

جامعة 20 أوت 1955 - سكيكدة

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم الحقوق / قسم العلوم السياسية



التزام البائع بضمان العيوب الخفية
في القانون المدني الجزائري

مذكرة مكملة لنيل شهادة الماستر تخصص : قانون أعمال

تحت إشراف:

- د/ لنكار محمود

من تقديم الطلبة:

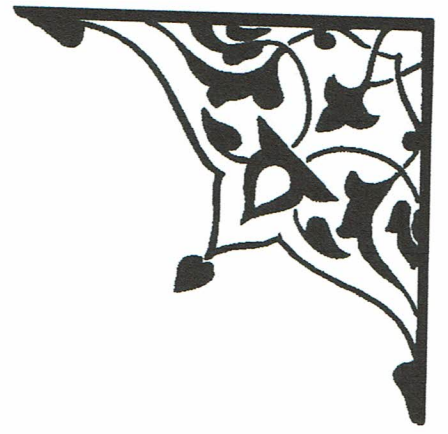
- كبابو ممدوح.

- طالب الياس.

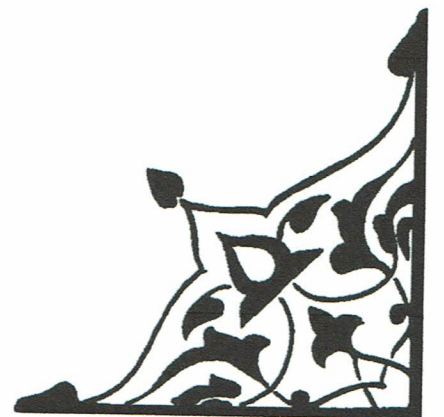
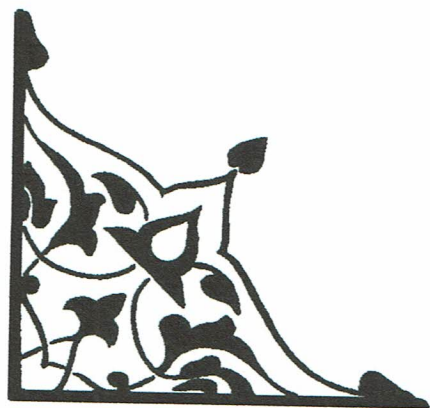
لجنة المناقشة:

الصفة	الرتبة العلمية	الاسم و اللقب
رئيسا	أستاذ محاضر	د/ بوصيدة فيصل
مشرفا و مقررا	أستاذ تعليم عالي	د/ لنكار محمود
مناقشا	أستاذ مساعد	أ/ بركات رامي قيسون

دورة جوان 2022



بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ



إِهْدَاء

إلى من رفع الله منزلتهم ونعمهم بجنات الخلد وجعل روحهم الزكية تسكن الفردوس الأعلى

"والدي" و "أجدادي" رحمهم الله وغفر لهم و أحسن ما بهم.

إلى من أنارت دربي وكانت سببا في وجودي في الحياة، إلى منبع الدفء و الحنان

"أمي الغالية".

إلى من كانت سندي ورفيقة دربي وتحملت معي عناء الحياة "زوجتي الغالية".

إلى من أبعدتني وشغلتني عنهم دراستي، ضوء حياتي وقرّة عيني أولادي "مسلم"، "لينا"،

"عبد المؤمن"، و "الكتكوتة تسنيم".

إلى إخوتي و زملائي في العمل و إلى كل الأحبة و الأهل من قريب و من بعيد.

إليهم جميعا أهدي ثمرة جهدي.

كبابو ممدوح

إِهْدَاء

الحمد لله الذي وفقنا لهذا ولم نكن لنصل إليه لو لا فضل الله علينا

أهدي ثمرة جهدي:

إلى من أمسك بيدي في دروب النجاح إلى من كان و لا يزال سندي بعد الله إلى

«أبي الغالي»

إلى من بسمتها غايتي وما تحت أقدامها جنتي إلى

«أمي الغالية»

إلى زوجتي التي كانت سند لي في مشواري،

وفلذة كبدي أولادي "أية" و "أيوب" حفظهم الله.

و إلى إخوتي وجميع الأهل والأحباب.

طالب الياس

شكركم

أولاً نحمد الله عز وجل ونشكره على هذه النعمة التي أنعمها علينا ، "نعمة العقل و العلم"

فهو العلي القدير. كما لا يسعنا أن نخص بأسمى عبارات الشكر و التقدير لأستاذنا المشرف

الدكتور "محمود لنگار" لما قدمه لنا من نصائح وتوجيهات وإرشادات. و على الثقة التي

وضعها في شخصنا، والذي كان حافظاً لإتمام هذا العمل المتواضع طيلة فترة البحث، وأوجه

بالتحية والتقدير لكل من لقننا من العلم حرفاً طيلة المسار الدراسي ونخص بالذكر الأساتذة

الدين ناقشوا هذا البحث و أساتذة قانون الأعمال والطايم الإداري للكلية .

كما نتقدم بالشكر لكل من ساهم في إنجاز هذا البحث المتواضع من قريب أو من بعيد.

المختصرات

القانون المدني الجزائري	ق م ج
قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجزائري	ق إ م إ ج
القانون المدني المصري	ق م م
القانون المدني الفرنسي	ق م ف
قانون الموجبات و العقود اللبناني	ق م و ع ل
الجريدة الرسمية	ج ر
دون طبعة	د ط
مجلة قضائية	مج ق
دون تاريخ النشر	د ت ن
دون بلد النشر	د ب ن
العدد	ع
المجلد	مج
الجزء	ج
الطبعة	ط
السنة	س
الصفحة	ص
Article	Art
Code civil français	CCF



مقدمة



مقدمة

يعتبر عقد البيع من العقود المسماة، وهي تلك العقود التي نُظمت أحكامها في التقنين المدني الجزائري¹، على غرار عقد المقايضة، عقد الشركة، القرض الإستهلاكي، الإيجار، والمقاوله... إلخ، لها أهمية كبيرة من ناحية المعاملات خاصة المالية منها. و يعتبر عقد البيع هو العقد الأكثر شيوعا و إستعمالا من بينها، يرجع ظهوره إلى العصور الأولى بعد أن أصبح الإنسان يعيش في جماعات، أين أخذ شكل المقايضة، يقوم فيه الفرد بإستبدال سلعة تفيض عن حاجته بأخرى يكون في أمس الحاجة إليها، وبمرور الزمن أصبح هناك تفاوت ملحوظ بين قيم هذه السلع، و ازدادت حاجة الفرد إلى سلع أخرى تلبى حاجياته مقارنة مما سبق، فإبتكر حينها النقود، وظهرت بذلك معاملة جديدة أُصطلح عليها إسم "البيع"، يتم بمقتضاها الحصول على سلعة معينة مقابل مبلغ من المال.

و نظرا لأهمية عقد البيع في المعاملات الاقتصادية و المالية، سارعت جل التشريعات على غرار المشرع الجزائري إلى تنظيم أحكامه و الآثار المترتبة عنه، وبتجلى ذلك في المواد من 351 إلى 412 من التقنين المدني الجزائري، فإعتبره من العقود الرضائية الناقلة للملكية يتم بعوض، و ملزم للجانبين يلتزم فيه المشتري بدفع الثمن، وبالمقابل يلتزم البائع بنقل ملكية الشيء المبيع للمشتري عن طريق التسليم.

وَفَرَّ المشرع الجزائري للمشتري عدة ضمانات في مواجهة البائع، كالدعوى المباشرة، وغير المباشرة، حق حبس الثمن، و حق المطالبة بالتنفيذ. و إضافة إلى هذه الضمانات، يمكن للمشتري الرجوع على البائع بضمانين مهمين هما: ضمان التعرض والإستحقاق، و ضمان العيوب الخفية، أما الأول، يضمن به المشتري ملكية قانونية لمحل البيع، عن طريق حيازة أصلية و هادئة للمبيع، يواجه بها كل من يتعرض له، سواء كان التعرض من البائع نفسه، أو من الغير، أما الضمان الثاني، و هو موضوع بحثنا، يضمن به المشتري حيازة عملية لمحل

¹ الأمر رقم 75-58 مؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني الجزائري المعدل والمتمم، ج ر، ع 31، الصادرة في 13 ماي 2007.

العقد، بالحصول على مبيع يشبع رغباته، و ينتفع به، و صالح للغرض الذي أُعدَّ له، وهذا لا يمكن تحقيقه إلا في وجود مبيع خال من العيوب.

ظهر هذا الضمان منذ القدم، و إستمر الإهتمام به إلى الوقت الحاضر، فأصبح مُحاطًا بسياج من الأحكام المتعددة، و سببه في ذلك ظهور منتجات أكثر تطوراً وتعقيداً، بالإضافة إلى ظهور طرق جديدة لإبرام عقود البيع، كعقود البيع الإلكترونية، التي قد تُصعّب من كشف العيوب لبعدها المسافة بين أطراف العقد.

تناول المشرع الجزائري ضمان العيوب الخفية ضمن إلتزامات البائع، المنصوص عنها في الأحكام العامة بالقسم الأول، من الفصل الأول بعنوان عقد البيع، ضمن الباب السابع تحت عنوان العقود المتعلقة بالملكية، من التقنين المدني، وذلك في المواد من 379 إلى 386، كما لم تخلو الساحة القضائية من عدة قرارات و أحكام تتعلق بهذا الموضوع.

عند إطلاعنا على مختلف الدراسات التي تخص هذا الموضوع، و بإستقراءنا لنص المادة 379 ق م ج، لاحظنا أن المشرع الجزائري قد وسع من مفهوم العيب الخفي الموجب للضمان، بحيث جعله يشمل حتى تخلف صفات تم الإتفاق على توفرها في المبيع، و نظراً لكونه وضعهما تحت مظلة واحدة، أين وحد بينهما من حيث الأحكام و الآثار، لذلك سنكتفي بذكر العيب عند دراستنا لهذا البحث مع الإشارة لتخلف الصفة من حين لآخر.

إن لهذا الموضوع أهمية بالغة في معالجة أهم مشكلة يواجهها الفرد في معاملاته اليومية في إطار إبرامه لعقود البيع، كما له أهمية في إبراز مختلف الأحكام القانونية، و الآليات التي وضعها المشرع الجزائري في يد المشتري، لأجل ضمان حقه في حالة ثبوت عيب خفي في المبيع، هذا من الناحية العملية، أما من الناحية العلمية، فإن هذا الموضوع له أهمية تكمن في إزالة الإبهام، الذي قد يحول دون القدرة على تمييزه عن بعض النظم الأخرى، مما قد يسهل إعطاء مفهوم دقيق للعيب الخفي الموجب للضمان في عقد البيع.

إن سبب إختيارنا لموضوع إلتزام البائع بضمان العيوب الخفية في القانون المدني الجزائري، يتناسب و مجال تخصصنا وهو تخصص قانون الأعمال، كما أن ميولنا الذاتي

للدراستات المتعلقة بالقانون المدني، ساعدنا على فهم هذا الموضوع و البحث فيه، هذا من جهة. ومن جهة أخرى كانت لنا رغبة في معرفة القواعد القانونية، التي تضمن تحقيق هذا الضمان في القانون المدني الجزائري، مع إجراء إطلالة على مختلف التشريعات الأخرى، التي تناولت هذا الموضوع بما فيها الشريعة الإسلامية الغراء، و يعد دافعا كذلك لنا لإختيارنا لهذا الموضوع، إحتواء المكتبة الجامعية على مختلف المراجع و البحوث العلمية، التي تخص هذا البحث، إلا أن ما يُعاب عليها أنها تعد في مجملها مراجع عامة و غير متخصصة، كما أن نقص الاجتهادات القضائية في هذا المجال خاصة الحديثة منها، خلق لنا صعوبات من الناحية العلمية عند تناولنا لهذا البحث.

إن هذه الدراسة تهدف في المقام الأول إلى تحديد مفهوم العيب الخفي بصفة عامة، وتوضيح نطاق الالتزام به، كما تهدف إلى تبيان الآثار المترتبة على قيامه في الشيء المبيع، و ما مدى تحقيق القواعد المنظمة له في حماية الأطراف، عن طريق إعادة ضبط التوازن العقدي في عقد البيع، و كذلك معرفة طريقة معالجة المشرع الجزائري لهذه المسألة للحفاظ على مصلحة كل متعاقد، من أجل تحقيق الثقة و الاستقرار في المعاملة، و زرع الطمأنينة في النفوس، وفي المقام الثاني، إثراء المكتبة العلمية بهذا العمل المتواضع، من أجل إمكانية الإعتماد عليه في دراسات تتعلق بهذا الموضوع.

لقد واكبت مختلف التشريعات التطورات التكنولوجية الحاصلة في مختلف المبيعات، التي أصبحت تتضمن عيوباً لا يمكن كشفها بسهولة، و تستعمل فيها طرقاً حديثة لإخفاء عيوبها، و تحول دون قدرة المشتري على التنبه إليها، أين قامت بإجراء تعديلات على نصوصها القانونية، من أجل جعل هذا الضمان يتماشى وهذا التطور في المبيعات، هذا ما جعلنا نقدم بعض الاقتراحات و الحلول، من أجل تحيين نصوص القانون المدني الجزائري في مجال ضمان العيوب الخفية في عقد البيع.

على الرغم من محاولة المشرع الجزائري تمكين المشتري من الحماية القانونية التي تضمن له الانتفاع بمبيع خال من العيوب، يلبي الغرض الذي أعد من أجله، إلا أن الواقع العملي يبرز عدة نقائص حالت دون تجسيد الالتزام الفعلي للبائع بضمان العيوب الخفية في المبيع. و من هذا المنطلق سنحاول من خلال هذه الدراسة معالجة الإشكالية التالية:

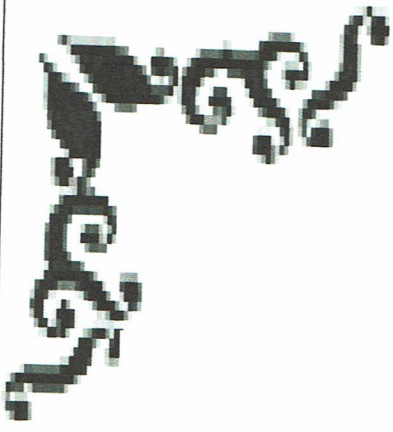
ما هي الالتزامات التي قد تقع على البائع لتحقيق ضمان العيوب الخفية؟ وما هي الآثار المترتبة عن هذا الضمان لتعويض الضرر الذي لحق بالمشتري عند الإخلال به؟، و تتفرع عنها إشكاليات فرعية نطرحها فيما يلي:

- ما المقصود بالعيب الخفي الموجب للضمان في عقد البيع؟
- ما هو الفرق بينه وبين النظم القانونية الأخرى المشابهة له؟
- ما هي الأحكام المتعلقة بهذا الضمان و ما هي الآثار المترتبة عنه؟

للإجابة على هذه الإشكالية تم الاعتماد في هذه الدراسة على مناهج علمية، استعملنا فيها المنهج الوصفي، لوصف بعض المفاهيم، و الأحكام التشريعية المتعلقة بهذا الموضوع بشكل تفصيلي؛ لأن هذا المنهج يعتمد على إعطاء معلومات واضحة عن الظاهرة المدروسة، كما تم الاستعانة أيضا بالمنهج التحليلي، الذي ساعدنا على تحليل الأفكار و النظريات، والاتجاهات، التي جاءت بها الآراء الفقهية و الاجتهادات القضائية، التي استند عليها موضوع بحثنا، و ساعدنا المنهج الاستقرائي من أجل إستقراء بعض النصوص القانونية التي جاء بها المشرع في مجال ضمان العيوب الخفية في عقد البيع، و إثراء لهذا الموضوع اعتمدنا في بعض الأحيان على المنهج المقارن، لمقارنة ما جاء به المشرع الجزائري من نصوص قانونية بتشريعات أخرى أجنبية، حيث ركزنا على التشريع المصري والفرنسي، باعتبارهما منبع أستسقى منهما المشرع الجزائري هذه النصوص، كما اعتمدنا على ما جاءت به الشريعة الإسلامية في هذا المجال، باعتبارها مصدرا، يلجأ إليها القاضي في أحكامه عند غياب نص تشريعي، بحسب المادة الأولى من التقنين المدني، و بالاعتماد على المناهج العلمية السالفة الذكر، ارتأينا إلى تقسيم موضوع بحثنا إلى فصلين:

-الفصل الأول: ماهية العيب الخفي الموجب للضمان في عقد البيع، أين تطرقنا فيه إلى مفهومه و تمييزه عن بعض النظم القانونية الأخرى في مبحثه الأول، ثم شروط العيب الخفي الموجب للضمان وميدانه في مبحثه الثاني.

-أما الفصل الثاني: أثار ثبوت العيب الخفي الموجب للضمان في البيوع، حيث تطرقنا في مبحثه الأول إلى دعوى ضمان العيب الخفي في البيوع، ثم إلى الآثار المترتبة على قيام هذه الدعوى في المبحث الثاني.



الفصل الأول:

ماهية العيب الخفي
الموجب للضمان في عقد البيع



تمهيد

لمعرفة ماهية العيب الخفي الموجب للضمان في عقد البيع، لا بد أن نجري حوصلة عامة لمختلف التعاريف و المفاهيم التي تناولته، كما سنقوم بإجراء مقارنة بينه وبين مختلف النظم القانونية الأخرى لإعطاء صورة واضحة له (المبحث الأول)، كما سنتعرف على الشروط الواجبة لقيامه، حتى يمكن إعتباره عيبا موجبا للضمان، و في الأخير سوف نتناول مجال تطبيقه في عقود البيع، وحالات إستبعاده (المبحث الثاني).

المبحث الأول

مفهوم العيب الخفي الموجب للضمان وتمييزه عن بعض النظم القانونية الأخرى

سنتناول في هذا المبحث المفهوم العام للعيب الخفي (المطلب الأول)، وتمييزه عن بعض النظم القانونية الأخرى المشابهة له (المطلب الثاني).

المطلب الأول

مفهوم العيب الخفي الموجب للضمان

في هذا المطلب سنحاول إعطاء مفهوم عام للعيب الخفي الموجب للضمان، من خلال معرفة مفهومه في الشريعة الإسلامية (الفرع الأول)، في الفقه والقضاء (الفرع الثاني)، و في التشريع (الفرع الثالث).

الفرع الأول

مفهوم العيب الخفي في الشريعة الإسلامية

قبل التطرق لمعرفة مفهوم العيب الخفي في الشريعة الإسلامية، لابد من معرفة مفهومه اللغوي أولاً:

- العيب لغة: ألعاب والعيب والعيبة : الوصمة، وقال سيبويه: والجمع: أعياب وعيوب. والمعاييب : العيوب. وشيء معيب ومعيوب، على الأصل، وعاب الشيء والحائط عيباً: صار ذا عيب¹.

و قد وردت كلمة عيب في القرآن الكريم، و ذلك في سورة الكهف، الآية 79 في قوله تعالى: «أما السفينة فكانت لمساكين يعملون في البحر فأردت أن أعيبها و كان وراءهم ملك يأخذ كل سفينة غصبا».

¹ أبو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم بن منظور، لسان العرب، مج 1، دار صادر للطباعة والنشر، بيروت، س 1968، ص 633-634.

قال أبو الهيثم في صدد هذه الآية: " أردت أن أعيبها " ؛ أي أجعلها ذات عيب، يعني السفينة¹.

أما في الحديث النبوي الشريف، فورد عن عقبة بن عامر - رضي الله عنه - قال: قال الرسول صلى الله عليه وسلم: " المسلم أخو المسلم لا يحل لمسلم أن يغيب ما بسلغته عن أخيه إن علم بها تركها ". رواه أحمد². و عن عائشة - رضي الله عنها- أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: " من غشنا، فليس منا ". رواه البزار ، ورجاله ثقات³.

جاء في فتح الغدير للكمال بن همام، أن كل ما أوجب نقصان الثمن في عادة التجار فهو عيب، ويعرفه عبد الستار أبو غدة بأنه: " هو ما نقص عن الخِلة الطبيعية، أو عن الخلق الشرعي نقصانا له تأثير في ثمن المبيع ". وجاء في حاشية بن عابدين بأن العيب هو: " ما يخلو عنه أصل الفطرة السليمة من الآفات العارضة لها"⁴.

أما عند الشافعية، فهو ما ينقص العين، أو القيمة نقصا يفوت به غرض صحيح إذا غلب في جنس البيع عدمه، ولدى المذهب المالكي، فالعيب هو ما جرت العادة السلامة منه مما ينقص الثمن أو البيع أو تخاف عاقبته⁵.

كما جاء في البدائع للكاساني، أن كل ما يوجب نقصان الثمن في عادة التجار، نقصانا فاحشا أو يسيرا فهو عيب، وهذا ما يسمى بخيار العيب. و عرفه العلامة الفقيه عبد الرحمان

¹ أبو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم بن منظور ، المرجع السابق، ص634.

² نور الدين علي بن أبي بكر الهيثمي، مجمع الزوائد و منبع الفوائد، حققه وخرج أحاديثه حسين سليم أسد الدراني، كتاب البيوع- والإيمان والنذور- والأحكام، مج 9 ، ط 1، دار المناهج للنشر والتوزيع، جدة، المملكة العربية السعودية، س 2010، ص100.

³ نور الدين علي بن أبي بكر الهيثمي ، المرجع السابق، ص 95.

⁴ سي يوسف زاهية حورية، الوجيز في عقد البيع- دراسة مقارنة ومدعمة باجتهادات قضائية وفقهية، الأمل للطباعة والتوزيع، تيزي وزو، الجزائر، س 2008، ص 224.

⁵ دليلة معزوز، الضمان في عقود البيع الكلاسيكية والإلكترونية-ضمان التعرض و الاستحقاق والعيوب الخفية-دراسة مقارنة،المركز الأكاديمي للنشر، س 2020، ص 203.

الجزيري بقوله: " هو الذي تنقص به قيمة المبيع أو يفوت به على المشتري عرض صحيح...¹".

الفرع الثاني

مفهوم العيب الخفي في الفقه والقضاء

عرفه الدكتور صاحب عبيد الفتلاوي بأنه: " كل ما يعرض للمبيع فيجعله غير ملائم، أو مؤثر على إمكانية تصرّفه، أو يعوق استعماله العادي، ويجب أن يعتد بكل ذلك قانوناً". وعرفه الفقيه (مازو) MAZEAUUD بأنه: " تلك النقائص الموجودة في المبيع والتي لا تظهر عند الفحص والكشف عليها، و التي تمنع المشتري من استعماله وفقاً للغاية المعدة له"².

كما عرفته محكمة النقض المصرية بأنه: "الآفة الطارئة التي تخلو منها الفطرة السليمة للمبيع، أو هو النقيصة التي يقتضي العرف سلامة البيع منها غالباً"³.
أما محكمة ليون الفرنسية، عرفته في حكمها الصادر بتاريخ 18 فيفري 1952 على أنه: « لا يمكن اعتبار عيب في الشيء المبيع إلا العيوب التي تصيب الشيء بشكل عارض ولا توجد حتماً في كل الأشياء المماثلة»⁴.

نلاحظ أن تعريف القضاء الفرنسي للعيب يقترب من تعريف الفقه الإسلامي، شأنه في ذلك شأن القضاء المصري، وبالرغم من أن هذا الأخير استسقى تعريفه من حاشية بن

¹ جريدة خواص، الضمان القانوني للعيب الخفي وتخلف الصفة في عقد البيع، بحث للحصول على درجة الماجستير في العقود والمسؤولية، معهد الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر، س 1986، ص 32-33.

² دليلة معزوز، المرجع السابق، ص 204.

³ محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني-عقد البيع والمقايضة-دراسة مقارنة في القوانين العربية، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، عين مليلة، الجزائر، س 2008، ص 369.

⁴ جاء في محكمة ليون الفرنسية 1952/02/18، مجلة القصر، الجدول الخامس، 1951-1955، تحت كلمة 'بيع' قاعدة رقم 322 :

« On ne peut pas considérer comme vice d'une chose vendue que les défauts qui l'affectent accidentellement et ne se rencontrent pas nécessairement dans toutes les choses de même nature. »، ص 207، أنظر: كذلك هامش 1، ص 207، دليلة معزوز، المرجع السابق، ص 207، أنظر: كذلك هامش 1، ص 207،

عابدين، عند استعماله لكلمة " الآفة الطارئة "، إلا أن تعريفه يبقى أقل دقة منه؛ لأن العيب الخفي لا يكون آفة طارئة دائما، وإنما قد يكون آفة في الخلقة الأصلية للشيء¹.

الفرع الثالث

تعريف العيب الخفي في التشريع

لم يرد تعريف للعيب الخفي الموجب للضمان في عقد البيع في القانون الجزائري، مثله مثل التشريع المصري والفرنسي، فمنهم من اكتفى بذكر شروطه فقط، ومنهم من قام بذكر حالاته وما يترتب عنه من آثار، حيث نصت م 379 ق م ج : « يكون البائع ملزما بالضمان إذا لم يشتمل المبيع على الصفات التي تعهد بوجودها وقت التسليم إلى المشتري أو إذا كان بالمبيع عيب ينقص من قيمته، أو من الانتفاع به بحسب الغاية المقصودة منه حسبما هو مذكور بعقد البيع، أو حسبما يظهر من طبيعته واستعماله، فيكون البائع ضامنا لهذه العيوب ولو لم يكن عالما بوجودها...».

ونصت م 1641 من القانون المدني الفرنسي: " البائع ملزم بالضمان بسبب العيوب الخفية للمبيع التي من شأنها أن تجعله غير صالح للاستعمال فيما أعد له أو التي تنقص كثيرا من هذا الاستعمال، بحيث أن المشتري ما كان ليشتريه أو ما كان ليدفع فيه إلا ثمنا أقل لو علم بها"².

باستقراءنا للمادة 379 ق م ج، نجد أن المشرع الجزائري قد وضع حالتين تلزمان البائع بضمان العيب الخفي في المبيع وهما:

¹ سامي بلعابد، ضمان المحترف لعيوب منتجاته في القانون المدني والقواعد العامة لحماية المستهلك في الجزائر، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في قانون الأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة منتوري، قسنطينة، الجزائر، س 2005، ص 6-7، من الفصل الأول.

² المادة 1641 من القانون المدني الفرنسي.

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

الحالة الأولى: متى كان هناك عيب ينقص من قيمة الشيء أو الانتفاع به بحسب الغاية التي أعد لها، سواء بحسب ما تم الاتفاق عليه في عقد البيع، أو حسبما يظهر من طبيعته أو استعماله.

الحالة الثانية: تخلف صفة مشروطة كفل البائع وجودها في المبيع وقت التسليم.

و الملاحظ أن المشرع الجزائري، قد حذا حذو المشرع المصري، الذي تدارك الأمر في قانونه الجديد، فيما يخص الأخذ بالصفة المشروطة وإلحاقها بقواعد الضمان، ويتضح ذلك في نص م 447 من القانون المدني المصري، حيث يكفي تخلف الصفة أو الصفات المذكورة في العقد، حتى يتحقق ضمان البائع، وهذا بغض النظر عن أهميتها في ذاتها، أو مهما كانت درجة تأثيرها على قيمة المبيع، أو استعماله في الغرض الذي أعد من أجله، سواء ضمن البائع وجودها أو اشترط المشتري ذلك¹.

وقد صدر في هذا الأمر قرار عن المحكمة العليا، حيث جاء فيه: « من المقرر قانوناً أن البائع ملزم بالضمان إذا لم يشتمل المبيع على المواصفات التي تعهد بوجودها وقت التسليم إلى المشتري... ولما كان من الثابت - في قضية الحال - أن المنتج الذي تم شراؤه، لا يشتمل على الصفة المطلوبة بالنسبة للمواصفات المنصوص عليها في العقد، ومن ثم فإن القرار الذي اعتمد على الشرط التعاقدية مستبعد مبدأ الضمان لرفضه طلب الطاعن - التعويض - يكون قد أخطأ في تطبيق القانون»².

نستخلص من هذا القرار أن المحكمة العليا قد نقضت، و أبطلت القرار المطعون فيه والذي اعتمد على الشروط التعاقدية لإستبعاد التزام البائع بالضمان، و أرجعت السبب في ذلك إلى ضرورة الأخذ بالمواصفات التي تعهد بوجودها وقت التسليم.

¹ توفيق حسن فرج، عقد البيع والمقايضة، مؤسسة الثقافة الجامعية، د ب ن، د س ن، ص 412.

² أنظر: قرار، ملف رقم 75204، الصادر بتاريخ 27-01-1991، عن المحكمة العليا، الغرفة المدنية، مج ق، ع 3، س

أما المشرع الفرنسي فقد خالف ذلك، حيث لم يعتبر الصفة المشروطة في العقد عيباً خفياً، و لم يتكلم عنها في المواد من 1641 إلى 1649 ق م ف¹.

نلاحظ أن التعاريف السابقة التي جاءت في الشريعة الإسلامية، الفقه، القضاء و التشريع، قد أجمعت على أن مفهوم العيب الخفي الموجب للضمان بوجه عام، هو كل آفة أو شائبة مست أصل الفطرة السليمة للمبيع؛ أي الخلقة الطبيعية للشيء، مما أدى إلى الانتقاص من قيمته أو استعماله فيما أعد له، كما هو كل تخلف لصفة في المبيع تم اشتراطها في العقد.

بعد أن تطرقنا إلى معرفة المفهوم العام للعيب الخفي الموجب للضمان ارتأينا إلى إجراء مقارنة بينه وبين مختلف النظم القانونية المشابهة له، وهذا ما سنتناوله في المطلب الثاني.

المطلب الثاني

تمييز العيب الخفي الموجب للضمان عن بعض النظم القانونية الأخرى

سنتناول في هذا المطلب، تمييز العيب الخفي الموجب للضمان عن الغلط (الفرع الأول)، الاستحقاق الجزئي (الفرع الثاني)، الفسخ لعدم التنفيذ (الفرع الثالث)، التدليس (الفرع الرابع)، و عن العجز في مقدار البيع (الفرع الخامس).

الفرع الأول

التمييز بين ضمان العيب الخفي والغلط

لم يعرف القانون المدني الجزائري الغلط على غرار باقي القوانين، مما فتح المجال أمام الفقه و القضاء لمحاولة وضع تعاريف له مختلفة الصياغة، إلا أنها تتضمن معنى واحد، حيث عرفه البعض على أنه وهم يقوم في ذهن الشخص يصور له الأمر على غير حقيقته فيدفعه إلى التعاقد²، و قد نص عليه المشرع الجزائري في م 81 ق م ج: «يجوز للمتعاقد الذي وقع في غلط جوهري وقت إبرام العقد، أن يطلب إبطاله».

¹ قرفي مراد، دعوى الضمان القانوني لعيوب المبيع، مذكرة لنيل درجة الماجستير في القانون، فرع العقود و المسؤولية، كلية الحقوق و العلوم التجارية، جامعة امحمد بوقرة، بومرداس، س 2006، ص14.

² سي يوسف زاهية حورية، المرجع السابق، ص258.

- بناء على هذا النص، يجوز للمتعاقد إذا ما وقع في صفة جوهرية في الشيء المباع وقت إبرام العقد أن يطلب إبطاله، وهذا إذا ما توفرت الشروط المنصوص عليها في م: 82 ق م ج حيث نصت على مايلي: « يكون الغلط جوهريا إذا بلغ حدا من الجسامة بحيث يمتنع معه المتعاقد عن إبرام العقد لو لم يقع في هذا الغلط. ويعتبر الغلط جوهريا على الأخص:
- إذا وقع في صفة الشيء يراها المتعاقدان جوهرية أو يجب اعتبارها كذلك نظرا لشروط العقد وحسن النية.
 - إذا وقع في ذات المتعاقد أو في صفة من صفاته وكانت تلك الذات أو هذه الصفة السبب الرئيسي في التعاقد».

فمثلا، إذا اشترى شخص تحفة على أنها قطعة أثرية، ثم تبين له أنها قطعة عادية، ففي هذه الحالة يكون قد تعاقد وقد عاب الغلط إرادته¹، يمكن في هذه الحالة القول أن القطعة الأثرية بها عيب خفي لو علم به المشتري لما أقدم على شرائها، وفي الوقت ذاته يمكن اعتباره قد وقع في غلط في صفة جوهرية في الشيء، مما قد تثور في هذه الحالة صعوبة في معرفة ما هو الأساس الذي يرجع به المشتري بمقتضاه على البائع؟ و هل يكون له أن يرجع عليه بناء على أحكام ضمان العيوب، أم أن له أن يرجع عليه استنادا على أحكام الغلط؟ وهل يمكن للمشتري في هذه الحالة رفع دعوى الغلط ودعوى ضمان العيب الخفي معا؟

نلاحظ أنه قد يقع الغلط في صفة جوهرية للمبيع، فإذا كانت هذه الصفة تتصل بصلاحية المبيع للغرض الذي أعد له، بحيث أن انتفاءها يجعله غير صالح لهذا الغرض، فإن البيع يكون في هذه الحالة قابلا للإبطال للغلط، ويكون في الوقت ذاته منشأ لضمان العيوب الخفية².

من خلال ما سبق يمكن استخلاص مواطن تداخل واختلاف النظامين كما يلي:

¹ نبيل إبراهيم سعد، العقود المسماة- البيع، ج 1، ط 1، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، بيروت، لبنان، س 1997، ص 405.

² عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد-العقود التي تقع على الملكية-البيع و المقايضة، ط 3، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، س 1998، ص 762.

أولاً: أوجه الشبه

يتضح من خلال التعاريف السابقة، أن هناك تداخل كبير بين النظامين، حيث يرى الأستاذ Remy أن الخلط بين الغلط في المواصفات والعيب الخفي، يحدث عندما تكون الصفة الجوهرية التي يبتغي المشتري الحصول عليها، والتي تتمثل في صلاحيته للغرض الذي أعد له¹.

- إذن يشترك كل من الغلط الجوهرية، و العيب الخفي الموجب للضمان في كون أن المشتري فيهما لا يعلم بحقيقة المبيع الذي تعاقد من أجله، فلو علم بحقيقته لما أقدم على التعاقد، وهذا ما جاء في نص م : 352 ق م ج: « يجب أن يكون المشتري عالماً بالمبيع علماً كافياً...»، و م 1641 من ق م ف- السالفة الذكر-، وكذلك ما نص عليه المشرع المصري².

- كما يشتركان في الأساس الذي يقوم عليه الطعن، سواء في دعوى الإبطال للخلط في صفة جوهرية في المبيع، أو حين تعاقد على محل يشوبه عيب خفي، ففي كلتا الحالتين يدفع المشتري بجهله لحقيقة هذا المبيع الذي تعاقد من أجله³.

ما يمكن أن نستخلصه، هو أنه في كل حالة تتوافر فيها شروط العيب الجسيم الموجب للضمان، تكون بالمقابل شروط الرجوع بدعوى الغلط متوفرة أيضاً، وبالتالي له خيار الرجوع بدعوى الضمان لما لها من فوائد كثيرة عن دعوى الغلط⁴، و هذا ما يجعلنا نستخلص أوجه الاختلاف بينهما.

¹ سعدي فتيحة، ضمان عيوب المبيع الخفية في القانون المدني الجزائري-مقارنا-، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراة في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة وهران، الجزائر، س 2011-2012، ص 340.

² المادة 419 القانون المدني المصري: " يجب أن يكون المشتري عالماً بالمبيع علماً كافياً، ويعتبر العلم كافياً إذا اشتمل العقد على بيان المبيع و أوصافه الأساسية بيانا يمكن من تعرفه...".

³ عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 762.

⁴ محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 412.

ثانيا : أوجه الاختلاف

نلاحظ من خلال تعريف كل من الغلط والعيب الخفي وجود اختلاف في المفهومين، فيعد الشخص وقع في الغلط إذا أبرم عقدا على شيء لم يقصده، أما في حالة العيب الخفي فهو قد قصد الشيء نفسه المتعاقد عليه ولكن وجد به آفة، أو تخلف صفة أنقصت من قيمته ونفعه.

وفي نفس السياق، يرى الدكتور عبد الفتاح عبد الباقي، أنه يجب عدم الخلط بين الغلط في صفة جوهرية في المبيع، وبين العيب الخفي الذي يعد آفة تخلو منها الفطرة السليمة للمبيع؛ أي في أصله، أما الغلط فهو حالة ذهنية جعلته يعتقد وصف خاص في الشيء، فوجده على خلاف من ذلك، وبالتالي فهو يعد عيب من عيوب الإرادة وليس عيب في الشيء¹.

- يظهر الاختلاف كذلك بينهما في الدعوى التي يرفعها المشتري، فإذا اختار هذا الأخير الرجوع على البائع بدعوى الغلط، يجب أن يثبت أن البائع كان واقعا في الغلط مثله، أو كان يعلم أو يستطيع العلم به، أما إذا رجع على البائع بدعوى ضمان العيب الخفي، فلا يطلب منه إثبات ذلك؛ لأن البائع ضامنا للعيب الخفي سواء جهله أو علم به، وسواء اشترك في الغلط مع المشتري أم لم يشترك، أو علم بوقوع المشتري في غلط جوهرية أولم يعلم². كما أن اشتراط علم البائع بالغلط، يجعله لا يتفاجأ بإبطال العقد، وهذا ما يضمن استقرار المعاملات³.

- ترفع دعوى الغلط خلال (05) خمس سنوات من وقت اكتشافه، أو بمضي (10) عشر سنوات من يوم إبرام العقد، وهذا ما نصت عليه م 101 ق م ج، في حين أن دعوى الضمان تتقادم بمضي (01) سنة من يوم تسليم المبيع، وهذا حسب م 383 ق م ج.

- حسب نص م 380 ق م ج، يجب على المشتري إخطار البائع بالعيب الخفي⁴، وإلا سقط حقه في الضمان، بالمقابل فإن دعوى الغلط لا تلزم المشتري إخطار البائع لأجل رفع الدعوى.

¹ سعدي فتيحة، المرجع السابق، ص 339.

² عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 762-763.

³ نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص 407.

⁴ باستقراءنا للمادة 380 ق م ج، نجد أن المشرع الجزائري أوجب على المشتري إخطار البائع في أجل مقبول، فلم يحدد هذا الأجل ولا طريقة الإخطار، وبالتالي يجب على المشتري إخطاره في أسرع وقت ممكن، وبأي وسيلة كانت كاستعمال محضر قضائي مثلا، وهذا لكي لا يسقط حقه في الضمان، وهذا ما سنتناوله في الفصل الثاني.

- يمكن رفع دعوى الغلط حتى وإن تعلق بشراء عن طريق المساومة، أو تم بالمزاد القضائي أو الإداري¹، في حين لا يمكن رفع دعوى الضمان لو تعلق الشراء بمزاد قضائي أو إداري حسب ما جاء في نص م 385 ق م ج، وهذا ما سنتطرق إليه لاحقاً في معرفة البيوع المستثناة من ضمان العيوب الخفية.

- دعوى الغلط يكون هدفها إعدام الوجود القانوني للعقد بسبب عيب في الإرادة أثر على صحته، فيرجع الأطراف إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد، فيرد المشتري المبيع مع طلب التعويض إن كان له مقتضى، أما في دعوى الضمان يلتزم البائع بإصلاح المبيع إذا كان به عيب غير جسيم، أما إذا كان جسيماً فله أن يطلب رد المبيع مع التعويض².

- العيب الخفي أمر موضوعي محض، أما الغلط أمر ذاتي محض³، فالغلط يعيب الرضا طبقاً للشروط التي يحددها القانون، وهو يعطي اعتباراً للجانب النفسي (أمر ذاتي) في العقد، بحيث أن المشتري كان يمكنه أن يمتنع عن التعاقد لو علم بحقيقة المبيع، أما في نظام العيوب الخفية يدخل في الاعتبار أثر العيب في قيمة المبيع، أو أثره على الاستعمال الذي أعد من أجله، وهذا يعد أمراً موضوعياً⁴.

- قد يتحقق الغلط و المبيع سليم خال من العيوب، كمن يشتري جهاز كمبيوتر، أو ماكينة، أو سيارة، أو آلة... الخ، اعتقاداً منه أنها من طراز معين، ثم اتضح له أنها من طراز آخر⁵، هذا يعتبر غلطاً في صفة جوهرية في المبيع وليس عيباً؛ لأنه قد يكون هذا الجهاز، أو الماكينة صالحاً للغرض المطلوب، أو أكثر صلاحية من الطراز الذي أراده المشتري، وبالتالي يحق لهذا الأخير الرجوع على البائع بدعوى الغلط فقط دون دعوى ضمان العيوب الخفية⁶.

¹ عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 762.

² سي يوسف زاهية حورية، المرجع السابق، ص 259.

³ عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 762.

⁴ توفيق حسن فرح، المرجع السابق، ص 406-407.

⁵ نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص 406.

⁶ عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 764.

وتجدر الإشارة أنه من النادر أن يكون هناك عيب خفي دون وجود غلط، إذ أن العيب الخفي يجعل المبيع غير صالح للاستعمال الذي أعد من أجله، ويكون هذا العيب غالباً في صفة جوهرية على اعتبار المشتري الذي يعد غير عالم بالعيب وهذا هو الغلط بعينه¹.

- إن تقدير الغلط يكون وقت إبرام العقد، وهذا ضماناً لسلامة إرادة الأطراف عند التعاقد، في حين أن تقدير العيب الخفي الموجب للضمان يكون وقت تسليم المبيع، وهذا ضماناً لصلاحية استعماله للغرض الذي أعد له².

الفرع الثاني

التمييز بين العيب الخفي و الاستحقاق الجزئي

يلتزم البائع بضمان حق الملكية الدائمة للمشتري لتمكينه من الانتفاع الكلي والهادئ بالمبيع، بحيث إذا تعرض شخص للمشتري يطالبه بحق من الحقوق على المبيع، ويلزمه بنزع اليد عن هذا الأخير، في هذه الحالة على البائع دفع هذا التعرض، أو تعويض المشتري إذا عجز عن ذلك³، هذا عن الاستحقاق الكلي. وقد يكون الاستحقاق جزئياً في حالة نزع اليد الجزئي عن المبيع، أو إذا ما ترتب عن ذلك تكاليف على عاتق المشتري ألحقت به خسارة قد بلغت قدراً من الجسامة لو علم به لما أتم العقد، وهذا ما جاء في م 376 ق م ج.

