تطويع الالتزام بضمان العيوب الخفية لحماية المستهلك(دراسة مقارنة).

Adapting the commitment to ensuring hidden defects of consumer protection (A comparative study).

بحث مقدم من قبل
المدرس محمد عبد الرزاق محمد الشوك
جامعة اهل البيت(ع)- كلية القانون

الخلاصــة.

أن حماية المستهلك من أضرار المنتجات المعيبة أو الخطرة يأخذ طابعين , طابع الحماية الجنائية والتي تعالجها قانون العقوبات والقوانين الجزائية الأخرى من خلال تجريمها الغش التجاري بكافة صوره وأشكاله ,وطابع الحماية المدنية والتي تهتم بتعويض المضرور وجبر ضرره.فالمستهلك يمر بعدة مراحل في عملية أقتناءه للسلعة أو أستفادته للخدمة ، وهو بحاجة الى الحماية في كل مرحلة من هذه المراحل ,وخاصة في مرحلة تنفيذ العقد وفي مرحلة ما بعد التنفيذ, وذلك من خلال تفعيل قواعد ضمان العيوب الخفية وقواعد ضمان الصفة الخطرة في السلعة والألتزام بضمان السلامة والألتزام بتسليم مبيع مطابق للمواصفات وغيرها من الألتزامات التي يفرضها العقد أو التي تعتبر من مقتضياته أو تفرضها قواعد حسن النية في تنفيذ العقود. ومن ثم لا بد من توفير الحماية التشريعية الكافية لهذه المرحلة من العقد من خلال تطويع قواعد ضمان العيوب الخفية وجعلها ملائمة لحماية المستهلك من خلال تعويضه عما يصيبه من أضرار مادية وجسدية,وأقامة قرينة قاطعة على علم البائع المهني بعيوب منتجاته لأحترافه وخبرته ومقدرته على كشف عيوب المبيع.

الكلمات المفتاحية: تطويع ، الالتزام ، العيوب ، الخفية ، حماية.

Abstract.

The protection of the consumer from the damage of defective or dangerous products takes two forms, the nature of criminal protection, which is addressed by the Penal Code and other criminal laws by criminalizing commercial fraud in all its forms, and the nature of civil protection, which is concerned with compensation for the victim and reparation.The consumer goes through several stages in the process of acquiring the goods or benefiting from the service, and he needs protection at each of these stages, especially in the implementation phase of the contract and in the post-implementation phase, through the activation of rules to ensure hidden defects and rules to ensure the dangerous character of the commodity and commitment to ensure Safety and the obligation to deliver a sale that conforms to the specifications and other obligations

imposed by the contract or that are considered to be its requirements or imposed by the rules of good faith in the execution of the contracts.Therefore, it is necessary to provide adequate legislative protection for this stage of the contract by adapting the rules to ensure hidden defects and make them suitable for the protection of the consumer by compensating him for the physical and physical damages, and establish a conclusive presumption of the professional seller's knowledge of the defects of his products for his professionalism, experience and ability to detect defects of sale. .

Key words: Adaptation , Commitment , Defects , Hidden , protection .

المقدّمــة.

أدى التقدّم العلمي والتطور التكنولوجي في العصر الحاضر إلى التأثير في حياة الأنسان من زاويتين أحدهما أيجابية وتتمثل في زيادة رفاهية وسعادة الأنسان وذلك من خلال أنتاج السلع الحديثة وتقديم الخدمات المتنوعة ,والأخرى سلبية وتتمثل في تقديم سلع معيبة أو خطرة نجمت عنها حوادث أدت إلى حدوث أضرار جسدية لحقت بالمستهلكين وأضرار مادية لحقت بالممتلكات فسببت التعاسة والشقاء للأنسان.ومن المفارقات العجيبة أنه على الرغم من أزدياد المخاطر والحوادث التي تسببتها المنتجات الحديثة , ألا أن الطلب عليها في أزدياد مستمر وخاصة في تطور وسائل الدعاية والأعلان التي تغري على أقتناء السلعة أو الأستفادة من الخدمة , أزاء ذلك لقد تنبهت العديد من دول العالم الى ضرورة تشريع نصوص خاصة لحماية المستهلك وخاصة في ظل الأنفتاح الأقتصادي على العالم وتحرير التجارة وأزالة القيود على حركة المنتجات وتدفق السلع والخدمات.

1- أهمية البحث.

على الرغم من أهمية النظرية العامة وضرورتها لحماية رضا المتعاقدين , ألا أنه تبدو عاجزة عن توفير حماية فعّالة في كثير من الحالات التي لا تتوافر فيها شروط أعمالها , نتيجة غزارة السلع في الوقت الحاضر وتنوع الخدمات أدى بالبائعين وخاصة المهنيين منهم في الحرص في الوصول إلى أعلى نسب من المبيعات , وما تسببه تلك السلع والخدمات من أضرار ليست فقط مادية وأنما تعدت إلى الأضرار الجسدية ولذلك يجب حماية المستهلك من خلال وضع الضوابط والأحكام التي تحميه وتكفل له التعويض عن الأضرار التي تسببها المنتجات المعيبة أو الخطرة هذه المنتجات التي أصبحت اليوم أكثر تعقيداً وتطوراً , وخاصة فيما يتعلق بوسائل صنعها والدعاية التي تستخدم في ترويجها , مما أدى إلى أختلال التوازن في العلاقات الأقتصادية , فلم يعد هناك اليوم بائع ومشتري وأنما منتج أو موزع ومستهلك ويتميز الأول بالدراية والخبرة بينما الثاني بالجهل والضعف والحاجة إلى الحماية , ومن ثم تكمن أهمية البحث ظهور هذا التفاوت الأقتصادي والمهني والمعلوماتي بين المستهلك والمحترف اضافة الى عدم كفاية القواعد العامة من أجل توفير حماية كافية وفعّالة للمستهلك بأعتباره الطرف الضعيف في العلاقة العقدية المبرمة ما بين الطرفين.

2- أهداف البحث.

أمام هذا الواقع لا الفرض , لا بد من تغطية هذه المنطقة بالحماية التشريعية الكافية والفعّالة من خلال منح المستهلك الحق في المطالبة بالتعويض عما يصيبه من أضرار مادية وأيضاً أضرار جسدية كموته أو أصابته أو أصابة أحد أفراد عائلته بضرر جسدي أو أصابة الغير جرّاء وجود عيب في المبيع , أضافة إلى ضرورة توسيع دائرة الأشخاص المستفيدين من دعوى ضمان العيوب الخفية وعدم جعلها مقتصرة على أطراف العقد فقط وأنما تتعداها لتشمل حق المستهلك في الرجوع على منتج السلعة المعيبة أضافة إلى رجوعه على البائع المباشر,هذا من جهة, ومن جهة أخرى إعطاء أفراد عائلة المستهلك حق الرجوع على البائع المباشر والمنتج ومطالبتهم بالتعويض عما أصابهم من ضرر مادي وجسدي نتيجة وجود العيب في المبيع . فكان هدف هذا البحث هو الأستدلال على وجود النقص في قانون حماية المستهلك رقم (1) لسنة (2010) والقانون المدني العراقي رقم (40) لسنة (1951),ومحاولة سد هذا النقص بضرورة النص على تقنية قانونية تكفل حماية المستهلك من العيوب التي يتضمنها المبيع وتطوير مبدأ نسبية العقد لجعله أكثر مرونة أمام الضرورات العملية من أجل توفير حماية فعّالة للمستهلك.

3-إشكالية البحث.

تكمن مشكلة البحث في قصور القواعد العامة للقانون المدني وعدم كفايتها لحماية المستهلك من العيوب الخفية والتي يتضمنها المبيع , وهذا القصور يتمثل بجمود قاعدة نسبية العقد , حيث أن الدائرة التعاقدية هي دائرة مغلقة على أطرافها ومن ثم لا تتعدى إلى غيرهم , فليس للمستهلك الرجوع على منتج السلعة المعيبة , كما لا يستطيع من تضرر من أفراد أسرة المستهلك أقامة دعوى ضمان العيوب الخفية ومطالبتهم بالتعويض عما أصابهم من ضرر كونهم ليسوا أطرافاً في عقد البيع المبرم بين رب الأسرة والبائع أضف إلى ذلك أنه من الأشكاليات التي لا بد من الفصل بها هي عدم استطاعت المستهلك مطالبة البائع المحترف بكافة الأضرار الناجمة عن عيوب المبيع ومنها العيوب التي تصيب شخصه كموته أو أصابته أو أصابة أحد أفراد عائلته بضرر جسدي أو أصابة الغير نتيجة وجود هذا العيب , حيث أن القواعد العامة في القانون المدني لم تشر إلى أمكانية تعويض تلك الأضرار أستناداً إلى دعوى ضمان العيوب الخفية لعدم توقع حدوثها.ومن ثم فأن تلك القواعد لم تستوعب ما يتعلق بضمان سلامة المشتري المستهلك من الأضرار التي تصيب سلامة جسده وأفراد عائلته بسبب التطور التكنولوجي والتقدّم الصناعي والتي ساهمت في ظهور منتجات خطرة تسبب للمستهلك أضراراً جسدية , وبالتالي لا يتم التعويض عنها في نطاق المسؤولية العقدية التي تكون مقتصرة على الأضرار المادية المتوقعة فقط , أما الأضرار غير المتوقعة ومنها الأضرار الجسدية فلا تدخل في دائرة التعاقد ومن ثم يتم التعويض عنها في نطاق المسؤولية التقصيرية.وبالتالي فأن قواعد ضمان العيوب الخفية قد قررت لمعالجة المنتجات المعيبة فقط دون المنتجات الخطرة , ومن ثم لا بد من تطويع تلك القواعد وجعلها شاملة لكل العيوب المعيبة والخطرة من أجل توفير حماية كافية للمستهلك , بالأضافة إلى أن التشريعات الخاصة بحماية المستهلك لم تصب الغاية الأساسية التي من أجلها شرّعت تلك القوانين.وتتجلى أيضاً مشكلة البحث في قلة الكتابات الفقهية بشأنه وندرة القرارات القضائية العربية التي تناولته،مما يلقي على كاهل الباحث العبء في محاولته لتأصيل الجانب النظري على الأقل لهذا الموضوع مع التطرق لمنهج القوانين في الدول التي سارت خطوات كبيرة في حماية المستهلك ودور القضاء فيها.

4- تساؤلات البحث.

1- هل تغطي قواعد ضمان العيوب الخفية المقررة في القانون المدني الأضرار التي يمكن أن تصيب المستهلك في جسده أو ماله أم هناك قصور في أحكامه ينبغي تداركها؟وهل يوجد أمكانية لتطويع قواعدها لتجبر كسر المضرور في هذا الطراز الحديث من الأضرار؟

2- ما هي الوسائل القانونية التي يجب أعتمادها في هذا المجال لجبر أضرار المستهلك الجسمانية أو المالية في دائرة المسؤولية العقدية ؟ وهل يمكن للمستهلك الرجوع على المنتج مباشرة بموجب دعوى عقدية لمطالبته بالتعويض ؟

3- ماذا لو كان المتضرر من الغير سواء أكان من أفراد عائلة المستهلك أو ضيوفه أو جيرانه أو حتى أجنبي تماماً عنه ؟ هل هؤلاء لهم الحق في المطالبة بالتعويض وفقاً لقواعد المسؤولية العقدية الناشئة عن ضمان العيوب الخفية ؟

4- كيف يمكن تحديد المسؤول عن تعويض الضرر وخاصة إذا ما أشترك أكثر من شخص في أنتاج السلعة أو تسويقها ؟

5- منهجية البحث.

سنتبع في هذا البحث المنهج التحليلي بتحليل النصوص والآراء والأفكار وقياس بعضها على بعض لأستخلاص أهم الأحكام المرتبط بموضوع بحثنا , كما سنتبع منهج المقارنة بين القوانين الوضعية , وهي التشريعات المدنية المتمثلة بالقانون المدني العراقي رقم (40) لسنة (1951) والقانون المدني المصري رقم (131) لسنة (1948) , إضافة إلى التشريعات الخاصة بحماية المستهلك وهي قانون حماية المستهلك العراقي رقم(1) لسنة (2010) وقانون حماية المستهلك المصري رقم (67) لسنة (2006) وقانون حماية المستهلك اللبناني لسنة (2004) وقانون حماية المستهلك الأماراتي رقم (24) لسنة (2006) وكذلك قانون الأستهلاك الفرنسي رقم (93/494) لسنة (1993).

