اثر حسن النية في الالتزام بالضمان الاتفاقي المشدد (دراسة مقارنة)

أ. د ايمان طارق مكي الشكري

نبذة عن الباحث :

دلال تفكير مراد

نبذة عن الباحث :
تدريسية في كلية القانون جامعة الكوفة.

Effect of good faith in the commitment to the enhanced treaty guarantee (A comparative study)

Abstract

The issue of good faith in the scope of the obligation of strict treaty security has been a difference in the position of comparative civil legislation as to the extent to which the good faith of the secured creditor is a condition for the validity of this aggravated treaty guarantee and therefore its effects on the debtor's security, Legal guarantee is an advantage to the creditor with the guarantee is always in his favor. Therefore, the judgment of the validity of the strict condition of the collateral requires the good faith of the creditor with the guarantee. If this is bad faith, this leads to the invalidity of the condition and thus the disappearance of the contractual guarantee and the return to the legal guarantee.

الملخص

لقد اثار موضوع اثر حسن النية في الالتزام بالضمان الاتفاقي المشدد اختلافا في موقف التشريعات المدنية محل المقارنة . بالنسبة الى مدى اعتبار حسن النية لدى الدائن بالضمان شرطا لصحة هذا الضمان الاتفاقي المشدد وبالتالي انتاج اثاره في تشديد ضمان المدين ، خاصة وان هذه الشروط التي تزيد من الضمان القانوني تشكل ميزة للدائن بالضمان فهي في صالحه دائما. لذا فأن الحكم بصحة الشرط المشدد للضمان يستلزم حسن نية الدائن بالضمان . فاذا كان سيء النية فأن ذلك يؤدي الى بطلان الشرط وبالتالي زوال الضمان الاتفاقي والرجوع الى احكام الضمان القانوني.

المقدمة

قبل الخوض في بيان اثر حسن النية في الالتزام بالضمان الاتفاقي المشدد لابد من الوقوف عند جوهر فكرة البحث واهميته ومنهجيته وهيكليته . وهو ما سنوضحه تباعا :

اولا / جوهر فكرة البحث

قد يرد الشرط المشدد في المسؤولية العقدية بشكل عام . في نفس العقد المبرم بين المتعاقدين وقد يتم الاتفاق عليه بشكل منفصل عن العقد . ويكون شرطا مشددا لمسؤولية المدين اذا كان يقضي بمسؤولية هذا الاخير في احوال تنتفي فيها مسؤوليته بموجب القواعد العامة.

كما لو تم الاتفاق بين الدائن والمدين على انه حتى اذا توافر سبب اجنبي نفى العلاقة بين خطأ المدين وبين الضرر الذي اصاب الدائن يبقى المدين مسؤولا في هذه الحالة . او يتم الاتفاق على جعل مسؤولية المدين في الالتزام ببذل عناية اشد من خلال تشديد العناية التي يجب ان يبذلها هذا الاخير . او جعله يلتزم بتحقيق غاية على الرغم من انه يلتزم ببذل عناية فقط.

والاتفاق على تشديد المسؤولية للمدين جائز . ليس في نطاق المسؤولية العقدية فحسب . بل يجوز ايضا في نطاق المسؤولية التقصيرية . وذلك على خلاف شرط الاعفاء وشرط التخفيف الذي لا يجوز ان يردا في نطاق المسؤولية التقصيرية. ويخضع الشرط المشدد لمسؤولية المدين بشكل عام لعدة قيود تجعل من هذا الاتفاق قليل الوقوع من الناحية العملية . اذ ان في احكام القواعد العامة ما يضمن للدائن مسؤولية المدين ويكفل له الحصول على التعويضات الكافية. واذا كانت الشروط المشددة للضمان هي من مصلحة الدائن . فهل يتطلب الحكم على الشرط المشدد لضمان المدين بالصحة ان يكون الدائن بالضمان حسن النية وبالتالي فأن سوء نية هذا الاخير تؤدي الى بطلان هذا الشرط فلا يضمن المدين ما نشأ للدائن بموجبه.

ثانيا / اهمية البحث

للبحث اهمية نظرية واخرى عملية.

الاهمية النظرية : تكمن الاهمية النظرية للبحث فيما سوف نبديه من عرض وتقييم للنصوص القانونية والآراء الفقهية والاحكام القضائية التي تناولت موضوع البحث من اجل الخروج بنتائج تفتح المجال امام دراسات قانونية مستقبلية اكثر عمقا وتخصصا.

الاهمية العملية : تتمثل الاهمية العملية للبحث والتي شكلت لنا دافعا لاختياره فيما يلي :

اولا/ لم يلقى موضوع اثر حسن النية في نطاق الالتزام بالضمان الاتفاقي المشدد ما يستحقه من بحث واهتمام في نطاق القانون المدني العراقي . اذ لا توجد أي دراسة متخصصة في هذا الصدد.

ثانيا/ يلاحظ على الدراسات التي تناولت مبدا حسن النية والاثار المترتبة عليه في نطاق القانون المدني العراقي انها تناولت هذا المبدأ بصورة عامة حيث اظهرت العلاقة الوثيقة

بين مبدأ حسن النية وقاعدة القوة الملزمة للعقد التي تفرض على المتعاقد تنفيذ التزاماته الناشئة عن العقد بحسن نية ولم تبين مدى اثر حسن النية في الالتزام بالضمان الاتفاقي المشدد .

ثالثا / منهجية البحث

ان دراستنا لموضوع اثر حسن النية في نطاق الالتزام بالضمان الاتفاقي المشدد ستتخذ المنهج التحليلي المقارن سبيلا لمعالجة موضوع البحث. فنعقد المقارنة بين القانون المدني العراقي وبعض القوانين المدنية العربية كالقانون المدني المصري. هذا بالاضافة الى المقارنة مع القانون المدني الفرنسي من بين القوانين المدنية الغربية. وسوف لن تفوتنا الاشارة الى موقف بعض القوانين المدنية المخالفة لموقف القوانين المدنية محل المقارنة. و كذلك الوقوف على ما قيل من اراء الفقهاء والمتعلقة بموضوع البحث والاشارة الى بعض القرارات الصادرة من القضاء العراقي والقضاء المصري والقضاء الفرنسي من بين القضائين العربي والغربي بقدر ما يتعلق بموضوع اثر حسن النية في الالتزام بالضمان الاتفاقي المشدد.

رابعا / هيكلية البحث

سنتناول موضوع الدراسة في مبحثين. سوف نخصص المبحث الاول لمفهوم حسن النية في نطاق الشروط المشددة للضمان والذي سنقسمه على مطلبين نتناول في المطلب الاول انتفاء نية الاضرار بالمدين بانتفاء الغش وفي المطلب الثاني انتفاء نية الاضرار بالمدين بانتفاء الخطأ الجسيم . اما المبحث الثاني فسنخصصه لبيان مدى ارتباط صحة الشروط المشددة للضمان بحسن نية الدائن والذي سنتناوله في ثلاث مطالب نتناول في المطلب الاول الاتفاق على زيادة الضمان فيما يتعلق بالشروط او الاثار وفي المطلب الثاني ضمان صلاحية المبيع للعمل مدة معلومة وفي المطلب الثالث شرط بيع الشيء بحالة جيدة . فاذا ما انتهينا من بحث ذلك نصل الى خاتمة نضمنها اهم الاستنتاجات والمقترحات التي تم التوصل اليها من خلال هذا البحث.

المبحث الاول:مفهوم حسن النية في نطاق الشروط المشددة للضمان

تعد الشروط المشددة لضمان المدين في الضمان الاتفاقي المشدد في مصلحة الدائن بالضمان حيث انها تزيد من نطاق الحماية التي نص عليها المشرع في الضمان القانوني وتفرض التزامات على عاتق المدين بالضمان ما كان ليلتزم بها في نطاق الضمان القانوني . وبالتالي فلكي ينتج هذا الشرط اثره في تشديد الضمان يلزم ان يكون الدائن بالضمان حسن النية اذ ينبغي عليه بالإضافة الى عدم علمه بما يشوب الشيء محل العقد من عيوب او ما كان مثقلا به من حقوق تؤدي الى استحقاقه كليا او جزئيا ان تنتفي لديه نية او قصد الاضرار بالمدين عن طريق تشديد الضمان .

اذ ان واجب تنفيذ العقد والالتزامات المترتبة عليه بحسن نية ليس واجبا مقصورا على المدين وحده فحسب . بل يعتبر واجب عقدي عام يفرض على كلا طرفي العلاقة العقدية . ويتمثل واجب الدائن في نطاق الشرط المشدد للضمان في ضرورة سلوكه تجاه المدين سلوكا متبصرا بحيث يتفادى الاخطاء المؤثرة على تنفيذ المدين لالتزامه . حيث ان خطأ

الدائن في هذه الحالة يعود عليه بالذات فيؤدي الى حرمانه من المنفعة التي كان يرجوها من وراء تشديد الضمان فهو خطأ يتحمل منه الضرر شخصيا.[١]

لذا فأن البقاء في اطار حسن النية في تنفيذ العقد والتعامل بصدق واستقامة مع الطرف الاخر في العلاقة العقدية وبصورة تبقي ممارسة الحق ضمن الغاية المفيدة والعادلة والتي أنشئ من اجلها يجب ان لا تؤدي الى الاضرار بالطرف الاخر دون مبرر مشروع.[٢]

ويترتب على التزام حدود حسن النية ان يمتنع الدائن من الاضرار بالمدين متسترا بالشروط المشددة بالضمان. فانتفاء نية او قصد الاضرار بالمدين من قبل الدائن بالضمان تكون من خلال انتفاء الغش وكذلك انتفاء الخطأ الجسيم . لذا سوف نتناول ما تقدم من خلال مطلبين نخصص الاول منها لانتفاء نية الاضرار بالمدين بانتفاء الغش . اما الثاني سيكون لانتفاء نية الاضرار بالمدين بانتفاء الخطأ الجسيم.

المطلب الاول :انتفاء نية الاضرار بالمدين بانتفاء الغش

الغش عمل غير مشروع ينوي من يقوم به الحاق الضرر بالغير فهو اخلال بالتزام تعاقدي او بواجب قانوني عام بقصد الاضرار بالغير.[٣]

كما وعرف البعض الغش بأنه . كل عمل او امتناع عن عمل يقع من المدين بالالتزام العقدي او من احد تابعيه بقصد احداث الضرر[٤] . وهو بذلك يقابل الخطأ العمد الذي يكون فيه المدين قاصدا احداث الضرر بالدائن . ويكون معيار الغش معيارا موضوعيا . يستدل عليه من جسامة الخطأ.[٥] ويرى البعض أن الغش يمثل مرتبة عليا من الخطأ العمد . فهو ينطوي تحت اصطلاح الخطأ العمد. اذ ان كل غش هو خطأ عمد . الا ان الخطأ العمد ليس غشا دائما. ففي حالة الخطأ العمد يجابه احد المتعاقدين وهو مرتكب الخطأ . المتعاقد الاخر بمخالفته مجابهة صريحة . فتتاح الفرصة للمتعاقد الذي تعاقد مع مرتكب الخطأ العمد لتلافي ما قد يستطيع تلافيه من اضرار. كما هو الحال في رفض البائع في عقد البيع تسليم الصفقة من البضائع التي تم بيعها. ويكون المخطئ بذلك قد عرض نفسه لإجراءات قانونية قد تفوت عليه قصده.[٦]

اما في حالة الغش فأن مرتكبه يخفي مخالفته لالتزاماته التعاقدية بالخديعة والمكر. فيحمل المتعاقد الاخر على قبول التنفيذ بالشكل المعيب الذي تم فيه دون ان تتاح له الفرصة لكشف المخالفة فيتقبل الضرر طائعا. في حين يجني مرتكب الغش ثمار غشه ولو لفترة من الزمن . فالفارق بين الخطأ العمد والغش هو انه يوجد تنفيذ ظاهري للعقد في حالة الغش . اما في حالة الخطأ العمد فلا يوجد اي تنفيذ له.[٧]

واذا كان المشرع قد ساوى في الحكم بين الغش والخطأ الجسيم[٨] . الا انه لم يتطرق الى الخطأ العمد . فاذا كان الخطأ الجسيم وهو مرتبة من مراتب خطأ الاهمال يساوي الغش في حكمه لذا كان من باب اولى ان يتساوى الغش والخطأ العمد في الحكم ايضا.[٩]

فالغش قد يستخدم ابتداء لحمل الطرف الاخر على التعاقد او على قبول التنفيذ المعيب . وقد يستخدم انتهاءا لستر خطأ عمد سابق. فالمقاول الذي يستخدم مواد معيبة في انجاز العمل محل المقاولة لغرض الاستفادة من فرق السعر بين المواد الصالحة والمواد

المعيبة . يكون استعماله لهذه المواد المعيبة مقصودا لذاته وقد تم بطريقة خفية . فلولا هذا الاستعمال ما وجد غش او خطأ عمد فالغش قد يستخدم في احوال كثيرة لستر خطأ عمد . وفي احوال اخرى قد يؤدي بحد ذاته الى ما يهدف اليه المتعاقد من الاضرار بالطرف الاخر.[١٠]

وللغش ركنان . الركن الموضوعي والذي يتخذ صورة فعل او كتمان والفعل هو عبارة عن وسائل احتيالية يلجأ اليها احد اطراف العقد لأيهام الطرف الاخر . ويجب ان تبلغ هذه الوسائل حدا معينا من الجسامة حتى يتحقق الركن الموضوعي للغش.

اما الركن الثاني للغش فهو الركن المعنوي المتمثل في القصد او الرغبة في التضليل لتحقيق غرض غير مشروع . وانعدام هذا الركن يؤدي الى انعدام الغش وان توافر الركن الموضوعي كما لو قدم احد طرفي العقد معلومات غير صحيحة عن حسن نية دون علمه بعدم مطابقتها للحقيقة . فلا يعد غاشا رغم انه قد اوقع الطرف الاخر في غلط. او اذا اهمل في تقديم بعض المعلومات التي من شأن عدم تقديمها ايقاع المتعاقد في غلط . فلا قيام للغش دون ارادة قاصدة الى تضليل الغير . ذلك لان الغش فكرة عمدية.[١١] وقد اختلفت الآراء في الفقه المصري حول ضرورة توافر ركني الغش . فأشترط البعض في الغش ان تتجه فيه نية مرتكبه ليس فقط الى التخلص من الاعباء التي يفرضها العقد عليه . وانما يجب ان تتوافر لديه نية احداث الضرر بالطرف الاخر من العلاقة العقدية.[١٢] في حين نجد ان رأيا اخر لا يشترط توافر الركن المعنوي للغش وان تكون نية مرتكب الغش قد ذهبت الى التهرب من التزامه العقدي فقط.[١٣]

وهو ما اتجه اليه بعض فقهاء القانون المدني الفرنسي ايضا وذلك بالقول بأن للغش في نطاق المسؤولية العقدية مضمونا اوسع يشمل الارادة التي تدل على الامتناع عن فعل ما يعد ضروريا لتنفيذ العقد . سواء توافرت نية الاضرار ام لم تتوافر فالغش هنا يعد سوء نية عقدية او هو كل سلوك مضاد للالتزام العقدي .[١٤]

واتجه رأي ثالث الى القول[١٥] . ان الغش في الالتزامات العقدية يتحقق بمجرد تهرب المتعاقد من اعباء الالتزام التي اوجبها العقد . او عند توافر نية الاضرار لديه من خلال العقد بالمتعاقد الاخر . فمرتكب الغش في الحالة الاولى تبقى مسؤوليته في اطار العقد الذي ابرمه ويتوافر لديه في هذه الحالة سوء النية العقدي. اما اذا قصد الاضرار بالمتعاقد الاخر ومن خلال العقد فيكون هناك خطأ تقصيري وليس خطأ عقدي . ذلك ان عدم الاضرار بالمتعاقد الاخر التزام قانوني مصدره القانون .

ويبرر صاحب الرأي اعلاه رأيه بالقول بأن المنطق الذي يشترط ضرورة توافر قصد الاضرار بالطرف الاخر الى جانب التهرب من تنفيذ الالتزام هو منطق غير سليم ومفتقر الى الدقة . فالعقد اساسا يقوم على حسن النية في التنفيذ . ولولا افتراض هذا القصد الضمني لما اقدم المتعاقدون على التعاقد غالبا . فشرط حسن النية في تنفيذ العقد مصدره القانون . وهذا يؤدي الى القول بأنه لا يشترط في الغش ان يتوافر فيه قصد الاضرار بالإضافة الى عدم التنفيذ . بل يكفي ان تتوافر لدى المتعاقد نية عدم تنفيذه للالتزام العقدي حتى يقوم الغش.

ونرى ان هذا الرأي اذا كان يحتوي على نوع من الدقة . الا انه لا يمكن الاخذ به على الاطلاق . خاصة فيما يتعلق بالضمان الاتفاقي المعدل لمسؤولية طرفي الضمان القانونية . اذ انه وفي اطار الشروط المشددة للضمان نبحث في هذه الحالة عن مدى حسن نية الدائن بالضمان لكي تنتج هذه الشروط اثرها في تشديد الضمان . ولا يمكن ان نقتصر على البحث عن علم او عدم علم الدائن بأسباب الضمان مالم يشترط التشديد في الوقت نفسه و تتوافر لديه نية للأضرار بالمدين . فتعمد اخفاء سبب الضمان يتحقق بعلمه بهذا السبب واخفائه لهذا العلم مع اشتراطه تشديد ضمان المدين ويستنتج من ذلك ان لديه نية للأضرار بهذا الاخير ويكون سيء النية مما يؤدي الى بطلان هذا الشرط.

وبذلك يمكن القول بأن الغش هو الاخلال بالتزام تعاقدي بقصد الاضرار بالطرف الاخر من العقد وان توافره ينفي وجود حسن النية الواجب توافره في مرحلة التنفيذ . وفي نطاق الشرط المشدد لضمان المدين فأن اخفاء العلم بسبب الضمان غشا من الدائن يؤدي الى بطلان هذا الشرط . فاذا كان الدائن يعلم بوجود العيب في الشيء محل العقد او يعلم بسبب استحقاق هذا الشيء وتعمد اخفاء هذا العلم عن المدين واشترط عليه تشديد الضمان ينفي عنه حسن النية فلا يكون لهذا الشرط اي اثر.

