تبرؤ البائع من ضمان العيب الخفي "دراسة مقارنة"

المدرس الدكتور
عبد الامير جفات كروان
جامعة بابل ـ كلية القانون

المقدمة:

ينشئ عقد البيع التزامات بالضمان في ذمة البائع، ومنها الالتزام بضمان عيوب المبيع الخفية، وهو التزام ينشأ بحكم القانون دون حاجة للنص عليه في العقد ذاته. والأصل أن المدين يستطيع أن يعدل في حكم مسؤوليته العقدية عن الإخلال بتنفيذ التزامه، ولذلك أجازت القوانين المدنية للبائع أن يخفف من التزامه هذا بالضمان أو أن يسقطه كلياً بأن يشترط تبرؤه من ضمان العيب الخفي. وهذا الاشتراط يمكن أن يكون صريحاً ينص عليه المتعاقدان في العقد، كما يمكن أن يكون ضمنياً يستخلصه القاضي من طبيعة المبيع وظروف التعاقد، غير أن هذا الاستخلاص يجب أن يكون لا لبس فيه. وقد وضعت القوانين المدنية شروطاً معينة لصحة اشتراط تبرؤ البائع من ضمان العيب الخفي يمكن استخلاصها من النصوص القانونية، وأهم هذه الشروط أن لا تنطوي البراءة على الغش بأن يكون المدين عالماً بالعيب، وهو ما تطلبه المشرع الفرنسي، أو أن يخفي البائع العيب غشاً منه كما عبر المشرع المصري، أو أن يتعمد إخفاء العيب حسب تعبير المشرع العراقي. كما إن التبرؤ من العيب لا يجوز إذا كان هنالك نص آمر يمنع ذلك.

ومع التقدم العلمي والتقني الهائل في العصر الحديث، تتشدد القوانين أكثر فتمنع البراءة من العيب على الصانع أو البائع المحترف، وتعتبر علم هؤلاء بالعيب مفترضاً، وتوجب عليهم اعلام المشتري وتبصيره بخصائص الشيء وشروط استعماله والتحذير من أخطاره وهو ما تنهجه تشريعات حماية المستهلكين التي تزايدت في الآونة الأخيرة.

وتأتي أهمية دراسة هذا الموضوع من خطورة وجود العيب في الشيء وتعقّد الأشياء المصنوعة والأضرار التي يسببها العيب إذا حصل في سيارة تسير بسرعة عالية مثلاً أو في طيارة تحلق في السماء وتقل المئات من الأشخاص، الأمر الذي يوجب وضع ضوابط واضحة لهذا الضمان وكذلك للتبرؤ منه، وحماية المستهلكين من أخطاره ولاسيما إذا

تعاملوا مع صانع الشيء أو بائعه المحترف، وهو ما يشهد تطوراً ملحوظاً في الآونة الأخيرة على صعيد التشريع واجتهاد القضاء.

وسيكون منهجنا لدراسة هذا الموضوع على منهجاً مقارناً نعرض فيه لمواقف القوانين المدنية في العراق ومصر وفرنسا مع الإشارة الى موقف الفقه الإسلامي الذي يقرر كذلك ضمان العيب مع الحق في التبرؤ منه.

أما خطتنا في البحث فتنقسم على مبحثين، نتناول في الأول منهما ماهية التبرؤ من ضمان العيب الخفي ومدى مشروعيته، بينما نتناول في المبحث الثاني شروط صحة التبرؤ والآثار التي تترتب على شرط التبرؤ الصحيح، ثم نختم البحث بخاتمة موجزة نلخص فيها النتائج ونطرح ما يفيد من التوصيات.

تمهيد وتقسيم:

ضمان العيوب الخفية يقرره القانون على المدين بتسليم شيء في عقد ناقل للملكية أو ناقل للانتفاع، وذلك لكي يحقق الشيء الانتفاع الذي أعدّ له. وهو يترتب في ذمة المدين به بحكم القانون[1]، دون الحاجة إلى النص عليه في العقد ما لم يتفق المتعاقدان على إسقاط هذا الضمان القانوني باشتراط المدين براءته من العيوب الخفية في الشيء متى كان الإسقاط أو التبرؤ صحيحا[2]. ودراسة تبرؤ المدين من هذا الضمان تتطلب منا تناول ماهية هذا التبرؤ ومشروعيته من حيث النص عليه في القوانين المدنية وفي الفقه الإسلامي ثم نتناول الشروط الواجب توفرها ليكون التبرؤ صحيحا وأخيرا آثار شرط التبرؤ. فنقسم موضوع بحثنا على مبحثين:

المبحث الأول: ماهية التبرؤ من ضمان العيب الخفي ومشروعيته.

المبحث الثاني: شروط صحة التبرؤ من ضمان العيب الخفي وآثاره.

المبحث الأول

ماهية التبرؤ من ضمان العيب الخفي ومشروعيته

تتطلب منا الإحاطة بالموضوع تحديد ماهية التبرؤ من الضمان، من الناحية اللغوية والاصطلاحية وكذلك بيان مدى مشروعية مثل هذا التبرؤ، والى أي حد نصت عليه

القوانين المدنية المقارنة والفقه الإسلامي باتجاهاته المختلفة، فنقسم المبحث على مطالب ثلاث وتكون خطتنا فيه على النحو التالي:

المطلب الأول: تعريف التبرؤ من ضمان العيب الخفي.

المطلب الثاني: صورتا التبرؤ من ضمان العيب الخفي.

المطلب الثالث: مشروعية التبرؤ من ضمان العيب الخفي.

المطلب الأول: تعريف التبرؤ من ضمان العيب الخفي

يتطلب منا بيان تعريف التبرؤ من ضمان العيب الخفي الوقوف عند المعنى اللغوي لمفرداته ثم عند المعنى الاصطلاحي فمن الناحية اللغوية: جاء في "المنجد في اللغة": برئ برءً وبراءة من العيب أو الدين: تخلص وسلم منه. أبرأ من الدين: جعله بريئا منه. تبرأ من الذنب: تخلص. البراءة الجمع براءات: مصدر بريء: الإبراء من الدين[٣]. وجاء في لسان العرب: وبرئ من الأمر يبرأ و يبرؤ، براءة قال و كذلك في الدين والعيوب[٤].

والعيب (الجمع عيوب): النقيصة[٥] وضمن (ضمنا وضمانا) كفل الشيء أو الشخص[٦] والخفي: المستتر المجهول المعتزل عن الناس[٧].

وأما اصطلاحا فإن "تبرؤ البائع من ضمان العيب الخفي" يضم اصطلاحات عدة. فالضمان اصطلاح واسع الدلالة وقد وردت تعريفات كثيرة له منها أنه" موجب مركب قانوني أو عقدي يلتزم بموجبه البائع بتسليم شيء مفيد للمشتري وإلا في حال عدم تمكنه من ذلك يعوض على المشتري وفقا لأسس معينة"[٨] وواضح أن التعريف ينسجم مع ضمان العيب الخفي.

أما العيب فقد عرفته المادة ٥٥٨- ٢ من القانون المدني العراقي كما يلي: "والعيب هو ما ينقص ثمن المبيع عند التجار وأرباب الخبرة أو ما يفوت به غرض صحيح إذا كان الأكثر في امثال المبيع عدمه"[٩].

وأما التبرؤ فان معناه الاصطلاحي لا يختلف عن المعنى اللغوي له بل هو يطابقه، فيعني التخلص من ضمان العيب واسقاط هذا الضمان باشتراط ذلك من قبل البائع في نفس العقد أو باتفاق خاص. ولذلك فان براءة البائع من ضمان العيب الخفي الواردة في المادة

٢٦٧ - ٢ من القانون المدني العراقي والتي تقابل ما نصت عليه المادة ٤٥٣ من القانون المدني المصري تعني: تخلص البائع من ضمان العيب الخفي باشتراط اسقاط هذا الضمان.

المطلب الثاني: صورتا تبرؤ البائع من ضمان العيب الخفي

تبرؤ البائع (أو المدين عموماً) من ضمان العيب الخفي قد يكون في صورة شرط صريح في عقد البيع وقد يفهم ضمنا من الغرض من العقد. فنتناول شرط التبرؤ الصريح وشرط التبرؤ الضمني في فرعين متعاقبين.

الفرع الاول: شرط التبرؤ الصريح.

الفرع الثاني: شرط التبرؤ الضمني.

الفرع الأول: شرط التبرؤ الصريح.

لأن ضمان العيب الخفي التزام قانوني يقع على عاتق البائع في عقد البيع من دون الحاجة الى نص في العقد كما اسلفنا، فان البائع لا يستطيع التخلص منه الا إذا اشترط تبرؤه ضمن عقد البيع صراحة أو ضمنا، وسواء أكان التبرؤ من عيب معين أو من العيب الموجود عند العقد أو من كل عيب. ومثال تبرؤ البائع الصريح من ضمان عيب معين: اشتراط بائع الارض عدم صلابتها أو تبرؤ بائع القماش من ضمان ثبات صبغة القماش المبيع(١٠).

وقد يشترط البائع صراحة تبرؤه من كل عيب فلا يضمن عندئذ أي عيب يظهر في المبيع.(١١) ولابد هنا بالطبع ان تتوفر في مثل هذا الشرط الشروط التي سنعرض لها فيما يلي من البحث. ومن الامثلة على شرط التبرؤ (عدم الضمان) الصريح: " شراء الشيء في حالته، كما هو، على مسؤولية مكتسب الملكية."(١٢) وقد قضت محكمة التمييز في العراق في قرار لها بأن (الكمبيالات الثلاث المبرزة والمؤرخة والتي أقر المميز بعائديتها له وبصحة توقيعه فيها تضمنت اقراره باستلام المال بالتمام وقبوله على كل عيب فالادعاء بالعيب بعد استلام البضاعة وقبولها على عيبها غير وارد)(١٣). غير ان اسقاط الضمان ولكونه استثناء من الاصل فانه لا يفترض " بل لابد ان تتجه الى ذلك صراحة ارادة الطرفين المتعاقدين، ومن ثم لا يمكن ان يستشف اسقاط الضمان عن البائع إذا ما ورد في العقد ان المشتري قد عاين المبيع معاينة نافية للجهالة"(١٤).

الفرع الثاني: شرط التبرؤ الضمني.

