور مثلا فلا يعد عيبا فيها⁽⁴⁾.

وقياسا على ذلك فإن من يشتري بيتا يفترض فيه أن يستعمله للسكنى، وبالتالي فإن طبيعته تكون قد حددت الغرض المقصود منه، أما إذا أراد المشتري استعماله كدار للأيتام مثلا وكانت طبيعته غير مؤهلة لذلك، فإن ذلك لا يعتبر عيبا فيه، لأن طبيعة البيت لا تتلاءم مع الغرض الذي أراد المشتري تحقيقه.

(1) الدكتور السنهوري/ الوسيط في شرح القانون المدني، عقد البيع و المقايضة، المرجع السابق، ص 720.

والدكتور أسعد دياب/ المرجع السابق، ص 62.

(2) الدكتور جعفر الفضلي/ المرجع السابق، ص 130.

(3) الدكتور عبد السيد تناغو/ عقد البيع، نشأة المعارف الإسكندرية، 1973، ص 314.

(4) الدكتور السنهوري/ الوسيط في شرح القانون المدني، عقد البيع و المقايضة، المرجع السابق، ص 720.

هذا وعلى العكس من ذلك فإن الأمر إذا تعلق بشيء تم إعداده لأداء غرض معين تم تبين عدم صلاحيته لتحقيق هذا الغرض بسبب عيب فيه فإن المشتري يكون له الحق في المطالبة بالضمان.

وبناء عليه ذهب الفقه إلى أنه قد يخصص من طبيعة الشيء الغرض الذي أعد له هذا الشيء، فيتعين الاعتداد بهذا الغرض من أجل تحديد المنافع المقصودة من المبيع والعيوب التي تخل بهذه المنافع، وبالتالي فإن محل عقد البيع إذا كان ممثلاً في أرض زراعية معدة لزراعة الفواكه والزهور، فإنه لا يجب الاعتداد بطبيعة المبيع فقط لتحديد العيوب الموجبة للضمان، وإنما يجب أن يتم البحث في الغرض الذي أعدت له هذه الأرض والذي يحدد هنا بزراعة الفواكه والزهور، فإذا لم تكن الأرض صالحة لزراعة هذه الأصناف كان ذلك عيباً فيها⁽¹⁾.

ونفس هذا الحكم ينطبق على الحالة التي يكون محل عقد البيع منزلاً لا يصلح للسكن أو آلة ميكانيكية غير قادرة على الدوران أو دواء انقضت مدة صلاحيته، إذ أن محل العقد في مثل هذه الحالات يكون غير صالح لأداء الغرض الذي أعد من أجله⁽²⁾.

غير أنه قد يحدث أن يلحق بالشيء المبيع عيباً يؤدي إلى الإنقاص من درجة الانتفاع به مع بقاءه صالحاً للاستعمال في حدود معينة.

ولعل ذلك ما دفع المشرعين الجزائري والمصري إلى النص على أن العيب يكون موجباً للضمان إذا كان من شأنه التأثير في درجة الانتفاع به بحسب الغاية المقصودة منه، وفق ما تم الاتفاق عليه في عقد البيع أو بالنظر إلى طبيعة الشيء المبيع التي تؤثر على تحديد المنفعة التي يمكن توقع الحصول عليها⁽³⁾.

(1) الدكتور السنهوري/ الوسيط في شرح القانون المدني، عقد البيع و المقايضة ، المرجع السابق، ص 721.

والدكتوران محمد لبيب شنب ومجدي صبحي خليل/ المرجع السابق، ص 260.

(2) الدكتور توفيق حسن فرج/ عقد البيع، المرجع السابق، ص 178.

(3) تنص المادة 379 من القانون المدني الجزائري المقابلة للمادة 447 من القانون المدني المصري على ما يلي: "يكون البائع ملزماً 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...".

غير أنه إذا كانت بعض التشريعات قد نصت صراحة على عدم استحقاق الضمان في الحالات التي يكون فيها النقص في الانتفاع من الشيء المبيع يسيرا، كما هو الحال في القانونين المغربي واللبناني مثلا⁽¹⁾، فإن المشرعين الجزائري والمصري قد سكتا عن تحديد درجة النقصان التي تؤدي إلى قيام التزام البائع بالضمان⁽²⁾.

ومع ذلك يلاحظ أن الفقه الراجح يرى وجوب الأخذ بالضابط الذي اصطنعه المشرع الفرنسي الذي يعتبر العيب مؤثرا إذا بلغ حدا من الجسامة بحيث لو علم المشتري به لامتنع عن إبرام العقد أو لما أقدم على الشراء إلا بثمن أقل، أما إذا كان العيب دون هذا القدر من الجسامة فإنه يعد تافها والتافه كالمعدوم⁽³⁾.

ومهما يكن من أمر فإن تحديد ما إذا كان العيب الخفي يسيرا بحيث لا يؤثر في درجة الانتفاع بالشيء إلا تأثيرا طفيفا، وبين ما إذا كان جسيما بحيث يؤثر في درجة الانتفاع تأثيرا معتبرا، تعد مسألة واقع يعود تقديرها لقضاة الموضوع، دون رقابة من المحكمة العليا⁽⁴⁾.

هذا ويذهب الفقه إلى أن العيب اليسير هو الذي لا يترتب عليه سوى نقص في بعض الأمور الثانوية الكمالية بالنسبة للمشتري⁽⁵⁾، أو الذي لا ينجم عنه سوى مضايقة في استعمال الشيء المبيع، كما لو كانت الحواجز الفاصلة بين الشقق غير عازلة للصوت بدرجة كافية⁽⁶⁾.

(1) ينص المشرع المغربي في المادة 1/549 من قانون الالتزامات و العقود المقابلة للمادة 442 من قانون الموجبات والعقود اللبناي على ما يلي: "يضمن البائع عيوب الشيء التي تنقص من قيمته نقصا محسوسا، أو التي تجعله غير صالح لاستعماله فيما أعد له بحسب طبيعته أو بمقتضى العقد. أما العيوب التي تنقص نقصا يسيرا في القيمة أو الانتفاع، والعيوب التي جرى العرف على التسامح فيها، فلا تخول الضمان".

(2) تنص المادة 379 من القانون المدني الجزائري المقابلة للمادة 447 من القانون المدني المصري على ما يلي: "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) الدكتور محمد لبيب شنب والدكتور مجدي صبحي خليل/ المرجع السابق، ص 257.

(4) الدكتور رمضان أبو السعود/ المرجع السابق، ص 386. والدكتور محمد لبيب شنب والدكتور مجدي صبحي خليل/ المرجع السابق، ص 259.

(5) الدكتور توفيق حسن فرج/ عقد البيع، المرجع السابق، ص ص 179 و 180.

(6) الدكتور أنور سلطان/ العقود المسماة، المرجع السابق، ص 386.

غير أن المشتري قد يقصد من وراء إبرام عقد البيع الحصول على هذه الامتيازات، فيلجأ إلى اشتراط توافر الشيء المبيع عليها، مما ينجم عنه دخول هذه الامتيازات الخاصة ضمن الصفات التي اشترط المشتري وجودها في الشيء المبيع، فإذا تخلفت كان ذلك سببا لقيام التزام البائع بالضمان⁽¹⁾.

كما أنه يلاحظ أن العرف التجاري إذا جرى على اشتراط صفة معينة في الشيء المبيع فإن المشتري يكون له الحق في مطالبة البائع بضمان تخلف هذه الصفة⁽²⁾.

وبناء عليه فإنه يجدر التساؤل عما إذا كان يشترط في الصفة التي يشترط المشتري توافرها في الشيء المبيع أو التي يقضي العرف بضرورة احتواء المبيع عليها أن تكون جوهرية لقيام التزام البائع بتخلفها.

الواقع أن الفقه يتفق على أن ضمان تخلف الصفة يتحقق دون النظر في ذلك لما إذا كانت الصفة المتخلفة جوهرية أم لا، إذ أن مجرد تعهد البائع بضمان هذه الصفة أو اشتراط المشتري وجودها يكفي في حد ذاته لاعتبارها مؤثرة، مما يؤدي إلى قيام التزام البائع بالضمان، كما أن العرف التجاري إذا كان يقضي بضرورة تحقق صفة معينة في الشيء المبيع فإن ذلك يكفي لقيام التزام البائع بالضمان دون حاجة إلى البحث في درجة تأثير هذه الصفة⁽³⁾، إذ أن مجرد خلو المبيع من الصفات التي كفلها البائع يعتبر عيباً مؤثراً موجبا للضمان بقطع النظر عما إذا كان عدم استيفاء الشيء المبيع لهذه الصفات يعتبر عيباً وفق ما تم الاعتياد عليه في التعامل بين الناس⁽⁴⁾.

وفي تحليله لعدم اشتراط التأثير في الصفة المتخلفة لقيام التزام البائع بضمانها ذهب الأستاذ الدكتور أسعد دياب إلى أن أهمية الصفة تكتسي طابعا شخصيا، وبالتالي فإنه لا يعتد في تحديدها بالعنصر الموضوعي، إذ أنها تحدد بالنظر إلى شخصية المشتري التي

(1) الدكتور محمد لبيب شنب والدكتور مجدي صبحي خليل/ المرجع السابق، ص 250. والدكتور رمضان أبو السعود/ المرجع السابق، ص 385. والدكتور أسعد دياب/ المرجع السابق، ص 73. والدكتور صاحب عبيد الفتلاوي/ المرجع السابق، ص 55. والدكتور زهدي يكن/ عقد البيع، المرجع السابق، ص 253. والدكتور سليمان مرقس/ في العقود المسماة، المرجع السابق، ص 562.

(2) الدكتور توفيق حسن فرج/ عقد البيع، المرجع السابق، ص 182.

(3) الدكتور صاحب عبيد الفتلاوي/ المرجع السابق، ص 55 والدكتور توفيق حسن فرج/ عقد البيع، المرجع السابق، ص 182. والدكتور سليمان مرقس/ في العقود المسماة، المرجع السابق، ص 557.

(4) الدكتور السنهوري/ الوسيط في شرح القانون المدني، عقد البيع والمقايضة، المرجع السابق، ص 719.

اشتراط وجودها، ثم عاد ليفترض في معرض تعرضه لهذا الموضوع أنه قد يقال إن شرط التأثير مطلوب في الصفة المتخلفة وإنه يتحقق طبقا للمعيار الأول الذي وضعه المشرع والذي يتمثل في النقص في القيمة أو المنفعة بحسب الغاية المقصودة التي تستفاد مما هو منصوص عليه في العقد، ولكنه قام بالإجابة على مثل هذا الافتراض بالقول: إن اشتراط المشتري احتواء الشيء المباع على صفة معينة يدل على أن الإرادة المشتركة للمتعاقدين قد اتجهت إلى اعتبارها مؤثرة، بحيث أنه لا يجوز للبائع أن يتخلص من التزامه بالضمان عن طريق تقديم الدليل على أن الصفة التي كفلها للمشتري لا تنقص من قيمة الشيء المباع أو من نفعه(1).

هذا وقد ذهب الدكتور منصور مصطفى منصور إلى أنه لا معنى لاشتراط الجسامة في الصفة المتخلفة لقيام التزام البائع بضمانها نظرا لأن اشتراط صفة معينة لا يجد ما يبرره إلا إذا كان المشتري غير متأكد من توافر هذه الصفة في الشيء المباع، ونظرا لأن كفالة البائع لهذه الصفة من شأنها أن تمنحها عنصر التأثير فإنه لا يمكن أن يكون تخلفها غير مؤثر، وعلى هذا الأساس فإنه لا معنى للقول بأنه يشترط في الصفة المتخلفة أن تكون مؤثرة لأن شرط التأثير يندمج في الصفة التي يشترط المشتري وجودها(2).

كما أن الدكتور سليمان مرقس يرى أن العيب يعتبر مؤثرا إذا خلا المبيع من صفة كفل البائع وجودها للمشتري سواء كانت هذه الصفة جوهرية أم لا مستشهدا في ذلك بقرار صدر عن محكمة النقض المصرية مقتضاه أن ضمان البائع للمشتري إغلال الأرض قدرا معيناً من الربيع يعتبر كفالة من البائع لصفة في المبيع، وأن القانون إذا كان يشترط في العيب الذي يلتزم البائع بضمانه أن يكون مؤثرا وخفيا فإنه لا يشترط ذلك في حالة تخلف الصفة التي كفل البائع للمشتري وجودها في الشيء المباع، إذ أن مجرد ثبوت عدم توافر

(1) الدكتور أسعد دياب/ المرجع السابق، ص 77.

(2) الدكتور منصور مصطفى منصور/ تحديد فكرة العيب الموجب للضمان في عقدي البيع والإيجار، المرجع السابق، ص 572.

هذه الصفة في المبيع وقت التسليم من شأنه أن يؤدي إلى قيام التزام البائع بالضمان، وذلك
أيا كانت أهمية هذه الصفة المتخلفة⁽¹⁾.

ومع ذلك فإنه يجدر التساؤل عما إذا كان خيار الرد يثبت للمشتري الذي يشترط
توفر صفة معينة في الشيء المبيع ويحصل على صفة تعد أحسن من تلك التي حرص على
اشتراطها في عرف الناس.

لقد تعرض الدكتور كاظم العيساوي لهذه الصورة العكسية وأجاب عن هذا التساؤل
بالإيجاب مبررا رأيه بالقول إن اشتراط الصفة الدنيا في الشيء المبيع قد تكون لمصلحة
يريد المشتري تحقيقها، فالأمر يعد مسألة شخصية تهم المشتري دون غيره ولا يجوز
الاعتداد فيها بالعرف العام⁽²⁾.

وقد أورد الدكتور كاظم العيساوي جملة من الأمثلة موضحا كيف أن من يشترط
في اللحم الذي يشتريه أن يكون فاسدا قد يحتاجه لإجراء تجارب علمية أو لاستعماله كطعم،
فإذا كان اللحم الذي سلم له لحما طيبا ثبت له الخيار، ولا يجوز أن يقال إن اللحم الطيب
أحسن من اللحم الفاسد عرفا، لأن ذلك من شأنه أن يؤدي إلى تفويت الغرض الذي أبرم من
أجله العقد أصلا⁽³⁾.

هذا وقد خلص نفس الدكتور إلى أن العبرة بالغرض الذي يقصده المشتري من
وراء اشتراطه للصفة الدنيا التي يجب أن تكون لسبب محدد وليس لجهل المشتري
أو سفهه، فإذا كان المشتري قد اشتراط الصفة الدنيا جاهلا بحقيقة الأمر وجب إرشاده
أو الحجر عليه مثلما يحجر على السفية المبذر⁽⁴⁾.

وخلاصة القول أن البائع يلتزم بضمان العيوب التي تلحق الشيء المبيع إذا كانت
مؤثرة كما أنه يلتزم بضمان تخلف الصفات التي كفل للمشتري وجودها دون الحاجة إلى
البحث فيما إذا كانت هذه الصفات مؤثرة أم لا نظرا لكونها تستمد تأثيرها من اشتراط
المشتري لوجودها.

(1) الدكتور سليمان مرقس/ في العقود المسماة، المرجع السابق، ص562.

(2) الدكتور كاظم العيساوي/ المرجع السابق، ص95.

(3) الدكتور كاظم العيساوي المرجع السابق، ص95 و96.

(4) الدكتور كاظم العيساوي/ المرجع السابق، ص97.

غير أنه يلاحظ أن بعض التشريعات العربية أوردت حكماً خاصاً مفاده أن العيب لا يكون موجبا للضمان في حالة ما إذا اعتاد الناس على التسامح فيه وهو ما نص عليه المشرع المصري في المادة 447 من القانون المدني شأنه في ذلك شأن المشرع اللبناني الذي أخذ بهذا الحكم في المادة 442 من قانون الموجبات والعقود⁽¹⁾ مضيفاً أن الأمر إذا تعلق بأشياء لا تعرف حقيقتها إلا إذا تم إحداث تغيير فيها فإن البائع لا يلتزم بضمان ما قد يظهر فيها من عيوب خفية إلا إذا كان قد ضمنها صراحة أو كان العرف المحلي يوجب عليه ذلك⁽²⁾.

وبالتالي فإن الأصل في القانون اللبناني أن الثمار ذات الغلاف اليابس كالجوز واللوز والبندق لا تستوجب ضمان العيوب الخفية التي قد تعثر بها نظراً لاستحالة معرفة حالها إلا بإحداث تغيير فيها عن طريق اللجوء إلى كسرها، غير أن البائع يلتزم بالضمان رغم تعذر كشف العيوب في حالتين تتمثل الأولى في حصول اتفاق على ذلك بين المتعاقدين كما لو تعهد البائع بكون الثمار في حالة جيدة، وتتمثل الثانية في اعتياد الناس على أن يضمن البائع عيوباً معينة وهو ما يتحقق في حالة ما إذا كانت الكثرة الغالبة من الثمار فاسدة، حيث أن العرف يجري في مثل هذه الحالة على اعتبار البائع ملزماً بالضمان⁽³⁾.

والواقع أن الفقه قد اختلف في تحليله لما ذهب إليه هذه التشريعات من أن العيوب المتسامح فيها عرفاً لا تستوجب الضمان، حيث ذهب بعضه إلى أن الأمر يتعلق بعيب مؤثر حسب وضعه، ومع ذلك فإن العرف يجري على عدم ضمانه، مستشهداً في ذلك

(1) تنص المادة 448 من القانون المدني المصري المقابلة للمادة 443 من قانون الموجبات والعقود اللبناني على ما يلي: "لا يضمن البائع عيباً جرى العرف على التسامح فيه".

(2) تنص المادة 443 من قانون الموجبات والعقود اللبناني على ما يلي: "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".

(3) الدكتور السنهوري/ الوسيط في شرح القانون المدني، عقد البيع والمقايضة، المرجع السابق، ص 228. والدكتور توفيق حسن فرج/ عقد البيع، المرجع السابق، ص 181. والدكتور رمضان أبو السعود/ المرجع السابق، ص 386. والدكتور أنور سلطان/ العقود المسماة، المرجع السابق، ص 256. والدكتور أسعد دياب/ المرجع السابق، ص 72. والدكتور أنور العمروسي/ المرجع السابق، ص 228.

باعتياد الناس على احتواء القمح على كمية مألوفة من الأتربة لأن المعتاد أن لا يخلو القمح من وجود القليل من الشوائب⁽¹⁾.

غير أن بعض الفقه يرى أن الأمر يتعلق هنا ببعض الهنات الطفيفة التي اعتاد الناس على التسامح بشأنها لأنها لا ترقى إلى مرتبة العيوب التي تنقص من قيمة الشيء المبيع أو نفعه، وبالتالي فإن النص على عدم ضمان العيوب المتسامح فيها عرفا لم يكن ضروريا⁽²⁾.

ويبدو أن هذا الرأي الأخير أكثر اقترابا من الواقع نظرا لأن الناس لا يتفقدون في الغالب على التسامح فيما يتعلق بعيوب تؤثر على قيمة الشيء المبيع أو نفعه ما لم يكن هذا التأثير تافها.

ولعل ما يؤيد هذا الرأي أيضا ما ساقه فقهاء الشريعة الإسلامية من أمثلة لتوضيح ماهية العيوب المتسامح فيها بقولهم إنه لا إرش ولا رد في العيوب القليلة جدا كما هو حال سقوط شرفة أو خلع بلاطة في عقد محله دار، ووجود خش في باقة بقل لأن البقل لا ينفك عن وجود الخش معه⁽³⁾.

لذلك فإن المشرع الجزائري قد أحسن لعدم تأثره بالمشرع المصري فيما يتعلق بالنص على عدم ضمان العيوب التي درج الناس على التسامح بشأنها.

المطلب الثالث

خفاء العيب

لم يعتمد فقهاء الشريعة الإسلامية شرط خفاء العيب لقيام التزام البائع بالضمان، أما فقهاء المذهب الحنفي فإنهم يلزمون البائع بالضمان استنادا على عيوب ظاهرة ككون العبد أعمى أو أعسر⁽⁴⁾.

(1) الدكتور توفيق حسن فرج/ عقد البيع، المرجع السابق، ص 180.

(2) الدكتور مصطفى أحمد الزرقاء/ المرجع السابق، ص 208.

(3) شمس الدين الشيخ محمد عرفه الدسوقي/ المرجع السابق، ص 114.

(4) الفتاوى الهندية/ الجزء الثالث، الطبعة الثالثة، بولاق مصر، 310 هجرية، ص 92.

هذا وقد نص المشرع المصري في المادة 447 من القانون المدني المقابلة للمادة 2/349 من القانون المدني الجزائري على أن البائع لا يضمن العيوب التي كان المشتري يعرفها وقت البيع أو كان يستطيع أن تبينها بنفسه لو أنه فحص المبيع بعناية الرجل العادي. كما أن المشرع الفرنسي نص صراحة في المادة 1642 من القانون المدني على أن البائع لا يكون مسؤولاً عن العيوب الظاهرة ولا عن العيوب التي يكون بإمكان المشتري معرفتها (1).

وقد أخذ بهذا الحكم المشرع المغربي الذي نص في المادة 569 من ظهير الالتزامات والعقود على أن البائع لا يضمن العيوب التي كان المشتري يستطيع أن يعرفها بسهولة إذا صرح بعدم وجودها.

وبتحليل هذه النصوص ذهب الفقه إلى أن العيب يجب أن يكون خفياً ليكون موجبا للضمان، حيث أن البائع لا يضمن العيوب الظاهرة (2)، إلا إذا تم الاتفاق على ذلك بمقتضى شرط خاص (3).

هذا ويعتبر العيب ظاهراً إذا كان المشتري قادراً على اكتشافه وقت البيع عن طريق اللجوء إلى فحص الشيء المبيع بعناية الرجل العادي، حيث أن الفقه يتفق على أن المشتري يلزم ببذل عناية الرجل العادي في فحص المبيع (4).

(1) 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."

(2) الدكتور السنهوري/ الوسيط في شرح القانون المدني، عقد البيع و المقايضة، المرجع السابق، ص 724. والدكتور توفيق حسن فرج/ الوجيز في عقد البيع، المرجع السابق، ص 184. والدكتور سعدون العامري/ المرجع السابق، ص 148.

(3) الدكتور زهدي يكن/ عقد البيع، المرجع السابق، ص 254.

(4) الدكتور السنهوري/ الوسيط في شرح القانون المدني، عقد البيع و المقايضة، المرجع السابق، ص 725. والدكتور توفيق حسن فرج/ الوجيز في عقد البيع، المرجع السابق، ص 185. والدكتور سعدون العامري/ المرجع السابق، ص 148.

ومع ذلك يجدر التساؤل عما إذا كان البائع يضمن العيوب الظاهرة إذا لم يكن المشتري قادرا على معرفتها، خاصة وأن عبارة العيب الخفي لم تظهر في نص المادة 379/2² مدني مصري المقابلة للمادة 447 مدني جزائري، كما أنها لم تظهر في المادة 569 من ظهير الالتزامات والعقود المغربي، خلافا لما ذهب إليه المشرع الفرنسي صراحة في المادة 1642 من القانون المدني من أن البائع لا يكون مسؤولا عن العيوب الظاهرة.

فهل يمكن أن يقال إن ما ذهب إليه المشرع الجزائري في المادة 379/2² من القانون المدني المقابلة للمادة 447 من القانون المدني المصري، من أن البائع لا يضمن العيوب التي كان المشتري يعرفها وقت البيع أو كان يستطيع تبينها بنفسه لو أنه فحص المبيع بعناية الرجل العادي، يعني أنه يضمن العيوب الظاهرة التي لم يكن باستطاعة المشتري الكشف عنها؟

ذهب الدكتور أسعد دياب إلى أن هذا التساؤل أثير في فرنسا، فذهب القضاء إلى أن البائع يضمن جميع العيوب التي لم يكن المشتري قادرا على معرفتها بما في ذلك العيوب الظاهرة⁽¹⁾.

والواقع أنه توصل إلى هذه النتيجة عن طريق تحليله لقرار صدر عن محكمة النقض الفرنسية، وقد أورد منطوق هذا القرار كدليل على أن القضاء الفرنسي يكتفي بأن لا يكون بمقدور المشتري معرفة العيب لتقوم مسؤولية البائع بالضمان حتى ولو كان هذا العيب ظاهرا⁽²⁾.

غير أن منطوق هذا القرار لا يفيد - في تقديري - بأن القضاء الفرنسي قد تجاهل اشتراط خفاء العيب مكتفيا بعدم قدرة المشتري على كشفه، حيث أن محكمة النقض الفرنسية ذهبت إلى أنه يمكن اعتبار العيوب التي تلحق بالمحرك غير ظاهرة، إذا كان

(1) الدكتور أسعد دياب/ المرجع السابق، ص 87.

(2) جاء منطوق هذا القرار على النحو الآتي:

"Les vices d'un moteur peuvent être considérés comme non apparents, lorsque l'acheteur était, suivant les affirmations de l'expert, incapable de s'en rendre compte par suite de son ignorance"

المشتري، وفق ما أكده الخبير، غير قادر على كشفها نتيجة جهله.

وبناء عليه يمكن أن يقال: إن محكمة النقض الفرنسية لجأت في تقديرها لخفاء العيب لمعيار شخصي يعتمد على النظر إلى صفات المشتري وما لديه من خبرة ومعلومات تسمح له بكشف عيوب الشيء المبيع.

ومهما يكن من أمر فإن المشرع الفرنسي قد اشترط خفاء العيب صراحة بمقتضى المادة 1642 من القانون المدني حيث نص على أن البائع لا يضمن العيوب الظاهرة⁽¹⁾.

كما أن محكمة النقض الفرنسية كثيرا ما اشترطت أن يكون العيب خفيا لقيام التزام البائع بالضمان، حيث ذهبت إلى أن احتواء سيارة جديدة على قطع بها صدأ وتسرب الماء بها تعتبر أمورا غير عادية، غير أنه لا يمكن لقضاة الموضوع اعتبارها بمثابة العيوب الخفية دون أن يتبين أن هذه العيوب كانت خفية بالنسبة للمشتري⁽²⁾.

هذا وذهبت محكمة النقض الفرنسية صراحة إلى أن المشتري لا يستفيد من ضمان العيب إذا كان ظاهرا، وقد كان ذلك بمناسبة النظر في قضية يتعلق الأمر فيها بمركب يحتوي على عيوب أدت إلى غرقه⁽³⁾، وهو ما أيده الفقه الفرنسي الذي اعتبر خفاء العيب شرطا أساسيا لقيام التزام البائع بالضمان معتبرا أن العيب يكون خفيا إذا كان المشتري جاهلا له أو كان غير قادر على اكتشافه وقت البيع⁽⁴⁾.

(1) 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."

(2) com.24 janvier 1984, Bull.civ. IV, n° 34.

وقد جاء منطوق هذا القرار على النحو الآتي:

"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, sans qu'il soit relevé par aucun motif que ces vices étaient demeurés cachés pour l'acquéreur."

(3) Cass.civ. 1^{ère}, 7 Janvier 1982, Bull.civ. I, n° 8.

(4) Jean Gatsi/ Les contrats spéciaux, Armand Colin, D.1998, page 50.

أما إذا كان العيب ظاهراً فإن المشتري لا يستطيع مطالبة البائع بضمانه شأنه في ذلك شأن العيب الذي يكون المشتري عالماً به، حيث أن إقبال المشتري على إتمام البيع يؤدي إلى إسقاط حقه في الضمان⁽¹⁾.

هذا وبالرغم من أن عبارة العيب الخفي لم تظهر في نص المادة 379 مدني جزائري المقابلة للمادة 447 مدني مصري، فإن الفقه الجزائري والمصري يجمع على أن العيوب الموجبة للضمان هي العيوب الخفية، حيث أن الضمان لا يمتد ليشمل العيوب الظاهرة⁽²⁾.

ولعل ذلك يرجع إلى أن البائع لا يضمن العيوب التي يمكن للمشتري كشفها إذا بذل عناية الرجل العادي، والرجل العادي من المفروض أنه يستطيع كشف العيوب الظاهرة.

غير أن هذا لا يمنع أن المبيع إذا لحقه بعد البيع وقبل التسليم عيب ظاهر فإن البائع يضمنه أيضاً، ولكن الضمان يقوم في هذه الحالة بناء على أحكام تعيب المبيع أو هلاكه قبل التسليم وليس على أساس أحكام ضمان العيوب الخفية لأن العيب ظاهر وليس خفي⁽³⁾.

فالمشتري لا يكون مجرداً من الحماية القانونية أمام عيوب المبيع الظاهرة، إذ أنه يستطيع الامتناع عن الشراء، كما أنه يمكنه رفض تسلّم المبيع، أو الامتناع عن الوفاء بالثمن تمسكاً بالدفع بعدم التنفيذ، مبدئياً عدم قبوله بعيوب المبيع الظاهرة⁽⁴⁾.

(1) Cass. civ. 1^{ère}, 7 Janvier, 1982, Bull. civ. I, n° 8.

(2) الدكتور السنهوري/ الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، البيع و المقايضة، المرجع السابق، ص 724. والدكتور سعدون العامري/ المرجع السابق، ص 148. والدكتور توفيق حسن فرج/ الوجيز في عقد البيع، المرجع السابق، ص 184. والدكتور لحسين بن شيخ آث ملويا/ المرجع السابق، ص 451. والدكتور محمد حسنين/ المرجع السابق، ص 154. والدكتور زهدي يكن/ عقد البيع، المرجع السابق، ص 254. والدكتور توفيق حسن فرج/ الوجيز في عقد البيع، المرجع السابق، ص 184.

(3) الدكتور السنهوري/ الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، البيع و المقايضة، المرجع السابق، ص 722، الهامش الأول.

(4) الدكتور محمد حسن قاسم/ المرجع السابق، ص 357.

ومهما يكن من أمر فإن المشرعين الجزائري والمصري قد اعتمدا في تحديد خفاء العيب على معيار نظري مجرد وموضوعي يقوم في تقدير خفاء العيب بالاعتماد على نموذج من الناس هو نموذج الرجل العادي⁽¹⁾.

وبالتالي فإن العيب الخفي وفق ما ذهب إليه المشرعين الجزائري والمصري هو العيب الذي لا يمكن للرجل العادي كشفه، وهو ما أقرته محكمة النقض المصرية حين ذهبت إلى أن معيار الظهور في العيب ليس معيارا شخصيا يتفاوت بتفاوت المستوى في الأنظار، بل معيارا معينا بذاته مقدرا بمستوى نظر الشخص الفطن المنتبه للأمر⁽²⁾.

كما أن المحكمة العليا عندنا قد اعتمدت معيار الرجل العادي في تقديرها لخفاء العيب حيث أنها أيدت قضاة الموضوع الذين قضوا بقيام الالتزام بالضمان في مواجهة البائع بمناسبة قضية يتعلق الأمر فيها ببيع مركبة تحمل رقم طراز غير واضح، وذلك على أساس أن هذا العيب يعتبر من بين العيوب الخفية التي لا يمكن للمشتري أن يكشفها باعتباره رجلا عاديا⁽³⁾.

والواقع أن النص على اعتماد قدرة الرجل العادي لتحديد ما إذا كان العيب خفيا أو ظاهرا خدم الفقه الجزائري والمصري كما أنه خدم المتعاقدين أيضا.

ذلك أن الفقه الجزائري والمصري لم يضطر إلى البحث عن المعيار الواجب اعتماده لتحديد خفاء العيب كما هو الشأن في فرنسا مثلا، حيث ثار جدل فقهي واسع بين أنصار المعيار المجرد والموضوعي والمعيار الواقعي والشخصي، إذ أن الفئة الأولى تلجأ إلى تقدير خفاء العيب بالنظر إلى عامة الناس معتمدة في ذلك على نموذج عام دون

(1) الدكتور السنهوري/ الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، البيع و المقايضة، المرجع السابق، ص 724. والدكتور توفيق حسن فرج/ الوجيز في عقد البيع، المرجع السابق، ص 184. والدكتور محمد حسنين/ المرجع السابق، ص 154. والدكتور زهدي يكن/ عقد البيع، المرجع السابق، ص 254. والدكتور سعدون العامري/ المرجع السابق، ص 148.

(2) طعن مصري 102، بتاريخ 04 ديسمبر 1947، ص 16 ق. مجموعة 25 سنة: أشار إليه الدكتور أسعد دياب/ المرجع السابق، ص 90. والدكتور محمد حسن قاسم/ المرجع السابق، ص 363، الهامش الثاني.

(3) قرار مؤرخ في 24 نوفمبر 1993، ملف رقم 103404، غير منشور: أشار إليه الأستاذ عمر بن سعيد/ الاجتهاد القضائي وفقا لأحكام القانون المدني، مطبوعات الديوان الوطني للأشغال التربوية، 2001، ص 131.

الإعتداد بصفات المشتري⁽¹⁾، خلافا للفئة الثانية التي تعتمد في تقدير العيب على صفات المشتري وما لديه من معلومات فنية تسمح له بمعاينة الشيء المبيع و كشف عيوبه⁽²⁾.

والواقع أن هناك انتقادات كثيرة وجهت لكل فئة، حيث أن الإعتداد على شخصية المشتري في تقدير خفاء العيب يجعل البائع تحت رحمة سذاجة المشتري⁽³⁾، كما أن الإعتداد على المعيار الموضوعي قد دفع بالبعض إلى القول إن العيب الخفي هو ذلك الذي يخفى عن نظر وانتباه الشخص المختص في المادة مما يجعل المشتري تحت رحمة البائع⁽⁴⁾.

لذلك فإن الاجتهاد الفرنسي الغالب يلجأ في تحديد خفاء العيب إلى اعتماد معيار مجرد، إذ أنه يعتبر العيب خفياً إذا لم يكن بإمكان الشخص العادي كشفه، حيث أنه يلزم المشتري بإجراء فحص جدي للشيء المبيع وعدم الاكتفاء بالفحص السطحي له⁽⁵⁾، ويقصد بالفحص الجدي معاينة الشيء المبيع بشكل يسمح للرجل العادي بكشف العيب الذي يعتريه⁽⁶⁾.

هذا ويلاحظ أن هناك عبارات تدل على ذلك منها أن العيب الظاهر هو ما يكتشفه المشتري المتيقن أو الفطن أو الرجل ذو العناية المتوسطة أو الرجل الذي يتمتع بدرجة متوسطة من الخبرة أو كل مشتر جدي⁽⁷⁾.

(1) Djean de la Bâtie / *Appréciation in abstracto et appréciation in contracto en droit civil*, page 61 .88 : أشار إليه الدكتور أسعد دياب/ المرجع السابق، ص

(2) Djean de la Bâtie / *ouvrage et page précités*.

(3) Zerah / *La garantie des vices cachés dans la vente commerciale de marchandises*, Paris 1951, page 368.

(4) Zerah/ *précité*, page 369.

(5) Jean Gatsi/ *Les contrats spéciaux*, *précité*, page 50.

(6) Trib.civ.Seine, 21 Décembre 1956, D.1957, n° 47. Et Cass.civ. 1^{ère}, 7 juin 1995, Bull.civ.I, n° 250.

(7) Trib.Paris, 12 Avril 1929, Gaz.Pal. 1929-2- 67. Et Trib.civ.Seine, 21 Décembre 1956, D.1957, n° 47. Et Angers, 15 Février 1960, Gaz. Pal. 1960, 1, page 289.

وبناء عليه فإن تحديد ما إذا كان العيب خفيا موجبا للضمان لا يتم باللجوء إلى تقدير المزايا والمواهب التي يتمتع بها المشتري شخصيا، وإنما بالنظر إلى مستوى الشخص العادي الموجود في نفس الظروف، وهو ما انتهى إليه القضاء الفرنسي، وما نص عليه المشرعان الجزائري والمصري صراحة.

غير أن هذا لا يمنع اتجاه القضاء الفرنسي أحيانا إلى أن عنصر الخفاء في العيب يجب أن يتم تقديره بالنظر إلى فئة معينة من الناس تتمتع بنفس المعارف التقنية للمشتري⁽¹⁾.

كما أن هناك من الفقه الفرنسي ما ذهب إلى أن العيب الموجب للضمان هو العيب الذي لا يستطيع نظر الشخص المختص كشفه، وليس العيب الذي لا يمكن أن يكشفه أي شخص⁽²⁾.

هذا وذهب الدكتور زهدي يكن إلى أن طبيعة الشيء المبيع إذا كانت تتطلب من الرجل العادي أن يستعين في فحصه بأهل الخبرة فإن العيب لا يعتبر خفيا إلا إذا كان من شأنه أن ينطلي على شخص ذو كفاءة متوسطة⁽³⁾.

والواقع أن اللجوء إلى إلزام المشتري بالاستعانة بالخبير في البحث عما إذا كان المبيع يحتوي على عيب ما قد يجوز في التشريعات التي لم تنص على اعتماد معيار الرجل العادي في تقدير خفاء العيب كما هو الشأن في القانون الفرنسي.

ومع ذلك فإن القضاء الفرنسي قد ذهب إلى أن المشتري غير ملزم باللجوء إلى فحص الشيء المبيع عن طريق الاستعانة بخبير وقت إبرام العقد⁽⁴⁾.

أما المشرعان الجزائري والمصري فقد ألزما المشتري بفحص المبيع بعناية الرجل العادي، فإذا لم يتمكن من كشف العيب رغم بذله هذه العناية كان العيب خفيا موجبا

(1) Zerah / La garantie des vices cachés dans la vente commerciale de marchandises, précité, page 368.

(2) Pascal Puig/ Contrats spéciaux précité, page 277.

(3) الدكتور زهدي يكن/ عقد البيع، المرجع السابق، ص 254.

(4) Cass.3^{ème} civ., 3 Mai 1989, Bull.civ.III. n° 101.

للضمان، أما إذا أهمل فحص الشيء المبيع بعناية الرجل العادي، أو فحصه ولم يتمكن من كشف العيب لأن مستوى خبرته دون مستوى الشخص العادي، فلا ضمان على البائع، حيث أن إمكانية تبين العيب بفحص الشيء المبيع بعناية الرجل العادي يعتبر قرينة على أن المشتري قد تبين وجود العيب عند التسليم⁽¹⁾.

وبالتالي فإن إلزام المشتري باللجوء إلى أحد الخبراء لفحص الشيء المبيع يعني إلزامه بما لم يلزمه القانون في كل من التشريع الجزائري والمصري⁽²⁾، ولعل ذلك هو ما دفع المحكمة العليا إلى إقرار التزام البائع بالضمان والامتناع عن إلزام المشتري بالاستعانة بخبير في فحص الشيء المبيع، بمناسبة قضية تتعلق الأمر فيها بمركبة تحمل رقم طراز غير واضح، رغم أن هذا العيب لا يمكن كشفه إلا من طرف أهل الاختصاص⁽³⁾.

ومع ذلك فقد يحدث عملاً أن يكون المشتري نفسه خبيراً كأن يلجأ شخص مهني إلى شراء ما يدخل في إطار تخصصه، ومن أمثلة ذلك أن يشتري ميكانيكي سيارة، أو أن يشتري مهندس في الإعلام الآلي حاسوباً، حيث أنه يصعب أن يقال إن الميكانيكي لم يكشف عيباً في محرك السيارة بدعوى أنه كان خفياً، كما يصعب أن يقال إن مهندس الإعلام الآلي عجز عن كشف عيب في الحاسوب بدعوى أنه كان خفياً.

وواقع أن القضاء الفرنسي يلجأ في مثل هذه الحالات إلى افتراض علم المشتري المهني بالعيب الخفي رغم أن كشف هذا العيب يصعب على الرجل العادي، بمعنى أنه يقيم قرينة مفادها أن من يشتري ما يدخل في إطار تخصصه يعتبر عالماً بالعيوب التي تعترى الشيء المبيع على أساس أن العيب لا يمكن أن يخفى عليه باعتباره خبيراً⁽⁴⁾.

(1) الدكتور السنهوري/ الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، البيع و المقايضة، المرجع السابق، ص 724.

(2) الدكتور محمد حسنين/ المرجع السابق، ص 154.

(3) قرار مؤرخ في 24 نوفمبر 1993، ملف رقم 103404، غير منشور: أشار إليه الأستاذ عمر بن سعيد/ الاجتهاد القضائي وفقاً لأحكام القانون المدني، مطبوعات الديوان الوطني للأشغال التربوية، 2001، ص 131.

(4) Cass.com.29 Novembre 1983, Bull. civ.IV, n° 329. Et D.1998, 3 Février 1998, IRB2.

غير أن هذه القرينة بسيطة بحيث أنها تقبل إثبات العكس باللجوء إلى تقديم الدليل على عدم قدرة أي خبير آخر على كشف العيب⁽¹⁾.

كما أنه يمكن للمشتري المهني دحض هذه القرينة عن طريق إثبات غش البائع الذي يقوم بإخفاء العيب، أو عن طريق تقديم الدليل على أنه لم يكن بالإمكان كشف العيب إلا باللجوء إلى تحطيم الشيء المبيع أو الاستعانة بخبير ذي كفاءة عالية⁽²⁾.

هذا وإذا كان القضاء الفرنسي يتشدد في معاملة المشتري المهني، فإنه يبدي مرونة في تعامله مع المشتري العادي، حيث أنه غالباً ما يقرر خفاء العيب بالنسبة له لعدم امتلاكه التقنيات التي تساعد على كشف العيب⁽³⁾.

كما أن المشتري العادي يستطيع أن يلجأ إلى مطالبة البائع بضمان العيوب الخفية إذا كان يعلم بوجود العيب ولكنه لا يستطيع تقدير أهميته وآثاره⁽⁴⁾.

وهكذا فإن من يشتري آلة بيانو تم تقديمها له على أنها قابلة للتصليح ثم تبين أنه لا يمكن إصلاحها يستطيع الاستفادة من أحكام ضمان العيوب الخفية⁽⁵⁾.

ومهما يكن من أمر فإن افتراض علم المشتري المحترف بالعيب يعني أنه يعامل بشدة أكبر مقارنة بالمشتري العادي.

ذلك أن صفة المشتري المحترف تقوم بتحويل العيوب الخفية إلى عيوب ظاهرة لا يمكن للمشتري التمسك بها لرفعه دعوى الضمان إلى حين تقديمه الدليل على عدم علمه بالعيوب الخفية ودحض قرينة العلم القائمة في مواجهته.

(1) الدكتور أسعد دياب/ المرجع السابق، ص 94.

(2) Cass.com.15 Novembre 1983, Bull. civ.IV, n° 311. Et Cass. civ.1^{ère}, 20 Juin 1995, Bull.civ.I, n° 295.

(3) Jean Gatsi/ Les contrats spéciaux, précité, page 50.

(4) Jean Gatsi/ Les contrats spéciaux, ouvrage et page précités

(5) Cass. civ. 1^{ère}, 16 Février 1983, Bull. Civ.I. n° 65. Et Cass. civ. 3^{ème}, 14 Juin 1989, Bull. civ.III, n° 140.

ولعل هذا التشدد مفهوم من حيث أن المحترف خلافا للشخص العادي يملك إمكانيات تقنية تسمح له بالقيام بالفحص الضروري الذي يستطيع بموجبه كشف جميع العيوب.

وإذن فإن هناك فرقا واضحا في المعاملة بين المشتري العادي والمشتري المحترف مما يؤدي إلى وجوب طرح سؤال مهم يتعلق بتحديد الحالات التي يسقط فيها حق المشتري في رفع دعوى الضمان بسبب كونه محترفا. فمتى يعتبر القضاء المشتري محترفا ويحرمه من رفع دعوى الضمان على هذا الأساس؟

لقد أعطى القضاء الفرنسي صفة المشتري المحترف على وجه الخصوص للناقل البري⁽¹⁾، وللممثل التجاري في مجال السيارات⁽²⁾ كما تم منح صفة المحترف للعامل في مجال الخراطة⁽³⁾.

وعلى العكس من ذلك نفى القضاء الفرنسي صفة الاحتراف عن المقاول في مجال الأشغال العمومية عند اقتنائه لآلة تتعلق بمجال عمله⁽⁴⁾ ولمسير موقف بنزين عند شرائه لسيارة سياحة على أساس أنه لم يثلق تكوينه في الميكانيك⁽⁵⁾.

وعلى هذا الأساس يمكن القول إنه في غياب تعريف محدد للمشتري المحترف يلاحظ أن القضاء الفرنسي تبنى تعريفا موسعا له يعتمد على النظر إلى كل حالة على حدة عن طريق اللجوء إلى تقدير قدرة المشتري الحرفية وإمكانياته للكشف عن العيب.

غير أن الوضع القانوني لم يكن بهذه السهولة بالنسبة للقضاء الفرنسي الذي وجد نفسه أمام تناقض هام مفاده أن المشتري قد يملك المعرفة الضرورية التي تسمح له بالحكم عن حالة الشيء المبيع، غير أن ذلك لا يحول دون صدور أخطاء تقديرية عنه بسبب استحالة الكشف عن العيب الخفي، ما لم يتم تفكيك الشيء محل عقد البيع.

(1) Cass. com. 5 Octobre 1965, Bull. IV. n° 481.

(2) Cass. com. 3 Juin 1982, Jurisp. Auto 1983, p. 60

(3) Bordeaux, 7 Avril 1987, Jurisp. Auto 1987, p. 77

(4) Cass. civ., 1^{ère} 20 Décembre 1983, Bull.civ. I, n°308

(5) CA. Bordeaux 15 Janvier 1986, Jurisp. auto. 1986, p.387

ومن أجل أخذ هذه الحالة بعين الاعتبار يلاحظ أن القضاء الفرنسي سمح للمشتري المحترف في أحدث اجتهاداته بالتمسك بالعيب الخفي لفسخ العقد عند ثبوت استحالة كشف العيب دون اللجوء إلى تفكيك الشيء المبيع⁽¹⁾.

هذا الموقف منطقي لأنه يأخذ بعين الاعتبار حقيقة تقنية مفادها وجود عيوب يمكن أن تخفى على المشتري حتى ولو كان محترفاً: يتحدث القضاء الفرنسي هنا عن عيوب يستحيل كشفها دون تفكيك⁽²⁾.

غير أن الأمور إذا كانت بمثل هذا الوضوح لدى القضاء الفرنسي فماذا عن موقف القانونين الجزائري والمصري من رفع المشتري المحترف لدعوى ضمان العيوب الخفية؟

الواقع أنه بالرجوع إلى المادة 2/379 مدني جزائري المقابلة للمادة 2/447 مدني مصري يلاحظ أنهما تنصان على أن البائع لا يكون ضامناً للعيوب التي كان المشتري على علم بها وقت البيع، مما دفع بعض الفقه إلى القول: إن المشتري إذا كان خبيراً فإنه يفترض أنه كان عالماً بالعيوب التي تعترض الشيء المبيع، مما يؤدي إلى عدم قيام التزام البائع بالضمان إلا إذا قدم المشتري الدليل على عدم علمه بالعيوب⁽³⁾.

ومهما يكن من أمر فإن قيام التزام البائع بالضمان يتطلب أن يكون العيب خفياً وقت إبرام العقد في المبيع المعين بالذات حتى يتمكن المشتري من فحصه، أما إذا كان المبيع معيناً بالنوع فإن التزام البائع بالضمان يستلزم أن يكون العيب خفياً وقت الإفراز أو التسليم تبعاً لما إذا كان المشتري قد حضر عند إفراز الشيء المبيع أو عند حلول تاريخ تسليمه⁽⁴⁾.

على أنه تجدر الإشارة إلى أن هناك حالتين يضمن فيهما البائع العيب ولو كان بإمكان الرجل العادي كشفه، حيث تنص المادة 2/379 من القانون المدني الجزائري المقابلة

(1) Cass. civ 1^{ère}., 21 Février 1989, Jurisp. auto. 1989, page 171.

(2) Cass. com., 15 Novembre 1983, Bull.IV n°311.

(3) الدكتور زهدي يكن/ عقد البيع، المرجع السابق، ص 254.

(4) الدكتور محمد حسنين/ المرجع السابق، ص 154.

للمادة 447/2 من القانون المدني المصري على 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 إلا إذا أثبت المشتري أن البائع أكد له خلو المبيع من تلك العيوب أو أنه أخفاها غشا عنه⁽¹⁾.

ومعنى ذلك بدهاءة أن التزام البائع بالضمان يبقى قائما إذا تمكن المشتري من تقديم الدليل على أن البائع قد أكد له أن الشيء المبيع خال من العيوب، حيث أن موقف البائع في هذه الحالة يؤدي إلى إقبال المشتري على التعاقد معتمدا على تأكيد البائع بسلامة المبيع⁽²⁾.

ونفس هذا الحكم ينطبق على البائع الذي يتعمد إخفاء العيب عن المشتري، على أن التزام البائع بالضمان يقتصر في هذه الحالة بإثبات المشتري لغش البائع عن طريق استعمال أحد وسائل الإثبات من حيث أن الأمر يتعلق بواقعة مادية⁽³⁾.

هذا وإذا كان التزام البائع بالضمان يقوم لفائدة المشتري الذي يقدم الدليل على تصريح البائع له بخلو المبيع من العيوب الخفية، فإن المشتري الذي يقع ضحية غش البائع يستفيد هو أيضا من الضمان⁽⁴⁾.

فإذا قام المشتري بتقديم الدليل على أن البائع قد تعمد إخفاء العيب غشا، كما لو كان في أحد الأساور الذهبية كسر تعمد البائع إخفاءه حتى لا يكتشفه المشتري، فإن هذا الأخير يكون له الحق في المطالبة بالضمان حتى ولو كان العيب مما يمكن كشفه، إذ أنه بالموازنة بين مصلحة من يرتكب الغش ومصلحة المهمل يجب أن يتم إهدار الأولى في

(1) الدكتور محمد حسنين/ المرجع و الموضوع السابقان. والدكتور زهدي يكن/ عقد البيع، المرجع السابق، ص 255. والدكتور السنهوري/ الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، البيع والمقايضة، المرجع السابق، ص 726. والدكتور لحسين بن شيخ آث ملويا/ المرجع السابق، ص 455.

(2) الدكتور أسعد دياب/ المرجع السابق، ص 108. والدكتور صاحب عبيد الفتلاوي/ المرجع السابق، ص 87.

(3) الدكتور أسعد دياب/ المرجع السابق، ص 109.

(4) الدكتور محمد حسنين/ المرجع السابق، ص 154. والدكتور لحسين بن شيخ آث ملويا/ المرجع السابق، ص 450. والدكتور محمد حسن قاسم/ المرجع السابق، ص 367.

سبيل الثانية⁽¹⁾، كما أنه لا يجوز أن يستفيد البائع من غشه⁽²⁾.

على أنه تجدر الإشارة إلى أن التصريح بخلو المبيع من العيب يقتصر على الحالة التي يكون فيها من السهل على المشتري معرفة العيب، ولا تمتد لتشمل الحالة التي يكون فيها قد علم بالعيب، حيث جاء في المذكرة الإيضاحية للقانون المدني المصري أن تأكيد البائع بأن المبيع خال من العيب أو تعمد إخفاءه يجعله ضامناً للعيب حتى ولو لم يكن خفياً ما دام المشتري لا يعلمه⁽³⁾، وبالتالي فإن المشتري إذا كان يعلم بوجود العيب وقام البائع بالتأكد على خلو المبيع من العيوب فإن التزام البائع بالضمان لا يقوم لفائدة المشتري لعلمه بوجود العيب⁽⁴⁾.

هذا وقد ذهب بعض الفقه في تكييف تصريح البائع بخلو المبيع من العيب إلى أن هذا التصريح ما هو إلا اتفاق ضمني على أن البائع يتحمل العيب الذي صرح بخلو المبيع منه⁽⁵⁾.

على أن هناك من الفقه من تشدد في تفسير المادة 2/447 من القانون المدني المصري المقابلة للمادة 2/379 من القانون المدني الجزائري، حيث أنه لم يكتف لقيام الضمان بمجرد تصريح عام يصدر عن البائع مفاده أن المبيع سليم من العيوب مثلما يفعل التجار لترويج بضاعتهم، وإنما يجب أن يقوم البائع بتأكيد هذه الواقعة بعبارة صريحة وقاطعة⁽⁶⁾.

(1) الدكتور السنهوري/ الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، البيع و المقايضة، المرجع السابق، ص 726. والدكتور إسماعيل غانم/ مذكرات في العقود المسماة -عقد البيع-، القاهرة، 1958، ص 195: مشار إليه من طرف الدكتور أسعد دياب/ المرجع السابق، ص 109. والدكتور محمد حسن قاسم/ المرجع السابق، ص 367.

(2) الدكتور محمد حسنين/ المرجع السابق، ص 154. والدكتور محمد حسن قاسم/ العقود المسماة، المرجع السابق، ص 367.

(3) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري/ المرجع السابق، ص 110.

(4) الدكتور سليمان مرقس/ عقد البيع، الطبعة الرابعة، عالم الكتب، 1980، ص 402.

(5) الدكتور أسعد دياب/ المرجع السابق، ص 108، والدكتور السنهوري/ الوسيط في شرح القانون المدني الجديد،

البيع و المقايضة، المرجع السابق، ص 726. والدكتور محمد حسن قاسم/ المرجع السابق، ص 367.

(6) الدكتور أسعد دياب/ المرجع السابق، ص 108. والدكتور محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص 367.

هذا وإذا كان البائع خبيرا فإن القضاء الفرنسي يفترض علمه بالعيب الخفي ويلزمه بإعلام المشتري العادي والمهني بوجوده⁽¹⁾.

ولا يستطيع البائع المهني دفع قرينة العلم بالعيب التي تعتبر قرينة قاطعة لا يمكنه إثبات عكسها بتقديم الدليل على حسن نيته⁽²⁾، لدرجة أن الفقه الفرنسي قد ذهب إلى أن مسؤولية البائع المهني بضمان العيوب الخفية هي مسؤولية موضوعية، أي أنها تقوم على أساس الضرر وليس على أساس الخطأ⁽³⁾، ويلتزم البائع بمقتضاها برد الثمن وتعويض جميع الأضرار التي لحقت بالمشتري⁽⁴⁾، وذلك خلافا لمسؤولية البائع العادي الذي يستطيع تقديم الدليل على أنه لم يكن عالما بالعيب ويكتفي برد الثمن وتحمل مصاريف البيع⁽⁵⁾.

كما أن البائع إذا كان مهنيا فإنه لا يجديه نفعا أن يدعي باستحالة كشف العيب، حيث أن محكمة النقض الفرنسية قد ذهبت صراحة إلى أن هذا الدفع لا يسقط التزام البائع المهني بالضمان⁽⁶⁾.

وأكثر من ذلك فإن محكمة النقض الفرنسية لا تكتفي برفض الطعون المرفوعة إليها ضد القرارات التي يقضي فيها قضاة الموضوع بقيام مسؤولية البائع المهني بالضمان بدعوى أنه كان على علم بالعيوب التي تعترى الشيء المبيع⁽⁷⁾، ولكنها تقضي أيضا بنقض القرارات التي تعفي البائع المهني من الضمان على أساس أنه كان يستحيل عليه كشف العيب المدعى به⁽⁸⁾.

(1) Cass. com.21 Janv.1992, contr.conc.cons.1992, n° 5, Obs. Leveneur.

(2) Cass. com.27 Novembre1972, Bull.civ.IV, 282, page 266.

(3) Daniel Mainguy/ Contrats spéciaux, précité, page147.

(4) Rev. trim.dr.civ. 1965, 665.Obs.Cornu.

(5) Daniel Mainguy/ contrats spéciaux, précité, page147.

(6) Cass.civ., 3^{ème}, 17 Juillet 1972, Bull. civ. III, n° 473, page 344. Et Cass.civ., 3^{ème}, 18 Octobre 1977, Bull. civ. III, n° 347, page 262.

(7) Cass.com.27 Novembre 1972, Bull.civ.IV, 282, page 266. Et Cass. civ., 3^{ème}, 17 Juillet 1972, Bull. civ. III, n° 473, page 344. Et Cass. civ., 3^{ème}, 18 Octobre 1977, Bull. civ. III, n° 347, page 262.

(8) Boitard et Rabut/ Cass.com. 27 Avril 1971, J.C.P. 1972, II. 17280. Et Ghestin/ J.C.P. 1974, II.17890.

لذلك فإن بعض الفقه الفرنسي يذهب إلى أن القضاء يضع على عاتق البائع المهني التزام بتحقيق غاية، حيث أنه يلزمه بتسليم منتج صالح للاستعمال الذي تم شراؤه من أجله وخال من العيوب الخفية، إذ أن مضمون الالتزام يختلف بحسب ما إذا تعلق الأمر ببائع عادي أو ببائع مهني، ذلك أن البائع العادي يلزم ببذل عناية ولا تقوم مسؤوليته إلا إذا تبث علمه بالعيوب، أما البائع المهني فإنه يلزم بتحقيق غاية، مما يعني أن التزامه بالضمان يقوم بمجرد ثبوت وجود علاقة سببية بين العيب الخفي والضرر اللاحق بالمدعي⁽¹⁾.

إن هذا الفرق في المعاملة بين البائع العادي والبائع المحترف يتطلب التساؤل عن كيفية تقدير حرفة البائع المحترف لمعاملته بهذه الشدة.

فهل اعتمد القضاء الفرنسي معيارا محددًا لوصف البائع بكونه حرفيا وإقامة قرينة قانونية قاطعة مفادها علمه بالعيوب الخفي؟

يلاحظ أن القضاء الفرنسي اعتبر المهندس العامل في مجال صناعة السيارات بائعا محترفا عندما يتصرف في سيارة على أساس أن تكوينه في مجال الميكانيك يسمح له بالكشف عن عيوب الشيء المبيع⁽²⁾.

كما يلاحظ أن القضاء الفرنسي الراجح ذهب إلى إلحاق السائق البري بالبائعين المحترفين مقيما قرينة قانونية قاطعة بعلمه بالعيوب الخفي⁽³⁾.

هذا وقد ذهبت بعض المحاكم أحيانا إلى اعتبار البائع سيء النية، باعتباره عالما أو قادرا على العلم بالعيوب التي تعتري السيارة، في الحالة التي يتعلق فيها الأمر بشخص عادي يقوم عند البيع بإجراء إصلاحات على السيارة محل العقد بنفسه، مما يدل على أنه متمكن في المجال الميكانيكي⁽⁴⁾.

(1) Henri Capitant/ Les grands arrêts de la jurisprudence civile, Dalloz, 10^{ème} édition, Par François Terré et Yves Lequette, page 730.

(2) CA. Versailles, 29 Septembre 1983, Jurisp. auto. 1986, page 74.

(3) CA. Bourges, 29 Juin 1992, JA 1993, page 526.

(4) TI. Martigues, 26 mars 1986, Jurisp. auto. 1986, page 327.

هذه الشدة في معاملة البائع المحترف تدفع المتتبع لقرارات محكمة النقض الفرنسية إلى التساؤل عما إذا كان بإمكان البائع المحترف الاختفاء وراء مصطلح العيب غير القابل للكشف كما هو الحال بالنسبة للمشتري المحترف؟

الواقع أن عبارة العيب غير القابل للكشف ليس لها وجود لدى القضاء الفرنسي إلا إذا تعلق الأمر بتقدير قدرة المشتري على كشف العيب⁽¹⁾، أما البائع فلا يستطيع التذرع باستحالة الكشف عن العيب لدفع التزامه بالضمان⁽²⁾.

لهذا السبب لجأ الكثير من المحترفين في مجال الإتجار بالسيارات إلى محاولة التهرب من هذه الوضعية بتقديم أنفسهم كوسطاء بين المشتري والبائع الحقيقي.

غير أن هذه الوسيلة باءت بالفشل لأن المحاكم اعتبرت أن المحترف في مجال بيع السيارات المستعملة لا يعد وسيطا وإنما بائعا حقيقيا تقع على عاتقه جميع الالتزامات حتى وإن لم يكن مالكا فعليا للسيارة محل عقد البيع⁽³⁾.

إنها إرادة حقيقية لحماية المستهلك الذي يقوم بشراء سيارة عن طريق تمكينه من مقاضاة المالك السابق للسيارة بالإضافة إلى المحترف الذي تدخل في البيع بصفته وسيطا.

ومهما يكن من أمر فإن التزام البائع بالضمان يسقط إذا كان المشتري عالما بوجود العيب حيث أنه لا يجوز لهذا الأخير أن يتمسك بحقه في الضمان على أساس تصريح البائع بخلو المبيع من العيوب لعلمه بوجود العيب.

ذلك أن عدم علم المشتري بالعيب يعتبر شرطا لقيام التزام البائع بالضمان، على النحو الذي سيأتي بيانه ضمن المطلب الموالي.

(1) Boitard et Rabut/ Com. 27 Avril 1971, J.C.P. 1972, II. 17280. Et Ghestin/ J.C.P. 1974, II.17890.

(2) Cass.civ., 3^{ème}, 17 Juillet 1972, Bull. civ. III, n° 473, page 344. Et Cass.civ., 3^{ème}, 18 Octobre 1977, Bull. civ. III, n° 347, page 262.

(3) Paris, 2 Juin 1952, D. 1952.713

المطلب الرابع

جهل المشتري بالعيب

اشترط فقهاء الشريعة الإسلامية لقيام التزام البائع بالضمان أن يكون المشتري جاهلاً بوجود العيب عند العقد والقبض، فإن كان عالماً به عند أحدهما فلا خيار له لأنه يكون راضياً به دلالة⁽¹⁾.

هذا ويرى بعض الفقه المصري وعلى رأسه الدكتور السنهوري إلى أن جهل المشتري بالعيب يعد شرطاً لاستحقاق الضمان، وأن هذا الشرط يعد قائماً بذاته ومستقل عن شرط خفاء العيب⁽²⁾.

وهناك من الفقه من ذهب إلى دراسة جهل المشتري بالعيب حين التعرض لشرط الخفاء بدعوى أن علم المشتري بالعيب يجعله ظاهراً، وبالتالي فإنه لا يصح أن يطلق عليه وصف الخفاء، حيث أن شرط الخفاء عندهم لا يتطلب أن يكون العيب غير ظاهر فقط، وإنما يتطلب أيضاً أن يكون المشتري غير عالم به، فإذا تخلف أحد هذين الشرطين انتفى شرط الخفاء وكان البائع غير ملزم بالضمان⁽³⁾.

ذلك أن العيب قد يكون من العيوب الخفية التي لا يمكن الكشف عنها ولكنه يكون معلوماً للمشتري وقت العقد، فإذا سكت عنه رغم علمه به سقط حق رجوعه على البائع بالضمان، وذلك لأن العيب المعلوم يأخذ حكم العيب الظاهر⁽⁴⁾.

(1) الدكتور وهبة الزحيلي/ المرجع السابق، ص 559. و علاء الدين الكاساني/ المرجع السابق، ص 276.

(2) الدكتور السنهوري/ الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، البيع والمقايضة، المرجع السابق، ص 727. والدكتور زهدي يكن/ عقد البيع، المرجع السابق، ص 255. والدكتور رمضان أبو السعود/ المرجع السابق، ص 389.

(3) الدكتور جميل الشرقاوي/ عقد البيع، القاهرة، 1958، ص 279. و الدكتور سليمان مرقس/ عقد البيع، المرجع السابق، ص 565.

(4) الدكتور توفيق حسن فرج/ الوجيز في عقد البيع، المرجع السابق، ص 186.

وبناء على ذلك أيد الدكتور: محمد حسن قاسم ما ذهب إليه الدكتور: حسام الأهواني من أن خفاء العيب يعد فكرة قانونية حددها المشرع، وهي تقوم إما على العلم الفعلي أو الحكمي الذي يتمثل في إمكانية كشف العيب عند فحص المبيع، فإذا توافر العلم الفعلي فلا مجال للبحث عن العلم الحكمي، أما إذا انتفى العلم الحكمي، فإن البحث ينتقل لمعرفة ما إذا كان العلم الفعلي قد تحقق، ويكون العيب ظاهراً إذا كان المشتري عالماً به فعلاً، أو كان في استطاعته أن يعلم به عند الفحص، بمعنى أن العيب الخفي هو الذي لم يكن في استطاعة المشتري العلم به ولم يعلم به فعلاً⁽¹⁾.

هذا وقد اعتمد الدكتور أسعد دياب موقفاً وسطاً حين ذهب إلى أن شرط العلم بالعيب يمكن أن يندرج ضمن شرط الخفاء إذا كان معيار التفرقة بين العيب الظاهر والعيب الخفي معياراً شخصياً، غير أن المعيار المعتمد هو معيار موضوعي، وبما أن العلم بالعيب يحدد بالاعتماد على معيار شخصي فإنه يتميز عن شرط الخفاء نظراً لاختلاف المعيار المعتمد لتحديد كليهما، غير أنه لا يستقل عنه تماماً وإنما يكمله ويشكل وجهاً من وجوهه⁽²⁾.

ومهما يكن من أمر فإن هذا الشرط يعني أن لا يكون المشتري عالماً بالعيب الذي يعتري الشيء المبيع⁽³⁾، نظراً لأن إقدامه على الشراء رغم علمه بوجود العيب يعد قرينة على أنه قد وافق ضمناً على التنازل عن الضمان⁽⁴⁾ لعدم تأثير العيب على استعمال الشيء المبيع⁽⁵⁾، خاصة وأن المشتري إذا كان عالماً بالعيب فإنه يدخله في اعتباره عند تقدير الثمن⁽⁶⁾.

(1) الدكتور محمد حسن قاسم/ المرجع السابق، ص 358.

(2) الدكتور أسعد دياب/ المرجع السابق، ص 100.

(3) الدكتور زهدي يكن/ عقد البيع، المرجع السابق، ص 255. والدكتور محمد حسنين/ المرجع السابق، ص 155.

والدكتور السنهوري/ الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، البيع والمقايضة، المرجع السابق، ص 727.

(4) الدكتور رمضان أبو السعود/ المرجع السابق، ص 389.

(5) الدكتور أسعد دياب/ المرجع السابق، ص 100.

(6) الدكتور توفيق حسن فرج/ الوجيز في عقد البيع، المرجع السابق، ص 187. والدكتور سليمان مرقس/ عقد

البيع، المرجع السابق، ص 563.

ولعل ذلك هو ما دفع المشرعين الجزائري والمصري إلى اشتراط جهل المشتري بالعيب لقيام التزام البائع بالضمان، حيث أن المادة 2/379 مدني مصري المقابلة للمادة 2/447 مدني جزائري تنص على أن البائع لا يضمن العيوب التي كان يعرفها المشتري.

غير أنه تجدر الإشارة إلى أن المشتري يستفيد من قرينة قانونية مفادها أنه كان يجهل العيب، فإذا أراد البائع أن يتخلص من الضمان كان عليه تقديم الدليل على أن المشتري كان على علم بالعيب⁽¹⁾، ذلك أن إقدام المشتري على الشراء رغم علمه بالعيب يعد أمرا غير مألوف، فإن ادعى البائع ذلك فإنه يكون قد ادعى ما يخالف الأصل⁽²⁾.

ولما كان العلم بالعيب واقعة مادية فإن البائع يستطيع إثباتها بجميع وسائل الإثبات بما في ذلك البينة والقرائن⁽³⁾، ومن أهم القرائن فيما يتعلق بهذا الموضوع كون الثمن المتفق عليه منخفضا، لأن انخفاض الثمن يعد دليلا على أن المشتري كان عالما بالعيب⁽⁴⁾، غير أن الأمر يتعلق هنا بقرينة بسيطة يمكن للمشتري تقديم الدليل على عكسها⁽⁵⁾.

على أنه تجدر الإشارة إلى أن العيب إذا كان منتشرًا، فإنه يفترض أن المشتري قد علم به، وبالتالي فإن البائع لا يلتزم بالضمان في هذه الحالة إلا إذا تمكن المشتري من تقديم الدليل على جهله بالعيب⁽⁶⁾.

(1) الدكتور السنهوري/ الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، البيع والمقايضة، المرجع السابق، ص 727. والدكتور أسعد دياب/ المرجع السابق، ص 102. والدكتور توفيق حسن فرج/ الوجيز في عقد البيع، المرجع السابق، ص 187. والدكتور محمد حسنين/ المرجع السابق، ص 155. والدكتور رمضان أبو السعود/ المرجع السابق، ص 389.

(2) الدكتور صاحب عبيد الفتلاوي/ المرجع السابق، ص 94. والدكتور أحمد شوقي محمد عبد الرحمن/ مسؤولية البائع عن ضمان العيوب الخفية في بيوع السيارات، الإسكندرية، 2003، ص 70.

(3) الدكتور السنهوري/ الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، البيع والمقايضة، المرجع السابق، ص 727. والدكتور رمضان أبو السعود/ المرجع السابق، ص 389. والدكتور أحمد شوقي محمد عبد الرحمن/ المرجع السابق، ص 70.

(4) الدكتور محمد حسن قاسم/ المرجع السابق، ص 362.

(5) الدكتور محمد حسن قاسم/ المرجع والموضع السابقان. والدكتور أحمد شوقي محمد عبد الرحمن/ المرجع السابق، ص 71.

(6) الدكتور السنهوري/ الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، البيع والمقايضة، المرجع السابق، ص 727.

ذلك أن العيب لا يكون مجهولاً بالنسبة للمشتري بمجرد عجزه عن كشفه، حيث أنه يجب عليه أن يكون يقظاً ومتنبهاً عند فحص الشيء المبيع بشكل يسمح له بكشف العيوب المتوقعة والعنوية، وبناءً على ذلك فإن جهل المشتري الذي يؤدي إلى إعفاء البائع من الضمان يجب أن يكون مشروعاً ومبرراً⁽¹⁾.

ويقصد بالعيوب العنوية العيوب التي جرت العادة على وجودها في بعض البضائع، حيث أنه يفترض في من اعتاد على التعامل في مثل هذه البضائع علمه بالعيوب التي تعترها عادة⁽²⁾، ومن أمثلة ذلك أنه في مجال صناعة الجلود هناك نوع من الجلود قابل للتلف، حيث تكتنفه عيوب من المفروض على المشتري التاجر أن يعلمها، ولا يجوز له التمسك بجهلها، ومن ثم جاء تشدد القضاء الفرنسي في معاملته للمشتري المهني عند تقديره لخباء العيب بالنسبة له⁽³⁾.

هذا وإذا كان محل البيع شيئاً مستعملاً فإنه يفترض أنه لا يخلو من العيوب المألوفة في الأشياء القديمة⁽⁴⁾، إذ أنه ليس للمشتري أن يتوقع من الشيء المستعمل نفس الفعالية التي يوفرها له الشيء الجديد⁽⁵⁾، وبالتالي فإنه لا يستحق الضمان إلا إذا قدم الدليل على عدم علمه بهذه العيوب المألوفة⁽⁶⁾.

على أنه تجدر الإشارة إلى أن العيب الذي يتجاوز الأوضاع العادية المألوفة في الأشياء المستعملة لا يكون موجبا للضمان إلا إذا بلغ درجة معينة من الجسامه تجعل الشيء المبيع غير صالح للاستعمال الذي خصص له باعتباره شيئاً قديماً⁽⁷⁾، كما أن الأمر إذا تعلق

(1) الدكتور توفيق حسن فرج/ عقد البيع والمقايضة في القانون اللبناني، المرجع السابق، ص 504.

(2) الدكتور أسعد دياب/ المرجع السابق، ص 102.

(3) Cass.com.29 Novembre 1983, Bull. civ.IV, n° 329. Et D.1998, 3 Février 1998, IRB2.

(4) الدكتور السنهوري/ الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، البيع والمقايضة، المرجع السابق، ص 728، الهامش رقم 1.

(5) الدكتور أسعد دياب/ المرجع السابق، ص 169.

(6) الدكتور السنهوري/ الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، البيع والمقايضة، المرجع السابق، ص 728.

(7) الدكتور توفيق فرج/ الوجيز في عقد البيع، المرجع السابق، ص 186.

بعب غير مألوف فإن عبء الإثبات فيه يقع على عاتق البائع الذي يلزم بتقديم الدليل على أن المشتري كان عالما بوجود العيب⁽¹⁾.

وبناء على ذلك فقد ذهب الدكتور السنهوري إلى أن المشتري يجب عليه أن يعلم أن مستأجر البيت محل عقد البيع يملك الحق في إنقاص الأجرة إلى الحد المنصوص عليه قانونا، حيث أنه لا يستطيع أن يحتج على البائع بذلك إلا إذا قدم الدليل على أنه كان يجهل أن الأجرة تزيد عن الحد القانوني أو على أنه كان قد حصل على ضمان البائع لهذه الأجرة⁽²⁾.

هذا وإذا كان العيب العلني الذي يفترض علم المشتري به لصيق بطبيعة الشيء المباع، فإن مفهوم العيب المتوقع لا يرتبط بمحل عقد البيع، وإنما يتم تقدير وجوده بالنظر إلى الظروف المحيطة بإبرام العقد⁽³⁾.

حيث أن من يشتري خشبا رديئا يجب أن يتوقع احتواءه على تسوس⁽⁴⁾، كما أن من يدفع ثمنا زهيدا لا يجوز له أن يتوقع الحصول على بضاعة خالية من العيوب⁽⁵⁾.

غير أن هناك حالات يعتبر فيها المشتري جاهلا بالعيب رغم كونه ظاهرا، وذلك بالنظر إلى ظروف التعاقد التي تؤدي إلى استحالة كشف المشتري للعيب، حيث أن البيع قد ينصب على بضاعة محفوظة في صناديق كثيرة يستحيل على المشتري فتحها جميعا، فيكتفي بفتح بعضها مما يؤدي إلى تعذر اكتشاف العيب الموجود في البضاعة التي تحتويها الصناديق الباقية⁽⁶⁾.

(1) الدكتور السنهوري/ الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، البيع والمقايضة، المرجع السابق، ص 728، الهامش رقم 1.

(2) الدكتور السنهوري/ الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، البيع والمقايضة، المرجع والموضع السابقين.

(3) الدكتور أسعد دياب/ المرجع السابق، ص 104.

(4) الدكتور أسعد دياب/ المرجع السابق، ص 103.

(5) الدكتور أسعد دياب/ المرجع السابق، ص 104.

(6) الدكتور أسعد دياب/ المرجع السابق، ص 103.

هذا وتجدر الإشارة إلى أن شخصية المشتري تعتبر من بين العناصر التي يتم اللجوء إليها من أجل تحديد ما إذا كان بإمكانه توقع احتواء المبيع على عيوب، حيث أن المشتري المهني يفترض فيه توقع بعض العيوب في البضاعة التي يتاجر فيها، خلافاً للمشتري العادي الذي غالباً ما يبدي القضاء مرونة في التعامل معه⁽¹⁾.

ومهما يكن من أمر فإن المشتري لا يحرم من الضمان إلا إذا كان عالماً بالعيوب من جهة، وبجميع النتائج التي قد تنجم عنه من جهة أخرى، حيث أن التزام البائع بالضمان يبقى قائماً إذا كان المشتري جاهلاً بمدى تأثير العيب على استعمال الشيء⁽²⁾.

كما يلاحظ أن البائع إذا قام بإعلام المشتري باحتواء المبيع على عيب ما، فإن علم المشتري بهذا العيب لا يمتد ليشمل عيوباً أخرى سواء كانت هذه الأخيرة قد ظهرت لاحقاً⁽³⁾ أو أنها كانت موجودة وقت البيع ولكنها لم تكن ظاهرة⁽⁴⁾.

هذا ويذهب القضاء الفرنسي إلى إلزام البائع بالضمان في الحالات التي يكون فيها المشتري عالماً بوجود مؤشرات خارجية من شأنها أن تؤدي إلى إحداث عيوب في الشيء المبيع، شريطة أن تكون الصلة بين المؤشرات والعيوب صلة محتملة وليست أكيدة، حيث أنه قرر أن المشتري الذي أقبل على شراء كمية من الطحين رغم احتوائها على رائحة غير طبيعية يستحق الضمان لأنه كان يعتقد أنه يستطيع استعمال الطحين عن طريق مزجه بكمية أخرى⁽⁵⁾.

(1) في العلاقة بين صفة المشتري وتأثير العيب كشرط لقيام الضمان تراجع ص ص 128 - 129 - 130 من هذا البحث.

(2) M. Alter/ L'obligation de délivrance dans la vente de meubles corporels, thèse, Grenoble, L.G.D.J, 1972, page 101.

(3) Bull.civ.1964, III, n° 405.

(4) Bull.civ. 1966, n° 1209.

(5) الدكتور أسعد دياب/ المرجع السابق، ص 101.

ومهما يكن من أمر فإن البحث فيما إذا كان المشتري عالما بالعيب تعتبر مسألة واقع تخضع لتقدير قضاة الموضوع دون رقابة من المحكمة العليا⁽¹⁾، على أنه يجب على القضاة في تقديرهم لما إذا كان المشتري عالما بالعيب أو جاهلا به تحقيق التوازن بين حقوق البائع وحقوق المشتري، حيث أن التشدد في التطبيق من شأنه أن يؤدي إلى تحقيق مصلحة البائع الذي قد يعفى من الضمان لجهل المشتري بالعيب، في حين أن التساهل في التطبيق من شأنه أن يؤدي إلى تحقيق مصلحة المشتري الذي قد يستفيد من الضمان رغم علمه بالعيب⁽²⁾.

على أن علم المشتري بالعيب إذا كان من شأنه أن يؤدي إلى حرمانه من الضمان فإنه يجدر البحث في التاريخ الذي يجب أن يتم فيه هذا العلم حتى يقال: إن البائع لا يلزم بالضمان لعلم المشتري بالعيب.

ذلك أن المشرعين الجزائري والمصري إذا كانا قد نصا على أن البائع لا يضمن العيوب التي كان يعرفها المشتري "وقت البيع"، فإن الفقه قد اختلف في تفسيره لهذه المادة⁽³⁾.

حيث ذهب الدكتور السنهوري إلى أن العيب لا يكون موجبا للضمان إذا كان المشتري على علم به وقت تسلم المبيع⁽⁴⁾، ذلك أن العيب قد يكون موجودا وقت البيع غير أن المشتري لا يعلمه في هذا الوقت، ولكنه إذا علم به وقت التسليم ولم يعترض فإن حقه في الضمان يسقط، إذ أن العيب الموجود وقت البيع يجب أن يكون المشتري جاهلا به وقت البيع ووقت التسليم، فإذا قدم البائع الدليل على أن المشتري كان يعلم بالعيب في أحد الوقتين سقط التزامه بالضمان، أما إذا لحق العيب بالشيء المبيع في الفترة الفاصلة بين تاريخ البيع

(1) الدكتور أسعد دياب/ المرجع السابق، ص 104. والدكتور أحمد شوقي محمد عبد الرحمن/ المرجع السابق، ص 71.

(2) الدكتور أسعد دياب/ المرجع والموضع السابقان.

(3) تنص المادة 379/2 من القانون المدني الجزائري المقابلة للمادة 447/2 من القانون المدني المصري على ما يلي: "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، إلا إذا أثبت المشتري أن البائع أكد له خلو المبيع من تلك العيوب أو أنه أخفاها غشا عنه".

(4) الدكتور السنهوري/ الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، البيع و المقايضة، المرجع السابق، ص 727.

وتاريخ التسليم فإن البائع يجب عليه أن يقدم الدليل على أن المشتري كان عالماً بالعيب وقت التسليم، فإذا عجز عن إثبات هذا العلم افترض جهل المشتري بالعيب وقت التسليم مما يؤدي إلى قيام التزام البائع بالضمان⁽¹⁾.

هذا وذهب بعض الفقه في تحديد التاريخ المعتمد لتقدير علم المشتري بالعيب إلى التفرقة بين المبيع المعين بالذات والمبيع المعين بالنوع، حيث أنهم اتفقوا على أن الوقت الذي يشترط فيه جهل المشتري بالعيب في المبيع المعين بالذات يختلف تبعاً لما إذا كان المشتري قد حضر مجلس العقد أو غاب عنه، حيث أنه يتم اعتماد وقت إبرام العقد في تقدير عدم العلم في الحالة الأولى، في حين أنه يتم اعتماد وقت الفرز في الحالة الثانية⁽²⁾.

أما إذا كان المبيع معيناً بالنوع فإن بعض الفقه يرى وجوب اعتماد وقت إبرام العقد لتقدير جهل المشتري بالعيب⁽³⁾، في حين أن بعض الفقه يرى وجوب اعتماد وقت الفرز على أساس أن الشيء المعين بالنوع لا يمكن أن نتصور هلاكه أو تعييبه، كما أنه إذا كان ثبوت العيب عند الفرز قائماً فإن علم المشتري به في هذا الوقت لا يؤدي إلى سقوط التزام البائع بالضمان ابتداءً من تاريخ إبرام العقد طالما أن العلم بالعيب في هذا التاريخ غير ممكن⁽⁴⁾.

ومهما يكن من أمر فإن المشتري الحاضر في مجلس العقد إذا كان يستطيع الإطلاع على العيب في الشيء المعين بالذات وقت التعاقد، فإنه يتعذر عليه ذلك إذا كان غائباً عن مجلس العقد، كما أنه لا يستطيع الإطلاع على العيب في الشيء المعين بالنوع قبل أن يتم إفرازه، ولذلك فإن ما ذهب إليه الدكتور السنهوري من أن الوقت الذي يجب اعتماده في تحديد علم المشتري بالعيب هو تاريخ التسليم دون التفرقة بين ما إذا كان المبيع معيناً بالذات أو بالنوع، ودون النظر لما إذا كان المشتري حاضراً في مجلس العقد أو غائباً

(1) الدكتور السنهوري/ الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، البيع والمقايضة، المرجع السابق، ص 728. والدكتور رمضان أبو السعود/ المرجع السابق، ص 389.

(2) الدكتور أسعد دياب/ المرجع السابق، ص 106.

(3) الدكتور أنور سلطان/ شرح عقدي البيع و المقايضة، مطبعة دار نشر الثقافة، الإسكندرية، 1952، ص 331.

(4) الدكتور سليمان مرقس/ عقد البيع، المرجع السابق، ص 566. والدكتور جميل الشرفاوي/ شرح العقود المدنية، المرجع السابق، ص 279.

عنه من شأنه أن يؤدي إلى اعتماد المهلة القصوى التي يتاح فيها للمشتري الإطلاع على العيب.

غير أن ذلك لا يعني أن علم المشتري بالعيب لا يؤدي إلى سقوط حقه في الضمان إلا إذا كان ناتجا عن إطلاعه على الشيء المبوع، حيث أن التزام البائع بالضمان يسقط إذا تبث أن المشتري كان عالما بالعيب دون التفرقة بين ما إذا كان مصدر هذا العلم يتمثل في إعلام البائع للمشتري باحتواء المبوع على العيب وبين ما إذا كان العلم ناتجا عن خبرة المشتري في الموضوع أو عن أي طريق آخر⁽¹⁾، فالمهم هو أن يكون علم المشتري بالعيب حقيقيا وليس مجرد شك، حيث أن مجرد الظن أو العلم غير القاطع لا يعتبر علما موجبا لسقوط الضمان⁽²⁾، وبناء عليه فإن نشر مرسوم اعتماد وقوع العقار المبوع داخل خط التنظيم بالجريدة الرسمية لا يدل على علم المشتري بهذا العيب⁽³⁾.

(1) الدكتور زهدي يكن/ عقد البيع، المرجع السابق، ص 255.

(2) استئناف مصر 23 مكرر، 1932 المحاماة 13، رقم 37، ص 54: مشار إليه من طرف الدكتور السنهوري/ الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، البيع و المقايضة، المرجع السابق، ص 728، الهامش الأول. والدكتور محمد حسن قاسم/ المرجع السابق، ص 360.

(3) الدكتور رمضان أبو السعود/ المرجع السابق، ص 389. والدكتور سليمان مرقس/ عقد البيع، المرجع السابق، ص 567.

الباب الثاني

أحكام الالتزام بضمان عيوب المبيع الخفية

يؤدي احتواء الشيء المبيع على عيب بمفهومه وشروطه التي سبق شرحها ضمن الباب الأول من هذه الدراسة إلى قيام التزام البائع بالضمان القانوني للعيوب الخفية.

هذا الالتزام يؤدي إلى نشوء حق مقابل للمشتري يتمثل في رفع دعوى قضائية هي: دعوى الضمان القانوني لعيوب المبيع الخفية.

والواقع أن الأمر يتعلق بدعوى تخضع لأحكام إجرائية وموضوعية خاصة تختلف عن تلك التي تحكم دعاوى أخرى قد تتشابه معها، بل وتختلف موضوعاً عن دعوى الضمان الاتفاقي لعيوب المبيع الخفية.

لذلك ارتأيت أن أقسم هذا الباب إلى ثلاثة فصول، يتعلق أولها بممارسة دعوى ضمان عيوب المبيع الخفية، ويتناول ثانيها دراسة ما يميز هذه الدعوى عما يشبهها من الدعاوى الأخرى، كدعوى عدم المطابقة، ودعوى الغلط، والتدليس، والعجز في تقدير المبيع، وضمان التعرض والاستحقاق، انتهاء بدراسة الضمان الاتفاقي لعيوب المبيع الخفية ضمن الفصل الثالث الذي سيتناول تفصيلاً مدى حرية الأطراف في الحد من التزام البائع بالضمان القانوني لعيوب المبيع الخفية.

الفصل الأول

ممارسة دعوى ضمان عيوب المبيع الخفية

تقتضي دراسة كيفية ممارسة دعوى ضمان عيوب المبيع الخفية تناول الشروط الإجرائية والموضوعية التي تنفرد بها.

لذلك ارتأيت تقسيم هذا الفصل إلى أربعة مباحث، أتناول في أولها دراسة إجراء هام يسبق دعوى الضمان ويتمثل في وجوب قيام المشتري بإخطار البائع بالعيوب.

أما المباحث الموالية فسأخصصها إتباعاً لدراسة أطراف دعوى الضمان وموضوعها وأسباب سقوطها.

المبحث الأول

وجوب قيام المشتري بإخطار البائع بالعيب

يجب على المشتري تطبيقا للمادة 1/380 من القانون المدني الجزائري المقابلة للمادة 1/449 مدني المصري أن يقوم بالتحقق من حالة المبيع بمجرد أن يتمكن من ذلك حسب ما هو متفق عليه وفق قواعد التعامل المألوفة، فإذا كشف عن احتواء المبيع على عيب يلتزم البائع بضمانه كان عليه أن يخطره بذلك خلال مدة معقولة⁽¹⁾.

غير أن العيب إذا كان مما لا يمكن كشفه بإجراء فحص عادي فإن المشتري يلزم تطبيقا للمادة 2/380 من القانون المدني الجزائري المقابلة للمادة 2/449 مدني المصري بأن يقوم بإخطار البائع بالعيب بمجرد ظهوره، حيث أن سكوته يعد قرينة على أنه قبل بالمبيع رغم ما يحتويه من عيوب⁽²⁾.

ومعنى ذلك أن المشرعين الجزائري والمصري قد فرقا بين العيب الذي يمكن كشفه بالفحص العادي والعيب الذي يتطلب كشفه فحصا دقيقا.

حيث أن المشتري يلزم بإخطار البائع خلال مدة معقولة من تاريخ كشف العيب، إذا كان من العيوب التي يمكن كشفها بمجرد إجراء فحص عادي.

أما إذا كان العيب مما لا يمكن كشفه إلا بإجراء فحص دقيق فإن المشتري يلتزم بإخطار البائع بمجرد ظهور العيب.

(1) تنص المادة 1/380 من القانون المدني الجزائري المقابلة للمادة 1/449 مدني المصري على ما يلي: "إذا تسلم المشتري المبيع وجب عليه التحقق من حالته عندما يتمكن من ذلك حسب قواعد التعامل الجارية، فإذا كشف عيبا يضمنه البائع وجب عليه أن يخبر هذا الأخير في أجل مقبول عادة فإن لم يفعل اعتبر راضيا بالعيب."

(2) تنص المادة 2/380 من القانون المدني الجزائري المقابلة للمادة 2/449 مدني المصري على ما يلي: "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".

فما هو المعيار الواجب اعتماده لتحديد ما إذا كان العيب مما يمكن كشفه بالفحص المعتاد أو مما يتطلب الكشف عنه إجراء فحص دقيق؟

فرق الدكتور عبد الرزاق السنهوري بين ما إذا كان بالمبيع عيبا ظاهرا أو في حكم الظاهر وبين ما إذا كان العيب خفيا لدرجة أنه لا يمكن الكشف عنه إلا باللجوء إلى إجراء فحص فني خاص، وذهب إلى أن المشتري الذي يتسلم المبيع في الحالة الأولى لا يعتبر قابلا بالعيب بمجرد الاستلام، إذ أن المشرع قد أعطاه مهلة يجب عليه أن يتحقق خلالها من حالة المبيع عن طريق الفحص المعتاد، وتتحدد هذه المهلة تطبيقا لنص المادة 1/380 من القانون المدني الجزائري المقابلة للمادة 1/449 من القانون المدني المصري وفقا لقواعد التعامل المألوفة⁽¹⁾.

أما إذا كان العيب خفيا بحيث لا يمكن الكشف عنه عن طريق إجراء فحص عادي، فإن المشتري يلزم بإخطار البائع به بمجرد ظهوره وإلا اعتبر راضيا به، حيث أن العيب إذا كشف بعد إجراء فحص فني فإن الوقت الذي تم فيه الكشف يعتبر وقتا محددا يمكن معه التأكد من عدم التأخر في الإخطار⁽²⁾.

فهل يعني ذلك أن العيب الذي يمكن كشفه بالفحص العادي هو العيب الظاهر؟

الواقع أن الدكتور السنهوري قد أورد أمثلة عن الحالة التي يكون فيها العيب ظاهرا أو في حكم الظاهر والتي يجب بمقتضاها على المشتري أن يتحقق من حالة المبيع عن طريق إجراء فحص معتاد وأن يقوم بإخطار البائع بوجود العيب خلال المهلة المعتادة وفقا لقواعد التعامل المألوفة، حيث أنه ذهب إلى أن القماش غالبا ما يباع مطويا، فإذا كان فيه عيب ظاهر أو في حكم الظاهر، فإن المشتري لا يعتبر راضيا بمجرد تسلمه القماش المطوي، وإنما يكون ذلك إذا ذهب بالقماش إلى متجره وفحصه وسكت دون أن يقوم بإخطار البائع بالعيب في مدة معقولة يتم تحديدها وفقا للمألوف في التعامل، كما أن الشخص الذي يشتري سيارة لا يعتبر قابلا بما فيها من عيب ظاهر أو في حكم الظاهر

(1) الدكتور السنهوري/ الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المرجع السابق، ص 736.

(2) الدكتور السنهوري/ الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المرجع والموضع السابقان.

بمجرد أن يتسلمها، وإنما يجب أن تمر مدة معقولة يتمكن فيها من تجربة السيارة والكشف عما يعترها من عيوب عن طريق إجراء فحص عادي، فإذا وجد المشتري عيباً ولم يخطر البائع به في مدة معقولة وفقاً لما هو مألوف في التعامل فإنه يعتبر راضياً بالعيب⁽¹⁾.

هذه الأمثلة تدل على أن الدكتور السنهوري قصد حالات خاصة يمكن أن يعتبر العيب فيها في حكم الظاهر نظراً لسهولة كشفه عن طريق معاينة المبيع بعد التسليم.

وبناء على ذلك فإنه لا يمكن القول بأن الدكتور السنهوري قد اعتمد لتحديد ما إذا كان العيب مما يمكن كشفه بالفحص العادي على نفس المعيار الذي يتم اعتماده للفرقة بين ما إذا كان العيب خفياً أو ظاهراً، لا سيما وأنه لا مجال لضمان العيوب الظاهرة أصلاً باعتبار خفاء العيب شرطاً من شروط قيام التزام البائع بالضمان.

غاية ما في الأمر أن المشتري لا يمكنه أن يكشف العيب الذي يعترى السيارة أو القماش المطوي إلا بعد التسلم الفعلي الذي يسمح بإجراء معاينة دقيقة، ولعل ذلك هو ما يقصده الفقه حين يذهب إلى أن معاينة المبيع بعد تسلمه أكثر دقة من المعاينة التي يتم إجرائها عند إبرام العقد⁽²⁾.

ذلك هو أيضاً ما قصده الدكتور السنهوري حين ذهب إلى التفرقة بين ما إذا كان العيب مما يمكن اكتشافه بالفحص العادي وبين ما إذا كان يتطلب الكشف عنه إجراء فحص دقيق، عن طريق البحث فيما إذا كان بمقدور المشتري الكشف عن العيب إذا قام بمعاينة الشيء المبيع عند استلامه فعلاً دون الحاجة إلى القيام بفحص فني عادي أو متخصص، حيث أن قدرة المشتري على كشف العيب بمجرد فحص المبيع تجعل العيب مما يمكن الكشف عنه بالفحص العادي، أما حاجة المشتري إلى إجراء فحص فني مألوف

(1) الدكتور السنهوري/ الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المرجع والموضع السابقين.

(2) الدكتور إسماعيل غانم/ مذكرات في العقود المسماة، عقد البيع، القاهرة، 1958، ص 193. والدكتور محمد حسنين/ المرجع السابق، ص 157.

أو متخصص لكشف العيب فمن شأنها أن تؤدي إلى إدراج العيب ضمن العيوب التي لا يمكن كشفها بالفحص العادي⁽¹⁾.

وبناء على ذلك فإن المعيار الذي اعتمده الدكتور السنهوري للتفرقة بين العيب الذي يمكن كشفه بالفحص العادي وذلك الذي يتطلب كشفه فحصا دقيقا يتمثل في البحث عما إذا كان الكشف عن العيب يتطلب اللجوء إلى القيام بفحص فني مألوف أو متخصص من عدمه.

هذا الموقف يتفق مع ما جاء في مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري من أن المشتري مسؤول عن التحقق من حالة المبيع بمجرد التمكن من ذلك وفقا للمألوف في التعامل، فإن كان يحتاج في الكشف عليه إلى خبرة فنية، فالمشتري غير مسؤول عن عدم ظهور العيب عن طريق الفحص المعتاد، ولكن يجب عليه بمجرد أن يظهر العيب المبادرة بإخطار البائع، فإن أهمل في فحص الشيء أو أهمل في الإخطار، عد قابلا للمبيع بحالته وسقط ضمان العيب، وإذا تم إخطار البائع بالعيب في الوقت الملائم طبقا للقواعد المتقدمة وجب الضمان⁽²⁾.

هذا ويضيف الفقه لقائمة العيوب التي لا يمكن كشفها بالفحص العادي تلك التي يتطلب الكشف عنها تجربة طويلة أو القيام بتعريض المبيع إلى ظروف خاصة كالحرارة الشديدة أو الرياح القوية أو الرطوبة الزائدة⁽³⁾.

وخلاصة القول أن المشتري يلتزم بأن يتسلم الشيء المبيع، وأن يقوم بالتحقق من حالته بمجرد أن يتمكن من ذلك وفقا للمألوف في التعامل، فإذا اكتشف عيبا مما يلتزم البائع بضمانه قام على عاتقه التزام يتمثل في إخطار البائع بالعيب خلال مدة معقولة من تاريخ الكشف عن العيب.

(1) الدكتور السنهوري/ الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المرجع السابق، ص 736.
(2) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري، المرجع السابق، ص 122 و123.
(3) الدكتور أسعد دياب/ المرجع السابق، ص 124.

غير أن العيب إذا كان مما لا يمكن الكشف عنه إلا باللجوء إلى إجراء فحص فني متخصص أو عادي فإن المشتري يلتزم بإخطار البائع بمجرد ظهور العيب.

على أنه يلاحظ أن هناك من الفقه من ذهب إلى أن العيب إذا كان مما يمكن الكشف عنه بإجراء فحص عادي، فإن المشتري لا يمكنه أن يطالب البائع بالضمان إلا إذا كان غائبا عن مجلس العقد، أما إذا كان المشتري حاضرا في مجلس العقد وقبل تسلم الشيء المبيع دون اعتراض، فإنه يكون راضيا به ولا يجوز له متابعة البائع على أساس أحكام ضمان العيوب الخفية⁽¹⁾.

ولعل سبب هذه التفرقة يرجع إلى أن المشتري إذا كان حاضرا في مجلس العقد، فالمفروض أن يقوم بفحص الشيء المبيع ببذل عناية الرجل العادي، مما يسمح له بكشف العيب إذا كان من العيوب التي يمكن الكشف عنها بإجراء فحص عادي، فإذا تسلم الشيء المبيع رغم إجراء هذا الفحص افترض أنه كشف العيب وقبل به.

غير أنه يلاحظ أن العيب قد يكون قابلا للكشف عن طريق اللجوء إلى فحص الشيء المبيع فحصا عاديا، ولكن المشتري لا يمكنه إجراء هذا الفحص إلا بعد أن يتسلم الشيء المبيع تسلما ماديا، ولعل ذلك هو ما دفع المشرع إلى إعطاء المشتري مهلة يتعين عليه خلالها أن يقوم بفحص المبيع وإخطار البائع بوجود العيب، دون التفرقة في ذلك بين ما إذا كان المشتري حاضرا في مجلس العقد وبين ما إذا كان غائبا عنه.

وبناء على ذلك يمكن القول: إن ما ذهب إليه بعض الفقه من أن المشتري الحاضر في مجلس العقد يحرم من حقه في التزام البائع بضمان العيوب الخفية، إذا تسلم الشيء المبيع دون اعتراض، من شأنه أن يؤدي إلى تحميل النصوص التشريعية ما لا تحتمل، لاسيما وأن هناك حالات خاصة يستحيل فيها على المشتري الحاضر في مجلس العقد كشف العيب ولو كان من العيوب التي لا يتطلب الكشف عنها سوى إجراء فحص عادي.

(1) الدكتور عادل المعراوي/ ضمان العيوب الخفية في قوانين البلاد العربية، دراسة مقارنة، مطبعة الإنصاف، بيروت، 1969، ص 57.

ذلك هو الشأن في الحالات التي أدرجها الدكتور السنهوري للاستدلال على أن كشف العيب قد لا يحتاج إلى إجراء فحص دقيق، ولكن المشتري لا يعتبر راضيا بالعيب بمجرد تسلم الشيء المبيع موضحا أن من يتسلم قماشا مطويا معيبا بعيب ظاهر أو في حكم الظاهر، لا يعني أنه رضي بالعيب إلا إذا ذهب بالقماش إلى متجره وفحصه وسكت دون أن يقوم بإخطار البائع بالعيب في مدة معقولة يتم تحديدها وفقا للمألوف في التعامل⁽¹⁾.

وفي نفس السياق سرد الدكتور لحسين بن شيخ آث ملويا جملة من الأمثلة التي لا يمكن فيها الكشف عن العيب إلا بعد مدة معينة، كما إذا تعلق الأمر ببذور قمح لا يمكن الكشف عما إذا كانت صالحة للزراعة إلا بعد زراعتها و خروجها من الأرض، وكما لو كان المبيع عبارة عن سميد معبئ في كيس مغلق لا يسمح بالتأكد من سلامة محتواه إلا بفتحه بعد نقله، أو كان الأمر متعلقا بأقلام معبئة في علب⁽²⁾.

هذا وذهب الدكتور أسعد دياب في معرض تناوله لوجوب جهل المشتري بالعيب، إلى قيام التزام البائع بالضمان في الحالة التي ينصب فيها البيع على بضاعة محفوظة في صناديق كبيرة يستحيل على المشتري فتحها جميعا، مما يؤدي به إلى الاكتفاء بفتح بعضها فيتعذر عليه اكتشاف العيب الموجود في البضاعة التي تحتويها الصناديق الباقية⁽³⁾.

ومع ذلك فإنه يجب على المشتري في مثل هذه الحالات أن لا يتأخر في العمل على كشف العيب وإخطار البائع به خلال مدة معقولة، حيث أنه يجب عليه أن يحسن التصرف بأن يقوم بفحص الشيء المبيع دون تأخير، ويتم تقدير حسن تصرفه من عدمه من طرف قضاة الموضوع⁽⁴⁾ دون رقابة من المحكمة العليا⁽⁵⁾.

(1) الدكتور السنهوري/ الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المرجع السابق، ص 736.

(2) الدكتور لحسين بن شيخ آث ملويا/ المرجع السابق، ص 464 و 465.

(3) الدكتور أسعد دياب/ المرجع السابق، ص 103.

(4) الدكتور لحسين بن شيخ آث ملويا/ المرجع السابق، ص 465.

(5) الدكتور محمد حسنين/ المرجع السابق، ص 157.

يكون ذلك بالاعتماد على معيار موضوعي مجرد عن طريق مقارنة تصرف المشتري بتصرف الرجل العادي إذا كان رجلا عاديا، وعن طريق مقارنة تصرفه بتصرف المهني إذا كان تاجرا⁽¹⁾.