ويلاحظ على موقف التشريعات محل المقارنة انها اقتصرت على ضرورة توافر حسن النية لدى المدين بالضمان في الشروط المعفية والمخففة للضمان . وجعلت الشرط المخفف والمعفي من الضمان باطلا اذا كان المدين قد تعمد اخفاء سبب الضمان ولم تشترط ذلك صراحة في الشرط المشدد للضمان . اي انها لم تنص على ضرورة توافر حسن النية لدى الدائن بالضمان لكي يستفاد من الشرط المشدد ويكون صحيحا خاصة وان الشروط المشددة تكون دائما في مصلحة الدائن بالضمان . حيث انها تزيد من الضمان الذي منحه اياه القانون بمقتضى نصوص الضمان القانوني والتي سبق ان تطرقنا اليها سابقا . حيث نصت المادة (٥٥٦) في فقرتها الثالثة من القانون المدني العراقي على انه " ويقع باطلا كل شرط يسقط الضمان او ينقصه اذا كان البائع قد تعمد اخفاء حق المستحق ".[١٦]

وكذلك ما نصت عليه المادة (٥٦٨) من القانون المدني العراقي انه " ١- يجوز ايضا للمتعاقدين باتفاق خاص ان يحددا مقدار الضمان . ٢- على ان كل شرط يسقط الضمان او ينقصه يقع باطلا اذا كان البائع قد تعمد اخفاء العيب ".[١٧]

فاذا كان للمتعاقدين الاتفاق على تشديد الضمان . من خلال زيادة العبء الذي يقع على عاتق المدين بالضمان . حيث ان اتفاق التشديد يضع على عاتق المدين بالضمان بعض الالتزامات التي لم يكن ليلتزم بها لولا وجود هذا الاتفاق . او يزيد من عبء الالتزامات القائمة فيجعلها اكثر كلفة.[١٨] ففي كلا الحالتين يكون الاتفاق على الزيادة في الضمان لصالح الدائن على خلاف شروط التخفيف والاعفاء من الضمان والتي تكون مقررة لمصلحة المدين بالضمان . والتي اشترط فيها المشرع حسن النية لدى المدين بالضمان لكي تنتج هذه الشروط اثارها في التخفيف او الاعفاء بحيث ان تعمد اخفاء سبب الضمان غشا من المدين يبطل هذه الشروط ولا يكون لها اي اثر في تخفيف او

اسقاط ضمان المدين . الا ان المشرع لم ينص صراحة على اشتراط حسن النية لدى الدائن بالضمان عند الاتفاق على تشديد ضمان المدين ليضمن امورا لم تقررها نصوص الضمان القانوني . لذا نرى انه لا داعي لهذه التفرقة بين الشروط المشددة والشروط المعفية او المخففة من الضمان من حيث استلزام توافر حسن النية في الطرف الذي وضع الشرط لمصلحته . فكما ان مصلحة الدائن جديرة بالحماية في نطاق الشروط المعفية والمخففة . فمصلحة المدين كذلك جديرة بالحماية في نطاق الشروط المشددة خاصة وان المشرع قد حقق الحماية الكاملة لكلا طرفي العقد من خلال نصوص الضمان القانوني .

المطلب الثاني :انتفاء نية الاضرار بالمدين بانتفاء الخطأ الجسيم

ثار الخلاف بين الفقهاء حول وجود او عدم وجود فكرة الخطأ الجسيم . فذهب البعض منهم الى انكار وجود فكرة الخطأ الجسيم على اعتبار ان للخطأ درجة واحدة مهما كان سببه . وقد كان ذلك اساسا لظهور نظرية " وحدة الخطأ " . حيث ذهبت هذه النظرية الى القول بأن الخطأ لا تختلف درجاته وانما ينصب الاختلاف على مدى الالتزام الذي يقع على عاتق المدين . وان اي اخلال بتنفيذ الالتزام يعتبر خطأ مهما كانت درجة هذا الاخلال . فالتنفيذ الناقص لا يعتبر وفاءا بالالتزام بغض النظر عن مقدار هذا النقص. والاخلال بالتزام جوهري يعتبر اشد من الاخلال بالتزام ثانوي كما هو الحال بالنسبة الى الالتزام ببذل عناية حيث يعتبر الاخلال بهذا الالتزام اقل جسامة فيما لو كان اخلالا بالتزام بتحقيق نتيجة . وهذا التفاوت يعبر عن اهمية الالتزام الذي يخصل الاخلال به ولا يعبر عن درجة الخطأ او درجة الاخلال . لذا فأن انصار نظرية وحدة الخطأ قد ذهبوا الى القول بأن فكرة تدرج الخطأ لا تتلاءم مع طبيعة الالتزام الواقع على عاتق المدين.[١٩]

وعلى الرغم مما جاء به هذا الرأي . فقد ذهبت الكثير من التشريعات المدنية الى تبني فكرة الخطأ الجسيم وخصتها بمساحة واسعة في التطبيق . الا ان عدم وضع معيار محدد يميز الخطأ الجسيم عن الخطأ العمد والخطأ غير العمد ادى الى اختلاف الآراء بشأن الخطأ الجسيم . فأحيانا يقترب من الغش والخطأ العمد وتارة اخرى يلحق بالخطأ غير العمدي.

وتعد فكرة الخطأ الجسيم في نطاق المسؤولية العقدية اكثر وضوحا منها في نطاق المسؤولية التقصيرية . اذ انها تعتبر انحراف شديد في سلوك المتعاقد مصحوبا بتوقعه او امكانية توقعه احتمال وقوع الضرر لو بذل من العناية ما تستوجبه الظروف من الشخص العادي . فالمتوقع من قبل المتعاقدان هو تنفيذ التزاماتهم العقدية بحسن نية . لذا فأن قيام احداهما بالأخلال بالتزامه كعدم تنفيذه او التأخر في تنفيذه او تنفيذه على نحو معيب فإنما يكون قد اخل بأمر توقعه عند التعاقد . وحين يتجاوز المتعاقد ذلك الى الانحراف في السلوك فأنه يكون قد اساء بسلوكه الى درجة غير متوقعة ويعد سلوكه في هذه الحالة اخلالا واضحا بمبدأ حسن النية في تنفيذ العقد.[٢٠]

وقد عادت فكرة الخطأ الجسيم بعد صدور القانون المدني الفرنسي بفترة من الزمن ليكون لها مكانا بارزا في نطاق المسؤولية المدنية[٢١] . حيث استقر القضاء الفرنسي آنذاك

على معاملة الخطأ الجسيم معاملة الغش فيما يتعلق بتحديد المسؤولية او التخفيف او الاعفاء منها . وفي مدى ما يلتزم به المدين من تعويض في نطاق المسؤولية العقدية.[٢٢]

وقد فرق القانون المدني الفرنسي القديم بين ثلاثة انواع من الخطأ وذلك بالنسبة الى الاخطاء التي يرتكبها الشخص من حيث الخطورة وضمن ما يسمى بنظرية تدرج الخطأ . ومن هذه الاخطاء الخطأ الجسيم وهو الخطأ الذي لا يرتكبه حتى الشخص المهمل . وهو خطأ اقرب الى العمد ويلحق به.[٢٣]

وقد ذهب الفقيه الفرنسي بوتييه وهو احد انصار نظرية تدرج الخطأ الى تعريف الخطأ الجسيم بأنه " ما يتأتى من عدم بذل العناية والحيطة في شؤون الغير . بقدر لا يمكن لأقل الناس عناية او اقلهم ذكاء ان يغفله في شؤونه الخاصة . وهذا الخطأ يتعارض مع مبدأ حسن النية في تنفيذ العقد . ولذا الحق بالغش وعومل معاملته ".[٢٤]

وقد تعرضت نظرية تدرج الخطأ الى نقد حاد من قبل الفقهاء الفرنسيين وادى ذلك الى نبذ فكرة تدرج الخطأ التي كانت سائدة في القانون المدني الفرنسي القديم من قبل واضعي التقنين المدني الفرنسي . فلم يفرق هؤلاء بين خطأ جسيم وخطأ يسير وجعلوا حكمهما واحدا وهو الالتزام بتعويض كل ضرر صدر نتيجة خطأ بغض النظر عن درجة هذا الخطأ. وبذلك حلت نظرية وحدة الخطأ محل نظرية تدرج الخطأ والتي تعتمد معيارا واحدا هو معيار الشخص المعتاد.[٢٥]

الا ان فكرة الخطأ الجسيم قد عادت الى الظهور مجددا على يد القضاء الفرنسي وبعد مرحلة من صدور القانون المدني الفرنسي عام ١٨٠٤ حيث استقر القضاء على معاملة الخطأ الجسيم معاملة الغش فيما يتعلق بتحديد نطاق المسؤولية او التخفيف او الاعفاء منها وكذلك فيما يتعلق بمدى التعويض الواجب دفعه من قبل المدين في نطاق المسؤولية العقدية.

وقد اورد احد الفقهاء المصريين تعريفا للخطأ الجسيم . فعرفه بأنه الخطأ الذي لا يصدر عن اقل الناس حذرا وحيطة.[٢٦]

اما بالنسبة الى الفقه العراقي . فقد ذهب احد الفقهاء الى القول بأن الخطأ الجسيم هو ذلك الخطأ الذي ليس من الضروري ان تصحبه نية سيئة انصرفت الى الحاق الضرر بالغير. فقد نكون في صدد خطأ جسيم دون ان تكون نية الفاعل قد انصرفت الى احداث النتائج الضارة التي ترتبت على موقفه السلبي او الايجابي. وهذا بخلاف الخطأ العمد الذي يعد اكبر قدرا واكثر جسامة من الخطأ الجسيم. ذلك ان الخطأ العمد ينطوي حتما على نية سيئة انصرفت الحاق الضرر بالغير. وتؤدي التفرقة بين الخطأ الجسيم من ناحية وبين العمد من ناحية اخرى الى التفرقة بين الخطأ الجسيم وبين الغش ما دام الغش هو العمد بعينه.[٢٧]

وقد يتخذ الخطأ الجسيم قرينة على الغش او الخطأ العمد وذلك متى كان مرتكب الخطأ الجسيم يقصد منذ البداية الى الحاق الضرر بالغير الا انه وتخلصا من المسؤولية لم يرد ان يظهر بمظهر الفاعل الايجابي . لذا فانه لا يمكن تفسير موقفه هذا الا عن طريق افتراض اتجاه نيته الى الحاق الضرر بالغير فيكون خطئه في هذه الحالة قرينة على الخطأ العمد.

اما اذا لم تتوافر نية الاضرار لديه . فأن الاهمال الذي لا يرتكبه حتى الشخص دون المعتاد هو خطأ جسيم يلحق من حيث اثاره بالخطأ العمد.[٢٨]

والخطأ الجسيم باعتباره اعلى درجة من درجات خطأ الاهمال يقاس بمعيار موضوعي وليس بمعيار ذاتي . حيث ان الحاق المشرع الخطأ الجسيم بالخطأ العمد من حيث الاثار جعل البحث فيه يكون ضمن الاخطاء التي تقاس بتوفر سوء النية لدى مرتكبها.[٢٩]

ويلاحظ على التشريعات التي تناولت فكرة الخطأ الجسيم انها قد تفاوتت في معالجتها لهذه الفكرة بين المساواة بين الغش والخطأ الجسيم في الحكم في بعض الحالات والنصوص وبين التفرقة بينهما في حالات ونصوص اخرى.[٣٠]

فقد اورد المشرع العراقي بعض النصوص التي تخضع كلا من الغش والخطأ الجسيم لحكم واحد ومنها نص المادة (٢٥٩) في فقرتها الثانية والتي تنص على صحة الاتفاق على اعفاء المدين من المسؤولية التي تنشأ عن عدم تنفيذ التزامه التعاقدي . الا اذا كان عدم التنفيذ هذا قد نشأ عن غشه او خطأه الجسيم . كما قد اجازت الفقرة نفسها ان يشترط المدين عدم مسؤوليته عن الغش والخطأ الجسيم الذي يقع من اشخاص يستخدمهم في تنفيذ التزامه التعاقدي هذا . فهذه المادة قد عاملت كلا من الغش والخطأ الجسيم معاملة واحدة سواء في حالة ما اذا كان المدين قد قام بتنفيذ التزامه التعاقدي بنفسه او كان قد عهد بتنفيذه الى الغير.[٣١]

وقد ذهب احد الفقهاء الى انه يفهم من استقراء نصوص التشريع المدني العراقي ان القاعدة العامة فيه هي التفرقة بين الغش من ناحية وبين الخطأ الجسيم من ناحية اخرى وذلك من خلال بعض النصوص التي لا يجوز فيها تشبيه الخطأ الجسيم بالغش ومعاملتهما معاملة واحدة.[٣٢]

ومن هذه النصوص نص المادة (٧٥٩) من القانون المدني العراقي والتي جاء فيها " يقع باطلا كل اتفاق يتضمن الاعفاء او الحد من ضمان التعرض او العيب اذا كان المؤجر قد اخفى عن غش سبب هذا الضمان ".[٣٣]

ويلاحظ على النص اعلاه انه يقرر صراحة بطلان الاتفاق على الاعفاء او الحد من المسؤولية التي تلحق المؤجر بسبب ضمان التعرض او ضمان العيب الخفي اذا كان هذا المؤجر قد اخفى عن غش سبب هذا الضمان. وبذلك يستفاد من هذا النص وعن طريق مفهوم المخالفة ان مثل هذا الاتفاق يكون صحيحا في غير حالة الغش اي حتى ولو اقترف المؤجر خطأ جسيما نتج عنه اخفاء سبب التعرض او العيب عن المستأجر. ولكن يلاحظ على هذا الاستنتاج انه يتعارض مع القاعدة العامة التي قررها المشرع بشأن اتفاقات الاعفاء من المسؤولية والتي اجازها في نطاق المسؤولية العقدية مالم تكن هذه المسؤولية ناجمة عن غش او عن خطأ جسيم بموجب المادة (٢٥٩) من القانون المدني العراقي.

وذهب الاستاذ حسن علي الذنون في تفسير هذا التعارض الى القول . انه يجب تفسير نص المادة (٧٥٩) من القانون المدني العراقي بمعزل عن نص المادة (٢٥٩) من القانون المدني العراقي . ذلك ان معنى نص المادة (٧٥٩) ان الاصل في عقد الاجارة ان يلتزم المؤجر بضمان

كل ما قد يظهر في العين المؤجرة من عيوب تحول دون امكان الانتفاع بها من قبل المستأجر او تنقص من قيمة هذا الانتفاع . ويمكن للمؤجر ان يتخلص من هذا الالتزام الملقى على عاتقه من خلال اتفاقات تعديل الضمان الاتفاقي. الا ان هذا الاتفاق لا يكون صحيحا اذا كان المؤجر وهو المدين بالضمان قد اخفى سبب الضمان اي تعمد اخفاءه غشا عن المستأجر . فهو لا يشمل صدور خطأ جسيم من المؤجر وان كان هذا الخطأ قرينة على توافر العمد. فالشروط التي تعدل من احكام المسؤولية او الضمان لا يتوسع في تفسيرها حتى لا تضر الطرف الذي قرر الشرط خلافا لمصلحته. فاذا كان المؤجر يعلم بوجود العيب او يعرف سبب الضمان ولكنه لم يتعمد اخفاء ايهما عن المستأجر . واشترط عليه عدم الضمان او التخفيف من مسؤوليته كان هذا الشرط صحيحا واعتبر هذا الحكم قيدا على الحكم العام الذي قرره المشرع العراقي في المادة (٢٥٩) من القانون المدني العراقي المشار اليها سابقا.[٣٤]

وقد تبنى المشرع المدني المصري نفس الاتجاه الذي يرفض اتفاقات الاعفاء من المسؤولية في حالتي الغش والخطأ الجسيم . فقد جاء في المادة (٢١٧/٢) من القانون المدني المصري انه " وكذلك يجوز الاتفاق على اعفاء المدين من اية مسؤولية تترتب على عدم تنفيذ التزامه التعاقدي الا ما ينشأ عن غشه او عن خطئه الجسيم ...".[٣٥]

وقد ذهب بعض الفقهاء المصريين الى تبرير المساواة بين الغش والخطأ الجسيم فيما يتعلق بعدم جواز الاتفاق من الاعفاء من المسؤولية الناشئة عن احداهما الى القول بأن الخطأ الجسيم يأخذ حكم الغش . على الرغم من ان الاول خطأ غير عمدي . وذلك خوفا من ان يتستر المدين وراء الخطأ الجسيم ليخفي نيته السيئة للأضرار بالدائن هذا من ناحية ومن ناحية اخرى حتى يفرض على المدين حدا ادنى من العناية في المعاملات اعمالا لمبدأ حسن النية.[٣٦]

كما اتجه القضاء المصري الى المساواة بين الغش وبين الخطأ الجسيم في بعض الاحكام التي صدرت منه . وقد رتب على الخطأ الجسيم تغيير وصف المسؤولية التي تقع على عاتق المدين . فاذا كان الخطأ العقدي الصادر من هذا الاخير خطأ جسيما . فأن اساس مسؤولية المدين تكون تبعا لذلك مسؤولية تقصيرية .[٣٧]

ومن جهة اخرى نرى ان المشرع المصري قد اورد بعض النصوص التي لم يعامل فيها الخطأ الجسيم معاملة الغش ولم يعطهما حكما واحدا ومن هذه النصوص . نص المادة (٣/٤٤٥) من القانون المدني المصري والتي جاء فيها " ٣- ويقع باطلا كل شرط يسقط الضمان او ينقصه اذا كان البائع قد تعمد اخفاء حق الاجنبي ".[٣٨]

اي ان شروط التخفيف او الاعفاء من الضمان تكون جائزة وصحيحة اذا صدر من المدين خطأ جسيم . فالنص قصر بطلان هذه الشروط على حالة اخفاء سبب الضمان غشا من المدين . فلا يكفي علم هذا الاخير فقط بسبب الضمان ويكون الشرط صحيحا طالما لم يخف هذا السبب غشا منه.[٣٩]

وامام هذا التفاوت في موقف المشرع بين المساواة في الحكم بين الغش والخطأ الجسيم في بعض النصوص وبين التفرقة بينهما في نصوص اخرى . وفي نطاق اتفاقات تعديل شروط

الضمان القانوني حيث جعل المشرع العراقي هذه الاتفاقات باطلة في حالة اذا ما صدر من المدين غش اي انه تعمد اخفاء سبب الضمان غشا عن الدائن واضرارا به . نرى ان يأخذ المشرع بالنص العام والمتعلق باتفاقات الاعفاء من المسؤولية في هذه الحالة وان يجعل هذه الاتفاقات باطلة اذا صدر من الطرف الذي حصل هذا الاتفاق لمصلحته غش او خطأ جسيم ومساواة كلاهما في الحكم. ذلك لأنه اذا كان الغش ينطوي فعلا على نية سيئة للأضرار بالطرف الاخر . فأن الخطأ الذي لا يصدر عن اقل الناس اهمالا وحرصا ينطوي كذلك وفي اغلب الاحوال على نية سيئة . خاصة في نطاق الضمان الاتفاقي الذي يعتبر فيه حسن النية احد الشروط الاساسية لصحة هذا الضمان وحتى لا يتخذ المدين هذا الخطأ الجسيم كغطاء يخفي ورائه نيته السيئة للأضرار بالدائن بالضمان.

