وزارة التعليم العالي و البحث العلمي

جامعة ميسان

كلية القانون

عنوان البحث

(التنظيم القانوني لضمان العيوب الخفية (دراسة مقارنة))

بحث مقدم إلى كلية القانون جامعة ميسان من اجل الحصول على متطلبات شهادة البكالوريوس

أعداد الطالبة

زينب فرحادة شندي

بإشراف

د. ماجد مجباس

٢٠٢٣م

١٤٤٥هـ

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

(أَمَّا السَّفِينَةُ فَكَانَتْ لِمَسَاكِينَ يَعْمَلُونَ فِي الْبَحْرِ فَأَرَدتُّ أَنْ أَعِيبَهَا وَكَانَ وَرَاءَهُم مَّلِكٌ يَأْخُذُ كُلَّ سَفِينَةٍ غَصْبًا (٧٩))

سورة الكهف

اية (٧٩)

إهداء

إلى أولئك الذين قالوا لي يوما ،

ماذا ستفعل في كلية الحقوق ،

بالنسبة للقضاء ، فالالتحاق به غير مضمون ،

أما عن المحاماة ، فما أكثر المحامين !!!!!

وكان هذا اقصى ما يطمحون إليه .

إهديكم جميعا هذا العمل المتواضع

الشكر والتقدير

قال تعالى: ﴿وَمَن يَشْكُرْ فَإِنَّمَا يَشْكُرُ لِنَفْسِهِ﴾ (لقمان :١٢)

أول مشكور هو الله عز وجل ، فله الحمد أولاً وآخراً

وأشكر إلى من قال الحق تعالى فيهما :

﴿وَقُلْ رَبِّ ارْحَمْهُمَا كَمَا رَبَّيَانِي صَغِيراً﴾

(الإسراء : ٢٤)

إلى أخوتي وأخواتي

أقدم لكم أروع عبارات الشكر والتقدير من قلب محب مليء بالحب والحنان والاحترام والتقدير لجهودكم الدؤوبة معي.

إلى أستاذي المشرف على هذا البحث

بما أن الله لا يشكر من لا يشكر الناس ، وبما أنك تستحق الشكر والثناء ، فلولاك ما كان لبحثي أن يؤدي إلى أفضل ما هو الآن ، ولولا جهودك لما تحقق النجاح والأهداف لم تتحقق.

الفهرست

ت	الموضوع	الصفحة
١	الاية	أ
٢	الاهداء	ب
٣	الشكر والتقدير	ج
٤	الفهرس	د
٥	المقدمة	١-٢
٦	المبحث الأول: ماهية الالتزام بضمان العيوب الخفية	٣-١٠
٧	المطلب الأول: مفهوم الالتزام بالضمان و مفهوم العيوب الخفية	٣
٨	المطلب الثاني: شروط ضمان العيب الخفي	٦
٩	المطلب الثالث: نطاق ضمان العيوب الخفية	٧
١٠	المطلب الرابع: تعديل أحكام ضمان العيوب الخفية	٩
١١	المبحث الثاني: التعويض عن الإخلال بالالتزام بضمان العيوب الخفية في الشريعة الإسلامية والقانون المدني العراقي	١١-١٨
١٢	المطلب الأول: التعويض عن الإخلال بالالتزام بضمان العيوب الخفية في الشريعة الإسلامية	١١
١٣	المطلب الثاني: التعويض عن الإخلال بالالتزام بضمان العيوب الخفية في القانون المدني العراقي	١٥
١٤	الخاتمة	١٩
١٥	المصادر	٢٠

المقدمة

ينشأ التعويض على الشخص الذي رتب بحقه العديد من الالتزامات التي ترتبت على الشيء محل التداول، ففي مجال البيع يكون الالتزام بضمان العيوب الخفية من أهم الالتزامات التي تترتب على البائع إمام الذي قام بحيازة الشيء المبيع و هو المشتري، حيث تذهب العديد من التشريعات إلى أن ترتب العديد من الآثار على هذه الأحوال، وجعلت لها العديد من الشروط التي تلزم بضمان العيب الخفي أو تحول دون إلزامه بتلك العيوب الخفية و هذه الشروط ينص عنها في تشريعات منظمة تكون حجة على الإطراف و تلزمهم بنصوصها. حيث ترتب تلك التشريعات العديد من الضوابط و الإجراءات و التي يكون بموجبها رجوع من إصابة الضرر من جراء تلك العيوب الخفية إلى الشخص الأخر و الذي الزمه القانون بتحمل تلك العيوب الخفية، و يكون ذلك من خلال أخطار يقوم به من إصابة الضر إلى الأخر صاحب الالتزام المقابل، عندها ترتب تلك التشريعات العديد من الخيرات و التي بإمكان المتضرر أن يقوم بالعديد من الخيرات التي وفرها القانون عن طريق رد الشيء محل الالتزام أو القبول بالتعويض.

أولا. مشكلة البحث

بالرجوع إلى الشريعة الإسلامية و القانون العراقي، نلاحظ العديد من الضوابط التي وضعها المشرعين في هذا المجال، و انطلاقا من ذلك فأننا نحاول الوصول إلى الإجراءات التي رتبها المشرعين في اللجوء إلى المطالبة بضمان العيوب المخفية و أهم تلك الآثار التي رتبتها تلك التشريعات.

ثانيا. أهداف البحث

١. وقوفنا على أهم الضوابط التي وضعتها الشريعة الإسلامية و التشريع العراقي في هذا المجال.
٢. وقوفنا على أهم تلك الآثار التي تثار عند ظهور العيوب الخفية في الشيء محل الالتزام و ذلك في كل من الشريعة الإسلامية و التشريع العراقي.
٣. بيان الفارق بين الضوابط التي وضعتها الشريعة الإسلامية و التشريع العراقي و كذلك الآثار عند ظهور العيوب الخفية في التشريع العراقي.

ثالثا. أهمية البحث

ترجع أهمية البحث بالنظر إلى الحاجة المجتمعية التي تذهب في معالجة تلك الآثار التي تعد شيء أساسي في التعامل اليوم للإفراد في المجتمع مما يجب بيان أهم الأسس التي يتوقف عليها بيان تلك النصوص التي تضع الضوابط و ترتب الآثار للشيء الذي يعد محل للتداول و ظهرت عليه العيوب الخفية مما ينشا الالتزام أخر و هو ضمان تلك العيوب التي ظهرت فيه.

رابعا. منهجية البحث

بالرجوع إلى الإشكالية التي أثرناها في البحث فأننا اعتدنا على المنهجين الوصفي و التحليلي في كفاية هذا الموضوع.

خامسا. هيكلية البحث

ذهبنا في التعويض عن الإخلال بضمان العيوب الخفية في بحثه إلى مبحثين، حيث تضمن المبحث الأول ماهية الالتزام بضمان العيوب الخفية، و المبحث الثاني التعويض عن الإخلال بالالتزام بضمان العيوب الخفية في الشريعة الإسلامية و القانون المدني العراقي.

