أثر التدخل التشريعي على فعالية شروط الإعفاء من ضمان العيوب الخفية في عقود البيع

The Impact of Legislative Intervention on the Effectiveness of Exemption Clauses from Guaranteeing Latent Defects in Sales Contracts

1. الأستاذ: محمود عبد الكريم
كلية الحقوق، جامعة بيرزيت - فلسطين
Mahmoud.aqsa@gmail.com
2. الدكتور: محمود دودين
كلية القانون، جامعة قطر
mdodeen@qu.edu.qa

تاريخ الاستلام: 2019/02/02
تاريخ القبول: 2019/04/25

1. Professor: Mahmoud abdelkarim
Faculty of Law, Birzeit University
Palestine.
2. Dr. Mahmoud dodeen
Faculty of Law, Qatar University
Qatar.

ملخص باللغة العربية:

تناولت الدراسة أثر التدخل التشريعي على شرط الإعفاء من ضمان العيب الخفي في البيوع في ضوء التشريع والفقه والقضاء، وقد تم اعتماد المنهج التحليلي المقارن من خلال تحليل عدد من النصوص القانونية الواردة بشكل أساسي في مجلة الأحكام العدلية، ومشروع القانون المدني الفلسطيني، والقانون المدني الفرنسي وتعديلاته لعام 2016، وقانون الإستهلاك الفرنسي وتعديلاته، للوقوف على توجهاتها حول موضوع الدراسة. خلصت الدراسة إلى جُملة من النتائج، منها أن مجلّة الأحكام العدلية، كما القوانين المدنية العربية المقارنة أخذت كقاعدة عامة، بصحة الإتفاق على إسقاط الضمان، ما لم يكن مقترناً بغش. وبدا واضحاً أن التوجه المعاصر لدى الفقه والقضاء الفرنسي ينحو باتجاه اعتبار أي شرط يكون موضوعه أو ينجم عنه، على حساب المستهلك، عدم توازن مؤثر بين حقوق والتزامات أطراف العقد، أو يخل بمبدأ حسن النية ونزاهة التعامل، شرطاً تعسفياً، وبالتالي باطلاً.

الكلمات المفتاحية: ضمان العيب الخفي، الإصلاح القانوني، البائع المهني، حماية المستهلك.

ABSTRACT:

The study addresses the effect of legislative intervention on the clause of exemption from guaranteeing latent defect in contracts of sales in light of legislation, jurisprudence and judiciary. The comparative analytical approach has been adopted while conducting this study. The authors analyzed legal texts contained, basically, in the Mejalleh, the Palestinian draft civil code, the French civil code as amended in 2016, and the French consumption code; to explore their status and tendency pertaining the subject matter. Several findings and recommendations have been reached, including the validity of waiver of latent Defects clause in the Mejalleh, as well as in the Arab comparative civil laws, in principle, as long as sellers avoid deceptive actions. It was obvious that the contemporary approach of French jurisprudence and judiciary tends to consider any clause that constitutes an effective imbalance between the rights and obligations of the parties to the contract, or breaches the principles of good faith and fair dealing, as arbitrary and thus invalid.

Keywords: *warranty of latent defect, legal reform, professional seller, consumer protection.*

المنارة للاستشارات

مقدمـــة:

لا يقتصر عقد البيع، في جوهره، على مجرّد نقل مِلكية الشيء المبيع للمشتري، بل يتجاوز الأمر إلى ضرورة ضمان تحقيق المبيع للجدوى الاقتصادية التي رمى إليها المُشتري بإبرامه للعقد[1]. وتكمن هذه الجدوى بشكل خاص، في وجوب تمكين المُشتري من حيازة المبيع والإنتفاع به بما يتساوق والغرض الذي أُعدّ له المبيع، بخلوّه من العيوب الخفية التي قد تُنقص من قيمته أو تجعله غير صالح للاستعمال، وتبعًا لذلك حرمان المُشتري من المنفعة التي عوّل عليها وقت التعاقد[2]. من هذا المُنطلق برزت فكرة الضمان،[3] وارتبطت بعقد البيع، بشكل أساسي، بوصفه العقد الأكثر شيوعاً.

---

1 **لمزيد من التفصيل حول شروط الإعفاء من ضمان العيب الخفي راجع:** محمود عبد الكريم، العيب الخفي في البيوع: ماهيته وشرط الاعفاء من ضمانه، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والإدارة العامة، جامعة بيرزيت، فلسطين، كانون ثاني 2019. يعتبر أصل هذه المقالة جزءاً من أطروحة ماجستير أعدها الباحث الرئيس محمود عبد الكريم بإشراف الباحث الثاني د. محمود دودين. ويطيب للباحثين أيضا شكر وتقدير لجنة نقاش المكونة من د. يوسف شندي، ود. دياب الشيخ، برئاسة الباحث الثاني، على ملاحظاتها القيمة وتوصيتها بنشر الرسالة.

2 تنص المادة (336) من مجلّة الأحكام العدلية، على أن: "البيع المطلق يقضي سلامة المبيع من العيوب، يعني أن بيع المال بدون البراءة من العيوب وبلا ذكر أنه معيب أو سالم يقتضي أن يكون المبيع سالمًا من العيب". وفي هذا المعنى، قررت محكمة التمييز الأردنية في إحدى قراراتها: "أن ما بيع مطلقًا إذا ظهر فيه عيب قديم يكون المشتري مخيرًا إن شاء قبله بثمنه المسمى وإن شاء رده وليس له أن يمسك المبيع ويأخذ مما نقصه العيب، ولهذا فإن الادعاء بوجود عيب في المبيع لا يصح ايراده كدفع للدعوى المقامة بطلب الثمن من أجل حسم قيمة النقصان منه بل لا بد من إقامة دعوى متقابلة". قرار محكمة التمييز الأردنية رقم (225) لسنة 1970، الأحكام المدنية، ص 637.

3 عرّفته مجلة الأحكام العدلية في المادة (415) على أنه: "إعطاء مثل الشيء إن كان من المثليات، وقيمته إن كان من القيميات". بينما عرّفه الأستاذ مصطفى الزرقا، بقوله: "الضمان هو التزام بتعويض مالي عن ضرر الغير". أما وهبة الزحيلي عرّف الضمان بقوله: "هو الالتزام بتعويض الغير عما لحقه من تلف المال أو ضياع المنافع، أو عن الضرر الجزئي أو الكلي الحادث بالنفس الإنسانية".

المنارة للاستشارات

فالبيع لا بدّ أن يكون قائمًا على مبدأ حُسن النية، وإذا كان قائماً على الخِداع يُصبح العقد غير محقق للتوازن بين الطرفين.[1] وما يجب، هو التزام كل منهما بتنفيذ التزامه دون إخلال، فيلتزم البائع بتسليم المبيع خالياً من كل عيب من شأنه أن يضُر المُشتري لِمَا كان يقصده من الشراء، فإذا وجد المُشتري في هذا المبيع عيباً رجع على البائع بالضمان.[2] لذلك، تكفّل المُشرّع في معظم بلدان العالم تنظيم أحكام هذا الضمان في ضوء ذات الأهداف، وهي حماية المشتري وتمكينه من الرجوع على البائع عند اكتشاف ما كان خافيا من عيوب الشيء محل التعاقد.

عادة ما يلجأ الباعة إلى تضمين عقود البيع، وبشكل خاص تلك الواردة على منتجات تقنية وخطرة شروطاً تفيد، صراحة أو دلالة، بإعفاء البائع من ضمان العيوب الخفية، ما يخل بمستوى الحماية التي أسبغها المشرع على حقوق المشترين بالتقييد أو الإلغاء، الأمر الذي دفع المشرّع في كثير من التشريعات المقارنة إلى تنظيم المركز القانوني للمتعاقدين في هكذا حالات في محاولة لإعادة التوازن الاقتصادي للعقد.

للمزيد انظر: إدريس فقيه، القواعد والضوابط الفقهية في نظرية الضمان: دراسة فقهية تحليلية، رسالة ماجستير، الجامعة الأردنية، 2006، ص: 47. أيمن أبو العيال، فكرة ضمان العقد في الفقه الإسلامي، مجلة جامعة دمشق، مجلد (19)، عدد (2)، 2003، ص 104. عادل الشمري. عباس الصدّيق، أحكام الضمان في عقد البيع في الفقه الإسلامي: دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، جامعة أم درمان الإسلامية، 1995، ص 20 وما بعدها. وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته الجزء التاسع، دار الفكر، دمشق 2014، ص 716 وما بعدها.

1 **للمزيد حول التوازن العقدي في نطاق عقود الإذعان انظر:** سعيد عبد السلام، التوازن العقدي في نطاق عقود الإذعان، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، عدد (13)، 1998، ص 2– 160، علي الرام، عقود الإذعان وسلطة القضاء في مواجهة الشروط المجحفة، مجلة القصر–المغرب، عدد (6)، 2003، ص 81– 110.

2 "بيع الشيء شرعًا وقانونًا يقتضي سلامة المعقود عليه من العيب وهو كل عيب مؤثر ويفوت غرض صحيح في المبيع". قرار المحكمة الاتحادية العليا الإماراتية رقم (11) لسنة 15 قضائية، المنشور في المكتب الفني (16) رقم الجزء (3) بتاريخ 1994/11/13، ص 1338.

المنارة للاستشارات

تناقش هذه الدراسة موضوعها في النظام القانوني الفلسطيني والفقه الإسلامي؛ كون مجلة الأحكام العدلية ما زالت مطبقة في فلسطين، وتحليل موقفه في ضوء بعض التشريعات العربية المقارنة، والنظام القانوني الفرنسي، وكذلك أحكام القضاء، بهدف التوصل إلى مقترحات قابلة لتحقيق عدالة اقتصادية لطرفي العقد، ترشد المشرع إلى إجراء تحسينات واصلاحات في المنظومة التشريعية القائمة. يقتصر نطاق البحث على الوسائل التي أتاحها المشرّع لإبطال هذه الشروط أو التخفيف من أثرها (الفرع الأول)، والوسائل والبدائل التي تتيحها النصوص التشريعية للمشتري لمطالبة البائع بالحقوق التي أضاعتها عليه شروط الإعفاء أو التخفيف من الضمان (الفرع الثاني).

الفرع الأول: الوسائل التشريعية التي تسمح باستبعاد شروط الإعفاء من ضمان العيوب الخفية.

تؤدي شروط الإعفاء من المسؤولية عن ضمان العيوب الخفية إلى إسقاط الضمان كلية وحرمان المشتري من كل حقوقه المترتبة على وجود العيب في حدّ ذاته أو ما يترتب عنه من أضرار. ونظراً لأن عدم ظهور العيب قد يكون ناجما عن غش أو خطأ متعمّد فإن المشرّع قد تنبه إلى هذه الحالات، مع اختلاف في مضمون المعالجة بين التشريعات محل المقارنة.

بالنسبة لمجلّة الأحكام العدلية لم يرد بين نصوصها ما يجيب على التساؤل المتعلق بأثر علم البائع بعيوب المبيع وعدم إخطار المشتري بها على فعالية شروط الإعفاء والتخفيف من الضمان. وفي ظل غياب التدخل التشريعي وعدم ظهور ردود الفعل القضائية للمسألة محل الدراسة فالضابط هو المبادئ العامة. وكما عرفنا أن المجلّة قد اعتمدت الاتجاه الذي يقبل بشرط البراءة من جميع عيوب المبيع وبصفة مطلقة (المادة 342)، ويعني ذلك صحة هذا الشرط كأصل عام، خصوصاً أن

المنارة للاستشارات

أحكام الضمان القانوني للعيوب الخفية لا تتعلق بالنظام العام.[1] لكن كيف يمكننا الإجابة عن التساؤل الذي يثور عن اتجاه نية البائع إلى التخلُّص من الضمان إذا كان يعلم بالعيب ولم يُخطر المشتري بوجوده ؟

جاء حكم الدائرة المدنية لمحكمة استئناف أبو ظبي والذي أكدّ أن علم أو عدم علم البائع بعيوب المبيع لا تؤثر على الضمان. وورد في هذا الحكم أنه: "لا يؤثر في التزام البائع بالضمان علمه أو جهله بالعيب، فالبائع يضمن العيب سواء كان عالما به أو غير عالم".[2] وهذا ما سارت عليه المجلة.

لما كانت مجلّة الأحكام العدلية قد استمدت أحكام شرط البراءة من العيب من الفقه الحنفي، فإن الرجوع إلى ما ورد بهذا الفقه بصدد هذه المسألة يوضح أن الحنفية قد أجازوا اشتراط البراءة من العيب سواء علم البائع به أو لم يعلم،[3] وذلك على العكس من فقه المالكية الذي ذهب إلى بطلان شرط البراءة من العيوب في حالة سوء نية البائع ومنه علمه بعيوب المبيع.[4] ونرى أنه لا مشكلة إن كان البائع يعلم بالعيب وأفصح للمشتري به ومن ثم حصل الإبراء، فيدخل ذلك في باب العلم بالعيب. لكن في حال علم البائع بالعيب وسكت فقد يدخل ذلك في باب التغرير بالكتمان.

وقد يبدو لأول وهلة أن الربط بين ما جاء بحكم محكمة الاستئناف سابق الذكر وما ورد في فقه الحنفية أن هناك توجها لعدم الاعتداد بعلم البائع أو بعدم علمه في

1 المادة (1/555) من قانون المعاملات المدنية الإماراتي لسنة 1985. فريال أبو سرحان، مدى ضمان المقاول والمهندس المعماري في مقاولات الأبنية، رسالة ماجستير، جامعة مؤتة، 2007، ص 51.

2 قرار محكمة استئناف أبو ظبي (1979)، مجلة العدالة، عدد (18)، ص 130.

3 يوسف أبو قرن، شرط البراءة من العيوب ومدى تطبيقه في المعاوضات المالية– دراسة فقهية مقارنة، رسالة دكتوراه، الجامعة الأردنية، 2011، ص 57.

4 نور سالم، ضمان العيوب وتخلف المواصفات في عقد البيع– دراسة مقارنه، رسالة ماجستير، جامعة أم درمان الإسلامية، 2003، ص 144.

المنارة للاستشارات

إعمال الضمان أو في استبعاده. غير أننا نعتقد أن الفقه الحنفي وقد كان المصدر المادي لنصوص المجلّة، فإنه ليس إلا أحد المصادر التي يستعين بها القضاء في تفسير النص. ذلك أن النص يصبح أكثر ارتباط بواقع المعاملات في محيط التطبيق من الإرتباط بمصدره المادي أو التاريخي. لذلك وفي غياب نص صريح بشأن الإعتداد أو عدم الاعتداد بعلم البائع بعيوب المبيع لإبطال شروط الإعفاء من ضمان العيوب الخفية، فإن علينا أن نتلّمس توجهات المشرّع في ضوء احتياجات التطبيق. فيكون للمحكمة المختصة، عند الطلب، سلطة مراجعة شرط الإعفاء وفقاً لظروف وملابسات التعاقد، للتحقق من صحة احترام المبادئ العامة في التعاقد، كمبدأ حسن النية، وعدم التعسف في استعمال الحق، وإرادة المتعاقدين.

لما كانت المبادئ العامة في الشريعة الإسلامية تقضي بإبطال التصرفات المبنية على الغش، ولما كانت المادة (4) من القانون الأساسي الفلسطيني المعدل لسنة 2003 تقر بكون مبادئ الشريعة الإسلامية مصدراً رئيساً للتشريع، ونظراً لأن التوجهات الحديثة في التشريعات المعاصرة تجعل سكوت البائع المهني أو المحترف عن إعلام المشتري بالعيب نوعاً من أنواع الغش،[1] لذلك نرى بأنه بإمكان القضاء الفلسطيني أن يقضي ببطلان الشروط المعفية والمُنقصة من ضمان العيوب الخفية في الحالات التي يثبت فيها علم البائع بهذه العيوب.[2]

نظراً لأن شرط الإعفاء من ضمان العيوب الخفية يُعد نوعا من أنواع شروط تحديد المسؤولية –كما سبق وأوضحنا– فقد كان بإمكان صائغي مشروع القانون

1 يتوجه قضاء محكمة العدل الأوروبية إلى الاعتراف بالكتمان العمدي وغير العمدي، كما أنها دائماً تفترض جهل المستهلك بحقيقة المبيع وشروط العقد، وتُلزم المهني بإثبات قيامه بواجب الإعلام تجاه المُستهلك. **للمزيد انظر:** جاك غستان، المُطول في القانون المدني، تكوين العقد، ترجمة منصور القاضي، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت 2000، ص 692. محمد حسين، الجوانب القانونية السابقة للتعاقد، المؤسسة الفنية، القاهرة 2001، ص 82.

2 توفيق فرج، أثر حسن النية على رجوع المشتري بالضمان، مجلة الحقوق للبحوث القانونية الاقتصادية، عدد (1)، 1970، ص 197 – 198.

المنارة للاستشارات

المدني الفلسطيني لسنة 2003 الإكتفاء بما ورد في نص المادة (1/238) التي تُتيح للمتعاقدين الاتفاق على شروط تعديل المسؤولية إلّا في حالات الخطأ الجسيم والغش الذي يرتكبه المدين المسؤول. لكن جاء نص المادة (479) من المشروع ليقيّد نص المادة (1/238)، مما يعني أن صائغي المشروع قد وسعوا من حالات إبطال هذه الشروط حينما تكون مبنية على غش، ومن ذلك الشرط المعفي من ضمان العيوب الخفية المستند إلى علم البائع بالعيب دون الإفصاح عنه للمشتري.

