ضمان المطابقة
(دراسة مقارنة في عقد البيع)

د.سليمان براك دايح

الخبير اللغوي
د. حامد مزعل حميد

ملخص البحث

ضمان المطابقة في عقد البيع يحتل مكانة مهمة في عقد البيع والسبب في ذلك أن المبيع قد لا يكون ملائما للمشتري الذي ربما يكون دفع ثمنا في مبيع لا يلبي حاجته ،وهذه نتيجة غير عادلة جعلت المحاكم تجتهد لتلافيها عن طريق إلزام البائع بضمان مطابقة المبيع لأغراض المشتري الذي لم يكن متصورا طبقا للمباديء التقليدية في عقد البيع.

ومن هنا كانت فكرة اختيار هذا الموضوع عنوانا للبحث في ظل أحكام القانون المدني العراقي لنرى إمكانية الأخذ به طبقا لأحكام هذا القانون أو أن الأمر يحتاج الى تدخل تشريعي.

ABSTRACT

In spite of the contract of sale had been regulated by Legislation, for along period ,there are many question may be arsis when applied the provisions of this Acts.

Traditionally the seller obligates to deliver the object of contract ,but now this not enough ,the seller guarantee the fitness of sale ,this obligation is called "guarantee fitness" this obligation created by judiciar decisions where seller undertakes with fitness the sale for a particular purpose or general.

The topic has been divided into three chapters and end contains the .conclusions

المقدمة

يلعب عقد البيع دورا هاما في تبادل السلع والخدمات، ومازال يثير مسائل هامة،سواء في الجوانب الاقتصادية أو في الجوانب القانونية،رغم ما حظي به من تنظيم تشريعي منذ زمن بعيد فضلا عن الاجتهادات القضائية التي سدت كثيرا مما اعتور التشريعات من نقص،فان تطور الحياة الاقتصادية وتنوع آليات التعاقد مازالت تلقي بظلالها على عقد البيع مما يثير مشاكل تحتاج الى إلقاء الضوء عليها وتحليلها

بغية تقديم الحلول الناجعة لها.

ومن المسائل التي برزت ،في الآونة الأخيرة، مسالة التزام البائع بضمان مطابقة المبيع،فالبائع يلتزم بموجب عقد البيع بتسليم المبيع وضمانه،بيد أن الضمان قاصر من الناحية التقليدية،على ضمان التعرض والاستحقاق وضمان العيب الخفي،فإذا ما تسلم المشتري المبيع،ما جاز له الرجوع على البائع إلا اذااستحق المبيع من تحت يده أو كشف به عيبا موجبا لضمان البائع له،حتى لو كان المبيع لا يتفق والغرض الذي تعاقد المشتري من اجله،فيكون المشتري قد دفع ثمنا في مبيع لا يلبي حاجته.

وتبدو هذه نتيجة غير عادلة،لذا ذهبت اجتهادات قضائية الى إلزام البائع لا بالضمان المعروف تقليديا،وإنما وسعت من مفهوم الضمان ليشمل إلزامه بتسليم مبيع ملب لحاجات المشتري ،كما أن هناك اجتهادات فقهية تذهب الى هذا المذهب ،مدفوعة باعتبارات مختلفة،من بينها محاولات البحث عن حماية فعالة للمستهلكين في النظم القانونية ،التي لم تصدر فيها تشريعات خاصة بهذه الحماية.

ويثير موضوع ضمان المطابقة تساؤلات عديدة يتعلق بعضها بمفهوم المطابقة وما إذا كان من المفاهيم المستحدثة أم أنه مفهوم يمكن الأخذ به في ظل النظم القانونية النافذة ،وما يمكن أن ينشأ من اختلاط بين هذا المفهوم وغيره من النظم القانونية المشابهة كضمان العيب على اساس أن المبيع اذا لم يكن مطابقا لغرض المشتري الا يعني ذلك أنه معيب ،او بالعكس أن المبيع اذا كان معيبا الا يعني أنه غير مطابق ،وما يبدو من اختلاط بين المفهومين كيف يمكن فكه؟وما الاحكام التي تترتب على الضمان بموجب احكام القانون المدني العراقي

كل هذه التساؤلات ستكون محورا للمناقشة والدراسة في هذا البحث علنا نخرج بما يغني في هذا السياق مع الاشارة الى أننا ازاء بحث محكوم باعتبارات الكم والزمن لذا فأننا سنقتصر على بحث الموضوع دون الاغراق في القواعد العامة التي لا تغيب عن فطنة المتخصص.

وتم تناول موضوع البحث على اساس تقسيمه الى مباحث ثلاثة يبحث الاول في مفهوم المطابقة ويتناول الثاني التمييز بين ضمان المطابقة والعيب الخفي ويبحث الثالث في احكام ضمان المطابقة ونختم البحث بخاتمة نعرض فيها اهم النتائج التي يمكن الخروج بها من الدراسة. فان وفقنا فبفضل الله ومنه وان كانت الاخرى فخير ما نستجير به (ربنا لا تؤاخذنا ان نسينا او اخطأنا).

المبحث الأول
مفهوم المطابقة

يهدف المشتري من وراء ابرام عقد البيع الى الحصول على مبيع بمقدار يتفق وحاجاته التي من اجلها اقدم على التعاقد،ويريد ايضا ان يكون المبيع بمواصفات معينة،اذا ما تخلفت فيه ما عاد العقد ملبيا لاغراضه،كما يسعى ،فضلا عن ذلك الى ان يكون المبيع صالحا لاستعماله في غرض او اغراض معينة،ومن هنا فان المبيع يكون غير مطابق لما قصد المشتري الحصول عليه اذا كان بمقدار يقل او يزيد عما رغب فيه ،او اذا تخلفت فيه صفة او صفات يرغب في وجودها في المبيع ،كما يكون غير مطابق اذا لم يكن صالحا للاستعمال في الغرض او الاغراض يريد استعماله لتحقيقها.

وعلى ذلك فان المطابقة قد تكون كمية اذا تعلقت بمقدار المبيع ،وقد تكون وصفية اذاانصبت على مواصفاته ،كما انها قد تكون وظيفية اذا ما تعلقت بصلاحية المبيع، ومن هنا فان تحديد مفهوم المطابقة يقتضي تقسيم المبحث الى مطالب ثلاثة نبحث في الاول المطابقة الكمية ،ونبحث في الثاني المطابقة الوصفية ،ونبحث في الثالث المطابقة الوظيفية وعلى النحو الاتي.

الأول المطلب
المطابقة الكمية

يلتزم البائع بموجب عقد البيع ان يسلم المبيع الى المشتري،بالحالة التي كان عليها عند ابرام العقد،ما لم يرد نص في العقد يحدد مقدار المبيع عند التسليم او يجري عرف بذلك[1] ،فاذا ما سلم البائع مبيعا ناقصا من حيث المقدار او الكم فانه يكون قد سلم مبيعا غير مطابق اذا كان المبيع بسبب ذلك النقص غير صالح للاستعمال في الاغراض التي اراد المشتري استعماله فيها[2]

ومن هنا فان التزام البائع بتسليم مبيع بمقدار معين يجد اساسه في النصوص القانونية المكملة لارادة الطرفين، وحيث ان هذه النصوص يجوز الاتفاق على احكام مخالفة لها،لذا فان ارادة الطرفين تكون ،غالبا، الاساس الذي يتحدد بموجبه مقدار المبيع، ومن هنا تبرز اهمية معالجة ضمان البائع لكمية المبيع عند التسليم،لان اختلال كفاءة المتعاقدين، سواء في النواحي الفنية او الاقتصادية يؤثر على مضمون الالتزام،لان المحترف ،عادة،ما يعمد الى صياغة بنود العقد على نحو يلزم المشتري بقبول مبيع ناقص،من خلال اشتراطه عدم ضمان مقدار المبيع،وهذا شرط صحيح،بموجب القواعد العامة،لا يمكن استبعاده الا باثبات ارتكاب البائع لغش او خطا جسيم[3]

وليس بمجد للمشتري الاحتكام للعرف ،بوصفه اساسا لتحديد ما يجب على البائع تسليمه ، وذلك لان الاعراف السارية بشأن تجارة معينة او تجارة نوع معين من السلع والخدمات ،غالبا،ما تكون معلومة لمن يحترفون التعامل بها ،والمشتري الذي ليس لديه خبرة في هذا التعامل لا يكون ملما بهذه الاعراف فضلا عن ان هذه الاعراف ،غالبا،ما تكون محابية لجانب المحترفين،لانها ترسخت نتيجة لاطراد التعامل بشأن هذه السلعة او تلك،وهو ما يدرج عليه المنتجون من اتباع انماط في التعامل تحقق افضل المزايا لهم على حساب غير المحترفين،يضاف الى ذلك ان الاعراف ،غالبا ما تتسامح في قدر معين من النقص ،او ان تشترط ان يكون النقص بقدر معين ،حتى يتسنى للمشتري المطالبة بفسخ العقد او انقاص الثمن،وهذا ما يلحق بالمشتري غير المحترف ضررا،نتيجة لتسلمه مبيعا قد لا يحقق غرضه الذي تعاقد من اجله او على الاقل يكون قد دفع ثمنا لا يتناسب مع الفائدة التي عادت عليه بسبب نقص مقدار المبيع او عدم مطابقة المبيع من حيث الكمية لما رام

(١)د-جمال عبد العزيز-الالتزام بالمطابقة في عقد البيع الدولي -دار النسر الذهبي للطباعة-القاهرة-١٩٩٧-ص٣٥

(٢)د.علي جمال الدين عوض-العقود التجارية-دار النهضة العربية-القاهرة -١٩٨٢-ص٣٤

[3] أنظر المادة(٢١٢٥٩)من قانوننا المدني النافذ

الحصول عليه[1].

