الرقم الدولي ISSN 2075-7220
الرقم الدولي الالكتروني ISSN 2313-0377

مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية

بعض البحوث التي ورد ضمن هذا العدد

- اثار تشغيل اموال الغير المكلس على العقود -دراسة مقارنة- أ.د.ابراهيم اسماعيل الربيعي
- م.م علاء عبد الامير موسى النائلي
- الواجبات التنظيمية للحزب السياسي أ.د. رافع خضر صالح شبر
- م.م اركان عباس حمزة
- التعريف بمبدأ عدم الرجعية في القرارات الإدارية د.إسماعيل جسمصاع غيدان
- علي عبد قرة صالحي
- مفهوم التزام المنتج بنتائج منتجاته -دراسة مقارنة- أ.د. منصور حاتم الخلاوي
- اسامة شعلب حمد

مجلة علمية فصلية محكمة تصدر عن كلية القانون بجامعة بابل

السنة الثانية عشر ٢٠٢٠ العدد الثاني

رقم الايداع في دار الكتب والوثائق ببغداد ١٣٩١ لسنة ٢٠٠٩

ISSN:2075-7220

ISSN ONLINE:2313-0377

AL-Mohaqiq Al-Hilly Journal

For Legal and political science

Quarterly Refereed and Scientific Journal

Issued By

College of Law in Babylon University

Some of our research included in this issue:

- Effects of Bankruptcy Trader's Money on Contracts -Comparative Study-
- Organizational duties of the political party
- Defining the principle of non-retroactivity in administrative decisions.
- The Concept of Product Commitment to Track its Products -A comparative study-

- Prof. Dr. Ibrahim Ismail Al-Robai-alameri
- Alaa Abdul Ameer Moosa
- Prof. Rafea Khader Saleh Shubar
- A.T. Arkan Abbas Hamza
- Prof. Dr. Ismail Sasaa Gaidan Al-Bdary
- Ali Abdul Zahra Safi Al-Janibi
- P.Dr. Mansoor Hatem Muhsin
- Osama Shihab Hemed Al-Jaafari

Second Issue 2020 Twelfth Year

No. Deposit in the Archives office – office 1291 for the national Baghdad in 2009

الفهرست

ت	الموضوع	الباحث	الصفحة
١	اثار تشغيل اموال التاجر المفلس على العقود - دراسة مقارنة-	أ.د.ابراهيم اسماعيل الربيعي م٠م٠علاء عبد الامير موسى النائلي	٩-٤٨
٢	الواجبات التنظيمية للحزب السياسي	أ.د. رافع خضر صالح شبر م.م اركان عباس حمزة	٤٩-٧٧
٣	التعريف بمبدأ عدم الرجعية في القرارات الإدارية	أ.د.إسماعيل صعصاع غيدان علي عبد الزهرة صافي	٧٨-١٠٤
٤	مفهوم التزام المنتج بتتبع منتجاته -دراسة مقارنة-	أ.د. منصور حاتم الفتلاوي اسامة شهاب حمد الجعفري	١٠٥-١٤٣
٥	دعوى ضمان العيوب الخفية في عقود المعلوماتية -دراسة مقارنة-	أ.د. سلام عبد الزهرة الفتلاوي هدى سعدون لفته	١٤٤-١٧٦
٦	الأساس القانوني للمسؤولية المدنية عن التلوث الضوضائي - دراسة مقارنة-	أ.د.هادي حسين عبد علي الكعبي م.م.أحمد عبد الحسين كاظم الياسري	١٧٧-٢٣٥
٧	المسؤولية الدولية عن الامتناع التشريعي	أ.د. طيبة جواد حمد م.م. اسعد كاظم وحيش	٢٣٦-٢٧٠
٨	سلطة القاضي في تقدير الضرورة وإثارتها في الالتزام التعاقدي - دراسة مقارنة-	أ.د. وسن قاسم غني الخفاجي م.م. علي سعود داخل	٢٧١-٣٠٥
٩	ذاتية القروض المصرفية متعثرة السداد	أ.د.ذكرى محمد حسين سلمى جاسم خليف	٣٠٦-٣٣٢
١٠	القانون الواجب التطبيق على بطلان اتفاق التحكيم	أ.د. خير الدين كاظم الأمين محمود عبد عباس مغير الجبوري	٣٣٣-٣٧٣
١١	الاثر الموضوعي لنفاذ الحكم القضائي الدستوري	أ.م.د.حسين جبار عبد احمد عبدالزهرة محمد العبادي	٣٧٤-٤٠٧
١٢	ضوابط التفسير القضائي للعقد الاداري -دراسة مقارنة-	أ.م د. رفاه كريم رزوقي كربل م.م.خضير عبدالحسين عبدزيد الخالدي	٤٠٨-٤٣٠
١٣	الجماعات الفاعلة من غير الدّول (دراسة قانونية في المفهوم والنشأة التأريخية)	ا.م.د.حيدر عبدمحسن شهد الجبوري أحمد سالم بخيت الميالي	٤٣١-٤٦١
١٤	التزام المؤجر بضمان تعرض جهة الإدارة للمأجور -دراسة مقارنة-	م.د إيناس مكي عبد	٤٦٢-٤٩٠
١٥	الرقابة على اعمال السيادة- دراسة مقارنة-	وسن حميد رشيد	٤٩١-٥٢٠

دعوى ضمان العيوب الخفية في عقود المعلوماتية

- دراسة مقارنة-

ا.د. سلام عبد الزهرة الفتلاوي جامعة بابل – كلية القانون

هدى سعدون لفته جامعة القادسية – كلية القانون

ملخص البحث

أن الشروط التي حددها القانون لقيام ضمان العيوب المعلوماتية الخفية وهي كما نعلم ان يكون قديما ومؤثرا وغير معلوم من قبل العميل ، اذ بتوافر هذه الشروط يصبح من حق العميل ان يطالب بإعمال الجزاء الذي قرره القانون بالنسبة لالتزام المورد بضمان العيوب الخفية ، ولقد حدد القانون وسيلة العميل في المطالبة بأعمال هذا الجزاء في دعوى تعرف باسم دعوى ضمان العيوب الخفية ، وهي دعوى لها تنظيمها الخاص على نحو يميزها عن غيرها من الدعاوى ، كدعوى الفسخ او دعوى الابطال او غيرها . كما ان حق العميل في الرجوع على المورد بالضمان هو حق مؤقت اذ ليس من المعقول ان يبقى هذا الحق بعد قيامه سلاحا يشهره في وجه العميل متى شاء ، لهذا فهو يسقط بعدد من الا سباب منها ما تكلمنا عنها ، اقصد في حالة اذا لم يقم العميل بالإجراءات الواجب اتباعها والتي تتعلق بفحص البرنامج محل العقد واخطار المورد بالعيب حسب المدد المنصوص عليها في القانون . وعليه فبالإضافة الى هذه الحالات فقد اشار القانون الى جملة من الحالات التي تسقط فيها دعوى المطالبة بالضمان. كما حدد القانون جزاء قيام هذا الضمان على نحو لم يكن من الممكن اعماله وفقا للقواعد العامة ، وينبغي للوقوف على حقيقة الامر في تلك الحماية التي وفرها القانون للعميل في مواجهة المورد المعلوماتي ان نعرض اولا لدعوى الضمان وذلك في المبحث الاول من خلال تقسيمه على مبحثين في اولهما سنعالج اجراءات دعوى ضمان العيوب المعلوماتية الخفية ، اما في ثانيهما فسنحدد موانع ومسقطات الضمان في هذا النوع من العقود .

المقدمة

لما كان القانون كائناً اجتماعياً يتعايش مع المجتمع ويتفاعل معه ويتأثر بكل ما يطرأ عليه من تغيرات وتطورات في شتى المناحي ، فانه لم يقف مكتوف الايدي امام هذه الظاهرة المتجددة الا وهي ظاهرة المعلوماتية . تلك الظاهرة التي تشهد كل يوم تطور جديد سواء كان في تكنولوجيتها او فيما تقدمه من خدمات ومعلومات ،اذ تعد برامج الحاسب الالي وما نشأ عنها من نظم معلوماتية حقيقة علمية احدثت تغيرات جذرية في تسهيل وصول المعلومات للعملاء المستفيدين. اذ ان ثورة المعلومات التي يشهدها العالم اليوم يعتمد اساسا على الحاسب الالي والبرامج المتعلق به ، وتعد العقود

المعلوماتية من العقود المهمة في الوقت الحاضر الا انها وبنفس الوقت تبرم بين طرفين غير متكافئين من الناحية الفنية .

ومما لاجدال فيه ان العيوب الخفية التي تظهر في العناصر المادية للنظام المعلوماتي كاجهزة الحاسب الالي يمكن ان تنطبق عليها احكام ضمان العيوب الخفية على اعتبار ان المحل مادي ، بيد ان العيوب التي تظهر على العناصر المعنويه اقصد البرامج المعلوماتي تثير العديد من الصعوبات ، فهل من الممكن ان نطوع المبادئ العامة لقواعد ضمان العيوب الخفية لكي تشمل المحل بنوعيه (المادي وغير المادي) .

جملة من الاسباب دعتنا لاختيار هذا الموضوع للبحث ، فعلى الرغم من الاهمية الكبرى للعقود المعلوماتية في ظل الوقت الراهن الذي يمكن القول معه انها اصبحت البديل عن التعاقد بالطرق التقليدية لاتزال مسألة ضمان العيوب الخفية لهذا النوع يثير العديد من المشاكل منها ، ان دعوى ضمان العيوب الخفية تقتصر على الاشياء المادية فقط ، فهل من الممكن ان يتم العمل بها في مجال برامج النظم المعلوماتية التي تمتاز بطبيعتها غير المادية ، فطابعها التقني يثير العديد من المشاكل لاسيما بالنسبة للبرامج المتخصصة التي يكاد يستحيل معها تفادي مواجهة العيوب اثناء المراحل التشغيلية ، وعليه كيف لنا ان نرجع الى دعوى ضمان العيوب الخفية .وكما هو معلوم ان ضمان العيوب الخفية يقتصر على عقود البيع بالاضافة الى ضمان المقاول العشري ، فهل من الممكن ان تشمل دعوى الضمان لهذه العقود التي لم يتم تحديد تكييفها بصورة دقيقة لحد الان .

هذا وقد ترافدت مجموعة من الاسباب جعلتنا نبحث هذا الموضوع والتي منها

١- انعدام تشريع خاص ينظم هذا النوع من العقود ، الامر الذي طرح عدة فرضيات تحتاج الى معالجة منها وجود العيوب الخفية وكيفية اثباتها وطريقة الضمان فيها .

٢- حداثة النشاط المتعلق بالعقود المعلوماتية ، هذا بالاضافة الى تطوره سواء على مستوى نقل المعلومة او مفهوم المعلومة بذاته يعد من الصعوبات التي تواجه دراسة التزام المورد بضمان العيوب الخفية .

هذا وتفرض علينا حداثة موضوع البحث وتطوره المستمر الى ضرورة التزام المنهج التأصيلي المقارن ، اذ يمكننا من الوصول الى القواعدى التي تحكم هذا الموضوع عن طريق بيان موقف التشريعات المقارنة وما جرى العمل عليه في المحاكم ، لذا ستكون القوانين محل المقارنة في هذه الدراسة بين القانون العراقي والمصري والقانون الفرنسي .

هذا فضلا عن اعتماد المنهج التحليلي الاستقرائي القائم على الدراسة الفقهية لنصوص القانون وتحليل الاراء المختلفة وترجيح المقنع منها .

