جامعة كربـــــــــلاء

كلية القانون

القسم الخاص

((التعُّهد بالضمان عن الاَعمال الحَرِفيَّة))
(دراسة مُقارنة)

أطروحة دكتوراه مقدمة مجلس كلية القانون/ جامعة كربلاء/

وهي جزء من متطلبات نيل درجة الدكتوراه في فلسفة القانون الخاص

كتبت بواسطة :

محمد جابر غافل العكيلي

بإشراف

الأُستاذ الدكتور

حيدر حسين الشمريّ

نوفمبر/2022 م **ربيع الآخر / 1444 هـ**

بسم الله الرحمن الرحيم

(وَأَوْفُوا بِالْعَهْدِ إِنَّ الْعَهْدَ كَانَ مَسْئُولًا)

صدق الله العلي العظيم

سورة الإسراء ،جزء من الآية 34 .

إقـــرار المشرف

أشـهد إن اطروحـة الدكتوراه الموسومة بـــ (التعهد بالضـمان عن الأعمـال الحرفية – **دراسة مقارنة**) المقدمة من قبل الطالب (**محمد جابر غافل**) إلى مجلس كلية القانون – جامعة كربلاء بوصفها جزء من متطلبات نيل درجة الدكتوراه في القانون الخاص قد جرت تحت اشرافي ورشحت للمناقشة ... مع التقدير ...

التوقيع :

الاسم : أ.د. حيدر حسين كاظم

الدرجة العلمية : استاذ

الأختصاص : القانون المدني

جامعة كربلاء – كلية القانون

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

(إقرار الخبير اللُّغويّ)

أَشهد أنَّ أُطروحة طالب الدكتوراه: **(محمّد جابر غافل العكيليّ)**، الموسومة بـ **(التعهُّد بالضمان عن الأعمال الحرفيّة ـ دراسة مقارنة)**، تمّت مراجعتها لغويّاً، وتصحيح ما فيها من أخطاء نحويّة وإملائيّة وأُسلوبيّة، وقد أصبحت سليمة سلامة تامّة تؤهّلها للمناقشة.

التوقيع

م. د. راضي ياسر عبد الرضا

كلّيّة الإمام الكاظم (ع) للعلوم الإسلاميّة الجامعة ـ أقسام واسط

التّاريخ: ٨ / ٩ /٢٠٢٢م

إقرار لجنة مناقشة دكتوراه

نحن رئيس لجنة المناقشة وأعضائها نُقر أننا اطلعنا على هذه الاطروحة الموسومة بـ (التعهد بالضمان عن الاعمال الحرفية " دراسة مقارنة ")و ناقشنا الطالب (محمد جابر غافل) في محتواها, وفيما له علاقة بها, ونعتقد إنها جديرة بالقبول لنيل درجة الدكتوراه في القانون / فرع القانون الخاص وبدرجة (جيد جداً) .

التوقيع :

الاسم: أ.د. عادل شمران حميد

(رئيساً)

التاريخ: ١١ / ١١ / 2022

التوقيع :

الاسم: أ.د. عبد المهدي كاظم ناصر

(عضواً)

التاريخ: ٧ / ١١ / 2022

التوقيع :

الاسم: أ.م.د. عدنان هاشم جواد

(عضواً)

التاريخ: / / 2022

التوقيع :

الاسم: أ.م.د. اشواق عبد الرسول

(عضواً)

التاريخ: / / 2022

التوقيع :

الاسم : أ.م.د.حبيب عبيد مرزة

(عضواً)

التاريخ : / / 2022

التوقيع :

الاسم : أ.د.حيدر حسين كاظم

(عضواً ومشرفاً)

التاريخ : / / 2022

صادق مجلس كلية القانون / جامعة كربلاء على قرار لجنة المناقشة

التوقيع:

أ.د. باسم خليل نايل السعيدي

عميد كلية القانون / جامعة كربلاء

التاريخ: ١٥ / ١١ / 2022

الاهـــــداء

إلـى ...

سيدي صاحب العصر والزمان(عج) وناشر العدل والإيمان، إليك يا حجة الله ودليل إرادته أليك يا حافظ شريعة جدك سيد المرسلين، إليك يامن نحظى برعايته ...

الى ...

من جعلا حياتهما شمعة تحترق لتنيرّ لي دربي

((أبي وأمي))

الى ...

اساتذتي الافاضل وكل من علمني حرفاً

الى ...

من أقاد صبرها وتشجيعها شموع الآمل رفيقة الدرب

((زوجتي))

إلـى ...

شموع الدرب وأمل البقاء قرة عيني وفلذة كبدي أولادي

((منتظر ،جمانة ،جود))

إليهم جميعا أرفع جهدي المتواضع راجيا منهم القبول والدعاء.

الباحث

شـكـــر وتـــقـديـــر

الحمد الله رب العالمين، والصلاة والسلام على سيد المرسلين وآله و صحبه الطاهرين، بعد الحمد والشكر لله سبحانه وتعالى على ما أعطى وأنعم ،أتقدَّم بجزيل شكري وأعظمُ الامتنان إلى الأستاذ الفاضل الدكتور (حيدر حسين الشمري) على رعايته الكريمة واهتمامه الواسع ومراجعته وقراءته الدائمة في مدة كتابة بحثي هذا وملاحظاته السديدة، وخالص دعائي له بالصحة والعافية، ومزيد من العطاء والتقدم العلمي .

وأتقدَّم بوافر الشكر والاحترام إلى جميع أساتذتي في مرحلتي البكالوريوس والماجستير والدكتوراه في كلية القانون – جامعة كربلاء .وأخص منهم بالذكر أستاذي الفاضل الدكتور المرحوم (عباس علي محمد الحسيني) وأتوجه بالشكر والتقدير إلى الدكتور (ضياء عبد الله الأسدي) عميد الكلية المحترم، وأتوجه بالمزيد من الشكر إلى الدكتور (علاء الجبوري) والدكتور (حسن علي كاظم) والدكتور (باسم العقابي)، والدكتور (علي شاكر البدري) والدكتور (علاء الحسيني) والدكتور (عبد الله عبد الأمير العماري) والدكتور (عادل شمران الشمري) والدكتورة (اشراق صباح) رئيس الفرع الخاص، واستاذنا المعطاء الدكتور (حسن حنتوش رشيد الحسناوي) والدكتور(عقيل مجيد السعدي)، والدكتور (غسان عبيد) ،والدكتور (حكمت الدباغ)، الذين انتهلت من علمهم الكثير، ولهم الفضل بعد الله فيما وصلت اليه في الدراسة .

وأتقدَّم كذلك بالشكر والتقدير إلى الاستاذ (حيدر مجيد) سكرتير الفرع الخاص، لما أبداه من العون والمساعدة اثناء مدة الدراسة، واشكر إدارة مكتبة كلية القانون في جامعة كربلاء وجميع العاملين فيها، والشكر إلى إدارة مكتبة كلية القانون في جامعة بغداد والنهرين وبابل والكوفة ومكتبة المعهد القضائي وجميع العاملين في هذه المكتبات في تيسير الحصول على المصادر القانونية .

وأوجه شكري وعظيم أمتناني إلى زملائي وزميلاتي عامة في الدراسات العليا وإلى كل من ساعدني وساندني لإتمام هذه الرسالة وأخصّ والديَّ رحمهما الله وإخوتي، وأتقدم بشكر خاص إلى من ساعدتني خطوة بخطوة، ولولاها لما استطعت أن أصل لما أنا عليه (زوجتي)، وأتقدم بوافر الشكر والعرفان إلى أعضاء لجنة المناقشة لقبولهم مهمة الاطلاع على هذه الأطروحة ومناقشة محتواها .

البـــاحـــث

المحتويـــــــــات

الموضـــــــــــوع	الصفحة
الـمـقدمــة	7-1
الفصل الأول مفهوم التعُّهد بالضمان عن الأعمال الحَرِفيَة	74-9
المبحث الأول : ماهية التعَّهد بالضمان عن الأعمال الحَرِفيَة	53-10
المطلب الأول : التعريف بالتعّهد بالضمان	10
الفرع الأول : تعريف التعّهد بالضمان	11
أولاً :التعريف اللغوي	11
ثانيا : التعريف الاصطلاحي	13
ثالثاً : موقف التشريعات المقارنة من التعّهد بالضمان	16
الفرع الثاني : خصائص التعّهد بالضمان	19
الفرع الثالث : أهمية التعّهد بالضمان	23
أولاً :أهميته بالنسبة للمتعّهد له	23
ثانياً :أهميته بالنسبة للمتعّهد	24
ثالثاً :أهميته بالنسبة للمصلحة العامة	25
المطلب الثاني : طبيعة التعّهد بالضمان	26
الفرع الأول : طبيعة التعّهد في الشريعة الإسلامية	27
الفرع الثاني : الطبيعة القانونية للتعّهد بالضمان	28
أولاً : التعهد بالضمان التزام بإرادة منفردة	29

ثانياً : التعّهد بالضمان تطبيق من تطبيقات ضمان الوصف	32
ثالثاً : التعّهد بالضمان نوع من أنواع التشديد الضمان القانوني	35
رابعاً : التعّهد بالضمان شرط أقتراني	37
خامساً : رأي الباحث	39
المطلب الثالث : تمييز التعهد بالضمان عن الأوضاع القانونية المشابهة له	40
الفرع الأول : تمييزه عن الالتزام بالصيانة	41
الفرع الثاني : تمييزه عن ضمان صلاحية المبيع	44
الفرع الثالث : تمييزه عن ضمان كفاءة الأداء	49
المبحث الثاني : شروط التعّهد بالضمان عن الأعمال الحَرِفيَة	54 – 74
المطلب الأول : وجود اتفاق للالتزام بالتعّهد بالضمان	54
الفرع الأول : اتفاق الطرفين	55
أولاً : موقف الفقه الإسلامي	55
ثانياً :موقف التشريعات المقارنة	59
الفرع الثاني : مدى الاعتداد بالإرادة الضمنية في إنشاء التعّهد بالضمان	61
المطلب الثاني : حدوث عيب في العمل	62
الفرع الأول : خصوصية العيب في إطار التعّهد بالضمان	63
أولاً – عدم الحاجة إلى إثبات تأثير العيب	63
ثانياً – عدم الحاجة إلى إثبات خفاء العيب	65
ثالثاً – عدم الحاجة إلى أثبات قدم العيب	67
الفرع الثاني :ظهور العيب في مّدة التعًهد	68

المطلب الثالث : أن لا ينسب خطأ إلى المتعَّهد له في استعمال العمل	70
الفصل الثاني أساس التعُّهد بالضمان عن الأعمال الحَرِفيَة ونطاقه	129 -76
المبحث الأول :أساس التعّهد بالضمان عن الأعمال الحَرِفيَة	94-77
المطلب الأول : الأساس الشرعي	77
الفرع الأول : القرآن الكريم	78
الفرع الثاني : السنة النبوية	80
الفرع الثالث : العُهدة أساسا للتعّهد بالضمان	81
المطلب الثاني : الأساس القانوني	83
الفرع الأول : أساس التعّهد في التشريعات المدنية	84
أولا : حسن النية ساساً للتعّهد بالضمان	84
ثانيا : ضمان العمل أساساً للتعّهد بالضمان	87
ثالثا : الأستناد إلى مستلزمات العقد كأساس للتعّهد	90
الفرع الثاني : أساس التعّهد في التشريعات الخاصة	91
المبحث الثاني :نطاق التعّهد بالضمان عن الأعمال الحَرِفيَة	129 -95
المطلب الأول :نطاق التعّهد من حيث الأشخاص	96
الفرع الأول : أطراف التعّهد	96
أولاً : المتعّهد بالضمان	96
ثانياً : المتعّهد له	100
الفرع الثاني : انتقال التعّهد بالضمان	102

أولاً : انتقال الحق في التعّهد بالضمان إلى خلف المتعّهد له	103
ثانياً : الأساس القانون لانتقال الحق في التعّهد بالضمان	110
1- الأشتراط لمصلحة الغير	111
2- حوالة الحق الضمنية	112
3- ملحقات المبيع	113
المطلب الثاني :نطاق التعّهد بالضمان من حيث المّدة	115
الفرع الأول : مّدة التعّهد بالضمان	116
أولاً : مقدار المّدة	116
ثانياً : تعديل المّدة	123
الفرع الثاني : طبيعة المّدة وأثرها على مدة الضمان القانوني	125
أولاً : طبيعة المدة	125
ثانياً : أثر مّدة التعّهد بالضمان على مّدة الضمان القانوني	127
الفصل الثالث أحكام التُّعهد بالضمان	192-131
المبحث الأول: الآثار الناشئة عن التعُّهد بالضمان	151 -132
المطلب الأول : التزامات المتعّهد بالضمان	132
الفرع الأول : إصلاح العيب عند حدوثه	133
الفرع الثاني : إعادة تنفيذ العمل	138
الفرع الثالث : ردّ ثمن العمل إلى المتعّهد له	142
المطلب الثاني :طبيعة التزام المتعّهد والنتائج المترتبة عليه	145

الفرع الأول : طبيعة التزام المتعّهد	146
الفرع الثاني :النتائج التي تترتب على طبيعة التزام المتعّهد	149
المبحث الثاني : أثر الإخلال بالتعّهد بالضمان وانقضاءه	152- 192
المطلب الأول: دعوى التعّهد بالضمان	153
الفرع الأول: إجراءات الدعوى	153
أولاً- إخطار المتعّهد	153
ثانياً- إثبات التعّهد بالضمان	157
الفرع الثاني : مّدة رفع الدعوى	162
المطلب الثاني : جزاء الإخلال بالتعّهد بالضمان	167
الفرع الأول : جزاء الإخلال في الفقه الإسلامي	167
أولاً – مشروعية الضمان	168
ثانياً - تضمين الصناع	170
الفرع الثاني : جزاء الإخلال في التشريعات المقارنة	172
أولاً – التعويض العيني	173
ثانياً – التنفيذ بمقابل	177
المطلب الثالث : انقضاء التعّهد بالضمان	181
الفرع الأول : الانقضاء الأصلي	181
أولاً- انقضاء مّدة التعّهد	181
ثانياً – تنازل المتعّهد	182
ثالثا – وفاة المتعّهد	184

الفرع الثاني : الانقضاء التبعي	185
أولاً- القوة القاهرة	186
ثانياً – خطأ المتعّهد له	188
ثالثاً – خطأ الغير	190
الـخـاتـمـة	197-194
المصادر والمراجع	216-199
ملخص باللغة الإنجليزية	218-217

الـمُـلـخـص

الكلمات المفتاحية :

تعهد، ضمان ،قيام بعمل، عيب ،عقد ،متعهد، متعهد له، قانون،عمل حرفي .

لا ريب إنّ موضوع التعّهد بالضمان من المواضيع التي ظهرت في الجانب العملي في المدّة الأَخيرة بصورة واسعة ،لا سيما في العقود التي محلها القيام بعمل، التي تكون مبرمة بين طرفين، أحدهما يتمتع بالخبرة والتخصص في مجال عمله، أما الطرف الآخر فإنه يكون متعاقد ضعيف لا يمتلك الخبرة في مجال القيام بتلك الأعمال، وهذا الأمر يترتب عليه إنّ الأخير، لا يكون مطمئناً إلاّ مع وجود التعّهد بالضمان .

لقد تناول موضوع الأَطروحة مسألة جزئية تتقرر بأتفاق الطرفين (المتعّهد والمتعّهد له) إثناء إبرام عقد يتضمن القيام بعمل، أو قد يتقرر نتيجة الاشتراط من قبل المتعهد له، ويلتزم بموجبه المتعهد اتجاه المتعهد له بجودة وكفاءة العمل المنجز من قبله لمدة زمنية معينة يجري تحديدها حسب الاتفاق أو العرف فهو شرط يؤكد مقتضى العقد، ويمتد هذا التعُّهد إلى ما بعد أنجاز العمل وتسليمه إلى المتعّهد له، والذي اتضحت اهميته للطرفين من إنّه يكون وسيلة لحماية المتعّهد له، وذلك بحصوله على عمل يكون بصورة جيدة ويلبي رغبته من التعاقد، وكذلك بالنسبة للمتعّهد من حيث كونه وسيلة لتحسين سمعته التجارية وتجذب له العديد من المتعاقدين، وقد جاءت هذه الدراسة لوضع نظرية عامة للتعُّهد بالضمان، ولتُمهد الطريق نحو دراسات قانونية للبحث وبعمق حول هذا الموضوع .

ويُلزم لتطبيق أحكام التعّهد بالضمان توفر عدة شروط من بينها هو وجود اتفاق على التعُّهد بالضمان بين الطرفين، ولقد أثارت مسألة الاتفاق خلافاً فقهياً واسعاً، لكونه يتعلق بتعّهد يرد بصدد عقد آخر، وتوصلنا إلى إنّ الرأي الراجح هو اجازة الاتفاق على التعّهد لكونه يؤكد مقتضى العقد، والشرط الأخر هو حدوث عيب في العمل في مدة التعهد بالضمان، ولقد بينا عن طريق دراسة وتحليل الآراء الفقهية والنصوص القانونية إلى إنّ العيب في إطار التعُّهد بالضمان يتمتع بخصوصية من حيث إنّه لا يلزم فيه أنْ يكون (خفياً أو قديماً أو مؤثراً)، فمجرد حدوث عيب في مدة التعهد بالضمان فإنه يكون موجباً لمسؤولية المتعّهد، والشرط الآخر هو أنْ لا ينسب خطأ إلى المتعّهد له في حدوث العيب فحصول هذا الخطأ فإنه يكون سبباً لعدم تحقق مسؤولية المتعَّهد، وإنّ التعُّهد بالضمان يتمتع بطبيعة خاصة من حيث إنّه شرط يؤكد مقتضى عقد محله القيام بعمل، لأنه ينشأ عند إبرام عقد يتضمن القيام بعمل ،ولقد ظهر للباحث عدة اسئلة منها ما يتعلق بطبيعة العلاقة بين هذا التعهد وضمان العيوب الخفية، كذلك ان

اقتران العقود التي محلها القيام بعمل بهذا الشرط، يثير الاشكالية حول طبيعة هذا العقد فهل يعد من العقود المستمرة التنفيذ، ذلك لأن تنفيذ هذا الشرط يقتضي الاستمرار مدة معينة بعد أنجاز العمل وتسليمه للمتعهد له .وسيتم الرجوع للقواعد العامة الواردة في التشريعات محل المقارنة ،وكذلك المصادر الفقهية مكن اجل معالجة هذه الاشكالية .

وللتعّهد أسس مختلفة في الفقه الاسلامي، سواء أكانت واردة في القرآن أم السنة النبوية أم الاجتهادات الفقهية، وفي والتشريعات المقارنة بحثنا اساس التعّهد عن طريق طرح عدد من الآراء وبيان مدى ملائمتها لموضوع البحث، وتوصلنا إلى إنّ الأساس الافضل للتعُّهد بالضمان هو عده من مستلزمات العقد لأنه يضمن حق المتعّهد في الحصول على عمل يكون صالحاً لأداء الغرض المقصود، ويتحدد نطاق التعُّهد فإنه يكون من جانبين فالجانب الاول يكون محدداً من حيث الاشخاص حيث يتكون من طرفين (المتعّهد والمتعّهد له)، ويمكن أن ينتقل الغير في حالات معينة ، والجانب الآخر يكون محدداً كذلك من حيث المدة، إذ أنْ له مدة معينة يجري تحديدها حسب الاتفاق أو العرف، وينقضي بانقضائها.

المقدمة

الحمد لله الذي إليه مصائر الخلق، وعواقب الأمر، نحمده على عظيم إحسانه، ونيِّر برهانه، وتنامي فضله وأمتنانه، حمداً يكون لحقه قضاءً، ولشكره أداءً، والصلاة والسلام على خير خلقه المصطفى محمد(صلى الله عليه وآله وسلم) وآله وصحبه المنتجين الأخيار، أما بعدُ .

قبل الخوض في تفاصيل بحثنا الموسوم **(التعُّهد بالضمان عن الأعمال الحرفية – دراسة مقارنة-)** لا بدّ لنا من أعطاء مقدمة حول الموضوع تتضمن جوهر فكرة البحث وأهميته وأسباب أختياره، والإشكاليات التي سنحاول معالجتها، والتساؤلات التي يثيرها هذا الموضوع، ومنهجيتنا في بيان تفاصيل البحث، والدراسات السابقة، وأهداف البحث ونطاق الموضوع وخطة البحث .

أولاً – جوهر موضوع البحث

يسعى الإنسان إلى إشباع حاجاته اليومية عن طريق إبرام العديد من العقود، ومن بين هذه العقود، هي العقود التي يكون محلها القيام بعمل، التي يلتزم فيها أحد الطرفين بالقيام بعمل لصالح الطرف الآخر مقابل أجر معين، كما هو الحال لو تعاقد شخص مع طرف آخر على أن يصبغ له داره، أو أنْ يصنع له أبواب خشبية او حديدية وغير ذلك، ففي جميع هذه الأعمال يكون المتعاقد يساوره الشك والريبة حول جودة العمل ومتانتها، لاسيما وإذا ما علمنا إنّه متعاقد ضعيف لا يملك الخبرة في هذه الأعمال، وأنه في وقتنا الحاضر ازدادت الآلات والأدوات المتطورة في القيام بالعمل، وبنفس الوقت انتشرت المواد الأولية المتطورة والمتباينة في الجودة والمتانة، وبسبب هذا التطور والقفزة النوعية في مجال الصناعة والعمل، تحول معها القيام بعمل، من عمل أشياء بسيطة الصنع والتركيب، إلى أشياء معقدة التركيب تتضمن خفايا من حيث المواد الداخلة في العمل وجودتها من ناحية، وجودة ورصانة العمل ذاته من ناحية أخرى، لا سيما أنّ تلك الأعمال قد ازدادت وانتشرت أكثر من السابق وبكافة المستويات، ولا يكاد يخلو أي منزل او يستغنى عنها أي مواطن وأصبحت من مستلزمات الحياة الضرورية، وكل ذلك دفع المتعاقد مع القائم بالعمل أنْ لا يكتف بإبرام عقد يتضمن الالتزام للقيام بعمل على النحو الذي يتضمن إتمام العمل بالصورة المطلوبة، بل بدأ يبحث عن وسائل أخرى توفر له نوعا من الثقة والأمان في جودة العمل في مدة زمنية معينة، كذلك إنّ القائمين بالأعمال ومن أجل جذب المتعاقدين معهم وترغيبهم على التعاقد معهم أخذوا يقدمون ضمانات معينة تكفل جودة وكفاءة تلك الأعمال ولفترات زمنية معينة قد تطول أو تقصر .

ورغم إنّ المشرع العراقي قد نظم (ضمان العيوب الخفية في عقد البيع)، إلّا أنّ هذه الوسيلة لا تتضمن الحماية الكافية للمتعاقد مع القائم بالعمل وأنّها تعرضهم لخطرين، أحدهما يتمثل بأن حق المتعاقد

في الضمان يتوقف على إثبات شروط معينة كتأثير العيب وقدمه وخفائه، من أجل الزام الطرف الآخر بالضمان وقد لا يتمكن من ذلك مما يعرض حقه للسقوط، والخطر الآخر هو ان المتعاقد قد يسقط حقه في الضمان بسبب مضي المدة عند عدم اقامة الدعوى في الوقت المناسب وفي مدة ستة أشهر من تاريخ البيع وهي مدة قصيرة، كذلك إنّ غالبية الأشخاص يجهلون هذا الضمان، ولقد أبرزت القواعد العامة النظام الرضائي الذي يحكم العلاقات القانونية وأصبح هو القاعدة العامة في إبرام التصرفات القانونية، وهذه القاعدة الرضائية صنعت التطور الكبير في أبرام العقود القانونية ،وأدت إلى أبرام الكثير من العقود والتصرفات القانونية، ومن بينها التعّهد الذي يقدمه بعض القائمين بالأعمال من ضمان جودة العمل الذي يقومون به وقابليته للاستعمال حسب الصورة المألوفة، في مدة زمنية معينة ،من أجل جذب أكبر عدد ممكن من الزبائن ،حيث يضمن القائم بالعمل ظهور أي عيب في العمل الذي قام به وفي أي وقت في مدة التعّهد، دون حاجة إلى إثبات كون العيب خفياً أو قديماً أو مؤثراً، وهذا بلا شك يوفر حماية وضمانة كافية للمتعاقد مع القائم بالعمل .

ثانياً- أهمية البحث وأسباب اختياره

على الرغم من كثرة انتشار واستعمال التعّهد في الضمان عن القيام بالأعمال الحرفية في الوقت الحاضر، إلاّ أنه لم يحظّ بعناية فائقة بالدراسة والبحث القانوني وبقى رهين التطبيقات العملية، ويتمتع هذا التعهد بأهمية بالغة، من حيث إنّه يوفر عنصر الثقة بين الأطراف المتعاقدة، وحماية المتعّهد له من عدم حصوله على عمل يحقق رغبته من التعاقد، ويضمن له كون العمل قد تم بصورة جيدة من حيث طريقة العمل والمواد المستعملة فيه، وإنّه يكون مطمئناً بوجود شخص ملزم بتنفيذ تعُّهده عند حدوث عيب أو خلل وفي مدة زمنية معينة تحدد حسب الاتفاق، وعلى أثر هذه الأهمية العملية تتضح أهمية دراسة وبحث هذا الموضوع، كونها تتناول موضوعاً يتعلق بضمان حصول المتعاقدين مع القائمين بالأعمال على عمل يكون خالياً من العيوب، ولا يستطيع المتعّهد بالضمان التخلص من الضمان إلاّ بعد تنفيذ تعهده في المدة الزمنية المحددة .

إضافة إلى ما تقدم فإن هذا الموضوع قد تناثرت بعض موضوعاته بين مؤلفات فقه القانون المدني والفقه الإسلامي، وكذلك عدم وجود تعريف محدد لهذا التعّهد ،وعدم وجود تأصيل قانوني له، إنما جزئيات متناثرة بين مؤلفات الفقه ،وعدم تحديد طبيعة هذا التعّهد وضمن أي نطاق من أحكام التصرفات التي تسري عليه، كذلك إنّ التشريعات المقارنة لم تحطّ هذا الموضوع بنصوص كافية لبيان أحكامه،

لذلك تم اختيار موضوع هذا البحث لغرض بيان تعريفه وتأصيله القانوني في الفقه القانوني والإسلامي، وبيان نطاقه ومضمون التزام المتعّهد بالضمان والأحكام القانونية التي تترتب عليه وكذلك بيان الحالات التي ينقضي فيها هذا التعّهد .

ثالثاً – إشكالية البحث

مما لا شك فيه أن بحث ودراسة موضوع التعُّهد بالضمان لا يخل من إشكالية معينة كانت الدافع وراء اختيار هذا الموضوع، وتبرز الإشكالية الرئيسة بقصور القواعد القانونية عن تنظيم مسألة التعُّهد بالضمان والآثار التي تترتب عليه، حيث إن المشرع العراقي قد أورد نص المادة (131) من القانون المدني التي اجازت مسألة الاشتراط عند التعاقد، إلا أنه ومع ذلك فإن التعُّهد بالضمان يرد بصدد عقد يتضمن القيام بعمل، ويمتاز بكونه يضمن للمتعهد له جودة وكفاءة عمل المتعهد الأمر الذي يستوجب بيان ماهية الآثار القانونية الناشئة عن وضع هذا التعّهد، من أجل ضمان حقوق المتعهد له، كذلك لم ترد نص مادة خاصة بهذا التعهد في التشريع العراقي وعدم مواكبة التشريعات الحديثة رغم كثرة حصوله في الجانب العملي، وتتفرع عن هذه الاشكالية اشكالية أخرى ،حول طبيعة العلاقة بين الضمان القانوني للعيوب الخفية والتعّهد بالضمان فهل هي علاقة تكامل، أمّ أنها علاقة تباعد وتناحر؟ كذلك تثار إشكالية أخرى حول العيب الموجب لتحقق مسؤولية المتعّهد والزامه بالضمان، حيث إنّ المعروف والمنصوص عليه قانوناً إنّ العيب الموجب للضمان يجب انْ يكون خفياً وقديماً ومؤثراً، أما العيب في التعهد بالضمان فأنه يتمتع بطبيعة خاصة من اجل ضمان حقوق المتعهد له .

رابعاً – أسئلة البحث

بناءً على الإشكاليات المتقدمة، فإن موضوع التعُّهد بالضمان عن الأعمال الحرفية يثير عدة تساؤلات يلزم الإجابة عنها من أجل الوصول إلى مقاصد البحث، منها :

1- ما الطبيعة القانونية لهذا التعُّهد؟ هل هو ذو طبيعة عقدية، وإذا كان كذلك فهل هو التزام تبعي أم التزام مستقل بذاته ،أمّ إنّه التزام بإرادة منفردة ؟

2- ما الأساس القانوني والشرعي لهذا التعُّهد ؟

3- ما موقف المشرع العراقي والتشريعات المقارنة من هذا التعهد؟ وهل تمّ تنظيمه ضمن نصوص القانون المدني في القواعد العامة، أم في قوانين خاصة ؟

4- ما نطاق هذا الضمان من حيث الأشخاص؟ وهل من الممكن أنْ ينتقل إلى أشخاص آخرين عند تغير شخصية الدائن و المدين، أمّ للاعتبار الشخصي دور في ذلك ؟

5- ما الآثار التي تتولد عن هذا الضمان؟ وهل أنّ آثاره تقتصر على جانب واحد، أي بمعنى انه التزام ملزم لجانب واحد، أمّ يولد آثاراً ملزمة لكلا الطرفين ؟

6- ما علاقة هذا التعُّهد بضمان العيوب الخفية، هل هي علاقة تكاملية، أمّ أنها علاقة تنافر؟ بمعنى آخر هل أنّ وجود هذا التعّهد بالضمان، يؤدي الى سقوط ضمان العيوب الخفية، أمّ يبقى قائما الى جانبه، وإذا كان كذلك هل أن الدائن بهذا التعّهد يكون له الحرية في أختيار إحدى الدعوتين ؟

7- ما طبيعة التزام القائم بالعمل بموجب هذا التعهد؟ هل هو التزام بتحقيق نتيجة أم أنه التزام ببذل عناية؟ .

8- ما شروط العيب الموجب للضمان بموجب التعّهد، هل يجب أنّ يكون قديماً وخفياً ومؤثراً كما هو الحال في ضمان العيوب الخفية، أمّ له شروط تختلف عنها ؟

خامساً ــ نطاق البحث

لغرض بيان موضوع التعهد بالضمان عن الاعمال الحرفية فأن نطاق البحث سيتحدد ببيان مفهوم التعهد بالضمان واساس التعهد بالضمان ونطاقه، وسنبين الآثار التي تترتب على هذا التعهد، كذلك إنّ التعّهد بالضمان يمكن أنّ يكون في عقود كثيرة كعقد البيع والصيانة والمقاولة، إلاّ أنّ نطاق البحث سيتحدد ببيان هذا الموضوع ضمن نطاق العقود التي محلها القيام بعمل، التي يلتزم فيها القائم بالعمل، بقيامه بعمل لصالح الطرف الآخر، كصبغ دارة أو عمل ابواب أو شبابيك وغير ذلك، ويقوم بإعطاء ضمان بجودة وكفاءة تلك الأعمال وأنها تمت بصورة صحيحة .

سادساً ــ منهجية البحث

من المناسب الإشارة إلى أنّ الباحث قد اعتمد أسلوب الدراسة التحليلية لبيان موضوعات البحث، الذي لا يقتصر على عرض النصوص القانونية الواردة في التشريعات المحددة ضمن نطاق البحث، وإنما تحليلها ومناقشتها لبيان أحكامها، وما تضمنته بين طياتها من إشارة لموضوع البحث، والوقوف

على فلسفة المشرع اتجاه هذ الموضوع، وكذلك تحليل ومناقشة الآراء الفقهية القانونية والإسلامية، لبيان ما أستند عليه الفقه في آرائهم، والعمل على ترجيح أحد الآراء في ضوء ما يتوفر من المرجحات .

ومن أجل تحقيق ما ترمي إليه الدراسة من أهداف، فإننا سنعتمد أَيضاً على أسلوب الدراسة المقارنة بين التشريعات القانونية، لمعرفة ما تضمنته تلك التشريعات من نصوص تتعلق بموضوعات البحث وترجيح الأفضل من بينها، واخترنا من بين التشريعات العربية القانون المدني المصري رقم(131 لسنة 1948) المعدل النافذ، بسبب ما انتهجه المشرع المصري من تعرضه للضمان الاتفاقي، وذلك لتضمنه بعض النصوص التي أشارت إلى الضمان الاتفاق، ومن بين التشريعات الأجنبية اخترنا القانون المدني الفرنسي لسنة (1804)المعدل النافذ، للوقوف على ما تضمنه هذا القانون وتعديلاته الحديثة من الإشارة لهذا الموضوع، كذلك سنتعرض لموقف القانون المدني العراقي رقم (40 لسنة1951) المعدل النافذ، ولا تقتصر نطاق هذه الدراسة على التعرض لموقف التشريعات المدنية، وسنتناول أيضا بيان موقف التشريعات الخاصة التي تتمثل بقوانين حماية المستهلك المصري رقم (181 لسنة 2018) النافذ، والفرنسي رقم (2014-344) النافذ، والعراقي رقم (1 لسنة2010) المعدل النافذ، بوصفها القوانين التي تعنى بحماية المستهلك بصورة عامة، وسنتعرض لكل ذلك مع الإشارة لبيان موقف الشريعة الإسلامية وآراء الفقه الإسلامي عن طريق الرجوع إلى أمهات المراجع الفقهية أينما وجد موضع لذلك، ودون التقيد بمذهب معين، لما تضمنه من أحكام تفصيلية تتعلق بكل بالمعاملات المالية، فضلاً عما يتمتع من أصالة وأسبقية عن الفقه المدني في بحث جزئيات و تفاصيل غاية في الأهمية، كذلك سيتم التطرق إلى أحكام القضاء الفرنسي والمصري والعراقي المتعلقة بهذا الخصوص لبيان الجانب العملي المتعلق بهذا الموضوع، واستكمالاً لبيان موضوع البحث فإنه لا بدّ من الإشارة إلى آراء الفقه القانوني الفرنسي والمصري والعراقي لبيان رأيهم وتوجهاتهم التي تتعلق بكل جزئية من جزئيات الموضوع وما توصلوا أليه من آراء راجحة وفق الأدلة المعتبرة . إضافة إلى آراء الفقه القانوني لبيان الراجح منها، ومقارنة كل ذلك بآراء الفقه الإسلامي الذي يتميز بشموليته ودقته في الحلول والمعالجة أينما يوجد موضع للمقارنة، لمعرفة مدى الاتفاق والأختلاف بين القوانين المدنية والفقه الإسلامي .

سابعاً: أهداف البحث

يهدف هذا البحث إلى بلورّة حقيقة موضوع التعّهد بالضمان عن الأعمال الحرفية، بصورة تلمّ شتاته وتجسد أبعاد فكرته، وذلك برسم صورة واضحة لمفهوم التعّهد بالضمان وأنواعه وتحديد أحكامه، كذلك يهدف إلى إلقاء الضوء على الاجتهادات الفقهية والقضائية ومواقف التشريعات التي تطرقت إلى هذا الموضوع، كذلك يهدف إلى القطع في مواضع الجدل والاختلاف في هذا الموضوع وتقديم الراجح

من بين الآراء الفقهية والمناسب من بين الحلول ،من وجهة نظرنا حسب الأدلة ،وعلى وفق ما يتحصل لنا من عملية تسليط الضوء على الموضوع من جوانبه التشريعية والفقهية والقضائية، ووضع قواعد قانونية تتم عبرها معالجة جميع الإشكالات القانونية التي تتعلق بهذا الموضوع .

ثامناً – الدراسات السابقة

يُعد موضوع التعّهد بالضمان من الموضوعات التي ظهرت بكثرة في الجانب العملي في الوقت الحاضر وخاصة في العقود التي محلها القيام بعمل، ولم يحظْ بدراسة علمية متخصصة شاملة لموضوعاته، لكن توجد بعض الدراسات التي تناولت موضوعات قريبة منه، من بينها كتاب الضمان الاتفاقي للعيوب الخفية للدكتور سعيد جبر، والذي تناول فيها موضوع الضمانات الاتفاقية التي تبرم بإرادة الأطراف لمدة معينة وتتضمن تشديداً للضمان القانوني للعيوب الخفية والتي يلتزم فيها البائع بعدم وجود عيب في المبيع وركز فيها الباحث على موضوع ضمان العيوب الخفية في عقد البيع، وكذلك كتاب خدمات ما بعد البيع للدكتور جابر محجوب علي والتي تناول فيها ضمان صلاحية المبيع للاستعمال فترة معينة، والخدمات المقدمة من قبل البائعين والشركات المنتجة للسلع، من اجل ضمان استفادة المشتري منها لأطول مدة ممكنة والمحددة في قسيمة الضمان وتختص هذه الدراسة بعقد البيع، وكذلك كتاب ضمان صلاحية المبيع للاستعمال للدكتور محمد حسين منصور، ورسالة ماجستير بعنوان ضمان صلاحية المبيع للاستعمال للباحث وسيم جبار الشمري، تناولت كلا الدراستين ضمان التزام البائع بصلاحية المبيع للاستعمال مدة معينة بعد البيع من أجل حماية المستهلك، وأشارت إلى ذلك القوانين الخاصة بحماية المستهلك في أغلب التشريعات الحديثة ،واختص هذه الدراسة بعقد البيع .

أما موضوع دراستنا فسيتحدد بموضوع التعهد بالضمان الذي يقدمه القائم بالعمل الى المتعاقد معه وسيتحدد موضوعنا بالعقود التي محلها القيام بعمل ،كذلك أن العيب في التعهد بالضمان يمتاز بطبيعة خاصة، فهو لا يتطلب فيه ان يكون خفياً او قديماً أو مؤثراً، فيكفي مجرد حدوث أي خلل في العمل محل التعاقد لقيام مسؤولية المتعهد .

تاسعاً -هيكلية البحث

في سبيل الإحاطة بجميع جوانب هذا الموضوع سنوزع البحث على ثلاثة فصول، يسبقها مقدمة، ونخصص الفصل الأول لبيان مفهوم التعُّهد بالضمان عن طريق تقسيمه على مبحثين، نبين في المبحث الأول ماهية التعّهد بالضمان عن الأعمال الحرفية، ونبين في المبحث الثاني شروط التعّهد بالضمان عن الأعمال الحرفية، إما الفصل الثاني فسنخصصه لبيان نطاق التعّهد بالضمان وأساسه عن طريق تقسيمه

على مبحثين، نبين في المبحث الأول أساس التعّهد بالضمان عن الأعمال الحرفية الشرعي والقانوني، ونبين في المبحث الثاني نطاق التعهد بالضمان من حيث الأشخاص والمدة، وبعد ذلك ننتقل لبيان أحكام التعّهد بالضمان وهو ما اخترناه عنوانا للفصل الثالث وسنقسمه على مبحثين، نبين في المبحث الأول الآثار الناشئة عن التعّهد بالضمان لبيان التزامات وطبيعة التزامه بتنفيذها، إما المبحث الثاني فسنخصصه لبيان أثر الإخلال بالتعّهد بالضمان وأنقضاءه عن طريق بيان حقوق المتعّهد له عند أخلال المتعّهد بتنفيذ تعهده والأحوال التي ينقضي فيها .

فإذا ما تم كل ذلك بعون الله وتوفيقه، سنصل إلى خاتمة الموضوع، التي ستتضمن أهم النتائج والمقترحات التي توصلنا إليها عن طريق هذه الدراسة، ونسأل الله تعالى أن يوفقنا في الإحاطة بهذا الموضوع، فإنْ كان ذلك فإنه من فضل الله علينا ونعمته، وصّل اللهم على نبينا محمد وعلى آله وصحبه وسلم، وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين .

الفصل الأوّل

مفهوم التعُّهد بالضمان عن الأعمال الحَرِفيّة

الفصل الأول

مفهوم التعُّهد بالضمان عن الأعمال الحَرِفيَة

تمهيد وتقسيم:

يُعدّ موضوع التعُّهد بالضمان عن الأعمال الحرفية من المواضيع المهمة، التي كشف عنها الواقع العملي في مجال الصناعة والإنتاج في عقود محلها القيام بعمل، وما رافقه من تطور في المواد الداخلة في مجال صناعة السلع المختلفة، التي أصبح فيها المتعاقد يجهل حقيقة المواد الداخلة والمستعملة في صناعة الأشياء وهل تحقق له الغرض المقصود من التعاقد، إضافة إلى ذلك ظهور فكرة المتعاقد المحترف الذي يكون على قدرا من الدراية والخبرة في مجال عمله، في مواجهة المتعاقد الضعيف الذي لا يمتلك الخبرة الكافية ،لذا يهدف هذا الضمان إلى حماية المتعاقد الضعيف في العلاقة العقدية وتحقيق التوازن بين طرفي التعاقد (المتعّهد والمتعّهد له) عن طريق إلزام صاحب الحرفة بالتعّهد بالضمان طيلة المدة المتفق عليها، واحتل هذا الضمان مكانة مهمة في العقود التي تتضمن القيام بعمل، لذا نجد إنّ الواقع العملي في الوقت الحاضر يظهر لنا كثرة استعمال هذا الضمان في العقود التي تتضمن قيام بعمل، الذي يلتزم فيه صاحب الحرفة بالتعّهد بجودة وكفاءة الأعمال المنجزة من قبله، الأمر الذي يقتضي بيان ماهية (التعّهد بالضمان) من اجل التعرف على حقيقة ومضمون وطبيعة هذا التعّهد بوصفها خطوة أولى، تمهيداً لمعرفة الآثار القانونية التي تترتب على هذا التعّهد .

إنّ الالتزام بالتعُّهد بالضمان يتطلب توفر عدد من الشروط حتى يلتزم المتعّهد بالضمان بتنفيذ تعهده، وهذه الشروط بعضها يكون راجعاً إلى العمل المنجز من قبل صاحب الحرفة من حيث ضرورة ظهور خلل أو عيب في عمله خلال مدة التعُّهد، وهذا العيب يتميز بطابع خاص يُميزه عن العيب في ادار العيوب الخفية، وبعض الشروط الأخرى تكون راجعة إلى الاتفاق المبرم بين الطرفين على التعّهد بالضمان وهل يجوز اشتراطه في عقد القيام بعمل، كذلك إنّ المتعّهد له قد يفقد حقه في الضمان في الحالات التي يثبت فيها المتعّهد إنّ العيب الذي حصل في العمل المنجز من قبله يرجع إلى خطأ المتعّهد له بسبب سوء استعمال العمل، الأمر الذي يضيف شرطاً آخر إلى هذه الشروط وهو أنْ لا ينسب خطأ إلى المتعّهد له في استعمال العمل محل التعاقد .

لذا سنحاول في هذا الفصل بيان مفهوم التعُّهد بالضمان عن الأعمال الحرفية عن طريق تقسيمه على مبحثين، نبين في المبحث الأول ماهية التعّهد بالضمان، أما المبحث الثاني فسنبين فيه شروط التعّهد بالضمان عن الأعمال الحرفية .

المبحث الأول

ماهية التعُّهد بالضمان عن الأَعمال الحَرِفيَة

إنّ التعرّف على ماهية التعّهد بالضمان عن الأعمال الحرفية من الأمور الهامة، لأنّ الواقع العملي في الوقت الحاضر يشهد تطوراً ملحوظاً في كثرة استعمال هذا التعّهد في العقود التي تتضمن القيام بعمل، حيث يقوم صاحب الحرفة بإعطاء تعّهد بضمان جودة وكفاءة عمله في مدة معينة من الزمن، من أجل جذب أكبر عدد ممكن من الزبائن وضمان انتفاع المتعّهد له بالعمل المنجز، عن طريق الاتفاق بين الطرفين على التعّهد بالضمان، ويكون ذلك عن أما عن طريق الايجاب من قبل القائمين بالأعمال ويعبرون فيه عن التزامهم بالضمان، أو عن طريق شرط من قبل المتعاقد مع القائم بالعمل، ولم يحظ هذا الموضوع بالبحث والدراسة الكافية أنما بقي رهين التطبيقات العملية، الأمر الذي يقتضي بيان ماهيته، كما توجد عدة ضمانات أخرى تهدف إلى حماية المتعاقد وضمان حصوله على شيء يحقق له الفائدة المرجوة، وهذا يقتضي تمييزها عن التعُّهد بالضمان، كذلك إنّ البحث في ماهيته يقتضي بيان طبيعته القانونية والشرعية لذا سنحاول بيان كل ذلك عن طريق تقسيم هذا المبحث على ثلاثة مطالب، نبين في المطلب الأول التعريف بالتعُّهد بالضمان عن الأعمال الحرفية، ونبين في المطلب الثاني طبيعة التعُّهد بالضمان، اما المطلب الثالث فسنخصصه لبيان التمييز بين هذا التعُّهد وما يشابهه من أوضاع قانونية أخرى .

المطلب الأول

التعريف بالتعُّهد بالضمان

لغرض بيان التعريف بالتعهد بالضمان عن الأعمال الحرفية، لا بدّ لنا من تعريف هذا التعّهد كخطوة الأولى لتحديد ماهيته، فإذا ما انتهينا من بيان تعريفه فإنه يتوجب علينا بيان الخصائص التي يتمتع بها، حيث إنْ التعُّهد بالضمان يتمتع بعدة خصائص كونه ينشأ من تصرف قانوني، كذلك أنّ أتفاق الطرفين على هذا التعّهد لا يخل من أهمية عملية للطرفين، تجعل كلاهما يلجئان إلى الاتفاق على التعهد بالضمان، وللإحاطة بجميع هذه المواضيع فإننا سنقسم هذا المطلب على ثلاثة فروع نبين في الفرع الأول تعريف التعّهد بالضمان عن الأعمال الحرفية، ونبين في الفرع الثاني الخصائص التي يتمتع بها هذا الضمان، أما الفرع الثالث فسنبين فيه الأهمية العملية التي يتمتع بها التعّهد بالضمان عن الأعمال الحرفية للطرفين (المتعّهد و المتعّهد له) .

الفرع الأول

تعريف التعُّهد بالضمان

من الصعوبة إيجاد تعريف محدد للتعَّهد بالضمان عن الأعمال الحرفية، كون هذا الضمان يعد من المواضيع التي ظهرت بكثرة والتي كشف عنها الواقع العملي في مجال الصناعة والإنتاج في عقود القيام بعمل، كذلك إنْ هذا الضمان بقي رهين التطبيقات العملية عند التعاقد ولم يحظَّى بالدراسة والبحث لبيان حقيقته والآثار التي تنشأ عنه، ولغرض التوصل إلى تعريف دقيق ومحدد للتعهد بالضمان لا بدّ لنا من تعريفه تعريفا لغوياً واصطلاحياً، ثمّ سنحاول بيان تعريفه في التشريعات الوضعية المقارنة والتشريع العراقي عن طريق تقسيم هذا الفرع على الفقرات الآتية :

أولاً – التعريف اللغوي

نظراً لعدم وجود تعريف لغوي محدد لمصطلح التعّهد بالضمان عن الأعمال الحرفية، لذا لا بدّ لنا من تعريف كل مفردة من مفرداته تعريفا لغوياً ،من اجل التوصل الى تعريف لغوي موحد لهذا الضمان .

التعُّهد لغة هو اسم مصدر من عهد (بفتح العين) عهد يتعّهد فهو متعّهد[1] وتأتي بمعنى التزام أي ألزم نفسه ببذل الرعاية اللازمة[2]،وجاء في المعجم الوسيط (إن التعُّهد وعد يأخذه المرء على نفسه بالتزام بأمر من الأمور)، وقد تأتي بمعنى الموافقة على الالتزام بعمل شيء معين[3]، وجاء بقوله تعالى **(وَأَوْفُوا بِالْعَهْدِ إِنَّ الْعَهْدَ كَانَ مَسْئُولًا)**[4]، وسأل ما العّهد فقيل بأنه كل ما عوهد الله عليه، وكل ما بين العباد من المواثيق فهو عهد[5]، والعهد في البيع هو (ضمان صحة البيع وسلامة المبيع)[6]، وهذا المعنى الأخير هو الذي يتجسد به موضوعنا .

1- مجد الدين محمد أبن يعقوب الفيروز آبادي ،القاموس المحيط ، ج2 ،المؤسسة العربية ،بيروت ،دون سنة طبع ، (مادة عهد) ،ص 674 .

2- محمد أبن مكرم ابن منظور، معجم لسان العرب ،ج3 ،ط3 ،دار أحياء التراث العربي ،بيروت ،دون سنة نشر ،(مادة عهد) ، ص 145 .

3- مجمع اللغة العربية ،المعجم الوسيط ، ط4 ،مكتبة الشروق الدولية ،دون مكان نشر ،2004 ،ص 354 .

4- سورة الإسراء ،جزء من الآية 34 .

5- محمد أبن مكرم ابن منظور ، معجم لسان العرب ،ج 8 ،دار أحياء التراث العربي، بيروت ،لبنان، دون سنة نشر ،(مادة ضمن) ، ص 150 .

6- محمد أبن أبي بكر عبد القادر الرازي ،مختار الصحاح ،ط3 ،مادة ضمن ،دار المعرفة ،بيروت ، 2008 ، ص 296 .

أما الضمان لغة فهو اسم مصدر من ضمن وجمعها ضمانات وتأتي بعدة معان منها الكفالة والالتزام فيقال مثلا ضمنت المال أي التزمته ويقال كذلك ضمنت – بالتشديد- غير المال ،أي ألزمته إياه[1]، وجاء بقوله تعالى **(قَالُوا نَفْقِدُ صُوَاعَ الْمَلِكِ وَلِمَنْ جَاءَ بِهِ حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَا بِهِ زَعِيم)**[2]، كذلك جاء في الحديث الشريف **(من مات في سبيل الله فهو ضامن على الله ان يدخله الجنة)**[3] ،أي ذو ضمان على الله سبحانه وتعالى، مثل رد الهالك ان كان مثلياً وقيمته ان كان قيمياً، أي أعطاه ضمان لمدة عام مثلا[4] فالضامن هو الكفيل أو الغارم وضمنت للشيء كذا أي جعلته محتويا عليه[5]، وفي مجال عقد البيع فإن الضمان يقصد به (ما يقدمه البائع إلى المشتري بشأن سلامة وجودة بضاعته محل البيع)[6]، وهذا المعنى الأخير يتجسد به موضوعنا .

أما معنى كلمة أعمال لغة فهو اسم مصدر من عمل وجمعها أعمال، وتأتي بمعنى مهن وصنع، أي مارس نشاطاً وقام ببذل جهد للوصول إلى نتيجة معينة ونافعة[7]، وجاء بقولة تعالى **(وقُلِ اعْمَلُوا فَسَيَرَى اللَّهُ عَمَلَكُمْ وَرَسُولُهُ وَالْمُؤْمِنُونَ)**[8] ،وجاء في المعجم الوسيط إنّ العمل هو كل فعل يكون بقصد وفكر[9].

أما معنى كلمة حرفي لغة فهو اسم مصدر من حرف، وهو منسوباً إلى الاحتراف، (والحرفي عامل ماهر، أي من يكسب عيشه من العمل بحرفة معينة بصفة مستمرة ومنتظمة)[10]، ويقال احترف الرجل أي أتخذ حرفة له وتفرغ لها، والحرفي صانع ماهر متقن لصنعته، ويقال إنّ الشخص احترف التجارة أي أمتهنها واتخذها حرفة له[11] .

ومما تقّدم في بيان التعريف اللغوي لمفردات التعُّهد بالضمان عن الأعمال الحرفية، فإنه وجدنا إن المعاجم اللغوية قد وضعت معاني لمفردات التعهد بالضمان ولا يوجد تعريف جامع وموحد له .

1- د. مصطفى إبراهيم الزلمي ،الالتزامات في الشريعة الإسلامية والتشريعات المدنية العربية، مطبعة السعدون، بغداد، 2000، ص 11.
2- سورة يوسف ،آية 72 .
3- الأمام أبو عبد الله محمد بن إسماعيل ابن إبراهيم ابن المغيرة البخاري، صحيح البخاري ،ط 5 ،دار الكتب العلمية، بيروت ،2007 ،كتاب المظالم ،ص 248 .
4- محمد بن ابي بكر عبد القادر الرازي ، مصدر سابق ، ص 384.
5- مجد الدين محمد أبن يعقوب الفيروز آبادي ، القاموس المحيط ،ج 7، دار الكتب العلمية ،بيروت ،ص 256
6- محمد بن مكرم ابن منظور ،لسان العرب ، ج8 ،مصدر سابق ،ص90 .
7- احمد أبن فارس بن زكريا، معجم مقاييس اللغة ،المجلد الأول ،دار الحديث للطباعة والنشر، القاهرة ،دون سنة نشر ، ، ص285 .
8- سورة التوبه ، جزء من الآية 105 .
9- مجمع اللغة العربية ، المعجم الوسيط ، مادة عمل ،مصدر سابق ، ص545 .
10 - محمد أبن مكرم بن منظور ، معجم لسان العرب ،ج8 ،مصدر سابق ، (مادة عمل)، ص 550 .
11 - محمد أبن ابي بكر عبد القادر الرازي ،مصدر سابق ،ص 635 .

ثانياً - التعريف الاصطلاحي

لغرض بيان تعريف التعهد بالضمان اصطلاحاً فإننا سنحاول بيان تعريف مفرداتها تعريفاً اصطلاحياً، لغرض التوصل الى وضع التعريف الإصطلاحي المناسب لهذا الضمان، حيث أننا لم نجد من بين المصادر التي اطلعنا عليها تعريف محدد وموحد لهذا الضمان.

يعرف التعّهد كذلك بأنه (الميثاق الذي يأخذه الإنسان على نفسه لصالح شخص آخر، بحيث يجعله صاحب حق شرعي عليه في أي حق من حقوقه، دون أنْ يتوقف ذلك على قبوله أو رضائه)[1]، وهذا هو هو المعنى الأخير هو الذي يتجسد به موضوعنا .

أما الضمان اصطلاحاً فيعرف بأنه (التعُّهد الذي يلتزم به احد طرفي التعاقد أثناء ابرام العقد بالتزامه بتعويض الضرر الذي يحصل نتيجة عدم تنفيذ التزامه)[2]، ويُلحظ على التعريف المتقدم إنّه قصر الضمان على أحد طرفي التعاقد فقط، وهذا غير صحيح حيث ممكن أنْ يكون الضمان مقدم من قبل أحد الطرفين أو كلاهما[3]، وعُرف أيضا بأنه (التزام بتعويض مالي عن ضرر للغير)[4]، وعُرف كذلك بأنه بأنه (التزام بتعويض الغير عما لحقه من تلف المال أو ضياع المنافع، أو الضرر الكلي أو الجزئي الذي يصيب النفس)[5]، يُلحظ على التعاريف المتقدمة بأنها اهتمت ببيان الأثر المترتب على مخالفة الضمان وهو التعويض دون أنْ يعنى ببيان ماهية الضمان ذاته فالضمان قد يكون كفالة تضمن تنفيذ الالتزام .

وأستعمل المشرع العراقي هذا المصطلح في مواضع متعددة[6]، إلاّ أنه لم يورد تعريفاً له، ولا يعد ذلك انتقاص أو انتقاد على موقفه، كذلك نجد إنّ التشريعات موضع المقارنة لم تورد تعريفاً للضمان، في حين نجد أنّ تشريعات أخرى قد عرفت هذا المصطلح [7] .

1- د .محمود المظفر ،نظرية الإرادة المنفردة و تطبيقاتها الشرعية و القانونية ،ط2 ،دار المثنى للطباعة والنشر ، بغداد، بغداد، 2010 ، ص49 .

2 - د. صاحب عبيد عبد الزهرة ،ضمان العيب وتخلف الوصف في عقد البيع ،ط1 ،مكتبة دار الثقافة للنشر و التوزيع عمان ،1997، ص40 .

3 -وعرفته مجلة الأحكام العدلية في المادة (416) بأنه (إعطاء مثل الشيء إنْ كان مثليا ،وقيمته أنْ كان قيمياً). قيمياً).

4- د .مصطفى الزرقا ،المدخل الفقهي العام ،دار القلم للطباعة والتوزيع ،دمشق ،2012 ،ص117 .

5- د .وهبة الزحيلي ،نظرية الضمان وأحكام المسؤولية المدنية والجنائية في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة ، دار الفكر العربي ،القاهرة ،دون سنة نشر ،ص16 .

6- انظر مثلا المواد (568،569) من القانون المدني العراقي المعدل النافذ رقم 40 لسنة 1951 .

7- لقد عرف قانون حماية المستهلك الإماراتي رقم (15 لسنة 2020) النافذ ،الضمان في المادة الأولى بأنه (إقرار كتابي كتابي او ضمني صادر من المزود او من يمثله بخلو السلعة أو الخدمة موضوع الضمان من العيوب او الخلل و مطابقتها

وفي مجال الفقه الإسلامي فإن الضمان استعمل للدلالة على معنين، الأول يأتي بمعنى الكفالة، وهذا ما ذهب اليه المالكية[1]، والشافعية[2]، والحنابلة[3]، والأمامية[4]، والظاهرية[5]، واستندوا بذلك لقوله تعالى(**وَأَوْفُوا بِعَهْدِ اللَّهِ إِذَا عَاهَدْتُمْ وَلَا تَنْقُضُوا الْأَيْمَانَ بَعْدَ تَوْكِيدِهَا وَقَدْ جَعَلْتُمُ اللَّهَ عَلَيْكُمْ كَفِيلًا إِنَّ اللَّهَ يَعْلَمُ مَا تَفْعَلُونَ**)[6]، فعرفه المالكية بأنه شغل ذمة أخرى بالحق، وعرفه الشافعية بأنه حق ثابت في ذمة الغير ، أو إحضار من هو عليه الحق أو عين مضمونه، أما الحنابلة فيعرفونه بأنه (ضم ذمة الضامن إلى ذمة المضمون عن التزام حق)، أما الجانب الآخر من الفقه الإسلامي فبين أنّ الضمان هو التزام بتعويض الغير عن الضرر الذي أصابه واستندوا بذلك الى حديث الرسول (صلى الله عليه واله وسلم) (الخراج بالضمان)[7]، فهنالك من عرفه من الحنفية بأنه (رد مثل الهالك أنْ كان مثلياً وقيمته إنْ كان قيمياً)[8]، وتم تعريفه أيضاً بأنه (غرامة التالف)[9]، وبين رأي في الفقه[10]إنّ فقهاء الشريعة الإسلامية قد استعملوا تعبير الضمان للدلالة على الآثار التي تنشأ عن المسؤولية العقدية وغير العقدية ،أي الآثار الناشئة عن المسؤولية بشكل عام سواء كانت تقصيرية أو عقدية، يُلحظ على التعاريف المتقدمة للفقه الإسلامي أنها مشتقة من التعريف اللغوي، وانها تدخل ضمن المعنى اللغوي لمصطلح الضمان .

أما الفقه الفرنسي فإنه كان يستعمل مصطلح الضمان للدلالة على المسؤولية العقدية وغير العقدية[11]، لكنه تعرض للنقد بداعي إنّ الضمان يستخدم في عقد التأمين وفي حالة عدم تنفيذ العقد ويتقرر عندما يتحدد حقوق الغير (الدفاع عمن تقرر له الحق)، وبدأ مصطلح الضمان يضيق وحل محله مصطلح

للمواصفات القياسية و تعهده بإصلاح أي خلل أو عيب يطرأ على السلعة أو إعادة تأدية الخدمة او استبدال السلعة خلال مدة محددة) .

1- محمد بن عبد الله بن علي المالكي ،حاشية الخرشي على مختصر سيدي خليل ،ج4 ،دار الفكر العربي ، القاهرة ،دون سنة نشر ،ص345 .

2- احمد بن محمد العدوي الشهير بالدردير، الشرح الكبير ،ج3 ،مطبعة الباب الحلبي ،سوريا ،دون سنة نشر ، ص 329.

3- شمس الدين الخطيب محمد بن الخطيب الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج ،ج4 ،ط3 ،دار المنار، القاهرة ،ص 198 .

4- نجم الدين جعفر بن الحسن المحقق الحلي ،شرائع الإسلام في مسائل الحلال والحرام ،ج2 ،دار الأضواء للطباعة، بيروت ،لبنان ، ص107 .

5- أبو محمد علي أبن احمد بن سعيد بن حزم الظاهري ، المحلى بالآثار ، تحقيق د. عبد الغفار سليمان البنداري ، ج 6 ، دار الفكر ،بلا مكان وسنة طبع .ص405 .

6- سورة النحل ،الآية 91 .

7- أبو عبد الله محمد بن يزيد القزويني ،سنن ابن ماجة ،ج2، مطبعة الباب الحلبي ،دمشق ،1373هـ ، ص754 .

8- احمد أبن محمد الحموي ،غمز البصائر في شرح الأشباه النظائر ،ج4 ،دار الكتب العلمية، بيروت ،دون سنة طبع ،ص210 .

9- محمد أبن علي أبن محمد الشوكاني، نيل الأوطار في شرح منتقى الأخبار من أحاديث سيد الأخيار، ج5، دار التراث العلمية ،القاهرة، دون سنة طبع، ص323 .

10 - د. عبد الرزاق احمد السنهوري ،مصادر الحق ،ج1 ،منشأة المعارف ،الإسكندرية ،2004،ص14 .

11 -Planiol et .Ripert ,Traite Pratique de droit civil Francais, T Hamel ,1956 ,P137 .

المسؤولية وإنّ المشرع الفرنسي قد استعمل مصطلح الضمان لأن كلمة المسؤولية لم تكن معروفة في حينها[1] .

أما الأعمال الحرفية فعرفتها منظمة اليونسكو العالمية في إحدى المؤتمرات الدولية بأنها (تلك الصناعات التي يقوم بإنتاجها الحرفي بطريقة كاملة يدوياً، أو بواسطة أدوات يدوية، أو طرق ميكانيكية وتعتبر مساهمة الحرفي هي الحصة الأكبر في تكوين السلعة النهائية)[2]، وهنالك من عرفها بأنها (تلك الصناعات التي يقوم الحرفي بمزاولتها معتمداً على جهده في عمله ومهارته الحرفية الفردية الذهنية واليدوية والتي اكتسبها من تطور ممارسته في العمل)[3]، وعرفت أيضاً بأنها (تلك الصناعات التي تعتمد على مهارات يدوية خاصة بالعمال أو التي تستخدم ادوات بسيطة فقط، وتستند تلك الصناعات بصورة رئيسة على تحويل المواد الخام البسيطة وبشكل يدوي إلى منتجات مصنعة)[4] .

ومما تقدم من تعريفات اصطلاحية لمفردات التعُّهد بالضمان عن الأعمال الحرفية نستطيع القول بأن هذا المصطلح ليس له تعاريف بذات اللفظ لكونه لم يحظى بالدراسة والبحث وإنما اقتصر على الجانب التطبيقي فقط، لكن الفقه وضع معنى قريب لبعض مصطلحاته مثل التعّهد والضمان، ومع ذلك فإنه يمكن للباحث بيان التعريف المقترح للتعّهد بالضمان عن الأعمال الحرفية بأنه (شرط يلتزم بمقتضاه المتعّهد (القائم بالعمل) اتجاه المتعّهد له، بجودة وكفاءة العمل المنجز من قبله، وصلاحيته للغرض المقصود وفي مدة زمنية محددة، وبتحمله المسؤولية إذا ظهر خلاف ذلك)، وأبرز سمات هذا التعريف هي :

1- إنّ هذا التعُّهد يقع على عاتق القائم بالعمل وهو صاحب الحرفة، لأنه التزم بموجب تعهده بجودة وكفاءة عمله، كذلك إنّه يتمتع بصفة الاحتراف والتخصص في مجال عمله.

2- إنّ مضمون هذا التعّهد يتمثل بتأكيد القائم بالعمل وهو المتعّهد بخلو العمل محل العقد من كل عيب، وجودته وكفاءته لأداء الغرض المقصود وتحمله المسؤولية إذا ظهر خلاف ذلك في مدة التعّهد بالضمان

1- نقلا عن د .منصور مصطفى منصور ،تحديد فكرة العيب الموجب للضمان في عقد الإيجار ،بحث منشور في مجلة العلوم القانونية القانونية والاقتصادية ،جامعة عين شمس، العدد الثاني السنة الاولى ،1957،ص555 .

2- unesco,culture ,cretivite ,:artisanat et desing ,23/9/2009
http://portal.unesco.org/ مقال منشور على الانترنت، تاريخ الزيارة 2021/4/25 .

3- محمد حسن، دور الصناعات اليدوية والحرفية في التنمية الاقتصادية المحلية بجمهورية مصر ،بحث منشور في مجلة التنمية الاقتصادية ،المجلد الثاني والعشرون ،العدد الأول ،2020 ،ص75 .

4- مهند حامد، تجارب الدول في تطوير أعمال المنشاءات الصغيرة والمتوسطة، بحث منشور في مجلة دروس الفلسطيني، العدد الخامس، لسنة 2009، ص134 .

3- إنّ التعّهد بالضمان يحصل عن طريق تصرف قانوني، و ذلك كشرط يدرج عند التعاقد أو بعده سواء كان المشترط المتعّهد له أو المتعّهد، ومن ثمّ فإن هذا التعّهد يجد مصدره في الاتفاق بين الطرفين، وهذا يعد أحد الشروط الرئيسة لتطبيق احكام التعّهد بالضمان .

4- إنّ هذا التعُّهد لا يكون مطلقاً دون تحديد إلى ما لا نهاية، بل هو مقيد بمدة زمنية محددة يتمّ الاتفاق عليها بين الطرفين، أو عن طريق العرف عند عدم تحديدها، حيث يكون للمدة دور مهم في هذا التعّهد، وسنوضح ذلك في الفصل الثاني من هذه الأطروحة[1] .

5- أنّ التعُّهد بالضمان يكون ضمن نطاق عقد محدد ويكون تابعاً له، وهذا العقد يتضمن القيام بعمل الذي يبرم بين صاحب الحرفة والمتعّهد له، فالعلاقة العقدية التي تربط الطرفين من حيث الأصل تكون عن طريق عقد القيام بعمل، كأن يتفق الطرفان على قيام صاحب الحرفة بصبغ دار سكنية او عمل أبواب أو تركيبات منزلية، ثمّ يقوم الطرفين بتضمين هذا العقد شرطاً يقضي بتعّهد القائم بالعمل بجودة كفاءة عمله في مدة زمنية معينة، ومن ثمّ فإن هذا التعّهد يكون تابعاً للعقد المبرم بين الطرفين .

ثالثاً – موقف التشريعات المقارنة من التعُّهد بالضمان

على الرغم من الأهمية العملية التي يوفرها التعُّهد بالضمان عن الأعمال الحرفية في حماية المتعاقد قليل الخبرة في مجال الأعمال الحرفية وكثرة استعماله في الوقت الحاضر، إلاّ أننا نجد إنّ التشريعات القانونية موضع المقارنة قد تفاوتت من حيث النص أو الإشارة إلى التعّهد بالضمان، بين من أكتفت بالنصوص العامة الواردة في القانون المدني بخصوص ضمان العيوب الخفية، وبين من نصت عليه في إطار القوانين الخاصة مثل قوانين حماية المستهلك، فبالنسبة للتشريعات الفرنسية والمصرية والعراقية فأنها لم تتضمن نصاً خاصاً في القانون المدني يشير إلى التعّهد بالضمان عن الأعمال الحرفية، والسبب في ذلك برأينا هو الاكتفاء بالقواعد العامة الواردة بخصوص ضمان العيوب الخفية، حيث أجازت هذه التشريعات للأطراف المتعاقدة الاتفاق على زيادة الضمان القانوني، فالقانون المدني الفرنسي لسنة (1804) المعدل النافذ قد أشار في المادة (1627) الى جواز الاتفاق على الضمان، أما المدني المصري رقم (131) لسنة (1948) المعدل النافذ، قد نص في المادة (453) على أنّه (يجوز للمتعاقدين باتفاق خاص أنْ يزيدا في الضمان أو أنّ ينقصا منه أو يسقطا هذا الضمان على أنّ كل شرط يسقط الضمان أو ينقصه يقع باطلاً إذا كان البائع قد تعمد إخفاء العيب في المبيع غشاً منه)، ويرى الباحث إنّ هذه النصوص تتضمن الإشارة إلى التعّهد بالضمان عن الأعمال الحرفية، من حيث جعل مسؤولية صاحب الحرفة عن كل عيب يظهر في الشيء الذي قام بصنعه .

1 - ينظر ص 120من هذه الأطروحة .

وفي إطار التشريعات الخاصة نجد أنّ قانون حماية المستهلك الفرنسي المرقم(08-31) المعدل النافذ، فقد تضمن في المادة (66) الإشارة إلى التعّهد بالضمان بصدد إيضاح الضمان الاتفاقي فقد نصت على أنّه (إنّ الضمان الاتفاقي يعني أي ضمان إضافي للضمان القانوني ضد عيوب السلعة المباعة المنصوص عليها في المادة 65 والتي يعرضها المورد على المستهلك ويجب على المورد ان يحدد بدقة مدة الضمان و نطاقه وشروطه)، إنّ هذه المادة وأن أشارت إلى الضمان الاتفاقي في عقد البيع، إلاّ أنها تنطبق برأينا على التعّهد بالضمان عن الأعمال الحرفية، لأن التعّهد بالضمان هو ضمان اتفاقي من حيث الأصل يجد مصدره في الاتفاق عليه بين الطرفين .

أما قانون حماية المستهلك المصري النافذ رقم (181 لسنة 2018) قد تضمن نصاً يشير إلى التعّهد بالضمان عن الأعمال الحرفية، وذلك في المادة (26) التي نصت على أنْ (يضمن مورد خدمات التشطيبات والصيانة والتركيبات المنزلية صلاحية ما قام به من أعمال وما تمّ توريده من منتجات لمدة سنة على الأقل، ما لم يحدد الجهاز مدة اقل بالنظر إلى طبيعة الأعمال أو المنتجات، ويكون الضمان ثلاث سنوات على الأقل إذا كان العيب راجعاً لغش أو إهمال جسيم)، يرى الباحث إنّ هذه المادة تضمنت و بصورة واضحة الإشارة إلى ضمان الأعمال التي يقوم بها الحرفيين بالنسبة للتشطيبات والتركيبات المنزلية والصيانة، وحسناً فعل المشرع المصري بأدراج تلك المادة بسبب كثرة الأعمال التي يقوم بها الحرفيون في الوقت الحاضر وحتى لا تثير لبساً او غموضاً في مدى الزامهم بالضمان، لكن من جهة أخرى كان الأفضل بالمشرع المصري عدم تحديد الضمان بالحرفين المشار اليهم في المادة أعلاه فقط، بل وضع قاعدة عامة تتضمن الضمان لكافة الأشخاص القائمين بالعمل .

ومما تقدم من موقف التشريعات المقارنة، يتضح لنا مدى الأهمية التي يتمتع بها الضمان الاتفاقي بصورة عامة، والتعّهد بالضمان عن الأعمال الحرفية بصورة خاصة، من حيث الإشارة إلى هذا الضمان عن طريق النصوص العامة، أو الإشارة والنص عليه في إطار القوانين الخاصة ضمن قوانين حماية المستهلك، وإنّ المشرع المصري كان موقفه سباقاً ورائداً من حيث النص على هذا الضمان وبشكل صريح في قانون حماية المستهلك المصري .

رابعاً- موقف المشرع العراقي من التعهد بالضمان

لم يشر المشرع العراقي الى موضوع ضمان الاعمال الحرفية بصورة عامة والتعهد بالضمان بصورة خاصة، انما تناول ذلك بصورة ضمنية، فنجده قد بين في المادة (1/568)من القانون المدني العراقي رقم (40) لسنة (1951) المعدل النافذ، بجواز اتفاق الأطراف على الضمان حيث نصت على أنّه (يجوز للطرفين باتفاق خاص أنْ يحددا مقدار الضمان)، كذلك الحال يمكن الأخذ بهذا الضمان في

القواعد العامة الواردة في القانون المدني، باعتبارها النصوص التي يمكن تطبيقها في حالة عدم وجود نص قانوني في مسألة ما، وتشير القواعد العامة بأنه ما دام أنّ الاتفاق لم يخالف نصاً قانونياً، أو يخالف النظام العام والآداب العامة هو اتفاق صحيح ويجب تطبيقه، وأشارت المادة(131)من القانون المدني العراقي[1]، بجواز الاشتراطات في العقد التي نصت على أنّه (1- يجوز انْ يقترن العقد بشرط يؤكد مقتضاه أو يلائمه أو يكون جارياً به العرف والعادة 2- كما يجوز ان يقترن بشرط فيه نفع لأحد المتعاقدين أو للغير أذا لم يكن ممنوعاً قانوناً أو مخالفا للنظام العام أو الآداب العامة وإلاّ لغا الشرط وصح العقد ما لم يكن الشرط هو الدافع إلى التعاقد فيبطل العقد أيضا)، وعن طريق هذا النص يبدو لنا موقف المشرع العراقي واضحاً من جواز أنْ يقترن العقد بشرط يلائمه أو يؤكد مقتضاه [2] أو يكون جارياً به العرف أو العادة، ولما كان التعّهد بالضمان قد ينشأ عن طريق شرط في العقد، ويكون ملائماً ويؤكد مقتضى العقد من إلزام القائم بالعمل بضمان العمل المنجز من قبله أو الشيء الذي قام بصنعه، فإن هذا النص يتضمن الإشارة إلى الاتفاق على التعّهد بالضمان عن الأعمال الحرفية .

أما قانون حماية المستهلك العراقي رقم (1 لسنة 2010) النافذ فقد تضمن الإشارة إلى التعّهد بالضمان عن الأعمال الحرفية في المادة (6 /أولاً /د) التي نصت على إنّه (أولاً- للمستهلك الحق في الحصول على ما يأتي :د- الضمانات للسلع التي تستوجب طبيعتها مثل هذا الضمان وللمدة التي يتم الاتفاق عليها مع المجهز، دون تحميلها نفقات إضافية)، ونظراً لأن التعّهد بالضمان في الوقت الحاضر أصبح من مستلزمات الأعمال التي يقوم بها صاحب الحرفة بسبب طبيعتها، وكذلك جريان العرف على اشتراطه وخاصة في أعمال التشطيبات والتركيبات المنزلية، بحيث أصبح عرفاً دارجاً فإنه يكون داخلاً ضمن نطاق هذه المادة، ويكون خاضعاً للاتفاق عليه بين الطرفين، وندعو المشرع العراقي إلى إدراج نص مادة على غرار ما ورد في قانون حماية المستهلك المصري وتكون خاصة بهذا التعهد في إطار الأعمال الحرفية وتكون على النحو التالي: (يضمن القائمين بأعمال التشطيبات والصيانة والتركيبات المنزلية صلاحية ما قاموا به من أعمال وما تم توريده من منتجات لمدة سنة على الأقل من تاريخ تسليم العمل).

1 - ولم نجد نصا في التشريعات المقارنة مقابل لهذه المادة .

2- للتوسع في بيان مقتضى العقد ينظر راسم عايد حسن، مقتضى العقد دراسة مقارنة ،اطروحة دكتوراه مقدمة الى جامعة كربلاء كلية القانون ،2022 ص 25 وما بعدها .

الفرع الثاني

خصائص التعُّهد بالضمان

عن طريق ما بيناه التعريفات لمفردات التعُّهد بالضمان عن الأعمال الحرفية لغة واصطلاحا، فإننا وجدنا إنّ هذا الضمان يتميز بعدة خصائص تُميزه عن بعض الأنظمة القانونية المشابهة له، وهذه الخصائص يمكننا بيانها بالآتي :

أولاً– مصدره اتفاقي

على الرغم من الأهمية العملية التي يتمتع بها التعّهد بالضمان عن الأعمال الحرفية، إلاّ أنّ هذا الضمان لا يتقرر إلاّ عند الاتفاق عليه بين الطرفين، سواء أكان عن طريق اشتراطه في العقد من قبل المتعّهد له، أم عن طريق الإيجاب من قبل المتعّهد وموافقة الطرف الآخر، وهذا على خلاف ضمان العيوب الخفية التي تقرره النصوص القانونية الواردة في التشريعات المدنية[1]، فالتعّهد بالضمان لا ينشأ ولا يتقرر إلاّ عند حصول الاتفاق عليه، ومن ثمّ فإن نطاق تطبيقه يتحدد بموجب التصرف القانوني المنشئ له، وعلى الرغم من إجازة التشريعات الوضعية لهذا الضمان[2] إلاّ انّه يبقى أصله اتفاقي لأن هذه التشريعات أجازت هذا الاتفاق وتركت للطرفين حرية الاتفاق عليه ،وبعبارة أخرى إنّ أطراف التعاقد لهم مطلق الحرية في وضع هذا الضمان أو الغائه أو تعديله، ويتم هذا الاتفاق أما بموجب العقد ذاته أو باتفاق لاحق عليه، لذا فالتصرف القانوني هو المصدر الوحيد لهذا النوع من الضمان .

والالتزام بالتعّهد بالضمان يتخذ صورتين، فهو أما أن يلتزم فيه صاحب الحرفة عن طريق الايجاب من خلال الاعلان عن التزامه بالضمان، وهذه هي الصورة الغالبة لهذا الضمان، حيث يسعى أصحاب المهن الحرة والحرف الصناعية إلى جذب اكبر عدد ممكن من الزبائن فيلجئون إلى هذه الطريقة بوضع التعّهد بالضمان عن طريق الإعلانات كنوع من الخدمات الإضافية المقدمة من قبلهم، وأما الصورة الأخرى لإنشاء هذا الضمان فتكون عن طريق الاتفاق عليه بين الطرفين عند التعاقد، وذلك بوضع شرط التعّهد من قبل المتعهد له وموافقة صاحب الحرفة على قبول الالتزام به .

وإنّ التعُّهد بالضمان يمكن أنْ يكون في عقود كثيرة كعقد المقاولة والصيانة وعقد القيام بعمل ،إلاّ إنّ نطاق بحثنا سيقتصر على بحث التعُّهد بالضمان ضمن نطاق العقود التي محلها القيام بعمل، التي تبرم

1- ينظر نص المادة من (558) من القانون المدني العراقي ،والمادة (447) من القانون المدني المصري ، و المادة (1641) من القانون المدني الفرنسي .

2- ينظر نص المادة (26) من قانون حماية المستهلك المصري، و المادة (71) من قانون حماية المستهلك الفرنسي .

بين صاحب الحرفة وشخص آخر، التي يقوم بموجبها صاحب الحرفة بإنجاز عمل معين لصالح الطرف الآخر، كصباغة دار سكنية أو صنع أبواب خشبية أو حديدية، ويقوم بإعطاء تعّهد بضمان بجودة وكفاءة عمله ولمدة محدودة.

ثانياً – إنّه تصرف قانوني تبعي

إنّ التعّهد بالضمان هو اتفاق بين طرفين، فيجد مصدره في التصرف القانوني المنشئ له كما بينا، لكنه وبنفس الوقت يكون تصرفاً قانونياً تبعياً[1]، فهو لا يبرم لذاته ولا يستقل بنفسه، إنما يحصل بمناسبة الاتفاق على عقد آخر، وهذا العقد هو عقد القيام بعمل حيث يقوم الحرفي بعمل شيء معين كصنع أبواب خشبية أو مواد منزلية أو صبغ دار سكنية لصالح المتعّهد ،ويقدم ضمان في العمل الذي أنجزه لمدة معينة، أو يشترطه المتعّهد له سواء كان عند أبرام العقد أو في وقت لاحق عليه، ويضع أطراف التعاقد هذا التعُّهد بقصد حمل صاحب الحرفة على تنفيذ عمله بالشكل المطلوب ويحقق الفائدة المرجوة للمتعاقد معه ولأطول مدة ممكنة ،وبتحمله كامل المسؤولية إذا ظهر خلاف ذلك، وبذلك يكون المتعاقد مع صاحب الحرفة مطمئناً إلى جودة العمل ووجود شخص يتحمل المسؤولية في حالة حصول عيب في الشيء محل التعاقد، ومتى ما تمّ الاتفاق على العقد الأصلي بين الطرفين فإنه يتمّ إضافة شرط التعّهد بالضمان إلى العقد الأصلي، ليلتزم صاحب الحرفة بهذا التعّهد إضافة إلى الالتزامات الناشئة عن العقد الأصلي الذي يربط بين الطرفين، ويترتب على صفة التبعية للتعُّهد بالضمان جميع النتائج القانونية التي تترب تبعية الشرط للاتفاق الأصلي[2]، حيث يلحق بالتعُّهد بالضمان عن الأعمال الحرفية جميع الأوصاف الموجودة بالعقد الأصلي من شرط وأجل وتعدد، فمتى وجد شرط أو تأجيل لتنفيذ الالتزام الأصلي فإن ذلك يلحق بالتعُّهد بالضمان، ومن ثمّ لا يمكن المطالبة بتنفيذ التعُّهد بالضمان إذا كان الالتزام الأصلي مؤجلاً أو معلقاً على شرط، كذلك يترتب على صفة التبعية إنّ تدخل المتعّهد لتنفيذ التزامه بإزالة العيب عند حدوثه لا يكون في إطار عقد جديد بينه وبين المتعّهد له، إنما يكون تدخله بناءً على التزامه بالعقد الأصلي وهو عقد القيام بعمل، أي يكون تنفيذ التزامه الناشئ عن عقد القيام بعمل، كذلك يترتب على صفة التبعية إنّ خطأ المتعّهد في تنفيذ التزامه بناءً على التعًهد بالضمان يقيم مسؤوليته العقدية وفقاً لقواعد عقد القيام بعمل لا على أساس قواعد عقد آخر، كذلك يترتب على صفة التبعية إنّ القائم بالعمل الذي لم يستلم أجور عمله كاملة من المتعّهد له يكون له الحق أذا تسلم الشيء محل التعاقد لغرض إزالة العيب أو إصلاحه،

1- الالتزام التبعي هو ذلك الالتزام الذي يتشأ ويستند إلى التزام أصلي سابق له ،فهو لا ينهض ولا يكون له وجود دون الالتزام الأصلي ،مثاله التعهد بالضمان ،فهو لا يمكن أن يوجد دون وجود العقد الأصلي الذي يربط بين صاحب الحرفة والمتعاقد ،حيث لا يمكن أن يوجد الضمان دون وجود العقد الأصلي ، ينظر د عبد المجيد الحكيم ود. عبد الباقي البكري ، ود .محمد طه البشير ،مصادر الالتزام ،ج1، مكتبة السنهوري ،بغداد ، ص14.

2- ينظر د .عبد المجيد الحكيم ، و د. محمد طه البشير ود .عبد الباقي البكري ،المصدر نفسه ،ص 145 .

في حبسه لحين استيفاء الثمن، حيث ورد في قرار لمحكمة النقض الفرنسية (أنّ البائع إنما يتلقى حيازة الشيء بمقتضى نفس الاتفاق الذي نشأ عن الدين ومن ثم يكون هنالك ارتباط قانوني بين الالتزام برد المبيع بعد إصلاحه، والالتزام بأداء الثمن، يجعل للبائع الحق في حبس الشيء حتى يقتضي حقه في الثمن)[1] .

ثالثاً – أنّه ضمان يؤكد مقتضى العقد

أنّ التعّهد بالضمان عن الأعمال الحرفية هو ضمان يؤكد مقتضى العقد من حيث وجوب التزام صاحب الحرفة بتسليم العمل إلى المتعاقد معه خالياً من كل عيب ويحقق الفائدة المرجوة منه، حيث يكون ذلك مفروضاً على صاحب الحرفة بموجب القواعد العامة الواردة في ضمان العيوب الخفية، إلاّ إنّ رغبة الطرفين قد تتجه إلى تجاوز تلك القواعد، بسبب ما تتطلبه من شروط إثبات العيب ورفع الدعوى في مدة قصيرة[2]، إلى اشتراط التعّهد بالضمان وجعل المتعّهد بالضمان مسؤولاً عن كل عيب يحدث في مدة الضمان، وهذا يؤدي إلى القول إنّ العقد الأصلي المبرم بين الطرفين يمكن أنّ يتم وينفذ دون حاجة الى وجود التعّهد بالضمان، بسبب وجود الضمان القانوني للعيوب الخفية، والتعّهد بالضمان ما هو إلاّ تأكيد لمقتضى العقد من حيث تسليم عمل يحقق الفائدة المرجوة منه، ويكون خالياً من كل عيب.

رابعاً – إنّه تعُّهد بمقابل

يمتاز عقد القيام بعمل بصورة عامة بأنه من عقود المعاوضة، لأن كلا الطرفين يأخذ مقابلاً لما يعطي، فالقائم بالعمل يأخذ الثمن مقابل الجهد المبذول من قبله في انجاز العمل، أما الطرف الثاني فإنه يحصل على العمل المنجز مقابل دفع الثمن، فكلا الطرفين يعتبر دائن ومدين للآخر بنفس الوقت[3]، وهنا يطرح التساؤل في هذا السياق هل التعّهد بالضمان الذي يلتزم به المتعّهد في إطار عقد القيام بعمل هو التزام مجاني اي دون مقابل ويلحق بالعقد الأصلي، كما يروج له القائمون بالعمل في الوقت الحاضر عن طريق الإعلانات التي يقومون بها بين الحين والآخر ،أم أنّه يعد التزام بمقابل يأخذ المتعّهد مبلغاً من المال لقاء تعّهده ؟

1- cass .com .29 juin 1970 .Bull .civ ,AV ,no 186 ,

أشار اليه د .جابر محجوب علي، خدمات ما بعد البيع في بيوع المنقولات الجديدة ،دار طيبة للطباعة ،القاهرة ، 1999، ص 12 .

2- د .احمد عبد العال ابو قرين ،عقد البيع في ضوء الفقه والتشريع وأحكام القضاء ،ط3 ،دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2005 ص14 .د. جابر محجوب علي ،ضمان سلامة المستهلك من أضرار المنتجات الصناعية المعيبة ، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية ، لا توجد سنة طباعة ،ص77 .

3- ينظر نص المادة (249) من القانون المدني العراقي والمادة (209) من القانون المدني المصري ، و المادة (1199) من القانون المدني الفرنسي .

قد يظهر لنا عن طريق النظرة الأولى لهذا التعُّهد إنه التزام مجاني لا يحصل فيه القائم بالعمل على أي مقابل من عند تنفيذه التعهد لمصلحة المتعّهد له، لأنه يلتزم به ضمن جملة الالتزامات الناشئة عن العقد الأصلي ولا يتم تحديد قيمته بصورة مباشرة، لكن ومع ذلك فإن تقديم هذا التعّهد ليس التزاما دون مقابل، إنما يكون بمقابل وأنّ كان هذا المقابل لا يظهر بصورة واضحة وإنما يكون بشكل ضمني، ضمن مبلغ العقد الأصلي[1]، فصاحب الحرفة يقوم من ذاته بإضافة مبلغ لقاء التعّهد إلى ثمن العقد الأصلي، فيكون بدل التعّهد بالضمان مندمجا مع مبلغ العقد الأصلي، فعند حدوث خلل أو عيب في العمل المنجز من قبله، يقوم بإصلاحه أو تدخله بالصيانة الوقائية التي تبدو أنها مجانية، لكنها في الحقيقة هي خدمة يأخذ القائم بالعمل مقابلا عنها[2]، وإنّ هذا المقابل يتمثل بكونه جزءاً من الثمن الذي حصل عليه صاحب الحرفة لقاء عمله فمقابل التعّهد بالضمان يكون ضمنيا ولا يكون ظاهرا للوهلة الأولى[3]، وأبرز دليل على ذلك هو ما يجري عليه العرف حاليا لدى أصحاب الحرف بأن العمل الذي يكون به تعّهد بضمان يكون ثمنه أعلى من العمل الذي لا يحتوي على ذلك التعّهد، والسبب في ذلك هو إضافة بدل التعّهد إلى ثمن العقد فيكون أعلى من العمل بدون تعّهد ،وهذا يؤدي بنا إلى القول إنّ التعّهد بالضمان هو ليس خدمة مجانية إنما تكون بمقابل .

خامساً- إنّه تعّهد محدد المدة

للمدة دور مهم في التعّهد بالضمان فهو ليس التزام مؤبد إلى ما لا نهاية بل انه محدد بمدة زمنية معينة، ويتم تحديد تلك المدة باتفاق الطرفين أو حسب العرف وظروف التعاقد عند خلو الاتفاق من تحديد مدة، ويؤدي وجود مدة محددة للضمان إلى بقاء المتعّهد ملتزماً بتنفيذ تعهده طيلة تلك المدة وتبدأ بعد انتهاء العمل وتسليمه للمتعهد له[4]، فمتى ما ظهر عيب أثناء مدة الضمان فهذا يؤدي إلى نشوء مسؤوليته، وحتى لو حصل خلل في الشيء محل التعاقد أثناء مدة الضمان وتدخل صاحب الحرفة لإصلاحه، فإن هذا لا يعني انتهاء الضمان وسقوطه عن المتعّهد ما دام إنّ المدة المتفق عليها لا تزال سارية النفاذ، فعند حصول خلل آخر أو حدوث عيوب جديدة، فإن هذا يستوجب من الحرفي تدخله مرة أخرى، وتنفيذ تعهده بإصلاح الخلل أو التعويض إذا تعذر ذلك، وتبدأ تلك المدة من حين الأنتهاء من العمل وتسليمه تسليماً فعلياً إلى المتعّهد له، فإذا انقضت تلك المدة ولم يصب العمل اي خلل او عيب، فإن

1- د. سلام منعم مشعل ،مفهوم خدمات ما بعد البيع و طبيعته القانونية ،بحث منشور بمجلة كلية الحقوق، جامعة النهرين، المجلد السابع ،العدد الأول لسنة 2005 ، ص 275 .

2- د. جابر محجوب علي ،مصدر سابق ، ص 125 .

3- د. سلام مشعل ،مصدر سابق ، ص276 .

4 - د .محمد حسين منصور ،ضمان صلاحية المبيع ،مصدر سابق ،ص30 .

التزام المتعهد بالضمان ينقضي، أما إذا ظهر عكس ما تقدم في مدة التعّهد فيلتزم المتعّهد بالضمان بتنفيذ تعّهده ،وسنوضح مدة التعّهد بالضمان بشكل مفصل في الفصل الثاني من هذه الأطروحة[1] .

الفرع الثالث

أهمية التعُّهد بالضمان

تعود أهمية التعُّهد بالضمان عن الأعمال الحرفية إلى أنْ جودة وكفاءة العمل المنجز من قبل صاحب الحرفة وصلاحيته للغرض المقصود لا تظهر إلاّ بعد استعمالها بمدة زمنية من ناحية، ومن ناحية أخرى فإن التطور الحاصل في مجال القيام بعمل، وما يشهده من تعقيد بسبب تطور المواد الداخلة في أنجاز الشيء محل العقد دفع المتعاقد إلى البحث عن ضمانات معينة تكفل له جودة وكفاءة الشيء محل التعاقد[2]، وهكذا فإن عقد القيام بعمل أصبح لا ينقضي بمجرد إتمام العمل وتسليمه إلى الطرف الآخر، بل قد يكون مصحوباً بضمانات معينة تكفل جودة و كفاءة العمل، منها التعّهد بضمان العمل المنجز من قبل الحرفي، حيث أصبح ضرورة تجارية تفرضها طبيعة العمل والمواد الداخلة فيه، وبسبب ضعف الخبرة وقلة الوعي التجاري لدى المتعاقد مع القائم بالعمل، الذي أصبح لا يبرم العقد مع الحرفي إلاّ إذا تأكد بوجود ضمانات تضمن له حقه عند ظهور خلل بالمبيع، وإذا كان التعّهد بالضمان يهدف إلى تحقيق غاية المتعاقد بإنجاز العمل وضمان جودته وأداءه للغرض المقصود في مدة زمنية معينة، فإن ذلك لا يقتصر على فائدة المتعّهد له[3] فقط، بل يحقق فائدة القائم بالعمل أيضاً وهو المتعّهد وبذلك فإنه يحقق فائدة الطرفين، وكذلك يحقق فائدة للمصلحة العامة تتمثل بأستقرار المعاملات بتقليل حالات الفسخ وتوفير الثقة والائتمان العقدي بين الطرفين وهذا ما سنبينه عن طريق الفقرتين الآتيتين :

أولاً – أهميته بالنسبة للمتعّهد له

إنّ التعُّهد بالضمان عن الأعمال الحرفية يحقق مصلحة المتعّهد له(الذي يكون قليل الخبرة)، من عدة نواحي ويمكننا بيانها بالآتي :

1- ينظر الفصل الثاني من هذه الأطروحة ،ص120 .

2- د. حسن عبد الباسط الجميعي، مسؤولية المنتج عن الأضرار التي تسببها منتجاته الخطرة ،دار النهضة العربية ، القاهرة ،2000، ص 145 .

3- للاطلاع على تعريف المتعهد له ينظر ص 105 من هذه الأطروحة .

1- تحقيق الغاية المتوخاة من التعاقد مع الحرفي

يحقق التعّهد بالضمان غاية المتعّهد له من التعاقد مع صاحب الحرفة، وتتمثل تلك الغاية بتحقيق العمل فائدته المرجوة منه وأداءه للغرض المقصود[1]، فإذا كان العمل سليماً، والمواد الداخلة فيه تتصف بالمتانة وذات نوعية جيدة فهنا يكون تحقق للمتعّهد له ما أراد، أمّا إذا كان العمل يوجد به عيب أو خلل، فإن إصلاح العيب وازالته يكون عن طريق تدخل القائم بالعمل، وهذا يكون أكثر فائدة للمتعاقد من تطبيق الجزاءات الأخرى التي نص عليها القانون المدني، وهذا ما يحققه التعُّهد بالضمان عن الأعمال الحرفية، حيث يكون المتعّهد له مطمئناً بتدخل الأخير لإصلاح الخلل في العمل كلما تطلب ذلك، وتحقيق الشيء محل التعاقد فائدة المقصودة ولأطول مدّة ممكنة .