وينبغي ان يلاحظ هنا ان المطابقة الكمية لا تقتصر على الجانب السلبي، واعني به، نقصان مقدار المبيع عند التسليم، و إنما تشمل ايضا الجانب الايجابي أي تسليم مبيع زائد عن حاجة المشتري،فقد يستغل البائع حاجة المشتري الى الحصول على المبيع، فيعمد الى تسليم مبيع يزيد عما تم الاتفاق عليه،بغية تسويق منتجاته.ولا شك ان في ذلك اخلالا بالمطابقة الكمية ،فهو يلحق ضررا بالمشتري لان الاخير يلتزم بدفع ثمن الزيادة ،وهذا فيه ارهاق لموارده الاقتصادية ،فضلا عن ان الزيادة في مقدار المبيع قد لا يكون المشتري في حاجة لها ،خاصة اذا ما علمنا ان حق المشتري في رفض المبيع او المطالبة في فسخ العقد لاخلال البائع بالتسليم تحكمه اعتبارات يتعلق بعضها بطبيعة المبيع ،واخرى بكيفية تسمية الثمن ،فضلا عن الاعتبارات المتعلقة بحاجة المشتري الى محل العقد،مما يؤدي الى ان المشتري يقبل دفع ثمن الزيادة في المبيع لئلا يفقد المبيع ذاته[2].

ولا تقتصر المطابقة الكمية على مقدار المبيع زيادة او نقصانا،وانما تشمل ايضا كمية العناصر الداخلة في تركيب المبيع،فهناك من السلع ما تتحدد خصائصها وقيمتها السوقية لا بمقدارها فحسب ،وانما بمقدار العناصر الداخلة في تركيبها ،كما هو الحال في المصوغات الذهبية التي تعتمد قيمتها على مقدار ما تحتويه من ذهب نقي،فان كان المبيع ذهبا واختلت مقادير الذهب النقي فيه كان المبيع غير مطابق،ومن ثم نشأ ضمان البائع له.

المطلب الثاني
المطابقة الوصفية

لا يكفي ان يتسلم المشتري المبيع حتى يعد البائع موفيا بالتزامه بالتسليم،وانما يجب ان يكون المبيع بمواصفات معينة اشترطها المشتري في العقد،فان تخلفت هذه الصفات في المبيع،كان هناك اخلال في جانب البائع لانه سلم مبيعا غير مطابق من حيث المواصفات.ولكي نحيط علما بالمطابقة الوصفية لابد من البحث في معيار تحديدها،والتمييز بينها وبين فوات الوصف،وهذا ما نتناوله في الفرعين الاتيين :-

الفرع الاول
معيار تحديد المطابقة الوصفية

لتحديد مضمون المطابقة الوصفية، لابد من بيان المعيار الذي يمكن في ضوئه ،ان نحدد تحقق عدم المطابقة الوصفية من عدمه،وقد طرح الفقهاء في هذا الشأن معيارين،اما الاول فهو معيار شخصي لانه يبحث في ارادة المشتري ،واما الثاني فهو معيار موضوعي لانه يبحث في المبيع ذاته.

أولا:-المعيار الشخصي

طبقا لمبدأ استقلال الإرادة فان المشتري يستطيع ان يحدد المبيع الذي يريد الحصول عليه والصفات التي ينبغي ان تتحقق فيه من خلال اشتراطه بندا في العقد يقضي بذلك،فان وجد المبيع بعدها خاليا من هذه الصفات،كان له

[1] وسنبحث ذلك مفصلا في المبحث الثالث عند الكلام عن احكام ضمان المطابقة.

[2] د.محسن شفيق-اتفاقية لاهاي ١٩٦٤بشأن البيع الدولي للمنقولات المادية-دار النهضة العربية -القاهرة-١٩٨٦-ص٩٧.

الرجوع على البائع بضمان المطابقة[1].

فاذا اتفق المتعاقدان على تحديد اوصاف المبيع ،فيجب تحقق هذه الاوصاف في المبيع عند التسليم،والا كانت هناك حالة من حالات عدم المطابقة الوصفية[2]،وتخلف الوصف المحدد في العقد ،يضمنه البائع لانه يعد إخلالا بشروط العقد[3].

ويرى بعض الفقهاء إن تخلف الصفات التي كفلها البائع للمشتري في المبيع ، يعد عيبا مؤثرا موجبا للضمان ،وان لم يكن عيبا بحسب المألوف في التعامل ،مادام البائع كفل للمشتري هذه الصفات[4]

ولاشك أن الاخذ بهذا المعيار من شأنه ان يؤدي الى اتساع نطاق عدم المطابقة الوصفية ، ذلك انه كلما تخلفت صفة،ارادها المشتري واشترطها في المبيع كنا امام عدم مطابقة، وليس بشرط ان يؤدي تخلف هذه الصفة الى الحاق الضرر بالمشتري ،او الى عدم صلاحية المبيع للغرض المراد استعماله من اجله.

بيد ان هذا المعيار لا يمكن التعويل عليه كثيرا،وذلك لأنه يفترض في المشتري القدرة،دائما،على اشتراط الصفة التي يريدها في المبيع ، وهو ما يفترض – أيضا- علم المشتري بخصائص السلع والخدمات التي يتعاقد للحصول عليها، وهو فرض لا يصح في اغلب الاحيان في عصرنا هذا،لان المشترين ،غالبا، لاتتاح لهم مكنة مناقشة شروط تعاقداتهم،لضعف مركزهم الاقتصادي او القانوني إزاء البائعين المحترفين او المنتجين،فضلا عن عدم معرفة المشتري،غالبا،بخصائص السلع التي يتعاقد لشرائها،في ظل تعقد الطابع الفني للسلع والخدمات،مما يجعل فرض اشتراط صفات معينة في المبيع أمرا ليس باليسير.

كما ان الأخذ بهذا المعيار،من شأنه الخلط بين مفهوم عدم المطابقة وفوات الوصف،وهو ما لا يمكن قبوله،لذا ينبغي عدم الركون الى هذا المعيار لتحديد المطابقة الوصفية.

ثانيا:- المعيار الموضوعي

يبحث المعيار الموضوعي في المبيع ذاته لتحديد كون المبيع مطابقا للمواصفات من عدمه،فينبغي ان تتحقق في كل مبيع صفات معينة،فان تخلفت،كان المبيع غير مطابق،وان كانت الصفات التي تخلفت لم يشترطها المشتري في العقد،ومن ثم جاز للمشتري ان يرجع على البائع بضمان عدم المطابقة،فانتفاء وجود الشرط على وجوب توفر صفات معينة في المبيع ،لا يعني انتفاء ضمان البائع لوجودها،بل يمكن ان يكون عدم صلاحية المبيع قرينة على تخلف الوصف على اساس ان المشتري ما كان ليقدم على شراء مبيع غير صالح،لو علم بعدم صلاحيته لجهة الاستعمال.

واذا تم البيع على اساس نموذج(بيع العينة)فان اوصاف العينة يجب ان تتحقق في المبيع،وان يكون المبيع مطابقا للعينة مطابقة تامة،وللمشتري ان يرفض المبيع او أي جزء منه،لا يكون مطابقا لها ،حتى وان اثبت

[1] د.ثروت حبيب–دراسة في قانون التجارة الدولية–دار الاتحاد العربي للطباعة–الطبعة الاولى–١٩٧٥–ص٣٩٤.

[2] د. ثروت حبيب–المصدر نفسه–ص٣٩٤

[3] د.حسام الدين الاهواني–عقد البيع–مطبوعات جامعة الكويت–ص٧٢٤

[4] د.السنهوري –الوسيط–ج٤–ط٣–منشورات الحلبي الحقوقية–بيروت ٢٠٠٠–ف٣٦٥.

البائع ان المبيع اغلى صنفا او اجود من العينة[1].

ومما يدعم وجهة النظر هذه ان الارادة لم تعد العنصر الحاسم في تحديد صفات المبيع ،بل تلعب التشريعات الخاصة دورا هاما بهذا الشأن،بهدف الارتقاء بمستوى السلع والخدمات المقدمة للجمهور،او بقصد حماية المستهلكين[2].

واذا كنا نفضل الركون الى المعيار الموضوعي لتحديد عم المطابقة ،فاننا لا نغفل المعيار الشخصي ،في الحالات التي يكون فيها المشتري قادرا على ان يحدد مواصفات المبيع فيمكن الاعتداد بذلك.

الفرع الثاني

التمييز بين عدم المطابقة وفوات الوصف

قد يبحث المشتري عن صفة معينة في المبيع فيشترط وجودها فيه،وان تخلفت كان له الخيار في فسخ العقد لتخلف الوصف المرغوب فيه،اما اذا اشترى مبيعا بوصف غير مرغوب فيه وظهر المبيع خاليا منه،فلا خيار له،واذا اشتراه دون وصف وظهر المبيع بوصف مرغوب فيه ،فلا خيار له ايضا ولا يلزم بما يقابل الوصف لان الوصف لا يقابله شيء من الثمن[3].

و من هنا فان الوصف المرغوب به لا يمكن ان ينشأ الا اذا انصرفت الى ذلك ارادة المتعاقدين،بان يشترطه المشتري ويوافق على ذلك البائع ،وهذا ما ينسجم مع المدلول اللغوي لمصطلح (الوصف المرغوب فيه)،اما عدم المطابقة الوصفية فلها مدلول اعم واشمل،وذلك لانها تشمل حالات اوسع من الوصف المرغوب فيه،فهي تفترض ان المبيع بمواصفات معينة تجعله صالحا للاستعمال في اغراض معينة او ان البائع ،بهدف الترويج لسلعه ،كفل صفات في المبيع،ثم ظهر خلاف ذلك ،ومن هنا فان فوات الوصف يعد صورة من صورعدم المطابقة الوصفية.

فضلا عن ذلك فان فوات الوصف يفترض ان المبيع مال معين بالذات اشترط فيه وصف معين فتبين خلافه،أي ان البائع سلم المعقود عليه ذاته لكن صفة فيه تخلفت،بينما تفترض عدم المطابقة ان البائع يسلم شيئا اخر غير المعقود عليه،او يختلف عما تم الاتفاق عليه[4].

ويضاف الى ذلك ان مفهوم فوات الوصف في الفقه الاسلامي،يقوم على اساس كفالة البائع له،بينما يؤسس عدم المطابقة الوصفية على تخلف الوصف الذي توقع المشتري وجوده في المبيع،رغم عدم الاتفاق بشأنه.

المطلب الثالث

---

[1] د.السنهوري–المصدر نفسه–ف١٢٥.