لذا ارى ان اتفاقات تعديل الضمان القانوني لا تنتج اثارها القانونية بتشديد الضمان مالم يكن الطرف الذي اشترط التعديل لمصلحته حسن النية وهو لا يكون كذلك مالم ينتفي عنده الغش والخطأ الجسيم . فلا يكفي العلم فقط بسبب الضمان للحكم عليه بسوء النية وانما يجب ان تتجه نيته حتما للأضرار بالطرف الاخر بأن يتعمد اخفاء العلم بسبب الضمان غشا عن الطرف الاخر . وكذلك عندما يصدر منه خطأ جسيم يتخذ منه قرينة على توافر نيته السيئة . اذ انه لا يمكن القول بحسن نية الدائن بالضمان اذا اشترط على المدين تشديد الضمان وفي الوقت ذاته لم يراعي القيود التي فرضها عليه المدين للاستفادة من شرط التشديد . فاذا خالف الدائن بالضمان تعليمات المدين او اخل بالواجب العام بالتزام الحيطة والحذر في استعمال الشيء محل العقد . فأن حقه في الضمان الاتفاقي يسقط اذا كان يقصد من وراء هذه المخالفة الحاق الضرر بالمدين بالضمان اي اذا ثبت سوء نيته.

وبناء على ذلك اذا ثبت ان العيب الطارئ على الشيء محل العقد راجع لخطأ الدائن بالضمان . وهذا الاثبات يكون ميسورا من قبل المدين بالضمان اذا كان الدائن قد ارتكب مخالفة محددة للتعليمات التي بينها له المدين في الكراسة المرفقة بالشيء محل العقد . او اذا كان هذا الاخير قد الزم الدائن بأن يطلب اجراء الاصلاحات اللازمة بمعرفة المدين وان يستبدل بالأجزاء المعيبة مثلا قطعا اصلية من انتاجه . فعمل الدائن على اصلاح الشيء محل العقد بنفسه او عهد به الى شخص اخر غير المدين او من عينه له هذا الاخير للقيام بهذه المهمة.[٤٠]

وقد تكون القيود التي يفرضها المدين على الدائن بالضمان للاستفادة من شرط التشديد متمثلة بوجوب تقديم الشيء محل العقد في مواعيد دورية الى المدين . وذلك لغرض فحصه والتمكن من كشف العيوب في بدايتها والمبادرة الى اصلاحها قبل ان تتفاقم اثارها.

كما يمكن ان يكون القيد الذي يفرض على الدائن بالضمان هو التزامه بعدم ادخال اي تعديلات او تغييرات على الشيء محل العقد وان يقدم هذا الشيء للمدين لإصلاحه بمعرفته.[٤١]

فاذا كانت هذه المخالفة للقيود التي فرضها المدين بالضمان للاستفادة من شرط تشديد الضمان القانوني صادرة عن سوء نية من قبل الدائن . فأن حقه في الضمان الاتفاقي يسقط في هذه الحالة فلا يستطيع الرجوع على المدين بالضمان بالشرط المشدد وذلك لانتفاء حسن النية لديه بتوافر نية الاضرار بالمدين بالضمان.

واقترح ان تكون هذه القرينة قرينة قابلة لأثبات العكس اذا لم يكن الطرف الذي اشترط التعديل لمصلحته مهنيا . وقرينة غير قابلة لأثبات العكس اذا كان هذا الاخير مهنيا حيث تكون مصلحة الطرف الاخر (المستهلك وغير المهني) اولى بالرعاية في هذه الحالة .

المبحث الثاني:ارتباط صحة الشروط المشددة للضمان بحسن نية الدائن

لتوضيح مدى الارتباط بين صحة الشروط المشددة للضمان وبين حسن نية الدائن . سوف نتناول في هذا المبحث بعض التطبيقات التي اشارت اليها بعض التشريعات المدنية محل المقارنة كمثال على الشروط المشددة للضمان. حيث ان تشديد الضمان او التوسيع من نطاقه قد يكون من خلال الاتفاق على زيادة الضمان فيما يتعلق بشروط الضمان القانوني او اثاره . وقد ينصب الاتفاق على زيادة الضمان بحيث يؤدي الى نشوء التزام اتفاقي بالضمان ينفرد بخصائص متميزة عن الضمان القانوني. وقد يرد الشرط المشدد بصيغة معينة . كما لو ادرج المدين بالضمان شرطا في العقد يقضي بأن الشيء قد بيع بحالة جيدة.

لذا وللوقوف على مدى هذا الارتباط سوف نتناول هذه التطبيقات في ثلاث مطالب . نخصص الاول منها للاتفاق على زيادة الضمان فيما يتعلق بالشروط او الاثار. ونتناول في المطلب الثاني ضمان صلاحية المبيع للعمل مدة معلومة. اما المطلب الثالث سيكون لبحث شرط بيع الشيء بحالة جيدة.

المطلب الاول:الاتفاق على زيادة الضمان فيما يتعلق بالشروط او الاثار

قد ينصب اتفاق الدائن والمدين بالضمان على تعديل احكام الضمان القانوني وذلك في اتجاه زيادته او تشديده لمصلحة الدائن . ويتناول هذا التشديد قاعدة معينة من قواعد الضمان القانوني فتكون الزيادة في الضمان اما متعلقة بشروط الضمان او بما يترتب عليه من اثار.[٤٢]

ولبحث ما تقدم سوف نقسم هذا المطلب على فرعين نتناول في الفرع الاول زيادة الضمان فيما يتعلق بالشروط ونبحث في الفرع الثاني زيادة الضمان فيما يتعلق بالأثار.

الفرع الاول:زيادة الضمان فيما يتعلق بالشروط

يلتزم المدين تجاه الدائن بالضمان بالإضافة الى تسليم الشيء محل العقد . بضمان حيازته حيازة هادئة تمكنه من استغلاله والانتفاع به بمقتضى ضمان التعرض والاستحقاق. اذ ان على المدين الامتناع عن كل ما من شأنه تعكير حيازة الدائن . كما ويلتزم بدفع كل تعرض قانوني يحصل من الغير حتى يبقى الشيء محل العقد خالصا للدائن . ولذلك فأن التعرض اذا انتهى باستحقاق الشيء محل العقد كله او بعضه للغير. التزم المدين بتعويض الدائن عن هذا الاستحقاق.[٤٣]

وليس كل فعل يصدر من المدين بالضمان يعتبر تعرضا للدائن يوجب الضمان عليه . بل لابد من توفر شروط معينة بهذا الفعل لكي ينهض التزام المدين بالضمان . فلضمان التعرض الشخصي الصادر من المدين يشترط ان يصدر من هذا الاخير فعل يؤدي الى حرمان الدائن من الانتفاع بالشيء كله او بعضه . كما يشترط ان يكون وقوع الفعل الذي يؤدي الى حرمان الدائن من الانتفاع بالشيء محل العقد كله او بعضه حالا . اما مجرد احتمال وقوعه فلا يكفي للرجوع على المدين بالضمان.[٤٤]

كما ان المدين بالضمان لا يضمن كل تعرض قد يقع من الغير للدائن بل يجب لكي يكون المدين مسؤولا عن ضمان هذا التعرض من توفر شروط معينة . فالمدين لا يضمن تعرض الغير الا اذا كان تعرضا قانونيا . وكان الحق الذي يستند اليه الغير ثابتا له قبل انعقاد العقد الذي نشأ بسببه الضمان وان يقع هذا التعرض فعلا للدائن بالضمان.[٤٥]

وقد اجاز المشرع التشديد عبر الاتفاق في هذا الضمان . فنصت المادة (١/٥٥٦) صراحة على جواز ذلك حيث جاء فيها " يجوز للمتعاقدين باتفاق خاص ان يزيدا في ضمان الاستحقاق او ينقصا منه او ان يسقطا هذا الضمان ".[٤٦] وينصب الاتفاق في هذه الحالة على الشروط الواجب توافرها لنشوء الضمان والتي تطرقنا اليها اعلاه . كما لو اتفق المتعاقدان في عقد البيع على ان يضمن البائع التعرض المادي الصادر من الغير والذي اصلا لا يوجبه عليه القانون.[٤٧]

او يتفق المتعاقدان على حق الرجوع على البائع بضمان الاستحقاق متى علم المشتري بسبب الاستحقاق ولو قبل وقوع التعرض فعلا.[٤٨] والاتفاق على تشديد الضمان ايضا قد يكون بالاتفاق على ضمان البائع لأمر يعفيه القانون من ضمانه اذا لم تتوافر الشروط المنصوص عليها قانونا. مثال ذلك الاتفاق على ان يضمن البائع حقا من حقوق الارتفاق الظاهرة فهذه الحقوق لا تخول للمشتري حقا في الضمان بحسب نص القانون . وهذا ما ذهبت اليه المادة (٢/٥٥٦) من القانون المدني العراقي حيث نصت على انه " ويفترض في حق الارتفاق ان البائع قد اشترط عدم الضمان . اذا كان هذا الحق ظاهرا...".[٤٩]

ويجوز ايضا الاتفاق على تشديد ضمان المؤجر في عقد الايجار للتعرض الصادر من الغير كأن يتفق على ان يضمن المؤجر التعرض المادي الصادر من الغير.[٥٠]

اما في القانون المدني الفرنسي وبالرغم من النقد الموجه الى نص المادة (١٦٢٧) منه . على اعتبار ان الاتفاق على تشديد الضمان قليل الحدوث من الناحية العملية . لان في احكام الضمان القانوني من الشدة ما يغني من اللجوء الى مثل هذا الاتفاق . كما انه يتعذر وجود حالة يمكن فيها للمتعاقدين ان يزيدا في احكام الضمان وان مثل هذا الاتفاق لا يحدث الا اذا كان البائع لا يقدر نتيجة هذا الاتفاق . كما لو اشترط الدائن على المدين بالضمان ان يضمن التعرض الصادر من الحكومة او القوة القاهرة وهذا ما لا يضمنه البائع اصلا.[٥١]

الا ان بعض الفقه الفرنسي قد ذهب الى امكانية تصور اشتراط التشديد في الضمان كما لو اشترط المشتري في عقد البيع على البائع انه اذا ظهر على المبيع رهن جاز له الرجوع عليه بالضمان ولو لم يتعرض له المرتهن او ينبه عليه بالدفع او التخلية.[٥٢]

ويجوز للمتعاقدين كذلك زيادة الضمان عن طريق تشديده في ضمان العيوب الخفية . فقد اشترط المشرع لقيام هذا الضمان وترتب مسؤولية المدين توافر عدة شروط في العيب الذي يظهر في الشيء محل العقد فينقص من قيمته او من منفعته . ومن هذه الشروط ان يكون العيب خفيا وان يكون قديما وان يكون مؤثرا . كما ويجب ان يكون العيب غير معلوم للدائن بالضمان حيث ان علم هذا الاخير بالعيب وقت تسلم الشيء محل العقد بالرغم من خفائه ينفي عنه حسن النية الواجب توافره لرجوعه على المدين بالضمان.

فيجوز للدائن والمدين بالضمان ان يتفقا على تشديد احكام الضمان القانوني فيما يتعلق بالشروط الواجب توافرها لضمان العيب الخفي. كما لو اشترط المشتري على البائع في عقد البيع ان يضمن له كل عيب في المبيع لم يكتشفه وقت التسليم حتى لو امكن تبينه عن طريق الفحص بعناية الرجل العادي او حتى ولو كان هذا العيب ظاهرا للدائن.

او ان يتفق على ان يضمن البائع العيب أيا كانت درجة جسامته وحتى لو لم يكن مؤثرا في قيمة الشيء محل العقد او في منفعته.[٥٣] او قد يتفق الدائن والمدين بالضمان على ضمان هذا الاخير للعيب حتى ولو كان العيب حديثا وجد في المبيع بعد التسليم وذلك خلافا للشرط الخاص بضمان العيب الخفي والذي يقضي بان المدين لا يضمن الا العيب القديم الموجود في الشيء محل العقد قبل التسليم.[٥٤]

اما بالنسبة للاتفاق على تشديد احكام الضمان في عقد الايجار . فيجوز للطرفين ان يتفقا على خلاف احكام الضمان القانوني وذلك من خلال تشديد مسؤولية المؤجر تجاه المستأجر . كما لو اشترط المستأجر على المؤجر ان يكون هذا الاخير ضامنا لجميع الاضرار التي تنجم عن العيب حتى لو كان جاهلا بوجوده .[٥٥] او حتى لو لم يكن العيب خفيا او مؤثرا في الانتفاع بالمأجور.[٥٦]

وبذلك يتضح لنا ان الاتفاق على زيادة الضمان فيما يتعلق بشروط هذا الضمان جائزا . ولكن يجب ان يكون الاتفاق سواء كان صريحا او ضمنيا قاطعا في دلالته لان الشرط الذي يعدل من مسؤولية يقررها القانون يجب عدم التوسع في تفسيره . فاذا كان الشرط المشدد غامضا وجب تفسيره لمصلحة من يقع عليه عبء هذا الشرط وهو هنا المدين بالضمان.[٥٧]

ولكي ينتج هذا الشرط اثره في تشديد او زيادة الضمان لمصلحة الدائن يجب ان يكون هذا الاخير حسن النية وهو لا يكون كذلك الا اذا كان لا يعلم بسبب الضمان ولم يشترط التشديد اضرارا بالمدين متسترا وراء هذا الشرط بتعمد اخفائه لهذا العلم عن المدين بالضمان . او اذا كان قد ارتكب خطأ جسيم بعدم مراعاته لما فرضه عليه المدين من قيود للاستفادة من زيادة الضمان .

الفرع الثاني:زيادة الضمان فيما يتعلق بالأثار

اذا تحقق سبب الضمان وتوافرت شروطه سواء كان ذلك ناشئا عن استحقاق الشيء محل العقد او ظهور عيب فيه ينقص من قيمته او من منفعته. جاز للدائن بالضمان عندئذ الرجوع على المدين بالضمان وترتبت مسؤولية هذا الاخير بموجب القانون ونشأ بذلك الضمان القانوني الذي نظم احكامه القانون.[٥٨]

الا ان الدائن بالضمان رغبة منه في الاحتياط والاطمئنان قد يتفق مع المدين بالضمان على زيادة الضمان القانوني عن طريق تشديده من حيث الاثار. فيلزم المدين بما لم يلزمه بها القانون عن طريق انشاء التزامات جديدة على عاتق المدين لم يكن يلتزم بها لولا وجود هذا الاتفاق . او يزيد من عبء الالتزامات القائمة فيجعلها اكثر كلفة. ولذلك يتعين ان يكون الاتفاق على الزيادة في الضمان محددا لما يلتزم به المدين.[٥٩]

ويكون هذا الالتزام او هذا الاتفاق هو الواجب الاتباع متى كان الدائن بالضمان حسن النية لا يعلم بسبب الضمان ولم يشترط التشديد اضرارا بالمدين او لم يرتكب خطأ جسيم بعدم مراعاته للقيود التي فرضها المدين للاستفادة من شرط التشديد .

ومن الاتفاقات التي يمكن ان ترد على احكام الضمان فتؤدي الى زيادته من حيث الاثار . ان يشترط المشتري في عقد البيع وهو الدائن بالضمان على البائع التزام هذا الاخير بجميع المصروفات الكمالية ولو كان حسن النية . في حين ان الاصل ان المشتري لا يرجع بالمصروفات الكمالية الا اذا كان البائع سيء النية يعلم بسبب الاستحقاق.[٦٠]

وقد تكون زيادة الضمان عن طريق زيادة التعويض بأن يشترط المشتري عند استحقاق المبيع استحقاقا كليا . استرداد اعلى القيمتين الثمن الذي دفعه المشتري وقت البيع او قيمة المبيع وقت الاستحقاق . وهذا بخلاف الاصل حيث ان المشتري لا يسترد الا الثمن سواء زادت قيمة المبيع ام نقصت.[٦١]

واذا كان الاصل في القانون المدني المصري ان المشتري في عقد البيع ليس له في حالة العيب غير الجسيم الا استبقاء المبيع مع التعويض عما اصابه من ضرر بسبب العيب . فأنه يمكن الاتفاق على ان من حق المشتري في هذه الحالة ان يرد المبيع وما افاده منه الى المشتري ويأخذ التعويضات كاملة والتي يستحقها في حالة العيب الجسيم.[٦٢]

وقد تكون الزيادة كذلك متعلقة بمدى ما يرجع به الدائن على المدين بالضمان . فلا يتقيد الطرفان بما ينص عليه القانون بالنسبة لإلزام البائع برد الثمن المسمى للمشتري في حالة رد المبيع المعيب كما فعل المشرع العراقي . فيشترط المشتري على البائع ان يكون له بالإضافة الى رد المبيع الحق باسترداد جميع ما انفقه على المبيع من مصروفات حتى الكمالية منها . او ان يكون له ان يسترد عند رد المبيع الى البائع اعلى القيمتين . قيمة المبيع سالما او الثمن.[٦٣]

ومن الامثلة التي اوردها الفقه الفرنسي على زيادة الضمان او تشديده فيما يتعلق بالأثار[٦٤] . ان يتفق المشتري مع البائع في عقد البيع على انه اذا استحق جزء من المبيع احتسب التعويض على اساس الثمن . وليس على اساس قيمة المبيع وقت الاستحقاق

كما ذهبت اليه المادة (١٦٣٧) من القانون المدني الفرنسي وذلك في حالة ما اذا نقصت القيمة عن الثمن.

