

التنظيم القانوني للضمان العشري

دراسة تحليلية مقارنة

Legal regulation of ten-year guarantee: Comparative analytical study

المدرس الدكتور رهاز نهدده لأن بهكر

قسم القانون /فاكتي العلوم الانسانية والاجتماعية / جامعة كويه

| معلومات البحث | الملخص |
|--|---|
| <p>تاريخ البحث: الاستلام: ٢٠١٧/٧/١٥ القبول: ٢٠١٧/٩/٧ النشر: خريف ٢٠١٧</p> <p>Doi: 10.25212/lfu.qzj.2.5.20</p> | <p>إن الحياة وبشكل بسيط قائمة على السكن والعمل، فلا بد من سقف يستوعب الأمرين إذ أن الطبيعة البشرية في الوقت الحاضر وبحكم التغيير النمطي في سلوكها واحتياجاتها اندمجت مع البناء والمنشآت واستقرت فيها، وبما أن الاستقرار مرهون بالأمان، فلا بد من ضمان يكون كفيلاً إلى حد ما بسلامة ما يجتمع فيها الأشخاص من المشييدات بمختلف أنواعها ومن هذا المنطلق وجد الضمان الخاص بالبناء والمنشآت والمعروف لدينا بالضمان العشري.</p> <p>بما أن الضمان العشري على قدر كبير من الأهمية، جاء هذا البحث لتقييمه من نواحي عدة على وفق المسلك المتبع من قبل المشرع العراقي وقت تقنينه مقارنة بقوانين أخرى وتحديد المصري والفرنسي، لبيان مافي ه من الصواب والقصور من حيث نطاقه من ناحيتي الأعمال والأشخاص والشروط المطلوبة، للأخذ به كما جاءت في البحث أيضاً مواضيع تخص طبيعة الضمان العشري، وحقوق وخيارات المستفيد منه عند قيامه، بهدف التعزف على ما إذا كان وما يزال صالحاً للغرض، الذي من أجله شرعت احكامه أم لا، فهذا البحث يجسد الأمور المذكورة تلك وذلك من خلال مبحثين موزعين على مطالب وفروع عدة ينتهي بذكر التي تحتوي على خاتمته بإستنتاجات وتوصيات تساعد على تطويره وجعله أكثر فاعلية.</p> |

الكلمات المفتاحية:

Law, tenancy guarantee, housing, work, establishment, legislator, contractor, contracts

المقدمة

بعد عقد المقاوله من العقود ذات الأهمية الكبيرة الواردة على العمل، فقد تعددت أنواع المقاوله وصورها في الوقت الحاضر وكثر الإقبال عليها، سواء على الصعيد الحكومي وذلك بإنشاء العديد من المرافق الحيوية كالجوامع والمدارس والمستشفيات والطرق والجسور . . . الخ، أم على صعيد القطاع الخاص والذي يتجسد في البناء والتعمير، إذ يزداد حجم المقاولات سنة بعد أخرى في مختلف الدول ولاسيما تلك التي تحاول إعادة بنيتها التحتية من جديد كالعراق الذي انهارت فيه مدن على وجه شبه كامل بسبب الحروب والمعارك، فأولوية الحكومة والمواطنين في الوقت الحاضر تتمثل في أعمال البناء والتشييد على حدّ سواء والتي يكون معظمها من خلال المقاولات، كونها تمثل الإطار العملي والطبيعي لتلك العمليات. إن عقد المقاوله في المباني والإنشاءات لا يقف عند انجاز العمل الم عهد للمقاول فحسب وإنما يصاحبه العديد من الالتزامات التي تضمن حقوقا لصاحب العمل لا تقل اهميتها عن العمل المنجز بل وأكثر من ذلك فإن قيمة العمل المنجز تتوقف على هذه الحقوق فهي لا تخص ماتم تشييدها من العمارات و المباني بل يتعدى ذلك بكثير، ليرتبط إرتباطاً وثيقاً بالمواطنين إذ تعد المباني والمنشآت رمز الاستقرار في حياة الانسان ونقطة الانطلاق لنشاطه المستمر، لذا فإن ما يشوبها من نقص او خلل يهدد مباشرة امن المواطنين وسلامة حياتهم وممتلكاتهم.

أهمية البحث

يحتوي الضمان العشري في طياته على مسائل كثيرة، منها ما تخص موجباته والأعمال والأشخاص المعنيين به، فضلاً عما يترتب عليه من الآثار الأهمية القصوى والتي في مجملها تشكل الأساس الذي ترتكز عليها مقاوله البناء والإنشآت، فهذا الضمان هو الذي يولد القيمة الكلية والحقيقية، كونه وثيق الصلة بالشيء محل المقاوله.

مشكلة البحث

من المعروف أن أحكام الضمان العشري في القانون العراقي مقننة في القانون المدني، والذي يمتد تأريخ اصداره إلى سبعين سنة ومنذ ذلك الوقت وللوقت الحاضر لم تطرأ عليه تعديلات تذكر، بحيث تتلائم مع المستجدات الحياة في مجملها وتنسجم مما دفعت بالعديد من جهات التشريعية القوانين، إلى إعادة النظر بأحكام الضمان العشري وتعديلها بما تنسجم مع الواقع العملي لأعمال البناء والإنشآت، فالضمان العشري على وفق نمطه الحالي في القانون المدني العراقي ليس في مستوى الطموح ولا يمكن الركون إليه في كثير من الحالات.

أهداف البحث

تكمّن اهداف البحث في الاجابة على التساؤلات الآتية:-

- 1 - ما هو المسلك المعتمد من قبل المشرع العراقي حول احكام الضمان العشري؟.
- 2 - ماهي الأعمال المعنية بالضمان العشري.
- 3 - من هم الأشخاص المسؤولون عن الضمان العشري؟.
- 4 - مدى فاعلية أحكام الضمان العشري في الوقت الحالي في ضوء التغييرات التي طرأت في العراق على الأصعدة جميعها؟.
- 5 - ماهي العيوب المعنية بالضمان العشري؟.
- 6 - التعرّف على ما إذا كان الضمان العشري ذات طبيعة قانونية محددة أم لا؟.
- 7 - ماهي آثار الضمان العشري عند لزومه؟.

منهجية البحث

أنجز هذا البحث بالإعتماد على أسلوب التحليل والمقارنة، إذ يتضمن تحليلاً للقواعد المنظمة للضمان العشري في القوانين المدنية لكل من العراق مصر وفرنسا، وجاءت المقارنة فيما بينها كنتيجة لما سبقها من التحليل.

هيكلة البحث

ينقسم هذا البحث على مبحثين، المبحث الأول منه جاء تحت عنوان مفهوم الضمان العشري ونطاقه وهو منقسم على مطلبين، تناولنا في المطلب الأول مفهوم الضمان العشري، أما المطلب الثاني فهو مخصص لنطاق الضمان العشري، وفيما يتعلق بالمبحث الثاني جاء التأصيل الفلسفي للضمان العشري كعنوان له وقسم على مطلبين، تمت دراسة شروط الضمان العشري في المطلب الأول منه، وتناولنا آثار الضمان العشري في المطلب الثاني، وذيل البحث بخاتمة تتضمن أهم الإستنتاجات والتوصيات.

المبحث الأول

مفهوم الضمان العشري ونطاقه

نتناول في هذا المبحث مفهوم الضمان الخاص ونطاقه بالدراسة والتحليل وذلك من خلال مطلبين، نبحت في المطلب الأول مفهوم الضمان العشري، وفي المطلب الثاني نبحت في نطاق الضمان العشري.

المطلب الأول: مفهوم الضمان العشري

يتميز عقد المقاولة بوجود علاقات متعددة ومتداخلة فيما بين مكوناته وأركانه وضمائنه، مما يتطلب ذلك من كل طرف تنفيذ التزاماته، على احسن وجه وفقاً لمقتضيات حسن ا لنية، فالمقاولة ولاسيما عمليات البناء لا بد وأن يجتمع فيها ثلاثة ضمانات لكي تكون ناجحة، لأن كل واحدة من هذه الضمانات الثلاثة يمثل وحدة السيطرة على نوع العمل المقدم من قبل المقاول أو المهندس، وهو وثيق الصلة بالمراحل التي يمر بها عملية البناء، والضمانات ال ثلاثة تتداخل مع بعضها البعض، وبمراعاتها يتم تقييم عملية البناء ايجابياً والعكس صحيح، وهي تستنتج من طبيعة عمل المقاولات وتمثل هذه الضمانات الثلاثة في ضمان حسن الاعداد، و ضمان حسن التنفيذ، والضمان الخاص اي العشري.

إن ضمان حسن الاعداد، يقصد به حسن تجهيز العن اصر المعدة للبناء، ممّا يمثل نقطة البداية لعملية البناء، وفيها يتطلب الدقة من المقاول والمهندس في اختيار عناصر التجهيز، والتي تتمثل في التصاميم وموقع البناء والمواد التي تستخدم للبناء، والضمان الثاني الذي يجب على المقاول والمهندس مراعاته والالتزام به، هو ح سن انجاز العمل، اي تشيد البناء والمنشأة وفق أسس علمية وفنية صحيحة ومعتمدة، فلا بدّ من تقديم العمل حسب ما هو معتاد في مجال المقاولات مع مراعاة خصوصية البناء المراد تشييده، والضمان الثالث والأخير الذي لا بدّ من تحقيقه هو الضمان العشري اي الضمان الخاص، والذي من خ لاله يتم تقييم اعمال المقاول والمهندس في مرحلتي الاعداد والتنفيذ، فمدة عشر السنوات تكفي لتقييم عملية البناء والمراحل التي مرت بها.

بما أنّ المقاول او المهندس يرتبط مع المالك او ربّ العمل بعقد المقاولة، يلتزم بموجبه الطرف الأول بإقامة البناء أو جزء منه مقابل اجر معين يلتزم به الطرف الثاني⁽¹⁾، إذ ينشئ هذا العقد فضلاً عن الالتزامات المتقدمة، التزامات اخرى على عاتق كلّ من المقاول، والمهندس ورب العمل، منها ان يقوم المقاول أو المهندس باتمام العمل ضمن الوقت المتفق عليه، وطبقاً للشروط المدرجة في العقد، وكذلك يضمن المقاول المادة التي يقدّمها والصنعة التي يلتزم بها في العقد. والاصل وكقاعدة عامة ينتهي عقد المقاولة باتمام العمل من قبل المقاول ولاسيما إذا كان الثمن قد دفع وتسلم ربّ العمل الشيء المصنوع، ويترتب على ذلك تخلص المقاول من المسؤولية العقدية بعد ذلك، فاذا ما وقع اي حادث بعد ذلك بان هدم البناء او خطر فيه عيب، لا يكون المقاول او المهندس مسؤولاً وفقاً للقاعدة المذكورة الاعلاه⁽²⁾. إلا أنه وحماية لمصلحة ربّ العمل ولغيره من الاشخاص الذين تؤول إليهم ملكية البناء والانشآت يبقي المشرع على مسؤولية كلّ من المقاول والمهندس، بعد انتهاء العمل وتسليمه فقد خض عقد مقاولة البناء والمنشأة بصورة عامة باحكام خاصة مشددة للضمان، نظراً لخطورة العيوب التي قد توجد في المباني فيما بعد وما قد ينتج عنها من آثار سلبية فادحة تنتج عنها اضراراً كبيرة، تصيب ربّ العمل والغير⁽³⁾ ولاسيما وأنّ العيوب في البناء والمنشأة لا تظهر عادة إلا بعد مرور فترة من الزمن، يكون من الصعب على صاحب العمل معرفتها عند التسليم خاصة إذا كانت خبرته متواضعة في مجال البناء،⁽⁴⁾ لذلك نصت المادة (870) من القانون المدني العراقي على ما يأتي:-

"1- يضمن المهندس المعماري والمقاول ما يحدث خلال عشر سنوات من تهدم كلي أو جزئي فيما يشيده من مبان أو اقامة من منشأة ثابتة أخرى، وذلك حتى لو كان التهدم ناشئاً من عيب في الأرض ذاتها او كان ربّ العمل قد اجاز اقامة المنشأة المعيبة ما لم يكن المتعاقدان قد أرادا أن تبقى هذه المنشآت مدة اقل من عشر سنوات وتبدأ مدة السنوات العشر من وقت اتمام العمل وتسليمه ويكون باطلا كل شرط يقصد به الاعفاء أو الحد من هذا الضمان.