[2] من التشريعات الخاصة بتحديد مواصفات السلع بهدف الارتقاء بمستواها قانون التقييس والسيطرة النوعية رقم(٥٤)لسنة ١٩٧٩.انظر المادة (١١)منه والبيانات الصادرة بموجبها والمنشورة في الوقائع العراقية عدد(٣٩٩٠)في ٢٠٠٤١١٢١٢٥وعدد(٤٠٢٠)في٢٠٠٦١٣١٢٩.ومن التشريعات التي تهدف الى حماية المستهلكين ما صدر في بلدان الاتحاد الاوربي ومنها القانون البلجيكي الذي الزم البائع بتسليم مبيع مطابق للمواصفات دون ان يترك تحديد هذه المواصفات للارادة،بل عد كل شرط يحتفظ بموجبه البائع بتحديد مواصفات المبيع شرطا تعسفيا فقضى بالغائه.

[3] منير القاضي–شرح المجلة–ج١–ط١–مطبعة العاني–ص٢٩٤.

[4] د.حسام الدين الاهواني–المصدر نفسه–ص٧٢٧.

المطابقة الوظيفية

تعني المطابقة الوظيفية صلاحية المبيع للاستعمال في الغرض او الأغراض التي تستعمل مثيلاته فيها،او الاغراض التي يريد المشتري استعمال المبيع لتحقيقها[1]،فالبائع ملزم بتسليم مبيع صالح للاستعمال المقصود،ولما كان الاستعمال المقصود يتحدد طبقا لطبيعة المبيع او طبقا لارادة المشتري، ومن هنا فان تحديد مفهوم المطابقة يقتضي منا ان نبحث في صلاحية المبيع للاستعمال اولا،وتحديد ضوابط المطابقة الوظيفية ثانيا،وهو ما نبحثه في الفرعين الاتيين.

الفرع الأول
صلاحية المبيع للاستعمال

عندما يقدم المشتري على ابرام عقد البيع فانه لا يقصد الحصول على حيازة هادئة لما اشتراه فقط،وانما يسعى الى الانتفاع من المبيع،وهو ما لا يتحقق اذا لم يكن المبيع صالحا للاستعمال في الغرض او الاغراض التي تستعمل المبيعات التي من نوعه فيها،فان كان المبيع غير ملب لهذه الاغراض،فانه يكون غير مطابق وظيفيا ومن ثم التزم البائع بضمان ذلك،وهو ما يتحقق اذا حالت اية واقعة دون الاستعمال المقصود،بغض النظر ان كانت هذه الواقعة تشكل عيبا بالمفهوم القانوني للعيب الموجب للضمان من عدمه،ويتحقق ذلك بصورة جلية اذا كانت الاغراض التي يريد المشتري استعمال المبيع لتحقيقها معلومة للبائع،فضلا عن كون البائع ضمن للمشتري هذه الصلاحية بصورة مطلقة او لمدة معينة.

لكن ينبغي عدم الخلط بين عدم المطابقة الوظيفية وضمان صلاحية المبيع لمدة معلومة،على اساس ان لم يكن هناك شرط او كفالة البائع للاستعمال مدة معينة،لايعني انتفاء عدم المطابقة الوظيفية،ذلك لان المطابقة الوظيفية تكون معاصرة للتسليم،وعلى المشتري ان يتأكد من صلاحية المبيع عند تسلمه اياه،اما ضمان الصلاحية لمدة معلومة،فانه يكون لاحقا للتسليم خلال المدة المتفق عليها ،وفضلا عن ذلك فان عدم المطابقة الوظيفية يتحقق حتى لو كان بمقدار ضئيل الاهمية[2]،بينما يستلزم الفقهاء ،لرجوع المشتري على البائع الذي كفل صلاحية المبيع للاستعمال مدة معينة،ان يكون نقص المنفعة ليس يسيرا،والا كان المشتري متعسفا في استعمال حقه[3].

الفرع الثاني
ضوابط المطابقة الوظيفية

إن صلاحية المبيع للاستعمال في الاغراض المراد استعماله فيها ،قد يكون طبقا لطبيعة المبيع ،وما يتوقع المشتري منه او من المنتج ، وقد يكون بموجب اتفاق او شرط يرد في عقد البيع،وعلى ذلك فان ضوابط المطابقة الوظيفية يمكن ان تكون ضوابط موضوعية عامة،تتحقق في كل عقد بيع،او ضوابط خاصة اشترطها

---

[1] د. جمال عبد العزيز–المصدر نفسه–ص٨٠

[2] د.حسام الدين الاهواني–المصدر نفسه–ص٧٤٠.

[3] د.ثروت عبد الحميد–المصدر نفسه–ص٦٥.

المشتري في العقد.

أولا:-الضوابط الموضوعية العامة :

من البديهي ان المشتري عندما يقدم على شراء سلعة معينة يتوقع ان تكون ملبية لاغراضه،اما لثقته بالمنتوج ذاته،او بصانعه او بائعه، ومن هنا فان ضمان المطابقة لا يتوقف على ارادة المشتري التي لم تتجسد بشرط في العقد،ولا على التحفظات التي يبديها البائع او المنتج،فهي عنصر موضوعي يتوقف على المنفعة الاقتصادية للمبيع،التي يستدل عليها بعناصر موضوعية مثل الثقة العقدية[١]،فيجب على البائع ضمان الاستخدام الخاص للمبيع،وتطبيقا لذلك قضت المحاكم الفرنسية ان جهاز التلفاز يجب ان يعطي صورا واضحة،والا كان غير مطابق[٢]،كما قضت محكمة النقض الفرنسية بانه يعد من قبيل عدم المطابقة،عدم صلاحية الغراء المستخدم في لصق غطاء الأرضيات[٣].

ثانيا:- ضوابط المطابقة الخاصة

قد يكون المبيع صالحا للاستعمال في الاغراض التي تستعمل مثيلاته فيها،ومع ذلك يعد غيرمطابق اذا كان لا يصلح للاستعمال في غرض معين اراده المشتري بان اشترطه في العقد صراحة او ضمنا،وهنا تدخل ارادة المشتري عنصرا في المطابقة الوظيفية وعلى البائع ان يسلم مبيعا يتفق واغراض المشتري الخاصة[٤]،ويعد المبيع غير مطابق ،رغم صلاحيته للاستعمال الطبيعي،ورغم خلوه من أي عيب في الصنع،وقضت محكمة النقض الفرنسية بعدم صلاحية (دهان طلاء الجدران)لانه لم يكن متناسبا مع غرض المشتري(المقاول)الذي صرح به عند ابرام العقد،وهو طلاء الواجهات[٥].

ويرى بعض الفقهاء في فرنسا ان المحاكم بلجوئها الى المعيار الوظيفي للشيء تكون قد توسعت بشكل واضح في مجال تطبيق ضمان المطابقة لانها الزمت البائع بان يسلم شيئا صالحا للاستعمال الطبيعي او للاستعمال الخاص بالمشتري[٦].

لكن ينبغي ملاحظة انه في حالة تخصيص الاستعمال،يجب ان يكون البائع عالما به،فلا يجوزان ينفرد المشتري بالعلم بهذا التخصيص لكي يتحقق الضمان،اذ قد يتطلب الاستعمال الخاص مواصفات قياسية معينة ومن ثم لا يجوز ضمان البائع عدم توفرها ما دام يجهل الغرض الخاص الذي يريد المشتري استعمال المبيع فيه.

ويجدر بنا ان نشير الى مسألة كون البائع محترفا،والذي يفرض عليه واقع احترافه وخبرته في المعاملات واحتراف نشاط معين الالمام بمواصفات المبيع كافة،فضلا عن رغبات المستهلكين والاستعمالات الخاصة

---

[١] د.جمال عبد العزيز–المصدر نفسه–ص٨٤.

[٢] Calais Auloy(J):Droit de la consummation,3ed,Dalloz,parise,1992,p249.

[٣] Cass.com.8janv.1973.Bull.civ.1v n16

[٤] د.محسن شفيق–المصدر نفسه–ص٨٧.

[٥] Cass.1civ.17Jui n.1997.Bull.civ.1n.205.

Cass.1civ.17Jui n.1997.Bull.civ.1n.2

[٦]-Family(R):Erreur-conforimite vice cache.cont.conc.cons,ed.du Juris classeur, avril.2002.chron.N7.p5.

بهم،الا يفترض في مثل هكذا بائع العلم بالاستعمال الخاص ومن ثم لا يتوقف الضمان على وجوب اشتراطه في العقد؟

ان البائع المحترف وان كان ملما برغبات المستهلكين او يفترض فيه الالمام بالاغراض الخاصة للمشترين،لا يمكن افتراض علمه بالاستعمال الخاص،ومن ثم الزامه بالضمان ،لان من شأن ذلك ان يلزم البائع بالتحري من كل مشتر عن الاستعمال الخاص الذي يريد استعمال المبيع فيه،وهذا تكليف يجاوز السعة،فضلا عن ان الواقع يشير الى عكس ذلك ،حيث يتعمد البائع المحترف عدم اظهار خصوصية الشيء محل العقد،او الغرض الذي يريد المشتري استعماله فيه،بل يذهب الى ابعد من ذلك عندما يضع شرطا في العقد يتحفظ بموجبه على التزامه بمطابقة المبيع للغرض الذي يريد المشتري استعماله فيه[1]

وهذا ما جعل بعض الفقهاء الفرنسيين يذهب الى وجوب مد الحماية التي يتمتع بها المستهلك في تعاقداته الى كل مشتر،على اساس ان عقود الاستهلاك ترغم اصحاب المهن على تقديم سلع او خدمات تكفل ما ينتظره منها المستهلك،وان هذا الالتزام ليس خاصا بعقود الاستهلاك فقط ،بل يجب ان يترتب على كل عقد بيع،الا انه يمكن تشديده على المحترفين في علاقاتهم مع المستهلكين[2].