شرط التبرؤ من ضمان العيب قد يكون ضمنيا ولكن لا يصح ان يفترض بل يجب ان يثبت بصفة يقينية اتجاه ارادة المشتري الى عدم الرجوع على البائع بضمان العيوب[١٥]. ويضرب الفقه بعض الامثلة على الاتفاق الضمني على تبرؤ البائع من ضمان العيب الخفي منها: بيع بضاعة أو سلعة غير مستعملة بثمن منخفض، حيث لا تقوم دعوى الضمان بالنسبة للعيوب التي وقعت نظراً الى الثمن المنخفض، ويتوجب على البائع هنا ان يحدد مقدار الثمن المنخفض على البضاعة أو على مادة الغلاف أو باي وسيلة اخرى[١٦]. غير ان كون المبيع من الاشياء المستعملة لا يدل بحد ذاته على اسقاط الضمان عن البائع وغاية ما في الامر بالنسبة للأشياء المستعملة ان البائع لا يضمن العيوب الناشئة عن الاستعمال المألوف لها، ولكن قد يستشف اسقاط الضمان من ظروف الحال، كمن يشتري شيئا بثمن زهيد لا يتناسب اطلاقاً مع قيمته الحقيقية لو كان خالياً من العيب.[١٧] وكما هو الحال بالنسبة للبضائع التي تباع بأثمان مخفضة في التنزيلات عند نهاية الموسم كالأقمشة والملابس والاحذية وغيرها.[١٨] ولا يعني البيع بشرط التجربة وبشرط المذاق انهما يتضمنان شرط بعدم الضمان بل يبقى البائع مع ذلك ضامناً للعيب الخفي[١٩]. وينبغي ان نذكر ان اسقاط الضمان عن البائع يجب ان لا يعفي البائع من الضمان متى كان العيب يتنافى مع طبيعة الغرض المقصود الذي من اجله اقدم المشتري على التعامل مع البائع. مثال ذلك ان يشتري احد سيارة لغرض استعمالها في المناطق الوعرة واعلم البائع بذلك الا انه تبين بعد البيع والتسليم انها غير صالحة للغرض المذكور. في هذه الحالة لا يسقط الضمان عن البائع رغم وجود عبارة (قبلت المبيع عن كل عيب).[٢٠] وقد قضت محكمة التمييز في العراق في قرار لها ان اقرار المشتري بفحصه السيارة وقبولها على كل عيب لا يسقط حقه بطلب الفسخ إذا ظهر في السيارة عيبٌ فني يفوت على المشتري الغرض المقصود من شراءها[٢١].

المطلب الثالث: مشروعية التبرؤ من ضمان العيب الخفي

بوجود المبدأ العام في القوانين المدنية من ناحية أمكان الاتفاق على تعديل أحكام المسؤولية العقدية تشديدا أو تخفيفاً لها، فقد تفرع عن ذلك أمكان تعديل أحكام ضمان العيب الخفي في العقود التي يقوم فيها هذا الالتزام، وعلية يمكن القول بمشروعية التبرؤ من حيث المبدأ العام غير أن القوانين قد قيدت شرط التبرؤ ذاته بشروط من دونها لا يقع التبرؤ

صحيحاً فضلاً عن أن بعض القوانين قد منعت شرط التبرؤ في أحوال بعينها، وكذلك تباينت الأحكام في فقه المذهب الإسلامية من شرط التبرؤ من ضمان العيب الخفي من موسع في جواز هذا الشرط إلى مضيق له إلى حد بعيد. ولذلك نقسم هذا المطلب على فروع ثلاثة:

الفرع الأول:- المبدأ العام في جواز إسقاط المسؤولية العقدية.

الفرع الثاني:- التبرؤ من ضمان العيب الخفي في القوانين المدنية.

الفرع الثالث:- التبرؤ من ضمان العيب الخفي في الفقه الإسلامي.

الفرع الأول: المبدأ العام في جواز إسقاط المسؤولية العقدية.

نصت القوانين المدنية على هذا المبدأ العام مع ضبطه بتقيده بشروط معينة فقد نصت المادة ٢٥٩ من القانون المدني العراقي في فقرتها الثانية على انه (وكذلك يجوز الاتفاق على إعفاء المدين من كل مسؤولية تترتب على عدم تنفيذ التزامه التعاقدي ألا التي تنشأ من غشه أو عن خطئه الجسيم....) وهذه المادة تطابق المادة ٢١٧ من القانون المدني المصري[٢٢] فالأصل هو أن المدين مسؤول عن تنفيذ الالتزامات العقدية الناشئة بذمته ألا انه يجوز له أن يشترط عدم تنفيذه لالتزام معين[٢٣] ولكن لا يجوز له أن يشترط إعفاءه من المسؤولية الناشئة عن غشه أو خطئه الجسيم، فهذه المسؤولية الأخيرة تلحق بالمسؤولية التقصيرية[٢٤]. وعلّة ذلك أن المسؤولية العقدية منشأها العقد ولما كان العقد وليد أرادة المتعاقدين، فالإرادة الحرة هي أذن أساس المسؤولية العقدية وإذا كانت الإرادة الحرة هي التي أنشأت قواعد هذه المسؤولية، فان لها أن تعدلها، وذلك في حدود القانون والنظام العام والآداب[٢٥]. والآن نرى كيف تم تضمين هذا المبدأ العام في نطاق تخفيف المسؤولية عن ضمان العيب الخفي أو الاعفاء منها.

الفرع الثاني: التبرؤ من ضمان العيب الخفي في القوانين المدنية.

بعد أن قرر المشرع المبدأ العام في أطار النظرية العام للالتزام عاد ونص علية عندما تناول ضمان العيب الخفي ضمن التنظيم القانوني لعقد البيع كما أحال أليه عندما تناول هذا الضمان في العقود المسماة التي نظم أحكامها والتي تتضمن مثل هذا الضمان وعلى النحو التالي:

في القانون المدني العراقي: نصت المادة ٥٦٧ في فقرتها الثانية على ما يلي: "إذا اشترط البائع براءته من كل عيب أو من كل عيب موجود بالمبيع، صح البيع والشرط وان لم يسم العيب ولكن في الحالة الأولى يبرأ البائع من العيب الموجود وقت العقد ومن العيب الحادث بعده قبل القبض، وفي الحالة الثانية يبرأ من الموجود دون الحادث".

كما نصت الفقرة الثانية من المادة ٥٦٨ على ما يلي: "على أن كل شرط يسقط الضمان أو ينقصه، يقع باطلا إذا كان البائع قد تعمد إخفاء العيب" فأحكام ضمان العيوب الخفية ليست من النظام العام ولهذا يجوز قيام الطرفين المتعاقدين بالاتفاق على ما يخالفها[٢٦]. فمع ان هذا الضمان مقرر بحكم القانون كما تقدم في هذا البحث ألا انه ضمان مقرر لمصلحة المشتري ولهذا كان له ان ينزل عن حقه في الرجوع على البائع بضمان ما قد يجده في المبيع من عيوب[٢٧]. والواضح من نص المادتين ٥٦٧ و ٥٦٨ في فقرتيها المذكورتين أنفا عدة أمور: أولها ان التبرؤ من الضمان يمكن أن يكون مطلقاً فيشمل ما يوجد في المبيع من عيب الى ان يتسلم المشتري المبيع، وثانيها أن التبرؤ يمكن أن يقتصر على العيوب الموجودة في المبيع إلى حد التعاقد فلا تشمل الحادث بعد العقد وقبل التسليم[٢٨]، إما الأمر الثالث فهو أن تعمد البائع إخفاء العيب يؤدي إلى جعل شرط البراءة من العيب باطلاً ويعود الضمان للمشتري قبل البائع، ذلك لان هذا الحكم من النظام العام[٢٩] لأن تعمد إخفاء العيب ضرب من الغش الذي يفسد كل شيء.

وفي القانون المدني المصري: نصت المادة ٤٥٣ من القانون على أنه "يجوز للمتعاقدين باتفاق خاص أن يزيدا في الضمان أو أن ينقصا منه أو أن يسقطا هذا الضمان، على أن كل شرط يسقط الضمان أو ينقصه يقع باطلاً إذا كان البائع قد تعمد إخفاء العيب في المبيع غشاً منه).فالاتفاق على إسقاط ضمان العيب الخفي هو تبرؤ من هذا الضمان من قبل المدين به بالعقد وهو البائع ويكون ذلك باشتراط البائع على المشتري عدم ضمانه لأي عيب يظهر في المبيع، ويصح هذا الشرط فلا يكون البائع ضامناً لأي عيب يظهر في المبيع حتى ولو كان يعلم بوجود عيوب معينة ولكنه لم يتعمد إخفاءها عن المشتري ويكون المشتري في هذه الحالة بمثابة من اشترى ساقط الخيار[٣٠] وإذا كان البائع قد تعمد إخفاء العيب في المبيع غشاً منه فان كل شرط يسقط الضمان أو ينقصه في هذه الحالة يقع باطلاً. ويترتب على بطلان الاتفاق على إسقاط الضمان أو نقصانه، تطبيق أحكام الضمان القانوني[٣١] أي عودة

الضمان القانوني للعيوب الخفية.

وفي القانون المدني الفرنسي:- نصت المادة ١٦٤٣ صراحة على أمكان اشتراط البائع (عدم كونه ملزماً باي ضمان بشرط ان لا يكون عالماً بالعيب على الإطلاق).

وهكذا نجد أن القانون المدني الفرنسي يقر بهذا الأصل في جواز إسقاط هذا الضمان غير انه يتشدد تجاه البائع أكثر مما رأيناه من المشرع العراقي والمشرع المصري فمجرد علم البائع بالعيب يجعل من شرط البراءة باطلاً، غير أن الاتجاهات الحديثة في التشريع والاجتهاد الفرنسيان تضع حلولاً توصل إلى قلب هذا المبدأ بالنسبة إلى البائع المهني وتعتبر هذه البنود باطلة عندما تصدر من مهني، وهي تحافظ على مفعولها فقط عندما يتمسك بها احد الأفراد أو بائع عرضي[٣٢]، وسنفصل ذلك عند الكلام عن شروط صحة التبرؤ.

الفرع الثالث: التبرؤ من ضمان العيب الخفي في الفقه الإسلامي.

أما في الفقه الإسلامي فان شرط البراءة من العيب جائز غير أن آراء المذهب الاسلامية متباينة في هذه المسألة[٣٣]، ويرجع هذا التباين كما سيتضح فيما يلي إلى اختلاف شروط صحة هذا الشرط من ناحية ومدى آثاره من ناحية أخرى فيما لو ورد في العقد.

ففي فقه المذهب الجعفري يجوز التبرؤ من العيب وبه يسقط الخيار. جاء في" شرائع الإسلام" للمحقق الحلي: "ويسقط الرد بالتبري من العيب وبالعلم بالعيب قبل العقد وبإسقاطه بعد العقد"[٣٤] وجاء في " منهاج الصالحين " للسيد على السيستاني: "يسقط الرد والأرش بأمرين:

الأول: العلم بالعيب قبل العقد. الثاني: تبرؤ البائع من العيوب بمعنى اشتراط عدم رجوع المشتري عليه بالثمن أو الأرش...."[٣٥].

وفي الفقه الحنفي تصح البراءة من العيب أيضا، جاء في البدائع (شرط البراءة عن العيب في المبيع عندنا صحيح فإذا ابرأه فقد اسقط حق نفسه فصح الإسقاط فيسقط بالضرورة[٣٦] وإذا كانت البراءة من كل عيب موجود في المبيع فإنه لا يتناول العيب الحادث بالإجماع في المذهب الحنفي. وإذا قال بعتك هذا بشرط انني بريء من كل عيب يحدث بعد العقد قبل القبض فانه يكون شرطاً فاسداً يفسد البيع على المعتمد وبعضهم يقول: انه فاسد بالإجماع[٣٧]. وعلة ذلك ان خيار العيب من حقوق العبد بخلاف خيارات اخرى

كخيار الرؤية مثلاً فهي من حق الشرع ولذلك يجوز الاسقاط الصريح مقصوداً في خيار العيب خلافاً لخيار الرؤية[٣٨].

