مـدى ضمــان العيــب الخــفي فـــي عقـــود المعلوماتيـة*

إعداد

د. طارق كاظم عجيل•

ملخص البحث

يعالج هذا البحث ما يظهر من عيوب في العناصر المعنوية للنظام المعلوماتي، ويجيب عن تساؤل مفاده، هل تكفي القواعد العامة في نظرية العيب الخفي بصورتها التقليدية لمعالجة ما يظهر من عيوب في النظام المعلوماتية، أم إننا بحاجة إلى قواعد جديدة تكون أكثر استجابة من القواعد التقليدية لمعالجة العيوب التي تظهر في المكونات المنطقية أو المعنوية لنظام المعلوماتية.

* أجيز للنشر بتاريخ ٢٠٠٨/٩/١٥م.

• مدرس القانون المدني – رئيس قسم القانون الخاص – جامعة ذي قار – كلية القانون – العراق

مقدمة:

أصبحت العيوب الخفية تحتل مكانة بارزة في العصر الحاضر مع التقدم التكنولوجي وزيادة أهمية القيم المنقولة. فالتقدم التكنولوجي أدى إلى زيادة الإقبال على شراء النظم المعلوماتية المتطورة والمعقدة مما زاد من إثارة ضمان العيوب الخفية، وزيادة الاهتمام بحماية المستهلك من ناحية أخرى.

لقد دلت الإحصائيات العلمية أن أخطاء البرمجة تحتل نسبة (٥٥%) في قيام العيب، بينما لا يشكل الاستخدام السيئ للنظام المعلوماتي سوى (٩%). إن هذه النسبة المرتفعة في أخطاء البرمجة هي التي دفعت الباحث للخوض في غمار هذا الموضوع، لتوفير الحماية اللازمة للمستفيد في عقود المعلوماتية، والذي يتخذ صفة المستهلك في معظم الحالات.

ويتكون النظام المعلوماتي من عنصرين: الأول العنصر المادي ونقصد به الأجهزة والمعدات المادية، والثاني العنصر المعنوي ونقصد به الكيانات المنطقية أو البرامج والأنظمة.

إن العيب الخفي الذي يظهر في العناصر المادية للنظام المعلوماتي يمكن أن نطبق عليه أحكام ضمان العيب الخفي كما عالجها المشرع في نطاق عقد البيع، ولكن العيوب الخفية التي تظهر في العناصر المعنوية للنظام المعلوماتي تثير بعض الصعوبات التي تجعل تطبيق نظرية العيب الخفي بصورتها التقليدية تحتاج إلى شيء من التطويع.

فالمتعهد وهو المبرمج أو المصمم يعد مؤلفا للبرنامج أو النظام المعلوماتي بعناصره المعنوية وفقاً لقانون حق المؤلف، وبالتالي فإن ملكية البرنامج لا تنتقل بواسطة العقد إلى المستفيد بصورة نهائية، كما لا يمكن إجبار المتعهد باعتباره مؤلفا على إصلاح ما يظهر في النظام المعلوماتي من عيوب، ثم إن العيب ذاته لا يمكن اكتشافه بمجرد الفحص العادي

أو التشغيل لمدة وجيزة، وإنما يحتاج في كثير من الأحيان لاكتشافه إلى وقت قد يكون طويلا نسبيا.

إن خصوصية العيب في نطاق النظام المعلوماتي هي التي دفعت الباحث إلى إطلاق مصطلح العيب المعلوماتي، على ما يظهر من عيوب في النظام المعلوماتي تمييزا لها عن العيوب الخفية في صورتها التقليدية.

وبعد التوكل على الله، وزعنا الموضوع على مبحثين، عالجنا في المبحث الأول ماهية العيب المعلوماتي في ثلاثة مطالب، خصصنا الأول لتعريف العيب المعلوماتي، وأفردنا الثاني لمدى إمكانية ضمان العيب المعلوماتي، أما الثالث فكان تحت عنوان الشروط الواجب توفرها في العيب المعلوماتي لكي يكون قابلاً للضمان. أما المبحث الثاني فكان تحت عنوان أحكام ضمان العيب المعلوماتي، وجاء في مطلبين، الأول خصصناه لدعوى ضمان العيب المعلوماتي، والثاني لاتفاقات تعديل أحكام ضمان العيب المعلوماتي. وختمنا بحثنا بخاتمة تضمنت أهم النتائج والتوصيات التي توصلنا إليها. وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين.

المبحث الأول
ماهية العيب المعلوماتي

ينبغي التعرف هنا على تعريف العيب المعلوماتي وبيان مدى إمكانية ضمانه، تعريفه أولا، ثم بيان مدى إمكانية ضمانه ثانيا، ثم الشروط الواجب توفرها فيه لكي يكون قابلاً للضمان ثالثا، ونرى كل ذلك في المطالب الآتية.

المطلب الأول
تعريف العيب المعلوماتي

عرفت المادة ٥٥٨ من القانون المدني العراقي العيب بأنه (٢- هو ما ينقص ثمن المبيع عند التجار و أرباب الخبرة أو ما يفوت به غرض صحيح إذا كان الغالب في أمثال المبيع عدمه)[١].

كما عرفت محكمة النقض المصرية قديما العيب بأنه " الآفة الطارئة التي تخلو منها الفطرة السليمة للمبيع "[٢].

وقد عرف القانون المدني الفرنسي في المادة (١٣٨٦-١/٤) المعدلة والمتممة، والتوجيه الأوربي رقم ٣٧٤ لسنة ١٩٨٥ المسؤولية عن فعل المنتجات المعيبة، المنتج المعيب بأنه " المنتج الذي لا يقدم الأمان أو السلامة المرجوة منه قانونا ".

ومن ثم فإن العيب المقصود -كما يذهب إلى ذلك جانب من الفقه -وفق التعريف السابق هو العيب الذي يعرض السلامة أو الأمان للخطر، وليس العيب الذي ينتقص من الفائدة المرجوة من المنتج، أي أن العيب هو الصفة الخطرة غير المألوفة la caractère anormalement dangereux du produit كما أنه، وفق القانون المدني الفرنسي، لا يعتبر المنتج معيباً لمجرد أن هناك منتجا أكثر دقة أو أكثر أمانا منه قد طرح بالأسواق بعده للتداول[٣].

---

(١) انظر في شرح هذه المادة: د. سعدون العامري، الوجيز في شرح العقود المسماة، ج١، في البيع والإيجار، ط٢، مطبعة العاني، بغداد، ١٩٧٠، ص١٤٧.

(٢) الطعن رقم ٥ سنة ١٧ق جلسة ١٩٤٨/٤/٨، قضاء النقض المدني في عقد البيع، للمستشار سعيد احمد شعلة، منشاة المعارف، بلا سنة طبع، ص٢٨٥. ويبدو إن المحكمة المذكورة قد أخذت هذا التعريف من حاشية ابن عابدين في الفقه الحنفي، فقد ورد فيه (إن العيب ما يخلو عنه الفطرة السليمة عن الآفات العارضة لها)، محمد أمين بن عابدين، حاشية رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الإبصار، ج٤، بلا سنة طبع، ص٧٨.

(٣) انظر: د. محمود السيد عبد المعطي خيال، المسؤولية عن فعل المنتوجات المعيبة ومخاطر التقدم، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٨، ص١٢.

كما عرف جانب من الفقه العيب بأنه " نقيصة يقتضي العرف سلامة المبيع منها غالباً"[٤] ، كما عرفه آخرون بأنه " كل ما يطرأ على الشيء من أمر تفوت أو تنقص به المنفعة المرجوة منه بحيث يؤدي ذلك إلى نقصان قيمته عند التجار والخبراء، وكان الغالب في أمثال الشيء عدم وجود هذا الأمر"[٥].

وذهب البعض إلى تعريفه بأنه " المنتج الذي لا يقدم الأمان من خلال الصفة الخطرة التي تتوفر فيه "[٦] ، وذهب البعض إلى أنه " حالة تظهر في المبيع لا تتوفر في مثله وتؤدي إلى الحط من قيمة الشيء أو المنفعة المرجوة منه"[٧] ، كما ذهب البعض الآخر إلى أن العيب " حالة يخلو عنها الشيء عادة، لا تظهر عند البيع بفحص المبيع، ويكون من شأنها أن تنقص من قيمته نقصاً محسوساً أو تؤثر على الانتفاع به"[٨].

كما عرف جانب من الفقه العيب بأنه " هو الصفة في الشيء يخلو مثله منها عادة أو ينتقص وجودها من قيمته"[٩]. كما عرف العيب بأنه "حالة يخلو عنها الشيء عادة، وينقص وجودها من قيمته أو نفعه[١٠].

إن التعريفات السابقة الذكر وإن اختلفت بالشكل إلا أنها تتفق في المضمون، إذ إن العيب وفق التعاريف السابقة هو الآفة العارضة التي تؤدي إلى:

---

(٤) د. عبد المنعم البدراوي، عقد البيع في القانون المدني، ط١، دار الكتاب العربي، مصر، ١٩٥٧، ص٥٠١.
(٥) د. عباس حسن الصراف، شرح عقدي البيع والإيجار في القانون المدني الجديد، مطبعة الأهالي، بغداد، ١٩٥٥، ص٢٠٦.
(٦) د. محمود السيد عبد المعطي خيال، مصدر سابق، ص٢٥.
(٧) د. محمد لبيب شنب، شرح إحكام عقد البيع، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٦٢، ص٢٠٦.
(٨) د. توفيق حسن فرج، عقد البيع والمقايضة في القانون اللبناني، دار النهضة العربية، بيروت، ١٩٦٨، ص٤٥٥.
(٩) د. غني حسون طه، الوجيز في العقود المسماة، ج١، عقد البيع، مطبعة المعارف، بغداد، ١٩٦٩- ١٩٧٠، ص٣٠٥.
(١٠) الأستاذ مصطفى احمد الزرقا، شرح القانون المدني، عقد البيع والمقايضة، ط٦، مطبعة فتى العرب، دمشق، ١٩٦٥، ص١٩٧.

١- نقص قيمة المبيع.

٢- أو نقص منفعة المبيع.

وإذا كانت التشريعات المدنية الحديثة متفقة على أن كل ما يؤدي إلى نقص قيمة المبيع أو منفعته بحسب ما أعد له الشيء يعتبر عيبا تطبق عليه أحكام ضمان العيب، إلا أنها اختلفت في مدى تطبيق أحكام ضمان العيب على المنفعة المرجوة من المبيع باتفاق الطرفين، فقد يكفل البائع للمشتري أو يشترط الأخير على الأول توفر صفات معينة في المبيع وقت التسليم، فهل تسري على تخلف هذه الصفات أحكام ضمان العيب، أم تسري القواعد العامة بشأن الإخلال بشرط العقد؟

نصت المادة ١٦٤١ من القانون المدني الفرنسي على أنه (يكون البائع ملزماً بالضمان بسبب العيوب الخفية في الشيء المبيع والتي تجعله غير صالح للاستعمال الذي خصص له، أو التي تنقص بشدة هذا الاستعمال بحيث أن المشتري ما كان ليشتريه أو ما كان يدفع فيه إلا ثمنا أقل لو علم بها).

وعلى ذلك نجد المشرع الفرنسي قد أعطى للعيب معنى ضيقا، وبالتالي لم يشمل تخلف الصفة في المبيع، ولكن المشروع المقدم من اللجنة المكلفة بإصلاح نظام العيوب الخفية في فرنسا في سنة ١٩٨٥ تحت إشراف الأستاذ غستان (J. Ghestin) والذي قدم المشروع التمهيدي له سنة ١٩٨٧ أخذ بالمعنى الواسع للعيب فجعله يضم إلى جانب العيب بمعناه الفني تخلف الصفة في المبيع، فهو يتضمن نص المادة ١٦٤١-١ الذي ينص على أن الشيء يعتبر معيباً:

١- عندما لا يكون مطابقا للتوقع المشروع من جانب المشتري؛ لأنه لا يتوفر فيه الصفة المشروطة أو لأنه غير صالح للاستعمال فيما أعد له.

٢- عندما لا يتوفر فيه الأمان الذي يتوقع منه بطريقة مشروعة[١١].

أما عن موقف المشرع المصري، فإنه لم يقصر ضمان البائع على العيوب الخفية، وإنما وسع من معنى العيب ليشمل تخلف صفة في المبيع كفل للمشتري وجودها فيه[١٢].

ولم يشر القانون المدني العراقي إلى موضوع تخلف الوصف في المبيع بمناسبة الكلام عن ضمان العيب، مما أدى إلى اختلاف الفقه العراقي، فذهب جانب من الفقه إلى القول: لو اشترط المشتري على البائع وصفاً في المبيع ثم وجد هذا الوصف معدوماً أثناء التسليم كان هذا عيباً يبرر ضمان البائع للمبيع المعيب[١٣].

بينما ذهب جانب آخر من الفقه العراقي إلى أن رجوع المشتري في حالة تخلف الوصف المشروط في المبيع يتم بمقتضى القواعد العامة في الفسخ لعدم التنفيذ. ولا يمكن أن يرجع على البائع بمقتضى أحكام ضمان العيب الخفي؛ لأن فوات الوصف و وجود العيب أمران متميزان من حيث المفهوم ومن حيث الحكم.

أما من حيث المفهوم فلأن فوات الوصف لا يدخل ضمن تعريف العيب لأنه ما يخلو منه أصل الشيء عادةً، أما الوصف فهو ما يتفق المتعاقدان على وجوده في المبيع.

---

(١١) انظر في موقف القانون الفرنسي: د. نبيل إبراهيم سعد، العقود المسماة، ج١، البيع، منشاة المعارف، الإسكندرية، بلا سنة طبع، ص٣١٧.

(١٢) نصت المادة ٤٤٨ مدني مصري على انه (١- يكون البائع ملزما بالضمان إذا لم يتوافر في المبيع وقت التسليم الصفات التي كفل للمشتري وجودها فيه).

(١٣) انظر في هذا الرأي: د. عباس حسن الصرف، مصدر سابق، ص٢٠٩، وانظر تأييدا لهذا الرأي في الفقه العربي: د. عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج٤، العقود التي تقع على الملكية، عقد البيع والمقايضة، مطابع دار النشر للجامعات المصرية، القاهرة، ١٩٦٠، ص٧١٨-٧١٩، د. سليمان مرقس، العقود المسماة، ج١، عقد البيع، مطبعة النهضة الجديدة، القاهرة، ١٩٦٨، ص٤١٤، د. أنور سلطان، العقود المسماة شرح عقدي البيع والمقايضة، دارسة مقارنة في القانونين المصري واللبناني، دار النهضة العربية، بيروت، ١٩٨٣، ص٢٥٦.

ويختلف الحكم الخاص بفوات الصفة عن العيب الخفي من حيث الشروط، فيكفي بالنسبة إلى فوات الوصف ثبوت تخلفه وقت تسليم المبيع كما يجب أن يكون الوصف مشروطا في العقد، أما العيب فإن ضمانه يعتبر من مقتضيات عقد البيع(١٤).

ومن وجهة نظر السياسة التشريعية فإننا نفضل موقف المشرع المصري على موقف المشرع العراقي، حيث إن التفرقة بين العيب الخفي وتخلف الصفة المتطلبة في المبيع تدق في كثير من الأحيان وتثير كثيراً من الصعوبات.

وإذا كان تخلف صفة في المبيع كفل البائع للمشتري وجودها فيه اعتبره المشرع المصري من قبيل العيب وأجرى عليه أحكام الرجوع بضمان العيب، إلا أنه يجب دائما مراعاة الفروق بين العيب الخفي بالمعنى الفني الدقيق وبين تخلف الصفة، لأن الجمع بينهما في فكرة واحدة هي فكرة " العيب " وإعطاءها حكما واحدا لا يستقيم دائما.

فبالإضافة إلى اختلافيهما من حيث المفهوم والحكم كما أشار إلى ذلك أصحاب الاتجاه السابق، فهما يختلفان بما يأتي:

١- إذا كان القانون قد اشترط في العيب الذي يضمنه البائع أن يكون مؤثراً، إلا أنه لا يشترط ذلك في حالة تخلف الصفة التي كفل البائع للمشتري وجودها في المبيع، فمجرد ثبوت عدم توفر هذه الصفة في المبيع وقت التسليم موجب لضمان البائع أيا كانت أهمية الصفة التي تخلفت.