6- خطة البحث.

لتحقيق أهداف هذا البحث والأجابة عن أشكالياته سنقسمه إلى مبحثين ومطلب تمهيد سنبحث في المطلب التمهيدي معيار العيب الموجب للضمان وخيارات المستهلك في دعوى الضمان , أما في المبحث الأول فسوف نتطرق الى مدى ملائمة الألتزام بضمان العيب الخفي في حماية المستهلك , من خلال تقسيمه الى ثلاثة مطالب , الأول نسلط الضوء على توسيع دائرة الأشخاص المستفيدين من دعوى ضمان العيب الخفي , أما في المطلب الثاني فسوف نتكلم عن توسيع نطاق التعويض عن الإضرار الناتجة عن المبيع المعيب , والمطلب الثالث التأصيل القانوني للألتزام بضمان السلامة في القانون العراقي . نتناول فيه

وفي المبحث الثاني فسوف نتكلم عن خصوصية الضمان الأتفاقي في حماية المستهلك , والذي بدوره نفصله الى ثلاثة مطالب ,نتناول في الأول أحكام الضمان الأتفاقي ومدى جدواه في حماية المستهلك , أما في المطلب الثاني نوضح فيه خدمات ما بعد البيع وضمان صلاحية المبيع للعمل في أطار الضمان الأتفاقي , وفي المطلب الثالث نسلط الضوء فيه عن بطلان الاتفاق المقيد للضمان في ضوء حماية المستهلك , ثم نوصل ذلك كله بخاتمة تتضمن نتائج وتوصيات.

مطلب تمهيدي // معيار العيب الموجب للضمان وخيارات المستهلك في دعوى الضمان.

من خلال القواعد العامة في القانون المدني التي نظمّت العيب الخفي , يتبين أن من شروط العيب الموجب لضمان البائع أضافة للخفاء والقدم , هو أن يكون مؤثراً بأن ينتقص من قيمة المبيع أو يخل بمنفعته كما جاء في القانون المدني العراقي والمصري , أو من شأنه أن يخل بمنفعة المبيع فقط على حد

تعبير المشرع الفرنسي,لذا وأنسجاماً مع فلسفة توفير الحماية الفعّالة للمستهلك من الأضرار التي تمس شخصه أو أمواله , وللأحاطة بهذا الموضوع نقسمه إلى فرعين , نتناول في الأول معيار العيب الموجب لضمان العيوب الخفية , وفي الفرع الثاني نبحث في خيارات المستهلك بدعوى ضمان تلك العيوب , وكالآتي:

الفرع الأول // معيار العيب الموجب لضمان العيوب الخفية.

أن الفقه والقضاء عمد إلى توسيع معيار العيب الموجب للضمان , فمنهم من تبنّى المعيار الواسع للعيب الموجب للضمان , وجانب آخر أخذ بالمعيار الضيق لهذا العيب,وهذا ما سنبيّنه من خلال طرح الآتي :

أولاً // المعيار الواسع للعيب الموجب للضمان.

يستند هذا المعيار إلى فكرة جعل العيب مؤثراً لا يقتصر فقط على التقليل من قيمة المبيع أو الأخلال بالمنفعة المقصودة منه , وأنما يشمل ذلك تخلف الصفة المتفق عليها بين المتعاقدين , وقد تبّنى هذا المعيار القانون المدني المصري في المادة(1/447)والتي ألزمت البائع بالضمان أتجاه المشتري أذا لم يتوافر في المبيع وقت التسليم الصفات التي كفل البائع للمشتري بوجودها فيه أو أذا كان بالمبيع عيب ينقص من قيمته أو من نفعه بحسب الغاية المقصودة منه , مما هو مبين في العقد أو مما هو ظاهر من طبيعة الشيء أو الغرض الذي أعد له من أجله , ويضمن البائع هذا العيب ولو لم يكن عالماً بوجوده [1].

وبناءاً على ذلك فأن عد تخلف الصفة المتفق عليها عيباً خفياً يترتب عليه أصابة المستهلك بضرر يمس سلامة جسده أو أمواله بسبب تخلف تلك الصفة توجب على البائع الضمان ورجوع المشتري على البائع في حالة تخلف تلك الصفة التي كفل البائع وجودها فيه , أنما يكون بموجب دعوى ضمان العيوب الخفية ولا يكون للمشتري أن يرجع على البائع على أساس أنه أخل بالتزام آخر مستقل عن الألتزام بالضمان [2].

ثانياً // المعيار الضيق للعيب الموجب للضمان.

بموجب هذا المعيار لا يعد تخلّف الصفة عيباً موجباً لضمان البائع للعيوب الخفية وأقتصر في ترتيب الضمان على العيب الذي يقلل من قيمة المبيع أو يخل بمنفعته [3]، ويعد القانون المدني الفرنسي في مقدّمة القوانين المدنية التي تبنّت هذا المعيار, أذ أورد في المادة (1641) منه إلى أن البائع ملزم بالضمان اتجاه المشتري عن العيوب الموجودة في المبيع والتي تجعله غير صالح للاستعمال الذي أعد له أو التي تنقص من هذا الاستعمال إلى الحد الذي كان يدفع للمشتري إلى الإحجام عن الشراء أو أن يشتريه بثمن أقل لو أنه كان قد علم بها [4].أما القانون المدني العراقي فقد جعل نطاق العيب المؤثر أوسع من توجه القانون الفرنسي لأنه شمل نقصان القيمة والإخلال بالمنفعة استناداً لنص المادة (2/558) التي جعلت البائع ملزم بالضمان اتجاه المشتري عن العيب الذي ينقص من ثمن المبيع عند التجار وأرباب الخبرة أو ما يفوّت به غرضاً صحيحاً [5].وقد تأثر المشرع العراقي في ذلك بالفقه الإسلامي أذ جاء في المادة (514) من مرشد الحيران إلى أن العيب الخفي ما ينقص الثمن ولو يسيراً أو ما يفوّت به غرضاً صحيحاً , وكذلك المادة (338) من مجلة الأحكام العدلية , والواقع الأخذ بالمعيار الضيق لم يمنع الفقه والقضاء التوسع في تحديد مفهوم العيب الموجب للضمان وخاصة القضاء الفرنسي ممثلاً بمحكمة النقض الفرنسية [6],ففي قضية رفعت أمامها والتي تتلخص وقائعها ب(جهاز كهربائي أنفجر في وجه احد المشترين أثناء استعماله له على الرغم من أن المنتج كان قد أوضح في الأعلانات الترويجية له أنه مصمم بشكل يحول دون تفجيره أو احتراقه ذاتياً , فطلب المدعي إي المشتري في دعواه ألزام المنتج بالتعويض استناداً الى مسؤوليته عن ضمان العيب وتخلف الصفة التي كفل وجودها في المبيع , وقد ألزمت محكمة النقض الفرنسية , المنتج بالتعويض مستندة في ذلك إلى أحكام ضمان العيب الخفي) [7].وهذا الخلط الحاصل بين دعوى ضمان العيب الخفي

وبين دعوى الالتزام بتسليم مبيع مطابق للمواصفات المتفق عليها إثناء التعاقد,سببه الرغبة بضمان سلامة المستهلكين عن طريق أيصال التعويض بأيسر الطرق من خلال تطبيق قواعد ضمان العيوب الخفية [8].

الفرع الثاني // خيارات المستهلك في دعوى ضمان العيوب الخفية.

أذا توافرت شروط العيب الموجب للضمان وقام المستهلك بفحص المبيع وأخطار البائع بوجود العيب,عليه حينئذ أن يرفع دعوى ضمان العيوب الخفية وتثبت له خيارات معينة هي في حقيقة الواقع عبارة عن طلبات واردة في عريضة الدعوى,ومن أجل الأحاطة بهذا الموضوع سوف نتكلم عن خيارات المستهلك في القوانين المدنية من جهة , وكذلك ما جاء في القوانين الخاصة بحماية المستهلك من جهة أخرى ، وكالآتي:

أولا // خيارات المستهلك في القوانين المدنية.

أشارت المادة (1/558) من القانون المدني العراقي إلى أنه (إذا ظهر بالمبيع عيب قديم كان المشتري مخيراً أن شاء ردّه وأن شاء قبله بالثمن المسمى) وجاء هذا الحكم متأثراً بالفقه الحنفي بينما جمهور فقهاء المسلمين أقرّوا مبدأ حق المشتري إن لم يختار الفسخ ورد المبيع , الأبقاء عليه مع الحق بالمطالبة بنقصان الثمن , لأن المبيع أذا كان معيباً فقيمته غير ما لو كان سليماً ووجود العيب من شأنه أن ينقص من القيمة أو يخل بالمنفعة ,كما أشارت الى ذلك الفقرة الثانية من المادة(558) والمشار إليها سابقاً ,كما يستطيع المشتري وفقاً للقواعد العامة المطالبة بالتنفيذ العيني أذا توافرت شروطه [9].وأن النص سابق الذكر بحاجة إلى أعادة نظر بما ينسجم وتحقيق العدالة والمحافظة على التوازن الاقتصادي الذي أختل جراء ظهور العيب فينبغي إعطاء المستهلك الخيارات الآتية:

1- طلب أصلاح العيب على أن يتحمل البائع تكلفة الأصلاح وأن يضمن المبيع لمدة مناسبة تحدد حسب نوعه وطبيعته , ما لم يستعمل المشتري المبيع بشكل غير ملائم.

2- طلب أستبدل المبيع المعيب بمبيع آخر سليم وخال من العيوب أو أنقاص ثمن المبيع بقدر العيب الموجود فيه.

3- فسخ العقد ورد المبيع وأسترداد الثمن.

4- حق المشتري في المطالبة بالتعويض عن جميع الأضرار التي قد تلحق به نتيجة وجود العيب في المبيع.أما القانون المدني المصري , فأنه عالج الموضوع بطريقة مغايرة , أذ أحال وبموجب المادة (450) أحكام دعوى ضمان العيب إلى إحكام دعوى ضمان الأستحقاق التي ميزت بين العيب الجسيم وغير الجسيم , فإذا كان العيب جسيماً فالمشتري مخير بين الفسخ أو أبقاء المبيع مع التعويض عن العيب,وإذا لم يكن جسيماً فلا يكون للمشتري ألا التعويض والذي يزداد أو ينقص تبعاً لحسن وسوء نية البائع [10].أما القانون المدني الفرنسي , فأن المادة (1641) سمحت للمشتري ضحية العيب أن يحصل من بائعه على أصلاح العيب أو أن يحتفظ بالمبيع المعيب مع نقصان الثمن , أو رد المبيع وأسترداد الثمن , وأجازت المادة(1645)للمشتري في أن يطالب بالتعويض عماأصابه من ضررجرّاء وجودهذا العيب [11].

ثانيا // خيارات المستهلك في القوانين الخاصة في حماية المستهلك.

لقد حاولت التشريعات المتعلقة بحماية المستهلك توفير حماية أفضل للمستهلك من تلك التي تضمنتها التشريعات المدنية , وعلى النحو الآتي:

1- قانون حماية المستهلك الإماراتي رقم (24) لسنة 2006 م ولائحته التنفيذية التي تضمنت المواد (10-26) والتي أعطت المستهلك الخيارات التالية:

أ- الحق في طلب أصلاح العيب القابل للإصلاح.