لذلك ولغرض بيان تلك الخصوصية اخترنا هذا الموضوع لبيان ذلك عن طريق تقسيمه على مبحثين : فأما في المبحث الاول فسنعالج اجراءات دعوى ضمان العيوب المعلوماتية الخفية الذي بدوره سنقسمه على ثلاث مطالب وهي سنتناول في المطلب الاول وجوب اخطار المورد المعلوماتي بالعيوب الخفية ، اما المطلب الثاني فسنعقده لبيان الاطراف التي يكون لها الحق في رفع الدعوى ، واخيرا في المطلب الثالث سنتكلم عن وجوب رفع الدعوى خلال المدة المحددة والا تعرض حق العميل الى التقادم ، اما في المبحث الثاني فسنحدد موانع ومسقطات ضمان العيوب الخفية في عقود المعلوماتية الخفية من خلال تقسيمة على مطلبين ، في اولهما سنبين موانع الضمان في عقود المعلوماتية الخفية ، اما ثانيهما فسنخصصه لحالات سقوط ضمان العيوب الخفية في عقود المعلوماتية .

المبحث الاول .... اجراءات دعوى ضمان العيوب المعلوماتية الخفية .

مراعاة لاستقرار العلاقات التعاقدية في مجال عقود المعلوماتية فقد الزمت جميع القوانين بما فيها القوانين محل الدراسة اقصد القانون الفرنسي والقانون المدني المصري والقانون المدني العراقي المشتري بصورة عامة ، والعميل المعلوماتي على وجه الخصوص بالتحقق من حالة

البرنامج محل العقد المعلوماتي عند استلامه ، وبمجرد ان يتمكن من ذلك حسب طبيعة البرنامج محل العقد والعيب وما يجري عليه التعامل ، فاذا كشف عيبا يضمنه المورد المعلوماتي وجب عليه ان يخطره به خلال مدة معينة تختلف باختلاف القوانين ، وبغض النظر عن اختلاف المدة فهي مدة قصيرة نسبية وذلك لغرض المحافظة على الاستقرار في المعاملات المدنية ، وبعدها لننتقل الى رفع الدعوى خلال المدة المحددة بموجب القانون ، ولغرض بيان كيفية سير الاجراءات التي ترفع بموجبها دعوى ضمان العيوب المعلوماتية الخفية سنقسم هذا المبحث على ثلاث مطالب ، سنتناول في المطلب الاول وجوب اخطار المورد المعلوماتي بالعيب الخفي ، اما المطلب الثاني فسنعقده لبيان الاطراف التي يكون لها الحق في رفع الدعوى ، واخيرا في المطلب الثالث سنتكلم عن وجوب رفع الدعوى خلال المدة المحددة والا تعرض حق العميل الى السقوط .

المطلب الاول . اخطار المورد المعلوماتي بالعيوب الخفية بالوقت المقبول .

الاخطار بصورة عامة هو تصرف قانوني بالارادة المنفردة صادر عن المشتري بمقتضاه يعبر عن ارادته في التمسك بحقه في ضمان العيب الذي كشفه باستعماله العادي او عن طريق الاستعانة بمتخصصين . (١- ص ١١٥)

وفي مجال العقود المعلوماتية يمكن ان نعرفه بانه اجراء ينقل عدم ارتياح العميل المعلوماتي من المورد وعدم قبوله للبرنامج محل العقد كونه يحوي على عيب معين يجعل البرنامج غير صالح للمنفعة المقصودة منه او يقلل من تلك المنفعة .

هذا وان الغاية الاساسية من الاخطار هي تحاشي تفسير سكوت العميل بانه قبول البرنامج محل العقد المعلوماتي على حالته حتى لا يفسر ذلك تنازل ضمني عن الحق في الضمان ، وقد انتقد هذا الراي على اساس ان التنازل عن الحق في الضمان يقضي وجود ارادة صريحة او ضمنية من قبل العميل ، ولكن عدم الاخطار عن العيب سلوك يدل على اهمال العميل في اتخاذ اجراء ضروري فرضه المشرع على من له الحق في رفع دعوى الضمان ، وعليه يكون سقوط حقه في هذه الحالة جزاء لإهماله ، وعموما يجب عدم الخلط بين الاخطار من جهة وبين الانذار من جهة اخرى ، فالأول هو اعلان للمورد بوجود ما يستوجب الضمان في حين الثاني هو تكليف يقع على المدين لوجوب تنفيذ الالتزام ، هذا بالإضافة الى الاثار المترتبة بينهما التي

تختلف اختلافا كبيرا (٢- ص ١١٣) ولكن بالرغم من الاختلاف يبقى الانذار يقترب من الاخطار على اعتبار ان كل منهما هو دعوة لتنفيذ الالتزامات العقدية . (٣- ص ٤٦)

وعادة يتم ارسال الاخطار الى المورد شخصيا او الى من يمثله قانونا ، ولا يشترط شكل خاص فيه اذ لم يرد في التشريعات المدنية محل الدراسة ما يحدد شكل معين ،(٤- م ٤٤٩) وعليه يجوز ان يتم الاخطار باي شكل سواء كان عن طريق محضر او خطاب مسجل لابل من الممكن ان يرد شفاها على الرغم ما يشوب الصورة الاخيرة من صعوبة في الاثبات ، وذلك بالاستناد الى المادة (٢٥٧) من القانون المدني العراقي والمادة (٩٠) ف (١) من القانون المدني المصري (٤- م٩٠)، كما يلزم العميل بتضمين اخطاره نوع العيب الذي كشفه بجهده الخاص او عن طريق متخصص فني ، اذ تتحدد مسؤولية المورد في حدود تلك العيوب ، اذ لا يكفي الاخطار بان البرنامج معيب دون بيان لهذه العيوب ، بل يجب بيانها مع وصف واضح ومفصل ، وعليه يجب تجديد الاخطار في كل عيب يتم اكتشافه من قبل العميل ، والغرض من وراء ذلك هو حتى لا يترك للعميل سيء النية ان يستتر بعيوب غير دقيقة لغرض التملص من صفقة لم تعد مفيدة بالنسبة له ، ولهذا نجد ان اغلب الموردين في هذا المجال يشترط ان يحتوي الاخطار على وصف دقيق للعيب لغرض اجراء الكشف عليها والتبين من صحة الادعاء بالعيب . (٥- ص ٢٨٤)

اما عن المدة التي يتم بها الاخطار فقد بينت اغلب القوانين ان الاخطار يجب ان يكون خلال مدة قصيرة (٤-م٤٤١ ، ٦-م ٥٦٠) ، وبالرجوع الى نص المادة (٥٦٠) من القانون المدني العراقي و المادة(٤٤٩) من القانون المدني المصري* [1]، نلاحظ ان كل من القانونين قد فرق بين حالتين الاولى الاخطار في العيب الذي يظهر بالفحص العادي ، اما الحالة الثانية ، فهي حالة الاخطار الذي لا يظهر بالفحص العادي .

١- الاخطار في العيب الذي يظهر بالفحص العادي .

حسب نص المادة (٥٦٠) ف(١) من القانون المدني العراقي ، والمادة (٤٤٩) ف (١) من القانون المدني المصري فانه ينبغي على العميل ان يخطر المورد المعلوماتي خلال مدة معقولة يترك امر تقديرها للقاضي والذي عادة يرجع الى العرف السائد في هذا النوع من العقود على اعتبار ان كشف العيب في البرنامج المعلوماتي لايمكن كشفه بسهولة هذا بالاضافة الى

اتفاق المتعاقدين اقصد المورد مع العميل اذ قد يتم الاتفاق بينهم على تحديد مدة معينة لكشف العيب ، وذلك لغرض الحفاظ على استقرار التعامل ، ويبدا احتساب معقولية المدة من تاريخ اكتشاف العيب ، فاذا لم يقم العميل بالإخطار او قام به بعد المدة المعقولة فهذا يعني ان الاخير يعد قابلا للبرنامج محل العقد بما فيه من عيوب خفية وبالتالي يسقط حقه بالرجوع على المورد بالضمان حتى قبل ان تنقضي المدة المحددة بالتقادم .

ومما يتبادر الى الذهن ، ما هو المعيار الذي بموجبه نحدد ان العيب ممكن كشفه بالفحص العادي ، هل هو المعيار ذاته المستخدم في العيب نفسه ؟ اذ في حال كون الامر ذلك فهذا يعني ان العيب الظاهر لا يخضع للضمان ، واذا كان المعيار مختلف عن معيار الخفاء والظهور ، فما هو خصوصا بعد ان بينا انه في حال تسلم العميل البرنامج محل العقد وهو عالم بالعيب او كان العيب ظاهرا او في حكمه ولم يعترض العميل على ذلك فيعد وفقا لذلك قابلا له ، وبالتالي لا يضمنه المورد .

هناك من يرى ان الفحص المطلوب في هذه المرحلة يجب ان يكون اكثر دقة واكثر عمقا من الفحص الاول الذي يجريه العميل عادة وقت البيع ، خاصة وان العميل في حالة تسلمه البرنامج محل العقد يكون اقدر على فحصه اكثر من ذي قبل ، كما ان العادة قد جرت على ذلك ، ومن جهة اخرى فان هناك من الحالات ما لا يمكن فيها للعميل اجراء الفحص المعتاد لمعرفة ما به من عيوب وذلك في الاحوال التي يشتري فيها العميل البرنامج من المورد من مجموعة من البرامج اذ لا تتحدد ذاتية الاخير الا بالفرز(اذ يعد البرنامج هنا معين بالنوع) ، كما انه قد يواجه حالة اخرى لا يتسنى فيها للعميل الوصول الى فحص البرنامج لكشف ما به من عيوب لأي ظرف او سبب من الاسباب . فيكون عليه بعد ان يتسلمه التحقق من حالته بمجرد ان يتمكن من ذلك وذلك وفقا للمألوف في التعامل ، وان يخطر المورد بما يكتشفه من العيوب التي يضمنها الاخير ، وان يتم هذا الاخطار في مدة معقولة والا اعتبر قابلا للبرنامج محل العقد .وعلى ذلك فان هذه النصوص تواجه حالة البيوع التي تتم مع عملاء غير حاضرين في مجلس العقد ، فيقوم بالشراء بناء على معلومات حددها البائع ويحصل التسليم فيما بعد .(٧- ص٢٠٥)

اما اذا كان العميل حاضرا مجلس العقد فهنا لامجال لتطبيق النصوص المذكورة ، وبالأخص اذا ما علمنا ان البرنامج محل العقد المعلوماتي على قدر من التعقيد الفني هذا بالإضافة الى طبيعته التي تستلزم استخدامه فترة زمنية معينة او الفحص الفني الدقيق الذي قد يطول او يقصر لبيان ما

به من عيوب ، لذا فان الكشف عن تلك العيوب عن تلك العيوب عند الفحص وقت التعاقد لا يحول دون التمسك بالعيب الذي يكشف عنه بالفحص وقت التسليم ، لذا فان الاخطار في هذه الحالة امر غير مجدي في مجال العقود المعلوماتية.[٢](٨- ص ٤٥٩)

٢- الاخطار في العيب الذي لا يظهر بالفحص العادي .