المبحث الثاني

العلاقة بين عدم المطابقة والعيب الخفي

تثار مسألة بحث العلاقة بين عدم المطابقة والعيب الخفي،في حالة عدم المطابقة بمفهومها الوظيفي،فاذا كان المبيع غير صالح للاستعمال في الغرض المراد استعماله فيه،ومن ثم فاتت على المشتري المنافع التي ابتغى تحقيقها، ايعد ذلك عيبا،ومن ثم يرجع المشتري على البائع بموجب احكام ضمان العيب الخفي ،ام انه اخلال بضمان المطابقة ومن ثم يرجع بموجبه على البائع؟

ان الاجابة عن هذا السؤال تقتضي منا ان نبحث في الاجتهادات القضائية والفقهية التي عالجت هذه المسألة،والرجوع الى هذه الاجتهادات يشير الى وجود اجتهادات تبدو متعارضة فبعضها يخلط بين ضمان عدم المطابقة والعيب الخفي وبعضها يميز بينهما ومن هنا فاننا نقسم هذا المبحث الى مطلبين نبحث في الاول الاختلاط بين المفهومين،ونبحث في الثاني معيار التمييز بينهما وعلى النحو الاتي.

المطلب الاول

الاختلاط بين ضمان المطابقة وضمان العيب

نشأت حالة الاختلاط بين الضمانين نتيجة للمحاولات الفقهية والاجتهادات القضائية،التي قربت بينهما بدافع تحقيق مصلحة المشتري(والذي غالبا ما يكون مستهلكا) في الرجوع على البائع،وعليه لابد من الوقوف على هذه الاجتهادات لكي نتبين حقيقة الاختلاط وعلى اساس تقسيم البحث فيه الى فرعين نتناول في الاول الاجتهادات الفقهية ونتناول في الثاني الاجتهادات القضائية..

---

[1] د.حسن عبد الباسط جميعي–اثر عدم التكافؤ بين المتعاقدين على شروط العقد–دار النهضة العربية–القاهرة– ١٩٩٦– ص٢٥.

[2] Calais Auloy:op.citp.249..

الفرع الاول
الاجتهادات الفقهية التي تقرب بين الضمانين

اذا كان عدم مطابقة المبيع للغرض المعد له او تخلف الصفة التي كفل البائع وجودها فيه،لايعد عيبا بالمعنى الذي حدده المشرع في نطاق ضمان العيوب الخفية،على الرغم من ان الاثر المترتب في الحالتين يكاد يكون واحدا،وهو عدم صلاحية المبيع لجهة الاستعمال،الا ان الفقهاء حاولوا التقريب على اساس النظر الى عدم المطابقة من ناحيتها الوظيفية،على نحو وسع من نطاق كل منهما بحيث امتد نطاق كل منهما الى نطاق الاخر،فرأوا ان كل عيب ينطوي بالضرورة على عدم مطابقة،ومن ثم تكون عدم المطابقة اوسع نطاقا من العيب[1].

وتوسع بعضهم في مفهوم شرط التأثير،الذي هو احد الشروط الواجب تحققها في العيب الذي يضمنه البائع،بان جعلوه شاملا لكل ما تفوت به المنافع المقصودة من المبيع،ايا كان سبب ذلك وجعلوا من معيار فوات المنافع،معيارا موضوعيا يتحدد بموجب نصوص العقد ،اذا اشارت الى ذلك،او بموجب طبيعة المبيع،او بموجب الغرض الذي اعد له[2]،واذا ذكر المشتري في عقد البيع الاغراض المقصودة من المبيع،وجب عد هذه الاغراض من المنافع المقصودة من المبيع[3]. ويبرر الفقهاء موقفهم هذا على اساس ان المطابقة الوظيفية للمبيع لا يمكن التأكد منها،الا بعد تسلم المبيع واستعماله ،وفي هذا تتفق عدم المطابقة مع ضمان العيب حيث لا يمكن كشف عيوب المبيع،الا في وقت لاحق على التسليم،فان كان عدم المطابقة يعني عدم صلاحية المبيع للاستعمال المخصص له،والعيب نقيصة في المبيع تجعله غير صالح للاستعمال لذا فانهما يختلطان من حيث الاثر[4].

ولتقييم هذا الاتجاه الفقهي فاننا نقول انه واضح ان هذه المحاولات التي تقرب ضمان المطابقة من ضمان العيب،بهدف تحقيق الحماية الفعالة للمشتري،كونه مستهلكا في اغلب الاحيان،وبالمقابل كون البائع محترفا في اكثر الاحيان،وحيث ان هناك تفاوتا بين الكفاءة الاقتصادية والفنية بين الطرفين،وما يتمتع به البائع من خبرة ودراية في مجال التعامل،قد تجعله في منأى من المسؤولية وان كان المبيع الذي سلمه الى المشتري غير صالح للاستعمال لتحقيق غرض المشتري ولمحدودية الحماية التي توفرها دعوى التسليم،فانه اراد بهذا الاجتهاد تطبيق احكام ضمان العيب،على اساس التفسير الموسع لمعنى عدم المطابقة ،او من خلال التركيز على تشابه الاثر في الحالتين كلتيهما وهو فوات منافع المبيع على المشتري.

---

[1] د.جابر محجوب علي–ضمان سلامة المستهلك من اضرار المنتجات الصناعية المبيعة–دار النهضة العربية–القاهرة–١٩٩٥–ص١٠٧.

[2] السنهوري–الوسيط–المصدر نفسه–ف٣٦٥.

[3] المصدر نفسه–ف٣٦٥.

[4] د.محمود السيد عبد المعطي خيال–التعاقد عن طريق التلفزيون–النسر الذهبي للطباعة–القاهرة–٢٠٠٠–ص١٢٦.

بيد ان هذه الغاية النبيلة التي غلفت هذا الاتجاه في التقريب بين الضمانين ،لا تشفع لهم وذلك لان توفير الحماية الفعالة للمشتري،لاتكون بالخلط بين نظم قانونية متمايزة عن بعضها ،وانما بالبحث عن وسائل جديدة او بتفعيل الوسائل التي نص عليها المشرع ومنها احكام الالتزام بالتسليم.

الفرع الثاني

الاجتهادات القضائية التي تقرب بين الضمانين

ان تتبع الاحكام القضائية التي اصدرتها المحاكم الفرنسية ،يشير الى تبني القضاء الفرنسي لموقف يخلط على نحو واضح بين الضمانين ،فقد استندت المحاكم الفرنسية الى نص المادة (١٦٤١)من القانون المدني الفرنسي التي تنص على انه(يلتزم البائع بضمان العيوب الخفية في الشيء المبيع التي تجعله غير صالح للاستعمال الذي اعد له،او التي تنقص من هذا الاستعمال الى الحد الذي كان يدفع المشتري الى عدم الشراء او ان يشتريه بثمن اقل لو انه علم بها) فقضت محكمة النقض الفرنسية بان سقوط حق المشتري بضمان العيب الخفي لمرور المدة التي يجب اقامة الدعوى خلالها،لا يمنعه من طلب التعويض على اساس الاخلال بالالتزام بالتسليم،ورد هذا الحكم في قضية تتلخص وقائعها في ان شخصا اشترى دراجة بخارية،ثم اصابه ضرر نتيجة لتوقف الاطار الخلفي عن الدوران بسبب عدم عمل نظام التزييت لعيب في الصنع،وحينما اقام دعواه رفضت محكمة الاستئناف طلبه على اساس ان دعوى ضمان العيب الخفي يجب ان تقام خلال مدة قصيرة،فان فاتت هذه المدة،سقط حق المشتري بالضمان،غير ان محكمة النقض نقضت الحكم على اساس ان قضاة الموضوع لم يلتفتوا الى كون العيب المشار اليه، يمكن عده بالنظر لظروف الدعوى،اخلالا من المنتج بالتزامه بالتسليم[١].

وذهبت في قضية اخرى الى عد العيوب الخفية التي تنال من صلاحية المبيع للغرض المعد له،صورة من صور عدم المطابقة بمعناها الوظيفي ،فخلطت الدائرة المدنية لمحكمة النقض بين دعوى التسليم ودعوى ضمان العيب،مقررة ان الالتزام بالتسليم لا يعني ان البائع يسلم ما هو متفق عليه فحسب،ولكن يلزمه ايضا ان يضع تحت تصرف المشتري مبيعا يتوافق من جميع الوجوه مع الغرض الذي يأمله المشتري من وراء التعاقد ،وقضت بان عدم ملاءمة جهاز مرشح المياه للغرض المخصص له،يضمنه البائع لاخلاله بالتزامه بالتسليم[٢].

وانتهت محكمة النقض الفرنسية الى تبني مبدأ عام يستطيع المشتري بموجبه ان يؤسس دعواه على مخالفة الالتزام بالتسليم ،متى ما كان المبيع غير مطابق للاستعمال المخصص له ،دون الاعتداد لما اذا كانت عدم المطابقة راجعة الى عيب خفي ام لا[٣].بل لم تكن حالة الاختلاط بين ضمان العيب وضمان المطابقة مانعة المحكمة من تبني هذا المبدأ اذ اشارت الى هذا الاختلاط صراحة ،حينما قضت بان المشتري الذي لم يقبل المبيع،بسبب ما كشف عنه الاستعمال من عيوب فيه،يستطيع ان يستند الى عدم مطابقة

---

[١] Cass.1.civ.5.Nov.1985.Bull.civ.1n.287.

[٢] Cass.1.ch.civ. 20Mars.1989.Bull.civ.1n140.Gaz Pal.16 Aout.1989.p23.

[٣] Cass.1.civ.24 Mars1992.cont.Juill.1992.comm.n130.

التسليم،رغم ان الطريق الطبيعي للمنازعة في عدم المطابقة التي يكشف عنها الاستعمال،هو ضمان العيب الخفي متى ما تحققت شروطه[1].

غير انها عادت الى التفرقة بين الضمانين في حكم اخر ،ففي قضية تتلخص وقائعها في ان شخصا اشترى (كراجا) ليركن فيه سيارته ثم اتضح له ان(الكراج) غير مناسب لاستيعاب السيارة لوجود حاجز خراساني يمنع من ذلك،فقضت محكمة الدرجة الاولى بفسخ العقد على اساس ان وجود حاجز خرساني بشكل يعوق السيارة من الوقوف،يعد حالة من حالات عدم مطابقة الشيء المبيع،بيد ان الدائرة المدنية في محكمة النقض نقضت الحكم على اساس ان عدم قابلية (الكراج)لاستيعاب السيارة كان سببه وجود الحاجز الخرساني،ومن ثم يكون وجود هذا الحاجز عيبا موجبا لضمان البائع له،طبقا لاحكام ضمان العيب الخفي،لا طبقا لاحكام عدم المطابقة[2].