مقارنة بمفهوم العيب الخفي الذي سبق التطرق له، ومفهوم الاستحقاق الجزئي، نجد أن كلاهما يضمن حماية للمشتري من خلال حيازة كاملة وهادئة للمبيع، وهذا ما يخلق نقاط تشابه و اختلاف بينهما، مما يدفعنا إلى توضيح ذلك فيما يلي:

أولاً: أوجه التشابه

- فمن حيث الأثر، كل من العيب الخفي، و الأعباء غير المصرح بها التي ترد على المبيع، يؤديان إلى الإنقاص من قيمة الشيء ومنفعته، و يرى بعض الفقهاء أن البائع ملزم

¹ محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 414.

² نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص 407.

³ أنظر: نص المادة 375 القانون المدني الجزائري، المتعلقة بالاستحقاق الكلي.

بضمان تحقيق الانتفاع الهادئ والكامل بالمبيع، فالانتفاع الهادئ يتحقق بضمان الاستحقاق، والانتفاع الكامل يتحقق بضمان العيب الخفي¹، كما أن البائع في كلا الضمانين، يضمن تمتع المشتري بالمبيع بكل منافعه ومزاياه بدون انتقاص، و حيازة هادئة لا تجعل الغير يتعرضون له².

- كذلك هناك تشابه بينهما من حيث الجزاء، فيجوز للمشتري في كلتا الدعويين رد المبيع، أو استبقائه إذا كان الاستحقاق أو العيب جسيما، والعكس في حالة ما إذا كان الاستحقاق أو العيب غير جسيم فلا يمكن رده³،

ويتضح ذلك من خلال نص م 381 ق م ج، المتعلقة بضمان العيوب الخفية في المبيع، و التي تحيلنا إلى م 376 ق م ج، الخاصة بضمان الاستحقاق، وذلك في مجال المطالبة بالضمان، وهذا ما سنتناوله في الفصل الثاني بالتفصيل في دعوى الرد ودعوى التعويض.

ثانيا: أوجه الاختلاف

- الشيء المبيع في الاستحقاق الجزئي يكون سليما في ذاته ومعيبا من حيث ملكيته، أما في ضمان العيب فيكون معيبا في ذاته وسليما في ملكيته.
- كما لا يشترط في دعوى ضمان الاستحقاق الجزئي عدم علم المشتري من اجل الرجوع بالدعوى، أما في دعوى ضمان العيوب الخفية للمبيع يشترط عدم علم المشتري⁴.
- لا يجوز رفع دعوى ضمان العيوب الخفية في البيوع المتعلقة بالمزاد، و التي تتم عن طريق القضاء أو الإدارة، في حين يمكن رفع دعوى ضمان الاستحقاق الجزئي في جميع البيوع دون استثناء.
- كما أن دعوى العيوب الخفية تتقدم بمضي سنة من يوم التسليم، أما دعوى ضمان

¹ قرفي مراد، المرجع السابق، ص 27

² فرحاوي عبد العزيز، التزام البائع بضمان سلامة المشتري من الأضرار التي يحدثها المبيع، أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه علوم في الحقوق، تخصص: قانون خاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة محمد لمين دباغين، سطيف 2، الجزائر، س 2019-2020، ص 51-52.

³ محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 417.

⁴ سمير عبد السيد تناغو، عقد البيع، مكتبة الوفاء القانونية، ط1، الإسكندرية، مصر، س 2009، ص 316.

الاستحقاق الجزئي لا تتقادم إلا بمضي (15) خمسة عشر سنة من وقت الاستحقاق¹.

كان هناك خلط بين النظامين في القوانين القديمة على غرار القانون الفرنسي، وذلك عند ظهور حق ارتفاق على المبيع، حيث كانوا يعتبرونه عيبا خفيا، بالرغم أنه في حقيقة الأمر يعد استحقاقا جزئيا، لأن حق الارتفاق هو حق للغير على المبيع وليس عيب في ذات المبيع².

الفرع الثالث

التمييز بين العيب الخفي و الفسخ لعدم التنفيذ

نصت عليه م 119 ق م ج، في القسم الرابع، تحت عنوان انحلال العقد، ويعتبر حقا أقره القانون للدائن اتجاه المدين المقصر في تنفيذ التزاماته، وعدم تنفيذ الالتزام يأخذ عدة صور، فقد يكون امتناع عن تسليم المبيع، أو عدم تسليمه على الحالة المتفق عليها، أو غير مطابق للشروط، أو النموذج الذي تم الاتفاق عليه في العقد³.

بناء على ما تم التعرف عليه في مفهوم العيب الخفي الموجب للضمان و ما جاء في مفهوم الفسخ لعدم التنفيذ، نلاحظ تداخلا في المفهومين يضع المتعاقد في حيرة بين اختيار؛ أي الدعويين التي يواجه بها البائع، و هذا يقودنا إلى استخلاص نقاط تشابه واختلاف بينهما:

أولاً: أوجه الشبه

- يرى بعض الفقهاء أن نظرية ضمان العيوب تدخل ضمن نظرية الفسخ لعدم التنفيذ؛ لأن وجود العيب في الشيء المبيع يعتبر مساسا بذاتيته، كما يوجد اتفاق بين شروط الفسخ لعدم

¹ عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 769.

² زروقي حنين، التعويض عن الأضرار الناجمة عن الإخلال بالالتزام بضمان العيوب الخفية للمبيع، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراة في الحقوق تخصص قانون مدني معمق، قسم القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الحميد بن باديس، مستغانم، س 2017-2018، ص 56؛ عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 769.

³ توفيق حسن فرج، المرجع السابق، ص 415.

التنفيذ وشروط ضمان العيب، إذ يحق للدائن في كلتا الحالتين أن يختار بين المطالبة بتنفيذ العقد أو فسخه، وهو ما ذهبت إليه المحكمة العليا¹.

في مثل هذه الحالة للمشتري الحق في المطالبة بفسخ العقد طبقاً للقواعد العامة، أو الرجوع على البائع بدعوى ضمان العيب الخفي إذا ما توفرت شروطه مع عدم الجمع بين الدعويين، وللقضاء السلطة التقديرية في تحديد نوع الدعوى².

- طبقاً لنص م 119 ق م ج، في دعوى الفسخ يجب أن يعذر المدين قبل أن يطالب بتنفيذ العقد أو فسخه، وهو نفس الالتزام في ضمان العيوب الخفية؛ إذ يجب أن يخطر المشتري البائع بوجود العيب في أجل مقبول وإلا سقط حقه في ذلك طبقاً لنص م 381 ق م ج.

ثانياً: أوجه الاختلاف

- إذا استلم المشتري مبيعاً مخالفاً لما تم الاتفاق عليه من حيث الشروط والنموذج، ولكن لا ينقص ذلك من قيمة المبيع أو الغرض الذي أعد من أجله، هنا لا يمكن للمشتري الرجوع بدعوى الضمان لعدم توافر شروط العيب الخفي، بالرغم من كون البائع قد أحل بأحكام العقد، كأن يتفق على أن يكون المبيع مصنوعاً من مادة معينة ثم يظهر مصنوعاً من مادة أخرى، لكنه يبقى صالحاً للغرض الذي أعد له ولا يقلل من قيمته³.

- يمكن للمشتري الرجوع بدعوى الفسخ حتى ولو كان عالماً بالعيب أو فوات الوصف، أما في دعوى الضمان فلا يجوز له ذلك؛ إذ يشترط فيه عدم العلم بالعيب⁴.

- يجوز رفع دعوى الفسخ في جميع البيوع، حتى وإن تمت بالمزاد القضائي والإداري⁵، أما في دعوى ضمان العيب الخفي لا يجوز ذلك، وهذا ما سنعرفه عندما نتطرق للبيوع المستثناة من هذا الضمان.

¹ بلعابد سامي، «الطبيعة القانونية لالتزام ضمان العيوب الخفية»، مجلة العلوم الإنسانية، جامعة الإخوة منتوري، قسنطينة، الجزائر، ع41، مج ب، جوان 2014، ص472-473؛ أنظر: كذلك قرارات المحكمة العليا، هامش44، ص479.

² توفيق حسن فرج، المرجع السابق، ص417-418.

³ توفيق حسن فرج، المرجع نفسه، ص415-416.

⁴ سمير عبد السيد تناغو، المرجع السابق، ص314.

⁵ فرحاوي عبد العزيز، المرجع السابق، ص49.

- تتقدم دعوى الفسخ بمضي (15) خمسة عشر سنة من وقت إخلال البائع بالتزامه، أما دعوى الضمان تتقدم بانقضاء (01) سنة من يوم تسليم المبيع، ما لم يلتزم البائع بالضمان لمدة أطول م (1/383) ق م ج.
- كما تختلف دعوى الفسخ عن دعوى ضمان العيب الخفي من حيث الأثر، ففي دعوى الفسخ يزول العقد بأثر رجعي ويعتبر كأن لم يكن، و يعاد المتعاقدين إلى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد، أما دعوى ضمان العيب فهي دعوى تعويض مستمدة من العقد ذاته¹.

الفرع الرابع

التمييز بين العيب الخفي و التدليس

يمكن تعريف التدليس على أنه تغليط مدبر، أو مناورة يستعمل فيها شخص طرق احتيالية، تجعل المدلس عليه يتوهم صورة غير حقيقية عن الشيء المتعاقد عليه، فيقع في الغلط، وينساق بموجب ذلك نحو التعاقد، و قد نصت عليه م 86 ق م ج.

مقارنة بما جاء في مفهوم العيب الخفي الموجب للضمان، و مفهوم التدليس نجد مواطن تداخل و اختلاف بينهما، و لذلك ارتأينا إلى معالجة ذلك فيما يلي :

أولاً: أوجه الشبه

- قد تتداخل دعوى العيب الخفي و دعوى الإبطال للتدليس، فيجد المتعاقد نفسه محتار بين خيار أي الدعويين يستعملها في مواجهة البائع، و هذا في حالة ما إذا كان المبيع مشوب بعيب يجعله غير صالح للغرض الذي أعد له، و كان البائع قد أخفى هذا العيب بطرق احتيالية، فالمشتري في هذه الحالة يرفع إحدى الدعويين، ولكن لكل دعوى شروطها²، وتعتبر دعوى ضمان العيب أسهل من دعوى إبطال التدليس؛ لأنه في دعوى الضمان لا يقع على عاتق المشتري إثبات أن البائع يعلم بالعيب أو قد دلس عليه³.

¹ سمير عبد السيد تناغو، المرجع السابق، ص 314.

² سي يوسف زاهية حورية، المرجع السابق ص 260.

³ توفيق حسن فرج، المرجع السابق 414.

- قد يكون هناك تدليسا دون أن تقوم دعوى العيوب الخفية، و هذا متى كان هناك غلط وقع فيه المشتري عن طريق احتيال البائع، دون أن يؤثر ذلك على الغرض الذي اعد له المبيع، و لا بصفة جوهرية قد تكون محل اعتبار المشتري¹.
- بالمقابل، قد تتحقق دعوى ضمان العيب دون دعوى الإبطال للتدليس، وهذا إذا كان البائع لا يعلم بوجود العيب الذي جعل المبيع غير صالح للاستعمال الذي أعد له، أو كان يعلمه و لكن لم يدلس على المشتري عن طريق إخفائه².

ثانيا :أوجه الاختلاف

- يمكن استنباط مواقع اختلاف بين العيب الخفي و التدليس، و ذلك من خلال مفهوم كل واحد منهما، بحيث نجد أن البائع يكون حسن النية في دعوى ضمان العيب، و لا يستعمل طرق احتيالية من أجل إخفاء هذا العيب ، كما انه يعد ضامنا له سواء كان عالما به أم لا³، أما في دعوى إبطال التدليس، يشترط سوء نيته لإيهام المشتري و إيقاعه في الغلط حتى ينساق إلى التعاقد.
- يمكن رفع دعوى إبطال التدليس حتى و أن تعلق الأمر ببيع المزاد القضائي أو الإداري، أما دعوى ضمان العيب لا يجوز ذلك، كما أسلفنا الذكر.
- تتقادم دعوى التدليس بمضي (5) خمس سنوات من وقت اكتشاف التدليس، أو بمضي(10) عشر سنوات من البيع، و هذا ما نصت عليه م 101 ق م ج، أما دعوى ضمان العيب تتقادم خلال سنة من تاريخ التسليم بعد إخطار البائع كإجراء جوهري، و إلا سقط حقه في ذلك.
- في دعوى التدليس يحكم القاضي بإبطال العقد بسبب عيوب الإرادة، مما يؤدي إلى فسخ العقد و إعادة الأطراف للحالة التي كانوا عليها قبل إبرامه، فيسترد البائع مبيعه و يسترد المشتري الثمن مع التعويض، أما في دعوى الضمان فيبقى العقد قائما، و يجوز للمشتري رد المبيع أو استبقائه مع الحصول على التعويض، و للقاضي سلطة تقدير درجة جسامه العيب⁴.

¹ محمد صبري سعدي، المرجع السابق ص 415؛ عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 465.

² عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 465؛ محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 415.

³ طبقا لنص المادة 379 ق م ج بقولها: "... فيكون البائع ضامنا لهذه العيوب ولو لم يكن عالما بوجودها".

⁴ عبد الرزاق السنهوري ، المرجع السابق، ص 766.

الفرع الخامس

التمييز بين العيب و العجز في مقدار البيع

يعرف كذلك بالإخلال الكمي في تنفيذ الالتزام¹، و قد نص عليه المشرع الجزائري في م 365 ق م ج، و هو نقص في كمية المبيع على درجة مهمة، بحيث لو علم بها المشتري لما أقدم على التعاقد.

من خلال ما جاء في مفهوم العجز في مقدار المبيع، و ما تطرقنا إليه في مفهوم العيب الخفي، نجد تداخلا بينهما في نقاط و اختلاف بينهما في نقاط أخرى، و سنحاول تبيان ذلك كما يلي:

أولا : أوجه الشبه

- بالنظر لنص م 366 ق م ج، نجد أن المشرع قد حدد مدة تقادم دعوى الإخلال أو العجز في مقدار المبيع بسنة من يوم التسليم الفعلي، و هي نفسها مدة تقادم دعوى ضمان العيب المنصوص عليها في م 383 ق م ج.
- كما يحق للمشتري في كلتا الدعويتين رد المبيع، أو استبقائه بحسب درجة جسامه العيب؛ فإذا كان العيب جسيما جاز له رده، أما إذا كان غير جسيما لا يحق له ذلك².

ثانيا : أوجه الاختلاف

- إن دعوى العجز في مقدار المبيع تتعلق بالنقص في كميته، أما في دعوى العيب الخفي فالنقص يكون في صفته، و النقص في الكم ليس هو النقص في الكيف³.
- يرد المشتري المبيع في دعوى العجز في المقدار عن طريق فسخ العقد فيزول بأثر رجعي، و يعتبر كأن لم يكن، أما في دعوى الضمان يبقى البيع قائما، وللمشتري الرجوع على البائع طبقا لأحكام دعوى الرد ودعوى التعويض⁴.

¹ مراد قرفي، المرجع السابق، ص 28.

² نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص 409.

³ سمير عبد السيد تناغو، المرجع السابق، ص 315.

⁴ محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 416.

- يمكن رفع دعوى العجز في المقدار في جميع البيوع، أما في دعوى ضمان العيب لا يجوز ذلك، و يفترض في دعوى العيب حسن نية المشتري؛ أي أنه لا يعلم بالعيب، في حين لا يفترض ذلك في دعوى العجز في مقدار المبيع¹.

تجدر الإشارة إلى أنه قد يخلق خلط بين العيب والرداءة، إلا أن هناك فرق بينهما؛ إذ أن الرداءة لا تعد عيباً من الناحية الفقهية؛ لأنها تعد من الأوصاف الدنيا للشيء وأساس الفرق بينها وبين العيب، هو كون هذا الأخير يتعلق بوجود آفة مست خلقته الأصلية، أما إذا كانت هذه الآفة توجد به تارة ويخلو منها تارة أخرى فهي رداءة وليست عيباً، كما أن البائع ملزم بضمان العيب الخفي حتى وإن لم يكن هناك شرطاً مسبقاً في العقد، في حين لا يعتبر ضامناً لرداءة الشيء إلا إذا اشترط ذلك في العقد، وبالتالي تطبق على العيب أحكام خيار العيب، أما بالنسبة للرداءة تطبق أحكام فوات الوصف المشروط، ومثال ذلك الكسر في السيارة يعد عيباً، بينما عدم متانتها يعتبر رداءة².

بعد أن قدمنا مفهومًا واسعاً للعيب الخفي وعرفنا الفرق بينه وبين مختلف النظم القانونية المشابهة له في المبحث السابق، سننتقل إلى معرفة الشروط التي يتحقق بموجبها الضمان وميدان تطبيقه.

¹ مراد قرفي، المرجع السابق، ص 29.

² علي هادي العبيدي، العقود المسماة- البيع والإيجار- وقانون المالكين والمستأجرين، ط 4، دار الثقافة للنشر والتوزيع، س

2010، ص 152.

المبحث الثاني

شروط العيب الخفي الموجب للضمان ومجال تطبيقه

سنتناول في هذا المبحث الشروط الواجب توافرها في العيب، لأجل إعتبره عيبا موجبا للضمان (المطلب الأول)، كما سنتعرف على مجال تطبيق ضمان العيوب الخفية في عقد البيع (المطلب الثاني).

المطلب الأول

شروط قيام العيب الخفي الموجب للضمان

من أجل اعتبار العيب موجبا للضمان، يجب أن تتوفر فيه شروطا، حيث يجب أن ينقص من قيمة المبيع المادية ومن منفعته (الفرع الأول)، و يجب أن يكون هذا العيب قديما (الفرع الثاني)، كما يجب أن يكون عيبا خفيا، وغير معلوم لدى المشتري (الفرع الثالث).

الفرع الأول

شرط أن ينقص العيب من قيمة المبيع أو من الانتفاع به

إذا أنقص العيب من قيمة المبيع المادية، أو من الانتفاع به، يعتبر عيبا مؤثرا، وهذا ما جاءت به م 379 ق م ج: « يكون البائع ملزما بالضمان... إذا كان بالمبيع عيب ينقص من قيمته أو من انتفاع به...»، كما أن النقص في القيمة و النقص في المنفعة موضوعان مختلفان¹، فقد تنقص قيمة المبيع دون أن يؤثر ذلك على صلاحيته للاستعمال الذي أعد له، أو الذي قصده المتعاقدان²، كمن يشتري سيارة صالحة للسير و لأغراض أخرى، ولكن يوجد بها عيب خفي، كوجود عيب في مقاعدها، فإذا كان هذا العيب ينقص من قيمتها نقصا محسوسا جاز للمشتري الرجوع على البائع بالضمان³.

¹ جريدة خواص، المرجع السابق، ص 51.

² توفيق حسن فرج، المرجع السابق، ص 426.

³ عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 718.

كما قد يكون هناك نقص في منفعة المبيع دون أن ينقص من قيمته، ك شراء آلة غسل الملابس من طراز معين، تكون درجة التجفيف فيها ضعيفة مقارنة بطراز آخر، فهنا بالرغم من نقص منفعة الغسالة تبقى محافظة على قيمتها نظرا لتمتعها بمزايا أخرى¹.

أولاً: نقص قيمة المبيع

يرى الدكتور مصطفى الزرقاء، أن النقص في قيمة المبيع يعد ركنا وليس شرطاً²، ويقصد بنقص قيمة المبيع، النقص القيمي الذي يُخلفه العيب فيه، ولا يقصد به النقص في مقداره، فالنقص في المقدار³، يعتبر إخلالا من طرف البائع بتسليم مبيع بكمية مخالفة لما تم الاتفاق عليه في العقد، كما يسمح للمشتري المطالبة بفسخ العقد، أما نقص قيمة المبيع يقصد به وجود عيب فيه أثر عليه، يُمكن المشتري من الرجوع على البائع بدعوى الضمان. هذا ويمكن التعرف على القيم المادية للمبيع عن طريق تحديد قيمته في السوق⁴، وذلك بعيدا عن تقلبات الأسعار.

لقد حذا المشرع الجزائري حذو المشرع المصري فيما يخص الأخذ بنقص قيمة المبيع، كشرط لاعتبار العيب مؤثرا وموجبا للضمان، وهذا تأثرا بما جاء في الشريعة الإسلامية، حيث أن أغلب الفقهاء يتفقون على أن العيب، إذا كان لا ينقص من قيمة الشيء المبيع بين التجار، لا يؤدي إلى ثبوت حق المشتري في الخيار، وهذا ما نصت عليه م 379 ق م ج، تقابلها، م 447 ق م م⁵.

ونلمس أخذ المشرع الجزائري بنقص قيمة المبيع كشرط لاعتبار العيب موجبا للضمان في قرار المحكمة العليا الذي جاء فيه: « إن القرار المطعون فيه الذي قضى برفض طلب المدعي الرامي إلى إبطال البيع وإرجاع الثمن لعيب خفي في المبيع... لأن البائع ملزم بضمان العيوب

¹ نبيل ابراهيم سعد، المرجع السابق، ص 395.

² سعدي فتيحة، المرجع السابق، ص 97.

³ النقص في المقدار تم تناوله فيما سبق في المبحث الأول في التمييز بين العيب الخفي والعجز في مقدار المبيع.

⁴ سمير عبد السيد تناغو، المرجع السابق، ص 290.

⁵ سعدي فتيحة، المرجع السابق، ص 103.

الخفية عندما يتعذر على المشتري نفسه اكتشاف هذا العيب، أو عندما يكون المبيع مشوب بعيوب تنقص من قيمته...»¹.

نلاحظ أن المحكمة العليا في هذا القرار، قد أخذت بنص م 379 ق م ج، و اعتبرت البائع ضامنا للعيب الخفي الذي أدى إلى إنقاص قيمة المبيع.

ثانيا: نقص منفعة المبيع

تنص م 379 من ق م ج على أنه: « يكون البائع ملزما للضمان إذا لم يشتمل المبيع على الصفات التي تعهد بوجودها وقت التسليم إلى المشتري، أو إذا كان بالمبيع عيب ينقص من قيمته أو انتفاع به بحسب الغاية المقصودة منه حسب ما هو مذكور بعقد البيع، أو حسبما يظهر من طبيعته أو استعماله...»، إذن المشرع الجزائري أخذ بنقص المنفعة شرطا لاعتبار العيب موجبا للضمان، وبالتالي يكون قد شاطر المشرع المصري الذي بدوره تطرق إليها في نص م 447 من القانون المدني المصري، و بينت ذلك المذكرة الإيضاحية في التشريع المصري: " بأن يكون العيب مؤثرا، بحيث ينقص من قيمة المبيع أو منفعته"².

وتجدر الإشارة إلى أن كل من المشرع الجزائري و المصري قد تأثرا بالشريعة الإسلامية فيما يخص الأخذ بنقص المنفعة، كشرط أساسي لاعتبار العيب مؤثرا و موجبا للضمان، حيث لم تكتف الشريعة الإسلامية الغراء بنقص القيمة كشرط أساسي لذلك، بل اعتبرت نقص المنفعة، أو استعمال الشيء المتعاقد عليه في الغرض الذي أعد له عيبا يوجب الضمان، إذن وبمفهوم المخالفة إذا لم يكن له تأثير على هذا الاستعمال لا يعد عيبا.

وقد سئل مالك بن أنس عن الرجل الذي يشتري دارا بها صدع فقال: " إن كان صدعا يخاف على الدار الهدم منه، فأرى هذا عيبا ترد به، و إن كان صدعا لا يخاف على الدار

¹ أنظر: قرار، ملف رقم 202940، الصادر في 1999/07/21، عن المحكمة العليا، الغرفة المدنية، مج ق، ع 2، س 2000، ص 88.

² أمير فرج يوسف، العقود التي تقع على الملكية-عقد البيع والشركة-المقايضة، الهبة، الصلح، القرض والدخل الدائم، المكتب العربي الحديث، س 2007، ص 203.

منه، فلا أرى أن ترد منه لأنه يكون في الحائط صدع فيمكث الحائط و به ذلك الصدع زمانا كثيرا، فلا أرى هذا عيبا ترد الدار منه"¹.

و بالرجوع إلى نص م 379 ق م ج، نجد أن نقص منفعة المبيع منوط بالغرض، أو القصد من الحصول عليه، و يدل على ذلك استعمال لفظ " الغاية " في النص التشريعي، كما أن هذه الغاية حددت بثلاثة ضوابط نتناولها في ما يلي :

1- الضابط الأول: نقص منفعة الشيء المبيع بحسب ما هو مبين في العقد

ويقصد بذلك أنه أثناء التعاقد قد يحتاط المشتري ويبين في العقد الأغراض المقصودة من وراء حصوله على المبيع، وقد تكون هذه الأغراض غير مألوفة، أي معدة للاستعمال غير العادي، وهذا ما يعرف في الشريعة الإسلامية بخيار فوات الوصف²، كأن يشترط في العقد الحصول على درّاجة تكون معدة للسير في المناطق المرتفعة والجبلية، فإذا تم تسليمه درّاجة لا تحمل هذه المواصفات جاز له الرجوع على البائع بالضمان.

كما أنه ليس بالضرورة ذكر هذه الصفات في العقد، فقد يتم ذلك ضمناً، وهذا في حالة البيع بالعينة (Echantillon) ، أو البيع طبقاً للنموذج (Type) ، فإذا هلك المبيع أو تلف ما على المشتري إلا إثبات عدم مطابقة المبيع للعينة أو النموذج المتفق عليه³، إذ يجب أن يكون المبيع مطابقاً لهذه العينة أو النموذج، و إذا لم يكن كذلك كان عيباً مؤثراً موجباً للضمان⁴.

ويجب على المشتري إذا ما أراد أن يستعمل المبيع استعمالاً خاصاً، أن يخطر البائع ويبين له هذا القصد، فالمشتري الذي يعلم وحده هذا الغرض ليس له أن يشكو ولا يحق له المطالبة بالضمان⁵، فإذا رجعنا إلى المثال السابق، إذا لم يخبر المشتري البائع صراحة أنه يقصد من

¹ محمد زعموش، نظرية العيوب الخفية في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي-دراسة مقارنة-، رسالة مقدمة لنيل دكتوراه دولة، كلية الحقوق، جامعة منتوري، قسنطينة، س 2004-2005، ص 47-48.

² عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 719.

³ تنص المادة 353 ق م ج: " إذا انعقد البيع بالعينة يجب أن يكون البيع مطابقاً لها و إذا تلفت العينة أو هلكت في يد أحد المتعاقدين ولو دون خطأ كان على المتعاقد بائعاً أو مشترياً أن يثبت أن الشيء مطابق أو غير مطابق للعينة".

⁴ محمد صبري سعدي، المرجع السابق، ص 378.

⁵ توفيق حسن فرج، المرجع السابق، ص 431.

شراء الدرجة استعمالها في المناطق الجبلية المرتفعة والوعرة، وسلمه البائع درجة عادية لا تصلح لذلك، في هذه الحالة لا يجوز له الرجوع عليه بالضمان؛ لأن البائع لا يعلم قصده الحقيقي.

2- الضابط الثاني: نقص منفعة المبيع بحسب طبيعته

إذا لم يتفق الطرفان في العقد على الغاية المقصودة من المبيع، يرجع في هذه الحالة إلى طبيعته؛ لأن طبيعة الشيء هي التي تبين المنافع المرجوة منه، وتحدد العيوب التي تخل بهذه المنافع، و إذا كان الشيء مادياً، كانت العيوب مادية ترجع إلى طبيعته، وإذا كان معنوياً صارت هذه العيوب معنوية بحسب طبيعته¹، ف شراء محل تجاري ذو سمعة سيئة قد يفقده العملاء.

يفهم من هذا أن الشيء بحسب طبيعته معد لأداء غرض معين، أو تحقيق منفعة معينة، فإذا أصبح لا يؤدي هذه المنفعة أو القصد بحسب طبيعته، وكان هذا بسبب عيب معين، أُعتبر هذا العيب مؤثراً يجب على البائع ضمانه.

مثلاً عند شراء آلة خياطة، يكون بحسب طبيعتها استعمالها للخياطة، وآلة الغسيل معدة بحسب طبيعتها لغسل الأواني أو الألبسة، والثلاجة معدة لتخزين الأطعمة نفاذاً لتلفها، فعدم تحقق أي غرض طبيعي يخص الأمثلة السابقة يوجب الضمان على البائع².

3- الضابط الثالث: نقص منفعة المبيع بحسب الغرض من استعماله

يقصد بالاستعمال في هذه الحالة، الاستعمال العادي وليس الخاص الذي يريده المشتري كما أسلفنا الذكر، وهذا القصد يستمد من ذات المبيع³، فكون البقرة غير حلوب لا يعد عيباً إذا كانت معدة للذبح.

و يرى الدكتور عبد الرزاق السنهوري، أن معيار العيب معيار موضوعي محض، لكونه يقع في مادة الشيء المبيع¹.

¹ عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 720.

² زروقي حنين، المرجع السابق، ص 136.

³ مراد قرفي، المرجع السابق، ص 35-36.

نستنتج مما سبق، أن المشرع الجزائري قد إعتد على هذه الضوابط الثلاث في تحديد الغاية المقصودة من المبيع، سواء تعلق الأمر بما جاء مبين في العقد، أو من طبيعة المبيع، أو من غرض استعماله، و بالرجوع إلى الضابط الأول، نجد أنه لا يمكن أن يُعتد بقصد المشتري إن كان غرضه انتفاعا خاصا، وإنما نرجع دائما إلى ما ورد في العقد، و هذا ما يعتبر أخذا بالمعيار الموضوعي أيضا².

و في ذلك تقول المذكرة الإيضاحية عند التشريع المصري الذي يعد مصدرا للتشريع الجزائري: « يُنظر دائما إلى قصد المتعاقدين - كما هو مبين في العقد - أي إلى الإرادة الظاهرة - »³.

كما يتجه البعض إلى الاعتماد على المعيار الشخصي في تحديد العيب المؤثر ومدى صلاحيته للغرض المتفق عليه، وقد يُستفاد ذلك من الإرادة الضمنية للمتعاقدين تُستشف من تفسير العقد لكشف هذه النية⁴.

و قد يُثار نزاع بين المتعاقدين في حالة ما إذا كان هناك عيب في المبيع له درجة معينة من التأثير، إذ يُعتبر جسيما في نظر المشتري يوجب الضمان، ويُعتبر غير ذلك بالنسبة للبائع يريد به التملص من هذا الضمان، بالتالي ما هو معيار الجسامة الذي يمكن اعتبار العيب مؤثرا على أساسه ؟

¹ عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 717.

² جويذة خواص، المرجع السابق، ص 59.

³ أمير فرج يوسف، المرجع السابق، ص 204.

⁴ مراد قرفي، المرجع السابق، ص 36.

ثالثاً: معيار الجسامة

لقد خالف المشرع الفرنسي المشرعين الجزائري والمصري فيما يخص تحديد مقدار جسامة العيب الموجب للضمان، ويتضح ذلك في نص م 1/379 ق م ج، و م 1/447 ق م م، إذ لم يرد تحديد درجة تأثير العيب فيهما، على خلاف نص م 1641 ق م ف¹، التي اعتبر فيها المشرع الفرنسي العيب مؤثراً، إذا بلغ حداً من الجسامة لو علمها المشتري وقت التعاقد لما أقدم على الشراء أو دفع في المبيع ثمناً قليلاً².

كان في نظر المشرع المصري أن وضع نصوص قانونية تحدد درجة جسامة العيب، تؤدي إلى خلق تعارض مع نصوص أخرى تضمن للمشتري الرجوع بالضمان على البائع، و لقد جاء في نص المذكرة الإيضاحية للتشريع المصري عند تفسير م 444 ق م م، أن: " فالواجب إذن في ضمان العيب تطبيق ما تقرره في ضمان الاستحقاق ومقتضى هذا التطبيق أن العيب الجسيم يكون المشتري مخيراً فيه بين الفسخ أو إبقاء المبيع مع التعويض مع العيب طبقاً لما تقتضيه القواعد العامة"³.

فإذا أسقطنا هذا على التشريع الجزائري، و بالرجوع إلى م 381 ق م ج، التي تقابلها م 450 ق م م، والتي تحيلنا إلى نص م 376 ق م ج، تقابلها م 444 ق م م، والمتعلقة بالاستحقاق الجزئي، إذا ما تعلق الأمر بضمان العيوب الخفية⁴، يتم تقدير خسارة المشتري على قدر من الجسامة، بحيث لو علم بها المشتري لما أقدم على التعاقد، وله حق الرجوع على البائع بحسب درجة الجسامة، حيث فرق في الجزء بحسب جسامة العيب، إذ له الحق في رد المبيع واسترداد الثمن إذا كان العيب جسيماً، أما إذا كان العيب غير جسيماً فله الحق في استبقاء المبيع مع التعويض⁵.

¹ Art 1641 : « ..., ou qui diminuent tellement cet usage que l'acheteur ne l'aurait pas acquise, ou n'en aurait donné qu'un moindre prix, s'il les avait connus ».

² قرفي مراد، المرجع السابق، ص 33.

³ أمير فرج يوسف، المرجع السابق، ص 214.

⁴ أنظر: نص المادة: 381 ق م ج، و المادة 376 ق م ج.

⁵ سعدي فتيحة، المرجع السابق، ص 176.

إن عدم تحديد درجة الجسامة في العيب يعتبر سلاحاً في يد المشتري حتى وإن كان العيب تافهاً¹، كما يجعله ذلك طرفاً متغوّلاً يمكنه الرجوع على البائع في جميع الأحوال، وهذا ما قد يخلق خلافاً في استقرار المعاملات بين الأفراد، ومن أجل ذلك تدارك المشرع المصري الأمر و أضاف نصاً قانونياً ليس له مقابل في القانون المدني الجزائري، وهو نص م 448 ق م م: « لا يضمن البائع عيباً جرى العرف على التسامح فيه ».

و العرف المتسامح فيه هو ما قد يتسامح فيه الناس عادة، أو ينقص من قيمة المبيع، أو منفعته نقصاً بسيطاً غير مؤثر²، أو هو ما يترتب عليه مجرد مضايقة في استعمال الشيء، أو مجرد اختلافاً بسيطاً في جودة المبيع³.

و يرى بعض الفقه، أن عدم النص على العيوب المتسامح فيها عرفاً راجع لعدم ضرورتها، وهذا أخذاً برأي فقهاء الشريعة الإسلامية الذين أوضحوا ذلك بأمثلة بقولهم: « إنه لا إرش ولا رد في العيوب القليلة جداً، كما هو حال سقوط شرفة أو خلع بلاطة في عقد محله دار... »⁴، وقد اختلفت الآراء حول عدم نص المشرع الجزائري على التسامح في العيوب البسيطة، فمنهم من يؤيد ذلك؛ لوجود نص م 376 ق م ج التي تحدد الجزاء وفقاً لمقدار الجسامة، ومنهم من له رأي مخالف ويقترح إضافة نص قانوني جديد كنص م 448 ق م م، الذي يصرح ويعفي البائع من ضمان العيوب الخفية المتسامح فيها عرفاً، كوجود أتربة في بعض المواد كالقمح مثلاً، بشرط أن لا يكون لها تأثير على قيمة ومنفعة الشيء المبيع.

¹ قرفي مراد، المرجع السابق، ص 34.

² محمد يوسف الزعبي، العقود المسماة، شرح عقود البيع في القانون المدني، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، ط 1، عمان، الأردن، س 2004، ص 412.

³ رمضان أبو السعود، شرح العقود المسماة، عقدي البيع والمقايضة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، س 2015، ص 351.

⁴ سعدي فتيحة، المرجع السابق، ص 123.

والملاحظ أن المشرع الجزائري قد اغفل النص على التسامح في العيوب اليسيرة في قواعد البيع¹، ولكن نص على ذلك في عقد الإيجار، في نص م 488 ق م ج، أين اعتبر المؤجر غير ضامنا للعيوب التي جرى العرف التسامح فيها بخصوص كل ما يوجد في العين المؤجرة، بحيث لا ينقص ذلك من استعمالها نقصا محسوسا، هذا ما لم يتم الاتفاق على غير ذلك². لهذا نقترح أن يتخذ المشرع الجزائري نفس الموقف الذي اتخذته في عقد الإيجار من أجل إعفاء البائع من العيوب المتسامح فيها بنص صريح، كنص م 488 ق م ج³ - السالفة الذكر -.

و يبقى تقدير جسامة العيب في يد القاضي الذي يفصل فيه وفقا للمعيار الموضوعي لا الشخصي⁴، فالمحكمة هي من تقرر إن كان العيب جسيما أم لا، وهذا حفاظا على حقوق الأطراف واستقرار المعاملات.

تجدر الإشارة أنه بعد التطور التكنولوجي والاقتصادي، أصبحت الحاجة إلى منتجات أكثر تعقيدا وخطورة، يتطلب الحصول عليها توفر ما يضمن أمنها و الدقة في استعمالها، فلم يعد يكفي بنقص قيمة المبيع ومنفعته كشرط لاعتبار الشيء معيبا، و هذا ما دفع المشرع الجزائري إلى وضع مواد قانونية ضمن قانون 03/09 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، تضمن مطابقة المنتجات لرغبات المستهلك، مما يجعلها تحقق الغرض الذي أعدت له بشكل أدق، ويتجلى ذلك في نص م 11 منه حيث جاء فيها: « يجب أن يلبي كل منتج معروض للاستهلاك، الرغبات المشروعة للمستهلك من حيث طبيعته و صنفه و منشئه و مميزاته الأساسية و تركيبته و نسبة مقوماته اللازمة وهويته وكمياته وقابليته للاستعمال والأخطار الناجمة عن استعماله.

¹ تدارك المشرع الجزائري الأمر بخصوص عدم ضمان البائع للعيوب المتسامح فيها، حيث أضافت اللجنة المكلفة بمراجعة القانون المدني الجزائري فقرة أخرى في نص المادة 379 مكرر، تنص على ذلك في المادة 17 من المشروع التمهيدي المتمم للقانون المدني، أنظر: قرفي مراد، المرجع السابق، هامش 1، ص 37.

² محمد زعموش، المرجع السابق، ص 42.

³ المادة 488 ق م ج: " يضمن المؤجر للمستأجر، باستثناء العيوب التي جرى العرف على التسامح فيها... ما لم يوجد اتفاق على خلاف ذلك".

⁴ محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 377.

كما يجب أن يستجيب المنتج للطلبات المشروعة للمستهلك من حيث مصدره والنتائج المرجوة منه والمميزات التنظيمية من ناحية تغليفه وتاريخ صنعه والتاريخ الأقصى لاستهلاكه وكيفية استعماله وشروط حفظه والاحتياطات المتعلقة بذلك والرقابة التي أجريت عليه.»

كما اشترط توفر في المبيع ما يضمن سلامة المشتري من الأخطار المتعددة، وهذا ما ذكره في م 09 من نفس القانون، والتي جاء فيها ما يلي: « يجب أن تكون المنتجات الموضوعة للاستهلاك مضمونة وتتوفر على الأمن بالنظر إلى الاستعمال المشروع المنتظر منها، وأن لا تلحق ضررا بصحة المستهلك وأمنه ومصالحه، وذلك ضمن الشروط العادية للاستعمال أو الشروط الأخرى الممكن توقعها من قبل المتدخلين.»

و لم يكتف المشرع الجزائري بشرطي نقص القيمة ونقص منفعة المبيع، لجعله عيبا مؤثرا فيه، بل سن نصوصا قانونية تحث على ضرورة خضوع المنتجات للمطابقة القانونية و الدولية، وهذا ما جاء في القانون رقم 04-04 المتعلق بالتقييس¹. إذن فالمشرع الجزائري لم يتوان في السهر على توفير الحماية اللازمة للمستهلك (المشتري)، بحيث وفر له ما يضمن حصوله على منتجات مطابقة للمعايير القانونية، وتحقق رغباته و تضمن سلامته و أمنه ضد كل متدخل (البائع)².

¹ أنظر: القانون 04-04 المؤرخ في 23 يونيو 2004، المتعلق بالتقييس، ج ر، ع 41، الصادرة في 27 يونيو 2004 أنظر: المواد من 01 إلى 27 .

² أنظر: القانون 03-09، المؤرخ في 25 فيفري 2009، المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، ج ر، ع 15، الصادرة في 8 مارس 2009، عرف المستهلك في المادة 03 فقرة 1، بأنه كل شخص طبيعي أو معنوي يقتني بمقابل أو مجانا، سلعة، أو خدمة موجهة للاستعمال النهائي، من أجل تلبية حاجته الشخصية، أو تلبية حاجة شخص آخر، أو حيوان منكفل به، وعرفت الفقرة 7 منها المتدخل بأنه: " كل شخص طبيعي أو معنوي يتدخل في عملية عرض المنتجات للاستهلاك"، وعرفت الفقرة 8 منها عملية وضع المنتج للاستهلاك بأنها: "مجموع مراحل الإنتاج و الاستيراد والتخزين والنقل والتوزيع بالجملة وبالتجزئة".

الفرع الثاني

شروط قدم العيب في المبيع

لا يكفي أن يكون العيب مؤثرا في المبيع بحيث ينقص من قيمته ومنفعته، بل يستوجب أن يكون موجودا فيه في وقت معين، حتى يكون عيبا موجبا للضمان، وقد اتفقت مختلف التشريعات والدراسات الفقهية على اعتباره كذلك إذا ما كان قديما.

قد يثار نزاع بين البائع والمشتري بخصوص تحديد وقت وجود العيب باعتباره قديما أم لا، فما هو المعيار الذي يعتمد عليه في ذلك ؟

تنص م 1/379 من ق م ج : « يكون البائع ملزما بالضمان إذا لم يشتمل المبيع على الصفات التي تعهد بوجودها وقت التسليم إلى المشتري، أو إذا كان بالمبيع عيب ينقص من قيمته...».

يفهم من نص المادة، أن المشرع الجزائري أخذ بوقت تسليم المبيع كشرط لاعتبار العيب قديما، و بمفهوم آخر، إذا حدث عيب فيه بعد تسليمه للمشتري، لا يعد البائع مسؤولا عنه¹.

