

## الطبيعة القانونية لالتزام ضمان العيوب الخفية

### ملخص:

تثير دراسة الطبيعة القانونية لالتزام ضمان العيوب الخفية، الكثير من الخلافات في أوساط الفقه والاجتهاد القضائي على حد سواء، إذ تعددت النظريات حول هذا الموضوع و يمكن إرجاعها بصورة عامة إلى ثلاث اتجاهات رئيسية مختلفة. فهناك اتجاه يرجع أساس الضمان إلى مرحلة تكوين العقد ، واتجاه ثاني يرجعه إلى مرحلة تنفيذ العقد واتجاه أخير يعتمد في ذلك على النظريات ذات الطابع الفلسفي والأخلاقي . لهذا كان علينا البحث في الدعائم القانونية لهذه الاتجاهات، وكذا الانتقادات التي وجهت لها، لنستخلص في الأخير الأساس القانوني الذي يتفق وطبيعة ضمان العيب. وكتيجة لهذا البحث نؤكد أن تعدد نظريات تأسيس نظام ضمان العيب، يؤدي بالضرورة إلى الدخول في نقاشات غير مجدية، وأن نظرية الضمان مستقلة عن كل تأسيس قانوني آخر. **الكلمات المفتاحية:** الطبيعة القانونية ; الالتزام ; ضمان العيوب الخفية

**د. بلعابد سامي**  
قسم الحقوق  
جامعة الإخوة منتوري  
قسنطينة

### مقدمة:

**يعتبر** عقد البيع من أهم العقود المسماة ، إذ يثير جملة من الالتزامات المتقابلة بين طرفيه ، حيث يلتزم المشتري بدفع ثمن المبيع ، مقابل التزامات البائع بتنفيذ مجموعة من الإجراءات ، تكفل نقل ملكية المبيع للمشتري . ولكن اكتساب ملكية المبيع ، ليس هو الغاية بحد ذاته ، لأن المشتري لا يتغى من ذلك الوجه القانوني لهذا العمل فحسب ، وإنما يسعى إلى الناحية العملية منه ، ويعني ذلك الحصول على مبيع صالح ومفيد له أي غير مشوب بعيب ؛ وحتى يحصل ذلك ، يقتضي الأمر توفير ضمانات له ، تزرع الطمأنينة في نفسه ، بسلامة المبيع، ومن ثم دعت الحاجة إلى نشوء نظام ضمان عيوب المبيع .

### Résumé :

L'étude de la nature juridique de l'obligation de garantie des vices cachés, suscite des divergences dans la doctrine et de même dans la jurisprudence, les théories ayant abordé ce thème sont multiples, nous pouvons les présenter sous trois catégories différentes : la première catégorie considère que le fondement de la garantie réside dans l'étape de formation du contrat, par contre la deuxième catégorie s'intéresse beaucoup plus à la phase d'exécution du contrat, et la troisième catégorie est fondé sur des théories de nature philosophique et morale. De ce fait, il était nécessaire dans notre recherche, d'étudier ces différentes catégories afin d'éclaircir leur fondement juridique et de faire ressortir les critiques qui leurs sont adressées, pour arriver en fin de compte à définir le fondement juridique qui convient à la nature de la garantie des vices. Il résulte de notre recherche que, cette multitude de théorie se rapportant à ce thème nous conduit à un débat inutile et sans résultat, la théorie de la garantie des vices reste indépendante de tout autre ordre juridique.

يعتبر عقد البيع من أهم العقود المسماة ، إذ يثير جملة من الالتزامات المتقابلة بين طرفيه ، حيث يلتزم المشتري بدفع ثمن المبيع ، مقابل التزامات البائع بتنفيذ مجموعة من الإجراءات ، تكفل نقل ملكية المبيع للمشتري .

ولكن اكتساب ملكية المبيع ، ليس هو الغاية بحد ذاته ، لأن المشتري لا يبتغي من ذلك الوجه القانوني لهذا العمل فحسب ، وإنما يسعى إلى الناحية العملية منه ، ويعني ذلك الحصول على مبيع صالح ومفيد له أي غير مشوب بعيب ؛ وحتى يحصل ذلك ، يقتضي الأمر توفير ضمانات له ، تزرع الطمأنينة في نفسه ، بسلامة المبيع ، ومن ثم دعت الحاجة إلى نشوء نظام ضمان عيوب المبيع .

ومنه مكننا أن نتساءل عن مدى استقلالية أو تبعية مؤسسة ضمان العيب ؟ أي هل هي مؤسسة قانونية منبثقة عن مؤسسات قانونية أخرى وبالتالي تابعة لها ، أم أن لها كيانها القانوني المستقل ؟ وهو الأمر الذي سنعالجه من خلال هذا المقال .

### أولا : النظريات التي ترجع أساس الضمان إلى مرحلة تكوين العقد

وهي تلك النظريات القانونية التي ترجع في تفسيرها لأساس الضمان ، إلى مراحل تكوين العقد الذي تولد عنه التزام البائع بهذا الضمان ، حيث تنقسم هذه النظريات في حدود فئتين : فئة تعتبر السبب وهو أحد أركان العقد ، أساسا قانونيا للضمان ، والفئة الأخرى تعتقد أن الأساس يكمن في عيوب الرضا ، وسنحاول دراسة كل فئة على حدى .

### I- ركن السبب في العقد هو أساس الضمان

#### 1- عرض النظرية

يذهب فريق من الفقهاء الفرنسيين ومن أبرزهم الفقيه " **Beudant** " (1) ، إلى التركيز على أوجه الشبه بين نظرية السبب والتزام الضمان ، مستندين على الأساسين التاليين:

الأساس الأول منهما يقوم على اعتبار انتفاء السبب في العقد يبرر الضمان ، والأساس الآخر يعتبر أن مفاعيل الضمان ونتائج انتفاء السبب هي نفسها ، وسنحاول دراسة كل سبب على حدى .

#### أ- انتفاء السبب مبررا للضمان

يهدف المستهلك من شراء المنتج إلى تحقيق غاية مباشرة ، ألا وهي استلام منتج مفيد له بحسب الغاية المرجوة منه ، بحيث يتمكن من التمتع به واستعماله بصورة ناعمة ومجدية ، ومن غير المتصور أن يدفع ثمن المنتج دون مقابل ، وهذا المبتغى هو السبب الذي من أجله تعاقد ؛ غير أنه قد لا تتحقق غاية المستهلك ، وذلك بسبب ظهور عيب في المنتج بعد إبرام العقد ، وبذلك يمكن للمستهلك المطالبة بتنفيذ الضمان متحججا بانتفاء مقابل الثمن الذي دفعه .

وانطلاقا من ذلك ، يعتبر أصحاب هذه النظرية أن السبب الموضوعي أو سبب العقود المتبادلة ومنها عقد البيع ، ما هو إلا تنفيذ المتعاقد الآخر للالتزامه ، وبانتفاء هذا السبب يكون هذا المتعاقد في حالة عدم تنفيذ ما التزم به ، ويستتبع ذلك أنه كلما طرح موضوع الضمان نكون بصدد عدم تنفيذ المدين بالتزامه ، وبعبارة أخرى حالة انتفاء السبب " **Manque de cause** " .

وإضافة لذلك يقولون أصحاب هذه النظرية ، أن التزام الضمان يرتبط بانتفاء الالتزام المقابل في العقد ، وهو ما يعطي للمضمون له الحق بالرجوع على الضامن ، فبانتفاء الالتزام المقابل هو نفسه انتفاء السبب في عقود العوض ، ولهذا يقوم التزام الضمان إلا في مثل هذه العقود من دون أن يقوم في تلك التي تكون بدون عوض أي بدون مقابل .

ويدعمون أصحاب هذه النظرية الأساس الأول و السابق الذكر ، بقولهم أن نتائج انتفاء السبب هي نفسها نتائج الضمان ، وهو ما سنذكره في الأساس الثاني .

#### ب- وحدة نتائج الضمان مع نتائج انتفاء السبب

بمقتضى أحكام المادة 119 من القانون المدني الجزائري ، المقابلة للمادة 1184 من التقنين المدني الفرنسي ، يحق للمتعاقد في العقود الملزمة للطرفين ، أن يطالب بإلغاء العقد بعد إندار المدين ، في حالة ما إذا لم يوف هذا الأخير بالتزاماته التعاقدية ؛ ويفسر أنصار نظرية السبب هذا الإلغاء بانتفاء السبب في العقود المتبادلة(2) .

## الطبيعة القانونية للالتزام بضمان العيوب الخفية

وبتطبيق ذلك على دعوى ضمان العيب ، يحق أيضا للدائن أن يطالب بإلغاء العقد ، إذا ما كان العيب على قدر كبير من التأثير ، بحيث لا يصبح سبب للالتزام المستهلك بدفع الثمن . وفي حالة عدم تأثر المنتج تأثيرا جسيما ، لا يحق بذلك للمستهلك إلا تعويض يتجسد في تخفيض الثمن ، مع بقاء العقد قائما لأن السبب لم ينتفي تماما ؛ فدعوى تخفيض الثمن تستند على قواعد المسؤولية وليس على سبب الالتزام.