ويلاحظ على موقف القضاء الفرنسي أنه لم يلتزم موقفا واحدا ازاء مسألة التفرقة بين ضمان عدم المطابقة وضمان العيب،وانما امم وجهه شطر مصلحة المشتري فنراه تارة يقضي طبقا لاحكام العيب ان كان في هذه الاحكام ما يضمن حقوق المشتري ،والا فانه يلجأ الى احكام ضمان المطابقة،مستفيدا من نصوص القانون المدني الفرنسي التي تبنت معيارا وظيفيا في تحديد العيب مما مكن القضاء من قياس ضمان المطابقة على ضمان العيب كلما كان ذلك في مصلحة المشتري الذي غالبا ما يكون في مركز ضعيف بالقياس مع البائع.

اما القضاء المصري فهو يبدو انه يأخذ بما يأخذ به القضا ء الفرنسي ومستعينا ايضا بما اورده المشرع المصري في المادة (١١٤٤٧) التي تنص على انه (يكون البائع ملزما بالضمان اذا لم يتوافر في المبيع وقت التسليم الصفات التي كفل للمشتري وجودها فيه اوكان بالمبيع عيب ينقص من قيمته اونفعه بحسب الغاية المقصود...)،حيث اخضع المشرع المصري تخلف الوصف لاحكام العيب الخفي، ليوحد ضوابط الدعويين على الرغم من ان الضمان بسبب عدم المطابقة لا يؤسس على العيب وانما يقوم على تخلف صفة مشروطة،وهما حالتان مختلفتان[3].

وتطبيقا لذلك فقد ذهبت محكمة النقض المصرية،الى قصر حق المشتري في اللجوء الى دعوى ضمان العيب الخفي اذا ما تخلفت الصفات التي كفلها البائع في المبيع،فقد حكمت بشأن قضية تتلخص وقائعها في ان بائع عقار ضمن للمشتري ان يغل العقار قدرا معينا من الربح،ثم تبين عدم صحة ذلك فقضت محكمة النقض بان البائع الذي كفل هذه الصفة في المبيع،يضمن تخلفها طبقا لاحكام ضمان العيب الخفي،وان كان تخلف الصفة لا يعد عيبا بالمفهوم التقليدي للعيب،لان الاخير هو الآفة التي تخلو منها الفطرة السليمة

---

[1] V.A.Benabent.note.sous 1mai 1993.D.1993.P.507.

[2] Cass.3.ch.civ.20.Mars.1996.Bull.civ.111n62.

[3] د.عبد الناصر العطار–استقراء لماهية العيب وشروط ضمانه في القانون المصري–مجلة العلوم القانونية والاقتصادية السنة ١٣–العددالثاني–١٩٧١–ص٣١٩.

للمبيع،غير ان المشرع ألحق حالة تخلف الوصف بالعيب الخفي واجرى عليه احكامه،ومن ثم لايجوز للمشتري ان يرجع على البائع على اساس انه اخل بالتزام اخر مستقل عن التزامه بالضمان[1].

ويبدو ان النص الذي اورده المشرع المصري في المادة (٤٤٧)قد قيد القضاء المصري ومنعه من تلمس الوسائل التي تحقق حماية افضل للمشتري على النحو الذي رأيناه في القضاء الفرنسي.

اما القضاء العراقي فانه وعلى الرغم من خلو القانون المدني العراقي من نص مماثل للنص الذي اورده المشرع المصري الا ان محكمة التمييز تبنت موقفا مشابها لموقف محكمة النقض المصرية،فقد عدت محكمة التمييز عدم صلاحية الثلاجة للعمل مدة خمس سنوات ،كما كفل البائع ذلك،عيبا موجبا لضمان البائع له[2]،كما قضت بان مرور الستة اشهر على تسلم المبيع،يعد سببا مسقطا لضمان العيب،ومن ثم لا يجوز للمشتري الرجوع على البائع،ايا كان سبب الضمان،سواء كان عيبا في المبيع،او وصفا مشروطا وخلا منه المبيع،او عدم مطابقة المبيع للغرض[3].

ولاشك ان موقف القضاء العراقي هذا لا يتيح للمشتري الرجوع على البائع بدعوى عدم المطابقة الا اذا خلا المبيع من وصف كفل البائع وجوده،وعندها تسري على الدعوى احكام ضمان العيب ،اي ان القضاء العراقي يساوي بين عدم المطابقة لفوات الوصف المشروط او المكفول من البائع وبين العيب الخفي ،وهذا موقف لايعذر عليه القضاء العراقي ،فاذا كان موقف القضاء المصري يستند الى نص تشريعي وساوى بين الضمانين،وكان القضاء الفرنسي يبحث عن الوسائل الناجعة لحماية المشتري فخلطا بين الضمانين فما عذر القضاء العراقي؟

المطلب الثاني
التمييز بين عدم المطابقة وضمان العيب

على الرغم من صعوبة التفرقة بين العيب الخفي وعدم المطابقة للمواصفات،لوحدة الاثر المترتب على كل منهما،وهو عدم صلاحية المبيع للاستعمال في الغرض او الاغراض المراد استعماله فيها،الا ان هذا لايمنع من محاولة التمييز بينهما والبحث عن معيار يمكن في ضوئه فك الاختلاط الذي ينشأ بين الضمانين، ويمكن ان نطرح هنا معايير عدة يمكن الركون اليها للتمييز بينهما وعلى النحو الاتي:-

أولا:-من حيث طبيعة كل منهما.

فالعيب الخفي هو نقيصة او آفة طارئة،تؤثر في حسن اداء الشيء لوظيفته او تؤثر على متانته او على مظهره الخارجي،وهو ما يخلو منه اصل الشيء،عادة،لذا يعد وجوده خلاف الاصل وهو براءة المبيع

---

[1] نقض مدني مصري ١٥ حزيران ١٩٦٩-مجموعة المكتب الفني السنة العشرون-ص٧٩٦.

[2] رقم القرار ٢٥٠٣/حقوقية ٥٩ البصرة في١٩٦٠/١٢/٢٣ سلمان بيات ج٢ ص٧٥.

[3] د-غازي عبد الرحمن ناجي-التزام البائع بضمان العيوب الخفية في القانون المدني العراقي -مجلة العدالة -السنة الخامسة-١٩٧٩-ص٧٦٢.والقرارات التمييزية التي يشير اليها.وأنظر ايضا القرار رقم١٦٤٢/مدنية رابعة/٧٥ في١٩٧٦/١١/٢٨-مجموعة الاحكام العدلية -العدد الرابع-السنة السابعة-١٩٧٦-ص٦٢.

منه[1]

اما عدم المطابقة للمواصفات،فهو تخلف صفة في المبيع،اشترطها المشتري او كفل وجودها البائع او جرى بها العرف،فالمبيع في حالة عدم المطابقة يكون خاليا من العيوب،لكنه يختلف عما تم الاتفاق عليه في العقد[2].

وهذا الاختلاف في المفهوم يستتبع اختلافا في الاثر، فالمبيع المعيب تنتقص قيمته بسبب العيب،او يفوت به غرض صحيح،كان للمشتري استيفاؤه لولا العيب،اما عدم المطابقة للمواصفات فانها تجعل المبيع غير صالح للاستعمال الذي قصده المشتري.

ويرى احد الفقهاء ان العيب بوصفه آفة طارئة فهو غالبا ما يكون وصفا ايجابيا،اما عدم المطابقة للمواصفات فهي تتحقق عند عدم وجود الصفة التي كفل وجودها البائع للمشتري ،اي ان انعدام الصفة يفترض وصفا سلبيا وهو عدم وجودها[3]

اما من حيث الحكم فان المشتري الذي كشف عيبا في المبيع، فلكي يضمن حقه في الرجوع على البائع،فعليه ان يثبت وجود العيب،وكونه قديما ومؤثرا حتى يتسنى له ضمان حقه ،اما في عدم المطابقه الوصفيه ،فيكفي ان يثبت المشتري تخلف الوصف الذي كفل البائع وجوده او اشترطه في العقد، حتى يرجع على البائع بالضمان ،فضلا عن ان دعوى ضمان العيب الخفي تستند الى التزام البائع بالضمان،في حين ان دعوى عدم المطابقة تستند الى التزام البائع بالتسليم.

ويذهب رأي فقهي إلى ان التمييز بين العيب وعدم المطابقة يوجب التفرقة بين صورتين للعيب ،الاولى العيب الوظيفي والثانية العيب التكويني،ويرى ان الصورة الاولى تتحقق عندما يكون الشيء غير صالح للاستعمال وان هذه الصورة ،فقط،هي التي تختلط بعدم المطابقة على اساس ان الشيء غير المطابق يعد غير صالح للاستعمال ايضا،في الغرض الذي خصص لاجله.وان التركيز على هذه الصورة ،يجعل مسألة التمييز بين عدم المطابقة والعيب مسألة تكاد تكون مستحيلة،لذا يرى وجوب التركيز على الصورة الثانية وهي العيب التكويني ،حيث يعد الشيء معيبا طبقا لمفهوم مادي[4]

بيد ان هذا الرأي لايمكن ان نعول عليه لان العيب نعنى به لاثره،لا لطبيعته،وقد تمت معالجته تشريعيا وقضائيا على اساس الجانب الوظيفي،من انه ينقص قيمة المبيع ،او يفوت به غرض صحيح على المشتري،فضلا عن ان مسألة التفرقة بين العيب التكويني والعيب الوظيفي ليست متيسرة في كثير من الاحيان لانها تستلزم معرفة تقنية قد لا يتيسر الحصول عليها غالبا.

ثانيا:- من حيث شروط التعاقد:

يرى بعض الفقهاء ان التفرقة بين العيب الخفي وعدم الصلاحية للمواصفات تستند الى ارداة المعاقدين

---

[1] د.غازي عبد الرحمن ناجي–المصدر نفسه–ص٤٣١.د.حسام الدين الاهواني–المصدر نفسه–ص٧٤١.