وفي الفقه المالكي فأن الراجح ان شرط البراءة من العيوب لا يعتد به الا في بيع الرقيق فقط مع عدم العلم بالعيب[٣٩] وفي الفقه الشافعي اقوال متضاربة. جاء في المهذب "إذا باع عينا بشرط البراءة من العيب ففيه طريقان: احدهما ان المسألة على ثلاثة اقوال: احدها انه يبرأ من كل عيب لأنه عيب رضي به المشتري فبرئ منه البائع كما لو اوقفه عليه، والثاني لا يبرأ من كل شيء من العيوب لأنه شرط يرتفق به احد المتبايعين فلم يصح مع الجهالة كالأجل المجهول، والثالث انه لا يبرأ الا من عيب واحد هو العيب الباطن في الحيوان الذي لا يعلم به البائع..."[٤٠].

وفي الفقه الحنبلي يعد شرط البراءة من العيب شرطاً فاسداً ولذلك فللمشتري ردّ المبيع أياً كان العيب ولا يستثنى من ذلك الا إذا سمى البائع العيب ووافق المشتري عليه وابرأه منه فليس للمشتري رده[٤١]، ولذلك فأن موقف المذهب الحنبلي هو اضيق المذاهب التي عرضناها في جواز البراءة من العيب.

وإذا اعتبرنا مجلة الاحكام العدلية تقنينا للفقه الحنفي فنعرض هنا موقف المجلة من التبرؤ من العيب بإيجاز، للفائدة فقد نصت المادة ٣٤٢ من مجلة الاحكام العدلية على أنه: "إذا باع مالا على انه بريء من كل عيب ظهر فيه لا يبقى للمشتري خيار عيب "ولذلك فأنه يشترط لثبوت خيار العيب شروط عديده منها "الا يشترط في البيع براءة البائع من دعوى العيب"[٤٢].

المبحث الثاني

شروط صحة التبرؤ من ضمان العيب الخفي وآثاره

مع التقدم العلمي والحضاري، صارت البضائع والمعدات اكثر تعقيداً وصار العيب ابلغ اثراً واكثر خطورةً وتنوعت منتجات الصناعة التي يستهلكها الافراد وبعد ان كان المبيع فرساً أو ناقةً صار باخرة تحمل مئات الآلاف من الاطنان أو طائرة تحلق حاملة مئات الاشخاص واطنان من البضائع، والعيب الخفي في أي منها قد يتسبب في كارثة ومن هنا عمدت التشريعات الى وضع القيود على شرط التبرؤ من ضمان العيب الخفي وكثرت

النصوص الآمرة في قوانين غير القانون المدني التي تمنع التبرؤ من ضمان العيب. ونتناول في هذا المبحث شروط صحة التبرؤ من ضمان العيب الخفي في مطالب ثلاثة بينما نتناول في المطلب الرابع اثار هذا الشرط إذا ثبت صحيحاً فتكون خطة البحث على النحو التالي:

المطلب الاول: أثر العلم بالعيب على صحة شرط التبرؤ.

المطلب الثاني: عدم وجود نص آمر يمنع التبرؤ من الضمان.

المطلب الثالث: أن لا يكون المدين بالضمان محترفاً.

المطلب الرابع: اثار شرط التبرؤ الصحيح.

المطلب الأول: أثر العلم بالعيب على صحة شرط التبرؤ

يتباين موقف التشريعات المنية التي اجازت شرط التبرؤ من ضمان العيب الخفي على النحو الذي بسطناه، من مسألة علم البائع الذي اشترط البراءة من ضمان العيب، بالعيب الموجود في المبيع ومع ذلك اشترط البراءة منه، على صحة شرط البراءة.

فالقانون المدني العراقي نص "على ان كل شرط يسقط الضمان أو ينقصه يقع باطلاً إذا كان البائع قد تعمد اخفاء العيب"[٤٣]. ومن الواضح ان مجرد علم البائع بالعيب يختلف عن تعمده اخفاء العيب. فقد يعلم البائع ان هناك كسراً في هيكل السيارة ولكنه لا يقوم باي عمل لإخفاء هذا الكسر ففي هذه الحالة وطبقاً للنص المذكور انفاً يكون بإمكانه التبرؤ من ضمان هذا العيب. ولكنه إذا قام بإخفاء هذا الكسر بالطلاء بالصبغ فان ذلك يعد غشاً وبالتالي لا يؤخذ بإسقاط الضمان[٤٤]. فالمشرع العراقي "لا يكتفي لاعتبار الشرط (شرط التبرؤ) باطلاً بعلم البائع بالعيب بل يجب فوق ذلك ان يتعمد اخفاء العيب"[٤٥].

وينتقد البعض اشتراط تعمد اخفاء العيب وعدم الاكتفاء بعلم البائع بالعيب لإبطال شرط اسقاط الضمان باعتبار ان علم البائع بوجود العيب يناقض ما يوجبه حسن النية في تنفيذ العقد. بل اكثر من ذلك يرى هذا البعض ان البائع إذا كان يجب عليه ان يكون عالماً بالعيب فلا يحق له اشتراط البراءة من ضمان العيب، ولذلك يقترح ان يكون نص الفقرة ٢ من المادة ٥٦٨ سالفة الذكر على النحو التالي (٢- على ان كل شرط يسقط الضمان أو ينقصه يقع باطلاً إذا كان البائع يعلم أو من واجبه ان يعلم بوجود العيب ولم يكشف ذلك للمشتري)[٤٦].

ونحن نرى ان هذا التشدد لا ضرورة له ونؤيد الرأي القائل بان البائع الذي يشترط البراءة من العيب يكون قد نبه المشتري الى احتمال وجود العيب ولم يتعمد اخفاء العيب ولابد ان يكون ذلك قد روعي في تقدير الثمن(٤٧).

وفي القانون المدني المصري: جاء النص اكثر صراحة على ان تعمد اخفاء العيب من قبل البائع والذي يبطل شرط إسقاط الضمان هو الذي يكون بدافع الغش. فجاء ذيل المادة ٤٥٣ من القانون على النحو التالي ".... على ان كل شرط يسقط الضمان أو ينقصه يقع باطلاً إذا كان البائع قد تعمد إخفاء العيب في المبيع غشاً منه" وحكم القانون المدني المصري هنا موافق لحكم القانون المدني العراقي(٤٨)، رغم انه أضاف، في نهاية المادة، عبارة (غشاً منه)، التي تجعل شرط عدم الضمان بمثابة (عدم مسؤولية عن الغش وهذا لا يجوز)(٤٩). وتشير المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدي للقانون المدني المصري الى "ان الاتفاق على الانقاص أو الاسقاط باطل إذا اقترن بتعمد البائع لإخفاء العيب"(٥٠).

أما القانون المدني الفرنسي فقد اشترط في المادة ١٦٤٣ لصحة اشتراط البائع عدم ضمان العيب الخفي " ان لا يكون عالماً بالعيب على الاطلاق"(٥١). ومنه يتضح ان مجرد علم البائع بالعيب وعدم اعلانه للمشتري يجعل من البائع سيء النية فيبطل لذلك شرط التبرؤ من ضمان العيب وكان هذا هو حكم القانون المدني المصري القديم(٥٢).

والمذاهب الاسلامية على خلاف حول اشتراط اعلام البائع للمشتري بالعيب. ففي المذهب الجعفري لا يشترط لصحة شرط البراءة اعلام المشتري بالعيب وان كان ذلك مستحباً. جاء في شرائع الاسلام للمحقق الحلي "وإذا اراد بيع المعيب، فالأولى اعلام المشتري بالعيب أو التبري من العيوب مفصلة ولو اجمل جاز"(٥٣). فالإعلام بالعيوب مطلوب هنا على سبيل الاولوية والافضلية لا شرط لصحة المعاملة. والتبرؤ من العيوب مثلما يكون مفصلاً يمكن أن يكون على نحو الاجمال.

غير ان الفقه الجعفري يعتبر غشاً عدم اعلام البائع للمشتري مع ظهور العيب وعدم خفائه وكذلك إذا علم البائع اعتماد المشتري علية في عدم اعلامه بالعيب فاعتقد ان المبيع صحيح. والغش حرام وهذا هو الحكم التكليفي لعدم الاعلام في الحالة المذكورة. يقول السيد على السيستاني "الغش حرام. فعن رسول الله ﷺ انه قال: "من غش اخاه المسلم نزع الله بركة رزقة وسد عليه معيشته ووكله الى نفسه" ويكون الغش بإخفاء الادنى في

الاعلى.... وقد يكون بترك الاعلام مع ظهور العيب وعدم خفائه كما إذا احرز البائع اعتماد المشتري عليه في عدم اعلامه بالعيب فاعتقد انه صحيح ولم ينظر في المبيع ليظهر له عيبه، فان عدم اعلام البائع بالعيب ـ مع اعتماد المشتري عليه ـ غش له[٥٤].

ولا يلاحظ على النصوص التي اقتبسناها من الفقه الحنفي ولا المادة ٣٤٢ من مجلة الأحكام العدلية ان اعلام البائع بالعيب لازم لصحة شرط البراءة[٥٥]. كما ان الفقه المالكي يضيق شرط البراءة الى ابعد الحدود والفقه الحنبلي يعده فاسداً كما سبق وان بينا ذلك.

المطلب الثاني: عدم وجود نص آمر يمنع التبرؤ من العيب

لأسباب كثيرة ابرزها ما يحدث في العالم من تطورات اجتماعية وسياسية واقتصادية ازداد تدخل المشرع لحماية المستهلكين ولذلك شرعت العديد من الدول قوانين خاصة لحماية المستهلك[٥٦]. وكذلك حمايةً لسلامة جسم الانسان كما في حالة الادوية وعيوبها ونستعرض فيما يلي بعض مواد قانون حماية حق المستهلك رقم (١) لسنة ٢٠١٠ في العراق كمثال على تقييد حرية البائع اشتراط التبرؤ من ضمان العيب.

والمستهلك هو "الشخص الطبيعي أو المعنوي الذي يتزود بسلعة أو خدمة بقصد الافادة منها"[٥٧]. اما المجهز فانه وبحسب المادة (١)/ سادساً كل شخص طبيعي أو معنوي منتج أو مستورد أو مصدر أو موزع أو بائع سلعة أو مقدم خدمة سواءُ اكان اصيلاً أو وسيطاً أو وكيلاً استناداً الى المادة (٣) من القانون فانه يسري على جميع الاشخاص الطبيعيين والمعنويين الذين يقومون بالتصنيع أو التجهيز أو البيع أو الشراء.

واعطى القانون للمستهلك الحق في الحصول على جميع المعلومات المتعلقة بحماية حقوقه ومصالحه المشروعة وكذلك "المعلومات الكاملة عن مواصفات السلع والتعرف على الطرق السليمة لاستعمالها أو لكيفية تلقي الخدمة بالشكل واللغة الرسمية المعتمدة"[٥٨]. وكذلك "الضمانات للسلع التي تستوجب طبيعتها مثل هذا الضمان وللمدة التي يتم الاتفاق عليها مع المجهز دون تحميلها نفقات اضافية"[٥٩].