وبعدما تعرضنا لركائز هذه النظرية وما يقول به أصحابها من حجج في تأسيسهم ، نحاول فيما يلي مناقشة حججهم بطريقة نقدية ، لمعرفة مدى صلاحها كأساس لضمان العيب.

### 2- نقد النظرية

رغم أن ظاهر هذه النظرية يبدو متماسكا ، فهي أقل من هذا الوصف في واقع الأمر ، بحيث نجد أنها تعرضت لانتقادات كثيرة ، و سنركز على انتقادي رئيسيين :

أ- يبدو جليا التباين بين مميزات ضمان العيب ومميزات سبب العقد ، بحيث نجد أن دعوى الضمان تخضع للمهلة القصيرة وهو أهم ما يميزها عن غيرها من النظم القانونية ، في حين لا يتصور تطبيق المهلة القصيرة على العقد الذي انتفى سببه ؛ و الأكثر من ذلك هو عدم تطابق النتائج التي تترتب على قيام ضمان العيب وهي الخيار بين رد المبيع أو تخفيض الثمن ، و نتائج انقضاء سبب الالتزام الذي يؤدي إلى بطلان العقد بطلانا مطلقا ، لكون السبب ركن من أركان العقد ولا يتصور قيام العقد من دونه.

ومن خلال ما سبق مناقشته ، يمكننا إسقاط نظرية السبب كأساس لمؤسسة ضمان العيب ، ومع ذلك سنحاول في ما يلي ، مناقشة جانب آخر من نقد هذه النظرية ، ألا وهو قصورها في تفسير التزام ضمان العيب.

ب - لقد ركز أصحاب هذه النظرية على ناحية وحيدة لنظام ضمان العيوب ، وهي فسخ العقد لعيب خفي ، متناسين دعوى تخفيض الثمن ، والتي يعتبرون أساسها المسؤولية المدنية ، وهو الأمر الغريب في أن يكون لنظرية الضمان أساسان اثنان ، من جهة السبب ومن أخرى المسؤولية العقدية. لذا رأى كثير من رجال الفقه وعن حق ، أن السبب والالتزام الضمان نظريتان مختلفتان تماما ، فنجد مثلا الفقيه « سلاوي » يرى أن الضمان مسألة لا يمكن أن تتوافق مع أحكام المادة 1174 من التقنين المدني الفرنسي ، لأن التزام الضمان يحدد فقط مقدار التزام المدين به ومضمون هذا الالتزام ، وعند معرفة ما يتوجب على الضامن تجاه المضمون له يصبح من السهل تقدير مسؤولية الأول عند تنفيذ التزامه ؛ أما ميدان تطبيق المادة 1174 من التقنين المدني التي يعتبر « السببيون » أنها تركز على السبب ، فيتخلف عن ميدان الضمان لأن تلك المادة تحدد حقوق دائن الالتزام عند امتناع المدين عن تنفيذ ما تعهد به ، فهي تبحث في وسائل الضغط المعطاة للدائن كي يحصل على ما يتوجب عليه<sup>(3)</sup>.

### II : عيوب الرضا في العقد هي أساس الضمان

قد يلاحظ أن هناك شبه كبير بين الأحكام القانونية المنظمة لضمان العيب و بين الأحكام المتعلقة بعيوب الرضا في العقد ، خاصة فيما يتعلق بالغلط ، فاستند قسم من الفقه على هذا التشابه ، للتأكيد على أن أساس ضمان العيوب هو نظرية الغلط ، كما اتجه قسم آخر من الفقه في تأسيسه على التدليس أو الغبن . لهذا سنحاول التركيز على دراسة مدى علاقة ضمان العيب بالغلط ، لأنه أقرب الأنظمة القانونية لنظام ضمان العيب ، ثم ندرس بشكل مقتضب مدى علاقته بالتدليس وبعدها بالغبن.

#### 1- الغلط كأساس لضمان العيب

يعتبر بعض الفقه<sup>(4)</sup> أن ضمان العيب يرتبط بنظرية الغلط ، ويعتمد هؤلاء الفقهاء كسند لأرائهم على أسباب تاريخية وأخرى قانونية وسنحاول بحثها تباعا ، وقبل ذلك كان علينا أن نضع تحديد المعنى المقصود بالغلط

##### أ - المعنى المقصود من الغلط

لم يعرف القانون الغلط ، سواء في القانون المدني الجزائي أو في باقي القوانين الأخرى ، وهذا ما فتح الباب على مصراعيه أمام الفقه والاجتهاد ، لمحاولة وضع تعريف للغلط ، بحيث نتج عن ذلك ورود عدة

تعريف ، ولكنها كانت عموماً متشابهة في المعنى ولا تختلف إلا في كيفية صياغتها ، لذا نرى أنه من غير اللائق ذكر جميع هذه التعاريف ، والتركيز على تعريف واحد.

يعرف الفقه الغلط على أنه تصور خاطئ للحقيقة يدفع المتعاقد إلى التعاقد ، ولم يكن ليتعاقد لو علم حقيقة الأمر ، أو هو حالة تقوم في النفس فتحمّل على توهم غير الواقع<sup>(5)</sup> ، وهو المعنى الحديث للغلط والذي يعتمد على المعيار الذاتي ، عكس المعنى الذي اعتمده الفقه قديماً والذي يعرفه على أساس غلط في العناصر المادية التي يتكون منها الشيء<sup>(6)</sup>.

فإذا ما أخذنا بالتعريف القديم للغلط ، لسهل أمر التمييز بينه وبين ضمان العيب ، ذلك أنه يخرج الشيء عن أن يكون هو المقصود بالذات ، في حين أن العيب لا يخرج عما يقصده المتعاقد ، لكنه يجعله غير صالح للغرض المقصود منه.

وعملاً بالمعنى القديم للغلط ، فإنه إذا ما اشترى شخص منتج على أنه من صنف محدد ، ووجده بعد الشراء من صنف آخر ، فله أن يطلب إبطال البيع للغلط وليس على أساس العيب ، أما إذا وجد المنتج من نفس الصنف المطلوب ولكنه اكتشف به عيب فيمكنه طلب رد المبيع بسبب العيب .

ولكن عند العمل بالمعنى المستحدث للغلط - والذي تخلى عن المعيار المادي وتبنى المعيار الذاتي ، بحيث أصبح المقصود منه الغلط في الصفات التي تدخل في اعتبار المتعاقد والتي هي دافعه الأساسي في التعاقد - ، أصبح أمر التمييز بين الغلط وضمن العيب أمر ليس باليسير ، وهو الأمر الذي دعم به أنصار النظرية القائلة بوحدة نظام الغلط ونظام ضمان العيب ، مستندين في ذلك على أسباب تاريخية وأسباب قانونية ، وهو ما سنبحثه تباعاً .

#### ب - الأسباب التاريخية

يعتبر أصحاب هذه النظرية أن وجود نظامين مختلفين « الغلط والعيب » ، لهدف واحد ولشيء واحد ، يرجع إلى أن القانون الروماني لم يكن يعرف في البدء العقود المبنية على حسن النية " **Contrat de bonne foi** " ، فلم يُسَلِّمْ بأن يكون للغلط أثر في صحة العقد ، فاضطر تحت وطأة الحاجات العملية إلى أن يجد جزاء للعيب الخفي في عقد البيع الذي هو حالة من أحوال الغلط<sup>(7)</sup>.

وعندما وجدت العقود المبنية على حسن النية واعترفت بتأثير الغلط في صحة العقد ، أصبحت نظرية الغلط كفيلة بعلاج أحوال العيب الخفي ؛ وعلى ذلك فإن القواعد الخاصة بكل منهما سوف تزول لتتوحد المؤسسات في نهاية المطاف ، وكل تشريع حديث جيد يجب أن يعتمد هذا التوحيد<sup>(8)</sup>.

ومنه يعتبر أمر التمييز بين المؤسساتين اعتباطي ، لأن غابتهما واحدة ، وهي حماية الغلط الحاصل في موضوع العقد ، وإذا كانت التشريعات قد أبقّت على نظرية العيب ، فيكون ذلك تماشياً مع الأسباب التاريخية المذكورة سابقاً ، خاصة وأن هناك أسباباً قانونية تبرر إلحاقها بالغلط<sup>(9)</sup> ، فإنا نرى ما هي هذه الأسباب القانونية ؟

#### ج - الأسباب القانونية:

ركز أصحاب هذه النظرية في بيانهم لوحدة مؤسسة الغلط بمؤسسة ضمان العيب ، على أوجه الشبه بين هاتين المؤسساتين ، وذلك وفقاً للنقاط الثلاثة التالية :

(1) - من حيث التعريف : الغلط كما قلنا سابقاً ، هو تصور خاطئ للحقيقة وكذلك العيب ، فإذا كانت الحقيقة أي الواقع أن الشيء معيب ، وقد تعاقد المستهلك وهو يجهل ذلك أي يعتقد سلامة المنتج ، وبالتالي يكون قد تصور ما يخالف الحقيقة ، وبذلك يتفق التعريف بالنسبة إلى المؤسساتين<sup>(10)</sup>.