(١٤) انظر في هذا الرأي: د. جعفر الفضلي، الوجيز في العقود المدنية (البيع، الإيجار، المقاولة)، عمان، ١٩٩٧، ص١٣٠-١٣١، د. صاحب عبيد الفتلاوي، ضمان العيوب وتخلف المواصفات في عقود البيع، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ط١، ١٩٩٧، ص٥٦-٥٧، وانظر تأييدا لهذا الرأي في الفقه العربي: د. منصور مصطفى منصور، مذكرات في القانون المدني، العقود المسماة، البيع والمقايضة والإيجار، دار المعارف، الإسكندرية، ١٩٥٦- ١٩٥٧، ص٢١٥-٢١٩، د. محمد حسين منصور، أحكام عقد البيع التقليدية والالكترونية والدولية وحماية المستهلك، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠٠٦، ص٣١٦- ٣١٧.

٢- اشترط القانون في العيب الذي يضمنه البائع أن يكون خفياً، بينما لا يشترط ذلك في حالة تخلف الصفة التي كفل البائع للمشتري وجودها في المبيع، إذ يستطيع المشتري رفع دعوى الضمان بمجرد تخلف الوصف المتفق عليه في المبيع، وسواء كان المشتري يعلم بتخلفه وقت البيع أو لا يعلم، يستطيع أن يتبينه أو لا يستطيع.

٣- إن تخلف الصفة في المبيع لا يمكن إثارة ضمانه إلا من جانب المشتري، بينما العيب الخفي بالمعنى الفني باعتباره نقيصة في الشيء المبيع ذاته فيمكن إثارة ضمانه من جانب المشتري، وكل الملاك المتعاقبين لهذا الشيء.

ونحن بعد أن عرضنا لتعريف العيب في التشريع والفقه والقضاء وبينا نطاقه عن طريق التمييز بينه وبين الوصف الذي كفل البائع توفره في المبيع، نستطيع تعريف العيب المعلوماتي بأنه " ما ينقص من قيمة النظام المعلوماتي، أو من نفعه بحسب الغاية المقصودة مستفادة مما هو مبين في العقد، أو مما هو ظاهر من طبيعة النظام المعلوماتي، أو الغرض الذي أعد له ".

المطلب الثاني

مدى إمكانية ضمان العيب المعلوماتي

عندما ظهرت عقود المعلوماتية، اختلف الفقه بشأن تحديد طبيعتها، وانعكس هذا الاختلاف على مدى إمكانية ضمان العيب المعلوماتي، فظهر في الفقه اتجاهان مختلفان، نعرضهما على النحو التالي، ثم نبين موقف القانون العراقي منهما.

الفرع الأول
الاتجاه الرافض لضمان العيب المعلوماتي

نعرضه أولا، ثم نقومه ثانيا، وذلك على النحو الأتي:

أولا: عرض الاتجاه الرافض للضمان:

ذهب جانب من الفقه إلى عدم إمكانية تطبيق أحكام ضمان العيوب الخفية على ما يظهر من عيب في البرنامج محل عقود المعلوماتية، واحتج أصحاب هذا الاتجاه لتدعيم رأيهم بالحجج الآتية:

١- إن الالتزام بضمان العيوب الخفية لا يجاوز نطاقه عقد البيع، وبالتالي لا يمكن تطبيق أحكام ضمان العيب الخفي على ما يظهر من عيوب في النظام المعلوماتي؛ لأن عقود المعلوماتية هي من قبيل عقود المقاولة التي لا ترد على شيء أو على خدمة، وإنما يتعلق هذا العقد بالقيام بتنفيذ عمل خاص بالعميل ولا يمكن للغير الاستفادة منه، وإن استخدام العميل للبرنامج ما هو إلا تصرف من نوع خاص ولا يتساوى مع عملية البيع أو الإيجار التي يتم من خلالها ضمان العيوب الخفية في مثل هذه الأنواع من التعاقدات.

وقد رفضت محكمة النقض الفرنسية في حكمين صادرين منها تطبيق أحكام ضمان العيب الخفي الواردة في عقد البيع بدعوى أن العقد عقد مقاولة لا تسري

عليه أحكام عقد البيع في العيوب الخفية[١٥].

٢- إن دعوى ضمان العيب الخفي تقتصر على الأشياء المادية، فلا يصح رفعها بالنسبة للأشياء غير المادية كبرامج الحاسوب، ولا يجوز الالتجاء إليها إذا تخلفت صفة معنوية (أي غير مادية) ككون النظام المعلوماتي لا يلبي حاجات العميل المتعددة، ففي هذه الحالة لا يجدي إلا الاستناد إلى دعوى الغلط[١٦].

٣- يصعب في نطاق المعلوماتية تحديد المحل وبالتالي تحديد العيب الموجب للضمان، خاصة وأن من المعتاد أن يدعي المستفيد بأن المتعهد لم يقم بعمله بشكل كامل، ويرد المتعهد بأن هذا الالتزام لا يدخل في موضوع العقد بحجة أنه من غير الممكن تجهيز المستفيد وفقاً للنماذج التي عين بها المحل مهما كان موضوعه؛ فقيام نظام المعلوماتية أو إعداد برنامج خاص أو القيام بخدمات معينة لا يعين بشكل كافٍ إلا عند التنفيذ، حيث تظهر أمور دقيقة لم يتناولها العقد وهي جوهرية في تنفيذه، ولا يمكن اعتبارها عيوباً خفية، خاصة إذا عرفنا أن التزام المتعهد بتقديم نظام معلوماتي إلى المستفيد هو التزام ببذل عناية وليس التزاما بتحقيق غاية[١٧].

---

(١٥) وينتقد العلامة بلانيول هذين الحكمين في تعليق له في داللوز ١٩١٢-١-١١٣ حيث يذهب إلى وجوب سريان هذه الأحكام لا في البيع فحسب بل أيضا في كل العقود الأخرى إذا كانت عقود معاوضة ناقلة للملكية، ويلاحظ أن الحكمين قد رفضا تطبيق أحكام ضمان العيب الخفي الواردة في عقد البيع في حالة ظهور عيوب في أبواب لمبنى تعهد بإقامته مقاولون ومهندسون معماريون بدعوى أن العقد عقد مقاولة فلا تسري عليه أحكام البيع في العيوب الخفية، وقد استعنا بهذه الأحكام للدلالة على رفض القضاء الفرنسي تطبيق أحكام ضمان العيب الخفي الواردة في عقد البيع على عقد المقاولة بغض النظر عن موضوع المقاولة سواء كان إقامة بناء أو تصنيع أو تجهيز نظام معلوماتي فالمبدأ واحد وإن اختلف الموضوع، انظر: د. السنهوري، مصدر سابق، ص٧١٣ هامش (٢).

(١٦) قارن: د. عبد المنعم البدراوي، مصدر سابق، ص٥١٥.

(١٧) قارن: د. نوري حمد خاطر، عقود المعلوماتية دراسة في المبادئ العامة في القانون المدني، الدار العلمية الدولية ودار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ط١، ٢٠٠١، ص٤٨.

ثانياً: تقويم الاتجاه الرافض للضمان:

نستطيع القول: إن الحجج التي استند عليها أصحاب هذا الاتجاه لرفض تطبيق أحكام ضمان العيوب الخفية على العيب المعلوماتي على رغم الجهود المبذولة في صياغتها؛ إلا أنها لا تصمد إمام النقد، وكالآتي :

١- إن الالتزام بضمان العيوب الخفية لا يقتصر نطاق تطبيقه على عقد البيع، بل يجاوزه إلى كل عقد ناقل للملكية، بل إلى كل عقد ينقل الحيازة والانتفاع، لاسيما إذا كان العقد من المعاوضات (كعقود المعلوماتية).

فضمان العيوب الخفية، كان من الممكن جعله نظرية عامة في العقد دون أن يقتصر على عقد البيع، ولكن لما كان عقد البيع هو العقد الذي يغلب فيه استعمال هذا الضمان ويكون تنظيم هذا العقد ناقصاً لو خلا منه، فقد درجت التقنينات الحديثة على إدماج هذا الضمان في عقد البيع. وتجعل التقنينات المدنية الأحكام الواردة في عقد البيع هي القواعد العامة في هذا الضمان، ثم تشير بعد ذلك في غير البيع من العقود إلى ما يتميز به كل عقد من خصوصيات يفارق بها هذه القواعد العامة. وعلى هذا النهج سار القانون المدني العراقي[١٨].

٢- إن دعوى ضمان العيب الخفي لا تقتصر على الأشياء المادية بل يجاوز نطاقها إلى الأشياء غير المادية، فلا يوجد ما يمنع قانوناً من ضمان ما يظهر في الأشياء المعنوية من عيوب خفية، فالنظام المعلوماتي كالمحل التجاري (المتجر) يتكون من عناصر مادية وغير مادية[١٩] ، وفي نطاق بيع المحل التجاري لم نجد خلافا في الفقه على أن بائع المحل التجاري يضمن للمشتري عيوب المحل التجاري الموجودة وقت البيع والتي تنقص من

(١٨) انظر في ذلك: د. السنهوري، مصدر سابق، ص٧١٢- ٧١٣.
(١٩) انظر في عناصر المحل التجاري: د. طالب حسن موسى، مبادئ القانون التجاري، دار الحرية للطباعة، ط١، بغداد، ١٩٧٤، ص٢٠٨ وما بعدها.

قيمته نقصا محسوسا أو تجعله غير صالح للاستعمال فيما أعد له بحسب ماهيته أو بمقتضى عقد البيع(٢٠).

٣-إذا كان ما يطلبه العميل من المبرمج واضحاً لا يحتاج إلى تفسير أو إضافة، فإن على المبرمج أن يفي بطلب العميل، فإذا قام بتسليمه برنامجا لا تتوفر فيه المواصفات التي أرادها العميل كان هذا النقص عيبا خفياً موجبا للضمان. أما إذا كانت شروط العقد المبرم بين العميل والمبرمج غير واضحة فهنا يلجا القضاء إلى الوثائق المرفقة بالعقد، فإذا كانت واضحة اعتمدها لحل النزاع، أما إذا كانت غير واضحة، فإن القضاء الفرنسي يلجا إلى الحكم ببطلان العقد لجهالة تعيين المحل. أو إلى الحكم بتحميل المستفيد المسؤولية لعدم توضيحه في العقد ما يريده من المتعهد، إذا كان الغموض في شروط العقد حصل بسببه(٢١).

وإذا كان التزام المتعهد (المبرمج) بتقديم نظام معلوماتي إلى المستفيد هو التزام ببذل عناية – كما يدعي أصحاب هذا الاتجاه- فإن الالتزام بضمان العيب هو التزام بتحقيق غاية، فوجود العيب في النظام المعلوماتي هو ذاته الخطأ حتى لو كان التزام المتعهد بتقديم نظام معلوماتي صالح لأداء الغرض المتفق عليه هو التزام ببذل عناية، ولا يستطيع المتعهد نفي المسؤولية عنه إلا بإثبات السبب الأجنبي(٢٢).

(٢٠) انظر في ذلك: القاضي طارق زيادة، د. فيكتور مكربل، المؤسسة التجارية، دارسة قانونية مقارنة، منشورات المكتبة الحديثة، ط١، طرابلس- لبنان، ١٩٨٦، ص٢٣٩.

(٢١) Cass. Com. 21 Mars, 1989 no 87- 10.837.
CA Paris, 5e ch. B,II Juillet 1979,5e ch.b,ll julillet 1979. juris- Data NO. 698.
أشار إليهما د. نوري حمد خاطر، مصدر سابق، ص٤٩.

(٢٢) MAZEAUD (H-L-J), Leçons de droit civil, t.III. Paris, 1960, NO. 1357.

الفرع الثاني
الاتجاه المؤيد لضمان العيب المعلوماتي

لبيان هذا الاتجاه، نعرضه أولا، ثم نقومه ثانيا:

أولا: عرض الاتجاه المؤيد للضمان:

يذهب أغلب الفقهاء إلى القول بأن عقود المعلوماتية تنشئ التزاماً على عاتق المتعهد بضمان العيوب الخفية التي تظهر في النظام المعلوماتي، وذلك للأسباب الآتية:

١- لا خلاف في أن عقود المعلوماتية تعد من قبيل عقود المعاوضات(٢٣) ، وعقد المعاوضة يستوجب الضمان، 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(٢٤).

٢- إن تكييف عقود المعلوماتية بأنها عقود بيع أو مقاولة –عقد ترخيص بالاستعمال–أو عقد إيجار ليس له أي تأثير على التزام المتعهد بضمان العيوب الخفية التي تظهر في البرنامج أو النظام المعلوماتي بصورة عامة. ذلك لأن عقد المقاولة كعقد البيع أو الإيجار يلزم المقاول بضمان العيوب الخفية التي تظهر في البرنامج الذي تم إعداده.

٣- إن التسليم ولو كان نهائياً في نطاق عقود المعلوماتية باعتبارها من عقود المقاولة، لا يؤدي إلى رفع مسؤولية المقاول إلا عن العيوب الظاهرة خاصة إذا علمنا أن التسليم في نطاق عقود المعلوماتية يتخذ صورة خاصة تتمثل بفحص النظام المعلوماتي عن طريق تشغيله من قبل العميل، فإذا ظهر في النظام

(٢٣) انظر: محمد فواز المطالقة، النظام القانوني لعقود برامج الحاسب الآلي، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ط١، عمان، ٢٠٠٤، ص١١٥.
(٢٤) انظر: د. السنهوري، مصدر سابق، ص٧١٢– ٧١٣.

المعلوماتي أثناء تشغيله عيوباً كان على العميل أن يخطر المقاول (المبرمج) بها فور اكتشافها وإلا عُدَّ قابلاً بها، أما العيوب التي لا يمكن كشفها بمجرد تشغيل البرنامج وفحصه فتعد من قبيل العيوب الخفية التي على المقاول ضمانها بمجرد كشفها من قبل العميل وإخطاره بها.

٤- إن عدم تلبية النظام المعلوماتي لحاجيات العميل قد يوسع من فكرة العيوب الخفية، ولكن دون أن يلغيها نهائيا[٢٥]. فإذا لم يحقق برنامج الحاسوب الغرض المتفق عليه فإن المبرمج أو خلفه لا يمكن أن يجبر على التنفيذ العيني؛ لأن هذا يمس بالحقوق المعنوية للمؤلف، ولكن للعميل (المستفيد) في هذه الحالة المطالبة بالفسخ – في القانون العراقي – أو التعويض أو بهما معا تطبيقاً للقواعد العامة في ضمان العيب الخفي في القوانين المقارنة.

٥- يمكن تطبيق فكرة العيب الخفي على العناصر المعنوية (البرامج) للنظام المعلوماتية دون أي مانع قانوني أو عملي، وذلك لأن العيب في وظائف البرنامج، وهذا أثر مادي لا علاقة له بالحقوق المعنوية للمبرمج، وقد قضت محكمة استئناف باريس في حكم لها صدر في ١٩٩٢/٣/١٣ بأن (عدم قيام نظام المعلوماتية بوظيفته المطلوبة بسبب عيب في برنامج الحاسوب هو عيب خفي إذا كان أثره مباشرا على عمل الحاسوب)[٢٦].

ثانياً: تقويم الاتجاه المؤيد للضمان:

بعد أن تبين لنا أن الحجج التي استند إليها أصحاب الاتجاه الرافض لضمان العيب المعلوماتي لا تصمد أمام النقد، نرجح الاتجاه الثاني القاضي بضمان العيب المعلوماتي.

---

(٢٥) D. Bohoussou, l obligation de garantie dans Les contrats relatifs a l informatique, Montpellier, 1993, P. 31.

(٢٦) CA Paris, 5e ch. A,13 mars 1992.
أشار إليه د. نوري حمد خاطر، مصدر سابق، ص١٧١.

ذلك لأن ما يظهر من عيوبٍ خفية في النظام المعلوماتي يعني أن هناك إخلالاً بالعقد يجب تصحيحه أو معالجته. فلا يمكن وفقاً للقواعد العامة في نظرية العقد إجبار المستفيد على قبول نظام معلوماتي معيب أو غير صالح لأداء الغرض المتفق عليه.

ويجب أن لا يؤثر تكييف عقود المعلوماتية على التزام العميل بضمان العيوب الخفية التي تظهر في النظام المعلوماتي، فالبائع كالمقاول يلتزم بأن ينقل إلى المستفيد نظاماً معلوماتياً يلبي رغبات العميل التي تم الاتفاق عليها في العقد.