ب- حق المستهلك في طلب أستبدال السلعة المعيبة بأخرى سليمة وخالية من العيوب.
ج- فسخ العقد ورد المبيع واسترداد الثمن.
د- ترتيب المسؤولية الجزائية لمزوّد السلعة عن جريمة الغش التجاري , وعلى أدارة حماية المستهلك أحاله المزوّد إلى النيابة العامة لتحريك الدعوى الجزائية ضده.
2- قانون حماية المستهلك المصري رقم (67) لسنة 2006 م , حيث أشارت المادة (7) منه إلى حالة وجود عيب في المنتوج فللمستهلك أن يطلب أستبدال المنتج المعيب أو أصلاح العيب أو أرجاع السلعة مع رد قيمتها دون أي تكلفة أضافية وذلك خلال مدة (14) يوم تبدأ من تاريخ التسليم وليس من تاريخ أكتشاف العيب.
3- قانون حماية المستهلك اللبناني رقم (13068) لسنة 2004 م , والذي سلك في مجال حماية المستهلك منحى جديداً , أذ أنه حدد مدة أقامة دعوى العيب خلال فترة (30) يوم تبدأ من تاريخ أكتشاف العيب وليس من تاريخ التسليم كما فعل المشرع المصري ,كما أنه لم يجز للمستهلك طلب فسخ العقد وأسترداد الثمن ألا أذا لم يقم المحترف بأستبدال السلعة أو الخدمة خلال مهلة معقولة تتناسب مع طبيعة السلعة أو الخدمة , وبموجب هذا القانون تبقى الخيارات الثلاث مفتوحة للمستهلك ولكن بشروط معينة ، فضلاً عن حق المستهلك في المطالبة بالتعويض عن جميع الإضرار التي تصيبه من جرّاء وجود العيب.

المبحث الأول//مدى ملائمة الالتزام بضمان العيب الخفي في حماية المستهلك.

بسبب التطور التكنولوجي ورافقه التقدّم الصناعي مما أدى الى ظهور منتجات خطرة تسبب للمشتري المستهلك أضرارا في شخصه أو أمواله , مما دفع الفقه والقضاء الفرنسي إلى محاولة تطويع أحكام دعوى ضمان العيوب الخفية من أجل توفير حماية كافية و فعّالة للمستهلك, وبناءا على ذلك سوف نقسم هذا المبحث إلى ثلاثة مطالب,نتناول في المطلب الأول توسيع دائرة الأشخاص المستفيدين من دعوى ضمان العيب الخفي , وفي المطلب الثاني نطرح فكرة توسيع نطاق التعويض عن الإضرار الناتجة عن المبيع المعيب , أما في المطلب الثالث نسلط الضوء على التأصيل القانوني للألتزام بضمان السلامة في القانون العراقي.

المطلب الأول//توسيع دائرة الأشخاص المستفيدين من دعوى ضمان العيب الخفي.

تعد الدائرة التعاقدية دائرة مغلقة على أطرافها وفقا لمبدأ النسبية العقدية [12], فإذا أصاب المستهلك ضرر من سلعة معيبة فأنه لا يحق له الرجوع على منتج هذه السلعة وإنما على البائع المباشر لأن رجوع المشتري المستهلك على المنتج يقف أمامه مبدأ نسبية العقد , كما لا يستطيع من تضرر من أفراد أسرة المستهلك أقامة الدعوى كونهم ليسوا إطرافا في عقد البيع [13], وانسجاما مع توجه القضاء الفرنسي في حماية جمهور المستهلكين وتمكينهم من الاستفادة من عقد ليسوا طرفا فيه سنحاول الإشارة إلى موقف القانون الفرنسي من تحديد أشخاص الدعوى ثم نبيّن موقف القانون العراقي من هذا التحديد , وكالآتي :

الفرع الأول // موقف القانون الفرنسي من تحديد أشخاص الدعوى.

أن مبدأ نسبية العقد في القانون الفرنسي يبقى حائلا أمام المستهلك من رفع دعوى مباشرة على منتج البضاعة أو السلعة المعيبة وأن كان بأمكانه الرجوع عليه بدعوى المسؤولية التقصيرية أو الدعوى غير المباشرة وكلا الدعويين فيهما محاذير ليست لصالح المستهلك , فدعوى المسؤولية التقصيرية تلقي على عاتق المستهلك عبئاً ثقيلاً في مسألة الأثبات,والدعوى غير المباشرة تجعل المستهلك يتعرّض إلى مزاحمة دائني البائع أن وجدوا.لذا عمد الفقه والقضاء الفرنسيين [14], إلى وجوب منح المستهلك حق الأدعاء

المباشر على المنتج والبائعين السابقين وتأييد الطبيعة التعاقدية لهذه الدعوى رغم مخالفة ذلك لمبدأ النسبية العقدية , وقد أستندوا في ذلك على الأفكار التالية:

أولاً // فكرة الحوالة الضمنية 15 ، أي أن كل بائع أحال من أشترى منه دعوى ضمان على من بائعه وصولاً إلى المنتج.

ثانياً // فكرة الأشتراط لمصلحة الغير[16], فالقعد المبرم بين المنتج والموزع يتضمن دائما اشتراطاً لمصلحة العملاء أي المستهلكين الذين يستطيعوا بموجب هذا الأشتراط الرجوع على المنتج بالتعويض عن الأضرار التي تلحقهم بسبب المبيع المعيب.وكلا الفكرتين لم يصمدا أمام النقد لكونهما يقومان على الحيلة والمجاز ولا يؤيدهما الواقع , لذا ركن الفقه إلى فكرة ثالثة وهي:

ثالثاً // فكرة الملحقات [17], فالحقوق والدعاوي تنتقل للخلف الخاص أي المشتري المستهلك بوصفها من ملحقات المبيع , وتطبيقاً لقاعدة الملحقات تتبع الأصل.ولكن ما هو الحال بالنسبة لإفراد عائلة المستهلك فأنهم بموجب القواعد العامة واستناداً لقاعدة نسبية العقود لا يستطيعوا التمسك بدعوى الضمان للعيوب الخفية ومن ثم المطالبة بالتعويض عما أصابهم من ضرر سواء أكان ضرر مادياً يصيبهم مباشرة نتيجة الحادث الذي سببه العيب الخفي أو ضرر أدبياً والذي يمتد إلى مشاعرهم وعواطفهم في حالة أصابة المضرور بعاهة مستديمة وهو ما يسمى بالضرر المرتد أو الممتد وهو لا يمكن المطالبة به إلا إذا تحددت قيمته بمقتضى أتفاق أو حكم قضائي وقطعاً بعد وفاة المضرور وهذا لا يقتصر فقط على التعويض عن الضرر الأدبي بأعتباره حق لصيق بشخصية المتضرر نفسه وأنما يشمل أيضا التعويض عن الضرر المادي , حيث عن الحق في هذا التعويض في كلا الضررين لا ينتقل الى عائلة المتضرر المستهلك ألا بعد وفاته , ومن ثم فأن مبدأ النسبية يقف حائلاً أمام أقامة دعوى من قبلهم في حالة حياة المضرور, كونهم ليسوا طرفاً في العقد المبرم بين رب الأسرة والبائع؟ذهب أتجاه في القضاء الفرنسي, إلى إعطائهم حق الادعاء المباشر طبقاً لدعوى ضمان العيوب الخفية عن الأضرار التي أصابتهم جرّاء ذلك ولم يعد مبدأ النسبية مبدءاً جامداً لا يقبل الخروج عليه , بل أصبح أكثر مرونة أمام الضرورات العملية والاعتراف بمبدأ تعويض الأضرار ذات الطابع العائلي ,ففي قضية تتلخص وقائعها (أن صاحب فرن باع كمية من الخبز الفاسد لمشتري تضرر أفراد عائلته عند تناولهم أياه فأعطى القضاء لأفراد الأسرة حق الادعاء المباشر على البائع لأن للعقد صفة عائلية يستفيد منها كل أفراد العائلة) [18].أما عن أساس الرجوع فقد أثار مشكلة حسمها المشرع الفرنسي بصدور قانون رقم(389) لسنة (1998) والخاص بمسؤولية المنتج الموضوعية عن عيوب منتجاته وذلك بالسماح للمستهلك بالأدعاء المباشر في مواجهة المنتج عن الأضرار التي تصيبه بغض النظر عن الأساس القانوني الذي يمكن الاستناد إليه [19].

الفرع الثاني//موقف المشرع العراقي من تمسك غير العاقدين بدعوى ضمان العيوب الخفية.

أن المشرع العراقي لم يتبنَّى قاعدة عامة تقضي بأمكانية المستهلك في أقامة دعوى مباشرة على المنتج والبائعين المتعاقبين ممن لم يكونوا معه طرفاً في عقد البيع ,ألا أنه أعطى المستهلك الحق في الادعاء المباشر في حالات استثنائية واردة على سبيل الحصر ولا يجوز التوسع في تفسيرها أو تطبيقها أو القياس عليها لأنها واردة على خلاف الأصل وغيرها لا يقاس عليها وهي:

أولاً // ما ورد بصدد عقد المقاولة في نص المادة (1/833) أذ يكون للمقاول الثانوي(المقاول من الباطن) والعمال الذين أشتغلوا لحساب المقاول الأول في تنفيذ العمل ، مطالبة رب العمل بما لهم في ذمة المقاول الأصلي بشرط أن لا يتجاوز القدر الذي يكون مديناً به للمقاول الأصلي وقت رفع الدعوى , ويكون لعمال المقاول الثاني مثل هذا الحق قبل كل من المقاول الأصلي ورب العمل [20].

ثانياً // ما ورد بصدد عقد الأيجار في نص المادة (2/776) أذ يكون المستأجر الثاني (من الباطن) ملزماً بأن يؤدي ما قد يكون ثابتاً في ذمته للمستأجر الأول من وقت أنذاره من قبل المؤجر[21].

ثالثاً // ما ورد بصدد عقد التأمين في المادة (1001) حيث يحل المؤمن محل المستفيد بما يدفعه من تعويض عن الحريق قبل من تسبب بفعله في الضرر الذي نجمت عنه مسؤولية المؤمن [22].وبناءاً على ما تقدّم , هل يمكن سلوك مسلك القضاء الفرنسي المشار إليه وإعطاء حق الإدعاء المباشر للمشتري الأخير على البائعين السابقين وصولاً للمنتج ؟يفرض الواقع وأنسجاماً مع ضرورة توفير فرص الحماية للمشتري المستهلك أعطاءه حق الرجوع المباشر على كل بائع وصولاً للمنتج وهي قاعدة مستقرة في الضمير القانوني للمشرع كما لابد من توفير الحماية لأسرة المشتري ومنحهم حق الإدعاء المباشر على البائع عن الأضرار التي تصيبهم شخصياً جرّاء تعيّب المبيع لنفس الأسباب والمبررات التي أعتمدها القضاء الفرنسي في إعطاء حق الإدعاء المباشر[23].أضافة لذلك نجد قانوننا المدني قد تضمن أساساً للرجوع في حالتين هما:

أ- قاعدة الملحقات تتبع الأصل , إذ أشارت المادة (537)(مدني /عراقي) الى أن البائع يسلم للمشتري إضافة للمبيع ملحقاته وهي كل ما يدخل في البيع دون ذكر وهي الأشياء التي أعدت بصورة دائمة لأستعماله والتي لا يمكن الانتفاع بالمبيع بدونها وتلعب طبيعة المبيع والعرف دوراً هاماً في تحديدها , وتعد دعوى ضمان العيوب الخفية من ملحقات المبيع لأنها تلعب دوراً في تحقيق الغاية ألا وهي الأنتفاع بالمبيع على أفضل وجه [24].

ب- القواعد العامة في نظرية الالتزام وبالذات نص المادة (2/142) (مدني/عراقي) والمتعلقة بالخلف الخاص , فالمشتري كخلف خاص للبائع يستفيد من دعوى ضمان العيب الخفي التي توصف بأنها من مستلزمات الشئ ومن شأنها أن تقويه , فقيام المشتري الأول ببيع الشيء لمشتري ثاني يستتبع نقل الحق في الدعوى للمشتري الأخير تجاه البائع الأول والمنتج [25].

المطلب الثاني//توسيع نطاق التعويض عن الإضرار الناتجة عن المبيع المعيب.