و لقد أخذ المشرع الجزائري بهذا الموقف تماشيا مع المشرع المصري وفق نص م 447 ق م م، الذي يعتبر موقفا مستحدثا يأخذ بقاعدة ضمان البائع للعيب حتى تمام التسليم، والأخذ بشرط التسليم يتعلق بالمبيع المعين بالذات أو النوع على حد سواء²؛ لأن الشيء غير المعين بالذات وقت البيع لا يتصور أن يكون العيب لاحقا به في هذا الوقت، وإنما يتصور أن يلحق به عند تعيين ذاته؛ أي عند القيام بفرزه الذي يقع عادة عند التسليم، وحتى وإن لم يكن بالمبيع عيبا خفيا وقت الفرز، ثم لحقه في الفترة ما بين الفرز والتسليم يبقى البائع ضامنا له³.

¹ عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 723.

² محمد حسنين، عقد البيع في القانون المدني الجزائري، ط5، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، س 2006، ص153.

³ عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 722.

اعتمد المشرع الجزائري على وقت التسليم كتاريخ لتحديد شرط قدم العيب، مثلما هو معمول به في أحكام الشريعة الإسلامية، حيث تربط وقت تسليم المبيع بوقت تبعية الهالك¹. وهذا خلافا للمشرع الفرنسي الذي يأخذ بوقت البيع كشرط لاعتبار العيب قديما، حيث ربط بين ضمان العيب و انتقال الملكية، فلا يكون البائع ضامنا إلا للعيوب التي كانت موجودة أثناء البيع، فإذا كان الشيء سليما وقت البيع فإن الثمن المدفوع فيه يعكس واقعه، ويعد المشتري مسؤولا عن العيوب الظاهرة بعد وقت البيع تبعا لقاعدة -الهالك على المالك-²، وهذا ما تأثر به التشريع المصري القديم، مما نتج عنه اختلاف بين الفقهاء أدى إلى ظهور رأيين، رأي يرجع شرط القدم إلى تاريخ إبرام العقد، و رأي آخر يعتد بوقت التسليم:

- الفريق الأول: من أصحاب هذا الرأي الدكتور منصور مصطفى منصور الذي يرى أنه إذا كان المبيع معينا بالذات، فالبائع لا يضمن العيب الذي يحدث بعد البيع و قبل التسليم، وإذا كان الشيء المبيع من المتليات لا يعين بذاته إلا بعد الفرز، فوقت البيع هو وقت الفرز، فإذا كان العيب قد نشأ بعد ذلك وقبل التسليم لا يضمنه البائع³، وبالمقابل يتحمل البائع تبعاته؛ لأنه يخضع لأحكام الهالك الجزئي الذي يجعل تبعت الهالك تقع على عاتق البائع إلى حين التسليم، ويستند أصحاب هذا الاتجاه على نص م 1/447 ق م م، إذ يعتبرون عبارة "وقت التسليم" مقترنة بعدم توفر الصفات وليس العيب، فالأحرى أن تتوفر الصفة وقت التسليم، أما العيب "الآفة" يجب توفره وقت العقد⁴.

- الرأي الثاني: أخذ بهذا الرأي التقنين المصري الجديد، وتأثر به التشريع الجزائري، حيث اعتبر أن البائع يكون ملزما بالضمان، ما لم يتوفر في المبيع الصفات التي كفل وجودها في المبيع وقت التسليم، فيكون بذلك أصحاب هذا الرأي قد أخذوا بقاعدة مخاطر تبعه الهالك التي يؤخذ فيها بوقت التسليم أيضا، وهذا ينطبق على الأشياء المعينة بالذات و بالنوع على حد

¹ جودة خواص، المرجع السابق، ص 63.

² لحسن بن الشيخ أث ملويا، المنتقى في عقد البيع، ط 2، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، بوزريعة، الجزائر، س 2006، ص 443.

³ قرفي مراد، المرجع السابق، ص 42-43.

⁴ توفيق حسن فرج، المرجع السابق، ص 439-440.

سواء¹. و يستند رأيهم على نص م 447 ق م م، تقابلها م 379 ق م ج، حيث يعتبرون عبارة "وقت التسليم"، تنصرف إلى توافر الصفات والعيوب بمعنى الآفة أيضا²، والدليل على ذلك، ورود حرف العطف " أو " في متن المادة سالفة الذكر، مما يدل على اعتبار العيب مضمونا أيضا وقت التسليم، كما يرون أنه لا داعي للخوض في نص المادة مادام جاء صريحا، و أن نص المذكرة الإيضاحية لا يعد إلا تفسيرا لمن وضعه ولا يلزم أحدا الأخذ بما جاء فيه. كما يمكن التنسيق بين أحكام ضمان العيوب الخفية و أحكام تبعة الهلاك، مما يجعل البائع ضامنا حتى وقت التسليم؛ لأن العيب يعتبر هلاكا جزئيا في الغالب يتحمل البائع تبعته وقت التسليم³.

وعليه يمكن القول أن البائع يضمن العيب الموجود في المبيع وقت التسليم، ولا يرتبط ذلك بوقت العقد؛ لأنه قد يشوب المبيع عيب بعد العقد وقبل التسليم، لا بد أن يضمنه أيضا.

مما سبق، يمكن أن نستنتج الحالات التي يكون فيها العيب قديما موجبا للضمان كما يلي:

- الحالة الأولى: وقت البيع وقبل التسليم

يكون العيب الخفي موجود دائما وقت التسليم حتى ولو لم يكن موجودا وقت البيع، و قد يكون موجودا وقت البيع ويبقى إلى وقت التسليم، فيكون إذا موجود وقت التسليم ويضمنه البائع⁴. وإذا وجد خلاف حول ذلك، ما على المشتري إلا إثبات وجود العيب قبل التسليم، مستعملا في ذلك جميع طرق الإثبات بما فيها الخبرة⁵.

- الحالة الثانية: بعد البيع وقبل التسليم

قد لا يحدث العيب وقت البيع ولكن يحدث بعده إلى ما قبل التسليم⁶، فبالرغم من انتقال الملكية إلى المشتري يبقى البائع ضامنا للعيب، كعقد بيع سيارة مع وجود اتفاق على تسليمها

¹ أنور سلطان، المرجع السابق، ص 326.

² توفيق حسن فرج، المرجع السابق، ص 439.

³ توفيق حسن فرج، المرجع نفسه، ص 439؛ عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 722؛ قرفي مراد، المرجع السابق، ص 43-44.

⁴ عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 722.

⁵ سي يوسف زاوية حورية، المرجع السابق، ص 232.

⁶ سمير عبد السيد تناغو، المرجع السابق، ص 293.

للمشتري بعد أسبوع، ففي هذه الحالة بالرغم من كون السيارة أصبحت ملكا للمشتري و بما أنه لم يتسلمها بعد، فكل عيب يطرأ عليها خلال هذه الفترة يكون البائع ضامنا له.

- الحالة الثالثة: إذا ظهر العيب بعد التسليم

قد يستلم¹ المشتري المبيع و يوجد فيه عيب لم يستطع كشفه، أو كان به عيب في أولى مراحل ثم استفحل و انتشر بعد الاستلام، مثل تسوس الغلال أو الخشب، كأن تكون جرثومة هذا العيب موجودة في المبيع وقت التسليم، ثم انتشرت وقت حيازة المشتري له². في هذه الحالة يكون البائع ملزما بالضمان.

وهذا ما أخذت به الشريعة الإسلامية، حيث اعتبرت الحادث عند المشتري بسبب عيب قديم فهو قديم، مثل العبد الذي يرتكب جناية عند مولاه، فإذا بيع بعد ذلك وظهرت جنايته بأن قضي عليه بعقوبة كان ذلك موجبا خيارا للمشتري؛ لأن العيب موجود في المبيع عند التسليم³.

أما إذا كان ظهور العيب بعد التسليم بسبب استعمال معيب للشيء أو بطريقة لا تتوافق و الاستعمال المعتاد له من طرف المشتري، فلا يُنسب الضمان للبائع في هذه الحالة ما لم يكن هناك اتفاق على غير ذلك⁴، مثل سوء تخزين المشتري للقمح عن طريق وضعه في مكان شديد الرطوبة ألحق ضررا به فأتلفه، هنا يسقط حقه في الرجوع على البائع، و يقع عليه عبء الإثبات كاللجوء إلى المحكمة من أجل تعيين خبير والفصل في هذه المسألة⁵.

يمكن القول أن المشرع الجزائري قد أصاب عندما اعتمد وقت التسليم كمييار لاعتبار العيب قديما، ولم يفرق بين حالة المبيع المعين بالذات والمعين بالنوع، و استعمل في ذلك صريح

¹ المادة 367 ق م ج: " يتم التسليم بوضع المبيع تحت تصرف المشتري بحيث يتمكن من حيازته و الانتفاع به دون عائق ولو لم يتسلمه تسليما ماديا مادام البائع قد أخبره بأنه مستعد لتسليمه بذلك، ويحصل التسليم على النحو الذي يتفق مع طبيعة الشيء المبيع. وقد يتم التسليم بمجرد تراضي الطرفين على البيع إذا كان المبيع موجودا تحت يد المشتري قبل البيع أو كان البائع قد استبقى المبيع في حيازته بعد البيع لسبب آخر لا علاقة له بالملكية "

² أنور سلطان، المرجع السابق، ص 326.

³ سي يوسف زاوية حورية، المرجع السابق، ص 234.

⁴ نبيل ابراهيم سعد، المرجع السابق، ص 391.

⁵ لحسن بن الشيخ أث ملويا، المرجع السابق، ص 443.

العبرة في النص القانوني (وقت التسليم)، ومما يؤكد موقفه إلزامه المشتري بفحص المبيع عند التسليم وليس في وقت البيع، ويتضح ذلك جليا في نص م 380 ق م ج بقوله: « إذا تسلم المشتري المبيع وجب عليه التحقق من حالته عندما يتمكن من ذلك حسب قواعد التعامل التجارية...».

كخلاصة لما سبق، يمكن أن نعطي تعريفا شاملا للعيب القديم، بكونه تلك الآفة التي تكون في الشيء المبيع، أو تخلف صفة كفل البائع وجودها فيه عند تسليمه للمشتري، و لا يهم إن كان وجوده قبل البيع، أو بعد البيع و قبل التسليم، أو بعد التسليم إن كانت جذوره تمتد قبل ذلك، دون أن يكون للمشتري يدا فيه، وهذا يتعلق بالأشياء المعينة بالذات وبالمثل على حد سواء، و للقاضي السلطة التقديرية في تحديد ذلك.

الفرع الثالث

شرط خفاء العيب و جهل المشتري به

بالإضافة إلى شرط التأثير المنقص لقيمة المبيع و منفعته، و شرط قدم العيب في المبيع، يشترط أن يكون العيب خفيا (caché)، و غير معلوم للمشتري لأجل اعتباره عيبا موجبا للضمان، ويعتبر هذان الشرطان وجهان لعملة واحدة، يعطيان الضمان اللازم للمشتري في مواجهة البائع، و سوف يتم التطرق إليهما في مايلي :

أولا: أن يكون العيب خفيا

يعتبر شرط الخفاء شرطا جوهريا في نظام العيوب الخفية نصت عليه معظم التشريعات و تناولته مختلف الدراسات الفقهية و القانونية، فما المقصود به؟ و ما هو المعيار الذي يعتمد عليه من اجل التفرقة بين العيب الظاهر و العيب الخفي ؟

1- مفهوم العيب الخفي

الخفاء هو المصدر الحي لنظام العيوب الخفية، باعتبار أن حسن نية المشتري هي التي سارت به إلى إبرام العقد الذي محله المبيع المعيب، وعكس الخفاء هو الظهور، إذ لا يعتد

بالعيب الظاهر لأنه يفترض علم المشتري به¹، و قد يكون العيب في ذات المبيع، كما قد يكون ضمن ملحقاته²، و يمكن استخلاص هذا الشرط من نص م 2/379 من ق م ج، حيث جاء فيها: «...غير أن البائع لا يكون ضامنا للعيوب التي كان على المشتري على علم بها وقت البيع، أو كان في استطاعته أن يطلع عليها لو انه فحص المبيع بعناية الرجل العادي...»، قابلتها في ذلك م 447 من القانون المدني المصري.

بالرجوع إلى نص م 379 ق م ج، يتضح لنا أن المشرع الجزائري ربط خفاء العيب بعدم قدرة المشتري على تبينه أو التقطن إليه، حتى ولو فحص المبيع بعناية الرجل العادي، هذا يقودنا إلى التساؤل حول معيار الرجل العادي الذي يكون باستطاعته كشف العيب عند فحص المبيع.

2- معيار الخفاء

يقصد بمعيار الخفاء الضابط الذي يتحدد وفقه، ما إذا كان العيب خفيا أو ظاهرا؟ و إذا أخذنا بنص م 2/379 ق م ج، نجد أنها اعتمدت في ذلك على عناية الرجل العادي: **(Une personne de diligence moyenne)**، و الرجل العادي هو الرجل متوسط الفطنة، لا يمكنه اكتشاف العيب إلا بالاستعانة بخبير³.

إن معيار الرجل العادي هو معيار موضوعي-مجرد-**(conception objectif)**، يقدر بالنظر إلى عامة الناس في المجتمع معتمدا على نموذج عام-نموذج الرجل العادي - دون الاعتداد بصفات البشر، بحيث إن استطاع أي شخص في المجتمع كشف العيب بعد فحص المبيع، اعتبر العيب ظاهرا⁴، في حين لا يعتبر معيار الظهور معيارا شخصيا، يتعلق بذات البشر **(conception subjectif)**، يتفاوت بتفاوت المستوى في الأنظار المختلفة، و إنما يقدر بمستوى نظر الشخص الفطن اليقظ المنتبه للأمر⁵.

¹ زروقي حنين، المرجع السابق، ص 142.

² محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 384.

³ سي يوسف زاهية حورية، المرجع السابق، ص 235.

⁴ فرحاوي عبد العزيز، المرجع السابق، ص 69.

⁵ رمضان ابو السعود، المرجع السابق، ص 353.

مما يدل على أن المشرع الجزائري قد أخذ بالمعيار الموضوعي (عناية الرجل العادي)، هو ما جاء في قرار المحكمة العليا، بشأن تشويه و تزوير في الرقم التسلسلي الأصلي لطراز شاحنة، و التي اعتبرته عيبا خفيا لا يمكن للمشتري كشفه و لو فحص المبيع بعناية الرجل العادي، حيث جاء فيه: « و لما كان ثابتا- من قضية الحال أن المستأنف- أي الطاعن الحالي- لا ينكر التشويه أو التزوير الملحق بالشاحنة المبيعة في اختلاف رقمها التسلسلي الأصلي مع الرقم الحالي، و أن قضاة الموضوع عندما أسسوا قرارهم على أن البائع ملزم بضمان العيوب الخفية التي لا يمكن للمشتري التعرف عليها، ولو فحص المبيع بعناية الرجل العادي، فإنهم عللوا قرارهم بما فيه الكفاية و يتعين رفض الطعن»¹.

3- متى يعتبر العيب خفيا موجبا للضمان ؟

لا يضمن البائع العيب إذا كان ظاهرا وقت تسليمه للمشتري؛ لأنه إذا لم يعترض هذا الأخير أعتبر راضيا به و يسقط حقه في الضمان، كما لا يضمن البائع العيب الخفي الذي يمكن للمشتري أن يتبينه بنفسه لو فحص المبيع بعناية الرجل العادي، وعلى البائع عبء إثبات ذلك؛ أي إمكانية المشتري من تبين العيب عند فحص المبيع بعناية الرجل العادي²، كما أن المشتري لا يمكنه التحجج بعدم قدرته على فحص المبيع بعناية الرجل العادي، أو أن يجعل نقص خبرته، أو حداثة عهده بالمهنة سببا في عجزه عن كشف العيب؛ لأنه كان بمقدوره الاستعانة بخبير، أو بمن هو أكثر منه خبرة من أجل كشف العيب³، كإعتماده على نفسه في فحص رقم تسلسلي لسيارة عند شرائها دون الاستعانة بخبير مناجم.

وكأصل عام، إن إثبات إمكانية اكتشاف العيب من طرف المشتري إذا فحص المبيع بعناية الرجل العادي تكون على عاتق البائع، و تعد قرينة على علم المشتري بالعيب، و غير قابلة لإثبات العكس، إلا في حالتين تم النص عليهما في م 2/379 ق م ج: « غير أن البائع لا يكون ضامنا للعيوب التي كان للمشتري على علم بها وقت البيع أو كان في استطاعته

¹ أنظر: قرار، ملف رقم: 103934 ، صادر بتاريخ 1993/10/06، عن المحكمة العليا، الغرفة المدنية، مج ق، ع 2، س 1994، ص 15.

² عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 724-725.

³ أنور سلطان، المرجع السابق، ص 329.

الإطلاع عليها لو أنه فحص المبيع بعناية الرجل العادي. إلا إذا أثبت المشتري أن البائع أكد له خلو المبيع من تلك العيوب أو أنه أخفاها غشا منه». إذن يمكن استخلاص هاتين الحالتين من نص هذه المادة، ونوضحهما فيما يلي:

أ- الحالة الأولى : أن يكون العيب ظاهرا و أكد البائع للمشتري خلو المبيع من العيب:
(Le vendeur lui affirme l'absence de ces défauts)

في الأصل، لا يضمن البائع عيبا ظاهرا يستطيع الرجل العادي كشفه، وهذا ما قلناه سابقا، لكن إذا ما أكد البائع للمشتري خلو المبيع من العيب، عُد ذلك اتفاقا ضمنيا مفاده أنه يضمن العيب إذا ما وجد؛ لأن هذا التأكيد جعل المشتري لا يفحص المبيع فحص الرجل العادي¹، فقد اطمأن إلى تصريحه وافترض صدقه²، ويشترط في هذا التصريح أن يكون جديا يحمل معنى الضمان منصبا على عيب أو عدة عيوب معينة بالذات، ولا يكون قد صدر منه على سبيل الدعاية والترويج للبضاعة، و على المشتري إثبات ذلك بجميع الطرق؛ إذ يجب عليه أن يبين أنه بناء على هذا التصريح لم يتم بفحص المبيع³.

ب- الحالة الثانية: أو أن يكون البائع قد أخفى العيب غشا منه (Ou qu'il les lui à dissimulés frauduleusement): يلزم البائع بالضمان في هذه الحالة وإن كان العيب ظاهرا (Notoire)؛ لأن غشه يعد خطأ استغرق خطأ المشتري في عدم فحص المبيع بعناية الرجل العادي⁴، وإذا أثبت المشتري عدم علمه بالعيب، و أن البائع قد أخفاه غشا منه، فحتى لو لم يتم بفحص المبيع، أو كان من السهل عليه كشفه و لكن لم يفعل، لا يعد إهماله تقصيرا؛ لأنه أولى بالرعاية من البائع المدلس الذي يبقى ضامنا للعيب، ومثال ذلك إخفاء لحام سيارة بالطلاء، كما يمكن للمشتري في هذه الحالة الاستفادة من استعمال دعوى التدليس في مواجهة البائع إذا ما توفرت شروطها⁵.

¹ عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 726.

² فرحاوي عبد العزيز، المرجع السابق، ص 74.

³ محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 381-382.

⁴ فرحاوي عبد العزيز، المرجع السابق، ص 75.

⁵ توفيق حسن فرج، المرجع السابق، ص 455-456.

يمكن استخلاص مما سبق، أن العيب يعتبر خفياً متى كان المشتري لا يستطيع تبيّنه، إذا ما فحص المبيع بعناية الرجل العادي المتوسط الفطنة، المتنبه للأمر، وإذا قصر في ذلك سقط حقه في الضمان، إلا في توفر الحالتين السابقتين.

كما أن جهل المشتري للعيب ضروري لاعتبار العيب موجبا للضمان، وهذا ما سنتناوله في العنصر الموالي.

ثانياً: جهل المشتري للعيب

قد يكون العيب خفياً لا يمكن للرجل العادي كشفه عند فحص المبيع و يكون معلوماً للمشتري وقت البيع، في هذه الحالة لا يكون البائع ضامناً له؛ لأنه لا يُعقل أن يطلب المشتري ضمان عيب يعلمه، ولأن العيب المعلوم يأخذ حكم العيب الظاهر، ولا يعتبر من العيوب الخفية¹، كما لا يعتبر عيباً موجبا للضمان إذا ما ثبت أن المشتري كان يعلمه بالفعل عند تسلمه للمبيع بالرغم من خفائه، وأن علمه بالعيب وسكوته عليه يعد نزولاً عن حقه في الضمان²، ولقد أخذت بذلك أحكام الشريعة الإسلامية، بحيث اعتبرت أن قبض المشتري للمبيع الذي يعلم بعيبه يسقط حقه في الرد و التعويض³.

كما أخذ به كذلك المشرع الجزائري في نص م 2/379 ق م ج، حيث جاء فيها:

« غير أن البائع لا يكون ضامناً للعيوب التي كان المشتري على علم بها وقت البيع...»،

قابلتها في ذلك م 2/447 ق م م؛ إذ يعتبر هذا النص واضحاً، يشترط في العيب أن يكون غير معلوم للمشتري وقت البيع.

إذن وقت العلم بالعيب وفق نص هذه المادة هو وقت البيع، والعلم بالعيب عند التعاقد يسقط حق المشتري في الضمان، وذلك على أساس أنه قد أقدم على الشراء وهو يعلم بالعيب، فيكون حينها قد أدخله في اعتباره عند تقدير الثمن ورضي بالمبيع على حاله، وإذا علم بالعيب عند التسليم يترتب عليه نزول حقه في الرجوع بالضمان على البائع، ما لم يبدي اعتراضه في

¹ توفيق حسن فرج، المرجع نفسه، ص 452.

² عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 726.

³ سي يوسف زاهية حورية، المرجع السابق، ص 238.

الوقت المناسب¹، ويقع عبء إثبات علم المشتري بالعيب سواء وقت البيع، أو وقت التسليم على عاتق البائع، باعتبار العلم واقعة مادية يمكن إثباتها بجميع طرق الإثبات، بما في ذلك البينة والقرائن²، و يؤخذ بتاريخ تسليم المبيع، أو تاريخ الفرز إذا كان المبيع معيناً بالنوع كوقت للعلم بالعيب؛ لأنه عملياً هو الوقت الذي يتيح للمشتري الفرصة للإطلاع على العيب، كما يشترط أن يكون العلم حقيقياً³؛ أي علماً غير مفترض أو مشكوك فيه.

علاوة على هذا، لا يُعمل بشرط عدم العلم إذا ما كان العيب هو تخلف صفة ضمنها البائع للمشتري⁴؛ لأن الأمر أصبح لا يخص عيباً بمعنى الآفة، وإنما يخص صفة يلتزم البائع بتوفيرها عند التسليم، حتى وإن كان المشتري يعلم بتخلفها أو لا يعلم، أو باستطاعته الكشف عنها أو لا⁵.

قد يعلم المشتري بالعيب بعد فحص المبيع بعناية الرجل العادي، أو عن طريق تلقي تصريح بالعيب من طرف البائع أو الغير، أو بواسطة خبير أو مختص⁶، ومن جهة أخرى قد يعتبر المشتري الذي يمتحن نفس مهنة البائع عالماً بالعيب بحكم مهنته إلى أن يثبت عكس ذلك، كالمزارع الكبير الذي يُقدم على شراء بذور ثم لم تثبت لكون بعضها مسوساً، في هذه الحالة لا يمكنه الرجوع على البائع بالضمان⁷، وهي قرينة يمكن إثبات عكسها، كأن يقدم المشتري دليلاً على أن هذا العيب لا يمكن أن يكتشفه خبيراً آخر في نفس المجال⁸.

يمكن أن يكون المشتري عالماً بالعيب ولكن عند تسلمه للمبيع يكتشف عيباً آخر، أو عدة عيوب أخرى لا يعلمها، هنا يجب على البائع ضمانها⁹، كما قد يكون المشتري عالماً بالعيب

¹ توفيق حسن فرج، المرجع السابق، ص 451.

² عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 727.

³ سي يوسف زاهية حورية، المرجع السابق، ص 237.

⁴ سمير السيد تناغو، المرجع السابق، ص 297.

⁵ مراد قرقي، المرجع السابق، ص 52.

⁶ لحسن بن شيخ أث ملويا، المرجع السابق، ص 450.

⁷ سي يوسف زاهية حورية، المرجع السابق، ص 238.

⁸ سعدي فتيحة، المرجع السابق، ص 132.

⁹ توفيق حسن فرج، المرجع السابق، ص 452.

ولكن يجهل تأثيره على صلاحية المبيع والمنافع التي أعد لها، فإذا أثبت جهله لهذا التأثير، وأن ذلك لا يخصه وحده فقط، بل حتى الرجل العادي يجهل تأثير هذا العيب على المبيع، في هذه الحالة لا يسقط حقه في الضمان¹.

قد يكون العيب من الذبوع و الانتشار يمكن أن يتوقع المشتري لحقوقه بالمبيع، هنا لا يستطيع الرجوع على البائع بالضمان إلا إذا أثبت أنه لا يعلمه، أو قد اشترط على البائع ضمانه. أما بخصوص الأشياء المستعملة، فإن ما يوجد بها من عيوب مألوفة لا يضمنها البائع إلا إذا اثبت المشتري أنه لا يعلم بها، أو أنه طلب من البائع ضمانها، أما إذا كان من العيوب غير المألوفة فعلى البائع إثبات أن المشتري يعلمها².

• علم البائع بالعيب

لا يمكن للبائع التحجج بالعلم، أو عدم العلم بالعيب من أجل التملص من المسؤولية، فهو يعد ضامنا للعيوب في كلتا الحالتين؛ لأن المشرع الجزائري ألزمه بذلك في نص م 1/379 ق م ج: « يكون البائع ملزما بالضمان... ولو لم يكن عالما بوجودها ».

إذن فعلم البائع بالعيب من عدمه لا يؤثر في الضمان، كما أن عدم إخباره للمشتري بالعيب يعد ظرفا تشديديا في المسؤولية العقدية، ويعتبر مسؤولا عن الأضرار المتوقعة وغير المتوقعة، طبقا لنص م 2/182 ق م ج، يلتزم من خلالها برد المصروفات الكمالية، وقد يؤدي ذلك إلى إطالة مدة التقادم إلى (15) خمسة عشرة سنة، وبطلان الاتفاق على الإعفاء من الضمان أو الإنقاص منه، و لا يسقط حق المشتري في الضمان إذا لم يفحص المبيع أو لم يخطر البائع بالعيب³.

¹ سي يوسف زاهية حورية، المرجع السابق، ص 237.

² جويذة خواص، المرجع السابق، ص 76.

³ محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 384-385.

المطلب الثاني

مجال تطبيق ضمان العيوب الخفية في عقد البيع

رأينا فيما سبق، أن التزام البائع بضمان العيوب الخفية، يقوم على أساس احتواء المبيع على عيب يستوفي الشروط التي سبق ذكرها، أو عند عدم توفر صفة في المبيع كفل البائع وجودها فيه عند التسليم، و كقاعدة عامة يُقام الضمان في جميع البيوع، إلا ما تم استثناءه بنص شرعي (الفرع الأول)، كما أجاز القانون الاتفاق على تعديل أحكام الضمان في حالات معينة (الفرع الثاني).

الفرع الأول

البيوع التي يتم فيها الضمان و البيوع المستبعدة منه

الأصل أن البائع يلتزم بضمان العيب الخفي في أي عقد بيع مهما كان نوعه (أولاً)، إلا أن المشرع أعفاه من هذا الضمان إذا ما تعلق ببعض البيوع، نص عليها صراحة في القانون (ثانياً).

أولاً: البيوع التي يتم فيها الضمان

نص المشرع الجزائري في نص م 385 ق م ج، والتي تقابلها م 454 ق م م، على أنه: « لا ضمان للعيب في البيوع القضائية، و لا في البيوع الإدارية إذا كانت بالمزاد»، إذن فيما عدا هذه البيوع، يشمل ضمان العيوب الخفية، البيوع المسجلة وغير المسجلة، والتي محلها عقارا أو منقولاً، أو تلك البيوع التي تقع على شيء مادي أو معنوي¹، هذا بالرغم أن الواقع العملي يثبت هيمنة منازعات الضمان التي يكون محلها شيء منقول أكثر من العقارات. ويقصد بالأشياء المادية، شراء البنائات، الأراضي، السيارات، الآلات، المواشي، المواد الغذائية... إلخ، كما يقصد بالأشياء المعنوية، شراء المحلات التجارية، الأسهم والسندات، الحقوق الشخصية، براءة الاختراع... إلخ، ولقد أعطى الدكتور عبد الرزاق السنهوري بعض الأمثلة في هذا الصدد،

¹ عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 733.

إذ يعتبر عيباً موجباً للضمان إذا كان البيع يرد على متجر سحبت رخصته أو ساءت سمعته، وكذلك السندات التي تبين استهلاكها قبل شرائها، أو أصدرتها شركة باطلة، أو تمت تصفيتها¹، وبعد تطور التكنولوجيا على مستوى الإنتاج والتصنيع، وظهور أجهزة حديثة خطيرة، غير معروفة في الأسواق المحلية والدولية، اتسع ميدان ضمان العيوب الخفية ليشمل حتى البيوع الإلكترونية التي تتم عبر الشبكة العنكبوتية².

ثانياً: البيوع المستبعدة من الضمان والتي تتم بالمزاد القضائي والإداري

طبقاً لنص م 385 ق م ج المذكورة أعلاه، تعتبر البيوع التي تتم بالمزاد القضائي و الإداري مستبعدة من الضمان بحكم القانون.

1- البيوع القضائية التي تتم بالمزاد

البيع القضائي بالمزاد، هو البيع الذي يكون تحت إشراف القضاء، كبيع أموال المفلس أو بيع يتم بالمزاد بأمر من القضاء وعلى الخصوص البيوع التي يجريها محافظ البيع بالمزاد³. قبل الخوض بالتفصيل في هذه التشريعات يجب أن نعلم أنه في البيوع القضائية يوجد نوعين من البيوع تتم عن طريق المزاد:

- بيوع إجبارية، وهي تلك البيوع التي يستلزم القانون اللجوء فيها إلى القضاء، كبيع أموال القصر والمحجور عليه.
- بيوع اختيارية، وهي التي تكون من اختيار الأطراف بمحض إرادتهم، باللجوء إلى القضاء قصد حل نزاع وقع بينهم، كبيع الأموال الشائعة بالمزاد.

لقد ساد اختلاف بين فقهاء القانون حول استبعاد البيوع القضائية بالمزاد، فذهب الرأي الأول إلى القول أنه لا بد من استبعاد البيوع القضائية الإجبارية التي تتم بالمزاد من ضمان العيوب الخفية دون الاختيارية، فيما اتجه الرأي الثاني إلى القول أنه يجب استبعاد البيوع

¹ عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، أنظر: هامش 2، ص 720، و هامش 2-3، ص 733.

² دليلة معزوز، المرجع السابق، ص 199.

³ لحسن بن الشيخ أث ملويا، المرجع السابق، ص 435.

القضائية الاختيارية التي تتم بالمزاد من الضمان، وكلا من الرأيين وجد ما يناسب تفسيره من علل، حيث سنتطرق إليهما كالتالي:

الرأي الأول: استبعاد البيوع القضائية بالمزاد الإجبارية والاختيارية من الضمان

يرى كل من الدكتور سليمان مرقس، والدكتور علي حسن بخيره، أنه لا فرق بين البيوع القضائية بالمزاد الإجبارية و الاختيارية من حيث الاستبعاد من ضمان العيوب الخفية، وهذا لكون الإجراءات فيهما هي نفسها من حيث الإعلان والعرض وإتاحة فرصة المعاينة¹، كما أن النص القانوني جاء عاما لا يفرق بين الحالتين، و يستند إلى وحدة سبب الضمان سواء كان تدخل القضاء إجباريا أو اختياريا².

الرأي الثاني: استبعاد البيوع القضائية الإجبارية بالمزاد، دون الاختيارية

من أصحاب هذا الرأي الدكتور عبد الرزاق السنهوري الذي يرى أنه لا ضمان في بيوع المزاد القضائي، كبيع أموال المدين لاقتضاء ديونه، وأموال القصر، والمحجور عليه، أما البيوع الاختيارية فيقوم فيها الضمان، كبيع المال الشائع أو العين الشائعة بالمزاد (Licitation)³، كما ذهب بعض الفقهاء إلى القول أن ما جاء في نص م 454 ق م م من أحكام لا تتصرف إلا إلى البيوع التي يستلزم تدخل المحكمة فيها، أما البيوع التي يكون فيها تدخل المحكمة عارضا لا يشملها هذا النص، كمثال ذلك القسمة عن طريق التصفية إذا كان جميع المتقاسمين كاملي الأهلية⁴.

كما أن المشرع الفرنسي وضع استثناء على البيوع القضائية التي تتم بالمزاد، ويتجلى ذلك في نص م 1649 ق م ف، حيث جاء فيها، أنه لا ضمان للعيب في البيوع التي تتم بسلطة القضاء (Par autorité de justice)⁵، كما استثنى المشرع الفرنسي بعض عقود البيع من

¹ رزوقي حنين، المرجع السابق، ص 172.

² سعدي فتيحة، المرجع السابق، ص 29.

³ عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 732-733.

⁴ أنور سلطان، المرجع السابق، ص 338.

⁵ محمد حسنين، المرجع السابق، ص 160.

الضمان بحسب موضوعها ، مثل بيع الحيوانات الداجنة المصابة بأمراض سارية، فالعقد هنا باطلا لمخالفة موضوعه للنظام العام، حسب نص م 284 من القانون الريفي الفرنسي¹، وفي حالات أخرى استبدل المشرع الفرنسي النظام العام بنظام خاص يتكيف مع طبيعة بعض الأموال، كبيع العقارات المخصصة للبناء، التي تجعل الضمان على عاتق مشيدي المباني². نلاحظ أن نص م 385 ق م ج، والتي تقابلها م 454 ق م م، جاء صريحا وعماما؛ أي أنه لم يفرق في الضمان بين البيوع القضائية بالمزاد سواء كانت بيوع إجبارية أو اختيارية، لذلك نحن نشاطره الرأي من ناحية استثناء البيوع القضائية الإجبارية بالمزاد؛ لأنه لا يُعقل أن يضمن البائع شيء تم بيعه بعقد لم يكن طرفا فيه، أما ما يعاب عليه أنه كان من المستحسن أن يستثني البيوع القضائية الاختيارية بالمزاد بعبارة صريحة تزيل اللبس، وهذا لأنه لا يُعقل أن نعفي بائعا قام ببيع شيء بمحض إرادته، و لو كان ذلك قضائيا عن طريق المزاد.

2- البيوع الإدارية التي تتم بالمزاد

هي البيوع التي تقوم به الإدارة للحصول على حقوقها، كالضرائب أو مصالح الجمارك عند بيع السلع المحجوزة أو تلك البيوع التي تقوم بها الإدارات المحلية كالولاية والبلدية من أجل التخلص من شاحنات، أو سيارات، أو آلات... إلخ، حيث تكلف الإدارة محافظ بيع بالمزاد للقيام بهذه العملية³، وحسب نص المادة 385 ق م ج تقابلها المادة 454 ق م م، أنه لا ضمان في البيوع التي تجريها الإدارة بالمزاد.

الإشكال الذي يمكن طرحه في مثل هذه الحالة هو طريقة البيع بالمزاد، فقد تكون عن طريق المزاد العلني أو عن طريق المظاريف، فإذا ما ظهر عيب في المبيع فلا يجوز الرجوع على الإدارة لأجل ضمانه⁴.

¹ سي يوسف زاهية حورية، المرجع السابق، ص 227.

² لحسن بن الشيخ أث ملويا، المرجع السابق، ص 437.

³ لحسن بن الشيخ أث ملويا ، المرجع نفسه، ص 435-436.

⁴ محمد حسنين، المرجع السابق، ص 159.

3- سبب استبعاد هاذين النوعين من البيوع من الضمان

يعود سبب إستبعاد هاذين النوعين من الضمان إلى عهد جوستنيان، أين كانت السلطات تهدف إلى التخلص من مراجعة المزايدين، و إلى النظرية التقليدية للفقهاء (Domat) (دوما)، التي ترى أنه يستحيل تحميل المالك مسؤولية ضمان عيب لم يصدر عن إرادته، بل أجرته السلطة القضائية¹، كما أن الحضور الجماعي للمزايدين هو فرصة لإبداء الملاحظات وكشف العيب²، و يرجع سبب ذلك أيضا إلى تفسير المذكرة الإيضاحية للتشريع المصري، التي ترى أنه لا ضمان للعيب في مثل هذه البيوع مادام قد سبق الإعلان عن البيع، و كانت للمزايدين فرصة فحص المبيع قبل المزايدة، كما أن فسخ العقد في مثل هذه الحالة له إجراءات طويلة ومصروفات تثقل كاهل المدين³.

4- بيوع اختلفت الآراء حول إستبعادها أو إخضاعها للضمان

اختلفت الآراء حول إدراج البيوع التي محلها شيء مثلي، أو قيمي، وكذلك البيوع التي محلها شيء مستعمل، أو التي تكون معلقة على شرط التجربة، و شرط المذاق ضمن البيوع المستثناة من ضمان العيوب الخفية، فهل هي بيوع مستبعدة من هذا الضمان أم لا، وما هو حال البيوع التي تتم بالمزاد الإلكتروني؟

- بالنظر إلى نص م 354 ق م ج، المتعلقة بالبيع بشرط المذاق، و م 355 ق م ج، المتعلقة بالبيع على شرط التجربة، نجد أن المشرع الجزائري لم يعتبرها من ضمن البيوع المستثناة من الضمان؛ لأنه إن أراد ذلك كان قد نص على استثنائها بنص صريح، كنص م 385 ق م ج، كما أن وجود كلمة "مبيع" في متن م 1/379، دليل على ضم هذه البيوع إلى ضمان العيوب الخفية وعدم إسقاطها منه⁴،

¹ سي يوسف زاهية حورية، المرجع السابق، ص 228-229.

² توفيق حسن فرج، المرجع السابق، ص 423.

³ أمير فرج يوسف، المرجع السابق، ص 227.

⁴ سعدي فتيحة، المرجع السابق، ص من 19 إلى 26.

ونرى نحن من وجهة نظرنا أنه لا يمكن اعتبار البيع المعلق على شرط التجربة¹ وشرط المذاق من البيوع المستثناة من ضمان العيوب الخفية؛ لأن البيع فيهما ينعقد على أساس إبداء قبول المشتري بالمبيع بعد المذاق، أو التجريب في مدة متفق عليها، حيث لا يعتبر قبول المشتري للمبيع في هاتين الحالتين قبل تسلمه للمبيع سببا في سقوط حقه في الضمان، فقد يتم انعقاد العقد عن طريق المذاق، أو بعد تجربة الشيء المبيع، و لكن يكون الاتفاق على استلامه بعد مدة معينة من إبرام العقد، فإن أي عيب يطرأ عليه قبل الاستلام يكون على البائع ضمانه.

• أما بالنسبة للمبيع المستعمل، فلا يوجد فرق بينه وبين المبيع الجديد، من حيث ضمان العيوب، فمثلا يكون المبيع الجديد معيبا يمكن للشيء القديم أن يكون معيبا أيضا، وقد نص على ذلك المرسوم التنفيذي 13-327²، كما إتجه كذلك القضاء الجزائري في هذا السياق حيث صدر قرار للمحكمة العليا بتاريخ: 21 جويلية 1999 ملف رقم: 202940، السابق الذكر، حيث جاء فيه: " إن القرار المطعون فيه الذي قضى برفض طلب المدعي الرامي إلى إبطال البيع وإرجاع الثمن لعيب خفي في المبيع بحجة أن البائع في مجال بيع السيارات القديمة غير ملزم بالضمان جاء بتعليل خاطئ، لأن البائع ملزم بضمان العيوب الخفية عندما يتعذر على المشتري نفسه لاكتشاف هذا العيب...، ومتى كان ذلك يتعين نقض القرار المطعون فيه ". إذن المحكمة العليا اعتبرت قرار غرفة المجلس الذي يقضي بأن البائع غير مسؤول عن ضمان العيب الخفي، بحجة أنه لا ضمان للعيوب الخفية في مجال السيارات القديمة، هو قرار باطل واعتبرت البائع ملزما بذلك ما لم يستطع المشتري اكتشاف العيب إذا ما فحص المبيع بعناية الرجل العادي.

• و تجدر الإشارة إلى أنه خلال بحثنا لم تصادفنا في القانون الجزائري نصوص قانونية تستبعد البيوع التي تتم بالمزاد الإلكتروني، غير أنه تعتبر غير خاضعة للضمان ومستبعدة

¹ لم يحرم المشرع الجزائري المشتري من حق تجريب المنتج في القانون 09-03، المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، في نص المادة 15 منه، ويشمل حق التجريب جميع المقتنيات الواردة في المادة 13 من نفس القانون.

² أنظر: المرسوم التنفيذي رقم 13-327، المؤرخ في 26 سبتمبر 2013، الذي يحدد شروط وكيفيات وضع ضمان السلع والخدمات حيز التنفيذ، ج ر، ع 49، الصادرة في 02 أكتوبر 2013. حيث جاء في نص المادة 17: " لا يمكن أن تقل مدة الضمان عن 3 أشهر بالنسبة للمنتجات المستعملة وتحدد مدة الضمان فيها بحسب طبيعة المنتج...".

منه، وقد جاءت بعض القوانين الأجنبية لضبط عمليات المزايدة والمناقصة في عقود البيع الإلكترونية، إذ يتم هذا البيع عبر مواقع افتراضية عبر الانترنت يستبعد فيه الضمان، ويستوجب فيه حماية المشتري¹.

الفرع الثاني

جواز الاتفاق على تعديل أحكام الضمان

إن قواعد ضمان العيوب الخفية ليست من النظام العام، حيث يجوز للمتعاقدين أن يستبعداها باتفاق خاص، من حيث الزيادة، أو النقصان، أو الإسقاط²، وهذا ما جاء في م 384 ق م ج، التي نصت على ما يلي: « يجوز للمتعاقدين بمقتضى اتفاق خاص أن يزيدا في الضمان أو أن ينقصا منه و أن يسقطا هذا الضمان غير أن كل شرط يسقط الضمان أو ينقصه يقع باطلا إذا تعمد البائع إخفاء العيب في المبيع غشا منه».