ولكن تكييف حق المتعهد على البرنامج هو ما يؤثر على ضمان العيب الخفي، فتكييف حق المتعهد على البرنامج بأنه حق مؤلف يؤدي إلى عدم إمكانية إجبار المتعهد باعتباره مؤلفا على التنفيذ العيني، ويبقى حق العميل مقتصرا على المطالبة بالفسخ مع التعويض إذا كان له مقتضى، أو إمضاء العقد بالثمن المسمى في القانون العراقي، أو الفسخ مع التعويض إذا كان له مقتضىً أو إمضاء العقد مع المطالبة بإنقاص الثمن في القوانين المقارنة.

الفرع الثالث

موقف القانون العراقي

نصت المادة الثانية من قانون حق المؤلف العراقي رقم ٣ لسنة ١٩٧١ المعدل بموجب أمر سلطة الائتلاف المؤقتة رقم ٨٣ لسنة ٢٠٠٤ على أنه (تشمل الحماية المصنفات المعبر عنها بطريق الكتابة أو الصوت أو الرسم أو التصوير أو الحركة وبشكل خاص ما يلي :- ٢- برامج الكومبيوتر سواء برمز المصدر أو الآلة. التي يجب حمايتها كمصنفات أدبية).

إن تكييف برامج الكومبيوتر في ظل القانون العراقي بأنها مصنفات أدبية، لا يمنع صاحبها من التصرف فيها إلى الغير عن طريق تنازله عن حقه المالي دون الحق الأدبي الذي يكون غير قابل للتصرف فيه.

ويذهب أغلب الفقه إلى أن تصرف المتعهد بالبرنامج عن طريق تنازله عن حقه المالي يعد من قبيل عقد المقاولة (عقد ترخيص بالاستعمال)[٢٧] ، بينما يذهب بعض الفقه إلى تكييف التصرف بالحق المالي عن طريق تنازل المتعهد عن حقه المالي إلى الغير بأنه من قبيل عقد البيع أو الإيجار[٢٨].

والحقيقة أن تكييف تصرف المبرمج بحقه المالي بأنه بيع أو إيجار أو مقاولة لا يؤثر على التزامه بالضمان في ظل القانون المدني العراقي، فالمشرع العراقي بعد أن نص على القواعد العامة بضمان العيب الخفي ضمن النصوص الخاصة بعقد البيع[٢٩] ، عاد ونص صراحة على التزام المقاول بضمان العيوب الخفية التي تظهر في العمل بعد تسليمه، حيث نصت المادة (٨٧٥) مدني عراقي على أنه (١-متى تم تسليم العمل فعلاً أو حكما ارتفعت مسؤولية المقاول عما يكون ظاهراً فيه من عيب وعن مخالفته لما كان عليه الاتفاق. ٢- أما إذا كانت العيوب خفية أو كانت المخالفة غير ظاهرة ولم يلحظها رب العمل وقت التسليم بل كشفها بعد ذلك، وجب عليه أن يخبر المقاول بها بمجرد كشفها، وإلا اعتبر أنه قد قبل العمل).

خلاصة القول: أن المتعهد (المبرمج) في ظل القانون العراقي سواء كان بائعا أو مقاولاً يلتزم بضمان العيوب الخفية التي يتم اكتشافها من قبل العميل (المستفيد) بعد تسلمه النظام المعلوماتي.

(٢٧) انظر في ذلك: د. حسن عبد الباسط الجميعي، عقود برامج الحاسب الآلي، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، ١٩٩٨، ص٣٣، د. سعد محمد سعد، حماية برامج الحاسب الآلي بتشريعات حقوق المؤلف، بحث منشور على الموقع WWW.arabLawinfo.com، ص١٢، محمد فواز المطالقة، مصدر سابق، ص٨٠.

(٢٨) انظر في عرض هذا الرأي: د. حسن عبد الباسط الجميعي، المصدر السابق، ص٣٥١ وما بعدها.

(٢٩) انظر المواد ٥٥٨- ٥٧٠ من القانون المدني العراقي.

المطلب الثالث

شروط العيب المعلوماتي

يشترط في العيب المعلوماتي لكي يعتبر منشئا للضمان توفر الشروط التقليدية التي نص المشرع عليها في مجال العيب الخفي وهذه الشروط هي :-

(١) أن يكون العيب المعلوماتي قديماً.

(٢) أن يكون العيب المعلوماتي مؤثراً.

(٣) أن يكون العيب المعلوماتي خفياً. وسنبحث كل شرط من هذه الشروط.

أولا: أن يكون العيب المعلوماتي قديماً:

لا يضمن المتعهد (المبرمج) العيب إلا إذا كان قديما، و يقصد بالقدم وفقاً للقواعد العامة أن يكون العيب في البرنامج أو النظام المعلوماتي موجودا وقت العقد أو وقت التسليم على الأكثر، أما العيب الطارئ بعد التسليم فلا يضمنه المتعهد بائعا كان المتعهد أو مقاولا[٣٠].

إن الحد الفاصل بين العيب القديم الذي يضمنه المتعهد والعيب الطارئ الذي لا يضمنه هو وقت التسليم وذلك تمشيا مع ربط المشرع العراقي لتبعة الهلاك بالتسليم، فالمتعهد ضامن العيوب التي يثبت أنها وجدت بالنظام المعلوماتي قبل تسليمه، وإن لم تطرأ عليه إلا بعد العقد. وهذا ظاهر من نص المادة (٢/٥٥٨) التي تقضي بأن المتعهد يكون ملزماً بالضمان (إذا كان موجودا في المبيع وقت العقد أو حدث بعده وهو في يد البائع قبل التسليم).

(٣٠) انظر: د. السنهوري، مصدر سابق، ص٧٢٢- ٧٣٢، د. عبد المنعم البدراوي، مصدر سابق، ص٥٠٤- ٥٠٥، د. سعدون العامري، مصدر سابق، ص١٤٨، د. نوري حمد خاطر، مصدر سابق، ص١٦٩.

ثانياً: أن يكون العيب المعلوماتي مؤثراً:

لا يضمن المتعهد العيب إلا إذا كان على قدرٍ من الجسامة والأهمية. فالعيوب التي لا تؤثر في النظام المعلوماتي إلا تأثيراً طفيفاً لا يضمنها المتعهد.

وقد عبَّر المشرع العراقي عن هذا الشرط بنصه في المادة (٥٥٨ مدني) على أنه (ما ينقص ثمن المبيع عند التجار وأرباب الخبرة أو ما يفوت به غرض صحيح إذا كان في أمثال المبيع عدمه). إن العيب المؤثر إذن في نطاق القانون المدني العراقي هو :-

١- ما ينقص من ثمن النظام المعلوماتي بحيث لو كان المستفيد يعلم بالعيب وقت التعاقد لكان يحجم عن إبرام العقد أو على الأقل لا يقبل الشراء بالثمن الوارد في العقد وإنما بثمن أقل.

٢- ما ينقص من منفعة النظام المعلوماتي بحيث أن المتعاقد ما كان يبرم العقد لو كان يعلم به أو كان يبرمه ولكن بمقابل أقل من الذي التزم به في العقد.

وقد يحتاط المستفيد فيبين في العقد الأغراض المقصودة من النظام المعلوماتي، فيجب عندئذ أن نعتبر هذه الأغراض جميعاً منافع مقصودة من النظام المعلوماتي، فإذا كان بالنظام المعلوماتي عيبٌ خفيٌ يُخل بأية منفعة منها إخلالاً محسوساً كان للمشتري الرجوع على المتعهد بضمان العيب الخفي.

وليس من الضروري أن تكون المنافع المذكورة في العقد هي المنافع المألوفة، فقد يشترط المستفيد على المتعهد منافع أخرى قصد إليها فكفلها له في العقد. فإذا لم يتوفر في النظام المعلوماتي وقت التسليم الصفات التي كفل المتعهد للمستفيد وجودها فيه، كان هذا عيبا مؤثرا موجبا للضمان[٣١].

(٣١) د. أنور سلطان، مصدر سابق، ص٢٥٦- ٢٥٧.

ومع ذلك يذهب جانب من الفقه إلى أن المطابقة للمواصفات تتعلق بالعيوب الظاهرة للنظام المعلوماتي موضوع العقد، فإذا وجد المستفيد أن النظام المعلوماتي غير مطابق للمواصفات المعدلة يستطيع الرجوع على المتعهد(٣٢).

ونحن نرى أن من الصعب في نطاق عقود المعلوماتية اعتبار المطابقة للمواصفات من قبيل العيوب الظاهرة، ذلك لأن العيب الظاهر كالعيب الخفي – في نطاق عقود المعلوماتية –يحتاج إلى وقت معقول لكي يتمكن المستفيد من فحص النظام المعلوماتي عن طريق تشغيله واستعماله لتبين مشاكله وعيوبه.

أما العيوب التي يمكن اكتشافها بمجرد تشغيل النظام المعلوماتي فهي فقط تعد من قبيل العيوب الظاهرة التي ترتفع مسؤولية المتعهد عنها بمجرد تشغيل النظام واكتشافها من قبل المستفيد وقبوله بها.

ثالثا: أن يكون العيب المعلوماتي خفياً:

القاعدة أن البائع لا يضمن إلا العيوب الخفية. فإذا كان العيب ظاهراً وقت أن تسلم المستفيد النظام المعلوماتي وفحصه، ولم يعترض بل رضي أن يتسلمه، فإن المتعهد لا يضمنه؛ لأن المستفيد وقد رأى العيب ظاهراً دون أن يعترض يكون قد ارتضاه وأسقط حقه في التمسك بالضمان.

كذلك يعد العيب ظاهراً لا يضمنه المتعهد إذا أثبت الأخير أن المستفيد كان يستطيع أن يتبين العيب بنفسه لو أنه فحص المبيع بعناية الرجل العادي، فمن المفروض عندئذٍ أن يكون المستفيد قد فحصه فعلاً بهذه العناية المطلوبة فتتبين وجوده، وسكت ولم يعترض، فيكون سكوته نزولاً عن حقه.

(٣٢) انظر: د. نوري حمد خاطر، مصدر سابق، ص١٦٩.

ولكن ما هو الحكم إذا تسلم المستفيد النظام المعلوماتي أو تقبله قبل أن يكشف العيب، ثم كشفه بعد ذلك، فما هي المدة التي يبقى فيها المتعهد ملزماً بالضمان؟

إن الإجابة على مثل هذا التساؤل تعتمد على تكييف عقود المعلوماتية؟

فإذا تم تكييف العقد المعلوماتي بأنه عقد بيع، فإن على المشتري لنظام المعلوماتي أن يرفع دعوى ضمان العيب الخفي خلال ستة أشهر من وقت تسلم المبيع، حيث نصت المادة (١/٥٧٠) مدني عراقي على أنه (لا تسمع دعوى ضمان العيب إذا انقضت ستة أشهر من وقت تسليم المبيع، حتى لو لم يكشف المشتري العيب إلا بعد ذلك، ما لم يقبل البائع أن يلتزم بالضمان لمدة أطول).

أما إذا تم تكييف عقود المعلوماتية بأنها من قبيل عقود المقاولة، فإن تحديد المدة التي يبقى فيها المتعهد ملزماً بالضمان تقتضي التمييز بين فروض ثلاثة:-

(الفرض الأول) أن يكون العيب المعلوماتي واضحاً يمكن للمستفيد أن يكشفه إذا عاينه. وفي هذا الفرض إذا تسلم المستفيد النظام المعلوماتي أو تقبله بعد فحصه دون أن يعترض، فالمفروض أنه قبل النظام المعلوماتي معيبا ونزل عن حقه في الرجوع على المتعهد (المقاول) من أجل هذا العيب، مادام المفروض أنه عاين العيب وعلم به دون أن يعترض عليه، أو في القليل أنه يمكن إن يكشفه لو أنه بذل عناية الرجل العادي في كشفه. ومن ثم ينقضي ضمان المقاول للعيب بمجرد تسلم رب العمل النظام المعلوماتي أو تقبله له.

(الفرض الثاني) أن يكون المتعهد (المقاول) قد أخفى غشاً العيب المعلوماتي، فلم يستطع المستفيد (رب العمل) أن يكشفه وقت تسلم النظام المعلوماتي. وفي هذا الفرض يكون المتعهد (المقاول) مسؤولاً عن غشه، وبمجرد أن يكشف المستفيد (رب العمل) العيب يكون له الحق في الرجوع على المتعهد (المقاول) بالضمان، خلال ثلاث سنوات

من كشف العيب؛ لأن المتعهد (المقاول) يكون مسؤولاً مسؤوليةً تقصيرية ودعوى المسؤولية تسقط بالتقادم بمرور ثلاث سنوات من وقت علم المضرور بوقوع الضرر، وتسقط في كل حال بانقضاء خمس عشرة سنة من يوم وقوع العمل غير المشروع أي من يوم إخفاء العيب غشا (م ٢٣٢ مدني عراقي).

(الفرض الثالث) أن يكون العيب ليس من الوضوح بحيث يمكن كشفه وقت التسلم أو تقبل النظام المعلوماتي، ولم يخفه المتعهد (المقاول) غشا عن المستفيد (رب العمل).

ويذهب جانب من الفقه إلى أن مدة الضمان في هذا الفرض هي المدة المعقولة لاكتشاف العيب الخفي والتأكد من وجوده(٣٣)، وقد ذهبت محكمة استئناف باريس إلى أن وقت بداية المدة في نظام معلوماتي هو من تاريخ كتابة تقرير الخبير(٣٤). وذهبت محكمة النقض الفرنسية في حكم لها صدر في ١٩٨٢/٦/٢ إلى أنه (في عقد المقاولة يحتاج رب العمل إلى مدة أطول من المدة في عقد البيع للاحتجاج بالعيب)(٣٥).

بينما يذهب جانب آخر من الفقه إلى أن الالتزام بضمان المقاول للعيب الخفي لا يتقادم إلا بخمس عشرة سنة، ولكن يشترط أن يكون العيب قديماً أي أن يكون موجوداً قبل تسلم رب العمل للنظام المعلوماتي(٣٦).

ونحن من جانبنا نرجح إعطاء القاضي سلطة تقديرية في تحديد مدة الضمان وتاريخ بدء سريانها للاحتجاج بالعيب المعلوماتي، خاصة إذا عرفنا أن النظام المعلوماتي نظام

---

(٣٣) انظر: د. عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج٧، مج١، العقود الواردة على العمل، المقاولة والوكالة والوديعة والحراسة، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٦٤، ص١٠١.

(٣٤) CA Paris, 5e ch.2 mai 1974, juris-Data, no 242.
CA Paris, 25e ch.B. 13 mars, 1992.
أشار إليهما د. نوري حمد خاطر، مصدر سابق، ص١٧٣.

(٣٥) Cass. Civ.2 juin 1982, no 81-11-743,Bull. Civ. 1,P. 171.

(٣٦) انظر: د. محمد لبيب شنب، شرح أحكام عقد المقاولة، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٦٢، ف١٠٣.

معقد فيه جوانب إبداعية والكترونية دقيقة لا يمكن التثبت منها بسهولة إلا من قبيل خبير مختص ذي كفاءة عالية.

المبحث الثاني

أحكام ضمان العيب المعلوماتي

إذا توفرت في العيب المعلوماتي شروط العيب الخفي؛ فما هي النتائج التي تترتب على ذلك؟ ثم هل يمكن الاتفاق على الإعفاء منها؟ هذا ما نعرضه تباعاً وذلك في المطلبين الآتيين.

المطلب الأول

دعوى ضمان العيب المعلوماتي

إذا ثبت للمستفيد أن في النظام المعلوماتي عيب خفي، كان له الرجوع بدعوى ضمان العيب الخفي، ولكن التساؤل الذي يثور في هذا الصدد؛ ما هي الواجبات التي تقع على عاتق المستفيد لكي يستطيع الرجوع على المتعهد بدعوى ضمان العيب الخفي، ثم ما هي المدة المحددة لرفع هذه الدعوى، وهل يمكن للمستفيد أن يتوجه بالدعوى إلى غير المتعهد الذي تعاقد معه، وأخيرا ما هي آثار ثبوت العيب المعلوماتي؟ هذا ما نعرضه تباعاً، وذلك في الفروع الآتية.