وقد يتفق الدائن والمدين بالضمان على ان تكون مدة اخطار المدين بالعيب اطول من المدة المعقولة . او على ان تكون مدة التقادم اطول من المدة المقررة بنص القانون[١٥] . حيث جعل المشرع العراقي هذه المدة مدة قصيرة . اذ ان اثبات العيب قد يصبح امرا عسيرا اذا مضى زمن طويل . بالإضافة الى ذلك فأن بقاء المدين مهدد برجوع الدائن بالضمان عليه مدة طويلة يؤدي الى عدم استقرار المعاملات.[١٦]

فقد نصت المادة (٥٧٠) من القانون المدني العراقي على انه " ١- لا تسمع دعوى ضمان العيب اذا انقضت ستة اشهر من وقت تسليم المبيع . حتى لو لم يكشف المشتري العيب الا بعد ذلك . ما لم يقبل البائع ان يلتزم بالضمان لمدة اطول ".

ويلاحظ على النص اعلاه انه اعطى للمتعاقدين الحق في اطالة المدة المنصوص عليها باتفاق خاص بينهما وجعلها اكثر من المدة المقررة بموجب الضمان . وبذلك يكون هناك زيادة في الضمان من حيث المدة.

وهذا ما ذهب اليه المشرع المصري ايضا . حيث اجاز للطرفين الاتفاق على ان تكون مدة التقادم اطول من سنة طبقا لما رخصت به المادة (١/٤٥٢) من القانون المدني المصري والتي نصت في عبارتها الاخيرة من الفقرة الاولى على انه" ما لم يقبل البائع ان يلتزم بالضمان مدة اطول".[١٧]

ويجوز كذلك الاتفاق على تشديد ضمان التعرض والاستحقاق وضمان العيوب الخفية في عقد الايجار[١٨] . حيث يمكن الاتفاق على التشديد من مسؤولية المؤجر في عقد الايجار من حيث الاثار وذلك باشتراط المستأجر الحق في فسخ الايجار اذا حدث اي اخلال في الانتفاع بالمأجور ولو كان هذا الاخلال بسيطا وجرى العرف على التسامح فيه.[١٩]

كما ويجوز الاتفاق بين المستأجر والمؤجر على التزام هذا الاخير بالتعويض ولو كان لا يعلم بالعيب.[٧٠]

وقد اورد المشرع العراقي وكذلك المصري في هذا الصدد نصا خاصا يتعلق بالهلاك . لم يجز فيه المشرع الاتفاق على تحميل المؤجر وهو المدين بالضمان في عقد الايجار مسؤولية تعويض المستأجر في حالتي الهلاك الكلي والجزئي بسبب اجنبي . حيث نصت المادة (٧٥١) من القانون المدني العراقي والمقابلة للمادة (٥٦٩) من القانون المدني المصري . على انه " ١- اذا هلك المأجور في مدة الايجار هلاكا كليا . ينفسخ العقد من تلقاء نفسه. ٢- اما اذا اصبح في حالة لا يصلح معها للانتفاع الذي اجر من اجله او نقص هذا الانتفاع نقصا كبيرا . ولم يكن للمستأجر يد في شيء من ذلك جاز له اذا لم يقم المؤجر في ميعاد مناسب بإعادة المأجور الى الحالة التي كان عليها ان يطلب اما انقاص الاجرة او فسخ الاجارة .

٣- ولا يجوز للمستأجر في الحالتين السابقتين . ان يطلب تعويضا اذا كان الهلاك او التلف يرجع الى سبب لا يد للمؤجر فيه ".

ويلاحظ على النص اعلاه انه ليس للمستأجر ان يرجع في حالتي الهلاك الكلي والهلاك الجزئي على المؤجر يطلب التعويض . ويرى البعض ان المشرع قد اراد بهذا النص استثناء حالتي الهلاك من اتفاقات تشديد الضمان في مواجهة المؤجر . على اعتبار ان هذا الاخير لا يلتزم بالتعويض بموجب القواعد العامة . وهذا يدعم القول بأن المشرع قد اراد بهذا النص عدم اجازة تحميل المؤجر وهو المدين بالضمان السبب الاجنبي في حالات التهدم الكلي او الجزئي في المأجور.(٧١)

ونحن نؤيد بدورنا هذا الرأي والذي يذهب الى استثناء حالة الهلاك الكلي او الجزئي للمأجور من اتفاقات تشديد الضمان وذلك لأنه قد نص بصريح العبارة على عدم جواز الرجوع على المؤجر (المدين بالضمان) بالتعويض اذا لم يكن له يد في هذا الهلاك . فيكون من باب اولى عدم تحميله تبعة تهدم المأجور كليا او جزئيا بسبب اجنبي خارج عن ارادته وعن طريق اشتراط المستأجر ذلك من خلال اتفاق تشديد الضمان على المؤجر سواء كان السبب الاجنبي راجعا الى قوة قاهرة او الى فعل الغير.

وبذلك فأن لطرفي الضمان الدائن والمدين زيادة او تشديد الضمان من خلال زيادة الاعباء او الالتزامات التي تقع على عاتق المدين وجعلها اكثر عبء عليه لمصلحة الدائن بالضمان . و يتوجب على هذا الاخير ان يكون عند اشتراطه التشديد او الزيادة في الضمان حسن النية بعيدا عن قصد الاضرار بالمدين من خلال علمه بسبب الضمان واخفائه لهذا العلم واشتراطه التشديد في الوقت نفسه . او من خلال ارتكابه خطأ جسيم متمثل بعدم مراعاته لتعليمات المدين للاستفادة من تشديد الضمان.

المطلب الثاني:ضمان صلاحية المبيع للعمل مدة معلومة

قد يرد اتفاق زيادة او تشديد الضمان على احكامه بصفة عامة بحيث يشمل في الوقت ذاته الشروط والاثار مما يؤدي الى نشوء التزام اتفاقي بالضمان له ذاتية خاصة . ويتخذ هذا الاتفاق صورة شرط ضمان صلاحية المبيع للعمل مدة معلومة.(٧٢)

ويرد هذا الشرط المشدد لمسؤولية المدين عادة في بيع الاشياء الدقيقة الصنع والتي يصعب على غير الفني المتخصص التعرف على اسباب تعطلها . كما هو الحال في السلع الالكترونية واجهزة الحاسب الالي والتي تتميز بدقة الصنع وسرعة التعرض للخلل والعطل.(٧٣)

ويلاحظ على هذا النوع من الشروط انه قد فرض بفعل الواقع العملي . حيث ان الكثير من الشركات في مختلف انحاء العالم تعطي ضمانا على مبيعاتها لمدد معينة . كالشركات التي تصنع اجهزة من الدقة والثمن ما قد يجعل المشتري يتخوف كثيرا من الاقدام على شرائها لولا تقديم مثل هذا النوع من الضمان له.(٧٤)

لذا فأن وجود مثل هذا الاتفاق جائز لأنه يدخل ضمن زيادة او تشديد الضمان حيث لا يشترط فيه خلو المبيع من العيوب فقط والتي تنقص من قيمته او من منفعته . وانما يشترط صلاحيته للعمل وبغض النظر عن وجود عيب ام لا.(٧٥)

وقد عالج المشرع المصري هذه الصورة الخاصة من صور الاتفاق على تشديد الضمان . وذلك في المادة (٤٥٥) من القانون المدني حيث نصت على انه " اذا ضمن البائع صلاحية

المبيع للعمل مدة معلومة . ثم ظهر خلل في المبيع . فعلى المشتري ان يخطر البائع بهذا الخلل في مدة شهر من ظهوره . وان يرفع الدعوى في مدة ستة شهور من هذا الاخطار . والا سقط حقه في الضمان . كل هذا مالم يتفق على غيره "[٧٦]

ويلاحظ على الضمان الخاص الذي يعطيه البائع والمتمثل بصلاحية المبيع للعمل مدة معلومة انه لا يمنع الضمان العام للعيوب الخفية اي لكل عيب اخر يظهر بالمبيع حتى ولو لم يتعطل عن العمل.[٧٧]

اما بالنسبة الى موقف المشرع العراقي فنجد ان القانون المدني العراقي قد خلا من نص خاص في هذا الشأن . حيث تطبق القواعد العامة في هذه الحالة [٧٨] . فاذا اشترط المشتري في عقد البيع على البائع ان يضمن صلاحية المبيع للعمل مدة معلومة فيجب ان تكون مدة الضمان المتفق عليها مدة معلومة وهي المدة التي يراها المتعاقدان كافية لتجربة واستعمال المبيع والتأكد من صلاحيته للعمل بعد ذلك.

وتطبيقا للقواعد العامة في دعوى ضمان العيوب الخفية فأن على المشتري عند تحقق سبب الضمان ان يبادر الى اخطار البائع بالعيب خلال مدة معقولة . مالم يتم الاتفاق بينهما على مدة معلومة لهذا الاخطار.

فاذا اتفقا على مدة معلومة كان على المشتري عند اكتشافه عيبا في المبيع يجعله غير صالح للعمل ان يخطر البائع به خلال المدة المتفق عليها والا تعرض لسقوط حقه في الضمان. ويكون التعويض المتفق عليه في ضمان صلاحية المبيع للعمل هو ان يقوم البائع وهو المدين بالضمان اما بإصلاح العيب او استبداله بغيره في حالة تعذر اصلاحه.[٧٩]

ونشوء هذه الصورة من صور التشديد او الزيادة في الضمان يتطلب توافر شروط معينة لقيامه . فاذا ما توافرت هذه الشروط ترتبت عليه آثاره التي قصد اليها الطرفان من وراء الاتفاق على هذا النوع من الضمان. لذا سنقوم بتقسيم هذا المطلب على فرعين . نتناول في الفرع الاول شروط ضمان صلاحية المبيع للعمل ومدى ارتباطها بحسن نية الدائن . اما الفرع الثاني سيكون لبحث اثر حسن نية الدائن في التزام المدين بإصلاح العيب.

الفرع الاول:شروط ضمان صلاحية المبيع للعمل ومدى ارتباطها بحسن نية الدائن

لضمان صلاحية المبيع للعمل مدة معينة باعتباره صورة من صور الاتفاق على تشديد الضمان لمصلحة الدائن بالضمان شروط معينة ينبغي ان تتوافر لكي ينشأ هذا الضمان . وتتمثل هذه الشروط بضرورة ظهور الخلل في المبيع خلال فترة الضمان . كما ويجب ان تكون للعيب الموجب للضمان شروط معينة . متى ظهرت هذه الشروط خلال الفترة المحددة للضمان التزم البائع بضمانه . ولبيان هذه الشروط ومدى ارتباطها بحسن النية لدى الدائن بالضمان سوف نقسم هذا الفرع على النحو الاتي:

اولا/ لزوم ظهور الخلل في المبيع خلال فترة الضمان

اذا اتفق الطرفان على ضمان صلاحية المبيع للعمل مدة معلومة . فمن الضروري تحديد المدة التي يضمن البائع خلالها صلاحية المبيع للعمل وغالبا ما يتراوح تحديد هذه المدة

بين ثلاثة شهور وسنة.[٨٠] الا انه من الممكن ان ينصب الاتفاق على عدة مواعيد بحيث يتضمن العقد نفسه النص على مواعيد متعددة . ويرجع هذا التعدد في المواعيد لأسباب كثيرة.[٨١] فمن الممكن ان تكون هناك فترتان للضمان . احداهما تكون قصيرة كما لو قدرت بستة اشهر مثلا يكون الضمان فيها كاملا . وذلك لأنه يشمل اصلاح الشيء على نفقة البائع وهو المدين بالضمان مع تحمله بقيمة قطع الغيار للازمة للاستبدال . اما الفترة الثانية فتكون عادة طويلة كمدة سنة مثلا يقتصر ضمان البائع فيها على تحمل قيمة قطع الغيار مع التزام المشتري بأجرة اليد العاملة واللازمة لغرض الاستبدال.[٨٢] كما وقد يعود التعدد في فترات الضمان الى نوعية قطع الغيار المستعملة في الاستبدال فتكون مدة الضمان قصيرة بالنسبة لبعض القطع والتي تكون غير معمرة او سريعة التلف والاستبدال . وتكون الفترة اطول بالنسبة للقطع التي تعمر طويلا.[٨٣]

ويمكن للمشتري ان يستفيد من فترة ضمان اطول اذا دفع بالإضافة الى الثمن العادي مبلغا اخر يكون بمثابة تأمين لمصلحة المشتري . ويكون بذلك وسيلة تضمن للمشتري صلاحية المبيع وكفاءته في تأدية الغرض المطلوب منه المدة المتفق عليها .[٨٤] ويبدأ سريان فترة الضمان عادة بوقت البيع وذلك على اساس ان التسليم يتم في هذه اللحظة . لذا فأن تأخر التسليم عن هذا الوقت يؤدي الى حساب فترة الضمان من تاريخ التسليم.[٨٥]

ويجب ان تكون الفترة المحددة للضمان كافية في نظر الطرفين لتجربة مدى صلاحية المبيع للعمل كما في السيارات مثلا . او انها تكفي لاستهلاك المبيع ذاته كاشتراط سنة لصلاحية البطارية الكهربائية.[٨٦]

ويلاحظ على المشرع المصري انه لم يحدد مدة الضمان . وذلك لان الامر يتعلق بالضمان الاتفاقي[٨٧] . فقد تكون هذه المدة سنة وبذلك فأنها تتفق مع ميعاد تقادم دعوى الضمان القانوني وقد تكون فترة الضمان الاتفاقي اقل من سنة كستة اشهر مثلا فهذه المدة والتي لم يحدد المشرع مقدارها تكون خاضعة للاتفاق وتختلف بالتالي من حالة من اخرى.[٨٨]

اما بالنسبة الى بدء سريان هذه المدة . فقد ذهب المشرع المصري الى ان دعوى الضمان القانوني تنقضي بالتقادم وذلك اذا انقضت سنة من وقت تسليم المبيع ولو لم يكشف المشتري العيب الا بعد ذلك مالم يقبل البائع الالتزام بالضمان لمدة اطول.[٨٩]

وبمقارنة هذا النص المشار اليه اعلاه مع مضمون شرط ضمان صلاحية المبيع للعمل مدة معلومة . يلاحظ انهما متفقان في الحكم من حيث بداية سريان الميعاد فهو في الحالتين يسري من وقت تسليم المبيع.[٩٠]

اما في القانون المدني الفرنسي فقد ثار الخلاف حول مسألة مدة الضمان في ضمان صلاحية المبيع للعمل مدة معلومة وكذلك عن مبدأ سريان هذه المدة. وانقسم الفقه الفرنسي الى اتجاهين بهذا الصدد . فالاتجاه الاول يرى ان فترة الضمان هي تحديد اتفاقي للميعاد القصير المشار اليه قانونا في المادة (١٦٤٨) من القانون المدني الفرنسي.[٩١]

اما الاتجاه الثاني فيرى ان فترة الضمان الاتفاقي لها ذاتية مستقلة عن الميعاد القانوني لرفع دعوى الضمان وان فترة الضمان الاتفاقي ليست تحديدا اتفاقيا للميعاد القصير المشار اليه في المادة (١٦٤٨) من القانون الفرنسي .فالميعاد المشار اليه في هذه المادة هو ميعاد تقادم يخضع لكافة قواعد التقادم من حيث مبدأ سريانه او وقفه او انقطاعه وذلك على الرغم من قصر هذا الميعاد والذي يعتبر استثناءاً من القاعدة العامة في مدة التقادم في القانون المدني الفرنسي والبالغة ثلاثون سنة.[٩٢]

ويمكن ترجيح الاتجاه الثاني والذي يرى ان فترة الضمان الاتفاقي لها ذاتية مستقلة عن الميعاد القانوني المشار اليه في المادة (١٦٤٨) لرفع دعوى الضمان . خاصة وان هذه المادة قد حددت ميعاد رفع دعوى الضمان بمهلة سنتين بعد تعديلها . اذ اصبحت تنص على انه " ان الدعوى الناتجة عن العيوب المؤدية الى رد المبيع يجب ان تساق من قبل المشتري في مهلة سنتين اعتبارا من اكتشاف العيب ".[٩٣]

اما بالنسبة الى مدة ضمان صلاحية المبيع للعمل فأن هذه المدة ليست مدة تقادم لدعوى الضمان اي انه يجب رفع الدعوى خلال هذه المدة . وانما هذا التحديد يعني ان حدوث الخلل في المبيع خلال هذه المدة يعتبر شرطا من شروط التزام البائع بالضمان الاتفاقي . ولذلك فأن هذه المدة تبدأ من وقت التسليم وليس من وقت اكتشاف العيب كما هو الحال في ميعاد تقادم دعوى الضمان القانوني.[٩٤]

ثانيا/ شروط العيب الموجب لضمان صلاحية المبيع للعمل مدة معلومة

يشترط لقيام الضمان القانوني للعيوب الخفية عدة شروط منها ان يوجد في الشيء محل العقد عيب وان يكون هذا العيب مؤثر وقديم وخفي بالإضافة الى عدم علم الدائن بالضمان به . اي ان يكون هذا الاخير حسن النية. اما بالنسبة الى ضمان صلاحية المبيع للعمل مدة معلومة . فهل يتطلب توافر كل هذه الشروط لينشأ التزام البائع بالضمان طبقا لهذا الضمان الاتفاقي . ام يكفي حدوث خلل في المبيع أيا كان سببه حتى ولو لم يكن هذا الخلل ناشئا عن عيب معين موجود في المبيع[٩٥] . وبعبارة اخرى هل يكفي لنشوء هذا الضمان الا يكون المبيع صالحا للعمل بغض النظر عن وجود او عدم وجود عيب في المبيع ينقص من قيمته او من نفعه ؟

لمعرفة مدى تشديد الضمان اتفاقا بخصوص كل شرط من الشروط اللازم توافرها في العيب والوقوف على مدى الزيادة في الضمان التي تترتب على شرط ضمان صلاحية المبيع للعمل . سوف نتناول هذه الشروط تباعا وكما يلي :

١- القدم

يختلف ضمان البائع الاتفاقي للخلل في صلاحية المبيع للعمل مدة معلومة عن الضمان القانوني في العيب بمعنى الافة الطارئة التي تطرأ على المبيع فتنقص من قيمته او من نفعه . فالأول يتحقق بمجرد حدوث اي خلل في المبيع يجعله غير صالح للعمل حتى لو لم يكن ذلك عيبا فيه[٩٦] . وحتى لو لم يتوافر فيه شرط القدم اي ولو كان العيب لاحقا على التسليم بشرط ان لا يكون العيب الطارئ قد نشأ عن خطأ المشتري (الدائن بالضمان)[٩٧] . في حين ينشأ الضمان القانوني بمجرد اكتشاف عيب في المبيع سابقا على

التسليم وان لم يؤدي هذا العيب الى التأثير على مدى صلاحية المبيع للعمل.[٩٨] وتطبيقا لما تقدم فأن البائع لا يضمن في صلاحية المبيع للعمل مدة معلومة عيب السيارة الناشئ عن حادث تسبب فيه المشتري بسوء قيادته للسيارة . كما لا يضمن الخلل الذي اصاب الجهاز الكهربائي بسبب توصيله بتيار كهربائي اقوى من ذلك الموضح على الجهاز. وقد ينتج الخلل في المبيع نتيجة استخدامه في غير ما اعد له بطبيعته .[٩٩] اذ يتمثل خطأ المشتري (الدائن بالضمان) في الامثلة المشار اليها اعلاه في مخالفته لتعليمات استعمال المبيع وصيانته او في عدم اتخاذه الحيطة والحذر في هذا الاستعمال.[١٠٠] وهذا الخطأ من جانب المشتري ينفي عنه حسن النية الواجب توافره للاستفادة من هذا الضمان باعتباره صورة من صور الضمانات المشددة لمسؤولية المدين تجاه الدائن بالضمان.