القراءة المتفحصّة لنص المادة (2/468) من مشروع القانون المدني الفلسطيني والتي سبق ذكرها، توضّح أن ما يتكلّف به المشتري هو فحص المبيع بعناية الشخص المعتاد، فإذا أهمل في ظل هذا المعيار الموضوعي فإن البائع لن يضمن هذه العيوب التي كان المشتري يستطيع أن يتبيّنها بنفسه. فهذه العيوب في الحقيقة تعد وكأنها من العيوب الظاهرة. ويتبين من ذلك أن المادة المذكورة أعلاه من المشروع الفلسطيني لم تُلقِ على عاتق المشتري أي التزام بفحص العيوب الخفية والتي تكتسب صفة الخفاء من عدم قدرة الشخص المعتاد على تبينها بالفحص العادي. فإذا احتاج الأمر إلى بذل مجهود غير عادي أو فحص المبيع بطرق علمية خاصة أو الالتجاء إلى خبير، فإن العيب يعتبر خفيًا بالنسبة للمشتري ويكتسب هذا الأخير الحق في مطالبة البائع بالضمان.[1]

إذا كان مشروع القانون المدني الفلسطيني قد نص على إبطال اتفاقات الإنقاص أو الإعفاء من ضمان العيوب الخفية إذا كان البائع قد تسبب بغشه في إخفاء العيب، فإن ذلك لا يتعلّق إلّا بالفرض الذي يكون فيه العيب ظاهرا أو متاح الكشف عنه منذ البداية. وفي هذه الحالة لا يكون عيبا خفيا وإنما التكييف أن البائع مارس أفعالاً إيجابية أدت إلى التغرير بالمشتري لقبول التعاقد (تغرير بالأفعال)، وإن تحقق الفرض واقترن بغبن فاحش كان العقد فاسداً. ما عدا ذلك؛ أي حين إخفاء البائع لعيب لا يمكن كشفه بالاطلاع على ظاهر المبيع يكون عيباً خفياً. وبهذا

1 خميس خضر، عقد البيع في القانون المدني، مكتبة القاهرة الحديثة، القاهرة 1972، ص 276.

المنارة للاستشارات

النص يكون التشريع متوافقاً مع الأحكام العامة التي تقضي بإبطال الاتفاقات القائمة على الغُش؛ لأن الغش يُفسد كل شيء. أما إذا كان العيب خفيا، فإن البائع لن يلجأ إلى الغُش أو أي عمل آخر لإخفائه، فهو خفي بذاته. ولكن البائع يكفيه حتى يبيع السلعة ألّا يُخطر المشتري بوجود العيب. ولما كان هدف البائع تعمّد ارتكاب أفعال إيجابية لإخفاء العيب الظاهر هو ذات هدفه من تعمد عدم تنبيه المشتري لوجود العيوب التي يعلم بها، فإن سكوته يتساوى مع الأفعال المتعمدة لإخفاء العيب[1].

هكذا وبالرغم من أن الغش الذي يستهدف إخفاء العيب الظاهر يتساوى من حيث نية البائع –مع عدم إعلام المشتري بالعيب الخفي الذي يعرفه البائع– فإن المشرّع جعل الغش في الحالة الأولى سبباً لبطلان شروط الإنقاص والإعفاء من الضمان ولم يقبل به في الحالة الثانية. ونحن نعتقد أن موقف المشروع الفلسطيني ليس منطقياً ولا يمكن قبوله، خصوصا في ظل توجه التشريعات المعاصرة لحماية المشتري بوصفه الطرف الضعيف في العقد خصوصا إذا كان مُستهلكاً[2]. وفي هذا الصدد فإننا نعتقد أن التوسع في مفهوم الغش يسمح بإبطال هذه الشروط لمجرّد علم البائع بالعيوب الخفية وامتناعه عن إبلاغ المشتري.

فالحقيقة أن مشروع القانون المدني الفلسطيني كما نظيره المشرّع المدني المصري لم يحدد المقصود بالغش الذي ورد به نص المادة (479). لذلك فنحن

1 تنص المادة (144) من القانون المدني الأردني، على أنه: "يعتبر السكوت عمدًا عن واقعة أو ملابسة تغريرًا إذا ثبت أن المغرور ما كان ليبرم العقد لو علم بتلك الواقعة أو هذه الملابسة".

2 لا يؤخذ بشرط الإعفاء وتحديد المسؤولية في عقود الاستهلاك التي تجمع بين مهني ومستهلك، كون هذا الشرط يعد شرطًا تعسفيا في معظم القوانين الوطنية التي تضع قواعد حمائية خاصة بالمستهلك. ومن القوانين التي تعتبر هذه الشروط تعسفية في العقود الاستهلاكية، قانون الاستهلاك الفرنسي في المادة (132. R– 16). يوسف شندي، عدم التنفيذ، المنشور في كتاب، أمين دواس وآخرون، شرح مبادئ الينيدروا لعقود التجارة الدولية 2010، الجزء الثاني، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت 2017، ص 879. السيد عمران، حماية المستهلك أثناء تكوين العقد–دراسة مقارنة مع دراسة تحليلية وتطبيقية للنصوص الخاصة بحماية المستهلك، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1986، ص 41.

المنارة للاستشارات

نؤكد ما انتهى إليه اجتهاد الفقه وأحكام القضاء من اعتبار السكوت المتعمّد نوعا من الغش[1]. هذا يعتمد على النظرية التي يُريد الشخص التمسُّك بها، فإذا تمسَّك بعيوب الرضا يُقال تغرير، وإذا تمسَّك بالعيب الخفي فيمكن اعتباره غشاً أو خداعاً.

فإذا كان المفهوم التقليدي للغش هو أنه: "كل فعل أو امتناع يؤدي إلى تهرُّب الشخص من واجباته والتزاماته التي من المفروض أن ينفذها بحرص الرجل المعتاد"،[2] فإن هذا الفهم يسمح بأن نعتبر الخطأ المتعمّد من قبيل الغش أو على الأقل مساوياً له من حيث النتائج والآثار القانونية والذي يغلب عليه نية إحداث الضرر بالدائن.[3] وفي هذا الاتجاه نجد أن الفقيه الفرنسي كاريونييه يقول: "في الخطأ

---

1 **للمزيد حول الكتمان الغشي راجع:** محمود زكي، الوجيز في النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني المصري، مطبعة جامعة القاهرة، القاهرة، 1978، ص 141، عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، دار النهضة العربية، القاهرة 1964، ص 347. ذهبت محكمة التمييز العراقية في قرارها رقم (275) لسنة 1971، إلى أنه "إذا كانت العيوب في التلفزيونات المبيعة عيوبًا خفية لا يمكن كشفها إلا من قِبل خبراء باستعمال معدات وآلات لا تتوفر لدى المشتري فهي تفوت المنفعة من شرائها وتعطي للمشتري حق طلب فسخ بيعها. أنظر هلدير أحمد، نظرية الغش في العقد– دراسة تحليلية مقارنة في القانون المدني، دار الكتب العلمية، بيروت 2011، ص 76. راجع أيضا (المادة 559 مدني عراقي)، المادة (2/447 مدني مصري)، (4/514 مدني أردني). وفي هذا الإطار قضت محكمة النقض الفرنسية أن التدليس يمكن أن ينشأ عن طريق السكوت إذا تضمن السكوت إخفاء لواقعة لو علمها المتعاقد الآخر لامتنع عن إبرام العقد. وأن الغلط الذي ينشأ عن التدليس يؤخذ في الاعتبار إذا كان هو الدافع إلى التعاقد حتى ولو لم يرد على صفة جوهرية في الشيء محل التعاقد. سهير منتصر، الالتزام بالتبصير، دار النهضة العربية، القاهرة 1980، ص 133– 134.

2 للغش ركنان معنوي وموضوعي، يتمثل ركنه المعنوي في الرغبة في التضليل توصلًا لغرض غير مشروع، بمعنى نية أو قصد الإضرار بالغير. أما الركن الموضوعي للغش فهو يتخذ صورة الفعل أو الكتمان. **للمزيد راجع:** نوري خاطر، تحديد فكرة الخطأ الجسيم في المسؤولية المدنية، دراسة نظرية مقارنة، مجلة المنارة للبحوث والدراسات–الأردن، مجلد (7)، عدد (3)، 2001، ص 48– 49. إسراء الخرابشة، الغش في العقد الأساسي كاستثناء على مبدأ استقلال الاعتماد المستندي، رسالة ماجستير، الجامعة الأردنية، 2010، ص 30. هلدير أحمد، مرجع سابق، ص 372.

3 أعراب لقايم، شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية، رسالة ماجستير، جامعة الجزائر، 1984، ص 34.

المنارة للاستشارات

العمدي أو الغش يكون لدى المسؤول نية الإضرار، فليس فقط أنه توقع الضرر وقبل بنتائجه الضارة، ولكن أيضاً قد سعى إليها"[1]. في حين ساوت المادة (2/239)[2] من مشروع القانون المدني الفلسطيني بين الغش والخطأ الجسيم والذي يُعرّف على أنه الخطأ الذي لا يصدر حتى من أكثر الناس إهمالاً، أو ما يغفل البعض عن بذل العناية والحيطة في شؤون الغير، بقدر أن من هم أقلّ ذكاءً لا يمكن أن يغفل عنه بصورة غير يسيره وعلى درجة من الإهمال البيّن، وهذا يعني أن الغش والخطأ الجسيم، وفقًا لتوجهات القضاء الإماراتي، لا يقوم على مجرّد الافتراض والظن، بل يتعيّن وجود الدليل عليه وبيان عناصره، لأنه يُخالف الأصل وهو حسن النية وعدم تعمد الإضرار[3]. ونرى أنه ليس من السهل على المستهلك إثبات ذلك. بينما ساوى الفقه التقليدي بين الغش والخطأ المتعمّد واعتبار أن كليهما يعبّر عن وجود نية ارتكاب الفعل والسعي نحو تحقيق النتائج المترتبة عليه. وبالتالي فإن أي فعل أو امتناع متعمّد يهدف مرتكبه إلى تحقيق النتائج المترتبة عليه ويجب اعتباره من قبيل الخطأ العمدي أو الغش[4].

في هذا السياق، تبنّت محكمة النقض الفرنسية اتجاها حديثا بتوسيع مفهوم الغش، باعتبار عدم تنفيذ الالتزام التعاقدي عمدا من قبيل الغش حتى ولو لم تتوافر

القوانين المدنية تساوي في الحكم بين الغش والخطأ الجسيم في نطاق المسؤولية العقدية، دون أن تتطرّق إلى الخطأ العمد، راجع نوري خاطر، الخطأ الجسيم في ظل تطبيقاته التشريعية والقضائية، دراسة مقارنة، مجلة المنارة للبحوث والدراسات، مجلد (9) عدد (3)، 2003، ص 46.

1 حسن جميعي، أثر عدم التكافؤ بين المتعاقدين على شروط العقد، دار النهضة العربية، القاهرة 1996، ص 94.

2 تنص هذه المادة على أنه: "إذا كان الالتزام مصدره العقد فلا يلتزم المدين الذي لم يرتكب غشا أو خطأ جسيما إلا بتعويض الضرر الذي كان يمكن توقعه عادة وقت التعاقد". وليد مهنا، فكرة الخطأ وأثرها في تقدير حجم التعويض في المسؤولية المدنية، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، جامعة مؤته 2006، ص 12- 13.

3 قرار محكمة تمييز دبي رقم (153) لسنة 2007 قضائية، الصادر بتاريخ 2007/11/6.

4 محمود زكي، مشكلات المسؤولية المدنية، الجزء الأول، مطبعة جامعة القاهرة، القاهرة 1978، ص 82 وما بعدها.

المنارة للاستشارات

لدى المدين نية الإضرار بالمتعاقد الآخر. ويتضح من هذا الحُكم أن المحكمة قد اعتبرت أن العمل الإيجابي أو السلبي بالامتناع واللذين تعمدهما المدين، بهدف عدم تنفيذ التزاماته التعاقدية يعتبران من قبيل الخطأ التعاقدي المُتعمّد المساوي للغش حتى ولو لم يكن المدين يقصد الإضرار بالمتعاقد الآخر. وبالتالي فلا حاجة للبحث عن دوافع هذا المدين نظرًا لتساوي الخطأ العمدي مع الغش.

يبدو أن محكمة النقض المصرية قد تبنّت الاتجاه الذي عرفه وبلوره القضاء الفرنسي، ورتبت على الخطأ العمدي ذات النتائج والآثار التي تترتب على الغش حتى لو لم تكن لدى المدين نية الإضرار بالمتعاقد الآخر. ولقد تأكد هذا المفهوم في تحديد الغش ومساواة الخطأ العمدي في ضوء ما تبناه الفقه من أنه: "لا يشترط في الغش أن تتجه نية الشخص إلى تحقيق النتائج الضارة، وإنما يكفي أن يكون على وعي بهذه النتائج[1].

وإذا ما اعتمدنا المفهوم الحديث للغش فإننا سنجد أن سكوت البائع عن إعلام المشتري بعيوب المبيع التي يعلمها هو شخصيًا يعتبر من قبيل الغش الذي يتحدث عنه نص المادة (479) من مشروع القانون المدني الفلسطيني. وإذا ما اعتبرنا سكوت البائع نوعا من الغش على النحو السابق فإن نص المادة المذكورة أعلاه أقل تعارضا مع ما ورد به نص المادة (2/239) السابق الإشارة إليه، كما أنه سوف يقترب من نص المادة (1643) من القانون المدني الفرنسي الذي يساوي بين علم البائع بالعيب الخفي وبين الغش من حيث أثرهما في إبطال شروط التحديد والإعفاء من المسؤولية عن ضمان العيوب الخفية[2].

على العكس من مشروع القانون المدني الفلسطيني، فإن المشرّع الفرنسي قد تبنى مفهوما واسعا للغش الذي يؤدي إلى بطلان شروط التحديد والإعفاء من ضان

1 حسن جميعي، مرجع سابق، 1987، ص 96.

2 رمزي مبروك، أسباب سقوط الحق في ضمان العيب الخفي في عقد البيع، دراسة مقارنة، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، عدد (13)، 1993، ص 155.

المنارة للاستشارات

العيوب الخفية. فلقد ورد نص المادة (1643) من القانون المدني الفرنسي بأن: "البائع مسؤول عن ضمان العيوب الخفية، ولو لم يكن عالما بها...". فإذا كان البائع يعلم بالعيب فإن شرط الإعفاء أو الإنقاص من الضمان يعد باطلا بصريح نص هذه المادة؛ لأن البائع يكون قد ارتكب خطئا متعمداً أو إهمالاً جسيماً بعدم إبلاغ المشتري بوجود هذا العيب[1].

لما كان نص المادة (1643) من القانون المدني الفرنسي يؤدي إلى بطلان شروط الإعفاء والتخفيف من ضمان العيب الخفي في حالة علم البائع بهذه العيوب وعدم إخطار المشتري بها، فإن هذا النص يسمح بطبيعة الحال –وبالقياس من باب أولى– بإبطال هذه الشروط إذا اتضح أن البائع قد تعمّد إخفاء هذه العيوب. فجميع هذه الفروض تُعدّ من قبيل الغش المفسد لكل شيء.

ونحن نعتقد أن موقف المشرّع الفرنسي يعتبر أكثر توفيقا من مشروع القانون المدني الفلسطيني؛ لأنه يساوي بين الغش الإيجابي الذي يستند إلى الأعمال المادية التي يهدف منها البائع إلى إخفاء عيوب المبيع الظاهرة وبين الغش السلبي الذي يتمثل في السكوت عن وجود العيب الخفي (الذي يعلم هو بوجوده) وعدم إعلام المشتري به في ذات الوقت الذي يشترط البائع عدم مسؤوليته عن الضمان[2].

---

1 محمد الحاج، مسؤولية المنتج والموزع، دراسة في قانون التجارة الدولية مع المقارنة بالفقه الإسلامي، دار النهضة العربية، القاهرة، 1982، ص 67– 68.

2 بالرغم من هذا الموقف التشريعي الموسع في مفهوم الغش الذي يعرفه النظام القانوني الفرنسي، إلّا أن القضاء الفرنسي لم يكتف به وذهب إلى أبعد من ذلك عن طريق افتراض علم البائع المحترف بعيوب المبيع. **انظر:** جابر محجوب، ضمان سلامة المستهلك من الأضرار الناشئة عن عيوب المنتجات الصناعية المبيعة، دراسة في القانون الكويتي والقانونيين المصري والفرنسي (القسم الأول)، مجلة الحقوق–الكويت، مجلد (20)، عدد (3)، 1996، ص 229. أحمد عبد الرحمن، المسؤولية العقدية للمدين المحترف، منشأة المعارف، الإسكندرية 2003، ص 57. جابر مشاقبة، الحماية المدنية للمستهلك من عيوب المنتجات الصناعية، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، جامعة آل البيت–الأردن، 2003، ص 25.

المنارة للاستشارات

قد يتدخل المشرّع في القوانين محل الدراسة في حالات استثنائية بصدد بعض العقود لما يحيط بها من ظروف خاصة ليحظر شروط التقييد، أو الإعفاء من المسؤولية بوجه عام. على أن المشرّع لا يتجه إلى حظر هذه الشروط؛ لأن الأصل كما سبق أن أوضحنا صحتها إعمالا لمبدأ سلطان الإرادة. واستثناءً من مبدأ سلطان الإرادة فقد ذهب المشرّع إلى حصر شروط الإعفاء، أو الإنقاص من مسؤولية المحترفين في مواجهة المستهلكين في عقود الاستهلاك[1]. وتعاملت التشريعات محل الدراسة مع هذه الحالة بشكل مختلف، كما هو مُبيَّن أدناه.

أولاً: إبطال شروط الإعفاء من الضمان في عقود الاستهلاك في النظام القانوني الفرنسي.

من أجل توفير حماية حقيقية للمستهلك عديم الخبرة أو قليلها فلقد صدر في 24 آذار 1978 المرسوم بقانون إعمالا لنص المادة (35) من قانون 10 كانون الثاني 1978 الخاص بحماية وإعلام المستهلكين، محددا المقصود بالشروط التعسفية التي يجب استبعادها من عقود الاستهلاك.[2] ثم عاد المشرّع الفرنسي وأجرى تعديل

1 أصدَر المشرّع البريطاني العديد من التشريعات التي تعمل على حماية المستهلك المتعاقد من الغبن والاستغلال الذي قد يقع عليه، والذي لا تسعفه القواعد العامة للعقود، ومن هذه التشريعات "قانون الشروط التعاقدية غير العادلة الصادر سنة 1977"، والذي كفل بمقتضاه للمستهلك حماية واسعة من الاستغلال والغش الواقعين عليه من قِبل البائع، فعمل على رفض أي أثر قانوني للشروط المعفية من المسؤولية، والتي تخلّ بتوازن العقد، والتي لا يمكن للعقد أن يقوم بدونها؛ باعتبارها عنصرًا جوهريا فيه. سهى الشنطي، التنظيم القانوني لاستخدام الشروط النموذجية في العقود الاستهلاكية–دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، جامعة بيرزيت، 2008، ص 184– 186.