واعطت الفقرة ثانياً من المادة ساساً الحق للمستهلك ولكل ذي مصلحة في حالة عدم حصوله على المعلومات المنصوص عليها في هذه المادة اعادة السلع كلاً أو جزءاً الى المجهز والمطالبة بالتعويض امام المحاكم المدنية عن الضرر الذي يلحق به أو بأمواله من جراء ذلك.

وبناءً على ذلك اصبح من واجب البائع والمجهز عموماً اعطاء المستهلك للمعلومات الكاملة لغرض حمايته.

وقد فرض القانون في مادته السابعة على المجهز والمعلن عدد من الالتزامات القانونية من بينها ان يتأكد من تثبيت البيانات والمواصفات والمكونات الكاملة للمنتج قبل اجراء عملية البيع والشراء مع الالتزام بالمواصفات القياسية العراقية أو العالمية لتحديد جودة السلع المستوردة أو المصنعة محلياً. وتكون المرجعية في ذلك لجهات التقييس والسيطرة النوعية[٦٠].

وقد حضر القانون على المجهز جملة من الأمور منها "ممارسة الغش والتضليل والتدليس واخفاء حقيقة المواد المكونة للمواصفات المعتمدة في السلع والخدمات كافة"[٦١].

ولذلك فانه في ظل هذا القانون لا يعود بالإمكان الافلات من الالتزام بإعلام المشتري بمواصفات السلعة فيكون الابلاغ عن العيوب مفروغاً منه وان اشتراط الالتزام بالمواصفات العراقية والعالمية يجعل من التبرؤ من ضمان العيب متعذراً بالنسبة للسلع التي يشملها نطاق تطبيقه. وتجدر الاشارة الى ان القانون فرض عقوبات جزائية تتراوح بين الحبس والغرامة على من يخالف بعض مواده ولذلك فان أحكامة من النظام العام فضلاً عن ان المادة ١٦ من القانون قد منعت العمل باي نص يتعارض مع احكامه.

وحيث ان ضمان العيب الخفي، كما قدمنا، لا يقتصر على عقد البيع بل يشمل عقود اخرى من بينها عقد المقاولة، فان القواعد الآمرة في القوانين المدنية قد منعت اشتراط عدم ضمان سلامة البناء والانشاءات التي يقيمها المقاول من العيوب التي تهدد سلامتها، بل وفرضت مدة اطول للضمان تصل الى عشر سنوات وهو ما نصت عليه المادة ٨٧٠ من القانون المدني العراقي. حيث منعت هذه المادة أي شرط للإعفاء من هذا الضمان أو الحد منه فنصت على ان "يكون باطلاً كل شرط يقصد به الاعفاء أو الحد من هذا الضمان". ولذلك يؤكد الفقه المدني العراقي على بطلان الاتفاقات المسبقة بين المقاول ورب العمل على اعفاء المقاول من الضمان العشري لسلامة البناء ضد التهدم أو العيوب التي تهدد سلامته[٦٢]، لان هذا الضمان من النظام العام كما نصت على ذلك محكمة تمييز العراق في حكم لها على انه "يكون باطلاً كل شرط يقصد به الاعفاء أو الحد من هذا الضمان وذلك استناداً للمادة ٨٧٠ منت القانون المدني"[٦٣].

ولا يختلف حكم المادة ٦٥٣ من القانون المدني المصري التي نصت على انه "يكون باطلاً كل شرط يقصد به اعفاء المهندس المعماري والمقاول من الضمان أو الحد منه" وذلك بشان الضمان العشري الوارد في المادة ٦٥١ من القانون المدني المصري عن حكم المادة ٨٧٠ من القانون المدني العراقي سالفة الذكر.

وفي القانون المدني الفرنسي لا يستطيع المقاولون والمهندسون المعماريون اعفاء انفسهم من الضمان الذي نصت عليه المادة ١٧٩٢ "الذي تضفي عليه المادة ١٧٩٢ - ٥ طابع النظام العام"[٦٤]. وبالمثل فان أي "صانع عمل مستقل أو قسم منه أو عنصر تجهيز معد للبناء الذي تعلن عنه المادة ١٧٩٢ - ٤ انه مسؤول بالتضامن مع المقاول الذي ينفذه ليس في وسعه حسب احكام المادة ١٧٩٢ - ٥ استبعاد هذا الموجب أو تحديده وبالتالي الضمان الذي يحمله"[٦٥].

المطلب الثالث: أن لا يكون المدين بالضمان محترفاً

يمكن القول ان المدين المحترف هو الشخص الذي يتركز نشاطه المعتاد في القيام بإبرام عقود معينة وتنفيذها بحيث يعتمد على هذا النشاط في اكتساب مورد رزقه[٦٦]. مثال ذلك التاجر وصاحب صناعة معينة وكذلك اصحاب المهن الحرة كالأطباء والصيادلة والمهندسين وغيرهم. ويعرفه آخر بقوله: المقصود بالبائع المهني، صانع الشيء أو من يكون نشاطه المعتظم بيع هذا النموذج من الاموال. بيد ان المهني الذي يبيع شيئاً بعد ان استعمله لحاجات مؤسسته لا يعتبر مبدئياً على هذا النحو، انه بائع عرضي[٦٧]. ويعتبر البائع محترفاً بالنسبة للعقود التي تتعلق بمهنته "اما الاعمال التي يتعهد بتنفيذها ولا تدخل في مهنته التي يحترفها فيتساوى وضعه مع أي شخص عادي لعدم احترافه لذلك العمل"[٦٨].

إن الاعتبارات الخاصة بارتفاع المستوى الفني للمدين المحترف وخطورة الاداء الذي يلتزم به والثقة الزائدة التي يعول عليها المرتبطون معه عقدياً من شانها تغيير الطبيعة القانونية لالتزام المدين المحترف ليصبح التزاماً بنتيجة... فضلاً عن اضفاء صفة الجسامة وسوء النية للمسلك الخاطئ الصادر من جانبه[٦٩]. فبالنسبة لبائع السيارات يمكنه "العلم بالعيوب التي تلحق السيارة المبيعة ومن ناحية اخرى فان حسن النية يفرض عليه التزاماً بإعلام المشتري عن العيوب التي يمكنه كشفها بما لديه من امكانيات فنية والا فان كتمانه لتلك العيوب وعدم قيامه بالإفصاح عنها يعتبر اخفاءً من جانبه للعيب غشاً منه"[٧٠].

وفي فرنسا اخذت المحاكم بكون البائع كانت له صفة الصانع لكي تستنتج من ذلك سوء نيته أو الخطأ الجسيم الذي ارتكبه بعدم توقع احتمال العمل السيء للشيء أو لكي تعتبر انه بهذه الصفة لا يستطيع ادعاء جهل العيب[٧١]. ولذلك ليس في وسع البائع المحترف (كصانع السيارات أو بائعها) اعفاء نفسه من ضمان العيب الخفي في السيارة الا بإثبات السبب الاجنبي الذي لا يد له فيه والذي يخرج عن مجال الشيء ذاته[٧٢].

وحيث ان هذه الاحكام جاءت لحماية المشتري غير المحترف من سوء نية الصانع أو البائع المحترف، فان المشتري إذا كان هو الآخر محترف من نفس النوع (بائع سيارات مثلاً) فان علّة الحكم تنتفي حيث يستطيع البائع الاول اثبات ان المشتري المحترف بإمكانه الكشف ويفترض علمه بالعيوب غير ان المشتري المحترف يستطيع ان ينفي هذه القرينة ويثبت عكسها بناءً على عدم امكانية كشف العيب استناداً الى المظاهر الخارجية أو باستخدام اجهزة فنية خاصة[٧٣].

المطلب الرابع: آثار شرط التبرؤ الصحيح

إذا اشترط البائع في العقد أو في اتفاق خاص تبرؤه من ضمان العيب الخفي وكان الشرط صحيحا على وفق الضوابط التي حددها القانون فان هذا الشرط ينتج اثره فيعفي البائع من كل مسؤولية عن العيب ولا يسأل حتى عن رد ثمن البيع[٧٤] فالتبرؤ من مسقطات ضمان البائع[٧٥] غير ان شرط التبرؤ من ضمان العيب الخفي إذا كان صريحا فان عباراته قد تكون غامضة وإذا كان ضمنيا فيجب الوقوف عند الارادة الحقيقية لطرفي العقد. فالأمر إذا قد يتطلب تفسير شرط التبرؤ وهو ما يقوم به قاضي الموضوع ويخضع في ذلك لرقابة محكمة التمييز إذا خرج عن قواعد التفسير السليم[٧٦].

والمبدأ العام في تفسير البنود المعفية من الضمان هو عدم التوسع في تفسيرها لأنها تشكل استثناءً من قاعدة الضمان الذي حدده القانون" وذلك خلافا للمبدأ الذي يستوجب تفسير النص لمصلحة المدين في حال كونه غامضا أو ملتبسا"[٧٧].

والتفسير لا يشمل معنى الاتفاق على التبرؤ وعباراته فقط وانما قد يتطلب الامر اثبات وجود مثل هذا الاتفاق على الاعفاء من الضمان ولا يمكن استنتاج وجود التبرؤ من الضمان من تعابير غامضة لأنه في حالة الشك يجب تفسير ذلك لمصلحة المشتري وليس

البائع ولو كان هو المدين بالالتزام[٧٨] وفي هذه الحالة يبقى البائع ملزما بالضمان القانوني.

وقد اخذ القضاء الفرنسي ببند الاعفاء من الضمان في عقد بيع عقار لان عبارات الاعفاء جاءت واضحة لا تحتمل التأويل بنصها على شراء المبيع كما هو بعيوبه الظاهرة والخفية[٧٩]. ولم يؤخذ ببند الاعفاء في عقد بيع عقار ورد فيه بأن هذا العقار يطل على مناظر خلابة دون أي حاجز في حين انه كان قد بوشر بالتحضير لتشييد بناء مقابل له يحجب عنه جمال الطبيعة وكان البائع على علم بذلك عند ايراد بند الاعفاء[٨٠].