الفرع الأول

إجراءات الرجوع بدعوى ضمان العيب المعلوماتي

يجب على المستفيد أن يبادر إلى إخبار (إخطار) المتعهد بالعيب المعلوماتي قبل الرجوع بدعوى الضمان التي يجب رفعها خلال مدة معينة، وإلا سقط حقه بالضمان، وندرس كلا من الإخبار (الإخطار) وآثار عدم الإخبار (الإخطار)، وذلك في الفقرتين الآتيتين:

أولا: الإخبار (الإخطار) في الوقت الملائم (المعقول):

يتوقف الإخبار –أو الإخطار كما يسميه المشرع المصري –في الوقت الملائم (المعقول)على الوقت الذي يكتشف فيه المستفيد العيب المعلوماتي. ولذلك يجب التمييز بين فرضين:–

(الفرض الأول) إذا كان العيب المعلوماتي مما يمكن الكشف عنه بالفحص المعتاد. فإن على المستفيد إذا تسلم النظام المعلوماتي أن يتحقق من حالته عن طريق الفحص المعتاد خلال المهلة المعتادة وفقاً للمألوف في التعامل، ويختلف عرف التعامل في هذا الموضوع باختلاف طبيعة النظام المعلوماتي إذ من النظم المعلوماتية ما يسهل فحصها عند الاستلام، ومنها ما لا يتيسر التحقق من حالتها إلا بعد الاستلام، لأنها تحتاج إلى خبرة فنية خاصة، أو لأن ما قد يوجد فيها من عيب لا يظهر إلا بعد استعمالها في الغرض المعدة له. وعلى ذلك لا يعتبر المستفيد قابلاً للعيب بمجرد تسلمه النظام المعلوماتي، وإنما يجب أن يترك المدة المعقولة وفقاً للمألوف في التعامل للتحقق من حالة النظام المعلوماتي عن طريق الفحص المعتاد. فإذا لم يجد المستفيد عيبا في النظام المعلوماتي بعد تجربته أو وجده وسكت ولم يخطر به المتعهد في مدة معقولة، وفقاً للمألوف في التعامل أيضا، اعتبر قابلاً للنظام المعلوماتي بما فيه من عيب. ويتضح من ذلك أن للمستفيد مدتين :–

(١) مدة معقولة وفقاً للمألوف في التعامل للتحقق من حالة المبيع عن طريق الفحص المعتاد.

(٢) ومدة معقولة وفقاً للمألوف في التعامل لإخطار البائع بما أسفر عنه الفحص المعتاد للمبيع. وتقدير معقولية أو عدم معقولية المدة متروك لتقدير قاضي الموضوع.

وتطبيقاً لهذا الفرض نصت المادة ٦٠٧- ٢ من القانون التجاري الأمريكي الموحد U.C.C على أنه (على المشتري في حالة قبول البضاعة أن يخطر البائع بأي مخالفة خلال فترة معقولة من تاريخ اكتشافه لها أو من التاريخ الواجب اكتشافها فيه، وإلا حرم من استعمال أي جزاء من الجزاءات المقررة لمصلحته). كما نصت المادة ٢٠١ من قانون الالتزامات السويسري على أنه (على المشتري إذا كشف الفحص وجود عيب في البضاعة أن يخطر البائع بذلك دون تأخير، وإلا اعتبر قابلاً للبضاعة، ويحرم من أي حق له بخصوص العيب). كما نصت المادة ٣٧٧ من قانون التجارة الألماني على أنه (إذا أدى فحص البضاعة إلى اكتشاف عيب بها، فيجب على المشتري أن يخطر البائع بذلك دون تأخير، فإذا أهمل القيام بذلك اعتبر أنه قد قبل البضاعة) (٣٧).

(الفرض الثاني) إذا كان العيب المعلوماتي مما لا يمكن الكشف عنه بالفحص المعتاد على النحو السابق بيانه لضخامة النظام المعلوماتي وتعقيداته، فإن المستفيد لا يعتبر راضياً بالنظام المعلوماتي بما فيه من عيب. ولكن إذا تكشف له العيب بعد ذلك أو أن المستفيد كشف العيب عن طريق فحص غير معتاد، وهو غير ملزم بذلك، فإن عليه أن يخبر (يخطر) به المتعهد بمجرد كشفه للعيب دون إبطاء، وإلا اعتبر قابلاً للنظام المعلوماتي بما فيه من عيب(٣٨)، ويرى بعض الفقهاء أن التفرقة بين هذا الفرض والفرض السابق ليس لها ما يبررها، ويجب التسليم بأن الإخبار (الإخطار) يكون دائماً خلال المدة المعقولة(٣٩).

وقد اخذ المشرع المصري بهذه التفرقة في نطاق عقد البيع، فقد نصت المادة ٤٤٩ مدني على أنه (١- إذا تسلم المشتري المبيع، وجب عليه التحقق من حالته بمجرد أن

(٣٧) انظر في ذلك: د. خالد احمد عبد الحميد، فسخ عقد البيع الدولي للبضائع وفقا لاتفاقية فينا لعام ١٩٨٠، ط٢، ص٣٠٤. (أصل الكتاب أطروحة دكتوراه من كية الحقوق جامعة القاهرة).
(٣٨) انظر في التمييز بين الفرضين: د. السنهوري، مصدر سابق، البيع، ص٧٣٦، د. أنور سلطان، مصدر سابق، ص٢٥٩- ٢٦٠، د. عبد المنعم البدراوي، مصدر سابق، ص٥١٨-٥١٩، د. سعدون العامري، مصدر سابق، ص١٤٩.
(٣٩) انظر في ذلك: د. منصور مصطفى منصور، مصدر سابق، ص٢٠٥.

يتمكن من ذلك، وفقاً للمألوف في التعامل. فإذا كشف عيبا يضمنه البائع وجب عليه أن يخطره به خلال مدة معقولة، فإن لم يفعل اعتبر قابلاً للمبيـــــع. ٢- إما إذا كان العيب مما لا يمكن الكشف عنه بالفحص المعتاد ثم كشفه المشتري، وجب عليه أن يخطر به البائع بمجرد ظهوره، وإلا اعتبر قابلاً للمبيع بما فيه من عيب) (٤٠)، كما أخذ بهذه التفرقة المشرع العراقي في نطاق عقد البيع، حيث نصت المادة ٥٦٠ مدني عراقي على أنه (١- إذا تسلم المشتري المبيع وجب عليه التحقق منه بمجرد تمكنه من ذلك وفقاً للمألوف في التعامل. فإذا كشف عيبا يضمنه البائع وجب عليه أن يبادر بإخباره عنه. فإن أهمل في شيء من ذلك اعتبر قابلاً للمبيع. ٢- أما إذا كان العيب مما لا يمكن الكشف عنه بالفحص المعتاد ثم كشفه المشتري وجب عليه أن يخبر به البائع عند ظهوره وإلا اعتبر قابلاً للمبيع).

وبطبيعة الحال لا يستطيع المستفيد أن يتحقق من حالة النظام المعلوماتي إلا من وقت تسلمه تسلماً فعلياً، أي من وقت الاستيلاء المادي على النظام المعلوماتي لا التسليم الرمزي أو الحكمي(٤١).

والإخطار في نطاق القانون العراقي -وكذلك القانون المصري والفرنسي -لا يخضع لشكل خاص، وإنما يمكن أن يتم بأية طريقة، كإنذار عن طريق الكاتب العدل، أو

(٤٠) كما أورد قانون التجارة المصري الجديد رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ حكما يتعلق بالإخطار، حيث اوجب في المادة ١٠١ في فقرتيها الأولى والثانية على المشتري في البيوع التجارية إن يخطر البائع بوجود النقص أو العيب أو عدم المطابقة خلال خمسة عشر يوما من تاريخ تسليم المبيع إليه تسليما فعليا، وعليه إن يقيم الفسخ أو إنقاص الثمن خلال ستين يوما من تاريخ هذا التسليم. وإذا لم يقع الإخطار أو لم ترفع الدعوى خلال الميعاد المنصوص عليه سقط حق المشتري في إقامتها إلا إذا اثبت الغش من جانب البائع.

(٤١) انظر في ذلك: د. السنهوري، مصدر سابق، البيع، ص٧٣٧، د. منصور مصطفى منصور، مصدر سابق، ص٢٠٤، د. سعدون العامري، مصدر سابق، ص١٥٦.

برسالة مسجلة أو غير مسجلة، وقد يكون شفوياً. ولكن على المستفيد عبء إثبات حصول هذا الإخطار، وله إثبات ذلك بكافة طرق الإثبات، لأنه يثبت واقعة مادية[٤٢].

ثانيا: أثر عدم الإخبار (الإخطار) في الوقت الملائم (المعقول):

إذا لم يتم الإخبار من قبل المستفيد في الوقت الملائم على النحو السابق بيانه اعتبر المستفيد قابلاً للنظام المعلوماتي بما فيه من عيب، وسقط عن المتعهد الالتزام بالضمان حتى لو لم تكن دعوى الضمان قد تقادمت بانقضاء ستة أشهر من وقت تسلم المستفيد النظام المعلوماتي على النحو الذي سبق بيانه.

يتضح من كل ما نقدم أن دعوى ضمان العيب المعلوماتي تسقط للأسباب الآتية[٤٣]:-

(أ) عدم فحص النظام المعلوماتي من قبل المستفيد خلال مدة معقولة، يتم تحديدها حسب طبيعة النظام المعلوماتي وتعقيداته وعلى النحو السابق بيانه.

(ب) عدم إخبار (إخطار) المتعهد بالعيب المعلوماتي بعد كشفه، خلال مدة معقولة، ولو قبل انقضاء مدة التقادم.

(ت) انقضاء مدة ستة أشهر من وقت تسليم النظام المعلوماتي للمستفيد تسليماً فعلياً، ولو لم يعلم المستفيد بالعيب المعلوماتي إلا بعد ذلك.

ولكن إذا كان المتعهد سيئ النية، أي إذا كان يعلم بوجود العيب المعلوماتي وأخفاه عمداً عن المستفيد غشا منه، فإن دعوى الضمان لا تسقط في هذه الحال، إلا بمرور

(٤٢) انظر: د. السنهوري، مصدر سابق، ص٧٣٧، د. سعدون العامري، مصدر سابق، ص١٤٩-١٥٠.

(٤٣) قارن: الأسباب التي تسقط بها دعوى ضمان العيب في نطاق البيوع الدولية، انظر المادة ٣٩ من اتفاقية الأمم المتحدة بشان عقود البيع الدولي للبضائع CISG المسماة اتفاقية فينا لعام ١٩٨٠. د. محسن شفيق، اتفاقية الأمم المتحدة بشان البيع الدولي للبضائع، دراسة مقارنة في قانون التجارة الدولي، دار النهضة العربية، ١٩٨٨، ص١٥١-١٥٦.

خمس عشرة سنة[٤٤]. ما لم يكن المتعهد قد تعمد إخفاء العيب غشاً منه (م ٥٧٠ مدني عراقي).

الفرع الثاني

تقادم دعوى ضمان العيب المعلوماتي

اختلفت التشريعات المدنية الحديثة في اشتراطها مدة معينة يجب خلالها الاحتجاج بالعيب المعلوماتي وإلا سقطت دعوى الضمان بالتقادم[٤٥].

فالقانون المدني الفرنسي لم يحدد مدة معينة يجب خلالها رفع دعوى ضمان العيب المعلوماتي، وإنما ترك بموجب نص المادة ١٦٤٨ مدني فرنسي للقاضي سلطة تقديرها حسب طبيعة العيب وما يقضي به العرف. وقد التزم القضاء الفرنسي بهذا النص غير أنه مارس سلطته التقديرية في تاريخ بدء احتساب المدة وفي تحديدها، حيث احتسب تاريخ سريان المدة من تاريخ اكتشاف العيب لا من تاريخ التسليم. وقد أكدت محكمة النقض الفرنسية في حكم لها صدر في ١٩٧٣/٥/١٦ بأن (تحديد مدة تقادم دعوى ضمان العيب الخفي يعتمد على طبيعة العيب والظروف المحيطة به).

إن موقف القضاء الفرنسي هذا يعني أن مدة الاحتجاج بالعيب مرنة تختلف من عقد إلى أخر، وهذا ينطبق بالتأكيد على عقود المعلوماتية، بل في نطاق عقود المعلوماتية فإن مدة الضمان تطول وتقصر حسب ضخامة النظام المعلوماتي وتعقيداته. لهذا ذهبت محكمة استئناف باريس في حكم لها صدر في ١٩٧٤/٥/٢ –والمشار إليه سابقا– بأن (وقت بداية المدة في النظام المعلوماتي هو من تاريخ كتابة تقرير الخبير). وذهبت محكمة النقض

(٤٤) انظر: د. سعدون العامري، مصدر سابق، ص١٥٦.

(٤٥) أما على مستوى البيوع الدولية، فقد نصت المادة ٢/٣٩ من اتفاقية فينا على أن المشتري يفقد حق التمسك بالعيب في مطابقة البضاعة إذا لم يخطر البائع بذلك خلال فترة أقصاها سنتان من تاريخ تسلم المشتري للبضائع فعلا.

الفرنسية في حكم لها صدر في ١٩٨٢/٦/٢ –والمشار إليه سابقاً –بأنه (في عقد المقاولة يحتاج رب العمل إلى مدة أطول من المدة في عقد البيع للاحتجاج بالعيب).

ويذهب المشرع الألماني إلى سقوط دعوى ضمان العيب بمرور ستة أشهر تبدأ من تاريخ التسليم، وفي قانون الالتزامات السويسري مدة سقوط دعوى ضمان العيب سنة واحدة.

أما عن موقف القانون المدني المصري، فإنه يميز في تحديد مدة التقادم بين دعوى ضمان العيب في عقد البيع، وبين دعوى ضمان العيب في عقد المقاولة.

ففي نطاق عقد البيع نصت المادة ٤٥١ على أنه (١– تسقط بالتقادم دعوى الضمان إذا انقضت سنة من وقت تسليم المبيع ولو لم يكشف المشتري العيب إلا بعد ذلك، ما لم يقبل البائع أن يلتزم بالضمان مدة أطول) (٤٦).

والمدة المنصوص عليها في المادة ٤٥١ مدني مصري هي مدة تقادم بصريح النص، على أنها لا تسري من يوم كشف العيب، بل إنها تسري من تاريخ تسليم المبيع ولو لم يكشف العيب بالفعل إلا بعد ذلك. ويؤيد أغلب الفقه المصري هذا الحكم على أساس أنه أدنى إلى تحقيق استقرار التعامل وحتى لا يبقى البائع مهددا بهذا الضمان أمداً طويلاً يتعذر بعده التعرف على منشأ العيب وهل هو قديم فيضمن أو حادث فلا يضمن(٤٧).

أما في نطاق عقد المقاولة، فقد كان المشروع التمهيدي للقانون المدني المصري يتضمن نصاً يحدد مدة تقادم دعوى ضمان العيب، فكانت المادة ٩٠٠ من هذا المشروع

(٤٦) وقد وضع المشرع المصري حكم خاصا بالبيوع التجارية، حيث نصت المادة ٢،٤/١٠١ من قانون التجارة المصري الجديد رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ على انه (دعوى الفسخ أو إنقاص الثمن بسبب ما اكتشف في المبيع من نقص أو عيب أو عدم مطابقة يجب إن يقيمها المشتري خلال ستين يوما من تاريخ تسليم المبيع إليه تسليما فعليا، وفي جميع الأحوال تسقط الدعوى بانقضاء ستة أشهر من تاريخ التسليم الفعلي).

(٤٧) انظر: د. السنهوري، مصدر سابق، ص٧٥٢، د. عبد المنعم البدراوي، مصدر سابق، ص٥٢٠، د. أنور سلطان، مصدر سابق، ص٢٧٤–٢٧٥.

تنص على أنه (١- على رب العمل، في المقاولات الصغيرة، أن يستعمل ما تقرر له من حقوق بسبب العيب في تنفيذ العمل في الميعاد الذي يحدده العرف المعمول به في هذا النوع من الصناعة إن كان هناك عرف متبع، فإن لم يوجد وجب رفع الدعوى بهذه الحقوق في خلال ستة أشهر من وقت تسلم العمل. ٢- إما في المقاولات الكبيرة، فإن دعاوى المسؤولية الخاصة التي تستند إلى المواد من ٨٩٤ إلى ٨٩٦ ودعاوى المسؤولية الأخرى التي تستند إلى القانون العام في العيوب الخفية غير المشار إليها في هذه المواد، يجب رفعها في خلال سنتين من وقت الكشف عن هذه العيوب).