2- تقليل النفقات

يلقي التعُّهد بالضمان عن الأعمال الحرفية التزام على عاتق القائم بالعمل بالتدخل لإصلاح وصيانة الشيء محل التعاقد كلما تطلب الأمر ذلك، ولا شك إنّ هذا التدخل سيوفر الأموال للمتعّهد له، لأن الإصلاح والصيانة تكون على نفقة المتعّهد بموجب الاتفاق الذي يربط بين الطرفين، أما لو خلا العقد من التعّهد بالضمان، فإن المتعّهد له سيلجأ إلى القائم بالعمل أو إلى شخص غيره للتدخل وإصلاح العيب، وهذا بلا شك سيكون نظير مقابل يدفعه المتعاقد الى القائم بالعمل[2]، وبذلك فإن التعّهد بالضمان عن الأعمال الحرفية سيوفر الأموال للمتعّهد له .

ثانياً – أهميته بالنسبة للمتعّهد

لا تقتصر أهمية التعهد بالضمان بالنسبة للمتعّهد له فقط، بل تمتد تلك الأهمية لتشمل صاحب الحرفة وهو المتعّهد[3] فتحقق له عدة فوائد يمكننا بيانها بالآتي :

1- تحسين السمعة التجارية للحرفي :

لا شك إنّ الحرفي هو صانع محترف حريص على سمعته التجارية، ويسعى لجذب أكبر عدد ممكن الزبائن، حيث يعد التعّهد بالضمان في الوقت الحاضر وسيلة دعائية تهوي وتجذب عدد كبير من الزبائن، وقيام الحرفي بإصلاح العيب يكون أفضل له من التشهير به في حالة اللجوء إلى القضاء، ومن ثمّ فإنه يشكل عامل طرد للزبائن الآخرين، كذلك إنّ التعهد بالضمان يساعد على الاحتفاظ بالعملاء

1- د .جابر محجوب علي ،مصدر سابق ، ص36 .

2- د .جابر محجوب علي ،مصدر سابق ،ص36. philippe Malaur ,Laurent Aynes ,cours de droit civil les obligation ,6edition ,paris .1995 p365.

3- للاطلاع على تعريف المتعهد ينظر ص101 من هذه الأطروحة .

وتشجيع الزبائن الآخرين ويدفعهم إلى التعاقد مع الحرفي، وهذا مما يساهم في زيادة العمل لدى الحرفي ومن ثمّ يزيد نسبة الأرباح[1]، وبذلك فإن التعُّهد بالضمان يحقق مصلحة صاحب الحرفة الذي يفضل التدخل لإصلاح الشيء الذي قام بصنعه في حال وجود خلل بدلاً من التشهير به أمام المحاكم والإساءة إلى سمعته التجارية .

2- تخفيض مسؤولية القائم بالعمل أو الإعفاء منها :

إذا كان القائم بالعمل يسأل عن الأضرار المادية والجسدية التي يسببها الشيء الذي قام بصنعه أو العمل المنجز من قبله نتيجة وجود عيب فيه، فإن قيام الحرفي بصيانة الشيء وإصلاح العيوب الحادثة بين مدة وأخرى، يخفض مسؤوليته او قد يعفيه منها نهائياً، إذ قد يشكل هذا التدخل والإصلاح وسيلة لدفع أو تخفيف مسؤولية الحرفي إذا أثبت عدم وجود تقصير من قبله في عملية الإصلاح والصيانة، وإنّ تدخله كان في الوقت المناسب[2]، كذلك إنّ هذا الضمان يلقي على عاتق المتعّهد له واجب إخطار المتعّهد بحصول العيب في مدة مناسبة، واستعمال العمل حسب المألوف، ومن ثمّ فإن تقصير المتعّهد له في عمل الإخطار أو خطأه في الاستعمال يشكل سببا لدفع مسؤولية الأخير .

ثالثاً – أهميته بالنسبة للطرفين

للتعُّهد أهمية أخرى بالنسبة للطرفين، فهو لا يحقق مصلحة الطرفين كل منهما على حدة فقط، بل يحقق كذلك فائدتهما سوياً، وتتمثل باستقرار المعاملات، وتوفير الثقة والائتمان العقدي، وهو ما سنبينه في الفقرتين الآتيتين :

1- تحقيق استقرار المعاملات

يحقق التعُّهد بالضمان فائدة للطرفين تتمثل بتحقيق استقرار المعاملات المالية، ورغم إنّ المشرع العراقي قد نص في القانون المدني على فسخ العقد كأجراء مقابل لإخلال أحد الطرفين بالتزامه وحدوث نزاعات[3]، إلاّ إنّ هذا الأجراء غير محبذ كونه لا يضمن استقرار المعاملات المالية من ناحية، ومن ناحية أخرى فإن الفسخ يهدر المراكز القانونية التي تكونت نتيجة ابرام العقد، كذلك إنّ الفسخ يتطلب جهداً ومشقة يتكبدها المدعي بالحق عند اللجوء إلى القضاء، حيث يستغرق مدّة زمنية طويلة حتى يتم حسم الدعوى نتيجة تراكم الدعاوى أمام القضاء، كذلك فإن الدعوى تتطلب نفقات باهضه قد لا يستطيع

1- أبن عمارة محمد ،خدمات ما بعد البيع في المنقولات الجديدة في القانون الجزائري ،أطروحة دكتوراه مقدمة إلى جامعة وهران في الجزائر ،2013 ،ص16 .

2- د. ممدوح محمد علي مبروك ،مصدر سابق ، ص10 .

3- ينظر نص المادة (177) من القانون المدني العراقي و المادة (157) من القانون المدني المصري .

المستفيد من التعّهد تحملها، أو قد لا تتناسب مع حجم العمل المتعاقد عليه[1]، وبالنهاية قد لا يتمكن من كسب الدعوى، أما مع وجود التعُّهد بالضمان فإنه يضمن تنفيذ صاحب الحرفة لالتزامه، من دون حاجة لرفع الدعوى والمطالبة بالفسخ .

2- توفير الثقة والائتمان العقدي

نتيجة التطور الحاصل في مجال إنتاج السلع وتعدد واختلاف المواد الداخلة في الإنتاج من حيث الجودة، وتنوع في الخدمات المقدمة من قبل المهنيين، إضافة إلى كون القائم بالعمل يتمتع بالخبرة والتخصص في مجال عمله، كل ذلك دفع المتعاقد مع القائم إلى البحث عن ضمانات تحقق له الثقة والائتمان العقدي عند التعاقد، ويعد التعّهد بالضمان الوسيلة الأفضل لتحقيق ذلك كونه يبقي المتعّهد ضامناً لكفاءة وجودة عمله طوال المدة المتفق عليها، وتحمله المسؤولية عند ظهور أي عيب أو خلل في العمل التعاقد .

المطلب الثاني

طبيعة التعُّهد بالضمان

لما كان التعُّهد بالضمان عن الأعمال الحرفية يقتضي التزام المتعّهد بضمان جودة وكفاءة عمله طوال مدة التعّهد وحتى بعد تسليم العمل إلى المتعّهد له، كما بينا في المفهوم، فإن ذلك قد يثير الإشكالية حول الطبيعة القانونية لهذا التعّهد، ويعد بيان الطبيعة القانونية من المسائل المهمة في النظام القانوني، فتحديد طبيعة التصرف القانوني وبيان النظام القانوني الذي يدخل ضمنه أمر أساسي في كل علاقة قانونية، من أجل معرفة القواعد القانونية التي تنطبق عليه، ومن العلاقات القانونية التي تحتاج إلى بيان طبيعتها هو التعّهد بالضمان عن الأعمال الحرفية .

وكذلك يتطلب البحث في طبيعة التعّهد بالضمان أنّ نبين موقف الفقه الإسلامي من ذلك، حيث وردت بعض الآراء الفقهية التي تناولت طبيعة الشرط الذي يرد بصدد عقد آخر، والتي يمكن عن طريقها بيان طبيعة التعهد في الشريعة الإسلامية، لذا سنقسم هذا المطلب على فرعين، نخصص الأول منهما إلى بيان طبيعة التعّهد بالضمان في الشريعة الإسلامية، ونخصص الفرع الثاني إلى بيان طبيعة التعّهد بالضمان القانونية .

1- د. ممدوح محمد علي مبروك، ،الالتزام بالصيانة في عقد البيع دراسة مقارنة ،دار النهضة العربية ،دون سنة نشر، ص9 .

الفرع الأول

طبيعة التعُّهد في الشريعة الإسلامية

لقد بينا فيما تقدم إنّ التعّهد بالضمان قد ينشأ بالاتفاق بين الطرفين عند إبرام عقد القيام بعمل أو بعده ويكون عن طريق الايجاب من قبل القائم بالعمل أو عن طريق الاشتراط من قبل المتعّهد له، وهو في الحالتين يرد بصدد عقد آخر يلتزم فيه القائم بالعمل بجودة وكفاءة العمل المنجز من قبله، ومن ثمّ فهو ضمان لا يستقل بنفسه أنما يرد بصدد عقد آخر، فيكون بصورة ضمان يقترن بعقد آخر، ويمكن قياس موقف الفقه الإسلامي من طبيعة هذا الضمان على ما أورده من آراء بخصوص اقتران عقد بعقد آخر، فلقد اختلف الفقه الإسلامي بصدد ذلك إلى رأيين فالرأي الأول ذهب إليه جمهور الفقه الإسلامي من الحنفية[1]، والمالكية[2]، والشافعية[3]، والحنابلة[4]، والظاهرية[5]، إلى إنكار الصفة العقدية على التعّهد بالضمان، حيث بينو بعدم جواز اقتران عقد بعقد آخر، ولقد أستند جمهور الفقه الإسلامي في هذا الرأي إلى حديث النبي محمد (صلى الله عليه واله و سلم) (إنّه نهى عن بيعتين في بيعة واحدة)[6]، وجه الدلالة، يدل هذا الحديث الشريف على إنّ النبيّ محمد (صلى الله عليه واله سلم) قد بين بعدم جواز اجتماع عقدين في عقد واحد .

أما الرأي الثاني فذهب إليها الإمامية[7]، فبينو بجواز اشتراط عقد في عقد، ما دام ذلك يحقق أغراض مشروعة، فالفقه الإمامي ينظر إلى الغاية من الاشتراط أثناء العقد ،بأنه إذا كان ذلك الاشتراط يحقق مصلحة مشروعة للطرفين او أحداهما فإن ذلك يكون جائزاً .

إلاّ إنّ أصحاب الرأي الأول قد خففوا من حدة رأيهم المتقدم ،واستثنوا من ذلك جواز اجتماع عقد البيع مع عقد الإجارة في عقد واحد وهذا ما ذهب اليه المالكية[8]، والسبب في جواز هذا الاستثناء وذلك

1- الإمام كمال الدين محمد بن عبد الواحد المعروف بأبن الهمام الحنفي، شرح فتح القدير ،ج6 ،مطبعة المثنى ، بغداد ،1318 هـ ، ص446 .

2- العلامة شمس الدين الشيخ محمد عرفه الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ،ج4 ،دار الفكر العربي، بيروت ،لبنان، 2002م ، ص 5 .

3- الشيخ محمد الشربيني الخطيب، مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج ، ج2، دار الفكر ،بيروت ، لبنان، ص 41.

4- منصور بن أدريس البهوتي ،كشاف القناع عن متن الإقناع ،ج3 ، وزارة العدل السعودية ،الرياض، 1983 ، ص179 .

5- أبو محمد علي بن احمد بن سعيد بن حزم الأندلسي، المحلى بالآثار ، تحقيق الشيخ احمد محمد شاكر ،ج 9 ، دار الفكر العربي ،بيروت ،لبنان ، دون سنة طبع ،ص627 .

6- أبو عيسى محمد بن عيسى الترمذي، سنن الترمذي ،ج3 ،دار أحياء التراث العربي ،حلب ،سوريا ،دون سنة نشر ، ص533 .

7- أبو القاسم نجم الدين بن الحسن الحلي ،المختصر النافع في فقه الأمامية ،ج4، ط3 ، بدون مكان طبع ، 1410هـ، ص 148 .

8- حاشية الدسوقي، مصدر سابق ،(ج4 /ص54) .

لعدم منافاة عقد الإيجار لعقد البيع كشرائه ثوبا بدراهم معلومة على ان ينسج له آخر، وكذلك قد بين الحنابلة[1]، بجواز اجتماع عقد في عقد آخر، حيث جاء في كشاف القناع (أو جمع بين بيع و صوف أو إجارة أو خلع أو نكاح في عقد واحد صح البيع)[2]، ومما تقدم يتضح للباحث إنّ جمهور الفقه الإسلامي الإسلامي أجازو اجتماع عقد البيع مع عقد الإجارة على سبيل الاستثناء، وإنّ فقهاء الإمامية قد أجازو ذلك بصورة مطلقة، بحيث يكون ثمن المبيع بعضه مقابل المبيع وبعضه مقابل عمل الأجير.

ويرى الباحث إمكانية تطبيق ما تقدم على التعّهد بالضمان وحسب الرأي الثاني بعده تعّهد عن عمل يقوم به صاحب الحرفة لصالح الغير فهو يرد بصدد عقد آخر، وعدم منافاته للعقد المبرم بين الطرفين بل يؤكد مقتضاه، ويكون ثمن العمل شاملاً لبدل العمل الذي قام به صاحب الحرفة وبدل التعّهد بالضمان، ومن ثمّ فهو التزام يقترن بعقد القيام بالعمل الأصلي الذي التزم صاحب الحرفة بإنجازه، ويشترط أن يحصل أتفاق على التعّهد بالضمان أو أن يلتزم به صاحب الحرفة من ذاته، وبذلك فيعد التعّهد بالضمان التزام إضافي أضيف إلى عقد القيام بالعمل أثناء إبرامه، أو في اتفاق لاحق عليه لا يوجد تعارض أو تنافي بين هذا التعّهد وعقد القيام بعمل، ومن ثم فلا يمكن إنكار الصفة العقدية لهذا التعّهد التي بينها الفقه الإسلامي .

الفرع الثاني

الطبيعة القانونية للتعُّهد بالضمان

يعدّ بيان الطبيعة القانونية لأي تصرف قانوني أمراً غاية في الأهمية لمعرفة القواعد التي تنطبق عليه، ولما كان هذا التعّهد قد ينشأ بإرادة صاحب الحرفة عن طريق إعلانه بالتزامه بالتعّهد، الأمر الذي يؤدي إلى إنّ طبيعة التعّهد بالضمان قد تكون التزام بإرادة منفردة، أو قد يتم الاتفاق عليه بين الطرفين عن طريق الاشتراط من قبل المتعّهد له الأمر الذي يؤدي إلى أنّ طبيعته قد تكون من قبيل ضمان الوصف ،ولما كان العيب في هذا التعّهد لا يشترط فيه أنّ يكون خفياً أو مؤثراً أو قديماً، فيمكن أنّ يكون هذا التعّهد تعديل لضمان العيوب الخفية عن طريق التشديد في مسؤولية صاحب الحرفة، ثمّ سنبين الطبيعة الخاصة لهذا الضمان، لذا سنقسم هذا الفرع على خمس فقرات، نبين في الأولى منها طبيعة التعّهد بالضمان بأنه التزام بإرادة منفردة، ونبين في الثانية طبيعة التعّهد بالضمان بأنه من تطبيقات ضمان الوصف، ونبين في الثالثة طبيعة التعّهد بالضمان بأنه تشديد لمسؤولية صاحب الحرفة في ضمان

1 - كشاف القناع، مصدر سابق ،(ج3/ 181) .
2 - المصدر نفسه ، ص181 .

العيوب الخفية، أما الفقرة الرابعة فسنبين فيها طبيعة التعُّهد بأنه شرط مقترن بالعقد ،وسنخصص الفقرة الخامسة إلى بيان الطبيعة الخاصة لهذا التعُّهد .

أولاً - التعُّهد بالضمان التزام بإرادة منفردة

قد يلتزم المتعّهد بالضمان بإرادته المنفردة ويكون ذلك عن طريق الإعلانات التي يقومون بها من ويظهرون عن طريقها جودة وكفاءة عملهم والتزامهم بالتعُّهد، لذا فالتصور الذي يطرح هو تحديد طبيعة التعّهد بالضمان بأنه التزام بالإرادة المنفردة .

والإرادة المنفردة هي أحدى التصرفات القانونية التي تصدر من جانب واحد، وهي مصدر من مصادر الالتزام بصورة عامة، ولها ذاتية مختلفة عن العقد الذي يتطلب وجود إرادتين لكي ينشأ، وهي بهذا المعنى تستطيع ان تنشأ بعض الآثار القانونية، ولقد عرفت الإرادة المنفردة بعدة تعريفات فهنالك من عرفها بأنها(عمل قانوني يتمثل بالتعبير عن الإرادة وينتج آثاراً بإرادة صاحبه وحدها، وبهذا فأنها تختلف عن العقد الذي يتم بإرادتين لا إرادة واحدة)[1]، يُلحظ على التعريف المتقدم إنّه عرف الإرادة المنفردة إنها عمل قانوني، وهذا أمر لا يستقيم فالإرادة المنفردة هي تصرف قانوني وليس عمل، كذلك أهتم هذا التعريف ببيان التمييز بين الإرادة المنفردة والعقد وهو أمر خارج نطاق التعريف .

كذلك عرفت بأنها (تلك التي تصدر من طرف واحد وتستطيع أنّ ترتب بعض الآثار القانونية وبالإضافة إلى أنها تكون مصدراً للالتزام وفقا لأحكام قانون المعاملات المدنية)[2]، يُلحظ على هذا التعريف أنّه لم يبين لنا ماهية الإرادة المنفردة بشكل واضح، وإنما أشار فقط إلى إنها تصدر من شخص واحد وانها تكون مصدرا من مصادر الالتزام، ولم يبين أنها تلزم الشخص الذي صدرت منه فقط .

وهنالك من عرفها بأنها (عمل قانوني صادر من جانب واحد ينتج آثاراً قانونية مختلفة، وقد تكون الإرادة سبباً لكسب الحقوق العينية كما في حالة أنشاء الوصية، وقد تكون سبباً في سقوط الحقوق كما في حالة التنازل عن الرهن، وقد تنهي رابطة عقدية كما في حالة عزل الوكيل من قبل الموكل، أو نزول الوكيل عن الوكالة، وكذلك يمكن للإرادة المنفردة أنّ تكون سبباً في سقوط الحقوق الشخصية كما في حالة الإبراء)[3]، يُلحظ على هذا التعريف انه أهتم ببيان التطبيقات والآثار التي تترتب على الإرادة المنفردة أكثر من بيان ماهيتها، ومما تقدم يمكننا تعريف الإرادة المنفردة بأنها (تصرف قانوني صادر من جانب واحد يترتب عليه آثار قانونية في كسب الحقوق او سقوطها)، فالإرادة المنفردة هي تصرف

1- د .عدنان ابراهيم الفار ود. نوري حمد خاطر ،شرح القانون المدني و مصادر الحقوق الشخصية ، دار الثقافة ،عمان، الاردن ،2008 ،ص329 .

2- د .تاج السر محمد حامد ،الوجيز في احكام العقد ، ط1 ،مطبعة الحلبي ، بيروت، لبنان ،2008 ، ص124.

3- د .عبد القادر الفار ،مصادر الالتزام في القانون المدني ،دار الثقافة ،عمان، الاردن ،2006 ،ص147 .

قانوني صادر من جانب واحد وتحدث آثاراً قانونية مختلفة كمصدر للالتزام، كما في الإيجاب الملزم أو إجازة العقد الموقوف او الوصية، ويمكن للإرادة المنفردة كذلك أنْ تنهي رابطة ناشئة عن عقد وذلك في العقود الملزمة لجانب واحد، كما في الوديعة أو العارية والوكالة، ويمكن كذلك أنّ تسقط الحق الشخصي أو الالتزام كما هو الحال في الإبراء أو التنازل[1] .

وتنقسم التصرفات الانفرادية حسب المجال الذي تصدر فيه على قسمين هي التصرفات الانفرادية المستقلة ،ونقصد بها أن تكون صادرة بإرادة شخص واحد من أجل تحقيق أثر قانوني معين دون أنّ تتجه نحو إرادة شخص معين، أي دون وجود علاقة قانونية بين الإرادة وأي عقد من العقود، بمعنى آخر أنّ تصدر الإرادة عن صاحبها دون أنّ تكون هنالك شخص تتوجه إليه كما هو الحال في الوعد بجائزة والوصية[2]، أما القسم الآخر فهو التصرف الانفرادي في سياق تعاقدي حيث تكون الإرادة في هذا السياق تصرف يصدر من أحد المتعاقدين من أجل تحقيق أثر قانوني معين في العقد المبرم بين الطرفين ودون حاجة الى رضاء الطرف الآخر، حيث تكون الإرادة في هذه الحالة صادرة بصدد علاقة تعاقدية، فتكون الالتزامات قد ترتبت وأتفق عليها الأطراف إلاّ أنّ أحد الطرفين يكون له القدرة على التحكم في العقد ويؤثر فيه، ويبرز هذا الأثر في العقود الانفرادية كما يسميها البعض، لأنها حسب طبيعتها تقبل التصرف القانوني الانفرادي من قبل احد المتعاقدين وتكون ملزمة لأحدهما كما هو الحال في الوكالة[3].
وينطبق القسم الأول من التصرفات الانفرادية على التعّهد بالضمان عن الأعمال الحرفية، حيث تصدر الإرادة المنفردة من صاحب الحرفة عن طريق الإعلانات التي يقومون بها بين الحين والآخر من أجل جذب المستهلكين أو أنّ يلتزم بذلك أثناء التعاقد، وتتضمن هذه الإعلانات التعبير عن أرادة صاحب الحرفة في الالتزام بالتعُّهد بالضمان في مدة معينة بعد أنجاز العمل وتسليمه إلى المتعّهد له، وذلك لترويج عمله وجذب المزيد من المستهلكين ودفعهم إلى التعاقد معه، حيث يدخل ذلك ضمن النطاق التعاقدي ويحق للمتعّهد له أنّ يتمسك بذلك في مواجهة صاحب الحرفة .

فيثار التساؤل هنا فيما إذا أمكن قانونا لصاحب الحرفة أنّ يلتزم بإرادته المنفردة بالتعُّهد بالضمان ؟

يمكن الإجابة على هذا التساؤل عن طريق بيان مدى قدرة الإرادة على أنشاء الالتزام، فقد أنقسم الفقه على رأيين بصدد ذلك، فالرأي الأول يرى أنّ الإرادة المنفردة لا يمكن لها أنّ تنشأ الحق الشخصي

1- د. صلاح الدين الناهي ،مصدر سابق ، ص 285 .

2- د. عابد فتاح عايد ،مصدر سابق ، ص51 .

3 -P. Ancel ,le garantie conventionnelle des vices caches dans les condit generals de vent en matiere mobiliere R.T.D com 1979 p 217 .

د. صلاح الدين الناهي ،مصدر سابق ، ص186 .علي ماجد ،دور الإرادة المنفردة في تعديل العقد ،بحث منشور في مجلة جامعة اهل البيت (ع) ، العدد 23 ،لسنة 2014 ،ص 545 .

أو الالتزام، حيث أنّ نشوء الالتزام يتطلب توفر أرادتين وتوافقهما وتطابقهما ،كذلك إنّ الإرادة المنفردة تخالف المنطق القانوني السليم، لأنه إذا كان يمكن قبول التزام المدين بإرادته المنفردة، إلاّ انه لا يمكن تصور وجود دائن دون وجود مدين[1]، وهل يمكن للإرادة المنفردة لشخص ما أنّ تجبر شخص آخر على قبول الالتزام وتلقي الحق دون علمه فهذا أمر غير جائز، لذا فمن أجل أنْ تنشئ الإرادة المنفردة الالتزام يجب أنّ يكون هنالك قبول من الطرف الآخر سواء كان هذا القبول صريحاً أو ضمنياً[2]، وقد اخذ القانون المدني الفرنسي بهذا الرأي مؤكداً عدم قدرة المنفردة على انشاء الالتزام .

في حين ذهب الرأي الثاني إلى قدرة الإرادة المنفردة على إنشاء الالتزام استناداً إلى مبدأ سلطان الإرادة الذي تقوم عليه النظرية العامة للعقد، وبينو بأن من يتعاقد إنما يلتزم بالإرادة الصادرة عنه لا بتوافق هذه الإرادة مع أرادة الطرف الآخر، كذلك إنّ الأخذ بالإرادة المنفردة في أنشاء الالتزام إنما يستجيب لضرورات اقتصادية واجتماعية ناشئة، بسبب التطور السائد في الوقت الحاضر[3] .

وإما عن موقف التشريعات المقارنة من قدرة الإرادة المنفردة على إنشاء الالتزام، فنجد إنّ المشرع الفرنسي لم يأخذ بالإرادة المنفردة كمصدر للالتزام، ولكنه مع ذلك لا يجهلها تماماً، إذ أنّه تضمن بعض التطبيقات للإرادة المنفردة ،كما هو الحال بالنسبة للوعد بتنفيذ التزام، إذ يعد هذا الوعد ملزماً للواعد في المادة (1235) مدني فرنسي، اما القانون المدني المصري قد نص في المادة (162) على أحد تطبيقات الإرادة المنفردة وهو الوعد بجائزة، ومن ثمّ فإنه لم يتضمن قاعدة عامة للإرادة المنفردة إنما بين تطبيقاتها فقط .

أما عن موقف القانون المدني العراقي، فقد بين في المادة (184) على إنّ الإرادة المنفردة لا تعد مصدرا للالتزام إلاّ في حالات محددة فقط فقد نصت هذه المادة (1- لا تلزم الإرادة المنفردة صاحبها إلاّ في الأحوال التي ينص فيها القانون على ذلك 2- ويسري عليها ما يسري على العقد من الأحكام إلاّ ما تعلق بضرورة وجود أرادتين متطابقتين لإنشاء الالتزام)، وحسناً فعل المشرع العراقي بإيراد هذا النص

---

1 -j. chaps Dela declaration develonteen ,civil Francis ,theses paris ,1931 ,p 1460-
د. عبد الرزاق السنهوري ،الوسيط في شرح القانون المدني ،ج2، دار النهضة العربية ،القاهرة ،2007 . ص211 .د غني حسون طه ،الوجيز في النظرية العامة للالتزام ،الكتاب الأول ،مطبعة المعارف ،بغداد ،1971 ،ص 400 .د .أنور سلطان ،النظرية العامة للالتزام ،ج 2 ،دار الجامعة الجديدة للنشر ، الإسكندرية ، 2005 ،ص411 .

2 -j. flour ,j-Labret ete ,savaux ,Zacte juridique ,Les obligation ,Lactejuridique 1ed Armand ,Colin Paris,2002 n489 ,p374 et .

3- د. محمود المظفر ،مصدر سابق ،ص91 .د .عبد المجيد الحكيم الموجز في شرح القانون المدني، مصادر الالتزام، ج1، شركة الطبع والنشر الأهلية ،بغداد ،1963،ص 146 .زهدي يكن ، شرح قانون الموجبات و العقود اللبناني ، ج3 دار صادر للطباعة والنشر، لبنان ،1995 ،ص 125.د. احمد سلامة ،مذكرات في نظرية الالتزام ،الكتاب الأول ، منشأة المعارف ، القاهرة ،1978 ،ص214 .

مبيناً القواعد التي تطبق على الإرادة المنفردة، خلاف بقية التشريعات الأخرى التي لم تورد هكذا نص، والحالات التي نص فيها المشرع العراقي على قدرة الإرادة المنفردة على إنشاء الالتزام واردة على سبيل الحصر في القانون المدني، وهي الوعد بجائزة في المادة (185)، وإنشاء المؤسسات في المادة (52) ،وتحرير العقار المرهون رهناً تأمينياً في المادة (1308) والإيجاب الملزم في المادة (84) .

ومما تقدم يرى الباحث عدم جواز تحديد طبيعة التعُّهد بالضمان بأنه التزام بإرادة منفردة، للأسباب الآتية :

1- إنّ المشرع العراقي قد بين عدم قدرة الإرادة المنفردة على إنشاء الالتزام، إلاّ في الحالات المحددة قانونا، فقد حدد تطبيقات معينة على سبيل الحصر تلزم الإرادة المنفردة فيها صاحبها، ولم يكن الضمان الاتفاقي بصورة عامة، والتعّهد بالضمان بصورة خاصة من بينها .

2- إنّ التزام صاحب الحرفة بالتعّهد بالضمان يتحقق بعد تنفيذ عقد القيام بعمل الذي يربطه بالمتعهد له، ففي حالة عدم وجود العقد الأصلي لا يمكن ان يلتزم القائم بالعمل بالتعُّهد بالضمان لصالح المتعّهد له، في حين أنّ الإرادة المنفردة لكي تكون مصدراً للالتزام فأنها تفترض نشوء الالتزام وقت أو لحظة الانعقاد أو النشوء، إما التعّهد بالضمان هو التزام تابع لعقد القيام بعمل ويدور معه، فهو ليس التزام أصيل قائم بذاته ومن ثمّ لا يمكن تكييفه على إنّه التزام بإرادة منفردة[1] .

ثانياً- التعُّهد بالضمان تطبيق من تطبيقات ضمان الوصف

لا يقتصر التزام المتعاقدين بالضمان القانوني للعيوب الخفية على ما يوجد في المبيع من عيوب تكون مؤثرة بأن تنقص من قيمة المبيع او منفعته، بل إنّ اتفاق الأطراف على صفات معينة في الشيء محل التعاقد تجعل المدين في الالتزام مسؤولاً عن ضمان تخلفها طبقاً لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين[2] .

فالمتعاقد في الوقت الحاضر لا يطمح عند إبرام العقد سواء كان قيام بعمل أو عقد بيع بانتقال محل العقد الى ملكيته فقط، إنما يريد عن طريق هذا العقد الوصول إلى اشباع حاجاته ورغباته عن طريق الحصول على شيء يحقق له المنفعة المقصودة من التعاقد[3]، ولتحقيق هذه الغاية فإن المشتري قد يشترط توافر صفات معينة في محل العقد ،وهذه الصفات تكون هي الباعث الدافع إلى التعاقد، ومن ثمّ

1- د .فواز صالح ،الارادة المنفردة بوصفها مصدرا للالتزام دراسة مقارنة ،بحث منشور في مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية ،مجلد 28 ،العدد الاول لسنة 2012 ،ص143 .

2- د .كمال قاسم ثروت ،مصدر سابق ،ص5 .

3- د .حسن عبد الباسط الجميعي ،مصدر سابق ، ص15 . د .محمود عبد الحكم رمضان الخن ،التزام البائع بضمان العيوب الخفية دراسة مقارنة ،اطروحة دكتوراه مقدمة الى جامعة المنصورة ،مصر ،1994 ،ص7 .

فإن تخلف تلك الصفات يجعل المدين في الالتزام مسؤولاً أمام الطرف الآخر، رغم إنّ محل العقد قد لا تتوفر فيه مواصفات وشروط العيب الموجب للضمان القانوني، إضافة إلى ذلك أنّ ضمان الوصف ينشأ نتيجة الاتفاق عليه بين الطرفين وهذا يتطابق مع التعّهد بالضمان، كذلك إنّ اشتراط المشتري توافر صفات معينة في المبيع نوعاً من الضمان في مواجهة البائع، والسبب في ذلك هو التقدم العلمي والتقني الذي نتج عنه تنوعاً هائلاً في مجال انتاج السلع والخدمات، الذي أدى إلى اختلاف صفاتها وطبيعتها وما تؤديه من خدمة[1]، وهذا هو شأن التعّهد بالضمان لذا يمكن تكييفه على إنه من قبيل ضمان توفر صفات معينة، والتي أشار اليها المشرع المصري في المادة (447) من القانون المدني التي نصت على إنّه (يكون البائع ملزم بالضمان إذا لم يتوفر في المبيع وقت التسليم الصفات التي كفل المشتري وجودها فيه، أو إذا كان بالمبيع عيب ينقص من قيمته أو نفعه بحسب الغاية المقصودة مستفادة مما هو مبين بالعقد أو مما هو ظاهر من طبيعة الشيء أو الغرض الذي أعد له، ويضمن البائع هذا العيب ولو لم يكن عالماً بوجوده)[2] .

ويعرف ضمان الوصف بأنه (ما يتفق المتعاقدين على وجوده في المبيع)[3]، ويُلحظ على هذا التعريف أنه لم يبين لنا حقيقة ضمان تخلف الصفة، وإنما أشار إلى الاتفاق على وجود شيء في المبيع، فقد يتفق الطرفان على اشياء كثيرة تخص المبيع ومن ثم فهو تعريف عام ولا يختص بتوفر الصفات المتفق عليها فقط، في حين إنّ هنالك من عرفه بأنه (ما يشترط المشتري توافره في المبيع من صفات صراحةً أو ضمناً، بحيث لا يعد عيباً لو خلا المبيع منه في الأصل، كالحصى اليسير في الحبوب)[4]، هذا التعريف أفضل من سابقه في بيان معنى ضمان الوصف، لكونه بين أنّ تخلف الأوصاف المتفق عليه تثير مسؤولية المدين بها حتى لو لم تتوفر فيها صفات العيب الموجب للضمان .

أما على صعيد التشريعات المقارنة نجد إنّ القانون المدني الفرنسي أشار إلى هذا الالتزام في المادة (1603) التي بينت أنه يجب على البائع لكي يعد موفياً بالتزامه أنْ يسلم المبيع ذاته إذا كان معيناً بالذات، وبتسليم مبيع مطابق لما تم الاتفاق عليه إذا كان معينا بالنوع، إلاّ أنه لم يبين معنى المطابقة إلاّ في

1- د .سلام عبد الزهرة الفتلاوي ،ضمان فوات الوصف في المبيع ،بحث منشور في مجلة حولية المنتدى ، يصدرها المنتدى الوطني لأبحاث الفكر والثقافة ،السنة الثانية ،العدد الثالث ،سنة 2003 ،ص104 .

2- ينظر كذلك المادة (442) من قانون الموجبات والعقود اللبناني لسنة 1932 المعدل النافذ ،و المادة 498 من القانون المدني الكويتي رقم 67 لسنة 1980 المعدل النافذ .

3- د .جعفر الفضلي ،الوجيز في العقود المدنية البيع والايجار والمقاولة دراسة مقارنة ،ط2 ،دار شتات للطباعة ،عمان 1997 ،ص133 .د . ثامر عبد الجبار عبد العباس السعيدي ،ضمان مطابقة المبيع للمواصفات في العقد الالكتروني ، المكتب الجامعي الحديث ،القاهرة ،2018 ،ص58 .

4- د .عباس حسن الصراف ،شرح عقد البيع في القانون المدني الكويتي ،ط1 ،دار البحوث العلمية للنشر ، الكويت، 1975 ،ص198 .

القانون رقم (2005-136) الصادر في (17/شباط/2005)، وذلك في المادة (4/211) التي ألزمت البائع بتسليم مبيع مطابق للعقد وإلاّ فإنه يكون مسؤولا أمام المشتري وأنّ كان ملائماً للوصف الذي أشترطه المشتري وصالحاً لأداء الغرض المقصود، وبالنسبة للقانون المدني المصري فقد نظم هذا الضمان في المادة (447) سابقة الذكر، فهذا النص يبين لنا أنّ المشرع المصري قد ساوى بين العيب وتخلف الصفة من حيث كلاهما يوجبان مسؤولية البائع إلاّ أنهما مع ذلك يختلفان في المفهوم، كذلك إنه ساوى في الحكم بين تخلف الصفة والعيب الخفي، إذ تطبق احكام العيب الخفي في الضمانين وهو أمر منتقد[1]، لكن فوات الصفة يختلف عن الضمان القانوني للعيب الخفي بأن الأخير يشترط فيه انّ يكون خفياً ومؤثراً وقديماً حتى تنشأ مسؤولية البائع، أما في حالة ضمان فوات الصفة فينشأ بمجرد تخلف الصفة المتفق عليها والتي تعّهد البائع بوجودها أو التي اشترطها المشتري، ومن ثم تكون موجبة لمسؤولية المدين بها[2]، كذلك إنّ بعض التشريعات الأخرى قد أخذت بفوات الوصف [3] .

أما المشرع العراقي فإنه لم يشر إلى تخلف الصفة بصورة مباشرة كعيب موجب للضمان اكتفاءً بالقواعد العامة[4]، فمن القواعد العامة ما ورد في المادة (117) من القانون المدني، التي نصت على أنّه (1- وأنّ أتحد الجنس وأختلف الوصف فإن كان الوصف مرغوباً فيه تعلق العقد بالمشار اليه وينعقد لوجوده إلاّ انه يكون موقوفا على إجازة العاقد)، كذلك يمكن الأخذ بهذا الضمان في القانون المدني العراقي بالمادة (131) التي أجازت الاشتراطات التي تؤكد مقتضى العقد او تلائمه، فالأوصاف المشروطة عند التعاقد تحقق فائدة المشتري لأنها تلبي رغبته من محل العقد، كذلك أنها توفر نوعا من الحماية في مواجهة البائع، بحيث إنّ فوات هذه الصفات تحقق مسؤولية البائع بالضمان لصالح المشتري، إلاّ إنّه ومع ذلك ينبغي على المشرع العراقي تلافي هذا النقص التشريعي ومواكبة التطورات الحاصلة في موقف التشريعات المقارنة من حيث النص إلى ضمان فوات الصفة من أجل توفير الحماية الكافية للمستهلك .

وقد أشارت محكمة النقض المصرية إلى هذا الضمان بقولها(إنّ المشرع وأنّ كان قد الحق حالة فوات الصفة التي كفلها البائع للمشتري بالعيب الخفي، إلاّ أنّه لم يشترط في حالة فوات الوصف ما

1- للتوسع اكثر ينظر د .أنور سلطان ،العقود المسماة شرح عقدي البيع والمطابقة، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية ،2005 ،ص325 .

2- د .سليمان مرقس ،الوافي في شرح القانون المدني ،العقود المسماة ،عقد البيع ،ط 5 ،دون مكان نشر، 1990، ص557 .د. عبد الرزاق السنهوري ،الوسيط ، مصدر سابق ،ص628 .

3- ينظر المادة (551) من القانون المدني السوري ،والمادة (442) من قانون الموجبات والعقود اللبناني .

4- حيث ورد في المادة (1/518) من القانون المدني العراقي التي نصت على انه (الأشياء التي تباع على مقتضى نموذجها تكفي رؤية النموذج منها ،فأن ثبت ان المبيع دون النموذج الذي اشترى مقتضاه كان المشتري مخيرا بين قبوله بالثمن المسمى او رده بفسخ البيع) .

اشترطه في العيب الذي يضمنه البائع من كونه مؤثراً وخفياً وقديماً، بل أنه جعل مجرد تخلف الصفة وقت التسليم موجبا لمسؤولية البائع متى أخطره المشتري، سواء أكان المشتري يعلم بتخلفها أمّ كان لا يعلم، وسواء كان يستطيع أن يتبين فوائدها أو كان لا يستطيع ذلك)[1] .

والأساس الذي يعتمده الباحث في بيان طبيعة التعّهد بالضمان عن الأعمال الحرفية على أنّه من قبيل فوات الوصف في المبيع لأن الأخير قد يقوم على شرط، يشترط فيه المشتري على البائع توفر صفات معينة في المبيع عند التعاقد كنوع من الضمان في مواجهة البائع، فضمان فوات الوصف لا ينشأ إلاّ عند الاشتراط، ومن ثم يلتزم البائع بتوفر تلك الصفات المشروطة عند التعاقد وتنشأ مسؤوليته عند تخلفها، وهذا يؤدي إلى إنّ التعّهد بالضمان هو من قبيل توافر صفات معينة في محل العقد، حيث قد يشترط المتعهد له على صاحب الحرفة التزامه بجودة وكفاء عمله لمدة معينة وأنّ العمل يتميز بالمتانة والقدرة على التحمل أو قد يلتزم الأخير بذلك من تلقاء نفسه بذلك، من أجل ضمان الانتفاع بمحل العقد طوال تلك المدة، ومن ثم فإن صاحب الحرفة يكفل جودة وكفاء العمل الذي تم إنجازه لأداء الغرض المقصود، وهذا ما يؤدي إلى القول باعتبار تعّهد صاحب الحرفة بمثابة كفالة توافر صفات معينة في محل العقد، ومن تلك الصفات كون العمل الذي تم إنجازه بحالة جيدة، وصالح لأداء الغرض المقصود بتحقيق رغبة المتعّهد له في الانتفاع به .

إلاّ أنّه يؤخذ على ما تقدم من قول إنّ تخلف الصفة المشروطة في المبيع يتحدد وقته عند التسليم، ففي هذا الوقت يجب على المشتري أن يتأكد من وجود الصفة المتفق عليها، فإذا كان المشتري قد تسلم المبيع دون تحفظ، فلا ينبغي بعد ذلك الادعاء بتخلف الصفات المتفق عليها، في حين إنّ التعّهد بالضمان لا تظهر العيوب الموجبة لمسؤولية صاحب الحرفة إلاّ بعد مرور مدة من استعماله، فمحل العقد قد يكون صالحاً لأداء الغرض المقصود وقت التسليم، ومسؤولية المتعّهد بالضمان تكون متحققة عند حدوث أي عيب حتى لو حدث بعد التسليم [2] .

ثالثاً- التعُّهد بالضمان نوع من أنواع تشديد الضمان القانوني

التصور الآخر الذي يمكن الأخذ به في تحديد طبيعة التعُّهد بالضمان بأنه نوع من أنواع تشديد الضمان القانوني في العيوب الخفية، حيث ينشأ التعّهد بالضمان عن الأعمال الحرفية عن طريق الاتفاق بين الطرفين، ويتضمن عدة التزامات تقع على عاتق الملتزم به وهذه الالتزامات يمكن عدها من صور التشديد لمسؤولية صاحب الحرفة في التعّهد بالضمان القانوني للعيوب الخفية، ويستند هذا التكييف إلى

1- نقض مدني مصري في 15 مايو 1999 ،منشور في مجموعة المكتب الفني ،السنة 20 ص796 .
2- د. جابر محجوب علي ،مصدر سابق ،ص 321 .

عدة أسس، منها إنّ التعّهد بالضمان يجعل مسؤولية صاحب الحرفة تكون شاملة عن كافة العيوب سواء كانت ظاهرة أو خفية، بل حتى العيوب التي كان بإمكان المشتري اكتشافها وقت التسليم لكنه لم يبذل العناية اللازمة لذلك، كذلك الحال تكون مسؤولية صاحب الحرفة عن كافة العيوب حتى لو لم تكن مؤثرة بالمعنى المحدد للعيب المؤثر في الضمان القانوني من نقصان الثمن وفوات المنفعة، وكذلك الحال تكون مسؤولية صاحب الحرفة عن كافة العيوب حتى لو حدثت بعد التسليم، كذلك يكون صاحب الحرفة مسؤولاً حتى لو خلا الشيء محل العقد من كل عيب طالما كان لا يؤدي الغرض المقصود، حيث يكفي لنشأة مسؤوليته أنْ يكون هنالك خلل في محل العقد وأنْ لم يعد عيبا بالمعنى القانوني[1] .

ومن مظاهر التشدد أيضاً إنّ اتفاق الطرفين على التعّهد بالضمان لا يؤدي إلى سقوط الضمان القانوني للعيوب الخفية ،حيث يبقى الأخير قائماً إلى جانب اتفاق الطرفين على التعّهد بالضمان حماية لمصلحة المتعّهد له، وقد جرت بعض النصوص القانونية على ذلك[2]، ومن مظاهر التشدد أيضا فيما يتعلق بتطبيق القواعد الخاصة بالضمان القانوني[3]، وعلى وجه الخصوص استبعاد السلطة التقديرية لقاضي الموضوع إزاء طلب الفسخ، حيث يكون للمتعّهد له وحده إذا لم ينفذ الحرفي التزاماته الناشئة عن التعّهد بالضمان طلب الفسخ وينبغي على القاضي أجابته، فالفسخ هنا يتأسس وفق المادة (558) من القانون المدني العراقي الخاصة بالإخلال بضمان العيوب الخفية، فالمتعاقد يكون له الخيار بين طلب التعويض مع استبقاء المبيع وكذلك يكون له الحق في طلب الفسخ وينبغي على القاضي أجابته دون البحث في مدى كون العيب جسيما، إلاّ أنْ هذا الرأي لا يمكن تطبيقه وفقا للقانون المدني العراقي والقانون المدني المصري من ناحيتين، الأولى لعدم ورود نص خاص بالفسخ إخلالا بالضمان ألاتفاقي كما هو الحال في بعض التشريعات[4]، ومن ناحية أخرى صراحة نص المادة (177) من القانون المدني العراقي والمادة (157)من القانون المدني المصري فهذه النصوص بينت إنّ الفسخ يخضع للسلطة التقديرية لقاضي الموضوع، كذلك أنّ التعّهد بالضمان يعتبر تشديداً للضمان القانوني من ناحية المدة المحددة له إذ عادة تكون هذه المدّة ،تتجاوز المدة المنصوص عليها في للضمان القانوني والتي حددها المشرع العراقي بستة أشهر[5]، إما مدّة التعّهد بالضمان فتجري التطبيقات العملية على أنْ تكون مدتها

1- د .خميس خضر ،عقد البيع في القانون المدني ،دار الفكر العربي ،القاهرة ،دون سنة نشر ،ص240 . و د. محمد حسنين، عقد البيع في القانون المدني الجزائري ،ط 4 ،ديوان المطبوعات الجامعية ،الجزائر ،1994 ، ص163 .

2- ينظر نص المادة (67) من قانون حماية المستهلك الفرنسي التي نصت على انه (لا يمكن للمورد تقديم ضمانه الإضافي دون ان يذكر بوضوح الضمان القانوني الذي يفترضه المورد للعيوب الخفية في السلعة المباعة و التي تنطبق على حال من الأحوال) .

3- د. جابر محجوب علي ، مصدر سابق ، ص 106 .

4- ينظر نص المادة (455) من القانون المدني المصري ،والمادة (499) من القانون المدني الكويتي .

5- ينظر المادة (570) من القانون المدني العراقي ،أما المشرع المصري فحددها بمدة سنة من وقت تسلم المبيع في المادة (452) من القانون المدني .

عادة ثلاث سنوات على الأقل وقد تصل إلى خمس سنوات، كذلك إنّ الخلل الذي قد يطرأ على العمل المنجز من صاحب الحرفة خلال مدّة الضمان و يجعله غير صالح لأداء الغرض المقصود قد لا ينطبق عليه المعنى الفني للعيب كما في الضمان القانوني وهو الآفة الطارئة التي تخلو منها الفطرة السليمة، فقد يكون مجرد خلل فني ناجم عن سوء الاستعمال أو التركيب أو التصميم الذي يمكن إصلاحه من قبل صاحب الحرفة فلا يستوجب طلب الفسخ .

ويبرر الفقهاء رأيهم المتقدم في التشديد لمسؤولية صاحب الحرفة من جانبين، الأول يتمثل بأن المتعّهد له الذي يحصل على ضمان اتفاقي فمن المؤكد إنّه دفع مقابلاً لهذا الضمان، عبارة عن مبلغ من المال يضاف إلى الثمن الحقيقي للعمل، لذا يجب أنْ نكفل له جدية الضمان وحمل صاحب الحرفة على تنفيذ التزامه، وبخلاف ذلك يحق للمتعّهد له المطالبة بفسخ العقد ومع التعويض عن كافة ما أصابه من ضرر، إما الجانب الثاني فيتمثل بأن صاحب الحرفة الذي يلتزم زيادة على الضمان القانوني، بتعّهده بالضمان فهو يريد الترويج لبضاعته وجذب المزيد من العملاء بحكم خبرته وتخصصه، وهذا يبرر التشدد في معاملته بحيث لا يجوز للقاضي أنْ يمنحه أية تسهيلات ويحكم بفسخ العقد إذا أراد المتعّهد له ذلك، ويلزمه برد بدل العمل مع كافة التعويضات الأخرى[1] .

ومما تقدم يرى الباحث إنّ التعُّهد بالضمان وأنْ تضمن التزامات تكون أشد من تلك المقررة في الضمان القانوني إلا أنّه لا يصح تكييفه بأنه تشديد لضمان العيوب الخفية، لأنه ضمان مستقل عن الضمان القانوني وله أحكام خاصة، ينشأ عن طريق الإيجاب من قبل صاحب الحرفة وعن طريق الاشتراط من قبل المتعّهد له ،وإنّ هذا التعّهد يكون ناشئاً عن عقد محله القيام بعمل الذي يلتزم بموجبه صاحب الحرفة بتأدية عمل لصالح المتعهد له، أما بالنسبة لضمان العيوب الخفية فيكون ناشئاً عن عقد البيع وهذا يظهر الفارق من حيث مجال أعمال كل من الضمانين .

رابعاً – التعّهد بالضمان شرط اقتراني

التصور الآخر الذي يمكن الأخذ به في تكييف التعّهد بالضمان هو عده شرط مقترن بعقد القيام بعمل، ويقوم هذا التصور على أساس إنّ المتعّهد له قد يشترط على القائم بالعمل التزامه بضمان جودة وكفاءة العمل مدة معينة بعد إنجاز العمل، وهذا يحصل كثيراً في الواقع وذلك بسبب عدم ثقة المتعّهد له وعدم اطمئنانه إلى إنّ العمل قد يكون بصوره جيدة ويلبي رغبته من التعاقد .ومن هنا فإن الشرط الذي يشترط بموجبه المتعّهد له على القائم بالعمل بضمانه العمل، يكون شرط مقترن بعقد القيام العمل، ويعرف الشرط بأنه (ما يتوقف عليه الشيء ويكون خارجاً عن ماهيته وذاتيه والهدف من الإتيان به إلزام

1- د .جابر محجوب علي ،مصدر سابق، ص 107 .

أحد المتعاقدين بأمر آخر)[1]، ويعرف كذلك بأنه (التزام واقع في العقد حال تكوينه زائد عن أصل مقتضاه، سواء أكان هذا العقد ناشئا بإرادة المتعاقدين كالبيع والإجارة، أم كان بإرادة منفردة كالهبة والوصية، وهو يضاف إلى العقد عند انتشائه، بحيث يصبح جزءاً من أجزائه التي تم التراضي على أساسها)[2]، ويعرف كذلك بأنه (التزام بأمر مستقبل ممكن ومشروع يضيفه احد المتعاقدين إلى العقد المبرم بينهما بحيث يتقيد به حكم العقد تغييرا وتعديلا أو إضافة، وهو جزء من العقد وبند من بنوده)[3]، يُلحظ على التعريف الأخير أنّه يتناسب مع التعهد بالضمان، كون المتعّهد يلتزم اتجاه المتعّهد له بالضمان عند حدوث أي عيب أو خلل في العمل محل التعاقد وتحمل كامل المسؤولية ويمثل إضافة إلى العقد المبرم بين الطرفين .

وبناءً عليه فإن الشرط الذي يُلزم المتعّهد بجودة وكفاءة عمله يكون من شأنه تقييد حكم العقد الأصلي وهو القيام بعمل، وذلك بإضافة التزام جديد إلى العقد، ويكون ذلك الالتزام مؤكداً لمقتضى العقد من حيث وجوب التزام المتعهد بتسليم عمل خالي من كل عيب، وبذلك فإن القائم بالعمل لا يلتزم بجودة وكفاءة عمله ما لم يشترط المتعّهد له بضرورة التزام القائم بالعمل بذلك، حيث إنّ ظهور عيب بعد الإنجاز والتسليم لا يقيم مسؤولية المتعّهد دون هذا الشرط[4] .

ويؤيد ما تقدم المادة (131) من القانون المدني العراقي التي نصت بأنه (1- يجوز أنْ يقترن العقد بشرط يؤكد مقتضاه أو يلائمه أو يكون جاريا به العرف والعادة 2- كما يجوز أنْ يقترن بشرط فيه نفع لأحد المتعاقدين او للغير أذا لم يكن ممنوعا قانونا او مخالفا للنظام العام أو الآداب وإلاّ لغا الشرط وصح العقد، ما لم الشرط الدافع إلى التعاقد فيبطل العقد أيضا)[5]، فهذا النص يظهر جواز أنّ يقترن العقد بشرط يؤكد مقتضاه أو يكون جارياً به العرف أو العادة، أما بخصوص موقف القانون المدني المصري والقانون المدني الفرنسي فإنهما لم يوردا نصاً يجيز مسألة الاشتراط في التعاقد، إلاّ أنها قد أوردت بعض التطبيقات التي تظهر أنها أجازت الشروط عند التعاقد[6]، وهذا ما يبين جواز اقتران العقد بشرط، وقد أشارت إلى جواز هذا الاشتراط أيضا القوانين الخاصة بحماية المستهلك، منها قانون حماية المستهلك المصري في المادة(22) التي نصت على إنّه (يلتزم المورد بضمان السلع المعمرة ضد عيوب الصناعة لمدة عامين على الأقل من تاريخ تسليم السلعة للمستهلك ،مع عدم الإخلال بشروط قانونية أو اتفاقية

1- منير القاضي ، شرح المجلة ، مطبعة العاني ، بغداد ،1979 ص148 .
2- د. محمد عثمان شبر ،الشروط المقترنة بالعقد وأثرها في الفقه الإسلامي ،دون مكان وسنة نشر ، ص61 .
3- د . ايمان طارق الشكري ، اثر الشرط في حكم العقد (دراسة مقارنة)، منشورات زين الحقوقية ، بيروت ، 2018، ص21 .
4- د. صاحب عبيد الفتلاوي ، مصدر سابق ،ص55 .
5 - كذلك فقد نصت المادة 83 من مجلة الأحكام العدلية على انه : (يلزم مراعاة الشرط بقدر الإمكان)
6 - ينظر نص المواد (1170 و 1182) من القانون المدني الفرنسي ،والمادة (564) من القانون المدني المصري .

أفضل للمستهلك)، فهذا النص يظهر جواز اقتران العقد بشروط اتفاقية منها التعّهد بالضمان ويجب عدم الإخلال بها، أما قانون حماية المستهلك العراقي فأشار إلى هذا جواز الاشتراط في المادة (6/د) التي بينت بأن من حقوق المستهلك الأساسية هو حقه في الحصول على الضمان بعد الاتفاق عليها ووضع شرط من قبل المستفيد منه، أما قانون حماية المستهلك الفرنسي فأشار إلى جواز الاشتراط في المادة (66) التي بينت أنْ الضمان الاتفاقي هو أي ضمان أضافي للضمان القانوني ضد عيوب السلعة، يتبين لنا مما تقدم إنْ القوانين محل المقارنة قد أقرت الشرط الذي بموجبه يلتزم المتعّهد بجودة وكفاءة عمله لمدة معينة .

مما تقدم يرى الباحث أنّه يمكن الأخذ بتكييف التعّهد بالضمان بأنه شرط مقترن بالعقد، وذلك في الحالة التي يكون فيها التعّهد بالضمان قد حصل عن طريق الاشتراط من قبل المتعّهد له، إلاّ أنّه في كثير من الأحيان قد يكون المتعّهد هو الذي الزم نفسه عند التعاقد أو بعده دون شرط من قبل المتعّهد له، وذلك عن طريق الاعلان بأنه ضامن لعمله، كوسيلة لجذب المتعاقدين معه وكسب ثقتهم مع هذا الضمان بأن العمل سيكون خالياً من العيوب، ومن ثمّ لا يمكن في الحالة الأخيرة تكييف التعّهد بالضمان بأنه شرط مقترن بالعقد .

خامساً – رأي الباحث

بعد أنْ بينا في الفروع السابقة الآراء التي طرحت في بيان طبيعة التعُّهد بالضمان، وكيف إنْ هذه الآراء وأنْ أصابت جانب من الحقيقة إلاّ أنها لم تصب الحقيقة كلها، فقد بينا عن طريق الانتقادات التي وجهت اليها أنّه لا يمكن الاستناد إليها في بيان طبيعة هذا التعّهد، وقد خلصنا إلى القول إنّ التعّهد بالضمان ذو طبيعة خاصة، بأنه (شرط يؤكد مقتضى العقد)، والأسباب التي اعتمدنا عليها في ذلك هي:

1- إنّ هذا التعُّهد لا ينشأ ولا يتقرر إلاّ بالاتفاق عليه بين الطرفين إثناء التعاقد أو بعده، وقد ينشأ عن طريق الإيجاب من قبل صاحب الحرفة، التي يلتزم بموجبها الأخير بجودة وكفاءة عمله مدة معينة، وهذا يعكس رغبة الطرفين في تجاوز نطاق الضمان القانوني وعدم التقييد بشروطه .
2- إنّ هذا التعُّهد يتقرر عن عقد محله القيام بعمل، وذلك عن الأعمال التي يقوم صاحب الحرفة لصالح الغير، ويتحدد نطاقه بتلك الأعمال، فمحله هو الأعمال التي ينجزها صاحب الحرفة، ولا تدخل العقارات والمنقولات التي يتم بيعها جاهزة ضمن نطاق هذا التعّهد .
3- إنّ مسؤولية صاحب الحرفة عن هذا التعّهد تنهض بمجرد حدوث خلل في العمل الذي أنجزه بموجب تعهده، دون الحاجة إلى إثبات الخطأ في جانبه فمسؤوليته قائمة على الخطأ المفترض، ولا يستطيع الأخير التخلص من المسؤولية إلاّ بإثبات السبب الأجنبي .

4- إنّ مسؤولية صاحب الحرفة تتقرر بمجرد حدوث أي خلل في العمل المنجز ولو لم يرق إلى مستوى العيب حسب المعنى الوارد في الضمان القانوني، حيث يحق للمتعّهد له المطالبة بالضمان عند حدوث أي خلل في العمل المنجز حتى لو كان صالحا للعمل من الناحية الفنية، فلا يشترط فيه ان يكون قديماً ومؤثراً وخفياً .

5- إنّ مضمون هذا التعّهد يتمثل في التزام صاحب الحرفة في التدخل لإصلاح العيب واستبدال الأجزاء التالفة بأخرى صالحة للعمل، عند حدوث عيب في العمل المنجز من قبله .

6- إنّ المدة التي يلتزم فيها صاحب الحرفة بجودة وكفاءة عمله تكون خاضعة لإرادة الطرفين أو العرف فلا يوجد تحديد قانوني لها، ومن ثمّ فإن للطرفين (المتعّهد والمتعّهد له) مطلق الحرية في تحديد مدة التعّهد بالضمان .

6- إنّ هدف وغاية التعُّهد بالضمان هو توفير الثقّة والطمأنية في نفس المتعّهد له من أنه سيحصل على عمل يحقق به رغبته من التعاقد ويكون صالحاً لأداء الغرض المقصود على الأقل في مدة التعّهد بالضمان، كذلك أنّه سيحث المتعّهد له على القيام بعمله بصورة صحيحة وجيدة، وذلك لعلمه بأنه سيكون مسؤول عن أي خلل قد يحصل في محل العقد .

المطلب الثالث

تمييز التعُّهد بالضمان من الأوضاع القانونية المشابهة له

ترتكز فكرة التعُّهد بالضمان عن الأعمال الحرفية كما قدمنا سابقا بتوفير الضمانات الكافية لحماية المتعاقد الذي يكون قليل الخبرة، في مواجهة الطرف الآخر وهو صاحب الحرفة الذي يتمتع بصفة الاحتراف و التخصص في مجال عمله، ولا تقتصر هذه الحماية عن طريق التعُّهد بالضمان فقط بل توجد إلى جانب ذلك عدة ضمانات والتزامات قانونية أخرى توفر هذه الحماية أيضاً، الأمر الذي يبدو للوهلة الأولى وجود تشابه بين التعّهد بالضمان وهذه الأوضاع، وهذا يدعونا إلى وضع الحدود الفاصلة للتمييز بينه وبين الأوضاع القانونية الأخرى المشابهة له، من أجل التوصل إلى حقيقة وجوهر فكرة التعّهد بالضمان عن الأعمال الحرفية ،لذا سنقسم هذا المطلب على ثلاثة فروع نخصص الفرع الأول منه إلى التمييز بينه وبين (الالتزام بالصيانة)، ونكرس الفرع الثاني للتمييز بينه وبين (ضمان صلاحية المبيع للاستعمال)، ونخصص الفرع الثالث للتمييز بينه و بين (ضمان كفاءة الأداء) .

الفرع الأول

تمييزه عن الالتزام بضمان الصيانة

يقصد بالصيانة لغة الحفظ والوقاية ،وهي أسم مصدر من صان ،يصون ،فهو صائن ،ويقال صان الشيء اي حفظه في مكان امين[1] ،ويعرف الصون كذلك بأنه (أنْ تقي شيئا وتحفظه ،وصان الألة أي تعهد بالعناية والإصلاح)، ويطلق لفظ الصيانة على مجموعة الأعمال الضرورية للبقاء على حالة الشيء بحيث يصلح لأداء الغرض المقصود منه [2] .

وفي الفقه الإسلامي فأنهم قد استعملوا مصطلح المرمرة[3] أو التجديد[4] للدلالة على الصيانة[5]، ويعرفونه بأنه (عقد على الإصلاح يتمثل أساساً بالعمل الذي يقوم به الصائن أو من ينوب عنه لإعادة الشيء إلى سابق عهده الإنتاجي المعتاد كلما طرأ عليه تأثير كلي أو جزئي على أحد أجزاء الشيء فيؤدي إلى توقفه عن العمل أو يخفض كفاءته أو يؤدي إلى تقليل إنتاجيته) [6]، وعرفه مجمع الفقه الإسلامي أيضا بأنه (عقد معاوضة يلتزم به أحد الأطراف بفحص وإصلاح آلة أو أي شيء آخر يتطلب إصلاحات دورية وطارئة، لمدة معلومة ومعينة لدى الطرفين، مقابل عوض معلوم، وقد يلتزم الصائن بالعمل وحده أو بالعمل والمواد معا)[7]، والملاحظ على التعريفات المتقدمة للالتزام بالصيانة إنها تناولت تناولت الصيانة المستقلة بكونها عقد مستقل له ذاتية وخصائص مستقلة ويرد على شيء موجود عند التعاقد، ويكون مقابل بدل فهو من عقود المعاوضة، ولم تتناول الصيانة كالتزام تابع لعقد معين، حيث أنّ الصيانة قد تكون عقد مستقل وقد تكون التزام تابع الى عقد ولم تتناول التعريفات المتقدمة الصورة الأخيرة .

أما في الفقه القانوني فقد وردت عدة تعاريف للصيانة، فقد تم تعريفه بأنه (تعّهد البائع أو المنتج بالقيام بعمل يلتزم بموجبه في فحص المبيع ومراقبته دورياً وإصلاحه مجاناً كلما حدث له خلل او ضرر

1- ابو فارس احمد بن فارس بن زكريا ،معاجم مقاييس اللغة ،ج3 ،ط1 ،دار النفائس للطباعة، لبنان، بيروت،1991، ص 334 .

2- محمد رواس القلعجي و حامد قنديلي ،معجم لغة الفقهاء ،دار النفائس للطباعة ،لبنان، بيروت ،ط1 ،1985، ص 28 .

3- يقصد بالمرمرة لغة بأنها اسم مصدر من رم ،فيقال رممت الحائط رماً ،أصلحته ورممته بالتثقيل مبالغةً ، وبقصد به إصلاح ما وهن من البناء ،للتوسع اكثر ينظر ،ابن منظور ،معجم لسان العرب ،ج8 ،مصدر سابق ، ص335.

4- يقصد بالتجديد لغة ،اسم مصدر من جدد ،ويقال جدد فلان الشيء أي صيره جديداً ،للتوسع اكثر ينظر محمد بن يعقوب الفيروز آبادي ،القاموس المحيط ، مصدر سابق ،ص575 .

5- د. علي احمد السالوس ،عقد الصيانة ،موسوعة القضايا الفقهية المعاصرة والاقتصاد الإسلامي ،دار الثقافة، قطر ، 1998 ،ص628 .

6- د. منذر قحف ،عقود الصيانة ،بحث منشور في مجلة مجمع الفقه الإسلامي ،الدورة الحادية عشر لمؤتمر مجمع الفقه الإسلامي ،ج2 ،العدد الحادي عشر ،لسنة 1419هـ -1998م ص147 .

7- تعريف مجمع الفقه الإسلامي ،منشور في مجلة مجمع الفقه الإسلامي ،الدورة الحادية عشر ،لسنة 1998 ، ص 147 . 147

لا يد للمشتري فيه خلال فترة زمنية معينة تبدأ من تسليمه الفعلي بما يضمن استمرار المنفعة بالمبيع ومنع وقوع الضرر)[1]، وهنالك من عرفه بأنه (التزام بعمل يلتزم فيه البائع بالإصلاح وجميع ما يقتضيه من استبدال قطع غيار جديدة بالأجزاء العاطلة)[2]، يُلحظ على التعاريف المتقدمة أنها تناولت الصيانة بجميع عناصرها وصورها حيث يلتزم البائع بالقيام بكافة الأعمال اللازمة للحفاظ على المبيع وضمان الانتفاع به، من تدخل البائع لإصلاح العيب واستبدال الأجزاء التالفة، كما وبينت إنّ الأعطال الموجبة للصيانة يجب أن لا تكون قد حدثت بفعل المشتري وإلاّ سقط هذا الألتزام عن البائع، وكل ذلك يكون في مدّة زمنية محددة حسب الاتفاق او العمر الافتراضي للشيء محل التعاقد، لكن ومن جهة أخرى فإن التعاريف المتقدمة أشارت إلى أنّ الصيانة تكون مجانية، حيث يلتزم البائع بالإصلاح مجاناً دون مقابل وهذا خلاف الواقع، لأن الصيانة قد تكون بعوض أو دون عوض حسب الاتفاق .

ويتخذ تدخل الملتزم بالصيانة عدة صور في المدة المحددة، فقد يكون هذا التدخل في آجال زمنية محددة لضمان عدم تعرض المبيع إلى خلل معين وتسمى بالصيانة الدورية أو الوقائية، أو قد تكون الصيانة طارئة حسب حالة المبيع، أي كلما تعرض المبيع إلى خلل وتسمى (بالصيانة الطارئة) ويلتزم الصائن في جميع الأحوال بإعادة الشيء إلى حالته السابقة [3] .

وقد أشار المشرع القانون المدني الفرنسي أشار إلى هذا الالتزام في المادة (1244) التي نصت على أنّه(مالك البناء مسؤول عن الأضرار التي سببها البناء بسبب عدم وجود صيانة أو خلل في بنائه)[4]، كذلك فإن المشرع المصري أشار إلى هذا الالتزام في المادة (566 /1) من القانون المدني التي التي نصت على إنّه (على المؤجر ان يتعّهد العين المؤجرة بالصيانة لتبقى على الحالة التي سلمت بها وأنْ يقوم في أثناء الإجارة بجميع الترميمات الضرورية دون الترميمات التأجيرية)، فإن كذلك القانون المدني العراقي أشار إلى هذا الالتزام في المادة (1255) التي نصت على أنه (المنتفع ملزم أثناء انتفاعه بكل ما يفرض على العين المنتفع بها من التكاليف المعتادة وبالنفقات التي تقتضيها أعمال الصيانة) .

وفي ضوء ما تقدم لا بدّ من الإشارة إلى المقارنة بين التعّهد بالضمان عن الأعمال الحرفية، والالتزام بالصيانة عن طريق بيان أوجه الشبه والاختلاف بينهما .

1- د. ممدوح محمد علي مبروك ،مصدر سابق ،ص6 .

2- د. أسماء صبر علوان ،الالتزام بالصيانة في عقد البيع ،أطروحة دكتوراه مقدمة إلى مجلس كلية القانون، كلية القانون جامعة النهرين ،2015، ص15 .

3- محمد صادق بازرعة ،أدارة التسويق ،ج2 ،ط 3، دار النهضة العربية ،القاهرة ،1988 ،ص171 .

4- Art 1244-(Les dispositions du présent chapitre s'appliquent à la réparation du dommage qui résulte d'une atteinte à lapersonne. Elles s'appliquent également à la réparation du dommage supérieur à un montant déterminé par décret, quirésulte d'une atteinte à un bien autre que le produit défectueux lui-même) .

أولاً – أوجه الشبه

1 - يتشابه كل منهما من حيث مصدر قيامهما، فالتعّهد بالضمان عن الإعمال الحرفية لا ينشأ إلاّ عند وجود اتفاق بين الطرفين على التعّهد بالضمان، والمشرع العراقي أجاز ذلك الاتفاق في المادة (131) من القانون المدني العراقي التي نصت على أنّه (1– يجوز ان يقترن العقد بشرط يؤكد مقتضاه او يلائمه او يكون جارياً به العرف والعادة.)، فهذه المادة اجازت وضع شرط في لعقد يؤكد مقتضاه وهذا ما يتماشى مع طبيعة التعّهد بالضمان، أما بالنسبة للالتزام بالصيانة فنجده يتقرر بمقتضى القانون من حيث الأصل، حيث نجد أنْ المادة (566) من القانون المدني المصري ألزمت المؤجر بصيانة العين المؤجرة لضمان استمرار المستأجر من الانتفاع بالمأجور، وكذلك المشرع العراقي في المادة (750) من القانون المدني، وقد يتقرر كذلك بالاتفاق سواء كان كعقد قائم بحد ذاته أو كان اتفاق تابع لعقد آخر.

2 – كلاهما يتشابهان بكونهما التزام مؤقت، أي محدد بمدّة زمنية معينة، فتنفيذ الالتزامين يقتضي التقييد بمدة معينة[1]، ولا ينقضي أي من الالتزامين لمجرد تدخل المدين للقيام بالإصلاح أو الصيانة وتنفيذ التزامه لمرة واحدة، بل يبقى ملتزماً طيلة المدة المحددة للضمان أو الصيانة، وتحديد هذه المدة يكون حسب الاتفاق بين الطرفين أو حسب العرف .

3 – كلاهما يتشابهان من حيث الغاية أو الهدف لكل منهما، فيهدفان إلى ضمان تحقيق المنفعة المقصودة من الشيء محل التعاقد لأطول مدة ممكنة من ناحية، وتوفير الحماية للمتعاقد قليل الخبرة في مواجهة الحرفي الذي يكون محترفا في مجال عمله من ناحية أخرى[2]، وضمان تحقيق استقرار المعاملات وتوفير الثقة والائتمان العقدي وتجنب فسخ العقد، وبذلك فإن المستفيد من الضمان وعن طريق وجود التعّهد بالضمان أو الالتزام بالصيانة، يكون مطمئناً إلى وجود شخص ملتزما بإزالة العيب عند حدوثه .

ثانياً- أوجه الاختلاف

1- يختلف كل منهما من حيث تحمل تكاليف ونفقات الإصلاح عند حصول خلل أو عيب في الشيء محل التعاقد، فبينما نجد إنْ جميع التكاليف المترتبة على إصلاح العيب في العمل وفقا للتعّهد بالضمان عن

1- د. عبد الحي حجازي ،عقود المدة دراسة مقارنة ،القاهرة ،دون ذكر اسم و مكان طبع ،1950 ، ص 51 .
2- د. هادي حسين عبد علي الكعبي ،د. سلام عبد الزهرة الفتلاوي ،،ضمان صلاحية المبيع للاستعمال فترة معينة، دراسة مقارنة، بحث منشور في مجلة كلية التربية ،العدد11،لسنة 2009 ،ص 11 .

الأعمال الحرفية تكون على عاتق المتعّهد، وهذه تكون نتيجة طبيعية لأنه ملزم بموجب تعّهده، أو تكون بحسب الاتفاق، أما الالتزام بالصيانة فإن المستفيد من الصيانة هو الذي يتحمل تكاليف صيانة الصيانة[1]

2- يختلف كل منهما كذلك من حيث العقد الذي يتضمنهما، فالتعُّهد بالضمان يكون مجاله في نطاق عقود القيام بعمل الذي يقوم الحرفي بموجبه بعمل لصالح شخص آخر، كصبغ دار سكنية أو صنع أبواب خشبية، إما الالتزام بالصيانة فإنه لا يقتصر على عقد معين فقد يكون وارداً ضمن عقد البيع، أو الإيجار[2]، أو حتى عقد القيام بعمل .

3- يختلف كل منهما كذلك من حيث أنْ التعّهد بالضمان لا يمكن تصور قيامه إلاّ عن طريق الاتفاق على عقد آخر، ومن ثم فهو يتمتع بصفة التبعية لعقد القيام بعمل، أما الالتزام بالصيانة فإنه قد يرد بصورة مستقلة كعقد قائم بذاته مثل عقد الصيانة، وقد يرد بصدد عقد آخر كعقد الإيجار أو البيع[3] .

الفرع الثاني

تمييزه عن ضمان صلاحية المبيع

إنّ ضمان صلاحية المبيع هو احد الضمانات التي كشف عنها التطور التقني في مجال أنتاج السلع والخدمات، والتي تتجه فيها أرادة المستهلك إلى اقتنائها دون أنْ تكون لديه المعرفة الكافية بما تتضمنه هذه السلع من مضار وفوائد من ناحية، وهل تحقق له الغرض المقصود من ناحية أخرى، ولا تقتصر قلة الخبرة على المستهلك العادي بل تشمل أيضا المهنيين والمحترفين في مجال السلع والخدمات ولكن لا تصل معرفتهم الى درجة معرفة المنتجين[4]، كذلك أنْ عقد البيع بعده من عقود المعاوضات، يقتضي التزام البائع بأن يقدم للمشتري شيئاً صالحاً للغرض المقصود منه، وتتوفر فيه الخصائص والصفات المعتادة أو التي كفل وجودها للمشتري، ويقع على عاتق البائع بموجب هذا الالتزام أنْ يضمن للمشتري صلاحية المبيع وملاءمته للاستعمال العادي أو التجاري حسب المألوف، أو يضمن صلاحيته للاستعمال الخاص حسب اتفاق المتعاقدين، وكذلك يلتزم البائع بتقديم كافة المعلومات والبيانات اللازمة للاستعمال المبيع والحصول على منافعه[5] .

وهنالك من بين ماهية ضمان صلاحية المبيع بالقول (إنّ هذا الضمان يقوم على فكرة مقتضاها أنْ يضمن البائع صلاحية السلعة المبيعة التي تكون عادة من الأشياء الدقيقة الصنع وسريعة الخلل، ويتعّهد

1 - د هادي حسين عبد علي الكعبي ،د سلام عبد الزهرة عبد الله الفتلاوي ،مصدر سابق ،ص11 .
2 - ينظر المادة (566) من القانون المدني المصري والمادة (750) من القانون المدني العراقي .
3 - د . اسماء صبر علوان ، مصدر سابق ،ص16 .
4- د. حمدي احمد سعد، الألتزام بالإفضاء بالصفة الخطرة للشيء المبيع ،المكتب الفني للاستشارات القانونية، القاهرة ، 1999 ،ص 55.
5- د .هادي حسين عبد علي الكعبي د .سلام الفتلاوي ،مصدر سابق ،ص10 .

بكفاءتها للعمل وتلبيتها لرغبة المشتري، ويلتزم بمعالجة الخلل الذي يصيبها في مدة الضمان)[1]، فالبائع يتعّهد بموجب هذا الضمان بصلاحية المبيع لأداء الغرض المقصود في المدة المتفق عليها، وأنْ الشيء محل التعاقد لن يطرأ عليه أي عيب في مدة الضمان يؤدي به إلى عدم صلاحيته، وكذلك مسؤوليته عن معالجة العيب الذي يخل بمنفعته وتدخله بأصلاح العيب أو استبدال الجزء التالف، أو استبدال المبيع بأكمله إذا لم تفلح عملية الإصلاح في أعادة الشيء المبيع إلى سابق عهده وتحقيقه للغرض المقصود وكل ذلك يكون على نفقة البائع[2]، ويهدف المشتري من وراء هذا الضمان تحقيق أمرين، الأول هو خلو المبيع من كل عيب يحول بينه وبين تحقيق المبيع لمنفعته المقصودة، والأمر الثاني هو الزام البائع بتدخله لإصلاح المبيع عند حدوث عيب معين او استبداله بشيء آخر[3] .

وعرف هذا الضمان بأنه (التزام البائع بتقديم مبيع صالح للأستعمال المخصص له وفقا لماهيته وطبيعته أو للغرض الذي كان المشتري يتوقعه من أي مبيع مشابه لنوعه، وضمانه للمشتري من أي عيب أو خلل يظهر في المبيع بهدف ضمان انتفاع المشتري للمبيع)[4]، يُلحظ على التعريف المتقدم أنّه بين الألتزام الرئيس الذي يقع على البائع بتقديم مبيع صالح للأستعمال، إلاّ أنّه لم يبين أنْ هذا الضمان محدد بمدة زمنية محددة حيث تعتبر المدة هو أحد أركان هذا الضمان، كذلك إنْ هذا التعريف لم يشر إلى أنْ صلاحية المبيع للاستعمال قد تتقرر وفقا لاتفاق الطرفين، أي الاستعمال الخاص .

ويرتكز ضمان صلاحية المبيع للاستعمال على مدة محددة، يلتزم بمقتضاها البائع بضمان المبيع فهو التزام مؤقت وليس مؤبد، وهذه المدة يجب أنْ تكون كافية للمشتري لغرض تجربة المبيع، والتأكد من ضمان صلاحيته لتحقيق الغرض المقصود منه، ويتم تحديد هذه المدة بأتفاق الطرفين، ويلتزم فيها البائع بالضمان إذا ما ظهر عيب في المبيع ،وغالباً ما يتأثر تحديد تلك المدة بحسب طبيعة المبيع وكونه من الأشياء الدقيقة الصنع والسريعة التلف، أو قد يتأثر بالعمر الافتراضي للشيء المبيع فقد تمتد هذه المدة لعدة سنوات او قد تكون لمدة أشهر معدودة[5] وقد تكون حسب الاتفاق .

1- د .عبد الرزاق السنهوري ،الوسيط في شرح القانون المدني ،ج4،البيع والمقايضة ،منشأة المعارف، الإسكندرية ، 2004 ،ص664.

2- د. اسعد دياب ،ضمان العيوب الخفية ،دار اقرأ للطباعة و النشر ،بيروت ،دون سنة نشر ،ص 317 .

3- د. عبد الرزاق السنهوري ،مصدر سابق ـ ص 665 .

4- وسيم جبار الشمري ،ضمان صلاحية المبيع الاستعمال ،رسالة ماجستير مقدمة إلى مجلس كلية القانون جامعة بابل ، 2011،ص 8 .

5- د. ممدوح محمد علي مبروك ،مصدر سابق ،ص61 .

وقد أشارت بعض التشريعات المقارنة[1] إلى ضمان صلاحية المبيع منها القانون المدني المصري في المادة (455) التي نصت على أنه (إذا ضمن البائع صلاحية المبيع للعمل مدة معلومة ثم ظهر خلل في المبيع، فعلى المشتري أنْ يخطر البائع بهذا الخلل في مدة شهر من ظهوره وأنْ يرفع الدعوى في مدة ستة أشهر من الأخطار، وإلاّ سقط حقه في الضمان، كل هذا ما لم يتفق على غيره)، إما بالنسبة للمشرعين الفرنسي والعراقي فأنهما لم يتضمنا نصاً في القانون المدني يشير إلى هذا الضمان، وذهب جانب من الفقه الفرنسي[2] إلى إقامه هذا الضمان استناداً إلى الالتزام بالتسليم الوارد في المادة (1615) من القانون المدني الفرنسي التي نصت على أنه(يكون التسليم بوضع المبيع تحت تصرف المشتري بحيث يتمكن من حيازته و الانتفاع به دون عائق)[3]، فإذا كان البائع قد سلم للمشتري مبيعاً لا يحقق الغرض المقصود من الاستعمال فإنه بذلك يكون قد سلم المبيع مع عائق يخل من منفعته واستعماله ويحقق مسؤولية البائع اتجاه المشتري و بذلك يتطابق الالتزام بالتسليم مع ضمان الصلاحية، إلاّ أنه انتقد الرأي المتقدم على اعتبار أنْ الالتزام بالتسليم هو التزام فوري يتحقق بمجرد وضع المبيع تحت حيازة المشتري سواء أكانت حيازة حقيقة أو معنوية، أما ضمان صلاحية المبيع فهو التزام محدد بمدة زمنية معينة، يبقى فيها البائع ملتزماً طيلة المدة المحددة للضمان[4] إلاّ إنْ البعض الآخر[5] ذهب إلى أنه يمكن تطبيق أحكام هذا الضمان بعده تشديداً لأحكام ضمان العيوب الخفية حسب نص المادة (568) من القانون المدني العراقي التي نصت على أنه (يجوز أيضاً للمتعاقدين باتفاق خاص أنّ يحددا مقدار الضمان)، لكن ومع وجاهة الرأي المتقدم إلاّ أنه لا يمكن إقامة ضمان صلاحية المبيع على أساس ضمان العيوب الخفية نظراً للفارق الكبير بين الضمانين من حيث العيب المؤثر من ناحية والآثار المترتبة من ناحية أخرى[6]، أخرى[6]، ويذهب رأي في الفقه[7] إلى أنه يمكن الأخذ بضمان صلاحية المبيع في القانون المدني العراقي في أطار المادة (131) التي تضمنت صحة الشروط التي تؤكد مقتضى العقد والتي لا تخالف القانون والنظام العام او الآداب العامة، ويرى الباحث إنّ الرأي الأخير هو الراجح، وذلك لأن ضمان صلاحية المبيع يؤكد مقتضى العقد ولا يخالف النظام العام .

1- كذلك نجد ان القانون المدني الجزائري الصادر بالأمر (58-75) لسنة 1975 أشار إلى هذا الضمان في المادة (336)، كذلك اقره القانون المدني الكويتي رقم 67 لسنة 1980 في المادة (499) ،كذلك اخذ به القانون المدني القطري رقم 22 لسنة 2004 في المادة (465) ،والقانون المدني السوري رقم 84 لسنة 1949 في المادة (423) .

2- juri-classeur civil art (1641-1649) no246,alter:lobligation de deliverance dans la ventedes meubls G rporels-LGDJ.paris.1972,p.150

3 - ART(1615)(Lobligation de delivrer la chose comperend ses accessories et tout ce quiaete destime d son usage perpetupl).

4 - د. ممدوح محمد علي مبروك ،مصدر سابق ،ص14 .

5- د. سعدون العامري ،الوجيز في شرح العقود المسماة ،البيع ،الايجار ،مطبعة العاني ،بغداد ،1974 ، ص158 .د. حسن علي ذنون ،العقود المسماة ،مطبعة الرابطة ،بغداد ، 1953 ، ص250 ، د .جعفر جواد الفضلي ، مصدر سابق ، ص142 .

6 - د. حسن علي الذنون ، العقود المسماة ، مصدر سابق ،،ص 150 .

7- د. هادي حسين عبد علي الكعبي ،د. سلام عبد الزهرة الفتلاوي ،مصدر سابق ،ص13 .

ومما تقدم يمكننا بيان أوجه الشبه والاختلاف بين ضمان صلاحية المبيع والتعّهد بالضمان عن الأعمال الحرفية :

أولاً – أوجه الشبه

1- إنّ كلاّ الضمانين مقيدين بمدّة زمنية معينة، فلا بد من ظهور العيب في المدة المحددة للضمان لكي تنشأ مسؤولية البائع في ضمان صلاحية المبيع ومسؤولية المتعّهد في التعّهد بالضمان .

2- إنّ كلاّ الضمانين يتشابهان من حيث مصدر قيامهما وهو التصرف القانوني، فإرادة الأطراف هي المصدر الرئيس لكلا الضمانين، فلا ينشأ كلاهما إلاّ عند وجود اتفاق بين الطرفين على الضمان، ومن ثم فإن نطاق سريانهما يتحدد حسب الاتفاق على الضمان، ويحدد ذلك الاتفاق الشروط والآثار المترتبة عند مخالفة الضمان، ونستخلص هذا التشابه عن طريق نص المادة (131)من القانون المدني العراقي حيث أشارت بجواز أنْ يقترن العقد بشرط يلائمه أو يؤكد مقتضاه، وهو ما ينسجم مع التعّهد بالضمان، والمادة (455) من القانون المدني المصري[1] التي بينت بصراحة إنّ ضمان صلاحية المبيع لا يحصل إلاّ عند الاتفاق، ويكون الاتفاق على الضمان أما في العقد ذاته من خلال شرط يدرج فيه، أو عن طريق اتفاق لاحق عليه، وقد يلتزم فيه المدين بإرادته، ويكون ذلك عن طريق الإعلانات التي يقوم بها الحرفيين كوسيلة لجذب الزبائن، وقد يكون الأتفاق بموجب اشتراط من المتعاقد مع الحرفي يشترط فيه بضرورة ضمانه لعمله في مدة زمنية معينة[2] ونرى إنّ هذه الصورة الأخيرة كثيرة الحصول في الواقع العملي إذ لا يكون المتعاقد مطمئنا إلى جودة وكفاءة عمل الحرفي وتحقيق العمل للغرض المقصود لذا يشترط أنْ يضمن الحرفي جودة عمله .

3- إنّ كلاّ الضمانين يتشابهان من حيث كونهما اتفاقاً تبعياً لا يقصد لذاته ولا يستقل بنفسه، حيث يتفق الطرفان على الضمان عن طريق عقد آخر، وهذا العقد يكون عقد بيع في ضمان صلاحية المبيع للاستعمال، وعقد يتضمن القيام بعمل في التعّهد بالضمان عن الاعمال الحرفية، ومن ثمّ فإنه تترتب جميع الآثار القانونية على الاتفاق التبعي، ويلحق بالعقد الأصلي من حيث الصحة والبطلان[3] .

1- كذلك المشرع الجزائري بين ان هذا الضمان اتفاقي في المادة (336) ،والقانون المدني الكويتي في المادة (499) .
2- د .محمد حسين منصور ،ضمان صلاحية المبيع للعمل مدة معلومة ،دار الجامعة الجديدة للنشر ،الإسكندرية ، 2004، ص 11 .
3- أنظر ص 17 من هذه الأطروحة .

4- إنّ كلاّ الضمانين يتشابهان من حيث كونهما تشديد لمسؤولية الملتزم بالضمان، حيث أنهما يشددان من مسؤولية البائع في ضمان صلاحية المبيع، ومسؤولية صاحب الحرفة في التعّهد بالضمان عن الأعمال الحرفية، ويجعلانه مسؤولاً عن كل عيب يظهر في المدة المتفق عليها للضمان وسواءً أكان العيب ظاهراً أو خفياً، وحتى لو خلا المبيع أو العمل من أي عيب طالما أنه لا يحقق الغرض المقصود، حيث يكفي لمساءلة البائع والمتعّهد أنْ لا يحقق ولا يؤدي الغرض المقصود من الأستعمال، كذلك لا يشترط في كلاّ الضمانين أن يتصف العيب بمواصفات معينة، كذلك هو الحال في ضمان العيوب الخفية[1]، من حيث كونه قديماً ومؤثراً وخفياً، فيكفي مجرد حدوث العيب حتى يقوم الضمان وتنشأ مسؤولية كل من البائع وصاحب الحرفة عن الضمان[2] .

5- إنّ كلاّ الضمانين يهدفان إلى حماية المتعاقد قليل الخبرة، الذي يكون في مركز المتعاقد الضعيف، بسبب عدم خبرته ودرايته بحقيقة الشيء محل التعاقد والمواد الداخلة فيه، لذا فإن الضمانان يوفران قدراً من الطمأنينة والثقة لدى المتعاقد بأن الشيء محل التعاقد يحقق الغرض المقصود، وكذلك وجود شخص ملزم بالتدخل لأزاله العيب حال حدوثه [3]

ثانياً – أوجه الاختلاف

1- إنّ كلًا الضمانين يختلفان من حيث النطاق، فضمان صلاحية المبيع من حيث الأصل يقتصر على المنقولات وبصدد إبرام عقد بيع فيقوم البائع بإعطاء قسيمة بالضمان تتضمن شروط مطبوعة تمثل شروط الضمان ومدته[4]، وهذا ما يمكن استنتاجه عن طريق النصوص القانونية التي تضمنت هذا الضمان[5]، فيكون قاصراً على المنقولات التي تحتوي قدراً من الحركة الذاتية، كالآلات الميكانيكية والسيارات[6]، وهذا ما تبينه أيضاً المذكرة الإيضاحية للقانون المدني المصري الذي تضمن هذا الضمان حيث جاء في الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري (إنّ الحكمة من إدخال النص الجديد هي مواجهة مخاطر التطور التقني الحديث وما يحمله من أدوات وأجهزة دقيقة)[7]، وهذا يؤدي بنا إلى القول باستبعاد العقارات والمنقولات العادية التي لا تتضمن تطوراً تقنياً، ويبقى كل ذلك محكوماً من

1- انظر المادة (558) من القانون المدني العراقي و المادة (447) من القانون المدني المصري و المادة (1641) من القانون المدني العراقي .
2 - د .اسعد دياب ،مصدر سابق ،ص 320 .
3- د. هادي حسين الكعبي ود. سلام عبد الزهرة الفتلاوي ،مصدر سابق ،ص7 .
4- د. عبد الرزاق السنهوري ،مصدر سابق ،ص903 ،د توفيق حسن فرج الصدة ،عقد البيع ،دار الجامعة الجديدة للنشر، القاهرة ،1979،ص218 .
5- ينظر نص المادة(455) من القانون المدني المصري و المادة (6/ د) من قانون حماية المستهلك العراقي .
6- د .محمد حسين منصور ،مصدر سابق ،ص17 .
7- مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري ،وزارة العدل المصرية ، ج2، ط1 ،1980 ، ص30 .

حيث كونه ضماناً أتفاقياً، فقد يتفق الطرفان على سلع عادية في مدة محددة[1]، أما التعّهد بالضمان عن الأعمال الحرفية فإنه يرد بصدد عقد يتضمن القيام بعمل، وهذا العمل قد يكون وارداً بصدد منقولات معينة، كصناعة أبواب خشبية ويعطى بها ضمان، أو يكون عملاً يرد على عقارات كصبغ دار سكنية، وهذا يظهر إنّ التعّهد بالضمان أوسع نطاقاً من ضمان صلاحية المبيع .

2- إنّ كلا الضمانين يختلفان من حيث الشخص الملقى على عاتقه الضمان، ففي ضمان صلاحية المبيع للاستعمال نجد أنْ المدين بهذا الضمان من الناحية الفعلية هو المنتج[2]، إما البائع فإنه يقوم بدور الوسيط الذي يعمل لتنفيذ الضمان، حيث يشير الضمان غالباً إلى أنه عند ظهور خلل بالمبيع، فإنه يتوجب على المشتري اللجوء إلى مركز الخدمة الذي يخصصه المنتج لذلك الغرض، حيث يلتزم الأخير بعملية إصلاح العيب أو استبدال الأجزاء التالفة، وفي بعض الأحيان يتم الرجوع إلى الموزع الذي باع له الجهاز حيث قد يتكفل الأخير بعملية الإصلاح، وحتى في هذه الحالة فإن الذي يلتزم فعلياً بعملية الإصلاح هو المنتج، ويتم الرجوع على البائع تنفيذا لعقد البيع المبرم بين الطرفين[3]، إمّا في التعّهد بالضمان عن الأعمال الحرفية فإنه وفقاً لمبدأ نسبية أثر العقد المبرم بين الطرفين، فإن الذي يلتزم بالضمان هو صاحب الحرفة ويلتزم بذلك مباشرة أمام الطرف الآخر بمسؤوليته، وضمانه عند حدوث أي عيب، وهذا بلا شك يجعل التعّهد بالضمان يكون أكثر ثقة وطمأنينة للشخص المتعاقد، بوجود شخص ملزم أمامه مباشرة بتنفيذ تعّهده .

3- كذلك يختلفان من حيث نوع العقد الذي يرد بصدده الضمان، فضمان صلاحية المبيع يرد بصدد عقد البيع الذي يضمن فيه البائع صلاحية المبيع للعمل مدة معينة ،أمّا التعّهد بالضمان فإنه يرد بصدد عقد يتضمن القيام بعمل لصالح المتعّهد له (عقد القيام بعمل) وأنْ كان يشمل عقد المقاولة أيضا .

الفرع الثالث

تمييزه عن ضمان كفاءة الأداء

نتيجة التطور الصناعي والتقني الذي يشهده العالم في الوقت الحاضر وما رافقه من ظهور مشاكل جمة بسبب التعقيد في الأجهزة والمعدات الحديثة والتي يكون ضحيتها المتعاقد قليل الخبرة، لذا فقد ظهرت عدة ضمانات تهدف إلى تحقيق التوازن العقدي بين الطرفين، ومن بين هذه الضمانات هو ضمان كفاءة الأداء الذي يهدف إلى تحقيق الحماية الفعالة لرب العمل في مواجهة المقاول عن طريق ضمان

1- د. محمد حسين منصور ،مصدر سابق ،ص18 .

2- يعرف المنتج بأنه (كل شخص طبيعي أو معنوي يقوم بصنع او ابتكار او بتحويل او تعديل او تعبئة مواد معدة للاستهلاك او الاستعمال) ،ينظر كريم بن سخرية ،المسؤولية المدنية للمنتج و آليات تعويض المتضرر ، دار الجامعة الجديدة للنشر ،القاهرة ،2013 ،ص3 .