وبناء عليه فإن التراخي في الكشف عن المبيع يعد أمرا غير مألوف خاصة إذا تعلق الأمر بالمجال التجاري، حيث أن التاجر الذي يتأخر في فحص بضاعته يتحمل مخاطر سوء تصرفه⁽²⁾.

هذا ورغم أن إخطار البائع بالعيب يعد شرطا من شروط قبول دعوى الضمان التي يرفعها المشتري فإن هناك من الفقه من ذهب إلى أن القاضي لا يمكنه أن يرفض دعوى الضمان التي يقوم المشتري برفعها دون إخطار البائع بالعيب، وذلك لأن الإخطار لا يتعلق بالنظام العام وإنما تم تقريره تحقيقا لمصلحة المتعاقدين، إذ أنه يسمح للمشتري بالتخلص من مسؤولية العيب عن طريق إظهار رغبته بعدم قبوله، كما أنه يحقق للبائع فائدة تتمثل في عدم بقاءه حائرا حول مصير العقد فترة طويلة⁽³⁾.

غير أن الفقه يتفق على أن البائع إذا كان سيئ النية فإن المشتري لا يعتبر راضيا بالعيب الذي يجده في الشيء المبيع إذا لم يقم بإخطار البائع في الوقت الملائم، ومعنى ذلك أن سوء نية البائع تحول بينه وبين التمسك بعدم إخطاره بالعيب كوسيلة من وسائل دفع دعوى الضمان التي يرفعها المشتري ضده، وذلك على أساس أن الغش يفسد كل شيء⁽⁴⁾.

وبناء عليه فإن البائع الذي يتعمد إخفاء العيب عن المشتري قصد تضليله ودفعه إلى إتمام العقد، لا يجوز له أن يدفع دعوى الضمان عن طريق التذرع بعدم إخطاره بالعيب

(1) الدكتور أسعد دياب/ المرجع السابق، ص 123.

(2) الدكتور أسعد دياب/ المرجع والموضع السابقان.

(3) الدكتور أسعد دياب/ المرجع السابق، ص 121.

(4) الدكتور محمد حسنين منصور/ أحكام البيع التقليدية والإلكترونية والدولية وحماية المستهلك، المرجع السابق، ص 324. والدكتور السنهوري/ الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، البيع والمقايضة، المرجع السابق، ص 737، الهامش الأول. والدكتور صاحب عبيد الفتلاوي/ المرجع السابق، ص 170.

في الوقت المناسب، حيث أن المشتري يحتفظ بحقه في المطالبة بالضمان إذا تقدم بدعواه ضمن المهلة القانونية⁽¹⁾.

ومهما يكن من أمر فإنه لا يشترط في الإخطار أن يتخذ شكلا خاصا، حيث أنه يجوز أن يكون كتابة أو شفاهة، كما أنه يجوز أن يتم عن طريق إنذار على يد محضر أو برسالة مسجلة أو غير مسجلة⁽²⁾.

غير أن الإخطار الشفاهي قد يثير إشكالا يتعلق بإثباته، حيث أنه يتعين على المشتري تقديم الدليل على أنه قام بإخطار البائع بوجود العيب في الوقت المناسب⁽³⁾، وذلك عن طريق الاستعانة بأحد وسائل الإثبات المنصوص عليها قانونا⁽⁴⁾، على أساس أن الأمر يتعلق بواقعة مادية يمكن إثباتها بجميع الطرق بما في ذلك البيئة والقرائن⁽⁵⁾، فإذا قام المشتري بإخطار البائع بوجود العيب شفاهة كما لو أنه اكتفى بالاتصال به هاتفيا مثلا، فإنه سيصعب عليه تقديم الدليل على ذلك مما قد يؤدي إلى حرمانه من الضمان.

هذا وتجدر الإشارة إلى أن محتوى الإخطار يجب أن يكون واضحا، حيث أنه يجب أن تستعمل فيه عبارات غير مبهمة بشكل يسمح بتحديد وصف العيب الذي يشكو منه المشتري بدقة⁽⁶⁾.

(1) الدكتور أسعد دياب/ المرجع السابق، ص 124.

(2) الدكتور السنهوري/ الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المرجع السابق، ص 737. والدكتور فتحي عبد الرحيم عبد الله/ الوجيز في العقود المدنية المسماة، الكتاب الأول، عقد البيع، 1999، ص 232. والدكتور محمد لبيب شنب/ شرح أحكام عقد البيع، المرجع السابق، ص 234.

(3) الدكتور صاحب عبيد الفتلاوي/ المرجع السابق، ص 169.

(4) الدكتور لحسين بن شيخ آث ملويا/ المرجع السابق، ص 466.

(5) الدكتور محمد شتا أبو سعد/ المرجع السابق، ص 347. والدكتور خميس خضر/ عقد البيع في القانون المدني، مكتبة القاهرة الحديثة، الطبعة الأولى، 1969، ص 233. والدكتور سليمان مرقس/ العقود المسماة، عقد البيع، الجزء الأول، مطبعة النهضة الجديدة، القاهرة، 1968، ص 420. والدكتور لبيب شنب/ شرح أحكام عقد البيع، دار النهضة العربية، 1966، ص 234.

(6) الدكتور أحمد شوقي محمد عبد الرحمن/ مسؤولية البائع عن ضمان العيوب الخفية في بيوع السيارات، دراسة فقهية وقضائية، النسر الذهبي للطباعة، 2003، ص 101. والدكتور أسعد دياب/ المرجع السابق، ص 125.

ويمكن أن يتم إرسال الإخطار إلى البائع أو إلى من يمثله قانوناً⁽¹⁾، غاية ما في الأمر أنه يجب أن يتم في المهل القانونية التي نص عليها المشرع تطبيقاً للسياسة التشريعية التي تقوم على عدم التراخي في اتخاذ الإجراءات اللازمة لإثبات العيب، وذلك تفادياً لنشوء إشكالات قانونية تتعلق بتحديد منشأ العيب وتاريخ وجوده وإثباته، مما قد يؤدي إلى فتح باب النزاع بين المتعاقدين ويسمح للمشتري بالرجوع في البيع عن طريق الادعاء بوجود العيب وقت التسليم بعد مرور مدة طويلة على إبرام عقد البيع⁽²⁾.

المبحث الثاني

تحديد أطراف دعوى الضمان

ينشأ عن ضمان عيوب المبيع الخفية التزام في مواجهة المدين بالضمان يقابله حق إيجابي لمصلحة الدائن بالضمان.

فمن هو المدين بالضمان ومن هو الدائن به؟

يشكل هذين الشخصين طرفي دعوى الضمان اللذين يتم تحديدهما بالرجوع إلى القاعدة العامة، التي مفادها انصراف أثر العقد إلى المتعاقدين وخلفهما العام والخاص دون غيرهما كأصل عام، ضمن ما اصطلح على تسميته بالأثر النسبي للعقد⁽³⁾.

وتطبيقاً لذلك فإن تحديد أطراف النزاع في دعوى ضمان عيوب المبيع الخفية يتطلب تعيين كل من المدين والدائن به.

(1) الدكتور أسعد دياب/ المرجع السابق، ص 125.

(2) الدكتور السنهاوري/ الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المرجع السابق، ص 735.

(3) كرسست هذا المبدأ المادتين 108 و109 من القانون المدني الجزائري المقابلتين للمادتين 145 و146 من القانون المدني المصري، حيث تنص المادة 108 من القانون المدني الجزائري على ما يلي: "ينصرف العقد إلى المتعاقدين والخلف العام، ما لم يتبين من طبيعة التعامل، أو من نص القانون، أن هذا الأثر لا ينصرف إلى الخلف العام كل ذلك مع مراعاة القواعد المتعلقة بالميراث."

كما تنص المادة 109 من القانون المدني الجزائري على ما يلي: "إذا أنشأ العقد التزامات، وحقوقاً شخصية تتصل بشيء انتقل بعد ذلك إلى خلف خاص فإن 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."

المطلب الأول: المدين بضمان عيوب المبيع الخفية

ترفع دعوى ضمان عيوب المبيع الخفية ضد البائع باعتباره الملتزم قانونا بضمان العيوب الخفية⁽¹⁾، دون الحاجة إلى وجود شرط خاص يقضي بذلك في العقد⁽²⁾ تطبيقا لمبدأ نسبية أثر العقد الذي يقضي بأن عقد البيع لا يلزم إلا طرفيه⁽³⁾.

أما إذا توفي البائع فإن التزامه بالضمان لا ينتقل إلى ورثته وإنما يبقى دينا في الشركة التي تبقى مسؤولة عن نتائج الضمان⁽⁴⁾، مما يعني أن المشتري يرجع بضمان عيوب المبيع الخفية على الشركة نفسها وليس على الورثة، الذين لا يحصلون إلا على ما تبقى من الشركة بعد تنفيذ الالتزام بالضمان، تطبيقا للقاعدة الشرعية التي مفادها أنه لا شركة إلا بعد سداد الديون⁽⁵⁾.

هذا ويلاحظ أن المشتري الذي يطالب بالضمان يشارك باقي دائني البائع المتوفى مشاركة الغرماء باعتباره دائئا⁽⁶⁾.

وبذلك فإن وفاة البائع لا يعني حرمان المشتري من الضمان لبقاء تركته مسؤولة عن ديونه بشكل يحقق الحماية لمن يقتني منه شيئا معيبا قبل وفاته.

(1) الدكتور أسعد دياب/ المرجع السابق، ص 149. والدكتور السنهاوري/ الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، البيع والمقايضة، المرجع السابق، ص 729. والدكتور حسنين منصور/ أحكام البيع التقليدية والإلكترونية والدولية وحماية المستهلك، المرجع السابق، ص 322.

(2) الدكتور صاحب عبيد الفتلاوي/ المرجع السابق، ص 164.

(3) فيما يتعلق بمبدأ نسبية العقود يراجع: الدكتور السنهاوري/ الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، الجزء الأول، دار إحياء التراث العربي، بيروت، 1952، ص 550. والدكتور أنور سلطان/ الموجز في مصادر الالتزام، منشأة المعارف، الإسكندرية، ص 1970، ص 202. والدكتور خليل أحمد حسن ققادة/ الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، الجزء الأول، مصادر الالتزام، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ص 114 و 115.

(4) الدكتور حسنين منصور/ أحكام البيع التقليدية والإلكترونية والدولية وحماية المستهلك، المرجع السابق، ص 322.

(5) الدكتور السنهاوري/ الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المرجع السابق، ص 729. والدكتور أسعد دياب/ المرجع السابق، ص 154.

(6) الدكتور السنهاوري/ الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المرجع السابق، ص 730. والدكتور أسعد دياب/ المرجع السابق، ص 154.

غاية ما في الأمر أن المشتري لا يستأثر بنتائج دعواه حيث يشاركه في التعويض
دائني البائع المتوفى.

هذا وقد يحدث عملاً أن يكون البائع مكفولاً مما يحقق حماية أكبر للمشتري الذي
يجوز له الرجوع على كفيل البائع تطبيقاً للقواعد التي تحكم عقد الكفالة⁽¹⁾.

ومع ذلك فإن السؤال المطروح يتمثل في تحديد ما إذا كانت دعوى ضمان العيوب
الخفية تقبل التجزئة في حال تعدد المدينين بالضمان.

فهل ينقسم ضمان عيوب المبيع الخفية على المدينين إذا تعددوا؟

الواقع أن الفقه متفق على أن دعوى ضمان عيوب المبيع الخفية تقبل القسمة على
المدينين⁽²⁾، ومعنى ذلك أنه إذا باع أكثر من شخص عينا شائعة بينهم كان للمشتري أن
يرجع بضمان عيوب المبيع عليهم كل بمقدار نصيبه في الملكية⁽³⁾، ولا يجوز له أن يرجع
على كل واحد منهم بالضمان كله ما لم يكن البائعون متضامنون في الالتزام بالضمان نحو
المشتري تطبيقاً للقواعد العامة⁽⁴⁾.

(1) الدكتور السنهوري/ الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المرجع السابق، ص 729. والدكتور أسعد دياب/
المرجع السابق، ص 154. والدكتور صاحب عبيد الفتلاوي/ المرجع السابق، ص 166.

(2) الدكتور أسعد دياب/ المرجع السابق، ص 154. والدكتور السنهوري/ الوسيط في شرح القانون المدني الجديد،
المرجع السابق، ص 729.

(3) الدكتور سمير عبد السيد تناغو/ عقد البيع، توزيع منشأة المعارف، الإسكندرية، 1973، فقرة 76: أشار إليه
الدكتور صاحب عبيد الفتلاوي/ المرجع السابق، ص 166. الهامش الأول.

(4) الدكتور السنهوري/ الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المرجع السابق، ص 729. والدكتور صاحب عبيد
الفتلاوي/ المرجع السابق، ص 166.

المطلب الثاني: الدائن بضمان عيوب المبيع الخفية

إن الدائن بضمان عيوب المبيع الخفية هو المشتري⁽¹⁾ تطبيقاً لقاعدة نسبية العقود التي تحول دون استفادة من يستعمل المبيع بصفة أخرى غير صفة المشتري من ضمان عيوب المبيع الخفية⁽²⁾.

هذا وينتقل حق المشتري في الضمان إلى ورثته⁽³⁾ الذين يجوز لهم الرجوع على البائع بضمان عيوب المبيع الخفية في حال وفاة مورثهم بقدر نصيب كل واحد منهم في العين محل عقد البيع⁽⁴⁾.

غير أنه يمكن للبائع في حال تعدد ورثة المشتري مطالبة هؤلاء بالاتفاق على رد العين، ولا يجوز أن يرد عليه بعض الورثة جزء من المبيع لتفادي تفرق الصفقة⁽⁵⁾.

فهل يعني ذلك أن الضمان لا يقبل التجزئة عند تعدد الدائنين بالضمان بقدر نصيب كل واحد منهم في العين المباعة؟

الواقع أن الفقه يجيب عن هذا التساؤل بالنفي ويتفق على أن الضمان يقبل التجزئة عند تعدد الدائنين بالضمان⁽⁶⁾.

غاية ما في الأمر أن المبيع إذا كان واحداً، وكان موضوع دعوى ضمان العيوب الخفية ممثلاً في رده، فلا يمكن تجزئة هذه الدعوى لاستحالة تقسيم المبيع المنفرد⁽⁷⁾.

(1) الدكتور أسعد دياب/ المرجع السابق، ص 155. والدكتور السنهوري/ الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المرجع السابق، ص 730. والدكتور حسنين منصور/ أحكام البيع التقليدية والإلكترونية والدولية وحماية المستهلك، المرجع السابق، ص 323.

(2) الدكتور أسعد دياب/ المرجع السابق، ص 150.

(3) الدكتور حسنين منصور/ أحكام البيع التقليدية والإلكترونية والدولية وحماية المستهلك، المرجع السابق، ص 323.

(4) الدكتور السنهوري/ الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المرجع السابق، ص 730.

(5) الدكتور السنهوري/ الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المرجع والموضع السابقان. والدكتور أسعد دياب/ المرجع السابق، ص 156.

(6) الدكتور السنهوري/ الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المرجع السابق، ص 730.

(7) الدكتور أسعد دياب/ المرجع السابق، ص 156.

كما أنه لا تجوز تجزئة دعوى الضمان عند استحالة تجزئة الصفقة، حيث يجب أن يتفق الدائنون في هذه الحالة على رد المبيع كاملاً لأنهم متضامنون فيما بينهم في التزامهم بالرد ولا يمكن تجزئة حقهم بالضمان لاستحالة تجزئة المبيع⁽¹⁾.

هذا وإذا كان حق المشتري في الضمان ينتقل إلى ورثته فإنه ينتقل أيضاً إلى خلفه الخاص⁽²⁾.

والواقع أن هذه الفرضية تفرض التطرق لإشكالية البيوع المتتابعة التي تتوفر عندما تتوالى عقود البيع ولا تشترك سوى في كونها تتعلق بذات المبيع.

فإذا باع المشتري شيئاً للمشتري ب كان ب خلفاً ل أ، وفي هذه الحالة يمكن للخلف الخاص ل أ وهو ب أن يرجع بدعوى سلفه – المشتري أ – على البائع⁽³⁾.

ذلك ما يتفق عليه الفقه حين يذهب إلى أن حق كل مشتري في الضمان ينتقل إلى خلفه الخاص الذي يجوز له المطالبة بهذا الضمان عن طريق اللجوء إلى أحد الدعاوى الثلاثة الآتية:

أ- الدعوى غير المباشرة:

يجوز للدائن أن يستعمل باسم مدينه الحق الذي قصر في استعماله هذا الأخير ضمن ما يسمى بالدعوى غير المباشرة التي تمنح المشتري الثاني الحق في أن يستعمل دعوى بئعه – المشتري الأول – في مواجهة البائع الأول⁽⁴⁾.

(1) الدكتور السنهوري/ الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المرجع السابق، ص 730.
(2) الدكتور حسنين منصور/ أحكام البيع التقليدية والإلكترونية والدولية وحماية المستهلك، المرجع السابق، ص 323. والدكتور السنهوري/ الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المرجع السابق، ص 730.
(3) الدكتور صاحب عبيد الفتلاوي/ المرجع السابق، ص 164. والدكتور أسعد دياب/ المرجع السابق، ص 155.
(4) الدكتور السنهوري/ الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المرجع السابق، ص 730. والدكتور صاحب عبيد الفتلاوي/ المرجع السابق، ص 165. والدكتور أسعد دياب/ المرجع السابق، ص 157. والدكتور حسنين منصور/ أحكام البيع التقليدية والإلكترونية والدولية وحماية المستهلك، المرجع السابق، ص 323.
(4) الدكتور السنهوري/ الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المرجع السابق، ص 731. والدكتور صاحب عبيد الفتلاوي/ المرجع السابق، ص 165. والدكتور سليمان مرقس/ العقود المسماة، عقد البيع، الجزء الأول، مطبعة النهضة الجديدة، القاهرة، 1968، ص 434.

غير أنه يلاحظ أن المشتري المدعي بالعيب يتعرض في هذه الدعوى لمزاحمة دائني بئعه – المشتري الأول – الذين يستفيدون من دعواه في تحصيل ديونهم⁽¹⁾.

هذا وتتقدم الدعوى غير المباشرة بمرور سنة من تاريخ التسليم طبقاً لأحكام ضمان عيوب المبيع الخفية⁽²⁾، غاية ما في الأمر أن التسليم الذي يعتد به في هذه الحالة يتمثل في الوقت الذي يتسلم فيه المشتري الأول المبيع من بئعه⁽³⁾.

ب - دعوى شخصية ضد المشتري الأول:

هذه الدعوى يرفعها المشتري الثاني في مواجهة المشتري الأول لمطالبته بضمان عيب المبيع الخفي مستمداً هذا الحق من عقد البيع الثاني الذي يجمع بينهما⁽⁴⁾.

إنها دعوى شخصية مقررة لمصلحة كل مشتري في مواجهة بئعه المباشر الذي يجوز له بدوره رفع دعوى ضمان لاحقة في مواجهة بئعه المباشر لمطالبته بما حكم به عليه⁽⁵⁾.

ومع ذلك فإن المشتري الأول له الحق أيضاً في أن يقوم بإدخال بئعه في دعوى الضمان التي رفعها ضده المشتري الثاني⁽⁶⁾، كما أنه يستطيع أن يطلب الخروج من المحاكمة ليحل بئعه المباشر محله أو أن يبقى طرفاً في الدعوى وماثلاً فيها مع المطالبة بإدخال بئعه المباشر على سبيل الضمان⁽⁷⁾.

(1) الدكتور السنهوري/ الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المرجع السابق، ص 731. والدكتور أسعد دياب/ المرجع السابق، ص 157.

(2) فيما يتعلق بتقدم دعوى ضمان عيوب المبيع الخفية تراجع الصفحة 242 وما يليها من هذا البحث.

(3) الدكتور السنهوري/ الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المرجع السابق، ص 731. والدكتور أسعد دياب/ المرجع السابق، ص 157. والدكتور صاحب عبيد الفتلاوي/ المرجع السابق، ص 165.

(4) الدكتور السنهوري/ الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المرجع السابق، ص 730. والدكتور أسعد دياب/ المرجع السابق، ص 157. والدكتور صاحب عبيد الفتلاوي/ المرجع السابق، ص 165.

(5) الدكتور أسعد دياب/ المرجع السابق، ص 157.

(6) الدكتور السنهوري/ الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المرجع السابق، ص 731. والدكتور أسعد دياب/ المرجع السابق، ص 158.

(7) الدكتور أسعد دياب/ المرجع والموضع السابقان.

غير أن هذه الدعوى تتقادم بمرور سنة من تاريخ التسليم يبدأ حسابها من اليوم الذي يتم فيه تسلم المبيع من المشتري الأول⁽¹⁾.

كما أن الحكم الصادر في دعوى الضمان يبقى سارياً في مواجهة الجميع بما فيهم المعتزل للمحاكمة⁽²⁾.

ج - الدعوى المباشرة:

هي الدعوى التي يرفعها المشتري الثاني ضد البائع ليطالبه بضمان عيوب المبيع الخفية، ويتمثل أساسها في العقد الأول الذي يجمع بين البائع والمشتري الأول الذي نقل الحق في رفع هذه الدعوى إلى المشتري الثاني بموجب عقد البيع المبرم بينهما⁽³⁾.

فإذا قام المشتري ببیع العين إلى شخص آخر كان المشتري الثاني هو الخلف الخاص للمشتري الأول، ويجوز له الرجوع بدعوى سلفه المشتري الأول على البائع باللجوء إلى ما يسمى بالدعوى المباشرة⁽⁴⁾، التي يبرر الفقه جوازها بكون الحق في الضمان يتعلق بالمبيع ويرتبط بملحقاته⁽⁵⁾، تطبيقاً للقواعد العامة التي تقضي بانتقال الحقوق والالتزامات المترتبة عن العقد إلى الخلف الخاص وقت انتقال الشيء إليه، متى كانت هذه الحقوق والالتزامات من مستلزمات الشيء وكان الخلف الخاص عالماً بها⁽⁶⁾.

(1) الدكتور السنهوري/ الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المرجع السابق، ص 731. والدكتور صاحب عبيد الفتلاوي/ المرجع السابق، ص 165.

(2) الدكتور أسعد دياب/ المرجع السابق، ص 158.

(3) الدكتور السنهوري/ الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المرجع السابق، ص 731. والدكتور صاحب عبيد الفتلاوي/ المرجع السابق، ص 165.

(4) نقض مدني مؤرخ في 26 يناير 1967 بمجموعة أحكام النقض 18-264: أشار إليه كل من الدكتور سليمان مرقس/ العقود المسماة، عقد البيع، المرجع السابق، ص 434. والدكتور صاحب عبيد الفتلاوي/ المرجع السابق، ص 165.

(5) الدكتور حسنين منصور/ أحكام البيع التقليدية والإلكترونية والدولية وحماية المستهلك، المرجع السابق، ص 323.

(6) يقصد في هذا المقام نص المادة 109 من القانون المدني الجزائري المقابلة للمادة 146 من القانون المدني المصري على ما يلي: "إذا أنشأ العقد التزامات، وحقوقاً شخصية تتصل بشيء انتقل بعد ذلك إلى خلف خاص فإن 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."

هذا وتختلف الدعوى المباشرة عن الدعوى غير المباشرة في أن المشتري الثاني لا يزاحمه دائني بائعه المشتري الأول، وتتفق معها في أن مدة التقادم تسري من تاريخ تسلم المشتري الأول المبيع من البائع⁽¹⁾.

ومن جهة أخرى يلاحظ أن جميع الدعاوى المقررة لمصلحة الخلف الخاص تشترك في أنه يشترط بموجبها أن يكون العيب قد حصل قبل أن يتسلم المشتري الأول المبيع من البائع حتى يكون البائع ضامنا لكل من المشتري الأول والثاني معا⁽²⁾.

كما أن هذه الدعاوى تشترك أيضا في أن العيب يجب أن يضل خفيا على المشتري الثاني لأنه لو علم به قبل أن يتسلم المبيع سقط حقه في الرجوع بالضمان على كل من المشتري الأول والبائع⁽³⁾.

غير أنه يلاحظ أن الدعوى المباشرة تمتاز بأنها تثبت للمشتري الثاني حتى ولو لم يكن له حق الرجوع بضمان العيب الخفي على المشتري الأول كما لو كان هذا الأخير قد اشترط عدم الضمان⁽⁴⁾.

وعلى العموم يلاحظ أن هذه الدعوى تمكن المشتري من مقاضاة الضامن الأول مباشرة دون الحاجة في هذه إلى المرور بالبائعين المتعاقبين⁽⁵⁾.

ذلك ما أقره القضاء الفرنسي حين ذهب إلى أن الحق في رفع دعوى الضمان الناشء عن عقد أبرم بين أ و ب ينتقل إلى ج باعتباره خلفا ل ب على أساس أن هذه الدعوى تعتبر من توابع الشيء المبيع⁽⁶⁾.

(1) الدكتور السنهوري / الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المرجع السابق، ص 731.

(2) الدكتور السنهوري / الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المرجع والموضع السابقان.

(3) الدكتور السنهوري / الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المرجع السابق، ص 731. الهامش رقم 1.

(4) الدكتور السنهوري / الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المرجع السابق، ص 731.

(5) الدكتور أسعد دياب / المرجع السابق، ص 159.

(6) Daniel Mainguy/ Contrats spéciaux, précité, page 181.

كان ذلك رغم عدم وجود عقد بيع يجمع بين المشتري الأخير والبائع الأول. فكيف يمكن تفسير إمكانية مطالبة المشتري الأخير للبائع الأول بالضمان في غياب عقد بيع بينهما؟ أليس في ذلك ما يخالف مبدأ نسبية العقد؟

لقد عمل الفقه الفرنسي على تفسير هذا التناقض وتبريره فظهرت عدة نظريات مختلفة المضمون.

وهكذا ذهب الفقيه: **Rodière** إلى أن الحق المباشر للمشتري الفرعي في مواجهة البائع الأول يجد مصدره في حوالة حق ضمنية تشملها جميع عقود البيع⁽¹⁾.

أما الفقيه: **Weill** فقد استند في تفسير الدعوى المباشرة على نظرية الاشتراط لمصلحة الغير على أساس أن كل من يشتري شيئاً يفترض أنه يشترط انتقال دعوى ضمان عيوب المبيع الخفية منه إلى من يتعاقد معه بصفته مشترياً⁽²⁾.

هذا وقد ذهب الفقيهان: **Aubry et Rau** إلى أن المشتري الفرعي يتمتع بجميع الحقوق والدعاوى الثابتة لمن سبقه باعتبارها حقوقاً ودعاوى لصيقة بالشيء ومتصلة به بشكل يجعلها تنتقل معه حكماً ولا تنفصل عنه⁽³⁾.

ومهما يكن من أمر فإنه ليس هناك خلاف على أن الدعوى المباشرة تعتبر أحد الدعاوى التي يملكها المشتري الأخير في مواجهة البائع الأول أو أي بائع من الذين لا يربطهم به عقد.

إنها أحد الدعاوى التي يملكها الخلف الخاص للمشتري باعتباره أحد الدائنين بالضمان إلى جانب كل من المشتري نفسه و خلفه العام.

(1) Rodière/ note sous Aix, 5 Octobre 1954. J.C.P 1955.II.8548.

(2) A.Weill /La relativité des contrats en droit privé français, thèse Strasbourg, 1938, n° 445 et suite

(3) Aubry et Rau/ Cours de droit civil, tome 2, 7^{ème} édition, par Esmein, paragraphe 176, n° 69, page 104.

هؤلاء إذن هم الدائنون بالضمان حصرا، غير أنه يلاحظ أن الدكتور أسعد دياب ذهب في تحليله لموقف القضاء الفرنسي من هذه المسألة إلى أن القضاء الفرنسي لجأ إلى التوسيع من دائرة الدائنين بالضمان لمصلحة المضرور، مستشهدا بقضية يتعلق الأمر فيها بكمية من الخبز الفاسد قام فران ببيعها لرب أسرة تضرر أفرادها من تناول الخبز المعيب، فاعتبرهم القضاء الفرنسي دائنين بضمان عيوب المبيع الخفية، ومنحهم حق مقاضاة الفران على هذا الأساس، باعتبار أن العقد له صفة عائلية تمد الاستفادة منه لتشمل أفراد عائلة المشتري جميعا⁽¹⁾.

هذا الموقف كان محل نقد فقهي تمثل في عدم شموله لأي ضابط موضوعي يسمح بتحديد الأشخاص الدائنين بالضمان لأن المفهوم العائلي ليس دقيقا من حيث أنه لا يحول دون امتداد الضمان ليشمل كل من اشترك مع العائلة في تناول الخبز المعيب بوصفه ضيفا⁽²⁾.

فما الذي جعل القضاء الفرنسي يتجه بدعوى ضمان العيوب الخفية في هذا المنحى؟

وهل يصح القول أن محكمة النقض الفرنسية وسعت بموجب قضية الخبز الفاسد من دائرة الأشخاص الدائنين بالضمان أسوة بما ذهب إليه الدكتور أسعد دياب؟
الواقع أن موقف محكمة النقض الفرنسية بموجب هذه القضية لم يكن اعتباطيا، وإنما جاء عن قصد من أجل سد نقص تشريعي يتعلق بحالة خاصة هي الحالة التي يلحق فيها الشيء المبوع ضررا بالغير نتيجة احتوائه على عيب خفي⁽³⁾.

(1) الدكتور أسعد دياب/ المرجع السابق، ص 155.

(2) Gross/ La notion d'obligation de garantie dans le droit des contrats, thèse, Nancy, 1962, L.G.D.J., 1964, page 179, n° 188.

أشار إليه الدكتور أسعد دياب/ المرجع السابق، ص 156.

(3) فيما يتعلق بهذا الفراغ التشريعي يراجع: Jourdain/ Rev.trim. dr.civ.1992.115

لقد كان ذلك قبل أن يتبلور التزام البائع بضمان السلامة في نهاية القرن العشرين⁽¹⁾، حيث طرحت في فرنسا إشكالية هامة تتعلق بمواجهة الحالة التي يلحق فيها المبيع المعيب ضررا بالغير⁽²⁾، ليجد القاضي الفرنسي نفسه ملزما بتطويع قواعد الالتزام بضمان عيوب المبيع الخفية في الاتجاه الذي يسمح له بتعويض كل من تضرر من المبيع المعيب⁽³⁾.

فهل تسمح أحكام ضمان عيوب المبيع الخفية أن تكون نصوصها أساسا لتعويض المشتري عما يلحقه من ضرر نتيجة وجود عيب في المبيع؟

هذه النصوص تمنح للمشتري إحدى الدعويين: دعوى الفسخ التي يستطيع المشتري بمقتضاها التخلص من المبيع واسترداد الثمن ودعوى إنقاص الثمن التي تهدف إلى إعادة التوازن بين المبيع بعيبه والثمن⁽⁴⁾.

أما حق المشتري في التعويض فلم يرد في قانون نابليون إلا حين تناوله للفرقة بين البائع حسن النية والبائع سيئ النية.

فالبائع سيئ النية يعلم بوجود العيب ويلزم بالإضافة إلى رد الثمن بدفع جميع التعويضات للمشتري طبقا لنص المادة 1645 من القانون المدني الفرنسي⁽⁵⁾.

(1) Viney Genivière/ J.C.P 1992.I.3572.

(2) Daniel Mainguy/ Contrats spéciaux, 5^{ème} édition, précité, page 194.

(3) عبارة تطويع قواعد الالتزام بضمان عيوب المبيع الخفية استعملها كل من: علي فتاك في الرسالة التي أعدها لنيل شهادة الدكتوراه في الحقوق من جامعة وهران خلال السنة الجامعية 2006-2007 والتي تحمل عنوان تأثير المنافسة على الالتزام بضمان سلامة المنتج، ص 39. والدكتورة زاهية حورية سي يوسف/ المسؤولية المدنية للمنتج، المرجع السابق، ص 211.

(4) تنص المادة 1644 من القانون المدني الفرنسي على ما يلي:

"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."

(5) تنص المادة 1645 من القانون المدني الفرنسي على ما يلي:

"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. "

أما البائع حسن النية فهو يجهل بوجود العيب ولا يلزم سوى برد الثمن الذي تلقاه إضافة إلى المصاريف التي تحملها المشتري بسبب العيب تطبيقاً لنص المادة 1646 من القانون المدني الفرنسي⁽¹⁾.

ورغم أن المادة 1645 من القانون المدني الفرنسي ألزمت البائع بدفع جميع التعويضات للمشتري، فإن إرادة المشرع الفرنسي لم تكن حين وضع هذا القانون متعلقة سوى بالأضرار الناجمة عن البيع التي يطلق عليها الفقه مصطلح الأضرار التجارية أو الاقتصادية⁽²⁾.

وعلى هذا الأساس فإن المبيع الذي يعتريه عيب يمكنه أن يؤدي إلى إلحاق صنفين من الأضرار هما:

*الأضرار الناجمة عن البيع والتي اصطلح الفقه على تسميتها بالأضرار

التجارية أو الاقتصادية:

تتمثل هذه الأضرار في عدم صلاحية المبيع للغرض المخصص له أو في نقصان فائدته⁽³⁾، وهي الأضرار التي يتم تعويضها وفق أحكام ضمان عيوب المبيع الخفية⁽⁴⁾.

(1) تنص المادة 1646 من القانون المدني الفرنسي على ما يلي:

"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) H.Capitant et F.Terré et Y.Lequette/ Les grands arrêts de la jurisprudence civile, tome 2, 11^{ème} édition, page 487.

(3) H.Mazeaud/ La responsabilité civile du vendeur fabricant, Rev.trim. dr.civ 1955, page 611.

(4) ينص المشرع الفرنسي في المادة 1642 من القانون المدني على ما يلي:

"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'aurait donné qu'un moindre prix, s'il les avait connus."

*الأضرار الناجمة عن عيب في المبيع:

وهي الأضرار التي يحدثها المبيع بسبب العيب الذي يعتريه والتي تلحق المشتري أو غيره في النفس أو المال.

هذه الأضرار ظهرت بشكل واضح مع التقدم الصناعي وتنوع السلع والمنتجات، وهي تصيب المشتري أو غيره من الأشخاص في أنفسهم أو في أموالهم⁽¹⁾.

إنها أضرار مستحدثة لم تستقطب اهتمام واضعي النصوص المتعلقة بضمان عيوب المبيع الخفية الذين اقتصر اهتمامهم في هذا الإطار على ما يسمى بالأضرار التجارية أو الاقتصادية⁽²⁾.

لذلك وجد القضاء الفرنسي نفسه مضطرا للبحث عن الأساس القانوني للتعويض عندما يكون موضوع الطلب في الدعوى متمثلا في التعويض عن الأضرار التي يلحقها المبيع المعيب بالمشتري أو غيره من الأشخاص الذين لا تربطهم بالبائع علاقة تعاقدية⁽³⁾.

فالمشتري لا يملك المطالبة بالتعويضات ما لم يكن البائع سيئ النية تطبيقا للمادة 1645 من القانون المدني الفرنسي⁽⁴⁾، كما أن هذه التعويضات تتعلق بالأضرار التجارية دون تلك التي ترتبط بالأضرار التي قد تصيبه في نفسه أو ماله نتيجة وجود عيب في المبيع⁽⁵⁾.

(1) A.Tunc/ La responsabilité des fabricants et distributeurs, in colloque de 30 Janvier 1975, Université de Paris I, page 405 et suite.

(2) Brun Philippe/ Les présomptions dans le droit de la responsabilité civile, thèse, Grenoble, 1993, page 42.

(3) H.Capitant et F.Terré et Y.Lequette/ les grands arrest de la jurisprudence civile, précité, page, 487.

(4) تنص المادة 1645 من القانون المدني الفرنسي على ما يلي:

"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. "

(5) H.Mazeaud/ La responsabilité civile du vendeur fabricant, Rev.trim. dr.civ 1955, page 611.

أما الغير ممن يستعمل المبيع دون أن يكون طرفا في العقد بحكم علاقته بالمشتري فلا يستطيع المطالبة بالتعويض عن الأضرار التي تلحقه نتيجة تعيب المبيع على أساس أن دعوى ضمان عيوب المبيع الخفية لا تشمل سوى العيوب التجارية⁽¹⁾، كما أن نطاقها لا يمتد ليشمل الأشخاص الذين ليسوا طرفا في العقد ما لم يكن الأمر متعلقا بخلف المشتري العام أو الخاص⁽²⁾.

وأمام هذا الوضع القانوني حاولت محكمة النقض الفرنسية ابتداء تمكين المضرور من مطالبة البائع بالتعويض عن الأضرار التي يحدثها المبيع بسبب العيب الذي يعتريه سواء مست هذه الأضرار بالمشتري نفسه أو بشخص غيره⁽³⁾.

كان ذلك حتى لا يبقى من لحقه ضرر بسبب وجود عيب في المبيع دون تعويض، لا سيما وأن اللجوء إلى أحكام المسؤولية التقصيرية يتطلب إثبات ركن الخطأ وهو ما يصعب عمليا.

فما هو التأسيس القانوني الذي اعتمدته محكمة النقض الفرنسية في محاولتها لتمكين المتضررين من العيب الخفي من الحصول على تعويض لأضرارهم؟

الواقع أن تأسيس محكمة النقض الفرنسية كثيرا ما كان قائما على النصوص القانونية التي تنظم دعوى ضمان عيوب المبيع الخفية التي لم يهدف واضعيها إلى تطبيقها فيما يتعلق بالتعويض عن الأضرار التي تلحق بالمشتري أو بغيره نتيجة وجود عيب في المبيع⁽⁴⁾.

(1) H.Mazeaud/ La responsabilité civile du vendeur fabricant, revue et page précités.

(2) Daniel Mainguy/ Contrats spéciaux, 5^{ème} édition, précité, page 176 et suite .

(3) H.Capitant et F.Terré et Y.Lequette/ les grands arrêts de la jurisprudence civile, 11^{ème} édition, précité, page 486.

(4) H.Capitant et F.Terré et Y.Lequette/ les grands arrêts de la jurisprudence civile, 11^{ème} édition, précité, page, 487.

وهكذا صدرت قرارات تمنح المتضرر من العيب الخفي الحق في الحصول على تعويض الضرر الذي لحقه استنادا على نص المادة 1645⁽¹⁾ تارة وعلى نص المادة 1646 تارة أخرى⁽²⁾.

كان ذلك عن طريق اللجوء إلى التوسع في تفسير ما تشمله عبارة التعويضات التي يتعين على المشتري سيئ النية دفعها للمشتري تطبيقا لنص المادة 1645 من القانون المدني الفرنسي، أو التوسع في تفسير ما تشمله المصاريف التي يتحملها المشتري بسبب العيب والتي يتعين على البائع حسن النية ردها بموجب المادة 1646 من القانون المدني الفرنسي⁽³⁾.

أكثر من ذلك لجأ القضاء الفرنسي إلى تشبيه البائع المحترف بالبائع سيئ النية من أجل تمكين المتضرر من العيب الخفي من الحصول على التعويض بناء على نص المادة 1646 دون أن يصطدم بشرط سوء نية البائع⁽⁴⁾.

والواقع أن القرار الذي أدرجه الدكتور أسعد دياب حين تناول قضية الخبز الفاسد يندرج في إطار التعويض عن الأضرار التي لحقت الغير نتيجة وجود عيب في الشيء المباع.

إنه قرار يعكس حرص القضاء الفرنسي على تمكين المتضررين من العيب من الحصول على تعويض الضرر اللاحق بهم حتى ولو أدى ذلك إلى تشويه نصوص القانون المدني المتعلقة بضمان عيوب المبيع الخفية.

وعلى هذا الأساس فإنه لا يمكن – في تقديري – مساندة الدكتور أسعد دياب في ما ذهب إليه من أن تمكين أسرة المشتري من التعويض عن الضرر الذي لحقهم نتيجة فساد الخبز يعد دليلا على أن القضاء الفرنسي قد وسع من دائرة الأشخاص الدائنين بالضمان.

(1) Req. 24 Juin 1847, D. 48. 1.187. Et Req. 26 Avril 1870, D.71. 1.11

(2) Cass.civ. 1^{ère}. 3 juillet 1983, Bull.civ. I, n° 211, D. 1985, IR 482.

(3) H.Capitant et F.Terré et Y.Lequette/ Les grands arrêts de la jurisprudence civile, 11^{ème} édition, précité, page 487 et 488.

(4) Cass.com. 27 Novembre 1972, Bull.civ.IV, n° 282, page 266.

إن هذا القرار لا يعدوا أن يكون سوى مثالا يندرج ضمن أمثلة أخرى سعت محكمة النقض الفرنسية من خلالها إلى حماية المتضررين من العيوب التي تعترى المبيع باستعمال أحكام الضمان التي تم تشويها مدة طويلة.

كان ذلك قبل أن ينشأ ما أطلق عليه الفقه الفرنسي الالتزام بالسلامة الذي عرف تطورا هاما انتهى إلى تمكين المشتري من التعويض عن الضرر الذي لحقه جراء العيب الذي يعترى المبيع بناء على أحكام المسؤولية العقدية⁽¹⁾.

أما الغير ممن ليسوا طرفا في عقد البيع فقد أفادتهم محكمة النقض الفرنسية بعد ظهور الالتزام بالسلامة من التعويض عن الضرر الذي قد يلحقهم بسبب وجود عيب في المبيع بناء على أحكام المسؤولية التقصيرية⁽²⁾.

أكثر من ذلك يلاحظ أيضا أن هناك توجها أوروبيا يتعلق بالمسؤولية عن فعل الأشياء المعيبة⁽³⁾ أدرج ضمن القانون الفرنسي بموجب قانون 19 ماي 1998 في المواد 1386-1 إلى 1386-16 التي تنظم المسؤولية عن فعل الأشياء المعيبة بشكل يمكن معه للمتضرر من العيب الحصول على تعويض عن الضرر الذي لحقه دون التفرقة في ذلك بين ما إذا كان المضرور هو المشتري نفسه أو من الغير⁽⁴⁾.

لقد ولت إذن الفترة التي كان القضاء الفرنسي يبحث خلالها عن أسس قانونية لتبرير التعويض عن الأضرار التي تلحق المشتري أو الغير نتيجة وجود عيب في المبيع مما دفعه إلى الاستتجاد بأحكام ضمان عيوب المبيع الخفية رغم عدم تعلقها بمثل هذه المنازعات.

(1) Cass.civ.1^{ère}. 16 Mai 1984, D 1985.485, note J.Huet. Et cass.civ.1^{ère} 20 Mars 1989, Bull. civ. I. n° 137, D.1989. 381, note Malaurie. Et cass.civ.1^{ère} 4 avril 1991, Bull.civ. I. n° 131. Et Cass.civ. 11 Juin 1991. Bull. Civ.I, n° 201. Et Cass.civ 27 janvier 1993, Bull. civ. I, n° 44

(2) Cass.civ. 1^{ère} 17 Janvier 1995, D.1995.350. note P. Jourdain. Et Cass.civ. 28 Avril 1998, II, 10088, rapp.P.Sargos.

(3) Directive Communautaire du 25 Juillet 1985 sur la responsabilité du fait des produits défectueux, L.G.D.J., 1990.

(4) J.Ghestin/ Le nouveau titre IV bis du livre III du code civil, de la responsabilité du fait des produits défectueux, J.C.P. 1998, I, 148.

ورغم ذلك يلاحظ أن هناك قلة من الفقه الفرنسي ما زالت تنادي بمنح المتضرر من العيب الحق في الاستناد إلى أحكام ضمان عيوب المبيع الخفية شريطة احترام الأجل القصير الذي يتعين رفع الدعوى خلاله⁽¹⁾.

المبحث الثالث: موضوع دعوى ضمان عيوب المبيع الخفية.

خص كل من المشرع الجزائري والمصري موضوع دعوى ضمان العيوب الخفية بنصوص تشريعية تختلف في جوهرها عما جاء به القانون الفرنسي.

وعلى هذا الأساس فإن دراسة موضوع ضمان عيوب المبيع الخفية يقتضي تخصيص مطلب خاص بالقانون الفرنسي يستقل عن ذلك المخصص لدراسة موضوع دعوى الضمان في القانونين الجزائري والمصري.

ونظرا لقصور هذه التشريعات في معالجة بعض الحالات الخاصة أو سكوتها عن إثارتها مطلقا، فإن المطلب الثالث سيخصص لدراسة موضوع دعوى ضمان عيوب المبيع الخفية فيما يتعلق ببعض الحالات المسكوت عنها تشريعا، إضافة إلى الحالات التي تناولتها النصوص بقصور يفتح مجال الاجتهاد لسد الثغرات.

المطلب الأول: موضوع دعوى ضمان عيوب المبيع الخفية في

القانونين الجزائري والمصري

تطرق كل من المشرع الجزائري والمصري لموضوع دعوى ضمان العيوب الخفية في مادة وحيدة قامت بالإحالة إلى أحكام الاستحقاق الجزئي، حيث نص المشرع الجزائري في المادة 381 من القانون المدني المقابلة للمادة 450 من القانون المدني

(1) Testu et Moitry, D.aff., suppl., n° 125, 16 Juillet 1998, page 18, n° 55 : cité par H.Capitant et F.Terré et Y.Lequette/ Les grands arrêts de la jurisprudence civile, précité, page 252.

المصري على أن المشتري يملك الحق في الضمان على النحو المبين في المادة 376 من القانون المدني الجزائري المقابلة للمادة 444 من القانون المدني المصري.

وبالرجوع إلى هاتين المادتين يلاحظ أنهما تتعلقان بموضوع دعوى الضمان عند الاستحقاق الجزئي للشيء المبيع، كما أنهما تحددان موضوع هذه الدعوى بالنظر إلى درجة الخسارة التي لحقت المشتري بسبب الاستحقاق الجزئي للمبيع.

ومقتضى تطبيق هذه الأحكام على ضمان العيوب الخفية أن البحث في موضوع دعوى ضمان العيب يتطلب التفرقة بين ما إذا كان العيب جسيما أو يسيرا لحصر الدعاوى المتاحة أمام من يقوم بشراء شيء معيب.

ومع ذلك فإن النصوص القانونية المدرجة تحت بند الدعاوى التي يملك المشتري رفعها لضمان العيب ليست كفيلا بحصر جميع اختياراته من حيث أن هذه النصوص لا تمنعه من المطالبة بالتنفيذ العيني.

لذلك ارتأيت تقسيم هذا المطلب إلى ثلاثة فروع، حيث أخصص أولها لدراسة موضوع دعوى ضمان العيوب الخفية في الحالة التي يكون فيها العيب جسيما، لأننتقل بعد ذلك إلى تحديد هذا الموضوع عندما يكون العيب يسيرا ضمن فرع مستقل يليه فرع ثالث أتناول فيه مضمون المطالبة بالتنفيذ العيني.

الفرع الأول: دراسة موضوع دعوى الضمان عندما يكون العيب جسيما

ينص المشرع الجزائري في المادة 381 من القانون المدني المقابلة للمادة 450 من القانون المدني المصري على أن المشتري يملك الحق في مطالبة البائع بالضمان وفقا لما هو مقرر في المادة 376 من القانون المدني الجزائري المقابلة للمادة 444 من القانون المدني المصري⁽¹⁾.

(1) تنص المادة 381 من القانون المدني المقابلة للمادة 450 من القانون المدني المصري على ما يلي: "إذا أخبر المشتري بالعيوب الموجود في المبيع في الوقت الملائم كان له الحق في المطالبة بالضمان وفقا للمادة 376".

وتتعلق هاتين المادتين بموضوع دعوى الضمان عند الاستحقاق الجزئي للشيء المبيع، حيث أنهما تحددان هذا الموضوع بالنظر لدرجة الخسارة التي لحقت المشتري بسبب الاستحقاق الجزئي للمبيع⁽¹⁾.

لذلك ذهب الفقه عند تطبيق هذه المواد في مجال دعوى ضمان العيوب الخفية إلى وجوب تحديد موضوع هذه الدعوى بالنظر إلى جسامه العيب⁽²⁾، التي تعد مسألة موضوعية تخضع لتقدير قضاة الموضوع الذين يمكنهم الاستعانة بخبير من أجل البحث فيما إذا كان العيب جسيما أو يسيرا⁽³⁾.

هذا التحليل يؤيده ما تضمنته المذكرة الإيضاحية للقانون المدني المصري التي جاء فيها أن المشرع لم ير داعيا لتعدد الأحكام في ضمان الاستحقاق وفي ضمان العيب، لأن الضمانين مردهما إلى أصول واحدة في القواعد العامة، فالواجب إذن في ضمان العيب تطبيق ما تقرر في ضمان الاستحقاق، ومقتضى هذا التطبيق أن العيب الجسيم يكون فيه المشتري مخيرا بين الفسخ أو إبقاء المبيع مع التعويض عن العيب طبقا لما تقضي به القواعد العامة، فيعوض المشتري ما أصابه من خسارة وما فاته من كسب بسبب العيب، وإذا لم يكن العيب جسيما فلا يكون للمشتري إلا التعويض، ويزيد التعويض أو ينقص تبعا لما إذا كان البائع سيئ النية أي يعلم بالعيب، أو حسن النية أي لا يعلم به، ففي الحالة الأولى يعوض عن الضرر المباشر حتى ولو لم يكن متوقعا، وفي الحالة الثانية لا يعوض عن الضرر المباشر المتوقع⁽⁴⁾.

(1) تنص 376 من القانون المدني الجزائري المقابلة للمادة 444 من القانون المدني المصري على ما يلي: "في حالة نزع اليد الجزئي عن البيع، أو في حالة وجود تكاليف عنه و كانت خسارة المشتري قد بلغت قدرا لو علمه المشتري لما أتم العقد، كان له أن يطالب البائع بالمبالغ المبينة بالمادة 375 مقابل رد المبيع مع الانتفاع الذي حصل عليه منه."

وإذا اختار المشتري استبقاء المبيع، أو كانت الخسارة التي لحقته لم تبلغ القدر المشار إليه في الفقرة السابقة لم يكن له سوى المطالبة بالتعويض عن الضرر الذي لحقه بسبب نزع اليد عن المبيع.

(2) الدكتور السنهوري/ الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المرجع السابق، ص 740. والدكتور لحسين بن شيخ آث ملويا/ المرجع السابق، ص ص 481 و482. والدكتور صاحب عبيد الفتلاوي/ المرجع السابق، ص 189. والدكتور محمد حسنين/ المرجع السابق، ص 161.

(3) الدكتور لحسين بن شيخ آث ملويا/ المنتقى في عقد البيع، المرجع السابق، ص 482.

(4) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري، المرجع السابق، ص ص 123 و124.

وهكذا فإن العيب إذا كان جسيماً بحيث أن المشتري لو علم بوجوده لما أتم العقد
وجب إعمال المادة 376 من القانون المدني الجزائري المقابلة للمادة 444 من القانون
المدني المصري.

ومقتضى تطبيق هذه المواد أن المشتري يستطيع الاختيار بين الاحتفاظ بالمبيع
والرجوع على البائع بالتعويض عما أصابه من أضرار بسبب العيب وبين رد المبيع للبائع
كما هو بالعيب اللاحق به⁽¹⁾.

وفي هذه الحالة الأخيرة يلتزم المشتري برد ما أفاده من ثمرات ابتداء من تاريخ
إبرام العقد، ويجوز له المطالبة بتعويضات الاستحقاق الكلي التي حددتها المادة 375 من
القانون المدني الجزائري المقابلة للمادة 434 من القانون المدني المصري⁽²⁾.

وبناء على ذلك فإن تحديد موضوع دعوى الضمان يتطلب البحث في العناصر
التي يشملها التعويض في حالة ما إذا اختار المشتري رد الشيء المبيع وفي حالة ما إذا
أراد الاحتفاظ به. فما هي التعويضات التي يستطيع المشتري مطالبة البائع بها في الحالتين؟
الواقع أن تحليل المادة 376¹ من القانون المدني الجزائري المقابلة للمادة 444¹
من القانون المدني المصري يفيد أن المشتري الذي يقرر رد الشيء المبيع يستطيع مطالبة
البائع بالتعويضات المنصوص عليها عند استحقاق المبيع كلياً⁽³⁾.

(1) الدكتور السنهوري/ الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المرجع السابق، ص 741. والدكتور لحسين بن
شيخ آث ملويا/ المرجع السابق، ص 482. والدكتور محمد حسين منصور/ أحكام البيع التقليدية والإلكترونية
والدولية وحماية المستهلك، المرجع السابق، ص 329.

(2) الدكتور السنهوري/ الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المرجع السابق، ص 741.

(3) الدكتور السنهوري/ الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المرجع والموضع السابقان. والدكتور صاحب عبيد
الفتلاوي/ المرجع السابق، ص 189 و 190. والدكتور محمد حسنين/ المرجع السابق، ص 161.

وتتمثل هذه التعويضات تطبيقاً للمادة 375 من القانون المدني الجزائري المقابلة للمادة 443 من القانون المدني المصري⁽¹⁾ فيما يلي⁽²⁾:

* قيمة المبيع غير معيب وقت ظهور العيب بالإضافة إلى فوائد هذه القيمة من ذلك الوقت على النحو المفصل في الاستحقاق الكلي⁽³⁾.

* المصروفات النافعة والضرورية التي أنفقها على المبيع.

* المصروفات الكمالية إذا كان البائع سيئ النية عالماً بالعيب في المبيع وقت تسليمه للمشتري.

* مصروفات دعوى الضمان في حال ما إذا اضطره البائع إلى رفعها برفض التسليم بالتزامه بالضمان عندما أخطره المشتري بالعيب في الوقت الملائم.

* وبوجه عام يمكن للمشتري المطالبة بما لحقه من خسارة وما فاته من كسب بسبب العيب على النحو المبين في الاستحقاق الكلي.

أما إذا أراد المشتري الاحتفاظ بالشيء المعيب، فإن حقه يقتصر على مطالبة البائع بالفرق بين قيمة المبيع سليماً وقيمه معيباً، وبمصروفات دعوى الضمان التي اضطره

(1) تنص المادة 375 من القانون المدني الجزائري المقابلة للمادة 434 من القانون المدني المصري على ما يلي: "في حالة نزع اليد الكلي عن المبيع فللمشتري أن يطلب من البائع: قيمة المبيع وقت نزع اليد، - قيمة الثمار التي ألزم المشتري بردها إلى المالك الذي نزع يد المشتري عن المبيع، - المصاريف النافعة التي يمكنه أن يطلبها من صاحب المبيع وكذلك المصاريف الكمالية إذا كان البائع سيئ النية، - جميع مصاريف دعوى الضمان ودعوى الاستحقاق باستثناء ما كان المشتري يستطيع أن يتقيه منها لو أعلم البائع بهذه الدعوى الأخيرة طبقاً للمادة 373، - وبوجه عام تعويضه عما لحقه من الخسائر وما فاته من كسب بسبب نزع اليد عن المبيع".

(2) الدكتور السنهوري/ الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المرجع السابق، ص 742. والدكتور إسماعيل غانم/ الوجيز في عقد البيع، المرجع السابق، ص 236. والدكتور سليمان مرقس ومحمد علي إمام/ المرجع السابق، ص 388. والدكتور صاحب عبيد الفتلاوي/ المرجع السابق، ص 190. والدكتور محمد حسنين/ المرجع السابق، ص 161.

(3) يلاحظ اختلاف الفقه في تحديد الوقت الذي تقدر فيه قيمة المبيع حيث ذهب الدكتور السنهوري إلى أن العبرة بتاريخ إبرام العقد، بينما يرى الدكتور إسماعيل غانم والدكتور سليمان مرقس ومحمد علي إمام إلى أن العبرة في تقدير قيمة المبيع بوقت ظهور العيب: يراجع الدكتور السنهوري/ الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المرجع السابق، ص 742. والدكتور إسماعيل غانم/ الوجيز في عقد البيع، المرجع السابق، ص 236. والدكتور سليمان مرقس ومحمد علي إمام/ المرجع السابق، ص 388.

البائع إلى رفعها، إضافة إلى التعويض عن كل ما لحقه من خسارة وما فاته من كسب بسبب العيب الموجب للضمان⁽¹⁾.

هذا ويلاحظ أن حق المشتري يمتد ليشمل التعويض عن جميع الأضرار المباشرة المتوقعة وغير المتوقعة في الحالة التي يكون فيها البائع سيئ النية، بينما يقتصر حقه على المطالبة بالتعويض عن الأضرار المباشرة المتوقعة فقط عندما يكون البائع حسن النية⁽²⁾.

ويتم تقدير حسن نية البائع أو سوءها بالنظر لما إذا كان عالما بالعيب وقت البيع أو جاهلا به⁽³⁾.

غير أنه تجدر الإشارة إلى أن إثبات سوء نية البائع يقع على عاتق المشتري الذي يصعب عليه في الغالب تقديم هذا الدليل⁽⁴⁾.

ولعل هذه الصعوبة هي ما دفعت بالدكتور السنهوري إلى تأييد الفقه الفرنسي فيما يتعلق بافتراض سوء نية البائع المحترف في غياب نص تشريعي صريح بقيام مثل هذه القرينة⁽⁵⁾.

والهدف في النهاية يبقى متمثلا في توفير أكبر حماية للمشتري باعتباره الطرف الضعيف في العلاقة القانونية، لا سيما في الحالة التي يكون فيها العيب جسيما بحيث لو علم بوجوده لما أقدم على إبرام العقد أصلا.

في هذه الحالة بالذات يلاحظ أن النصوص القانونية توفر الحماية اللازمة للمشتري بتخييره بين رد المبيع و الاحتفاظ به.

(1) الدكتور السنهوري/ الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المرجع السابق، ص 741 إلى 743، والدكتور خميس خضر/ المرجع السابق، ص ص 234 و235. والدكتور صاحب عبيد الفتلاوي/ المرجع السابق، ص 190.

(2) الدكتور السنهوري/ الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المرجع السابق، ص 742. والدكتور محمد شتا أبو سعد/ المرجع السابق، ص 350.

(3) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري، المرجع السابق، ص ص 123 و124.

(4) الدكتور السنهوري/ الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المرجع السابق، ص 742، الهامش الثالث.

(5) الدكتور السنهوري/ الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المرجع والموضع السابقان.

وأكثر من ذلك يلاحظ أن الدكتور السنهوري استعرض اجتهاد الفقه الفرنسي الذي يتيح للمشتري الاختيار بين رد المبيع والاحتفاظ به دون إبداء أي تحفظ، مشيراً إلى أن المدعي بالعيب يستطيع العدول عن إحدى الدعويين إلى الأخرى، ما لم يصدر في الدعوى المرفوعة أولاً حكماً حائزاً لقوة الشيء المقضي فيه، كما يمكنه رفع دعوى الرد بصفة أصلية ودعوى التعويض بصفة احتياطية، أما إذا لجأ إلى رفع دعوى الرد وحدها ولم يعدل عنها إلى دعوى التعويض ولو احتياطياً، فإنه لا يجوز للمحكمة الحكم بالتعويض لأنها تكون بذلك قد حكمت بما لم يطلب منها⁽¹⁾.

الفرع الثاني: دراسة موضوع دعوى الضمان عندما يكون العيب يسيراً:

الواقع أن موضوع ضمان العيوب الخفية في الحالة التي يكون فيها العيب يسيراً لا يختلف عن موضوعها عندما يقرر المشتري الاحتفاظ بالشيء المبيع رغم جسامته العيب الموجب للضمان.

ذلك أن المشتري لا يملك في هذه الحالة سوى الاحتفاظ بالشيء المبيع والمطالبة بالفرق بين قيمته سليماً وقيمه معييباً، إلى جانب المطالبة بمصاريف دعوى الضمان والتعويض عن كل ما لحقه من خسارة وما فاتته من كسب⁽²⁾.

هذا وكما هو الحال عندما يقرر المشتري الاحتفاظ بالمبيع رغم جسامته العيب يلاحظ أن البائع لا يلتزم بالتعويض عن الأضرار المباشرة غير المتوقعة عندما يكون العيب يسيراً⁽³⁾.

(1) الدكتور السنهوري/ الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المرجع السابق، ص 741، الهامش الأول.

(2) الدكتور السنهوري/ الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المرجع السابق، ص 742. والدكتور لحسين بن شيخ آث ملوياً/ المرجع السابق، ص 382.

(3) الدكتور السنهوري/ الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المرجع السابق، ص 743.

ويمتد الحق في التعويض ليشمل الأضرار المباشرة المتوقعة وغير المتوقعة في الحالة التي يتمكن فيها المشتري من تقديم الدليل على سوء نية البائع⁽¹⁾ الذي لا يفترض علمه بالعيب إلا في حالة وحيدة تتمثل في الحالة التي يتعلق فيها الأمر ببائع محترف⁽²⁾.

أما إذا لم يلحق بالمشتري ضرر من العيب فلا مجال للمطالبة بالتعويض في جميع الأحوال، لا فرق في ذلك بين ما إذا كان العيب يسيرا أو كان جسيما واختار المشتري الاحتفاظ بالمبيع⁽³⁾.

الفرع الثالث: مضمون المطالبة بالتنفيذ العيني

يتفق الفقه على أن ما جاء في المادة 381 من القانون المدني الجزائري المقابلة للمادة 450 من القانون المدني المصري لا تمنع المشتري من المطالبة بالتنفيذ العيني لالتزام البائع بالضمان عن طريق المطالبة بإصلاح العيب أو استبدال المبيع المعيب بأخر سليم في جميع الحالات التي يكون فيها مثل هذا التنفيذ ممكنا⁽⁴⁾.

أما فيما يتعلق بالعقود الاستهلاكية فقد نص المشرع الجزائري على التنفيذ العيني لالتزام البائع بالضمان صراحة بمقتضى المادة الخامسة من المرسوم التنفيذي 90-266 المؤرخ في 19 سبتمبر 1990⁽⁵⁾ التي ذهبت إلى أن الالتزام بالضمان يكون بإصلاح

(1) الدكتور السنهوري/ الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المرجع والمرجع السابقان.

(2) الدكتور السنهوري/ الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المرجع السابق، ص 742، الهامش الثالث.

(3) الدكتور السنهوري/ الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المرجع السابق، ص 741، الهامش الثاني.

(4) الدكتور محمد لبيب شنب/ شرح أحكام عقد البيع، دار النهضة العربية، 1966، ص 234. والدكتور سليمان

مرقس ومحمد علي إمام/ المرجع السابق، ص 386. والدكتور حسين بن شيخ آث ملويا/ المرجع السابق، ص

483. والدكتور صاحب عبيد الفتلاوي/ ضمان العيوب وتخلف المواصفات، المرجع السابق، ص 190.

(5) يتعلق الأمر بالمرسوم التنفيذي 90-266 المؤرخ في 19 سبتمبر 1990 الذي ما زال ساريا رغم أنه يتضمن

نصوصا تطبيقية للقانون رقم 89-02 المؤرخ في السابع من فبراير 1989 والمتعلق بالقواعد العامة لحماية

المستهلك، الذي ألغي بموجب القانون 09-03 المؤرخ في الخامس والعشرين من فبراير 2009 الذي يتعلق

بحماية المستهلك وقمع الغش الذي ينص في المادة 94 منه على أن النصوص التطبيقية للقانون 89-02 تبقى

سارية المفعول إلى حين صدور النصوص التطبيقية التي تحل محلها.

المنتوج أو استبداله أو رد ثمنه⁽¹⁾.

هذا ونصت المادة السابعة من نفس المرسوم على أن المحترف يلزم باستبدال المنتج عندما يكون العيب على درجة من الجسامة من شأنها أن تجعل المبيع غير قابل للاستعمال كلياً أو جزئياً⁽²⁾.

كما نصت المادة التاسعة من المرسوم التنفيذي 90-266 على أن المحترف يلتزم برد الثمن عند تعذر إصلاح المنتج أو استبداله بحيث يرد جزءاً من الثمن في الحالة التي يريد فيها المستهلك الاحتفاظ بالمبيع رغم كونه غير قابل للإصلاح جزئياً، بينما يرد الثمن كاملاً مقابل استرداد المنتج المعيب في الحالة التي يكون فيها المبيع غير قابل للاستعمال كلية⁽³⁾.

وبذلك فإن المشرع الجزائري نص على تنفيذ التزام البائع بالضمان عينا بصدد العقود الاستهلاكية معتمداً وسيلتين هما: إصلاح المنتج أو استبداله، جاعلاً اللجوء إلى استبدال المنتج مقتصرًا على الحالة التي يكون فيها المنتج غير قابل للإصلاح⁽⁴⁾.

(1) تنص المادة الخامسة من المرسوم التنفيذي 90-266 على ما يلي:

تنفذ إلزامية الضمان بأحد الوجوه الآتية: إصلاح المنتج. - استبداله. - رد ثمنه.

(2) تنص المادة السابعة من المرسوم التنفيذي 90-266 على ما يلي:

يجب على المحترف أن يقوم باستبدال المنتج إذا بلغ عيبه درجة خطيرة تجعله غير قابل للاستعمال جزئياً أو كلياً على الرغم من إصلاحه.

(3) تنص المادة التاسعة من المرسوم التنفيذي 90-266 على ما يلي: إذا تعذر على المحترف إصلاح المنتج

أو استبداله فإنه يجب عليه أن يرد ثمنه دون تأخير وحسب الشروط الآتية: - يرد جزء من الثمن، إذا كان المنتج غير قابل للاستعمال جزئياً، و فضل المستهلك الاحتفاظ به. - يرد الثمن كاملاً إذا كان المنتج غير قابل للاستعمال كلية، وفي هذه الحالة يرد له المستهلك المنتج المعيب.

(4) الدكتور محمد بودالي/ حماية المستهلك في القانون المقارن، دراسة مقارنة مع القانون الفرنسي، جامعة سيدي بلعباس، دار الكتاب الحديث، 2006، ص ص 374 و375. والدكتور لحسين بن شيخ آث ملويا/ المرجع السابق، ص 388.

ومن جهة أخرى يلاحظ أن مشرعنا أكد على أن التنفيذ العيني للالتزام المحترف بالضمان يجب أن يتم في الآجال المحددة عرفاً، كما أنه يجب أن يكون مجاناً، لا فرق في ذلك بين ما إذا كان الأمر متعلقاً باستبدال المنتج أو إصلاحه⁽¹⁾.

أما تنفيذ التزام البائع بالضمان عن طريق رد المنتج واسترداد الثمن فلا يتم اللجوء إليه إلا عند استحالة إصلاح المنتج أو استبداله بسبب نفاذ السلعة مثلاً أو عدم وجود مثيل لها⁽²⁾.

المطلب الثاني: موضوع دعوى ضمان عيوب المبيع الخفية في القانون

الفرنسي:

أتاح المشرع الفرنسي للمشتري بموجب المادة 1644 من القانون المدني إمكانية الاختيار بين رد المبيع أو الاحتفاظ به مع إنقاص الثمن بالقدر الذي يراه الخبراء⁽³⁾.

وبالإضافة إلى هذه الدعاوى يلاحظ أن المشتري يتمتع عملاً بالحق في المطالبة بالتنفيذ العيني⁽⁴⁾.

(1) تنص المادة الثامنة من المرسوم التنفيذي 266/90 على ما يلي: يتم استبدال المنتج أو إصلاحه مجاناً في أجل يطابق الأعراف المعمول بها.

ويتحمل المحترف جميع المصاريف، لا سيما مصاريف اليد العاملة أو الإمداد بالمواد.
(2) الدكتور لحسين بن شيخ آث ملويا/ المرجع السابق، ص 388. والدكتور محمد بودالي/ المرجع السابق، ص 375.

(3) تنص المادة 1644 من القانون المدني الفرنسي على ما يلي:

"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".

(4) Pascal Puig/ Contrats spéciaux, précité, page 284. Et Huet/ JCP, articles 1641 à 1649, édition 1986, fasc.320.

كما أنه يستطيع المطالبة بالتعويض عن الأضرار التي تلحقه بسبب العيب تطبيقاً للمادتين 1645⁽¹⁾ و 1646⁽²⁾ من القانون المدني الفرنسي.

وبناء على ذلك سأقوم بدراسة موضوع دعوى ضمان عيوب المبيع الخفية في القانون الفرنسي ضمن ثلاث فروع، أتعرض في أولها لحق المشتري في الاختيار بين دعوى الرد ودعوى تخفيض الثمن، لأنتقل بعد ذلك لدعوى المطالبة بالتنفيذ العيني ضمن الفرع الثاني الذي يليه فرع ثالث يتضمن تفاصيل دعوى التعويض عن الأضرار التي يتسبب فيها العيب.

الفرع الأول: حق المشتري في الاختيار بين دعوى الرد ودعوى تخفيض الثمن

كرست الاجتهادات القضائية حق المشتري في الاختيار بين دعوى الرد ودعوى تخفيض الثمن في العديد من القضايا⁽³⁾ تطبيقاً للمادة 1644 من القانون المدني الفرنسي بشكل لا يترك مجالاً للبس⁽⁴⁾.

والواقع أن هذه الاجتهادات وضعت لحق المشتري في الاختيار بين دعوى الرد ودعوى تخفيض الثمن نظاماً خاصاً كان نتاج جملة من الإشكالات المثارة بمناسبة الفصل في المنازعات المعروضة أمام القضاء الذي وجد نفسه أمام سكوت النص التشريعي عن منح الحلول من حيث اكتفائه بتكريس حق الاختيار دون الخوض في أية تفاصيل أخرى.

(1) تنص المادة 1645 من القانون المدني الفرنسي على ما يلي:

"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."

(2) تنص المادة 1646 من القانون المدني الفرنسي على ما يلي:

"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."

(3) Cass.civ.3^{ème}, 17 Février 1988, Bull.civ.III. n° 38. Et Cass.civ.1^{ère}, 22 Novembre 1988, Bull.civ.I. n° 33. Et Cass.civ.3^{ème}, 25 Janvier 1989, D. 1989, IR, page 158. Et Nîmes, 18 Décembre 1980, D. 1983, page 29, Note Ch. Larroumet. Et Cass. civ.1^{ère}. 5 Mai 1982, D.1983, somm. Page 478. Obs. Ch. Larroumet

(4) تنص المادة 1644 من القانون المدني الفرنسي على ما يلي:

"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."

فما هي أحكام حق الاختيار بين دعوى الرد ودعوى تخفيض الثمن؟ ثم هل يعرف هذا الحق حدودا أم أنه حق مطلق؟

ذلك ما أتعرض له إتباعا فيما يلي:

أ- أحكام حق الاختيار بين دعوى الرد ودعوى تخفيض الثمن:

لعل أهم إشكال أثير أمام القضاء الفرنسي بشأن حق المشتري في الاختيار بين رد المبيع أو الاحتفاظ به مع إنقاص الثمن كان متعلقا بتحديد ما إذا كانت ممارسة إحدى هذه الدعاوى تمنع المدعي بالعيب من الانتقال إلى ممارسة الدعوى الأخرى في مرحلة لاحقة.

طرحت هذه المسألة على محكمة النقض الفرنسية التي ذهبت إلى أن اختيار المشتري رفع إحدى الدعويتين لا يحول بينه وبين اللجوء إلى رفع الدعوى الأخرى لاحقا⁽¹⁾.

وهكذا توالت القرارات القضائية التي تمنح المشتري الحق في الانتقال من دعوى الرد إلى دعوى تخفيض الثمن، وتلك التي تتيح له الحق في الانتقال من دعوى تخفيض الثمن إلى دعوى الرد⁽²⁾.

هذا وهناك إجماع على أن المشتري يتمتع بسلطة تقديرية واسعة فيما يتعلق بحقه في الاختيار بين دعوى الرد ودعوى تخفيض الثمن دون أن يكون ملزما بتسبيب اختياره⁽³⁾.

(1) Cass. civ. 2^{ème}, 11 juillet 1974, Bull.civ.II.n° 231. Et Cass. com., 22 juillet 1953, D.1953, page 587.

(2) Cass.civ. 1^{ère}, 16 Janvier 1985, Bull.civ.I. n° 27. Et Lyon. 6 Mars 1989, D. 1989, D. 1989, IR, page 127.

(3) Cass.civ.1^{ère} 5 Mai 1982, Bull.civ.I. n° 163. Et Cass.civ.1^{ère} 11 Juin 1980, Bull.civ.I. n° 185. Et Cass.civ 1^{ère}. 23 Mai 1995. D.1996, somm. page 14.

أكثر من ذلك ذهبت الغرفة المدنية الثالثة لمحكمة النقض الفرنسية إلى أن قيام المشتري بإصلاح العيب لا يحول بينه وبين المطالبة برد المبيع على أساس أن العبرة بوجود العيب وقت إبرام العقد⁽¹⁾.

أما إذا قام الأطراف بالاتفاق على قيام البائع بإصلاح المبيع أو تبديله فإن القضاء الفرنسي ذهب في مرحلة أولى إلى أن المشتري لا يملك الحق في الاختيار بين دعوى الرد ودعوى تخفيض الثمن⁽²⁾.

وفي مرحلة ثانية ذهب القضاء الفرنسي إلى أن حرية الاختيار بين دعوى الرد ودعوى تخفيض الثمن تبقى قائمة لمصلحة المشتري رغم وجود بند اتفاقي مفاده التزام البائع بإصلاح المبيع أو تبديله⁽³⁾.

هذا الموقف كان محل نقد بعض الفقه الفرنسي الذي ذهب إلى أن تمكين المشتري من حق الاختيار بين دعوى الرد ودعوى تخفيض الثمن رغم وجود اتفاق في العقد على التزام البائع بالإصلاح أو التبدل يمس بمبدأ استقرار المعاملات من حيث أنه يسمح للمشتري بالتخلص من العقد رغم إمكانية إصلاح العيب⁽⁴⁾.

ومن جهة أخرى ذهب جانب فقهي آخر إلى أن ادعاء البائع بأنه قادر على إصلاح العيب من شأنه أن يطرح سؤالاً هاماً يتعلق بما إذا كان هذا العيب متوافراً على الشروط اللازمة لقيام الضمان وعلى رأسها شرط الجسامة، ذلك أن العيب إما أن يكون

(1) Cass.civ. 3^{ème}. 17 Février 1988, Bull. civ. III, n° 38, Rep. Defrénois 1988, art 34337, page 1242.

(2) Cass.com. 1^{er} Juin 1980, Gaz. Pal. 1980, 2, pan., page 581, Obs. A. Plancqueel.

(3) Cass.civ. 1^{ère}, 11 Juin 1980, Bull.civ.I. n°185. Et Cass. civ. 1^{ère} 23 Mai 1995, D. 1996, somm. Page 14. Et Grenoble, 12 Novembre 1987, Juris-Data n° 047846.

(4) O. Tournafond/ Obs. à propos de Cass. civ 1^{ère} 23 Mai 1995. D 1996. Somm. Page 14 et suite. Et J. Huet/ Traité de droit civil, Les principaux contrats spéciaux, LGDJ 1996, page 295.

غير مؤثر ولا مجال بشأنه لدعوى الضمان، وإما أن يكون مؤثرا مما يفتح للمشتري مجال الاختيار بين دعوى الرد ودعوى تخفيض الثمن (1).

هذه الانتقادات الفقهية لم تؤثر على القضاء الفرنسي الذي عمد إلى تكريس حق المشتري في الاختيار بين دعوى الرد ودعوى تخفيض الثمن رغم وجود بند اتفاقي بالتزام البائع بإصلاح المبيع أو تبديله.

وأكثر من ذلك ذهبت محكمة النقض الفرنسية إلى تمكين المشتري من ممارسة حقه في الاختيار بين دعوى الرد ودعوى تخفيض الثمن رغم قيام البائع بإصلاح المبيع أو تبديله فعلا (2).

وهكذا فقد جعل القضاء الفرنسي من حق الاختيار بين دعوى الرد ودعوى تخفيض الثمن خاضعا لسلطة المشتري التقديرية.

بل ويلاحظ أن محكمة النقض الفرنسية تدين قضاة الموضوع عندما يحاولون التدخل في اختيار المشتري، كما حصل في قضية تتلخص وقائعها في أن مشتري سيارة معيبة قام برفع دعوى قضائية طالبا رد المبيع، فقام قضاة الموضوع بإصدار حكم بتخفيض الثمن إلى النصف، على أساس أن ذلك يعد أكثر ملائمة لقيام المشتري باستعمال السيارة المعيبة مدة سنتين، قطع خلالها مسافة 65000 كم، مما يفيد أن منحه حق اختيار رد المبيع يعني تمكينه من الاستفادة من السيارة مجانا لمدة سنتين (3).

هذا القرار كان محل نقض محكمة النقض الفرنسية التي ذهبت إلى أنه كان بإمكان قضاة الموضوع الحكم على المشتري بتعويض البائع عن المدة التي استعمل فيها السيارة،

(1) Leveneur, note sous cass. civ. 1^{ère}, 23 Mai 1995, Contrats. Concur. et consom.1995, n° 141.

(2) Cass.civ. 1^{ère} 10 Décembre 1980. Gaz. Pal. 1981. 1. Pan. Page 128. Et Cass. civ. 1^{er} Janvier 1982, Gaz. Pal. 1982.1. Pan. Page 184.

(3) Cass.civ. 1^{ère}, 22 Novembre 1988. Bull. Civ. I. n° 334, Gaz. Pal. 1989, 1, Pan, page 20, D. 1988, IR, page 295.

غير أنه لا يجوز لهم تغيير طلب المشتري المتمثل في رد المبيع والحكم بتخفيض الثمن بدلا عن ذلك⁽¹⁾.

فهل يعني ذلك أن حق المشتري في الاختيار بين دعوى الرد ودعوى تخفيض الثمن يعد حقا مطلقا لا يعرف حدودا؟
ذلك ما أتعرض له فيما يلي:

ب - حدود حق الاختيار بين دعوى الرد ودعوى تخفيض الثمن:

الواقع أن هناك حالات لا يمكن للمشتري فيها اللجوء إلى رفع دعوى تخفيض الثمن فلا يكون أمامه سوى دعوى الرد.

كما أن هناك حالات لا يمكن للمشتري فيها اللجوء إلى رفع دعوى الرد فلا يكون أمامه سوى دعوى تخفيض الثمن.

فما هي الحالات التي يفقد فيها المشتري الحق في الاختيار بين دعوى الرد ودعوى تخفيض الثمن؟

تستدعي دراسة الحالات التي يفقد فيها المشتري الحق في الاختيار بين دعوى الرد ودعوى تخفيض الثمن القيام إبتاعا بحصر الحالات التي لا يمكن للمشتري فيها اللجوء إلى رفع دعوى تخفيض الثمن وتلك التي يسقط فيها حقه في رفع دعوى الرد.

(1) جاء في إحدى حيثيات هذا القرار ما يلي:

"Si la cour d'appel saisie d'une demande en résolution de la vente pour vices cachés, avait la faculté de dire que la restitution en nature du véhicule, serait complétée par une indemnité pour tenir compte de la dépréciation du véhicule dûe à l'usure, elle ne pouvait statuer sur l'action en réduction du prix dont elle n'était pas saisie. "

ب-1 الحالات التي لا يمكن فيها للمشتري رفع دعوى تخفيض الثمن:

إذا كان القانون المدني الفرنسي لا يتضمن نصا يجعل حق المشتري مقتصرًا على رد المبيع المعيب فإن القانون الريفي الفرنسي نص في المادة 213-7 L منه على أن دعوى تخفيض الثمن المتاحة بموجب المادة 1644 من القانون المدني لا تقبل بشأن بيع بعض الحيوانات في الحالة التي يقوم فيها البائع بعرض استرداد الحيوان ورد الثمن مع تعويض المشتري عن المصاريف التي تحملها بسبب البيع⁽¹⁾.

ب-2 الحالات التي لا يمكن فيها للمشتري رفع دعوى الرد

أنكر بعض الفقه الفرنسي على المشتري المطالبة برد المبيع في حالة ما إذا كان العيب غير جسيم ذاهبين إلى مطالبة القضاء بتخفيض الثمن ولو كان طلب المشتري متمثلاً في الرد⁽²⁾.

هذا الرأي وجد صدق له لدى الغرفة التجارية لمحكمة النقض الفرنسية التي ذهبت في قرار صدر لها بتاريخ 8 ديسمبر 1981 إلى تأييد قضاة الموضوع الذين قضوا بتخفيض الثمن بدلا من الاستجابة لطلب المشتري برد المبيع على أساس أن العيب لم يكن جسيما بالقدر الكافي⁽³⁾.

لقد شكل يسر العيب إذن سببا للحيلولة دون قبول طلب الرد في هذه القضية التي تبقى من القضايا القلائل التي ساير فيها القضاء الفرنسي الرأي الفقهي المنادي بعدم جواز الرد في حالة يسر العيب.

⁽¹⁾ تنص المادة 213-7 L من القانون الريفي الفرنسي على ما يلي:

"L'action en réduction de prix autorisée par l'article 1644 du code civil ne peut être exercée dans les ventes et échanges d'animaux énoncés à l'article L. 213-2 lorsque le vendeur offre de reprendre l'animal vendu en restituant le prix et en remboursant à l'acquéreur les frais occasionnés par la vente. "

⁽²⁾ H.L et J.Mazeaud/ Leçons de droit civil, Les principaux contrats, Tome III, Volume 2, 1^{ère} partie, Montchrestien, 7^{ème} édition, 1987, Par M. De Juglart, page 310. Et Ch.Larroumet/ Obs. sous cass. Civ. 1^{ère}, 5 Mai 1982, D. 1983, somm. Page 478.

⁽³⁾ Cass.com. 8 Décembre 1981, D. 1982, IR. Page 136.

هذا النذر في القرارات الراضية للرد عند يسر العيب يقابله إجماع في رفض الرد عند استحالاته⁽¹⁾ التي تكون إما بسبب قيام المشتري بالتصرف في المبيع المعيب بالبيع أو بسبب هلاك المبيع⁽²⁾.

فإذا تصرف المشتري في المبيع بالبيع كان من المستحيل عليه رده مما يؤدي إلى سقوط حقه في المطالبة بالرد واختزاله في المطالبة بتخفيض الثمن⁽³⁾.

غير أنه يلاحظ أن المشتري يمكنه في هذه الحالة المطالبة بالرد إذا قام من اشترى منه المبيع المعيب برفع دعوى الرد ضده⁽⁴⁾.

أما إذا هلك المبيع فإن الأمر يتطلب إعمال المادة 1647 من القانون المدني الفرنسي التي تفرق في فقرتها الأولى والثانية بين حالتين تتعلق الأولى بالحالة التي يكون فيها الهلاك بسبب العيب وتشمل الثانية هلاك المبيع بسبب قوة قاهرة.

ومقتضى هذا النص أن هلاك المبيع بسبب العيب يؤدي إلى تحمل البائع تبعة الهلاك مع احتفاظ المشتري بالحق في المطالبة بالرد كما لو كان الشيء موجودا⁽⁵⁾.

(1) Cass.civ. 1^{ère}. 25 Juin 1968, Bull. civ.I. n° 183. Et Cass.com.17 Mai 1982. D. 1983, IR, page 479, Obs.Ch.Larroumet. Et Cass.civ.1^{ère}, 12 Janvier 1994, Bull. civ.I.n° 23.

(2) J.Huet/ Garantie légale contre les vices cachés, régime de la garantie, Résultat de l'action en garantie, JCP., articles 1641 à 1649, fasc 320, 1994, n° 18 et suite.

(3) Dijon, 28 Octobre 1992, Juris-Data n° 047485.

(4) J.Huet/ Traité de droit civil, Les principaux contrats spéciaux, L.G.D.J. 1996, page 288.

(5) تنص المادة 1647¹ من القانون المدني الفرنسي على ما يلي:

"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."

أما إذا كان الهلاك بسبب قوة قاهرة، فإن المشتري هو الذي يتحمل تبعه الهلاك⁽¹⁾، غاية ما في الأمر أن محكمة النقض الفرنسية ذهبت إلى أن ذلك لا يحول دون تمكين المشتري من المطالبة بتخفيض الثمن⁽²⁾.

ولتبرير موقف محكمة النقض الفرنسية ذهب بعض الفقه إلى أن هلاك المبيع بسبب قوة قاهرة لا يمنع أنه دفع فيه ثمنا أكثر من ذلك الذي يستحقه⁽³⁾.

الفرع الثاني: دعوى المطالبة بالتنفيذ العيني:

ذهب الفقه الفرنسي إلى أن حق الاختيار بين دعوى الرد ودعوى تخفيض الثمن المتاح للمشتري بموجب المادة 1644 من القانون المدني الفرنسي لا يعني أنه لا يملك سوى هذه الدعاوى من أجل تعويض الضرر الذي لحقه جراء العيب، وإنما يستطيع أيضا أن يطالب البائع بإصلاح المبيع أو استبداله⁽⁴⁾.

وفيما يتعلق ببيع العقارات تحت الإنشاء يلاحظ أن المشرع الفرنسي قد نص على أن البائع يستطيع التخلص من فسخ العقد وتخفيض الثمن إذا التزم بإصلاح العيب⁽⁵⁾.

ذلك أنه قد يكون من مصلحة المشتري المطالبة بالتنفيذ العيني بدلا من الاختيار بين دعوى الرد ودعوى تخفيض الثمن، كما أنه قد يكون من مصلحة البائع اقتراح التنفيذ العيني بإصلاح المبيع أو تبديله لتفادي فسخ العقد.

(1) تنص المادة 1647² من القانون المدني الفرنسي على ما يلي:

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

(2) Cass.civ.1^{ère}, 3 Décembre 1996, JCP 1997, édition G.IV, 234.

(3) H.L.et J Mazeaud/ Leçons de droit civil, Les principaux contrats, précité, page 310.

(4) Huet/ JCP, articles 1641 à 1649, édition 1986, fasc.320.

(5) تنص المادة من 1-1646³ من القانون المدني الفرنسي على ما يلي:

"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."

وعلى هذا الأساس أتاح القضاء الفرنسي لكل من البائع والمشتري إمكانية المطالبة بالتنفيذ العيني، غاية ما في الأمر أن معاملته للمشتري تختلف عن معاملته للبائع فيما يتعلق بهذا الموضوع⁽¹⁾.

والنتيجة هي اختلاف الاجتهادات القضائية بحسب ما إذا كانت المطالبة بالتنفيذ العيني صادرة عن المشتري أو البائع.

فإذا كان التنفيذ العيني بطلب من المشتري كان الحكم مختلفا بحسب ما إذا كان موضوع الطلب متمثلا في إصلاح المبيع أو تبديله، من حيث أنه يجوز للمشتري فرض التنفيذ العيني في الحالة الأولى، بينما لا يمكنه ذلك في الحالة الثانية، لما يتضمنه هذا الطلب من تغيير لموضوع العقد وفق الاجتهاد السائد الذي كان محل نقد فقهي مفاده أنه لا مجال للقول بتعديل موضوع العقد في العقود التي يكون محلها أشياء معينة بالنوع⁽²⁾.

أما إذا كان التنفيذ العيني بطلب من البائع فإن القضاء الفرنسي يميل إلى عدم تمكنه من فرض هذا التنفيذ على المشتري الذي يبقى له الحق في الاختيار بين دعوى الرد ودعوى تخفيض الثمن من جهة والقبول بالتنفيذ العيني من جهة أخرى⁽³⁾.

هذا ويلاحظ أن محكمة النقض الفرنسية كثيرا ما تجعل حق المشتري في المطالبة بالتنفيذ العيني مقترنا بوجود شرط مفاده وجوب تعلق الأمر ببائع سيئ النية⁽⁴⁾.

غير أن ذلك لا يمنع وجود قرارات فردية تتيح للمشتري الحق في التنفيذ العيني دون التفرقة بين ما إذا كان البائع حسن النية أو سيئ النية⁽⁵⁾.

(1) Pascal Puig/ Contrats spéciaux, précité, page 284.

(2) Pascal Puig/ Contrats spéciaux, ouvrage et précités.

(3) Cass. civ. 1^{ère}, 11 Juin 1980, Bull.civ.IV, n° 185.cité par: Pascal Puig/ Contrats spéciaux, précité, page 284

(4) Cass.civ. 11 Avril 1933, D.H.1933, page 331. Et Cass.civ. 3^{ème}, 5 Avril 1978, Bull.civ.IV, n° 155. Et Cass. civ. 1^{ère} 4 Janvier 1979, Bull.civ.I, n° 8. Et Cass. civ. 3^{ème} 24 Janvier 1990, Bull.civ.III, n° 31.

(5) Cass.civ 1^{ère}, 16 Janvier 1985, Bull.civ.I, n° 27.

الفرع الثالث: دعاوى التعويض

يشمل مصطلح دعاوى التعويض ما نص عليه المشرع الفرنسي في المادة 1645 من القانون المدني من أن البائع العالم بالعيب يلزم بتعويض المشتري عن الأضرار التي لحقت به نتيجة العيب إلى جانب رد الثمن الذي قام المشتري بدفعه لإتمام البيع⁽¹⁾.

كما أنه يشمل ما نصت عليه المادة 1646 من القانون المدني الفرنسي من أن البائع الذي يجهل بوجود العيب يلتزم برد الثمن إلى جانب المصاريف التي تكبدها المشتري من أجل إبرام العقد⁽²⁾.

أ- دعاوى التعويض عن الأضرار:

ينص المشرع الفرنسي في المادة 1645 من القانون المدني على أن البائع الذي يعلم بوجود العيب يكون ملزماً بتعويض المشتري عن جميع الأضرار التي لحقت به بسبب العيب.

غير أن إرادة المشرع الفرنسي لم تكن حين وضع هذا القانون متعلقة سوى بالأضرار الناجمة عن البيع التي يطلق عليها الفقه مصطلح الأضرار التجارية أو الاقتصادية⁽³⁾ والتي تتمثل في عدم صلاحية المبيع للغرض المخصص له أو في نقصان فائدته⁽⁴⁾.

(1) تنص المادة 1645 من القانون المدني الفرنسي على ما يلي:

"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. "

(2) تنص المادة 1646 من القانون المدني الفرنسي على ما يلي:

"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."

(3) H.Capitant et F.Terré et Y.Lequette/ Les grands arrêts de la jurisprudence civile, tome 2, 11^{ème} édition, page 487.

(4) H.Mazeaud/ La responsabilité civile du vendeur fabricant, Rev.trim. dr.civ. 1955, page 611.

أما الأضرار التي يحدثها المبيع بسبب العيب الذي يعتريه والتي تلحق المشتري أو غيره في النفس أو المال فلم تظهر إلا بعد التقدم الصناعي الذي أدى إلى تنوع السلع والمنتجات⁽¹⁾.

هذه الأضرار لم تكن محلا لاهتمام واضعي النصوص المتعلقة بضمان عيوب المبيع الخفية الذين اهتموا في هذا الإطار بما يسمى بالأضرار التجارية أو الاقتصادية دون غيرها⁽²⁾.

ومع ذلك يلاحظ أن محكمة النقض الفرنسية كثيرا ما لجأت إلى التوسع في تفسير التعويضات التي يجب على المشتري سبب النية دفعها للمشتري لتشمل الأضرار التي يحدثها المبيع بسبب العيب الذي يعتريه⁽³⁾.

كان ذلك رغم ما ذهب إليه بعض الفقه الفرنسي من وجوب اقتصار ضمان عيوب المبيع الخفية على التعويض عن الأضرار التي تلحق المبيع وترك التعويض عن الأضرار التي يتسبب فيها المبيع للقواعد العامة⁽⁴⁾.

هذه القواعد لا توفر الحماية الكافية للمتضرر من العيب الذي يجب أن يكون محميا بشكل أفضل من المدعي بكون الشيء المبيع معيبا⁽⁵⁾.

(1) A.Tunc/ La responsabilité des fabricants et distributeurs, in colloque de 30 Janvier 1975, Université de Paris I, page 405 et suite.

(2) Brun Philippe/ Les présomptions dans le droit de la responsabilité civile, précité, page 42.

(3) H.Capitant et F.Terré et Y.Lequette/ les grands arrêts de la jurisprudence civile, précité, pages 487 et 488.

(4) G.Viney/ Vers un nouveau critère de distinction entre les dommages respectifs de la garantie contre les défauts cachés et de la responsabilité de droit commun, JCP.I, 3985, chron.de responsabilité civile, n°16.

(5) P.Jourdain/ Les actions des acquéreurs insatisfaits ou victimes de dommages, Gaz.Pal. 1994, page 5.

إنها الحماية التي يوفرها له ما أطلق عليه الفقه الفرنسي الالتزام بالسلامة الذي عرف تطورا هاما كانت نتيجته متمثلة في تمكين المشتري من التعويض عن الأضرار التي تصيبه نتيجة تعيب المبيع بناء على أحكام المسؤولية العقدية⁽¹⁾.

أما الغير ممن ليسوا طرفا في عقد البيع فقد أفادتهم محكمة النقض الفرنسية بعد ظهور الالتزام بالسلامة من التعويض عن الضرر الذي قد يلحقهم بسبب وجود عيب في المبيع بناء على أحكام المسؤولية التقصيرية⁽²⁾.

أكثر من ذلك يلاحظ أيضا أن هناك توجهها أوروبيا يتعلق بالمسؤولية عن فعل الأشياء المعيبة⁽³⁾ أدرج ضمن القانون الفرنسي بموجب قانون 19 ماي 1998 في المواد 1-1386 إلى 16-1386 التي تنظم المسؤولية عن فعل الأشياء المعيبة بشكل يمكن معه للمتضرر من العيب الحصول على تعويض عن الضرر الذي لحقه دون التفرقة في ذلك بين ما إذا كان المضرور هو المشتري نفسه أو من الغير⁽⁴⁾.

وبعيدا عن الأضرار التي تلحق المشتري أو الغير في النفس يلاحظ أن طلب التعويض قد يصاحب دعوى الرد أو دعوى تخفيض الثمن، كما يمكن أن يكون مستقلا⁽⁵⁾.

غاية ما في الأمر أن المشتري الذي يطالب بالتعويض عن الضرر الذي لحقه جراء العيب هو الذي يقع عليه عبء إثبات العيب والضرر وعلاقة السببية بينهما⁽⁶⁾.

(1) Cass.civ.1^{ère}. 16 Mai 1984, D. 1985. 485, note J.Huet. Et Cass.civ.1^{ère} 20 Mars 1989, Bull. civ. I. n° 137, D.1989. 381, note Malaurie. Et Cass.civ.1^{ère} 4 avril 1991, Bull.civ.I. n° 131.Et Cass.civ. 11 Juin 1991. Bull. civ.I, n° 201. Et Cass.civ 27 janvier 1993, Bull. civ.I, n° 44

(2) Cass.civ. 1^{ère}, 7 Janvier 1995, D.1995.350.note P. Jourdain. Et Cass.civ.28 Avril 1998, II, 10088, rapp.P.Sargos.

(3) Directive Communautaire du 25 Juillet 1985 sur la responsabilité du fait des produits défectueux, L.G.D.J., 1990.

(4) J.Ghestin/ Le nouveau titre IV bis du livre III du code civil, de la responsabilité du fait des produits défectueux, J.C.P. 1998, I, 148.

(5) Daniel Mainguy/ Contrats spéciaux, précité, page 177. Et J.Huet/ Traité de droit civil, les principaux contrats spéciaux/ L.G.D.J 1996, page 296.

(6) Cass.Civ. 3^{ème}, 4 Janvier 1979, Gaz.Pal. 1979, 1, pan. page 206.

كما أن دعوى التعويض لا تقبل تطبيقاً للمادة 1645 من القانون المدني الفرنسي إلا إذا كان البائع عالماً بالعييب⁽¹⁾ ولم يكشف عنه للمشتري وفق ما ذهب إليه محكمة النقض الفرنسية منذ القدم⁽²⁾ مؤكدة حين الفصل في بعض القضايا على إلزام قضاة الموضوع بالبحث عن توافر سوء نية البائع قبل الحكم عليه بالتعويض عن العيب تطبيقاً لنص المادة 1645 من القانون المدني الفرنسي⁽³⁾.

ومع ذلك يلاحظ أن القضاء الفرنسي استقر على افتراض سوء نية البائع المحترف ابتداءً من سنة 1954⁽⁴⁾.

غير أن هذه القرينة تحولت من قرينة بسيطة حسب الأصل⁽⁵⁾ إلى قرينة قاطعة لا يمكن للبائع المحترف تقديم الدليل على عكسها⁽⁶⁾.

هذه القرينة تصب في مصلحة المشتري الساعي للحصول على التعويض مما يؤدي إلى التساؤل عما إذا كان من الجائز إفادة المشتري العالم بالعييب بقرينة العلم بالعييب التي أرساها القضاء الفرنسي في مواجهة البائع المحترف.

فهل يخضع البائع المحترف لقرينة العلم بالعييب القاطعة عندما يكون المشتري المدعي بالتعويض محترفاً؟

الواقع أن محكمة النقض الفرنسية أجابت عن هذا التساؤل بالإيجاب حين نقضت قراراً لقضاة الموضوع الراض لإعمال قرينة العلم بالعييب في مواجهة بائع محترف كان

(1) تنص المادة 1645 من القانون المدني الفرنسي على ما يلي:

"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."

(2) Cass.civ. 11 Avril 1933, D.H.1933, page 331.

(3) Cass. civ. 1^{ère} 25 Juin 1968, Bull.civ.I.n° 183. Et Cass. com.22 Juin 1967, Bull.civ.III.n° 26.

(4) Cass.com. 27 Novembre 1972, Bull.civ.IV, n° 282, page 266.

(5) Cass.civ.1^{ère}. 31 Octobre 1962. Bull. civ. I. n° 457.

(6) Cass.civ. 1^{ère} 21 Novembre 1972. JCP 1974. édition G.II.17890, note J.Ghestin. Et Cass.com.27 Avril 1971, JCP 1972. édition G.II., 17852, note Boitard et A.Rabut.

المتعاقد معه محترفا أيضا على أساس أن البائع المحترف لا يمكنه الجهل بوجود العيب رغم كون المتعاقد معه شخصا محترفا⁽¹⁾.

ب- دعوى المطالبة برد مصاريف البيع

يقصد بمصاريف البيع جملة ما أنفقه المشتري من أجل إبرام العقد الذي تبين لاحقا أنه دون جدوى لوجود عيب في محله⁽²⁾.

والمطالبة بهذه المصاريف يمكن أن ترافق دعوى الرد أو دعوى تخفيض الثمن على حد سواء، غاية ما في الأمر أن هذه المصاريف يجب أن تكون متناسبة مع القيمة التي يتم تخفيضها من ثمن البيع في الحالة التي يلجأ فيها المشتري إلى اختيار دعوى تخفيض الثمن⁽³⁾.

هذا ويلاحظ أن القضاء الفرنسي منح تفسيرا واسعا لعبارة: **مصاريف البيع** الواردة في المادة 1646 من القانون المدني الفرنسي لتشمل هذه العبارة مثلا مصاريف الانتقال ومصاريف الخبرة والمصاريف المتعلقة بإصلاح المبيع المعيب⁽⁴⁾.

غير أنه يلاحظ أن محكمة النقض الفرنسية عادت لاستثناء مصاريف الإصلاح من تلك التي يتعين على البائع ردها للمشتري⁽⁵⁾.

ذلك ما أيده الفقه الفرنسي على أساس أنه لا مبرر لتحميل البائع جميع مخاطر البيع وترك بعضها على عاتق المشتري باعتباره متمتعا بملكية المبيع قبل فسخ العقد⁽⁶⁾.

(1) Cass.com. 21 Janvier 1992, in Contrats, concurr,et consomm., Mai 1992.

(2) J.Huet/ Traité de droit civil, Les principaux contrats spéciaux, LGDJ 1996, page 297.

(3) J.Huet/ Garantie légale contre les vices cachés, régime de la garantie, Résultat de l'action en garantie, JCP. Articles 1641 à 1649, fasc. 320, 1994, n° 70.

(4) Req. 4 Janvier 1859.DP.1859, 1, Page 212. Et Cass. civ. 15 Mars 1948, S. 1948, 1. Page 100. Et Req. 28 Mars 1896, DP 1903.2., page 447.

(5) Cass. com.12 Décembre 1984, Bull.civ.IV.n° 349. Et Cass. civ. 1^{ère} 24 Mai 1967, Bull.civ.I. n° 183.

(6) J.Carbonnier/ A propos de Cass.civ. 1^{ère} 10 Février 1959, Rev.trim. dr.civ. 1959, page 338. Et G.Cornu/ Obs. à propos de Cass.civ.4 Février 1963, Rev.trim.dr.civ.page 564. Et J.Huet/ Traité de droit civil, les principaux contrats spéciaux, LGDJ 1996, page 298.

أما ما ذهب إلى محكمة النقض الفرنسية من أن مصاريف البيع تشمل الأضرار التي تلحق المشتري بسبب البيع⁽¹⁾ فقد كان بهدف تمكين المشتري من الحصول على جبر لهذه الأضرار⁽²⁾.