أن الأضرار التي تصيب المستهلك من جرّاء وجود عيب في المبيع نوعان:

الفرع الأول // الأضرار الناتجة عن عدم صلاحية المبيع للغرض المعد له أو تخلف الصفة المتفق عليها بين المتعاقدين أو تلك التي تنتقص من قيمته أو تخل بمنفعته كأن تكون البذور المشترات غير صالحة للأستنبات أو الأعلاف المقدمة للماشية تحتوي على مواد كيماوية تؤدي الى نفوقها , أو نقصان القيمة أو المنفعة وما يسببه من خسارة ناتجة عن توقف الأستغلال خلال المدة اللازمة لأصلاح العيب وتسمى هذه الأضرار بالأضرار التجارية [26].ولا جدال بتعويضها والمشتري يكون مخير بين فسخ العقد أو القبول به بالثمن المسمى بالعقد استنادا لنص المادة (1/558) من القانون المدني العراقي , وقد أعطت المادة (561) للمشتري الحق في الأبقاء على المبيع المعيب دون فسخ العقد مع الحق في نقصان الثمن فقط بما يوازي العيب أن لم يكن في تفريق المبيع ضرر , أما القانون المدني الفرنسي فأن نص المادة (1644) أعطت للمشتري أحد الخيارين , فهو أما أن يستبقي المبيع مع الحق في نقصان الثمن أو أن يرد المبيع المعيب مع استرداد الثمن والمصروفات التي تكبدها في سبيل أتمام البيع[27].

الفرع الثاني // الأضرار التي تصيب سلامة المشتري بشخصه أو أمواله كموته أو أصابته أو أصابة أحد أفراد عائلته بضرر جسدي أو إصابة الغير نتيجة العيب في المبيع , كما لو أشترى المستهلك أسطوانة غاز وتنفجر مما أدى إلى أحتراق المنزل ووفاة أو أصابة من فيه أو يؤدي العيب في كابح السيارة إلى دعس أحد المارة أو يؤدي انفجار قنينة المشروب بيد المشتري إلى أصابة جسده بأضرار , وغيرها من

الأضرار التي أدى التقدم الصناعي وتطور المنتجات وتنوعها إلى ظهورها [28].ولم يرد في أغلب القوانين المدنية ما يشير الى أمكانية تعويضها وفقاً لدعوى المسؤولية العقدية في ضمان العيوب الخفية لعدم توقع حدوث مثل هذه الإضرار، والسؤال الذي يتبادر في الذهن هنا , هل يكون البائع ملزماً بضمان السلامة وتعويض هذا النوع من الضرر بناءاً على فكرة العيب الخفي ؟ وأذا كان البائع ملزماً بالتعويض فما هو أساس هذا الألزام ؟أبتداءاً أن التساؤل المتقدّم سببه التحوير الذي أجراه القضاء الفرنسي على نص المادة (1384) من القانون المدني الفرنسي والتي نصت على أنه (لا يسأل الشخص عن الضرر الذي تسبب فيه بفعله الشخصي فحسب , وأنما يسأل أيضا عن الضرر الناتج عن فعل الأشخاص المسؤول عن رقابتهم أو الأشياء التي تحت حراسته).هذا التحوير الذي وضع المضرور غير المتعاقد في مركز قانوني أفضل من المضرور المتعاقد وفي عدة نواحي , فالمادة (1384) من القانون المدني الفرنسي , تمثل تمهيداً للمسؤولية عن فعل الحيوان (1385 مدني /فرنسي , 221-226 مدني/عراقي) والمسؤولية عن تهدم البناء(1386 مدني /فرنسي , 229- 232 مدني/عراقي) والتي تمثل خروجاً على الأصل العام في وجوب أثبات الخطأ , أي يكون فيها الخطأ مفترض , خلافاً لما ورد بنص المادة (1382 مدني/فرنسي) والتي نصت على أنه (كل شخص يتسبب بخطئه في ألحاق الضرر بالغير تقع عليه مسؤولية التعويض عن هذا الضرر).بينما نجد في النصوص الخاصة بضمان العيوب الخفية أن المشتري لا يستطيع مطالبة البائع بكافة الأضرار الناجمة عن عيوب المبيع , ألا بشروط خاصة ومنها أثبات علم البائع بتلك العيوب وهو أمر يصعب تحقيقه في كثير من الأحيان, وبناءاً على هذا التناقض نجد الفقه الفرنسي قد سعى إلى ضمان سلامة المشتري عن طريق التوسع في تفسير نصوص ضمان العيب الخفي وذلك في المادتين (1645و1646) والتي ميّزت بين البائع حسن النية والبائع سيئ النية وسانده في ذلك القضاء الفرنسي وعلى النحو الآتي:

أولا // أن القضاء أستحدث الالتزام بضمان السلامة على عاتق البائع حسن النية وذلك أستناداً إلى نص المادة (1646) من القانون المدني الفرنسي , حيث أشارت هذه المادة إلى أن البائع حسن النية لا يلتزم ألا برد الثمن للمشتري والمصروفات التي أوجبها البيع, وقد حددت محكمة النقض الفرنسية في أحدى قراراتها تلك المصروفات بنفقات تحرير العقد ورسوم التسجيل وتسليم المبيع ولا يستطيع المشتري مطالبة البائع حسن النية بالتعويض عن ربح فاته أو خسارة لحقته , ألا أن محكمة النقض خرجت على هذا التفسير التقليدي لتتوسع في تفسير عبارة المصروفات التي أوجبها البيع لتشمل أضافة لما ذكر في أعلاه مبالغ التعويضات التي يحكم بها على البائع لصالح الغير المتضرر في شخصه أو أمواله من جرّاء الشيء الذي تسلمه من البائع , وتقتصر تلك التعويضات على ما لحق المشتري من خسارة دون ما فاته من ربح حتى تبقى الحدود واضحة بين البائع حسن النية والبائع سيئ النية [29].

ثانياً // أن القضاء الفرنسي يلقي الألتزام بضمان السلامة على عاتق البائع سيئ النية ، حيث أشارت المادة (1645) من القانون المدني الفرنسي , إلى أن البائع سيئ النية الذي يعلم بوجود العيب في المبيع فيلتزم فضلاً عن رد الثمن , بتعويض المشتري عما لحق به من خسارة وما فاته من ربح وحصول المشتري على التعويض مقيّد بأثباته سوء نية البائع أي علمه بوجود العيب , ويعد هذا الأثبات من أهم العقبات التي واجهت القضاء الفرنسي في تقرير الألتزام بضمان السلامة بالنسبة للأضرار التي تحدثها المنتجات المعيبة [30].لذا نجد أن القضاء الفرنسي ذهب إلى افتراض علم البائع المحترف بعيوب المبيع وإلزامه بكافة التعويضات سواء كان يعلم بها أم لا يعلم بتلك العيوب , فالبائع أذا كان محترف (صانع أو تاجر)يكون مسؤولاً تجاه من يتعاملون معه عن جودة منتجاته , فعدم خبرته أو عدم علمه بكل ما يتعلق

بصناعته أو تجارته يعتبر خطأ من جانبه يجعله مسؤولاً ، أي أن البائع المحترف يعد قطعاً عالماً بكل عيوب المبيع فيكون مسؤولاً تجاه المشتري المستهلك بكافة التعويضات.ولكن التساؤل الذي يطرح نفسه ما هو أساس تشديد مسؤولية البائع المحترف ؟كون البائع محترفاً فهذا يدعوا إلى تشبيهه بمن يعلم بالعيوب أي أن القرينة تعد أساساً لتشديد مسؤولية البائع , فكونه محترفاً سيكون حتماً عالماً بعيوب المبيع ويعد سيئ النية ومن ثم يلتزم بتعويض المستهلك المضرور من المبيع المعيب , أي يترتب في ذمته التزام بتحقيق نتيجة ويعد مخطئاً إذا لم تتحقق هذه النتيجة , وقد أنقسم الفقه بشأن هذه النتيجة إلى أتجاهين:

الأتجاه الأول // يذهب إلى القول [31], بأن البائع المحترف يلتزم بأن تكون منتجاته سليمة وخالية من العيوب لكي يتحقق الأمان الذي ينشده المستهلك ولا تكون تلك المنتجات مصدر ضرر عليه , والتزامه بالنتيجة أعلاه قائم بغض النظر عن علمه أو عدم علمه بالعيب ولا يجدي نفعاً أن يثبت أنه بذل العناية المطلوبة للتأكد من خلو المبيع من العيب , فالمسؤولية قائمة حتى لو كان لديه سند يثبت حسن نيته.

الأتجاه الثاني // أما هذا الاتجاه فيذهب الى القول بأن البائع ملزم بتسليم مبيع صالح للأستعمال وخالياً من العيوب الخفية ومطابق لحاجات المستهلك وألا نهضت مسؤولية البائع في حالة وجد العيب في المبيع وتوافرت شروطه [32].وفي كلا الحالتين توصف مسؤولية البائع بأنها مشددة بهدف ضمان سلامة المشتري من الأضرار التي تسببها المنتجات المعيبة.ولهذه القاعدة (قاعدة تشديد مسؤولية البائع المحترف) كما رأينا سابقاً أساسها هو القرينة القاطعة أي غير قابلة لأثبات العكس , وهذه القاعدة لها نطاق بالنسبة للمدين والدائن , فنطاق القاعدة بالنسبة للمدين (المحترف) فقد أثير تساؤلاً من هو المدين , هل هو المنتج أم البائع أم كلاهما؟أنسجاماً مع مبدأ توفير الحماية الفعّالة للمستهلك نجد أن القضاء الفرنسي أستقر بأن قرينة العلم بعيوب المبيع تكون قائمة في مواجهة المنتج والبائع الوسيط على حد سواء [33],وتكون القرينة قاطعة إي غير قابلة لأثبات العكس,وعلى خلاف جانب آخر من الفقه الفرنسي الذي يجعل نطاق هذه القاعدة مقصوراً على المنتج دون البائع الذي تكون القرينة بالنسبة له بسيطة أي قابلة لأثبات العكس خلافاً للمنتج الذي لا يسمح له بأثبات العكس [34].أما بالنسبة للدائن , فقد أثير تساؤل حول مدى أمكانية المشتري المحترف الأستفادة من هذه القاعدة , وقد أنقسم الفقه إلى أتجاهين , ذهب الاتجاه الأول , إلى عدم تمتع المشتري المحترف بالحماية المقررة للمشتري العرضي الذي تنقصه الخبر الفنية , وأذا ما أراد المشتري الرجوع على البائع المحترف للمطالبة بالتعويض عما أصابه من ضرر بسبب وجد عيب في المبيع فعليه أن يقيم الدليل على سوء نية البائع أي علمه بالعيب وقت البيع [35].أما الأتجاه الثاني , فيرى عدم جواز التفرقة بين المشتري المحترف والمشتري العرضي للأستفادة من الحماية المقررة بمقتضى قاعدة أفتراض علم البائع بالعيوب نظراً لتعقد المنتجات الصناعية الحديثة وصعوبة التعرّف على ما فيها من عيوب بمجرد فحصها , كما أن المشتري المحترف كالمشتري العرضي قد يركن للثقة بالبائع متوّخياً فيه الحرص على سلامة المتعاملين معه وهذا هو الرأي الراجح [36].

المطلب الثالث//التأصيل القانوني للألتزام بضمان السلامة في القانون العراقي.