3- د. محمد حسين منصور ،مصدر سابق ،ص44 .

كفاءة العناصر التجهيزية للمبنى لأداء الغرض المقصود[1]، حيث لا يقتصر عقد المقاولة على القيام بعملية البناء والتشييد فقط، وإنما يضم أيضا تجهيز البناء ببعض الأجهزة والمعدات ويكون ذلك حسب الاتفاق بين الطرفين، وتشمل هذه المعدات المصاعد الكهربائية والأبواب والشبابيك، وغير ذلك، وهذا الضمان يهدف إلى إبقاء هذه المعدات صالحة للاستعمال لأطول مدة ممكنة[2]، وهذا ما دعا بعض التشريعات أنْ تقرر بامتداد ضمان المقاول ليشمل الأجهزة والمعدات والآلات الميكانيكية الموضوعة في البناء محل المقاولة، من أجل حماية المتعاقد مع المقاول[3]، ولقد أشار المشرع الفرنسي إلى هذا الضمان واستحدثه في القانون رقم (12 لسنة 1978) في المادة (3/1792) من القانون المدني التي نصت على إنّه (الأجزاء الأخرى من المعدات مغطاة بضمان أداء لمدة سنتين على الأقل)[4]، والذي أطلق عليه تسمية (ضمان الاداء)، إما المشرعان العراقي والمصري فلم يوردا نصاً يقرر هذا الضمان في التقنينات المختلفة.

ولم يورد المشرع الفرنسي تعريفاً لهذا الضمان، وهذا هو شأن التشريعات في غالبية الدول لا تعنى بإيراد التعريفات، حيث تكتفي بإيراد نص مادة فقط دون تعريفه، وعلى صعيد الفقه القانوني فقد عُرف هذا الضمان بأنه (ذلك الضمان الذي يؤدي إلى تحمل المرقي العقاري مسؤوليته القانونية في الالتزام بحسن تنظيم وتسيير الأدوات والأجهزة الضرورية لإدارة الأملاك العقارية، وتحمل عبء نفقات ومصاريف صيانة أي عنصر من عناصر تجهيز البناية)[5]، ويُلحظ على هذا التعريف إنّه مستمد من النص الوارد في القانون المدني الجزائري الخاص بضمان كفاءة الاداء، وإنه قصر الالتزام بهذا الضمان على المرقي العقاري[6] فقط دون أنْ يمده إلى المقاولات بصورة عامة، كما إنّه لم يبين ماهية هذا الضمان إنما أشار إلى الآثار والتزامات الناشئة عنه وجزاء مخالفة هذا الضمان .

1- د. محمد ناجي ياقوت ،مسؤولية المعمارين بعد إتمام الأعمال وتسلمها مقبولة من رب العمل ،منشأة المعارف، الإسكندرية ،1989 ،ص189 .

2- د .محمد حسين منصور ،المسؤولية المعمارية ،دار الجامعة الجديدة للنشر ،الإسكندرية 2006 ، ص 155 .

3- المشرع الجزائري في قانون الترقية العقارية رقم (04/11)لسنة (2011) في المادة (44) ضمن التزامات المرقي العقاري التي نصت على انه (تحديد آجال تنفيذ الاشغال الضرورية لإصلاح عيوب البناء و حسن سير عناصر تجهيز البناية بموجب العقد المبرم والمذكور في المادة 26 من هذا القانون) .

4-Art 1792/3 -(Les autres éléments d'équipement de l'ouvrage font l'objet d'une garantie de bon fonctionnement d'une durée minimale de deuxans à compter de sa reception) .

5- سالمي عيسى ،الإطار القانوني لمهنة المرقي العقاري الخاص في التشريع الجزائري ،رسالة ماجستير مقدمة إلى جامعة يحي فارس بالميدية في الجزائر ،2012 ،ص98 .

6-عرف المشرع الجزائري المرقي العقاري في المادة الثالثة من قانون الترقية العقاري بأنه (كل شخص طبيعي أو معنوي يبادر بعمليات بناء مشاريع جديدة أو ترميم أو تجديد أو أعادة هيكلتها ،أو أعادة تدعيم بنايات تتطلب أحدى هذه التداخلات ،أو تهيئة و تأهيل السكنات بقصد بيعها أو تأجيرها) ، ينظر كذلك تحديد مفهوم المرقي العقاري مقال منشور على الانترنت على الموقع https://sites.google.com /site/etpkanoun/altrqyte-alqaryte/almrqy-alqary-fy-alqanwn-aljzayry تارخ الزيارة 8/21 2021 الساعة الرابعة عصرا .

في حين نجد أنْ هنالك من وسع من نطاق هذا الضمان وجعله يلزم المنتج والمقاول ومن في حكمه إضافة إلى المرقي العقاري إذ عرفه بأنه (ذلك الضمان الذي يلتزم بموجبه المنتج والمقاول و من في حكمه ولمدة سنتين كحد أدنى بإصلاح كل خلل يظهر في العناصر التجهيزية القابلة للانفصال والداخلة في المبنى المشيد، بعد انجاز العمل وتسليمه لرب العمل)[1] ،وهذا التعريف أفضل من سابقه لأنه وسع من نطاق هذا الضمان كذلك بين إنّ هذا الضمان محدد بمدة زمنية معينة فهو ليس التزام مؤبد .

ويمتاز هذا الضمان بكون الخطأ فيه مفترض بنص القانون، فبمجرد حصول خلل في العناصر التجهيزية للبناية فإنه يؤدي إلى نشوء مسؤولية المقاول دون حاجة إلى أثبات خطأ في جانبه، فخطأ المقاول مفترض بنص القانون، وهذا ما بينته المادة (2/1792)من القانون المدني الفرنسي التي نصت على أنّه (قرينة المسؤولية المنصوص عليها في المادة 1792 تشمل أيضا الأضرار التي تؤثر في متانة عناصر التجهيز في المبنى، ولكن فقط إذا كانت هذه العناصر تشكل جسما غير قابل للانفصال مع أعمال المنافع العامة للمبنى أو مع الأعمال المتعلقة بتأسيسه أو بهيكله)[2]، والمادة (870) من القانون المدني العراقي والمادة (651)من القانون المدني المصري ،كذلك إنّ أحكام هذا الضمان تعتبر من النظام العام، فكل شرط يعفي أو يقلل من أحكام هذا الضمان يعد باطلاً، فلا يجوز الاتفاق مقدماً على استبعاد أو إنقاص هذا الضمان، ولكن يجوز هذا الاتفاق بعد وقوع الضرر[3]، وقد نصت الفقرة الخامسة من المادة (1792) من القانون المدني الفرنسي على كون هذا الضمان من النظام العام[4] إذ نصت على أنّه (كل شرط في العقد يهدف إلى استبعاد المسؤولية المنصوص عليها في المادة 1792 أو الحد منها يعد كأنه لم يكن)[5] .

1- صفاء مكي حمزة الكوفي ،ضمان كفاءة الأداء دراسة مقارنة ،ط1 ،المركز العربي للنشر والتوزيع ، مصر ، 2021، ص8 .

2 -Art 1792/2(La presumption responsabilite etablie parL′ article 1792 s etend egalement aux dommages qui affectent la solidite des elements equipemekt d′ un bat iment mais seulement lorsque ceux ci font indissociablement corps aves les ouvrages de viabilite de ,foundation d, ossature ,de clos oude couvert)

3- د. سامي محمد فريح ،أدارة العقود الهندسية وعقود التشييد ،الكتاب الثاني ،ط3 ،دار النشر للجامعات ، القاهرة ، 2011، ص188 .

4- وكذلك أشار المشرع الجزائري في المادة (45) من قانون الترقية العقارية رقم (04/11) إلى اعتبار هذا الضمان من النظام العام التي نصت على انه (.....يعد باطلا وغير مكتوب كل بند في العقد يهدف إلى أقصاء أو حصر المسؤولية او الضمانات المنصوص عليها في هذا القانون ،او تقييد مداها سواء باستبعاد او حصر تضامن المقاولين الثانويين مع المرقي العقاري) .

5-Art 1792/5 - (Toute clause d'un contrat qui a pour objet, soit d'exclure ou de limiter la responsabilité prévue aux articles ***1792***, ***1792-1*** et ***1792-2***, soit d'exclure les garanties prévues aux articles ***1792-3*** et 1792-6 ou d'en limiter laportée, soit d'écarter ou de limiter la solidarité prévue à l'article ***1792-4***, est réputée non écrite) .

أما المشرعان العراقي والمصري فعلى الرغم من عدم إيراد نص بشأن هذا الضمان، إلاّ أنّ مسؤولية المقاول في الضمان العشري تعتبر من النظام العام بصورة عامة، استناداً إلى المادة (1/870) من القانون المدني العراقي والمادة (653) من القانون المدني المصري، والحكمة من وراء النصوص التي تقرر كون هذا الضمان من النظام العام، هو حماية رب العمل من الشروط التعسفية التي قد يضعها المقاولين والمعماريين كونهم من أصحاب الخبرة في هذا المجال[1]، كذلك أن هذا الضمان يعتبر مقيد بمدة زمنية محددة حسب نص القانون وهذه المدة تمثل الحد الأدنى وهي سنتين بحسب المادة (3/1792) من القانون الفرنسي[2]، ولا يجوز تقليل هذه المدة ولكن يمكن زيادتها كونها تمثل الحد الأدنى لهذا الضمان .

وعن طريق ما تقدم يتضح لنا أوجه الشبه والاختلاف بين ضمان كفاءة الأداء والتعّهد بالضمان عن الأعمال الحرفية .

أولاً – أوجه الشبه

1- إنّ كلاّ الضمانين يتشابهان من حيث كونهما محددين بمدة زمنية معينة، فكلاهما ليس ضمانين مؤبدين إلى ما لانهاية، وإنما محددين بمدّة زمنية معينة ينقضي الضمان بانقضائها، ويبدأ احتساب هذه المدة من تاريخ التسليم الفعلي[3].
2- إنّ كلاّ الضمانين يتشابهان من حيث الغرض أو الهدف منهما، فكلاهما يهدفان إلى توفير الحماية الفعالة للمتعاقد الضعيف قليل الخبرة، في مواجهة الطرف الآخر الذي يكون على قدر كبير من الدراية والخبرة الفنية في مجال عمله، ويحققان استقرار المعاملات والثقة في التعامل، كذلك أنهما يحثان القائم بالعمل والمقاول على بذل العناية اللازمة أثناء تأدية عمله، من أجل جعل العمل جيداً وصالحاً لأداء الغرض المقصود[4] .
3- إنّ كلاّ الضمانين يتشابهان من حيث طبيعة الالتزام بهما، فالتزام المقاول في ضمان كفاءة الأداء، والمتعّهد في التعّهد بالضمان، يكون التزام بنتيجة حيث إنّ مجرد حدوث خلل أو عيب في محل التعاقد يؤدي إلى نشوء مسؤولية الملتزم بالضمان .

ثانيا- أوجه الاختلاف

1- د .محمد ناجي ياقوت ،مصدر سابق ،ص255 .
2- ينظر كذلك المادة (62) من قانون الترقية العقارية الجزائري .
3- اذ نصت المادة (3/1792) من القانون المدني الفرنسي الخاصة بضمان كفاءة الاداء(تخضع عناصر التجهيز الأخرى.لمدة سنتان ابتداء من تاريخ تسلمها)، المقابلة للمادة (62) من قانون الترقية العقاري الجزائري .
4- د .محمد ناجي ياقوت ،مصدر سابق ،ص145.

1- يختلف كلاهما من حيث شخصية الملزم بهما، فنجد إنّ المادة (4/1792) من القانون المدني الفرنسي الخاصة بكفاءة الأداء قد حددت المسؤولية عن هذا الضمان، وجعلتها مسؤولية تضامنية بين المقاول والشركة المصنعة للمعدات أو جزء من المعدات الداخلة في إنجاز العمل، لكونهم هم المسؤولين عن عناصر التجهيز أمام رب العمل، وبينت هذه المادة بأنه يدخل في حكم الشركة المصنعة ويتحمل المسؤولية كل من استورد قطعاً من الخارج وقدمها بانها من انتاجه بوضع علامته التجارية عليه[1] ،إما بالنسبة للتعّهد بالضمان عن الأعمال الحرفية فإن صاحب الحرفة هو المسؤول أمام المتعّهد له عن جميع العيوب التي قد تظهر في الشيء الذي قام بصنعه أو العمل المنجز من قبله، وذلك بموجب الاتفاق المبرم بينهما .

2- يختلف كلاهما من حيث المدة المحددة لهما، فبينما تكون مدتها سنتين في ضمان كفاءة الأداء ولا يجوز تقليلها كونها تمثل الحد الأدنى لكن يمكن أطالتها، وهذه المدة محددة قانونا[2]، تجد مصدرها في نص القانون، إما مدّة التعّهد بالضمان فإنها تكون مقدرة حسب اتفاق الطرفين قد تطول وقد تقصر حسب الاتفاق، وقد يتم تقديرها حسب العرف، ولا يوجد تحديد قانوني لها من حيث الحد الأدنى أو الأعلى .

3- يختلف كلاهما من حيث مصدر نشوء كل منهما، فبينما نجد إنّ مصدر ضمان كفاءة الاداء هو النصوص القانونية المنظمة له[3]، حيث يكون نص القانون هو المصدر لإلزام المقاول بكفاءة عناصر التجهيز، وحددت هذه النصوص القانونية المدّة التي يبقى فيها المقاول ملزماً بالضمان، كذلك حددت الآثار المترتبة على مخالفة هذا الضمان، واعتبرت النصوص القانونية المنظمة لهذا الضمان إنّ ضمان كفاءة الأداء من النظام العام فلا يجوز استبعادها أو الإعفاء منها حماية للمتعاقد من الشروط التعسفية، إما بالنسبة للتعّهد بالضمان عن الأعمال الحرفية فيجد مصدره في الاتفاق المبرم بين المتعّهد له وصاحب الحرفة، فهذا الضمان هو أحد الضمانات الاتفاقية المشددة لضمان العيوب الخفية ومن ثمّ يكون خاضع لإرادة الطرفين من حيث شروطه والآثار المترتبة عليه .

1- كذلك بين المشرع الجزائري أن المسؤول عن ضمان كفاء الأداء هو المرقي العقاري فقط ،وهذا ما يستنتج من القانون كونه تكلم عن هذا الضمان في أطار التزامات المرقي العقاري .

2- ينظر نص المادة (62) من قانون الترقية العقارية الجزائري ،والمادة (3/1792) من القانون المدني الفرنسي .

3- ينظر نص المادة(1792) من القانون المدني الفرنسي ،والمادة (44) من قانون الترقية العقارية الجزائري.

المبحث الثاني

شروط التعُّهد بالضمان عن الأعمال الحَرِفيَة

يُعد التعّهد بالضمان عن الأعمال الحَرِفية من الضمانات الاتفاقية التي تنشأ بموجب الاتفاق، ويوفر قدراً كبيراً من الحماية للمتعّهد له، ويجب لقيام هذا التعّهد وإلزام الحرفي بتنفيذ ضمانه توفر عدداً من الشروط، ومن بينها وجود عقد صحيح من حيث أركانه وشروطه يتضمن القيام بعمل أو صنع شيء، وهذا الشرط هو أمر جوهري لكون التعّهد بالضمان هو ضمان تابع لعقد القيام بعمل، ونظراً لكون عقود القيام بعمل تدخل ضمن النظرية العامة للالتزام، فلن نتعرض لها في هذه الأطروحة، ومن بين الشروط الأخرى الخاصة بهذا التعّهد هو حدوث عيب في العمل المنجز، كشرط أساسي لنشوء مسؤولية المتعّهد، لكن العيب في إطار التعّهد بالضمان يتمتع بطابع خاص يتميز به عن العيب في ضمان العيوب الخفية، كذلك يشترط وجود اتفاق بين الطرفين على التعّهد بالضمان، فيحدد هذا التصرف القانوني مدى مسؤولية الحرفي عن العيب الحاصل في العمل المنجز من قبله، كذلك يجب أنّ لا ينسب خطأ للمتعّهد له في حدوث العيب، حيث قد يشكل ذلك سبباً لسقوط التعهد بالضمان وانتفاء المسؤولية عن عاتق المتعّهد، وسنبين هذه الشروط عن طريق تقسيم هذا المبحث على ثلاثة مطالب، نبين في المطلب الأول شرط وجود اتفاق بين الطرفين على الالتزام بالتعهد، ونتناول في المطلب الثاني شرط حدوث العيب في العمل محل التعاقد، إما المطلب الثالث فسنبين فيه شرط أنْ لا ينسب خطأ للمتعّهد له في استعمال العمل وحدوث العيب .

المطلب الأول

وجود اتفاق للالتزام بالتعُّهد بالضمان

حتى يلتزم المتعّهد بالآثار الناشئة عن التعّهد بالضمان عن الأعمال الحرفية لا بد من وجود علاقة سابقة بين المتعهد و المتعّهد له، وهذه العلاقة تكون بشكل اتفاق بين الطرفين، وذلك عن طريق الإيجاب من قبل المتعّهد أو الاشتراط من قبل المتعّهد له، فهو ضمان أصله اتفاقي، فلا يلتزم الحرفي بضمان عمله دون وجود اتفاق على التعُّهد بالضمان، ويحدد الاتفاق على التعّهد بالضمان مضمونه ومدّته وجزاء مخالفته وغير ذلك من الآثار، ونظراً لما يرتبه التعّهد بالضمان من آثار يلتزم المتعّهد بها من ناحية،

والامتيازات التي يمنحها للمتعّهد له من ناحية أخرى، فلا بدّ من بيان مدى جواز الاتفاق على التعّهد بالضمان، كذلك في بعض العقود قد ترد عبارات معينة تكون عامة تمثل الإرادة الضمنية، فهل يمكن الاعتداد بها في إنشاء هذا الضمان، سنحاول بيان ذلك عن طريق تقسيم هذا المطلب على فرعين نبين في الفرع الأول مدى جواز الاتفاق على التعهد بالضمان، ونبين مدى الاعتداد في الإرادة الضمنية في أنشاء التعّهد بالضمان في الفرع الثاني .

الفرع الأول

اتفاق الطرفين

يحصل الاتفاق على التعّهد بالضمان عن طريق الإيجاب من قبل المتعّهد وموافقة المتعّهد له، أو عن طريق اتفاق الطرفين على الشرط الذي يلتزم بمقتضاه صاحب الحرفة بجودة وكفاءة العمل المنجز من قبله، وهذا الشرط إما أنْ يكون عند أبرام عقد القيام بعمل أو في اتفاق لاحق عليه وموافقة الطرفين على ذلك الشرط، وأثارت مسألة الاشتراطات في العقود خلافاً فقهياً وتشريعياً واسعاً، فهل يُعد إضافة شرط للعقد يلزم صاحب الحرفة بالتعّهد بالضمان شرطاً صحيحاً أم باطلاً، وما موقف الفقه الإسلامي والقانون الوضعي من هذه الاتفاقات ؟

للإجابة على هذا التساؤل لا بد لنا من تتبع آراء الفقه الإسلامي من حيث الاشتراطات في العقود ومن ثمّ آراء الفقه القانوني والتشريعات المقارنة لبيان مدى صحة هذه الاشتراطات، عن طريق تقسيم هذا الفرع على الفقرات الآتية :

أولاً – موقف الفقه الإسلامي

لقد اختلف الفقه الإسلامي بشأن صحة الاشتراطات في العقود إلى ثلاثة آراء[1]، فنجد إنْ بعض الفقه الإسلامي لم يجز مسألة الشروط في العقود إلاّ في حالات استثنائية قليلة جداً وهو الاتجاه المضيق، في حين نجد أنْ رأياً آخر أجاز مسألة الشروط في العقود بصورة واسعة استناداً إلى إنْ الأصل في الشروط الإباحة، في حين نجد رأياً ثالث أخذ أتجاه وسطاً بين الرأيين المتقدمين حيث أجاز الاشتراطات في العقود لكن في حالات متعددة لكنها تكون أكثر من أصحاب الرأي الأول .

1- على الرغم منّ إنّ السائد في الفقه الإسلامي هو حرية التعاقد ،وفقا لمبدأ سلطان الإرادة ،ينظر د. أيمان طارق الشكري ، مصدر سابق ،ص46 .

أصحاب الرأي الأول هم جمهور الظاهرية[1]، حيث بينوا بأن الأصل في العقود هو حظر الاشتراطات ومنعها الا باستثناءات قليلة جداً، ويكون ذلك إذا ورد نص أو دليل شرعي يجيز هذا الاشتراط، وهو ما يسمى بدليل الصحة، ويكون هذا الدليل إما وارداً في القرآن الكريم أو السنة النبوية المطهرة، أو يكون الشرط مجمعاً على صحته بدليل الإجماع، واستخرج الظاهرية من هذه الأدلة سبعة شروط فقط يعتبرونها صحيحة[2]، وخلاف هذه الشروط يكون كل شرط باطل[3]، ووفقاً لهذا الرأي والاتجاه في الفقه الإسلامي فإن مسألة التعّهد بالضمان تعتبر غير صحيحة وباطلة وتؤدي إلى بطلان العقد بأكمله، لكون التعّهد بالضمان لم يكن من بين الشروط، التي بينوا صحتها ولقد استند الظاهرية إلى عدة أدلة على صحة رأيهم المتقدم وهذه الأدلة مأخوذة من القرآن الكريم والسنة والعقل.

فمن القرآن الكريم استند الظاهرية إلى عدة آيات قرآنية تجيز رأيهم، منها قوله تعالى **(الْيَوْمَ أَكْمَلْتُ لَكُمْ دِينَكُمْ وَأَتْمَمْتُ عَلَيْكُمْ نِعْمَتِي وَرَضِيتُ لَكُمُ الْإِسْلَامَ دِينًا)**[4]، وقوله تعالى **(وَمَنْ يَعْصِ اللَّهَ وَرَسُولَهُ وَيَتَعَدَّ حُدُودَهُ يُدْخِلْهُ نَارًا خَالِدًا فِيهَا وَلَهُ عَذَابٌ مُهِينٌ)**[5]، وقوله تعالى**(تِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ فَلَا تَعْتَدُوهَا وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَأُولَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ)**[6] .

وجه الدلالة /تدل الآيات الكريمة المتقدمة على اكتمال الدين الكريم بجميع جوانبه وأحكامه ولا يوجد نقص أو زلل في أحكامه، وإن المسلم يجب أنّ يلتزم بحدود الله التي بينها في كتابه، وبهذا فإن أي اتفاق لم يرد في القرآن الكريم فهو اتفاق باطل، وإنّه يشكل تجاوزاً على أحكامه وتعدي على حدود الله، ولو كان هذا الاتفاق صحيحاً لورد ذكره في القرآن الكريم، وإنّ القرآن الكريم قد بين جميع الأحكام، فأي حكم لم يرد في القرآن فإنه يكون مناقضاً للقرآن الكريم وهذا لا يجوز ومن ثمّ يكون شرطاً باطلاً[7].

كذلك استدلوا من السنة النبوية المطهرة بقول النبي محمد (صلى الله عليه واله وسلم) (ما بال أناس يشترطون شروطاً ليست في كتاب الله، من اشترط شرطاً ليس في كتاب الله فليس له وأن شرط مائة شرط، شرط الله أحق وأوثق) [8]، فهذا الحديث الشريف بين أنّ كل شرط أو عقد ليس في كتاب الله لا يجوز للمسلم أنّ يبرمه ويكون باطلاً . واستدلوا من العقل، بالقول إنّ الشريعة الإسلامية قد رسمت الحدود، وأقامت معالم

1- أبو محمد علي بن احمد بن سعيد ابن حزم الظاهري ،المحلى بالآثار، دار التراث العربي ، بيروت بلا سنة طبع ،ج8 ، ص414 .

2- للاطلاع على هذه الشروط ينظر د. حسن علي الشاذلي ،نظرية الشرط في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة ، ط1 ،دار كنوز اشبيلية للنشر و التوزيع، السعودية ، 2009، ص364 .

3- الشيخ علي الخفيف ،أحكام المعاملات المالية الشرعية ،دار الفكر العربي ،القاهرة ،1429هـ،2008م ، ص229 .

4- سورة المائدة ، جزء من الآية 3 .

5- سورة النساء ،الآية 14 .

6- سورة البقرة ،جزء من الآية 229 .

7 -المحلى، مصدر سابق، (ج8 /415) .

8- أخرجه أبو عبد الله محمد بن احمد بن عثمان الشافعي الذهبي ،المهذب في اختصار السنن الكبيرة ،المجلد العاشر، دار الوطن للطباعة ، بدون مكان وسنة طبع ،ص110 .

الحق، لتسود المعاملة العادلة بين الناس بلا شطط، ولم تترك أمر الناس فرطاً بلا حدود، وكل شيء خارج عن تلك الحدود فهو تعد على الشريعة الإسلامية كما وبينوا، إنّ أي شرط بصدد أبرام عقد معين فإنه يكون على ثلاثة أوجه، فهو إما أنْ يؤدي إلى إباحة ما لم يجب في العقد، وإما أنْ يؤدي إلى وجوب عمل ما، وإما أن يؤدي إلى إباحة عمل معين، وكل ذلك لا يجوز شرعاً لأنها تخالف أحكام الدين، ولو كانت في كتاب الله أو شروطاً صحيحة لورد ذكرها في القرآن الكريم[1] .

أما الرأي الثاني فهو رأي الإمامية[2]، والحنابلة[3]، فبينوا بأن الأصل في الاشتراط هو الصحة والجواز، وكل شرط يكون صحيحاً إلاّ إذا دل على بطلانه دليل شرعي، وهذا الرأي هو عكس رأي الظاهرية المتقدم ذكره، فالقاعدة بالنسبة لهذا الرأي هو جواز الاتفاق والاشتراطات في العقود إلاّ إذا ورد دليل بحرمة هذا الاتفاق، ولقد استدل أصحاب هذا الرأي بعدة أدلة منها :

القرآن الكريم فقد بين أصحاب هذا الرأي بوجود عدة آيات قرآنية تدل على صحة رأيهم منها قوله تعالى **(يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آَمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ)**[4]، وقوله تعالى**(وَأَوْفُوا بِالْعَهْدِ إِنَّ الْعَهْدَ كَانَ مَسْئُولًا)**[5]، وجه وجه الدلالة من هذه الآيات هو وجوب الالتزام بالاتفاقات والإيفاء بالتعهدات المبرمة بين الأطراف حيث أمر الله تعالى بوجوب الوفاء بما التزم به الطرفين ،ولم تبين حرمة الاتفاقات المبرمة، وهو ما يؤدي إلى إباحة الاتفاقيات والاشتراطات المعقودة بين الأطراف، ومن ناحية أخرى فإن الوفاء بالعقود والاشتراطات هو أمر محمود وتحث عليه الشريعة الإسلامية .

واستدلوا كذلك من الأحاديث النبوية المطهرة بقول النبي محمد (صلى الله عليه واله وسلم) (المسلمون عند شروطهم إلاّ شرطاً أحل حراماً أو حرم حلالاً)[6] ،وكذلك قوله (صلى الله عليه و آلة وسلم) (ثلاثةً أنا خصمهم يوم يوم القيامة رجل أعطى بي ثم غدر، ورجل باع حراً فأكل ثمنه، ورجل استأجر أجيراً فأستوفى منه ولم يعطه أجره)[7]، وجه الدلالة/ من هذه الأحاديث النبوية هو وجوب التزام المؤمنون بشروطهم ولا يجوز النكول عن الاتفاقات والعهود المبرمة بين الطرفين، ولم تبين هذه الأحاديث إجازة شروط معينة أو

1- أبو محمد علي بن سعيد أبن حزم الظاهري ،الاحكام في اصول الأحكام ،ج3، دار الافاق الجديدة ،ط2، 1983،ص13
2- محمد تقي الخوئي ،الشروط والالتزامات التبعية في العقود ،ط1 ،ج2 ،دار المؤرخ العربي ،بيروت ، 1993 ،ص85.
،ص85. .الحسن بن مطهر الحلي ،تذكرة الفقهاء ،ط1 ،ج10 ،مؤسسة آل البيت(ع) لإحياء التراث ،قم ،1999 ، ص217
.
3- منصور بن يونس البهوتي ،كشاف القناع عن الإقناع ،المجلد السابع ،ط1 ،وزارة العدل السعودية ،الرياض، 2000م، 2000م، ص389 .
4 - سورة المائدة ،الآية 1 .
5- سورة الإسراء ،جزء من الآية 34 .
6- أخرجه محمد بن عيسى الترمذي ،سنن الترمذي ،ج2 ،ط2 ،دار الفكر العربي ،بيروت ،1983 ،ص84 .
7- أخرجه أبوعبد الله محمد بن إسماعيل البخاري ،صحيح البخاري ،،بيت الأفكار الدولية ،الرياض ،1419هـ ، ص 415.

بطلانها، وهو ما يعني وجوب الوفاء بجميع الشروط المتفق عليها إلاّ إذا كانت مخالفة للشريعة الإسلامية .

واستدلوا كذلك من العقل بأن الحكم ببطلان الاتفاقات بين الطرفين هو حكم بالتحريم، ولا يجوز تحريم أي شيء لم يرد بشأنه دليل قطعي، وكذلك لا واجب إلاّ ما نص عليه دليل فالأصل في الاتفاقات هو الصحة إلاّ إذا ورد دليل على البطلان[1]، ويتبين من رأي الإمامية والحنابلة المتقدم إلى إنّ الأصل في التعُّهد بالضمان هو الصحة ذلك لأنّه لا يخالف نصاً شرعياً ولا يؤدي إلى تحريم ما أحله الله، كذلك من ناحية أخرى لا يؤدي إلى تحليل ما حرمه الله فيكون بذلك شرطاً صحيحاً في التعاقد واجب الوفاء.

إما أصحاب الرأي الثالث فإنهم يتوسطون الرأيين المتقدمين ويذهبون إلى أنْ الأصل في الشروط هو المنع، لكن توجد استثناءات يجوز الاتفاق والاشتراط فيها، والاستثناءات وفقاً لهذا الرأي تكون أكثر من تلك التي بينها أصحاب الرأي الأول، وأصحاب هذا الرأي هم المالكية[2]، والشافعية[3]، والحنفية[4]، حيث بينوا بصحة عدد من الشروط والاتفاقات، ولا يشترط لصحتها وجود نص خاص، ومن ناحية أخرى فإنهم لا يقررون صحة جميع الاتفاقات، بل يشيرون إلى وجود عدة استثناءات يكون فيها الاتفاق صحيحاً، ولا يوجد أساس محدد لتلك الاستثناءات، فالشافعية يقررونها على أساس المصلحة، والحنفية يقررونها على أساس الاستحسان، والمالكية يقررونها على أساس أنها لا تخالف مقتضى العقد، واستدلوا على رأيهم من السنة المطهرة، بقول النبي محمد (صلى الله عليه واله وسلم) (النهي عن بيع وشرط)[5]، واستدلوا من العقل بأن اشتراط شرط فيه منفعة زائدة لأحد المتعاقدين يكون فيه شبهة الربا، لأن تلك الزيادة تكون بلا عوض وهذا يكون فيه معنى الربا مما يجعل وجود مثل هذه الشروط باطلة [6].

مما تقدم من آراء الفقه الإسلامي في مسألة جواز الاتفاق على التعّهد بالضمان، فإننا نرجح الرأي الثاني الذي يأخذ بصحة الاتفاقات والاشتراطات في العقود، باستثناء الاتفاقات المخالفة للشريعة الإسلامية فتكون باطلة، بسبب قوة أدلتهم وضعف أدلة الآراء الأخرى، وإنها تعتبر أحاديث عامة، ولم تخصص لبطلان الشروط عند التعاقد، وبما إنّ التعّهد بالضمان لا يخالف أحكام الشريعة الإسلامية، بل إنّه يؤكد مقتضى العقد، لذا فإنه يعتبر اتفاق صحيح ووجوب العمل به، وتترتب المسؤولية عند مخالفته،

1- شمس الدين أبو عبد الله محمد المعروف بأبن القيم الجوزية، أعلام الموقعين عن رب العالمين ،ج3،دار الكتب العلمية، بيروت ،لبنان،1969 ،ص259 .
2- أبو الوليد محمد بن رشد القرطبي، المقدمات الممهدات ،ط1 ،ج2 ،دار العربي الإسلامي ،بيروت ،1988 ، ص65 .
3- محمد الخطيب الشربيني ، المغني ،(ج2 /381) .
4- علاء الدين أبن مسعود بن احمد الكاساني ،بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ،ج3 ،دار الكتاب العربي ، بيروت ، 1956،ص169 .
5- أخرجه نور الدين علي بن بكر بن سليمان الهيثمي ،مجمع الروائد ومنبع الفوائد ،ط1، ج4 ،دار الكتب العلمية بيروت، بيروت، 2001 ، ص106 .
6- علاء الدين السمرقندي ،تحفة الفقهاء ،ج2 ،ط1 ،دار الكتب العلمية ،بيروت ،1984م، ص 53 .

كذلك وأنْ التعُّهد بالضمان أصبح من الحاجات الضرورية في الوقت الحاضر بالنسبة لعقود القيام بعمل، بل أنّه ينزل منزلة الضرورة للتخلص من الاحتيال والغش الذي قد يحصل في العمل، كما وأنّه سبب لإتقان صاحب الحرفة عمله وحرصه الشديد على إتمامه بصورة جيدة، لذا يمكن القول بجواز التعّهد بالضمان، لأنه يؤدي إلى جلب المصالح ودرء المفاسد وتلك من أهم القواعد في الشريعة الإسلامية .

ثانياً – موقف التشريعات المقارنة

عن طريق الاطلاع على موقف التشريعات المقارنة من جواز الاتفاق على التعّهد بالضمان عند التعاقد، فيبدو لنا إنّ هذه التشريعات قد أجازت هذا الاتفاق، ذلك لأنه لا يخالف مقتضى العقد المبرم بين الطرفين، ولا يخالف النظام العام والآداب العامة، لكن موقف هذه التشريعات لم يكن على وتيرة واحدة من حيث النص على جواز الاتفاق على التعّهد بالضمان، فنجد إنّ كل من القانون المدني الفرنسي والقانون المدني المصري لم يوردا نصاً خاصاً يجيز مسألة الاشتراط عند التعاقد، لكن ومع ذلك فإن غياب النص لا يعني إنْ هذه التشريعات لا تجيز الاشتراط عند التعاقد، فهذا الاشتراط يكون صحيحاً دون الحاجة إلى نص قانوني خاص يقرره، ونستطيع إنّ نستخلص تلك النتيجة عن طريق القواعد العامة، فلقد بين المشرع الفرنسي في المادة (1627) بجواز اتفاق الأطراف على تشديد الضمان القانوني او تخفيفه أو إسقاطه، وكذلك المادة (1170) التي نصت على أنّه (يعتبر كان لم يكن، كل شرط يفرغ الالتزام الرئيسي من محتواه)[1]، فهذا النص يبين أنْ كل شرط يخالف الالتزام الرئيسي للعقد يعتبر باطلاً، وبمفهوم المخالفة فإن الشرط يكون صحيحاً إذا لم يعارض الالتزام الرئيسي، وبما إن التعّهد بالضمان يؤكد مقتضى العقد فيكون شرطاً صحيحاً، أما القانون المدني المصري فقد بين في المادة (453) الواردة في أطار ضمان العيوب الخفية بجواز اتفاق الطرفين على الضمان الاتفاقي حيث نصت على أنّه (يجوز للمتعاقدين باتفاق خاص ان يزيدا في الضمان أو ان ينقصا منه او ان يسقطا هذا الضمان)،

يتبين مما تقدم من موقف المشرع الفرنسي والمصري انها على الرغم من عدم إيرادها نص خاص يجيز مسألة الاشتراط عن التعاقد، إلاّ إنْ هذا لا يعني إنْ هذه التشريعات لا تجيز وضع شرط في العقد يلزم الحرفي بضمان كفاءة وجودة عمله، حيث ورد في النصوص التي بيناها جواز اتفاق الطرفين على الضمان الاتفاقي بصورة عامة .

1 -Art 1170 -(Toute clause qui prive de sa substance l'obligation essentielle du débiteur est réputée non écrite)

إما المشرع العراقي فإنه كان أكثر تحديداً ودقةً من المشرع الفرنسي والمصري من حيث أيراد نص صريح يجيز الاتفاق والاشتراط عند التعاقد، في المادة (131) من القانون المدني العراقي التي نصت على إنه (يجوز أنْ يقترن العقد بشرط يؤكد مقتضاه او يلائمه أو يكون جارياّ به العرف والعادة، كما يجوز أنْ يقترن العقد بشرط فيه نفع لأحد المتعاقدين أو للغير أنْ لم يكن ممنوعاً)، نستخلص من هذا النص إنّ المشرع العراقي قد أجاز وضع شرط في العقد يؤكد مقتضاه أو يلائمه أو يكون متعارفاً عليه، كأن يشترط المتعاقد ألزام الحرفي بضمان عمله لمدة معينة، فهذا الشرط يكون صحيحاً واجب الوفاء به في القانون المدني العراقي .

وفي إطار القوانين الخاصة نجد أنْ قانون حماية المستهلك الفرنسي أجاز الاتفاق على الضمان في المادة (66)[1]، حيث بينت هذه المادة جواز الضمان الاتفاقي ضد عيوب السلعة المبيعة واشترطت على الملتزم بالضمان أنْ يحدد مدة الضمان ونطاقه وشروطه، وهذا يظهر لنا أنْ المشرع الفرنسي أجاز الضمانات الاتفاقية بصورة عامة وترك تحديدها لاتفاق الطرفين، إما المشرع المصري فإنه قد ألزم الحرفي بضمان عمله لمدة سنتين على الأقل في المادة (26)من قانون حماية المستهلك المصري[2]، وهذا يظهر لنا وبوضوح موقف المشرع المصري من أجازت الضمانات الناشئة عن الأعمال الحرفية، إما قانون حماية المستهلك العراقي فإنه أجاز الاتفاق على الضمان في المادة (6/ د)من قانون حماية المستهلك العراقي[3]، التي بينت إنّه من حق المستهلك الحصول على الضمانات وبحسب المدة المتفق عليها ودون تحميلها نفقات إضافية .

وبصدد موقف القضاء العراقي نجده قد أجاز للأطراف المتعاقدة وضع الشروط عند التعاقد لكن بشرط أنْ لايخالف النظام العام والآداب العامة، بل وألزمت المتعاقدين على وجوب الوفاء بتلك الشروط، وهذا ما يمكن تبينه عن طريق قرار محكمة التمييز الاتحادية المرقم (410) الذي جاء فيه (العقد شريعة المتعاقدين وكل شرط وارد فيه معتبر ما لم يكن مخلا بالنظام العام أو مخالفا للآداب العامة، وإنّ اشتراط الضمان على المتعاقد المخل بواجبه واجب التنفيذ ،فهذا الإخلال يلزمه بالضمان المشروط في العقد)[4] .

1- التي نصت على انه (لأغراض هذا الفصل ،الضمان ألاتفاقي هو أي إضافة للضمان القانوني ضد عيوب السلعة المباعة) .

2- التي نصت على انه (يضمن مورد خدمات التشطيبات والصيانة والتركيبات المنزلية صلاحية ما قام بتنفيذه من أعمال) .

3- التي نصت على انه (أولاً - للمستهلك الحق في الحصول على ما يأتي :د- الضمانات للسلع التي تستوجب طبيعتها مثل هذا الضمان و للمدة التي يتم الاتفاق عليها مع المجهز، دون تحميلها نفقات اضافية) .

4- قرار محكمة التمييز العراقية رقم 410 /ب / 1949 في 19 /12 /1949، أشار إليه سهير حسن هادي ،الشرط المألوف في التعاقد ،رسالة ماجستير مقدمة إلى مجلس كلية القانون /جامعة بابل ،2008 ، ص37 .

ومما تقدم من موقف التشريعات المقارنة المدنية والقوانين الخاصة بحماية المستهلك نجدها قد أجازت لأطراف عقد القيام بعمل الاتفاق على التعّهد بالضمان ذلك لأنه لا يخالف مقتضى العقد او نص القانون، وإنْ موقف المشرع العراقي كان متميزاً من بين القوانين محل المقارنة من خلال نص المادة (131) التي أجازت وبصورة صريحة الاشتراطات عند التعاقد .

الفرع الثاني

مدى الاعتداد بالإرادة الضمنية في إنشاء التعُّهد بالضمان

قد يحدث في بعض الأحيان ان يتضمن العقد المبرم بين صاحب الحرفة والمتعاقد معه عبارات عامة دون أنْ تشير بصورة واضحة إلى تعّهد صاحب الحرفة بضمان العمل المنجز من قبله، كأن يذكر مثلاً إنْ العمل تم بصورة جيدة، أو أنّه استعمل مواد ذات متانة وجودة عالية في انجاز العمل وذات قدرة على التحمل، أو أن يكون ثمن العمل أعلى من الثمن المعتاد من بين أقرانه فيكون ثمنه باهظاً، مما يوحي للمتعاقد إنْ الحرفي قد ضمن له جودة وكفاءة العمل، فهل يمكن الاعتداد بهذه العبارات العامة والقرائن، والقول إن أرادة الطرفين اتجهت بصورة ضمنية إلى إنشاء التعُّهد بالضمان، وإن الحرفي قد التزم بضمان العمل المنجز من قبله ؟

يذهب رأي في الفقه إلى الإجابة على هذا التساؤل بالقول إنّ الشروط المخالفة للضمان القانوني تخضع لقيود معينة، بدونها لا ينشأ الضمان الاتفاقي، إذ إنّ القواعد القانونية العامة تضمن للمتعاقد مع الحرفي أي خلل يظهر في العمل المنجز من قبله وتكفل له حقه في الحصول على شيء صالح للانتفاع به، لذا فإن أي اتفاق مخالف لهذه القواعد العامة يجب ان يكون واضحاً وصريحاً، فإلزام صاحب الحرفة بضمان عمله يجب ان يكون بشكل واضحاً وصريحاً لا يشوبه أي شك في ذلك، على اعتبار إنّ هذا التعّهد بالضمان يزيد في مسؤولية صاحب الحرفة ويجعله ملزماً بالضمان دون حاجة إلى شروط الضمان القانوني كالخفاء والقدم والتأثير، وهذا يمثل خروجاً على القواعد العامة[1]، ومن ثمّ فإن وجود عبارات عامة أو زيادة في الثمن عن المعتاد لا يعد تشديداً لمسؤولية المتعّهد ولا يضيف شيئا للضمان القانوني، ويضيف البعض إلى ذلك بالقول، إن العبارات العامة لا تتضمن تعهداً من قبل البائع بضمان المبيع، نظراً لما ينطوي عليه ذلك الضمان الاتفاقي من الجزاءات والآثار التي تمثل خروجاً عن القواعد

1- د .محمد حسن قاسم ، الموجز في عقد البيع ،دار الجامعة الجديدة للنشر ،الإسكندرية ،1996 ،ص300 .

العامة بالضمان القانوني وتشديداً لمسؤولية المدين بالضمان، إضافة إلى ذلك فإن هذا الضمان محدد بمدة زمنية معينة، يجب تحديدها من قبل الطرفين، ودون وجود اتفاق على هذه المدة فلا يقوم الضمان لأنه لا يمكن افتراضها[1]، ومن ثمّ فإن وجود هذه العبارات العامة لا تمثل ضماناً أتفاقياً ويبقى صاحب الحرفة ملزماً بالضمان القانوني فقط .

في حين يذهب رأي آخر إلى اتجاه مغاير لما ذكر أعلاه ويبين ان وجود عبارات وشروط عامة في التعاقد، كشرط كون المبيع بحالة جيدة، يتضمن تشديداً لمسؤولية المدين بالضمان وتجعله ضامناً لكل عيب يظهر في محل العقد، حتى لو لم تنطبق عليه شروط الضمان القانوني، حيث إنّ وجود هذه العبارات العامة تحدد حالة محل العقد بكونه صالحاً للاستعمال وبحالة جيدة، وتجعل المتعاقد مطمئناً بجودته وكفاءته الأداء الغرض المقصود، ومن ثمّ تجعل البائع ضامنا لصلاحية المبيع ولكل عيب يظهر فيه[2]. ويرى الباحث إن الرأي الراجح هو الرجوع الى القواعد العامة الواردة في القانون المدني المكملة والمفسرة وذلك في المادة (2/150) لتفسير ارادة المتعاقدين حيث نصت هذه المادة بأنه (لا يقتصر العقد على الزام المتعاقدين بما ورد فيه، ولكن يتناول أيضاً ما هو من مستلزماته وفقاً للقانون والعرف والعدالة بحسب طبيعة الالتزام) .

أما بصدد موقف القضاء من هذه العبارات العامة فنجد إنْ بعض القرارات القضائية تشير إلى ضرورة كون شرط الضمان الاتفاقي يجب أنْ يكون بصورة واضحة وصريحة، وذلك في قرار لمحكمة النقض المصرية جاء فيه (يجب على من يريد مخالفة ما فرضه القانون من ضمان إذا أراد تشديد مسؤولية البائع أنْ يبين الشروط في العقد التي يفهم منها صراحة تشديد الضمان ومخالفة ما نص عليه القانون، أما اشتمال العقد على عبارات عامة فإنه لا يدل على أنْ البائع تعّهد بضمان أشد مما فرضه القانون، ويكون من المتعين في هذه الحالة تطبيق الضمان القانوني دون زيادة عليه، لأنه في حالة الاشتباه يكون التفسير بما فيه من فائدة المتعّهد)[3]، فيفهم من هذا القرار أنْ محكمة النقض المصرية تشترط أنْ يكون شرط الضمان الاتفاقي محدداً ومشار أليه بصورة واضحة عند التعاقد ولا تأخذ بالشروط والعبارات العامة لإنشاء الضمان الاتفاقي ومن ثمّ فهي لا تعتد بالإرادة الضمنية لإنشاء هذه الاتفاقات .

المطلب الثاني

1- د. محمد حسين منصور ،ضمان صلاحية المبيع ،مصدر سابق ،ص11 .
2- د .محمد شوقي عبد الرحمن ،،ضمان العيوب الخفية في بيوع السيارات، دار النهضة العربية ،القاهرة ، 1995 ، ص147 .
3- نقض مدني مصري رقم (431 جلسة 1983/3/3) أشار إليه د. احمد شعلة قضاء النقض المدني المصري في عقد البيع خلال أربع و ستون عاما (1931-1994) ص270 .

حدوث عيب في العمل

يتطلب التعّهد بالضمان عن الأعمال الحرفية، وكما هو الحال في ضمان العيوب الخفية وجود عيب في الشيء الذي قام الحرفي بصنعه، لكن ضمان العيوب الخفية يستلزم توفر شروطاً معينة في العيب منها خفاء العيب وقدم العيب وتأثير العيب، حيث يذهب رأياً فقهياً[1] إلى أنْ استلزام توفر هذه الشروط أمر ضروري للحفاظ على استقرار المعاملات والعلاقات القانونية، فهل يتطلب العيب في إطار التعّهد بالضمان توفر هذه الشروط أيضا، أمّ إنّ له خصوصية يختلف بها عن العيب في إطار ضمان العيوب الخفية، كذلك يشترط في العيب الموجب لضمان صاحب الحرفة أنْ يظهر في مدة محددة وهي مدة التعّهد المتفق عليها، هذا ما سنبينه في هذا المطلب عن طريق تقسيمه على فرعين نبين في الفرع الأول خصوصية العيب في إطار التعهد بالضمان، ونبين في الفرع الثاني ظهور العيب في مدة التعهد بالضمان

الفرع الأول

خصوصية العيب في إطار التعُّهد بالضمان

إنّ للعيب في إطار التعُّهد بالضمان، معنى خاص يختلف عما هو عليه في ضمان العيوب الخفية[2]، فاقتران التعُّهد بالضمان بمدة زمنية معينة يجعل المتعّهد ملزماً بتعهده طوال المدة المتفق عليها، كذلك إنّ المتعّهد له يكون مطمئناً بتدخل صاحب الحرفة ومسؤوليته عن كل عيب، وهذا يعطي للعيب طابعاً خاصاً عن العيب في ضمان العيوب الخفية، وسنحاول بيان خصوصية العيب في التعّهد بالضمان، في هذا الفرع عن طريق تقسيمه على ثلاث فقرات، نبين في الأولى منها عدم الحاجة الى إثبات تأثير العيب، ونبين في الثانية عدم الحاجة إلى إثبات قدم العيب، إما في الفقرة الثالثة فسنبين عدم الحاجة إلى إثبات خفاء العيب :

أولاً – عدم الحاجة إلى إثبات تأثير العيب

لا يكفى لنشوء مسؤولية البائع، والزامه بالضمان القانوني مجرد وجود العيب، إنما يتطلب أنْ يكون العيب مؤثراً، فهل ينطبق هذا الأمر أيضا على التعّهد بالضمان عن الأعمال الحرفية ؟

1- أستاذنا الدكتور عباس العبودي، شرح أحكام العقود المسماة في القانون المدني البيع والإيجار دراسة مقارنة معززة بالتطبيقات القضائية، ط2، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2011، ص166.

2- إذ يعرف العيب في أطار العيوب الخفية بأنه (كل ما يطرأ على المبيع من أمور تفوت او تنقص به المنفعة المتوخاة منه مما يجعل من ذلك نقصان قيمته عند التجار والخبراء وكان في الغالب من أمثال الشيء عدم وجوده) د. عباس حسن الصراف ، شرح عقدي البيع و الإيجار في القانون العراقي ، بغداد ، مطبعة الأهالي ، 1956، ص206 .

للإجابة على هذا التساؤل لا بد لنا من بيان معنى العيب المؤثر لمعرفة مدى انطباقه على التعّهد بالضمان، لقد بين المشرع العراقي في المادة (558) الخاصة بضمان العيوب الخفية معنى العيب المؤثر بأنه ما يفوت به غرض صحيح أو ينقص من قيمة المبيع حيث نصت هذه المادة في الفقرة الثانية على إنْ (العيب هو ما ينقص من ثمن المبيع عند التجار وأرباب الخبرة أو ما يفوت به غرض صحيح إذا كان الغالب في أمثال المبيع عدمه)، فالمشرع العراقي قد اعتمد ضابط نقصان الثمن أو فوات الغرض المقصود للعيب المؤثر واعتمد في ذلك على تقدير أصحاب الخبرة من التجار، إما المشرع الفرنسي فإنه عد العيب مؤثراً إذا كان ينقص من استعمال الشيء إلى حد يدفع المشتري إلى العدول عن الشراء لو علم به في المادة (1641)[1]، إما المشرع المصري، فإنه قد أضاف تخلف الصفة المتفق عليها إلى العيوب المؤثرة في المادة (447)[2] .

وفي مجال التعّهد بالضمان وإنْ كان أحد شروطه حدوث عيب في العمل المنجز من قبل صاحب الحرفة إلاّ إنْ لذلك العيب معنى أوسع من العيب المؤثر في ضمان العيوب الخفية المتقدم بيانه، فليس من الضروري أنْ يكون العيب مؤثراً، بأن يؤدى إلى فوات غرض صحيح أو نقص في قيمة العمل حسب المادة (558) من القانون المدني العراقي، فيكفي مجرد ظهور أي خلل في العمل المنجز لتطبيق الضمان ولا يشترط فيه مواصفات أو معايير معينه، وأن للمتعّهد له الحق في طلب الضمان الناشئ عن التعّهد بالضمان عن الأعمال الحرفية دون أنْ يكون مطالب بإثبات تأثير العيب حيث أنْ هذا الشرط غير مطلوب في التعّهد بالضمان، فيكفى مجرد حدوث أي خلل، ويجد هذا القول تبريره في الطابع الخاص للتعّهد بالضمان حيث إنّ المتعّهد قد الزم نفسه في التعّهد بالضمان بمحض أرادته المنفردة أو بناءٍّ على الاتفاق مع المتعّهد له، وهذا يؤدي إلى جعل المتعّهد له مطمئناً بجودة وكفاءة العمل وقدرته على أداء الغرض المقصود من التعاقد في مدة التعّهد بالضمان، ومن ثمّ فإن ظهور أي خلل يجعل المتعّهد بالضمان مسؤولاً عن ذلك، وهذا يعكس رغبة الأطراف في تجاوز الضمان القانوني وعدم التقيد بشروطه من حيث كون العيب مؤثراً، ومن جهة أخرى فإن المتعّهد له وعند وجود العيب في الشيء الذي قام الحرفي بصنعه لا يطلب سوى إصلاحه أو استبداله إذا تعذرت عملية الإصلاح، فالمتعّهد له عند نشوء الضمان إنما يطلب حدا أدنى من الجزاءات المقررة للضمان القانوني، فهو لا يطلب فسخ العقد ولا يهدر المراكز القانونية المترتبة على وجودة، وبذلك فإن للمتعّهد له الحق في المطالبة بتنفيذ الضمان

1-Art.1641(Le vendeuresttenu de la garantie a raison des defaults caches de la chose venduequi la rendentt impropreàl, usageauqul on la destine, au qui diminuenttellementcet usage quel, acheteur ne L'aurait pas à cquiseoun, en auraitdonnequ, un moindre prix sil les avait connus).

2- التي نصت على انه (1- يكون البائع ملزماً بالضمان إذا لم يتوافر في المبيع وقت التسليم الصفات التي كفل للمشتري وجودها فيه، أو إذا كان بالمبيع عيب ينقص من قيمته أو من منفعته بحسب الغاية المقصودة المستفادة منه كما هو مبين في العقد ولو لم يكن عالماً بوجوده).

عن الإعمال الحرفية عند أي خروج للعمل محل التعاقد عن السير العادي أو المألوف لعمل مماثل له حتى ولو لم يكن ذلك عيبا بالمعنى المقصود[1]، فمجرد ظهور الخلل أو العيب في العمل المنجز من قبل الحرفي فأنه يكون ملزم بتنفيذ تعّهده، وأجراء اللازم بإصلاح العيب وإعادة العمل إلى وضعه الطبيعي، وبغض النظر سواء أكان العيب جسيماً أمّ يسيراً أو حتى لو كان تافهاً، فيعد عيباً موجباً لمسؤولية الحرفي عدم تثبيت المسمار بصورة صحيحة في العمل الذي قام بإنجازه مثلاً، على الرغم إنْ ذلك قد لا يخل بمنفعة الشيء أو ينقص من قيمته، وإضافةً لما تقدم فإن المتعّهد له قد دفع مقابلا للتعّهد بالضمان المقدم من قبل المتعّهد بإضافة مبلغ إلى الثمن الإجمالي لقاء التعّهد بالضمان ،ولا شك بأن المتعهد له قد دفع هذا المقابل ليس لتطبيق الضمان القانوني وفقا لمعنى العيب المؤثر في ضمان العيوب الخفية، وإنما مقابل تدخل صاحب الحرفة عند حدوث أي عيب لإصلاحه .

وهنالك من يعترض[2] على ما تقدم من رأي وبين بأن العيب يجب أنْ يكون مؤثراً في منفعة الشيء أو قيمته، بداعي إنّ الضمان الاتفاقي هو ضمان يهدف إلى تأكيد قيام الشيء بوظيفته المرجوة، وتحقيق المنفعة المقصودة من استعماله سواء أكان الاستعمال خاصاً أمّ كان عادياً، فالمهم من وجود الضمان هو تحقيق المنفعة بشكل موضوعي لا شكلي، ومن ثمّ يمكن استبعاد أي عيب لا يؤثر على أداء الشيء لوظيفته المقصودة، إلاّ إنّ الباحث لا يتفق مع الرأي المتقدم، لأن الغرض من وجود الضمان ألاتفاقي هو تحقيق الحماية للمتعاقد قليل الخبرة الذي قام بإبرام الضمان الاتفاقي لكي يكون مطمئناً بتدخل الحرفي عند حدوث أي عيب مهما كان بسيطاً من ناحية، والتخلص من الضمان القانوني وما يتطلبه من شروط في العيب المؤثر قد يصعب على المتعاقد إثباتها من ناحية أخرى .

ومما تقدم من موقف الفقه والتشريعات المقارنة، نجدها قد تباينت في بيان معنى العيب المؤثر، بين من عد إنّ العيب يكون مؤثراً إذا أدى إلى فوات غرض صحيح ونقصان ثمن المبيع، وبين من اكتفى بفوات الغرض الصحيح فقط ،وبين من أضاف تخلف الصفة إلى العيب، إما في مجال التعّهد بالضمان عن الإعمال الحرفية فيكفي مجرد حدوث أي خلل في الشيء محل التعاقد لتحقيق مسؤولية القائم بالعمل حتى ولو لم يكن العيب مؤثراً، لأن صاحب الحرفة قد الزم نفسه بموجب تعًهده بتدخله لإصلاح العيب مهما كان بسيطاً ،كذلك إنّ المتعاقد مع الحرفي يقصد من وراء هذا الضمان تجاوز الضمان القانوني وما يتطلبه من شروط كون العيب مؤثراً وقديماً وخفياً، الأمر الذي قد يواجه صعوبة في إثباته ومن ثمّ يفوت عليه الضمان .

1- د. جابر محجوب علي ،مصدر سابق ،ص21 .

2- د .سعيد جبر ، الضمان الاتفاقي للعيوب الخفية في عقد البيع ، دار النهضة العربية ،القاهرة، 1970.، ص41 .

ثانياً – عدم الحاجة إلى إثبات خفاء العيب

العيب إما أنْ يكون ظاهرا وإما أنْ يكون خفياً، فالعيب الظاهر هو ما كان بادياً للعيان إما العيب الخفي فهو العيب الذي لم يكن المتعاقد على علم به عند أبرام العقد، أو لم يستطع اكتشافه رغم بذله الجهد اللازم لذلك، والضمان القانوني للعيوب الخفية يتطلب أنْ يكون العيب خفياً بالمعنى المتقدم فهل هذا الأمر ينطبق على العيب الموجب لمسؤولية الحرفي في التعّهد بالضمان عن الأعمال الحرفية ؟

من المعلوم إنّ أي شخص يروم إشباع حاجته والحصول على سلعة معينة فإنه يقوم بإبرام عقد سواء كان عقد بيع أو إيجار او قيام بعمل وغير ذلك، فسبب إبرامه لذلك العقد هو إشباع حاجة ما، وهو عندما يقوم بذلك ويقدم على الحصول على سلعة معينة فإنه يقوم بدفع مقابل كثمن تلك السلعة، ويكون معادلاً لقيمة السلعة خالية من العيب، لذلك فالمتعاقد يرتبط بعقد مع الطرف الآخر أساسه الثقة المتبادلة ويكون مطمئناً إلى أنْ الشيء الذي حصل عليه سينفعه ويحقق رغبته، وبذلك فإنه قد لا يفكر بوجود عيب خفي فيه، ولقد بينت التشريعات محل المقارنة[1] بأن الضمان القانوني لا يشمل العيب الظاهر، ويكون العيب ظاهراً في حالتين، الأولى إذا كان بادياً للعيان ومعلوماً لدى المشتري، فعلم المشتري بذلك وعدم أبدءاه أي اعتراض منه يفترض معه قبوله له وعدم تمسكه بالضمان[2]، ويشترط تحقق العلم الحقيقي لا العلم الافتراضي[3]، والحالة الثانية لاعتبار العيب ظاهرا فهي حالة حكمية تحصل إذا كان بإمكان المشتري اكتشافه بواسطة فحص المبيع بعناية الرجل المعتاد[4] لكنه لم يبذل الجهد اللازم لذلك، وعناية الرجل المعتاد ينظر إليها بمنظار موضوعي دون النظر الى ظروف الشخص ومدى ما يعتد به من ظروف وما يتمتع به من خبرات خاصة[5] وهذه العناية توجب على المشتري الاستعانة بأهل الخبرة والاختصاص في

1- ينظر المادة (2/447) من القانون المدني المصري ، و المادة (1641) من القانون المدني الفرنسي .

2- د. جميل الشرقاوي ،مصدر سابق ،ص312 ،د .حسام الدين الأهوائي ،مصدر سابق ،ص642 .

3- وقد أيدت محكمة التمييز العراقية هذا القول بقرارها المرقم(1642) الذي جاء فيه (ان قول المشتري في عقد البيع انه تسلم البضاعة وفحصها فوجدها خالية من العيوب لا يمنعه من أعادة المبيع بسبب وجود عيب خفي فيه ،لأن المسقط لدعوى ضمان العيب الخفي هو العلم الحقيقي دون العلم الافتراضي المثبت على قائمة المبيع) ،قرار رقم 1642 /مدنية /975 / بتاريخ 10/28 / 1976 مجلة وزارة العدل مجموعة الأحكام العدلية ، العدد الرابع ، السنة السابعة، 1976 .

4- وقد جاء في قرار لمحكمة التمييز العراقية انه (كون السيارة المبيعة هي موديل 1955 وليست موديل 1959 هي من العيوب التي يمكن للمشتري تبينه بنفسه له انه بذل في سبيل فحص المبيع بما يجب من العناية هذا بالإضافة إلى اطلاع المشتري على شهادة التسجيل التي ذكر فيها كون السيارة موديل 1955 وعليه تنطبق عليه المادة 559 و لا يضمن البائع العيب المذكور) ،قرار رقم 144/ حقوقية/ 1970 بتاريخ 1970/2/1 ، النشرة القضائية ،العدد الأول ،السنة الأولى،1970 ، ص69 .

5- د. عبد الرزاق السنهوري ،الوسيط في شرح القانون المدني، مصدر سابق ،ص 725 ،د. جميل الشرقاوي ، مصدر سابق ،ص313 .

كشف العيب إذا لم تكن خبراته تسعفه في كشف العيب[1] فإذا كان المشتري لم يبذل العناية اللازمة لذلك فإنه يكون قد أسقط حقه في الضمان .

وبالنسبة للتعّهد بالضمان عن الأعمال الحرفية فيكون للمتعّهد له أنْ يطالب بتطبيق الضمان الناشئ عن التعّهد، إذا كان الشيء الذي قام الحرفي بصنعه ينطوي على عيب خفي وفقا لما تقدم بيانه، لكن ومع ذلك فإن حدوث أي عيب في مدة التعّهد يكون موجباً لمسؤولية المتعّهد ولا يكون المتعّهد له ملزماً بإثبات إن العيب كان خفياً، وذلك لنفس الأسباب التي بيناها في تأثير العيب، ونضيف لها بأن المتعّهد يكون محترفا في مجال عمله، فيفترض فيه العلم بعيوب الشيء الذي قام بصنعه، وكان من المفروض عليه أنْ ينبه المتعاقد معه إلى جميع العيوب الموجودة في الشيء محل التعاقد وهذا ما تؤيده التطبيقات القضائية فقد ورد في قرار لمحكمة النقض الفرنسية جاء فيه (إنّ البائع بحكم مهنته لا يستطيع ان يجهل عيوب المبيع الأمر الذي يتعين افتراض علمه بالعيب)[2]، وبعكس ذلك فإنه يعد سيء النية ويلزم بتنفيذ ضمانه، إضافة إلى ذلك فإن المتعّهد له يكون قد اطمئن إلى خلو المبيع من أي عيب ولم يبذل العناية المطلوبة للكشف عن العيب اعتماداً على التعّهد بالضمان من قبل المتعّهد[3]، وبذلك فإنه يكون داخلاً ضمن المعنى الوارد في الشطر الأخير من المادة (559 /1)[4] من القانون المدني العراقي، لكن في حالة إذا كان المتعهد عالماً بالعيب واستلم العمل محل التعاقد ولم يعترض على ذلك فأنه يؤدي الى سقوط حقه في الضمان، لذا فالباحث يؤيد الرأي الفقهي الذي يذهب إلى إنّ للمتعّهد له الحق في المطالبة في الضمان حتى لو أهمل فحص الشيء ولم يبذل العناية المطلوبة للكشف عن العيب[5]، لأن المتعّهد قد ضمن سلامة سلامة العمل من العيوب بغض النظر عن علمه او عدمه، من العيوب الحادثة في العمل، كذلك إنْ التعّهد بالضمان المعطى من قبل الحرفي بمثابة تأكيد على عدم وجود أي عيب بالمبيع بالشيء محل التعاقد وإنّه صالحاً لأداء الغرض المقصود وهو ما يدفع المتعّهد له إلى عدم البحث أو الكشف عن العيب وبذل العناية اللازمة لذلك .

ثالثاً – عدم الحاجة إلى أثبات قدم العيب

1- وهذا الرأي أيدته محكمة النقض المصرية التي بينت (يعتبر العيب خفيا متى كان المشتري غير عالم به و غير مستطيع ان يعلمه ،أو إذا لم يكن من الممكن اكتشافه بالفحص المعتاد الذي تعارف الناس على القيام به ،بل كان يتطلب خبرة خاصة وفحص دقيق من المختصين) ،نقض مدني مصري بتاريخ ل4 يونيو 1962 اشار اليه احمد عبد المنعم دبش ،النظام القانوني لضمان العيوب الخفية في عقد البيع في اطار القانون المدني المصري ،أطروحة دكتوراه مقدمة إلى مجلس كلية الحقوق جامعة عين شمس، ،ص95 .

2- نقض مدني فرنسي بتاريخ 28 نوفمبر 1966 أشار أليه د .احمد عبد العال أبو قرين مصدر سابق ، ص 139 .

3- ينظر كذلك د محمود عبد الحكم رمضان ،مصدر سابق ،ص21 .

4- حيث نصت على انه (لا يضمن البائع عيبا قديما كان المشتري يعرفه او كان يستطيع ان يتبينه لو انه فحص المبيع بما ينبغي من العناية ألا أذا اثبت ان البائع قد أكد له خلو المبيع من هذا العيب أو اخفى العيب غشا منه) .

5- د. جابر محجوب علي ،مصدر سابق ، ص23 .

يعد العيب قديماّ بصورة عامة إذا وجد في المبيع قبل التسليم، فالبائع لا يضمن العيب ولا تنشأ مسؤوليته عن ضمان العيوب الخفية إلاّ إذا كان العيب قديماً، ولقد تعرض الفقه القانوني لقدم العيب وبينوا بأن العيب يعد قديماّ متى ما وجد في المبيع قبل التسليم[1]، ونص المشرع العراقي على شرط القدم في المادة (558 /2) التي نصت على أنه (ويكون قديما أذا كان موجودا في المبيع وقت العقد أو حدث بعده وهو في يد البائع قبل التسليم)[2]، ونستنتج مما تقدم إنّ الدائن في الضمان القانوني إذا عجز عن إثبات قدم العيب وفقاً للمعنى المتقدم فإنه يكون قد اسقط حقه في ضمان العيوب الخفية، إلاّ إذا أثبت تخلف صفة وقت التسليم جرى الاتفاق عليها بين الطرفين، أو كفل البائع وجودها أثناء التعاقد، فهل ينطبق ما تقدم على التعّهد بالضمان ؟

يذهب رأي في الفقه[3] إلى إنْ ما تقدم لا ينطبق على الضمان الاتفاقي ويشكل قيداً على تخفيف حدة الشرط المتقدم في سبيل حماية المتعاقد مع الحرفي، وضمان تحقيق العمل للغرض المقصود، فحدوث أي عيب في العمل بعد إنجازه يعد قرينة على إنْ العيب موجود قبل التسليم إلى المتعّهد له ومن ثم يلتزم المتعّهد بتنفيذ ضمانه بمجرد ظهور العيب في العمل المنجز من قبله .

ونحن بدورنا نؤيد الرأي الأخير من أجل حماية المتعّهد له ونضيف له سنداً آخر، بأن قيام صاحب الحرفة بإعطاء تعّهد بالضمان يكون بمثابة ضمان سلامة وخلو العمل من جميع العيوب، ويبقى ملزماً بهذا الضمان طيلة المدة المتفق عليها، كذلك إنْ اقتران التعّهد بالضمان بمدة زمنية معينة حسب الاتفاق أو العرف يجعل المتعّهد مسؤولاً عن كل عيب يظهر في هذه المدة، ومن ثمّ فإن حدوث أي عيب في مدة التعّهد بالضمان يوجب مسؤولية المتعّهد، حتى لو كان بعد إنجازه وتسليمه إلى المتعّهد له فالأخير لا يلزم بإثبات قدم العيب، لكن يشترط أن لا يكون العيب راجعاً إلى خطأ المتعّهد له، والتزام المتعّهد بضمان أي عيب يظهر في مدة التعُّهد يحقق الغاية منه وهي ضمان انتفاع المتعّهد له بمحل العقد طوال مدة التعهد وإذا أراد المتعّهد التخلص من المسؤولية فعلية أنْ يثبت إنْ العيب راجعاً إلى سوء استعمال من قبل المتعّهد له .

الفرع الثاني

1- د. محمد كامل مرسي ،شرح القانون المدني الجديد ،العقود المسماة ،عقدي البيع والمقايضة ،دار النهضة العربية ، القاهرة ،1953 ،ص183 .

2- من الجدير بالذكر أن المشرع الفرنسي لم يشر إلى شرط كون العيب قديما ،أما المشرع المصري فقد نص على ذلك الشرط في المادة(447 /1) .

3- د .جابر محجوب علي ،مصدر سابق ،ص 35 .

ظهور العيب في مدة التعُّهد

لقد بينا في الفرع السابق ضرورة أنْ يوجد العيب لكي تتحقق مسؤولية صاحب الحرفة ويلزم بتنفيذ تعّهده، لكن لا يكفي مجرد وجود العيب لتحقق المسؤولية عن التعّهد إنما يجب أنْ يحدث أثناء المدة المحددة للضمان، ويحدد العرف أو الاتفاق بين الطرفين المدة التي يضمن فيها الحرفي جودة العمل وكفاءته لأداء الغرض المقصود، ويختلف تحديد تلك المدة بحسب طبيعة العمل وطبيعة الشيء الذي قام الحرفي بصنعه، وهي تتراوح عادة ما بين ستة أشهر إلى ثلاث سنوات ويمكن أنْ تصل إلى خمس سنوات[1]، وقد يتم تحديدها حسب العرف أو ظروف التعاقد عند عدم وجود الاتفاق، وسنرجئ الكلام عن مدّة التعّهد بالضمان في الفصل الثالث من هذه الأطروحة .

والأصل في الضمان القانوني إنّ الملتزم بالضمان لا يضمن عيب الشيء إلاّ إذا كان قديماً، أي إنّ أصله سابقاً على تسليم المبيع، لكن الأمر خلاف ذلك في الضمان الاتفاقي بصورة عامة والتعُّهد بالضمان بصورة خاصة، فالتزام المتعّهد بالضمان لا يتطلب من المتعّهد له سوى إقامة الدليل على إنّ العيب قد حدث في مدّة التعّهد، ويقع على عاتق المتعّهد بالضمان إثبات عكس ذلك، فإذا أراد أنْ يتخلص من المسؤولية فعليه إثبات إنْ العيب قد حصل بسبب سوء استخدام المتعّهد له، أو إنْ العيب قد حصل بعد انتهاء مدة التعّهد، وبعبارة أخرى فإنه في الضمان الاتفاقي تقوم قرينة على قدم العيب لصالح الدائن بالالتزام، فتؤدي إلى نقل عبء الإثبات إلى عاتق المدين بالالتزام، وبهذه الوسيلة تتحقق الفائدة المرجوة من التعّهد بالضمان وهي حماية مصلحة الطرف الضعيف في التعاقد، ففي مدّة التعّهد بالضمان يعد كل عيب يظهر في العمل المنجز من قبل الحرفي ناشئا عن خطأ في التصميم أو التركيب أو في التصنيع ومن ثمّ يضمنه صاحب الحرفة، لذا فهنالك من يذهب إلى أنْ الضمان الاتفاقي هو ضمان تلقائي لا يستبعد إلاّ إذا أثبت الملتزم بالضمان وهو المتعّهد تخلف شرط من شروطه[2] .

ويبدأ ميعاد احتساب المدة التي يجب أنْ يظهر العيب فيها من تاريخ التسليم[3]، فمنذ تسليم الشيء الذي قام الحرفي بصنعه إلى المتعّهد له يبدأ احتساب مدة التعّهد بالضمان عن الأعمال الحرفية، ونقصد بالتسليم في هذا الفرض هو التسليم الحقيقي[4] الذي يتحقق بحيازة المبيع حيازة فعلية من قبل المتعاقد، فبمجرد حصول التسليم فإن أي عيب يتحقق بعد ذلك يدخل في ضمان صاحب الحرفة وتنهض بذلك

1- د. محمد حسين منصور ، ضمان صلاحية المبيع ،مصدر سابق ،ص27 .
2- د .جابر محجوب علي ،مصدر سابق ، ص89 .
3- د .احمد شوقي عبد الرحمن مصدر سابق ، ص67 .
4- توجد عدة طرق لتسليم المبيع ،منها التسليم المادي ،والتسليم المعنوي ،وينقسم الأخير إلى ثلاث صور ينظر د .سعيد مبارك ،د. طه الملا حويش ،د .صاحب عبيد الفتلاوي ،العقود المسماة ،البيع والإيجار والمقاولة ،ط 1، مكتبة السنهوري، بغداد ،2012، ص 99 .

مسؤوليته ويلزم بتنفيذ تعّهده[1] ،وفي حالة حصول اختلاف بين الطرفين (المتعّهد والمتعّهد له) حول حصول العيب أثناء مدّة التعّهد بالضمان ،فإنه يقع على عاتق المتعّهد له إقامة الدليل على حصول العيب في مدة التعهد من أجل ضمان حقه في التعّهد بالضمان .

ويثار تساؤل بهذا الصدد حول الحالة التي يظهر فيها العيب بعد انتهاء المدة المحددة للضمان ،إلاّ إنّ سبب العيب يكون موجوداً قبل انتهاء المدة المتفق عليها، كما لو كانت هنالك حشرات أرضة متجمعة داخل الأبواب الخشبية التي قام النجار بصنعها إلاّ أنها لم تظهر إلاّ بعد انتهاء مدة الضمان ؟

يذهب الرأي الراجح في الفقه[2] للإجابة على هذا التساؤل بالقول إنّ المتعّهد له يستفاد من الضمان ويعدّ العيب متحقق في مدة التعّهد، ما دام إنّ سببه كان موجوداً قبل انتهاء مدة الضمان ،لكن ذلك مرهون بعدم نسبة أي خطأ إلى المتعاقد كأن يكون قد أدرك وعلم بمصدر العيب في مدة الضمان لكنه لم يخطر الملتزم بالضمان بذلك .

ومما تقدم يتبين للباحث إنّ حدوث العيب في مدّة التعّهد بالضمان هو أحد الشروط الرئيسة لإلزام صاحب الحرفة بتنفيذ تعّهده، وبخلافه لا يسأل الأخير عن أي عيب يحدث بعد انتهاء مدة التعّهد، إلاّ في حالة إذا كان سبب العيب موجوداً أثناء مدة التعّهد لكنه لم يظهر أو يتبلور إلاّ بعد انتهاء مدّة الضمان حيث يعد ذلك دليل على إنّ الخلل موجود في أصل المواد المستعملة في إنجاز العمل، ومن ثمّ تتحقق مسؤولية المتعّهد عن ذلك .

المطلب الثالث

أنْ لا ينسب خطأ إلى المتعُّهد له في استعمال الشيء محل العمل

إنّ التزام المتعّهد بجودة وكفاءة عمله في مدّة التعّهد بالضمان لا يعني فسح المجال أمام المتعّهد له لاستعمال العمل محل التعاقد كيفما شاء، إنما يشترط لإلزام المتعّهد بتنفيذ ضمانه أنّ لا ينسب خطأ إلى المتعّهد له في استعمال العمل محل التعاقد، وإنْ لطريقة استعمال المتعّهد له للعمل محل التعاقد الأثر الكبير في تطبيق أحكام التعّهد بالضمان فكلما كان الاستعمال معقولاً وموافقاً لطبيعة العمل أو الاستعمال المتفق عليه يتم تطبيق أحكام التعّهد، وبالمقابل يستبعد من نطاق التعّهد بالضمان جميع العيوب الحاصلة بسبب سوء استعمال المتعّهد له، وصور سوء الاستعمال تكون كثيرة ومتنوعة، كما هو الحال لو قام

1 - د. ممدوح محمد علي مبروك ،مصدر سابق ،ص 53.

2- د. محمد حسين منصور ،ضمان صلاحية المبيع ،مصدر سابق ،ص27 .د. منصور مصطفى منصور ، مصدر سابق، ص115 .د. عبد الناصر العطار ،استقراء لماهية العيب وشروط ضمانه في القانون المدني المصري ،بحث منشور في مجلة العلوم القانونية والاقتصادية ،العدد السادس لسنة ،1959،ص553 .

صاحب الحرفة بعمل تخم قنفات معدة للاستعمال المنزلي، إلاّ إنّ المتعّهد له قد استعملها في غير ذلك، في مقهى أو في مكتب تجاري، أو قام المتعّهد بعمل كاونتر معدّ للاستعمال المنزلي إلاّ إنّ المتعّهد له استعملها كمخزن للأدوات، ففي جميع هذه الأحوال ينسب خطأ إلى المتعّهد له في استعمال محل العقد مما يؤدي إلى جعله مخلاً في استعمال العمل محل التعاقد حسب ما هو مألوف في التعامل، وتحمله مسؤولية ذلك .

والتزام المتعَّهد له باستعمال محل العقد حسب طبيعته والمألوف في التعامل أو الاتفاق هو أمر منطقي ومعقول، ذلك لأن المتعَّهد إذا كان قد أعطى ضمان بجودة وكفاءة عمله في مدة معينة فهو لا يعنى تحمله لأخطاء المتعاقد معه في استعمال محل العقد، إنما يبغي من وراء ذلك ترويج سلعته وتشجيع الجمهور للإقبال عليه والتعاقد معه، ولا يدور بخلده تحمله لأخطاء المتعاقدين معه، ومما يؤكد ذلك نجد إنْ أغلب المهنيين والمختصين ينبهون المتعاقدين معهم إلى ضرورة استعمال محل العقد بما يتناسب وطبيعته، ويحذرونهم من سوء الاستخدام ويبينون الآثار التي تترتب على ذلك بسقوط الضمان عند مخالفة الاستعمال، ومن ثمّ فإنه عن طريق هذه التعليمات يلقي واجب على المتعّهد له بضرورة استعمال محل العقد حسب المألوف في التعامل أو حسب الاتفاق، وأي خطأ يرتكبه المتعّهد له بسوء الاستعمال يؤدي إلى سقوط حقه في التعهد بالضمان[1]، كذلك إن هذا القول يأتي تطبيقاً للقواعد العامة التي تجعل خطأ الدائن بالالتزام أحد الأسباب التي تؤدي إلى انتفاء المسؤولية وسقوط الضمان[2]، لكن من جهة أخرى كيف يتم تحديد طريقة استعمال العمل محل التعاقد، ومن ثم عدّ المتعَّهد له مخالفاً لذلك الاستعمال؟

للإجابة على هذا التساؤل لقد أوجد الفقه معيارين لتحديد طريقة استعمال الشيء، المعيار الأول هو تحديد طريقة استعمال الشيء حسب طبيعة العمل والمألوف في التعامل بحسب العرف، والمعيار الثاني هو تحديد طريقة استعمال العمل حسب الاتفاق أو الاستعمال الخاص، فبمقتضى المعيار الأول يتم تحديد طريقة استعمال العمل حسب المألوف في التعامل وبما يتوافق مع طبيعة العمل الذي أعدّ له[3]، فتكون طبيعة العمل هي المحدد لطريقة استعماله دون الأخذ بنظر الاعتبار ما كان المتعّهد له ينوي من غرض خاص من وراء استعماله إذا كان لم يعلم المتعّهد بذلك، حيث إنّ المتّعهد لا يمكن أنّ يسأل عن الخطأ في الاستعمال إذا كان يجهل ذلك الغرض الخاص[4]، فالاستعمال العادي هو ذلك الاستعمال الذي يتلائم مع جنس الشيء وطبيعته ونوعه ولا يتوقف على رغبات او تحفظات المتعّهد له[5]، وقد يكون الاستعمال

1 - د. سعيد جبر ،مصدر سابق ،ص40 .
2- ينظر د .محمود جمال الدين زكي ،مصادر الالتزام ،ط3 ،مطبعة جامعة القاهرة ، مصر ، 1978، ص 365 .
3 - د .عمر محمد عبد الباقي ،الحماية العقدية للمستهلك ،منشأة المعارف ،الإسكندرية ،2004 ،ص 35 .
4- د .سليمان مرقس ،مصدر سابق ،ص 414 .
5- د .ثروت عبد الحميد ، ضمان صلاحية المبيع لوجهة الاستعمال ، دار ام القرى للطباعة و النشر ، دون سنة طبع، ص19 . د. محمد عبد الله ابو هزيم ، الضمان في عقد البيع ، دار الفيحاء ،عمان، 1986 .ص 178 .

عاديا حسب العرف المتداول بين الناس، وحسب هذا المعيار إذا كان المتعّهد له قد استعمل محل العقد استعمالاً عادياً بما يتوافق مع طبيعة الغرض الذي أعدّ له، وأصابه خلل فإن المتعّهد يضمن ذلك الخلل ويلتزم بتنفيذ تعهده، إما إذا كان المتعّهد له قد خالف ذلك واستعمل محل العقد بما لا يتوافق مع طبيعته أو العرف، فإن المتعهد لا يكون مسؤولا عن ذلك العيب ولا يلتزم بشيء، والغرض من هذا المعيار هو أنْ لا يبقى المتعّهد تحت رحمة رغبات المتعّهد له الآنية فيجب أنْ تكون غاية المتعّهد له من العمل معروفة لدى المتعّهد ويبعث لديه نوعا من الثقة والطمأنينة في إعطاء التعُّهد بالضمان، وقد قضت محكمة النقض الفرنسية بصدد هذا المعيار برد دعوى المقاول التي رفعها مطالباً المنتج بالتعويض بسبب عدم كفاءة المواد المصنعة من قبله والداخلة في عمل المقاول، وقد بينت المحكمة إنْ سبب رد الدعوى هو سوء استعمال تلك المواد حيث جاء بالقرار (إنّ المواد المبيعة وهي عبارة عن البغدادي المطعم بالجبس، كانت مخصصة للاستعمال في الأجزاء البارزة من سقف المنزل، لكن المقاول استعملها في الأجزاء الداخلية من السقف دون علم المنتج، فمع صلاحية استعمال تلك المادة في مكانها غير المخصص، يكون المقاول مخطئاً بذلك الاستعمال، فكان قرار المحكمة رد الدعوى)[1]، كذلك قد عدت محكمة (Nancy) الفرنسية (إن قيام المستهلك بفتح أجزاء السلعة وإعادة تركيبها بصورة خاطئة خطأ من جانبه، قضت على أساسه بعدم مسؤولية المنتج عن العيب الحاصل في السيارة، لمخالفة المستهلك للتعليمات المقررة من قبل المنتِج في هذا الصدد، بعد ثبوت قيام المستهلك بعد ثمانية ايام من الشراء بفتح محرك السيارة وإعادة تركيبه بصورة خاطئة ومن ثمّ نشأ الضرر عن هذا التركيب الخاطئ)[2]، كذلك جاء بقرار لمحكمة التمييز العراقية برد الدعوى التي أقامها رب العمل بسبب سوء الاستعمال إذ بينت (إنّ المميز (رب العمل) قد استعمل الأحواض دون أن يتخذ الحيطة الكافية من سد منافذ التصريف وربط الأنابيب بصورة صحيحة، وإن هذا الاستعمال المعيب من قبله للمشروع هو الذي أدى إلى هذا التهدم والتشققات وازديادها بمرور الزمن حسب ما ورد بتقرير الخبراء، ولما كان استعمال أبنية المشروع بصورة معيبة وغير صحيحة أمر خارج عن إرادة المميز عليه (المقاول)فإنه لا يكون مسؤولاً عما أدى أليه من نتائج، إذ أنْ المسؤولية في هذه الحالة تكون على من قام بالفعل مباشرة أو تسبب في الضرر) [3].

أما المعيار الآخر لتحديد طريقة الاستعمال فهي تكون حسب الاتفاق بين المتعّهد والمتعّهد له، وذلك في الحالة التي يكون فيها المتعهد له يهدف من وراء هذا الاستعمال تحقيق غرض خاص، أو إذا كانت

1- نقض مدني فرنسي في 15 ديسمبر ،1965 ،كراسة الأحكام رقم 1 ،ص715 . نقلا عن د. ثروت عبد الحميد، مصدر سابق ،ص21 .

2- T. de Nancy, 11 October 1973, D. 1973.
اشار اليه د. ثروت عبد الحميد ،مصدر سابق ،ص22 .

3 - قرار محكمة التمييز العراقية المرقم 8 ، بتاريخ 1971/5/6 منشور في النشرة القضائية العدد الثاني ،السنة الثانية، 1972، ص166 .

ظروف الاستعمال تتطلب وجود خصائص وصفات غير عادية، فيجب في هذه الحالة وجود اتفاق على ذلك الاستعمال، أو على الأقل أنْ يقوم المتعّهد له بإحاطة المتعّهد علماً بذلك الغرض الذي يبغيه من استعمال العمل محل التعاقد[1]، وعندها لا يسأل المتعّهد عن مخالفة الاستعمال المحدد حسب الاتفاق، وينبغي أن تكون غاية المتعّهد له من الاستعمال الخاص معقولة ومبررة حسب المجرى الطبيعي للأمور وظروف التعاقد وتتناسب مع ما يقدمه من مقابل نظير الحصول على تلك المنفعة الخاصة، وعند اتفاق الطرفين على ذلك الاستعمال الخاص فينبغي على المتعّهد أنْ يضمن قدرة العمل على ذلك الاستعمال وتحقيق المنافع المقصودة منه، ومن ثمّ عند عدم تحقيق ذلك يكون مسؤولاً عن الضمان ولا ينسب اي خطأ إلى المتعهد له والقول بأنه قد خالف الاستعمال العادي، لأنه قد أفصح عن رغبته في الاستعمال الخاص من اجل تحقيق غرض معين .

وفي جميع الأحوال إذا كان استعمال العمل محل التعاقد يتطلب عناية أو طريقة خاصة أو محاذير معينة كما هو الحال في أعمال الديكورات المنزلية، فيجب على المتعّهد أنْ يوضح ذلك للمتعّهد له ويعد أحد الالتزامات التعاقدية الملقاة على عاتق صاحب الحرفة بحكم خبرته وتخصصه في مجال عمله وإحدى الوسائل الضرورية لتحقيق التوازن بين المتعّهد والمتعّهد له بسبب نقص الخبرة والمعرفة لدى الأخير والتي قد تؤدي بدورها إلى حرمانه من استعمال العمل محل التعاقد بالطريقة الصحيحة ومن ثمّ عدم تحقق الفائدة المرجوة منه[2] ،وإنْ مضمون التزام المتعّهد بإحاطة المتعهد له بطريقة استعمال العمل تختلف بحسب طبيعة العمل وينبغي أنْ يتضمن على الأقل تنبيه المتعّهد له إلى الاحتياجات الضرورية للمحافظة على العمل واستعماله، في حين نجد بعض الأعمال الأخرى لا تكون هنالك حاجة لبيان طريقة الاستعمال أو كيفية المحافظة عليها نظراً لبساطتها ووضوح طريقة استعمالها.

أما عن إثبات سوء استعمال العمل محل التعاقد، فإنه يقع على عاتق المتعّهد، فعندّ حدوث عيب أثناء سريان مدة التعهد بالضمان فإن ذلك يدل على سوء عمل صاحب الحرفة وأنه لم ينفذ التزامه بجودة وكفاءة عمله وتحمله مسؤولية ذلك، لكن من جهة أخرى يستطيع المتعّهد التخلص من هذه المسؤولية بإثبات سوء استعمال المتعهد له أو استعماله في غير الغرض المخصص له، وعندها يتحمل المتعّهد له المسؤولية عن ذلك العيب[3] ،ومن ثمّ فإن عبء إثبات سوء الاستعمال يكون على عاتق المتعّهد، إما في الأحوال التي لا يكون فيها العيب راجعاً إلى سوء استعمال المتعّهد له وحده، إنما يكون هنالك خلل في العمل المنجز من قبل صاحب الحرفة أيضا، كما لو كان هنالك عيب أو خلل في العمل، وحصل استعمال

1 - د .محمد عبد الله أبو هزيم ،مصدر سابق ،ص178 . د .اسعد ذياب ،مصدر سابق ،ص62 .
2 - د. ثروت عبد الحميد ، مصدر سابق ، ص27 .
3- حيث أصدرت محكمة النقض الفرنسية بهذا الصدد قرارها برد دعوى المدعي بالضمان الذي لاحظ ارتفاع درجة حرارة زيت المحرك لكن دون ان يولي الموضع أهمية مما تسبب في عطل المحرك .
. Cass . civ . 6/11/63 . D. 1964 p253 , ou Gaz pal . 1964-31

غير مشروع من قبل المتعّهد له، فيكون هنالك أشتراك في حدوث الخطأ بين الطرفين، ويكون لمحكمة الموضوع السلطة التقديرية في هذه الحالة بتوزيع المسؤولية بين الطرفين حسب نسبة مساهمة كل منهما في حدوث العيب .

و في سبيل توفير الحماية الفعالة للمستهلك نجد إن القضاء[1] يتشدد في معاملة المهني المختص في سبيل توفير الحماية الفعالة للمتعاقد الذي يكون قليل الخبرة، حيث يلقي على عاتق المهني افتراض أحكام العلم بطريقة استعمال محل العقد، وذلك عن طريق ظروف التعاقد وكلما كان الاستعمال مشروعا ومعقولاً وكان المتعّهد له حسن النية حتى في حالة عدم الإفصاح عن تلك الرغبة الخاصة في الاستعمال[2]، في حين رفض جانب من الفقه ذلك الاتجاه بحجة أنّه يمثل تشديداً في مسؤولية المهني يخل بالتوازن العقدي بين الطرفين وذهبوا إلى وجوب أنْ يعلن المتعاقد عن رغبته في الاستعمال الخاص حتى يلتزم الطرف الآخر بالضمان[3] .

ومما تقدم يتضح لنا إنّه يجب على المتعّهد له إذا ما أراد الاستفادة من التعّهد بالضمان وتطبيق أحكامه إنّ يستعمل العمل محل التعاقد استعمالاً سليماً ومشروعاً، وأنْ لا ينسب إليه أية خطأ في الاستعمال يؤدي الى حدوث العيب، حيث يشكل ذلك أحد الأسباب التي تؤدي إلى انتفاء المسؤولية عن عاتق المتعّهد، وبالمقابل يجب على المتعّهد إذا كانت طبيعة العمل واستعماله تتطلب عناية خاصة أنْ يوضح ذلك للمتعّهد له، لأنه يكون مرتبطاً بالتزامه بالضمان، ومستمد من تخصصه وخبرته في العمل بعكس المتعّهد له الذي قد لا يمتلك الخبرة الكافية في استعمال العمل .

1- حيث قضت محكمة النقض الفرنسية بفسخ عقد بيع زورق تحطم أثناء الملاحة و تحميل البائع الضمان وأسست حكمها على أساس ان البائع بحكم مهنيته ملزم بالعلم بغرض المشتري من المبيع واستعماله Cass . com ,II mai 1965 , Bull civ , III no 306 نقلا عن د .حسن عيد الباسط الجميعي ،مصدر سابق ،ص 35.

2- د. ثروت عبد الحميد ، مصدر سابق ،ص102 .

3- د .ممدوح محمد علي مبروك ،مصدر سابق ،86 . د .حسن عبد الباسط الجميعي ،مصدر سابق ،ص36 .

الفصل الثاني

أساس التعُّهد بالضمان عن الأعمال الحَرِفيَة ونطاقه

الفصل الثاني

أساس التعُّهد بالضمان عن الأعمال الحَرِفيَة ونطاقه

تمهيد وتقسيم :

إنّ التعُّهد بالضمان عن الأعمال الحرفية من الضمانات التي يقدمها صاحب الحرفة للمتعاقد معه، والتي كشف عنها الواقع العملي في الآونة الأخيرة بصورة واسعة جداً، ويلتزم فيها صاحب الحرفة بكامل إرادته بجودة وكفاءة العمل المنجز من قبله ولمدة زمنية معينة، ويستلزم البحث في موضوع التعّهد بالضمان بيان الأساس الذي يستند إليه، وكذلك بيان نطاقه سواء أكان من حيث الأشخاص أم من حيث المدة من أجل معرفة حدوده .

فالتعُّهد بالضمان وأنْ كان ينشأ بالاتفاق عليه بين الطرفين إلاّ إنّه يستند إلى النصوص القانونية التي تجيز مثل هذا التعُّهد، فأساس التعُّهد بالضمان يختلف تبعاً لاختلاف التشريعات محل المقارنة من حيث بيانه، إذ انقسمت هذه التشريعات على اتجاهين، فمنها من اشار إليه في نطاق القوانين الخاصة، ومنها من لم ينظمه اكتفاء بالقواعد العامة، إضافة إلى ذلك فإن الشريعة الإسلامية قد تضمنت بين ثناياها الأسس العامة للضمان الاتفاقي سواء كانت واردة في القرآن الكريم أو السنة النبوية وبعض الآراء الفقهية، الأمر الذي يقتضي القاء نظرة على تلك الأسس في الشريعة الإسلامية والتشريعات القانونية .

