مجلة الدراسات القانونية المقارنة
EISSN:2600-6154 المجلد11/ العـــدد01 (2025)، ص.ص.104-122. ISSN:2478-0022

خفاء العيب وعدم العلم به كشرطين من شروط العيب الموجب للضمان في الفقه الاسلامي والقانون المدني الجزائري

The Concealment of the Defect and the Buyer's Ignorance as Two Conditions for Liability for Defects in Islamic Jurisprudence and Algerian Civil Law

أسماء لابد

Asma LABED

طالبة دكتوراه، التخصص: (شريعة وقانون) جامعة وهران 1، أحمد بن بلة 1، الجزائر

Email:labedasma143@gmail.com

أمال حبار

Amel HABARE

أستاذ التعليم العالي، جامعة وهران1 ،أحمد بن بلة 1، الجزائر

Email:amalgemeaux@gmail.com

تاريخ إرسال المقال:2025/04/15 تاريخ القبول:2025/06/10 تاريخ النشر:2025/06/11

ملخص:

خفاء العيب وعدم العلم به كشرطين من شروط العيب الموجب للضمان فقها وقانونا لقيام الضمان لابد من توفر عدة شروط ومن أهمها شرط الخفاء الذي يعتبر المصدر الحي لضمان العيوب الخفية، فلابد أن يكون العيب خفيا حتى يقوم الضمان، فلا يضمن البائع العيوب الظاهرة أو التي كان يمكن للمشتري اكتشافها لو أنه تفحص المبيع بعناية الرجل العادي، وهذا فيما يخص القانون المدني الجزائري، أما بالنسبة للفقه الاسلامي فلم يعط أهمية لشرط الخفاء باعتبار أن الضمان يقوم سواء كانت العيوب ظاهرة أو خفية، وهذا ما يظهر جليا في العيوب التي ذكروها إذ أن معظم هاته العيوب ظاهرة كالعمى والعور وغيرها...اضافة إلى شرط الخفاء يوجد شرط آخر لا يقل أهمية عنه ألا وهو عدم علم المشتري بالعيب، إذ لا يكفي أن يكون العيب خفيا وإنما ينبغي أيضا أن يكون غير معلوم للمشتري سواء عند العقد أو عند التسليم، فعلمه به يسقط حقه في الضمان، ويقع عبئ اثبات هذا العلم على البائع وهذا في كل من الفقه الاسلامي والقانون المدني الجزائري.

كلمات مفتاحية:

الضمان.، العيوب.، الخفاء.، عدم العلم.، البائع.، المشتري .

Abstract:

For liability for a defect to arise, several conditions must be metchief among them is the condition of concealment, which is considered the essential foundation for liability due to hidden defects. The defect must be hidden for liability to apply; the seller is not responsible for apparent defects or those that the buyer could have discovered through careful inspection, using the diligence of a reasonable person. This principle is specific to Algerian civil law.

In contrast, Islamic jurisprudence does not attach the same importance to the condition of concealment. Liability is established regardless of whether the defect is hidden or visible. This is clearly evident in the types of defects discussed by jurists, many of which are visible such as blindness, partial blindness, and others.

In addition to concealment, another equally important condition is the buyer's lack of knowledge of the defect. It is not enough for the defect to be hidden; it must also be unknown to the buyer at the time of the contract or at the moment of delivery. If the buyer is aware of the defect, their right to claim liability is forfeited. The burden of proving the buyer's knowledge lies with the seller, and this applies in both Islamic jurisprudence and Algerian civil law.

Keywords:

Liability; Defects; Concealment; Ignorance; Seller; Buyer; .

المقدمة:

يعتبر ضمان العيوب الخفية من بين أهم الضمانات التي وضعها، المشرع الجزائري من أجل حماية المشتري، ذلك أن البائع ملزم بضمان حيازة نافعة ومؤدية للغرض المقصود بالشيء المبيع ووجود عيب بالمبيع يحول دون ذلك.

ويسمى هذا الضمان في الفقه الإسلامي بخيار العيب أو خيار النقيصة.

ولقيام هذا الضمان لابد من توفر عدة شروط وهي: شرط الخفاء، شرط عدم علم المشتري، شرط الجسامة وشرط القدم.

وهذا المقال خاص بدراسة الشرطين الأولين: الخفاء وعدم العلم بالعيب لأهميتهما ولوجود خلاف حولهما، فبعض الفقهاء يعتبر أنهما شرطان مستقلان ،في حين يعتبر البعض الآخر أن شرط عدم العلم بالعيب هو شرط يدخل ضمن شرط الخفاء باعتبار أن علم المشتري بالعيب يجعله ظاهرا وبالتالي ينتفي عنه الخفاء، إلا أن الدكتور أسعد دياب اتخذ موقفا وسطا وهو أن عدم علم المشتري بالعيب لا يعتبر شرطا مستقلا تمام الاستقلال عن شرط الخفاء وإنما هو شرط مكمل له.

الهدف من الدراسة:

تهدف هاته الدراسة إلى التعريف بخفاء العيب وعدم العلم به في كل من القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي مع عرض أوجه الإتقان والاختلاف بين كل منهم.

الإشكالية:

من خلال ما ذكر سابقا يمكن طرح الإشكالية التالية:

ما مدى التوافق بين ما جاء في القانون المدني والفقه الإسلامي فيما يخص خفاء العيب وعدم العلم به؟ وللإجابة على هذه الإشكالية لابد من طرح عدة تساؤلات:

-ماهي ماهية العيب الموجب للضمان؟

-متى يكون العيب خفيا؟

-ما هو الوقت الذي يحدد فيه عدم علم المشتري؟

-وعلى من يقع إثبات هذا العلم؟

منهجية الدراسة: اعتمدت في هاته الدراسة على المنهج الاستقرائي وذلك بتتبع جزيئات الموضوع ومحاولة حصرها حسب الخطة، والمنهج الاستدلالي في بعض المواضيع، إضافة إلى المنهج المقارن

المبحث الأول: ماهية العيب الموجب للضمان

يستلزم البحث عن ماهية العيب الخفي التعرف على معنى الضمان، فالأحكام العامة في القانون المدني لا تخلو من وجود ضمانات تهدف الى تحقيق الاستقرار في التعاقد كالتأمينات العينية والشخصية، والدعوى المباشرة والغير المباشرة وغيرها من الوسائل القانونية التي لم يكتفي بها المشرع فألزم البائع بضمان خاص ألا و هو ضمان العيب الخفي وعليه ما معنى هذا الضمان؟

عرف الكثير من الفقهاء الضمان أمثال "دونانت"ولاجال" الا أن "جروس" أعطى تعريفا للضمان لا يختلف في مضمونه عن أداء هؤلاء، فاعتبر ان هذا الموجب يرتكز على نقل ملكية بيع نافع الى المشتري سواء في الضمان القانوني أو الاتفاقي" (أسعد، 1981، الصفحات 88-89)

المطلب الأول: تعريف العيب الموجب للضمان

يتضمن هذا المطلب المعنى اللغوي للعيب في فرع أول والمعنى الاصطلاحي في فرع ثاني .

الفرع الأول: التعريف اللغوي للعيب

- العاب والعيب والعيبة: الوصمة.

-والجمع أعياب وعيوب. " (ابي الفضل جمال الدين، 1324هـ-1995م، صفحة 145)

-عيبه وتعيبه: نسبه الى العيب: جعله ذا عيب. (احمد ، 1379هـ-1960م، صفحة 234)

الفرع الثاني: التعريف الاصطلاحي للعيب

عرف الكثير من فقهاء الشريعة الإسلامية العيب ،فهل عرفه أيضا المشرع الجزائري ؟وعليه سيتم تعريف العيب في الفقه الإسلامي (أولا)وتعريفه في القانون المدني (ثانيا)،وتعريفه لدى القضاء(ثالثا)

أولا:تعريف العيب في الفقه الاسلامي

ذكر لفظ العيب صراحة مرة واحدة في القرآن الكريم وذلك في الاية 79من سورة الكهف "أما السفينة فكانت لمساكين يعملون في البحر فأردت ان اعيبها وكان وراءهم ملك يأخذ كل سفينة غصبا"

وقد قال القرطبي في تفسيره لعبارة "فأردت ان اعيبها "أي اجعلها ذات عيب ،فيقال عبت الشيءفعاب ،إذ صار ذا عيب :فهو معيب وعائب (القرطبي، 1368هـ،، صفحة 34).