فالبائع في هذا الضمان يضمن صلاحية المبيع للعمل ولا يضمن خطأ المشتري وتحمل تبعة اهماله . فهو يقدر من ناحيته ان الشيء المبيع سيعمل بصورة جيدة طوال فترة الضمان ما دام قد أستخدم وتمت صيانته على الوجه الصحيح[١٠١] .لذا فأن مخالفة المشتري هذه التعليمات او اخلاله بالواجب العام بالتزام الحيطة والحذر في استعمال الشيء سواء كان ذلك غشا واضرارا بالبائع او ارتكب في ذلك خطأ جسيم . ففي هذه الحالة يسقط حقه في الضمان الاتفاقي نتيجة لسوء نيته. ويكلف البائع بإقامة الدليل على ان الخلل في عمل الشيء المبيع راجع الى خطأ المشتري . ويكون هذا الاثبات ميسورا اذا كان المشتري قد ارتكب مخالفة محددة للتعليمات التي بينها له البائع في الكراسة المرفقة بالجهاز مثلا. حيث يعد ذلك قرينة على خطئه . فيسقط الضمان بذلك اذا اثبت البائع ان مخالفة التعليمات هي التي تسببت في حدوث الخلل.[١٠٢]

كما ويتحمل المشتري نتائج سوء نيته اذا كان البائع قد الزمه بأن يطلب اجراء الاصلاحات الضرورية بمعرفة البائع وان يستبدل بالقطع المعيبة قطع اخرى اصلية من انتاج هذا الاخير . فعمد المشتري على اصلاح المبيع بنفسه او عهد به الى شخص اخر غير البائع او من عينه له هذا الاخير للقيام بمهمة الاصلاح.[١٠٣]

وبذلك يظهر لنا مدى ارتباط حسن نية المشتري بالتزام البائع بهذا الضمان الاتفاقي من خلال التزام المشتري بعدم مخالفة التعليمات التي وجهها له البائع والتزامه بواجب الحيطة والحذر في استعمال هذا الشيء وفقا لهذه التعليمات . فأي مخالفة لهذه التعليمات يؤدي الى سقوط حق المشتري في الرجوع على البائع بهذا الضمان.

٢- التأثير

يشترط لرجوع الدائن على المدين بالضمان القانوني للعيوب الخفية ان يكون هذا العيب مؤثرا . ويكون العيب كذلك اذا كان يؤدي الى نقص قيمة الشيء محل العقد او منفعته بشكل محسوس[١٠٤] . اما في ضمان صلاحية المبيع للعمل مدة معلومة حيث يثور التساؤل هنا عن مدى ضرورة توافر هذا الشرط . فيلاحظ على هذا الضمان الاتفاقي انه قد يوسع في معنى العيب المؤثر من جهة وقد يضيق من جهة اخرى[١٠٥] . فنجد من ناحية ان البائع في ضمان صلاحية المبيع للعمل مدة معلومة يضمن اي خلل في عمل

المبيع مهما كان بسيطا ما دام ان هذا الخلل يؤثر في اداء الشيء لوظيفته وظهر اثناء فترة الضمان وغير راجع لخطأ الدائن بالضمان . ففي بيع السيارات مثلا يضمن البائع الخلل ولو كان بسيطا مثل ضمانه لأي عيب في محرك السيارة.[١٠٦] فهنا نجد ان هذا الضمان الاتفاقي قد وسع في معنى العيب المؤثر فأعطى له مفهوما اوسع مما كان له في الضمان القانوني. ويرجع ذلك الى الاختلاف في مضمون كل من الضمانين. فالضمان القانوني كما رأينا سابقا يعطي الحق للدائن بالضمان في الرجوع على المدين بالجزاءات التي نص عليها القانون وهذه الجزاءات من الخطورة بحيث لا يبررها الا عيب يكون على درجة معينة من الجسامة.[١٠٧] اما في الضمان الاتفاقي فجزاء هذا الضمان هو اصلاح الشيء حتى بالنسبة لأقل الاعطال شأنا ما دام يقتضي ذلك تدخلا فنيا.[١٠٨]

اما من حيث ان ضمان صلاحية المبيع للعمل مدة معلومة باعتباره مضيقا لشرط العيب المؤثر وذلك لان هذا الضمان الاتفاقي يتعلق دائما وكما هو ظاهر من صيغة الشرط بمنفعة المبيع لا بقيمته[١٠٩] . وقيمة الشيء ونفعه امران متميزان فقد يكون العيب مؤثرا في قيمة الشيء دون نفعه وقد يكون العكس من ذلك فلا يؤثر العيب على قيمة الشيء وانما على نفعه. ووفقا لما تقدم فأن العيب الذي ينقص من قيمة الشيء دون نفعه لا يكون مضمونا بمقتضى هذا الضمان الاتفاقي وانما بمقتضى الضمان القانوني متى توافرت باقي شروطه فتطبق احكامه لا احكام الضمان الاتفاقي.[١١٠]

٣- الخفاء وعدم علم المشتري

اذا اتفق البائع والمشتري في عقد البيع على ضمان صلاحية المبيع للعمل مدة معلومة . فأن البائع يلتزم بهذا الضمان بغض النظر عما اذا كان العيب ظاهرا ام خفيا وحتى لو كان المشتري يعلم بالعيب وقت البيع او كان في امكانه ان يتبنه بنفسه لو فحص المبيع بعناية الرجل المعتاد. فلا يشترط في هذا الضمان الاتفاقي هنا شرط الخفاء وعدم علم المشتري.[١١١]

ولا يمكن للمشتري في هذا الضمان الاتفاقي التمسك بأنه قد تم غشه من قبل البائع بأن كان يعلم بالعيب واخفاه غشا عنه . وذلك لان هذا النوع من الضمان يدل على استعداد البائع للإصلاح والاستبدال طول فترة الضمان . فلا يمكن افتراض سوء النية لدى البائع . اذ ان المشتري يعلم بأن هذا الضمان سينتهي بعد مدته المحددة او المتفق عليها مع البائع . مع استعداد هذا الاخير لإصلاح العيب او استبدال المبيع طول فترة الضمان.[١١٢]

الفرع الثاني:اثر حسن نية الدائن في التزام المدين بإصلاح العيب

ذكرنا فيما سبق ان التزام المدين في ضمان صلاحية المبيع للعمل مدة معلومة بإصلاح العيب مقيد بعدة قيود يفرضها هذا الاخير على الدائن بالضمان . وان تنفيذ هذا الاخير لهذه القيود والتزامه بها يعكس مدى حسن نيته في تنفيذ الالتزامات المترتبة عليه وما فرضه عليه البائع من تعليمات وذلك لضمان الاستفادة من شرط التشديد وما يمنحه من مزايا للمشتري . فمتى كان هذا الاخير حسن النية في تنفيذه للتعليمات والقيود التي توجد مدونة ضمن الشروط العامة للبيع . كوجوب تقديم المبيع الى البائع في مواعيد دورية لفحصه حتى يتمكن البائع من كشف العيوب في بدايتها والمبادرة الى

اصلاحها قبل ان تتفاقم اثارها. او اذا كانت تلك القيود تفرض التزاما على المشتري بعدم ادخال اية تعديلات او تغييرات على الشيء المبيع وبأن يقدم المشتري المبيع للبائع لإصلاحه بمعرفته.[١١٣]

لذا فأن التزام المشتري في هذا الضمان الاتفاقي المشدد بتلك القيود وتنفيذها بحسن نية ينشأ في ذمة البائع التزام اتفاقي بإصلاح الخلل الذي ظهر في الشيء المبيع[١١٤] . فاذا لم ينفذ المدين بالضمان هذا الالتزام الاتفاقي ترتبت عليه جزاءات معينة. وبذلك فأن الالتزام الاتفاقي بالضمان يتميز عن الالتزام القانوني بذاتية معينة . حيث ان الالتزام القانوني بالضمان وان كان يمثل اخلالا بالتزام سابق هو التزام المدين بعدم تسليم شيء معيب . الا انه لا يبدو من الناحية العملية الا في صورة الجزاءات التي تترتب على هذا الاخلال سواء كان في صورة رد المبيع او استبقائه مع التعويض في القانون المدني المصري او في صورة الفسخ او انقاص الثمن في القانون المدني الفرنسي.[١١٥]

والتزام البائع بإصلاح المبيع المعيب هو التزام بالقيام بعمل محله قيام هذا الاخير بهذا الاصلاح بما يشتمل عليه من استبدال بعض الاجزاء المعيبة بأجزاء جديدة . والاستبدال يتم في هذه الحالة للجزء المعيب فقط لا بالنسبة للشيء المبيع ككل.[١١٦] وقد يحتفظ البائع بالحق في اصلاح الاجزاء المعيبة عوضا عن استبدالها . وفي حالة الاستبدال اذا كان البائع يتحمل قيمة الاجزاء الجديدة التي يتولى استبدالها . الا ان اجرة اليد العاملة قد تكون على البائع وقد يتحملها المشتري في بعض الاحيان هذا بالإضافة الى امكان تحمل هذا الاخير مصاريف ارسال الشيء المبيع او نقله الى محل البائع لغرض الاصلاح سواء من قبل هذا الاخير او من يعينه لذلك .[١١٧]

ويعتبر البائع مخلا بالتزامه بالإصلاح في هذا الضمان الاتفاقي اذا لم يقم بإصلاح المبيع عند ظهور الخلل اثناء فترة الضمان وقيام المشتري بأخطاره به . حيث ان اخطار البائع ضروري حتى يعلم بحدوث الخلل ويبادر الى اتخاذ ما يلزم نحو اصلاحه قبل تفاقم العيب.[١١٨]

ويلاحظ على المادة (٤٥٥) من القانون المدني المصري انها قد حددت ميعاد هذا الاخطار وهو شهر من تاريخ ظهور الخلل . كما اجازت المادة اعلاه الاتفاق على خلاف هذا الحكم اذ يجوز للمتعاقدين ان يحددوا ميعاد اقصر او اطول من الميعاد المقرر قانونا وهو مدة الشهر.[١١٩]

اما في القانون المدني الفرنسي . فقد يلزم البائع المشتري بضرورة اخطاره بظهور الخلل في الشيء المبيع خلال ميعاد قصير من علم المشتري بهذا الخلل. وقد ذهب الفقه الفرنسي الى ان تحديد مثل هذا الميعاد للأخطار يعتبر صحيحا طالما انه يرد ضمن التنظيم العام للضمان الاتفاقي . كما انه يعتبر ميزة بالمقارنة مع الضمان القانوني وذلك من حيث التحديد الواضح لميعاد الاخطار باتفاق المتعاقدين . وان كان هذا الميعاد القصير فيه تضييق على المشتري .[١٢٠] الا ان لهذا التحديد القصير فائدة تتمثل في ان اخطار البائع في اسرع وقت ممكن تمكنه من المبادرة بفحص المبيع والوقوف على سبب الخلل واصلاحه تفاديا لتفاقمه واتساع نطاق الاضرار التي قد تنجم عنه خاصة في الاشياء التي تتميز بدقة صنعها وارتفاع قيمتها والتي يرتبط استعمالها بأخطار جسيمة .[١٢١]

ولم يحدد المشرع شكلا معينا لأخطار البائع بالخلل الذي اصاب الشيء المبيع . لذا فأن المتعاقدين قد يتفقا على وجوب اتباع شكلا معينا لأخطار البائع بالخلل وبذلك فلا يصح الاخطار الا اذا كان قد تم بالشكل المتفق عليه بين البائع والمشتري.[١٢٢]

اما اذا لم يوجد اتفاق بشأن شكل الاخطار . فأن الاخطار يكون قد تم ما دام المشتري قد قام بأخطار البائع بالخلل بأية وسيلة كتابية كانت او شفوية . وان كانت الوسيلة الكتابية هي الوسيلة الامثل في الاثبات وان من مصلحة المشتري تنفيذ الاخطار بوسيلة يتمكن من خلالها اثبات حصوله.[١٢٣]

فاذا تم اخطار البائع بالخلل الذي اصاب المبيع ولم يقم هذا الاخير بإصلاحه . فأنه يكون في هذه الحالة مخلا بتنفيذ التزامه والذي يعتبر هنا التزاما بتحقيق نتيجة وليس التزاما بوسيلة.

فلا يعفي البائع من الالتزام قيامه بأثبات انه قد بذل الجهد اللازم لإصلاح المبيع . بل لابد من ان يتم اصلاح الخلل في المبيع ليعود الى ادائه لوظيفته بالصورة المعتادة . وبذلك يكون البائع قد نفذ التزامه بالإصلاح. لذلك فأن اعتبار التزام البائع بإصلاح الخلل التزاما بتحقيق نتيجة وليس التزاما ببذل عناية هو التكييف الذي يتفق مع جوهر الضمان الاتفاقي والذي يتمثل بضمان حسن اداء الشيء لوظيفته . وبالتالي فأن البائع لا يعفى من الضمان الا بأثبات السبب الاجنبي.[١٢٤]

فاذا ما اخل البائع بالتزامه بالإصلاح . فأن اولى الجزاءات التي يمكن ان يتعرض لها هذا الاخير هي التنفيذ العيني الجبري وذلك عن طريق الزام البائع وبحكم قضائي بإصلاح الخلل الذي اصاب المبيع . وبما ان هذا الالتزام لا يتعلق بشخص المدين حيث انه التزام بعمل محله قيام البائع بإصلاح الخلل الذي اصاب المبيع . لذا فأنه يمكن اجباره على تنفيذه.[١٢٥]

كما ويمكن الحصول على ترخيص من القضاء بإصلاح الخلل في الشيء المبيع على نفقة المدين بالضمان (البائع)[١٢٦] . وقد يقوم المشتري بإصلاح الشيء على نفقة البائع في حالة الاستعجال ودون ترخيص من القضاء[١٢٧] . وللدائن في هذا الضمان الاتفاقي (المشتري) كذلك طلب فسخ العقد بالإضافة الى طلب التعويض عما لحقه من خسارة وما فاته من كسب وكل ذلك طبقا للقواعد العامة.[١٢٨]

ويلاحظ على المادة (٤٥٥) من القانون المدني المصري المشار اليها سابقا انها قد حددت ميعادا لرفع دعوى الضمان الاتفاقي وهي ستة اشهر من تاريخ الاخطار للبائع بظهور الخلل في الشيء المبيع . وقد اعتبر المشرع المصري هذه المدة مدة سقوط وليس مدة تقادم وبالتالي فأنها لا تقبل الوقف ولا الانقطاع.[١٢٩] كذلك لم يجعل المشرع المصري هذه المدة متعلقة بالنظام العام ويكون للمتعاقدين الاتفاق على اطالتها او على تقصيرها حسب ما ورد في المادة (٤٥٥) من القانون المدني المصري.

وقد ثار الخلاف في القانون المدني الفرنسي حول خضوع دعوى الضمان الاتفاقي للميعاد القصير الوارد في المادة (١٦٤٨) من القانون المدني الفرنسي.[١٣٠]

وانقسم الفقه الفرنسي في هذا الصدد على رأيين . ذهب الرأي الاول الى القول بأن المادة (١٦٤٨) من القانون المدني الفرنسي متعلقة بالنظام العام وان القضاء ليس له السلطة التقديرية المطلقة في تقدير الميعاد القصير المشار اليه في هذه المادة سواء كان الامر متعلقا بضمان قانوني ام بضمان اتفاقي.[١٣١]

في حين ذهب الرأي الاخر الى القول بأن دعوى الضمان الاتفاقي تنشأ عن عدم تنفيذ التزام له ذاتية خاصة وناشئ عن عدم تنفيذ الالتزام القانوني بتسليم شيء خال من العيوب . وبذلك فأن البائع الذي التزم بضمان صلاحية المبيع متجاوزا بذلك التزامه القانوني يقع عليه جزاء اشد من ذلك الذي ينطبق عليه في الالتزام القانوني وهو ما يبرر استبعاد تطبيق المادة (١٦٤٨) من القانون المدني الفرنسي على دعوى الضمان الاتفاقي.[١٣٢]

وبذلك فأن شرط ضمان صلاحية المبيع مدة معينة ينشئ التزاما اتفاقيا بالضمان له ذاتية مستقلة عن الضمان القانوني وهذا ما يبدو واضحا من خلال شروطه واثاره، حيث يعتبر التزاما اضافيا يتحمله البائع اتفاقيا بمقتضى العقد . كما يعكس في الوقت نفسه رغبة الطرفين في تجاوز نطاق الضمان القانوني وعدم التقيد بشروطه ويمثل بذلك زيادة في الضمان لصالح المشتري[١٣٣] . وينبغي على هذا الاخير ان يكون حسن النية للاستفادة من هذا الضمان الاتفاقي والا سقط حقه فيه وذلك من خلال قيامه بمراعاة ما فرضه عليه البائع من قيود معينة كوجوب تقديم المبيع للفحص الدوري، او الالتزام بإصلاحه بمعرفة البائع او غير ذلك من القيود.

المطلب الثالث: شرط بيع الشيء بحالة جيدة

قد يحدث في بيع بعض الاشياء المستعملة كالسيارات مثلا ان يدرج البائع في عقد البيع شرطا يقضي بأن الشيء قد بيع بحالة طيبة . ويثور التساؤل حول طبيعة هذا الشرط وهل يمكن اعتباره شرطا موسعا ومشددا للضمان ام انه شرط مضيق له.