في حالة ما اذا كان العيب الموجود في البرنامج محل العقد المعلوماتي لا يمكن ان يتم كشفه عن طريق الفحص المعتاد (وهو الاغلب) سواء اقتضى ذلك اجراء معاينة دقيقة او اللجوء الى وسائل فنية معقدة ، فهنا من المقبول منطقيا الزام العميل ان يقوم بإخطار المورد عقب استلامه البرنامج محل العقد بمدة معقولة بعيب لم يكتشفه اصلا ،لذا فقد تطلب المشرع في القوانين محل المقارنة من العميل القيام بإخطار المورد بالعيب في حال اكتشافه ، اي بمجرد ظهوره في الحال بدون تأخير او ابطاء ، وليس ضمن مدة معينة (مدة معقولة حسب وصف المشرع المصري) وذلك حسب نص المادة (٥٦٠) فـ(٢) من القانون المدني العراقي والمادة (٤٤٩) فـ(٢) من القانون المدني المصري ولم نجد ما يقابل هذه المواد في القانون الفرنسي . (٩- ص ١٢٣)

ويقدر القاضي ما اذا العميل قد بادر بإخطار المورد بالعيب بمجرد اكتشافه ام انه ابطا وتهاون في ذلك ، وبالتالي يحرم من الرجوع على المورد بالضمان .على انه ليس معنى ذلك ان يتراخى العميل في اكتشافه لما يوجد في البرنامج من عيوب ، بل من الواجب عليه ان يسارع الى ذلك خلال مدة مقبولة متبعا في ذلك سلوك الشخص العادي في حال ما اذا كان العميل غير متخصص في مجال البرمجيات ، اما اذا كان العكس اي كان متخصص في هذا المجال فالتراخي للكشف على البرنامج لبيان ما يحويه من عيوب يؤدي الى سقوط حقه في الضمان حتى لو رفع دعواه قبل انتهاء المدة الخاصة بالتقادم ، وتقدير ما اذا كان الفحص قد تأخر عن المألوف في التعامل هو مسالة موضوعية تخضع لمطلق تقدير قاضي الموضوع . (١- ص ١٢٣)

وعموما التزام العميل بالإخطار لا يؤخذ به الا اذا تمسك المورد بذلك واثاره امام المحكمة المختصة ، اما اذا سكت ولم يتمسك بعدم ارسال هذا الاخطار فلا يمكن للمحكمة ان تثير هذه المسالة من تلقاء نفسها ، لان الاخطار انما وضع لمصلحة المتعاقدين الشخصية ولا يتعلق بالنظام العام فهو من جهة ذو فائدة للمورد عن طريق اعلانه بالعيب حتى لا يبقى مدة طويلة في

حيرة حول مصير العقد ، ومن جهة اخرى مفيد للمشتري بتحريره من مسؤوليته عن هذا العيب بالظهار ارادته بعدم قبوله . (١٠- ص٥٨٨)

ومما تجدر الاشارة اليه انه اذا قام المشتري بإخطار البائع بالعيب على الوجه السابق بيانه فانه لا يلزم حسب القانون العراقي والمصري[٣] بان يسارع الى اثبات حالة البرنامج محل عقد التوريد حتى يكون لديه الدليل على وجود العيب مما ييسر له السبيل عند الرجوع على المورد بالضمان ، ومع ذلك فانه لما كان هو الذي يتحمل عبء اثبات وجود العيب فان من حقه في سبيل اعداد الدليل عليه ان يطلب معاينة البرنامج محل العقد بواسطة خبير فني متخصص تحدده المحكمة المختصة . (١١- ص ٢٩٧)

اما عن اثر نية المورد على واجب الاخطار فهنا يجب ان بين اذا كان سكوت العميل عن الاخطار على اثر اكتشافه العيب اي بمجرد ظهوره راجعا الى اخفاء المورد لهذا العيب ، فهنا لا يجوز للأخير ان يدفع بعدم قبول دعوى الضمان لعدم قيام العميل بإخطاره بالعيب ، وهذا يعني انه متى كان المورد سيء النية اي انه يعلم بوجود العيب ثم قام بإخفائه عن العميل فهنا لا يعد العميل قد قبل البرنامج محل العقد بحالته اذا لم يقم بالإخطار مباشرة اثر اكتشاف العيب او بمجرد ظهوره ، وعليه لا يحرم من الرجوع على المورد بالضمان .(٨- ص ٤٦٢)

الا انه لا يكفي مجرد علم المورد بالعيب وانما يجب ان يكون قد قام بإخفائه عمدا ، فلو علم المورد بالعيب ولم يتعمد اخفاءه غشا منه كان له الحق ان يتمسك بالحكم السابق ليتحلل من الالتزام (١٢- ص ٣٥٥) [٤](١٢- ص ٣٥٥) ،فالذي يعفي العميل من الاخطار هو الغش ويقع عليه عبء اثبات غش المورد لكون الاصل حسن النية ومن يدعي العكس عليه اثبات ذلك .

وهذا ما اخذ القانون العراقي وذلك في المادة (٥٧٠) ف (٢) من القانون المدني والتي نصت على " ليس للبائع ان يتمسك بمدة الستة اشهر لمرور الزمان اذا ثبت ان اخفاء العيب كان بغش منه " .

اما في التشريع المصري فقد كان المشروع التمهيدي للقانون المدني منه يورد فقرة ثالثة في المادة (٥٩٥) منه والتي صارت المادة (٤٤٩) من القانون المدني تقضي " اذا تعمد البائع تضليل المشتري فلا يجوز له ان يحتج بانه لم يخطر بالعيب في الوقت الملائم " الا ان النص حذف على اعتبار ان الحكم مستفاد من القواعد العامة ، واكتفى بالنص على " اذا تسلم المشتري

المبيع وجب عليه التحقق من حالته بمجرد ان يتمكن من ذلك وفقا للمألوف في التعامل ، فاذا كشف عيبا يضمنه البائع وجب عليه ان يخطره به خلال مدة معقولة فان لم يفعل اعتبر قابلا للمبيع " . وهذا يعني ان المشرع في القانون المصري وانما بين الاخطار يجب ان يكون خلال مدة معقولة ومسالة معقولية المدة يتم تحديدها في حالة الاختلاف الى قاضي الموضوع ، اذ انها تختلف حسب محل العقد ، وبما ان محل العقود المعلوماتية تكون برامج معلوماتية فهنا ينبغي ان تكون المدة اطول من المدة في الاحوال التي يكون فيها المحل شيئا ماديا على اعتبار ان المحل هنا غير مادي عادة يحتاج فحصها الى اشخاص ذو خبرة متخصصين في المجال المعلوماتي لذا يغلب على النوع من العقود الفارق الفني بين الطرفين اذ ان الطرف الاول الا وهو المورد غالبا ما يتفوق على العميل في معرفة المحل .

وبالرجوع الى القانون المدني الفرنسي فلم نجد اشارة الى مسالة الاخطار بصورة عامة ، ولكن هذا لا يعني انه لم يأخذ بضرورة الاخطار ، اذ ذهب جانب من الفقه الفرنسي بالزام المشتري بصورة عامة والعميل المعلوماتي على وجه الخصوص بإخطار البائع بالعيب الخفي وخلال مدة قصيرة من وقت اكتشاف العيب . (١٣- ص ٢١٣، ١٤- ص ٢١٤)

المطلب الثاني

طرفا دعوى ضمان العيوب المعلوماتية الخفية .

دعوى ضمان العيوب المعلوماتية الخفية شانها شان اي دعوى قضائية تقام بين طرفين ، احدهما يسمى المدعي وهو الدائن بالضمان وهو عادة في عقود المعلوماتية العميل ، اما الطرف الاخر فهو المدعى عليه وهو المدين بالضمان وفي العقود محل الدراسة هو المورد .

ولغرض بيان اطراف الدعوى في ضمان العيوب المعلوماتية لابد لنا ان نسوق جملة من التساؤلات ، وهي مالحكم اذا تعدد العملاء في مجال العقد المعلوماتي الواحد فمن منهم يكون دائنال بالضمان ، واذا توفى العميل قبل استعمال حقه بالرجوع على المورد فهل ينتقل حقه بالضمان الى الورثة ام لا ، وما الحكم اذا تصرف العميل بالبرنامج محل العقد بحيث خرج عن ملكه فهل ينتقل الحق بالضمان الى الخلف الخاص ؟

قبل الاجابة عن التساؤلات اعلاه لابد ان نبين ان العميل هو صاحب الحق الاصيل في الرجوع على المورد بالضمان لكونه قد وجد لمصلحته وهذا ما تؤكده نصوص القوانين محل المقارنة حسب نص المادة (١٦٤٤) من القانون المدني الفرنسي ، والمادة (٥٦١) من القانون المدني العراقي والمادة (٤٥٠) من القانون المدني المصري .

اما عن ما طرح من تساؤلات فبالنسبة للتساؤل الاول حول مسالة تعدد العملاء ، اي اذا اشترى اكثر من عميل البرنامج محل العقد ثم بعد ذلك اتضح انه معيب بعيب يؤثر على قيمته او منفعته واراد احد هؤلاء العملاء الرجوع على المورد بالضمان وابى الاخر ،بالرجوع الى القوانين محل المقارنة لم اجد معالجة تشريعية لهذا التساؤل لذا فقد ترك هذا الموضوع للمعالجة الفقهية ، فقد ذهب جانب من الفقه الفرنسي الى وجوب التفرقة بين فرضين : الاول هو ان يكون لكل مشتر جزء معين من البرنامج محل العقد ، فهنا نكون امام عدة بيوع تتساوى وعدد العملاء اذ يكون كل عميل منهم دائنا بالضمان في حدود الجزء الي يملكه ، وعندها يكون له الحق في رفع دعوى الضمان . (١٥)

اما الفرض الاخر اي اذا كان البرنامج محل العقد واحدا واستلزمت دعوى الضمان رد البرنامج محل العقد و طالب المورد بذلك ، فهنا لا يجوز تجزئة دعوى الضمان لعدم امكانية تجزئة البرنامج محل العقد ، كما انه لا يجوز ذلك اذا كانت الصفقة غير قابلة للتجزئة ، فهنا يجب ان يتفق العملاء فيما بينهم على رد البرنامج لانهم متضامنون فيما بينهم بالرد . (١٦- ص ٤٤)

اما في القانون المدني العراقي والقانون المدني المصري فنلاحظ ان كل من القانونين قد تأثرا بما استقر عليه الفقه الاسلامي ، اذ بالرجوع الى نص المادة (١) ف (٢) من القانون المدني العراقي ، والمادة (٢) من القانون المدني المصري تحيل الرجوع الى مبادئ الشريعة الاسلامية ، وبما ان كل من المشرع العراقي والمصري يأخذ بالمذهب الحنفي (١٧- ص ٢٠٠ ، ١٨- ص٩٦) فهنا في حالة ما اذا اشترى المبيع اكثر من مشتر ووجداه معيبا ، واراد احدهما ان يمسك حصته والاخر ابى ذلك ، جاز ذلك اي ان الذي رضى بالعيب يلزمه نصيبه على البائع ويرد الاخر حصته ولا يلزم الاخر عيب لأنه لم يرض به ان رضى غيره .