كذلك إنّ التعُّهد بالضمان لا يكون مطلقاً من غير تحديد إنما تكون له محددات، تحدد نطاق تطبيقه وهذه المحددات إما أنْ تكون من ناحية أطراف الضمان من أجل معرفة الملتزم والمستفيد من هذا التعّهد، وفيما إذا أمكن تصور انتقاله إلى خلف المتعّهد له أثناء مدّة التعهد بالضمان سواء أكان خلفاً عاماً أم خاصاً، وكذلك يكون محدداً من ناحية المدة التي يجب فيها على المتعّهد ان يبقى ملتزماً بضمان عمله فهو ليس التزام مطلق إلى ما لا نهاية حيث تعد المدة لها أهمية كبيرة في معرفة بدء وانتهاء التزام صاحب الحرفة بالتعهد بالضمان، الأمر الذي يقتضي بيان نطاق هذا التعّهد .

ومن أجل بيان ما تقدم فإننا سنقسم هذا الفصل على مبحثين نتناول في المبحث الأول أساس التعّهد بالضمان عن الأعمال الحرفية، ونبين في المبحث الثاني نطاق التعّهد بالضمان عن الأعمال الحرفية .

المبحث الأول

أساس التعُّهد بالضمان عن الأعمال الحَرِفَية

تتعدد صور العقود والخدمات التي تؤدي إلى إشباع حاجات المستهلك، ومن بين هذه العقود هو عقد القيام بعمل، وقد يقترن هذا العقد بتعُّهد صاحب الحرفة بجودة وكفاءة العمل المنجز من قبله في مدّة زمنية معينة، وبتحمله المسؤولية خلاف ذلك، سواء كان ذلك الالتزام بإرادة المتعهد عن طريق الايجاب، أو اشتراط من قبل المتعّهد له وموافقة المتعّهد، ويشهد الواقع العملي حصول هذا التعّهد وبكثرة في نطاق عقود القيام بعمل، الأمر الذي يستوجب علينا بيان الأساس القانوني والشرعي الذي يستند إليه التعّهد بالضمان عن الأعمال الحرفية، وفيما إذا كان ذلك التعّهد موافقا للشريعة الإسلامية أو التشريعات القانونية المقارنة، حيث تضمنت الشريعة الإسلامية بعض الأحكام التي تشير إلى وجود التعُّهد بالضمان، كذلك إنْ التشريعات محل المقارنة قد تضمنت ما يشير إلى هذا التعّهد سواء أكان في نطاق القوانين المدنية أو القوانين الخاصة، ولبيان أساس التعّهد بالضمان عن الأعمال الحرفية فإننا سنقسم هذا المبحث على مطلبين، نبين في المطلب الأول الأساس الشرعي للتعّهد بالضمان، ونبين في المطلب الثاني الأساس القانوني للتعّهد بالضمان عن الأعمال الحرفية .

المطلب الأول

الأساس الشرعي

يعد الفقه الإسلامي النظام الأساس لمجتمع بشري متكامل، قائم على العدالة والمساواة، فهو بما يمتلكه من أفكار وآراء قائمة على الأدلة الشرعية تصلح لمعالجة جميع المسائل وفي مختلف العصور، ومنها المعاملات المالية التي تحتل أهمية كبيرة في الشريعة الإسلامية ، لحاجة الناس أليها في كل زمان ومكان، فقد خصها الفقه الإسلامي بجملة من الأحكام القائمة على الأدلة الشرعية، والتي يمكن عن طريقها بيان الأساس الشرعي[1]، فللتعُّهد بالضمان أسس مختلفة في الفقه الإسلامي، وهذه الأسس إما أنْ تكون واردة في القرآن الكريم بعده المصدر الرئيس للشريعة الإسلامية، وقد يكون أساسه وارداً في الأحاديث النبوية الواردة عن النبي محمد (صلى الله عليه واله وسلم)، كذلك وقد تضمنت بعض الاجتهادات الفقهية أساساً للتعّهد بالضمان، وسنبين ذلك عن طريق تقسيم هذا المطلب على ثلاثة فروع، نبين في الفرع

1- د .صاحب محمد حسين نصار ،عمار محمد حسين ،خيار العيب في الفقه الإسلامي ،بحث منشور في مجلة جامعة أهل البيت ،كربلاء ،العدد 20 ،لسنة 2015 ،ص9 .

الأول أساسه في القرآن الكريم، ونبين في الفرع الثاني أساسه في السنة النبوية الشريفة، ونخصص الفرع الثالث لبيان أساسه في العُهدة .

الفرع الأول

القرآن الكريم

توجد في القرآن الكريم عدة آيات قرآنية تضمنت الأساس الشرعي للضمان الاتفاقي بصورة عامة، وعن طريق هذه الآيات يمكن الاستدلال على أساس التعّهد بالضمان عن الأعمال الحرفية، منها ما جاء بقولة تعالى **(يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آَمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ)**[1]، فعن طريق هذه الآية الكريمة يتبين لنا إنْ الله سبحانه وتعالى نهى المؤمنين عن أخذ الأموال بالباطل ودون وجه حق سواء أكان بالسرقات أم لعب القمار وكل محرم، كذلك منع من اكتساب الأموال بالباطل وبطرق غير مشروعة، ودعا إلى الاكتساب بالحلال، وأبرز صور الحلال هو التجارة المشروعة الناشئة عن التراضي[2]، فالاستثناء بجواز أخذ المال يكون بالحلال ولفظ الاكل ورده بصورة عامة الذي يشمل كافة التصرفات[3] .

فالأصل في جميع المعاملات المالية والتجارية هو تراضي جميع الأطراف، وهذا التراضي يظهر أبتداءً بإنشاء العقد وتحديد آثاره المتمثلة بحقوق كل طرف من أطراف العقد والتزاماته، ومن هنا يتبين لنا إنْ اتفاق صاحب الحرفة، والمتعاقد معه على عمل معين وتضمين ذلك العقد شرطاً يقضي بضمان صاحب الحرفة لعمله في مدّة محددة، وكان هذا الاتفاق لم يشوبه أي غرر أو ربا أو غش فهو أتفاق صحيح ويجب الالتزام به من قبل كلاّ الطرفين، فأصل التعّهد بالضمان هو التراضي عليه بين الطرفين وإنْ رضا المتعاقد مع صاحب الحرفة عند أبرام العقد يقوم بالدرجة الأساس بالحصول على عمل يحقق له رغبته بالتعاقد ويحقق الفائدة المرجوة منه، ومن ثمّ فإن وجود أي عيب أو خلل يؤثر في تلك الفائدة، فإنه يخل برضا المتعّهد له ويتطلب الأمر في هذه الحالة تدخل صاحب الحرفة لأزالة ذلك العيب ضماناً لتحقيق المنفعة التي ينشدها المتعاقد، والقول بخلاف ذلك يعطي الحق للمتعّهد له المطالبة بفسخ العقد.

1- سورة النساء ،جزء من الآية 29 .

2- ابو جعفر محمد بن جرير الطبري ، تفسير الطبري ،مؤسسة الرسالة، بيروت ،ج7 ، 2010 ، ص294 .

3- الامام الحافظ عماد الدين ابن كثير الدمشقي ،تفسير ابن كثير ،ج2 ،دار ابن حزم ،سوريا ،2009، ص300 .

كذلك من الآيات القرآنية التي دلت على التعُّهد بالضمان هو قوله تعالى **(وَأَوْفُوا بِعَهْدِ اللَّهِ إِذَا عَاهَدْتُمْ وَلَا تَنْقُضُوا الْأَيْمَانَ بَعْدَ تَوْكِيدِهَا وَقَدْ جَعَلْتُمُ اللَّهَ عَلَيْكُمْ كَفِيلًا إِنَّ اللَّهَ يَعْلَمُ مَا تَفْعَلُونَ)**[1]، وقوله تعالى **(وَأَوْفُوا بِالْعَهْدِ إِنَّ الْعَهْدَ كَانَ مَسْئُولًا)**[2]، وقوله تعالى **(وَلَقَدْ كَانُوا عَاهَدُوا اللَّهَ مِنْ قَبْلُ لَا يُوَلُّونَ الْأَدْبَارَ وَكَانَ عَهْدُ اللَّهِ مَسْئُولًا)**[3]، وقوله تعالى **(وَالَّذِينَ هُمْ لِأَمَانَاتِهِمْ وَعَهْدِهِمْ رَاعُونَ)**[4]، تدل هذه الآيات الكريمة على وجوب الإيفاء بالعقود والتعُّهدات المأخوذة بين الطرفين، كما إنْ الوفاء بالعّهد يعد مبدأ من مبادئ الإسلام الثابتة والمستقرة، وتنهى هذه الآية المسلمين نهياً عاماً عن نقض الايمان والعُهود[5]، وحرمة نقض الإيمان على انفسكم فتحنثوا وتكذبوا بعد إبرامها، ويؤكد ذلك بأن جعلتم الله عليكم كفيلا[6]، وبما إنْ التعّهد بالضمان هو أصله اتفاقي ينشأ من الاتفاق عليه بين الطرفين أثناء التعاقد، ولا يخالف نصاً أو حكماً شرعياً فيجب الإيفاء به من قبل كلا الطرفين .

ومما تقدم يتضح للباحث إنْ القرآن الكريم قد أكد وجوب الإيفاء بالعُهود المأخوذة بين الأطراف وجعل ذلك من المبادئ المستقرة في الشريعة الإسلامية وأنّه تضمن الأساس الشرعي لذلك، فالتعّهد بالضمان غير مخالف للشريعة الإسلامية وأحكامها بل هو يؤكد مقتضى العقد ويلائمه من وجوب انتفاع المتعّهد له بالعمل محل العقد، وأنّه تعّهبد صحيح ويجب العمل والوفاء به، وبهذا الصدد يذهب رأي في الفقه إلى القول (إن الأصل في العقود والشروط هو الصحة إلاّ ما أبطل الشارع العمل أو نهى عنه، وهذا القول هو الصحيح، فإن الحكم ببطلانه حكم بالتحريم والتأثيم ومعلوم إنّه لا حرام إلاّ ما حرم الله ورسوله، ولا تأثيم إلاّ ما أثم الله ورسوله به فاعله)[7] .

1- سورة النحل ، الآية 91 .
2- سورة الإسراء ،جزء من الآية 34 .
3- سورة الأحزاب ،الآية 15 .
4- سورة المؤمنون ،الآية 8 .
5 - محمد سيد طنطاوي ،التفسير الوسيط للقرآن الكريم ،المجلد الثامن ،ط1 ،دار نهضة مصر للطباعة ، 1997، ص 99 .
6 - تفسير الطبري ، مصدر سابق(ج5/ 340) .
7- أبن القيم الجوزيه ، مصدر سابق ، ص 344 .

الفرع الثاني

الـسُنـَّـة الـنـبـويَّـــة

لا يقتصر أساس التعُّهد بالضمان في الشريعة الإسلامية على الآيات القرآنية الواردة في القرآن الكريم فقط، بل توجد إلى جانب ذلك العديد من الأحاديث النبوية التي تضمنت الإشارة إلى وجوب الإيفاء بالتعهدات والاشتراطات المأخوذة عند التعاقد والتي تمثل أساساً للتعُّهد بالضمان، فعن النبي محمد (صلى الله عليه واله وسلم) إنّه قال(**المسلمون عند شروطهم الا شرطاً حرم حلالا أو أحل حراماً، والصلح جائز بين المسلمين إلاّ صلحاً أحل حراماً أو حرم حلالاً**)[1]، كذلك قوله (صلى الله عليه واله وسلم) **(مقاطع الحقوق عند الشروط)**[2] .

وجه الدلالة من هذه الأحاديث الشريفة هو وجوب الإيفاء بالشروط الصحيحة عند التعاقد ما دام إنها لا تخالف احكام الشريعة الإسلامية، فبإمكان المتعاقدين أنْ يتفقوا على أية شروط ما دامت أنها تقع ضمن السياق الشرعي، وما تقدم من قول ينطبق على التعّهد بالضمان ذلك لأنه لا يخالف أحكام الشريعة الإسلامية بل على العكس يؤكد مقتضى العقد لأنه يحقق منفعة الأطراف المتعاقدة، فبالنسبة للمتعّهد له فإنه يضمن له الحصول على عمل يحقق له رغبته من التعاقد، ويضمن له المنفعة من محل العقد لأطول مدة ممكنة، إما بالنسبة لصاحب الحرفة فإن إعطاءه الضمان للمتعّهد له يكون بلا شك مدعاة لجذب زبائن آخرين، ومن ثمّ فإنه يحقق له مردود ايجابي، كما أنْ التزامه بالتدخل كلما حدث عيب من أجل إصلاحه يعد من مقتضيات العقد .

ويمكن كذلك بيان أساس التعّهد بالضمان عن طريق الاحاديث النبوية التي بينت وجوب الوفاء بالعُهود المأخوذة بين الطرفين، فورد عن النبي محمد(صلى الله عليه واله وسلم) إنّه قال **(ثلاثة أنا خصمهم يوم القيامة رجلٌ أعطى بي ثمّ غدر، ورجل باع حراً فأكل ثمنه، ورجل أستأجر أجيراً فاستوفى منه ولم يعطه أجره**)[3] ، وكذلك قوله (صلى الله عليه واله وسلم) **(ما نقض قوم العّهد، إلاّ كان القتل بينهم**)[4]، وكذلك قوله (صلى الله عليه واله وسلم) **(أضمنوا لي ستاً من أنفسكم أضمن لكم الجنة :أصدقوا إذا حدثتم وافوا إذا**

1- أخرجه الإمام أبي عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري ،صحيح البخاري ،ج1، مطبعة ابن كثير ،دون ذكر مكان طبع و تاريخ نشر، ص 794 .

2- المصدر نفسه ،ص 803 .

3- المصدر نفسه ،ص 415 .

4- أخرجه الإمام الحافظ أبي عبد الله محمد بن عبد الله الحاكم النيسابوري ،تحقيق مصطفى عبد القادر عطا ، المستدرك على الصحيحين ،ج2 ،دار الكتب العلمية ،بيروت ،دون سنة نشر ،ص461 .

واعدتم وادوا إذا ائتمنتم)[1]، وكذلك قوله (صلى الله عليه واله وسلم) **(ثلاثةً حق على الله عونهم : المجاهد في سبيل الله، والمكاتب الذي يريد الأداء، والناكح الذي يريد العفاف)**[2]، وجه الدلالة من هذه الأحاديث الشريفة هو وجوب الإيفاء بالعّهد إذا أخذه الشخص على نفسه وكان موافقاً لأحكام الشريعة الإسلامية، وانها من مبادئ الشريعة الإسلامية الغراء، ومن يخالف ذلك العّهد فإنه مأثوم ويكون خصمه الرسول يوم القيامة، ويتمثل أساس التعُّهد بالضمان في هذه الأحاديث الشريفة إنْ صاحب الحرفة إذا تعّهد بضمان عمله مدة من الزمن فيجب عليه الوفاء بذلك العّهد، وأنه لا يكون مخالفاً لأحكام الشريعة الإسلامية .

الفرع الثالث

العُهدة أساساً للتعّهد بالضمان

يمكن قياس التعّهد بالضمان على ما ورد عند بعض الفقه الإسلامي من الأخذ بمسألة العُهدة في عقد البيع، وقياسها على التعّهد بالضمان، لأن في العُهدة يبقى البائع ملزماً بضمان المبيع مدةً زمنية معينة بعد تسليمه إلى المشتري، وهذا هو شأن التعّهد بالضمان الذي يبقى المتعّهد ملزماً بضمانه مدة معينة بعد إكمال العمل وتسليمه إلى المتعّهد، ويراد بالعُهدة لغة هي التبعة وقد يقصد بها ضمان وكفالة[3]، وقد يقصد بها المسؤولية والرعاية، حيث يقال في عُهدتك أي تحت مسؤوليتك ورعايتك[4] .

لقد أخذ فقهاء المذهب المالكي بمسألة العُهدة وتُعد من مختصاتهم، وخالفوا بذلك بقية المذاهب الإسلامية، والمراد بها أن كل عيب يحدث عند المشتري في مدة لاحقة على البيع وقبض المبيع يكون على عاتق البائع لا المشتري، وقد تم تّعرفها بأنها (تعلق المبيع بضمان بائعه مدة معينة، وهي بمثابة قيد على شرط القدم المتفق عليه بين الفقهاء)[5] .

ولقد بّرر فقهاء المالكية سبب أخذهم بالعُهدة بالقول إنها تمثل قيداً على قدم العيب، ذلك لأن العيب لم يبرز كعيب ظاهر إلاّ بعد أبرام العقد وتمامه بالقبض، فكان الأصل أنْ لا يضمن البائع ذلك العيب لأنه

1- أخرجه محمد ناصر الالباني ،سلسلة الأحاديث الصحيحة ،المجلد السابع ، مكتبة المعارف للنشر والتوزيع ، الرياض ،ص370 .

2- المصدر نفسه ، ص450 .

3- المعجم الوجيز ، تقديم د .شوقي ضيف ،مطبعة الشروق الدولية ،القاهرة، 2011، ص439 .

4- محمد بن مكرم ابن منظور ،معجم لسان العرب ،ج10 ،(مادة عهد) ،مصدر سابق ، ص351 .

5- أبو الوليد محمد بن احمد أبن رشد الحفيد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد،ج2 ،المكتبة العلمية ،بيروت، 2003، ص176 .

حدث في ملكية المشتري، وحيث أنْ الكثير من العيوب لا تظهر إلاّ بعد مضي مدة معينة من البيع، لذلك فليس من العدل أنْ يتحمل المشتري تبعة تلك العيوب وإنما تكون على عاتق البائع[1] .

والعُهدة تكون بصورة عهدتان، العُهدة الصغرى ومدتها ثلاثة أيام، والعُهدة الكبرى ومدتها سنة، إلاّ إنْ العُهدة الصغرى تكون في كافة العيوب التي تحدث عند المشتري بعد البيع، إما العُهدة الكبرى فإنها تكون في عيوب معينة، وهي الجذام والبرص والجنون[2]، وكلاهما تكون في عيوب الرقيق على المعتمد في الفقه المالكي، إما غير المعتمد فإن العُهدة الصغرى في جميع أصناف البيوع بشرط أنْ لا تكون بيعاً في الذمة[3]، وأنْ تكون خالية من المماكسة[4]،والمماكرة[5] .

والعُهدة من حيث الالتزام بها تكون على عدة أحوال، فهي إما أنْ تكون معتاداً عليها، أو مشترطة أثناء التعاقد، وفي جميع الاحوال يجب أنْ لا يكون البائع قد أشترط البراءة من كل عيب أو عيوب معينة، فلا يجوز الرد في هذه الحالة [6]،ولقد أستدل المالكية على العُهدة بعدة أدلةّ[7] .

ألاّ إنْ مخالفي المالكية قد دحضو هذه الأدلة، وبينوا إنها أدلة ضعيفة ولا سند لها، وأخذوا بالأصل المقرر وهو إن كل عيب يحدث بالمبيع بعد قبضه من قبل المشتري فضمانه عليه، وإن سائر الفقهاء لم يصح عندهم في العُهدة أثر وبينو إنها لو صحت فإنها مخالفة للأصول[8] .

ومما تقدم يتضح للباحث إنْ فقهاء المالكية قد أخذو بالعُهدة مخالفين بذلك أجماع الفقهاء، ويرجح الباحث الرأي الذي ذهب اليه جمهور الفقه الاسلامي بعدم جواز الأخذ بالعُهدة، بسب ضعف الأدلة التي أعتمد عليها فقهاء المالكية، كذلك إنْ المبيع يكون قد خرج من ملكية البائع إلى ملكية المشتري بالتسليم ويكون ضمانه عليه، إلاّ في حالة وجود عيب قديم قبل التسليم فإنه يكون ضمانه على البائع أو اتفاق الطرفين على بقاء البائع ملزماً بضمان المبيع مدّة معينة، وإنها تنطبق على موضوعنا في التعّهد بالضمان عن الأعمال الحرفية، حيث إذا كان الاصل المقرر لدى المالكية هو أنْ يبقى البائع ضامنا

1- د. عبد الستار ابو غدة ،الخيارات واثرها في العقود دراسة فقهية مقارنة ،ج1،مطبعة مقهوي ،الكويت، 1985، ص 336 .

2- بداية المجتهد، مصدر سابق، (ج2/ 132) .

3- الخيارات،مصدر سابق (ج334/1) .

4- المماكسة : في البيع هي اسم مصدر من مكس و يقصد بها نقصان الثمن ،للتوسع اكثر ينظر محمد بن مكرم ابن منظور ،معجم لسان العرب ،ج14، مصدر سابق ،ص575 ،مادة (مكس)

5- المماكرة : لغة اسم مصدر من مكر ويقصد بها الخداع ،للتوسع اكثر ينظر القاموس المحيط ،للفيروز آبادي، آبادي، مصدر سابق ،ص435 .

6- الخيارات ،مصدر سابق (ج335/1) .

7 -بداية المجتهد ، مصدر سابق (ج379/2) .

8- الخيارات، مصدر سابق (ج379/1) .

للمبيع مدّة معينة بعد العقد والقبض من قبل المشتري، فإن هذا القول ينطبق على التعّهد بالضمان الذي يلتزم فيه صاحب الحرفة بضمان جودة وكفاءة عمله خلال مدة معينة حسب الاتفاق أو العرف وتحمله المسؤولية خلاف ذلك، فبذلك يجد أساسه بمسألة العُهدة، وإذا كان المتعاقد في مسألة العُهدة يستطيع أنْ يستعمل خياره بإرجاع المبيع وفسخ العقد عند وجود عيب أثناء مدّة تعلقه بضمان البائع، فإنه من باب أولى يستطيع الحرفي التدخل لإصلاح العيب اثناء مدّة الضمان من اجل استمرار منفعته، وإذا لم تفلح عملية الإصلاح فعندها يستطيع المطالبة بجميع التعويضات عن الأضرار التي أصابته بسبب ذلك .

المطلب الثاني

الأساس القانوني للتعُّهد بالضمان

يتطلب البحث في إطار التعُهد بالضمان أنْ نبين أساسه القانوني، فالتعّهد بالضمان وأنْ كان ينشأ بأراده الطرفين ويقترن بعقد يتضمن القيام بعمل إلاّ إنّه يستند إلى النصوص القانونية العامة أو الخاصة التي تجيز مثل هذا التعّهد الأمر الذي يستوجب علينا بيانه، ويختلف الأساس القانوني للتعّهد بالضمان عن الأعمال الحرفية في التشريعات محل المقارنة بين من أشارت إلى هذا التعّهد في نطاق التشريعات المدنية بنصوص غير مباشرة، وبين من أشارت أليه في نطاق التشريعات الأخرى بنصوص مباشرة، فبعض التشريعات قد اشارت إلى هذا التعّهد في إطار التشريعات الخاصة مثل قانون حماية المستهلك المصري، كذلك إنْ بعض التشريعات لم تتضمن الإشارة إليه، الأمر الذي يقتضي تقسيم هذا المطلب على فرعين نبين في الفرع الأول أساس التعّهد في نطاق التشريعات المدنية، ونبين في الفرع الثاني أساس التعّهد في إطار التشريعات الخاصة .

الفرع الأول

أساس التعُّهد في التشريعات المدنية

لم تتضمن التشريعات المدنية محل المقارنة نصوصاً خاصة ومباشرة بهذا النوع من التعُّهد بالضمان، وإنما أشارت أليه في نصوص عامة، وعن طريق هذه النصوص يمكننا تأسيس التعُّهد بالضمان وفق ثلاث اتجاهات، فالاتجاه الأول يكون بإقامة التعُهد بالضمان استناداً إلى حسن النية في العقود، والاتجاه الثاني يكون بتأسيس هذا التعُّهد استنادا إلى ضمان العمل، والاتجاه الثالث يكون بتأسيسه وفقاً لمستلزمات العقد، وسنبين ذلك عن طريق تقسيم هذا الفرع على ثلاث فقرات .

أولا – حسن النية أساساً للتعُّهد

يمكن بيان أساس التعّهد بالضمان عن الأعمال الحرفية عن طريق ما أشارت أليه التشريعات المدنية المقارنة من وجوب التزام الأطراف المتعاقدة بمبدأ حسن النية، حيث أجازت هذه التشريعات للأطراف المتعاقدة حرية الاتفاق على تنظيم أحكام الضمان سواء أكان ذلك عن طريق التشديد أو التخفيف أو حتى الإسقاط ، وذلك بما تضمنته من نصوص أجازت بموجبها للأطراف المتعاقدة وضع الشروط عند التعاقد، وضرورة تنفيذ تلك الاتفاقات وفقاً لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين حيث نجد إنْ المادة (1/131) من القانون المدني العراقي نصت على انه (1- يجوز أنْ يقترن العقد بشرط يؤكد مقتضاه أو يلائمه أو يكون جارياً به العرف والعادة)، ولكن من ناحية أخرى نجد إنْ المادة (1134) من القانون المدني الفرنسي قد بينت أنْ تنفيذ الاتفاقات يجب أن يتم بحسن نية فقد نصت على انه (الاتفاقات يجب أن تنفذ بحسن نية)[1]، وكذلك المادة (148)من القانون المدني المصري التي نصت على انه (يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية)[2]، وهذا النص مطابق لما لما جاء في القانون المدني العراقي في المادة (1/150)، فهذه النصوص تظهر لنا إنها اتجهت إلى إلزام الأطراف المتعاقدة بوجوب تنفيذ العقد وفقاً للاتفاق وبحسن نية من اجل ضمان تحقيق الغاية التي قصدها الأطراف من وراء التعاقد، ولما كان التعّهد بالضمان يهدف إلى حث صاحب الحرفة بإنجاز عمله بالشكل المطلوب وبصورة تحقق ما سعى أليه الأطراف من التعاقد وتحقيق الفائدة التي كان المتعّهد له يطمح اليها، ومن ثمّ فإن هذه النصوص قد تضمنت الأساس القانوني للتعّهد بالضمان عن الأعمال الحرفية، بوجوب حسن نية الأطراف المتعاقدة في التعّهد بالضمان كونها تمثل أساساً يحكم جميع العقود أياً كان مصدرها[3]، لكن ما هو المقصود بحسن النية في أطار التعّهد بالضمان عن الأعمال الحرفية ؟

في بيان معنى حسن النية ذهب البعض إلى القول بصعوبة أيجاد تعريف ومعنى محدد لحسن النية، لأنه يعتبر اصطلاحاً واسعاً وذا مفهوم مرن وشامل ولا يمكن أيجاد معنى محدد له، إنما يتوقف الأمر على ظروف وملابسات كل حالة وكل عقد وكل زمن من الأزمان، وتعود صعوبة أيجاد معنى محدد لحسن النية لعدة عوامل، منها مرونة مفهومه وتغير مضمونه، وكذلك اختلاط مفهوم حسن النية بكثير من المفاهيم والنظريات القانونية، منها نظرية الباعث الدافع إلى التعاقد، والإرادة الباطنة،

---

1 -Art 1134 -(L'erreur sur les qualités essentielles du cocontractant n'est une cause de nullité que dans les contratconclusen considération de la personne) .

2- نصت بعض التشريعات المدنية الأخرى على حسن النية عند تنفيذ الاتفاقات، منها القانون المدني الجزائري الجزائري في المادة (107) ،وقانون الموجبات والعقود اللبناني في المادة (221) ،والمادة (149) من القانون المدني السوري ، والمادة (202) من القانون المدني الاردني .

3- د. عبد المجيد الحكيم ، مصدر سابق ، ص154 .

والتعسف في استعمال الحق، والأوضاع الظاهرة وغير ذلك [1]، إضافة إلى ذلك وجود فكرة حسن النية في عدة قوانين مختلفة كالقانون الإداري والقانون المدني، والقانون الجنائي، واختلاف حسن النية في كل قانون من هذه القوانين، وأنْ له ادوار متعددة ومختلفة في التصرفات القانونية، فيختلف المعنى المقصود من كل حالة إلى حالة أخرى[2] .

ورغم ما تقدم من رأي إلاّ أنْ هنالك من ذهب إلى وضع معنى محدد لحسن النية، فبين أنْ حسن النية هو الجهل المبرر بواقعة يرتب عليها الشارع اثراً قانونياً، وعكس ذلك فإن سوء النية يكون بالعلم بواقعة معينة يرتب عليها الشارع أثراً قانونياً[3]، وحسب المعنى المتقدم فإن حسن النية يكون موقفاً سلبياً في الشخص ولا يكون ارادياً أو عمدياً، إذ إنّه لم يقصد عدم العلم بواقعة معينة أو الحالة إنما هي حالة فكرية تنشأ وترتبط بعنصر العلم .

في حين يذهب رأي فقهي آخر إلى تعريف حسن النية انطلاقاً من الأحكام الاجتماعية التي ترتبط بالقيم السائدة في المجتمع، وتتمثل بالأمانة والنزاهة والاستقامة في التعامل، وعلى ذلك يكون الشخص حسن النية إذا التزم الأمانة والثقة في التعامل[4]، فعرفوا حسن النية بتعريفات مختلفة استناداً إلى ما تقدم، منها من عرفه بأنه (الاستقامة والنزاهة وعدم الغش في التعامل)[5]، وفي هذا الإطار عّرف أيضاً بأنه (التعامل بصدق وشرف مع الغير)[6]، فهذه التعاريف تبين أنْ حسن النية بمعناه الواسع هو قصد الالتزام بحدود القانون وأنها أفضل من سابقتها في بيان معنى حسن النية .

وبرأي الباحث فإنه لا يوجد اختلاف بين التعاريف المتقدمة في بيان معنى حسن النية وأن اختلفت في تعابيرها والفاظها، وذلك لان تعريف حسن النية بأنه الاستقامة والنزاهة، يضم في طياته الجهل

1- د. حمدي عبد الرحمن ،الوسيط في النظرية العامة للالتزامات ،الكتاب الأول ،المصادر الإرادية للالتزام ، العقد والإرادة المنفردة ،ط1،دار النهضة العربية ،القاهرة ،1999 ،ص438 . جاك غستان، المطول في القانون المدني ،تكوين العقد ،ترجمة منصور القاضي ،ط1 المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر ،بيروت ، 2000، ص269 .

2- د .عبد الحكم فودة ،تفسير العقد في القانون المدني المصري والمقارن ،الدار الجامعية للطباعة والنشر ، الإسكندرية ،2007 ،ص154 .

3- عبد المنعم موسى ابراهيم ،حسن النية في العقود ،دراسة مقارنة ،منشورات زين الحقوقية ،بيروت ،لبنان ، 2006 ،ص 83 .

4- د. وهبة الزحيلي ،النية والباعث في فقه العبادات والعقود ،بحث منشور في مجلة الشريعة والدراسات الإسلامية ،جامعة الكويت ،السنة الثالثة ،العدد الثاني ،ص104 .

5- د .حسين عامر، التعسف في استعمال الحقوق والغائها ،ط1 ،مطبعة القاهرة ، مصر ، 1960 ،ص 118 .

6- د .مصطفى العوجي، القانون المدني العقد مع مقدمة في الموجبات المدنية ،ج1 ،ط4 ،منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ،لبنان ، 2009، ص 114 .

المبرر بواقعة معينة وعدم مخالفة القانون ،وإن القول بأن حسن النية هو التعامل بصدق و شرف مبني على موقف قصدي فالشخص يتصرف دون يكون قاصدا الاعتداء على الغير .

ومما تقدم يرى الباحث إنْ التعّهد بالضمان قائم على مبدأ حسن النية لدى الأطراف المتعاقدة بدءاً منْ مرحلة التفاوض وحتى انتهاء مدّة التعّهد بالضمان، إذ يجب على كل طرف في هذه العلاقة أنّ يكون أميناً ومتعاونا في إبرام التعّهد بالضمان وتنفيذ التزاماته وأن لا يقصد الحاق الضرر بالطرف الآخر، وأن يتبع كلا الطرفين الطرق المشروعة لتنفيذ التزامه وأن لا يفوت على الطرف الآخر ما قصده من منفعة عند إبرام التعّهد بالضمان، و يجب أنْ يبتعدوا عن كل ما يؤدي إلى الاضرار بالطرف الآخر وإلاّ أصبح مخلاّ بالتزامه ويتحمل مسؤولية مشددة[1]، ومن ناحية صاحب الحرفة والذي استعمل التعّهد بالضمان كوسيلة لجذب المتعاقدين معه يجب أنْ يكون حسن النية في تنفيذ تعّهده وفقاً لما تم الاتفاق عليه، ويجب عليه تّمكين المتعّهد له من الانتفاع بالشيء محل التعاقد طيلة مدّة الضمان ،وبتدخله لإزالة العيب عند حدوثه وتحمل المسؤولية كلما تطلب الامر ذلك، فعليه أن لا يتخذ من التعُّهد بالضمان وسيلة لإخفاء عيوب معينة، كأن يكون صاحب الحرفة عالماً بالمدّة الافتراضية التي يبقى فيها الشيء صالحاً للانتفاع به بحكم خبرته وتخصصه، فيقوم بإعطاء تعّهد بالضمان حسب تلك المدة، وبمجرد انتهاء مدة الضمان تظهر العيوب الفنية للشيء محل التعاقد فهذا العلم يجعل صاحب الحرفة سيء النية، وتنهض بذلك مسؤوليته التقصيرية، كذلك يجب عليه وانطلاقاً من مبدأ حسن النية أن يفي بالتزاماته دون نقص أو تغيير وأن يحقق كل الشروط التي تم الاتفاق عليها، وبخلاف ذلك فإنه يكون غاشاً ويجب رد سوء نيته[2]، ويمكن قياس التزام صاحب الحرفة على النصوص القانونية الواردة بصدد ضمان البائع، منها المادة (2/570) من القانون المدني العراقي التي نصت على أنه (وليس للبائع أنْ يتمسك بهذه المدة لمرور الزمان إذا ثبت أنْ خفاء العيب كان بغش منه)[3]، فهذا النص يظهر وبصورة واضحة وعن طريق قياس التزام صاحب الحرفة على التزام البائع، إنْ صاحب الحرفة لا يمكنه التمسك بالمدة المحددة للتعّهد بالضمان إذا كان ذلك يتضمن إخفاء منه لعيوب معينة، حيث يكون داخلاً في معنى الغش وتنهض مسؤوليته التقصيرية ،كذلك المادة (2/568) من القانون المدني العراقي التي نصت على أنّه (على أن كل شرط يسقط الضمان أو ينقصه، يقع باطلاً إذا كان البائع قد تعمد إخفاء العيب)[4]، فهذا النص يبين

1- د. توفيق حسن فرج ،أثر حسن النية على رجوع المشتري بالضمان ،بحث منشور في مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية ،العدد الأول ،1970 ،ص207 .

2- ينظر د .عبد الجبار ناجي الملا صالح ،مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود،1974 ،جامعة بغداد ، ص58 ،د . جمال الدين زكي، الوجيز في النظرية العامة في الالتزام، دار النهضة العربية ،القاهرة ،1978 ،ص143 .

3- تقابلها المادة (452 /2) من القانون المدني المصري . و المادة (1648) من القانون المدني الفرنسي .

4- تقابلها المادة (445) من القانون المدني المصري .و المادة (1643) من القانون المدني الفرنسي .

بطلان الاتفاق إذا تضمن غشاً من قبل البائع بإخفاء عيوب معينة، وأنْ كان النص يتعلق بالضمان القانون إلاّ انه يمكن مدّ حكمه ليشمل الضمان ألاتفاقي .

ومن ناحية أخرى فإن حسن النية لا يقتصر على صاحب الحرفة فقط وإنما يشمل كذلك المتعّهد له، وإن كان هو الطرف المستفيد من التعُّهد بالضمان فيجب عليه أن يكون حسن النية كذلك، وأن لا ينطوي أي من تصرفاته على سوء نية أو أضرار بصاحب الحرفة الذي تعاقد معه، فلا يجوز له استعمال العمل محل العقد استعمالاً يضر به، كذلك لا يجوز له عند علمه بالعيب الموجب للضمان أنْ يتأخر في إبلاغ صاحب الحرفة بذلك، مما قد يترتب عليه مضاعفات ضارة تلحق بالأخير وقد تتسبب في سقوط التعّهد، ويظهر مما تقدم وعن طريق نص المادة (1/560) من القانون المدني العراقي التي نصت على إنّه (فإذا وجد عيباً يضمنه البائع وجب عليه أنْ يبادر بأخباره عنه، فإن أهمل في شيء من ذلك أعتبر قابلاً للمبيع)[1]، فهذا النص وأنْ كان وارداً بصدد التزام المشتري إلاّ أنّه يمكن تطبيقه على التزام المتعّهد له في التعّهد بالضمان .

ثانيا – ضمان العمل أساساً للتعُّهد بالضمان

أشارت التشريعات محل المقارنة إلى التزام البائع بضمان العيوب الخفية التي قد تظهر في المبيع، فالمشرع الفرنسي نظم هذا الضمان في المواد (1641-1649) من القانون المدني، والمشرع المصري نظم هذا الضمان في المواد (447-454) من القانون المدني، والمشرع العراقي نظم ضمان العيوب في المواد (513- 558)من القانون المدني، وأشارت جميع هذه التشريعات إلى وجوب توافر شروط معينة في العيوب الموجبة للضمان بأن يكون قديماً ومؤثراً وخفياً، على النحو الذي يؤدي إلى نقصان قيمة المبيع أو يقلل من منفعته بحيث يكون المبيع غير صالح لتأدية الغرض الذي قصده المشتري من التعاقد[2] .

وبناءً على ذلك فإن وجود عيب في المبيع أو وجود نقص في الصفات المتفق عليها في مدة الضمان القانوني يجعل البائع ضامناً ومسؤولاً عن ذلك العيب، ويثبت للمشتري المطالبة بكافة الآثار التي تنشأ عن ضمان العيوب الخفية وفقا للقواعد العامة [3]، وهذا ما ينطبق على التعّهد بالضمان من حيث وجود

1- تقابلها المادة (447) من القانون المدني المصري، و المادة (1642) من القانون المدني الفرنسي .
2- د. أنور سلطان ،شرح عقدي البيع والمقايضة دراسة مقارنة في القانون المصري واللبناني ،دار النهضة العربية ،القاهرة ،1983 ،ص257 .
3- د. سعيد مبارك و د. طه الملا حويش و د. صاحب عبيد الفتلاوي ،مصدر سابق، ص136 .

العيب لتطبيق الاثار الناشئة عنه، لكن يكفي مجرد وجود العيب دون الحاجة لأن يكون مؤثراً أو خفياً أو قديماً .

ويثار تساؤل بصدد الآثار التي تنشأ عن الضمان القانوني فهل يحق للمشتري المطالبة بإصلاح العيب بدلا من الفسخ ورد المبيع مع المطالبة بالتعويض، ومدى اتفاقها مع التعُّهد بالضمان عن الاعمال الحرفية فتكون اساساً له ؟ .

لقد أختلف الفقه بصدد الإجابة على هذا التساؤل، فهنالك من ذهب إلى القول واستناداً إلى النصوص القانونية الواردة في التشريعات محل المقارنة إن حق المشتري في الضمان القانوني يقتصر على فسخ العقد وانقاص الثمن ولا يخوله مطالبة البائع بالتنفيذ العيني بإصلاح العيب أو تبديله بمبيع آخر، أو استبدال الأجزاء التالفة[1]، في حين يذهب رأي آخر إلى أن المشتري من حقه المطالبة بإصلاح العيب الموجود في المبيع إذا كان ذلك ممكناً، كذلك يحق له المطالبة باستبدال الأجزاء المعيبة بأخرى صالحة للعمل إذا تعذرت عملية الإصلاح، وفي جميع الأحوال يكون للمشتري إصلاح المبيع على نفقته الخاصة دون الحصول على أذن المحكمة والرجوع على البائع في حالة الاستعجال[2]، ويرى الباحث إنّ هذا الرأي هو الراجح لأنه يحقق رغبة المشتري في الحصول على مبيع يحقق له المنفعة التي كان يتوقعها عند التعاقد ويضمن الحماية الكاملة للطرف الضعيف في التعاقد، كذلك إنّ هذا الرأي الفقهي يتوافق مع موقف المشرع الفرنسي في المادة (1642) التي أجازت للبائع إصلاح العيوب الخفية، مما يعني إنّه يمكن للبائع إصلاح العيب إذا وافق المشتري على ذلك، أما المشرع المصري فقد بين في المادة (450) الأثر الذي يترتب على ضمان العيوب الخفية وهو مطابق لما جاء في التشريع العراقي الذي حدد الأثر الذي يترتب على ضمان العيوب الخفية في المادة (1/558)[3]، حيث جعلت المشتري مخيراً بين أمرين أما رد المبيع أو أخذه بثمنه المسمى، لكن من جهة أخرى فإن هذا النص ليس من القواعد الآمرة، بمعنى أن للطرفين الاتفاق على إصلاح العيب بدلا من رده، و من ثمّ فإنه وفقا لما ذهب اليه الرأي الراجح في الفقه من جواز تدخل البائع لإصلاح العيب وما نص عليه المشرع الفرنسي يمكن القول إن ضمان العيوب الخفية أساساً للتعّهد بالضمان من حيث الآثار .

إضافة إلى ما تقدم يمكن تأسيس التعَّهد بالضمان عن الاعمال الحرفية وفقاً للمادة (1/568)من القانون المدني العراقي الواردة ضمن نطاق العيوب الخفية حيث نصت على أنّه (يجوز للمتعاقدين بأتفاق

1- د .حسن علي ذنون، شرح القانون المدني العراقي ،العقود المسماة ،عقد البيع ،مطبعة الرابطة ،بغداد، 1953 ،ص245 .

2- د .جابر محجوب علي ،مصدر سابق، ص 96 .د ممدوح محمد علي مبروك ، مصدر سابق ، ص71 .

3- التي نصت على أنه (إذا ظهر بالمبيع عيب قديم كان المشتري مخيرا ان شاء رده وان شاء قبله بثمنه) .

خاص أن يحددا مقدار الضمان)، حيث لا يعتبر ضمان العيوب الخفية من النظام العام، فيجوز للأطراف تحديد ذلك الضمان بالزيادة أو النقصان وحتى اسقاطه بشرط عدم وجود غش من كلا الطرفين، وهذا ما نص عليه المشرع الفرنسي المادة (1627)، والمشرع المصري أيضا في المادة (453) من القانون المدني، لذا يمكن القول باعتبار تعًهد صاحب الحرفة بضمان جودة وكفاءة عمله تشديداً لضمان العيوب الخفية، وتتمثل صورة التشديد في الزام الحرفي بكل عيب يظهر في محل التعاقد في المدة المتفق عليها ولو لم تنطبق عليها شروط العيب الموجب للضمان القانوني .

لكن ومع كل ما تقدم فإن الباحث يرى أنّه لا يمكن تجاهل الفارق الكبير بين شروط العيب الموجب للضمان القانوني وشرط العيب الموجب للضمان الاتفاقي، فالأخير لا يشترط فيه أنْ يكون خفياً ومؤثراً وقديماً، حيث يكفي مجرد حدوث العيب مهما كان تافهاً في تحقق مسؤولية صاحب الحرفة، كذلك إنّ دعوى الضمان القانوني تسقط بمضي مدة قصيرة محددة قانوناً لا تتناسب مع التعّهد بالضمان، فالتعّهد بالضمان التزام مستقل عن الضمان القانوني للعيوب الخفية وله مقوماته وشروطه الخاصة، وإذا كان يمكن القول إن ضمان العيوب الخفية أساساً للتعّهد بالضمان يتلاءم مع القانون المصري لورود نص مادة يحدد ضمان صلاحية المبيع[1] بصورة مباشرة باعتباره ضمان اتفاقي، فإن هذا القول لا يتلاءم مع القانون المدني العراقي والقانون المدني الفرنسي، وذلك لعدم وجود نص مادة يشير إلى هذا الضمان من ناحية، كما إنّ ضمان العيوب الخفية يكون وارداً ضمن نطاق عقد البيع، أما التعّهد بالضمان عن الأعمال الحرفية فإنه ينحصر نطاق تطبيقه ضمن عقد القيام بعمل، إضافة إلى ذلك فإن اعتبار التعّهد بالضمان تشديداً للضمان الاتفاقي فيه تجاهل لنص المادة (131) من القانون المدني العراقي، التي أجازت للأطراف المتعاقدة وضع شرط في العقد يؤكد مقتضاه أو يلائمه، ومن ثمّ فإنه يمكن القول إنّ التعُّهد بالضمان عن الأعمال الحرفية هو ضمان مستقل عن الضمان القانوني له أحكامه الخاصة .

ثالثاً – الاستناد إلى مستلزمات العقد أساس للتعُّهد

يمكن عد مستلزمات العقد أساساً للتعُّهد بالضمان عن الأعمال الحرفية، حيث أشار والقانون المدني الفرنسي في المادة (1194)، والقانون المدني المصري أشار إلى ذلك في المادة (148)، والقانون المدني العراقي في المادة (2/150) التي نصت على أنّه (لا يقتصر العقد على الزام المتعاقدين بما ورد فيه، ولكن يتناول أيضا ما هو من مستلزماته وفقاً للقانون والعرف والعدالة بحسب طبيعة الالتزام)، وهذا النص يتوافق مع ما جاء في المادة (148) من القانون المدني المصري، فحددت هذه النصوص القانونية العوامل التي يستعين بها القاضي في تحديد مضمون العقد، فلا يقتصر التزام المتعاقدين على تنفيذ ما

1- ينظر نص المادة (455) من القانون المدني المصري .

ورد فيه فقط بل يجب كذلك تنفيذ ما تقتضيه مستلزمات العقد وفقاً لما يحدده القانون والعرف والعدالة وطبيعة الالتزام، فبينت هذه المادة أولى العوامل التي يستعين بها القاضي وهو القانون، ولا يقصد بهذه العبارة النصوص الآمرة إنما يقصد بها النصوص المكملة والمفسرة[1]، فإذا كان الأطراف المتعاقدة لم يتطرقوا إلى جميع الأمور الجوهرية في العقد فإن هذا يعني أنهم تركوها إلى النصوص المكملة والمفسرة في القانون لتتولى تكملتها، وحددت هذه المادة العرف ثانياً في تحديد مستلزمات العقد، حيث يوجد في كل صنعة أو مهنة مجموعة من العادات والأعراف المتبعة التي تعتبر بمثابة الشروط المألوفة عند التعاقد، أذ جرت العادات والأعراف على إدراج شروط معينة عند التعاقد، وتكرار أيرادها في العقود ذات الطبيعة المتشابهة حيث تكون هذه الشروط ملائمة أو تؤكد مقتضى العقد[2]، وفي الوقت الحاضر فإن التعُّهد بالضمان عن الأعمال الحرفية أصبح اتفاقاً مألوفاً بسبب كثرة وقوعه في عقود القيام بعمل، حيث نجد اغلب العقود المبرمة بين صاحب الحرفة والمتعاقد معه تتضمن التزام صاحب الحرفة بكفاءة وجودة العمل المنجز من قبله في مدة زمنية معينة، لأن المتعاقد لا يكون لا مطمئناً بكون محل العقد صالحاً لتأدية الغرض المقصود إلاّ مع وجود هذا التعهد، وحددت هذه المادة العدالة ثالثاً كأحد العوامل التي يستعين بها القاضي في تحديد مستلزمات العقد، فالعدالة تقتضي بأن المتعاقد مع صاحب الحرفة يجب أنْ يحصل غايته من التعاقد بحصوله على شيء يحقق له المنفعة المقصودة من التعاقد، ومن ثمّ فإن ظهور أي عيب يخل بهذه المنفعة يحقق مسؤولية صاحب الحرفة بضرورة التدخل لإزالة العيب، والعامل الرابع الذي يستعين به القاضي في تحديد مستلزمات العقد هو طبيعة الالتزام، فطبيعة الالتزام تحدد مضمون العقد في حالة عدم اتفاق الأطراف على ذلك .

ومما تقدم يتضح للباحث إنّ التعّهد بالضمان عن الأعمال الحرفية اصبح اتفاقاً مألوفاً في الأعمال التي يقوم بها أصحاب الحرف في الوقت الحاضر ومن ثمّ يمكن اعتباره من مستلزمات العقد، ذلك لكثرة حصوله في العقود التي تبرم مع صاحب الحرفة، حيث اصبح العرف جارياً على هذا التعّهد بين الصناع وذوي المهن الحرفية هذا من ناحية، إضافةً إلى ذلك فإن هذا التعّهد يبعث الثقة والطمأنينة في نفس المتعاقد لأنه يلزم صاحب الحرفة بإزالة كل عيب يحدث في مدة التعّهد، ضماناً لانتفاع المتعاقد بالشيء محل التعاقد، كذلك فإن صاحب الحرفة هو أقدر الأشخاص على إزالة العيب عند حدوثه كونه مهني ومختص في مجال عمله، ويكون على علم بطريقة إصلاح وأزاله العيب، كذلك فإن هذا التعّهد يحقق للمتعّهد له غايته من التعاقد بحصوله على عمل يحقق له المنفعة التي ينشدها طوال مدة التعّهد، فيكون

1- ينظر د .محمد حسين منصور ،المدخل لدراسة القانون ،القاعدة القانونية ،ط1 ،منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ،2010، ص175.

2- د . إيمان طارق الشكري ،مصدر سابق ، ص46 .

مرتبطاً بالعمل الذي أنجزه، ومن ثمّ يمكن اعتبار مستلزمات العقد أساساً للتعّهد بالضمان عن الأعمال الحرفية لكونه يؤكد أو يلائم مقتضى العقد وهو الأساس الأفضل.

الفرع الثاني

أساس التعُّهد في التشريعات الخاصة

لا يمكن الاكتفاء بالنصوص العامة الواردة في التشريعات المدنية المقارنة عند البحث عن الأساس القانوني للتعُّهد بالضمان، بل لا بد لنا من البحث عن أساسه في نطاق التشريعات الخاصة محل المقارنة، مثل قوانين حماية المستهلك الفرنسي والمصري والعراقي، لكون هذه التشريعات قد تضمنت بين ثناياها ما يشير إلى التعُّهد بالضمان .

ففي إطار قانون حماية المستهلك الفرنسي الذي صدر تطبيقاً للتوجه الأوربي رقم (44\1999) الصادر في (25 ديسمبر 1999) كنظام موحد لحماية المستهلك الذي نص في المادة (15/211) على إنّه (يجوز الاتفاق بين البائع والمشتري على ضمانات أخرى يحددون عن طريقها مضمون الضمان والعناصر اللازمة لتنفيذه ومدة الضمان وبغض النظر عن هذا الضمان فإن البائع يبقى مسؤولاً عن عيوب المطابقة للعقد والضمان القانوني للعيب الخفي ويجب العمل بهما مع نص الفقرتين 4و5 من هذه المادة ولا يجوز تظليل المشتري فيعد هذا الاتفاق كأن لم يكن)، فبينت هذه المادة إنّه يجوز للطرفين المتعاقدين الاتفاق على ضمانات اضافية للضمان القانوني الوارد بخصوص العيوب الخفية، فالتعُّهد بالضمان أصله اتفاقي يتم الاتفاق عليه بين صاحب الحرفة والمتعاقد معه، وتركت هذه المادة للطرفين حرية الاتفاق على مدة الضمان ولم تقيده بمدة زمنية معينة، كذلك بينت هذه المادة إنّه إضافة للضمان الاتفاقي فإن البائع يبقى مسؤولاً عن ضمان العيوب الخفية فيتمّ العمل بالضمانين دون أنْ يسقط أحداهما .

كذلك يمكن أنْ نلتمس أساساً للتعُّهد بالضمان في نطاق قانون حماية المستهلك الفرنسي في المادة (4\211) التي نصت على إنّه (يكون البائع ملزماً بتسليم الشيء وفقاً للعقد ويكون مسؤولاً عن عيوب المطابقة الموجودة عند التسليم)، وبما أنْ التعُّهد بالضمان عن الإعمال الحرفية هو من قبيل الاتفاق على مواصفات معينة في الشيء محل التعاقد كما بينا، فهذا الاتفاق يجعل صاحب الحرفة مسؤولاً عن توفر تلك المواصفات في العمل المنجز من قبله، حيث يضمن صاحب الحرفة خلو الشيء من أي عيب يخل بانتفاع المتعاقد بمحل العقد .

فعند البحث في نطاق قانون حماية المستهلك المصري الذي يسري على كل من يقدم نشاط مهني أو تجاري أو حرفي وفق المادة (5/1)[1]، ومن ثمّ نجد إنّه يشمل التعّهد بالضمان، كذلك نجد أساس هذا التعّهد يتمثل في نص المادتين (26 و21) من هذا القانون، فالمادة (26) نصت على إنّه (يضمن مورد خدمات التشطيبات والصيانة والتركيبات المنزلية صلاحية ما قام بتنفيذه من أعمال وما تم توريده من منتجات لمدة سنة على الأقل، ما لم يحدد الجهاز مدة اقل بالنظر إلى طبيعة الاعمال أو المنتجات، ويكون الضمان ثلاث سنوات على الأقل إذا كان العيب لغش او اهمال جسيم)، فهذه المادة أشارت إلى مجموعة من الاعمال الحرفية التي يلتزم فيها القائم بالعمل بضمان عمله لمدة زمنية معينة كالأعمال والتركيبات المنزلية، ولم تقتصر على الأعمال التي يقوم بها أصحاب الحرف فقط، إنما يلتزم القائم بالعمل كذلك بضمان ما تمّ توريده من مواد داخلة في تنفيذ الاعمال، وحددت هذه المادة الضمان بمدتين، الأولى هي سنة واحدة كحد أدنى يجوز زيادتها بالاتفاق، وإنّ هذه المدة قصيرة ولا تكفي لضمان الانتفاع بمحل العقد، كون أغلب العيوب تحتاج لمدة زمنية أطول لظهورها والافضل لو كان تحديدها بمدة ثلاث سنوات كما هو متعارف عليه في التعاقدات التي تجري مع اصحاب الحرف، أما المدة الثانية فتكون ثلاث سنوات في حالة وجود غش أو خطا جسيم من قبل صاحب الحرفة كما لو استخدم مواد ذات مناشيء رديئة في تنفيذ العمل والافضل لو أنّ المشرع المصري قد اخضع المدة في هذه الحالة لمدة التقادم فتكون ثلاث سنوات من تاريخ العلم بالعيب، و(15) سنة في جميع الاحوال، كذلك إنّ هذه المادة قد حددت الأثر المترتب على تحقق مسؤولية صاحب الحرفة عند وجود عيب في العمل المنجز من قبله، فألزمته بأعاده تنفيذ العمل من جديد أو برد ثمن العمل والتعويض عن اي نقص فيها، واستبدال ما تمّ توريده من المنتجات أو رد قيمتها إذا تعذر ذلك .

ويرى الباحث إن هذه المادة منتقدة كونها حددت مجموعة من الاعمال الحرفية التي يلتزم فيها الحرفي بالضمان على سبيل الحصر، حيث حددت هذه الضمان بتوريد أو تنفيذ اعمال الصيانة والتشطيبات الخاصة بالتركيبات المنزلية، والأفضل لو إن هذا النص جاء بصورة مطلقة ليشمل كافة الاعمال التي يقوم بها اصحاب الحرف سواء كانت متعلقة بالتركيبات المنزلية أمّ الاعمال الاخرى المتعلقة بالآلات أو الفنادق والمطاعم أو الأنشطة الأخرى ليكون بصورة أوسع ويشمل فئات كبيرة من الصناع الحرفيين، ويضمن الحماية لعدد كبير من المتعاقدين .

كما يمكن تلمس أساس هذا الضمان في المادة (21) من قانون حماية المستهلك المصري التي نصت على إنّه (للمستهلك الحق خلال ثلاثين يوم من تسلم السلعة في استبدالها أو إعادتها مع استرداد

1- حيث نصت على انه (المورد كل شخص يمارس نشاطا تجاريا او صناعيا او مهنيا او حرفيا يقدم خدمة للمستهلك ، او يقدم خدمة للمستهلك ،او ينتج سلعة او يصنعها او يستوردها) .

قيمتها النقدية، إذا شابها عيب أو كانت غير مطابقة للمواصفات أو للغرض الذي تم التعاقد عليها من أجله)، فيتمثل أساس التعّهد في الفقرة الاخيرة من الشطر الاول من هذه المادة، المتمثلة بحق المستهلك في رد السلعة أو استبدالها أذا كانت غير مطابقة للمواصفات المتفق عليها أو للغرض الذي تمّ التعاقد من أجله، فرغم أنّ هذه المادة خاصة بالسلعة وفي إطار حماية المستهلك إلاّ إنّه يمكن مد حكمها، وتطبيقها على كافة الاعمال والاشياء التي يقوم اصحاب الحرف بصنعها أو إنجازها، تأسيساً بعدها من قبيل الاتفاق على مواصفات معينة بمحل العقد ولمدة معينة، فوجود عيوب بمحل العقد خلال مدة الضمان، يجعل ذلك العمل غير صالح لتأدية الغرض المتفق عليه والذي تم التعاقد من أجله حيث يخل بمنفعة العقد ولا يحقق رغبة المتعاقد من الانتفاع بمحل العقد، فيكون موجباً لمسؤولية اصحاب الحرف ويكون إخلالاً بضمان المطابقة[1] .

أما قانون حماية المستهلك العراقي الذي يسري على جميع الأشخاص الطبيعيين أو المعنويين الذين يقومون بالتصنيع أو التجهيز أو تقديم الخدمات بحسب المادة الثالثة[2]، وهذا يشمل التعُّهد بالضمان عن الأعمال الحرفية الذي يمكن أنْ نجد له أساساً في المادة (1 / 2) والمادة (6 /أولاً / د) فبخصوص المادة الأولى التي وردت ضمن اهداف هذا القانون التي نصت على إنّه (2- يهدف هذا القانون إلى: أولاً- ضمان حقوق المستهلك الأساسية وحمايتها من الممارسات غير المشروعة التي تؤدي إلى الاضرار به)، فالتعُّهد بالضمان هو أحد الوسائل التي ظهرت لحماية المستهلك ولضمان حقوقه عن طريق حصوله على شيء صالح لأداء الغرض المقصود و يحقق له رغبته من التعاقد ولأطول مدة ممكنة، كذلك إنّه يؤدي للحد من الغش الذي قد يرتكبه أصحاب الحرف، كأن يستعمل مواد لا تؤدي الغرض المقصود، حيث يشكل وسيلة للضغط على صاحب الحرفة بالقيام بعمله بجودة وِكفاءة عالية واستعمال أدوات ومواد رصينة، لأنه يعلم بانه ملزم بضمان عمله لمدة معينة تكون طويلة نسبياً، فيكون مسؤولاً عن كل عيب يظهر في مدة الضمان وقد يتعرض للجزاءات القانونية المترتبة على ذلك.

كذلك يمكن أنْ نجد أساس التعُّهد بالضمان في المادة (6/ أولاً / د)من القانون أعلاه التي نصت على إنّه (للمستهلك الحق في الحصول على ما يأتي :د -الضمانات للسلع التي تستوجب طبيعتها مثل هذا الضمان وللمدة التي يتم الاتفاق عليها مع المجهز، دون تحميلها نفقات إضافية)، فبينت هذه المادة إنْ من حقوق المستهلك هو الحصول على الضمانات بالنسبة للسلع التي تستوجب طبيعتها هذا الضمان، ولم تحدد هذه المادة المدة المناسبة للضمان تاركةً الأمر لاتفاق المتعاقدين ،كما إنها أشارت إلى إنّ الضمان

1- د . ممدوح محمد علي مبروك ، مصدر سابق ، ص212 .

2- التي نصت على انه (يسري هذا القانون على جميع الأشخاص الطبيعيين او المعنويين الذين يقومون بالتصنيع او التجهيز او البيع او الشراء او التسويق او الاستيراد او تقديم الخدمات او الاعلان عنها) .

المعطى للمستهلك يكون دون بدل، فلا يجوز إضافة مبلغ إلى السعر الإجمالي للسلعة في مقابل الضمان، ويرى الباحث إن التعاقد مع أصحاب الحرف للقيام بعمل يكون من قبيل الأعمال التي تستوجب طبيعتها الضمان من جانبين، الأول كون المواد المستخدمة في هذه الأعمال أصبحت كثيرة ومتنوعة وذات مناشيء مختلفة وذات جودة وقدرة مختلفة لأداء الغرض المقصود، وهذا يجعل المتعاقد غير مطمئن بجودة وكفاءة الاعمال المنجزة من قبل صاحب الحرفة إلاّ مع وجود هذا التعّهد، وهذا ما يتناسب مع الحماية التشريعية المقررة للمستهلك، لأنها تحمي حقوقه الأساسية بحصوله على عمل خالي من العيوب ويحقق رغبته من التعاقد، إما الجانب الثاني فإن هذا التعُّهد أصبح من الأمور الشائعة بكثرة في الوقت الحاضر في نطاق الأعمال الحرفية، وذلك بسبب كثرة إدراجه في التعاقدات التي تبرم في مجال الأعمال الحرفية، وبذلك فإن قانون حماية المستهلك العراقي قد أجاز للمستهلك الحصول على كافة الضمانات للسلع عند التعاقد ويعتبر التعُّهد بالضمان أحد الضمانات المهمة لحماية المتعاقد مع صاحب الحرفة لكونه الطرف الضعيف في التعاقد فيجب حمايته من الممارسات الغير المشروعة التي قد تضّر به حسب ما جاء بأهداف هذا القانون .

ومما تقدم يرى الباحث أن التشريعات الخاصة محل المقارنة قد تضمنت الأساس الذي يستند أليه التعُّهد بالضمان عن الأعمال الحرفية عن طريق تضمنها عدة نصوص قانونية أشارت لهذا الضمان، وإنّ هذه النصوص جاءت لحماية المستهلك من التصرفات الضارة به ولضمان حقوقه، خاصة عند التعامل مع طرف آخر يكون محترف ومختص في مجال عمله، وهذا هو شأن التعُّهد بالضمان الذي يهدف إلى ضمان حقوق المتعاقد مع صاحب الحرفة عن طريق حصوله على شيء يلبي رغبته من التعاقد، والتزام صاحب الحرفة بضمان عمله خلال المدة المتفق عليها .

المبحث الثاني

نطاق التعُّهد بالضمان عن الأعمال الحَرِفيَة

تستلزم دراسة وبحث موضوع التعُّهد بالضمان أنْ نبين نطاقه من أجل معرفة حدوده ومجال تطبيقه، وهذا النطاق إما أنْ يكون محدداً من ناحية أطراف التعّهد بالضمان، وقد يكون محدداً من ناحية مدة التعّهد بالضمان .

فمن ناحية أطراف التعّهد بالضمان، نجد إن نطاق التعّهد بالضمان يتكون من طرفين هما (المتعّهد والمتعّهد له) فما المقصود بهما؟ وقد يبدوا للوهلة الأولى إنّه لا توجد أية صعوبة في تحديد أطراف هذا التعّهد وفقا لمبدأ نسبية أثر العقد من حيث الأشخاص، على إنّه تحديد أطراف التعُّهد ليس بهذه السهولة والدرجة من الوضوح، إذ قد توجد صعوبات عملية في تحديد أطراف التعّهد، فقد يحصل أنْ تتغير شخصية أحداهما، كما لو تم نقل ملكية الشيء الذي قام الحرفي بصنعه، أو العمل المنجز من قبل الحرفي إلى شخص آخر أثناء مدة التعُّهد بالضمان كأن يقوم المتعّهد له ببيعة أو هبته فينتقل إلى الخلف الخاص، أو قد يتوفى المتعّهد له فينتقل الحق في التعّهد إلى الخلف العام، فعندها يثور التساؤل فيما إذا أمكن انتقال الحق في التعّهد بالضمان إلى خلف المتعّهد له؟ وهل يبقى المتعّهد ملتزماً بالتعّهد بالكيفية ذاتها التي التزم بها اتجاه المتعّهد له، أمّ إنّ انتقال ملكية محل العقد إلى طرف آخر سيغير من طبيعة هذا الالتزام؟ كذلك الحال بالنسبة للمتعّهد فقد يحصل أنّ تتغير شخصيته أثناء سريان مدة التعُّهد بالضمان بسبب وفاته مثلا، فهل يبقى الورثة ملتزمين بهذا التعُّهد أم إنّ وفاته تؤدي إلى سقوط الضمان؟ وإذا كان الجواب بالإيجاب فما هو الأساس القانوني لذلك ؟ .

كذلك إنّ التعّهد بالضمان محدداً من ناحية أخرى من حيث المدة فهو ليس التزام مؤبد إلى ما لا نهاية، بل إنه مقيد بمدة زمنية محددة يلتزم بها المتعّهد بضمان، فعند انتهائها دون حدوث عيب في العمل، ينقضي التزام المتعّهد بالضمان، فكيف يتم تحديد هذه المدة وهل تجيز النصوص القانونية الاتفاق على مدة معينة للضمان، وما هو مقدارها، وهل من الممكن تصور التزام صاحب الحرفة بتعّهده بمدة أطول من المدة المحددة للتعّهد ؟

ولأجل بيان ما تقدم فإننا سنقسم هذا المبحث على مطلبين نبين في الأول منهما ،نطاق التعّهد بالضمان من الأشخاص ونبين في المطلب الثاني نطاق التعّهد بالضمان من حيث المدة .

المطلب الأول

نطاق التعُّهد من حيث الأشخاص

يستلزم البحث في إطار التعّهد بالضمان عن الأعمال الحرفية معرفة أشخاصه، إذ إنّ العلاقات القانونية قد لا تقتصر على أطرافها فقط، بل من الممكن تدخل أشخاص آخرين فيها وفقا لأسس مختلفة، الأمر الذي يؤدي إلى صعوبة تحديد أطراف هذا التعّهد، ولا توجد مشكلة في تحديد أطراف التعّهد بالضمان في الحالة التي لا يتغير فيها أحد الطرفين حيث يتكون من المتعّهد والمتعّهد له، إنما تثور الصعوبة في حالة تغيير أشخاص التعّهد بالضمان لأسباب مختلفة، فعندها هل يبقى أطراف التعّهد بالضمان ملتزمين بالكيفية ذاتها التي تم الاتفاق عليها، وهل يسري هذا الاتفاق عند تغيير شخصية احد الطرفين؟ ثمّ ما هو الأساس القانوني لتغيير أشخاص التعّهد، وهل يمكن القول إنْ شخصية المتعّهد بالضمان محل اعتبار عند التعاقد ومن ثمّ عدم جواز تغيير شخصيته؟ ولأجل بيان ما تقدم فإننا سنقسم هذا المطلب على فرعين نبين في الفرع الأول أطراف التعّهد في الضمان ونبين في الفرع الثاني انتقال الحق في التعّهد بالضمان .

الفرع الأول

أطراف التعُّهد بالضمان

إنّ التعّهد بالضمان هو ضمان يلتزم به صاحب الحرفة اتجاه المتعّهد له ويرد بصدد عقد يتضمن القيام بعمل، ومن ثمّ فهو يتكون من طرفين هما (المتعّهد والمتعّهد له)، وذلك تطبيقاً لمبدأ نسبية أثر العقد من حيث الأشخاص، فما هو المقصود بالمتعّهد والمتعّهد له، وهل إنّ شخصية الطرفين أو احداهما تكون محل اعتبار عند التعاقد بحيث يكون من الالتزامات المبنية على الاعتبار الشخصي؟ ولأجل التعريف بأطراف التعّهد بالضمان فإننا سنقسم هذا الفرع على فقرتين، نبين في الأولى منهما المتعّهد بالضمان ونبين في الثانية المتعّهد له :

أولاً- المتعّهد بالضمان

إنّ المتعّهد بالضمان عن الأعمال الحرفية هو صاحب الحرفة الذي تعاقد مع المتعّهد له، فهو المدين بهذا الالتزام اتجاه الطرف الآخر، هذا أمراً مسلم به ونتيجة طبيعية لتقابل الالتزامات بين الطرفين، فعقد القيام بعمل هو من العقود الملزمة للجانبين، لذا يعدّ صاحب الحرفة مديناً للمتعاقد معه بعدة التزامات[1] من بينها التعّهد بالضمان إذا تمّ الاتفاق عليه، فيستطيع المتعّهد له الرجوع عليه إذا توفرت شروط التعّهد بالضمان، وما تقدم يعتبر تطبيقاً لمبدأ (نسبية أثر العقد من حيث الأشخاص)[2]، التي تقضي بأن العقد لا يلزم سوى طرفيه، والتي أشارت اليها المادة (1199) من القانون المدني الفرنسي، والمادة (136) من القانون المدني المصري، والمادة (142) من القانون المدني العراقي، وبذلك فالتعّهد بالضمان يكون على عاتق صاحب الحرفة بحكم القانون بناءً على الاتفاق بين الطرفين، ويكون في ذلك تسهيل للمتعّهد له بالرجوع على صاحب الحرفة بالتعّهد بالضمان ومن ثم طلب إزالة العيب عند حدوثه أو إعادة ثمن العمل مع التعويض، ويتميز المتعّهد بصفة التخصص والمهنية في مجال عمله، وبذلك تكون له الهيمنة على الطرف الآخر الذي يكون بمركز المتعاقد الضعيف لأنه يعوزه الخبرة والتخصص في مجال التعاقد[3] .

صفوة القول إن صاحب الحرفة الذي التزم بالتعّهد بالضمان هو المدين بهذا التعّهد أتجاه المتعّهد له، ويكون هو الطرف المقابل للمتعّهد له في هذا التعّهد، ويلتزم بكافة الآثار والالتزامات التي تنشأ عن هذا التعهد تنفيذا للعقد المبرم بينهما، فهذا التعّهد يكون ناشئاً عن عقد القيام بعمل، وبصدد تحديد أهلية المتعّهد، فبما إنّ التعّهد بالضمان يكون تابعاً لعقد القيام بعمل وينشأ بتصرف قانوني بإرادة المتعّهد، فيجب أنْ يكون كامل الأهلية ببلوغه سن الثامنة عشر حسب المادة (106) من القانون المدني العراقي، وأنْ لا يوجد مانع أو عارض من عوارض الأهلية، أو أنْ يكون مأذوناً له بالتجارة، ويدخل التعّهد ضمن نطاق الأعمال المأذون بها[4]، ويثار تساؤل بصدد فقدان أهلية المتعّهد لعارض من عوارض الأهلية بعد قيام التعّهد بالضمان لكونه يقتضي الاستمرار مدة معينة، للإجابة على هذا السؤال يرى الباحث إن شخصية المتعّهد تكون محل اعتبار عند التعاقد، ومن ثمّ فإن فقدان أهليته يؤدي إلى انقضاء التزامه بالضمان، لكن المتعّهد له يستطيع الرجوع على القيم عند حدوث عيب في العمل محل التعاقد للحصول على مبلغ التعويض من أموال المتعّهد، ذلك لأن التعّهد قد تم أبرامه بين الطرفين .

1- د .ممدوح محمد علي مبروك ،مصدر سابق ، ص162 .

2- د .محمد حسين منصور ،مصادر الالتزام العقد والإرادة المنفردة ،الدار الجامعية ،الإسكندرية ،2000 ، ص296 .

3 - د. معتز نزيه محمد الصادق المهدي، المتعاقد المحترف (مفهومه، التزاماته، ومسؤولياته) دراسة مقارنة ، دار النهضة العربية، القاهرة، 2009 ،ص148.

4 - ينظر المادة (98) من القانون المدني العراقي لبيان شروط منح الأذن بالتجارة .

لكن يثار تساؤل بهذا الصدد فيما أذا أمكن تصور تغيير شخص المتعّهد بالضمان ،لأسباب مختلفة كأن يكون قد ترك نشاطه أو تدخل شخص آخر على سبيل الكفالة، أم أنْ شخصيته محل اعتبار عند التعاقد ومن ثم لا يمكن تغييرها ؟ .

عند رجوعنا للمصادر المختصة بهذا الموضوع فإننا لم نجد إجابة مباشرة لهذه الحالة، إلاّ إنّه عند استقراءنا للنصوص القانونية[1] الخاصة بالضمان القانوني نجد أنّه من المقرر للدائن بهذا الضمان الرجوع على البائع الأصلي الذي تعاقد معه، كذلك يستطيع الرجوع على أي من البائعين السابقين أو على المنتج إذا توافرت الشروط القانونية اللازمة لذلك، منها ظهور عيوب بمحل العقد، ومن ثم يمكن تصور تغير أشخاص الضمان القانوني .

لكن الباحث يرى إنّ ما تقدم لا ينطبق على التعُّهد بالضمان عن الأعمال الحرفية من ناحيتين، الأولى كون هذا التعّهد قد ينشأ بإرادة المتعّهد عن طريق الايجاب، وبذلك فإنه لا يلزم إلاّ الشخص الذي التزم به اتجاه المتعّهد له، أو قد ينشأ عن طريق الاتفاق في العقد، وهذا الاتفاق لا يلزم إلاّ من رضي به وهو صاحب الحرفة (تطبيقاً لمبدأ نسبية اثر العقد)، ومن ناحية ثانية فإن شخصية المتعّهد في الغالب تكون محل اعتبار عند التعاقد[2]، ويبرز ذلك بوضوح عن طريق العقد الأصلي الذي تضمن التعّهد بالضمان وهو عقد القيام بعمل، لأن المتعّهد له في عقد القيام بعمل لا يختار أي شخص لتنفيذ العمل، إنما المتعارف عليه والدارج عرفاً إنّ المتعّهد له يقوم بالبحث عن شخص تتوافر فيه صفات وخصائص معينة، كالخبرة والنزاهة وإتقانه للعمل وأنْ يكون محترفاً في مجال عمله، ومن ثمّ فإن هذه الصفات المطلوبة في عقد القيام بعمل تكون مطلوبة كذلك عند تنفيذ التعّهد بالضمان وهذا يؤدي إلى القول بعدم جواز تحول الضمان من صاحب الحرفة هو المدين الأصلي بهذا الالتزام إلى عاتق شخص آخر .

أما في إطار التشريعات الأخرى كقوانين حماية المستهلك الفرنسي والمصري والعراقي، فإنها وأن لم تتضمن نصاً مباشراً يحدد الشخص المدين بالتعّهد بالضمان كونه غير مسمى، إلاّ إنها تضمنت تحديد أشخاص مختلفين كملتزمين بالوفاء ببعض الالتزامات الناشئة عن هذه التشريعات منها الضمان الاتفاقي، فعند رجوعنا لقانون حماية المستهلك الفرنسي فنجده قد حدد المدين بالوفاء بالحقوق والالتزامات الناشئة

1- نصت المادة (552) من القانون المدني العراقي على انه (أذا استحق المبيع وهو في يد المشتري الأخير وحكم به للمستحق، كان حكماً على جميع الباعة ولكل ان يرجع على بائعه بالضمان لكن لا يرجع قبل ان يرجع عليه المشتري منه)، تقابلها المادة (439) من القانون المدني المصري ،و المادة (1664) من القانون المدني الفرنسي .

2- يعرف الاعتبار الشخصي في العقود بأنه (الاعتداد بشخصية المتعاقد او صفة من صفاته تكون مؤثرة في ابرام العقد)ينظر د .على الموسوي، الاعتبار الشخصي في الشركة المساهمة ،بحث منشور في ، مجلة العلوم القانونية، جامعة بغداد، العدد الثاني، مجلد 25، لسنة2010، ص 311.

عن هذا القانون بالمورد، فقد بينت المادة (66) إنّ المدين بالضمان الاتفاقي هو المورد، الذي يجب عليه إنّ يحدد بدقة مدة الضمان الاتفاقي وشروطه ونطاقه، وذلك عندما نصت على إنّه (لأغراض هذا الفصل، إنّ الضمان الاتفاقي هو أي ضمان أضافي للضمان القانوني ضد عيوب السلعة المباعة المبينة في المادة 65 من هذا القانون والتي قد يعرضها المورد على المستهلك، ويجب على المورد أنْ يحدد بدقة مدة هذا الضمان ونطاقه و شروطه)، ولقد عرفت المادة الثانية من هذا القانون المورد بأنه (أي شخص طبيعي أو اعتباري يعمل في أطار مهني أو تجاري)، فحسب هذا النص إنّ كلمة المورد تطلق على كل شخص يعمل في إطار مهني أو تجاري فيكون مديناً بالضمان بحكم خبرته وتخصصه .

أما قانون حماية المستهلك المصري فقد حدد الشخص الملتزم بالضمان الاتفاقي **بالمورد** في المادة (26) التي بينت إنّ مورد خدمات التشطيبات والصيانة والتركيبات المنزلية يضمنون صلاحية ما قاموا به من أعمال وما تم توريده من منتجات لمدة سنة على الأقل، كما إنّ المادة (5/1) قد عرفت المورد بأنه (كل شخص يمارس نشاطاً تجارياً أو صناعياً أو مهنياً أو حرفياً و يقدم خدمة للمستهلك أو ينتج سلعة أو يصنعها أو يستوردها)، فهذا النص بين لنا بصورة واضحة إنّ المورد هو من يقوم بنشاط مهني أو تجاري أو حرفي ويقدم خدمة للمستهلك، فالتعّهد بالضمان يدخل ضمن معنى من يقدم خدمة للمستهلك، لأن صاحب الحرفة يقوم بعمل لصالح المتعّهد له، كذلك أنه يمارس نشاط مهنياً وحرفياً فيكون داخلاً ضمن معنى المورد أعلاه .

أما قانون حماية المستهلك العراقي فقد حدد الشخص المدين بالضمان الاتفاقي هو **المجهز**[1] في المادة (6 / د/ 1) التي نصت على إنّه (للمستهلك الحق في الحصول على ما يأتي :د- الضمانات للسلع التي تستوجب طبيعتها الضمان وللمدة التي يتم الاتفاق عليها مع المجهز، ودون تحميلها نفقات إضافية)، فهذا النص بين إن للمستهلك عدة حقوق، ومن بينها حقه في الضمانات الاتفاقية للسلع محل التعاقد، وحدد الطرف الملتزم بالضمان هو المجهز فعليه أن يقدم الضمانات بالنسبة للسلع التي تستوجب طبيعتها الضمان، ولقد عرف المشرع العراقي المجهز في المادة (6/1) التي نصت على إنّه (المجهز: كل شخص طبيعي أو معنوي منتج أو مستورد أو مصدر أو موزع أو بائع سلعة أو مقدم خدمة سواء أكان أصيلاً أمّ وسيطاً أمّ وكيلاً)، فهذا النص عام و يشمل أشخاص متعددين يدخلون في معنى المجهز، كالمستورد والموزع ومقدم الخدمة، ويرى الباحث إنّ المتعّهد بالضمان يدخل ضمن معنى مقدم الخدمة حسب هذا النص على اعتبار انه يقوم بعمل لصالح المتعّهد له .

1- في حين نجد ان قانون حماية المستهلك القطري رقم (8 لسنة 2008) المعدل النافذ قد حدد الملتزم بالالتزامات الناشئة عنه بالمزود في المادة الأولى منه ،اما قانون حماية المستهلك السوري لسنة 2008 المعدل النافذ قد حدد الملتزم بالالتزامات الناشئة عنه بالمنتج في المادة الأولى .

و مما تقدم من موقف التشريعات الخاصة في بيان الملتزم بالتعّهد بالضمان، يتضح للباحث إنّ القانونين الفرنسي والمصري قد استعملا لفظ المورد للدلالة على من يلتزم بالالتزامات الناشئة عن هذه قانون حماية المستهلك ومن بينها الضمان الاتفاقي إذا تمّ الاتفاق عليه، وإنّ القانون المصري كان أكثر دقةً عندما بين إنّه يدخل ضمن معنى المورد من يقوم بالأعمال الحرفية في إطار تعريفها للمورد، كذلك إنّ تسمية المورد هي تسمية تطلق على فئات متعددة من الأشخاص ممن يقومون بنشاط مهني أو تجاري، وهي تسمية غير دقيقة، إذ إن تسمية المورد تطلق على من يقوم بعملية توريد سلع وبضائع مختلفة، وإذا كانت هذه التسمية تتناسب مع قانون حماية المستهلك، إلاّ إنها لا تتناسب مع التعّهد بالضمان وكان من الأفضل أطلاق تسمية المورد على من يقوم بتوريد البضائع والسلع، وأطلاق تسمية الحرفيين على من يقوم بخدمة أو عمل لصالح غيره، إما المشرع العراقي فقد استعمل مصطلح المجهز وإنّ كانت هذه التسمية تدخل ضمن معنى المورد، والزمه المشرع بتقديم الضمانات للسلع التي تستوجب طبيعتها الضمان، ومن ثمّ فإنه ينطبق عليه ما تقدم من انتقاد على تسمية المورد .

ثانيا- الـمـتـعّـهـد لـــــه

لقد بات من الواضح إنّ التعّهد بالضمان هو أحد الضمانات الاتفاقية الناشئة عن عقد القيام بعمل الذي يربط بين صاحب الحرفة وهو المدين بالضمان والمتعاقد معه وهو الدائن في الضمان، وهذا الأخير هو المتعّهد له، ويكون هو الطرف المستفيد من التعُّهد بالضمان، والمقابل للمتعّهد الملتزم بهذا الضمان ولا توجد صعوبة في تحديد المتعّهد له في الحالة التي لا تتغير شخصيته عند التعاقد حيث يكون من تعاقد مع صاحب الحرفة هو المستفيد من الضمان تطبيقاً لمبدأ نسبية أثر العقد من حيث الأشخاص، لكن توجد حالات معينة ينتقل فيها الحق في التعّهد بالضمان إلى الخلف العام أو الخاص وفقاً لأسس معينة سنبينها في المطلب الثاني من هذا المبحث (بعونه تعالى) عندها تثور الإشكالية في تحديد المتعّهد له في هذا الضمان .

ولا تتضمن التشريعات المقارنة تحديداً للشخص المستفيد من عقد القيام بعمل، فلا تكون شخصيته محل اعتبار عند التعاقد، ومن ثمّ لا يوجد تحديد قانوني للمستفيد من التعّهد بالضمان، وفي أطار ذلك يثار تساؤل فيما إذا أمكن لأفراد أسرة المتعّهد له ممن تضرروا من جراء عمل المتعّهد، بسبب وجود خلل فيه أنْ يرجعوا بالتعويض على المتعّهد ؟

يذهب رأي في الفقه[1] بصدد الإجابة على هذا التساؤل بالقول لا يوجد تحديد لشخص المضرور من وجود العيب في السلعة محل العقد، حيث إنْ التشريعات قد توسعت في تحديد في شخص المضرور بحيث يشمل كل من أصابه ضرر بفعل السلعة محل العقد سواء كان يرتبط بعقد مع الملتزم بالضمان أو لا، وبصرف النظر عن السبب الذي استعمل فيه السلعة محل العقد ما دام إنّه كان بموافقة المتعاقد المباشر مع الملتزم بالضمان، كأفراد عائلته والقائمون بخدمته أو حتى ضيوفه وبرروا هذا الرأي بأن هدف المتعاقد لا يقتصر على استعماله الشخصي فقط بل يشمل كذلك أفراد أُسرته بحسب المجرى الطبيعي للأمور .

أما بصدد موقف القضاء فتذهب بعض الأحكام القضائية الفرنسية بالإيجاب على أساس أنْ للعقد صفة عائلية[2]، وهذا يؤدي إلى أمكانية استفادة أفراد عائلة المتعّهد له من التعّهد بالضمان في حال أصابهم ضرر معين ناشئ عن العقد، إلا إنّ هذا التوجه تعرض للنقد[3] فبينوا إذا كان لهذا الرأي أسباب خاصة كقيام رب الأسرة بالشراء لمصلحة أفراد العائلة، إلاّ إنّه من الصعوبة الأخذ به من الناحية القانونية، لأن المفهوم العائلي واسع وغير دقيق ويؤدي إلى زيادة عدد المستفيدين من الضمان، وبناءً على ذلك فلا يستطيع أفراد الأسرة الرجوع على الملتزم بالضمان إلاّ على أساس قواعد المسؤولية التقصيرية. ومما تقدم يرى الباحث أمكانية استفادة عائلة المتعّهد له من التعّهد بالضمان والمطالبة بالتعويض عند أصابتهم بضرر بسبب عمل المتعّهد، وإن رجوعهم يكون وفقاً لقواعد المسؤولية العقدية، ذلك لأن المادة (1194) من القانون المدني الفرنسي، والمادة (145)[4] من القانون المدني المصري قد بينت بأن أثر العقد ينصرف إلى المتعاقدين وخلفهما العام والخاص إلاّ في حالة وجود اتفاق خلاف ذلك، وهذا مشابه لما أورده القانون المدني العراقي في المادة (142)، ومن ثم فإن أفراد عائلة المتعّهد له من الخلف العام الذين قد يتأثروا بالعقد المبرم من قبل سلفهم .

و بصدد تحديد أهلية المتعّهد له، فيجب أن يكون كامل الأهلية ببلوغه سن الرشد لأن التعّهد بالضمان من التصرفات الدائرة بين النفع والضرر ويكون تابعاً لعقد القيام بعمل، أما إذا كان غير بالغ سن الرشد

1- د .إبراهيم احمد البسطويسي، المسؤولية عن الغش في السلع، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون التجاري، دار الكتب القانونية، مصر، 2011، ص253 .

2- p725 .1960 ,Dalloz ,1960 April 25 nam ,civ ,ciss نقلا عن د. ثروت عبد الحميد ،مصدر سابق، ص 69 .

3- المصدر نفسه ،ص 70 .

4- نصت هذه المادة على انه (ينصرف اثر العقد الى المتعاقدين و الخلف العام ،دون اخلال بالقواعد المتعلقة بالميراث ،ما لم يتبين من العقد او من طبيعة التعامل او من نص القانون ان هذا الاثر لا ينصرف الى الخلف العام) .

فيكون موقوفاً على أذن وليه، وهذا المستفيد من التعّهد بالضمان يتمتع بضمانات عدة كونه الطرف الضعيف في التعاقد، بعضها قانونية مثل ضمان العيوب الخفية وضمان صلاحية المبيع[1]، وبعضها اتفاقية فيما لو تمّ الاتفاق عليها بين الطرفين، كما هو الحال في التعّهد بالضمان، وأنّه يكون بمركز المتعاقد الضعيف عن التعاقد بسبب قلة خبرته، في مواجهة صاحب الحرفة الذي يتمتع بكافة الخبرات والإمكانيات المادية والفنية .

أما بخصوص موقف التشريعات الخاصة من تحديد شخصية المتعّهد له بالضمان فنجدها قد بينت إن هذا الشخص يتمثل بالمستهلك الذي تعاقد مع الطرف الآخر لإشباع حاجات ورغبات مختلفة، حيث بين قانون حماية المستهلك الفرنسي في المادة الثالثة إن المستهلك هو(كل شخص طبيعي أو معنوي يسعى لتلبية احتياجاته من المنتجات والسلع والخدمات)، وهذا المعنى مشابه لما جاء في قانون حماية المستهلك العراقي في المادة(5/1)، وقانون حماية المستهلك المصري في المادة (1 /1) ،التي بينت معنى المستهلك، و يرى الباحث مما تقدم ان المتعّهد له يكون داخلاً ضمن المعنى المتقدم للمستهلك ذلك لأنه يسعى لإشباع حاجاته المختلفة والحصول على السلع والخدمات، وقد يكون ذلك عن طريق ابرام عقد يتضمن القيام بعمل، والحصول على التعّهد بالضمان بأن العمل قد تمّ بصورة جيدة واستخدمت فيه مواد ذات مناشيء جيدة وفي مدة زمنية محددة، من أجل ضمان الاستمرار بالانتفاع بمحل العقد لأطول مدة ممكنة.

الفرع الثاني

انتقال الحق في التعُّهد بالضمان

إنّ التعُّهد بالضمان إذا نشأ صحيحاً فإن تنفيذه يقتصر على طرفيه فقط من حيث الأصل، طبقاً لمبدأ (نسبية أثر العقد من حيث الأشخاص) كما قدمنا، ومن ثمّ فإن المستفيد من التعّهد بالضمان هو المتعّهد له الذي تعاقد مباشرة مع صاحب الحرفة، لكن هذا الأمر لا يبدوا بهذه السهولة، إذ توجد عدة حالات ينتقل فيها العمل المنجز من قبل الحرفي من ملكية المتعّهد له إلى الخلف سواء كان عاماً أو خاصاً، فهل يستطيع الأخير مطالبة المتعّهد مباشرة بالحقوق الناشئة عن التعّهد بالضمان وما مدى جواز ذلك، وفيما إذا كان الخلف يستطيع الاستفادة من الحقوق الناشئة عن التعّهد بالضمان دون أنْ يكون طرفاً في العقد المبرم بين المتعّهد والمتعّهد له، وإذا كان الجواب بالإيجاب فيثار التساؤل أيضاً حول الأساس القانوني

1- ينظر المادة (455) من القانون المدني المصري ،ولم ينص المشرعان الفرنسي و العراقي على هذا الضمان .

لهذا الانتقال، أو بطريقة أخرى ما الأساس الذي يستند أليه خلف المتعّهد له في الادعاء بالحقوق الناشئة عن الضمان، سنّبين ذلك عن طريق تقسيم هذا الفرع على فقرتين، نوضح في الأولى منهما انتقال الحق في التعّهد بالضمان إلى خلف المتعّهد له، ونبين في الثانية الأساس القانوني لانتقال الحق في الضمان :

أولاً- انتقال الحق في التعّهد بالضمان إلى خلف المتعّهد له

نظراً للتطور الهائل في وسائل الإنتاج والخدمات وما رافقه من سهولة ابرام العقود القانونية، حيث أصبح الشيء الواحد محلاً لعدة عقود متوالية ومتعددة ولا يبقى محلا لعقد واحد، وإنما ممكن أنْ تنتقل ملكيته من الطرف الذي تعاقد مباشرة مع القائم بالعمل إلى شخص اخر عن طريق بيعه او هبته، لا سيما إذا كان محل العقد من الحاجات المعمرة، فيمكن أن تنتقل ملكيته من الطرف الأول إلى الطرف الثاني أو الثالث وهكذا، كذلك الحال عند وفاة مالك الشيء فيمكن أنْ تنتقل حقوقه إلى ورثته .

وما تقدم من قول ينطبق على التعّهد بالضمان عن الأعمال الحرفية حيث من النادر أنْ يبقى الشيء محل العقد في ملكية المتعّهد له، إذ قد ينتقل إلى الخلف الخاص لأسباب مختلفة فقد يقوم المتعّهد له حال حياته ببيعه أو هبته للغير فينتقل إلى الخلف الخاص، أو قد تنتقل ملكية محل العقد إلى الورثة بعد وفاة المتعّهد له في مدة التعهد بالضمان فينتقل إلى الخلف العام، لا سيما إذا ما علمنا إن مدة التعّهد تكون طويلة نسبياً قد تصل إلى خمس سنوات او تزيد[1]، عندها يثار التساؤل فيما إذا أمكن للخلف سواء أكان عاماً أو خاصاً والذي انتقلت اليه ملكية محل العقد في التعّهد بالضمان، أنْ يستعمل حقه والاستفادة من التعّهد بالضمان امّ يبقى الأمر مقتصراً على طرفي التعاقد المباشرين فقط؟ و نظراً لأن الخلف قد يكون عاماً أو خاصاً فإننا سنّقسم هذه الفقرة على الآتي :

1– الخلف العام

إنّ الخلف العام هو من يخلف غيره في ذمته المالية كلها (كما لو كان الوارث وحيداً)، أو قد تنتقل اليه ملكية جزء شائع من الذمة المالية لمورثه كالنصف أو الربع (في حال تعدد الورثة)، ويشمل هذا المعنى أيضاً الموصى له بجزء شائع كالثلث من ذمة مالية معينة[2]، والقاعدة بالنسبة للخلف العام إنّه يتلقى ملكية مورثه بمقتضى احكام الميراث والوصية، ولما كان الخلف العام يتلقى ملكية مورثه بالكامل أو جزء منها فمن الطبيعي أنْ يتأثر بتصرفات سلفه، ما دام إنّ تلك التصرفات تتعلق بالتركة التي ستنتقل اليه، ولقد بين المشرع العراقي ذلك في المادة (1/142) من القانون المدني التي نصت على أنّه

1- د. محمد حسين منصور ، ضمان صلاحية المبيع ،مصدر سابق ،ص 25 .
2- د . جلال محمد ابراهيم ،مصادر الالتزام ، ط1 ، دار النهضة العربية ،القاهرة ،2010 ، ص 258 .

(ينصرف أثر العقد إلى المتعاقدين والخلف العام دون إخلال بالقواعد المتعلقة بالميراث ما لم يتبين من العقد، أو من طبيعة التعامل، أو من نص القانون إنّ هذا الأثر لا ينصرف إلى الخلف العام)، وقد جاء بهذا المعنى المادة (1205) من القانون المدني الفرنسي، والمادة (1/145) من القانون المدني المصري، و لما كان التعّهد بالضمان هو حق يتعلق بالتركة التي ستنتقل إلى الورثة، فإنه يثار التساؤل حول مدى إمكانية انتقاله إلى الورثة ؟ .