وانطلاقا من هذه الآية عرف الكثير من الفقهاء العيب

عرفه ابن الحاجب من المالكية بأنه " نقص مخالف ما إلتزمه البائع شرطا أو عرفا في زمان ضمانه"

فالشرطي ما يؤثر في نقص الثمن والعرفي ما تقتضي العادة بأنه أنما يدخل على السلامة منه مما يؤثر في نقص الثمن أو المبيع أو في التصرف او خوفا في العاقبة.

وقد علق عليه المجاجي في كتابه فقال: «وهذا تعريف لنفس النقيصة ففيه تسامح...فلنا ان نقول هو الخيار الذي يثبت للمشتري بسبب نقص مخالف ...الخ". (مُحَمَّد سكحال ، (1422هـ-2001م، صفحة 65)

ومنه فإن ضابط العيب عند المالكية هو ما كان منقصا للثمن او المبيع او التصرف او كان مخوف العاقبة.

وعرفه ابن الجزيري بأنه "ما تنقص به قيمة المبيع أويفوت به على المشتري غرض صحيح"

ومثال ما تنقص به قيمة المبيع جماح الدابة عند ركوبها ،ومثال ما يفوت به غرض صحيح على المشتري أن يشتري شاة ليضحي بها فيجد بها ما يمنع صحة الاضحية كقطع في اذنها . (عبد الرحمان ، 2014، صفحة 145)

وعرفه مُحَمَّد الشربيني الخطيب من الشافعية بأنه :"كل ما ينقص العين او القيمة نقصا يفوت به غرض صحيح اذا غلب في جنس المبيع عدمه". (الخطيب، 1958، صفحة 51)

وهو نفس تعريف الجزيري إلانة زاد عليه اذا غلب في الجنس المبيع عدمه ،أي ان الغالب في مثله السلامة من ذلك العيب .

وعرفه الكساني من الحنفية بأنه: «كل ما يوجب نقصان الثمن في عادة التجار نقصانا فاحشا أو يسيرا" (علاء الدين ابي بكر بن مسعود، (1406هـ-1986م)، صفحة 274)

لأن ثبوت الرد بالعيب لتضرر المشتري ،وما يوجب نقصان الثمن يتضرر به والمراد بالثمن القيمة ،وقد عبروا بالثمن لأنه غالبا ما يكون مساويا للقيمة.)ابن امين بن عمر ,ج 7ط 1423هـ 2003 -م(p. 168) ,

والعيب الفاحش عند الحنفية هو مالا يدخل تحت تقويم المقومين ،كأن يقوم الشيء سليما بألف مثلا وان يقومه الكل مع العيب بأقل من ذلك.

والعيب اليسير هو ما يدخل تحت تقويم المقومين ،كأن يقوم الشيء سليما بألف مثلا ومع العيب بأقل ويقومه اخر مع العيب بألف أيضا. (سعدي، ط2(1408هـ-1998م)ص ص268-269)

وضابط العيب عند الحنفية هو ما كان منقصا للثمن في عادة التجار وقد علق ابن عابدين على هذا الضابط بقوله انه غير جامع وغير مانع ،فالأولى لأنه لا يشمل العديد من المسائل ومثالها من اشترى ثوب او خف فوجده صغيرا

كان له الرد لأنه لا يصلح لغرض المشتري إلاأنة قد يصلح لغيره فلاينقص الثمن مطلقا ،اما الثانية فإنه قد يدخل فيه ما ينقص من الثمن دون ان يكون عيبا ،كمن اشترى دابة فوجدها كبيرة السن لم يكن له الرد إلا إذا اشترط صغرها فكبر السن منقص للثمن لكنه ليس بعيب .

وعليه لابد من تقيد الضابط بماذكره الشافعية وهو ما يفوت به غرض صحيح بشرط ان يكون الغالب في أمثال المبيع عدمه. (ابن امين بن عمر، ج 7 ط 1423هـ - 2003 م، الصفحات 168-169)

وعرفه ابن عابدين بأنه "ما يخلو ا عنه اصل الفطرة السليمة من الآفات العارضة لها"

والفطرة الخلقة التي هي أساس الأصل. (ابن امين بن عمر، ج 7 ط 1423هـ - 2003 م، صفحة 167)

والافة العارضة قد تكون افة في الخلقة و التكوين وقد تكون افة طارئة ،فالأولى تكون مصاحبة لتكوين

الشيء كالتصنيع الغير دقيق للألة ،اما الثانية فتطرا بعد تكوين الشيء ككسر الالة بعد تصنيعها ،وكلاهما يعتبر افة عارضة. (أسماء، 2017-2018، صفحة 15)

وعليه فإن مصطلح الافة العارضة أوسع من مصطلح الآفة الطارئة لأنه يشملها .

ولعل احسن تعريف للعيب هو تعريف ابن عابدين لأنه جمع بين النقص الذي يكون في الخلقة والنقص الذي يطرا عليها بلفظ دقيق وهو الافة العارضة ،على ان يكون مما تخلو منه اصل الفطرة السليمة فاخرج بذلك الرداءة ،وكل ما تخلو اعنه الفطرة السليمة ككبر السن في الحيوان مثلا.

وتجدر الإشارة هنا الى ضرورة التمييز بين الرداءة والعيب فالأشياء التي توجد في أصل فطرتها سليمة وإن اختلف وجودها عادة من اعلى الى أدنى، فاختلافها هذا يعد من قبيل الجودة والرداءة، لا من قبيل السلامة والعيب والرداءة ليست عيبا عند الفقهاء فالأصل في السلع أنها متفاوتة من حيث الجودة، والاختلاف في سعر الجيد والرديء راجع الى ان القيم تختلف باختلاف الأوصاف لا لأن الرداءة عيب ومثال الرداءة كأن يكون القمح خفيف او احمر أو أن يكون اللوز غليظ القشرة وقد جاء في جامع الفصولين: "لا يرد البر برداءة لأنها ليست بعيب ويرد السوس والعفن".

وتكمن أهمية التفريق بين العيب والرداءة، في أن العيب يلزم البائع بضمانه شرعا وقانونا، أما الرداءة فلا تلزمه بشيء. (أسعد، 1981، صفحة 353)

ثانيا: تعريف العيب في القانون

لم يعرف المشرع الجزائري العيب الخفي حاذيا حذو المشرع الفرنسي والمصري وغيرهم من القوانين الحديثة، وانما بين بعض خصائصه من خلال نص المادة 379من القانون المدني الجزائري والتي نصت على ان البائع يكون ملزما بالضمان إذا لم تتوفر في المبيع الصفات التي تعهد بوجودها وقت التسليم الى المشتري أو إذا كان المبيع فيه عيب ينقص من قيمته او نفعه بحسب الغاية المقصودة منه والمذكور بالعقد أو حسب ما يظهر من طبيعته او استعماله، فيضمن البائع هاته العيوب ان لم يكن عالما بها. (الأمر رقم 75-58 ، المؤرخ في سبتمبر1975 المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم، 2013)

ويتضح من خلال نص هاته المادة ان المشرع الجزائري إعتمد نفس ضوابط العيب التي اعتمدها فقهاء الشريعة الإسلامية وهي ضابط نقص القيمة والمنفعة وتفويت غرض المتعاقد .