2- ولا تسري الفقرة المتقدمة على ما قد يكون للمقاول من حق في الرجوع على المقاولين الذين تقبلوا منه العمل.

3- ويشمل الضمان المنصوص عليه في الفقرة (1) من هذه المادة ما يوجد في المباني والمنشآت من عيوب يترتب عليها تهديد متانة البناء وسلامته."

يقابل نص هذه المادة، نص المادة (651) من القانون المدني المصري حيث تقتضي بأن "1- يضمن المهندس المعماري والمقاول متضامين ما يحدث من خلال عشر سنوات من تهدم كلي أو جزئي فيما يشيده من مباني أو اقاموه من منشأة ثابتة اخرى، وذلك و لو كان التهدم ناشئاً من عيب في الأرض ذاتها أو كان ربّ العمل قد اجاز اقامة المنشآت المعيبة، ما لم يكن المتعاقدان في هذه الحالة قد ارادوا ان تبقى هذه المنشآت مدة اقل من عشر سنوات . 2- ويشمل الضمان المنصوص عليه في الفقرة السابقة ما يوجد في المباني والمنشآت من عيوب عليها تهديد متانة البناء وسلامته . 3- وتبدأ مدة السنوات العشر من وقت تسلم العمل. ولا تسري هذه المادة على ما قد يكون من حق الرجوع على المقاولين من الباطن".

وفيما يتعلق بالقانون الفرنسي فقد تناولت المادة (1792) من القانون المدني (قانون نابليون سنة 1804) موضوع الضمان العشري، وبسبب النقص الذي اعترى تلك المادة ولاسيما اقتصار الضمان على الأبنية الكبيرة دون المنشآت والأبنية

(1) ينظر المادة (864) من القانون المدني العراقي والمادة (646) من القانون المدني المصري.

(2) د.محمد كامل مرسي باشا، شرح القانون المدني، العقود المسماة، عقد العمل و عقد المقاولة و التزام المرافق العامة، منشأة المعارف، الاسكندرية، 2005، ص218.

(2)Cass, Civil,23 Mars 1967,Dalloz,1970,p 633.

(3) قرار محكمة التمييز العراقي المرقم 1961/516 حقوقية بتأريخ 1961/3/16 مجموعة سلمان البيات، ج2، المصدر السابق، ص291.

الصغيرة، عدلت المادة بالقانون المرقم (67-3) الصادر في 3 كانون الاول سنة 1967، ثم عدلت مرة اخرى بالقانون المرقم (78-12) الصادر في 4 كانون الاول سنة 1978 والذي يعرف بقانون (سبينيتا Loi Spi net t a) وهو القانون المعمول به في الوقت الحالي، إذ تنص المادة (1792) على أن " كلّ مشيد يكون مسؤولاً مسؤولية تامة تجاه ربّ العمل او المشتري للشيء المشيد عن كلّ ضرر حتى وإن كان ناتجاً عن عيب في الارض، يقوض متانة المشيد او يؤثر على إحدى مكونات بنائه او معداته (تجهيزاته) مما يجعله غير صالح للغرض المحدد له".

فنظراً للخطورة التي يشكلها تدهم المباني على جميع المستويات، ي تم التشديد من هذا الضمان حتى يصبح دافعا للمهندسين والمقاولين لبذل اقصى الجهود الممكنة عند قيامهم بمثل هذه الأعمال⁽⁵⁾. يتضح من خلال نص المادة (870) من القانون المدني العراقي و المادة (651) من القانون المدني المصري أن الضمان الخاص حق شخصي مقرر لمصلحة ربّ العمل، والتزام يقع على عاتق كلّ من المقاول والمهندس المعماري ناتج عن عقد المقولة، وبموجبه يتحمل هؤلاء مسؤولية ما يوجد من عيوب، تهدد متانة البناء وسلامته أو ما يحدث من التهدم الكلي او الجزئي في المباني والمنشآت التي اقاموها خلال مدة تدوم عشر سنوات. وبخلاف القانونين العراقي والمصري، تناول المشرع الفرنسي الضمان العشري بشكل واسع، من حيث السبب الموجب له والاعمال المعنية به والاشخاص المسؤولين عنه، كما سنأتي إليها فيما بعد.

المطلب الثاني: نطاق الضمان العشري

يذهب الاتجاه السائد إلى التوسع من نطاق الضمان العشري في المقاولات بالنسبة للاشخاص المشمولين به، وذلك تماشياً مع التطور العمراني، وتعقيد عمليات البناء، عليه، نتناول في هذا المطلب الأعمال المشمولة بالضمان العشري والاشخاص المسؤولين عن الضمان في فرعين متعاقبين.

الفرع الأول: الأعمال المشمولة بالضمان العشري

إنّ الضمان العشري يخصّ العقارات فقط، فهو يعنى بالمباني والمنشآت سواء كانت فوق الأرض ام في باطنها، وبصرف النظر عن الغرض منها، وشكلها والمادة الداخلة في تكوينها، فالمهم في الامر هو أن تكون ثابتة، كم أنّه يشمل الدور السكنية والفنادق والمحلات التجارية، والشقق السكنية والتجارية والمخازن والمستودعات، وصلات السينما والمسارح وكذلك اعمال التبليط وتأسيس مشاريع الماء والكهرباء والجسور والانفاق والسدود وغيرها⁽⁶⁾. ولا يقتصر الضمان على عمليات تشيد المباني والمنشآت فقط، بل يشمل أيضاً ما هو موجود من المباني والمنشآت، والتي تضاف إليها الأعمال كتعليق المباني، او توسعها او تعديلها، او اجراء ترميمات كبيرة فيها⁽⁷⁾. وبما أنّ الضمان العشري يتعلق فقط بالعقارات فمن البديهي أن يخرج من نطاقه كافة المنقولات كالسفن والطائرات والسيارات، كما أنّه لا يشمل الأشياء التي تبدوا ثابتة ظاهرياً، ولكن بالامكان نقلها من مكان إلى آخر دون تلف، فقد قضت محكمة النقض الفرنسية بأنّ الضمان العشري لايشمل المنازل المتحركة التي تسحب بواسطة الشاحنات، وتوضع على الارض

(5) د. عبدالرزاق احمد باشا السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج 2، م 2، العقود الواردة على العمل، المقولة والوكالة والوديعة والحراسة، منشورات الحلبي الحقوقية، ط3، بيروت، 2000، ص106.

(6) ينظر القرار التذييني لمحكمة التمييز العراقي المرقم 3/136 في 23-11-1957 مجموعة سلمان بيّات، ج2، المصدر السابق، ص291.

(7) د. محمد كامل مرسي باشا، المصدر السابق، ص225.

فحسب دون اعمال اخرى ودون اساسا ت في الارض⁽⁸⁾، ولا يشمل الضمان اعمال الزخرفة والدهان والملحقات الورقية والديكور، فهذه الأعمال ليست من شأنها تهديد سلامة البناء أو متانته⁽⁹⁾.

كان هذا النوع من الضمان في القانون الفرنسي سابقا يقتصر على المباني وتحديدًا الكبيرة منها دون المنشأة والمباني الصغيرة كما سبق الذكر، الأمر الذي أثار جدلاً فقهيًا واسعاً حول البناء والمنشأة المعنية بالضمان العشري⁽¹⁰⁾ إلا أنه وبعد تعديل المادة (1792) من القانون المدني الفرنسي أصبحت المباني والمنشأة جميعها محلاً للضمان طالما كانت متصلة بالارض على وجه مستقر وثابت، وبصرف النظر عن احجامها فالضمان يشمل كلها أو أجزاء محددة منها، وقد استقر القضاء الفرنسي منذ القدم على هذا الاتجاه⁽¹¹⁾.

وعند المقارنة بين القانون الفرنسي والقانونين العراقي والمصري، نستشف أن نطاق الاعمال التي يشملها الضمان في القانون الفرنسي اوسع من تلك التي تنالها القانونين المدني العراقي والمصري فاستناداً على الفقرة (2)⁽¹²⁾ من المادة (1792) يمتد الضمان العشري ويشمل فضلاً عن العناصر الجوهرية للأبنية والمنشأة ما هو مركب منها من شبكات انابيب المياه والغاز والأسلاك الكهربائية، التي تمرّ بداخلها والتي يبدأ العمل في ها من مرحلة الهيكل الإنشائي للمبنى، حيث تبدأ من الشنجات الأرضية وتنتهي بالأسقف قبل صبها بالخرسانة، على أن تستكمل هذه الشبكة بعد بناء جدران المبنى، إذ تنص الفقرة الاعلاه على أن " المسؤولية المفترضة التي تقررها المادة ١٧٩٢ تشمل أيضاً الاضرار التي تؤثر في متانة مكونات تجهيزات الشيء المشيد، وهذا شريطة أن تشكل هذه المعدات جزءاً لا يتجزأ من اعماله الضرورية، الأساسية، كالهيكل والتشطيب او التغطية، مما تتعذر ازالته او تفكيكه او استبداله من دون اضرار تصيب المشيد او ازالة جزء من مواده".

كما أضاف المشرع الفرنسي نوعاً آخر من الأعمال لضمان مدتها سنتين من تأريخ استلامها في وقت لم يتطرق إليها المشرع العراقي والمصري ونقصد به الاعمال الملحقة بالمباني والمنشأة التي تتمثل في العناصر التجهيزية، والتي في الواقع تجسد العقارات بالتخصيص ومثالها اجهزة التكيف والتبريد والمصاعد المجهزة بها العمارات والمباني حيث تقضي الفقرة(3)⁽¹³⁾ من المادة (1792) من القانون المدني الفرنسي بأن "التجهيزات الاخرى للبناء الممشيد تخضع لضمان العمل السليم لمدة لا تقل عن سنتين من تأريخ استلامه".

ويجب أن لايفهم من الفقرة (3) من المادة (1792) من القانون المدني الفرنسي السالفة الذكر، بأن الضمان المنصوص عليها يشمل كل أنواع الأجهزة والمواد، التي تتواجد في البناء المشيد، فهي لا تشمل المخصصة لمزاولة العمل والنشاط الذي من أجله شيد البناء، كالمكائن التي تجهز بها المعامل أو اثاث الفنادق أو الأجهزة والمعدات الرياضية التي تنصب في الصالات الرياضية، وفي ذلك تنص الفقرة (7)⁽¹⁴⁾ من المادة (1792) من القانون المدني الفرنسي على أنه " لا تندرج ضمن عناصر

⁽⁸⁾Cass.civil.3 eavril 1993 J.C.P. 1993 II, 22 /03.

نقلا عن د. عدنان ابراهيم سرحان، شرح القانون المدني، العقود المسماة، المقالة، الوكالة، الكفالة، دار الثقافة ل نشر و التوزيع، ط 1، عمان، 2007، ص59، هامش رقم (2)

⁽⁹⁾ د.قري عبدالفتاح الشهاوي، احكام عقد المقالة، دار النهضة العربية، القاهرة، ط1، 2006، ص156.

⁽¹⁰⁾ مشار إليه في د.محمد حسين منصور، المسؤولية المعمارية، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، 2006، ص118، ص119.

⁽¹¹⁾Aix,22 Jun 1982,Revue de droit Immobiliere. 1983,p 252.