لقد اختلف الفقه الإسلامي في أنواع الحقوق التي تنتقل إلى الخلف العام إلى رأيين، فذهب الرأي الأول إلى إنْ كافة الأموال والحقوق الأخرى تنتقل إلى الخلف العام سواء أكانت مالية أو غير مالية، وهذا هو رأي جمهور الفقه الإسلامي من (الإمامية، والمالكية، والشافعية، والحنابلة، والظاهرية)[1]، ولقد أستند أصحاب هذا الرأي الى حديث النبي محمد (صلى الله عليه واله وسلم) إنّه قال (من ترك مالاً أو حقاً فلورثته)[2]، وجه الدلالة من هذا الحديث الشريف هو إنّ كافة ما يمتلكه المتوفى من حقوق واموال تنتقل إلى الخلف العام كحق الخيار او الرؤيا أو الشفعة، لأن الحديث الشريف ذكر الأموال والحقوق على حد سواء، بينما ذهب أصحاب الرأي الثاني وهم الحنفية[3] إلى أنْ ما ينتقل إلى الورثة هو الأموال فقط، ولقد استندوا إلى حديث النبي محمد (صلى الله عليه واله وسلم) إنه قال (من ترك مالاً فلورثته)[4]، فوفقاً لهذا الرأي إنّ ما يتركه المتوفى من عقارات أو أموال مادية تنتقل إلى الورثة، إما بالنسبة للحقوق الأخرى كخيار الشرط أو الشفعة فإنها ليست أموال فلا تنتقل إلى الورثة لأن الحديث الشريف أقتصر على ذكر الأموال. ويرى الباحث إنّ الرأي الذي ذهب اليه جمهور الفقه الإسلامي هو الراجح، لكون بعض الحقوق

1- الشيخ محمد الخطيب الشربيني ، مغنى المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج ،ج3 ، دار الفكر ،بلا مكان طبع ، 1978 ،ص35. منصور أبن يونس أبن ادريس البهوتي ،كشاف القناع عن متن الإقناع، ج4 ،دار الكتب العلمية، دون مكان نشر ،2009 ،ص489. الإمام محمد أبن عبد الله بن علي الخرشي المالكي ،حاشية الخرشي على مختصر سيدي خليل ،ج8 ، ط1، دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان ،1997،ص198 .الدسوقي ،العلامة شمس الدين الشيخ محمد عرفه الدسوقي ،حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ،ج3 ، دار الفكر ،بيروت ، لبنان، ص 102 .الشيخ محمد حسين الأصفهاني، حاشية كتاب المكاسب ، ط1 ، دار المصطفى (صلى الله عليه واله وسلم)، 1418هـ ،ص 290 .موفق الدين ابي محمد عبد الله بن قدامه ، المغني والشرح الكبير ،ج3 ،دار الفكر العربي، بلا مكان وسنة طبع ،ص518 .

2- أخرجه الأمام أبي الحسين مسلم بن الحجاج النيسابوري ،المجلد الرابع ،دار النوادر ،لبنان ،دون سنة نشر، ص251 .

3- ابن عابدين محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز الدمشقي الحنفي ،رد المحتار على الدر المختار، ج 5 ،دار الفكر العربي ،بيروت ،1992، ص 538 .

4- أخرجه محمد بن اسماعيل بن المغيرة البخاري ،صحيح البخاري ،ج3 ،دار ابن كثير للطباعة ،سوريا، 1981، ص85 .

الشخصية يمكن أن تقوم بالمال وتكون متصلة بالتركة التي ستنتقل إلى الورثة، ومن ثم فإنها تنتقل إلى الورثة .

أما موقف المشرع العراقي فقد أشار إلى بيان معنى التركة في المادة (86) من قانون الأحوال الشخصية رقم(188 لسنة 1959)المعدل النافذ، عندما عرفها بأنها (هو مال المتوفى الذي يأخذه الوارث)، وهذا التعريف يقتضي الرجوع إلى أحكام القانون المدني لبيان معنى المال، حيث نجد إنّ المادة (65) قد عرفت المال بأنه (كل حق له قيمة مادية)، ولما كان التعّهد بالضمان له قيمة مادية لكونه يضمن الانتفاع بالعمل المنجز من قبل صاحب الحرفة ويتعلق به، ومن ثمّ فيمكن أنّ ينتقل إلى الخلف العام .

ومما تقدم من أراء جمهور الفقه الإسلامي وموقف التشريعات المقارنة، يرى الباحث إنْ التعّهد بالضمان يمكن أنْ ينتقل من المتعّهد له عند وفاته إلى الورثة، لكونه من الحقوق التي تحقق منفعة الورثة وتتصل بالشيء الذي سينتقل أليهم، كما هو الحال لو توفي المتعّهد له أثناء سريان مدة التعّهد بالضمان فإن العمل ينتقل إلى الورثة مع التعهد بالضمان المتعلق به، ودون الإخلال بالقواعد التي تتعلق بالميراث وخاصة قاعدة (لا تركة الا بعد سداد الديون)، لكن من ناحية أخرى نجد إنْ المادة (142)[1] من القانون المدني العراقي قد بينت عدة حالات لا تنتقل فيها التركة إلى الورثة وهذه الحالات هي (الاتفاق، طبيعة التعامل، والقانون) ،فهل تنطبق هذه الحالات أيضاً على التعّهد بالضمان هذا ما سنبينه عن طريق الفقرات الآتية :

أ- الاتفاق

يحصل أحياناً أنْ يتفق أطراف التعاقد ولأسباب معينة على إنّ أثر العقد يقتصر على الطرفين المباشرين فقط دون أنْ ينتقل الى الخلف العام، فهذا الاتفاق صحيح ويجب العمل به وفقا لقاعدة (العقد شريعة المتعاقدين)، وفي هذه الحالة لا ينتقل أثر العقد الى الخلف العام وينتهي بمجرد تنفيذه أو وفاة أحد المتعاقدين أو كليهما[2]، فهل ينطبق هذا الكلام على موضوعنا في التعّهد بالضمان لا سيما إذا علمنا إنْ أحد طرفي التعاقد وهو المتعّهد بالضمان يتمتع بالخبرة والتخصص في مجال عمله، في مواجهة المتعّهد له الذي يكون بمركز المتعاقد الضعيف، فقد يقوم المتعّهد بوضع شرط بمنع انتقال التعهد بالضمان إلى خلف المتعّهد له، فهل يكون هذا الاشتراط صحيح و يجب العمل به ؟

1 - تقابلها المادة (145) من القانون المدني المصري ، و المادة (1196) من القانون المدني الفرنسي .

2- د .عبد المجيد الحكيم و آخرون ،الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي ،ج1،مصدر سابق ، ص 131 .

لقد اختلف الفقه بصدد الإجابة على هذا التساؤل إلى رأيين، فذهب الرأي الأول[1] إلى أنْ وضع هكذا شرط يكون صحيح قانوناً فهو أعمال لإرادة الطرفين المتعاقدين ويجب العمل به، كما أنْ هذا الشرط قد تكون له مبرراته العملية التي تتمثل بصعوبة التحقق ومعرفة أسباب العيب أو الخلل عند انتقاله من يد إلى أخرى، أو إذا كان المطالب بالضمان غير شخص المتعّهد له، حيث إنْ بحث هذه المسألة يقتضي الوقوف على ظروف استعمال محل العقد ومدى وجود خطأ عند استعماله وهو أمراً غاية في الصعوبة بحثه عندما يكون محل العقد قد تداولته الأيدي من مستخدم إلى آخر، يُلحظ على هذا الرأي إنّه لم يأخذ بنظر الاعتبار الاختلاف بين طرفي التعّهد بالضمان من حيث الخبرات والتخصص والمهنية، وإنه قد يكون وسيلة للضغط على الطرف الضعيف في التعاقد .

اما الرأي الثاني فيرى[2] إنْ تطبيق الرأي المتقدم ليس بهذه المرونة والسهولة، وإنّ الأخذ به قد يؤدي إلى تشجيع الأطراف المهنية والمتخصصة بحكم خبراتها وتخصصها إلى وضع هكذا شرط، فيكون فرصة للتخلص من التزامه بالضمان وفيه نوعاً من التعسف بحق الطرف الآخر، فبينوا بأنه يجب التمييز بين حالتين، الأولى حين تكون شخصية المتعّهد له محل اعتبار في التعاقد كما لو قام المتعّهد بإنجاز العمل خصيصاً لهذا الشخص بالذات لاعتبارات معينة ،أو إنّه يستطيع استعماله والمحافظة عليه بصورة سليمة، عندها يمكن العمل بهذا الشرط، إما الحالة الثانية فهي إذا لم تكن شخصية المتعّهد له محل اعتبار في التعاقد ولا يراعي المتعّهد في العمل اعتبارات أو ظروف خاصة، كأن يكون العمل الذي أنجزه صاحب الحرفة يسهل استعماله من قبل أي شخص ولا يحتاج عناية خاصة، فإن هذا الشرط لا يمكن العمل به ويمثل خروجاً على مبدأ حسن النية لا سيما وإذ علمنا إن المتعّهد له يكون الطرف الضعيف في التعاقد .

و يرى الباحث إن الرأي الثاني يكون هو الأفضل والأولى في التطبيق لما يؤدي إلى توفير الحماية الفعالة للمتعّهد له في مواجهة صاحب الحرفة، سيما وإذا علمنا إنّه يكون الطرف الضعيف في التعاقد، وكذلك خشية التمادي من قبل القائمين بالعمل في وضع بعض الشروط التي تقلل من حقوق المتعاملين معهم، كما إنّه في جميع الأحوال سواء كان محل العقد بيد المتعهد له الأول أو خلفه العام، فإنّه يمكن للقائم بالعمل التأكد من مدى كون المتعّهد له أو الخلف قد أساء استعمال محل العقد ومن ثمّ عدم تطبيق الضمان عند ذلك، وفي هذه الحالة ومع وجود هذا الشرط، فإنه يجب على المتعّهد إذا أراد التخلص من

1- د. سعيد جبر مصدر، سابق ، ص 45 .

2- د .علاء عمر محمد ،التزام التاجر بتقديم خدمات ما بعد بيع العقار (الضمان ألاتفاقي) ،بحث منشور في مجلة دراسات البصرة ،السنة الرابعة عشر ،العدد 31 ،لسنة 2019 ،ص141 .

المسؤولية إثبات خطأ المتعّهد له أو خلفه، في استعمال العمل محل التعاقد عندما انتقلت أليه حيازته من المتعّهد له .

وبصدد موقف التشريعات المقارنة من هذا الشرط، فنجد إنّ المشرع الفرنسي بين في قانون حماية المستهلك في المادة (19) وبصورة واضحة على بطلان كل شرط يؤدي إلى الأضرار بالمستهلك ويخل بالتوازن بين المستهلك والمورد، لكن دون أنْ يطال ذلك البطلان العقد بأكمله إلاّ إذا كان الشرط هو الدافع إلى التعاقد، كذلك إن قانون حماية المستهلك المصري قد بين في المادة (28) على بطلان كل شرط يرد في عقد أو وثيقة يكون من شأنه أن يخفض مسؤولية الملتزم بالضمان الواردة في هذ القانون حيث نصت على إنّه (يقع باطلا كل شرط يرد في عقد أو وثيقة أو مستند أو غير ذلك مما يتعلق بالتعاقد مع المستهلك، إذا كان من شأنه خفض أي من التزامات المورد الواردة في هذا القانون أو لائحته التنفيذية أو إعفاؤه منها)، ، أما بالنسبة لقانون حماية المستهلك العراقي فقد جاء في المادة (1/2) ضمن أهداف هذا القانون بحماية حقوق المستهلك حيث نصت على إنّه (يهدف هذا القانون إلى :أولاً – ضمان حقوق المستهلك الأساسية وحمايتها من الممارسات غير المشروعة التي تؤدي الى الأضرار به)، كذلك جاء في الأسباب الموجبة لهذا القانون بأنه أحد أسباب تشريعه هو إيجاد نوع من التوازن بين المستهلكين ومنتجي السلع، ومن ثمّ فإن الأخذ بهذا الشرط يؤدي إلى هدم التوازن الذي ينشده هذا القانون ويتيح المجال للملتزمين بهذا الضمان إلى التخلص منه كلما سنحت لهم الفرصة، ويؤدي إلى استغلال المستهلك عديم الخبرة وهذا ما يعد من الممارسات غير المشروعة التي تضر بالمستهلك، ويتبين لنا مما تقدم أن التشريعات الخاصة موضع المقارنة قد بينت ببطلان كل شرط من شأنه الأضرار بحقوق المستهلك ويهدم التوازن بين الطرفين، ومن ثمّ بطلان شرط عدم التعّهد بالضمان عند انتقال محل العقد إلى الخلف .

لكن ومع كل ذلك فإن شرط عدم تطبيق التعّهد بالضمان عند تغيير شخصية المتعّهد له يبقى محدود القيمة من الناحية العملية، ذلك لأنه وإن لم يتمكن خلف المتعّهد له من الرجوع على القائم بالعمل بالتعّهد بالضمان فإنه يكون للأخير أن يستعمل حقه في الضمان القانوني للعيوب الخفية في حالة توفر شروطه، حيث إن عدم استفادة خلف المتعّهد له من التعّهد بالضمان بسبب هذا الشرط لا يؤدي الى سقوط ضمان العيوب الخفية، كذلك يستطيع المتعّهد له في جميع الأحوال أنْ يستعمل دعوى الرجوع التصاعدي، وذلك

بأن يرجع على المتعّهد له المباشر، ثمّ يقوم الأخير بالرجوع مباشرة على المتعّهد، وبذلك فإنه يتخلص من شرط عدم التعّهد بالضمان عند نقل الملكية[1] .

ب - طبيعة التعامل

لقد أشار القانون المدني العراقي في المادة (1/142) إلى إنّ طبيعة التعامل هي أحد الأسباب التي تؤدي إلى عدم سريان أثر العقد في حق الخلف العام، فقد يحصل أحياناً إنْ أحد المتعاقدين أو كليهما قد يأخذ بنظر الاعتبار ظروف معينة عند التعاقد، كالاعتبارات الشخصية في أحد المتعاقدين من حيث النزاهة والثقة وحسن السمعة والسيرة والسلوك والخبرة في العمل[2]، فإذا حصل ذلك فإنه يمنع من سريان أثر العقد في حق الخلف العام عند وفاة المتعاقد ،إنّ هذا الكلام يمكن إنْ ينطبق على التعّهد بالضمان لأنه يكون وارداّ بصدد عقد يتضمن القيام بعمل فهو من العقود التي تتأثر في الاعتبار الشخصي ومن ثمّ فقد يراعي أحد الطرفين في الآخر توفر خصائص معينة كأن يراعي المتعّهد له في صاحب الحرفة خبرته أو مهنيته أو تخصصه في إنجاز العمل، كذلك الحال قد يراعي المتعّهد في المتعّهد له قدرته على استعمال العمل بما يتفق مع طبيعته، لكن هذا الأمر يكون بصفة نسبية بين المتعّهد والمتعّهد له، فبينما نجد إن المتعّهد له قد يأخذ بنظر الاعتبار شخصية المتعّهد (القائم بالعمل) من حيث خبرته وتخصصه في العمل وقدرته على الوفاء بالتعّهد (كما بينا في تحديد شخصية المتعهد)، لأنه يكون وارداً بصدد عقد يتضمن القيام بعمل، أما المتعّهد له فمنّ النادر أنْ تكون شخصيته محل اعتبار عند التعاقد، فلا تتضمن عقود القيام بعمل تحديداً للشخص الذي يستفيد منها تطبيقاً للتعّهد بالضمان، ومن ثمّ إمكانية انتقال الحق في التعّهد بالضمان من المتعّهد له إلى الخلف العام عند انتقال محل التعاقد إلى الورثة عن طريق الميراث، كما لو انتقلت الدار السكنية التي قام بصبغها الصباغ وأعطى بها ضمان الى الورثة خلال مدة سريان التعهد، وعلى هذا الاساس يستطيع خلف المتعّهد له إنْ يستعمل الحقوق الناشئة عن التعّهد ومطالبة المتعّهد بالضمان عند انتقاله اليه، لكن يشترط من ناحية أخرى تحقق الشروط القانونية اللازمة لذلك والتي أتفق عليها الطرفان مباشرة عند التعاقد، ومنها أن لا ينسب خطأ إلى المتعّهد له أو خلفه في استعمال محل العقد، وأن يحدث العيب في مدة التعّهد بالضمان، فإذا انقضت مدة التعّهد بالضمان وكان محل العقد في يد المتعّهد له ولم يظهر فيه عيب أو خلل، ونقل ملكيته إلى الخلف، عندها

1- د. محمود جمال الدين زكي ،مصادر الالتزام ، مصدر سابق، ص384 . د. ثروت عبد الحميد ،مصدر سابق ،ص 72 .

2- ينظر د. جليل الساعدي ،الاعتبار الشخصي و أثره في انعقاد و تنفيذ العقد ،بحث منشور بمجلة العلوم القانونية ، جامعة بغداد ،العدد الأول و الثاني ، 1998 ،ص 153 .

لا يستطيع من نقلت اليه الملكية الاستفادة من التعّهد بالضمان، لأن الحق في التعّهد الضمان يكون قد انقضى و من ثمّ لا يمكن البحث في مدى جواز انتقاله إلى الخلف[1] .

ج - القانون

أشارت المادة (1/142) من القانون المدني العراقي إلى إنْ القانون هو أحد الأسباب التي قد تؤدي إلى منع انتقال أثر العقد إلى الخلف العام عند وجود نص في القانون يمنع ذلك، وقد ينص المشرع على ذلك لاعتبارات معينة[2]، ولم نجد في النصوص التي اطلعنا عليها في التشريعات المقارنة أي نص قانوني يمنع انتقال الحق في التعّهد بالضمان إلى الورثة .

2- الخلف الخاص

الخلف الخاص هو من يخلف غيره في ملكية شيء معين بالذات أو حقاً عينياً على ذلك الشيء، وهذا المعنى يشمل المشتري حيث يعد خلفاً خاصاً للبائع، والموهوب له حيث يعتبر خلفاً خاصا للواهب[3]، ولما كان الخلف الخاص يتلقى ملكية شيء معين من سلفه فمن الطبيعي أنْ لا يتأثر بكل تصرفات سلفه، إنما يتأثر فقط بالتصرفات التي تتعلق بالشيء الذي أنتقل اليه، ولقد أختلف الفقه القانوني حول ماهية الحقوق التي تنتقل إلى الخلف الخاص إلى ثلاثة أراء ،فالرأي الأول ذهب إلى إنْ الخلافة الخاصة ترد على الحقوق العينية فقط ولا تشمل الحقوق الشخصية، ولقد استدلوا على ذلك بأن الشيء الذي ينتقل إلى الخلف الخاص هو الشيء المادي الملموس فقط، وهذا يدخل في معنى الحقوق العينية[4]، في حين ذهب الرأي الثاني إلى إنْ الحقوق الشخصية فقط هي التي تنتقل من السلف إلى الخلف الخاص دون الحقوق العينية، ولقد استندوا في ذلك إلى إنْ المادة (142) من القانون المدني العراقي تتحدث عن الآثار والالتزامات الناتجة عن العقد[5]، في حين ذهب الرأي الثالث إلى إنْ الحقوق التي تنتقل الى الخلف

1- د. سعيد جبر، مصدر سابق ، ص 45 .

2- كما هو الحال عندما منع المشرع العراقي سريان تصرفات المورث الضارة بالورثة حماية لهم فيما لو زادت عن الثلث ،ينظر المادة (2/1108) من القانون المدني العراقي .

3- د .طارق كاظم عجيل ،نظرية الخلافة الخاصة في التصرفات القانونية ،دراسة مقارنة ، ط1،دار الحامد للطباعة والنشر ،الأردن ، 200، ص52 .

4- د .توفيق حسن فرج ،النظرية العامة للالتزام ،ج1 ،بدون ذكر مطبعة ،القاهرة ،1978 ،ص 175 .

5- د .فاطمة احمد الرزاز ،نظرية الاستخلاف الخاصة ،أطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق ،جامعة القاهرة ، 1998،ص 71 .

الخاص هي كافة الحقوق العينية والشخصية دون الحاجة إلى تقييد الخلافة الخاصة بنوع معين من الحقوق، لأن النصوص القانونية التي تكلمت عن الخلافة الخاصة جاءت بصفة مطلقة ولم تحددها بنوع معين من الحقوق[1] . ويرى الباحث ان الرأي الأخير هو الرأي الراجح وذلك لقوة الأدلة التي استندوا عليها، وعدم وجود دليل على تقييد الخلافة الخاصة بنوع معين من الحقوق .

وينتقل التعّهد بالضمان إلى الخلف الخاص وذلك في الحالة التي يقوم فيها المتعّهد له ببيع أو هبة العمل محل التعاقد إلى شخص آخر، والذي أعطى به صاحب الحرفة تعّهد بجودة وكفاءة عمله أثناء سريان مدة التعّهد بالضمان، كما لو قام ببيع غرفة الأخشاب التي صنعها النجار وأعطى بها تعُّهد بضمان، أو إذا قام بهبتها إلى شخص آخر، حيث ينتقل محل العقد وكافة الحقوق والالتزامات التي تتعلق به إلى الخلف الخاص ومن بينها التعّهد بالضمان، ولقد أشارت إلى ذلك المادة (2/142) من القانون المدني العراقي التي نصت على إنّه (إذا أنشأ العقد حقوقاً شخصية والتزامات تتصل بشيء انتقل بعد ذلك إلى خلف خاص، فإن هذه الحقوق والالتزامات تنتقل إلى هذا الخلف في الوقت الذي ينتقل فيه الشيء إذا كان من مستلزماته وكان الخلف الخاص يعلم بها وقت انتقال الشيء اليه)، وجاءت بذات المعنى المادة (146) من القانون المدني المصري، والمادة (1199) من القانون المدني الفرنسي، وعن طريق هذه النصوص فإن الحقوق والالتزامات تنتقل معاً إلى الخلف الخاص لكن يشترط توفر شرطين لذلك، الأول أنْ تكون الحقوق و الالتزامات من مستلزمات الشيء ويكون كذلك إذا كان مكملاً له أي إذا كان من شأنه أنْ يقويه او أنْ يدفع عنه ضرراً او يزيد في قيمته ومنافعه مثلا، والشرط الثاني هو علم الخلف الخاص بهذه الحقوق والالتزامات[2]، والعلم المطلوب هو العلم اليقيني بهذه الحقوق والالتزامات، حيث لا يكفي لانصراف أثر العقد في حق الخلف الخاص مجرد أنْ يكون بوسعه العلم بها[3]، ولكن هل يشترط العلم بالحقوق فقط أمّ بالالتزامات فقط أمّ الأثنين معاً؟ لقد استقر الرأي على أنْ اشتراط العلم يشمل الالتزامات لا الحقوق، ذلك لأن الالتزامات تمثل عبئاً يتحمله الخلف الخاص لذا فمن الضروري أن يحاط به علماً تطبيقا لقاعدة (أن الإنسان لا يمكن أن يلتزم بشي خلافاً لإرادته)، وحتى لا يتفاجأ بوجود التزام بذمته دون علمه[4]، وهذا يظهر لنا إنْ الخلف الخاص للمتعَّهد له يكون له الحق في التعَّهد بالضمان حتى لو لم

1- للتوسع أكثر، ينظر أستاذنا د .علي شاكر عبد القادر البدري ،التغيير الجبري لمالك العين واثره في التصرفات القانونية ، ط1،المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة ،2017 ،ص172 .

2 - د .طارق عجيل كاظم ،مصدر سابق ، ص 75 .

3- د .عبد القادر الفار ،مصادر الحق الشخصي في القانون المدني ،ط4 ، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2012، ص134 .

4- د .جلال محمد إبراهيم ،مصدر سابق ، ص268 .

يحاط علما بذلك التعّهد بعده حقاً له، كذلك إنْ التعّهد بالضمان يعد من مستلزمات العمل على اعتبار إنّه يقويه ويزيد في منافعه .

و مما تقدم يتضح للباحث إنْ التعّهد بالضمان يمكن أنْ ينتقل إلى الخلف الخاص للمتعّهد له في الحالة التي يقوم فيها الأخير بنقل ملكية العمل الذي يوجد به تعهد بالضمان إلى الخلف الخاص واثناء سريان مدة التعّهد بالضمان، وتتوفر فيه شروط انتقال الحق من السلف إلى الخلف الخاص بعده من مستلزمات العمل التي من شأنه أنْ تزيد في منافعه، وأما العلم بالتعّهد فلا داعي لاشتراطه، لأن التعّهد بالضمان هو حق يستفيد الخلف الخاص ولا يمثل عبئاً عليه .

ثانياً- الأساس القانوني لانتقال الحق في التعُّهد

لقد بينا فيما تقدم أمكانية انتقال الحق في التعّهد بالضمان إلى الخلف سواء أكان خلفاً عاماً أمّ خاصاً، ومن ثمّ أمكانية الأخير في الاستفادة من الحقوق الناشئة من هذا التعّهد، عند حدوث عيب في محل العقد خلال مدة التعّهد، لكن ما الأساس القانوني الذي يستند أليه خلف المتعّهد له بالرجوع مباشرة على المتعّهد في الحقوق الناشئة له عن التعّهد بالضمان عند حدوث العيب ؟

لقد اختلف الفقه بصدد الإجابة على هذا التساؤل على عدة أسس، سنحاول بيانها في الفقرات الآتية:

1- الاشتراط لمصلحة الغير

يمكن تأسيس دعوى الرجوع المباشر لخلف المتعّهد له على المتعّهد ،والاستفادة من التعُّهد بالضمان، بالاشتراط لمصلحة الغير، حيث يعرف الفقه هذا الاشتراط بأنه (اشتراط شخص نحو شخص آخر بأن يجعل لشخص ثالث حقاً مباشراً يتلقاه من العقد)[1]، فالاشتراط لمصلحة الغير هو تصرف قانوني يتمّ بين شخصين لكن تنفيذه يتعلق بثلاثة اشخاص وهما العاقدان المباشران والطرف الثالث المستفيد، وبذلك يكون للطرف الثالث حقاً مباشراً يتلقاه من العقد المبرم بين الطرفين، فتنشأ عن هذا الاشتراط ثلاث علاقات، هي العلاقة بين المتعاقدين المباشرين وهما المشترط والمتعّهد وعلاقة المشترط بالمنتفع وعلاقة المتعّهد بالمنتفع، فالمنتفع ليس طرفاً في العقد المبرم بين المشترط والمتعّهد لكنه يتلقى

1- د .عبد المجيد الحكيم وآخرون ،ج2، مصدر سابق ، ص 147 .

الحق مباشرة من العقد، وقد أشارت إلى هذا الاشتراط المادة (1205) من القانون المدني الفرنسي، والمادة (154) من القانون المدني المصري، والمادة (152) من القانون المدني العراقي، ويترتب على أنْ المنتفع ليس طرفاً في العقد المبرم بين الطرفين عدة نتائج[1]، أهمها إنّ المنتفع يستفيد من الاشتراط دون أنْ يلتزم بالتزامات سلفه، فهو يتلقى الحق الناشئ عن العقد .

و لما كان الطرف الثالث وهو المستفيد، يتلقى حقاً من عقد لم يكن طرفاً فيه، لذا ذهب جانب من الفقه إلى تأسيس الرجوع المباشر للطرف الثالث على الملتزم بالعقد على أساس الاشتراط لمصلحة الغير، وذلك بأن يفترض في المشترط إنّه قد أشترط في العقد حقاً لصالحه ولصالح خلفه سواء أكان خلفاً عاماً أو خاصاً، وبذلك فإنه سيستفيد من الضمان الاتفاقي كل من انتقل اليه ملكية الشيء محل العقد[2]، وما تقدم يمكن أنْ ينطبق على التعّهد عن الأعمال الحرفية، فالمتعّهد له الأول يكون بمثابة من اشترط ضمناً على إنْ الحق في التعّهد بالضمان ينتقل إلى الخلف عند نقل ملكية محل العقد، فيكون خلف المتعّهد له سواء أكان عاماً أو خاصاً بمثابة المشترط له والمستفيد من التعّهد بالضمان عند تملكه لمحل العقد .

لكن تعرض هذا الرأي إلى انتقاد بداعي إنّه في الاشتراط لمصلحة الغير إنّ المنتفع يتلقى الحق دون أنْ يلتزم بالتزامات سلفه، فمن غير الممكن إلزام خلف المتعّهد له بالالتزامات الناشئة عن العقد الأصلي، إذ إنّه ليس طرفاً فيه فهو لم يوافق بإرادته على ذلك، والالتزام الملقى على عاتق خلف المتعّهد له يتمثل بضرورة استخدام العمل بما يتفق مع طبيعته، وواجب أخطار المتعهد بحدوث العيب في وقت مناسب، فما دام إنّه لم يلتزم بالتزامات سلفه فليس من العدل اكتساب الحقوق الناشئة عنه[3]، إلاّ إنّه تمّ الرد على هذا الاعتراض بالقول إنّه لا مانع قانوناً من أنْ يشترط أحد طرفي العقد الملزم للجانبين على الطرف الآخر حقاً لصالح الغير دون أنْ يتحمل الأخير التزامات سلفه[4]، وفي مجال التعُّهد بالضمان، فهو إذا كان مترتباً عن طريق الايجاب من قبل صاحب الحرفة كما هو الحال في الإعلانات التي يقومون بها بين الحين والآخر لجذب العملاء، فلا يكون للمتعّهد له دور سوى الموافقة على التعّهد بالضمان، ومن ثمّ فلا تكون المبادرة في الاشتراط لمصلحة الغير عن طريق المتعّهد له ولا يمكن القول بوجود اشتراط

1 - د .سامي حسن نجم الحمداني، أثر العقد الاداري بالنسبة للغير، المؤسسة الحديثة للكتاب، بيروت، 2012، ص 57 .

2- د .سعيد جبر ،مصدر سابق ،ص 47 .د .ثروت عبد الحميد ،مصدر سابق ،ص75 .د .أسماء صبر علوان، مصدر سابق ،ص106 .

3- د جابر محجوب علي ،مصدر سابق ، ص168 .

4- د .سعيد جبر ،مصدر سابق ،ص49 .

لمصلحة الغير، وهو ما يتعارض مع أحكام الاشتراط لمصلحة الغير التي توجب بأن تكون المبادرة في الاشتراط من قبل المتعّهد له لصالح المستفيد .

ومما تقدم يرى الباحث عدم إمكانية اعتبار الاشتراط لمصلحة الغير أساساً لانتقال الحق في التعّهد بالضمان إلى الغير، وذلك في الحالة التي يكون فيها التعّهد بالضمان مترتباً بإرادة صاحب الحرفة، عن طريق الايجاب، في الإعلانات التي يقومون بها، ومن ثمّ فلا يمكن القول بوجود اشتراط ضمني لمصلحة الغير في التعّهد بالضمان حيث لا يوجد اشتراط من قبل المتعّهد .

2- حوالة الحق الضمنية

تعرف حوالة الحق بأنها (عقد بمقتضاه ينقل شخص حقه في الالتزام وهو الدائن ويسمى المحيل، إلى شخص آخر وهو الدائن الجديد و يسمى المحال له، قبل شخص ثالث وهو المدين في الالتزام ويسمى المحال عليه)[1]، فحوالة الحق اتفاق يقوم بمقتضاه شخص بنقل حقه إلى شخص آخر، وتتعدد الأغراض من الحوالة فقد يكون الغرض منها هو البيع، كما لو باع شخص حقه إلى شخص آخر وهنا تطبق عليها قواعد عقد البيع، وقد يكون الغرض منها تبرعاً، أي تبرع صاحب الحق بحقه إلى شخص آخر، وهنا نطبق قواعد الهبة وقد يكون الغرض منها رهن الحق[2]فنطبق قواعد الرهن .

والحوالة هي اتفاق رضائي فهي تتم وتنعقد بمجرد تراضي الأطراف المحيل والمحال له ولا يشترط لانعقادها شكل خاص فيكفي مجرد الإيجاب والقبول من قبل الطرفين، ولا تحتاج إلى رضا المحال عليه لانعقادها، لكنها وبنفس الوقت لا تكون نافذة في حق المحال عليه إلاّ بإعلانها إليه أو قبولها قبولاً ثابت التاريخ [3] .

ويمكن القول أن أساس انتقال التعّهد بالضمان إلى الخلف يقوم على فكرة حوالة الحق الضمنية، حيث إنّ انتقال الحوالة يتم بين المحيل و المحال له دون الحاجة إلى رضا المحال عليه[4]، وهذا هو شأن التعّهد بالضمان الذي ينتقل الحق فيه من المتعّهد له إلى الخلف دون الحاجة إلى رضا المتعّهد بالضمان،

1- د .عبد المجيد الحكيم و آخرون ،ج2، مصدر سابق ،ص 235 .

2- أمير احمد فتوح الحجة ،آثار عقد الحوالة المدنية ،دار الثقافة للنشر والتوزيع ،الاردن ،2010، ص 17 .

3- ينظر المادة (363) من القانون المدني العراقي، و المادة (305) من القانون المدني المصري ،و المادة (1324) من القانون المدني الفرنسي .

4 - د .شفيق شحاتة ،محاضرات في القانون المدني عن حوالة الحق القيت على طلبة الدراسات القانونية ،دون ذكر مطبعة ومكان نشر ،1954، ص14 .

فيقرر الفقيه (Rodiere) بهذا الصدد إن حق متلقي الملكية في رفع دعوى الضمان مباشرة على البائع الأصلي يستند الى فكرة حوالة الحق الضمنية، وفي هذه الحوالة يفترض رضا المتعاقدين نظراً لطبيعة العقد المبرم بينهما[1] .

لكن من جهة أخرى فإنه يشترط لنفاذ حوالة الحق الضمنية في حق المدين في الالتزام وهو المتعهد، أنْ تتخذ أجراءاتها ومنها الإعلان أو القبول وهذا لا يتم بين المتعّهد والمتعّهد له، ومن ثمّ فإن هذا الرأي يقوم على مجرد الافتراض ولا صحة له من الواقع[2]، فقد يرفض المتعّهد نقل الحق في التعّهد إلى الغير عندها لا يمكن القول أنها نافذة في حقه رغم ذلك، كذلك إنّ حوالة الحق تؤدي إلى سقوط حق المحيل تماماً، فلا يستطيع بعد ذلك الرجوع على المحال عليه بأي حال من الاحوال وهذا يؤدي إلى حرمان المتصّرف له بمحل العقد سواء أكان خلف عام أمّ خاص من الرجوع على المتعّهد بالضمان، ونظراً لوجاهة الانتقادات المتقدمة يرى الباحث عدم أمكانية تأسيس انتقال الحق في التعّهد بالضمان إلى خلف المتعّهد على أساس فكرة حوالة الحق الضمنية .

3- ملحقات المبيع

إزاء الانتقادات المتقدمة للأسس السابقة في انتقال التعّهد بالضمان إلى الخلف، ذهب جانب من الفقه إلى القول أن أساس انتقال الحق من الدائن إلى المستفيد سواء أكان خلفاً عاماً أو خاصاً أو من الغير، يكمن في فكرة ملحقات المبيع[3]، فملحقات المبيع هي كل ما كان مكملاً أو متمماً للمبيع بحيث لا يمكن الانتفاع به دونه[4]، وقد أشار القانون المدني الفرنسي إلى فكرة الملحقات في المادة (1615) التي نصت على إنه (الالتزام بالتسليم يشمل الشيء وملحقاته وكل ما أعد بصفة دائمة لاستعمال هذا الشيء

---

1 -R .Rodiere .ndeprecitesous Aix 50 ct ,1954 ,B Grosse obligation de garantiea dansle droitdes contracts ap cit no ,192 .

2- د .ثروت عبد الحميد ،مصدر سابق ، ص 75 .

3- د. سليمان مرقس ، العقود المسماة عقد البيع ،ط4 ،مطبعة عالم الكتب ، القاهرة ،1980 ،ص42 ، د. انور سلطان ،العقود المسماة شرح احكام عقد البيع، مصدر سابق ،ص190، د. محمد لبيب شنب ،شرح احكام عقد البيع ، دار النهضة العربية ،القاهرة ،1996 ،ص166 .د .رائد صيوان عطوان ود. يوسف عودة غانم ،التنظيم القانوني لخدمة ما بعد البيع في اطار الضمان القانوني ،دراسة تحليلية استعرضيه، بحث منشور بمجلة رسالة الحقوق ،جامعة كربلاء ،السنة التاسعة ،العدد الثاني ،لسنة 2017 ،ص210 . p. Malinvaud ,Laction dirct du maître de lourrage contre les fabricants et four ,isseurs des matreriaux ,d 1984 ,p41 .

4 - د. أنور العمروسي ،التعليق على نصوص القانون المدني المعدل بمذاهب الفقه وأحكام القضاء الحديثة في مصر والأقطار العربية ،ج 2،دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية ، سنة 1983 ،ص121. د. حسام الدين الأهوائي ،عقد البيع ،مطبعة ذات السلاسل ، الكويت ،1989، ص 152 .

كان)[1]، وجاء بهذا المعنى ايضاً المادة (432) من القانون المدني المصري وكذلك المادة (2/142)[2] من القانون المدني العراقي التي نصت على إنّه (إذا انشأ العقد التزامات وحقوق شخصية تتصل بشيء انتقل بعد ذلك إلى خلف خاص، فإن هذه الالتزامات والحقوق تنتقل إلى هذا الخلف في الوقت الذي ينتقل فيه الشيء إذا كانت من مستلزماته وكان الخلف الخاص يعلم بها وقت انتقال الشيء اليه)[3]، ولتحديد هذه الملحقات يجب الرجوع إلى اتفاق المتعاقدين أولاً، ولكن في حالة عدم وجود اتفاق يتم الرجوع إلى العرف، حيث يوجد في عرف كل مهنة أو صنعة مجموعة من العادات والأعراف تكون بمثابة شروط عند التعاقد، فيمكن الرجوع إلى هذه العادات لتحديد ملحقات المبيع، وفي حالة عدم وجود العرف فيتمّ تحديدها وفقاً لطبيعة الشيء وجنسه[4]، فمثلاً ملحقات العقار تشمل كل ما أعد بصفة دائمة لخدمته، فلا يوجد تحديد قانوني لهذه الملحقات إنما يتم تحديدها بحسب الاتفاق أو العرف أو طبيعة الشيء، وتنتقل هذه الملحقات إلى الغير عند التصرف بمحل العقد فتكون تابعةً له وتنتقل معه .

وقد وجه انتقاد لفكرة الملحقات على أساس إنّ الملحقات التابعة للمبيع والمذكورة في نصوص التشريعات المختلفة هي الملحقات المادية وليس الملحقات القانونية [5]، كذلك انتقد هذا الرأي بالقول إنّه يؤدي الى نتيجة غير منطقية إذ إنّ نقل ملكية محل العقد الى الغير، وانتقال الحقوق التابعة له تبعاً لذلك، يؤدي إلى أن يحرم الدائن الأصلي في الالتزام وهو الذي نقل ملكية محل العقد إلى الغير من الرجوع إلى الطرف الأول أي الملتزم بالضمان بدعوى الضمان، على اعتبار إنها انتقلت إلى الغير فلا يملك بعد ذلك استعمالها، كذلك فإن انتقال الضمان بناءً على فكرة الملحقات قد يؤدي الى الاضرار بمن انتقلت إليه ملكية محل العقد وذلك في الحالة التي يتفق فيها الطرفان المباشران على تخفيف الضمان وذلك بتقليل مسؤولية الملتزم بالضمان ،ففي هذه الحالة ينتقل الضمان إلى الغير وهو محمل بذلك الاشتراط إذ لا يمكن للسلف أنْ ينقل إلى الخلف أكثر مما يملك[6]، لكن تم الرد على هذه الانتقادات بالقول إن فكرة الملحقات الواردة في النصوص القانونية لا تقتصر فقط على الاشياء المادية، بل ولا يوجد دليل على ذلك

---

1 -Art 1615 (L ,obligation de deliver la chose comprend ses acces soires et tout ce qui’ete destine a son usage perpetuel) .

2 - تقابلها المادة (418) من قانون الموجبات والعقود اللبناني و المادة (437) من القانون المدني الكويتي .

3 - تقابلها المادة (146) من القانون المدني المصري .

4 - د. عباس حسن الصراف ،شرح عقدي البيع والإيجار، مطبعة الأهالي، بغداد، 195، ص166 . د. حسام الدين الأهوائي ، مصدر سابق ،ص362 .

5- د .محمد لبيب شنب ،مصدر سابق ، ص 95 .

6- د .ثروت عبد الحميد ،مصدر سابق ،ص 83 .

سوى الافتراض، فلفظ الملحقات هو تعبير عام يشمل الملحقات المادية والمعنوية على حد سواء[1]، كذلك تم الرد على الانتقاد الثاني بالقول إنّ اتفاقات تخفيف المسؤولية تكون سارية على الطرفين المباشرين فقط ولا يمتد أثرها إلى الغير[2] .

وعلى الرغم مّما تقّدم من انتقادات لفكرة الملحقات إلاّ إنْ الباحث يرى إنّها الأقرب للمنطق القانوني من حيث اعتبارها أساساً لانتقال الحق في التعهد بالضمان عن الأعمال إلى الخلف، حيث إنّها تعّد مكملاً لانتفاع المتصرف اليه بمحل العقد عند نقل الملكية إليه، وإنها تكون لصيقةً بمحل العقد وتنتقل معه عند تغير مالكه، كذلك إنْ الأحكام القضائية الفرنسية قد استقرت ومنذ زمن طويل على الأخذ بفكرة ملحقات المبيع أساساً لانتقال الضمان إلى الغير، فقد ورد في أحدى القرارات القضائية (إن دعوى المكتسب اللاحق لملكية المبيع ضد البائع الأصلي تقوم على أساس مؤداه أنْ بيع الشيء يتضمن كل ملحقاته وخاصة الدعاوى التي اكتسبها البائع بمناسبة البيع السابق)[3]، فهذا الحكم وأنْ كان قد صدر بخصوص دعوى الضمان القانوني إلاّ إنّه يعد تطبيقاً لمبدأ عام مؤداه انتقال الحق في الضمان تبعاً للشيء المبيع بعده من ملحقاته .

المطلب الثاني

نطاق التعُّهد بالضمان من حيث المّدة

إن التعّهد بالضمان محدد من ناحية أخرى من حيث المدة، فهو ضمان يلتزم بمقتضاه صاحب الحرفة بجودة وكفاءة عمله، لذا يعد قيداً يرد على إرادة الملتزم به، فمن المنطق أنْ تكون لهذا التعّهد مدة

1- د .حسام الدين الاهوائي ،مصدر سابق ، ص691 .
2- د. ثروت عبد الحميد ، مصدر سابق ،ص84 .
3 -ciss civ nov ,1885 ,D.p 1885 1,3 ov, 1886 ,p149 . نقلا عن د .جابر محجوب علي ،مصدر سابق ، ص170 .

محددة فليس من المعقول أنْ يبقى مؤبداً إلى ما لانهاية، بل إنه التزام مؤقت بمدة زمنية معينة، وهذه المدة يجري تحديدها باتفاق الطرفين أو حسب العرف وطبيعة العمل، لكن ما العوامل التي يتم الاستعانة بها لغرض تحديد هذه المدة؟ وما طبيعتها هل مدة سقوط أمّ إنها مدّة تقادم حيث يختلف الأثر بين الحالتين، أمّ إنها تعديل لمدة الضمان القانوني، أمّ لها طبيعتها الخاصة التي تميزها عن مّدة الضمان القانوني ؟ ومن ناحية أخرى هل إنّ نهاية هذه المدة يؤدي إلى إنقضاء التعّهد بصورة نهائية، أمّ يمكن القول بتمديدها بناء على اتفاق جديد، عندها يثار التساؤل حول طبيعة التعهد بالضمان بعد نهاية المّدة هل يخضع لذات الأحكام التي يخضع لها التعّهد بالضمان قبل نهاية المّدة أمّ يجري تعديل على أحكامه؟. لبيان ما تقّدم فإننا سنقسم هذا المطلب على فرعين نبين في الفرع الأول مّدة التعّهد بالضمان ونبين في الفرع الثاني طبيعة مدّة التعّهد بالضمان :

الفرع الأول

مّدة التعّهد بالضمان

إن مّدة التعّهد بالضمان هي الفترة الزمنية التي يلتزم بها المتعهد بضمان جودة وكفاءة عمله، ويحق للمتعّهد له أنْ يطالب المتعّهد بتنفيذ التزامه بالضمان إذا ما حدث عيب أثناء سريان هذه المّدة، فالمّدة هي عنصر جوهري في التعّهد بالضمان، وبانتهائها ينقضي هذا الضمان، فما مقدار هذه المّدة وهل يوجد تحديد تشريعي لها؟ وهل لها تأثير على مقدار مدة الضمان القانوني؟، ولغرض بيان مّدة التعّهد بالضمان فإننا سنقسم هذا الفرع على فقرتين نبين في الأولى منهما مقدار مدة التعُّهد بالضمان، ونبين في الثانية تعديل مّدة التعّهد بالضمان :

أولاً- مقدار المّدة

تُعد المّدة ركن رئيس في التعّهد بالضمان عن الاعمال الحرفية فلا تعّهد بضمان دون تحديد للمّدة، فهو ضمان مؤقت يلتزم فيه صاحب الحرفة بجودة وكفاءة عمله لمدة معينة، ومن ثمّ فإن أي عيب يحدث فيها يؤدي إلى نشوء مسؤولية المتعّهد، فما مقدار هذه المّدة ؟

ويحدد الاتفاق بين الطرفين أو العرف مقدار المّدة التي يضمن فيها الحرفي جودة العمل وكفاءته لأداء الغرض المقصود، ويختلف تحديد تلك المّدة بحسب طبيعة العمل وطبيعة الشيء الذي قام الحرفي

بصنعه وهي تتراوح عادة ما بين ستة أشهر إلى ثلاث سنوات ويمكن أن تصل الى خمس سنوات[1] وقد تزيد أو تقل عن ذلك، وحسب المعتاد عليه في العمل، وقد يتم تحديدها حسب العرف .

ويبدأ ميعاد احتساب تلك المّدة من تاريخ التسليم[2] أو حسب الاتفاق، فمنذ تسليم الشيء الذي قام الحرفي بصنعه أو العمل إلى المتعّهد له يبدأ احتساب مدّة التعّهد بالضمان عن الأعمال الحرفية، ونقصد بالتسليم في هذا الفرض هو التسليم الفعلي[3]، الذي يتحقق بحيازة العمل حيازة فعلية من قبل المتعّهد له، فبمجرد حصول التسليم فإن أي عيب يظهر بعد ذلك وحتى نهاية المّدة يدخل في ضمان الحرفي وتنهض بذلك مسؤوليته[4]، إما عن كيفية احتساب مدّة التعّهد بالضمان، فيمكن تطبيق القواعد العامة في حساب مدّة التقادم[5] لكونها نصوص عامة في التطبيق فتحسب مّدة التعّهد بالأيام لا بالساعات[6]، لذلك لا يحسب اليوم الأول لأنه لا يكون كاملاً، وتنتهي بنهاية اليوم الأخير منه أو حسب اتفاق الطرفين، ومن أكثر الصعوبات التي تواجه احتساب مدة التعّهد بالضمان برأي الباحث هو إثبات تاريخ التسليم الفعلي لكي يمكن حساب المّدة، لأن صاحب الحرفة لا يكون عمله على مستوى مشروع منظم ولديه سجلات لتدوين التواريخ ولا وثائق لتوثيق الضمان، إنما مشروعه بسيط يعتمد على جهده الذاتي، لذا قد لا يتمكن من توثيق تاريخ التسليم رغم أهميته، كذلك الحال بالنسبة للمتعّهد له الذي لا يمتلك الخبرة الكافية لإثبات التسليم الفعلي، لكن ومع ذلك فإن الاستلام يكون واقعة مادية يمكن إثباتها بكافة طرق الإثبات، سواء أكان بواسطة القرائن أو أية وسيلة من وسائل الإثبات الأخرى، وكل ذلك يخضع للسلطة التقديرية لقاضي الموضوع .

ويثار تساؤل حول الحالة التي يكون فيها صاحب الحرفة قد أنجز العمل بصورة كاملة، لكن المتعّهد له رفض استلامه تعسفاً منه رغم تبليغه بذلك، فمن أي تاريخ يبدأ احتساب مّدة التعّهد ؟

لقد بينا فيما تقدم إنّ احتساب مّدة التعّهد بالضمان يكون من تاريخ تسليم العمل تسليماً فعلياً إلى المتعّهد له أو حسب الاتفاق، فلا يكفي مجرد إنجاز العمل من قبل صاحب الحرفة انما لا بد من تسليمه

1- د. محمد حسين منصور ،ضمان صلاحية المبيع ،مصدر سابق ،ص27 .
2- د .احمد شوقي عبد الرحمن ،ضمان العيوب الخفية في بيوع السيارات، مصدر سابق ،ص67 .
3- توجد عدة طرق لتسليم المبيع ،منها التسليم المادي ،والتسليم المعنوي ،وينقسم الأخير الى ثلاث صور، للتوسع اكثر ينظر د .سعيد مبارك ،د. طه الملا حويش ،د .صاحب عبيد الفتلاوي ،مصدر سابق ،ص99 .
4- د. ممدوح محمد علي مبروك ،مصدر سابق ،ص 53 .
5 - ينظر المادة (433) من القانون المدني العراقي ،والمادة (380) من القانون المدني المصري . و المادة (2228) من القانون المدني الفرنسي .
6 - د. عبد المنعم البدراوي ،أثر مضي المدة في الالتزام دراسة مقارنة ،أطروحة دكتوراه مقدمة الى جامعة القاهرة، مصر ،لعام 1995، ،ص45 .

إلى المتعّهد له، أما في الحالة التي يرفض فيها المتعّهد له استلام العمل رغم إنجازه فإنه عند تتبعنا للنصوص القانونية في القانون المدني العراقي، نجد إن المشرع العراقي قد أقر في عقد المقاولة بالتسليم القانوني[1] بعد انذار المقاول بوجوب استلام العمل، وهذا يعتبر بمثابة التسليم الفعلي وقد نص على ذلك في المادة (873)[2]، ورغم إنّ هذه المادة خاصة بعقد المقاولة إلاّ إنْ الباحث يرى أمكانية تطبيق حكمها عند امتناع المتعّهد له من استلام العمل، واعتبار الإنذار من قبل المتعّهد بوجوب استلام العمل بمثابة التسليم الفعلي للمتعّهد له، ومن ثمّ يبدأ احتساب المدة من تاريخ الإنذار، كذلك إنّ المادة (6/1792) من القانون المدني الفرنسي قد أشارت إلى سريان المّدة من تاريخ التسليم أو من تاريخ الأعذار إذا امتنع عن ذلك، وهذ ما ذهبت إليه ايضا المادة (655) من القانون المدني المصري، كذلك وقد أخذ القضاء بالتسليم الحكمي حيث أشارت محكمة التمييز العراقية إلى إن مسؤولية المقاول تنتهي من تاريخ التسليم الفعلي او الحكمي[3] .

وقد يتضمن التعّهد بالضمان مدد متعددة، وهذا التعّدد مرده اتفاق الطرفين، ويرجع لأسباب مختلفة فالمدة الأولى غالباً ما تكون قصيرة ويلتزم فيها الحرفي بضمان الشيء ضمان عام، بحيث يشمل تدخل الحرفي بالإصلاح عند حدوث العيب، اضافة إلى ذلك يلتزم بتقديم قطع غيار للشيء محل التعاقد محل القطع التي اصابها عيب، لاسيما للأجزاء سريعة التلف، فيكون بذلك الضمان شاملاً لتدخل الحرفي بالإصلاح بالإضافة الى تقديم قطع غيار[4]، وبهذه الصورة يكون محل الضمان إصلاح العيب وتقديم قطع غيار، أما المّدة الثانية فتكون طويلة نسبياً كثلاث سنوات مثلاً، لكن يقتصر فيها ضمان الحرفي على إصلاح العيب فقط دون تقديم قطع الغيار حيث يلتزم المتعاقد بتقديم ثمن قطع الغيار أو بالعكس[5] .

ويرى الباحث إنّ تحديد مدة الضمان بهذه الصورة لا ينسجم مع طبيعة التعّهد بالضمان عن الأعمال الحرفية، لأنه قد يكون مدعاة للشك في حسن نية القائم بالعمل، الذي يكون محترفاً ومختصاً في مجال عمله، وعالماً بخصائص وطبيعة المواد الداخلة في صنع الشيء محل التعاقد، ويقوم بتحديد تلك المدة وفقاً لمصلحته، ويقدم المتعاقد على القبول دون علمه بما يخفي الحرفي في نيته، وهذا بلا شك لا

1- و يتحقق ذلك بوضع محل العقد تحت تصرف المستفيد و اعلامه بذلك .

2- إذ نصت على انه (متى أتم المقاول العمل و وضعه تحت تصرف رب العمل ،وجب على هذا ان يبادر الى معاينته في اقرب وقت ممكن حسب المعتاد ،وان يتسلمه ،في مدة وجيزة ،فإذا امتنع دون سبب مشروع عن المعاينة او التسلم رغم دعوته الى ذلك بإنذار رسمي ،اعتبر إن العمل قد سلم اليه) .

3- قرار محكمة التمييز العراقية المرقم 314/مدنية أولى/1975 في 1975/1/8،منشور في مجموعة الأحكام العدلية، العدد الاول، السنة السادسة، 1975، ص86 .

4- د .محمد حسين منصور ،ضمان صلاحية المبيع ،مصدر سابق ،ص 25 .

5- د. سعيد جبر ،مصدر سابق ،ص30 .

يحقق الحماية الكافية للمتعاقد لأنه يحقق مصلحة الحرفي على حساب المتعاقد معه، لذا يرى الباحث أنْ يكون التزام الحرفي بالضمان، يشمل إصلاح العيب واستبدال الاجزاء التالفة وتحمل كافة النفقات اللازمة لذلك .

ويتوقف تحديد مّدة التعّهد بالضمان عن الاعمال الحرفية على عدة عوامل، منها طبيعة الشيء الذي قام الحرفي بصنعه أو العمل المنجز من قبله كعمره الافتراضي وفترات استعماله واستهلاكه، ومنها ما يتعلق بحق المتعّهد له في استعمال العمل المنجز من قبل الحرفي والتأكد من قدرته على أداء الغرض المقصود[1]، وتجدر الإشارة إلى إنه يحق للمتعّهد له الحصول على مدة ضمان تكون أطول من المعتاد، لكن يكون ذلك نظير مبلغ اضافي يضاف إلى الثمن الإجمالي ويكون ذلك كصورة من صور التأمين لمصلحة المتعاقد[2]، وقد يسعى صاحب الحرفة لأن تكون مّدة الضمان تحقق مصلحته، وذلك بأن تكون قصيرة نوعاً ما وتتفق مع العمر الافتراضي للشيء الذي قام بصنعه، أو تكون تلك المدة مقدرة حسب الحالة التي قد يصاب فيها الشيء بعيب معين بحكم خبرته، وهنا يكون الحرفي قد ارتكب سوء نية واستغل عدم خبرة المتعاقد معه، وإذا تمكن المتعّهد له من إثبات ذلك، فإنه تتحقق مسؤولية الحرفي حتى لو ظهر العيب بعد انتهاء المدة المحددة[3] ويكون داخلاً ضمن المسؤولية التقصيرية للمتعّهد، لأن الغش يخرج المتعاقدين من نطاق الاستثناء إلى رحاب القواعد العامة، ونرى في هذه الحالة أنْ يتمّ تطبيق المدة الطويلة للتقادم، وذلك بحق المتعّهد له في المطالبة في الضمان بمدة خمسة عشر سنة[4] .

وأما موقف الشريعة الإسلامية من تحديد مدة معينة للتعُّهد بالضمان فيمكن تبينه عن طريق قياسه على الآراء التي تتعلق بتوقيت خيار الشرط، فلقد اتفق جمهور الفقه الإسلامي[5] من حيث المبدأ بضرورة توقيت خيار الشرط فلا يصح وضع شرط غير مؤقت أصلاً وهو من الشروط المفسدة للعقد، والحكمة من هذا التوقيت لكي لا يكون سبباً من أسباب الجهالة الفاحشة التي تؤدي إلى التنازع، وهو ما تتحاشاه الشريعة الإسلامية في أحكامها، لكن اختلف الفقهاء في تحديد مدة الاشتراط في التعاقد إلى عدة أراء، فذهب الرأي الأول إلى أن للمتعاقدين الخيار مطلقاً في تحديد أي مدة مهما طالت ودون تقييدها

1- د. عبد الرزاق السنهوري ، مصدر سابق ،ص961 .
2 -.Ancel ,La garantie conventionnnelle des vices cacse dans les conditions generals de vente matiere mobiliere r.t.d 1979 ,p 49 . اشار اليه د. جابر محجوب علي ،ص156
3- د. سعيد جبر ،مصدر سابق ،ص30 .
4- ينظر المادة (232) من القانون المدني العراقي .
5- د .عبد الستار أبو غدة ،الخيارات ،(ج1 /219).

بمّدة معينة، ويرى أصحاب هذا الرأي وهم الحنابلة[1]، والإمامية[2]، إلى إن هذا الشرط يوضع في العقد باتفاق المتعاقدين، لذا فإنه يعتمد على الطرفين في تحديد مدة الشرط، حيث لا توجد آيات قرآنية أو أدلة شرعية تثبت مدة محددة للشرط ، أما الرأي الثاني فذهب إليه جمهور المالكية[3] بالقول إن للمتعاقدين أن يحددا مدة الشرط في العقد، لكن يجب ان يكون مقدارها محددا حسب الحاجة والمعتاد عند التعاقد، فللمتعاقدين تحديد مدة الشرط لكن على أن لا تتجاوز المعتاد وحسب محل العقد وقد حدد المالكية مدد معينة بحسب نوع محل العقد[4]، وقد برر المالكية سبب أخذهم بهذا الرأي، ذلك لأن الشرط شرع لحاجة معينة كأن تكون مدة اختبار لمحل العقد، لذا يجب ان تكون هذه المدة محددة بحسب الحاجة أليها[5]، إما الرأي الثالث فهو رأي الحنفية[6]، والشافعية[7]، فحدد هذا الرأي مدة خيار الشرط بثلاثة أيام وقد أستندوا أستندوا في هذا التحديد لما جاء عن أبان أبن منقذ في حديث النبي محمد (صلى الله عليه واله وسلم) إنّه قال (الخيار ثلاثة أيام)[8]، لكن لم يأخذ جمهور الفقه الإسلامي بهذا الحديث لأن أبان أبن منقذ كان لا يحتج بحديثه، كما إن الشرط شرع للتروي من أجل دفع الضرر عن المتعاقد، وقد تكون الحاجة إلى أكثر من ذلك .

ومما تقّدم من موقف الفقه الإسلامي يرجح الباحث الرأي الثاني الذي ذهب أليه جمهور المالكية بأن مدة الشرط تكون باتفاق المتعاقدين لكنها يجب أن تقدر في حدود المعتاد وحسب جنس المبيعات، لأنه يتوسط الرأيين الآخرين، فلا يجوز أن يترك تقدير مّدة الشرط لاتفاق المتعاقدين مطلقاً فقد تكون مدة طويلة مبالغ فيها، كذلك لا يجوز أنْ تكون قصيرة جداً كثلاثة أيام فقط، وأن هذا الرأي يحقق استقرار المعاملات من أن لا يبقى الملتزم بتنفيذ الشرط ملتزماً بضمانه مدة طويلة .ونرى إن هذا الرأي يمكن أن ينطبق على التعّهد بالضمان من حيث المدة، لأن التعّهد بالضمان وكما هو الحال في خيار الشرط قد تقرر لحماية المتعّهد له ولدفع الضرر عنه، كذلك إنّ هذه المدة تحقق مصلحة الطرفين فلا تكون طويلة

1 - المغني ،مصدر سابق(ج3 /498).
2 - محمد بن الحسن الطوسي ،المبسوط في فقه الأمامية ،ج2 ، ط1 ،دار الكتاب الإسلامي ،بيروت ، 1992 ، ص85 .
3 - محمد بن احمد بن عرفة الدسوقي ،حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ،ج3 ،دار الكتب العلمية ،القاهرة ، ص95 . ابن رشد الحفيد، بداية المجتهد ،(ج2 /209) .
4- للاطلاع على هذه المدد ينظر ،د عبد الستار أبو غدة ،الخيارات ،(ج222/1) .
5 - حاشية الدسوقي ،مصدر سابق(ج3/ 93) .
6 - بدائع الصنائع ،مصدر سابق(ج5/ 174) .
7 - محمد بن علي بن محمد بن عبد الله الصنعاني ، فتح القدير ،ج 5 ،دار الكتب العلمية، دون سنة نشر ، ص111.
8- أخرجه الحافظ ابن حجر العسقلاني ،الدراية في تخريج أحاديث الهدايه ، دار المعرفة ،بيروت ،دون سنة نشر، ص146 .

جداً فتؤدي إلى الأضرار بالمتعّهد، وإنها تقدر بحسب المعتاد وجنس محل العقد فتكون كافية للمتعّهد له للتأكد من جودة وكفاء عمل المتعّهد وقدرته على أداء الغرض من التعاقد .

إما عن موقف التشريعات المدنية المقارنة من المدة المحددة للتعّهد بالضمان فنجد إنها لم تتعرض لبيان مدة هذا التعّهد لكونه ليس من العقود المسماة وتسري عليه القواعد العامة، إنما تناولت تحديد مدة الضمان القانوني للعيوب الخفية[1]، ويرى الباحث إنّ هذه النصوص لا تنطبق على موضوعنا ولا تعد تحديداً لمدة التعّهد بالضمان، وذلك نظراً للطبيعة الخاصة والمستقلة لهذا التعّهد عن ضمان العيوب الخفية كما سنبينها في الفرع الثاني من هذا المطلب(بعونه تعالى)، فهو ضمان مستقل عن ضمان العيوب الخفية ولا يصح ربطه به، حيث إن ضمان العيوب الخفية يكون وارداً بصدد عقد بيع منقولات التي أقرته النصوص القانونية ،اما التعهد بالضمان فأنه يكون واردا بصدد عقد يتضمن القيام بعمل و ينشأ باتفاق الأطراف .

وفي إطار التشريعات الخاصة المقارنة فنجد أنها قد أشارت إلى تحديد المّدة في إطار الالتزام بالضمان، فقانون حماية المستهلك الفرنسي فنجده لم يحدد تلك المدة تاركاً الأمر لاتفاق المتعاقدين في المادة (65) منه التي نصت على انه (الضمان ألاتفاقي هو أي ضمان أضافي للضمان القانوني ضد عيوب السلعة المبيعة المشار اليها في المادة 65 او التي قد يعرضها المورد على المستهلك ، و يجب على المورد ان يحدد بدقة مدة هذا الضمان ونطاقه وشروطه) .

أما قانون حماية المستهلك المصري قد حدد مّدة التزام بعض القائمين بالإعمال بالضمان كالقائم بالتشطيبات ومورد الخدمات والصيانة والتركيبات المنزلية بمدة سنة على الأقل من تاريخ تنفيذ تلك الأعمال في المادة (26) التي نصت على إنّه (يضمن مورد خدمات التشطيبات والصيانة والتركيبات المنزلية صلاحية ما قام بتنفيذه من أعمال وما تم توريده من منتجات لمدة سنة على الأقل، ما لم يحدد الجهاز مدة اقل بالنظر إلى طبيعة الأعمال أو المنتجات، ويكون الضمان ثلاث سنوات على الأقل إذا كان العيب راجعاً لغش أو خطأ جسيم)، وحسناً فعل المشرع المصري بإيراد نص مادة صريح يحدد مدة خاصة بضمان الحرفي عن ما ينفذه من أعمال، وهو نص لم نجد له نظير في التشريعات المقارنة، لكن من ناحية اخرى فإن هذا النص لم يحدد مدة قاطعة للضمان بل حددها بسنة على الاقل، كما وترك لجهاز حماية المستهلك تحديد مدد اخرى بحسب طبيعة الأعمال، وهذه السنة لا يجوز تقليلها ولكن يمكن اطالتها حسب اتفاق الاطراف، إما في حالة الغش والخطأ الجسيم فإن المّدة تكون ثلاث سنوات، وهذا أمر منتقد

1- ينظر نص المادة (1648) من القانون المدني والمادة (452) من القانون المدني المصري و المادة (570) من القانون المدني العراقي .

ذلك لأن الغش يفسد كل شيء وكان الأولى بالمشرع المصري تحديد مسؤولية الحرفي وجعلها (15) سنة حسب القواعد العامة في حالة الغش والخطأ الجسيم، كذلك نجد إنّ هذه المادة لم تحدد متى تبدأ هذه المدة هل هو من تاريخ انجاز العمل ام من تاريخ تسليمه وكان الافضل لو تم تحديد هذه المدة من تاريخ تسليم العمل .

إما قانون حماية المستهلك العراقي فأنه أيضاً لم يحدد مدة الضمان الاتفاقي تاركاً الأمر لاتفاق المتعاقدين مطلقا في المادة (6 /2 /1) التي نصت على إنه (للمستهلك الحق في الحصول على الضمانات للسلع التي تستوجب طبيعتها مثل هذا الضمان وللمدة المتفق عليها مع المجهز دون تحميلها نفقات اضافية)، عن طريق هذا النص يتضح لنا إن المشرع العراقي قد ترك تحديد تلك المدة لاتفاق المتعاقدين بصورة مطلقة، وكان من الأفضل لو إن المشرع العراقي قد حدد مدة معينة كحد أدنى وجعلها سنة مثلاً ويمكن زيادتها حسب الاتفاق، كما أورده المشرع المصري، حتى لا تكون وسيلةً للضغط على المتعًهد له و تحديدها بمّدة قصيرة لا سيما وإنّه يكون الطرف الضعيف في التعاقد وتكون على النحو التالي **(يضمن القائمين بأعمال التشطيبات والصيانة والتركيبات المنزلية صلاحية ما قاموا به من أعمال وما تم توريده من منتجات لمدة سنة على الأقل من تاريخ تسليم العمل).**

أما بصدد موقف القضاء من الاتفاق على مدة معينة لظهور العيب، فنجد إن القضاء العراقي قد أقر الاتفاق على تحديد مدة بموجب الحكم القضائي الذي جاء فيه (إن المحكمة اصدرت قرارها برد دعوى المميز بسبب التقادم المنصوص عليه في المادة (570) مدني دون أن تلحظ ان هذا التقادم مقيد بحالتين نصت عليهما المادة المذكورة وهما حالة ما اذا التزم البائع بالضمان لمدة اطول، وحالة ما إذا أثبت إنّ إخفاء العيب كان بغش من البائع، وكان المميز قد تمسك بدفع هو أنْ المميز عليه شركة ضمنت له صلاحية المبيع للاستعمال لمدة خمس سنوات، كان عليها تكليفه بأثبات ذلك حسب الاصول)[1]، يتضح لنا من هذا القرار إن القضاء العراقي أجاز للأطراف المتعاقدة الاتفاق على مدة معينة لظهور العيب .

ومما تقدم من بيان موقف التشريعات المقارنة من تحديد مدة التعّهد بالضمان، نجد إنّ التشريعات المدنية لم تتضمن نصاً يحدد مّدة التعهد بالضمان وإنما تضمنت فقط تحديد مدة الضمان القانوني، إما في إطار التشريعات الخاصة بحماية المستهلك، نجد إنها قد انقسمت على اتجاهين من حيث تحديد المدة، بين من ترك تحديد هذه المدة لاتفاق المتعاقدين وهذا هو موقف قانون حماية المستهلك الفرنسي والعراقي،

1- قرار محكمة استئناف البصرة رقم 2503 / حقوقية / 59 / البصرة / بتاريخ 23 /2 / 1960 ،مجلة القضاء المدني العراقي ،ج2 ،ص 75 .

وبين من حدد هذه المدة بمدة معينة وهذا هو موقف قانون حماية المستهلك المصري، ويرى الباحث إن موقف المشرع المصري كان متميزاً عن طريق إدراج مادة خاصة بضمان عمل الحرفي، وتحديد مدة معينة لبقائه ضامناً للعمل المنجز من قبله حيث حددها بسنة، إما في حالة الغش والخطأ الجسيم فتكون مدتها ثلاث سنوات، لكن ما يؤخذ على هذا النص هو عدم تحديده متى تبدأ هذه المدة .

ثانياً- تعديل مّدة التعّهد بالضمان

إنّ انتهاء مّدة التعّهد بالضمان لا يؤدي إلى حرمان المتعّهد له من الضمان، لكن لا تكون هذه المطالبة وفقاً لأحكام التعّهد بالضمان، إنما تكون وفقاً لأحكام الضمان القانوني إذا توفرت شروطه، وكانت مدته لا تزال سارية، وهذا الأمر غير مستحيل التحقيق بل إنّه من الممكن حدوثه في الفرض الذي تكون فيه مّدة الضمان القانوني أطول من مّدة التعّهد بالضمان، لذا فإن المتعّهد له يستطيع المطالبة بالضمان القانوني متى أثبت وجود عيب خفي وقديم ومؤثر في محل العقد وكانت المّدة لم تنقضي بعد، لكن إذا لم يستطيع المتعّهد إثبات شروط الضمان القانوني أو إنّ مّدته هو الآخر قد انقضت أيضاً، فإننا سنجد انفسنا أمام متعاقد لا يستطيع مطالبة الحرفي بالتعّهد بالضمان أو الضمان القانوني، لكن ومع هذا الفرض فإن المتعّهد له يستطيع الحصول على تعّهد بالضمان خارج مدّة الضمان الأصلية أو بعد انتهائها، لكن إعطاء هذا التعُّهد وتدخل صاحب الحرفة هذه المرة يكون بعد اتفاق جديد، ومن ثمّ فهو قد يخضع لنظام مختلف عن النظام الذي كان يحكم التعّهد بالضمان وانقضى، إذ إنّ اتفاق الطرفين على مّدة جديدة سيكون مقابل أجر يحصل عليه صاحب الحرفة بلا شك، وإن كان هذا الاحتمال يلابسه الشك اثناء مدة التعّهد بالضمان الأصلية، كذلك إنها ستكون محلاً لعقد جديد مستقل[1]، فإذا قبل المتعّهد الالتزام بالضمان لمدة اخرى بعد انقضاء مدة الضمان الأصلية فإن ذلك يكون اتفاق جديد ومستقل عن الاتفاق السابق أو العقد الذي كان يربط بين الطرفين وهو عقد القيام بعمل، إذ إن التعّهد بالضمان السابق كما بينا يكون التزام تبعي لعقد القيام بعمل المبرم بين الطرفين، أما الاتفاق على مدة جديدة بعد انتهاء المدة السابقة فإنه يكون موضع عقد واتفاق مستقل، قد يكون عقد صيانة أو تقديم خدمة وغير ذلك، لأن عقد القيام بعمل يكون قد انقضى وترتبت كل آثاره وانتهت مدة التعّهد بالضمان المحددة ايضاً، أما وقبول صاحب الحرفة ضمان عمله مرة اخرى ومدة زمنية جديدة فإنه يكون بناء على اتفاق مستقل قد تتحد شروطه مع العقد السابق أو قد تختلف عنها حسب الاتفاق .

1- د .جابر محجوب علي، مصدر سابق ، ص159 .

ويترتب على استقلال الاتفاق الجديد للتعُّهد بالضمان عن العقد الأصلي عدة نتائج[1]، منها إنّ حدوث خطأ من قبل صاحب الحرفة في تنفيذ تعّهده، لا يقيم مسؤوليته بناءً على عقد القيام بعمل الذي كان يربط بين الطرفين، ومن ثمّ لا يستطيع المتعّهد له أنْ يطالب بتطبيق الأثر الذي يترتب على مخالفة أحكام عقد القيام بعمل، فهو لا يستطيع المطالبة بفسخ العقد، لأن العقد يكون قد انقضى وترتبت كل آثاره، إنما يمكنه المطالبة بالتعويض عن الخطأ الذي ارتكبه صاحب الحرفة في تنفيذ عمله إذا ظهرت عيوب وفقاً للاتفاق المبرم بين الطرفين، ومن ناحية اخرى إنّ الشروط التي يتضمنها عقد القيام بعمل المبرم بين الطرفين لا تكون واجبة التطبيق على الاتفاق الجديد الذي يتم بمقتضاه تقديم ضمان العمل، فإذا تضمن العقد الأصلي شرطاً يقتضي بتقديم المتعّهد قطع غيار أو تحمله الضمان حتى في حالة مخالفة المتعّهد له استعمال العمل، فإن هذه الشروط لا تسري على الاتفاق الجديد .

وهناك من يذهب[2] إلى تكييف الاتفاق بالتعّهد بالضمان بعد انتهاء مدة الضمان، بأنه نوع من التأمين على اعتبار إنّه يؤدي إلى تغطية جميع العيوب التي قد تظهر في عمل صاحب الحرفة في مدّة التعّهد المتفق عليها، فالأمر لا يخرج عن كونه تأمين يبرمه المتعّهد له وذلك لتعويض الأضرار التي قد تحصل بسبب العيوب في العمل المنجز من قبل صاحب الحرفة، وفي هذا التامين يقوم الحرفي بدور المؤمن الذي يحصل على أقساط التأمين عن طريق المبالغ التي يقوم التي يقوم المتعّهد له بدفعها إليه نتيجة إطالة مّدة الضمان، ويكون المتعّهد له بدور المؤمن له الي يحصل على الضمان عند حدوث عيوب معينة مقابل قسط التأمين الذي يقوم بدفعه للمؤمن، والتعويض الذي يحصل عليه المتعّهد له لا يكون دائماً نقدياً لتغطية الاضرار، بل من الممكن أنْ يكون تعويض عن طريق إصلاح العيب عند ظهوره فيلتزم بإزالته، ويرى الباحث إنّه لا يمكن اللجوء إلى فكرة التأمين لتكييف الاتفاق على إطالة الضمان، لأن التأمين عملية فنية دقيقة تقوم على مجموعة من الأسس الفنية كالإحصاء والتأمين والمساهمة[3]، ومن ثمّ فهي لا تقوم إلاّ عن طريق مشروع محترف، لذا فالأفضل تكييف هذا الاتفاق على إنّه اتفاق مستقل يقوم على اطالة مّدة التعّهد بالضمان وتحمل صاحب الحرفة المسؤولية عن كافة العيوب التي قد تظهر في مدة الضمان .

أما عن تقليل مدة التعّهد بالضمان، فلما كان الاصل في تحديد هذه المدة عن طريق الاتفاق بين المتعّهد والمتعّهد له، أي أنّ أصلها اتفاقي فإنه يمكن تقليلها ايضاً بالاتفاق بين الطرفين، ويُعد ذلك الاتفاق

1- المصدر نفسه ، ص159 .
2- د .محمد حسين منصور ،ضمان صلاحية المبيع، مصدر سابق ، ص 131 .
3- د .باسم محمد صالح ،القانون التجاري ،ط 1 ،دون ذكر مطبعة ،بيروت ، 2012 ،ص 245 .

صحيحاً وموافقاً لأحكام القانون[1] نظراً للطبيعة الاتفاقية لهذه المدة، فهي ليست من النظام العام، لكن يشترط أنْ لا يرتكب المتعّهد غشاً في تقليل مّدة التعّهد بالضمان، كأن يكون عالماً بحكم خبرته وتخصصه بالعمل بمدة صلاحية المواد المستخدمة في العمل، أو بمدة ظهور العيب فيها، فإنه يكون سيء النية وغاشاً بذلك ويترتب عليه بطلان هذا الاتفاق ونشوء مسؤوليته التقصيرية .

ومما تقدم يتضح للباحث إمكانية تعديل مدة التعّهد بالضمان عن طريق اتفاق الطرفين، سواء أكان بإطالتها أم تقليلها، وذلك نظراً للطبيعة الاتفاقية لمدة التعّهد، فكما أنها تنشأ باتفاق الطرفين، فكذلك يمكن تعديلها عن طريق ذلك الاتفاق، لكن يجب على كلا الطرفين أنْ لا يرتكبا غشاً أو خطأً جسيماً فهذا يؤدي إلى بطلان الاتفاق على تعديل المدة .

الفرع الثاني

طبيعة المّدة في التعُّهد بالضمان وتأثيرها على مدد الضمان القانوني

بعد أنْ بينا في المطلب السابق مقدار مّدة التعّهد بالضمان ومتى تبدأ هذه المّدة، فإنه يتعين علينا بيان الطبيعة القانونية لهذه المّدة، فهل تعتبر تعديل لمدة الضمان القانوني للعيوب الخفية، أمّ إنّ لها ذاتية مستقلة، وإذا كان الأمر كذلك فهل تعد مّدة سقوط أمّ مدة تقادم ؟وهل من الممكن أن تكون هذه المدة عرضة للوقف والانقطاع للأسباب القانونية؟ وهل يوجد تأثير لمدة التعّهد بالضمان على مدة الضمان القانوني؟ ولغرض بيان ما تقدم فإننا سنقسم هذا الفرع على فقرتين نبين الأولى منهما طبيعة مّدة التعّهد بالضمان ونبين في الثانية أثر مّدة التعّهد بالضمان على الضمان القانوني :

أولاً- طبيعة المّدة

لما كان التعّهد بالضمان عن الأعمال الحرفية ينشأ عن طريق الاتفاق بإرادة المتعاقدين، فمن الضروري أنْ يكون لهذا الضمان مّدة معينة، وهذه المّدة تكون وليدة الاتفاق، لذا يثور التساؤل حول طبيعة هذه المّدة فهل تعد تعديل لمدة الضمان القانوني التي حددها المشرع لرفع دعوى الضمان القانوني، أمّ إنّ لها طبيعة خاصة ؟

1- هذا ما يمكن قياسه على نص المادة (259) من القانون المدني العراقي الخاصة بتعديل المسؤولية العقدية .

لقد اختلف الفقه الفرنسي بصدد بيان طبيعة مّدة الضمان الاتفاقي بصورة عامة على رأيين، فالرأي الأول[1] بين أنّ هذه المدة هي تعديل لمدة الضمان القانوني والمحددة لرفع دعوى ضمان العيوب الخفية والمشار اليها في المادة(1648) من القانون المدني الفرنسي، حيث بينت هذه المادة وجوب رفع الدعوى في مّدة قصيرة على أساس طبيعة العيب والعرف، لكنها لم تحدد مقدار هذه المدة مما يدعو إلى القول إنّ هذه المّدة هي تعديل لمدة الضمان القانوني .

لكن تعرض هذا الرأي إلى الانتقاد، لأن المادة (1648)لا يجوز الاتفاق على خلافها فهي من النظام العام، ومن ثمّ لا يجوز الاتفاق على مدة معينة لرفع دعوى الضمان القانوني، وإذا وجد مثل هذا الاتفاق فلا يجب العمل به وليس له قيمة قانونية فيكون لغواً، لأن تحديد مدة الضمان القانوني يخضع للسلطة التقديرية لقاضي الموضوع[2] ،ومع هذا الانتقاد يذهب رأي إلى أنْ للأطراف المتعاقدة الحرية الكاملة في تحديد مّدة رفع دعوى الضمان القانوني، بل أنّ للطرفين حرية تقصير المّدة المحددة لرفع الدعوى حسب ما تقضي به الأعراف والعادات المتبعة، بل إنْ اتفاق الاطراف على مّدة محددة يعد تحديداً للعادات والاعراف المتبعة في بعض المهن[3]، والسبب الذي دعا هذا الاتجاه إلى ترك الحرية الكاملة للأفراد في تحديد مدة الضمان، هو عدم تحديد هذه المدة من قبل المشرع الفرنسي، ولو كان المشرع لا يريد تحديدها من قبل الاطراف لحددها هو في نص المادة، اضافة إلى ذلك لا يوجد نص قانوني صريح بمنع الاطراف من الاتفاق على مدة معينة، وليس في تحديدهم لهذه المدة أي تعارض مع نص القانون، بل يعد الاتفاق على مدة، هو تحديد لمدة الضمان القانوني .

في حين ذهب رأياً آخر في الفقه الفرنسي[4] إلى أنّ تحديد مدة الضمان الاتفاقي ليست تعديل لمدة الضمان القانوني الواردة في المادة (1648) ولا يصح ربطها بهذه المدة، وإن من الخطأ جعل مدة الضمان الاتفاقي تحديداً لمدة الضمان القانوني، لأن هذه المّدة لها طبيعتها الخاصة المستقلة عن مدة الضمان القانوني .

1- J Ghestin ,conformite et garantie ,Civile du fabricant en droit francais ,Dalloz ,1979, p41 .

2- Malinvaud ,la resposablilite ,civile du fabricant en droit francais , G.p 1973 Doct .p.463 .

3 -Aubry et Rau ,Droit civil francais ,6e ed par .p. Esmein 1947 Dalloz .T.V no 355 bis ,p 88 .

4 -Ancel :La garantie conventionnelle,op cit , p.208 .

ويرجح الباحث الرأي المتقدم من أن مدة الضمان الاتفاقي لها ذاتية مستقلة عن مدة الضمان القانوني ولا يصح ربط الفترتين ببعضهما، لأن في التعّهد بالضمان يكون الطرفين بصدد ابرام اتفاق مستقل عن الضمان القانوني، ومن ثمّ تكون مّدته مستقلة عن مّدة الضمان القانوني، فلا يوجد تأثير متبادل بين المدتين، حيث إن انقضاء أحدى المدتين لا يؤثر عن على المدة الأخرى فتبقى سارية المفعول.

ولما كان الرأي الراجح من قبلنا هو إنْ مّدة التعّهد بالضمان لها ذاتية مستقلة فإنه يتبادر إلى الذهن تساؤل هل أنْ هذه المّدة هي مدة سقوط أمّ إنها مّدة تقادم ؟

للإجابة على هذا التساؤل فإن الاتجاه الغالب لدى الفقه[1] هو أن هذه المّدة هي مّدة سقوط، حيث إنّ اتفاق الطرفين على مّدة معينة للتعّهد بالضمان، يعتبر شرطاً موضوعياً مضمونه إنْ حدوث أي عيب في هذه المدة يكون موجباً لمسؤولية صاحب الحرفة، ومن ثمّ فإن تنفيذ التزامه بإزالة العيب يعد تنفيذاً للتعّهد بالضمان، واتفاق الطرفين على مّدة معينة يعتبر تحديداً للتعّهد بالضمان من حيث الزمان، لأن هذه المّدة تبدأ من تاريخ التسليم، والفرق بين مدة السقوط ومدة التقادم، هو إنّ مّدة السقوط لا تكون عرضة للوقف والانقطاع كما هو الحال في مّدة التقادم، فمّدة الضمان الاتفاقي لا تقف ولا تنقطع بالأسباب المقررة للوقف والانقطاع في الضمان القانوني[2]، لأن هذه المّدة مقررة لفحص وتجربة العمل المنجز من قبل الحرفي، ولبيان مدى كفاءته وجودته لأداء الغرض المقصود وبيان مدى تحمله وما يظهر به من عيوب في المدة المقررة لذلك، لذا فهذه المدة لا تقف ولا تنقطع بسبب عدم قدرة المتعّهد له من المطالبة بالضمان، كذلك الحال فإن هذه المدة لا تنقطع عند تدخل الحرفي لإزالة العيب وإصلاح الخلل واتخاذ الإجراءات اللازمة لذلك، كذلك إنّ القول بأن هذه المدة تقف وتنقطع فيه أضرار على الملتزم بالضمان وهو صاحب الحرفة، حيث يؤدي إلى إطالة مّدة التعّهد بالضمان، ومن ثمّ قد يؤدي إلى ظهور عيوب جديدة في العمل وتحمل المتعّهد المسؤولية لإزالة تلك العيوب، لذا فهي مّدة سقوط يسقط بمضيها حق المتعّهد له بالرجوع على المتعّهد بما يحدث من عيوب بعد ذلك في العمل المنجز، كذلك الحال فإن هذه المدة لا تقف ولو وجد مانع يتّعذر به على المتعّهد له المطالبة بالضمان، سواء أكان هذا المانع مادياً كاندلاع ثورة أو فيضان، أو مانع أدبي كوجود علاقة قرابة بين المتعّهد والمتعّهد له، كذلك الحال لا تقف هذه المّدة إذا كان المتعّهد له غير كامل الاهلية بسبب فقدان عقله مثلا أو كان غائباّ أو محكوماً عليه

1- د .عبد الرزاق السنهوري ،مصدر سابق ، ص658 ،د. سمير عبد السيد تناغو ،مصدر سابق ، ص328 ، د. حسن عبد الباسط الجميعي ، شروط التخفيف و الإعفاء من المسؤولية العقدية ، دار النهضة العربية ،القاهرة، 2010 ،ص60 .

2- د .جابر محجوب علي ،مصدر سابق ،78 .

بجناية أو جنحة وليس له نائب يمثله[1]، فإذا استحال على المتعّهد له أنْ يتخذ الاجراءات القانونية بسبب هذه الظروف فلا يترتب عليه توقف المدة.

ثانياً- أثر مّدة التعُّهد بالضمان على مّدة الضمان القانوني

لقد أقرت التشريعات المقارنة مبدأ التكامل بين الضمان القانوني للعيوب الخفية و الضمان الاتفاقي[2]، فاتفاق الاطراف على ضمان معين لا يؤدي بالضرورة إلى سقوط الضمان القانوني، وذلك لحماية الطرف الضعيف في التعاقد، وحتى لا يقوم المهني المتخصص في مجال عمله من فرض شروط قد تؤدي إلى سقوط الضمان القانوني، ومن ثمّ الاضرار بالطرف الضعيف في التعاقد، وإذا كان كل من الضمان القانوني والاتفاقي يقوم جنباً الى جنب فإنه من المتصور إنْ تختلف المّدة بين الضمانين، فالضمان الاتفاقي تكون مّدته خاضعةً للاتفاق أو العرف، و قد تطول أو تقصر عن مّدة الضمان القانوني التي تكون محددة قانوناً، حيث حددها المشرع العراقي بستة أشهر والمشرع المصري بسنة، وبناءً على ذلك فإنه قد يحصل اختلاف بين مدة الضمان القانوني والاتفاقي، فقد تكون مّدة التعّهد بالضمان أطول أو أقصر من مدة الضمان القانوني، فما الأثر الذي يترتب على ذلك ؟

إنّ مّدة التعّهد بالضمان وفي الفرض الذي تكون فيه أقصر من مدة الضمان القانوني كما لو كانت ثلاثة أشهر مثلاً فإن انقضائها لا يترتب عليه سقوط الضمان القانوني، بل إنّ المتعّهد له يكون له الحق في المدة المتبقية من الضمان القانوني، فيكون له أنْ يرفع دعوى ضمان العيب في الثلاثة اشهر المتبقية إذا ظهر عيب تنطبق عليه شروط الضمان القانوني، إما في الفرض الذي تكون فيه مّدة التعّهد بالضمان أطول من مّدة الضمان القانوني، وهو الغالب في العمل ،لأن مدة التعّهد بالضمان تكون طويلة نسبياً فقد تصل لمدة ثلاث سنوات أو خمس أو قد تزيد حسب الاتفاق[3]، لذا فإن انقضاء مّدة الضمان القانوني أثناء سريان مّدة الضمان الاتفاقي يؤدي إلى سقوط حق المتعّهد له في الضمان القانوني، لكن ومع ذلك فإنه في الحالة التي يظهر فيها العيب في العمل المنجز من قبل صاحب الحرفة قبل انتهاء مدة الضمان القانوني، ويطالب المتعّهد بتنفيذ التزامه قبل انتهاء مّدة الضمان القانوني لنفترض بشهرين، فإن مطالبة المتعّهد له للمتعّهد بالضمان وتدخله لإزالة العيب تؤدي إلى توقف مدة الضمان القانوني، سيما وإذا علمنا إنّ إجراءات الإصلاح قد تستغرق مدة زمنية قد تطول وقد تقصر بحسب طبيعة العيب، فمدة الضمان

1- د سعيد جبر ،مصدر سابق ،ص34 .
2- ينظر المادة (22) من قانون حماية المستهلك المصري ،والمادة (67) من قانون حماية المستهلك الفرنسي، ولم يرد هكذا نص في قانون حماية المستهلك العراقي .
3- د .محمد حسين منصور ،ضمان صلاحية المبيع ،مصدر سابق ، ص65 .

القانوني كما بينا حسب موقف المشرع العراقي والفرنسي والمصري إنها مدة تقادم وليست مّدة سقوط، فهذه المّدة قد تقف كلما وجد مانع يتعذر معه على الدائن أنْ يطالب بحقه[1]، وهذه الموانع لم ترد على سبيل الحصر في المادة (435) من القانون المدني العراقي، والمادة (382) من القانون المدني المصري، والمادة (2238) من القانون المدني الفرنسي، إنما وردت على سبيل المثال، ومن ثمّ لا يوجد ما يمنع من اعتبار مدة تدخل صاحب الحرفة لإزالة العيب في العمل المنجز من قبله، من بين أسباب توقف مّدة الضمان القانوني ويكون ذلك خاضعاً للسلطة التقديرية لقاضي الموضوع في جميع الاحوال[2]

وطالما إنْ إجراءات الإصلاح مستمرة من قبل صاحب الحرفة فإن ذلك يجعل المتعّهد له لا يستطيع رفع دعوى الضمان القانوني لأنه يكون معتمداً ومتأكداً بإزالة العيب من قبل المتعًهد بالضمان، ولأجل ذلك فإن مدة الضمان القانوني تقف خلال المدة التي تستغرقها عملية ازالة العيب، على أنْ يعود احتساب مدة الضمان القانوني بعد انتهاء عملية إزالة العيب، فتمتد تلك المّدة بقدر المدة التي استغرقتها عملية إصلاح العيب، كذلك إنْ هذا القول يؤدي الى نتيجة عملية وهي إنّه يقطع الطريق على صاحب الحرفة من أجل عدم التهاون أو الابطاء في اصلاح العيب فلا يطيل عمله قدر الامكان خشية امتداد مّدة الضمان القانوني[3] .

يُلحظ مما تقدم ان مدة التعهد بالضمان تكون مستقلة عن مدة الضمان القانوني ،فالأخيرة محددة بنص القانون، إما مّدة التعّهد بالضمان فهي مّدة سقوط غير قابلة للوقف، واستقلال مّدة التعّهد بالضمان يجعلها لا تتأثر بمدة الضمان القانوني، لكن من الممكن أنْ تكون مدة التعّهد بالضمان سبباً لتوقف مدة الضمان القانوني، عند حدوث عيب ومطالبة المتعّهد له بإصلاحه ،إذ تعد من قبيل العذر الشرعي الذي لا يستطيع المتعّهد له من المطالبة بالضمان القانوني عند تحقق اسبابه، ويبقى كل ذلك خاضع للسلطة التقديرية لقاضي الموضوع .

1- د .محمد لبيب شنب ،مصدر سابق ،ص197 .
2- د .محمود جمال الدين زكي ، أحكام الالتزام ،منشأة المعارف ،الإسكندرية ،2004 ، ف259 ،ص65 .
3 - د . جابر محجوب علي ، مصدر سابق ،ص 77 .

الفصل الثالث

أحكام التعُّهد بالضمان عن الأعمال الحَرِفيَة

الفصل الثالث

أحكام التعُّهد بالضمان عن الأعمال الحَرِفيَة

تمهيد وتقسيم:

يترتب على قيام التعّهد بالضمان ونشأته صحيحاً التزام صاحب الحرفة بجودة وكفاءة العمل المنجز من قبله، وأنْ يكون صالحاً لأداء الغرض المقصود طوال مّدة التعّهد بالضمان، ومن ثمّ يتوجب عليه أنْ يتخذ كافة الاحتياطات الضرورية واللازمة لضمان تحقيق ذلك ،فتنشأ عدة التزامات على عاتقه بسبب هذا التعّهد، فعند ظهور عيب معين في العمل في مّدة الضمان يترتب عليه وجوب تدخل صاحب الحرفة لإصلاحه وازالته وتحمل كافة النفقات اللازمة لذلك، فالتعّهد بالضمان هو شرط ينشأ بتصرف قانوني ويكون تابعاً لعقد محله القيام بعمل، يلتزم فيه المتعّهد بالتدخل والقيام بالعمل اللازم لإصلاح العيب عند حدوثه، أما لو تعذرت عملية إصلاح العيب ولم تنفع محاولات المتعّهد بإعادة العمل إلى وضعه الطبيعي فيجب عليه إعادة ثمن العمل إلى المتعّهد له، ويرتبط بموضوع التزامات المتعّهد ضرورة أنْ نبين طبيعة التزامه بتنفيذ تلك الالتزامات، حيث يتوقف على بيان تلك الطبيعة تحديد ما إذا كان المتعّهد مخطئاً من عدمه في تنفيذ التزاماته، وإيقاع الجزاء الذي يناسب ذلك .

ولكن قد لا يقوم المتعّهد بتنفيذ تلك الالتزامات، ويصيب المتعّهد له ضرراً بسبب ذلك، مما يؤدي إلى مطالبته بالحقوق التي تنشأ له عند ذلك عن طريق إقامة الدعوى المقررة قانوناً لاقتضاء الحقوق، فالدعوى هي الإجراء الذي عن طريقه يستطيع المتعّهد له الزام المتعّهد بتحمله الضمان المترتب على مخالفة التزامه بالتعّهد والحصول على الحقوق المقررة له من هذا الضمان، لكن إقامة هذه الدعوى يتطلب من المتعّهد له القيام بعدة إجراءات تمهيداً لرفعها، وهذه الإجراءات تتمثل بوجوب رفعها في مدة زمنية معينة وإلاّ مضت عليها مدة التقادم، كذلك يُلزم لرفع هذه الدعوى قيام المتعّهد له بأخطار المتعّهد بحدوث العيب ووجوب تنفيذ ضمانه، فعند عدم تنفيذ التزامه رغم أخطاره بحدوث العيب فهذا يدل على إصراره وتعنته بعدم تنفيذ التزامه وجواز تطبيق الجزاءات القانونية التي تناسب ذلك، وإنّ نجاح المتعّهد له في مطالبة المتعّهد بالضمان يستلزم توافر الشروط القانونية المطلوبة لذلك، منها يجب عليه إقامة الدليل على وجود عيب في العمل المنجز من قبل صاحب الحرفة أثناء مدة الضمان، كذلك يجب إثبات وجود التعّهد بالضمان ذاته عن طريق أدلة الإثبات المختلفة .