أبتداءاً ان النصوص الواردة في القانون المدني والخاصة بضمان العيوب الخفية تهدف الى تحقيق الموازنة بين التزامات البائع والمشتري , من خلال ألزام الأول بضمان الحيازة النافعة للمبيع من قبل المشتري وأعطاء الأخير في حالة وجود العيب الخيار أما فسخ العقد ورد المبيع المعيب أو قبوله بهذا المبيع وبالثمن المسمى في العقد , والحكم المتقدّم يقتصر على ما يعرف بالضرر التجاري المتمثل بنقصان القيمة أو الأخلال بالمنفعة.وعليه فأن تلك النصوص لا تستوعب ما يتعلق بضمان سلامة المشتري من الأضرار التي تصيب سلامة جسده أو أمواله , لذا ينبغي الأستعانة بالقواعد العامة وتطويعها لضمان

سلامة المستهلك من أضرار المنتجات المعيبة وتعويضه عما لحقه من ضرر وما فاته من كسب وفي مقدمة تلك القواعد ما ورد في نص المادة (150) بفقرتيها الأولى والثانية من القانون المدني العراقي , فالفقرة الأولى تشير إلى وجوب تنفيذ العقد طبقاً لما أشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية , أما الفقرة الثانية تشير الى أن العقد لا يقتصر على ألزام المتعاقد بما ورد فيه ولكن يتناول ما هو من مستلزماته وفقاً للقانون والعرف والعدالة بحسب طبيعة الالتزام [37].فالعدالة تقتضي ضرورة تحمل البائع عبء الأضرار التي يحدثها المبيع المعيب بالمشتري كونه ملتزم بتقديم سلعة سليمة من العيوب ووفق ما يقتضي به مبدأ حسن النية في العقود وهذا القول يصدق أذا كانت الأضرار تجارية , ولكن المسألة تبدو أكثر تعقيداً بصدد ضمان سلامة المشتري المستهلك فتعويضه في نطاق المسؤولية العقدية يكون مقتصراً على الأضرار المادية المتوقعة أما غير المتوقعة فلا تدخل في دائرة التعاقد , كما أن هناك أضرار جسدية تصيب المشتري وهي غير متوقعة ولا مجال للتعويض عنها ألا أذا صدر من المدين البائع غشاً أو خطأ جسيم , أذ تنقلب المسؤولية إلى تقصيرية فتشمل الضرر المتوقع وغير المتوقع.ولضمان سلامة المشتري المستهلك من أضرار السلعة المعيبة وهي أضرار غير متوقعة وأعتماد قاعدة الغش والخطأ الجسيم من جانب البائع المحترف وأستناداً لمفهوم المخالفة لنص المادة (3/169) من القانون المدني العراقي والتي تنص(أذا كان المدين لم يرتكب غشاً أو خطأ جسيماً فلا يجاوز التعويض ما يكون متوقعاً عادة من خسارة تحل أو كسب يفوت) , فالمدين الذي يرتكب غشاً أو خطأ جسيماً يلتزم بالتعويض عن الأضرار المتوقعة وغير المتوقعة وفي مقدمة الأضرار غير المتوقعة التي تصيب المشتري المستهلك هي تلك التي تصيبه في حياته أو سلامة جسده , ولما كان من العسير أن لم يكن مستحيلاً أحياناً أثبات الغش والخطأ الجسيم من جانب البائع , فلا بد من أعمال قاعدة موضوعية (على غرار توجه القضاء الفرنسي) وهي أفتراض علم البائع المحترف بالعيب عن طريق القرينة التي أكد قانون الأثبات العراقي رقم (107) لسنة (1979) المعدل على جواز الإثبات بها , أذ نصت المادة (102) (للقاضي أستنباط كل قرينة لم يقررها القانون وذلك في نطاق ما يجوز أثباته بالشهادة) وتوصف هذه القرينة بأنها قضائية ومفادها أن وجود العيب قرينة الغش لدى البائع ولكونها قضائية فيجوز أثبات عكسها , والأخذ بهذه القرينة (قرينة الغش والخطأ الجسيم) من خلال أفتراض علم البائع المحترف بعيوب المبيع نكون قد وفرّنا حماية كافية لضمان سلامة المشتري المستهلك من إضرار المبيع المعيب.

المبحث الثاني//خصوصية الضمان الأتفاقي في حماية المستهلك.

أستناداً إلى القواعد العامة في القانون المدني , أن المسؤولية العقدية في أغلبها ليست من النظام العام فيجوز للبائع والمشتري تعديل أحكامها بالأتفاق تشديداً أو تخفيفاً أو أعفاءاً ,وللأحاطة بهذا الموضوع من جميع جوانبه سوف نقسم هذا المبحث إلى ثلاثة مطالب ,نتناول في المطلب الأول أحكام الضمان الأتفاقي ومدى جدواه في حماية المستهلك , أما في المطلب الثاني نتكلم عن خدمات ما بعد البيع وضمان صلاحية المبيع للعمل في أطار الضمان الأتفاقي ، وفي المطلب الثالث نسلط الضوء على بطلان الاتفاق المقيد للضمان في ضوء حماية المستهلك.

المطلب الأول // أحكام الضمان الأتفاقي ومدى جدواه في حماية المستهلك.

أبتداءاً ينبغي التنويه الى أن التزام البائع بضمان العيوب الخفية هو التزام عقدي والأخلال به يجعل البائع مسؤولاً مسؤولية عقدية تجاه المتعاقد الآخر,ألا في حالة ما أذا أرتكب غشاً أو خطئاً جسيم حينئذ تثار بحقه المسؤولية التقصيرية وأن أحكام المسؤولية العقدية ليست من النظام العام يجوز الأتفاق على خلافها , فيجوز الأتفاق على تشديدها كما في حالة قيام مسؤولية المدين حتى لو حال بينه وبين تنفيذ التزامه سبب

أجنبي لا يد له فيه ,وهذا الأتفاق يعتبر صحيحاً سواء كانت المسؤولية المتحققة عقدية أم تقصيرية , وكذلك جواز الأتفاق على التخفيف من المسؤولية أي يتفقا على تخفيف المدين لمسؤوليته ضمن حد معين كأن يتفق البائع والمشتري بأن الأول يسأل فقط في حالة أخلاله بتنفيذ التزامه عن الخسارة التي لحقت بالدائن (إي المشتري) دون الربح الذي فات عليه , وهذا الأتفاق يعد صحيحاً في نطاق المسؤولية العقدية وباطلاً في نطاق المسؤولية التقصيرية [38].وأيضاً يجوز الأتفاق على الأعفاء من المسؤولية العقدية ,وفيه يتفق البائع والمشتري بأن المدين أي البائع لا يكون مسؤولاً عن كل عيب موجود في المبيع ويكون هذا الأتفاق صحيحاً ألا أذا صدر من المدين غشاً أو خطئاً جسيم كأن يكون قد تعمّد أخفاء العيب عن المشتري ثم يضع شرط الأعفاء ,أذ يعد هذا الأتفاق باطلاً لأن مسؤولية المدين هنا تقصيرية ويكون باطلاً كل أتفاق يخالف أحكامها.وبصدد العيوب الخفية في عقد البيع وتطبيقاً لنص المادة (259) من القانون المدني العراقي بأعتباره وارد في القواعد العامة , جاءت المادة (1/568و2) من القانون ذاته أذ نصت (1- يجوز أيضاً للمتعاقدين بأتفاق خاص أن يحددا مقدار الضمان .2- على أن كل شرط يسقط الضمان أو ينقصه يقع باطلاً أذا كان البائع قد تعمّد أخفاء العيب) .فضمان العيوب الخفية يترتب بمجرد أنعقاد البيع دون الحاجة لأتفاق خاص , لان التزام البائع بالضمان يعد من مقتضيات عقد البيع فهو يثبت بحكم القانون وهو ما يسمى بالضمان القانوني , ولكن أحكام هذا الضمان ليست من النظام العام , أذ يجوز مخالفتها بالأتفاق استناداً لنص المادة 568 مدني/عراقي,أي أن الضمان الأتفاقي يحتاج إلى أتفاق مسبق بين البائع المهني المحترف والمشتري المستهلك , ومن ثم قد يسعى البائع للحد من نتائج الضمان القانوني وتحديد قيمة الإضرار التي يجب عليه تحملها وذلك من خلال لجوئه إلى تخفيف الضمان القانوني الملزم له أو حتى أعفاءه من كلياً.وصور الأتفاقات التي أشارت أليها القواعد العامة هي ذاتها تطبق في عقود الأستهلاك مع بعض التغيير كلما دعت متطلبات حماية المستهلك ذلك , فعلى سبيل المثال قد يتفق المحترف والمستهلك براءته من العيوب الخفية وهذا الأتفاق صحيحاً ما دام البائع لم يتعمد إخفاء العيب ولكن متطلبات حماية المستهلك تقتضي:

1- ضرورة تضييق نطاق البيع مع شرط البراءة إلى أقصى حد ممكن , أي جعل البيع مع عدم أشتراط البراءة من العيوب هو الأصل في التعامل , وجعل البيع مع أشتراط البراءة من العيوب أستثناءاً وفي حالات معينة , كما هو الحال لو تعلق العقد بالمنتجات الخطرة والتي تمس حياة المستهلك.

2- على القاضي التأكد من وجود الأتفاق بين المحترف البائع والمشتري المستهلك فيما يتعلق بتخفيف مسؤولية البائع أو أعفاءه منها وبنصوص وعبارات واضحة وصريحة في صلب العقد , ولا يجوز أن يأتي شرط الأعفاء أو التخفيف في قوائم الحساب اللاحقة على أبرام العقد.

3- تفسير شروط الضمان الأتفاقي تفسيراً ضيقاً بحيث لا يجوز أستنتاج تنازل المستهلك عن حقه في الضمان القانوني دون ورود ما يفيد ذلك صراحة , بل يجب أعتباره أتفاقاً ضمنياً على الضمان القانوني إي بعبارة أخرى أن متطلبات حماية المستهلك توجب أعتبار الضمان الأتفاقي مكملاً للضمان القانوني , و يمثل الحد الأدنى الذي لا يجوز التنازل عنه وأن كان يمكن زيادته عن طريق الأتفاق.وقد فسّر جانب من الفقه الفرنسي [39], بأن الضمان الأتفاقي يتعلق أساساً بالعيوب التي لا تكون قابلة للضمان القانوني كالعيوب الظاهرة أو العيوب قليلة الأثر التي لا تجعل المبيع غير قابل للأستعمال المعد له , ونجد قانون حماية المستهلك اللبناني لسنة (2004) قد أشار ومن خلال نص المادة (29) إلى ذات المعنى,أذ ألزمت الفقرة الثانية منها البائع المحترف بأن يبيّن أحكام الضمان القانوني للعيب في جميع المستندات التي يسلمها للمستهلك حتى لا يقع في الخلط بين الضمان القانوني والضمان الأتفاقي , أما الفقرة الثانية من نفس المادة

فقد أشارت إلى حق المحترف أن يلتزم بضمانات إضافية , وفي هذه الحالة تضاف هذه الضمانات الى تلك المنصوص عليها في القانون [40].

المطلب الثاني// خدمات ما بعد البيع وضمان صلاحية المبيع للعمل في أطار الضمان الأتفاقي.