أولاً: الاتفاق على الزيادة في الضمان

إن الاتفاق على الزيادة في الضمان طبقاً لنص المادة السابقة، يعطي ضمانات للمشتري في عقد البيع، ترجع عليه بالمنفعة والمصلحة، كما يتقل كاهل البائع بالتزامات جديدة تقع على عاتقه، طبقاً لنص المادة المذكورة أعلاه. قد يكون الاتفاق على زيادة ضمان العيوب الخفية يتعلق بأسبابه أو بمدى التعويض المستحق عند تحققه³، كما قد يتناول شروط الضمان أو إجراءات الرجوع⁴، وقد يصدر هذا الاتفاق كعرض من البائع أو اشتراط من المشتري، كما قد يصدر بالإرادة المنفردة للبائع، لكونه هو المدين بهذا الالتزام، و لا يجوز أن يتم هذا الاتفاق بالإرادة المنفردة للمشتري؛ إذ يتطلب ذلك موافقة البائع أو رفضه لهذا الاتفاق. كما يفترض في هذا الضمان جهل المشتري بالعيب وقت إبرام العقد، أو كان يعلم أو لا يعلم بخلو المبيع من

¹ القانون المصري رقم 1998/89، كذلك القانون الفرنسي 2000/642، الصادر في 10 جويلية 2000، أنظر: دليلة معزوز، المرجع السابق، ص 238 إلى 240.

² محمد حسنين، المرجع السابق، ص 163.

³ عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 756.

⁴ نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص 434.

صفة معينة، كما يشترط أيضا أن لا يكون له يد في حدوث العيب عن سوء تسيير أو إهمال للمبيع¹. ويأخذ هذا الاتفاق عدة صور نعرضها فيما يلي:

- قد يتم الاتفاق على أن البائع يكون ضامنا لكل العيوب وقت التسليم، حتى الظاهر منها²، أو التي جرى العرف التسامح فيها³، أو كأن يكون للمشتري الحق في رد المبيع مع الحصول على التعويض الكامل حتى في حالة العيب غير الجسيم، أو إلزام البائع بالمصروفات الكمالية حتى ولو كان حسن النية⁴.

- كما قد يتم الاتفاق على إطالة مدة الإخطار أو إطالة تقادم دعوى الضمان⁵.

- ضمان صلاحية المبيع للعمل لمدة معلومة (**Le bon fonctionnement de l'objet**)

(vendu pendant un temps déterminé)، الذي اعتبره الدكتور عبد الرزاق السنهوري، ضرب من الاتفاق على زيادة أسباب الضمان⁶، نص عليه المشرع الجزائري في ظل مواكبة التطورات الحاصلة في المنتجات الدقيقة و الإلكترونية، وذلك في نص م 386 ق م ج، المقابلة للمادة 455 ق م م، والتي جاء فيها مايلي: « إذا ضمن البائع صلاحية المبيع للعمل لمدة معلومة ثم ظهر خلل فيها فعلى المشتري أن يعلم البائع في أجل شهر من يوم ظهوره و أن يرفع دعواه في مدة ستة (6) أشهر من يوم الإعلام، كل هذا ما لم يتفق الطرفان على خلافه». يعتبر ضمانا يلحق بضمان البائع للعيوب الخفية ويضاف إليه⁷، نُظمت أحكامه في المرسوم التنفيذي 327/13، الذي يحدد شروط وكيفيات وضع ضمان السلع والخدمات حيز التنفيذ⁸. ويشمل الأشياء دقيقة الصنع، سريعة الخلل، كالألات الميكانيكية، السيارات، الأدوات

¹ زروقي حنين، المرجع السابق، ص 333.

² عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 756؛ إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص 434.

³ نبيل سعد إبراهيم، المرجع نفسه، نفس الصفحة.

⁴ لحسن بن الشيخ أث ملويا، المرجع السابق، ص 438؛ نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص 434.

⁵ نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص 434؛ عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 756.

⁶ عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، نفس الصفحة.

⁷ توفيق حسن فرج، المرجع السابق، ص 515.

⁸ نصت المادة 1 و 2 من المرسوم التنفيذي رقم : 13-327 على تطبيق أحكام هذا المرسوم على السلع والخدمات المقتناة، المنصوص عليها في المادة 13 من قانون 09-03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، و تتمثل هذه السلع في المواد التجهيزية المختلفة.

الكهرومنزلية، الساعات، البطاريات، الأجهزة الإلكترونية... الخ¹، لا يكون المشتري ملزماً بفحصها عند التسليم²، بالتالي أشتبهد من هذا الضمان، العقارات، المنقولات العادية، السلع، والبذور... الخ³، و يعتبر اتفاقاً على الزيادة في الضمان، يضمن صلاحية المبيع للعمل لمدة معينة، حتى و لو كان به عيباً أم لا، يلتزم البائع به، إضافة إلى كافة العيوب الظاهرة أو المعلومة للمشتري، بشرط أن لا تكون قد نشأت عن خطأ منه⁴. و قد لا يتفق الطرفان على تحديد ما يتم الرجوع به على البائع في حالة ظهور العيب، هنا وجب الرجوع إلى القواعد العامة في ضمان العيوب الخفية⁵، و بما أنه ضمان إضافي⁶، يجوز للمشتري رفع دعوى ضمان العيوب الخفية ما لم تنقض مدتها، وحتى و إن انقضت مدة صلاحية المبيع للعمل⁷.

يلبي هذا الاتفاق رغبة المشتري؛ لأنه يزيد من الضمان ويرضي البائع لكونه يعطيه الثقة في سلته⁸، و يكون مقروناً بمدة معقولة لتجربة المبيع كالسيارة، أو لمدة تكفي لاستهلاكه، كالبطارية، كما قد تمتد لعدة سنوات، أو تطول وتقتصر بحسب الاتفاق⁹، و يتم الاتفاق عليه صراحةً بعبارات واضحة في العقد، أو في اتفاق لاحق، كما قد يكون في شكل إعلانات، أو

¹ عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص 758؛ رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص 367؛ توفيق حسن فرج، المرجع السابق، ص 515. أنظر: كذلك نص المادة 13 من قانون 09-03.

² محمد حسنين، المرجع السابق، ص 166.

³ محمد حسين منصور، ضمان صلاحية المبيع للعمل لمدة معلومة، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، س 2004، ص 17، 18.

⁴ عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 758-759، أنور سلطان، المرجع السابق، ص 340-341؛ محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 18.

⁵ عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 795؛ أنور سلطان، المرجع السابق، ص 341؛ رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص 367.

⁶ حسب نص المادة 3 من المرسوم التنفيذي 13-327، الضمان الإضافي هو كل التزام تعاقدية محتمل، يبرم إضافة إلى الضمان القانوني الذي يقدمه المتدخل، أو ممثله لفائدة المستهلك، دون زيادة في التكلفة. أنظر: كذلك المادة 18 و 19 منه.

⁷ توفيق حسين فرج، المرجع السابق، ص 515.

⁸ سي يوسف زاهية حورية، المرجع السابق، ص 252.

⁹ عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 760؛ أنور سلطان، المرجع السابق، ص 341، أبو السعود، المرجع السابق، ص 367، أنظر: المواد 16 و 17، من المرسوم التنفيذي 13-327، بخصوص مدة ضمان المواد الجديدة والمستعملة.

لوائح يضعها البائع لجلب المشتري إلى التعاقد¹، و تحرر فيه قسيمة ضمان (Bulletin de garantie)²، تكون مطبوعة ومعدة سلفاً، يحدد فيها ما يشمله هذا الضمان و مدته³.
تحدد مدة إخطار البائع بالخلل في هذا الضمان بشهر من وقت ظهوره، وإلا سقط حق المشتري في الرجوع عليه، كما يجوز الاتفاق على تعديلها؛ لأنها ليست من النظام العام، عكس ما جاء في الضمان القانوني، الذي حددت مدته بالوقت الملائم⁴، و تعتبر صحيفة دعوى الضمان المباشرة التي رفعها المشتري دون إخطار البائع بمثابة إخطاراً كافياً له، ويتحمل المشتري مصاريف الدعوى في هذه الحالة إذا سلم البائع بحقه⁵، كما تحدد مدة رفع الدعوى في هذا الضمان بستة أشهر (6) من يوم الإخطار، ويمكن الاتفاق على تعديلها؛ لأنها مدة سقوط وليست مدة تقادم يمكن إطالتها دون تقصيرها⁶.

لا يتطلب قيام هذا الضمان توفر جميع شروط العيب، بل يكفي أن يكون الخلل مؤثراً في ضمان صلاحية المبيع للعمل لمدة معينة دون خطأ من المشتري، أو تدخل للغير، أو قوة قاهرة، ويقع على الدائن عبء إثبات التصرف المنشئ لهذا الضمان، أو مدة الصلاحية، أو بدء سريانه، وذلك بالاعتماد على نص العقد، أو قسيمة الضمان⁷. وينصرف التزام البائع فيه إلى إصلاح المبيع، أو تحمل مصاريف تصليحه، أو تغيير أجزاء معينة منه، أو تغييره إذا لم يعد صالحاً للاستعمال⁸.

¹ محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 11، 12، 13؛ أنور سلطان، المرجع السابق، ص 340-341.

² أنظر: المواد 6 و7 و8 من المرسوم التنفيذي 13-327.

³ توفيق حسن فرج، المرجع السابق، ص 515؛ محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 12.

⁴ عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 760. أنظر: نص المادة 386 ق م ج؛ أنظر: المواد 20، 21، 22 من المرسوم التنفيذي 13-327.

⁵ أنور سلطان، المرجع السابق، ص 341.

⁶ عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 760. أنظر: نص المادة 386 ق م ج.

⁷ توفيق حسن فرج، المرجع السابق، ص 515-516؛ سي يوسف زاهية حورية، المرجع السابق، ص 254؛ محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 12، 13، 14، 20.

⁸ عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 760؛ أنور سلطان، المرجع السابق، ص 341؛ توفيق حسن فرج، المرجع السابق، ص 515. أنظر: المادة 12 من المرسوم التنفيذي 13-327.

ثانياً: الاتفاق على إنقاص الضمان

بالرجوع إلى نص م 384 ق م ج، تقابلها في ذلك م 453 ق م م، نجد أن القانون قد أباح التخفيف من الضمان أو الإنقاص منه، وهذا بشرط أن لا يكون البائع عالماً بالعيب و أخفاه غشاً منه.

في الاتفاق على الإنقاص من الضمان لا يجوز للبائع أن يكون عالماً بالعيب الذي اشترط عدم ضمانه فتعمد إخفاؤه عن المشتري غشاً منه، كما يجب أن يكون علمه بالعيب مقترناً بتعمد إخفاؤه له، فإذا كان عالماً بالعيب، ولكن لم يتعمد إخفاؤه غشاً، ففي هذه الحالة يجوز الاتفاق على إنقاص الضمان؛ إذ يعد هذا الاتفاق بمثابة تنبيهها للمشتري ضمناً بوجود العيب، فإذا قبل المشتري بالمبيع اعتبر كمن اشترى ساقط الخيار، مادام قد قدر ذلك في الثمن؛ أي أن المشتري قام بمخاطرة¹، والبائع لا يضمن العيوب الظاهرة، أو التي يعلمها المشتري، كما أسلفنا الذكر.

إذا تحقق شرط علم البائع بالعيب وإخفاؤه غشاً، فإن نطاق بطلان الاتفاق على إنقاص الضمان ينحصر في هذا العيب دون سواه، وبالتالي يبقى الاتفاق على إنقاص الضمان صحيحاً بالنسبة للعيوب الأخرى².

ومن صور الاتفاق على الإنقاص من الضمان مايلي:

- قد يشترط البائع على المشتري ألا يضمن له عيباً معيناً يذكره بالذات، كاشتراط عدم ثبات اللون في المبيع، أو أن يشترط عليه عدم ضمان العيب الذي لا يظهر إلا بالفحص الفني المتخصص³.
- كما قد يشترط البائع في حالة رد المبيع أن لا يرد للمشتري إلا أقل القيمتين: قيمة المبيع سليماً، أو الثمن، أو أن لا يرد إلا قيمة المبيع سليماً دون أن يدفع أي تعويض آخر⁴.

1 عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 757؛ نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص 435.

2 نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، نفس الصفحة.

3 أنور سلطان، المرجع السابق، ص 339؛ عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 756.

4 عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، نفس الصفحة.

- كما أنه استثناء لأحكام هذه القاعدة، فإنه لا يجوز لطرفي الاتفاق على إنقاص الضمان عن طريق تقليص، أو تقصير مهلة تقادم الدعوى¹، لأنه يعد تحرراً للبائع من التزامه بالضمان مبكراً، وعليه لا يجوز مخالفة القانون الذي يحدد مدة التقادم بسنة واحدة من تاريخ الاستلام².

ثالثاً: الاتفاق على إسقاط الضمان

حسب ما جاء في م 384 ق م ج، يشترط كذلك لصحة الاتفاق على إسقاط الضمان أن يكون البائع غير عالم بالعيب و أن لا يكون قد أخفاه عن المشتري غشاً منه، و بالتالي فإن كل ما قيل على حالة الاتفاق على الإنقاص من الضمان، ينطبق على حالة الاتفاق على إسقاط الضمان.

ومن صور الاتفاق على إسقاط الضمان، أن يشترط البائع على المشتري عدم ضمانه لأي عيب قد يظهر في الشيء المبيع، و يشترط عليه استبقاء المبيع مع عدم أحقيته في التعويض³.

و تجدر الإشارة أن لصحة الاتفاق على إسقاط الضمان، أن يكون باتفاق الطرفين؛ إذ أنه لا يجوز أن يتم إسقاط الضمان بدون موافقة المشتري، فإذا اشترطه البائع وحده عدّ الاتفاق باطلاً باعتباره شرطاً تعسفياً⁴.

نستنتج مما سبق، أن تطبيق نص م 384 ق م ج، في مجال تعديل أحكام ضمان العيوب الخفية يعد سلاح ذو حدين، فبخصوص الاتفاق على زيادة الضمان، يعد شيئاً إيجابياً بالنسبة للمشتري؛ لأن الالتزام الإضافي أو الموسع الذي يقع على عاتق البائع، يجعله يحترم البنود التي وضعها بمحض إرادته، وهذا ما يُخلّص أروقة المحاكم من القضايا المختلفة في

¹ توفيق حسن فرج، المرجع السابق، ص 509-510.

² لقد انقسم الفقه المصري إلى تيارين فيما يخص الاتفاق على إنقاص الضمان بالنسبة إلى تقليص مدة التقادم إلى أقل من سنة واحدة من تاريخ التسليم، فقد أجاز أحدهما هذا التقليص ورفض الآخر إمكانية اللجوء إلى مثل هذا الاتفاق، بالرغم من جواز ذلك في نص المذكرة الإيضاحية للقانون المصري، كما انقسم الفقه الفرنسي كذلك إلى تيارين مختلفين بخصوص جواز هذا الاتفاق، بالمقابل فإن القانون اللبناني قد نص صراحة على جواز الاتفاق على الإنقاص من مدة تقادم دعوى الضمان، وذلك في قانون الموجبات والعقود اللبناني في نص المادة 463، أنظر: توفيق حسن فرج، المرجع السابق، هامش 1، ص 510.

³ محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 406.

⁴ سي يوسف زاهية حورية، المرجع السابق، ص 257.

مجال البيوع، أما بخصوص الاتفاق على الإنقاص من الضمان أو إسقاطه، قد يعد إجحافاً في حق المشتري، خاصة إذا ما تعلق إنقاص الضمان، أو إسقاطه بعقود تتعلق بمنتجات دقيقة أو خطيرة تمس بسلامته و أمنه.

الفصل الثاني:

آثار ثبوت العيب الخفي
الموجب للضمان في عقد البيع

تمهيد:

رأينا في الفصل الأول أن البائع يكون ملزماً بضمان العيب الخفي في المبيع، أو تخلف صفة تعهد بوجودها فيه عند التسليم، ومتى ثبت وجود عيب في المبيع تتوفر فيه جميع الشروط، كان على المشتري بصفته صاحب الحق في الضمان المبادرة إلى القيام بإجراءات ودية ألزمه القانون بإتباعها، فإذا لم يلتزم البائع بضمان هذا العيب، جاز للمشتري اللجوء إلى رفع دعوى أمام المحكمة المختصة للمطالبة بحقه في الضمان، لذلك سوف نحاول دراسة شروط رفع هذه الدعوى و إجراءاتها القانونية (المبحث الأول)، ومختلف الآثار المترتبة عنها (المبحث الثاني).

المبحث الأول

شروط دعوى ضمان العيب الخفي في عقد البيع

في هذا المبحث سوف نتناول شروط رفع دعوى ضمان العيب الخفي من خلال معرفة من هم أطراف الدعوى (المطلب الأول)، و ما يتطلب القيام به قبل رفع الدعوى، و إجراءات رفعها، كما سنعرف الحالات التي تؤدي إلى سقوطها (المطلب الثاني).

المطلب الأول

أطراف دعوى ضمان العيب الخفي في عقد البيع

عقد البيع كغيره من العقود تنتقل آثاره بما فيها من حقوق و التزامات إلى أطرافه من بائع ومشتري، طبقاً لمبدأ نسبية العقود، وباعتبار ضمان العيب الخفي أثر من آثار هذا العقد، يعطي الحق للطرف الدائن لرفع دعوى ضمان العيب الخفي على المدين بالضمان، فمن هو المدين بضمان العيب الخفي في هذه الدعوى (الفرع الأول)، ومن هو الدائن بالضمان (الفرع الثاني).

الفرع الأول المدين بالضمان

تخضع القوة الملزمة للعقد إلى مبدأ هام يسمى "مبدأ نسبية أثر العقد" (Le Principe de l'effet relatif du contrat)، وهو يمثل الإطار الشخصي لآثار العقد، ويعني ذلك أن آثار العقد من حقوق والتزامات تنصرف إلى أطرافه فقط¹، بالتالي فإن المدين بالضمان في عقد البيع هو البائع المدعى عليه في دعوى ضمان العيب الخفي، بحسب نص م 379 ق م ج، والتي تقابلها م 447 ق م م، وتقابلها م 1641 ق م ف، باعتباره هو من فوت على المشتري فرصة الانتفاع بالمبيع على الوجه المطلوب.

و كإستثناء على مبدأ نسبية العقد، يمكن أن تتعدى آثاره إلى الخلف العام و الخلف الخاص حسب نص المواد: 108، 109 ق م ج، إذن قد يكون المدين بالضمان هو البائع نفسه (أولاً)، كما قد يكون ممثلاً في عدة بئعين (ثانياً)، وقد يمتد إلى غير البائع (ثالثاً)، أو إلى خلفه العام في حالة الوفاة (رابعاً).

أولاً: حالة البائع نفسه هو المدين بضمان العيب الخفي

في هذه الحالة قد يأخذ البائع صورتين: صورة بائع عادي (عرضي)، أو بائع محترف في شكل صانع، أو منتج، أو تاجر، ولذلك ارتأينا إلى التفريق بينهما.

1- البائع العرضي

هو ذلك الشخص الذي يمارس البيع ليس كإحتراف، ويعتبر هذا البيع من الأعمال المدنية لا التجارية، ويمكن أن يشمل هذا الوصف كل تاجر، أو صانع يبيع أشياء أخرى غير تلك الأشياء التي تدخل ضمن اختصاصه²، يفترض فيه حسن النية سواء في القانون الجزائري، أو

¹ بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني الجزائري، المصادر الإرادية(العقد والإرادة المنفردة)، ج 1 ، ديوان المطبوعات الجامعية، ط 6، بن عكنون، الجزائر، س 2015، ص 547.

² قرفي مراد، المرجع السابق، ص 68.

الفرنسي ، أو المصري، لكونه لا يملك معلومات عن مبيعه، ويمكن إثبات عكس ذلك عملاً بمبدأ أن الأصل براءة الذمة، وعلى من يدعي العكس إثبات صحة ما يدعيه¹.

2-البائع المحترف

هو كل شخص طبيعي أو معنوي يمارس نشاطا يهدف إلى الحصول على ربح دون تحقيق رغبات شخصية أو عائلية، أو هو كل شخص طبيعي، أو معنوي يمارس مهنة، أو حرفة، أو نشاط بصفة معتادة على سبيل الانتظام و الاستمرار، و له خبرة عالية تجعله يعلم بخبايا حرفته²، عرفه المشرع الجزائري في التقنين التجاري، حيث حدد مفهومه و مفهوم الأعمال التجارية بصفة عامة، و حدد التزاماته³، كما عرفته م 02 من المرسوم 266/90⁴، التي تنص: « المحترف هو كل منتج، أو صانع، أو وسيط، أو حرفي، أو تاجر، أو مستورد، أو موزع، و على العموم كل متدخل ضمن إطار مهنته في عملية عرض المنتج أو الخدمة للاستهلاك...»⁵.

واعتبره القانون 04-02 في م 3 منه عوناً اقتصادياً، يضم في مفهومه كل منتج، أو تاجر، أو حرفي، أو مقدم خدمات، أيًا كانت صفته القانونية يمارس نشاطه في الإطار المهني العادي، أو بقصد تحقيق الغاية التي تأسس من أجلها⁶.

¹ زروقي حنين، المرجع السابق، ص 207؛ قرفي مراد، المرجع السابق، ص 68.

² فرحاوي عبد العزيز، المرجع السابق، ص 151.

³ أنظر: الأمر، رقم 96-27، المؤرخ في 9 ديسمبر 1996، المتضمن القانون التجاري، المعدل والمتمم للأمر رقم 75-59، المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، ج ر، ع 77، الصادرة في 11 ديسمبر 1996.

⁴ أنظر: المرسوم التنفيذي رقم 90-266، المؤرخ في 15 سبتمبر 1990، المتعلق بضمان المنتوجات والخدمات، ج ر، ع 40، الصادر في 19 سبتمبر 1990.

⁵ لقد تم وضع هذا القانون بعد ظهور التطورات الكبيرة و التكنولوجيات الحديثة في المنتوجات و الأجهزة، و هذا لأجل إعطاء ضمانات واسعة للمشتري(المستهلك)، الذي لا يعلم بخبايا هذه المنتوجات الجديدة، و كذلك لمواجهة كل بائع، أو صانع، و بصفة عامة ضد كل محترف، و بالتالي إعادة التوازن للعلاقة العقدية، التي أصبحت مختلفة عما كانت عليه سابقاً، في ظل القوانين القديمة.

⁶ أنظر: القانون 04-02، الصادر في 23 يونيو 2004، الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، ج ر، ع 41، الصادرة في 27 يونيو 2004.

كما اعتبرته م 03 فقرة 7 من قانون 09-03، المتضمن حماية المستهلك وقمع الغش السالف الذكر، كل متدخل؛ أي كل شخص طبيعي أو معنوي يتدخل في عرض المنتجات للاستهلاك، وحسب الفقرة 8 منها، عملية وضع المنتج للاستهلاك هي مجموع مراحل الإنتاج، و الاستيراد، والتخزين، والنقل، والتوزيع بالجملة، وبالتجزئة.

يعتبر البائع المحترف سيء النية في التشريع الفرنسي لكونه يعلم بالعيوب الخفية في المبيع، ويخضع لنص م 1645 ق م ف¹، و اعتبره القضاء الفرنسي سيء النية كذلك، حتى ولو لم يكن يعلم بالعيوب الخفي، كحكم محكمة استئناف روان (Rouan) التي أخضعت المحترف صانعا كان أو تاجرا لنص م 1645 سالف الذكر؛ لأنه ضامن لجودة منتجاته²؛ ولكونه لا تغيب عنه خبرته وعلمه وجود عيب لاحق، وهذا ما ذهبت إليه الغرفة المدنية والتجارية لمحكمة التمييز الفرنسية في قضية انفجار قارورة غاز بسبب عدم نقاوة الغاز³، و يعتبر المنتج، سيء النية، مسؤولا عن أضرار منتجاته حتى و لو لم تربطه بالمتضرر علاقة تعاقدية⁴.

أما في التشريع الجزائري و الفقه المصري، لا يعتبر البائع المحترف سيء النية لكونه عالما للعيوب فقط، وإنما إذا أخفى العيب عن المشتري غشا منه كذلك، وهذا بحسب نص م 2/379 و م 2/383 ق م ج، كأن يستعمل طرق احتيالية، كالغش والتدليس مثلا، وعلى المشتري إثبات سوء نية البائع لكونها واقعة مادية تثبت بكافة الطرق، مع إمكانية إثبات عكسها كما رأينا سابقا⁵.

¹ Art 1645 :« Si le vendeur connaissait les vices de la chose, il est tenu, outre la restitution du prix qu'il en a reçu, de tous les dommages et intérêts envers l'acheteur ».

² دليلة معزوز، المرجع السابق، ص 253-254.

³ جريدة خواص، المرجع السابق، ص 131-132.

⁴ المادة 140 مكرر من ق م ج: " يكون المنتج مسؤولا عن الضرر الناتج عن عيب في منتوجه حتى ولو لم تربطه بالمتضرر علاقة تعاقدية. يعتبر منتوجا كل مال منقول ولو كان متصل بعقار، لا سيما المنتوج الزراعي و المنتوج الصناعي وتربية الحيوانات، والصناعة الغذائية والصيد البري والبحري والطاقة الكهربائية.

⁵ دليلة معزوز، مرجع سابق، ص 253-254؛ جريدة خواص، مرجع سابق، ص 130.

ثانيا: حالة تعدد الباعين (انقسام الضمان)

في هذه الحالة يمكن دراسة صورتين لتعدد الباعين من أجل معرفة المدين بضمان العيب الخفي في عقد البيع وهما:

1- الباعين المتضامنين

في هذه الحالة إذا ما ثبت وجود عيب في المبيع يوجب الضمان، يمكن للدائن (المشتري) الرجوع على الباعين مجتمعين، ويمكن له الرجوع على أي أحد منهم، إذا تضامنوا فيما بينهم في التزامهم، ويكون رجوعه عليهم في هذه الحالة وفقا للقواعد العامة في التضامن¹.

2- الباعين غير المتضامنين

يجوز للدائن في ضمان العيوب الخفية في هذه الحالة الرجوع بالضمان على الباعين كل حسب قدر نصيبه في المبيع، ولا يجوز الرجوع بالضمان على واحد منهم، فإذا كان البيع لشخصان يملكان عينا شائعة وظهر بها عيب خفي، فرجوع المشتري على الباعين يكون بحسب نصيب كل واحد منهما في العين الشائعة².

ثالثا: حالة المدين بضمان العيب الخفي من الغير

أ- الوكيل بالبيع

لم تنص التشريعات المدنية على هذه الحالة في نظام ضمان العيوب الخفية في المبيع، إلا أن الفقه القانوني و الإسلامي تطرق إلى ذلك، بحيث اختلفت حوله الآراء، والرأي الراجح لدى فقهاء الشريعة الإسلامية يجعلون من الوكيل³ بالبيع ضامنا للعيب الخفي، لكونه أضاف العقد لنفسه، وأن الدائن بالضمان (المشتري) قد تعاقد معه دون علمه بوجود موكل (أصيل)، و بالتالي يعتبر ضامنا إلى جانب هذا الموكل، لما في ذلك تحقيقا لمصلحة الدائن المتعاقد⁴.

¹ عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 730؛ سعدي فتيحة، المرجع السابق، ص 161.

² عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، نفس الصفحة؛ سعدي فتيحة، المرجع السابق، نفس الصفحة.

³ نُظِّمَتْ أحكام الوكالة في القانون المدني الجزائري، في المواد من 575 إلى 589.

⁴ كسكاس أسماء، أثر تعيب المبيع على الالتزام في القانون المدني الجزائري، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه علوم تخصص قانون خاص، كلية الحقوق - سعيد حمدين، جامعة الجزائر 1- بن يوسف بن خدة، س 2017-2018، ص 163، 164، 165.

ب- الكفيل

الكفالة هي عقد موضوعه يفترض وجود دين في ذمة شخص يسمى المدين الأصلي، لم يتم بتنفيذه في ميعاد إستحقاقه، فيلتزم الكفيل بأداء هذا الدين إلى الدائن¹، إذن أصبحت العلاقة بين الكفيل والدائن، على أساس وجود علاقة التزام قبلية بين الكفيل والمدين المكفول.

و في ميدان ضمان العيوب الخفية في عقد البيع، يكون الكفيل مثله مثل البائع المدين ضامنا للعيب الخفي مادام قد كفل ديونه، وتطبق في ذلك قواعد الكفالة².

يفهم من ذلك أنه بالنسبة للتشريع الجزائري، يمكن تطبيق قواعد الكفالة على كفيل البائع، لكونه ملزما بضمان ديونه، و التزاماته، وبما أن ضمان العيب الخفي في المبيع التزم في ذمة البائع، فعلى كفيله ضمانها، وفقا لقواعد الكفالة المنصوص عنها في القانون المدني الجزائري³.

حسب رأي الفقه الإسلامي يجوز للغير ضمان عيب الشيء المبيع، شرط أن يتضمن العقد ذلك؛ أي قبل ظهور العيب، و اعتبار الغير مدينا بضمان العيب يتفق مع قواعد الكفالة، وهذا ما يزرع الثقة في المعاملات التجارية، أما في التشريع الفرنسي، فلا يوجد نص يخص هذه الحالة، لكن يمكن تطبيقها في نظام العيوب الخفية لعدم مخالفتها للنظام العام، و لا للسياسة التشريعية⁴.

رابعاً: حالة وفاة البائع (الخلف العام)

تنص م 108 ق م ج: « ينصرف العقد إلى المتعاقدين والخلف العام، ما لم يتبين من طبيعة التعامل، أو من نص القانون أن هذا الأثر لا ينصرف إلى الخلف العام كل ذلك مع مراعاة القواعد المتعلقة بالميراث »، إذن يمكن أن تنصرف آثار العقد إلى المتعاقدين والخلف العام، استثناء على مبدأ نسبية العقد، و يعرف الخلف العام (**Ayant – Cause a titre universel**) بأنه كل من يخلف سلفه في مجموع التركة، أو في جزء منه، كالوارث والموصى

¹ نزيه كجارة، العقود المسماة، البيع-الإجارة-الوكالة-الكفالة، ط1، شركة المؤسسة الحديثة للكتابة، طرابلس، لبنان، س 2010، ص385.

² عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص729

³ نُصِّمَت قواعد الكفالة في المواد من 644 إلى المادة 673 ق م ج.

⁴ كسكاس أسماء، المرجع السابق، ص167، 168 .

له¹، و الخلافة العامة تكون بسبب عام و لا تقوم إلا بعد الموت، ويسري في حق الخلف العام ما كان يسري في حق سلفه (Son auteur)².

بالرجوع إلى نظام ضمان العيوب الخفية، إذا ما توفي البائع قبل أن يطالبه المشتري الدائن بضمان العيب الخفي في المبيع، هل يجوز له مطالبة خلفه العام (الورثة) بهذا الضمان؟

في مثل هذه الحالة، لا يمكن للمشتري الرجوع على ورثة البائع المتوفى للمطالبة بحقه في ضمان العيب الخفي، وإنما يستوفي حقه من التركة ويشارك بذلك دائني البائع مشاركة الغرماء، وللورثة أخذ ما تبقى من التركة بعد سداد الديون³. يفهم من ذلك أنه وبالرجوع إلى التشريع الجزائري المستمد من الشريعة الإسلامية، أن سداد الديون يكون أولى من اقتسام الورثة للتركة، وبما أن ضمان العيب الخفي في المبيع هو دين على البائع المتوفى، فلا يجوز للدائن الرجوع على الورثة بالضمان، وإنما يستوفي حقه من التركة قبل اقتسامها.

أما في التشريع الفرنسي ينتقل الميراث تلقائياً للورثة، ولهم الحق في ثلاثة خيارات، إما قبول التركة كما هي، أو رفضها بأكملها، أو قبولها بشرط الجرد⁴.

¹ أنظر: القانون رقم 84-11، المؤرخ في 9 يونيو سنة 1984، المتضمن قانون الأسرة الجزائري، المعدل والمتمم بالأمر 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005، ج ر، ع 15، الصادرة في 27 فيفري 2005، أنظر: المواد من 180 إلى 201 منه. أنظر: المادة 774 ق م ج: "تسري أحكام قانون الأحوال الشخصية على تعيين الورثة وتحديد أنصبتهم في الميراث، وعلى انتقال أموال التركة".

² بلحاج العربي، المرجع السابق، ص من 550 إلى 558.

³ عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 729.

⁴ يكون للورثة إما قبول التركة كما هي وللمشتري في هذه الحالة أن يطالبهم بالضمان لأن الالتزام ينتقل إليهم، وإذا فاقت ديون مورثهم حدود التركة رجع المشتري على أموال الورثة. ويمكن للورثة خيار ثاني أن يرفضوا التركة بأكملها؛ أي أن هذا الرفض محملاً بكل الحقوق و الالتزامات، فيعتبر الوارث في هذه الحالة من الغير ولا يحق للمشتري مطالبته بالضمان، والخيار الأخير يمكنهم فيه قبول التركة مع شرط الجرد؛ أي قبولها بكل الحقوق والالتزامات لكن في حدود التركة، فإذا تجاوزت الديون حدودها لا يمكن للدائن الرجوع على الورثة مثل الحالة الأولى. أنظر: كسكاس أسماء، المرجع السابق، ص 166.

نستخلص مما سبق أن المدين بالضمان يمكن أن يكون في شخص البائع نفسه، ويقاس عليه بائعا عرضيا أو بائعا محترفا، فينسب إليه مسؤولية ضمان العيب الخفي حتى وإن كان منتجا.

كما يمكن أن يكون المدين بالضمان في شكل بائعين متعددين وفصلنا ذلك في حالتين، فإذا كان هؤلاء البائعين متضامنين، يمكن للمشتري الدائن أن يرجع عليهم بالضمان ككل، أو يرجع على أحدهم وفق أحكام التضامن، والحالة الثانية إذا كان البائعين غير متضامنين، يمكن للمشتري الرجوع عليهم بالضمان كل حسب قدر حصته في العين الشائعة (المبيع).

كما رأينا أنه قد يكون المدين بضمان العيب الخفي في المبيع من الغير ممثلا في الوكيل، وهنا رجحنا رأي الفقه الإسلامي والقانوني، بكونه ضامنا للعيب الخفي مع الأصيل حماية لحقوق المشتري، كما قد يكون الغير ممثلا في الكفيل الذي يعد ضامنا للعيب الخفي مثله مثل البائع المكفول وفق قواعد الكفالة.

وخلصنا القول أنه في حالة وفاة البائع، لا يمكن للمشتري المدين الرجوع على خلفه العام، وإنما يستوفي حقه من التركة ويشترك دائني البائع مشاركة الغرماء، عندها يمكن للورثة اقتسام التركة بعد الوفاء بكل الديون.

الفرع الثاني

الدائن بالضمان

طبقا لنص م 379 ق م ج، والتي تقابلها م 447 ق م م، والمادة 1641 ق م ف، المشتري هو الدائن بالضمان، المضمون، والمدعي في دعوى ضمان العيب الخفي، و تطبيقا لمبدأ نسبية أثر العقد، المشتري هو صاحب الحق الأول في ضمان العيب الخفي في عقد البيع.

قد يكون المطالب بالضمان هو المشتري نفسه (أولا)، و لكن إذا ما توفي هذا الأخير، هل يجوز أن ينتقل حق ضمان العيوب الخفية إلى خلفه العام ؟ (ثانيا)، وإذا ما تم التصرف في العين المباعة، هل ينتقل هذا الحق إلى خلفه الخاص ؟

أولاً: الدائن بضمان العيب الخفي هو المشتري نفسه

قد يكون المشتري هو المطالب بضمان العيب الخفي في المبيع، وهذا تبعاً لمبدأ نسبية العقد - كما رأينا سابقاً - و يتخذ في ذلك صورتين:

1- المشتري العادي:

هو الشخص الذي يشتري ليستفيد من منافع المبيع، يفترض جهله للتقنيات الموجودة فيه ولا يلتزم بمعرفتها، ويفقد هذه الصفة متى تم إرشاده وتبنيه¹ من قبل البائع المحترف²، كما عرفه البعض بأنه كل مستهلك يشتري للاستعمال الشخصي، وليس لإعادة البيع والتصنيع عن طريق إدخال مكوناته في شيء آخر يريد بيعه، كما يعتبر آخر عنصر في سلسلة الصراع التجاري يحتاج إلى رعاية خاصة³.

2- المشتري المحترف:

هو الشخص الذي يشتري من أجل إعادة البيع ويتخذ عملية الشراء حرفة له، يعرف تقنيات مبيعه بما في ذلك مزاياه وعيوبه بحكم ممارساته الدائمة في هذا الميدان⁴، له صفة البائع والمشتري في نفس الوقت⁵، وقرينة العلم بعيب المبيع لا تسري عليه، إلا إذا كان يمتحن نفس اختصاص البائع؛ أي يحترفان نفس النشاط⁶، وقد قدمنا مثالا فيما سبق بخصوص المشتري الذي يعد من كبار المزارعين، والذي اشترى بذورا لم تثبت لكون بعضها مسوسا، فلا يمكنه الرجوع على البائع بالضمان، باعتباره عالما بالعيب بحكم مهنته، ما لم يقدم دليلا على أنه لا يعلم بهذا العيب، كما يجب أن يثبت أنه لا يمكن لأي مهني مثله في نفس المجال أن يكتشف

¹ المرسوم التنفيذي رقم 13-378 الصادر في 9 نوفمبر 2013، الذي يحدد الشروط و الكيفيات المتعلقة بإعلام المستهلك، ج ر، ع 58، الصادر في 18 نوفمبر 2013؛ حيث يتم إعلام المستهلك بوضع بيانات بواسطة الوسم في المنتجات الغذائية وغير الغذائية، سيما طريقة الاستعمال، ويكون الإعلام أيضا عن طريق الإشهار، أو بأية طريقة أخرى مناسبة. أنظر: كذلك المادة 17 من القانون رقم 09-03 السالف الذكر، بخصوص إلزام إعلام المستهلك.

² زروقي حنين، المرجع السابق، ص 200، 201؛ دليلة معزوز، المرجع السابق، ص 251.

³ مراد قرفي، المرجع السابق، ص 72، 73..

⁴ دليلة معزوز، المرجع السابق، ص 251.

⁵ زروقي حنين، مرجع سابق، ص 201، مراد قرفي، المرجع السابق، ص 73.

⁶ مراد قرفي، المرجع السابق، نفس الصفحة.

هذا العيب، حتى و إن فحص المبيع بعناية الرجل العادي¹، و بالرجوع إلى نص م 379 ق م ج السابقة الذكر، لا يُفترض علم المشتري بالعيب، و إنما على البائع إثبات أن المشتري كان بإستطاعته اكتشاف العيب لو فحص المبيع بعناية الرجل العادي.

ثانياً: الدائن بضمان العيب الخفي هو الخلف العام

الخلف العام كما سبق ذكره هو من يخلف السلف في ذمته المالية أو في جزء منها، يمارس حق السلف الذي تلقاه ضمن التركة؛ أي يعتبر طرفاً في العقد مثل السلف تماماً، ولكن لهذه القاعدة حدود²، وكما رأينا فيما سلف أنه استثناء على مبدأ نسبية أثر العقد يمكن أن تنتقل الحقوق إلى الخلف العام مع مراعاة القواعد المتعلقة بالميراث، طبقاً لنص م 108 ق م ج، التي سبق ذكرها. إذن ينتقل ضمان العيب الخفي إلى ورثة المشتري المتوفى، و يجوز لهم الرجوع على المدين بالضمان في مكان مورثهم، بحيث ينقسم هذا الضمان بينهم كل حسب نصيبه في العين المباعة³.

و هذا ما ذهب إليه الشريعة الإسلامية، بحيث أقرت أنه يجوز توريث الخلف العام للمشتري المتوفى، ويمكنهم الرجوع لخيار العيب ورد المبيع المعيب، حيث ذهب الإمامان مالك والشافعي و أصحابهما في نفس السياق، أين أجازوا لورثة صاحب الخيار، الخيار مثلما كان لمورثه، وأن يطالب بكل ما هو مملوك لورثه⁴.

تجدر الإشارة إلى أنه إذا ما اتفق الورثة على رد المبيع المعيب، فلا يجوز لهم رد جزء منه فقط، لأن ذلك قد يفرق الصفقة على البائع⁵، خاصة إذا كان المبيع لا يقبل التجزئة، إذ يجب عليهم الاتفاق على رد المبيع المعيب كاملاً، لأنهم متضامنون فيما بينهم، كما لا يمكنهم تجزئة

¹ أنظر: ما تم التطرق إليه في الفصل الأول، المبحث الثاني، المطلب الأول، بخصوص شرط جهل المشتري بالعيب الخفي في المبيع.

² علي فيلالي، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، مطبعة الكاهنة، ط 1، الدويرة، الجزائر، س 1997، ص 261، 262؛ بلحاج العربي، المرجع السابق، ص من 550 إلى 558.

³ عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 730.

⁴ كسكاس أسماء، المرجع السابق، ص 155.

⁵ عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 730.

دعوى الضمان، لإستحالة تجزئة المبيع المعيب¹، إذن فالمسألة ترجع لطبيعة العين المباعة، فإذا كان قابلاً للتجزئة جاز للوارث الذي يملك الجزء المعيب فقط الرجوع على البائع بضمان العيب الخفي على هذا الجزء بطلب منفرد، أما إذا كان المبيع لا يقبل التجزئة لا يجوز له الأفراد بطلبه عن طلبات غيره، حتى لا تتفرق الصفقة على البائع² كما أسلفنا القول.

ثالثاً: الدائن بضمان العيب الخفي هو الخلف الخاص (Ayant-cause a titre particulier)

الخلف الخاص هو كل من يكتسب حقا على شيء معين ممن يستخلفه؛ أي كل من يتلقى من السلف حقا معيناً كان قائماً في ذمته، سواء كان ذلك بمقابل أو بدون مقابل قد يكون هذا الحق عينياً، أو شخصياً، أو معنوياً (كحق المؤلف، والمخترع، والنموذج الصناعي،... إلخ)³، وكما أسلفنا الذكر أنه استثناء على مبدأ نسبية آثار العقد، يمكن أن تتصرف حقوق والتزامات المشتري إلى خلفه الخاص، وهذا ما جاء في نص م 109 ق م ج بقولها: " إذا أنشأ العقد التزامات وحقوقاً، شخصية تتصل بشيء انتقل بعد ذلك إلى خلف خاص، فإن هذه الالتزامات والحقوق تنتقل إلى هذا الخلف في الوقت الذي ينتقل فيه الشيء. إذا كانت من مستلزماته وكان الخلف الخاص يعلم بها وقت انتقال الشيء إليه".