المطلب الثالث:

موضوع دعوى ضمان عيوب المبيع الخفية في بعض الحالات الخاصة

تقتضي دراسة موضوع دعوى ضمان العيوب الخفية عناية خاصة في بعض الحالات التي سكتت التشريعات الوضعية عن حكمها على الإطلاق، أو تناولت حكمها بقصور يقتضي تدخل الفقه من أجل التفسير أو سد الثغرات.

ولعل أهم هذه الحالات تتمثل في هلاك الشيء المعيب، أو ظهور عيب جديد فيه بعد التسليم أو حدوث زيادة أو تحول فيه.

لذلك ارتأيت أن أقسم هذا المطلب إلى ثلاث فروع، يتضمن كل واحد منها حالة من الحالات السالفة الذكر، ضمن دراسة حاولت من خلالها إظهار موقف التشريعات الوضعية والاجتهادات الفقهية بخصوص كل حالة على حدى، دون إغفال موقف فقهاء شريعتنا الغراء من هذه الحالات التي حظيت لديهم بعناية خاصة تثير دهشة وإعجاب المطلع عليها وفخر المنتمين إليها.

(1) Cass.civ. 1^{ère}, 3 juillet 1983, Bull.civ. I, n° 211, D. 1985, IR 482.

(2) H.Capitant et F.Terré et Y.Lequette/ Les grands arrêts de la jurisprudence civile, précité, page 487 et 488.

الفرع الأول: موضوع دعوى ضمان عيوب المبيع الخفية في حالة

هلاك الشيء المبيع

يتفق فقهاء الشريعة الإسلامية على أن هلاك المعقود عليه يعد مانعا من موانع الرد الذي يستحيل بسبب فوات محله⁽¹⁾.

ومع ذلك يلاحظ أن الأمر يستوي لدى كل من الحنفية والشافعية بين هلاك المبيع المعيب بالعيب أو بغيره، لجواز رجوع المشتري على البائع لديهم بالإرش في جميع حالات الهلاك⁽²⁾.

أما المالكية والحنابلة فإنهم يفرقون في حالة هلاك المبيع بين ما إذا كان البائع جاهلا بالعيب وبين ما إذا كان قد دلس على المشتري بأن كان عالما بالعيب وأخفاه، ومقتضى ذلك لديهم أن المشتري يملك حق الرجوع على البائع بالإرش في حال عدم التدليس، بينما يستطيع الرجوع بالثمن كاملا لا فرق في ذلك بين أن يكون الهلاك بسبب العيب أو بغيره في حال التدليس لدى الحنابلة الذين لا يذهبون إلى حد التفارقة بين ما إذا كان الهلاك بسبب العيب المدلس به أو بأفة سماوية، وبين ما إذا كان الهلاك بسبب آخر، كما هو شأن المالكية الذين يمنحون المشتري الحق في الرجوع على البائع بكامل الثمن في الحالة الأولى وبالإرش في الحالة الثانية⁽³⁾.

(1) علاء الدين الكاساني/ المرجع السابق، ص283. وأبو بكر محمد بن أحمد بن أبي سهل السرخسي/ المبسوط في الفقه الإسلامي، دار المعرفة، بيروت، لبنان، الطبعة الثانية، ص132.

(2) شمس الدين محمد بن أحمد الشربيني القاهري الشافعي الخطيب البغدادي/ المرجع السابق، ص25. وأبو إسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف/ المهذب، مطبعة عيسى الباي الحلبي، مصر، الجزء الأول، ص391. وعلاء الدين الكاساني/ المرجع السابق، ص283. وأبو بكر محمد بن أحمد بن أبي سهل السرخسي/ المرجع السابق، ص132.

(3) كشف القناع عن متن الإقناع لمنصور بن يونس بن صلاح الدين بن حسن بن أحمد بن علي البهوتي الحنبلي، مراجعة وتعليق: هلال مصيلحي ومصطفى هلال، مكتبة النصر الحديثة، الرياض، ص180. وموفق الدين أبو محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي/ المرجع السابق، ص243. وشمس الدين الشيخ محمد عرفه الدسوقي/ المرجع السابق، ص ص 128 و131.

وبالرجوع إلى القوانين الوضعية يلاحظ أن المشرع الفرنسي نص على أن هلاك المبيع بسبب العيب يؤدي إلى تحمل البائع تبعه الهلاك مع احتفاظ المشتري بالحق في المطالبة بالرد كما لو كان الشيء موجوداً⁽¹⁾.

أما إذا كان الهلاك بسبب قوة قاهرة فإن النص التشريعي الفرنسي يحمل المشتري تبعه الهلاك⁽²⁾، غاية ما في الأمر أن محكمة النقض الفرنسية ذهبت إلى أن ذلك لا يحول دون تمكين المشتري من المطالبة بتخفيض الثمن⁽³⁾.

وبالاطلاع على التقنين المدني الأهمي المصري يلاحظ أنه تطرق في المادة 323 منه لأثر هلاك الشيء المبيع على حق الضمان الذي يثبت للمشتري بثبوت العيب القديم الموجب للضمان في الحالة التي يكون فيها الهلاك راجعاً إلى العيب نفسه، حيث أنه نص على أن الهلاك يقع في هذه الحالة على عاتق البائع الذي يلتزم برد الثمن والمصاريف إلى جانب دفع التضمينات في حالة ثبوت سوء نيته⁽⁴⁾.

وقد تضمن القانون المختلط حكماً مماثلاً في المادة 401 منه، غير أنه نص على أن البائع يتحمل تبعه هلاك الشيء المبيع عند هلاكه بسبب عيب جديد أو بالقضاء والقدر، شريطة ثبوت وجود العيب القديم فيه وإمكانية تقدير نقصان الثمن في الأحوال التي يجوز فيها نقصانه⁽⁵⁾.

(1) تنص المادة 1647/1 من القانون المدني الفرنسي على ما يلي:

«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) تنص المادة 1647/2 من القانون المدني الفرنسي على ما يلي:

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

(3) Cass. civ. 1^{ère}, 3 Décembre 1996, JCP 1997, édition G. IV, 234.

(4) كانت المادة 323 من التقنين المدني الأهمي تنص على ما يلي: "إذا هلك المبيع بسبب العيب القديم فيكون هلاكه على البائع، ويلزم حينئذ برد الثمن والمصاريف ودفع التضمينات على الوجه الموضح آنفاً بحسب الأحوال."

(5) كانت المادة 401 من التقنين المختلط تنص على ما يلي: "إذا كان في المبيع عيب قديم وهلك بالكلية بسبب عيب جديد أو بحادث قهري، فهلاكه أيضاً على البائع متى كان وجود العيب القديم فيه ثابتاً أو كان تقدير نقصان الثمن ممكناً في الأحوال الجائز فيها نقصانه."

وقد ذهب بعض الفقه في تحليل هذا النص إلى أنه يجعل تبعة الهلاك على عاتق البائع في جميع الأحوال، مما يتعارض مع القاعدة العامة التي تضع تبعة الهلاك على عاتق المشتري من وقت تسلمه المبيع، كما أنه أجمع على أن المشرع قد قصد أن البائع يتحمل تبعة هلاك الشيء المبيع بسبب عيب جديد غير موجب للضمان أو بحادث قهري يقطع النظر عن الهلاك الطارئ، مما يترتب عليه أن البائع يلتزم برد كل الثمن للمشتري في الحالة التي يجيز فيها العيب القديم الفسخ لولا هلاك المبيع، بينما يقتصر التزامه على أن يرد من الثمن ما يقابل نقص قيمة المبيع أو نفعه الناشئ من العيب القديم في الحالة التي يكون فيها تقدير النقص ممكناً رغم الهلاك⁽¹⁾.

هذا وقد اعتبر الدكتور سليمان مرقس هذا الحكم تطبيقاً للقواعد العامة باستثناء إلزام البائع برد الثمن بأكمله في الحالة التي يكون فيها العيب القديم مما يجيز الفسخ دون اشتراط استعمال المشتري لحقه في الفسخ قبل الهلاك، رغم أن تبعة الهلاك لا تقع على البائع باعتباره مالكا إلا إذا كان المشتري قد استعمل حقه في طلب فسخ العقد قبل أن يهلك الشيء المعيب، أما إذا هلك المبيع قبل أن يمارس المشتري حقه في طلب الفسخ فإن البائع هو الذي يتحمل تبعة الهلاك في الحالة التي يقع فيها الهلاك في يده قبل التسليم، في حين أن هلاك الشيء المبيع في يد المشتري يتيح له الرجوع على البائع بما يقابل ضمان العيب القديم فقط، أما ما يجاوز ذلك فإنه يهلك على المشتري باعتباره مالكا لشيء هلك في يده⁽²⁾.

وأضاف الدكتور سليمان مرقس في معرض تناوله لحقوق المشتري في حالة هلاك الشيء المعيب أن عدم الحاجة إلى النص على هذه الحلول باعتبارها تطبيقاً للقواعد العامة أو شك أن يؤدي إلى إصدار القانون المدني المصري الحالي دون النص على بقاء دعوى الضمان رغم هلاك الشيء المعيب، لولا خشية واضعي هذا القانون من التفسير الخاطئ للسكوت عن إثارة هذا الموضوع باعتبار هلاك الشيء المبيع سببا لسقوط دعوى الضمان⁽³⁾، حيث جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي أن التقنين الجديد اكتفى

(1) الدكتور سليمان مرقس/ في العقود المسماة، المرجع السابق، ص 580.

(2) الدكتور سليمان مرقس/ في العقود المسماة، المرجع السابق، ص 581.

(3) الدكتور سليمان مرقس/ في العقود المسماة، والموضع السابقان.

بأن قرر أن دعوى الضمان تبقى ولو هلك المبيع حتى تنتفي الشبهة في أن هلاك المبيع قد يسقط الضمان⁽¹⁾.

وبذلك نص المشرع المصري في المادة 451 من القانون المدني على أن دعوى الضمان لا تسقط بهلاك الشيء المبيع مهما كان سبب الهلاك⁽²⁾.

وذهب الفقه المصري إلى أن الحكمة من بقاء دعوى الضمان رغم هلاك المبيع يتمثل في عدم جواز تفويت الحق في الضمان على المشتري لمجرد هلاك الشيء المبيع الذي يعتبر أمراً عارضاً⁽³⁾.

هذا وقد تضمن القانون المدني الجزائري نصاً مطابقاً للمادة 451 من القانون المدني المصري، حيث أن المشرع الجزائري قد نص صراحة في المادة 382 من القانون المدني على عدم سقوط دعوى الضمان بهلاك الشيء المبيع أياً كان سبب الهلاك⁽⁴⁾.

ومؤدى ذلك أن المشتري يحتفظ بحقه في رفع دعوى الضمان رغم هلاك الشيء المعيب، غاية ما في الأمر أنه يشترط لذلك أن يتم الهلاك بعد التسليم، حيث أن هناك شبه إجماع فقهي على أن هلاك الشيء المعيب في يد البائع يمنع قيام دعوى الضمان ويؤدي إلى تحمل البائع تبعه الهلاك⁽⁵⁾.

(1) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري، المرجع السابق، ص 124.

(2) تنص المادة 451 من القانون المدني المصري على ما يلي: "تبقى دعوى الضمان ولو هلك المبيع بأي سبب كان".

(3) الدكتوران لبيب شنب ومجدي صبحي خليل/ المرجع السابق، ص 279. والدكتور أنور سلطان/ العقود المسماة، المرجع السابق، ص 270.

(4) تنص المادة 382 من القانون المدني الجزائري على ما يلي: "تبقى دعوى الضمان مستمرة ولو هلك الشيء المبيع وبأي سبب كان".

(5) الدكتور السنهوري/ الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المرجع السابق، ص 744. والدكتور رمضان أبو السعود/ شرح العقود المسماة، المرجع السابق، ص 403. والدكتوران لبيب شنب و مجدي صبحي خليل/ المرجع السابق، ص 279.

ومهما يكن من أمر يلاحظ أن الفقه يتفق على أن دعوى الضمان تظل قائمة أيا كان سبب هلاك الشيء المبيع⁽¹⁾، كما أنه يتفق أيضا على أن نطاق هذا الحق يختلف باختلاف أسباب الهلاك مما يجعل حقوق المشتري في دعوى الضمان تختلف باختلاف هذه الأسباب⁽²⁾.

وبناء على ذلك فقد ذهب الدكتور عبد الرزاق السنهوري إلى أن المشتري يستطيع مطالبة البائع بالتعويض عن الضرر الذي لحقه بسبب العيب رغم هلاك الشيء المبيع في الحالة التي يكون فيها العيب يسيرا، كما أنه لجأ إلى البحث في حقوق المشتري في الحالة التي يكون فيها العيب جسيما عن طريق التفرقة بين أسباب هلاك المبيع المعيب، حيث أنه فرق بين ما إذا كان سبب الهلاك منسوبا إلى المشتري وبين ما إذا كان الهلاك بسبب العيب أو بسبب أجنبي، فأعطى المشتري الحق في مطالبة البائع بالتعويض عما أصابه من ضرر بسبب العيب في الحالة الأولى، بينما أجاز له مطالبة البائع بالتعويض الكامل على النحو الذي يرجع به في حالة الاستحقاق الكلي إذا ثبت أن الهلاك كان بسبب أجنبي أو بسبب العيب، مع مطالبته برد ما أفاده من المبيع دون إلزامه برد المبيع كاملا في حالة ما إذا كان الهلاك كليا لاستحالة ذلك بسبب خارج عن إرادته، ومطالبته برد ما بقي من الشيء المبيع في حالة ما إذا كان الهلاك جزئيا⁽³⁾.

أما الدكتوران لبيب شنب ومجدي صبحي خليل فقد قاما بدراسة حقوق المشتري في حالة هلاك الشيء المبيع بالنظر لما إذا كان الهلاك راجعا إلى العيب ذاته، أو إلى سبب لا يسأل عنه البائع، دون النظر لما إذا كان العيب الذي يعترى الشيء المبيع يسيرا أو جسيما، حيث أنهما اتفقا على أن هلاك الشيء المعيب بسبب العيب يعطي المشتري الحق في الرجوع على البائع بالتعويض الكامل كما في حالة الاستحقاق الكلي مع قيامه برد ما بقي من المبيع، أما إذا كان هلاك الشيء المبيع راجعا إلى سبب لا يسأل عنه البائع كالقوة القاهرة أو خطأ الغير فإن المشتري لا يكون له الرجوع على البائع إلا بالتعويض

(1) الدكتوران لبيب شنب ومجدي صبحي خليل/ المرجع السابق، ص 279.

(2) الدكتوران لبيب شنب ومجدي صبحي خليل/ المرجع السابق، ص 280.

(3) الدكتور عبد الرزاق السنهوري/ الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المرجع السابق، ص ص 744 و 745.

الذي كان يستحقه على فرض بقاء المبيع واحتفاظه به، دون التفرقة في ذلك بين ما إذا كان العيب يسيرا أو جسيما، على أساس أن جسامته العيب لا تعطي المشتري الاختيار بين فسخ البيع ومطالبة البائع بالضمان المنصوص عليه في حالة الاستحقاق الكلي وبين الاحتفاظ بالمبيع مع المطالبة بالتعويض عن العيب في حالة ما إذا هلك الشيء المبيع لأن هلاكه يؤدي إلى استحالة رده⁽¹⁾.

هذا ويتفق الدكتور محمد حسين منصور مع الرأي القاضي بإعطاء المشتري الحق في المطالبة بالتعويضات الكاملة المقررة في حالة الاستحقاق الكلي إذا ما ثبت أن هلاك الشيء المبيع كان راجعا إلى العيب الموجب للضمان، كما أنه يعطي المشتري الحق في المطالبة بالتعويض عن الضرر الذي أصابه بسبب العيب على فرض استبقائه للمبيع معيبا في حالة ما إذا كان الهلاك راجعا إلى عيب جديد أو إلى سبب أجنبي أو إلى خطأ صادر عن المشتري، خلافا لما إذا كان الهلاك راجعا إلى خطأ البائع الذي يعطي المشتري الحق في المطالبة بالتعويضات المقررة في حالة الاستحقاق الكلي⁽²⁾.

ويلاحظ أن الدكتور أنور سلطان لم يختلف مع باقي الفقهاء على أن موضوع الضمان يختلف تبعا لاختلاف أسباب هلاك الشيء المعيب، غير أنه اختلف معهم في تحديد حقوق المشتري بالنظر إلى هذه الأسباب، حيث أنه ذهب إلى أن المشتري يستحق تعويضا كاملا على النحو المبين في حالة الاستحقاق الكلي إذا ثبت أن هلاك الشيء المعيب قد نتج عن العيب الموجب للضمان، في حين أنه لا يجوز له الرجوع على البائع في حالة ما إذا كان هلاك الشيء المبيع ناتجا عن خطئه أو عن خطأ أشخاص يسأل عنهم، أما إذا كان الهلاك راجعا إلى عيب جديد أو إلى قوة قاهرة فإن المشتري يستطيع الرجوع على البائع بكل ما كان يستطيع المطالبة به في حالة ما إذا كان المبيع قائما، مما يتطلب التفرقة بين ما إذا كان العيب الموجب للضمان يسيرا أو جسيما، ذلك أن المشتري يستطيع مطالبة البائع

(1) الدكتوران لبيب شنب ومجدي صبحي خليل/ المرجع السابق، ص 280.

(2) الدكتور محمد حسين منصور/ العقود المسماة، البيع والمقايضة والإيجار، طبعة 1956-1957، ص 172.

بالتعويض عن العيب فقط في الحالة الأولى، بينما يجوز له الرجوع بقيمة المبيع والتعويض عن العيب معا في الحالة الثانية⁽¹⁾.

أما الدكتور مصطفى أحمد الزرقا فقد ذهب إلى أن هلاك الشيء المبيع يعطي المشتري الحق في التضمن عن العيب فقط سواء كان العيب يسيرا أو جسيما، على أساس أن القواعد العامة تجيز للمشتري المطالبة بالتعويض عن العيب فقط في حالة ما إذا كان العيب يسيرا، أما إذا كان العيب جسيما فإنه يستطيع الاختيار بين فسخ البيع وتضمن البائع التضمن المستحق في حالة الاستحقاق الكلي، وبين الاحتفاظ بالمبيع وتثبيت العقد مع المطالبة بالتعويض عن العيب فقط، غير أنه لا يستطيع الاختيار بين هذين الحلين إلا إذا كان المبيع قائما، أما إذا هلك الشيء المبيع فإن هلاكه يؤدي إلى استحالة فسخ العقد الذي يتطلب إعادة المتعاقدين إلى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد عن طريق رد كل من الثمن والمبيع، مما يجعل حق المشتري منحصرًا في مطالبة البائع بالتعويض عن العيب فقط دون التفرقة في ذلك بين ما إذا كان العيب يسيرا أو جسيما⁽²⁾.

والواقع أن هذا الحكم يتفق مع ما ذهب إليه المالكية من أن الرد يمتنع بسبب تلف الشيء المعيب بعد العقد سواء كان تحت يد البائع أو تحت يد المشتري قبل أن يعلم بالعيب، وسواء كان التلف باختيار المشتري كما إذا اشترى حيوانا وذبحه، أو بغير اختياره كما إذا أماته غيره، إذ أن المشتري إذا اطلع على عيب في المبيع بعد ذلك فإنه لا يصح له رده لتعذر الرد حينئذ ويقتصر حقه على مطالبة البائع بالتعويض عما أحدثه العيب في المبيع من النقص، ويكون ذلك بأن يتم تقييم المبيع سالما ومعيبا ويؤخذ من الثمن نسبة نقص قيمته معيبا إلى قيمته سليما، ومعنى ذلك أن الشخص إذا اشترى عينا سليمة من العيوب بمائة دينار ثم ظهر بها عيب أنقص قيمتها إلى ثمانين فإنه يستحق الرجوع على البائع بعشرين دينار⁽³⁾.

(1) الدكتور أنور سلطان/ العقود المسماة، المرجع السابق، ص 270.

(2) الدكتور مصطفى أحمد الزرقا/ المرجع السابق، ص 213.

(3) عبد الرحمن الجزيري/ كتاب الفقه على المذاهب الأربعة، الجزء الثاني، قسم المعاملات، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، دون ذكر تاريخ الطبع، ص 193.

ومهما يكن من أمر فإن اختلاف الفقهاء فيما يتعلق بتحديد حقوق المشتري في حالة هلاك الشيء المعيب لا يمنع الإشادة بموقف كل من التشريع الجزائري والمصري اللذين نصا صراحة على عدم سقوط دعوى الضمان في حالة هلاك الشيء المعيب أسوة بما ذهب إليه فقهاء الشريعة الإسلامية الذين كفلوا للمشتري الحق في الضمان بسبب العيب رغم هلاك المبيع المعيب.

والواقع أن هذا الموقف الصريح حال دون التشكيك في حقوق المشتري عند هلاك الشيء المعيب بما يؤدي إلى تفضيل مصلحة البائع كما هو الشأن في كل من التشريع اللبناني والمغربي اللذين تعرضا لعدة انتقادات نتيجة موقفهما من حقوق المشتري في حالة هلاك الشيء المعيب.

ذلك أن تطبيق أحكام كل من القانون اللبناني و المغربي لا يتيح للمشتري الرجوع على البائع بالضمان في حالة هلاك الشيء المعيب إلا إذا كان الهلاك راجعا إلى العيب أو إلى قوة قاهرة ناشئة عن هذا العيب⁽¹⁾، بينما يسقط حق المشتري في الرجوع على البائع بالضمان عند هلاك الشيء المعيب بفعل قوة قاهرة أو بخطأ المشتري أو بخطأ أشخاص تحت مسؤوليته⁽²⁾.

وبناء على ذلك فإن تبعة هلاك الشيء المعيب قد تقع في كل من التشريع اللبناني والمغربي على عاتق المشتري، كما أنها قد تقع على عاتق البائع تبعا لاختلاف أسباب الهلاك، مما دفع الفقه إلى البحث في حقوق المشتري بالنظر إلى هذه الأسباب متفقا على أن تفسير المادة 455 من قانون الموجبات والعقود اللبناني والمادة 562 من ظهير الالتزامات والعقود المغربي يؤدي إلى حرمان المشتري من رد المبيع أو خفض الثمن في حالة ما إذا كان الهلاك راجعا إلى قوة قاهرة أو خطأ صادر عن المشتري أو عن أشخاص تحت

(1) تنص المادة 456 من قانون الموجبات والعقود اللبناني المقابلة للمادة 563 من ظهير الالتزامات والعقود المغربي على ما يلي: "إذا هلك المبيع بسبب العيب الذي كان مصابا به، أو بسبب قوة قاهرة ناشئة عن هذا العيب، كان هلاكه على البائع ولزمه أن يرد الثمن. وإذا كان سيئ النية لزمه أيضا أن يؤدي بدل العطل أو الضرر."

(2) تنص المادة 455 من قانون الموجبات والعقود اللبناني والمادة 562 من ظهير الالتزامات والعقود المغربي على ما يلي: "لا يحق للمشتري استرداد شيء ولا خفض الثمن إذا كان لم يستطع رد المبيع في الأحوال التالية: 1- إذا كان المبيع قد هلك بقوة قاهرة أو بخطأ من المشتري أو من أشخاص هو مسؤول عنهم..."

مسؤوليته⁽¹⁾، بينما يتحمل البائع تبعة الهلاك في الحالة التي يكون فيها الهلاك بسبب العيب أو بسبب قوة قاهرة ناشئة عن هذا العيب إعمالاً للمادة 466 من قانون الموجبات والعقود اللبناني المقابلة للمادة 563 من ظهير الالتزامات والعقود المغربي التي تتيح للمشتري مطالبة البائع برد الثمن أو تخفيضه إضافة إلى مطالبته بالتعويض عن العطل والضرر في حالة ثبوت سوء نيته⁽²⁾.

ولعل ما يثير الانتباه فيما يتعلق بهذا الموضوع يتمثل في عدم اعتماد المشرع المغربي لموقف الفقه المالكي الذي يحتفظ للمشتري بحقه في طلب تخفيض الثمن بسبب العيب رغم هلاك المبيع المعيب ولجؤه إلى تبني موقف القانون اللبناني الذي تعرض لانتقادات عديدة يتمثل أهمها في مساس هذا الحكم بقواعد العدالة التي تقضي بحق المشتري في الرجوع على البائع بقيمة ما كان ينقصه العيب من مقدار ما دفعه ثمناً للمبيع حتى لا يحصل البائع إلا على حقه الذي يتمثل في قيمة المبيع معيباً دون زيادة⁽³⁾.

هذا ويبقى ما ذهب إليه كل من المشرع الجزائري والمصري من أن المشتري يستطيع رفع دعوى الضمان رغم هلاك المبيع المعيب أكثر تحقيقاً لقواعد العدالة والإنصاف، رغم ما ذهب إليه المدافعون عن الموقف القاضي بسقوط دعوى الضمان في حالة هلاك الشيء المعيب من وجوب إعمال القواعد العامة التي تضع تبعة الهلاك على عاتق المشتري، على أساس أن هلاك الشيء المبيع قد تم بقطع النظر عن وجود العيب

(1) الدكتور أسعد دياب/ المرجع السابق، ص 242. والدكتور توفيق حسن فرج/ الوجيز في عقد البيع، المرجع السابق، ص 206. والدكتور أنور سلطان/ العقود المسماة، المرجع السابق، 271. والدكتور محمد حسين منصور/ شرح العقود المسماة، المرجع السابق، ص 173. والدكتور رمضان أبو السعود/ شرح العقود المسماة، المرجع السابق، ص 405.

(2) الدكتور أسعد دياب/ المرجع السابق، ص 246. والدكتور توفيق حسن فرج/ الوجيز في عقد البيع، المرجع السابق، ص 207. والدكتور محمد حسين منصور/ شرح العقود المسماة، المرجع السابق ص 173. والدكتور رمضان أبو السعود/ شرح العقود المسماة، المرجع السابق، ص 405.

(3) الدكتور أسعد دياب/ المرجع السابق، ص 244. والدكتور توفيق حسن فرج/ الوجيز في عقد البيع، المرجع السابق، ص 206. والدكتور صاحب عبيد الفتلاوي/ المرجع السابق، ص 241.

أو عدم وجوده⁽¹⁾، إضافة إلى ما يترتب عن الهلاك من استحالة إثبات وجود العيب أو تاريخ نشوئه⁽²⁾ مما يتطلب تغليب مصلحة البائع والتضحية بمصلحة المشتري⁽³⁾.

ومن جهة أخرى يلاحظ أن بعض الفقه يرى أن ما ذهب إليه المشرع اللبناني من أن دعوى الضمان تسقط في حالة هلاك الشيء المعيب يتفق مع موقفه القاضي بجعل تبعه الهلاك في العقود الملزمة لجانبين والناقلة للملكية على عاتق الدائن بالالتزام في الحالة التي يصبح فيها التنفيذ مستحيلاً، مما يترتب عليه أن تنفيذ البائع لالتزاماته الجوهرية المتمثلة في نقل الملكية والتسليم يجعل تبعه الهلاك على عاتق المشتري باعتباره دائناً بالالتزام⁽⁴⁾.

غير أن هذه المقارنة لا تصح - في تقديري - إلا إذا تناول البيع مبيعاً سليماً من العيوب حتى لا تثور إشكالية تحمل البائع لضمان العيب، أما إذا كان الشيء المبيع معيباً فلا يجوز أن يؤدي هلاكه إلى تبرئة البائع من الالتزامات التي تترتب في ذمته نتيجة احتواء المبيع على عيب يؤدي إلى الإنقاص من نفعه أو قيمته، والقول بخلاف ذلك يؤدي إلى إثراء البائع على حساب المشتري دون وجود سبب مشروع، حيث أن إعفاء البائع من ضمان العيب في حالة هلاك المبيع المعيب يؤدي إلى إثرائه بقيمة الفرق بين ثمن المبيع سليماً وثمانه معيباً على حساب المشتري الذي تفنقر ذمته بنفس القيمة، رغم أن هلاك الشيء المبيع ليس إلا أمراً عارضاً لا يمكن أن يكون مبرراً لحدوث الإثراء أو الافتقار.

إن إلقاء تبعه العيب على المشتري وحده يتضمن - في تقديري - ابتعاداً عن قواعد العدالة، لا فرق في ذلك بين ما إذا كان البائع حسن النية جاهلاً بالعيب وبين ما إذا كان مدلساً عالماً بالعيب.

غاية ما في الأمر أنه يتعين تحديد نطاق حق المشتري في دعوى الضمان بالنظر إلى كل حالة حدى.

(1) الدكتور أسعد دياب/ المرجع السابق، ص 243.

(2) الدكتور رمضان أبو السعود/ شرح العقود المسماة، المرجع السابق، ص 405. والدكتور توفيق حسن فرج/ الوجيز في عقد البيع، المرجع السابق، ص 206. والدكتور أنور سلطان/ العقود المسماة، المرجع السابق، ص 270.

(3) الدكتور أسعد دياب/ المرجع السابق، ص 243.

(4) الدكتور أسعد دياب/ المرجع السابق، ص 244.

فإذا هلك المبيع بسبب العيب أو بسبب غيره كان للمشتري الحق في الرجوع على البائع حسن النية بالتعويض، أما إذا هلك المبيع بسبب العيب المدلس به كان للمشتري الحق في الرجوع على البائع المدلس بكامل الثمن جزاء له على إخفاء العيب ومحاولته تصريف شيء معيب بثمن شيء سليم، مما يتفق مع ما ذهب إليه بعض المذاهب في شريعتنا الغراء⁽¹⁾.

ولعل ما ذهب إليه الأستاذ الدكتور هاشم جميل إثر سؤال طرحه عليه الدكتور كاظم العيساوي من وجوب البحث في أسباب هلاك المبيع المعيب من أجل تحديد حقوق المشتري فيه الكثير من الحكمة من حيث أنه يمنح المشتري الحق في الرجوع على البائع بكامل الثمن عند ثبوت تدليسه في حالة وحيدة هي الحالة التي يكون فيها هلاك الشيء المعيب بسبب العيب دون الحالات التي يرجع فيها الهلاك إلى فعل المشتري أو فعل الغير⁽²⁾.

وبالتالي فإنه يجوز للمشتري الذي تسبب في هلاك المبيع بفعله وفق الرأي المذكور الاختيار بين التعويض والرجوع بالثمن على البائع مع رد قيمة المعقود عليه معيباً، خلافاً للمشتري الذي هلك الشيء المبيع في يده بفعل الغير الذي يجب عليه أن يتحمل تبعه فعلة بتمكين المشتري من الحق في الاختيار بين أن يرجع على البائع بالتعويض وعلى المتسبب في الهلاك بقيمة ما أتلّفه، أو بالرجوع على البائع بالثمن مع منح هذا الأخير الحق في الرجوع على الأجنبي بقيمة ما أتلّف، مما يؤدي إلى إعفاء المشتري من عناء مخاصمة الأجنبي وإلقاء تبعه هذه المخاصمة على عاتق البائع المدلس جزاء له على إخفاء العيب⁽³⁾.

(1) تراجع الصفحة 200 من هذا البحث.

(2) الدكتور إسماعيل كاظم العيساوي/ المرجع السابق، ص 422.

(3) الدكتور إسماعيل كاظم العيساوي/ المرجع السابق، ص. ص 422 و 423.

الفرع الثاني: موضوع دعوى ضمان عيوب المبيع الخفية في حالة

حدوث عيب جديد في الشيء المبيع بعد التسليم

قد يحدث عملاً أن يلحق بالمبيع المعيب عيباً جديداً بعد تسليمه للمشتري مما يتطلب التساؤل عن أثر حدوث هذا العيب في ضمان العيب القديم. فهل يحتفظ المشتري في هذه الحالة بحقه في الاختيار بين فسخ البيع ورد المبيع وبين المطالبة بالتعويض؟

لقد تعرض القانون المدني المصري المختلط لهذه الإشكالية في المادة 399 منه⁽¹⁾ والتي ذهب الفقه في تفسيرها إلى أن المشرع المصري كان يحرم المشتري من رد المبيع المعيب عندما يلحقه عيب طارئ لديه، دون النظر في ذلك لما إذا كان العيب الجديد ناتجاً عن قوة قاهرة⁽²⁾، منعا لإلقاء عبء العيب الطارئ على عاتق البائع الذي يبقى ملزماً بتعويض المشتري عن العيب القديم ما لم يفضل استرداد المبيع ورد الثمن عن دفع النقص المقابل للعيب الموجب للضمان⁽³⁾.

ورغم سكوت القانون المدني الأهلي عن تحديد حقوق المشتري حين يلحق بالمبيع المعيب عيباً جديداً بعد التسليم فقد أجاز الفقه العمل بالحكم الذي كان وارداً في إطار القانون المدني المختلط على أساس أنه ليس إلا تطبيقاً للقواعد العامة⁽⁴⁾.

هذا وقد جاء القانون المدني المصري الحالي خالياً من نص خاص بالحالة التي يظهر فيها عيب جديد في الشيء المبيع بعد تسليمه للمشتري، غير أنه يلاحظ أن واضعي

(1) كانت المادة 399 من القانون المدني المصري المختلط تنص على ما يلي: "إذا كان في المبيع عيب قديم وحدث به بالقضاء والقدر عيب جديد، بعد بيعه إذا كان المبيع عيباً معيناً أو بعد تسلمه إذا لم يكن المبيع عيباً معيناً، أو إذا كان المبيع بعد تسليمه تغيرت حالته بفعل المشتري أو بفعل شخص آخر أو بفعل قوة قاهرة، فلا يكون للمشتري المذكور حق في فسخ البيع إلا إذا كان العيب الحادث قد زال أو كان البائع قد ارتضى بأخذ المبيع مع وجود العيب الجديد فيه، إنما يسوغ للمشتري أن يطلب تنقيص الثمن بالكيفية المبينة آنفاً بشرط عدم مراعاة العيب الجديد أو التغيير الذي حصل في المبيع."

(2) الدكتور السنهوري/ الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المرجع السابق، ص 747، الهامش الأول.

(3) الدكتور سليمان مرقس/ في العقود المسماة، المرجع السابق، ص 579.

(4) الدكتور سليمان مرقس/ في العقود المسماة، المرجع السابق والموضع السابقان.

مشروع تنقيح القانون المدني صرحوا بعدم وجود حاجة إلى النص عن حكم هذه الحالة التي يتعين الرجوع بشأنها إلى القواعد العامة⁽¹⁾.

ومع ذلك يلاحظ أن الفقه المصري قد اختلف في تحديد حقوق المشتري عندما يطرأ على الشيء المبيع عيب جديد لديه، حيث اعتبر الدكتور سليمان مرقس ما جاء في المذكرة الإيضاحية للقانون المدني المصري من وجوب الرجوع للقواعد العامة دليلاً على ضرورة إعمال الحل الذي كان سائداً في ظل التقنين المدني الأهلي بحرمان المشتري من رد الشيء المبيع مع الإبقاء على حقه في المطالبة بالتعويض⁽²⁾.

أما الدكتور عبد الرزاق السنهوري فقد تعرض إلى حكم الحالة التي يطرأ فيها على الشيء المعيب عيباً جديداً لدى المشتري بالتفرقة بين ما إذا كان ظهور هذا العيب بفعل المشتري وبين ما إذا كان ظهوره راجعاً إلى سبب أجنبي، حيث أنه يرى أن حق المشتري يقتصر في الحالة الأولى على أخذ تعويض من البائع مع استبقاء المبيع، بينما يمتد هذا الحق في الحالة الثانية ليشمل تمكين المشتري من رد المبيع وأخذ تعويض كامل على أساس أن هلاك الشيء المبيع بسبب أجنبي لا يحول دون تمتع المشتري بحق الرد، مما يستدعي عدم حرمانه من هذا الحق في حالة تعيب المبيع بعيب جديد بسبب أجنبي من باب أولى⁽³⁾.

هذا وقد ذهب الدكتور أنور سلطان إلى تحديد حقوق المشتري عند ظهور عيب جديد في الشيء المبيع تبعا لما إذا كان العيب الموجب للضمان بسيطاً أو جسيماً، حيث أعطى المشتري الحق في الرجوع على البائع بالتعويض عن العيب القديم مع خصم النقص في قيمة المبيع الناشئ عن العيب الجديد عندما يكون العيب بسيطاً، بينما أعطاه الحق في فسخ البيع ورد المبيع عندما يكون العيب جسيماً، مع مراعاة ما طرأ على المبيع من تغيير في حساب قيمة التعويضات التي يستحقها⁽⁴⁾.

(1) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري، المرجع السابق، ص 124.

(2) الدكتور سليمان مرقس/ في العقود المسماة، المرجع السابق، ص 579.

(3) الدكتور السنهوري/ الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المرجع السابق، ص 747.

(4) الدكتور أنور سلطان/ شرح البيع والمقايضة، المرجع السابق، ص 271.

هذا ويرى الدكتور مصطفى الزرقا عدم تمكين المشتري من فسخ البيع ورد المبيع عند ظهور عيب جديد فيه بعد التسليم تطبيقاً للقواعد العامة التي تجعل حق المشتري في هذه الحالة منحصراً في طلب التعويض عن العيب القديم منعا لإلحاق الضرر بالبائع الذي يجوز له - مع ذلك - القبول بالرد رغم ظهور عيب جديد في المبيع لدى المشتري⁽¹⁾.

والواقع أن هذا الحكم يتفق مع ما ذهب إليه بعض فقهاء الشريعة الإسلامية الذين جعلوا حق المشتري مقتصرًا على مطالبة البائع بنقصان العيب دون رد المبيع المعيب الذي يطرأ عليه عيب جديد بعد التسليم مهما كان سبب هذا العيب، على أساس أن تخيير المشتري بين رد المبيع والمطالبة بالتعويض في هذه الحالة من شأنه أن يلحق الضرر بالبائع⁽²⁾.

فإذا كان في الدابة المبيعة مرض قديم عند البائع وانكسرت يدها عند المشتري، كان ذلك مانعا لردها لأنها خرجت من ملك البائع بعيب واحد فقط ولا يجوز ردها بعيبين، لما في ذلك من ضرر للبائع الذي يقترن حق رد المبيع إليه بشرط يتمثل في أن يتم على الوجه الذي كان عليه المبيع وقت القبض، مما يجعل حق المشتري مقتصرًا على الرجوع بنقصان العيب عند حصول عيب جديد لديه ما لم يعد المبيع إلى حالته عند القبض، كما لو شفيت الدابة المريضة⁽³⁾.

على أنه تجدر الإشارة إلى أن هناك اتجاهًا فقهيًا آخر منح المشتري الاختيار بين إمساك المبيع والرجوع بقيمة العيب الموجب للضمان وبين رده إضافة إلى رد قدر ما حدث عنده⁽⁴⁾.

(1) الدكتور مصطفى أحمد الزرقاء/ المرجع السابق، ص 219.

(2) علاء الدين الكاساني/ المرجع السابق، ص 283. وكمال الدين بن همام/ المرجع السابق، ص 159.

(3) الدكتور وهبة الزحيلي/ المرجع السابق، ص 570.

(4) أبو محمد عبد الله بن قدامة المقدسي/ المرجع السابق، ص 148.

وبناء عليه يلاحظ أن بعض المالكية يرون أن القول قول المشتري في حال حدوث عيب جديد لديه، فإذا أراد إمساك المبيع والمطالبة بتعويض عن العيب القديم فالقول قوله، وله الحق في الخيار حتى وإن طالب البائع برد المبيع والتعويض عن العيب الحادث⁽¹⁾.

هذا لا يمنع وجود رأي آخر لدى المالكية مفاده أن القول قول البائع عند حدوث عيب جديد لدى المشتري، فإذا أراد البائع قبض المبيع والمطالبة بقيمة العيب الحادث، كان له ذلك حتى وإن طالب المشتري بإمساك المبيع والتعويض عن العيب القديم⁽²⁾.

وبهذا فإن أكثر ما يثير الانتباه عند البحث في مواقف فقهاء شريعتنا الغراء، بخصوص مختلف الإشكاليات المتعلقة بموضوع ضمان عيوب المبيع الخفية، يتمثل في تنوع الحلول واختلافها لدى مختلف المذاهب الفقهية وفي إطار نفس المذهب أيضا بما يدل على اتساع الأفق وسعة النظر.

فلا غرابة إذن أن يختلف الشافعية مع المالكية تفصيلا فيما يتعلق بتحديد حقوق المشتري عند حدوث عيب جديد في الشيء المبيع بعد التسليم، بتقرير سقوط حق المشتري في الرد كمبدأ عام، يعرف استثناء واحدا يتعلق بالحالة التي يرضى فيها البائع بالمبيع معيبا، فيكون للمشتري حينئذ الحق في الرد بلا إرش عن العيب الحادث أو الاحتفاظ بالمبيع دون إرش عن العيب القديم⁽³⁾.

(1) القاضي أبو الوليد بن أحمد القرطبي الأندلسي الشهير بابن رشد الحفيد/ بداية المجتهد ونهاية المقتصد، مطبعة المعاهد بالقاهرة، 1935 ميلادية، الجزء الثاني، ص 197. ومحمد ابن أحمد ابن جزى الغرناطي/ المرجع السابق، ص 264. وأبو بكر بن حسن الكشناوي/ أسهل المدارك شرح إرشاد السالك في فقه إمام الأئمة مالك، جمع وإعداد أبو بكر بن حسن الكشناوي، دار الفكر، بيروت، لبنان، الطبعة الثانية، دون ذكر لسنة الطبع، ص 292.

(2) القاضي أبو الوليد بن أحمد القرطبي الأندلسي/ المرجع السابق، ص 197. ومحمد ابن أحمد ابن جزى الغرناطي المالكي الكلبي/ المرجع السابق، ص 264. وأبو بكر بن حسن الكشناوي/ المرجع السابق، ص 292.

(3) محمد بن أحمد الشافعي/ شرح الجلال المحلي على منهاج الطالبين، مكتبة ومطبعة محمد علي صبيحو أولاده، مصر، سنة 1949 ميلادية، ص 205.

هذا وإذا رفض البائع الشيء المبيع بعيبه الجديد كان للمشتري لدى فقهاء الشافعية أن يضم إرش العيب الحادث إلى المبيع ويرد، أو أن يغرم البائع إرش العيب القديم ولا يرد تحقيقا لمصلحة الطرفين التي تتحقق في هذه الحالة باتفاقهما على أحد هذين الحلين⁽¹⁾.

أما إذا اختلف الطرفان بأن طلب أحدهما الرد مع إرش العيب الحادث وتمسك الآخر بحقه في الإمساك مع إرش العيب القديم، فهناك من الشافعية من يرى أنه يجب الاستجابة لطلب الإمساك مع إرش العيب القديم، لا فرق في ذلك بين أن يكون الطالب بائعا أو مشتريا، بينما هناك من يرى ضمن نفس المذهب وجوب الاستجابة للمشتري مطلقا بسبب تدليس البائع، خلافا لرأي ثالث يرى وجوب تحقيق رغبة البائع مطلقا لأنه إما غارم أو أخذ ما لم يرد العقد عليه على خلاف المشتري⁽²⁾.

ومهما يكن من أمر يلاحظ أن فقه الشريعة الإسلامية قد تضمن حلولاً عملية لمختلف الإشكالات التي يمكن أن يطرحها موضوع ضمان العيوب الخفية الذي نال قسطاً وافراً من الدراسة والاهتمام، فيما يتعلق بمختلف الجزئيات كما هو الحال بالنسبة للحالة التي يلحق فيها بالشيء المعيب عيباً جديداً لدى المشتري، والتي تبحث فيها بعض الكتب الفقهية تحت عنوان: "حدوث عيب جديد في المبيع عند المشتري"⁽³⁾، ويثيرها بعض الفقهاء باستعمال مصطلح آخر هو: "تقصان المبيع"⁽⁴⁾.

هذه الاستفاضة في البحث والنزاع في الأفكار لدى فقهاء شريعتنا الغراء يقابلها سكوت المشرع الجزائري الذي أغفل التطرق للحالة التي يحدث فيها عيب جديد في الشيء المبيع لدى المشتري بعد التسليم جملة و تفصيلاً، شأنه في ذلك شأن المشرع المصري الذي

(1) محمد بن أحمد الشافعي/ المرجع والموضع السابقان.

(2) محمد بن أحمد الشافعي/ المرجع والموضع السابقان.

(3) كمال الدين بن همام/ المرجع السابق، ص159. وشمس الدين الشيخ محمد عرفه الدسوقي/ المرجع السابق، ص 126.

(4) القاضي أبو الوليد بن أحمد القرطبي الأندلسي الشهير بابن رشد الحفيد/ المرجع السابق، ص 197. وعلاء الدين الكاساني/ المرجع السابق، ص 283.

دفع الفقه في بلده إلى الاجتهاد بشأن هذه المسألة إثر صدور القانون المدني الجديد على النحو الذي سبق بيانه⁽¹⁾.

وإذا كان الفقه المصري قد أولى هذه الحالة بالدراسة فإنه يجدر التساؤل عن الموقف الواجب اعتماده في ظل القانون الجزائري. فهل يتعين إعطاء المشتري الحق في الاختيار بين فسخ العقد و رد المبيع وبين المطالبة بالتعويض عن العيب الموجب للضمان في إطار القانون الجزائري؟

الواقع أن محاولة الإجابة عن هذا التساؤل من شأنها أن تثير نفس الجدل الفقهي الذي أثير في ظل القانون المصري الذي انقسم فقهاؤه إلى فئتين، جعلت أولهما حق المشتري قاصرا على المطالبة بالتعويض عن العيب الموجب للضمان، بينما أعطت الفئة الثانية للمشتري الحق في الاختيار بين رد المبيع والمطالبة بالتعويض عن العيب الموجب للضمان⁽²⁾.

غير أنه يلاحظ أن سكوت المشرع الجزائري عن إيراد نص يتكفل بتحديد حقوق المشتري في حالة ظهور عيب جديد في المبيع المعيب بعد التسليم يتطلب - في تقديري- الرجوع إلى تطبيق القواعد العامة التي تستدعي البحث في حقوق المشتري بالنظر إلى أسباب العيب الطارئ.

فإذا كان هذا العيب ناتجا عن آفة سماوية جاز للمشتري أن يختار بين رد المبيع المعيب وبين الاحتفاظ به والمطالبة بالتعويض عن العيب القديم.

كما يتعين إعطاء المشتري الحق في الاختيار بين رد المبيع المعيب وبين الاحتفاظ به و المطالبة بالتعويض عن العيب القديم أيضا في الحالة التي يكون فيها العيب الطارئ ناتجا عن العيب القديم أو راجعا لخطأ البائع أو أحد الأشخاص الذين يسأل عنهم.

(1) تراجع ص ص 212 و 213 من هذا البحث.

(2) تراجع نفس الصفحات من هذا البحث.

أما إذا كان العيب الجديد حاصلًا بفعل المشتري أو أحد الأشخاص الذين يسأل عنهم، فإن حقه يقتصر في مطالبة البائع بالتعويض عن العيب القديم فقط، دون أن يكون له الحق في رد المبيع المعيب، لما في ذلك من مساس بمصلحة البائع الذي لا يلزمه القانون بقبول استرداد المبيع بعيب لم يكن فيه وقت تسليمه للمشتري، ما لم يرى أن مصلحته تقتضي استرداد المبيع بعيبه القديم والجديد معا بدلًا من تعويض المشتري عن العيب القديم.

هذا وإذا كان العيب الطارئ ناتجًا عن فعل شخص أجنبي أو تسببه، فإن المشتري يستطيع ملاحقته بالتعويض عن الأضرار التي لحقت به بسبب العيب الجديد، إضافة إلى مطالبة البائع بالتعويض عن العيب القديم، دون أن تمتد حقوقه إلى حد المطالبة بفسخ العقد ورد المبيع بعيبه القديم والجديد، ما لم يعرض البائع استرداده لما في ذلك من مساس بحقوق البائع الذي ليس هناك ما يلزمه بقبول استرداد المبيع بعيب جديد.

ومع ذلك فإنه يجب التفرقة في جميع الأحوال بين ما إذا كان العيب الموجب للضمان بسيطًا وبين ما إذا كان جسيمًا، ذلك أن المشتري لا يملك الحق في الاختيار بين رد المبيع المعيب و بين التعويض عن العيب الموجب للضمان إلا إذا كان جسيمًا، بينما يقتصر حقه على المطالبة بالتعويض عن العيب البسيط، مما يترتب عليه عدم جواز رد المبيع الذي يعتريه عيب بسيط عند ظهور عيب طارئ فيه بعد التسليم نظرًا لعدم جواز الرد في الأصل لبساطة العيب الموجب للضمان.

وعلى هذا الأساس ذهب الدكتور أنور سلطان إلى تحديد حقوق المشتري عند ظهور عيب جديد في الشيء المبوع لديه بالتفرقة بين ما إذا كان العيب الموجب للضمان بسيطًا أو جسيمًا، حيث أعطى المشتري الحق في الرجوع على البائع بالتعويض عن العيب القديم دون أن يدخل تغيير قيمة المبيع الناشئ عن العيب الجديد في الحساب عندما يكون العيب بسيطًا، بينما أعطاه الحق في فسخ البيع ورد المبيع عندما يكون العيب جسيمًا مع مراعاة ما طرأ على المبيع من تغيير في تقدير التعويضات⁽¹⁾.

(1) الدكتور أنور سلطان/ شرح البيع والمقايضة، المرجع السابق، ص 271.

غير أنه يلاحظ أن القول بعدم مراعاة التغيير الحاصل في قيمة المبيع بسبب العيب الجديد عندما يكون العيب الموجب للضمان بسيطاً، وأخذ ما طرأ على المبيع من تغييرات في تقدير التعويضات المستحقة عندما يكون العيب الموجب للضمان جسيماً لا يجب - في تقديري- أن يأخذ على إطلاقه لوجوب البحث في حقوق المشتري بالنظر إلى أسباب العيب الطارئ التي قد ترجع إلى خطأ البائع أو إلى خطأ أحد الأشخاص الذين يسأل عنهم، رغم وجود الشيء المبيع في حيازة المشتري، مما يتطلب إلقاء عبء العيب الجديد على عاتق البائع تطبيقاً للقواعد العامة التي تتيح للمشتري في هذه الحالة مطالبة البائع بالتعويض عن العيب القديم، مع إدخال تغيير قيمة المبيع الناشئ عن العيب الجديد في الحساب عندما يكون العيب بسيطاً، نظراً لمسؤولية البائع عن النقص اللاحق بالمبيع نتيجة العيب الجديد، أما إذا كان العيب جسيماً فيجوز للمشتري المطالبة بفسخ البيع ورد المبيع إضافة إلى التعويض الكامل المنصوص عليه قانوناً، دون مراعاة ما طرأ على المبيع من تغيير في تقدير التعويضات عند ثبوت مسؤولية البائع عن النقص اللاحق بالمبيع نتيجة العيب الجديد.

ومهما يكن من أمر يلاحظ أن الرجوع إلى موقف كل من المشرع الجزائري والمصري من موضوع ضمان العيوب الخفية من شأنه أن يؤدي إلى عدم تمكين المشتري من رد المبيع المعيب في الحالة التي يكون فيها العيب الموجب للضمان بسيطاً دون التفرقة في ذلك بين ما إذا طرأ على المبيع المعيب عيباً جديداً لدى المشتري أم لا.

كما أن الرجوع إلى القواعد العامة من شأنه أن يسمح بتحديد الحالات التي يكون فيها للمشتري الحق في رد المبيع الذي يطرأ عليه عيب جديد بعد التسليم بالنظر إلى الأسباب التي أدت إلى حدوث العيب الطارئ، مما يؤدي إلى تحقيق نوع من التوازن بين حقوق البائع وحقوق المشتري الذي طرأ على المبيع عيب جديد لديه.

هذا وإذا كان كلا من المشرع الجزائري والمصري قد سكتا عن تحديد حقوق المشتري عند ظهور عيب جديد في الشيء المبيع لديه، فإن المشرع اللبناني تناول هذا الموضوع في المادة 457 من قانون الموجبات والعقود التي نصت في فقرتها الأولى على

حرمان المشتري من اللجوء إلى فسخ البيع عند حدوث عيب جديد في المبيع المعيب بعد التسليم بفعله أو بفعل الأشخاص الذين يكون مسؤولاً عنهم، إذ أن حقه يقتصر في هذه الحالة على مطالبة البائع بتخفيض الثمن فقط⁽¹⁾.

وقد ذهب الفقه إلى أن تقدير هذا التخفيض يتم بطرح قيمة المبيع وهو سليم وقت إبرام العقد من قيمته مع وجود العيب الموجب للضمان على أساس أن المشتري قام بدفع هذا القدر زيادة على قيمة المبيع الحقيقية⁽²⁾.

كما أنه قام بتحليل المادة 1/457 من قانون الموجبات والعقود باللجوء إلى تفسيرها بمفهوم المخالفة ليتوصل إلى نتيجة مفادها أن حدوث عيب جديد في المبيع بغير فعل المشتري أو من يسأل عنهم لا يمنعه من المطالبة برد المبيع بسبب العيب الموجب للضمان مع الحصول على التعويض الكامل⁽³⁾.

أما المشرع المغربي فقد نص في الفقرة الأولى من المادة 564 من ظهير الالتزامات و العقود على أن المشتري لا يملك الحق في المطالبة بفسخ العقد إذا طرأ على الشيء المعيب عيباً جديداً نتيجة صدور خطأ عنه أو عن أحد الأشخاص الذين يسأل عنهم شأنه في ذلك شأن المشرع اللبناني⁽⁴⁾ غير أنه أوضح صراحة في الجملة الأولى من المادة 565 من نفس القانون أن حصول عيب جديد في المبيع المعيب بغير خطأ المشتري يمنحه الحق في الاختيار بين الاكتفاء بمطالبة البائع بالتعويض عن العيب الموجب للضمان وبين

(1) تنص المادة 1/457 من قانون الموجبات و العقود اللبناني على ما يلي: "لا سبيل لفسخ البيع، ولا حق للمشتري إلا في المطالبة بتخفيض الثمن: أو لا- إذا تعيب المبيع بخطأ منه أو من الأشخاص الذين يكون مسؤولاً عنهم...".

(2) الدكتور توفيق حسن فرج/ الوجيز في عقد البيع، المرجع السابق، ص 208.

(3) الدكتور صاحب عبيد الفتلاوي/ المرجع السابق، ص 246. والدكتور توفيق حسن فرج/ الوجيز في عقد البيع، المرجع السابق، ص 208.

(4) تنص المادة 1/564 من ظهير الالتزامات والعقود المغربي على ما يلي: "لا محل للفسخ، وليس للمشتري إلا طلب إنقاص الثمن إذا كان الشيء قد تعيب بخطئه أو بخطأ من يسأل عنهم".

رد المبيع المعيب بعيبه القديم والجديد مع تحمله الفرق بين الثمن الذي دفعه و قيمة المبيع بعيبه الجديد⁽¹⁾.

وفي جميع الأحوال يلاحظ أن المشرع المغربي قد منح البائع في الجملة الثانية من المادة 565 من ظهير الالتزامات والعقود الحق في أن يعرض على المشتري استرداد المبيع بالحالة التي يوجد عليها مع تنازله عن حقه في الرجوع عليه بما لحق المبيع من نقص في القيمة بسبب العيب الجديد الذي طرأ عليه بعد تسليمه للمشتري الذي يكون له - في هذه الحالة - الحق في الاختيار بين الاحتفاظ بالشيء المبيع ومطالبة البائع بالتعويض عن العيب الموجب للضمان وبين رده بعيبه القديم والجديد دون تعويض⁽²⁾.

هذا ويلاحظ أن كلا من المشرع اللبناني والمغربي قد انفردا بالتعرض للحالة التي يستعمل فيها المشتري الشيء المبيع استعمالاً يؤدي إلى الإنقاص من قيمته، حيث نصت المادة 457/2 من قانون الموجبات والعقود اللبناني المقابلة للمادة 564/2 من ظهير الالتزامات والعقود المغربي على حرمان المشتري من المطالبة بفسخ البيع في الحالة التي يترتب فيها على استعمال المبيع المعيب نقصاً كبيراً في القيمة⁽³⁾، مما يعني أن الاستعمال الذي يؤدي إلى نقص بسيط ليس من شأنه أن يحرم المشتري من حقه في المطالبة بفسخ العقد والحصول على التعويضات اللازمة⁽⁴⁾.

(1) تنص الجملة الأولى من المادة 565 من ظهير الالتزامات والعقود المغربي على ما يلي: "إذا كان الشيء المبيع حصل تسلمه مشوباً بعيب موجب للضمان، ثم حدث فيه بعد ذلك عيب لا يعزى لخطأ المشتري، كان له الخيار بين أن يحتفظ بالشيء ويرجع بالضمان على أساس العيب الأول وفقاً لما يقضي به القانون، وبين أن يردّه مع تحمله نقصاً في الثمن الذي دفعه يتناسب مع العيب الجديد الذي ظهر بعد البيع".

(2) تنص الجملة الثانية من المادة 565 من ظهير الالتزامات والعقود المغربي على ما يلي: "إلا أنه يسوغ للبائع أن يعرض استرداده الشيء المبيع بالحالة التي هو عليها مع تنازله عن حق الرجوع من أجل العيب الجديد. وفي هذه الحالة يكون للمشتري الخيار بين أن يحتفظ بالشيء على الحالة التي يوجد عليها وبين أن يردّه دون أداء أي تعويض".

(3) تنص المادة 457/2 من قانون الموجبات والعقود اللبناني المقابلة للمادة 564/2 من ظهير الالتزامات والعقود المغربي على ما يلي: "لا سبيل لفسخ البيع، ولا حق للمشتري إلا في المطالبة بتخفيض الثمن إذا استعمل المشتري المبيع استعمالاً يؤدي إلى نقص كبير في قيمته...".

(4) الدكتور صاحب عبید الفتلاوي/ المرجع السابق، ص 246. والدكتور توفيق حسن فرج/ الوجيز في عقد البيع، المرجع السابق، ص 208.

هذا وإذا كان تقدير النقص الحاصل في الشيء المبيع يدخل في إطار اختصاصات قاضي الموضوع⁽¹⁾، فإن هذا الأخير لا يلجأ إلى القيام بذلك قبل البحث فيما إذا كان استعمال المشتري للشيء المبيع حاصلًا قبل علمه بالعيب أو بعده، ذلك أن الاستعمال اللاحق للعلم بالعيب يعد تنازلاً ضمناً عن الضمان على النحو الذي سيأتي بيانه عند التعرض لتحليل المادة 3/462 من قانون الموجبات والعقود اللبناني والمادة 3/572 من ظهير الالتزامات والعقود المغربي⁽²⁾.

الفرع الثالث:

موضوع دعوى ضمان عيوب المبيع الخفية في حالة زيادة المبيع أو تحوله.

لقد سكت كل من المشرع الجزائري والمصري عن إيراد نص تشريعي يتعلق بتحديد حقوق المشتري عندما تطرأ على الشيء المبيع زيادة بعد التسليم.

هذا ويسمح الإطلاع على أحكام ضمان العيوب الخفية في كل من قانون الموجبات والعقود اللبناني وظهير الالتزامات والعقود المغربي بالتوصل إلى عدم تطرق التشريع في هذه الدول للموضوع المتعلق بالحالة التي تحصل فيها زيادة في الشيء المبيع.

غير أن ذلك لا يمنع من التساؤل عن موضوع دعوى الضمان التي يمكن للمشتري ممارستها في مواجهة البائع عندما تحدث في الشيء المبيع زيادة بعد التسليم. فهل تعد الزيادة الحاصلة في الشيء المبيع بعد تسليمه للمشتري مانعاً لرد المبيع عند وجود عيب قديم فيه؟

(1) الدكتور صاحب عبيد الفتلاوي/ المرجع السابق والموضع السابق.

(2) تنص المادة 3/462 من قانون الموجبات والعقود اللبناني على ما يلي: "يسقط حق المشتري في دعوى الرد إذا استعمل المبيع لمنفعته الخاصة واستمر على هذا الاستعمال بعد وقوفه على العيب...". وتنص المادة 3/572 من ظهير الالتزامات والعقود المغربي على ما يلي: "دعوى ضمان العيب الخفي تنقضي: إذا كان المشتري قد خصص الشيء لاستعماله الشخصي وظل يستعمله بعد علمه بالعيب الذي يشوبه...".

لقد تطرق فقهاء الشريعة الإسلامية لهذا الموضوع بكثير من الإسهاب حيث أن الرجوع إلى كتب الفقه الإسلامي تبين بوضوح مدى الاهتمام الذي نالته الإشكالية المتعلقة بتحديد حقوق المشتري اتجاه البائع عند حدوث زيادة في الشيء المبوع بعد التسليم⁽¹⁾.

والواقع أن الآراء الفقهية المتعلقة بهذا الموضوع جاءت متعددة، حيث اختلف فقهاء المذاهب الأربعة في تحديد الحالات التي يجوز فيها للمشتري رد المبوع المعيب وتلك التي يقتصر فيها حقه على مطالبة البائع بنقصان الثمن بسبب العيب⁽²⁾.

وتبعاً لذلك فقد قسم المالكية الزيادة التي تحدث في الشيء المبوع عند المشتري قبل الإطلاع على العيب إلى خمسة أقسام على النحو الآتي بيانه⁽³⁾:

القسم الأول: يتعلق بالزيادة التي تحدث في عين المبوع دون أن يطرأ عليه تغيير، كسمن الدابة وكبر الصغير، وحكمها لدى بعض المالكية أنها تمنع الرد ولا تتيح للمشتري سوى الحق في المطالبة بالتعويض عن نقص العيب، بينما ذهب جانب آخر من المالكية إلى أن هذه الزيادة تعطي المشتري الحق في الاختيار بين رد المبوع المعيب واسترداد كل الثمن دون الزيادة الحاصلة، وبين إمساكه وأخذ عوض العيب الموجب للضمان.

القسم الثاني: يتعلق بالزيادة التي تحدث من جنس المبوع وحكمها لدى المالكية أن المشتري يستطيع رد المبوع المعيب إضافة إلى الزيادة الحاصلة فيه.

القسم الثالث: يتعلق بالزيادة التي تنسب للمبيع وتتعلق به ولكنها ليست من جنسه، كثمر النخلة والشجرة، ويتعين عند حدوثها التفرقة بين ما إذا كان البائع قد لقم النخلة واشترط أن تكون ثمرتها له وبين ما إذا كان لم يقم بذلك، حيث أن المشتري يستطيع في الحالة الأولى أن يرد المبوع ويرد معه ثمره ولو كان قد طاب أو قطع، بينما تكون الثمرة في الحالة الثانية من حق المشتري إذا قطعها قبل ردها، وتكون من حق البائع إذا رد المشتري المبوع قبل قطعها، إلا إذا تلونت بأن احمرت أو اصفرت.

(1) عبد الرحمن الجزيري/ المرجع السابق، ص 205 إلى 208. وعلاء الدين الكاساني/ المرجع السابق، ص 285. وابن قدامة المقدسي/ المرجع السابق، ص 144. وابن العابدين/ المرجع السابق، ص 89.

(2) عبد الرحمن الجزيري/ المرجع السابق، ص 205 إلى 208.

(3) عبد الرحمن الجزيري/ المرجع السابق، ص 206 إلى 208.

القسم الرابع: يتعلق بالزيادة التي يحدثها المشتري، كصبغ الثوب وخياطته، وحكمها أن المشتري يستطيع أن يختار بين أن يمسك بالمبيع ويأخذ التعويض عما أحدثه العيب القديم من نقص، وبين أن يرده كله ويأخذ كامل الثمن إضافة إلى نصف المبلغ الذي صرفه على المبيع المعيب.

القسم الخامس: يتعلق بالزيادة التي لا تؤثر في المبيع وحكمها أنها تتيح للمشتري الخيار بين رد المبيع وأخذ ثمنه، أو إمساكه دون المطالبة بنقصان العيب.

وإذا كان المالكية قد قسموا الزيادة التي قد تحصل في الشيء المبيع بعد تسليمه إلى المشتري إلى الأقسام السابقة فإن الشافعية والحنابلة يرون أن هذه الزيادة قد تكون منفصلة عن محلها، ومثالها ثمر الشجر وبيض الحيوان، وقد تكون متصلة بالمحل، كسمن الحيوان وكبره، وحكم كل منهما أن الزيادة المتصلة تتبع الأصل في الرد، أما الزيادة المنفصلة فتكون لدى الحنابلة ملكا للمشتري، بينما تكون لدى الشافعية لمن حدثت في ملكه، فإذا كان المبيع قد دخل في ملك المشتري بالعقد، كان له ما ينفصل عنه كاللبن والبيض حتى ولو قام برد المبيع قبل قبضه، لأن الفسخ يبطل العقد من تاريخ الفسخ وليس من تاريخ العقد⁽¹⁾.

هذا ويتفق الحنفية مع كل من الشافعية والحنابلة على أن الزيادة التي تحصل في الشيء المبيع بعد تسليمه للمشتري قد تكون متصلة به أو منفصلة عنه، غير أنهم عرفوا تقسيمات فرعية شأنهم في ذلك شأن المالكية، إذ أن الزيادة لديهم قد تكون متولدة أو غير متولدة، وحكم هذه التقسيمات لديهم على التفصيل الآتي⁽²⁾:

أولاً: حكم الزيادة المتصلة المتولدة: من أمثلة هذا النوع من الزيادة كبر أو سمن الحيوان، وحكمه لدى كل من الشافعية والحنابلة أنه لا يمنع رد المبيع الذي يظهر فيه عيب قديم، حيث أن المشتري يملك الحق في الاختيار بين رد المبيع وإمساكه مع الرجوع على البائع بالتعويض عن النقص الحاصل فيه بسبب العيب.

(1) عبد الرحمن الجزيري/ المرجع السابق، ص ص 205 و208.

(2) عبد الرحمن الجزيري/ المرجع السابق، ص ص 205 و206.

ثانياً: حكم الزيادة المتصلة غير المتولدة: من أمثلة هذا النوع من الزيادة صبح

الثوب والبناء على الأرض، وحكمه لدى كل من الشافعية والحنابلة أنه يمنع رد المبيع المعيب ولو قبله البائع، حيث أن المشتري لا يكون له في هذه الحالة سوى الحق في المطالبة بالتعويض عن النقص بسبب العيب، لا فرق في ذلك بين ما إذا كانت الزيادة حاصلة قبل القبض أو بعده، لأنها تعتبر قبل القبض بمثابة التصرف في الشيء المبيع الذي يكون به المشتري قابضاً.

ثالثاً: حكم الزيادة المنفصلة المتولدة: من أمثلة هذا النوع من الزيادة ثمر الشجر

ولبن الحيوان وصوفه وبيضه، وحكمه لدى كل من الشافعية والحنابلة أنه يمنع الرد بالعيب بعد القبض وليس قبله، حيث أن الشجرة إذا أثمرت قبل القبض كان للمشتري ردها بثمرها، أما إذا أثمرت بعد القبض فليس للمشتري ردها.

رابعاً: حكم الزيادة المنفصلة غير المتولدة: من أمثلة هذا النوع من الزيادة الكسب

والغلة، وحكمه لدى كل من الشافعية والحنابلة أنه لا يمنع الرد بالعيب قبل القبض وبعده.

وبذلك يظهر مدى اهتمام الفقه الإسلامي بتحديد حقوق المشتري عند حصول

زيادة في الشيء المبيع بعد التسليم، خلافاً لما هو عليه الوضع في كل من التشريع الجزائري والمصري من جهة والتشريع اللبناني والمغربي من جهة أخرى.

غير أن السكوت عن إثارة هذه الإشكالية ضمن أحكام ضمان العيوب الخفية لا

يمنع - في تقديري - من استنتاج الحل الواجب اعتماده عن طريق الرجوع إلى القواعد العامة التي تتطلب البحث في الأسباب قبل ترتيب النتائج، إضافة إلى تحقيق التوازن بين حقوق أطراف العلاقة القانونية في مجال المعاملات.

وتبعاً لذلك فإن البحث في حقوق المشتري عند حصول زيادة في الشيء المبيع

لديه، يتطلب تحديد ما إذا كانت الزيادة حاصلة في المبيع بسبب المشتري نفسه أو بسبب أحد الأشخاص الذين يسأل عنهم، وبين ما إذا كانت راجعة إلى سبب يخرج عن إرادته

على النحو الذي ذهب إليه الفقه عند تحديد موضوع دعوى الضمان في الحالة التي يهلك فيها الشيء المعيب⁽¹⁾.

فإذا حصلت الزيادة دون تدخل المشتري أو أحد الأشخاص الذين يسأل عنهم كما لو ولدت الدابة أو ظهر الثمر في الشجر، كان للمشتري الحق في مطالبة البائع بالتعويض عما أصابه من ضرر بسبب نقص قيمة المبيع أو منفعته في الحالة التي يكون فيها العيب يسيراً، أما إذا كان العيب جسيماً فإن المشتري يحتفظ بحقه في الاختيار بين رد المبيع المعيب وما أفاده منه إلى البائع ومطالبته بالمبالغ المنصوص عليه قانوناً في حالة الاستحقاق الكلي، وبين استبقاء المبيع مع المطالبة بالتعويض عما أصابه من ضرر بسبب العيب.

أما إذا حصلت الزيادة بفعل صادر من المشتري أو أحد الأشخاص الذين يسأل عنهم كصبغ الثوب أو تفصيله، فإنه يحرم من حقه في رد الشيء المبيع إذا ثبت أنه ألحق الزيادة به بعد علمه بالعيب القديم، أما إذا حصلت الزيادة قبل أن يعلم المشتري بوجود العيب في الشيء المبيع، فإنه يحتفظ بحقه في الاختيار بين رد المبيع المعيب وما أفاده منه إلى البائع ومطالبته بالمبالغ المنصوص عليه قانوناً في حالة الاستحقاق الكلي، وبين استبقاء المبيع مع المطالبة بالتعويض عما أصابه من ضرر بسبب العيب في الحالة التي يكون فيها العيب القديم جسيماً، أما إذا كان العيب يسيراً فإن حق المشتري يقتصر على مطالبة البائع بالتعويض عما أصابه من ضرر بسبب نقص قيمة المبيع أو منفعته.

ومع ذلك فإن الإشكالية المتعلقة بتحديد حقوق المشتري عند حصول زيادة في الشيء المبيع بعد التسليم تعد مسألة معقدة تستدعي تدخل المشرع للتعريف بالزيادة التي تكون مانعة لممارسة المشتري حقه في رد المبيع المعيب بعيب جسيم، ذلك أن الاقتراحات لا يمكن أن ترقى لمرتبة التشريع كما أن تعددها من شأنه أن يفتح المجال للجدل الذي لا يمكن أن يحسم دون تدخل من المشرع، لا سيما وأن الأمر يتعلق بموضوع خصب لا يمكن أن تتوحد فيه الآراء.

(1) تراجع ص ص 204 و 205 و 206 من هذا البحث.

هذا ويمتد سكوت كل من المشرع الجزائري والمصري ليشمل الحالة التي يتحول فيها الشيء المبيع إلى شكل آخر وهو في يد المشتري مما يتطلب التساؤل عن موضوع دعوى الضمان التي يمكن أن يرفعها هذا الأخير. فما هو مضمون التزام البائع في الحالة التي يتحول فيها الشيء المبيع وهو في يد المشتري؟

الواقع أن الإجابة عن هذا التساؤل تستدعي الرجوع إلى الأحكام العامة التي تقضي وفق ما ذهب إليه الدكتور عبد الرزاق السنهوري بوجود التفرقة بين ما إذا كان تحول الشيء المبيع بسبب فعل صادر عن المشتري وبين ما إذا كان تحوله راجعا إلى سبب أجنبي، حيث أن الأمر يتطلب في الحالة الأولى البحث فيما إذا كان المشتري قد قام بتحويل الشيء المبيع قبل إطلاعه على العيب الموجب للضمان أو بعد ذلك، فإذا اطع المشتري على العيب ثم قام بتحويل الشيء المبيع، كان علمه بوجود العيب مانعا لضمان البائع، أما إذا كان المشتري قد قام بتحويل الشيء المبيع قبل علمه بالعيب، فإن حقه يقتصر على مطالبة البائع بالتعويض عن الضرر الذي أصابه بسبب العيب، حيث أن قيامه بتحويل الشيء المبيع إلى شكل آخر يؤدي إلى سقوط حقه في رد المبيع المعيب، خلافا لما إذا كان التحول راجعا إلى سبب أجنبي، إذ أن المشتري يحتفظ في مثل هذه الحالة بحقه في رد المبيع المعيب كما هو الشأن عند هلاكه⁽¹⁾.

ومع ذلك فإن الأمر يتطلب تدخل كل من المشرع الجزائري والمصري بإصدار نص يحدد طبيعة وشروط التحول الذي يؤثر على دعوى ضمان العيوب الخفية كما هو الشأن في كل من القانون اللبناني والمغربي حيث تنص المادة 445/3³ من قانون الموجبات والعقود اللبناني المقابلة للمادة 562/3³ من ظهير الالتزامات والعقود المغربي على حرمان المشتري من حقه في الضمان عند قيامه بتحويل المبيع المعيب من شكل لآخر بحيث يصبح غير صالح لما أعد له في الأصل⁽²⁾.

(1) الدكتور عبد الرزاق السنهوري/ الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المرجع السابق، ص 749.
(2) تنص المادة 445/3³ من قانون الموجبات والعقود اللبناني المقابلة للمادة 562/3³ من ظهير الالتزامات والعقود المغربي على ما يلي: "لا يحق للمشتري استرداد شيء ولا خفض الثمن في حالة تحول المبيع إلى شكل لم يبق معه صالحا لما أعد له."

غير أنه يلاحظ أن كلا من المشرع اللبناني والمغربي قد سكتا عن تحديد حقوق المشتري عند حدوث تحول في الشيء المبيع بسبب أجنبي كما لو تحول العصير إلى خمير بعد تسليمه للمشتري الذي يكتشف بعد حصول التخمر أن العصير كان فيه عيبا.

ومع ذلك ذهب الدكتور توفيق حسن فرج إلى أن المشتري يحتفظ بحقه في رد المبيع المعيب واسترداد الثمن والنفقات في الحالة التي يكون فيها التحول تلقائيا أو بفعل الظروف⁽¹⁾.

غير أن هذا الرأي كان محل نقد الدكتور أسعد دياب بدعوى أن صاحبه لم يميز بين الأحكام الواجبة التطبيق في ظل القانون المصري وتلك التي يجب إعمالها في ظل القانون اللبناني الذي يتعين فيه إلحاق حالة تحول الشيء المبيع دون تدخل من المشتري بالحالة التي يهلك فيها المبيع المعيب، مما يستوجب التفرقة بين ما إذا كان التحول راجعا إلى العيب الموجب للضمان وبين ما إذا كان سببه قوة قاهرة، وقد تمثلت نتيجة هذا التحليل في أن المشتري يحتفظ بحقه في الضمان عند تحول المبيع بسبب العيب إعمالا للمادة 456 التي تحفظ للمشتري حقه في الضمان عند هلاك المبيع بسبب العيب، بينما يسقط حق المشتري في الضمان عند تحول المبيع بسبب قوة قاهرة إعمالا للمادة 455 من قانون الموجبات والعقود اللبناني التي تقضي بحرمان المشتري من الضمان عند هلاك المبيع بسبب قوة قاهرة⁽²⁾.

هذا وقد قام الدكتور أسعد دياب في معرض تناوله لحقوق المشتري عند تحول المبيع المعيب بدراسة الحالة التي لا يكون فيها التحول منسوبا لقوة قاهرة، حيث أنه ذهب إلى أن المشتري يبقى محتفظا بحقه في الضمان عندما لا يكون التحول راجعا لقوة قاهرة على أساس أن المشرع اللبناني حرّمه من حقه في الضمان في الحالة التي يقوم فيها بتحويل

(1) الدكتور توفيق حسن فرج/ الوجيز في عقد البيع، المرجع السابق، ص 550.

(2) الدكتور أسعد دياب/ المرجع السابق، ص 248.

المبيع المعيب بعمل إرادي فقط، مما لا يمكن معه التوسيع من مجال أعمال هذا الحرمان على أساس عدم جواز التوسع في تفسير النصوص التي تتناول سقوط الحقوق⁽¹⁾.

والواقع أن موقف الدكتور أسعد دياب قد يبدو أكثر انسجاماً مع أحكام ضمان العيوب الخفية الواردة في كل من القانون اللبناني والمغربي اللذين اعتبراً هلاك الشيء المبيع بسبب قوة قاهرة سبباً لسقوط دعوى الضمان.

غير أنه ليس هناك ما يمنع من اعتماد موقف الدكتور توفيق حسن فرج الذي درس حقوق المشتري عند تحول الشيء المبيع دون مراعاة الأحكام الواجبة التطبيق عند هلاكه، ذلك أنه لا يمكن الجزم باعتبار التحول هلاكاً، فإذا كان الدكتور أسعد دياب قد ألحق الحالة التي يتحول فيها الشيء المبيع بالحالة التي يهلك فيها فإن هناك من اعتبر التحول بمثابة الزيادة في الشيء المبيع⁽²⁾.

وبهذا تظهر مرة أخرى أهمية تدخل المشرع من أجل تحديد حقوق أطراف عقد البيع تفادياً للجدل الفقهي الذي قد ينشأ عند سكوته، خاصة وأن الأمر قد يتعلق بعقود بيع بمبالغ طائلة تتأرجح فيها حقوق المشتري لدى الفقه بين الرفض لرجوعه على البائع بضمان العيب الخفي وبين المؤيد لذلك كما هو الحال عند تحول المبيع لديه بسبب أجنبي في كل من القانون اللبناني والمغربي.

المبحث الرابع

أسباب سقوط دعوى ضمان عيوب المبيع الخفية

يسقط التزام البائع بضمان عيوب المبيع الخفية في حالات خاصة نصت بعض التشريعات الوضعية عليها صراحة، وسكتت عنها تشريعات أخرى متسببة في فراغ قانوني يلزم الفقه بالتدخل من أجل إيجاد الحلول الملائمة بما يتفق مع الأحكام القانونية العامة.

(1) الدكتور أسعد دياب/ المرجع والموضع السابقان.

(2) الدكتور صاحب عبيد الفتلاوي/ المرجع السابق، ص 252.

وتتمثل مجمل الأسباب التي تؤدي إلى سقوط دعوى الضمان في زوال العيب والتنازل عن الضمان ومرور مدة الادعاء.

لذلك ارتأيت أن أقسم هذا المبحث إلى ثلاثة مطالب من أجل دراسة كل سبب ضمن مطلب مستقل يتضمن أساسا البحث في موقف القانون الجزائري من خلال إجراء دراسة مقارنة تسمح في النهاية بالتوصل إلى أفضل الحلول وأكثرها اتفاقا مع المبادئ القانونية.

ولما كانت الشريعة الإسلامية مصدرا من مصادر القانون طبقا للمادة الأولى من القانون المدني الجزائري كان لا بد من البحث عن موقف شريعتنا الغراء من هذه الأسباب لا سيما عند وجود فراغ قانوني.

المطلب الأول زوال العيب الموجب للضمان:

نص كل من المشرع اللبناني والمغربي على سقوط دعوى الضمان بزوال العيب لا فرق في ذلك بين ما إذا زال العيب قبل إقامة دعوى الفسخ أو تخفيض الثمن أو أثناء نظر أي منهما، كما أنهما نصا صراحة على عدم سقوط دعوى الضمان إلا إذا كان زوال العيب نهائيا⁽¹⁾.

أما المشرعان الجزائري والمصري فقد سكتا عن حكم هذه المسألة صراحة، غير أن بعض الفقه قد ذهب إلى أن دعوى الضمان تسقط في الحالة التي يزول فيها العيب، على أساس أن زوال العيب يجعل دعوى الضمان غير مبررة⁽²⁾.

(1) تنص المادة 459 من قانون الموجبات والعقود اللبناني المقابلة للمادة 568 من ظهير الالتزامات والعقود المغربي على ما يلي: "تسقط دعوى الرد إذا زال العيب قبل إقامة دعوى الفسخ أو دعوى تخفيض الثمن أو أثناءها، وكان هذا العيب بطبيعته مؤقتا وغير قابل للظهور ثانية. ولا يجري هذا الحكم إذا كان العيب بطبيعته قابلا للرجوع."

(2) الدكتور السنهوري/ الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المرجع السابق، ص 750.

ومع ذلك يشترط لسقوط دعوى ضمان العيوب الخفية بسبب زوال العيب أن يكون العيب مؤقتا بطبيعته، حيث أن دعوى الضمان لا تسقط في الحالات التي لا يكون فيها زوال العيب نهائيا، وفق ما نص عليه كل من المشرع اللبناني والمغربي صراحة⁽¹⁾ ووفق ما اتفق عليه الفقه من أن قابلية العيب للظهور مرة أخرى تحول دون سقوط دعوى الضمان التي يجوز للمشتري ممارستها في الحالات التي يكون فيها من شأن العيب أن يظهر تارة ويختفي أخرى⁽²⁾، كما لو تعلق الأمر بصرع يفاجئ الحيوان المبيع خلال فترات متقطعة تتخللها فترات أخرى يظهر فيها هادئا وطبيعيا⁽³⁾.

والواقع أن هذا الحكم يتفق مع مجمل ما ذهب إليه فقهاء الشريعة الإسلامية من أن زوال العيب لا يؤدي إلى حرمان المشتري من الضمان إلا إذا كان نهائيا⁽⁴⁾.

وعلى هذا الأساس يلاحظ أن المذاهب الأربعة قد أجمعت على مبدأ عام مفاده أن ثبوت قدم العيب عند البائع غير كاف لقيام الالتزام بالضمان، إذ أنه لا يكفي ظهور العيب عند البائع قبل العقد، كما أنه لا يكفي ظهوره بعد إبرام العقد في الحالة التي يختفي فيها عند التسليم، فالعيب الموجب للضمان هو العيب الذي يثبت عند المشتري بعد تسلمه ويستمر وجوده بعد القبض أو يختفي ويستمر حتى الرد⁽⁵⁾.

(1) تنص المادة 459 من قانون الموجبات والعقود اللبناني المقابلة للمادة 568 من ظهير الالتزامات والعقود المغربي على ما يلي: "تسقط دعوى الرد إذا زال العيب قبل إقامة دعوى الفسخ أو دعوى تخفيض الثمن أو أنتائها وكان هذا العيب بطبيعته مؤقتا وغير قابل للظهور ثانية. ولا يجري هذا الحكم إذا كان العيب قابلا بطبيعته للرجوع".

(2) الدكتور أسعد دياب/ المرجع السابق، ص 250. والدكتور عادل المعراوي/ أحكام ضمان العيوب الخفية في قوانين البلاد العربية، دراسة مقارنة، مطبعة الإنصاف، بيروت، 1969، ص 80.

(3) الدكتور أسعد دياب/ المرجع السابق، ص 250. والدكتور عادل المعراوي/ المرجع السابق، ص 80.

(4) عبد الرحمن الجزيري/ المرجع السابق، ص 194.

(5) علاء الدين الكاساني/ المرجع السابق، ص 275. وشمس الدين الشيخ محمد عرفه الدسوقي/ المرجع السابق، ص 130. ومحمد ابن أحمد ابن جزى الغرناطي المالكي الكلبي/ المرجع السابق ص 264. وأبو يحيى زكريا بن محمد بن أحمد الشافعي الأنصاري/ المرجع السابق، ص 161 و ما يليها.

وبناء عليه تعرض الكاساني لشروط ثبوت الخيار مؤكدا على ضرورة ثبوت العيب عند المشتري بعد قبض الشيء المبيع وعدم جواز الاكتفاء بثبوت العيب عند البائع⁽¹⁾.

هذا ويرى صاحب الفتاوى الهندية أن الخيار يبطل في الحالة التي يوجد فيها العيب القديم عند المشتري ثم يزول قبل أن يرد⁽²⁾.

وبالاطلاع على الفقه المالكي يلاحظ أن بعض المالكية يرون أن الخيار يثبت بثبوت قدم العيب، دون التفرقة في ذلك بين ما إذا كان العيب قائما وبين ما إذا زال بعد ثبوته، شريطة رفع دعوى الضمان في وقت يكون فيه العيب قائما، مما يجعل الخيار قائما إلا إذا زال العيب قبل رفع الدعوى⁽³⁾.

غير أن أغلب الفقه المالكي قد ذهب إلى أن زوال العيب قبل الرد يمنع الرد، لا فرق في ذلك بين أن يكون زوال العيب قبل الرد الفعلي للشيء المبيع أو بعده، وقبل الحكم عند ابن القاسم، أما إذا كان العيب محتمل العود فإن زواله لا يمنع الرد حتى في الحالات التي يتم فيها الشراء حال زوال العيب⁽⁴⁾.

هذا وقد أضاف ابن جزى على حالة احتمال رجوع العيب حالة أخرى تتعلق بالعيوب التي تترك أثرا في الشيء المبيع، مقررا أن زوال العيب يؤدي إلى سقوط الضمان كمبدأ عام ترد عليه استثناءات تتمثل في بقاء علامات العيب في الشيء المبيع وعدم إمكان الجزم باستحالة رجوعه⁽⁵⁾.

نفس هذا الموقف ذهب إليه الفقه الشافعي وفق ما أقره السبكي من أنه لا يوجد فرق بين ما إذا كان العيب قد زال قبل القبض أو بعده، كما أنه ليس هناك فرق بين أن

(1) علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي/ المرجع السابق، ص 275.

(2) الفتاوى الهندية/ المرجع السابق، ص 66 و 67 و 69.

(3) شمس الدين الشيخ محمد عرفه الدسوقي/ المرجع السابق، ص 120.

(4) شمس الدين الشيخ محمد عرفه الدسوقي/ المرجع والموضع السابقان.

(5) محمد ابن أحمد ابن جزى الغرناطي المالكي الكلبي/ المرجع السابق، ص 264.

يكون زوال العيب قبل العلم بالعيب أو بعده وقبل الرد مثلما هو الحال عندما يتم زوال العيب في مدة التخاصم⁽¹⁾.

غير أنه يلاحظ أن بعضا من الشافعية يرون أن ثبوت قدم العيب يؤدي إلى ثبوت الخيار الذي لا يؤدي زوال العيب إلى سقوطه⁽²⁾.

هذا وبالبحث عن رأي الحنابلة فيما يتعلق بحكم العيب الزائل قبل الفسخ يلاحظ اتفاق الفقه في تفسير موقفهم على أن زوال العيب لديهم يؤدي إلى زوال الأثر الذي كان سياتر على وجوده⁽³⁾، كما أن العيب هو سبب الخيار، فإذا زال هذا السبب زال المسبب المتمثل في الخيار⁽⁴⁾.

وبذلك يتبين أن الزوال النهائي للعيب يؤدي إلى حرمان المشتري من الضمان وفق ما ذهب إليه فقهاء الشريعة الإسلامية، بما يتفق مع ما ذهب إليه بعض التشريعات الوضعية صراحة كالتشريع اللبناني والمغربي وما ذهب إليه الفقه في التشريعات التي سكتت عن حكم هذه المسألة كما هو شأن الفقه المصري والجزائري.

ولعل هذا الموقف يتفق أيضا مع ما تقضي به الأحكام العامة من أن المصلحة تعتبر ركنا من أركان الدعوى، وبالتالي فإن زوال العيب يؤدي إلى انتفاء المصلحة من رفع دعوى الضمان التي يتمثل الغرض منها في تمكين المشتري من الاختيار بين فسخ البيع ورد المبيع وبين المطالبة بالتعويضات المنصوص عليها قانونا في الحالة التي يكون فيها العيب بسيطا، وبين المطالبة بالتعويض عن الضرر اللاحق به بسبب العيب في الحالة التي يكون فيها العيب جسيما، فإذا زال العيب نهائيا قبل رفع الدعوى أو أثناء نظرها انتفت مصلحة المشتري لارتفاع الضرر الموجب للضمان عنه.

(1) علي بن عبد الكافي السبكي / المرجع السابق، ص 161 وما بعدها.

(2) علي بن عبد الكافي السبكي / المرجع السابق، ص 161 و 163.

(3) علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي / المرجع السابق، ص 274.

(4) علي بن عبد الكافي السبكي / المرجع السابق، ص 161 و 163.

المطلب الثاني

التنازل عن الضمان:

قامت التشريعات الحديثة بإقرار حق المشتري في الضمان تحقيقاً لمصلحته الشخصية، إذ أن هذا الحق لا يتعلق بالنظام العام مما يعطي صاحبه إمكانية ممارسته أو التنازل عنه صراحة أو ضمناً⁽¹⁾.

ومع ذلك يلاحظ أن التنازل عن الضمان لا يتعلق سوى بالعيوب التي يتنازل المشتري عن المطالبة بضمانها، دون أن يمتد ليشمل العيوب القديمة التي لا علم للمشتري بها⁽²⁾، كما أن هذا التنازل يتطلب أن يكون العيب موجوداً فعلاً ومعلوماً لدى المشتري، خلافاً لشرط عدم الضمان الذي يتم إدراجه في عقد البيع والذي يكون بالاتفاق على عدم الضمان قبل ظهور العيب أصلاً⁽³⁾.

وبناء عليه فقد تعرض فقهاء الشريعة الإسلامية لموانع الرد بالعيوب وسقوط الخيار بعد ثبوت التزام البائع بالضمان مدرجين الرضا بالعيوب بعد العلم به وإسقاط الخيار ضمن ما يكون بعد ثبوت التزام البائع بالضمان⁽⁴⁾، حيث أنهم أجمعوا على إقرار حق المشتري في القيام بالتنازل عن خيار العيب على أساس أنه حق شخصي له يستطيع التصرف فيه استثناءً أو إسقاطاً⁽⁵⁾، كما أنهم اتفقوا على أن التنازل عن خيار العيب قد يكون صريحاً أو ضمناً شأنهم في ذلك شأن أساتذة القانون⁽⁶⁾.

(1) الدكتور أسعد دياب/ المرجع السابق، ص 250. والدكتور صاحب عبيد الفتلاوي/ المرجع السابق، ص 232.

(2) والدكتور توفيق حسن فرج/ الوجيز في عقد البيع، المرجع السابق، ص 210.

(3) الدكتور توفيق حسن فرج/ الوجيز في عقد البيع، المرجع والموضع السابقان.

(4) الدكتور أسعد دياب/ المرجع السابق، ص 250.

(5) الدكتور وهبة الزحيلي/ المرجع السابق، ص 567.

(6) علاء الدين الكاساني/ المرجع السابق، ص 291.

(7) الدكتور صاحب عبيد الفتلاوي/ المرجع السابق، ص 232.

هذا ويستدل فقهاء الشريعة الإسلامية على التنازل الصريح بعبارات تصدر عن المشتري بعد علمه بالعيب، ومن أمثلة ذلك أن يقول مثلاً: "رضيت بالعيب" أو "أجزت البيع" أو "أسقطت الخيار"⁽¹⁾، كما أن بعضهم يعتبر قيام المشتري بإبراء البائع من بين أمثلة التنازل الصريح عن الحق في الضمان، على أساس أن الإبراء يعد إسقاطاً والمشتري يملك ولاية الإسقاط، نظراً لكون الخيار حق له من جهة ونظراً لكون المحل قابلاً للسقوط من جهة أخرى⁽²⁾.

ولعل الأمثلة التي أوردها فقهاء الشريعة الإسلامية للتنازل الصريح عن الضمان تتفق مع ما ذهب إليه أساتذة القانون من أن التنازل عن الضمان يجب أن يكون خالياً من كل لبس أو غموض، فالمهم وفق ما ذهب إليه أساتذة القانون أن لا يكتنف التنازل عن الضمان لبس أو غموض، إذ أنه يجب أن يتم بشكل يدل على اتجاه إرادة المشتري إلى عدم الرجوع على البائع بضمان العيب⁽³⁾.

كما أن التنازل عن الضمان يجب أن يحصل بعد علم المشتري بالعيب حتى يكون منصبا على أمر معلوم لديه، مما يعني أن التنازل عن ضمان عيب معين لا يمتد ليشمل عيوباً أخرى، لا فرق في ذلك بين ما إذا كان المشتري على علم بها وبين ما إذا كان جهلها⁽⁴⁾.

هذا وإذا كان التنازل الصريح عن الضمان لا يثير إشكالا فإن تحديد التصرفات التي يستدل بها عن التنازل الضمني ليس سهلاً، لذلك فإنه يتعين دراسة طبيعة التصرفات التي تعتبر دليلاً على التنازل عن الضمان، كما أنه يتعين التساؤل عن حكم تصرف المشتري في الشيء المبيع قبل علمه بالعيب الذي يعتريه. فهل يرتب هذا التصرف نفس الآثار التي تنجم عن قيام المشتري بالتصرف في المبيع المعيب بعد الإطلاع على العيب؟

(1) الدكتور وهبة الزحيلي/ المرجع السابق، ص 567.

(2) علاء الدين الكاساني/ المرجع السابق، ص 282 و 283.

(3) الدكتور صاحب عبيد الفتلاوي/ المرجع السابق، ص 234. والدكتور توفيق حسن فرج/ الوجيز في عقد البيع، المرجع السابق، ص 210.

(4) الدكتور أسعد دياب/ المرجع السابق، ص 250. والدكتور توفيق حسن فرج/ الوجيز في عقد البيع، المرجع السابق، ص 210.

الواقع أن اتفاق فقهاء الشريعة الإسلامية فيما يتعلق بتحديد حالات تنازل المشتري الصريح عن خيار العيب لم يمنع اختلافهم في تحديد حقوق المشتري، تبعاً لما إذا كان التصرف في الشيء المعيب حاصلًا قبل العلم بالعيب أو بعده، إضافة إلى اختلافهم في تحديد طبيعة التصرفات التي تعتبر دليلاً على تنازل المشتري عن الضمان.

وبناءً على ذلك فقد ذهب بعض الفقهاء إلى إطلاق حق المشتري في الحصول على إرش العيب عند تصرفه في الشيء المعيب قبل العلم بالعيب⁽¹⁾، بينما لجأ البعض الآخر إلى التفرقة بين ما إذا كان التصرف مما يخرج الشيء من ملك المشتري وبين ما إذا كان يتركه في ملكه، حيث أنهم أجازوا للمشتري الذي يتصرف في الشيء المبيع قبل العلم بالعيب أن يرجع على البائع بالنقصان في الحالة التي يكون فيها تصرفه في المبيع غير ناقل للملكية، وأسقطوا عنه هذا الحق في الحالة التي يكون فيها تصرفه في المبيع مما يؤدي إلى إخراجه من ملكه كالبيع ونحوه⁽²⁾.

هذا وذهب جانب آخر من الفقهاء إلى حرمان المشتري من الرجوع على البائع بإرش العيب مطلقاً رغم تصرفه في الشيء المبيع قبل العلم بالعلم، حيث جاء في كتاب المبسوط ما يوضح موقف الحنفية الذين ذهب بعضهم إلى أن قيام المشتري بارتداء الثوب أو أكل الطعام قبل العلم بالعيب يؤدي إلى سقوط حقه في المطالبة بنقصان الثمن⁽³⁾، بينما اتفق البعض الآخر مع الرأي القاضى بتمكين المشتري من المطالبة بنقصان الثمن استحقاقاً على أساس أن المشتري فعل بالشيء ما يعتاد فعله به وما يشتري لأجله، خلافاً لمن يتصرف في المبيع على نحو يؤدي إلى إتلافه كتمزيق الثوب وقتل الدابة⁽⁴⁾.

أما فيما يتعلق بحق المشتري في رد المبيع الذي تصرف فيه فتجدر الإشارة إلى أن ابن قدامة قد ذهب إلى أن قيام المشتري ببيع المبيع المعيب يؤدي إلى سقوط حق الرد

(1) ابن قدامة المقدسي/ المرجع السابق، ص 157.

(2) علاء الدين الكاساني/ المرجع السابق، ص 291.

(3) أبو جعفر محمد ابن الحسن بن علي الطوسي/ المبسوط في فقه الإمامية، دون ذكر سنة الطبع، ص 131: أشار إليه الدكتور صاحب عبيد الفتاوى/ المرجع السابق، ص 248، الهامش الأول.

(4) أبو جعفر محمد ابن الحسن بن علي الطوسي/ المبسوط في فقه الإمامية، ص 131: أشار إليه في المرجع والموضع السابقان.

عنه لخروج محل هذا الحق من ملكه، أما إذا حدث وأن عاد المبيع إليه جاز له رده بالعيب الذي يعتريه في حال ثبوت تصرفه فيه قبل العلم بالعيب⁽¹⁾.

هذا ويلاحظ أن اختلاف فقهاء الشريعة الإسلامية لم يقتصر على تحديد حقوق المشتري الذي يتصرف في الشيء المعيب قبل العلم بالعيب، وإنما امتد ليشمل حقوقه عند تصرفه في الشيء المعيب بعد العلم بوجود عيب فيه.

وبذلك فقد ذهب جانب من الفقه إلى أن تصرف المشتري في الشيء المعيب بعد العلم بالعيب لا يؤدي إلى سقوط حقه في مطالبة البائع بالضمان إلا إذا كان من شأنه أن يؤدي إلى إخراج ملكية الشيء المبيع من ذمته⁽²⁾.

بينما ذهب البعض إلى أن تصرف المشتري في الشيء المبيع واستعماله بعد العلم بالعيب أي تصرف أو أي استعمال يؤدي إلى سقوط حقه في مطالبة البائع بالضمان دون إرش، ومن أمثلة ذلك قيام المشتري بصبغ الثوب أو قطعه، أو البناء على الأرض، أو شي اللحم، أو طحن الحنطة، أو بيع الشيء، أو هبته، أو رهنه، - ولو بدون تسليمه - أو استعماله بأي شكل كارتداء الثوب أو ركوب الدابة أو مداواتها⁽³⁾.

وهناك من أضاف أنه يمنع الرد بالعيب ويسقط الخيار بعد ثبوته ويلزم البيع في حالة وصول عوض العيب إلى المشتري اعتباراً، كأن يكون المبيع دابة يأخذ المشتري قيمتها ممن يقتلها خطأ على أساس أن كفالة حق الرد تكون بسبب فوات السلامة المشروطة في العقد ضمناً، في حين أن قبول المشتري بالعيب يعني قبوله بالضرر الذي يتمثل في إسقاط الضمان الذي يعوض به عن الجزء المعيب، وفي حالة حصوله على تعويض فكأن

(1) أبو محمد عبد الله بن قدامه المقدسي على مختصر أبي القاسم عمر الخرقى/ المرجع السابق، ص 157.

(2) أحمد أبو الفتوح/ كتاب المعاملات في الشريعة الإسلامية والقوانين المصرية، الطبعة الثانية، الجزء الثاني، مطبعة النهضة، القاهرة، 1923، ص 340: أشار إليه الدكتور صاحب عبيد الفتلاوي/ المرجع السابق، ص 232.

(3) الدكتور وهبة الزحيلي/ المرجع السابق، ص 567.

الجزء المعيب أصبح سليماً اعتباراً بقيام بدله لأنه لما وصلت إليه قيمته قامت القيمة مقام العين فصار كأنه باعه⁽¹⁾.

هذا وقد ذهب المالكية حين تناولوا موانع الرد بالعيب إلى أن المشتري لا يجوز له رد المبيع المعيب إذا صدر عنه ما يدل على رضائه بالشيء المبيع بعد الإطلاع على العيب، حيث أنهم قسموا ما يستدل به على الرضا بالعيب بعد العلم إلى ثلاثة أقسام على النحو الآتي بيانه⁽²⁾:

القسم الأول: يشمل التصرفات التي تدل على الرضا مطلقاً سواء في زمن المخاصمة أم لا، وحكمها لدى المالكية أن قيام المشتري باستعمال الشيء المبيع بشكل ينقص من قيمته بعد إطلاعه على العيب، كاستعمال الثوب وإجارة الدابة، يؤدي إلى سقوط حقه في رد المبيع المعيب.

القسم الثاني: يتعلق بالتصرفات التي تدل على الرضا قبل زمن المخاصمة فقط، وحكمها لدى المالكية أن المشتري الذي يقوم باستعمال المبيع المعيب بشكل لا ينقص من قيمته يستطيع ممارسة حقه في الرد في حالة ما إذا قام بمنازعة البائع بعد إطلاعه على العيب، ومن أمثلة ذلك أن المشتري الذي يسكن الدار المبيعة بعد إطلاعه على وجود تصدع في جدرانها يحتفظ بحقه في ردها إلى البائع بهذا العيب شريطة أن يقوم بمنازحته بعد إطلاعه على ما تحويه من تصدعات تنقص قيمتها أو تقلل منافعها.