أن شرط خدمة ما بعد البيع يعد تطبيقاً عملياً للضمان الأتفاقي بموجبه يتدخل البائع لأصلاح أي خلل في المبيع خلال مدة معينة , وهو ضمان أضافي لا ينشأ ألا أذا تم النص عليه صراحة وصورته الواضحة أعطاء المستهلك قسيمة الضمان التي تتضمن شروطاً مطبوعة ومعدة سلفاً.ومن أهم مبررات هذا الضمان التطور العلمي والتكنولوجي الحديث وما صاحبه من تغيير متسارع ومستمر في أنظمة الأنتاج والتوزيع مما أدى إلى ظهور سلع ومنتجات في غاية الدقة والتعقيد وقد يصعب على المستهلك أن يعرف عيوبها إلا بعد أستعمالها لفترة زمنية مناسبة قد تكون طويلة.وتتدخل خدمة ما بعد البيع عندما يسلم البائع للمستهلك سلعة معيبة أو سلعة سليمة ولكن أصابها خلل خلال فترة الضمان , فينبغي تدخل البائع لأصلاح العيب وما يتطلبه من ضرورة أستبدال الأجزاء المعيبة أو حتى أستبدال السلعة برمتها بأخرى صالحة مجاناً إي بدون مقابل وهو ما يعرف ب(ضمان قطع الغيار واليد العاملة).وقد يحاول المحترف البائع أحياناً تجريد هذا الضمان من محتواه ويلزم المستهلك بدفع نفقات الأصلاح , ففي هذه الحالة لا يكون الضمان الأتفاقي ألا وسيلة يستخدمها المحترف لخداع المستهلك.أما عن موقف التشريعات من هذا الضمان الأتفاقي (خدمة ما بعد البيع) فنجد أن القانون المدني العراقي لم ينص عليه خلافاً للقانون المدني المصري الذي أشار ومن خلال المادة (455)والتي نصت على ما يلي (أذا ضمن البائع صلاحية المبيع للعمل مدة معلومة ثم ظهر خلل في المبيع , فعلى المشتري أن يخطر البائع بهذا الخلل في مدة شهر من ظهوره وأن يرفع الدعوى في مدة ستة أشهر من هذا الأخطار وألا سقط حقه في الضمان , كل هذا ما لم يتفق على غيره).إما على صعيد قوانين حماية المستهلك , فلم نجد في قانون حماية المستهلك العراقي رقم (1) لسنة(2010) ألا أشارة مقتضبة لهذا الضمان وذلك في المادة (6/ثالثاً) والتي جعلت من ضمن حقوق المستهلك تجاه المجهز(الحصول على خدمات ما بعد البيع وفق الأتفاق المبرم مع المجهز) , ولكن نجد في قانون حماية المستهلك الإماراتي قد نص عليه بشكل واضح في المادة (34) بما يلي(على المزود توفير خدمات ما بعد البيع بما في ذلك توفير قطع الغيار والصيانة للسلع المعمّرة لفترة لا تقل عن خمس سنوات أو لفترة تتناسب وطبيعة السلعة).ومن خلال ما تقدم نجد أن مزايا هذا الضمان الأتفاقي تتمثل بالآتي:

1- تحقيق مصلحة المستهلك بإصلاح العيب أو استبدال المبيع بدلاً من أعطاءه خيار فسخ العقد ورد المبيع واسترداد الثمن الذي يرفضه البائع عادة , وبذلك نجد أن هذا الضمان الأتفاقي أكثر ملائمة للمستهلك من أحكام الضمان الأتفاقي المتمثلة برد المبيع واسترداد الثمن.

2- يتحقق الالتزام بضمان صلاحية المبيع للعمل بمجرد ظهور خلل في المبيع يجعله غير صالح للعمل حتى ولو لم يوجد فيه عيب , بينما في الضمان القانوني لا ينشأ حق للمستهلك بالمطالبة به ألا بعد وجود العيب الخفي المؤثر والقديم والذي ينبغي على المستهلك أثبات ذلك, بينما في الضمان الأتفاقي لا يستطيع البائع التخلص من المسؤولية ألا بأثبات أن الخلل يرجع الى خطأ المستهلك كسوء تشغيل الجهاز أو استعماله في ظروف تختلف عن تلك التي حددها المنتج والتي تم على أساسها تصنيع المنتج وتصميمه.

وأخيراً يثار تساؤل ، هل يستطيع المستهلك الأستفادة من أحكام الضمان القانوني وأحكام خدمة ما بعد البيع كضمان أضافي ؟ بعبارة أخرى هل يكون للمستهلك الخيار بأن يرجع على البائع بدعوى ضمان صلاحية المبيع للعمل فيطالبه بأصلاحه أو أستبداله أو يرجع عليه بدعوى ضمان العيب الخفي فيرد المبيع ويسترد الثمن؟في الواقع على صعيد التشريعات المدنية والقوانين الخاصة بحماية المستهلك لا توجد

نصوص صريحة تتضمن الأجابة عن التساؤل أعلاه , لذلك ذهب جانب من الفقه المصري الى أنه يكون للمستهلك الخيار بينهما ولا يكون ملزماً بأن يطالب أولاً بخدمة ما بعد البيع ثم ينتقل الى الضمان القانوني , والواقع أن هذا الرأي محل نظر, فالغاية من الضمان أياً كان نوعه هو حصول المستهلك على سلعة أو خدمة خالية من العيوب فأذا طرأ عليها خلال فترة الضمان خلل ثبت أنه يرجع إلى عيب خفي وعرض البائع إصلاحه أو استبداله فلا يجوز رفض هذا العرض ألا إذا تبين أن الإصلاح لا يكفل أعادة المبيع الى حالته الأولى أو أن المبيع البديل غير مطابق للمبيع المتفق عليه , وبعكسه لو سمح للمستهلك برد المبيع قبل المطالبة بإصلاحه أو استبداله فهذا يناقض ما أتجهت أليه أرادة المتعاقدين وهو حصول المستهلك على سلعة أو خدمة سليمة،كما يجعل ذلك بقاء المبيع المعيب في التداول والذي قد تترتب عليه آثار خطيرة.

المطلب الثالث//بطلان الاتفاق المقيد للضمان في ضوء حماية المستهلك.

أن الجواز التشريعي لتعديل أحكام الضمان القانوني للعيب قد يُستغل من قبل المحترف بما لا يتلائم مع الغرض الذي أراد المشرع تحقيقه ألا وهو حماية المستهلك , فقد يعمد المحترف الى تضمين قسيمة الضمان شروطاً من شأنها أن تسقط أو تنقض الضمان فتجرّده من جميع مزاياهلذا نجد أن المشرع واجه ذلك بعدم ترتيب أثر قانوني على أي أتفاق بهذا الصدد والحكم ببطلانه , وقد أشرنا سابقاً للحكم الوارد في القواعد العامة والذي تضمنته المادة (2/259) من القانون المدني العراقي , والتي أجازت للمدين الأتفاق على أعفاءه من المسؤولية التي تترتب على عدم تنفيذه لألتزامه ألا أذا صدر منه غشاً أو خطأ جسيماً ,وجاءت المادة (568) والخاصة بعقد البيع كتطبيق للقاعدة العامة فنصت (..... كل شرط يسقط الضمان أو ينقصه يقع باطلاً أذا كان البائع قد تعمد أخفاء العيب).والنص المتقدم ليس من شأنه أن يوفر الحماية الكافية والفعّالة للمستهلك بأعتباره الطرف الضعيف في العقد ما دام البائع المحترف هو المسيطر على شروط العقد فيستطيع أن يضمن العقد شرطاً يعفيه من ضمان العيب الذي كان بأمكانه أن يعلم به وهنا لا يكون أمام المستهلك طريق لأستبعاد هذا الشرط , ألا أذا عد شرط الأعفاء تعسفياً وفي أطار عقود الأذعان وبما ينسجم وحماية المستهلك ، أي أن كل شرط يسقط الضمان أو ينقصه يقع باطلاً أذا كان البائع على علم بوجود العيب أو كان من واجبه أن يعلم بوجوده ولم يكتشفه المشتري.أما على صعيد قوانين حماية المستهلك فأنها خطت خطوة أكثر تقدّماً , فذهبت إلى بطلان كل شرط يرد في العقد أو أي وثيقة أو مستند آخر في أطار التعاقد مع المستهلك أذا كان يؤدي بالنتيجة الى أعفاء البائع المحترف من التزامه بضمان العيب كما هو الحال بما ورد في المادة (10) من قانون حماية المستهلك المصري ، وفي ذات نفس التوجه ذهب أليه قانون حماية المستهلك اللبناني في المادة (34).

الخاتمـــة.

بعد إن انهينا بحثنا الموسوم بـ ((تطويع الالتزام بضمان العيوب الخفية لحماية المستهلك - دراسة مقارنة -)) توصلنا إلى نتائج ومقترحات عديد نوجزها بالآتي:

1- النتائـــج.

1- لقد أختلف الفقه والقضاء فيما يتعلق بتحديد نطاق العيب المؤثر الموجب للضمان , فمنهم من تبنى المعيار الضيق والذي يرى بأن العيب المؤثر من شأنه أن ينتقص من قيمته أو منفعته وهذا ما أخذ به القانون المدني العراقي أو من شأنه أن ينتقص من منفعته فقط وهذا ما سار به المشرع الفرنسي في القانون المدني الفرنسي ,والآخر أخذ بالمعيار الواسع في أن العيب المؤثر الموجب للضمان هو من شأنه

أن يكون غير مطابق للمواصفات المتفق عليها (فوات الصفة أو الوصف)إضافة إلى الانتقاص من منفعته أو قيمته وهذا ما تبناه القانون المدني المصري.

2- حاول الفقه والقضاء الفرنسي الخروج من مبدأ نسبية العقد وتطويع قواعد ضمان العيوب الخفية لجعلها تتلائم مع حماية المستهلك ، من خلال توسيع دائرة الأشخاص المستفيدين من ضمان العيوب الخفية , ومن ثم يكون من حق أفراد عائلة المستهلك أن يطالبوا البائع بالتعويض عما أصابهم من ضرر بالرغم أنهم ليسوا طرفاً في العقد المبرم بين رب الأسرة والبائع وأيضاً من حق المستهلك أن يرجع على المنتج بالتعويض عن الضرر الذي لحقه جرّاء العيب.

3- وأيضا محاولتهم في توسيع دائرة الأضرار وجعلها لا تقتصر فقط على الأضرار المادية (الأضرار التجارية) وأنما تتعداها فيشمل التعويض أيضاً عن الأضرار الجسدية التي تصيب شخص المستهلك كموته أو أصابته أو أفراد عائلته أو الغير ووفقاً لقواعد المسؤولية العقدية الناشئة عن ضمان العيوب الخفية .

4- من أجل توفير حماية فعّالة للمستهلك أبتدع القضاء الفرنسي فكرة أفتراض علم البائع المهني بعيوب السلعة التي يبعيها افتراض غير قابل للعكس وإقامة قرينة قانونية قاطعة ومساواة البائع المحترف بالبائع سيئ النية.

5- تحقيق مصلحة المستهلك من خلال ألزام البائع المحترف بإصلاح العيب أو استبدال المبيع خلال فترة الضمان بدلاً من أعطاءه خيار فسخ العقد ورد المبيع واسترداد الثمن الذي يرفضه البائع عادة ، وهذا ما أشارة أليه قانون حماية المستهلك اللبناني في المادة (34) منه.

6- حرمان البائع المحترف من اشتراط الإعفاء من الضمان أو تحديده خلافاً للقواعد العامة الواردة في القانون المدني من أجل تحقيق الحماية الكافية للمستهلك بأعتباره الطرف الضعيف في العقد , وهذا ما جاء بنص المادة(10) من قانون حماية المستهلك المصري ، ونص المادة(34) من قانون حماية المستهلك اللبناني.

المقترحات.

1- تفعيل قانون حماية المستهلك، وتشكيل مجلس حماية المستهلك ولجان التفتيش المرتبطة به، في اقرب وقت ممكن ،لأن عدم تفعيل القانون يجعل حماية المستهلك تخضع للقواعد العامة في القانون المدني وهي قواعد قد لاتسعف في حماية المستهلك لصعوبة الإثبات وتعقّد الإجراءات، كما إن بقاء القانون معطلاً معناه عدم إلزام المنتج والبائع بكل ما الزمه به القانون من التزامات تصب في مصلحة المستهلك.

2- تنظيم إجراءات دعوى حماية المستهلك بصورة مفصلة في قانون حماية المستهلك بحيث تضمن للمستهلك الوصول إلى حقه في التعويض بأسرع طريق وأضمن طريق بعيداً عن الإجراءات المعقدة في دعوى التعويض الخاضعة للقواعد العامة، كما ندعو إلى تشكيل محكمة متخصصة في كل منطقة استئنافي تنظر في دعاوى حماية المستهلك يرأسها قاضٍ من ذوي الكفاءة والخبرة في قضايا حماية المستهلك.

3- تقرير ألتزام البائع بضمان سلامة المستهلك من المنتجات الخطرة في قانون حماية المستهلك والتي من شأنها أن تلحقه بأضرار جسدية تصل الى الوفاة , بنصوص صريحة بحيث تكفل حماية فعّالة وكافية للمستهلك.

4- أعادة النظر في الفقرة الثالثة من المادة (6) من قانون حماية المستهلك فيما يتعلق بخدمات ما بعد البيع وجعلها محددة بنص القانون ولمدة معينة تتناسب مع طبيعة السلعة وليست مرهونة بالأتفاق مع المنتج أو البائع وهذا ما جاء بنص المادة(34) من قانون حماية المستهلك اللبناني.