وقد حذفت الفقرة الأولى الخاصة بمدة رفع دعوى الضمان، وعدلت الفقرة الثانية، لأسباب لا نرى حاجة لذكرها لعدم ارتباطها بموضوع البحث.

وبعد أن جاء القانون المدني المصري خالياً من النص على مدة تقادم دعوى ضمان العيب الخفي، اختلف الفقه المصري في تحديد المدة التي تسقط بانقضائها دعوى ضمان العيب الخفي في نطاق عقد المقاولة، فذهب جانب من الفقه المصري إلى أن العرف في عقد المقاولة مكمل لنصوص القانون ويجوز أن يصل إلى حد تقرير مدة تتقادم بها دعوى الضمان[٤٨]، بينما ذهب جانب آخر إلى أن الالتزام بضمان المقاول للعيب الخفي لا يتقادم إلا بخمس عشرة سنة، ولكن يشترط أن يكون العيب قديماً أي أن يكون موجوداً قبل تسلم رب العمل للشيء[٤٩].

ولا يختلف موقف القانون المدني العراقي عن موقف القانون المصري إلا من حيث أن المدة في القانون العراقي في نطاق عقد البيع ستة أشهر، حيث نصت المادة ٥٧٠ مدني عراقي على أنه (١- لا تسمع دعوى ضمان العيب إذا انقضت ستة أشهر من وقت تسليم

(٤٨) د. السنهوري، مصدر سابق، المقاولة، ص١٠١.
(٤٩) د. محمد لبيب شنب، مصدر سابق، المقاولة، ف١٠٣.

المبيع حتى لو لم يكشف المشتري العيب إلا بعد ذلك، ما لم يقبل البائع أن يلتزم بالضمان لمدة أطول) (٥٠).

ويلاحظ على موقف القانون المدني العراقي –والمصري كذلك –ما يلي:

١- أن المشرع جعل مدة تقادم الضمان مدة قصيرة تبدأ من وقت التسليم ولو لم يكشف المستفيد العيب إلا بعد ذلك.

٢- جعل إطالة هذه المدة متوقفاً على قبول المتعهد وهذا أمر يصعب تحققه من الناحية العملية حيث إن المتعهد غالباً ما يكون في مركز اقتصادي أقوى، وبالتالي لا يستطيع المستفيد أن يفرض عليه قبول مثل هذا الشرط.

٣- أن عدم النص على مدة تقادم دعوى ضمان العيب الخفي في نطاق عقد المقاولة يجعل قاضي الموضوع أمام ثلاثة خيارات :-

الأول: أن يفسر النصوص الخاصة بدعوى ضمان العيب الخفي الواردة في نطاق عقد البيع بأنها القواعد العامة لهذه الدعوى والمرجع في أي حكم لم ينص عليه المشرع عند معالجته لتطبيقات الخاصة لهذه الدعوى في العقود المسماة الأخرى كعقد المقاولة، وفي هذه الحالة يقضي بان مدة تقادم دعوى ضمان العيب الخفي هي ستة أشهر تطبيقا لنص المادة ٥٧٠ مدني عراقي.

الثاني: أن يطبق القاضي القاعدة العامة الواردة في المادة ٤٢٩ مدني عراقي والتي تقضي بأنه (الدعوى بالالتزام أيا كان سببه لا تسمع على المنكر بعد تركها من غير عذر شرعي خمس عشرة سنة مع مراعاة ما وردت فيه أحكام خاصة)، وبالتالي يقضي بتقادم دعوى ضمان العيب الخفي بعد مرور خمس عشرة سنة.

(٥٠) انظر في موقف القانون المدني العراقي: د. سعدون العامري، مصدر سابق، ص١٥٥-١٥٦.

الثالث: أن يلجأ القاضي إلى العرف لكي يكمل به نصوص القانون تطبيقاً لنص الفقرة الثانية من المادة الأولى من القانون المدني العراقي والتي تنص على أنه (٢- فإذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه حكمت المحكمة بمقتضى العرف .....).

ونحن نفضل، من وجهة نظر العدالة، أن يأخذ المشرع العراقي بأحد الموقفين:-

١- أن يأخذ بموقف المشرع الفرنسي كما سبق بيانه.

٢- أو أن يجعل المشرع العراقي مدة التقادم تبدأ من وقت اكتشاف المستفيد للعيب لا من وقت التسليم وذلك طبقا للمبدأ التقليدي " إن مدة تقادم الدعوى لا تبدأ إلا من وقت أن ينشأ الحق فيها "Action non natae non curru " والحق لا ينشأ في دعوى ضمان العيب إلا من وقت اكتشافه على النحو المبين بصدد إخبار المستفيد للمتعهد. وعلى هذا النحو تتجلى أهمية الإخبار(الإخطار) في أنه على المتعهد اتخاذ ما يلزم لرفع الضرر عن المستفيد بسبب العيب المعلوماتي وإلا تعرض للرجوع عليه بمقتضى دعوى الضمان، وبالتالي تتكامل الإجراءات في إطار تحقيق فلسفة دعوى ضمان العيب وهي حماية المستفيد. وفي نفس الوقت ليس هناك ما يمنع مراعاة جانب المتعهد بتحديد مدة قصيرة لكل من الإخبار ودعوى الضمان، والذي سينعكس حتما في النهاية على استقرار التعامل.

الفرع الثالث

تحديد المسؤولية عن العيب المعلوماتي

ينشأ الالتزام بالضمان في ذمة المتعهد (مصمم البرنامج)، ولا يشترط في المتعهد إذا تم تكييف عقود المعلوماتية بأنها من قبيل عقود المقاولات أن يكون حاملاً مؤهلاً فنياً في البرمجة، فما دام الشخص يقوم بمهمة إعداد النظام المعلوماتي فهو الملتزم بالضمان. بل إن بائع النظام المعلوماتي الذي لا يحمل أي مؤهل يكون ملتزماً بالضمان. وإذا تعدد

المبرمجون أو البائعون للنظام المعلوماتي، كان كل منهم ملتزماً بالضمان في حدود العمل الذي قام به أو الجزء الذي قدمه.

ولكن هل يمكن أن يكون شخص غير المتعهد مسؤولاً عن العيب المعلوماتي؟ بمعنى آخر هل يحق للمستفيد أن يرجع بالضمان على من تعاقد معه المتعهد لإعداد وتنفيذ النظام المعلوماتي؟

اختلف الفقه في الإجابة على هذا التساؤل، فذهب أغلب الفقه الفرنسي إلى الاعتراف بحق المستفيد بالرجوع على الغير الذي تعاقد مع المتعهد بدعوى مباشرة بحجة أن ضمان العيب الخفي مرتبط بالمحل لا بطرفي العقد فهو يشكل تابعا للشيء فيقوم به الضمان إذا ظهر في أي يد كانت(٥١).

وقد ذهب الفقيه DOMAT إلى أن (الضمان تتمة لعقد البيع)، كما ذهب الأستاذ L. LEVENEUR إلى أنه " يتمتع صاحب العمل المستقل، كما مكتسب الملكية الثاني، بجميع الحقوق والدعاوى المرتبطة بالشيء الذي يعود إلى سلفه"(٥٢).

وإذا كان أغلب الفقه الفرنسي أن لم يكن إجماعه متفق على انتقال دعوى ضمان العيب من السلف إلى الخلف، إلا أنهم اختلفوا في أساس هذا الانتقال(٥٣).

وتطبيقاً لموقف الفقه الفرنسي، استقر القضاء الفرنسي على مبدأ انتقال دعوى الضمان من السلف إلى الخلف، إلا أنه كان يجيز للخلف أن يختار بين دعوى سلفه ذات

---

(٥١) GHESTIN Jacgues, JAMIN Christophe et BILLIAN Marc, Traite de droit civil, Las effets du contrat, 2e édition, L.G.D.J, P.894.

(٥٢) GHESTIN (J.), op. cit, P. 894, P. 920.

(٥٣) اختلف الفقه في أساس الدعوى المباشرة، فذهب بعضهم إلى أن أساس الدعوى الاشتراط لمصلحة الغير، وذهب البعض الآخر إلى تأسيس انتقال دعوى السلف إلى الخلف على نظرية حوالة الحق، وذهب آخرون إلى نظرية الحلول الشخصي، وقال البعض بنظرية الفضول، والبعض الآخر بقاعدة (الملحقات تتبع الأصل)، إما التحليل المعاصر فيقول بنظرية المجموعة العقدية، انظر في ذلك مفصلاً:
- GHESTIN (J.), op. cit, P. 910-950.

الطبيعة العقدية وبين رفع دعوى المسؤولية التقصيرية باعتباره من الغير، فقد قضت غرفة العرائض (قبل إلغائها عام ١٩٤٧) في محكمة النقض في ٢/آذار/١٩٣٧ بأن (مكتسب الملكية الثانية ضحية عيب خفي كان بإمكانه، إذا فضل ذلك، المقاضاة على أساس المسؤولية التقصيرية).

ولكن محكمة النقض الفرنسية استقرت بعد ذلك على عدم السماح للخلف أن يرفع سوى دعوى سلفه ذات الطبيعة العقدية، حيث قضت الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض الفرنسية في ٩/تشرين الأول/١٩٧٩ بأن (الدعوى المباشرة للضمان التي يحوزها مكتسب الملكية الثانية في عقود البيع المتعاقبة لها بالضرورة طبيعة عقدية).

كما قضت محكمة النقض الفرنسية في نطاق عقد المقاولة في حكمها الصادر في ١٧/تشرين الثاني/١٩٩٣ بأن (صاحب العمل المستقل ليس في وسعه أن يمارس سوى دعوى ذات طبيعة عقدية لخطأ مثبت ضد المقاول من الباطن).

وتواترت أحكام محكمة النقض الفرنسية على انتقال دعوى الضمان من السلف إلى الخلف، فقضت في نطاق عقود المعلوماتية بعد أن وضعت الضوابط الخاصة برجوع الخلف على الغير بدعوى سلفه بأنه (من حق المستفيد أو من في حكمه بالرجوع بالضمان بدعوى مباشرة على الغير الذي تعاقد معه المتعهد لغرض تجهيز نظام المعلوماتية شريطة أن يكون العيب موجوداً وهو في حيازة الغير قبل تسلمه أو تسليم جزء منه إلى المتعهد، أما إذا ظهر العيب بعد ذلك فلا يحق للمستفيد الرجوع على الغير بدعوى مباشرة بل يجب مراجعة المتعهد بنفسه).

كما قضت في حكمها الصادر في٩/آذار/١٩٨٣ بأن (دعوى المسؤولية العقدية المبنية على عدم تنفيذ تسليم منتج مطابق، تنتقل إلى مكتسب الملكية الثاني).

كما قضت في ١٩/كانون الثاني/١٩٨٨ بأن (دعوى ضمان العيوب الخفية تنتقل من حيث المبدأ، مع الشيء المباع إلى مكتسب الملكية الثاني).

وقضت الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض الفرنسية في حكم حديث لها صدر في ٢٧/كانون الثاني/١٩٩٣ بان (دعوى الفسخ لعيب خفي التي يمارسها مكتسب الملكية الثاني هي دعوى سلفه).

وقد ساوت محكمة النقض الفرنسية في مبدأ انتقال دعوى الضمان من السلف إلى الخلف بين عقد البيع والمقاولة، فقضت بهيئتها العامة وبكامل أعضائها في ٧/شباط/١٩٨٦ بأن (صاحب العمل المستقل، كما مكتسب الملكية الثانية، يتمتع بجميع الحقوق والدعاوى المرتبطة بالشيء والعائدة لسلفه؛ وهو يحوز بالتالي ضد الصانع دعوى عقدية مبنية على عدم مطابقة الشيء المسالم) (٥٤).

أما عن موقف الفقه المصري والعراقي(٥٥)، فإنه يذهب إلى إمكانية انتقال دعوى الضمان التي كانت للمشتري الأول ضد البائع الأصلي إلى المشتري اللاحق ضمن ملحقات المبيع؛ لأنها تعد من الحقوق المكملة للشيء أي ضمن ملحقاته، ومن ثم تنتقل مع الأصل وذلك تطبيقا للقواعد العامة التي تقضي بانتقال الحقوق والالتزامات التي تنشأ من العقد إلى الخلف الخاص وقت انتقال الشيء إليه إذا كانت من مستلزماته ويعلم بها(٥٦).

وتنتقل دعوى الضمان بكل ما تخوله للمستفيد من حقوق، ويستطيع المستفيد الثاني أن يرجع على البائع الأصلي والبائع الوسيط مباشرة، ويشترط للرجوع على البائع

---

(٥٤) انظر في موقف القضاء الفرنسي مفصلا:
- GHESTIN (J.), op. cit, P. 899-976.

(٥٥) انظر: د. السنهوري، مصدر سابق، البيع، ص٧٣٠، د. عبد المنعم البدراوي، مصدر سابق، ص٥٢٤، د. حسن علي الذنون، شرح القانون المدني العراقي، العقود المسماة، عقد البيع، مطبعة الرابطة، بغداد، ١٩٥٣، ص٣٢٩.

(٥٦) ويرى أستاذنا د. حسن علي الذنون أنه بمقتضى تطبيق القواعد العامة وخاصة ما تعلق منها بحوالة الحق، تعطى للمشتري الأخير دعوى مباشرة قبل جميع الباعة السابقين، المصدر السابق، ص٢٤٠.

الأصلي توفر شروط ضمان العيب بالنسبة له، أي أن يكون العيب موجوداً وقت البيع الأول، ويظل العيب خفياً وقت إتمام البيعين، ويجب أن يتم الرجوع على البائع الأول خلال ستة أشهر في القانون العراقي وسنة في القانون المصري من وقت تسليم النظام المعلوماتي للمستفيد.

أما في نطاق عقد المقاولة، فإن الفقه العربي(٥٧) يذهب إلى عدم قيام علاقة مباشرة بين رب العمل والمقاول من الباطن إذ لا يربطهما أي تعاقد، فالتعاقد إنما يربط بين رب العمل بالمقاول الأصلي، ويربط المقاول الأصلي بالمقاول من الباطن.

وإنما تكون العلاقة بين رب العمل والمقاول من الباطن علاقة غير مباشرة، إذ يتوسطهما المقاول الأصلي؛ فلا يطالب رب العمل المقاول من الباطن مباشرة بضمان العيب المعلوماتي، ولكن يستطيع بالدعوى غير المباشرة أن يستعمل حق مدينه المقاول الأصلي في الضمان قبل مدينه المقاول من الباطن.

ونحن نرى إمكانية انتقال دعوى الضمان الخاصة بالمقاول تجاه المقاول من الباطن إلى رب العمل (المستفيد)، ذلك لأن عقود المعلوماتية هي ليست في الحقيقة من قبيل عقود المقاولة المحضة، وإنما هي من قبيل عقود الاستصناع أي مزيج من عقدي البيع والمقاولة، ذلك لأن المتعهد هو من يقدم النظام المعلوماتي إلى المستفيد كاملا بعناصره المادية وغير المادية، ولما كانت دعوى الضمان التي للمقاول الأصلي تجاه المقاول من الباطن تعد من مكملات الحق(النظام المعلوماتي) وفقاً لأحكام المادة (٢/١٤٢ مدني عراقي) لأنها تقويه فإنها تنتقل بانتقال الحق (النظام المعلوماتي) إلى المستفيد باعتباره خلفا خاصا، بشرط أن يكون العيب موجودا قبل تسلم المقاول الأصلي للنظام المعلوماتي من المقاول من الباطن، ويظل العيب خفياً بعد تسلمه من قبل المقاول الأصلي وتسليمه إلى

(٥٧) انظر: د. السنهوري، مصدر سابق، المقاولة، ص٢٢٣-٢٢٤، د. جعفر الفضلي، مصدر سابق، ص٤٣٤.

رب العمل المستفيد، ويجب الرجوع بمجرد كشف العيب، وإلا اعتبر رب العمل (المستفيد) قد قبل النظام المعلوماتي بالعيب الموجود فيه (م ٢/٨٧٥ مدني عراقي).