(1) الدكتور وهبة الزحيلي/ المرجع والموضع السابقان.

(2) عبد الرحمن الجزيري/ المرجع السابق، ص 193 و 194.

أما إذا علم المشتري بالعيب ولم يخاصم البائع في الرد ثم قام باستعمال المبيع المعيب، فإن ذلك يؤدي إلى حرمانه من ممارسة حقه في الرد، ولو كان الاستعمال لا ينقص من قيمة المبيع، على أساس أنه يعتبر دليلا على الرضا بالعيب⁽¹⁾.

القسم الثالث: يشمل التصرفات التي لا تدل على الرضا مطلقا، مما يعني أنها لا تمنع المشتري من ممارسة حقه في الرد، دون التفرقة في ذلك بين ما إذا قام بهذه التصرفات في زمن الخصام أو غيره، ومن أمثلتها انتفاع المشتري بلبن الحيوان أو صوفه، وبشكل أعم انتفاع المشتري بالثمرة الناشئة عن المبيع.

هذا وتجدر الإشارة إلى أن بعض فقهاء الشريعة الإسلامية قد ذهبوا إلى أن تصرف المشتري في الشيء المبيع بعد العلم بالعيب لا يكفي لسقوط حقه في الخيار، إلا إذا توفر شرط آخر يتمثل في أن لا يكون المشتري قد اختار الإمساك مع الإرش قبل تصرفه، حيث أن خيار العيب يسقط في حالة سكوت المشتري كما أنه لا يستحق الإرش لأنه رضي بالمبيع ناقصا⁽²⁾.

ومع ذلك يلاحظ أن هناك من الفقهاء من أبدوا مرونة في التعامل مع المشتري حين قرروا أنه يستحق الإرش في جميع الأحوال لا فرق في ذلك بين ما إذا كان عالما بالعيب أو جاهلا به⁽³⁾.

هذا وقد ذهب الدكتور مصطفى الزرقا إلى أن موقف فقهاء الشريعة الإسلامية من أن تصرف المشتري في الشيء المبيع بعد الإطلاع على العيب يؤدي إلى سقوط حقه في خيار العيب يعد حكما معقولا بالنسبة لأحكام خيار العيب في الشريعة الإسلامية، على أساس أن الحق الأصلي للمشتري في فقه الشريعة يقتصر على فسخ البيع ورد المبيع المعيب، ما لم يمنع من الفسخ مانع شرعي، فإذا قام المشتري بالتصرف في الشيء المبيع بعد الإطلاع على العيب كان ذلك دليلا على عدم رغبته في فسخ العقد، ونظرا لأنه ليس له

(1) شمس الدين الشيخ محمد عرفه الدسوقي/ المرجع السابق، ص 21.

(2) شرف الدين موسى المقدسي/ المرجع السابق، ص 98.

(3) أبو محمد عبد الله بن قدامه المقدسي على مختصر أبي القاسم عمر الخرقى/ المرجع السابق، ص 158.

الحق في اختيار التضمين دون الفسخ فإن تصرفه في المبيع المعيب يأخذ حكم الرضا بالعيب⁽¹⁾.

ولتدعيم هذا الموقف استشهد الدكتور مصطفى الزرقا بما جاء في البدائع من أن الأصل أن تخير الشخص بين أمرين يجعل فعله لما يستدل به على اختيار أحدهما، اختيار منه دلالة، ويقوم ذلك مقام القول الصريح بالاختيار⁽²⁾.

هذا وأضاف الدكتور مصطفى الزرقا في معرض تناوله لحق المشتري في إسقاط خيار العيب أن القول بسقوط هذا الحق بسبب التصرف في الشيء المبيع يصح في إطار أحكام خيار العيب المعمول بها في الشريعة الإسلامية، ولكن لا يمكن إعماله في ظل القانون المصري على أساس أن هذا القانون يعطي المشتري الحق في الاختيار بين إبقاء المبيع المعيب مع التعويض أو فسخ العقد، ومعنى ذلك أنه يملك الحق في الإبقاء على المبيع وتضمين البائع، مما يترتب عنه أن تصرفه في الشيء المبيع بعد إطلاعه على العيب يعتبر دليلاً على رضاه بعدم الفسخ، ولكنه لا يمكن أن يكون دليلاً على رضاه بعدم الضمان، إلا إذا تضمن القانون نصاً استثنائياً خاصاً يقضي بسقوط حق المشتري في الضمان بالتصرف في الشيء المبيع، مما يؤدي إلى وجوب تطبيق هذا النص كما كان عليه الوضع في القانون المدني المصري القديم⁽³⁾.

غير أن غياب نص مماثل في القانون المصري الجديد لم يمنع بعض الفقه من اعتبار تصرف المشتري في الشيء المبيع بعد إطلاعه على عيب قديم فيه تنازلاً ضمناً عن حقه في الضمان⁽⁴⁾، كما أنه لم يمنع واضعي المذكرة الإيضاحية لهذا القانون من الإشارة إلى النص الوارد في القانون المصري القديم مع التأكيد على وجوب إعماله في إطار القانون الجديد على أساس أنه تطبيق للقواعد العامة⁽⁵⁾، مما أثار استغراب الدكتور

(1) الدكتور مصطفى أحمد الزرقا/ المرجع السابق، ص 220.

(2) علاء الدين الكاساني/ المرجع السابق، ص 103 أشار إليه الدكتور مصطفى أحمد الزرقا/ العقود المسماة، المرجع السابق، ص 220، الهامش الأول.

(3) الدكتور مصطفى أحمد الزرقا/ المرجع السابق، ص ص 220 و 221.

(4) الدكتور السنهوري/ الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المرجع السابق، ص 748.

(5) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري، المرجع السابق، ص 124.

مصطفى الزرقا الذي اعتبر ما جاء في المذكرة الإيضاحية خطأ فادحا وتمسك بأن تصرف المشتري في المبيع المعيب بعد إطلاعه على العيب يؤدي إلى سقوط حقه في الفسخ مع بقاء حقه في الضمان⁽¹⁾.

هذا وقد ذهب الدكتور صاحب الفتاوي إلى تأييد الموقف القاضي بعدم سقوط حق المشتري في الضمان بالتصرف في الشيء المعيب، ولكنه جعل احتفاظه بهذا الحق مقترنا بشرط قيامه بإخبار البائع بالعيب وتمسكه بحقه في الضمان⁽²⁾.

أما الدكتور عبد الرزاق السنهوري فإنه يفرق بين ما إذا كان تصرف المشتري في الشيء المبيع قد حصل قبل الإطلاع على العيب أو بعده، حيث أنه ذهب إلى أن المشتري لا يستطيع عملا رد المبيع إلى بئعه بالعيب في حالة ما إذا كان تصرفه فيه حاصلًا قبل الإطلاع على العيب بسبب عدم جواز قيامه باسترداد المبيع ممن اشتراه باعتباره ضامنا للتعرض، مما لا يتيح له سوى الرجوع على بئعه بتعويض الضرر الذي أصابه بسبب العيب دون رد المبيع المعيب ما لم يقر من اشتراه برد المبيع بالعيب، أما تصرف المشتري في الشيء المبيع بعد العلم بالعيب فإن الدكتور السنهوري يرى أنه يأخذ حكم التنازل الضمني عن ضمان العيب، غير أنه يرى أن هذه القاعدة لها **استثناءان**، يتعلق الأول بالحالة التي يحتفظ فيها المشتري بحقه في الضمان قبل التصرف في الشيء المبيع، مما يمنحه الحق في الرجوع على البائع بالتعويض عن العيب على أساس أنه احتفظ بالمبيع وتصرف فيه، أما الاستثناء الثاني فيرتبط بالحالة التي يتصرف فيها المشتري في الشيء المبيع بعد العلم بالعيب ويقوم من اشتراه منه بمطالبته بالضمان مما يفتح له المجال للرجوع على بئعه⁽³⁾.

ومهما يكن من أمر فإن الانتقادات الفقهية التي تم توجيهها للقائلين بسقوط حق المشتري في الضمان نتيجة تصرفه في الشيء المبيع بعد علمه بالعيب جاءت بسبب غياب نص تشريعي يقضي بذلك صراحة في القانون المدني المصري كما هو الحال في كل من

(1) الدكتور مصطفى أحمد الزرقا/ المرجع السابق، ص 221.

(2) الدكتور صاحب عبيد الفتاوي/ المرجع السابق، ص 235.

(3) الدكتور السنهوري/ الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المرجع السابق، ص 748.

التشريع اللبناني والمغربي اللذين تضمننا نسا صريحا يقضي باعتبار قيام المشتري ببيع الشيء المبيع أو التصرف فيه أو استعماله لمصلحته الخاصة بعد علمه بالعيب دليلا على تنازله عن الضمان⁽¹⁾.

ولا يخفى أن هذه الانتقادات يمكن أن تتسحب على القائلين بسقوط حق المشتري في الضمان نتيجة تصرفه في الشيء المعيب بعد علمه بالعيب في إطار القانون الجزائري الذي جاء خاليا من نص مماثل للمادة 2/462² من قانون الموجبات والعقود اللبناني المقابلة للمادة 2/572² من ظهير الالتزامات والعقود المغربي شأنه في ذلك شأن التشريع المصري.

لذلك فإنه ليس هناك ما يمنع من أن يضاف لكل من القانون المدني الجزائري والمصري نسا يقضي باعتبار تصرف المشتري في الشيء المعيب أو استعماله لمصلحته الشخصية بعد علمه بالعيب دليلا على تنازله عن حقه في الضمان مثلما كان عليه الوضع في إطار القانون المصري القديم⁽²⁾ ورغم ما جاء في مجموعة الأعمال التحضيرية من أن الأمر يتعلق بحكم واضح يمكن استخلاصه من القواعد العامة⁽³⁾.

غير أن ذلك ليس من شأنه أن يقلل باب المنازعات فيما يتعلق بتحديد ما إذا كان التصرف الصادر عن المشتري دالا على نيته في التنازل عن حقه في إلزام البائع بضمان العيوب الخفية، إذ أن النزاع يبقى قائما فيما يتعلق بكل حالة على حدى، كما حدث في إطار القانون اللبناني رغم تضمنه نسا يقضي باعتبار قيام المشتري ببيع الشيء المبيع أو التصرف فيه أو استعماله لمصلحته الخاصة بعد علمه بالعيب دليلا على تنازله عن الضمان، مما دفع بالفقه إلى تحليل موضوع التنازل الضمني عن الضمان باللجوء إلى إعطاء أمثلة عن التصرفات التي تؤدي إلى حرمان المشتري من حقه في الضمان باعتبارها دليلا على تنازله عن هذا الحق، قبل الانتهاء إلى استحالة إعطاء حل عام لانفراد

(1) تنص المادة 2/462² من قانون الالتزامات والعقود اللبناني المقابلة للمادة 2/572² من ظهير الالتزامات والعقود المغربي على ما يلي: "يسقط حق المشتري في دعوى الرد إذا كان بعد وقوفه على العيب قد باع الشيء أو تصرف فيه على وجه آخر بصفة كونه مالكا."

(2) كانت المادة 325 من القانون المدني المصري القديم تنص على ما يلي: تصرف المشتري في المبيع بأي وجه كان بعد اطلاعه على العيب يوجب سقوط حقه في طلب الضمان: أشار إليها الدكتور السنهاوري/ الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المرجع السابق، ص 748.

(3) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري، المرجع السابق، ص 124.

كل حالة بظروف خاصة يرجع تقديرها لقاضي الموضوع الذي يختص بتحديد ما إذا كان تصرف المشتري في الشيء المبيع أو استعماله لمنفعته الخاصة دليلا على تنازله عن الضمان تبعا للملابسات التي ترافق التصرف الصادر عن المشتري المطالب بضمان العيب⁽¹⁾.

المطلب الثالث

عدم احترام مهلة الادعاء

لا يكفي أن يقوم المشتري بفحص الشيء المبيع وإخطار البائع بما قد يكتشفه من عيوب خفية حتى يقوم التزام البائع بالضمان، وإنما يجب عليه أيضا أن يقوم برفع دعوى الضمان خلال مدة زمنية معينة، حيث أن حقه في إلزام البائع بضمان العيوب الخفية لا يمتد إلى ما لا نهاية.

والواقع أن إلزام المشتري باحترام مهلة معينة يتعين عليه رفع دعوى الضمان خلالها يعد قاسما مشتركا بين مختلف التشريعات، غاية ما في الأمر أن هذه المهلة تختلف من تشريع لآخر.

فقد تناول المشرع الجزائري هذا الموضوع في المادة 1/383¹ من القانون المدني المقابلة للمادة 1/452¹ من القانون المدني المصري التي حددت مدة تقادم دعوى ضمان العيوب الخفية بسنة واحدة تحسب من تاريخ تسليم المبيع⁽²⁾.

أما المشرعان اللبناني والمغربي فقد جعلوا مواعيد رفع دعوى ضمان العيوب الخفية تختلف باختلاف طبيعة الشيء المبيع، حيث أن المشرع اللبناني نص في المادة 463 من قانون الموجبات والعقود المقابلة للمادة 573 من ظهير الالتزامات والعقود المغربي على أن المشتري يلزم برفع دعوى الضمان خلال 365 يوما من تاريخ التسليم في الحالة

(1) الدكتور أسعد دياب/ ضمان عيوب المبيع الخفية، المرجع السابق، ص ص 251 و252.

(2) تنص المادة 1/383¹ من القانون المدني الجزائري المقابلة للمادة 1/452¹ من القانون المدني المصري على ما يلي: "تسقط بالتقادم دعوى الضمان بعد انقضاء سنة من يوم تسليم المبيع حتى ولو لم يكتشف المشتري العيب إلا بعد انقضاء هذا الأجل ما لم يلتزم البائع بالضمان لمدة أطول".

التي يكون فيها المبيع عقارا، وخلال ثلاثين يوما من تاريخ التسليم في الحالة التي يكون فيها محل عقد البيع منقولاً أو حيواناً⁽¹⁾.

وبالرجوع إلى المادة 1648 من القانون المدني الفرنسي يلاحظ أن المشرع الفرنسي كان قد امتنع عن تحديد مدة معينة لرفع دعوى ضمان العيوب الخفية مكتفياً بالنص على ضرورة رفعها في وقت قصير يتم تحديده بناء على طبيعة العيب الموجب للضمان وعرف الجهة التي تم فيها البيع⁽²⁾.

وبناء عليه كانت الاجتهادات القضائية متباينة بشأن البث في مدة تقادم دعاوى ضمان العيوب الخفية لتتراوح هذه المدة من بضع أشهر إلى بضع سنوات تبعا لسلطة القاضي التقديرية⁽³⁾.

هذه السلطة الواسعة قيدتها المادة الثالثة من الأمر الصادر في 17 فبراير 2005 بالنص على أن دعوى ضمان العيب الخفي تتقادم بمرور سنتين من تاريخ الكشف عن العيب بالنسبة لجميع العقود المبرمة بعد صدور الأمر المذكور⁽⁴⁾.

(1) تنص المادة 463 من قانون الموجبات والعقود اللبناني المقابلة للمادة من ظهير الالتزامات والعقود المغربي على ما يلي: "الدعوى الناشئة عن وجود عيب موجب لرد المبيع، أو عن خلوه من الصفات الموعود بها، يجب أن تقام على الوجه التالي وإلا سقط الحق في إقامتها:
- 1 تقام الدعوى من أجل الأموال الثابتة في خلال 365 يوما بعد التسليم.
- 2 وتقام من أجل المنقولات في خلال ثلاثين يوما بعد التسليم."
(2) كانت المادة 1648 من القانون المدني الفرنسي تنص على ما يلي:

"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."

(3) Didier Gobert et Etienne Montero/ Les obligations de conformité et de garantie des vices cachés en matière informatique : le contrat au secours des incertitudes légales et jurisprudentielles, article non publié, pages 10 et 11.

(4) أصبحت المادة 1648/1 من القانون المدني الفرنسي تنص على ما يلي:
"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.**"

ومع ذلك فإن هناك حالات حدد فيها المشرع الفرنسي مواعيد خاصة يتعين على المشتري رفع دعوى الضمان خلالها، حيث أنه نص مثلا فيما يتعلق ببيع عقار تحت الإنشاء أو جزء منه على أن دعوى الضمان تسقط خلال سنة⁽¹⁾.

ومهما يكن من أمر يلاحظ أن تقييد رفع دعوى ضمان العيوب الخفية بمدة زمنية معينة من شأنه أن يمنع امتداد التزام البائع بالضمان إلى ما لا نهاية، خاصة وأن مختلف التشريعات قد عمدت إلى تقصير مهلة الادعاء رغم اختلاف مداها من قانون لآخر.

إن الهدف من وراء ربط دعوى ضمان العيوب الخفية بمدة قصيرة يتعين على المشتري مطالبة البائع بالضمان خلالها يتمثل في تحقيق الاستقرار في التعامل وخلق الثقة بين المتعاقدين، إذ أن البائع لا يبقى مهتدا بالضمان أمدا طويلا، كما أن مصير العقد لا يبقى مهتدا بالزوال مدة طويلة، مما يؤدي إلى ازدهار المبادلات التجارية التي يحتاج نموها إلى استقرار المعاملات⁽²⁾.

ومن جهة أخرى يلاحظ أن جعل مدة الادعاء بضمان العيوب الخفية تمتد لمدة طويلة من شأنه أن يؤدي إلى تعذر التعرف على منشأ العيب وتاريخ حدوثه، حيث أنه قد يستحيل تحديد ما إذا كان العيب قديما موجبا للضمان، أو حادثا لا يقوم التزام البائع بضمانه في الحالة التي يتم فيها مد التزام البائع بضمان العيب لمدة طويلة⁽³⁾.

(1) تنص المادة 1648/2 من القانون المدني الفرنسي على ما يلي:

"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) الدكتور عبد الرزاق السنهوري/ الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المرجع السابق، ص 752. الدكتور أسعد دياب/ المرجع السابق، ص 132. والدكتور رمضان أبو السعود/ شرح العقود المسماة، المرجع السابق، ص 408. والدكتور سليمان مرقس/ في العقود المسماة، المرجع السابق، ص 583. والدكتور لبيب شنب ومجدي صبحي خليل/ المرجع السابق، ص 272

(3) الدكتور عبد الرزاق السنهوري/ الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المرجع السابق، ص 752. والدكتور لبيب شنب ومجدي صبحي خليل/ المرجع السابق، ص 272. والدكتور توفيق حسن فرج/ الوجيز في عقد البيع، المرجع السابق، ص 211.

لذلك فإن المشرعين الجزائري والمصري قد أحسنا حين جعلنا دعوى الضمان تتقادم بمرور سنة واحدة من تاريخ التسليم، إذ أن هذا الموقف 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 يتسنى له الكشف عنها في إطار القانونين اللبناني والمغربي، اللذين نصا على سقوط دعوى الضمان بمرور ثلاثين يوما من تاريخ التسليم في الحالة التي يكون فيها محل عقد البيع منقولاً أو حيواناً.

هذا ويلاحظ أن المشرعين الجزائري والمصري قد أصابا أيضاً حين امتنعوا عن تقدير مدة تقادم دعوى ضمان العيوب الخفية بالنظر إلى طبيعة الشيء المبيع كما فعل كل من المشرع اللبناني والمغربي اللذين جعلوا مدة سقوط دعوى الضمان تختلف تبعاً لما إذا كان محل العقد عقاراً أو منقولاً أو حيواناً، حيث أنهما نصا على أن دعوى الضمان تسقط في الحالة الأولى بمضي 365 يوماً من تاريخ التسليم بينما تسقط في الحالتين الثانية والثالثة بمضي 30 يوماً من تاريخ التسليم، مع أن كشف العيب في العقارات قد يكون أسهل من كشفه في المنقولات التي من الممكن أن تكتسي طابعاً تقنياً معقداً يجعل الكشف عن العيوب التي تكتنفها مستعصياً على المشتري الذي قد يتطلب كشفه للعيب اللجوء إلى استعمال المبيع مدة غالباً ما تزيد عن الشهر، بالإضافة إلى الاستعانة بأهل الخبرة أحياناً⁽¹⁾.

وبذلك فإن ما ذهب إليه المشرعين اللبناني والمغربي من أن دعوى ضمان العيوب الخفية تسقط بمضي ثلاثين يوماً من تاريخ تسليم المنقول قد يؤدي إلى حرمان المشتري من الاستفادة من أحكام ضمان العيوب الخفية في مواجهة البائع لقصر هذه المهلة التي قد تمضي دون أن يتسع للمشتري رفع الدعوى أو كشف العيب.

هذا وإذا كان المشرعين الجزائري والمصري قد نصا على أن دعوى ضمان العيوب الخفية تتقادم بمضي سنة من تاريخ تسليم الشيء المبيع، دون التفرقة في ذلك بين ما إذا كان محل عقد البيع منقولاً أو عقاراً، فإنه يجدر التساؤل عن المقصود بالتسليم الذي

(1) الدكتور أسعد دياب/ المرجع السابق، ص 147.

يجب الاعتداد به في حساب مدة التقادم. فهل يجب الاعتداد بجميع صور التسليم بما في ذلك التسليم الحكمي؟

الواقع أن سكوت المشرعين الجزائري والمصري عن حكم هذه المسألة صراحة لم يمنع الفقه من الاتفاق على أن التسليم الذي يتعين الاعتداد به في حساب تقادم دعوى ضمان العيوب الخفية يتمثل في التسليم الفعلي الذي يتيح للمشتري فحص الشيء المبيع بشكل يسمح له بكشف العيوب التي تكتنفه، أما التسليم الحكمي الذي يتحقق عندما يستبقي البائع الشيء المبيع تحت يده بسبب آخر غير الملكية، فهناك إجماع على أنه لا يكفي لاحتساب مدة التقادم لعدم إتاحتها فرصة فحص الشيء المبيع⁽¹⁾.

ومع ذلك فإن الأمر يتطلب البحث فيما قصده الفقه بالتسليم الفعلي الذي يبدأ حساب مدة التقادم ابتداء من تاريخ تمامه، كما أنه يتطلب أيضا التساؤل عما إذا كان يجب الاعتداد بالصور الأخرى للتسليم في حساب تقادم دعوى ضمان العيوب الخفية.

لقد ذهب الأستاذ أسعد دياب إلى أن تحديد تاريخ التسليم الفعلي يعد مسألة واقع يعود اختصاصها لقضاة الموضوع الذين يتعين عليهم للقول بحصول التسليم الفعلي البحث فيما إذا كان بمقدور المشتري الإطلاع على الشيء المبيع، وفيما إذا كان في وضع يتيح له القيام بفحصه لمعرفة ما إذا كان معيبا⁽²⁾.

وبناء عليه فقد ذهب بعض الفقه إلى أنه لا يقصد بالتسليم الوقت الذي يحصل فيه التسليم فعليا، وإنما يقصد به الوقت الذي يقوم فيه البائع بتمكين المشتري من الاستلام، على أساس أنه لا يجوز ترك التسليم خاضعا لسوء نية المشتري وإهماله⁽³⁾.

(1) الدكتور عبد الرزاق السنهوري/ الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المرجع السابق، ص 752، الهامش الأول. والدكتور سليمان مرقس/ في العقود المسماة، المرجع السابق، ص 583. والدكتور توفيق حسن فرج/ الوجيز في عقد البيع، المرجع السابق، ص 212. والدكتور رمضان أبو السعود/ شرح العقود المسماة، المرجع السابق، ص 408. والدكتور محمد حسنين/ المرجع السابق، ص 158. والدكتور صاحب عبيد الفتلاوي/ المرجع السابق، ص 224.

(2) الدكتور أسعد دياب/ المرجع السابق، ص 140.

(3) الدكتور أحمد شوقي محمد عبد الرحمن/ المرجع السابق، ص 106.

غير أنه يلاحظ أن الدكتورين: لبيب شنب ومجدي صبحي خليل قد ذهبا إلى حد الاستغراب من اتفاق الفقه مع الدكتور عبد الرزاق السنهوري على الاكتفاء بالتعرض للتسليم الفعلي والحكمي فقط في البحث عن المقصود بالتسليم الذي يتعين حساب مدة تقادم دعوى ضمان العيوب الخفية ابتداء من تاريخ حدوثه، دون التطرق لأهم صور التسليم المتمثل في التسليم القانوني، الذي يتحقق بمجرد قيام البائع بوضع المبيع تحت تصرف المشتري بحيث يتمكن من حيازته والانتفاع به دون عائق ولو لم يستول عليه بالفعل، رغم أن تمام التسليم بهذه الطريقة يكفي للبدء في حساب مدة التقادم، على أساس أن امتناع المشتري عن استلام المبيع بالفعل رغم وجوده تحت تصرفه يعد تقصيرا منه⁽¹⁾.

إن موقف الدكتورين: لبيب شنب ومجدي صبحي خليل من أن قيام البائع بإعلام المشتري بوجود الشيء المبيع تحت تصرفه يكفي لبدء مدة التقادم من شأنه أن يحول دون تمكين المشتري من الاستفادة من تقصيره في أداء التزامه بالاستلام في مواجهة البائع الذي يكون قد أدى التزامه بالتسليم، مما يستدعي عدم انتظار انتقال المبيع إلى حيازة المشتري فعلا للبدء في حساب مدة تقادم دعوى ضمان العيوب الخفية.

غير أن هذا الموقف قد لا يستدعي استغراب ما ذهب إليه باقي الفقهاء من وجوب الاعتداد بالتسليم الفعلي في حساب مدة التقادم، ذلك أن الرجوع إلى الدراسة التي خص بها هذا الجانب الفقهي موضوع التسليم باعتباره أحد الالتزامات الجوهرية التي يرتبها عقد البيع في ذمة البائع من شأنه أن يسمح بالتوصل إلى أن المقصود بالتسليم الفعلي لديه يتمثل في قيام البائع بوضع الشيء المبيع تحت تصرف المشتري وإعداره بالاستلام، حيث ذهب الدكتور: عبد الرزاق السنهوري إلى وجوب التفرقة بين تسليم المبيع وانتقال الحيازة، لأن المشتري قد يكون متسلما للمبيع ولكنه غير حائز له في الحالة التي يتم فيها وضع الشيء المبيع تحت تصرفه وإعداره من البائع بالاستلام، موضحا أن التسليم الذي لا يعقبه تسلم يسمى تسليما قانونيا بينما يطلق على التسليم الذي يليه تسلم مصطلح التسليم الفعلي، مفضلا

(1) الدكتور لبيب شنب ومجدي صبحي خليل/ المرجع السابق، ص 273.

استعمال عبارة التسليم الفعلي كلما تعلق الأمر بتسليم مادي لا فرق في ذلك بين ما إذا كان قد أعقبه تسلم أو لم يعقبه⁽¹⁾.

وبالتالي فإن الأمر يبدو أنه لا يعدوا أن يكون سوى اختلافا اصطلاحيا، حيث أن الصورة التي أطلق عليه الدكتورين لبيب شنب ومحمد صبحي مصطلح التسليم القانوني⁽²⁾ سماها الأستاذ الدكتور عبد الرزاق السنهوري تسليما فعليا⁽³⁾، وذهب بعض الفقه إلى تسميته بالتسليم الحقيقي⁽⁴⁾.

غير أن ما ذهب إليه الأستاذ الدكتور عبد الرزاق السنهوري لاحقا من أن دعوى ضمان العيوب الخفية تتقادم بمرور سنة واحدة تسري من وقت "تسلم" المشتري للمبيع، قد يؤدي إلى استثناء التسليم الذي لا يعقبه تسلم للشيء المبيع من حساب مدة تقادم دعوى ضمان العيوب الخفية، مع أن المشرعين الجزائري والمصري ربطا تقادم هذه الدعوى بتاريخ تمام التسليم دون الاعتداد بتاريخ التسلم الذي يتطلب انتقال الحيازة⁽⁵⁾.

هذا وإذا كان القول بوجود الاعتداد بتاريخ تسلم المشتري للشيء المبيع في حساب مدة تقادم دعوى ضمان العيوب الخفية فيه خروج عن النص التشريعي الذي يلزم المشتري برفع دعوى الضمان خلال سنة من تاريخ التسليم، فإن المشتري قد يكون حائزا للشيء المبيع فعلا قبل البيع، حيث أنه لا يحتاج إلى استيلاء مادي جديد ليتم التسليم، وإنما يحتاج إلى اتفاق مع البائع على بقاء المبيع في حيازته بصفته مالكا، مما يتطلب التساؤل عن تاريخ البدء في حساب مدة تقادم دعوى ضمان العيوب الخفية في الحالة التي تسبق فيها حيازة المشتري للشيء المبيع تاريخ إبرام عقد البيع وتستمر بعد انعقاده.

(1) الدكتور السنهوري/ الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المرجع السابق، ص 589.

(2) الدكتور لبيب شنب ومجدي صبحي خليل/ المرجع السابق، ص 273.

(3) الدكتور السنهوري/ الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المرجع السابق، ص 589.

(4) الدكتور محمد حسين منصور/ شرح العقود المسماة، المرجع السابق، ص 167. والدكتور مصطفى أحمد الزرقاء/ المرجع السابق، ص 140.

(5) الدكتور السنهوري/ الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المرجع السابق، ص 752.

الواقع أن الأمر يتعلق هنا بصورة من صور التسليم الحكمي الذي يعد تصرفاً قانونياً يتم بمقتضاه الاتفاق بين البائع والمشتري على استمرار حيازة هذا الأخير للمبيع بعد إبرام عقد البيع بصفته مالكا بعد أن كان حائزاً له قبل العقد بصفة أخرى⁽¹⁾.

ومعنى ذلك أن المشتري يكون في مثل هذه الحالة حائزاً للمبيع قبل البيع وبعده، مما يتطلب - في تقديري - البدء في حساب مدة تقادم دعوى ضمان العيوب الخفية ابتداء من تاريخ إبرام عقد البيع على أساس أن التسليم يتم في هذه الحالة بمجرد التراضي على البيع تطبيقاً للمادة 367/2 من القانون المدني الجزائري المقابلة للمادة 235/2 من القانون المدني المصري⁽²⁾.

ولعل ما يؤيد هذا الحكم أن الفقه قد اتفق على أن التسليم الذي يتم الاعتداد به في حساب مدة التقادم يتمثل في التسليم الفعلي مستبعداً التسليم الحكمي الذي يتحقق عندما يستبقي البائع الشيء المبوع تحت يده بسبب آخر غير الملكية، دون الإشارة إلى التسليم الحكمي الذي يكون المشتري بمقتضاه حائزاً للشيء المبوع قبل البيع والذي يشترك مع التسليم الفعلي في أنه يتيح للمشتري فحص الشيء المبوع وكشف العيوب التي تعتريه⁽³⁾، ذلك أن التسليم الفعلي يتحقق وفق ما ذهب إليه هذا الجانب الفقهي بقيام البائع بوضع المبيع تحت تصرف المشتري وإذاره بالاستلام، مما يتيح له إمكانية القيام بفحص المبيع والكشف عن عيوبه، شأنه في ذلك شأن التسليم الحكمي الذي يتحقق عندما يكون المشتري حائزاً للمبيع قبل البيع وبعده⁽⁴⁾.

(1) الدكتور السنهوري/ الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المرجع السابق، ص 593. والدكتور محمد حسنين/ المرجع السابق، ص 110.

(2) تنص المادة 367/2 من القانون المدني الجزائري المقابلة للمادة 435/2 من القانون المدني المصري على ما يلي: "وقد يتم التسليم بمجرد تراضي الطرفين على البيع إذا كان المبيع موجوداً تحت يد المشتري قبل البيع أو كان البائع قد استبقى المبيع في حيازته بعد البيع لسبب آخر لا علاقة له بالملكية".

(3) الدكتور السنهوري/ الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المرجع السابق، ص 752، الهامش الأول. والدكتور سليمان مرقس/ في العقود المسماة، المرجع السابق، ص 583. والدكتور توفيق حسن فرج/ الوجيز في عقد البيع، المرجع السابق، ص 212. والدكتور رمضان أبو السعود/ المرجع السابق، ص 408. والدكتور محمد حسنين/ المرجع السابق، ص 158.

(4) الدكتور السنهوري/ الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المرجع السابق، ص 589.

ومهما يكن من أمر فإن خلاصة القول أن دعوى ضمان العيوب الخفية تتقدم بإجماع الفقهاء بمرور سنة واحدة من تاريخ التسليم الفعلي الذي يتمثل في قيام البائع بوضع الشيء المبيع تحت تصرف المشتري وإعداره بالاستلام بقطع النظر عما إذا كان المشتري قد تسلم المبيع فعلا.

وطالما أن العبرة في حساب مدة تقادم دعوى الضمان تتمثل في التاريخ التي يتم فيه وضع المبيع تحت تصرف المشتري بقطع النظر عن انتقال الحيازة من عدمها، فإنه يتعين البدء في حساب مدة التقادم ابتداء من تاريخ إبرام العقد في الحالة التي يكون المشتري بمقتضاها حائزا للشيء المبيع قبل البيع، لاشتراك هذه الحالة في العلة مع التسليم الفعلي في أنها تتيح للمشتري فحص الشيء المبيع وكشف العيوب التي تعتريه.

هذا وإذا كانت دعوى ضمان العيوب الخفية تتقدم بمرور سنة واحدة من تاريخ التسليم كمبدأ عام، فإن البائع لا يمكنه التمسك بهذه المدة في مواجهة المشتري في الحالة التي يثبت فيها ارتكابه غشا تطبيقا للمادة 2/383² من القانون المدني الجزائري المقابلة للمادة 2/452² من القانون المدني المصري⁽¹⁾.

على أن سوء نية البائع لا تفترض، حيث أن الأصل هو حسن النية تطبيقا للقواعد العامة التي تقضي بافتراض حسن النية التي يجب على من يدعي عكسها أن يقدم الدلائل على ذلك.

وبناء عليه فإن عبء إثبات غش البائع يقع على عاتق المشتري الراغب في الاستفادة من الحكم الوارد في المادة 2/383² من القانون المدني الجزائري المقابلة للمادة 2/452² من القانون المدني المصري، والتي تقضي بعدم تقادم دعوى ضمان العيوب الخفية بمرور سنة من تاريخ التسليم في حالة ثبوت غش البائع⁽²⁾.

(1) تنص المادة 2/383² من القانون المدني الجزائري المقابلة للمادة 2/452² من القانون المدني المصري على ما يلي: "غير أنه لا يجوز للبائع أن يتمسك بسنة التقادم متى تبين أنه أخفى العيب غشا منه."

(2) الدكتور أسعد دياب/ المرجع السابق، ص 138. والدكتور أنور سلطان/ العقود المسماة، المرجع السابق، ص 275. والدكتور لحسين بن شيخ آث ملويا/ المرجع السابق، ص 475.

ففي هذا السياق ذهبت المحكمة العليا إلى نقض قرار صدر عن مجلس الجزائر العاصمة يقضي بتأييد حكم يقر بوجود عيب خفي لمصلحة مشتري سيارة، على أساس أن المشتري قام برفع دعوى الضمان بعد مرور سنتين ونصف من تاريخ إبرام العقد ومن تاريخ التسليم من جهة، وعلى أساس أنه لم يقدم الدليل على قيام البائع بإخفاء العيب غشا منه⁽¹⁾.

هذا وإذا تمكن المشتري من إثبات غش البائع سقط حق هذا الأخير في التمسك بالتقادم الحولي لدعوى الضمان التي تتقادم في هذه الحالة بمرور خمس عشرة سنة باتفاق الفقه الذي اختلف في تحديد الوقت الذي يتم فيه البدء في حساب هذه المدة بين قائل بالاعتداد بتاريخ إبرام العقد⁽²⁾، و متمسك بوجود أخذ يوم اكتشاف العيب بعين الاعتبار⁽³⁾، ومنتقد لهذين الرأيين بالدعوة إلى حساب مدة تقادم دعوى الضمان في جميع الأحوال من تاريخ التسليم الفعلي للمبيع، لا فرق في ذلك بين ما إذا كان البائع قد ارتكب غشا أم لا⁽⁴⁾.

وفي تدعيم هذا الرأي الأخير ذهب الدكتور لحسين بن شيخ ملويا إلى أن المادة 383 من القانون المدني الجزائري تقضي في فقرتها الثانية باستبعاد الأخذ بمدة التقادم المقدرة بسنة واحدة في حال غش البائع دون النص على استبعاد ما جاءت به الفقرة الأولى من هذه المادة التي قضت بحساب مدة التقادم من تاريخ التسليم، مما يعني أن دعوى ضمان العيوب الخفية تتقادم بمضي سنة واحدة من تاريخ التسليم كمبدأ عام وبمضي خمس عشرة سنة من تاريخ التسليم في حال ثبوت غش البائع⁽⁵⁾.

وأضاف الدكتور: لحسين بن شيخ آث ملويا في تأسيسه لوجوب الأخذ بتاريخ التسليم كنقطة انطلاق لحساب مدة التقادم إلى أن بدء التقادم وانتهائه يعد من النظام العام، مما يحول دون الاجتهاد بخصوص هذه المسألة، إضافة إلى أن المشرع الجزائري لو أراد

(1) المجلة القضائية، العدد الأول، سنة 1991، ص 21 و ما بعدها.

(2) الأستاذة زاهية سي يوسف/ عقد البيع، المرجع السابق، ص 185.

(3) الدكتور محمد حسنين/ المرجع السابق، ص 159. والدكتور السنهوري/ الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المرجع السابق، ص 753. والدكتور سليمان مرقس/ عقد البيع، المرجع السابق، ص 584. والدكتور محمد حسنين/ المرجع السابق، ص 159. والدكتور أنور سلطان/ العقود المسماة، المرجع السابق، ص 275.

(4) الدكتور لحسين بن شيخ آث ملويا/ المرجع السابق، ص 469.

(5) الدكتور لحسين بن شيخ آث ملويا/ المرجع والموضع السابقان.

الأخذ بتاريخ آخر لحساب هذه المدة لنص على ذلك صراحة، سواء يجعل هذه المدة تبدأ من تاريخ إبرام العقد أو من تاريخ الكشف عن العيب⁽¹⁾.

ومن جهة أخرى يلاحظ أن الدكتور ملويا قد أشار إلى المادة 315 من القانون المدني الجزائري في تدعيمه للقول بوجوب الأخذ بالتسليم الفعلي كنقطة انطلاق لحساب مدة التقادم في حال ثبوت غش البائع، قائلاً إن هذه المادة تقرر مبدأ عاماً مفاده أن التقادم لا يبدأ فيما لم يرد فيه نص خاص إلا من اليوم الذي يصبح فيه الدين مستحق الأداء، مما يعني وجوب الاعتداد بالنص الخاص المتمثل في المادة 383 من القانون المدني الجزائري التي تحدد يوم البدء في حساب مدة التقادم بيوم تسليم المبيع للمشتري⁽²⁾.

وفي جميع الأحوال فإن غش البائع لا يتحقق بمجرد علمه بالعيب وإنما يقتضي أيضاً قيام البائع بإخفاء العيب غشاً، حيث أنه لا يكفي أن يكون البائع عالماً بالعيب، وإنما يشترط أيضاً أن يعتمد إخفاءه عن المشتري حتى تتم إطالة مدة تقادم دعوى ضمان العيوب الخفية لمصلحة المشتري الذي يفتح أمامه باب منازعة البائع استناداً إلى أحكام دعوى ضمان العيوب الخفية مدة خمس عشرة سنة تطبيقاً للمادة 308 من القانون المدني الجزائري المقابلة للمادة 378 من القانون المدني المصري، بدلاً من سنة واحدة من تاريخ التسليم تطبيقاً للمادة 1/383 من القانون المدني الجزائري المقابلة للمادة 1/452 من القانون المدني المصري التي اعتمد المشرع بمقتضاها تقادماً حولياً بغية تحقيق استقرار المعاملات⁽³⁾.

هذا وقد يتم إخفاء العيب بعمل مادي كاستخدام الطلاء في إخفاء إصلاحات أو أجزاء معيبة في السيارة، كما أنه قد يتم بصدور تصرفات وتأكيدات من البائع من شأنها

(1) الدكتور حسين بن شيخ آث ملويا/ المرجع والموضع السابقان.

(2) الدكتور حسين بن شيخ آث ملويا/ المرجع والموضع السابقان.

(3) الدكتور السنهوري/ الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المرجع السابق، ص 753، الهامش الأول. والدكتور أسعد دياب/ المرجع السابق، ص 138.

التأثير في إرادة المشتري وصرفه عن التحقق من وجود العيب، أو بكتمان العيب مع العلم بأن وجوده يؤدي إلى تفويت الغرض من التعاقد⁽¹⁾.

وبناء عليه أيدت محكمة النقض المصرية قضاة الموضوع في حكمهم القاضي بعدم التقادم الحولي لأحدى دعاوى ضمان العيوب الخفية التي أخفى فيها البائع على المشتري أن الدور الأول من العقار المبيع كان مؤجراً، ضامناً له أنه يغل قدرنا قصد دفعه إلى الشراء، وذلك على أساس أن تعمد البائع إخفاء واقع الأمر على المشتري كان غشاً منه، مما يستدعي تقادم دعوى ضمان العيوب الخفية بمرور 15 سنة من تاريخ إبرام العقد⁽²⁾.

هذا ويلاحظ أن القضاء الفرنسي يفترض العلم بالعيب في البائع المحترف الذي لا يستطيع الاحتجاج بجهله بالعيب الموجود في الشيء المبيع لتوفره على الإمكانيات الفنية التي تمكنه من كشف العيوب⁽³⁾، ومعنى ذلك أن مهنة البائع قد تكون قرينة على علمه بالعيب وتعتمده غش المشتري في الحالة التي تفرض فيها الخبرة المهنية العلم بالعيب وتتطلب طبيعة المهنة الإفصاح عن العيب للمشتري⁽⁴⁾.

وإذا كان المبدأ العام القاضي بتقادم دعوى ضمان العيوب الخفية بمرور سنة من تاريخ التسليم يعرف استثناء في الحالة التي يرتكب فيها البائع غشاً، فإن هذا المبدأ يعرف استثناء آخر أورده المشرع الجزائري في المادة 1/383¹ من القانون المدني المقابلة للمادة 1/452¹ من القانون المدني المصري، حيث أنه أجاز للطرفين الاتفاق على إطالة مدة تقادم

(1) الدكتور أسعد دياب/ المرجع السابق، ص 138.

(2) الدكتور محمد حسين منصور/ شرح العقود المسماة في مصر و لبنان، البيع والمقايضة، الجزء الأول، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، بيروت، لبنان، سنة 1995، ص 167، الهامش الثاني. والدكتور محمد شتا أبو سعد/ المرجع السابق، ص 356.

(3) Cass. com. 21 Janvier 1992, contr.conc.cons.1992, n° 5, Obs. Leveneur : cité par Jean Gatsi/ Les contrats spéciaux, précité, page 50. Et Cass. com. 27 Novembre 1972, Bull.civ.IV, 282, page 266.

(4) جاك الحكيم/ العقود الشائعة أو المسماة، عقد البيع، الطبعة الثانية، مطبعة الكتبي، دمشق، سنة 1963: أشار إليه: الدكتور أسعد دياب/ المرجع السابق، ص 138.

دعوى ضمان العيوب الخفية⁽¹⁾ استثناء عن القاعدة العامة الواردة في المادة 1/322 من القانون المدني الجزائري المقابلة للمادة 1/388 من القانون المدني المصري والتي تقضي بعدم جواز الاتفاق على تعديل مدة التقادم⁽²⁾.

هذا ويلاحظ أن الفقه المصري قد اختلف في تحديد ما إذا كان يجوز لأطراف عقد البيع الاتفاق أيضا على تقصير مدة تقادم دعوى ضمان العيوب الخفية، فذهب جانب منه إلى إجازة ذلك عملا بما جاء في المذكرة الإيضاحية للقانون المدني المصري⁽³⁾، على أساس أن الاتفاق على تقصير المدة يعد اتفاقا على الإنقاص من الضمان⁽⁴⁾، بينما ذهب جانب آخر إلى أن الاستثناء الوارد في المادة 1/383 من القانون المدني الجزائري المقابلة للمادة 1/452 من القانون المدني المصري يقتصر على إطالة مدة التقادم فقط، ولا يجوز أن يقاس عليه من أجل تمكين أطراف العقد من الإنقاص منها، على أساس أن القاعدة العامة هي عدم جواز تعديل مدة التقادم⁽⁵⁾.

ولعل هذا الرأي الأخير هو الأقرب إلى الصواب على أساس أن إعطاء الطرفين إمكانية الاتفاق على الإنقاص من مدة تقادم دعوى ضمان العيوب الخفية يؤدي إلى تحميل النصوص التشريعية أكثر مما تحتمل، إذ أن المشرع لو أراد تمكين الطرفين من الاتفاق على الإنقاص من مدة تقادم دعوى الضمان لنص على ذلك صراحة، ولما اقتصر على النص على إمكانية الاتفاق على إطالة المدة فقط، خاصة وأن الاتفاق على تعديل مدة التقادم لا يجوز بنص القانون.

(1) تنص المادة 1/383 من القانون المدني الجزائري المقابلة للمادة 1/452 من القانون المدني المصري على ما يلي: "تسقط بالتقادم دعوى الضمان بعد انقضاء سنة من يوم تسليم المبيع حتى ولو لم يكتشف المشتري العيب إلا بعد انقضاء هذا الأجل ما لم يلتزم البائع بالضمان لمدة أطول".

(2) تنص المادة 1/322 من القانون المدني الجزائري المقابلة للمادة 1/388 من القانون المدني المصري على ما يلي: "لا يجوز التنازل عن التقادم قبل ثبوت الحق فيه، كما لا يجوز الاتفاق على أن يتم التقادم في مدة تختلف عن المدة التي عينها القانون".

(3) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري، المرجع السابق، ص 127.

(4) الدكتور صاحب عبيد الفتلاوي/ المرجع السابق، ص 224.

(5) الدكتور السنهوري/ الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المرجع السابق، ص 752. والدكتور إسماعيل غانم/ مذكرات في العقود المسماة، المرجع السابق، ص 200.

ومن جهة أخرى يلاحظ أن المشرع حين وضع أحكام ضمان العيوب الخفية قصد توفير حماية أكبر للمشتري، في حين أن إجازة الاتفاق على إنقاص مدة الادعاء بالضمان من شأنه أن يؤدي إلى تحرير البائع من دعوى ضمان العيب في وقت مبكر.

ومع ذلك فقد يقال: إن إنقاص مدة الادعاء بالضمان لا يتعارض مع السياسة التشريعية التي تهدف إلى حماية المشتري على أساس أن المشرع قد أجاز الاتفاق على التشديد من أحكام الضمان كما أنه أجاز التخفيف منها وإسقاطها.

وعلى فرض أن التقصير من مدة التقادم يعد إنقاصا للضمان، فإن كلا من المشرع الجزائري والمصري قد علقا إمكانية الاتفاق على الإنقاص من الضمان أو إسقاطه على شرط يتمثل في عدم تعمد البائع إخفاء العيب غشا منه⁽¹⁾.

ومهما يكن من أمر فإن تمكين الطرفين من الاتفاق على إطالة مدة تقادم دعوى ضمان العيوب الخفية أو تقصيرها من شأنه أن يثير تساؤلا يتعلق بتحديد ما إذا كان يجوز للبائع التمسك بالمدة المتفق عليها في الحالة التي يثبت فيها ارتكابه غشا.

لقد اكتفى كل من المشرع المصري والجزائري بالنص على حرمان البائع الغاش من التمسك بالتقادم الحولي لدعوى ضمان العيوب الخفية، دون الإشارة لما إذا كان بإمكانه التمسك بمدة التقادم المتفق عليها في عقد البيع في حالة ثبوت ارتكابه غشا⁽²⁾.

ولعل سكوت الفقه عن إثارة هذه الإشكالية يرجع إلى أن الأمر لا يعدوا أن يكون سوى تطبيقا للقواعد العامة التي تقضي بأن الغش يفسد كل التصرفات، ذلك أن البائع الذي يرتكب غشا لا يستطيع أن يتمسك بالتقادم الحولي لدعوى ضمان العيوب الخفية بناء على نص القانون، كما أنه لا يستطيع - في تقديري - التمسك بمدة التقادم المتفق عليها في مواجهة المشتري الذي أراد المشرع حمايته بمنع البائع المرتكب للغش من التمسك بالتقادم

(1) تنص المادة 384 من القانون المدني الجزائري المقابلة للمادة 453 من القانون المدني المصري على ما يلي: "يجوز للمتعاقدین بمقتضى اتفاق خاص أن يزيدا في الضمان أو أن ينقصا منه وأن يسقطا هذا الضمان، غير أن كل شرط يسقط الضمان أو ينقصه يقع باطلا إذا تعمد البائع إخفاء العيب في المبيع غشا منه".

(2) تنص المادة 383/2 من القانون المدني الجزائري المقابلة للمادة 452/2 من القانون المدني المصري على ما يلي: "غير أنه لا يجوز للبائع أن يتمسك بسنة التقادم متى تبين أنه أخفى العيب غشا منه".

الحولي لدعوى الضمان بجعلها خاضعة للمبدأ العام الذي يؤدي إعماله إلى تقادم دعوى ضمان العيوب الخفية بمرور خمس عشرة سنة.

وبناء عليه فإنه لا يوجد أي مبرر لإخضاع هذه الدعوى للتقادم المتفق عليه في الحالة التي يثبت فيها ارتكاب البائع لغش بينما يتم إخضاعها للمبدأ العام الذي يقضي بتقادم الدعوى بمرور خمس عشرة سنة في حالة سكوت الطرفين عن الاتفاق على مدة التقادم رغم وحدة العلة بين الحالتين.

وفي جميع الأحوال فإن المدة المحددة للدعاء بضمان العيوب الخفية تعتبر في القانونين الجزائري والمصري مدة تقادم بإجماع الفقهاء⁽¹⁾، خلافا لما هو مقرر طبقا للمادة 463 من قانون الموجبات والعقود اللبناني التي أجمع الفقه اللبناني في تحليلها على أن المدة المحددة للدعاء بضمان العيوب الخفية تعتبر مدة إسقاط، من حيث أنها تقوم على ضرورة فض المنازعات المترتبة عن عقد البيع في أجل قصير، وليس على أساس قرينة الوفاء، كما هو الحال بالنسبة للمهل التي تخضع لنظام التقادم⁽²⁾.

أما المشرع المغربي فقد استعمل في المادة 1/573¹ من ظهير الالتزامات والعقود أسلوبا لغويا من شأنه أن يعطي انطبعا على أنه يعتبر مهلة الادعاء بضمان العيوب الخفية مدة إسقاط⁽³⁾، غير أنه قام في الفقرة الرابعة من نفس المادة بالنص على أن هذه المهلة تخضع للأحكام المتعلقة بالتقادم عن طريق الإحالة إليها⁽⁴⁾.

هذا ويترتب على اعتبار مدة الادعاء بضمان العيوب الخفية مدة تقادم أنها تحسب تطبيقا للقواعد العامة بالأيام وليس بالساعات، لأن حساب المدة بالساعات يقتضي تحديد

(1) الدكتور أحمد شوقي محمد عبد الرحمن/ المرجع السابق، ص 105. والدكتور محمد حسنين/ المرجع السابق، ص ص 158 و159. والدكتور لحسين بن شيخ آث ملويا/ المرجع السابق، ص 467.

(2) الدكتور أسعد دياب/ المرجع السابق، ص 144.

(3) تنص المادة 1/573¹ من ظهير الالتزامات والعقود المغربي على ما يلي: "كل دعوى ناشئة عن العيوب الموجبة للضمان أو عن خلو المبيع من الصفات الموعود بها يجب أن ترفع في الآجال الآتية وإلا سقطت...".

(4) تنص المادة 4/573⁴ من ظهير الالتزامات والعقود المغربي على ما يلي: "ويسوغ تمديد هذه الآجال أو تقصيرها باتفاق المتعاقدين، وتسري أحكام الفصول 371 إلى 377 على سقوط دعوى ضمان العيب".

الساعة التي بدأ فيها التقادم على وجه الدقة، في حين أن المؤلف في تعيين التاريخ يقتصر على ذكر اليوم دون الاعتداد بالساعة⁽¹⁾.

كما أنه لا يحسب أول يوم ولا آخر يوم من المدة بناء على المادة 314 من القانون المدني الجزائري المقابلة للمادة 380 من القانون المدني المصري⁽²⁾، إضافة إلى أن الأيام تحسب كاملة ولا تحسب أجزاء اليوم، مما يترتب عليه أن مدة التقادم تحسب بالأيام من منتصف اليوم إلى منتصف اليوم الموالي⁽³⁾.

ونظراً لسكوت المشرع عن إيراد حكم خاص يتعلق بحساب مدة التقادم فيما يتعلق بضمان العيوب الخفية، فإن هذه المدة تحسب بالتقويم الميلادي وليس بالتقويم الهجري، تطبيقاً للحكم العام الوارد في المادة الثالثة من القانون المدني الجزائري والمادة الثالثة من القانون من القانون المدني المصري⁽⁴⁾.

هذا وإذا كانت كيفية حساب مدة التقادم على درجة من الأهمية فإن اعتبار مدة الادعاء بضمان العيوب الخفية مدة تقادم في كل من القانون الجزائري والمصري والمغربي من شأنه أن يرتب نتائج هامة تختلف عن تلك التي تترتب عن اعتبار هذه المدة مدة إسقاط كما هو الشأن في القانون اللبناني.

ذلك أن مدة الإسقاط تعتبر من النظام العام مما يعني أن القاضي يثيرها من تلقاء نفسه، كما أنها لا تقبل الوقف أو القطع، إذ أنها تسري في مواجهة الجميع وتنتج آثارها حتى في مواجهة ناقصي الأهلية، ولا يؤثر فيها توجيه اليمين على انتفاء العيب أو على

(1) الدكتور مأمون الكزبري/ نظرية الالتزامات، في ضوء قانون الالتزامات والعقود المغربي، الجزء الثاني، أوصاف الالتزام وانتقاله وانقضاؤه، مطبعة النجاح الجديدة، 1970، ص 546.

(2) تنص المادة 314 من القانون المدني الجزائري المقابلة للمادة 380 من القانون المدني المصري على ما يلي: "تحسب مدة التقادم بالأيام لا بالساعات، ولا يحسب اليوم الأول وتكمل المدة بانقضاء آخر يوم منها".

(3) الدكتور عبد الحميد الشواربي والأستاذ أسامة عثمان/ أحكام التقادم في ضوء القضاء والفقهاء، دار الكتاب الحديث، الإسكندرية، سنة 1989، ص 62. والأستاذ علي أحمد حسن/ التقادم في المواد المدنية والتجارية فقها وقضاء، منشأة المعارف الإسكندرية، سنة 1985، ص 44.

(4) تنص المادة الثالثة من القانون المدني الجزائري المقابلة للمادة الثالثة من القانون المدني المصري على ما يلي: " تحسب الأجل بالتقويم الميلادي ما لم ينص القانون على خلاف ذلك."

تعويض المشتري، كما أنه لا يمكن تعديلها بالزيادة والنقصان عن طريق الاتفاق ما لم يوجد نص صريح بذلك⁽¹⁾.

وبمرور هذه المدة يسقط الحق في إثارة العيب سقوطاً كاملاً حيث أنه لا يجوز التمسك به بعد ذلك عن طريق الادعاء في شكل دعوى أصلية أو في شكل دفع لمواجهة طلب أصلي، على أساس أنه لا مجال لإعمال قاعدة أبدية الدفع في مثل هذه الحالة، لأن انقضاء المدة يؤدي إلى انقضاء الحق بالتبعية⁽²⁾.

وعلى هذا الأساس فإن أهم الاختلافات التي تظهر من خلال المقارنة بين مدد الإسقاط ومدد التقادم تتمثل في عدم تعلق مدد التقادم بالنظام العام إضافة إلى قابليتها للقطع والوقف.

لذلك فإن الأمر يتطلب البحث في النتائج المترتبة عن عدم تعلق المدة المحددة للادعاء بضمان العيوب الخفية بالنظام العام باعتبارها مدة تقادم في كل من القانون الجزائري والمصري والمغربي، كما يتطلب البحث في كيفية قطع هذه المهلة ووقفها، إلى جانب تحديد النتائج المترتبة على ذلك تطبيقاً للقواعد العامة في التقادم.

(1) الدكتور أسعد دياب/ المرجع السابق، ص 145.

(2) الدكتور أسعد دياب/ المرجع والموضع السابقان.

أولا الآثار المترتبة على عدم تعلق المهلة المحددة للدعاء بضمان عيوب المبيع

الخفية بالنظام العام:

يترتب على كون المهلة المحددة للدعاء بضمان العيوب الخفية غير متعلقة بالنظام العام نتائج عملية مهمة من حيث أنه لا يجوز للقاضي أن يثيرها من تلقاء نفسه⁽¹⁾، فهو ينظر في دعوى الضمان رغم مرور المدة المحددة قانونا في حال سكوت الدائن بالضمان عن المطالبة برفض الدعوى لهذا السبب⁽²⁾.

ذلك أن المدين بالضمان يستطيع الدفع بانقضاء دعوى الضمان بمرور المدة، شريطة أن يقوم بذلك قبل كل دفع في الموضوع تطبيقا للقواعد العامة في التقادم التي تعطيه أيضا الحق في التنازل عن هذا الدفع⁽³⁾.

غير أن التنازل عن الدفع بالتقادم يجب أن يتم بعد ثبوت الحق فيه تطبيقا للمادة 322 من القانون المدني الجزائري المقابلة للمادة 380 من القانون المدني المصري⁽⁴⁾.

كما أن هذا التنازل لا ينفذ في حق دائني البائع إذا صدر إضرارا بهم تطبيقا للفقرة الثانية من المادة 322 من القانون المدني الجزائري⁽⁵⁾.

(1) تنص المادة 321/2 من القانون المدني الجزائري المقابلة للمادة 387/2 من القانون المدني المصري على ما يلي: "لا يجوز للمحكمة أن تقضي تلقائيا بالتقادم بل يجب أن يكون ذلك بناء على طلب المدين أو من أحد دائنيه، أو أي شخص له مصلحة فيه ولو لم يتمسك المدين به".

(2) الدكتور لحسين بن شيخ آث ملويا/ المرجع السابق، ص 468.

(3) الدكتور السنهوري/ الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المرجع السابق، ص 753. والدكتور لحسين بن شيخ آث ملويا/ المرجع السابق، ص 468.

(4) تنص المادة 322 من القانون المدني الجزائري المقابلة للمادة 380 من القانون المدني المصري على ما يلي: "لا يجوز التنازل عن التقادم قبل ثبوت الحق فيه...".

(5) تنص المادة 322/2 من القانون المدني الجزائري المقابلة للمادة 380 من القانون المدني المصري على ما يلي: "وإنما يجوز لكل شخص يملك التصرف في حقوقه أن يتنازل ولو ضمنا عن التقادم بعد ثبوت الحق فيه غير أن هذا التنازل لا ينفذ في حق الدائنين إذا صدر إضرارا بهم".

هذا ولا يجوز أن يصدر التنازل إلا من شخص يملك التصرف في حقوقه، إذ أنه يعتبر عملا من أعمال التصرف، ولا يكفي فيه القول بأهلية الإدارة لأنه يخرج عن أعمال الإدارة المألوفة⁽¹⁾.

وبناء عليه فإن البحث في إمكانية تنازل البائع عن التمسك بتقادم دعوى ضمان العيوب الخفية يستدعي البحث فيما إذا كان قاصرا أو راشدا.

فإذا كان البائع قاصرا فإنه لا يستطيع التنازل عن حقه في التمسك بتقادم دعوى الضمان، كما أن نائبه الشرعي لا يجوز له القيام بذلك دون الحصول على إذن من المحكمة، لأنه ملزم بالتصرف في أموال القاصر تصرف الرجل الحريص، والتنازل عن التقادم لا يمكن أن يكون لمصلحة البائع القاصر.

أما إذا كان البائع بالغا سن الرشد فإنه يكون أهلا للتصرف شخصيا في جميع حقوقه بما في ذلك التنازل عن التمسك بتقادم دعوى ضمان العيوب الخفية.

وقد يتخذ التنازل عن دعوى الضمان صورة التنازل الصريح، كما أنه قد يتخذ صورة التنازل الضمني⁽²⁾.

فالتنازل الصريح قد يكون لفظا أو مكتوبا، كأن يقوم البائع بتحرير سند يعترف فيه بالضمان بعد تقادمه⁽³⁾، مع إثبات هذا التنازل طبقا للقواعد العامة في الإثبات⁽⁴⁾، كالإثبات بالكتابة أو بالشهود أو باليمين، مع مراعاة الأحكام المتعلقة بإثبات الالتزام⁽⁵⁾.

(1) الأستاذ علي أحمد حسن/ المرجع السابق، ص ص 119 و 120. والدكتور مأمون الكزبري/ المرجع السابق، ص 590.

(2) الدكتور السنهوري/ الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المرجع السابق، ص 753.

(3) الدكتور محمد أحمد عابدين/ التقادم المكسب والمسقط في القانون، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، ص 60.

(4) الدكتور السنهوري/ الوسيط في شرح القانون المدني، أسباب كسب الملكية، الجزء التاسع، دار إحياء التراث العربي، 1958، ص 1066.

(5) المواد 323 إلى 350 من القانون المدني الجزائري.

غير أن البائع المدين بالضمان - شأنه في ذلك شأن كل مدين - يستطيع أن يجعل تنازله عن التقادم صريحا منجزا، كما يمكنه أن يقوم بتعليقه على شرط، إذ أنه ليس هناك ما يمنعه من جعل تنازله عن تقادم دعوى ضمان العيوب الخفية معلقا على قبول المشتري لأمر ما، فإذا لم يقبل اعتبر التنازل كأن لم يكن.

أما التنازل الضمني فقد يتخذ شكل إغفال البائع الدفع بتقادم دعوى ضمان العيوب الخفية، بحيث يفهم من تصرفه بأنه لا يريد إثارة هذا الدفع⁽¹⁾، غير أنه ليس من الضروري أن يستخلص من تأخير البائع الدفع بالتقادم أنه تنازل عنه، إذ أن القانون أعطى المدين حق الدفع بالتقادم في أية مرحلة كانت عليها الدعوى، ولو أمام الجهة الاستئنافية لأول مرة⁽²⁾، ما لم يستخلص من ظروف تأخير الدفع بالتقادم أن المدين قد تنازل عنه فعلا⁽³⁾.

ثانيا قطع مدة الادعاء بضمان عيوب المبيع الخفية:

يترتب على قطع مدة التقادم زوال المدة المنقضية قبل حصول السبب الذي أدى إلى القطع، حيث يبدأ سريان تقادم جديد من يوم زوال السبب⁽⁴⁾.

هذا وتنقسم أسباب قطع التقادم عموما إلى أسباب تصدر عن الدائن وأخرى تصدر عن المدين.

وتتمثل الأسباب الصادرة عن الدائن تطبيقا للقواعد العامة في التقادم في قيامه بمطالبة المدين بحقه من جهة، ومطالبته بقبول دينه في تغطية المدين، إلى جانب مباشرته لأي إجراء تحفظي أو تنفيذي على أموال المدين من جهة أخرى.

ولما كان الأمر متعلقا بقطع دعوى ضمان عيوب المبيع الخفية وليس بدعوى دين عادية يرفعها الدائن على مدينه لمطالبته بالسداد بناء على سند يحوزه، فإن سبب قطع مدة

(1) الدكتور محمد أحمد عابدين/ المرجع السابق، ص 60.

(2) تنص المادة 321/2 من القانون المدني الجزائري المقابلة للمادة 387/2 من القانون المدني المصري على ما يلي: "ويجوز التمسك بالتقادم في أية حالة من حالات الدعوى ولو أمام المحكمة الاستئنافية".

(3) الدكتور محمد أحمد عابدين/ المرجع السابق، ص 60.

(4) تنص المادة 319 من القانون المدني الجزائري على ما يلي: "إذا انقطع التقادم بدأ تقادم جديد يسري من وقت انتهاء الأثر المترتب على سبب الانقطاع وتكون مدته هي مدة التقادم الأول".

الادعاء الوحيد المتعلق بالدائن يتمثل - في تقديري- في قيامه بمطالبة المدين بحقه قضائياً، من حيث أنه لا مجال لقيام المدين هنا بالمطالبة بقبول دينه في تقيسة المدين أو مباشرته لأي إجراء تحفظي أو تنفيذي على أموال المدين.

أما سبب قطع مدة الادعاء الذي يصدر عن المدين فإنه يتمثل في إقراره بالحق المترتب في ذمته لمصلحة الدائن.

وعلى هذا الأساس سأقوم بتناول قطع مدة الادعاء في دعوى ضمان المبيع الخفية بسبب قيام الدائن بمطالبة المدين بحقه أولاً، وبسبب إقرار المدين بالحق المترتب في ذمته لمصلحة الدائن ثانياً.

أ- قطع التقادم بسبب قيام الدائن بمطالبة المدين بحقه:

قد يقوم الدائن بمطالبة مدينه بالوفاء عن طريق اللجوء إلى القضاء وتوصف المطالبة في هذه الحالة بالمطالبة القضائية تمييزاً لها عن المطالبة غير القضائية التي تتم دون اللجوء إلى القضاء⁽¹⁾.

غير أنه يلاحظ أن كلا من المشرع الجزائري والمصري قد اشترطا أن تكون مطالبة الدائن للمدين بحقه قضائية حتى تكون سبباً من أسباب قطع التقادم، إذ أن هذه المطالبة يجب أن تتخذ شكل طلب جازم بالحق يقوم فيه الدائن بإظهار رغبته في الحصول على الدين دون لبس أو غموض⁽²⁾.

أما المشرع المغربي فإنه يعتقد بالمطالبة غير القضائية أيضاً كسبب قاطع للتقادم، شريطة أن يكون لها تاريخ ثابت كالمطالبة التي تتخذ شكل إنذار يقوم الدائن بتوجيهه للمدين بواسطة الموثق، أو الإنذار الذي يرسله الدائن إلى المدين ببرقية أو رسالة مضمونة⁽³⁾.

(1) محمد أحمد عابدين/ المرجع السابق، ص 60.

(2) تنص المادة 317 من القانون المدني الجزائري المقابلة للمادة 383 من القانون المدني المصري على ما يلي: "ينقطع التقادم بالمطالبة القضائية...".

(3) المادة 381 من ظهير الالتزامات والعقود المغربي:

ينقطع التقادم بكل مطالبة قضائية أو غير قضائية يكون لها تاريخ ثابت...

وتطبيقا لذلك فإن قيام الدائن بضمان العيوب الخفية برفع دعوى على مدينه لمطالبته بالضمان من شأنه أن يؤدي إلى قطع تقادم هذه الدعوى فيما لو تم رفض دعوى المطالبة بالضمان لعدم الاختصاص واكتسب الحكم حجية الشيء المقضي فيه، ذلك أن المطالبة القضائية تؤدي إلى قطع التقادم ولو رفعت أمام محكمة غير مختصة، وفي هذه الحالة يبدأ حساب التقادم الجديد ابتداء من تاريخ صدور الحكم النهائي بعدم الاختصاص⁽¹⁾.

هذا ويلاحظ أن الادعاء لدى قاضي الأمور المستعجلة لاتخاذ تدبير عاجل، كوصف حالة راهنة، لا يقوم مقام المطالبة القضائية، على أساس أن وصف الحالة لا يتعلق بموضوع الحق ولا يتضمن المطالبة به⁽²⁾.

غير أنه يمكن الاعتداد بهذا الادعاء استثناء في الحالة التي يتضمن فيها طلبا يتعلق بموضوع الحق ولو كان ذلك عن طريق الخطأ إذ أنه يعتبر حينئذ بمثابة دعوى مرفوعة أمام محكمة غير مختصة⁽³⁾.

ولعل تطبيق هذه القواعد العامة من شأنه أن يؤدي إلى أن قيام الدائن بضمان العيوب الخفية بالادعاء لدى قاضي الأمور المستعجلة من أجل مطالبته بإثبات حالة متمثلة في تصدع جدران البناء المبيع مثلا من شأنه أن يؤدي إلى قطع تقادم دعوى الضمان فيما لو تضمن الطلب أيضا المطالبة بأصل الحق.

ب- قطع التقادم بسبب إقرار المدين بالحق المترتب في ذمته لمصلحة الدائن:

تقضي القواعد العامة في التقادم بأن إقرار المدين بالدين يؤدي إلى بدء سريان تقادم جديد، وعدم الاعتداد بالمدة السابقة للإقرار، دون التفرقة في ذلك بين ما إذا كان الإقرار صريحا أو ضمنيا⁽⁴⁾.

(1) محمد أحمد عابدين/ المرجع السابق، ص 101.

(2) الدكتور أحمد شوقي محمد عبد الرحمن/ المرجع السابق، ص 105.

(3) الدكتور محمد أحمد عابدين/ المرجع السابق، ص 101.

(4) تنص المادة 318/1 من القانون المدني الجزائري على ما يلي: "ينقطع التقادم إذا أقر المدين بحق الدائن إقرارا صريحا أو ضمنيا...".

وبناء على ذلك ذهب الفقه في معرض تناوله لتقادم دعوى الضمان إلى أن إقرار البائع بمسؤوليته يؤدي إلى قطع هذه الدعوى⁽¹⁾.

هذا ولا يشترط في الإقرار الصريح تطبيقاً لقواعد التقادم العامة أن يكون في شكل خاص، حيث أنه قد يظهر في صورة اتفاق يكون المدين أحد طرفيه، أو رسالة يكتبها المدين إلى الدائن أو إلى أي شخص آخر، كما أنه قد يكون في شكل تصريح إرادي منفرد يصدر عن المدين⁽²⁾.

أما الإقرار الضمني فإنه يستخلص من أي عمل يفيد الاعتراف بالدين، كطلب أجل للوفاء، أو الدفع بالمقاصة، أو مفاوضة المدين في مقدار الدين وليس في وجوده⁽³⁾.

ثالثاً: وقف مدة الادعاء بضمان عيوب المبيع الخفية:

يؤدي وقف التقادم إلى تعطيل سريانه قصد حماية بعض الأشخاص الذين ارتأى المشرع استحقاقهم للرعاية أو بغية مراعاة الظروف المحيطة بالعلاقة القانونية⁽⁴⁾.

وبناء عليه فإن أسباب الوقف قد تتعلق بالشخص نفسه، كما أنها قد تتعلق بالظروف المحيطة به.

أ- أسباب وقف التقادم المتعلقة بالشخص:

نص المشرع الجزائري في المادة 316 من القانون المدني على وقف التقادم لمصلحة عديمي الأهلية والغائبين والمحكوم عليهم بعقوبات جنائية، غير أنه فرق بين مدد التقادم التي تقل عن خمس سنوات وتلك التي تزيد عن ذلك، إذ أنه جعل وقف مدة التقادم التي تقل عن خمس سنوات مقترناً بشرط عدم وجود نائب قانوني، أما مدة التقادم التي تزيد

(1) الدكتور لحسين بن شيخ آث ملويا/ المرجع السابق، ص 467.

(2) يلاحظ أن كلا من المشرع الجزائري والمصري أدرجا مثالا عن التنازل الضمني في المادة 318/2 من القانون المدني الجزائري المقابلة للمادة 384/2 من القانون المدني المصري بقولهما: "ويعتبر إقراراً ضمناً، أن يترك المدين تحت يد الدائن مالا له مرهوناً رهناً حيازياً تأميناً لوفاء الدين".

(3) محمد أحمد عابدين/ المرجع السابق، ص 108.

(4) الدكتور محمد أحمد عابدين/ المرجع السابق، ص 74.

عن خمس سنوات، فإنها توقف في حق عديمي الأهلية والغائبين والمحكوم عليهم بعقوبات جنائية ولو كان لهم نائب قانوني⁽¹⁾.

هذا وقد نص المشرع المصري على سريان مدة التقادم التي نقل عن خمس سنوات في مواجهة كافة الدائنين بما في ذلك القصر وناقصي الأهلية، أما التقادم الذي تزيد مدته عن خمس سنوات، فإنه يوقف في مواجهة القصر وناقصي الأهلية⁽²⁾.

ولعل تطبيق هذه الأحكام العامة على دعوى ضمان العيوب الخفية التي تتقادم بمرور سنة من تاريخ تمام التسليم الفعلي من شأنه أن يؤدي إلى نتيجة مفادها أن مدة تقادم هذه الدعوى توقف في التشريع الجزائري لمصلحة عديمي الأهلية والغائبين والمحكوم عليهم بعقوبات جنائية بشرط عدم وجود نائب شرعي لهم.

كما أن تطبيق هذه الأحكام العامة على دعوى ضمان العيوب الخفية في التشريع المصري من شأنه أن يؤدي إلى نتيجة مفادها عدم وقف مدة الادعاء بضمان العيوب الخفية في حق من لا تتوفر فيه الأهلية والغائب والمحكوم عليه بعقوبة جنائية ولو لم يكن له نائب يمثله لأن مدة تقادم دعوى الضمان لا تزيد عن خمس سنوات⁽³⁾.

هذا وبالرجوع إلى التشريع المغربي نلاحظ أنه قرر وقف التقادم لمصلحة القصر وناقصي الأهلية الذين ليس لهم نائب قانوني دون التفرقة في ذلك بين ما إذا كان الأمر يتعلق بتقادم مدته خمس سنوات أو أقل⁽⁴⁾.

(1) تنص المادة 316 من القانون المدني الجزائري في فقرتها الثانية والثالثة على ما يلي: "ولا يسري التقادم الذي تنقضي مدته عن خمس سنوات في حق عديمي الأهلية والغائبين والمحكوم عليهم بعقوبات جنائية إذا لم يكن لهم نائب قانوني".

ولا يسري التقادم الذي تزيد مدته عن خمس سنوات في حق الأشخاص المذكورين في الفقرة السابقة ولو كان لهم نائب قانوني طيلة مدة عدم أهليتهم".

(2) الدكتور السنهوري/ الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المرجع السابق، ص 752.

(3) الدكتور السنهوري/ الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المرجع السابق، ص 752. والدكتور أحمد شوقي محمد عبد الرحمن/ المرجع السابق، ص 105.

(4) تنص المادة 379 من ظهير الالتزامات والعقود المغربي على ما يلي: لا يسري التقادم ضد القاصرين غير المرشدين وناقصي الأهلية الآخرين إذا لم يكن لهم وصي أو مساعد قضائي أو مقدم، وذلك إلى ما بعد بلوغهم سن الرشد أو ترشيدهم أو تعيين نائب قانوني لهم

ومعنى ذلك أن دعوى ضمان العيوب الخفية توقف في التشريع المغربي لمصلحة القصر وناقصي الأهلية بشرط عدم وجود نائب شرعي لهم، وهو ما يتفق مع الحكم الوارد في التشريع الجزائري الذي أحسن بامتناعه عن مسايرة ما جاء في القانون المصري من عدم وقف التقادم لمصلحة عديمي الأهلية والغائبين والمحكوم عليهم بعقوبات جنائية في الحالة التي تكون فيها مدة تقادم الدعوى أقل من خمس سنوات، كما هو الشأن بالنسبة لدعوى ضمان العيوب الخفية التي تتقادم في كل من التشريع الجزائري والمصري بمرور سنة واحدة من تاريخ التسليم.

ذلك أن الحكم الوارد في كل من التشريع الجزائري والمغربي من شأنه أن يحقق لعديمي الأهلية والغائبين والمحكوم عليهم بعقوبات جنائية الذين ليس لهم نائب قانوني حماية أكبر من تلك التي يوفرها لهم التشريع المصري فيما يتعلق بالدعاوى التي تكون مدة تقادمها أقل من خمس سنوات، حيث أن هؤلاء الأشخاص يحتاجون إلى وقف تقادم حقوقهم في مواجهة الغير، سواء كانت مدة تقادم هذه الحقوق تزيد عن خمس سنوات أو تقل عنها، كما أن حمايتهم بوقف التقادم الساري ضدهم غالبا ما يكون أكثر ضرورة في التقادم القصير منه في التقادم الطويل، على أساس أن أسباب وقف التقادم قد تزول قبل انتهاء مدة التقادم الطويل، خلافا لما قد يحدث في الحالة التي يكون فيها التقادم قصيرا من انقضاء للحق قبل زوال أسباب الوقف، مما يعرض الحق للضياع.

ب- أسباب وقف التقادم المتعلقة بالظروف المحيطة بالعلاقة القانونية:

نص كل من المشرع الجزائري والمصري على عدم سريان التقادم كلما وجد مانع شرعي يمنع الدائن من المطالبة بحقه، شأنهما في ذلك شأن المشرع المغربي الذي نص في الفقرة الأخيرة من المادة 380 من ظهير الالتزامات والعقود على وقف التقادم لمصلحة أي

دائن يوجد في ظروف تجعل من المستحيل عليه المطالبة بحقوقه خلال الأجل المقرر للتقادم⁽¹⁾.

غير أنه يلاحظ أن المشرع المغربي قد أدرج ضمن الأحكام العامة للتقادم نصا خاصا، قرر بمقتضاه استثناء بعض الدعاوى من القاعدة العامة التي تقضي بأن كل الالتزامات والدعاوى الناشئة عنها لا تخضع للتقادم، حيث أنه نص على أنه لا محل لأي تقادم بين الأزواج خلال مدة الزواج وبين الأب والأم وأولادهما⁽²⁾.

وبناء عليه فإن جميع الحقوق التي تترتب للزوج في مواجهة زوجته تعتبر من بين الحقوق التي تستعصي على التقادم، إذ أنه يمكن لمن تم تقريرها لمصلحته أن يتمسك بها مهما طال الزمن، شأنها في ذلك شأن الحقوق التي تثبت للأب أو للأم إزاء الابن أو للابن إزاء الأب أو الأم⁽³⁾.

ومعنى ذلك بدهاءة أن الالتزامات التي يترتبها عقد البيع الذي يجمع بين الزوج وزوجته أو بين الابن وأحد والديه تتمتع بمناعة خاصة تجعلها تستعصي على نظام التقادم، فإذا حدث وأن كان الشيء المبيع معيبا جاز للمشتري أن يتقدم بدعوى ضمان العيوب الخفية دون أن يكون مقيدا بمدة زمنية يلزم برفع دعوى الضمان خلالها في الحالة التي يكون فيها مرتبطا مع البائع بعلاقة زوجية أو علاقة بنوة أو علاقة أمومة أو أبوة.

هذا وإذا كانت الحقوق التي تترتب للزوج في مواجهة زوجته تعتبر في القانون المغربي من بين الحقوق التي تستعصي على التقادم، شأنها في ذلك شأن الالتزامات التي تترتب للزوجة في مواجهة زوجها والزوج في مواجهة زوجته، فإنه يلاحظ أنه قد يحدث عملا أن لا تكون بين طرفي عقد البيع أي علاقة قبل التعاقد، ثم يرتبطان بعقد زواج بعد

(1) تنص المادة 1/316 من القانون المدني الجزائري المقابلة لكل من المادة من القانون المدني المصري والمادة 380 من ظهير الالتزامات والعقود المغربي على ما يلي: "لا يسري التقادم كلما وجد مانع مبرر شرعا يمنع الدائن من المطالبة بحقه...".

(2) تنص المادة 378 من ظهير الالتزامات و العقود المغربي في فقرتها الأولى والثانية على ما يلي: "لا محل لأي تقادم: 1- بين الأزواج خلال مدة الزواج. 2- بين الأب أو الأم وأولادهما".

(3) الدكتور مأمون الكزبري/ المرجع السابق، ص 524.

أن تبدأ مدة تقادم ضمان العيوب الخفية في السريان، مما يؤدي إلى التساؤل عن كيفية حساب مدة تقادم دعوى الضمان في هذه الحالة.

الواقع أن المشرع المغربي سكت عن تناول هذه الإشكالية مكتفياً بالنص على عدم سريان مدة تقادم جميع الالتزامات عند وجود علاقة زواج بين الدائن والمدين، خلافاً للمشرع اللبناني الذي نص صراحة في المادة 354 من قانون الموجبات والعقود على أن رابطة الزواج تمنع سريان التقادم كما أنها تؤدي إلى وقفه إذا كان سارياً.

ومهما يكن من أمر فقد يظهر أن المشرع المغربي أحسن حين نص صراحة على منع سريان التقادم بين الزوجين خلال مدة الزواج، ذلك أن أحد الزوجين قد يجد نفسه مضطراً لمقاضاة زوجه فيما لو اقترب حقه من التقادم مما قد يؤدي إلى إفساد العلاقة الزوجية.

لذلك يمكن أن يقال إنه من المستحسن أن يتضمن كلا من القانون المدني الجزائري والمصري نصاً مماثلاً يستثني الالتزامات الناشئة بين الزوجين من القاعدة التي تقضي بسريان التقادم على جميع الالتزامات، فإذا حدث و أن توفي أحد الزوجين أو تم القضاء بفك الرابطة الزوجية عادت هذه الالتزامات لتدخل ضمن تلك التي تخضع لمبدأ التقادم.

غير أنه يلاحظ اتفاق كل من التشريع الجزائري والمصري على وقف التقادم في الحالات التي يوجد فيها مبرر شرعي يمنع الدائن من المطالبة بحقه، مما يترتب عليه أنه إذا استحال على الدائن عموماً مطالبة مدينه بالوفاء بما عليه من ديون بسبب وجود مانع أدبي فإنه يتعين وقف التقادم إلى حين زوال المانع⁽¹⁾.

ولعل وجود علاقة زوجية بين طرفي الالتزام، بما في ذلك الالتزامات التي يرتبها عقد البيع الذي يجمع بين الزوجة وزوجها كالتزام بضمان العيوب الخفية، يعد مانعاً أدبياً يحول دون رفع الدعوى التي قد تؤدي ممارستها إلى تهديد كيان الأسرة.

(1) تنص المادة 1/316 من القانون المدني الجزائري المقابلة للمادة من القانون المدني المصري على ما يلي: "لا يسري التقادم كلما وجد مانع مبرر شرعاً يمنع الدائن من المطالبة بحقه...".

ومهما يكن من أمر فإن تحديد ما إذا كان لجوء أحد الزوجين إلى مقاضاة زوجه من شأنه أن يهدد العلاقة الزوجية يرجع إلى تقدير قاضي الموضوع، حيث أن الفقه قد أجمع على أن تحديد حالات وقف التقادم التي ترجع إلى وجود مانع مبرر شرعا تدخل ضمن اختصاصات قاضي الموضوع الذي لا يخضع في ذلك لرقابة المحكمة العليا⁽¹⁾.

(1) الدكتور محمد أحمد عابدين/ المرجع السابق، ص 74.

الفصل الثاني:

تحديد الطبيعة القانونية لدعوى ضمان عيوب المبيع الخفية

رغم أن موضوع ضمان العيوب الخفية يخضع لأحكام قانونية خاصة إلا أنه قد يصعب تحديد الأساس القانوني الذي يمكن للمشتري أن يستند إليه في رجوعه على البائع نظرا لتداخل مفهوم العيب ببعض المفاهيم الأخرى.

لذلك ارتأيت أن أتطرق في هذا الفصل لتحديد الطبيعة القانونية لدعوى ضمان العيوب الخفية بالتمييز بينها وبين ما يقاربها من النظم القانونية.

وسيكون ذلك ضمن خمسة مباحث تشمل إتباعا التمييز بين دعوى ضمان العيوب الخفية وكل من دعوى الالتزام بالتسليم المطابق، ودعوى الغلط، والتدليس، والعجز في مقدار المبيع، والاستحقاق الجزئي.

المبحث الأول

التمييز بين دعوى ضمان عيوب المبيع الخفية ودعوى الالتزام بالتسليم المطابق

أدى ظهور التزام البائع بتسليم شيء مطابق في فرنسا إلى إثارة جدل كبير، لا سيما فيما يتعلق بتحديد مجال إعماله، لكونه كثيرا ما يختلط بالالتزام بضمان عيوب المبيع الخفية، لدرجة انقسام الفقه والقضاء الفرنسيين بشأن الإجابة عن سؤال مهم يتعلق بتحديد ما إذا كان الأمر يتعلق بالتزامين مختلفين فعلا.

والواقع أنه لا يمكن التغاضي عن الجدل الفقهي المتعلق بهذا الموضوع من حيث كونه يطرح تساؤلات كثيرة أثرت على القانون الفرنسي وأدت في النهاية إلى توحيد الاجتهاد القضائي.

وعلى هذا الأساس ارتأيت أن أتناول التفرقة بين دعوى ضمان عيوب المبيع الخفية ودعوى الالتزام بالتسليم المطابق في القانون الفرنسي ضمن مطلب مستقل يسبقه مطلب منفرد يتعلق بمحاولة إجراء هذه التفرقة في ظل القانونين الجزائري والمصري.

المطلب الأول: التمييز بين دعوى ضمان عيوب المبيع الخفية ودعوى الالتزام

بالتسليم المطابق في القانونين الجزائري والمصري

سكت المشرع الجزائري عن إيراد مصطلح الالتزام بالتسليم المطابق في القانون المدني، شأنه في ذلك شأن المشرع المصري.

هذا السكوت لا يعني أن التزام البائع بتسليم شيء مطابق لا وجود له في هذين التشريعين.

ذلك أن ما ذهب إليه المشرع الجزائري في المادة 364 من القانون المدني الجزائري المقابلة للمادة 431 من القانون المدني المصري من أن البائع يلتزم بتسليم الشيء

المبيع للمشتري في الحالة التي كان عليها وقت البيع، يعني أن البائع يلتزم بتسليم شيء مطابق لما تم الاتفاق عليه كما و نوعاً⁽¹⁾.

وبالرجوع إلى المادة 379¹ من القانون المدني الجزائري المقابلة للمادة 447¹ من القانون المدني المصري يلاحظ أن المشرع الجزائري قد نص على أن البائع يكون ملزماً بالضمان إذا لم يشتمل المبيع على الصفات التي تعهد بوجودها وقت التسليم إلى المشتري.

وبمناسبة تحليل هذه المادة درج الفقه على استعمال لفظ: **تخلف الوصف** على الحالة التي يسلم فيها البائع شيئاً خالياً من الصفات التي تعهد بوجودها للمشتري وقت التسليم⁽²⁾.

هذا الإجماع الفقهي في اعتماد لفظ: **تخلف الوصف** لا يمنع من التساؤل عن إمكانية إطلاق مصطلح: **عدم مطابقة المبيع للمواصفات المتفق عليها**، على الحالة التي لا يشتمل فيها المبيع على الصفات المتعهد بها وقت التسليم.

أكثر من ذلك يبدو أن هذا التساؤل أصبح يفرض نفسه بإلحاح على من يريد تحليل المادة 379 من القانون المدني الجزائري، منذ أن اعتمد المشرع الجزائري مصطلح المطابقة ضمن القانون رقم 02/89 المتعلق بحماية المستهلك⁽³⁾ الذي ألغى بموجب القانون رقم 03/09 والذي استعمل بدوره لفظ عدم المطابقة⁽⁴⁾.

فهل يعد تخلف الوصف صورة من صور عدم المطابقة؟

(1) Zennaki Dalila/ Maitre de conférence, Université d'Oran, polycopies intitulés : vice caché et défaut de conformité.

(2) الدكتور مصطفى أحمد الزرقا/ المرجع السابق، ص 198. والدكتور السهوري/ الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ص 710. والدكتور أسعد دياب/ المرجع السابق، ص 73. والدكتور محمد شتا أبو سعد/ المرجع السابق، ص 342. والدكتور صاحب عبيد الفتلاوي/ المرجع السابق، ص 53.

(3) القانون 89-02 المؤرخ في السابع من فبراير 1989 والمتعلق بالقواعد العامة لحماية المستهلك.

(4) يتعلق الأمر بالقانون 09-03 المؤرخ في الخامس والعشرين من فبراير 2009 الذي يتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش الذي ألغى أحكام القانون 89-02 المؤرخ في السابع من فبراير 1989 والمتعلق بالقواعد العامة لحماية المستهلك.

الواقع أن هناك من ذهب إلى أن خلو المبيع من الصفات المتعهد بها وقت التسليم وفق ما تضمنه نص المادة 379 من القانون المدني الجزائري يتعلق بالالتزام بالتسليم المطابق⁽¹⁾.

كما أن هناك من ارتأى تقسيم الالتزام بالتسليم المطابق في التشريع الجزائري ذاهبا إلى أن هناك مطابقة كمية ووظيفية ووصفية⁽²⁾.

وحين نظرته إلى المطابقة الوصفية تناول هذا الرأي بالتحليل نص المادة 379 من القانون المدني الجزائري التي أجمع الفقه على أنها تتعلق بفوات الوصف⁽³⁾.

ومن جهة أخرى أضاف هذا الاتجاه أن تخلف الصفات التي يجب توافرها في الشيء المبيع يعد إخلالا بالالتزام بالتسليم المطابق⁽⁴⁾.

والواقع أن كل ذلك كان بعد سرد رأي الدكتور حسام الدين الأهواني الذي جاء مخالفا لإطلاق مصطلح عدم المطابقة على حالة تخلف الوصف، على أساس أن نطاق تطبيق أحكام عدم الوصف يقتصر على الحالة التي يكون فيها المبيع معينا بالذات، بينما تتعلق حالات عدم المطابقة بالحالة التي يكون فيها المبيع معينا بالنوع، أو وفق نموذج، أو بالعينة⁽⁵⁾.

لقد اعتمد هذا الرأي الفقهي على طبيعة المبيع من حيث كونه معينا بالذات أو بالنوع لإطلاق لفظ فوات الوصف أو القول بوجود إخلال بالالتزام بالتسليم المطابق.

(1) Zennaki Dalila/ polycopies précités

(2) فلوش الطيب/ التزام المحترف بمطابقة المنتجات والخدمات، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في قانون الأعمال، تحت إشراف الأستاذة زناكي دليلة، تمت المناقشة بكلية الحقوق الكائنة بمدينة وهران، خلال السنة الجامعية 2007-2008، ص16.

(3) فلوش الطيب/ المرجع السابق، ص25.

(4) فلوش الطيب/ المرجع السابق، ص27.

(5) الدكتور حسام الدين الأهواني/ عقد البيع في القانون المدني الكويتي، ذات السلاسل، 1989، ص 726.

هذا المعيار لا وجود له نصا في التشريع الجزائري الذي تناول في المادة 379 من القانون المدني ما درج الفقه على تسميته بحالة تخلف الوصف دون النص على أن الأمر يتعلق فيها بالأشياء المعينة بالذات دون غيرها⁽¹⁾.

وعلى هذا الأساس فإن ما ذهب إليه الدكتور حسام الدين الأهواني كان محل نقد فقهي من مواطنه⁽²⁾، الذي ذهب إلى أن معيار تحديد نطاق أعمال فوات الوصف القائم على التفرقة بين ما إذا كان الشيء معينا بالذات أو بالنوع لا أساس له من الصحة تشريعا وقضاء⁽³⁾.

أكثر من ذلك استعمل الدكتور: سامي عبد الله الدريعي لفظ عدم المطابقة للدلالة على ما اصطلح على تسميته بفوات الوصف فقها، مما يعني أن الأمر يتعلق لديه بالالتزام واحد⁽⁴⁾.

هذا وبالرجوع إلى القانون الجزائري يلاحظ أن مشرعنا اعتمد أسلوبا مشابها للقانون المدني المصري حين نص في المادة 379 على أن البائع يلزم بضمان المبيع الذي لا يشتمل على الصفات التي تعهد بوجودها وقت التسليم للمشتري.

أما قانون حماية المستهلك الساري حاليا⁽⁵⁾ فيلاحظ أنه استعمل لفظ المطابقة صراحة بموجب المادة الثالثة حين عمد إلى تناول بعض المصطلحات الواردة في هذا القانون بالشرح، ذاهبا إلى أن المطابقة هي "استجابة كل منتج موضوع للاستهلاك

(1) تنص المادة 379 من القانون المدني الجزائري على ما يلي: "يكون البائع ملزما بالضمان إذا لم يشتمل المبيع على الصفات التي تعهد بوجودها وقت التسليم للمشتري...".

(2) قد يقال إن كلا من الدكتور حسام الدين الأهواني والدكتور سامي عبد الله الدريعي إنما يقصدان في تناولهما لهذا الطرح القانون الكويتي، غير أنه يلاحظ أن نصوص هذا القانون جاءت مطابقة في هذا الصدد للقانون المصري الذي تأثر به القانون الجزائري، لتأتي نصوص هذه التشريعات الثلاثة في نفس المنحى.

(3) الدكتور سامي عبد الله الدريعي/ معيار التمييز بين دعوى ضمان العيوب الخفية ودعوى الإخلال بالالتزام بالتسليم، بحث مقبول للنشر في مجلة القضاء والاقتصاد في كلية الحقوق، جامعة القاهرة، دون ذكر السنة، ص 4، الهامش الثامن.

(4) الدكتور سامي عبد الله الدريعي/ المرجع السابق، ص 7.

(5) يتعلق الأمر بالقانون 09-03 المؤرخ في الخامس والعشرين من فبراير 2009 الذي يتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش الذي ألغى أحكام القانون 89-02 المؤرخ في السابع من فبراير 1989 والمتعلق بالقواعد العامة لحماية المستهلك.

للشروط المتضمنة في اللوائح الفنية وللمتطلبات الصحية والبيئية والسلامة والأمن الخاصة به".

وتحت عنوان: "إلزامية مطابقة المنتوجات" نص المشرع الجزائري في المادة الحادية عشر من هذا القانون على وجوب تلبية كل منتج معروض للاستهلاك لرغبات المستهلك المشروعة، التي تتمثل وفق ما جاء في الفقرتين الثانية والثالثة من نفس النص في وجوب استجابة المنتج "لرغبات المشروعة للمستهلك" فيما يتعلق بطبيعته، وصفه، ومنشئه، ومميزاته الأساسية، وتركيبه، ونسبة المقومات اللازمة له، وهويته، وكمياته، وقابليته للاستعمال، والأخطار الناجمة عن استعماله، ومصدره، والنتائج المرجوة منه، والمميزات التنظيمية من ناحية تغليفه، وتاريخ صنعه، والتاريخ الأقصى لاستهلاكه، وكيفية استعماله، وشروط حفظه، والاحتياطات المتعلقة بذلك، والرقابة التي أجريت عليه.

وعلى هذا الأساس فإن مفهوم المطابقة في قانون الاستهلاك الجزائري أعم وأوسع من مفهومه ضمن القانون المدني، من حيث عدم الاكتفاء بما تم الاتفاق عليه في العقد، بعرض جملة من القواعد التي لا يمكن الاتفاق على ما يخالفها بغية توفير حماية أكبر للمستهلك.

ذلك أن الالتزام بالتسليم المطابق للمواصفات القائم على أساس نص المادة 379 من القانون المدني الجزائري يعتمد على ما تم الاتفاق عليه في العقد لتقدير المطابقة.

هذا الاتفاق لا يشكل الشق الأوحد للمطابقة في قانون الاستهلاك الذي جاء لتحديد القواعد العامة الهادفة لحماية المستهلك طيلة عملية عرض المنتج أو الخدمة للاستهلاك ضمن ما أسماه المشرع بالرغبة المشروعة للمستهلك.

ومهما يكن من أمر فإن لفظ المطابقة الوصفية يعد مرادفاً للفظ فوات الوصف من حيث تعلق الأمر بالالتزام واحد هو التزام البائع بضمان الشيء إذا كان لا يشتمل على الصفات التي تعهد بوجودها وقت التسليم إلى المشتري وفق ما جاء في المادة 379 من القانون المدني الجزائري.

وبعبارة أخرى يمكن القول: إن البائع ملزم طبقاً لهذا النص بتسليم شيء مطابق للمواصفات التي تعهد بوجودها إلى المشتري وقت تسليم المبيع.

ومعنى ذلك أن العبرة في تحديد مطابقة الشيء المبيع للمواصفات من عدمها تكون طبقاً لأحكام القانون المدني بالرجوع إلى ما تم الاتفاق عليه صراحة بموجب بنود العقد، أو ضمناً في الحالة التي يتم فيها البيع بواسطة عينة أو نموذج.

فتطبيقاً لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين يجوز للمشتري أن يشترط جميع الصفات التي يراها ضرورية لتحقيق الغاية المنشودة من وراء إبرام العقد.

وبذلك فإن الالتزام بالتسليم المطابق للمواصفات يجد أساسه في نص المادة 379 من القانون المدني الجزائري التي تعتمد على ما تم الاتفاق عليه في العقد لتقدير المطابقة.

أما قانون حماية المستهلك فلا يكفي فيه أن يكون المنتج متوفراً على الصفات المتفق عليها في العقد للقول بكونه مطابقاً، وإنما يشترط احترامه لجملة القواعد الأمانة التي جاءت لحماية المستهلك باعتباره الطرف الضعيف في العلاقة القانونية.

ومهما يكن من أمر فإن الهدف الذي أبتغيه من وراء تحديد معالم المطابقة في القانون الجزائري ضمن كل من القانون المدني وقانون حماية المستهلك يتمثل في محاولة رسم حدود واضحة لكل من الالتزام بضمان عيوب المبيع الخفية والالتزام بالتسليم المطابق للمواصفات.

فما هو الفرق بين هذين الالتزامين؟

تقتضي الإجابة عن هذا التساؤل القيام بإجراء دراسة مقارنة بين التزام البائع بضمان عيوب المبيع الخفية والتزامه بتسليم شيء مطابق للمواصفات تبعاً لما إذا كان الأمر متعلقاً بمفهوم المطابقة الضيق وفق ما جاء في القانون المدني أو بمفهومه الواسع الذي جاء في قانون حماية المستهلك.

الفرع الأول: محاولة رسم الحد الفاصل بين التزام البائع بضمان عيوب المبيع

الخفية والالتزام بالتسليم المطابق وفق القانون المدني.

يلتزم البائع طبقاً لأحكام القانون المدني بضمان عيوب المبيع المؤثرة فقط⁽¹⁾، بينما يلتزم بضمان تخلف جميع الصفات التي كفل للمشتري وجودها، دون الحاجة في ذلك إلى البحث عما إذا كانت هذه الصفات مؤثرة أم لا، نظراً لكونها تستمد تأثيرها من اشتراط المشتري لوجودها⁽²⁾.

كما أن البائع يلتزم بضمان عيوب المبيع الخفية فقط⁽³⁾، بينما يلتزم بضمان الصفات المكفولة دون التفرقة في ذلك بين ما إذا كان الأمر متعلقاً بصفات ظاهرة أو خفية⁽⁴⁾.

ومن جهة أخرى يمكن اللجوء إلى رفع دعوى الفسخ لعدم تنفيذ الالتزام بالتسليم المطابق دون النظر في ذلك لما إذا كان البيع قد تم بالمساومة⁽⁵⁾، خلافاً لما هو عليه الأمر بالنسبة لدعوى ضمان العيوب الخفية التي تقابل بالرفض في حالة تمام البيع بمزاد قضائي أو إداري⁽⁶⁾.

أما فيما يتعلق بموضوع كل من دعوى الفسخ لعدم المطابقة ودعوى ضمان العيوب الخفية، فيلاحظ أن الحكم لصالح المشتري في دعوى الفسخ يؤدي إلى زوال العقد بأثر رجعي، حيث يعود الطرفان إلى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد، مما يستدعي قيام المشتري برد المبيع واسترداد الثمن، إضافة إلى إمكانية مطالبته بالتعويضات عما يكون قد

(1) تراجع الصفحة 97 وما يليها من هذا البحث.

(2) الدكتور سليمان مرقس/ المرجع السابق، ص 562. والدكتور منصور مصطفى منصور/ مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، العدد الثاني، السنة الأولى، 1959، ص 572: أشار إليه الدكتور أسعد دياب/ المرجع السابق، ص 77.

(3) تراجع الصفحة 123 وما يليها من هذا البحث.

(4) الدكتور سليمان مرقس/ المرجع السابق، ص 562.

(5) الدكتور السنهوري/ الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المرجع السابق، ص 767. والدكتور صاحب عبيد الفتلاوي/ المرجع السابق، ص 153.

(6) تراجع الصفحة 28 من هذا البحث.

لحقه من ضرر⁽¹⁾، خلافا لما هو عليه الأمر عند لجوء المشتري إلى رفع دعوى ضمان العيوب الخفية التي يختلف موضوعها تبعا لما إذا كان العيب جسيما أو يسيرا⁽²⁾.

ومن هنا تظهر أهمية التفرقة بين الحالات التي يتعلق الأمر فيها بعيب خفي وتلك التي يكون فيها المدعي بصدد إخلال بالالتزام بالتسليم المطابق مما يتفق مع ما ذهب إليه بعض الفقه من أن الأمر يتعلق بموضوعين متميزين تماما⁽³⁾.