ومن ذلك ، يكون المستهلك قد وقع في غلط ، إذا ما اشترى منتج به عيب يحد من فائدته أو يعدمها تماماً ، بحيث ما كان ليبرم العقد ، لو علم بوجود هذا العيب .

(2) - كما أنه من نص المادة 379 من القانون المدني الجزائري ، يستخلص أن البائع لا يسأل إلا على العيوب الخفية دون الظاهرة أو التي سبق للمشتري أن عرفها ، ومن ذلك يمكننا أن نقول أنه إذا لم يتمكن المشتري من كشف العيوب الظاهرة ، يكون قد أخطأ ، بحيث يحرمه هذا الخطأ من الضمان ، وهو ما يقابل شرط الغلط المغتفر والذي لا يكون ناتج عن خطأ من يتذرّع به<sup>(11)</sup>.

(3)- من المتعارف عليه في مجال الغلط أنه يكون مشتركا " Commun " ، فلا يمكن تعليق مصير العقد كليا على الوضع النفسي الداخلي لمن وقع في الغلط ، لكن يجب أن يعرف المتعاقد الآخر أو أن يفترض فيه معرفة الغرض الذي يقصده الأول ، وهذه المعرفة تقاس بالاستناد إلى العادات المتبعة وملايسات القضية أو بناء على تصريح من صاحب العلاقة أو تبعا لطبيعة الشيء<sup>(12)</sup>. وهذا ما يتشابه مع حالة العيب ، بحيث يتحدد الاستعمال المعدل للشيء من طبيعته أو من خلال اتفاق الطرفين

ورغم حجج منظري نظرية وحدة مؤسستي الغلط والعيب ، إلا أن أكثرية الفقهاء ذهب إلى معارضة هذه النظرية ، وهو ما سنبحثه فيما يلي :

#### د - نقد النظرية

كما قلنا سابقا ، أن أكثرية الفقهاء عارضت فكرة ربط مؤسسة ضمان العيب بالغلط<sup>(13)</sup> ، بحيث اعتمدوا في تقديمهم لهذه النظرية ، على تبيان الفروق الموجودة بين المؤسستين من حيث شروطها وآثارها ، وسنلخص ذلك في النقاط التالية :

(1)- يؤخذ على أنصار نظرية تأسيس ضمان العيب على الغلط ، كونهم تناسوا أن دعوى الضمان تخضع لمهلة تقادم قصيرة وفق ما نصت به المادة 383 من القانون المدني الجزائري حيث تنص على أن (( تسقط بالتقادم دعوى الضمان بعد انقضاء سنة من يوم تسليم المبيع حتى ولو لم يكشف المشتري العيب إلا بعد انقضاء هذا الأجل ما لم يلتزم البائع بالضمان لمدة أطول )) ، في حين أن دعوى الغلط ، تخضع لمدة عشر سنوات ، تسري من وقت اكتشاف الغلط ، وتقدر بخمس سنوات .  
أي أن مدة تقادم دعوى ضمان العيب أقصر بكثير من مدة تقادم دعوى الغلط ، زد على ذلك أن مدة تقادم دعوى ضمان الغلط ، يبدأ سريانها من يوم اكتشاف الغلط ، أما مدة تقادم دعوى الغلط ، يبدأ سريانها من يوم اكتشاف الغلط .

(2)- يشدد البعض على اختلاف آثار الدعويين ، لتبرير عدم وحدة المؤسستين ، فدعوى ضمان العيوب تجيز للمدعي الخيار كما سنرى في الفصل الثاني ، بين رد المبيع و استرداد قيمته أو الإبقاء على العقد مع تعويض الضرر الذي سببه العيب . بينما دعوى الغلط تؤدي إلى بطلان العقد فقط .  
كما أن آثار دعوى رد المبيع بسبب العيب ، قد حددت بصورة حصرية وعلى القاضي أن يتقيد بها خاصة بالنسبة إلى نفقات العقد ورسومه<sup>(15)</sup>.

وقد زاد الاجتهاد القضائي الفرنسي ، من حدة اختلاف آثار الدعويين ، بإيجاد قرينة قانونية على سوء نية البائع المحترف ، في حين أن حسن النية مفترض لدى البائع في حالة الغلط<sup>(16)</sup>.

(3)- يستند بعض الفقهاء إلى الاختلاف بين طبيعة العيب من جهة وطبيعة الغلط من جهة أخرى للتفريق بين المؤسستين ، وبذلك الخروج بالمعيار الواجب اعتماده لبيان هذا الفرق في الطبيعة .  
وهكذا يرى هؤلاء الفقهاء بأن الغلط الجوهري ، يجب أن ينصب على صفة أخذها المتعاقد بعين الاعتبار عندما أقدم على التعاقد ، وذلك حتى ولو كانت هذه الصفة غير متصلة بالغرض المعدل له الشيء ، وعلى العكس من ذلك ، يجب لإعمال الضمان أن يوجد العيب في صفة تؤثر أو تنقص من استعمال الشيء حسب ما يراه المشتري ، ولا يهم بعد ذلك ، أن تكون هذه الصفة محل اعتبار في نظره أم لا ما دامت أنها لا تؤثر على الاستعمال المعدل للشيء .

وبعبارة أخرى ، فإن العيب يعتبر شيئا موضوعيا ، أي له مظهر اقتصادي ، أما الغلط فهو عيب في الإرادة وبالتالي فهو أمر ذاتي محض<sup>(17)</sup>.

وعليه يمكننا أنقول أنه إذا كان المُنْتَج فيه عيب ، بحيث يصبح غير صالح للاستعمال المعدل له ، فالدعوى المتاحة أمام المشتري هي دعوى ضمان العيب وليس دعوى الغلط ، لأن المشتري لم يقع في غلط حتى يمكنه المطالبة ببطلان العقد .

فالغلط هو شيء نفسي ، يُؤخذ بعين الاعتبار عند النظر إليه إلى الحالة النفسية للمشتري ، أما في حالة العيب ، فيجب الانطلاق من الشيء ذاته والوصول إلى وظيفته الاقتصادية ومن ثم الوصول إلى النفع المرجو منه ، سواء كان هذا النفع حسب العقد أو حسب طبيعة المنتج .

لكن هذا المعيار في التمييز هو كفي وضعيف في مجال التطبيق العملي ، لأن صفة الشيء الجوهرية ، ترتبط غالباً بالاستعمال المعد له ، وهذا الاستعمال قد يرتبط أيضاً بمعطيات ذاتية تبعاً لإرادة المشتري . لذا يقترح فقهاء آخرون ، أن يجري التفريق بالتمييز بين صفة جوهرية في الشيء من جهة وبين وجود نقص أو عيب فيه من جهة أخرى ، فإذا توفر في الشيء المبيع ، جميع عناصره الأساسية مع عدم تمتع بعضها بالنوعية أو الصفة المرجوة من المشتري ، نكون إزاء عيب وليس أمام غلط في عنصر أساسي<sup>(18)</sup> . فهذا المعيار لا يسمح لنا ، بالتفريق بين المؤسستين ، إلا إذا أخذنا بتفسير كلمة العيب بشكل ضيق ، بحيث نقصد به الفساد أو الأفة ، وهذا ما يتعارض مع المفهوم الواسع الذي يجب أن يعطى لمعنى العيب<sup>(19)</sup> . لهذا اعتمد الفقه على معيار آخر ، تبناه الفقيه « زيرا » " Zerah " ، الذي يستند إلى حالة المشتري الذهنية " L'état d'esprit de l'acheteur " ، فأخذها كنقطة انطلاق للتمييز بين الغلط والعيب وكذا تحديد ميدان كل منهما<sup>(20)</sup> .

فحسب رأي هذا الفقيه ، يكون المبيع غير صالح للاستعمال الذي أعد له في حالتين:  
- إما لأن المبيع بحد ذاته ، غير صالح لكي يستعمل بالطريقة المقصودة منه ، دون البحث عن أي نقص أو عيب وهنا نكون إزاء حالة الغلط .

- وإما أن يكون المبيع بحد ذاته ، صالح تماماً للغرض المقصود منه ، لكن نقصاً أو عيباً فيه ، تسبب في تعطل استعماله .

وكمثال عن الحالة الأولى : إذا اشترى صانع ملابس جاهزة ، كمية من القماش وهي بطبيعتها لا تصلح لتفصيل الملابس ، وبالتالي لا تصلح للغرض المقصود منها ، فيكون قد وقع في غلط .