المبحث الأول

ماهية الالتزام بضمان العيوب الخفية

إن العقود المعنية بضمان العيوب الخفية يتجاوز نطاقها عقد البيع إلى كل عقد ناقل للملكية، بل والى كل عقد ينقل الانتفاع، وخاصة إذا كانت عقود معاوضات ذلك أن من ينقل الملكية أو الانتفاع إلى شخص آخر يجب عليه أن ينقل حيازة مفيدة تمكن من انتقلت إليه من الانتفاع بالشيء فيما أعد له ،ومن ثم يجب أن يضمن العيوب الخفية التي تعوق هذا الانتفاع ونظرا للأهمية الخاصة لعقد البيع وكذلك عقد الإيجار وغيرها من العقود أورد المشرع أحكام ضمان العيوب الخفية ضمن التنظيم القانوني لهذا العقد، فقد نظم القانون المدني العيوب الخفية لمواجهة الفروض التي يتبين فيها أن الشيء محل التعاقد معيب،

المطلب الأول

مفهوم الالتزام بالضمان و مفهوم العيوب الخفية

بالنظر إلى أن المصطلحين يرتبان اثأر على شيء معين، وذلك فيما لو ظهر العيب الخفي وجب الضمان حينها يجب التطرق إلى بيان الضمان و بيان العيب الخفي و ذلك في فرعين، الفرع الأول مفهوم الالتزام بالضمان و الفرع الثاني مفهوم العيب الخفي.

الفرع الأول

مفهوم الالتزام بالضمان

لبيان مفهوم الالتزام بالضمان لابد من التطرق الى التعريف اللغوي و الى التعريف الاصطلاحي:

أولا. الالتزام بالضمان في اللغة:

بالنظر إلى ملازمة الالتزام بالضمان فانه إنما يرتب حالة يراد بها تلك الحالة القانونية التي يرتبط فيها شخص معين بمقتضاها بنقل حق عيني او القيام بعمل أو الامتناع عن عمل إلى أخر، فهو تلك الرابط القانونية تقف على طبيعية قانونية[1].

إما ما يراد بالضمان لغتا فانه: ((مشتق من الفعل الثلاثي ضمن، حيث يشمل على معاني عده و التي منها: ضمن الشيء بالكسر ضمانا أي كفل به فهو ضامن و ضمين، و يأتي بمعنى ضمان أي التزامه فيقال ضمن المال، أي ضامن و ضمين))[2].

و قد جاء تعريف الضمان أيضا في المصباح المنير على انه: ((يقال ضمنت الشيء فانا ضامن، بمعنى ملتزم به و يقال ضمنته المال أي ألزمته إياه))[3].

---

[1] . وسام براح، و رانيا راجعي "الالتزام بضمان العيب الخفي في عقد البيع في ظل التشريع الجزائري" (رسالة ماجستير: جامعة العربي بن مهيدي: كلية الحقوق و العلوم السياسية، ٢٠٢١)، ص:١٦.

[2] . وسام براح و آخرون، المصدر السابق، ص:١٦.

[3] . المصدر نفسه.

و ورد أيضا تعريفه في القاموس المحيط على انه :((قولك ضمنته الشيء تضمينا فتضمنه عني بمعنى عزمه فالتزمته)).

و بالنظر إلى ما جاء في تعريف الضمان في الجانب اللغوي فأننا نميل مع التعريف الذي يعرفه على انه: ((مشتق من الفعل الثلاثي ضمن، حيث يشمل على معاني عده و التي منها: ضمن الشيء بالكسر ضمانا أي كفل به فهو ضامن و ضمين، و يأتي بمعنى ضمان أي التزامه فيقال ضمن المال، أي ضامن و ضمين))[1].

ثانيا. الالتزام بالضمان في الاصطلاح

و قد ذهب العديد من الفقهاء إلى أن يضف تعريف إلى الضمان، فمنهم من ذهب إلى تعريفه على انه : ((ذلك الالتزام الملقى على عاتق احد المتعاقدين و هو البائع تتحمله ذمته اتجاه المتعاقد الأخر و هو المشتري بتنفيذ كل ما يحمله العقد من إحكام، و بشروط تم الاتفاق عليها و نتج عن هذا الإخلال بهذه البنود ما اقره القانون من اثار))[2]، أي أن هذا الاتجاه قد عرفه على انه التزام يترتب بين متعاقدين ترتبه العيد من الشروط التي تم الاتفاق عليها ووفق ما يقره القانون فان أي أخلال بهذه الشروط تثار الآثار التي تترتب اتجاه تلك العيوب. و ذهب آخرون في تعريفه على انه: ((يقصد به قيام المتسبب بالضرر بتعويض المضرور أي المسؤولية المدنية بوجه عام))، أي ان المتضرر من العيوب له الحق بالرجوع الى المتسبب بالضرر بالتعويض.

هذا ونميل مع التعريف الذي يذهب بالضمان على انه : ((ذلك الالتزام الملقى على عاتق احد المتعاقدين و هو البائع تتحمله ذمته اتجاه المتعاقد الأخر و هو المشتري بتنفيذ كل ما يحمله العقد من إحكام، و بشروط تم الاتفاق عليها و نتج عن هذا الإخلال بهذه البنود ما اقره القانون من اثار))[3].

الفرع الثاني

مفهوم العيب الخفي

لبيان مفهوم العيب الخفي فلا بد من التطرق إلى مفهومه في اللغة و في الاصطلاح، و كما يلي:

أولا. العيب الخفي في اللغة:

يراد بالعيب في اللغة و كما جاء في كتاب لسان العرب لابن منظور، على انه: ((هو النقيض أو الوصمة أو ما يخلو عنه اصل الفطرة السليمة للشيء، و العيب اليسير هو ما ينقص مقدار ما يدخل تحت تقويم المقومين و الفاحش بخلافة و هو ما لا يدخل نقصانه تحت تقويم المقومين))[4].

---

[1] . المصدر نفسه.
[2] . وسام براح و آخرون، المصدر السابق، ص:١٨.
[3] . المصدر نفسه.
[4] . حسن عباس جمال العبيدي، العيوب الخفية و أثرها على العقد" المجلة الدولة للعلوم الإنسانية و الاجتماعية(ع: ١٥، ٢٠٢٠م)، ص:٥٩.

و قد ذهب ابن قدامه على أن يعرفه على انه ((النقص الموجب لنقص المالية في عادات التجار، لان المبيع إنما صار محلا للعقد باعتبار صفته المالية فما يوجب نقصا فيها يكون عيبا و المرجع في ذلك إلى العادة في عرف أهل الشأن)).

و بالنظر إلى أن التعريف الذي جاء في لسنان العرب كان أكثر شمولا لما هو عليه العيب فأننا نميل أليه: ((هو النقيض أو الوصمة أو ما يخلو عنه اصل الفطرة السليمة للشيء، و العيب اليسير هو ما ينقص مقدار ما يدخل تحت تقويم المقومين و الفاحش بخلافة و هو ما لا يدخل نقصانه تحت تقويم المقومين))[١].

ثانيا. العيب الخفي في الاصطلاح:

قد ذهب اغلب فقهاء القانون إلى أن يعرف العيب الخفي على انه : ((هو الذي لا يعرف بمشاهدة ظاهر المبيع، أو لا يتبينه الشخص ألعاد أو لا يكتشفه غير الخبير أو لا يظهر إلا بالتجربة))، فقد ذهب هذا التعريف إلى أن العيب الخفي هو ما لا يستطيع الشخص العادي ان يتعرف عليه إلا من خلال التجربة أو من خلال الخبير[٢].