ثالثا: تعريف العيب الخفي لدى القضاء

عرفت محكمة النقض المصرية العيب "بأنه الافة الطارئة التي تخلو منها الفطرة السليمة للمبيع" وهذا في ظل التقنين القديم الذي لم يعرف العيب الخفي الا بهذا المعنى أما التقنين الجديد فقد وسع من مفهوم العيب ليشمل تخلف الصفة أو فوات الوصف وهذا ما نصت عليه المادة 1/447من القانون المدني المصري. (مُحَمَّد ، 2013، صفحة 253)

ويلاحظ من خلال هذا التعريف ان محكمة النقض المصرية تأثرت بتعريف العيب في الفقه الإسلامي وهو مأخوذ من تعريف ابن عابدين ،إلا انها خرجت عن الصياغة الاصلية مما جعلها تتعرض للانتقاد لانها حصرت العيب في معنى واحد وهو الافة الطارئة التي تكون بعد تكوين العقد واهملت الافة التي تكون في الخلقة والتكوين ،إضافة الى ان العيب هو ما تخلو عنه اصل الفطرة السليمة وليس ما تخلو عنه الفطرة السليمة ،وهذا ما يجعل تعريفها ناقصا مقارنة بتعريف ابن عابدين. (قرفي، 2004-2005، الصفحات 09-10)

كما أن محكمة ليون عرفت العيب بانه "النقص الذي يصيب الشيء بشيء عارض ولا يوجد حتما في الأشياء المماثلة. (أسعد، 1981، صفحة 31)

يتضح من خلال هذان التعريفان أن المحاكم لم تكن تعتبر تخلف الصفة عيبا الى أن جاءت نصوص قانونية نصت على اعتبارها عيبا يستوجب الضمان كالمادة 379 من القانون المدني الجزائري الموافقة للمادة 447 من القانون المدني المصري فتخلف الصفة لا يدخل في الأصل في مفهوم العيب الخفي إلا إذانص المشرع على ذلك.

المطلب الثاني: مشروعية العيب الموجب للضمان

يتضمن هذا المطلب فرعين :الأول خاص بمشروعية العيب الموجب للضمان في الفقه الإسلامي ،والثاني خاص بمشرعية العيب الموجب للضمان في القانون المدني الجزائري.

الفرع الاول: مشروعية العيب الموجب للضمان في الفقه الإسلامي

أتفق جميع الفقهاء على عدم جواز كتمان العيب مستندين على عدة نصوص شرعية نذكر منها مايلي:

-عن أبي هريرة رضي الله عنه قال: قال رسول الله ﷺ" من اشترى غنما مصراة فاحتلبها فان رضيها أمسكها وان سخطها ففي حلبها صاع من تمر" «متفق عليه.

والمقصود بالمصراة هو جمع اللبن في ضرع الشاة عند إرادة بيعها حتى يعظم ضرعها فيظن انها كثيرة اللبن (عبد العظيم ، (1421هـ-2001م)، صفحة 345)

وقد قضى ﷺ برد غلام ابتاعه رجل فاستعمله ثم تبين فيه عيب فقال البائع لقد استعمل غلامي يا رسول الله، فقال ﷺ "الخراج بالضمان" اخرجه أبو داوود في البيوع (282/3) الحديث(3508)، والترمذي في البيوع (572/3) الحديث (1285) وقال "حديث حسن صحيح «، والنسائي في البيوع (223/7) (باب الخراج بالضمان) وابن ماجة

في التجارات(754/2) الحديث(2243)، واحمد في المسند(56/6) الحديث (24279). (ابي إسحاق برهان الدين إبراهيم بن مُحَمَّد بن عبد الله ، صفحة 90)

والخراج هو ما يحصل عليه المشتري من غلة العين المشترات ومنافعها وكسبها. (علي ، (1417هـ-1996م)، ، صفحة 90)

وسئل الشيخ مُحَمَّد الصالح العثيمين عن سيارة يريد صاحبها بيعها وبها عيب خفي لم يخبر به المشتري فأجاب «بأن هذا حرام ولا يجوز والواجب تبين العيب لقوله ﷺ: «من غشنا فليس منا «، وقوله في المتبايعين «إن صدقا وبينا بورك لهما في بيعهما، وان كذبا وكتما محقت بركة بيعهما «أخرجه البخاري ومسلم. (الشيخ عبد الرحمن ، الشيخ مُحَمَّد بن صالح، الشيخ عبد العزيز ، و الضيخ صالح ، 2003، صفحة 162)

وكل هاته النصوص تثبت خيار العيب وذلك لعدم جواز كتمان العيب الا أنها لم تحدد نوعية هاته العيوب وبالتالي نرجع في تحديدها الى العرف.

الفرع الثاني:مشروعية العيب الموجب للضمان في القانون المدني الجزائري

نظم المشرع الجزائري أحكام ضمان العيب الخفي في القسم الأول: «أحكام عامة من الفصل الأول: «عقد البيع "من الباب التاسع: «العقود المتعلقة بالملكية وذلك في المواد من 379 الى 386 من القانون المدني حيث تكلم عن العيوب التي يضمنها البائع والشروط التي يجب توافرها في هذه العيوب، كما تكلم عن دعوى الضمان وبين حالات سقوطها وتكلم أيضا عن ضمان الاتفاق.

كما ان المشرع الجزائري نص أيضا على ضمان العيب وذلك اثناء التحدث عن مسؤولية المنتج عن الاضرار الناتجة عن منتوجاته في الفقرة الأولى من المادة 140مكرروالتي نصت على انه «يكون المنتج مسؤولا عن الضرر الناتج عن عيب في منتوجاته ولو لم تربطه بالمتضرر علاقة تعاقدية".

فقد يكون المشتري هو المتضرر ،والبائع هو المنتج ،وبالتالي يلزم البائع بالضمان وفقا لنص المادة 379ومايليهابمعنى انه يفهم من إضافة المادة 140مكرر الى احكام القانون المدني بان المشرع اخضع مسؤولية المنتج عن منتجاته المعيبة للقواعد التي تحكم ضمان العيوب الخفية ،إلاان هناك من يرى ان استحداث المشرع لهذه المادة راجع الى رغبة المشرع في توفير حماية اكثر للمتضرر بالعيب ،وانه لاشك ان العيب المنصوص عليه في المادة 140مكررمستقل تماما عن العيوب الخفية . (أسماء، 2017-2018، الصفحات 39-40)

وعموما فإن نص المادة 140مكررليس موضوع الدراسة لأننا هنا نتحدث عن شروط العيب الموجب للضمان ضمن نص المادة 379وما يليها والمتعلقة بضمان العيوب الخفية.

المبحث الثاني: شرط الخفاء في العيب الموجب للضمان

يشرط في العيب الموجب للضمان أن يكون خفيا، ويعتبر هذا الشرط المصدر الحي لضمان العيوب الخفية، فلا يقوم الضمان إذا كانت العيوب ظاهرة أو كان باستطاعة المشتري اكتشافها لو أنه تفحص المبيع، وقد نصت على هذا الشرط مختلف القوانين بما فيها القانون المدني الجزائري، فهل نص الفقه الإسلامي أيضا على هذا الشرط؟

هذا ما سنعرفه من خلال هذا المبحث الذي قسم إلى مطلبين، الأول خاص يشرط الخفاء في الفقه الاسلامي ،والثاني خاص بشرط الخفاء في القانون المدني الجزائري.

المطلب الاول: شرط الخفاء في الفقه الإسلامي

برجوع إلى كتب الفقه الإسلامي نجد أن الفقهاء لم يولوا شرط الخفاء اهتمامهم وانما ركزوا على شرط عدم علم المشتري، فجهل المشتري بالعيب كفيل بقيام الضمان حتى إن كان العيب ظاهرا، وهذا ما يظهر جليا في العيوب التي ذكرها الفقهاء، حيث أنهم ذكروا مجموعة من العيوب التي إذا ما وجدت بالمبيع ثبت للمشتري الحق في الرجوع بالضمان، ومعظم هاته العيوب هي عيوب ظاهرة كالعمى والعور والقطع....