⁽¹²⁾ عدلت بالقرار المرقم(٢٠٠٥-٦٥٨) بتاريخ ٨ حزيران 2005.

⁽¹³⁾ عدلت بالقرار المرقم(٢٠٠٥-٦٥٨) بتاريخ ٨ حزيران 2005.

⁽¹⁴⁾ اضيفت بالقرار المرقم (٢٠٠٥-٦٥٨) بتاريخ ٨ حزيران ٢٠٠٥.

تجهيزات المشيد التي حددتها المواد ١٧٩٢، ٢/١٧٩٢، ٣/١٧٩٢، ٤/١٧٩٢، التجهيزات وملحقاتها التي يكون الغرض الحصري منها تمكين ممارسة نشاط مهني في المشروع قيد الإنشاء".

الفرع الثاني: الاشخاص المسؤولون بالضمان العشري

إستناداً إلى الفقرة (1) من المادة (870) من القانون المدني العراقي يكون كل من المقاول والمهندس المعماري مسؤولاً عن الضمان العشري وفيما يأتي تفصيل ذلك.

أ - المقاول:- يقصد بالمقاول في نطاق الضمان العشري، الشخص الذي تعهد لصاحب العمل باقامة البناء أو المنشأة الثابتة الاخرى مقابل اجر، ويستوي أن يكون المقاول شخصاً طبيعياً يمتحن مهنة تشيد الابنية والمنشأة او يكون شخصاً معنوياً ممثلاً بالشركات التي تمارس انشطة تجارية عامة من ضمنها اعمال البناء أو شركة تختص بأعمال البناء والمنشأة حصراً، كما ان شمول المقاول بالضمان الخاص لايتطلب أن تكون مقدرته ومكنتاته المهنية على وفق درجة معينة من الحرفية، فالمتطلبات تلك تكون ضروية لحصوله على اعمال وعقود المقاولات فهي لاتخرجه من دائرة هذا الضمان بأي حال من الأحوال.

ب - المهندس المعماري :- يقصد بالمهندس المعماري الشخص المكلف من قبل ربّ العمل بإعداد الرسومات والتصاميم اللازمة لإقامة المباني والمنشأة⁽¹⁵⁾ والاشراف على التنفيذ بعض الاحيان.

وقد اختلف الفقهاء حول المقصود بالمهندس المعماري، فقد ذهب رأي إلى أن المقصود من المهندس المعماري الشخص المكلف من قبل ربّ العمل باعداد الرسومات والتصاميم اللازمة لإقامة المباني او المنشأة الأخرى، والإشراف على تنفيذها، سواء كانت له الصفة القانونية لمهندس أم لم يكن له ذلك، فالعبرة حسب رأيهم ليست بالصفة القانونية للمهندس ا لمعماري وإنما بطبيعة الأعمال التي يقوم بها، ويترتب على ذلك أن أي شخص وإن لم يكن مهندساً، يكون مدينا بالضمان، طالما قام بوضع تصميم للمباني والمنشأة⁽¹⁶⁾.

ويذهب رأي آخر إلى أن لفظ المهندس المعماري لا يقصد به سوى ذلك الشخص الذي يحمل شهادة في الهندسة المعمارية بحيث تؤهله بأن يوصف قانوناً بأنه مهندس معماري، ويترتب على ذلك أن المهندس المدني أو الكهربائي لا يعدّ مهندساً معمارياً، فلا يلتزم بالضمان الخاص، وينطبق الحكم، ذاته على واضع التصميم الذي لا يحمل شهادة الهندسة بفروعها المختلفة⁽¹⁷⁾.

وبدورنا نرجح الرأي الثاني، لأنّ المشرع عندما شدّد على مسؤولية المهندس المعماري في الضمان العشري كان تشديده لسببين، الأول أهمية عمليات البناء وخطورتها، والسبب الثاني هو تخصص المهندس المعماري، ففي مسألة البناء يصعب التوافق بين العناية، التي يبذلها المهندس المعماري مع تلك التي يبذلها شخص آخر لا يتمتع بهذه الصفة، فمؤهلات المهندس المعماري في مجال البناء والمنشأة اكبر بكثير عن مؤهلات غيره كونه مسؤولاً عن وضع تصور عام للأبنية والمنشأة من خلال التصاميم والخرائط التي يضعها فعندما يقوم بعمليات التصميم او الأشراف على البناء فهو يحترف تلك الأمور وفقاً للأسس

(3) د.جعفر الفضلي، الوجيز في العقود المدنية، مكتبة دار الثقافة، عمان، 1997 ص400.

(16) بودري وقال، فقرة 3923، ص1096. وبالمعنى نفسه بلانبول وريبير ورواست فقرة 952، ص195. نقلا عن د. السنهوري، المصدر السابق، ص109؛ محمد حسين منصور، المصدر السابق، ص86. د.سعيد المبارك ود.طه الملاحويش ود.صاحب عبيد الفتلاوي، الموجز في عقود المسماة، البيع - الايجار - المقاوله، دار الحكمة للطباعة والنشر، بغداد، 1992-1993، ص437.

(17) ينظر د.كمال قاسم ثروت، الوجيز في شرح احكام عقد المقاوله، بلاعنوان الناشر، ط1، بغداد، 1976، ص123.

العلمية ومن المعلوم أنّ الشخص عندما يكون محترفاً تكون مسؤوليته أشدّ من غيره حتى لو قام هذا الأخير بنفس أعمال الشخص الأول، والأهم من كلّ ماتقدم هو ان المشرع في المادة (1/870) من القانون المدني قد خصّ المهندس المعماري بالذكر أي أنه ميّزه عن غير ه من المهندسين مما يعني أنه اشترط تحقق المؤهل العلمي المتمثل بشهادة البكالوريوس من القسم المعماري لاسيما وأنّ الضمان الخاص التزام استثنائي وخاص، ورد على سبيل الحصر لسلامة الابنية والمنشأة ومثانتها فلا يمكن التوسع في نطاقه من حيث الاشخاص، فالعبرة بالصفة ال قانونية للمهندس المعماري حتى يلتزم بالضمان العشري وليست بطبيعة الاعمال التي يقوم بها الشخص، لذلك يقتصر نطاقه على المهندس المعماري دون غيره سواء كلف بمهام التصميم أو الاشراف أم الأثنين معاً.

فضلاً عن كلّ ما تقدّم، فبإمكان ربّ العمل الرجوع على واضع التصميم او المشرف على البناء اذا لم يكن مهندساً معمارياً، من خلال الضمان العام، مما يعني أنّ حقه في الضمان ممان سواء كان واضع التصميم أو المشرف على عمليات البناء مهندساً معمارياً أم لا، مع الأخذ بنظر الاعتبار الاختلاف في نوع الضمانين.

وفيما يتعلّق بالقانون المصري فكأن في السابق يحصر نطاق الضمان العشري في المقاول والمهندس المعماري من خلال المادة (651) من القانون المدني المصري، إلا أنه تم تعديل هذا الحصر من خلال قانون توجيه وتنظيم اعمال البناء المرقم (106) لسنة 1976 حيث تنص المادة (5) منه على أنه "ويكون المهندس المصمم مسؤولاً مسؤولية كاملة عن كلّ ما يتعلق بأعمال التصميم، وعليه الالتزام في إعداد الرسومات وتعديلاتها بالأصول الفنية والموصفات القياسية المصرية المعمول بها وقت الإعداد، والقرارات الصادرة في شأن أسس تصميم وشروط تنفيذ الأعمال الإنشائية وأعمال البناء وذلك فيما لم يرد فيه نص خاص في اللائحة التنفيذية لهذا القانون ."، فإستناداً إلى هذا النص يمتد الضمان العشري في القانون المصري في الوقت الحالي ليشمل كلّ مهندس يتولّى التصميم أو الإشراف وبصرف النظر عن مجال تخصصه طالما أنه يعمل في مجال البناء والإنشآت، وبهذا التوسع استطاع المشرع المصري أن يقلل على الأقل من الثغرات التي تشوب الضمان العشري في القانون المصري

أما في القانون المدني الفرنسي وبخلاف القانونين العراقي والمصري فنجدده قد وسع دائرة الأشخاص المسؤولين عن الضمان العشري، إذ أنّ هناك اشخاصاً عدّة بإمكان ربّ العمل وكلّ من تنتقل إليه ملكية البناء والمنشآت الرجوع عليهم بالضمان العشري، وفي ذلك تنص الفقرة (1) من المادة (1792) من القانون المدني الفرنسي على أنّ "المشيد يشمل كلّ مقايأتي:

1. المهندس المعماري، المقاول، التقني او أي شخص يربطه بمالك البناء عقد تأجير.
2. بائع البناء بعد انتهاء تشييده، سواء شيّده بنفسه او بواسطة الغير.
3. كلّ من تصرف بصفته وكيلاً لمالك البناء ويقوم بمهمة مماثلة لعمل المقاول".

يتضح من المادة اعلاه أنه فضلاً عن الزام المقاول والمهندس المعماري بالضمان العشري يلتزم به أيضاً كلّ من:-

- التقني: ويقصد به لئ من يشترك في البناء والتشييد، كالجيولوجي والكهربائي والميكانيكي وغيرهم من الفنيين ممن يتقاضون من ربّ العمل مقابل مادي نظير مساهمتهم في اعمال التشييد، وبصرف النظر فيما إذا كانوا حرفيين أو من اصحاب حملة الشهادات العلمية.
- بائع البناء: بهدف حماية كلّ من تؤول إليه ملكية البناء والمنشأة في المستقبل، من خلال عقد البيع، فيكون للمشتري التمسك بالضمان العشري في مواجهة البائع ويستوي في ذلك أن يكون البناء قد شيّد من قبل البائع، أي أن يكون هو الباني، أو تمّ تشييده من قبل الغير مقاولاً كان أم لا.

• وكيل ربّ العمل : إنّ الرؤية الواسعة للمشرع الفرنسي جعلت من وكيل ربّ العمل مسؤولاً عن الضمان العشري، أخذاً بنظر الاعتبار توكيل مهام تشييد البناء أو التعامل مع مشيدين قد فوض إليهم العمل من قبل صاحب العمل، ويترتب على ذلك أنّ مجرد وجود عقد الوكالة بين ربّ العمل والوكيل لا يجعل هذا الأخير مسؤولاً عن الضمان العشري، ففضلاً عن تحقق الوكالة فيما بين الأثنين يشترط أن يتعامل الوكيل مع السؤولين عن الضمان العشري أو أن يقوم بأعمال التشييد والبناء بنفسه.

فضلاً عما تقدّم يلتزم بالضمان العشري بالتضامن مع المشيّد كلّ من يقدم المواد والتجهيزات و التي تستخدم من قبل المشيّد في اعمال التشييد والبناء مباشرةً ودون أيّ تغيير ، مثل (البائع والمورد والصانع) ، إذ تنص الفقرة(4) من المادة (1792) من القانون المدني الفرنسي المعدل على أنّ " صانع الشيء او صانع جزء من الشيء او موفر التجهيزات المصممة والمعدة لغرض معين المحدد سلفاً يخضعون بالتضامن للالتزامات المحددة في المواد ١٧٩٢، ١٧٩٢، ٢، ١٧٩٢، ٣- مع المشيّد الذي قام بتشبيد الشيء او جزء الشيء او تركيب التجهيزات بدون تعديل ووفقاً لارشادات الصانع.

ولضرورات هذه المادة يشمل الصانع كلاً مما يأتي :

الجهة التي استوردت المصنوع او جزء المصنوع او عنصراً من التجهيزات المصنوعة من الخارج . كذلك الذي قدم الشيء على أنه من صنعه، وذلك بوضع اسمه عليه، او علامته الصناعية، او أية علامة مميزة".