فقد تعرض القضاء الفرنسي لتفسير هذا الشرط وذلك بصدد قضيتين عرضتا عليه . حيث فسر هذا الشرط في كل من القضيتين تفسيرا متعارضا مع التفسير الذي صدر عنه في القضية الاخرى.[١٣٤]

وللتعرف على طبيعة هذا الشرط وهل هو مشدد للضمان ام مضيق له سوف نتعرض لتفسير القضاء الفرنسي لهذا الشرط من خلال فرعين .

الفرع الاول:شرط البيع بحالة جيدة شرطا مشدد للضمان

ذهب القضاء الفرنسي في تفسير شرط بيع الشيء بحالة جيدة بأنه شرط مشدد لضمان البائع وذلك في احدى القضايا التي عرضت عليه . والتي تتعلق ببيع سيارة مستعملة كان قد تم بين شخصين من الاشخاص العاديين وورد فيه هذا الشرط . حيث كان ينص على ان هذه السيارة قد بيعت بحالة جيدة وقبلها المشتري باعتبارها كذلك . وكان هذا الاخير قد دفع مقابلا لها ثمنا يزيد عن ثمن مثيلاتها . فقد اشتراها بزيادة ٢٠٪ من الثمن المحدد لها بموجب بيان ينشر في احدى الصحف الفرنسية يبين الاسعار للسيارات المستعملة . اذ تحدد هذه الاسعار على اساس سنة صنع السيارة مع افتراض مستوى معين من الاستهلاك.[١٣٥]

الا انه وبعد مرور اربعة اشهر على شراء هذه السيارة . تعرضت السيارة لحادث تحطمت على اثره واصبحت غير صالحة للاستعمال وتبين من تقارير الخبراء ان هذه السيارة كانت قبل البيع قد تعرضت لحادث جسيم وتم اصلاحها بطريقة غير صحيحة وسيئة وقد اخفى البائع هذا الاصلاح المعيب بطبقة سميكة من الدهان.

ولما عرض النزاع على محكمة استئناف دويه الفرنسية[١٣٦] وامام تعارض ادعاءات كل من الطرفين البائع والمشتري . كان عليها ان تفسر هذا الشرط الوارد في العقد وان تحدد طبيعته . فقد ادعى البائع ان الشرط المنصوص عليه في العقد هو شرط مخفف لالتزامه بالضمان بسبب ان المشتري قد قبل السيارة باعتبارها كذلك اي انه قد اقر بأن حالتها جيدة ولا عيب فيها وبالتالي فانه لا يجوز له بعد ذلك ان يدعي بأنها كانت معيبة ويرجع على البائع بالضمان.

اما المشتري فقد ادعى ان الشرط الذي ينص على ان السيارة قد بيعت بحالة جيدة هو شرط يمنحه زيادة في الضمان على اعتبار انه قد اشتراها بثمن يزيد عن ثمن مثيلاتها.

وقد ايدت المحكمة اعلاه التفسير الذي ذهب اليه المشتري وقررت انه طبقا للقصد المشترك للمتعاقدين[١٣٧] . فأن الشرط الذي يقضي بأن السيارة قد بيعت بحالة جيدة هو شرط مشدد للضمان . بسبب ان السيارة بيعت بثمن اعلى او يزيد بمقدار الخمس عن مثيلتها وان ذلك لا يمكن تفسيره في نظر المحكمة الا على انه مقابل الحصول على ضمان اتفاقي اي زيادة في الضمان . اما بالنسبة الى الجزء الثاني من هذا الشرط والذي يقضي بأن المشتري قد قبلها باعتبارها كذلك فلا يعني في نظر المحكمة ان المشتري قد اقر بمطابقة الجزء الاول من الشرط لحقيقة السيارة اي انها قد بيعت فعلا بحالة جيدة وانما يعني فقط انه قد علم بهذا البيان وقبله. وقد ايد الفقه الفرنسي التفسير الذي ذهبت اليه هذه المحكمة واعتبار هذا الشرط شرطا مشددا لضمان البائع.[١٣٨]

ونرى انه على الرغم من اختلاف ادعاءات الطرفين حول تفسير هذا الشرط بين اعتباره شرطا مخففا للضمان او مشددا له . الا ان البائع سيكون ضامنا في الحالتين اي سواء اعتبر الشرط مخففا او مشددا للضمان. فعند الاخذ بتفسير البائع لهذا الشرط وانه شرطا مخففا لضمانه فان هذا الشرط لا ينتج اثره لان البائع كان سيء النية قد تعمد اخفاء العيب الموجود في السيارة غشا منه واضرارا بالدائن بالضمان بالإضافة الى ادراجه شرطا ينص على ان السيارة بيعت بحالة جيدة وهذا يتنافى مع حسن النية الواجب توافره لدى البائع وهو المدين بالضمان لكي ينتج هذا الشرط اثره في تخفيف الضمان. وبالتالي للمشتري الرجوع على البائع بمقتضى الضمان القانوني اذا توافرت شروطه.

اما في حالة الاخذ بتفسير المشتري لهذا الشرط وانه شرطا مشددا للضمان . فأن هذا الشرط سوف يكون صحيحا ومنتجا لأثره في تشديد الضمان خاصة وان المشتري كان حسن النية عند ادراج هذا الشرط من قبل البائع . حيث انه قد دفع مقابلا يزيد عن ثمنها الحقيقي وهذا الزيادة في الثمن لا يمكن تفسيرها الا كمقابل للحصول على زيادة في الضمان . اذ انها بمثابة تأمين للمشتري كما ذكرنا سابقا.

لذلك نرى ان تفسير المحكمة لهذا الشرط انه شرطا مشددا للضمان هو التفسير الاقرب الى طبيعة هذا الشرط الذي يقضي بأن الشيء قد بيع بحالة جيدة وصالحة للعمل بالنسبة لأمثاله طيلة فترة الضمان وان اي خلل في عمل هذا الشيء يوجب مسؤولية البائع اتجاه المشتري .

الفرع الثاني:شرط البيع بحالة جيدة شرطا مخففا للضمان

لقد ذهب القضاء الفرنسي في تفسير شرط بيع الشيء بحالة جيدة مذهبا مغايرا لما تناولناه في الفرع الاول من هذا المطلب . ففي احدى القضايا والتي تتلخص وقائعها في ان مزارعا قد باع جرارا زراعيا الى محل لتجارة السيارات وقد ادرج المزارع وهو البائع في عقد البيع في الايصال الذي سلمه للمحل شرطا يقضي بأن الجرار قد بيع بحالة جيدة . وعندما اكتشف المشتري عيوبا في الجرار رجع على البائع يطالبه بضمان العيوب الخفية مدعيا ان الشرط الذي ادرجه هذا الاخير يعتبر شرطا مشددا لضمان البائع. وعندما وصل النزاع الى محكمة النقض الفرنسية قررت في حكمها ان مجرد ادراج بيان يقضي بأن الجرار قد بيع بحالة جيدة لا يعني ان هذا الشرط شرطا مشددا للضمان القانوني الذي يتحمل به البائع. اي انها رفضت في حكمها اعتباره شرطا مشددا للضمان وبذلك تكون محكمة النقض الفرنسية قد فسرت شرط بيع الشيء بحالة جيدة تفسيرا مغايرا للتفسير الذي سبق ان ذهبت اليه محكمة استئناف دوبه.[١٣٩]

وللوقوف على مدى التعارض في تفسير هذا الشرط بين المحكمتين . يجب ان يؤخذ بنظر الاعتبار الملابسات الخاصة بكل من القضيتين ومن اهم هذه الملابسات اطراف القضية فالنزاع الذي عرض على محكمة استئناف دوبه يتعلق ببيع تم بين فردين من الافراد العاديين . اما النزاع الثاني الذي عرض على محكمة النقض الفرنسية فقد كان موضوعه بيعا تم من شخص عادي الى مشتري مهني وهو محل لتجارة السيارات . وبناء على ذلك فقد رفضت المحكمة الاخيرة اعتبار الشرط مشددا لضمان البائع وذلك تمشيا مع الاتجاه العام للقضاء الفرنسي وهو تشديد احكام ضمان العيوب الخفية تجاه المهنيين سواء كانوا بائعين ام مشترين بغض النظر عن حسن او سوء نية هؤلاء [١٤٠] . وذلك حماية للطرف الاخر غير المهني كونه الطرف الضعيف في العقد وان المهني لديه من الخبرة والدراية الفنية ما يمكنه من تبين عيوب المبيع . لذلك فأن من المتصور ان محكمة النقض كانت ستعتبر شرط بيع الشيء بحالة جيدة شرطا مشددا للضمان لو ان البائع كان مهنيا والمشتري كان شخصا عاديا.[١٤١]

كما أن الشرط الذي يقضي بأن الشيء الذي ورد عليه العقد قد بيع بحالة جيدة يجب ان يفسر بصورة موضوعية وبعيدة عن مهنة طرفي العقد . فهو شرط مشدد لضمان البائع يدرج من قبل هذا الاخير عادة في بيع الاشياء المستعملة وهذا البيع لا يرد على اشياء تافهة او عديمة القيمة وانما يرد على اشياء اقل درجة من الاشياء الجديدة . اي انه يرد على شيء لازال محتفظا بطبيعته وقدرته على اداء وظيفته التي اعد لها اصلاً وان كان ذلك اقل من الشيء الجديد الذي يفترض فيه انه يؤدي وظيفته على اكمل وجه.[١٤٢]

وبناء على ذلك فأن البائع اذا ادرج في العقد شرطا يقضي بأن الشيء قد بيع بحالة جيدة . فأن ذلك يعني ان هذا الاخير يضمن للمشتري صلاحية المبيع للعمل . وان ضمان صلاحية المبيع للعمل يتجاوز نطاق الضمان القانوني للعيوب الخفية ليكون التزاما اضافيا ومكملا لهذا الضمان الاخير. وعلى المشتري في هذه الحالة ان يكون حسن النية للاستفادة من هذا الضمان الاتفاقي . والا سقط حقه في الرجوع على البائع بالضمان.[١٤٣]

الخاتمة

بعد ان انتهينا من البحث في اثر حسن النية في الالتزام بالضمان الاتفاقي المشدد توصلنا الى جملة من الاستنتاجات والمقترحات وهي كما يلي:

اولا / الاستنتاجات

١- اجاز القانون للمتعاقدين ان ينظما احكام الضمان بنفسيهما عندما جعل احكام الضمان القانوني ليست من النظام العام . وبالتالي يجوز للمتعاقدين الاتفاق على ما يخالفها عن طريق تشديد الضمان في حدود معينة . وهذا ما اتجهت اليه التشريعات المدنية محل المقارنة. وبذلك فأن اتفاق المتعاقدين على تعديل احكام الضمان القانوني بالتشديد يجعلنا امام ضمان اتفاقي وتكون احكام الاتفاق لا القانون هي الواجبة التطبيق في هذه الحالة على اساس مبدأ العقد شريعة المتعاقدين.

٢- لقد اقتصرت التشريعات المدنية محل المقارنة على ضرورة توافر حسن النية لدى المدين بالضمان في الشروط المعفية والمخففة للضمان . وجعلت الشرط المخفف والمعفي من الضمان باطلا اذا كان المدين قد تعمد اخفاء سبب الضمان ولم تشترط ذلك صراحة في الشرط المشدد للضمان . اي انها لم تنص على ضرورة توافر حسن النية لدى الدائن بالضمان لكي يستفاد من الشرط المشدد ويكون صحيحا خاصة وان الشروط المشددة تكون دائما في مصلحة الدائن بالضمان . حيث انها تزيد من الضمان الذي منحه اياه القانون بمقتضى نصوص الضمان القانوني.

٣- لقد اجازت التشريعات المدنية محل المقارنة الاتفاق على زيادة الضمان فيما يتعلق بشروط هذا الضمان . ولكن يجب ان يكون الاتفاق سواء كان صريحا او ضمنيا قاطعا في دلالته . لان الشرط الذي يعدل من مسؤولية يقررها القانون يجب عدم التوسع في تفسيره . فاذا كان الشرط المشدد غامضا وجب تفسيره لمصلحة من يقع عليه عبء هذا الشرط وهو هنا المدين بالضمان. ولكي ينتج هذا الشرط اثره في تشديد او زيادة الضمان لمصلحة الدائن يجب ان يكون هذا الاخير حسن النية وهو لا يكون كذلك الا اذا كان لا يعلم بسبب الضمان ولم يتعمد اخفاء هذا العلم غشا عن المدين بالضمان . او لم يرتكب خطأ جسيم كما لو لم يراعي ما فرضه عليه المدين من قيود للاستفادة من زيادة الضمان.

٤- لم يتضمن القانون المدني العراقي نص خاص يعالج ضمان صلاحية المبيع للعمل مدة معلومة باعتباره احد تطبيقات زيادة او تشديد الضمان القانوني . حيث تطبق القواعد العامة في هذه الحالة . فاذا اشترط المشتري في عقد البيع على البائع ان يضمن صلاحية المبيع للعمل مدة معلومة فيجب ان تكون مدة الضمان المتفق عليها مدة معلومة وهي المدة التي يراها المتعاقدان كافية لتجربة واستعمال المبيع والتأكد من صلاحيته للعمل بعد ذلك.

٥- ينشئ شرط ضمان صلاحية المبيع مدة معينة التزاما اتفاقيا بالضمان له ذاتية مستقلة عن الضمان القانوني وهذا ما يبدو واضحا من خلال شروطه واثاره. حيث يعتبر التزاما اضافيا يتحمله البائع اتفاقيا بمقتضى العقد . كما يعكس في الوقت نفسه رغبة الطرفين في تجاوز نطاق الضمان القانوني وعدم التقيد بشروطه ويمثل بذلك زيادة في الضمان لصالح المشتري . وينبغي على هذا الاخير ان يكون حسن النية للاستفادة من هذا الضمان الاتفاقي من خلال قيامه بمراعاة ما فرضه عليه البائع من قيود معينة كوجوب تقديم المبيع للفحص الدوري. او بإصلاحه بمعرفة البائع او غير ذلك من القيود.

ثانيا / المقترحات

١- ندعوا المشرع العراقي ان يعيد النظر في نص المادة التي عالجت الضمان الاتفاقي وبغض النظر عن سبب الضمان سواء اكان بسبب استحقاق الشيء محل العقد ام كان بسبب ما يشوب هذا الشيء من عيب ينقص من قيمته او من منفعته . خاصة ان اتفاقات تعديل الضمان القانوني لا تنتج اثارها القانونية بتشديد الضمان مالم يكن الطرف الذي اشترط التعديل لمصلحته حسن النية وهو لا يكون كذلك مالم ينتفي عنده الغش والخطأ الجسيم . فلا يكفي العلم فقط بسبب الضمان للحكم عليه بسوء النية وانما يجب ان تتجه نيته حتما للأضرار بالطرف الاخر بأن يتعمد اخفاء هذا العلم غشا عن الطرف الاخر . وكذلك عندما يصدر منه خطأ جسيم يتخذ منه قرينة على توافر نيته السيئة . واقترح ان تكون هذه القرينة قرينة قابلة لأثبات العكس اذا لم يكن الطرف الذي اشترط التعديل لمصلحته مهنيا . وقرينة غير قابلة لأثبات العكس اذا كان هذا الاخير مهنيا حيث تكون مصلحة الطرف الاخر (المستهلك وغير المهني) اولى بالرعاية في هذه الحالة.

٢- نقترح ان يأخذ المشرع العراقي بالنص العام والمتعلق باتفاقات الاعفاء من المسؤولية في نطاق اتفاقات تعديل شروط الضمان القانوني وان يجعل هذه الاتفاقات باطلة اذا صدر من الطرف الذي حصل هذا الاتفاق لمصلحته غش او خطأ جسيم ومساواة كلاهما في الحكم. ذلك لأنه اذا كان الغش ينطوي فعلا على نية سيئة للأضرار بالطرف الاخر . فأن الخطأ الذي لا يصدر عن اقل الناس اهمالا وحرصا ينطوي كذلك وفي اغلب الاحوال على نية سيئة . خاصة في نطاق الضمان الاتفاقي الذي يعتبر فيه حسن النية احد الشروط الاساسية لصحة هذا الضمان وحتى لا يتخذ المدين هذا الخطأ الجسيم كغطاء يخفي ورائه نيته السيئة للأضرار بالدائن بالضمان خاصة اذا كان هذا المدين مهني وصدر منه خطأ جسيم . حيث ان حماية مصالح المستهلك وغير المهني وتوفير الثقة والاطمئنان

له يكون اكثر اهمية من حماية مصالح المهني وتوفير الثقة له. اذ تتوافر لهذا الاخير كل الامكانيات العلمية والتخصصية التي تسمح له بأن يكون اكثر دقة من غيره.

الهوامش

(١) انظر د. عبد الجبار ناجي الملا صالح – مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود – رسالة ماجستير مقدمة الى جامعة بغداد – ١٩٧٣ – ص ١٧٢.

(٢) انظر د. مصطفى العوجي – القانون المدني – ج٢ – المسؤولية المدنية – منشورات الحلبي الحقوقية – بيروت – لبنان – ط٣ – ٢٠٠٧ – ص ٣٢٢.

(٣) انظر د. حسن علي الذنون – المبسوط في المسؤولية المدنية – ج٢- الخطأ – ٢٠٠١ – ص ١٩٨.

(٤) انظر د. عدنان ابراهيم السرحان ونوري حمد خاطر – شرح القانون المدني – مصادر الحقوق الشخصية – الالتزامات – دراسة مقارنة – ط١- الدار العلمية للنشر والتوزيع ودار الثقافة للنشر والتوزيع – عمان – ٢٠٠٢ – ص ٣٣٤.

(٥) انظر د. عبد المنعم فرج الصدة – مصادر الالتزام – دراسة في القانون اللبناني والقانون المصري – دار النهضة العربية – بيروت – ١٩٧٩ – ص ٤٢٢.

(٦) انظر عبد الجبار ناجي الملا صالح – مصدر سابق – ص ٥٩.

(٧) انظر المصدر نفسه – ص ٦٠.