2 عُدّل هذا المرسوم بموجب قانون الاستهلاك رقم (95 – 96) لسنة 1995، المُعدّل بموجب قانون الاستهلاك الفرنسي لسنة 2005 المُعدَّل بالقانون رقم (2014/344)، والمعدّل بموجب المرسوم رقم (131) لسنة 2016. رباحي أحمد، أثر التفوّق الاقتصادي للمحترف في فرض الشروط التعسفية في القانون الجزائري والقانون المقارن، مجلة اقتصاديات شمال أفريقيا، عدد (5)، 2008، ص 345. قانون الاستهلاك الفرنسي لسنة (2005)، المعدَّل بالقانون رقم (2014/344)، على الرابط الإلكتروني المُبيّن أدناه.

المنارة للاستشارات

على هذه المادة بموجب الفقرة الأولى من المادة (ل-132-1) من قانون الاستهلاك رقم (95-96) لسنة 1995،[1] المُعدّلة بموجب المرسوم رقم (131) لسنة 2016 بحيث أصبحت المادة (212-1) من هذا المرسوم، والتي نصت على أنه: "في العقود المبرمة بين المهنيين والمستهلكين، تعتبر تعسفية الشروط التي يكون موضوعها أو ينجم عنها، على حساب المستهلك، عدم توازن مؤثر بين حقوق والتزامات أطراف العقد".

ويبدو من نص المادة المبينة أعلاه أن الشرط التعاقدي الذي ينشأ نتيجة اختلال توازن المركز الاقتصادي أو المعرفي لطرفي العقد، والذي يؤثر على عدالة شروط العقد على حساب مصالح الطرف الضعيف يعتبر شرطا تعسفيا، وكذلك الشرط الذي يتناقض مع متطلبات العدالة القانونية، ويخلّ بمبدأ حسن النيّة والنزاهة التعاقدية،[2] الذي يخل بالتوازن العقدي بين طرفي الرابطة العقدية، من خلال نقل الالتزامات العقدية من طرف إلى آخر، أو إعفاء أحد طرفي الرابطة العقدية من التزامات عقدية تنشأ وفقاً لمقتضيات وطبيعة هذا العقد، والتي تكفي لتغطية جميع أنواع شروط الإعفاء أو الإنقاص من المسؤولية التعاقدية والتي تعد شروط التقييد أو

- The consolidated version of the Consumer Code incorporates all amendments up to Law No. 2014-344 of March 17, 2014. Available at: *http://www.wipo.int/wipolex/en/details.jsp?id=14672 visited on 8/1/2019.*

1 رباحي أحمد، المرجع السابق، ص 345.

2 يفرض مبدأ شفافية الشروط التعاقدية على التاجر وجوب التزامه بمبدأ الإعلام والتبصير؛ كي يتمكن المستهلك من اتخاذ القرار المناسب عن إرادة واعية ومستنيرة، إضافة إلى ضمان أن يكون كلا الطرفين في مركز معلوماتي متكافئ في مرحلة التفاوض على العقد. كما يشمل نطاق هذا الالتزام جميع شروط العقد، سواء كانت جوهرية أو غير جوهرية، إضافة إلى الوضع القانوني للمستهلك وقواعد حمايته القانونية وكافة الالتزامات التي ينشئها العقد، وهو التزام بتحقيق نتيجة. محمود فياض، حماية المستهلك من الشروط التعسفية في القانون الإماراتي، دراسة مقارنة بالتوجيه الأوروبي رقم (1993/13) وتوجهات محكمة العدل الأوروبية، بحث غير منشور، جامعة العلوم التطبيقية، مملكة البحرين، 2012.

المنارة للاستشارات

الإعفاء من ضمان العيوب الخفية إحداها بطبيعة الحال[1]. على أن هذا النص من المرسوم المشار إليه وإن بدا متسع المدى والنطاق، إلا أنه ضيّق من حيث الأشخاص محل الحماية، فهو لا يهتم إلّا بحماية نوع واحد حدده النص "بالمستهلك" سواء كان يشتري سلعة أو يتلقى خدمة، وهذا ما أكدته المادة (212) الفقرة الثانية من ذات المرسوم والتي تنص على أنه: "أن أحكام المادة (212-1) تطبق على العقود المبرمة بين المهنيين وغير المهنيين".

بمقارنة نصوص تشريع حماية المُستهلكين بنصوص المادة (1170) من القانون المدني المُعدّل لسنة 2016 في فرنسا، سنجد أن المرسوم الخاص بالمستهلك سابق الذكر يكرر ما سبق وورد في نصوص التقنين المدني من أنه: "يعتبر كأن لم يكن كل شرط يُفرغ الالتزام الأساسي للمدين من مضمونه"، وكذلك المادة (1171) التي تعتبر "كأن لم يكن كل شرط في عقد إذعان يرتب اختلالا واضحا في التوازن بين حقوق والتزامات أطراف العقد، ولا يَرد تقدير الاختلال الواضح في التوازن على المحل الرئيسي للعقد ولا على ملاءمة الثمن للأداء"[2].

ولكي نحدد نطاق الحظر الوارد بشأن الشروط المعفية أو المنقصة من حق المشتري بوصفه مستهلكًا، فلا بد من أن نعرف المقصود بوصف الإستهلاك الذي

1عرّف التوجيه الأوروبي الشروط التعسفية في المذكرة التوجيهية الصادرة عنه في 5 نيسان 1993، المادة الثالثة منها، فقرة أولى، والتي نصت على أنها: الشروط الذي لا يتم التفاوض عليها بين أطراف العلاقة العقدية، وتتعارض مع مقتضيات مبدأ حسن النية، وتؤدي بالتالي إلى عدم التوازن العقدي بين طرفي العقد على حساب مصالح المستهلك". هانية فقيه، الرقابة القضائية على عقود الإذعان، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2014، ص 184. باسم مكحول وآخرون، مراجعة نقدية لمشروع قانون حماية المستهلك الفلسطيني، معهد أبحاث السياسات الاقتصادية الفلسطيني، رام الله 2004، ص 11. وعرّفت محكمة النقض الفرنسية في قرارها رقم (1989/25) الشرط التعسفي بأنه: "الشرط التعاقدي الذي يمنع المستهلك من المطالبة بالتعويض القانوني المطلوب متى أخلّ البائع بالتزام تعاقدي مفروض عليه بموجب أحكام العقد".

2 محمد حسن قاسم، قانون العقود الفرنسي الجديد "المواد 1100 إلى 1231-7" من القانون المدني الفرنسي، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت 2018، ص 67-68.

المنارة للاستشارات

يتيح هذه الحماية التشريعية، ونحدد أشخاص التعاقد. ومن خلال رجوعنا إلى أعمال لجنة الشروط التعسفية،[1] فإننا نجد أنها تُطلق مصطلح المُستهلك على: "كل من يتعاقد لاحتياجات غير مهنية"[2]. ويعني هذا أن اللجنة قد استبعدت التعريفات الموسَّعة التي ربما كانت لتسمح بمد مظلّة الحماية إلى المشترين والمستهلكين المحترفين الذين يتعاقدون لأغراض مهنية[3].

1 تُعد لجنة الشروط التعسفية من التنظيمات القانونية التي أوجدها المشرّع الفرنسي لضمان حماية حقوق المستهلكين، وقد تم إقرارها بموجب قانون الاستهلاك سنة 1993، وتتكوّن اللجنة من خمسة عشر عضوًا قانونيا وقضائيا وإداريا ومهنيا بالإضافة إلى وجود ممثلين عن جمهور المستهلكين. وتقوم لجنة الشروط التعسفية، ذات الرأي الاستشاري، بمراجعة العقود النموذجية المطروحة في الأسواق على غير المحترفين، كما تضطلع بكل ما يهدف إلى بيان الشروط التي يجب تعديلها أو حظرها بوصفها تعسفية. ويقوم الوزير المنوط به مهمة حماية المستهلك بنشر هذا التقرير. ويمكن لهذا الوزير أو لجمعيات حماية المستهلك أو أصحاب الحرفة المعنيين لفت نظر هذه اللجنة إلى بعض الشروط أو الأمور التي قد تعينها على حسن أداء مهمتها. كما تقوم اللجنة بإعداد تقارير سنوية عن نشاطاتها، متضمنة اقتراحات بتعديل اللوائح الخاصة بتقييد الشروط التعسفية في مجال العقود. وقد ورد النص على تشكيلها في المادة (36) من القانون لسنة 1978 واختصاصاتها في المواد (37 و38) من ذات القانون. حسن جميعي، القاهرة 1996، مرجع سابق، ص 264. أيمن سليم، العقود النموذجية، دار النهضة العربية، القاهرة 2005، ص 23.

2 هذا ما قضت به محكمة العدل الأوروبية في عديد من قراراتها، وأخذت صراحة بالمفهوم الضيق للمستهلك. فقد طلب منها القضاة الوطنيون في دول الاتحاد التدخل في قضايا متعددة، من أجل إعطاء تعريف محدد للمستهلك استنادًا إلى النصوص الأوروبية المختلفة، وتحديد ما إذا كان بالإمكان توسيع هذا التعريف ليشمل بعض الأشخاص المعنويين، لكنها أكدت المرّة تلو الأخرى تمسكها بالمفهوم الضيق للمستهلك، وحصر نطاق الحماية بالأشخاص الطبيعيين على وجه التحديد. للمزيد أنظر محمود فياض، مرجع سابق، 2012، ص 16، يوسف شندي، أثر خيار المستهلك في الرجوع في التعاقد على تحديد لحظة إبرام العقد، مجلة الشريعة والقانون، عدد (43)، 2010، ص 256.

3 اعتبرت محكمة النقض الفرنسية في بعض أحكامها المهني الذي يتعامل في غير تخصصه مُستهلكًا. راجع عبد الكريم العلوان، الالتزام بالتبصير بالصفة الخطرة في المبيع: دراسة مقارنة في القانون الفرنسي والمصري والأردني، رسالة دكتوراه، جامعة عمان العربية، 2007، ص 101-102.

المنارة للاستشارات

كما أن الحماية التي يقررها التشريع الخاص بالمستهلكين لا تتسع لتشمل جميع عقود الاستهلاك، بل تقتصر على تلك التي تبرم بين المستهلك غير المحترف وبائع أو مقدم خدمة من المحترفين على النحو الذي سبق بيانه. ويعني هذا انسحاب الحماية في الحالة التي يكون فيها طرفي العقد من غير المحترفين، أو التي يكون فيها المستهلك محترفًا والبائع أو مقدم الخدمة غير محترف[1].

ثانياً: في النظام القانوني المصري.

لم يتدخل المشرّع المصري بحظر شروط الإعفاء والتخفيف من ضمان العيوب الخفية إلا بشكل استثنائي كما فعل نظيره الفرنسي. ومن أمثلة تدخل المشرّع المصري في هذا المجال ما ورد في نص المادة (653) من القانون المدني بإبطال كل شرط يهدف إلى إعفاء المهندس أو المقاول من الضمان أو الانتقاص منه، فإذا ما قام المقاول أو المهندس بتوريد بعض مواد البناء توافرت فيه صفة البائع، ولكن بما لا يمكن فصله عن صفته التي ورد بشأنها نص المادة المذكورة.[2] كذلك إذا قام المقاول أو المهندس ببناء وحدات عقارية وقام بإعادة بيعها، فإن صفته كبائع لا تنفصل عن صفته كمهندس أو مقاول في مفهوم المادة السابقة. ويعني ذلك أن المهندس أو المقاول عندما يشارك في عملية البناء أو يتولاها وحده، يُعد ضامنا كذلك لعيوب المبنى بوصفه مهندسا أو مقاولا، بالإضافة إلى كونه ضامنا لعيوب المواد أو المنشآت التي قام ببيعها بوصفه بائعا.[3] وبتطبيق النص السابق على هذا

1 تطور موقف القضاء الفرنسي في ذات الاتجاه السابق، فصدرت عنه عديد من الأحكام التي تقر بفاعلية اتفاقات إسقاط الضمان أو إنقاصه التي تتضمنها عقود البيع التي تبرم بين المهنيين. رمزي مبروك، مرجع سابق، ص 176- 177.

2 تنص المادة (653) من القانون المدني المصري، على أنه: "يكون باطلًا كل شرط يقصد به إعفاء المهندس المعماري والمقاول من الضمان أو الحد منه". تقابلها المادة (746) من مشروع القانون المدني الفلسطيني، والمادة (790) من القانون المدني الأردني.

3 راجع المادة (788) من القانون المدني الأردني والمادة (1792) من القانون المدني الفرنسي.

المنارة للاستشارات

الفرض فإن المهندس أو المقاول لا يستطيع أن يضمن عقد المقاولة وما يتصل به من عقود لبيع المواد أو المنشآت شروطا بالإعفاء أو الإنقاص من الضمان وإلا كانت هذه الشروط باطلة بطلاناً مطلقاً[1].

ومع ذلك، فنحن نرى أن بطلان شروط الإعفاء أو الإنقاص من ضمان العيوب الخفية لم يتحقق في ظل هذا النص إلّا بصفة عارضة؛ لأن البطلان لا يتعلّق بوصف العقد وإنما بوصف المتعاقد باعتباره ممن يقع على عاتقهم مسؤولية البناء. وعلى أية حال فإن تدخل المشرّع في هذا المجال كان يهدف إلى حماية الأشخاص الذين لا تتوافر لهم خبرة كافية في المقاولات والإنشاءات، مما يعني أن المشرّع قد تفهم أحقية الأشخاص عديمي الخبرة في بعض المجالات بالحماية في مواجهة هذا النوع من الشروط.

إضافة إلى ذلك، فإن غالبية الفقه في مصر وفرنسا يذهب إلى القول ببطلان شروط الإعفاء والإنقاص من ضمان العيوب الخفية في حالات الضرر الجسماني.[2] ويرى هذا الفقه أن الأضرار التي تلحق بالإنسان في جسده أو حياته يجب أن تخرج عن دائرة التعامل تنزيها للإنسان، خصوصًا وأن سلامة جسده وحياته أمور تتعلق بالنظام العام، ويعني هذا أن الإنسان لا يستطيع أن يتصرّف في جسده أو في حياته

انظر أيضاً: طارق أبصير، المسؤولية المدنية للمقاول والمهندس المعماري عن متانة البناء– دراسة تحليلية في القانون الأردني بالإشارة إلى التشريعيين الجزائري والفرنسي، رسالة ماجستير، جامعة اليرموك 2012، ص 111– 117.

1 للمزيد حول موقف القانون والقضاء الانجليزيين من مسألة مسؤولية المقاول والمهندس المعماري عن عيوب البناء راجع نوري عبيدات، مسؤولية المقاول والمهندس المعماري في القانون المدني الأردني– دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، الجامعة الأردنية، 1987، ص 131 وما بعدها.

2 السيد هيكل، نحو القانون الإداري الاستهلاكي في سبيل حماية المستهلك، دراسة مقارنة لأنظمة كل من أمريكا وإنجلترا وفرنسا والمملكة العربية السعودية ومصر، دار النهضة العربية، القاهرة، 1999، ص 39.

المنارة للاستشارات

بأي عقد من العقود. وهو ما نصت عليه صراحة المادة (133) من القانون المدني الفرنسي[1].

كما أن قانون حماية المستهلك المصري نص على بطلان الشروط المعفية من الالتزامات الواردة بالقانون، وذلك من خلال المادة (10) والتي نصت على أنه: "يقع باطلا كل شرط يرد في عقد أو وثيقة أو مستند أو غير ذلك مما يتعلّق بالتعاقد مع مستهلك، إذا كان من شأن هذا الشرط إعفاء مورّد السلعة أو مقدم الخدمة من أي من التزاماته الواردة بهذا القانون".[2] كما اعتبر قانون حماية المستهلك اللبناني أي شرط يؤدي إلى إخلال التوازن بين حقوق وواجبات المستهلك والمحترف لصالح الأخير، باطلة بطلانا مطلقا، ونص صراحة على أن الشرط الذي يؤدي إلى إعفاء المحترف من مسؤوليته يعتبر تعسفيا، وبالتالي بطلانه بطلاناً مطلقاً[3].

ثالثاً: في النظام القانوني الفلسطيني.

أورد قانون حماية المستهلك الفلسطيني رقم (21) لسنة 2005،[4] نصا يتعلّق بعدم جواز اتفاق "المزود" مع المشتري على عدم قيام الأول بإبدال أو إرجاع

1 عبد المنعم الصده، مصادر الالتزام– دراسة في القانون اللبناني والقانون المصري، دار النهضة العربية، بيروت، 1979، ص354. محمود زكي، مرجع سابق، 1978، ص 85.

2 المادة (10) من قانون حماية المستهلك المصري رقم (67) لسنة 2006، المنشور في الجريدة الرسمية، بتاريخ 2006/5/20، عدد (20) مكرر، ص 3. للمزيد حول حماية المستهلك في مصر أنظر حسن جميعي، حماية المستهلك في مصر بالمقارنة بأوضاع الحماية في دول السوق الأوروبية والشرق الأوسط، دون دار نشر، القاهرة، 1996.

3 المادة (26) من قانون حماية المستهلك اللبناني رقم (659) لسنة 2005، المنشور في الجريدة الرسمية، بتاريخ 2005/2/10، عدد (6).

4 قانون حماية المستهلك الفلسطيني رقم (21) لسنة 2005، المنشور في الوقائع الفلسطينية، بتاريخ 2006/4/27، عدد (63)، ص29، المُعدّل بموجب القرار بقانون رقم (27) لسنة 2018 بتعديل قانون حماية المستهلك رقم (21) لسنة 2005، المنشور في الوقائع الفلسطينية، بتاريخ 2018/7/31، عدد ممتاز (18)، ص 40.