• المقاول من الباطن : على عكس موقف المشرعين العراقي والمصري الذين استبعدا المقاول من الباطن من نطاق الضمان العشري من دون مبرر مقنع وذلك من خلال المواد (1/870) و(4/651) وضع المشرع الفرنسي المقاول من الباطن ضمن قائمة المسؤولين عن الضمان العشري إذ جاء في البند (1)⁽¹⁸⁾ من الفقرة (4) من المادة (1792) من القانون المدني الفرنسي المعدل " خلافاً للدعاوى المقامة ووفقاً للمواد ١٧٩٢، ٣، ١٧٩٢-٤، ١٧٩٢-٤، ٢- دعاوى المسؤولية المقامة ضد المشيّد والمقاولين من الباطن وفقاً للمادتين ١٧٩٢ و 1-١٧٩٢ تتقدم بمرور ١٠ سنوات من تاريخ استلام المشروع".

وأخيراً وبالرجوع إلى المادة (1/1792) السالفة الذكر، يستشف أنّ المشرع الفرنسي وضع أكبر عدد ممكن من العاملين في مجال المباني والإنشآت تحت طائلة المسؤولية العشرية إذ لا يوجد شخص يعمل أو يساهم بشكل مباشر أو غير مباشر في أعمال البناء والتشييد إلا وتطاله قائمة المشمولين بالضمان العشري، وكلّ ذلك لإعتبارات تتعلق بأهمية عمليات البناء ومخاطرها فضلاً عن تكاليفها المرتفعة ولاسيما في الوقت الراهن.

المبحث الثاني

التأصيل الفلسفي للضمان العشري

(18) اضيف بقانون المرقم (٢٠٠٨-٥٦١) بتاريخ ١٧ حزيران ٢٠٠٨.

إنّ الفلسفة القانونية التي يقوم عليها الضمان العشري تكمن في ترسيخ الثقة في عمليات البناء، بغية الحفاظ على ارواح المواطنين وممتلكاتهم، إذ يفترض أن يشعر كل شخص بالطمأنينة عندما يدخل في معاملات تكون محلها اقامة وتشيد الأبنية والمنشأة، إنّ التأكد من ثبوت هذا الحق يستوجب توفر شروط، كما أنّ المساس به ينتج آثاراً قانونية، فالمنطق السالف الذكر يستوجب البحث في شروط الضمان العشري والأثر المترتب عليه، وهذا ما سنتناوله في المطالبين الآتين على التوالي:-

المطلب الأول: شروط الضمان العشري

لتطبيق احكام الضمان العشري، لابدّ من توفر مجموعة من الشروط الاساسية المتمثلة بعقد المقاولة ووجود المقاول او المهندس المعماري، وضرورة تشيد البناء وغيره من الاعمال الأخرى، ثم أن يتعرض هذا البناء للهدم او تعيب و اخيرا ان يقع هذا التهدم او التعيب خلال فترة عشرة سنوات المقررة للضمان وفيما يأتي تفاصيل هذه الشروط وفي فقرات:-

أولاً- وجود عقد المقاولة:- المقصود بهذا الشرط هو أن يوجد طرفين في عقد المقاولة، يكون لأحدهم صفة ربّ العمل ويكون الطرف الثاني مقاول أو مهندس معماري يعهد إليه إقامة البناء والإنشآت⁽¹⁹⁾ فلكي يستطيع ربّ العمل الرجوع على المقاول او المهندس او الاثنيين معاً بالضمان العشري، لابدّ وأن يكون هناك عقد مقاولة، وذلك وفقاً للتعريف الذي اورده المشرع العراقي لعقد المقاولة من خلال نص المادة (864) من القانون المدني العراقي، والذي يقابلها نص المادة (646) من القانون المدني المصري الذي جاء فيه "المقاولة عقد به يتعهد احد الطرفين ان يصنع شيئاً أو يؤدي عملاً لقاء اجر يتعهد به الطرف الأخر"

وبترتب على ماتقدّم أنّ العبرة ليست بوجود أعمال المقاولة وانما بتحقيق الازدواجية في الصفة، فقد يحدث ان تكون هناك اعمال البناء إلا أنّ غياب وجود صفة ربّ العمل أو المقاول يحول دون ثبوت الضمان العشري، كما لو بنى شخص على عقاره، أو إذا بنى على عقار الغير دون ان يسبقه اذن بذلك، ففي هذه الفرضيات لايسأل الباني بالضمان العشري، لأنّ وقت البناء لم يكن هناك ربّ العمل ولا المقاول وجود فضلاً عن خلو التعهد والاتفاق على المقاولة.

وينبغي لقيام الضمان أيضاً أن يأخذ الملتزم بالضمان اجر مقابل عمله، فإذا قدم العمل دون مقابل يكون العقد من عقود التبرع و ليس عقد المقاولة، وبما أن الاجر ركن من اركان عقد المقاولة وبدونه نكون بصدد عقد غير مسماة، فيترتب على ذلك أنّ المقاول والمهندس المعماري لا يكونان مسؤولين إذ لا يكون بالمقدور مسألتهما عن الضمان العشري، وإنّما يكونان مسؤولين وفقاً لأحكام المسؤولية التقصيرية⁽²⁰⁾، وفضلاً عما تقدّم بامكان ربّ العمل والمقاول أو المهندس المعماري التهرب من الضمان العشري إذا اتفقا على أعمال المقاولة بالإستناد على عقد الوكالة أو العمل أو التبرع، فعلى الرغم من وجود العقد إلا أنّها أي ذلك العقد لا يترتب عليه الضمان، فطالما أنّ المشرع يشترط وجود عقد المقاولة والذي لا يتصور وجوده بدون اجر يفوت على الدائن في كثير من الأحيان الضمان، إذ لا يكون في مقدوره التمسك بالضمان العشري في مواجهتهم إذ بإمكان هؤلاء التحايل على القانون والتخلص من المسؤولية على وفق ما ذكر.

(19) نقض مصري 1975/5/21 طعن 241س40ق. نقلاً عن انور طلبية، المطول في شرح القانون المدني، ج7، المكتب الجامعي الحديث، الاسكندرية، بدون تاريخ النشر، ص459.

(20) د..عدنان ابراهيم سرحان، المصدر السابق، ص57.

يتضح مما تقدّم أنّ المشرع العراقي لم يكن موفقاً في صياغته لأحكام تحقق الضمان العشري لاقتصراره الضمان على عقد المساولة على سبيل الحصر.

أما فيما يتعلق بالقانون الفرنسي، فبعد التعديل توسّع في نطاق الاشخاص المشمولين بالضمان العشري، إذ جعل الباني وغيره على وفق ما ذكر سابقاً ضامناً ومسؤولاً عن الضمان العشري فالاتجاه الموسع في القانون الفرنسي يرجح اعمال المساولة على العلاقة القائمة فيه ا على نقيض القانونين العراقي والمصري، فكما سبق الذكر يلتزم الباني وغيره بالضمان العشري، وإن بنياه لحسابهما أم لحساب الغير، وبالامكان الرجوع عليهم بالضمان العشري بصرف النظر عن وجود عقد المساولة أو عدم وجوده.

ثانياً- وجود المساول والمهندس المعماري :- من الشروط اللازمة لقيام الضمان الخاص في القانون المدني العراقي، وجود المساول او المهندس المعماري، أو الإثنين معاً، أو وجود مهندس بشكل عام في القانون المصري كما سبقت الاشارة إليها.

أما القانون المدني الفرنسي، فقد ذهب إلى أبعد من ذلك عندما لزم البائع أيضا بالضم ان العشري، وكذلك وكيل رب العمل والصانع والمستورد والبائع لمواد وتجهيزات البناء إذ يتم ضمانهم بالتضامن مع المشييد إذا ما وجد عيب في المواد والتجهيزات المقدمة من قبلهم .

من المهم ألا يخضع المساول او المهندس المعماري في عمله لإشراف رب العمل وتوجيهه وذلك لأَنَّ الزامهم بالضمان العشري يتطلب تمكنهم من العمل باستقلالية تامة، فاستقلالية المساول والمهندس المعماري في إنجاز الأعمال المتفقة عليها في نطاق عقد المساولة تكون نقطة محورية وفاصلة لقيام الضمان العشري من عدمه، إن تدخل رب العمل في اعمال المساولة وطريقة تنفيذها من الأمور الواردة والمحتملة في الحياة العملية، فإذا كان تدخله قد بلغ حد فرض ارادته على إرادة المساول او المهندس المعماري وتم الخضوع لها بالكامل من قبلهم، فلا يكون هناك حديث حول الزامهم بالضمان العشري على اعتبار أنه لانكون بصدد عقد المساولة وإنما نكون بصدد عقد العمل ومن البديهي القول أنّ الضمان العشري ضمان خاص بعقد المساولة ولا محل له في عقد العمل، إذ من المعروف وجود تشابه كبير بين عقدي العمل والمساولة وفي مسائل جوهرية كثيرة، فالعقدين ملزمين للجانبين ويكونان مقابل اجر على اعتبار أنّ أحد طرفيه يكون أجيراً لدى الآخر، كما أنّ الاثنين مدرجان ضمن العقود الواردة على العمل، إلا أنّ جوهر الاختلاف يتركز على الاستقلالية في العمل فاذا كان المتعاقد مع رب العمل يتمتع بالاستقلالية عدّ مساوياً ويلتزم بالضمان العشري، أما إذا عمل تحت اشراف رب العمل وتوجيهه اثناء العمل عدّ عاملاً تخضع علاقتهما لأحكام عقد العمل وبالتالي لايمكن مساءلته بالضمان العشري، وإذا تعدد القائمون على مهمة المساول، يسأل كلّ منهم في حدود ما قام به من العمل، إلا في حالة لم يكن تهديد سلامة البناء او متانته تخص القائم به⁽²¹⁾.

ثالثاً- أن يتعلق الامر بتشييد البناء او غيره من الاعمال الأخرى :- سبق وأن بحثنا نطاق الضمان الخاص وقلنا أنّه يتعلّق بالمباني والمنشأة وتجنباً للتكرار نحيل إلى ما سبق ذكره⁽²²⁾.

رابعاً- أن يحصل التهدم في البناء والمنشأة الثابتة أو يقع فيها عيب يهدد سلامته :- استناداً إلى الفقرة (1) من المادة (870) من القانون المدني العراقي والفقرة (1) من المادة (651) من القانون المدني المصري والمادة (1792) من القانون

(21) د. سعيد مبارك ود. طه الملا حويش ود. صاحب عبدالفتلاوي، المصدر السابق، ص 439.

(22) راجع صفحة (6 و5) من هذا البحث.

المدني الفرنسي المعدل الذي يضمن المهندس او المقاول ما يحدث من تهدم كلي أو جزئي للمباني التي شيدها أو المنشأة الثابتة التي اقامها.

يقصد بالتهدم الكلي أي سقوط البناء أو المنشأة المقامة باكملها، أي انهيار البناء المقام من قبل المقاول أو المهندس او

الاثنين معا انهيارا تاماً، أما التهدم الجزئي فيتحقق بانهايار جزء أي قسم من البناء أو المنشأة المقامة وليست كلها كانهيار الجدران أو سقوط سقف احدى الغرف⁽²³⁾، ويعد من قبيل التهدم الجزئي ايضاً التشققات والتصدعات التي تحدث في البناء من التي تجعل من تهدم البناء في المستقبل امراً حتمياً لا مفر منه⁽²⁴⁾.

تقوم مسؤولية المهندس والمقاول استناداً على النصوص، التي عرضت في هذا الصدد عن التهدم بنوعيه في المبنى باني والمنشأة التي اقامها، ولو كان ذلك ناشئاً عن عيب في الأرض ذاتها، على اعتبار أنه من المفروض عدم البناء على الأراضي التي لا تصلح لهذا الغرض ولاسيما وأنهم محترفون في هذا المجال.