ولابد ان نتناول اثر شرط التبرؤ على دعوى ضمان العيوب الخفية فالمدين بدعوى الضمان هو البائع وشرط التبرؤ الصحيح يعفي البائع من أية مسؤولية عن العيب بحدود ما نص عليه الشرط من عيب معين أو من العيوب الموجودة عند التعاقد أم من كل عيب. فلا تكون للمشتري دعوى ضمان العيب وهذا الاعفاء ينتقل الى التركة فاذا مات البائع لا تكون التركة مثقلة بضمان العيب الخفي ويفيد من التبرؤ دائني البائع باعتبار ان الشرط خلص ذمة البائع المالية (وهي الضمان العام لدائنيه) من التزام قانوني عليه. كما يفيد من التبرؤ كفيل البائع حيث لا يستطيع المشتري ان يرجع عليه بأكثر مما له من حق قبل البائع نفسه[٨١]، أما الدائن بضمان العيب الخفي فهو المشتري بالطبع. وبالتبرؤ يكون قد خسر هذا الضمان فلا ينتقل شيء من ذلك الى تركته ومن ثم الى ورثته فلا رجوع لهم على البائع[٨٢]. وإذا باع المشتري العين الى مشتر ثان فلا رجوع لهذا المشتري الثاني على البائع (الاول) لان الدعوى التي للمشتري الثاني هي دعوى سلفه وهو المشتري الاول على البائع[٨٣]، وهو لا يملك حق الرجوع بدعوى الضمان على البائع لتبرؤ الاخير من ضمان العيب غير ان المشتري من البائع الذي تبرأ من ضمان العيب الخفي يستطيع ان يستخدم دعوى سلفه ضد بائعه (أي بائع البائع) إذا لم يكن هذا الاخير قد تبرأ هو الاخر من ضمان العيب الخفي.

فالتبرؤ من الضمان في سلسلة البيوع لا يفيد منه الا من اشترط التبرؤ. وهذا امر طبيعي لان التبرؤ استثناء من الاصل، وهو وجود الضمان القانوني دون حاجة الى ذكر في العقد، فلا يتخلص من مسؤولية هذا الضمان الا من اشترط ذلك في العقد اشتراطا صحيحاً.

يقول د. السنهوري هنا انه في حال وجود بائع ومشتر اول ومشتر ثان منه فانه يكون للمشتري الثاني لضمان العيوب الخفية دعاوى ثلاث:

دعواه الشخصية ضد المشتري الاول بضمان العيب الخفي يستمدها من عقد البيع بينه وبين المشتري الاول.

الدعوى غير المباشرة التي يرفعها باسم المشتري الاول على البائع وتخضع للقواعد العامة لهذه الدعوى.

"الدعوى المباشرة وهي دعوى المشتري الاول نفسها ضد البائع بضمان العيب وقد نشأت من عقد البيع الاول الذي ابرم بين البائع والمشتري الاول وانتقلت بعقد البيع الثاني من المشتري الاول الى المشتري الثاني... وتمتاز الدعوى المباشرة هذه ايضا بانها تبقى ثابتة للمشتري الثاني حتى لو لم يكن له حق الرجوع بضمان العيب على المشتري الاول، كأن كان هذا المشتري قد اشترط عدم الضمان"(٨٤).

وهكذا نرى ان شرط التبرؤ في سلسلة البيوع لا يمنع من الرجوع على سلف المتبرئ بالضمان كما لا يفيد منه الخلف ما لم يشترط هو الاخر التبرؤ.

أما في الفقه الاسلامي الذي لاحظنا تفاوت مذاهبه في مدى تجويز التبرؤ من ضمان العيب فان الاثر يعتمد على مضمون التبرؤ. ففي "شرائع الاسلام" يسقط الرد والارش بالتبرؤ من العيب(٨٥) وهذا يعني ان البائع بالتبرؤ من العيب الخفي لا يضمن للمشتري شيئا من العيوب فليس للمشتري الخيار بفسخ العقد ورد المبيع، ولا يأخذ الارش، وهو الفرق بين قيمة السليم والمعيب. كما يمكن ان يقيد التبرؤ من العيب بالرد وحده دون الارش(٨٦). أي انه إذا ظهر عيب في المبيع في هذه الحالة فان المشتري لا يستطيع فسخ العقد ورد المبيع بل له ان يأخذ الارش.

وفي الفقه الحنفي يترتب على البراءة من العيب سقوط ضمان البائع فاذا كانت البراءة من عيب معين لم يضمن ذلك العيب وان كانت من العيب الموجود فلا ضمان للعيوب الموجودة عند العقد واما ان تكون براءة من كل عيب مطلقا فلا ضمان للعيوب الموجودة أو الحادثة لحين القبض(٨٧). وقد رأينا ان المذهب المالكي والمذهب الشافعي يضيقان نطاق

البراءة من العيب في حدود معينة يسقط فيها الضمان إذا اشترطها البائع في العقد.

الخاتمة:

بعد هذا العرض والمناقشة لموضوع بحثنا نخلص الى الاستنتاجات التالية:

أولا: ان ضمان العيوب الخفية وإن كان ضمانا يقرره القانون (وكذلك الفقه الاسلامي) من دون حاجة الى النص عليه في العقد لان الاصل ان المشتري لم يقدم على شراء الشيء الا ليكون صالحا لأداء المنفعة المقصودة من التعاقد غير ان هذا الضمان انما تقرر لمصلحة المشتري الخاصة، ولذلك فان القوانين المدنية التي تطرقنا الى حكمها في البحث قد اجازت ان يتبرأ البائع من ضمان العيب بموافقة المشتري في العقد أو في اتفاق خاص، وان قيدت ذلك بعض الشروط. وكذلك كان حكم الفقه الاسلامي بمذاهبه المختلفة التي جاء الحكم فيها متباينا بين مضيق لنطاق هذا التبرؤ ومتشدد في شروطه الى موسع في نطاقه.

ثانياً: ان القوانين المدنية قد وضعت شروطا لصحة التبرؤ من ضمان العيب الخفي تراوحت بين اشتراط عدم علم البائع بالعيب كما في القانون المدني الفرنسي أو عدم تعمده اخفاء العيب كما في القانون المدني العراقي أو عدم تعمد البائع اخفاء العيب غشا منه كما في القوانين المدنية المصري و السوري والليبي والجزائري.

ثالثاً: ان القوانين المدنية كانت اكثر مرونة في حكمها من ناحية جواز اشتراط التبرؤ من ضمان العيب، من القوانين الخاصة التي تناولت حماية المستهلكين أو تنظيم احكام نوعا من انواع التجارة التي منع بعضها على البائع المحترف اشتراط التبرؤ من ضمان العيب الخفي واعتبرت علمه (وبالتالي سوء نيته) مفترض بمجرد وجود العيب.

رابعاً: ان القضاء وخصوصا الفرنسي قد سبق التشريع في تقرير احكام عدم جواز تبرؤ البائع المحترف أو المهني المحترف من ضمان العيب الخفي وذلك بدافع العدالة وحماية الطرف الضعيف من الناحية الفنية.

خامساً: ان المشرع في حالات معينة وجد فيها ان العيب يمكن ان يؤدي الى نتائج كارثية كما هو الحال في العيب الذي يسبب تهدم البناء والمنشآت الثانية أو يهدد سلامتها، فقرر عدم جواز التبرؤ من هذه العيوب من قبل المقاول أو المهندس المعماري كما قرر مدة اطول لسقوط هذا الضمان وجعل هذه الاحكام من النظام العام فلا يجوز الاتفاق على ما يخالفها.

سادساً: ان احكام القوانين المدنية قد اصبحت لا تواكب التطورات في مجال التبرؤ من ضمان العيب ذلك لان التطور العلمي وسرعة اجراء المعاملات المالية ولذلك جاءت القوانين الخاصة واحكام القضاء لتسد النقص في التشريع. فلم يعد يكفي النص على اشتراط عدم العلم أو عدم تعمد اخفاء العيب لجواز اشتراط التبرؤ من ضمان العيب.

التوصيات:

نوصي بان يولي المشرع في العراق اهتماما اكبر لأحكام ضمان العيب الخفي والشروط الواجب توفرها لصحة التبرؤ من الضمان إذا ورد في العقد فينظم احكام التبرؤ إذا ورد من بائع محترف (مهني) أو من صانع الشيء أو محترف مهنة معينة كالطب أو الهندسة أو الصيدلة فيحضر على البائع المحترف أو الصانع أو المهني المحترف التبرؤ من ضمان العيب الخفي فيفترض سوء نيته في هذه الحالة ما لم يكن العيب يرجع الى سبب اجنبي خارج عن الشيء ذاته ولا يمكن لأمثال البائع أو المهني المحترف كشفه.

ويتطلب الامر وضع القواعد الاكثر ثباتا واستقرارا مما ذكرناه أنفا في القانون المدني وهو ما يلائم طبيعة هذا التقنين، بينما يمكن تضمين القواعد التفصيلية الاكثر عرضة للتعديل بمرور الزمان في القوانين الخاصة التي تتناول حماية حق المستهلك كالقانون رقم (١) لسنة ٢٠١٠ في العراق.

ABSTRACT

The guarantee of hidden defects in the contract of sale and many other contracts, is stipulated by law against the seller. It need not be mentioned in the contract, however the parties may agree on the contrary so that they reduce the extent of the guarantee or even eliminate it. The legislator in Iraq, Egypt and France stipulated that the seller should not be aware of the defect while he demands the cancelation of guarantee, otherwise cancellation will be invalid. Disassociation can be explicit or implicit inferred from the contracting circumstances. Nowadays, with the development of industry and technology and the increasing tendency to protect consumers, it is not permitted for manufacturers and professional sellers to disassociate from the guarantee, on the other hand, they should give sufficient information and advice about the specifications and use of new products. Disassociation of guarantee is also possible under Islamic jurisprudence.

هوامش البحث

(١) د. صاحب عبيد الفتلاوي، ضمان العيوب وتخلف المواصفات في عقود البيع، ط١، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان_ الأردن ١٩٩٧ ص٣٣.

(٢) وضمان العيوب الخفية مثلما هو أثر لعقد البيع فإنه كذلك في العقود الناقلة لحق الملكية أو حق الانتفاع بالشيء حيث نظم الشرع قواعده الأساسية في عقد البيع وأحال إليها وأجرى التحوير الملائم لها في العقود الأخرى. ففي عقد البيع المواد ٥٥٨ - ٥٧٠ مدني عراقي و المواد٤٤٧ - ٤٥٤ مدني مصري و المواد ١٦٤١ - ١٦٤٩ مدني فرنسي وفي عقد الإيجار المواد ٧٥٦ - ٧٥٩ مدني عراقي والمواد ٥٧٦-٥٧٨ مدني مصري، و المادة ١٧٢١ مدني فرنسي وفي عقد الهبة المادة ٦١٤ - ١ مدني عراقي و المادة ٤٩٥ - ١ مدني مصري وفي عقد المقاولة م ٨٦٦، م ٨٧٠ - ٨٧٢، م ٨٧٥ مدني عراقي والمواد ٦٤٨،٦٥١ -٦٥٤ مدني مصري وهكذا. انظر كذلك د. احمد شوقي محمد عبد الرحمن، مسؤولية البائع عن ضمان العيوب الخفية في بيوع السيارات، منشأة المعارف، الإسكندرية ٢٠٠٣ ص٣ - ص٥ و د. صاحب عبيد الفتلاوي، مصدر سابق ص٣٣.

(٣) المنجد في اللغة. دار الفقه للطباعة والنشر، ط ٣٧، ٢٠٠١م، حرف الباء ص ٣١.

(٤) أبن منظور، أبو الفضل جمال الدين: لسان العرب ج١. دار إحياء التراث العربي، مؤسسة التاريخ العربي بيروت لبنان ط٣ باب الباء ص٣٥٥.