المنارة للاستشارات

المنتوجات المضمونة التي يظهر بها عيب خلال مدة الضمان، حيث نصت المادة (19) من هذا القانون على أن: "يكون المزود[1] مسؤولاً عن إصلاح أو استرجاع المنتجات المضمونة إذا تبين أن بها عيبا خلال مدة وشروط الضمان المتفق عليها مع المستهلك، وعليه استبدالها أو استرجاعها وردّ ثمنها حسب رغبة المستهلك، ولا يجوز له الاتفاق على خلاف ذلك". إلّا أن هذا النص لا يحقق الحماية المطلوبة والفعّالة للمستهلك، إذ يقتصر على المنتجات المضمونة فقط، وخلال مدة الضمان ووفق شروطه، وكل هذه الأمور قيود تحد من حماية المستهلك.

كذلك نجد أن هذا القانون أعطى للمجلس الفلسطيني لحماية المستهلك صلاحية مراجعة مدى معقولية وعدالة الشروط الواردة في عقود الاستهلاك والعقود النموذجية، وأن يوصي إلى وزير الاقتصاد الوطني أو الجهة التي تصدر عنها هذه العقود بإزالة الشروط التي يرى أنها مجحفة بحق المستهلك أو يطلب إعادة النظر فيها، وذلك وفق المعايير التي يضعها مجلس الوزراء بموجب نظام يصدره لتحديد معايير لتقدير الشروط أو البنود التي يمكن اعتبارها تعسفية في عقود الاستهلاك.[2] إلّا أنه لم يورد نصوصًا صريحة تتعلّق ببطلان الشروط المعفية من الالتزامات التي يضعها القانون أو الشروط التي تؤدي إلى إخلال التوازن بين حقوق وواجبات المستهلك كما فعل المشرّع المصري واللبناني، رغم فعاليتها وأهميتها في حماية المستهلك، وهذا الأمر يعتبر نقصاً تشريعياً ينبغي تداركه في هذا القانون.

---

1 المزود حسب ما ورد في المادة الأولى من قانون حماية المستهلك الفلسطيني لسنة 2005 هو: "الشخص الذي يمارس باسمه أو لحساب الغير نشاطا يتمثل بتوزيع أو تداول أو تصنيع أو بيع أو تأجير السلع أو تقديم الخدمات".

2 المادة (23) من قانون حماية المستهلك الفلسطيني لسنة 2005. ويؤخذ على هذه المادة أنها أعطت الحق في مراجعة الشروط التعسفية الواردة في عقود الاستهلاك للمجلس الفلسطيني لحماية المستهلك، على سبيل الجواز؛ لأن مراجعة بنود العقد، ومنها التعسفية، هي من اختصاص القضاء. وقد صدر عن مجلس الوزراء نظام يحدد معايير لتقدير البنود التي يمكن اعتبارها تعسفية في عقود الاستهلاك رقم (13) لسنة 2009، المنشور في الوقائع الفلسطينية، العدد (63)، بتاريخ 2010/6/9، ص 80.

المنارة للاستشارات

وبما أن الأصل العام في القانون المدني صحة شروط الإعفاء من الضمان، فإنه من الصعب الاعتماد على القواعد العامة لحماية المستهلك من شروط الإعفاء الواردة في عقود الاستهلاك، حيث أجمعت قرارات المحاكم الإماراتية على جواز تضمين العقد ما يُحقق مصلحة أحد طرفيه من شروط، بما في ذلك شروط تتعلّق بتشديد أو تخفيف مسؤولية المتعاقد، طالما أن هذه الشروط لا تتعارض مع النصوص القانونية الآمرة، ولا تُجافي روح العقد ومضمونه[1].

ويقصد بروح العقد ومضمونه ضوابط الالتزامات الرئيسية لطرفي العقد وهو ما يُعرف "بحكم العقد"، ولذلك قضت المحكمة الاتحادية العليا الإماراتية ببطلان شرط الإعفاء الذي يُعفي الناقل من التزامه بنقل وتوصيل البضاعة المتفق عليها، باعتباره ناقلًا وليس كفيلًا، وأنه ملتزم بتوصيل السيارة سالمه إلى الوجهة المرسلة إليها،[2] ما يعني، بمفهوم المخالفة، جواز الإعفاء من الشروط التي تنظم التزامات طرفي العقد الأخرى (الشروط غير الجوهرية) مثل التأخر في التنفيذ. كما قضت محكمة تمييز دبي بأنه متى كان شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية صحيحا، فإنه يُعفي المدين من المسؤولية بالقدر الذي يتسع له هذا الشرط، ولا يمكن إبطاله إلّا إذا شاب إرادة المتعاقد عيبا من عيوب الرضا من إكراه أو تغرير أو غلط، وغير ذلك مما قد يرد في القانون من نصوص آمرة[3].

وعلى الرغم من صحة شروط الإعفاء من المسؤولية عن ضمان العيوب الخفية من حيث المبدأ كما تمت الإشارة، إلا أنه يمكن للقاضي استبعاد هذه الشروط في حالات معينة وعدم ترتيب أي أثر عليها إذا وجدها تخالف العدالة.[4]

---

1 قرار محكمة تمييز دبي رقم (134) لسنة 2006 قضائية، المنشور بتاريخ 2006/10/12.

2 قرار المحكمة الاتحادية العليا الإماراتية رقم (51) لسنة 15 قضائية، المنشور بتاريخ 1994/11/13.

3 قرار محكمة تمييز دبي رقم (15) لسنة 2001 قضائية، المنشور بتاريخ 2002/9/3.

4 أنظر أمين دواس وآخرون، 2017، مرجع سابق، ج. 2، ص 871– 880.

المنارة للاستشارات

الفرع الثاني: الدعاوى المتاحة للمشتري عند إسقاط الضمان.

في الحالات التي يسقط فيها حق المشتري في رفع دعوى ضمان العيب الخفي نتيجة شروط الإعفاء، أو حينما تؤدي شروط إنقاص الضمان إلى التقليل من أهمية هذه الدعوى، فإن المشتري يبحث عن الوسائل القانونية الأخرى التي تتيحها له النصوص التشريعية والمبادئ العامة ملتمسا فيها تعويض ما فاته[1]. ولهذا سوف نتناول تباعاً دعوى إبطال العقد للغلط، ثم الادعاء بعدم مطابقة المبيع للمواصفات، وأخيراً دعوى التغرير.

أولاً: دعوى الغلط.

الغلط وهم يقوم في ذهن الشخص، يصوِّر له الأمر على غير حقيقته فيدفعه إلى التعاقد.[2] والغلط قد ينصب على صفة جوهرية في الشيء المتعاقد عليه، أو على شخص المتعاقد، أو على صفة من صفاته. ولكي يُعتد بالغلط ويؤخذ في الاعتبار، يجب أن يكون جوهرياً أي دافعاً إلى التعاقد، بمعنى أنه لولاه لما أقدم المتعاقد على التعاقد.[3] ومراعاة لاستقرار المعاملات وعدم مفاجأة الطرف الآخر في العقد بالبطلان للغلط، اشترط مشروع القانون المدني الفلسطيني أن يتصل الغلط بالمتعاقد الآخر. ويتحقق ذلك بوقوعه هو الآخر في الغلط، أو لأنه كان يعلم أن المتعاقد معه واقع في غلط (فيكون سيء النية)، أو كان من السهل عليه ذلك (فيكون مُقصراً).

---

1 سامي بلعايد، الطبيعة القانونية لالتزام ضمان العيوب الخفية، مجلة العلوم الإنسانية–الجزائر، 2014، عدد (41)، ص 460– 462.

2 بذلك يختلف الغلط عن التغرير أو التدليس، الذي وإن كان أيضا توهم شيء على غير حقيقته، إلا أن الذي يؤدي إلى توليد هذا الاعتقاد الخاطئ لدى المتعاقد شخص آخر، هو عادة المتعاقد الآخر. وأما الغلط الذي نعالجه هنا فهو تلقائي، أي أن الشخص نفسه ينزلق إلى الاعتقاد الخاطئ دون تأثير من أحد. للمزيد أنظر عبد الرحيم بن سلامة، عيوب الرضا في الفقه الإسلامي والقانون المغربي، مجلة الإحياء–المغرب، عدد (14)، 1999، ص 299 – 300.

3 المادة (120) من مشروع القانون المدني الفلسطيني، والمادة (121) من القانون المدني المصري.

المنارة للاستشارات

عرَف الفقه الإسلامي الغلط على النحو الذي عرَفه الفقه الغربي، إذ عرَف الغلط المانع، ويكون ذلك إذا وقع الغلط في جنس الشيء فيعتقد أحد المتعاقدين أن المعقود عليه من جنس معين فإذا به من جنس آخر؛ مثل أن يبيع ياقوتا، أو ماسا فإذا هو زجاج، أو يبيع حنطة فإذا هي شعير. وكذلك في حالة ما إذا اتحدّ الجنس، ولكن كان هناك تفاوت فاحش بين المعقود عليه وما أراده العاقد؛ كما لو باع دارا من آجر فإذا هي من لبن[1]. وهذا النوع من الغلط يعدم الإرادة. فحقيقته أن توافق الإرادتين لم يتم، في شأن ركن من أركان العقد، فيكون ركن التراضي غير موجود، ومن ثم يقع العقد باطلا، وذلك على أساس أن المبيع معدوم، وبيع المعدوم لا يجوز إلّا في السَّلَم،[2] وبهذا يختلف عن الغلط المقصود في دراستنا، فنحن في هذه الدراسة بصدد غلط يعيب الإرادة ولا يمس وجودها، فيكون من شأنه أن يجعل العقد قابلا للإبطال، أو الفسخ، أو يجعله موقوفا حسب مقتضى الحال في النظام القانوني المعني[3].

أما بالنسبة لفوات الوصف المرغوب فيه، فيكون ذلك إذا اتحدَّ الجنس، ولكن تفاوتت المنفعة دون تفاحش في التفاوت. فإن البيع يكون صحيحاً نافذاً في هذه

1 محمد بوادلي، عيبا الغلط والتغرير "التدليس" في القوانين الوضعية والفقه الإسلامي، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، الجامعة الأردنية، 1989، ص 99.

2 هناك رأي يذهب إلى أن العقد يكون فاسدًا لا باطلًا، وذلك على اعتبار أنه باع المسمى وأشار إلى غيره، فصار كأنه باع شيئًا بشرط أن يُسلّم غيره، وذلك فاسد. أنظر عبد المنعم الصده، الغلط في القانون الوضعي والشريعة الإسلامية، مجلة الأمن والقانون، مجلد (6)، عدد (1)، 1998، ص 166. وقد نصت المادة (208) من مجلّة الأحكام العدلية على أنه: "إذا باع شيئًا وبيّن جنسه، فظهر المبيع من غير ذلك الجنس، بطل البيع، فلو باع زجاجًا على أنه ألماس بطل البيع".

3 قضت محكمة النقض المصرية في إحدى أحكامها: "أنه وإن جاز طبقًا للمادة (120) مدني للمتعاقد الذي وقع في غلط جوهري أن يطلب إبطال العقد إذا كان المتعاقد الآخر قد وقع مثله في هذا الغلط، أو كان على علم به، أو كان من السهل عليه أن يتبينه إلّا أن ثبوت واقعة الغلط هو مسألة موضوعية يستقل قاضي الموضوع بتقدير الأدلة فيها". نقلًا عن، أنور العمروسي، عيوب الرضا في القانون المدني، معلقا على نصوصها بالفقه وقضاء النقض، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2003، ص 153.

المنارة للاستشارات

الحالة، ولكنه غير لازم فيثبت فيه خيار الوصف، أي يكون لمن فاته الوصف أن يختار بين قبول الشيء بالوصف الذي ظهر به، أو أن يرده إلى صاحبه؛ كما إذا باع ياقوتا أحمر ليلا فإذا هو أصفر[1]. وقد نوهت المذكرة الإيضاحية للتقنين المدني الأردني "أن فوات الوصف المرغوب فيه في الفقه الإسلامي يستغرق الصفة الجوهرية في القانون المدني المصري دون أن يقف عنده. فكل وصف مرغوب فيه يمكن أن يندرج تحت الصفة الجوهرية ولكن الصفة الجوهرية تتسع لأكثر من الوصف المرغوب فيه وتمتد في بعض تطبيقاتها إلى الغلط في جنس الشيء، أو في المنفعة التي تتفاوت تفاوتاً فاحشاً"[2].

كما عالج الفقه الإسلامي مسألة التنازع ما بين استقرار التعامل واحترام الإرادة الحقيقية، ووقف ما بين الاعتبارين موقفا معتدلا. ونرى أن الفقه الإسلامي، كما الفقه الغربي، لا يعتدّ بالحالة التي لا يكشف فيها المتعاقد عن إرادته الحقيقية بحيث تبقى محجوبة عن العاقد الآخر، وبالتالي لا يكون هذا العاقد عالمًا بالغلط، ولا يكون من السهل عليه تبيّنه. بينما لا يقل الفقه الإسلامي عن الفقه الغربي في الاعتداد بالغلط في حالة كشف المتعاقد إرادته الحقيقية سواء عن طريق الكشف الصريح، أو يمكن استخلاص هذه الإرادة دلالة من الملابسات وظروف الحال، أو من طبائع الأشياء، بحيث يكون المتعاقد الآخر عالماً بهذا الغلط أو يسهُل عليه تبيّنه. ويزيد الفقه الإسلامي عن الفقه الغربي في الاعتداد بالغلط كونه يعتد، في نهاية الأمر، بالإرادة الحقيقية وبما يشوبها من غلط، سواء انكشفت هذه الإرادة للمتعاقد الآخر أم لم تنكشف[3].

---

1 المادة (310) من مجلة الأحكام العدلية.

2 **انظر في هذا المعنى:** عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص 117 و120.

3 انسجاماً مع تمسُّك المشرع الأردني بالإرادة الظاهرة، فقد أخذ أيضًا، بالغلط الظاهر دون الغلط الباطن. وقد بينت المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني، أن الغلط يكون باطنا إذا ما استقل به أحد الطرفين دون أن يكشف للآخر عن إرادته الحقيقية.

المنارة للاستشارات

وتنطبق نفس القاعدة المعروفة في الفقه الغربي على الفقه الإسلامي في حال الغلط في الشخص إذا كانت شخصية العاقد التي وقع فيها الغلط محلّ اعتبار. ذلك أن العقود والتصرفات التي يكون فيها لشخصية أطراف التصرُّف اعتبار، إذا وقع غلط في ذاتية الشخص، أو صفة جوهرية فيه، فإنه يكون للطرف الآخر الذي وقع في الغلط حق فسخ العقد، كما هو الحال في عقد الزواج، والشفعة،[1] والوكالة وإجارة الظئر[2].

أما فيما يتعلّق بالغلط في القيمة، فإن الفقه الإسلامي لم يتعرّض له إلّا عن طريق الغُبن وأن أغلب المذاهب لا تعتد بالغبن ولو كان فاحشا إلّا إذا صحبه تغرير ما لم يكن الغبن في مال المحجور، أو في مال الوقف، أو بيت المال، حيث يكفي الغبن وحده لجواز الرد.[3] وقد سارت في هذا السياق مجلّة الحكام العدلية، فنصت المادة (356) على أنه: "إذا وجد غبن فاحش في البيع ولم يوجد تغرير، فليس للمغبون أن يفسخ البيع. إلّا أنه إذا وُجد الغبن وحده في مال اليتيم لا يصح البيع. ومال الوقف وبيت المال حكمه حكم مال اليتيم".[4] وهو بذلك يُضحي باحترام الإرادة

وأما الغلط الظاهر فيكون عندما يكشف المتعاقد عن إرادته أو أن تكون هذه الإرادة مكشوفة من خلال الملابسات وظروف الحال أو طبائع الأشياء أو العرف. للمزيد أنظر أمين دواس، المصادر الإرادية، العقد والإرادة المنفردة، دار الشروق للنشر والتوزيع، رام الله، 2004، ص 93- 94.

1 تنص المادة (145) من مرشد الحيران على أنه: "إذا علم باسم المشتري فسلّم في الشفعة، ثم تبين له أن المشتري هو غير المسمى، فله حق الشفعة".

2 **الظئر** هي المرضع. وكما يقول السرخسي في المبسوط: "الاستئجار للضرورة، أي إرضاع الطفل، جائز، لقولة تعالى: (فإن أرضعن لكم فأتوهن أجورهن ...). عبد المنعم الصده، مرجع سابق، ص 171. وأخذ مشايخ الحنفية بالغلط في الشخص، حيثما كان الاعتبار لشخص المتعاقد هو الدافع إلى التعاقد. محمد بوادلي، عيبا الغلط والتغرير "التدليس" في القوانين الوضعية والفقه الإسلامي، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، الجامعة الأردنية، 1989، هامش ص 101.

3 عبد المنعم الصده، مرجع سابق، ص 179.

4 المادة (124) من القانون المدني العراقي، المادة (149) من القانون المدني الأردني، والمادة (191) من قانون المعاملات المدنية الإماراتي.

المنارة للاستشارات

في سبيل استقرار التعامل، وذلك هو شأن أكثر القوانين الغربية، إذ نادرا ما نجد قانونا منها يعتدّ بالغبن وفي حالات محدودة[1].

وفي حال اصطدام المشتري بالمشكلات القانونية الناجمة عن اللجوء إلى دعوى ضمان العيب الخفي، وخاصة حينما يصطدم بالشروط المُعفية أو المقيدة من هذا الضمان، فإنه يتوجه في أغلب الأحيان للابتعاد عن هذه العقبات، ويلجأ إلى الادعاء بالغلط في إحدى الخصائص الجوهرية للمبيع[2].