هذا التمايز بين المصطلحين يظهر بجلاء حين استطلاع جملة ما ذهب إليه كل من الفقه الجزائري والمصري⁽⁴⁾.

غير أن ذلك لا يمنع من تحديد الحالات التي يصعب فيها تكيف النقيصة من حيث كونها إخلالا بالالتزام بالتسليم المطابق أو موجبة للضمان باعتبارها عيبا خفيا في كل من القانون الجزائري والقانون المصري.

وعلى هذا الأساس سأحاول سرد جملة ما قيل بصدد هذا الموضوع فقها من أجل إظهار تفادي كلا من الفقه الجزائري والمصري إثارة الإشكالية المتعلقة بصعوبة إجراء التفرقة بين كل من العيب الخفي والالتزام بالتسليم المطابق للمواصفات، مما يحول في كثير من الأحيان دون إمكانية رسم حدود دقيقة لكل من دعوى ضمان العيوب الخفية ودعوى الالتزام بالتسليم المطابق.

(1) الدكتور السنهوري/ الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المرجع السابق، ص 767. والدكتور صاحب عبيد الفتلاوي/ المرجع السابق، ص 154.

(2) تراجع ص 175 إلى 183 هذا البحث.

(3) الدكتور مصطفى أحمد الزرقاء/ المرجع السابق، ص 198.

(4) الدكتور السنهوري/ الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المرجع السابق، ص 767. والدكتور محمد حسنين/ المرجع السابق، ص 164.

فالواقع أن هناك إجماع فقهي جزائري - مصري على أن الامتيازات الخاصة التي يقصد المشتري الحصول عليها من وراء عقد البيع تدخل ضمن الصفات المشترطة التي يؤدي تخلفها إلى قيام التزام البائع بالضمان⁽¹⁾.

ذلك أن الشيء المبيع قد يخلو من بعض الصفات التي لا تعتبر في حد ذاتها عيبا مألوفاً في التعامل بين الناس، ومع ذلك فإن البائع يلتزم بضمانها للمشتري إذا قام بكفالتها له تطبيقاً لأحكام المادة 1/447 من القانون المدني المصري المقابلة للمادة 1/379 من القانون المدني الجزائري⁽²⁾، اللتان تتفقان مع ما ذهب إليه كل من المشرع المغربي في المادة 2/549 من ظهير الالتزامات والعقود والمشرع اللبناني في المادة 442 من قانون الموجبات و العقود⁽³⁾.

هذا الحكم يتفق أيضاً مع ما ذهب إليه فقهاء الشريعة الإسلامية، حيث أنهم ألحقوا ضمان البائع لصفات معينة في الشيء المبيع بضمان العيب وأطلقوا على هذه الحالة مصطلح خيار فوات الوصف⁽⁴⁾.

فقد جاء في حاشية عابدين أن الدابة إذا كانت بطيئة السير فلا خيار للمشتري إلا إذا كان قد اشترط أنها عجل، لأن ببطء السير ليس الغالب عدمه، إذ أن كلا من البطء والعجلة تكون في أصل الفطرة السليمة، شأنهما في ذلك شأن كبر الدابة في السن أو صغرها، حيث أن من يشتري دابة ثم يكتشف أنها كبيرة في السن لا يجوز له ردها إلا

(1) الدكتور محمد لبيب شنب والدكتور مجدي صبحي خليل/ المرجع السابق، ص 250. والدكتور رمضان أبو السعود/ المرجع السابق، ص 385. والدكتور أسعد دياب/ المرجع السابق، ص 73. والدكتور صاحب عبيد الفتلاوي/ المرجع السابق، ص 55. والدكتور زهدي يكن/ عقد البيع، المرجع السابق، ص 253. والدكتور سليمان مرقس/ في العقود المسماة، المرجع السابق، ص 562.

(2) تنص المادة 379 من القانون المدني الجزائري المقابلة للمادة 447 من القانون المدني المصري على ما يلي: "يكون البائع ملزماً بالضمان إذا لم يشتمل المبيع على الصفات التي تعهد بوجودها وقت التسليم إلى المشتري...".

(3) ينص المشرع المغربي في المادة 2/549 من قانون الالتزامات والعقود المقابلة للمادة 442 من قانون الموجبات والعقود اللبناني على ما يلي: "ويضمن البائع أيضاً وجود الصفات التي صرح بها أو التي اشترطها المشتري".

(4) الدكتور السنهوري/ الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المرجع السابق، ص 719. والدكتور أسعد دياب/ المرجع السابق، ص 73. والدكتور رمضان أبو السعود/ المرجع السابق، ص 385.

إذا كان قد اشترط صغرها، ويقال حينئذ أن جواز الرد يرجع إلى فوات الوصف المرغوب⁽¹⁾.

وبذلك فإن ضمان فوات الوصف يتعلق بصفة من صفات المبيع التي لا تعد عيبا بحسب الأصل، غير أنه لا يثبت للمشتري إلا إذا كان قد اشترط صفة معينة في الشيء المبيع و قام باستلامه على أساس توافر هذه الصفة ثم تبين له انعدامها⁽²⁾.

وبناء على ذلك فقد ذهب الدكتور: مصطفى أحمد الزرقاء إلى أن المشرع قد دمج بين وجود عيب في المبيع وفوات الوصف، رغم أن الأمر يتعلق بموضوعين متميزين تماما، مؤكدا على أن فوات الوصف ليس عيبا في الشيء المبيع، لأن العيب يشترط أن يخلو منه الشيء المبيع عادة حتى يعتبر وجوده على خلاف المعتاد عارض نقص، كما أن البائع لا يضمن فوات الوصف في المبيع إلا إذا تم اشتراط ذلك في العقد، خلافا للعيب الذي يعتبر ضمانه من مقتضيات عقد البيع⁽³⁾.

هذا وذهب الدكتوران: محمد لبيب شنب ومحمد صبحي خليل إلى أن العيب بمعنى الصفة التي كفل البائع وجودها للمشتري يعتبر حكما مستحدثا بموجب المادة 447 من القانون المدني المصري التي لا تجد ما يقابلها في القانون القديم، وبالتالي فإن التزام البائع بضمان تخلف الصفة يقوم على أساس نص قانوني صريح، قام بإضفاء صفة العيب على الصفة المكفولة في جميع الحالات، رغم أن هذه الصفة قد تأخذ وصف العيب بمعناه الدقيق في حالة واحدة فقط تتمثل في الحالة التي يكون فيها التخلف جزء من الفطرة السليمة للمبيع، كما إذا تعلق الأمر بقوة الإنبات في الحبوب، وقوة الإخصاب في السماد، أما إذا كانت الصفة مما لا يوجد عادة في المبيع، فإنها لا تعتبر عيبا بالمعنى الدقيق، مما يؤدي إلى عدم قيام التزام البائع بالضمان، كما هو الأمر في الحالة التي يوجد فيها الشيء المبيع على أنواع مختلفة الجودة⁽⁴⁾.

(1) ابن العابدین/ حاشية ابن عابدین/ المرجع السابق، ص ص 97 و 98.

(2) الدكتور توفيق حسن فرج/ عقد البيع، المرجع السابق، ص 181.

(3) الدكتور مصطفى أحمد الزرقاء/ المرجع السابق، ص 198.

(4) الدكتور محمد لبيب شنب والدكتور محمد صبحي خليل / المرجع السابق، ص ص 249 و 250.

وبناء عليه فإن من يشتري سيارة معينة ويشترط على البائع أن تكون سرعتها تتجاوز حدا معيناً، أو أن يسهل عليها السير في الطرق الوعرة، أو أن يكون استهلاكها للوقود في حدود معينة، يكون قد حصل على التزام البائع بضمان توافر هذه الصفات في السيارة محل عقد البيع، فإذا تخلفت هذه الصفات جاز للمشتري مطالبة البائع بضمانها⁽¹⁾.

كما أن المشتري إذا اشترط أن يكون المبيع في حالة جيدة ثم اكتشف عدم وجوده على هذه الحالة رغم صلاحيته للأغراض المقصودة منه، فإنه يستطيع المطالبة بفسخ العقد لعدم تنفيذ البائع لالتزامه بتسليم المبيع على النحو المتفق عليه، ولكنه لا يستطيع اللجوء إلى رفع دعوى ضمان العيوب الخفية لخلو المبيع من العيوب وصلاحيته للغرض الذي أعد له⁽²⁾.

وبناء عليه ذهبت محكمة النقض المصرية إلى نقض قرار قضى بفسخ أحد عقود البيع تأسيساً على أحكام ضمان العيوب الخفية في قضية يتعلق الأمر فيها ببائع قام بتسليم مبيع مصنوع من مادة تختلف عن المادة التي تم الاتفاق عليها على أساس أن اختلاف مادة الشيء عن المادة المتفق عليها لا يعد عيباً خفياً يستدعي أعمال أحكام ضمان العيوب الخفية التي يتحدد مجال أعمالها بالآفات التي تخلو منها الفطرة السليمة للمبيع⁽³⁾.

هذا وإذا اشترط المشتري أن يكون المبيع في حالة صالحة للغرض المقصود منه ثم اكتشف عدم وجوده على هذه الحالة، فإنه يستطيع الاختيار بين طلب فسخ العقد لعدم تنفيذ البائع لالتزامه بتسليم المبيع على النحو المتفق عليه، وبين اللجوء إلى رفع دعوى ضمان العيوب الخفية لاكتشاف المبيع عيباً يجعله غير صالح للغرض الذي أعد له⁽⁴⁾.

(1) الدكتور السنهوري/ الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المرجع السابق، ص 719. والدكتور سليمان مرقس/ في العقود المسماة، المرجع السابق، ص 556. والدكتور أسعد دياب/ المرجع السابق، ص 73.

(2) الدكتور صاحب عبيد الفتلاوي/ المرجع السابق، ص 153.

(3) نقض مدني 8 أبريل 1948، مجموعة 05، رقم 296، ص 587: أشار إليه الدكتور السنهوري/ الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المرجع السابق، ص 767، تابع للهامش رقم 03 الوارد في الصفحة 766. والدكتور محمد شتا أبو سعد/ المرجع السابق، ص 342.

(4) الدكتور صاحب عبيد الفتلاوي/ المرجع السابق، ص 153. والدكتور السنهوري/ الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المرجع السابق، ص 767.

ومثال ذلك أن يقوم البائع بتسليم اسمنت غير قادر على امتصاص الملوحة لعيب في المواد التي صنع منها، في حين أن اتفاقه مع المشتري كان منصبا على أن يكون الاسمنت قادرا على مقاومة الأملاح، حيث أن البائع يكون في هذه الحالة قد سلم شيئا يختلف عن ذلك الذي تم الاتفاق عليه، مما يتيح للمشتري الحق في طلب الفسخ لعدم تنفيذ الالتزام بالتسليم، كما أن الشيء المباع به عيب خفي من شأنه أن يسمح للمشتري بالاختيار بين المطالبة بالفسخ لعدم التنفيذ وبين الرجوع على البائع تأسيسا على أحكام ضمان العيوب الخفية⁽¹⁾.

هذا وإذا كان للمشتري الحق في الاختيار بين دعوى الفسخ لعدم التنفيذ ودعوى ضمان العيوب الخفية أحيانا، بينما لا يستطيع في أحيان أخرى سوى اللجوء إلى رفع دعوى الفسخ لعدم التنفيذ، فإن هناك حالات يتاح له فيها مطالبة البائع بضمان العيوب الخفية دون أن يكون له الحق بمطالبته بالفسخ لعدم التنفيذ، ويحدث ذلك في الحالة التي يكتشف فيها المشتري عيبا خفيا ينقص من صلاحية المبيع للغرض المعد له رغم وجوده على الحالة التي اشترطها⁽²⁾.

فإذا قام البائع بتسليم سيارة من الطراز واللون المتفق عليهما، يكون قد نفذ التزامه بالتسليم مما لا يتيح للمشتري طلب الفسخ لعدم تنفيذ هذا الالتزام، غير أنه إذا ظهر عيب في صنع السيارة أدى إلى سقوط معظم الدهان، كان للمشتري الحق في الاستناد إلى أحكام ضمان العيوب الخفية⁽³⁾.

ونفس هذا الحكم ينطبق على البيوع بالعينة، حيث أن المشتري يستطيع الرجوع على البائع بناء على أحكام ضمان العيوب الخفية دون أن يكون له الحق في المطالبة بالفسخ لعدم تنفيذ الالتزام بالتسليم في الحالة التي يكون فيها المبيع مطابقا للعينة التي تم البيع على أساسها غير أنه يتبين أن العينة معيبة بعيب خفي⁽⁴⁾.

(1) الدكتور صاحب عبيد الفتلاوي/ المرجع السابق، ص 531.

(2) الدكتور السنهوري/ الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المرجع السابق، ص 767.

(3) الدكتور صاحب عبيد الفتلاوي/ المرجع السابق، ص 153.

(4) الدكتور السنهوري/ الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المرجع السابق، ص 767، الهامش الأول.

ذلك أن ضمان وجود صفة في الشيء المبيع قد يتحقق صراحة في الحالة التي يقوم فيها المشتري باشتراط توافر المبيع على صفة معينة، كما أنه يتحقق ضمنا إذا تم البيع بحسب نموذج، إذ أن البائع يلتزم بضمان صفات النموذج في البضاعة، وذلك تطبيقا للمادة 1/379 من القانون المدني الجزائري المقابلة للمادة 1/447 القانون المدني المصري⁽¹⁾، حيث أنه يقال في الحالة التي لا تطابق فيها البضاعة النموذج الذي تم البيع على أساسه: إن العيب يعود إلى اختلال الصفات التي قام البائع بكفالتها للمشتري ضمنا وفقا للنموذج⁽²⁾، وهو ما ذهب إليه القضاء المصري حين قرر وجوب نقض البيع في حالة عدم توافر الشروط التي اشترطت في السلعة التجارية بناء على أوصاف العينة التي تم البيع على أساسها⁽³⁾.

كما أنه يلاحظ أن العرف التجاري إذا جرى على اشتراط صفة معينة في الشيء المبيع، فإن المشتري يكون له الحق في مطالبة البائع بضمان تخلف هذه الصفة⁽⁴⁾.

ويعبر فقهاء الشريعة الإسلامية عن هذه الحالة بالقول: إن المعروف عرفا كالمشروط شرطا⁽⁵⁾.

هذا وتجدر الإشارة إلى أن فقهاء الشريعة الإسلامية قد ذهبوا إلى أن اشتراط الوصف المرغوب يسري عليه ما يسري على الشروط بصفة عامة من حيث وجوب كونه غير متعارض مع الشرع وقابلا للوفاء⁽⁶⁾.

(1) تنص المادة 1/379 من القانون المدني الجزائري المقابلة للمادة 1/447 القانون المدني المصري على ما يلي: "يكون البائع ملزما بالضمان إذا لم يشتمل المبيع على الصفات التي تعهد بوجودها وقت التسليم إلى المشتري...".

(2) الدكتور توفيق حسن فرج/ عقد البيع، المرجع السابق، ص 182. والدكتور أسعد دياب/ المرجع السابق، ص 73.

(3) الدكتور محمد شتا أبو سعد/ المرجع السابق، ص 124.

(4) الدكتور توفيق حسن فرج/ عقد البيع، المرجع السابق، ص 182.

(5) الدكتور صاحب عبيد الفتلاوي/ المرجع السابق، ص 83.

(6) الدكتور صاحب عبيد الفتلاوي/ المرجع والموضع السابقان.

ولا شك في أن هذا الحكم ينطبق على شرط فوات الوصف في التشريعات الحديثة التي تتفق على أن الشرط عموماً يجب أن يكون غير مخالف للنظام العام والآداب العامة، كما أنه يجب أن لا يكون الوفاء به مستحيلاً⁽¹⁾.

ومهما يكن من أمر يلاحظ أن التفرقة بين العيب الخفي والالتزام بالتسليم المطابق قد نالت اهتمام كلا من الفقه الجزائري والمصري الذي ساق أمثلة جاءت لتكريس رغبته في رسم حدود واضحة لكل من دعوى ضمان عيوب المبيع الخفية ودعوى الإخلال بالتسليم المطابق، لا فرق في ذلك بين ما إذا كان ضمان وجود الصفة صريحاً في الحالة التي يقوم فيها المشتري باشتراط توافر المبيع على صفة معينة، أو ضمناً في الحالة التي يتم فيها البيع بحسب نموذج.

غير أن هذا لا يمنع وجود جانباً مهماً من الفقه يرى أن خلو المبيع من المواصفات التي يكفلها البائع يأخذ حكم العيب، مما يتيح للمشتري الاختيار بين المطالبة بفسخ العقد لعدم تنفيذ البائع لالتزامه بالتسليم وبين الاستناد إلى أحكام ضمان العيوب الخفية⁽²⁾.

كما أن هناك من ذهب إلى إثارة إشكالية التفرقة بين الحالات التي يتعلق فيها الأمر بعيب موجب للضمان والحالات التي يتعلق الأمر فيه بإخلال بالالتزام بالتسليم المطابق، من حيث أن التفرقة بين الأمرين تبدوا مستحيلة حين الأخذ بالمفهوم الوظيفي للعيب، لأن الصفة المشترطة في العقد تتعلق عادة بالاستعمال العادي للمبيع⁽³⁾.

هذه الاستحالة كانت محل نظر بعض الفقه الذي تجنب الخوض في الموضوع تفصيلاً، بمنح المشتري الذي يشترط صلاحية المبيع للغرض المقصود منه الحق في الاختيار بين طلب فسخ العقد لعدم تنفيذ البائع لالتزامه بتسليم المبيع على النحو المتفق

(1) تنص المادة 204 من القانون المدني الجزائري فيما يتعلق بالشرط الواقف على ما يلي: "لا يكون الالتزام قائماً إذا علق على شرط غير ممكن، أو على شرط مخالف للآداب أو النظام العام...".

(2) الدكتور عبد الناصر توفيق العطار/ ماهية العيب وشروط ضمانه، مجلة إدارة قضايا الحكومة، العدد الثاني، 1972، ص 466.

(3) Zennaki Dalila/ photocopies précités.

عليه، وبين اللجوء إلى رفع دعوى ضمان العيوب الخفية لاكتشاف المبيع عيبا يجعله غير صالح للغرض الذي أعد له⁽¹⁾.

وإذا كان الأمر كذلك بالنسبة لمحاولة إجراء التفرقة بين ضمان عيوب المبيع الخفية والالتزام بالتسليم المطابق وفق ما جاء في القانون المدني، فإنه يجدر التساؤل عما إذا كان الأمر مختلفا في مجال قانون حماية المستهلك المستحدث في عديد الدول من أجل تحقيق حماية أوفر للمستهلك الذي يبدوا ضعيفا في علاقته مع المحترف تماشيا مع الاتجاه العام القاضي بوجوب تحقيق التوازن بين طرفين تختلف موازين قوتها هما: المشتري المستهلك والبائع المحترف.

فماذا عن الوضع في الحالة التي يتعلق الأمر فيها بتطبيق هذه النصوص الخاصة؟

ذلك ما سأحاول الإجابة عنه فيما يلي، محاولة تحديد الحلول التي تتاح أمام المشتري المستهلك في مواجهة البائع المحترف.

الفرع الثاني: محاولة رسم الحد الفاصل بين التزام البائع بضمان عيوب المبيع والالتزام بالتسليم المطابق وفق قانون حماية المستهلك:

نص المشرع الجزائري في المادة الثالثة من المرسوم التنفيذي المتعلق بضمان المنتجات والخدمات⁽²⁾ على أن العيب الموجب للضمان القانوني هو العيب الذي يجعل المنتج غير صالح للاستعمال المعد له⁽³⁾.

(1) الدكتور صاحب عبيد الفتلاوي/ المرجع السابق، ص 153. والدكتور السنهوري/ الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المرجع السابق، ص 767.

(2) يتعلق الأمر بالمرسوم التنفيذي 90-266 المؤرخ في 19 سبتمبر 1990 الذي ما زال ساريا رغم أنه يتضمن نصوصا تطبيقية للقانون رقم 89-02 المؤرخ في السابع من فبراير 1989 والمتعلق بالقواعد العامة لحماية المستهلك الذي ألغي بموجب القانون 09-03 المؤرخ في الخامس والعشرين من فبراير 2009 الذي يتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش الذي ينص في المادة 94 منه على أن النصوص التطبيقية للقانون 89-02 تبقى سارية المفعول إلى حين صدور النصوص التطبيقية التي تحل محلها.

(3) تنص في المادة الثالثة من المرسوم التنفيذي 90-266 المؤرخ في 19 سبتمبر 1990 والمتعلق بضمان المنتجات والخدمات على ما يلي: "يجب على المحترف أن يضمن سلامة المنتج الذي يقدمه من أي عيب يجعله غير صالح للاستعمال المخصص له...".

نفس هذا المعيار اعتمده المشرع الفرنسي حين نص في المادة 1641 من القانون المدني على أن البائع يلزم بضمان عيوب المبيع الخفية التي تجعل الشيء المبيع غير صالح للاستعمال المعد له⁽¹⁾.

والواقع أن تحليل هذا النص كان قد أثار جدلا فقهيًا وانقسامًا قضائيًا حين محاولة تحديد مفهوم العيب الموجب للضمان، مما أدى إلى انقسام الفقه والقضاء إلى فريقين، نادى أحدهما بتغليب المفهوم المادي أو المجرّد للعيب، بينما تمسك الآخر بوجود الأخذ بالمفهوم الوظيفي له⁽²⁾.

هذا وبعيدًا عن محاولة تقييم تقليد المشرع الجزائري لنص المادة 1641 من القانون المدني الفرنسي ضمن المرسوم التنفيذي المتعلق بضمان المنتجات والخدمات، فإنه يجدر التساؤل عما إذا كان تبني نفس أسلوب المشرع الفرنسي من شأنه أن يخلق إشكالات، لا سيما فيما يتعلق بمحاولة رسم الحد الفاصل بين دعوى ضمان عيوب المبيع والالتزام بالتسليم المطابق للمواصفات حين يتعلق الأمر ببيع يجمع بين مستهلك ومحترف.

بالفعل. تتحدث المادة الثالثة من المرسوم التنفيذي المتعلق بضمان المنتجات والخدمات عن: "صلاحية المنتج للاستعمال المخصص له"، مما دفع الفقه الجزائري إلى التساؤل عن المعيار القانوني الذي تتحدد هذه الصلاحية على أساسه⁽³⁾، مستنجدًا بنص المادة 379 من القانون المدني التي تنص صراحة على تحديد وجهة الاستعمال انطلاقًا من معيارين موضوعيين هما: طبيعة الشيء المبيع ومضمون العقد⁽⁴⁾.

(1) تنص المادة 1641 من القانون المدني الفرنسي على ما يلي :

"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**"

(2) تراجع ص 50 إلى ص 63 من هذا البحث.

(3) الدكتور محمد بودالي/ المرجع السابق، ص 369.

(4) تنص المادة 379 من القانون المدني الجزائري على ما يلي: "يكون البائع ملزمًا بالضمان ... 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 استعماله ...".

وبناء على ذلك فإن العيب الموجب للضمان هو العيب الذي يجعل المنتج غير صالح للاستعمال المعد له وفق المادة الثالثة من المرسوم التنفيذي المتعلق بضمان المنتجات والخدمات التي يتعين تقدير صلاحية الاستعمال بموجبها بالنظر إلى قدرة الشيء على تحقيق المنافع المقصودة منه وتحقيق الغرض الذي أراده المشتري وفق ما تم النص عليه في العقد صراحة⁽¹⁾.

ومعنى ذلك أن المشرع الجزائري قد تبنى بموجب المادة الثالثة من المرسوم التنفيذي المتعلق بضمان المنتجات والخدمات مفهوما وظيفيا للعيب الموجب للضمان⁽²⁾. نفس هذا المفهوم تكرر بمناسبة الحديث عن التزام البائع بتسليم منتج مطابق ضمن القانون المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش⁽³⁾.

بالفعل لقد نص المشرع الجزائري في المادة الحادية عشر من هذا القانون على وجوب تلبية كل منتج معروض للاستهلاك لرغبات المستهلك المشروعة التي تتمثل وفق ما جاء في الفقرتين الثانية والثالثة من نفس النص في وجوب استجابة المنتج "لرغبات المشروعة للمستهلك" فيما يتعلق بجملة من العناصر من بينها قابلية المنتج للاستعمال.

كان ذلك ضمن الفصل الثالث من هذا القانون الذي يحمل عنوان: "الزامية مطابقة المنتوجات"، مما يعني أن المنتج لا يكون مطابقا إن لم يكن قابلا للاستعمال طبقا للمادة الحادية عشر من القانون المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش.

وبذلك فإن المشرع الجزائري يكون قد تبنى مفهوما وظيفيا للعيب في المادة الثالثة من المرسوم التنفيذي المتعلق بضمان المنتجات والخدمات، كما أنه جعل المعيار الوظيفي أحد أسس تقدير عدم المطابقة بموجب المادة الحادية عشر من القانون المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش.

(1) الدكتور محمد بودالي/ المرجع السابق، ص 379.

Zennaki Dalila/ polycopies précités.

(2) الدكتور محمد بودالي/ المرجع السابق، ص 370.

(3) القانون 03-09 المؤرخ في الخامس والعشرين من فبراير 2009 والذي يتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش.

ومن جهة أخرى هناك التزاما عاما بضمان عيوب المبيع الخفية ضمن نصوص القانون المدني الجزائري بموجب المادة 379 التي تلجأ في تقدير وجود العيب من عدمه إلى جملة من العناصر يتمثل أحدها فيما يظهر من طبيعة المبيع أو استعماله⁽¹⁾.

كما أن هناك التزاما عاما يقع على عاتق البائع الذي يكفل للمشتري توافر المبيع على صفات معينة ضمن ما سبق تسميته بالمطابقة الوصفية التي يصعب رسم الحد الفاصل بينها وبين ضمان عيوب المبيع الخفية عندما يتم الأخذ بالمعيار الوظيفي للعيب من جهة وتكون الصفة المشترطة متعلقة بصلاحية الشيء المبيع للاستعمال من جهة أخرى⁽²⁾.

فكيف يمكن للمستهلك المفاضلة بين كل من دعوى ضمان العيوب الخفية ودعوى المطابقة الوصفية الخاضعتين للقانون المدني من جهة، وكل من دعوى الضمان ودعوى الالتزام بالتسليم المطابق للمستحدثان على التوالي بمقتضى قانون ضمان المنتجات والخدمات وقانون حماية المستهلك وقمع الغش من جهة أخرى؟

لقد جاء قانون حماية المستهلك بغية حماية من يقتني سلعة أو خدمة قصد تلبية حاجة شخصية أو حاجة شخص آخر أو حيوان متكفل به⁽³⁾.

هذه الحماية تسري في مواجهة كل متدخل في العملية الاستهلاكية خلال جميع مراحل العرض للاستهلاك⁽⁴⁾.

وبذلك فإن الاستفادة من الأحكام الواردة في قانون حماية المستهلك تقتصر على عقود البيع التي تجمع بين مستهلك ومحترف.

(1) تنص المادة 379 من القانون المدني الجزائري على ما يلي: "يكون البائع ملزما بالضمان ... 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 استعماله ...".

(2) قلوب الطيب/ المرجع السابق، ص 25.

(3) نصت المادة الثالثة من القانون 03-09 المؤرخ في الخامس والعشرين من فبراير 2009 الذي يتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش على تعريف المستهلك حين نصت على أنه "كل شخص طبيعي أو معنوي يقتني، بمقابل أو مجانا، سلعة أو خدمة موجهة للاستعمال النهائي من أجل تلبية حاجته الشخصية أو تلبية حاجة شخص آخر أو حيوان متكفل به".

(4) نصت المادة الثانية من القانون 03-09 المؤرخ في الخامس والعشرين من فبراير 2009 الذي يتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش على أن أحكام هذا القانون تطبق على ... كل متدخل وفي جميع مراحل العرض للاستهلاك.

أما الاستفادة من الأحكام الواردة في القانون المدني فهي تتعلق بكل من يشتري شيئاً دون النظر في ذلك لصفته أو صفة المتعامل معه.

ومن جهة أخرى يلاحظ أن الالتزام بالمطابقة طبقاً للقانون المدني مرتبط بالالتزام بالتسليم ومتعلق بمرحلة تنفيذ العقد⁽¹⁾.

هذا ولقد سبق التعرض بالتفصيل للالتزام البائع بضمان عيوب المبيع الخفية في محاولة لرسم الحد الفاصل بينه وبين الالتزام بالتسليم المطابق ضمن ما جاء في القانون المدني باعتباره قانوناً عاماً⁽²⁾.

وحيث الاطلاع على قانون حماية المستهلك وقمع الغش يلاحظ تكرار عبارات "العيب"⁽³⁾ و "الضمان"⁽⁴⁾ واستحداث مصطلح "المطابقة"⁽⁵⁾.

هذه المطابقة تعني وفق ما جاء في هذا القانون وجوب استجابة كل منتج موضوع للاستهلاك للشروط المتضمنة في اللوائح الفنية والمتطلبات الصحية والبيئية والسلامة والأمن الخاصة به⁽⁶⁾.

(1) لذلك اعتمد بعض الفقه المعيار الزمني للفرقة بين كل من دعوى الالتزام بالتسليم المطابق ودعوى ضمان عيوب المبيع الخفية من حيث تعلق الدعوى الأولى بمرحلة التسليم وامتداد الدعوى الثانية لتشمل مرحلة ما بعد التسليم: لمزيد من التفاصيل حول هذا المعيار يراجع ما جاء في دراسة كل من الدكتور: سامي عبد الله الدريعي والأساتذة: زناكي دليلة في بحثيهما التاليين: الدكتور سامي عبد الله الدريعي/ معيار التمييز بين دعوى ضمان العيوب الخفية ودعوى الإخلال بالالتزام بالتسليم، المرجع السابق، ص 17.

Zennaki Dalila/ polycopies précités.

(2) تراجع الفقرة السابقة من هذا البحث ضمن ص ص 274 إلى 285.

(3) جاء هذا المصطلح مثلاً بموجب المادة الثالثة من هذا القانون بمناسبة تعريف المنتج السليم والنزيه والقابل للتسويق، وتكرر بموجب نفس النص حين تعريف المشرع الجزائري للضمان.

(4) تم التطرق لتعريف الضمان ضمن المادة الثالثة من هذا القانون حين نصت على أن الضمان هو التزام كل متدخل خلال فترة زمنية معينة، في حالة ظهور عيب بالمنتج، باستبدال هذا الأخير أو إرجاع ثمنه أو تصليح السلعة ... على نفقته

(5) تم التطرق لتعريف المطابقة ضمن المادة الثالثة من هذا القانون، ثم جاءت المادة الحادية عشر منه لبيان معايير تقدير هذه المطابقة.

(6) جاء هذا التعريف في المادة الثالثة من القانون 09-03 المؤرخ في الخامس والعشرين من فبراير 2009 الذي يتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش ضمن جملة المصطلحات التي تضمنتها هذه المادة.

كما أنها تعني أيضا وجوب تلبية المنتج المعروض للاستهلاك لجميع رغبات المستهلك المشروعة⁽¹⁾.

هذه الرغبة المشروعة تشمل في تقديري وجوب كون المنتج سليما من أي عيب، مما يعني أن المنتج المعيب يكون بالضرورة غير مطابق.

وبذلك فإن وجود عيب في المنتج يفتح المجال أمام المستهلك لرفع دعوى عدم المطابقة لعدم تحقيق المنتج لرغبته المشروعة المتمثلة في وجوب خلو ما يقتنيه من أي عيب.

هذا ولا يشترط في العيب هنا ما تقدم دراسته ضمن ضمان عيوب المبيع الخفية وفق ما جاء في القانون المدني من وجوب كون العيب جسيما ومؤثرا وخفيا.

ويؤيد ذلك إطلاق لفظ العيب ضمن تعريف المشرع للضمان في قانون حماية المستهلك وقمع الغش حين نص على أنه في حال ظهور عيب يلتزم كل متدخل باستبدال المنتج أو إرجاع ثمنه أو إصلاح السلعة⁽²⁾.

هذا وباستقراء المادة الحادية عشر من نفس القانون يلاحظ أن المشرع الجزائري قد أدرج جملة من العناصر التي تتم على أساسها تقدير الرغبة المشروعة للمستهلك.

وما يثير الانتباه فيما يتعلق بهذا النص أن قابلية المنتج للاستهلاك وتحقيقه للنتائج المرجوة منه تعد من جملة العناصر المحددة للرغبة المشروعة للمستهلك.

غير أن قابلية المنتج للاستعمال وتحقيق النتائج المرجوة منه تشكل التعريف الوظيفي للعيب الموجب للضمان، مما يعني أن المستهلك يستطيع في هذه الحالة الاستفادة من الأحكام الخاصة الواردة في قانون حماية المستهلك وقمع الغش، كما أنه يستطيع الاستفادة أيضا من نص المادة 379 من القانون المدني في شقه المتعلق بالالتزام بتسليم

(1) تنص المادة الحادية عشر من القانون 09-03 المؤرخ في الخامس والعشرين من فبراير 2009 الذي يتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش على مجموع الأسس التي يتم تقدير الرغبة المشروعة للمشتري على أساسها.

(2) تراجع المادة الثالثة من هذا القانون التي أطلقت لفظ العيب حين تعريفها لمصطلح الضمان.

شيء خال من العيوب أو في شقه الخاص بتخلف الوصف عندما يكون قد اشترط صلاحية الشيء المبيع للاستعمال في العقد.

غاية ما في الأمر أن الاستفادة من أحكام ضمان عيوب المبيع الخفية الخاضعة لنص المادة 379 من القانون المدني لا يحقق له أية فائدة عملية لا سيما فيما يتعلق بالشروط الواجب توافرها في العيب الموجب للضمان⁽¹⁾.

أما دعوى تخلف الوصف الخاضعة للمادة 379 من القانون المدني في شقها الأول فيلاحظ أنها لا توفر حماية أكبر للمستهلك سواء تعلق الأمر بموضوعها أو بمدى سقوطها.

ذلك أن المشرع الجزائري سكت عن تحديد طبيعة دعوى الالتزام بالتسليم المطابق ضمن قانون حماية المستهلك القديم⁽²⁾ والجديد⁽³⁾ على حد سواء، ولم يتدارك هذا النقص ضمن القانون المحدد لنشاط التقييس الجزائري⁽⁴⁾.

غير أن عدم مطابقة الشيء المبيع للمواصفات المشترطة في العقد يعني أن البائع لم ينفذ التزامه العقدي مما يجعل الدعوى الرئيسية المتاحة أمام المشتري – المستهلك متمثلة في دعوى الفسخ وما يترتب عليها من إعادة الطرفين للحالة التي كانا عليها قبل التعاقد شريطة أن يتم رفعها خلال خمس عشرة سنة من تاريخ العقد⁽⁵⁾.

ومعنى ذلك أن دعوى تخلف الوصف الخاضعة للقانون المدني تشترك مع دعوى عدم المطابقة المنصوص عليها في قانون حماية المستهلك من حيث موضوعها ومدى سقوطها على حد سواء.

(1) تراجع هذه الشروط ضمن ص 64 إلى ص 148 من هذا البحث.
(2) القانون رقم 89-02 المؤرخ في السابع من فبراير 1989 والمتعلق بالقواعد العامة لحماية المستهلك.
(3) القانون 09-03 المؤرخ في الخامس والعشرين من فبراير 2009 الذي يتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش.
(4) القانون 89-23 المؤرخ في التاسع عشر من ديسمبر 1989 المحدد لنشاط التقييس الجزائرية، ج.ر المؤرخة في 19 ديسمبر 1989، العدد 54، ص 247.

(5) Zennaki Dalila/ Polycopies précités.

غاية ما في الأمر أن المستهلك المستند على أحكام قانون حماية المستهلك وقمع الغش يمكنه رفع دعواه في مواجهة كل متدخل في العملية الاستهلاكية خلال جميع مراحل العرض للاستهلاك⁽¹⁾.

ومهما يكن من أمر يلاحظ أن رسم الحد الفاصل بين دعوى الضمان ودعوى الالتزام بالتسليم المطابق الخاضعتين للمادة 379 من القانون المدني الجزائري يثير إشكالا يصعب تفاديته، لدرجة وجود عيوب يمكن الاستناد عليها في رفع دعوى الضمان ودعوى الإخلال بالتسليم المطابق في الحالة التي يتم فيها تبني المفهوم الوظيفي للعيوب الموجب للضمان من جهة، واشتراط كون المبيع صالحا للاستعمال المعد له من جهة أخرى⁽²⁾.

هذا التداخل بين العيوب التي تفتح المجال لكل من دعوى الضمان ودعوى الالتزام بالتسليم المطابق لم يجد حلا له ضمن قانون حماية المستهلك وقمع الغش ومراسيمه التنفيذية، من حيث أن مشرعا اعتبر صلاحية المبيع للاستعمال أحد أسس تقدير المطابقة ضمن قانون حماية المستهلك وقمع الغش، وتبنى المعيار الوظيفي للعيوب الموجب للضمان بمقتضى المرسوم التنفيذي المتعلق بضمان المنتوجات والخدمات.

أكثر من ذلك هناك سؤالا يطرح نفسه بإلحاح على من يحاول التفرقة بين عدم المطابقة والعيوب يتمثل في البحث عما إذا كان يصح القول بمطابقة المبيع المعيب.

إن استحالة رسم حدود واضحة لكل من دعوى ضمان عيوب المبيع ودعوى الالتزام بالتسليم المطابق طرحها الفقه الجزائري باحتشام مقارنة بالفقه الفرنسي الذي كتب كثيرا في هذا الاتجاه وأدت كتاباته إلى التأثير على محكمة النقض الفرنسية على النحو الذي سيأتي بيانه.

(1) نصت المادة الثانية من القانون 09-03 المؤرخ في الخامس والعشرين من فبراير 2009 الذي يتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش على أن أحكام هذا القانون تطبق على ... كل متدخل وفي جميع مراحل العرض للاستهلاك.

(2) Zennaki Dalila/ Polycopies précités.

المطلب الثاني: التمييز بين دعوى ضمان عيوب المبيع الخفية ودعوى الالتزام

بالتسليم المطابق في القانون الفرنسي:

إذا كان كل من المشرع الجزائري والمصري قد ألحقا دعوى تخلف الوصف بدعوى ضمان عيوب المبيع الخفية، فإن المشرع الفرنسي سكت عن النص عن التزام البائع بتسليم شيء مطابق للمواصفات.

هذا الالتزام جاء نتيجة اجتهادات قضائية كان أقدمها ما ذهب إليه محكمة النقض الفرنسية في 29 أكتوبر 1968⁽¹⁾، من أن التزام البائع بالتسليم يقتضي تسليم شيء صالح للاستعمال بالنظر لطبيعته وتبعاً لما أعد له⁽²⁾.

وهكذا فإن الالتزام بتسليم الشيء المبيع لم يعد التزاماً بقيام بعمل، وإنما نتيجة قانونية للالتزام بنقل الملكية⁽³⁾ الذي لا يتحقق إلا إذا كان الشيء المسلم مطابقاً تماماً للمواصفات⁽⁴⁾.

أكثر من ذلك هناك من الفقه من ذهب إلى أن الالتزام بالتسليم يتضمن التزاماً بالمطابقة⁽⁵⁾.

وبذلك فإن الالتزام بالتسليم لم يعد يتحقق بمجرد وضع الشيء المبيع تحت تصرف المشتري، وإنما أصبح يمتد ليشمل تحقيق جميع الأهداف التي يريد المشتري الحصول عليها⁽⁶⁾.

(1) Cass. com. 29 Octobre 1968, Bull.civ.IV, n° 295.

(2) جاء في الحثية الرئيسية لهذا القرار ما يلي:

“L’obligation de délivrance n’est remplie que lorsque l’objet du contrat est remis de telle manière que l’acquéreur puisse effectivement en user suivant sa nature et sa destination.”

(3) Cass.com.15 Juin 1999. RJDA.1999. n° 1066, page 856.

(4) A.Benabent/ Droit civil, les contrats spéciaux, 4^{ème} édition, Domat, droit privé, Montchrestien, Paris, 1999, note 11, n° 187. Et PH. Antonmattei et Raynard/ Droit civil, contrats spéciaux, Paris, Litec, 2000, note 57, n° 169.

(5) PH. Rémy, Obs., sous. Cass. civ. 1^{ère}, 1^{er} Décembre 1987, Rev.trim. Dr.civ, 1988, page 368.

(6) Cass.civ. 1^{ère}, 20 Mars 1989, Bull. civ. IV. n° 295.

وهكذا نشأت في فرنسا فكرة وجوب كون الشيء المبيع مطابقا للمواصفات في غياب نص قانوني صريح.

هذا الالتزام الجديد أسال الكثير من الحبر لا سيما فيما يتعلق بتحديد مجال إعماله، لكونه كثيرا ما اختلط بالالتزام بضمان عيوب المبيع الخفية.

فرغم أن بعض الفقه نادى بضرورة الجمع بين هذين الالتزامين تحت عنوان الالتزام بالتسليم المطابق⁽¹⁾، يلاحظ أن القضاء الفرنسي كثيرا ما تمسك بضرورة التفرقة بين كل من الالتزام بالتسليم المطابق والالتزام بضمان عيوب المبيع الخفية⁽²⁾.

هذا الموقف القضائي لم يكن ليحول دون إصدار قرارات متناقضة بشأن تكييف الوقائع من حيث كونها مشكلة لإخلال بالالتزام بالتسليم المطابق أو بكون الشيء المبيع محتويا على عيوب خفية⁽³⁾.

فبسبب غياب معيار منطقي لإجراء هذه التفرقة⁽⁴⁾، يلاحظ مثلا أن هناك قرارات اعتبرت أن الإعلان الخاطيء عن تاريخ صنع السيارة يعتبر تارة إخلالا بالالتزام بالتسليم المطابق⁽⁵⁾، ويعد في أحيان أخرى إخلالا بالالتزام بتسليم شيء خال من العيوب⁽⁶⁾.

(1) O. Tonrnafond/ Les prétendus concours d'action et le contrat de vente, D. 1994, Chron. Page 115. Et F.Collard- Dutilleul et P.H.Delebecque/ Contrats civils et commerciaux, 5^{ème} édition, Paris, Précis Dalloz, 2000, note 13, n° 263. P.H. Le Tourneau/ Conformité et garantie dans la vente d'objets mobiliers corporels, Rev.trim. dr. .com. 1980, n°123, Page 273.

(2) Cass.civ. 1^{ère}, 5 Mai 1993, D. 1993, page 507. Et Cass.civ. 1^{ère} 27 Octobre 1993, Bull.civ.I, n° 305. Et Cass.civ. 1^{ère}, 8 décembre 1993, Bull. civ. I, n° 362. Et Cass. com. 26 Avril 1994. Bull. civ. IV.n° 159. Et Cass. com. 31 Mai 1994, Bull. civ.IV. n° 199.

(3) J.Ghestin et B Deshé/ Traité des contrats, la vente, Paris, L.G.D.J.1990, note 26, n° 773, page 836. Et O. Tonrnafond/ L'obligation de délivrance dans la vente des immeubles à construire, Thèse, Paris, XII, 1987, note 36, note 86-5, page 93.

(4) J.Ghestin et B Deshé/ Traité des contrats, la vente, Paris, L.G.D.J., 1990, note 26, page 723. Et M. Alter/ L'obligation de délivrance dans la vente de meubles corporels, Thèse, Grenoble, L.G.D.J, 1972, note 41, n° 142, page 245.

(5) C. A. Paris, 27 Novembre 1967, JCP 1968, édition G, II, 15531, note J. H.

(6) Cass. com., 23 janvier 1978, Bull. civ. IV. n° 33, page 26.

كما أن الاختلاف في التكييف يظهر أيضا في الحالات التي يختلف فيها العدد المعلن للكيلومترات التي سارتها السيارة عن المسافة التي قطعها فعلا⁽¹⁾.

أكثر من ذلك يلاحظ أن محكمة النقض الفرنسية قد تعتبر أحيانا الإخلال بالالتزام بالتسليم المطابق عيبا خفيا.

وبناء عليه يلاحظ مثلا أن الغرفة المدنية الأولى لمحكمة النقض الفرنسية أيدت قضاة الموضوع الذين ذهبوا إلى أن عدم قابلية الأرض للبناء يعد عيبا خفيا، رغم أن الأمر كان متعلقا في الحقيقة بأرض حبيسة، لا تحتوي على عيب بالمفهوم الموضوعي البحث، من حيث أنه لا وجود لعيب بالمفهوم التجريدي⁽²⁾.

ومهما يكن من أمر يلاحظ أن هناك اتجاها فقهي نادى بضرورة رسم الحدود الخاصة لكل من الالتزام بالتسليم المطابق للمواصفات والالتزام بضمان العيوب الخفية⁽³⁾.

بينما ذهب جانب فقهي آخر إلى أن هناك التزام واحد يقع على عاتق البائع هو الالتزام بالتسليم المطابق الذي يضم الالتزام بالضمان⁽⁴⁾.

هذه الاتجاهات الفقهية انعكست على الاجتهادات القضائية التي أخذ بعضها بالرأي القائل بوجود التزامين منفصلين، وتبنى بعضها الاتجاه المتمسك بوجود التزام أحادي.

(1) C.A. Grenoble, 14 Février 1995, Bull. d'inf. de la cour de cassation, 1^{er} octobre 1995, page 58. Et Cass.civ 1^{ère}, 16 Juin 1993, Bull. civ I, n° 24.

(2) Cass. Civ. 1^{ère}, 16 juin 1966, Bull. civ. I, n 374. Page 288. Et Cass. civ 3^{ème}, 27 avril, 1977, Bull. civ, III, n° 184, page 142.

(3) M.Planiol et G.Ripert/ Traité pratique de droit civil français, tome 10, par J. Hamel et B.Perreau/ Les obligations, première partie, Paris, L.G.D.J. 1932, n° 125 et 126. Et Baudry-lacantinerie et Saignat/ de la vente et de l'échange, 3^{ème} édition, Sirey, 1908, n°414, Page 422. Et F.Grégoire/ vice caché et non-conformité de la chose vendue, R.J.D. Novembre 1993, doctrine, page 751. Et O. Tournafond/ Les prétendus concours d'actions et le contrat de vente, D. 1989, Chron. page 237. Et J.Huet/ Traité de droit civil, les principaux contrats spéciaux, Paris, L.G.D.J, 1996, note 34, n°11229, page 181.

(4) F. Collard- Dutilleul et Ph Delebecque/ Contrats civils et commerciaux, 5^{ème} édition, Paris, Précis Dalloz, 2001, note 13, n° 263.

ذلك أن دراسة القرارات القضائية الصادرة عن محكمة النقض الفرنسية تسمح بالتوصل إلى أن الغرفة المدنية الأولى أثرت على الغرفة التجارية من أجل الأخذ بالاتجاه المتمسك بوجود التزام أحادي، قبل أن تنظم هاتين الغرفتين إلى موقف الغرفة المدنية الثالثة التي تمسكت دائماً بوجود التزامين منفصلين.

وبناء عليه سأقوم بدراسة التطور القضائي الذي عرفته الغرف المختلفة لمحكمة النقض الفرنسية و الأساس القانوني الذي اعتمده كل غرفة في اجتهاداتها.

سيكون ذلك بدء من محاولة إظهار التضارب الطويل بين الغرفة المدنية الأولى والغرفة المدنية الثالثة عن طريق عرض وتحليل القرارات الصادرة عن كل واحدة منهما.

هذا وسأقوم بعد ذلك بالانتقال إلى إظهار الموقف المتذبذب للغرفة التجارية التي انتهت إلى التفرقة بين الالتزام بالتسليم المطابق والالتزام بضمان عيوب المبيع الخفية.

وفي الأخير سأتناول بالعرض والتحليل جملة القرارات الدالة على وجود تحول في اجتهادات كل من الغرفة المدنية الأولى والغرفة التجارية بما يتماشى مع موقف الغرفة المدنية الثالثة ويختلف عن مضمون التوجيه الأوروبي المتعلق بضمان الأشياء الاستهلاكية.

الفرع الأول: تضارب اجتهادات كل من الغرفة المدنية الأولى والغرفة المدنية

الثالثة ابتداءً.

لا يتسنى إظهار وجه الاختلاف بين الغرفة المدنية الأولى والثالثة إلا من خلال تناول القرارات الصادرة عن كل واحدة منهما بالعرض والتحليل تباعاً على نحو ما يلي:

أ موقف الغرفة المدنية الأولى:

يبدو أن الغرفة المدنية الأولى تأثرت بالاتجاه الموحد للالتزامات البائع، وأظهرت رغبة واضحة في التوسيع من مجال أعمال دعوى الالتزام بالتسليم المطابق على حساب النظام المعقد لدعوى ضمان العيوب الخفية ابتداء من سنة 1988⁽¹⁾.

كان ذلك بمناسبة قضية يتعلق الأمر فيها بعقد بيع محله مسبح معيب قام مشتريه برفع دعوى ضمان، فرفضها قضاة الموضوع لعدم احترام شرط وجوب رفع الدعوى خلال مدة زمنية قصيرة، مما دفع المدعي إلى الطعن بالنقض الذي ترتب عنه صدور قرار مفاده أن التزامات البائع لا تقتصر على ضمان العيوب الخفية، وإنما تمتد لتشمل الالتزام بتسليم شيء مطابق للاستعمال المعد له، وفي حال الإخلال بهذا الالتزام الأخير يمكن للمشتري المطالبة بفسخ العقد إلى جانب التعويض⁽²⁾.

والملاحظ أن قضاة الدرجة الأولى كانوا قد أقرروا بمناسبة هذه القضية مسؤولية البائع على أساس المادة 1184 من القانون المدني الفرنسي لإخلاله بالتزاماته التعاقدية، غير أن محكمة الدرجة الثانية ذهبت إلى أنه كان عليهم أعمال الأحكام الخاصة بالضمان بدلا من اللجوء إلى الحكم العام الوارد في المادة 1148 من القانون المدني الفرنسي.

أما محكمة النقض الفرنسية فقد ذهبت إلى أن دعوى عدم ضمان العيوب الخفية غير مقبولة في هذه القضية لعدم احترام شرط وجوب رفع الدعوى خلال مدة زمنية معقولة، مضيفة في أحد إحداثيات قرارها بأن الأحكام الخاصة بالضمان لا تحول دون أعمال المادة 1148 من القانون المدني الفرنسي.

(1) Cass.civ.1^{ère} 8 novembre 1988, Bull.civ.I, n° 314. Et Cass.civ.1^{ère} 26 Juin 1988, Bull.civ.I, n° 203

(2) جاء في الحثية الرئيسية لهذا القرار ما يلي:

« Les obligations du vendeur ne se limitent pas à la garantie des vices cachés de la chose vendue, mais lui imposent également de délivrer une chose conforme à l'usage auquel elle est destinée; qu'en cas de manquement à cette obligation, la résolution du contrat avec dommages intérêt peut être demandée par l'acheteur ».

والواقع أن الغرفة المدنية الأولى فرقت بمناسبة هذا النزاع بين الالتزام بضمان عيوب المبيع الخفية والالتزام بالتسليم المطابق.

غير أنها ذهبت إلى أن خرق الالتزام التعاقدى بالتسليم يقتضي تسليم شيء غير مطابق للاستعمال المعد له.

ولكن أليس العيب الخفي هو أيضا نقيصة تجعل الشيء المبيع غير صالح للاستعمال المعد له؟

إن القول بتحقق الضمان عند عدم صلاحية الشيء المبيع للاستعمال المعد له، وتحقق خرق الالتزام التعاقدى بالتسليم عند تسليم شيء غير مطابق للاستعمال المعد له، من شأنه أن يخلط بين العيب الخفي وعدم المطابقة ويحول دون رسم حدود كل من الالتزام بضمان عيوب المبيع الخفية والالتزام بالتسليم المطابق للمواصفات.

وأكثر من مجرد الخلط بين تعريف ضمان العيوب الخفية والالتزام بالتسليم المطابق للمواصفات، هناك من يرى وجود رغبة حقيقية في استبعاد أحكام دعوى الضمان لمصلحة دعوى الالتزام بالتسليم المطابق⁽¹⁾.

ويعزز هذا الرأي أن المشتري في القضية المذكورة لم يقدّم باثارة المادة 1148 من القانون المدني الفرنسي، إذ أنه أسس دعواه على ضمان عيوب المبيع الخفية، إلا أن الغرفة المدنية الأولى استبعدت أعمالها لعدم احترام الشرط المتعلق بوجود رفع الدعوى خلال مهلة قصيرة، وأخضعت طلبه للحكم العام الوارد في المادة 1148 من القانون المدني الفرنسي⁽²⁾.

(1) Appolis, R.J.D.A. 1994, Page 492. Et A.Benabent/ Droit civil, les contrats spéciaux, 1997, Montchrestien, 3^{ème} édition, note 11, n° 188.

(2) Cass.civ.1^{ère} 8 novembre 1988, Bull.civ.I, n°314. Et Cass.civ.1^{ère}, 26 juin 1988, Bull.civ.I, 203

هذه الوضعية تكررت في عدة قضايا بدا فيها واضحا ميل الغرفة المدنية الأولى إلى استبعاد أحكام ضمان عيوب المبيع الخفية لمصلحة دعوى عدم المطابقة.

ففي سنة 1989 أصدرت محكمة النقض الفرنسية في غرفتها الأولى قرارا يتعلق الأمر فيه بمنبه معيب، قام قضاة الموضوع برفض طلب مشتريه الذي أراد الحصول على حكم بالضمان على أساس وجود عيب خفي، بدعوى أن المدعي لم يقيم باحترام شرط الأجل القصير⁽¹⁾.

ولما عرض النزاع أمام محكمة النقض الفرنسية ذهب قضاة غرفتها المدنية الأولى إلى أنه كان يجب على قضاة الموضوع البحث فيما إذا كان المفهوم التجريدي للعيب الذي أثاره المشتري لا يشكل إخلالا بالتزام البائع بتسليم شيء مطابق للاستعمال العادي مما يؤدي إلى استبعاد المادة 1648 من القانون المدني الفرنسي⁽²⁾.

لقد ذهبت محكمة النقض الفرنسية بمقتضى هذا القرار أيضا إلى استبعاد دعوى ضمان العيوب الخفية لمصلحة دعوى التسليم غير المطابق.

أكثر من ذلك يلاحظ أن الغرفة المدنية الأولى لمحكمة النقض الفرنسية قامت بموجب هذه القرارات بنقض قضاة الموضوع الذين رفضوا أعمال دعوى الضمان لمرور الأجل ملزمة إياهم بالبحث عما إذا كان العيب مشكلا لإخلال بالالتزام بالتسليم المطابق.

غير أنه يلاحظ أن التعريف الذي اعتمده الغرفة المدنية لتخلف المطابقة ليس في الحقيقة سوى تعريف للعيب الخفي، مما يعكس الرغبة المتكررة لهذه الغرفة في استبعاد

(1) Cass.civ.1^{ère} 14 Février 1989. Bull.civ.I, n° 83.

(2) جاء في الحثية الرئيسية لهذا القرار ما يلي:
« Les juges de fond auraient dû rechercher si le vice de conception relevé ne devait pas s'analyser en un manquement du vendeur à son obligation de livrer une chose conforme à sa destination normale, ce qui aurait exclu l'application de l'article 1648, comme les règles de la garantie contractuelle. »

النظام القانوني لعيوب المبيع الخفية لمصلحة دعوى تخلف المطابقة، بغية تجنب الشرط المتعلق بوجوب رفع دعوى الضمان خلال مدة زمنية قصيرة⁽¹⁾.

هذه الرغبة المتنامية في التقليل من مجال أعمال دعوى ضمان عيوب المبيع الخفية تدعمها قاعدة إجرائية هامة تمنح قضاة الموضوع الحق في إعادة تكييف الوقائع والبحث من تلقاء أنفسهم عن القاعدة القانونية التي يخضع لها النزاع من أجل تحديد ما إذا كان الأمر يتعلق بعيب خفي أم بغياب المطابقة⁽²⁾.

وبناء عليه يلاحظ أن بعض الفقه الفرنسي قد ذهب إلى أن محكمة النقض الفرنسية تفتح المجال لابتلاع دعوى ضمان العيوب الخفية لمصلحة الدعوى القائمة على عدم تنفيذ البائع لالتزامه بالتسليم المطابق، من أجل التهرب من أعمال شرط وجوب رفع دعوى الضمان خلال مدة زمنية قصيرة⁽³⁾.

ومعنى ذلك أنه كلما سقطت دعوى ضمان عيوب المبيع الخفية لمرور الأجل قامت محكمة النقض الفرنسية بإلزام قضاة الموضوع بالبحث عما إذا كانت إعادة تكييف الوقائع من شأنها أن تؤدي إلى تأسيس الدعوى على وجود إخلال بالالتزام بالتسليم المطابق⁽⁴⁾.

هذا الوضع القضائي دفع بعض الفقه إلى التساؤل عما إذا كانت محكمة النقض الفرنسية تكرر حق الاختيار بين دعوى ضمان عيوب المبيع الخفية ودعوى المطابقة، من حيث كونها تنقض قضاة الموضوع الذين يرفضون دعوى الضمان لمرور الأجل كلما امتنعوا عن البحث عما إذا كان البائع قد أخل بالالتزام بالتسليم المطابق⁽⁵⁾.

(1) Appolis, R.J.D.A.1994. Page 492. Et A.Benabent/ Droit civil, les contrats spéciaux, précité, note 11, n° 188.

(2) G.Viney, JCP1993, édition G, I, 3727, chron. de responsabilité civile, n° 27.

(3) Note sous cass.plén.7 Février 1986, D.1986, page 299.

(4) Note sous cass.plén.7 Février 1986, D.1986, page 299.

(5) G.Viney/ La protection d'un acquéreur d'un produit défectueux : La coexistence de l'action en garantie contre les vices cachés et de l'action en responsabilité contractuelle de droit commun, JCP1993, édition G, I, 3727, chron. De responsabilité civile, n° 25.

وعلى هذا الأساس ذهب الأستاذ: Leveneur بصدد تحليله لأحد قرارات الغرفة المدنية الأولى إلى أنها تفتح أمام المشتري مجال الاختيار بين دعوى ضمان العيوب الخفية ودعوى عدم تنفيذ الالتزام بالتسليم المطابق⁽¹⁾.

ذلك أن محكمة النقض ذهبت بصدد أحد حيثيات هذا القرار إلى أن المشتري يستطيع مقاضاة البائع على أساس امتناعه عن تنفيذ التزامه بتسليم شيء مطابق للاستعمال المعد له رغم كون عدم المطابقة قائماً على وجود عيب خفي⁽²⁾.

هذا وقد تبنى جانب فقهي آخر تفسيراً مختلفاً لقرارات محكمة النقض الفرنسية التي سارت في هذا الاتجاه، حيث ذهب البعض في محاولة تفسيرهم لها إلى أن الأمر يتعلق بموقف قضائي يحتمل تحليلين: فهي إما أنها تسعى إلى احترام الفرق بين العيب الخفي وعدم المطابقة بإدانة القرارات التي تذهب إلى وجود عيب خفي خطأً، وإما أنها تحاول التهرب من الأجل القصير المنصوص عليه في المادة 1648 من القانون المدني الفرنسي، بغية حماية المشتري بمنحه إمكانية رفع دعوى المطابقة التي لا تخضع لنفس الأجل⁽³⁾.

وبالرجوع إلى البحث عما إذا كان من حق المشتري الاختيار بين رفع دعوى ضمان العيوب الخفية ودعوى عدم المطابقة، يلاحظ أن الغرفة المدنية الأولى تذهب إلى قبول دعوى عدم المطابقة في الحالات التي يكون فيها الشيء المباع غير صالح للاستعمال المعد له حتى ولو كان ذلك ناتجاً عن عيب خفي⁽⁴⁾.

(1) Cass.civ.1^{ère}. 24 Mars 1992, Contrats, concur. et consom.1992, n° 130, note L.Leveneur.

(2) جاء في الحاشية الرئيسية لهذا القرار ما يلي:

« L'action fondée sur l'inexécution de l'obligation de délivrer une chose conforme à sa destination pouvait être exercée, peu importe que le défaut de conformité puisse ou non constituer un vice caché ».

(3) F.Bussy-Dunaud/ Le concours d'actions en justice entre les mêmes parties, LGDJ.1988, page 131, n°, 270.

(4) Cass.civ. 1^{ère}, 24 mars 1992, contrats, concur. et consom., n° 130.

إن القول بإمكانية رفع دعوى عدم المطابقة في الحالات التي يكون فيها الشيء المبيع غير صالح للاستعمال المعد له يعني أن الغرفة المدنية الأولى تتبنى مفهوما وظيفيا للعيب المؤدي إلى عدم المطابقة⁽¹⁾.

هذا المفهوم الوظيفي للعيب معمول به أيضا في إطار دعوى ضمان عيوب المبيع الخفية، مما يؤدي بداهة إلى الخلط بين دعوى الضمان ودعوى عدم المطابقة واستحالة رسم الحدود الخاصة بكل منهما⁽²⁾.

ب- موقف الغرفة المدنية الثالثة:

إذا كانت الغرفة المدنية الأولى قد عملت على توحيد التزامات البائع بالتوسيع من مجال إعمال دعوى عدم المطابقة على حساب دعوى ضمان العيوب الخفية، فإن غرفتها الثالثة عارضت هذا الموقف مؤكدة كلما أتاحت لها الفرصة على أن دعوى ضمان العيوب الخفية مستقلة عن دعوى عدم المطابقة وليست شبيهة لها⁽³⁾.

ذلك ما يتضح من خلال قضية يتعلق الأمر فيها بعقد محله قرميد تبين أنه يتصقع، مما دفع المشتري إلى رفع دعوى ضمان للعيوب الخفية أمام قضاة الموضوع الذين رفضوا الطلب لمرور المدة، فكان حكمهم محل طعن بالنقض أمام الغرفة المدنية الثالثة على أساس أنهم لم يبحثوا عما إذا كانت الوقائع مشكلة لإخلال بالتزام البائع بتسليم شيء مطابق⁽⁴⁾.

لقد اعتمد المشتري في طعنه بالنقض على موقف الغرفة المدنية الأولى القاضي بإلزام قضاة الموضوع بإعادة تكييف الوقائع كلما استحال على المشتري الحصول على مبتغاه من خلال رفع دعوى ضمان العيوب الخفية بسبب مرور الأجل.

(1) P.Jourdin/ Les actions des acquéreurs insatisfaits ou victimes de dommages, Gaz.Pal. 1994, page 4.

(2) Cass. civ.3^{ème}, 17 Janvier 1990, Bull.civ.III. n° 26.

(3) Cass. civ. 3^{ème}, 17 Juin 1992, pourvoi n° 90-19-455. Et Cass.civ.3^{ème}, 27 Mars 1991, Bull.civ.III, n° 107. Et D.1992, page 95, note J.f.Karila. Et J.Apollis/ Obligation de délivrance et garantie des vices cachés, RJDA 1994, page 492.

(4) Cass.civ.3^{ème}, 27 mars 1991, Bull .civ. III, n° 107, D.1992, page 95, note J.f.Karila.

غير أن الغرفة المدنية الثالثة اعتمدت في هذه القضية موقفا مخالفا من حيث أنها رفضت طلب المدعي ذاهبة إلى أن الشيء المبيع كان مطابقا للمواصفات رغم أنه يحتوي على عيب خفي⁽¹⁾.

وبناء عليه يلاحظ أن الغرفة المدنية الثالثة صمدت أمام اتجاه الغرفة المدنية الأولى الذي طمس حدود دعوى ضمان العيوب الخفية مقلصا من مجال أعمالها لمصلحة دعوى عدم المطابقة.

والواقع أن موقفها كان محل ترحيب من بعض الفقه الذي اهتم كثيرا بالقرار الذي أصدرته في القضية المذكورة آنفا، مؤكدا على أن تسليم قرميد يتصقع لا يعني أن البائع قد أخل بالالتزام بالتسليم الذي يتحقق بوضع الشيء تحت تصرف المشتري⁽²⁾.

هذا ولم تكثف الغرفة المدنية الثالثة برسم حدود خاصة لدعوى ضمان العيوب الخفية، ورفض فتح المجال أمام المشتري الذي يتأخر في رفع دعوى الضمان بتمكينه من تأسيس دعواه على أحكام المسؤولية التعاقدية.

بالفعل لقد ذهبت الغرفة المدنية الثالثة إلى أبعد من ذلك من خلال قرار صدر لها في : 23 أكتوبر 1991⁽³⁾ ذهبت بموجبه إلى إدراج حيثية مفادها أن الشيء المبيع قد يتضمن عيبا خفيا رغم أنه مطابق لما تم الاتفاق عليه⁽⁴⁾.

(1) جاء في الحيثية الرئيسية لهذا القرار ما يلي:

« Bien que les tuiles fusent atteintes d'un vice caché de fabrication, leur qualité et leur nature étaient conformes au contrat. »

(2) Obligation de délivrance et garantie des vices cachés, RJDA 1994, page 492. J.Apollis.

(3) Cass. civ. 3^{ème}, 23 Octobre 1991, Bull.civ.IV, n° 249 et Rev.trim.dr.com.1992, page 442, obs .B.Bouloc.

(4) جاء في الحيثية الرئيسية لهذا القرار ما يلي:

« Attendu qu'après avoir relevé que si les matériaux utilisés comportaient un défaut de fabrication entraînant un vieillissement prématuré à l'air, constitutif d'un vice caché, leur qualité et leur nature étaient conforme au contrat. »

هذا ويلاحظ أن قضاة الموضوع كثيرا ما أيدوا الغرفة المدنية الثالثة في اجتهادها المؤدي إلى تكريس التفرقة بين دعوى ضمان عيوب المبيع الخفية والدعوى المتعلقة بالالتزام بالتسليم المطابق.

ذلك مثلا هو شأن قرار صدر عن محكمة استئناف فرساي في: 16 جوان 1986 حيث ذهبت إلى أن دعوى ضمان العيوب الخفية تختلف عن الدعوى المتعلقة بالتزام البائع بالتسليم من جهة وعن دعوى المطابقة من جهة أخرى⁽¹⁾.

نفس هذا الاتجاه اعتمدته محكمة استئناف باريس في 13 نوفمبر 1991⁽²⁾ بمقتضى أحد قراراتها، حين ذهبت إلى التفرقة بين العيب الخفي والعيب المؤدي إلى عدم المطابقة، موضحة أن العيب الخفي نقيصة تحول دون العمل الجيد للشيء المبيع وتجعله غير صالح للاستعمال المعد له، في حين أن عيب المطابقة يؤدي إلى تبرير فسخ العقد من حيث أنه يشكل فرقا بين الشيء الموعود به والشيء الذي تم تسليمه فعلا⁽³⁾.

الفرع الثاني: موقف الغرفة التجارية

إذا كان موقف الغرفة المدنية الثالثة المكرس للتفرقة بين دعوى ضمان عيوب المبيع الخفية والدعوى المتعلقة بالالتزام بالتسليم المطابق قد لقي تأييد الكثيرين، فإن موقف الغرفة التجارية ظهر في البداية متذبذبا، إذ أنها أصدرت قرارات أدانت قضاة الموضوع لعدم إعمالهم النظام القانوني لدعوى الضمان وإحلال دعوى عدم المطابقة محلها، مما يسمح بالقول: إنها عرفت الفرق بين ضمان عيوب المبيع الخفية والالتزام بالتسليم المطابق،

(1) Versailles, 16 Juin 1989, D.1989, IR.page228.

(2) Paris, 13 Novembre 1991, D.1992, IR, page32.

(3) جاء في الحثية الرئيسية لهذا القرار ما يلي:

« *Le vice caché de la chose vendue est une déféctuosité, une anomalie ou une altération nuisant au bon fonctionnement de la chose et la rendant impropre à l'usage auquel on la destine, alors que le défaut de conformité, justifiant la résolution de la vente pour inexécution contractuelle, consiste en une différence entre la chose promise et la chose délivrée* ».

لولا صدور قرارات أخرى يتبين من خلالها أن الغرفة التجارية لم ترسم حدودا للدعويين⁽¹⁾.

لقد دام هذا الالتباس طويلا ولم يظهر خط سير الغرفة التجارية واضحا لوجود قرارات تسمح بالقول إنها تقترب من موقف الغرفة المدنية الثالثة وأخرى تتبنى من خلالها موقف الغرفة المدنية الأولى.

بالفعل. اعتمدت الغرفة التجارية المفهوم التجريدي للعيب في قرار صدر لها بتاريخ: 23 جانفي 1990 مما أدى إلى اقترابها من موقف الغرفة المدنية الثالثة التي ترسم حدودا واضحة لكل من دعوى ضمان عيوب المبيع الخفية والدعوى المتعلقة بعدم تسليم شيء مطابق⁽²⁾.

ومع ذلك لا يمكن القول إن الغرفة التجارية قد كرست بموجب هذا القرار موقفا ثابتا بدليل إصدارها لقرار آخر بعد سنة وبضع أشهر، ذهبت من خلاله إلى الأخذ بموقف الغرفة المدنية الأولى التي كثيرا ما اتجهت إلى تغليب دعوى عدم المطابقة على حساب دعوى ضمان العيوب الخفية.

لقد كان ذلك في : 22 ماي 1991 في قضية ذهبت الغرفة التجارية بموجبها إلى إدانة قضاة الموضوع الذين رفضوا دعوى ضمان العيوب الخفية لمرور الأجل دون البحث فيما إذا كانت الوقائع مشكلة لعيب في المطابقة⁽³⁾.

(1) Cass. com. 20 Octobre 1966, Bull.civ.IV, n° 403. Et Cass. com. 28 Janvier 1975, D. 1975, IR, page 84. Et Cass. com. 20 Janvier 1981, D. 1981, IR, page 386.

(2) Cass.com.23 Janvier1990.D.1991, page333, note de Virassamy. Et Rep.Defrénois1991, art.35041, page 612, note de J.Honorat.

(3) Cass.com. 22 Mai 1991, Bull.civ.IV, n°176; D.1992, somm. page200, Obs.O.Tournafond.

تشارك الغرفة التجارية هنا مع الغرفة المدنية الأولى في أنها تلزم قضاة الموضوع بإعادة تكيف الوقائع للبحث عما إذا كان الأمر متعلقا بعيب في المطابقة رغم أن المشتري قام بتأسيس دعواه على أحكام الضمان⁽¹⁾.

لذلك فإن السواد الفقهي الأعظم ذهب إلى أن الغرفة التجارية تأخذ بموقف الغرفة المدنية الأولى⁽²⁾.

إنه شبه إجماع فقهي لم يمنع الأستاذ: Tournafond من تكوين رأي مخالف مفاده أن الغرفة التجارية تفرق بين العيب الخفي وعدم المطابقة، مستندا إلى أن القرار الذي أصدرته هذه الغرفة في 22 ماي 1991 يتعلق بعقد بيع محله نسيج مخلوط بمادة البروبيلان التي لا تسمح بالقول بوجود عيب خفي كما هو شأن النسيج المقروض مثلا، مما يعني أن الغرفة التجارية قد أصابت في حكمها حين وجهت الأطراف وقضاة الموضوع نحو مجال أعمال الالتزام بالتسليم المطابق بدلا من الالتزام بضمان عيوب المبيع الخفية⁽³⁾.

إن موقف الأستاذ: Tournafond يبدوا – في تقديري – منافيا للواقع من حيث أن احتواء الشيء المبيع على مادة البروبيلان يعد عيبا بالمفهوم التجريدي وأن المعيار الوظيفي للعيب متوفر أيضا لأن وجود هذه المادة في النسيج قد تجعله غير صالح للاستعمال.

ومهما يكن من أمر يلاحظ أن القرار الصادر عن الغرفة التجارية في 22 ماي 1991 كان منتجا لآراء مختلفة، شأنه في ذلك شأن قرار آخر صدر لها في 18 فبراير 1992⁽⁴⁾، ذهبت بموجبه إلى أن التزامات البائع لا تتعلق فقط بضمان العيوب الخفية وإنما

(1) تراجع قرارات الغرفة المدنية الأولى الواردة في الصفحة 297 وما يليها من هذا البحث.

(2) R.Martin/ Obligation de délivrance et garantie des vices, Ann.Loyers 1994, page 40. Et A.Benabent, note sous cass.civ.1^{ère}, 5 Mai 1993, D.1993, page 508.

(3) Cass.com.22 Mai 1991, Bull.civ.IV, n° 176; D.1992, somm.page 200, Obs.O.Tournafond.

(4) Cass.com.18 Février 1992, Bull. civ.IV, n° 82; JCP1992, édition G, IV, 1202.

تمتد لتشمل الالتزام بتسليم شيء مطابق للاستعمال المعد له⁽¹⁾.

إن صياغة حيثيات هذا القرار تدل على أن الغرفة التجارية لمحكمة النقض الفرنسية تقوم بالتفرقة بين التزام البائع بضمان العيوب الخفية والتزامه بالتسليم المطابق من حيث أنها تقر بوجود التزامين ناتجين عن عقد البيع.

ومع ذلك يلاحظ أن هناك جانبا فقهيًا ذهب إلى أن هذا القرار يتضمن تشابها مع اجتهاد الغرفة المدنية الأولى القاضي بإمكانية رفع دعوى عدم المطابقة حتى ولو كان الأمر متعلقًا بعيب خفي⁽²⁾.

بالفعل. إن قرار الغرفة التجارية يقترب في ظاهره من اجتهاد الغرفة المدنية الأولى وبيّتعد عن موقف الغرفة المدنية الثالثة التي تدافع على أن نفس النقيصة لا يمكن أن تكون أساسًا لدعويين مختلفتين⁽³⁾.

ومع ذلك يجدر التساؤل عما إذا كان تأثر الغرفة التجارية بموقف الغرفة المدنية الأولى كليًا.

فهل كانت هذه الغرفة تهدف من وراء إصدارها للقرار المذكور إلى إعفاء المشتري من المهلة المرتبطة بدعوى ضمان العيوب الخفية والتوسيع من مجال أعمال دعوى المطابقة على حساب دعوى الضمان؟

قد يسمح بالإجابة عن هذا التساؤل قرار صدر عن الغرفة التجارية نفسها في 23 جوان 1992، يتعلق الأمر فيه بعقد بيع محله مخبر تصوير أوتوماتيكي، قام مشتريه برفع دعوى ضمان لاحتواء المحل على عيب خفي، ولما رفض قضاة الموضوع طلبه مستنديًا إلى عدم وجود عيب يوجب فسخ العقد، طعن المدعي بالنقض أمام الغرفة التجارية مستندا

(1) جاء في الحيثية الرئيسية لهذا القرار ما يلي:

«Les obligations du vendeur ne se limitent pas à la garantie des vices cachés mais lui imposent également de délivrer une chose conforme à l'usage auquel elle était destinée»

(2) Cass.civ.1^{ère} 24 Mars 1992, Contrats, concurr. et consom, 1992, n° 130, note L.Leveneur .

(3) Cass.civ.3^{ème}, 3 Octobre 1991, Bull.civ.III, n° 220

إلى اجتهاد الغرفة المدنية الأولى القاضي بإلزام قضاة الموضوع بالبحث عما إذا كان البائع قد أخل بالتزام التسليم المطابق⁽¹⁾.

غير أن رد الغرفة التجارية جاء واضحاً حين ذهبت إلى أن قضاة الموضوع يرتبطون بادعاءات الأطراف ولا يمكنهم إدخال تعديلات على موضوع النزاع، مؤيدة بذلك موقف قضاة الموضوع الذين اكتفوا بالبحث في وجود عيب خفي من عدمه، دون الانتقال إلى التساؤل عما إذا كان الأمر متعلقاً بإخلال بالالتزام بالتسليم المطابق، لعدم استناد الأطراف لهذا الأساس القانوني⁽²⁾.

وبذلك يلاحظ أن الغرفة التجارية لم تلجأ آلياً إلى إدانة قضاة الموضوع الذين امتنعوا عن إعادة تكييف الوقائع، مما يعني أنها لم تكن تهدف إلى التقليل من مجال أعمال دعوى الضمان لحساب دعوى عدم المطابقة كلما سقطت الدعوى الأولى لمرور المدة.

لقد رفضت هذه الغرفة إدانة قضاة الموضوع لعدم بحثهم التلقائي عما إذا كانت الوقائع قابلة لأن تكيف على أساس وجود إخلال بالالتزام المطابق.

وبالتالي فإن القرار المذكور لم يكن ليكسر موقف الغرفة المدنية الأولى التي تميل إلى إعفاء المشتري من المهلة المرتبطة بدعوى ضمان العيوب الخفية والتوسيع من مجال أعمال دعوى المطابقة على حساب دعوى الضمان.

لقد سحب هذا القرار من قضاة الموضوع الحق الذي منحتهم إياه الغرفة المدنية الأولى فيما يتعلق بإعادة تكييف وقائع القضية، عن طريق إعادة وضع الأطراف على الأرضية المناسبة، بالنظر في وجود عيب في المطابقة من عدمه رغم تأسيس الأطراف لدعواهم على أحكام ضمان العيوب الخفية.

⁽¹⁾ Cass.com.23Juin1992, Bull.civ.IV.n°244. Et

Rev.trim.dr.com.1993,page355,obs.B.Bouloc;D.1993,Somm.,page240,obs.O.Tournafond

⁽²⁾ جاء قرار الغرفة التجارية على النحو الآتي:

« Les juges du fond sont liés par les prétentions des parties et ne peuvent modifier l'objet du litige dont ils sont saisis. C'est donc à bon droit que la cour d'appel, relevant que M.L.ne ne l'avait pas saisie d'une action en responsabilité pour non-conformité de la chose livrée, s'est abstenue de statuer sur un tel fondement. »

ومع ذلك يجدر التساؤل عما إذا كانت الغرفة التجارية قد تمسكت بهذا الموقف طويلا مما يرفعه إلى درجة الموقف الثابت الذي يرقى إلى مرتبة المبادئ القضائية لديها، لا سيما وأن موقفها المعلن قبل صدور هذا القرار يتماشى مع موقف الغرفة المدنية الأولى، من حيث كونه يكرس مبداء مفاده أن اختيار أساس الدعوى ليس من حق المدعين وإنما من حق قضاة الموضوع⁽¹⁾.

يسمح بالإجابة عن هذا التساؤل قرار صدر عن الغرفة التجارية في الفاتح من ديسمبر 1992 نقضت بموجبه قرار قضاة الموضوع الذين كيفوا الوقائع على أنها عيبا خفيا، ورفضوا طلب المدعي لمرور المدة في حين أن الأمر يتعلق وفق اجتهاد الغرفة التجارية بعيب في المطابقة⁽²⁾.

وبغض النظر عن صحة التكييف من عدمه، والانتقادات التي وجهها بعض الفقه لكل من قضاة الموضوع وقضاة الغرفة التجارية معا، يلاحظ أن موقف الغرفة التجارية جاء لينقض قرار قضاة الموضوع الذين لم يبحثوا عما إذا كان الأمر متعلقا بعيب في المطابقة⁽³⁾.

لقد صدر هذا القرار بعد بضعة أشهر فقط من إعلان الغرفة التجارية عن سحب صلاحية إعادة تقدير الوقائع من قضاة الموضوع بموجب قرارها الصادر في 23 جوان 1992 الذي يعد استثناء لا يرقى إلى مرتبة الموقف الثابت إذا ما قورن بكم القرارات التي

(1) Cass.com. 20 Janvier 1981, Bull. civ.IV, n°39. Et Cass.com.15 Juin 1981, Bull. civ.IV, n°273.

(2) Cass.com.1^{er} décembre 1992, Bull.civ.IV, n° 389 ; D. 1993, somm. Page 240, obs. Tournafond ; RJDA1993, n° 487, page 420.

(3) Tournafond, obs. à propos de Cass. civ. 1^{ère}, 10 Mars 1993, D. 1993, somm., page 240.

تمنح الغرفة التجارية بموجبها لقضاة الموضوع الحق في إعادة تكييف الوقائع⁽¹⁾.

ومهما يكن من أمر يلاحظ أن غرف محكمة النقض الفرنسية تبنت مواقف مختلفة وأصدرت قرارات متناقضة ومتباينة بصدد نفس الإشكال القانوني، مما أدى إلى وضع المتقاضين فريسة لعدم الاستقرار من حيث أن دعواهم يمكن أن تقبل أو ترفض تبعاً للغرفة التي يعرض أمامها النزاع.

هذا الوضع لا يمكن أن يكون صحيحاً من حيث أن محكمة النقض الفرنسية ليست درجة الثالثة من درجات التقاضي، إنها محكمة تسهر على احترام القانون وحسن تطبيقه. فكيف يمكن أن يتحقق ذلك في وجود ثلاث غرف تصدر قرارات مختلفة ومتناقضة بصدد نفس الإشكال؟

الواقع أن سير مختلف غرف محكمة النقض الفرنسية في اتجاهين مختلفين جاء ليعكس انقساماً فقهيًا بين مؤيد لتوحيد التزامات البائع ومعارض لذلك.

هذا الانقسام لم يكن ليحول دون تراجع كل من الغرفة التجارية والغرفة المدنية الأولى عن موقفهما المؤدي إلى توحيد التزامات البائع وانضمامهما المؤكد لموقف الغرفة المدنية الثالثة المتمسكة بوجود التزامين مختلفين هما: الالتزام بالضمان والالتزام بالتسليم المطابق.

هذا التراجع أدى إلى توحيد اجتهادات الغرف المختلفة لمحكمة النقض الفرنسية مما يجعله جديراً بالتحليل عن طريق عرض القرارات الدالة على وجود تحول في اجتهادات كل من الغرفة المدنية الأولى والغرفة التجارية بما يتماشى مع موقف الغرفة المدنية الثالثة ويحقق سير غرف محكمة النقض الفرنسية في اتجاه واحد يتمثل في الاعتراف باختلاف الالتزام بالضمان عن الالتزام بالتسليم المطابق.

⁽¹⁾ تراجع على سبيل المثال القرارات التالية:

Cass.com. 20 Janvier 1981, Bull. civ.IV, n°39. Et Cass.com.15 Juin 1981, Bull. civ.IV, n°273.

وعلى هذا الأساس فإن الفرع الموالي سيتضمن دراسة للاجتهادات القضائية التي أدت إلى سير غرف محكمة النقض الفرنسية في الاتجاه القائم على ازدواجية التزامات البائع.

الفرع الثالث: توحيد موقف الغرف المختلفة لمحكمة النقض الفرنسية:

لقد عملت الغرفة المدنية الأولى لعدة سنوات من أجل القضاء على دعوى ضمان العيوب الخفية لحساب دعوى التسليم المطابق، غير أنها تنازلت عن هذه السياسة وأخذت بموقف الغرفة المدنية الثالثة في نفس الوقت الذي انضمت إليها فيه الغرفة التجارية⁽¹⁾.

يظهر ذلك أساساً من خلال قرار صدر لها في 10 مارس 1993 يتعلق الأمر فيه بمشتري محرك نفاث قام برفع دعوى ضمان عيوب خفية على أساس أن محل العقد يتعطل باستمرار⁽²⁾.

ولما رفض قضاة الموضوع طلبه لعدم احترام الأجل القصير المنصوص عليه في المادة 1684 قام بالطعن بالنقض على أساس أن قضاة الموضوع لم يبحثوا عما إذا كان العيب مشكلاً للإخلال بالالتزام بالتسليم المطابق.

وكانت النتيجة أن أصدرت محكمة النقض الفرنسية في غرفتها الأولى قراراً مهماً ذهبت بموجبه إلى أن قضاة الموضوع غير ملزمين بتعديل الأساس القانوني للدعوى عن طريق إعادة تكيف الوقائع⁽³⁾.

(1) Cass.com. 22 Mai 1991, Bull.civ.IV, n° 176. Et Cass.com., 18 Février 1992, Bull.civ.IV, n° 82 ; JCP 1992, édition G, IV, 1202.

(2) Cass.civ.1^{ère}, 10 Mars 1993, D.1993, Somm. Page 240.

(3) جاء في الحثية الرئيسية لهذا القرار ما يلي:

«Il ne saurait être fait grief à une cour d'appel d'avoir débouté l'acquéreur de son action en garantie des vices cachés, au motif qu'elle n'avait pas été intenté dans le bref délai de l'article 1648, dès lors que devant les juges du fond il n'avait pas invoqué un manquement à son obligation de délivrance; en conséquence, la cour d'appel n'était pas tenue de modifier le fondement juridique de la demande qui lui était présentée ».

والواقع أن هذا القرار كان محل نقد بعض الفقه من حيث أنه يعطي مفهوما ضيقا
لسلطة القضاء فيما يتعلق بتحديد موضوع النزاع⁽¹⁾.

غير أن موقف الغرفة المدنية الأولى في هذه القضية يدل على وجود تحول
قضائي لديها يعكس تخليها على ميلها للحد من مجال أعمال ضمان عيوب المبيع الخفية
والتوسيع من مجال الالتزام بالتسليم المطابق.

هذا وقد تم تأكيد هذا التوجه بموجب القرار الذي أصدرته نفس الغرفة في: 05
ماي 1993⁽²⁾ ، والذي شكل بالنسبة للبعض تحولا منتظرا⁽³⁾، وكان بالنسبة للبعض الآخر
خيبة أمل⁽⁴⁾.

لقد ذهبت الغرفة المدنية الأولى بموجب هذا القرار إلى أن العيوب الخفية هي
العيوب التي تجعل الشيء المبيع غير صالح للاستعمال المعد له، مضيفة أن هذه العيوب لا
تفتح المجال لإمكانية مقاضاة البائع على أساس دعوى المسؤولية العقدية، وإنما على أساس
دعوى الضمان التي تحكمها المادة 1641 وما يليها من القانون المدني الفرنسي⁽⁵⁾.

فمن جهة يلاحظ أن هذا القرار يعطي تعريفا للعيوب الخفية الذي يعد أساس التفرقة
بين دعوى ضمان العيوب الخفية ودعوى التسليم غير المطابق.

(1) Viney Genivière/ JCP 1993, édition G, I, 3727, n° 27.

(2) Cass.civ. 1^{ère}, 5 Mai 1993, édition G, IV, 1690 ; JCP 1994, édition E, II, page 526. Et
D. Veaux/ Sélection des actions de l'acheteur, contrats, conc. et consom. 1993, chron.
n° 9. Et H.Groutel/ Vices cachés et défaut de conformité, Resp.Civ et Assur, 1993,
chron. n° 27.

(3) O. Tournafond, Obs. à propos de Cass. civ. 1^{ère}, 5 Mai 1993, D. 1994, Somm. page
242.

(4) G. Viney/ Le triomphe du bref délai de l'article 1648 du code civil et le
démantèlement de la protection de l'acquéreur en cas de vente d'une chose
défectueuse, JCP 1994, édition G, I, 3773, chronique de responsabilité civile, n° 12.

(5) جاء في الحثية الرئيسية لهذا القرار ما يلي:

*"Les vices cachés lesquels se définissent comme un défaut rendant la chose impropre à
sa destination normale, ne donnent pas ouverture à une action de responsabilité
contractuelle, mais à une garantie dont les modalités sont fixées par les articles 1641 et
suite du code civil. "*

ومن جهة أخرى يلاحظ أن هذا القرار يؤكد على أن الدعوى المؤسسة على العيوب الخفية هي دعوى ضمان وليست دعوى مسؤولية وأن دعوى المسؤولية لا يمكن أن تستند على عيب خفي.

وبناء عليه يلاحظ أن الغرفة المدنية الأولى قامت برسم حدود كل من دعوى الضمان ودعوى المسؤولية العقدية، وبالتالي رسمت الحدود بين دعوى ضمان عيوب المبيع الخفية ودعوى التسليم المطابق ضمنا.

لقد كان بإمكان محكمة النقض الفرنسية القول بأن من يقوم بتسليم شيء فيه نقیصة يتسلم شيئاً غير مطابق ويخل بالتزام التسليم، ولكنها قامت بتعريف العيب الخفي مما يؤدي إلى استبعاد عدم المطابقة كأساس للدعوى ضمنا.

ولعل ذلك يعني أن محكمة النقض الفرنسية أصبحت تعترف في غرفتها الأولى بأن العيب الخفي له تعريف خاص به بعيدا عن الأوصاف الأخرى⁽¹⁾.

هذا التحول القضائي في اجتهاد الغرفة المدنية الأولى لم يكن ليحول دون بقاء الغرفة التجارية على موقفها المتأثر بالموقف القديم الساعي إلى التوسيع من مجال أعمال الدعوى المتعلقة بعدم التسليم المطابق على حساب دعوى الضمان.

يتبين ذلك بموجب قرار صدر عن الغرفة التجارية في 11 ماي 1993⁽²⁾ بمناسبة قضية يتعلق الأمر فيها بعقد بيع محله نظام إعلام آلي يعاني من عجز جعله غير قادر على القيام بوظيفته، مما دفع مشتريه إلى رفع دعوى أمام قضاة الموضوع على أساس المادة 1648 من القانون المدني الفرنسي التي رفض قضاة الموضوع إعمالها، وأيدتهم في ذلك الغرفة التجارية لمحكمة النقض الفرنسية، ذاهبة إلى أنهم أصابوا حين رفضوا إعمال أحكام

(1) Daniel Mainguy/ Contrats spéciaux, précité, page 155 et 156, n°165.

(2) Cass.com., 11 Mai 1993, contrats, concurr.et consom.1993, n° 174, note L.Leveneur

ضمان العيوب الخفية وأخضعوا الدعوى لأحكام تنفيذ الالتزام بالتسليم رغم احتواء الشيء المبيع على عيوب خفية⁽¹⁾.

الواقع أن هذا القرار أثار تساؤلاً فيما يتعلق بسياسة محكمة النقض الفرنسية المرتبط بالترقية بين دعوى الضمان ودعوى المطابقة، مما دفع بعض الفقه إلى القول بأن الغرفة التجارية أصدرت القرار المذكور وهي جاهلة بالتحول القضائي الذي عرفته الغرفة المدنية الأولى⁽²⁾.

وسواء كانت الغرفة التجارية جاهلة بموقف الغرفة المدنية الأولى الجديد أو متمسكة بموقف هذه الغرفة القديم، يلاحظ أنها لم تكتف بإدانة قضاة الموضوع لعدم بحثهم عما إذا كان هناك إخلالاً بالالتزام بالتسليم المطابقة، وإنما ذهبت إلى أبعد من ذلك حين أقرت بإمكانية الاستناد إلى الالتزام بالتسليم المطابق كأساس للدعوى رغم وجود عيب خفي في الشيء المبيع⁽³⁾.

لقد أتى هذا القرار في نفس خط سير قرارات الغرفة التجارية السابقة التي ذهبت إلى أن النقيصة التي تؤدي إلى تعطيل العمل بالشيء المبيع تحتل وصفين وتفتح المجال أمام دعويين هما: دعوى ضمان العيوب الخفية ودعوى الإخلال بالالتزام بالتسليم المطابق، مما يتيح للمشتري الحق في الاختيار بين دعوى الضمان من جهة ودعوى المسؤولية العقدية لعدم المطابقة من جهة أخرى⁽⁴⁾.

وبذلك فإن اجتهادات الغرفة التجارية المتأثرة بالموقف القديم للغرفة المدنية الأولى يفتح مجال الحوار بينها وبين الغرفة المدنية الثالثة التي تفرق بين دعوى ضمان عيوب

(1) جاء في الحثية الرئيسية لهذا القرار ما يلي:

« Ayant relevé que le système informatique vendu n'a jamais rempli toutes les fonctions pour lesquelles il a été acquis, la cour d'appel en a exactement déduit, peu important les défauts que l'acheteur a imputé ainsi au matériel, que le vendeur avait manqué à son obligation de délivrance. »

(2) A.Bénabent / Conformité et vices dans La vente : l'éclaircie D.1994, chron. Page 115.

(3) Cass.com., 11 Mai 1993, contrats, concur.et consom.1993, n° 174, note L.Leveneur.

(4) L.Leveneur/ note sous cass. civ 1^{ère}, 24 Mars 1992, contrats, concur. et consom. 1992, n° 130.

المبيع الخفية ودعوى المسؤولية العقدية القائمة على أساس الإخلال بالتزام التسليم المطابق شأنها في ذلك شأن الغرفة المدنية الأولى التي لم تعد تعتقد بإمكانية الجمع بين الدعويين.

لقد بقيت الغرفة التجارية تنفرد باتجاه خاص تخلت عنه الغرفة المدنية الأولى حين انضمت إلى الغرفة المدنية الثالثة في موقفها القاضي برسم حدود كل من دعوى ضمان العيوب الخفية ودعوى عدم التسليم المطابق.

ولكن. هل أصرت الغرفة المدنية الأولى على تحولها القضائي الهام أم أنها عادت إلى موقفها القديم ليكون لجوءها إلى التفرقة بين الالتزام بالضمان والالتزام بالتسليم المطابق مجرد صدفة لا تعكس تحولا حقيقيا؟

ومن جهة أخرى هل بقيت الغرفة التجارية على موقفها المتأثر بموقف الغرفة المدنية الأولى القديم أم أنها تبنت موقف هذه الغرفة الجديد المتشابه مع موقف الغرفة المدنية الثالثة؟

إن الإجابة عن التساؤل الأول تقتضي دراسة اجتهادات الغرفة المدنية الأولى الموالية للقرار الذي أصدرته في 05 ماي 1993.

أما الإجابة عن السؤال الثاني فإنها تتطلب دراسة اجتهادات الغرفة التجارية اللاحقة لقرارها بتبني الموقف القديم للغرفة المدنية الأولى.

بالفعل. لقد أصدرت الغرفة المدنية الأولى خلال سنة 1993 سلسلة من القرارات التي يتبين من استقراءها أن هذه الغرفة قد تمسكت بموقفها المعلن في 1993.

ولعل هذه القرارات هامة لسببين، إذ أنها تعمل على تحديد القواعد والمعايير التي تسمح بالتفرقة بين دعوى ضمان عيوب المبيع الخفية ودعوى الإخلال بالالتزام بالتسليم المطابق من جهة، كما أنها توضح دور القاضي فيما يتعلق بتأسيس الدعوى من جهة أخرى.

لهذه الأسباب سأحاول تناول هذه القرارات تباعا بدءا من قرار Baduel، مروراً بكل من قرار Gabriel وقرار la Concorde، وانتهاء بقرار Prario.

أ- قرار Baduel الصادر في 16 جوان 1993⁽¹⁾

رفع مشتري سيارة مستعملة دعوى ضمان عيوب خفية إثر ملاحظته لوجود مشاكل في التشغيل وبعد صدور قرار الخبرة الذي جاء فيه أن السيارة قد سارت ضعف المسافة الظاهرة على العداد، كما أنها تعرضت لأكثر من حادث مما أدى إلى إصابتها بعيوب تؤثر على الاستعمال.

ورغم ذلك رفض قضاة الموضوع طلب المشتري لعدم احترامه المهلة القانونية القصيرة التي يجب على رفع دعوى ضمان العيوب الخفية خلالها، فكانت النتيجة أن تم الطعن بالنقض في قرار قضاة الموضوع أمام محكمة النقض التي ذهبت في غرفتها الأولى إلى أن قضاة الموضوع كان عليهم إعمال نص المادة 12/2² من قانون الإجراءات المدنية الفرنسية الذي يتيح لهم البحث عما إذا كان عدم صحة الكيلومترات الواردة في العداد مشكلا لإخلال بالالتزام بتسليم سيارة مطابقة للمواصفات المتفق عليها، مما يؤدي إلى استبعاد المادة 1648 من القانون المدني الفرنسي⁽²⁾.

ب- قرار Gabriel الصادر في 13 أكتوبر 1993⁽³⁾

يتعلق الأمر في هذه القضية بحاسوب اشترته شركة Gabriel التي اتفقت مع البائع بعد خمس سنوات من إبرام عقد البيع على رفع قدرة الجهاز الذي تبين بعد تسليمه للمشتري أن قدرته الحقيقية أدنى من القدرة التي تم الاتفاق عليها.

(1) Cass. civ. 1^{ère}, 16 Juin 1993, Bull.civ.I, n° 224. Et D. 1994, page 546, note Th.Clay. Et R.Martin/ Obligation de délivrance et garantie des vices cachés, Ann. Loyers 1994, page 37. Et F Grégoire/ vices cachés et non-conformité de la chose vendue, RJDA 1993, page 751.

(2) جاء في الحثية الرئيسية لهذا القرار ما يلي:

« En statuant ainsi sans rechercher comme elle en avait l'obligation aux termes de l'article 12 alinéa 2 du nouveau code de procédure civile, si l'inexactitude du kilométrage figurant au compteur ne devait pas être qualifié comme un manquement du vendeur à son obligation de délivrer un véhicule conforme aux spécifications convenues par les parties, ce qui aurait exclu l'application de l'article 1684... »

(3) Cass.civ.1^{ère}, 13 Octobre 1993, Bull.civ.I, n°287. Et D.1994, page 211. Et RJDA 1994, n°17, page 27. Et R.Martin/ Obligation de délivrance et garantie des vices cachés, Ann. Loyers.1994, page 37, n°3.

أمام هذه الوضعية قام المشتري برفع دعوى استعجالية من أجل تعيين خبير فكانت النتيجة أن أصدر الخبير قرارا مفاده أن القدرة الحقيقية للحاسوب المسلم للمشتري لا تبلغ سوى 54% من تلك المتفق عليها.

بعد ذلك قام المشتري برفع دعوى للحصول على تعويض من البائع وليس للمطالبة بفسخ العقد، فكانت النتيجة أن أصدر قضاة الموضوع قرارا برفض طلب المشتري استنادا لما جاء في تقرير الخبرة من أن الحاسوب صالح للاستعمال المعد له.

ولما طعن المشتري في هذا القرار بالنقض قامت الغرفة المدنية الأولى بإصدار قرار مفاده أن المدعي لم يقم بالإشارة إلى وجود عيب ما في الشيء المبيع، كما أن قضاة الموضوع امتنعوا عن الاستجابة لطلب المشتري بالبحث عما إذا كان محل العقد متوفرا على المواصفات المتفق عليها مخالفين بذلك نص المادة 1604 من القانون المدني الفرنسي⁽¹⁾.

قد تبدو هذه الحيثيات قريبة من تلك التي اعتادت الغرفة المدنية الأولى على إصدارها شأنها في ذلك شأن الحيثيات التي جاء بها قرار Baduel من حيث اكتفائها بإدانة قضاة الموضوع لعدم البحث عما إذا كانت الوقائع مشكلة لإخلال بالالتزام بالتسليم المطابق.

غير أن هذا التفسير مخالف للواقع على أساس أنه لا مجال لضمان العيوب الخفية في كل من قرار Baduel وقرار Gabriel من حيث أن الفرق في الكيلومترات وفي قدرات الحاسوب لا تشكل عيوباً رغم تأثيرها على عمل الشيء المبيع لتعلق الأمر بأمثلة نموذجية للفرق في المواصفات بين الشيء الموعود به والشيء المسلم⁽²⁾.

(1) جاء في الحيثية الرئيسية لهذا القرار ما يلي:

Il n'était même pas allégué que le matériel fût affecté d'un vice quelconque et qu'en ne cherchant pas, comme l'y invitaient les conclusions de la société Gabriel, si ce matériel présentait on non les caractéristiques spécifiées par la convention des parties, la cour d'appel a violé le texte susvisé (article 1604 du code civil) par refus d'application...

(2) A.Benabent/ Conformité et vices cachés dans la vente : l'éclaircie, D.1994, Chron.

إن الأمر يتعلق في هذين القرارين بتسليم شيء مختلف عن الشيء المتفق عليه دون أن يكون هذا الشيء محتويا على نقيصة تحول دون استعمال الشيء المبيع أو تنقص من درجة الاستعمال الذي أراده المشتري.

صحيح أن المعيار الوظيفي للعيب متوفر في كل من قضية: Baduel وقضية: Gabriel، غير أن هذا المعيار ليس كافيا للقول بوجود عيب خفي في غياب المفهوم التجريدي للعيب مطلقا⁽¹⁾.

وبناء عليه فإن محكمة النقض الفرنسية حين قررت من تلقاء نفسها إعادة تكييف وقائع القضية تكون قد صححت التكييف الذي تقدم به الأطراف إعمالا لنص المادة 2/12 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي⁽²⁾.

وبذلك فإن هدف الغرفة المدنية الأولى في كل من قرار: Baduel وقرار: Gabriel لم يكن متمثلا كالمعتاد في العمل على التوسيع من مجال إعمال الالتزام بالتسليم المطابق على حساب دعوى الضمان.