5- نتمنى على المشرع العراقي في قانون حماية المستهلك أن يشير صراحة إلى بطلان كل شرط يرد في العقد أو أي وثيقة أو مستند آخر في أطار التعاقد مع المستهلك أذا كان يؤدي بالنتيجة الى أعفاء البائع المحترف من التزامه بضمان العيب.

الهوامـش.

1- نصت المادة (1/447) من القانون المدني المصري رقم (131) لسنة (1948) على ما يلي(يكون البائع ملزماً بالضمان أذا لم يتوافر في المبيع وقت التسليم الصفات التي يكفل للمشتري وجودها فيه,أو أذا كان بالمبيع عيب ينقص من قيمته أو نفعه بحسب الغاية المقصودة مستفادة مما هو مبين في العقد أو مما هو ظاهر من طبيعة الشيء أو الغرض الذي أعد له ويضمن البائع هذا العيب ولو لم يكن عالماً بوجوده)وتطابق هذه المادة في الحكم مع المادة (1/512)من القانون المدني الأردني، والمادة (447) من القانون المدني المصري،والمادة (242) من قانون الموجبات والعقود اللبناني والمادة (379من القانون المدني الجزائري، والفصل (549) من ظهير الالتزامات والعقود المغربي.

2- عبد الرحمن أحمد شوقي محمد , مسئولية البائع عن ضمان العيوب الخفية في بيوع السيارات, دراسة فقهية وقضائية , منشأة المعارف ، 2003,الإسكندرية,ص154.وتنبغي الإشارة إلى أن هناك رأي فقهي يقضي بأنه من غير المقبول اعتبار فوات الوصف من قبيل العيوب الخفية التي يضمنها البائع، وإنما تخلف الصفة لا يعدو أن يكون إلا تخلفًا لشرط قد اشترطه المشتري , أنظر: محمد عبد الرسول عبد الرضا , الالتزام بضمان العيوب الخفية في القانونين المصري والكويتي , أطروحة دكتوراه , كلية الحقوق، جامعة القاهرة , 1974، بند 37 ، ص 38 وما بعدها، نجيده علي حسن , ضمان عيوب المبيع في عقد البيع في القانونين المصري والمغربي ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، 1986 , ص10.

3- أنظر: د.سعيد مبارك وطه الملا حويش وصاحب الفتلاوي ,الموجز في العقود المسماة, المكتبة القانونية،بغداد , 2007, ص133, أنور سلطان , العقود المسماة , شرح عقد البيع والمقايضة , القاهرة , مطبعة دار نشر الثقافة ،1951, ص317.

4- أشار أليه إبراهيم الصالحي , حقيقة العيب الموجب للضمان وشروطه في عقد البيع,دراسة مقارنة بأحكام الفقه الإسلامي,الأزهر, دار الطباعة المحمدية، 1988 ,ص 164 ، سمير كامل , ضمان العيوب الخفية في بيع الأشياء المستعملة, دراسة مقارنة بين القانون المصري والقانون الفرنسي، القاهرة, دار النهضة العربية، 1991 ،ص45.

5- نصت المادة (2/558) على أنه (2- والعيب هو ما ينقص ثمن المبيع عند التجار وأرباب الخبرة أو ما يفوت به غرض صحيح إذا كان الغالب في أمثال المبيع عدمه، ويكون قديماً إذا كان موجوداً في المبيع وقت العقد أو حدث بعده وهو في يد البائع قبل التسليم).

6- أشار أليه : د.حسن عبد الباسط جميعي , مسؤولية المنتج عن الأضرار التي تسببها منتجاته المعيبة , دراسة مقارنة في ظل تطور القضاء الفرنسي وصدور القانون الفرنسي بشأن مسؤولية المنتج عن عيوب المبيع في 19 مايو لسنة 1998,دار النهضة العربية , القاهرة ,2000 ,ص261 7- ثروت فتحي إسماعيل , المسئولية المدنية للبائع المهني(الصانع – الموزع) ، دراسة مقارنة ، أطروحة دكتوراه، جامعة عين شمس، 1987 ، ص 25 ، هامش رقم21.هذا وقد عبر قانون حماية المستهلك الفلسطيني رقم (21) لسنة 2005 م , عن هذه الصور من صور العيب الخفي بصيغة الضمانات التي أعلن عنها البائع أو اتفق عليها مع المستهلك"، حيث نصت المادة (10) على أنه ":يكون المزود النهائي مسؤولاً عن الضرر الناجم عن استخدام أو استهلاك المنتج المحلي أو المستورد الذي لا تتوافر فيه شروط السلامة أو الصحة للمستهلك أو عدم الالتزام بالضمانات المعلن عنها أو المتفق عليها."

8- أتجاه فقهي يذهب إلى القول بأنه من غير المقبول اعتبار فوات الوصف من قبيل العيوب الخفية التي يضمنها البائع، وإنما تخلف الصفة لا يعدو أن يكون إلا تخلفًا لشرط قد اشترطه المستهلك.

أنظر : عبد الرسول عبد الرضا محمد , الالتزام بضمان العيوب الخفية في القانونين المصري والكويتي , أطروحة دكتوراه ، كلية الحقوق، جامعة القاهرة , 1974 بند 37 ، ص 38 وما بعدها ، علي حسن نجيدة , ضمان عيوب المبيع في عقد البيع في القانونين المصري والمغربي، دار الفكر العربي، القاهرة ,1986 ، ص10.

9- نصت المادة (246) من قانونا المدني على ما يلي(1- يجبر المدين على تنفيذ التزامه تنفيذاً عينياً متى كان ذلك ممكناً 2- على انه إذا كان في التنفيذ العيني أرهاق للمدين جاز له إن يقتصر على دفع تعويض نقدي إذا كان ذلك لا يلحق بالدائن ضرراً جسيماً).

10- أن المشرع المصري أعطى للمشتري في المادة (450) حق الرجوع بالضمان على البائع وفقاً للأحكام المقررة في المادة (444) منه، وهي المادة التي تحدثت عن الاستحقاق الجزئي.

11- أضحت المادة (1645) تطبق على نوعين من البائعين-:1- البائع الذي يعلم العيب الخفي في الشيء المبيع. 2- البائع المهني سواء كان صانعًا أو موزعًا.

12- وقد نصت على ذلك المادة (142) الفقرة أولاً من القانون المدني العراقي النافذ رقم (40) لسنة 1951 بالقول (ينصرف أثر العقد إلى المتعاقدين والخلف العام دون إخلال بالقواعد المتعلقة بالميراث ما لم يتبين من العقد أو من طبيعة التعامل أو من نص القانون أن هذا الأثر لا ينصرف إلى الخلف العام) . كما نصت المادة (145) من القانون المدني المصري على أن ينصرف أثر العقد إلى المتعاقدين والخلف العام دون إخلال بالقواعد المتعلقة بالميراث ما لم يتبين من العقد أو من طبيعة التعامل أو من نص القانون ، أن هذا الأثر لا ينصرف إلى الخلف العام.

13- عبد الرسول عبد الرضا محمد , مصدر سابق ,ص40.

14- جابر محجوب علي،المسؤولية التقصيرية للمنتجين والموزعين، القاهرة, دارالنهضة العربية 1995ص 24وما بعدها.

15- تعرضت هذه النظرية إلى النقد على أساس أنه لا يوجد ما يدل على تلك الإرادة الضمنية بالتنازل عن الحق في الدعوى، بل أن عكس هذا الافتراض يمكن أن يقوم في الحالات التي يقوم فيها البائع الأخير ببيع السلع بأسعار أقل من السعر المعتاد بالنظر إلى عدم مطابقتها للمواصفات.

أنظر : سمير كامل ، ضمان العيوب الخفية في بيع الأشياء المستعملة , دراسة مقارنة بين القانون المصري والقانون الفرنسي، دار النهضة العربية ,القاهرة ،1991 ,ص72, حسن عبد الباسط جميعي ، الحماية الخاصة لرضاء المستهلكين في عقود الاستهلاك، مجلة الدراسات القانونية، العدد الثالث ، السنة 12 , 1990 , ص14.

16- صبري حمد خاطر، الغير عن العقد , دراسة في النظرية العامة للالتزام ، دار الثقافة،عمان , ط1, 2001 ,ص239 , جمال الدين زكي ، الوجيز في النظرية العامة للالتزامات، 1978, ف 144 ,ص266.

17- أشار إلى هذه الفكرة جابر محجوب علي , ضمان سلامة المستهلك من الأضرار الناشئة عن عيوب المنتجات الصناعية المعيبة"،مجلة الحقوق , الكويت , ص256 , حسن عبد الباسط جميعي, مصدر سابق , ص15.

وينبغي الإشارة إلى أن الفقه المصري أيد هذه النظرية للسماح للمشتري الأخير بالرجوع بدعوى ضمان العيوب الخفية على أي من البائعين الوسطاء أو على المنتج.يقول المرحوم الدكتور السنهوري في وسيطه ":ينتقل حق المشتري أيضاً إلى خلفه الخاص، فلو أن المشتري باع العين المعيبة إلى مشتر ثان، كان لهذا المشتري الثاني– وهو الخلف الخاص للمشتري الأول في العين -أن يرجع بدعوى سلفه المشتري الأول على البائع، ذلك أن هذه الدعوى قد انتقلت مع المبيع من المشتري الأول إلى المشتري الثاني, ومن ثم يكون للمشتري الثاني، لضمان العيوب الخفية، دعاوى ثلاث:-

1- دعواه الشخصية ضد المشتري الأول بضمان العيب الخفي، وهي الدعوى التي استمدها من عقد البيع الثاني الذي أبرم بينه وبين المشتري الأول.

2-الدعوى غير المباشرة التي يرفعها باسم المشتري الأول على البائع.

3-الدعوى المباشرة وهي دعوى المشتري الأول نفسها ضد البائع بضمان العيب، وقد نشأت من عقد البيع الأول الذي أبرم بين البائع والمشتري الأول، وانتقلت بعقد البيع الثاني من المشتري الأول إلى المشتري الثاني، وتمتاز هذه الدعوى بأنها تبقى ثابتة للمشتري الثاني حتى لو لم يكن له حق الرجوع بضمان العيب على المشتري الأول، كأن كان هذا المشتري قد أشترط عدم الضمان"، د.عبد الرزاق السنهوري , الوسيط في شرح القانون المدني"، الجزء الرابع "في عقد البيع والمقايضة , ط3 ، دار النهضة العربية، القاهرة ،دار النهضة العربية ,1980 , ص730 .

18- أشار أليه , عمر محمد عبد الباقي , الحماية العقدية للمستهلك,دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون، منشأة المعارف , الأسكندرية، 2004، ص 530 وما بعدها.

19- لهذا السبب فإن محكمة النقض الفرنسية، بعد أن كانت تسمح للمستهلك بالرجوع على المنتج على أساس قواعد المسؤولية التقصيرية بأعتباره حارسًا لتكوين السلعة ، أو تأسيسًا على ما ارتكبه من خطأ في تصنيعها , أغلقت منذ سنة 1979هذا الرجوع بالدعوى التقصيرية، وقصرت حق المشتري على الرجوع بدعوى مباشرة ذات طبيعة عقدية , مزيداً من التفصيل راجع , محمد شكري السرور , مسؤولية المنتج عن الأضرار التي تسببها منتجاته الخطرة ، القاهرة, دار الفكر العربي ،1983 , ص76.

20- فقد نص المشرع العراقي في القانون المدني رقم (40) لسنة (1951) في الفقرة الأولى من المادة 883(يكون للمقاول الثاني والعمال الذين أشتغلوا لحساب المقاول الأول في تنفيذ العمل حق مطالبة رب العمل مباشرة بما لهم في ذمة المقاول بشرط أن لا يتجاوز القدر الذي يكون فيه مديناً للمقاول الأصلي وقت رفع الدعوى , ويكون للعمال والمقاول الثاني نفس هذا الحق حتى لو كان المقاول الأصلي موسراً).