و قد عرفه ايضا على انه: ((العيب الذي تترتب عليه دعوى ضمان العيوب الخفية و هو الافه الطارئة التي تخلو منها الفطرة السليمة للمبيع))، أي ان العيب هو ما يجوب رفع دعوى ضمان العيوب الخفية على ان يكون المبيع مخالفه لحقيقته بعد اكتمال العقد[٣].

و قد ذهب القانون العراقي إلى أن يعرف العيب الخفي على انه: ((و العيب هو ما ينقص ثمن المبيع عند التجار وأرباب الخبرة أو ما يفوت به عرض صحيح إذا كان الغائب في أمثال المبيع عدمه)).

و نميل إلى ما ذهب أليه القانون العراقي في تعريفه بالعيب الخفي : ((و العيب هو ما ينقص ثمن المبيع عند التجار وأرباب الخبرة أو ما يفوت به عرض صحيح إذا كان الغائب في أمثال المبيع عدمه))[٤].

---

١ . المصدر نفسه.

٢ . وليد محمد بخيت الوزان، "أبراء مسؤولية البائع من ضمان العيب الخفي في عقد البيع" (رسالة ماجستير: جامعة الشرق الأوسط: كلية القانون، ٢٠١١)، ص:١٥.

٣ . المصدر نفسه.

٤ . الفقرة (٢)، المادة (٥٥٨)، القانون المدني العراقي، لسنة (١٩٥٢).

المطلب الثاني

شروط ضمان العيب الخفي

بالنظر إلى أن الشيء محل التداول قد يكون في العديد من الحالات تحت ظروف تجتمع فيه حالات مجتمع يحدد فيها من أن يكون محتويا على عيبا خفيا أو سليم من العيوب الخفية، و ذلك سنقسم هذا المطلب إلى ثلاث أفرع، الفرع الأول أن يكون العيب قديما، و الفرع الثاني أن يكون العيب مؤثرا، و الفرع الثالث أن يكون العيب خفيا.

الفرع الأول

أن يكون العيب قديما

ويعتبر قدم العيب هو من أحد الشروط التي يجب أن تتوافر من أجل أن يتحقق موجب الضمان على البائع أو المؤجر بمعنى أن العيب يجب أن يكون سابقا على انعقاد العقد .أما العيوب التي تطرأ على الشيء بعد انعقاد العقد وقبل التسليم فالفقه مختلف بشأنها يرى البعض أنها موجبة للضمان والبعض الأخر يرى أنها غير موجبة له، ويكون عبء اثبات وجود العيب على المشتري أو المستأجر والاعتماد على الخبرة هي الوسيلة الأكثر فعالية في معرفة تأريخ العيب، و التي يباشرها الشخص الخبير، و كذلك يظهر العيب الخفي في التجربة و ذلك بعد فترة معين من استعمال المبيع[1].

الفرع الثاني

أن يكون العيب مؤثرا

يقتضي المنطق السليم ألزام البائع أو المستأجر في حالة تأثير العيب على قيمة أو منفعة الشيء بحسب الغرض المطلوب منه أما العيب غير المؤثر فلا يعتد به خاصة إذا كان قد جرى العرف على التسامح بشأنه فمثلا أذا اشترى المتعاقد سيارة بحالة ممتازة إلا انه تبين له وجود تمزق بسيط في فرش احد المقاعد لم يكن ظاهرا وقت التعاقد فمثل هذه العيوب هي عيوب بسيطة لا تؤثر على المنفعة المبتغاة من الشيء وفي جميع الأحوال فإن تقدير مدى تأثير العيب هي مسألة موضوعية يستقل بها قاضي الموضوع باختلاف ظروف التعاقد.

أي لا بد من أن يكون العيب في الغرض الذي يعطي الفائدة مؤثرا فيه و لا فلا اعتبار لهذا العيب أي انه يعد عيبا غير مؤثرا كما أن اعتبار العيب مؤثر أو غير مؤثر يرجع إلى السلطة التقديرية للقاضي[2].

---

[1] . محمد عبد الظاهر حسين، "المعقود المسماة (البيع و الايجار و التامين)" (بيروت : لمؤسسة الفنية للطباعة و النشر، ٢٠١٠م)، ص:٢١٠_٢١١.

[2] . هشام طه محمود، "العقود المسماة (عقد البيع و عقد الايجار)" (دون مكان نشر، دون دار نشر، ٢٠١٤)، ص:٢١٣.

الفرع الثالث

أن يكون العيب خفيا

يستطيع أن يتبين لو أنه فحص الشيء وقت التسليم بعناية الرجل العادي ولا يتطلب من البائع أو المستأجر عناية الرجل الخبير كما لا يجوز أن تقل العناية التي يقاس بها إمكان العلم بالعيب عن عناية الرجل العادي والفرض الثاني الذي يضمن فيه البائع أو المستأجر العيب يكون عندما يمكن اكتشاف العيب بعناية الرجل العادي ومع ذلك فأن المشتري أو المستأجر يثبت أنه قد أكد له خلو الشيء من العيب أو تعمد أخفاء العيب غشا منه.

كما أن العيب الذي يذهب إلى أن يعد عيبا خفيا لا بد من أن يكون تحت ملاحظة الخبير و الذي يمكنه أن يحدد بمقدار خبرته في أن المبيع فيه عيبا خفيا أو يخلو من العيب الخفي و الذي تقوم عليه سلطة القاضي التقدير[1].

المطلب الثالث

نطاق ضمان العيوب الخفية

تثبت العيوب الخفية في بعض العقود دون الأخرى و بذلك بالنظر إلى طبيعة كل عقد، حيث سنقسم هذا المطلب إلى فرعين، الفرع الأول العقود التي لا ضمان فيها، والفرع الثاني العقود التي يثبت فيها الضمان.

الفرع الأول

العقود التي لا ضمان فيها

نصت المادة ٥٦٩ من القانون المدني العراقي " لا تسمع دعوى ضمان العيب فيما بيع بمعرفة المحكمة أو الجهات الحكومية الأخرى بطريق المزايدة العلنية " كما نصت المادة ٤٥٤ من القانون المدني المصري على أنه " لا ضمان للعيب في البيوع القضائية و لا في البيوع الإدارية إذا كانت عن طريق المزاد ".

وهذه المادة تشير إلى نوعين من البيوع :

الأول. البيوع القضائية أي التي تتم امام القضاء وهي تتم جبرا على المدين كما لو كان مفلسا وعرضت أموال التفليسة لبيعها في جلسة علنية أو كان مدينا وحجز عليه حجز منقولا و نزعت ملكيته العقارية بناء على طلب دائني ويلاحظ أن مجال تطبيق النص مقصور على ضمان العيب الخفي فقط أي أن البائع يضمن للمشتري عدم تعرض الغير له ماديا كما يضمن له عدم تعرضه شخصيا ولا ماديا ولا قانونا حتى ولو كان البيع قد تم جبرا عن البائع كما لو بيعت العين سدادا

---

[1] . سمير عبد السيد تناغو، " عقد البيع" (الإسكندرية: مكتبة الوفاء القانونية، ٢٠٠٩)، ص:٢٩٤.