[2] د.جابر محجوب–المصدر نفسه–ص٩٧.

[3] د.حسام الدين الاهواني–المصدر نفسه– ص٦٣١.

[4] Tournafond(o):Droit de la vente:D.1997.p.346.

،فاذا ما تضمن العقد شرطا ينص على وجوب تحقق صفة معينة في المبيع وظهر عدم وجودها ،كنا امام عدم مطابقة، في حين ان العيب الخفي لا يشترط الاتفاق على ضمانه، لانه يترتب بحكم القانون،ودور الاتفاق فيه هو لاستبعاده اذا ما انصرفت ارادة المتعاقدين الى ذلك[1].

ولا يشترط في الاتفاق الذي تستند اليه المطابقة الوصفية ،ان يكون صريحا بل يمكن ان يكون ضمنيا،وان كانت مسألة استظهار الاتفاق الضمني ،مسألة دقيقة يصعب وضع معيار شامل عام لها،لذا يترك امر تحديدها الى قاضي الموضوع ينظر بصددها الى كل حالة على حدة،ويمكن ان يستعين بصددها بما يستوجبه شرف التعامل وما قصد اليه المتعاقدان،كوسائل مساعدة في الكشف عن الاتفاق الضمني على المطابقة الوصفية[2].

ويبدو هذا المعيار مقبولا في سنده وفي آثاره،اذ لا يمكن ان نغفل ارادة الطرفين المتعاقدين ،في تحديد بعض من آثار العقد،رغم وجود اعتراض منطقي مؤداه ان المشتري قد لا يكون قادرا على اشتراط صفة معينة في المبيع،ومع ذلك يمكن للقضاء ان يستنبط انصراف اردة الطرفين الى ذلك في ضوء طبيعة المعقود عليه ،وما يستوجبه التعامل من حسن نية وشرف، لكي يقرر وجود الاتفاق الضمني على المطابقة الوصفية من عدمه.

المبحث الثالث

احكام ضمان المطابقة

تختلف احكام ضمان المطابقة،باختلاف جهة اخلال البائع به،فاذا سلم البائع مبيعا يختلف عما متفق عليه من حيث المقدار،فان المشرع العراقي اورد نصوصا تعالج هذه المسألة،اما في حالة تخلف الوصف المشروط في المعقود عليه ،او عدم صلاحيته للاستعمال ،فان المشرع العراقي لم يعالج هذه المسألة ومن ثم ينفتح باب الاجتهاد لبيان الاحكام المترتبة على ذلك ومن هنا فاننا نقسم البحث في هذا المبحث الى مطالب ثلاثة نبحث في الاول اختلاف مقدار المبيع ونبحث في الثاني فوات الوصف ونبحث في الثالث عدم صلاحية المبيع للاستعمال،وعلى النحو الاتي:-

[1] أنظر في تفصيل ذلك د.حسام الدين الاهواني-المصدر نفسه-ص٦٢٨.

د. ابراهيم الصالحي-حقيقة العيب الموجب للضمان وشروطه في عقد البيع-دار الطباعة المحمدية -القاهرة- ١٩٨٨-ص٤.د. غازي عبد الرحمن- المصدر نفسه-ص٤٣١.د. ثروت عبد الحميد- المصدر نفسه-ص٤٨.

[2] د.حسام الدين الاهواني-المصدر نفسه-ص٧٢٤.

المطلب الاول
اختلاف مقدار المبيع

اذا سلم البائع الى المشتري مبيعا ينقص عما تم الاتفاق او يزيد عليه،فانه يكون سلم مبيعا غير مطابق من حيث الكم ،ومن ثم جاز للمشتري الرجوع على البائع بالضمان،غير ان حقوق المشتري تجاه البائع تختلف بحسب ما اذا كانت عدم المطابقة راجعة الى نقص في المبيع او الى زيادة فيه.

الفرع الاول
تسليم مبيع ناقص المقدار

تنص المادة (٥٤٣)من القانون المدني العراقي النافذ،على انه(اذا بيعت جملة من المكيلات او الموزونات او المذروعات التي ليس في تبعيضها ضرر او من العدديات المتقاربة مع بيان قدرها وسمي ثمنها جملة او بسعر الوحدة ،ثم وجد المبيع عند التسليم ناقصا،كان المشتري مخيرا ان شاء فسخ البيع وان شاء اخذ المقدار الموجود بحصته من الثمن واذا ظهر المبيع زائدا فالزيادة للبائع)

وتنص المادة(١١٥٤٤)من القانون ذاته على انه(اذا بيعت جملة من الموزونات او المذروعات التي في تبعيضها ضرر او من العدديات المتقاربة مع بيان قدرها وسمي ثمنها جملة ،ثم وجد المبيع عند التسليم ناقصا،فللمشتري فسخ البيع او اخذ المبيع بكل الثمن،الا اذا اتفق مع البائع وقت التعاقد على اخذ المقدار الموجود بحصته من الثمن).

وعليه فان المشرع العراقي يفرق بين حالتين للنقص،حالة ما اذا كان المبيع من الاشياء التي لا يضرها التبعيض وحالة الاشياء التي يضرها التبعيض.

اولا:- الأشياء التي لا يضرها التبعيض.

يقصد بالاشياء التي لا يضرها التبعيض، الاشياء التي لا تتلف بالقسمة، فان هذه الاشياء سواء كانت من المكيلات او الموزونات او المذروعات،وبيعت جملة مع بيان المقدار، وايا كانت طريقة تسمية الثمن،سواء بسعر الوحدة او بسعر اجمالي، ووجد المبيع ناقص المقدار، فانه يكون للمشتري ان يختار بين احد امرين ،اما ان يقبل المبيع بما يوازيه من الثمن، اي له ان يحط من قدر الثمن بقدر النقص في المبيع،او ان يطالب بفسخ العقد[١].

ثانيا:- الأشياء التي يضرها التبعيض.

اما ان كان المبيع مثليا يضره التبعيض،ووجد عند التسليم ناقصا،فانه تجب التفرقة بين تسمية الثمن جملة واحدة،او ان يسمى الثمن بسعر الوحدة

١-اذا سمي الثمن جملة واحدة ،فانه يكون للمشتري ان يختار بين فسخ البيع،وبين ان يأخذ المبيع بالثمن المسمى ،اي لا يجوز له انقاص الثمن،ويرجع عدم اعطاء المشتري الحق في انقاص الثمن،الى ان المشرع العراقي اخذ هذا الحكم عن الفقه الاسلامي الذي يعد مقدار المبيع في هذه الحالة وصفا،والوصف

[١] -استاذنا د.حسن علي الذنون –العقود المسماة –عقد البيع–مطبعة الرابطة–بغداد–ص١٥٩.

لايقابله شيء من الثمن، واعطاء المشتري الحق في الفسخ فذلك لفوات الوصف المرغوب فيه[1].

٢-اذا سمي الثمن على اساس سعر الوحدة.

ووجد المشتري المبيع ناقصا عند التسليم ،وكان الثمن سمي بسعر الوحدة،فانه يكون للمشتري الخيار بين فسخ العقد،او استبقاء المبيع،لكن بحصته من الثمن ،اي يحق له انقاص الثمن بمقدار النقص في المبيع.

الفرع الثاني
تسليم مبيع زائد

اذا كان المبيع زائد المقدار عند التسليم،فان المشرع يفرق بين الأشياء التي يضرها التبعيض، وتلك التي لا يضرها،وعلى النحو الاتي:-

اولا:-اذا كان المبيع يضره التبعيض.

اذا كان المبيع من المثليات التي في تبعيضها ضرر، فاننا نفرق بين صورتين ، أما أن يكون الثمن سمي جملة او على اساس سعر الوحدة وكما يأتي.

١- إذا سمي الثمن جملة.

عند تسمية الثمن جملة والمبيع في تبعيضه ضرر،ووجد عند التسليم زائدا،فأن الزيادة تكون للمشتري ،بلا مقابل،اي لا يلزم المشتري بدفع ما يقابل الزيادة،لانها تكون وصفا مرغوبا فيه ،والوصف لا يقابله شيء من الثمن،ولا يحق للبائع ان يتظلم من هذا الحكم لأن المبيع كان تحت يده وكان عليه ان يتأكد من مقداره قبل التسليم، فأن هو لم يفعل ذلك فلا يلوم الا نفسه[2].

٢- إذا سمي الثمن بسعر الوحدة

إذا اتفق المتعاقدان على تسمية الثمن على اساس سعر الوحدة، وظهر المبيع زائدا عند التسليم ،فأنه يكون الخيار للمشتري بين طلب الفسخ،وبين أخذ المبيع بما يقابله من الثمن،اي ان يدفع زيادة في الثمن تقابل الزيادة في المبيع،وليس له ان يجزء المبيع،لأن في ذلك ضررا يلحق البائع[3].

بيد أنه ينبغي ملاحظة ان الاحكام السابق بيانها المتعلقة بنقص المبيع او زيادته عند التسليم ،ليست من النظام العام ،ومن ثم يستطيع المتعاقدان الاتفاق على احكام مخالفة لها ،هذا من جانب ومن جانب ثان فأن حق المشتري في طلب الفسخ،او حق البائع في طلب الزيادة في الثمن مقيد بقيدين ،الاول ان تكون الزيادة او النقص يجاوز نسبة الخمسة بالمئة من قدر المبيع،والثاني أن دعوى الفسخ او دعوى المطالبة بما يقابل الزيادة في المبيع ،يجب أن تقام خلال ثلاثة اشهر من تأريخ التسليم الفعلي[4]،لأن التسليم الفعلي

---

[1] د.سعدون العامري-مذكرات في العقود المسماة -البيع والايجار -مطبعة المعارف-بغداد-١٩٦٦-ص١٣٠.منير القاضي-شرح المجلة-المصدر نفسه-ص٢٣٥.

[2] د.كمال قاسم ثروت-شرح احكام عقد البيع-مطبعة الرصافي-بغداد-١٩٧٦-ص١٤٧.

[3] استاذنا د.حسن الذنون-المصدر نفسه-ص١٦٠.

[4] أنظر المادة(٥٤٦) مدني عراقي.