إن تحقق مسؤولية المقاول والمهندس لا تقتصر على تهدم البناء كله او بعضه، بل يكفي لقيامها ظهور عيب فيه ، فالضمان العشري يشمل العيوب التي ينتج عنها تهديد متانة البناء وسلامته⁽²⁵⁾، كضعف اساس البناء، او قدم الاخشاب والحديد المستعملين في البناء، فضلاً عما تقدم فإن هناك اتجاه يذهب إلى أنه يجب ان يكون العيب خفياً لا يمكن اكتشافه بسهولة، فاذا كان ظاهراً بحيث يمكن اكتشافه بمجرد الفحص المعتاد يعفى المسؤول عن الضمان، فقد قضت محكمة التمييز العراقي بأنّ تسلم ربّ العمل للعمل محل عقد المقاولة دون اعتراض منه، يعدّ نزولاً منه عن الضمان، لأنّ استلام البناء دون اعتراض من ربّ العمل يفترض أنّ العمل خال من العيوب الظاهرة ما لم يكن هناك غش⁽²⁶⁾، وقد ذهبت محكمة النقض المصرية إلى القول بأنه يشترط لقبول دعوى الضمان الخاص، أن يكون العيب المدعى به في البناء خفياً بحيث لا يكون في مقدور ربّ العمل اكتشافه وقت التسليم⁽²⁷⁾.

إلا أنّ ما نذهب إليه في هذا الصدد، هو عدم صحة المبادئ القضائية تلك، لأنّ المشرع وضع أحكام الضمان العشري، ضمن الأحكام المتعلقة بالنظام العام، والتي لا يجوز التنازل عنها أو التخفيف منها سواء كان ذلك باتفاق الأطراف أو بالإرادة المنفردة لأحد الطرفين وهذا ما أكدّه الشق الأخير من الفقرة (1) من المادة (870) من القانون المدني العراقي بالقول "..... ويكون باطلاً كلّ شرط يقصد به الاعفاء او الحدّ من هذا الضمان"⁽²⁸⁾، فالعيب سواء كان ظاهراً للعيان أو خفياً لا يؤثر على الضمان العشري وإنّما يكون له أثر على المدة المقررة لرفع دعوى الضمان كما سنأتي عليه فيما بعد، ومهما يكن من الامر يخضع لتقدير المحكمة تحديداً إذا كان العيب يهدد سلامة البناء ومتانته مستعينة في ذلك برأي الخبراء.

إنّ اكتفاء المشرع العراقي وكذلك المصري بتحقيق الهدم او ظهور عيب في البناء يهدد متانته وسلامته كشرط لتحقيق الضمان العشري، يترتب عليه التضييق من نطاق هذا الضمان بالنسبة للعيوب، فقد تظهر عيوب تجعل البناء غير صالح للغرض المشيد له، مع ذلك لا يمكن مساءلة المسؤولين عن هذا العيب بالضمان العشري، وتفوت على ربّ العمل فرصة الرجوع على المقاول أو المهندس المعماري مهما بلغت درجة خطئهم في هذا الخصوص، كوجود الرطوبة في البناء المشيد للسكن وخلو البناء من النوافذ والتهوية وكذلك وجود فتحات وفراغات فيما بين النوافذ والجدران المثبتة عليها والتي تنتج عنها صعوبة تدفئة

(23) د. محمد حسين منصور، المصدر السابق، ص 123.

(24) محكمة التمييز العراقية قرار المرقم 656/حقوقية/1969 في 1969/10/21، منشور في قضاء محكمة التمييز، المجلد (6)، ص 373.

(25) الفقرة (3) من المادة (870) من القانون المدني العراقي وتقابلها الفقرة (2) من المادة (651) من القانون المدني المصري.

(26) محكمة التمييز العراقية قرار المرقم 2123/حقوقية/56 في 1956/12/15 مجموعة سلمان بيّات، ج 2، المصدر السابق، ص 293.

(27) نقض مصري المرقم 80 في 1955/6/9 منشور في الموسوعة الذهبية، ج 9، ص 22 ق، ص 99.

(28) تقابلها المادة (653) من القانون المدني المصري والفقرة (5) من المادة (1792) من القانون المدني الفرنسي والذي اضيف بالقانون المرقم ٩٠ - ١١٢٩ بتاريخ ١٩ كانون الاول ١٩٩٠.

البناء أو الزيادة في كلفتها ، في حين نلاحظ أنّ المشرع الفرنسي قد تفادى هذا النقص بعد التعديل عندما الزم المقاول والمهندسين والفنيين والبائعين وغيرهم بالضمان العشري ، إذا وجدت في البناء عيوب تتعلق بالغرض الذي شيّد من أجله البناء أو المنشأة وذلك من خلال الشق الأخير من المادة (1792) التي سبقت ذكرها والذي ينص على ".....أن يؤدي إلى تقويض من متانة المشيّد أو يؤثر على احدى مكونات بنائه أو احدى مكونات تجهيزاته مما يجعله غير صالح للغرض المحدد له".

خامساً- ان يقع التهدم أو العيب خلال مدة الضمان:- وأخيراً يجب لإعمال مقتضيات الضمان العشري أن يحصل التهدم أو العيب في البناء و المنشأة في مدة الضمان والتي هي عشر سنوات، فإذا انقضت هذه المدة ولم يحدث التهدم في البناء أو لم يتم كشف أي عيب فيه يهدد متانته أو سلامته، لم يكن هناك محل للرجوع بالضمان، ووفقاً للفقرة (1) من المادة (870) من القانون المدني العراقي تبدأ مدة العشر سنوات من وقت انجاز العمل وتسليمه، فقد جاءت فيها "يضمن المهندس المعماري والمقاول ما يحدث خلال عشر سنوات وتبدأ مدة السنوات العشر من وقت اتمام العمل وتسليمه. . . .".

وتنص الفقرة (3) من المادة (651) من القانون المدني المصري على أنه "وتبدأ مدة السنوات العشر من وقت تسليم العمل".

يلحظ من ذلك أنّ المشرع المصري قد اكتفى بقول تسليم العمل، بخلاف المشرع العراقي الذي ذكر اتمام العمل وتسليمه، والواقع أنه لا أهمية لإختلاف المشرعين في هذا الصدد، لأنه لا ينتج عنه اختلافاً في الحكم، فتسليم البناء والمنشأة مرهون بتمام العمل فيهما.

وفيما يتعلق بالقانون الفرن سي فمدة الضمان العشري تختلف باختلاف الأعمال المشيدة ، فإذا كانت الأعمال تخص البناء وعناصرها الجوهرية فتبدأ عشر سنوات من تاريخ الاستلام، إذ يلزم المقاول والمهندس والبائع للعقار، والمشيّد والصانع والمورد والمقاول من الباطن بالضمان العشري من تاريخ الإستلام ، أمّا إذا كانت الأعمال تتعلق بالتجهيزات المعدة والمخصصة للبناء فمدة الضمان لها تكون سنتين من تاريخ الإستلام، إذ هناك مواد عدة قنونت بهذا الصدد، فينص البند (1)⁽²⁹⁾ من الفقرة(4) من المادة (1792) من القانون المدني الفرنسي على أنّ " كل شخص طبيعي او معنوي تقوم مسؤوليته وفقاً للمواد ١٧٩٢ إلى ١٧٩٢-٤ من هذا القانون وتسقط المسؤولية والضمان الواقعان عليه وفقاً للمواد من ١٧٩٢ إلى ١٧٩٢-٢ بعد مرور ١٠ سنوات من استلام المشروع، او حسب المدة المحددة في المادة ١٧٩٢-٣. "، كما تنص المادة (2-4/1792) على أنّ "دعاوي مسؤولية المقاول بسبب الاضرار التي تؤثر على الشيء المشيد او على تجهيزاته المشار إليها في المادتين ١٧٩٢ و ١٧٩٢-٢ تتقادم بمرور عشر سنوات على استلام المشروع ، وبالنسبة للاضرار المؤثرة على التجهيزات المشار إليها في المادة ١٧٩٢-٣ بمرور سنتين من تاريخ الاستلام."، جاء في اليند(3)⁽³⁰⁾ من الفقرة(4) من المادة (1792) أيضاً أنّ " خلافاً للدعاوى المقامة وفقاً للمواد ١٧٩٢-٣، ١٧٩٢-٤، ١٧٩٢-٤-٢، (دعاوى المسؤولية المقامة ضد الصانع والمقاولين من الباطن) وفقاً للمادتين ١٧٩٢ و ١٧٩٢-١ تتقادم بمرور ١٠ سنوات من تاريخ استلام المشروع ." وتنص الفقرة(3) من المادة (1792) أيضاً بأنّ "التجهيزات الأخرى للشيء المشيد تخضع لضمان العمل السليم لمدة لا تقل عن سنتين من تاريخ استلامه".

⁽²⁹⁾ اضيف بالقانون المرقم (561-2001) في ١٧ حزيران 2008.

⁽³⁰⁾ اضيف بالقانون المرقم (561-2001) في ١٧ حزيران 2008.

والمقصوء بالتسلفم هو التسلفم النهائف لا المؤقت، فإءا اتفق على أن فستلم ربّ العمل البناء او المنشأة الثابءة الاءرف تسلفاً مؤقتاً، لكف ففمكن من معاففءه معاففءة ءقفقة ثم ففصء التسلفم نهائفياً بعء مءة معففءة، ففف هءه الءالة تسرف مءة العشر السنوءات من وقت التسلفم النهائف لا من وقت الءفازة المافءة أف وقت التسلفم المؤقت⁽³¹⁾.

وإءا تسلفم ربّ العمل البناء بصورة نهائفة، وبعء معاففءه له واقراءه بمطابقتها بما هو متفق عفله بعء مءة الضمان من ءلك الوقت، وغالباً ما ففتم ءءرفر مءرر بعءك، فاذا ءرر مءرر بقبول صاءب العمل بعء مءة ضمان العشر السنوءات من ءأرفء هءا المءرر، وإءا لم فءرر مءرر بتسلم العمل بعء مءة الضمان من ءأرفء تسوفة الءساب مع المفا ول أو من فمءله قانونا، واذا لم ففءقق ءلك ففكون التسلفم قء تم من ءأرفء وضع فء المفاول على البناء بشكل نهائف⁽³²⁾.

ولا ءوف من طول مءة المفاولة على ءق ربّ العمل فف الضمان العشري، سواء كان راءعاً إلى طبفءة أءمال المفاولة المتفقة عفلهأ أو كان بسبب التأءفر فف انءاز المفاولة فمءة الضمان بعءاً كما سبق ءءر من فوم تسلفم العمل من قبل ربّ العمل سواءً كان ءلك ءقفقياً أو ءكمفياً، فهءه القاعءة ءلغف او ءمءف الفرضفئات معظمها من ءف قء ءءار ءول اءءساب مءة العشر سنوءات ءف ءرفع ءلالها ءعوف الضمان العشري .

وقء فمءنع ربّ العمل عن قبول العمل واستلامه، فاذا كان امءناعه لسبب مشروع لا ففءقق التسلفم، وبءالءف ففس هءاك مءال للءءفء عن مءة الضمان، ففف لم بعءاً بعء، أما اذا كان امءناعه من ءون مبرر ففامكان المفاول ءوففه انءار له بتسلم البناء ءفء تسرف مءة العشر السنوءات من وقت انءاره، وهءا ما نصء عفله المءة (1/873) من القانون المءنف العراقي وءف ءقابلهأ نص المءة (655) من القانون المءنف المصرف مفا ءنص على أنه "مءى اءم المفاول العمل و وضعه ءء ءءرر ربّ العمل، وءب على هءا أن ففبءر إلى معاففءه فف اقرب وقت ممكن ءسب المءءاء، وأن ففءسلمه إذا ا ءءضى الءال فف مءة وءبزة، فإءا فمءنع ءون سبب مشروع عن المعاففءة او التسلفم رءم ءعوه إلى ءلك بانءار رسمف، اءءبر أن العمل قء سلم إلىه".