الفرع الأول:اقسام العيوب في الفقه الاسلامي

وعموما يمكن القول إن فقهاء الشريعة الإسلامية قسموا العيوب إلى قسمين: عيوب ظاهرة وعيوب باطنية.

أولا: العيوب الظاهرة: وهي العيوب التي يمكن رؤيتها أو ملاحظتها بإحدى الحواس كالعمى والعور والحول والخوض (مصدر أخوص وهو غائر العين) والبرص والفزع والعسر (مصدر الأعسر وهو الذي يعمل بشماله) والأصبع الزائدة والناقصة والسوداء والظفر الأسود والبخر والنفر والشيب.... (علاء الدين ابي بكر بن مسعود، (1406هـ-1986م)، صفحة 65)

وهذه العيوب تنقسم بدورها إلى عدة أقسام: عيب ظاهر ولكنه قديم كالأصبع الزائدة، وحادث لا يحتمل الحدوث وقت العيب إلى وقت الخصومة كالجراحات، وحادث لا يحتمل التقدم على مدى العيب. (نظام ، 1973، صفحة 86)

ثانيا: عيوب باطنية: وهي العيوب التي من شأنها أن تخفى وتختلف فيها المبيعات، وهاته العيوب إما أن تكون: مما يطلع عليه الرجال، فتثبت بشهادة عدلان من أهل العلم في تلك السلعة وعيوبها، وإما أن تكون مما لا يطلع عليه إلا أهل العلم، كالمرض الذي لا يطلع عليه إلا الأطباء فلا يقبل إلا أهل المعرفة بذلك. (أبي الحسن على ، الصفحات 165-166)

وإما أن يكون العيب مما يطلع عليه النساء فيثبت العيب يقول واحدة منهم موصوفة بالعدالة واثنان أحوط. (محمود بن أحمد بن موسى ، صفحة 108)

وإما أن يكون:" مما لا يقف عليه إلا بالتجربة والامتحان عند الخاصة كالإباق والسرقة والبول في الفراش والجنون". (علاء الدين ابي بكر بن مسعود، (1406هـ-1986م)، صفحة 278)

وقد لا يتصور أن يكون العيب ظاهرا وغير معلوم عند المشتري، وهذا ما أوضحه احمد الدرير حيث أورد مثال عن هذه الصورة، فعند ذكره لعيب العور والعمى قال:" هذا إن كان المبيع غائبا وبيع بصفة أو رؤية متقدمة أو كان المشتري أعمى وكان العور ظاهرا، وإلا فلا يمكنه الادعاء أنه لم يره حال البيع، أما إن كان خفيا كما لو كان المبيع تام الحدقة فيظن بذلك أنه يبصر ولو كان حاضرا والمشتري بصيرا". (أحمد الدرير ، صفحة 58)

بمعنى أن العيب الظاهر الموجب للضمان هو ذلك العيب الذي لم يتمكن المشتري من رؤيته، سواء لغياب المبيع أو لعدم القدرة على الرؤية، كأن يكون المشتري أعمى أو أن يخفى العيب رغم ظهوره، كالمثال الذي سبق ذكره وهو أ، يكون المبيع (العبد) تام الحدقة رغم أنه أعمى فيظن أنه بصير.

الفرع الثاني: معيار تحديد خفاء العيب وتأثيره

رغم أن الفقهاء يقرون بحق الخيار للمشتري سواء كان العيب ظاهرا أو خفيا، إلا أنهم وضعوا ضابط لتحديد خفاء العيب وتأثيره وهذا ما قال به المالكية في البهجة شرح التحفة :

" وما من الأصول بيع وظهر للمشتري عيب به كان استتر"

أي ظهر به عيب بعد العقد وخفي عند التقليب ومثل المشتري مالا يعرف ذلك العيب والا فلا قيام له به... (أبي الحسن على ، الصفحات 162-163)

وهذا ما ذهب اليه الحنفية أيضا في حاشية رد المحتار "فلو علم المشتري بالعيب إلا أنه لم يعلم أنه عيب مؤثر، ثم علم ينظر إن كان عيبا بينا لا يخفى على الناس كالغدة في العبد لم يكن به الرد وإن خفي له الرد". (ابنصفحة 5)

يتضح من خلال هذين القولين أن هؤلاء الفقهاء يعتمدون المعيار الموضوعي لتحديد خفاء العيب وتأثيره، فهم لا ينظرون الى شخص المشتري وإنما ينظرون إلى رأى العامة من الناس أو إلى من هم في نفس مستوى إدراك المشتري، وهذا ما عبر عنه القول السابق "ومثل المشتري من لا يعرف ذلك:" فإذا أخفي العيب على المشتري ولكنه لم يخفى على عامة الناس أو على من كان في نفس مستوى إدراك المشتري لم يقم الضمان.

المطلب الثاني: شرط الخفاء في القانون المدني الجزائري.

نصت الفقرة الثانية من المادة 379 من القانون المدني الجزائري على ما يلي: " غير أن البائع لا يكون ضامنا للعيوب التي كان المشتري على علم بها وقت البيع أو كان باستطاعته أن يطلع عليها لو أنه فحص البيع بعناية الرجل العادي، إلا أذا أثبت المشتري أن البائع أكد له خلو المبيع من تلك العيوب أو أنه أخفاها غشا منه.

يتضح من خلال نص هذه المادة أن البائع لا يضمن العيوب الظاهرة أو العيوب التي كان باستطاعة المشتري كشفها. لوانه فحص المبيع، والسؤال المطروح هو: ما هو المعيار المعتمد لمعرفة ما إذا كان العيب خفيا أو ظاهرا؟

الفرع الأول: المعيار المعتمد لتحديد خفاء العيب

هناك معياران لمعرفة ما إذا كان العيب خفيا أو ظاهرا:

أولا: معيار واقعي أو شخصي: ينظر هذا المعيار إلى صفات المشتري وما لديه من معلومات فنية تتيح له معاينة المبيع وتبين عيوبه.

ثانيا: معيار مجرد أو موضوعي: ينظر هذا المعيار من زاوية عامة الناس ويصرف النظر عن صفات المشتري. (جاك ، صفحة 326)

ولكل معيار من يؤيده من الفقهاء.

يعتمد أنصار المعيار الشخصي في تحديد خفاء العيب على شخصية المشتري وهو معيار نسبي وقد قوبل هذا الرأي بالرفض لأنه يفرض على القاضي كشف نية المشتري لتحديد خفاء العيب وهذا ما يجعل البائع تحت رحمة سذاجة المشتري أو سوء نيته المغلف بالبراءة.