لديون البائع . وهناك بيوع قضائية تتدخل المحكمة فيها تدخلا لا يمكن وصفه بالجبر ولا يمكن وصفه بالاختيار بلهو بين بين ومثاله بيع العقار المشاع الذي لم يمكن قسمته عينا فالشركاء المشتاعون الذين يرغبون في قسمة العقار قد [1].

يلجؤون للمحكمة اختيارا وكان من الممكن أن يقتسموا العقار بعيدا عن القضاء أما عنصر الجبر فلم يتدخل إلا عرضا أي عندما رأت المحكمة أنه لا يمكن قسمة الشيء المملوك على الشيوع في مثل هذ ه الحالة يرى البعض أن مثل هذه البيوع لا يسقط فيها الضمان وهو قول بعيد عن الصواب وعن حكمة إسقاط ضمان العيب في البيوع القضائية فالبيوع القضائية تتخذ إجراءات طويلة معقدة لا داعي لتعقيدها مرة أخرى بضمان العيب فضلا عما فيها من رقابة قضائية على إجراءات البيع وسلامة إرادة المتعاقدين وهذا يسري على جميع البيوع القضائية .

و الثاني. من العقود التي لا يثبت فيها ضمان العيب هي البيوع الإدارية إذا كانت بالمزاد والبيو ع الإدارية هي التي تجريها جهة الإدارة كمصلحة الضرائب وغيرها عن طريق أحد موظفيه ا فاشتراط إجراء هذه البيوع بالمزاد إنما قصد به الحكمة نفسها التي من أجلها أسقط الضمان في البيوع القضائية حيث لم ينص القانون على وجوب ان تكون بالمزاد لأنها لا تكون إلا به أما البيوع الإدارية فقد يكون البيع فيها بغير المزاد .[2]

الفرع الثاني

العقود التي يثبت فيها الضمان

من خلال التطرق الى العقود التي لا يثبت فيها الضمان من بيوع قضائية وبيوع إدارية التي تتم بالمزاد العلني نرى أنه من الجدير الإشارة إلى البيوع التي يثبت فيها الضمان وبطبيعة الحال من خلال استقرائنا للبيوع التي تتم فيها الضمان نجد أن هذه الفرع تم إدراجه نظرا لأهمية العلمية من ناحية ولإزالة اللبس الذي يدور حول بعض البيوع من ناحية أخرى[3] .

فالقاعدة العامة تبين أن ضمان العيوب يقوم على كل عقود المعاوضات بصفة عامة فهي تلك العقود التي يأخذ فيها كل من المتعاقدين مقابلا لما يعطيه فكل منهما يبحث من مصلحة معينة ويسعى للحصول عليها بإبرامه للعقد إذا فكل عقد ناقل للملكية أو للمنفعة يثبت في نحوه الضمان بانتقال الملكية أو الانتفاع من البائع للمشتري انتقالا مفيدا يمكن للمشتري من الانتفاع به وبذلك إذا ما صادف المشتري عيبا من العيوب الخفية ألزم البائع بضمان ذلك[4] .

---

[1] . محمد عبد الظاهر حسين، المصدر السابق، ص:٢١٨.
[2] .المصدر نفسه، ص:٢١٩.
[3] . حنين زروقي، " التعويض عن الأضرار الناجمة عن الإخلال بالالتزام بضمان العيوب الخفية للمبيع" (أطروحة دكتوراه: جامعة عبد الحميد بن باديس: كلية الحقوق و العلوم السياسية، ٢٠١٨)، ١٨٣.
[4] .المصدر نفسه ص:١٨٤.

المطلب الرابع

تعديل أحكام ضمان العيوب الخفية

قد أورد المشرع أحكام ضمان العيوب الخفية التي تقدم ذكرها باعتبارها مفسرة أو مكملة لإرادة المتعاقدين فلا تسري ألا إذا لم يتفق الطرفان على غيرها فهي أذن ليست من النظام العام وعلى ذلك يجوز للمتعاقدين تنظيم أحكام ضمان العيوب بما يلائم ظروف تعاقدهما فيكون هذا التنظيم الاتفاق هو الواجب التطبيق بدلا من التنظيم القانوني، و سنقسم هذا المطلب الى ثلاث افرع، الفرع الأول الاتفاق على تشديد الضمان، و الفرع الثاني الاتفاق على تخفيف الضمان، و الفرع الثالث الاتفاق على الإعفاء من الضمان.

الفرع الأول

الاتفاق على تشديد الضمان

فالاتفاق على زيادة ضمان العيوب الخفية قد يتعلق بأسباب الضمان أو بمدى التعويض المستحق عند تحقق الضمان مثل الزيادة في أسباب الضمان أن يشترط المشتري على البائع ان يضمن له كل عيب في المبيع لم ينتبه وقت التسليم حتى لو أمكن تبينه عن طريق الفحص بعناية الرجل العادي، أو ان يتفق معه على إطالة مدة التقادم فتكون أكثر من سنة[١] .

ومثل زيادة مدى التعويض عند تحقق الضمان أن يشترط المشتري إذا ظهر عيب في المبيع يجيز رده الى البائع حسن النية أو أن يسترد أعلى القيمتين قيمة المبيع سالما أو الثمن فكل هذه الشروط التي من شأنها ان تزيد في ضمان البائع للعيب الخفي جائزة ويجب العمل بها[٢] .

و قد ذهب المشرع العراقي إلى أن الاتفاق على الضمان بزيادة فانه من صلاحية المتعاقدان كما في نص المادة (٥٦٨)، ((يجوز أيضا للمتعاقدين باتفاق خاص ان يحددا مقدار الضمان))[٣].

الفرع الثاني

الاتفاق على تخفيف الضمان

للبائع أو المؤجر أن يشترط تخفيف الضمان المقرر عليه بموجب القانون وذلك عن طريق الاتفاق مع المشتري أو المستأجر على عدم ضمانه عيبا معينا بالذات كعدم ثبات لون المبيع أو الاتفاق على تقصير المدة اللازمة لرفع الدعوى من ستة أشهر إلى ثلاثة أشهر [٤] أو أن يتفق على إنقاص التعويض كأن يشترط البائع على المشتري إذا رد المبيع المعيب ألا يرد ألا أقل القيمتين قيمة المبيع سليما أو الثمن دون أي تعويض أخر[٥]. و اتجه المشرع العراقي إلى أن هذا

---

[١] . احمد صلاح الدين، " ضمان العيوب الخفية في المبيع" (دون مكان نشر، دون دار نشر، ٢٠١٦)، ص:٤٣.

[٢] . المصدر نفسه.

[٣] . الفقرة (١)، المادة (٥٦٨)، القانون المدني ، رقم (٤٠)، لسنة (١٩٥١).

[٤] سعيد مبارك و آخرون "الموجز في العقود المسماة (البيع و الإيجار و المقاولة)" (بغداد: المكتبة القانونية، ٢٠١٧)، ص:١٤٦.