الفرع الرابع
آثار ثبوت العيب المعلوماتي

إذا ثبت العيب فللمستفيد وفقاً لأحكام القانون المدني الفرنسي إحدى دعويين؛ دعوى الفسخ يتخلص بها من النظام المعلوماتي ويسترد الثمن، أو دعوى إنقاص الثمن يطلب بمقتضاها إعادة التوازن في النظام المعلوماتي بعيبه وبين الثمن، إما حق المستفيد في التعويض فلم يتعرض له واضعو المجموعة المدنية الفرنسية إلا بمناسبة التفرقة بين البائع سيئ النية والبائع حسن النية. ذلك أن نصوص القانون المدني الفرنسي تفرق في خصوص الالتزام بالتعويض بين البائع سيئ النية والبائع حسن النية. فالأول يعلم بوجود العيب ولم يكشف عنه للمشتري وهو لذلك يكون ملتزما فضلاً عن رد الثمن كافة التعويضات للمشتري، أما الثاني فهو يجهل وجود العيب ومن ثم لا يكون مسؤولاً إلا عن رد الثمن الذي تلقاه، فضلاً عن المصروفات التي تكبدها المشتري بسبب البيع(٥٨).

ويلاحظ مع ذلك أنه رغم عموم العبارة التي وردت في المادة ١٦٤٥ مدني فرنسي والتي تلزم البائع سيئ النية بكافة التعويضات للمشتري فإن إرادة واضعيها لم تنصرف إلا إلى الإضرار المترتبة على البيع والتي يدرج الفقه على نعتها بالإضرار التجارية وهي المترتبة على البيع والتي تتمثل في عدم صلاحية النظام المعلوماتي للغرض المخصص له أو نقصان فائدته دون الإضرار التي يحدثها النظام المعلوماتي بسبب ما به من عيب(٥٩).

ولكن النظرة إلى ما ينتجه العيب من إضرار تطورت ليشمل التعويض جميع الإضرار الناجمة عن العيب، يقول الأستاذ بران (BURN) " منذ وضع القانون المدني فإن

(٥٨) انظر: المادتان ١٦٤٥-١٦٤٦ من القانون المدني الفرنسي.
(٥٩) انظر: د.علي سيد حسن، الالتزام بالسلامة في عقد البيع، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٠، ص٣٨.

دور ضمان العيب الخفي قد تطور تطورا كبيرا، فالعيب الخفي وفقاً لما وردت به. نصوص القانون نقلا عن القانون الروماني، لم يكن يتعلق إلا بالعيوب التي تلحق بمدى النفع الذي يعود على المشتري من الشيء المبيع، لكن و بسبب التصنيع وما ينجم عن استعمال المنتجات الحديثة من إضرار، فقد انتهى الأمر بضمان العيب الخفي إلى أن أصبح يغطي كل الأضرار الناجمة عن الشيء"(٦٠).

وقد استقر قضاء محكمة النقض الفرنسية على أن تحديد طبيعة العيب الخفي يعطي للمضرور الحق في الحصول على كافة التعويضات الناجمة عن هذا العيب، وليس فقط على التعويضات المتعلقة باسترداد الثمن أو تخفيضه بقدر المنفعة الفائتة من الشيء بسبب وجود العيب، وقد استعان القضاء الفرنسي، وسانده في ذلك الفقه، لتوسيع نطاق الضمان بوسيلتين:-

الأولى: التوسع في تفسير المقصود "بالمصروفات التي يسببها البيع" والتي يلتزم البائع حسن النية بردها، إلى جانب الثمن، حال فسخ البيع، طبقا للمادة ١٦٤٦ من القانون المدني الفرنسي، بحيث تدخل في هذه المصروفات التعويض عن الإضرار التي يحدثها المبيع بعيوبه.

الثانية: افتراض علم البائع المحترف بالعيب، حيث وضع بوتييه مبدأ تشبيه البائع المحترف بالبائع سيئ النية، فجعله مسؤولاً، كالبائع الذي يعلم بالعيب، عن جميع الأضرار التي يحدثها المبيع، وقد استقر القضاء الفرنسي على الأخذ بهذا التشبيه(٦١).

(٦٠) BRUN Philippe, les presumptions dans le droit de la responsabilité civile, these, Grenoble, 1993, P. 42.

(٦١) انظر: د. جابر محجوب علي، ضمان سلامة المستهلك من الإضرار الناشئة عن عيوب المنتوجات الصناعية المعيبة، دراسة في القانون الكويتي والقانونين المصري والفرنسي، القسم الأول، مجلة الحقوق، تصدر عن جامعة الكويت، مجلس النشر العلمي، السنة العشرون، العدد الثالث، سبتمبر، ١٩٩٦، ص٢٢٣-٢٢٨.

أما عن موقف القانون المدني المصري، فقد نصت المادة ٤٥٠ مدني مصري على أنه (إذا أخطر المشتري البائع بالعيب في الوقت الملائم، كان له أن يرجع بالضمان على النحو المبين في المادة ٤٤٤).

يتضح من هذا النص أن الأحكام المطبقة في حالة الاستحقاق الجزئي هي التي تطبق في حالة العيب الخفي، فالمشرع المصري لم ير داعيا لتعدد الأحكام في ضمان الاستحقاق وفي ضمان العيب. فإن الضمانين مردودهما إلى أصول واحدة في القواعد العامة. فالواجب إذن في ضمان العيب تطبيق ما تقرر في ضمان الاستحقاق(٦٢).

وتطبيقاً لأحكام المادة (٤٤٤ مدني مصري) إذا كان العيب جسيماً يكون المستفيد مخيراً بين الفسخ أو بقاء النظام المعلوماتي مع التعويض عن العيب طبقاً لما تقضي به القواعد العامة. فيعوض المستفيد عما أصابه من خسارة وما فاته من كسب بسبب العيب. وإذا لم يكن العيب جسيما، فلا يكون للمشتري إلا التعويض. ويزيد التعويض أو ينقص تبعا لما إذا كان البائع سيء النية أي يعلم بالعيب، أو حسن النية أي لا يعلم به. ففي الحالة الأولى يعوض الضرر المباشر حتى لو لم يكن متوقعا، وفي الحالة الثانية لا يعوض إلا عن الضرر المباشر المتوقع(٦٣).

أما عن موقف القانون المدني العراقي، فقد نصت المادة ٥٥٨ في فقرتها الأولى على أنه (إذا ظهر بالمبيع عيب قديم كان المشتري مخيراً إن شاء رده وان شاء قبله بثمنه المسمى).

(٦٢) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري، ج٤، ص١٣٣.
(٦٣) انظر في موقف القانون المدني المصري مفصلاً: د. السنهوري، مصدر سابق، البيع، ص٧٣٨-٧٤٣، د. عبد المنعم البدراوي، مصدر سابق، ص٥٢٢-٥٢٣، د. منصور مصطفى منصور، مصدر سابق، ص٢٠٥، د. أنور سلطان، مصدر سابق، ص٢٦٢-٢٦٣.

وقد تأثر المشرع العراقي في هذا الحكم بالفقه الحنفي الذي لا يجيز في خيار العيب إلا الفسخ أو استبقاء المبيع بكل الثمن(٦٤).

ولما كان النظام المعلوماتي يتكون من عناصر مادية وغير مادية، فما الحكم إذا ظهر عيب ببعض عناصر النظام المعلوماتي دون عناصره الأخرى؟

تنص المادة ٥٦١ مدني عراقي على أنه (ما بيع صفقة واحدة إذا ظهر بعضه معيبا فإذا لم يكن في تفريقه ضرر، كان للمشتري أن يرد المعيب مع مطالبة البائع بما يصيبه من الثمن، وليس له أن يرد الجميع ما لم يرض البائع. أما إذا كان في تفريقه ضرر رد الجميع، أو قبل الجميع بكل الثمن).

ولكن هل يستطيع المستفيد أن يطالب بالتنفيذ العيني عن طريق إصلاح العيب المعلوماتي إذا اختار إمضاء العقد؟

يذهب جانب من الفقه العراقي إلى عدم وجود ما يمنع المستفيد من مطالبة المتعهد بتنفيذ التزامه بالضمان تنفيذا عينيا طبقا لما تقرره القواعد العامة. وذلك بإصلاح العيب أو استبدال النظام المعلوماتي المعيب بغيره على نفقة المتعهد إذا كان ذلك ممكناً(٦٥).

ونحن نرى في نطاق عقود المعلوماتية عدم إمكانية إجبار المتعهد على تنفيذ التزامه عينا أو إصلاح العيب بواسطة الغير على نفقة المتعهد؛ لأن الحق الأدبي للمتعهد يحول

(٦٤) انظر في موقف الفقه الحنفي: الشيخ علي الخفيف، إحكام المعاملات الشرعية، دار الفكر العربي، القاهرة، ٢٠٠٥، ص٢٩١. ويلاحظ إن الجعفرية والحنابلة يذهبون إلى إن المشتري إذا وجد في المبيع عيبا سابقا على العقد ولم يحدث عنده عيب ولا تصرف فيه، كان مخيرا بين فسخ البيع والإمضاء بالارش، والارش هو عبارة عن جزء من الثمن نسبته إليه نسبة ما ينقص العيب من قيمة المبيع لو كان سليما إلى تمام القيمة، ويعلل الفقهاء المسلمون سبب الرجوع بالارش بقولهم: وإنما كان للمشتري الرجوع بجزء من الثمن، لأنه بقي كل المبيع عند البائع كان مضمونا عليه بالثمن، فإذا احتبس جزء منه كان مضمونا بجزء من الثمن. وكنا نفضل لو اخذ المشرع العراقي بموقف فقهاء الجعفرية والحنابلة وترك مذهب الحنفية في هذا الموضوع. راجع في ذلك: العلامة الحلي (الحسن بن المطهر)، تذكرة الفقهاء، ج٧، كتاب البيع، النجف، ١٩٥٥، ص٣٥٣وص٣٧٢.

(٦٥) انظر: د. حسن علي الذنون، مصدر سابق، ص٢٤٤-٢٤٥، د. جعفر الفضلي، مصدر سابق، ص١٣٧.

دون إمكانية إجباره على تنفيذ التزامه عينا أو إصلاح العيب بواسطة الغير بدون موافقته الصريحة، لذلك يقتصر حق المستفيد في نطاق عقود المعلوماتية على المطالبة باستبدال النظام المعلوماتي إذا كان ذلك ممكنا أو بقبول النظام بالعيب الموجود فيه أو طلب فسخ العقد مع التعويض إذا كان له مقتضى(٦٦).

وإذا كان المستفيد لا يستطيع أن يطالب بنقصان الثمن إذا اختار إمضاء العقد، فهل يستطيع المطالبة بالتعويض عن الأضرار التي أحدثها النظام المعلوماتي المعيب في أمواله أو حتى في جسده؟

تقليدياً اختلف الفقه العراقي في الإجابة على هذا التساؤل إلى فريقين:

الأول: قال بالجواز مؤسسا رأيه على المادة ٢٤٦ من القانون المدني العراقي بخصوص التنفيذ العيني(٦٧).

الثاني: قال بعدم الجواز ولم يذكر هذا الاتجاه حججه التي أسس رُؤَاه على أساس منها(٦٨).

ونحن نرى عن طريق الجمع بين نص المادتين ٢٤٦ و ٢/١٦٩ مدني عراقي إمكانية تعويض المستفيد عن الأضرار التي يسببها العيب الموجود في النظام المعلوماتي، فبعد أن أجازت المادة ٢٤٦ مدني عراقي أن يقتصر حق الدائن على التعويض النقدي إذا كان تنفيذ الالتزام عينا غير ممكن، نصت المادة ١٦٩ في فقرتها الثالثة على أنه (فإذا كان

(٦٦) قضت محكمة التمييز في قرارها ذي الرقم ٤٨٠/ مدنية أولى/ ١٩٩٣ بتاريخ ٥/ ٥/ ١٩٩٣ بأنه (على المشتري إن يقيم دعوى بطلب فسخ عقد البيع قبل المطالبة بالتعويض عن الضرر الذي يدعيه)، المختار من قضاء محكمة التمييز، قسم القانون المدني والقوانين الخاصة، ج٥، للأستاذ إبراهيم المشاهدي، مطبعة الزمان، بغداد، ٢٠٠٠، ص١٥٩.

(٦٧) انظر: د. غني حسون طه، مصدر السابق، ص١٣٥-١٣٦، د. حسن علي الذنون، مصدر سابق، ص٢٤٤-٢٤٥.

(٦٨) د. كمال قاسم ثروت، شرح إحكام عقد البيع، دراسة مقارنة مع مجموعة من التشريعات العربية والأجنبية، ط١، مطبعة دار السلام، بغداد، ١٩٧٣، ص٣٢٨-٣٢٩.

المدين لم يرتكب غشا أو خطأ جسيما فلا يجاوز في التعويض ما يكون متوقعا عادة وقت التعاقد من خسارة تحل أو كسب يفوت).

ويلاحظ أن النص يقصر التزام المتعهد (المدين) حسن النية بالتعويض عن الأضرار المتوقعة وقت التعاقد ويمد هذا الإلزام بالنسبة للمدين سيئ النية أي الذي يرتكب غشا ويأخذ حكمه ذلك الذي يرتكب خطأ جسيما إلى جميع الأضرار المتوقعة وغير المتوقعة.

وبتطبيق هذه القواعد على الإضرار التي يحدثها العيب الموجود في النظام المعلوماتي، نرى أن البائع المهني (المحترف) يلتزم دائما بتعويض الإضرار التي يحدثها النظام المعلوماتي بالمستفيد مادام أنه كان يعلم بالعيب أو كان في مقدوره أن يكشفه، لأنه في الحالة الأولى يكون سيئ النية وفي الحالة الثانية يكون مهملا لعدم قيامه بفحص النظام المعلوماتي قبل بيعه أو طرحه في الأسواق، فنسب إليه في الفرضين خطأ جسيم، ويسري عليه بنص القانون نفس الحكم المقرر في حالة المدين سيء النية[٦٩].

بقي تساؤل أخير مفاده؛ هل يمكن مسألة المتعهد عن عيوب النظام المعلوماتي التي يستعصي كشفها حتى بواسطة أهل الخبرة؟

(٦٩) ويلاحظ إن اتفاقية فينا لعام ١٩٨٠ساوت في المادة ٤٠ منها بين علم البائع بالعيب وبين البائع سيء النية، وأعطت للمشتري الحق في حالة علم البائع بالعيب بالمطالبة باستبدال البضاعة أو تخفيض الثمن أو الفسخ أو التعويض، وفي نطاق المطالبة بالتعويضات ميزت الاتفاقية بين الإضرار المادية والبدنية أو الجسدية، فأجازت تعويض الإضرار المادية دون الإضرار البدنية أو الجسدية التي تلحق المشتري أو تابعيه، حيث استبعدتها من نطاق تطبيقها، فيطبق بشأنها القانون الوطني الواجب التطبيق. إما الإضرار المادية التي تلحق الممتلكات والتي تحدث مباشرة للمشتري من السلعة المعيبة محل البيع فلم تستبعدها الاتفاقية، ويقع على الطرف المضرور عبء إثبات الإضرار التي يدعيها، وعلاقة السببية بينها وبين الإخلال بالعقد الذي حدث، وإنما يشمل أيضا مداها حتى يمكن تقدير التعويض المستحق. انظر: د. محمود سمير الشرقاوي، العقود التجارية الدولية، دراسة خاصة لعقد البيع الدولي للبضائع، ١٩٨٨-١٩٨٩، ص٩٧.

- Enderlein (Fritz) & Maskow (Dietrich), International Sales Law, United Nations Convention on Contracts for the International Sales of Good, Oceana Publication, New York, London, Rome, 1992. p.164, p. 300.

ذهب جانب من الفقه إلى تعذر إسناد مسؤولية البائع المحترف إلى قواعد ضمان العيوب الخفية أو حتى إلى فكرة الالتزام بتعويض الضرر غير المتوقع كأثر للغش أو للخطأ الجسيم؛ لأن العيب الذي يستعصي كشفه حتى على أولي الخبرة لا يمكن أن يعزى إلى البائع الذي يجهله خطأ جسيم في عدم البوح به، ولا يمكن بالتبعية أن يكون عدم البوح به للمشتري قرينة على سوء نية هذا البائع، ولا يكفي لكفالة حصول المشتري عندئذ على التعويض عما يلحقه من أضرار بسبب هذا العيب سوى تأكيد وجود التزام محدد بالسلامة في عقد البيع(٧٠)، بينما ذهب جانب آخر من الفقه إلى أن الصانع أو المهني مسؤول عن مخاطر التقدم؛ لأن عدم ظهور العيب وقت التداول لا يمنع من أن يكون ملزماً به؛ لأن مخاطر التقدم تدخل في طائفة العيب غير القابل للكشف أو العيب غير الظاهر(٧١).