ومن ناحية أخرى فإن ظهور أي عيب في مّدة التعّهد لا يعني نشوء مسؤولية صاحب الحرفة عنه دائماً، فهنالك أحوال معينة تؤدي إلى سقوط مسؤولية المتعّهد بالضمان عن العيب الحادث في مدة

الضمان، كذلك إنّ مسؤولية صاحب الحرفة قد تنقضي بصورة أصلية بانتهاء المدة المحددة للضمان دون حدوث أي عيب. ولأجل بيان ما تقدم فإننا سنقسم هذا الفصل على مبحثين، نبين في المبحث الأول الآثار الناشئة عن التعهد بالضمان، ونبين في المبحث الثاني أثر الاخلال بالتعّهد بالضمان وانقضاءه .

المبحث الأول

الآثار الناشئة عن التعُّهد بالضمان

إنّ اتفاق الطرفين (المتعّهد والمتعّهد له)، على التزام القائم بالعمل بتعّهده بضمان جودة وكفاءة عمله، يؤدي إلى توفر ضمانة كبيرة للمتعّهد له وتقوية الحماية المقررة له، فتنشأ عنه عدد من الآثار القانونية، وهذه الآثار تكون بصورة التزامات يلتزم بها المتعّهد بالضمان من أجل ضمان انتفاع المتعّهد له بالعمل محل العقد، وإذا كان الوفاء بهذه الالتزامات هو الطريق الطبيعي لانقضائها فإن ذلك الوفاء يجب أن يكون مطابقاً لمضمون التزام المدين، ومن ثمّ فإن أي مغايرة بين التنفيذ الحاصل ومضمون التزام المتعّهد سيؤدي إلى إتاحة عدة خيارات للمتعّهد له يطالب بمقتضاها بالتعويض عن الضرر الذي أصابه بسبب ذلك، واستعمال هذه الخيارات يكون عن طريق الوسيلة القانونية المقررة لذلك وهي الدعوى .

إنّ الآثار القانونية الناشئة عن التعّهد بالضمان دقيقة ومعقدة ولها أهميتها وتتأثر بمضمون وطبيعة التزام المتعّهد وبصفة الاعتبار الشخصي التي يتمتع بها، ومن ثمّ فإن الحكم على مدى التزامه بتنفيذ تلك الآثار يتوقف على بيان مدى التزامه بتنفيذها فيما إذا كان التزام بتحقيق غاية أو ببذل عناية، حيث تنقسم الطبيعة القانونية للوفاء بالالتزامات العقدية بصورة عامة إلى التزام بتحقيق غاية وقد يكون التزام ببذل عناية، وسنحاول بيان ما تقّدم عن طريق تقسيم هذا المبحث على مطلبين نبين في المطلب الأول التزامات المتعّهد ونبين في المطلب الثاني طبيعة التزام المتعّهد بتنفيذ التزامه .

المطلب الأول

التزامات المتعّهد بالضمان

إنّ الغاية الأساسية من التعّهد بالضمان، هو ضمان انتفاع المتعّهد له بالعمل المنجز من قبل صاحب الحرفة أثناء المدة المتفق عليها، وتحقيقاً لتلك الغاية فإن المتعّهد يلتزم بعدة التزامات ناشئة عن التعّهد

بالضمان، وتكون تلك الالتزامات واجبةً على المتعّهد وإلاّ نشأت مسؤوليته عن الإخلال بالتعّهد، فعند ظهور عيب في العمل، فهذا يستوجب تدخل صاحب الحرفة لإزالته كذلك يتحمل كافة المصروفات التي تترتب على ذلك، وإذا تعذرت عملية الإصلاح فعندها يلتزم المتعّهد بإعادة تنفيذ العمل بأكمله من جديد وعلى نفقته، ويترتب على ذلك التزامه وفي جميع الاحوال بتحقيق الفائدة المرجوة من العمل في مدة التعّهد بالضمان، وفي حالة فشل المتعّهد في تحقيق ذلك، فعندها يتوجب عليه، إعادة ثمن العمل إلى المتعّهد له مع التعويض عن جميع الاضرار التي أصابت المتعّهد له بسبب عدم ايفاء المتعّهد بتعّهده، ولأجل بيان التزامات المتعّهد بالضمان فإننا سنقّسم هذا المطلب على ثلاثة فروع نبين في الفرع الاول الالتزام بإصلاح العيب عند حدوثه ونبين في الفرع الثاني الالتزام بإعادة تنفيذ العمل من جديد ونبين في الفرع الثالث الالتزام بإعادة ثمن العمل .

الفرع الأول

إصلاح العيب عند حدوثه

يتطلب حق المتعّهد له في ضمان انتفاعه بالعمل المنجز من قبل صاحب الحرفة طوال مّدة الضمان ضرورة تدخل الأخير في إصلاح وإزالة العيب عند حدوثه، فحق المتعّهد له في إصلاح العيب هو من مقتضى طبيعة التعّهد بالضمان وأحد الالتزامات المترتبة عليه، والالتزام بالإصلاح يتمثل بقيام صاحب الحرفة ،بكل ما تتطلبه عملية إزالة العيب عند حدوثه وضمان خلو العمل من كل عيب من أجل انتفاع المتعّهد له بالعمل (فالإصلاح هو العملية اليدوية والذهنية التي يمارسها الفني لإزالة ما يعتور الشيء من عيوب)[1]، ولا تقتصر عملية اصلاح العيب على مجرد الجهد البدني والذهني الذي يبذله الملتزم بالضمان لإزالة العيب، بل قد يتطلب الأمر ضرورة قيامه باستبدال الاجزاء التالفة بأخرى صالحة للعمل، من أجل ضمان التأكد من اداء العمل المتعّهد بمحل العقد، وكل ذلك يكون على نفقة المتعّهد ولا يلتزم المتعّهد له بدفع أي مبلغ لقاء ذلك[2]، ولكن يجب إنْ تكون تلك النفقات في حدود المعقول ولا تصيب المتعهد بخسارة جسيمة كما لو كانت تلك النفقات باهضة، ففي هذه الحالة يكون الإصلاح غير ممكناً لأنه يهدد المتعّهد بخسارة جسيمة[3]، أما لو تطلب الاصلاح نفقات اضافية غير تلك التي كانت في العمل الاول، كما لو إن

1- د . جابر محجوب علي ، مصدر سابق ،96 .

2- د سعيد جبر، مصدر سابق، ص44 . د .محمد حسين منصور ،ضمان صلاحية المبيع، مصدر سابق، ص53.

3 - د. عمر احمد عبد المنعم دبش ،مصدر سابق، 374 .

المتعّهد له قد طلب إضافة تحسينات للعمل، فيرى الباحث إنها في هذه الحالة تكون على نفقة المتعّهد له ولا يلتزم المتعّهد بها، لذا فالإصلاح يكون متضمناً أداءين على الملتزم به، الأول هو الجهد المبذول من قبله والثاني هو استبدال الأجزاء التالفة[1]، لكن ومع ذلك فإن الأداء الثاني باستبدال الأجزاء التالفة قد لا يكون ضرورياً في حالة تمّ إصلاح الاجزاء التالفة، وبشرط أنْ يؤدي ذلك الاصلاح إلى ازالة العيب وضمان انتفاع المتعّهد له بمحل العقد طوال مّدة الضمان .

وتتطلب عملية الإصلاح ضرورة انتقال صاحب الحرفة إلى محل المتعّهد له لأجل القيام بالإجراءات اللازمة لإزالة العيب مهما كان البعد الجغرافي عن مركز عمل صاحب الحرفة، ولا يجوز للأخير التحلل من هذا الالتزام بحجة بعد المسافة، ويكون ذلك حسب الاتفاق أو طبيعة العمل الذي انجزه صاحب الحرفة، على أنْ هنالك رأي في الفقه[2] يأخذ بالتفرقة بين الاجزاء الكبيرة وصغيرة الحجم، فإذا كان الشيء الذي قام الحرفي بصنعه ممكن حمله ونقله بحيث يكون سهل النقل فيجب على المتعّهد له نقله الى المتعّهد لإصلاحه، أما إذا كان الشيء يصعب نقله وحمله فإن المتعّهد ملزم بالانتقال الى مكان وجوده وعلى نفقته[3]، وإن التزام صاحب الحرفة بإصلاح العيب عند حدوثه هو التزام بتحقيق غاية، ولا يمكن له في حالة تعذر إصلاح العيب الادعاء بأنه قد بذل كل ما بوسعه في عملية الاصلاح ولم تتحقق النتيجة المطلوبة، أو إنْ عملية الاصلاح تتجاوز حدود امكانياته المادية والفنية، لأنه التزم بمحض ارادته بضمان جودة وكفاءة عمله هذا من ناحية، ومن ناحية اخرى إنّه فني مختص بمجال عمله يفترض فيه توافر الخبرة والمعرفة الفنية في عملية الاصلاح وإلاّ ترتبت مسؤوليته في حالة عدم تحقق النتيجة المطلوبة، كذلك إنّ القول بخلاف ذلك سيؤدي للشك بعنصر أساس في التعّهد بالضمان وهو ضمان انتفاع المتعّهد له بالعمل، لكنه يستطيع التخلص من المسؤولية من جهة اخرى في حالة تحقق السبب الاجنبي أو عند إثباته خطأ المتعّهد له وفقاً للقواعد العامة[4] .

وتطبيقاً لهذا الالتزام يجب على المتعّهد التدخل السريع لإصلاح العيب وازالة ما أصاب العمل من عيوب من أجل ضمان استمرار انتفاع المتعّهد له بمحل العقد، ولا يجوز له الادعاء بحجج واهية من أجل تعطيل عملية الاصلاح، وبعبارة أخرى فإن المتعّهد يجب أنْ يكون جاهزاً ومستعداً لإصلاح العيب بأقصى

1- د محمد حسين منصور ، ضمان صلاحية المبيع ،مصدر سابق ، ص54 .

2 - د جابر محجوب علي ،مصدر سابق ،ص97 .

3- المادة (23) من قانون حماية المستهلك المصري التي نصت على انه (يشمل الضمان اعمال الكشف والفحص والإصلاح و قطع الغيار الأصلية بالإضافة إلى تحمل نفقات انتقال الفنيين و نقل المنتج عند الحاجة إلى الإصلاح من مقر المستهلك إلى مقر الشركة أو مركز الصيانة)، ولم ينص قانون حماية المستهلك العراقي على هذا الالتزام بصورة واضحة، لكن يمكن استنتاجه عن طريق نص المادة (8) من هذا القانون ،اما قانون حماية المستهلك الفرنسي فقد أخضعها للاتفاق بين الطرفين في المادة (70) .

4- د .محمد حسين منصور ،ضمان صلاحية المبيع ، مصدر سابق ، ص53 .

سرعة ممكنة وبخلافه يعتبر متلكئاً في تحقيق الضمان وتنشأ مسؤوليته عند ذلك[1]، كما ينبغي أنْ تتم عملية الاصلاح بفعالية وحسن نية على نحو يؤدي إلى إزالة العيب وضمان اداء العمل للغرض المقصود ليس فقط خلال المدة المتبقية للضمان بل حتى بعد انتهاء المدة، فلا يجوز له أن يقوم بإصلاح العيب على نحو جعل الشيء يؤدي الغرض المقصود في المدة المتبقية فقط بحكم خبرته وتخصصه، على أن يعود العيب للظهور من جديد عند انتهاء مدة الضمان، بحيث يصعب على المتعّهد له اكتشاف ذلك إلاّ عند انتهاء مدة الضمان، وفي هذه الحالة يعد المتعهد سيء النية ويجب رد سوء نيته، وتتحقق مسؤوليته التقصيرية بسبب الغش والخطأ الجسيم، ويمتد ضمانه حتى بعد انتهاء مدة الضمان المتفق عليها وبتحمله كافة الاضرار التي تصيب المتعّهد له جراء ذلك[2]، فيجب أنْ تكون عملية الإصلاح متفقة مع حجم وطبيعة العيب الحاصل في العمل وعمره الافتراضي.

ولنا أنْ نتساءل حول الحالة التي تكون فيها عملية إصلاح وإزالة العيب مرهقة للمتعّهد كما لو كانت تتطلب نفقات باهظة بسبب ارتفاع الاسعار مما قد تسبب خسارة جسيمة للمتعّهد، أو كانت تتطلب جهود كبيرة ومضنية من قبل صاحب الحرفة تتجاوز حدود امكانياته، فهل يجوز له أن يعدل عنه إلى التعويض؟

لقد ذهب جانب من الفقه بصدد الإجابة على هذا التساؤل بالقول إنّه لا يجوز تكليف الملتزم بالضمان بإصلاح العيب إذا كانت عملية الإصلاح تتطلب نفقات كبيرة تزيد على قيمة الشيء محل العقد ذاته، لأن مطالبة المتعّهد بعملية الإصلاح في هذه الحالة فيها إرهاق كبير له وإن هذا القيد هو تطبيق لفكرة التعويض العيني حيث لا يصح ان يتجاوز قيمة الضرر[3] ،لكن العدول عن عملية الإصلاح إلى التعويض مقيد من ناحية اخرى أن لا يسبب ضررا جسيما للدائن[4] ،والضرر الجسيم يتحقق للمتعّهد له في هذا الضمان كما لو كان العمل يتعلق بتحفة أثرية أو نادرة مثلاً .

ويرى الباحث، إن الرأي السابق لا يمكن الأخذ به في مجال بحثنا، لأن صاحب الحرفة التزم بمحض أرادته بضمان بجودة وكفاءة عمله في مدة التعّهد وإنه قد حصل على مقابل لقاء هذا التعّهد، ومن ثمّ فلا يجوز له بعد ذلك الادعاء بأن عملية إصلاح العيب تسبب له خسارة كبيرة، كذلك إنّ صاحب الحرفة هو مهني مختص في مجال عمله ويفترض فيه توافر صفتي الخبرة والكفاءة اللازمة لإصلاح العيب، وأنْ

1- د .ممدوح محمد علي مبروك ،مصدر سابق ،ص80 .

2- المصدر نفسه ، ص81 .

3 -V.Budry et Saiganat ,op ,cit ,No ,434 , P Ancel, precite ,no 15 cass ,civ ,15mars 1948 ,D1948 mp346 .

اشار اليهم د جابر محجوب ،مصدر سابق ،ص48 .د .اسماعيل غانم، الوجيز في عقد البيع، المطبعة العالمية، دون ذكر مكان نشر، 1963 ، ص246 .

4- ينظر المادة (256) من القانون المدني العراقي، و المادة (202) من القانون المدني المصري، والمادة (1347) من القانون المدني الفرنسي .

يكون متوقعاً لحدوث العيب في عمله عندما اعطى التعّهد واخذ بحسبانه جميع التكاليف المطلوبة لإصلاح العيوب الحادثة، فلا يمكن بعد ذلك الادعاء بأن عملية إصلاح العيب قد تسبب له ارهاق كبير وخسارة جسيمة، إضافة إلى ذلك فإن المتعّهد له وبناء على التعهد الذي أخذه من صاحب الحرفة يكون واثقاً ومطمئناً بأن العمل سيؤدي الغرض المطلوب بغض النظر عن جميع الاحوال والظروف وذلك بسبب وجود شخص ملتزم بالضمان، إلاّ في حالة حصول ظروف طارئة غير متوقعة تؤدي إلى جعل تنفيذ التزام المتعّهد بضمانه يهدده بخسارة جسيمة، كما هو الحال في ارتفاع الاسعار ارتفاعاً فاحشاً بسبب منع استيراد المواد الأولية أو قطع الغيار الأصلية، فيجوز في هذه الحالة أن يعدل إلى التعويض .

وتتطلب عملية إصلاح العيب أثناء مدة التعّهد بالضمان ضرورة قيام المتعّهد له بأتباع تعليمات المتعّهد التي وضعها عند التعاقد وأن لا ينسب خطأ للمتعّهد له في حدوث العيب، فأحياناً يقوم المتعّهد بوضع شروط معينة عند الاتفاق على التعّهد بالضمان، ومن بين هذه الشروط هو ضرورة اخضاع العمل للفحص بين مدة وأخرى وأنْ لا يقوم المتعّهد له ذاته بإصلاح العيب أو أنْ يقوم باستدعاء حرفي آخر لإصلاح العيب، عندها يكون مخالفاً لشروط الضمان ولا يجوز له الرجوع بعد ذلك على المتعّهد لإزالة وإصلاح العيب ومطالبته بالضمان .

ولقد اشار القانون المدني العراقي إلى هذا الالتزام في نطاق عقد المقاولة في المادة (3/873) التي نصت على انه (إذا كان العمل يمكن اصلاحه دون نفقات باهظة جاز لرب العمل ان يلزم المقاول في الاصلاح في اجل مناسب يحدده و جاز للمقاول ان يقوم بالإصلاح في مدة مناسبة اذا كان هذا لا يسبب لرب العمل اضرار او نفقات باهظة)، فبينت هذه المادة وجوب التزام المقاول بإصلاح العيب عند حدوثه خلال مدة الضمان العشري ،لكنها قيدت عملية الاصلاح ان لا تكلف نفقات باهظة ،وهو قيد لا محل له لكون المقاول ملتزم بإصلاح العيب خلال فترة الضمان بغض النظر عن تكلفته، وان العيب قد حصل بسبب سوء تنفيذ العمل من قبل المقاول ،وهو نص لم نجد له نظير في القانون المدني المصري والفرنسي.

و في إطار التشريعات الخاصة نجد إنّ قانون حماية المستهلك الفرنسي فقد بين هذا الالتزام في إطار بيانه لمعنى خدمة ما بعد البيع، حيث بين إنْ هذه الخدمة تشمل جميع الاداءات التي يلتزم مورد السلعة او الخدمة بتقديمها، ومن بين هذه الأداءات هو الالتزام بإصلاح العيب الوارد في المادة (69) التي نصت على إنّه (لأغراض هذا الفصل يفهم إنّ خدمة ما بعد البيع تعني جميع الخدمات التي يتعّهد مورد السلعة أو الخدمة بتقديمها بمقابل أو مجاناً، لا سيما التسليم إلى المنزل أو الصيانة أو التركيب، تجميع واختبار وإصلاح المنتج المباع)، فيتضمن هذا النص إشارة واضحة إلى إنْ من يلتزم بالضمان اتفاقاً فإنّه يجب عليه إصلاح العيب عند حدوثه .

أما قانون حماية المستهلك المصري أشار إلى التزام المورد بعملية الإصلاح في نطاق ضمان السلع المعّمرة عند ظهور عيوب معينة أثناء مّدة الضمان، وقد بين ذلك في المادة (23) التي نصت على إنّه (يشمل الضمان اعمال الكشف والفحص والاصلاح وقطع الغيار الاصلية بالإضافة إلى نفقات انتقال الفنيين ونفقات نقل المنتج عند الحاجة الى الإصلاح من مقر المستهلك إلى مقر الشركة أو مركز الصيانة، وإعادته إلى مقر المستهلك بعد الإصلاح، بما في ذلك نفقات التركيب والتشغيل)، فهذا النص اشار بصورة واضحة الى التزام المورد بعملية الاصلاح اثناء مدة الضمان، كذلك وقد جعلت التزام المورد بعملية الإصلاح تكون شاملة بحيث تشمل كافة النفقات اللازمة لذلك من الانتقال إلى مكان المستهلك، إضافة إلى تحمله استبدال الأجزاء التالفة والمعيبة بأخرى صالحة للعمل، وكذلك اشارت المادة (19) من هذا القانون إلى التزام المورد بالإصلاح التي نصت على إنه (ويلتزم المورد في أي من الأحوال المشار اليها بإصلاح العيب او باستبدال المنتج أو استرجاعه مع رد قيمته دون أي تكلفة اضافية على المستهلك)، و حسناً فعل المشرع المصري من بيان التزام المورد بإصلاح العيب في مدة الضمان، وذلك لتلافي أي نزاع أو شك يثور حول هذا الالتزام .

أما في إطار قانون حماية المستهلك العراقي فلم نجد فيه نصاً مباشراً يقرر حق المتعّهد له في إصلاح العيب عند ظهوره، لكن ومع ذلك يمكن الاخذ بهذا الالتزام حسب نص المادة الثامنة التي نصت على إنّه (يكون المجهز مسؤولاً مسؤولية كاملة عن حقوق المستهلكين لبضاعته أو سلعته أو خدماته وتبقى مسؤوليته قائمة طيلة مدة الضمان المتفق عليها)، فهذه المادة وأن لم يرد فيها التزام المجهز في الإصلاح بصورة مباشرة، إلاّ أنها بينت إنْ مسؤولية المجهز تكون مسؤولية كاملة عند ظهور اي عيب أو خلل في السلعة محل التعاقد، والمسؤولية الكاملة تقتضي بطبيعتها بذل جميع الجهود لإزالة العيب ومنها الإصلاح، وندعو المشرع العراقي إلى تعديل هذا النص وبيان مضمون التزام من يقدم خدمة معينة أو الملتزم بالضمان على غرار ما ورد بنص المادة (23) من قانون حماية المستهلك المصري، ويكون كالآتي: (يكون المجهز مسؤولاً مسؤولية كاملة عن حقوق المستهلكين لبضاعته أو سلعته أو خدماته بما فيها إصلاح العيب وأعمال الكشف وانتقال الفنيين وتقديم قطع الغيار الأصلية وتبقى مسؤوليته قائمة طيلة مّدة الضمان المتفق عليها)، ويظهر لنا من هذه النصوص القانونية المتقدمة إنّ التشريعات محل المقارنة قد أقرت في القوانين الخاصة بحماية المستهلك بالتزام المنتج بعملية الإصلاح تنفيذاً للضمان المتفق عليه بين الطرفين، وإنها تضمنت الأساس القانوني لالتزام المتعّهد بإصلاح العيب عند حدوثة تنفيذاً للتعّهد بالضمان.

كذلك إنّ القضاء الفرنسي قد أقر الالتزام بالإصلاح، فقد ورد في أحدى القرارات القضائية (إن تسليم البائع بضاعة غير مطابقة للمواصفات أعطى المشتري أشعارا للبائع وتمّ إصلاح العيب، إلاّ إنّ الإصلاح لم يكن بالمستوى المطلوب وبقيت لبضاعة معيبة ،رفض المشتري دفع الثمن بحجة أنّ الإصلاح لم يشمل

كل العيوب، أنكرت المحكمة حق المدعي بعدم المطابقة بالنسبة للبضاعة بعد إصلاحها واستندت في ذلك إلى إنّه كان على المشتري توجيه أشعار جديد للبائع يتعلق بالبضاعة بعد إصلاحها يفيد عدم المطابقة)[1] .

ومما تقدم يتضح لنا التزام صاحب الحرفة بناءً على التعّهد بالضمان بضرورة تدخله عند حدوث عيب في العمل المنجز من قبله، ويكون ذلك التدخل بصورة إصلاح العيب لغرض ضمان انتفاع المتعّهد له بمحل العقد اثناء مّدة الضمان، وإن تدخل صاحب الحرفة بالإصلاح يكون تنفيذاً للتعّهد بالضمان المبرم بين الطرفين وليس على سبيل التعويض، فيكون أحد الالتزامات الرئيسة المفروضة على صاحب الحرفة بموجب التعّهد بالضمان، كذلك إنْ التزام صاحب الحرفة بالإصلاح هو التزام شامل يتضمن جميع ما تقتضيه عملية إصلاح العيب من النفقات والمصروفات اللازمة لذلك، كذلك يلتزم بالانتقال إلى محل المتعّهد له لإجراء عملية الإصلاح، كذلك يلتزم باستبدال الأجزاء التالفة بأخرى صالحة للعمل، وفي جميع الأحوال فإن التزام صاحب الحرفة بإصلاح العيب هو التزام بنتيجة، بحيث تتحقق مسؤوليته إذا لم تنفع عملية الإصلاح في إعادة العمل إلى وضعه الطبيعي، كذلك وقد أشارت قوانين حماية المستهلك محل المقارنة إلى هذا الالتزام بنصوص مباشرة بالزام المدين في الضمان ألاتفاقي بإصلاح العيب عند حدوثه .

الفرع الثاني

إعادة تنفيذ العمل

إنّ التزام المتعّهد بجودة وكفاءة العمل المنجز من قبله لا يقتصر فقط على إصلاح العيب عند ظهوره، بل يلتزم كذلك بإعادة تنفيذ العمل من جديد عند تعّذر القيام بالإصلاح، فأحياناً قد لا يجدي نفعاً القيام بالإصلاح في إعادة العمل إلى وضعه الطبيعي، أو إنّ الإصلاح لم يكن بالمستوى المطلوب ولم يرقَ للمتعّهد له، ففي هذه الأحوال يلتزم المتعّهد بإعادة تنفيذ العمل من جديد وتحمل كافة المصاريف المترتبة على ذلك، والفرق بين الالتزام بالإصلاح وإعادة تنفيذ العمل يتمثل بان عملية الإصلاح تقتصر على جزء معين من العمل، إما إعادة تنفيذ العمل فإن المتعّهد يلتزم بإعادة تنفيذ العمل بأكمله من جديد، فأحياناً يكون العيب مؤثراً لدرجة يصيب العمل بأكمله بحيث لا تجدي معه أجراء الإصلاح نفعاً كما لو إن الصباغ قام

1- Cass . Civ 15 juill , 1975, Bull . Civ . I No 243 , p. 204. اشار اليه د جابر محجوب علي، مصدر سابق ، ص49 .

بصبغ دار سكنية واعطى تعّهد بضمان عمله لكن تغير لون الصبغ اثناء مدّة الضمان، فهنا يُعد عدم جدوى الإصلاح أساساً لإعادة تنفيذ العمل من جديد[1] .

ويرى الباحث إنْ إلزام المتعّهد بإعادة تنفيذ العمل من جديد يجب أنْ يكون ذلك ممكناً فلا إلزام بمستحيل، كما لو كان المتعّهد قد قام بصبغ دار سكنية لكنها انهدمت بالكامل خلال مدة التعّهد بالضمان لأن محل العقد يكون قد انتفى بالكامل في هذه الحالة، كذلك لا يتم اللجوء إلى إعادة تنفيذ العمل إلاّ إذا تعذرت عملية الاصلاح بحيث لا يمكن أنْ يؤدي الإصلاح الغرض المطلوب، كما لو كان إصلاح الأجزاء المعيبة لا يؤدي الغرض المطلوب، فيجب على صاحب الحرفة ان يبذل كل جهوده في إصلاح العيب، كذلك يلزم لإعادة تنفيذ العمل من جديد أنْ يكون العيب قد حصل في مدّة التعهد بالضمان، وأنْ لا ينسب خطأ إلى المتعّهد له في حدوث العيب الموجب للضمان، حيث يجب أنْ يكون المتعّهد له قد استعمل العمل محل التعاقد استعمالاً عادياً[2]، و يحق للمتعّهد أنْ يرفض إعادة تنفيذ العمل إذا كان هنالك خطأ من قبل المتعّهد له في حدوث العيب كما لو استعمله استعمالاً مخالفاً .

وعلى الرغم من اعتبار الالتزام بإعادة تنفيذ العمل من جديد من الالتزامات الناشئة عن التعّهد بالضمان وفقاً لاتفاق الطرفين، إلاّ إنّ الخلاف قد يحصل بشأن الأساس القانوني الذي يقوم عليه، لأن النصوص القانونية الخاصة بالضمان القانوني في التشريعات المدنية المقارنة لم تعطي للدائن بالضمان خيار المطالبة بإعادة تنفيذ من جديد، إنما خيرته بين رد المبيع مع الفسخ أو قبوله المبيع دون نقصان الثمن حسب المواد (1640) من القانون المدني الفرنسي، والمادة (558) من القانون المدني العراقي، والمادة (444) من القانون المدني المصري، لذا هنالك من يذهب[3] إلى إقامته على أساس الالتزام بالتسليم الذي يقع على عاتق الملتزم بالضمان بحيث يجب عليه أنْ يسلم مبيعاً سليماً من جميع الوجوه وخالياً من كل عيب، ومن ثمّ فعند حدوث عيب يعتبر أخلالاً بالتسليم لذا يجب عليه إزالة ذلك العيب، في حين ذهب رأي آخر[4] إلى إقامته على أساس التعويض العيني عن عدم تنفيذ الالتزام بصلاحية الشيء محل التعاقد لإداء الغرض المقصود بحسب طبيعته أو الغرض الخاص المتفق عليه، وأساس ذلك إنْ المدين بالضمان شخص مهني ويتمتع بصفة الاحتراف لذا يجري العمل على تشبيهه بالبائع الذي يعلم بالعيب ومن ثمّ التشدد في

1- د. محمد بودالي ،حماية المستهلك في القانون المقارن، دار الكتاب الحديث ،القاهرة ،2006 ،ص375 . د . محمد حسن قاسم ،مصدر سابق ، ص105.

2- احمد سعيد الزقرد ،حق المشتري في اعادة النظر في عقد البيع بواسطة التليفزيون ،بحث منشور في مجلة الحقوق الكويتية ،العدد الثالث، السنة 19، 1995، ص210 .

3- Dwut ,wailer .perecite 3 in 139 اشار اليه د. جابر محجوب علي ، مصدر سابق ، ص45 .

4- cit in 107 ,chest in op ,j اشار اليه د. جابر محجوب ،المصدر نفسه ،ص45 .

معاملته[1]، ويلزمه بجميع التعويضات حسب المادة (1645) من القانون المدني الفرنسي، وإنّ عبارة التعويضات الواردة في هذه المادة يجب أنْ تؤخذ بالمعنى الواسع، بحيث تشمل جميع الاداءات والالتزامات بما فيها إعادة تنفيذ العمل من جديد، التي من شأنها أنْ تعوض الدائن عن الأضرار التي قد تصيبه على حساب المدين بالضمان .

مع وجاهة ما تقدم من أراء في بيان أساس التزام المدين بالضمان بإعادة تنفيذ العمل من جديد ،إلاّ إنّ الباحث يرى إنْ الرأي الراجح لمطالبة المتعّهد له للمتعّهد بإعادة تنفيذ العمل من جديد بموجب التعّهد بالضمان، هو التزام ناشئ عن الاتفاق المبرم بين الطرفين على اعتبار إنّ المتعّهد بالضمان قد ألزم نفسه بجودة وكفاءة عمله، ومن ثمّ فهو ملزم بإزالة العيب عند حدوثة حتى لو تطلب الأمر إعادة تنفيذ العمل من جديد إذا تعذرت عملية الإصلاح، فإعادة تنفيذ العمل هو أحد الحقوق الناشئة للمتعّهد له من التعّهد بالضمان، ولا يمكن القول إنّه التزام يستند الى التسليم ذلك لأن الالتزام بالتسليم يكون قد أنقضى بمجرد تنفيذه واستلام المتعّهد له للعمل محل التعاقد، فبقبول المتعّهد له للعمل واستلامه دون تحفظ يؤدي إلى انقضاء الالتزام بالتسليم، ويبقى له الحق إذا ظهرت عيوب بالعمل بعد ذلك بالمطالبة بتطبيق التعّهد بالضمان والقول بخلاف يؤدي إلى توسيع نطاق الالتزام بالتسليم[2].كذلك لا يمكن اعتبار الالتزام بإعادة تنفيذ العمل نوعاً من التعويض العيني، لأن التعويض بجميع صوره سواء كان عينياً أو نقدياً لا يكون واجباً على المدين إلاّ إذا تحققت مسؤوليته عن الإخلال بالالتزام وحكم به القضاء في الدعوى التي يقيمها المتعّهد له نتيجة الضرر الذي اصابه، أو قد يتقرر عن طريق الاتفاق بين الطرفين، وفي هذا الفرض لا يوجد إخلال بالتزام بعد ولم يتم رفع دعوى، إنما مجرد تطبيق لإرادة الأطراف الناشئة عن التعاقد، بحيث يفسر الاتفاق على التعّهد بالضمان بالتزام صاحب الحرفة باتخاذ كل ما يلزم لإزالة العيب عند حدوثه بما في ذلك إعادة تنفيذ العمل من جديد، لكن إعادة تنفيذ العمل لا يتم اللجوء إليه إلاّ عند تعذر عملية الإصلاح[3]، ومن ثمّ فإن عملية إعادة تنفيذ العمل من جديد، أحد الحقوق الناشئة للمتعّهد له من التعّهد بالضمان، والتي يستطيع بمقتضاها مطالبة المتعّهد بتنفيذ العمل من جديد تطبيقاً للقواعد العامة في التنفيذ العيني، فهو تطبيق لإرادة الطرفين أو العرف، إذ إنّ الأصل في القواعد العامة أنْ يكون تنفيذ الالتزام تنفيذاً عينياً حسب إرادة الأطراف، والتعويض ما هو إلاّ بديل عن تنفيذ الالتزام في حالة الإخلال به، أو إذا

1- د .احمد شوقي عبد الرحمن ،المسؤولية العقدية للمدين المحترف ،النسر الذهبي للطباعة ،القاهرة ،2003 ، ص45 .
2- د جابر محجوب علي ، مصدر سابق ، ص45 .
3- المصدر نفسه ، ص46 .

تعذر تنفيذه[1]، ومن ثمّ فلا يمكن للملتزم بالضمان أنْ يُلزم المتعّهد له بقبول التعويض ما دام إنّ التنفيذ العيني للالتزام لا يزال ممكناً، فإذا طالب المتعّهد له بتنفيذ الالتزام عيناً فلا يجوز للمتعّهد أنْ يحيد عنه إلى التعويض، وإنما يكون التعويض عن طريق القضاء إذا أخل المتعّهد بتنفيذ التزامه، حيث إن عدم تنفيذ التعّهد يوقعه أمام مسؤولية الشخص المضرور ويكون فيها تعويض .

إضافة إلى ما تقدم فإن التنفيذ العيني بإعادة تنفيذ العمل من قبل المتعّهد يحقق الغاية من التعّهد بالضمان وهو حصول المتعّهد له على شيء صالح للانتفاع به يحقق له الفائدة المرجوة من التعاقد، فأعادة تنفيذ العمل من جديد أكثر فائدة للأطراف المتعاقدة من الفسخ والجزاءات القانونية الأخرى، فهو يحقق مصلحة الطرفين ويقلل حالات الفسخ، حيث يؤدي الأخير إلى أهدار المراكز القانونية التي ترتبت على إنشائه، كذلك إنّه يؤدي إلى إبقاء الشيء محل التعاقد صالحاً لأداء الغرض المقصود[2]، وعليه فيكون أساس التزام المتعّهد بإعادة العمل من جديد هو القواعد المتعلقة بالتنفيذ العيني، متى توفرت شروطه ولا يمكن القول إنّ أساسه هو الالتزام بالتسليم أو التعويض العيني .

أما عن أساس الالتزام بأعاده العمل في نطاق التشريعات الخاصة المقارنة، فيمكن للباحث تلمس أساسه في المادة (71)من قانون حماية المستهلك الفرنسي، التي جعلت الضمان الاتفاقي خاضعاً لاتفاق الطرفين وألزمت المدين بالضمان أنْ يحدد الحقوق الكاملة للمتعاقد معه، أو الخدمة المقدمة من قبله تنفيذاً للضمان الاتفاقي ومن بينها التزامه بإعادة تنفيذ العمل عند ظهور العيب باعتبارها من حقوق المتعاقد معه حيث نصت على إنّه (يجب أن يكون الضمان التقليدي أو خدمة ما بعد البيع التي يقدمها المورد للمستهلك موضوع كتابة ويجب أنْ تحدد بوضوح الحقوق الناشئة عن الضمان ألاتفاقي أو خدمة ما بعد البيع) . أما قانون حماية المستهلك المصري فقد بين ذلك في المادة (26) التي نصت في الشطر الثاني منها بأنه (ويلتزم المورد عند تحقق شروط المسؤولية عن عدم الصلاحية بأعاده تقديم الخدمة أو برد مقابلها أو ما يجبر النقص فيها باستبدال ما تم توريده من المنتجات أو رد قيمتها أو تنفيذ ما يقرره الجهاز عند الخلاف)، فيكون وفقاً لهذه المادة من حق المتعّهد له أن يطالب المتعّهد بإعادة تنفيذ العمل من جديد، كذلك إنها جعلت إعادة تنفيذ العمل أولى الخيارات المتاحة للدائن بالضمان من أجل إزالة كل شك قد يثور حول ذلك، كذلك نجد إن المادة (25)من قانون حماية المستهلك المصري قد بينت أساس إعادة تنفيذ العمل حيث نصت على إنّه (يلتزم مورد الخدمة برد مقابل الخدمة أو مقابل ما يجبر النقص فيها أو إعادة تقديمها إلى المستهلك في حالة وجود عيب أو نقص بها)، فبينت هذه المادة التزام مورد الخدمة بإعادة تقديمها من

1- د .محمود جمال الدين زكي ،مصدر سابق ،ص51 ، د عبد المجيد الحكيم و آخرون ،احكام الالتزام ،ج2 مصدر سابق ،ص 18 .

2- د جابر محجوب علي ، مصدر سابق ، ص 81 .

جديد في حالة وجود نقص أو عيب فيها، وبما إنّ القيام بعمل يعتبر نوع من الخدمات التي يؤديها القائم بالعمل لصالح المتعاقد معه فيمكن اعتبار هذه المادة أساساً لإعادة تنفيذ العمل من جديد .

أما عن أساس التزام المتعّهد بإعادة تنفيذ العمل وفقاً لقانون حماية المستهلك العراقي فقد جعلت هذا الحق خاضعاً للاتفاق بين الطرفين، وذلك في المادة (6 /3) التي بينت من حق المستهلك الحصول على خدمات ما بعد البيع وفقا للاتفاق المبرم مع المجهز حيث نصت على إنّه (6- للمستهلك الحق في الحصول على ما يأتي : ثالثاً- الحصول على خدمات ما بعد البيع وفق الاتفاق مع المجهز)، فحق المتعّهد له بإعادة تنفيذ العمل يكون جزءاً من التزامات المتعّهد وفقاً للاتفاق أو العرف، كذلك نجد إنّ المادة الثامنة من هذا القانون قد جعلت مسؤولية المجهز مسؤولية كاملة عن حقوق المتعاملين معه، فالمسؤولية الكاملة تشمل برأينا إعادة تنفيذ العمل من جديد عند تعذر عملية الإصلاح.

و ندعوا المشرع العراقي إلى أيراد نص مادة في قانون حماية المستهلك يتضمن حق الدائن في الضمان بإعادة تنفيذ العمل عند أخلال المتعهد بالضمان على غرار ما ورد في المادة (26) من قانون حماية المستهلك المصري ويكون كالآتي (يلتزم المجهز عند تحقق شروط المسؤولية عن عدم الصلاحية بأعاده تقديم الخدمة أو برد مقابلها أو ما يجبر النقص فيها باستبدال ما تمّ توريده من المنتجات او رد قيمتها) .

ومما تقدم يتضح لنا التزام المتعّهد بالضمان بأعاده تنفيذ العمل من جديد، وإنْ هذا الالتزام يكون ناشئاً عن التعّهد بالضمان الذي يربط بين الطرفين وحسب الاتفاق أو العرف، ولا يتم اللجوء إلى إعادة تنفيذ من جديد إلاّ في حالة تعذر عملية الإصلاح واستحالتها، أي بعد أنْ يكون المتعّهد قد بذل كل جهوده لإصلاح العيب لكن دون جدوى، كذلك يشترط لقيام المتعّهد بهذا الالتزام أنْ يكون ذلك ممكناً فلا إلزام بمستحيل، كذلك يلزم أن يكون العيب قد حدث اثناء مّدة التعّهد بالضمان وأنْ لا ينسب خطأ إلى المتعّهد له بحدوث ذلك العيب وبخلافه تسقط المسؤولية عن عاتق المتعّهد، ويجد هذا الالتزام اساسه في التعّهد بالضمان الناشئ عن عقد القيام بعمل وحسب اتفاق الطرفين أو العرف، وقد أشارت بعض التشريعات المدنية والتشريعات الخاصة بحماية المستهلك محل المقارنة إلى هذا الالتزام من أجل توفير الحماية الكاملة للمتعاقد مع الملتزم بالضمان .

الفرع الثالث

رد ثمن العمل إلى المتعّهد له

يُنشأ التعّهد بالضمان التزام على عاتق المتعّهد بضرورة رد ثمن العمل إلى المتعّهد له في مدة التعهد بالضمان، ويكون ذلك في الأحوال التي يكون فيها العيب الحاصل غير قابل للإصلاح، أو لم تكن عملية الإصلاح بالمستوى المطلوب ولم ترق للمتعهد له ولم يكن بالإمكان إعادة تنفيذ العمل، فيكون بإمكان المتعّهد له إنهاء العقد واسترداد الثمن وحسب الاتفاق، وبعبارة أخرى ينشأ هذا الالتزام في جميع الأحوال التي لا يقوم فيها المتعّهد بتنفيذ تعّهده، وهذا الالتزام يكون من الالتزامات الأساسية الناشئة عن التعّهد بالضمان حسب الاتفاق أو العرف، ويكون تابعاً للعقد الأصلي ويضمن تنفيذ الالتزامات الناشئة عنه، منها الالتزام بتسليم عمل يحقق الفائدة المقصودة منه للمتعّهد له ويكون سليماً من كافة العيوب، ومن ثمّ فعند حدوث عيب معين ولم تنفع عملية الإصلاح أو إعادة تنفيذ العمل من جديد في إزالة تلك العيوب وإعادة العمل إلى وضعه الطبيعي، فعندها يكون للمتعّهد له حق إنهاء العقد مع استرداد الثمن، ويكون له إضافة إلى ذلك المطالبة بالتعويض عن جميع الأضرار التي لحقت به بسبب العيب الحاصل في العمل[1] فحق رد العمل وأنهاء العقد هو مكنة[2] تثبت للمتعّهد له نتيجة ارتباط الطرفين بالتعّهد بالضمان وحسب أتفاقهما، وتمنح هذه المكنة صاحبها أحداث أثر قانوني معين بإرادته المنفردة دون توقف على أرادة الطرف الآخر في حالات معينة[3] و من ثمّ فإن هذا الحق يكون ناشئاً للمتعّهد له نتيجة التعّهد الذي التزم به صاحب الحرفة، ولا يمكن اعتباره تعويضاً عن الإخلال بالتعّهد، لأن المتعهد ملزم بإعادة ثمن العمل إذا لم يوفي بالتزامه سواء ترتب على ذلك ضرر للمتّعهد له أمّ لم يترتب، وإن حق انهاء العقد يكون بعد تنفيذه أي بعد المباشرة بتنفيذ الالتزامات الناتجة عنه، فإذا كان هنالك خلل في قيام المتعهد بتنفيذ التزاماته فيلتزم برد الثمن إلى المتعّهد له وبعد ذلك تعويضه عن الأضرار التي أصابته، فالأساس القانوني لحق المتعّهد له في انهاء العقد يكون بإرادة الطرفين عند التعاقد حسب الاتفاق أو العرف، ومن ثم فإن قيام المتعّهد له بأنهاء العقد واسترداد الثمن يكون نتيجة استعماله لخيار ناشئ عن العقد المبرم بين الطرفين، وهنالك من يرى إنّ

1- د. ممدوح محمد علي مبروك ،ضمان مطابقة المبيع في نطاق حماية المستهلك ، دار النهضة العربية ، القاهرة، 2008، ص156 .

2 - تعرف المكنة بأنها (قدرة الشخص و بالتعبير عن أرادته على أحداث آثار قانونية حددها القانون بصورة مباشرة او غير مباشرة تتمثل في أنشاء او تعديل او محو مراكز قانونية معينة دون ان يلزم المقابل بأي أداء او يتمكن من التخلص من تلك الآثار) للتوسع أكثر ينظر د. آرام محمد صالح ،الحقوق المكتسبة في القانون المدني دراسة مقارنة ، ط1 ،المؤسسة الحديثة للكتاب ،لبنان ،2016 ، ص 137 . د .محمد سليمان الأحمد ،فلسفة الحق، ط1، منشورات زين الحقوقية ، بيروت ،لبنان ،2017 ، ص349 .

3- د. آرام محمد صالح ،المكنة القانونية بين النظرية و التطبيق في القانون المدني ،دار الكتب القانونية ،مصر ، 2010 ، ص 119 .

أساس حق المتعّهد له في إنهاء العقد واسترداد الثمن يستند إلى قواعد العدالة وحسن النية، فقواعد العدالة تقضي بحق المتعاقد في إنهاء العقد والعدول عنه أنْ لم يقم الطرف الآخر بتنفيذ التزامه[1]، فعند عدم قيام المتعّهد بتنفيذ التزامه بإصلاح العيب وإعادة العمل إلى وضعه الطبيعي فيحق للمتعّهد له إنهاء العقد واسترداد الثمن، وفق قواعد فسخ العقد .

كذلك يستند هذا الحق إلى عدة نصوص قانونية تجيزه، ففي أطار القانون المدني الفرنسي ورد هذا الحق في المادة (1644) الخاصة بضمان العيوب الخفية التي نصت على إنّه (في حالة المادتين 1641 و1643 يكون للمشتري حق رد المبيع واسترداد الثمن أو الاحتفاظ به والحصول على جزء من الثمن)[2]، فنجد إنّ هذه المادة قد أعطت الخيار للمتعاقد عند ظهور عيوب خفية في المبيع الحق في استرداد الثمن، وفي نطاق القانون المدني المصري أشار إلى هذا الحق في نص المادة (444) التي بينت عند وجود عيب في المبيع يكون للمتعاقد رده مع استرداد الثمن، وفي القانون المدني العراقي يستند هذا الحق إلى المادة (558) حيث خيرت المشتري عند وجود عيب في المبيع أما رده أو قبوله دون نقصان الثمن، ومن ثمّ فإن هذه المواد تمثل الأساس الذي يستند اليه حق المتعّهد له في استرداد الثمن، لأن رد المبيع يوجب على البائع رد الثمن وأنهاء العقد .

وفي نطاق التشريعات الخاصة محل المقارنة، نجدها اشارت الى هذا الحق في المادة(211 /10)من قانون حماية المستهلك الفرنسي، التي بينت أنّه عند عدم قيام الملتزم بالضمان بإصلاح العيب يحق للمستهلك رد المبيع واسترداد الثمن حيث نصت هذه المادة (إذا كان إصلاح المبيع أو ابداله غير ممكن فإن المشتري يستطيع رد المبيع واسترداد الثمن أو يحتفظ بالمبيع مع انقاص الثمن)[3]، فأعطت هذه المادة الخيار للمشتري عند تعذر الإصلاح والأبدال حق المطالبة برد المبيع مع استرداد الثمن أو الاحتفاظ به مع انقاص الثمن، أما قانون حماية المستهلك المصري فبين هذا الحق في المادة (25) التي الزمت مورد الخدمة برد مقابلها في حالة وجود خلل أو عيب فيه، واحالت ذلك وفقاً للاتفاق وشروط التعاقد المتفق عليها أو العرف التجاري، وكذلك المادة (26) من هذا القانون التي بينت في الشطر الثاني منها إنّه عند تحقق شروط المسؤولية بوجود عيب في محل العقد يلزم المورد برد مقابل التشطيبات والاعمال المنفذة

1- د .وسيم جبار الشمري، مصدر سابق ،ص107 .

2- Art 1644, (Dans le cas des articles ***1641*** et 1643, l'acheteur a le choix de rendre la chose et de se faire restituer le prix,ou de garder la chose et de se faire rendre une partie du prix) .

3- Art (211-10) (Srlare parathion et remplacement de Dein sount impoissibies Lacheter peut render le bien et se faire restituer prix on garder le bien et se faire une partied a prix)

من قبله، وفي إطار قانون حماية المستهلك العراقي فيستند هذا الحق إلى المادة الثامنة التي جعلت مسؤولية الملتزم بالضمان مسؤولية كاملة عن حقوق المستهلكين لبضاعته والمسؤولية الكاملة تشمل برأينا التزام المدين بالضمان بإعادة ثمن العمل إلى المتعاقد معه في حالة فشله في تنفيذ تعهده، ومن ثمّ فعند الإخلال بالضمان يكون للمستهلك حق إعادة السلع ورد الثمن مع المطالبة بالتعويض .و ندعو المشرع العراقي إلى أيراد نص مادة في قانون حماية المستهلك تتضمن حق الدائن في الضمان برد ثمن العمل أليه عند إخلال الملتزم بضمانه وتعذر إصلاح العيب وتكون كالآتي: (يلتزم المجهز برد مقابل الخدمة أو مقابل ما يجبر النقص فيها أو إعادة تقديمها إلى المستهلك في حالة وجود عيب أو نقص بها) .

و مما تقدم يتضح للباحث إنّه يقع على عاتق المتعهد بالضمان التزام بإعادة ثمن العمل إلى المتعّهد له عند تعذر عملية اصلاح العيب ولم تنفع اعادة تنفيذ العمل من جديد بإعادة العمل إلى وضعه الطبيعي، و لا يتمّ اللجوء إلى اعادة مقابل العمل إلاّ إذا تعذرت عملية إصلاح العيب، ولا يقتصر التزام المتعّهد بإعادة تنفيذ العمل فقط، بل يلتزم كذلك بتعويض المتعّهد له عن كافة الأضرار التي أصابته بسبب تقصير المتعّهد في تنفيذ التزامه كما سنبين ذلك لاحقاً .

المطلب الثاني

طبيعة التزام المتعّهد والنتائج المترتبة عليه

إنّ الالتزام بالتعُّهد بالضمان ذو طبيعة عقدية من حيث الالتزامات المفروضة على عاتق المتعّهد، ويكون ذلك أما عن طريق التزام صاحب الحرفة عن طريق الايجاب أو عن طريق اشتراطه من قبل المتعّهد له عند إبرام عقد القيام بعمل وموافقة المتعّهد، وإن الحكم على مدى تنفيذ المتعّهد لالتزامه يقتضي في بداية الأمر معرفة طبيعة التزام المتعّهد بهذا الضمان، حيث تؤدي معرفة طبيعة الالتزام إلى تحديد مضمونه، وترتيب احكامه بما لا يتعارض مع طبيعة الالتزام بهذا الضمان .

فالتعّهد بالضمان مع كونه التزاما تعاقدياً، إلاّ إنّ ذلك لا يحدد لنا طبيعة الالتزام بهذا التعّهد، حيث تنقسم الالتزامات التعاقدية بصورة عامة من حيث طبيعة الالتزام بها الى التزام بتحقيق غاية، والتزام ببذل عناية[1]، فما طبيعة التزام صاحب الحرفة الناشئة عن التعّهد بالضمان ؟وإذا حددنا هذه الطبيعة سواء كانت التزام بتحقيق غاية أو ببذل عناية، فإنه يترتب عليها عدة نتائج يتوجب علينا بيانها، لذا سنقسم هذا

1- د .عبد الرزاق السنهوري ،العقد ،مصدر سابق، ص896 .

المطلب على فرعين نبين في الفرع الأول طبيعة التزام المتعّهد بالضمان، ونبين في الفرع الثاني النتائج المترتبة على طبيعة التزام المتعّهد .

الفرع الأول

طبيعة التزام المتعّهد بالضمان

لغرض قيام مسؤولية المتعّهد عن الإخلال بتعّهده لا بد منْ أنْ نبين طبيعة التزامه بتنفيذ الالتزامات الناشئة عن هذا التعّهد، ومن ثمّ ترتيب الجزاءات القانونية المناسبة لذلك، حيث يرتبط تحقيق النتيجة المقصودة من فرض الالتزام على المدين بصورة عامة بأن يقسم التزامه، إلى التزام بضرورة تحقيق غاية وقد يكون التزام ببذل عناية ،ففي الالتزام بتحقيق غاية يهدف المدين إلى تحقيق التزامه وتنفيذ الأهداف المقصودة من التعاقد التزام محدد وتنشأ مسؤوليته إذا لم تتحقق تلك الغاية، أما في الالتزام ببذل عناية فإن المدين يبذل كل ما بوسعه من جهد لتحقيق النتيجة المقصودة فإذا لم تتحقق تلك النتيجة فلا تترتب عليه مسؤولية، إلاّ إذا ثبت وجود تقصير من جانبه[1] .

وبصدد تحديد طبيعة التزام صاحب الحرفة بتنفيذ تعّهده فيمكن بيانها عن طريق الآراء التي قيلت بصدد طبيعة التزام الفني بصورة عامة، فقد انقسم الفقه على رأيين بصدد ذلك، فذهب الرأي الأول إلى إنّ التزام الفني بالتدخل لإصلاح العيب، وصيانة الشيء محل التعاقد هو التزام ببذل عناية، فعندما يتعّهد الفني أو الحرفي بالتدخل لإصلاح وصيانة محل التعاقد في حالة أصابته بخلل أو عيب معين، فإنه يتعّهد بذلك باتخاذ كافة الوسائل التي تؤدي إلى إصلاح العيوب الموجودة فيه دون أنْ يكون ملزماً بتحقيق النتيجة المطلوبة من إزالة العيب وإعادة الشيء محل العقد إلى وضعه الطبيعي فإذا فشل في مسعاه فلا تترتب عليه اي مسؤولية[2]

إلاّ إنْ الرأي المتقدم لا يمكن الأخذ به في إطار التعّهد بالضمان عن الاعمال الحرفية، ذلك لأنه لا يتفق مع حقيقة وجوهر هذا التعّهد والغاية المقصودة منه، الذي يلتزم بموجبه صاحب الحرفة بضمان عمله مّدة معينة من أجل تحقيق الانتفاع الكامل للمتعّهد له بالشيء محل التعاقد، وبخلاف ذلك تنشأ مسؤوليته ،كذلك إنّه لا يحقق الحماية الكاملة للمتعّهد له الذي يكون في مركز الطرف الضعيف في التعاقد، في مواجهة صاحب الحرفة الذي يتمتع بكل الامكانيات المادية والخبرات اللازمة لإصلاح الخلل في محل العقد .

1- ينظر د. عبد المجيد الحكيم واخرون ،أحكام الالتزام ،ج2 ،مصدر سابق ،ص 125 .

2- د . ممدوح محمد علي مبروك ،الالتزام بالصيانة في عقد البيع ،مصدر سابق ،ص92 .

اما الرأي الثاني وهو الرأي الراجح والذي استقر عليه الفقه[1] فحدد التزام الفني بالتدخل وإصلاح العيب، بأنه التزام بتحقيق نتيجة، فيتفق هذا الرأي مع حقيقة وجوهر هذا التعّهد والغاية المقصودة منه، فصاحب الحرفة يكفل للمتعّهد له كون العمل قد تمّ بصورة جيدة وإنه صالح لأداء الغرض المقصود طيلة المّدة المحددة للتعهد بالضمان المتفق عليها بين الطرفين، ويتعّهد كذلك بالتدخل في حالة حدوث عيب في مدّة الضمان في العمل لأزالته، ومن ثمّ فمن يلتزم بالتدخل لإصلاح العيب في العمل وأعادته إلى وضعه الطبيعي، يجب عليه ان يقدم نتيجة ترضي المتعاقد معه، وهي أن يضمن الانتفاع المطلوب من الشيء محل العقد خلال مدة الضمان، فعلى سبيل المثال لا يقبل ممن تعّهد بجودة وكفاءة أعمال صباغة المنزل المنفذة من قبله، أن لا تتم اصلاح العيوب التي تحدث في مدّة الضمان عند تدخله، وعند مساءلته عن سبب ذلك يحتج بانه قد بذل كل ما بوسعه وجهده لإصلاح ذلك العيب لكن لم تفلح تلك الجهود، فهذا الأمر غير مقبول وغير مناسب لمضمون التعّهد بالضمان، لأنه يضمن تحقيق رغبة المتعاقد معه من الانتفاع بالشيء محل العقد على الأقل في المدة المحددة للضمان، والالتزام بنتيجة الذي يقع على عاتق صاحب الحرفة سواء تعلق بتقديم قطع غيار محل القطع التالفة، أو بتدخله لإصلاح العيب متى تطلب الأمر ذلك، ويلتزم في جميع الأحوال بالتعويض إذا تعذرت عملية الإصلاح لسبب اجنبي خارج عن ارادته في إعادة العمل إلى وضعة الطبيعي[2] .

في حين ذهب رأي فقهي آخر لتحديد طبيعة التزام الفني بالتدخل لإصلاح العيب، بالقول إنّ تحديد طبيعة هذا الالتزام يحتاج إلى الكثير من التحليل، لمضمون هذا التعّهد والالتزامات الناشئة عنه، حيث تتصف هذه الالتزامات بأنها ليست من طبيعة واحدة، وعليه فلكي نحدد طبيعة التزام الفني بالإصلاح، فعلينا أنْ نحدد طبيعة كل التزام على حدة، فالتزامه بالتدخل عند حدوث عيب في العمل المنجز من قبله لإصلاحه هو التزام بنتيجة، ومن ثمّ تتحقق مسؤولية الملتزم بالضمان إذا رفض هذا التدخل، كذلك يسأل عند تأخره في إصلاح العيب الحادث، ولم يلتزم بالمدة الزمنية المتفق عليها[3] .

كذلك يُعد التزام الفني بتزويد المتعاقد معه بقطع غيار محل القطع التالفة لإتمام عملية الاصلاح التزام بنتيجة، فلا يجوز له أنْ يتخلص من المسؤولية بحجة إنّ قطع الغيار قد ارتفع اسعارها، فهذه الأسباب لا تمنع قيام مسؤولية الفني لكونها لا تعد من قبيل السبب الاجنبي الذي يعفي المدين من المسؤولية، وإنما يعد سبباً اجنبياً هو حظر استيراد قطع الغيار من الدولة المنتجة التي تحتكر انتاجها، والتزام الفني بتوفير قطع الغيار باعتباره التزام بنتيجة قد نصت عليه بعض قوانين حماية المستهلك كما

1- د .محمد حسين منصور ،ضمان صلاحية المبيع ،مصدر سابق ، ص 55 . د . جابر محجوب علي ، مصدر سابق ، ص 113 . د . سعيد جبر ، مصدر سابق ، ص 97 .

2- د .محمد حسين منصور ،ضمان صلاحية المبيع ، مصدر سابق ،ص 55 .

3 - v .p Ancel , le service après –vent ,precite , op ,cit ,no 283 .

هو الحال في قانون حماية المستهلك المصري في المادة (23)منه التي نصت على انه (يشمل الضمان أعمال الكشف والفحص والاصلاح وقطع الغيار الاصلية بالإضافة إلى تحمل نفقات انتقال الفنيين)، ولم ينص المشرعان العراقي والفرنسي في قانوني حماية المستهلك على هذا الالتزام[1] .أما فيما يخص عملية الإصلاح بالذات وإعادة العمل إلى طبيعته، فلا يكفي مجرد تدخل الفني بإزالة العيب وإنما يجب أن يضمن نتيجة تدخله بإصلاح العيب وضمان استمرار المتعاقد معه في الانتفاع بمحل العقد، مع إنّ هنالك[2] من قد شكك في تحقق مثل هذه النتيجة من إزالة العيب، وبينوا بأن إزالة العيب عن طريق تدخل الفني بالإصلاح لا يعد نتيجة مؤكدة، إنما يلابسها عنصر الاحتمال لذا فالتزام الفني بإزالة العيب وإصلاحه هو التزام ببذل عناية، وتمّ تبرير هذا الرأي بأن من يتعّهد بإصلاح العيب لا يكون واثقاً من تحقيق النتيجة المنشودة، بأعاده العمل إلى سابق عهده شأنه في ذلك شأن الطبيب الذي يعالج مريضا فلا يتعّهد بشفائه[3] .إلاّ إنّ الباحث لا يتفق مع هذا الرأي ولا يمكن تطبيقه على التعّهد بالضمان، لأن التزام صاحب الحرفة بتنفيذ تعّهده بالضمان هو التزام بنتيجة في جميع الالتزامات التي يتضمنها هذا التعّهد، فمن يلتزم أتجاه المتعّهد له بجودة وكفاءة عمله يجب عليه أنْ يكون متأكداً من قدرته على إصلاح العيب أو الخلل، وذلك بأن يتخذ كل ما يلزم من اجل تنفيذ تعّهده بإصلاح العيب، وبتحمله المسؤولية إذا لم تتحقق تلك النتيجة، فلا يقبل من صاحب الحرفة عدم قيامه بإصلاح العيب بعد بذله جهده بداعي إنْ التزامه هو التزام ببذل عناية، حيث إنّ هذا القول يؤدي إلى الشك بعنصر أساس في التعّهد بالضمان وهو ضمان استمرار المتعّهد له من الانتفاع بالعمل المنجز من قبل صاحب الحرفة، كذلك أنّ تقسيم التزامات المتعّهد بالضمان كل منها بطبيعة معينة تجعل مهمة القاضي شاقة وصعبة في حسم النزاع في حال أثير النزاع أمامه، إذ عليه ان يحلل التزامات المتعهد ومن ثمّ بيان طبيعتها، إضافة إلى ذلك فإن المتعّهد له يكون قد دفع مقابلا للتعّهد بالضمان للحصول على الضمان والاستمرار في الانتفاع بذلك العمل بإضافة مبلغ إلى الثمن الإجمالي لقيمة العمل ومن ثمّ فإن القول بأن عملية الاصطلاح يرافقها عنصر الاحتمال أمر لا يتناسب مع مضمون هذا التعّهد ويؤدي إلى عدم تحقق الحماية الكاملة للطرف الضعيف في التعاقد وهو المتعّهد له .

أما بصدد موقف التشريعات المقارنة من طبيعة التزام المتعّهد بالضمان فيبدو لنا إنّ هذه التشريعات قد اتجهت إلى جعلها التزاماً بنتيجة، وهذا ما نستنتجه عن طريق المادة (20) من قانون حماية المستهلك

1- ولقد نص قانون حماية المستهلك الكويتي رقم (39 لسنة 2014)على هذا الالتزام في المادة (17) التي نصت على انه (يلتزم المزود بتقديم خدمات ما بعد البيع من أصلاح وصيانة للسلع ،كما يلتزم بتوفير قطع الغيار الأصلية وفقا لنوعها و منشئها وذاك للمدة او للمدد والكيفية التي تحددها اللائحة التنفيذية لهذا القانون) .

2 - د. جابر محجوب علي ،مصدر سابق ،ص 111 .

3 - P. Ancel ,le service après op ,No 283 .

نقلا عن د. جابر محجوب علي ،مصدر سابق ، ص112 .

المصري التي نصت على إنّه(يضمن المورد جودة المنتج محل التعاقد وسلامته طوال مّدة الضمان كما يضمن توافر المواصفات التي تم التعاقد بناءً عليها)، كذلك الحال نجد إن المادة (26) من هذا القانون أشارت إلى مسؤولية بعض الحرفيين عن ضمان الأعمال التي يقومون بها لمدة لا تقل عن سنة، ولم تبين الأحوال التي يمكن فيها لهؤلاء الحرفيين دفع مسؤوليتهم، وهو ما يوحي بأن طبيعة التزامهم تكون التزاماً بنتيجة، أما بخصوص قانون حماية المستهلك العراقي فنجده قد بين في المادة الثامنة إن مسؤولية المجهز عن بضاعته أو سلعته أو خدماته تكون مسؤولية كاملة طيلة مدة الضمان، والمسؤولية الكاملة تعني تحمله المسؤولية في جميع الاحوال عند عدم تحقق لنتيجة المطلوبة. وندعو المشرع العراقي إلى أيراد نص مادة في قانون حماية المستهلك العراقي تتضمن بيان طبيعة الملتزم بالضمان بتنفيذ ضمانه، ومواكبة للتشريعات الحديثة وحتى لا يثور شك خلاف حول ذلك وتكون كالآتي: (يلتزم المدين بالضمان بتنفيذ ضمانه وجودة محل التعاقد وسلامته من العيوب طوال مدّة الضمان كما يضمن توافر المواصفات التي تم التعاقد بناءً عليها)، أما بخصوص قانون حماية المستهلك الفرنسي فلم نجد فيه ما يشير الى بيان طبيعة التزام المتعهد بالضمان.

ونستنتج من كل ما تقدم إنّ طبيعة التزام صاحب الحرفة الناشئ عن التعّهد بالضمان هو التزام بنتيجة في جميع الالتزامات التي ينظمها التعّهد بالضمان، وهذا الرأي يتوافق مع حقيقة وجوهر التعّهد بالضمان من تحقيق الفائدة التي كان المتعّهد له يبتغيها من وراء هذا التعّهد، إضافة إلى ذلك فإن المتعّهد له قد دفع مقابلاً للتعّهد بالضمان، وبذلك أصبح مطمئناً بأن العمل سيحقق الفائدة المرجوة أثناء مدة التعّهد عن طريق التزام المتعّهد بالضمان، والقول بخلاف ذلك سيؤدي إلى الأضرار بالمتعّهد له ويعطي فرصة للمتعّهد في التخلص من تعّهده كلما أثبت إنّه بذل قصارى جهده سيما وإنه ذو خبرة في مجال عمله، كذلك إنّ التشريعات محل المقارنة نجدها قد جعلت مسؤولية الملتزم بالضمان الاتفاقي بأنه التزام بنتيجة .

الفرع الثاني

النتائج التي تترتب على طبيعة التزام المتعّهد

لقد بينا في الفرع السابق إنّ التزام صاحب الحرفة بتنفيذ تعّهده بالضمان عن الاعمال التي يقوم بها هو التزام بتحقيق غاية حسب الرأي الراجح، ويترتب على كون التزام صاحب الحرفة بالتعّهد بالضمان بتحقيق غاية عدة نتائج تتناسب مع مضمون التعّهد بالضمان سنحاول بيانها عن طريق الفقرات الآتية :

أولاً - إنّ التزام صاحب الحرفة بإصلاح وإزالة العيب عند حدوثه يجب أن ينفذه تنفيذاً كاملاً، من أجل ضمان استمرار المتعّهد له من الانتفاع بالعمل المنجز من قبله، والتنفيذ الكامل للتعُّهد بالضمان لا يتحقق

بمجرد حصول النتيجة المتوخاة من ازالة العيب واستمرار المتعّهد له من الانتفاع بالعمل، بل يجب أنْ يتم تنفيذ هذا الالتزام بطريقة تتفق مع حسن النية وما توجبه مستلزمات العقد، فيجب على صاحب الحرفة انْ يأخذ بحسبانه جسامة الخلل في محل العقد وطبيعة العمل والفائدة المرجوة منه مع مراعاة العمر الافتراضي للانتفاع بمحل العقد[1]، فلا يعد تنفيذاً للتعّهد بالضمان تدخل صاحب الحرفة بالإصلاح على نحو يؤدي إلى إزالة العيب وإعادة الشيء إلى وضعه الطبيعي في مدة الضمان فقط، ليعود العيب بالظهور مرة أخرى بعد انتهاء تلك المدة، كأن يقوم صاحب الحرفة بإزالة العيب دون استبدال الأجزاء المعيبة أو استبدالها بأجزاء رديئة، بحيث يصعب على المتعّهد له اكتشاف سوء عمل المتعّهد عند تدخله، ولا يتحقق من ذلك إلاّ عند انتهاء المّدة المحددة للتعّهد بظهور العيب من جديد، ففي هذه الحالة يحق للمتعّهد له أنْ يطالب المتعّهد بالتعويض وفقاً للضمان القانوني إذا كان ضمن مدته المحددة، حيث إنْ وجود التعّهد بالضمان لا ينفي الضمان القانوني، أو وفقاً لقواعد المسؤولية التقصيرية إذا تمكن من إثبات غش وسوء نية المتعّهد، أما التعّهد بالضمان فإنه يكون قد انقضى بانتهاء مدته المحددة، ويعد حدوث العيب في نفس الموضع التي تمّ إصلاحه سابقاً بمثابة قرينة تؤكد ذلك، كذلك إنّ المتعّهد له غالباً ما يتوقع إنْ عمل الحرفي قد يستمر بتحقيق المنفعة المقصودة منه حتى بعد انتهاء المدة المحددة للتعّهد بالضمان، لأن الشيء الذي قام الحرفي بصنعه إذا كان صالحاً في مدة الضمان فإنه يتوقع منه أنْ يكون كذلك حتى بعد انتهاء المدة المتفق عليها وحسب المألوف في التعامل، كذلك يجب أنّ يكون تدخل المتعّهد لأزاله العيب بسرعة وفعالية ولا يجوز له التلكؤ أو التأخر في ذلك مما قد يؤدي إلى الإضرار بالمتعّهد له[2] .

ثانياً - النتيجة الثانية التي تترتب على اعتبار التزام المتعّهد بالتعّهد بالضمان التزام بتحقيق غاية، فهي إنْ المتعّهد له لا يكون ملزماً بإثبات خطأ المتعّهد لترتيب الجزاءات التي يتضمنها التعهد بالضمان أو عند إقامة دعوى للمطالبة بالفسخ والتعويض، فيكفي للمتعّهد له أنْ يثبت عدم تحقق النتيجة المقصودة، وهي فوات المنفعة، أو حدوث عيب أثناء مّدة الضمان، ولم تفلح محاولات صاحب الحرفة أزالته وإعادة العمل إلى وضعه الطبيعي[3]، وهذا ما يمكن استنتاجه عن طريق قياس مسؤولية المتعّهد على مسؤولية المجهز الواردة في نص المادة (8) من قانون حماية المستهلك العراقي، التي جاء فيها (مع عدم الإخلال بحكم البند ثانياً من المادة السادسة من هذا القانون، يكون المجهز مسؤولاً مسؤولية كاملة عن حقوق المستهلكين لبضاعته أو سلعته أو خدماته، وتبقى مسؤوليته قائمة طوال مدة الضمان المتفق عليها في الفقرة (د) من البند (أولاً) من المادة السادسة من هذا القانون)، فهذه المادة جعلت مسؤولية المجهز مسؤولية كاملة دون الإشارة إلى الخطأ، وهو ما يوحي بأن مسؤوليته قائمة على الخطأ المفترض .

1 - د محمد حسين منصور ،ضمان صلاحية المبيع ،مصدر سابق ، ص53 .
2 - د. ممدوح محمد علي مبروك ،الالتزام بالصيانة ،مصدر سابق ، ص95 .
3 - د. أسماء صبر علوان ، مصدر سابق ، ص 72 .

ثالثاً - إنّ المتعّهد لا يستطيع أنْ يتخلص من المسؤولية الناشئة عن إخلاله بالتعّهد بالضمان، إلاّ بإثباته انقطاع العلاقة السببية بين الضرر المتحقق والتزامه بالضمان، أي إنْ خطأه يكون مفترض فرضاً غير قابل لإثبات العكس[1] بناءً على التزامه بتحقيق نتيجة، فيجب عليه إذا أراد التخلص من المسؤولية إثبات إن العيب قد حدث بسبب الأجنبي، أو إنْ زوال المنفعة المقصودة كان لسبب لم يكن له يد فيه وخارج عن أرادته كالقوة القاهرة .

وإذا كانت النتيجة الأولى والثانية لا تثير الخلاف إلاّ إنّ النتيجة الثالثة قد حصل عليها خلاف لدى بعض الفقه، فهنالك من اعترض على القول بأن الفني الملتزم بالضمان لا يستطيع التخلص من المسؤولية، وبين إن التزام الفني بالضمان يجب أنْ يكون التزام بنتيجة مخفف، فهو كالالتزام بنتيجة من حيث إثبات الخطأ لإقامة مسؤولية صاحب الحرفة، لكنه أقل شدة من الالتزام بنتيجة من حيث أنْ صاحب الحرفة يستطيع التخلص من المسؤولية إذا أثبت إنه لم يرتكب خطأ في تنفيذ التزامه، فقد ذهب هذا الرأي الفقهي إلى تطبيق هذا الحل بالنسبة للقيام بعملية الإصلاح في إطار الضمان الاتفاقي، بحيث يستطيع الفني الملتزم بالضمان أنْ يتخلص من المسؤولية بإقامة الدليل على إنّه بذل كل ما بوسعه لتنفيذ التزامه بالضمان، أي عن طريق نفي قرينة الخطأ في جانبه[2]، لكن الباحث يرى خلاف الرأي المتقدم فصاحب الحرفة الذي تترتب عليه عدة التزامات نتيجة التعّهد بالضمان يجب أنْ يلتزم بتنفيذها التزاما بنتيجة بالمعنى الكامل، بحيث يضمن انتفاع المتعّهد له بمحل العقد طوال المدة المحددة للضمان، ويلتزم بإزالة كل عيب يظهر في تلك المدة، فلا يجوز له كي يتخلص من المسؤولية، أنْ يثبت إنّه بذل ما بوسعه لإزالة العيب، أو أن يثبت إن عملية إصلاح العيب في حالة حدوثه تتجاوز إمكانياته ومقدرته الفنية، ومن ثمّ فلا يستطيع المدين الملتزم بالضمان أن يتخلص من المسؤولية إلاّ بإثبات السبب الأجنبي، فهذا التحديد لطبيعة التزام صاحب الحرفة بالضمان يتفق مع جوهر وحقيقة الضمان الاتفاقي بضمان الانتفاع بمحل العقد في المدة المتفق عليها ويحقق الحماية الكاملة للطرف الضعيف في التعاقد الذي أطمأنّ بوجود التعّهد بالضمان، كذلك إنه يحمل المتعّهد على بذل كل جهوده وأقصى درجات الحيطة في تنفيذ التزامه في التعّهد بالضمان .

1- و في هذا المعنى جاء قرار لمحكمة النقض المصرية ورد فيه (ان التزام المقاول هو التزام بنتيجة هي بقاء البناء الذي يشيده سليما ومتينا لمدة عشر سنوات بعد التسليم ،وان الإخلال بهذا الالتزام يقوم بمجرد أثبات عدم تحقق تلك النتيجة دون حاجة لإثبات خطا ما)، نقض مدني مصري رقم 171 في 23/ 1970/6 مجموعة أحكام النقض المصرية لسنة 21، ص1068.

2- د . جابر محجوب علي ، مصدر سابق ، ص114 .

المبحث الثاني

أثر الإخلال بالتعُّهد بالضمان وانقضاءه

حينما يظهر عيب في العمل المنجز من قبل صاحب الحرفة فإن الوضع الطبيعي لذلك هو قيام المتعّهد له بأخطار المتعهد بحدوث العيب من أجل تنفيذ تعّهده بإصلاح العيب والتزامه بالضمان، لكن تنفيذ ذلك التعّهد قد يكون فيه خلل أو قد يتأخر في التدخل لإصلاح العيب مما يرتب ضرراً للمتعّهد له، أو قد يمتنع نهائياً عن تنفيذ تعّهده، ففي هذه الأحوال يحق للمتعّهد له أنْ يحصل على التعويض المناسب جبراً للضرر الذي أصابه بسبب إخلال المتعّهد بتنفيذ ضمانه، لكن الحصول على التعويض لا يكون بصورة مباشرة إنما لا بد من أتباع الوسيلة القانونية المقررة لذلك وهي إقامة الدعوى، وإنّ لهذه الدعوى أحكام خاصة من حيث مّدة رفع الدعوى وأطرافها أو الإجراءات التي تسبق اقامتها، وتكون هذه الدعوى بين طرفين هما المدعي بالحق وهو المتعّهد له والمدعى عليه وهو المتعّهد، ونظراً لكوننا قد بحثنا أطراف التعّهد بالضمان في الفصل الثاني من هذه الأطروحة[1] فإننا لن نتعرض لها في هذا المبحث خشية التكرار، وينبغي على المتعّهد له لكي يحافظ على حقه في الضمان القيام ببعض الإجراءات القانونية قبل رفع الدعوى أو اثنائها لضمان الحصول على حقه .

لكن ومن جهة أخرى فإن الحصول على التعويض قد لا يكون نتيجة حتمية، فقد ينقضي التعّهد بالضمان في حالات معينة وتسقط المسؤولية عن عاتق المتعّهد، وقد يكون هذا الانقضاء بصورة أصلية عن طريق انتهاء مدّة الضمان دون حدوث عيب أو بتنازل المتعّهد له عن حقه في الضمان، أوقد يكون هذا الانقضاء بصورة تبعية عن طريق انقطاع العلاقة السببية بالسبب الأجنبي، وسنحاول بيان هذه الموضوعات في هذا المبحث عن طريق تقسيمه على ثلاثة مطالب نبين في المطلب الأول دعوى التعّهد بالضمان، ونبين في المطلب الثاني جزاء الإخلال بالتعّهد بالضمان، ونبين في المطلب الثالث انقضاء التعّهد بالضمان .

1 - ينظر ص105 وما بعدها من هذه الأطروحة .

المطلب الأول

دعوى التعُّهد بالضمان

عند أخلال المتعّهد بالتعّهد بالضمان وعدم تنفيذ التزامه بإصلاح العيب، فيجب على المتعّهد له إذا ما أراد الحصول على حقه في الضمان إقامة دعوى يطالب بموجبها بتعويضه عن كافة الإضرار التي أصابته بسبب هذا الإخلال، فسبب هذه الدعوى هو الأضرار التي تصيب المتعّهد له بسبب أخلال المتعّهد بالضمان، وإنّ حق المتعّهد له بوجوب إقامة الدعوى مقيد من حيث يجب عليه القيام ببعض الإجراءات القانونية وإلاّ سقط حقه في هذه الدعوى، كذلك يجب على المتعّهد له لكي يحافظ على حقه من السقوط وجوب رفع الدعوى في مدة زمنية معينة، حتى لا يبقى مركز المتعّهد معلقاً وقلقاً مدة طويلة من الزمن، ولأجل بيان دعوى التعّهد بالضمان فإننا سنبين إجراءات الدعوى ضمن الفرع الأول ونبين في الفرع الثاني مدة رفع الدعوى .

الفرع الأول

إجراءات الدعوى

إنّ دعوى التعُّهد بالضمان من الدعاوى التي يتطلب إقامتها القيام ببعض الإجراءات القانونية، وذلك لضمان حق المتعّهد له وعدم سقوطه، وهذه الإجراءات يلتزم المتعّهد له بالقيام بها بصفته المدعي بالحق، وإلاّ ترتب على ذلك عدم قبول دعواه، ومنْ بين هذه الإجراءات هو وجوب أخطار المتعّهد بالعيب في مدة مناسبة من حدوثه، كذلك إنّ نجاح المتعّهد له في كسب الدعوى والزام المتعهد بتنفيذ ضمانه يتوقف على مدى إثباته للتعّهد بالضمان، ولأجل بيان إجراءات دعوى التعّهد بالضمان فإننا سنقسم هذا الفرع على فقرتين، نبين في الأولى منها أخطار المتعّهد بوقوع العيب، ونبين في الفقرة الثانية، إثبات التعّهد بالضمان:

أولاً- إخطار المتعّهد

إنّ أول إجراء يجب على المتعّهد له القيام به لضمان حقه في التعّهد بالضمان هو وجوب إخطار المتعّهد بوجود عيب في العمل المنجز عند رفع الدعوى، حيث يجب على المتعّهد له إخطار المتعّهد بما ظهر من عيوب في محل العقد تخل بالمنفعة المقصودة منه لغرض تدخل المتعهد لإصلاح العيب، ويترتب على عدم قيامه بذلك، خسارة دعواه وردها إذا لم يخطر المتعّهد بوجود العيب، إلاّ في حالة اتفاق الطرفين على عدم الحاجة إلى عمل الإخطار عند حدوث العيب، فيعفى المتعّهد له من عمله .

ويعرف الإخطار بصورة عامة بانه (عمل إجرائي يعبر بمقتضاه المشتري عن عدم رضاه بالمبيع، وتذمره من العيوب التي حصلت في محل العقد وتسببت بحرمانه من الانتفاع أو زوال الفائدة المرجوة منه، إنّه أحد إجراءات اقامة الدعوى)[1]، كذلك يعرف الإخطار في مجال الالتزام بضمان العيوب بصورة خاصة، بأنه (اشعار الملتزم بالضمان بحدوث العيب واعطاءه الفرصة من أجل التدخل لإزالة ذلك العيب أو استبدال المبيع)[2]، ويرى الباحث إنّ هذا التعريف هو الاقرب للإخطار في التعّهد بالضمان محل دراستنا، لأنه يهدف إلى ابلاغ المتعّهد بحدوث العيب وضرورة تدخله لإصلاحه، ويجب أنْ يكون الإخطار واضحاً على نحو لا يثير الالتباس فلا يجوز إنّ تستعمل عبارات مبهمة وغير واضحة، ويجب تضمين الإخطار بيانات معينة من حيث بيان طبيعة العيب ومقدار جسامته ووقت حدوثه، من أجل إحاطة الملتزم بالضمان بالمعلومات الكاملة حول العيب الحاصل بمحل العقد، واتخاذ الاحتياطات اللازمة لإزالة العيب، وبيان هذه المعلومات أمر ضروري من أجل إن يتأكد الملتزم بالضمان من صحة مضمون الإخطار[3]، وحتى لا يترك المجال أمام المتعّهد له سيء النية كي يتستر بعيوب غير محددة وغير دقيقة، وعلى ذلك لا يكفى مجرد الإخطار بوجود العيب دون تحديد لهذه العيوب .

أما عن الغاية المتوخاة من الإخطار، فبين رأي في الفقه إلى إنّ الأصل في إجراء الإخطار إنّه تعبير عن إرادة المتعّهد له في تذمره وعدم رضاه عن العيب الحاصل بالعمل وعدم قبوله بمحل العقد بسبب العيب، حيث يعد المتعّهد له الذي لم يقم بعمل الإخطار قابلا بمحل العقد ومنْ ثمّ إسقاط حقه في الضمان[4]، بينما ذهب الرأي الثاني إلى إنّ الغاية من الأخطار هو تجنب تفسير سكوت المتعّهد له الذي لم يقم بعمل الإخطار بأنه قابلاً للعمل ومن ثمّ يسقط حقه في الضمان بسبب اهماله في اتخاذ الإجراءات الواجبة عليه، وإنّ اسقاط حق المتعّهد له في الضمان ما هو إلاّ جزاء اهماله في إجراء الإخطار[5]، ويرى الباحث اتحاد الغاية من الإخطار سواء أكان اعتباره تعبير عن تذمر المتعّهد له وعدم قبوله للعمل، أو تجنب تفسير تقصيره في أجراء الأخطار على إنه إهمال من جانبه في اتخاذ الاجراءات اللازمة، من حيث إنّه يؤدي إلى عدم إمكانية رجوع المتعّهد له بالضمان عند عدم قيامه بالواجبات المفروضة عليه بموجب القانون، ومنها إخطار الملتزم بالضمان عند حدوث العيب .

1- د. اسعد ذياب ،مصدر سابق ،ص115 . د. حسام الدين كمال الاهوائي ،مصدر سابق ،ص 177.

2- د. نسرين سلامة محاسنة ،التزام البائع بالتسليم والمطابقة ،ط1 ،دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان ،2011، ص 318 .

3- د. احمد شوقي عبد الرحمن ،ضمان العيوب الخفية في بيوع السيارات ،مصدر سابق، 2003، ص 101 .

4- د. نبيل ابراهيم سعد ،العقود المسماة ،عقد البيع ،منشأة المعارف ،الإسكندرية ، دون سنة طبع ،ص334 .

5- د .عبد الرزاق السنهوري الوسيط في شرح القانون المدني ،ج 2، الإثبات آثار الالتزام ،منشأة المعارف، 2004 ،ص644 ،د .محمد لبيب شنب ،مصدر سابق ،ص195 .

ويجب التمييز بين الاعذار والإخطار من حيث المفهوم، فالأعذار هو أحد الشروط القانونية اللازمة لاستحقاق التعويض، ويعرف بأنه (دعوة الدائن لمدينه إلى تنفيذ التزامه، ووضعه قانوناً في حالة التأخير في تنفيذ الالتزام تأخراً يترتب عليه مسؤوليته عن الأضرار التي تصيب الدائن نتيجة تأخر المدين في تنفيذ التزامه)[1]، إما الإخطار فهو تعبير عن تذّمر المتعّهد له وعدم رضاه عن العيب الحادث في محل العقد ويكون بداية لخصومة قضائية[2]، ويختلفان كذلك من حيث الآثار التي تترتب على كل منهما، حيث يترتب على الأعذار أثران، وهما استحقاق الدائن للتعويض نتيجة تأخر المدين في تنفيذ التزامه[3]، والأثر الآخر فهو انتقال تبعة الهلاك من عاتق الطرف الذي يتحمله الى الطرف الآخر، أما الأثر المترتب على أجراء الإخطار فهو إحاطة الملتزم بالضمان علماً بحدوث العيب ووجوب تدخله فوراً لإزالته ويعتبر قرينة على عدم القبول بالعيب الحادث في محل العقد[4]، لكن على الرغم من هذه الاختلافات فإن الإخطار يقترب من الأعذار باعتباره دعوة للمدين إلى تنفيذ الالتزامات العقدية[5].

ولا يكفي مجرد قيام المتعّهد له بإخطار المتعّهد بحدوث العيب إنما يجب ان يقوم بذلك على وجه السرعة، حيث إن سرعة إخطار المتعّهد بحدوث العيب يعتبر أمراً هاماً بالنسبة للملتزم بالضمان، وذلك من أجل تلافي حدوث مضاعفات أو أضرار جانبية وتجنب صرف نفقات إضافية بسبب التأخر في عملية إصلاح العيب [6].

ويثار تساؤل حول الشكل المطلوب لأجراء الإخطار، فهل يستلزم شكلاً معيناً أو خاصاً لذلك؟ للإجابة على هذا التساؤل لا بد من القول إنّ التشريعات محل المقارنة لم تتضمن نصاً يبين كيفية أجراء الإخطار أو الشكل المطلوب لذلك عند حدوث العيب، وهذا يدل على إنّ هذه التشريعات لم تشترط شكلاً خاصاً أو معيناً لهذا الإخطار، لذا فنحنُ نذهب مع الرأي الذي يبين إنّ أجراء الإخطار يكون بأي وسيلة سواء أكان شفوياً أو برسالة أو مكالمة هاتفية أو بإنذار رسمي عن طريق الكاتب العدل، لكن في جميع الأحوال التي يكون فيها الإخطار غير محل كتابة فإنه يقع على عاتق المتعّهد له إثبات إجرائه، ويمكن له إثبات ذلك بكافة وسائل وطرق الإثبات القانونية[7]، لكن ومع ذلك فإن الوسيلة الأفضل لأجراء الإخطار

1- د .عبد المجيد الحكيم و آخرون ،مصدر سابق ،ص46 .د عبد الرزاق السنهوري ،الوسيط في شرح القانون المدني ،ج2 ، مصدر سابق، ص 785 .

2- د. نسرين سلامة محاسنة ، مصدر سابق ،ص320 .

3- د .محمد شتا ابو اسعد ،الأعذار في القانون المدني المصري وما يجري عليه العمل في القضاء دراسة مقارنة، دار النهضة العربية ،القاهرة ،1990 ،ص95 .

4- المصدر نفسه ،ص 98 .

5- د .عبد الحكم محمود رمضان الخن ،مصدر سابق ،ص168.

6- د .محمد حسين منصور ،ضمان صلاحية المبيع ،مصدر سابق ،52 .

7- د .جعفر جواد الفضلي ،مصدر سابق ،ص42 .

تكون عن طريق الكتابة، لأنه غالباً ما يكون مقدمة لنزاع قضائي فحتى يسهل إثباته[1]، وعند اتفاق الطرفين المتعّهد والمتعّهد له على شكل معين لأجراء الإخطار أو حول الوقت اللازم لأجرائه فإنه ينبغي، على المتعّهد له أتباع ذلك الشكل الخاص ولا يجوز له مخالفة ذلك الاتفاق وإجراء الإخطار في صورة غير ما اتفق عليه، وإلاّ اعتبر مخلاً بذلك الاتفاق وقد يسقط حقه في الضمان [2] .

أما عن موقف التشريعات المقارنة من المّدة التي يجب فيها عمل الإخطار، فالقانون المدني الفرنسي قد أشار إلى وجوب اجرائه في مّدة معقولة من وقت اكتشاف العيب حسب العرف المعتاد وذلك في المادة (1648)، أما القانون المدني المصري بين وجوب إخطار البائع بالعيب خلال مّدة معقولة ولم يبين مقدارها تحديداً، وذلك في المادة (449) التي نصت على إنه (1- فإذا كشف عيباً يضمنه البائع وجب عليه أنْ يخطره به خلال مدة معقولة، فإن لم يفعل اعتبر قابلا للمبيع 2- أما إذا كان العيب مما لا يمكن الكشف عنه بالفحص المعتاد ثم كشفه وجب عليه أن يخطر به بمجرد ظهوره وإلاّ اعتبر قابلاً للمبيع بما يظهر فيه من عيب)، وكذلك بين القانون المدني العراقي وجوب عمل الأخطار في مدة معقولة، وذلك في المادة (560) الخاصة بضمان العيوب الخفية، ومن ثمّ فإن كل من التشريعات المدنية الفرنسي، والعراقي، والمصري، قد بينو وجوب عمل الإخطار في مدة معقولة وتركو للسلطة التقديرية لقاضي الموضوع في تحديدها حسب وقائع الدعوى والعرف المتبع، وهذا ما أيدته أحدى القرارات القضائية الصادرة عن القضاء الفرنسي بينت فيه سقوط حق المشتري بالضمان لأنه لم يقم بإخطار البائع بالعيب خلال مّدة معقولة جاء فيه (وجدت المحكمة إن المشتري قد أثار الدفع بعدم المطابقة بعد مرور شهرين على التسليم، وكان بإمكانه الاعتراض عند اكتشاف العيب وفي بضعة أيام بعد التسليم متى ما قام بعمل بحث عشوائي عن هذه العيوب)[3]، لكن المشرع المصري كان أكثر دقة وتحديداً في بيان الوقت اللازم لعمل الإخطار في المادة (455) الخاصة بضمان صلاحية المبيع التي نصت على إنه (إذا ضمن البائع صلاحية المبيع للعمل مدة معلومة ثمّ ظهر خلل في المبيع، فعلى المشتري أنْ يخطر البائع بهذا الخلل في مدة شهر من ظهوره وأن يرفع الدعوى في مدة ستة أشهر من هذا الإخطار وإلاّ سقط حقه في الضمان، كل هذا ما لم يتم الاتفاق على غيره)، فبينت هذه المادة وجوب عمل الإخطار في مدة شهر واحد من تاريخ اكتشاف العيب، ولكنها بنفس الوقت أجازت للمتعاقدين الاتفاق على مدة معينة لعمل الإخطار، وكذلك بينت الأثر المترتب على مخالفة إجراء الإخطار ويتمثل بسقوط الضمان، وهذا ما أيدته محكمة النقض المصرية في أحدى قراراتها جاء فيه (ان التزام البائع بضمان صلاحية المبيع للعمل المدة المتفق عليها ووجوب أخطاره

1- د. اسعد ذياب، مصدر سابق ، 125 .

2- د .جابر محجوب علي ،مصدر سابق ،ص103 . د .اسعد ذياب ،مصدر سابق ص125 .

3- قرار محكمة النفض الفرنسية civ.1re 30sept2008.D2010.p1919.n°37 bis منشور على الموقع الالكتروني ،www http;\cisgw 3 law >pace,edu تاريخ الزيارة 2021 /11/25 .

بالخلل في المبيع خلال مّدة شهر من تاريخ ظهوره ورفع الدعوى خلال مدة ستة أشهر من هذا الإخطار، وأنْ هذه المواعيد ليست مواعيد تقادم بل مدة سقوط فيجوز الاتفاق على ما يخالفها)[1] .

أما في إطار القوانين الخاصة بحماية المستهلك فعند رجوعنا للقوانين محل المقارنة، لم نجد فيها ما يشير إلى ضرورة الزام المتعّهد له بعمل الإخطار في مدة زمنية معينة، على الرغم من أهميته عند حدوث العيب لكونه يضمن حق المتعّهد له إذا ما تمّ ظهور عيب في مدة التعّهد بالضمان، لذا فإنه من الأفضل برأينا بيان المدة التي يجب فيها عمل الإخطار وتحديدها بشهر واحد من تاريخ اكتشاف العيب .

و مما تقدم يتضح لنا إنّ الإخطار هو إجراء يجب على المتعّهد له القيام به لضمان حقه في دعوى التعّهد الضمان ويكون خاضعاً للاتفاق حيث يمكن الاستغناء عنه في التعّهد، وإنّ هذا الإجراء يتضمن إبلاغ المتعّهد بالضمان بحدوث عيب في محل العقد وتذمره وعدم رضاه عن ذلك، ووجوب تدخله فوراً وتنفيذ تعّهده بإزالة العيب أو إعادة ثمن العمل كاملاً للمتعّهد له، كذلك إن هذا الأجراء هو بداية خصومة قضائية لذا يجب على المتعّهد له ولكي يحافظ على حقه في الضمان إن يثبت عمل ذلك الأخطار، لذا فالأفضل له أجراء الإخطار كتابة تلافياً للمشاكل التي قد تحصل حول إثباته، إما عن المّدة اللازمة لعمل الإخطار فلم تبين التشريعات محل المقارنة ذلك، وعند الأستهداء بقواعد ضمان العيوب الخفية فنجدها بينت وجوب عمل الإخطار في مدّة معقولة ولم تبين مقدار تلك المدة تاركةً الأمر للسلطة التقديرية لقاضي الموضوع حسب طبيعة العيب والعرف ووقائع الدعوى، وكذلك أجازت هذه التشريعات للأطراف جواز الاتفاق على مّدة معينة لرفع الدعوى وأجراء الإخطار، والأفضل لو تمّ تحديد مدة عمل الأخطار في التعّهد بالضمان بصورة خاصة والضمان الاتفاقي بصورة عامة بشهر واحد من بداية ظهور العيب أو حسب الاتفاق، نظراً لطبيعة التعّهد بالضمان الذي ينشأ من الاشتراط من جهة، ومن جهة أخرى نجد إنْ المشرع المصري قد بين في ضمان صلاحية المبيع تحديد مدة لعمل الإخطار، وهي في شهر واحد من تاريخ اكتشاف العيب ما لم يوجد اتفاق خلاف ذلك، وفي جميع الأحوال يجب على المتعّهد له المبادرة بعمل الإخطار على وجه السرعة، وذلك تلافياً للأضرار التي قد تحصل بسبب التأخير في إجرائه .