(٥) إبراهيم مصطفى وآخرون. المعجم الوسيط ج١،٢ دار إحياء التراث العربي بيروت لبنان ٢٠٠٨ ص٣٧٧.

(٦) المعجم الوسيط، المصدر السابق ص٣٣١.

(٧) المعجم الوسيط، المصدر السابق ص٢٠٢.

(٨) د. أسعد دياب – ضمان عيوب المبيع الخفية – دراسة مقارنة – ط٣ دار اقرأ بيروت– لبنان ١٩٨٣ ص٢٨ وانظر مزيد من التعريفات التي نقلها المؤلف عن الفقه الفرنسي على ص٢٧.

(٩) وعرفه د. عباس حسن الصراف بأنه الآفة الطارئة التي تخلو منها القطرة السليمة للشيء المبيع والتي تفضي أما إلى إنقاص قيمته عند التجار و أرباب الخبرة و أما إلى فوات غرض صحيح للمشتري من شرائه. د. عباس حسن الصراف، احكام عقد البيع في القانون المدني الكويتي. بلا مكان وسنة طبع ص٤٨٩. وعرفته محكمة النقض المصرية بانه "الآفة الطارئة التي تخلو منها الفطرة السليمة للمبيع" نقض ١٩٤٨/٤/٨. مشار اليه من قبل رمضان ابو السعود. شرح احكام القانون المدني، العقود المسماة البيع، المقايضة، الايجار، التامين. ط١ منشورات الحلبي الحقوقية بيروت– لبنان ٢٠١٠ ص٣٤٧. وعرفته المادة ١٦٤١ من القانون المدني الفرنسي بانه ما يجعل الشيء غير صالح لمقصده. انظر في ذلك جيروم هوييه، المطول في القانون المدني، بإشراف جاك غستان، العقود الرئيسة الخاصة، المجلد الاول، ترجمة منصور القاضي، ط١، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع بيروت – لبنان، ٢٠٠٣ ص٢٧٦.

(١٠) د. غازي عبد الرحمن ناجي، التزام البائع بضمان العيوب الخفية. بحث منشور في مجلة العدالة، مجلة فصلية يصدرها مركز البحوث القانونية في وزارة العدل العراقية– بغداد، العدد الثالث، السنة الخامسة (تموز، آب، ايلول) ١٩٧٩ ص ٧٦٩.

(١١) د. عبد الرزاق احمد السنهوري الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج٤، العقود التي تقع على الملكية، البيع والمقايضة، طبعة جديدة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت – لبنان ٢٠٠٩ص٧٥٧.

(١٢) جيروم هوييه، مصدر سابق ص٣٥١. وانظر كذلك الاحكام القضائية في الهامش (١) من نفس الصفحة.

(١٣) قرار محكمة التمييز العراقية المرقم ٣٣٩/ح/ ٩٦٥ في١٩٦٥/٥/٢٦ مشار اليه من قبل د. جعفر الفضلي، الوجيز في العقود المدنية، البيع، الايجار، المقاولة، عمان ١٩٩٧ ص١٤٤.

(١٤) د. غازي عبد الرحمن ناجي، المصدر السابق ص٧٧٠. ولابد هنا ان نميز بين اسقاط المشتري لحقه في الضمان كأن يصرح بقبوله المبيع بعيب معين او على كل عيب في العقد باعتبار ان الضمان مقرر لمصلحته وكذلك ابراءه البائع بعد العقد وبعد اطلاعه على العيب. فالإبراء بعد العقد يقضي الالتزام من غير وفاء ويكون الالتزام في هذه الحالة قد نشأ في ذمة البائع ثم انقضى، وبين تبرؤ البائع من الضمان الذي يجب ان يكون عند التعاقد وبالشروط التي حددها القانون وإذا صح فانه يكون مانعاً من نشؤ الالتزام بالضمان أصلاً. هذا ويسقط الضمان في الحالتين ولكن سنرى ان المشرع تشدد في شروط صحة شرط التبرؤ لان

البائع يشترط اسقاط التزامه القانوني بتبرؤه من ضمان العيب الخفي اما المشتري فانه ينزل عن حقه القانوني بإسقاطه لضمان البائع والفرق واضح وجوهري بين اسقاط الالتزام وبين اسقاط الحق.

(١٥) د. محمد لبيب شنب، شرح احكام عقد البيع، دار النهضة العربية، ١٩٦١، ص١٩٤ د. غازي عبد الرحمن ناجي، المصدر السابق ص٧٧٠.

(١٦) د. صاحب عبيد الفتلاوي مصدر سابق، ٢٢٠.

(١٧) د. غازي عبد الرحمن ناجي، المصدر السابق ص ٧٧٠ - ٧٧١. انظر كذلك رمضان ابو السعود، مصدر سابق ص٣٦٦.

(١٨) د. اسعد دياب، مصدر سابق ص٢٨٦.

(١٩) د. غازي عبد الرحمن ناجي، المصدر السابق ص ٧٧١. د. جعفر الفضلي، المصدر السابق ص١٤٣.

(٢٠) د. جعفر الفضلي مصدر سابق ص١٤٤.

(٢١) قرار محكمة التمييز العراقية المرقم / ٩٩٢ /م٢ / ١٩٧٥ في ١٩٧٥/٣/١٣. مشار اليه من قبل د جعفر الفضلي المصدر السابق ص١٤٤.

(٢٢) وهي تطابق المادة ٢٢٠ من القانون المدني السوري والمادة ٢١٨ من القانون المدني الليبي والمادة ١٧٨ من القانون المدني الجزائري.

(٢٣) وقضت محكمة النقض المصرية انه (أذا خلص الحكم المطعون فيه إلى عدم مساءلة الناقل عن التلف تأسيسا على شرط الاعفاء الوارد بعقد النقل طبقا المادة ٢١٧ من القانون المدني فلا يكون قد اخطأ في تطبيق القانون أيا كان الخطأ الذي نسبه الحكم إلى عمال النقل)، جلسة ١٩٦٩/٦/٣.المستشار أنور العمروسي، المسؤولية التقصيرية والمسؤولية العقدية في القانون المدني ط١ دار الفكر الجامعي - الإسكندرية، ٢٠٠٤ ص٢٨٢.

(٢٢) د. عصمت عبد المجيد بكر مصادر الالتزام في القانون المدني،ط١، المكتبة القانونية - بغداد ٢٠٠٧ ص٢٢٤-٢٢٥. د. عبد المجيد الحكيم، الإسناد عبد الباقي البكري، الإسناد المساعد محمد طه البشير، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي ج١ جمهورية العراق وزارة التعليم العالي والبحث العلمي، بغداد ١٩٨٠ ص١٧١ - ١٧٢.

(٢١) د. عبد الرزاق احمد السنهوري الوسيط ج٤، مصدر سابق ص٧٥٦.

(٢٠) د. صاحب عبيد الفتلاوي مصدر سابق ٢١٠

(١٩) د. غني حسون طه. الوجيز في العقود المسماة ج١ عقد البيع مساعدة جامعة البصرة على نشرة. مطبعة المعارف - بغداد ١٩٦٩-١٩٧٠ فقرة ٥٤٦ ص٣٢٢.

(١٨) وينتقد البعض نص الفقرة الثانية من المادة ٥٦٧ في القانون المدني العراقي المستمد من المادتين ٥١٨،٥١٧ من مرشد الحيران حيث كان يجدر بالمشرع العراقي أن يترك الأمر إلى قصد المتعاقدين بدلاً من أيراد أحكام مختلفة تبعاً لما استعمله المتعاقدين من عبارات وصيغ سواء أكانت تلك العبارات قد نصت على التبرؤ من العيب الموجود او من كل عيب وهو ما ذهب أليه المشرع المصري إذ العبرة هناك بقصد المتعاقدين مهما كانت العبارة المستعملة. انظر بشأن الانتقاد المذكور أنفا د. غازي عبد الرحمن ناجي،

مصدر سابق، ص٧٦١. وبشأن موقف القانون المدني المصري د. السنهوري الوسيط، ج٤، مصدر سابق ص٧٥٧ هامش رقم (٣).

(١٧) د. عباس حسن الصراف شرح عقدي البيع والإيجار في القانون المدني العراقي - مطبعة الأهالي - بغداد ١٩٥٦ ص٢٢٣.انظر كذلك د. سعيد مبارك، د. طه الملا حويش د. صاحب عبيد الفتلاوي، الوجيز في العقود المسماة، البيع، الايجار، المقاولة، وزارة التعليم العالي والبحث العلمي - جامعة بغداد - كلية القانون. مديرية دار الكتب للطباعة والنشر - بغداد ١٩٩٣ ص١٤٠.

(١٨) د. عبد الرزاق احمد السنهوري الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ج٤، مصدر سابق ص٧٥٧-٧٥٨، د. أنور سلطان، العقود المسماة - شرح عقدي البيع والمقايضة - دار النهضة العربية بيروت ١٩٧٣- ص٢٧٧.

(١٩) د. محمد لبيب شنب - شرح أحكام عقد البيع -مصدر سابق ص١٩٤.

وقد تضمن القانون المدني السوري في المادة ٤٢١ منه نصاً مطابقاً لنص المادة ٤٥٣ من القانون المدني المصري كما تضمن القانون المدني الليبي في المادة ٤٤٢ نصاً مطابقاً للمادة ٤٥٣ من القانون المدني المصري المدرجة أنفا، انظر كذلك المادة (٣٨٤)من القانون المدني الجزائري (مطابقة).

(٢٠) جيروم هوبيه، مصدر سابق،ص٣٤٦.

(٢١) الدكتور عبد العزيز خليفة القصار. خيار العيب وتطبيقاته المعاصرة مجلة الحقوق. تصدر عن مجلس النشر العلمي في جامعة الكويت، العدد الثاني - السنة الثامنة والعشرون، يونيو (حزيران) ٢٠٠٤ ص٤٣.

(٢٢) المحقق الحلي، شرائع الإسلام في مسائل الحلال والحرام مع تعليقات السيد صادق الشيرازي، المجلد الأول - القسم الثاني.ط٢ اضواء الحوزة بيروت - لبنان،٢٠١٠م،ص٢٨٨ وجاء في" فقه الأمام جعفر الصادق" "يسقط خيار العيب بكلا شقيه، الرد والأرش بإسقاطه بعد العقد وباشتراط سقوطه في متن العقد ومنه البراءة من جميع العيوب ويجوز اشتراط سقوط الرد فقط دون الارش ".محمد جواد مغنية، فقه الامام جعفر الصادق،ج٣ ط٥ مؤسسة انصاريان للطباعة والنشر ٢٠٠٤م ص٢٢٨.

(٢٣) السيد علي الحسيني السيستاني. منهاج الصالحين ج٢ ط٤ ١٤٢٥هـ - ٢٠٠٤م ص٥٤ وانظر كذلك السيد أبو القاسم الخوئي المسائل المنتخبة، العبادات والمعاملات ط١٥ منشورات دار العلم، النجف الاشرف ١٩٩١م ص٢٣٩ وانظر كذلك السيد عبد الاعلى الموسوي السبزواري، جامع الاحكام الشرعية ط٨، مطبعة الديواني - بغداد ١٩٩٢م ص ٢١٨.