أما بالنسبة للحالة الأخرى : إذا كان القماش المباع ، يصلح حسب صنفه لصناعة الملابس الجاهزة ، لكن لا يمكن استعمال هذا القماش ، بسبب عيب فيه ، فنكون أمام عيب وليس غلط .

قد يبدو هذا المعيار صالحاً ، لكنه يصطدم أمام مشكلة أساسية ألا وهي ، أنه حتى في الحالة الثانية يمكن أن نقول بأن المشتري كان ضحية للغلط أيضاً ، إذ أنه أقدم على التعاقد وهو يفترض أن القماش يصلح لتفصيل الملابس ، لكن الواقع يظهر عكس ذلك وعندها ألا يكون قد لحق به غلط في صفة جوهرية .

وإزاء هذه الصعوبة ، ظهر تيار فقهي آخر<sup>(21)</sup> ، يقول بوجود التنسيق بين المؤسستين بالتركيز على الصفة الجوهرية . فانطلق دعاة هذا الرأي من مبدأ أنه يوجد بين العيب والغلط عدة نقاط تشابه رغم اختلاف تعريف كل منهما ، لكن وجه الخلاف بينهما يكمن في درجة أهمية أو خطورة أحدهما على الآخر . ومثال ذلك : إذا اشترى شخص نوع من الحجر على أنه رخام أو إذا اشترى رخام وإنما من نوع متدن بحيث أن استعماله ليس أفضل من استعمال الحجر ، فبين هاتين الحالتين ، اختلاف في درجة الأهمية أكثر من الاختلاف في الطبيعة .

وهذا يعني أن أصحاب هذا الرأي ، لا يميزون بين العيب والغلط على أساس اختلاف طبيعتهما ، وإن كانوا يقولون بأن طبيعة المؤسستين المتشابهة ، لا تؤدي إلى توحيدهما تماماً ، إنما يرون وجوب التنسيق بين الغلط على الصفات الجوهرية وبين ضمان العيب بشكل تسلسلي حسب الأهمية . فمفهوم الغلط في الصفات الجوهرية هو أضيّق من مفهوم العيب ، لأنه يفترض حصول غلط في صفة جد أساسية تتعلق بطبيعة الشيء .

ومن مزايا هذه النظرية ، أنها لا تقع في هفوات النظريات السابقة لها ، والتي تؤدي إلى الجمع بين المؤسستين أو تعارض ذلك . فبدعوة هذه النظرية إلى تطبيقها بالتتابع " Application successive " ، تحفظ لها استقلاليتها ، إذ أن المعيار الذي تعتمده يتعلق بدرجة خطورة العيب أو مدى أهميته ، ولكن نرى أن هذه المرونة هي التي تسبب ضعف هذه النظرية ، إذ تفتقد بذلك إلى الدقة المطلوبة .

وأمام تعدد هذه الآراء والنظريات ، ما هو يا ترى الموقف الذي يجب أن نأخذه ؟  
في الواقع أنه على الرغم من نقاط الشبه الموجودة بين نظرية الغلط ونظرية العيب ، إلا أننا نفضل الرأي الذي يقول بوجود التفرقة بين المؤسستين .

فالغلط يختلف عن العيب في أساسه وفي نتائجه وكذلك في طبيعته ، فدعوى الغلط هي دعوى صحة ، بمعنى أنها تتعلق بعيب من عيوب الرضا والذي يصيب العقد في نشوئه ، وبالتالي يعدم العقد من أساسه ،

أما دعوى ضمان العيوب فهي كما سنرى بالتفصيل في الفصل الثاني ، تفترض وجود عقد صحيح بين البائع والمشتري ، ولكن ظرفاً طارئاً جعل هذا العقد قابلاً للفسخ أو التعديل ، وبعبارة أخرى نستطيع أن نقول أن دعوى الغلط هي دعوى بطلان ، بينما دعوى ضمان العيب هي دعوى تعويض.

كما يضاف إلى ذلك ، أن دعوى الغلط ، يجوز رفعها من كلا المتعاقدين ، بينما لا يجوز رفع دعوى ضمان العيب إلا من طرف المشتري فقط ، ولو كانت هناك وحدة حقيقية بين المؤسستين لجاز لأي من طرفين العقد رفع دعوى ضمان العيب (22).

وفي هذا المقام ، يثور التساؤل عن المعيار الواجب الاعتماد عليه للتفرقة بين المؤسستين ؟ أن المعيار الواجب اعتماده للتفرقة بين مؤسسة الغلط ومؤسسة العيب ، يكمن تحديده حسب كل حالة نزاع على حدى ، فلا يوجد معيار ثابت يصلح لجميع حالات النزاع ، فمثلاً يطبق الغلط عندما يكون واقعا على صفة جوهرية في المبيع ، وتكون هذه الصفة غير مؤثرة على استعمال المبيع ، وعلى العكس من ذلك ، إذا ظهر عيب في المبيع ولا يجتمع هذا العيب مع أي عيب الغلط ، فيطبق ضمان العيوب فقط.

ومع ذلك فقد تنطبق الحالتين معا على الواقعة الواحدة ، ومثال ذلك أن ينصب الغلط على صفة جوهرية في المبيع ، ويكون لهذه الصفة تأثير على الاستعمال المعد له هذا المبيع ، ففي هذه الحالة يمكن القول أن المتعاقد قد وقع في غلط في صفة جوهرية وكذلك يمكننا أن نقول أن هناك عيب بالمبيع يخل باستعماله (23).

والسؤال الذي يطرح في مثل هذه الحالة الأخيرة ، هو ما مدى حق المشتري في الاختيار بين استعمال مؤسسة الغلط أو مؤسسة ضمان العيب ، للحصول على حقوقه؟

وقيل أن نجيب على هذا السؤال ، تجدر الإشارة أولاً إلى أن الغلط لا ينطبق على حالة تخلف الصفة ، لأن اشتراط المشتري وجود هذه الصفة أو تلك في المبيع ، يدل دلالة واضحة على أن هذا الأخير كان محل شك في وجود الصفة أو عدم وجودها ، ولم يتعاقد بدافع اعتقاده بوجود الصفة ، بل على أساس أنها إذا لم تتوفر تلك الصفة المرغوبة ، عاد على البائع بالتزام الضمان.

#### هـ - مدى حق الخيار المتاح للمشتري بين دعوى الغلط ودعوى ضمان العيب

لقد توصلنا إلى أنه من الممكن أن تنطبق حالتا الغلط و ضمان العيب في واقعة واحدة ، فإلى متى هل يحق للمشتري أن يختار إحدى الطريقتين أم أنه ملزم باتخاذ أحد السبيلين ؟

وسنعالج هذه النقطة ، بالتطرق إلى رأي الفقه ورأي القضاء في ذلك ، كل على حدى:

#### (1) - رأي الفقه من مدى حق الخيار المتاح للمشتري بين دعوى الغلط ودعوى ضمان العيب

يرى بعض الفقهاء أنه عندما تتحقق كل من حالة الغلط وحالة العيب ، يجب تطبيق أحكام ضمان العيب ، دون تطبيق قواعد الغلط ، لكون أحكام الضمان خاصة في نظرية الغلط ، ولا بد من إعمال الخاص يقيد العام (24)، إلا أن هذا الرأي لم يجد مناصرين له ، لذلك أقترح بعض التخفيف من حدة هذا الرأي ، وذلك بقصر الضمان على استعمال الأشياء المادية دون المعنوية ، حتى لا تتمكن نظرية العيوب من احتواء نظرية الغلط نهائياً .

والرأي السائد في الفقه ، هو الذي يرى بأنه في حالة ما إذا كان العيب ينزع عن الشيء المبيع صفة جوهرية فيه ، يكون المشتري يكون للمشتري الخيار بين دعوى ضمان العيب أو دعوى الإبطال للغلط (25).

هذا هو الرأي الأقرب إلى المنطق والأجدر بالتأييد ، لأن الأصل أن لا يحرم شخص من حق ثبت له بمقتضى القواعد العامة ، إلا إذا وجد ما يدل على ذلك صراحة ، وهذا أمر غير متوفر في هذه الحالة.

وبالإضافة إلى ذلك ، لا يمكننا أن نقول في مسألة مؤسسة الغلط ومؤسسة ضمان العيب ، يجب إعمال مبدأ الخاص يقيد العام ، لأن كل من المؤسستين له نظام قانوني مستقل عن الآخر ، فمن غير المنطقي إذن استبعاد الدعوى الأكثر فعالية بالنسبة للمشتري والذي يستحق حماية أكثر.