اما عن التساؤل الثاني ، حول مدى انتقال الحق بالضمان عن طريق الاستخلاف ، فاذا مات العميل جاز لمورثه الرجوع على المورد بضمان العيوب الخفية كما لو كان مورثهم على

قيد الحياة، اما اذا اختلف الورثة في استعمال خيار العيب ، فاراد احدهم ان يمسك حصته بينما اراد الاخرون ان يرد حصته بالعيب فهنا ذهب جانب من الفقه الفرنسي و العربي الى ان من حق ورثة المتوفي الرجوع بدعوى الضمان على المورد لمورثهم اذا ظهر ان البرنامج محل العقد المعلوماتي معيب على اعتبار انهم يستفيدون من العقد الذي ابرمه مورثهم وذلك حسب نص المادة (١١٢٢) من القانون المدني الفرنسي ، والمادة (١٤٥) من القانون المدني المصري ،والمادة (١٤٢) من القانون المدني العراقي ، فان تعدد الورثة فهنا ينقسم الضمان فيما بينهم كل بقدر نصيبه ، ولكن اذا كان البرنامج محل العقد غير قابل للتبعيض وهو الاغلب فهنا من حق المورد ان يطالبهم بالاتفاق اما رد البرنامج محل العقد او اللجوء الى الخيارات الاخرى في الضمان . (١٩- م ١١٢٢ ، ٤-م ١٤٥ ، ٦- م١٤٢)

في حين اذا قام العميل ببيع البرنامج المعيب محل العقد الى شخص اخر فهنا من حق الاخير ان يرجع على بائعه (العميل) بالضمان اذ يستمد حقه من العقد المبرم بينهما وفي هذه الحالة اذا حكم عليه بالضمان فهنا يمكنه بدوره اقامة دعوى ضمان لاحقة بوجه المورد ليطالبه بما حكم عليه به ، ويمكن للمشتري الاول لكي يتلافى خسارة دعواه اللاحقة بوجه بائعه ان يدخل هذا الاخير في الدعوى المقامة عليه من المشتري ، وله ان يطلب في هذه الحالة الخروج من الدعوى ليحل ضامنه محله ، على انه متى صدر الحكم فانه يكون ساريا على الجميع حتى على من خرج من الدعوى ، كما انه يحق لطالب الادخال على سبيل الضمان بان يبقى طرفا في الدعوى وماثلا فيها ، غير انه يتعين للحكم في هذه الحالة ان يكون العيب خفيا بالنسبة للمشتري الثاني وغير معلوم منه . (١- ص ٥٨)

أما عن حق المشتري الثاني في الرجوع مباشرة بالضمان على المورد (البائع الاول) فقد ذهب الفقه الى امكانية رجوع المشتري الثاني على المورد مباشرة عن طريق دعوى مباشرة وهذا ما ذهب اليه القضاء الفرنسي ففي الحكم الصادر عن محكمة النقض الفرنسية في قرارها ذو الرقم ٤٣ الصادر في ١٧ نوفمبر عام ١٩٨٠ نص على "انه بالرغم من عدم وجود عقد بين المشتري الاخير والمورد فان للمشتري الحق في ان يرجع بالضمان مباشرة على هذا المورد ، وبذلك يحدث اختصار في الاجراءات و توفير في الوقت والنفقات ، كما يتجنب المشتري الاخير ايضا عدم يسر البائع المباشر له ، كما يحق له ايضا ان يرجع بالضمان مباشرة على اي من البائعين المتتابعين "(٢١- ص٢٢٣) ، وعليه يتشابه حقه في هذا الحال بالحق الذي يكون

لحامل السند التجاري بالرجوع على اي من موقعي السند لذا هناك من يدعو ذلك بالدعوى السندية وهذا ما ذهب اليه القضاء الفرنسي في اكثر من مناسبة ، فقد ذهبت محكمة النقض الفر نسية في القضية رقم ٤ في ١٥ مايو لعام ١٩٩٢ الى " التضامن يقوم بين الصانع كبائع اول والمشتري منه تجاه المشتري اللاحق ، وذلك في التعويض المحكوم به على هذا الاخير نتيجة الضرر الناجم عن عيب في الصنع "(٨- ص٣٠١) .

اما الطرف الثاني فهو المدين بالضمان والذي اقصده في العقود المعلوماتية المورد المعلوماتي ، اذ الاصل ان المورد هو المدين الاصلي بالضمان ، وهذا ما تبينه نص المادة (١٦٤١) من القانون المدني الفرنسي والتي تنص على " البائع ضامن للعيوب الخفية في الشيء المبيع التي تجعله غير صالح لاستعماله فيما اعد له او تنقص ذلك الاستعمال " وما يقابلها (٤٤٧) فـ(١) من القانون المدني المصري والتي تنص على " ويكون البائع ملزما بالضمان اذا لم يتوافر في المبيع وقت التسليم الصفات التي كفل للمشتري وجودها فيه او كان بالمبيع عيب ينقص من قيمته او نفعه ..... " .اما بالنسبة للقانون المدني العراقي فبالرجوع الى نص المادة (٥٥٩) نلاحظ انها بينت " لا يضمن البائع عيبا قديما كان المشتري يعرفه ....." فعبارة لايضمن البائع عيبا قديما للدلالة على ان الضمان في الاصل يقع على عاتق البائع باستثناء الموارد التي نص عليها المشرع .

غير ان الامر ليس بهذه البساطة اذ من الممكن ان يتعدد الموردون في مجال العقود المعلوماتية للبرنامج الواحد محل البحث وهذا ما اشرنا اليه في الباب الاول من هذه الاطروحة الامر الذي لا يخلو من صعوبة ، فهنا هل من الممكن ان ينقسم الضمان عليهم ؟ هذا من جانب ، ومن جانب اخر قد يتوفى المورد قبل الرجوع عليه بالضمان ، فهل ينتقل هذا الضمان الى الورثة؟ .

اما التساؤل الاول وهو حالة تعدد الموردين للبرنامج الواحد محل العقد وصورته ان يشترك اكثر من شخص في ابتكار البرنامج المعلوماتي والقيام بتوريده وبعد ذلك يتضح ان البرنامج محل العقد معيب بعيب خفي ، فهنا هل يجوز للعميل ان يرجع على اي من الموردين ويمتنع من الرجوع على الاخر ؟

ذهب جانب من الفقه الى القول انه في الاحوال التي يقوم فيها اكثر من شخص بتوريد شيء معين فهنا يجوز للعميل ان يرجع على الموردين كل بقدر نصيبه طالما الانصبة معروفة ولا يجوز ان يرجع على اي واحد منهما بالضمان كله . (٢١- ص ٢٢٤ ، ١١- ص ٢٧٢)

في حين ذهب جانب اخر بانه يحق للعميل في هذه الحالة رفع دعوى الضمان على احد الموردين فقط اذا كان هو المالك الاكبر للبرنامج . ولكن هذا الراي لا يمكن الاخذ به في مجال العقود المعلوماتية على اعتبار ان هذا النوع من العقود قائم على المعرفة الفنية ، فكيف يمكننا تحديد القسم الاكبر من البرنامج الواحد ما زال الابتكار شيء غير مادي (٢١- ص ٨٨ ، ١٦- ص ٤٥)

بالرجوع الى القواعد العامة فان الموردين اذا كانوا في التزامهم نحو العميل متضامنين فهنا يحق للعميل من الرجوع على اي منهما ، واذا كان نصيب كل مورد محدد بموجب العقد فهنا يجب على العميل ان يرجع على مورد بقدر نصيبه المحدد ، اما اذا كان نصيب كل واحد منهم مجهول فهنا لا مناص من الرجوع عليهم مجتمعين°(١٩-م ١٢٠٣ ، ٦-م ٣٢١_٣٢٢ ، ٤- م ٢٨٤_٢٨٥) .علما ان محكمة النقض المصرية قد اوجدت حلا للمشكلة الاخيرة ، اقصد حالة اذا كانت الانصبة مجهولة ، اذ اعتبرت الانصبة في هذه الحالة متساوية وذلك في القرار رقم ٢٣ لعام ١٩٨٧ " اذا لم يعين الاتفاق او القانون نصيب كل من الدائنين او المدينين ، لم يبق الا ان ينقسم الالتزام عليهم بأنصبة متساوية " . (١- ص ٣٢١)

وفيما يتعلق بمسالة امكانية انتقال الالتزام بالضمان الى الورثة فهنا من حق العميل الرجوع بالضمان ولكن ليس على الورثة وانما على التركة بذاتها وذلك حسب قاعدة " لا تركة الا بعد سداد الدين " واكيد ان الالتزام بالضمان يدخل من بينها ، ولكن هذا الكلام ينطبق على القانون العراقي والمصري . (١٦- ص ٨٧)

اما في القانون الفرنسي فالقاعدة مختلفة اذ ان الميراث لا ينتقل الى الورثة (الخلف العام) بصورة تلقائية وانما يكون مخيرا بين ثلاث خيارات فهو اما ان يرفض التركة بأكملها او ان يقبلها بأكملها او يقبلها بشرط الجرد فأما الفرض الاول والثاني فلا يثير اي صعوبة ، ذلك لأنه اذا رفض التركة كلها اعتبر شخصا من الغير ولا شان له عندئذ بالالتزام بالضمان المفروض على مورثه وان قبلها كلها دون تحفظ فان حقوق المورث وكذلك التزامات تنتقل اليه ومن ثم

ينتقل اليه الالتزام بالضمان فيصبح مدينا به وترفع دعوى الضمان في مواجهته . اما الفرض الثالث وهو قبول الخلف لتركة مورثه بشرط الجرد ، فهنا تنتقل الى الخلف جميع حقوق مورثه كما تنتقل اليه التزاماته ولكن في حدود التركة ، فلا يرجع دائنو المورث على الاموال الخاصة بالوارث وذلك بخلاف الفرض الذي يقبل فيه الوارث التركة بدون تحفظ.(١٩- م ٧٩٣-٨١٠)

المطلب الثالث

وجوب رفع الدعوى في اثناء المدة المحددة .

بعد ان يقوم العميل بفحص البرنامج المعلوماتي محل العقد ويخطر المورد بالعيب فهذا لا يكفي لقبول دعوى ضمان العيوب المعلوماتية الخفية ، وانما يجب عليه بالإضافة الى ذلك ان يقوم برفع الدعوى خلال المدة المحددة لذلك .

وعند الرجوع الى نص المادة (٥٧٠) ف (١) من القانون المدني العراقي التي تنص على " لا تسمع دعوى ضمان العيب اذا انقضت ستة اشهر من وقت تسليم المبيع ، حتى لو لم يكشف المشتري العيب الا بعد ذلك ، ما لم يقبل البائع ان يلتزم بالضمان لمدة اطول ". نلاحظ ان دعوى العيوب الخفية يجب ان ترفع خلال ستة اشهر من وقت استلام المبيع وهذا ما يوضح ان المشرع العراقي كان حريصا على ان يقصر من مدة الضمان لغرض استقرار المعاملات وبالتالي لا يبقى البائع وعلى صعيد عقود المعلوماتية المورد مهددا بهذا الضمان لمدة طويلة ، وهناك جملة من الملاحظات التي يمكن ان تساق بهذا الصدد منها

١- ان التسليم الذي يقصده المشرع العراقي في هذا النص انما هو التسليم الحقيقي الفعلي وليس التسليم الحكمي ، على اعتبار ان الاخير لا يحقق الغرض المقصود منه الا وهو التحقق من حالة المبيع .
٢- ان المدة المحددة بموجب النص المذكور ليست حتمية وانما من الممكن الاتفاق بين المتعاقدين على مدة اطول او اقصر لكونها لا تعد من النظام .

وعليه بموجب القانون المدني العراقي فان المدة التي ينبغي على العميل ان يرفع دعواه فيها والتي تتعلق بضمان العيوب الخفية في البرامج محل التعاقد المعلوماتي هي ستة اشهر من تاريخ استلام البرنامج محل العقد ما لم يتم الاتفاق على غيرها .

اما في القانون المدني الفرنسي نصت المادة (١٦٤٨) على " ان الدعوى الناتجة عن العيوب المؤدية الى رد المبيع يجب ان تساق من قبل المشتري في مهلة سنتين اعتبارا من تاريخ اكتشاف العيب وهذا يعني ان يجب على العميل حتى يستطيع من الرجوع على المورد يجب ان يرفع دعوى العيوب الخفية خلال مدة سنتين من وقت اكتشاف العيب وهذه المدة هي مدة سقوط لا تقادم وعليه لا تقبل الوقف او الانقطاع .

وهذا ما قضت به محكمة النقض الفرنسية في قرارها ذي الرقم ٢ في ١٢ يوليو عام ١٩٩٢ حيث جاء فيه " يمكن الادلاء بالدفع بعدم قبول الدعوى المبنية على اساس عيب خفي لكونها رفعت في وقت متأخر في جميع مراحل المحاكمة " .(١٩-ص ١٦٠٩)

اما في القانون المدني المصري فبالرجوع الى نص المادة (٤٥٢) ف (١) التي تنص على " تسقط بالتقادم دعوى الضمان اذا انقضت سنة من وقت تسليم المبيع ولو لم يكتشف المشتري العيب الا بعد ذلك ما لم يقبل البائع ان يلتزم بالضمان لمدة اطول " .اي ان المدة حسب القانون المدني المصري النافذ هي سنة واحدة فقط تبدا من وقت التسليم الفعلي للبرنامج محل العقد للعميل ، ومما لا شك فيه ان هذه المدة تنطبق في الحالات الاعتيادية اما اذا اتضح ان المورد قد اخفى العيوب المعلوماتية بغش منه فهنا لا مجال لانطباق المدة السابقة ، لأنه كما سبق لنا القول ان الغش يفسد كل شيء . وامام هذا النص نلاحظ ان المشرع المصري حسب القانون المدني الملغي كانت معالجته لهذا الموضوع مختلفة ، اذ حسب نصوص المواد (٣٢٤ -٤٠٢) من ذلك القانون كانت تقضي بوجوب رفع الدعوى خلال (٨) ثمان ايام فقط من وقت العلم بالعيوب الخفية والا سقط الحق فيه .