ثانياً- إثبات التعُّهد بالضمان

إنّ نجاح المتعّهد له في كسب دعوى التعّهد بالضمان والزام المتعهد بتنفيذ تعّهده إضافة إلى حصوله على كافة التعويضات عن الأضرار التي أصابته بسبب أخلال المتعّهد بالتزامه يتوقف على إثبات وجود التعّهد بالضمان وحصول خلل اثناء مدة التعّهد بالضمان، فالإثبات هو الوسيلة التي تؤدي إلى أقناع

1- نقض مدني مصري رقم 1099 لسنة 66 جلسة 1998/5/12 المجموعة الماسية ،ص 287 ،أشار أليه د. وسيم جبار الشمري ، مصدر سابق ، ص93.

القاضي بواقعة معينة، ويعرفه البعض بأنه (إقامة الدليل أمام القضاء بطريقة من طرق الإقناع التي يحددها وينظمها القانون على صحة واقعة معينة متنازع فيها بقصد الوصول الى النتائج القانونية التي تترتب على ذلك)[1]، ويجب أنْ تنصب جهود المدعي بالدعوى على إثبات التصرف الذي أدى الى نشوء حقه بالطرق القانونية المقررة لذلك، وسنبين في هذه الفقرة محل الإثبات وعبء الإثبات عن طريق الآتي :

1– محل الإثبات

إنّ الإثبات القانوني هو إقامة الدليل أمام القضاء بالطرق والوسائل المحددة قانوناً على وجود حق في ذمة شخص آخر وهو المدعى عليه وإن أثبات ذلك الحق يكون عن طريق أتباع الطرق القانونية المقررة لذلك، لكن من جهة أخرى فإن أثبات الحق لا يكون بصورة مباشرة إنما يكون عن طريق إثبات مصدره أولاً، فالحق المدعى به هو أثر يترتب على إثبات مصدر ذلك الحق، ومصدر الحق بصورة عامة قد يكون التصرف القانوني[2] أو الواقعة القانونية[3] التي يستند اليها، لذا فإن محل الإثبات ينصب بصفة أساسية على التصرف القانوني أو الواقعة ومن ثمّ الأثر الذي يرتبه القانون على وجودها وصحتها .

وعليه فعندما يثور نزاع حول وجود حق ما، سواء أكان هذا الحق عينياً أم شخصياً فإن على المدعي بالحق إن يثبت مصدر هذا الحق، سواء أكان مصدره تصرفاً قانونياً كعقد أو وصية أو التزام بإرادة منفردة، أو قد يكون عملاً مادياً، كعمل غير مشروع أو واقعة ولادة، فإذا تمّ إثبات ذلك المصدر، فإنه يثبت وجود الحق كأثر قانوني يترتب عليه، لكن وبنفس الوقت فإن الطرف الآخر يستطيع أنْ ينفي مصدر الحق، أما بإثبات عدم وجوده أصلاً أو إثبات أنْ الحق كان موجوداً لكنه انقضى بأي سبب من أسباب الانقضاء القانونية[4]، ويشترط في الوقائع المراد إثباتها توفر عدة شروط قانونية فليس كل الوقائع القانونية تصلح أنْ تكون محلاً للإثبات، ومن بين هذه الشروط أنْ تكون الوقائع المراد اثباتها محددة تحديداً

1- د. رمضان ابو السعود ،اصول الاثبات في المواد المدنية و التجارية (النظرية العامة للإثبات)، مطبعة الدار الجامعية ،الإسكندرية ،مصر ،1986 ،ص10 . د. سعيد سعد عبد السلام ،الوجيز في أحكام الالتزام والإثبات، دار الفكر الجامعي ،القاهرة، 2000 ،ص10 .

2- يعرف التصرف القانوني بأنه (عمل أنساني تتجه فيه الارادة إلى احداث اثر قانوني معين ،بحيث يترتب الاثر على مجرد اتجاه الارادة الى احداثه ،اي اننا نكون بصدد حدث معنوي ،تتمثل بمجرد ارادة او اكثر تتجه الى انشاء التزام قانوني ،او نقله او تغيير) ،للتوسع اكثر ينظر د. مصطفى العوجي ،القاعدة القانونية في القانون المدني ،ج1، مطبعة بحسون ، بيروت، 1992، ص 25 .

3- تعرف الواقعة القانونية بأنها (عمل مادي ،يقع باختيار الإنسان أو بغير اختياره ويرتب عليه القانون أثراً قانونياً معيناً ،مثل الواقعة الاختيارية العمل غير المشروع والحيازة ، ومثل الواقعة غير الاختيارية ،الميلاد والموت) ،للتوسع اكثر ينظر د. عبد الرزاق السنهوري ،مصادر الحق في الفقه الإسلامي ،ج1، مصدر سابق، ص 66 .

4- د. رمضان أبو السعود ، مصدر سابق ،ص166 .

كافياً فمن يدعي وجود عقد يجب عليه بيان نوع العقد ومحله[1]، كذلك يجب أنْ تكون الوقائع المراد اثباتها ممكنة الوقوع، فالمستحيل لا يجوز إثباته لأنه غير ممكن الحدوث، كذلك يجب أنْ تكون الوقائع المراد إثباتها متصلة بالدعوى، ويجب أنّ تكون الوقائع منتجة في الدعوى أي ذات فائدة فيها[2] .

ومما تقدم يرى الباحث إنّه يجب على المتعّهد له أنّ يثبت مصدر حقه في التعّهد الضمان أولاً، وذلك بأن يثبت وجود التصرف القانوني الذي انشأ حقه وهو العقد المبرم بينه وبين المتعّهد، وأنْ يتضمن ذلك العقد شرط التعهد بالضمان، بعده التصرف القانوني الذي أدى إلى نشوء حقه، كذلك يجب أنْ يتوفر في هذا التصرف الشروط اللازم توافرها في التصرفات المراد اثباتها التي بيناها في اعلاه، وإن إثبات التعّهد بالضمان يكون عن طريق إثبات الشرط المدرج في العقد بموافقة الطرفين إذا كان العقد مكتوبا[3] .

أما عن طرق إثبات التعّهد بالضمان فبما أنّه تصرف قانوني ينشأ بإرادة طرفي التعّهد، فالأصل فيه أُن يتم إثباته عن طريق الكتابة إذا كانت قيمته تتجاوز (5000) خمسة آلآف دينار[4]، لكن تواجه إثبات التعّهد بالضمان صعوبات تتعلق بكون عقود القيام العمل تكون مبرمة مع صاحب الحرفة الذي يكون غالباً لا يمتلك ذلك التنظيم القانوني بالمستوى المطلوب من حيث وجود عقود مكتوبة وموثقة بين الطرفين إنما تكون عقود مبرمة شفاهاً فقط، كذلك فإن المتعّهد له قد لا يمتلك الخبرة الكافية فلا يطلب توثيق العقد أو شرط الضمان، وإذا تمكن المتعّهد له من إثبات التعّهد بالضمان وفق ما تقدم فلا يتبقى امامه سوى إثبات حدوث العيب اثناء مدة التعّهد بالضمان، والعيب هو واقعة مادية يمكن إثباتها بكافة طرق الإثبات القانونية، ولا يكلف بأكثر من ذلك، لأن مجرد حدوث عيب اثناء مدة الضمان يدل على وجود خلل في عمل صاحب الحرفة، لذا يجب الزامه بتنفيذ تعُّهده، لأنه ملزم بإصلاح العيب عند حدوث أي خلل في محل العقد حسب الاتفاق أو العرف.

2 - عبء الإثبات

يلتزم القاضي بالامتناع عن الحكم بعلمه الشخصي أو السعي لجمع الأدلة بنفسه، طبقاً لمبدأ حياد القاضي في الخصومة، ويقع على عاتق الخصوم في الدعوى عبء الإثبات، وأن عملية الإثبات وأنْ كانت واجباً على الطرفين في الدعوى إلاّ إنها حقاً لهما بنفس الوقت، فمن حق كل خصم في الدعوى أنْ يقدم ما

1- د .جلال العدوي ، أصول الأحكام واثبات الالتزام ،منشأة المعارف ،القاهرة ،2000، ص97 .
2- ينظر د .عبد الحي حجازي ، أحكام الالتزام ، ج2 ، مطبعة الفجالة الجديدة ،القاهرة ، 1953 ،ص 85 .د عبد المنعم فرج الصدة ، الإثبات في المواد المدنية ،مطبعة البابي الحلبي، القاهرة، دون سنة نشر ،ص 35 .
3- د محمد حسين منصور ،ضمان صلاحية المبيع ،مصدر سابق ،ص13 .
4 - المادة (1/77) من قانون الإثبات العراقي رقم (107 لسنة 1979) المعدل النافذ، تقابلها المادة (60) من قانون الإثبات المصري رقم (25 لسنة 1968) المعدل النافذ ،تقابلها المادة (1359) من القانون المدني الفرنسي .

لديه من أدلة لإثبات صحة الحق الذي يدعيه، ويكون للطرف الآخر حق نفي ذلك الحق عن طريق وسائل الإثبات المختلفة أيضا [1]، وإن الغاية المتوخاة من الإثبات بهذه الصورة هو ضمان إيصال الحقوق الى أصحابها وحمايتها من كل اعتداء[2] .

ويجب للفصل والحكم في الدعوى تحديد من يتحمل عبء الإثبات أولاً من أجل أن يقدم الأدلة على إثبات صحة ما يدعيه من حق، وهنالك من يرى إنْ الإثبات هو عبء ثقيل يتحمله من يقع عليه، لأن هذا الأمر هو بالغ الأهمية والخطورة، حيث يجب عليه أن يثبت أمراً تتوقف عليه نتيجة الدعوى، بينما نجد إنْ الطرف الآخر يكتفي بأن يتخذ موقفاً سلبياً يجعله ذلك في موقف أدنى من خصمه[3]، وطبقاً للقاعدة العامة (البينة على من أدعى و اليمين على من أنكر)، فإن عبء الإثبات يكون على عاتق المدعي بالحق[4]، لأن الأصل في الحقوق الشخصية هو براءة الذمة فمن يدعي خلاف ذلك فعليه أنْ يثبت ذلك، وبناءً على ما تقدم فإن عبء أثبات التعّهد بالضمان يقع على عاتق المتعّهد له لأنه يكون بمركز المدعي بالحق، فيجب عليه أن يثبت وجود التعّهد بالضمان من قبل صاحب الحرفة، عن طريق أثبات شرط التعّهد بالضمان، كذلك يجب عليه أنْ يثبت وجود خلل في العمل المنجز من قبل الأخير في مدة الضمان ولا يكلف بأكثر من ذلك، وإلاّ ترتب على ذلك خسارة دعواه[5] .

ونظراً لصعوبة الإثبات خاصة وإن المتعاقد يكون قليل الخبرة في مواجهة صاحب الحرفة الذي يتمتع بالخبرة والإمكانيات المادية والتقنية ولغرض ايجاد نوع من التوازن بين الطرفين، فقد حصل تطور في التخفيف من عبء الإثبات، من أجل حماية الطرف الضعيف في التعاقد بصدد مسؤولية المنتج، ويمكن لنا تطبيقه على التعّهد بالضمان، فلقد أتجه جانب من الفقه واستناداً الى المادة (11/1386)[6] من القانون المدني الفرنسي الخاصة بمسؤولية المنتج، الى تخفيف عبء الإثبات الملقى على عاتق المضرور عن طريق الأخذ بفكرة قرينة[1] الخطأ في جانب المُنتج عن فعل المنتَج المعيب ،حيث بينت بأعفاء المنتج من

1- د .احمد ابو الوفا ،الإثبات في المواد المدنية والتجارية ،دار الجامعة الجديدة للطباعة والنشر ،القاهرة، 1983 ،ص24 .

2- المستشار احمد نشأت، رسالة الإثبات ،ج1، ط7 ،دون ذكر مطبعة ومكان وتاريخ النشر ،ص46 .

3- د . سليمان مرقس ،مصدر سابق ، ص81 .

4 -د. عدنان هاشم جواد الشروفي ، المسؤولية المدنية الناشئة عن الاخلال بعقد الامتياز التجاري (دراسة مقارنة)، اطروحة دكتوراه مقدمة الى مجلس كلية القانون، جامعة كربلاء، 2017، ص429 .

5- الآن بينابنت ،القانون المدني العقود الخاصة المدنية و التجارية ،ترجمة د. منصور القاضي ،ط1، المؤسسة الجامعية للدراسات و النشر والتوزيع ،بيروت ،2004 ،ص195 .

6- Art.1386/11-1-3(Que le produit n'a pas été destiné à la vente ou à toute autre forme de distribution) .

1 - يقصد بالقرينة (الاستناد إلى واقعة معروفة للاستدلال على واقعة غير معروفة استنادا إلى فكرة الاحتمال والترجيح، والقرينة تغني من تقررت لمصلحته من اي طريقة من طرق الإثبات الأخرى) ،للتوسع أكثر ينظر

المسؤولية إذا أثبت إنْ العيب الذي سبب ضرراً للغير لم يكن متحققاً وقت طرح المنتج للتداول[1]، فبهذه المادة يكون المشرع الفرنسي قد نقل عبء الإثبات من عاتق المضرور إلى عاتق المُنتج الذي عليه إثبات إنْ حدوث العيب كان بسبب خطأ المضرور أو إنْ العيب لم يكن موجوداً وقت طرح المنتج للتداول، أو إنْ العيب لم يحدث أصلاً .

كذلك إنْ القضاء قد سعى جاهداً هو الآخر لتوفير الحماية للمضرور من فعل المنتج، وذلك عن طريق إقامة قرينة على أن أي عيب يظهر في مدة الضمان يكون بسبب المنتج للشيء[2]، وعن طريق هذه القرينة فإن القضاء قد نقل عبء الإثبات إلى عاتق المنتج، بسبب عدم التوازن العقدي بين الأطراف المتعاقدة، حيث يكون المنتج أو الصانع بمركز المهني المتخصص في مجال عمله والذي يكون أكثر قدرة من المضرور في نفي خطئه .

لكن يثار تساؤل بهذا الصدد، ما طبيعة هذه القرينة، فهل هي قرينة قاطعة لا يجوز إثبات عكسها أمّ إنها قرينة بسيطة قابلة لإثبات العكس ؟

يذهب رأي في الفقه بصدد الإجابة على هذا التساؤل بالقول إنْ هذه القرينة هي قرينة بسيطة قابلة لإثبات العكس، فيستطيع المنتج إثبات عكسها بكافة طرق الإثبات وذلك بإقامة الدليل على إنْ العيب الحادث في محل العقد هو سبب خطأ المضرور ومخالفته في استعمال الشيء وعدم أتباع التعليمات الخاصة بالاستعمال، حيث يشكل ذلك قرينة على خطأ المضرور[3]، في حين إن رأياً آخر في الفقه كان أكثر حدةً مما تقدم وبين بأن المتعاقد مع المنتج بإمكانه دائماً أن يحصل على الضمان بمجرد حدوث العيب في الشيء محل العقد، بل حتى الأخطاء التي تحصل بسبب المشتري لا يجوز للبائع التخلص من المسؤولية بأي حال من الأحوال لأنه يكون بمركز المتعاقد المحترف[4] .ويرى الباحث إنْ الرأي الأول هو الأكثر صواباً وقريباً من الواقع الذي يجيز للمتعّهد التخلص من المسؤولية بإثبات الاستعمال غير المشروع من قبل المتعّهد له .

مهدي صالح محمد أمين ،أدلة القانون غير المباشرة في الإثبات ،مطبعة اوفسيت الشرق ،بغداد ،1987 ، ص153 .

1- د. محمود السيد عبد المعطي ،المسؤولية عن فعل المنتجات الطبية و مخاطر التقدم ،دار النهضة العربية ، القاهرة ،1998 ،ص43 .

2 -Aubry et Ran,Drot civil francais ,5 ed ,par p Esmein, 1947, p 87 .
اشار اليه د. محمد حسين منصور ،ضمان صلاحية المبيع ،مصدر سابق ،ص33 .

3- د .محمد حسين منصور ،المصدر نفسه ،ص33 .

4- د .اسعد ذياب ،مصدر سابق ،ص127 .

ويمكن لنا تطبيق ما تقدم على موضوع بحثنا والأخذ بفكرة قرينة الخطأ في جانب المتعّهد لأنه يتفق مع ما متطلبات الحماية الكاملة للمتعّهد له في مواجهة المهني المختص، الذي يكون متعاقداً محترفاً في مجال عمله، وكذلك من أجل تلافي صعوبة عبء الإثبات الملقى على عاتق المتعّهد له، كذلك إنْ التعّهد بالضمان يتمتع بطبيعة استثنائية من حيث كونه ضمان اتفاقي يلتزم بمقتضاه صاحب الحرفة بمسؤوليته عن كل عيب يحدث في العمل اثناء مدة الضمان، وإنْ تحديد التزام صاحب الحرفة بأنه التزام بنتيجة يؤدي إلى تحقق مسؤوليته عن كل عيب يحدث في العمل المنجز من قبله، لكن وبنفس الوقت فإن هذه القرينة هي قرينة بسيطة وغير قاطعة فيستطيع المتعّهد التخلص من المسؤولية بأثبات خطأ المتعّهد له، وإنْ عبء الإثبات يقع على عاتق صاحب الحرفة، وما على المتعّهد له إلاّ أنْ يثبت حدوث عيب في العمل المنجز من قبل المتعّهد، وإذا أراد الأخير أنْ يتخلص من المسؤولية فعليه أنْ يثبت إنّ العيب كان بسبب خطأ المتعّهد له كسوء الاستعمال مثلاً، وهكذا فإن للتعّهد بالضمان عن الأعمال الحرفية قد اكتسب عن طريق تسهيل الإثبات حسب القرائن، مضموناً مختلفاً عن المضمون المقرر في ضمان العيوب الخفية الوارد في النص القانونية، حيث إن وضع المتعّهد بالنسبة لمسؤوليته عن عيوب المبيع لم يعد يتميز في مدى علمه بهذه العيوب فقط، إنما أصبح يتميز بالنظر إلى توفر أو عدم توفر صفة الاحتراف في المتعّهد .

الفرع الثاني

مدّة رفع الدعوى

في إطار التعُّهد بالضمان عن الأعمال الحرفية وعند أخلال المتعهد بالتزامه بالضمان، فإنه يجب على المدعي بالحق وهو المتعّهد له أو ورثته عند وفاته، أنْ يرفعوا دعوى التعّهد بالضمان في مدة محددة وإلاّ تعرض حقه إلى السقوط بسبب مضي المدة، لكن ما مقدار هذه المدة وهل يوجد تحديد قانوني لها، كذلك هو الحال في دعوى ضمان العيوب الخفية ؟

للإجابة على هذا التساؤل لا بد من القول إنّ التعهد بالضمان ليس من العقود المسماة وتسري عليه النصوص العامة الواردة في القانون المدني، لذا فإننا سنسترشد بالمواد الخاصة بدعوى ضمان العيوب الخفية من اجل بيان مدى انطباقها على دعوى الضمان الاتفاقي لمعرفة المدة المقررة لرفع هذه الدعوى، نظراً لوحدة الموضوع من حيث أنْ كلا الدعويين يستند إلى وجود العيب، إضافة إلى كونها من القواعد العامة التي يمكن أنْ نلجأ اليها عند غياب النص القانوني، ففي أطار القانون المدني المصري فإنه قد حدد مدة رفع دعوى ضمان العيوب الخفية في المادة (452) التي نصت على إنّه (تسقط دعوى الضمان اذا

انقضت سنة من وقت تسليم المبيع ولو لم يكشف المشتري العيب إلاّ بعد ذلك ما لم يقبل البائع أنْ يلتزم بالضمان مدة أطول)، وعن طريق هذا النص يتبين لنا أنْ المشرع المصري قد جعل مدة رفع دعوى الضمان القانوني سنة واحدة تبدأ من تاريخ التسليم، والتسليم المقصود به هنا هو التسليم الفعلي وليس الحكمي، وذلك لكونه يتيح للمشتري الاطلاع على العيوب الموجودة في المبيع والتحقق من حالته[1] وفي أطار القانون المدني الفرنسي نجد إنْ المادة (1648) أشارت إلى وجوب رفع الدعوى الناتجة عن الضمان القانوني خلال مّدة عامين من تاريخ اكتشاف العيب حيث نصت على إنّه (يجب ان يرفع المشتري الإجراء الناتج عن العيوب الكامنة في غضون عامين عند اكتشاف العيب.....)[2]، وتطبيقاً لهذه المادة أصدرت محكمة النقض الفرنسية قراراً، بينت فيه إنْ مّدة رفع الدعوى تكون من تاريخ اكتشاف العيب إذ جاء فيه (إن المهلة المحددة بموجب المادة 1648 لا تبدأ إلاّ في يوم اكتشاف العيب أو الخلل من قبل المشتري)[3]، ويرى الباحث إنّ تحديد مدة رفع الدعوى بعامين هي مدة طويلة وتجعل مركز البائع قلقاً ومعلقاً مدة طويلة ومن ثمّ فأنها لا تحقق استقرار المعاملات، أما المشرع العراقي، فقد جاء بنص مطابق لما جاء به المشرع المصري لكنه حدد مدة رفع الدعوى بستة اشهر تبدأ منذ وقت التسليم في المادة (570) من القانون المدني التي نصت بأنه (لا تسمع دعوى ضمان العيب إذا انقضت ستة أشهر من وقت تسليم المبيع .....)

ولم تتعرض هذه النصوص لمدة رفع دعوى الضمان الاتفاقي، إنما أشارت لرفع الدعوى عن الإخلال بالتزام قانوني، ولا يمكن تطبيقها على دعوى التعّهد بالضمان نظراً للطبيعة الاتفاقية الخاصة والاستثنائية لهذا الضمان، لكون المتعّهد له يكون قد اطمئن لهذا الضمان ودفع مقابلاً لذلك، لذا يجب أنْ تكون المدة المتفق عليها اثناء التعّهد مقررة للضمان فقط، وأنْ يكون للمتعّهد له حق رفع الدعوى بعد اكتشاف العيب. ويرى الباحث تحديد هذه المدة بستة أشهر من تاريخ اكتشاف العيب أو الأخطار، كذلك هو الحال لو اكتشف العيب في 2022/1/1 فيكون له مدة شهر لكي يخطره بالعيب ضمن مدة التعّهد، ويكون له حق رفع الدعوى بعد ستة أشهر من تاريخ الأخطار أو اكتشاف العيب، وإنْ هذا الرأي يجد له سند في المادة (455)[1] من القانون المدني المصري الخاصة بالضمان الاتفاقي في صلاحية المبيع للاستعمال، حيث بين

1- د .علي هادي العبيدي ،مصدر سابق ،ص 151 ، د. عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط ج4،البيع و المقايضة ، منشأة المعارف ،الإسكندرية ، 2004.،ص657 . د. كمال قاسم ثروت الونداوي ، شرح احكام عقد البيع ، بغداد ، مطبعة السلام ، 1973.،ص261 .

2-Art-1648 -(L'action résultant des vices rédhibitoires doit être intentée par l'acquéreur dans un délai de deux ans à compterde la découverte du vice…..)

3- con.n2z nov.1963 ;Dall .civll n593 نقلا عن د. وسيم الشمري ،مصدر سابق ،ص95 .

1- ينظر كذلك نص المادة (499) من القانون المدني الكويتي .

إنْ مدّة رفع دعوى الضمان تبدأ من تاريخ الأخطار بوجود العيب في المبيع، وحدد مدتها بستة أشهر من أجل رفع الدعوى .

ونظراً لعدم وجود نص مادة خاصة بمدة رفع دعوى الضمان الاتفاقي في التشريع العراقي من جهة، ولعدم ملائمة المدة المحددة لرفع دعوى ضمان العيوب الخفية لدعوى التعّهد بالضمان، فلا سبيل لنا لبيان مدة رفع هذه الدعوى إلاّ بالرجوع للقواعد العامة الواردة في القانون المدني العراقي في المادة (434)الخاصة بتقادم الدعوى الناشئة عن الحقوق بصورة عامة، حيث نصت على إنّه(1- يعتبر ابتداء المدة المقررة لعدم سماع الدعوى من اليوم الذي يصبح فيه الالتزام مستحق الاداء)، فهذه المادة بينت إنْ الدعوى الناشئة عن الحقوق تكون واجبة من اليوم الذي يصبح فيه الالتزام مستحق الاداء، ونظراً لكون المتعّهد له لا يستطيع مطالبة المتعّهد بتنفيذ ضمانه إلاّ عند اكتشاف العيب في العمل، فهذا الوقت هو الذي يكون فيه حقه مستحق الاداء في الضمان، ومن ثمّ فإن مدة رفع دعوى التعّهد بالضمان تبدأ منذ يوم اكتشاف العيب أو الخلل حسب المادة اعلاه، لأن المتعّهد له لا يستطيع اقامة الدعوى قبل ذلك الوقت والرجوع على المتعّهد إلاّ بعد اكتشاف العيب، وقد ينبري من يسأل إنّ المتعّهد له قد يماطل أو يتكاسل في اكتشاف العيب أو أخطار المتعّهد بالضمان بذلك ؟ .

إن هذا الفرض أمر محتمل الحدوث، وقد تكفلت بمعالجته الفقرة الأولى من المادة (434) من القانون المدني العراقي التي بينت فيه أنْ حق الدائن يكون مستحق الأداء منذ وقت نشوء حقه في الالتزام، ولا شك إن المتعّهد هو مهني مختص في مجال عمله، ويستطيع أن يثبت وقت نشوء العيب وحدوثه، ومن ثمّ نشوء حق المتعّهد له بالضمان، وإن المتعّهد له قد تأخر في إبلاغه بذلك، حيث يعتبر أخطار المتعّهد بحدوث العيب في الوقت المناسب من الأمور الجوهرية في هذا الضمان، حتى لا تتفاقم العيوب أو تحدث أضرار جانبية أخرى.

وفي إطار التشريعات الخاصة فرغم إنّ هذه التشريعات قد أشارت إلى بيان بعض أحكام الضمان الاتفاقي في أطار حماية المستهلك، إلاّ أنها لم تبين المدة اللازمة لرفع الدعوى الناتجة عن مخالفة احكام هذا الضمان، تاركةً الأمر لحكم القواعد العامة، وهو ما لا يتناسب مع الغايات المقررة من هذه القوانين في حماية حق المستهلك، وكان من الأفضل أدراج نص مادة في قانون حماية المستهلك العراقي، يقرر حق المستهلك في رفع الدعوى من تاريخ اكتشاف العيب لأن هذا الوقت الذي يكون فيه حقه مستحق الأداء .

لذا فالرأي الراجح فيما يتعلق بمدة رفع دعوى التعّهد بالضمان هو اعتبار المدة الاتفاقية والمحددة للضمان شرط موضوعي لتطبيق أحكام الضمان وليس مدة لرفع الدعوى، وتقتضي هذه المدة ظهور العيب فيها ثمّ يحق للمتعّهد له رفع الدعوى بعد ذلك، فلا يصح أنْ نطبق في مجال الضمان الاتفاقي القواعد

المقررة لرفع دعوى الضمان القانوني الواردة في المادة (570) من القانون المدني العراقي والقول بأن المتعّهد له يجب أن يرفع الدعوى فيها ،حيث يكفي لكي تكون مطالبة المتعّهد له بالضمان مقبولة أنْ يكون العيب قد ظهر في المدة الاتفاقية، فإذا حدث العيب في تلك المدة يستطيع المتعّهد له بعد ذلك ان يرفع الدعوى ضمن المدة المقررة لذلك، وبسبب عدم وجود تحديد قانوني لها ندعوا المشرع العراقي إلى تحديدها، ومن ثمّ فإن مدة رفع دعوى التعُّهد بالضمان لا تخضع للمدة المقررة في دعوى الضمان القانوني[1]. بسبب قصر هذه المدة، وإنها خاصة بالضمان القانوني في عقد البيع، كذلك إنْ هذا الرأي يوفر الحماية الكاملة للمتعّهد له في مواجهة المتعّهد الذي يتمتع بصفة الاحتراف، حيث إنْ المتعّهد له قد يظهر له عيب في آخر يوم من المدة المحددة للضمان ولا يستطيع رفع الدعوى فيها مما قد يؤدي الى ضياع حقوقه بسبب انقضائها، كذلك إنّ هذا القول يوفر مبدأ الفصل بين مدة الضمان ومدة رفع الدعوى الذي من شأنه ان يصون حق المتعّهد له من السقوط والاستفادة من مدة الضمان، هذا الفصل الذي تجاهلته المادة (570) من القانون المدني العراقي الخاصة بمدة رفع دعوى ضمان العيب القانوني ،فيكون بذلك لمدة التعّهد بالضمان وظيفة واحدة وهي انها مقررة للضمان وليس لرفع الدعوى، بعكس مّدة الضمان القانوني التي يكون لها وظيفتان فهي مّدة ضمان اضافة إلى كونها مدة لرفع الدعوى وإلاّ سقط حق المشتري[2]، إضافة إلى ذلك فإن دعوى التعّهد بالضمان لها ذاتية خاصة واستثنائية عن دعوى ضمان العيوب الخفية بصورة عامة، لكونها تنشأ عن مخالفة التزام عقدي، مستقل عن الالتزام القانوني بتسليم مبيع خال من العيوب الذي ينهض على أساسه دعوى ضمان العيب، الأمر الذي يستدعي أن يعامل المتعهد بشدة وصرامة إضافة إلى التزامه بالضمان القانوني، حيث جعل من هذا التعّهد وسيلة لجذب العملاء والتزم بكامل ارادته بذلك، كذلك إنّه يكون فني محترف في مجال اختصاصه، ومبررات هذا التشدد تستوجب رفع الدعوى ضمن مدة التقادم للحقوق، وليس ضمن مّدة التعهد بالضمان حسب القواعد العامة .

كذلك إن فصل مدة الضمان عن مدة رفع الدعوى ليس بغريب أو أمر مستبعد، حيث توجد عدة نصوص قانونية أشارت إلى ذلك، فقد ورد في النصوص الخاصة بعقد المقاولة فصل مدة الضمان عن مدة رفع الدعوى وذلك في المادة (870) من القانون المدني العراقي حيث بينت إنْ مدة الضمان العشري تبدأ من وقت اتمام العمل و تسليمه تسليماً فعلياً إلى رب العمل[1]، وهو ما ورد في المادة(651)من القانون المدني المصري، أما مدة رفع دعوى الضمان العشري فتكون سنة من وقت اكتشاف العيب أو التهدم في

1- د .جابر محجوب علي ،مصدر سابق ،ص109 .
2- د عمر احمد عبد المنعم دبش ،مصدر سابق ،ص237 .
1- القاضي فلاح وناس الشمري ،الضمان العشري لمسؤولية المقاول و المهندس المعماري في القانون العراقي ،مكتبة السنهوري ،بغداد ،2012، ص55 ، د. جعفر جواد الفضلي ،مصدر سابق ،ص40 .

القانون المدني العراقي، وثلاث سنوات في القانون المدني المصري[1]، وهذا يوفر الحماية الكاملة لرب العمل في مواجهة المقاول، فإذا كشف رب العمل عيباً في البناء في اليوم الاخير من مدة الضمان المقررة فإنه يكون امامه سنة كاملة لإقامة الدعوى منذ وقت اكتشاف العيب أو حصول التهدم، وقد اصدرت محكمة النقض الفرنسية حكماً قررت فيه قبول دعوى الضمان رغم انقضاء مدة طويلة على انكشاف العيب، ومضي مدة ثلاث سنوات على أعداد تقرير الخبير بوجود العيب، جاء فيه (ان المادة 1648 لا تنطبق إلا على ضمان العيب الخفي بمعناها الدقيق والخاصة بالضمان القانوني الواجب على البائع ،لكنها لا تنطبق على الدعوى الناشئة عن الضمان الاتفاقي والمقرر بموجب شرط خاص في العقد)[2] .

أما في حالة سوء نية المتعّهد وذلك بأن يكون عالماً بوجود العيب في عمله وحاول اخفائه، أو أنْ يكون عالماً إنْ العيب سيظهر بعد مدة معينة من انتهاء مدة التعّهد بالضمان بحكم خبرته وتخصصه في العمل ولم ينبه المتعهد له و يعلمه بذلك، فإن هذا يؤدي الى نشوء مسؤوليته التقصيرية، نظراً لأن الغش يفسد كل شيء، ويؤدي إلى إطالة مدة رفع الدعوى وفقاً للقواعد العامة في التقادم[3]، ومن ثمّ تكون خاضعة للتقادم الطويل (15) سنة في القانونين العراقي والمصري و(30) سنة في القانون الفرنسي[4] .

ونظراً لما تقدم فإننا نأمل من المشرع العراقي أيراد نص مادة يحدد فيه المدة التي يجب أنْ ترفع فيها دعوى الضمان الاتفاقي بصورة عامة ودعوى التعّهد بالضمان بصورة خاصة، وعدم الاكتفاء بالنصوص القانونية التي تقرر مدة رفع دعوى الضمان القانوني، حيث لم تشر هذه المواد إلى مدة رفع دعوى الضمان الاتفاقي، ويكون ذلك بإيراد نص مادة اسوة بالمشرع المصري الذي أورد المادة (455) وحدد مدة رفع دعوى ضمان صلاحية المبيع في حالة الاتفاق عليه، وتكون مدتها سنة من بداية من تاريخ الإخطار أو من تاريخ اكتشاف العيب وحدوث الضرر، وذلك من أجل حماية حق المتعّهد له وضمان استقرار التعامل، كذلك إنّ أيراد نص مادة تحدد مدة رفع دعوى الضمان الاتفاقي يساير ما يجري عليه العمل حالياً من كثرة الضمانات الاتفاقية والتطور السريع الذي يحصل في عقد القيام بعمل التي يكثر فيها هذا النوع من الضمان .

1- ينظر المادة (870) من القانون المدني العراقي و المادة (651) من القانون المدني المصري .

2- . precit. 1932 juin 20. ciss civ اشار اليه د. جابر محجوب علي ،مصدر سابق ،ص108 .

3- ينظر المادة (232) من القانون المدني العراقي ،و المادة (1240) من القانون المدني الفرنسي ،و المادة (172) من القانون المدني المصري .

4- ينظر المادة (429) من القانون المدني العراقي ،و المادة (374) من القانون المدني المصري .

المطلب الثاني

جزاء الإخلال بالتعُّهد بالضمان

لقد بينا فيما تقدم إنْ المتعّهد يلتزم بعدة التزامات ناشئة عن التزامه بالتعّهد بالضمان، ومن ثمّ فإن أخلال المتعهد بهذه الالتزامات، يستوجب قيام مسؤوليته العقدية عن كافة الإضرار التي تصيب المتعهد له بسبب ذلك

و لما كان التعّهد بالضمان هو التزام ناشئ عن عقد القيام بعمل فإنّ ذلك يتطلب إجبار المتعّهد على التنفيذ العيني وذلك بتنفيذ التزاماته عينا، لكن في حالات معينة قد لا يمكن إجبار المتعّهد على تنفيذ التزامه عيناً كما لو كانت شخصيته محل اعتبار في التعاقد مثلاً فيصار إلى التعويض ،وقد يكون تنفيذ الالتزام ممكناً دون تدخل المتعّهد بالضمان لذا يصار إلى التنفيذ العيني على نفقة المتعّهد، وقد يرى المتعّهد له إنْ التنفيذ العيني للالتزام لا يحقق له الفائدة المطلوبة، وإن في التعويض بمقابل ترضية كافية له، لذا يصار إلى الحكم بالزام المتعّهد بدفع مبلغ نقدي على سبيل التعويض .

ولا يقتصر بحث موضوع الجزاء عن الإخلال بالتزام المتعهد على صعيد التشريعات القانونية فقط بل إن الشريعة الإسلامية الغراء قد تضمنت بين ثناياها بعض القواعد الفقهية في مسألة ضمان الصانع . ولأجل بيان ما تقدم فإننا سنقسم هذا المطلب على فرعين، نبين في الفرع الأول جزاء الإخلال في التعّهد بالضمان في الفقه الإسلامي، ونبين في الفرع الثاني جزاء الإخلال في التعّهد بالضمان في التشريعات المقارنة .

الفرع الأول

جزاء الإخلال بالتعُّهد في الفقه الإسلامي

إنّ الإنسان اجتماعي بطبعه يميل إلى العيش وسط مجتمع مترابط ومتكامل منْ أجل تحقيق دوافعه الغريزية ومصالحه الاقتصادية، وتكفل له احتياجاته المختلفة وتوفر له وسائل العيش الكريم، وقد شاءت العناية الالهية أنْ لا يترك أمر الناس سدى دون تنظيم و تدبير، لذا جاءت الشريعة الإسلامية بأحكام وقواعد كلية لتنظيم أمور المجتمع بصورة عامة وامور الفرد بصورة خاصة، ومن محاسن الشريعة الإسلامية إنها لا تقتصر في احكامها على تنظيم علاقة الفرد بربه فقط، بل إنها نظمت علاقة الافراد فيما بينهم ايضا من أجل أنْ يسود النظام السماوي وتسند الحقوق إلى اصحابها، وتكون احكامه هي الفيصل

عندما تتعارض مصالح الأفراد او يحدث نزاع[1]، وهذه الاحكام يطلق عليها بأحكام المعاملات المالية، ومن بين الاحكام التي نظمتها الشريعة الاسلامية هو تضمين الصناع نتيجة الاعمال التي يقومون بها لصالح الغير، فقد يحدث أن يصيب تلك الاعمال عيب معين أو لم تكن بالمستوى المطلوب ولا تلبي حاجة المتعاقد، فهل يجوز لهذا الاخير تضمين الصانع للعمل، وما هي الاحكام الشرعية والآراء الفقهية التي تناولت هذا الموضوع ،ولأجل بيان ذلك فإننا سنقسم هذا الفرع على فقرتين، نبين مشروعية تضمين الصناع في الفقه الإسلامي بصورة عامة في الفقرة الأولى، ونبين في الفقرة الثانية احكام ضمان الصناع بصورة خاصة :

أولاً – مشروعية تضمين الصناع

إنّ للشريعة الإسلامية قواعد كلية جاء لحفظ المقاصد الضرورية التي لا بد منها لقيام مصالح الدين والدنيا، والتي بدونها قد يحدث التنازع وكثرة المشاكل بين الأفراد، والضروريات التي حفظتها الشريعة الإسلامية هي (الدين، النفس، النسل، المال والعقل)، فجعلت حفظ المال من بين الضروريات الخمس التي حفظتها الشريعة الإسلامية وبينت قواعدها[2]، ومن بين هذه القواعد هو التضمين من أجل صيانة الحقوق وحفظها وجعلته مبدأً مقرراً لما يحصل من ضرر يصيب الأموال وزجراً للمعتدين عليها، فلقد اتفقت الآراء الفقهية [1] على جواز تضمين المعتدي على الاموال وجعلت الأساس لذلك هو التعدي، وأساس هذا الحكم هو عدة آيات قرآنية وأحاديث نبوية وقواعد فقهية .

فمن القرآن الكريم جاء قوله تعالى **(وَجَزَاءُ سَيِّئَةٍ سَيِّئَةٌ مِثْلُهَا)**[2]، وقوله تعالى (**فَمَنِ اعْتَدَى عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَى عَلَيْكُمْ وَاتَّقُوا اللَّهَ وَاعْلَمُوا أَنَّ اللَّهَ مَعَ الْمُتَّقِينَ)**[3]، فتدل هذه الآيات الكريمة على وجوب رد السيئة بمثلها، وكذلك رد الاعتداء يكون بمثله، وإنّ التعدي والتجاوز على اموال الآخرين يعتبر من قبيل الاعتداء الذي يجب رده[4]، ورد ذلك التعدي يكون عن طريق تضمين المعتدي بدل

---

1 - د .منى محمود محمد لطفي ،مسؤولية اصحاب المهن والحرف في الشريعة الإسلامية ،ط1، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية ،2011، ص15 .

2 - ابي علي الحسن بن رحال المعداني ، كشاف القناع عن تضمين الصناع ، الدار التونسية للنشر والتوزيع ، تونس ،1986 ، ص41 .

1- ينظر مسؤولية اصحاب المهن والحرف في الشريعة الإسلامية ،مصدر سابق ،ص68 .د .حسني عبد السميع ابراهيم ،موقف الفقهاء من ضمان الأموال في الشريعة الإسلامية ،منشأة المعارف ،القاهرة ،2011، ص59 .

2- سورة الشورى ، جزء من الآية 40 .

3- سورة البقرة ،جزء من الآية 194 .

4- الحسين بن مسعود البغوي ، تفسير البغوي ،ج7 ،دار طيبة ،دون مكان نشر ،1989 ،ص283 .

الاموال، فتدل هذه الآيات أنّ للإنسان أنْ يأخذ حقه ممن اعتدى عليه أو ظلمه طالما كان صاحب حق وهذا يعد نوعاً من العدل[1]، وإنّ هذه الآيات بينت إنّ رد السيئة والاعتداء يكون بمثله .

وكذلك ورد في الأحاديث النبوية ما يدل على مشروعية التضمين منها قول النبي محمد (صلى الله عليه واله وسلم) في خطبة الوداع (**إن دماؤكم واموالكم واعراضكم عليكم حرام كحرمة يومكم هذا في بلدكم هذا في شهركم هذا)** [2]، كذلك ورد في قول النبي (صلى الله عليه واله وسلم) **(لا يحل مال امرئ مسلم إلاّ بطيب نفسه)**[3]، فتدل هذه الأحاديث الشريفة على حرمة التعدي على أموال المسلمين، ولما كان التعّهد بالضمان فيه نوع من المحافظة على اموال الغير وإنّ صاحب الحرفة مؤتمن بجودة وكفاءة عمله، لذا فإن كل عيب أو خلل في عمله يخل بالمنفعة المقصودة منه يكون من قبيل التعدي على أموال الغير، كذلك ورد عن النبي محمد (صلى الله عليه واله وسلم) قوله **(لا ضرر ولا ضرار)**[4] ،فنهى النبي عن الإضرار بالغير، وإنْ لفظ الإضرار جاء مطلقاً من غير تحديد حيث يشمل الضرر المادي و الضرر المعنوي، وإن حدوث العيب يعتبر من قبيل الإضرار التي نهى عنها النبي ومن ثم فعند حدوثها يجب تضمين المتسبب بذلك .

كذلك من القواعد الخاصة بمنع وقوع الضرر قول النبي محمد (صلى الله عليه واله و سلم) (الضرر يزال)[1]، يدل هذا الحديث الشريف إنه عند حدوث ضرر يصيب الغير فيجب رفع ذلك الضرر، وفي مجال الأعمال الحرفية فعند حدوث عيب يضر بالمتعّهد له يجب رفع ذلك العيب بإصلاحه، وعند تعذر الإصلاح يكون عن طريق تضمين صاحب الحرفة الذي تسبب بتقصيره في حدوث العيب بسبب عدم كفاءة عمله، وهنالك من يذهب للقول [2] بصدد هذه القاعدة (إما اتلاف المال واشباهه من انواع الضرر فتجري فيه قاعدة لا ضرار ويكون التضمين هو التدبير السديد دون مقابلة الضرر بمثله) .

كذلك يمكن الاستدلال بجواز التضمين عن طريق قياسه على تضمين الطبيب الجاهل الذي لا خبرة له في العلاج حيث روي عن النبي محمد (صلى الله عليه واله وسلم) قوله **(من تطبب ولم يعرف منه طب فهو**

1- ابي عبد الله احمد بن ابي بكر القرطبي ،مختصر تفسير القرطبي ،المجلد الخامس ،ط1 ،الدار العلمية ، بيروت ،2018 ،ص249 .

2- صحيح البخاري ،مصدر سابق ،(ج3 /537) .

3- نيل الاوطار ،مصدر سابق، (ج 5 /316) .

4 - سنن ابن ماجة ،مصدر سابق ،ص335 .

1- زين العابدين بن ابراهيم (ابن نجيم) ،الاشباه والنظائر على مذهب ابي حنيفة النعمان، ط1، دار الكتب العلمية ،بيروت ،1993 ،ص85 .

2- د . مصطفى الزرقا ،الفعل الضار و الضمان فيه ،ط1، دار القلم ،دمشق ،سوريا ، 1988، ص23 .

ضامن)[1]، فالنبي محمد (صلى الله عليه واله وسلم) قد بين جواز تضمين الطبيب الجاهل الذي لا خبرة له في العلاج، وهذا يدل وبطريقة القياس على جواز تضمين الصانع لما فيه من التعدي على اموال الآخرين .

ثانياً - تضمين الصناع

لقد تناولت المذاهب الإسلامية المختلفة مسألة تضمين الصناع عما قاموا بصنعه أو عمله وضربوا مثالاً لذلك كما لو اتلف الخياط الثوب اثناء خياطته أو اتلف الحائك الغزل اثناء نسجه، وبينوا إنّ الصناع هم من الأجراء الذين يتم التعاقد معهم لصنع شيء ما أو اصلاحه، كالصباغ والحداد والنجار، ولقد اتفقت المذاهب الإسلامية على جواز تضمين الصناع بالتعدي، أي إذا كان متعدياً في ممارسة مهنته كما لو كان جاهلاً في اصول المهنة أو ارتكب خطأ جسيم[2]، فبين المالكية إن (الاجير المشترك ضامن لما جنت يداه)[3]، وكذلك ذهب الشافعية إلى ذات القول حيث بينوا (فأما ما جنت ايدي الاجراء والصناع فلا مسألة فيه، فهم ضامنون لأن الجناية لا تسقط عن احد، كذلك لو تعدوا ضمنوا)[1]، كذلك بين أبن حزم بقوله (فأما من قامت عليه البينة بالتعدي أو الإضاعة ضمن)[2] .

أما تضمين الصانع في غير مسألة التعدي كما لو تلف العمل أو هلك بغير قصده وسوء تصرفه ولم يرتكب خطأ جسيم، فهل يجوز تضمينه في هذه الحالة ؟

لقد اختلف الفقه الإسلامي في الإجابة على هذا التساؤل إلى عدة اقوال، فلقد ذهب المالكية[3]، والحنفية[4]، والحنابلة[5]، والأمامية[6]، إلى جواز تضمين الصناع حتى لو لم يتعدوا في عملهم واستدلوا على ذلك بعدة أدلة فاستدلوا من الآثار، إنّ الخليفة الثاني عمر بن الخطاب (رضي الله عنه) كان يضمن الصناع

1- سنن ابن ماجة ،مصدر سابق ،ص356 .
2- وائل عبد الكريم حسن الحشاش، أحكام تضمين الصناع وأصحاب المهن في الفقه الإسلامي، رسالة ماجستير مقدمة إلى جامعة النجاح الوطنية ،نابلس ،فلسطين ،2001 ،ص41 .
3- حاشية الدسوقي ،مصدر سابق ،(ج28/4) .
1- محمد الخطيب الشربيني، مغني المحتاج الى معرفة معاني الفاظ المنهاج ،ج7، دار الفكر العربي ،بيروت، 1995، ص430 .
2- ابن حزم علي بن احمد بن سعيد الظاهري، المحلى بالآثار ،ج7 ، ط2 ،دار الكتب العلمية ، بيروت،19م، ص28 .
3- حاشية الدسوقي، مصدر سابق، (ج3/ 28) .
4- علاء الدين ابو بكر بن مسعود الكاساني بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ،ج4 ، ط1 ،دار احياء التراث العربي ، لبنان ،1997 ،ص 72 .
5- المغني، مصدر سابق، (ج49/7) .
6- المحقق الحلي ابو القاسم نجم الدين جعفر بن حسن ،شرائع الاسلام في مسائل الحلال و الحرام ،ج2 ،مطبعة الآداب ، ص182 .

وأنْ لم يتعدوا، وهنالك من قال ما زال الخلفاء الراشدون يضمنون الصناع[1]، واستدلوا من المعقول بأن ما كان مأذوناً فيه هو العمل الصالح ،فلم يكن العمل الفاسد وغير الصالح مأذوناً فيه فيكون مضمونا عليه[2]، كذلك استدلوا بجواز التضمين من باب الاستصلاح[3]، إذ إنّ المالكية أجازوا التضمين لأن فيه مصلحة الناس، وذلك بالقول (إنما يضمن الصناع ما دفع أليهم مما يستعملون على وجه الحاجة الى اعمالهم، وليس على وجه الاختبار لهم ولأمانتهم، ولو كان ذلك لأمانتهم لهلكت أموال الناس وضاعت و تجرؤا على أخذها، ولو تركوها لم يجدوا مستعتباً ولم يجدوا غيرهم ولا أحد يعمل تلك الأعمال غيرهم فضمنوا تلك الأموال لمصلحة الناس)[4]، كذلك استدلوا بجواز تضمين الصناع ما روي عن الأمام علي(عليه السلام) (إنه كان يضمن الصباغ والصواغ ويقول لا يصلح الناس إلاّ بذلك)[1]، وبرروا ذلك ان عمل الصانع مضمون عليه، وإنّه لا يستحق العوض إلاّ بالعمل، وإنّ العمل لو تلف أو حدث به عيب لم يكن له أجر فيما عمل فيه، ولقد وضع المالكية[2] عدة شروط لتضمين الصناع منها :

1- أنْ ينصب عمل الصانع لكافة الناس، فلا ضمان عليه إذا كان الصانع اجيراً خاصاً .
2- أنْ لا يكون في الصنعة تغرير، فعندها لا ضمان عليه، كنقش الفصوص أو البيطار يطرح الدابة لكيها فتموت .
3- أنْ لا يكون الصانع قد أنجز عمله بالكامل وحسب المطلوب .

أما الظاهرية[3]، والشافعية في قول[4]، فذهبوا إلى رأي مخالف لما تقدم وبينوا إنّه لا يجوز تضمين الاجير إلاّ بالبينة وعند انتفاء البينة، فالقول هو قول الأجير مع يمينه، واستدل الظاهرية بعدم جواز تضمين الصناع من القرآن الكريم، حيث جاء بقوله تعالى **(يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آَمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ**

1- نقلا عن أحكام تضمين الصناع وأصحاب المهن في الفقه الإسلامي ، مصدر سابق ،ص50 .
2 - مسؤولية اصحاب المهن والحرف في الشريعة الإسلامية ،مصدر سابق ،ص88 .
3- عرف الاستصلاح بانه (بناء الأحكام الفقهية على مقتضى المصالح المرسلة ،وهي تسمية جديدة في مقابل الاستحسان) ،د. مصطفى الزرقا، المدخل الفقهي العام ،ج3، ط1،مطبعة طبرين ،دمشق ،سوريا ،1968، ص51 .
4- أحمد بن غنيم ،النفراوي ،الفواكه الدواني على رسالة بن ابي زيد القيراوني ،ج2، دار الكتب العلمية، بيروت ،19م ،ص192 .نقلا عن أحكام تضمين الصناع وأصحاب المهن في الفقه الإسلامي ،مصدر سابق ، ص105 .
1- اشار اليه أبو أسحاق ابراهيم بن علي الشيرازي ،اللمع في أصول الفقه،ج1، ط1 ،1985، دار الكتب العلمية، بيروت ، ص 44 .
2- ينظر ،بداية المقتصد ،مصدر سابق(ج2 /287) .
3- المحلى ،مصدر سابق ،(ج7 /28) .
4- المغني ،مصدر سابق ،(ج7 /475) .

بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ)[1]، فبينت هذه الآية بعدم جواز أخذ اموال الناس بالباطل فإن كان الصانع قد تعدى على الغير فيجوز تضمينه، أما إذا لم يكن في عمله أي تعدي فلا يجوز ضمانه ويكون من قبيل الظلم لأنه يكون دون رضاه، واستدل الظاهرية كذلك من الآثار ما روي عن إبراهيم النخعي إنه قال (لا يضمن الصانع ولا القصار أو الخياط واشباهه)[2] .

ومما تقدم من اراء الفقه الإسلامي حول تضمين الصناع و بعد بيان ادلتهم، يرى الباحث إنّ الرأي الراجح هو جواز تضمين الصناع وذلك لقوة الأدلة التي استندوا عليها، كذلك إنّه يتفق مع روح الشريعة الإسلامية وأحكامها من حفظ أموال ومصالح العباد .

الفرع الثاني

جزاءُ الإخلال بالتعُّهد في التشريعات المقارنة

لقد اهتمت التشريعات القانونية المختلفة ببيان نوع الجزاء الذي يترتب على مخالفة الالتزام العقدي بصورة عامة، من اجل اعادة التوازن الذي اختل بسبب إخلال المدين بتنفيذ التزاماته، وبينت هذه التشريعات إنّ التعويض هو الوسيلة الانسب لجبر الضرر المتحقق، وإنّ أساس التعويض في موضوع بحثنا يكون استناداً إلى المسؤولية العقدية[1] من حيث الأصل، لأن الضرر الناشئ عن التعّهد بالضمان يحصل بسبب الإخلال بالالتزام العقدي الذي يربط بين الطرفين، عن طريق التعُّهد المرتبط بعقد القيام بعمل[2]، وقد يكون أساس ذلك التعويض المسؤولية التقصيرية في حالة ارتكاب المتعّهد غشاً أو خطأ

1- سورة النساء، جزء من الآية 29 .

2- المحلى ،مصدر سابق ،(ج9 /29) .

1 - تتطلب المسؤولية العقدية توفر ثلاثة اركان وهي الخطأ والضرر والعلاقة السببية بينهما، ويعرف الخطأ بأنه (الإخلال بالتزام سابق يصدر عن ادراك)، أما الضرر فيعرف بإنه الأذى الذي يصيب الشخص من جراء المس بحق من حقوقه ،أو بمصلحة مشروعة له سواء كان ذلك الحق متعلقا بسلامة جسده أو عاطفته أو بحالته أو حريته أو شرفه أو اعتباره الشخصي وغير ذلك، أما بالنسبة للعلاقة السببية فهي تعني إن يكون الخطأ سببا لتحقق الضرر، للتويع أكثر ينظر د0مدحت محمود عبد العال ، نظرة تحليلية لأحكام المسؤولية عن الفعل الضار ، ط1، المركز القومي للإصدارات القانونية ، القاهرة ، 2010 ، ص 59 0 وينظر أيضا د.عبد الرشيد مأمون ، علاقة السببية في المسؤولية المدنية ،بحث منشور في مجلة القانون والاقتصاد ، العدد (3-4)، 1971، ص583 0 د0سليمان مرقس ، المسؤولية المدنية في تقنينات البلاد العربية ، القسم الأول ، دار النهضة العربية، القاهرة ،1971، ص0182 د. عدنان هاشم الشروفي، مصدر سابق، ص429 .

2- المادة (168) من القانون المدني العراقي التي نصت على انه (إذا استحال على الملتزم بالعقد ان ينفذ الالتزام عينا حكم عليه بالتعويض لعدم الوفاء بالتزامه ما لم يثبت ان استحالة التنفيذ قد نشأت عن سبب اجنبي لا يد له فيه ،و كذلك يكون الحكم اذا تأخر المدين في الوفاء بألتزامه) .

جسيم في تنفيذ التزامه[1]، لكن هذا التعويض ينقسم بدوره الى قسمين فهو أما أنْ يكون تعويضاً عينياً وقد يكون تعويضا بمقابل، وهذا الاخير ينقسم بدوره على قسمين نقدي وغير نقدي، وكل ذلك بهدف الوصول الى افضل طريقة لجبر الضرر من جهة، ولحث المدين على تنفيذ التزامه من جهة اخرى، ولأجل بيان ما تقدم فإننا سنقسم هذا الفرع على فقرتين نبين في الأولى منهما التعويض العيني، ونبين في الثانية التعويض بمقابل

أولاً – التنفيذ العيني

إنّ التنفيذ العيني يعتبر الوسيلة الافضل لجبر الضرر بصورة عامة، لما يؤدي إلى إصلاح الضرر الذي تسبب فيه المدين عند اخلاله بالتزامه واعادة الوضع الى ما كان عليه قبل الاخلال بالالتزام، ويختلف التنفيذ العيني عن الالتزام بالإصلاح، في إنّ الالتزام بالإصلاح يكون التزام ناشئ عن التعّهد أي حتى لو لم يحصل إخلال بالتعهد، أما التنفيذ العيني فإنه يكون وسيلة لجبر الضرر بسبب إخلال المتعّهد في تنفيذ التزامه، وتؤدي هذه الوسيلة الى محو الضرر أو إزالته بدلاً من بقاء الضرر على حاله واعطاءه مبلغاً من المال، لذلك يفضل هذا النوع من التعويض على التعويض بمقابل[1]، ويعرف بأنه (الحكم بإعادة الحال إلى ما كان عليه قبل أنْ يرتكب المسؤول عن الخطأ الفعل الذي أدى إلى وقوع الضرر)[2]، ويقصد به في مجال بحثنا بأنه اجبار المتعهد على تنفيذ التزامه عيناً، ويكون ذلك أما بإصلاح العيب الذي حصل في العمل، أو إعادة تنفيذ العمل من جديد إذا تعذرت عملية الاصلاح .لذلك وحتى يوفي المتعّهد بالتزامه يجب أنّ يبقى العمل المنفذ من قبله سليما من كل عيب اثناء مدة الضمان، فإذا اخل المتعّهد بالتزامه بذلك، ترتبت عليه الجزاءات الواجبة عند الإخلال بالالتزامات العقدية بصورة عامة، والتنفيذ العيني قرره المشرع لضمان تحقيق الغرض من التعاقد، وذلك بوضع المتعاقد في الموضع الذي كان سيكون فيه لو نفذ المدين التزامه تنفيذا سليماً، وجاء من أجل تقليل حالات الفسخ من جهة وفروض تحقق المسؤولية من جهة أخرى[3] .

1- المادة (3/169) من القانون المدني العراقي التي نصت على انه (فأذا كان المدين لم يرتكب غشا او خطأ جسيما فلا يجاوز التعويض ما يكون متوقعا عادة وقت التعاقد من خسارة او كسب فائت) .

1- د .سعدون العامري ،تعويض الضرر في المسؤولية التقصيرية ،مركز البحوث و الدراسات في وزارة العدل، بغداد ،1981 ،ص16 .

2 - استاذنا الدكتور. حسن حنتوش رشيد الحسناوي ،التعويض الاتفاقي في نطاق المسؤولية العقدية ،دار الثقافة للنشر والتوزيع ،الاردن ،2014 ص13 .

3- نورس عباس فرحان العبودي، التنفيذ المعيب للالتزام العقدي دراسة مقارنة، اطروحة دكتوراه مقدمة الى مجلس كلية القانون جامعة بغداد ،2018، ص 197 .

ويستلزم للحكم بالتنفيذ العيني توفر عدة شروط اشارت اليها المادة (246) من القانون المدني العراقي حيث نصت على إنه (1- يجبر المدين على تنفيذ التزامه تنفيذاً عينياً متى كان ذلك ممكناً 2-على إنه إذا كان في التنفيذ العيني ارهاق للمدين جاز له أنْ يقتصر على دفع تعويض نقدي إذا كان ذلك لا يلحق ضرراً جسيماً للدائن)، يتضح لنا من هذا النص انه يستلزم توفر شرطين للتنفيذ العيني، الأول أنْ يكون ممكناً، والثاني أنْ لا يكون فيه ارهاق للمدين، أو يكون فيه ارهاق ولكن العدول عنه يلحق ضرراً جسيماً للدائن .

فالشرط الاول للتنفيذ العيني أنْ يكون ممكناً، حيث يجوز للمتعّهد له ان يطلب من المحكمة إجبار المتعّهد على تنفيذ التزامه متى كان ذلك ممكناً، أما إذا استحال ذلك عندها لا يمكن اللجوء للتنفيذ العيني للالتزام، كذلك لو إنْ العمل قد انهدم بالكامل، فيصار عندئذ الى التعويض بمقابل، إلاّ إذا كانت الاستحالة راجعة إلى سبب اجنبي عندها ينقضي الضمان[1]، اما الشرط الثاني فهو أن لا يكون فيه ارهاق للمدين او يكون فيه ارهاق لكن العدول عنه يلحق ضررا جسيما للدائن، فالإرهاق هو العنت الشديد والذي يتسبب بخسارة فادحة للمدين، ويترك تقدير ذلك للمحكمة المختصة[2] فيقوم القاضي بالتحري فيما إذا كان هنالك ضرر جسيم قد يصيب المدين من التعويض العيني، عندها يتم اللجوء الى التعويض بمقابل، لكن من ناحية اخرى يجب على القاضي أنْ يجري موازنة فيما إذا كان هنالك ضرر قد يلحق الدائن في الالتزام، حيث تغلب مصلحة الدائن على المدين بسبب تقصيره في تنفيذ التزامه[1]، والشرط الثالث هو أنْ يقوم الدائن بأخطار المدين بضرورة تنفيذ التزامه حسب المادة (256) من القانون المدني العراقي، ويقصد به أنْ يقوم المتعّهد له بدعوة المتعّهد إلى تنفيذ التزامه، حيث يجب لاعتبار المدين مخلاً بتنفيذ التزامه أنْ يكون قد احيط علماً بضرورة التنفيذ وأنْ تأخره قد ترتب عليه ضررا للدائن، ويتم الأعذار بأي صورة كانت حيث لم يشترط المشرع العراقي توفر شكل معين له، بحسب المادة (256) من القانون المدني العراقي والمادة (203) من القانون المدني المصري والمادة (1226) من القانون المدني الفرنسي، وأن كان من الافضل اجراءه بصورته الرسمية عن طريق كاتب العدل تجنبا لاشكالات عدم الاثبات.

أما عن موضوع التنفيذ العيني الجبري، فإنه يكون قياما بعمل لذا يقتضي تدخلاً شخصياً من قبل المدين بالضمان في تنفيذ التزامه، وقد يمتنع المتعّهد من تنفيذ التزامه عيناً، فهل يمكن إجباره على ذلك ؟

يذهب رأي في الفقه إلى إنّه في حالة رفض الفني التدخل لإصلاح وازالة العيب فلا يمكن اجباره على ذلك، ولا يملك القاضي في هذه الحالة إلاّ الحكم بفسخ العقد مع التعويض أي تطبيق الأحكام الواردة في

1- د عبد الرزاق السنهوري ،الوسيط ،مصدر سابق ،ص 760 ،د عبد الباقي البكري ،مصدر سابق ،ص35
2- مجموعة الأعمال التحضرية للقانون المدني المصري ،ج2 ، مصدر سابق ، ص512 .
1 -د .احمد شوقي عبد الرحمن ،الأحكام القانونية للتطبيقات العملية في المسؤولية المدنية ، دار النهضة العربية، القاهرة ،2013، ص302 .

الضمان القانوني[1]، لكن تعرض هذا الرأي إلى الانتقاد بالقول (كيف يمكن للمدين عن طريق تقصيره وتعنته وسوء قصده ان يغير محل الالتزام من القيام بعمل إلى التعويض، فالالتزام بعمل كغيره من الالتزامات لا يتحول بالضرورة إلى تعويض نقدي في حال عدم قيام المدين بتنفيذ التزامه بإرادته، كذلك وإنّ التزام المدين بتنفيذ تعّهده لا يعني اهداراً لحريته الشخصية ذلك لأنه التزم بتعهده بالضمان من تلقاء نفسه)[2]، لذا يذهب رأي في الفقه إلى التفرقة عند امتناع المدين عن تنفيذ التزامه في القيام بعمل بين حالتين، الأولى فيما إذا كان تدخل المدين ضرورياً لتنفيذ التزامه، والحالة الثانية إذا كان تدخل المدين غير ضروري لذلك، ويعود تقدير هذه الحالة إلى المحكمة المختصة بنظر الموضوع وفقا للسلطة التقديرية للقاضي[3]، ففي الحالة الأولى عندما يكون تدخل المدين ضروريا لتنفيذ التزامه، فإنه يجوز للدائن وهو المتعّهد له أن يرفض تنفيذ الالتزام من غير شخص المدين، ويكون ذلك في حالة إذا كانت شخصية المدين محل اعتبار في التعاقد ،أي يكون ذا خبرة وكفاءة فنية عالية في مجال عمله وهو الغالب في موضوعنا، لأن المتعّهد له لا يلجأ إلى التعاقد إلاّ مع من يمتلك خبرة ودقة في مجال عمله، لذا فعند امتناع المتعّهد عن تنفيذ التزامه عيناً يحق للمتعهد له أن يرفض القيام بعمل من قبل شخص آخر[1]، فيجوز للقاضي أنْ يلجأ في هذه الحالة إلى فرض الغرامة التهديدية لحمل المدين الممتنع لتنفيذ التزامه[2]، وإذا فشل التهديد المالي في حمل المدين على تنفيذ الالتزام، واصبح ذلك التنفيذ مستحيلاً بسبب رفض المدين عندها لا يمكن اللجوء إلاّ للتنفيذ بمقابل[3] .

أما في الحالة الثانية أي إذا كان تنفيذ التعهد بالضمان ممكناً دون تدخل المتعّهد شخصياً، فيجوز التنفيذ العيني للالتزام من قبل شخص آخر على نفقة المتعّهد بعد الحصول على أذن المحكمة، فيجوز للمتعّهد له وحسب القواعد العامة الواردة في المادة (205) من القانون المدني العراقي، والمادة (209) من القانون المدني المصري، والمادة (1222) من القانون المدني الفرنسي، أنْ يطلب التنفيذ العيني للالتزام وعلى نفقة المتعّهد بالضمان، وكذلك يجوز له في حالة الاستعجال، القيام بتنفيذ العمل وإصلاح العيب على نفقة المتعّهد دون الحصول على أذن المحكمة، كما لو كان تأخر إصلاح العيب قد يسبب ضرراً للمتعّهد له .

---

1 - Ancel le serviceapres –ve te precte, op cit, no 13

2- د جابر محجوب علي ،مصدر سابق ،ص52 .

3 - د عبد الباقي البكري ، مصدر سابق ،ص54 .

1- المادة (249) من القانون المدني العراقي والمادة (208) من القانون المدني المصري و المادة (1217) من القانون المدني الفرنسي .

2- ينظر المادة (253) من القانون المدني العراقي ،والمادة (213) من القانون المدني المصري .

3- حيث يعد اجبار المدين شخصيا على تنفيذ التزامه من قبيل المساس بشخصيته و هو أمر يمنعه القانون لذا فأن حق الدائن يكون بالتعويض بمقابل دون التنفيذ العيني الجبري ،للتوسع أكثر ينظر د. حسن علي ذنون ، د محمد سعيد الرحو ،النظرية العامة للالتزام ،ط2، دار وائل للطباعة والنشر، الاردن ،2010 ،ص244.

و تجدر الإشارة إلى إنّه لا يحق للمتعّهد له المطالبة بفسخ العقد بعد أن يكون القائم بالعمل قد أنجز عمله ونفذ التزامه، حتى لو كان العمل معيباً، لأن المتعّهد يكون قد أنجز عمله بالكامل، وتلقى الثمن عن ذلك فيكون هنالك تنفيذ للعقد، وإنّ ظهور العيب يتطلب مضي مدة زمنية معينة بعد اكمال العمل واستلامه من قبل المتعّهد له، ويتعذر معه تنفيذ الفسخ أثر رجعي بسبب مضي المدة، كذلك إنْ القائم بالعمل يكون قد انفق مصاريف في اتمام العمل وتقديم المواد، فحقوق القائم بالعمل تكون باقية بعد اتمامه، وحقوق المتعّهد له ايضاً تكون قائمة بإصلاح العيب مع التعويض، وهذا ما يمكن استنتاجه من قرار محكمة التمييز العراقية[1]، لكن في حالة ارتكاب القائم بالعمل غشاً أو خطأ جسيم في تنفيذ عمله فإنه يكون داخلاً ضمن المسؤولية التقصيرية ومن ثمّ يحق للمتعّهد له المطالبة بفسخ العقد .

وفي جميع الأحوال فإنه يحق للمتعّهد له أنْ يطلب التعويض عن جميع الأضرار التي أصابته بسبب إخلال المتعّهد في تنفيذ التزامه، ويستطيع كذلك المطالبة بالتعويض عن حرمانه من الانتفاع بمحل العقد طيلة مدة حدوث العيب وامتناع المتعهد عن تنفيذ التزامه بإصلاح العيب، أو عند تأخر المتعّهد في إصلاح العيب إذا اصابه ضرر بسبب ذلك، وقد ورد بقرار لمحكمة تميز العراق إشارة إلى التنفيذ العيني جاء فيه (إنّ المميز قد طلب من المدين تنفيذ التزامه تنفيذاً عينياً وقد أنذره بالقيام بتصليح السقوف الثانوية المتشققة، وكان التنفيذ العيني ممكناً وليس مستحيلاً حسب طبيعة الالتزام والوسائل المادية اللازمة لتنفيذه، وكان لا يوجد في التنفيذ العيني ارهاق للمدين، لذا فإن المدين المميز عليه مجبراً على تنفيذ التزامه تنفيذاً عيناً بحكم القانون)[1]، وكذلك جاء بقرار لمحكمة النقض المصرية (إن طلب التنفيذ العيني والتنفيذ بطريق التعويض قسمان يتقاسمان تنفيذ التزام المدين و يتكافأن قدراً بحيث يجوز الجمع بينهما إذا تمّ التنفيذ العيني متأخراً، فإذا كانت الدعوى رفعت أمام محاكم أول درجة بطلب رد اسهم أو قيمتها، فإن الطلب على هذه

---

1 - جاء فيه (إذا تم العمل يمتنع على رب العمل أن يطلب فسخ عقد المقاولة وذلك بسبب قيام حقوق المقاول فيما أنشأه، وإن كانت هذه الإنشاءات مخالفة للشروط والمواصفات، ويؤيد هذا النظر ما تنص عليه المادة 869 مدني، من ان إذا ظهر لرب العمل أثناء سير العمل، ان المقاول يقوم به على وجه معيب، فله أن ينذره بأن يعدل إلى الطريقة الصحيحة في أجل مناسب، فإن لم يفعل، حق له فسخ العقد، ويعلل الفقهاء هذه القاعدة بأن رب العمل عند تمام العمل يلتزم بدفع الأجر كاملاً على سبيل التعويض فأولى أن يدفع أجراً على عقد تم تنفيذه، ولأنه لا عذر لرب العمل لأنه يشرف بنفسه أو بمن يقوم مقامه على عمل المقاول طوال مدة العمل وهي تستغرق وقتاً طويلاً يكون فيه عمل المقاول تحت نظرهم، ولا يغير من هذا النظر ما يقوله المميز من أنه لم يستلم العمل لأنه مخالف للمواصفات لأن إتمام العمل أمر مغاير لاستلامه، وإتمام العمل ولو كان معيباً لا يحق معه لرب العمل أن يتحلل من العمل ويفسح عقد المقاولة) قرار محكمة التمييز العراق المرقم 500/حقوقية /967 ، 2177/حقوقية/1965 وتاريخ 1967/4/23 منشور في مجلة قضاء محكمة تمييز العراق، المجلد الرابع، ص425 .

1- قرار محكمة تمييز العراق رقم 579 /حقوقية ثالثة /1970 ،بتاريخ 1970/6/18 ،النشرة القضائية ،السنة الأولى ،العدد الأول ،كانون الثاني 1970 ص159 .

الصورة ينطوي على طلب التنفيذ العيني و التنفيذ بطريق التعويض)[1]، وجاء في احدى القرارات القضائية العراقية التي صدرت عن محكمة التمييز حكمها بإجبار المقاول على تنفيذ التزامه عيناً، لأن العيب حصل ضمن المدة القانونية للضمان ولمدة الصيانة[2] .

ثانياً – التنفيذ بمقابل

تعد هذه الوسيلة أحدى الوسائل التي قد يحكم بها القاضي لجبر الضرر الناتج عن إخلال المدين بتنفيذ التزامه، وقد يحكم القاضي بهذا النوع من التعويض عند إخلال المتعّهد بالضمان بتنفيذ التزامه، وحدوث ضرر في العمل المنجز من قبل صاحب الحرفة وتعذر التنفيذ العيني الجبري ،وبينت التشريعات المدنية محل المقارنة الحالات التي يتم اللجوء فيها الى هذا النوع من التعويض[1]، وهذه الحالات هي (1- إذا تعذر التنفيذ العيني الجبري بخطأ المدين 2- إذا كان التنفيذ العيني غير ممكناً إلاّ عن طريق تدخل المدين الشخصي ولكن لم تنفع الغرامة التهديدية في كسر عناده وارغامه على التنفيذ 3- إذا كان التنفيذ العيني ممكناً ان يتم دون تدخل المدين شخصيا لكن الدائن لم يطلب ذلك 4- اذا كان في التنفيذ العيني ارهاق للمدين و لم يكن في العدول عنه ضررا للدائن 5- اذا كان التنفيذ العيني ممكناً إلاّ ان الدائن لم يطلبه وطالب بالتنفيذ بمقابل)، وبناءً على ما تقدم فإنّه لا يتم اللجوء إلى التنفيذ بمقابل إلاّ اذا استحال التنفيذ العيني للالتزام بخطأ المتعهد، كذلك هو الحال لو لم ينفذ عمله بصورة صحيحة وادى الى تحطم العمل بالكامل، أو أن يكون التنفيذ العيني ممكناً لكن المدين يرفض القيام به وكانت شخصيته محل اعتبار، كما هو الحال لو ان اصلاح العيب لا زال ممكناً القيام به من قبل القائم بالعمل لكنه يرفض ذلك وكانت شخصيته محل اعتبار، أو إنّ المتعّهد له يختار التعويض بمقابل لكونها الافضل في وجهة نظره وتحقق مصلحته ،حيث قد يكون إصلاح العيب لا زال ممكناً لكن المتعّهد له يفضل الحصول على التعويض، وإنّ التعويض بمقابل ينقسم على قسمين، فهو أما أنْ يكون نقدياً أو غير نقدي وسنبينهما عن طريق الآتي :

1- التعويض النقدي

إنّ التنفيذ العيني للالتزام قد يكون مستحيلاً بسبب خطأ المتعّهد، أو يكون غير مناسب لتعويض المتضرر عن الاضرار التي اصابته، خاصة عندما تكون تلك العيوب من الصعب إصلاحها أو حتى في

1- طعن رقم 106 السنة 28 لعام 1963 السنة 14 منشور في مجموعة القواعد القانونية التي قررتها محكمة النقض في خمس سنوات لأحمد سمير ابو شادي ،فقرة 53 ،ص 144 .

2- قرار محكمة التمييز العراقية رقم 579 /حقوقية ثالثة /1970 بتاريخ 1970/6/18 ،النشرة القضائية السنة الأولى ،العدد الأول ،1971 ،ص 159 .

1- ينظر المادة (255) من القانون المدني العراقي ،والمادة (1/1231) من القانون المدني الفرنسي ،و المادة (203) من القانون المدني المصري .

حالة إصلاحها فإنه قد تترك اثاراً معينة في العمل المنجز من صاحب الحرفة، وقد يكون التعويض العيني اسلوباً غير مناسب لتعويض المتعهد له عن الاضرار التي اصابته، لذا قد يلجأ القاضي إلى أسلوب التعويض النقدي حيث يعتبر هذا النوع من التعويض هو الأكثر ملائمة لجبر المترتب على العمل غير المشروع بصورة عامة[1]، إذ يؤدي إلى جبر الضرر بصورة كاملة او التخفيف عنه، ومعظم القرارات القضائية الصادرة لتعويض الضرر تكون بصورة نقدية[2]، وذلك لما في النقود من دور ارضائي في خلق حالة من التوازن في ذمة المضرور المعنوية على اعتبار ان النقود من اكثر الوسائل انتشارا في التبادل التجاري واصلحها تقويماً للضرر[1]، لذا نجد إنّ التشريعات الوضعية قد اهتمت بهذه الصورة من التعويض وجعلتها الأساس في قوانينها[2]، ويكون هذا النوع من التعويض على عدة صور فقد يكون دفعة واحدة، أو قد يكون اقساطاً أو ايراد مرتباً، ويكون للقاضي صلاحية اختيار الصورة الأنسب لجبر الضرر وفقاً لمصلحة المضرور، وقد نصت على هذه الصورة من التعويض المادة (208 /2) من القانون المدني العراقي التي جاء فيها (يقدر التعويض بالنقد على إنّه يجوز للمحكمة تبعا للظروف وبناءً على طلب المتضرر أنْ تأمر بإعادة الحالة الى ما كانت عليه)، فيجوز للمتعّهد له إذا كان ذلك في مصلحته أنْ يطلب الحكم له بتعويض يكون بشكل مبلغ نقدي بدلاً من التنفيذ العيني ،كذلك يمكن للقاضي أنْ يحكم بتعويض نقدي رغم طلب التنفيذ العيني من قبل المتعّهد له، ويكون ذلك في حالة استحالة تنفيذ الالتزام عيناً لأمتناع المتعّهد عن ذلك وكانت شخصيته محل اعتبار، ولم تجدي وسائل الضغط نفعاً في حمل المتعّهد على تنفيذ التزامه، لأنه في طلب التنفيذ العيني يكون في ضمناً طلب التعويض بمقابل[3] .

لكن هل يجوز للمتعّهد له أنْ يحصل على تعويض نقدي نتيجة الضرر الذي أصابه، إضافة إلى إصلاح العيب من قبل المتعهد ؟

هنالك من يذهب[4] للإجابة على هذا التساؤل بالقول إنّه يمكن للمتضرر أنْ يحصل على مبلغ التعويض إضافة إلى إصلاح العيب، بسبب الضرر الذي أصابه من فوات المنفعة المقصودة من محل التعاقد أثناء مدة حدوث العيب وإصلاحه ،إلاّ إنّ الباحث يرى في مجال التعّهد بالضمان إنّه لا يمكن

---

1 -د عدنان هاشم جواد الشروفي، مصدر سابق، ص455 .

2- ينظر القرار القضائي رقم (518) حقوقية 1957 ،موسوعة المحامي عبد العزيز السهيل ،احكام القضاء العراقي على مواد القانون المدني ،ج1 ،دار التضامن للطباعة ،بغداد ،1962 ،ص287

1- القاضي محمد عبد طعيس ، تعويض الضرر المعنوي وفق المسؤولية التقصيرية ،ط1، مطبعة صباح ،بغداد 2008 ،ص40 .

2- ينظر نص المادة (171) من القانون المدني المصري و المادة (209) من القانون المدني العراقي و المادة (369) من القانون المدني الأردني والمادة (745)من القانون المدني السوري

3- د. عبد الباقي البكري ،مصدر سابق ،ص 38 .

4 - د. علي سيد حسن ،الالتزام بالسلامة في عقد البيع ،دار النهضة العربية ،القاهرة ،1990 ، ص19 .

مطالبة المتعّهد بتعويض عند حدوث العيب وتدخله لإصلاحه، لأن التدخل تمّ تنفيذاً للتعّهد بالضمان المتفق عليه بين الطرفين والقول بتحمل المتعّهد التعويض إضافة إلى اصلاح العيب يؤدي الى الاضرار به، لكن في حالة اطالة عملية الاصلاح أكثر من اللازم أو تأخر المتعّهد في التدخل لإصلاح العيب، أو إنّ إصلاح العيب لم يكن بالمستوى المطلوب من الكفاءة وترتب على ذلك ضرراً للمتعّهد له، فيجوز له المطالبة بالتعويض عن الأضرار التي أصابته بسبب ذلك .

وبما إنّ التعّهد بالضمان قد يكون ناشئاً بإرادة المتعّهد عن طريق الايجاب أو الاشتراط من قبل المتعّهد له في عقد القيام بعمل، فإنه يثير المسؤولية العقدية للمتعّهد وبذلك يكون التعويض النقدي مقتصراً على الاضرار المباشرة المتوقعة فقط دون غيرها[1] ،إلاّ في حالة ارتكاب المتعّهد غشاً او خطأ جسيم في تنفيذ العمل فتنهض عندها مسؤوليته التقصيرية، ويكون التعويض شاملاً للأضرار المباشرة المتوقعة وغير المتوقعة، وهذا ما أشارت أليه المادة (169) من القانون المدني العراقي، والمادة (4/1231) من القانون المدني الفرنسي، ويجري تقدير قيمة التعويض عن الاضرار التي تصيب المتعّهد له وقت حصولها من حيث الأصل، لأنه يحقق غاية التعويض، وهو رد المضرور إلى الحالة التي كان عليها قبل وقوع الضرر، لكن ومع ذلك فإن حصول تغييرات في قيمة الضرر بين مدة وقوعه والنطق بالحكم يستوجب على المحكمة أنْ تأخذ ذلك بعين الاعتبار، وتقدر التعويض وقت النطق بالحكم، كذلك الحال إذا أصاب التغيير سعر النقد فيكون بالسعر السائد يوم النطق بالحكم[2]، فعند ارتفاع الاسعار من وقت اتمام العمل الى حين النطق بالحكم يستوجب على المتعّهد دفع مبلغ اضافي للمتعّهد له، أما اذا كان المتعّهد له هو الذي اصلح الضرر فيحكم له بما دفعه فعلاً .

وفي نطاق التشريعات الخاصة نجد إنّ قانون حماية المستهلك المصري قد أشار في المادة (2 /7) إلى حق المستهلك في الحصول على التعويض الكامل عن جميع الاضرار التي تلحق بالمستهلك بسبب شراء المنتجات أو تقديم الخدمات، حيث نصت على إنّه (الحق في الحصول على تعويض عادل عن الاضرار التي تلحق بالمستهلك أو بأمواله جراء شراء المنتجات أو استخدامها او تلقي الخدمات)، أما في قانون حماية المستهلك العراقي فنجده قد أشار إلى حق المستهلك في التعويض حسب المادة (6 /2) التي بينت حقوق المستهلك الأساسية وفقاً لهذا القانون منها الحصول على التعويض عن جميع الأضرار التي أصابته، حيث نصت على انه (والمطالبة بالتعويص امام المحاكم المدنية عن الضرر الذي يلحق به او بأمواله جراء ذلك)، اما بخصوص قانون حماية المستهلك الفرنسي فنجد إنّ المادة (71) قد اشارت الى حقوق المستهلك الناشئة عن الضمان الاتفاقي وبينت أنها تخضع لاتفاق الأطراف، كذلك المادة(1/18)من

1- د سعدون العامري ،مصدر سابق ،ص 159 .

2 - د .عبد المجيد الحكيم و آخرون ،الوجيز في نظرية الالتزام ،ج2، مصدر سابق ، ص244 .

هذا القانون قد أشارت إلى حقوق المستهلك الأساسية منها الحصول على التعويض عند أخلال المورد بأي من حقوق المستهلك الواردة في هذا القانون .

ثانيا – التعويض غير النقدي

إنّ هذا النوع من التعويض يكون طريقاً وسطاً بين التعويض العيني والتعويض النقدي، فهو لا يكون بصورة تنفيذ عيني لأنه ليس تعويضاً عينياً، كذلك إنّه ليس تعويضاً نقدياً تقدره المحكمة بمبلغ من النقود، وإنّ هذه الصورة تكون مناسبة لجبر بعض انواع الضرر، حيث لا يشترط أنْ يكون التعويض دوماً بمبلغ من النقود، كما أن الدائن في الالتزام يستطيع أنْ لا يطلب التعويض العيني، فقد يرى في التعويض غير النقدي هي الطريقة الافضل له لجبر الضرر[1]، وتتمثل هذه الصورة بأن تأمر المحكمة بأداء امر معين على سبيل التعويض[2]، فقد يكون هذا النوع من التعويض هو الانسب لجبر الضرر وفق ظروف معينة[3]، وقد يكون فيه ترضية كافية للمتعّهد له عما اصابه من ضرر بسبب اخلال المتعّهد بتنفيذ التزامه، وقد اشارت المادة (2/209) [4] من القانون المدني العراقي إلى هذا النوع من التعويض ووفقاً لهذه المادة فانه يكون على ثلاثة صور، فأما ان يكون بصورة الحكم بأداء امر معين لصالح المضرور، وأما أنْ يكون برد المثل في المثليات، أو إعادة الحال إلى ما كانت عليه قبل وقوع الضرر .

ويثار تساؤل بصدد مدى ملائمة هذا النوع من التعويض للضرر الحاصل بسبب اخلال المتعّهد بالتزامه الناشئ عن التعهد بالضمان، سيما إذا ما علمنا إنّ هذه الأضرار تتعلق بالعمل المنجز من قبل صاحب الحرفة فتكون اضرار مادية وتتمثل بظهور عيب في ذلك العمل ؟

هنالك من يذهب إلى إنْ التعويض بصورة عامة يجب أنْ يكون مبلغ من النقود ولا يجوز ان يكون غير نقديا إلاّ إذا طلب المدعي ذلك او في حالة وجود اتفاق عليه[5]، ولقد بينا ان غالبية الاضرار الناشئة عن التعّهد بالضمان تكون اضرار مادية بصورة عيوب تحدث في العمل المنجز من قبل صاحب الحرفة وتخل بمنفعة المتعّهد له بمحل العقد ،لذا تكون الصورة الافضل لجبر الضرر هو تعويضها تعويضا نقدياً

1- استاذنا الدكتور. حسن حنتوش ،مصدر سابق ،129 .

2- د .عبد الحي حجازي، النظرية العامة للالتزام ،دار النهضة العربية ، القاهرة ،1954 ،ص67 . د. عبد الرزاق السنهوري ،الوسيط ،ج2 ، مصدر سابق ،ص 967 .

3- د .صدقي امين عيسى ،التعويض عن الضرر و مدى انتقاله الى الورثة ،(دراسة مقارنة) ط1 ،المركز القومي الاصدارات القانونية ،القاهرة ،2014 ،ص165 . د سعدون العامري ،مصدر سابق، ص159 .

4- التي نصت على انه (ويقدر التعويض بالنقد على انه يجوز للمحكمة تبعا للظروف و بناءا على طلب المتضرر ان تأمر بأعادة الحالة الى ما كانت عليه او ان تحكم بأجراء معين او برد المثل في المثليات و ذلك على سبيل التعويض) .

5 - د .عبد الباقي البكري ،مصدر سابق ،ص135 .

أما التعويض غير النقدي فمجاله محدود جداً ولا يتناسب مع هذا النوع من الاضرار، لأن هذا النوع من التعويض يناسب الاضرار المعنوية ،حيث يكون هو الانسب لجبر الضرر المعنوي ،حتى ان بعض الفقه قد اطلق عليه تسمية التعويض المعنوي[1]، ومما تقدم يتضح لنا عدم ملائمة هذا النوع للأضرار الناشئة عن الإخلال بالتعّهد بالضمان لكونها اضرار مادية وليست معنوية

المطلب الثالث

انقضاء التعُّهد بالضمان

لقد بينا مما تقدم إنّ التعُّهد بالضمان يتضمن عدة التزامات يلتزم بها المتعّهد، وإنه ضمان محدد بمدة زمنية معينة، ومن ثمّ فإن الالتزام الذي يقع على عاتق المتعّهد عند حصول اي عيب في العمل المنجز من قبله يكون التزام مؤقت مصيره إلى الزوال فهو ليس ضمان مؤبد إلى ما لانهاية إنما ينقضي في حالات معينة، وهذا الانقضاء يحصل عن طريقين، الأول يكون انقضاء بصورة أصلية عن طريق انتهاء المدة المحددة لذلك، كذلك يكون لأراده المتعّهد له دور في التنازل عن التعّهد أو التخفيف من آثاره ،والثاني فهو انقضاء التعّهد بالضمان بصورة تبعية عند تحقق السبب الاجنبي، بسبب سقوط المسؤولية عن عاتق المتعّهد عند انقطاع العلاقة السببية بين الضرر المتحقق وفعل المتعّهد بالضمان في حالات معينة، ولأجل بيان ما تقدم فأننا سنقسم هذا المطلب على فرعين نبين في الفرع الأول الانقضاء الأصلي للتعُّهد بالضمان، ونبين في الفرع الثاني الانقضاء التبعي للتعّهد بالضمان .

الفرع الأول

الانقضاء الأصلي

إنّ التعُّهد بالضمان هو ضمان يرد بصدد عقد يتضمن القيام بعمل، ويمثل التزام يرد على عاتق المتعّهد به، فهو قيد على أرادة المدين ولا بد من انقضائه، وممكن أنْ ينقضي الالتزام بالتعّهد بالضمان بصورة طبيعية، عند تحقق حالات معينة تؤدي إلى انقضاء التعّهد بالضمان ذاته، وتحلل الملتزم به من الالتزام الملقى على عاتقه، وهذه الحالات أما أنْ تكون بسبب نهاية مدة التعهد، أو بسبب تنازل المتعّهد له عن حقه في التعّهد، أو قد تكون بسبب وفاة المتعّهد الملتزم بالضمان ،وهذا ما سنبينه عن طريق الفقرات الآتية :

1- د حسن علي ذنون ،أصول الالتزام ،مطبعة المعارف ،بغداد ،1970 ، ص 123 .د .عبد المجيد الحكيم، احكام الالتزام ،مصدر سابق، ص257 .

أولاً- انقضاء مدة التعُّهد

لقد بينا في شروط التعّهد بالضمان إنّ لهذا التعّهد مدة معينة يتم تحديدها عن طريق الاتفاق أو حسب العرف وطبيعة العمل، ومن ثمّ فإنه ينقضي بأنتهاء هذه المدة فهو ليس التزام مؤبد إلى مالا نهاية بل ينقضي بأنتهاء مدته، فالتعّهد بالضمان وإنْ كان مقرراً لحماية مصلحة المتعّهد له، إلاّ إنّه ينبغي بنفس الوقت عدم أهدار مصلحة المتعّهد من حيث وجوب تحديده بمدة معينة، لذا وحتى تتحقق مسؤولية المتعّهد فلا بد من ظهور العيب في مدة التعّهد، والغرض من هذه المدة هو المحافظة على استقرار المعاملات، وحتى لا يبقى المتعّهد بالضمان تحت رحمة المتعّهد له ويبقى مركزه قلقاً ومعلقاً مدة طويلة من الزمن، وعليه فإن انقضاء التعّهد بالضمان قد يكون بصورة أصلية في الأحوال التي يتحقق فيها انتهاء مدة الضمان دون ظهور عيب في عمل صاحب الحرفة[1] ،وهذا بلا شك يدل على جودة عمل صاحب الحرفة، وإنّه قد نفذ التزامه بكفاءة عمله وخلوه من كل عيب تنفيذاً تاماً ومن ثم لا يمكن مسائلته عن أي عيب يظهر بعد انتهاء مدة التعهد بالضمان، أو قد يظهر العيب في العمل في مدة التعهد فيتدخل المتعهد لتنفيذ ضمانه وبحسن نية ودون أهدار لمصلحة المتعّهد له ثم تنقضي المدة المحددة للتعُّهد .

ثانياً – تنازل المتعّهد له

ينقضي التعُّهد بالضمان بصورة أصلية بتنازل المتعّهد له عن حقه في الضمان، سواء أكان ذلك التنازل في بداية مدة التعّهد بالضمان أو كان في اثناء سريانها، حيث يعد التعُّهد بالضمان حقاً مقرراً لصالح المتعّهد له وهذا الحق يكون حقاً شخصياً، فلا يوجد هنالك ما يمنع من تنازل المتعّهد له عن هذا الحق كيفما شاء طالما كان لا يتعارض مع القانون والنظام العام، والتنازل عن هذا الحق يؤدي الى سقوط دعوى التعّهد بالضمان بصورة تبعية، ولا يشترط لهذا التنازل شكل خاص أو لفظ معين فيجوز انْ يكون صريحاً كذلك يجوز أنْ يكون ضمنياً، وفي جميع الأحوال فإن التنازل لا يفترض بل يجب أنْ تتجه اليه إرادة المتعّهد له بصورة واضحة[2]، والتنازل الصريح يكون عن طريق قيام المتعّهد له بتبليغ المتعّهد بالتنازل عن التعّهد بالضمان بشكل واضح لا يثير اللبس أو الغموض، كأن يقول أسقطت الضمان أو أنت

1- حيث جاء في قرار لمحكمة التمييز العراقية بعدم مسؤولية المقاول عن العيوب الظاهرة بعد انتهاء المدة اذ جاء فيه (عدم مسؤولية المقاول عن العيوب الظاهرة في البناء بعد الاستلام و انتهاء مدة الصيانة) ،قرار محكمة التمييز العراقية المرقم 1068/حقوقية/965 في 1965/12/26 قضاء محكمة التمييز، المجلد الثالث، القرارات الصادرة سنة 1965، مطبعة الإرشاد، العراق، 1969، ص119.

2- د. حسن علي ذنون ،شرح القانون المدني العراقي ،مصدر سابق، العقود المسماة ،ص 254 ، د. محمد لبيب شنب ،مصدر سابق ،ص200 ، د. غني حسون طه ،مصدر سابق ،ص323 .