[٥] . يمينة الحداد و آخرون، المصدر السابق، ص٦٨.

من صلاحية المتعاقدين و يكون ذلك باتفاق خاص و كما ورد في المادة (٥٦٨)، من القانون المدني العراقي: ((يجوز أيضا للمتعاقدين باتفاق خاص ان يحددا مقدار الضمان))[١].

الفرع الثالث

الاتفاق على الإعفاء من الضمان

ويجوز في النهاية الاتفاق على إسقاط الضمان ألا في حالة إخفاء العيب وغالبا ما يتضمن العقد عدم الضمان بنص صريح ألا أن هذا الشرط قد يستنتج من ظروف الحال كبيع شيء بثمن بخس ألا يتناسب مطلقا مع قيمته لو كان سليما ويترتب على شرط عدم الضمان أثره كاملا من حيث إعفاء البائع أو المؤجر من الضمان كليا فلا يحق للمشتري أو المستأجر أن يرجع عليه بأي شيء[٢]. وقد ذهب المشرع العراقي الى ان ينص على هذا في القانون المدني: ((٢)).و اذا اشترط البائع براءته من كل عيب، او من كل عيب موجود بالمبيع، صح البيع...))[٣].

---

١. الفقرة (١)، المادة (٥٦٨)، القانون المدني ، رقم (٤٠)، لسنة (١٩٥١).
٢. عبد المنعم البدراوي "الوجيزة في عقد البيع" (القاهرة: دار المطبوعات الجامعية، ١٩٩٨)، ص:٣٥٧.
٣. المادة (٥٦٧)، القانون المدني ، رقم (٤٠)، لسنة (١٩٥١).

المبحث الثاني

التعويض عن الإخلال بالالتزام بضمان العيوب الخفية في الشريعة الإسلامية والقانون المدني العراقي

رتبت كل من الشريعة الإسلامية و كذلك التشريع العراقي على التعويض الذي يلزم المتسبب بالضرر بتعويض المتضرر، و سنقسم هذا المبحث إلى مطلبين، المطلب الأول التعويض عن الإخلال بالالتزام بضمان العيوب الخفية في الشريعة الإسلامية، و المطلب الثاني التعويض عن الإخلال بالالتزام بضمان العيوب الخفية في القانون المدني العراقي.

المطلب الأول

التعويض عن الإخلال بالالتزام بضمان العيوب الخفية في الشريعة الإسلامية

تضع الشريعة الإسلامية و من خلال الفقه الإسلامي العديد من الضوابط في هذا الجانب مما يستدعي تقسيم هذا المطلب إلى فرعين، الفرع الأول. فكرة العيب الخفي في الشريعة الإسلامية، الفرع الثاني التعويض عن الإخلال بضمان العيوب الخفية.

الفرع الأول

فكرة العيب الخفي في الشريعة الإسلامية

عرفه الحطاب من المالكية بأنه ((ما يثبت بسببه نقص يخالف ما التزم به البائع شرطا أو عرفا في زمان ضمانه))[1].

وعرفه شهاب الدين الرملي من الشافعية بأنه " المتعلق بفوات مقصود مظنون نشأ الظن فيه من التزام شرطي أو قضاء عرفي "والملاحظ عن كل من تعريف الحطاب وشهاب الدين الرملي أنهما ادخلا صراحة فوات الوصف ضمن مفهوم العيب[2].

وهنالك العديد من الأدلة الشرعية تثبت شرعية ضمان العيوب الإسلامية او خيار العيب كما يسمى عند جمهور الفقه الاسلامي ومن هذه الأدلة على سبيل المثال ما رواه عقبة بن نافع أنه سمع رسول الله (ص) يقول (المسلم أخ المسلم لا يحل لمسلم باع من أخيه بيعا وفيه عيب إلا بينه له).

كما أن الالتزام بالمبيع المعيب ضرر ولا ضرار في الإسلام عملا بحديث الرسول (ص) : ((لا ضرر ولا ضرار))[3].

---

١ . محمد زعموش، "نظرية العيوب الخفية في الشريعة الإسلامية و القانون الوضعي" (أطروحة دكتوراه: جامعة منتوري قسنطينة، ٢٠٠٥)، ص:١٠.

٢ . المصدر نفسه، ص:١١.

٣ . محمد زعموش، المصدر السابق، ص:١٩.

كما اجمع جمهور الفقه الإسلامي بمختلف مذاهبه على أن ضمان العيب هو حق يثبت للمشتري في عقد البيع وللمستأجر في عقد الإيجار .

ولا يوجد فرق واضح بين ضمان العيوب الخفية في القانون والشريعة الإسلامية من حيث انتقال هذا الحق الى الخلف العام إذ ينتقل هذا الحق ألى ورثة المشتري بعد وفاته[١].

وخلاصة ذلك يمكن القول أن الفقه الإسلامي يعرف بدوره ضمان العيوب الخفية وقد أقام منه بنيانا متكاملا حيث أن فقهاء الشريعة الإسلامية يذهبون الى أن هذا الخيار أي خيار العيب يثبت للمشتري دون حاجة الى اشتراطه في العقد لأنه شرط ضمني في العقد[٢].

واختلف فقهاء الفقه الإسلامي في تحديد هذه الفكرة في اتجاهين :

الاتجاه الأول : ويذهب إلى أن العيب هو ما يعد نقصانا على أصل الفطرة السليمة وهم يقصدون بالفطرة السليمة الخلقة وأساس الاصل في الأشياء وهكذا فالعيب عندهم هو النقيصة ولا يعد عيبا ما لا يؤدي إليها والتي لابد أن تكون في أساس الخلقة فلو قال شخص لأخر بعتك عشرة أطنان من الحنطة فوجدها بعد ذلك رديئة فهذا لا يكون له خيار الرد بالعيب لان أصل وأساس خلقة الحنطة وغيرها من الحبوب أن تخلق بدرجات ثلاث جيدة ووسط ورديئة أما لو قال البائع للمشتري بعتك هذه السيارة فوجد زجاجها مكسور فللمشتري هذا الخيار بالرد للعيب لأن الأصل في خلقة السيارة واحدة وهو السلامة من الكسر والضابط عند هؤلاء الفقهاء في تحديد ما يعد زيادة أو نقصان لأصل الفطرة هو وجودها أو عدم وجودها عند أكثر افراد نوع المبيع .

الاتجاه الثاني : ويرى أصحاب هذا الاتجاه أن العيب هو ما أوجب نقصان الثمن عند التجار فالعيوب عندهم نقائص في المبيع موجبة لنقص القيمة المالية في عادة التجار ويرون أن المبيع انما صار محلا للعقد باعتبار صفته المالية فما يوجب النقص فيها يعد عيبا والمعيار لدى أصحاب هذا الاتجاه موضوعي يتمثل بعادات التجار وخبراتهم فيما يعد منقصا للقيمة أو مفوتا لغرض صحيح وينظم فقهاء المسلمون هذا العيب باعتباره خيار من الخيارات التي تجعل العقد غير لازم والأصل في دليل هذا الخيار هو قاعدة الضرر فإن لزوم العقد الواقع على المعيب ضرر على الطرف الأخر وهو لا يعلم به ولم يقدم عليه وكل حكم ضروري مرفوع بقاعدة (لا ضرر في الإسلام) فلزوم العقد على المعيب مرفوع[٣].