ومن خلال النصين السابقين نلاحظ ان المشرع المدني المصري سواء في القانون المدني الملغي و النافذ قد اختلف في مدة رفع الدعوى والسبب في ذلك هو لكثرة الانتقادات والعيوب التي وجهت للمعالجة التشريعية في القانون الملغي ، اذ بموجب القانون القديم لم يضع حدا لإمكانية رجوع المشتري على البائع بالضمان فمهما طال الوقت ما بين ابرام المتعاقدين

للعقد و بين وقت اكتشاف المشتري للعيب يظل البائع مهددا بالضمان ، وعليه لو ان العقد ابرم في وقت ما و اكتشف المشتري العيوب الخفية بعد ١٥ عاما فهنا يجوز له مطالبة البائع بضمان هذه العيوب طالما انه رفعها خلال ٨ ايام من اكتشافه للعيب وهذا ما يهدد الثقة واستقرار المعاملات هذا بالإضافة الى الاضرار بمصلحة البائع .و مما يعيب هذه المادة ايضا ان المدة التي عينها القانون لسقوط حق الضمان هي قصيرة للغاية . كما ان هذه المادة تفتح المجال لان يطالب المشتري سيء النية البائع بضمان عيوبا قد تظهر بسبب طول مدة الاستخدام والتظاهر بأنها عيوبا خفية ظهرت حديثا فطول المدة يزيد من صعوبة معرفة وقت نشأت العيب . (١٠- ص ٢٣٥)

ولهذه الاسباب فقد نص المشرع المصري في المادة (٤٥٢) سابقة الذكر على ان المدة التي ترفع خلالها دعوى ضمان العيوب الخفية هي سنة من وقت استلام المشتري للمبيع ، وحقيقة الامر ان هذه المعالجة التشريعية افضل من القانون السابق على نحو كبير ، سواء كان على صعيد العقود الاعتيادية او العقود المعلوماتية على نحو خاص ، لكونها تضع حدا لإمكانية رجوع العميل على المورد المعلوماتي بالضمان في الحالات التي يتأخر فيها ظهور العيب او يتأخر في اكتشافه عن وقت استلامه للبرنامج محل العقد .(٢٤- ١٨٥)

ان المدد المحددة بموجب القوانين السالفة الذكر مشروطة بان يكون البائع (المورد المعلوماتي) حسن النية في تنفيذ التزاماته اما اذا كان سيء النية اي اذا تعمد غش العميل عن قصد منه فهنا لا تتقادم المدة الا بعد مرور (١٥) عام من تاريخ انعقاد العقد حتى يبقى المورد في هذا الحال مهددا بالضمان لأطول مدة ممكنة . وهذا ما اشارت له ف(٢) من المادة (٤٥٢) من القانون المدني المصري والتي نصت على " على انه لا يجوز للبائع ان يتمسك بالسنة لتمام التقادم اذا ثبت انه تعمد اخفاء العيب غشا منه " . وكذلك نص ف(٢) من المادة (٥٧٠) من القانون المدني العراقي حيث نصت على " وليس للبائع ان يتمسك بهذه المدة لمرور الزمان اذا ثبت ان اخفاء العيب كان بغش منه " . اما في القانون المدني الفرنسي فلم نجد نص يقابل هذه النصوص ولعل السبب وراء ذلك اكتفاء المشرع الفرنسي بالقواعد العامة التي تنص على ان الغش هو سبب لبطلان العقود على انه يجب بيان ان الغش هنا لايمكن افتراضه وانما يجب اقامة الدليل عليه.(١٩- م١١١٦)

المبحث الثاني

موانع ومسقطات ضمان المورد للعيوب المعلوماتية الخفية

حسب ما ذكرنا سابقا ان حق العميل في الرجوع على المورد بالضمان هو حق مؤقت اذ ليس من المعقول ان يبقى هذا الحق بعد قيامه سلاحا يشهره في وجه العميل متى شاء ، لهذا فهو يسقط بعدد من الاسباب منها ما ذكرناه في المبحث الاول وهي في حالة اذا لم يقم العميل بالإجراءات الواجب اتباعها والتي تتعلق بفحص البرنامج محل العقد واخطار المورد بالعيب حسب المدد المنصوص عليها في القانون . وعليه فبالإضافة الى هذه الحالات فقد اشار القانون الى جملة من الحالات التي تسقط فيها دعوى المطالبة بالضمان ، ولغرض بيان هذه الحالات سنقسم المبحث على مطلبين في ولهما سنعالج حالات موانع ضمان العيوب المعلوماتية الخفية ، اما في ثانيهما فسنحدد مسقطات ضمان المورد للعيوب المعلوماتية الخفية .

المطلب الاول

موانع ضمان العيوب المعلوماتية الخفية

سنبين في هذا المطلب الحالات التي تمنع العميل من رد البرنامج المعلوماتي على المورد ويقتصر حقه في المطالبة بالتعويض بثلاث حالات وهي ...

اولاً.... تصرف العميل في البرنامج محل العقد قبل علمه بالعيب

ذكرنا ان من مسقطات الضمان هو حالة تصرف العميل بالبرنامج بعد العلم بالعيب المعلوماتي وقلنا ان ذلك يدل على قبوله بالعيب .

اما هنا فنذكر حالة اخرى التي تمنع العميل من الرجوع على المورد بكل الخيارات المتاحة له لتقصر حقه بالمطالبة بالتعويض فقط الا وهي حالة تصرفه بالبرنامج محل العقد المعلوماتي قبل ان يعلم بالعيب الخفي .

فاذا تصرف العميل بالبرنامج المعلوماتي قبل اطلاعه على العيب فلا يمكن ان يؤول في هذه الحالة مسلكه على انه تنازل عن حقه في الضمان لأنه لا يعلم بوجود العيب اصلا وعليه لا يمكن التنازل عن الحق قبل ثبوته ، ولكن طالما ان دعوى الرد تستتبع رد البرنامج الى المورد وعليه لا يمكن للعميل ان يتمسك بطلب الرد اذا كان يتعذر عليه اعادته ، فهنا لا يستطيع ان يسترد البرنامج ممن اشتراه لأنه اذا حاول ذلك يعد متعرضا للمشتري والقاعدة ان من عليه الضمان يمتنع عليه التعرض ، ومن ثم لا يكون امامه سوى المطالبة بالتعويض عن الضرر الذي اصابه بسبب العيب ، ولكن اذا المشتري قد اقام دعوى الضمان على العميل وطالبه بالرد فهنا وفق هذا الوضع يستعيد الاخير حقه برد البرنامج على المورد مرة اخرى ، لأنه بمقتضى دعوى الرد المقامة بوجهه يصبح بمقدوره (اقصد العميل المعلوماتي) استعادة ملكية البرنامج محل العقد ومن ثم امكانية رده على المورد ، كل هذا بشرط الا يكون حق العميل في الضمان قد سقط بسبب التقادم . (٢٤- ص ٢١٢)

هذا ومن المقرر ان امتناع الرد على العميل لا يقتصر على حالة تصرفه بالبرنامج بالبيع فقط وانما يقصد بالتصرف هنا كل عمل يقوم به باعتباره مالكا أيا كانت طبيعته سواء كان بمقابل او بدون مقابل ، من اعمال الادارة او من اعمال التصرف ، وكذلك ان استعادة العميل لحق الرد لا يقتصر على حالة رده من المشتري لعيب فيه بل يشمل بالإضافة الى ذلك اي تصرف يترتب عليه استعادته للبرنامج المعيب محل العقد وغني عن الذكر ان رد العميل للبرنامج على المورد بعد استعادته من المشتري قد يحقق له فائدة اكثر من مجرد مطالبته بالتعويض عن وجود العيب وهو ما يحدث على سبيل المثال في الاحوال التي يكون فيها الثمن الذي اشترى به البرنامج المعيب من المورد اكثر من الثمن الذي استعاد به بالشراء من المشتري .(١٦- ص ٥٩)

وبالرجوع الى القوانين محل المقارنة نلاحظ ان القانون الفرنسي والمصري وكذلك العراقي لم يتطرق الى هذه الصورة ولعل السبب وراء ذلك يعود ان استخلاص هذا الامر انما هو من البديهيات في القانون التي تحكمها القواعد العامة ، لذلك نلاحظ ان العديد من الاحكام القضائية حكمت بذلك دون ان يحكمها نص منها ما قضت به محكمة النقض المدنية الفرنسية في

قرارها ذو الرقم (٣٩) في ٢٨ اذار عام ١٩٥٢حيث قضت " اذا تصرف المشتري في المبيع قبل اكتشافه للعيب امتنع عليه الرد وثبت له الرجوع بفرق السعر " ، (٢٦- ص ٢٦٤) كما قضت محكمة النقض الفرنسية التجارية على " اذا باع المشتري المبيع العيب وقد علم به فقد رضيه ، اما اذا باعه قبل ان يعلمه فله الرجوع على البائع بالتعويض " .(١٠- ص ٤٠٦) كما قضت بذلك ايضا محكمة النقض المصرية في قرارها ذو الرقم ٦٨/١٨٨ في عام ١٩٦٨ حيث نص القرار على " لو تصرف المشتري بالمبيع المعيب فاذا كان لا يعلم بالعيب حتى تصرف فيه تصرفا يمنع الرد ثم علم فان كان التصرف مما لا يخرج السلعة عن ملكه يرجع بالتعويض " .(٢٧- ص ١٣٣)

ثانياً... تعيب البرنامج المعيب محل العقد المعلوماتي بعيب جديد بخطأ العميل .

اذا تعيب البرنامج محل العقد بسبب اجنبي عن العميل فليس هناك ما يمنعه من رد البرنامج والحصول على عناصر التعويض كاملا ، لان العيب هنا لا يمنع من ذلك ولكن ما الحكم لو كان تعيب البرنامج المعيب بعيب جديد بخطأ من العميل نفسه او حتى من الاشخاص الذين يكون مسؤولا عنهم ، يرى الفقه (٢٤- ص ٢٠١) وجوب التفرقة بين حالتين ، الاولى : اذا كان العيب الجديد قد اصاب البرنامج بسبب اجنبي عن العميل ، اما الحالة الثانية فهي حالة العيب الذي يصيب البرنامج بسبب العميل او من يسال عنهم . ففي الحالة الاولى ليس هناك ما يمنع العميل من رد البرنامج والحصول على عناصر التعويض كاملا ، لان التعيب هنا بسبب اجنبي لا يمنع من ذلك . اما في الحالة الثانية اي اذا كان العيب في المبيع نتيجة خطا العميل او من يسال عنهم فهنا يحرم الاخير من الحق في رد البرنامج وينحصر حقه في امكان الحصول على تعويض من المورد عن العيب القديم مع استبقاء البرنامج ، والسبب في حرمان العميل من الحق في رد البرنامج ان العميل لا يستطيع ان يرد البرنامج بالحالة التي استلمه بها وهو قد استلمه معيبا بعيب واحد ولكنه اصبح الان معيب بعيبين ، على انه لما كانت العلة تدور مع المعلول وجودا وعدما لهذا فمن المنطق ان يعود للعميل حقه في رد البرنامج على المورد بالعيب القديم اذا زال العيب الجديد ، كما انه يجوز للمورد في جميع الاحوال ان يعرض على العميل استعداده لقبول البرنامج بالحالة التي هو عليها اي بالعيب الجديد وفي هذه الحالة يعود للعميل الحق في رد البرنامج . (١٠- ص ٢٥٠)