وقد تثور الصعوبة في بعض الأحيان لمعرفة الأساس الذي يرجع المشتري بمقتضاه على البائع؛ فهل له أن يرجع على أساس أحكام ضمان العيب ؟ أم يرجع استنادًا على أساس أحكام الغلط ؟ ولهذا التمييز بين النظامين أهمية كبيرة من حيث المجال الذي ينطبق فيه كل منهما، ومن حيث الميعاد الذي تُرفع فيه دعوى البطلان بسبب الغلط، ودعوى الضمان بسبب العيب[3]. لهذا انقسم الفقه حول مدى الارتباط بين الغلط والعيب الخفي، وأثر ذلك على إمكانية الادعاء بالغلط لإبطال العقد،[4] مع

1 عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص 125 وما بعدها.

2 يقول الأستاذ السنهوري، الفقه الإسلامي ذو نزعة موضوعية واضحة ولذلك استعصى على الغلط – وهو شيء نفسي ذاتي– أن يجد له في الفقه الإسلامي مكانا موحدا يلم شعثه ويجمع شتاته، فانتشرت نظرية الغلط في جوانبه متفرقة مبعثرة، فهناك خيار الوصف وهناك خيار العيب ويتقدم ذلك خيار الرؤية. عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي– دراسة مقارنة بالفقه الغربي الجزء الأول، دار إحياء التراث العربي، بيروت، 1997، ص 75.

3 نور سالم، ضمان العيوب وتخلُّف المواصفات في عقد البيع– دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، جامعة أم درمان الإسلامية، 2003، ص 175.

4 ازداد التمييز بين العيب والغلط صعوبة لظهور النظرية الحديثة التي تستند إلى الباعث أو الدافع إلى إنشاء العمل القانوني، وقد حلّت هذه النظرية محل النظرية التقليدية التي تعتد بالغلط في مادة الشيء، إذ أن الغلط فيها يعني أن الشخص يتعاقد على شيء آخر غير المقصود، وفي حالة العيب فإن الشخص يتعاقد على الشيء المقصود ذاته، ولكن يوجد عيب يؤثر على قيمته أو على الانتفاع به. نور سالم، المرجع السابق، ص 175.

المنارة للاستشارات

عدم التقيُد بما تتطلبه النصوص المُنظمة لدعوى ضمان العيوب الخفية، أو عدم الالتزام بشروط الإعفاء والتخفيف منها[1].

ذهب أغلب الفقه بحق إلى التفرقة بين مفهوم الغلط والمقصود بالعيب الخفي؛ وقد وضّح البعض الاختلاف الجوهري بين دعوى الإبطال للغلط ودعوى ضمان العيوب الخفية على سند من القول أن العيب الخفي آفة تخلو منها الفطرة السليمة للمبيع،[2] وهو عيب في الشيء ذاته يجب أن يكون بريئا منه بحسب الأصل. أما الغلط فيفترض حالة ذهنية عند المتعاقد تجعله يتوهم وجود وضع خاص في الشيء، فيجده متخلفا، إذ هو عيب في الإرادة ذاتها لا عيب في الشيء.[3]

لقد رسّخ القضاء الفرنسي التفرقة بين الدعويين حينما وضع قرينة لا تقبل إثبات العكس على سوء نية البائع المحترف مستندة على علمه المفترض بعيوب المبيع ليدعم موقف المشتري حين الادعاء بضمان البائع لعيوب المبيع الخفية.[4]

1 أسعد دياب، ضمان عيوب المبيع الخفية– دراسة مقارنة، دار اقرأ، بيروت، 1983، ص 343. عبد الرزاق السنهوري، نظرية العقد، المجمع العلمي العربي الإسلامي، بيروت، دون سنة نشر، ص 371. منصور مصطفى منصور، تحديد فكرة العيب الموجب للضمان في البيع والإيجار، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، عدد (2)، 1959، ص 590.

2 أخذت محكمة النقض المصرية في حكم لها صدر بتاريخ 1948/4/8 تعريفها هذا للعيب من كتاب حاشية ابن عابدين في الفقه الحنفي، ففيه أن "العيب ما يخلو عنه أصل الفطرة السليمة عن الآفات العارضة لها". وعلى الرغم من ذلك، إلّا أن تعريف ابن عابدين أدق من تعريف محكمة النقض المصرية له، وذلك لسببين رئيسيين؛ أولهما: أن العيب ليس آفة طارئة فحسب، بل قد يكون كذلك آفة عارضة. والآفة العارضة قد تكون آفة في الخلقة والتكوين وقد تكون آفة طارئة. والآفة في الخلقة هي الآفة المصاحبة لتكوين الشيء، أما الآفة الطارئة فهي الآفة التي تحدث بعد تكوين الشيء. والسبب الثاني أن العيب ليس هو ما تخلو عنه الفطرة السليمة، وإنما هو ما يخلو عنه أصل الفطرة السليمة. راجع عبد الناصر العطار، استقراء لماهية العيب وشروط ضمانه في القانون المصري، مجلة العلوم القانونية، مجلد (13)، عدد (2)، 1971، ص 4 – 5.

3 زمام جمعة، العدالة العقدية في القانون الجزائري، رسالة دكتوراه، جامعة الجزائر، 2014، هامش ص 225. أمين دواس وآخرون، مرجع سابق، 2017، ص 501.

4 جابر مشاقبة، الحماية المدنية للمستهلك من عيوب المنتجات الصناعية– دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، جامعة آل البيت، 2003، ص 29.

المنارة للاستشارات

ومن المعلوم أن حسن نية البائع هو الأصل الذي يبقى على المشتري أن يثبت عكسه في دعوى الإبطال للغلط[1].

كذلك يمكن الادعاء بدعوى ضمان العيب الخفي في الحالات التي لا يكون فيها المبيع صالحا للغرض المُعد له عادة، فإن دعوى الإبطال للغلط لا يمكن إقامتها إلّا إذا أثبت المشتري وقوع الغلط على صفة جوهرية من صفات المبيع. فإذا توفر للشيء جميع عناصره الجوهرية التي أرادها المشتري، ولكن المبيع لم يكن صالحاً لتحقيق الغرض الذي كان يرغب المشتري في تحقيقه وأعلم به البائع، نكون أمام عيب خفي وليس بصدد غلط يُتيح للمشتري إبطال العقد. وبعبارة أخرى، فإن العيب يُعتبر شيئاً موضوعياً، أي له مظهر اقتصادي، أما الغلط فهو عيب في الإرادة وبالتالي فهو أمر ذاتي محض[2].

بناءً على ذلك، يُمكننا القول أنه إذا كان المُنتَج فيه عيب، بحيث يُصبح غير صالح للاستعمال المُعد له، فالدعوى المتاحة أمام المشتري هي دعوى ضمان العيب وليس دعوى الغلط؛ لأن المشتري لم يقع في غلط حتى يمكنه المطالبة ببطلان العقد.[3] فالغلط هو شيء نفسي، يُؤخذ بيعن الاعتبار عند النظر إليه إلى الحالة النفسية للمشتري، أما في حالة العيب، فيجب الانطلاق من الشيء ذاته والوصول إلى وظيفته الاقتصادية ومن ثم الوصول إلى النفع المرجو منه، سواء كان هذا النفع حسب العقد أو حسب طبيعة المنتج.[4]

انظر أيضاً: جابر محجوب، ضمان سلامة المستهلك من الأضرار الناشئة عن عيوب المنتجات الصناعية المبيعة– دراسة في القانون الكويتي والقانونين المصري والفرنسي (القسم الأول)، مجلة الحقوق–الكويت، مجلد (20)، عدد (3)، مجلة، 1996، ص 232.

1 أسعد دياب، مرجع سابق، ص 346– 347.

2 عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد البيع والمقايضة المجلد الأول الجزء الرابع، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت 1998، ص 763. ولا يستطيع المشتري أن يرفع دعوى الضمان إذا كان البيع قد تم قضائياً أو بمعرفة جهة الإدارة عن طريق المزاد.

3 وفقا للمادة (1131) من القانون المدني الفرنسي، تعتبر عيوب الرضاء سبباً للبطلان النسبي للعقد.

4 سامي بلعايد، مرجع سابق، ص 465.

المنارة للاستشارات

لكن هذا المعيار في التمييز هو كيفي وضعيف في مجال التطبيق العملي؛ لأن صفة الشيء الجوهرية، ترتبط غالبا بالاستعمال المُعد له، وهذا الاستعمال قد يرتبط أيضا بمعطيات ذاتية تبعًا لإرادة المشتري. لهذا اقترح جانب من الفقه، أن يجري التفريق بالتمييز بين صفة جوهرية في الشيء من جهة وبين وجود نقص أو عيب فيه من جهة أُخرى، فإذا توفر في الشيء المبيع، جميع عناصره الأساسية مع عدم تمتع بعضها بالنوعية أو الصفة المرجوة من المشتري، نكون إزاء عيب وليس أمام غلط في عنصر أساسي.[1] وانتُقد هذا الرأي بأنه لا يسمح لنا التفريق بين الغلط والعيب، إلّا إذا أخذنا بتفسير كلمة العيب بشكل ضيق، بحيث نقصد به الفساد أو الآفة، وهذا ما يتعارض مع المفهوم الواسع الذي يجب أن يُعطى لمعنى العيب[2].

لذا اعتمد الفقه على معيار آخر، تبناه الفقيه "زيرا"، الذي يستند إلى حالة المشتري الذهنية، فيأخذها كنقطة انطلاق للتمييز بين الغلط والعيب وكذا تحديد ميدان كل منهما.[3] فحسب رأي هذا الفقيه، يكون المبيع غير صالح للاستعمال الذي أُعدّ له في حالتين؛ الأولى: إما لأن المبيع بحدّ ذاته، غير صالح لكي يُستعمل بالطريقة المقصودة منه، دون البحث عن أي نقص أو عيب وهنا نكون إزاء حالة الغلط. مثال ذلك، إذا اشترى صانع ملابس جاهزة، كمية من القماش وهي بطبيعتها لا تصلح لتفصيل الملابس، وبالتالي لا تصلُح للغرض المقصود منها، فيكون قد وقع في غلط. أما الحالة الثانية: يكون المبيع بحد ذاته، صالح تماما للغرض المقصود منه، لكن نقصا أو عيبا فيه، تسبب في تعطل استعماله. ومثال ذلك، إذا كان القماش المُباع، يصلح حسب صنفه لصناعة الملابس الجاهزة، لكن لا يمكن استعمال هذا القماش، بسبب عيب فيه، فنكون أمام عيب وليس غلط.[4]

---

1 أسعد دياب، مرجع سابق، هامش ص 348.

2 جابر محجوب، مرجع سابق، ص 360. أنظر أيضا عبد المنعم الصده، الغلط في القانون الوضعي والشريعة الإسلامية 1998، مجلة الأمن والقانون، مجلد (6)، عدد (1)، 1998، ص 186. محمد بوادلي، مرجع سابق، ص 124.

3 أسعد دياب، مرجع سابق، هامش ص 349.

4 سامي بلعايد، مرجع سابق، ص 466.

المنارة للاستشارات

قد يبدو هذا المعيار صالحا، لكنه يصطدم بمشكلة أساسية ألا وهي، أنه حتى في الحالة الثانية يمكن أن نقول بأن المشتري كان ضحية للغلط أيضا، إذ أنه أقدم على التعاقد وهو يفترض أن القماش يصلح لتفصيل الملابس، لكن الواقع يُظِهر عكس ذلك وعندها يكون لحق به غلط في صفة جوهرية. وإزاء هذه الصعوبة، ظهر تيار فقهي آخر، يقول بوجوب التنسيق بين الغلط والعيب بالتركيز على الصفة الجوهرية. فانطلق دعاة هذا الرأي من مبدأ أنه يوجد بين العيب والغلط عدة نقاط تشابه رغم اختلاف تعريف كل منهما، لكن وجه الخلاف بينهما يكمُن في درجة أهمية أو خطورة أحدهما على الآخر، ومثال ذلك: إذا اشترى شخص نوع من الحجر على أنه رُخام أو اشترى رُخام وإنما من نوع متدنّ بحيث أن استعماله ليس أفضل من استعمال الحجر، فبين هاتين الحالتين، اختلاف في درجة الأهمية أكثر من اختلاف في الطبيعة[1].

على الرغم من نقاط الشبه الموجودة بين نظرية الغلط ونظرية العيب، إلّا أننا نفضل الرأي الذي يقول بوجود التفرقة بين النظريتين. فالغلط يختلف عن العيب في أساسه وفي نتائجه وكذلك في طبيعته، فدعوى الغلط هي دعوى صحة، بمعنى أنها تتعلّق بعيب من عيوب الرضا والذي يصيب العقد في نشوئه، وبالتالي يعدِم العقد من أساسه إذا كان الغلط في المبيع أو شروط الصحة،[2] أما دعوى ضمان العيوب فهي تفترض وجود عقد صحيح بين البائع والمشتري، ولكن علّة عارضة جعلت العقد قابلا للفسخ. أضف إلى ذلك، أن دعوى الغلط، يجوز رفعها من كلا المتعاقدين، بينما لا يجوز رفع دعوى ضمان العيب إلّا من طرف المشتري فقط –إلّا في عقد المقايضة، فكل منهما له الحق، كون كل طرف بائع ومشتري– ولو كانت هناك وحدة حقيقية بين النظريتين لجاز لأي من طرفي العقد رفع دعوى ضمان العيب.

ويكمن تحديد المعيار الواجب اعتماده للتفرقة بين نظرية الغلط ونظرية العيب، حسب كل حالة نزاع على حدة، فلا يوجد معيار ثابت يصلُح لجميع حالات النزاع،

1 سامي بلعايد، مرجع السابق، ص 467.

2 أما إذا كان الغلط في صفة جوهرية أو بشخص المتعاقد فيكون عيب إرادة.

المنارة للاستشارات

فمثلًا يُطبق الغلط عندما يكون واقعا على صفة جوهرية في المبيع، وتكون هذه الصفة غير مؤثرة على استعمال المبيع، كأن يشتري سيارة من ماركة معينة على أنها من صناعة بلد معين فيتضح له أنها من الماركة المقصودة إلّا أنها من صناعة بلد آخر، وعلى العكس من ذلك، إذا ظهر عيب في المبيع ولا يجتمع هذا العيب مع أي عيب الغلط، كأن يتضح في المثال السابق أن السيارة من ماركة فعلًا وأنها من صُنع فلسطين أيضا إلّا أن بها عيب في محركها، فيطبق ضمان العيوب فقط.[1] ومع ذلك فقد تنطبق الحالتان معا على الواقعة الواحدة، ومثال ذلك أن ينصب الغلط على صفة جوهرية في المبيع، ويكون لهذه الصفة تأثير على الاستعمال المُعدّ له هذا المبيع، ففي هذه الحالة يمكن القول أن المتعاقد قد وقع في غلط في صفة جوهرية وكذلك يمكننا أن نقول أن هناك عيب بالمبيع يخل باستعماله، كمن يشتري جوادا مثلا اعتقادا منه أنه مُعدّ للسباق ثم تبين أنه غير صالح لهذا الغرض[2].

مما لا يحتاج إلى بيان، أنه لا يجوز للمشتري، إذا توافرت شروط دعوى ضمان عيوب المبيع، مع دعوى الغلط، أن يجمع بينهما بأي معنى من معاني الجمع، فلا يجوز أن يرجع على البائع بإحداها حتى إذا ما حصل على التعويض طبقًا لأحكامها، رجع عليه بالأخرى. وذلك لأنه لا تعويض عن الضرر الواحد سوى مرة واحدة. ولا يستطيع أيضا أن يشكل منهما معا دعوى مستقلة منتقياً من بين شروطهما الأكثر تحقيقا لمصلحته. فليس للمشتري إذن إلّا أن يرجع بإحداها إذا اجتمعا. ولكن هل له أن يختار بينهما؟ الرأي الراجح في الفقه يرى جواز ذلك[3].

---

1 **انظر**: علي نجيده، ضمان عيوب المبيع في عقد البيع في القانون المصري والمغربي، دراسة مقارنة، المجلة المغربية للاقتصاد والقانون المقارن، عدد (5)، 1986، هامش ص 156.

2 دلال العارضي، ضمان عيوب البيع الخفية– دراسة مقارنة، مجلة الكلية الإسلامية–العراق، مجلد (6)، عدد (16)، 2012، ص 523. عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص 726. يونس بني يونس، ضمان عيوب المبيع الخفية– دراسة تحليلية مقارنة، رسالة ماجستير، الجامعة الأردنية، 1991، ص 171.

3 منصور مصطفى منصور، المرجع السابق، ص 219. البدراوي، المرجع السابق، ص 369. سليمان مرقس، المرجع السابق، ص 435. جميل شرقاوي، المرجع السابق، ص 299.

المنارة للاستشارات

في حين يرفض القضاء الفرنسي بصفة عامة تجاوز القواعد المتعلّقة بضمان العيب الخفي في عقد البيع عن طريق اللجوء إلى نظريات عيوب الإرادة. لذلك نجد أن هذا القضاء يبحث عن التكييف القانوني السليم للواقعة محل الادعاء، فإن وُجدَ أن محل الادعاء هو عيب من عيوب المبيع فإنه يلتزم بالمهلة القصيرة التي يجب على المشتري أن يرفع الدعوى خلالها. لذلك فقد قضت محكمة النقض الفرنسية بصحة حُكم الاستئناف الذي رفض الدعوى التي قام المشتري برفعها بعد انتهاء المهلة القصيرة المتاحة بموجب نص المادة (1648) من القانون المدني الفرنسي وذلك بالرغم من أن مشتري جلود الأغنام كان قد ادعى بأن إمكان تصنيع الجلود بعد اعادة خدمتها ودباغتها يُعد غلطا معيبا للإرادة ويتيح له طلب إبطال العقد[1].