ففءءشف مفاءقءم أن المشرع العراقي قء ءأءر إلى ءء كبفر بالمشرع المصرف ففما ففءعلّ ق بموضوع الضمان العشري ، ءفء فلءظ أنه وضع الإءار العام لهءا الضمان على وفق ما هو معء من قبل هءا الأءفر فمن الواضء أنه اسءقى معظم اءكامه مفا هو مقنن فف القانون المءنف المصرف سلفاً من ءفء الأشءاص والأءمال وكءلك شروف قفام هءا الضمان ، وما ءوءء من الإءءلافاء ففما بفن القانونفن وءف سبق ءءرها أو ءف نأءف عفلهأ ففما بعء، لا ءءفر من هءه الءقفقة ولا ءعءوا أن ءكون ءزئفءات بسفطة، وقء ءعمءنا ءراسة موقف المشرع المصرف من الضمان العشري فف هءا البءء لسببفن ، الأول هو معرفة المصءر ءف اسءوءى منه المشرع الضمان العشري ، والسبب ءانف بفان ءفاب بصمة المشرع العرف اقف ، وهءا ما ففؤسف له وبشكل مأءذاً كبفرأ على مشرعنا العراقي، ففس ففما ففءعل بموضوع الضمان العشري فءسبب وإنما فلءظ ءررر هءا الأمر فف ءففر من المواضع القانونفة فف القانون المءنف، فعلى الرءم من أنه لا ففءكر الإسءفءاة من الشرائع والقوانفن المقارنفة، إلا أن ءلك لا ففءنف ءءرء من ءاء وءفاب الشءصففة ءف ءعكس الواقع ءف فءفط بالمءءمع العراقي ككل سواء ففما مضى من الزمن أو المسءقبل، فالرؤفة المسءقبلفة أمر فف ءفاة من الأهمفة مما ففبغف اءقانها وقت ءءرفع لا سفما عنءما ءكون القوانفن من القوانفن المهمة والءفوففة مءل القانون المءنف.

المطلب ءانف: آءار الضمان العشري

(31) ء.ءءنان ابراهفم سرحان، المصءر السابق، ص 61.

(32) ء.مءمء كامل مرسف باشا، المصءر السابق، ص 233.

إن حدوث الضرر للبناء أو المنشأة سواء بتهدمه أو بظهور عيب فيه، يهدد متانته وسلامته ممّا يكفي لقيام الضمان العشري وتحقق مسؤولية المهندس والمقاول، الأمر الذي يترتب عليه تعويض المستفيد من الضمان، وللإحاطة بثنائيا هذا الموضوع على وجه الدقة، يستوجب الأمر البحث في الطبيعة القانونية للضمان العشري ومن ثمّ البحث في دعوى الضمان العشري، لذلك نقسم هذا المطلب على فرعين نتناول في الفرع الأول الطبيعة القانونية للضمان العشري، وفي الفرع الثاني نتناول دعوى الضمان العشري.

الفرع الأول: الطبيعة القانونية للضمان العشري

أثارت الطبيعة القانونية للضمان العشري في عقد المقاولات جدلا كبيرا في أوساط الفقه، فقد اختلف الفقهاء حول تحديد طبيعة مسؤولية المهندس المعماري والمقاول في علاقتهما برّب العمل ونتج عن هذه الخلافات، بروز ثلاثة اتجاهات، فهناك من يرى أنها مسؤولية تقصيرية، والبعض الآخر يراها التزام قانوني فيما يرى اتجاه ثالث أنها مسؤولية عقدية ونذكر فيما يأتي تفاصيل ذلك:-.

الاتجاه الأول:- ذهب الفقه التقليدي الفرنسي ويؤده في ذلك القضاء الفرنسي، إلى أنّ مسؤولية المقاول والمهندس الم عماري عن عيوب البناء مسؤولية تقصيرية مبررين رأيهم هذا، بتسليم ربّ العمل للبناء أو المنشأة ممّ يؤذن بانتهاء عقد المقاول، وتنتهي علاقة ربّ العمل بالمهندس والمقاول، حيث يكون العقد قد إستنفذ جميع آثاره، وأنّ بقاء المهندس والمقاول بعد تسلم الأعمال قبل ربّ العمل لا يمكن أن يكون إلاّ من خلال المسؤولية التقصيرية المبنية على اساس الفعل الضار الذي ارتكبه المهندس والمقاول⁽³³⁾.

الاتجاه الثاني:- ذهب انصار هذا الاتجاه إلى القول بأنّ القانون هو الذي ربّ على المقاول والمهندس الضمان الخاص بالبناء والمنشأة الثابتة الأخرى، حماية لمصلحة ربّ العمل وما ينتج عنها من مخاطر زمنية، فبقاء المهندس او المقاول مسؤولا عن الضمان كما فرض القانون تلك المسؤولية على الرغم من انتهاء عقد المقاول حولت المسؤولية بذلك إلى مسؤولية قانونية⁽³⁴⁾.

الاتجاه الثالث:- يذهب اصحاب هذا الاتجاه إلى أنّ طبيعة مسؤولية كلّ من المقاول والمهندس في الضمان العشري، هي مسؤولية عقدية لأنّها تنشأ عن الاخلال بالتزام عقدي مفاده سلامة البناء أو المنشأة المقامة من كلّ ما يمكن أن يؤدي إلى هدمها او تعيبها⁽³⁵⁾.

وهناك من انصار هذا الاتجاه من يرى بأنّ الضمان العشري، هو احد التطبيقات الخاصة للنظرية العامة للمسؤولية العقدية، اخضعه المشرع لتنظيم خاص ليتلائم، وخصوصية المشكلات العملية التي تطرحها مقاولات البناء وكذلك ليقوم به نوعا من التوازن العادل بين اطراف هذا العقد، وإنّ هذا التنظيم التشريعي الخاص لا يغير من طبيعته التي تظل مؤسسة في الأصل على عقد قد أسيء تنفيذه⁽³⁶⁾.

(33) مشار اليه في د.عبدالرزاق السنهوري، المصدر السابق، ص133.

(34) ينظر د.عدنان ابراهيم سرحان، المصدر السابق، ص68.

(35) د.محمد شكري سرود، مسؤولية مهندسي ومقاولي البناء والمنشآت الثابتة الأخرى، دار الفكر العربي، القاهرة، 1985، ص283. د.السنهوري، المصدر السابق، ص132. د.سعيد مبارك وطه الملاحويش ود. صاحب عبيد الفتلاوي، المصدر السابق، ص455. د.قدرى عبدالفتاح الشهاوي، المصدر السابق، ص174.

(36) د.محمد شكري سرود، مصدر سابق، ص283.

وقد انتقد انصار هذا الاتجاه الاتجاهين الأول والثاني بالقول بأن المهندس والمقاول لا يتحللان من مسؤوليتها التعاقدية بمجرد تسليم العمل، فكما أن البائع يكون مسؤولاً عن العيوب الخفية في البيع وتستمر مسؤوليته هذه حتى بعد تسليم المبيع إلى المشتري، وبما أنه لا يمكن إنكار كون مسؤولية البائع مسؤولية عقدية، فإنه لا يمكن التشكيك في مسؤولية المقاول والمهندس بكونها مسؤولية تعاقدية⁽³⁷⁾.

وبدورنا نرى أن الإتجاهات الثلاثة المذكورة صائبة بتوجهها ولكن على وفق العلاقات القائمة بين الاطراف، ففي علاقة ربّ العمل بالمقاول أو المهندس المعماري توجد رابطة تعاقدية وهي عقد المقاولة والذي يعدّ الضمان العشري أثر من آثاره وعند تحقق الضمان هذا يرجع ربّ العمل على الضامن على وفق احكام المسؤولية العقدية .

أما بخصوص الاتجاه الذي يميل إلى تكيف الضمان العشري، على أنه ضمان خاص قوامه المسؤولية القانونية، ففيه وجهة وهناك مايرره، ولكن ليس في العلاقة التي تجمع بين ربّ العمل والمقاول أو المهندس المعماري، لأنّ وكما سبق الذكر أنّ تلك العلاقة يحكمها عقد المقاولة، ولكن ما يصح في هذا الإتجاه هو الذي يخصّ خلف ربّ العمل أي الخلف الخاص مع المقاول أو المهندس المعماري، فإذا ما آلت ملكية البناء أو المنشأة المشيدة من قبل المقاول أو المهندس المعماري إلى الخلف وتحقق إحدى الأسباب الموجبة للضمان العشري خلال المدة القانونية فله أي للخلف الرجوع عليهم مباشرة بدعوى الضمان العشري على اعتبار أنّ مع انتقال ملكية العقار انتقلت إليه الحقوق الكاملة لها والتي تتمثل في الضمان العشري وذلك إستناداً على القاعدة العامة للاستخلاف في القانون المدني العراقي والتي تجسدت في نصّ المادة (2/142) والتي تقول "إذا أنشأ العقد التزامات وحقوقاً شخصية تنصل بالشيء، انتقل بعد ذلك إلى الخلف الخاص، فإنّ هذه الالتزامات والحقوق تنتقل إلى هذا الخلف في الوقت الذي ينتقل فيه الشيء، وكان الخلف الخاص يعلم بها وقت انتقال الشيء إليه".

إنّ الضمان العشري الذي يقرره القانون على كل من المقاول أو المهندس المعماري يكون لمصلحة ربّ العمل او من يقوم مقامه، ويترتب على ذلك أنه فضلاً عن أنّ ربّ العمل يستطيع التمسك بأحكام الضمان يستفيد منه كذلك خلفه الخاص كالمشتري و الموهوب له حيث تنتقل دعوى المسؤولية عند كل انتقال للعقار لأنها تعدّ من ملحقات البناء أو المنشأة فتتبعها في أي يد وجد البناء⁽³⁸⁾، فهناك اجماع على الصعيدين الفقهي والقضائي على ان الضمان العشري ينتقل إلى الخلف الخاص كونه من ملحقات البناء او المنشأة، فله اقامة دعوى المسؤولية خلال عشر السنوات بدلاً من المالك السابق اي السلف الذي كان له هذا الحق، حتى لو كان انتقال الملكية لا يتضمن الضمان، كما لو كان التصرف الناقل للملكية عقد هبة، لأن الغرض منه ليس حرمان هذا الأخير منه فالحق في الرجوع بالضمان الخاص على المدين ينتقل مع انتقال الشيء الأصلي اي البناء او المنشأة المقامة الى الخلف الخاص وفقاً لنظرية الاستخلاف في الحقوق والالتزامات⁽³⁹⁾.

وفيما يتعلق بالإتجاه الذي يسوغ فكرة المسؤولية التقصيرية في الضمان العشري فليس هناك مبرر لإستبعاده، فطالما أنّ القانون قد فرض هذا الإلتزام الخاص على المقاولين والمهندسين المعماريين وغيرهم وفقاً للقانونين المصري و الفرنسي، فيإمكان الغير الرجوع عليهم على وفق قواعد المسؤولية التقصيرية متذرعاً بالضمان العشري، فإستناداً إلى مبدأ نسبية الأثر

(37) د.عدنان ابراهيم سرحان، المصدر السابق، ص62.

(38) د.محمد كامل مرسي باشا، المصدر السابق، ص236.

(39) نقض بلجيكي 8 يولييه 1886 دالوز 5-2-88 باريس 11 يناير 1906، Remes 231-1-1906 Goz Pal، 9 ابريل 1870 دالوز 2-72-110 هذه المصادر نقلاً عن د. محمد مرسي باشا، المصدر نفسه، ص 236، و ينظر أيضاً B.sonne, la responsabilite des architectes et entrepreneurs opres la reception des travaux, Paris, 1969. P 204 د.انور سلطان، نظرية الإلتزام، ج 1، مصادر الإلتزام، دار المعارف، مصر، 1962، ص330.