هذا وقد عالجت هذا الموضوع القانون العراقي فقد نصت المادة (٥٦٢) من القانون المدني العراقي على " ١- اذا ظهر بالمبيع عيب قديم ثم حدث عيب جديد عند المشتري فليس له ان يرده بالعيب القديم والعيب الجديد موجود فيه ، بل له ان يطالب البائع بنقصان الثمن ما لم يرض البائع بأخذه على عيبه ولم يوجد مانع من الرد . ٢- فاذا زال العيب الحادث عاد للمشتري حق رد المبيع القديم على البائع " .وهذه اشارة واضحة الى موقف المشرع من هذا الموضوع ، الا ان المعالجة التشريعية لهذا الموضوع من قبل المشرع العراقي قد تعرضت الى النقد من قبل الفقه فهناك من يذهب الى القول ان نص المادة (٥٦٢) من القانون المدني العراقي لا تنسجم مع الوضع الاقتصادي والاجتماعي الراهن لأنها جاءت مطلقة وساوت بين حدوث العيب الجديد بسبب العيب القديم نفسه او بسبب فعل البائع وبين حدوث العيب الجديد بفعل او خطأ المشتري او من يقوم مقامه وبذلك تكون مجافية للعدالة. (٢٩-ص ٢٤٥)

ونحن نؤيد ذلك اذ كان من الاجدر بالمشرع العراقي ان يحدد الشخص الذي يصدر منه العيب الجديد ولا يترك النص القانوني مطلقا ليشمل حتى الخطأ الذي يصدر من البائع او من الشخص الاجنبي لذلك نحن نقترح ان تعدل المادة المذكورة الفقرة الاولى منها بالنص التالي (لا سبيل لفسخ عقد البيع ولا حق للمشتري الا في المطالبة بنقصان الثمن اذا تعيب المبيع المعيب بخطأ منه او من الاشخاص الذين يكون مسؤولا عنهم) . اذ يفهم من هذا النص ان حدوث عيب جديد في المبيع بغير فعل المشتري او من يكون مسؤولا عنهم لا يمنع المشتري من المطالبة برد المبيع بسبب العيب القديم مع الحصول على التعويض الكامل ، اما فيما يخص الفقرة الثانية من نفس المادة فنرى ان حكمها من الامور التي تستخلص من القواعد العامة بسهولة لذلك يفضل حذفها لأنها لم تأتي بالجديد .

وفي القانون الفرنسي لم نلاحظ اشارة لهذا الموضوع ضمن مواد القانون المدني الفرنسي ولعل السبب وراء ذلك اكتفاء المشرع الفر نسي بالقواعد العامة الواردة فيه والتي تنتهي بنفس المعالجة دون الحاجة الى نص على ذلك .

وبنفس الاتجاه ذهب المشرع المصري في القانون المدني الحالي فبعد ان كانت المادة (٣٩٩) من القانون المدني الملغي تنص على " اذا حدث عيب بالمبيع بسبب حادث قهري جديد او اذا كان المبيع بعد تسليمه تغيرت حالته بفعل المشتري او بفعل اي شخص اخر ، فلا للمشتري الحق في فسخ البيع الا اذا كان العيب الحادث قد زال او كان البائع قد ارتضى اخذ المبيع مع

وجود العيب الجديد فيه " . اما القانون الحالي فلم نلاحظ ما يقابل هذه المادة على اعتبار ان الحكم الوارد اعلاه انما هو تطبيق للقواعد العامة لذلك فلا حاجة للنص عليه وبالتالي فأجازوا العمل به بدون النص عليه .

ثالثاً .... هلاك البرنامج المعيب عند العميل

ان تبعة هلاك البرنامج المعيب اما ان تكون على عاتق المورد المعلوماتي واما ان تكون على عاتق العميل ، فاذا ما ثبت ان الهلاك كان بسبب العيب تحمل المورد تبعته وعليه يكون للعميل الحق في الرجوع على المورد بالثمن والتعويض كاملا ، اذ ان العبرة في هنا هي بسبب الهلاك وهو العيب ولهذا ينبغي على العميل ان يثبت توافر الرابطة السببية بين العيب والهلاك فمجرد وجود عيب سابق في البرنامج ثم هلاكه لا يعني تحمل المورد بما يفرضه عليه القانون من التزامات وانما لابد من ان يثبت العميل ان الهلاك تم بسبب العيب ذاته ، (٨- ص ٥٠٥) اما اذا ثبت ان الهلاك كان بقوة قاهرة او بخطأ من العميل او ممن هو مسؤول عنهم فهنا العدالة تقتضي بحق العميل في الرجوع على المورد بقيمة ما كان ينقصه العيب من مقدار ما دفعه ثمنا للبرنامج ، وعليه لا يحصل المورد الا على حقه فقط دون زيادة ، اي لا يحصل الا على قيمة البرنامج معيبا وما زاد على ذلك ينبغي ان يكون من حق العميل ، وبقاء دعوى الضمان للعميل تجاه المورد في هذه الحالة يبرره ان البرنامج كان معيبا ولهذا فان مجرد هلاك المبيع لا يبرئ ساحة المورد فلا يكون وسيلة لتخليصه مما يتحمل به من التزامات ناشئة عن عيب البرنامج ولإثرائه على حساب العميل الذي يدفع الثمن على اساس خلوه من العيوب . (٢٣- ص ١٨٥)

وبالرجوع الى نص المادة (١٦٤٧) من القانون المدني الفرنسي التي تنص على " اذا هلك المبيع المصاب بالعيوب نتيجة لنوعيته السيئة ، فيتحمل البائع تبعة هذا الهلاك ويلزم تجاه المشتري برد الثمن ودفع التعويضات عن الاضرار الاخرى المبينة في المادتين السابقتين ولكن الهلاك الحاصل بقوة قاهرة فانه يكون على مسؤولية الشاري " . (١٩- م١٦٤٦ _ ١٦٤٧).

وهذا يعني ان المشرع الفرنسي كما تقدمنا فرق بين حالتين الاولى اذا كان العيب بفعل العيب نفسه او بسبب قوة قاهرة فهنا يبقى للعميل الرجوع على المورد بضمان العيوب

المعلوماتية ولا تعد مانع من موانع الضمان ، اما اذا كان الهلاك بسبب فعل العميل نفسه فهنا تعد مانع من موانع الضمان والذي بموجبه لا يحق للعميل بالرجوع على المورد الا بنقصان الثمن .

اما بالنسبة للمشرع المصري فقد كانت المادة (٣٢٣/ ٤٠٠) من القانون المدني الملغي تنص على " اذا هلك المبيع بسبب العيب القديم فيكون هلاكه على البائع ويلزم حينئذ برد الثمن والمصاريف و دفع التضمينات " . ويؤخذ من هذا النص ان الهلاك بسبب العيب القديم يكون على البائع ولو حصل بعد استلام المشتري له فيلزم حينئذ برد الثمن والمصاريف بالإضافة الى التضمينات اذا كان يعلم بالعيب الخفي والا فلا يلزم بها عملا بالمادة (٣١٤ / ٣٨٨) من القانون الملغي ، والحكمة في ذلك ان وقت طروء العيب لم يكن المبيع مملوكا للمشتري بل كان لا يزال مملوكا للبائع فاذا انعدم محل البيع بسبب ذلك العيب بطل العيب وكان الثمن بلا سبب في يد البائع.

اما في القانون المدني المصري النافذ فقد نصت المادة (٤٥١) منه على " تبقى دعوى الضمان ولو هلك المبيع باي سبب كان " بهذه الكلمات عالج المشرع المصري مسالة الهلاك حيث يستفاد من هذا النص ان دعوى الضمان تبقى في حالة هلاك البرنامج محل العقد بغض النظر عن سبب الهلاك سواء كان بسبب العيب ذاته او خطا من المورد او خطا من العميل او حتى بسبب اجنبي ، وأيا كان مدى هذا الهلاك كليا او جزئيا ، اذ يبرر المشرع موقفه هذا بحسب ما مذكور بالأعمال التحضيرية " ان الهلاك امر عارض فلا يصح ان يؤدي الى تفويت حق المشتري "(٢٣- ص ٢٠٦) ويفرض النص ان البرنامج المعيب قد هلك بعد تسلمه العميل لأنه لو كان قد هلك قبل التسليم فان هلاكه يكون على المورد ولا محل اذن لقيام ضمان العيوب الخفية وحول هذا النص تقول المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدي للقانون ان القانون المدني " اكتفى بان قرر ان دعوى الضمان تبقى حتى لو هلك المبيع حتى تنتفي الشبهة في ان هلاك المبيع قد يسقط دعوى الضمان "

هذا ويرى جانب من الفقه(٢٣- ص ٢٠٧ ، ٣٠-ص ٤٢٢) اذا كانت دعوى الضمان بحسب النص المتقدم تبقى للعميل بالرغم من هلاك البرنامج فان حقوق العميل هنا تختلف باختلاف سبب الهلاك وعليه يجب ان نفرق بين ما اذا كان الهلاك بفعل يعزى الى المورد ام بسبب يرجع الى العميل ام انه يعود الى سبب اجنبي ، فاذا كان هلاك المبيع نتيجة فعل او سبب

يعزى الى المورد كما لو هلك بسبب العيب نفسه او بسبب خطا المورد فهنا يحق للعميل ان يطالبه بالتعويض الكامل .

اما اذا كان الهلاك بسبب العيب جزئيا فان العميل يرد للمورد البرنامج الهالك جزئيا وما افاد نه و يرجع عليه بالتعويضات الكاملة عن البرنامج كالاستحقاق الكلي ، اما اذا كان الهلاك بسبب يرجع الى العميل فهنا ليس له الحق بالرجوع على المورد بالتعويض الكامل اذ يتعذر عليه اعادة البرنامج بسبب يرجع الى فعله ، ومن ثم وجب عليه ان يكتفي بمطالبة المورد بالتعويض عما اصابه من ضرر بسبب العيب ويستوي ان يكون العيب جسيما او غير جسيم . (٢٠- ص ٢٧٧)

اما اذا كان الهلاك يعود الى سبب اجنبي فهنالك رأيان في هذه الحالة فذهب الرأي الاول (٢٦- ص ٢٤٧) الى القول الى ان للعميل الحق في هذه الحالة ان يطالب المورد بتعويض كامل لان الرد استحال على العميل ليس بفعله وانما بسبب اجنبي ولكن يجب ان يرد الى المورد ما افاد من البرنامج .

في حين ذهب الرأي الاخر الى القول ان حق العميل يقتصر في هذه الحالة على المطالبة بالتعويض عن الضرر الذي اصابه بسبب نقص القيمة او المنفعة لوجود العيب ، اذ الفرض ان البرنامج قد هلك وبالتالي لن يستطيع العميل ان يرده الى المورد ، ولهذا لا مناص من استحقاق التعويض على اساس استبقاء البرنامج تحت يده وذلك ايا كانت جسامة العيب ، فالمورد يلتزم بتعويض العميل عما اصابه من ضرر بسبب العيب مع افتراض وجود البرنامج لان المورد لا يسال عن السبب الاجنبي ومن ثم لا يصح ان يتحمل نتائجه فاستحالة الرد لهلاك البرنامج بسبب اجنبي تسقط خيار العميل ولا يبقى له الا الحق في التعويض دون استرداد الثمن فالأخير يجب ان يتحمل تبعة الهلاك باعتباره مالكا . (١- ص ٢٤٣)

اما بالنسبة الى المشرع العراقي فقد نصت المادة (٥٦٤) من القانون المدني العراقي على " اذا هلك المبيع المعيب في يد المشتري فهلاكه عليه ويرجع على البائع بنقصان الثمن " . وقد تعددت الآراء في الفقه العراقي لدى التعرض لهذا الموضوع فذهب رأي الى ان للعميل الرجوع على المورد بنقصان الثمن فقط في حالة هلاك البرنامج بغض النظر عن سبب الهلاك ،

(٣١ – ص ٢٤٨) في حين ذهب رأي اخر بان للعميل الحق في الرجوع على المورد بكل الثمن والمصاريف في حالة هلاك البرنامج بسبب العيب القديم وحده .(٢٩- ص ٢٣٩)

ويذهب راي ثالث بان للعميل الحق في طلب الفسخ فاذا هلك البرنامج المعيب محل العقد بحادث جبري لا يلزم برد شيء عدى المتبقي من البرنامج لكون البرنامج قد هلك ويلزم المورد برد الثمن فتبعة الهلاك تقع عليه لان قيام المورد بتسليم برنامج معيب لا يترتب عليه نقل تبعة الهلاك الى عاتق العميل لان هذا التسليم بمثابة عدم تسليم ، اما اذا هلك البرنامج بخطأ البائع فالفسخ واجب هنا ايضا من باب اولى ولكن هلاك البرنامج بخطأ العميل او فعله سوف لا يعطيه الحق في طلب الفسخ بل يقتصر حقه على طلب تخفيض الثمن .(٣٢ – ص ١٨٥)

المطلب الثاني

زوال العيب المعلوماتي من البرنامج محل العقد .