لقد كانت تهدف إلى توجيه قضاة الموضوع للعمل على أرضية الالتزام بالتسليم المطابق بدلا من إعمال أحكام الضمان، مستندة في ذلك على حقهم في إعادة تكييف وقائع القضية والقيام بالتوجيه الصحيح للأطراف الذي يستوجب تكييف وقائع القضيتين على أنهما تتعلقان بإخلال بالالتزام البائع بالتسليم المطابق وليس بالتزامه بضمان العيوب الخفية⁽³⁾.

هذا وإذا كان شأن قرار: Baduel و Gabriel أنهما يتعلقان في الحقيقة بمجال التزام البائع بالتسليم المطابق فإن القرارات الموالية كانت متعلقة بعيوب خفية تقيم التزام البائع بالضمان.

(1) A.Benabent/ Conformité et vices cachés dans la vente, ouvrage et page précités.

(2) تنص المادة 2/12 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي على ما يلي:

« Il – le juge – doit donner ou restituer leur exacte qualifications aux faits et actes litigieux sans s'arrêter à la dénomination que les parties en auraient proposée. »

(3) A.Benabent/ Conformité et vices cachés dans la vente : L'éclaircie, D.1994, Chron.

يتعلق الأمر على التوالي بقرار: **la Concorde** وقرار: **Prario**. فما هو موقف الغرفة المدنية الأولى بموجب هذين القرارين؟ هل استمرت في محاولة القضاء على دعوى ضمان العيوب الخفية لمصلحة الدعوى المتعلقة بالإخلال بالالتزام المطابق؟ لا يمكن الإجابة عن هذا التساؤل دون الإطلاع على وقائع القضيتين المذكورتين تباعا.

ج- قرار **la Concorde** الصادر في 27 أكتوبر 1993⁽¹⁾.

بالرجوع إلى قرار: **la Concorde** يلاحظ أن الأمر كان متعلقا بوجود تسرب في سخان ماء كهربائي بسبب خطأ في تركيب بعض أجزائه وشد في أحد مفاصله. ونتيجة لذلك قام المؤمن الذي حل محل المشتري برفع دعوى ضمان العيوب الخفية ضد البائع الذي تمسك بسقوط دعوى الضمان لمرور الأجل أمام محكمة استئناف تولوز التي قامت برفض الدعوى مستجيبة لطلب البائع.

ولما طعن المشتري في قرار قضاة الموضوع بالنقض متمسكا بكون البائع ملزم بتسليم شيء مطابق للاستعمال العادي كانت النتيجة أن رفضت الغرفة المدنية الأولى طلبه على أساس أن العيوب التي تجعل الشيء المبيع غير صالح للاستعمال العادي تشكل عيوباً خفية على النحو الذي جاء في المادة 1641 من القانون المدني الفرنسي التي تعد الأساس القانوني الوحيد الممكن للدعوى⁽²⁾.

د- قرار **Prario** الصادر في 08 ديسمبر 1993⁽³⁾.

لقد تمسكت الغرفة المدنية الأولى بموجب قرار: **Prario** بنفس الموقف الذي أعلنته بمناسبة النظر في قضية: **la Concorde**، ذلك أن الأمر كان متعلقاً بمشتري شاحنة معيبة

(1) Cass.civ.1^{ère}, 27 Octobre 1993, Bull.civ.I, n° 305. Et D.1994, page 221. Et Gaz.Pal.1994, page 483. Et R.Martin/ Obligation de délivrance et garantie des vices cachés, Ann.Loyers1994, page 37, n° 43. Et Resp.civ.et assur.1994, n° 16, note H.Groutel.

(2) جاء في الحيثية الرئيسية لهذا القرار ما يلي:

« Les défauts qui rendent la chose vendue impropre à sa destination normale constituent les vices définis par l'article 1641 du code civil, qui était donc l'unique fondement possible de l'action exercée par la cie la concorde ».

(3) Cass.civ.1^{ère}, 8 Décembre1993, Bull.civ.I, n°362.

قام برفع دعوى ضمان للعيوب الخفية طالبا فسخ العقد، فكانت النتيجة أن رفض قضاة الموضوع طلبه لعدم احترام شرط وجوب رفع الدعوى خلال مدة زمنية قصيرة، مما دفعه إلى الطعن بالنقض متمسكا بما كانت تذهب إليه الغرفة المدنية الأولى من وجوب البحث عما إذا كان الأمر متعلقا بمجال إعمال الالتزام بالتسليم المطابق.

غير أنه يلاحظ هذه المرة أن الغرفة المدنية الأولى عدلت عن موقفها السابق وأيدت قضاة الموضوع في إعمالهم لأحكام ضمان العيوب الخفية⁽¹⁾.

وبذلك تكون هذه الغرفة قد أحدثت تناسقا بينها وبين الغرفة المدنية الثالثة وتخلت عن استراتيجيتها القائمة على التوسيع من مجال إعمال أحكام الالتزام بالتسليم المطابق على حساب دعوى ضمان العيوب الخفية⁽²⁾.

وبناء عليه ذهب الأستاذ: Benabent إلى أن القرارات السابقة الذكر كافية من حيث العدد لتأكيد التحول الذي عرفته الغرفة المدنية الأولى في 05 ماي 1993، كما أنها حددت مجال إعمال كل من دعوى ضمان العيوب الخفية ودعوى الإخلال بالالتزام بالتسليم المطابق عن طريق تعريف كل من العيب في المطابقة والعيب الخفي، ذاهبة إلى أن العيب في المطابقة يتحقق في حالة عدم مطابقة الشيء المبوع للمواصفات المتفق عليها، في حين أن العيب الخفي يتحقق في حالة وجود شيء غير صالح للاستعمال العادي⁽³⁾.

هذا ورغم أن الغرفة التجارية تأثرت لمدة طويلة بقرارات الغرفة المدنية الأولى العاملة على طمس معالم دعوى الضمان فإنها لم تتأخر كثيرا في انضمامها إلى الموقف الجديد للغرفة المدنية الأولى.

(1) جاء في الحثية الرئيسية لهذا القرار ما يلي:

« Le défaut de conformité de la chose vendue à sa destination normale constitue le vice prévu par les articles 1641 et suite ; et qu'ayant reconnu l'existence de cette impropriété du véhicule acheté par M.P., la cour d'appel a retenu à bon droit que l'article 1648 du code civil devait recevoir application en l'espèce »

(2) O. Tournafond/ Obs. à propos de Cass. civ. 1^{ère}, 5 Mai 1993, D. 1994. page 242.

(3) A.Benabent/ Conformités et vices cachés dans la vente ; L'éclaircie, D.1994, Chron, page115.

كان ذلك بمناسبة قرار: Mausner الصادر في 26 أبريل 1994⁽¹⁾ والمتعلق بمشتري سيارة قام برفع دعوى تتضمن طلبا بفسخ العقد لتعرض محله لعطل متكرر، مؤسسا هذا الطلب على المادة 1184 من القانون المدني الفرنسي بناء على أن المدعى عليه أخل بالالتزام بالتسليم المنصوص عليه في المادة 1603 من نفس القانون.

هذا وقد جاء قرار قضاة الموضوع رافضا لهذا الطلب على أساس أن الأمر يتعلق بعيب خفي وأن الدعوى سقطت بمرور المدة.

أما الغرفة التجارية لمحكمة النقض الفرنسية فقد أصدرت قرار رفض مشابه لموقف الغرفة المدنية الأولى الحديث ذاهبة إلى أن العيب الذي يعتري الشيء المبيع ويجعله غير صالح للاستعمال المعد له يعد عيبا وفق المادة 1641 وما يليها من القانون المدني الفرنسي، وأن قضاة الموضوع أصابوا حين ذهبوا إلى أن السيارة موضوع النزاع كانت متضمنة لعيب بهذا المفهوم، مؤيدة إياهم فيما يتعلق ببحثهم عما إذا كان الأمر يتعلق بعيب خفي⁽²⁾.

إن هذا القرار يعد تكريسا لموقف الغرفة المدنية الأولى وحسما لموقف الغرفة التجارية التي أضحت تأخذ بالموقف الجديد للغرفة المدنية الأولى.

وبذلك فإن غرف محكمة النقض الفرنسية اجتمعت أخيرا على التفرقة بين العيب الخفي والالتزام بالتسليم المطابق كما أنها حاولت منح مجال خاص لكل واحد منهما.

⁽¹⁾ Cass.com.26 Avril, Bull. civ. IV, n°159. Et Rapport de la cour de cassation 1994, page 343. Et R.J.D.A 1994, n° 635, page 516. Et Contrats, concur. et consom.1994, note L.Leveneur.

⁽²⁾ جاء في الحثية الرئيسية لهذا القرار ما يلي:
« Le défaut de la chose vendue la rendant impropre à l'usage auquel elle est destinée constitue le vice prévu par les articles 1641 et suite ; qu'ayant retenu que le véhicule litigieux était affecté d'un tel défaut, la cour d'appel a effectué la recherche nécessaire ».

أكثر من ذلك أصبح الالتزام بالتسليم المطابق يقدر بالنظر إلى الصفات المشتركة صراحة في العقد، بينما يشمل الالتزام بضمان العيوب الخفية جميع الحالات التي يتضمن فيها الشيء المبيع عيباً⁽¹⁾.

وفي تعليقهم على هذا الموقف الجديد ذهب أنصار المعيار التجريدي إلى أن هناك عودة واضحة إلى الصواب⁽²⁾.

إنها عودة إلى النظرية الفقهية الفرنسية الكلاسيكية⁽³⁾ التي ترى أن الفرق بين العيب الخفي وعيب المطابقة واضح⁽⁴⁾، من حيث أن العيب الخفي وفق مناصري هذا الاتجاه يتمثل في تلف (une alteration) - أو مظهر مرضي (un aspect pathologique) يؤثر على استعمال الشيء المبيع⁽⁵⁾، في حين أن عيب المطابقة يتمثل في وجود فرق بين الشيء المسلم والشيء المنفق على تسليمه⁽⁶⁾.

(1) A.Benabent/ Droit civil, les contrats spéciaux, Montchrestien, 4^{ème} édition, 1997, note 11, n° 128. Et collard- Dutilleul et Ph. Delebecque/ Contrats civils et commerciaux, 5^{ème} édition, Paris, Précis Dalloz, 2001, note 13, n° 327. Et P.H. Antonmattei et J.Rainard/ Droit civil, contrats spéciaux, Paris, Litec, 2000, note 57, n° 170.

(2) A.Benabent/ conformité et vices caché dans la vente : l'éclaircie, D. 1994, Chron., page 115. Et F.Collard- Dutilleul et ph. Delebecque/ Contrats civils et commerciaux, précité, note 13, n° 327. Et P.H. Antonmattei et J.Raynard/ Droit civil, contrats spéciaux, précité, note 57, n° 170.

(3) B.Perreau/ Les obligations, première partie, Paris, L.G.D.J. 1932, n° 125 et 126. Et Baudry-lacantinerie et Saignat/ De la vente et de l'échange, 3^{ème} édition, Sirey, 1908, n°414, Page 422.

(4) F.Grégoire/ Vice caché et non-conformité de la chose vendue, R.J.D. Novembre 1993, doctrine, page 751. Et O. Tournafond/ Les prétendus concours d'actions et le contrat de vente, D. 1989, Chron. page 237. Et J.Huet/ Traité de droit civil, les principaux contrats spéciaux, Paris, L.G.D.J., 1996, note 34, n°11229, page 181.

(5) O. Tournafond/ Les prétendus concours d'actions et le contrat de vente, D. 1989, Chron. page 238. Et P. Jourdain/ Les actions des acquéreurs insatisfaits ou victimes de dommages, Gaz. Pal. 1994, page 826. Et C.Boullez/ La garantie des vices: la part maudite de la jurisprudence, Gaz. Pal. 1994, 2, page 527

(6) R.Martin/ Obligation de délivrance et garantie des vices cachés, Ann.Loy.1994, page 52. Et J.P. Karila, note sous cass. civ.3^{ème}, 27 Mars 1991, D. 1992, page 96. Et F.Magnin/ Vice caché ou défaut de conformité: Attention aux confusions, petites affiches, 19 Avril 1999, doct. page 4.

ولكن ألا تؤدي التفرقة بين العيب الخفي وعيب المطابقة بهذه الحدة إلى تناقض لطالما نادى بعض الفقه الفرنسي إلى ضرورة أخذه بعين الاعتبار متمسكا بأن الشيء الذي يعتريه عيب هو بالضرورة شيء غير مطابق؟

فعلا. هناك اتجاه يضم العديد من الفقهاء الفرنسيين الذين يرون أن الالتزام بضمان العيوب الخفية ما هو إلا نتيجة للالتزام بالتسليم، فإذا كان محل العقد مشتملا على عيب يجعله غير صالح للاستعمال المعد له كان البائع مخلا بالالتزام بالتسليم⁽¹⁾.

وبناء عليه فإن مصطلح عدم المطابقة وفق هذا الاتجاه الفقهي أوسع من مصطلح العيب الخفي بشكل يجعل العيب سببا لعدم المطابقة في جميع الأحوال⁽²⁾، من حيث أنه لا يمكن القول بأن الشيء مطابق لما تم الاتفاق عليه، رغم احتوائه على عيب يؤثر في قيمته أو يمس بدرجة استعماله⁽³⁾.

أكثر من ذلك لا يمكن الحديث عن شيء مطابق إذا تعلق الأمر بشيء غير قادر على تلبية الحاجيات التي دفعت المشتري إلى اقتنائه رغم كونه غير معيب⁽⁴⁾.

وعلى هذا الأساس فإن التزام البائع بتسليم شيء مطابق يعني لدى هذا الجانب الفقهي أن يكون المبيع خاليا من العيوب بمفهومها التجريدي والوظيفي⁽⁵⁾.

كل هذه الاتجاهات تصب في منحى واحد من شأنه أن يجعل العيب سببا لعدم المطابقة في جميع الأحوال، مما يترتب عنه حتما القول بوجود التزام واحد شامل هو الالتزام بالتسليم المطابق الذي يتضمن التزاما بالضمان.

(1) H. Perreau/ Les obligations, 1^{ère} partie, Paris, L.G.D.J. 1932, Page 152.

(2) G.Viney, Obs. sous cass. civ. 1^{ère}, 5 Mai et 16 Juin 1993, J.C.P. 1993, 3727, n° 27.

(3) G.Viney, Obs. sous. cass.1^{ère}, 5 Mai et 16 Juin 1993, J.C.P. 1993, édition G, II, 3727, n° 25. Et H.L. Et J. Mazeaud/ Leçons de droit civil, tome 3, volume 2, les principaux contrats, 1^{ère} partie, vente et échange, par M. De Juglard, n° 937.

(4) G.Viney, Obs. sous. cass.1^{ère}, 5 Mai et 16 Juin 1993, J.C.P. 1993, édition G, II, 3727, n° 25. Et (H.L. et J) Mazeaud/ Leçons de droit civil, tome 3, volume 2, les principaux contrats,1^{ère} partie, vente et échange, par M. De Juglard, n° 937.

(5) P.H. Le Tourneau/ Conformité et garantie dans la vente d'objets mobiliers corporels, Rev.trim.dr.com. 1980, n°123, Page 273.

ومع ذلك قد يقال: إن هذا التفسير متناقض مع نص المادة 1603 من القانون المدني الفرنسي التي تنص على أن البائع يلتزم بتسليم الشيء المبيع وبضمانه بشكل يظهر معه الالتزام بالتسليم مستقلا عن الالتزام بالضمان⁽¹⁾.

غير أن المعارضين لفكرة التفرقة بين الالتزام بالضمان والالتزام بالتسليم المطابق ذهبوا إلى أن عرض التزامات البائع على هذا النحو المنفصل يتنافى مع روح النص الذي يتضمن في الحقيقة التزاما واحدا هو الالتزام بالتسليم المطابق من حيث أن الالتزام بضمان عيوب المبيع الخفية يمثل امتدادا للالتزام بالتسليم⁽²⁾.

ذلك يعني أن ما يسمى تقليديا التزاما بالضمان ما هو في النهاية وفق هذا الاتجاه الفقهي إلا تعبير عن المسؤولية العقدية القائمة على الكشف المتأخر لمخالفة في التسليم⁽³⁾.

إن هذا الجدل الفقهي هو الذي أدى ابتداء إلى اختلاف غرف محكمة النقض الفرنسية في اجتهاداتها، مدعوما بعدم الاتفاق على توحيد التعريف المتعلق بالعيب الخفي، باعتماد المفهوم المجرد للعيب أحيانا و تبني المفهوم الوظيفي له في أحيان أخرى.

ذلك أن اعتماد المفهوم التجريدي للعيب يحول دون الخلط بين التزام البائع بالضمان والتزامه بالتسليم المطابق للمواصفات⁽⁴⁾.

أما اعتماد المفهوم الوظيفي للعيب فيمثل المجال الخصب للخلط بين هذين الالتزامين، ويؤدي إلى التضييق من مجال أعمال ضمان عيوب المبيع الخفية لمصلحة

(1) تنص المادة 1603 من القانون المدني الفرنسي على ما يلي:

“IL (le vendeur) a deux obligations principales, celle de délivrer et de garantir la chose qu’il vend.”

(2) F.Collard- Dutilleul et P.h.Delebecque/ Contrats civils et commerciaux, précité, note 13, n° 263.

(3) M.Alter/ L’obligation de délivrance dans la vente de meubles corporels, thèse, Grenoble, L.G.D.J., 1972, note 41, n° 144, page 251.

(4) A.Benabent/ Conformité et vices caché dans la vente : L’éclaircie, D. 1994, Chron., page 115. Et F.Collard- Dutilleul et ph. Delebecque/ contrats civils et commerciaux, précité, note 13, n° 327. Et P.H. Antonmattei et J.Raynard/ Droit civil, contrats spéciaux, précité, note 57, n° 170.

دعوى تخلف الوصف، لاقترابها الشديد من المفهوم الوظيفي للعييب، وعدم اشتراط رفعها خلال مدة زمنية قصيرة خلافا لما هو الحال بالنسبة لدعوى ضمان العيب⁽¹⁾.

ومهما يكن من أمر فإن محكمة النقض الفرنسية انتهت إلى التفرقة بين دعوى ضمان عيوب المبيع الخفية ودعوى عدم المطابقة وسط جو فقهي يتضمن مؤيدين رحبوا بالموقف الجديد⁽²⁾ ومعارضين ذهب بعضهم إلى حد القول أنه يقع على عاتق القضاء التضييق من مجال أعمال الأحكام القانونية المنافية لقواعد العدالة مثلما هو شأن المادة 1648 التي توجب رفع الدعوى خلال مدة زمنية قصيرة⁽³⁾.

لقد أصبحت غرف محكمة النقض الفرنسية تذهب إلى أن الأمر يتعلق بعييب خفي يستوجب أعمال أحكام الضمان في الحالات التي يتعلق الأمر فيها بنقيصة تجعل الشيء المبيع غير صالح للاستعمال المعد له⁽⁴⁾.

أما تقدير مدى تنفيذ البائع التزامه بتسليم شيء مطابق فيتم وفق اجتهاد محكمة النقض الفرنسية الجديد بناء على ما تم الاتفاق عليه في العقد⁽⁵⁾.

ذلك ما أكدته هذه المحكمة في تقريرها السنوي عندما ذهبت إلى أن العيب مظهر مرضي في حين أن عدم المطابقة تتحقق عندما يكون الشيء المسلم مختلف عن الشيء المرغوب فيه وفق ما تم الاتفاق عليه صراحة في العقد⁽⁶⁾.

(1) J.Calais-auoy/ De la garantie des vices cachés à la garantie de conformité, Mélanges C.Mouly. tome II, Litec, 1988, page 63.

(2) A.Benabent/ Conformité et vices caché dans la vente : L'éclaircie, D. 1994, Chron., page 115. Et F.Collard- Dutilleul et ph. Delebecque/ Contrats civils et commerciaux, précité, note 13, n° 327. Et P.H. Antonmattei et J.Raynard/ Droit civil, contrats spéciaux, précité, note 57, n° 170.

(3) G.Viney/ Le triomphe du bref délai de l'article 1648 du code civil et le démantèlement de la protection de l'acquéreur en cas de vente d'une chose défectueuse, J.C.P. 1994, édition G, I, 3773, chron. de responsabilité civile, n°12.

(4) A.Benabent/ Droit civil, les contrats spéciaux, précité, note 11, n° 128. Et F.Collard-Dutilleul et P.H.Delebecque/ Contrats civils et commerciaux, précité, note 13, n°327. Et Antonmattei et Raynard/ Droit civil, contrats spéciaux, précité, note 57, n° 170.

(5) A.Benabent/ Droit civil, les contrats spéciaux, précité, note 11, n° 128. Et F.Collard-Dutilleul et P.H.Delebecque/ Contrats civils et commerciaux, précité, note 13, n°327. Et Antonmattei et Raynard/ Droit civil, contrats spéciaux, précité, note 57, n° 170.

(6) Rapport annuel de la cour de cassation, 1994, page 434.

هذا المعيار الجديد كان محل نقد بعض الفقهاء الذين تمسكوا بعدم كفاية اللجوء إلى تقدير عدم المطابقة بالاعتماد على ما تم الاتفاق عليه صراحة في عقد البيع، والانتقال إلى البحث فيما إذا كان البائع قد اخل بالتزامه بالتسليم المطابق للمواصفات بالنظر إلى ظروف التعاقد عند سكوت المشتري عن تحديد المواصفات التي يبتغي الحصول عليها⁽¹⁾.

أكثر من ذلك انتقد جانب فقهي آخر جملة وتفصيلا لجوء محكمة النقض الفرنسية إلى بنود العقد لتقدير المطابقة، متسائلا بتهكم عما إذا كان يجب على المشتري الذي يريد الاستفادة من أحكام الالتزام بالتسليم المطابق أن يذكر في العقد أنه يريد شاحنة صالحة للسير وأن يعمل على ذكر رغبته في أن تكون مفاصل سخان الماء مركبة بطريقة جيدة ومشدودة جيدا⁽²⁾.

هذا وقد تساءل بعض الفقه عما إذا كان يجب نصح المشتريين بملاّ عقود البيع ببديهيّات من أجل الاستفادة من دعوى الإخلال بالالتزام بالتسليم المطابق⁽³⁾.

ومهما يكن من أمر يلاحظ أن جملة القرارات المكرسة للتفرقة بين العيب الخفي والالتزام بالتسليم المطابق كانت محل تحليلات فقهية كثيرة، اتجه بعضها إلى الاهتمام بالمعيار المعتمد للتفرقة بين العيب الخفي وعدم المطابقة، في ظل اجتهاد محكمة النقض الفرنسية الجديد القائم على رسم حدود مختلفة لكل من دعوى ضمان العيوب الخفية ودعوى الالتزام بالتسليم المطابق للمواصفات.

كما يلاحظ أيضا أن هناك جانبا فقهيا آخر ذهب إلى أن محكمة النقض الفرنسية لا تكتفي بموجب الحثيات التي تصدرها بتحديد الفرق بين العيب الخفي وعيب المطابقة وإنما تذهب إلى أبعد من ذلك حين تبين دور القاضي في إعادة تكييف الوقائع⁽⁴⁾.

(1) Leveneur, sous cass. civ.1^{ère}, 30 Mars 1999, Cont.Cons., 1999, Comm. n° 110.

(2) G.Viney, obs. sous cass. civ.1^{ère}, 27 décembre et 8 octobre 199, J.C.P 1994, édition G, I, 3773, n° 12 ; D. 1994, 219.

(3) F.Collard-Dutilleul et Ph.Delebecque/ Contrats civils et commerciaux, précité, note 13, n° 317.

(4) G.Viney, JCP 1993, édition G, I, 3727, chron. de responsabilité civile, n° 27.

غير أن الحديث عن هذا الدور يتطلب حتما الرجوع إلى المادة 12/2 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي⁽¹⁾ الذي اختلف الفقه والقضاء الفرنسيين في تفسيره، إذ أن بعضهم يرى أن الأمر يتعلق بالتزام حقيقي⁽²⁾ في حين أن البعض الآخر يرى أن الأمر يتعلق بمجرد صلاحية يمنحها المشرع للقضاء، فإن شاء أعاد تكييف الوقائع، وإن شاء امتنع عن ذلك⁽³⁾.

ومهما يكن من أمر فإن تحديد محكمة النقض الفرنسية لما يدخل في إطار الالتزام بالتسليم المطابق وما يتعلق بضمان عيوب المبيع الخفية لم يكن ليحل جميع الإشكاليات القانونية بدليل استمرار الانقسام الفقهي بصدد هذا الموضوع الذي لم يصل رغم كل الاجتهادات والمحاولات إلى الحصول على الإجماع المنشود⁽⁴⁾.

ومن أبرز الاختلافات الفقهية القضائية التي استمرت رغم توحيد اجتهادات غرف محكمة النقض الفرنسية ما يتعلق بالتكييف الواجب اعتماده في الحالة التي يحتمل فيها العيب كلا من وصف العيب الخفي وعدم المطابقة معا⁽⁵⁾.

وبناء عليه يلاحظ أن موقف الغرفة المدنية الأولى بدا متذبذبا من حيث أنها أصبحت تذهب في هذه الحالة إلى إعمال أحكام ضمان عيوب المبيع الخفية أحيانا⁽⁶⁾ وأحكام الالتزام بالتسليم المطابق في أحيان أخرى⁽⁷⁾ بعدما كانت تمنح للمشتري الحق في الاختيار

(1) تنص المادة 12/2 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي على ما يلي:

« Il – le juge – doit donner ou restituer leur exacte qualifications aux faits et actes litigieux sans s'arrêter à la dénomination que les parties en auraient proposée.

(2) M.A.Frison-Roche, note sous cass. civ. 2^{ème}, 4 Novembre 1988. D. 1989, page 612. n° 15.

(3) M.A.Frison-Roche, note sous cass. civ. 2^{ème}, 4 novembre 1988. D. 1989, page 612, n° 15. Et J. Normand, note sous com. 18 Février et 23 Juin 1992, Rev. trim. Dr.civ1993, page 414. Et R.Martin/ Le juge a t-il l'obligation de qualifier ou requalifier.? D. 1994, Chron, page 309.

(4) P.h. Malinvaud/ L'autonomie de la garantie des vices cachés en matière immobilière, R.D.I., Juillet- Septembre 1998, page 328.

(5) P.h. Malinvaud/ L'autonomie de la garantie des vices cachés en matière immobilière, R.D.I., Juillet- Septembre 1998, page 331.

(6) Cass.civ.1^{ère} 14 Mai 1996, D. 1997, Somm. page 345, obs. O. Tournafond. Et D.Boulangier/ Erreur, non-conformité, vice caché: la fin d'une confusion, J.C.P. 1997, édition n° 1996, Doctr. page 1585.

(7) Cass.civ. 1^{ère}, 5 Novembre 1996, J.C.P. 1997, II, note Radé.

بين تأسيس دعواه على أحكام الضمان أو اللجوء إلى مقاضاة البائع على أساس الإخلال بالالتزام بالتسليم المطابق⁽¹⁾.

أما الغرفة المدنية الثالثة فكثيرا ما أعربت عن رفضها لحق الاختيار وحق الجمع بين دعوى ضمان عيوب المبيع الخفية ودعوى الالتزام بالتسليم المطابق للمواصفات في الحالة التي يتعلق الأمر فيها بعيب يحتمل الوصفين معا، مؤكدة على ضرورة إعمال أحكام ضمان عيوب المبيع الخفية في هذه الحالات⁽²⁾.

وفي التعليق على هذا الموقف القضائي الأخير يلاحظ أن هناك من الفقه الفرنسي من نادى بضرورة تبني هذا الاجتهاد على مستوى جميع غرف محكمة النقض الفرنسية⁽³⁾، بينما ذهب جانب فقهي آخر إلى وصف هذا الموقف بالمتشدد⁽⁴⁾.

بل إن هناك جانب فقهي حذر من وجود محاولة جديدة تتمثل هذه المرة في التوسيع من مجال إعمال دعوى ضمان عيوب المبيع الخفية على حساب دعوى عدم المطابقة⁽⁵⁾.

غير أن اغلب الفقه الفرنسي يميل إلى منح المشتري الحق في اختيار الأساس الذي يريده لدعواه، في حال ما إذا كان العيب يحتمل وصف العيب الخفي ووصف عدم المطابقة معا⁽⁶⁾.

(1) Cass.civ. 1^{ère}, 9 Mars 1983, J.C.P.1984, éd.G.II, 20295, note P.Courbe. Et Cass.civ. 1^{ère}, 14 Février, 1989, Bull.civ.I, n° 83.

(2) Cass.civ, 3^{ème}, 13 Avril 1988, Gaz.Pal. 1988, 2, page 799. Et Cass.civ. 3^{ème} 25 Janvier 1989, Bull.civ. III, n° 20.

(3) D.Veaux/ La sélection des actions de l'acheteur, cont. conc.cons., Octobre 1993, chron, page 2.

(4) P. Jourdin/ Les actions des acquéreurs insatisfaits ou victimes de dommages, Gaz. Pal.1994, page 832.

(5) O.Tournafond, obs. sous. Cass. 1^{ère}, 27 Octobre et 8 Décembre 1993, D.1994., somm., page 204.

(6) O.Barret, Rep. Civ. Dalloz, 1995, vente, n° 1099 et 1463. Et P.h.Malinvaud/ l'autonomie de la garantie des vices cachés en matière immobilière, R.D.I. Juillet-Septembre 1989, page 331. Et A.Benabent/ Conformité et vice caché dans la vente: l'éclaircie, D. 1994, Chron. page 116.

وخلاصة القول أن الإشكالية المتعلقة برسم الحد الفاصل بين تسليم شيء خال من العيوب الخفية والالتزام بالتسليم المطابق للمواصفات، أسال الكثير من الحبر على مستوى الاجتهادات الفقهية، وخلق الكثير من التباين على مستوى الاجتهادات القضائية.

هذه الصعوبة التي وصلت إلى حد الاستحالة أحيانا وعدم إمكانية تفادي الوقوع في التناقض في أحيان أخرى لم تعد مطلقة منذ صدور الأمر رقم: 2005-136 المؤرخ في: 17 فبراير 2005⁽¹⁾ الذي تبني التوجيه الصادر عن البرلمان الأوروبي بتاريخ 25 ماي 1999⁽²⁾.

يتعلق هذا الأمر بضمان الأشياء الاستهلاكية، وهو أمر خلق تحولا هاما في القانون الفرنسي بشكل يستدعي التطرق له تفصيلا ضمن الفرع الموالي الذي سأحاول من خلاله تحديد النتائج المترتبة عن تبني المشرع الفرنسي للتوجيه الأوروبي المتعلق بضمان الأشياء الاستهلاكية.

الفرع الرابع: النتائج المترتبة عن تبني المشرع الفرنسي للتوجيه الأوروبي

المتعلق بضمان الأشياء الاستهلاكية.

دخل هذا الأمر حيز التطبيق في: 19 فبراير 2005 بغية توحيد الاتجاه الأوروبي الذي كان يهدف أساسا إلى القضاء على التفرقة بين الالتزام بالتسليم المطابق المرتبط تقليديا بالالتزام بالبائع بالتسليم والخاضع للأحكام العامة والالتزام بضمان عيوب المبيع الخفية الذي يخضع لأحكام خاصة مدرجة ضمن القانون المدني⁽³⁾.

(1) L'ordonnance n° 2005-136 du 17 février 2005 relative à la garantie de la conformité du bien au contrat due par le vendeur au consommateur : J.O n° 41 du 18 février 2005 page 2778.

(2) Directive 1999/44/CE du Parlement européen et du Conseil du 25 mai 1999 sur certains aspects de la vente et des garanties des biens de consommation, J.O.C.E. n° L 171 du 7 juillet 1999, page 12

(3) Christophe Loubat / L'impact de la directive du 25 Mai 1999 relative à certains aspects de la vente et des garanties des biens de consommation sur le droit français de la garantie légale des vices cachés, Mémoire de DEA sous la direction de M^{lle} Caroline Henry, Maître de conférences, Année universitaire, 2002-2003, page 30.

هذا لا يعني أن البائع لم يعد ملزماً بضمان عيوب المبيع الخفية، غاية ما في الأمر أن الإخلال بهذا الالتزام لم يعد يفتح المجال أمام رفع دعوى مستقلة، على أساس أن الحالات التي تسمح برفع دعوى ضمان عيوب المبيع الخفية دمجت ضمن الالتزام بالتسليم المطابق⁽¹⁾.

كان ذلك بموجب المادة L214-5 من قانون الاستهلاك⁽²⁾ التي تضمنت الحالات التي يقوم فيها التزام البائع بالضمان والتي يؤدي استقراءها إلى أن الالتزام بالتسليم المطابق يشمل التزام البائع بضمان العيوب الخفية⁽³⁾.

بالفعل لقد تضمنت هذه المادة الحالات التي يعد فيها الشيء المبيع مطابقاً للعقد، ليشمل بعضها الالتزام المعتاد بالتسليم المطابق، ويشمل البعض الآخر التزام البائع التقليدي بضمان عيوب المبيع الخفية.

فالملاحظ أن صلاحية المبيع للاستعمال المعد له جاءت ضمن حالات عدم المطابقة الواردة في المادة L214-5 من قانون الاستهلاك، مما يعني أن التزام البائع بالتسليم المطابق أصبح شاملاً لالتزامه بضمان العيوب بمفهومها الوظيفي.

وإلى جانب ذلك يتم تقدير عدم المطابقة وفق نفس المادة بالنظر إلى المواصفات التي تم الاتفاق عليها في العقد صراحة أو ضمناً.

(1) Grynbaum (L.), « La fusion de la garantie des vices cachés et de l'obligation de délivrance conforme opérée par la directive du 25 mai 1999 », CCC, Mai 2000, page 4.

(2) تنص المادة 211-5 على ما يلي:

Pour être conforme au contrat le bien doit: 1° être propre à l'usage habituellement attendu d'un bien semblable et, le cas échéant,- correspondre à la description donnée par le vendeur et posséder les qualités que celui-ci a présentées à l'acheteur sous forme d'échantillon ou de modèle-, présenter les qualités qu'un acheteur peut légitimement attendre eu égard aux déclarations publiques faites par le vendeur, par le producteur ou par son représentant, notamment par la publicité ou par l'étiquetage, 2° ou présenter les caractéristiques définies d'un commun accord par les parties ou être propre à tout usage spécial recherché par l'acheteur, porté à la connaissance du vendeur et que ce dernier a accepté

(3) Daniel Mainguy/ contrats spéciaux, précité, page 190.

وعلى هذا الأساس ذهب الأستاذ: J.CALAIS-AULOY إلى أن التزام البائع بالضمان أصبح شاملاً لجميع عيوب المطابقة وأن مصطلح العيب اختلف لمصلحة مصطلح أكثر شمولية هو مصطلح المطابقة⁽¹⁾.

غير أن المسألة ليست بهذا الإطلاق من حيث أن الأمر 2005-136 المؤرخ في: 17 فبراير 2005 لا يتعلق بجميع البيوع كما أنه لا يشمل جميع المتعاقدين، مما يتطلب تحديد مجال أعماله باستثناء عقود البيع التي لا تخضع له من جهة، وبتحديد فئة المتعاقدين التي تستفيد منه من جهة أخرى.

ذلك أن المشرع الفرنسي قد استثنى بموجب هذا الأمر العقود التي تتم بتدخل السلطة القضائية وتلك التي تتم بالمزاد العلني تطبيقاً لنص المادة 2-L211 من قانون الاستهلاك، التي يؤدي أعمالها إلى أنه لا مجال للالتزام بالتسليم المطابق الشامل للالتزام البائع بضمان عيوب المبيع الخفية بصدد البيوع القضائية وبيوع المزايمة والكهرباء⁽²⁾.

كما أنه يلاحظ أن المشرع الفرنسي قام بإدراج المادة 1-L211 ضمن قانون الاستهلاك، مقررًا أنه لا مجال لأعمال الالتزام بالتسليم المطابق -كمصطلح شامل للالتزام البائع بضمان عيوب المبيع الخفية- إلا إذا كان محل عقد البيع منقولاً مادياً⁽³⁾.

هذا وإذا كانت المطابقة مضمونة في الحالة التي يكون فيها المبيع منقولاً مادياً بنص صريح، فإن الفقه قد ذهب إلى أبعد من ذلك حين قرر أنه لا فرق في ذلك بين أن يكون المنقول المادي مستعملاً أو غير مستعمل⁽⁴⁾.

(1) Calais-Auloy (J.)/ « De la garantie légale des vices cachés à la garantie de conformité », in Mélanges Mouly, Litec, 1998, p. 70.

(2) تنص المادة 2-L211 من قانون الاستهلاك الفرنسي على ما يلي:
« Elles : -Les dispositions du présent chapitre- ne sont applicables ni aux biens vendus par autorité de justice ni à ceux vendus aux enchères publiques. Elles ne s'appliquent pas non plus à l'électricité.

(3) تنص المادة 1-L211 من قانون الاستهلاك الفرنسي على ما يلي:
« Les dispositions du présent chapitre s'appliquent aux contrats de vente de biens meubles corporels... »

(4) Pascal pug/ contrats spéciaux, précité, page 306.

وبمفهوم المخالفة يلاحظ أنه لا مجال لإعمال أحكام التزام البائع بضمان المطابقة وفق مفهومه الشامل الجديد متى كان محل العقد عقاراً⁽¹⁾.

نفس هذا الحكم يطبق بنص صريح هو نص الفقرة الثانية من المادة L211-1 التي استثنت بمفهوم المخالفة عقود البيع التي يكون محلها غاز أو ماء بحجم وكمية غير محدودة⁽²⁾.

وهكذا يلاحظ أن دمج مصطلح العيب الخفي ضمن مصطلح المطابقة لا يتم ألبتة بصدد جميع عقود البيع مهما كان محلها.

كما يلاحظ أن استقراء الأحكام القانونية التي قام المشرع الفرنسي بإدراجها ضمن قانون الاستهلاك في إطار تبنيه للتوجيه الأوروبي تنص على أنه لا يمكن إعمال مصطلح المطابقة الجديد الشامل لالتزام البائع بضمان العيوب الخفية إلا إذا تعلق الأمر ببائع محترف ومشتري مستهلك⁽³⁾.

وبناء على ذلك فإن تبني المشرع الفرنسي للتوجيه الأوروبي الصادر بتاريخ 25 ماي 1999 والمتعلق بضمان الأشياء الاستهلاكية بموجب الأمر الصادر في 17 فبراير 2005 كان بإدراج جملة من المواد ضمن قانون الاستهلاك.

يتعلق الأمر بالمادة L 211-1 والمواد الموالية لها التي أدت إلى خلق نظام قانوني جديد يتعلق بالعقود المبرمة بين مستهلك ومحترف متى كان محل العقد منقولاً مادياً، مع مراعاة الاستثناءات السالفة الذكر الخاصة بالبيع التي تتم بالمزايدة والبيع التي

(1) Pascal puig/ contrats spéciaux, ouvrage et page précités.

(2) تنص الفقرة الثانية من المادة L211-1 من قانون الاستهلاك الفرنسي على ما يلي:
« Les dispositions du présent chapitre s'appliquent à l'eau et au gaz lorsqu'ils sont conditionnés dans un volume délimité ou en quantité déterminée. »

(3) تنص المادة L 211-1 من قانون الاستهلاك الفرنسي على ما يلي:
« Le présent chapitre est applicable aux relations contractuelles entre le vendeur agissant dans le cadre de son activité professionnelle ou commerciale et l'acheteur agissant en qualité de consommateur. »

تتم بتدخل السلطة القضائية، إضافة إلى العقود التي يكون محلها غاز أو ماء بحجم وكمية غير محدودة.

هذه المواد تتضمن إذن مفهوماً جديداً للالتزام البائع بالتسليم المطابق للمواصفات يختلف عن مفهوم المطابقة المعتاد، من حيث أنه يشمل التزام البائع بضمان عيوب المبيع الخفية، بشكل يؤدي إلى تفادي صعوبة التفرقة بين المصطلحين كلما توفرت الشروط المتعلقة بأطراف العقد أو تلك التي تخص محله على النحو الذي سبق بيانه.

وبذلك فإن تبني المشرع الفرنسي للتوجيه الأوروبي المتعلق بضمان الأشياء الاستهلاكية يؤدي إلى تجنب القضاء الفرنسي الخوض جزئياً في إشكالية التكييف القانوني لوقائع القضية، من حيث تحديد ما إذا كان الأمر متعلقاً بعدم مطابقة أو بعيب خفي، نظراً لأن المصطلح الأول أصبح شاملاً للمصطلح الثاني في حالات معينة.

هذه النتيجة ترتبت عن إدراج أحكام التوجيه الأوروبي ضمن قانون الاستهلاك، وهي نتيجة مغرية كانت قد دفعت الفقه إلى الانقسام بصدد تحديد مجال أعمال هذا التوجيه⁽¹⁾، لدرجة نشوء اتجاه فقهي نادى بضرورة إدراج أحكام هذا التوجه ضمن القانون المدني من أجل القضاء على إشكالية التفرقة بين العيب الخفي والالتزام بالتسليم المطابق مطلقاً⁽²⁾.

⁽¹⁾ Paisant (G.) et Leveneur (L.)/ Quelle transposition pour la directive du 25 mai 1999 sur les garanties dans la vente de biens de consommation ? . JCP G., 2002, I, 135, pages 923-925. n° 12.

⁽²⁾ كان فريق العمل مكوناً من ستة أساتذة قانون هم: (G. Viney, président, J. Ghestin, J. Calais- Auloy, J. Huet, V. Heuze, Y.-M. Serinet) بالإضافة إلى مستشار من محكمة النقض، ومستشار من محكمة استئناف باريس، وممثل المديرية العامة للمنافسة والاستهلاك و قمع الغش، وممثلين عن مديرية الشؤون المدنية بوزارة العدل.

وقد أعربت محكمة النقض الفرنسية وبعض الأساتذة الجامعيين هم: (P.-Y. Gautier, F. Collart-Dutilleul, H. Perinet-Marquet, L. Grynbaum.) عن رغبتهم في إدراج أحكام هذا التوجه ضمن القانون المدني: تراجع Viney (G.), Quel domaine assigner à la loi de transposition de la directive européenne sur la vente ? », JCP G. 2002, I, 158, n° 7

ورغم أن مبررات أصحاب هذا الاتجاه بدت مقنعة، إلا أن الرأي الذي ساد في النهاية هو الذي نادى بإدراج الاتجاه الأوروبي ضمن قانون الاستهلاك⁽¹⁾، لتصبح التفرقة بين العيب الخفي والالتزام بالتسليم المطابق ضرورة فيما عدا الحالات التي تم شرحها تفصيلاً⁽²⁾.

هذا ويعد إدراج التوجيه الأوروبي المتعلق بضمان الأشياء الاستهلاكية ضمن قانون الاستهلاك الفرنسي وعدم تبنيه مطلقاً في إطار القانون المدني متماشياً مع كون التوجيه الأوروبي نفسه جاء ليطبق في إطار العلاقات التعاقدية التي تجمع بين المهنيين والمستهلكين من أجل توفير حماية موحدة دنياً للمستهلكين في إطار السوق الأوروبية⁽³⁾.

ومن ثم يلاحظ أن التقرير الموجه لرئيس الجمهورية وضح أن إدماج التوجيه الأوروبي المتعلق بضمان الأشياء الاستهلاكية ضمن قانون الاستهلاك الفرنسي يفرض نفسه استناداً إلى ما جاء في نص التوجيه نفسه⁽⁴⁾.

ومن جهة أخرى يلاحظ أن هناك من يرى أن إدراج التوجيه الأوروبي المتعلق بضمان الأشياء الاستهلاكية ضمن قانون الاستهلاك الفرنسي، والامتناع عن تبنيه ضمن

⁽¹⁾ Paisant (G.), Leveneur (L.), « Quelle transposition pour la directive du 25 mai 1999 sur les garanties dans la vente des biens de consommation ? », JCP G., 2002, I, 135, p. 923-925. n° 12 ; Tournafond (O.), « De la transposition de la directive du 25 mai 1999 à la réforme du Code civil », *D.*, 2002, Chron., p. 2883-2889. Et Koubi (G.), « Transposition et/ou transcription des directives communautaires en droit national ? », RRJ 1995 n° 2, p. 617.

⁽²⁾ Pascal Puig/ contrats spéciaux, précité, page 315.

⁽³⁾ تراجع المادة الأولى من التوجيه الأوروبي على ما يلي:

« La présente directive a pour objet de rapprocher les dispositions législatives réglementaires et administratives des États membres relatives à certains aspects de la vente et des garanties des biens de consommation, en vue d'assurer une protection uniforme minimale des consommateurs dans le cadre du marché intérieur. »

ويراجع أيضاً: Pascal puig/ contrats spéciaux, précité, page 315.

⁽⁴⁾ Pascal puig/contrats spéciaux, précité, page 316 : extraits du rapport au président de la république relative à l'ordonnance n° 2005-136 du 17 Février 2005 relative à la garantie de conformité du bien au contrat due par le vendeur au consommateur

القانون المدني، كان بسبب ضيق الوقت الذي لم يكن يسمح بالقيام بعمل مماثل لعدم جاهزية القانون المدني لاستقبال هذا التعديل مقارنة بقانون الاستهلاك⁽¹⁾.

بالفعل لقد تأخرت فرنسا كثيرا في تبنيها للتوجيه الأوروبي المتعلق بضمان الأشياء الاستهلاكية⁽²⁾، ذلك أنه كان يجب على جميع الدول المنتمة إلى الإتحاد الأوروبي إدماج هذا التوجيه ضمن قوانينها الوطنية قبل الفاتح من جانفي 2002⁽³⁾، مما أدى بالمجلس الأوروبي إلى توجيه إنذار مسبق لجميع الدول المتأخرة ومن بينها فرنسا⁽⁴⁾.

ويشكل هذا الإنذار المرحلة التي تسبق رفع دعوى قضائية أمام المحكمة الأوروبية ضد الدول المتخلفة عن إدماج التوجيهات الأوروبية ضمن قانونها الوطني بناء على نص المادة 226 من القانون المؤسس للاتحاد الأوروبي.

هذه الإجراءات الردعية كانت كفيلة بتسريع عملية إدراج التوجيه الأوروبي ضمن قانون الاستهلاك الفرنسي، مما أدى إلى تعدد الأنظمة القانونية المتعلقة بالتزام الضمان

⁽¹⁾ Paisant (G.), Leveneur (L.), précité, n° 12. Et Tournafond (O.), « De la transposition de la directive du 25 Mai 1999 à la réforme du Code civil », précité, page 121. Et Koubi (G.), « Transposition et/ou transcription des directives communautaires en droit national ? », RRJ 1995 n° 2, p. 617.

⁽²⁾ في تقرير هذا التأخير يراجع ما ذهبت إليه الأستاذة Viney: من أن ذلك يعود إلى كثرة انشغالات البرلمان الفرنسي: « un ordre du jour parlementaire chargé, suivi d'un calendrier électoral exigeant », in Viney (G.), « Quel domaine assigner à la loi de transposition de la directive européenne sur la vente ? », JCP G. 2002, I, 158.

⁽³⁾ تنص المادة 11 من التوجيه الأوروبي المتعلق بضمان الأشياء الاستهلاكية على ما يلي: « 1- Les États membres mettent en vigueur les dispositions législatives, réglementaires administratifs nécessaires pour se conformer à la présente directive au plus tard le 1^{er} janvier 2002. Ils en informent immédiatement la Commission. Lorsque les États membres adoptent ces dispositions, celles-ci contiennent une référence à la présente directive ou sont accompagnées d'une telle référence lors de leur publication officielle. Les modalités de cette référence sont arrêtées par les États membres. 2- Les États membres communiquent à la Commission le texte des dispositions de droit interne qu'ils adoptent dans le domaine régi par la présente directive. »

⁽⁴⁾ Christophe Loubat/ L'impact de la directive du 25 Mai 1999 relative à certains aspects de la vente et des garanties des biens de consommation sur le droit français de la garantie légale des vices cachés, précité, page 23.

الذي يقع على عاتق البائع باعتباره أحد الالتزامات الجوهرية التي يضعها عقد البيع على عاتقه⁽¹⁾.

فمن جهة توجد طائفة عقود البيع التي تجمع بين مشتر مستهلك وبائع محترف يلتزم بضمان الشيء المبيع وفق ما جاء في قانون الاستهلاك الذي جعل الالتزام بالتسليم المطابق شاملا للالتزام بضمان عيوب المبيع الخفية ضمن الشروط والحدود السالفة⁽²⁾.

ومن جهة أخرى توجد طائفة عقود البيع الدولية الخاضعة لاتفاقية فيينا⁽³⁾ والتي تشترك مع الطائفة الأولى في كونها تدمج الالتزام بضمان عيوب المبيع الخفية ضمن التزام البائع بالتسليم المطابق⁽⁴⁾.

هذه العقود لا تثير إذن إشكالية التفرقة بين الالتزام بالتسليم المطابق والالتزام بضمان العيوب الخفية، خلافا لطائفة عقود البيع الثالثة الخاضعة للنظام التقليدي في إطار القانون المدني الفرنسي الذي يخضع الالتزام بضمان عيوب المبيع الخفية لأحكام خاصة مستقلة عن الالتزام بالمطابقة المرتبط تقليديا بالالتزام البائع بالتسليم⁽⁵⁾.

ومهما يكن من أمر يلاحظ أن دعوى عدم المطابقة التي تم إدراج أحكامها ضمن قانون الاستهلاك الفرنسي بموجب الأمر الصادر في 17 فبراير 2005 لا تمنع المستهلك من الحق في رفع دعوى مستقلة موضوعها ضمان عيوب المبيع الخفية بناء على نص

(1) MAINGUY (D.), « Propos dissidents sur la transposition de la directive du 25 mai 1999 sur certains aspects de la vente et des garanties des biens de consommation », JCP G., 2002, I, 183, n° 2.

(2) تراجع المواد 1-211 إلى 8-211 من قانون الاستهلاك الفرنسي

(3) Décret n° 87- 1034 du 22 décembre 1987 portant publication de la convention des nations unies sur les contrats de vente internationales de marchandises faite à Vienne le 11 Avril 1980.

(4) Raynard, chron, in Rev.trim. Dr.civ.1997, page 1020.

(5) Casaux-Labrunee (L.), « Vices cachés et défaut de conformité : Propos non-conformistes pour une distinction viciée », D. 1999, Chron., p. 1.

المادة 1641 وما يليها من القانون المدني الفرنسي⁽¹⁾.

ومن جهة أخرى يلاحظ أن الأمر المذكور لا يحول أيضا دون تمكين المشتري المستهلك من مقاضاة البائع على أساس أحكام عدم المطابقة التقليدية بناء على نص المادة 1603 من القانون المدني الفرنسي التي تمنحه الحق في رفع دعوى مسؤولية ضد البائع في حالة إخلاله بالالتزام بالتسليم المطابق⁽²⁾.

المبحث الثاني:

التمييز بين دعوى ضمان عيوب المبيع الخفية ودعوى الغلط.

تؤدي دعوى ضمان العيوب الخفية إلى نتائج هامة تختلف عن تلك التي تترتب عن دعوى الغلط، لذلك فإن الأمر يتطلب تحديد الأوضاع التي يكون فيها بإمكان المشتري اللجوء إلى رفع دعوى الغلط دون أن يكون من حقه الاستفادة من أحكام ضمان العيوب الخفية، إضافة إلى تحديد الحالات التي يكون فيها بإمكانه اللجوء إلى رفع دعوى ضمان العيوب الخفية دون أن يكون من حقه الاستفادة من أحكام دعوى الغلط.

ومن أجل ذلك يجب التفرقة بين الحالات التي يقع فيها المشتري في غلط وتلك التي يكون فيها ضحية عيب خفي. فما هو الفرق بين هذين المصطلحين؟

(1) تنص المادة الثامنة من التوجيه الأوروبي على ما يلي:

« Les droits résultant de la présente directive sont exercés sans préjudice d'autres droits dont le consommateur peut se prévaloir au titre des règles nationales relatives au droit de la responsabilité contractuelle ou extracontractuelle. »

كما تنص المادة 13-211 من قانون الاستهلاك الفرنسي على ما يلي

« Les dispositions de la présente section ne privent pas l'acheteur du droit d'exercer l'action résultant des vices rédhibitoires telle qu'elle résulte des articles 1641 à 1649 du code civil. »

(2) تنص المادة 13-211 من قانون الاستهلاك الفرنسي على ما يلي

« Les dispositions de la présente section ne privent pas l'acheteur du droit d'exercer l'action résultant des vices rédhibitoires telle qu'elle résulte de toute autre action de nature contractuelle ou extracontractuelle qui lui est reconnue par la loi. »

الواقع أن الغلط يعد أمرا ذاتيا يقع في صفة جوهرية في المبيع، يجعلها المشتري محل اعتبار، رغم أنها قد لا تتصل بالغرض الذي أعد له الشيء⁽¹⁾، لذلك 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 صحتها⁽²⁾.

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 كذلك⁽³⁾.

وهكذا يظهر أن من وقع في غلط في المبيع يكون قد أقدم على شراء شيء غير ذلك الذي اتجهت إرادته إلى شرائه، أما من وقع ضحية عيب خفي في المبيع فيكون قد اشترى الشيء الذي قصد شراؤه، غير أنه اكتشف بعد ذلك أنه معيب⁽⁴⁾.

لذلك ذهب بعض الفقه إلى أن العيب أوسع من الغلط لأنه يقع في صفة غير جوهرية في الشيء، طالما كان من شأنه التأثير في صلاحيته للغرض الذي أعد له، وهو في نفس الوقت أضيق من الغلط على أساس أن جميع الصفات التي يعتبرها المتعاقدان

(1) يراجع فيما يتعلق بتعريف الصفة الجوهرية ما يلي:

E.Colmet De Santerre/ Cours analytiques de droit civil, tome 5, n° 61 bis 2, page 16. Et F.Laurent/ Principes de droit civil Français, tome 15, Bruylant- Christophe, Bruxelles, 1875 et 1878, n° 488.

(2) J-L. Aubert, le contrat, 2^{ème} édition, Dalloz, 2000, page 66. Et J.Carbonnier/ Droit civil, les obligations, tome 4, 22^{ème} édition, Thémis droit privé, P.U.F., Paris, 2000, note 219, n° 41, page 98. Et Ph. Malinvaud/ De l'erreur sur la substance, D. 1972, Chron. page 215 et suite. Et Jacques Flour et Jean- Luc Aubert Éric Savaux/ Droit Civil, Les obligations, l'acte juridique, Armand Colin, 9^{ème} édition, 2000, page 130.

الدكتور عبد المجيد الحكيم/ الموجز في شرح القانون المدني، الطبعة الرابعة، الجزء الأول، مصادر الالتزام، مطبعة العاني، بغداد، 1974، ص 136. و الدكتور زهدي يكن/ شرح قانون الموجبات والعقود مع مقارنته بالقوانين الحديثة، المرجع السابق، فقرة 249، ص 5. و الدكتور بلحاج العربي/ النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص 100.

(3) الدكتور عبد الرزاق السنهوري/ الوسيط في شرح القانون المدني، المرجع السابق، ص 763.

(4) الدكتور عبد الرزاق السنهوري/ الوسيط في شرح القانون المدني، المرجع والموضع السابقان. و الدكتور عبد المجيد الحكيم/ المرجع السابق، ص 136. و الأستاذ أحمد نجيب الهلالي/ شرح العقود، الفقرة 638: مشار إليه دون تفاصيل أخرى من طرف الدكتور مصطفى أحمد الزرقاء/ المرجع السابق، ص 199.

جوهرية يمكن أن تكون محل غلط، والغلط لا يعتبر عيباً عندما لا يؤثر في صلاحية المبيع للغرض الذي أعد له⁽¹⁾.

وهكذا يلاحظ أن الغلط قد يوجد دون عيب، كما لو اشترى شخص سيارة معتقداً أنها من نموذج معين ثم تبين أنها من نموذج آخر، ذلك أن المشتري يكون في هذه الحالة قد وقع في غلط في صفة جوهرية، مما يتيح له إمكانية المطالبة بإبطال العقد لوقوعه في غلط، دون أن يكون من حقه الرجوع على البائع بدعوى ضمان العيب لسلامة المبيع من العيوب⁽²⁾.

كما أن العيب الخفي قد يوجد دون غلط عندما يكون الشيء معيباً دون أن يتصل عيبه بصفة جوهرية جعلها المشتري محل اعتباره، ومثال ذلك أن يتبين للمشتري أن محل عقد البيع من نفس الطراز الذي أراده، غير أن المبيع فيه عيب ينقص من صلاحيته للغرض المقصود، ذلك أن محل التزام البائع يكون في هذه الحالة معيباً رغم عدم وقوع المشتري في غلط، مما يتيح له رفع دعوى ضمان العيوب الخفية دون دعوى الغلط⁽³⁾.

وبناء عليه ذهب الدكتور: عبد الفتاح عبد الباقي إلى أنه يجب عدم الخلط بين الغلط في صفة جوهرية في المبيع وبين العيب الخفي على أساس أن العيب الخفي بمعنى الآفة التي تخلوا منها الفطرة السليمة للمبيع هو عيب في الشيء ذاته، يجب أن يكون منه حسب الأصل، أما الغلط فيفترض حالة ذهنية عند المتعاقد جعلته يتوهم وجود وصف خاص في الشيء فوجده متخلفاً، فهو عيب في الإرادة نفسها وليس عيب في الشيء⁽⁴⁾.

هذا القول صحيح، إذ أن الغلط عيب في الإرادة والعيب الخفي عيب في الشيء

المبيع.

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

(2) يراجع هذا المثال وأمثلة أخرى في مرجع الدكتور السنهوري/ الوسيط في شرح القانون المدني، المرجع السابق، ص 763. والدكتور مصطفى أحمد الزرقاء/ المرجع السابق، 200.

(3) يراجع هذا المثال وأمثلة أخرى في مرجع الدكتور عبد الرزاق السنهوري/ الوسيط في شرح القانون المدني، المرجع السابق، ص 763، متن الصفحة وهامشها لأول.

(4) الدكتور عبد الفتاح عبد الباقي/ ص 514، فقرة 347، أشار إليه دون تفاصيل أخرى الدكتور أسعد دياب: المرجع السابق، ص 347، الهامش الثالث.

ولكن ماذا لو تعلق العيب في الإرادة بعيب في الشيء؟

هذه الفرضية تجعل التفرقة بين الغلط والعيب الخفي أكثر تعقيدا مما جعل الفقه يهتم بها، 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 الحصول⁽¹⁾، على أساس أن المشتري غالبا ما يكون جاهلا بالعيب الذي لا يكون موجبا للضمان إلا إذا كان من شأنه أن يجعل المبيع غير صالح للغرض الذي أعد له، 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 العيب⁽²⁾.

وبناء على ذلك يلاحظ أن الأستاذ: «Rémy» ذهب إلى أن الخلط بين الغلط في المواصفات والعيب الخفي يحدث عندما تكون الصفة الجوهرية التي يبتغي المشتري الحصول عليها متمثلة في صلاحية الشيء للاستعمال المعد له⁽³⁾.

لذلك يلاحظ أنه قد يحدث عملا أن يجتمع كل من العيب والغلط في الحالة التي تتصل الصفة الجوهرية التي يقع الغلط فيها بصلاحية الشيء المبيع للغرض الذي أعد له لدرجة أن انتفاءها يجعل المبيع غير صالح لهذا الغرض، ومعنى ذلك أن اتصال العيب بصفة جوهرية تتعلق بالغرض الذي أعد له المبيع، من شأنه أن يؤدي إلى القول بوجود غلط لارتباط المسألة بصفة جوهرية كانت محل اعتبار لدى المشتري، إلى جانب وجود عيب موجب للضمان لتعلق الأمر بالغرض الذي تم إعداد المبيع من أجله⁽⁴⁾.

فإذا ابتاع الشخص سيارة على أنها صالحة للاستعمال، ثم تبين له أنها غير صالحة لذلك، يكون قد وقع في غلط على أساس أن صلاحية السيارة للاستعمال تعد صفة

(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, comm. 159. Et Ph. Malaurie, L.Aynés et P.Y. Gautier/ Cours de droit civil, Les contrats spéciaux, 13^{ème} édition, Paris, Cujas, 1999, note 27, 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.

(3) Ph.Rémy.obs. à propos de cass.civ. 11 Février 1981, Rev. trim. Dr. civ1981, page 860.

(4) الدكتور صاحب عبيد الفتلاوي/ المرجع السابق، ص 142.

جوهرية، كما أنه يكون قد وقع ضحية عيب خفي باعتبار أن عدم صلاحية السيارة للاستعمال يعد آفة عارضة يخلو عنها أصل الفطرة السليمة⁽¹⁾.

ولعل أهم الإشكالات القانونية التي تثيرها الحالة التي تتوافر فيها شروط طلب الإبطال للغلط إلى جانب توافر شروط الرجوع بالضمان للعيب تتمثل في تحديد ما إذا كان بإمكان المشتري الاختيار بين الدعويين.

الواقع أن هذا التساؤل قد أثار 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 والتقصيرية، مما يترتب عليه أن سقوط دعوى ضمان العيب من شأنه أن يؤدي إلى حرمان المشتري من رفع دعوى الإبطال للغلط⁽²⁾.

غير أنه يلاحظ أن الرأي السائد يعطي المشتري الحق في الاختيار بين دعوى ضمان العيب ودعوى الغلط عند توافر شروطهما معاً، على أساس عدم جواز حرمان شخص من حق ثبت له بمقتضى القواعد العامة إلا إذا وجد ما يدل على ذلك صراحة⁽³⁾.

فإذا لجأ المشتري إلى رفع دعوى ضمان العيوب الخفية فيستوي في ذلك بين ما إذا كان البائع عالماً بالعيب أو جاهلاً به، إذ أن هذا الأخير يلزم بالضمان سواء كان حسن النية أو سيئ النية، غاية ما في الأمر أنه يلزم بالتعويض عن الضرر المباشر المتوقع في الحالة الأولى، بينما يمتد التعويض في الحالة الثانية ليشمل الضرر المباشر المتوقع وغير المتوقع⁽⁴⁾.

(1) الدكتور صاحب عبيد الفتلاوي/ المرجع والموضع السابقان.

(2) الدكتور مصطفى منصور/ المرجع السابق، ص 591.

(3) الدكتور إسماعيل غانم/ الوجيز في عقد البيع، المرجع السابق، ص 250. والدكتور سليمان مرقس ومحمد علي إمام/ المرجع السابق، ص 295. والدكتور جميل الشرفاوي/ المرجع السابق، ص 299. والدكتور منصور الدكتور مصطفى منصور/ المرجع السابق، ص 461.

(4) فيما يتعلق بكيفية معاملة البائع العالم بالعيب تراجع الصفحة 137 و 138 من هذا البحث.

أما إذا أراد المشتري رفع دعوى الغلط ضد البائع، كان عليه أن يقدم الدليل على أن البائع كان واقعا في غلط مثله أو أنه كان يعلم أو يستطيع أن يعلم بالغلط.

ذلك هو شأن المشتري الواقع في غلط وفق ما اتجهت إليه بعض الاجتهادات الفقهية والقضائية⁽¹⁾، وبعض التشريعات التي تشترط أن يكون الغلط مشتركا أو أن تدل الظروف على أن البائع على علم بغلط المشتري كما هو الحال في القانون المدني المصري⁽²⁾.

أما القانون المدني الجزائري فإنه يكتفي بالغلط الفردي لتشارك دعوى الغلط مع دعوى ضمان العيب من حيث عدم اشتراط علم البائع بالغلط الذي وقع فيه المشتري في الدعوى الأولى⁽³⁾ وعدم اشتراط علم البائع بالعيب في الدعوى الثانية⁽⁴⁾.

هذا ويستطيع المشتري اللجوء إلى دعوى الغلط، لا فرق في ذلك بين ما إذا تم البيع بالمساومة العادية وبين ما إذا تم في إطار مزاد علني⁽⁵⁾، بينما لا يستطيع الاستفادة من أحكام ضمان العيوب الخفية إلا إذا تم البيع في إطار المساومة العادية⁽⁶⁾.

(1) يراجع فيما يتعلق بهذا الاتجاه الدكتور بلحاج العربي/ المرجع السابق، ص 108. والدكتور أسعد دياب/ ضمان عيوب المبيع الخفية، المرجع السابق، ص 344. والدكتور صاحب عبيد الفتلاوي/ المرجع السابق، ص 140.

(2) تنص المادة 120 من القانون المدني المصري على ما يلي:
إذا وقع المتعاقد في غلط جوهري جاز له أن يطلب إبطال العقد إن كان المتعاقد الآخر قد وقع مثله في هذا الغلط، أو كان على علم به، أو كان من السهل أن يتبينه.

(3) الدكتور علي علي سليمان/ النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة السادسة، 2006، ص 60.

Bernard Gross et Philippe Bihl/ Contrats de ventes civiles et commerciales, Baux commerciaux, Thémis droit privé, 1^{ère} édition, Paris, P.U.F. 1993, page 481.

(4) تراجع شروط العيب الموجب للضمان في ص 64 إلى ص 148 من هذا البحث.

(5) الدكتور عبد الرزاق السنهوري/ الوسيط في شرح القانون المدني، المرجع السابق، ص 763. والدكتور صاحب عبيد الفتلاوي/ المرجع السابق، ص 141.

(6) تراجع البيوع المستتناة من الضمان في ص 27 وما يليها من هذا البحث.

كما أنه تجدر الإشارة إلى أن المشتري يستطيع الرجوع على البائع بدعوى الغلط دون إخطاره⁽¹⁾، خلافا لما هو مقرر بمقتضى أحكام ضمان العيوب الخفية التي يلزم فيها المشتري بإخطار البائع بوجود العيب قبل مطالبته بالضمان قضائياً⁽²⁾.

ومن جهة أخرى تسقط دعوى ضمان العيب بمرور سنة من تاريخ التسليم⁽³⁾ بينما لا تسقط دعوى الغلط إلا بعد مرور خمس سنوات من تاريخ العلم بالغلط أو عشر سنوات من تاريخ إبرام العقد⁽⁴⁾.

هذا ويتمثل موضوع دعوى الغلط في طلب إبطال العقد الذي يترتب على الحكم به زوال البيع بأثر رجعي، مما يتطلب قيام المشتري برد المبيع واسترداد الثمن مع التعويض عندما يكون له محل⁽⁵⁾، أما موضوع دعوى ضمان العيوب الخفية فيختلف تبعاً لما إذا كان العيب يسيراً أو جسيماً⁽⁶⁾.

وإذا ورد في أحد بنود عقد البيع أن المشتري كان عالماً بالمبيع سقط حقه في طلب إبطال البيع إلا إذا أثبت تدليس البائع⁽⁷⁾.

(1) الدكتور عبد الرزاق السنهوري/ الوسيط في شرح القانون المدني، المرجع السابق، ص 763.

(2) تراجع الصفحة 151 إلى ص 159 من هذا البحث.

(3) تراجع الصفحة 242 إلى ص 269 من هذا البحث والمادة 383 من القانون المدني الجزائري المقابلة للمادة 452 من القانون المدني المصري.

(4) تنص المادة 101 من القانون المدني الجزائري على ما يلي:
يسقط الحق في إبطال العقد إذا لم يتمسك به صاحبه خلال خمس سنوات.
ويبدأ سريان هذه المدة... في حالة... الغلط من اليوم الذي يكشف فيه... غير أنه لا يجوز التمسك بحق الإبطال لغلط... إذا انقضت عشر سنوات من وقت تمام العقد"

وبصدد مدة تقادم دعوى الغلط في القانون المدني المصري تنص المادة 140 من القانون المدني المصري على ما يلي: يسقط الحق في إبطال العقد إذا لم يتمسك به صاحبه خلال ثلاثة سنوات. ويبدأ سريان هذه المدة... في حالة الغلط من اليوم الذي ينكشف فيه... وفي كل حال لا يجوز التمسك بحق الإبطال للغلط إذا انقضت خمس عشرة سنة من وقت تمام العقد.

(5) الدكتور عبد الرزاق السنهوري/ الوسيط في شرح القانون المدني، المرجع السابق، ص 762.

(6) تراجع الصفحة 175 إلى ص 182 من هذا البحث.

(7) تنص المادة 352/2 من القانون المدني الجزائري المقابلة للمادة 419/2 من القانون المدني المصري على ما يلي: وإذا ذكر في عقد البيع أن المشتري عالماً بالمبيع سقط حق هذا الأخير في طلب إبطال البيع بدعوى عدم العلم به إلا إذا أثبت غش البائع.

غير أن إدراج مثل هذا البند في عقد البيع لا يؤدي إلى سقوط حق المشتري في الاستفادة من أحكام ضمان العيوب الخفية وفق ما ذهب إليه محكمة النقض المصرية من أن طلب الفسخ للعيب الخفي لا يسقط بثبوت إقرار المشتري بمعاينة المبيع وفحصه بمعرفة أحد رجال الفن عند التسليم⁽¹⁾.

ومهما يكن من أمر يلاحظ اشتراك كل من الفقه الجزائري والمصري مع الفقه الفرنسي في محاولة رسم حدود لكل من دعوى ضمان عيوب المبيع الخفية ودعوى الغلط في المواصفات للحيلولة دون الخلط بين المصطلحين ومنع اللبس في تكييف الوقائع القانونية.

ذلك هو أيضا شأن القضاء الفرنسي الذي احترم لما يقارب من القرن مجال أعمال كل من دعوى الغلط ودعوى ضمان العيوب الخفية، قبل أن يظهر فكر قانوني جديد ابتداء من نهاية القرن الماضي⁽²⁾.

ففي بداية هذا القرن قام بعض قضاة الموضوع بإعمال المادة 1110 من القانون المدني الفرنسي المتعلقة بالغلط في مجال بيع الحيوانات الأليفة، 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 أنه علم بمرضه⁽³⁾.

وهكذا أصبح بعض القضاة يقولون بوجود غلط لمعالجة إشكالية تتعلق بضمان العيوب الخفية، بغية استبعاد الشرط الذي تخضع له هذه الأخيرة والمتمثل في وجوب رفع الدعوى خلال وقت قصير⁽⁴⁾.

(1) نقض مدني 2 ماي 1946، المجموعة الخامسة، ص 156، الهامش الأول: أشار إليه الدكتور عبد الرزاق السنهوري/ الوسيط في شرح القانون المدني، المرجع السابق، ص 762.

(2) Bordeaux, 13 Novembre 1905, D.P.1908, 2, Page 287. Et Cass.civ.3 juin 1855.D.1886, I, Page 25. Et tribunal civil Mamers, 11 Décembre 1942, Gaz. Pal.1942, 2, Page 270.

(3) Lyon, 27 Janvier 1904, D.P.1904, 2, page 160.

(4) Bernard Gross et Philippe Bihl/ Contrats de vente civiles et commerciaux, page 284.

هذه الوضعية رفضتها محكمة النقض الفرنسية صراحة⁽¹⁾، حين ذهبت إلى أن دعوى البطلان بسبب الغلط إذا كانت تستند على وجود عيب خفي يجب أن ترفع خلال مهلة قصيرة شأنها في ذلك شأن دعوى الضمان⁽²⁾.

والجدير بالذكر أن هذا القرار اعتبر قرار مبدأ لمدة طويلة رغم أن اشتراط رفع دعوى الغلط الناتج عن عيب خفي خلال مهلة قصيرة يعد مخالفا للنصوص القانونية، ومرتباً لنتيجة متناقضة تتمثل في الحكم ببطلان العقد عند اعتراء المبيع عيباً خفياً مع أن دعوى الضمان لا ترتب البطلان⁽³⁾.

وهكذا سلكت الغرفة المدنية الثالثة نفس المنحى في 11 فبراير 1981 حين ذهبت إلى أن وجود غلط بسبب عيب خفي في الشيء المبيع لا يسمح للمتعاقد بالتوصل من الالتزام المنصوص عليه في المادة 1648 من القانون المدني الفرنسي التي تنص على وجوب رفع دعوى الضمان خلال مدة قصيرة⁽⁴⁾.

غير أن هذا الحل كان محل نظر من محكمة النقض الفرنسية التي كرست استقلالية دعوى ضمان عيوب المبيع الخفية عن دعوى الغلط في المواصفات ضمن

(1) Cass.civ.1^{ère}, 19 Juillet 1960, Bull.civ.I, n°408 ; Rev.trim.dr.civ.1961, page 332, obs. J.Carbonnier.

(2) جاءت الحيثية الرئيسية لهذا القرار على النحو الآتي:
« L'acheteur ne saurait se satisfaire à l'obligation imposée par l'article 1648 du code civil, et intenter dans un bref délai l'action en nullité de la vente pour vice caché de la chose la rendant impropre à l'usage auquel on la destine, en invoquant cette conséquence du vice au titre d'une erreur sur la substance (...) l'action fondée sur cette seule erreur et soumise au même bref délai. »

(3) من بين القرارات الصادرة عن محكمة النقض الفرنسية التي تقضي بالبطلان لوجود عيب خفي في الشيء المبيع يراجع القرار التالي: Cass.civ.1^{ère}, 18 juillet 1960, Bull. civ. I. n°408.

(4) Cass.civ.3^{ème}, 11 Février 1981, D. 1981, IR, page 440, obs. Ch. Laroumet ; JCP, 1982, II, 1975, note J. Ghestin.

قرارين هامين صادرين عن غرفتين مختلفتين شكل موقفهما تحولا قضائيا هاما ابتداء من سنة 1988⁽¹⁾.

ففي 18 ماي 1988⁽²⁾ ذهبت الغرفة المدنية الثالثة إلى أن وجود عيب خفي في الشيء المبوع لا يمنع المشتري من إثارة الغلط في المواصفات كأساس لدعواه التي تعلق الأمر فيها بعقار تحوي جدرانه وسقفه على نمل أبيض⁽³⁾.

أما الغرفة المدنية الأولى فقد أصدرت قرارا أكثر وضوحا وصراحة بتاريخ 28 جوان 1988⁽⁴⁾ 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 الدعوى خلال المهلة القصيرة المنصوص عليها في المادة 1648 من القانون المدني التي رفضت الغرفة المدنية الأولى إعمالها بصد هذا النزاع، ذاهبة إلى أن كون الغلط ناتج عن عيب خفي يجعل الشيء المبوع غير صالح للاستعمال المعد له لا يبرر إخضاع دعوى الغلط للمادة 1648 من القانون المدني الفرنسي⁽⁵⁾.

(1) Ch.Lapoyade- Deschamps, note sous Civ. 3^{ème}, 18 Mai 1988 et Cass. civ. 1^{ère}, 28 Juin 1988, D. 1989, 2, page 450 et somm. page 229, obs. Aubert. Et Def. 1989, Art.34610, note Y.Dagorne-Labbé; Rev.trim. Dr.civ 1989, page 342, Obs. Rémy.

(2) Cass.com.18 Mai 1988, Bull.civ.IV, n° 96.

(3) جاءت الحيثية الرئيسية لهذا القرار على النحو الآتي:

« *L'existence d'un vice caché n'exclut pas par elle même l'exercice d'une action en nullité de la vente pour erreur sur la qualité substantielle de la chose vendue...* »

(4) Cass.civ.1^{ère}, 28 Juin 1988, Bull.civ.I, n° 211.

(5) جاءت الحيثية الرئيسية لهذا القرار على النحو الآتي:

« *L'action en nullité pour une erreur sur une qualité substantielle de la chose vendue n'est pas soumise au bref délai de l'article 1648 du code civil, quand bien même l'erreur invoquée serait la conséquence d'un vice caché rendant la chose impropre à l'usage auquel elle était destinée.* »

ورغم أن بعض الفقه قد ذهب في تحليل كل من قرار الغرفة المدنية الثالثة الصادر في 18 ماي 1988 وقرار الغرفة المدنية الأولى الصادر في 28 جوان 1988 إلى أنهما قد تضمنتا عبارات حاسمة أكثر منها موضحة⁽¹⁾، فإنه يلاحظ أن محكمة النقض الفرنسية قد أكدت موقفها بصدد قرار صدر عن الغرفة المدنية الأولى بعد مرور سنة عن قرارها الأخير دون أن تفسر أو تبرر⁽²⁾.

ويتعلق الأمر في هذه المرة بعقد بيع محله دراجة نارية تكسرت علبة سرعتها بعد مرور ثلاثة أشهر من إبرام عقد البيع بسبب كونها معادة، إضافة إلى كون أحد قطع غيار المحرك في غير مكانه الصحيح وفق ما ذهب إليه كل من الخبير والقائم على الإصلاح، مما دفع قضاة الموضوع إلى الاستجابة لطلب المشتري بإصدار حكم كان محل نقض من طرف البائع الذي أجابته محكمة النقض الفرنسية بقولها إن قضاة الموضوع قاموا بإعمال أحكام دعوى الضمان في هذه القضية خطأ، مضيئة أن دعوى البطلان بسبب الغلط لا تخضع للمادة 1648 من القانون المدني الفرنسي، وإنما يجب رفعها باحترام الأجل المنصوص عليه في المادة 1304 من نفس القانون، دون البحث عما إذا كان الغلط المتمسك به ناتجا عن عيب خفي يجعل الشيء المبيع غير صالح للاستعمال المعد له⁽³⁾.

ومع أنه يؤخذ على هذا القرار أنه لم يبرر أساس استبعاد الأحكام الخاصة بالضمان فإن محكمة النقض الفرنسية تكون بموجبه قد أعادت لدعوى ضمان العيوب الخفية استقلاليتها عن دعوى الغلط مرة أخرى ضمن الحثيات التي تضمنت وجوب استبعاد إعمال المادة 1648 من القانون المدني الفرنسي كلما كان التكييف القانوني للوقائع متعلقا بغلط في المواصفات.

(1) Ch. Lapoyade-Deschamps, note sous Cass.civ. 1^{ère} 18 Mai et 28 Juin 1988, D. 1989, page 453.

(2) Cass.civ. 1^{ère}, Juin 1989, Bull.civ.I, n° 268.

(3) جاءت الحثية الرئيسية لهذا القرار على النحو الآتي:

«L'action en nullité pour erreur sur la qualité substantielle de la chose vendue n'est pas soumise aux dispositions spéciales de l'article 1648 du code civil, et peut être intentée dans le délai de l'article 1304 du même code, peu important à cet égard que l'erreur invoquée fût la conséquence d'un vice caché rendant la chose impropre à l'usage auquel on la destine.»

هذا التكريس الواضح لاستقلالية دعوى ضمان العيوب الخفية عن دعوى البطلان للغلط في المواصفات لم يكن ليحول دون إصدار قرارات تعكس وجود لبس كبير بشأن تحديد مجال أعمال أحكام ضمان العيوب الخفية من جهة وأحكام الغلط في المواصفات من جهة أخرى.

ذلك هو شأن القرار الذي صدر عن محكمة استئناف Bordeaux بتاريخ 14 مارس 1990 والذي يتعلق الأمر فيه بشركة ابتاعت خمورا تبين أنها غير صالحة للاستهلاك، مما دفع الشركة إلى رفع دعوى ضمان العيوب الخفية والمطالبة احتياطيا بإبطال العقد بسبب وجود غلط في المواصفات⁽¹⁾.

هذا وقد كانت النتيجة أن ذهب قضاة الموضوع إلى أن وجود عيب خفي لا يمنع وجود غلط في المواصفات، مضيفين في تأسيس رفضهم لدعوى المشتري أن دعوى البطلان للغلط تفرض تقديم الدليل على قدم العيب كلما تعلق الأمر بغلط ناتج عن عيب خفي شأنها في ذلك شأن دعوى الضمان.

والواقع أن استقراء مثل هذه الحيثية يثير تساؤلا بديها يتعلق بمشروعية أعمال شرط قدم العيب الذي تنفرد به دعوى الضمان متى ثبت أن الأمر يتعلق بغلط في المواصفات.

ألا يجب العمل على تكييف وقائع القضية المعروضة وإعمال أحكام الضمان إذا تعلق الأمر بعيب خفي وأحكام الغلط إذا تبين أن المدعي قد أقدم على شراء شيء غير ذلك الذي اتجهت إرادته إلى شرائه، دون اللجوء إلى إخضاع إحدى الدعويين إلى الأحكام التي تنفرد بها الأخرى، كما فعل قضاة الموضوع الذين أخضعوا دعوى الغلط لشرط القدم؟

إن الخلط بين دعوى ضمان العيوب الخفية ودعوى الغلط في المواصفات لدرجة أعمال قواعد أحد النظامين بصدد الآخر كما هو الشأن في القرار المذكور لم يكن لينال تأييد محكمة النقض الفرنسية التي أصدرت غرفتها المدنية الأولى قرارا شهيرا 14 ماي

(1) Bordeaux, 14 Mars 1990, Gaz. Pal.1990, 1, page 485, note E.Agostini.

1996⁽¹⁾ بمناسبة قضية يتعلق الأمر فيها بعقد بيع جمع بين السيد Chavanne باعتباره مشتريا وشركة Lambert التي باعت له سنة 1979 قرميدا تبين أنه يعاني عيبا في الإنتاج أكره قرار الخبرة في 20 أكتوبر 1986 ، مما دفع المشتري إلى رفع دعوى ضد البائع في 14 أبريل 1988 متمسكا بعدم مطابقة محل العقد لما تم الاتفاق عليه.

هذا وكانت النتيجة أن أصدر قضاة الموضوع حكما لصالحه مما دفع بالبائع إلى اللجوء إلى محكمة الاستئناف التي أصدرت قرارا لمصلحة الطاعن مفاده أن الأمر يتعلق بعيب خفي وليس بعدم تنفيذ الالتزام بالتسليم المطابق.

ولما كان الأمر كذلك حرم السيد Chavanne من حقه في الضمان لمرور المدة القصيرة التي كان يجب عليه أن يرفع دعواه خلالها بناء على نص المادة 1648 من القانون المدني الفرنسي⁽²⁾.

وكانت النتيجة أن لجأ هذا الأخير إلى محكمة النقض الفرنسية مثيرا ثلاثة دفوع يتمثل أحدها في أن من يشتري شيئا غير صالح للاستعمال الذي أعده له يكون واقعا في غلط ويمكنه بناء على ذلك المطالبة بتعويض الضرر اللاحق به.

إن العبارة التي مفادها أن "من يشتري شيئا معيبا يكون واقعا في غلط" مستوحاة من اجتهادات محكمة النقض الفرنسية السابقة.

ومع ذلك يلاحظ أن هذه المحكمة أعلنت بمناسبة قضية Chavanne تحولا قضائيا هاماً، كرست بموجبه مبدأ قانونيا جديدا مفاده أنه لا يمكن التمسك بالغلط في حالة وجود عيب خفي، مما يعني أن الغلط لا يمكن أن يشكل الأساس القانوني للدعوى متى كان الشيء

(1) Cass.civ. 1^{ère}, 14 mai 1996, RJDA 1996, n° 1177, page 849. Et Ch. Radé/ L'autonomie de l'action en garantie des vices cachés, JCP 1997, édition G, I, 4009. Et D. Boulanger/ Erreur, non conformité et vice caché : la fin d'une confusion, JCP 1997, édition N, I, page 1585.

(2) سبقت الإشارة إلى أن المشرع الفرنسي تدخل سنة 2005 ليحدد مدة تقادم ضمان عيوب المبيع الخفية بمرور سنتين من تاريخ كشف العيب: تراجع الصفحة 243 من هذا البحث.

المبيع معيبا، مما يستوجب نقض قرار قضاة الموضوع الذين ارتكبوا خطأ حين قاموا بالبحث عما إذا كان يمكن للمشتري التمسك بالتعويض للغلط في المواصفات⁽¹⁾.

لقد استوقفتني هذا القرار كثيرا لا سيما فيما يتعلق بطلب المشتري للتعويض بسبب غلط في المواصفات، مع أن الغلط لا يرتب سوى جزاء قانونيا واحدا هو إمكانية الحكم بإبطال العقد، دون أي تعويض ما لم يكن مقترنا باستعمال طرق احتيالية من البائع دفعت المشتري إلى توهم غير الواقع.

أفلا يعني ذلك قيام احتمال مفاده أن محكمة النقض الفرنسية قد قصدت نقض قرار قضاة الموضوع تحديدا فيما يتعلق ببحثهم عن وجود غلط من عدمه رغم أن المشتري طالب بالتعويض للغلط في غياب نص قانوني يعطيه هذا الحق؟

يسمح بالإجابة عن هذا التساؤل قرار آخر صدر عن الغرفة المدنية الثالثة في 07 جوان 2000⁽²⁾ حين ذهبت بوضوح تام إلى أن ضمان العيوب الخفية يشكل الأساس القانوني الوحيد للدعوى المتعلقة بعييب يجعل الشيء المبيع غير صالح للاستعمال الذي أعدّ له، رغم أن المشتري طالب بإبطال العقد بسبب وقوعه في غلط ولم يطالب بالتعويض للغلط كما هو الحال في القضية السابقة⁽³⁾.

وبناء عليه يلاحظ أن محكمة النقض الفرنسية رفضت الاتجاه الذي يقوم بإعمال القواعد المتعلقة بالغلط في المواصفات عندما يتعلق الأمر بعييب خفي بعد أن رفضت

(1) جاءت الحيثية الرئيسية لهذا القرار على النحو الآتي:

«Attendu que la garantie des vices cachés constituait l'unique fondement possible de l'action exercée, la cour d'appel n'avait pas à rechercher si l'acheteur pouvait prétendre à des dommages et intérêt sur celui de l'erreur.»

(2) Cass.civ. 3^{ème}, 7 juin 2000, « Mme Hammoun C/ M. Fenouillas », GAJC, édition 11, n°253- 254.

(3) جاءت الحيثية الرئيسية لهذا القرار على النحو الآتي:

« La garantie des vices cachés constituant l'unique fondement de l'action exercée pour défaut de la chose vendue la rendant impropre à sa destination normale d'habitation, la responsabilité du vendeur ne pouvait être recherchée sur le fondement de l'erreur. »

صراحة إخضاع دعوى الغلط في المواصفات للأجل القصير المتعلق بدعوى ضمان عيوب المبيع الخفية.

ولعل ذلك يعكس رغبة محكمة القانون في إعادة الأمور إلى نصابها بالعمل على رد الاستقلالية لدعوى ضمان العيوب الخفية ولقواعدها مداها الصحيح.

ومع ذلك فإن التحول في موقف محكمة النقض الفرنسية لا يحول دون التساؤل عن الأسباب والأساس القانوني الذي تمسك به القضاء الفرنسي من أجل الوصول إلى هذه الوضعية التي أضحت فيها الخلط بين دعوى ضمان العيوب الخفية ودعوى الغلط في المواصفات واضحا ومثيرا للقلق. فما هي الأسباب التي أدت إلى هذا الخلط مع أن الأمر يتعلق في الحقيقة بدعويين مختلفتين؟

لقد تم سرد مجموعة من القرارات القضائية كانت كفيلة بأن تدفع الفقه الفرنسي إلى التصريح بوجود اتجاه قضائي يهدف إلى التخلص من النظام القانوني المزجج لدعوى ضمان العيوب الخفية⁽¹⁾.

فبالرجوع إلى هذه القرارات يلاحظ أن الإشكال الكبير والعائق الأكثر إزعاجا كان ممثلا في وجوب رفع دعوى الضمان خلال مدة زمنية قصيرة، مما أدى بقضاة الموضوع في مرحلة أولى إلى القول بوجود غلط لمعالجة الدعاوى التي تتعلق بضمان العيوب الخفية، بغية استبعاد الشرط الذي تخضع له هذه الأخيرة والمتمثل في وجوب رفع الدعوى خلال وقت قصير.

صحيح أن محكمة النقض الفرنسية رفضت هذا التوجه، غير أنها زادت الأمور تعقيدا حين قررت إخضاع دعوى الغلط في المواصفات لشرط المهلة القصيرة المنصوص عليه ضمن المادة 1648 المنظمة لأحكام ضمان عيوب المبيع الخفية.

(1) F. Zenati, Obs à propos du décret n° 87- 1034 du 22 Décembre 1987 portant publication de la convention des nations unies sur les contrats de vente internationale de marchandises faite à Vienne le 11 Avril 1980, Rev. trim. dr. civ.1988, page 195. Et A.Benabent, note sous A.P. 7 Février 1986, D.1986, page 296.

هذا الوضع القضائي المخالف للنصوص التشريعية ساد طويلا قبل أن تتدخل محكمة النقض الفرنسية أخيرا لإعادة الأمور إلى نصابها برفض إخضاع دعوى الغلط في المواصفات للمهلة المنصوص عليها فيما يتعلق بضمان العيوب الخفية.

ومع ذلك فإن موقف محكمة النقض الفرنسية القاضي بقبول دعوى الغلط في المواصفات في الحالة التي يوجد فيها عيب خفي في الشيء المباع من شأنه أن يؤدي إلى إثارة الشكوك حول وجود رغبة في إبعاد نظام الضمان بالتضييق من مجال أعماله لفائدة دعوى الغلط في المواصفات.

ولكن أليس للخلط بين ضمان العيوب الخفية والغلط في المواصفات ما يبرره بعيدا عن اتهام الاجتهادات القضائية بمحاولة التلصص العمدي من النظام القانوني لدعوى الضمان بغية استبعاد أحكامه المعقدة لمصلحة دعوى الغلط؟

الواقع أن جميع محاولات تبرير الخلط بين دعوى ضمان العيوب الخفية ودعوى الغلط في المواصفات تصب في وجود تقارب بينهما⁽¹⁾ أدى بالفقه الفرنسي إلى استعمال عبارة: "Désordre" في الحالتين، مما فتح المجال لاتساع الخلط بين دعوى الغلط في المواصفات ودعوى ضمان العيوب الخفية وإثارة حفيظة بعض الفقهاء الذين وجهوا انتقادا لمستعملي هذه العبارة المبهمة⁽²⁾.

ومهما يكن من أمر يلاحظ أن سبب الخلط بين دعوى ضمان العيوب الخفية ودعوى الغلط في المواصفات يتمثل عمليا في أن الفعل المنشئ لكل منهما واحد، من حيث أن الأمر يتعلق في الحالتين ببائع سلك سلوكا مباشرا أو غير مباشر جعل المشتري غير راض إما بسبب وجود عيب خفي يتيح له رفع دعوى الضمان أو بسبب غياب وصف متوقع أو مشروط يتيح له رفع دعوى الغلط.

(1) الدكتور / أسعد دياب، المرجع السابق، ص 339.

(2) Patricia Jachmig-Joly/ thèse précitée, page 131.

ومن جهة أخرى يلاحظ أن التعريف المعتمد بالنسبة للغلط من حيث كونه ممثلاً في غياب صفة مشترطة أو متوقعة في الشيء المبيع⁽¹⁾ يقترب كثيراً من التعريف الوظيفي للعييب الذي يقوم على أن وجود العيب يعني عدم قابلية الشيء المبيع للاستعمال المعد له⁽²⁾.

فإذا كان الغلط يشترك مع العيب الخفي في أن كلا منهما تصور مخالف للواقع، وكان الواقع أن الشيء المبيع معيب، والمشتري يجهل ذلك أي أنه يعتقد سلامة الشيء، قيل: إن المشتري تصور ما يخالف الحقيقة ليتفق تعريف العيب مع تعريف الغلط⁽³⁾.

ومع ذلك فإنه يلاحظ أن هناك عدة تصورات للغلط يجدر التطرق لها من أجل بيان إمكانية الخلط بينها وبين العيب الخفي.

وبناء عليه فإن من يشتري مشكاة من النحاس معتقداً أنها من البرونز لا يستطيع اللجوء إلى رفع دعوى ضمان العيوب الخفية لأن الأمر يتعلق بصفة متخلفة لا تؤثر على الاستعمال⁽⁴⁾ مما يعني أن اعتماد المعيار التقليدي في تعريف الغلط في المواصفات⁽⁵⁾ لا يسمح بفتح المجال للخلط بين دعوى ضمان العيوب الخفية ودعوى الغلط في المواصفات⁽⁶⁾.

(1) اعتمد المشرع الجزائري الغلط في صفة جوهرية للشيء كسبب للإبطال بموجب المادة 82/2 التي نصت على ما يلي: "ويعتبر الغلط جوهرياً على الأخص إذا وقع في صفة للشيء يراها المتعاقدان جوهرية، أو يجب اعتبارها جوهرية نظراً لشروط العقد ولحسن النية".

(2) فيما يتعلق بالتعريف الوظيفي للعييب الخفي تراجع الصفحة 53 وما يليها من هذا البحث.

(3) الدكتور منصور مصطفى منصور/ مجلة العلوم القانونية و الاقتصادية، المرجع السابق، ص 590.

(4) Patricia Jachmig-Joly/ thèse précitée, page 131.

(5) يقصد بالمفهوم التقليدي للغلط ما ذهب إليه بعض الفقه من أن الغلط المؤدي للإبطال هو الغلط في مادة الشيء

دون غيره. يراجع في ذلك: Aubry et Rau/ Cours de droit civil Français, 6^{ème} édition, par Bartin, 1952, tome 04, page 433.

(6) الدكتور أسعد دياب/ المرجع السابق، ص 341.

هذا ويؤدي الغلط في ذات المتعاقد - في تقديري - إلى نفس النتيجة من حيث أنه يشترك مع المفهوم التقليدي في الحيلولة دون الخلط بين دعوى ضمان العيوب الخفية ودعوى الغلط في المواصفات⁽¹⁾.

ذلك أنه لا مجال لإعمال أحكام دعوى الضمان إذا تعلق الأمر مثلا بشخص قام بشراء سيارة معتقدا أن مالكة صديق قديم له يعاني من أزمة مالية.

كما أنه لا مجال للخلط بين كل من الغلط في الباعث والغلط في القيمة من جهة ودعوى ضمان العيوب الخفية من جهة أخرى.

فإذا اشترى شخص حصانا معتقدا أن الحصان الذي يملكه قد مات يقال: إنه وقع في غلط في الباعث لأنه تعاقد مدفوعا باعتقاده بموت الحصان الذي يملكه، وما كان ليشتري حصانا آخر لو أنه علم بأن حصانه ما زال حيا⁽²⁾.

كما أن من اشترى شيئا ثم ظهر له أن القيمة التي تعاقد عليها أكثر مما كان يعتقد بحيث لو علم بمقدارها لما تعاقد يكون قد وقع في غلط في القيمة⁽³⁾.

وفي الحالتين لا يمكن القول بوجود ما يبرر رفع دعوى ضمان عيوب المبيع الخفية كما هو الحال فيما يتعلق بالمفهوم التقليدي للغلط القائم على أن الغلط المؤدي للإبطال هو الغلط في مادة الشيء دون غيره.

ومع ذلك فإن المعيار الأكثر شيوعا في تعريف الغلط هو ما أسماه البعض بالمعيار الشخصي النسبي⁽⁴⁾ الذي يقوم على أن الغلط في المواصفات لا يتحقق إلا بوجود

(1) اعتمد المشرع الجزائري الغلط في ذات المتعاقد أو صفة من صفاته كسبب للإبطال بموجب المادة 82/3 التي نصت على ما يلي: ويعتبر الغلط جوهريا على الأخص إذا وقع في ذات المتعاقد أو في صفة من صفاته، وكانت تلك الذات أو هذه الصفة السبب الرئيسي في التعاقد.

(2) الدكتور محمد سعيد جعفرور/ نظرية عيوب الإرادة في القانون المدني الجزائري والفقهاء الإسلامي، دار هوميه للطباعة والنشر والتوزيع، بوزريعة، الجزائر، 1998، ص 19.

(3) الدكتور علي علي سليمان/ مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص 58.

(4) Patricia Jachmig-Joly/ La Garantie des vices cachés, thèse précitée, page 132.

اعتقاد خاطيء لدى المشتري يحمله على توهم غير الواقع بأن تكون هناك واقعة غير صحيحة يتوقع صحتها أو واقعة صحيحة يتوقع عدم صحتها⁽¹⁾.

هذا المعيار يقوم إذن على الازدواجية من حيث كونه يجمع بين كل من المعيار الشخصي والموضوعي، بتقرير قيام الغلط عند عدم تحقق النتيجة الموضوعية التي يرجو المشتري تحقيقها من خلال إبرام العقد.

وعلى هذا الأساس يلاحظ أن هناك من يرى أن الميدان الخصب للخلط بين دعوى ضمان العيوب الخفية ودعوى الغلط في المواصفات يكمن في الأخذ بالمذهب التجريدي في تعريف العيب الخفي وتبني المعيار الشخصي النسبي في تعريف الغلط في المواصفات⁽²⁾.

ولتعزيز هذا الرأي قيل إن الجانب التعاقدى الموضوعي لا يتحقق إذا كان محل العقد سيارة إلا إذا كانت السيارة قادرة على السير بطريقة طبيعية، أما إذا كان الأمر متعلقا بسيارة تتعرض لعطل متكرر - غير مبرر بسوء الاستعمال - فإن المشتري يستطيع مقاضاة البائع على أساس أحكام ضمان عيوب المبيع الخفية⁽³⁾.

هذا وأضافت صاحبة المثال أنه يصعب هنا رسم الحد الفاصل بين دعوى الغلط ودعوى الضمان، لأن الجانب التعاقدى الموضوعي الذي يتمثل في قدرة السيارة على السير بطريقة طبيعية، يشكل الصفة الجوهرية التي حملت المشتري على إبرام العقد، مما يعني أن الأمر يتعلق بعيب خفي وغلط في المواصفات في آن واحد⁽⁴⁾.

(1) الدكتور عبد المجيد الحكيم/ الموجز في شرح القانون المدني، الطبعة الرابعة، الجزء الأول، مصادر الالتزام، مطبعة العاني، بغداد، 1974، ص 136. و الدكتور زهدي يكن/ شرح قانون الموجبات و العقود مع مقارنته بالقوانين الحديثة، الطبعة الأولى، الجزء الرابع، دار الثقافة، بيروت، 1962، فقرة 249، ص 5. و الدكتور بلحاج العربي/ النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص 100.

J-L. Aubert/ Le contrat, 2^{ème} édition, Dalloz, 2000, page 66. Et J. Carbonnier/ Droit civil, les obligations, tome 4, 22^{ème} édition, Thémis droit privé, P.U.F., Paris, 2000, note 219, n° 41, page 98. Et Ph. Malinvaud/ De l'erreur sur la substance, D. 1972, Chron. page 215 et suite. Et Jacques Flour et Jean- Luc Aubert Éric Savaux/ Droit civil, les obligations, l'acte juridique, Armand Colin, 9^{ème} édition, 2000, page 130.

(2) Patricia Jachmig-Joly/ thèse précitée, pages 132 et 133.

(3) Patricia Jachmig-Joly/ thèse et pages précitées.

(4) Patricia Jachmig-Joly/ thèse et pages précitées.

صحيح أن وقائع المثال السابق تثير صعوبة في رسم حدود واضحة لكل من دعوى الضمان ودعوى الغلط، غير أنني لا أرى ما يبرر ربط هذه الصعوبة باعتماد المفهوم التجريدي للعيب دون المفهوم الوظيفي له.

ذلك أن مقتضى المعيار الوظيفي للعيب يقوم على عدم قابلية الشيء المبيع للاستعمال المعد له⁽¹⁾.

فإذا كانت الصفة الجوهرية التي يضعها المشتري في اعتباره ممثلة في صلاحية الشيء المبيع للاستعمال المعد له تحقق مفهوم الغلط في المواصفات ومفهوم العيب الخفي بالنظر إلى المعيار الوظيفي له.

نفس هذه النتيجة تتحقق في حالة الأخذ بالمعيار التجريدي للعيب باعتراف أنصار هذا المذهب الذين اتفقوا على أن العيب بمفهوم النقيصة يفتح أمام المشتري مجالاً لرفع دعوى ضمان عيوب المبيع الخفية، ويتيح له أيضاً المطالبة بإبطال العقد على أساس وقوعه ضحية غلط متى تحققت شروط رفع هذه الدعوى⁽²⁾.

هذا وبالرجوع إلى المثال المتعلق بالسيارة التي تعاني من عطل متكرر يلاحظ أن هذا العيب يؤدي إلى عدم صلاحية السيارة للغرض الذي أعدت له، مما يعني أن الأمر يتعلق بعيب يتحقق فيه المفهوم التجريدي والوظيفي معاً.

لذلك فإن سرد هذا المثال ليس مناسباً في تقديري للقول بأن مجال الخلط بين الغلط في المواصفات والعيب الخفي يكمن في الأخذ بالمذهب التجريدي البحت في تعريف العيب الخفي.

وما يعزز هذا القول اعتراف مقتع لصاحبة المثال التي ذهبت إلى أن الخلط بين الغلط والعيب يحدث إذا كانت قدرة السيارة على السير بطريقة طبيعية هي الصفة

(1) J.Ghestin/ Conformités et garanties dans la vente de marchandises, L.G.D.J.1983, n° 10.