أما بالنسبة لأنصار المعيار الموضوعي يعتبرون أن العيب ليس ذلك الذي لا يمكن أن يكتشفه الشخص العادي، وإنما هو ذلك العيب الذي لا يستطيع أن يكتشفه المختص. (أسعد، 1981، الصفحات 88-89)

وعليه فإن عدم خبرة المشتري أو كفاءته لا تبرر اعتبار العيب خفيا بالنسبة إليه إذا كان باستطاعة شخص آخر اكتشافه بالنظر إلى المزايا التي يتمتع بها، في حالة عدم توافر هاته المعارف لدى المشتري فعليه أن يستعين بمن يمتلكها، وإذا لم يلجأ إلى هاته المعونة اعتبر مقصرا وبالتالي، تنتفي صفة الخفاء عن العيب في هاته الحالة، فتصرف المشتري الخاطئ هو الذي أدى إلى عدم كشف العيب، فيتحمل نتيجة خطأه وذلك بحرمانه من الضمان. (جعفر ، صفحة 159)

إلا أن الاخذ بالمعيار الموضوعي على إطلاقه يعتبر منافيا للعدالة، إذا يترتب على هذا الرأي التضحية بفئة كبيرة من المشتريين وتركهم تحت رحمة البائعين. (زغموش ، 2004-2005، صفحة 68)

وقد اعتمد المشرع الجزائري في تحديد خفاء العيب على المعيار الموضوعي وذلك وفق ما جاء في نص المادة 2/379 من القانون المدني، والتي نصت صراحة على وجوب الاخذ بعناية الرجل العادي، وهذا ما ذهبت إليه محكمة النقض المصرية، حيث نصت " بأن العيب يعتبر في حكم القانون ظاهرا متى كان يدركه الناظر اليقظ ولو لم يكن في متناول إدراك غيره، فليس معيار الظهور في العيب معيارا شخصيا يتفاوت بتفاوت المستوى في الأخطار المختلفة، بل معيارا معينا بذاته مقدرا بمستوى نظر الشخص الفطن المتنبه للأمور". (شعلة، 1994، صفحة 286)

وعموما فإن غالبية الفقه والاجتهاد يعتمدون على المعيار الموضوعي وهذا ما يظهر من خلال التعابير التي استعملوها ومنها: أن العيب الظاهر هو ما يكتشفه المشتري المتيقظ والفطن، أو الرجل ذو العناية المتوسطة، أو الرجل الذي يتمتع بدرجة متوسطة من الخبرة أو الدراية... (أسعد، 1981، صفحة 89)

وباختصار يمكن اعتبار العيب خفيا إذا لم يكن باستطاعة المشتري كشفه، وهذا يتأثر بصفة المشتري من جهة وبطبيعة المبيع من جهة أخرى.

الفرع الثاني: تأثير صفة المشتري وطبيعة المبيع على تقدير مدى خفاء العيب

يتأثر تقدير مدى خفاء العيب بصفة المشتري من جهة وبطبيعة المبيع من جهة أخرى.

أولا: تأثير صفة المشتري على تقدير مدى خفاء العيب

فعندما يشتري المهني ما يدخل ضمن نطاق صنعته أو مهنته فلا يمكنه ادعاء وجود عيب خفي في المبيع كان يفترض أن يعرفه وفقا لخبرته في مهنته، وإن لم يمكن باستطاعة الشخص العادي كشفه، كما يصعب على المشتري المهني إثبات عدم تمكنه من كشف العيب بسبب التجارب التي يكون قد أجراها عادة قبل الشراء إلا أن هناك بعض العيوب التي يصعب كشفها سواء على المشتري العادي أو الخبير ويتصور هذا في العيوب التي لا تظهر إلا بعد استعمال المبيع

لفترة طويلة خاصة بالنسبة إلى عيوب السيارات التي لا تظهر إلا بعد قطع مسافة معينة، ولذا تعتبر هذه العيوب خفية. (قاسم ، 2013، صفحة 366)

وينبغي التنبه هنا إلى أن وضع المشتري المهني يختلف عن وضع البائع المهني، فالبائع المهني وفقا للاجتهاد الفرنسي لا يمكنه التخلص من قرينة معرفته بالعيب، فحين يمكن للمشتري المهني إثبات عدم تمكنه من كشف العيب الذي كان على درجة من الخفاء بحيث يصعب على من كان في وضعة كشفه. (أسعد، 1981، صفحة 95)

ثانيا: تأثير طبيعة المبيع على تقدير مدى خفاء العيب

كما أن لصفة المشتري تأثير على خفاء العيب وظهوره فإن أيضا لطبيعة المبيع نفس التأثير، ولهذا اعتبر البعض أن العيب الخفي في الأشياء المستعملة يحدد بطريقة نسبية فلا يجب أن يتعدى حدود ما هو متوقع عادة في الشيء المستعمل، فلا ينبغي للمشتري أن ينتظر من الشيء المستعمل نفس الصفات التي يوفرها له المبيع الجديد.

وعموما فإن الفقه القضاء يطبقان على أشياء المستعملة نفس المبادئ التي يطبقانها على الأشياء الجديدة مع مراعاة قدم هاته الأشياء وما ينتج عنه من عيوب متوقعة نظرا لقدمها (زغموش ، 2004-2005، صفحة 72) ، أما بالنسبة للأشياء الخطرة فإن طبيعتها تؤثر على مدى اعتبار هذا العيب خفيا وعلى مدى تحديد المسؤولية عن الأضرار الناجمة عن هذا العيب، ويقصد بالشيء الخطير كل شيء ينجم عنه الخطر بطبيعته وليس بفعل خارجي كقوارير الغاز والمواد المتفجرة والسموم وغيرها ويجب على المشتري انطلاقا من طبيعة هاته الأشياء ان يتوقع العيب المضر فيها ويقع على البائع في اغلب الأحيان عبئ تنبيه المشتري إلى الخطر الذي قد ينجم عن البيع وإذا لم يفعل يتحمل الضمان وبهذا يتسع مفهوم العيب في هاته الحالة. (أسعد، 1981، الصفحات 98-99)

الأصل ألا يضمن البائع العيوب التي كان باستطاعة المشتري كشفها لو أنه فحص المبيع بعناية الرجل العادي، وقد ورد استثناء على هذا الأصل في المادة 2/379 من قانون المدني الجزائري. حيث يضمن البائع العيوب التي كان باستطاعة المشتري كشفها بفحص المبيع بعناية الرجل العادي وهذا في الحالتين:

أ-إذا أثبت المشتري أن البائع أكد له خلو المبيع من ذلك العيب: فيعتبر هذا بمثابة التزام صريح منه يتحمل نتائج العيب ظاهرا كان أم خفيا وهذا لا يعفي المشتري من فحص المبيع، ولا يكفي أن يؤكد البائع للمشتري خلو المبيع من العيوب بوجه عام وإنما يجب أن يؤكد خلو المبيع من عيب محدد أو من عيوب محددة بالذات. (السنهوري، صفحة 226)

ب-إذا أخفى البائع العيب غشا منه: فتعمد البائع إخفاء العيب يساعد على عدم ظهوره عند الفحص المعتاد كطلاء المبيع بدهان لإخفاء قدمه أو تلفه....، وهذا خطأ يستغرق خطأ المشتري في فحص المبيع مما ينبغي من العناية. (جاك ، صفحة 338)

ويبقى افتراض أن يكون العيب ظاهرا أو غير ظاهر ولكن يمكن كشفه إذا اعتقد المشتري أنه غير مهم ثم ظهر بعد ذلك أنه عيب مؤثر يخل بمنفعة من منافع المقصود ويجعل المبيع لا يصلح صلاحية كاملة للغرض الذي اشتراه من

أجله، ففي هاته الحالة إذا سكت المشتري ولم يعترض يقع عليه إثبات أنه كان يعتبر أن العيب غير مؤثر، إضافة إلى إثبات أن الشخص العادي لا يستطيع أن يدرك أن العيب مؤثر وإنما يقتضي إدراك ذلك معرفة فنية متخصصة.

وعليه فإنه لا يكفي أن يكون العيب ظاهرا أو أن تكون هناك إمكانية ظهروه بالكشف المعتاد حتى يعتبر سكوت المشتري رضا به مادام لم يعترض، وإنما يجب أيضا أن يكون المشتري وقت سكوته عن العيب قد اعتقد أنه عيب مؤثر، ويقع على المشتري إثبات ذلك. (السنهوري، الصفحات 726-727)

أما فيما يخص تخلف الصفة التي كفلها البائع في المبيع فلا يشرط فيها شرط الخفاء، وإنما يكفي تخلفها لقيام الضمان، وهذا ما نصت به محكمة النقض المصرية " على أن المشرع وإن كان قد ألحق حالة تخلف الصفة التي كفلها البائع للمشتري للعيب الخفي وأجرى عليها أحكامه فيما يختص بقواعد الضمان إلا أنه لم يشترط في حالة تخلف الضفة ما اشترطه في العيب الذي يضمنه البائع من وجوب كونه مؤثرا أو خفيا إذ جعل مجرد عدم توافر الصفة في المبيع وقت التسليم موجبا لضمان البائع متى قام المشتري بإخطاره، سواء كان المشتري يعلم بتخلفها وقت البيع أولا يعلم، وسوءا كان يستطيع أن يتبين فواتها أو لا يستطيع". (السيد، 1999، صفحة 459)

الفرع الثالث: أوجه الاتفاق و الاختلاف بين الفقه الإسلامي والقانون المدني الجزائري

أولا: أوجه الاختلاف

يختلف شرط خفاء العيب في الفقه الإسلامي تماما عن شرط الخفاء في القانون المدني الجزائري ذلك ان فقهاء الشريعة الإسلامية لايعتبرون الخفاء شرطا من شروط العيب الموجب للضمان وبالتالي يقوم الضمان سواءا كان العيب ظاهرا او خفيا.