د.عبدرزاق السنهوري، المصدر السابق، ص 181، ود.قديري عبدالفتاح الشهاوي، المصدر السابق، ص 158. د.عدنان ابراهيم سرحان، المصدر السابق، ص58. د.عدنان ابراهيم سرحان، المصدر السابق، ص58.

الملزم للعقد لا احد يصبح دائناً أو مديناً مالم يكن طرفاً فيه إلا أن عدم تنفيذ أحد الطرفين لإلتزاماته قبل الطرف الاخر أو الإخلال بها قد يصبح مصدراً للمسؤولية التقصيرية يستفيد منه الغير، فكما يحق لطرفي العقد أن يحتجاً بآثاره على الغير، فللغير أيضاً أن يحتج بآثار العقد على طرفيه، فإذا تهدم بناء نتيجة الإهمال في تشييده من قبل المقاول أو المهندس المعماري ونتج عن ذلك وفاة شخص أو إصابته بجروح أو اتلاف ممتلكاته من الأبنية والسيارات.....الخ، فللمتضرر في هذه الحالة أو لورثته ان يرجع على المقاول أو المهندس على اساس المسؤولية التقصيرية متمسكاً بالضمان العشري الناشيء عن عقد المقاوله إذا كانت مدته باقية.

الفرع الثاني: دعوى الضمان

سبق القول أن مسؤولية المقاول والمهندس في القانونين العراقي والمصري محددة بما يصيب البناء من الهدم أو ما يظهر فيه من العيب خلال مدة عشر سنوات من تسلم رب العمل للبناء،

فإذا أصاب البناء ضرر أثناء المدة المذكورة، تحققت مسؤوليتهما، فلرب العمل الرجوع ع عليهما بدعوى الضمان العشري، وبخلافه اذا مضت عشر سنوات من تاريخ التسليم لا يكونون مسؤولين، عمّا يظهر بعد ذلك من العيوب، إلا أن كلاً منهما يبقى مسؤولاً عن الضمان حتى لو تم اكتشاف العيب بعد مرور العشر سنوات، إذا ثبت أن العيب كان موجوداً قبل انقضاء تلك المدة، وتأخر اكتشافه إلى ما بعد انتهاء المدة المذكورة⁽⁴⁰⁾، وتعدّ مدة الضمان من النظام العام و يترتب على ذلك بطلان كل شرط يقضي بانقاصه او اسقاطه، إلا إذا اتفق الطرفان على ان يكون عمر البناء لمدة تقل عن عشر سنوات⁽⁴¹⁾.

استناداً على القانون المدني العراقي ولكي يستطيع رب العمل الرجوع على المهندس والمقاول بالضمان العشري، عليه رفع الدعوى خلال سنة من حصول التهدم او انكشاف العيب، فإذا مرت سنة على تهدم البناء او ظهور عيب فيه ولم ترفع الدعوى سقط حقه في الضمان، وفي ذلك تنص المادة (4/870) من القانون المدني العراقي بالنص بأنه "تسقط دعوى الضمان المنصوص عليها في هذه المادة بانقضاء سنة واحدة من وقت حصول التهدم او انكشاف العيب". أما في القانون المدني المصري وبخلاف القانون العراقي، فقد استقر الأمر على أن دعوى الضمان يجب رفعها خلال ثلاث سنوات من وقت حصول التهدم او انكشاف العيب استناداً على المادة (654) من القانون المدني المصري، والتي تنص على أنه "تسقط دعاوى الضمان المتقدمة بانقضاء ثلاث سنوات من وقت حصول التهدم او إنكشاف العيب".

وفيما يتعلق بالقانون المدني الفرنسي فالمدة المقررة لرفع دعوى الضمان العشري هي سنة تبدأ من يوم الإستلام النهائي⁽⁴²⁾، ويقصد بالتسليم كل فعل يعلن بموجبه رب العمل قبوله للبناء والمنشأة المشيدة، سواء اقترن قبوله بتحفظ حول ما تم تشييده أم لا، ويتم بطلب أحد الطرفين اتفاقاً أو عن طريق القضاء⁽⁴³⁾.

ويقترّ الفقه أن المدة المنصوص عليها لاقامة الدعوى، هي مدة التقادم وليست مدة السقوط⁽⁴⁴⁾، وليستطيع رب العمل الرجوع على المقاول والمهندس على ما اصابه من اضرار، عليه أولاً اثبات وجود عقد مقاوله بينه وبين كل منهما، كما ويلتزم ايضاً

(40) د. سعيد مبارك ود. طه الملا حويش ود. صاحب عبيد الفتلاوي، المصدر السابق، ص 445.

(41) المادة (1/870) من القانون المدني العراقي تقابلها المادة (1/651) والمادة (653) من القانون المدني المصري.

(42) ينظر المادة (6/1792) من القانون المدني الفرنسي.

(43) المادة (6/1792) من القانون المدني الفرنسي.

بإثبات وقوع تهديم كلي أو جزئي في البناء الذي اقاماه، أو وجود عيب يهدد متانته وسلا مته⁽⁴⁵⁾ لأن مسؤولية كل منهما ناتجة عن الإخلال بالتزام عقدي، وبذلك تنهض مسؤوليتها دون أن يلتزم رب العمل بإثبات خطأ المقاول أو المهندس، لأن كلا الالتزامين تتمثل في تحقيق غاية، وهي سلامة البناء والمنشأة المقامة من التهدم أو العيب لمدة عشر سنوات وليساً بذل العناية، فمسؤولية كل منهما قائمة على أساس الخطأ المفترض.

إن سبب الضمان قد يرجع إلى عيب في التصميم أو إلى وجود عيب في التنفيذ، أو في المواد المستخدمة للبناء، ويكون المهندس المعماري مسؤولاً عن عيوب التصميم إذا وضع من قبله، ويسأل المهندس أيضاً عن عيوب التصميم وإن لم يكن هو الذي وضعه، إذا كان قد تبناه وقام بالإشراف على تنفيذه، فقد نصت المادة (1/871) من القانون المدني العراقي على أنه "إذا اقتصر المهندس المعماري على وضع التصميم دون أن يكلف بالرقابة على التنفيذ، يكون مسؤولاً عن العيوب التي أتت من التصميم دون العيوب التي ترجع إلى طريقة التنفيذ، وإذا عمل المقاول بإشراف المهندس المعماري، فلا يكون مسؤولاً إلا عن العيوب التي تقع في التنفيذ دون العيوب التي تأتي من الغلط أو عدم التبصر في وضع التصميم". وفي السياق ذاته تنص المادة (652) من القانون المدني المصري على أنه "إذا اقتصر المهندس المعماري على وضع التصميمات دون أن يكلف بالرقابة على التنفيذ لم يكن مسؤولاً إلا عن العيوب التي أتت من التصميم". يلحظ أن النص اعلاه يتوافق مع الشق الاول لنص المادة (1/871) من القانون المدني دون الشق الثاني منه فالنص المصري جاء خالياً من ذلك.

يستخلص مما تقدم أنه بإمكان المهندس التخليص من المسؤولية، إذا اثبت أن التهدم أو العيب لا يرجع إلى التصميم، وإنما كان بسبب اعمال التنفيذ شريطة ألا يكون قد اشرف عليها، وقد يرجع سبب الضمان إلى وجود عيب في البناء أو المنشأة كما لو استخدم المقاول مواد في البناء أو لم يراع الاصول المعتمدة في مقاولات البناء، ففي مثل هذه الحالات يتحمل وحده مسؤولية الضمان، وإذا شاركه المهندس المعماري في تنفيذ البناء كانا مسؤولين بالتضامن⁽⁴⁶⁾. وفي القانون المدني الفرنسي وكما سبق الذكر يكون كل مشيد (المقاول، المهندس، الفني، وكيل رب العمل، بائع البناء، المقاول من الباطن) مسؤولاً تجاه رب العمل أو مشتري البناء خلال مدة الضمان، كما يكون معظمهم مسؤولين بالتضامن مع صانع المواد المستخدمة، في البناء ومورده قبل رب العمل وكذلك المشتري⁽⁴⁷⁾. واستناداً على نص المادة (1/870) من القانون المدني العراقي والمادة (651) من القانون المدني المصري يضمن المهندس والمقاول معاً، وبالتضامن مسؤولية تهدم البناء أو تعييبه وان كان ذلك بسبب عيب في الأرض المستخدمة لإقامة البناء أو المنشأة عليها، وتبقى مسؤوليتهم قائمة حتى لو اجاز لهم رب العمل إقامة المنشأة ال معيبة لأن الأخير ينقصه الدراية بأمور البناء بخلاف المقاول والمهندس اللذين يعدان متخصصين في هذا المجال ومحترفين في الوقت نفسه، مالم يتم اثبات عكس ذلك⁽⁴⁸⁾.

وبترتب على مسؤولية المهندس والمقاول انهما يكونان مسؤولين عن تعويض رب العمل كاملاً عن الضرر الذي لحق به بسبب تهدم أو عيب في البناء شريطة أن يبادر هذا الأخير لإثبات الضرر وذلك بحصول تهديم كلي أو جزئي أو ظهور عيب يهدد

(44) د. محمد حسين منصور، المسؤولية المعمارية، المصدر السابق، ص133؛ د. عبدالرزاق السنهوري، الوسيط، ج7، م2، المصدر السابق، ص127-128.

(45) د. سعيد مبارك ود. طه الملا حويش و د. صاحب عبيد الفتلاوي، المصدر السابق، ص445.

(46) المادة (2/871) من القانون المدني العراقي.

(47) المادة (4/1792) من القانون المدني الفرنسي.

(48) محكمة التمييز العراقية، القرار المرقم 832/الحقوقية/1973 في 1974/3/4، النشرة القضائية، العدد2، ص5، ص114.

متانة البناء أو المنشأة أو سلامتهما، إذ بمقدور صاحب العمل الرجوع عليهما معا بالمسؤولية ، فاذا حكم له بتعويض الضرر كان له ان يقتضي هذا التعويض منهما معاً أو من واحد منهما فقط كونهما متضامنين ..

وبالنسبة لعلاقة المقاول مع المهندس فعلى الرغم من أنهم مسؤولان قبل ربّ العمل بالتضامن بحكم المادة (1/870) من القانون المدني العراقي، إلا أنه لا تضامن فيما بين بعضهم البعض بل تقسم المسؤولية عليهما لكل حسب الخطأ الذي يثبت من جانبه، فاذا قامت مسؤوليتهما دون تعيين الخطأ من جانب أي منهما، يتحملان المسؤولية منصفةً، أمّا إذا ثبت أنّ العيب أو التهدم يرجع إلى خطأ المهندس أو خطأ المقاول، فلغير المخطيء الرجوع على المخطيء بكامل المسؤولية⁽⁴⁹⁾.
وبما أنّ مسؤولية المقاول والمهندس مبنية على خطأ مفترض غير قابل لاثبات العكس، فليس في مقدورهما نفي المسؤولية الا باثبات السبب الأجنبي⁽⁵⁰⁾، وقد اشار المشرع الفرنسي إلى ذلك صراحة في الشق الثاني من المادة (1792) من القانون المدني الفرنسي بالقول "... .تنتفي هذه المسؤولية اذا اثبت المشهد أن الضرر ناتج عن سبب اجنبي."

ولا يبعد سبباً اجنبياً تدخلات ربّ العمل ، فليس في مقدور المقاول والمهندس التخلص من المسؤولية مهما بلغت درجة تدخل ربّ العمل من حيث التصميم أو التنفيذ فهم ملزمون بتنبهيه، بوجود عيب في التصميم المقدم من قبله أو طريقة التنفيذ التي يرتأببها وعدم مطاوعتهم له ورفضهم العمل له، وبخلافه يكونان مسؤولين لأنهم قد اخطئا عند اذعانهما لقراراته وتوجيهاته⁽⁵¹⁾.