إذن ينتقل حق المطالبة بضمان العيوب الخفية إلى الخلف الخاص للمشتري إذا ما تصرف هذا الأخير في المبيع بأي شكل من أشكال التصرف، كأن يبيعه إلى مشتري ثان، فيصبح هذا المشتري الثاني خلفاً خاصاً له في العين المباعة، ويمكن له الرجوع بدعوى سلفه الأول على البائع، لأن هذه الدعوى انتقلت إليه مع المبيع المعيب من المشتري الأول، ويستمر الحال على هذا المنوال في حالة البيوع المتتابعة⁴، وبمقابل ذلك يكتسب المشتري الثاني ثلاثة دعاوى من

¹ سعدي فتيحة، المرجع السابق، ص 162، 163.

² كسكاس أسماء، المرجع السابق، ص 154، 155.

³ بلحاج العربي، المرجع السابق، ص من 559 إلى 564.

⁴ إبراهيم نبيل سعد، المرجع السابق، ص 411؛ عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 730.

أجل الحصول على ضمان العيب الخفي في المبيع، وهي دعواه الشخصية، ودعوى غير مباشرة، ودعوى مباشرة¹.

1- الدعوى الشخصية (Action personnel)

وهي دعوى مقررة للمشتري الثاني لمواجهة بائعه المباشر (المشتري الأول)، لمطالبته بضمان العيب الخفي في المبيع المعيب، مستمداً هذا الحق من العقد الذي بينهما، وتسري مدة تقادم هذه الدعوى سنة من تاريخ استلامه للمبيع من المشتري الأول (بائعه المباشر)².

إذن يمكن للمشتري الأول رفع دعوى لاحقة على بائعه المباشر لمطالبته بما حكم عليه، ويشترط في هذه الدعوى أن لا يكون قد قام بالبيع بعد أن علم بالعيب، لأن ذلك يسقط حقه في الضمان، مع احترام آجال رفع الدعوى، ويمكن له أيضاً إدخال بائعه الأصلي في الضمان الذي رُفِعَ ضده مباشرة، أو الخروج من المحاكمة المقامة ليحل محله بائعه الأصلي كطرف في الدعوى، وبالمقابل يبقى الحكم سارياً في مواجهة الجميع بما فيهم من اعتزل الدعوى³.

2- الدعوى غير المباشرة (Action Indirecte)

نصت عليها م 189 ق م ج⁴، وهي وسيلة أجازها القانون للدائن ليحمي بها حقه في الضمان العام في حالة ما إذا قصر المدين في المطالبة بهذه الحقوق، إذن هدفها حماية الدائن اتجاه تقصير مدينه، عن طريق استعمال نفس حقوق مدينه نيابة عنه في هذه الدعوى⁵.

إذن يجوز أن يرفع المشتري دعوى ضمان العيب الخفي باسم المشتري الأول (بائعه المباشر)، على البائع وفقاً لأحكام الدعوى غير المباشرة، وتسري مدة التقادم في هذه الحالة منذ

¹ عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 730؛ إبراهيم نبيل سعد، المرجع السابق، ص 412.

² عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 730، 731؛ نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، نفس الصفحة.

³ زروقي حنين، المرجع السابق، ص 201، 202؛ سعدي فتيحة، المرجع السابق، ص 164، 165.

⁴ المادة 189 ق م ج: " لكل دائن ولو لم يحل أجل دينه أن يستعمل باسم مدينه جميع حقوق هذا المدين. إلا ما كان منها خاصاً بشخص أو غير قابل للحجز، ولا يكون استعمال الدائن لحقوق مدينه مقبولاً، إلا إذا أثبت أن المدين أمسك عن استعمال هذه الحقوق، وأن هذا الإمساك من شأنه أن يسبب عسره. أو أن يزيد فيه ولا يجب على الدائن أن يكلف مدينه بمطالبة حقه غير أنه لا بد أن يدخله في الخصام."

⁵ محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني: النظرية العامة للالتزامات - أحكام الالتزام - الطبعة الجديدة و منقحة، دار الهدى للطباعة والنشر، جوان 2019، ص 114.

أن تسلم المشتري الأول المبيع المعيب من البائع¹، ولا يكفي أن يكون العيب موجوداً وقت البيع الثاني فقط، بل يجب أن يكون وقت البيع الأول أيضاً؛ أي بين المشتري الأول وبائعه الأصلي، ومثال ذلك قد يرفع المستهلك باعتباره دائناً بحق الضمان، دعوى غير مباشرة باسم تاجر الجملة على تاجر جملة آخر، أو على منتج، بشرط أن تسري مدة التقادم منذ تسلم تاجر الجملة المبيع المعيب². لا يتم اللجوء إلى مثل هذه الدعوى وذلك لكون الدائن بالضمان (المشتري الثاني) يتعرض إلى مزاحمة دائني المشتري الأول فلا يستفيد من الضمان لوحده³.

3- الدعوى المباشرة (Action directe)

وهي الدعوى التي يرفعها الدائن على مدين مدينه باسمه الشخصي ولحسابه الخاص⁴، كما يرى الدكتور محمد صبري السعدي أنها لا تثبت إلا بنص تشريعي خاص (Spécifiée par la loi)، و أنها مؤسسة على فكرة حق الامتياز (Le droit de privilège)، و تقوم على منفعة قدمها الدائن أو خسارة تحملها كما يراها الفقيه الفرنسي لابييه (Labbe)⁵.

يفهم من هذا أنه يمكن للمشتري الثاني أن يرفع دعوى ضمان العيب الخفي في المبيع على البائع، وهي نفسها دعوى المشتري الأول الذي أبرم العقد مع البائع، و انتقلت إلى المشتري الثاني عن طريق العقد المبرم بينه وبين المشتري الأول، وتتفق هذه الدعوى مع الدعوى غير المباشرة من حيث بدأ سريان مدة التقادم، والتي تبدأ منذ تاريخ تسلم المشتري الأول للمبيع المعيب، و تختلف معها من حيث كون المشتري الثاني لا يزاحمه دائني المشتري الأول في الضمان، كما أن المشتري لا يسقط حقه في الضمان حتى ولو لم يكن له حق الرجوع على المشتري الأول الذي اشترط عليه عدم ضمان العيب الخفي في المبيع، كما يشترط أن يكون العيب موجوداً بالمبيع وقت تسلم المشتري الأول له، حتى يبقى البائع ضامناً للعيب بالنسبة للمشتري الأول و الثاني⁶.

¹ عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 731.

² نبيل أبراهيم سعد، المرجع السابق، ص 412.

³ كسكاس أسماء، المرجع السابق، ص 157.

⁴ بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 596؛ علي فيلاي، المرجع السابق، ص 344، 345.

⁵ محمد صبري السعدي، أحكام الإلتزام، المرجع السابق، ص 126.

⁶ عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 731؛ كسكاس أسماء، المرجع السابق، ص 158.

يمكن للمستهلك وهو المشتري الأخير للسلعة الرجوع بدعوى مباشرة على تاجر الجملة، وعلى المنتج بتوفر شرطان، أولاً: أن لا تكون الدعوى قد تقادمت وتحسب من وقت تسلم تاجر الجملة السلعة من المنتج، ثانياً: أن يكون العيب موجوداً عند إبرام كل هذه العقود، حتى يثبت الضمان بالنسبة لتاجر الجملة والمنتج¹.

وحسب الدكتورة سعدي فتيحة، ظهر اختلاف بين ثلاثة نظريات بخصوص الدعوى المباشرة التي تثبت للمشتري الأخير الحق في الضمان ضد البائع الأول، وذلك بالنظر إلى غياب عقد بيع يجمع بين البائع الأول و المشتري الأخير، ويكمن هذا الاختلاف فيما يلي:

- النظرية الأولى: تزعمها الفقيه **weill**، حيث فسر الدعوى المباشرة بنظرية الاشتراط لمصلحة الغير²، فكل من يشتري شيئاً يفترض أن يشترط انتقال دعوى ضمان العيب الخفي منه إلى من يتعاقد معه.

- النظرية الثانية: تزعمها الفقيه **Rodiére**، حيث يعتبرها حقاً مباشراً للمشتري الفرعي في مواجهة البائع الأول، و مصدر هذا الحق: حوالة حق³ ضمنية تشملها جميع عقود البيع.

- النظرية الثالثة: تزعمها الفقيهان **Aubry et Rau**، حيث يعتبران المشتري الفرعي يتمتع بجميع الحقوق والدعاوى الثابتة التي انتقلت إليه ممن سبقه، فهي حقوقاً ودعاوى لصيقة و

¹ يعتبر المنتج مسؤولاً عن أضرار منتوجاته طبقاً لنص المادة 140 مكرر من ق م ج ، ذكرت سابقاً في الهامش، والتي تقابل المادة 1245 ق م ف، والتي جاء نصها كالتالي:

Art 1245 : « Le producteur est responsable du dommage causé par un défaut de son produit, qu'il soit ou non liée par un contrat avec la victime ».CCF.

² الاشتراط لمصلحة الغير (**La Stipulation pour autrui**): عقد يتم بين شخصين هما المشتري والمقرض، بمقتضاه يكسب شخص ثالث يسمى المستفيد أو المنتفع حقاً مباشراً قبل المقرض، يستطيع أن يطالبه بالوفاء به. أنظر: محمد صبري السعدي الواضح في شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزامات - مصادر الالتزام، العقد والإرادة المنفردة - طبعة جديدة مزينة ومنقحة، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، فيفري 2006، ص 334؛ علي فيلاي، المرجع السابق، ص 337؛ بلحاج العربي، المرجع السابق، ص من 577 إلى 596.

³ حوالة الحق: عقد ينقل بمقتضاه الدائن حقه الشخصي إلى آخر يحل محله في حقوقه قبل المدين، يسمى الدائن محيلاً (**Le Cédant**)، والدائن الجديد محالاً له (**Le Cessionnaire**)، و يسمى المدين محالاً عليه (**Le Cédé**)، قد تتم حوالة الحق معاوضة فتخضع لأحكام عقود المعاوضات، أو تتم تبرعاً فتخضع عندئذ لأحكام التبرعات. أنظر: محمد صبري السعدي، أحكام الالتزام، المرجع السابق، ص 255.

متصلة بالشيء، فتنقل معه حكما ولا تنفصل عنه¹.

ويرى الدكتور نبيل سعد إبراهيم أن الآراء التي تعتبر الدعوى المباشرة اشتراطا لمصلحة الغير أو عبارة عن حوالة حق ضمنية، هي آراء فيها نوع من التصنع، ويعتبرها من جهته من ملحقات المبيع².

يتبين أن رأي الدكتور نبيل سعد إبراهيم هو من رأي النظرية الثالثة، ونحن بدورنا نتفق معه في كون الدعوى المباشرة هي حق ينتقل عند انتقال ملكية الشيء المبيع، فحتى إن لم تربط الخلف الخاص للمشتري علاقة تعاقدية بالبائع الأول، يمكنه مباشرة هذه الدعوى في مواجهته، لأنه يملك هذه الدعوى مثله مثل سلفه الذي سلم له المبيع بملحقاته، بما في ذلك إمكانية استعمال نفس الحق الذي كان يملكه في الرجوع على بائعه بضمان العيب الخفي في المبيع المعيب.

نخلص مما سبق أن الدائن بضمان العيب الخفي في المبيع، يمكن أن يكون في شخص المشتري نفسه، ويقاس عليه مشتريا عاديا أو محترفا، كما يمكن لخلفه العام (الورثة) أن يطالب بالضمان في حالة ما توفي المشتري، بشرط أن يكونوا متضامنين فيما بينهم، ولا يمكنهم الاتفاق على تجزئة حقه في الضمان، إذا كان المبيع غير قابل للتجزئة، لكي لا يفوتوا الصفقة على البائع.

كما يمكن للخلف الخاص للمشتري الذي تصرف في المبيع أن يحل محله للمطالبة بضمان العيب الخفي من البائع عن طريق استعمال ثلاثة دعاوى، وهي الدعوى الشخصية، والدعوى المباشرة، والدعوى غير المباشرة، وقد فصلنا ذلك فيما سبق.

كما تجدر الإشارة إلى أن دائرة الدائنين بضمان العيب الخفي لا تشمل فقط المشتري وخلفه العام وخلفه الخاص، فقد أدخلت عدة قوانين ضمن فئة الدائنين، جمعيات حماية المستهلك، والتي مهمتها إعطاء حماية أكثر للمستهلك (المشتري)، بحيث يمكن لها حتى

¹ سعدي فتيحة، المرجع السابق، ص من 167، 168.

² نبيل سعد إبراهيم، المرجع السابق، ص 412.

التقاضي بإسمه، وعلى غرار هذه القوانين ما جاء في القانون 09-03، المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، الذي تم ذكره سابقا، وذلك من خلال المواد من 21 إلى 24 منه.

بعد أن تطرقنا إلى أطراف دعوى ضمان العيب الخفي في عقد البيع، أين عرفنا الدائن بالضمان و المدين به، سنتناول في مايلي إجراءات رفعها، حتى يثبت حق المشتري (الدائن بالضمان) في ضمان العيب الخفي في المبيع.

المطلب الثاني

إجراءات دعوى ضمان العيب الخفي في عقد البيع

عند ثبوت عيب خفي في المبيع، أو تخلف صفة كفل البائع توفرها فيه بعد تسلم المشتري للمبيع، لا بد لهذا الأخير أن يباشر إجراءات ودية، و سابقة عن رفع دعوى ضمان العيب الخفي، عن طريق إخطار البائع بهذا العيب بعد تفحصه له (الفرع الأول)، و إذا لم يلتزم البائع بضمان هذا العيب، يجوز للمشتري رفع الدعوى، عن طريق تحرير عريضة و إيداعها لدى المحكمة المختصة في ميعادها القانوني (الفرع الثاني)، لكن لا بد عليه تقاضي ما يمكن أن يؤدي إلى سقوطها (الفرع الثالث).

الفرع الأول

الإجراءات القبلية لرفع دعوى ضمان العيوب الخفية

قد تتخلف صفة مشروطة كُفل توفرها في المبيع من طرف البائع، وقد يثبت وجود عيب خفي في المبيع بالشروط التي تناولناها سابقا، إلا أن ذلك لا يعطي الحق للمشتري للمطالبة بضمان هذا العيب، ما لم يباشر بفحص المبيع بعد استلامه (أولا)، و إخطار البائع بذلك (ثانيا).

أولا: فحص المبيع

ألزم المشرع الجزائري المشتري بفحص المبيع جيدا عند الاستلام، وذلك في م 380 ق م ج، تقابلها م 449 ق م م، والتي نصت على مايلي: « إذا تسلم المشتري المبيع وجب عليه

التحقق من حالته عندما يتمكن من ذلك حسب قواعد التعامل الجارية، فإذا كشف عيباً يضمنه البائع وجب عليه أن يخبر هذا الأخير في أجل مقبول عادة، فإن لم يفعل أعتبر راضياً بالبيع.

غير أنه إذا كان العيب مما لا يظهر بطريق الاستعمال العادي وجب على المشتري بمجرد ظهور العيب أن يخبر البائع بذلك وإلا اعتبر راضياً بالمبيع بما فيه من عيوب»، إذن و حسب هذه المادة، على المشتري أن يبادر بفحص المبيع بعد أن يتسلمه، للتأكد من حالته بمجرد أن يستطيع ذلك طبقاً لقواعد التعامل الجارية¹، والمقصود بالتسليم هنا هو التسليم الفعلي للشئ المبيع فلا يكفي التسليم الحكمي؛ لأن في التسليم الفعلي تنتقل حيازة المبيع إلى المشتري، ما يتيح له الإطلاع على المبيع و فحصه جيداً².

مما سبق، نستنتج أن كل من المشرع الجزائري والمشرع المصري، قد فرقا بين العيب الذي يمكن كشفه بمجرد الفحص العادي، و العيب الذي يتطلب كشفه فحصاً دقيقاً³.

- الحالة الأولى: إذا كان العيب مما يمكن الكشف عنه بالفحص العادي

على المشتري بعد تسلمه للمبيع أن يقوم بفحص للمبيع فحص الرجل العادي، فإذا كشف عيباً، أو تخلف صفة في المبيع يضمنه البائع، قام بإخطار هذا الأخير في مدة معقولة؛ أي في أجل مقبول، و للقاضي سلطة تقدير ما إذا كان المشتري قد قام بفحص المبيع في الوقت المتعامل به وفقاً للمألوف، أو أنه أبطأ وتهاون في ذلك⁴.

- الحالة الثانية: إذا كان العيب مما لا يمكن الكشف عنه إلا بالفحص الفني

إذا تعذر على المشتري كشف العيب عن طريق الفحص المعتاد، يبقى حقه في الرجوع بالضمان على البائع قائماً، إلى أن يسقط بالتقادم، أما إذا لجأ المشتري إلى خبير فني فلا يسقط حقه في الضمان، ويبقى هذا الحق قائماً طوال المدة اللازمة للفحص بحسب المألوف في

¹ لحسن بن الشيخ أنث ملوياً، المرجع السابق، ص 464.

² سي يوسف زاهية حورية، المرجع السابق، ص 243؛ محمد صبري السعدي، عقد البيع والمقايضة، المرجع السابق، ص 390.

³ سعدي فتيحة، المرجع السابق، ص 151.

⁴ سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني في العقود المسماة، عقد البيع، مج 1، ط 5، المنشورات الحقوقية مكتبة صادر،

بيروت، لبنان، س 1998، ص 571.

التعامل، ويجب عليه إخطار البائع بمجرد كشف العيب، كمثال ذلك، الأرض الفلاحية المليئة بالأملح، فلا يمكن اكتشافها إلا بالتحليل الكيماوي¹، وبعبارة أخرى يجب عليه إبلاغ البائع بالعيب بمجرد إنتهاء الخبرة أو الفحص الدقيق، و إلا أعتبر قابل بالعيب²، مثل الكشف عن عيوب في بذور عن طريق وضعها في ماء دافئ و مراقبة إنباتها، فإذا لم تنبت تبين أنها خضعت إلى تعديل جيني.

فما هو المعيار الذي يتم الاحتكام إليه لتحديد ما إذا كان العيب مما يمكن كشفه بالفحص العادي، أو العيب الذي يتم إجراء فحص دقيق لكشفه³ ؟

لا يعد المشتري راضيا بالمبيع المعيب بمجرد استلامه له، ولو كان فيه عيب ظاهر، أو في حكم الظاهر يمكن تبينه بالفحص المعتاد، و إنما يجب إعطائه مهلة من أجل التحقق من حالة المبيع في مهلة معتادة وفقا للمألوف في التعامل⁴، وينطبق ذلك على مختلف البيوع، سواء تعلق الأمر بمنقولات أم لا، ويكون هذا الفحص أكثر دقة من الفحص الذي يجريه المشتري وقت العقد، لأن المبيع أصبح تحت تصرفه، يمكن له أن يفحصه كما يريد⁵، وكمثال على ذلك شراء قماشا مطويا، به عيب ظاهر⁶ أو في حكم الظاهر، فلا يعتبر راضيا بالمبيع المعيب بمجرد أن استلم القماش المطوي، و إنما يكون راضيا به إذا ما تحقق منه بعد أخذه إلى المنزل أو المتجر، و قام بنشره فلم يجد به عيبا، أو وجده بالفحص المعتاد، فسكت دون أن يخطر البائع بالعيب في الوقت القانوني (المألوفة في التعامل)⁷.

¹ محمد صبري السعدي، عقد البيع والمقايضة، المرجع السابق، ص 390؛ سليمان مرقس، المرجع السابق، ص 571، 572.

² لحسن بن الشيخ أث ملويا، المرجع السابق، ص 466.

³ سعدي فتيحة، المرجع السابق، ص 152.

⁴ عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 736.

⁵ توفيق حسن فرج، المرجع السابق، ص 458.

⁶ يرى الدكتور توفيق حسن فرج، أن العيب الظاهر المذكور في نص المادة 449 ق م م، تقابلها نص المادة 380 ق م ج، يثير تساؤلا فيما يخص كون أن هذا الأخير، لا يدخل في الضمان، طبقا لما تم التعرف عليه من قبل، إذ أن وجود العيب الظاهر بالمبيع يمكن الكشف عنه بالفحص المعتاد، و لم يفعل المشتري عد قابلا به على حالته. أنظر: حسن فرج، المرجع السابق، هامش 1، ص 459.

⁷ عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 736.

هناك رأي يرى أنه يمكن تطبيق الحالة السابق، إلا في حالة غياب المشتري عن مجلس العقد، كأن يتم البيع بواسطة الهاتف، أو إعطاء بيانات أو معلومات عن الشيء المبيع من طرف البائع. أما إذا تم البيع بمجلس العقد بحضور المشتري، فلا مجال لتطبيق هذه القاعدة؛ لأن المشتري استطاع رؤية المبيع، ووجود عيب به يؤدي إلى استنتاج أنه قد رضي بالعيب، و تنازل عنه ضمناً¹.

و توجد حالة أخرى وهي البيوع المعينة بالنوع، وتم البيع فيها على أساس العينة، فالمشتري لا يمكنه فحص العينة، لأنها ليست محل للبيع بالذات، بل لا بد من فحص المبيع عند تسلمه له، والذي هو من نوعها، فلا يُعتبر قد فحص المبيع لأنه مفقود، وهنا يكون المشتري قد فحص المبيع مرتين (العينة عند إبرام العقد - المبيع بذاته عند الفرز والتسليم)²، ففي هاتين الحالتين يمكن تطبيق قاعدة فحص المبيع خلال مدة معقولة والقيام بإخطار البائع.

كما ذهب بعض علماء الفقه ومن بينهم الدكتور أسعد دياب، إلى إضافة عاملاً جديداً، لمعرفة العيوب التي لا يمكن كشفها بالفحص العادي، وهو عامل التجربة الطويلة، أو القيام بتعريض المبيع إلى ظروف خاصة، كالحرارة الشديدة أو الرياح القوية أو الرطوبة المرتفعة³.

بالرجوع إلى نص م 380 ق م ج، السالفة الذكر، وعند إستقراءنا لعبارة، حسب قواعد التعامل الجارية، يفهم أن المشرع الجزائري إعتد على المعاملات اليومية بين الأشخاص في عقود البيع، كمعيار لتحديد ظروف، و وقت فحص المبيع، كما أن إستعماله لكلمة يتمكن، دليل على أنه ترك عملية فحص المبيع و إخطار البائع، تتعلق بإمكانيات المشتري وطبيعة الشيء المبيع.

¹ زروقي حنين، المرجع السابق، ص 211-212.

² توفيق حسن فرج، المرجع السابق، هامش 1، ص 459؛ جويذة خواص، المرجع السابق، ص 162.

³ سعدي فتيحة، المرجع السابق، ص 154.

ثانياً: إخطار البائع

جاء الإخطار في فحوى م 380 ق م ج والتي تقابلها م 449 ق م م، على أنه: «... فإذا كشف عيباً يضمنه البائع وجب عليه أن يخبر هذا الأخير في أجل مقبول عادة فإن لم يفعل أعتبر راضياً بالبيع. غير أنه إذا كان العيب مما لا يظهر بطريق الاستعمال العادي وجب على المشتري بمجرد ظهور العيب أن يخبر البائع بذلك...».

فالإخطار¹ هو عمل إجرائي يقوم به المشتري نحو البائع، يعبر عن تدمره من كون المبيع يحتوي عيب معين يجعله غير مطابق للمنفعة المرجوة منه، كما يعتبر من الإجراءات القبلية لرفع الدعاوى القضائية²، حيث يكون المشتري ملزم بإخطار البائع، وإلا سقط حقه في الرجوع على البائع بدعوى ضمان العيب الخفي، ويرجع سبب وجوب إخطار المشتري للبائع بالعيب دون إبطاء، حفاظاً على معالم منشأ العيب، ولأجل أن يسهل إثباته، ومعرفة ما إذا كان العيب موجود قبل التسليم أو بعده، حتى يُغلق باب المنازعات، ويوضع حد للإدعاءات، وبالتالي المحافظة على استقرار المعاملات³. وبعد تحديد مفهوم الإخطار، لا بد من معرفة مدة الإخطار، وشكله و محتواه كالتالي:

1- مدة الإخطار

تم التطرق سابقاً إلى مدة الإخطار في هذا الفرع بالتفصيل في عنصر فحص المبيع، إلا أننا سنعيد ذكر أهم العناصر المتعلقة بالإخطار فقط.

¹ تجدر الإشارة إلى التفرقة بين الإخطار والإنذار، فالأول هو إعلام أو إخبار بعدم تنفيذ ما تم الاتفاق عليه ضمن العقد، أما الإنذار فهو تكليف بإيفاء، أي بتنفيذ الالتزام، وإلا ترتب على ذلك جزاء عن ما أنذر لأجله، كما يختلفا من حيث الآثار المتعلقة بمصير العقد، أما وجه التشابه بينهما فهو تحقيق الأهداف المرجوة من العقد. أنظر: زروقي حنين، المرجع السابق، ص 209؛ أنظر: كذلك جويذة خواص، المرجع السابق، هامش 1، ص 164.

² سي يوسف زاهية حورية، المرجع السابق، ص 241؛ جويذة خواص، المرجع السابق، ص 163، 164.

³ عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 735.

فمن خلال استقراءنا لنص م 380 ق م ج، والتي تقابلها المادة 449 ق م م، نلاحظ أن كل من المشرع الجزائري¹ والمصري لم يحدد مدة معينة لإخطار البائع²، بل ترك الأمر إلى تقدير الطرفين تحت رقابة القاضي، وجب عليه إخطار هذا الأخير في مدة معقولة، وتعود السلطة التقديرية في تقدير المدة إلى قاضي الموضوع، ولا رقابة عليه من محكمة النقض³، ويختلف الأمر حسب طبيعة المبيع وظروف المتعاقدين⁴، وقد فرق كل من المشرع الجزائري والمصري بين حالتين من العيوب، أين تختلف فيهما مدة الإخطار بحسب طريقة اكتشاف المشتري للعيب في الشيء المبيع وهما: مدة الإخطار في العيوب التي يكتشفها المشتري عن طريق الفحص العادي، و مدة الإخطار في العيوب التي يكتشفها عن طريق الفحص الدقيق⁵.

- في الحالة الأولى، يكفي على المشتري بمجرد استلامه للمبيع أن يقوم بفحصه فحصا عاديا (الرجل العادي)، لا يتطلب فيه الخبرة الفنية لاكتشاف العيب، فإذا أسفر هذا الفحص على اكتشاف عيب ينقص من قيمة المبيع أو نفعه، وجب على المشتري إخطار البائع بالعيب⁶. و يقصد بجملة (في أجل مقبول عادة) الواردة في الفقرة الأولى من م 380 ق م ج؛ أي في الوقت الذي تمكن فيه القيام بفحص المبيع و اكتشاف العيب فيه، ولم يحدد المشرع المدة المقبولة لإخطار البائع بالشيء المعيب، بل تركها مطلقة وتعود السلطة التقديرية لقاضي الموضوع، كما أن المدة المقبولة تختلف بحسب اختلاف طبيعة المبيع⁷ (القيمي أو المثلي)⁸، ففحص آلة صغيرة لا يتطلب وقت كفحص معمل مجهزا بأجهزة ضخمة وكثيرة.

¹ إلا أن المشروع التمهيدي لتعديل القانون المدني الجزائري قام في المادة 19 منه بتعديل المادة 381 ق م ج، حيث أوجبت على المشتري إخطار البائع بالعيب في الوقت المناسب تحت سقوط حقه في الضمان، مما يوحي بضرورة السرعة في الإخطار وعدم التقاعس في إجراءاته؛ أنظر: قرفي مراد، المرجع السابق، ص 59.

² غير أن المشرع اللبناني في المادة 446 من قانون الموجبات اللبناني قد حدد مهلة الإخطار بـ 7 أيام التي تلي الاستلام، إذا كان المبيع من المنقولات غير الحيوانات، بأن يخبر البائع بدون إبطاء عن العيب الواجب للضمان.

³ محمد صبري السعدي، عقد البيع والمقايضة، مرجع سابق، ص 389.

⁴ لحسن بن الشيخ أث ملويا، المرجع السابق، ص 465.

⁵ سعدي فتيحة، المرجع السابق، ص 151.

⁶ عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 735.

⁷ جوييدة خواص، المرجع السابق، ص 163.

⁸ سليمان مرقس، المرجع السابق، ص 570، 571.

أما إذا تعذر على المشتري فحص المبيع مباشرة بعد استلامه الفعلي، بسبب ظروف معينة، كمرض، أو سفر،...إلخ، فإن هذه المدة لا تسري إلا بعد زوال الظروف التي حالت دون فحص الشيء المعيب، وعليه إخطار البائع فور تفحص المبيع واكتشاف العيب في مدة معقولة، وإلا سقط حقه في المطالبة بضمان العيب الخفي في مبيعه¹. وفي حالة ما إذا حاول البائع تضليل المشتري وتعتمده إخفاء العيب غشا منه م 383 ق م ج، لا يجوز له التمسك بعدم إخطاره بالعيب في الوقت الملائم لأنه سيء النية²، ففي هذه الحالة يكون البائع ضامنا للعيب حتى ولو اشترط عدم الضمان في عقد البيع³، ويقع عبء الإثبات على المشتري، ويستطيع أن يثبته بجميع الطرق منها البينة والقرائن لأنها واقعة مادية، كما أنه من حقه -في سبيل إعداد الدليل عليه- أن يطلب من المحكمة المختصة معاينته بواسطة خبير⁴.

في الحالة الثانية، وهي الحالة التي لا يستطيع فيها المشتري اكتشاف العيب بالمبيع بمجرد قيامه بالفحص العادي، بل يتعين إجراء ملاحظة وفحص دقيق يتطلب فيها اللجوء إلى خبير، أو استعمال وسائل فنية لكشف العيب الخفي، ففي هذه الحالة ألزم المشرع المشتري بضرورة إخطار البائع بوجود العيب بمجرد اكتشافه وظهوره دون إبطاء أو تأخير حسب ما جاء في الفقرة الثانية من م 380 ق م ج، وهذا لاستحالة اكتشاف العيب بالفحص العادي، وتطلب اللجوء إلى فحص فني⁵، أي يلزم على المشتري أن يخطر البائع بالعيب بمجرد الانتهاء من الفحص الدقيق عن طريق الخبير، و ظهور العيب في الشيء المبيع، و إلا أعتبر ضمناً قابلاً و راضياً بالمبيع المعيب ويسقط حقه في المطالبة بالضمان، أما إذا أخطر البائع بالعيب في الوقت المعقول حفظ حقه في المطالبة بضمان العيب الخفي في المبيع⁶، فمثال ذلك شخص اشترى سيارة، وبعد استلامها قام بفحصها ولو يتبين له أي عيب خلال مدة معقولة، وبعد مرور

¹ يرى بعض الفقه أن حق المشتري في الضمان لا يسقط على الرغم من عدم إخطاره البائع باكتشاف العيب في المدة المعقولة أو دون إبطاء إذا كان البائع سيء النية؛ أنظر: سي يوسف زاهية حورية، المرجع السابق، التهميش 1، ص 242.

² عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 714.

³ رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص 359.

⁴ توفيق حسن فرج، المرجع السابق، ص 462.

⁵ عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 736.

⁶ لحسن بن الشيخ أث ملويا، المرجع السابق، ص 466.

مدة من الزمن قرر أن يأخذها عند خبير السيارات لفحصها فحصا فنيا دقيقا، ففي هذه الحالة لا يجوز للمشتري أن ينتظر مدة معقولة من أجل إخطار البائع بالعيب، بل يجب عليه أن يبادر بإخطاره فور علمه وتبليغه بالعيب من طرف الخبير.

وتجدر الإشارة إلى أنه وفي كلتا الحالتين يجوز للبائع عند إخطاره وقبل رفع المشتري لدعوى الضمان، أن يتصالح مع المشتري على استبدال المبيع بآخر اذا كان المبيع من المثليات، أما إذا كان المبيع قيميا، فيمكن التصالح على إصلاحه مع تحمل البائع نفقات الإصلاح، كما قد يتفقان قبل رفع الدعوى على إنقاص ثمن المبيع، بل ويستطيع البائع التصالح مع المشتري حتى بعد رفع الدعوى، ويقوم القاضي بالإشهاد لهما بذلك الصلح مع ذكر ما اصطلاحا عليه حتى يضمن عدم تراجع البائع بعد ذلك عن مضمون الصلح¹.

2- شكل الإخطار و محتواه

لم يشترط المشرع الجزائري ولا المشرع المصري، للمشتري شكلا محددًا أو وسيلة معينة لإخطار البائع أو من يمثله قانونا، بل يكون بأي شكل، يمكن أن يتم كتابة² على يد محضر قضائي أو بخطاب مسجل أو عادي، ويمكن أن يتم شفاهة أو محادثة هاتفية³ نظرا للسرعة التي تتطلبها هذه المعاملات، و بما أن الإخطار يعد مقدمة لنزاع قضائي، ففي معظم الأحيان يكون كتابة، هذا من أجل تسهيل إثباته أمام القضاء⁴، من أجل ضمان حق المشتري في مواجهة البائع، وقد نص المشرع الجزائري في الفقرة الأولى من م 60 ق م ج، والتي تقابلها م 90 ق م م على أن: « التعبير عن الإرادة يكون باللفظ والكتابة، أو بالإشارة المتداولة عرفا، كما يكون باتخاذ موقف لا يدع أي شك في دلالاته على مقصود صاحبه ». ولهذا حماية لمصلحة المشتري أن يتم الإخطار بوسيلة يتمكن من خلالها أن يثبت قيامه بإعلام البائع عن طريق هذا الإخطار.

¹ لحسن بن الشيخ أئ ملويا، المرجع السابق، ص 466-467.

² المادة 21 من المرسوم التنفيذي 13-327، تنص على ضرورة تقديم شكوى كتابة لدى المتدخل، أو أي وسيلة إتصال أخرى مناسبة، لكي يستفيد المستهلك من الضمان.

³ سي يوسف زاهية حورية، المرجع السابق، ص 242.

⁴ لحسن بن الشيخ أئ ملويا، المرجع السابق، ص 465.

أما عن محتوى الإخطار، فيجب أن تستعمل في مضمونه عبارات واضحة ومفهومة و واصفة وصفا واضحا للعيب الذي اكتشفه المشتري، لا تستعمل فيه عبارات مبهمّة وغامضة، حتى لا تترك مجالا للالتباس، وتحدد فيه طبيعة ونوع البضاعة أو السلعة المعيبة ونوع العيب الذي تم اكتشافه بدقة جيدة، وطريقة اكتشافه هل هو عن طريق الفحص العادي أو عن طريق الفحص الفني، هذا حتى يتسنى للبائع التأكد من مضمون الإخطار هل هو صحيح أو تحايل من المشتري سيء النية.

الفرع الثاني

إجراءات انطلاق دعوى الضمان

في حالة عدم اتفاق المشتري مع البائع بعد فحص للمبيع و إخطاره بالعيوب الخفية الموجودة فيه، جاز للمشتري أن يقوم برفع دعوى الضمان حتى يتمكن من الحصول على حقه، وقد نص المشرع الجزائري في قانون الإجراءات المدنية والإدارية¹، على الإجراءات الشكلية الواجب مباشرتها من أجل تحريك الخصومة، و كما نصت م 14 من ق إ م إ ج على أنه: « ترفع الدعوى أمام المحكمة بعريضة مكتوبة، موقعة و مؤرخة، تودع بأمانة الضبط من قبل المدعي أو وكيله أو محاميه، بعدد من النسخ يساوي الأطراف »، نستخلص من ذلك أن أول إجراء يقوم به المدعي، هو تحرير عريضة افتتاحية موقعة ومؤرخة، يتم إيداعها لدى أمانة كتابة الضبط، بعدد من النسخ حسب عدد الأطراف في الدعوى. أما بخصوص محتوى عريضة الدعوى، فأوجب المشرع تحت طائلة عدم قبول الدعوى شكلا، أن تحرر باللغة العربية حسب (م 1/8 ق إ م إ ج)، كما اشترط وجوب تضمينها عدة بيانات يؤدي تخلفها إلى رفض الدعوى شكلا²، تم حصرها في نص م 15 من القانون السالف الذكر، كما جاء في المواد 18 و 19 من نفس القانون، على احترام شكل وبيانات التكليف بالحضور الذي يسلم للخصوم من طرف

¹ أنظر: قانون 08-09، المؤرخ في 25-02-2008، متضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجزائري، ج ر، ع 21، الصادرة في 23-04-2008.

² عبد الرحمان بربارة، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، قانون رقم 08-09 المؤرخ في 23 فيفري 2008، المكتبة القانونية، ط 2 مزيدة، الجزائر، س 2009، ص 50.

محضر قضائي، كما يراعى أن يكون رافع الدعوى ممن يتمتع بالصفة وله مصلحة في ذلك طبقاً لنص م 13 ق إ م إ ج، مع احترام الإختصاص النوعي، والإقليمي عند رفع الدعوى طبقاً للمواد من 36 إلى 40 ق إ م إ ج.

و من أجل استكمال وتوضيح إجراءات مباشرة دعوى الضمان، سوف نعرض فيما يلي، ميعاد رفع دعوى ضمان العيب الخفي (أولاً)، وحالات الوقف و الانقطاع في دعوى الضمان (ثانياً)، وفي الأخير تعديل مدة دعوى الضمان (ثالثاً).

أولاً: ميعاد رفع الدعوى

تنص م 383 ق م ج، والتي تقابلها م 452 ق م م، على أن: « تسقط بالتقادم دعوى الضمان بعد انقضاء سنة من يوم تسليم المبيع حتى ولو لم يكتشف المشتري العيب إلا بعد انقضاء هذا الأجل ما لم يلتزم البائع بالضمان لمدة أطول. غير أنه لا يجوز أن يتمسك بسنة التقادم متى تبين أنه أخفى العيب غشاً منه ». نلاحظ أن المشرع قد حدد المدة القانونية التي يجوز فيها رفع دعوى الضمان وهي سنة كاملة من وقت التسليم الفعلي للمبيع، وذلك بانتقال حيازة المبيع للمشتري¹، ولم يفرق المشرع في هذا الصدد بين طبيعة المبيع، إذا ما كان منقولاً أو عقاراً، من حيث المدة اللازمة لرفع دعوى الضمان للعيب كبعض التشريعات²، وهي تعتبر مدة قصيرة إذا ما قارناها بمدة التقادم في دعوى الإبطال والغلط، أو التدليس، أو الفسخ لعدم التنفيذ، كما عرفنا ذلك سابقاً في (الفصل الأول)، وهذا من أجل استقرار التعامل بين الأطراف، حتى لا يبق البائع مهدداً بهذا الضمان وقتاً طويلاً، يتعذر بعده التعرف على منشأ العيب وهل هو قديم أو حديث، وعليه فمدة التقادم في دعوى ضمان العيب الخفي هي سنة من وقت تسليم المشتري المبيع، حتى ولو لم يكشف العيب خلال هذه المدة³، وهذا ما جاء في قرار المجلس الأعلى، الصادر في 1989/10/11، حيث جاء فيه: « لما كان ثابتاً في -قضية الحال-، أن المطعون ضده رفع دعوى الضمان في 1987/02/15، للمطالبة برد ثمن السيارة المشتراة بتاريخ 1984/05/20، دون أن تلتزم البائعة (الطاعنة) بأي ضمان لمدة أطول

¹ محمد حسنين، المرجع السابق، ص 158؛ أنور سلطان، المرجع السابق، ص 127.

² توفيق حسن فرج، المرجع السابق، ص 502؛ كسكاس أسماء، المرجع السابق، أنظر: تهميش 1، ص 181.

³ عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 752؛ سمير عبد السيد تناغو، المرجع السابق، ص 305؛ المادة 383 ق م ج.

من سنة، فإن قضاة المجلس بموافقتهم على الحكم المستأنف لديهم القاضي على الطاعة بإرجاع مبلغ السيارة المباعة، مقابل إستلامها خالفوا القانون، ومتى كان ذلك إستوجب نقض القرار المطعون فيه»¹.

فإذا كان المشرع الجزائري والمصري قد حددا مدة رفع دعوى ضمان العيب الخفي بسنة واحدة من يوم التسليم، فإن المشرع الفرنسي لم يحدد صراحة هذه المدة حيث جاء في م 1648 ق م ف، على ضرورة إقامة دعوى الضمان في وقت قصير (Dans un bref délais)، والوقت القصير يحدد بحسب طبيعة العيب والعرف المتبع. و إذا لم يكن هناك عرف أو اتفاق بين الأطراف في تحديد المدة ترك الأمر للسلطة التقديرية للقاضي².

إلا أنه و إذا رجعنا لنص م 383 ق م ج، نستخلص وجود حالتين، لا يجوز فيهما للبائع التمسك بهذه المدة وهما:

1- حالة قبول البائع الالتزام لمدة تزيد عن سنة

في هذه الحالة يكون اتفاق رضائي بين كل من البائع والمشتري على زيادة مدة ضمان العيب الخفي، أو ما يسمى بحالة تشديد الضمان و التي تم التطرق إليها سابقا، ويتم ذكر مدة التمديد المتفق عليها، إما في عقد البيع أو في اتفاق لاحق³، بشرط أن لا تتجاوز هذه الإطالة المقررة أصلا للتقادم وهي 15 سنة من تاريخ البيع، وذلك طبقا لنص م 308 ق م ج: « يتقادم الالتزام بانقضاء خمسة عشر (15) سنة فيما عدا الحالات التي يرد فيها نص خاص في القانون... ».

وفي حالة ما إذا رفع المشتري دعوى ضمان العيب خفي على البائع بعد مضي سنة من يوم التسليم، و لم يثر البائع مسألة التقادم، لا يجوز للمحكمة القضاء من تلقاء نفسها بالتقادم،

¹ أنظر: قرار، ملف رقم: 63321، الصادر في 11/10/1989، عن المجلس الأعلى، الغرفة المدنية، مج ق، ع 1، س 1991، ص 21.