اذا زال العيب الخفي من البرنامج محل العقد باي سبب من الاسباب ، كان يكون الفايروس في البرنامج من النوع الذي يزول دون تدخل احد ، او كان يكون العيب الموجود في البرنامج نتيجة خلل في الحاسب الذي يشغل البرنامج وبمجرد اصلاح ذلك الخلل زال العيب الموجود في البرنامج او غيرها من الاسباب ، فهنا يسقط حق العميل في الرجوع على المورد بالضمان اذ لم يعد داع لإقامتها وذلك لزوال مصلحته التي انتفت بانتفاء الضرر والقاعدة انه لا دعوى بدون مصلحة ، غير انه يلزم لسقوط حق العميل في الضمان في هذه الحالة ان يكون العيب بطبيعته مؤقتا وغير قابل للظهور مرة اخرى ، فاذا كان زوال العيب امرا عارضا وكان قابلا للظهور في البرنامج بعد ذلك فهنا لا يعد مؤقتا وعليه يبقى حق العميل في الضمان قائما .(٢٣- ص ٢١٢)

وهناك من يرى ان النص على سقوط دعوى الضمان بزوال العيب هو من باب لزوم ما لا يلزم اقرار لأمر بديهي ولذا لم يكن هناك مبرر لإيراده ، اذ ان من شروط العيب الموجب للضمان ان يكون دائما فان كان مؤقتا فلا يعد موجبا للضمان وعكس ذلك صحيح ، فاذا كان من طبيعته الاستمرار فهنا يعتبر موجبا للضمان حتى لو كان يغيب ويختفي بين الحين والاخر .وعموما المرجع في بيان ما اذا كان زوال العيب هل هو مؤقت ام نهائي انما هم اهل

الاختصاص الدقيق في مجال البرمجيات والمعلوماتية حيث تستعين بهم المحكمة لتحديد ذلك . (١٦- ص ٥٩)

هذا ويستوي في زوال العيب ان يكون صدفة او بتدخل احد المتعاقدين لان وجود العيب هو السبب الرئيس في وجود هذا الضمان وبزواله يسقط أيا كان السبب فمثلا لو كان العيب في البرنامج هو عيب من يقلل من المنفعة المقصودة منه وقام المورد بإجراء بعض الاعمال بحيث جعله ذو منفعة اكثر فهنا زال العيب عن طريق المورد ، او اذا كان البرنامج ذو خلل فني زال لحاله دون تدخل من احد ففي كل من الحالتين زوال العيب يسقط الضمان . (٢٤ – ص ٢٦٤)

المطلب الثاني

تنازل العميل عن الضمان

من المعلوم ان الضمان انما هو حق مقرر لمصلحة العميل المعلوماتي وعليه له الحق في ان يتنازل عنه وعادة يكون التنازل على نوعين ، اذ قد يكون صريح ومن الممكن ان يكون ضمني ، فأما التنازل الصريح فيكون عن طريق رضا العميل صراحة بالعيب وذلك بان يعبر العميل عن ارادته صراحة في النزول عن حقه في الضمان ، وذلك بان يقول رضيت بالعيب او اجزت هذا العقد او غير ذلك بما يفيد معنى التنازل .(٢٢- ص ٤٠٦)

اما التنازل الضمني فهو ما يصدر من فعل عن العميل بعد ان يعلم بالعيب بما يدل على الرضا به وعادة يتحقق في اربع صور .

الصورة الاولى ... تصرف العميل في البرنامج محل العقد بعد علمه بالعيب .

فاذا تصرف العميل بالبرنامج محل العقد بعد علمه بالعيب سقط حقه في الضمان ، وهذا ما اخذ به كل من القانون المدني العراقي بصورة صريحة وذلك في نص المادة (٥٦٦) منه والتي نصت على " اذا اطلع المشتري على عيب قديم في المبيع ثم تصرف فيه تصرف الملاك ، سقط خياره " (٢٥- ص ١٣٣)

اما في القانون المصري فقد كانت المادة (٤٠٣/٣٢٥) من القانون المدني الملغي تنص على " تصرف المشتري في المبيع باي وجه كان بعد اطلاعه على العيب يوجب سقوط حقه في طلب الضمان " . للدلالة على ان تصرف المشتري بصورة عامة

في المبيع بعد اطلاعه على ما به من عيب في عدم رغبته بالرد ، اي ان التصرف يعد بحكم الرضا الصريح بالعيب وبالتالي يسقط حقه بالضمان ، اما في القانون المدني النافذ فقد اشارت مذكرته الايضاحية الى نص المادة (٤٠٣/٣٢٥) من القانون الملغي وبينت ان القانون الحالي لم ير فيه حاجة الى النص على هذا الحكم لأنه واضح يسهل استخلاصه من القواعد العامة ، ومعنى ذلك ان حكم المادة سابقة الذكر من القانون الملغي يطبق في ظل نصوص القانون الحالي ، الامر الذي انتقده جانب من الفقهاء بقولهم ان هذا خطأ فادح في امر واضح وغفلة كبرى من واضعي القانون في مذكرته الايضاحية فمن البديهي ان القواعد العامة القانونية التي توجب تطبيقها في هذا الفرض عكس هذا الحكم اي عدم سقوط حق المشتري في الضمان وسقوط حقه في الفسخ . (١٦- ص ٨٠)

وتصرف العميل في المبيع بعد علمه بالعيب يسقط حقه في الضمان ايا كان نوع هذا التصرف سواء كان ناقلا للملكية او غير ناقل لها فالبيع والايجار والوديعة جميعها تصرفات تسقط حق العميل في الضمان . (٢٦ – ص ٢٤١)

هذا وقد كان للقضاء الفرنسي دورا في التأكيد على جواز تنازل العميل المشتري صراحة عن حقه في ضمان العيب وهذا ما يتضح من حكم محكمة استئناف ليون في حكمها الصادر في ٩ ديسمبر عام ١٩٥٤والذي قضت فيه على " محاولات المشتري لإزالة عيب وجد في الشيء المبيع ومحاولته اعادة المبيع للعمل بعد ازالة العيب للاستعمال المقصود منه لا يعتبر بمثابة تنازل المشتري عن حقه في الضمان " . (١٩- ص ١٦٠٨)

الصورة الثانية ... استعمال العميل للبرنامج محل العقد بعد علمه بالعيب .

فاذا استعمل العميل البرنامج محل العقد بعد علمه بالعيب سقط حقه في الضمان ، فقد ذهب جانب من الفقه الفرنسي الى القول بان استعمال العميل المعلوماتي للبرنامج محل العقد بعد علمه بالعيب يسقط حقه في الرجوع على المورد بالضمان ، على انه لا يعد العميل متنازلا عن حقه في الضمان مجرد استخدامه لجزء من البرنامج اذا كان العيب لا يظهر الا بالاستخدام وهذا ما قضت به محكمة باريس في القرار الصادر في ١٨ نوفمبر عام ١٩٨٠ حيث قضت على " ان

استعمال المشتري للمبيع بعد علمه بالعيب يسقط حقه بالرجوع على البائع بالضمان ، الا اذا العيب لا يظهر الا بالاستهلاك الجزئي ". (٢٣- ص ٢٠٩)

عموما فهناك راي في الفقه يذهب الى القول ان الحكم في هذه الحالة واضح ويسهل استخلاصه من القواعد العامة لذا لا توجد حاجة للنص عليه في القانون اذ حسب القواعد العامة اذا وقف المشتري على عيب في المبيع واستمر في استعماله بالرغم من ذلك فهذا دليل على تنازله الضمني عن حقه في الضمان الا اذا كان قد تحفظ واحتفظ بحقه تجاه البائع فهنا يكون قد اظهر ارادته في عدم التنازل عن الضمان ، على انه يلزم ان يكون هذا الاستعمال واضحا يدل دلالة اكيدة على نية المشتري في التنازل عن حقه في الضمان ومن الافعال التي تدل على الرضا بالعيب .(١- ص ٢٥٢)

وبالرجوع الى القانون المدني المصري والقانون المدني العراقي نلاحظ انه لم ينص على هذه الحالة ، ولعل السبب وراء ذلك هو تأثرهم بالرأي الفقهي السابق الذي يبين انه من الامور التي يمكن استخلاصها من القواعد العامة ، ونرى ان النص على هذه الحالة من الامور المهمة التي يجب ان لا تترك للقواعد العامة لحكمها، خصوصا اذا ما علمنا ان البرامج المعلوماتية ليس من السهل بيان فيما اذا كان العميل قد استعملها ام لا لكونه من الاشياء التي لا تنقص بالاستعمال ، ففي هذا الحال كيف لنا ان نثبت ان العميل المعلوماتي قد استخدم البرنامج .

الصورة الثالثة ... سكوت العميل المعلوماتي عن العيب في البرنامج محل العقد على الرغم من علمه به .

فاذا ما علم العميل بالعيب ألمعلوماتي وسكت سقط حقه في الضمان ، فقد ذهب الفقه(٢٧ – ص ١٢٣) الى القول ان حق العميل في الرجوع على المورد بالضمان يسقط اذا سكت وكان العيب ظاهرا او خفيا ولكنه يعلمه ، فاذا كان العيب ألمعلوماتي ظاهرا وقت ان تسلمه العميل ولم يعترض بل انه رضى تسلمه فهنا المورد لا يضمنه لان العميل قد رأى العيب ظاهرا دون ان يعترض يكون قد ارتضاه واسقط حقه في التمسك بالضمان ، واذا لم يكن العيب ألمعلوماتي ظاهرا ولكن المورد اثبت ان العميل كان يستطيع ان يتبين العيب بنفسه لو انه فحص البرنامج بعناية الرجل المعتاد فيكون من المفروض عندئذ ان العميل قد فحصه فعلا بهذه العناية المطلوبة

فتبين وجوده وسكت ولم يعترض فيكون سكوته تنازلا عن حقه ولا يقبل من العميل في هذه الحالة ان يثبت انه لم يفحص البرنامج فعلا ولم يتبين وجود العيب .