وتواتر قضاء محكمة النقض الفرنسية في ذات الاتجاه، حيث نجد، –على سبيل المثال–، أن هذه المحكمة قضت بأن: "الغلط في صفة جوهرية من صفات المبيع ليس في الحقيقة إلّا نتيجة عيب خفي يؤدي إلى عدم صلاحية المبيع للاستخدام في الغرض الذي خُصص من أجله...". وكان مشتري قطعة الأرض المُخصصة للبناء والتي ثبت عدم إمكانية إقامة مباني عليها نظراً لرفض الجهة الإدارية بالترخيص في ذلك، لعدم وجود طريق مُخصص لخدمة المبنى المزمع بناؤه قد طلب إبطال العقد للغلط. لكن المحكمة وكما تقدم رأت أن الغلط كان راجعا إلى عيب خفي في المبيع ورفضت دعواه؛ لأنه قام برفعها بعد انقضاء مدة طويلة من تاريخ رفض جهة الإدارة الترخيص له بالبناء.[2]

هكذا يتضح أن القضاء الفرنسي يستند إلى وجود تنظيم تشريعي خاص متعلّق بعيوب المبيع الخفية لرفض الدعاوى المستندة لعيوب الإرادة. لذلك فنحن نعتقد بأن

1 ثم جاء قرار آخر صدر في 1960/7/19، يؤكد هذا الموقف، وقد قضت المحكمة فيه بأنه لا يمكن للمشتري التملُّص من أحكام المادة (1648) من القانون المدني الفرنسي، وذلك من جهة المهلة القصيرة المتعلّقة بدعوى الضمان، بتذرعه بأحكام الغلط، فالدعوى المسندة إلى هذا الغلط تخضع هي الأخرى للمهلة الوجيزة. نقلًا عن، سامي بلعايد، مرجع سابق، ص 469.

2 حسن جميعي، مرجع سابق، ص 122.

المنارة للاستشارات

النظرة الصحيحة لدعوى ضمان العيب الخفي توضح تميزها واختلافها عن دعوى الغلط، بما يتيح للمشتري وبالرغم من أن العيب الخفي قد يكون بذاته هو الصفة الجوهرية التي تخلَّفت والتي كان المشتري يُعلق عليها أهمية كبرى وقت إبرام العقد، من بين الاختيار بين الدعويين. ويدعم رأينا هذا ما سبق وقلناه من أن العيب الذاتي للمبيع يُقاس بمعيار موضوعي، بينما الغلط يُقاس بمعيار ذاتي أو شخصي. فإن كان المشتري قد توهم توفر صفة في المبيع وأدى تخلّفها إلى تعيبه فإن هذا يعنى بالمعيار الشخصي وقوع المشتري في الغلط بالإضافة إلى أن وجود هذا العيب يُعدّ –وبالقياس بالمعيار الموضوعي– عيباً خفياً.

وحينما يتعلّق العيب بذاتية المبيع أو بعدم صلاحيته مطلقا لأداء الغرض المألوف المعتاد فإن دعوى الغلط تكاد تختلط بدعوى ضمان العيوب الخفية. ولكن نظرا لأن الدعويين متميزتان ومختلفان من حيث الجوهر والطبيعة والآثار القانونية المترتبة على كل منهما –وكما أوضحنا من قبل– فإننا نعتقد بوجود مكنه الاختيار بينهما.

وتتضح أهمية حق المشتري في رفع دعوى الإبطال للغلط حينما تسقط دعوى ضمان العيوب الخفية لعدم إخطار المشتري للبائع بوجود العيب أو لعدم رفعها خلال المهلة التي حددها المشرّع. على أن حق المشتري في الاختيار بين الدعويين يصبح أكثر أهمية وخطورة في الحالات التي يتعذر فيها على المشتري اللجوء إلى دعوى ضمان العيوب الخفية بسبب الاتفاقات المعُفية من الضمان، أو حينما تكون هذه الاتفاقات مقيّدة له إلى درجة يُصبح معها اللجوء إلى دعوى الإبطال للغلط أكثر فائدة للمشتري[1].

بالرغم من أن دعوى الإبطال للغلط تحقق ميزة كبرى للمشتري في الفروض السابقة، إلّا أنها لا ترقى إلى تحقيق ذات النتائج التي كان يمكن للمشتري أن يحققها

1 لكن بطبيعة الحال فإن الفقه يتفق على أن المشتري لا يستطيع الجمع بين الدعويين. عبد الفتاح عبد الباقي، مرجع سابق، ص 265.

المنارة للاستشارات

باللجوء إلى دعوى ضمان العيوب الخفية. فمن ناحية أولى –ونظراً لأن نطاق دعوى ضمان العيب الخفي يعد أكثر اتساعا؛ فإن المشتري لن يستطيع أن يطالب بإبطال العقد للغلط حينما لا تتوافق أوصاف المبيع مع الأغراض التي كان يرغب في تخصيص المبيع لخدمتها. ومن ناحية ثانية، فإن التمسك بالغلط يؤدي إلى الإبطال ولا شيء غيره، بينما كان المشتري يستطيع أن يُبقي على العقد وبالتالي على المبيع مع إنقاص الثمن لو أنه تمسك بدعوى الضمان[1].

من الجدير الإشارة إليه، أن دعوى ضمان العيب الخفي من الدعاوى التي تنتقل إلى المشترين المتعاقبين، بينما دعوى الغلط شخصية يقتصر حق رفعها على المشتري الأول.[2] تبدو هذه الفروق بين الدعويين في الآثار مؤكدة لإمكان الاختيار بينهما، موضحة أن لجوء المشتري إلى دعوى الإبطال للغلط في حالات سقوط حقه في دعوى الضمان ليس تحايلاً على نصوص التشريع أو إهداراً لاتفاقات الضمان. ذلك أن المشتري لا يحصل على ذات المزايا ولا يتحقق له بدعوى الإبطال للغلط ما كان من الممكن أن يتحقق له لو أن باب دعوى الضمان كان مفتوحا أمامه.

ثانياً: عدم مطابقة المبيع للمواصفات.

إذا كان البائع لا يضمن كل ما يُنقص من قيمة المبيع، أو من الانتفاع به كالرداءة، فإنه يضمن خلوّ المبيع من الصفة المشروطة في العقد، ولو كان تخلُّف هذه الصفة لا يُنقص من قيمة المبيع، أو من الانتفاع به بحسب الأصل. فتخلُّف هذه الصفة قد يكون مما لا يخلو عنه أصل الفطرة السليمة للشيء. وإن اتصاف المبيع بوصف معين يكون مرغوبا عند المشتري لتحقيق هدف يبتغيه قد يدفعه عند إبرام عقد البيع إلى اشتراط توافره في المبيع تأكيدا منه على أهمية هذه الصفة وحرصا منه على إلزام البائع بتسليم مبيع متصف بها.[3]

1 المادة (345) من مجلة الأحكام العدلية. والمادة (476) من مشروع القانون المدني الفلسطيني.

2 سامي بلعايد، مرجع سابق، ص 470.

3 راجع قانون الاستهلاك الفرنسي لسنة 2005، المُعدل بالقانون رقم (2014/344)، المادة (5-L 217).

المنارة للاستشارات

خيار الوصف عند الفقها المسلمين هو أن يكون المشتري مخيَّرا بين إمضاء العقد وأخذ المبيع بجميع الثمن المسمى، وبين فسخه، عند تخلّف وصف مرغوب مشترط في المبيع، فيُخيَّر المشتري إن شاء أخذ المبيع بجميع الثمن وإن شاء فسخ العقد.[1] وفي هذا المعنى قررت مجلّة الأحكام العدلية في المادة (310) أنه: "إذا باع مالا بوصف مرغوب فظهر المبيع خاليا عن ذلك الوصف، كان المشتري مخيرا إن شاء فسخ البيع وإن شاء أخذه بجميع الثمن المُسمى، ويسمى هذا خيار الوصف...". ولا يجوز للمشتري كأصل عام، أن يعود على البائع بنقصان الثمن، وإنما له أن يأخذ المبيع بكامل الثمن المتفق عليه أو أن يفسخ العقد. أما إذا تعذّر ردّ المبيع إلى البائع بعد ثبوت خيار الوصف، فعندها يجوز للمشتري أن يعود على البائع بنقصان الثمن، بهذا، يجعل خيار الوصف من عقد البيع مُعلقا على شرط فاسخ؛ لأن البيع الذي فيه هذا الخيار يُولّد آثارا في مواجهة المتعاقدين، ولكنه يكون عرضة للفسخ كنتيجة للخيار. ولم تحدد المجلة مدة لهذا الخيار، ليُصار إلى الاحتكام إلى العُرف، أو إلى المدة المعقولة من تاريخ تسليم المبيع وفقا لطبيعته.[2] ويسقط خيار الوصف ويلزم البيع إذا تصرّف المشتري في المبيع تصرُّف المُلاك، وإن ظهر خلو المبيع من الصفة المرغوبة؛ لأن تصرّفه يدل على رضاه بالمبيع خالٍ من هذه الصفة، فيأخذ ذلك حكم الإبراء[3].

---

1 عبد الستار أبو غدة، أحكام العيب في الفقه الإسلامي، دار عمار، عمان، 1998، ص 38. أحمد اسماعيل، خيار العيب وفوات الوصف المشروط في عقد بيع المنقول– دراسة مقارنة ما بين القانون المدني الأردني والفقه الإسلامي، رسالة دكتوراه، جامعة العلوم الإسلامية العالمية، 2016، ص 69. راشد النظيري، خيار الوصف في الفقه الإسلامي والقانون المقارن، رسالة دكتوراه، جامعة العلوم الإسلامية العالمية، 2013، ص 14– 15. سلام الفتلاوي، ضمان فوات الصفة المشروطة، مجلة مركز دراسات الكوفة، عدد (13)، 2011، ص 160.

2 أمين دواس ومحمود دودين، عقد البيع في مجلة الأحكام العدلية– دراسة مقارنة، برنامج تعزيز العدالة الفلسطينية، رام الله، 2013، ص 254.

3 المادة (312) من المجلّة. وفي هذا السياق قضت محكمة التمييز الأردنية بأن: "إسقاط المشتري حقه في فسخ البيع بناءً على إحدى الخيارات يعتبر من التصرفات الجائزة، وإن تصرُّف المشتري المُبطل لخيار الوصف، هو التصرُّف بالمبيع تصرُّف المُلّاك بعد العلم بأن المبيع مخالف للـوصف

المنارة للاستشارات

فالظاهر أن ضمان فوات الوصف في الفقه الإسلامي يرد عند جمهور الفقهاء على صفة في المبيع قد لا يُعدّ عيبا بحسب الأصل، أضف إلى ذلك أنه لا يثبت خيار الوصف إلّا إذا أشترط هذا الوصف فتبيّن خلوّ المبيع منه، وإذا جرى العُرف على اشتراطه؛ لأن المعروف عرفا كالمشروط شرطا.[1] ويشترط في الوصف حتى يكون معتبرا، ويكون لصاحبه الخيار، أن يكون خالٍ من الغرر،[2] فلو اشترط المشتري على البائع بأن تحلب البقرة خمسين لترا يوميا، فإن في هذا الوصف غرر ولا يكون معتبراً.

وضمان وجود صفة مرغوب بها قد يتحقق ضمناً عند انعقاد البيع طبقاً لنموذج معيّن، فالبائع يضمن وجود صفات النموذج في الشيء المبيع بحيث إذا اختلفت المطابقة كان العيب مؤثراً موجباً للضمان، ويرجع العيب في هذه الحالة إلى اختلاف الصفات التي كفلها البائع للمشتري ضمنا وفقا للنموذج.[3] والمعيار المعتمد في مطابقة المبيع للأُنموذج أو عدم مطابقته هو المعيار الوارد بالمجلة وشرحها لعلي حيدر، وأن اختلاف المبيع عن الأُنموذج الذي يُرتب للمشتري خيار القبول أو الردّ في أحكام المجلة هو الاختلاف الذي يكون فيه المبيع دون الأُنموذج وأقل قيمة منه، كما في خيار العيب عملاً بأحكام المواد (324 و325 و338) مجلة، وينبني على ذلك أن الخبرة في هذا المجال يجب أن تُبيّن ما إذا كان الاختلاف، أو عدم المطابقة، من شأنها أن تجعل المبيع أدنى من الأُنموذج، وأقل منه، وإلّا فلا ينشأ

المتفق عليه". قرار رقم (102) لسنة 1974، منشور في مجلة نقابة المحامين، 1974، ص 1321. عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، مطبعة الحلبي الحقوقية، بيروت، 1998، ص 110.

1 صاحب الفتلاوي، ضمان العيوب وتخلُّف المواصفات في عقود البيع، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 1997، ص 43.

2 نور سالم، مرجع سابق، ص 187. أمين دواس ومحمود دودين، مرجع سابق، ص 254.

3 عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، مرجع سابق، ص 719. صاحب عبيد الفتلاوي، مرجع سابق، ص 55.

المنارة للاستشارات

خيار الردّ للمُشتري، وتمنح مخالفة المبيع للنموذج الحق للمشتري في استعمال خيار العيب[1].

ونرى أن فوات الوصف المرغوب بعد أن حصل العقد الالتزام من البائع به، هو في معنى فوات وصف السلامة في المبيع إذا ظهر فيه عيب، فكما يثبت في الصورة الأخيرة خيار العيب يثبت في الصورة الأولى خيار الوصف، وكل من الخيارين يثبُت لتخلُّف شرط في المحل، غير أن الشرط في خيار العيب ثابت دلالة، أما خيار الوصف فهو ثابت نصاً.

وتتشابه أحكام خيار الوصف مع أحكام الالتزام بالمطابقة المقررة في بعض التشريعات المقارنة، والتي بموجبه يلتزم البائع بتسليم المشتري مبيعا مطابقا لمواصفات وشروط العقد، أو أن يكون محققًا للغاية الخاصة التي توخاها المشتري عند التعاقد، والتي يعرفها البائع، أو التي كان بمقدوره أن يعرفها، وفقا لظروف التعاقد. فمعيار المطابقة عند النزاع هي العقد، والغرض الخاص الذي توخاه المشتري، ومطابقة المبيع للعينة ، واشتراط صلاحية المبيع للعمل مدة معينة[2].

لتفادي الآثار الناجمة عن شروط الإعفاء والتخفيف من ضمان العيب الخفي التي قد يتضمنها عقد البيع، قد يسعى المشتري إلى التمسك بعدم مطابقة المبيع للمواصفات. ويتطلب التمسك بعدم المطابقة أن تكون خصائص المبيع وصفاته الأساسية أو مواصفاته الفنية قد تحددت بشكل دقيق عند التعاقد. ذلك أن هذا التحديد هو وحده الذي يتيح الادعاء بأن المبيع قد تمّ تسليمه على نحو غير مطابق للمواصفات المتفق عليها.[3]

---

1 قرار محكمة التمييز الأردنية رقم (181) لسنة 1991، منشور بتاريخ 1992/4/12، منشورات مركز عدالة.

2 أمين دواس ومحمود دودين، مرجع سابق، ص 256.

3 غالبًا ما تثور في هذا الصدد مشكلات حول مدى دقة التحديد، خصوصًا حينما يكون عقد البيع قد أحال في شأن تحديد المواصفات إلى وثائق أخرى أو عندما تخضع السلع لمواصفات قياسية. حسن جميعي، مرجع سابق، ص 127.

المنارة للاستشارات

ولا يثور التساؤل عن حق المدين في الإختيار بين دعوى الفسخ لعدم تنفيذ الالتزام التعاقدي ودعوى الضمان، إلّا إذا كان الدفع الذي يتمسك به المشتري هو تخلُّف صفة من صفات المبيع محل الاتفاق أو التي لا يصلح استعمال الشيء إلّا بتوافرها. ذلك أن القواعد العامة للمسؤولية التعاقدية تُتيح للمشتري مطالبة البائع بالتعويض عن عدم تنفيذ البائع لالتزاماته ومن بينها التزامه بتسليم مبيع مطابق للمواصفات. فإذا فرض وقام البائع بتسليم مبيع غير مطابق للمواصفات أو للعينة، فإن المشتري –وكما هو الحال في ظل النظام القانوني الفرنسي– قد يُفضِّل اللجوء إلى دعوى فسخ العقد لعدم تنفيذ البائع لما التزم به بالنظر لما قد تُحققه له هذه الدعوى من مزايا، خصوصًا في ظل قيود مدة رفع دعوى الضمان، أو بسبب شروط التخفيف، أو الإعفاء من ضمان العيوب الخفية.

ويتضح لنا من خلال استعراض المادة (1/468) من مشروع القانون المدني الفلسطيني، والذي نصت على أنه: "يكون البائع ملزمًا بالضمان، إذا لم يتوافر في المبيع وقت التسليم الصفات التي كفل للمشتري وجودها فيه..."، أن المشروع لم يشترط –وعلى خلاف ما تقرر بالنسبة للعيوب الخفية– أن يكون غياب الصفة المتفق عليها مؤثرا في حدّ ذاته في قيمة المبيع أو في صلاحيته للاستعمال، حتى يتمكن المشتري من رفع دعوى الضمان. ذلك أن تخلُّف الصفة يُعتبر وفقا لنص هذه المادة كافيًا في حد ذاته لقيام الضمان. ويمكن تبرير ذلك بأن الصفة التي يتم الاتفاق على ضرورة توافرها تعتبر ذات أهمية مقيسة بمعيار ذاتي. ففوات الوصف يُعدّ مؤثرا، طالما أن البائع قد كفل هذا الوصف، كما أنه يؤدي إلى نقص منفعة المبيع بالنظر إلى ما توقعه المشتري ووفقًا لحساباته الشخصية. فإذا تطلب أحد المشترين أن تكون السيارة ذات استهلاك محدد للوقود، فإن غياب ذلك الوصف يؤدي إلى فوات المنفعة الخاصة التي قصدها ذلك المشتري. وفي هذا السياق جاء في حكم لمحكمة النقض المصرية أنه: "وإذا كان المشرّع قد اشترط في العيب الذي يضمنه البائع أن يكون مؤثرا وخفيا إلّا أنه لم يشترط ذلك في حالة تخلُّف الصفة التي كفل البائع للمشتري وجودها في المبيع، فمجرّد ثبوت عدم توافر هذه الصفة في

المنارة للاستشارات

المبيع وقت التسليم موجب لضمان البائع متى قام المشتري بإخطاره، وذلك أيا كانت أهمية الصفة التي تخلّفت، وسواء كان المشتري يعلّم بتخلّفها وقت البيع أو لا يعلم، يستطيع أن يتبينها أو لا يستطيع"[1].