ويمكن رده إلى خيار الاشتراط إذ أن العقلاء غالبا لا يقدمون إلا على ابتياع الصحيح السالم من الأعيان ولا يشترطون ذلك صراحة في العقد اعتمادا على أصالة السلامة فالسلامة في نظر كل متعاقدين شرط ضمني في العقود المطلقة التي لم يأخذ فيها البراءة من العيوب فإذا انكشف وقوع العقد على غير السليم فقد تخلف الشرط ، وتخلف الشرط يوجب الخيار[٤].

---

١ .المصدر نفسه، ص:٨٨.

٢ . جعفر الفضلي، "الوجيز في العقود المدنية(البيع-الإيجار- المقاولة)، (القاهرة: العاتك لصناعة الكتاب، ٢٠٠٧)، ص:١٢٢.

٣ . علي مطشر عبد الصاحب، "تطور فكرة العيب الموجب للضمان" مجلة العلوم القانونية (جامعة بغداد_كلية القانون، ع:١، ٢٠٢١)، ص:٤_٥.

٤ . المصدر نفسه.

الفرع الثاني

التعويض عن الإخلال بضمان العيوب الخفية

رأينا فيما سبق أن للدائن بالضمان الحق في رد المبيع أو الاحتفاظ به والمطالبة بإنقاص الثمن بالقدر الذي أحدثته العيب إلا أن الحكم لصالح المشتري بإحدى هاتين الدعويين قد لا يحقق له كل طلباته لأنه حتى في حالة إرجاع الشيء المعيب إلى حالته فإن ذلك لا يمنع من أن يكون المشتري قد تضرر بسبب وجود هذا العيب سواء كان ذلك في جسمه أو ماله بل قد تعدى الضرر الناجم عن العيب ليصيب الغير[1]، فبغض النظر عن الضرر الذي يصيب المشتري فقد تم التفرق بين البائع الذي يعلم بالعيب والبائع الذي يجهل العيب. لتحديد البائع العالم بالعيب أو سيء النية يجب أن نفرق بين البائع المحترف أو الصانع والبائع العرضي أو العادي . فالبائع الصانع هو ذلك الشخص الطبيعي أو المعنوي الذي يقوم بمفرده أو عن طريق المشاركة وفي إطار حرفته بأعمال متكررة تتطلب معارف فنية تتطابق مع المعطيات العلمية التي يملكها سواء بنفسه أو بواسطة غيره بشرط أن يحوز ثقه نظائره [2].

أما البائع المحترف فهو الذي يتصرف عادة باعتباره المصدر الأساسي لبضاعة معينة وقد ساوى الفقهاء بين البائع الصانع و البائع المحترف من حيث افتراض العلم بالعيب. فوضعوا قرينة على عاتقهما واعتبروا العلم بالعيب بمثابة سوء النية ولكن لا يقصد بسوء نية البائع الصانع أو المحترف في هذه الحالة المفهوم العام للكلمة أي توفر نية الإضرار بالمشتري وإنما المقصود هنا سوء النية بالمفهوم الفني.

إلا أن هذه التفرقة بين البائع الصانع والتاجر المحترف قد انتقدت من طرف بعض الفقهاء الذي يرى بأن هذا التمييز لا يكون صحيحا إلا إذا كان الصانع يبيع البضاعة بنفسه، ولكن من النادر أن يبيع الصانع البضاعة بنفسه وإنما يبيعها بواسطة التجار حيث يكون هؤلاء همزة وصل بينه وبين المستهلك فالتاجر يتصرف باسم الصانع وعليه يجب أن يعامل معاملة البائع الصانع أيضا من هنا لا يوجد أي مبرر التمييز بينهما وهكذا يتفق الفقه والقضاء على اعتبار قرينة العلم بالعيب قرينة قاطعة إذا كان البائع صانعا أو تاجرا محترفا.

أما إذا كان البائع عرضيا أو عاديا وهو الشخص الذي يقوم عادة بعمل مدني وليس تجاري فيفترض فيه أنه غير عالم بالعيب أي حسن النية وعلى من يدعى العكس إثبات ذلك.

ومن هنا يتضح أن مدى الالتزام بالتعويض يختلف عن ذلك المفروض على البائع الصانع أو التاجر المحترف والعلم بالعيب يمكن إثباته بكافة طرق الإثبات هذا بالنسبة للبائع[3].

---

[1] .محمد زعموش، المصدر السابق، ص: ١٨٨.
[2] . المصدر نفسه، ص:١٩٠.
[3] . محمد زعموش ، المصدر نفسه ،ص١٩٢.

أما بالنسبة للمشتري فيجب أن يكون هو الآخر حسن النية أي غير عالم بالعيب فإذا أنتفت النية الحسنة أنتفى الحق في الرجوع بالعيب الخفي ومن ثم التعويض أما إذا كان المشتري تاجرا محترفا أو صانعا هو الآخر فإن البائع المحترف يعامل في هذه الحالة معاملة البائع العرضي.

وبالتالي تزول قرينة العلم بالعيب المفروضة عليه ومع ذلك فهناك من يرى أن قرينة العلم بالعيب لا تسري على المشتري المحترف تجاه البائع الصانع، بحيث يبقى أثرها محصورا بالمشتري الذي يتمتع بنفس اختصاص البائع.

وفي اعتقادنا أن الرأي الأخير هو الرأي الأرجح لسبب واحد ووجيه وهو أنه الأقرب إلى روح النص التشريعي.لأن المشرع في القوانين التي نصت على هذه الحالة لم يفترض قرينة العلم بالعيب إلا بالنسبة للبائع فقط دون المشتري.

كما أن هذا الموقف يمليه المنطق والعدالة وذلك أن البائع الصانع أو التاجر المحترف هو أدرى بالمبيع ومحتوياته وإذا كان به عيب فالمفروض فيه أنه يعلمه أما بالنسبة للمشتري فحتى لو كان محترفا فهو يجهل العيب لأنه يطمئن عادة إلى البائع إلا إذا قام المشتري بشراء الشيء المبيع على مسؤوليته ففي هذه الحالة لا يستحق التعويض بطبيعة الحال[1]. ولكن هناك تشديد نجده في الشريعة الإسلامية والتي تحرم المشتري من التعويض في حالة تصرفه بالمبيع ولو دون علمه[2].
أما بالنسبة لمقدار التعويض : سبق القول أن سوء نية أو حسن نية البائع لها أثر في قيام الحق في التعويض ومدا هو لذلك إذا اردنا تحديد مقدار التعويض الذي يلتزم البائع بدفعه للمشتري يجب أن نميز بين البائع حسن النية الذي يجهل وجود العيب والبائع سيء النية الذي يعلم بوجود العيب ولأخطر المشتري به وقد تتحقق حالة ثالثة وهي أن البائع يكون سيء النية، أي يعلم بوجود العيب ولا يكتفي بعدم إخطار المشتري بهذا العيب بل يلجأ إلى استعمال طرق معينة لإخفاء العيب[3].