ثانيا :أوجه الاتفاق

رغم ان فقهاء الشريعة الإسلامية لم يشترطواخفاء العيب لقيام الضمان الا انهم وضعوا معيارتحديد خفاء العيب وتاثيره وهو المعيار الموضوعي ليتفقوا في ذلك مع القانون المدني الذي اعتمد فيه المشرع نفس المعيار.

اتفقا على وجوب علم المشتري بمدى تاثير العيب ،فلو علم المشتري بالعيب ولم يعلم بتاثيره كان له الحق في الضمان.

إتفق فقهاء الشريعة الإسلامية مع ماجاء في نص المادة 140مكرر الفقرة 01من القانون المدني السابقة الذكر التي الزمت المنتج بضمان الاضرار الناتجة عن منتوجه المعيب دون ان تشترط فيه شرط الخفاء لتوفير حماية اكبر للمشتري ،وهذا ان دل انما يدل على بعد نظرة فقهاء الشريعة الإسلامية وسعة افقهم.

المبحث الثالث: شرط عدم علم المشتري بالعيب

لا يكفي لقيام الضمان ان يكون العيب خفيا وانما يجب أيضا ان يكون غير معلوم للمشتري، فهل يجب ان يكون كذلك بالنسبة للبائع؟

المطلب الاول: شرط عدم علم المشتري بالعيب في الفقه الإسلامي.

اشترط فقهاء الشريعة الإسلامية لقيام الضمان شرط عدم علم المشتري بالعيب، أي أن يكون جاهلا به عند العقد أو عند القبض، أما إقباله على إبرام العقد مع علمه بالعيب يعتبر رضا منه بذلك العيب وبالتالي يحرم من الضمان.

وقد اعتبر هذا الشرط من أهم الشروط الواجب توافرها لقيام الضمان، فقد جاء في المبدع شرح المقنع "فمن اشترى معيبا لم يعلم بعيبه، فله الخيار بين الرد والإمساك مع الأرش". (ابي إسحاق برهان الدين إبراهيم بن مُحَمَّد بن عبد الله ، صفحة 85)

وجاء أيضا في كشاف القناع "فمن اشترى معيبا لم يعلم حال العقد عبيه ثم علم بعيبه، فله الخيار سواء علم البائع بيعيه فكتمه أو لم يعلم ،او حدث بالمبيع عيب بعد العقد وقبل القبض فيما ضمانه على البائع كمكيل وموزون ومعدود ومذروع" (البهوتي، 1997، صفحة 218)

ويلاحظ من خلال هذا القول ان هناك فرق بين المبيع المعين بالنوع كالمكيل و الموزون والمبيع المعين بالذات بالنسبة لتحديد وقت العيب فيضمن البائع هاته العيوب اذا حدثت بعد العقد وقبل القبض عكس المبيع المعين بالذات وهو ما ذهب اليه المالكية. (أبي عمر يوسف ، 2011، صفحة 348)

كما ورد أيضا في بدائع الصنائع في سياق التحدث عن شروط الرجوع بالضمان " ان من بين الشروط جهل المشتري بوجود العيب عند العقد والقبض، فإن كان علم به عند أحدهما فلا خيار له فإقدامه على الشراء مع العلم بالعيب رضا به دلالة، وكذا إذا لم يعلم عند العقد ثم علم بعد القبض، لأن تمام الصفقة متعلق بالقبض فكان العلم عند القبض كالعلم عند العقد". (علاء الدين ابي بكر بن مسعود، (1406هـ-1986م)، صفحة 276)

ويظهر من خلال هذا القول ان وقت العلم بالعيب هو وقت القبض سوآءا كان المبيع معين بالنوع او بالذات وهو ما ذهب اليه الشافعية. (الخطيب، 1958، صفحة 52)

فعلم المشتري بالعيب ينفي ثبوت الخيار سواء علمه بنفسه أو أخيرة به البائع، أما علم البائع فلا يؤثر على الخيار، بمعنى أن الخيار يثبت بعدم علم المشتري بالعيب سواء علم به البائع أو لم يعلم.

وقد يدلس البائع على المشتري، والتدليس أن يعلم البائع بالعيب ثم يبيع دون أن يذكر العيب للمشتري. (علاء الدين ابي بكر بن مسعود، (1406هـ-1986م)، صفحة 276)

أو أن يخفي البائع العيب باستعمال طرق احتيالية كحبس ماء القناة والرحى وإرساله عند البيع وتحمير وجه الجارية وتسويد شعرها وتجعيده وهذا يثبت الخيار قياسا على المصراة بجامع التدليس. (أبي عمر يوسف ، 2011، صفحة 348)

ولعل اهم مثال يذكره الفقهاء في هاته المسالة التصرية او المصراة وهي "ترك حلب الحيوان ليعظم ضرعه فيظن ان به كثرة اللبن". (الخطيب، 1958، صفحة 62)

وإن كان في حكمها خلاف بين المذاهب من حيث الرد من عدمه، فالشافعية والمالكية يقولون بأن للمشتري رد المصراة، فإذا حلبها ردها وصاع تمر، وإذا علم أنها مصراة قبل حلبها له ردها بدون صاع تمر، وعند الشافعية لا يلزم برد صاع التمر

إذا اتفق المتعاقدان على غيره كالنقود والبر وغيرها، أما المالكية فيحرم عندهم بدل الصاع من نقود أو غيرها، أما الحنفية فيقولون بعدم رد المصراة وإنما للمشتري المطالبة بالتعويض عما نقص من قيمتها بذلك العيب.

أما الحنابلة فيقولون برد المصراة مع صاع تمر ويسمون هذا بخيار التدليس. (أحمد الدرير ، صفحة 62)

المطلب الثاني: شرط عدم علم المشتري في القانون المدني الجزائري

يجب أن يكون العيب غير معلوم للمشتري فإذا كان معلوم له وقت البيع أو التسليم فإنه لا يعتبر عيبا موجبا للضمان (طلبة، 2003، صفحة 236) ،وهذا ما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة 379 من القانون المدني الجزائري "غير أن البائع لا يكون ضامنا للعيوب التي كان المشتري على علم بها وقت البيع...." فإذا كان المشتري يعلم بوجود العيب رغم خفائه فإنه ليس له حق الرجوع بالضمان على البائع، فعلم المشتري بالعيب وسكوته عن ذلك يعتبر بمثابة قبول للمبيع بما فيه من عيوب وبالتالي نزولا عن حقه في الضمان. (قدادة، 2003، صفحة 177)

كما أنه لا يشترط في هذا العلم ان يكون ناتجا عن إخبار البائع للمشتري بوجود العيب، فقد علم به المشتري بطرق أخرى، كأن يكون المشتري ذا خبرة أو أن يستعين بخبير. (حسين، 1994، صفحة 155)

الفرع الأول: عبء اثبات علم المشتري بالعيب ووقت العلم به

سيتم التحدث اولا عن عبء اثبات علم المشتري بالعيب ،وثانيا عن الوقت الذي يتم فيه العلم بالعيب