وحتى إذا فرض أن تخلُّف الصفة قد تسبب في نقصان قيمة المبيع أو أدى إلى التأثير على صلاحيته للاستعمال، فإن تكييف تخلُّف الصفات بأنه من قبيل العيب الخفي في هذا الفرض لا يضر بالمشتري. إذ يستطيع هذا الأخير أن يكتفي بإثبات تخلّف الصفة لرفع دعوى الضمان دونما أي التزام عليه بإثبات أثر ذلك على القيمة أو على الصلاحية للاستعمال.[2]

على أن محكمة النقض المصرية قد ذهبت إلى تأكيد إقتصار حق المشتري على اللجوء إلى دعوى ضمان العيوب الخفية، بشأن الصفات التي كفل البائع للمشتري وجودها في المبيع.[3] فلقد جاء في حكم صادر عن محكمة النقض المصرية أنه: "ضمان البائع للمشتري إغلال العقار المبيع قدرا معينا من الريع يعتبر كفالة لصفة في المبيع مما تعنينه المادة (447) من القانون المدني المصري، بقولها "يكون البائع ملزما بالضمان إذا لم يتوافر في المبيع وقت التسليم الصفات التي كفل

1 منى حسان، الالتزام بالمطابقة في عقد البيع– دراسة تحليلية في ضوء القانون المدني وتشريعات حماية المستهلك في القانونين المصري والفرنسي، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، عدد (63)، 2017، ص 837.

2 رسم مشروع القانون المدني الفلسطيني طريقا للمشتري للتخلّص من المدة القصيرة عبر إثبات غُش البائع بتسليم مبيع غير مطابق للمواصفات المطلوبة. فإذا استطاع المستهلك أن يثبت غش البائع فإنه لن يتقيد بمدة الستة شهور، وإنما تطبق مدة التقادم الطويل (15 سنة)، ويستطيع المشتري إثبات غش البائع بكافة طرق الإثبات، كون الغش واقعة مادية، ويستطيع المشتري الاستفادة من النصوص الواردة في بعض التشريعات الجزائية التي تُجرّم الغش في البضائع، كما في المواد (431 و433) الواردة في قانون العقوبات رقم (16) لسنة 1960 النافذ في الضفة الغربية، والمواد (2/27 و1/28) من قانون حماية المستهلك الفلسطيني لسنة 2005.

3 قرار محكمة النقض المصرية رقم (263) لسنة 1969، المنشور في الجريدة الرسمية (المكتب الفني)، بتاريخ 1969/5/15، ص 796.

المنارة للاستشارات

للمشتري وجودها فيه" وتخلُّف الصفة التي كفل البائع وجودها في المبيع وإن لم يكن عيبا بالمعنى التقليدي الدقيق؛ لأن العيب الخفي كما عرَّفته هذه المحكمة هو الآفة الطارئة التي تخلو منها الفطرة السليمة للمبيع، إلّا أنه وقد ألحق المشرّع حالة تخلُّف الصة بالعيب الخفي وأجرى عليها أحكامه فيما يختص بقواعد الضمان، فإن رجوع المشتري على البائع في حالة تخلف صفة في المبيع كفل له البائع وجودها فيه إنما يكون بدعوى ضمان العيوب الخفة، ولا يكون للمشتري أن يرجع على البائع على أساس أنه قد أخلّ بالتزام آخر مستقل عن التزامه بالضمان"[1]. ولكن هذا الفرض غير مقبول في المجلّة كونها عرفت خيار الوصف بصفة مستقلّة عن خيار العيب كما تم بيانه سابقاً.

وعادة ما يقوم القضاء الفرنسي على استخدام المسؤولية العقدية الناشئة عن عدم تسليم مبيع مطابق للمواصفات، لمواجهة حالات نشأ فيها الضرر من عيوب المبيع. فلقد قضت محكمة النقض الفرنسية، بالتعويض على أساس من المسؤولية العقدية العادية لصالح مشتري في مواجهة البائع المُنتج للمفرقعات، بالنظر إلى أنه قام بتسليم المُنتج الذي ثبت "عدم توافر الأمان الكافي في استخدامه بسبب عيوب في صمام الأمان". وفي حكم آخر قضت ذات المحكمة، بأن ألواح الاردواز المُخصصة لتسقيف المباني وبالرغم من عدم تعيينها، إلّا أنها غير مطابقة للمواصفات التي تقتضيها الظروف المناخية في المنطقة التي تم استخدامها فيها. لذلك فإن المحكمة استبعدت دفع البائع لدعوى المُشتري على أساس أنه قام برفعها

1 قرار محكمة النقض المصري رقم (608) لسنة 1975، المنشور في الجريدة الرسمية، بتاريخ 1975/10/28، ص 1345. كما أوضحت محكمة النقض المصرية في حكم آخر، أن: "المشرّع قد ألحق حالة تخلُّف الصفة بالعيب الخفي وأجرى عليها أحكامه فيما يختص بقواعد الضمان، بأن جعل للمشتري الرجوع على البائع في هذه الحالة بدعوى ضمان العيوب الخفية، تحقيقا لاستقرار المعاملات". قرار محكمة النقض المصرية رقم (81) لسنة 1970، المنشور في الجريدة الرسمية، بتاريخ 1970/4/23، ص 697.

المنارة للاستشارات

بعد انقضاء المُهلة القصيرة التي نصت عليها المادة (1648) من القانون المدني الفرنسي[1].

ولم تكتف محكمة النقض الفرنسية بالاستناد إلى مسؤولية البائع عن عدم تسليم مبيع مطابق للمواصفات للتحايل على القيود المرتبطة بتطبيق أحكام ضمان العيوب الخفية، وإنما استخدمت ذات الوسيلة لتمكين المشتري من الحصول على التعويضات حتى في الحالات التي ثبت فيها أن عيوب المبيع كانت عيوبًا ظاهرة وليست خفية. فقد قضت هذه المحكمة بأن "الأقمشة قد تم بيعها بسعر أعطى للمشتري انطباعًا بأنها ذات جودة عالية، وأنه لا يمكن الاستناد إلى أن المشتري قد قبل استلام الأقمشة دون تحفُّظ على مواصفاتها الظاهرة، أو دون تحديد للغرض الذي أراد استخدامها فيه لرفض طلب التعويض الذي تقدم به إلى المحكمة. واستندت المحكمة لتأكيد حق المشتري في التعويض إلى أن العقد المبرم لم يتم تنفيذه وفقا لما اتجهت إليه نية المتعاقدين"[2].

أضف إلى ذلك، فإن القضاء الفرنسي يذهب بعض الأحيان إلى تبني مفهوم ضيّق للإخلال بتسليم مبيع مطابق للمواصفات بحيث لا يعتبر كذلك إلا الشيء الذي يختلف ماديًا عن الشيء محل الاتفاق. لذلك فقد ورد في حكم لمحكمة النقض الفرنسية أن "الأجهزة الخاصة بضبط درجة الرطوبة في الصوبات الزجاجية قد تمّ توريدها بالمطابقة للمواصفات التي سبق الاتفاق عليها، وإنما لم تكن ذات كفاءة متناسبة مع المهمة التي قصد المشتري تنفيذها، مما يعني عدم صلاحيتها لأداء الغرض الذي خُصصت من أجله". وقضت كذلك بتأييد ما ذهبت إليه محكمة الاستئناف من رفض دعوى المشتري ضد البائع، على أساس أنه قد قام برفع دعواه بعد انقضاء مدة طويلة من تاريخ اكتشاف العيب. واستندت في تأييدها لمحكمة

1 تبنَّت الاتجاه القضائي المؤيّد للمزج بين دعوى التسليم، ودعوى الضمان، الدائرة المدنية الأولى والدائرة التجارية لمحكمة النقض الفرنسية. منى حسان، مرجع سابق، ص 824– 825.

2 راجع حسن جميعي، مرجع سابق، ص 135– 136.

المنارة للاستشارات

الاستئناف إلى أن عدم صلاحية المبيع لأداء الغرض الذي قصده المشتري يُعدّ عيبًا خفيًا وليس من قبيل عدم المطابقة للمواصفات[1].

وفي تقديرنا فإنه يبدو واضحًا أن التوجه الذي تبناه القضاء الفرنسي يستند إلى اعتبارات العدالة التي قادت هذا القضاء إلى إعادة تقييم الموقف التعاقدي للمشتري (خصوصًا في مواجهة البائع المحترف)، والسماح برفع دعوى التعويض، أو الفسخ، حينما يكون باب الادعاء بدعوى ضمان العيوب الخفية قد أُغلق، أو كان غير مجدٍ وعلى النحو السابق بيانه. لذلك يجب أن ننظر إلى أن لجوء القضاء الفرنسي إلى مفهوم عدم مطابقة المبيع للمواصفات والخروج على مقتضيات الضمان القانوني للعيوب الخفية تحت ستار العدالة يُعدّ أمرا استثنائيا. وهو ما يوضح عودة القضاء الفرنسي إلى الالتزام بالقيود المرتبطة بضمان العيوب الخفية وخصوصا شرط رفع الدعوى خلال المهلة القصيرة كلما أمكن ذلك.[2]

من جانبنا، نرى أن مقتضيات حماية المُستهلك صارت تُحتم الفصل بين فوات الصفة باعتباره من مسائل التسليم، وبين العيب الموجب لضمان العيوب الخفية، وهو ما يكفل عدم خضوع دعوى المشتري لشروط دعوى ضمان العيب، وعلى الأخص شرط المدة القصيرة التي يتعين رفعها خلالها.

وهذا هو الحل الذي تبناه المشرّع الكويتي، حيث نص في المادة (498) من القانون المدني على أنه: "إذا لم تتوافر في المبيع وقت التسليم الصفات التي كفل البائع للمشتري وجودها فيه، كان للمشتري أن يطلب فسخ البيع مع التعويض، أو أن

1 حسن جميعي، مرجع سابق، ص 139- 140.

2 منصور مصطفى منصور، مرجع سابق، ص 597. حسام الدين الأهواني، عقد البيع في القانون المدني الكويتي، مطبوعات جامعة الكويت، الكويت 1989، ص 731. عمر عبد الباقي، الحماية العقدية للمستهلك- دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، 2004، ص 756.

المنارة للاستشارات

يستبقي المبيع مع طلب التعويض عما لحقه من ضرر بسبب عدم توافر هذه الصفات". وهذا ما أخذت به المجلّة، كما تم بيانه.

فوفقاً للنص المتقدم، يكون القانون الكويتي قد جعل تخلُّف الصفة باعتباره إخلالًا بالتزام عقدي، مستقل تماماً عن العيب الخفي، وجعل رجوع المشتري على البائع في الحالة الأولى يتم طبقاً للقواعد العامة في حالة الإخلال بالتزام عقدي. وقد ترتب على ذلك عدة نتائج أهمها أن دعوى ضمان تخلُّف الصفة لا تسقط ولا تتقادم إلّا طبقا للقواعد العامة، كما لا يلتزم المشتري بالمبادرة بإخطار البائع بتخلُّف الصفة بمجرّد اكتشاف ذلك، ولا يسقط حقه –بطبيعة الحال– في الرجوع على البائع، إن هو لم يفعل ذلك[1].

ثالثاً: دعوى التدليس أو التغرير.

التدليس أو التغرير هو إغراء العاقد وخداعه ليقدم على العقد ظانا أنه في مصلحته، والواقع خلاف ذلك. فالتدليس غلط مستثار؛ فهو عبارة عن ايقاع المتعاقد في غلط إما من المتعاقد الآخر أو من الغير. وبذلك فالتدليس لا يعيب الإرادة بذاته وإنما بما يؤدي إليه من وقوع المتعاقد المدلّس عليه في الغلط. وللتدليس عنصرين أحدهما موضوعي يتمثل في الوسائل الإحتيالية التي استخدمت ضد المتعاقد.[2] وعنصر نفسي هو ثمرة العنصر الموضوعي حيث تؤدي الوسائل الإحتيالية إلى دفع النتعاقد، المدلَّس عليه، إلى التعاقد. بحيث يثبت أنه لولا هذه الوسائل لما أقدم المتعاقد على التعاقد[3].

---

1 حسام الدين الأهواني، مرجع سابق، ص 734.

2 قضت محكمة النقض المصرية بأنه: "يشترط أن تكون الحيل التي استخدمت في التدليس حيل غير مشروع قانونا". قرار محكمة النقض المصرية لسنة 1976، المنشور في مجموعة المكتب الفني لمحكمة النقض، بتاريخ 21 كانون الأول 1976، ص 179.

3 تنص المادة (124) من مشروع القانون المدني الفلسطيني، على أنه: "1. يجوز إبطال العقد للتغرير إذا كانت الحيل التي لجأ إليها أحد المتعاقدين أو نائب عنه، من الجسامة بحيث لولاها لـما

المنارة للاستشارات

وهو أنواع كثيره منها التدليس الفعلي؛ والتدليس القولي؛ والتدليس بكتمان الحقيقة[1]؛ فالتدليس الفعلي هو إحداث فعل في المعقود عليه ليظهر بصورة، غير ما هو عليه في الواقع، أي أنه تزوير الوصف في المعقود عليه أو تغييره بقصد الإيهام، كتوجيه البضاعة المعروضة للبيع، بوضع الجيد في الأعلى، وطلاء الأثاث والمفروشات القديمة، والسيارات، لتظهر أنها حديثة، والتلاعب بعدّاد السيارة، لتظهر بأنها قليلة الاستعمال.[2] أما التدليس القولي فهو الكذب الصادر من أحد العاقدين أو ممن يعمل لحسابه حتى يحمل العاقد الآخر على التعاقد ولو بغبن، كأن يقول البائع أو المؤجر للمشتري أو للمستأجر: هذا الشيء يساوي أكثر، ولا مثيل له في السوق، أو دُفع لي فيه سعر كذا فلم أقبل. ونحو ذلك من المغريات الكاذبة. وحكم هذا النوع: أنه منهي عنه شرعا؛ لأنه غش وخداع، ولكن لا يؤثر في العقد إلّا إذا صحبه غبن فاحش لأحد المتعاقدين، فيجوز حينئذٍ للمغبون إبطال العقد، دفعا للضرر عنه، أي أنه يثبُت له خيار الفسخ بسبب الغبن مع التغرير، وهو ما أخذت به المجلة.[3]

أما التدليس بكتمان الحقيقة وهو الصورة المشهورة في الفقه باسم (التدليس) فهو إخفاء عيب في أحد العوضين، كأن يكتم البائع عيبًا في المبيع، كتصدُّع في جدران الدار وطلائها بالدهان أو الجبص، وكسر في محرِّك السيارة، ومرض في الدابة المبيعة، أو يكتم المشتري عيبًا في النقود ككون الورقة النقدية باطلة التعامل،

أبرم الطرف الثاني العقد. 2. يعد تغريراً تعمد السكوت لاخفاء أمر إذا ثبت أن من غرر به ما كان ليبرم العقد لو علم به. 3. يجوز للمغرر به المطالبة بالتعويض إن كان له مقتضى".

1 عبد الرحيم بن سلامة، عيوب الرضا في الفقه الإسلامي والقانون المغربي، مجلّة الإحياء–المغرب، 1999، عدد (14)، ص 299.

2 محمد بوادلي، مرجع سابق، ص 204 وما بعدها.

3 تنص المادة (356) من المجلة: "إذا وجد غبن فاحش في المبيع ولم يوجد تغرير فليس للمغبون أن يفسخ البيع إلّا أنه إذا وجد الغبن وحده في مال اليتيم لا يصح البيع ومال الوقف وبيت المال حكمه حكم مال اليتيم". وتنص المادة (165) على أن: "الغبن الفاحش غبن على قدر نصف العشر في العروض والعشر في الحيوانات والخمس في العقار أو زيادة".

المنارة للاستشارات

أو زائلة الرقم النقدي المسجل عليها، أو ذهب أكثر من خمسها.[1] ويثبت للمدلّس عليه ما يعرف بخيار العيب، وهو إعطاؤه حق الخيار إن شاء فسخ العقد، وإن شاء أمضاه. كما تم بيانه.

ولا فرق في التدليس الموجب للخيار بين أن يصدر من أحد العاقدين، أو من شخص آخر أجنبي عنهما كالدلال ونحوه إذا كان بتواطؤ مع أحد العاقدين. وفي هذا السياق نصت المادتين (126 و127) من القانون المدني السوري، على أن التدليس من أحد المتعاقدين أو من غير المتعاقدين، وجعل التدليس موجباً لخيار المدلّس عليه وإعطائه الحق في إبطال العقد إذا كانت الحيل المستخدمة من الجسامة بحيث لولاها لما أَبرَم الطرف الثاني العقد. وكان العاقد صاحب المصلحة في حالة التدليس من غير العاقدين يعلم بالتدليس أو من المفروض أن يعلم.[2] وهذا إجمالًا يتفق مع الفقه الإسلامي كما تقدَّم.

العيب كما سبق القول فهو أمر موضوعي محض يتعلّق بذات المبيع، فهو يقع في الغرض الذي أعدَّ له المبيع فيجعله غير صالح لهذا الغرض. لذا قد يجتمع ضمان عيوب المبيع مع التدليس. كأن يكون بالمبيع عيب يتعمّد البائع إخفاءه عن المشتري مستعملا أساليب إحتيالية. فيكون للمشتري في هذه الحالة إما دعوى ضمان العيب وإما دعوى الإبطال للتدليس.[3] يصدق هنا أيضا ما سبق أن لاحظناه، من أنه

---

1 هناك فروق بين خيار العيب وخيار التدليس منها: أن خيار العيب لا يشترط فيه علم البائع بالعيب، وأما خيار التدليس فيقوم إذا كان قد علم ثم أخفاه عن المشتري، وأن الإبراء من العيوب إذا كان يُسقط خيار العيب من حيث الأصل لكنه لا يُسقط خيار التدليس. محمد بوادلي، مرجع سابق، هامش ص 240.

2 تتطابق مع المادة (125) من المشروع القانون المدني الفلسطيني. والفقرة الأولى من المادة (126) من القانون المدني المصري. والمادة (219) من قانون الموجبات والعقود اللبناني. تنص المادة (148) من القانون المدني الأردني على أنه: "إذا صدر التغرير من غير المتعاقدين وأثبت المغرور أن المتعاقد الآخر كان يعلم بالتغرير وقت العقد جاز له فسخه". اعتدت المادة (122) من القانون المدني العراقي بالعلم الحقيقي والعلم الحكمي على السواء.