---

[1] . محمد زعموش ، المصدر نفسه ، ص:١٩٣.
[2] . حنين زروقي، المصدر نفسه، ص:٢٨٠.
[3] . محمد زعموش ، المصدر نفسه ،ص:١٩٦.

المطلب الثاني

التعويض عن الإخلال بالالتزام بضمان العيوب الخفية في القانون المدني العراقي

ان التعويض عن العيوب التي تكون في الشيء محل التداول يحدد لها التشريع العراقي العديد من الضوابط، مما يستوجب تقسيم هذا المطلب الى فرعين، الفرع الأول فكرة العيب الخفي في القانون المدني العراقي، و الفرع الثاني التعويض عن الإخلال بضمان العيوب الخفية.

الفرع الأول

فكرة العيب الخفي في القانون المدني العراقي

بالرجوع الى التعريف الذي اعتمده التشريع العراقي لتعريف للعيب الخفي على انه : ((العيب هو ما ينقص ثمن المبيع عند التجار و أرباب الخبرة أو ما يفوت به غرض صحيح اذا كان الغالب في أمثال المبيع عدمه، ويكون قديما اذا كان موجودا في المبيع وقت العقد أو حدث بعده وهو في يد البائع قبل التسليم))[1]، و من خلال التعريف المتقدم يلاحظ ان المشرع العراقي قد ذهب في العيب المؤثر في العقد على أن يكون خفيفا، فالعيب بجميع الأحوال على نوعين أما إن يكون خفيفا ا وان يكون ظاهرا، فالعيب الخفي هو ذلك الذي يكون ظاهر للعيان و أن كان غير بائن فهو من السهل كشفه ألا أن العيب الخفي لا يمكن لكشفه بسهوله من قبل المشتري، فلو كان من السهل كشفة لامتنع المشتري عن المبيع، و أن القانون العراقي قد الزم البائع بالعيب الخفي سواء كان البائع على علم ب هاو لم يكن يعلم به.

و لا بد من الذكر الى ان نقصان قيمة المبيع و فوات الغرض منه هما شيئان متميزان في العيب، فالعيب قد يذهب الى ان ينقص من قيمة الشيء المبيع ا وان يفوت الغرض المراد منه، و قد جرت محالوة تطوير مفهوم العيب في مشروع القانون المدني العراقي ١٩٨٦، و الذي ذهب الى ان ينص على ((يكون البائع ملزما بالضمان اذا كان المبيع وقت البيع ينقض من قيمته او يخل بالمنفعة المقصودة من شرائه، كما يضمن العيب الذي يحصل بعد البيع و قبل التسليم))[2]، و من هنا حاول المشرع العراقي تطوير مفهوم العيب و ذلك من خلال تبنيه الاخلال بالمنفعه بدلا من فكرة فوت الغرض منها الا ان هذه المحاولة لم تر النور و يعود ذلك الى عدم اصدار مشروع ذلك القانون المدني العراقي[3].

و من خلال ما تقدم فان المشرع العراقي انما تبنى فكرة العيب الخفي و ذلك حينما يكون العيب الخفي يرجع بالتاثير بالنقصان على ثمن المبيع او انه يفوت الغرض المرجو منه.

---

[1] . الفقرة (٢)، المادة (٥٥٨)، القانون المدني العراقي، رقم (٤٠)، لسنة (١٩٥١).
[2] .علي مطشر عبد الصاحب، المصدر السابق، ص: ٦.
[3] . المصدر نفسه، ص:٧.

و بالرجوع الى المشرع العراقي في عقد المقاولة فانه قد الزم المقاول بان يبلغ رب العمل فورا باي عيوب تفوت المصلحة المقصودة من الشيء محل المقاولة، و ذلك من خلال تطبيق القواعد العامة للعقد، و ذلك كما جاء في نص المادة (٨٦٧)، من القانون المدني العراقي.

و ايضا فان العيوب الخفية التي لا يمكن الكشف عنها من قبل رب العمل فان المقاول في هذه الحالة يكون ضامنا لها و حتى ان كان ذلك بعد تسليم العمل، على ان يقوم رب العمل باخبار المقاول بعد كشفها و الا فلا حق له بعد ذلك، كما نصت عليه المادة (٨٧٥)[1].

[1] . الفقرة (٨٧٥)، القانون المدني العراقي، رقم (٤٠)، لسنة (١٩٥١): (أما إذا كانت العيوب خفية أو اكانت المخالفة غير ظاهرة ولم يلحظها رب العمل وقت التسليم بل كشفها بعد ذلك وجب عليه أن يخبر المقاول بها بمجرد كشفها و إلا اعتبر انه قد قبل العمل).

الفرع الثاني

التعويض عن الإخلال بضمان العيوب الخفية

التعويض لغة العوض البدل تقول عوضته تعويضا اذا اعطيته بدل ما ذهب منه وتعوض منه واعتاض اخذ العوض.

اما اصطلاحا فان التعويض مبلغ من النقود يساوي المنفعة التي كان يحصل عليها الدائن لو نفذ المدين التزامه على النحو الذي يقضي به مبدأ حسن النية و الثقة المتبادلة بين الناس ايان المدين الذي يخل بتنفيذ التزامه يجبر على تنفيذ التزامه تنفيذا عينيا واذا لميعد ذلك ممكنا فان المتعاقد المخل يجبر على وضع دائنة في الوضع الذي سيكون عليه فيما لو تمت نفيذ الالتزام عينا . ويتم ذلك عن طريق اقامة دعوى التعويض وصدور الحكم بالزام المتعاقد المخل بدفع مبلغ من المال الى المدعي .

لذا يمكن تعريف التعويض القضائي بصورة عامة بأنها لتعويض الذي يقدره القاضي نتيجة اخلال شخص بالتزام قانونيا و عقدي اما بالنسبة الى التعويض في المسؤولية العقدية فهو التعويض الذي يقدره القاضي عندما يتأخر المدين بتنفيذ التزامه أو انه لا ينفذ التزامه أصلا في سبقه اانذار المدين اذا تطلب القانون أعذار هو يحكم القاضي بالتعويض إذا لم يكن التنفيذ العين يممكن ا او في الحالات التي يثبت فيها بان الدائن قد تضرر لمجرد تأخر المدين في التنفيذ وحيث ان الدائن يجب ان يعوض في حدود المنفعة التي كان يحصل عليها لو نفذ العقد و الخسائر التي لحقت بالدائن فان المدين يلزم بدفع ما لحقب الدائن من الخسارة وما فأته من الكسب بمعنى اخر ان عناصر التعويض في المسؤولية العقدية هي ما لحق من الخسارة وما فات من الكسب في حدود توقعات المدين عند ابرام العقد ايان المدين يلزم فقط بدفع التعويض المتوقع المباشر في المسؤولية العقدية و يقصد بالضرر المباشر ذلك الضرر الذي ينشأ عن اخلال بالعقد، بحيث أن وقوع هذا الفعل يؤدي حتما إلى ترتب هذا الضرر و يكون كافيا لحدوثه[1].

و هذا ما يفهم من نص المادة ١٦٩ مدني عراقي التي جاء فيها إذا لميكن التعويض مقدرا في العقد أو في القانون فالقاضي هو الذي يقدر هو يشمل التعويض ما لحق الدائن من خسارة و ما فاته من كسب[2].