وعلى الرغم مما تقدم فإنّ للمقاول أو المهندس أو الأثنين معاً دفع الضمان والتخلص من المسؤولية المدعى بها من قبل ربّ العمل، إذا اثبتا قيا مهما بالبناء على وفق التصميم المعدّ لذلك والأصول الفنية المرعية في هذا الصدد وأنّ العيب الذي اصاب البناء سببه خطأ الغير ، كما لو اثبتا أنّ انهيار المبنى المشيد من قبلهم كان بسبب اعمال حفر الجار، أو أنّ ربّ العمل استعمل المنشأة لخلاف ما هو مشيد له⁽⁵²⁾، أو أضاف عليه طوابق تفوق تحمل البناء المشيد، وكذلك بإمكان هم التخلص من المسؤولية عن تهدم البناء أو عن العيوب التي يترتب عليها تهديد متانة البناء وسلامته إذا كان العيب أو الهدم بسبب اصرار ربّ العمل وكانت خبرته في مجال التصميم والبناء تفوق خبرة المقاول والمهندس ، لأنّ الخطأ ينسب إليه وحده⁽⁵³⁾، فضلاً عن كلّ ماتقدّم يصبح المقاول أو المهندس بمنأى عن الضمان العشري، إذا اتفقا مع ربّ العمل على أن يكون عمر البناء أو المنشأة لأقل من عشر سنوات.

وبتحقق الضمان يلتزم المقاول والمهندس، وعلى سبيل التضامن كما سبق القول، بتعويض صاحب العمل عن الضرر الذي لحقه نتيجة تهدم البناء أو لوجود عيب فيه، فلربّ العمل أن يطلب التنفيذ العيني، فإذا تهدم البناء جزئياً أو كلياً، فله أن يطلب إعادة بناء، ما انهدم، وله إذا حدث في البناء عيب وبالإمكان اصلاحه ان يطلب ذلك، وإذا كان في التنفيذ العيني إره اق لمدين فللمحكمة أن تقصر حكمها على التعويض النقدي⁽⁵⁴⁾، وفي الاحوال جميعها للمحكمة الخيار بين الحكم بالتعويض النقدي او بالتنفيذ العيني⁽⁵⁵⁾.

(49) د.سعيد مبارك ود.طه الملا حويش ود.صاحب عبيد الفتلاوي، المصدر السابق، ص453.

(50) للمزيد ينظر د.جعفر الفضلي، المصدر السابق، ص408 ومابعدها.

(1) Cass, Civil ,13 Jan 1982,Dalloz- 1982,p 29.

(52) محكمة التمييز العراقية ، القرار المرقم/8/1971 في 1971/5/6، النشرة القضائية، العدد2، ص45.

(53) نقض مصري المرقم 440س31 بتاريخ 1966/12/8 ، نقلاً عن انور طلبه، المصدر السابق، ص462.

(54) د.عبدالرزاق السنهوري، المصدر السابق، ص125.

(55) محكمة التمييز العراقية، القرار المرقم /579/حقوقية/ 1970 في 1970/6/18 النشرة القضائية، العدد (1)، ص159.

الخاتمة

في ختام هذه الدراسة توصلنا إلى نتائج وتوصيات نذكرها في الفقرات الآتية:-

أولاً: الإستنتاجات

- 1 - تأثر المشرع العراقي إلى حد كبير بالمشرع المصري، عند تناوله لأحكام الضمان العشري، فأحكام الضمان العشري في القانون المدني العراقي معضما مستنقاة من القانون المدني المصري.
- 2 - إن قوام الضمان العشري في القانون المدني العراقي هو، عقد المقاولة لا غير، فهو محصور في عقد المقاولة ولا يقوم بدونها.
- 3 - ابتعد المشرع العراقي إلى حد كبير عن الفلسفة التي يقوم عليها الضمان العشري، ويتجلى ذلك في الشروط المطلوبة تحققها لقيام هذا الضمان .
- 4 - إن رب العمل وحده معني ومستفيد بشكل مباشر من الضمان العشري، وبواسطته يستفيد غيره من الأشخاص، فمنه حصراً ينتقل الضمان إلى خلفه العام أو الخاص.
- 5 - على الرغم من أن اشخاصاً عدّة معنيون بعمليات البناء والإنشآت إلا أن القانون المدني العراقي لا يضمن منهم سوى شخصين وهما المقاول والمهندس المعماري وذلك لصفتهم وليس لذاتهم .
- 6 - على الرغم من أن المشرع العراقي قد جعل من المقاول ضامناً للضمان العشري لصفته، إلا أنه عاد واستبعد المقاول من الباطن من نطاق هذا الضمان ويعد ذلك مأخذاً عليه ولا يبرره دراية المقاول الأصلي بأعمال البناء والإنشآت، لأنه جعله مسؤولاً بالضمان العشري لصفته كمقاول فمن غير المنطق العدول عن ذلك تارةً أخرى، مهما كان السبب، كما أن التضمين بسبب عدم الدراية يجعل من ضمان المقاول او المهندس المعماري قبل رب العمل، الذي يكون له الدراية والإلمام بأمر البناء، خالياً من السبب والحكمة..
- 7 - تختلف الطبيعة القانونية للضمان العشري باختلاف الروابط، فإذا كانت الرابطة عقدية عد الضمان العشري أثراً لها، وإذا كانت استخلافية تكون قانونية على اعتبار أنه ينتقل إلى الخلف بحكم القانون، أما إذا كانت دون ذلك فتتكفله المسؤولية التقصيرية.

- 8 - تقوم مسؤولية المقاول والمهندس المعماري على اساس الخطأ المفترض، وعلى وجه التضامن ولا يمكن التخ لص منها إلا باثبات أحد الأمرين، انتفاء الرابطة السببية (السبب الأجنبي) ، أو أنّ الزمن الافتراضي للمشيّد المتفق عليه في المقالة يقل عن العشر سنوات.
- 9 - إنّ أحكام الضمان العشري بنمطها الحالي لا تنسجم مع عمليات البناء في الوقت الحاضر فلا بدّ من تعديلها.

التوصيات

يوصي الباحث بما يأتي:-

- 1 - إضافة شرط تحديد المدة الافتراضية لبقاء المشيّد وسلامته في رخصة البناء.
- 2 - أن يشمل الضمان المشيّدات التي تقام لمدة اقل من عشر سنوات.
- 3 - امتداد الضمان العشري إلى عمليات البناء والإنشآت كافة وعدم حصره في عقد المقالة.
- 4 - اتساع دائرة الضمان العشري، من حيث الأشخاص بحيث يضمّ المهندس، وبصرف النظر عن تخصصه والمقاول من الباطن، وكذلك كلّ تقني مشارك فضلاً عن الصانع والوكيل والمورد وبائع البناء والمنشأة.
- 5 - إضافة العيوب التي تترتب عليها الإنتقاص من منفعة البناء والمنشآت ضمن نطاق الضمان العشري.
- 6 - أن تكون مسؤولية المشاركين في اعمال البناء والإنشآت على وجه التضامن .
- 7 - تحديد مدة رفع دعوى الضمان العشري ب ثلاث سنوات بدلاً عن سنة من تأريخ تحقق السبب الموجب للضمان.

أئمة المصادر

أولاً: الكتب

- 1 - دانور سلطان، نظرية الالتزام، ج 1، مصادر الالتزام، دار المعارف، مصر، 1962، ص 330.
- 2 - انور طلبة، المطول في شرح القانون المدني، ج 7، المكتب الجامعي الحديث، الاسكندرية، بدون تاريخ النشر.
- 3 - د.جعفر الفضلي، الوجيز في العقود المدنية، مكتبة دار الثقافة، عمان، 1997.
- 4 - د.سعيد المبارك ود. طه الملاحويش ود. صاحب عبيد الفتلاوي، الموجز في عقود ال مسماة، البيع - الايجار - المقالة، دار الحكمة للطباعة والنشر، بغداد، 1992-1993.
- 5 - د.عبدالرزاق احمد باشا السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج 2، م 2، العقود الواردة على العمل، المقالة والوكالة والوديعة والحراسة، منشورات الحلبي الحقوقية، ط 3، بيروت، 2000.
- 6 - د.ع.دنان ابراهيم سرحان، شرح القانون المدني، العقود المسماة، المقالة، الوكالة، الكفالة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ط 1، عمان، 2007.
- 7 - د.قدري عبدالفتاح الشهاوي، احكام عقد المقالة، دار النهضة العربية، القاهرة، ط 1، 2006.

- 8 - د.كمال قاسم ثروت، الوجيز في شرح احكام عقد المقاولة، بلاعنوان الناشر، ط1، بغداد، 1976.
- 9 - د.محمد حسين منصور، المسؤولية المعمارية، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، 2006.
- 10 محمد شكري سرود، مسؤولية مهندسي ومقاولي البناء والمنشآت الثابتة الأخرى، دار الفكر العربي، القاهرة، 1985.
- 11 د.محمد كامل مرسي باشا، شرح القانون المدني، العقود المسماة، عقد العمل وعقد المقاولة والتزام المرافق العامة، منشأة المعارف، الاسكندرية، 2005.

ثانياً/ القوانين

- 12 القانون المدني العراقي المرقم (40) لسنة 1951.
- 13 قانون توجيه وتنظيم اعمال البناء المصري المرقم(106) لسنة 1976.
- 14 القانون المدني المصري المرقم (131) لسنة 1948 .
- 15 القانون المدني الفرنسي .

ثالثاً/ المنشورات القضائية

- 16 محكمة التمييز العراقية القرار المرقم 2123/ حقوقية/ 56 في 15/12/1956 مجموعة سلمان بيات، ج2.
- 17 القرار التدويني لمحكمة التمييز العراقية المرقم 3/136 في 23-11-1957 مجموعة سلمان بيات، ج2.
- 18 -محكمة التمييز العراقي القرار المرقم 1961/516 حقوقية بتأريخ 1961/3/16 مجموعة سلمان البيات، ج2.
- 19 محكمة التمييز العراقية القرار المرقم 656/ حقوقية/ 1969 في 21/10/1969، منشور في قضاء محكمة التمييز، المجلد (6).
- 20 محكمة التمييز العراقية، القرار المرقم 579/حقوقية/ 1970 في 18/6/1970 النشرة القضائية، عدد (1).
- 21 محكمة التمييز العراقية ، القرار المرقم8/1971 في 6/5/1971، النشرة القضائية، العدد2،س2.
- 22 محكمة التمييز العراقية، القرار المرقم832/ الحقوقية/ 1973 في 4/3/1974، النشرة القضائية، العدد2،س5.
- 23 نقض مصري المرقم 80 في 9/6/1955 منشور في الموسوعة الذهبية، ج9، س 22 ق .

24. Cass, Civil,23 Mars 1967,Dalloz.1970.

25-Aix,22 Jun 1982,Revue de droit Immobilier, 1983.

26-Cass, Civil ,13 Jan 1982,Dalloz,1982.

Abstract

Life depends, very simply, on housing and working, so, there must be a scale that can measure both. Human nature, in the present day, changed its pattern of behavior and its needs, and it has merged with construction and become part of it. Since settlement is linked with security, it is necessary to ensure the safety of individuals in all kinds of facilities, hence came out the insurance of buildings and constructions that is known as decimal liability insurance.

Due to the importance of the decimal liability system, this article is written to evaluate its rules according to Iraqi legislations, as compared to the others, specially the French and Egyptian, to evaluate its merits and demerits from the dimensions of business and the individuals and also the required conditions to make it legal. The article also discusses the nature of the decimal liability insurance and the rights of the people who will benefit from it when it is legislated, in order to see if it is liable for the purpose for which it is legislated or not. This article discusses the foregoing subjects in two sections. This is followed by the conclusion and recommendations that improve it and make it more active.