(2) Ripert et Boulanger/ Traité de droit civil d'après le traité de Planiol, 1857, tome 2, n° 156, pages 67 et 68. Et François Laurent/ Principes de droit civil Français, tome XXIV, pages 276 à 278.

الجوهريّة التي حملت المشتري على إبرام العقد، مما يعني أنها تركت جانبا العيب بمفهومه التجريدي المتمثل في العطل المتكرر واستندت إلى النتيجة المترتبة على هذا العطل ممثلة في عدم القدرة على السير بطريقة عادية⁽¹⁾.

ومهما يكن من أمر يلاحظ أن الجانب الفقهي الذي تبنى المفهوم التجريدي للعيب يعترف بأن العيب بمفهوم النقيصة لا يحرم المشتري من اللجوء إلى رفع دعوى الغلط في المواصفات متى تحققت شروطها⁽²⁾.

كما أن أنصار المذهب الوظيفي يرون أن الغلط الناتج عن توهم غير الحقيقة في غياب العيب بمفهومه التجريدي لا يمنع المشتري من الاختيار بين دعوى الغلط في المواصفات ودعوى ضمان العيوب الخفية متى تبين أن الشيء المبوع غير صالح للاستعمال المعد له⁽³⁾.

أكثر من ذلك يلاحظ أن أنصار الفكر الوظيفي يذهبون إلى أن دعوى الضمان لا تعدوا أن تكون سوى تطبيقا لدعوى الغلط، مما يجعل دعوى ضمان العيوب الخفية مهددة بالزوال⁽⁴⁾.

(1) Patricia Jachmig-Joly/thèse et pages précitées.

(2) Ripert et Boulanger/ Traité de droit civil d'après le traité de Planiol, 1857, tome 2, n° 156, pages 67 et 68. Et François Laurent/ Principes de droit civil Français, tome XXIV, pages 276 à 278.

(3) Planiol et Ripert/ Traité pratique de droit civil Français, 1957, n°126.

(4) J.Ghestin/ Conformité et garantie dans la vente de marchandises, LGDJ 1983, n° 199 à 205.

المبحث الثالث

التمييز بين دعوى ضمان عيوب المبيع الخفية ودعوى التدليس

قد تجتمع شروط ضمان العيب دون أن يلجأ البائع إلى استعمال طرق احتيالية تدفع المشتري إلى التعاقد، ويحدث ذلك إذا كان البائع جاهلاً بالعيب أو عالماً به دون أن يلجأ إلى التدليس على المشتري بإخفاء العيب عنه⁽¹⁾.

وقد تقوم شروط التدليس دون أن يكون لضمان العيب محل في الحالة التي يكون فيها الغلط الذي وقع المشتري ضحيته عن طريق التدليس متصلاً بصفة جوهرية كانت محل اعتباره، دون أن يكون متصلاً بالغرض المقصود من الشيء المبيع⁽²⁾، ومثال ذلك أن يقوم البائع باستعمال طرق احتيالية توهم المشتري بأن محل عقد البيع يعد شيئاً أثرياً ثم يتبين له أنه ليس كذلك، ففي هذه الحالة يكون بإمكان المشتري رفع دعوى التدليس دون دعوى ضمان العيوب الخفية لخلو المبيع من العيوب⁽³⁾.

غير أنه قد يحدث عملاً أن تجتمع دعوى ضمان العيوب الخفية مع دعوى التدليس فيما لو كان في الشيء المبيع عيباً خفياً تعتمد البائع إخفاءه باستعمال طرق احتيالية، ومثال ذلك أن يتعلق الأمر بساعة ثمينة يعتمد البائع استبدال بعض أدواتها وطلاتها لدفع المشتري إلى إتمام العقد بثمن معين⁽⁴⁾.

(1) الدكتور صاحب عبيد الفتلاوي/ المرجع السابق، ص 148. والدكتور السنهوري/ الوسيط في شرح القانون

المدني الجديد، المرجع السابق، ص 765. والدكتور أسعد دياب/ المرجع السابق، ص 360.

(2) الدكتور السنهوري/ الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المرجع السابق، ص 765. والدكتور أسعد دياب/ المرجع السابق، ص 360.

(3) الدكتور صاحب عبيد الفتلاوي / المرجع السابق، ص 148.

(4) الدكتور صاحب عبيد الفتلاوي / المرجع السابق والموضع السابقان.

وفي هذه الحالة يكون للمشتري أن يختار بين رفع دعوى التدليس، وبين اللجوء إلى دعوى ضمان العيوب الخفية، دون أن يكون له الحق في الجمع بينهما⁽¹⁾.

فإذا أراد المشتري رفع دعوى التدليس ضد البائع كان عليه أن يقدم الدليل على أنه لجأ إلى استعمال طرق احتيالية قصد حمله على التعاقد⁽²⁾، أما إذا اختار رفع دعوى ضمان العيوب الخفية، فإن البائع يلزم بالضمان سواء كان حسن النية أو سيئ النية⁽³⁾، غاية ما في الأمر أن التعويض يشمل الضرر المباشر المتوقع وغير المتوقع في الحالة التي يكون فيها البائع سيئ النية، بينما يقتصر على الضرر المباشر المتوقع فقط في حالة ما إذا كان البائع حسن النية⁽⁴⁾.

هذا ويستطيع المشتري اللجوء إلى دعوى التدليس بشأن جميع عقود البيع⁽⁵⁾، بينما لا يستطيع الاستفادة من أحكام ضمان العيوب الخفية في مجال عقود البيع القضائية والإدارية التي تتم بالمزاد⁽⁶⁾.

كما أنه تجدر الإشارة إلى أن المشتري يستطيع الرجوع على البائع بدعوى التدليس دون أن يقوم بإخطاره، بينما لا يمكنه الاستفادة من أحكام ضمان العيوب الخفية إلا إذا قام بإخطار البائع بوجود العيب قبل اللجوء إلى رفع دعوى الضمان⁽⁷⁾.

(1) الدكتور صاحب عبيد الفتلاوي/ المرجع والموضع السابقان. والدكتور السنهوري/ الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المرجع السابق، ص 766. والدكتور أسعد دياب/ المرجع السابق، ص 361.

(2) المستشار أنور العمروسي/ عيوب الرضا في القانون المدني، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2003، ص 175.

(3) الدكتور السنهوري/ الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، البيع و المقايضة، ص 766.

(4) الدكتور السنهوري/ الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المرجع السابق، ص 743.

(5) الدكتور أسعد دياب/ المرجع السابق، ص 360.

(6) الدكتور السنهوري/ الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المرجع السابق، ص 732 و 733. والدكتور محمد حسين منصور/ المرجع السابق، ص 322. والدكتور صاحب عبيد الفتلاوي/ المرجع السابق، ص 99. والدكتور محمد حسنين/ المرجع السابق، ص 159. والدكتور لحسين بن شيخ آث ملويا/ المرجع السابق، ص 435.

(7) تنص المادة 380 من القانون المدني الجزائري المقابلة للمادة 449 مدني المصري على ما يلي: " إذا تسلم المشتري المبيع وجب عليه التحقق من حالته عندما يتمكن من ذلك حسب قواعد التعامل الجارية، فإذا كشف عيبا يضمنه البائع وجب عليه أن يخبر هذا الأخير في أجل مقبول عادة فإن لم يفعل اعتبر راضيا بالعيب. 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".

ومن جهة أخرى تسقط دعوى ضمان العيب بمرور سنة من تاريخ التسليم⁽¹⁾، بينما لا تسقط دعوى التدليس إلا بعد مرور خمس سنوات من تاريخ العلم بالتدليس أو عشر سنوات من تاريخ إبرام العقد⁽²⁾.

هذا ويتمثل موضوع دعوى التدليس في طلب إبطال العقد الذي يؤدي إلى زوال البيع بأثر رجعي مما يترتب عليه قيام المشتري برد المبيع واسترداد الثمن مع التعويض عندما يكون له محل⁽³⁾، أما موضوع دعوى ضمان العيوب الخفية فيتمثل في اختيار المشتري بين الاحتفاظ بالمبيع والرجوع على البائع بالتعويض عما أصابه من أضرار بسبب العيب، وبين رد المبيع للبائع كما هو بالعيب اللاحق به في الحالة التي يكون فيها العيب جسيماً⁽⁴⁾، خلافاً للحالة التي يكون فيه العيب يسيراً والتي لا يملك فيها المشتري سوى الاحتفاظ بالشيء المبيع والمطالبة بالفرق بين قيمته سليماً وقيمه معيباً إلى جانب المطالبة بمصاريف دعوى الضمان والتعويض عن كل ما لحقه من خسارة وما فاتته من كسب⁽⁵⁾.

(1) تنص المادة 383/1 من القانون المدني الجزائري المقابلة للمادة 452/1 من القانون المدني المصري على ما يلي: "تسقط بالتقادم دعوى الضمان بعد انقضاء سنة من يوم تسليم المبيع حتى ولو لم يكتشف المشتري العيب إلا بعد انقضاء هذا الأجل ما لم يلتزم البائع بالضمان لمدة أطول".

(2) تنص المادة 101 من القانون المدني الجزائري على ما يلي: يسقط الحق في إبطال العقد إذا لم يتمسك به صاحبه خلال خمس سنوات. ويبدأ سريان هذه المدة... في حالة... التدليس من اليوم الذي يكشف فيه... غير أنه لا يجوز التمسك بحق الإبطال لتدليس... إذا انقضت عشر سنوات من وقت تمام العقد"

وبصدد مدة تقادم دعوى التدليس في القانون المدني المصري تنص المادة 140 من القانون المدني المصري على ما يلي: يسقط الحق في إبطال العقد إذا لم يتمسك به صاحبه خلال ثلاثة سنوات. ويبدأ سريان هذه المدة... في حالة التدليس من اليوم الذي ينكشف فيه... وفي كل حال لا يجوز التمسك بحق الإبطال للتدليس إذا انقضت خمس عشرة سنة من وقت تمام العقد.

(3) الدكتور السنهوري/ الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المرجع السابق، ص 766.
(4) الدكتور السنهوري/ الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المرجع السابق، ص 741. والدكتور لحسين بن شيخ آث ملويا/ المرجع السابق، ص 482. والدكتور محمد حسين منصور/ أحكام البيع، المرجع السابق، ص 329.

(5) الدكتور السنهوري/ الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المرجع السابق، ص 742. والدكتور لحسين بن شيخ آث ملويا/ المرجع السابق، ص 382.

المبحث الرابع:

التمييز بين دعوى ضمان عيوب المبيع الخفية ودعوى العجز في مقدار

المبيع.

تخضع دعوى العجز في مقدار المبيع لأحكام تختلف عن تلك التي تنظم دعوى ضمان العيوب الخفية⁽¹⁾.

ومع ذلك فإن الأمر يتطلب التفرقة بين كل من دعوى ضمان العيوب الخفية ودعوى العجز في مقدار المبيع حتى لا تلتبس إحداها بالأخرى. فكيف يمكن التمييز بينهما؟

الواقع أن العيب الخفي يتعلق بصفة من صفات المبيع، أما العجز في مقدار المبيع فهو نقص في الكمية المتفق عليها⁽²⁾.

وبالتالي فإن المشتري لا يستطيع اللجوء إلى رفع دعوى ضمان العيوب الخفية إلا إذا اكتنف الشيء المبيع عيباً ينقص من قيمته أو من درجة الانتفاع به⁽³⁾.

أما إذا تعلق الأمر بنقص يتعلق بالكمية التي تم الاتفاق عليها، فإن المشتري يستطيع مقاضاة البائع على أساس أحكام العجز في مقدار المبيع⁽⁴⁾.

(1) نظم المشرع الجزائري أحكام العجز في مقدار المبيع ضمن المادة 365/1 و المادة 366 من القانون المدني.

(2) السنهوري/ الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المرجع السابق، ص 768. والدكتور صاحب عبيد الفتلاوي/ المرجع السابق، ص 157

(3) الدكتور أسعد دياب/ المرجع السابق، ص 54. والدكتور سليمان مرقس/ في العقود المسماة، عقد البيع، دار الكتب القانونية، شتات، مصر، الطبعة الخامسة، ص 558. والدكتور محمد حسنين/ المرجع السابق، ص 155. والدكتور جعفر الفضلي/ المرجع السابق، ص 124. والدكتور توفيق حسن فرج/ الوجيز في عقد البيع، المرجع السابق، ص 176. والدكتور رمضان أبو السعود/ شرح العقود المسماة، في عقدي البيع والمقايضة، المكتبة القانونية، الدار الجامعية، دون ذكر تاريخ الطبع، ص 384.

(4) الدكتور السنهوري/ الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المرجع السابق، ص 768.

هذا وتختلف شروط دعوى ضمان العيوب الخفية عن شروط دعوى العجز في مقدار المبيع من حيث أن دعوى الضمان تتطلب أن لا يكون المشتري عالما بالعيوب⁽¹⁾، خلافا لدعوى العجز في مقدار المبيع التي لا يشترط فيها جهل المشتري بالعجز⁽²⁾.

كما أنه يتاح للمشتري الرجوع على البائع بناء على أحكام العجز في مقدار المبيع دون النظر في ذلك لما إذا كان البيع قد تم بالمساومة⁽³⁾، خلافا لما هو عليه الأمر بالنسبة لدعوى ضمان العيوب الخفية التي تقابل بالرفض في الحالات التي يتم فيها البيع بمزاد قضائي أو إداري⁽⁴⁾.

هذا وتتشرك دعوى ضمان العيوب الخفية مع دعوى العجز في مقدار المبيع في أن كلا منهما تنقادم بمرور سنة واحدة من تاريخ التسليم الفعلي⁽⁵⁾، كما أنهما تشتركان أيضا في أن المشتري لا يستطيع المطالبة برد المبيع في الحالة التي يكون فيها العيب أو العجز يسيرا بينما يستطيع الاختيار بين رد المبيع واستبقائه في الحالة التي يكون فيها العيب أو العجز جسيما⁽⁶⁾.

(1) تنص المادة 447/2 من القانون المدني الجزائري المقابلة للمادة 379/2 من القانون المدني المصري على ما يلي: 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، إلا إذا أثبت أن البائع أكد له خلو المبيع من تلك العيوب أو أنه أخفاها غشا منه.

(2) الدكتور صاحب عبيد الفتلاوي/ المرجع السابق، ص 158.

(3) الدكتور صاحب عبيد الفتلاوي/ المرجع والموضع السابقان.

(4) الدكتور السنهوري/ الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المرجع السابق، ص 732 و 733. والدكتور محمد حسين منصور/ أحكام البيع التقليدية والإلكترونية والدولية وحماية المستهلك، المرجع السابق، ص 322. والدكتور صاحب عبيد الفتلاوي/ المرجع السابق، ص 99. والدكتور محمد حسنين/ المرجع السابق، ص 159. والدكتور لحسين بن شيخ آث ملويا/ المرجع السابق، ص 435.

(5) تنص المادة 366 من القانون المدني الجزائري المقابلة للمادة 434 من القانون المدني المصري على ما يلي: إذا وجد في المبيع نقص أو زيادة، فإن حق المشتري في طلب إنقاص الثمن أو فسخ العقد وحق البائع في طلب تكملة الثمن يسقطان بالتقادم بعد مضي سنة من وقت تسليم المبيع تسليما فعليا.

(6) الدكتور السنهوري/ الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المرجع السابق، ص 768.

ومع ذلك فإنه تجدر الإشارة إلى أن الاستجابة لطلب المشتري بفسخ العقد لوجود عجز في الشيء المبيع من شأنه أن يؤدي إلى زوال العقد بأثر رجعي، خلافا لما هو عليه الأمر بالنسبة لدعوى ضمان العيوب الخفية التي لا يترتب عليها فسخ العقد⁽¹⁾.

المبحث الخامس:

التمييز بين دعوى ضمان عيوب المبيع الخفية ودعوى ضمان التعرض

والاستحقاق

يلتزم البائع بضمان حق المشتري في الانتفاع الهادئ والكامل من الشيء المبيع، فإذا أخل بالتزامه القاضي بتوفير انتفاع هادئ للمشتري كان ملتزما بالضمان عند استحقاق المبيع كليا أو جزئيا، وإذا أخل بالتزامه القاضي بتوفير انتفاع كامل بالمبيع كان ملتزما بضمان العيوب الخفية⁽²⁾.

والواقع أن النظام القانوني لضمان التعرض والاستحقاق الجزئي للشيء المبيع يقترب كثيرا من النظام القانوني الذي يحكم التزام البائع بضمان العيوب الخفية لدرجة أن المشرع وحد بين الجزاء المترتب عن الإخلال بالتزام البائع بضمان العيوب الخفية والتزامه بضمان التعرض الجزئي للشيء المبيع، إذ أن المشتري يستطيع في كل منهما الاختيار بين رد المبيع أو استبقائه عندما يكون العيب أو الاستحقاق جسيما بينما لا يجوز له رد المبيع عندما يكون العيب أو الاستحقاق يسيرا⁽³⁾.

غير أن ذلك لا يمنع من أن هناك فروقا جوهرية بين هذين النظامين من حيث أن الاستحقاق الجزئي للشيء المبيع يتحقق عند وجود حق للغير عليه دون أن يكون الشيء معيبا كما هو الشأن بالنسبة لضمان العيوب الخفية⁽⁴⁾.

(1) الدكتور السنهوري/ الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المرجع والموضع السابقان.

(2) الدكتور صاحب عبيد الفتلاوي/ المرجع السابق، ص 145.

(3) الدكتور صاحب عبيد الفتلاوي/ المرجع السابق، ص 144. والدكتور السنهوري/ الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المرجع السابق، ص 768.

(4) الدكتور السنهوري/ الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المرجع والموضع السابقان.

ومع ذلك فإنه يلاحظ أنه قد يصعب التفرقة بين الحالة التي يكتنف فيها الشيء المبيع عيبا خفيا من شأنه أن يؤدي إلى قيام التزام البائع بالضمان، والحالة التي يكون فيها على المدين أعباء غير مصرح بها، نظرا لاشتراك هاتين الحالتين في أنهما ترتبان نقصا في قيمة المبيع أو منفعة⁽¹⁾، لدرجة أن بعض المحاكم تلجأ إلى تأسيس حكمها على النصوص القانونية التي تحكمهما معا دون أن تضع حدا فاصلا بين مجال أعمال كل منهما⁽²⁾، كما أن القانون الفرنسي القديم كان يخلط بين هذين النظامين عندما يكون الشيء المبيع مثقلا بحق الارتفاق الذي كان يعتبر عيبا خفيا رغم أنه استحقاق جزئي وليس عيب في ذات المبيع⁽³⁾.

ومهما يكن من أمر فإنه تجدر الإشارة إلى وجود فروق جوهرية بين كل من دعوى ضمان العيوب الخفية ودعوى الاستحقاق الجزئي للشيء المبيع، من حيث أنهما تخضعان لشروط مختلفة تتمثل في أن المشتري لا يستطيع مطالبة البائع بضمان العيوب الخفية ما لم يكن جاهلا بالعيب⁽⁴⁾، خلافا لما هو عليه الأمر بالنسبة لدعوى الاستحقاق الجزئي التي لا يشترط فيها حسن نية المشتري⁽⁵⁾.

ومن جهة أخرى يلاحظ أنه يجوز للمشتري الرجوع على البائع بناء على أحكام ضمان الاستحقاق، دون التفرقة في ذلك بين ما إذا كان البيع قد تم بالمساومة وبين ما إذا كان قد تم بمزاد قضائي أو إداري، خلافا لما هو عليه الأمر بالنسبة لدعوى ضمان العيوب الخفية التي لا يمكن للمشتري أن يستفيد منها في حالة تمام البيع في إطار مزاد قضائي أو إداري⁽⁶⁾.

(1) الدكتور صاحب عبيد الفتلاوي/ المرجع السابق، ص 145.

(2) الدكتور صاحب عبيد الفتلاوي/ المرجع والموضع السابقان.

(3) الدكتور السنهوري/ الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المرجع السابق، ص 768.

(4) فيما يتعلق بهذا الشرط تراجع الصفحة 140 إلى ص 148 من هذا البحث

(5) الدكتور السنهوري/ الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المرجع السابق، ص 769.

(6) الدكتور السنهوري/ الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المرجع والموضع السابقان.

كما أن دعوى ضمان العيب تتقدم بمرور سنة من تاريخ التسليم، بينما لا تسقط دعوى استحقاق المبيع إلا بعد مرور خمس عشرة سنة من تاريخ الاستحقاق⁽¹⁾.

ورغم جميع هذه الفروق فإن دعوى ضمان العيوب الخفية تشترك مع دعوى الاستحقاق في أن المشتري يستطيع في كل منهما الاختيار بين رد المبيع أو استبقاءه عندما يكون العيب أو الاستحقاق جسيماً، بينما لا يجوز له رد المبيع عندما يكون العيب أو الاستحقاق يسيراً⁽²⁾.

كما أنهما يشتركان أيضاً في أن طرفي عقد البيع يستطيعان الاتفاق على مخالفة أحكام ضمان العيب والاستحقاق الجزئي للمبيع بالزيادة منه أو إنقاصه أو إسقاطه⁽³⁾.

غير أن القول بأن طرفي عقد البيع يستطيعان الاتفاق على مخالفة أحكام ضمان العيب من شأنه أن يثير تساؤلاً هاماً يتعلق بتحديد محتوى الاتفاقات التي يستطيع طرفي عقد البيع إبرامها للتعديل من أحكام الضمان القانوني لعيوب المبيع الخفية.

كما أن الأمر يتطلب من جهة أخرى البحث فيما إذا كانت الاتفاقات التي تعدل من أحكام الضمان القانوني جائزة على إطلاقها.

سيكون ذلك ضمن الفصل الثالث من هذا الباب الذي سأبحث فيه لفحوى ومدى مشروعية الاتفاقات المعدلة للأحكام التشريعية المتعلقة بضمان عيوب المبيع الخفية.

(1) تنص المادة 383/1 من القانون المدني الجزائري المقابلة للمادة 452/1 من القانون المدني المصري على ما يلي: "تسقط بالتقدم دعوى الضمان بعد انقضاء سنة من يوم تسليم المبيع حتى ولو لم يكتشف المشتري العيب إلا بعد انقضاء هذا الأجل ما لم يلتزم البائع بالضمان لمدة أطول".

(2) الدكتور السنهوري/ الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المرجع السابق، ص 769.

(3) الدكتور صاحب عبيد الفتلاوي/ المرجع السابق، ص 145.

الفصل الثالث

الاتفاقات المعدلة لأحكام الضمان القانوني لعيوب المبيع الخفية.

يمكن مبدئياً الاتفاق على ما يخالف الضمان القانوني لعيوب المبيع الخفية الذي غالباً ما يوصف بأنه نظام معقد، لما يفرضه من وجوب كون العيب قديماً ومؤثراً وخفياً، ووجوب رفع الدعوى القائمة على أساسه خلال مدة قصيرة.

والواقع أن هذا المبدأ ليس سوى تطبيقاً لمبدأين قانونيين هامين هما: مبدأ حرية التعاقد ومبدأ سلطان الإرادة⁽¹⁾.

وبناء على ذلك يمكن أن يتضمن الضمان الاتفاقي توسيعاً لأحكام الضمان القانوني، كما يمكنه أن يحد من مجال أعمال هذا الضمان، بالاتفاق على الإنقاص مما تم النص عليه قانوناً أو إسقاطه تماماً بإعفاء البائع من الضمان على وجه الإطلاق⁽²⁾.

هذه الاتفاقات شائعة عملياً، وهي تظهر بالنسبة للمستهلك العادي كإمتياز استطاع أن يفتكه من البائع، جاهلاً بوجود الضمان القانوني الذي غالباً ما يوفر له حماية أكبر من تلك التي توفرها له بنود الضمان الاتفاقي⁽³⁾.

وعلى هذا الأساس يجب دراسة أحكام الضمان الاتفاقي والبحث في حدوده من أجل بيان الحالات التي يقع فيها صحيحاً وتلك التي يتعين فيها الحكم ببطلانه.

(1) الدكتور أسعد دياب/ المرجع السابق، ص 256.

(2) الدكتور السنهوري/ المرجع السابق، ص 755. والدكتور صاحب عبيد الفتلاوي/ المرجع السابق، ص 211. والدكتور أسعد دياب/ المرجع السابق، ص 255.

(3) P.Ancel/ La garantie conventionnelle des vices cachés dans les conditions générales de vente en matière mobilière, Rev.trim.dr.com.1979, page 203.

والدكتور محمد بودالي/ حماية المستهلك في القانون المقارن، المرجع السابق، ص 379.

ومن جهة أخرى يلاحظ أن هناك سؤالاً هاماً يطرح نفسه يتمثل فيما إذا كان وجود أحكام اتفاقية بالضمان من شأنها أن تؤدي إلى سقوط الحق في التمسك بأحكام الضمان القانوني لعيوب المبيع الخفية.

فهل يقع الضمان الاتفاقي صحيحاً في جميع الأحوال؟ ثم هل يؤدي هذا الضمان إلى سقوط الضمان القانوني لعيوب المبيع الخفية أم أن هذين الضمانين يقومان جنباً إلى جنب لمصلحة المشتري؟

سأقوم بالإجابة عن هذه الأسئلة في إطار القانون الجزائري بالتوازي مع القانون المصري، لأننقل بعد ذلك إلى دراسة هذه الإشكاليات ضمن القانون الفرنسي الذي كان له السبق التشريعي وفقهياً وقضائياً في حل العديد من التساؤلات.

المبحث الأول: الاتفاق على تعديل أحكام الضمان في القانونين الجزائري

والمصري

أجاز القانون المدني الجزائري تعديل أحكام الضمان القانوني لعيوب المبيع الخفية إما بالزيادة أو الإنقاص أو الإسقاط بموجب المادة 384 المقابلة للمادة 453 من القانون المدني المصري⁽¹⁾.

هذه الإباحة لم تأت على وجه الإطلاق وإنما جاءت مقيدة بشرط هام هو ألا يعتمد البائع إخفاء العيب غشاً منه بالنسبة للاتفاقات التي يكون موضوعها إسقاط الضمان أو إنقاصه⁽²⁾.

والواقع أن النصوص المتعلقة بالضمان الاتفاقي كانت محل اهتمام الفقه الجزائري والمصري الذي اجتهد في سرد جملة من الحالات التي يكون فيها الاتفاق موسعاً لأحكام الضمان القانوني، وتلك التي يكون فيها الاتفاق منقصاً للضمان القانوني.

(1) تنص المادة 384 من القانون المدني الجزائري المقابلة للمادة 453 من القانون المدني المصري على ما يلي: "يجوز للمتعاقدین بمقتضى اتفاق خاص أن يزيدا في الضمان أو أن ينقصا منه أو أن يسقطا هذا الضمان..."

(2) تنص المادة 384 من القانون المدني الجزائري المقابلة للمادة 453 من القانون المدني المصري على ما يلي: "...غير أن كل شرط يسقط الضمان أو ينقصه يقع باطلاً إذا تعمد البائع إخفاء العيب في المبيع غشاً منه."

أما الاتفاق على إسقاط الضمان فيكون بإدراج شرط في العقد مفاده عدم ضمان البائع لأي عيب في المبيع، ويقال حينئذ إن المشتري اشترى ساقط خيار.

إن هذا الاتفاق الأخير لا يثير أي إشكال فيما يتعلق بالتفسير، خلافا لما هو عليه الأمر بالنسبة للاتفاقات التي يشترط بمقتضاها التوسيع من أحكام الضمان وتلك التي تتضمن إنقاصا للضمان القانوني.

وعلى هذا الأساس سأحاول فيما يلي جمع ما قيل فقها فيما يتعلق بالحالات التي يمكن إدراجها تحت بند التوسيع من الضمان، وتلك التي تندرج ضمن الشروط المنقصة للضمان.

المطلب الأول: الاتفاقات الموسعة لأحكام الضمان القانوني:

يسمح الاطلاع على ما قيل بصدد الاتفاقات الموسعة لأحكام الضمان القانوني بالتوصل إلى أن الفقه قد سرد جملة من الاتفاقات التي أجمع على أنها مشددة لأحكام ضمان العيب.

هذا الإجماع الفقهي على اعتبار بعض البنود الاتفاقية مشارطات موسعة للضمان القانوني، يقابله اختلاف في تكييف الطبيعة القانونية لضمان صلاحية المبيع للعمل خلال مدة معينة باعتباره شرطا اتفاقيا، كثيرا ما تتضمنه عقود البيع في الوقت الراهن.

وبناء على ذلك سأقوم بداية بمحاولة جمع جملة من الاتفاقات التي سردها الفقه باعتبارها اتفاقات موسعة لأحكام الضمان القانوني.

أما الاتفاق على ضمان صلاحية المبيع للعمل خلال مدة معينة فسأقوم بدراسته مستقلا، محاولة التعرض لما قيل بشأنه فقها من حيث تحديد وصفه القانوني.

الفرع الأول: أمثلة عن الاتفاقات الموسعة لأحكام الضمان القانوني:

سرد الفقه جملة من الاتفاقات الموسعة لأحكام الضمان القانوني التي يمكن إجمالها

فيما يلي:

* الاتفاق على إطالة المدة اللازمة لرفع دعوى الضمان إلى أكثر من سنة من تاريخ التسليم وفق ما جاء ضمن أحكام الضمان القانوني لعيوب المبيع الخفية⁽¹⁾.

* اتفاق كل من البائع والمشتري على عدم سقوط حق هذا الأخير في رفع دعوى الضمان في الحالة التي يتأخر فيها عن إخطار البائع بما يظهر في المبيع من عيوب خفية⁽²⁾.

* اتفاق كل من المشتري والبائع على أن يضمن هذا الأخير جميع العيوب التي لم يتنبه لها المشتري وقت التسليم، حتى ولو كان بإمكانه أن يتبين هذه العيوب عن طريق فحص المبيع بعناية الرجل العادي⁽³⁾.

* اشتراط المشتري على البائع رد المبيع والمطالبة بالتعويض الكامل، حتى ولو لم يكن العيب جسيماً أو كان لا يقتضي الرد⁽⁴⁾.

(1) الدكتور صاحب عبيد الفتلاوي/ المرجع السابق، ص 215. والدكتور السنهوري/ الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المرجع السابق، ص 756.

(2) الدكتور لبيب شنب/ المرجع السابق، ص 242. والدكتور سمير تناغو/ عقد البيع، توزيع منشأة المعارف، الإسكندرية، 1973، ص 320. والدكتور جميل الشرقاوي/ شرح العقود المدنية، البيع والمقايضة، دار النهضة العربية، مطبعة دار التأليف، القاهرة، 1966، ص 296. والدكتور صاحب عبيد الفتلاوي/ المرجع السابق، ص 216. والدكتور زهدي يكن/ عقد البيع، المرجع السابق، ص 259.

(3) الدكتور السنهوري/ الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المرجع السابق، ص 756.

(4) الدكتور السنهوري/ الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المرجع والمرجع السابقان.

الفرع الثاني: التكيف القانوني لضمان صلاحية المبيع للعمل مدة معينة:

اختلف الفقه في تحديد الطبيعة القانونية لضمان صلاحية المبيع للعمل مدة معينة، فكانت النتيجة أن وجدت عدة آراء فقهية حاولت جميعها إعطاء وصف قانوني للبنود الاتفاقية التي تلزم البائع بضمان صلاحية المبيع للعمل خلال مدة زمنية معينة.

وبناء على ذلك سأقوم فيما يلي بالتعرض للآراء الفقهية التي حاولت تكيف التزام البائع بضمان صلاحية المبيع للعمل.

الاتجاه الأول: يتزعمه الدكتور: عبد الرزاق السنهوري الذي يرى أن صلاحية

المبيع للعمل يتضمن اتفاقا مشددا لأحكام ضمان العيب، على أساس أن المشتري يزيد بمقتضاه من ضمان البائع، لأنه لا يكتفي باشتراط خلو المبيع من العيب، وإنما يشترط أيضا صلاحية المبيع للعمل، بقطع النظر عما إذا كان فيه عيبا أم كان سليما خاليا من العيوب⁽¹⁾.

هذا الاتجاه الفقهي كان محل نقد الدكتور: صاحب عبيد الفتلاوي الذي ذهب إلى

أن ضمان صلاحية المبيع للعمل مدة معينة ليس تشديدا لأحكام الضمان، على أساس أن الأمر لو كان بهذا الوصف لانتفت الحاجة إليه، اكتفاء بالنصوص القانونية الخاصة بأحكام ضمان العيب التي أشارت بوضوح إلى أن أحكام الضمان ليست من النظام العام، وأجازت صراحة للمتعاقدين الاتفاق على تخفيف الضمان القانوني أو تشديده أو الإعفاء منه⁽²⁾.

الاتجاه الثاني: يرى جانب من الفقه أن ضمان صلاحية المبيع للعمل مدة زمنية

معينة يعد أحد صور ضمان تخلف الوصف⁽³⁾، غير أن هذا الرأي لم يسلم من النقد على أساس أن تخلف الوصف المكفول مرتبط قانونا بوقت التسليم، من حيث أن النص التشريعي المتعلق بتخلف الوصف ربط ضرورة توفر الصفات بوقت التسليم، خلافا لضمان صلاحية

(1) الدكتور السنهوري/ الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المرجع السابق، ص 758. والدكتور محمد حسنين/ المرجع السابق، ص 167.

(2) الدكتور صاحب عبيد الفتلاوي/ المرجع السابق، ص 114.

(3) الدكتور منصور مصطفى منصور/ العقود المسماة، البيع والمقايضة والإيجار، طبعة 1956-1957، ص 211.

المبيع للعمل الذي يتعدى هذا الوقت، لكونه يتضمن التزام البائع بضمان ما يصيب المبيع من خلل عند التسليم يؤثر على صلاحية المبيع للعمل⁽¹⁾.

الاتجاه الثالث: يرى هذا الرأي أن ظهور خلل في المبيع المضمون الصلاحية

خلال مدة زمنية معينة يقيم قرينة قانونية على أن البائع أطال الضمان القانوني للعيب⁽²⁾.

هذا الرأي الفقهي كان محل نقد الدكتور: صاحب عبيد الفتلاوي على أساس أنه

يعتبر ضمان صلاحية المبيع للعمل خلال مدة معينة امتدادا زمنيا لضمان العيب، مضافا أنه لا يجوز أن يفترض امتداد شيء قد انتهى لأن امتداد الشيء وانتهائه أمران متناقضان، كما أن المتعاقدان يستطيعان الاتفاق مسبقا على إطالة مدة الضمان، لا سيما وأن القانون أجاز لهما ذلك⁽³⁾.

الاتجاه الرابع: عمد الدكتور: صاحب عبيد الفتلاوي إلى انتقاد جميع الاتجاهات

الفقهية التي اجتهدها أصحابها في محاولة لإعطاء وصف للبنود الاتفاقية القاضية بوضع التزام على عاتق البائع مفاده ضمان هذا الأخير لصلاحية المبيع للعمل خلال مدة زمنية معينة⁽⁴⁾.

وبالرغم من أن مذكرة المشروع التمهيدي المصري قد ذهبت إلى أن هذا الضمان

يعتبر بمثابة شرط صريح لضمان البائع صلاحية المبيع للعمل خلال مدة معينة⁽⁵⁾، فإن الدكتور: صاحب عبيد الفتلاوي يرى أن هذا الشرط ليس شرطا اعتياديا شبيها بالشرط العقدي الخاضع للقواعد العامة، لأن الأمر لو كان كذلك لما وجدت الحاجة إلى تخصيص نص تشريعي له⁽⁶⁾.

(1) الدكتور صاحب عبيد الفتلاوي/ المرجع السابق، ص 114.

(2) الدكتور سليمان مرقس/ العقود المسماة، عقد البيع، الجزء الأول، مطبعة النهضة الجديدة، القاهرة، 1968، ص 433.

(3) الدكتور صاحب عبيد الفتلاوي/ المرجع السابق، ص 114.

(4) الدكتور صاحب عبيد الفتلاوي/ المرجع السابق، ص 113 و 114.

(5) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري، المرجع السابق، ص 130.

(6) الدكتور صاحب عبيد الفتلاوي/ المرجع السابق، ص 114 و 115.

وهكذا فإن ضمان صلاحية المبيع للعمل خلال مدة معينة يعد في تقدير الدكتور: صاحب عبيد الفتلاوي حالة قانونية خاصة أراد المشرع أن يفرد نصا قانونيا لمعالجتها باعتبارها واقعا مستجدا فرضه تطور الحياة الاقتصادية في المجتمعات الحديثة.

ومهما يكن من أمر فإن الأوصاف التي أفرزها الاجتهاد الفقهي فيما يتعلق بضمان صلاحية المبيع للعمل مدة معينة ليس لها تأثير من الناحية القانونية فيما يتعلق بسير الدعوى أو الالتزامات التي يفرضها هذا الضمان على البائع في مواجهة المشتري.

غير أن ما ذهب إليه الدكتور: السنهوري من أن ضمان صلاحية المبيع للعمل مدة معينة يتضمن اتفاقا مشددا لأحكام ضمان العيب، يعد في تقديري الاتجاه الأكثر تماشيا مع النصوص التشريعية، على أساس أن المشتري يشترط بمقتضاه صلاحية المبيع للعمل بقطع النظر عما إذا كان فيه عيبا أم كان غير معيب، مما يزيد من ضمان البائع الذي لا يعود التزامه مقتصرًا على ضمان خلو المبيع من العيوب، كما هو حال الضمان القانوني لعيوب المبيع الخفية، وإنما يمتد ليشمل ضمانا لصلاحية المبيع للعمل دون أن يلزم المشتري بتقديم الدليل على احتواء المبيع على عيب.

أما ما ذهب إليه الدكتور: صاحب عبيد الفتلاوي من أن الأمر لو كان متعلقا ببند اتفاقي يتضمن تشديدا لأحكام الضمان القانوني لما كانت هناك حاجة للنص عليه، فيمكن أن يكون محل رد مفاده أنه ليس هناك ما يمنع من أن يورد نص تشريعي قاعدة عامة وأن يتضمن نصا آخر حالة تطبيقية لهذه القاعدة.

وبناء على ذلك يمكن القول: إن التزام البائع بضمان صلاحية المبيع للعمل مدة معينة يتضمن التزاما اتفاقيًا بتشديد الضمان القانوني تطبيقًا لقاعدة عامة مفادها جواز الاتفاق على التوسيع من أحكام الضمان القانوني.

ومع ذلك فإن الأمر يتعلق بتوسيع من نوع خاص أراد المشرع إخضاعه لقواعد تختلف عن القواعد التي يخضع لها الشرط الاتفاقي الموسع للضمان عموما، وهو ما أدى به في - تقديري - إلى خصه بنص منفرد، وعدم الاكتفاء بالقاعدة العامة التي تقضي بجواز الاتفاق على التشديد من أحكام الضمان القانوني.

وعلى هذا الأساس فإن الشرط الاتفاقي القاضي بضمان البائع لصلاحيه المبيع للعمل مدة معينة يختلف عن الضمان الاتفاقي المشدد للضمان القانوني عموما في جملة من الأحكام التي يتخذ بعضها طابعا موضوعيا ويرتبط بعضها بالجانب الإجرائي.

فمن الناحية الموضوعية يلاحظ أن ضمان صلاحية المبيع للعمل يشمل جميع أنواع الخلل التي تظهر في المبيع حتى ولو لم تكن عيوباً⁽¹⁾، خلافا لما هو عليه الحال بالنسبة لدعوى الضمان العادية التي يتعين فيها على المشتري تقديم الدليل على وجود عيب خفي في المبيع⁽²⁾.

ومن جهة أخرى يلاحظ أن موضوع ضمان صلاحية المبيع للعمل خلال مدة معينة يتمثل عادة في إلزام البائع بإصلاح المبيع أو تقديم بديل عنه في الحالة التي لا يكون فيها قابلاً للإصلاح⁽³⁾، خلافا لدعوى الضمان العادية التي يختلف موضوعها تبعا لما إذا كان العيب يسيرا أو جسيما⁽⁴⁾.

ومن الناحية الإجرائية يلاحظ أن هناك عدة أوجه للترقية بين دعوى ضمان الصلاحية ودعوى الضمان العادية.

وهكذا فإن ضمان صلاحية المبيع للعمل يقترن بمدة معينة يكون البائع خلالها مسؤولاً عن الضمان⁽⁵⁾.

(1) الدكتور السنهوري/ الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المرجع السابق، ص 759. والدكتور محمد حسين منصور/ أحكام البيع التقليدية والالكترونية والدولية وحماية المستهلك، المرجع السابق، ص 334 إلى ص 338. والدكتور محمد حسنين/ المرجع السابق، ص 167.

(2) فيما يتعلق بخفاء العيب كشرط من شروط دعوى الضمان تراجع الصفحة 123 إلى ص 139 من هذا البحث.

(3) الدكتور السنهوري/ الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المرجع السابق، ص 760. والدكتور أسعد دياب/ المرجع السابق، ص 317. والدكتور محمد حسين منصور/ أحكام البيع التقليدية والالكترونية والدولية وحماية المستهلك، المرجع السابق، ص 346.

(4) تراجع الصفحة 176 إلى 182 من هذا البحث.

(5) الدكتور السنهوري/ الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المرجع السابق، ص 760. والدكتور محمد حسين منصور/ أحكام البيع التقليدية والالكترونية والدولية وحماية المستهلك، المرجع السابق، ص 338.

كما أن المشتري يلتزم بإخطار البائع بوجود خلل في المبيع خلال شهر من تاريخ ظهوره وإلا سقط حقه في الضمان⁽¹⁾، خلافا لما هو عليه الحال في دعوى الضمان العادي الذي لم يحدد المشرع بمقتضاه مدة للإخطار، ملزما المشتري بأن يقوم به في الوقت الملائم⁽²⁾.

ومع ذلك أجاز كل من المشرع الجزائري والمصري للطرفين الاتفاق على أن تكون المدة التي يجب أن يتم فيها الإخطار بوجود خلل في المبيع أكثر أو أقل من شهر⁽³⁾.

وأكثر من ذلك جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي المصري أنه يجوز رفع دعوى الضمان دون إخطار المشتري للبائع بوجود خلل في المبيع، ويعتبر إعلان صحيفة الدعوى في مثل هذه الحالة إخطارا كافيا، غاية ما في الأمر أن المشتري يكون معرضا حينئذ إلى تحمل مصاريف الدعوى في حال ما إذا سلم البائع بحقه في الضمان⁽⁴⁾.

هذا وفيما يتعلق بالمدة التي يتعين رفع دعوى ضمان الصلاحية خلالها فقد حددها كل من المشرع الجزائري والمصري بستة أشهر من تاريخ الإخطار⁽⁵⁾، خلافا لدعوى الضمان العادي التي يتعين رفعها خلال سنة واحدة من تاريخ التسليم⁽⁶⁾.

(1) تطبيقا للمادة 386 من القانون المدني الجزائري المقابلة للمادة 455 من القانون المدني المصري التي تنص على ما يلي: "إذا ضمن البائع صلاحية المبيع للعمل لمدة معلومة ثم ظهر خلل فيها فعلى المشتري أن يعلم البائع في أجل شهر من يوم ظهوره ... يراجع الدكتور السنهوري/ الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المرجع السابق، ص 760. والدكتور صاحب عبيد الفتلاوي/ المرجع السابق، ص 115.

(2) تراجع الصفحة 151 إلى 159 من هذا البحث.

(3) تطبيقا للمادة 386 من القانون المدني الجزائري المقابلة للمادة 455 من القانون المدني المصري التي تنص على ما يلي: "إذا ضمن البائع صلاحية المبيع للعمل لمدة معلومة ثم ظهر خلل فيها فعلى المشتري أن يعلم البائع في أجل شهر من يوم ظهوره ... ، كل هذا ما لم يتفق الطرفان على خلافه": يراجع الدكتور السنهوري/ الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المرجع السابق، ص 760.

(4) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في مجموعة الأعمال التحضيرية، المرجع السابق، ص 131. والدكتور محمد شتا أبو سعد/ المرجع السابق، ص 365.

(5) تنص المادة 386 من القانون المدني الجزائري المقابلة للمادة 455 من القانون المدني المصري على ما يلي: "إذا ضمن البائع صلاحية المبيع للعمل لمدة معلومة ثم ظهر خلل فيها فعلى المشتري... أن يرفع دعواه في مدة ستة أشهر من يوم الإعلام، كل هذا ما لم يتم الاتفاق على خلافه"

(6) للاطلاع على أحكام تقادم دعوى لضمان العيوب الخفية تراجع الصفحة 242 إلى 269 من هذا البحث.

هذه المدة تعتبر مدة سقوط وليست مدة تقادم، وبالتالي يمكن الاتفاق على إطالتها أو تقصير أمدتها⁽¹⁾، خلافا لمدة السنة التي يتعين رفع دعوى الضمان العادي خلالها والتي يمكن الاتفاق على إطالتها ويقع الاتفاق على تقصيرها باطلا باعتبارها مدة تقادم وليس مدة سقوط⁽²⁾.

وبذلك يلاحظ أن دعوى صلاحية المبيع للعمل خلال مدة معينة تختلف من عدة نواح إجرائية عن دعوى ضمان العيوب الخفية العادية رغم كونها اتفاقا مشددا لأحكام ضمان العيب التي تعد صورة من صور الضمان الاتفاقي المجاز بموجب أحكام ضمان العيوب الخفية.

هذا ولا يجوز التطرق لضمان صلاحية المبيع للعمل وفق أحكام القانون المدني دون التعرّيج على ما تضمنه المرسوم التنفيذي رقم: 90-266 المتعلق بضمان المنتجات والخدمات⁽³⁾، الذي نص في المادة الثالثة منه على أن المحترف يلتزم قانونا بضمان سلامة المنتج من أي عيب يجعله غير صالح للاستعمال المعد له⁽⁴⁾.

إنه التزام بضمان الصلاحية صدر بشأنه قرار لوزير التجارة في 10 ماي 1994 يتضمن كيفية تطبيق المرسوم السالف ذكره، عن طريق تحديد قائمة المنتجات التي يلتزم المحترف بضمانها إجباريا، مع تحديد مدة الضمان التي تتراوح بين 18 شهر وستة أشهر⁽⁵⁾.

(1) الدكتور السنهوري/ الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المرجع السابق، ص 760.

(2) تراجع الصفحة 256 من هذا البحث.

(3) يتعلق الأمر بالمرسوم التنفيذي 90-266 المؤرخ في 19 سبتمبر 1990 الذي ما زال ساريا رغم أنه يتضمن نصوصا تطبيقية للقانون رقم 89-02 المؤرخ في السابع من فبراير 1989 والمتعلق بالقواعد العامة لحماية المستهلك الذي ألغي بموجب القانون 09-03 المؤرخ في الخامس والعشرين من فبراير 2009 الذي يتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش الذي ينص في المادة 94 منه على أن النصوص التطبيقية للقانون 89-02 تبقى سارية المفعول إلى حين صدور النصوص التطبيقية التي تحل محلها.

(4) تنص المادة الثالثة من المرسوم 266/90 على ما يلي: يجب على كل محترف أن يضمن سلامة المنتج الذي يقدمه من أي عيب يجعله غير صالح للاستعمال المخصص له أو من أي خطر ينطوي عليه.

(5) الدكتور لحسين بن الشيخ آث ملويا/ المرجع السابق، 486. و الدكتورة زاهية حورية سي يوسف/ المسؤولية المدنية للمنتج، المرجع السابق، ص 112.

هذا الضمان إجباري وهو يصب في مصلحة المستهلك الذي يجوز له اللجوء إلى القضاء خلال سنة من تاريخ إنذار المحترف بتنفيذ التزامه⁽¹⁾، خلافا لدعوى ضمان عيوب المبيع الخفية التقليدية التي تتقادم بمرور سنة من تاريخ التسليم⁽²⁾.

المطلب الثاني: الاتفاقات المنقصة لأحكام الضمان القانوني:

إذا كان الاتفاق على إنقاص الضمان هو أحد صور تحديد الضمان التي أجازها كل من المشرع الجزائري والمصري، فإن الفقه قد اختلف فيما إذا كان يجوز الإنقاص من الضمان القانوني بتقصير مدة التقادم إلى أقل من سنة من تاريخ التسليم⁽³⁾، مما أدى إلى وجود تيارين فقهيين، أجاز أحدهما الاتفاق على تقصير مدة التقادم⁽⁴⁾، ورفض الآخر إمكانية اللجوء إلى مثل هذا الاتفاق، رغم ما جاء في المذكرة الإيضاحية للقانون المصري من أنه يجوز الاتفاق على إنقاص مدة السنة⁽⁵⁾.

وفيما عدا الاتفاق على تقصير مدة التقادم، ليس هناك خلافا فقها حول جواز الإنقاص من الضمان القانوني مطلقا، حيث قام الفقه بإدراج جملة من الشروط الاتفاقية التي تدخل في هذا الإطار والتي يمكن إجمالها فيما يلي:

* إدراج شرط في العقد مقتضاه عدم قيام البائع بضمان عيب يذكره بالذات، كاشتراطه عدم مسؤوليته عن عدم ثبات لون السيارة أو عدم ثبات صبغة القماش⁽⁶⁾.

(1) تنص المادة 18/3 من المرسوم التنفيذي 266/90 على أن المستهلك يمكنه أن يرفع دعوى الضمان إلى المحكمة المختصة في أجل أقصاه عام واحد ابتداء من يوم الإنذار.

(2) المادة 383/1 من القانون المدني الجزائري المقابلة للمادة 452/1 من القانون المدني المصري.

(3) الدكتور صاحب عبيد الفتلاوي/ المرجع السابق، ص 213.

(4) الدكتور جميل الشرقاوي/ المرجع السابق، ص 296. والدكتور خميس خضر/ المرجع السابق، ص 239.

(5) الدكتور السنهوري/ الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المرجع السابق، ص 756. والدكتور سليمان مرقس/ العقود المسماة، المرجع السابق، ص 433. والدكتور سمير عبد السيد تناغو/ عقد البيع، المرجع السابق، ص 331.

(6) الدكتور السنهوري/ الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المرجع السابق، ص 756. والدكتور صاحب عبيد الفتلاوي/ المرجع السابق، ص 212.

* اشتراط البائع عدم ضمان العيب الذي لا يظهر إلا باللجوء إلى الفحص المتخصص⁽¹⁾.

* اتفاق الطرفين على تحديد الضمان بإصلاح العيب أو استبدال المبيع خلال مدة معينة سواء كان العيب جوهريا أو راجعا إلى عمل الصانع فقط⁽²⁾.

* اشتراط البائع - في حالة رد المبيع - أن لا يرد للمشتري إلا أقل القيمتين: قيمة المبيع سليما أو الثمن، أو أن لا يرد إلا قيمة المبيع سليما دون أن يدفع أي تعويض آخر⁽³⁾.
ومهما يكن من أمر يلاحظ أن الاتفاقات الموسعة للضمان قليلة من الناحية العملية، كما أنها تصب في مصلحة المشتري مطلقا⁽⁴⁾.

أما الاتفاقات المنقصة للضمان أو المعفية منه فإنها تضر بمصلحة المشتري في جميع الأحوال.

لذلك تدخل المشرع الجزائري، شأنه في ذلك شأن المشرع المصري، من أجل تقييد هذه المشاركات، بالنص على عدم جوازها في الحالة التي يكون فيها البائع عالما بالعيب ويتعمد إخفاءه عن المشتري غشا منه⁽⁵⁾.

وهكذا فإن بطلان الاتفاقات المنقصة للضمان أو المعفية منه مقترن بشرط تقديم الدليل على أن البائع تعمد إخفاء العيب.

هذا الشرط كان محل نقد الدكتور: صاحب عبيد الفتلاوي الذي أشار إلى أن عبء إثبات تعمد إخفاء العيب يقع على عاتق المشتري الذي يجد صعوبة في تقديم هذا الدليل⁽⁶⁾، مضيفا أنه إذا كان أساس إبطال شرط الإعفاء والتخفيف من الضمان عند التعمد في إخفاء

(1) الدكتور السنهوري/ الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المرجع السابق، ص 756.

(2) الدكتور صاحب عبيد الفتلاوي/ المرجع السابق، ص 212.

(3) الدكتور السنهوري/ الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المرجع السابق، ص 756.

(4) الدكتور أسعد دياب/ المرجع السابق، ص 259.

(5) تنص المادة 384 من القانون المدني الجزائري المقابلة للمادة 453 من القانون المدني المصري على ما يلي: "... غير أن كل شرط يسقط الضمان أو ينقصه يقع باطلا إذا تعمد البائع إخفاء العيب في المبيع غشا منه."

(6) الدكتور صاحب عبيد الفتلاوي/ المرجع السابق، ص 215.

العيب ممثلاً في نص المادة 217 من القانون المدني المصري التي تقضي بعدم جواز الاتفاق على إعفاء المدين من مسؤوليته عند عدم التنفيذ الناشئ عن غشه أو خطئه الجسيم، فإن علم البائع أو وجوب علمه بالعيب وعدم الكشف عنه يجعله في حالة غش وسوء نية تؤديان إلى انطباق المادة السالفة الذكر عليه دون الحاجة إلى تعمد إخفائه للعيب⁽¹⁾.

وفي معرض نقده لشرط تعمد إخفاء العيب لإبطال الاتفاقات المعفية من الضمان والمخففة له ذهب الدكتور: صاحب عبيد الفتلاوي إلى اقتراح النص على أن كل شرط يسقط الضمان أو ينقصه يقع باطلاً إذا كان البائع يعلم أو من واجبه أن يعلم بوجود العيب ولم يكشف ذلك للمشتري⁽²⁾.

وفي نفس السياق ذهب بعض الفقه إلى أن شرط الحد من الضمان لا يكون صحيحاً إلا في الحالات التي يكون فيها البائع جاهلاً بوجود العيب، ومعنى ذلك أن البائع إذا كان عالماً بالعيب ولم يكشف عنه للمشتري، فإنه يكون مرتكباً لغش من شأنه أن يؤدي إلى بطلان الشرط القاضي بالإعفاء من الضمان أو التخفيض منه⁽³⁾.

وهكذا يلاحظ أن النصوص التشريعية جاءت صريحة في اشتراطها لتعمد البائع إخفاء العيب غشاً منه من أجل القول ببطلان الاتفاقات المنقصة للضمان أو المعفية منه.

كما يلاحظ أيضاً أن أغلب الفقه اكتفى بالتفسير على هذا النحو، فيما ذهب جانب قليل منه إلى القول ببطلان الاتفاقات المنقصة للضمان والمعفية منه بمجرد علم البائع بالعيب وعدم كشفه للمشتري.

أما الدكتور: صاحب عبيد الفتلاوي فقد ذهب إلى أبعد من ذلك عندما انتقد بصريح العبارة النصوص التشريعية التي تشترط تعمد البائع إخفاء العيب غشاً من أجل إبطال الاتفاقات المعفية من الضمان والمسقطه له، حين اقترح صياغة جديدة لهذه النصوص مكتفياً بمجرد علم البائع بالعيب أو بوجوب علمه بالعيب وعدم كشفه للمشتري حتى يوصف

(1) الدكتور صاحب عبيد الفتلاوي/ المرجع السابق، ص 214 و215.

(2) الدكتور صاحب عبيد الفتلاوي/ المرجع السابق، ص 215.

(3) الدكتور توفيق حسن فرج/ عقد البيع والمقايضة في القانون اللبناني، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، بيروت، 1968، ص 575.

بالغاش الذي لا يجوز له الاستفادة من البنود الاتفاقية القاضية بالإعفاء من الضمان أو الإنقاص منه.

والواقع أن ما يلفت الانتباه في الصياغة المقترحة هو الاكتفاء بمجرد وجوب علم البائع بالعيب للقول ببطلان المشاركات المعفية من الضمان أو المسقطة له.

ذلك أن هذه العبارة تصرف الأذهان مباشرة إلى مصطلح البائع المحترف من حيث افتراض علم هذا الأخير بالعيوب التي تعتري المبيع الذي يتصرف فيه لكونه يدخل في مجال تخصصه.

هذه المقاربة تدفع إلى التساؤل عن وضع مثل هذا البائع عندما يشترط إسقاط الضمان القانوني أو الحد منه، فهل يجب على المشتري تقديم الدليل على علم البائع المحترف بالعيوب وإخفائه غشا، من أجل الحيلولة دون استفادته من البنود الاتفاقية المحددة للضمان والمعفية منه؟

تقتضي الإجابة عن هذا التساؤل الرجوع إلى الأحكام القانونية التي تنظم العلاقة بين المحترفين والمستهلكين في إطار ما اصطلح على تسميته بقانون حماية المستهلك.

فهل تتم معاملة البائع المحترف على قدم المساواة مع البائع العادي فيما يتعلق بتقدير صحة الاتفاقات التي تقضي بالحد من الضمان القانوني أو الإعفاء منه؟

يجيب المشرع الجزائري عن هذا التساؤل بموجب المرسوم 266/90⁽¹⁾ الذي نص بصريح العبارة في المادة العاشرة منه على بطلان شرط عدم الضمان الذي يدرجه البائع المحترف في تعاقد مع المستهلك، لا فرق في ذلك بين ما إذا كان هذا الشرط

(1) يتعلق الأمر بالمرسوم التنفيذي 90-266 المؤرخ في 19 سبتمبر 1990 الذي ما زال ساريا رغم أنه يتضمن نصوصا تطبيقية للقانون رقم 89-02 المؤرخ في السابع من فبراير 1989 والمتعلق بالقواعد العامة لحماية المستهلك الذي ألغي بموجب القانون 09-03 المؤرخ في الخامس والعشرين من فبراير 2009 الذي يتعلق بحماية المستهلك وفتح الغش الذي ينص في المادة 94 منه على أن النصوص التطبيقية للقانون 89-02 تبقى سارية المفعول إلى حين صدور النصوص التطبيقية التي تحل محلها.

متضمنا لإسقاط كلي أو لإنقاص من التزامات البائع المحترف الناتجة عن الضمان القانوني⁽¹⁾.

ومعنى ذلك أنه لا يجوز مطلقا للبائع المحترف الاستفادة على حساب المستهلك من البنود الاتفاقية التي تقضي بالحد من الضمان القانوني أو تسقطه⁽²⁾.

هذه البنود الاتفاقية لا يوجد شك في أنها تصب في مصلحة البائع في جميع الأحوال، لذلك أراد المشرع الجزائري حرمانه من الاستفادة منها في حالة ما إذا كان محترفا، على أساس أن المحترف يفترض أنه يعلم بوجود العيب الذي يعتري المبيع، ولا تجوز إفادته بالبنود الاتفاقية المعفية من الضمان أو المحددة منه على حساب المتعاقد معه.

ولكن ألا يجب أن يختلف هذا الحكم تبعا لصفة المتعاقد مع البائع المحترف؟ ألا يمكن أن يكون المشتري هو أيضا محترفا يفترض علمه بالعيب شأنه في ذلك شأن البائع المحترف؟

الواقع أن المشرع الجزائري يعالج بموجب المرسوم 266/90 حالة واحدة فقط هي الحالة التي يجمع فيها العقد بين بائع محترف ومستهلك، مما يجعل القاضي الجزائري أمام تساؤل هام يتعلق بتحديد مصير البنود الاتفاقية التي تقضي بالحد من الضمان القانوني أو تسقطه في العقود المبرمة بين محترفين.

فهل تعتبر هذه البنود باطلة شأنها في ذلك شأن مثيلاتها الواردة في العقود المبرمة بين مستهلك ومحترف؟

إن التفسير الحرفي للنصوص الواردة في المرسوم 266/90 سيؤدي في تقديري إلى الإجابة عن هذا التساؤل بالإيجاب من حيث اقتصار هذا المرسوم على العقود التي تجمع بين محترف ومستهلك.

(1) تنص المادة 10 من المرسوم 266/90 على ما يلي: يبطل كل شرط بعدم الضمان ويبطل مفعوله.

(2) الدكتور محمد بودالي/ المرجع السابق، ص 384.

غير أن البحث في سبب إدراج نص يقضي ببطلان البنود الاتفاقية التي تقضي بإنقاص الضمان أو تحد منه في الحالة التي يجمع فيها العقد بين بائع محترف ومشتري مستهلك، يسمح بالتوصل إلى أن مرد ذلك هو حماية المستهلك باعتباره الطرف الضعيف في التصرف القانوني.

هذه الغاية لا مكان لها في الحالة التي يجمع فيها العقد بين محترفين، من حيث أن المشتري المحترف يستطيع كشف العيوب التي تعترى المبيع، شأنه في ذلك شأن البائع المحترف، مما يعني أن المشتري في هذه الفرضية يتمتع بنفس قدرة البائع على كشف العيوب التي تعترى المبيع ويجعله غير جدير بالحماية التي يتمتع بها المشتري المستهلك.

ومع ذلك يلاحظ أن تناول العقود التي تجمع بين محترفين لا يستوي دون التفرقة بين العقود التي تجمع بين محترفين من نفس التخصص وتلك التي يكون طرفيها محترفين من تخصصات مختلفة.

ذلك أن المشتري قد يكون من نفس تخصص البائع، مما يجعله في نفس مرتبة البائع من حيث قدرته على كشف العيب الذي يعترى المبيع .

كما أن المشتري قد يكون متخصصا في مجال يختلف عن مجال تخصص البائع، مما يثير تساؤلا هاما يتعلق بالبحث عن قدرته عن كشف العيب.

لقد بحثت كثيرا عن موقف الفقه والقضاء الجزائريين من هذه التساؤلات، لا سيما فيما يتعلق بحكم الاتفاقات المحددة من الضمان القانوني أو المسقطه له في جميع هذه الفرضيات، غير أنني لم أجد جوابا.

وكان السؤال الجوهرى هو: هل تستعيد البنود الاتفاقية التي تحد من الضمان القانوني أو تسقطه مشروعيتها عندما يتعلق الأمر بعقد بيع يجمع بين مشتري مهني من نفس تخصص البائع وتلك التي تجمع بين مهنيين من تخصصات مختلفة؟

غير أن محاولة الإجابة اصطدمت بسكوت فقهي وقضائي، دفعني إلى البحث عن موقف القانون الفرنسي من هذه الفرضيات، قصد الاستفادة من التطور الذي عرفه من

الناحية الفقهية والتشريعية والقضائية، في سبيل توظيف الجدل الفقهي والتباين القضائي في بلورة نصوص قانونية من شأنها أن تسد الفراغ القانوني الكائن.

ذلك ما أتناوله ضمن العنوان الموالي الذي يتضمن موقف القانون الفرنسي من الاتفاقات القاضية بتعديل أحكام الضمان القانوني.

المبحث الثاني: الاتفاق على تعديل أحكام الضمان في القانون الفرنسي

تدخل المشرع الفرنسي منذ السبعينات لحماية المشتري من الطبيعة التعسفية لهذه الاتفاقات بإلزام البائع المحترف بالنص صراحة على أن الضمان القانوني يبقى قائماً في جميع الأحوال بموجب المادة الرابعة⁽¹⁾ من المرسوم الصادر بتاريخ 24 مارس 1978⁽²⁾ والمتعلق بتطبيق القانون المتعلق بحماية المستهلكين الصادر في العاشر من جانفي 1978⁽³⁾.

هذا ولم يكتف المشرع الفرنسي بإلزام المحترفين بالنص على بقاء الضمان القانوني سارياً، وإنما أراد الذهاب إلى أبعد من ذلك حين نص بموجب الفقرة الثانية من نفس المادة على توقيع عقوبات جزائية على المحترف الذي يوقع عقداً مع مستهلك دون الإشارة صراحة على بقاء الضمان القانوني سارياً في جميع الأحوال⁽⁴⁾.

(1) تنص المادة الرابعة من المرسوم المؤرخ في 24 مارس 1978 في فقرتها الأولى على ما يلي:
« Dans les contrats conclus entre les professionnels, d'une part, et, d'autre part des non professionnels ou des consommateurs, le professionnel ne peut garantir contractuellement la chose à livrer ou le service à rendre sans mentionner clairement que s'applique, en tout état de cause, la garantie légale qui oblige le vendeur professionnel à garantir l'acheteur contre toutes les conséquences des défauts ou vices cachés de la chose vendue ou du service rendu ».

(2) Décret d'application n° 78-464, JORF du 1^{er} Avril 1978, entré en vigueur le 1^{er} Avril 1978 et abrogé par l'article 4 du décret n° 97-298 du 27 Mars 1997, JORF du 3 Avril 1997.

(3) Loi n° 78-23 du 10 Janvier 1978 sur la protection et l'information des consommateurs de produits et de services, JORF du 11 Janvier 1978, page 301

(4) تنص المادة الرابعة من المرسوم المؤرخ في 24 مارس 1978 في فقرتها الأولى على ما يلي:
« Sera puni d'une amende de 1000 F à 15000 F tout professionnel qui aura inséré dans un contrat conclu avec un non professionnel ou consommateur une clause établie en contravention aux dispositions de l'alinéa précédent. »

ومع ذلك لاحظ الفقه الفرنسي أن المحترفين غالبا ما يدرجون عبارات مبهمة تفيد الإشارة إلى المواد 1641 وما يليها من القانون المدني الفرنسي بشكل لا ينهي إلى علم المستهلك العادي احتفاظه بإمكانية مقاضاة البائع على أساس أحكام الضمان القانوني في جميع الأحوال⁽¹⁾.

ومهما يكن من أمر يلاحظ أن القضاء الفرنسي قد عمل على تمكين المشتري من تأسيس دعواه على ما تتضمنه نصوص الضمان القانوني، رغم اتفاقه مع البائع على ما يخالف أحكام هذا الضمان بموجب بنود مدرجة في العقد ضمن ما اصطلح على تسميته بالضمان الاتفاقي⁽²⁾.

غير أن السؤال المطروح بالنسبة لاتفاقات الضمان المعدلة لأحكام الضمان القانوني يتعلق بالبحث في مدى صحة هذه المشاركات، لا سيما عندما يتعلق الأمر بالاتفاقات التي تنقص من الضمان القانوني أو تلك التي تعفي البائع منه تماما.

إن القول بصحة الضمان الاتفاقي الذي يحد من مزايا الضمان القانوني جزئيا أو يسقطها كليا دون قيد أو شرط، من شأنه أن يجعل الضمان القانوني دون جدوى، من حيث أن نصوصه ستتحول في مثل هذه الحالة إلى مجرد نصوص نظرية .

لهذا السبب عمل القضاء الفرنسي على إرساء جملة من القواعد التي تهدف إلى الحد من مجال أعمال الضمان الاتفاقي مستندا بداءة على نص المادة 1643 من القانون المدني التي تكرر مبداء قانونيا هاما يتمثل في جواز الاتفاق على الحد من الضمان القانوني في الحالة التي لا يكون فيها البائع عالما بالعيب⁽³⁾.

(1) J .Calais-Auloy et F. Steinmetz/ Droit de la consommation, 5^{ème} édition, Dalloz 2000, page 261.

(2) Cass.com.30 Mai 30 Mai 1967, Gaz.Pal.1967, 2, page 79. Et B. Bouloc/ Rev.trim.drt.com.1995, page 178. Et P.Y.Gautier/ Cass.com.28 juin 1994.Bull.civ.IV, n° 248. Et Rev.trim.drt.civ.1995, page 139. Et Cass. civ. 1^{ère}, 5 Mai 1982, Bull. civ. I, n° 163.

(3) تنص المادة 1643 من القانون المدني الفرنسي على ما يلي:
«Il - le vendeur - est tenu des vices cachés, quand même il ne les aurait pas connus, à moins que, dans ce cas, il n'est stipulé qu'il ne sera obligé à aucune garantie. »

وبذلك فإن علم البائع بالعيب يؤدي إلى بطلان الشرط الذي يحد من أحكام الضمان القانوني.

هذا المبدأ القانوني الذي كرسه صراحة المادة 1643 من القانون المدني الفرنسي، يحتاج إلى التحليل على ضوء مبدأ قانوني آخر مفاده وجود قرينة قانونية تتمثل في أن البائع المحترف يعلم العيوب التي تعتري الشيء المبيع⁽¹⁾.

وعلى هذا الأساس يتعين البحث في صحة البنود الاتفاقية التي تحد من الضمان القانوني بالتفرقة بين ما إذا كان البائع عالماً بالعيب أو جاهلاً به.

المطلب الأول- البنود الاتفاقية التي تحد من الضمان القانوني في العقود التي يكون فيها البائع جاهلاً بالعيب.

إن البائع الذي لا يعلم بوجود عيب في المبيع يعتبر حسن النية، مما جعل القضاء الفرنسي يحكم بصحة البنود الاتفاقية التي تحد من الضمان القانوني في الحالة التي يكون فيها البائع جاهلاً بالعيب⁽²⁾.

هذا المبدأ القانوني يرد عليه استثناء يتمثل في الحالة التي يرتكب فيها البائع الجاهل بالعيب خطأ جسيماً، وفق ما ذهبت إليه محكمة النقض الفرنسية في أحد قراراتها، حين نقضت قرار قضاة الموضوع الذين قضوا بصحة بند اتفاقي يحد من الضمان القانوني على أساس أن البائع لم يكن محترفاً، دون البحث فيما إذا كان قد ارتكب خطأ جسيماً⁽³⁾.

(1) Cass. com.21 Janvier 1992, contr.conc.cons.1992, n° 5, Obs.Leveneur : cité par Jean Gatsi/ Les contrats spéciaux, précité, page 50. Et Cass.com.27 Novembre 1972, Bull.civ.IV, 282, page 266. Et Cass. civ. 1^{ère}, 24 Novembre 1954, JCP, 1955, II, n° 8565. Com.27 Novembre 1972, Bull.civ.IV, 282, page 266. civ., 3^{ème}, 17 Juillet 1972, Bull. civ. III, n° 473, page 344. Et Cass. civ. 3^{ème}, 18 Octobre 1977, Bull. civ. III, n° 347, page 262. Et Boitard et Rabut/ Cass.com. 27 Avril 1971, J.C.P. 1972, II. 17280. Et Ghestin/ J.C.P. 1974, II.17890.

(2) Bordeaux, 1^{er} Juillet 1991, JCP1992, éd .G, IV, 1050. Et J.Huet/ Garantie légale contre les vices cachés, clauses relatives à la garantie, Juriscl.civ. Art 1641 à1649. Fasc.330, 1994, n° 48.

(3) Cass. civ. 3^{ème}, 15 Mai 1996, RJDA 1996, n° 1032, page 746.

والواقع أنه لا يوجد خلاف على تشبيه الخطأ الجسيم بالنية السيئة وفق ما ذهب إليه الفقهاء Mazeaud الذين امتنعوا عن منح تعريف مستقل للخطأ الجسيم⁽¹⁾، كما فعل الفقيه Roblot الذي ذهب إلى أن الخطأ الجسيم هو كل عمل أو امتناع عن عمل يصدر عن البائع، ويدل على وجود نقص معتبر في الاحتياطات التي كان من المفروض عليه اتخاذها والتي يتم تقديرها بالنظر على جسامته الأضرار الحاصلة⁽²⁾.

وهكذا فإن البائع حسن النية هو وحده الذي يستطيع الاتفاق على الحد من أحكام الضمان القانوني دون أن تكون هذه الاتفاقات معرضة للحكم بالبطلان.

أما البائع المحترف فلا يمكنه الاستفادة من البنود التي تحد من الضمان القانوني، لقيام قرينة على علمه بجميع العيوب التي تعترى المبيع⁽³⁾.

فمن هو البائع العرضي الذي يفترض جهله بالعيوب والذي يستطيع الاتفاق على ما يخالف أحكام الضمان القانوني بالحد منه أو بإسقاطه؟

الواقع أن وصف البائع العرضي لا يقتصر على من يتصرف في الأشياء التي لا تتعلق بمجال تخصصه، نظرا لما ذهبت إليه محكمة النقض الفرنسية من أن المحترف الذي يبيع شيئا كان قد استعمله في إطار مهنته يعد بائعا عرضيا⁽⁴⁾.

ذلك ما ذهب إليه بعض الفقه الفرنسي بمناسبة تحليله لموقف محكمة النقض التي اعتبرت المتصرف في العقار الذي كان يمارس فيه نشاطه الاحترافي بائعا عرضيا وليس محترفا⁽⁵⁾.

(1) (H.L.et.J) Mazeaud/ Leçons de droit civil, tome 3, 4^{ème} édition, 1974, page 653.

(2) M.Roblot/ Rev.trim. Dr.civ 1943, page 12.

(3) Cass. civ. 1^{ère} 17 Mai 1965, Bull.civ., I, n° 324. Et Cass.com., 4 Juin 1969, D., 1970, page 51.

(4) Cass. com. 8 Décembre 1995, Bull.civ. IV, 297.

(5) Cass. civ. 3^{ème}, 24 Janvier 1996, droit et patrimoine, 1996, n° 1291, page 64, obs.P.Chauvel.

فالمهم ألا يكون البائع معتادا على التصرف في مثل الأشياء التي شكلت محلا لعقد البيع حتى يوصف بالبائع العرضي.

هذا البائع يستفيد من امتياز هام هو إمكانية اتفاهه مع المشتري على الحد من الضمان القانوني أو إسقاطه تماما.

غاية ما في الأمر أن هذا الامتياز يبقى مقترنا بشرط أساسي هو أن يكون هذا البائع جاهلا بالعيب، وفق ما ذهبت إليه الغرفة المدنية الثالثة التي رفضت استفادة البائع من شرط عدم الضمان، في قضية يتعلق الأمر فيها ببائع تصرف في عقار كان قد شيده، مما جعله عالما تماما بكونه غير مطابق للمقاييس التقنية⁽¹⁾.

نفس هذا الموقف تكرر في عدة قضايا كذلك التي فصلت فيها محكمة ليون التي رفضت استفادة بائع منزل من شرط عدم الضمان على أساس أنه كان عالما باحتواء هذا المنزل على نوع معين من الحشرات⁽²⁾.

وبذلك فإن علم البائع بوجود عيوب في الشيء المبيع يحول من استفادته من جميع البنود الاتفاقية التي تحد من الضمان أو التي تسقط الضمان كليا.

هذه القاعدة التي أقرها نص المادة 1643 من القانون المدني الفرنسي، والتي وسع القضاء الفرنسي من مجال أعمالها، تعتبر في مصلحة المشتري الذي يستفيد من قرينة قانونية على علم البائع المحترف بالعيب، مما يعني أنه لا يلزم بتقديم الدليل على ذلك من أجل الحصول على حكم ببطلان الشرط الاتفاقي الذي يحد من الضمان القانوني أو يسقطه.

غير أن الحماية التي يتمتع بها المشتري لا تصل إلى هذه الدرجة في الحالة التي يكون فيها البائع عرضيا، من حيث أن المشتري يطالب في هذه الحالة بتقديم الدليل على علمه بالعيب من أجل الحصول على حكم ببطلان الشرط الاتفاقي الذي يقضي بإسقاط الضمان أو الحد منه.

(1) Cass.civ. 3^{ème}, 18 Avril 1974. D. 1974. IR. page 152.

(2) Cass. civ. 3^{ème}. 16 Novembre 1988. D. 1988. IR. page 288.

المطلب الثاني: البنود الاتفاقية التي تحد من الضمان القانوني في العقود التي يكون فيها البائع عالما بالعيب.

تقع هذه الشروط باطلة في جميع الحالات التي يكون فيها المشتري مستهلكا، بينما تكون صحيحة في الحالة التي يجمع فيها العقد بين محترفين من نفس التخصص.

وعلى هذا الأساس سأقوم بدراسة البنود الاتفاقية التي تحد من الضمان الاتفاقي في العقود التي يكون فيها البائع عالما بالعيب على مرحلتين، حيث أتعرض بداية لدراسة مدى صحة هذه البنود في الحالة التي يجمع فيها العقد بين محترف ومستهلك، لأنقل بعد ذلك لدراسة مدى صحة هذه البنود في الحالة التي يجمع فيها العقد بين محترفين من نفس التخصص.

الفرع الأول: البنود الاتفاقية التي تحد من الضمان القانوني في العقود المبرمة بين مستهلك ومحترف.

يؤدي تطبيق نص المادة 1643 من القانون المدني الفرنسي إلى الحكم ببطلان البنود الاتفاقية التي تحد من الضمان القانوني في الحالة التي يكون فيها البائع عالما بالعيب⁽¹⁾.

ومن جهة أخرى يلاحظ أن البائع الذي يتصرف بالبيع في شيء يعلم أنه معيب يعد سيء النية، ولا يستطيع الاستفادة من الاتفاقات التي تحد من الضمان القانوني، وفق اجتهاد القضاء الفرنسي الذي اعتبر أحد الباعة سيء النية لأنه رفض السماح للمشتري بفحص هيكل البناء محل البيع عن طريق اللجوء إلى خبير، مع علمه بوجود عيب فيه، مما يستوجب الحكم ببطلان الاتفاقات التي أدرجها في العقد بغية الحد من الضمان القانوني⁽²⁾.

ذلك أن المشرع الفرنسي إذا كان قد نص صراحة بموجب المادة 1643 من القانون المدني على بطلان الاتفاقات التي تحد من الضمان القانوني في الحالة التي يكون

(1) Cass.com. 24 Novembre 1992, RJDA 1993, n° 102, page 102.

(2) Bordeaux, 1^{ère}. civ. 27 Septembre 1995. JCP 1996, édition G.IV.573.

فيها البائع عالما بالعيب، فإن هذه القاعدة تتوسع بالنظر إلى اجتهاد القضاء الفرنسي القاضي باعتبار البائع المحترف عالما بالعيب، مما يترتب عليه بطلان جميع الشروط التي تحد من الضمان لمصلحة البائعين المحترفين.

ذلك ما يجمع عليه القضاء الفرنسي لا فرق بين ما إذا كان الأمر متعلقا ببند اتفاقية منقصة للضمان القانوني أو مسقطة له⁽¹⁾.

وعلى مستوى النصوص التشريعية يلاحظ أن ذلك هو ما كرسه في البداية القانون الصادر في العاشر من جانفي 1978⁽²⁾ ومرسومه التطبيقي الصادر في الرابع والعشرين مارس 1978 المتعلق بالشروط التعسفية والهادف إلى حماية المستهلك⁽³⁾.

فقد نص المشرع الفرنسي بموجب المادة الثانية من هذا المرسوم التي أدرجت ضمن قانون الاستهلاك الفرنسي بموجب المادة R 132-1 على منع إدراج الشروط التي تهدف إلى الحد من حق المشتري في التعويض أو إسقاطه، في حالة ما إذا أخل البائع المحترف بأحد التزاماته وكان المشتري مستهلكا على أساس أن مثل هذه الشروط تعد شروطا تعسفية⁽⁴⁾.

(1) Versailles, 22 Avril 1988, Gaz. Pal. 1989, 1, Somm. Page 34. Et Cass. com 22 Janvier 1974. D 1974, page 288. Et Cass. civ. 1^{ère}, 5 Mai 1982, Bull.civ.I, n°163. Et Cass. civ. 1^{ère}, 17 Mai 1985, Bull. civ. n° 324. Et Cass. civ. 3^{ème}, 10 Octobre 1978. D. 1979. IR. Page 60. Et Cass. com. 28 Janvier 1974. JCP. 1974, édition G, II.1852, obs. Larroumet. Et Cass. civ. 3^{ème}, 3 Janvier 1984, Bull. civ. III, n°4.

(2) Loi n° 78-23 du 10 Janvier 1978 sur la protection et l'information des consommateurs de produits et de services.

(3) Décret d'application n° 78-464, J.O du 1^{er} Avril 1978, entré en vigueur le 1^{er} Avril 1978 .

(4) تنص المادة الثانية من المرسوم الصادر في 28 مارس 1978 المتعلق بالشروط التعسفية والهادف إلى حماية المستهلك على ما يلي:

«Dans les relations entre vendeur professionnel et acheteur non professionnel ou consommateur, est interdite comme abusive la clause ayant pour objet ou pour effet de supprimer ou de réduire le droit à réparation du non professionnel ou consommateur en cas de manquement par le professionnel à l'une de ses obligations.»

وأكثر من ذلك يلاحظ أن لجنة الشروط التعسفية⁽¹⁾ أصدرت في تقريرها لسنة 1978 جملة من الشروط التي أوصت باعتبارها تعسفية⁽²⁾.

وبالإطلاع على هذا التقرير نجد أن لجنة الشروط التعسفية ذهبت إلى أن بعض الشروط المدرجة في عقود البيع تعد باطلة بقوة القانون، كما هو الأمر بالنسبة للشرط الذي يهدف إلى الحد من الدعاوى المتاحة في إطار الضمان القانوني أو إسقاطها، وبالنسبة للشرط الذي يعفي البائع المحترف أو ينقص من التزامه بالتعويض عن الضرر الجسماني أو المادي الذي يتسبب فيه العيب الخفي للشيء المبيع⁽³⁾.

إن الهدف من وراء اعتبار هذه الشروط تعسفية يتمثل في حماية المستهلك الذي استفاد من جملة من القواعد القانونية والاجتهادات القضائية.

(1) تم إنشاء لجنة الشروط التعسفية بموجب القانون رقم 78-23 المؤرخ في 10 جانفي 1978 الذي نظم عملها بموجب المادتين 36 و 38 اللتين تم إدراجهما في قانون الاستهلاك الفرنسي آنذاك ضمن المواد: L132-3 و L 132-2 و L132-5 و L132-4.

(2) Recommandation n° 79-01 relative aux clauses abusives insérées dans les contrats de garantie, BOSP du 24 Février 1979.

(3) جاء في هذا التقرير ما يلي:

Que soient éliminés de contrats conclus entre professionnels et non professionnels ou consommateur les clauses suivantes, nulles de plein droit du fait du contenu de la garantie légale ayant pour objet ou pour effet :

2- de supprimer ou de limiter l'une des actions prévues dans le cadre de la garantie légale.

6- de supprimer ou de réduire l'obligation pour le professionnel de réparer certains dommages corporels ou matériels dont la cause reconnue est le défaut ou vice caché de la chose vendue.

هذا الاتجاه كرسه أيضا القانون 95-96 المؤرخ في الفاتح من فبراير 1995 المتعلق بالشروط التعسفية⁽¹⁾ الذي عدل المادة L 132-1 وما يليها من قانون الاستهلاك بمناسبة مطابقة القانون الفرنسي مع التوجه الأوروبي رقم 93-93 المؤرخ في 05 أبريل 1993 والمتعلق بالشروط التعسفية المدرجة ضمن العقود المبرمة مع المستهلكين⁽²⁾.

بالفعل لقد أدرج المشرع الفرنسي بموجب المادة L 132-1 من قانون الاستهلاك بمناسبة مطابقة القانون الفرنسي مع التوجه الأوروبي المتعلق بالشروط التعسفية تعريفا جديدا للشرط التعسفي⁽³⁾، معتبرا أنه كل شرط يؤدي إلى عدم توازن حقوق والتزامات طرفي العقد لمصلحة المتعاقد المحترف وعلى حساب المتعاقد المستهلك⁽⁴⁾.

(1) Loi n° 95-96 du 1^{er} Février 1995 concernant les clauses abusives et la présentation des contrats et régissant diverses activités d'ordre économique et commercial, J.O du 02 Février 1995, page 1755. JCP1995. 67286.

(2) Directive européenne n° 93-13 du 5 Avril 1993 concernant les clauses abusive dans les contrats conclus avec les consommateurs, JOCE n° L 95-29 du 21 Avril 1993.

وفيما يتعلق بمطابقة القانون الفرنسي مع التوجه الأوروبي المتعلق بالشروط التعسفية يراجع ما يلي: A.Karimi/ les modifications des dispositions du code de la consommation concernant les clauses abusives par la loi 95-96 du 1^{er} Février 1995, petites aff. 1995, n° 54, page 4. Et Marchessaux-Van Melle/ L'application en France de la directive visant à éliminer les clauses abusives et la présentation des contrats dans la loi n° 95-96 du 1^{er} Février 1995. JCP 1995, édition G, I, 3854. Et G.Raymond/ Observations à propos de la loi n° 95-96 du 1^{er} Février 1995, Contrats, concur. et consom.1995, n° 55 et 56. Et G.Paisant/ Les clauses abusives et la présentation des contrats dans la loi n° 95-96 du 1^{er} Février 1995, D. 1995, chron, page 99.

(3) عدل المشرع الفرنسي بموجب هذا القانون عن تعريف الشرط التعسفي الوارد ضمن المادة 35 من القانون المؤرخ في 10 جانفي 1978 التي اعتمدت في تقدير الطابع التعسفي للبنود الاتفاقية على البحث فيما إذا كان الشرط مفروضا بموجب تعسف المحترف الذي يستغل قوته الاقتصادية من أجل الحصول على امتياز مفرط.

(4) تنص المادة L 132-1 من قانون الاستهلاك في فقرتها الأولى على ما يلي:

« Dans les contrats conclus entre professionnels et non-professionnels ou consommateurs, sont abusives les clauses qui ont pour objet ou pour effet de créer, au détriment du non-professionnel ou du consommateur, un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat. »

هذا وقد أعلن المشرع الفرنسي بموجب الفقرة الثالثة من المادة 1-132 L من قانون الاستهلاك عن إدراج ملحق يتضمن جملة من الشروط التعسفية، ذاهبا إلى أن هذه اللائحة واردة على سبيل المثال لا الحصر، وأنه في حال حصول نزاع حول هذه الشروط لا يعفى المدعي من تقديم الدليل على أنها تعسفية⁽¹⁾.

وبالاطلاع على هذه الشروط يلاحظ أن المشرع الفرنسي اعتبر ضمن أحدها أن المحترف يعد متعسفا في حالة ما إذا أدرج شرطا مفاده الحد من حقوق المستهلك أو إنقاصها عند عدم تنفيذ المحترف أحد التزاماته كليا أو جزئيا⁽²⁾.

غير أنه يلاحظ أن قانون تحديث الاقتصاد المؤرخ في 4 أوت 2008⁽³⁾ أعلن عن وجوب تعديل المادة 1-132 L من قانون الاستهلاك، وهو ما حدث بموجب المرسوم التطبيقي رقم 2009-302 المؤرخ في 18 مارس 2009 الذي دخل حيز التطبيق في 21 مارس 2009⁽⁴⁾ والذي ألغى اللائحة التي تضمنتها المادة 1-132 L من قانون الاستهلاك الذي أصبح ينص على لائحة جديدة تتكون من 22 بندا اتفاقيا يوصف بعضها بالسوداء

(1) تنص المادة 1-132 من قانون الاستهلاك الفرنسي على ما يلي:

«Une annexe au présent code comprend une liste indicative et non exhaustive de clauses qui peuvent être regardés comme abusives si elles satisfont aux conditions posées au premier alinéa. En cas de litige concernant un contrat comportant une telle clause, le demandeur n'est pas dispensé d'apporter la preuve du caractère abusif de cette clause. »

(2) نص المشرع الفرنسي بموجب الملحق المتضمن لجملة الشروط التعسفية على ما يلي:

« Clause ayant pour objet ou pour effet d'exclure ou de limiter de façon inappropriée les droits légaux du consommateur vis-à-vis du professionnel ou d'une autre partie en cas de non exécution totale ou partielle ou défectueuse par le professionnel d'un quelconque des obligations... »

(3) Loi n° 2008- 776 du 4 Aout 2008 sur la modernisation de l'économie, J.O.R.F du 5 Aout 2008, page 12471.

(4) Décret n° 2009-302 du 18 mars 2009 portant application de l'article L. 132-1 du code de la consommation, J.O.R.F n° 0067 du 20 Mars 2009, page 5030, texte n° 14.

على أساس أنها تعسفية بقوة القانون⁽¹⁾، ويوصف بعضها الآخر بالرمادي لأن المحترف هو الذي يتعين عليه تقديم الدليل على أنها ليست تعسفية عند حصول نزاع في هذا المنحى⁽²⁾.

هذا وفي الفاتح من جويلية 2010 أصدر المشرع الفرنسي قانونا جديدا عدل بموجبه بعض أحكام قانون الاستهلاك⁽³⁾.

وبالإطلاع على هذا القانون يتبين أن التعديل قد طال بموجب المادة 62 منه الأحكام المتعلقة بالشروط التعسفية.

واللافت أن هذا القانون قد احتفظ بتعريف الشرط التعسفي الوارد في المادة 132-1 التي صدرت بموجب المرسوم رقم 2009-302 المؤرخ في 18 مارس 2009، كما أنه احتفظ باللائحيتين السوداء والرمادية للشروط التعسفية.

وبذلك فإن القاضي الفرنسي الذي يطلب منه تقدير ما إذا كان الشرط المدرج ضمن العقد تعسفيا أم لا⁽⁴⁾ يمكنه الاستعانة بعد كل هذه التعديلات باللوائح التالية:

(1) للإطلاع على لائحة الشروط التعسفية السوداء تراجع المادة 1-132 R من قانون الاستهلاك المعدلة بموجب المرسوم رقم 2009-302 المؤرخ في 18 مارس 2009.

(2) للإطلاع على لائحة الشروط التعسفية الرمادية تراجع المادة 2-132 R من قانون الاستهلاك المعدلة بموجب المرسوم رقم 2009-302 المؤرخ في 18 مارس 2009.

(3) Loi n° 2010-737 du 1^{er} juillet 2010 portant réforme du crédit à la consommation, JORF n°151 du 02 Juillet 2010.

(4) فيما يتعلق بدور القاضي الفرنسي للتدخل من أجل البحث فيما إذا كان أحد شروط العقد المبرم بين مستهلك ومحترف تعسفيا يلاحظ أن أول قرار منحه هذه السلطة هو القرار الصادر عن الغرفة المدنية الأولى في 14 ماي 1991 بموجب قضية KODAK، ولمزيد من التفاصيل يراجع ما يلي:

Cass.civ. 1^{ère}, 14 Mai 1991, Bull.civ.I, n° 153. Et JCP 1991, II, 21763.

كان ذلك قبل أن يتم منح القاضي هذه السلطة بموجب نص صريح أدرج ضمن قانون الاستهلاك الفرنسي في المادة 141 منه بمقتضى القانون المؤرخ في 4 جانفي 2008 الذي يطلق عليه اسم قانون Chatel الذي نص على أن القاضي يستطيع أن يثير من تلقاء نفسه جميع أحكام قانون الاستهلاك فيما يتعلق بالنزاعات التي تنشأ عن تطبيقه:

« Le juge peut soulever d'office toutes les dispositions du présent code dans les litiges nés de son application. »

أولاً: لائحة الشروط التعسفية التي تصدرها لجنة الشروط التعسفية:

تقوم هذه اللجنة وفق المادة R-132-6 من قانون الاستهلاك الفرنسي بمنح آرائها فيما يتعلق بطبيعة الشروط التعاقدية من حيث كونها تعسفية أم لا بناء على طلب من القاضي⁽¹⁾، ويتعين عليها طبقاً للفقرة الثالثة من نفس المادة تقديم رأيها خلال ثلاثة أشهر، دون أن يكون لهذا الرأي طابعاً إلزامياً⁽²⁾.

والواقع أن هذه اللجنة أصدرت الكثير من التوصيات فيما يتعلق بجملة من الشروط التعسفية⁽³⁾، وبالاطلاع على أعمالها يتبين أنها سارعت لمنح الطابع التعسفي للشروط التي تهدف إلى الحد من الدعاوى المتاحة في إطار الضمان القانوني أو إسقاطها، وتلك التي تعفي البائع المحترف أو تنقص من التزامه بالتعويض عن الضرر الجسماني المادي الذي يتسبب فيه العيب الخفي للشيء المباع⁽⁴⁾.

(1) تنص الفقرتين الأولى والثانية من المادة R-132-6 الصادرة بموجب المرسوم رقم 97-298 المؤرخ في 27 مارس 1997 والمنشور بالجريدة الرسمية في الثالث من أبريل 1997 على ما يلي:

"La commission peut être saisie pour avis lorsque à l'occasion d'une instance le caractère abusif d'une clause contractuelle est soulevé.

Le juge compétent demande à la commission, par décision non susceptible de recours, son avis sur le caractère abusif de cette clause tel que défini à l'article L. 132-1. L'avis ne lie pas le juge."

(2) تنص الفقرتين الأولى والثانية من المادة R-132-6 الصادرة بموجب المرسوم رقم 97-298 المؤرخ في 27 مارس 1997 والمنشور بالجريدة الرسمية في الثالث من أبريل 1997 على ما يلي:

"La commission fait connaître son avis dans un délai maximum de trois mois à compter de sa saisine. "

(3) تنشر هذه اللجنة أعمالها في موقعها الرسمي على الشبكة العنكبوتية:

www.clauses-abusives.fr

(4) جاء في هذا التقرير ما يلي:

"Que soient éliminés de contrats conclus entre professionnels et non professionnels ou consommateurs les clauses suivantes, nulles de plein droit du fait du contenu de la garantie légale ayant pour objet ou pour effet... :

2- de supprimer ou de limiter l'une des actions prévues dans le cadre de la garantie légale...

6- de supprimer ou de réduire l'obligation pour le professionnel de réparer certains dommages corporels ou matériels dont la cause reconnue est le défaut ou vice caché de la chose vendue. "

ورغم ما قد يقال من أن أعمال هذه اللجنة تعد توصيات لا تتمتع بأي قوة ملزمة بنص القانون⁽¹⁾، فإن الواقع العملي يبين بوضوح أن التوصيات التي أصدرتها لجنة الشروط التعسفية كثيرا ما اعتمدت أساسا لقرارات قضائية⁽²⁾.

أكثر من ذلك يلاحظ أن محكمة النقض الفرنسية أيدت قرارا لقضاة الموضوع مستندة على أحد توصيات لجنة الشروط التعسفية⁽³⁾، مما دفع بعض الفقه إلى القول أن محكمة النقض تعترف بدور قضائي مؤثر لهذه اللجنة⁽⁴⁾.

ثانيا: لائحة الشروط التعسفية المنصوص عليها بموجب مرسوم صادر عن

مجلس الدولة بعد استشارة لجنة الشروط التعسفية:

شملت هذه اللائحة طبقا للمرسوم الصادر في 24 مارس 1978 شرطين تعسفيين، تهتم هذه الدراسة بأحدهما فقط، وهو الشرط الذي تضمنته المادة الثانية من هذا المرسوم المدرجة ضمن قانون الاستهلاك الفرنسي بموجب المادة R 132-1، والتي تنص على منع إدراج الشروط التي تهدف إلى الحد من حق المشتري في التعويض أو إسقاطه في حالة ما إذا أخل البائع المحترف بأحد التزاماته وكان المشتري مستهلكا، على أساس أن مثل هذه الشروط تعد شروطا تعسفية⁽⁵⁾.

(1) Cass.civ. 1^{ère}, 13 novembre 1996. Rev.trim. dr.civ1997, obs. J.Mestre, page 424, et Obs. Libchaber, page 424.

(2) من أجل الاطلاع على جرد كامل للقرارات التي تشير إلى توصيات لجنة الشروط التعسفية في تسببها يراجع ما يلي:

Les actes de la Journée d'étude du 21/03/1997 sur les clauses abusives dans les contrats de consommation, INC hebdo du 12/12/1997 n°1015, spécialement l'article de M.Brasseur, Le juge de la Commission des clauses abusives : une nouvelle articulation, p.44 et p.47.

(3) Cass civ. 1^{ère}, 10 Février 1998. Dalloz affaires, 1998, page 710.

(4) R.Libchaber / Obs.sous cass. civ. 1^{ère} 13 Novembre 1996, Rev. trim. dr. civ.1997, page 791.

(5) تنص المادة الثانية من المرسوم الصادر في 24 مارس 1978 المتعلق بالشروط التعسفية والهادف إلى حماية المستهلك على ما يلي:

"Dans les relations entre vendeur professionnel et acheteur non professionnel ou consommateur, est interdite comme abusive la clause ayant pour objet ou pour effet de supprimer ou de réduire le droit à réparation du non professionnel ou consommateur en cas de manquement par le professionnel à l'une de ses obligations. "

هذه المادة عدلت بموجب المرسوم رقم 2009-302 المؤرخ في 18 مارس 2009 الذي تضمن 12 شرطا يعد تعسفيا في جميع الأحوال و10 شروط يتعين على المحترف تقديم الدليل على أنها ليست تعسفية في حالة التنازع حول طبيعتها.

لقد كان محتما الاطلاع على جميع الشروط التي اعتبرها المشرع الفرنسي تعسفية بموجب نص قانوني، إضافة إلى البحث في جميع توصيات لجنة الشروط التعسفية، من أجل التوصل إلى موقف القانون الفرنسي من الشرط الذي يقضي بالحد من الضمان القانوني في عقود البيع أو إسقاطه.

والنتيجة هي أن هذا الشرط اعتبر منذ السبعينات شرطا تعسفيا بموجب أول مرسوم صدر بخصوص الشروط التعسفية، مانعا إدراج الشروط التي تهدف إلى الحد من حق المشتري في التعويض أو إسقاطه في حالة ما إذا أخل البائع المحترف بأحد التزاماته وكان المشتري مستهلكا.

ومن جهة أخرى يلاحظ أن المشرع الفرنسي قد نص بموجب المرسوم رقم 2009-302 المؤرخ في 18 مارس 2009 على أن الشرط الذي يقضي بحرمان المشتري كليا من الحق في التعويض عن الضرر الذي لحقه بسبب امتناع البائع المحترف عن تنفيذ أحد التزاماته يعد شرطا تعسفيا، شأنه في ذلك شأن الشرط الذي ينقص من حق المشتري المستهلك من حقه في التعويض عن نفس الضرر.

كما يلاحظ أيضا أن القانون رقم: 2010-737 المؤرخ في 1 جويلية 2010 والمعدل لقانون الاستهلاك الفرنسي قد استمر في اعتبار هذا الشرط شرطا تعسفيا أسود بسكوته عن تعديل لائحتي الشروط التعسفية السوداء والرمادية.

لقد ورد هذا الشرط إذن ضمن لائحة الشروط التعسفية السوداء، مما يعني أنه يعد شرطا تعسفيا في جميع الأحوال التي يرد فيها ضمن عقد يجمع بين محترف ومستهلك، دون أن يطالب هذا الأخير بتقديم الدليل على أن الأمر يتعلق بشرط تعسفي.

وبذلك يلاحظ أن مجال أعمال الشروط التعسفية يتمثل في العقود التي تجمع بين المحترفين والمستهلكين، مما يجعل عبارة المستهلك تتكرر تشريعا وقضاء، ليجمع الكل على وجوب حمايته من التعسف ضمن العقود التي يبرمها، ومن تم فإن هناك سؤال مهم يطرح نفسه يتمثل في تحديد المقصود بهذا المصطلح. فمن هو الشخص الذي تنطبق عليه صفة المستهلك ليكون جديرا بالحماية؟

تظهر أهمية الإجابة عن هذا التساؤل في أنها ستحدد في النهاية مجال أعمال النصوص القانونية التي اعتمدت بغية حماية المستهلك من الاتفاقات التي تعفي البائع من الضمان أو تسقطه عنه تماما.

والواقع أن لجنة الشروط التعسفية سارعت إلى تعريف المستهلك بقولها إنه كل شخص لا يتعاقد من أجل تحقيق حاجيات تتعلق بمهنته⁽¹⁾.

نفس هذا التعريف اعتمده الغرفة المدنية الأولى لمحكمة النقض الفرنسية قبل أن تتجه إلى التوسيع من الحالات التي ينطبق فيها وصف المستهلك على المشتري⁽²⁾.

كان ذلك بمناسبة قرار شهير صدر عنها بتاريخ 28 أبريل 1987 حين ذهبت إلى أن معيار إطلاق لفظ المستهلك لا يتمثل فيما إذا كان الشخص يهدف إلى تلبية حاجيات تتعلق بمهنته، وإنما في البحث عما إذا كان العقد متعلقا بمجال تخصصه⁽³⁾.

فعلا. لقد عرفت الغرفة المدنية الأولى لمحكمة النقض الفرنسية المستهلك في القرار المذكور بقولها إنه كل من يشتري شيئا لتلبية حاجيات شخصية أو حاجيات مهنية طالما أن الأمر لا يتعلق بمجال تخصصه⁽⁴⁾.

(1) Patricia Jachmig-Joly/ thèse précitée, page 457.

(2) Cass.civ. 1^{ère}, 15 Avril 1986, Bull. civ I, n° 90, D. 1986, somm. page 393.

(3) Cass.civ. 1^{ère}, 28 Avril 1987, D. 1987, somm. page 455, obs. J.L.Aubert. Et JCP1987, édition G, II, 20893, obs. G.Paisant. Et Rev.trim.drt.civ.1987, page 537, obs. J. Mestre.