كان هذا موقف الفقه ، فما هو موقف القضاء من هذه المسألة؟

#### (2) - رأي القضاء من مدى حق الخيار المتاح للمشتري بين دعوى الغلط ودعوى ضمان العيب

إن الخلاف في الموقف الفقهي انعكس بدوره على الاجتهاد القضائي الفرنسي ، فما موقف هذا الاجتهاد وما هو موقف القضاء الجزائري من ذلك؟

(•) موقف القضاء الفرنسي

اتجه الاجتهاد الفرنسي في البدء ، إلى القبول بحق الخيار بين الدعيين ، لكن محكمة التمييز الفرنسية في قرارين صادرين عام 1960 وضعت حدا لهذه الوجهة ، مانعة بذلك هذا الخيار . فيستفاد من قرارها الصادر في 1960/01/04<sup>(26)</sup> ، أنه لا يجوز إسناد الدعوى إلى المادة 1110 من القانون المدني الفرنسي ، المتعلقة بالغلط والمادة 1641 من ذات القانون ، والمتعلقة بضمان العيوب ، في نفس الوقت ؛ فيقتضي إذا كنت المهلة القصيرة المحددة لرفع دعوى ضمان العيب قد انتهت ، تطبيق أحكام هذه المهلة .

ثم جاء قرار آخر صدر في 1960/07/19 ، يؤكد هذا الموقف<sup>(27)</sup> ، وقد قضت المحكمة فيه ، بأنه لا يمكن للشاري التملص من أحكام المادة 1648 من القانون المدني الفرنسي ، وذلك من جهة المهلة القصيرة المتعلقة بدعوى الضمان ، بتذرعه بأحكام الغلط ، فالدعوى المسندة إلى هذا الغلط تخضع هي الأخرى للمهلة الوجيزة .

وبذلك تكون محكمة التمييز الفرنسية ، قد اعتبرت أنه عندما ينتج الغلط الواقع على الصفة الجوهرية عن العيب ، فيجب أن تقام دعوى الإبطال للغلط ضمن المهلة الوجيزة المعمول بها في دعوى الضمان . وبذلك تكون محكمة التمييز قد نبذت كل تفريق بين المؤسستين .

وعلى كل ، لا يبدو أن هذه المحكمة ، تولي اهتمام كبير للتمييز بين ضمان العيوب والبطلان بسبب عيوب الرضا ، فهي تترك لقضاة الموضوع أن يقرروا ما إذا كانت المسائل التي يبحثونها ، تتعلق بالعيب أم بالغلط ، ففي الغرفة التجارية في محكمة التمييز الفرنسية ، لم تقف هذا الموقف ، وإنما أبدت حق الخيار للمشتري<sup>(28)</sup> .

هذا بالنسبة لموقف القضاء الفرنسي ، فما هو موقف القضاء الجزائري؟

(••) موقف القضاء الجزائري

من خلال تححص عدة قرارات قضائية في هذا الشأن ، يبدو جليا عدم اكتراث القضاء الجزائري في الكثير من القرارات ، بالتفريق بين دعوى البطلان للعيب ودعوى ضمان العيب ، إلى درجة أدت إلى نتائج غير مقبولة .

وسنورد في هذا المقام ، جملة من القرارات ، تبين مدى الخلط بين المؤسستين : ففي قرار قضائي صادر بتاريخ 1988/04/12<sup>(29)</sup> ، تتمثل وقائعه في بيع متتال لسيارة ، اتضح أن السيارة معيبة في هيكلها ، فعاد المشتري الأخير على البائع الأخير طالبا استرجاع الثمن مع تعويضه بسبب ما لحقه من ضرر الفسخ ، وكان قد سلم السيارة فعلا للبائع ، فجاء في القرار ما يلي : « ... إن العقد المبرم بين البائع والمشتري حول السيارة موضوع هذا النزاع ، يعتبر مشوبا بعيب الرضا « الغلط » ، الذي تم على مواصفات ثبت عدم صحتها ، حيث أنه عند فسخ عقد البيع ينبغي إعادة المتعاقدين إلى الحالة التي كانوا عليها قبل التعاقد وذلك برد المبيع إلى البائع وثمان المبيع إلى المشتري ... حيث أن التعويض المطلوب من طرف المدعي غير مؤسس على ضرر جسيم يستحق التعويض لأنه إذا كان هناك ضرر لحق المدعي بسبب فسخ العقد فإنه يعد ضررا يسيرا لا يستوجب التعويض خاصة العيب الذي ظهر على السيارة لا إرادة للبائع فيه » .

هذا القرار يعتبر عيب الرضا - الذي يؤدي في الأصل إلى البطلان - عيبا فاسخا ، فقد يكون المشتري هو الذي طلب الفسخ ولكن التأسيس بهذه الكيفية معيب ، لأن توافر شروط الفسخ لا تؤدي إلى البطلان والعكس صحيح ، فكيف يؤدي توافر شروط البطلان إلى الفسخ؟

ومن ناحية أخرى ، إن قول القاضي بعيب الرضا من تلقاء نفسه لا مبرر له ، وإنما يقتصر تدخله على البطلان المطلق متى وجد مبررا لذلك ، وبهذا يكون القضاء حكم بما لم يطلبه الخصوم .

فإذا كان فهم القاضي للرد فسخا ، وبأن طلب المشتري هو طلب فسخ ، فهل يعني ذلك أن بإمكان من تقرر البطلان لمصلحته أن يتنازل عن هذا البطلان لفسخ العقد؟

إذا كانت الإجابة بالإيجاب منطقية ، على أساس أن من يملك الأكثر يملك الأقل ، وفي هذه الحالة بالذات يمكن أن يشترك طلب الفسخ لعدم التنفيذ بطلب البطلان لعيب في الرضا ، فإن القرار مع ذلك غير قابل

## الطبيعة القانونية للالتزام بضمان العيوب الخفية

للفهم ، بفعل تدخل القاضي غير المفهوم ، بإدخال البطلان للقضاء بطلب الفسخ ، دون طلب المشتري المدعي.

إن استخدام عيب الرضا « الغلط » للقضاء بالفسخ ، أمر شائع لدى القضاء<sup>(30)</sup>، ففي قرار آخر لذات المجلس والغرفة للقرار السابق ، والصادر بتاريخ 1986/01/29<sup>(31)</sup> ، يقضي بالمصادقة على حكم وقع بالبطلان كإجابة لطلب فسخ ، إذ يؤكد بذلك شيوع خطأ القضاء بين مؤسسة ضمان العيب ومؤسسة الغلط ، وفي ما يلي موجزا بوقائع هذا القرار: « أن شخصا اشترى جرار من آخر على أنه ملك لصهر هذا الأخير ، وذلك سنة 1981 برقم 03-633-18 بمبلغ 50 ألف دينار دفع منها 42 ألف دينار ، عند تقديم الجرار للفحص لدى مهندس المناجم قد تسجيله تبين أنه مزور الرقم وأنه باسم شخص آخر ، فتقدم البائع بشكوى قامت النيابة على إثرها بتحريك الدعوى العمومية ، وانتهت بصور حكم بالبراءة من التزوير لعدم ثبوت الأدلة ، مما جعل المدعي يطالب بالبطلان مع التعويض عن مصاريف نقل الجرار من ولاية جيجل إلى فم الطوب عدة مرات ، وهما مكاتي البائع والمشتري على التوالي ، وكذلك مصاريف تعطله عن أشغاله... الخ ».

وقد قضي في هذا القرار بنفس الكيفية التي رأينا بها القرارات السابقتين ، حيث أورد أسباب البطلان ليقضي بالفسخ ، على النحو التالي: " ... وعليه فإن المجلس يقرر ما يلي : ... في الموضوع ... حيث أن الجرار المباع به عيب خفي لا يمكن للشخص العادي كشفه وهو ما يعد من العيوب الخفية التي تبطل البيع لهذه الأسباب قرر المجلس المصادقة على الحكم المستأنف "

والخلاصة التي يمكننا الخروج بها من هذه القرارات ، أن القضاء الجزائي وخصوصا قضاء الموضوع ، لا يعطي أهمية للتفريق بين البطلان والفسخ مهما كانت الأسانيد ، إذ لا أهمية لكونها تشكل عيبا أو غلطا ، ومما زاد الأمر جسامته هو أن القضاء لا يولي أهمية لطلبات الخصوم من رد أو فسخ أو بطلان ، لأنه أصلا لا يفرق بين هذه المؤسسات ، أما عن أسباب هذا القصور فهو موضوع آخر لا يتسع بحثنا هذا لمناقشته ، إذ أنه مشكل عام في الجزائر .

وبذلك نكون قد أوضحنا مدى العلاقة مؤسسة ضمان العيب بأحد عيوب الرضى ألا وهو الغلط ، فماذا سيكون الأمر بالنسبة للتدليس ؟

### 2- التدليس كأساس لضمان العيب

التدليس هو إيهام المتعاقد بغير الحقيقة ، بقصد حمله على التعاقد ، فالتدليس غلط مستثار ، فهو عبارة عن إيقاع المتعاقد في الغلط ، إما من المتعاقد الآخر أو من الغير ؛ وبذلك فاهو لا يعيب الإرادة بذاته ، وإنما بما يؤدي إليه من وقوع المتعاقد المدلس عليه في الغلط .