(٢٤) الكاساني، علاء الدين ابي بكر بن مسعود الحنفي، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ج٤ ط٣ دار احياء التراث العربي، مؤسسة التأريخ العربي، بيروت - لبنان ٢٠٠٠م ص٥٤٨ انظر في تعليل جواز التبرؤ من ضمان العيب، محمد أبو زهرة الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية - دار الفكر العربي ص٤٤٧.

(٢٥) عبدالرحمن الجزيري، الفقه عن المذاهب الاربعة ج٢ ط ٧ دار احياء التراث العربي، بيروت - لبنان ١٩٨٦ م ص١٩٧ في الهامش د. عبدالعزيز خليفه القصار مصدر سابق ص٤٢.

(٢٦) د.عبد الرزاق احمد السنهوري، مصادر الحق في الفقه الاسلامي، ج٤، المجمع العلمي العربي الاسلامي، منشورات محمد الداية، بيروت لبنان ،ص ٢٤٦ ص٢٤٧.وانظر كذلك، الكاساني، المصدر السابق، ص ٥٧٨ - ص٥٧٩. والدكتور عبد الستار ابو غدة، الخيار واثره في العقود،ج٢، بلا مكن وسنة طبع، ص٤٥٨.

(٢٧) عبدالرحمن الجزيري مصدر سابق ٨٩٧ في الهامش وانظر كذلك د. السنهوري، مصادر الحق، مصد سابق ص٢٤٩ هامش رقم (١).

(٢٨) أبي اسحاق ابراهيم بن علي بن يوسف الفيروز ابادي الشيرازي المهذب في فقه الامام الشافعي ج١ ط١ في احياء التراث العربي، بيروت - لبنان ١٩٩٤م ص ٣١٨ - ٣٨٢وانظر في شرح ذلك ابو زكريا محي الدين بن شرف النووي كتاب المجموع ج١١ دار احياء التراث العربي، لبنان - بيروت بلا سنه طبع ص٦٠٨ - ٦٢٩.

(٢٩) عبدالرحمن الجزيري، الفقه عن المذاهب الاربعة ج٢ مصدر سابق ص١٩٨.

(٣٠) علي حيدر. درر الحكام شرح مجلة الاحكام. تعريب المحامي فهمي الحسيني، المجلد الاولى ط١ دار الجبل بيروت - لبنان ١٩٩١ ص٣٣٨. وانظر للمزيد من التفاصيل د. عباس حسن الصراف احكام عقد البيع في القانون المدني الكويتي. مصدر سابق ص٦٥٠.

(٣١) الفقرة ٢ من المادة ٥٦٨ من القانون المدني العراقي.

(٣٢) د. جعفر الفضلي المصدر السابق ص١٤٤. ومن الامثلة على تعمد البائع اخفاء العيب عن المشتري حالة وجود شقوق في حائط المنزل المبيع ويعمد البائع الى اخفائها عن المشتري بالصبغ واعمال التزيين (الديكور) او اخفاء الارضة الموجودة في سقف المنزل بالصبغ. انظر د غازي عبد الرحمن ناجي مصدر سابق ص٧٧٠. انظر كذلك د. سعيد مبارك وآخرون مصدر سابق ص١٤١.

(٣٣) د. صاحب عبيد الفتلاوي مصدر سابق، ص ٢١٤. د. سعدون العامري، مصدر سابق ص١٥٨.

(٣٤) د. صاحب عبيد الفتلاوي المصدر السابق، ص ٢١٤ - ص٢١٥. انظر كذلك د. امانج رحيم احمد، حماية المستهلك في نطاق العقد، ط١، شركة المطبوعات للتوزيع والنشر، بيروت - لبنان ٢٠١٠، ص٢٩٣ حيث يؤيد هذا الرأي.

(٣٥) د. عبد الرزاق السنهوري الوسيط ج٤ مصدر سابق ص٧٥٧.

(٣٦) د. عبد الرزاق السنهوري الوسيط ج٤ المصدر السابق ص٧٥٥. الهامش رقم (١).

(٣٧) د. عبد الرزاق السنهوري الوسيط ج٤ المصدر السابق ص٧٥٨.

(٣٨) مجموعة الاعمال التحضيرية للقانون المدني المصري ج٤، مطبعة دار الكتاب العربي بلا سنة طبع ص١٢٧. انظر كذلك د. محمد علي عمران عقد البيع في القانون المدني المصري دار النهضة العربية ١٩٧٢ ص٣٠١.

(٣٩) جيروم هوييه مصدر سابق ص٣٤٦. انظر كذلك د غازي عبد الرحمن ناجي المصدر السابق ص٧٧١. هامش رقم (٢٧١).

(٤٠) د. عبد الرزاق السنهوري الوسيط ج٤ مصدر سابق ص٧٥٨. هامش رقم (١).
(٤١) المحقق الحلي، شرائع الاسلام، م١، القسم الثاني مصدر سابق ص٢٨٩.
(٤٢) السيد علي السيستاني منهاج الصالحين ج٢ مصدر سابق مسألة ٢٩ ص١٣. وانظر كذلك السيد ابو القاسم الخؤئي، المسائل المنتخبة، مصدر سابق ص٢٢٢ - ٢٢٣.
(٤٣) انظر ما سبق في المبحث الاول. ويرى الدكتور عباس حسين الصراف ا نص المادة ٣٤٢ من المجلة ونصوص الفقه الحنفي وان جاءت مطلقة لم تميز بين البائع سيء النية وحسن النية الا ان البائع اذا اخفى العيب غشاً منه عن المشتري فان (الغش يفسد التصرف سواء اكان الامر متعلقاً بالشريعة ام بالقانون ولذلك فنحن)تقرر بطلان هذا الاعفاء تحت ظل مجلة الاحكام وفقه الشريعة كما هو الحال في القانون المقارن). د. عباس حسن الصراف. احكام عقد البيع في القانون المدني الكويتي. مصدر سابق ص٦٥١ المتن والهامش (٢).
(٤٤) في العراق (قانون حماية حق المستهلك رقم (١) لسنة ٢٠١٠ المنشور في الجريدة الرسمية العدد رقم ٤١٤٣ في ٢٠١٠/٢/٨) والمرسوم الصادر في فرنسا في ٢٤/آذار ١٩٧٨ تطبيقاً للمادة ٣٥ من قانون ١٠/كانون الثاني /١٩٧٨ اشار اليه جيروم هوييه مصدر سابق ص٣٥٤، كما صدرت قوانين لحماية المستهلك في كل من مصر ولبنان ودولة الامارات العربية المتحدة وغيرها. للتفاصيل انظر د. امانج رحيم احمد مصدر سابق ص٢٩٧ - ص٣٠٣.
(٤٥) المادة (١) خامساً من القانون.
(٤٦) المادة ٦ /اولاً - ب من قانون حماية حق المستهلك رقم ١ لسنة ٢٠١٠.
(٤٧) المادة ٦ اولاً / د من قانون حماية حق المستهلك رقم ١ لسنة ٢٠١٠.
(٤٨) انظر المادة ٧ اولاً وثانياً من قانون حماية حق المستهلك رقم ١ لسنة ٢٠١٠.
(٤٩) المادة ٩ اولاً من قانون حماية حق المستهلك رقم ١ لسنة ٢٠١٠.
(٥٠) د جعفر الفضلي. مصدر سابق ص٤١١. د. محمد جابر الدوري مسؤولية المقاول والمهندس في مقاولات البناء والمنشآت الثابتة بعد انجاز العمل وتسليمه - دراسة مقارنة - بغداد، ١٩٨٥ ص٢٧٥.
(٥١) قرار محكمة تمييز العراق المرقم ٦٥٦/ حقوقية/ ١٩٦٩ الصادر بتاريخ ١٩٦٩/١٠/٢١ مشار اليه من قبل د. محمد جابر الدوري المصدر السابق ص٢٧٥.
(٥٢) جيروم هوييه مصدر سابق ص٣٤٩.
(٥٣) المصدر السابق نفسه والموضع نفسه.
(٥٤) د. احمد شوقي محمد عبد الرحمن. المسؤولية العقدية للمدين المحترف منشاة المعارف الإسكندرية ٢٠٠٣ ص٣.
(٥٥) جيروم هوييه، المصدر السابق ص٣٥١.
(٥٦) د. احمد شوقي محمد عبد الرحمن. المسؤولية العقدية للمدين المحترف المصدر السابق ص٣.
(٥٧) د. احمد شوقي محمد عبد الرحمن. المسؤولية العقدية للمدين المحترف المصدر السابق ص٤.

(٥٨) د. احمد شوقي محمد عبد الرحمن. مسؤولية البائع عن ضمان العيوب الخفية في بيوع السيارات مصدر سابق ص٥٧. انظر كذلك د. سعدون العامري مصدر سابق ص١٥٨ - ص١٥٩، حيث يرى انه "يعتبر من قبيل الغش ان يكون العيب ناشئاً عن فعل البائع كما اذا كان هو الذي يقوم بصنع المبيع فاذا اشترط عدم الضمان لم يمنع ذلك من مسؤوليته قبل المشتري".

(٥٩) انظر جيروم هوييه المصدر السابق ص٣٣٥ - ص٣٣٦. وانظر الاحكام القضائية التي اشار اليها في ص٣٣٥ الهامش رقم (٦) والاحكام القضائية على ص٣٣٦ الهامش رقم (١) و (٤) و (٥) التي تذهب الى اعتبار البائع المهني سيء النية لان علمه بالعيوب التي تقع ضمن مهنته امر مفترض. انظر كذلك د. امانج رحيم احمد، مصدر سابق ص٢٩١.

(٦٠) د. احمد شوقي محمد عبد الرحمن. مسؤولية البائع عن ضمان العيوب الخفية في بيوع السيارات المصدر السابق ص١٨٨ - ص١٨٩. وانظر كذلك جيروم هوييه المصدر السابق ص٣٣٦. والاحكام القضائية على ص٣٥٠ الهامش رقم (٢) حيث يعتبر القضاء الفرنسي ان البائع المهني لا يستطيع اعفاء نفسه من ضمان العيب ويعتبر سيء النية دائماً وعلمه بالعيب مفترض ويعتبر شرط الاعفاء من ضمان العيب الخفي باطلاً في هذه الحالة ويتحمل البائع التعويض كاملاً.

(٦١) د. احمد شوقي محمد عبد الرحمن. مسؤولية البائع عن ضمان العيوب الخفية في بيوع السيارات مصدر سابق ص١٨٩ - ص١٩٠. وانظر كذلك جيروم هوييه مصدر سابق ص٣٥٦.

(٦٢) د. غازي عبد الرحمن ناجي. مصدر سابق ص٧٧٢.

(٦٣) انظر. د. جعفر الفضلي. مصدر سابق ص١٤١.

(٦٤) د. ايمان طارق الشكري. سلطة القاضي في تفسير العقد- (دراسة مقارنة) اطروحة دكتوراه مقدمة الى مجلس كلية القانون-جامعة بغداد ٢٠٠٢م ص١٤٩.

(٦٥) د. اسعد دياب مصدر سابق ص٢٧٩.