² Brigitte Hess-fallon et Anne Mrie simon, Aide mémoire, Droit des affaires, 16 édit, édition dalloz, a 2005, p 287؛ 168 ص، المرجع السابق، ص 168؛ 287، p 2005، a dalloz.

³ لحسن بن الشيخ أث ملويا، المرجع السابق، ص 168.

وما على البائع إلا التمسك به في جميع مراحل التقاضي، حتى أمام محكمة الاستئناف، بحسب ما جاء في الفقرة الأخيرة من نص م 321 ق م ج¹.

كأصل عام يجوز للبائع التنازل عن التقادم بعد ثبوت الحق فيه، غير أنه كإستثناء على ذلك لا ينفذ هذا التنازل في حق الدائنين إذا ما ألحق أضراراً بهم وهذا ما نص عليه المشرع في نص م 2/322 من ق م ج: «...غير أن هذا التنازل لا ينفذ في حق الدائنين إذا صدر إضراراً بهم».

- حالة إخفاء البائع للعيب غشا منه

في هذه الحالة قد يكون البائع سيء النية، أي يعلم بوجود العيب وأخفاه عمداً عن المشتري غشا منه، لا يجوز للبائع التمسك بالتقادم لمدة سنة بل تطبق عليه أحكام تقادم م 308 ق م ج، السالفة الذكر (15 سنة من يوم التسليم)، وهذا ما نصت عليه الفقرة الأخيرة من المادة 383 ق م ج، بحيث لا يعتد بمدة التقادم سنة واحدة في حالة إخفاء البائع للعيب غشا منه²، ولقد اختلفت الآراء حول تحديد ميعاد بدأ سريان مدة التقادم في حالة الغش، فهناك من يعتد بوقت إبرام العقد وهناك من يأخذ بتاريخ إكتشاف العيب³، ونحن نرى من جهتنا، أنه لا يمكن التعامل مع نص صريح، فلو أراد المشرع تغيير تاريخ بدأ سريان التقادم المطول لنص على ذلك صراحة في نص م 383 ق م ج سابق الذكر، وبالتالي يبقى تاريخ بدأ سريان هذه المدة من اليوم تسليم المبيع.

¹ المادة 321 ق م ج تنص على مايلي: " لا يجوز للمحكمة أن تقضي تلقائياً بالتقادم بل يجب أن يكون ذلك بناء على طلب المدين أو من أحد دائنيه، أو أي شخص له مصلحة فيه و لو لم يتمسك المدين به. ويجوز التمسك بالتقادم في أية حالة من حالات الدعوى ولو أمام المحكمة الإستئنافية ".

² لحسن بن الشيخ أث ملويا، المرجع السابق، ص 468.

³ حيث ذهب الأستاذ محمد حسنين إلى قول أن مدة السريان في حالة الغش تبدأ من يوم إكتشاف العيب، في حين ذهب الأستاذ سي يوسف زاهية حورية إلى القول أن بداية احتساب مدة سريان التقادم الطويل في دعوى الضمان من وقت إبرام البيع. أنظر: لحسن بن الشيخ اث ملويا، المرجع السابق، ص 468، 469؛ محمد حسنين، المرجع السابق، ص 159؛ سي يوسف زاهية حورية، المرجع السابق، ص 244.

ثانياً: الوقف و الانقطاع

إن مدة تقادم دعوى الضمان هي مدة تقادم وليست مدة إسقاط الحق، فهي تخضع لكافة الأحكام التي تسري على مهل التقادم بما فيها الوقف والقطع، وتعديل المدة، وسنورد فيما يلي حالاتها:

1- وقف مدة تقادم دعوى ضمان العيب (Suspension de la prescription)

نص المشرع الجزائري في المادة 316 ق م ج على أنه: «لا يسري التقادم كلما وجد مانع مبرر شرعاً يمنع الدائن من المطالبة بحقه كما لا يسري فيما بين الأصيل والنائب. و لا يسري التقادم الذي تنقضي مدته عن خمس (5) سنوات في حق عديمي الأهلية والغائبين والمحكوم عليهم بعقوبات جنائية إذا لم يكن لهم نائب قانوني. و لا يسري التقادم الذي تزيد مدته على (5) سنوات في حق الأشخاص المذكورين في الفقرة السابقة ولو كان لهم نائب قانوني طيلة مدة عدم أهليتهم».

إذا و طبقاً للقواعد العام في التقادم، فإنه يمكن وقف مدة التقادم إذا وجد سبب من أسباب الوقف، وبالرجوع إلى نص المادة السابقة، يتضح أن المشرع الجزائري قد فرق بين مدد التقادم التي تقل عن خمس سنوات وتلك التي تزيد عنها، حيث جعل شرط عدم وجود نائب قانوني ملازم لمدة التقادم التي تقل عن خمس سنوات، أما إذا زادت عن ذلك، فإنها توقف في حق عديمي الأهلية والغائبين والمحكوم عليهم بعقوبات جنائية، ولو لم يكن لهم نائب قانوني، لأن هؤلاء الأشخاص يحتاجون إلى وقف التقادم حتى يعين لهم وصي، أو قيم، أو مشرف قضائي، أو حتى يزول سبب انعدام الأهلية أو الحجر¹.

كما يكون وقف التقادم سببه علاقة الدائن بمدينه، حيث يوجد مبرر يمنع الدائن من المطالبة بحقه، و يترتب عنه استحال الوفاء بالدين، ولذلك يجب وقف التقادم إلى غاية زوال

¹ محمد صبري السعدي، أحكام الالتزام، المرجع السابق، ص 417.

المانع¹، فلا يسري التقادم بين ناقص الأهلية و من ينوبه قانونا، ولا بين الشخص المعنوي ومديره، وكذلك بين الموكل والوكيل².

2- قطع مدة تقادم دعوى ضمان العيب (Interruption de la prescription)

اشتراط المشرع الجزائري حتى يتم قطع مدة التقادم في دعوى ضمان العيب الخفي، أن يقوم المشتري بمطالبة البائع بالوفاء عن طريق اللجوء إلى القضاء، (م 317 ق م ج، وما بعدها)، حتى ولو رفعت الدعوى إلى محكمة غير مختصة، و للأسباب المذكورة في المادة 317 السالفة الذكر.

كما أن إقرار البائع بحق المشتري إقرارا صريحا أو ضمنيا بوجود عيب في المبيع، يقوم بقطع مهلة تقادم رفع دعوى الضمان³، وفي هذه الحالة لا يكفي إخطار البائع بوجود عيب بالشيء المبيع لقطع التقادم، بل يلزم لقطعه عمل تتوافر فيه الشروط التي يتطلبها القانون⁴.

3- تعديل مدة دعوى ضمان العيب

ثار جدلا فقيا في مسألة جواز الاتفاق على تقصير مدة تقادم دعوى الضمان⁵، إلا أن الفقه استقر على عدم جواز ذلك باعتبار مدة التقادم تتعلق بالنظام العام، ولا يجوز أن يتم التقادم في مدة تختلف على المدة التي عينها القانون⁶، وقد تم التطرق لهذا العنصر سابقا بالتدقيق في الفصل الأول في حالات الاتفاق على تعديل الضمان.

¹ سعدي فتيحة، المرجع نفسه، ص 268.

² محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 417.

³ لحسن بن الشيخ أت ملويا، المرجع السابق، ص 467؛ سليمان مرقس، المرجع السابق، ص 583؛ المادة 318 ق م ج.

⁴ عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، هامش 2، ص 752.

⁵ عبد الرزاق السنهوري، المرجع نفسه، هامش 3، ص 752.

⁶ توفيق حسن فرج، المرجع السابق، ص 502؛ سليمان مرقس، مرجع سابق، ص 417؛ جريدة خواص، المرجع السابق، ص 176.

الفرع الثالث

حالات سقوط حق المشتري في دعوى ضمان العيب الخفي

قد يفقد المشتري الحماية التي أُقرت له بموجب القانون، للمطالبة بحقه في ضمان العيوب الخفية، و يسقط حقه في ذلك، تبعا لعدة حالات من بينها عدم احترام المدة القانوني للمطالب بدعوى الضمان وهي سنة من وقت التسليم، فيسقط حقه بالتقادم (م 383 ق م ج)، أو إذا لم يتم بواجب فحص المبيع وإخطار البائع بوجود عيب فيه، أو تخلف صفة مشروطة في الوقت الملائم (م 380 ق م ج)، كما لا يجوز له الرجوع على البائع. إذا تعلق العقد ببيع قضائي أو إداري تم بالمزاد (م 385 ق م ج)، و لا يمكن له الرجوع على البائع في حالة وجود إتفاق مسبق معه (م 384 ق م ج)، وهذه الحالات تم بيانها سابقا.

نلاحظ أن لسقوط حق المشتري في الضمان حالات تم النص عليها قانونا، وهناك حالات أخرى سكت عنها المشرع الجزائري، وبالتالي تُركت للقواعد العامة، لذلك ارتأينا إلى ذكر هذه الحالات كالتالي: حالات التنازل عن الضمان (التنازل الصريح- التنازل الضمني) (أولا)، و نقصان المبيع المعيب بعد التسليم (ثانيا)، بالإضافة إلى حالة إصابة المبيع بعيب جديد (ثالثا)، زوال العيب (رابعا).

أولا: التنازل عن الضمان

يعد التزام البائع بضمان العيوب الخفية حقا مقorra لمصلحة المشتري، فلا يوجد مانع يمنع من أن يسقط هذا الحق بتنازله عنه تنازلا صريحا أو ضمنيا، حيث تكون النتيجة واحدة وهي سقوط الحق في الضمان.

1- حالات التنازل الصريح: التنازل الصريح إذا عبر عنه المشتري بإرادته ورغبته الصريحة في ذلك بالتفوه بعبارات لا تحمل في طياتها نوعا من اللبس والغموض، مفادها الرضا بهذا المبيع بما فيه من عيوب، كقول المشتري، أسقطت الخيار أو أبطلته أو لزمتم البيع، أو أن يبرئ المشتري البائع من العيوب صراحة، كأن يقول أبرأتك من أي عيب يظهر في المبيع، أو ما إلى

ذلك من عبارات التي توحى بتنازله عن الضمان¹. كما تجدر الإشارة هنا إلى أن التنازل عن حق ضمان العيوب الخفية يكون بعد ثبوت الحق فيها، و التنازل لا يتعلق سوى بالعيوب التي يتنازل المشتري عن المطالبة بها صراحة، دون أن يمتد مفعوله ليشمل عيبا آخر لم يعلمه المشتري، أو لم يعلنه صراحة².

وبالرجوع إلى أحكام الفقه الإسلامي نجد أن الفقهاء يجيزون تنازل المشتري عن ضمان العيب الخفي صراحة، أي أن خيار العيب يسقط بتنازل المشتري له تنازلا مقصودا صريحا، على أساس أنه حق شخصي له يستطيع التصرف فيه استفتاء أو إسقاطا³، كما أقروا على أن التنازل عن خيار العيب قد يكون صريحا أو ضمنيا، شأنهم شأن أساتذة القانون.

2- حالات التنازل الضمني: إذا كان التنازل الصريح عن الضمان لا يثير إشكالا، فإن تحديد التصرفات التي يستدل بها عن التنازل الضمني ليس سهلا، لذلك فإنه يتعين دراسة طبيعة التصرفات التي تعتبر دليلا على التنازل الضمني للضمان، و من بين هذه الحالات مايلي:

أ- تصرف المشتري في الشيء المبيع بعد علمه بالعيب

اختلف بعض الفقهاء في مسألة ما إذا كان التصرف في الشيء المبيع من طرف المشتري الذي جاء قبل العلم بالعيب، يخلف نفس الأثر فيه بعد الإطلاع على العيب أم لا.

يرى الدكتور عبد الرزاق السنهوري أن تصرف المشتري في المبيع بعد الإطلاع على العيب يعد تنازلا ضمنيا عن الضمان، إلا إذا احتفظ بحقه في الضمان قبل التصرف فيه عندها يحق له الرجوع على البائع بالتعويض عن العيب لأنه استبقى المبيع وتصرف فيه، أو إذا رجع عليه من اشتراه منه بضمان العيب الخفي عندها يصح له الرجوع على بائعه. أما إذا تصرف في المبيع قبل الإطلاع على العيب لا يستطيع رد المبيع إلى البائع، لأنه يتعذر عليه أن

¹ محمد يوسف الزعبي، المرجع السابق، ص 431.

² أنور سلطان، المرجع السابق، ص 273.

³ علاء الدين الكاساني، بدائع الصنائع، ج 5، المرجع السابق، ص 291.

يستترده ممن اشتراه باعتباره ضامنا للتعرض، بالتالي يبقى له حق الرجوع على البائع بالتعويض عن الضرر بسبب هذا العيب¹.

ويرى الدكتور مصطفى الزرقا أن تصرف المشتري في المبيع بعد الإطلاع على العيب يؤدي إلى سقوط حقه في الفسخ مع بقاء حقه في الضمان، لأنه لا يوجد نصا قانونيا خاص يقضي بسقوط حق المشتري في الضمان بعد التصرف في الشيء البيع².

و يبقى التشريع الجزائري على غرار التشريع المصري يفترق لوجود لنص قانوني يسقط حق المشتري في ضمان العيب الخفي بعد التصرف في الشيء المبيع، على خلاف بعض التشريعات الأخرى مثل التشريع اللبناني³، و يبقى هذا الأمر من الأمور المهمة التي يجب على المشرع الجزائري تداركها في أقرب الآجال.

ب- تحول المبيع بفعل المشتري بعد علمه بالعيب

هذه الحالة تستخلص أحكامها من القواعد العامة، لأن المشرع لم يضع نصوصا خاصة بها، حيث إذا تحول المبيع وهو في يد المشتري إلى شيء آخر بفعله، وكان ذلك بعد علمه بالعيب، في هذه الحالة يسقط حقه في الضمان، أما إذا كان هذا التحول قبل اطلاعه على العيب لا يجوز له رد المبيع، ولم يستطع الرجوع على البائع إلا بتعويض عما أصابه من ضرر نتيجة ذلك العيب، وفي حالة ما إذا كان تحول المبيع المعيب بسبب أجنبي خارج عن إرادة المشتري، فهذا لا يمنع رد المبيع واستحقاقه لعناصر التعويض⁴.

وحتى يسقط حق المشتري في المطالبة بالضمان في التحول الذي يتسبب فيه في الشيء المعيب، أن يصبح الشيء المبيع غير صالح للاستعمال، أما إذا كان هذا التحول يبقى المبيع

¹ عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 748.

² سعدي فتحة، المرجع السابق، ص 239-240.

³ تنص المادة 2/462 من تقنين الموجبات والعقود اللبناني: " يسقط حق المشتري في دعوى الرد... إذا كان بعد وقوفه على العيب قد باع الشيء أو تصرف فيه على وجه آخر بصف كونه مالكا". أنظر: عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، هامش الصفحة نفسها.

⁴ عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 749.

المعيب صالحا لما أعد له في الأصل، فهنا لا يمنعه من رد المبيع والمطالبة بالتعويض حسب الأحوال¹.

ثانيا: نقصان المبيع المعيب بعد التسليم

والمقصود به، هو نقصان الشيء المبيع كما أو كيفا بعد تسلمه من قبل المشتري و نشوء حق الضمان، وقد يكون هذا النقصان بفعل المشتري أو غيره، فإذا تم اكتشاف العيب في المبيع من طرف المشتري و قام بإنقاص المبيع المعيب سواء عن طريق استهلاك جزءا من المبيع أو بيع جزءا منه و أراد إعادة ما تبقى من المبيع، فهنا حقه في الضمان يسقط و لا يمكنه رد المبيع المعيب²، لأنه من شروط الرد أن يكون المبيع على الصفة التي كان عليها قبل التسليم، وبما أنه حدث فيه نقص، فيستحيل رده إلى حالته الأولى. ويعود سبب سقوط الضمان في هذه الحالة، أن البائع قد يرغب في إسترداد المبيع كاملا بغير نقصان، وإلا أصابه ضرر من هذا النقصان³، و إن مسألة عدم قبول رد المبيع المعيب ناقصا هو حق لصالح البائع، فإذا تنازل عنه و رضي بقبول رد المبيع ناقصا، على أن يقتطع من ثمن المبيع ما نقص منه فلا بأس في ذلك⁴، وهنا تكون النتيجة كأن حق الضمان لم يسقط.

أما في الفقه الإسلامي فالراجح عندهم، أنه إذا نقص المبيع بعد القبض، ثم ظهر فيه عيب قديم، فهذا لا يسقط رد المبيع المعيب، شريطة ألا يكون المشتري على علم به⁵.

ثالثا: إصابة المبيع بعيب جديد

على عكس التقنين المصري القديم الذي نص على أحكام العيب الجديد الذي يلحق بالمبيع بعد التسليم، فإن التقنين الجديد ترك الأمر للقواعد العامة في هذه المسألة⁶، فإذا ظهر عيب جديد بالمبيع بعد التسليم، وكان هذا المبيع به عيب قديم من قبل، فنا نطرق إلى حالتين، حالة ما إذا كان العيب الجديد يعود لسبب أجنبي أو قوة قاهرة، فإن هذا لا يمنع المشتري من رد

¹ كسكاس أسماء، المرجع السابق، ص 199.

² محمد يوسف الزعبي، المرجع السابق، ص 434.

³ محمد يوسف الزعبي، المرجع نفسه، ص 435.

⁴ عباس العبودي، المرجع السابق، ص 178.

⁵ كسكاس أسماء، المرجع السابق، ص 201.

⁶ أنور سلطان، المرجع السابق، ص 334.

المبيع وأخذ التعويض كامل، وهذا قياسا لحالة هلاك المبيع بسبب أجنبي، لا يمنع من ذلك فأولى ألا يمنع منه تعيب المبيع بعيب جديد بسبب أجنبي¹، وأما في حالة ما إذا كان العيب الجديد يرجع للمشتري، فعلى هذا الأخير مطالبة البائع بحق التعويض عن العيب القديم دون الجديد مع استبقاء المبيع، دون أن يكون له الحق في رده، إن كان له يد في تعرض المبيع لعيب جديد بعد التسليم، لدى فإن حقه في طلب ضمان العيب الجديد يسقط².

رابعاً: زوال العيب

يعتبر زوال العيب سببا من أسباب سقوط دعوى الضمان، ولا يهم إن كان زوال العيب قد تم صدفة أو بتدخل من أحد المتعاقدين، باعتبار أن العيب هو سبب قيام دعوى الضمان، فإذا زال العيب زال معه المطالبة بالحق في الضمان. إن كل من المشرع الجزائري ونظيره المصري لم يحدثا نصوصا قانونية صريحة في هذه المسألة، إلا أنه يعدو أن يكون تطبيقا للقواعد العامة وإعمالا لما يمليه المنطق القانوني³، غير أن بعض الفقه ذهب إلى أن حق المشتري في دعوى الضمان يسقط إذا زال العيب الذي كان لاحقا بالمبيع، وكان العيب مؤقتا، وبالتالي يزول الضمان لزوال سببه⁴، لأنه إذا زال العيب لم يكن هناك ضرر على المشتري، فلا وجه لبقاء حق رد المبيع المعيب، إلا في حالة ما إذا أثبتت الخبرة باحتمال عودة العيب، ويبقى حق المشتري في الضمان قائما، وسواء كان زوال العيب قبل أن يطالب المشتري بحقه في الضمان، أو كان ذلك أثناء نظر الدعوى⁵، ويبقى التشريع الجزائري يفتقر لوجود نص ينص على ذلك صراحة كبعض التشريعات مثل التشريع اللبناني في نص (م 459 مو ع ل).

¹ عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 747.

² عبد الرزاق السنهوري، المرجع نفسه، نفس الصفحة.

³ سي يوسف زاهية حورية، المرجع السابق، ص 251.

⁴ عبد الرزاق السنهوري، المرجع نفسه، ص 749-750.

⁵ توفيق حسن فرج، المرجع السابق، ص 499.

المبحث الثاني

الآثار المترتبة على قيام دعوى ضمان العيب الخفي

إذا ما ثبت العيب الخفي في المبيع بالشروط المنصوص عليها، أو إذا ما تحقق تخلف صفة كفل البائع توفرها في المبيع وقت التسليم، و إلتزم المشتري بالإجراءات القبلية والإجراءات القانونية لرفع دعوى الضمان، كأن أخبر البائع بوجود العيب الخفي في الوقت الملائم حسب نص م 381 ق م ج، بعد فحصه للمبيع المعيب، و رفع الدعوى في ميعادها القانوني، يترتب عن ذلك آثار تختلف باختلاف جسامه العيب الموجب للضمان، و ما يريده المشتري من هذا الضمان، و يتضح ذلك من خلال نص م 376 ق م ج، الخاصة بالاستحقاق الجزئي و التي تحيلنا إليها م 381 السالفة الذكر، إذا ما تعلق الأمر بنظام العيوب الخفية حيث جاء فيها: « إذا أخبر المشتري البائع بالعيب الموجود في المبيع في الوقت الملائم كان له الحق في المطالبة بالضمان وفقا لنص م 376 ق م ج ».

نلاحظ أن نص م 376 ق م ج، والتي تقابلها م 444 ق م م، الخاصة بحالة نزع اليد الجزئي عن المبيع، أو حالة وجود تكاليف سببت خسارة للمشتري بلغت قدرا بحيث لو علم به لما أقدم على الشراء، قد أحالتنا إلى تطبيقها م 381 ق م ج، تقابلها م 450 ق م م، في حالة وجود عيب خفي موجب للضمان أو تخلف صفة كفل البائع توفرها في البيع وقت التسليم، وهي نفس الإحالة في التشريع المصري، بالتالي يعد هذا تشبيها لدعوى ضمان الخفي بدعوى الاستحقاق الجزئي، غاية ما في الأمر، لأنه في كليهما لم تبلغ خسارة المشتري ضياع المبيع كله، بل قد ضاع جزء منه أو من قيمته فقط و لكنه جزء قد بلغ من الجسامة قدرا بحيث لو علم به المشتري وقت البيع لما أقدم على الشراء¹، و كذلك لكون الضمانين أساسهما فلسفة واحدة وهي ضمان تمتع المشتري بمزايا المبيع و منفعه دون أي انتقاص²، و هذا ما أوضحته المذكرة الإيضاحية للقانون م م، بخصوص ما جاء في نص م 444 ق م م، و التي تقابلها م 376 ق م ج، إذ الملاحظ أن المشروع التمهيدي للقانون المدني لم ير داعيا لتعدد الأحكام في

¹ عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 740.

² إبراهيم نبيل سعد، المرجع السابق، ص 418.

ضمان الاستحقاق وفي ضمان العيب، ذلك لأن الضمانين مردهما إلى أصول واحدة وهي القواعد العامة¹.

بناء على ما سبق وعملا بنص م 376 ق م ج السالفة الذكر، نلاحظ أن المشرع الجزائري قد فرق بين حالتين عند تطبيقها في نظام ضمان العيوب الخفية في عقد البيع و تتعلق كل حالة بدرجة جسامه العيب و ما يختاره المشتري عند طلبه لحقه في الضمان.

أما الحالة الأولى: فهي تتعلق بحالة العيب الجسيم الذي بلغ حدا من الجسامه لو علم المشتري به لما أتم العقد و اختار عدم استبقاء المبيع ورده بما أفاده منه مع المطالبة بالمبالغ المبينة في حالة الاستحقاق الكلي²، و تلك هي دعوى رد المبيع المعيب (المطلب الأول)، و الحالة الثانية: هي حالة العيب غير الجسيم أو الجسيم بالقدر الذي اختار المشتري فيه استبقاء المبيع مع المطالبة بالتعويض عن الضرر بسبب هذا العيب، ولا يقصد به العيب التافه المتسامح فيه طبقا للعرف³، و تلك هي دعوى التعويض (المطلب الثاني).

المطلب الأول

دعوى رد المبيع (Action réhibitoire)

جاء في الفقرة الأولى من نص م 376 ق م ج « في حالة نزع اليد الجزئي عن البيع، أوفي حالة وجود تكاليف عنه وكانت خسارة المشتري قد بلغت قدرا لو علمه المشتري لما أتم العقد، كان له أن يطالب بالمبالغ المبينة بالمادة 375 ق م ج مقابل رد المبيع مع الانتفاع الذي حصل عليه منه... ».

يفهم من ذلك أنه في حالة العيب الجسيم الذي يجعل من المشتري يمتنع عن الشراء لو علم به مسبقا، تمكنه من اللجوء إلى المطالبة بالمبالغ المنصوص عنها في حالة الاستحقاق الكلي المنصوص عنها في م 375 ق م ج، والتي تقابلها م 443 ق م م، مقابل رد المبيع المعيب

¹ عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 740؛ أمير فرج يوسف، المرجع السابق، ص 214.

² عبد الرزاق السنهوري المرجع السابق، ص 741.

³ لحسن بن الشيخ أث ملويا، المرجع السابق، ص 481، 482؛ عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 741.

إلى البائع وما أفاده منه، وتبقى مسألة تقدير جسامة العيب مسألة موضوعية تخضع للسلطة التقديرية للقاضي الذي يمكن له اللجوء إلى الخبرة من أجل الاستعانة بها¹.

الفرع الأول

الطبيعة القانونية لدعوى الرد (رد المبيع)

تنص م 375 ق م ج، في فترتها الأولى: « في حالة نزع اليد الكلي عن المبيع فللمشتري أن يطلب من البائع:

- قيمة المبيع وقت نزع اليد...».

إذن عند رد المشتري المبيع المعيب إلى البائع مع أفاده من ثمار، يمكن أن يطالبه بالمبالغ المنصوص عنها في م 375 ق م ج، ومن بين هذه المبالغ، قيمة المبيع وقت نزع اليد، فالمشرع أقر للمشتري حق استرداد قيمة المبيع و ليس الثمن، وهذا ما يخالف أحكام دعوى الفسخ التي يتم فيها المطالبة بالثمن و ليس قيمة المبيع².

بالرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية نجدتها مخالفة لما جاء به المشرع الجزائري و المصري، بخصوص دعوى رد المبيع في ضمان العيب الخفي، من حيث استرداد المشتري لقيمة المبيع، إذ تعتبرها دعوى فسخ للعقد و استرداداً للثمن، فللمشتري الذي يجد عيباً في الشيء المبيع حق الرجوع بدعوى الفسخ و رد المبيع للبائع مقابل استرداد الثمن، كما له حق إمساك المبيع المعيب مع الرجوع بإرش³ النقص على البائع إذا تعذر عليه الرد⁴.

¹ لحسن بن الشيخ أث ملويا، المرجع السابق، ص 482.

² حسن قداد، المرجع السابق، ص 183؛ سي يوسف زاهية حورية، المرجع السابق، ص 246.

³ المقصود بالإرش عند فقهاء الشريعة الإسلامية هو مقابل النقصان الذي حصل في الشيء المبيع بسبب العيب حيث يقوم المبيع سليماً ثم يعاب وما كان بين السليم والمعيب فهو الإرش. أنظر: محمد زعموش، المرجع السابق، ص 136.

⁴ كسكاس أسماء، المرجع السابق، ص 215.

ويتفق المشرع الفرنسي مع أحكام الشريعة الإسلامية بخصوص طبيعة دعوى ضمان العيب الخفي بحيث يعتبرها دعوى فسخ توجب استرداد الثمن وليس قيمة المبيع المعيب¹، حيث ألزمت م 1644 ق م ف² المشتري برد المبيع و استرجاع الثمن أو الاحتفاظ بالمبيع و استرداد جزء من الثمن، و هذا الجزاء يتفق مع القواعد المنظمة لدعوى الفسخ³، ودعوى البطلان⁴، وهذا ما خلق ثلاث اتجاهات في الفقه الفرنسي.

- الاتجاه الأول: يرى أن دعوى ضمان العيب الخفي هي دعوى بطلان (Nullité)، أساسها نظرية الغلط⁵، فمهما يتفقان من حيث السبب و المواعيد و النتائج⁶، لأن دعوى الرد مآلها فسخ العقد، و الفسخ ما هو إلا إلغاء يؤدي إقراره إلى زوال حقوق الغير التي نشأت بقوة القانون فيسترجع البائع المبيع خالصا من الحقوق التي رتبها عليه المشتري بين وقت البيع و تاريخ اكتشاف العيب⁷.

- الاتجاه الثاني: يرى أن دعوى ضمان العيب الخفي هي دعوى فسخ أساسها نظرية السبب⁸، تتفقان من حيث الأثر⁹، فهي ليست دعوى إلغاء، لأن الفسخ لا يؤدي إلى إنهاء العقد بأثر رجعي، و إنما ينتهي العقد بالنسبة للمستقبل فقط، فهو يفرض التزامات على عاتق كل من البائع و المشتري دون أن يمس بحقوق الغير المترتبة على المبيع، و إذا أراد المشتري طلب فسخ

¹ جريدة خواص، المرجع السابق، ص 107.

² Art 1644: " Dans le cas des articles 1641 et 1643, l'acheteur a le choix de rendre la chose et de se faire restituer le prix, ou de garder la chose et de se faire rendre une partie du prix, telle qu'elle sera arbitrée par experts". CCF.

³ فسخ العقد: هو فك الرابطة العقدية عن طريق طلب احد الطرفين إذا ما أخل الطرف الآخر بالتزاماته، فهو جزاء إخلال المتعاقد بالتزاماته ليتحرر المتعاقد الآخر من الالتزامات التي يفرضها عليه العقد، أنظر: محمد صبري، مصادر الالتزام، العقد والإرادة المنفردة، المرجع السابق، ص 348؛ أنظر: كذلك نص المادة 119 ق م ج السالفة الذكر.

⁴ البطلان: هو الجزاء المترتب على تخلف ركن من أركان العقد، وعلى إخلاله، محمد صبري السعدي، المرجع نفسه، ص 235.

⁵ أنظر: نظرية الغلط، سامي بلعابد، الطبيعة القانونية للإلزام ضمان العيوب الخفية، المرجع السابق، ص 462-471؛ كذلك ما تم التطرق إليه في الفصل الأول، في التمييز بين العيب الخفي والغلط.

⁶ محمد زعموش، المرجع السابق، ص 140.

⁷ جريدة خواص، المرجع السابق، ص 108؛ قرفي مراد، المرجع السابق، ص 78.

⁸ أنظر: نظرية السبب، سامي بلعابد، الطبيعة القانونية للإلزام ضمان العيوب الخفية، المرجع السابق، ص 473-474؛ وكذلك ما تم التطرق إليه في الفصل الأول في التمييز بين الفسخ والعيب الخفي.

⁹ محمد زعموش، المرجع السابق، ص 140.

العقد فعليه أولاً تطهير المبيع من الحقوق التي رتبها عليه قبل الفسخ ورد المبيع و استرداد الثمن¹.

- الاتجاه الثالث: يرى أن دعوى ضمان العيب الخفي لا هي دعوى إلغاء و لا دعوى فسخ، و إنما هي دعوى ذات صيغة خاصة تسمى دعوى الرد (Action réhibitoire) بالرومانية (Rendre)².

يعد هذا الرأي هو الرأي الراجح، فهو لا يعتبرها فسخاً لكون الفسخ يزول فيه العقد ويترتب رد المبيع واسترداد المبلغ لعدم قيام احد الأطراف بالتزام بشروط العقد، أما في دعوى الضمان فلا يزول العقد ويتم فيها استرجاع قيمة المبيع وقت البيع، مع رد المبيع و ما أفاده منه من ثمار، وقد فصلنا في هذا الفرق جيداً في الفصل الأول، في التمييز بين العيب الخفي وبعض النظم القانونية الأخرى، حيث استنتجنا نقاط اختلاف وتشابه كثيرة بينه وبين الغلط والفسخ لعد التنفيذ، وذلك من حيث أسباب رفع الدعوى، ميعاد تقادمها، و آثارها³.

تتفق أحكام الشريعة الإسلامية و القوانين الوضعية، في أن حق طلب رد المبيع المعيب للبائع مقصور على المشتري وحده، و ليس للمحكمة خيار رفض طلبه أو قبوله، بل دورها التحقق فقط من توفر شروط طلب الرد، ثم الاستجابة إليه، وحكمها يكون كاشفاً و ليس منشأً، لكن رغم أن هذا الطلب مخول للمشتري فقط، إلا أنه لا بد من أن يتم بإرادة الطرفين أو عن طريق القضاء⁴.

وكخلاصة لما سبق، نرى أن المشرع الجزائري على غرار المشرع المصري، قد أخذ برأي الاتجاه الثالث السالف الذكر، الذي يعتبر دعوى رد المبيع في ضمان العيب الخفي، دعوى

¹ جريدة خواص، المرجع السابق، ص108؛ قرفي مراد، المرجع السابق، ص78.

² جريدة خواص، المرجع السابق، ص 108؛ قرفي مراد، المرجع السابق، ص79.

³ طالع في الفصل الأول، المطلب الثاني، التمييز بين العيب الخفي مع غيره من النظم القانونية المشابهة له.

⁴ يوجد اختلاف بين فقهاء الشريعة الإسلامية حول حالات الأخذ بإرادة المنفردة للمشتري بحيث أن في حالة وجود عيب خفي في المبيع بعد انعقاد العقد و قبل القبض، يؤخذ بالإرادة المنفردة للمشتري، بدون تدخل القضاء، لأن العقد صحيح و نافذ، ولازم من جهة البائع فقط وغير لازم للمشتري. أما إذا انعقد العقد و تم القبض، الرد يكون بالتراضي أو التقاضي، لأن العقد بعد القبض يعد ملزم للجانبين، جريدة خواص، المرجع السابق، ص 110-111؛ علاء الدين الكاساني، ج5، المرجع السابق، ص281.

ذات طبيعة خاصة، فلم يعتبرها لا دعوى فسخ ولا دعوى بطلان، ويتضح ذلك من خلال نص م 376 ق م ج، التي تحيلنا إليها م 381 ق م ج، في ضمان العيوب الخفية، أنه متى كان العيب جسيميا بحيث لو علم المشتري بقدر جسامته لما أقدم على الشراء، إذ يجوز له رد المبيع مع ما أفاده منه من ثمار مقابل استرداد قيمة المبيع وقت تحقق العيب، طبقا لنص م 375 ق م ج، أين أورد فيها المشرع عبارة " قيمة المبيع " وليس " ثمن المبيع "، و مقابل ذلك يمكنه استعمال دعوى الفسخ أو الإبطال، إضافة لدعوى الرد، كما جاء بيانه في الفقرة الأخيرة من م 375 ق م ج السالفة الذكر.

بعد أن عرفنا الطبيعة القانونية لدعوى ضمان العيب الخفي في عقد البيع، بأنها دعوى ذات طبيعة خاصة، وأنها تتعلق بعيب جسيم في المبيع، أو تختلف صفة كفل البائع توفرها فيه عند التسليم، بحيث يرد فيها المشتري المبيع للبائع مع ما أفاده من ثمار، و يطالب بالمبالغ المبينة في م 375 ق م ج الخاصة بالاستحقاق الكلي، إلا انه يجب التنويه إلى أن دعوى الرد تختلف باختلاف طبيعة المبيع المعيب، فإذا كان كُلاً غير قابل للانقسام كانت دعوى رد كلي للمبيع المعيب (فرع الأول)، و إذا كان شيء قابل للانقسام، بحيث يمكن الاستبقاء على جزء منه ورد الجزء المعيب منه، كانت دعوى رد جزئي للمبيع المعيب (فرع الثاني).

الفرع الثاني

الرد الكلي

تنبت دعوى الرد الكلي للمبيع المعيب متى كان العيب جسيميا، و كان البيع موضوعه شيء واحد غير قابل للانقسام، أو أشياء متعددة لا يمكن تفريقها بدون ضرر، لكونها كُلاً لا يتجزأ، و لكون المعيب في أحدها لا يمكن أن يجعل ما تبقى منها صالحا للإستعمال¹، و يتقرر أيضا مثل هذا الرد في الأشياء المتلازمة التي إذا تعيب احدهما استوجب الرد بالنسبة للأخرى لوحدة الصفقة، كذلك بالنسبة للمبيع معيوب الأصل و فرعه سليما، فرد الأصل يستوجب كذلك رد الفرع².

¹ توفيق حسن فرج، المرجع السابق، ص 465.

² كسكاس أسماء، المرجع السابق، ص 219؛ توفيق حسن فرج، المرجع السابق، ص 475.

وعدم إمكانية التجزئة يتولد عن وحدة الغاية التي أُعد لها المبيع تبعا للعادات المعمول بها في هذا الشأن، أو الاتفاق الصريح، أو الضمني للطرفين¹، مثل بيع زوج من الخيل يجر عربة، حيث يوجد عيب في أحدهما يوجب رد الاثنيين معا².

بالرجوع إلى أحكام م 376 ق م ج، و عند تطبيقها في نظام ضمان العيوب الخفية نجد أن المشتري يلتزم برد المبيع المعيب للبائع مع ما أفاده منه من ثمار، ومقابل ذلك يلزم البائع بأداء المبالغ المقررة في م 375 ق م ج للمشتري، بالتالي سوف نعرض في مايلي التزامات كل من البائع و المشتري في حالة الرد الكلي للمبيع المعيب، متى كان العيب جسيما موجبا للضمان.

أولا: التزامات المشتري

يلتزم المشتري في حالة العيب الجسيم، برد المبيع المعيب إلى البائع مع كل ما أفاده منه من ثمرات، وهذا بحسب نص م 376 ق م ج، التي جاء فيها: «...مقابل رد المبيع مع الانتفاع الذي حصل عليه منه...»³.

نستخلص من نص هذه المادة وجود التزامين يقعان على عاتق المشتري في هذه الحالة وهما:

1- الرد الكلي للمبيع على حاله

يتعين على المشتري رد المبيع المعيب إلى البائع، ويجب أن يرده كما هو بالعيب اللاحق به⁴، كما يلتزم عند رده للمبيع المعيب بالإضافة لرده على حاله أن يرده بجميع أجزائه، بما في ذلك توابعه التي كانت موجودة فيه وقت البيع، وزيادة على ذلك يجب أن يرد كل ما قد يلتحق

¹ جويده خواص، المرجع السابق، ص 113.

² توفيق حسن فرج، المرجع السابق، أنظر: الهامش 2، ص 466.

³ جاء نص المادة 375 غامضا من حيث تحديد التزامات المشتري بالضبط في دعوى الرد، خلافا لبعض التشريعات، كالمشرع اللبناني المادة 454 من موجبات و عقود اللبناني، أين فصلت بشكل دقيق في التزامات المشتري في حالة فسخ البيع.

⁴ عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 741، 742.

به بعد البيع إلى غاية رده¹، كأن يلتزم برد السيارة مع كل ملحقاتها التي استلمها بها، مثل عجلة النجدة. و يجب التنويه أن هذه الحالة تخص البيع على شيء واحد لا يمكن تجزئته، أو أشياء كان البعض منها معيبا ولكنها لا تقبل الانقسام، و لا يمكن التفريق فيما بينها بدون ضرر (مثل الأزواج)، كحالة بيع زوج من الخيل المذكور في المثال السابق.

إذا تغيرت حالة المبيع على الحالة التي تسلمه فيها مُنع من رده²، إلا إذا كان سبب تغير المبيع هو العيب الموجود فيه، ففي هذه الحالة لا يسقط حق المشتري في الرد³، أما إذا كان تغير المبيع ليس بسبب العيب الموجود فيه، كأن يكون المشتري هو من تسبب في هذا التغيير، بحيث قرر على هذا المبيع المعيب حقوقا عينية للغير، فإذا كان قد أقر هذه الحقوق للغير بعد علمه بالعيب في المبيع فلا إشكال في ذلك؛ لأنه يعد تنازلا ضمنيا عن حقه في ضمان العيب وطلب الرد⁴، أما إذا كان قد أقر هذه الحقوق على المبيع قبل علمه بالعيب، فقد ثار خلاف في الفقه الفرنسي حول طبيعة دعوى الرد، هل هي دعوى فسخ أو دعوى إلغاء⁵.

و الرأي الراجح، أنه متى استطاع المشتري إزالة الآثار المترتبة على المبيع المعيب بين لحظة إبرام البيع إلى غاية اكتشاف العيب ثبت حقه في الرد، أما إذا لم يستطع إزالة هذه الآثار سقط حقه في الضمان و الرد، و يستفيد فقط من التعويض عن الضرر الذي لحقه بسبب هذا العيب⁶.

¹ نبيل سعد إبراهيم المرجع السابق، ص 442؛ توفيق حسن فرج، المرجع السابق، ص 469؛ جريدة خواص، المرجع السابق، ص 112.

² توفيق حسن فرج، المرجع السابق، ص 467؛ المادة 32/455 ق م و ع ل؛ نبيل سعد إبراهيم، المرجع السابق، ص 421.

³ جريدة خواص، المرجع السابق، ص 113.

⁴ أنظر: حالة تصرف و تحول المبيع بسبب المشتري أو سبب أجنبي، عندما تناولنا في هذا الفصل حالات سقوط حق المشتري في الضمان.

⁵ أنظر: ما تم تناوله في الطبيعة القانونية لدعوى الرد في الفصل الثاني، وكذلك ما تم تناوله في التمييز بين دعوى ضمان العيب الخفي و دعوى الفسخ والبطالان في الفصل الأول.

⁶ توفيق حسن فرج، المرجع السابق، ص 469.

2- رد الثمن

يجب على المشتري بالإضافة لرد المبيع المعيب، أن يرد ما أفاده منه من ثمرات¹، فلا يكون هناك مجال للمطالبة بها؛ لأنها من الالتزامات التي تقع على عاتقه، وذلك طبقاً لنص م 2/376 ق م ج²، و يلتزم بردها منذ تاريخ رد المبيع المعيب، سواء كان ذلك عن تراض بينهما أو عن طريق القضاء؛ أي منذ تاريخ النطق بحكم الرد، كما يلتزم برد الثمار السابقة على هذا التاريخ، كذلك الثمار التي أنتجها المبيع، أو ما حصل عليه المشتري بنفسه من مزايا عن طريق استعماله له³، و السبب في ذلك أنه طالما أراد المشتري الحصول على ما قام بدفعه للبائع (قيمة المبيع) عن طريق رده للمبيع المعيب، فمنطقياً لا يحق له الانتفاع به؛ لأنه يكون قد أثرى على حساب الغير (البائع)، وهذا ما اتجه إليه القضاء الفرنسي⁴ في قضية رد الشاحنة المعيبة، أين حكمت محكمة التمييز الفرنسية بإلزام المشتري برد كل الفوائد التي جناها من جراء تشغيل هذه الشاحنة لعدة مرات⁵.