(4) جاء في إحدى حيثيات هذا القرار تعريفا للمستهلك بقول الغرفة المدنية الأولى:

"Doit être considéré comme tel-cosommateur- celui qui achète un bien, que ce soit pour ses besoins propres ou ceux de son activité professionnelle, dès lors qu'il s'agit d'un domaine qui ne relève pas de sa compétence. "

وبالاطلاع على وقائع هذه القضية التي خرجت فيها الغرفة المدنية الأولى عن تعريف المستهلك الذي اعتمده لجنة الشروط التعسفية، يلاحظ أن الأمر كان متعلقا بشركة توكيلات عقارية قامت بشراء جهاز إنذار، اعتبرته الغرفة المدنية الأولى بعيدا عن نشاط الشركة، التي تعد مستهلكا عاديا، لعدم تعلق محل العقد بنشاطها المعتاد.

والواقع أن الغرفة المدنية الأولى تكون بذلك قد وسعت من الحالات التي يعتبر فيها الشخص مستهلكا، من حيث كونها منحت هذا الوصف لكل من يقوم بشراء شيء يخرج من مجال تخصصه، دون التفرقة في ذلك بين ما إذا كان ذلك بهدف تحقيق حاجة شخصية أو مهنية.

أما لجنة الشروط التعسفية فقد اعتبرت أن المستهلك هو من يفتني شيئا من أجل تلبية حاجة شخصية غير متعلقة بمهنته.

وبناء على ذلك فإن لفظ المستهلك وفق ما جاء في قرار الغرفة المدنية الأولى أوسع من ذلك الذي جاءت به لجنة الشروط التعسفية.

ولما كانت الشروط التي تحد من الضمان القانوني أو تسقطه باطلة في الحالة التي يجمع فيها العقد بين محترف ومستهلك، فإن مجال صحة اتفاقات الضمان وفق تعريف لجنة الشروط التعسفية للمستهلك أوسع من مجال صحة هذه الشروط وفق تعريف المستهلك المعتمد في قرار الغرفة المدنية الأولى لمحكمة النقض الفرنسية.

بالفعل. إن التوسيع من الحالات التي يعتبر فيها المشتري مستهلكا من شأنه أن يؤدي بالضرورة إلى زيادة نسبة العقود التي تعتبر فيها شروط الضمان الاتفاقي باطلة عند نصها على الحد من الضمان القانوني أو إسقاطه.

تلك هي النتيجة التي يتوصل إليها من يحاول استقراء تعريف المستهلك وفق ما جاءت به الغرفة المدنية الأولى مقارنة بالتعريف الذي تبنته لجنة الشروط التعسفية.

غير أن هذه النتيجة التي تغري كل من يسعون إلى تحقيق أكبر حماية ممكنة للمستهلكين لم تمنع بعض الفقه الفرنسي من الدعوة إلى تبني مفهوما ضيقا للمستهلك، ذاهبا إلى أن وصف المستهلك لا ينطبق على كل من يبرم عقدا له علاقة مباشرة بمهنته⁽¹⁾.

هذا التعريف يقترب من ذلك الذي نص عليه التوجه الأوروبي الصادر في 05 أبريل 1993 والمتعلق بالشروط التعسفية في مادته الثانية حين نص على أن المستهلك هو كل شخص طبيعي يتصرف من أجل تحقيق غايات لا تدخل في إطار نشاطه المهني⁽²⁾.

وبالرجوع إلى الفقه الفرنسي يلاحظ أن هناك من يؤيد موقف الغرفة المدنية الأولى التي اعتبرت أن المستهلك هو كل من يشتري شيئا لتلبية حاجيات شخصية أو حاجيات مهنية طالما أن الأمر لا يتعلق بمجال تخصصه⁽³⁾.

ومن جهة أخرى يناهز جانب فقهي آخر بالعودة إلى المفهوم الضيق للمستهلك لكونه مطابق للتعريف الذي جاء في التوجه الأوروبي المتعلق بالشروط التعسفية⁽⁴⁾.

ومهما يكن من أمر يلاحظ أن مرد هذا الاختلاف الفقهي يتمثل في سكوت المشرع الفرنسي عن تعريف مصطلح المستهلك.

كما يلاحظ أيضا أن مفهوم المستهلك، وفق ما ذهب إليه الغرفة المدنية الأولى لمحكمة النقض الفرنسية، من شأنه إطلاق لفظ المستهلك على المحترف الذي يختلف تخصصه عن تخصص البائع وإفادته بالحماية القانونية التي يحضى بها المستهلكين، من حيث بطلان شروط الضمان الاتفاقي التي تسقط الضمان القانوني أو تحد منه.

(1) G.Paisant/ sous. cass.civ. 1^{ère}. 24 Janvier 1995, D. 1995, page 327.

(2) تنص المادة الثانية من التوجه الأوروبي الصادر في 05 أبريل 1993 والمتعلق بالشروط التعسفية على ما يلي:

"Aux fins de la présente directive on entend par consommateur toute personne physique qui agit à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité professionnelle. »

(3) J.Huet/ Garantie légale contre les vices cachés, clauses relatives à la garantie, Juriscl.civ. Art.1641 à 1649, fasc.330, 1994, n° 34.

(4) L.Leveneur/ Vente entre professionnels et clauses limitatives de responsabilité, contrats. concur. et consom.1994, chron. n°3.

غير أن الأمور تختلف في الحالة التي يجمع فيها العقد بين متعاقدين محترفين من نفس التخصص.

ذلك ما أتعرض إليه ضمن العنوان الموالي، محاولة دراسة مدى صحة البنود الاتفاقية التي تحد من الضمان القانوني في الحالة التي يجمع فيها العقد بين محترفين من نفس التخصص.

الفرع الثاني: البنود الاتفاقية التي تحد من الضمان القانوني في العقود المبرمة بين محترفين من نفس التخصص.

كانت محكمة النقض الفرنسية في البداية تقضي بعدم مشروعية البنود الاتفاقية التي تحد من الضمان القانوني، ذاهبة إلى أن كون المشتري محترفا لا يغير الحقيقة التي مفادها أن البائع المحترف يعلم جميع العيوب التي تكتمف المبيع، ولا يستطيع إسقاط الضمان⁽¹⁾.

هذا الموقف كان محل نظر محكمة النقض الفرنسية بمناسبة قرارين شهيرين صدر أولهما في سنة 1973 وصدر ثانيهما سنة 1975.

فبتاريخ الثامن من أكتوبر 1973 أصدرت الغرفة التجارية لمحكمة النقض الفرنسية قرارا حرمت فيه مشتري شاحنة من الحق في الرجوع على البائع، في قضية يتعلق الأمر فيها بعقد جمع بين صاحبي مرأبين، على أساس أن البائع لم يدلس على المشتري وأنه باع دون أي ضمان في عقد جمع بين محترفين من نفس التخصص⁽²⁾.

(1) Cass.civ. 3^{ème}, 7 Février, Bull.civ.III. n°109. Et Cass.com. 20 Juillet 1993, Bull. civ. n° 234.

(2) Cass.com. 8 Octobre 1973, JCP 1975, édition G. II. 17927, note J.Ghestin.

ويراجع فيما يتعلق بتحليل هذا القرار لمزيد من التفاصيل ما يلي:

Ph. Malinvaud/ Pour ou contre la validité des clauses limitatives de garantie des vices cachés dans la vente, JCP 1975, édition G, I, 2690, n° 10. Et J Bigot/ Plaidoyer contre les clauses limitatives de garantie et de responsabilité dans les contrats de vente et de fourniture entre les professionnels, JCP.1976. édition.G.I.2755, n° 5.

وفي الثامن من جويلية 1975 أصدرت الغرفة التجارية لمحكمة النقض الفرنسية قرارا آخر نقضت فيه قرار قضاة الموضوع الذين قاموا بإعمال بند اتفاقي يحد من الضمان القانوني بمناسبة عقد بيع جمع بين محترفين من نفس التخصص⁽¹⁾.

غير أن تسبب هذا القرار لم يكن متمثلا في خرق المادة 1643 من القانون المدني الفرنسي، وإنما في انعدام التأسيس القانوني بناء على أن قضاة الموضوع لم يبحثوا عما إذا كان طرفي عقد البيع محترفين من نفس التخصص⁽²⁾.

وفي تحليل هذا القرار ذهب كل من الفقيه: Ghestin و Goubeau و abre-Magnan إلى أن محكمة النقض الفرنسية تعتمد موقفا جديدا ولكنه غير صريح، ذلك أنها تعيب على قضاة الموضوع عدم بحثهم عما إذا كان البائع والمشتري محترفين من نفس التخصص لتقدير صحة البند الاتفاقي الذي يحد من الضمان، داعية القضاة الذين سيحال عليهم النزاع إلى القيام بذلك، رغم أن الأمر يتعلق بدعوة غير مباشرة: إنه موقف جديد ولكنه غير صريح بشكل يجعله يرقى إلى مرتبة المبدأ القانوني⁽³⁾.

وبذلك تكون محكمة النقض الفرنسية قد وضعت استثناء عن المبدأ الذي يقضي بعدم مشروعية البنود الاتفاقية التي تحد من ضمان المحترف عندما يتعلق الأمر بعقد يجمع بين محترفين من نفس التخصص⁽⁴⁾.

ومع ذلك نادى الفقيه الفرنسي: Ghestin في مقال منفرد بضرورة الحذر عند تفسير هذا القرار الذي لا يشكل تحولا حقيقيا، وإنما مجرد إشارة لوجود اتجاه جديد يستنتج عن طريق التفسير بمفهوم المخالفة⁽⁵⁾.

(1) Cass.com. 8 Juillet 1975. Bull. civ.IV. n° 164.

(2) A.Plancqueel/ Gaz. Pal. 1976.I. page 324. Et JCP.1976. édition G.II.18332.

(3) J.Ghestin et G.Goubeau et M.Fabre-Magnan/ Traité de droit civil, introduction générale, LGDJ, 4^{ème} édition 1994, page 486, n° 524.

(4) J.Ghestin et G.Goubeau et M.Fabre-Magnan/ Traité de droit civil, introduction générale, précité, page 486.

(5) J.Ghestin/ note sous Cass.civ.3^{ème}. 30 Octobre 1978. Et Cass com. 6 Novembre 1978, JCP 1979, édition G.II, 19178.

هذا الاتجاه أصبح أكثر صراحة ووضوحاً بمناسبة القرارات الموالية التي أكدت الموقف الجديد لمحكمة النقض الفرنسية حين الفصل في قضيتين شهيرتين في الثلاثين من أكتوبر 1978 والسادس نوفمبر من نفس السنة⁽¹⁾.

هذين القرارين أكداً على تكريس مبدأ مشروعية البنود الاتفاقية التي تحد من الضمان عندما يتعلق الأمر بعقد بيع يجمع بين محترفين من التخصص ذاته⁽²⁾.

ذلك أن محكمة النقض الفرنسية أيدت في غرفتها المدنية الثالثة قضاة الموضوع الذين أقروا صحة البنود الاتفاقية التي تحد من الضمان القانوني في العقود المبرمة بين محترفين من نفس التخصص⁽³⁾.

ومن جهة أخرى يلاحظ أن الغرفة التجارية لمحكمة النقض الفرنسية ذهبت صراحة إلى رفض إفادة البائع بشرط عدم الضمان بعد تقديرها بأن البيع لم يجمع بين محترفين من نفس التخصص⁽⁴⁾.

وهكذا توالت القرارات الصادرة عن محكمة النقض الفرنسية التي ألقت الضوء على العقود الجامعة بين محترفين من نفس التخصص، وتلك التي تجمع بين محترفين من

(1) Cass.civ. 3^{ème}, 30 Octobre 1978, et Cass.com. 6 Novembre 1978, JCP 1979, édition G.II.19178, note J.Ghestin. Et Rev.tri.dr.civ.1979, page 392, note G.Cornu.

(2) JCP 1979, édition G.II.19178, note J.Ghestin. Et Rev.tri.dr.civ.1979, page 392, note G.Cornu.

(3) جاء في إحدى إحدائيات هذا القرار ما يلي:

"Mais attendu, d'une part, qu'après avoir relevé la qualité de vendeur professionnel de la même spécialité, la garantie du vendeur ne pouvait être invoquée lorsqu'une clause de non garantie des vices cachés était insérée dans l'acte. »

(4) جاء في إحدى إحدائيات هذا القرار ما يلي:

" Mais attendu d'une part, qu'après avoir relevé la qualité de vendeur professionnel de materiel de chantier de la société P., la cour d'appel retient que P. entrepreneur de terrassement, et un client utilisateur et non un mécanicien professionnel de la même spécialité, qu'elle a pu, dès lors considérer que la société P.ne pouvait, en invoquant une clause d'exclusion figurant sur le bon de commande, se soustraire à la responsabilité encourue du fait des vices cachés. "

تخصصات مختلفة، فيما يتعلق بدراسة مشروعية الاتفاقات التي تعفي من الضمان القانوني⁽¹⁾.

إن القاسم المشترك بين هذه القرارات يتمثل في أنها تقر بمشروعية الاتفاقات التي تحد من الضمان القانوني في الحالة التي يكون فيها كل من البائع والمشتري محترفا من نفس التخصص⁽²⁾.

أما تقدير ما إذا كان طرفي العقد محترفين من نفس التخصص فإنه يخضع لسلطة قضاة الموضوع المطلقة⁽³⁾.

وتبعاً لذلك اعتبر قضاة الموضوع أن بائع الشاحنة ليس من نفس تخصص الناقل⁽⁴⁾، وأن من يمتحن بيع العتاد الفلاحي ليس مشتركاً في التخصص مع الفلاح⁽⁵⁾، شأنه في ذلك شأن كل من بائع مواد كهربائية والكهربائي الذي يقوم باقتناء هذه المواد⁽⁶⁾.

هذا ويلاحظ أن محكمة النقض الفرنسية، وإن كانت قد أقرت بمشروعية الشروط الاتفاقية المنقصة للضمان القانوني والمعفية منه، في الحالة التي يجمع فيها العقد بين محترفين، فإنها تقلل من نسبة مشروعية هذه الشروط حين تذهب إلى أنها لا ترتب أي أثر قانوني في الحالة التي لا يكون فيها العيب قابلاً للكشف وفي الحالة التي يكون فيها كشفه محتاجاً إلى عناية خاصة⁽⁷⁾.

(1) Cass.com. 23 Juillet 1992, contrats concur.et consom.1992, n° 220, note Leveneur. Et Cass.com. 3 Décembre 1985, Bull. civ. IV. n° 287. Et Cass.com. 22 Juin 1993, Bull.civ.IV. n° 267. Rev.trim.drt. civ. 1994, page 342, Obs. B. Bouloc.

(2) L.Leveneur/ vente entre professionnels et clauses limitatives de responsabilité, contrats. concur. et consom.1994.chron.page 3.

(3) Contrats conc.et consom.1996, n° 96, note L Leveneur. Et Cass. civ.1^{ère}. 20 Février 1996, Rev.trim.drt.com. 1996, page 514, note B.Bouloc.

(4) Rouen, 24 Octobre 1991.Juris-Data n° 048878.

(5) Metz, 10 Décembre 1991, Juris-Data n° 049135.

(6) Dijon, 17 Mai 1994, Juris-Data n° 043042.

(7) Cass. com. 30 Novembre 1991, Bull. civ. IV, n° 391. Et Cass. civ. 1^{ère}, 20 février 1996, Rev. trim. drt. com. 1996, page 514, obs. B.Bouloc. Et L. Leveneur/ Contrats conc. Et consom.1996, n° 96.

ومهما يكن من أمر فإن الشروط المعفية من الضمان لا ترتب أي أثر قانوني ما لم تكن محل تفاوض بين طرفي عقد البيع، بالإضافة إلى أن المشتري يجب أن يكون أهلا لتقدير المخاطر الناشئة عن العقد الذي يشمل الشرط المعفي من الضمان⁽¹⁾.

ومع ذلك فإن هذا الشرط يعد في نظر بعض الفقه الفرنسي شرطا أسديا في جميع الأحوال⁽²⁾.

هذا الموقف قد يجد ما يبرره في أن البائع يعد مخلا بالتزامه في حالة تسليمه شيئا معيبا لا فرق في ذلك بين ما إذا كان المتعاقد معه محترفا أو غير محترف.

فما وجه التفرقة إذن بين ما إذا كان البائع محترفا أو غير محترف في تقدير صحة البنود الاتفاقية المعفية من الضمان؟

الواقع أن هذه التفرقة تجد أساسها في نص قانوني واجتهاد قضائي.

يتعلق الأمر تشريعا بنص المادة 1643 من القانون المدني الفرنسي التي تقضي بجواز الاتفاق على الحد من الضمان القانوني في الحالة التي لا يكون فيها البائع عالما بالعيب⁽³⁾.

أما قضاء فقد استقر القضاء الفرنسي على افتراض علم البائع المحترف بالعيوب التي تعترى المبيع⁽⁴⁾.

والجمع بين النص القانوني والاجتهاد القضائي يؤدي في النهاية إلى بطلان البنود المعفية من الضمان كلما كان البائع محترفا.

(1) Ph. Malinvaud/ Pour ou contre la validité des clauses limitatives de garantie de vices cachés dans la vente, JCP 1975, édition G.I, 2690, n° 21.

(2) J.Bigot/ Plaidoyer pour les clauses limitatives de garantie et de responsabilité dans les contrats de vente et de fourniture entre les professionnels, JCP 1996, édition G. I. 2755, n° 26.

(3) تنص المادة 1643 من القانون المدني الفرنسي على ما يلي:

Il - le vendeur - est tenu des vices cachés, quand même il ne les aurait pas connus, à moins que, dans ce cas, il n'est stipulé qu'il ne sera obligé à aucune garantie.

(4) من أجل الإطلاع على موقف القضاء الفرنسي من البائع المهني تفصيلا تراجع الصفحة 137 إلى 139 من هذا البحث.

هذه القاعدة تعرف استثناء يتمثل في الحالة التي يكون فيها المشتري هو أيضا
محترف من نفس تخصص البائع.

ذلك أن المشتري المحترف في هذه الحالة عالما بالعيب شأنه في ذلك شأن
البائع المحترف.

فعندما يكون المشتري محترفا من نفس تخصص البائع يستطيع أن يكشف العيوب
التي تعترى المبيع ما لم تكن غير قابلة للكشف.

وأكثر من ذلك يلاحظ أن المشتري إذا كان متخصصا قادرا على كشف العيب،
فإن أحد شروط ضمان عيوب المبيع الخفية يكون غير متوفرا لأن العيب يكون حينئذ
ظاهرا بالنسبة له.

الخلاصة

خرجت من هذا البحث بجملة من الملاحظات والاستنتاجات تتعلق بالموضوع، ارتأيت أن أختتم الدراسة بالتطرق إليها، بعد التعرض لملاحظات أخرى تتعلق بمصادر البحث المعتمدة على النحو الآتي:

I- ملاحظات تتعلق بمصادر البحث.

أولاً - إن أكثر ما أثار انتباهي عند البحث في موقف فقهاء الشريعة الإسلامية من مختلف الإشكاليات التي يثيرها موضوع ضمان عيوب المبيع الخفية كان متمثلاً في تنوع الحلول واختلافها لدى مختلف المذاهب الفقهية، وفي إطار نفس المذهب أيضاً، مما يدل على اتساع الأفق و سعة النظر.

هذه الاستفاضة في البحث والثراء في الحلول والأفكار من شأنه أن يثير فضول أي باحث في موضوع ضمان عيوب المبيع الخفية، لا سيما وأن الأمر يتعلق بمصدر من مصادر القانون بصريح نص المادة الأولى من القانون المدني الجزائري الذي جعل الشريعة الإسلامية مصدراً أساسياً بعد التشريع مباشرة.

وعلى هذا الأساس كان لا بد من جمع ما اعتمده مختلف فقهاء شريعتنا الغراء على اختلاف مذاهبهم بخصوص موضوع ضمان عيوب المبيع الخفية، سواء فيما يتعلق بشروط قيام هذا الالتزام أو آثاره.

ثانياً- ارتأيت أن أتعرض أحياناً لموقف كل من التشريع اللبناني والمغربي اللذين اعتمدا نصوصاً تختلف في كثير من الأحيان عن تلك المدرجة ضمن كل من القانون الجزائري والمصري.

كان ذلك من أجل المفاضلة بين الحلول التشريعية المعتمدة، قصد العمل على التوصل إلى أفضلها بالنسبة لأطراف العلاقة القانونية.

ثالثا- لم يكن من الممكن التطرق لموضوع ضمان عيوب المبيع الخفية دون التطرق للقانون الفرنسي الذي يمتاز عن قوانيننا العربية بتدخل الفقه في كل تفاصيله.

ذلك ما يتجلى مرة أخرى بالنسبة لموضوع ضمان عيوب المبيع الخفية الذي كتب فيه الفقه الفرنسي بغزارة من أجل التأثير على القضاء الذي كثيرا ما لجأ إلى إعادة تكييف وقائع الدعاوى المرفوعة أمامه بما يتناسب مع مصلحة المشتري باعتباره الطرف الأضعف في العلاقة القانونية.

رابعا- يلاحظ أيضا أن ما يميز القانون الفرنسي عن قوانيننا العربية يتمثل في نشر الأحكام والقرارات القضائية لديهم أولا بأول، مما يسمح للفقه هناك باستعراض آرائه التي تنير الباحث في الموضوع.

ذلك هو ما يفسر أن عدد الاجتهادات القضائية الفرنسية المعتمد عليها في هذا البحث يفوق بكثير عدد الأحكام والقرارات القضائية الصادرة عن القضاء الجزائري الذي حاولت قدر المستطاع الاستشهاد به.

II- ملاحظات تتعلق بموضوع البحث:

أولا- ظهرت في فرنسا رغبة متنامية في حماية المستهلك باعتباره الطرف الضعيف في العلاقة القانونية قبل صدور قانون الاستهلاك الفرنسي، لا سيما بعد إنشاء تجمعات لحماية المستهلكين، مما أدى بالقضاء الفرنسي إلى تفسير النصوص التشريعية لضمان عيوب المبيع الخفية بشكل يتماشى ومصلحة المستهلك.

وهكذا تم التوسيع من مفهوم العيب الموجب للضمان باعتماد التعريف الوظيفي الذي دافع عنه العديد من الفقهاء عندما تمسكوا باستبعاد المفهوم المجرد المؤسس على الطبيعة القانونية للعيب، فكانت النتيجة المباشرة متمثلة في التضييق

من مجال أعمال ضمان عيوب المبيع الخفية لمصلحة دعوى الالتزام بالتسليم المطابق، لاقترابها الشديد من المفهوم الوظيفي للعيب.

ثانيا- هذا التطور القضائي والتشريعي أدى إلى استحالة التطرق لدراسة أحكام ضمان عيوب المبيع الخفية دون الاهتمام بما جاء في قانون حماية المستهلك الذي أرسى نظاما قانونيا خاصا بالعقود التي يتعامل فيها المستهلكون مع المحترفين.

ثالثا- إن رسم الحدود الفاصلة بين دعوى ضمان عيوب المبيع الخفية وباقي الأنظمة القانونية التي قد تقترب منها، لم يكن ليطرح إشكالات قانونية لو لا وجود رغبة متنامية في حماية المستهلك، بفتح المجال له للاستفادة من أكبر عدد من الدعاوى، عن طريق تحويل النصوص القانونية بالتوسع في تفسيرها.

رابعا صحيح أن دعوى ضمان عيوب المبيع الخفية تنفرد بأحكام قانونية خاصة، غير أن التمييز بينها وبين بعض الأنظمة القانونية الأخرى يبدو مستحيلا لا سيما عندما يتعلق الأمر برسم الحد الفاصل بين هذه الدعوى ودعوى الالتزام بالتسليم المطابق حين الأخذ بالمفهوم الوظيفي للعيب.

ومع ذلك يلاحظ أن الفقه الجزائري طرح هذه الإشكالية باحتشام مقارنة بالفقه الفرنسي الذي كتب كثيرا في الموضوع، منتهيا إلى التأثير على القضاء الفرنسي من أجل الاعتراف باستقلالية الالتزام بضمن عيوب المبيع الخفية عن الالتزام بالتسليم المطابق، ليصبح الالتزام بالضمن شاملا لجميع الحالات التي يتضمن فيها المبيع عيبا، بينما يتعلق الالتزام بالتسليم المطابق بالصفات المشترطة صراحة في العقد.

خامسا- إن التداخل بين العيوب التي تفتح المجال لكل من دعوى الضمان ودعوى الالتزام بالتسليم المطابق لم يجد حلا له ضمن قانون حماية المستهلك وحماية الغش ومراسيمه التنفيذية، لأن مشرنا اعتبر صلاحية المبيع للاستعمال أحد أسس تقدير المطابقة ضمن قانون حماية المستهلك وقمع الغش، وتبنى المعيار الوظيفي

للعيب الموجب للضمان بمقتضى المرسوم التنفيذي المتعلق بضمان المنتجات والخدمات.

سادسا- بالرجوع إلى القانون الفرنسي يلاحظ أن الالتزام بالتسليم المطابق أصبح شاملا للالتزام بضمان عيوب المبيع الخفية، ليختفي مصطلح العيب لمصلحة مصطلح أكثر شمولية هو مصطلح عدم المطابقة بشأن العقود الاستهلاكية، ضمن حدود وشروط تم النص عليها في إطار قانون الاستهلاك الذي تبنى التوجيه الصادر عن البرلمان الأوروبي بتاريخ 25 ماي 1999 والمتعلق بضمان الأشياء الاستهلاكية.

سابعا- تولدت لدى القضاء الفرنسي رغبة متنامية في التقليل من مجال دعوى ضمان عيوب المبيع الخفية نظرا لما تخضع له من أحكام معقدة من جهة، وبسبب ما كان ينص عليه القانون الفرنسي من وجوب رفع الدعوى خلال مدة زمنية قصيرة من جهة أخرى.

فالإشكال الكبير والعائق الأكثر إزعاجا كان متمثلا في فرض رفع الدعوى خلال مدة قصيرة، مما دفع بقضاة الموضوع في فرنسا إلى القول بوجود غلط مثلا بصدد وقائع قانونية تتعلق بعيب خفي.

وإذا كانت محكمة النقض الفرنسية قد رفضت هذا التوجه، فإنها زادت الأمر تعقيدا حين أخضعت دعوى الغلط لشرط التقادم القصير المتعلق بدعوى الضمان، بشكل يبين ارتباك القضاء الفرنسي الواضح فيما يتعلق الأمر برسم الحد الفاصل بين دعوى الضمان وغيرها من الأنظمة القانونية التي تتشابه معها.

هذا الخلط كان إراديا في بعض الحالات التي عمد فيها القضاء الفرنسي إلى حماية المشتري المدعي بالضمان، عن طريق فتح المجال أمامه من أجل مقاضاة البائع على أساس وقوعه في غلط، أو على أساس أن التسليم لم يكن مطابقا للمواصفات نظرا لتقادم الدعوى المرفوعة.

غير أن الفقه الفرنسي التقليدي كان بالمرصاد من أجل إعادة الأمور إلى نصابها، خلافاً لجانب فقهي آخر نادى بضرورة حماية المشتري باعتباره الطرف الضعيف في العلاقة القانونية، مستندا إلى أن القضاء له صلاحية إعادة تكييف الوقائع القانونية بشكل يختلف عن الوصف المعتمد من المدعي.

ثامنا- تجب الإشادة بموقف كل من المشرع الجزائري والمصري اللذين منحا المشتري الحق في الضمان رغم هلاك المبيع المعيب ومهما كان سببه، أسوة بما ذهب إليه فقهاء الشريعة الإسلامية، خلافاً للقانونين اللبناني والمغربي اللذين جعلوا هذا الحق مقتصرًا على الحالة التي يهلك فيها المبيع بسبب العيب أو بسبب قوة قاهرة ناشئة عن العيب.

والملاحظ أن موقف كلا من المشرع المغربي واللبناني يقترب كثيرا من موقف القانون الفرنسي الذي نص على أن المشتري هو الذي يتحمل تبعه الهلاك الراجع إلى قوة قاهرة، بينما جعل هلاك المبيع بسبب العيب على عاتق البائع مع احتفاظ المشتري بالحق في المطالبة بالرد كما لو كان الشيء موجودا.

غاية ما في الأمر أن القضاء الفرنسي تدخل من أجل تمكين المشتري من المطالبة بتخفيض الثمن عند هلاك المبيع بقوة قاهرة بتأييد من الفقه الذي ذهب إلى أن هلاك المبيع بسبب قوة قاهرة لا يمنع أنه دفع فيه ثمنا أكثر من ذلك الذي يستحقه.

والنتيجة هي اقتراب القانون الفرنسي من موقف كل من المشرع الجزائري والمصري اللذين يبدوا أنهما تأثرا في هذا الصدد بموقف الشريعة الإسلامية المحقق للعدالة.

تاسعا- أصاب كل من المشرع الجزائري والمصري حين قاما بتحديد مدة تقادم دعوى ضمان عيوب المبيع الخفية بسنة من تاريخ التسليم، وعدم تقديرها بالنظر إلى طبيعة الشيء المبيع كما فعل كل من المشرع اللبناني والمغربي.

هذه المدة من شأنها تحقيق الاستقرار في التعامل وخلق الثقة بين المتعاقدين من حيث أنها تحول دون بقاء البائع مهتدا بالضمان مدة طويلة، وتمنح المشتري الوقت الكافي لفحص المبيع والكشف عن عيوبه التي قد لا يتسنى له الكشف عنها في إطار القانونين اللبناني والمغربي، اللذين نصا على سقوط دعوى الضمان بمرور ثلاثين يوما من تاريخ التسليم في الحالة التي يكون فيها محل البيع منقولاً أو حيواناً، رغم أن الكشف عن العيوب في المنقولات قد يكون أكثر صعوبة من الكشف عنها في العقارات، لا سيما بعد الثورة الحاصلة بشأن المنتجات التكنولوجية الدقيقة الصنع.

نفس هذه الإشكالية ثارت مدة طويلة في فرنسا حين كان المشرع الفرنسي يفرض رفع دعوى الضمان خلال مدة زمنية قصيرة، مما أدى في النهاية إلى التدخل بنص تشريعي يقضي بتقادم دعوى ضمان العيب الخفي بتقادم بمرور سنتين من تاريخ الكشف عن العيب.

عاشراً - سكنت التشريعات الحديثة عن تحديد موضوع دعوى ضمان عيوب المبيع في بعض الحالات الخاصة لا سيما عند حدوث زيادة أو تحول في المبيع أو ظهور عيب جديد فيه بعد التسليم.

هذه الحالات لفتت انتباه فقهاء الشريعة الإسلامية الذين أبدعوا في ابتكار حلول تثير الدهشة والإعجاب بشكل يجعل الباحث في الموضوع يتساءل عن سبب امتناع تشريعاتنا عن الاستفادة من هذه الاجتهادات وبلورتها في شكل نصوص تشريعية تسد الفراغ القانوني الكائن.

قائمة المراجع المعتمد عليها في هذا البحث

أولاً: المراجع باللغة العربية:

أ- المراجع العامة:

أبو السعود الدكتور رمضان أبو السعود:

1- شرح العقود المسماة، في عقدي البيع والمقايضة، دراسة مقارنة في القانونين المصري واللبناني، المكتبة القانونية، الدار الجامعية، دون ذكر تاريخ الطبع.

أبو سعد الدكتور محمد شتا أبو سعد:

2- عقد البيع، دار الفكر العربي، 2000.

الأهواني: الدكتور حسام الدين الأهواني:

3- عقد البيع في القانون المدني الكويتي، ذات السلاسل، 1989.

الحكيم الدكتور عبد المجيد الحكيم:

4- الموجز في شرح القانون المدني، الطبعة الرابعة، الجزء الأول، مصادر الالتزام، مطبعة العاني، بغداد، 1974.

الزرقا الدكتور مصطفى أحمد الزرقاء:

5- العقود المسماة، عقد البيع والمقايضة، مطابع فتي العرب، دمشق، الطبعة السادسة، 1965.

السنهوري الدكتور عبد الرزاق السنهوري:

6- الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الرابع، مطابع دار النشر للجامعات المصرية، القاهرة، 1960.

7- مصادر الحق في الفقه الإسلامي، نظرية العقد، الجزء الرابع، سنة 1957.

8- الوسيط في شرح القانون المدني، أسباب كسب الملكية، الجزء التاسع، دار إحياء التراث العربي، 1958.

9- مصادر الحق في الفقه الإسلامي، الجزء الرابع، طبعة 1953-1954، منشورات معهد الدراسات العالية في القاهرة.

10- الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الرابع، البيع و المقايضة، الطبعة الثانية، القاهرة. 1964.

- 11- الوسيط في شرح القانون المدني، أسباب كسب الملكية، الجزء التاسع، دار إحياء التراث العربي، 1958.
- 12- الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، الجزء الأول، دار إحياء التراث العربي، بيروت، 1952.

الشرقاوي الدكتور جميل الشرقاوي:

- 13- عقد البيع، القاهرة، 1958.
- 14- شرح العقود المدنية، البيع و المقايضة، دار النهضة العربية، مطبعة دار التأليف، القاهرة، 1966.

الشواربي وعثمان الدكتور عبد الحميد الشواربي والأستاذ أسامة عثمان:

- 15- أحكام التقادم في ضوء القضاء والفقهاء، دار الكتاب الحديث، الإسكندرية، سنة 1989.

العربي الدكتور بلحاج العربي:

- 16- النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، الجزء الأول، التصرف القانوني، العقد والإرادة المنفردة، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة الثالثة، 2004.

العطار الدكتور عبد الناصر توفيق العطار:

- 17- ماهية العيب وشروط ضمانه، مجلة إدارة قضايا الحكومة، العدد الثاني، 1972.

العامري الدكتور سعدون العامري:

- 18- الوجيز في شرح العقود المسماة، الجزء الأول، الطبعة الثالثة، مطبعة العاني، بغداد، 1974.

العمروسي الدكتور أنور العمروسي:

- 19- التعليق على نصوص القانون المدني المعدل بمذاهب الفقه وأحكام القضاء الحديثة في مصر والأقطار العربية، الجزء الثاني، 1993.

الفضلي الدكتور جعفر الفضلي:

- 20- الوجيز في العقود المدنية، - البيع- الإيجار- المقاوله-، دراسة في ضوء التطور القانوني ومعززة بالقرارات القضائية، مكتبة الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 1977.

الكزيري الدكتور مأمون الكزيري:

- 21- نظرية الالتزامات في ضوء قانون الالتزامات والعقود المغربي، الجزء الثاني، أوصاف الالتزام وانتقاله وانقضاؤه، مطبعة النجاح الجديدة.

المعراوي الدكتور عادل المعراوي:

22- ضمان العيوب الخفية في قوانين البلاد العربية، دراسة مقارنة، مطبعة الإنصاف، بيروت، 1969.

بودالي الدكتور محمد بودالي:

23- حماية المستهلك في القانون المقارن، دراسة مقارنة مع القانون الفرنسي، جامعة سيدي بلعباس، دار الكتاب الحديث، 2006.

تناغو الدكتور سمير عبد السيد تناغو:

24- عقد البيع، الفنية للطباعة و النشر، دون ذكر سنة الطبع.

25- عقد البيع، نشأة المعارف الإسكندرية، 1973.

جعفور الدكتور محمد سعيد جعفر:

26- نظرية عيوب الإرادة في القانون المدني الجزائري و الفقه الإسلامي، دار هومه للطباعة و النشر و التوزيع، بوزريعة، الجزائر، 1998.

حسنين الدكتور محمد حسنين:

27- عقد البيع في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة الثالثة.

حسن الأستاذ علي أحمد حسن:

28- التقادم في المواد المدنية و التجارية فقها و قضاء، منشأة المعارف الإسكندرية، سنة 1985.

خضر الدكتور خميس خضر:

29- عقد البيع في القانون المدني، مكتبة القاهرة الحديثة، الطبعة الأولى، 1969.

سلطان الدكتور أنور سلطان:

30- العقود المسماة، شرح البيع و المقايضة، الطبعة الثانية، مطبعة دار نشر الثقافة، الإسكندرية، 1952.

31- العقود المسماة، شرح عقدي البيع و المقايضة، دراسة مقارنة في القانونين المصري و اللبناني، دار النهضة العربية للطباعة و النشر، بيروت، لبنان، 1983.

32- الموجز في مصادر الالتزام، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1970.

سليمان الدكتور علي علي سليمان:

33- النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة السادسة، 2006.

سي يوسف الأستاذة زاهية سي يوسف:

34- عقد البيع، دار الأمل للطباعة و النشر و التوزيع، المدينة الجديدة، تيزي وزو، 2000.

35- المسؤولية المدنية للمنتج، دار هومه للطباعة و النشر و التوزيع، الجزائر، 2009.

شنب الدكتور محمد لبيب شنب:

36- شرح أحكام عقد البيع، دار النهضة العربية، 1966.

شنب وخليل الدكتور محمد لبيب شنب والدكتور مجدي صبحي خليل:

37- شرح أحكام عقد البيع، دار النهضة العربية، القاهرة، 1968.

طه الدكتور غني حسون طه:

38- الوجيز في العقود المسماة، البيع، الجزء الأول، مطبعة المعارف، بغداد، 1969-1970.

عابدين الدكتور محمد أحمد:

39- التقادم المكسب والمسقط في القانون، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية،

عبد الباقي الدكتور عبد الفتاح عبد الباقي:

40- عقد البيع، الجزء الثاني، القاهرة، 1956.

عبد الرحمن الدكتور أحمد شوقي محمد عبد الرحمن:

41- مسؤولية البائع عن ضمان العيوب الخفية في بيوع السيارات، دراسة فقهية وقضائية، النسر الذهبي للطباعة، 2003.

عبد الله الدكتور فتحي عبد الرحيم عبد الله:

42 - الوجيز في العقود المدنية المسماة، الكتاب الأول، عقد البيع، 1999.

غانم الدكتور اسماعيل غانم:

43 - مذكرات في العقود المسماة، عقد البيع، القاهرة، 1958.

44 - الوجيز في عقد البيع، مكتبة عبد الله وهبه، 1963.

فرج الدكتور توفيق حسن فرج:

45 - عقد البيع والمقايضة، 1965.

46 - الوجيز في عقد البيع، الدار الجامعية، 1988.

47- عقد البيع والمقايضة في القانون اللبناني، دار النهضة العربية، بيروت، لبنان، طبعة 1968.

قاسم الدكتور محمد حسن قاسم:

48- العقود المسماة، البيع التأمين، الضمان، الإيجار، دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2000.

قدادة خليل أحمد حسن قدادة:

49- الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، الجزء الأول، مصادر الالتزام، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر.

مرقس وإمام الدكتور سليمان مرقس محمد وعلي إمام:
50- عقد البيع في التقنين المدني الجديد، مطبعة نهضة مصر، 1955.

مرقس الدكتور سليمان مرقس:

51 - في العقود المسماة، عقد البيع، دار الكتب القانونية، المنشورات الحقوقية، لبنان، الطبعة الخامسة، 1990.

52 - العقود المسماة، عقد البيع، عالم الكتب، الطبعة الرابعة، 1980.

53- العقود المسماة، عقد البيع، الجزء الأول، مطبعة النهضة الجديدة، القاهرة، 1968.

ملويا الدكتور لحسين بن شيخ آث ملويا:

54 - المنتقى في عقد البيع، دار هومه للطباعة والنشر والتوزيع، الطبعة الثانية، 2006.

منصور الدكتور محمد حسين منصور:

55 - أحكام البيع التقليدية والإلكترونية والدولية وحماية المستهلك، دار الفكر الجامعي، 2006.

56 - العقود المسماة، البيع والمقايضة والإيجار، طبعة 1956-1957.

57- شرح العقود المسماة في مصر ولبنان، البيع والمقايضة، الجزء الأول، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، بيروت، لبنان، سنة 1995

والي الدكتور فتحي والي:

58- التنفيذ الجبري في القانون اللبناني، دار النهضة العربية، بيروت، 1969.

يكن الدكتور زهدي يكن:

59- عقد البيع، منشورات المكتبة العصرية، صيدا، لبنان.

60- شرح قانون الموجبات والعقود مع مقارنته بالقوانين الحديثة، الطبعة الأولى، الجزء الرابع، دار الثقافة، بيروت، 1962.

ب- الرسائل:

الطيب قلوش الطيب:

61- التزام المحترف بمطابقة المنتوجات و الخدمات، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في قانون الأعمال، تحت إشراف الأستاذة زناكي دليلة ، تمت المناقشة بكلية الحقوق الكائنة بمدينة وهران، خلال السنة الجامعية 2007-2008.

ج- المقالات والدراسات المتخصصة:

الدريعي الدكتور سامي عبد الله الدريعي:

62- معيار التمييز بين دعوى ضمان العيوب الخفية ودعوى الإخلال بالالتزام بالتسليم، بحث مقبول للنشر في مجلة القضاء و الاقتصاد في كلية الحقوق، جامعة القاهرة.

العتار الدكتور عبد الناصر توفيق العطار:

63- استقراء لماهية العيب و شروط ضمانه في القانون المصري، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، جامعة عين شمس، العدد الثاني، 1971.

الفتلاوي الدكتور صاحب عبيد الفتلاوي:

64- ضمان العيوب وتخلف المواصفات في عقود البيع، مطبعة الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الطبعة الأولى.

دياب الدكتور أسعد دياب:

65- ضمان عيوب المبيع الخفية، دراسة مقارنة بين القانون اللبناني والشريعة الإسلامية والقوانين الحديثة الغربية والأوروبية، دار اقرأ، بيروت، لبنان، الطبعة الثالثة، 1983.

منصور الدكتور محمد حسين منصور:

66- تحديد فكرة العيب الموجب الضمان في عقدي البيع والإيجار، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، جامعة عين شمس، العدد الثاني، السنة الأولى، 1959.

د- مؤلفات اللغة والقواميس:

أبو زكريا محمد محي الدين بن شرف النووي:

67 - تهذيب للأسماء واللغات، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان.

أبو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم بن منظور الإفريقي:

68- لسان العرب: دار المعارف القاهرة، 811 هجرية.

اسماعيل بن حماد الجوهري:

69- الصحاح، تحقيق أحمد عبد الغفور عطا، معجم مقاييس اللغة.

بطرس البستاني:

70- محيط المحيط للمعلم بطرس البستاني، الجزء الثاني، مكتبة لبنان، بيروت، طبعة 1870.

هـ - مؤلفات الفقه الإسلامي:

ابن العابدين:

71- حاشية ابن عابدين، المسماة رد المحتار على الدار المختار، الجزء الرابع، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، 1252هـ.

ابن الهمام كمال الدين محمد بن عبد الواحد:

72- فتح القدير "شرح الهداية" لابن الهمام كمال الدين محمد بن عبد الواحد و تكملته: نتائج الأفكار في كشف الرموز و الأسرار لشمس الدين أحمد قاضي زادة، المطبعة الأميرية ببولاق، مصر، 1315 هجرية، ومطبعة مصطفى محمد.

أبو إسحاق برهان الدين بن محمد بن عبد الله:

73- المبدع في شرح المقنع لأبي إسحاق برهان الدين بن محمد بن عبد الله، المكتب الإسلامي، لبنان.

أبو الحسن علي بن سليمان المرداوي:

74- الفروع لعلاء الدين أبو الحسن علي بن سليمان المرداوي، الطبعة الثانية، بيروت، عالم الكتب، 1389 هجرية.

أبو بكر أحمد بن الحسين بن علي البيهقي:

75- السنن الكبرى، دار الفكر، بيروت.

أبو بكر عبد الرزاق بن همام الصنعاني:

76- مصنف أبو بكر عبد الرزاق بن همام الصنعاني، مطابع دار القلم بيروت، الطبعة الأولى، 1970.

أبو جعفر أحمد بن محمد ابن سلامة الأزدي الطحاوي:

77- شرح معاني الآثار لأبي جعفر أحمد بن محمد ابن سلامة الأزدي الطحاوي، 321 هجرية، حققه وعلق عليه محمد زهدي النجار، دار الكتب العلمية، الطبعة الثانية، 1987.

أبو زكريا يحيى بن زياد الفراء:

78- معاني القرآن، عالم الكتب، بيروت، صورة عن الطبعة الثانية، 1980 ميلادية.

أبو عبد الله محمد بن أحمد بن أبي بكر القرطبي:

79- الجامع لأحكام القرآن، دار الكتب المصرية، 1368 هجرية.

أبو عبد الله محمد بن إسماعيل بن إبراهيم بن المغيرة:

80- صحيح البخاري لأبي عبد الله محمد بن إسماعيل بن إبراهيم بن المغيرة.

أبو عبد الله محمد بن يزيد القزويني بشرح أبي الحسن نور الدين السندي الحنفي:
81- سنن ابن ماجة، دار الجبل، بيروت.

أبو محمد عبد الله بن قدامة المقدسي:
82- على مختصر أبي القاسم عمر الخرقى، الطبعة الثالثة، الجزء الرابع، دار المنار،
1327.

أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الظاهري الأندلسي:
83- المحلى لأبي محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الظاهري الأندلسي، 456 هجرية،
تحقيق لجنة إحياء التراث العربي، دار الجيل بيروت.

أبو محمد محمود بن أحمد العيني:
84- البناية شرح الهداية لأبي محمد محمود بن أحمد العيني، دار الفكر، بيروت، الطبعة
الأولى، 1980.

أبو يحيى زكريا بن محمد بن أحمد الشافعي الأنصاري:
85- المجموع شرح المذهب لأبي يحيى زكريا بن محمد بن أحمد الشافعي الأنصاري المتوفى
سنة 926 هجرية.

أحمد بن شعيب بن علي:
86- سنن النسائي لأحمد بن شعيب بن علي، 303 هجرية، شرح جلال الدين عبد الرحمن
السيوطي، 911 هجرية، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان.

البهوتي:
87- الروض المربع، شرح زاد المستنقع للبهوتي، تحقيق محمد عبد الرحمن عوض، دار
الكتاب العربي، بيروت، لبنان الطبعة الثالثة، 1990.

التحبي محمد بن صمادح التحبي:
88- مختصر تفسير الطبري، الطبعة الأولى، دار بن كثير، 2004، دمشق و بيروت.

الحافظ أبو عبد الله محمد ابن عبد الله الحاكم النيسابور:
89- المستدرک على الصحيحين للحافظ أبي عبد الله محمد ابن عبد الله الحاكم النيسابور،
405 هجرية.

الزرقاني:
90- شرح الزرقاني محمد بن عبد الباقي بن يوسف على موطأ الإمام مالك بن أنس، شركة
ومطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده، القاهرة، الطبعة الأولى، 1961.

السنهوري الدكتور السنهوري:
91- مصادر الحق في الفقه الإسلامي، نظرية العقد، الجزء الرابع، سنة 1957.

العلي ابن القاسم نجم الدين جعفر بن الحسن:

92- شرائع الإسلام في مسائل الحلال و الحرام للمحقق العلي ابن القاسم نجم الدين جعفر بن الحسن، 676 هجرية، مطبعة الآداب، النجف.

العيساوي الدكتور اسماعيل كاظم العيساوي:

93- أحكام العيب في الفقه الإسلامي، دار عمار بالأردن و دار البيارق بלבنا، الطبعة الأولى، 1998.

القرز وبنو أبو عبد الله محمد بن يزيد:

94- سنن ابن ماجه، الجزء الثالث، دار الجبل، بيروت.

الكشناوي أبو بكر بن حسن الكشناوي:

95- أسهل المدارك شرح إرشاد السالك في فقه إمام الأئمة مالك، دار الفكر، بيروت، لبنان، الطبعة الثانية، دون ذكر لسنة الطبع.

المجالي الدكتور محمد سكمال المجالي:

96- أحكام عقد البيع في الفقه الإسلامي المالكي، دار ابن حزم، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، 2001.

المقدسي شرف الدين موسى المقدسي:

97- الإقناع في فقه الإمام بن حنبل، الجزء الثاني، المطبعة المصرية بالأزهر، دون ذكر لسنة الطبع.

المقدسي أبو محمد عبد الله بن قدامة المقدسي:

98- على مختصر أبي القاسم عمر الخرقى/ المغني، الطبعة الثالثة، الجزء الرابع، دار المنار، 1327.

برهان الدين إبراهيم بن علي بن أبي القاسم بن محمد بن فرحون:

99- تبصرة الحكام في أصول الأفضية ومناهج الأحكام دار الكتب العلمية عن الطبعة المصرية الأولى، 1301 هـ.

شرف الدين موسى المقدسي:

100- الإقناع في فقه الإمام بن حنبل، الجزء الثاني، المطبعة المصرية بالأزهر، دون ذكر سنة الطبع.

شمس الدين الشيخ محمد عرفه الدسوقي:

101- حاشية الدسوقي على الشرح الكبير لشمس الدين الشيخ محمد عرفه الدسوقي على الشرح الكبير لأبي البركات سيدي أحمد الدردير، الجزء الثالث، المطبعة الأزهرية بمصر.

شمس الدين محمد بن أحمد الشربيني القاهري الشافعي الخطيب البغدادي:

102- مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج لشمس الدين محمد بن أحمد الشربيني القاهري الشافعي الخطيب البغدادي، مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده، مصر، 1958.

عبد الرحمن الجزيري:

103- كتاب الفقه على المذاهب الأربعة، الجزء الثاني، قسم المعاملات، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، دون ذكر تاريخ الطبع.

عبد الرحمن بن شيخ محمد بن سليمان داماد:

104- مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر لعبد الرحمن بن شيخ محمد بن سليمان داماد، دون ذكر لمكان الطبع وتاريخه.

عبد الله محمد بن أحمد بن أبي بكر القرطبي:

105- الجامع لأحكام القرآن، دار الكتب المصرية، 1368 هـ.

علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي:

106- بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، الطبعة الأولى، الجزء الخامس، مطبعة الجمالية، مصر، 1910.

علي بن عمر الدارقطني:

107- سنن الدارقطني لعلي بن عمر الدارقطني، 385 هجرية، عالم الكتب، بيروت، لبنان، الطبعة الرابعة، 1986.

قلبي وعميرة:

108- حاشيتا الشيخ شهاب الدين القليوبي و الشيخ عميرة على شرح جلال الدين المحلي على منهاج الطالبين للشيخ محي الدين النووي في فقه الإمام الشافعي، الجزء الأول، دار إحياء الكتب العربية، دون ذكر سنة الطبع.

كمال الدين بن همام:

109- شرح فتح القدير، المطبعة الكبرى الأميرية ببولاق مصر المحمية، الطبعة الأولى، الجزء الخامس، سنة 1316 هـ.

محمد أمين بن عابدين:

110- حاشية رد المحتار على الدر المختار، شرح تنوير الأبصار، الجزء الرابع، دون ذكر سنة الطبع.

محمد بن علي بن محمد الشوكاني:

111- السيل الجرار المتدفق على حدائق الأزهار، دار الكتب العلمية، لبنان، 1985.

محمد ابن أحمد ابن جزى الغرناطي المالكي الكلبى:

112- القوانين الفقهية: قوانين الأحكام الشرعية و مسائل الفروع الفقهية لمحمد ابن أحمد ابن جزى الغرناطي المالكي الكلبى، سنة 841 هجرية، دار الكتاب العربى، بيروت، الطبعة الثانية، 1989.

مغنية الشيخ محمد جواد مغنية:

113- فقه الإمام جعفر الصادق، الجزء الثالث، الطبعة الأولى، دار العلم للملايين، بيروت، لبنان.

موفق الدين أبى محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسى:

114- المغنى لموفق الدين أبى محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسى، دار الكتاب العربى، بيروت، 1972.

زيدان الدكتور عبد الكريم زيدان:

115- نظام القضاء فى الشريعة الإسلامية، مطبعة العانى، بغداد، الطبعة الأولى، 1984.

وهبة الزحلبى:

116- الفقه الإسلامى وأدلته، الجزء الرابع، دار الفكر للطباعة و التوزيع والنشر، دمشق.

و- النصوص القانونية والتنظيمية

117- الأمر 75-58 المؤرخ فى 26 سبتمبر 1975 المتضمن للقانون المدنى المعدل والمتمم بآخر التعديلات.

118- القانون 89-02 المؤرخ فى 7 فبراير 1989، المتعلق بالقواعد العامة لحماية المستهلك، الجريدة الرسمية المؤرخة فى 08 فبراير 1989، العدد السادس.

119- القانون 09-03 المؤرخ فى 25 فبراير 2009، المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، الجريدة الرسمية المؤرخة فى 08 مارس 2009، العدد 15.

120- المرسوم التنفيذى 266/90 المتعلق بضمان المنتوجات والخدمات، الجريدة الرسمية عدد 40 لسنة 1990.

ثانيا: المراجع باللغة الفرنسية:

1- Ouvrages Généraux:

- A.Benabent/ Droit civil, les contrats spéciaux, Montchrestien, 3^{ème} édition, 1997.
- A.Benabent/ Droit civil, les contrats spéciaux, 4^{ème} édition, Domat, droit privé, Montchrestien, Paris, 1999.
- A.chavanne / Droit de la propriété industrielle, Dalloz, 4^{ème} édition, 1993.
- Aubry et Rau/ Cours de droit civil, 6^{ème} édition, 1952.
- Aubry et Rau/ Cours de droit civil, tome 2, 7^{ème} édition, par Esmein
- Baudry-lacantinerie et Saignat/ De la vente et de l'échange, 3^{ème} édition, Sirey, 1908.
- B.Perreau/ Les obligations, première partie, Paris, L.G.D.J. 1932.
- Bruylant- Bernard Gross et Philippe Bihr/ Contrats de ventes civiles et commerciales, Baux commerciaux, Thémis droit privé, 1^{ère} édition, Paris, P.U.F. 1993.
- Carbonnier/ Droit civil, 6^{ème} édition, Thémis, Tome IV.
- Daniel Mainguy/ Contrats spéciaux, 5^{ème} édition, Dalloz, 2006.
- E.Colmet De Santerre/ Cours analytiques de droit civil, tome 5.
- F.Bussy-Dunaud/ Le concours d'actions en justice entre les mêmes parties, LGDJ.1988.
- F.Collard Dutillet et PH.Delebecque/ Contrats civils et commerciaux, Dalloz, 3^{ème} édition, 1966.

- F.Collard- Dutilleul et P.H.Delebecque/ Contrats civils et commerciaux, 5^{ème} édition, Paris, Précis Dalloz, 2001.
- François Laurent/ Principes de droit civil Français, tome XXIV.
- F.Laurent/ Principes de droit civil Français, tome 15.
- Comu/ la protection du consommateur et l'exécution du contrat, travaux de H.Capitant, Monterial 1973.
- G.Gross/ La notion d'obligation de garantie dans le droit des contrats, LGDJ 1963.
- Gross et Philippe Bihl/ Contrats de ventes civiles et commerciales, Baux commerciaux, Thémis droit privé, 1^{ère} édition, Paris, P.U.F. 1993.
- Henri Capitant/ Les grands arrêts de la jurisprudence civile, Dalloz, 10^{ème} et 11^{ème} édition, Par François Terré et Yves Lequette.
- Jacques Flour et Jean- Luc Aubert Éric Savaux/ Droit civil, les obligations, l'acte juridique, Armand Colin, 9^{ème} édition, 2000.
- J.Calais-Auloy et F. Steinmetz/ Droit de la consommation, 5^{ème} édition, Dalloz 2000.
- J.Calais-Auloy et Steinmetz/ Droit de la consommation, Dalloz. 4^{ème} édition 1996.
- J.Calais-auloy/ De la garantie de vices cachés à la garantie de conformité, Mélanges C.Mouly , tome II, Litec, 1988.
- J.Carbonnier/ Droit civil, les obligations, tome 4, 22^{ème} édition, Thémis droit privé, P.U.F., Paris, 2000.
- Jean Gatsi/ Les contrats spéciaux, Armand Colin, Dalloz, 1998.
- J.Ghestin et B. Desché/ Traité des contrats, la vente, Paris, L.G.D.J., 1990.
- J.Ghestin et G.Goubeau et M.Fabre-Magnan/ Traité de droit civil, introduction générale, LGDJ, 4^{ème} édition 1994.

- J. Huet/ Traité de droit civil, Les principaux contrats spéciaux, Paris, LGDJ 1996.
- J.Huet/ Traité de droit civil, les principaux contrats spéciaux, Paris, L.G.D.J., 1996.
- J-L. Aubert/ Le contrat, 2^{ème} édition, Dalloz, 2000.
- J-limpes/ La vente en droit Belge, Paris, L.D.J. 1960.
- Larroumet/ Les obligations, le contrat, economica, 3^{ème} édition, 1996.
- Mazeaud (H.L.et.J) /Leçons de droit civil, tome 3, 4^{ème} édition, 1974.
- Mazeaud (H.L.et.J) /Leçons de droit civil, tome 3, volume 2, les principaux contrats, 1^{ère} partie, vente et échange, Montchrestien, 7^{ème} édition, 1987, par M. De Juglard.
- M.Planiol et G.Ripert/ Traité pratique de droit civil Français, par J. Hamel, tome 10, 1956 et Tome 6, par Esmein.
- Pascal Puig/ Contrats spéciaux, 2^{ème} édition, Dalloz, 2007.
- PH. Antonmattei et Raynard/ Droit civil, contrats spéciaux, Paris, Litec, 2000.
- Ph. Le Tourneau/ La responsabilité civile, Dalloz, 3^{ème} édition, 1982
- P.H. Malaurie et Aynés/ Les contrats spéciaux, Cujas, 11^{ème} édition, 1998.
- Ph. Malaurie, L.Aynés et P.Y. Gautier/ Cours de droit civil, les contrats spéciaux, 13^{ème} édition, Paris, Cujas, 1999.
- Planiol et Ripert/ Traité pratique de droit civil Français, Tome 6, 1957.
- Ripert et Boulanger/ traité de droit civil d'après le traité de Planiol, 1857, tome 2.
- R.Zerah/ Théorie générale du vice rédhibitoire dans la vente commerciale de marchandises, in la vente commerciale de la marchandise, étude de droit commerciale sous la direction de J.Hamel. Dalloz 1951.
- S.M Malter/ L'obligation de délivrance dans la vente des meubles corporels, L.G.D.J.1972

2- ARRETS JURISPRUDENTIELLES, NOTES ET OBSERVATIONS

- Req. 24 Juin 1847, D. 48. 1.187.
- Cass.civ. 3 Juin 1855. D.1886, I, Page 25.
- Req. 4 Janvier 1859. DP.1859, 1, Page 212.
- Cass. civ. 17 Février, S. 1864,1, page 117.
- Req. 26 Avril 1870, D.71. 1.11.
- Req. 28 Mars 1896, DP 1903.2. page 447.
- Lyon, 27 Janvier 1904, D.P.1904, 2, page 160.
- Cass. civ. 19 Février 1929, Gaz.pal. 1929-1-56.
- Lyon 26 Novembre 1931, D.H.1932, som.37
- Cass.Civ. 11 Avril 1933, D.H.1933, page 331.
- Bordeaux 14 Juin 1938, Gaz ; pal. 1938-2-535.
- Tribunal civil Mamers, 11 Décembre 1942, Gaz. Pal.1942, 2, Page 270.
- Cass. Civ. 15 Mars 1948, S. 1948, 1. Page 100.
- Trib.Metz, 26 Avril 1951, Rev. d'Alzace-Lorraine 1952, page 187.
- Trib.Paris, 2 Juin 1952, D. 1952.713
- Cass. com., 22 juillet 1953, D.1953, page 587.
- Cass.com.11 Juin 1954, D.1954, page 697.
- Rodiére**/ note sous Aix, 5 Octobre 1954. J.C.P 1955.II.8548.
- Cass. civ. 1^{ère}, 24 Novembre 1954, JCP, 1955, II, n° 8565.
- Gaz.Pal. 1954, 2, page 258
- Cass.civ.10 Juillet 1956, D 1956-719.
- Trib.civ. Seine, 21 Décembre 1956, D.1957, n° 47.
- J.Carbonnier**/ A propos de cass.civ. 1^{ère} 10 Février 1959, Rev.trim.dr.civ. 1959, page 338.
- Angers, 15 Février 1960, Gaz. Pal. 1960, 1, page 289.
- Cass.civ.1^{ère}, 18 juillet 1960, Bull civ.I. n°408.
- Cass.civ. 19 Juillet 1960, Gaz. pal.1960, 2, page 217. Cass.civ.1^{ère}, 19 Juillet 1960, Bull.civ.I, n°408 .
- J.Carbonnier** / Rev.trim.dr.civ.1961, page 332.
- Cass.civ.1^{ère}, 31 Octobre 1962, Bull.civ.I. n° 457.
- G.Cornu**/ Obs. à propos de cass.civ. 4 Février 1963, Rev.trim.dr.civ.page 564.
- Cass.civ. 25 Mai 1963, Gaz.Pal.1963-2-363.
- Paris, 13 Juillet 1963, Gaz.pal.1963, 2,138.
- Paris, 06 Novembre 1963, Rev.trim.drt. civ.1964, page 573
- Cass.com.9 Février.1965, Bull.civ.IV, n° 103.
- Cass. com.11 Mai 1965.Bull.civ III, n° 306.
- Cass.1^{ère} civ. 17 Mai 1965, Bull.civ., I, n° 324.

- Cass.civ.1^{ère} 18 Mai 1966. Bull.civ.I, n° 308.
- Cass. civ. 1^{ère}, 16 Juin 1966, Bull. civ. I, n° 374, Page 288.
- Cass. com. 20 Octobre 1966, Bull.civ.IV, n° 403.
- Cass. civ. 1^{ère} 24 Mai 1967, Bull.civ.I. n° 183.
- Cass.com. 30 Mai 1967, Gaz.Pal.1967, 2, page 79.
- Cass. com.22 Juin 1967, Bull.civ.III.n° 261.
- C. A. Paris, 27 Novembre 1967, JCP 1968, édition G, II, 15531.
- Cass.civ. 1^{ère} 25 Juin 1968, Bull. civ.I. n° 183.
- Cass. com. 29 Octobre 1968, Bull.civ.IV, n° 295.
- Rouen, 21 Novembre 1968, D. 1969, page 107
- Cass.com. 14 Janvier 1969, JCP 1970, édition G, I, 16167.
- Cass.com., 4 Juin 1969, D., 1970, page 51.
- Boitard et A.Rabut**/ note sous cass.com.27 Avril 1971, JCP 1972 édition G.II 17852.
- Cass.civ. 1^{ère}, 11 Mai 1971, D. 1971, somm. page 204.
- Cass.com.18 janvier 1972, JCP 1972.II.17072.
- Cass civ., 3^{ème}, 17 Juillet 1972, Bull. civ. III, n° 473, page 344.
- J.Ghestin**/ note sous cass. civ. 1^{ère}. 21 Novembre 1972. JCP 1974, édition G.II.17890.
- Cass.com. 27 Novembre 1972, Bull.civ.IV, n° 282, page 266.
- J.Ghestin**/ note sous cass.com. 8 Octobre 1973, JCP 1975, édition G. II. 17927.
- Cass. com 22 Janvier 1974. D 1974, page 288.
- Larroumet**/ Obs sous cass. com. 28 Janvier 1974. JCP. 1974, édition G, II.1852.
- Cass.civ. 3^{ème}, 18 Avril 1974. D 1974. IR. page 152.
- Cass. civ. 2^{ème}, 11 juillet 1974, Bull.civ.II.n° 231.
- Cass. com. 28 Janvier 1975, D. 1975, IR, page 84.
- Cass.com. 8 Juillet 1975.Bull.civ. IV. n° 164.
- Cass. civ 3^{ème}, 27 avril, 1977 Bull. civ, III, n° 184, page 142.
- Civ., 3^{ème}, 18 Oct. 1977, Bull. civ. III, n° 347, page 262.
- Cass. com., 23 janvier 1978, Bull. civ. IV.n° 33, page 26.
- Cass.civ. 3^{ème}, 5 Avril 1978 Bull.Civ.IV, n 155.
- Cass. civ. 3^{ème}, 10 Octobre 1978. D. 1979. IR. Page 60.
- G.Cornu**/ note sous cass.civ. 3^{ème}, 30 Octobre 1978, Rev.tri.dr.civ.1979, page 392.
- J.Ghestin**/ note sous cass.com. 6 Novembre 1978, JCP 1979, édition G.II.19178.
- Cass. com 6 Novembre 1978, Rev. Trim. drt. civ.1979, page 392.

- Cass. civ. 1^{ère}, 4 Janvier 1979, Bull.civ.I, n° 8.
- Cass.civ. 3^{ème}, 4 Janvier 1979, Gaz. Pal. 1979, 1, pan. page 206.
- Cass.civ. 3^{ème}, 23 janvier 1979, JCP.1979, édition G.II, 19241.
- A. Plancqueel**/ Obs. sous Cass.com. 1^{er} Juin 1980, Gaz. Pal. 1980, 2, pan., page 581.
- Cass.civ.1^{ère} 11 Juin 1980, Bull.civ.I. n° 185.
- Cass.civ. 3^{ème}, 2 Octobre 1980, Bull. civ. III, n° 143.
- Ch. Larroumet**/ Nîmes, 18 Décembre 1980, D. 1983, page 29.
- Cass. com. 20 Janvier 1981, D. 1981, IR, page 386.
- Ch. Larroumet**/ Obs. sous.cass.civ.3^{ème}, 11 Février 1981, D. 1981, IR, page 440.
- J. Ghestin**/ JCP, 1982, II, 1975.
- Ph.Rémy**/ Obs. à propos de cass.civ. 11 Février 1981, R.T.D.C., 1981, page 860.
- PH.Rémy**/ Obs.civ, 3^{ème}, 10 Mars 1981, RTD.Civ.1982, page 155.
- Cass. civ. 1^{ère} 26 Novembre 1981, Gaz. Pal. 1982, 1, pan, page 168.
- Cass civ. 1^{ère}, 7 Janvier 1982, Bull.civ.I, n° 8.
- Cass. civ. 1^{ère}, 5 Mai 1982, Bull.civ.I, n° 163.
- Ch.Larroumet**/ Obs. sous cass. civ. 1^{ère}, 5 Mai 1982, D. 1983, somm. Page 478.
- Cass. 1^{ère} civ. 16 Février 1983, Bull. civ. I. n° 65.
- Cass.civ. 1^{ère}, 3 Juillet 1983, Bull.civ. I, n° 211, D. 1985, IR 482.
- C.A Versailles, 29 Septembre 1983, Jurisp. auto. 1986, page 74.
- Cass.com.15 Novembre 1983, Bull. civ.IV, n° 311.
- Cass.com.29 Novembre 1983, Bull. civ.IV, n° 329.
- Cass. civ. 3^{ème}, 3 Janvier 1984, Bull. civ. III, n° 4.
- Cass.civ.1^{ère}, 16 Mai 1984, D 1985.485, note J.Huet.
- Cass. com.12 Décembre 1984, Bull.civ.IV.n° 349.
- Cass.civ. 1^{ère}, 16 Janvier 1985, Bull.civ.I. n° 27.
- Cass. civ. 1^{ère}, 17 Mai 1985, Bull.civ.n° 324.
- Cass.com. 3 Décembre 1985, Bull.civ.IV.n° 287.
- Cass.plén.7 Février 1986, D.1986, page 299.
- TI Martigues, 26 Mars 1986, Jurisp. auto. 1986, page 327
- G. vialla et A. viandier**/ note sous cass. civ.1^{ère}, 8 Avril 1986, JCP.1987, édition G, II, 20722.
- J. Huet**/ Obs cass.1^{ère} civ. 8 Avril 1986, R.T.D.C., 1987.557.
- Cass.civ. 1^{ère}, 15 Avril 1986, Bull. civ I, n° 90, D. 1986, somm. page 393.
- J.L.Aubert**/ Obs sous cass.civ.1^{ère}, 28 Avril 1987, D. 1987, somm. page 455.

- Grenoble 12 Novembre 1987, Juris-Data n° 047846.
- Cass.civ. 1^{ère} 10 Décembre 1980. Gaz. Pal. 1981. 1. Pan. Page 128.
- Cass.com. 20 Janvier 1981, Bull. civ.IV, n°39.
- Cass.com.15 Juin 1981, Bull. civ.IV, n°273.
- Cass.com. 8 Décembre 1981, D. 1982, IR. Page 136.
- Cass. civ. 1^{ère} Janvier 1982, Gaz. Pal. 1982.1. Pan. Page 184.
- Cass. civ. 1^{ère}, 5 mai 1982, Bull. civ. I, n° 163.
- Ch.Larroumet**/ Obs sous cass.com.17 Mai 1982.D. 1983, IR, page 479.
- P.Courbe**/ note sous cass.civ. 1^{ère}, 9 mars 1983, J.C.P.1984, édition G.II, 20295.
- J.Huet**/ note sous cass.civ.1^{ère}, 16 Mai 1984, D 1985.485.
- Cass.civ 1^{ère}, 16 Janvier 1985, Bull.civ.I, n° 27.
- A.Benabent**/ note sous A.P. 7 Février 1986, D.1986, page 296.
- Bordeaux, 7 Avril 1987, Jurisp. Auto 1987, page 77.
- Cass.civ.3^{ème}, 17 Février 1988, Bull.civ.III.n° 38.
- Cass.civ.3^{ème} 24 février 1988.Gaz.Pal.1988, page 143.
- Cass.civ, 3^{ème}, 13 Avril 1988, Gaz.Pal. 1988, 2, page 799
- Versailles, 22 Avril 1988, Gaz.Pal. 1989, 1, Somm. Page 34.
- Cass.com.18 Mai 1988, Bull.civ.IV, n° 96.
- Ch.Lapoyade- Deschamps**/ note sous cass Civ. 3^{ème}, 18 Mai 1988.
- Cass.civ.1^{ère},26 juin 1988, Bull.civ.I, n° 203
- Cass.civ.1^{ère}, 28 Juin 1988, Bull.civ.I, n° 211.
- Aubert**/ obs sous.Civ. 1^{ère}, 28 Juin 1988, D. 1989, 2, page 450 et somm. page 229.
- M.A.Frison-Roche**/ note sous cass. civ.2^{ème}, 4 novembre 1988.D. 1989, page 612. n° 15.
- Cass.civ.1^{ère}, 8 novembre 1988, Bull.civ.I, n°314.
- Cass.civ.1^{ère}, 15 novembre 1988.Bull.civ.I,n° 322. Gaz.pal.1989, I, page16.
- Cass. civ.3^{ème}, 16 Nov. 1988. D. 1988. IR. Page 288.
- Cass.civ.1^{ère}, 22 Novembre 1988, Bull.Civ.I.n° 33.
- Cass.civ. 3^{ème}, 25 Janvier 1989, Bull.civ.III, n° 20.
- Cass.civ.3^{ème}, 25 Janvier 1989, D. 1989, IR, page 158.
- Cass.civ.1^{ère},14 Février 1989.Bull.civ.I, n° 83.
- Lyon. 6 Mars 1989, D. 1989, D. 1989, IR, page 127.
- Cass.civ. 1^{ère}, 20 mars 1989, Bull. civ. IV. n° 295.
- Malaurie**/ note sous cass.civ.1^{ère}, 20 Mars 1989, Bull. civ. I. n° 137, D.1989. 381.
- Cass. 3^{ème} civ. 14 Juin 1989, Bull. civ.III, n° 140.

- Cass.civ. 1^{ère}, 16 Juin 1989, Bull.civ.I, n° 268.
- Versailles, 16 Juin 1989, D.1989, IR.page 228.
- Cass.com. 14 Novembre 1989, D.1990, somm. page 321, Obs. J.Huet
- Cass. civ.3^{ème}, 17 Janvier 1990.Bull.civ.III. n° 26.
- M.Jeantin** / note sous Cass.com. 23 Janvier 1990, Bull. Joly. 1990, page 371.
- J.Honorat/ note sous Cass.com.23 Janvier 1990, Rep. Defrénois 1991, art.35041, page 612.
- Virassamy** / note sous Cass.com.23 Janvier 1990. D.1991, page 333.
- O.Tournafond/ Obs. sous cass. com. 23 Janvier 1990, D.1991, somm., page 167.
- Cass. civ. 3^{ème}, 24 Janvier 1990, Bull.civ.III, n° 31.
- Cass.civ.3^{ème}, 31 janvier1990, Bull.civ III, n°39.
- E.Agostini** /note sous Bordeaux, 14 Mars 1990, Gaz. Pal.1990, 1, p. 48500.
- Cass.civ.3^{ème}, 27 mars 1991, Bull .civ. III, n°107.
- J.P. Karila**/ note sous cass. civ.3^{ème}, 27 mars 1991 D. 1992, page 96.
- Cass.civ.1^{ère} 4 avril 1991, Bull.civ.I. n° 131.
- Cass.civ.1^{ère}, 14 Mai 1991, Bull.civ.I, n° 153.
- Cass.com. 22 Mai 1991, Bull.civ.IV, n° 176.
- Cass.civ. 11 Juin 1991. Bull. civ.I, n° 201.
- Bordeaux, 1^{er} Juillet 1991, JCP1992, édition G, IV, 1050.
- Cass.civ. 3^{ème}, 3 Octobre1991, Bull.civ.III, n° 220
- Cass. civ. 3^{ème}, 23 Octobre 1991, Bull.civ.IV, n° 249.
- Rouen, 24 Octobre 1991, Juris-Data n° 048878.
- Paris, 13 Novembre 1991, D.1992, IR, page 32.
- Cass. com. 30 Novembre 1991, Bull.civ. IV, n° 391.
- Metz, 10 Décembre 1991, Juris-Data n° 049135.
- L. Leveneur** / Obs. sous cass. com.21 Janvier 1992, contr.conc.cons.1992, n° 5.
- Cass.com.18 Février1992, Bull. civ.IV, n° 82; JCP1992, édition G, IV, 1202.
- J. Normand**/ note sous com. 18 Février et 23 Juin 1992, R.T.D.C 1993, page 414.
- L. Leveneur**/ note sous cass.civ. 1^{ère}, 3 Mars 1992, Contrats.concur. et consom. n°112.
- L. Leveneur**/ note sous cass.civ.1^{ère}, 24 mars 1992, Contrats, Concur.et consom.1992, n° 130.
- Cass. Civ. 3^{ème}, 17 juin 1992, pourvoi n° 90-19-455.

- Cass.com.23 Juin 1992, Bull.civ.IV.n°244.
- L.Leveueur**/ note sous cass. com. 23 Juin 1992. Contrats concur. et consom.1992, note 220.
- CA Bourges, 29 juin 1992, JA 1993, page 526.
- Dijon, 28 Octobre 1992, Juris-Data n° 047485.
- Cass. Com. 24 Novembre 1992, RJDA 1993, n° 102, page 102.
- Tournafond**/ Obs sous cass.com.1^{er} décembre 1992, Bull.civ.IV, n° 389 ; D. 1993, somm. Page 240.
- RJDA 1993, n° 487, page 420.
- B.Bouloc** /Rev.trim.dr.com.1992, page 442.
- Cass.Civ 27 janvier 1993, Bull. civ.I, n° 44.
- Tournafond**/ Obs. à propos de cass. civ. 1^{ère}, 10 Mars 1993, D. 1993, somm., page 240.
- Cass.civ. 1^{ère}, 5 mai 1993, édition G, IV, 1690 .
- Cass.civ. 1^{ère},5 mai 1993, D. 1993, page 507.
- O. Tournafond**/ Obs. à propos de cass. civ. 1^{ère}, 5 mai 1993, D. 1994, Somm. page 242.
- G.Viney**/ Obs. sous. cass.1^{ère}, 5 Mai et 16 Juin 1993, J.C.P. 1993, édition G, II, 3727, n°25 et 27.
- A.Benabent**/ note sous Cass.civ.1^{ère}, 5 Mai 1993, D.1993, page 508.
- L.Leveueur** / note sous Cass. Com., 11 mai 1993, contrats, concur.et consom.1993, n° 174.
- Cass. civ 1^{ère}. 16 Juin 1993, Bull. civ I, n° 24.
- Cass.com. 22 Juin 1993, Bull.civ.IV. n° 267.
- Cass.com. 20 Juillet 1993, Bull. civ. n° 234.
- Cass.civ.1^{ère}, 13Oct 1993, Bull.civ.I, n°287.
- Cass.civ. 1^{ère}. 27 oct. 1993, Bull.civ.I, n° 305.
- O.Tournafond**/ Obs. sous. cass. 1^{ère}, 27 Octobre et 8 Décembre 1993, D.1994, somm., page 204.
- Cass.civ. 1^{ère}, 8 Décembre 1993, Bull. civ. I, n° 362.
- G.Viney**/ obs. sous cass. civ.1^{ère}, 27 Décembre et 8 octobre 1993, J.C.P 1994, édition G, I, 3773, n° 12 ; D. 1994, 219.
- Cass.civ.1^{ère}, 12 Janvier 1994, Bull. civ.I.n° 23.
- C.Mascala**/ note sous cass.civ.3^{ème},23 février 1994, page 524.
- Cass. com.26 Avril 1994. Bull. civ. IV.n° 159.
- Dijon, 17 Mai 1994, Juris-Data n° 043042.
- Cass. com.31 Mai 1994, Bull. civ.IV. n° 199.
- P.Y.Gautier**/ note sous cass.com .28 Juin 1994. Bull.civ.IV, n° 248. - Rev.trim.drt.civ 1995, page 139.

- P. Jourdain**/ note sous cass. civ. 1^{ère} 17 Janvier 1995, D.1995.350.
- Paisant**/ sous. cass.civ 1^{ère}, 24 Janvier 1995, D. 1995, page 327.
- J.Hémard**/ Trib.civ.Draguignan, 02 Juillet 1953, D. 1953, page 745.
- C.A. Grenoble, 14 février 1995, Bull. d'inf. de la cour de cassation, 1^{er} Octobre 1995, page 58.
- Cass.com. 16 Mai 1995, RJDA 1995, n° 1348, page 1039.
- O. Tournafond**/ Obs. à propos de cass. civ 1^{ère} 23 Mai 1995.D 1996. Somm. Page 14 et suite.
- Leveneur**/ note sous cass. civ. 1^{ère}, 23 Mai 1995, Contrats. Concur. et consom.1995. n° 141.
- Cass. 1^{ère} civ., 7 juin 1995, Bull.civ.I, n° 250.
- Cass. 1^{ère}, civ.20 Juin 1995, Bull.civ.I, n° 295.
- Cass.civ.3^{ème}, 28 juin 1995, RJDA1996, n° 32, page31.
- Bordeaux, 1^{ère} ch.civ. 27 Septembre 1995. JCP 1996, édition G.IV.573.
- Cass. com. 8 Décembre 1995, Bull.civ. IV, 297.
- P.Chauvel**/ Obs sous cass. civ. 3^{ème}, 24 Janvier 1996, Droit et patrimoine, 1996, n° 1291, page 64.
- B.Bouloc**/ note sous Cass.civ. 1^{ère}, 20 Février 1996, rev.trim.drt.com. 1996, page 514.
- O. Tournafond**/ Obs sous cass.civ.1^{ère}, 14 mai 1996, D.1997, Somm. page 345.
- O. Tournafond**/ obs. à propos de cass. civ. 1^{ère}. 5 Mai 1993, D. 1994.somm. page 242.
- Cass.civ. 1^{ère}, 14 mai 1996, RJDA 1996, n° 1177, page 849.
- Cass. civ.1^{ère}, 3 Juillet 1996, Droit et Patrimoine 1996, n 1502, page 75.
- Cass.civ. 1^{ère}, 5 Novembre 1996, J.C.P. 1997, II, note Radé.
- R.Libchaber** / Obs.sous civ.1^{ère} 13 Novembre 1996.
- Cass.civ.1^{ère}, 3 Décembre 1996, JCP 1997, édition G.IV, 234.
- Seub**/ Obs sous cass civ.1^{ère}, 8 Octobre 1997, JCP 1998, page 604, n° 17.
- civ.1^{ère}, 10 Février 1998. Dalloz affaires, 1998, page 710.
- P.Sargos**/ rapp sous cass.civ.28 Avril 1998, II, 10088.
- Leveneur**/ note sous cass. civ.1^{ère}, 30 Mars 1999, Cont.Cons., 1999, Comm. n° 110.
- Cass.com.15 Juin 1999.RJDA.1999. n° 1066, page 856.
- L.Leveneur**/ obs. sous. cass.civ. 3^{ème}, 7 Juin 2000, Cont. Conc. Cons. Novembre 2000, comm. 159.
- Civ. 3^{ème}, 7 juin 2000, " Mme Hammoun C/ M. Fenouillas " GAJC, édition 11, n°253-254.

3-THESES

- A.Weill** /La relativité des contrats en droit privé français, thèse Strasbourg, 1938.
- Brun Philippe**/ les présomptions dans le droit de la responsabilité civile, thèse, Grenoble, 1993.
- Christophe Loubat** / L'impact de la directive du 25 Mai 1999 relative à certains aspects de la vente et des garanties des biens de consommation sur le droit français de la garantie légale des vices cachés, Mémoire de DEA sous la direction de Mlle Caroline Henry, Maître de conférences, Année universitaire, 2002-2003.
- Dhiab-Chérif Ghidaoui**/ Défaut de conformité et vice caché dans la vente, Thèse pour le Doctorat en Droit de l'Université de Lille II, soutenue le 7 Décembre 2001.
- Gross**/ La notion d'obligation de garantie dans le droit des contrats, thèse, Nancy, 1962.
- G.J.Nana**/ La réparation des dommages causés par la vente d'une chose, L.G.D.J.1982.
- M.Alter**/ L'obligation de délivrance dans la vente de meubles corporels, thèse, Grenoble, L.G.D.J, 1972.
- O. Tonrnafond**/ L'obligation de délivrance dans la vente des immeubles à construire, thèse, Paris, XII, 1987.
- Patricia Jachmig- Joly**/ La Garantie des vices cachés, Essai de Théorie Générale, thèse pour le doctorat en droit privé, Université de Paris II, soutenue le 19 Décembre 1997.

4- MONOGRAPHIES

- A.Benabent/ Conformité et vice caché dans la vente: l'éclaircie, D. 1994, Chron. pages 115 et 116.

- A.Karimi/ Les modifications des dispositions du code de la consommation concernant les clauses abusives par la loi 95-96 du 1^{er} Février 1995, petites aff. 1995, n° 54, page 4.

- Asinay-Citermann/ Protection ou surprotection du consommateur, JCP 1994, édition G.I3804.

- A.Tunc/ La responsabilité des fabricants et distributeurs, in colloque de 30 Janvier 1975, Université de Paris I, page 405 et suite.

- A.Wall/ De la garantie des vices dans la vente de valeurs mobilières, Rev.trim. Dr.civ. 1914.

- B.Gross/ La notion d'obligation de garantie dans le droit des contrats, LGDJ 1963, pages 118 et 119.

- C.Boullez/ La garantie des vices : la part maudite de la jurisprudence, Gaz. Pal. 1994, 2, page 527.

- Ch. Radé/ L'autonomie de l'action en garantie des vices cachés, JCP 1997, édition G, I, 4009.

- D.Boulangier/ Erreur, non-conformité, vice caché: la fin d'une confusion, J.C.P. 1997, édition N 1996, -Doctr. page 1585.

- D. Mainguy/Propos dissidents sur la transposition de la directive du 25 mai 1999 sur certains aspects de la vente et des garanties des biens de consommation », JCP G., 2002, I, 183 n° 2.

- D.Veaux/ La sélection des actions de l'acheteur, cont. conc.cons.octobre 1993, chron, page 2.

- F Grégoire/ Vices cachés et non-conformité de la chose vendue, RJDA 1993, doctrine page 751.

- F.Magnin/ Vice caché ou défaut de conformité : attention aux confusions, petites affiches, 19 Avril 1999, doct. page 4.
- F. Zenati, Obs à propos du décret n° 87- 1034 du 22 décembre 1987 portant publication de la convention des nations unies sur les contrats de vente internationale de marchandises faite à Vienne le 11 Avril 1980, -Rev. trim. dr. Civ.1988, page 195.
- Ghestin/ L'application de règles spécifiques de la vente à la responsabilité des fabricants et distributeurs de produits en droit français, in la responsabilité des fabricants et distributeurs, Economica, 1975 , n°15.
- G.Paisant et L. Leveneur/ Quelle transposition pour la directive du 25 mai 1999 sur les garanties dans la vente des biens de consommation ? », JCP G., 2002, I, 135, pages 923-925. n° 12.
- G.Paisant/ Les clauses abusives et la présentation des contrats dans loi n° 95-96 du 1^{er} Février 1995, D. 1995, chron, page 99.
- G.Raymond/ Observations à propos de la loi n 95-96 du 1^{er} Février 1995, Contrats, concur.et consom.1995, n° 55 et 56.
- G.Viney/ Vers un nouveau critère de distinction entre les dommages respectifs de la garantie contre les défauts cachés et de la responsabilité de droit commun, JCP.I, 3985, chron. de responsabilité civile, n° 16.
- G.Viney/ La protection d'un acquéreur d'un produit défectueux : La coexistence de l'action en garantie contre les vices cachés et de l'action en responsabilité contractuelle de droit commun, JCP 1993, éd. G, I, 3727, chron. De responsabilité civile, n° 25.
- G.Viney (G.), « Quel domaine assigner à la loi de transposition de la directive européenne sur la vente ?», JCP G. 2002, I, 158.
- G. Viney/ Le Triomphe du bref délai de l'article 1648 du code civil et le démantèlement de la protection de l'acquéreur en cas de vente d'une chose défectueuse, JCP 1994, édition G, I, 3773, chronique de responsabilité civile, n° 12 et 16.

- H.Groutel/ Vices cachés et défaut de conformité, Resp.Civ et Assur, 1993, chron. n° 27.
 - H.Mazeaud/ La responsabilité civile du vendeur fabricant, R.T.D.C. 1955, page 611.
 - J.Apollis/ Obligation de délivrance et garantie des vices cachés, R.J.D.A.1994, page 492.
 - J Bigot/ Plaidoyer contre les clauses limitatives de garantie et de responsabilité dans les contrats de vente et de fourniture entre les professionnels, JCP.1976 ??1996. édition G.I.2755, n° 5.
 - J.Ghestin/ Le nouveau titre IV bis du livre III du code civil, de la responsabilité du fait des produits défectueux, J.C.P. 1998, I, 148.
 - J.Ghestin/ Conformités et garanties dans la vente de marchandises, L.G.D.J.1983, n° 10 et n° 199 à 205.
 - J.Huet/ Garantie légale contre les vices cachés, régime de la garantie, Résultat de l'action en garantie, JCP. Articles 1641 à 1649, fasc. 320, 1994.
 - J.Huet/Garantie légale contre les vices cachés, clauses relatives à la garantie, Juriscl.civ. art 1641 à 1649. Fasc.330, 1994, n° 34 et 48.
 - J.Huet / La Garantie Légale contre les vices cachés, domaine de la garantie, généralités, JCP, articles 1641 à 1649, 1994, fasc.290, n 91 n 96 et 99 et fasc. 280, n° 10.
 - J.m.Mousseron/ L'obligation de garantie dans l'exploitation de brevets d'invention, Dalloz 1974.
- Koubi (G.), «Transposition et/ou transcription des directives communautaires en droit national?», RRJ 1995 n° 2, p. 617.
- L.Casaux-Labrunee / Vices cachés et défaut de conformité: propos non-conformistes pour une distinction viciée, D. 1999, Chron., page 1.
 - L Grynbaum / La fusion de la garantie des vices cachés et de l'obligation de délivrance conforme opérée par la directive du 25 mai 1999 », CCC, Mai 2000, page 4.

- L. Leveneur/ Vente entre professionnels et clauses limitatives de responsabilité, contrats. concur. et consom. 1994, chron. n° 3.
- Levy/ Recherches sur quelques aspects de la garantie des vices cachés dans la vente des véhicules neufs et d'occasion, Rev. trim. drt. Civ. 1970, page 3 et suite.
- Marchessaux-Van Melle/ L'application en France de la directive visant à éliminer les clauses abusives et la présentation des contrats dans la loi n 95-96 du 1^{er} Février 1995. JCP 1995, édition G, I, 3854.
- O. Tonnafond/ Les prétendus concours d'action et le contrat de vente, D. 1994, Chron. Page 115.
- O. Tournafond/ Les prétendus concours d'actions et le contrat de vente, D. 1989, 6Chron. page 237 et 238.
- O. Tournafond/ De la transposition de la directive du 25 mai 1999 à la réforme du Code civil, D., 2002, Chron., p. 2883-2889.
- P. Ancel/ La garantie conventionnelle des vices cachés dans les conditions générales de vente en matière mobilière, Rev. trim. dr. com. 1979, page 203.
- PH. Malaurie/ Le consommateur, Répertoire Détrénois 1985, Art 33593, p 1040.
- P. Ancel/ La garantie conventionnelle des vices cachés dans les conditions générales de vente en matière mobilière, Rev. trim. dr. com. 1979, page 203.
- P.H. Le Tourneau/ Conformité et garantie dans la vente d'objets mobiliers corporels, R.T.D.Com. 1980, n°123, Page 273.
- PH. Malinvaud, De l'erreur sur la substance, D. 1972, Chron. page 215 et suite.
- PH. Malinvaud/ Pour ou contre la validité des clauses limitatives de garantie des vices cachés dans la vente. JCP 1975, éd G, I, 2690, n 10 et 21.
- PH Malinvaud/ La protection des consommateurs, D 1981, chron. 179.

- P.H. Malinvaud/ L'autonomie de la garantie des vices cachés en matière immobilière, R.D.I., juillet septembre 1998, pages 328 et 331.
- P.Jourdain/ Les actions des acquéreurs insatisfaits ou victimes de dommages, Gaz.Pal. 1994, pages 4 et 5 et pages 826 et 832.
- P.Ourliac/ Le passé du consumérisme, Annales de l'université de Toulouse 1979, T 27, page 217 et suite.
- R.Martin/ Obligation de délivrance et garantie des vices, Ann.Loyers 1994, pages 37 et 40 et 52.
- R.Martin/ Le juge a-t-il l'obligation de qualifier ou requalifier ? D. 1994, Chron, page 309.
- Zenagui Dalila/ maître de conférence, Université d'Oran, polycopies non publiées intitulées : vice caché et défaut de conformité.

5 Textes et lois

- Directive Communautaire du 25 Juillet 1985 sur la responsabilité du fait des produits défectueux, L.G.D.J., 1990.
- Directive Européenne 1999/44/CE du Parlement européen et du Conseil du 25 mai 1999 sur certains aspects de la vente et des garanties des biens de consommation, J.O.C.E. n° L 171 du 7 juillet 1999.
- Directive Européenne n° 93-13 du 5 Avril 1993 concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs, JOCE n° L 95-29 du 21 Avril 1993.
- L'ordonnance n° 2005-136 du 17 février 2005 relative à la garantie de la conformité du bien au contrat due par le vendeur au consommateur: J.O n° 41 du 18 février 2005.
- convention de ventes internationales de marchandises faite à Vienne le 11 Avril 1980.
- Décret d'application n° 78-464, J.O du 1^{er} Avril 1978, entré en vigueur le 1^{er} Avril 1978 et abrogé par l'article 4 du décret n° 97-298 du 27 Mars 1997, J.O du 3 Avril 1997.

- Loi n°78-23 du 10 Janvier 1978 sur la protection et l'information des consommateurs de produits et de services, JORF du 11 Janvier 1978, page 301.
- Recommandation n°79-01 relative aux clauses abusives insérées dans les contrats de garantie, BOSP du 24 Février 1979.
- Loi n° 95-96 du 1^{er} Février 1995 concernant les clauses abusives et la présentation des contrats et régissant diverses activités d'ordre économique et commercial, JORF du 02 Février 1995, page 1755.
- Loi n° 2008- 776 du 4 Août 2008 sur la modernisation de l'économie, J.O du 5 Août 2008, page 12471.
- Décret n° 2009-302 du 18 mars 2009 portant application de l'article L. 132-1 du code de la consommation, JORF n° 0067 du 20 Mars 2009, page 5030, texte n° 14.
- Loi n°2010-737 du 1^{er} juillet 2010 portant réforme du crédit à la consommation, JORF n°151 du 02 Juillet 2010.

الفهرس

الصفحة

الموضوع

02المقدمة:
14الباب الأول: نطاق ضمان عيوب المبيع الخفية.
15الفصل الأول: ماهية البيوع الخاضعة للضمان.
16المبحث الأول: البيوع التي يقوم فيها التزام البائع بضمان عيوب المبيع الخفية .
18المطلب الأول:التزام البائع بضمان عيوب المبيع الخفية عندما يكون محل العقد شيئاً مثلياً.....
20المطلب الثاني:التزام البائع بضمان عيوب المبيع الخفية عندما يكون محل العقد شيئاً مستعملاً.....
المطلب الثالث:التزام البائع بضمان عيوب المبيع الخفية بشأن عقود البيع بشرط التجربة أو بشرط
24المذاق.....
27المبحث الثاني:البيوع المستثناة من ضمان عيوب المبيع الخفية.....
المطلب الأول:الاستثناءات التشريعية المتعلقة بضمان عيوب المبيع الخفية في القانونين الجزائري
28والمصري.....
31المطلب الثاني:الاستثناءات التشريعية المتعلقة بضمان عيوب المبيع الخفية في القانون الفرنسي.....
31الفرع الأول: الاستثناء التشريعي المتعلق بالبيوع التي تتم بسلطة القضاء.....
35الفرع الثاني: الاستثناء التشريعي المتعلق بالبيوع التي يكون محلها حيواناً.....
37الفرع الثالث: الاستثناء التشريعي المتعلق بالبيوع التي يكون محلها عقاراً تحت الإنشاء.....
38الفرع الرابع: الاستثناء الذي جاء به القضاء الفرنسي في إطار التفرغ الجبري.....

42الفصل الثاني: ماهية العيوب الخاضعة للضمان
42المبحث الأول: مفهوم العيب
43المطلب الأول: مفهوم العيب من الناحية اللغوية
43المطلب الثاني: مفهوم العيب في الفقه الإسلامي
48المطلب الثالث: مفهوم العيب من الناحية القانونية
50الفرع الأول: الاتجاه التجريدي للعيب
53الفرع الثاني: الاتجاه الوظيفي للعيب
64المبحث الثاني: شروط العيوب الخاضعة للضمان
64المطلب الأول: قدم العيب
96المطلب الثاني: تأثير العيب
100الفرع الأول: العيب المؤثر في قيمة المبيع
109الفرع الثاني: العيب المؤثر في استعمال المبيع
123المطلب الثالث: خفاء العيب
140المطلب الرابع: جهل المشتري بالعيب
149الباب الثاني: أحكام الالتزام بضمان عيوب المبيع الخفية
150الفصل الأول: ممارسة دعوى ضمان عيوب المبيع الخفية

151	المبحث الأول: وجوب قيام المشتري بإخطار البائع بالعيب.....
	المبحث الثاني: تحديد أطراف دعوى الضمان.....
160	المطلب الأول: المدين بضمان عيوب المبيع الخفية.....
162	المطلب الثاني: الدائن بضمان عيوب المبيع الخفية.....
175	المبحث الثالث: موضوع دعوى ضمان عيوب المبيع الخفية.....
175	المطلب الأول: موضوع دعوى ضمان عيوب المبيع الخفية في القانونين الجزائري والمصري.....
176	الفرع الأول: دراسة موضوع دعوى الضمان عندما يكون العيب جسيما.....
181	الفرع الثاني: دراسة موضوع دعوى الضمان عندما يكون العيب يسيرا.....
182	الفرع الثالث: مضمون المطالبة بالتنفيذ العيني.....
184	المطلب الثاني: موضوع دعوى ضمان عيوب المبيع الخفية في القانون الفرنسي.....
185	الفرع الأول: حق المشتري في الاختيار بين دعوى الرد ودعوى تخفيض الثمن.....
186	أ- أحكام حق الاختيار بين دعوى الرد و دعوى تخفيض الثمن.....
189	ب- حدود حق الاختيار بين دعوى الرد و دعوى تخفيض الثمن.....
190	ب-1 الحالات التي لا يمكن فيها للمشتري رفع دعوى تخفيض الثمن.....

190	ب-2 الحالات التي لا يمكن فيها للمشتري رفع دعوى الرد
192	الفرع الثاني: دعوى المطالبة بالتنفيذ العيني
194	الفرع الثالث: دعاوى التعويض
194		أ- دعوى التعويض عن الأضرار
198		ب- دعوى المطالبة برد مصاريف البيع
199	المطلب الثالث: موضوع دعوى ضمان العيوب الخفية في بعض الحالات الخاصة
200	الفرع الأول: موضوع دعوى ضمان العيوب الخفية في حالة هلاك الشيء المبيع
211	الفرع الثاني: موضوع دعوى ضمان العيوب الخفية في حالة حدوث عيب جديد في الشيء المبيع بعد التسليم
221	الفرع الثالث: موضوع دعوى ضمان العيوب الخفية في حالة زيادة المبيع أو تحوله
228	المبحث الرابع: أسباب سقوط دعوى ضمان العيوب الخفية

229المطلب الأول: زوال العيب الموجب للضمان
233المطلب الثاني: التنازل عن الضمان
242المطلب الثالث: عدم احترام مهلة الادعاء
270الفصل الثاني: تحديد الطبيعة القانونية لدعوى ضمان عيوب المبيع الخفية
271المبحث الأول: التمييز بين دعوى ضمان عيوب المبيع الخفية و دعوى الالتزام بالتسليم المطابق
المطلب الأول: التمييز بين دعوى ضمان عيوب المبيع الخفية و دعوى الالتزام بالتسليم المطابق في
271القانونين الجزائري والمصري
الفرع الأول: محاولة رسم الحد الفاصل بين التزام البائع بضمان عيوب المبيع الخفية والالتزام بالتسليم
277المطابق وفق القانون المدني
285الفرع الثاني: محاولة رسم الحد الفاصل بين التزام البائع بضمان عيوب المبيع والالتزام بالتسليم المطابق وفق قانون حماية المستهلك
293المطلب الثاني: التمييز بين دعوى ضمان عيوب المبيع الخفية و دعوى الالتزام بالتسليم المطابق في القانون الفرنسي
296الفرع الأول: تضارب اجتهادات كل من الغرفة المدنية الأولى والغرفة المدنية الثالثة ابتداء
297أ - موقف الغرفة المدنية الأولى
302ب- موقف الغرفة المدنية الثالثة
304الفرع الثاني: موقف الغرفة التجارية
311الفرع الثالث: توحيد موقف الغرف المختلفة لمحكمة النقض الفرنسية
الفرع الرابع: النتائج المترتبة عن تبني المشرع الفرنسي للتوجيه الأوروبي المتعلق بضمان الأشياء

329الاستهلاكية
337المبحث الثاني: التمييز بين دعوى ضمان العيوب الخفية و دعوى الغلط
358المبحث الثالث: التمييز بين دعوى ضمان العيوب الخفية و دعوى التدليس
361المبحث الرابع: التمييز بين دعوى ضمان العيوب الخفية و دعوى العجز في مقدار المبيع
363المبحث الخامس: التمييز بين دعوى ضمان العيوب الخفية ودعوى ضمان التعرض والاستحقاق
366الفصل الثالث: الاتفاقات المعدلة لأحكام الضمان القانوني لعيوب المبيع الخفية
المبحث الأول: الاتفاق على تعديل أحكام الضمان في القانونين الجزائري والمصري
368المطلب الأول: الاتفاقات الموسعة لأحكام الضمان القانوني:
369الفرع الأول: أمثلة عن الاتفاقات الموسعة لأحكام الضمان القانوني:
370الفرع الثاني: التكيف القانوني لضمان صلاحية المبيع للعمل لمدة معينة
376المطلب الثاني: الاتفاقات المنقصة لأحكام الضمان القانوني
382المبحث الثاني: الاتفاق على تعديل أحكام الضمان في القانون الفرنسي
384المطلب الأول: البنود الاتفاقية التي تحد من الضمان القانوني في العقود التي يكون فيها البائع جاهلا بالعيوب
387المطلب الثاني: البنود الاتفاقية التي تحد من الضمان القانوني في العقود التي يكون فيها البائع عالما بالعيوب
387الفرع الأول: البنود الاتفاقية التي تحد من الضمان القانوني في العقود المبرمة بين مستهلك ومحترف
399الفرع الثاني: البنود الاتفاقية التي تحد من الضمان القانوني في العقود المبرمة بين محترفين من نفس التخصص
405الخاتمة
411قائمة المراجع المعتمد عليها
411أولا - المراجع باللغة العربية
411أ - المراجع العامة
415ب- الرسائل
416ج- المقالات والدراسات المتخصصة

417 مؤلفات اللغة والقواميس
416 مؤلفات الفقه الإسلامي
416 النصوص القانونية والتنظيمية
422 ثانياً- المراجع باللغة الفرنسية