3 سامي بلعايد، مرجع سابق، ص 471.

المنارة للاستشارات

قد تتوافر شروط ضمان عيوب المبيع دون أن يكون هناك تدليس يُسأل عنه البائع، وذلك في حالة ما إذا كان البائع يجهل وجود العيب في المبيع، أو كان يعلم به إلّا أنه لم يستخدم أي وسائل إحتيالية تقصد إخفائه. وفي هذه الحالة لا يكون أمام المشتري سوى رفع دعوى ضمان العيوب الخفية[1].

وقد تتوافر شروط دعوى الإبطال للتدليس دون أن يقوم ضمان العيب، وذلك إذا كان الغلط الذي وقع فيه المشتري نتيجة التدليس لا يتعلّق بالغاية المقصودة من المبيع، بل انصبّ على صفة جوهرية فيه كانت محل اعتبار المشتري. أو يكون العيب مما يمكن تبينه بالفحص العادي، إلّا أن المشتري لم يتبيّنه لعدم خبرته[2]. إلّا أن البائع يتعمّد إخفاء العيب على الرغم من أن المشتري لم يكن ليكتشفه حتى ولو لم يخفه البائع[3].

وتختلف أحكام الرجوع بأي من الدعويين عن الأخرى في أن دعوى التغرير لا يكفي أن يكون البائع سيء النية فحسب، بل يجب أن يكون قد استعمل الحيلة ليوقع المشتري في الغلط. أما دعوى ضمان العيب فيجوز أن يكون البائع حسن النية ولا يفترض فيه أن يكون سيء النية، وإن وجد ترتب عليه آثار معينة سنتطرق إليها لاحقا. وكما أن دعوى التغرير تصح في بيع المزاد القضائي، أو الإداري على خلاف دعوى الضمان فلا يجوز ذلك. وعادة ما تكون تقادم دعوى التغرير أطول بكثير من تقادم دعوى ضمان العيب الخفي.

الخاتمـــة:

تبيّن لنا من هذه الدراسة قصور النظام القانوني في فلسطين عن توفير الضمان الكافي للمشترين في مواجهة ممارسات المنتجين والبائعين، التي تهدف إلى استبعاد مسؤوليتهم عن ضمان العيوب الخفية كلما كان هناك سبيل إلى ذلك.

1 عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص 765.

2 فلا محل هنا لضمان العيب لعدم خفائه.

3 في هذه الحالة تتوافر شروط الإبطال للتدليس، ولا تتوافر شروط ضمان عيوب المبيع. عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 765.

المنارة للاستشارات

فشروط التخفيف والإعفاء من ضمان العيوب الخفية لا تزال خاضعة للقواعد التقليدية التي تسمح للمتعاقدين بالاتفاق على الإعفاء من الضمان أو تخفيفه بشرط ألّا يكون البائع سيء النية. فالنظام القانوني السائد حاليا في فلسطين عاجز عن الاستجابة للظروف والأوضاع الجديدة التي أفرزتها المعطيات الاقتصادية والاجتماعية التي تسود المجتمع الحديث. فقد ظهرت فئة "البائعين المهنيين"، التي يتوافر لها كل شيء؛ الخبرة والدراية الفنية العالية من ناحية، والإمكانيات المادية والتجهيزات التقنية بالغة التطوّر من ناحية أُخرى، على نحو يُمكنها من معرفة عيوب المبيع، في حين لا يتوافر شيء من ذلك لفئة المشترين العاديين أو المستهلكين، مما لا يمكنها من التعامل على قدم المساواة مع فئة البائعين المهنيين، التي استغلّت تفوّقها الاقتصادي، لتحصل على مغانم مُبالغ فيها، ولذا كان حتميًا ضرورة حماية المشتري العادي، وهو ما لا توفره له النصوص القانونية الواردة في التشريعات محل الدراسة، ولذا، سارع القضاء في الفرنسي إلى ابتداع وسائل لتحقيق الحماية المنشودة للمشتري العادي، ثم قنن المشرّع الفرنسي، لاحقا، هذه الوسائل والحلول القضائية، في حين التزم القضاء والمُشرع الفلسطيني والعربي، حتى الآن، الصمت أمام هذه الظاهرة الجديدة.

بناء عليه، تقترح الدراسة جملة من الإصلاحات القانونية، كما وردت في متن الدراسة، منها: النص على بُطلان شروط التخفيف والإعفاء من الضمان، في حالات سوء نية البائع والغش والخطأ الجسيم حتى ولو لم يكن متعمدًا. وفي إطار من الحرص على مصلحة المشتري غير المحترف، فإنه من اللازم النص على إفتراض علم البائع المحترف بعيوب المبيع، وعدم السماح له بإثبات عكس ذلك حينما يكون المشتري غير مُحترف. وسوف تؤدي هذه القرينة غير القابلة لإثبات العكس في هذا الفرض الأخير إلى بطلان شروط الإعفاء والتخفيف من ضمان العيوب الخفية. وسوف يؤدي إفتراض مسؤولية البائع والمُنتج في مثل هذه الحالات إلى نقل عبء الإثبات من على عاتق المشتري إلى عاتق البائع، الذي سيجد نفسه مُضطرًا لتقديم الدليل على خلّو المبيع من العيوب التي نجمت عنها الأضرار لحظة إطلاقة في التداول. وفي هذا الصدد، فإنه يبدو من المناسب زيادة المُدد التي تتقادم بها دعوى ضمان العيب الخفي، في الحالات التي تكون فيها السلّعة محل التعامل من السلع

المنارة للاستشارات

ذات التقنيات الحديثة أو ذات الطبيعة الخطرة. ففي الحالة الأولى لا تظهر عيوب المبيع إلا بعد فترة طويلة نسبيا، بينما في الحالة الثانية تبدو الحاجة ملحة إلى قيام مسؤولية البائع أو المنتج (والمستوردين بصفة خاصة) لضمان الأضرار التي تصيب المشتري العادي ولو بعد مضي أكثر من سنة. وفي جميع الأحوال فإنه من المناسب أن يبدأ حساب مدة تقادم الدعوى من تاريخ العلم بالعيب، أو حدوث الضرر أيهما أقرب.

المراجع المعتمدة:

أولاً: الكتب.

- أحمد عبد الرحمن، المسؤولية العقدية للمدين المحترف، منشأة المعارف، الإسكندرية 2003.
- أسعد دياب، ضمان عيوب المبيع الخفية– دراسة مقارنة، دار اقرأ، بيروت، 1983.
- أمين دواس وآخرون، شرح مبادئ الينيدروا لعقود التجارة الدولية 2010، الجزء الثاني، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت 2017.
- أمين دواس ومحمود دودين، عقد البيع في مجلة الأحكام العدلية– دراسة مقارنة، برنامج تعزيز العدالة الفلسطينية، رام الله، 2013.
- أمين دواس، المصادر الإرادية، العقد والإرادة المنفردة، دار الشروق للنشر والتوزيع، رام الله، 2004.
- أنور العمروسي، عيوب الرضا في القانون المدني، معلقا على نصوصها بالفقه وقضاء النقض، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2003.
- أيمن سليم، العقود النموذجية، دار النهضة العربية، القاهرة 2005.

المنارة للاستشارات

- باسم مكحول وآخرون، مراجعة نقدية لمشروع قانون حماية المستهلك الفلسطيني، معهد أبحاث السياسات الاقتصادية الفلسطيني، رام الله 2004.

- جاك غستان، المطول في القانون المدني، تكوين العقد، ترجمة منصور القاضي، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت 2000.

- حسام الدين الأهواني، عقد البيع في القانون المدني الكويتي، مطبوعات جامعة الكويت، الكويت 1989.

- حسن جميعي، أثر عدم التكافؤ بين المتعاقدين على شروط العقد، دار النهضة العربية، القاهرة 1996.

- حسن جميعي، حماية المستهلك في مصر بالمقارنة بأوضاع الحماية في دول السوق الأوروبية والشرق الأوسط، دون دار نشر، القاهرة، 1996.

- خميس خضر، عقد البيع في القانون المدني، مكتبة القاهرة الحديثة، القاهرة، 1972.

- سهير منتصر، الالتزام بالتبصير، دار النهضة العربية، القاهرة، 1980.

- السيد عمران، حماية المستهلك أثناء تكوين العقد–دراسة مقارنة مع دراسة تحليلية وتطبيقية للنصوص الخاصة بحماية المستهلك، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1986.

- السيد هيكل، نحو القانون الإداري الاستهلاكي في سبيل حماية المستهلك، دراسة مقارنة لأنظمة كل من أمريكا وإنجلترا وفرنسا والمملكة العربية السعودية ومصر، دار النهضة العربية، القاهرة، 1999.

- صاحب الفتلاوي، ضمان العيوب وتخلُّف المواصفات في عقود البيع، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 1997.

المنارة للاستشارات

- عادل الشمري، عباس الصدّيق، أحكام الضمان في عقد البيع في الفقه الإسلامي- دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، جامعة أم درمان الإسلامية، 1995. وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته الجزء التاسع، دار الفكر، دمشق 2014.
- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد البيع والمقايضة، المجلد الأول، الجزء الرابع، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت 1998.
- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، دار النهضة العربية، القاهرة، 1964.
- عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي- دراسة مقارنة بالفقه الغربي الجزء الأول، دار إحياء التراث العربي، بيروت، 1997.
- عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، مطبعة الحلبي الحقوقية، بيروت، 1998.
- عبد الرزاق السنهوري، نظرية العقد، المجمع العلمي العربي الإسلامي، بيروت، دون سنة نشر.
- عبد الستار أبو غدة، أحكام العيب في الفقه الإسلامي، دار عمار، عمان، 1998.
- عبد المنعم الصده، مصادر الالتزام- دراسة في القانون اللبناني والقانون المصري، دار النهضة العربية، بيروت، 1979.
- محمد الحاج، مسؤولية المنتج والموزع، دراسة في قانون التجارة الدولية مع المقارنة بالفقه الإسلامي، دار النهضة العربية، القاهرة، 1982.
- محمد حسن قاسم، قانون العقود الفرنسي الجديد "المواد 1100 إلى 1231-7" من القانون المدني الفرنسي، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت 2018.

المنارة للاستشارات

- محمد حسين، الجوانب القانونية السابقة للتعاقد، المؤسسة الفنية، القاهرة 2001.
- محمود زكي، الوجيز في النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني المصري، مطبعة جامعة القاهرة، القاهرة، 1978.
- محمود زكي، مشكلات المسؤولية المدنية، الجزء الأول، مطبعة جامعة القاهرة، القاهرة 1978.
- هانية فقيه، الرقابة القضائية على عقود الإذعان، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2014.
- هلدير أحمد، نظرية الغش في العقد– دراسة تحليلية مقارنة في القانون المدني، دار الكتب العلمية، بيروت 2011.

ثانياً: الرسائل العلمية:

- أحمد اسماعيل، خيار العيب وفوات الوصف المشروط في عقد بيع المنقول– دراسة مقارنة ما بين القانون المدني الأردني والفقه الإسلامي، رسالة دكتوراه، جامعة العلوم الإسلامية العالمية، 2016.
- راشد النظيري، خيار الوصف في الفقه الإسلامي والقانون المقارن، رسالة دكتوراه، جامعة العلوم الإسلامية العالمية، 2013.
- زمام جمعة، العدالة العقدية في القانون الجزائري، رسالة دكتوراه، جامعة الجزائر، 2014.
- عبد الكريم العلوان، الالتزام بالتبصير بالصفة الخطرة في المبيع: دراسة مقارنة في القانون الفرنسي والمصري والأردني، رسالة دكتوراه، جامعة عمان العربية، 2007.

المنارة للاستشارات

- عمر عبد الباقي، الحماية العقدية للمستهلك- دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، 2004.
- يوسف أبو قرن، شرط البراءة من العيوب ومدى تطبيقه في المعاوضات المالية- دراسة فقهية مقارنة، رسالة دكتوراه، الجامعة الأردنية، 2011.
- إدريس فقيه، القواعد والضوابط الفقهية في نظرية الضمان، دراسة فقهية تحليلية، رسالة ماجستير، الجامعة الأردنية، 2006.
- أعراب لقايم، شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية، رسالة ماجستير، جامعة الجزائر، 1984.
- جابر مشاقبة، الحماية المدنية للمستهلك من عيوب المنتجات الصناعية، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، جامعة آل البيت-الأردن، 2003.
- سهى الشنطي، التنظيم القانوني لاستخدام الشروط النموذجية في العقود الاستهلاكية-دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، جامعة بيرزيت، 2008.
- طارق أبصير، المسؤولية المدنية للمقاول والمهندس المعماري عن متانة البناء- دراسة تحليلية في القانون الأردني بالإشارة إلى التشريعيين الجزائري والفرنسي، رسالة ماجستير، جامعة اليرموك 2012.
- فريال أبو سرحان، مدى ضمان المقاول والمهندس المعماري في مقاولات الأبنية، رسالة ماجستير، جامعة مؤتة، 2007.
- محمد بوادلي، عيبا الغلط والتغرير "التدليس" في القوانين الوضعية والفقه الإسلامي، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، الجامعة الأردنية، 1989.
- نور سالم، ضمان العيوب وتخلُّف المواصفات في عقد البيع- دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، جامعة أم درمان الإسلامية، 2003.

المنارة للاستشارات

- نوري خاطر، تحديد فكرة الخطأ الجسيم في المسؤولية المدنية، دراسة نظرية مقارنة، مجلة المنارة للبحوث والدراسات–الأردن، مجلد (7)، عدد (3)، 2001. إسراء الخرابشة، الغش في العقد الأساسي كاستثناء على مبدأ استقلال الاعتماد المستندي، رسالة ماجستير، الجامعة الأردنية، 2010.

- نوري عبيدات، مسؤولية المقاول والمهندس المعماري في القانون المدني الأردني– دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، الجامعة الأردنية، 1987.

- وليد مهنا، فكرة الخطأ وأثرها في تقدير حجم التعويض في المسؤولية المدنية، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، جامعة مؤته 2006.

- يونس بني يونس، ضمان عيوب المبيع الخفية– دراسة تحليلية مقارنة، رسالة ماجستير، الجامعة الأردنية، 1991.

ثالثاً: المجلات العلمية.

- أيمن أبو العيال، فكرة ضمان العقد في الفقه الإسلامي، مجلة جامعة دمشق، مجلد (19)، عدد (2)، 2003.

- توفيق فرج، أثر حسن النية على رجوع المشتري بالضمان، مجلة الحقوق للبحوث القانونية الاقتصادية، عدد (1)، 1970.

- جابر محجوب، ضمان سلامة المستهلك من الأضرار الناشئة عن عيوب المنتجات الصناعية المبيعة، دراسة في القانون الكويتي والقانونيين المصري والفرنسي (القسم الأول)، مجلة الحقوق–الكويت، مجلد (20)، عدد (3)، 1996.

- دلال العارضي، ضمان عيوب البيع الخفية– دراسة مقارنة، مجلة الكلية الإسلامية–العراق، مجلد (6)، عدد (16)، 2012.

المنارة للاستشارات

- رباحي أحمد، أثر التفوّق الاقتصادي للمحترف في فرض الشروط التعسفية في القانون الجزائري والقانون المقارن، مجلة اقتصاديات شمال أفريقيا، عدد (5)، 2008.

- رمزي مبروك، أسباب سقوط الحق في ضمان العيب الخفي في عقد البيع، دراسة مقارنة، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، عدد (13)، 1993.

- سامي بلعايد، الطبيعة القانونية لالتزام ضمان العيوب الخفية، مجلة العلوم الإنسانية–الجزائر، عدد (41)، 2014.

- سعيد عبد السلام، التوازن العقدي في نطاق عقود الإذعان، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، عدد (13)، 1998.

- سلام الفتلاوي، ضمان فوات الصفة المشروطة، مجلة مركز دراسات الكوفة، عدد (13)، 2011.

- عبد الرحيم بن سلامة، عيوب الرضا في الفقه الإسلامي والقانون المغربي، مجلة الإحياء–المغرب، عدد (14)، 1999.

- عبد المنعم الصده، الغلط في القانون الوضعي والشريعة الإسلامية، مجلة الأمن والقانون، مجلد (6)، عدد (1)، 1998.

- عبد الناصر العطار، استقراء لماهية العيب وشروط ضمانه في القانون المصري، مجلة العلوم القانونية، مجلد (13)، عدد (2)، 1971.

- علي الرام، عقود الإذعان وسلطة القضاء في مواجهة الشروط المجحفة، مجلة القصر–المغرب، عدد (6)، 2003.

- علي نجيده، ضمان عيوب المبيع في عقد البيع في القانون المصري والمغربي، دراسة مقارنة، المجلة المغربية للاقتصاد والقانون المقارن، عدد (5)، 1986.

المنارة للاستشارات

- محمود فياض، حماية المستهلك من الشروط التعسفية في القانون الإماراتي، دراسة مقارنة بالتوجيه الأوروبي رقم (1993/13) وتوجهات محكمة العدل الأوروبية، بحث غير منشور، جامعة العلوم التطبيقية، مملكة البحرين، 2012.

- منصور مصطفى منصور، تحديد فكرة العيب الموجب للضمان في البيع والإيجار، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، عدد (2)، 1959.

- منى حسان، الالتزام بالمطابقة في عقد البيع- دراسة تحليلية في ضوء القانون المدني وتشريعات حماية المستهلك في القانونين المصري والفرنسي، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، عدد (63)، 2017.

- نوري خاطر، الخطأ الجسيم في ظل تطبيقاته التشريعية والقضائية، دراسة مقارنة، مجلة المنارة للبحوث والدراسات، مجلد (9) عدد (3)، 2003.

- يوسف شندي، أثر خيار المستهلك في الرجوع في التعاقد على تحديد لحظة إبرام العقد، مجلة الشريعة والقانون، عدد (43)، 2010.

المنارة للاستشارات