أما بخصوص الثمار المدينة، يلتزم المشتري برد ما تم تحصيله فعلاً، دون الثمار المحتملة، فمثلاً لو رد المشتري عمارة معيبة بها عشرة شقق، أجر منها خمسة شقق و بقيت خمسة أخرى غير مؤجرة، فعليه فقط رد المبالغ المحصلة من الشقق المؤجرة. كما لا يؤخذ بسوء نية المشتري أو حسن نيته في مسألة رد الثمار فهو ملزم بردها مهما كانت نيته⁶.

بالرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية، نجدتها تقضي بحق المشتري في ثمار المبيع طبقاً لقاعدة الخراج⁷ بالضمان، و مؤدى ذلك أن المبيع ملك للمشتري فإن هلك فهو من ماله، و

¹ عبد الرزاق السنهوري ، المرجع السابق، ص 742.

² محمد صبري السعدي، عقد لبيع والمقايضة، المرجع السابق، ص 394.

³ توفيق حسن فرج ، المرجع السابق ، ص 470.

⁴ اتجه الفقه الفرنسي إلى القول أن الثمار التي يحصل عليها المشتري من المبيع هي مقابل فوائد الثمن الذي يلتزم البائع برده للمشتري، فرأي يرى ضرورة إجراء مقاصة بينهما ، و رأي آخر يرى أن المقاصة تعارض القاعدة التي تقضي أن الفسخ يعيد الطرفين إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد؛ جويده خواص، المرجع السابق، ص 117، 118؛ توفيق حسن فرج، المرجع السابق، هامش ص 470.

⁵ جويده خواص ، المرجع السابق ، هامش ص 115.

⁶ زروقي حنين ، المرجع السابق ، ص 240.

⁷ الخراج: هو الدخل و المنفعة، أي كل ما خرج من الشيء فهو خراجه ، فخراج الشجرة ثمارها و خراج الحيوان دره و نسله.

بالتالي من يملك الأصل يملك خراجه ، فمن يشتري أرضا و يجد بها عيبا قديما يسبق البيع، إن أراد ردها، استحق الغلة مقابل الضمان؛ لأنه إن هلكت، هلكت من ماله¹.

الملاحظ أن رأي المشرع الجزائري مخالفا لرأي الشريعة الإسلامية بخصوص الرد الكلي للمبيع المعيب، فهو لا يأخذ بقاعدة الخراج بالضمان، و إنما ألزم المشتري برد المبيع مع الثمار التي أفادها منه، مقابل الحصول على مبالغ أقرها في نص م 375 ق م ج ألزم بها البائع ، فيكون بذلك قد عامل الطرفين بالمثل.

بعد أن تعرفنا على الالتزامين الضروريين اللذان يقعان على عاتق المشتري في حالة الرد الكلي للمبيع المعيب، سوف نتعرف في ما يلي على التزامات البائع عند استرداده للمبيع كاملا.

ثانيا: التزامات البائع

طبقا لنص م 376 ق م ج الخاصة بالاستحقاق الجزئي ، المحال إليها في نظام ضمان العيوب الخفية وفقا للمادة 381 ق م ج، و كما سبق أن رأينا، إذا ما كان العيب جسيما إلى درجة أنه لو علم به المشتري لما أقدم على الشراء، و إختار الرد الكلي للمبيع، فإنه كمقابل لما إلترم برده من مبيع معيب و ما تم الإفاداة منه، له أن يطالب البائع بالمبالغ المقررة في م 375 ق م ج، الخاصة بالاستحقاق الكلي، والتي بمقتضاها يمكن استخلاص الإلتزامات التي تقع على عاتق البائع في هذه الحالة، و بالرجوع إلى الأصل، نجد أنه لا عبرة بسوء نية البائع و حسن نيته في ضمان العيب الخفي في المبيع، و لكن في دعوى الرد، لابد من النظر إلى نيته من أجل التفريق بين الإلتزامات التي تقع على عاتقه في الحالتين، لذلك سوف ننظر إلى إلتزاماته إذا كان حسن النية، أو سيء النية.

¹ فصل فقهاء الشريعة الإسلامية في الخراج بحسب الزيادة كما يلي :

أ-الزيادة المتصلة: كالسن و الكبر و الثمرة قبل التأبير، على المشتري ردها بنمائها.

ب-الزيادة المنفصلة : و نفرق فيها بين نوعان :

- إذا كانت منفصلة من غير المبيع : كالخدمة، الأجرة ، فكل ذلك للمشتري مقابل الضمان (الخراج بالضمان).

- إذا كانت منفصلة من عين المبيع : كالولد و الثمرة و اللبن ، فهي أيضا للمشتري و لكن عليه رد أصلها من دونها.أنظر:

جريدة خواص ، المرجع السابق ، ص 116،117.

1 - التزامات البائع حسن النية:

الالتزامات البائع حسن النية، هي التزامات البائع بصفة عامة، المذكورة في نص م 375 ق م ج، لأن حسن النية فيه مفترض¹، و لما كان المشتري قد إختار الرد الكلي للمبيع مع ثماره، لابد أن يؤدي البائع له المبالغ المنصوص عليها في نص م 375 ق م ج السالفة الذكر، وهذه المبالغ هي :

أ- قيمة المبيع:

يلزم البائع برد قيمة المبيع غير معيب وقت ظهور العيب ، وذلك لأنه الوقت الذي يقابل وقت الاستحقاق الذي اعتدت به م 375 ق م ج، تقابلها م 443 ق م م، حيث عبرت عن ذلك في متنها بقولها: "وقت نزع اليد"، و هذا من أجل تقدير قيمة المبيع غير معيب في ضمان الاستحقاق²؛ أي وقت ظهور العيب الخفي عند تطبيقها في نظام ضمان العيوب الخفية.

إن رد قيمة المبيع غير معيب وقت ظهور العيب، ويرى البعض أن رد قيمة المبيع تكون وقت العقد³، و يقع على عاتق البائع ردها سواء كان حسن النية أو سيء النية، متى قبض الثمن من المشتري و استرد المبيع المعيب⁴.

ونحن بدورنا نرى أن وقت تقدير قيمة المبيع هو وقت ظهور العيب؛ لأن نص م 375 ق م ج واضح، وبما أن المشرع الجزائري أحالنا إليها في ضمان العيوب الخفية، بالتالي إن وقت ظهور العيب هو نفسه وقت نزع اليد، بصريح العبارة المذكورة في متن المادة؛ أي وقت الإستحقاق وليس وقت البيع.

¹ جريدة خواص ، المرجع السابق ، ص 118.

² محمد صبري السعدي، عقد البيع والمقايضة، المرجع السابق، ص 393.

³ يوجد رأي آخر للفقهاء من بينهم رأي الدكتور عبد الرزاق السنهوري الذي يعتبر أن وقت تقدير قيمة المبيع غير معيب هو وقت البيع و ليس وقت ظهور العيب.أنظر: عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 742.

⁴ توفيق حسن فرج، المرجع السابق، ص 471.

لقد سبق أن عرفنا أن المشرع الجزائري¹ و المصري، يختلفان عما جاء في التشريع الفرنسي و أحكام الشريعة الإسلامية، حيث يعتدان بإرجاع قيمة المبيع وليس قيمة الثمن، أما التشريع الفرنسي يعتد بإرجاع الثمن و ليس قيمة المبيع، على غرار الشريعة الإسلامية². كما أن المشرع الجزائري يختلف عن المشرع المصري، من حيث كون هذا الأخير يلزم البائع برد قيمة المبيع وقت ظهور العيب بالإضافة إلى الفوائد القانونية، التي لا تعتبر ملزمة في القانون الجزائري³، كما يعتد بها القانون الفرنسي حيث يلزم رد الثمن مع الفوائد من يوم قبض الثمن إلى حين الرد، ما لم ترى المحكمة جعل الفوائد مقابل ثمار المبيع التي يردها المشتري إلى البائع، أي تكون الثمار مقابل الفوائد⁴ عن طريق المقاصة⁵.

ب- المصروفات:

نصت الفقرة 3 من م 375 ق م ج، على إلزام البائع بالمصاريف النافعة والكمالية، ولم تنص على المصاريف الضرورية⁶، وسوف نفصل ذلك فيها كما يلي:

- المصاريف الضرورية:

هي المصاريف اللازمة لصيانة المبيع، ينفقها المشتري على المبيع، عندما كان بين يديه، كتبديل إطارات سيارة لم تعد صالحة للاستعمال، و يلتزم البائع بردها في ضمان العيوب الخفية للمشتري، وبما أن هذه المادة خاصة بنظام الاستحقاق، لم يتم إدراجها فيها؛ لأنه لا يوجد

¹ إلا أن المادة 20 من المشروع التمهيدي لتعديل القانون المدني الجزائري، المتممة له بالمادة 381 مكرر في فقرتها الثالثة، قالت برد ثمن المبيع وليس قيمته وقت الاستحقاق أي وقت ظهور العيب؛ مراد قرفي، المرجع السابق، هامش 3، ص 85. كما أن المعمول به في المادة 13 من القانون 09-03، والمادة 12 من المرسوم التنفيذي 13-327 في الضمان، هو رد الثمن وليس قيمة المبيع.

² فصلنا في ذلك في هذا الفصل عندما تطرقنا إلى معرفة الطبيعة القانونية لدعوى الرد.

³ جريدة خواص، المرجع السابق، ص 120.

⁴ توفيق حسن فرج، المرجع السابق، الهامش 2، ص 471.

⁵ يرى جانب من الفقه الفرنسي ضرورة إجراء مقاصة بين الثمار التي يحصل عليها المشتري من المبيع، وبين فوائد الثمن التي يلزم البائع بردها للمشتري، ويرى رأي آخر أن المقاصة تعارض قاعدة الفسخ يعيد الطرفين إلى الحالة التي كان عليها قبل العقد، جريدة خواص، المرجع السابق، ص 117-118.

⁶ عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 742.

مستحق يمكن الرجوع عليه بها، و بالتالي يبقى البائع ملزم بأدائها للمشتري مادام الأمر يتعلق بضمان العيوب الخفية، و إلا يعد قد أُنْزِي على حساب الغير بدون سبب¹.

- المصروفات النافعة:

ينفقها المشتري، ليس الهدف منها المحافظة على المبيع، و إنما لأجل زيادة قيمته، كبناء طابق جديد في بناية، يلتزم البائع حتى و إن كان حسن النية بردها للمشتري، بغض النظر عن أثرها في هذه الزيادة².

- المصروفات الكمالية:

يقصد بها المصاريف التي ينفقها المشتري في سبيل تزيين المبيع و تجميله، كطلاء جدران الشقة، و فرش الأرضية، لا يلزم بها البائع حسن النية، و إنما تقع على عاتق البائع سيء النية، و هذا ما سنراه لاحقاً³، و المفروض أن البائع حسن النية إلى أن يقيم المشتري الدليل على أنه سيء النية، و يفترض في التاجر و الصانع سوء النية، إلى غاية إثباته عكس ذلك⁴.

اختلف الفقه الإسلامي حول إلزامية رد المصاريف التي أنفقت من قبل المشتري، حتى و أن كانت تهدف إلى المحافظة على المبيع من الهلاك، أما القانون الفرنسي ألزم البائع برد المصاريف الضرورية، و كذا النافعة متى كان البائع حسن النية، و البائع سيء النية يُلزم برد المصاريف المذكورة، بالإضافة إلى المصاريف الكمالية كتعويض عن الأضرار المتوقعة و غير المتوقعة⁵.

ج- مصروفات دعوى الضمان :

نصت عليها الفقرة 4 من م 375 ق م ج، فيلتزم البائع برد مصروفات دعوى ضمان العيب الخفي؛ لأنه هو من جعل المشتري مُضْطراً لرفع الدعوى بسبب عدم إلتزامه بالضمان

¹توفيق حسن فرج، المرجع السابق، ص 473.

²عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 742؛ توفيق حسن فرج، المرجع السابق، نفس الصفحة.

³عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، الصفحة نفسها؛ توفيق حسن فرج، المرجع السابق، نفس الصفحة.

⁴عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، الهامش 2، ص 742؛ محمد صبري السعدي، عقد لبيع والمقايضة، المرجع السابق،

ص 394.

⁵زروقي حنين، المرجع السابق، ص 244

عندما أخطره هذا الأخير بالعيب الخفي في الوقت الملائم¹، أو بتخلف صفة كفل توفرها في المبيع وقت التسليم. و تتمثل مصروفاتها في النفقات التي تكبدها المشتري عندما سجل عريضة الدعوى، و وصولات المحامي، و مصاريف الخبرة، و الرسوم القضائية، و مصاريف التبليغات التي يقوم بها المحضر القضائي.

د- التعويضات:

نصت عنها الفقرة 5 من م 375 ق م ج، حيث جاء فيها: «... و بوجه عام تعويضه عما لحقه من خسائر وما فاتته من كسب بسبب نزع اليد عن المبيع...»؛ أي لابد أن يلتزم البائع بتعويض المشتري عما لحقه من خسائر و ما فاتته من كسب بسبب العيب، و البائع المقصود في هذه الحالة هو البائع حسن النية كما أسلفنا الذكر.

و من خلال تصفحنا لمختلف البحوث الفقهية في هذه المسألة، وجدنا أن كل الدراسات حددت هذه التعويضات في كل ما أنفقه المشتري على العقد، و كذلك التعويضات عن الضرر الذي لحقه من جراء هذا العيب.

- نفقات العقد:

بالنسبة لنفقات العقد نجدها تتمثل في كل ما أنفقه المشتري عند إبرامه لعقد البيع، و كذلك عند تنفيذه له، كمصاريف الدمغة، السمسرة، مصاريف التوثيق، و التسجيل، مصاريف إزالة الرهن و التأمين، بالإضافة إلى مصاريف الرسوم الجمركية، إذا كانت ضمن مصاريف العقد، و بصفة عامة كل ما صاحب العقد من نفقات و تكبدها المشتري².

اتجه الفقه الفرنسي إلى تفسير العبارة الواردة في متن م 1646 ق م ف (Les frais occasionnés par le contrat) إلى جعلها تقتصر على المصروفات التي تم ذكرها أعلاه، و التي لها اتصال مباشر بالعقد، بعد ما كان القضاء الفرنسي يعطيها مفهوماً واسعاً³،

¹ عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 742؛ توفيق حسن فرج، المرجع السابق، ص 473.

² نبيل ابراهيم سعد، المرجع السابق، ص 422؛ توفيق حسن فرج، المرجع السابق، ص 474-475؛ جريدة خواص، المرجع السابق، ص 123.

³ Art 1646 : « si le vendeur ignorait les vices de la chose, il ne sera tenue qu'à la restitution du prix et à remboursera acquéreur les frais occasionnés par la vente ».

حيث كانت تشمل المصروفات المباشرة على العقد السالف ذكرها، بالإضافة إلى تعويض الغير عما لحقه من ضرر بسبب عيبا يجهله البائع، وهذا محاولة منه لإزالة الفرق بين البائع سيء النية و البائع حسن النية، بحيث لا يعفى هذا الأخير إلا من تعويض المشتري عما فاتته من كسب¹.

-التعويض عن الضرر:

يكون البائع مسؤولاً عن تعويض المشتري عن الضرر المتوقع الحصول وقت البيع، إذا كان بائعاً حسن النية، لا يعلم بالعيب في الشيء المبيع، أما إذا كان سيء النية يعلم بالعيب الخفي، كان مسؤولاً عن الضرر المتوقع و غير المتوقع، وذلك تطبيقاً للقواعد العامة في المسؤولية²، وهذا ما أكدته المذكرة الإيضاحية للتقنين المصري بخصوص م 444 ق م م، التي تقابلها م 376 ق م ج، حيث أوضحت انه في حالة علم البائع بالعيب الخفي و تعدد إخفاؤه عن المشتري، يلتزم بتعويض المشتري عن الضرر الذي وقع له حتى و لو لم يكن متوقعاً، أما إذا لم يكن يعلم بهذا العيب لا يعرض المشتري إلا عن الضرر المتوقع فقط³. بناءً على هذا، و بما أن التشريع المصري يعتبر هو المنبع الذي استسقى منه التشريع الجزائري النصوص القانونية المتعلقة بنظام ضمان العيوب الخفية، فإن الأساس الذي يعتمد في كلا التشريعين من أجل تحديد عناصر التعويض الملزم بها البائع هو القواعد العامة للمسؤولية العقدية⁴، و التي تتحكم فيها سوء نية البائع أو حسن نيته.

¹ نتيجة للانتقادات الكثيرة التي تعرض لها القضاء الفرنسي بخصوص التفسير الموسع للعبارة الواردة في المادة 1646 ق م ف (**les frais occasionnes**)، أصبح يحصر المصاريف و التعويضات في إطارها التقليدي حتى يتم التفرقة بين البائع حسن النية و البائع سيئ النية. توفيق حسن فرج، المرجع السابق، هامش الصفحة 475-476؛ جريدة خواص، المرجع السابق، ص 125-126-127.

² عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 742؛ أنور سلطان، المرجع السابق، ص 331، 332.

³ أمير فرج يوسف، المرجع السابق، ص 215..

⁴ المسؤولية العقدية : هي جزء الإخلال بالالتزامات الناشئة عن العقد أي عدم تنفيذها أو التأخر في تنفيذها، و من بين أركانها، ركن الخطأ العقدي الذي يأخذ عدة صور، ومن بين صور، عدم تنفيذ الالتزام على الوجه المتفق عليه بين الطرفين كتسليم البائع للمشتري شيئاً معيباً أو فاسداً خلافاً لما تم الاتفاق عليه في العقد، بلحاج العربي ، النظرية العامة للالتزامات ، المرجع السابق، ص 650، 671، 672. انظر: كذلك المواد المتعلقة بالمسؤولية العقدية في التقنين المدني الجزائري من 176 إلى 187.

بالمقابل أقر المشرع الفرنسي التعويض للمشتري إذا كان البائع يعلم بالعيب فقط، أما إذا كان يجهله، فالمشتري الحق في طلب نفقات العقد دون التعويض بحسب المواد 1641 - 1646، و يجوز له طلب التعويض عما أصابه من ضرر و ما فاته من كسب بسبب هذا العيب إذا ما اختار رد المبيع المعيب¹.

2- التزامات البائع سيء النية

إن نص م 375 ق م ج، جاء عاما عندما أقر الإلتزامات التي تقع على عاتق البائع في حالة العيب الجسيم، إذا ما اختار المشتري رد المبيع المعيب بما أفاده منه من ثمار، و لم يفرق هذا النص القانوني بين البائع حسن النية، و البائع سيء النية من حيث هذه الإلتزامات، و بذلك نستنتج أن البائع سيء النية ملزم بأداء قيمة المبيع و المبالغ المبينة في هذه المادة للمشتري، على النحو الذي بيناه آنفا بخصوص البائع حسن النية .

و لقد أشرنا في ما سبق، أنه بالنسبة للمصرفات الكمالية و التي تدخل في تجميل و تحسين مظهر المبيع، كطلاء الجدران و فرش الأرض، لا يلتزم بردها البائع حسن النية، و إنما تقع على عاتق البائع سيء النية²، و هذا طبقا للقواعد العامة للمسؤولية العقدية³، بحيث يلتزم البائع سيء النية بتعويض المشتري عن الضرر اللاحق به المتوقع حصوله وقت البيع مثله مثل البائع حسن النية، و يزيد إلتزامه إتساعا بحيث يشمل حتى الأضرار غير المتوقعة أيضا، كما أسلفنا الذكر سابقا.

و السؤال المطروح في هذه المسألة: ما هو المعيار المعتمد عليه في تحديد سوء نية البائع أو حسن نيته؟

¹جريدة خواص ، المرجع السابق ، ص 128.

²عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 742؛ توفيق حسن فرج، المرجع السابق، ص 477

³أنظر: المادة 182 و المادة 182 مكرر من التقنين المدني الجزائري.

-المقصود بسوء نية البائع:

البائع سيء النية في القانون الفرنسي، هو البائع الذي يعلم بالعيب الخفي بالمبيع¹، أما في القانون الجزائري و المصري، لا يكفي مجرد العلم بالعيب لإعتباره سيء النية، و إنما إضافة لذلك، لا بد أن يكون قد أخفاه عن المشتري غشا منه، بحسب نص م 2/379 ق م ج، تقابلها م 2/447 ق م م، و كذلك ما جاء في م 2/383 ق م ج؛ أي البائع الذي أخفى العيب بطرق تدليسية². و كذلك هو كل بائع يعلم بعدم إتصاف المبيع بالصفات التي كفل وجودها للمشتري، ولم يصرح بأنه باع بدون ضمان³.

يعتبر البائع سيء النية أيضا، متى صرح للمشتري خلو المبيع من العيب، ما لم تكن به عيوب أخرى لم تظهر إلا بعد البيع، أو كانت عيوب يجهلها البائع عن حسن نية⁴.

إتسعت دائرة البائعين سيئي النية، لتشمل الصانع التاجر، حيث اتفق الفقهاء الفرنسيان بوتيه و دوها على إعتباره ضامنا لجودة بضاعته (Le bouté de ses ouvrages)، بالتالي فكل بائع أو تاجر محترف⁵، أو صانع، هو سيء النية؛ لكونه يعلم بخبايا منتوجاته. و إتجهت محكمة التمييز الفرنسية إلى اعتبار بائع السيارات المعيبة سيئي النية، و كذلك صانع بندقية صيد إنفجرت و أضرت بالمشتري، و أيضا بائع حجارة أدى العيب الموجود فيها إلى إنهيار مدرج استعملت في بنائه⁶، و يستثنى البائع العرضي من البائعين سيئي النية، بحكم أنه

¹ Art 1645: « si le vendeur connaissait les vices de la chose... ».CCF

² بحسب المادة 454 موجبات و عقود لبناني يعتبر البائع مدلسا إذا كان يعلم بالعيب علما ثابتا و قامت عنده شكوك حول وجود العيب و لم يخبر البائع ، اعتبر السكوت تدليسا. حسن فرج، المرجع السابق، هامش 1، ص 480.

³ نبيل سعد ابراهيم، المرجع السابق، ص 422،423 ؛ توفيق حسن فرج، المرجع السابق، ص 477.

⁴ نبيل ابراهيم سعد، المرجع السابق، ص 423؛ توفيق حسن فرج ، المرجع السابق، ص 480.

⁵ بعد النهضة الصناعية و التطورات التي مست مختلف السلع و بدخول الجزائر اقتصاد السوق تم اعتبار كل منتج أو صانع كبائع محترف، وذلك ضمن المرسوم التنفيذي 266/90 و القانون 09-03 سألني الذكر. انظر: إلى ما تم التفصيل فيه في تعريف البائع المحترف في الفصل الثاني،المطلب الأول عندما تطرقنا للمدين بالضمان. كذلك يعتبر المنتج مسؤولا عن عيوب منتوجاته، حتى في مواجهة المتضرر الذي لا تربطه به علاقة تعاقدية، بحسب نص المادة 140 ، وإذا إنعدم المسؤول عن الضرر الجسماني، ولم تكن للمتضرر يد فيه، تتكفل الدولة بالتعويض عن الضرر بحسب المادة 140 مكررا 1 ق م ج.

⁶ جريدة خواص ،المرجع السابق، ص 130، 131.

لا يملك الخبرة و الدراية بالمبيع مثلما يملكها البائع المحترف، كالمهندس الذي يبيع شقة معينة في بناء هو من شيده¹.

إن عبء إثبات سوء نية البائع في القانون الجزائري يقع على عاتق المشتري، بحيث يثبت علمه بالعيب الخفي في المبيع و أنه أخفاه عنه غشا منه، كما أنها تعتبر قرينة يمكن دحضها بكافة الطرق². و في حالة البائع المحترف أو الصانع ، فسوء النية فيه مفترض بحكم إحترافه للمهنة، ويعتبر كالبائع العالم بالعيب الخفي في المبيع³، و إتجه بعض الشراح إلى إعفاء المشتري من إثبات سوء نية البائع المحترف أو الصانع الذي إعتاد الإتجار في مثل هذا المبيع، إلا إذا اثبت هذا الأخير عدم علمه بالعيب الخفي⁴، كأن يثبت انه عيب ليس بمقدور أي محترف آخر أن يعلمه و لو كان يحترف البيع في مثل هذا المبيع.

إعتبر الفقه و القضاء الفرنسي سوء نية البائع قرينة قاطعة لا يمكن إثبات عكسها، إذ لا يمكن للصانع أو التاجر المحترف إثبات حسن نيته، أو عدم علمه بالعيب، أو أنه لم يرتكب خطأ، أو أنه تعذر عليه اكتشاف العيب في المبيع⁵، إلا أن الدكتور حسن فرج ينتقد ذلك ويرى أنها ليست قرينة قانونية؛ لكونها لا تخضع لأي نص قانوني⁶، ونحن أيضا نشاطره الرأي، إذ لا يمكن الجزم أن سوء نية البائع قرينة قاطعة لا يمكن إثبات عكسها، ما دام المشرع لم ينص على ذلك صراحة.

¹ القضاء الفرنسي يرى أن سوء النية في البائع العرضي غير مفترض، فإذا كان حسن النية، يخضع لنص المادة 1646 ق م ف، أي يلتزم فقط برد الثمن و تعويض المشتري عن مصاريف البيع. و لا يلتزم بتعويضه عن الضرر الذي ينتجه هذا العيب. جريدة خواص، المرجع السابق، ص 134 ، 135.

² المفروض أن البائع حسن النية حتى يقيم المشتري الدليل على انه سيء النية، و إذا كان البائع تاجرا أو صانعا يبيع السلعة المعيبة، جاز القول بافتراض انه علم بالعيب ما لم يثبت هو حسن نيته (المادة 449 موجبات و عقود لبناني). مشار إليه في هامش عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 742.

³ توفيق حسن فرج، المرجع السابق، ص 478.

⁴ أنور سلطان، المرجع السابق، ص 332.

⁵ توفيق حسن فرج، المرجع السابق، ص 479؛ جريدة خواص، المرجع السابق، ص 133.

⁶ انظر: إلى رأي الدكتور توفيق حسن فرج ، المرجع السابق، هامش 1، ص 479.

كخلاصة مما سبق، نستنتج أنه في غياب نص قانوني يفرق بين التزامات البائع حسن النية، و البائع سيء النية في حالة العيب الجسيم، يتم الأخذ بأحكام القواعد العامة للمسؤولية كما سبق القول، فالبائع حسن النية مقابل إسترداده للمبيع مع ثماره إذا كان العيب جسيماً، ملزم بأدائه للمشتري المصروفات الواردة في م 375 ق م ج، ماعدا المصروفات الكمالية، بالإضافة إلى تعويضه عن الضرر اللاحق به من خسارة، و ما فاته من كسب بسبب هذا العيب، فيعوضه عن ما فاته من إنتفاع بهذا المبيع، وعن الخسارة التي لحقت بسبب زيادة الأسعار مثلاً عندما أراد شراء شيء مثله.

أما البائع سيء النية فيلتزم بنفس ما يلتزم به البائع حسن النية، مضافاً إليها المصروفات الكمالية، و تتسع دائرة التعويضات لتشمل الأضرار التي لحقت الغير بسبب هذا العيب كتعويض ورثة المشتري، كما يلتزم أيضاً بتعويضه عن الأضرار المعنوية طبقاً لنص م 182 مكرر ق م ج.

الفرع الثالث

الرد الجزئي

الأصل أنه في حالة العيب الجسيم، إذا ما إختار المشتري دعوى الرد، فعليه رد المبيع المعيب مع ما أفاده منه من ثمار، مقابل استرداد المبالغ الواردة في متن م 379 ق م ج، و لقد فصلنا في ذلك في الرد الكلي للمبيع، لكن إذا كان هذا المبيع شيئاً، أو أشياء يمكن تجزئتها منه دون إحداث ضرر، و دون المساس بقيمته أو الغرض الذي أعد له، هل يمكن للمشتري رد الجزء المعيب منه للبائع و الاحتفاظ بما تبقى منه، أم انه ملزم برده كلياً؟

الملاحظ أنه لم يرد أي نص قانوني في القانون المدني الجزائري، ينظم هذه المسألة في نظام ضمان العيوب الخفية في عقد البيع، وهذه غاية من المشرع الجزائري إلى إعمال القواعد العامة للضمان، إذا ما تعلق الأمر بالرد الجزئي للمبيع المعيب¹، بالتالي يمكن للمشتري أن يرد الجزء المتعيب من المبيع إذا ما كان العيب جسيماً، و يشترط في ذلك أن تكون العين المباعة

¹ سليمان مرقس، المرجع السابق، ص 577؛ محمد صبري السعدي، عقد البيع و المقايضة، المرجع السابق، ص 396.

عبارة عن شيء، أو أشياء يمكن تجزئتها دون ضرر، و دون أن يؤثر ذلك على الغرض الذي أعد له، كما أن الخيار بين الرد الكلي للمبيع المعيب أو الجزئي في يد المشتري، على أن لا يتضرر أحد المتعاقدين من ذلك¹.

و يأخذ الرد الجزئي للمبيع المعيب حالتين، فقد يرد البيع على أشياء متعددة، تكون كلها أصلية، و قد يرد على أشياء بعضها أصلي و البعض الآخر تبعي؛ أي من ملحقاته، لكن أصل الشيء هو المحل الرئيسي للبيع²، وبذلك سوف نعرض هاتين الحالتين (أولاً)، ثم نوضح ما يسترده المشتري في حالة الرد الجزئي و كيف يتم تقدير قيمة الجزء المتعيب (ثانياً).

أولاً: حالات الرد الجزئي

1- إذا كان المبيع عدة أشياء متساوية الأهمية: في هذه الحالة نميز بين صورتين هما :

- الصورة الأولى: إذا كانت الأشياء مختلفة، منفصلة، ومستقلة عن بعضها البعض، بحيث يمكن الانتفاع بكل جزء منها على حدى مستقلاً عن الآخر، وكان العيب في أحد الأجزاء منها أو في بعضها دون ما تبقى من العين المبيعة. في هذه الحالة على المشتري أن يرد الجزء المتعيب منها فقط، مقابل الحصول على قيمته مع التعويضات، و ذلك طبقاً لنص م 375 ق م ج، تقابلها م 443 ق م م، و يستوي ذلك في حالة شراء أشياء جملة واحدة و بثمن واحد³. تجدر الإشارة هنا أننا دائماً في حالة العيب الجسيم و إختار المشتري رد الجزء المعيب؛ لأنه في حالة العيب غير الجسيم يقتصر حقه في التعويض فقط، وهذا ما سيتم تناوله لاحقاً.

بالرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية، نجد أنها تفرق بين حالة ظهور العيب في المبيع قبل التسليم و بعده، ففي حالة ظهوره قبل التسليم يكون المشتري مخيراً بين قبول الصفقة بالثمن المسمى أو رد الجميع، و لا يجوز له رد الجزء المعيب و إمساك السليم، و هذا لكون الصفقة لا تتم إلا بالقبض و تفريقها باطلاً، أما إذا ظهر العيب ببعضها بعد القبض (التسليم) و لم يكن

¹ توفيق حسن فرج، المرجع السابق، هامش 1، ص 483؛ جريدة خواص، المرجع السابق، ص 136.

² توفيق حسن فرج، المرجع السابق، ص 482.

³ توفيق حسن فرج، المرجع نفسه، ص 483.

في تفريق الصفقة ضرر، كان للمشتري أن يرد المعيب بحصته من الثمن سالماً، و ليس له أن يرد الجميع بدون رضا البائع¹.

إن معرفة مسألة كون الأشياء محل البيع منفصلة أو مستقلة عن بعضها البعض ترجع غالباً إلى تفسير العقد، ففي حالة كون المبيع عبارة عن أشياء تسلم على دفعات، فإن كل دفعة مستقلة عن الأخرى، فإذا تعلق العيب بإحداها فلا أثر له على الدفعة التي سبقتها، كما أنه لا أثر له على ما لم يتم تسليمه بعد، و ينظر في هذه المسألة إلى نية المتعاقدين و قصدهما و الظروف الملازمة للعقد².

إذا كان المبيع من المثليات، فلا يحق للمشتري أن يطلب إلا تسليم له كمية أخرى من نفس النوعية خالة من تلك العيوب³، و إذا كان المبيع عدة أشياء مختلفة تم شراؤها جملة و بثمان واحد، يحق للمشتري حتى بعد الاستلام، فسخ العقد في ما يخص الجزء المتعيب من تلك الأشياء، و أن يسترد من الثمن جزءاً مناسباً له⁴.

- **الصورة الثانية:** إذا كانت الأشياء المباعة جملة واحدة، بحيث ما كان أن يباع إحداهما دون الآخر، أي التي لا يمكن التفريق أو التبعض فيها دون ضرر. ففي مثل هذه الحالة لا يكون للمشتري إلا رد المبيع كله بسبب العيب الجسيم لإستحالة تفريق المبيع، كحالة الأزواج المتلازمة، مثل زوج الخيول السابق ذكره⁵.

بالنسبة لفقهاء الشريعة الإسلامية، جاء في المبسوط للسرخسي: " إذا اشترى خفين، أو نعلين، أو مصرعي باب، فوجد في إحداهما عيب فله أن يردهما جميعاً، كأنهما في الصورة شيئان و في المنفعة و في المعنى كشيء واحد، فانه لا يتأتى الانتفاع المقصود بإحداهما دون الآخر، والمعتبر هو المعنى، و في الشيء الواحد وجود العيب في احد منه ممكن رد الكل لأنه

¹ أنظر: المادة 533، و المادة 534 مرشد الحيران؛ توفيق حسن فرج، المرجع السابق، هامش 1، ص 484.

² توفيق حسن فرج، المرجع السابق، هامش 2، ص 483.

³ محمد صبري السعدي، البيع و المقايضة، المرجع السابق، ص 397.

⁴ المادة 450، و المادة 451 موجبات و عقود لبناني، عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، هامش ص 747.

⁵ توفيق حسن فرج، المرجع السابق، ص 484؛ عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، هامش ص 747؛ نبيل سعد ابراهيم،

المرجع السابق، ص 423.

لو رد المعيب خاصة لعاد إلى البائع بعيب حادث لان التفريق يمنع الانتفاع و ذلك عيب في كل واحد منهما، فان كان قد باع الذي ليس به عيب لم يكن له أن يرد ما بقي، أو لا يرجع كما في الشيء الواحد حقيقة إذا باع بعضه...¹.

2- إذا كان البيع يتناول أشياء بعضها أصلي و الآخر تبعي

و هذه الحالة أيضا تأخذ صورتين هما :

- الصورة الأولى: إذا كان العيب جسيما في أصل المبيع دون الفرع ، فإذا إختار المشتري الرد، يجب أن يشمل رد جميع ملحقات المبيع؛ لأن عيب الأصل يتناول فروعه أيضا، فمثلا إذا تم رد الحصان، يُرد معه السرج و اللجام، و يُجبر البائع على أخذ الكل².
- الصورة الثانية : إذا كان العيب جسيما في فروع وملحقات المبيع دون أصله، فإن عيب الفرع لا يفسخ الأصل، إذ يُقتصر الرد على الجزء المعيب فقط، ولا يُجبر البائع على أخذ كل المبيع، مادام العيب الموجود في الفرع لا يلحق الضرر بالمتعاقدين³.

ثانيا: ما يسترده المشتري من البائع ، و كيف يتم تقديره

إذا كان العيب جسيما و إختار المشتري دعوى الرد الجزئي للمبيع المتعيب، يلتزم البائع بأداء للمشتري نفس الإلتزامات التي تقع عليه في حالة الرد الجزئي؛ أي ما ورد في متن م 375 ق م ج، و في مقدمتها قيمة الجزء المتعيب من العين المبيعة، و يتم تقدير قيمته وقت ظهور العيب، كما يسترد المصروفات و التعويضات على النحو الذي بيناه في حالة الرد الكلي للمبيع.

¹ جريدة خواص، المرجع السابق، ص 139.

² عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، هامش ص747؛ توفيق حسن فرج، المرجع السابق، الصفحة نفسها؛ انظر: نص المادة 452 مو ع ل، نبيل ابراهيم سعد، المرجع السابق، ص 424.

³ عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، هامش الصفحة نفسها؛ جريدة خواص، المرجع السابق، ص 140؛ انظر: المادة 452 ق مو ع ل؛ نبيل ابراهيم سعد، المرجع السابق، ص 424.

و يتم حصر حق المشتري عند تقدير قيمة المبيع في ما يتناسب مع الجزء المتعيب الذي تم رده. كما يتم تقدير ذلك بحسب قيمته سليما وقت ظهور العيب، مثل حالة الرد الكلي للمبيع، و إذا لم يتفق الطرفان على تقدير هذه القيمة، يمكن الاستعانة بأهل الخبرة في ذلك¹.

المطلب الثاني

دعوى التعويض

إذا كان العيب غير جسيم، أو كان جسيم و إختار المشتري إستبقاء المبيع المعيب، فإنه يرجع على البائع بالتعويض عما أصابه من ضرر بسبب العيب²، بالتالي فموضوع دعوى ضمان العيوب الخفية في الحالة التي يكون فيها العيب جسيما، و قرر المشتري الإحتفاظ بالعين المبيعة عوض ردها للبائع، لا يختلف عن موضوعها في حالة العيب اليسير³، يلتزم فيه البائع بأداء الفرق بين قيمة المبيع سليما وقيمه معيبا، بالإضافة إلى مصروفات دعوى الضمان متى كان هو من جعل المشتري مضطرا لرفعها، و بصفة عامة تعويضه عما لحقه من خسارة و ما فاته من كسب بسبب العيب⁴، مع الإلتزام بتعويضه عن الضرر المتوقع و غير المتوقع، إذا كان بائعا سيء النية كما سبق بيانه.

و تعتبر دعوى التعويض عن العيب الخفي، تعويضا عن الضرر اللاحق بالمشتري بسبب هذا العيب في نظر البعض، و تعتبر دعوى إنقاص الثمن في نظر البعض الآخر، فما هو موقف المشرع الجزائري من ذلك (أولا) ؟ و ما هي حالات إستعمال دعوى التعويض في نظام ضمان العيوب الخفية (ثانيا)؟

¹ توفيق حسن فرج، المرجع السابق، ص 485 ، 486.

² عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 741.

³ سعدي فتيحة، المرجع السابق ص 181.

⁴ عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 742.

الفرع الأول

مفهوم دعوى التعويض

بالرجوع إلى أحكام م 376 / 2 ق م ج، الخاصة بالإستحقاق الجزئي، إذا ما تم تطبيقها في ضمان العيب الخفي في عقد البيع، طبقاً للإحالة التي نصت عليها م 381 ق م ج، نجد أن المشرع قد منح للمشتري حق إستعمال دعوى التعويض، في حالة العيب الجسيم الذي يؤثر في المبيع بقدر من الجسامة لو علم به المشتري لما أتم العقد، لكن في هذه المرة يختار إستبقاء المبيع المعيب عوض رده إلى البائع، و كذلك له الحق في دعوى التعويض إذا كان العيب المؤثر في المبيع عيباً غير جسيم¹.

إن دعوى التعويض في هذه الحالة يُقصد بها التعويض المقرر في القواعد العامة، بحسب ما أوضحتها المذكرة الإيضاحية ق م م مثلما سبق القول، و طبقاً لذلك يحدد التعويض بناء على ما سببه هذا العيب من ضرر، إنن هي ليست دعوى إنقاص للثمن الذي يُنظر فيه إلى تخفيض الثمن بالنظر لقيمة المبيع المعيب، دون الأخذ بعين الإعتبار الضرر اللاحق بالمشتري²، والملاحظ أن المشرع الجزائري قد حذا حذو المشرع المصري في هذه المسألة و الدليل على ذلك تطابق المادتين 2/376 ق م ج، و 2/444 ق م م.

و بالرجوع إلى أحكام القواعد العامة في التعويض نجد نص م 182 ق م ج ينص: "إذا لم يكن التعويض مقدراً في العقد أو في القانون، فالقاضي هو الذي يقدره، و يشمل التعويض ما لحق الدائن من خسارة و ما فاته من كسب بشرط أن يكون هذا نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالتزام أو للتأخر في الوفاء به، و يعتر الضرر نتيجة طبيعية إذا لم يكن في استطاعة الدائن أن يتوقاه ببذل جهد معقول. غير أنه إذا كان الإلتزام مصدره العقد، فلا يلتزم المدين الذي لم يرتكب غشاً أو خطأ جسيماً، إلا بتعويض الضرر الذي كان يمكن توقعه عادة وقت التعاقد".

¹ المادة 2/379 ق م ج " و إذا اختار المشتري استبقاء المبيع، او كانت الخسارة التي لحقته لم تبلغ القدر المشار اليه في الفقرة السابقة لم يكن له سوى المطالبة بحق التعويض عن الضرر الذي لحقه بسبب نزع اليد عن المبيع."

² جريدة خواص، المرجع السابق، ص 146.

كما نصت م 182 مكرر: "يشمل التعويض عن الضرر المعنوي كل مساس بالحرية أو الشرف أو السمعة".

يفهم من ذلك انه في القانون المدني الجزائري يرجع تقدير التعويض عن الضرر الناتج عن العيب الخفي أو تخلف صفة كفل البائع توفرها في المبيع لقواعد المسؤولية العقدية¹، و في حالة ما إذا لم يصب المشتري أي ضرر من العيب، لا يجوز له الرجوع بشيء على البائع².

أما بخصوص المشرع الفرنسي فقد اعتبر دعوى التعويض، دعوى إنقاص للثمن مستمداً ذلك من القانون الروماني³، حيث يكفي البائع برد جزء من الثمن مع استبقاء المشتري المبيع المعيب عيباً غير جسيم، بحيث يساوي هذا الجزء من الثمن الجزء المتعيب من العين المبيعة، و يتم هذا التخفيض عن طريق الموازنة بين ما دفعه المشتري من ثمن و ما يجب أن يدفع لو كان المبيع معيباً⁴، و هذا ما نصت عليه م 1644 ق م ف. و لقد اتجهت الشريعة الإسلامية في هذا الاتجاه، واعتبرت دعوى التعويض دعوى إنقاص الثمن، إذ أن المتفق عليه انه: يقوم المبيع سليماً ثم يقوم معيباً و ما كان بين القيمتين من تفاوت ينسب إلى الثمن المسمى و بمقتضى تلك النسبة يرجع المشتري على البائع بالنقصان و يحدد هذا المقدار بالخبرة⁵.