فتنص الفقرة الثانية من المادة (٧٥٨) من القانون المدني العراقي على أنه " فإذا لحق المستأجر ضرر من العيب التزم المؤجر بتعويضه ما لم يثبت أنه كان يجهل وجود العيب " بمعنى إذا ترتب على وجود العيب ان لحق المستأجر ضرر فأن حق المستأجر بالمطالبة بالتعويض يتوقف على عدم علم المؤجر او علمه بوجود العيب في المأجور فأن كان المؤجر يعلم بوجود العيب في كون عندها ملزما بتعويض

---

[1] . ناوات عمر قادر حاجي، "التلازم بين الفسخ و طلب التعويض في المسؤولية العقدية" المجلة العلمية لجامعة جيهان (السليمانية: جامعة جيهان، ع: ١، ٢٠٢٠)، ص:٣٧.

[2] . المصدر نفسه.

المستأجر أما إذا كان يجهل العيب و استطاع أن يثبت جهله بذلك فلا يلزم بتعويض المستأجر عن الضرر الذي لحقبه . ويلاحظ أنه لا يفترض المشرع في المؤجر حسن النية بل عليه هو أن يثبت حسن نيته لأنه يلتزم بالتعويض[١].

وفيما يعبر عن تكيف المشرع العراقي إلى عقد المقاولة فان المشرع قد ذهب إلى أن هذه العيوب الخفية أما أن يقبل بها رب العمل و يقبل بالتعويض جراء تلك العيوب، أما في حالة عدم قبول رب العمل لهذه العيوب فان القانون العراقي يجيز له أن يقوم بالتنفيذ العيني الجبر بإصلاح تلك الإضرار[٢].

---

[١] . جعفر الفضلي، المصدر السابق، ص: ٢٥١.

[٢] محمد عدنان الجبوري ، " الالتزام بالضمان في عقد المقاولة" ص:٤٥، الرابط:
https://almerja.com/reading.php?idm=١٢١٧٣٩

الخاتمة

ان النصوص التي اتت بها كل من الشريعة الإسلامية و التشريع العراقي في مجال ضمان العيوب الخفية لم تحمل العديد من التناقضات فيما بنيهما ولذلك لان التشريع العراقي قد ابنى العديد من نصوص ولاسيما في هذا المجال على الشريعة الإسلامية و التي هي كفيه بكفاية هكذا موضوع.

أولا. النتائج

١. أن المشرع العراقي في مجال ضمان العيوب الخفية في عقد المقاولة قد جعل رب العمل أما خيرين، فإما أن يقبل بتلك العيوب و يطلب بالتعويض عنها، ا وان يقوم بالتنفيذ العيني الجبري بإصلاح تلك الإضرار، كما جاء في المادة (٢٤٦)، من القانون المدني العراقي،رقم (٤٠)، لسنة (١٩٥١).
٢. وقد اجمع جمهور الفقه الإسلامي بمختلف مذاهبه على أن ضمان العيب هو حق يثبت للمشتري في عقد البيع وللمستأجر في عقد الإيجار .
٣. أن المشرع العراقي قد نص على انه يمكن للمتعاقدين أن يتفقوا بمقدار الضمان و ذلك كما جاء في نص المادة (٥٦٨)، من القانون المدني العراقي،رقم (٤٠)، لسنة (١٩٥١).

ثانيا. التوصيات

١. على المشرع العراقي أن يتبنى فكرة الإخلال بالمنفعة التي وردت في مشروع القانون المدني العراقي لعام (١٩٨٦)، و الذي لم يتم المصادقة عليه، بدلا من الفكرة السائد التي تفضي إلى تفويت الغرض من المنفعة.
٢. على المشرع العراقي في قانون المدني أن يكون أكثر سعة لما أتت به الشريعة الإسلامية في ضمان العيوب.

المصادر

أولا. الكتب

١. احمد، صلاح الدين " ضمان العيوب الخفية في المبيع" (دون مكان نشر، دون دار نشر، ٢٠١٦)،

٢. جعفر الفضلي، "الوجيز في العقود المدنية(البيع-الإيجار- المقاولة)، (القاهرة: العاتك لصناعة الكتاب، ٢٠٠٧)،

٣. سعيد مبارك و آخرون "الموجز في العقود المسماة (البيع و الإيجار و المقاولة)" (بغداد: المكتبة القانونية، ٢٠١٧)

٤. سمير عبد السيد، تناغو " عقد البيع" (الإسكندرية: مكتبة الوفاء القانونية، ٢٠٠٩)

٥. عبد المنعم، البدراوي "الوجيزة في عقد البيع" (القاهرة: دار المطبوعات الجامعية، ١٩٩٨)،

٦. هشام طه محمود، "العقود المسماة (عقد البيع و عقد الايجار)" (دون مكان نشر، دون دار نشر، ٢٠١٤)،

٧. محمد عبد الظاهر حسين، "المعقود المسماة (البيع و الايجار و التامين)" (بيروت : لمؤسسة الفنية للطباعة و النشر، ٢٠١٠م)،

ثانيا. القوانين

١. القانون المدني العراقي، رقم (٤٠)، لسنة (١٩٥١).

ثانيا. المجلات

١. حسن عباس جمال العبيدي " العيوب الخفية و أثرها على العقد" المجلة الدولة للعلوم الإنسانية و الاجتماعية(ع: ١٥، ٢٠٢٠م).

٢. علي مطشر عبد الصاحب، "تطور فكرة العيب الموجب للضمان" مجلة العلوم القانونية (جامعة بغداد_كلية القانون، ع:١، ٢٠٢١)،

٣. ناوات عمر قادر حاجي، "التلازم بين الفسخ و طلب التعويض في المسؤولية العقدية" المجلة العلمية لجامعة جيهان (السليمانية: جامعة جيهان، ع: ١، ٢٠٢٠).

ثالثا. الرسائل و الاطاريح

١. وسام براح، و رانيا راجعي "الالتزام بضمان العيب الخفي في عقد البيع في ظل التشريع الجزائري" (رسالة ماجستير: جامعة العربي بن مهيدي: كلية الحقوق و العلوم السياسية، ٢٠٢١).

٢. وليد محمد بخيت الوزان "أبراء مسؤولية البائع من ضمان العيب الخفي في عقد البيع" (رسالة ماجستير: جامعة الشرق الأوسط: كلية القانون، ٢٠١١).

٣. حنين، زروقي " التعويض عن الأضرار الناجمة عن الإخلال بالالتزام بضمان العيوب الخفية للمبيع" (أطروحة دكتوراه: جامعة عبد الحميد بن باديس: كلية الحقوق و العلوم السياسية، ٢٠١٨)،

٤. محمد ،زعموش "نظرية العيوب الخفية في الشريعة الإسلامية و القانون الوضعي" (أطروحة دكتوراه: جامعة منتوري قسنطينة، ٢٠٠٥).

خامسا. المواقع الالكترونية

محمد عدنان الجبوري ، الالتزام بالضمان في عقد المقاولة" ص:٤٥، الرابط: https://almerja.com/reading.php?idm=١٢١٧٣٩