في حل من هذا الضمان[1]، أما التنازل الضمني فيستخلص من مجموع التصرفات التي يقوم بها المتعّهد له في مدة الضمان أو بعد ظهور عيب في العمل المنجز، كأن يقوم المتعّهد له وبعد ظهور عيب في العمل المنجز من قبل صاحب الحرفة بإصلاحه لدى شخص آخر دون الرجوع على المتعّهد ومطالبته بالضمان، ويكون كذلك عند سكوته مدة طويلة اقلها ان تنقضي مدة التعّهد ولا يداعي او يطالب بالضمان رغم علمه بالعيب حتى انتهاء مدة التعّهد بالضمان، كذلك ويمكن عد تصرف المتعّهد له بالعمل المنجز إلى الغير رغم علمه بتحقق سبب الضمان بوجود عيب في العمل تنازلاً عن حقه في هذا التعّهد سواء أكان هذا التصرف بيع أو وصية أو مقايضة[2]، وذلك قياساً على أسقاط الضمان القانوني عند تصرف المشتري بالمبيع رغم علمه بالعيب الواردة في المادة (561) من القانون المدني العراقي، ويشترط في التنازل الضمني أنْ تكون القرائن الدالة عليه تشير بوضوح و بصورة قاطعة إلى تنازل المتعّهد له عن حقه في الضمان ولا تثير اللبس أو الغموض، نظراً لخطورة الأثر الذي يترتب على ذلك في سقوط دعوى التعّهد بالضمان، ويرى الباحث إنْ تنازل المتعّهد له عن حقه في الضمان سواء أكان صريحاً أو ضمنياً لا يؤدي الى انقضاء الضمان نهائياً، وإنما يعفي المتعّهد من الاثار المترتبة على ذلك، لأن انقضاء التعّهد بالضمان لا يكون الا بانقضاء مدته، حيث ينتفي معه الضمان بصورة نهائية ،أما التنازل عن التعّهد بالضمان فهو ابراء لذمة المتعّهد من أنْ تبقى مشغولة بهذا الضمان، ونزول عن حق المتعّهد له في التعويض، فهو إعفاء من أثار التعّهد بالضمان وليس سقوطه أو نفيه .

وقد ينبري من يسأل عن حكم تنازل المتعّهد له عن حقه في التعّهد بالضمان مع الغش والخطأ الجسيم الذي يرتكبه المتعّهد ؟ للإجابة على هذا التساؤل لا بد من القول باننا قد بينا مسبقاً بأن ارتكاب المتعهد غشاً أو خطأ جسيم في تنفيذ عمله يؤدي الى قيام مسؤوليته التقصيرية لأنه ارتكب عملاً غير مشروع ويخرج من نطاق المسؤولية العقدية، ومن ثمّ فإن هذا يؤدي إلى بطلان التنازل عن التعّهد بالضمان وهذا يمكن قياسه وفقاً للمادة (259) من القانون المدني العراقي التي بينت بطلان اتفاقات الاعفاء من المسؤولية التقصيرية[1]، ومن ثمّ فإن مسؤولية المتعّهد تبقى قائمة رغم تنازل المتعّهد له عن التعّهد .

1- قد ورد في قرار لمحكمة التمييز الاتحادية جاء فيه (ليس للمشتري رد المبيع بسبب ظهور عيب اذا كان قد ذكر في ورقة الكمبيالة التي وقعها انه قد قبل المبيع من كل عيب) ،قرار رقم 1723 في 1963منشور في مجلة قضاء محكمة التمييز ،المجلد الاول 1963 مطبعة الحكومة ،ص71 ،

2- د .محمد عبد الله ابو هزيم ،مصدر سابق ،ص214 .د. حسن على ذنون ،العقود المسماة ،مصدر سابق ص256 .وقد ورد في قرار لمحكمة التمييز جاء فيه (يبطل خيار الوصف المرغوب به من المشتري اذا تصرف بالمبيع بعد الاطلاع على عدم وجود الوصف المرغوب الذي كان راغبا فيه)،قرار رقم 645 لسنة 1953 ، مجلة القضاء تصدرها نقابة المحامين في العراق ،السنة 11 ،العدد الخامس ،1953 ،ص133 .

1- حيث نصت على انه (ويقع باطلا كل شرط يقضي بالإعفاء من المسؤولية المترتبة عن العمل غير المشروع) .

أما في الفقه الإسلامي فقد تعرض الفقهاء لمسألة التنازل عن الضمان سواء أكان صريحاً أو ضمنياً، فمثل التنازل الصريح قول الدائن بالضمان اسقطت الخيار وابطلته والزمت البيع[1]، ومثل التنازل الضمني هو التصرف في المبيع بعد الاطلاع على العيب، إلاّ انهم اختلفوا في طبيعة التصرف الذي يتضمن هذا التنازل الى رأيين فالرأي الأول ذهب الى ان التصرف الذي يؤدي الى اسقاط الضمان هو التصرفات الناقلة للملكية فقط التي تؤدي إلى خروج المبيع من ملكية الدائن بالضمان دون غيره من التصرفات[2]، في حين ذهب الرأي الثاني إلى أن اي تصرف يقوم به المشتري بعد العلم بالعيب يؤدي الى سقوط الضمان لأنه يدل على الرضا بالعيب ويحرم المشتري من الضمان[3] .

ثالثاً – وفاة المتعّهد

إنّ التعّهد بالضمان هو التزام محدد بمدة زمنية معينة، فهو ليس فوري التنفيذ، وقد يحصل أنْ يتوفى المتعّهد بالضمان اثناء المدة المحددة للتعهد، فهل يترتب على ذلك انقضاء التعّهد بالضمان أمّ يمكن القول بأنتقال هذا الالتزام إلى الورثة ؟

إنّ الإجابة على هذا التساؤل تختلف بحسب موقف كل من القانون الفرنسي والمصري والعراقي، لأن القانون المدني العراقي والمصري قد تأثرا بأحكام الفقه الإسلامي في تنظيم هذه المسألة، فبالنسبة للقانون المدني الفرنسي فأنه قد خير الوارث بين ثلاثة حلول عند وفاة مورثه، فهو أما أنْ يأخذ التركة بكل ما تحتويه من حقوق والتزامات و هو عندما يقبل بهذا الخيار يكون ملزماً بتعهد مورثه، وأما ان يترك التركة ولا يأخذ منها شيئا، وبهذا الخيار لا يكون الوارث مسؤولاً عن التزامات مورثه ولا يلتزم بشيء، أما الخيار الثالث فهو أنْ يأخذ التركة بشرط، وهو أنْ يكون مسؤولاً عن التزامات وديون مورثه بحدود التركة أما إذا جاوز الالتزام او الدين قيمة التركة فهو لا يعد مسؤولاً عنها، ومن ثمّ فإن حق الدائن يكون مقيد

1- د .محمد زكي عبد البر ،أحكام المعاملات المالية في الفقه الحنبلي ،ط1، دار الثقافة، الدوحة ، دون سنة نشر، ص423.

2- أشارت إلى ذلك مجلة الأحكام العدلية ،في المادة (312) التي نصت على انه (المشتري الذي له خيار العيب اذا تصرف في المبيع تصرف الملاك سقط خياره) .

3- الإمام أبي القاسم عبد الكريم الرافعي ،فتح العزيز بشرح الوجيز ،ج8 ،دار الكتب العلمية ،بيروت، ص341، العلامة الحلي الحسن بن يوسف بن المطهر ،تذكرة الفقهاء ،مؤسسة آل البيت لأحياء التراث ،ج11، دون مكان وسنة نشر ،ص91 ،ابن عابدين ،رد المحتار ،(ج5 /118) ،يونس البهوتي ،كشاف القناع، (ج220/3) .

بحدود قيمة التركة، وبهذا الخيار فإن كان قيمة التعّهد بالضمان بحدود التركة يكون الوارث مسؤولاً عنه أما إذا تجاوز تلك القيمة فلا يسأل عن شيء[1] .

اما بالنسبة للقانونين المدني العراقي والمصري فإن الحكم فيها مختلف عن القانون المدني الفرنسي بسبب تأثر هذه القوانين بالشريعة الإسلامية التي بينت قواعدها (لا تركة الا بعد سداد الديون)، فمعنى هذه القاعدة إنْ الورثة لا يتلقون تركة مورثهم إلاّ بعد سداد ديونه والايفاء بكافة التزاماته التي كانت مترتبة حال حياته، من التركة[2] وهذا معناه إنّ الالتزامات والديون السابقة للمورث لا تنتقل إلى الورثة مباشرة انما تكون لصيقة بالتركة وتنتقل اليها، ومن ثمّ فإن وفاة المتعّهد بالضمان يؤدي إلى انقضاء التعّهد وانتهاء التزامه، فهو كما بينا تكون شخصية محل اعتبار عند التعاقد والاتفاق على التعهد بالضمان، وإن ورثة المتعّهد لا يعتبرون امتداد لشخصيته ولا يلتزمون بالتزامه بالضمان، لأن الوفاة تكون ومانع يحول دون تنفيذ المتعّهد لالتزامه سيما إذا كانت شخصيته محل اعتبار، لكن ذلك يؤدي إلى جعل المتعهد له دائناً للتركة بمبلغ الضمان، وإن ورثة المتعّهد لا يستحقون تركة مورثهم إلاّ بعد تحقيق التزامه بالضمان ودفع التعويض إلى المتعّهد له عند حدوث عيب، بأعتباره دائناً للتركة بمبلغ الضمان[3]، أو انتهاء مدة التعّهد بالضمان دون حدوث عيب أو خلل في محل العقد .

الفرع الثاني

الانقضاء التبعي

في الحالة التي يحدث فيها العيب في العمل المنجز من قبل صاحب الحرفة أثناء مدة التعُّهد بالضمان ، فهذا يؤدي الى تحقق مسؤوليته بتنفيذ تعهده بالضمان ،الا ان قيام المسؤولية عن ذلك العيب قد لا تكون نتيجة متحققة دائما ،فرغبة من التشريعات المختلفة في أيجاد نوع من التوازن بين مصلحة المضرور ومصلحة الملتزم بالضمان بصورة عامة، أتيحت للأخير عدة حالات يستطيع من خلالها دفع مسؤوليته ،وهذه الحالات تؤدي الى انقطاع العلاقة السببية بين الضرر الذي اصاب المتعهد له وخطأ المتعهد عن العيب الحادث في العمل و من ثم يسقط الضمان لعدم ارتباط مسؤولية صاحب الحرفة بالضرر الذي أصاب المتعهد له ،ونفي العلاقة السببية يتم من خلال قيام المتعهد بإثبات ان الضرر الذي أصاب العمل

1- د. عمر احمد دبش ،مصدر سابق ،ص 290 . نقلا عن د. وسيم جبار الشمري، مصدر سابق ، ص85 . د عبد الرسول عبد الرضا ،الالتزام بضمان العيوب الخفية في القانونين المصري والكويتي ،دار حراء ،القاهرة ، 1974، ف 219 ،ص 145 .

2- استاذنا الدكتور. حيدر حسين الشمري ،المختصر في احكام الوصايا و المواريث في التشريع العراقي والفقه الإسلامي ، ط2 ،دار الوارث للطباعة ،بغداد ،2019 ،ص116 .

3- د .اسعد ذياب ،مصدر سابق ،ص154 .

محل التعاقد قد حصل عن طريق سبب أجنبي[1] لا يد له فيه ،كأن يكون الضرر قد حصل بسبب خطأ المتعهد له ذاته بسبب سوء الاستخدام مثلا ،او قد يكون العيب قد حصل بسبب القوة القاهرة ،او قد يكون حصل بسبب فعل الغير ،فإذا استطاع المتعهد أثبات ذلك السبب الأجنبي فعندها يسقط التعهد بالضمان لعدم مسؤوليته عنه[2] ،ولأجل بيان الأسباب التي تؤدي الى نفي العلاقة السببية بين الضرر ونشاط المتعهد عن طريق السبب الأجنبي فأننا سنقسم هذا الفرع على ثلاث فقرات نبين في الفقرة الأولى القوة القاهرة ،و نبين في الثانية خطأ المتعهد له و نبين في الثالثة خطأ الغير ضمن ما يأتي :

أولاً- القوة القاهرة

إنّ القوة القاهرة هي احد الأسباب التي تؤدي الى نفي المسؤولية عن المدين في الالتزام حسب القواعد العامة، حيث يسقط ضمان المتعهد اذا اثبت حصولها ،فتؤدي الى قطع العلاقة السببية بين الضرر الحاصل و نشاط المتعهد، ومن ثم لا يلتزم بتنفيذ ضمانه او دفع التعويض لعدم مسؤوليته عن ذلك الضرر ،ذلك لأن القوة القاهرة تؤدي الى منع المدين من تنفيذ التزامه رغما عنه و دون ارادته في ذلك .

و بصدد بيان معناها فقد عرفت بأنها (كل ما يستعصي توقعه بوسائل الادراك الانساني ،و حتى لو امكن ادراكه فأنه يستعصي المقاومة)[3] ،و كذلك تم تعريفها بأنها (ظروف تسمح للمتعرض لها ان يعدل عن تنفيذ التزامه في حالة وجودها ،فهي تشكل عقبة أمام مسؤولية الطرف الممتنع عن تنفيذ التزامه و تعلق تنفيذ الالتزام المعني به)[4] ،وعرفها آخرون بأنها (الحادث المفاجئ الذي يحدث بعد ابرام العقد و يكون غير منسوب الى المدين و يؤدي الى استحالة التنفيذ)[1] ،ونلاحظ من هذه التعاريف المتقدمة ان القوة القاهرة هي ظرف خارج عن ارادة المدين في الضمان و غير متوقع يمنعه من تنفيذ التزامه .

1- يقصد بالسبب الاجنبي كل حادث لا يد للمدين ،او هو كل فعل أو حادث معين لا ينسب إلى المدعى عليه ويكون قد جعل منع وقوع العمل الضار مستحيلاً ،للتوسع اكثر ينظر د. سليمان مرقس ،الوافي ،مصدر سابق ، ص 477 .

2- د. محمد شكري سرور ،النظرية العامة للالتزام ،دار النهضة العربية ،القاهرة ، 1998 ،ص329 . ، د. محمد لبيب شنب، المسؤولية عن الأشياء ،دراسة مقارنة ،دار النهضة العربية ،القاهرة ،1957 ،ص112 .

3- د .حسن العزاوي ،اثر الظروف الطارئة على تنفيذ الالتزام العقدي ،أطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق في جامعة القاهرة ،1979، ص54 .

4- د .صالح بن بكر الطيار ،العقود الدولية لنقل التكنولوجيا ،مركز الدراسات العربي الأوربي ،1989 ، ص40.

1- د. حسن شفيق ،عقد تسليم المفتاح نموذج من عقود التنمية ،دار النهضة العربية ،القاهرة ،دون سنة نشر ، ص210 .

و قد هجر الفقه في القانون الخاص التمييز بين تعبير القوة القاهرة والحادث المفاجئ ،حيث كان يطلق التعبير الأول على الحادث الذي لا يمكن دفعه ،اما التعبير الثاني فيطلق على الحادث الذي لا يمكن توقعه ، وقد استقر الرأي على اعتبارهما تعبيران يؤديان إلى معنى واحد[1] ،ولا فرق بين القوة القاهرة والحادث الفجائي من حيث المعنى ،ذلك ان استحالة تنفيذ الالتزام من قبل المدين بسبب حادث لا يمكن توقعه يكون قوة قاهرة بذات الوقت[2] ،و يشترط في القوة القاهرة حتى تكون سببا معفيا من الضمان توفر شرطين ،الأول ان يكون الحادث غير متوقع عند ابرام العقد ،والثاني ان يكون الحادث امرا خارجيا ولا دخل لإرادة المدين في حدوثه و يؤدي إلى استحالة تنفيذ الالتزام ،وان القوة القاهرة لا تؤدي الى انتفاء صفة الخطأ عن عمل المتعهد، وإنما تؤدي إلى سقوط مسؤوليته عن الضمان بسبب قطع العلاقة السببية بين الضرر و بين نشاط المتعهد ، و هذا ما يستوحى من نص المادة (211) من القانون المدني العراقي التي نصت على انه (اذا اثبت الشخص ان الضرر قد نشأ عن سبب اجنبي لا يد له فيه كآفة سماوية او حادث فجائي او قوة قاهرة او فعل الغير او خطأ المتضرر كان غير ملزم بالضمان ما لم يوجد نص او اتفاق على غير ذلك)، المقابلة للمادة (216) من القانون المدني المصري، اما بالنسبة للقانون المدني الفرنسي فأنه لم ينص على القوة القاهرة كسبب لدفع المسؤولية الا في القانون رقم (131-2016) وذلك في المادة (1218)[3] .

لكن لا بد من القول بالتشدد في مسؤولية المتعهد وعدم اعتبار إي ظرف خارجي يؤدي إلى حدوث الضرر قوة قاهرة، فلا بد من توفر شروط معينة في ذلك السبب حتى يكون معفياً من الضمان، فلا يمكن مثلاً اعتبار الرياح القوية التي تؤدي الى سقوط الابواب الحديدية المنجزة من قبل صاحب الحرفة قوة قاهرة أذ كان يجب عليه أن يتخذ التدابير اللازمة لمواجهة ذلك ،ويجب لانتفاء مسؤولية المتعهد بالضمان بسبب القوة القاهرة ان لا يشترك اي حدث آخر مع القوة القاهرة في احداث النتيجة وهي الضرر في العمل ،أما إذا كان هنالك عيب سابق في العمل فأن ذلك العيب يكون قد اشترك في احداث النتيجة فيجوز للمتعهد له الرجوع على المتعهد بالتعويض ،لكن الرجوع يكون بحسب مساهمة الأخير في أحداث الضرر ،لذا يكون التعويض اقل مما لو كان الضرر قد حدث بفعل العيب كاملا ،ولما كان العيب في التعهد بالضمان يقوم على قرينة الخطأ في جانب المتعهد ،فأنه يقتضي التشدد في معاملته ،لذا يشترط في الحادث حتى

1- د محمد شكري سرور، مصدر سابق، ص 330 .

2- المصدر نفسه ،ص331 .

3-Art 1218(Il y a force majeure en matière contractuelle lorsqu'un événement échappant au contrôle du débiteur, qui nepouvait être raisonnablement prévu lors de la conclusion du contrat et dont les effets ne peuvent être évités pardes mesures appropriées, empêche l'exécution de son obligation par le débiteur. Si l'empêchement est temporaire, l'exécution de l'obligation est suspendue à….)

يكون قوة قاهرة ان لا يكون راجعا لخطأ المتعهد، حتى لو كان قد اتخذ جميع الاحتياطات اللازمة ،ومهما بذل من عناية في تنفيذ التزامه، حيث ان التزامه يكون التزاما بتحقيق نتيجة في جميع الأحوال .

و قد بينت المادة (425) من القانون المدني العراقي ما يترتب على اثبات وجود القوة القاهرة حيث نصت على انه (ينقضي الالتزام اذا اثبت المدين ان الوفاء به اصبح مستحيلا لسبب اجنبي لا يد له فيه) ،ولم تفرق هذه المادة بين مصدر هذا الالتزام سواء كان قانونيا او عقديا او ارادة منفردة ،فان الالتزام ينقضي ولا يترتب أي اثر على عاتق المدين في الضمان ،و بناءا على ذلك فأذا اثبت المتعهد بالضمان ان سبب العيب هو قوة قاهرة أدت إلى حدوث الضرر في العمل المنجز من قبله فأنه لا يكون ملزما بضمانه ، ويتم الاعتماد على رأي اهل الخبرة في اثبات مدى توفر القوة القاهرة من عدمه ،كسبب لانتفاء مسؤولية المتعهد ،كما ان القضاء بشكل عام لا يأخذ بالدفع بالقوة القاهرة الا في حالات استثنائية و نادرة[1] ،كأن تكون الحوادث متأتية من الظواهر الطبيعية كهبوب الاعاصير و الفيضانات و بصورة مما لا يمكن توقعه ،كما ان فكرة قابلية الحادث للتوقع هو أمر نسبي، خاصة في مجال الصناعة والإنتاج حيث تختلف بحسب الزمان والمكان الذين قد يحصل فيهما ،و تبعا للظروف نتيجة التطور العلمي الحاصل في مجال الانتاج و الصناعة ،وهذا يؤدي الى ان عنصر التوقع يضيق بشكل كبير .

ثانياً – خطأ المتعّهد له

يعد خطأ المتعهد له احد الاسباب التي تؤدي الى قطع العلاقة السببية بين الضرر و خطأ المتعهد بتنفيذ ضمانه ،ويتخذ خطأ المتعهد له احدى صورتين تتمثل الأولى بعدم استخدام العمل بما يتفق وطبيعته او الغرض الذي اعد له ،والصورة الثانية تتمثل بتدخل المتعهد له في عمل صاحب الحرفة ، وفي جميع الاحوال يشترط ان يكون خطأ المتعهد له اجنبيا عن المتعهد و لا ينسب اليه ،وبخصوص الصورة الاولى فأننا قد بينا ان احد شروط التعهد بالضمان هو ان لا ينسب خطأ الى المتعهد في استعمال الشيء محل التعاقد ،فأذا حدث ذلك فأن المتعهد لا يكون مسؤولا عن الضرر الذي يحصل في العمل ،ذلك لأن قبول المتعهد اعطاء الضمان بعمله لمدة معينة لا يعني تحمله لأخطاء المتعهد له في استعمال محل التعاقد ،لكن و بنفس الوقت فأن المتعهد يقع عليه واجب ان ينبه المتعهد له حول طريقة الاستخدام و الامور التي يجب عليه ان يتجنبها .....الخ ،وهذا يجد مصدره في الخبرة والدراية التي يتمتع بها صاحب الحرفة ،وفي هذا الصدد قضت أحدى المحاكم الفرنسية ان فعل المضرور من فك اجزاء السلعة و اعادة تركيبها من جديد

1- حيث ورد في احدى القرارات القضائية (انه لا يعد من قبيل القوة القاهرة الريح الشديدة بسرعة 126 كم في الساعة مما اطاح بسقف المبنى ،لأن هذه العاصفة بالشدة التي كانت فيها ،لم تكن تشكل في المكان التي وقعت فيه حادث غير متوقع و لا يستحيل دفعه) ،اشار اليه د .محمد شكري سرور ،مصدر سابق ،ص333 .

خطأ من جانبه يقتضي رفع المسؤولية عن عاتق الملتزم بالضمان[1] ،اما الصورة الاخرى فتتمثل بتدخل المتعهد له في طريقة القيام بعمل الشيء محل العقد بما يصدره من توجيهات او تعليمات الى المتعهد ،ذلك لأن التعهد بالضمان يكون تابعا لعقد يتضمن القيام بعمل ،فقد يحصل ان يتدخل المتعهد له في طريقة انجاز ذلك العمل او تصميمه، كما لو ان المتعهد هو الذي وضع الديكور الخاص بعمل غرفة الأخشاب او أعطى توجيهات بصدد ذلك ،سواء كان تدخله بطريقة القيام بالعمل او عن طريق وضع التصميم للعمل فهل يؤدي ذلك إلى نفي مسؤولية المتعهد ؟

ونظراً لكون التعهد بالضمان شرط يرد في عقد ليس من العقود المسماة ،فأننا سنتبع ما ورد بخصوص مسؤولية المقاول على اعتبار انه يقوم بعمل لصالح العمل، وبيان مدى انطباقها على موضوعنا، إنّ المتعهد له غالباً ما يكون جاهلاً بأمور الصناعة والقيام بالأعمال الحرفية ،بعكس صاحب الحرفة الذي يكون مختص في مجال عمله ويتمتع بالخبرة والدراية الكافية ،و بناءا على ذلك فأن المتعهد له اذا ما أبدى اقتراحا أو توجيها في طريقة تنفيذ العمل او تصميمه ،فلا يجوز ان ينسب له خطأ في ذلك، بسبب خبرة المتعهد الذي يجب عليه ان ينبهه الى الخطأ في تلك التعليمات ،وان لا ينفذ العمل حتى لو اصر المتعهد له على رأيه، وهنالك من ذهب إلى القول (ان ارادة رب العمل ،وهو غير منفذ للأعمال بنفسه ،لم تتغلب الا انهم قد قبلوا بذلك مما جعله يعتقد ان اوامره صائبة)[2] ،وهو ما يجعل المحاكم لا تقر بدفع القائم بالعمل ،من ان رب العمل تدخل بخطأه بما أصدره من تعليمات خاطئة لدفع المسؤولية و نفي الضمان عنهم عما اصاب العمل من ضرر اذ جاء في قرار محكمة النقض المصرية (ان مالك المنزل غير مسؤول عن خطأ الصانع الذي استأجره للقيام بعمل معين إذا كان لم يتدخل في إجراء هذا العمل)[3] ،وقد نصت على هذه الحالة المادة (651) من القانون المدني المصري والمادة (1/870) من القانون المدني العراقي[1].

لكن يحدث ان يكون المتعهد له يمتلك بعض الخبرة والدراية في مجال العمل محل التعاقد و يقوم بإصدار تعليمات تخص طريقة انجاز العمل ،وحتى في هذه الاحوال ينبغي على المتعهد ان ينبه المتعهد له الى وجود اخطاء في ذلك وتسجيل تلك التحفظات عن العيوب، وبخلاف ذلك فأنه يكون مشتركا مع

---

1 - T. de Nancy, 11 October 1973, D. 1973.Cass ,civ . اشار اليه د . محمد شكري سرور مصدر سابق ،ص334 .

2- مازو و تنك ،اشار اليهما د. محمد شكري سرور ،ص339 .

3 - قرار محكمة النقض المصري في 14 ديسمبر سنة 1939 ،مجموعة المكتب الفني .

1- اذ نصت على انه (يضمن المهندس المعماري و المقاول ما يحدث خلال عشر سنوات من تهدم كلي او جزئي فيما شيده من مبان او اقاموه من منشآت ثابتة اخرى ،و ذلك حتى لو كان التهدم ناشئ من عيب في الارض ذاتها او كان رب العمل اجاز اقامة المنشآت المعيبة....)

المتعهد له في حدوث العيب ،و قد قضي بهذه الصورة (اذا كان رب العمل بما يمتلك من تخصص فني يسمح له بالاختيار ، هو الذي استبعد تصميمات اخرى معيبة فنيا ،فأن قضاة الموضوع يكونوا قد اصابوا الحق اذا رأوا ان رب العمل بهذا الشكل قد احل نفسه محل المهندس و خفف دور الاخير الى مجرد ملاحظة الاعمال ،وان المهندس يكون قد اوفى بكل التزاماته حينما نبه رب العمل الى عواقب التصميمات المختارة بأن وجه اليه تقريرا حول التصدعات الاولية الظاهرة بما يتعين اعفاءه من كل مسؤولية)[1] .

ويشترط لاعتبار خطأ المتعهد له سببا لدفع مسؤولية المتعهد و نفي المسؤولية عنه ان لا يقع خطأ من قبل الأخير يساهم مع فعل المتعهد له في احداث الضرر و ظهور العيب ،اما اذا صدر من قبل المتعهد خطأ فأنه يكون مشتركا مع خطأ المتعهد له ولا تنتفي المسؤولية عن المتعهد ،انما تتوزع على عاتق الطرفين كلا حسب جسامة الخطأ الذي منه[2] .فقد ورد في قرار لمحكمة التمييز العراقية جاء فيه (اذا ساهم المضرور في احداث الضرر فللمحكمة ان تخفض مقدار التعويض او ان لا تحكم بتعويض)[3]،كذلك يمكن للمتعهد ان ينفي المسؤولية عنه و نفي الضمان من جانبه بسبب خطأ المتعهد له ،اذا اثبت ان الاخير قد قام و بدون علم المتعهد او اخطاره بأجراء تعديلات على العمل المنجز من قبله سواء قام بتلك التعديلات بنفسه او قام بها شخص آخر بموافقته ،حيث قد تؤدي هذه التعديلات الى تفاقم الضرر او حدوث عيب في العمل المنجز كما ان المتعهد يمتلك الخبرة والدراية الكافية في العمل الذي انجزه لذلك من غير المنطقي ان تتم التعديلات لدى شخص أخر.

و بصدد تحديد خطأ المتعهد له و اذا كان معفيا تماما من المسؤولية او مشتركا مع خطأ المتعهد ،فأن تحديد ذلك يتم من خلال الاستعانة بالخبرة في ضوء السلطة التقديرية لقاضي الموضوع[1] ،و قد نصت المادة (13/1386) من القانون المدني الفرنسي (ان مسؤولية المنتج يمكن ان تخفض او تزال مع الاخذ في الاعتبار كافة الظروف عندما يكون الضرر قد سببه بصورة مشتركة العيب في المنتج او خطأ

1- Cass civ \12\10\1978 D1979 Iro 53 اشار اليه د .محمد شكري سرور ،مصدر سابق ،341 .

2- د .حسين منصور ،المسؤولية المعمارية ،مصدر سابق ،ص172 .

د .محمد لبيب شنب ،مصدر سابق ، ص131. د . محمد ناجي ياقوت ،مصدر سابق ص245 .

3- قرار محكمة التمييز العراقية رقم (148) في 1975/6/5 اشار اليه إبراهيم المشاهدي ، المبادئ القانونية لقضاء محكمة التمييز ،ص475 .

1- د نواف حازم خالد ،دور جسامة الخطأ في تحديد مقدار التعويض ،بحث منشور في مجلة الحقوق ،الجامعة المستنصرية ،السنة الخامسة ،المجلد الثالث ،العددان 11 و 12 ،ص 171 .

المضرور او التخصص الذي يكون المضرور مسؤولة عنه)[1] ،المقابلة للمادة (210) من القانون المدني العراقي ،والمادة (216) من القانون المدني المصري[2] .

ومما تقدم يتضح لنا انه يجب التمييز بين خطأ المتعهد له فيما اذا كان يمتلك الخبرة في اصول العمل من عدمه من اجل اعتباره سببا لدفع مسؤولية المتعهد، فإذا كان لا يمتلك خبرة في مجال العمل فأن تدخله واذعان المتعهد لذلك لا يصبح سببا لدفع المسؤولية في جميع الأحوال ،اما اذا كان يمتلك خبرة في مجال عمله فانه حتى في هذه الحالة يجب على المتعهد ان ينبهه الى خطأه واذا أصر عليه فأنه يكون سببا لدفع مسؤولية المتعهد .

ثالثاً – خطأ الغير

أن خطأ الغير احد الأسباب التي تؤدي الى قطع العلاقة السببية بين الضرر الحاصل وخطأ الملتزم بالضمان حسب القواعد العامة الواردة في المسؤولية العقدية ،ومن ثم يستطيع الملتزم بالضمان ان يتخلص من المسؤولية اذا اثبت ان الضرر الحاصل في العمل المنجز من قبله يرجع الى خطأ الغير الذي لا سلطان له عليه، وقد اشار القانون المدني الفرنسي الى هذا السبب في المادة (14/1386)[3]، والقانون المدني العراقي في المادة (211) ،والمادة (216) من القانون المدني المصري .

ويقصد بالغير (كل شخص أجنبي غير المضرور والمسؤول عن الضرر أو تابعيهم)[1] ،ويجب لاعتبار فعل الغير سببا لقطع العلاقة السببية ان يكون خطأه خطأ ثابتا أو مفترضا و ألا فلا يؤدي إلى الاعفاء من المسؤولية ،وفي مجال موضوع بحثنا فأن الغير يقصد به كل شخص غير المتعهد و المتعهد له او تابعيهم يقوم بعمل يؤدي الى حدوث ضرر في العمل المنجز من قبل المتعهد ،كما هو الحال فيما لو قام المتعهد له بجلب شخص لإصلاح انبوب ماء ،فقام هذا الشخص بسبب سوء عمله بأتلاف صبغ المنزل ،فإذا كان المتعهد عندما انجز عمله غير مقصر في ذلك فينتفي الضمان عنه و تنقطع العلاقة السببية، و

---

1 -Art.1386/13(La responsabilité du producteur peut être réduite ou supprimée, compte tenu de toutes les circonstances, lorsque le dommage est cause conjointement par un défaut du produit et part la faute de la victime ou d'une) .

2- ينظر كذلك نص المادة (264) من القانون المدني الأردني .

3 -Art.1386/14(Un rapport sur le droit de la responsabilité et de l'indemnisation applicable à l'aléa thérapeutique sera dépose par le gouvernement sur le bureau des deux assemblées avant le 31 décembre 1998) .

1- د .صبري حمد خاطر ،الغير عن العقد ،دار الثقافة للنشر والتوزيع ،القاهرة ،2001 ، ص 65 ،د . عبد الرزاق السنهوري ،ج7 ،مصدر سابق ،ص1017 . نبراس ظاهر لفتة ، حقوق الغير المقترنة بالعقد دراسة مقارنة ،اطروحة دكتوراه مقدمة الى مجلس كلية القانون ، جامعة ، كربلاء ،2015 ، ص35 .

بالمقابل فأن هذا الغير يلتزم بدفع التعويض إلى المتعهد له بسبب خطأه في احداث العيب ،وعند الدفع بخطأ الغير كسبب يقطع الرابطة السببية فأنه ينبغي التفرقة بين حالتين ،الحالة الاولى ان ينفرد فعل الغير في أحداث الضرر دون ان يكون هنالك خطأ او تقصير في جانب المتعهد بالضمان ،ففي هذه الحالة فأن فعل الغير يكون مستغرقا لعيب العمل و يتحمل الغير المسؤولية كاملة ،و للمتعهد ان يتمسك بهذا السبب لدفع مسؤوليته[1] ،لكن اثبات هذه الحالة امر صعب و ليس يسيرا نظرا لصعوبة اثبات مدى مساهمة الغير في احداث الضرر ،وهذا يؤدي الى ان تبقى مسؤولية المتعهد قائمة اتجاه المتعهد له حتى يتمكن من اثبات خطأ الغير ،اما الحالة الثانية فهي ان يساهم كلا من العيب الحاصل في العمل و خطأ الغير في احداث الضرر سويا فلا يستغرق احدهما للآخر ،و من ثم فأن ذلك يؤدي الى تحمل نسبة الضرر الى كل منهما، ففي هذه الحالة و حسب القواعد العامة[2] في تعدد المسؤولين عن الضرر فانه يجوز للمتعهد له ان يرجع على من يختار منهما بالتعويض كل بقدر مساهمته في أحداث الضرر ،وان لم يتمكن من تحديد نسبة مساهمة كل منهم فيوزع التعويض بينهم بالتساوي ، وهذا يؤدي بالنتيجة الى تخفيض مسؤولية المتعهد بالضمان بمقدار مساهمته الغير في أحداث الضرر ، و يجب ان يتوافر في فعل الغير حتى يكون سببا معفيا من الضمان لمسؤولية المتعهد ان تتوافر فيه شروط السبب الاجنبي بأن يكون غير متوقع و يستحيل دفعه[3] .

1- د .عبد الله حسين علي ،حماية المستهلك من الغش التجاري و الصناعي ،دراسة مقارنة ،دون سنة طبع ومكان طبع ،ص 195 .

2- ينظر المادة (217) من القانون المدني العراقي .

3- د. سليمان مرقس ،احكام الالتزام ،مطابع دار النشر للجامعات العربية ،القاهرة ،1957 ،ص148 .

الـــــخـــاتـــــمـــــــة

الخاتمة

يُعد التعُّهد بالضمان من الضمانات الاتفاقية التي توفر حماية كبيرة للمتعّهد له، كونه الطرف الضعيف في التعاقد، وأنها تضمن له الحصول على عمل يحقق رغبته من التعاقد، ولمدة زمنية معينة، وعن طريق البحث في موضوعنا الموسوم (التعُّهد بالضمان عن الأعمال الحرفية - دراسة مقارنة-)، توصلنا لأهم النتائج والمقترحات التي نبينها ضمن الفقرتين الآتيتين .

أولاً – النتائج

1- إنّ التشريعات القانونية موضع المقارنة قد تفاوتت من حيث النص أو الإشارة إلى التعّهد بالضمان، بين من اكتفت بالنصوص العامة الواردة في قانونيها المدنية بخصوص ضمان العيوب الخفية، وبين من نصت عليه في إطار القوانين الخاصة مثل قوانين حماية المستهلك، فبالنسبة للتشريعات الفرنسية والمصرية والعراقية فإنها لم تتضمن نصاً خاصاً في القانون المدني يشير إلى التعّهد بالضمان عن الأعمال الحرفية، والسبب في ذلك برأينا هو الاكتفاء بالقواعد العامة الواردة بخصوص ضمان العيوب الخفية، إما القوانين الخاصة بحماية المستهلك، فنجد إنّ قانون حماية المستهلك المصري قد تضمن نصاً يشير إلى التعّهد بالضمان عن الأعمال الحرفية، وذلك في المادة (26) التي نصت على إنّ (**يضمن مورد خدمات التشطيبات والصيانة والتركيبات المنزلية صلاحية ما قام به من أعمال وما تم توريده من منتجات لمدة سنة على الأقل، ما لم يحدد الجهاز مدة اقل بالنظر إلى طبيعة الأعمال أو المنتجات، ويكون الضمان ثلاث سنوات على الأقل اذا كان العيب راجعاً لغش أو إهمال جسيم**)، وحسناً فعل المشرع المصري بأدراج تلك المادة بسبب كثرة الأعمال التي يقوم بها الحرفيون في الوقت الحاضر وحتى لا تثير لبساً أو غموضاً في مدى إلزامهم بالضمان، إما قانون حماية المستهلك الفرنسي فقد تضمن في المادة (66) الإشارة إلى التعّهد بالضمان بصدد إيضاح الضمان الاتفاقي فقد نصت على إنه (إنّ الضمان الاتفاقي يعني أي ضمان أضافي للضمان القانوني ضد عيوب السلعة المباعة المنصوص عليها في المادة 65 والتي يعرضها المورد على المستهلك، ويجب على المورد أنْ يحدد بدقة مدة الضمان ونطاقه وشروطه)، أما قانون حماية المستهلك العراقي فقد تضمن الإشارة إلى التعّهد بالضمان عن الإعمال الحرفية بصورة ضمنية وذلك في المادة (6 /أولاً /د) التي نصت على إنّه (**أولاً- للمستهلك الحق في الحصول على ما يأتي :د- الضمانات للسلع التي تستوجب طبيعتها مثل هذا الضمان وللمدة التي يتم الاتفاق عليها مع المجهز، دون تحميلها نفقات إضافية**) .

2- إنّ المادة السادسة من قانون حماية المستهلك العراقي لم تبين مدة زمنية للضمان الاتفاقي كحد ادنى، كي لا تكون وسيلةً للضغط على الطرف الضعيف في التعاقد، إنما تركت تحديد مدة الضمان لأتفاق الطرفين مطلقاً .

3- بينا الطبيعة القانونية للتعُّهد بالضمان، وخلصنا إلى القول إنّه ذو طبيعة خاصة، بأنه **(شرط تبعي لعقد القيام بعمل، وحق للمتعّهد له)**، لأنه لا ينشأ ولا يتقرر إلاّ بموجب الاشتراط او الاتفاق، ويكون تابعاً لعقد القيام بعمل، وإنّه يضمن حق المتعّهد له بحصوله على عمل يحقق رغبته من التعاقد .

4- إنّ للعيب في إطار التعّهد بالضمان، معنى خاص يختلف عما هو عليه في ضمان العيوب الخفية، فلا يشترط فيه أنْ يكون قديماً أو مؤثراً أو خفياً، فيكفي مجرد حدوث أي عيب أو خلل أثناء مّدة التعّهد، وهذا ناتج عن الطبيعة الخاصة للتعُّهد بالضمان كونه ينشأ من الاتفاق بين الطرفين، وهذا يعكس رغبتهما في تجاوز الضمان القانون وما يتطلبه من شروط لقيامه .

5- للتعُّهد بالضمان أسس مختلفة في الشريعة الإسلامية، وهذه الأُسس أما أنْ تكون واردة في القرآن الكريم بعده المصدر الرئيس للشريعة الإسلامية، وقد يكون أساسه وارداً في الأحاديث النبوية الواردة عن النبي محمد (صلى الله عليه واله وسلم)، كذلك قد تضمنت بعض الاجتهادات الفقهية أساساً للتعّهد بالضمان مثل العُهدة .

6- إنّ المادة الثامنة من قانون حماية المستهلك العراقي لم تبين مضمون التزام الشخص المدين بالضمان أو من يقدم خدمة، من حيث الالتزامات التي يلتزم بها لصالح المتعاقد معه .

7- إنّ طبيعة التزام صاحب الحرفة الناشئ عن التعّهد بالضمان هي التزام بنتيجة في جميع الالتزامات التي ينظمها التعّهد بالضمان، وهذا الرأي يتوافق مع حقيقة وجوهر التعُّهد بالضمان، من تحقيق الفائدة التي كان المتعّهد له يبتغيها من وراء هذا التعّهد .

8- لم يتضمن قانون حماية المستهلك العراقي ما يشير إلى ضرورة إلزام المتعّهد له بعمل الإخطار عند حدوث العيب في مدة زمنية معينة، رغم أهميته لكونه يضمن حق المتعّهد له إذا ما تم ظهور عيب في مدة التعّهد بالضمان، لذا فإنه من الأفضل برأينا بيان المّدة التي يجب فيها عمل الإخطار .

9- لم تتعرض النصوص القانونية المقارنة لمدة رفع دعوى الضمان الاتفاقي، إنما أشارت لرفع الدعوى عن الإخلال بالتزام قانوني في المادة (570) من القانون المدني العراقي، ولا يمكن أنّ نطبق هذه النصوص في مجال الضمان الاتفاقي والقول بأن المتعّهد له يجب ان يرفع الدعوى فيها، لذا فالرأي الراجح فيما يتعلق بمدة رفع دعوى التعّهد بالضمان هو اعتبار المدة الاتفاقية والمحددة للضمان شرط موضوعي لتطبيق أحكام الضمان وليس مدة لرفع الدعوى، وتقتضي هذه المدة ظهور العيب فيها ثمّ يحق للمتعّهد له رفع الدعوى بعد ذلك، حيث يكفي لكي تكون مطالبة المتعّهد له بالضمان مقبولة أنْ يكون العيب قد ظهر في المدة الاتفاقية، فإذا حدث العيب في تلك المدة يستطيع المتعّهد له بعد ذلك أنْ

يرفع الدعوى في ضمن المدة المقررة لرفع الدعوى، كذلك إنّ هذا القول يوفر مبدأ الفصل بين مدة الضمان ومدة رفع الدعوى الذي من شأنه أنْ يصون حق المتعّهد له من السقوط والاستفادة من مدة الضمان، هذا الفصل الذي تجاهلته المادة (570) من القانون المدني العراقي الخاصة بمدة رفع دعوى ضمان العيب القانوني، فيكون بذلك لمدة التعّهد بالضمان وظيفة واحدة وهي أنها مقررة للضمان وليس لرفع الدعوى .

ثانياً - المقترحات

1- ندعو المشرع العراقي الى ايراد قواعد عامة موحدة للعقود التي يكون محلها القيام بعمل، ومنها الاعمال الحرفية، وعدم الاكتفاء بالنصوص المتناثرة بين ثنايا القانون المدني .

2- ندعو المشرع العراقي إلى إدراج نص مادة في قانون حماية المستهلك خاصة بضمان القائمين بالأعمال الحرفية، على غرار ما ورد في التشريعات الحديثة، وتكون على النحو الآتي: **(يضمن القائمين بأعمال التشطيبات والصيانة والتركيبات المنزلية صلاحية ما قاموا به من أعمال وما تم توريده من منتجات لمدة سنة على الأقل من تاريخ تسليم العمل)** .

3- إنّ التعّهد بالضمان ليس له تعاريف بذات اللفظ لكونه لم يحظى بالدراسة والبحث وإنما اقتصر على الجانب التطبيقي فقط، لكن الفقه وضع معنى قريب لبعض مصطلحاته مثل التعّهد والضمان، وعن طريق ذلك فإنه يمكن للباحث بيان التعريف المقترح للتعّهد بالضمان عن الأعمال الحرفية بأنه **(شرط يلتزم بمقتضاه المتعّهد (القائم بالعمل) اتجاه المتعّهد له، بجودة وكفاءة العمل المنجز من قبله، وصلاحيته للغرض المقصود، وفي مدة زمنية محددة)** .

4- تعديل نص المادة (6/ د) من قانون حماية المستهلك العراقي، وذلك بتحديد الضمان الاتفاقي بمدة سنة على الأقل، لكون النص الحالي لم يتناول تحديد مدة معينة وإنما تركها للاتفاق مطلقاً، وحتى لا تكون وسيلة للضغط على المتعاقد وتحديد مدة قصيرة، تكون على النحو الآتي: **(للمستهلك الحق في الحصول على الضمانات للسلع التي تستوجب طبيعتها مثل هذا الضمان، وللمدة المتفق عليها مع المجهز على انْ لا تقل عن سنة دون تحميلها نفقات إضافية)** .

5- ندعو المشرع العراقي إيراد نص مادة في القانون المدني العراقي يحدد فيه المدة التي يجب أنْ ترفع فيها دعوى الضمان الاتفاقي بصورة عامة، ودعوى التعّهد بالضمان بصورة خاصة، وعدم الاكتفاء بالنصوص القانونية التي تقرر مدة رفع دعوى الضمان القانوني، حيث لم تشر هذه المواد إلى مدة رفع دعوى الضمان الاتفاقي، وتكون مدتها سنة من بداية تاريخ الإخطار أو من تاريخ اكتشاف العيب وحدوث الضرر، وذلك من اجل حماية حق المتعّهد له وضمان استقرار التعامل، كذلك إنّ إيراد نص

مادة تحدد مدة رفع دعوى الضمان الاتفاقي يساير ما يجري عليه العمل حالياً من كثرة الضمانات الاتفاقية والتطور السريع الذي يحصل في عقد القيام بعمل التي يكثر فيها هذا النوع من الضمان .

والحمد الله أولاً وآخرا

الـــمـــــصـــــادر

المصادر

- القرآن الكريم

أولا- معاجم اللغة العربية

1-أبو فارس احمد بن فارس بن زكريا ،معاجم مقاييس اللغة ،ج3 ،ط1 ،دار النفائس للطباعة، لبنان، بيروت ،1991 .

2-_____، معجم مقاييس اللغة ،المجلد الأول ،دار الحديث للطباعة و النشر، القاهرة ، دون سنة نشر .

3-مجد الدين محمد بن يعقوب ،الفيروز آبادي ،القاموس المحيط ، ج2 ،المؤسسة العربية ،بيروت ، دون سنة طبع .

4-_____ ، القاموس المحيط ،ج 7، دار الكتب العلمية ،بيروت .

5- مجمع اللغة العربية ،المعجم الوسيط ، ط4 ،مكتبة الشروق الدولية ،دون مكان نشر ،2004 .

6-محمد بن ابي بكر عبد القادر الرازي ،مختار الصحاح ،ط3 ،مادة ضمن ،دار المعرفة ،بيروت ، 2008 .

7-محمد بن مكرم ابن منظور ، معجم لسان العرب ،ج 8 ،دار احياء التراث العربي، بيروت ،لبنان، دون سنة نشر ،(مادة ضمن) ، ص 150 .

8-_____، معجم لسان العرب ،ج3 ،ط3 ،دار احياء التراث العربي ،بيروت ، دون سنة نشر .

9- محمد رواس القلعجي و حامد قنديلي ،معجم لغة الفقهاء ،دار النفائس للطباعة ،لبنان، بيروت ، ط 1 ، 1985 .

ثانياً – كتب التفسير

1-محمد سيد طنطاوي ،التفسير الوسيط للقرآن الكريم ،المجلد الثامن ،ط1 ،دار نهضة مصر للطباعة ، القاهرة ،1997 .

2-ابي جعفر محمد بن جرير الطبري ، تفسير الطبري ،مؤسسة الرسالة، بيروت ،ج7 ، 2010 ، .

3-الحسين بن مسعود البغوي تفسير البغوي ،ج7 ،دار طيبة ،دون مكان نشر ،1989 .

4-الامام الحافظ عماد الدين ابن كثير الدمشقي ،تفسير ابن كثير ج2 ،دار ابن حزم ،سوريا ،2009.

5-ابي عبد الله احمد بن ابي بكر القرطبي ،مختصر تفسير القرطبي ،المجلد الخامس ،ط1 ،الدار العلمية ، بيروت ،2018 .

ثالثاً – كتب الحديث

1- أبو عبد الله محمد بن يزيد القزويني ،سنن ابن ماجة ،ج2، مطبعة الباب الحلبي ،دمشق ،1373هـ

2- أبو عيسى محمد بن عيسى الترمذي، سنن الترمذي ،ج3 ،دار إحياء التراث العربي ،حلب ، سوريا ،دون سنة نشر .

3-_____ ،سنن الترمذي ،ج2 ،ط2 ،دار الفكر العربي ،بيروت ، 1983 .

4-الامام ابي الحسين مسلم بن الحجاج النيسابوري ،المجلد الرابع ،دار النوادر ،لبنان ،دون سنة نشر .

5-الإمام ابي عبد الله محمد بن إسماعيل ابن إبراهيم ابن المغيرة البخاري، صحيح البخاري ،ط 5 ، دار الكتب العلمية ،بيروت ،2007 ،كتاب المظالم .

6-_____،صحيح البخاري ،بيت الأفكار الدولية ،الرياض ،1419هـ .

7-_____،ج1، مطبعة ابن كثير ،دون ذكر مكان طبع و تاريخ نشر .

8-_____ ،ج3 ،دار ابن كثير للطباعة ،سوريا ، 1981 .

9-الحافظ ابن حجر العسقلاني ،الدراية في تخريج أحاديث الهداية ، دار المعرفة ،بيروت ، دون سنة نشر .

10- الحافظ ابي داود ،سنن أبي داود ،ج3 ،تحقيق محمد عبد العزيز الخالدي، دار الكتب العلمية ، بيروت ،لبنان ،دون سنة نشر .

11- الحافظ ابي عبد الله محمد بن عبد الله الحاكم النيسابوري ،تحقيق مصطفى عبد القادر عطا ، المستدرك على الصحيحين ،ج 2 ،دار الكتب العلمية ،بيروت ،دون سنة نشر .

رابعاً – كتب الفقه الإسلامي

1- ابن عابدين محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز الدمشقي الحنفي ،رد المحتار على الدر المختار، ج 5 ، دار الفكر العربي ،بيروت ،1992 .

2- أبو إسحاق إبراهيم بن علي الشيرازي ،اللمع في أصول الفقه،ج1، ط1 ،1985، دار الكتب العلمية، بيروت .

3- أبو القاسم نجم الدين بن الحسن الحلي ،المختصر النافع في فقه الأمامية ، ط3 ، بدون مكان طبع، 1410هـ .

4- ابو عبد الله محمد بن احمد بن عثمان الشافعي الذهبي ،المهذب في اختصار السنن الكبيرة ،المجلد العاشر، دار الوطن للطباعة ، بدون مكان وسنة طبع .

5-ابو محمد علي بن احمد بن سعيد ابن حزم الظاهري ،المحلى بالآثار، ج8، دار التراث العربي ، بيروت بلا سنة طبع ، .

6-_____، المحلى بالآثار ،تحقيق د. عبد الغفار سليمان البنداري ،ج6 ،دار الفكر ، بلا مكان وسنة طبع .

7- _____ ، المحلى بالآثار ، تحقيق الشيخ احمد محمد شاكر ، ج 9، دار الفكر ،بيروت ،لبنان ، 19م.

8-_____ المحلى بالآثار، ج7 ، ط2 ،دار الكتب العلمية ، بيروت 19م .

9-أبي الوليد محمد بن احمد أبن رشد الحفيد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد،ج2 ، المكتبة العلمية ، بيروت ، 2003 .

10- _____،المقدمات الممهدات ،ط1 ،ج2 ،دار العربي الإسلامي ، بيروت ، 1988.

11- أبي علي الحسن بن رحال المعداني ، كشاف القناع عن تضمين الصناع ، الدار التونسية للنشر و التوزيع ، تونس ،1986 .

12- احمد بن عبد الحليم بن عبد السلام ابن تيمية الحراني ،القواعد النورانية الفقهية ،مكتبة السنة المحمدية ، سوريا ،حلب ،دون سنة طبع .

13- احمد بن محمد الحموي ،غمز البصائر في شرح الأشباه النظائر ،ج4 ،دار الكتب العلمية، بيروت ، دون سنة طبع .

14- احمد بن محمد العدوي الشهير بالدردير، الشرح الكبير ،ج3 ،مطبعة الباب الحلبي ،سوريا ،دون سنة نشر .

15- الإمام كمال الدين محمد بن عبد الواحد المعروف بأبن الهمام الحنفي، شرح فتح القدير ،ج6 ، مطبعة المثنى ، بغداد ،1318 هـ .

16- الامام زين العابدين بن إبراهيم (ابن نجيم) ،الأشباه والنظائر على مذهب أبي حنيفة النعمان ، ط1 ،دار الكتب العلمية ،بيروت ،1993 .

17- العلامة الحلي الحسن بن يوسف بن المطهر ،تذكرة الفقهاء ،مؤسسة آل البيت لأحياء التراث ، ج11 ،دون مكان وسنة نشر .

18- شمس الدين ابي عبد الله محمد المعروف بأبن القيم الجوزية، أعلام الموقعين عن رب العالمين ، ج3 ، دار الكتب العلمية ،بيروت ،لبنان،1969.

19- شمس الدين الخطيب محمد بن الخطيب الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة الفاظ المنهاج ،ج4 ، ط3 ، دار المنار ،القاهرة .

20- _____، مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج ، ج2، دار الفكر ،بيروت ، لبنان .

21- _____ ، مغني المحتاج الى معرفة معاني الفاظ المنهاج ، ج7، دار الفكر العربي ،بيروت ، 1995.

22- علاء الدين أبو بكر بن مسعود الكاساني بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ،ج4 ، ط1 ،دار أحياء التراث العربي ، لبنان ،1997

23- _____ ،بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع الجزء ،دار الكتاب العربي ،بيروت، 1956 .

24- علاء الدين السمرقندي ،تحفة الفقهاء ،ج2 ،ط1 ،دار الكتب العلمية ،بيروت ،1984م .

25- الامام أبي القاسم عبد الكريم الرافعي ،فتح العزيز بشرح الوجيز ،ج8 ،دار الكتب العلمية ، بيروت

26- العلامة شمس الدين الشيخ محمد عرفه الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ،ج4 ، دار الفكر العربي ،بيروت ،لبنان، 2002م .

27- _____ ،حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ،ج3 ،دار الكتب العلمية ، القاهرة .

28- محمد بن عبد الله بن علي المالكي ،حاشية الخرشي على مختصر سيدي خليل ،ج4 ،دار الفكر العربي ، القاهرة ،دون سنة نشر .

29- محمد بن عرفه الدسوقي ،حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ،ج4 ،مطبعة الباب الحلبي ، مصر، 19م.

30- محمد بن علي الشوكاني ،نيل الاوطار في شرح منتقى الأخبار من أحاديث سيد الأخيار ،ج 5 ، ط1 ،دار الكتب العلمية ، بيروت 1995 .

31- محمد بن علي بن محمد بن عبد الله الصنعاني ، فتح القدير ،ج 5 ،دار الكتب العلمية ، دون سنة نشر

32- محمد حسين الاصفهاني ،حاشية كتاب المكاسب ،ط1 ،دار المصطفى (صلى الله عليه واله وسلم) ، 1418هـ .

33- محمد ناصر الالباني ،سلسلة الأحاديث الصحيحة ،المجلد السابع ، مكتبة المعارف للنشر و التوزيع ، الرياض .

34- محمد بن الحسن الطوسي ،المبسوط في فقه الأمامية ،ج2 ، ط1 ،دار الكتاب الإسلامي ،بيروت ، 1992.

35- محمد تقي الخوئي ،الشروط والالتزامات التبعية في العقود ،ط1،ج2 ،دار المؤرخ العربي ، بيروت ، 1993.

36- منصور بن ادريس البهوتي ،كشاف القناع عن متن الاقناع ،ج3 ، وزارة العدل السعودية ، الرياض ، 1983 .

37- _____ ،كشاف القناع عن الاقناع ،المجلد السابع ،ط1 ،وزارة العدل السعودية ، الرياض ، 2000م .

38- موفق الدين ابي محمد عبد الله بن قدامه ، المغني والشرح الكبير ،ج3 ،دار الفكر العربي ،بلا مكان و سنة طبع .

39- نجم الدين جعفر بن الحسن المحقق الحلي ،شرائع الاسلام في مسائل الحلال والحرام ،ج2 ،دار الأضواء للطباعة ،بيروت ،لبنان .

خامساً– كتب الفقه الإسلامي الحديث

1- د. عبد الستار ابو غدة ،الخيار واثره في العقود دراسة فقهية مقارنة ،ج1،مطبعة مقهوي ، الكويت ،1985 .

2- حسن علي الشاذلي ،نظرية الشرط في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة ، ط1 ،دار كنوز اشبيلية للنشر و التوزيع، السعودية ، 2009 .

3- د .محمد زكي عبد البر ،أحكام المعاملات المالية في الفقه الحنبلي ،ط1 ،دار الثقافة ، الدوحة ، دون سنة نشر .

4- د. حسني عبد السميع إبراهيم ،موقف الفقهاء من ضمان الأموال في الشريعة الإسلامية ،منشأة المعارف ،القاهرة ،2011 .

5- د. محمود المظفر ،نظرية الارادة المنفردة و تطبيقاتها الشرعية و القانونية ،ط2 ،دار المثنى للطباعة و النشر ، بغداد ،2010 .

6- د .مصطفى ابراهيم الزلمي ،الالتزامات في الشريعة الإسلامية والتشريعات المدنية العربية، السعدون للطباعة ، بغداد ، 2000 .

7- د. مصطفى الزرقا ،الفعل الضار و الضمان فيه ،ط1 ، دار القلم ،دمشق ،سوريا ، 1988 .

8- _____،المدخل الفقهي العام ،دار القلم للطباعة والتوزيع ،دمشق ،2012 .

9- د. منى محمود محمد لطفي ،مسؤولية أصحاب المهن والحرف في الشريعة الإسلامية ، ط1،مكتبة الوفاء القانونية ، الإسكندرية ،2011 .

10-نور الدين علي بن بكر بن سليمان الهيثمي ،مجمع الروائد و منبع الفوائد ،ط1، ج4 ، دار الكتب العلمية بيروت ،2001 ، ص106

11-د. وهبة الزحيلي ،نظرية الضمان وأحكام المسؤولية المدنية والجنائية في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة ، دار الفكر العربي ،القاهرة ،دون سنة نشر .

12-د. علي احمد السالوس ،عقد الصيانة ،موسوعة القضايا الفقهية المعاصرة والاقتصاد الإسلامي ، دار الثقافة، قطر ، 1998 .

13-الشيخ علي الخفيف ،أحكام المعاملات المالية الشرعية ،دار الفكر العربي ،القاهرة ، 1429هـ ، 2008 م.

سادسا - الكتب القانونية

1-إبراهيم احمد البسطويسي ،المسؤولية عن الغش في السلع، دراسة مقارنة بين الفقه الاسلامي و القانون التجاري، دار الكتب القانونية، مصر، 2011 .

2-د. احمد شوقي عبد الرحمن ،المسؤولية العقدية للمدين المحترف ،النسر الذهبي للطباعة ،القاهرة ، 2003 .

3- _____ ،الأحكام القانونية للتطبيقات العملية في المسؤولية المدنية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ،2013 .

4- _____ ،ضمان العيوب الخفية في بيوع السيارات، دار النهضة العربية، القاهرة، 1995.

5- د . احمد أبو الوفا ،الإثبات في المواد المدنية والتجارية ،دار الجامعة الجديدة للطباعة والنشر، القاهرة، 1983.

6- د. زهدي يكن ، شرح قانون الموجبات والعقود اللبناني ، ج3 ،دار صادر للطباعة والنشر، لبنان ، 1995.

7- د . احمد سلامة ،مذكرات في نظرية الالتزام ،الكتاب الأول ، منشأة المعارف ، القاهرة ،1978

8- د. احمد عبد العال ابو قرين ،عقد البيع في ضوء الفقه والتشريع وأحكام القضاء ،ط3 ، دار النهضة العربية ، القاهرة ،2005 .

9- المستشار . احمد نشأت، رسالة الإثبات ،ج1 ،ط7 ،دون ذكر مطبعة ومكان وتاريخ النشر

10- د. أرام محمد صالح ،الحقوق المكتسبة في القانون المدني دراسة مقارنة ، ط1 ،المؤسسة الحديثة للكتاب ،لبنان ،2016 .

11- _____ ، المكنة القانونية بين النظرية و التطبيق في القانون المدني ،دار الكتب القانونية ، مصر ،2010 .

12- د. إسماعيل غانم ، الوجيز في عقد البيع ، المطبعة العالمية ، دون ذكر مكان نشر، 1963 .

13- الآن بينابنت ،القانون المدني العقود الخاصة المدنية و التجارية ،ترجمة د. منصور القاضي ، ط1 ،المؤسسة الجامعية للدراسات و النشر والتوزيع ،بيروت ،2004 .

14- د. أنور العمروسي ،التعليق على نصوص القانون المدني المعدل بمذاهب الفقه وأحكام القضاء الحديثة في مصر والأقطار العربية ،ج 2،دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية ، سنة 1983.

15- د. أنور سلطان ،العقود المسماة شرح أحكام عقد البيع، دار الجامعة الجديدة للنشر، القاهرة ، 2005 .

16- _____ ،النظرية العامة للالتزام ،ج 2 ،دار الجامعة الجديدة للنشر ، الإسكندرية ، 2005 .

17- _____ ،شرح عقدي البيع والمقايضة دراسة مقارنة في القانون المصري واللبناني ، دار النهضة العربية ،القاهرة ،1983 .

18- د. إيمان طارق الشكري ،اثر الشرط في حكم العقد (دراسة مقارنة)، منشورات زين الحقوقية ، بيروت ،2018 .

19- د. باسم محمد صالح ،القانون التجاري ،ط 1 ،دون ذكر مطبعة ،بيروت ، 2012 .

20- د. تاج السر محمد حامد ،الوجيز في احكام العقد ، ط1 ،مطبعة الحلبي ، بيروت، لبنان ،2008.

21- د. توفيق حسن فرج الصدة ،النظرية العامة للالتزام ،ج1 ،بدون ذكر مطبعة ،القاهرة ، 1978

22- _____ ،عقد البيع ،دار الجامعة الجديدة للنشر ،القاهرة ،1979 .

23- د. ثامر عبد الجبار عبد العباس السعيدي ،ضمان مطابقة المبيع للمواصفات في العقد الالكتروني ، المكتب الجامعي الحديث ،القاهرة ،2018 .

24- د. جابر محجوب علي ، ضمان سلامة المستهلك من اضرار المنتجات الصناعية المعيبة ، دراسة مقارنة،دار النهضة العربية ، لا توجد سنة طباعة .

25- _____ خدمات ما بعد البيع في بيوع المنقولات الجديدة ،دار طيبة للطباعة ، القاهرة ، 1999 .

26- جاك غستان، المطول في القانون المدني ،تكوين العقد ،ترجمة منصور القاضي ،ط1 المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر ،بيروت ، 2000 .

27- د. جعفر الفضلي ،الوجيز في العقود المدنية البيع والإيجار والمقاولة دراسة مقارنة ،ط2 ،دار شتات للطباعة ،عمان 1997 .

28- د. جلال محمد إبراهيم ،مصادر الالتزام ، ط1 ، دار النهضة العربية ، القاهرة ،2010 .

29- د .جلال العدوي ، اصول الاحكام واثبات الالتزام ،منشأة المعارف ،القاهرة ،2000 .

30- د. جمال الدين زكي ،أحكام الالتزام ،منشأة المعارف ،الإسكندرية ،2004 ..

31- _____ الوجيز في النظرية العامة في الالتزام، دار النهضة العربية ،القاهرة ، 1978 .

32- د. حسام الدين الاهوائي ،عقد البيع ،مطبعة ذات السلاسل ، الكويت ،1989.

33- أستاذنا الدكتور . حسن حنتوش رشيد الحسناوي ،التعويض ألاتفاقي في نطاق المسؤولية العقدية ، دار الثقافة للنشر و التوزيع ،الأردن ،2014 .

34- د. حسن شفيق ،عقد تسليم المفتاح نموذج من عقود التنمية ،دار النهضة العربية ،القاهرة ،دون سنة نشر .

35- د. حسن عبد الباسط الجميعي ، شروط التخفيف و الإعفاء من المسؤولية العقدية ، دار النهضة العربية ،القاهرة ،2010 .

36- _____ ،مسؤولية المنتج عن الأضرار التي تسببها منتجاته الخطرة ،دار النهضة العربية ،القاهرة ،2000 .

37- د. حسن علي ذنون ،د. محمد سعيد الرحو ،النظرية العامة للالتزام ،ط2، دار وائل للطباعة و النشر ،2010 .

38- _____ ،أصول الالتزامات ،مطبعة المعارف ،بغداد ،1970 .

39- _____ ،شرح القانون المدني العراقي ،العقود المسماة ،عقد البيع ،مطبعة الرابطة ، بغداد ، 1953 .

40- د. حسين عامر، التعسف في استعمال الحقوق و الغائها ،ط1 ،مطبعة القاهرة ، مصر ، 1960.

41- د. حمدي احمد سعد، الالتزام بالإفضاء بالصفة الخطرة للشيء المبيع ،المكتب الفني للاستشارات القانونية ، القاهرة ،1999 .

42- د. حمدي عبد الرحمن ،الوسيط في النظرية العامة للالتزامات ،الكتاب الأول ،المصادر الإرادية للالتزام ، العقد و الإرادة المنفردة ،ط1،دار النهضة العربية ،القاهرة ،1999 .

43- استاذنا الدكتور. حيدر حسين الشمري ،المختصر في أحكام الوصايا و المواريث في التشريع العراقي والفقه الإسلامي، ط2 ،دار الوارث للطباعة ،بغداد ،2019 .

44- د. خميس خضر ،عقد البيع في القانون المدني ،دار الفكر العربي ،القاهرة ،دون سنة نشر .

45- د .عبد الجبار ناجي الملا صالح ،مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود،1974 ،جامعة بغداد .

46- د .عبد الحي حجازي ، احكام الالتزام ، ج2 ، مطبعة الفجالة الجديدة ،القاهرة .

47- د عبد المنعم فرج الصده ، الاثبات في المواد المدنية ،مطبعة البابي الحلبي، القاهرة، دون سنة نشر .

48- د. رمضان أبو السعود ،أصول الإثبات في المواد المدنية و التجارية (النظرية العامة للإثبات) ، مطبعة الدار الجامعية ،الإسكندرية ،مصر ،1986 .

49-د. سعيد جبر ،الضمان الاتفاقي للعيوب الخفية في عقد البيع ، دار النهضة العربية ،القاهرة، 1970.

50- د. سامي حسن نجم الحمداني ،اثر العقد الإداري بالنسبة للغير ،المؤسسة الحديثة للكتاب ، بيروت ، 2012 .

51- د. سامي محمد فريح ،إدارة العقود الهندسية وعقود التشييد ،الكتاب الثاني ،ط3 ،دار النشر للجامعات ، القاهرة ، 2011

52- د. سعدون العامري ،الوجيز في شرح العقود المسماة ،البيع ،الإيجار ،مطبعة العاني ،بغداد ، 1974 .

53- _____ ،تعويض الضرر في المسؤولية التقصيرية ،مركز البحوث و الدراسات في وزارة العدل ، بغداد ،1981.

54- د. سعيد سعد عبد السلام ،الوجيز في أحكام الالتزام و الإثبات ،دار النهضة العربية ،القاهرة ، 2000 .

55- د. سعيد مبارك ،د. طه الملا حويش ،د .صاحب عبيد الفتلاوي ،العقود المسماة ،البيع و الإيجار و المقاولة ،ط 1،مكتبة السنهوري ،بغداد ،2012 .

56- د. سليمان مرقس ، العقود المسماة عقد البيع ،ط4 ،مطبعة عالم الكتب ، القاهرة ،1980 .

57- _____ ،أحكام الالتزام ،مطابع دار النشر للجامعات العربية ،القاهرة ،1957 .

58- _____ ،الوافي في شرح القانون المدني ،العقود المسماة ،عقد البيع ،ط 5 ،دون مكان نشر ، 1990 .

59- د. ثروت عبد الحميد ،ضمان صلاحية المبيع لوجهة الاستعمال ، دار ام القرى للطباعة و النشر ، دون سنة طبع .

60- د. شفيق شحاتة ،محاضرات في القانون المدني عن حوالة الحق القيت على طلبة الدراسات القانونية ، دون ذكر مطبعة ومكان نشر ،1954 .

61- د. صاحب عبيد عبد الزهرة ،ضمان العيب وتخلف الوصف في عقد البيع ،ط1 ،مكتبة دار الثقافة للنشر و التوزيع عمان ،1997 .

62- د. صالح بن بكر الطيار ،العقود الدولية لنقل التكنولوجيا ،مركز الدراسات العربي الأوربي ، 1989 .

63- د. صدقي أمين عيسى ،التعويض عن الضرر و مدى انتقاله الى الورثة ،(دراسة مقارنة) ط1 ، المركز القومي الإصدارات القانونية ،القاهرة ،2014 .

64- صفاء مكي حمزة الكوفي ،ضمان كفاءة الأداء دراسة مقارنة ،ط1 ،المركز العربي للنشر و التوزيع ، مصر ، 2021 .

65- د. صلاح الدين الناهي ،النظرية العامة للالتزامات ،دار الحرية للطباعة ، بغداد ،1950 .

66- د .صبري حمد خاطر ،الغير عن العقد ،دار الثقافة للنشر والتوزيع ،القاهرة ،2001 .

67- د. طارق كاظم عجيل ،نظرية الخلافة الخاصة في التصرفات القانونية ،دراسة مقارنة ، ط1،دار الحامد للطباعة والنشر ،الأردن ، 2000.

68- د. عابد عبد الفتاح فايد ، تعديل العقد بالإرادة المنفردة ،دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2005

69- استاذنا الدكتور. عباس العبودي، شرح أحكام العقود المسماة في القانون المدني البيع و الإيجار دراسة مقارنة معززة بالتطبيقات القضائية، ط2، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2011 .

70- د. عباس حسن الصراف ،شرح عقد البيع في القانون المدني الكويتي ،ط1 ،دار البحوث العلمية للنشر ، الكويت ،1975 .

71- _____ ،شرح عقدي البيع و الإيجار في القانون المدني العراقي ،مطبعة الأهالي ، بغداد ، 1956 .

72- د. عبد الحكم فودة ،تفسير العقد في القانون المدني المصري والمقارن ،الدار الجامعية للطباعة والنشر ، الإسكندرية ،2007 .

73- د. عبد الحي حجازي ،عقود المدة دراسة مقارنة ،القاهرة ،دون ذكر اسم مطبعة .

74- د. عبد الرزاق احمد السنهوري ،مصادر الحق ،ج1 ،منشأة المعارف ،الإسكندرية ،2004 .

75- _____ ، الوسيط ج4،البيع و المقايضة ، منشأة المعارف ،الإسكندرية ، 2004 .

76- _____ ،الوسيط في شرح القانون المدني ،اثار الالتزام ،ط3 منشورات الحلبي الحقوقية بيروت ،لبنان، 2009 .

77- د. عبد القادر الفار ،مصادر الالتزام في القانون المدني ،دار الثقافة ،عمان، الاردن ،2006 .

78- _____ ،مصادر الحق الشخصي في القانون المدني ،ط4 ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، الأردن ، 2012 .

79- عبد الله حسين علي ،حماية المستهلك من الغش التجاري و الصناعي ،دراسة مقارنة ،دون سنة طبع و مكان طبع .

80- د. عبد المجيد الحكيم الموجز في شرح القانون المدني، مصادر الالتزام ،ج1 ،شركة الطبع والنشر الاهلية ،بغداد ،1963.

81- د. عبد المجيد الحكيم و عبد الباقي البكري ،و محمد طه البشير ،القانون المدني احكام الالتزام ،ج2 ، دار السنهوري ،بغداد ،2015 .

82- _____ ،مصادر الالتزام ،ج1، مكتبة السنهوري ، بغداد .

83- د. عبد المنعم موسى إبراهيم ،حسن النية في العقود ،دراسة مقارنة ،منشورات زين الحقوقية ، بيروت ،لبنان ، 2006.

84- د. عدنان إبراهيم الفار ود. نوري حمد خاطر ،شرح القانون المدني و مصادر الحقوق الشخصية ، دار الثقافة ،عمان، الأردن ،2008 .

85- د. علي سيد حسن ،الالتزام بالسلامة في عقد البيع ،دار النهضة العربية ،القاهرة ،1990 .

86- استاذنا الدكتور .علي شاكر عبد القادر البدري ،التغيير الجبري لمالك العين وأثره في التصرفات القانونية ، ط1،المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة ،2017 .

87- د. عمر محمد عبد الباقي ،الحماية العقدية للمستهلك ،منشأة المعارف ،الإسكندرية ،2004 .

88- د عبد الرسول عبد الرضا ،الالتزام بضمان العيوب الخفية في القانونين المصري والكويتي ، دار حراء ،القاهرة ،1974.

89- د. غني حسون طه ،الوجيز في النظرية العامة للالتزام ،الكتاب الاول ،مطبعة المعارف ،بغداد ،1971 .

90- القاضي فلاح وناس الشمري ،الضمان العشري لمسؤولية المقاول و المهندس المعماري في القانون العراقي .

91- كريم بن سخرية ،المسؤولية المدنية للمنتج و آليات تعويض المتضرر ، دار الجامعة الجديدة للنشر ،القاهرة ،2013

92- د. كمال قاسم ثروت الونداوي ، شرح أحكام عقد البيع ، بغداد ، مطبعة السلام ،1973 .

93- مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري ، ج 2 .

94- د. محمد حسن قاسم ، الموجز في عقد البيع ،دار الجامعة الجديدة للنشر ،الإسكندرية ،1996 .

95- د. محمد حسنين، عقد البيع في القانون المدني الجزائري ،ط 4 ،ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر 1994 .

96- د. محمد عبد الله ابو هزيم ، الضمان في عقد البيع ، عمان ، دار الفيحاء ، 1986 .

97- د. محمد لبيب شنب ،المسؤولية عن الاشياء ،دراسة مقارنة ،دار النهضة العربية ،القاهرة ،1957.

98- د. محمد حسين منصور ،المدخل لدراسة القانون ،القاعدة القانونية ،منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ،2010 .

99- _____ ،المسؤولية المعمارية ،دار الجامعة الجديدة للنشر ،الإسكندرية ،2006.

100- _____ ،ضمان صلاحية المبيع للعمل مدة معلومة ،دار الجامعة الجديدة للنشر ، الإسكندرية ، 2004 .

101- _____ ،مصادر الالتزام العقد والارادة المنفردة ،الدار الجامعية ،الاسكندرية ،2000.

102- د. محمد سليمان الأحمد ،فلسفة الحق ، ط1 ،منشورات زين الحقوقية ، بيروت ،لبنان ،2017 .

103- د. محمد شتا أبو السعود ،التعويض القضائي و الشرط الجزائي والفوائد القانونية ،دار الجامعة الجديدة للنشر ، الإسكندرية ،2001 .

104- د. محمد صادق بازرعة ،إدارة التسويق ،ج2 ،ط 3، دار النهضة العربية ،القاهرة ،1988 .

105- القاضي .محمد عبد طعيس ، تعويض الضرر المعنوي وفق المسؤولية التقصيرية ،ط1 ، مطبعة صباح ، بغداد 2008 .

106- د. محمد كامل مرسي ،شرح القانون المدني الجديد ،العقود المسماة ،عقدي البيع والمقايضة ، دار النهضة العربية ، القاهرة ،1953 .

107- د. محمد لبيب شنب ،شرح أحكام عقد البيع ، دار النهضة العربية ،القاهرة ،1996 .

108- د. محمد ناجي ياقوت ،مسؤولية المعمارين بعد أتمام الإعمال وتسلمها مقبولة من رب العمل ، منشأة المعارف ،الإسكندرية ،1989 ،ص189 .

109- د. محمد شكري سرور ، النظرية العامة للالتزام ،دار النهضة العربية ،القاهرة ، 1998 .

110- د. محمد بودالي ،حماية المستهلك في القانون المقارن،دار الكتاب الحديث ،القاهرة ،2006 .

111- د. محمود السيد عبد المعطي ،المسؤولية عن فعل المنتجات الطبية و مخاطر التقدم ،دار النهضة العربية ، القاهرة ،1998 .

112- د. محمود جمال الدين زكي ، أحكام الالتزام ، مطبعة جامعة القاهرة ،مصر ،1978 .

113- د. مصطفى العوجي ،القاعدة القانونية في القانون المدني ،ج1، مطبعة بحسون ، بيروت، 1992 .

114- _____، القانون المدني العقد مع مقدمة في الموجبات المدنية ،ج1 ،ط4 ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ،لبنان .

115- د. معتز نزيه محمد الصادق المهدي، المتعاقد المحترف (مفهومه، التزاماته، ومسؤولياته) دراسة مقارنة ، دار النهضة العربية، القاهرة .

116- د. ممدوح محمد علي مبروك ،ضمان مطابقة المبيع في نطاق حماية المستهلك ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2008 .

117- _____ ،الالتزام بالصيانة في عقد البيع دراسة مقارنة ، دار النهضة العربية ،دون سنة نشر .

118- د. مهدي صالح محمد أمين ،أدلة القانون غير المباشرة في الإثبات ،مطبعة اوفسيت الشرق ، بغداد ، 1987 .

119- د. نبيل إبراهيم سعد ،العقود المسماة ،عقد البيع ،منشأة المعارف ،الإسكندرية ، دون سنة طبع .

120- د. نسرين سلامة محاسنة ،التزام البائع بالتسليم والمطابقة ،ط1 ،دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان ،2011 .

سابعا- الأطاريح الجامعية

1- د. عدنان هاشم جواد الشروفي ، المسؤولية المدنية الناشئة عن الاخلال بعقد الامتياز التجاري(دراسة مقارنة)، اطروحة دكتوراه مقدمة الى مجلس كلية القانون، جامعة كربلاء، 2017.

2- د. أسماء صبر علوان ،الالتزام بالصيانة في عقد البيع ،أطروحة دكتوراه مقدمة الى مجلس كلية القانون ، جامعة النهرين ،2015 .

3- بن عمارة محمد ،خدمات ما بعد البيع في المنقولات الجديدة في القانون الجزائري ،أطروحة دكتوراه مقدمة إلى جامعة وهران في الجزائر ،2013 .

4- حسن العزاوي ،اثر الظروف الطارئة على تنفيذ الالتزام العقدي ،أطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق في جامعة القاهرة ،1979.

5- د. عبد المنعم البدراوي ،أثر مضي المدة في الالتزام دراسة مقارنة ،أطروحة دكتوراه مقدمة إلى جامعة القاهرة، مصر ،لعام 1995 .

6- د. عمر احمد عبد المنعم دبش ،النظام القانوني لضمان العيوب الخفية في عقد البيع في إطار القانون المدني المصري ،أطروحة دكتوراه مقدمة إلى مجلس كلية الحقوق جامعة عين شمس، 2009.

7- د. فاطمة احمد الرزاز ،نظرية الاستخلاف الخاصة ،أطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق ، جامعة القاهرة ، 1998 .

8- د. محمود عبد الحكم رمضان الخن ،التزام البائع بضمان العيوب الخفية دراسة مقارنة ، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى جامعة المنصورة ،مصر ،1994 .

9- نبراس ظاهر لفتة ،حقوق الغير المقترنة بالعقد دراسة مقارنة ،أطروحة دكتوراه مقدمة إلى مجلس كلية القانون ، جامعة ، كربلاء ،2015 .

10- نورس عباس فرحان العبودي، التنفيذ المعيب للالتزام العقدي دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى مجلس كلية القانون جامعة بغداد ،2018.

11- راسم عايد حسن ،مقتضى العقد دراسة مقارنة ،أطروحة دكتوراه مقدمة الى جامعة كربلاء ، كلية القانون 2022 .

ثامنا – الرسائل الجامعية

1- وسيم جبار الشمري ،ضمان صلاحية المبيع للاستعمال ،رسالة ماجستير مقدمة الى جامعة بابل، كلية القانون ،2013 .

2- وائل عبد الكريم حسن الحشاش، أحكام تضمين الصناع وأصحاب المهن في الفقه الإسلامي، رسالة ماجستير مقدمة إلى جامعة النجاح الوطنية ،نابلس، فلسطين،2001 .

3- سهير حسن هادي ،الشرط المألوف في التعاقد ،رسالة ماجستير مقدمة إلى مجلس كلية القانون جامعة بابل ،2008 .

4- سالمي عيسى ،الإطار القانوني لمهنة المرقي العقاري الخاص في التشريع الجزائري، رسالة ماجستير مقدمة إلى جامعة يحي فارس بالميدية في الجزائر ، 2012 .

تاسعا- البحوث

1- د. أحمد سعيد الزقرد ،حق المشتري في إعادة النظر في عقد البيع بواسطة التليفزيون ،بحث منشور في مجلة الحقوق الكويتية ،العدد الثالث ،السنة 19 ،1995.

2- د. توفيق حسن فرج ،اثر حسن النية على رجوع المشتري بالضمان ،بحث منشور في مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية ،العدد الأول ،1970 .

3- د. جليل الساعدي ،الاعتبار الشخصي و أثره في انعقاد و تنفيذ العقد ،بحث منشور بمجلة العلوم القانونية ، جامعة بغداد ،العدد الأول و الثاني ، 1998 .

4- د. رائد صيوان عطوان ود يوسف عودة غانم ،التنظيم القانوني لخدمة ما بعد البيع في أطار الضمان القانوني ،دراسة تحليلية استعراضية ،بحث منشور بمجلة رسالة الحقوق ،جامعة كربلاء ، السنة التاسعة ، العدد الثاني ،لسنة 2017 .

5- د. سلام عبد الزهرة الفتلاوي ،ضمان فوات الوصف في المبيع ،بحث منشور في مجلة حولية المنتدى ،يصدرها المنتدى الوطني لأبحاث الفكر والثقافة ،السنة الثانية ،العدد الثالث ،سنة 2003.

6- د. سلام منعم مشعل ،مفهوم خدمات ما بعد البيع و طبيعته القانونية ،بحث منشور بمجلة كلية الحقوق ، جامعة النهرين ،المجلد السابع ،العدد الاول لسنة 2005 .

7- صاحب محمد حسين نصار ،عمار محمد حسين ،خيار العيب في الفقه الإسلامي ،بحث منشور في مجلة جامعة أهل البيت ،كربلاء ،العدد 20 ،لسنة 2015 .

8- د. عبد الناصر العطار ،استقراء لماهية العيب و شروط ضمانه في القانون المدني المصري ،بحث منشور في مجلة العلوم القانونية والاقتصادية ،العدد السادس لسنة ، 1959 .

9- د. علاء عمر محمد ،التزام التاجر بتقديم خدمات ما بعد بيع العقار (الضمان ألاتفاقي) ،بحث منشور في مجلة دراسات البصرة ،السنة الرابعة عشر ،العدد 31 ،لسنة 2019 .

10- د. على الموسوي، الاعتبار الشخصي في الشركة المساهمة ،بحث منشور في ، مجلة العلوم القانونية، جامعة بغداد، العدد الثاني، مجلد 25، لسنة2010 .

11- علي ماجد ،دور الإرادة المنفردة في تعديل العقد ، بحث منشور في مجلة جامعة اهل البيت (ع) ، العدد 23 ،لسنة 2014 .

12- د. فواز صالح ،الإرادة المنفردة بوصفها مصدرا للالتزام دراسة مقارنة ،بحث منشور في مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية ،مجلد 28 ،العدد الأول لسنة 2012 .

13- مجمع الفقه الإسلامي ،منشور في مجلة مجمع الفقه الإسلامي ،الدورة الحادية عشر ،لسنة 1998 .

14- محمد حسن ،دور الصناعات اليدوية والحرفية في التنمية الاقتصادية المحلية بجمهورية مصر ، بحث منشور في مجلة التنمية الاقتصادية ،المجلد الثاني والعشرون ،العدد الأول ،2020 .

15- د. منذر قحف ،عقود الصيانة ،بحث منشور في مجلة مجمع الفقه الإسلامي ،الدورة الحادية عشر لمؤتمر مجمع الفقه الإسلامي ،ج2 ،العدد الحادي عشر ،لسنة 1419هـ -1998م ص147.

16- د. منصور مصطفى منصور ،تحديد فكرة العيب الموجب للضمان في عقد الإيجار ،بحث منشور في مجلة العلوم القانونية و الاقتصادية ،جامعة عين شمس، العدد الثاني ـالسنة الأولى ، 1957 .

17- مهند حامد ،تجارب الدول في تطوير اعمال المنشاءات الصغيرة والمتوسطة ،بحث منشور في مجلة دروس الفلسطيني ،العدد الخامس ،لسنة 2009 .

18- د. نواف حازم خالد ،دور جسامة الخطأ في تحديد مقدار التعويض ،بحث منشور في مجلة الحقوق ، الجامعة المستنصرية ،السنة الخامسة ،المجلد الثالث ،العددان 11 و 12 .

19- د. هادي حسين عبد علي الكعبي ،و د. سلام عبد الزهرة الفتلاوي ،،ضمان صلاحية المبيع للاستعمال فترة معينة ،دراسة مقارنة، بحث منشور في مجلة كلية التربية ،العدد11،لسنة 2009.

20- د. وهبة الزحيلي ،النية والباعث في فقه العبادات والعقود ،بحث منشور في مجلة الشريعة و الدراسات الإسلامية ،جامعة الكويت ،السنة الثالثة ،العدد الثاني .

عاشراً - القوانين

1- القانون المدني الفرنسي لسنة (1804) المعدل النافذ .

2- قانون الموجبات والعقود اللبناني الصادر عام 1932 المعدل النافذ .

2- القانون المدني المصري رقم (131) لسنة (1948) المعدل النافذ .

3- القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951 المعدل النافذ .

4- القانون المدني السوري رقم 84 لسنة 1949 .

5- من قانون الأحوال الشخصية رقم 188 لسنة 1959 المعدل النافذ .

1- قانون الإثبات المصري رقم 25 لسنة 1968 .

2- القانون المدني الجزائري الصادر بالأمر (58-75) لسنة 1975 .

3- قانون الإثبات العراقي ، رقم 107 لسنة 1979 .

4- القانون المدني الكويتي رقم 67 لسنة 1980 .

5- قانون حماية المستهلك الفرنسي المرقم (08-31) المعدل النافذ .

6- قانون حماية المستهلك السوري لسنة 2008 .

7- قانون حماية المستهلك العراقي رقم (1 لسنة 2010) النافذ .

8- قانون حماية المستهلك القطري رقم (8 لسنة 2008) .

9- قانون الترقية العقارية رقم (04/11)لسنة (2011) .

10- قانون حماية المستهلك الكويتي رقم 39 لسنة 2014 النافذ .

11- قانون حماية المستهلك المصري النافذ رقم (181 لسنة 2018) .

12- قانون حماية المستهلك الإماراتي رقم (15 لسنة 2020) النافذ .

13- قانون حماية المستهلك الإماراتي رقم (15 لسنة 2020) النافذ .

14- القانون المدني القطري رقم 22 لسنة 2004 .

أحدى عشر- مصادر القرارات القضائية

1- إبراهيم المشاهدي ،المختار من قضاء محكمة التمييز ، الجزء الثالث ، مطبعة الزمان ، بغداد ، 2000.

2- _____ ،المبادئ القانونية في فضاء محكمة التمييز ،، القسم المدني ، مطبعة العمال المركزية ، بغداد ، 1988 .

3- احمد شعلة ،قضاء النقض المدني المصري في عقد البيع خلال اربع و ستون عاما (1931-1994) .

4- شريف الطباخ ،المسؤولية التقصيرية والعقدية في ضوء الفقه و القضاء ،دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ،2008

5- مجلة قضاء محكمة التمييز، المجلد الثالث، القرارات الصادرة سنة 1965، مطبعة الإرشاد، العراق، 1969 .

6- مجلة القضاء المدني العراقي ،ج 2 ،تصدر عن المكتب الفني بمحكمة تمييز العراق ،1985.

7- مجلة القضاء تصدرها نقابة المحامين في العراق ،السنة 11 ،العدد الخامس ،1953 .

8- مجلة قضاء محكمة التمييز العراقية ،المجلد الأول ، مطبعة الحكومة ،1963 .

9- مجلة قضاء محكمة تمييز العراق، المجلد الرابع ،تصدر عن وزارة العدل ،العدد الرابع ، 1974.

10- مجلة وزارة العدل العراقية ، مجموعة الإحكام العدلية ، العدد الرابع ، السنة السابعة ،1976 .

11- مجموعة احكام النقض المدني المصري مجموعة المكتب الفني لسنة 21 .

12- مجموعة الأحكام العدلية، العدد الأول ، السنة السادسة، 1975 .

13- مجموعة القواعد القانونية التي قررتها محكمة النقض في خمس سنوات لأحمد سمير ابو شادي (1961-1965) .

14- قضاء النقض المدني المصري، مجموعة المكتب الفني ،السنة 20 .

15- موسوعة المحامي عبد العزيز السهيل ،أحكام القضاء العراقي على مواد القانون المدني ،ج1 ، دار التضامن للطباعة ،بغداد ،1962 .

16- النشرة القضائية ،السنة الأولى ،العدد الأول ، تصدر عن نقابة المحامين العراقيين ،كانون الثاني 1970 .

17- النشرة القضائية العدد الثاني ،السنة الثانية، تصدر عن نقابة المحامين العراقيين، 1972 .

18- النشرة القضائية ،العدد الاول ، السنة الأولى ،تصدر عن نقابة المحامين العراقيين،1970 .

أثنى عشر – المصادر الأجنبية

1- P. Ancel ,le garantie conventionnelle des vices caches dans les condit generals de vent en matiere mobiliere R.T.D com 1979 .
2- j. chaps Dela declaration develonteen ,civil Francis ,theses paris ,1931 .
3- j. flour ,j-Labret ete ,savaux ,Zacte juridique ,Les obligation ,Lactejuridique 1ed Armand ,Colin Paris,2002 .
4- R .Rodiere .ndeprecitesous Aix 50 ct ,1954 ,B Grosse obligation de garantiea dansle droitdes contracts ap cit .
5- p. Malinvaud ,Laction dirct du maître de lourrage contre les fabricants et four ,isseurs des matreriaux ,d 1984 .
6- Malinvaud ,la resposablilite ,civile du fabricant en droit francais , G.p 1973 Doct .
7- -Aubry et Rau ,Droit civil francais ,6e ed par .p. Esmein 1947 Dalloz .T.V no 355 bis .
8- Ancel :La garantie conventionnelle des vices caches dans les conditions generals de vente en matiere mobiliere ,Rev .trim. dr .com .1979 .
9- V.Budry et Saiganat ,op ,cit ,No ,434 , P Ancel, precite ,no 15 cass ,civ , 15 mars 1948 ,D1948 mp346 .
10- Ancel le serviceapres –ve te precte no

Summary

Key words :

A pledg, a guarantee, the performance of a work, a defect, a contract, an undertaking , a law , a craftsmanship

There is no doubt that the subject of the guarantee under taking is one of the to optics that appeared in the practical side in the latters bulletin in large way .

Especially in the contracts of doing work ,and it didn't receive its share of study and legal decision ,and it is the most prominent reason that prompted us to chose this topic and since the contract of doing work are concluded between different periods of time other than one of them has experience and special Ration in this Field of work as for then other party . its awake period not experience in the field of carrying out these works and this matter leads to the fact that the latter often has doubts and doubts about the quality and efficiency of those works and the extent of their ability to meet this desire Rest assured except with a warranty pledge .

The subject of thesis dealt with a partial issue that is deter mined by the agreement of the two parties (the contractor and the contractor) during or after the conclusion of a contract to perform a work on the undertaking of the person doing the work . with the quality and efficiency of his work . its a means to protect the contractor for him by obtaining a job that is in a good way and fulfills his desire from contacting swells for the contractor in terms of being a means to improve his commercial reputation and attract him many contractors ,and this study came to pave the way to wards legal studies to research in depth on this subject ,especially and that the legal texts dealt with the issue of legal guarantee and only some provisions were subjected to the agreement .

The researcher made it clear that it is necessary to implement the provisions of the guarantee pledge to meet several conditions ,in clouding the existence of an agreement on the pledge between the two parties ,it confirms the requirement of the contract and the other conditions is the occurrence of a defect in the work during the period of the guarantee undertaking and we have shown through the study and analysis of jurisprudential opinions and legal texts that the defect within the frame work of the guarantee pledge is special in that does not have to be hidden old ,or influential ,the mere fact that a defect occurs during the period of the warranty undertaking it shall be the respond sibility of the undertaker should not be attributed to the pledgee ,this error occurs as a reason for the non –realization of the responsibity of the undertaker .

As for the nature of the responsibility of the pledger its an obligation with a result . then we explained how its commitment to a result and that result is not achieved until the end of the commitment period the warranty pledge without a defect in the work . and that the duration of the warranty pledge is an element that is determined by the agarment of the two parties or through custom .it in valves doing work ,and I reached that conclusion by putting for ward a number of opinions and how they did not fit this topic ,and the researcher has concluded that the pledge of guarantee entails a number of provisions to ensure that . the Institute implements its pledge correctly ,and a many these provisions is the pledger to repair the defect when it appears during the period of the guarantee pelodge in order for the pledgee to continue .to benefit from place of the contract throughout the period of the ledge .and be the burden of this repair isn’t the contractor ,shoulders .Also the contractor must re-exe cute .the work a gain . if defect stumbles and doesn’t fulfill ,the intended purpose ,and if the repair processor re-implementation of the work doesn’t benefit by returning the work to its normal state he is obliged to refund the work consideration to the contractor to him .

Karbala University

College of Law

Department of privet Law

(the warranty under taking of craft smanship)

(A comparative study)

P.H. THESIS SUMPMITTED:

To the Council of the College of law/University of karbala

It is a part of A p.h.d degree in private law

Written by :

Muhammad jabber chafel AL- Aqili

Supervised by :
Professor DR. Haider Hussain Al- Shamari

Rabi' al-Thani 1444 A.H **November 2022 A.D**