الخاتمة

بعد ان انتهينا من انجاز موضوع البحث وبغية الوصول الى غاية الدراسة لابد من بيان اهم النتائج والتوصيات التي توصلنا لها :

اولا: النتائج

١- يقصد بالاخطار في مجال العقود المعلوماتية يمكن ان نعرفه بانه اجراء ينقل عدم ارتياح العميل المعلوماتي من المورد وعدم قبوله للبرنامج محل العقد كونه يحوي على عيب معين يجعل البرنامج غير صالح للمنفعة المقصودة منه او يقلل من تلك المنفعة .
٢- لم يعالج المشرع العراقي حالة ما اذا اشترى اكثر من عميل البرنامج محل العقد ثم بعد ذلك اتضح انه معيب بعيب يؤثر على قيمته او منفعته واراد احد هؤلاء العملاء الرجوع على المورد بالضمان وابى الاخر، وانما ترك الموضوع لاحكام الشريعة الاسلامية، وهو في حقيقة الامر نقص يجب تداركه .
٣- عند الرجوع الى نص المادة (٥٧٠) ف (١) من القانون المدني العراقي التي تنص على " لا تسمع دعوى ضمان العيب اذا انقضت ستة اشهر من وقت تسليم المبيع ، حتى لو لم يكشف المشتري العيب الا بعد ذلك ، ما لم يقبل البائع ان يلتزم بالضمان لمدة اطول ". نلاحظ ان دعوى العيوب الخفية يجب ان ترفع خلال ستة اشهر من وقت استلام المبيع وهذا ما يوضح ان المشرع العراقي كان حريصا على ان يقصر من مدة الضمان لغرض استقرار المعاملات وبالتالي لا يبقى البائع وعلى صعيد عقود المعلوماتية المورد مهددا بهذا الضمان لمدة طويلة ، ومن الملاحظات التي تساق في هنا..

أ- ان التسليم الذي يقصده المشرع العراقي في هذا النص انما هو التسليم الحقيقي الفعلي وليس التسليم الحكمي ، على اعتبار ان الاخير لا يحقق الغرض المقصود منه الا وهو التحقق من حالة المبيع .

ب- ان المدة المحددة بموجب النص المذكور ليست حتمية وانما من الممكن الاتفاق بين المتعاقدين على مدة اطول او اقصر لكونها لا تعد من النظام.

٤- لم يعالج المشرع حالة استعمال المبيع كاحدى صور التنازل عن دعوى ضمان العيوب الخفية ، وذلك لانه من الامور التي يمكن استخلاصها من القواعد العامة ، ونرى ان النص على هذه الحالة من الامور المهمة التي يجب ان لا تترك للقواعد العامة لحكمها خصوصا اذا ما علمنا ان البرامج المعلوماتية ليس من السهل بيان فيما اذا كان العميل قد استعملها ام لا لكونه من الاشياء التي لا تنقص بالاستعمال ، ففي هذا الحال كيف لنا ان نثبت ان العميل المعلوماتي قد استخدم البرنامج .

ثانياً ... المقترحات :

١- ندعو المشرع العراقي ان يورد بابا خاصا للعقود المعلوماتية في قانون التوقيع الالكتروني والمعاملات الالكترونية رقم (٧٨) لسنة ٢٠١٢ ، يعالج فيه هذا النوع من العقود وكل ما يتعلق بدعوى ضمان العيوب الخفية في هذا النوع من العقود.

٢- نحث المشرع العراقي على ايراد نص خاص يعالج حالة تعدد المشترين لمحل واحد وهو في نطاق بحثنا البرنامج المعلوماتي وعدم ترك ذلك للشريعة الاسلامية لعدم فعاليته في اطار عقود المعلوماتية ونقترح النص التالي ، " اذا اشترى اثنان شيئا واحدا ، وظهر معيبا فلهما معا رده الى البائع او امساكه مع التعويض ،ما لم يتم الاتفاق على خلاف ذلك "

٣- نقترح ايراد نص خاص يعالج حالة استعمال المبيع للدلالة على ان المشتري متنازل عن حقه في رفع دعوى ضمان العيوب الخفية وبما يتناسب مع خصوصية العقود المعلوماتي ، وهو كالاتي " اذا استعمل المشتري المبيع المعيب بعد علمه بالعيب سقط حقه في الضمان ، ويعد المبيع مستعملا اذا مضت مدة معقولة يترك تقديرها لقاضي الموضوع .

المراجع

١- د. اسعد دياب ، ضمان عيوب المبيع الخفية ،دار اقرا ، بيروت ، ١٩٨٣، ص١١٥ .
٢- د. عبد الودود يحيى ، الموجز في النظرية العامة للالتزامات ، القسم الثاني ، احكام الالتزام ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٨٣ .
٣- د. عبد المجيد الحكيم ود. عبد الباقي البكري واخرون ، احكام الالتزام ، ج٢ ، المكتبة القانونية ، بغداد ، بدون سنة طبع ، ص ٤٦ وما بعدها .
٤- القانون المدني المصري رقم ١٣١ لعام ١٩٤٨ المعدل .
٥-[1] د. طارق كاظم عجيل ، ثورة المعلومات وانعكاساتها على القانون المدني ، ط١ ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، ٢٠١١.

٦- القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لعام ١٩٥١ المعدل .
٧- د. منصور مصطفى منصور ، ضمان العيوب الخفية في عقد البيع ، الاسكندرية ، ١٩٩٧ .
٨- د. توفيق حسن فرج ، العقود المسماة ، شرح عقدي البيع والمقايضة ، دار النهضة العربية ، بيروت ، ١٩٦٨
٩- د. حسام الدين كامل الاهوائي ، عقد البيع ، مطبوعات جامعة الكويت ، بدون سنة نشر .
١٠- د. عبد الرسول عبد الرضا ، ضمان العيوب الخفية في القانون الكويتي وقوانين مصر وفرنسا ، ط٢ ، مؤسسة دار الكتب للطباعة والنشر ، الكويت.
١١- عمر احمد عبد المنعم دبش ، النظام القانوني لضمان العيوب الخفية في عقد البيع ، اطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية الحقوق جامعة عين شمس ،٢٠٠٩.

١٢- د. محمد المنجي ، عقد البيع الابتدائي ، منشاة المعارف ، الاسكندرية ، ١٩٨٧ .
13- Dubarry : Les Obligation ,Paris, 1970
14- Jean Lepargneeur ; De 14LeffetAlegard De layant cause particular Des contracts ,paris , 1924.
15- Suanh.poole : the milenniun bug , http:// wings.buffalo.edu\complaw
١٦- عبد القدوس عبد الرزاق محمد ، الالتزام بضمان العيوب الخفية في عقد البيع في قانون المعاملات المدنية لدولة الامارات دراسة مقارنة مع القانون المصري ، رسالة ماجستير لنيل درجة الماجستير في القانون مقدمة الى مجلس كلية الحقوق في جامعة القاهرة ، ١٩٩٥.
١٧- ابي محمد بن سهل السرخسي ، المبسوط ، ط٣ ، دار المعرفة ، بيروت ، ١٩٧٨ ،
١٨- علاء الدين ابي بكر بن مسعود الكاساني ، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ،ط٢، دار الكتاب العربي ، بيروت ، ١٩٨٢ .
١٩- القانون المدني الفرنسي لعام ١٨٠٤ المعدل
٢٠- علي حسين نجيدة ، ضمان عيوب المبيع في القانون المصري ر، دار الفكر العربي ، القاهرة ، ١٩٨٦ ،.

٢١- د. احمد شوقي محمد عبد الرحمن ، مسؤولية البائع عن ضمان العيوب الخفية ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، ٢٠٠٧

٢٢- د. خالد عبد الله عيد،دعاوى الضمان في القانون المدني،منشأة المعارف،الاسكندرية، ٢٠٠٣

٢٣- انور العمروسي ، دعاوى الضمان في القانون المدني ،منشأة المعارف ،الاسكندرية، ٢٠٠٣

٢٤- مجلة القضاء ، العدد الخامس ، ١٩٩٩ .

٢٥- د. محمود عبد الحكم رمضان ، التزام البائع بضمان العيوب الخفية في المبيع ، اطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية الحقوق جامعة المنصورة ، ١٩٩٤ ،.

٢٦- محمد فواز المطالقة ، النظام القانوني لعقود اعداد برامج الحاسب الالي ، ط١ ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، ٢٠٠٤.

٢٧- د. حسن عبد الباسط جميعي ، عقود برامج الحاسب الالي ، دار الكتب والوثائق الوطنية ، بغداد ، ٢٠٠٨

٢٨- د. صاحب عبيد الفتلاوي ، ضمان العيوب الخفية وتخلف المواصفات ، ط١ ، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، ص١٩٩٧.

٢٩- د. سليمان مرقس ، الوافي في شرح القانون المدني ، المجلد الثاني ، في الفعل الضار والمسؤولية المدنية ، ط٥ ، بدون دار نشر ومكان نشر ، ١٩٨٨

٣٠- د. حسن علي الذنون ، شرح القانون المدني العراقي ،

٣١- د. صلاح الدين الناهي ، الوسيط في شرح القانون التجاري العراقي ، ط٣ ، ج١ ، ١٩٥٣ .

---

[١] الا ان الفرق الوحيد بين المادتين هو ان القانون المدني المصري قد اوجب ان يكون الاخطار خلال مدة معقولة دون ان يشترط المشرع العراقي ذلك ، ونرى انه لا مانع من الاخذ بذلك في القانون المدني العراقي .

[٢] انظر د. توفيق حسن فرج ، العقود المسماة ، شرح عقدي البيع والمقايضة ، دار النهضة العربية ، بيروت ، ١٩٦٨ ، ص ٤٥٩ .

[٣] في حين هناك من التشريعات المدنية التي اوجبت على البائع بصورة عامة وعلى المورد المعلوماتي بصورة خاصة بضرورة الاسراع الى اثبات العيب الذي يظهر على المبيع منها المادة (٥٤٤) من القانون المدني المغربي ، والمادة (٤٤٧) من قانون العقود والموجبات اللبناني .

[٤] يرى الدكتور محمد المنجي وهذا ما نؤيده ان هناك فرق بين سوء النية والغش ، فاذا كان البائع بصورة عامة يعلم بالعيب الخفي ولم يخبر المشتري به فهنا يعد سيء النية ، اما اذا تعدى سوء النية الى العمل على اخفاء العيب حتى لا يكتشفه المشتري ويقبل بالمبيع فهنا يعد البائع مرتكبا لحالة الغش الذي يفسد كل شيء حسب القواعد العامة . انظر د. محمد المنجي ، عقد البيع الابتدائي ، منشاة المعارف ، الاسكندرية ، ١٩٨٧ ، ص٣٥٥ .

[٥] انظر المادة (١٢٠٣) من القانون الفرنسي والمواد (٣٢١ -٣٢٢) من القانون المدني العراقي والمواد (٢٨٤-٢٨٥) من القانون المدني المصري .

Abstract

The conditions set by the law to establish a guarantee of hidden information defects, which are, as we know, old and effective, and are not known by the customer, as these conditions become available, the customer has the right to demand the implementation of the penalty prescribed by law in relation to the supplier's commitment to guarantee hidden defects, and the law has specified the means of the customer In claiming the actions of this penalty in a lawsuit known as a lawsuit to guarantee hidden faults, it is a suit that has its own organization in a way that distinguishes it from other cases, such as a suit for annulment or a suit for annulment or others. Also, the right of the customer to refer to the supplier by guarantee is a temporary right, as it is not reasonable for this right to remain after the establishment of a weapon that he defines against the customer whenever he wants, and for this he will drop a number of reasons, including what we have talked about, I mean in the case if the customer does not perform the procedures To be followed, which relates to examining the program in question and notifying the supplier of the defect according to the periods stipulated in the law. Accordingly, in addition to these cases, the law referred to a number of cases in which the claim for security claims is dropped. The law also specified the penalty for the establishment of this guarantee in a way that could not be done in accordance with the general rules, and it is necessary to find out the truth of the matter in the protection provided by the law to the customer in the face of the information resource that we first display the claim of security in the first topic by dividing it into two topics in the first We will address the procedures for a lawsuit to ensure hidden information defects, but in the second, we will determine the guarantees and projections of guarantees in this type of contract.

A lawsuit to ensure hidden defects in information contracts

- a comparative study-

Prof.Dr. Salam Abdul Zahra Al-Fatlawi

College of Law / University of Babylon

Huda Sadoon Lafta College of Law /

University of Al Qadisiyah