وحده يتيح للمشتري التأكد من مقدار المبيع،دون انواع التسليم الأخرى.

المطلب الثاني
فوات الوصف

لم يورد المشرع العراقي،ضمن أحكام عقد البيع[1]،نصا يعالج فوات الوصف المرغوب فيه،وعليه ينبغي لبيان احكامه الرجوع الى الاصل الشرعي لفوات الوصف،وهو الفقه الاسلامي،استدلالا بنص المادة الاولى من القانون المدني العراقي التي تنص(٢-فاذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه حكمت المحكمة بمقتضى العرف،فأذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ الشريعة الاسلامية الاكثر ملاءمة لنصوص هذا القانون دون التقيد بمذهب معين ،فأذا لم يوجد فبمقتضى قواعد العدالة).

وبالرجوع الى الفقه الاسلامي نجد الرأي عند فقهاء الشريعة الاسلامية ،تفرق الى رأيين بشأن خيار الوصف،ذهب الاول الى وجوب تأقيت الخيار بمدة معينة ،ويرى الثاني عدم ضرورة التأقيت.ونبحث كل رأي في فرع مستقل وعلى النحو الآتي.

الفرع الأول
وجوب اقتران خيار الوصف بمدة محددة

يرى فقهاء المالكية أن خيار الوصف يجب أن يقترن بمدة محددة،ورأوا هذه المدة يوما او يومين، ويجب على المشتري ممارسة الخيار خلالها، فأذا انقضت هذه المدة،سقط الخيار ولزم البيع[2]،وأذا فسخ البيع خلالها وجب على المشتري رد المبيع ، والا وجب عليه دفع كامل الثمن دونما نقص.

غير أنه اذا امتنع الرد ،لسبب من الاسباب ، جاز للمشتري عندها ان يرجع على البائع بحصة الوصف الفائت من الثمن ،وذلك بأن يقوم المبيع وهو موصوف ،ويقوم وهو خال من الوصف وما كان من تفاوت بين التقويمين يرجع به المشتري على البائع وهو ما يسمى (ارش الوصف)،اي انه لا يجوز كأصل للمشتري المطالبة بنقص الثمن الا اذا تعذر الفسخ[3].

وخيار الوصف عند فقهاء الشريعة يورث فينتقل الى الوارث لان للوصف أثرا في المبيع، فكما أن المبيع ينتقل الى الوارث فكذلك ما له علاقة بالمبيع ذاته،اي ينتقل المبيع الى الوارث بخيار الوصف المرغوب فيه،فأذا خلا المبيع من الوصف كان للوارث الخيار،ولا يبطل الخيار،عندهم الا بتصرف المشتري في المبيع تصرف الملاك[4].

---

[1] أورد المشرع العراقي نصا في الاحكام المتعلقة بعقد الايجار يشير الى مسألة فوات الوصف وهو نص المادة(٢١٧٥٦).

[2] أبو عبدالله محمد بن عبدالله بن علي الخرشي-شرح الخرشي على مختصر خليل-ج٤ -المطبعة الكبرى الاميرية ببولاق-ط٢-١٣١٧هـ-ص٢٩٥.

[3] د.عبد الستار ابو غده-الخيارات وأثرها في التصرفات-جامعة الازهر-١٩٧٥-ص٥٣٧.

[4] منير القاضي-المصدر نفسه-ص٢٩٦.

الفرع الثاني
عدم ضرورة تأقيت الخيار

وذهب فقهاء الاحناف والحنابلة والشافعية الى عدم ضرورة التأقيت لصحة الخيار.غير أنهم اختلفوا في الوقت الذي يجب فيه ممارسة الخيار ،فذهب الاحناف والحنابلة الى أن الخيار يثبت على التراخي،ولا تتوقف ممارسته على زمن معين،ولايسقط الا بوجود ما يسقطه،او ما يدل على الرضا بالمبيع،والرضا قد يكون صريحا وقد يكون ضمنيا[1].

في حين ذهب الشافعية الى وجوب ممارسة الخيار على الفور،فعندهم أن خيار الوصف كخيا ر العيب،يجب على المشتري ممارسته فور تسلمه المبيع، و الا عد قابلا به[2].

ولا شك أن في القول بفورية الخيار عنتا يصيب المشتري،وقد يفوت به الغرض الذي اقر الخيار لأجله،كما أن عدم تحديد مدة لممارسة الخيار،او جعل هذه المدة طويلة الامد،أمر قد يترتب عليه زعزعة المعاملات،وعليه فأننا نرجح أن تكون المدة التي يجب ممارسة الخيار خلالها مدة معقولة تحقق الموازنة بين ذلك،كأن تكون سبعة أيام.

كما أن اعطاء المشتري الخيار بين استبقاء المبيع والمطالبة بارش الوصف او الفسخ حسبما تقضي به مصلحته،أمر فيه قدر من الحماية للمشتري الذي قد لا يستطيع التأكد من مواصفات المبيع،في ظل تعقد الطابع الفني للسلع والخدمات،ولئلا يحرم المشتري من المبيع الذي قد يكون بحاجة ماسة اليه،مما قد تدفعه هذه الحاجة الى المبيع الى صرف النظر عن المطالبة بالفسخ.

المطلب الثالث
عدم صلاحية المبيع للاستعمال

يعد البائع مخلا بتنفيذ التزامه بتسليم المبيع اذا سلم مبيعا غير صالح للاستعمال في الغرض او الاغراض التي يريدها المشتري ،اذ لا يكفي أن يسلم مبيعا مبرء من العيب،او تتحقق فيه الصفات المشروطة،وانما يجب ان يكون المبيع قابلا لان يستعمل على النحو الذي يريده المشتري من وراء اقتنائه،وقد يكون المشتري غير عالم بالطريقة الناجعة لاستعمال المبيع ،مما يوجب على البائع التزام بأن يحيطه علما بالبيانات اللازمة لتحقيق الانتفاع الامثل بالمبيع،وحيث أن الاغراض التي يريدها المشتري قد لا تكون واحدة في جميع العقود وانما تختلف باختلاف الاشخاص،فضلا عن الاستعمال العادي للمبيع الذي يتفق مع طبيعته،من هنا فأن وفاء البائع بالتزامه بتسليم مبيع متوافق مع غرض المشتري،يختلف بحسب ماذا كان المشتري يريد استعمال المبيع في غرض خاص ،او في الغرض العام الذي يتفق مع طبيعة المبيع ،

---

[1] **أكمل الدين محمد بن محمود البابرتي-شرح العناية على الهداية-ج٦-مطبعة مصطفى البابي الحلبي-بدون سنة طبع-ص٣٢٢.**

[2] **تقي الدين علي بن عبد الكافي -تكملة المجموع شرح المهذب-ج١٢-مطبعة التضامن الاخوي-مصر-بدون سنة طبع-ص٣٢٩.**

وعليه فأن ما تقدم يوجب علينا أن نبحث في الحالتين المذكورتين في الفرعين الاتيين :-

الفرع الاول

تقييد استعمال المبيع في غرض خاص بالمشتري

اذا اراد المشتري استعمال المبيع في غرض خاص به ،فأنه لكي يضمن حقه في الرجوع على البائع بالضمان،اذا لم يكن المبيع صالحا للاستعمال في هذا الغرض،عليه ان يبين ذلك في العقد،خاصة اذا كان هذا الغرض ليس من صور الاستعمال المعتادة،لان من شأن القول بخلاف ذلك أن نجعل البائع ملزما بالتحري من كل مشتر عن الاغراض الخاصة التي يريد استعمال المبيع فيها،وهذا عبء ليس في الوسع الوفاء به،فضلا عما يترتب عليه من قيود تحد من حرية المعاملات كثيرا،فأن فعل المشتري ذلك وعلم البائع بهذا الغرض الخاص ،وظهر المبيع غير ملب له ،كان له الرجوع على البائع بالضمان ،لأنه لا يجبر المشتري على قبول مبيع لا تتطابق خصائصه مع التحديد الوارد في العقد[١].

بل يستطيع الرجوع على البائع بالضمان والمطالبة بفسخ العقد،فضلا عن التعويض عما اصابه من ضرر نتيجة لذلك[٢].

بيد أنه ينبغي ملاحظة أن البائع لا يلزم بالضمان في حالة التقييد الصريح فحسب، وانما يمكن أن يكون التقييد ضمنيا،وذلك بالرجوع الى ظروف ابرام العقد ، او الى طبيعة عمل المشتري،ان كانت هذه الطبيعة معلومة للبائع ، وتطبيقا لذلك قضت محكمة النقض الفرنسية ، بالزام بائع الحيوان بضمان صلاحيته للاستهلاك البشري، عندما تبين أن الحيوان كان معمرا ولحمه غير جيد،ما دام البائع يعلم أن المشتري كان يعمل جزارا، ولم تأخذ المحكمة بدفع البائع أنه كان يظن أن المشتري يريد استعماله في الزراعة[٣]. واذا تعاقد ناد للفروسية لشراء خيول ،فأن بائعها يلتزم بضمان صلاحيتها للجري في السباقات،استنادا الى ظروف ابرام العقد وطبيعة عمل المشتري[٤].

الفرع الثاني

إعلام المشتري بكيفية استعمال المبيع

قد يتطلب استعمال المبيع على الوجه الاكمل،أن يحوز المشتري معلومات معينة ،وحيازة المشتري لهذه المعلومات يستلزم تدخلا ايجابيا من البائع ،ولا يعد البائع موفيا بالتزامه بضمان الصلاحية مالم يزود المشتري بجميع المعلومات الضرورية لتحقيق الانتفاع به على الوجه الاكمل[٥].