(٨) كما فعل المشرع العراقي في المادة (٢/٢٥٩) من القانون المدني العراقي ، المادة (٢/٢١٧) من القانون المدني المصري. وقد قضت محكمة النقض المصرية في قرار لها " بأن مؤدى نص الفقرة الثانية من المادة ٢١٧ من القانون المدني انه يجوز ان يتضمن الاتفاق التعاقدي شرطا يعفي المدين من المسؤولية المترتبة على عدم تنفيذ التزامه فلا يسأل عنه بالقدر الذي يتسع له هذا الاتفاق متى اثبت ان عدم التنفيذ يرجع الى احدى الحالات الواردة فيه ، وذلك فيما عدا حالتي الغش والخطأ الجسيم باعتبار ان الفعل المكون لكل منهما تتحقق به اركان المسؤولية التقصيرية تأسيسا على ان المدين اخل بالتزام قانوني يمنعه من ان يرتكب مثل هذا الفعل في جميع الحالات سواء كان متعاقدا او غير متعاقد". طعن رقم ٩٤٩ ، س ٧١ق جلسة في ٢٠٠٣/١٠/٢٨. منشور على الموقع : www. Eastlaws.com

(٩) وفي هذا المعنى يقول الفقيه دي باج " لا يقصد بالغش الخداع وحده ولكن يقصد به عموما الجريمة المدنية بالمعنى الواجب اعطاءه لهذه الكلمة في القانون المدني ، فالغش يرادف سوء النية". نقلا عن : عبد الجبار ناجي الملا صالح – مصدر سابق – ص ٦٠.

(10) انظر عبد الجبار ناجي الملا صالح – مصدر سابق – ص ٦١.

(11) انظر د. محمد حسن قاسم – القانون المدني – الالتزامات – المجلد الثاني - الاثار العقد – ط١- منشورات الحلبي الحقوقية - ٢٠١٨ – ص ٣٠٦.

(١٢) انظر د. محمود جمال الدين زكي – مشكلات المسؤولية المدنية – ج٢- مطبعة جامعة القاهرة – القاهرة – ١٩٩٠ – ص ٨٤.

(١٣) انظر د. محمد ابراهيم دسوقي – تقدير التعويض بين الخطأ والضرر – مؤسسة الثقافة الجامعية – الاسكندرية – ١٩٨٠ – ص ٣٥٨.

(١٤) من الفقهاء الفرنسيين اللذين ذهبوا الى هذا الرأي ، بلانيول وريبير وديموج . مشار اليه من قبل محمد ابراهيم دسوقي – المصدر السابق – ص ٣٥٨.

(١٥) انظر احمد سليم فريز نصرة – الشرط المعدل للمسؤولية العقدية في القانون المدني المصري – رسالة ماجستير – جامعة النجاح الوطنية – كلية الدراسات العليا - ٢٠٠٦ – ص ٧٣.

(١٦) انظر المواد (١/٤٤٥) من القانون المدني المصري ، (١٦٢٧) من القانون المدني الفرنسي.

(١٧) انظر المادة (٤٥٣) من القانون المدني المصري ، المادة (١٦٤٣) من القانون المدني الفرنسي.

(١٨) انظر د. عبد الرزاق السنهوري – الوسيط في عقد البيع والمقايضة – ج٤ – دار احياء التراث العربي – بيروت – ١٩٦٠ – ص ٦٩٧.
(١٩) انظر د. عبد الرزاق السنهوري – الوسيط في شرح القانون المدني – ج١ – نظرية الالتزام بوجه عام – مصادر الالتزام – منشأة المعارف – الاسكندرية – ٢٠٠٤ – ص ٦٦٢. انظر كذلك د. سليمان مرقس – الوافي في شرح القانون المدني – ج٢ – المجلد الاول – نظرية العقد – القاهرة – ١٩٨٧ – ص ٥٤٠ – ٥٤١.
(٢٠) انظر د. محمد السعيد رشدي – الخطأ غير المغتفر – سوء السلوك الفاحش والمقصود – ط١ – مطبوعات جامعة الكويت – الكويت – ١٩٩٥ – ص ٧٩.
(٢١) انظر د. سليمان مرقس – المسؤولية المدنية في تقنينات البلاد العربية – موسوعة الفقه والقضاء – القاهرة – ١٩٨٢ – ص ٤٦٥.
(٢٢) انظر د. محمد ابراهيم دسوقي – مصدر سابق – ص ٦٥.
(٢٣) انظر د. عبد الرزاق السنهوري – الوسيط – ج١ – نظرية الالتزام – مصدر سابق – ص ٦٦٢.
(٢٤) مشار اليه من قبل محمد ابراهيم دسوقي – مصدر سابق – ص ٤٦٩.
(٢٥) انظر د. غني حسون طه – الوجيز في النظرية العامة للالتزام – الكتاب الاول – مصادر الالتزام – بغداد – ١٩٧١ – ص ٣٦٩.
(٢٦) انظر في ذلك د. رمضان ابو السعود – النظرية العامة للالتزام – مصادر الالتزام – دار المطبوعات الجامعية – الاسكندرية – ٢٠٠٢ – ص ٢٣٧. وقد تبنت محكمة النقض المصرية ، اتجاها اكثر تشددا في وصف الخطأ بالجسامة وذلك في احدى قراراتها جاء فيه " ان الخطأ الجسيم ليس بالضرورة ان يصدر بتقليل من الحيطة والحذر لدرجة انه لا يصدر عن اقل الناس حيطة وحذرا ، بل هو الخطأ الذي يصدر بدرجة غير يسيرة ولا يشترط ان يكون متعمدا. اي انه يجب ان يكون الخطأ على درجة من الاهمال البين ". انظر طعن رقم ٨٠٨ لسنة ٤٤ في ٢٦/ ٤/ ١٩٨٠. المكتب الفني – ص ٣١. مشار اليه من قبل احمد سليم فريز نصرة – مصدر سابق – ص ٧٤.
(٢٧) انظر د. حسن علي الذنون – المبسوط في المسؤولية المدنية – مصدر سابق – ص ١٧٦.
(٢٨) انظر عبد الجبار ناجي الملا صالح – مصدر سابق – ص ٧٤.
(٢٩) انظر د. سليمان مرقس – الوافي في شرح القانون المدني – مصدر سابق – ص ٥٤١.
(٣٠) انظر د. حسن علي الذنون – المبسوط في المسؤولية المدنية – مصدر سابق – ص ١٨١.
(٣١) انظر المادة (٢/٢٥٩) من القانون المدني العراقي. ومن المواد التي ساوت في الحكم بين الغش والخطأ الجسيم في التشريع العراقي كذلك م (٣/١٧٠) ، م (٢/١٧٣) من القانون المدني العراقي.
(٣٢) انظر د. حسن علي الذنون – المبسوط – مصدر سابق – ص ١٨٢.
(٣٣) ومن هذه النصوص ايضا (٣/٥٥٦) ، (٥٥٩) ، (٥٦٨) ،(١/٢٦٤) ، (٢/٦٨٧) ، (٨٥٠) من القانون المدني العراقي.
(34) انظر د. حسن علي الذنون – المبسوط – مصدر سابق – ص ١٨٥.
(35) ومن النصوص التي ساوت بين الغش والخطأ الجسيم في القانون المدني المصري المادة (٢/٢٢١) من القانون المدني المصري.
(٣٦) انظر د. حسام الدين الاهواني–النظرية العامة للالتزام – ج١ – مصادر الالتزام – ط٢ – ١٩٩٥ – ص ٤٦٦.
(٣٧) فقد قضت محكمة النقض في احد احكامها بأنه " لا يخرج مسؤولية المؤجر في خصوص هذا الالتزام عن طبيعتها ولا يحيلها الى مسؤولية تقصيرية وذلك مالم يثبت ان المؤجر ارتكب خطأ جسيما او غشا او فعلا يؤثمه القانون على النحو السالف بيانه ". طعن رقم ٢٨٠ في ١٦/ ٤/ ٢٠٠٣ – مجلة القضاء – س ٣٦ – عدد يناير – ديسمبر – ٢٠٠٤ – ص٢٢٦.
(٣٨) ومن هذه النصوص ايضا المادة (٤٥٣) ، (٥٧٨) من القانون المدني المصري.

(٣٩) انظر د. محمد حسين منصور – شرح العقود المسماة– منشورات الحلبي الحقوقية – بيروت - ٢٠١٠ – ص ١٧٤.
(٤٠) انظر د. حسن عبد الباسط جميعي – مسؤولية المنتج عن الاضرار التي تسببها منتجاته المعيبة – دار النهضة العربية – القاهرة - ٢٠٠٠ – – ص ١٣٢.
(41) انظر د. سعيد جبر – الضمان الاتفاقي للعيوب الخفية في عقد البيع – دار النهضة العربية – القاهرة - ١٩٨٥ – ص ٤٠.
(٤٢) انظر د. محمد يوسف الزعبي – العقود المسماة – شرح عقد البيع في القانون الاردني- ط١ – الاردن - ١٩٩٣ – ص ٣٩٣.
(43) انظر د. عبد الرزاق السنهوري – الوسيط – ج٤ – مصدر سابق – ص ٧٥٦.
(٤٤) انظر د. سعدون العامري – الوجيز في شرح العقود المسماة – في البيع والايجار – ط٣ – مطبعة العاني – بغداد - ١٩٧٤ – ص ١٢٨.
(٤٥) انظر د. حسن علي الذنون – شرح القانون المدني العراقي – العقود المسماة – عقد البيع – مطبعة الرابطة – بغداد – بلا سنة طبع – ص ١٩٣.
(٤٦) انظر د. جعفر الفضلي– الوجيز في العقود المدنية - العاتك لصناعة الكتاب–القاهرة– بلا تاريخ نشر– ص ١٩٠.
(٤٧) تقابلها المادة (١/٤٤٥) من القانون المدني المصري ، المادة (١٦٢٧) من القانون المدني الفرنسي.
(٤٨) انظر د. علي هادي العبيدي–العقود المسماة–البيع والايجار–دار الثقافة للنشر والتوزيع - ٢٠١١ – ص ١٣١.
(49) انظر د. اسعد دياب – القانون المدني – العقود المسماة – ج١ – منشورات زين الحقوقية – بيروت - ٢٠٠٧ – ص ١٩٧.
(50) انظر المادة (٢/٤٤٥) من القانون المدني المصري.
(51) انظر المادة (٧٥٩) من القانون المدني العراقي ، المادة (٥٧٨) من القانون المدني المصري.
(٥٢) انظر د. اسعد دياب – القانون المدني – العقود المسماة – مصدر سابق – ص ٢٢٠.
(٥٣) Beudant :Cours de droit civil Francais, La vente, le louage des choses, paris,1938, no.224,p.179.
مشار اليه من قبل جلال الدين محمد صبرة – الالتزام بضمان التعرض الصادر من الغير في العقود في القانون المدني المصري والفرنسي - اطروحة دكتوراه – كلية الحقوق – جامعة اسيوط – بلا تاريخ– ص ٤٣٧.
(٥٤) انظر د. اسعد دياب – القانون المدني – العقود المسماة – مصدر سابق – ص ٢٨٣. انظر كذلك د. نبيل ابراهيم سعد – العقود المسماة – عقد البيع – دار الجامعة الجديدة - ٢٠١٠ – ص ٤٢٢.
(٥٥) انظر د. احمد محمد الرفاعي – القانون المدني – العقود المدنية – البيع والايجار – ص ٢٤٢. موجود على الموقع www. Pdffactory. Com .
(٥٦) انظر د. سعدون العامري – الوجيز – مصدر سابق – ص ٢٦٥.
(٥٧) انظر د. علي هادي العبيدي – مصدر سابق – ص ٢٩٦.
(٥٨) انظر د. جعفر الفضلي – مصدر سابق – ص ٢٥٢.
(٥٩) انظر المواد (٥٥٤،٥٥٥،٥٥٨) من القانون المدني العراقي ، المواد (٤٤٣،٤٤٤،٤٥٠) من القانون المدني المصري ، المواد (١٦٢٦،١٦٤٣) من القانون المدني الفرنسي.
(٦٠) انظر د. خالد عبدالله عيد – الضمان في عقد البيع – دراسة مقارنة – دار الفيحاء - ١٠٨٦ – ص ١٣٣.
(٦١) انظر د. جعفر الفضلي – مصدر سابق – ص ١٢٠.
(٦٢) انظر د. سعدون العامري – الوجيز – مصدر سابق – ص ١٤٥. انظر كذلك د. علي هادي العبيدي – العقود المسماة – مصدر سابق – ص ١٣١.
(٦٣) انظر د. نبيل ابراهيم سعد – مصدر سابق – ص ٤٢٢.

(64) انظر د. اسعد دياب – القانون المدني – العقود المسماة – مصدر سابق – ص ٢٨٣.
(65) Planiol et Ripert : Traité ēlēmentaire de droit civil , t,22 , no . 1518 , p . 529.
(٦٦) انظر د. نبيل ابراهيم سعد – مصدر سابق – ص ٤٢٢.
(٦٧) انظر د. عبد الرزاق السنهوري – الوسيط – ج٤ –مصدر سابق – ص ٧٥٢.
(٦٨) انظر المادة (٤٥٢) من القانون المدني المصري.
(٦٩) وهو ما يمكن استنتاجه من المفهوم المخالف لنص المادة (٧٥٩) من القانون المدني العراقي وكذلك المادة (٥٧٨) من القانون المدني المصري ، حيث نصت المادة (٧٥٩) من القانون المدني العراقي على انه " يقع باطلا كل اتفاق يتضمن الاعفاء او الحد من ضمان التعرض او العيب ، اذا كان المؤجر قد اخفى عن غش سبب هذا الضمان ".
(٧٠) انظر د. سعدون العامري – الوجيز – مصدر سابق – ص ٢٦٠.
(٧١) انظر د. سمير تناغو – عقد الايجار – ١٩٧٠ – ص ٢٠٨.
(٧٢) انظر احمد سليم فريز نصرة – مصدر سابق – ص ١٩٩.
(73) انظر د. سعيد جبر – مصدر سابق – ص ٢٨.
(٧٤) انظر د. اسعد دياب – القانون المدني – العقود المسماة – مصدر سابق – ص ٢٨٤.
(٧٥) انظر وضاح غسان عبد القادر محمد – التزام البائع بضمان العيوب الخفية في القانونين العراقي والمصري – دراسة مقارنة – رسالة ماجستير – جامعة الدول العربية - ٢٠١٠ – ص ١٤٠.
(٧٦) انظر د. امير احمد عزيز سيد النمر – الالتزام بالتبصير في التعاقد – دراسة مقارنة بين القانون المدني والشريعة الاسلامية – دار النهضة العربية – القاهرة - ٢٠١٧ – ص ٤٥٧.
(٧٧) وقد جاء في المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدي للقانون المدني المصري تعليقا على هذا النص " ان هذا النص جديد نقل عن المشروع الفرنسي الايطالي (المادة ٣٧٤) ، ولا نظير له في التقنين الحالي (القديم) ويقصد به ضمان صلاحية المبيع في الاشياء الدقيقة (كالآلات الميكانيكية والسيارات ونحو ذلك) . لمزيد من التفاصيل انظر د. عبد الرزاق السنهوري – الوسيط – ج٤ – مصدر سابق – ص ٧٦١.
(٧٨) انظر د. هادي حسين عبد علي الكعبي ود. سلام عبد الزهرة عبدالله – ضمان صلاحية المبيع للعمل مدة معلومة – دراسة في التقنينات العربية – جامعة بابل – كلية القانون – ٢٠٠٧ – ص ٤.
(٧٩) انظر د. جعفر الفضلي – مصدر سابق – ص ١٤٢.
(٨٠) وقد قضت محكمة التمييز في قرار لها انه " ان المحكمة اصدرت قرارها برد دعوى المميز بسبب التقادم المنصوص عليه في المادة (٥٧٠) مدني دون ان تلاحظ ان هذا التقادم مقيد بحالتين نصت عليهما المادة المذكورة وهما حالة ما اذا التزم البائع بالضمان لمدة اطول ، وحالة ما اذا اثبت ان اخفاء العيب كان بغش من البائع ، وكان المميز قد تمسك بدفع هو ان المميز عليها شركة قد ضمنت صلاحية المبيع للاستعمال لمدة خمس سنوات كان عليها تكليفه بأثبات ذلك حسب الاصول..." رقم القرار ٢٥٠٣ / حقوقية / ٥٩ البصرة بتاريخ ٢٣/ ٢ / ١٩٦٠ القضاء المدني العراقي – ج٢ – ص ٧٥.
(٨١) انظر د. سعيد جبر – مصدر سابق – ص ٢٩.
(٨٢) انظر د. محمد حسن قاسم – القانون المدني – العقود المسماة – البيع والتأمين والايجار – دراسة مقارنة – منشورات الحلبي الحقوقية – بيروت – ٢٠٠٨ – ص ٤٠٢.
(٨٣) انظر احمد الرفاعي – مصدر سابق – ص ٢٤٩.
(٨٤) انظر بلعابد سامي – ضمان المحترف لعيوب منتجاته – رسالة ماجستير – الجزائر – ٢٠٠٥ – ص ١١١.
(85) انظر وضاح غسان عبد القادر محمد – مصدر سابق – ص ١٤٠.
(٨٦) انظر د. احمد عبد العال ابو قرين – عقد البيع في ضوء الفقه والتشريع واحكام القضاء – ط٣ – دار النهضة العربية – القاهرة - ٢٠٠٦ – ص ٤٢٠.