ويقرر المشرع الفرنسي في قانون الاستهلاك رقم ٩٤٩-٩٣ أن المنتج يستطيع وفقاً للمادة ١٣٨٦- ١٠ دفع المسؤولية إذا أثبت أن المعرفة العلمية والفنية السائدة وقت الإنتاج وحتى وضع المنتج في نطاق التداول لم تكن تستطيع التوصل لاكتشاف العيب.

المطلب الثاني

اتفاقات تعديل أحكام ضمان العيب المعلوماتي

ينبني عقد المعلوماتية على إرادة المتعاقدين، والتي لها أن تضع ما تشاء من شروط إلا ما يخالف النظام العام والآداب العامة. ولما كانت أحكام ضمان العيب المعلوماتي – سابقة الذكر– ليست من النظام العام لذلك يجوز الاتفاق على تعديلها من قبل الطرفين. وتتخذ اتفاقات تعديل أحكام ضمان العيب المعلوماتي الصور الثلاثة الآتية :

(٧٠) انظر: د. عامر قاسم احمد القيسي، الحماية القانونية للمستهلك، دراسة مقارنة، الدار العلمية الدولية ودار الثقافة للنشر والتوزيع، ط١، عمان، ٢٠٠٢، ص٤٧.

(٧١) انظر: د. جمال فاخر النكاس، حماية المستهلك وأثرها على النظرية العامة للعقد في القانون الكويتي، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، س١٣، ع٢، يونيو، ١٩٨٩، ص٥٨، د. نبيل إبراهيم سعد، مصدر سابق، ص٣٣٤.

١- تشديد الضمان.

٢- تخفيف الضمان.

٣- إسقاط الضمان.

ونرى كل صورة في فرع خاص.

الفرع الأول

الاتفاق على تشديد ضمان العيب المعلوماتي

نصت المادة ٥٦٨ من القانون المدني العراقي على أنه (١- يجوز أيضا للمتعاقدين باتفاق خاص أن يحددا مقدار الضمان) (٧٢).

إن تحديد مقدار الضمان عن طريق تشديده يتناول في الواقع العملي إما شروط الضمان، أو مقدار التعويض، أو إجراءات الرجوع.

فقد يتفق على أن يضمن المتعهد كل عيب في النظام المعلوماتي ولو كان ظاهراً، أو أن يضمن العيب أيا كانت جسامته ولو كان مما جرى العرف على التسامح فيه، أو أن يضمن صلاحية المبيع للعمل مدة معلومة.

وقد يتفق على أنه في حالة العيب غير المؤثر يكون للمستفيد الحق في رد النظام المعلوماتي إلى المتعهد والحصول على التعويض الكامل كما لو كنا بصدد استحقاق كلي، أو على أن يلتزم المتعهد بتعويض المستفيد عن كل الأضرار المباشرة المتوقعة وغير المتوقعة.

(٧٢) انظر في شرح هذا النص: د. سعدون العامري، مصدر سابق، ص١٥٦، د. جعفر الفضلي، مصدر سابق، ص١٤٢، وانظر في موقف القضاء العراقي قرار محكمة التمييز رقم ٢٥٠٣ / ح / ١٩٥٩ في ٢٣ / ٢ / ١٩٦٠ أشار إليه سلمان بيات، القضاء المدني العراقي، ج٢، ص٧٥.

وقد يتفق على أن تكون مدة إخطار المستفيد للمتعهد بالعيب أطول من المدة المعقولة، أو على أن تكون مدة التقادم أطول من ستة أشهر طبقا لما رخصت به المادة (١/٥٧٠) مدني عراقي[٧٣].

والاتفاق على تشديد الضمان في نطاق عقود المعلوماتية غير شائع في العمل؛ وذلك لأن المستفيد لا يكون غالبا في مركز يسمح له بفرض ذلك[٧٤]، إضافة إلى طابع الإذعان الذي تتسم فيه هذه العقود، والتي لا تسمح للمستفيد أن يتفاوض في إبرام العقد، وبالتالي المطالبة بتشديد الضمان، ومع ذلك، فإذا تم الاتفاق على تشديد الضمان فإن مثل هذا الاتفاق يجب لكي يكون صحيحا وواجب التنفيذ أن يكشف بوضوح عن اتجاه إرادة الطرفين إلى هذا التعديل، فلا يكفي فيه العبارات الغامضة، فإذا ورد الاتفاق بعبارات عامة غير محددة كان هذا الاتفاق تأكيدا للقواعد العامة في الضمان دون أن يكون تشديدا لها.

الفرع الثاني

الاتفاق على إنقاص ضمان العيب المعلوماتي

وبالمثل في تشديد الضمان، قد يتناول إنقاص الضمان شروط الضمان، أو مقدار التعويض، أو إجراءات الرجوع.

فقد يتفق على ألا يضمن المتعهد إلا العيوب التي كانت موجودة في النظام المعلوماتي في وقت معين قبل انعقاد العقد، أو يقتصر ضمانه على عيب معين بالذات، أو على درجة معينة من الجسامة.

(٧٣) نصت الفقرة الثانية من المادة ٣٩ من اتفاقية فينا على انه (... إلا إذا كانت المدة لا تتفق مع مدة الضمان التي نص عليها في العقد). انظر: د. محسن شفيق، مصدر سابق، ص١٥٨.
(٧٤) د. نوري حمد خاطر، مصدر سابق، ص١٨١.

وقد يتفق على أن يقتصر حق المستفيد على التعويض مع استبقاء النظام المعلوماتي ولو كان العيب جسيما، أو على ألا يلتزم المتعهد إلا بالمصروفات الضرورية فقط، على ألا يرد المتعهد للمستفيد إلا اقل القيمتين قيمة النظام المعلوماتي سليما أو الثمن.

وقد يتفق على سقوط حق المستفيد في الرجوع بالضمان إذا لم يخطر المتعهد في مدة معينة تقل عن المدة المعقولة. ولكن هل يجوز تقصير مدة التقادم الخاصة برفع دعوى ضمان العيب بجعلها أقل من ستة أشهر في القانون العراقي أو أقل من سنة في القانون المصري؟

اختلف الفقه في الإجابة على هذا التساؤل إلى فريقين:

الأول: لا يجيز الاتفاق على تقصير مدة التقادم، بحجة أن الأصل عدم جواز الاتفاق على تعديل مدة التقادم التي عينها القانون. وإذا كان يجوز الاتفاق على إطالة المدة، فذلك لأنه ورد في هذا الشأن نص صريح، إذ تقول العبارة الأخيرة من الفقرة الأولى من المادة ٥٧٠ مدني عراقي (ما لم يقبل البائع أن يلتزم بالضمان مدة أطول) (٧٥).

الثاني: يجيز الاتفاق على تقصير مدة التقادم(٧٦)، ويحتج هذا الفريق بما ورد في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي للقانون المدني المصري بأنه (يجوز الاتفاق على إنقاص مدة السنة)(٧٧).

(٧٥) انظر: د. السنهوري، مصدر سابق، ص٧٥٢-٧٥٣، د. إسماعيل غانم، الوجيز في عقد البيع، ١٩٦٣، ص٢٤٥، د. كمال قاسم ثروت، مصدر سابق، ص٢٦٢-٢٦٣ ويذهب إلى عدم إمكانية الاتفاق على تقصير مدة التقادم ويحتج لتدعيم وجهة نظره بالفقرة الأولى من المادة ٤٤٣ مدني عراقي والتي جاء فيها (... لا يجوز الاتفاق على عدم جواز سماع الدعوى بعد مدة تختلف عن المدة التي حددها القانون).

(٧٦) انظر: د. منصور مصطفى منصور، مصدر سابق، ص٢١٠، د. عبد المنعم البدراوي، مصدر سابق، ص٥٢١، د. أنور سلطان، مصدر سابق، ص٢٧٧، د. سعدون العامري، مصدر سابق، ص١٥٦، د. عباس حسن الصراف، مصدر سابق، ص٢٢٥.

(٧٧) مجموعة الإعمال التحضيرية للقانون المدني المصري، ج٤، ص١٢٧.

ونحن نؤيد ما ذهب إليه أصحاب الاتجاه الأول؛ لأنه يؤدي إلى توفير الحماية التي يحتاجها المستفيد في نطاق المعلوماتية، كما أن القضاء المصري يؤيد هذا الاتجاه، فقد قضت محكمة النقض المصرية في حكم لها صدر في ١٩٨٨/٦/٥ بأن (المقرر بنص المادة ٤٥٢ من القانون المدني أن دعوى الضمان للعيب الخفي تتقادم بسنة من وقت تسليم المبيع، ولو لم يكتشف المشتري العيب إلا بعد ذلك ما لم يقبل البائع أن يلتزم بالضمان لمدة أطول، وأنه لا يجوز الاتفاق على أن يتم التقادم في مدة تختلف عن المدة التي عينها القانون إذ لا يجوز أن يترك تحديد مدة التقادم لمشيئة الأفراد ويحظر كل تعديل اتفاقي في مدة التقادم المقررة بالقانون ...) (٧٨).

الفرع الثالث

الاتفاق على إسقاط ضمان العيب المعلوماتي

قد يتفق على أن المتعهد لا يضمن أي عيب يظهر في المبيع. وهذا الشرط وفقاً للقواعد العامة صحيح، حتى لو كان البائع يعلم بوجود عيوب معينة في النظام المعلوماتي، ولكن لم يتعمد إخفاءها عن المشتري. ويكون المشتري في هذه الحالة بمثابة من اشترى ساقط الخيار، وهذا يؤخذ في الاعتبار عند تقدير الثمن، وقد أشارت المادة ٥٥٦ مدني عراقي في فقرتها الثانية إلى هذه الأحكام وبصورة مفصلة بنصها على أنه (إذا اشترط البائع براءته من كل عيب، أو من كل عيب موجود بالمبيع، صح البيع والشرط وإن لم يسم العيوب ولكن في الحالة الأولى يبرأ البائع من العيب الموجود وقت العقد، ومن العيب الحادث بعده قبل القبض. وفي الحالة الثانية يبرأ من الموجود دون الحادث).

ولكن الاتفاق على إسقاط الضمان أو إنقاصه يقع باطلاً إذا تعمد البائع إخفاء العيب غشا منه، وعلة ذلك أن المتعهد يكون قد اشترط عدم مسؤوليته عن الغش وهذا لا يجوز.

---

(٧٨) الطعن رقم ١٤٧٠ سنة ٥٥ق جلسة ١٩٨٨/٦/٥ قضاء النقض المدني في عقد البيع، مصدر سابق، ص٢٩١.

ويلاحظ أنه يكفي لبطلان الشرط مجرد علم المتعهد بوجود العيب. كما أن نطاق البطلان ينحصر في العيب الذي تعمد المتعهد إخفاءه غشا دون العيوب الأخرى التي قد تظهر ولم يتعمد البائع إخفاءها إذ يبقى الشرط صحيحا بالنسبة لها.

وإذا كانت الأحكام السابق ذكرها يمكن تطبيقها في نطاق العقود التي يكون محلها أشياء مادية غير معقدة أو خطرة ولا عالية التكلفة ولا يحتاج كشف عيوبها غير فحصها بعناية الرجل المعتاد، فإن تطبيقها في نطاق عقود المعلوماتية يحتاج إلى وقفة طويلة، خاصة إذا عرفنا أن النظام المعلوماتي نظام معقد يصعب على المستفيد وهو في الغالب ليس مهنيا أن يكشف ما فيه من عيوب والتي لا يمكن أن تظهر إلا بعد تشغيل النظام المعلوماتي، والذي يكلف مبالغ طائلة لنصبه وتشغيله خاصة فيما يتعلق بالأنظمة المعلوماتية الضخمة الموجودة في المصانع والمتاجر الكبيرة والفنادق والبنوك والمستشفيات ودوائر الدولة. لذلك وقف الفقه من شروط إنقاص الضمان وإسقاطه وقفة خاصة تمثلت بالآتي:-

١- إذا كان المستفيد في نطاق عقود المعلوماتية غير مهني أو مستهلك، فإن الشرط الذي يعفي المنتج من مسؤوليته عن ضمان العيوب الخفية يعد من الشروط التعسفية، وقد نصت المادة الرابعة من اللائحة التنفيذية الصادرة في ٢٤ آذار ١٩٧٨ لقانون إعلام وحماية المستهلكين للسلع والخدمات الفرنسي الصادر في ١٠ كانون الثاني ١٩٧٨ على بطلان هذه الشروط حماية للمستهلكين(٧٩)، كما ذهب القضاء الفرنسي إلى اعتبار الشروط المقيدة لضمان العيوب الخفية عديمة الأثر إذا كان في عقد بيع بين مهني وغير مهني(٨٠).

(٧٩) انظر: د. عامر قاسم احمد القيسي، مصدر سابق، ص١٣٤ وما بعدها.

(٨٠) Com. 14 dec. 1970, Bull. No. 345.

٢- إن الالتزام بالتبصير يلزم المتعهد بإعلام المستفيد بما يعرفه ولا يستطيع هذا الأخير أن يعرفه بنفسه، بل إن الالتزام بالتبصير قد اتسع نطاقه في الوقت الحاضر إلى أقصى مداه ليصل إلى حد إسداء النصح إلى المستفيد خاصة إذا كان النظام المعلوماتي شديد التعقيد من الناحية التقنية، وذات كلفة عالية، ويحتاج إلى خبرة فنية متقدمة سواء قبل البيع أو بعده(٨١).

إن ظهور واجب النصيحة أو الالتزام بالتبصير أدى إلى تضييق اتفاقات الإعفاء من الضمان أو الحد منه، فإذا كان علم المتعهد بوجود العيب لا يؤدي تقليديا إلى بطلان شرط الإعفاء من الضمان مادام المتعهد لم يتعمد إخفاءه غشاً، فإنه في الوقت الحاضر وفي ظل الالتزام بالتبصير مجرد إخفاء المتعهد علمه بالعيب يؤدي إلى بطلان شرط الإعفاء من الضمان أو الإنقاص منه، وقد أخذت محكمة باريس في حكم لها صدر في ١٩٧٢/٦/١٢ بأن (تركيب أحد أجهزة المعلوماتية يتضمن من جانب المورد الالتزام بتسليم جهاز قادر على تلبية الاحتياجات المتوقعة ومساعدة فنية خلال فترة كافية للتأقلم)(٨٢).

٣- إذا كان البائع مجرد وسيط بين المنتج والمستفيد، وتم الاتفاق على شراء النظام المعلوماتي بشرط التجربة مدة معلومة، فإن أي شرط يرد في العقد يؤدي إلى إعفاء البائع من المسؤولية عن المخاطر التي قد تنتج عن تشغيل النظام المعلوماتي خلال فترة التجربة يعد باطلا. فقد نصت المادة ٣٤ من قانون المعاملات الالكترونية التونسي رقم ٨٣ لسنة ٢٠٠٠ على أنه (في حالة البيع بشرط التجربة فإن البائع يتحمل المخاطر التي تنتج عن المنتج، وذلك حتى

(٨١) انظر في الالتزام بالتبصير: د. نبيل إبراهيم سعد، مصدر سابق، ص٢٤٣ وما بعدها.
(٨٢) Com. 25 juin 1972, J.C.P. 72.II,17603,Gaz. Pal. 72.II.804.

انتهاء مدة التجربة، ويعد لاغيا كل شرط يتضمن إعفاء البائع من المسؤولية عن هذه المخاطر خلال فترة التجربة).

٤- إذا كان النظام المعلوماتي مخصصا للتعامل مع سلامة الإنسان وصحته، كما لو كان الغرض من النظام إجراء عمليات جراحية بدون تدخل الإنسان، أو كان الغرض من النظام المعلوماتي تصنيع الأدوية والعقاقير الطبية، أو التعامل مع أنشطة صناعية أو عسكرية بالغة الخطورة بحيث يؤدي الخطأ فيها إلى تعريض أرواح الآلاف من البشر إلى الخطر، فإن المتعهد بتقديم مثل هذه النظم المعلوماتية لا يمكن له أن يشترط إعفاءه من الضمان أو تخفيفه عنه، لأن سلامة الإنسان وصحته لا يعدل فيها العقد.