وللتدليس عنصرين : أولها عنصر موضوعي يتمثل في الوسائل الاحتمالية التي استخدمت ضد المتعاقد ، وعنصر آخر نفسي يعتبر ثمرة العنصر الموضوعي ، حيث تؤدي الوسائل الاحتمالية إلى بالمدلس عليه إلى التعاقد ، بحيث يثبت أنه لولا هذه الوسائل لما أقدم على ذلك التعاقد<sup>(32)</sup>.

وقد يجتمع التدليس وضمان العيب في عقد البيع ، متى تعمد البائع إخفاء العيب عن الشاري غشا منه ، عندها يتوفر عنصر الخداع في كلا الحالتين ، فهو يشكل عنصر اللقاء الوحيد بينهما ؛ إذ قد يقوم ضمان العيب دون أن يكون هناك تدليس ، وذلك إذا كان البائع لا يعلم بالعيب أو كان يعلمه لكنه لم يخدع المشتري ، بأن تعمد مثلا أن يخفي عنه العيب<sup>(33)</sup>.

ولكن في التدليس يجب أن يكون البائع سيء النية دائما ، أما في ضمان العيب ، فسوء نية البائع يفترض أن لا يكون ، وإن وجد ترتب عنه آثار معينة سنتطرق إليها لاحقا .

ومن ذلك ، لا يمكننا اعتبار التدليس كأساس قانوني لنظام ضمان العيب ، وفي حالة ما اجتمعا النظامين معا وفقا لما سبق ذكره ، يكون للمشتري الحق في الخيار بين الدعويين .

هذا عن نظرية التدليس كأساس لمؤسسة ضمان العيب ، فماذا عن نظرية الغبن؟

### 3- الغبن كأساس لضمان العيب

إن أول ما يتبادر إلى الذهن لجهة نقاط الالتقاء بين نظام الغبن ونظام ضمان العيب ، أن مبدأ الإنصاف ، الذي يجب أن يسود العلاقات التعاقدية ، يؤدي إلى احتمال إنهاء العقد عند اختلال التوازن في

الالتزامات المتبادلة وخاصة في عقد البيع ، حيث تُعرض فكرة الثمن العادل ، والتي هي أساس نظرية الغبن ، إذ تكمن مسألة الغلط الواقع في قيمة الشيء ، بالإضافة إلى النية الهادفة إلى استثمار ضيق أو طيش أو عدم خبرة المتعاقد المغبون<sup>(34)</sup>.

كما أن فكرة الثمن العادل واردة في مجال ضمان العيب ، لأن المشتري كان سيدفع ثمن أقل لو علم مسبقاً بوجود العيب في المبيع .

ولهذا يبدو أنه هناك إمكانية في تطبيق واحد لنظرية ضمان العيب مع نظرية الغبن ، لكن هذا الالتقاء لا يؤدي بالضرورة لأخذ نظرية الغبن كأساس لنظرية ضمان العيب ، إذ أن هناك نقاط اختلاف كثيرة بين النظريتين ، لهذا يبقى التشابه بينهما جزئي ومحدود .

وبهذا نكون قد خلصنا إلى نتيجة ، مفادها أن لا سبيل للبحث عن الأساس القانوني لنظام ضمان العيب في عقد البيع ، اعتماداً على النظريات التي ترجع أساس الضمان إلى مرحلة تكوين العقد ، لهذا كان علينا أن نتنقل إلى البحث عن ذلك الأساس ، في التيار الذي يرجع في ذلك إلى مرحلة تنفيذ العقد

### ثانياً : التيار الذي يرجع أساس الضمان إلى مرحلة تنفيذ العقد

وينقسم أصحاب هذه الواجهة إلى فريقين لكل منهما نظرية ، فأصحاب النظرية الأولى يرجعون أساس ضمان العيب إلى التزام تنفيذ العقد ، أما أصحاب النظرية الأخرى ، فيرجعونها إلى أحكام المسؤولية المدنية .

لهذا ارتأينا أن نعالج كل نظرية على حدة .

#### 1- نظرية عدم التنفيذ كأساس لضمان العيب

ونعرض في هذا المجال عدة نظريات ، منها ما يعتبر أن الأساس القانوني لالتزام ضمان العيب ، يرتبط بموجب التسليم ، ومنها ما يبني هذا الضمان على التعرض والبعض الآخر يعتبره شكل من أشكال الإلغاء لعدم التنفيذ ، وسندرس كل نظرية بالترتيب .

#### 2- نظرية الالتزام بالتسليم كأساس لضمان العيب

يرى أنصار هذه النظرية ، أنه في حالة ما سلم البائع للمشتري شيئاً مشوباً بعيب يستوجب الضمان ، يعتبر بذلك مخالفاً للالتزام بالتسليم ، لأن هذا الالتزام لا يقتصر على تسليم المبيع في وضعه المادي فقط ، وإنما يجعله صالحاً للاستعمالات المعد له ، حتى يحقق الفوائد التي كان المشتري ينتظرها منه ، إذ أن هذه الفوائد هي التي تشكل قيمته<sup>(35)</sup>.

إذن فالتسليم يجب أن يطابق الاتفاق الذي جرى بين المتعاقدين ، بحيث أن ظهور عيب في المبيع ، ينفى المنفعة التي يتوخاها الدائن من هذا الالتزام . وهنا يبرز دور الضمان الذي اعتبره أصحاب هذه النظرية بأنه التزام متماد أو مستمر " **La garantie est une obligation continuée** " <sup>(36)</sup> .

وقد لوحظ تأثر بعض المحاكم بهذه النظرية ، فقضت بأن ضمان العيب ما هو إلا امتداد للالتزام بالتسليم<sup>(37)</sup> . إن هذه النظرية لا توفر التبريرات الكافية لتفسير أساس ضمان العيب ، زد على ذلك أن اختلاف موضوعيهما ، يؤدي إلى تباين في طبيعتهما<sup>(38)</sup> ، والخطأ الذي وقع فيه أصحاب هذه النظرية ، أنهم أضفوا على التزام التسليم أهمية زائدة ، بينما هو في الحقيقة مجرد التزام ، يلزم المدين بأن يضع الشيء المبيع بتصرف الدائن به من الوجهة المادية ، وتحقيقه إذن ليس سوى مسألة واقع محض وآثاره محدودة ، فهو ينقل حيازة الشيء دون أن يكون له هدف آخر ، فهو لا يضمن للدائن به استمرارية حيازته للشيء . ولو كان الأمر خلاف ذلك ، فكيف نفسر عدم توجب التزام ضمان العيب في كل العقود التي ينشأ عنها التزام التسليم كعقد الهبة مثلاً<sup>(39)</sup> .

#### 2- نظرية ضمان التعرض كأساس لضمان العيب

يرى بعض الفقهاء أن ضمان التعرض وضمن العيوب الخفية ، مردهما إلى أساس واحد ، ويعلنون ذلك بكون المشرع ، قد جعل للضمانين أحكاماً موحدة في بعض النصوص ، كما أن النظامين يرتبطان بالالتزام بالتسليم<sup>(40)</sup>

## الطبيعة القانونية للالتزام ضمان العيوب الخفية

وعلى الرغم من وجود بعض التشابه بين الضمانين ، إلا أنه يبقى تشابه ظاهري وسطحي ، ويكفي لتبيان هذا الاختلاف أن نلاحظ أن العيب يثير مشكلة كامنة في الشيء المباع نفسه ، بينما يلاحظ عكس ذلك عند حدوث التعرض الذي يترتب عنه ادعاء شخص خارج دائرة عقد البيع ، بحق له على المبيع .

### 3- نظرية الفسخ لعدم التنفيذ كأساس لضمان العيب

يرى بعض الفقهاء أن نظرية ضمان العيوب ، تدخل ضمن نظرية الفسخ لعدم التنفيذ ، على أساس أن وجود العيب في الشيء المباع ، يعتبر مساساً بذاتيته<sup>(41)</sup> .

كما أن هناك اتفاق بين كل من شروط الفسخ لعدم التنفيذ وشروط ضمان العيب ، ففي الحالتين يكون للدائن الحق في أن يختار بين المطالبة بتنفيذ العقد إن كان ذلك ممكناً ، أو المطالبة بالفسخ ، وهو ما ذهبت إليه المحكمة العليا في عدة قرارات حديثة<sup>(42)</sup> .

غير أن غالبية الفقهاء<sup>(43)</sup>، تُنكر وجود أي صلة بين نظرية ضمان العيب ونظرية الفسخ لعدم التنفيذ ، إذ يرون أن الأثر الرجعي لدعوى الفسخ غير متوفر في دعوى ضمان العيب والتي في حالة الرد تزيل العقد بالنسبة للمستقبل فقد<sup>(44)</sup> .