ولا يقبل من البائع ،لدفع مسؤوليته،أن يتذرع بعدم بيان المشتري عن اوجه الاستعمال، وانما يجب

---

[١] **Cass1.civ.15 Dec,1987.Bull.civ.1N324.**

[٢] **-د.ثروت عبد الحميد-المصدر نفسه-ص٣٣**

[٣] **Cass.civ,16 Juill.1965.J.C.P.`965-4P122.**

[٤] **د.حسام الدين الاهواني-المصدر نفسه-ص٧٢٤.**

[٥] **د.ثروت عبد الحميد-المصدر نفسه-ص٢٧.**

عليه أن يبادر الى تزويد المشتري بكل ما كان ضروريا لتحقيق الاستعمال الامثل،خاصة اذا كان البائع محترفا سواء كان بائعا او منتجا،وذلك لأن الثقة التي يوليها المشتري بالبائع تستوجب اخذه بنوع من الشدة ،التي وصلت في بعض الاحيان الى حد افتراض علمه بالغرض الذي يريد المشتري استعمال المبيع فيه،بصورة مطلقة،ومن ثم لم يعد بامكان البائع أن يدفع مسؤوليته بالاحتجاج بجهله بهذا الغرض[١]،وقضت محكمة النقض الفرنسية بهذا الاتجاه،حينما قضت بمسؤولية البائع الذي لم يحط المشتري علما بعدم ملاءمة المعقود عليه للعمل في الظروف الخاصة بالمنطقة التي ينوي استعماله فيها[٢].

وضمان البائع لصلاحية المبيع للاستعمال لا يتوقف على رغبات المشتري،التي يفصح عنها عند ابرام العقد،بل يجب على البائع ان يعلم بالاغراض التي يصلح المبيع للاستعمال فيها ،من خلال ظروف موضوعية لا تتوقف على ارادة المشتري، مثل طبيعة المبيع او الغرض الرئيسي من التعاقد الذي يعد ظرفا موضوعيا ،يستطيع من خلاله البائع ان يحدد الغرض الذي يريد المشتري استعمال المبيع فيه،ومن هنا قضت محكمة النقض الفرنسية أنه كان على البائع أن يعلم أن المشتري يريد استعمال السيارة التي اشتراها بعد فترة طويلة من صنعها ،أنه يريد استعمال اجزائها كادوات احتياطية وليس لغرض الاستعمال العادي [٣].

كما قضت بأن البائع يعد مخلا بالتزامه بالتسليم،لأنه سلم سيارة نقل بضائع بمعدات تبريد لاتتناسب كفاءتها مع درجة التبريد المطلوبة للبضاعة التي تخصص المشتري في نقلها[٤].

ويلاحظ أن الاحكام القضائية المشار اليها آنفا،تربط بين ضمان صلاحية المبيع والتزام البائع بالتسليم،والتزام البائع بالتسليم التزام بتحقيق نتيجة،ومن ثم يثور التساؤل عن طبيعة التزام البائع بضمان صلاحية المبيع؟

يذهب الفقهاء الى أن التزام البائع بضمان الصلاحية التزام بنتيجة ،اذ يجب على البائع أن يسلم مبيعا صالحا للاستعمال من جميع الوجوه ،لا فرق في ذلك بين ما يعد ضروريا وما يعد كماليا ،وبين ما اذا كان عدم المطابقة جسيما او غير جسيم،فبائع السيارة مثلا يضمن الخلل الذي يصيب الجزء الخاص بتحريك المقعد الى الوضع المناسب على النحو الذي يضمن فيه عمل المحرك،فلسنا هنا بصدد تقدير جسامة العيب،بل معرفة ما اذا كان البائع او فى بالتزامه بالتسليم ام لا[٥].

---

[١] المصدر نفسه–ص٢٨.

[٢] Cass.1civ.4Oct,1977,Gaz,Pal.1978-1.P262.

[٣] Cass.civ.26uin 1956.Gaz Pal,1956-1P320.

[٤] Cass com,5 Janv-1981.Bull.civ.111.N11.

[٥] د.ثروت عبد الحميد–المصدر نفسه–ص٥٩.

الخاتمة

يعن لي أن اوجز في نهاية بحثي هذا أهم النتائج التي خرج بها وكما يأتي:-.

١- أن التزام البائع بضمان المطابقة يرتبط بالتزامه بالتسليم،اذ لا يكفي أن يسلم البائع المبيع الى المشتري،حتى يعد موفيا بالتزامه بالتسليم ومن ثم ننتقل الى البحث في الالتزامات الاخرى،وانما يجب أن يكون المبيع الذي سلمه البائع مطابقا لما تم الاتفاق عليه من حيث المقدار والمواصفات وأن يكون صالحا للاستعمال لما أعد له او طبقا للغرض الذي يريد المشتري استعماله فيه، والاضمن البائع ذلك بغض النظر عن كون المبيع معيبا من عدمه ،ذلك لأن البحث كشف عن امكانية التمييز بين ضمان المطابقة وضمان العيب،وما كان من اختلاط بينهما انما كان نتيجة لاجتهادات بعض المحاكم التي حاولت الاستعانة من بعض احكام العيب لتحقيق عدالة التعاقد نظرا لاختلال التوازن بين البائع والمشتري على نحو قد يذهب بحقوق المشتري.

٢-- يمكن أن يقدم الفقه الاسلامي ما يغني في معالجة فوات الوصف لما تضمنه من معالجة دقيقة ،ويمكن أن يكون تعدد الآراء في هذا الفقه خير معين لتبني الرأي الأنسب منها،وان كنا نفضل الرأي الذي أخذ به الأحناف مع ضرورة تقييد ممارسة الخيار بمدة مناسبة حفاظا على استقرار المعاملات.

٣-عرض البحث توجهات محكمة النقض الفرنسية في معالجة ضمان المطابقة مما يتيح للقضاء العراقي الاطلاع عليها و الافادة مما هو نافع منها وما يتفق مع احكام قانوننا،خاصة أن المشرع العراقي لم يجمع بين ضمان العيب وفوات الوصف ،في عقد البيع ،كما فعل المشرع المصري ،لذا لا يجدر بالقضاء العراقي أن يجمع بينهما.

٤-يمكن أن يقدم ضمان المطابقة حماية فعالة للمستهلك في البلدان التي لم تصدر فيها تشريعات لحماية المستهلكين،ومنها بلدنا عن طريق إلزام البائع ،الذي غالبا ما يكون محترفا ،بتسليم مبيع مطابق لغرض المشتري،الذي قد يتعذر عليه معرفة خصائص السلع والخدمات التي يتعاقد لشرائها في ظل تطور طابعها الفني بشكل كبير،مما يتعذر معه تحديد مواصفاتها على نحو دقيق.

المصادر

اولا:-المصادر العربية.

د. ابراهيم الصالحي-حقيقة العيب الموجب للضمان وشروطه في عقد البيع-دار الطباعة المحمدية-القاهرة-١٩٨٨

- ابو عبدالله محمد بن عبد الله بن علي الخرشي-شرح الخرشي على مختصر خليل-المطبعة الكبرى الاميرية ببولاق-ط٢-١٣١٧هـ.

- اكمل الدين محمد بن محمود البابرتي-شرح العناية على الهداية-مطبعة مصطفى البابي الحلبي-بدون سنة طبع.

- تقي الدين علي بن عبد الكافي-تكملة المجموع شرح المهذب-مطبعة التضامن الاخوي-مصر-بدون سنة

طبع.
د. ثروت حبيب–دراسة في قانون التجارة الدولية–دار الاتحاد العربي للطباعة–ط١–١٩٧٥.
د. ثروت حبيب–دراسة في قانون التجارة الدولية–دار الاتحاد العربي للطباعة–ط١–١٩٧٥.
د. جابر محجوب علي–ضمان سلامة المستهلك من اضرار المنتجات الصناعية المبيعة–دار النهضة العربية–القاهرة–١٩٩٥.
–د–جمال عبد العزيز–الالتزام بالمطابقة في عقد البيع الدولي للبضائع–دار النسر الذهبي للطباعة–القاهرة–١٩٩٧.
–د. حسام الدين الاهواني–عقد البيع–مطبوعات جامعة الكويت.
–د. حسن عبد الباسط جميعي–أثر عدم التكافؤ بين المتعاقدين على شروط العقد–دار النهضة العربية–القاهرة–١٩٩٦.
–د. حسن علي الذنون–العقود المسماة–عقد البيع–مطبعة الرابطة–بغداد–بدون سنة نشر.
د. سعدون العامري–مذكرات في العقود المسماة–البيع والايجار–مطبعة المعارف–بغداد–١٩٦٦.
–د. عبد الستار ابو غده–الخيارات وأثرها في التصرفات–جامعة الازهر–١٩٧٥.
د. عبد الرزاق السنهوري–الوسيط–ج٤–ط٣–منشورات الحلبي الحقوقية–بيروت–٢٠٠٠.
–د. عبد الناصر العطار–استقراء لماهية العيب وشروط ضمانه في القانون المصري–مجلة العلوم القانونية والاقتصادية–السنة١٣–العدد الثاني–.١٩٧١
١–د. علي جمال الدين عوض–العقود التجارية–دار النهضة العربية–القاهرة–١٩٨٢.
–د. غازي عبد الرحمن ناجي–التزام البائع بضمان العيوب الخفية في القانون المدني العراقي–مجلة العدالة–العدد الثالث–السنة الخامسة–١٩٧٩.
–د.كمال قاسم ثروت–شرح احكام عقد البيع–مطبعة الرصافي–بغداد–١٩٧٦
–د. محسن شفيق–اتفاقية لاهاي ١٩٦٤بشأن البيع الدولي للمنقةلات المادية–دار النهضة العربية– القاهرة–١٩٨٦.
د. محمود السيد عبد المعطي خيال–التعاقد عن طريق التلفزيون–النسر الذهبي للطباعة–القاهرة–٢٠٠٠.
– منير القاضي–شرح المجلة–ط١–مطبعة العاني–بدون سنة نشر.
– القانون المدني العراقي رقم (٤٠)لسنة١٩٥١.
– القانون المدني المصري النافذ
– قانون التقييس والسيطرة النوعية(٥٤)لسنة١٩٧٩.
– فضلا عن مصادر القرارات القضائية المشار لها في مواضعها.

ثانيا:-المصادر الفرنسية

Calsis Aulo(j):Droit de la consommation 3ed. Dalloz.Paris.1992.
Tournafond(o):Droit de la vente.D.1997.
Family(R):Erreur-conforimite.vice cache.cont,conc,cons,ed.du Juris classeur,Avril,2002,chron,N7,p5.
V.A(Benabent):Note sous 1Mai 1993.D1993.