خلاصة القول:

تناولت هذه الدراسة العيب الخفي في إطار عقود المعلوماتية، وكانت النتائج والمقترحات على النحو الآتي:

أولا: النتائج:

١- العيب المعلوماتي هو ما ينقص من قيمة النظام المعلوماتي، أو من نفعه بحسب الغاية المقصودة مستفادة مما هو مبين في العقد، أو مما هو ظاهر من طبيعة النظام المعلوماتي، أو الغرض الذي أعد له ".

٢- وجدنا أن العيب المعلوماتي يختلف عن الصفة التي كفل البائع للمشتري وجودها في المبيع، فنحن على الرغم من اتخاذنا موقفا يدعو إلى معالجتها على مستوى التشريع بنظام قانوني واحد، لا ننكر الاختلاف الجوهري بينهما، فيجب أن يفهم موقفنا بأن المساواة التشريعية التي ندعو لها تتمثل بشمول تخلف الصفة المتطلبة في المبيع (النظام المعلوماتي) بأحكام العيب الخفي من حيث إجراءات الرجوع

وآثار ثبوت العيب، دون الشروط الواجب توفرها في العيب، والتي يختلف فيها العيب بمعناه الفني الدقيق عن تخلف الصفة اختلافا جوهريا، هذا الاختلاف الذي يجب أن يبقى دائما واضحاً عند تشريع القانون وعند تطبيقه.

٣- لم يتفق الفقه على إمكانية ضمان العيب المعلوماتي، وظهر في الفقه اتجاهان متضادان، يدعو أحدهما إلى رفض ضمان العيب المعلوماتي محتجا بمجموعة من الحجج المستمد بعضها من تفسيره للتشريع والبعض الآخر من موقف القضاء، بينما يدعو الآخر إلى ضمان العيب المعلوماتي ويقوم هذا الاتجاه على تفنيد حجج الاتجاه الأول بحجج مستمدة من المبادئ القانونية ومن نصوص التشريع وموقف القضاء، ونحن بعد أن وازنا بينهما، رجحنا الاتجاه الثاني ودعمنا وجهة نظرنا بحجج تجدها مبسوطة في ثنايا البحث.

٤- وجدنا أن دعوى ضمان العيب المعلوماتي في نطاق القانون العراقي تسقط للأسباب الآتية:-

(أ) عدم قيام المستفيد بعد تسلم النظام المعلوماتي بفحصه خلال مدة معقولة تتلاءم وطبيعة النظام المعلوماتي وتعقيداته.

(ب) عدم إخبار المتعهد بالعيب المعلوماتي بعد كشفه من قبل المستفيد خلال مدة معقولة ولو قبل انقضاء مدة التقادم.

(ت) انقضاء مدة ستة أشهر من وقت تسليم النظام المعلوماتي إذا تم تكييف عقود المعلوماتية بأنها من قبيل عقود البيع، إما إذا تم تكييف عقود المعلوماتية بأنها من قبيل عقود المقاولة، فإن مدة سقوط دعوى ضمان العيب تخضع لسلطة القاضي التقديرية، لعدم وجود نص يحدد مدة تقادم دعوى الضمان في نطاق عقد المقاولة.

٥- تعد دعوى ضمان العيب المعلوماتي من مكملات النظام المعلوماتي وفقاً لنص المادة (٢/١٤٢) مدني عراقي، وبالتالي تنتقل مع انتقال ملكية النظام المعلوماتي إلى الخلف الخاص، كما توصلنا عن طريق تطبيق أحكام نظرية الخلافة الخاصة كما وردت في المادة (٢/١٤٢) مدني عراقي إلى إمكانية رجوع رب العمل في نطاق عقد المقاولة بدعوى الضمان مباشرة على المقاول من الباطن رغم عدم وجود علاقة مباشرة بينهما، على أساس انتقال دعوى الضمان مع انتقال النظام المعلوماتي من المقاول الأصلي إلى رب العمل، خاصة في ظل تكييف عقد مقاولة النظام المعلوماتي بأنه من قبيل عقود الاستصناع، لتوفير حماية أكثر فاعلية للمستفيد الذي هو بأمس الحاجة لها، خاصة في ظل عقود توصف بأنها من قبيل عقود الإذعان.

٦- لا تجيز نصوص القانون المدني العراقي في حالة ثبوت العيب المعلوماتي للمستفيد المطالبة بإنقاص الثمن، وإنما يقتصر حقه على المطالبة بفسخ العقد أو استبقاء النظام المعلوماتي المعيب بالثمن المسمى في العقد (١/٥٥٨) مدني عراقي.

٧- لا يستطيع المستفيد مطالبة المتعهد في حالة ثبوت العيب المعلوماتي بالتنفيذ العيني؛ لأن الحق الأدبي للمتعهد باعتباره مؤلفا للنظام المعلوماتي بعناصره المعنوية يحول دون إمكانية إجباره على تنفيذ التزامه عينا أو حتى إصلاح النظام المعلوماتي بواسطة الغير بدون موافقته الصريحة، إذا ترتب على هذا الإصلاح مساس بحقوق المتعهد الأدبية.

٨- إذا كان المستفيد لا يستطيع المطالبة بإنقاص الثمن إذا اختار إبقاء النظام المعلوماتي المعيب، فإن من حقه المطالبة بالتعويض عن الإضرار التي أحدثها النظام المعلوماتي المعيب في أمواله أو حتى في جسده، ولكن يجب أن لا يتخذ

هذا الحكم ذريعة لتعويض المستفيد عن نقص قيمة النظام المعلوماتي لوجود العيب فيه، بحيث يؤدي بصورة غير مباشرة إلى إنقاص الثمن، لأن مثل هذا الحكم يعد التفافا واضحاً على تطبيق أحكام المادة (١/٥٥٨) مدني عراقي وتفسيرا لا تسمح به ابسط المبادئ القانونية في تفسير النصوص القانونية.

٩- لا يمكن مساءلة المتعهد عن ضمان العيوب المعلوماتية التي لا تسمح المعرفة العلمية والفنية السائدة وقت طرح النظام المعلوماتي في نطاق التداول من كشفها.

١٠- اتفاقات تعديل أحكام ضمان العيب المعلوماتي تعد جائزة وفقاً للقواعد العامة مادام المتعهد حسن النية، ومع ذلك وقف الفقه والقضاء – وحتى التشريع في بعض الأحيان – من شروط إنقاص الضمان وإسقاطه وقفه خاصة لحماية المستفيد عرضناها في موضعها من البحث.

ثانيا: المقترحات:

وبعد أن عرضنا النتائج التي توصلنا إليها في بحثنا هذا، نقترح على المشرع العراقي الأخذ بالمقترحات الآتية:

١- توسيع معنى العيب ليشمل تخلف الصفة التي كفل البائع للمشتري وجودها في المبيع، وذلك بإيراده نصا يكون على غرار نص المادة ٤٤٨ مدني مصري.

٢- فيما يتعلق بتقادم دعوى ضمان العيب المعلوماتي، نقترح على المشرع العراقي إن يأخذ بأحد الموقفين:

(أ) موقف المشرع الفرنسي كما تم عرضه في البحث.

(ب) أو أن يجعل مدة التقادم تبدأ من وقت اكتشاف المستفيد للعيب لا من وقت التسليم، ولا مانع من تحديد مدة قصيرة للإخبار ودعوى الضمان، مراعاة لجانب المتعهد من جهة، واستقرار للتعامل من جهة أخرى.

٣- تعديل نص المادة ١/٥٥٨ مدني عراقي بحيث يسمح للمستفيد إذا اكتشف عيبا في النظام المعلوماتي أن يطالب بالفسخ أو إنقاص الثمن إذا اختار إبقاء النظام المعلوماتي المعيب، جرياً على موقف القوانين المدنية الحديثة من جهة، وموقف فقهاء الجعفرية والحنابلة من جهة أخرى.

٤- معالجة الالتزام بالتبصير والنصيحة، وذلك بإيراده نصا تكون صياغته على النحو الآتي (يلتزم المتعهد أن يزود المستفيد بالبيانات الضرورية عن النظام المعلوماتي، وأن يقدم له كل المعلومات المتعلقة بهذا النظام والتي لا يستطيع المستفيد معرفتها إلا عن طريقه، وان يقدم له النصح والإرشاد، ولا يستطيع المتعهد التخلص من المسؤولية إلا إذا أثبت إن المستفيد كان يعلم أو كان يستطيع أن يعلم بمواصفات النظام المعلوماتي لو أنه بذل عناية الرجل المعتاد في فحصه).

المصادر والمراجع

أولا: باللغة العربية:

(١) في القانون:

١- الأستاذ إبراهيم المشاهدي، المختار من قضاء محكمة التمييز، قسم القانون المدني والقوانين الخاصة، ج٥، مطبعة الزمان، بغداد، ٢٠٠٠.

٢- د. إسماعيل غانم، الوجيز في عقد البيع، ١٩٦٣.

٣- د. أنور سلطان، العقود المسماة شرح عقدي البيع والمقايضة، دارسة مقارنة في القانونين المصري واللبناني، دار النهضة العربية، بيروت، ١٩٨٣.

٤- د. توفيق حسن فرج، عقد البيع والمقايضة في القانون اللبناني، دار النهضة العربية، بيروت، ١٩٦٨.

٥- د. جابر محجوب علي، ضمان سلامة المستهلك من الأضرار الناشئة عن عيوب المنتوجات الصناعية المعيبة، دراسة في القانون الكويتي والقانونين المصري والفرنسي، القسم الأول، مجلة الحقوق، تصدر عن جامعة الكويت، مجلس النشر العلمي، السنة العشرون، العدد الثالث، سبتمبر، ١٩٩٦.

٦- د. جعفر الفضلي، الوجيز في العقود المدنية (البيع، الإيجار، المقاولة)، عمان، ١٩٩٧.

٧- د. جمال فاخر النكاس، حماية المستهلك وأثرها على النظرية العامة للعقد في القانون الكويتي، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، س١٣، ع٢، يونيو، ١٩٨٩.

٨- د. حسن علي الذنون، شرح القانون المدني العراقي، العقود المسماة، عقد البيع، مطبعة الرابطة، بغداد، ١٩٥٣.

٩- د. حسن عبد الباسط الجميعي، عقود برامج الحاسب الآلي، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، ١٩٩٨.

١٠- د. خالد أحمد عبد الحميد، فسخ عقد البيع الدولي للبضائع وفقاً لاتفاقية فينا لعام ١٩٨٠، ط٢. (أصل الكتاب أطروحة دكتوراه من كية الحقوق جامعة القاهرة).

١١- د. سعدون العامري، الوجيز في شرح العقود المسماة، ج١، في البيع والإيجار، ط٢، مطبعة العاني، بغداد، ١٩٧٠.

١٢- د. سليمان مرقس، العقود المسماة، ج١، عقد البيع، مطبعة النهضة الجديدة، القاهرة، ١٩٦٨.

١٣- المستشار سعيد أحمد شعلة، قضاء النقض المدني في عقد البيع، منشاة المعارف، بلا سنة طبع.

١٤- د. سعد محمد سعد، حماية برامج الحاسب الآلي بتشريعات حقوق المؤلف، بحث منشور على الموقع WWW.arabLawinfo.com

١٥- سلمان بيات، القضاء المدني العراقي، ج٢،

١٦- د. صاحب عبيد الفتلاوي، ضمان العيوب وتخلف المواصفات في عقود البيع، دار الثقافة لنشر والتوزيع، عمان، ط١، ١٩٩٧.

١٧- د. طالب حسن موسى، مبادئ القانون التجاري، دار الحرية للطباعة، ط١، بغداد، ١٩٧٤.

١٨- القاضي طارق زيادة، د. ڤيكتور مكربل، المؤسسة التجارية، دارسة قانونية مقارنة، منشورات المكتبة الحديثة، ط١، طرابلس- لبنان، ١٩٨٦.

١٩- د. عبد المنعم البدراوي، عقد البيع في القانون المدني، ط١، دار الكتاب العربي، مصر، ١٩٥٧.

٢٠- د. عباس حسن الصراف، شرح عقدي البيع والإيجار في القانون المدني الجديد، مطبعة الأهالي، بغداد، ١٩٥٥.

٢١- د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج٤، العقود التي تقع على الملكية، عقد البيع والمقايضة، مطابع دار النشر للجامعات المصرية، القاهرة، ١٩٦٠.

٢٢- د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج٧، مج١، العقود الواردة على العمل، المقاولة والوكالة والوديعة والحراسة، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٦٤.

٢٣- د. علي سيد حسن، الالتزام بالسلامة في عقد البيع، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٠.

٢٤- د. عامر قاسم احمد القيسي، الحماية القانونية للمستهلك، دراسة مقارنة، الدار العلمية الدولية ودار الثقافة للنشر والتوزيع، ط١، عمان، ٢٠٠٢.

٢٥- د. غني حسون طه، الوجيز في العقود المسماة، ج١، عقد البيع، مطبعة المعارف، بغداد، ١٩٦٩- ١٩٧٠.

٢٦- د. كمال قاسم ثروت، شرح أحكام عقد البيع، دراسة مقارنة مع مجموعة من التشريعات العربية والأجنبية، ط١، مطبعة دار السلام، بغداد، ١٩٧٣.

٢٧- د. منصور مصطفى منصور، مذكرات في القانون المدني، العقود المسماة، البيع والمقايضة والإيجار، دار المعارف، الإسكندرية، ١٩٥٦- ١٩٥٧.

٢٨- د. محمد لبيب شنب، شرح أحكام عقد البيع، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٦٢.

٢٩- د. محمد لبيب شنب، شرح أحكام عقد المقاولة، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٦٢.

٣٠- الأستاذ مصطفى أحمد الزرقا، شرح القانون المدني، عقد البيع والمقايضة، ط٦، مطبعة فتى العرب، دمشق، ١٩٦٥.

٣١- د. محسن شفيق، اتفاقية الأمم المتحدة بشان البيع الدولي للبضائع، دراسة مقارنة في قانون التجارة الدولي، دار النهضة العربية، ١٩٨٨.

٣٢- د. محمود السيد عبد المعطي خيال، المسؤولية عن فعل المنتوجات المعيبة ومخاطر التقدم، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٨.

٣٣- د. محمود سمير الشرقاوي، العقود التجارية الدولية، دراسة خاصة لعقد البيع الدولي للبضائع، ١٩٨٨-١٩٨٩.

٣٤- محمد فواز المطالقة، النظام القانوني لعقود برامج الحاسب الآلي، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ط١، عمان، ٢٠٠٤.

٣٥- د. محمد حسين منصور، أحكام عقد البيع التقليدية والإلكترونية والدولية وحماية المستهلك، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠٠٦.

٣٦- د. نبيل إبراهيم سعد، العقود المسماة، ج١، البيع، منشاة المعارف، الإسكندرية، بلا سنة طبع.

٣٧- د. نوري حمد خاطر، عقود المعلوماتية دراسة في المبادئ العامة في القانون المدني، الدار العلمية الدولية ودار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ط١، ٢٠٠١.

(٢) في الفقه الإسلامي.

٣٨- العلامة الحلي (الحسن بن المطهر)، تذكرة الفقهاء، ج٧، كتاب البيع، النجف، ١٩٥٥.

٣٩- الشيخ علي الخفيف، أحكام المعاملات الشرعية، دار الفكر العربي، القاهرة، ٢٠٠٥.

٤٠- محمد أمين بن عابدين، حاشية رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الإبصار، ج٤، بلا سنة طبع.

ثانياً: باللغة الأجنبية:

41- BRUN Philippe, les presumptions dans le droit de la responsabilité civile, thèse, Grenoble, 1993.

42- D. Bohoussou, l obligation de garantie dans Les contrats relatifs a l informatique, Montpellier, 1993.

43- ENDERLEIN (Fritz) & MASKOW (Dietrich), International Sales Law, United Nations Convention on Contracts for the International Sales of Good, Oceana Publication, New York, London, Rome, 1992.

44- GHESTIN Jacgues, JAMIN Christophe et BILLIAN Marc, Traite de droit civil, Las effets du contrat, 2e édition, L.G.D.J.

45- MAZEAUD (H-L-J), Leçons de droit civil, t.III. Paris, 1960.