21- نصت الفقرة الثانية من المادة(2/776) من القانون المدني العراقي بقولها (ومع ذلك يكون المستأجر الثاني ملزماً بأن يؤدي للمؤجر مباشرة ما يكون ثابتاً في ذمته للمستأجر الأول وقت إن ينذره المؤجر، ولا يجوز له إن يتمسك قبل المؤجر بما يكون قد عجله من الأجرة للمستأجر الأول، ما لم يكن تعجيل الأجرة متماشياً مع العرف ومدوناً بسند ثابت التاريخ).

22- وهذا ما جاء في المادة (1001) من قانونا المدني بقولها (يحل المؤمن قانوناً محل المستفيد بما يدفعه من تعويض عن الحريق قبل من تسبب بفعله في الضرر الذي نجمت عنه مسؤولية المؤمن، وتبرأ ذمة المؤمن قبل المستفيد من كل التعويض أو بعضه، إذا أصبح هذا الحلول متعذراً لسبب راجع إلى المستفيد).

23- محمد شكري السرور , مصدر سابق , ص80 , جابر محجوب علي , مصدر سابق , ص24 وما بعدها.

24 - جاء في المادة (537) من القانون المدني على أنه (يدخل في البيع من غير ذكر :أ – ما كان في حكم جزء من المبيع لا يقبل الأنفكاك عنه نظراً إلى الغرض من الشراء، فإذا بيعت بقرة حلوب لأجل اللبن دخل تبيعها الرضيع .ب – توابع المبيع المتصلة المستقرة، فإذا بيعت دار دخل البستان الواقع في حدودها والطرق الخاصة الموصلة إلى الطريق العام وحقوق الارتفاق التي للدار، وإذا بيعت عرصة دخلت الأشجار المغروسة على سبيل الاستقرار .ج – كل ما يجري العرف على انه من مشتملات المبيع).

25- أنظر نص المادة (2/142) بقولها (إذا انشأ العقد التزامات وحقوقاً شخصية تتصل بشيء انتقل بعد ذلك إلى خلف خاص، فأن 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).

26- عبد الرسول عبد الرضا , مصدرسابق ، ،ص150.

27- نلاحظ أن المادة (513) من القانون المدني الأردني، والفصل (556) من ظهير الالتزامات والعقود المغربي لم تعط للمشتري الحق في إنقاص الثمن بما يوازي العيب كما فعلت التشريعات الأخرى.

28- ذهبت بعض التشريعات إلى تعويض تلك الأضرار حيث أفترضوا في البائع المهني (المنتج أو الموزع) علمه بعيوب المبيع وبالتالي أوجبا عليه تعويض الأضرار التي يحدثها المبيع المعيب , أنظر المادة (449) من قانون الموجبات والعقود اللبناني ، الفصل (556) من ظهير الالتزامات والعقود المغربي.

29- وتتلخص وقائع القضية التي أرست فيها محكمة النقض الفرنسية دعائم هذا النظام،بأن حادث قد وقع نتيجة لعيب خفي في سيارة مبيعة، مما نتج عنه إصابة شاغلي السيارة بجراح، قام هؤلاء المصابين بمطالبة مالك السيارة بتعويضهم عن الأضرار التي لحقت بهم، وهذا الأخير قام بدوره باختصام البائع المباشر له بصفته ضامنًا، والذي بدوره اختصم بائعه الذي يعد في نفس الوقت صانع السيارة التي تسببت في إلحاق الضرر بالغير، عرض الأمر على محكمة أول درجة فقضت، بنا ء على تقرير الخبير، بأنه ليس هناك عيبًا خفيًا يستوجب الضمان، ولذا رفضت دعوى الضمان وألزمت مالك السيارة بتعويض ضحايا الحادث على أساس المادة(1/1384) من التقنين المدني الفرنسي بصفته حارسًا للشيء (السيارة).أشار أليه, ثروت فتحي إسماعيل ,مصدر سابق ,ص213.

30- بدأت محكمة النقض الفرنسية في اعتناق مبدأ" تشبيه البائع المهني بالبائع سيء النية "منذ أوائل الأربعينات من هذا القرن، فقد جاء في حكم أصدرته دائرة العرائض في 23 أكتوبر 1940 ما يلي " :متى ثبت أن القرميد الذي شيدت به العمارة المنهارة قد صنع من مواد رديئة، وأن كمية الاسمنت الداخلة في تكوينه أقل من النسبة المعتادة، فضلا عن أنها لم تخلط جيدا، وأن الكسور والشقوق التي كانت موجودة بهذا القرميد تعتبر قليلة الأهمية بالنسبة إلى العيوب الأخرى التي اكتشفها أهل الخبرة، فإن هذه الوقائع تقطع بأن العيوب الظاهرة بالمبيع ما كانت لتكشف عن رداءة المواد المستخدمة في صناعته والتي تعتبر السبب الوحيد في حدوث الضرر , ولأن كانت المادة (1646) مدني لا تلزم البائع الذي يجهل عيوب المبيع إلا برد الثمن ومصروفات البيع، إلا أن هذا الحكم لا ينطبق على وقائع الدعوى، لأن البائع هو الذي قام بنفسه بصناعة القرميد، ولا يمكنه بالتالي أن يزعم أنه كان يجهل العيوب التي استظهرها أهل الخبرة ."أشار إليه :جابر محجوب علي ، مصدر سابق , ص229.

31- أشار إليه :ثروت فتحي إسماعيل , مصدر سابق , ص221, جابر محجوب علي , مصدر سابق , ص234.

32- أشار أليه : سعيد جبر , مصدر سابق , ص112.

33- سعيد جبر , مصدر سابق , ص108.

34- أسعد دياب , مصدر سابق ,ص222- ص225.

35- أسعد دياب , مصدر سابق , ص234, عامر قاسم أحمد القيسي , مصدر سابق ,ص62 .

36- محمد علي عمران , الألتزام بضمان السلامة وتطبيقاته في بعض العقود , القاهرة , 1980 ,ص139 وما بعدها .

37- وهذا ما جاء في المادة (150) بقرتيها الأولى والثانية (1- يجب تنفيذ العقد طبقاً لما أشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية 2-ولا يقتصر العقد على إلزام المتعاقد بما ورد فيه، ولكن يتناول أيضا ما هو من مستلزماته وفقاً للقانون والعرف والعدالة بحسب طبيعة الالتزام).

38- نصت المادة (568 /1+2) إلى أنه (1- جواز أيضا للمتعاقدين باتفاق خاص إن يحددا مقدار الضمان. 2- على إن كل شرط يسقط الضمان أو ينقصه، يقع باطلاً إذا كان البائع قد تعمد إخفاء العيب).

39- ينبغي الإشارة أن هذه الشروط جائزة بصريح نص المادة (1643) مدني فرنسي بشرط أن يكون البائع حسن النية أي لا يعلم بالعيب، فإن كان سيء النية وقع الشرط باطلاً , للمزيد من التفصيل أنظر,محمد عبد القادر علي الحاج , مسؤولية المنتج والموزع , دراسة في قانون التجارة الدولية مع المقارنة مع الفقه الإسلامي , دار النهضة العربية , القاهرة , 1983,ص68.

40- نصت المادة (29) من قانون حماية المستهلك اللبناني لسنة (2004) أنه (على المحترف إن يدرج نص الفقرة السابقة في كافة المستندات التي يسلمها للمستهلك ويجوز للمحترف إن يلتزم بضمانات إضافية وفي هذه الحالة، تضاف هذه الضمانات إلى تلك المنصوص عليها في هذا القانون).

المصادر.

1- الكتب القانونيــة.

- إبراهيم الصالحي , حقيقة العيب الموجب للضمان وشروطه في عقد البيع,دراسة مقارنة بأحكام الفقه الإسلامي,الأزهر, دار الطباعة المحمدية، 1988 .
- أنور سلطان , العقود المسماة , شرح عقد البيع والمقايضة , القاهرة , مطبعة دار نشر الثقافة ،1951.
- ثروت فتحي إسماعيل , المسئولية المدنية للبائع المهني(الصانع - الموزع)، دراسة مقارنة ، أطروحة دكتوراه، جامعة عين شمس، 1987 .
- جابر محجوب علي , ضمان سلامة المستهلك من الأضرار الناشئة عن عيوب المنتجات الصناعية المعيبة"،مجلة الحقوق , الكويت.
- جابرمحجوب علي،المسؤولية التقصيرية للمنتجين والموزعين، القاهرة, دار النهضة العربية، 1995 ،ص 24 وما بعدها.
- جابر محجوب علي ، المسؤولية التقصيرية للمنتجين والموزعين، القاهرة, دار النهضة العربية، 1995 .
- جمال الدين زكي ، الوجيز في النظرية العامة للالتزامات، 1978.
- حسن عبد الباسط جميعي ، الحماية الخاصة لرضاء المستهلكين في عقود الاستهلاك، مجلة الدراسات القانونية، العدد الثالث ، السنة 12 , 1990 .
- د.حسن عبد الباسط جميعي , مسؤولية المنتج عن الأضرار التي تسببها منتجاته المعيبة , دراسة مقارنة في ظل تطور القضاء الفرنسي وصدور القانون الفرنسي بشأن مسؤولية المنتج عن عيوب المبيع في 19 مايو لسنة 1998,دار النهضة العربية , القاهرة ,2000 .
- د.سعيد مبارك وطه الملا حويش وصاحب الفتلاوي ,الموجز في العقود المسماة, المكتبة القانونية , بغداد , 2007.
- د.عبد الرزاق السنهوري , الوسيط في شرح القانون المدني"، الجزء الرابع "في عقد البيع والمقايضة , ط3 ، دار النهضة العربية، القاهرة ،دار النهضة العربية ,1980.
- سمير كامل , ضمان العيوب الخفية في بيع الأشياء المستعملة, دراسة مقارنة بين القانون المصري والقانون الفرنسي، القاهرة, دار النهضة العربية، 1991 .
- سمير كامل ، ضمان العيوب الخفية في بيع الأشياء المستعملة , دراسة مقارنة بين القانون المصري والقانون الفرنسي، دار النهضة العربية ,القاهرة ،1991 .
- صبري حمد خاطر، الغير عن العقد , دراسة في النظرية العامة للالتزام ، دار الثقافة،عمان , ط1, 2001 .
- عبد الرحمن أحمد شوقي محمد , مسئولية البائع عن ضمان العيوب الخفية في بيوع السيارات, دراسة فقهية وقضائية ,الأسكندرية, منشأة المعارف ، 2003.
- عمر محمد عبد الباقي , الحماية العقدية للمستهلك,دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون، منشأة المعارف , الأسكندرية، 2004.
- محمد شكري السرور , مسؤولية المنتج عن الأضرار التي تسببها منتجاته الخطرة ، القاهرة, دار الفكر العربي ،1983 .

- محمد عبد الرسول عبد الرضا , الالتزام بضمان العيوب الخفية في القانونين المصري والكويتي , أطروحة دكتوراه , كلية الحقوق، جامعة القاهرة , 1974.
- محمد عبد القادر علي الحاج , مسؤولية المنتج والموزع , دراسة في قانون التجارة الدولية مع المقارنة مع الفقه الإسلامي , دار النهضة العربية , القاهرة , 1983.
- محمد علي عمران , الألتزام بضمان السلامة وتطبيقاته في بعض العقود , القاهرة , 1980 .
- نجيده علي حسن،ضمان عيوب المبيع في عقد البيع في القانونين المصري والمغربي ، دار الفكر العربي،القاهرة ، 1986

التشريعات العامة.

- القانون المدني العراقي رقم (40) لسنة (1951) .
- القانون المدني المصري رقم (131) لسنة (1948).
- قانون الموجبات والعقود اللبناني .
- قانون الالتزامات والعقود المغربي.

التشريعات الخاصة.

- قانون حماية المستهلك العراقي رقم (1) لسنة(2010)
- قانون حماية المستهلك المصري رقم (67) لسنة 2006 م
- قانون حماية المستهلك اللبناني رقم (13068) لسنة 2004 م
- قانون حماية المستهلك الفلسطيني رقم (21) لسنة 2005 م