(87) انظر د. عبد الرزاق السنهوري – الوسيط – ج٤ – مصدر سابق – ص ٧٦٠.
(٨٨) انظر المادة (٤٥٥) من القانون المدني المصري.
(٨٩) انظر د. خميس خضر – العقود المدنية الكبيرة – البيع والتأمين والايجار – ط٢ – دار النهضة العربية – القاهرة – ١٩٨٤ – ص ٢٦٨.
(٩٠) انظر المادة (٤٥٢) من القانون المدني المصري.
(٩١) انظر د. رمضان محمد ابو السعود - شرح احكام القانون المدني – العقود المسماة – ط١ – منشورات الحلبي الحقوقية – بيروت – لبنان - ٢٠١٠- ص ٣٦٧.
(٩٢) Malinvaud : La responsabilité civile du fabricanten droit francais , G. p . 1973, p. 463-465.
مشار اليه من قبل د. سعيد جبر – مصدر سابق – ص ٣٢.
(٩٣) Ancel p. :La garantie des vices dans les conditions gēnēr les de vente en matiēre mobiliere. Rev. trim. Dr. com. 1979. P.208.
مشار اليه من قبل د. سعيد جبر – مصدر سابق – ص ٣٢.
(٩٤) اذ عدلت هذه المادة بالقانون رقم ٢٠٠٩ – ٣٢٣ في ٢٥/٣/ ٢٠٠٩ المادة ١٠٩ . واصبحت تنص على انه:
"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.
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".
(95) انظر د. سعيد جبر – مصدر سابق – ص ٣٤.
(96) انظر د. نبيل ابراهيم سعد – العقود المسماة – مصدر سابق – ص ٤٢٤.
(97) انظر د. هادي حسين الكعبي ود. سلام عبد الزهرة – مصدر سابق – ص ٧.
(٩٨) انظر د.غني حسون طه–الوجيز في العقود المسماة–ج١- عقد البيع– مطبعة المعارف– بغداد–١٩٧٠– ص ٣٠٩.
(٩٩) انظر د. جعفر الفضلي – مصدر سابق – ص ١٣٢.
(100) انظر د. محمد حسن قاسم – القانون المدني – العقود المسماة – مصدر السابق – ص ٤٠١.
(١٠١) انظر د. الياس ناصيف - موسوعة العقود المدنية والتجارية - العقود المسماة - العقود التي تقع على الملكية - ج٨ – عقد البيع – دراسة مقارنة – ٢٠١٠ – ص ٦١٧.
(١٠٢) انظر د. محمد حسين منصور – شرح العقود المسماة - ط١ - منشورات الحلبي الحقوقية - بيروت - لبنان - ٢٠١٠ – ص ١٦٧ - ١٦٩.
(103) انظر د. محمد حسن قاسم – القانون المدني – العقود المسماة – مصدر سابق – ص ٤٠١.
(١٠٤) انظر د. سعيد جبر – مصدر سابق – ص ٤٠.
(١٠٥) انظر د. برهام محمد عطا الله – عقد البيع – مؤسسة الثقافة الجامعية– الاسكندرية – بلا سنة نشر– ص ١٣٥.
(١٠٦) انظر د. محمد حسين منصور – العقود المسماة – مصدر سابق – ص ١٦٦.
(١٠٧) انظر د. محمد حسن قاسم – القانون المدني – مصدر سابق – ص ٤٠١.
(١٠٨) انظر د.محمد السعيد رشدي–شرح احكام عقد البيع في ضوء الفقه والقضاء– دون مكان نشر– ٢٠٠٧– ص ١٩٣.
(١٠٩) انظر د. الياس ناصيف – مصدر سابق – ص ٦١٧.
(١١٠) انظر د. عبد الرزاق السنهوري – الوسيط – ج٤ – مصدر سابق – ص ٧١٨.
(١١١) انظر د. رمضان ابو السعود – شرح احكام القانون المدني – العقود المسماة – مصدر سابق – ص ٣٦٧.
(١١٢) انظر د. خميس خضر - العقود المدنية الكبيرة - مصدر سابق - ص٢٦٧. انظر كذلك د. برهام محمد عطا الله – عقد البيع – مصدر سابق – ص ١٣٨.

(١١٣) انظر وضاح غسان عبد القادر محمد – مصدر سابق – ص ١٤٢.
(114) انظر د. سعيد جبر – مصدر سابق – ص ٤٣.
(١١٥) انظر د. احمد السعيد الزقرد – عقد البيع – المكتبة العصرية – مصر – ٢٠١٠– ص ٢٤٢.
(١١٦) انظر المواد (٤٤٤ ، ٤٥٠) من القانون المدني المصري ، المادة (١٦٤٤) من القانون المدني الفرنسي.
(١١٧) انظر د. محمد حسين منصور – العقود المسماة مصدر سابق – ص ١٧٦.
(١١٨) انظر د. محمد حسن قاسم – القانون المدني – العقود المسماة – مصدر سابق – ص ٤٠٤.
(119) انظر د. حسن علي الذنون – شرح القانون المدني العراقي – العقود المسماة – عقد البيع – مطبعة الرابطة – بغداد – دون سنة طبع – ص ٢٥٠.
(١٢٠) انظر د. برهام محمد عطا الله – مصدر سابق – ص ١٤٠.
(١٢١) انظر د. سعيد جبر – مصدر سابق – ص ٥٣.
(١٢٢) انظر د. محمد حسن قاسم – مصدر سابق – ص ٤٠٢.
(١٢٣) انظر د. رمضان محمد ابو السعود – العقود المسماة – مصدر سابق – ص ٣٦٧.
(١٢٤) انظر د. عبد الرزاق السنهوري – الوسيط – ج٤ – مصدر سابق – ص ٧٣٧.
(١٢٥) انظر د. محمد حسين منصور – العقود المسماة – مصدر سابق – ص ١٧٤-١٧٥.
(١٢٦) انظر د. اسعد دياب – ضمان عيوب المبيع الخفية – – دراسة مقارنة – دار اقرأ– بيروت– ١٩٨١– ص ٣٢٤.
(١٢٧) انظر المادة (١/٢٥٠) من القانون المدني العراقي ، المادة (١/٢٠٩) من القانون المدني المصري ، المادة (١٢٢٢) من القانون المدني الفرنسي.
(١٢٨) انظر المادة (٢/٢٥٠) من القانون المدني العراقي ، المادة (٢/٢٠٩) من القانون المدني المصري.
(١٢٩) انظر د. حسن علي الذنون – شرح القانون المدني العراقي – العقود المسماة – مصدر سابق – ص ٢٥١.
(١٣٠) انظر د. خميس خضر – العقود المدنية الكبيرة – مصدر سابق – ص ٢٦٧.
(١٣١) فقد قررت محكمة النقض الفرنسية في حكم لها بتاريخ ٢٠ يونيو عام ١٩٣٢ قبول دعوى ضمان اتفاقي كانت قد رفعت بعد مضي ثلاث سنوات من اعداد تقرير الخبير الذي اثبت وجود العيب. كما وقررت المحكمة العليا الفرنسية في حكم لها عام ١٩٣٢ مبدأ هام جاء فيه " ان المادة ١٦٤٨ من التقنين المدني لا تنطبق الا على دعوى ضمان العيب الخفي بمعناها الدقيق والخاصة بالضمان القانوني الواجب على البائع ولكنها لا تنطبق على الدعوى الناشئة عن الضمان المقرر بشرط في العقد". مشار اليه من قبل د. سعيد جبر – مصدر سابق – ص ٥٦.
(132) Planiol – Ripert et Hamel: op. cit. p. 159.
(133) Ancel p. :La garantie des vices dans les conditions gēnēr les de vente en matiēre mobiliere. Rev. trim. Dr. com. 1979. P.219.

(134) انظر د. توفيق حسن فرج – عقد البيع والمقايضة – المكتب المصري الحديث للطباعة والنشر – الاسكندرية – ١٩٨٥- ص ٥١٥.
(135) انظر د. سعيد جبر – مصدر سابق – ص ٥٩.
(١٣٦) انظر المصدر نفسه – ص ٥٩ هامش رقم ٢.
(١٣٧) Douai , 14 mars 1961 , D. 1961 – p 673.
(١٣٨) انظر المادة (١١٨٨) من القانون المدني الفرنسي حيث نصت على انه " عند تفسير العقد يجب البحث عن القصد المشترك للمتعاقدين وعدم الوقوف على المعنى الحرفي للالفاظ ... ".
(١٣٩) انظر من الفقه الفرنسي Berlioz . G . : le contrat d ádhésion , these , paris , 1973 , n. 296.
مشار اليه من قبل د. سعيد جبر – مصدر سابق – ص ٦١.
(١٤٠) انظر د. سعيد جبر – مصدر سابق – ص ٦١.

(١٤١) ومن ابرز مظاهر هذا الاتجاه قاعدة تشبيه البائع المهني بالبائع الذي يعلم بعيب المبيع بما يترتب على ذلك من اثار. انظر في ذلك د. حسن عبد الباسط جميعي – مسؤولية المنتج عن الاضرار التي تسببها منتجاته المعيبة – دار النهضة العربية – القاهرة - ٢٠٠٠ – – ص ٤٣.

(142) Aref A.N. :La garantie des vices dans la vente consentie par un professionnel , thése, paris 1976, p. 155. مشار اليه من قبل د. سعيد جبر – مصدر سابق – ص٦٢

(١٤٣) انظر د. سعيد جبر – مصدر سابق – ص ٦٣.

مصادر البحث

- **المصادر باللغة العربية**

اولا / الكتب القانونية

١- د. احمد السعيد الزقرد – عقد البيع – المكتبة العصرية – مصر – ٢٠١٠.

٢- د. احمد عبد العال ابو قرين – عقد البيع في ضوء الفقه والتشريع واحكام القضاء – ط٣ – دار النهضة العربية – القاهرة – ٢٠٠٦.

٣- د. احمد محمد الرفاعي – القانون المدني – العقود المدنية – البيع والايجار – جامعة بنها – pdf – موجود على الموقع www.pdffactory.com.

٤- د. اسعد دياب– القانون المدني– العقود المسماة– ج١– منشورات زين الحقوقية – ٢٠٠٧.

٥- د. اسعد دياب – ضمان عيوب البيع الخفية – دراسة مقارنة – دار اقرأ – بيروت – ١٩٨١.

٦- د. الياس ناصيف – موسوعة العقود المدنية والتجارية – العقود المسماة – العقود التي تقع على الملكية – ج٨ – عقد البيع – دراسة مقارنة – ٢٠١٠.

٧- د. امير احمد عزيز سيد النمر– الالتزام بالتبصير في التعاقد – دراسة مقارنة بين القانون المدني والشريعة الاسلامية – دار النهضة العربية – القاهرة – ٢٠١٧.

٨- د. برهام محمد عطا الله–عقد البيع–مؤسسة الثقافة الجامعية – الاسكندرية – دون سنة نشر.

٩- د. توفيق حسن فرج – عقد البيع والمقايضة – المكتب المصري الحديث للطباعة والنشر – الاسكندرية – ١٩٨٥.

١٠- د. جعفر الفضلي–الوجيز في العقود المدنية–العاتك لصناعة الكتاب–القاهرة– بلا تاريخ نشر.

١١- – د.حسام الدين الاهواني– النظرية العامة للالتزام– ج١– مصادر الالتزام– ط٢– ١٩٩٥.

١٢- د. حسن علي الذنون – شرح القانون المدني العراقي – العقود المسماة – عقد البيع – مطبعة الرابطة – بغداد – دون سنة طبع.

١٣- د. حسن علي الذنون – المبسوط في المسؤولية المدنية – ج٢ – الخطأ – ٢٠٠١.

١٤- د. حسن عبد الباسط جميعي – مسؤولية المنتج عن الاضرار التي تسببها منتجاته المعيبة – دار النهضة العربية – القاهرة – ٢٠٠٠.

١٥- د. خالد عبد الله عيد – الضمان في عقد البيع – دراسة مقارنة – دار الفيحاء – ١٩٨٦.

١٦- د. خميس خضر – العقود المدنية الكبيرة – البيع والتأمين والايجار – ط٢ – دار النهضة العربية – القاهرة – ١٩٨٤.

١٧- د. رمضان ابو السعود – شرح احكام القانون المدني – العقود المسماة – ط١ – منشورات الحلبي الحقوقية – بيروت – لبنان – ٢٠١٠.

١٨- د. رمضان ابو السعود – النظرية العامة للالتزام – مصادر الالتزام – دار المطبوعات الجامعية – الاسكندرية – ٢٠٠٢.

١٩- د. رمضان ابو السعود - الموجز في شرح العقود المسماة - عقود البيع والمقايضة والتأمين - دراسة مقارنة في القانون المصري واللبناني - الدار الجامعية - القاهرة - ١٩٩٤.
٢٠- د. سعدون العامري - الوجيز في شرح العقود المسماة - في البيع والايجار - ج١ - ط٣ - مطبعة العاني - بغداد - ١٩٧٤.
٢١- د. سعيد جبر - الضمان الاتفاقي للعيوب الخفية في عقد البيع - دار النهضة العربية - القاهرة - ١٩٨٥.
٢٢- د.سليمان مرقس-الوافي في شرح القانون المدني-ج٢-المجلد الاول- نظرية العقد- القاهرة- ١٩٨٧.
٢٣- د. سليمان مرقس - المسؤولية المدنية في تقنينات البلاد العربية - موسوعة الفقه والقضاء - القاهرة - ١٩٨٢.
٢٤- د. سمير تناغو - عقد الايجار - منشأة المعارف - الاسكندرية -١٩٧٠.
٢٥- د. عبد الرزاق احمد السنهوري - الوسيط في عقد البيع المقايضة - ج٤ - دار احياء التراث العربي - بيروت - ١٩٦٠.
٢٦- د. عبد الرزاق السنهوري - الوسيط في شرح القانون المدني - ج١ - نظرية الالتزام بوجه عام - مصادر الالتزام - منشأة المعارف - - الاسكندرية - ٢٠٠٤.
٢٧- د. عبد المنعم فرج الصدة - مصادر الالتزام - دراسة في القانون اللبناني والقانون المصري - دار النهضة العربية - بيروت - ١٩٧٩.
٢٨- د. عدنان ابراهيم السرحان ونوري حمد خاطر - شرح القانون المدني - مصادر الحقوق الشخصية - الالتزامات - دراسة مقارنة - ط١ - الدار العلمية للنشر والتوزيع ودار الثقافة للنشر والتوزيع - عمان - ٢٠٠٢.
٢٩-د.علي هادي العبيدي-العقود المسماة-البيع والايجار-دار الثقافة للنشر والتوزيع- ٢٠١١.
٣٠- د.غني حسون طه- الوجيز في العقود المسماة -ج١- عقد البيع-مطبعة المعارف-بغداد- ١٩٧٠.
٣١- د. غني حسون طه - الوجيز في النظرية العامة للالتزام - الكتاب الاول - مصادر الالتزام - بغداد - ١٩٧١.
٣٢- د. محمد ابراهيم دسوقي - تقدير التعويض بين الخطأ والضرر - مؤسسة الثقافة الجامعية - الاسكندرية - ١٩٨٠.
٣٣- د.محمد السعيد رشدي-شرح احكام عقد البيع في ضوء الفقه والقضاء-دون مكان نشر- ٢٠٠٧.
٣٤- د. محمد السعيد رشدي - سوء السلوك الفاحش والمقصود - ط١ - مطبوعات جامعة الكويت - الكويت - ١٩٩٥.
٣٥- د. محمد حسن قاسم - القانون المدني - العقود المسماة - البيع والتأمين والايجار - دراسة مقارنة - منشورات الحلبي الحقوقية - بيروت - ٢٠٠٨.
٣٦- د. محمد حسن قاسم - القانون المدني - الالتزامات - المجلد الثاني - اثار العقد - ط١ - منشورات الحلبي الحقوقية - ٢٠١٨.
٣٧- د. محمد حسين منصور - شرح العقود المسماة - منشورات الحلبي الحقوقية - بيروت - ٢٠١٠.
٣٨- د.محمد يوسف الزغبي-العقود المسماة-شرح عقد البيع في القانون الاردني-ط١- الاردن- ١٩٩٣.
٣٩- د. محمود جمال الدين زكي- مشكلات المسؤولية المدنية-ج٢- مطبعة جامعة القاهرة - القاهرة - ١٩٩٠.

٤٠- د. مصطفى العوجي - القانون المدني - ج٢- المسؤولية المدنية - منشورات الحلبي الحقوقية - بيروت - لبنان - ط٣ - ٢٠٠٧.
٤١- د. نبيل ابراهيم سعد - العقود المسماة - عقد البيع - دار الجامعة الجديدة - ٢٠١٠.

ثانيا / الرسائل والاطاريح الجامعية

١- احمد سليم فريز نصرة - الشرط المعدل للمسؤولية العقدية في القانون المدني المصري - رسالة ماجستير - جامعة النجاح الوطنية - كلية الدراسات العليا - ٢٠٠٦.
٢- بلعابد سامي - ضمان المحترف لعيوب منتجاته - رسالة ماجستير - الجزائر - ٢٠٠٥.
٣- د. جلال الدين محمد حسن صبرة - الالتزام بضمان التعرض الصادر من الغير في العقود في القانون المدني المصري والفرنسي - اطروحة دكتوراه - كلية الحقوق - جامعة اسيوط - بلا تاريخ.
٤- عبد الجبار ناجي الملا صالح - مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود - رسالة ماجستير مقدمة الى جامعة بغداد - - ١٩٧٣.
٥- وضاح غسان عبد القادر محمد - التزام البائع بضمان العيوب الخفية في القانونين العراقي والمصري - دراسة مقارنة - رسالة ماجستير - جامعة الدول العربية - ٢٠١٠.

ثالثا / البحوث المنشورة

١- د. هادي حسين عبد علي الكعبي ود. سلام عبد الزهرة عبدالله - ضمان صلاحية المبيع للعمل مدة معلومة - دراسة في التقنينات العربية - جامعة بابل - كلية القانون - ٢٠٠٧.

رابعا / المجموعات والنشرات القضائية

١- ". طعن محكمة النقض المصرية رقم ٩٤٩ . س ٧١ق جلسة في ٢٨/ ١٠/ ٢٠٠٣. منشور على الموقع :
www. Eastlaws.com
٢- طعن محكمة النقض المصرية رقم ٩٤٩ - س ٧١ق جلسة ٢٨/ ١٠/ ٢٠٠٣ - مجلة القضاء س ٣٦ - عدد يناير - ديسمبر ٢٠٠٤ .
٣- قرار محكمة تمييز العراق رقم ٢٥٠٣ / حقوقية / ٥٩ البصرة بتاريخ ٢٣/ ٢ / ١٩٦٠ القضاء المدني العراقي - ج٢ .
٤- قضاء النقض المدني في عقد البيع - اعداد المستشار سعيد احمد شعلة - منشأة المعارف - الاسكندرية - بلا سنة طبع.
٥- مجلة القضاء - اصدار نقابة المحامين - العدد الثاني - السنة الثانية عشر - ١٩٧٥.

خامسا / القوانين

١- القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١.
٢- القانون المدني المصري رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨.
٣- القانون المدني الفرنسي عام١٨٠٤ والتعديلات الواردة عليه بموجب المرسوم رقم 2016-131 الصادر في ٢٠١٦/٢/١٠.

- **المصادر باللغة الفرنسية**

1- Planiol et Ripert : Traité ēlēmentaire de droit civil , t,22 .
2- Ancel p. :La garantie des vices dans les conditions gēnēr les de vente en matiēre mobiliere. Rev. trim. Dr. com. 1979.

- **المصادر الفرنسية باللغة العربية**

- القانون المدني الفرنسي بالعربية - طبعة دالوز ٢٠٠٩ الثامنة بعد المئة بالعربية.