وعلى كل ، فإن الفقه لم يقف عند هذه الحدود من الأطروحات لأجل التأسيس لنظرية ضمان العيب ، إذ نجد آراء فقهية أخرى تربط بين ضمان العيب وأحكام المسؤولية المدنية ، وهو الأمر الذي سنبحثه فيما يلي :

### II : المسؤولية المدنية كأساس لنظرية ضمان العيب

هناك فريق يؤسس نظرية ضمان العيب على أساس المسؤولية التعاقدية ، في حين أن هناك فريق آخر يؤسسها على الخطأ .

ويرى الفريق الأول أن استعمال كلمة ضمان " Garantie " بالنسبة للعيوب في المبيع ، هو تعبير غير موفق ولا يلائم طبيعة هذا الالتزام المترتب على البائع ، لذا قال هذا الفريق أنه من الأفضل استعمال كلمة مسؤولية " Responsabilité " لكونها أصلح في هذا المجال<sup>(45)</sup> .

إلا أنه يمكننا انتقاد هذا الرأي ، على أساس أن التزام الضمان يرتبط بأحكام المسؤولية التعاقدية ، شأنه في ذلك شأن غيره من الالتزامات التي لا يتم تنفيذها ، وكذلك أحكام هذه المسؤولية ، تطبق ضمن مجال ضمان العيب ولكن هذا الأخير لا ينبع من تلك الأحكام .

أما الفريق الآخر ، فيرى أن أساس ضمان العيب هو ارتكاب البائع خطأ<sup>(46)</sup>، ولكن بالواقع هذا القول غير صحيح ، طالما أن على البائع التزام بالضمان حتى وإن كان سيء النية .

لكن هذا لا يعني انتفاء كل علاقة بين الخطأ والتزام الضمان ، فالبائع الذي يرتكب خطأ عقدياً ، عليه أن يدفع للمشتري بدل عطل وضرر ، وهذا يتجلى عند علم البائع بوجود العيب وإخفاؤه غشاً منه . وهو الأمر الذي ينطبق على المحترف في مواجهة المستهلك ، إذ يفترض القضاء الفرنسي في المحترف سوء نيته وكذا مسأئلته على أساس الخطأ<sup>(47)</sup> .

هذه بعض وجهات النظر ، والتي تؤسس نظرية ضمان العيب على أساس قانوني بحث ، غير أن محاولات التأسيس لهذا النظرية لم تقف عند هذا الحد ، بل حاولت بعض النظريات العثور على تأسيس فلسفي وأخلاقي ، فماذا عن هذه النظريات ؟ وهو ما سنبحثه فيما يلي :

### ثالثاً : النظريات ذات الطابع الفلسفي والأخلاقي

تنقسم هذه النظريات إلى ثلاث نظريات رئيسية ، فالأولى تربط الضمان بفكرة العدالة والإنصاف ، والثانية تربطه بفكرة الافتراض ، أما النظرية الأخيرة فتربطه بمخاطر الشيء ، وسنتناول بالبحث كل نظرية على حدة .

### I : نظرية الإنصاف كأساس لنظرية ضمان العيب

إن أهم الآراء المستندة إلى فكرة العدالة والإنصاف ما عرضه الفقيه الألماني " Ihering " ، الذي يعتبر البائع مخطئاً بجهله وجود العيب وإقدامه على التعاقد دون التحقق من سلامة المبيع ، فمن واجبه إذن أن يكون متأكداً من حالة الشيء الذي يبيعه ، والإنصاف يقتضي بأن يقوم بالتعويض للشاري في حال وجود العيب ، من أجل إعادة التوازن إلى الالتزامات المتبادلة<sup>(48)</sup> .

ويؤخذ على هذه النظرية ، أنها مبنية على مفهوم الإنصاف وهو مفهوم ينتابه الغموض وعدم الدقة ، فهو مفهوم يصلح لعدة أنظمة قانونية ، وبالتالي لا يمكن اعتباره أساساً لنظام ضمان العيب بالذات.

### II : نظرية الافتراض كأساس لنظرية ضمان العيب

ناد بهذه النظرية الفقيه الألماني " Windsceid " ، وقد اعتمدها ودافع عنها الفقيه الإيطالي " Recardo fubuni " ، حيث تقول هذه النظرية أن هناك افتراض مسبق لدى المتعاقد في العقود التي يوجد فيها الالتزام بضمان العيب ، بحيث يعتبر هذا الافتراض بمثابة شرط خاص ، يعطي لصاحب الضمان الحق بالطعن في العقد إذا لم يجد مسعاه من التعاقد (49).

إلا أن هذه النظرية منتقدة أيضاً ، لأنها تخلط بين الافتراض والشرط ، كما أن مبدأ حسن النية الذي يفترض في جميع العقود .

وفي رأينا أن هذه النظرية التي تركز على عنصر الافتراض ، تتنافى مع ضرورة استقرار التعاملات ولزوم ثباتها.

### III : نظرية تحمل المخاطر كأساس لنظرية ضمان العيب

إن رائد هذه النظرية الفقيه الألماني " Brinz " ، والذي يعتبر أن ضمان العيب هو تطبيق لنظرية المخاطر " Théorie des risques " ، فلخطر " Lerisque " هو حادث فجائي مستقبلي غير أكيد " Future et incertain " ، يلحق بالشيء ويؤدي إلى خسارته كلياً أو جزئياً ؛ وبحسب هذا الفقيه ، يدخل العيب ضمن هذا المفهوم ، فتقع نتيجته في الأساس على المالك (50).

إلا أنه لا يمكن القبول بهذه النظرية لأسباب عديدة ومنها ، أن الفقيه « برينز » تجاهل أحكام القانون من أجل تبرير المتطلبات العملية ، وهنا نتساءل عن سبب الإبقاء على مسؤولية البائع رغم انتقال الحيابة إلى المشتري ، إذ أن الحجج المسندة إلى الضرورات العملية ، لا تكفي لتبرير الحل المعتمد ولا لمخالفة القواعد العامة التي تنظم الالتزامات.

ومن جهة أخرى وحسب هذه النظرية ، فإما أن نحمل البائع المخاطر لأن عليه التزام تسليم المبيع دون عيب ، فنستخلص من ذلك أن الحديث عن المخاطر تابع لعدم تنفيذ البائع التزام التسليم ، وأما في الحالة العكسية أي حين يكون قد نفذ التزامه بالتسليم ، فكيف يمكن تفسير العبء الذي سيتحمله (51) ؟

### الخاتمة

وفي ختام هذا المقال ، نستنتج أن تعدد النظريات التي تؤسس لنظام ضمان العيب ، يؤدي بالضرورة إلى دخول في مآهات الحلول الكثيرة وغير المجدية ، وفتح باب المناقشات ، ونعتقد أن سبب ذلك يعود إلى انطلاق هؤلاء المنظرين من أفكار مسبقة ، مرجعة بذلك مؤسسة الضمان مسبقاً إلى مؤسسة أخرى أو اتجاه فلسفي معين كما رأينا ، فكما قال الفقيه " Carbonnier " : « أن انطلاق هؤلاء المنظرين هي خاطئة ، لأنها تشكل مصادرة للمطلوب ، لذا شاء البعض أن يجسد تفسير هذا الضمان في المفهوم الاجتماعي القديم للملكية (52) ».

فحسب هؤلاء ، - وهو الحل الأقرب - أنه في العصور القديمة لم يكن المشتري يقتصر على كسب ملكية المبيع فحسب ، وإنما كان يحل محل البائع في حقوقه والتزاماته ويكمل شخصيته التي تبقى ولا ينسلخ عنه بمجرد إجراء البيع أو تسليم الشيء ، إنما يستمر مع هذا المبيع حتى في عيوبه ، عاكساً بذلك شخصية البائع الذي يبقى بالتالي ضامناً لها .

### الهوامش:

(1)- مشار إليه في أسعد دياب ، أسعد دياب ، ضمان عيوب المبيع الخفية - دراسة مقارنة - ، الطبعة الثالثة ، دار اقرأ ، بيروت ، لبنان ، 1983 ، هامش رقم 1 ، ص 334.

(2)- مشار إليه في أسعد دياب ، المرجع السابق ، هامش رقم 3 ، ص 335

(3)- أسعد دياب ، أسعد دياب ، ضمان عيوب المبيع الخفية - دراسة مقارنة - ، الطبعة الثالثة ، دار اقرأ ، بيروت ، لبنان ، 1983 ، ص 338 وما بعدها.