¹ لا تقوم المسؤولية العقدية إلا إذا توفر الخطأ في جانب المدين، و هو خطأ قائم على الإخلال بالتزام تعاقدي، و أن ينجم عنه ضرر فعلي مباشر يصيب الدائن. و تقوم المسؤولية العقدية على ثلاثة أركان هي:

- الخطأ العقدي La faute contractuelle

- الضرر le préjudice ou le dommage

- العلاقة السببية بينهما lien de la causalité entre la faute et le dommage، بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص من 656 إلى 699.

² عبد الرزاق السنهوري المرجع السابق هامش 2، ص 741.

³ هناك بعض الفقهاء الفرنسيين يرون أن دعوى إنقاص الثمن هي دعوى إلغاء جزئي مقابل عدم التنفيذ الجزئي لوجود عيب خفي في المبيع. و أنكر البعض التعويض و جعله مقتصرًا على تخفيض الثمن للحد الذي يوافق المبيع معيباً، و اعتبر البعض دعوى التخفيض تطبيقاً لمبدأ تبعة الهلاك أي لنظرية المخاطر (théorie de risque). انظر: جويده خواص، المرجع السابق، ص 143-144.

⁴ القانون اللبناني هذا حذو القانون الفرنسي من حيث اعتبارها دعوى إنقاص للثمن و يتضح ذلك في نص المادة 453 ق م ع ل: "يتم تخفيض الثمن بتقدير قيمة المبيع و هو في حالة السلامة وقت العقد من جهة، ثم بتقدير قيمته في حالته الحاضرة من جهة أخرى... أي يكون للمشتري أن يسترد الفرق بين القيمتين، نبيل ابراهيم سعد، المرجع السابق ص 424.

⁵ جويده خواص المرجع السابق ص 144.

الفرع الثاني

حالة العيب الجسيم و حالة العيب غير الجسيم في دعوى التعويض

حسب نص م 2/376 ق م ج ، السالف ذكرها، نستنتج حالتين لدعوى التعويض عن الضرر الناتج عن العيب الخفي أو تخلف صفة كفل البائع توافرها في المبيع.

أولاً : حالة العيب الجسيم

يعتبر العيب جسيماً في هذه الحالة، بحيث تبلغ فيه الجسامة مقدارا لو علم به المشتري لما أتم العقد و لكن اختار استبقاء المبيع المعيب، فللمشتري في هذه الحالة حق الخيار بين دعوى رد المبيع و دعوى التعويض، و لا يتقيد بالدعوى التي قد يرفعها عليه من اشترى منه العين المبيعة، و إذا ما رفع إحدى الدعويتين، لا بد له أن يعدل عن الأخرى، مادام لم يصدر فيها حكماً حائزاً لقوة الشيء المقضي فيه. كما يمكن له رفع دعوى الرد بصفة أصلية و دعوى التعويض احتياطياً، أما إذا رفع دعوى الرد وحدها و لم يعدل عنها إلى دعوى التعويض و لو احتياطياً، لا يجوز للمحكمة القضاء بالتعويض و إلا عدت قد حكمت بما لم يطلب منها¹.

ثانياً: حالة العيب غير الجسيم (العيب اليسير)

في هذه الحالة يكون طلب التعويض بسبب عيب غير جسيم، أي أن مقدار الجسامة لم يبلغ الحد المذكور في الحالة الأولى، بل إلى حد لو علم به المشتري لقبل الشراء، ولكن بثمن أقل².

و يقع عبء إثبات أن العيب لا يؤثر في المبيع تأثيراً جسيماً على عاتق البائع، إذا ما إستعمل المشتري دعوى الرد، و إذا أثبت ذلك سقط حق المشتري في دعوى الرد و إكتفى بدعوى التعويض عن هذا العيب، طبقاً لنص م 2/376 ق م ج³.

¹ عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، هامش 1، ص 741.

² سليمان مرقس، المرجع السابق، ص 574؛ عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 740.

³ جريدة خواص، المرجع السابق، ص 148.

الفرع الثالث

حالات أخرى في طلب التعويض

توجد حالات يمكن من خلالها المشتري الرجوع على البائع للمطالبة بضمان العيب الخفي في المبيع، لم يتم ذكرها في نص م 2/376 ق م ج، يخضع تطبيقها إلى القواعد العامة¹، فقد يلجأ المشتري إلى رد المبيع و طلب التعويض في حالة تصرفه في الشيء المبيع، و عند تحويله، أو الإنقاص منه، وكذلك في حالة إصابة المبيع بعيب جديد، أو عند زوال العيب منه².

- حالة هلاك المبيع

تنص م 382 ق م ج، التي تقابلها م 451 ق م م : " تبقى دعوى الضمان قائمة و لو هلك المبيع بأي سبب كان ."

يفترض النص القانوني في هذه الحالة أن هلاك المبيع قد حدث بعد التسليم، لأن لو كان الهلاك قبل التسليم، لكانت تبعته على عاتق البائع، ولا مجال إذن لضمان العيب³.

يرى الدكتور سليمان مرقس أن واضعو التقنين المصري الجديد قد أوشكوا أن يتركوا مسألة هلاك المبيع بدون نص قانوني و الاكتفاء بالقواعد العامة في تبعة الهلاك، فتسقط مسألة تبعة الهلاك دعوى ضمان العيوب الخفية، و بالتالي أرجوا النص القانوني السالف الذكر تفاديا لهذه الشبهة⁴، و هذا ما تم توضيحه في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي للتقنين المدني المصري بشأن م 451 ق م م⁵.

¹ عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 746.

² تم التفصيل في هذه الحالات عندما تطرقنا إلى حالات سقوط دعوى الضمان في الفرع الثالث من المطلب الثاني، من المبحث الأول من هذا الفصل. أنظر: عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص من 745 إلى 750.

³ عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 744.

⁴ سليمان مرقس، المرجع السابق، ص 581؛ عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 744.

⁵ تقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي للتقنين المصري بخصوص المادة 451 ق م م : "إن العلة من بقاء دعوى الضمان حتى لو هلك المبيع بسبب العيب أو قضاء و قدرا -حتى تنتفي الشبهة في أن هلاك المبيع قد يسقط الضمان". انظر: أمير فرج يوسف، المرجع السابق، ص 217.

ففي حالة العيب غير الجسيم، إذا هلك المبيع في يد المشتري، فإن دعوى الضمان لا تسقط، و يجوز له مطالبة البائع بالتعويض عما أصابه من ضرر بسبب العيب كما تم تبيانه في حالة استبقاء المبيع (دعوى التعويض)¹.

أما في حالة العيب الجسيم إلى درجة أن إختار المشتري رد المبيع، يأخذ الرجوع على البائع بالتعويض صورتين هما:

- إذا كان هلاك المبيع بسبب خارج عن إرادة المشتري، سواء بسبب العيب، أو بسبب آخر غير منسوب إليه، جاز له الرجوع على البائع بالتعويض الكامل، ولا يكون مطالبا برد المبيع الهالك²، مثل شراء حيوان ثم مات هذا الأخير بسبب لا يد للمشتري فيه، في هذه الحالة يبقى حقه في الرجوع على البائع بالتعويض الكامل؛ أي بجميع المبالغ المنصوص عليها في م 375 ق م ج³، ويرد له ما تبقى من المبيع بعد الهلاك، كالأرض و الأنقاض المتبقية بعد تهدم بناية بها عيب خفي⁴؛ أي إرجاع للبائع ما بقي من الهالك الجزئي⁵.

- إذا كان هلاك المبيع بفعل المشتري، فإنه في هذه الحالة لا يستطيع الرجوع على البائع بالتعويض الكامل؛ لأن تَعُدُّ رد المبيع كان بفعله، بالتالي يكتفي بالمطالبة بالتعويض عما أصابه من ضرر بسبب العيب كما في حالة إستبقاء المبيع⁶.

- حالات المطالبة بالتنفيذ العيني

نص المشرع الجزائري في م 164 ق م ج: "يجبر المدين بعد اعذاره طبقا للمادتين 180 و 181 على تنفيذ التزامه عينيا متى كان ذلك ممكنا"، و يرجع الحكم بالتعويض

¹ عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 744.

² عبد الرزاق السنهوري، المرجع نفسه، نفس الصفحة.

³ محمد حسنين، المرجع السابق، ص 162، 163.

⁴ محمد صبري السعد، عقد البيع والمقايضة، المرجع السابق، ص 398.

⁵ عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، هامش 2، ص 744.

⁶ محمد صبري السعدي، عقد البيع والمقايضة، المرجع السابق، ص 399؛ عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 745.

العيني بدلا من التعويض النقدي إلى تقدير المحكمة المختصة¹، و يأخذ التنفيذ العيني صورتين:

الصورة الأولى: يمكن للمشتري أن يطلب من البائع إصلاح العيب؛ إذا كان قابلا للإصلاح أو أن يتكفل هو بإصلاحه على نفقة البائع²، ويشترط أن يكون الإصلاح ممكنا، و في مدة معقولة لا تفوت فرصة الانتفاع بالمبيع على المشتري، و إلا جاز لهذا الأخير اللجوء إلى التعويض النقدي³، و إذا ما قام المشتري بإصلاحه على نفقة البائع، وحدث نزاع بسبب قيم هذه النفقات، و جب الالتجاء للخبرة من أجل تقديرها⁴، وهذا ما نصت عليه م: 170 ق م ج بقولها:

" في الالتزام بعمل، إذا لم يقم المدين بتنفيذ التزامه، جاز للدائن أن يطلب ترخيصا من القاضي في تنفيذ الالتزام على نفقة المدين إذا كان هذا التنفيذ ممكنا"⁵.

الصورة الثانية: يمكن للمشتري طلب إستبدال المبيع المعيب متى كان ذلك ممكنا، و إذا كان المبيع من المثليات، لا يحق للمشتري إلا طلب تسليمه كمية أخرى من نفس النوع خالية من العيوب، بشرط أن لا يسبب له هذا التبديل أضرار أخرى، و إلا جاز له المطالبة بالتعويضات إن اقتضى الأمر⁶.

لقد واكب المشرع الجزائري التطورات الحاصلة في المنتجات، و التجهيزات ذات التطور التكنولوجي، و حماية للمشتري المستهلك الذي يجهل تقنيات هذه المنتجات، أجاز له حق اللجوء إلى التنفيذ العيني في حال ظهور عيب بالمبيع، حيث يمكن له طبقا لنص م 13 من القانون 09/03 المتضمن حماية المستهلك السلف الذكر، و كذلك نص م 12 من المرسوم التنفيذي 327/13، الذي يحدد كفاءات و طرق تنفيذ الضمان -السالف الذكر-، أن يطلب

¹ محمد حسنين، المرجع السابق، ص 162.

² توفيق حسن فرج، المرجع السابق، ص 487؛ عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 743.

³ توفيق حسن فرج، المرجع السابق، ص 487؛ عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، هامش 1 ص 743.

⁴ توفيق حسن فرج، المرجع السابق، ص 487.

⁵ طلب الإذن من القاضي من أجل تصليح المبيع المعيب من طرف الدائن (المستهلك)، على نفقة المدين (المحترف) غير مقرر في قواعد قانون الاستهلاك، إذ يمكن له تصليحه على نفقة البائع دون إذن من المحكمة؛ لأنه لم تنص على ذلك المادة 13 من قانون 03-09، و المادة 12 من المرسوم التنفيذي 327-13.

⁶ توفيق حسن فرج، المرجع السابق، ص 488.

من البائع تصليح المنتج، أو استبداله، أو تصليحه بنفسه على نفقة البائع، كما أنه في حالة العطب المتكرر، يجب أن يستبدل المبيع أو يرد الثمن إلى المشتري.

خاتمة



خاتمة

من خلال دراستنا لموضوع ضمان العيوب الخفية في عقد البيع، لمسنا وجود إهتمام كبير به منذ العصور الأولى وصولاً إلى وقتنا الحالي، كما إهتمت به كذلك الشريعة الإسلامية الحنيفة، و الفقه، و القضاء، و يتبين ذلك في مختلف الأحكام الشرعية، و الإجتهاادات القضائية و الآراء الفقهية المتعددة التي أثرت كثيراً هذا الموضوع. لاحظنا أن المشرع الجزائري على غرار باقي التشريعات الأخرى، أولى إهتمامه بهذه المسألة، و لو أنه قام بنقل حرفي للنصوص القانونية خاصة من التشريع المصري، و ذلك في كل ما يتعلق بهذا الضمان، و بالمقابل وفر ما يلزم من قواعد قانونية أعطت حلاً في تضمن حق المشتري في الرجوع على البائع بالضمان، وبالتالي إعادة تنظيم العلاقة التعاقدية بين الطرفين و بعث الطمأنينة و السكينة في النفوس. كما وضع إلتزامات و جزاءات تقع على البائع في حال قيامه بتصرفات، قد تؤدي إلى تعكير صفو هذه العلاقة، بتسليم مبيع به عيب ينقص من قيمته، و لا يؤدي وظيفته على الوجه المطلوب.

رغم هذا الإهتمام الكبير الذي أولاه المشرع الجزائري لهذا الموضوع، إلا أن ذلك لا يشفع له، إذ بالرغم مما وفره من نصوص قانونية، يبقى هناك نقص يعترئها في عدة مواطن، و تناقض في مواطن أخرى، جعلت ممن سبقنا في هذه الدراسة، يقترح حلاً لمعالجة كل هذه النقائص و التناقضات، و نحن من جهتنا نطالبه بالإسراع لتدارك ذلك، من أجل وضع حد لأي إختلاف قد يثور بين الأطراف حول هذا الضمان، و سوف نعرض في مايلي مختلف النتائج التي توصلنا إليها، وكذلك بعض الاقتراحات في هذا الموضوع.

النتائج

✓ إستخلصنا أن المفهوم العام للعيب الخفي، هو كل آفة أو شائبة مست أصل الفطرة السليمة للمبيع، أدت إلى الانتقاص من قيمته، أو منفعته، أو هو كل تخلف لصفة في المبيع تم اشتراطها في العقد. وللعيب الخفي الموجب للضمان مميزات تجعله يختلف عن بعض النظم القانونية الأخرى، كما له نقاط تقاطع مع هذه النظم تجعل إستحالة تمييزه عنهم،

خاصة إذا تعلق الأمر بدعوى الإبطال و الفسخ، مما يوفر للمشتري فرصة حصوله على عدة دعاوى في مواجهة البائع، يختار الأنسب منها خدمة لمصالحه.

✓ عرفنا أنه لأجل إعتبار العيب موجبا للضمان، لا بد من توفر عدة شروط فيه، فيجب أن يكون مؤثرا ينقص من قيمة المبيع ومنفعته، كما يجب أن يكون قديما، و يعتد بوقت التسليم كتاريخ لقدمه في المبيع، ويشترط أيضا أن يكون خفيا، لا يمكن للرجل العادي كشفه عند فحص المبيع، بالإضافة إلى ذلك يجب أن يكون العيب غير معلوم للمشتري يوم التعاقد ويوم التسليم. ومن جهة أخرى لا يُعتد بعلم البائع بالعيب، أو عدم علمه به، إذ يبقى ضامنا له في كلتا الحالتين، كما يبقى ضامنا له أيضا حتى و إن كان العيب ظاهرا، متى أكد للمشتري خلو المبيع من العيب، أو أخفاه غشا منه.

✓ تبين لنا أن هذا الضمان يشمل جميع البيوع المسجلة وغير المسجلة، المادية منها وغير المادية، المتعلقة بالعقارات والمنقولات الجديدة و المستعملة، و البيوع التي تتم عن طريق العينة و التجربة، بالإضافة إلى البيوع التي تتم إلكترونيا، و استثنى المشرع من هذا الضمان، البيوع التي تتم بالمزاد القضائي والإداري، كما أجاز من جهة أخرى الإتفاق على تعديل أحكامه سواء بالزيادة، أو بالإنقاص، أو بالإسقاط.

✓ بالنسبة لأطراف الضمان، عرفنا أن البائع هو المدين به، قد يأخذ شكل بائع عرضي، أو محترف يشمل حتى المنتج الذي يخضع لنص (م 140 مكرر ق م ج)، أو يكون في شكل بائعين متعددين متضامنين يرجع عليهم المشتري بالضمان مجتمعين، أو على أحدهم وفقا لقواعد التضامن، أو غير متضامنين يرجع عليهم بالضمان كل حسب حصته في العين المباعة، كما لا يعتبر الخلف العام للبائع مسؤولا عن الضمان، إذ ينحصر حقه في هذه الحالة ضمن حدود التركة فقط، و من جهة أخرى يمكنه الرجوع على كفيل البائع أو وكيله وفقا لقواعد الكفالة و الوكالة.

أما الدائن بالضمان هو المشتري، سواء كان عاديا أو محترفا، قد يمتد حقه إلى خلفه الخاص، بحيث يمكن لمن يخلفه إستعمال ثلاثة دعاوى للمطالبة بالضمان: دعوى شخصية، مباشرة، وغير مباشرة. كما يحق لخلفه العام رفع دعوى الضمان لكونها حق

من الحقوق التي إنتقلت إليه من مورثه. كما يمكن لجمعية حماية المستهلك أن تكون طرفاً في دعوى الضمان، طبقاً لما جاء به قانون حماية المستهلك.

✓توصلنا إلى معرفة أنه لقيام دعوى الضمان، لا بد أن يقوم المشتري بإجراءات مسبقة، تتمثل في فحص المبيع و إخطار البائع في العيب في الوقت الملائم، وفقاً للمألوف المتعامل به.

كما أنه لا بد عليه أن يحترم ميعاد رفع الدعوى في مدة قصيرة (سنة منذ التسليم)، جعلت كذلك؛ لأن طول المدة قد يفقد المشتري حق الانتفاع بالمبيع، كأن يتعرض للتلف مثلاً، و يرهق البائع حسن النية بالضمان المطول، ومن جهة أخرى يُحرم البائع سيئ النية من الضمان الطويل حماية للمشتري. كما عرفنا أنه يجوز قطع، أو وقف، أو تعديل مطول لهذه المدة وفقاً للقواعد العامة.

رأينا أن عدم قيام المشتري بواجبات الفحص و الإخطار، أو عدم إحترام أجل التقادم، أو عند تنازله عن حقه في الضمان صراحة، أو ضمناً، سواء عن طريق التصرف في المبيع، أو تحويله بعد العلم بالعيب، أو إنقاص المبيع، أو ظهور عيب جديد به، أو في حالة زوال العيب يسقط حقه في الضمان.

✓انتهينا إلى أن المطالبة بالضمان يتعلق برفع دعوى رد المبيع أو دعوى تعويض، أما عن دعوى الرد فهي دعوى ذات طبيعة خاصة، تتعلق بالعيب الجسيم بقدر لو علم به المشتري لما أقدم على الشراء، و قد يكون رد المبيع فيها بشكل كلي أو جزئي، حيث إحتكم المشرع فيها إلى نص م 376 ق م ج الخاصة بالاستحقاق الجزئي ، أين ألزم المشتري برد المبيع مع ما أفده منه من ثمار، وألزم البائع برد المبالغ المبينة في م 375 ق م ج الخاصة بالاستحقاق الكلي، و يُنظر في ذلك إلى نية البائع، بحيث يُلزم البائع سيئ النية بنفس إلتزامات البائع حسن النية، بالإضافة إلى التعويضات المتوقعة و غير المتوقعة، و المصروفات الكمالية.

أما عن دعوى التعويض، فتثبت إذا كان العيب غير جسيم، أو كان العيب جسيما و إختار المشتري استبقاء المبيع، ومطالبة المشتري بالتعويض في هذه الدعوى يخضع للقواعد العامة في المسؤولية.

كما أنه فيما عدا دعوى الرد و دعوى التعويض المنصوص عنهما في نص م 379 ق م ج، يمكن للمشتري مطالبة البائع بالضمان وفقا للقواعد العامة، متى كان قد تصرف في المبيع، أو حوله، أو أنقص منه، أو في حالة إصابة المبيع بعيب جديد، أو إذا زال العيب منه، كما أن هلاك المبيع يُبقي دعوى الضمان قائمة مهما كان السبب. من جهة أخرى يجوز للمشتري اللجوء إلى طلب التعويض العيني، عوض التعويض النقدي، كطلب إصلاح المبيع، أو استبداله متى كان ذلك ممكنا.

الاقتراحات

✓ لقد جمع المشرع الجزائري في نظام ضمان العيوب الخفية في عقد البيع، بين العيب بإعتباره آفة عارضة و بين الصفة المشروطة في العقد و ساوى بينهما في الأحكام و الآثار، بالرغم من الإختلاف الواضح بينهما خاصة من حيث الشروط، إذ يختلفان في شرط التأثير و الخفاء و جهل المشتري بالعيب، و يتفقان فقط في شرط القدم. مما يجعل تخلفها في المبيع وقت التسليم يعتبر إخلالا بالتزامات البائع في تنفيذ العقد، و بالتالي فإن إعادة ذكرها في ضمان العيوب الخفية، يعد تكرار لما جاء في القواعد العامة. كما أنه يمكن إخضاع دعوى الرد في ضمان العيوب الخفية لقواعد الاستحقاق الكلي و الجزئي، و ذلك لوجود تشابه كبير بين النظامين، طبقا للإحالة التي قام بها المشرع لنص المادتين 375، 376 ق م ج ، في حالة ثبوت عيب خفي في المبيع، ولكن لا يمكن تفعيل ذلك في حالة تخلف صفة مشروطة، لإختلاف النظامين، مما يتطلب استبعادها من هذا الضمان و إخضاعها لأحكام الفسخ لعدم التنفيذ.

✓ فيما يخص مهلة الفحص و الإخطار، يمكن إجراء تعديل في نص م 380 ق م ج، يحدد مهلة معينة قانونا يجب على المشتري احترامها، مثل ما فعلت بعض التشريعات، و مثلما نص على ذلك في المرسوم التنفيذي 327/13 مواكبة للتطور الحاصل في السلع، كما يمكن

إدراج فقرة تسمح للمشتري اللجوء إلى الخبرة، أو أية وسيلة أخرى، متى كانت طبيعة المبيع تتطلب ذلك.

✓ بخصوص البيوع المستثناة من الضمان نقترح على المشرع الجزائري، تعديل نص م 385 ق م ج، من أجل إخضاع البيوع التي تتم بالمزاد القضائي الاختياري إلى أحكام الضمان، وهي التي لا يلزم فيها القانون تدخل القضاء كبيع العين الشائعة، غاية ما في الأمر لكون أصحابها أعلم بما تخفيه العين المباعة من عيوب.

✓ كما نقترح سن قانون يتعلق بالبيوع التي تتم إلكترونياً، إذ لا يكفي جعلها تحت مظلة التقنين المدني في ضمان العيوب الخفية، لأنها تتم في ظروف يصعب على المشتري تفحص المبيع فيها، وهذا راجع لبعد الطرفين عن مجلس العقد، كما أن طريقة تسلم المبيع في هذه البيوع لا تعطيه الوقت الكافي لاكتشاف العيب.

✓ فيما يخص حالات سقوط حق المشتري في الضمان، وضع المشرع نصوص قانونية توضح ذلك كنص المواد: 380، و383، و384، و غفل على حالات أخرى تركها للقواعد العامة، كالتصرف في المبيع، تحويله، أو الإنقاص منه، أو إذا ظهر عيب جديد عند استلامه، أو إذا زال العيب منه، وبالتالي نقترح وضع نصوص قانونية تنظم هذه الحالات في سقوط الحق في الضمان مثلما فعلت بعض التشريعات.

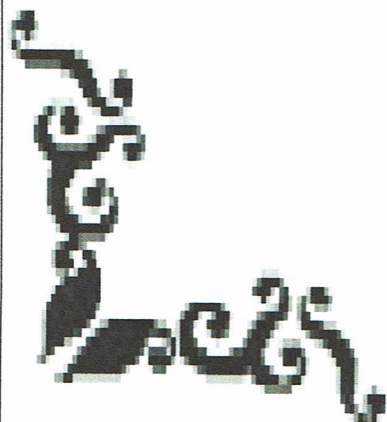
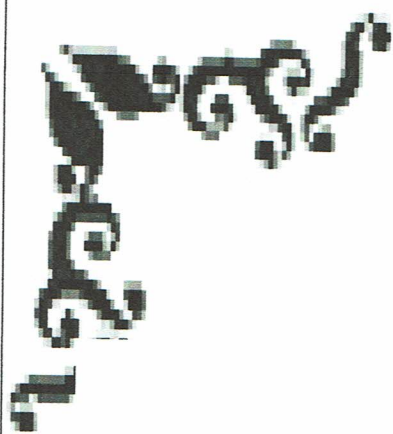
✓ فيما يخص شرط التأثير، الذي ينقص من قيمة المبيع و منفعته، احتكم المشرع لنص المادة 376 ق م ج، في تحديد درجة جسامه العيب الموجب للضمان، لكن ذلك لا يعد معيار واضحاً قد يخلق نزاعات بين طرفي العقد بخصوص بيان درجة جسامه العيب، لذلك نوجه اقتراح للمشرع الجزائري، إما إستبعاد نصوص الاستحقاق من ضمان العيوب الخفية، و إدراج نص، أو تعديل م 379 ق م ج، من أجل تحديد مقدار الجسامه، مثلما فعل المشرع الفرنسي في م 1641 ق م ف، أو استبقاء النصوص 375، 376 ق م ج في هذا الضمان مع إدراج نص جديد يعفي البائع من ضمان العيوب التافهة المتسامح فيها عرفاً، مثلما فعل ذلك في عقد الإيجار في م 488 ق م ج، أو الإقتداء بالمشرع المصري في عدم ضمان البائع للعيوب المتسامح فيها، أين نص على ذلك صراحة في م 448 ق م م.

يمكن للمشرع الجزائري الإعتماد على ما جاء في قانون المستهلك، و مختلف المراسيم التي تتعلق بضمان العيوب الخفية في المنتجات، من أجل إدخال تعديلات على نصوص قانونية

في التقنين المدني من أجل مواكبة التطورات المختلفة، وهذا خدمة لمصلحة طرفي العقد، خاصة المشتري (المستهلك) في مواجهة بائع يملك من الدراية العالية بمنتجاته، إذ يمكن الإعتماد على هذه النصوص في تنظيم مدة الإخطار، و في البيع بالتجربة، و في حالات المطالبة بالتنفيذ العيني.

في الأخير، نتمنى أن يكون هذا العمل المتواضع قد أعطى ثماره، و وفر بعض النقاط التي قد تُثري هذا الموضوع، و توفر حلولاً لبعض المشكلات التي قد تصادف طرفي عقد البيع، فيما يخص ضمان عيب خفي في المبيع، أو تخلف صفة مشروطة فيه، وبالتالي وضع حد لكل تصرف للبائع يريد من ورائه إستغلال جهل المشتري بالعيب فيلحق الضرر به.

المراجع



قائمة المصادر و المراجع

أولا : المصادر

القرآن الكريم.

السنة النبوية

- نور الدين علي بن أبي بكر الهيثمي، مجمع الزوائد و منبع الفوائد، حققه وخرج أحاديثه حسين سليم أسد الدراني، كتاب البيوع- والإيمان والندور- والأحكام، مج 9 ، ط 1، دار المناهج للنشر والتوزيع، جدة، المملكة العربية السعودية، س 2010.

المعاجم والقواميس

- أبو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم بن منظور، لسان العرب، مج 1، دار صادر للطباعة والنشر، بيروت، لبنان 1968.

النصوص التشريعية

- 1- قانون رقم 84-11، المؤرخ في 9 يونيو سنة 1984، المتضمن قانون الأسرة الجزائري، المعدل والمتمم بالأمر 02-05 المؤرخ في 27 فبراير 2005، ج ر، ع 15، الصادرة في 27 فيفري 2005.
- 2- قانون 02-04، الصادر في 23 يونيو 2004، الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، ج ر، ع 41، الصادرة في 27 يونيو 2004.
- 3- قانون 04-04 المؤرخ في 23 يونيو 2004، المتعلق بالتقييس، ج ر، ع 41، الصادرة في 27 يونيو 2004.
- 4- قانون 09-08، المؤرخ في 25-02-2008، متضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجزائري، ج ر، ع 21، الصادرة في 23-04-2008.
- 5- قانون 03-09، المؤرخ في 25 فيفري 2009، المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، ج ر ، ع 15، الصادر بتاريخ 08 مارس 2009.

- 6- أمر، رقم 96-27، المؤرخ في 9 ديسمبر 1996، المتضمن القانون التجاري، المعدل والمتمم للأمر رقم 75-59، المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، ج ر، ع 77، الصادرة في 11 ديسمبر 1996.
- 7- مرسوم تنفيذي رقم 90-266، المؤرخ في 15 سبتمبر 1990، المتعلق بضمان المنتوجات والخدمات، ج ر، ع 40، الصادر في 19 سبتمبر 1990.
- 8- مرسوم تنفيذي رقم 13-327، المؤرخ في 26 سبتمبر 2013، الذي يحدد شروط وكيفيات وضع ضمان السلع والخدمات حيز التنفيذ، ج ر، ع 49، الصادرة في 02 أكتوبر 2013.
- 9- مرسوم تنفيذي رقم 13-378 الصادر في 9 نوفمبر 2013، الذي يحدد الشروط و الكيفيات المتعلقة بإعلام المستهلك، ج ر، ع 58، الصادر في 18 نوفمبر 2013.

ثانيا: المراجع

المؤلفات باللغة العربية:

- 1- أمير فرج يوسف، العقود التي تقع على الملكية-عقد البيع والشركة-المقايضة، الهبة، الصلح، القرض والدخل الدائم، المكتب العربي الحديث، س 2007.
- 2- بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني الجزائري، المصادر الإرادية(العقد والإرادة المنفردة)، ج 1 ، ديوان المطبوعات الجامعية، ط 6، بن عكنون، الجزائر، س 2015.
- 3- توفيق حسن فرج، عقد البيع والمقايضة، مؤسسة الثقافة الجامعية، دون بلد النشر، دون سنة النشر.
- 4- دليلة معزوز، الضمان في عقود البيع الكلاسيكية والإلكترونية-ضمان التعرض للاستحقاق والعيوب الخفية-دراسة مقارنة، المركز الأكاديمي للنشر، س 2020.
- 5- رمضان أبو السعود، شرح العقود المسماة، عقدي البيع والمقايضة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، س 2015.
- 6- سمير عبد السيد تناغو، عقد البيع، مكتبة الوفاء القانونية، ط1، الإسكندرية، مصر، س 2009.
- 7- سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني في العقود المسماة، عقد البيع، مج 1، ط5، المنشورات الحقوقية مكتبة صادر، بيروت، لبنان، س 1998.

- 8- سي يوسف زاهية حورية، الوجيز في عقد البيع- دراسة مقارنة ومدعمة باجتهادات قضائية وفقهية، الأمل للطباعة والتوزيع، تيزي وزو، الجزائر، س 2008.
- 9- عبد الرحمان بربارة، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، قانون رقم 08-09 المؤرخ في 23 فيفري 2008، المكتبة القانونية، ط 2 مزيدة، الجزائر، س 2009.
- 10- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد-العقود التي تقع على الملكية-البيع و المقايضة، ط 3، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، س 1998.
- 11- علي فيلاي، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، مطبعة الكاهنة، ط 1، الديرة، الجزائر، س 1997.
- 12- علي هادي العبيدي، العقود المسماة- البيع والإيجار- وقانون المالكين والمستأجرين، ط 4، دار الثقافة للنشر والتوزيع، س 2010.
- 13- لحسن بن الشيخ أث ملويا، المنتقى في عقد البيع، ط 2، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، بوزريعة، الجزائر، س 2006.
- 14- محمد حسنين، عقد البيع في القانون المدني الجزائري، ط 5، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، س 2006.
- 15- محمد حسين منصور، ضمان صلاحية المبيع للعمل لمدة معلومة، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، س 2004.
- 16- محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني-عقد البيع والمقايضة-دراسة مقارنة في القوانين العربية، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، عين مليلة، الجزائر، س 2008.
- 17- محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني: النظرية العامة للالتزامات - أحكام الالتزام- الطبعة جديدة و منقحة، دار الهدى للطباعة والنشر، جوان 2019.
- 18- محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزامات -مصادر الالتزام، العقد والإرادة المنفردة- طبعة جديدة مزيدة ومنقحة، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، فيفري 2006.
- 19- محمد يوسف الزعبي، العقود المسماة، شرح عقود البيع في القانون المدني، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، ط 1، عمان، الأردن، س 2004.
- 20- نبيل إبراهيم سعد، العقود المسماة- البيع، ج 1، ط 1، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، بيروت، لبنان، س 1997.

- 21- نزيه كبارة، العقود المسماة، البيع-الإجارة-الوكالة-الكفالة، ط1، شركة المؤسسة الحديثة للكتابة، طرابلس، لبنان، س 2010.
- الرسائل و المذكرات :**
- 1- زروقي حنين، التعويض عن الأضرار الناجمة عن الإخلال بالالتزام بضمان العيوب الخفية للمبيع، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراة في الحقوق تخصص قانون مدني معمق، قسم القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الحميد بن باديس، مستغانم، س 2017-2018.
- 2- سعدي فتيحة، ضمان عيوب المبيع الخفية في القانون المدني الجزائري-مقارنا-، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراة في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة وهران، الجزائر، س 2011-2012.
- 3- فرحاي عبد العزيز، التزام البائع بضمان سلامة المشتري من الأضرار التي يحدثها المبيع، أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه علوم في الحقوق، تخصص: قانون خاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة محمد لمين دباغين، سطيف 2، الجزائر، س 2019-2020.
- 4- كسكاس أسماء، أثر تعيب المبيع على الالتزام في القانون المدني الجزائري، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه علوم تخصص قانون خاص، كلية الحقوق- سعيد حمدين، جامعة الجزائر 1- بن يوسف بن خدة، س 2017-2018.
- 5- محمد زعموش، نظرية العيوب الخفية في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي-دراسة مقارنة-، رسالة مقدمة لنيل دكتوراه دولة، كلية الحقوق، جامعة منتوري، قسنطينة، س 2004-2005.
- 6- جويذة خواص، الضمان القانوني للعيوب الخفي وتختلف الصفة في عقد البيع، بحث للحصول على درجة الماجستير في العقود والمسؤولية، معهد الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر، س 1986.
- 7- سامي بلعابد، ضمان المحترف لعيوب منتجاته في القانون المدني والقواعد العامة لحماية المستهلك في الجزائر، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في قانون الأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة منتوري، قسنطينة، الجزائر، س 2005.
- 8- قرفي مراد، دعوى الضمان القانوني لعيوب المبيع، مذكرة لنيل درجة الماجستير في القانون، فرع العقود و المسؤولية، كلية الحقوق و العلوم التجارية، جامعة امحمد بوقرة، بومرداس، س 2006.

المقالات :

- بلعابد سامي، الطبيعة القانونية لالتزام ضمان العيوب الخفية، مجلة العلوم الإنسانية، جامعة الإخوة منتوري، قسنطينة، الجزائر، ع41، مج ب، جوان 2014.

القرارات القضائية :

1- قرار، ملف رقم: 63321، الصادر في 11/10/1989 ، عن المجلس الأعلى، الغرفة المدنية، مج ق، ع 1، س 1991.

2- قرار، ملف رقم 75204، الصادر في 27-01-1991، عن المحكمة العليا، الغرفة المدنية، مج ق، ع 3، س 1992، ص 98.

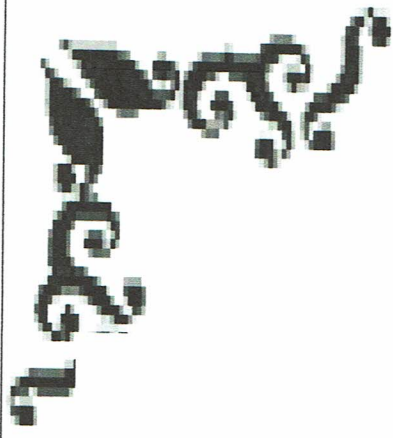
3- قرار، ملف رقم: 103934 ، صادر بتاريخ 06/10/1993، عن المحكمة العليا، الغرفة المدنية، مج ق، ع 2، س 1994، ص 15.

4- قرار، ملف رقم 202940 ، الصادر في 21/07/1999، عن المحكمة العليا، الغرفة المدنية، مج ق، ع 2، س 2000، ص 88.

المراجع باللغة الفرنسية

- Code Civil français.
- Brigitte Hess-fallon et Anne Mrie simon, **Aide mémoire, Droit des affaires**, 16^{ème} édit, édition dalloz, a 2005.

الفهرس



فهرس المحتويات

الصفحة

الموضوع

شكر و تقدير

الإهداء

المختصرات

مقدمة

أ-د

الفصل الأول : ماهية العيب الخفي الموجب للضمان في عقد البيع

2	تمهيد.....
3	المبحث الأول : مفهوم العيب الخفي الموجب للضمان وتمييزه عن بعض النظم الأخرى.
3	المطلب الأول: مفهوم العيب الخفي الموجب للضمان.....
3	الفرع الأول : مفهوم العيب الخفي في الشريعة الإسلامية.....
5	الفرع الثاني : مفهوم العيب الخفي في الفقه والقضاء.....
6	الفرع الثالث : تعريف العيب الخفي في التشريع.....
8	المطلب الثاني: تمييز العيب الخفي الموجب للضمان عن بعض النظم القانونية الأخرى.
8	الفرع الأول : التمييز بين ضمان العيب الخفي و الغلط.....
13	الفرع الثاني : التمييز بين ضمان العيب الخفي و الاستحقاق الجزئي.....
15	الفرع الثالث : التمييز بين ضمان العيب الخفي و الفسخ لعدم التنفيذ.....
17	الفرع الرابع : التمييز بين ضمان العيب الخفي و التدليس.....
19	الفرع الخامس : التمييز بين ضمان العيب الخفي و العجز في مقدار البيع.....
21	المبحث الثاني : شروط العيب الخفي الموجب للضمان ومجال تطبيقه.....
21	المطلب الأول : شروط قيام العيب الخفي الموجب للضمان.....
21	الفرع الأول : شرط أن ينقص العيب من قيمة المبيع أو من الانتفاع به.....
22	أولا : نقص قيمة المبيع.....
23	ثانيا : نقص منفعة المبيع.....
27	ثالثا : معيار الجسامة.....
31	الفرع الثاني : شرط قدم العيب في المبيع.....
35	الفرع الثالث : شرط خفاء العيب وجهل المشتري به.....

35أولا : أن يكون خفيا.....
39ثانيا : جهل المشتري للعيب.....
42المطلب الثاني : مجال تطبيق ضمان العيوب الخفية في عقد البيع.....
42الفرع الأول : البيوع التي يتم فيها الضمان و البيوع المستبعدة منه.....
42أولا : البيوع التي يتم فيها الضمان.....
43ثانيا : البيوع المستبعدة من الضمان و التي تتم بالمزاد القضائي و الإداري.....
48الفرع الثاني : جواز الاتفاق على تعديل أحكام الضمان.....
48أولا : الاتفاق على الزيادة في الضمان.....
52ثانيا : الاتفاق على إنقاص الضمان.....
53ثالثا : الاتفاق على إسقاط الضمان.....

الفصل الثاني : آثار ثبوت العيب الخفي الموجب للضمان في عقد البيع

56تمهيد.....
57المبحث الأول : شروط دعوى ضمان العيب الخفي في عقد البيع.....
57المطلب الأول: أطراف دعوى ضمان العيب الخفي في عقد البيع.....
58الفرع الأول : المدين بالضمان.....
58أولا : حالة البائع نفسه هو المدين بضمان العيب الخفي.....
61ثانيا : حالة تعدد البائعين.....
61ثالثا : حالة المدين بضمان العيب الخفي من الغير.....
62رابعا : حالة وفاة البائع.....
64الفرع الثاني : الدائن بالضمان.....
65أولا : الدائن بضمان العيب الخفي هو المشتري نفسه.....
66ثانيا : الدائن بضمان العيب الخفي هو الخلف العام.....
67ثالثا : الدائن بضمان العيب الخفي هو الخلف الخاص.....
72المطلب الثاني: إجراءات دعوى ضمان العيب الخفي في عقد البيع.....
72الفرع الأول : الإجراءات القبلية لرفع دعوى ضمان العيوب الخفية.....
72أولا : فحص المبيع.....
76ثانيا : إخطار البائع.....
80الفرع الثاني : إجراءات إنطلاق دعوى الضمان.....
81أولا : ميعاد رفع الدعوى.....

84ثانيا : الوقف و الإنقطاع.
86الفرع الثالث : حالات سقوط حق المشتري في دعوى ضمان العيب الخفي.
86أولا : التنازل عن الضمان.
89ثانيا : نقصان المبيع المعيب بعد التسليم.
89ثالثا : إصابة المبيع بعيب جديد.
90رابعا : زوال العيب.
91المبحث الثاني : الآثار المترتبة على قيام دعوى ضمان العيب الخفي.
92المطلب الأول: دعوى رد المبيع.
93الفرع الأول : الطبيعة القانونية لدعوى الرد.
96الفرع الثاني : الرد الكلي.
97أولا : إلتزامات المشتري.
100ثانيا : إلتزامات البائع.
109الفرع الثالث : الرد الجزئي.
110أولا : حالات الرد الجزئي.
112ثانيا : ما يسترده المشتري من البائع وكيف يتم تقديره.
113المطلب الثاني: دعوى التعويض.
114الفرع الأول : مفهوم دعوى التعويض.
116الفرع الثاني : حالة العيب الجسيم و حالة العيب غير الجسيم في دعوى التعويض.
116أولا : حالة العيب الجسيم.
116ثانيا : حالة العيب غير الجسيم.
117الفرع الثالث : حالات أخرى في طلب التعويض.

خاتمة

قائمة المراجع

فهرس المحتويات