أولا: عبء اثباب علم المشتري بالعيب

يقع على البائع عبء اثبات علم المشتري بالعيب، والعلم واقعه مادية بإمكان البائع إثباتها بكافة طرق الإثبات بما فيه البينة والقرائن. (أبو السعود، 2003، صفحة 354)

والعلم المسقط لدعوى ضمان العيب الخفي هو العلم الحقيقي دون العلم الافتراضي، ومن ثم نشر مرسوم احتمال وقوع العقار المبيع داخل خط التنظيم بالجريدة الرسمية لا يدل بذاته على علم المشتري بهذا العيب. (شعلة، 1994، صفحة 288)

ولا يكفي لقيام الضمان تحقق الجهل بالعيب وإنما يجب أن يكون هذا الجهل مبررا، بمعنى أن العيب لا يكون مجهولا بمجرد عدم كشفه من قبل المشتري الذي لم يكن يقظا ومنتبها لاكتشافه، فلا يستحق المشتري المهمل مكافأة على إهماله، فعلى المشتري أن يعرف العيوب التي يسهل عادة كشفها، وهذا ما نصت عليه المادة 36 من القانون المدني الموحد المتعلق بالاتفاق العالمي لبيع المنقولات "وهكذا من المفروض بالمشتري أن يعرف العيوب العلنية والمتوقعة" وهذا أيضا ما نصت عليه المادة 379 من القانون المدني الجزائري والتي سيق ذكرها. (أسعد، 1981، صفحة 102).

ثانيا: وقت العلم بالعيب.

أما بالنسبة لوقت العلم بالعيب ففيه خلاف، إلا أن هذا الخلاف مقتصر على المبيع المعين بالنوع، إذ أننا نجد أن الفقهاء اتفقوا حول المبيع المعين بالذات، فالوقت الذي يعتد به في العلم بالعيب هو وقت العقد، أما المبيع المعين بالنوع يرى البعض أن الوقت المعتمد هو وقت العقد، ويرى البعض الأخر أن الوقت المتعمد هو وقت الفرز، إلا أن الأستاذ

السنهوري لا فرق بين المبيع المعين بالنوع والمبيع المعين بالذات، فوقت العلم بالعيب في كل منهما هو وقت التسليم. (أسعد، 1981، صفحة 106)

أما فيما يخص موقف المشرع الجزائري فقد نصت المادة 379 من القانون المدني على أن الوقت المعتمد لاعتبار المشتري عالما بالعيب هو وقت العقد.

إلا أن وقت العقد لا يشمل كل انواع البيوع، فالوقت يختلف بين المبيع المعين بالذات والمبيع المعين بالنوع.

وبالتالي، لا يمكن أن يكون المشرع الجزائري قد ساوى بين النوعين، حيث أنه لا يمكننا تصور علم المشتري في المبيع المعين بالنوع وقت العقد،" ففي هذا الوقت لا يكون هناك مبيع معين بذاته حتى يمكن القول بأن به عيوبا". (زغموش ، 2004-2005، صفحة 87)

وعموما فإن رأي الأستاذ السنهوري بالنسبة لي هو الأنسب، لأن وقت التسليم هو الوقت الذي يتاح فيه معرفة العيب سواء بالنسبة للمبيع المعين بالنوع أو المبيع المعين بالذات.

الفرع الثاني: تأثير علم البائع بالعيب على الضمان.

إذا كان علم المشتري بالعيب يسقط الضمان فإن علم البائع أو جهله لا يؤثر على الضمان، سواء كان حسن النية أو سيء النية وبالتالي، يضمن العيب سواء علم به أو لم يعلم وهذا ما نصت عليه الفقرة الأخيرة من المادة 379 من القانون المدني الجزائري "فيكون البائع ضامنا لهذه العيوب ولو لم يكن عالما بوجودها" وهذا خلافا لما نصت عليه المادة 1646 من القانون المدني الفرنسي " إذا كان البائع يجهل عيوب الشيء فإنه لا يكون ملزما برد الثمن وتعويض المشتري عن المصاريف التي أنفقها بمناسبة البيع"،وبالتالي لا تنطبق أحكام الضمان في القانون المدني الفرنسي في حالة جهل المشتري بالعيب. (آت ملويا، 2005، صفحة 450)

إلا أن علم البائع أو جهله يؤثر على الاتفاق على تعديل أحكام الضمان، كما قد يؤثر على مقدار التعويض الذي يستحقه المشتري بسبب العيب الخفي، وقد يؤثر أيضا في إطالة مدة التقادم إذا اقترن هذا العلم بالغش. (سعد، 1997، صفحة 408)

الفرع الثالث:أوجه الاتفاق والاختلاف بين الفقه الإسلامي والقانون المدني الجزائري

أوجه الاتفاق

-يتفق الفقه الإسلامي مع القانون المدني الجزائري في اشتراط عدم علم المشتري بالعيب لقيام الضمان .

-الاتفاق على عدم اشتراط طريقة معينة لعلم المشتري بالعيب فيكفي علمه لسقوط الضمان .

-الاتفاق على عدم تأثير علم البائع على الضمان.

-الاتفاق مع الحنفية والشافعية في اعتبار التسليم هو الوقت الذي يحدد فيه وقت العلم بالعيب.

أوجه الاختلاف

لا يوجد خلاف بين الفقه الإسلامي والقانون المدني الجزائري فيما يتعلق بعدم علم المشتري بالعيب الافيما يتعلق بالوقت الذي يتم فيه العلم بالعيب فإختلف مع المالكية والحنابلة الذين ميزو بين المبيع المعين بالنوع والمبيع المعين بالذات فجعلوا وقت العلم بالعيب التسليم بالنسبة للمبيع المعين بالنوع وقت ابرام العقد بالنسبة للمبيع المعين بالذات.

الخاتمة:

وضع المشرع شروط للعيب الموجب للضمان لتوفير اكبر قدر من الحماية للمشتري،فمتى توفرت هذه الشروط إلتزم البائع بضمان العيب الخفي.

بعد التعريف بالعيب الموجب للضمان والتطرق الى اهم شروطه توصلنا الى النتائج التالية:

-وجود توافق بين المعنى اللغوي والمعنى الاصطلاحي للعيب .

-لم يعرف المشرع الجزائري العيب الموجب للضمان واكتفى بذكر خصائصه التي استمدها من الفقه الإسلامي .

—لم يشترط فقهاء الشريعة الإسلامية شرط الخفاء في العيب الموجب للضمان وبالتالي يقوم الضمان سواءا كان العيب ظاهرا او خفيا وهذا خلافا للقانون المدني الذي اشترط خفاء العيب واعطاه أهمية كبيرة.

-اتفق كل من الفقه الإسلامي والقانون المدني الجزائري على اشتراط عدم علم المشتري بالعيب لقيام الضمان دون اشتراط طريقة معينة لعلم المشتري به فعلمه كافي لسقوط الضمان كما لا يؤثر علم البائع على الضمان وهذا عند كل منهما.

ويمكن تقديم الاقتراحات التالية:

- ادرج المشرع الجزائري ضمان الصفة ضمن ضمان العيب في نص المادة 379من القانون المدني رغم اختلافهما لاسيما من حيث الشروط فلم يشترط فيها ما اشترطه في العيب الموجب للضمان من خفاء وغيره فكان من الأفضل ان يفصلها عنه ويتناولها في نص خاص.

-نص المشرع الجزائري في المادة 379من القانون المدني على ان وقت العقد هو الوقت المعتمد لتحديد علم المشتري بالعيب إلا أنه لا يشمل كل أنواع البيوع ،لذلك كان أولى بالمشرع ان يعتمد وقت التسليم لتحديد علم المشتري بالعيب لأن فيه يتمكن المشتري من العلم بالعيب سواء كان المبيع معين بالنوع او بالذات.