- (4)- بلانيول وريبيير بقلم ايسمان ج 6-رقم: 184-ديموج - المطول في الالتزامات الجزء 1 رقم 270 ، مشار إليهما في أسعد دياب ، المرجع السابق ، هامش رقم 3 ، ص 340.
- (5)- عبد الرزاق أحمد السنهوري ، نظرية العقد ، المجمع العلمي العربي الإسلامي ، منشورات محمد الداية ، بيروت ، لبنان ، بدون تاريخ ، ص 349.
- (6)- F. TERRE, P. SIMLER et Y. LEQUETTE, DROIT CIVIL, Les Obligations, 6<sup>e</sup> édition, DALLOZ/ DELTA, Paris, 1998, p 170.
- (7)- أسعد دياب ، المرجع السابق ، ص 342.
- (8)- بلانيول وريبيير بقلم ايسمان الجزء 6-رقم: 184-، مشار إليه في أسعد دياب ، المرجع السابق ، هامش رقم 2 ، ص 342 .
- (9)- عبد الرزاق أحمد السنهوري ، المرجع السابق ، امش رقم 1 ، ص 371 .
- (10)- منصور مصطفى منصور ، تحديد فكرة العيب الموجب للضمان في البيع و الإيجار ، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية ، كلية الحقوق بعين شمس ، يمار سنة 1959 ، السنة الأولى ، العدد الثاني ، المطبعة العالمية بالقاهرة بمصر ، ص 590 .
- (11)- أسعد دياب ، المرجع السابق ، ص 343 .
- (12)- أسعد دياب ، المرجع السابق ، ص 344 .
- (13)- منصور مصطفى منصور المرجع السابق ، ص 589 ، عبد الرزاق أحمد السنهوري ، ، نظرية العقد ، المجمع العلمي العربي الإسلامي ، منشورات محمد الداية ، بيروت ، لبنان ، بدون تاريخ ، ص 319 ؛ وفي الوسيط في شرح القانون المدني ، المجلد الأول ، الجزء الرابع ، البيع والمقايضة ، دار التراث العربي ، بيروت ، لبنان ، ص 762 .
- (14)- عبد الرزاق أحمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، المجلد الأول ، الجزء الرابع ، البيع والمقايضة ، دار التراث العربي ، بيروت ، 1968 ، ص 752 ؛ أنور العمروسي ، العقود الواردة على الملكية في القانون المدني ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ، مصر ، 2002 ، ص 212 ؛ رمضان أبوا لسعود شرح العقود المسماة في عقدي البيع والمقايضة ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، الإسكندرية ، مصر ، 2003 ، ص 125 .
- (15)- عبد الرزاق أحمد السنهوري ، المرجع السابق ، ص 346-347.
- (16)- أسعد دياب ، المرجع السابق ، ص 346-347.
- (17)- بلانيول وريبيير بقلم ايسمان ، المطول في الالتزامات ، الجزء 6 ، رقم 139 ، مشار إليه في محمد زعموش ، هامش رقم 1 ، ص 169 ؛ عبد الرزاق أحمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، المجلد الأول ، الجزء الرابع ، البيع والمقايضة ، دار التراث العربي ، بيروت - لبنان ، ص 763 .
- (18)- جوريسكلاور مدني مادة 1641 ملزمة 10 رقم 120- التير Alter ، ص 239 وجستان رقم 298 ، مشار إليه في أسعد دياب ، المرجع السابق ، هامش رقم 2 ، ص 348.
- (19)- جابر محجوب علي ، ضمان سلامة المستهلك من الأضرار الناشئة عن عيوب المنتجات الصناعية المعيبة ، بحث ، مجلة الحقوق والشريعة ، القسم الأول والثاني ، السنة 20 ، العدد 3 ، 1996 ، ص 360 .
- (20)- مشار إليه في أسعد دياب ، المرجع السابق ، هامش رقم 2 ، ص 349.
- (21)- Moure : Des vices cachés ou rédhibitoires dans les ventes de meubles et immeubles et dans les autres contrats , Thèse Toulouse , 1893,p 14 , cité par Assad diab , op cit , p351.
- (22)- S. GUINCHARD, CONSOMMATION, Ventes Commerciales, Juris- Classeurs, CONCURRENCE et CONSOMMATION, Répertoire Commerce, Dalloz, Parie, 1996, p 56 .

- (23)- عبد الرزاق أحمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، المجلد الأول ، الجزء الرابع ، البيع والمقايضة ، دار التراث العربي ، بيروت - لبنان ، ص 726 .
- (24)- بلانيول وربيبير بقلم ايسمان ، المطول في الالتزامات ، الجزء 6 ، رقم 184 ، مشار إليه في محمد زعموش ، هامش رقم 1 ، ص 173 .
- (25)- Riccardo Fubini , Nature juridique de la responsabilité du vendeur pour vice cachés , R.T.C 1903 , p 279 , cité par Assad diab , op cit , p355; J. REVEL, op. Cit. p 06 ؛ 762 ص ، المرجع السابق ، عبد الرزاق أحمد السنهوري ، ص 4 ، رقم 4 ، مشار إليه في أسعد دياب ، المرجع السابق ، هامش رقم 2 ، ص 357 .
- (27)- تمييز مدني 1960/07/19 ، المجموعة المدنية - 1 ، ص 4 ، رقم 4 ، مشار إليه في أسعد دياب ، المرجع السابق ، هامش رقم 3 ، ص 357 .
- (28)- S. GUINCHARD, op. Cit. p 67 .
- (29)- قرار مجلس قضاء باتنة ، الغرفة المدنية ، رقم الجدول 87/923 ، رقم الفهرس 88/608 ، في 1988/04/12 ، غير منشور .
- (30)- محجوب أحمد ، المسؤولية المدنية للصانع ، رسالة ماجستير في الحقوق ، تحت إشراف الأستاذ بن سليمان علي ، معهد العلوم القانونية والإدارية ، جامعة قسنطينة ، غير منشورة ، ص 152 .
- (31)- قرار مجلس قضاء باتنة ، الغرفة المدنية ، ملف رقم 84/536 ، في 1986/01/29 ، غير منشور ، مشار إليه في محجوب أحمد ، المرجع السابق ، هامش رقم 2 ، ص 153 ؛ أنظر كذلك قرار مجلس قضاء باتنة ، الغرفة المدنية ، قضية رقم 86/905 ، في 1987/05/25 ، غير منشور .
- (32)- J. REVEL, CONSOMMATION, Fraudes et Tromperie, Juris-Classeurs, CONCURRENCE et CONSOMMATION, Fascicule 1010, Edition Techniques, Paris, 1985, p 6 ؛ على حسين بخيدة ، ضمان عيوب المبيع في عقد البيع ، في القانونين المصري والمغربي ، دراسة مقارنة ، دار الفكر العربي ، القاهرة 1986 ، ص 145 .
- (33)- أسعد دياب ، المرجع السابق ، ص 360
- (34)- أسعد دياب ، المرجع السابق ، ص 361 .
- (35)- S. GUINCHARD, op. Cit. p 68 .
- (36)- أسعد دياب ، المرجع السابق ، ص 367 .
- (37)- Cassation Commercial, 25 juin 1980, Bulletin Civil. IV, n°/ 277, cité par J. REVEL, op. Cit. p 05 .
- (38)- Laurent ,Principe de droit français , T XXIV n 215 , cité par Assad DIAB, op. cit. n 2 ,p 368 .
- (39)- أسعد دياب ، المرجع السابق ، ص 368 .
- (40)- عبد الرسول عبد الرضا ، الالتزام بضمان العيوب الخفية في القانون المدني المصري والكويتي ، رسالة دكتوراة ، كلية الحقوق بجامعة القاهرة ، نوقشت سنة 1974 ، ص 449 .
- (41)- أسعد دياب ، المرجع السابق ، هامش رقم 2 ، ص 374 .
- (42)- قرار المحكمة العليا ، الغرفة المدنية ، القسم الثاني ، رقم القضية 256659 ، رقم الفهرس 44 ، بتاريخ 09 جانفي 2002 ، غير منشور ؛ قرار المحكمة العليا ، الغرفة المدنية ، القسم الأول ، رقم القضية 259268 ، رقم الفهرس 616 ، بتاريخ 24 أفريل 2002 ، غير منشور ؛ قرار المحكمة العليا ، الغرفة المدنية ، القسم الثاني ، رقم القضية 273188 ، رقم الفهرس 14 ، بتاريخ 25 جانفي 2003 ، غير منشور .
- (43)- أنظر محمد زعموش ، المرجع السابق ، هامش رقم 4 ، ص 179 .
- (44)- ضمان المحترف لمنتجا .
- (45)- محجوب أحمد ، المرجع السابق ، هامش رقم 2 ، ص 56 .

- (46)- أسعد دياب ، المرجع السابق ، هامش رقم 01 ، ص 388 .  
(47)- محجوب أحمد ، المرجع السابق ، ، ص24 .  
(48)- أسعد دياب ، المرجع السابق ، ص 395 .  
(49)- عبد الرسول عبد الرضا ، المرجع السابق ، ص 454 .  
(50)- أسعد دياب ، المرجع السابق ، ص 400 .  
(51)- جروس رقم 74 ، مشار إليه في أسعد دياب ، المرجع السابق ، تهميش رقم 1 ، ص 400-401.  
(52)- أنظر هامش رقم 2 ، من أسعد دياب ، المرجع السابق ، ص 402 .