(٦٦) د. اسعد دياب المصدر السابق ص٢٦٠.

(٦٧) تمييز مدني ١٩٧٥/١١/١٢، دالوز ١٩٧٦ bull civ ج٣ رقم ٣٣٠ نقلاً عن د. اسعد دياب المصدر السابق ص ٢٨٣.

(٦٨) تمييز فرنسي ٢٣ / ١/ ١٩٧٩ دالوز٢٩٧٩ - ٢٥٢ نقلا عن د. اسعد دياب المصدر السابق ص٢٨٣.

(٦٩) انظر د. السنهوري. الوسيط.ج٤ مصدر سابق ص٧٢٩ فقرة ٣٦٩ حيث يفهم هذا من مفهوم المخالفة لما أورده د. السنهوري.

(٧٠) انظر بهذا المعنى د. اسعد دياب مصدر سابق ص٢٨٢.

(٧١) د. السنهوري الوسيط.ج٤ المصدر السابق ص٧٣٠.

(٧٢) د. السنهوري، الوسيط. ج٤ المصدر السابق ص٧٣٠- ص٧٣١. انظر كذلك د. اسعد دياب المصدر السابق ص٢٨٢ عكس ذلك وان ليس للمشتري الثاني دعوى مباشرة ضد البائع د. رمضان ابو السعود، مصدر سابق،ص٣٥٦ واحالته الى ضمان التعرض علىص٣٩٠.

(٧٣) المحقق الحلي مصدر سابق ص٢٨٩.
(٧٤) محمد جواد مغنية مصدر سابق ص٢٢٨.
(٧٥) انظر ذلك في الكاساني مصدر سابق ص٥٤٨.انظر كذلك د. السنهوري مصادر الحق ج٤ مصدر سابق ص٢٥١. وكذلك ص٢٦٠، محمد ابو زهرة مصدر سابق ص٤٤٧.

قائمة المصادر والمراجع

كتب الفقه الاسلامي:

١- أبو زهرة، محمد، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الاسلامية، دار الفكر العربي، بلا سنة طبع.

٢- أبو غدة، عبد الستار، الخيار واثره في العقود، ج٢ بلا مكان وسنة طبع.

٣- الجزيري، عبد الرحمن، الفقه على المذاهب الاربعة، ج٢، ط٧، دار احياء التراث العربي بيروت - لبنان ١٩٨٦م.

٤- الحلي، المحقق، شرائع الاسلام في مسائل الحلال والحرام مع تعليقات السيد صادق الشيرازي، المجلد الاول، القسم الثاني، ط٢، اضواء الحوزة بيروت - لبنان، ١٤٣١هـ - ٢٠١٠م.

٥- الخوئي، السيد ابو القاسم، المسائل المنتخبة، العبادات والمعاملات، ط١٥، منشورات دار العلم، النجف الاشرف، ١٩٩١م.

٦- السبزواري، السيد عبد الاعلى الموسوي، جامع الاحكام الشرعية، ط٨، مطبعة الديواني - بغداد ١٩٩٢م.

٧- السنهوري، عبد الرزاق احمد، مصادر الحق في الفقه الاسلامي، ج٤ المجمع العلمي العربي الاسلامي، منشورات محمد الداية - بيروت- لبنان بلا سنة طبع.

٨- السيستاني، السيد علي الحسيني، منهاج الصالحين، ج٢، ط٤، ١٤٢٥هـ، ٢٠٠٤م.

٩- الشيرازي، ابي اسحاق ابراهيم بن علي بن يوسف الفيروز ابادي، المهذب في فقه الامام الشافعي، ج١، ط١، دار احياء التراث العربي، بيروت - لبنان ١٩٩٤م.

١٠- علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الاحكام، تعريب المحامي، فهمي الحسيني، م١، ط١، دار الجيل بيروت - لبنان ١٩٩١م.

١١- الكاساني، علاء الدين ابي بكر بن مسعود، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج٤، ط٣، دار احياء التراث العربي، مؤسسة التاريخ العربي بيروت - لبنان، ٢٠٠٠م.

١٢- مغنيه، محمد جواد، فقه الامام جعفر الصادق، ج٣، ط٥، مؤسسة انصاريان للطباعة والنشر، ٢٠٠٤م.

١٣- النووي، ابو زكريا محي الدين بن شرف، المجموع، ج١١، دار احياء التراث العربي، بيروت - لبنان، بلا سنة طبع.

كتب الفقه القانوني:

١٤- د. احمد شوقي محمد عبد الرحمن ، المسؤولية العقدية للمدين المحترف، منشاة المعارف - الإسكندرية ٢٠٠٣م.

١٥- د. احمد شوقي محمد عبد الرحمن ، مسؤولية البائع عن ضمان العيوب الخفية في بيوع السيارات منشاة المعارف - الإسكندرية ٢٠٠٣م.

١٦- د. اسعد دياب، ضمان عيوب المبيع الخفية - دراسة مقارنة، ط٣، دار اقرأ بيروت - لبنان ١٩٨٣م.

١٧- د. امانج رحيم احمد، حماية المستهلك في نطاق العقد، ط١، شركة المطبوعات للتوزيع والنشر، بيروت - لبنان، ٢٠١٠م.

١٨- انور سلطان، العقود المسماة، شرح عقدي البيع والمقايضة، دار النهضة العربية، بيروت - لبنان ١٩٧٣م.

١٩- انور العمروسي، المسؤولية التقصيرية والمسؤولية العقدية في القانون المدني، ط١، دار الفكر الجامعي - الاسكندرية،٢٠٠٤م.

٢٠- د. جعفر الفضلي، الوجيز في العقود المدنية، البيع، الايجار، المقاولة، عمان - الاردن، ١٩٩٧م.

٢١- جيروم هوييه، المطول في القانون المدني، بإشراف جاك غستان، العقود الرئيسية الخاصة، م١، ترجمة منصور القاضي، ط١، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت - لبنان، ٢٠٠٣م.

٢٢- د. رمضان ابو السعود، شرح احكام القانون المدني، العقود المسماة، البيع، المقايضة، الايجار، التامين، ط١ منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت - لبنان، ٢٠١٠م

٢٣- د. سعدون العامري، الوجيز في شرح العقود المسماة، الجزء الاول في البيع والايجار،ط٣، مطبعة العاني بغداد، ١٩٧٤م.

٢٤- د. سعيد عبد الكريم مبارك، د. صاحب عبيد الفتلاوي، د. طه الملا حويش، الموجز في العقود المسماة، البيع، الايجار، المقاولة، وزارة التعليم العالي والبحث العلمي جامعة بغداد، ١٩٩٢ - ١٩٩٣م.

٢٥- د. صاحب عبيد الفتلاوي، ضمان العيوب وتخلف المواصفات في عقود البيع ط١، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان - الاردن ١٩٩٧م.

٢٦- د. عباس حسن الصراف. شرح عقدي البيع والإيجار، في القانون المدني العراقي. مطبعة الأهالي _ بغداد ١٩٥٦.

٢٧- د. عبد الرزاق احمد السنهوري الوسيط في شرح القانون المدني الجديد. الجزء الاول المجلد الثاني نظرية الالتزام بوجه عام. مصادر الالتزام، الجزء الرابع. العقود التي تقع على الملكية، البيع والمقايضة. طبعة جديدة منشورات الحلبي الحقوقية بيروت - لبنان ٢٠٠٩.

٢٨- د. عبد المجيد الحكيم. الأستاذ عبد الباقي البكري. الأستاذ المساعد محمد طه البشير. الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي. جمهورية العراق. وزارة التعليم العالي والبحث العلمي - بغداد ١٩٨٠.

٢٩- د. عصمت عبد المجيد بكر. مصادر الالتزام في القانون المدني ط١. المكتبة القانونية - بغداد ٢٠٠٧.

٣٠- د. غني حسون طه. الوجيز في العقود المسماة ج١ عقد البيع. ساعدت جامعة البصرة على نشره، مطبعة المعارف - بغداد ١٩٦٩ - ١٩٧٠.

٣١- د. كمال ثروت الونداوي. شرح احكام عقد البيع ط١ ساعدت جامعة بغداد على طبعه. بغداد ١٩٧٣.

٣٢- د. محمد جابر الدوري. مسؤولية المقاول والمهندس في مقاولات البناء والمنشآت الثابتة بعد انجاز العمل وتسليمه. دراسة مقارنة بغداد ١٩٨٥.

٣٣- د. محمد لبيب شنب. شرح احكام عقد البيع. دار النهضة العربية ١٩٦١.

٣٤- د. نبيل ابراهيم سعد و د. محمد حسن قاسم. مصادر الالتزام دراسة مقارنة ط١ منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت- لبنان ٢٠١٠م.

الرسائل والأطاريح:

٣٥- د. ايمان طارق الشكري، سلطة القاضي في تفسير العقد (دراسة مقارنة) اطروحة دكتوراه مقدمة الى مجلس كلية القانون جامعة -بغداد ٢٠٠٢م.

البحوث:

٣٦- د. عبد العزيز خليفة القصّار. خيار العيب وتطبيقاته المعاصرة. مجلة الحقوق. تصدر عن مجلس النشر العلمي في جامعة الكويت العدد الثاني -السنة الثامنة والعشرون- يونيو (حزيران) ٢٠٠٤.

٣٧- د. غازي عبد الرحمن ناجي. التزام البائع بضمان العيوب الخفية. بحث منشور في مجلة العدالة. مجلة فصلية يصدرها مركز البحوث القانونية في وزارة العدل العراقية بغداد. العدد الثالث. السنة الخامسة (تموز، أب، أيلول) ١٩٧٩.

المعاجم:

٣٨- إبراهيم مصطفى وآخرون. المعجم الوسيط ج١،٢ ط١ دار إحياء التراث العربي بيروت-لبنان ٢٠٠٨.

٣٩- ابن منظور. أبو الفضل جمال الدين، لسان العرب.ج١.ط٣ دار إحياء التراث العربي مؤسسة التاريخ العربي، بيروت - لبنان، بلا سنة طبع.

٤٠- المنجد في اللغة، ط٣٧ دار الفقه للطباعة والنشر ٢٠٠١م.

القوانين:

٤١- القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ مطبعة الزمان بغداد ١٩٩٦م.

٤٢- القانون المدني المصري رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨ دار المصطفى للإصدارات القانونية القاهرة ٢٠١٠.

٤٣- القانون المدني السوري رقم ١٩٤٩ مؤسسة النوري للطباعة والنشر بلا سنة طبع

٤٤- القانون المدني الجزائري. رقم ٧٥ - ٥٨ في ٢٦ سبتمبر ١٩٧٥. الديوان الوطني للأشغال التربوية ١٩٩١.

٤٥- قانون حماية حق المستهلك رقم (١) لسنة ٢٠١٠ المنشور في الجريدة الرسمية العدد ٤١٤٣ في ٢٠١٠/٢/٨.

٤٦- القانون المدني الفرنسي.

٤٧- مجلة الأحكام العدلية.

٤٨- مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري. ج٤ مطبعة دار الكتاب العربي بلا سنة طبع.