قائمة المراجع:

بن عمر بن ابي بكر الحاجب ابي عمر جمال الدين عثمان. (ط1(1425هـ-2004م). *جامع الأمهات مختصران الحاجب الفرعي* . دار الكتب العلمية ،بيروت-لبنان.

ابن عابدين مُحَمَّد ابن امين بن عمر. (ج 7 ط 1423هـ - 2003 م). *رد المحتار على الدر المختار دراسة و تحقيق و تعليق عادل عبد الموجود-مُحَمَّد على معوض*. دار عالم الكتب -الرياض: دار عالم الكتب -الرياض.

ابو عبد الله مُحَمَّد بن ابي بكر القرطبي. (1368هـ). *الجامع لاحكام القرآن، ج11* . دار الكتب المصرية: دار الكتب المصرية.

أحمد زغموش . (2004-2005). *نظرية العيوب الخفية في الشريعة الاسلامية والقانون الوضعي (دراسة مقارنة)، دكتوراه دولة*. جامعة منتوري، الجزائر.

الأمر رقم 75-58 . (2013). *المؤرخ في سبتمبر1975 المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم*.

الأمر رقم 75-58 . (بلا تاريخ). *المؤرخ في سبتمبر1975 المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم*.

الجزيري عبد الرحمان . (2014). *كتاب الفقه على المذاهب الأربعة، .* ج2، الأزهر، القاهرة: ج2، المكتب الثقافي.

الحفيف علي . ((1417هـ-1996م)،). *احكام المعاملات الشرعية*. ط1، الاسكندرية: دار الفكر العربي.

الكساني الحنفي علاء الدين ابي بكر بن مسعود. ((1406هـ-1986م)). *بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع*. ج1، ط2، بيروت –لبنان: دار الكتب العلمية.

المجاجي مُحَمَّد سكحال . ((1422هـ-2001م). *احكام عقد البيع في الفقه الإسلامي المالكي*. بيروت، لبنان: ط1، دار ابن حزم، بيروت-لبنان.ص260.

أنور طلبة. (2003). *الوسيط في القانون المدني*. ج3.

بن احمد بن حسن المعروف ببدر محمود بن أحمد بن موسى . (بلا تاريخ). *البناية شرح العدالة*. مج8، تحقيق أيمن صالح شعبان، بيروت، لبنان: دار الثقب العلمية.

بن بدوي الخليفي عبد العظيم . ((1421هـ-2001م)). *الوجيز في فقه السنة والكتاب، ط1(1421هـ -2001م)، دار ابن رجب. ص345*. ط1: دار ابن رجب .

بن عبد السلام التسولي أبي الحسن على . (بلا تاريخ). *على الأرجوزة المسماة بتحفة الأحكام للقاضي أبي بكر مُحَمَّد بن مُحَمَّد عاصم الأندلسي*. البهجة في شرح التحفة، ومعه أبي عبد الله مُحَمَّد بن مُحَمَّد التاودي، حلا المعاصم لفكر ابن عاصم، ج2، تحقيق مُحَمَّد عبد القادر شاهين، : دار الكتب العلمية.

بن عبد الله بن مُحَمَّد بن عبد البر النصر أبي عمر يوسف . (2011). *الكافي في فقه أهل المدينة المالكي*. بيروت، لبنان: دار الكتب العلمية.

بن مُحَمَّد بم مفلح الحنبلي ابي إسحاق برهان الدين إبراهيم بن مُحَمَّد بن عبد الله . (بلا تاريخ). *المبدع شرح المقنع*. مج4، بيروت –لبنان: دار الكتب العلمية.

بن ناصر السدري الشيخ عبد الرحمن ، العثيمين الشيخ مُحَمَّد بن صالح، بن عبد الله بن باز الشيخ عبد العزيز ، و الفوزان بن عبد الله الفوزان الضيخ صالح . (2003). *اللجنة الدائمة للبحوث العلمية والإفتاء*. دار الكتب العلمية.

حسن قاسم مُحَمَّد . (2013). *القانون المدني، العقود المسماة*. ط2، بيروت، لبنان: منشورات الحلبي القانونية.

حسين بن شيخ آت ملويا. (2005). *المنتقى في عقد البيع*. الجزائر: دار هومة.

خلف مُحَمَّد السيد. (1999). *عقد البيع في ضوء الفقه وأحكام النقض*. ط2، المنصورة: دار الفكر والقانون.

خليل أحمد حسن قدادة. (2003). *الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري*. ، ج4، ط3، الجزائر: ديوان المطبوعات الجامعية.

دياب أسعد. (1981). *ضمان عيوب المبيع الخفية*. بيروت– لبنان : دار اقرأ.

رضا احمد . (1379هـ–1960م). *معجم متن اللغة*. مج4، بيروت، لبنان: دار مكتبة الحياة.

رمضان أبو السعود. (2003). *شرح العقود المسماة في عقدي البيع والمضايقة*. الاسكندرية: دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية.

سعدي ابوحبيب حبيب. (ط2(1408هـ–1998م)ص ص268–269). *القاموس الفقهي لغة واصطلاحا*. دار الفكر،دمشق –سوريا: دار الفكر،دمشق –سوريا.

سعدي ابوحبيب. (ط2(1408هـ–1998م)ص ص268–269). *القاموس الفقهي لغة واصطلاحا*. دمشق–سوريا: دار الفكر.

سعيد احمد شعلة. (1994). *قضاء النقض المدني في عقد البيع*. الاسكندرية: منشأة المعارف.

عبد الرزاق السنهوري. (بلا تاريخ). *الوسيط في شرح القانون المدني*، . مج، بيروت–لبنان: دار إحياء التراث العربي.

علي أحمد الدرير . (بلا تاريخ). *مختصره المسمى أقرب المسالك إلى مّهب الإمام مالك"*، *الشرح الصغير*. الجزائر: ج3، مؤسسة العصر للمنشورات الإسلامية، الجزائر.

كسكاس أسماء. (2017–2018). أثر تعييب المبيع على الاتزام في القانون المدني الجزائري. (جامعة الجزائر، المحرر) *أطروحة دكتوراه*.

مُحَمَّد حسين. (1994). *عقد البيع في القانون المدني الجزائري*. ط4، الجزائر: ديوان المطبوعات الجامعية.

مُحَمَّد الشربيني الخطيب. (1958). *مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج*. مصر : ج2، شركة مكتبة ومطبعة البابي الحلبي وأولاده.

مُحَمَّد امين الشهير باابن عابدين. (ج7، المرجع السابق،ص ص168–169). *رد المحتار على الدر المختار*. دار عالم الكتب ،الرياض.

مُحَمَّد بن مكرم بن منظور الافريقي ابي الفضل جمال الدين. (1324هـ-1995م). *لسان العرب*. بيروت، لبنان: مج1، ط1، دار صادر.

مُحَمَّد جواد الفضلى جعفر . (بلا تاريخ). *الوجيز في عقد البيع*.

مُحَمَّد حسن قاسم . (2013). *القانون المدني، العقود المسماة، البيع، .* ط2 ، بيروت، لبنان: منشورات الحلبي، الحقوقية.

مراد قرفي. (2004-2005). دعوى الضمان القانوني لعيوب المبيع. *مذكرة لنيل شهادة الماجستير*. جامعة بومرداس.

منصور بن يونس بن إدريس البهوتي. (1997). *كشاف القناع عن متن الإقناع*. ج3، الرياض: راجحة وعلق عليه الشيخ ملاك مصلحيي مصطفى هلال، مكفيه النصر الحديثة.

نبيل ابراهيم سعد. (1997). *العقود المسماة، البيع*. ، ج1، بيروت: دار النهضة العربية.

وجماعة من علماء الهند نظام . (1973). *الفتاوى الهندية*. مج2، دار المعرفة للطباعة والنشر.

يوسف الحكيم جاك . (بلا تاريخ). *العقود الشائعة والمسماة، عقد البيع*.