

الضمان العشري في عقود الانشاءات Ten-year guarantee in construction contracts

م. د. هاشم احمد محمود
كلية دجلة الجامعة / قسم القانون

المستخلص

نظم المشرع احكام الضمان العشري في عقود الانشاءات بأحكام خاصة على الرغم من عقدية المسؤولية العشرية وذلك لخطورتها وخدمة الصالح العام. حيث لا يمكن تطبيق احكام الضمان العشري الا في حالة وجود عقد مقاوله بين مالك البناء والمقاول ومهندس البناء وتهدم البناء او ظهور عيب فيه خلال المدة المحددة قانونا. لا ينتقل الحق في الضمان العشري الى الغير ، بالرغم من انتقاله من مالك البناء الى خلفه الخاص والعام. لا يجوز الاتفاق على اعفاء المقاول او المهندس المعماري من المسؤولية العشرية او تخفيفها لتعلقها بالنظام العام، ولكن يجوز تشديدها. وخلص البحث الى ضرورة تعديل احكام المسؤولية العشرية بحيث يكون جائزاً فيها انتقال الحق من صاحب البناء الى الغير اضافة الى الخلف العام والخاص. وكذلك تعديل احكام المسؤولية العشرية بحيث يجوز الاتفاق على التخفيف من المسؤولية او الاعفاء منها وفق قاعدة العقد شريعة المتعاقدين.

Abstract

The legislator regulated the provisions of the ten-year guarantee in construction contracts with special provisions despite the ten-year liability contract due to its seriousness and serving the public interest. Where the provisions of the ten-year guarantee cannot be applied except in the case of a contracting contract between the building owner, contractor and building engineer and the building was demolished or a defect appeared within the specified period Legally, the right to the ten-year security is not transferred to third parties.

The research concluded that it is necessary to amend the provisions of decimal responsibility so that it is permissible to transfer the right from the owner of the building to others in addition to the public and private successor.

مقدمة

لاشك ان التطور الكبير في مجال اعمال الانشاءات جعل المشرع يتجه لوضع احكام قانونية خاصة لتنظيم الانشاءات ،إضافة لأحكام العقود المتعارف عليها في اطار عقد المقاولة، حيث نجد ان كل من المشرع العراقي والمصري و الفرنسي قد تناولوا احكام احكام الضمان العشري في نصوص رصينة تعكس اتجاه ارادة المشرع لضمان وضوح هذه الاحكام وكذلك تطبيقها، وايضا صدور الكثير من الاحكام القضائية التي تولت تفسير نصوص القانون وتنفيذها.

وينبغي لكي تقوم المسؤولية العشرية يجب أن يحصل تهدم في ذلك البناء المقصود والتهدم الذي يحصل يكون بسبب إهمال في عملية التشييد أو إهمال في الصيانة أو عدم اتخاذ التدابير الوقائية أو عدم الالتزام في النصح و الإرشادات العامة في البناء، وكذلك يجب ان يحصل التهدم او الضرر خلال مدة الضمان المحددة قانونا.

وتقوم هذه المسؤولية العشرية بمواجهة المقاول و المهندس المعماري الذين يكونون ممن لهم الخبرة والفنية في هذا المجال في حالة لم يقوموا بعملهم بصورة دقيقة . وللدراصة اهمية كبيرة في بيان احكام الضمان العشري في عقود الانشاءات لما لهذه الاحكام من أهمية خصوصاً مع انتشار طرق البناء الحديثة التي تختلف عن الطرق التقليدية القديمة في البناء وكذلك بيان مسؤولية المقاول و ايضاً مسؤولية المهندس المعماري في التشريعات المقارنة محل الدراسة.

وتثور مشكلة الدراسة في ان التشريعات المدنية المنظمة للضمان العشري لا تتناسب مع التطور الكبير الذي لحق بطرق البناء والوسائل المستحدثة اضافة لظهور عقود بناء اكثر حداثة من العقد التقليدي .

وقام الباحث بأستخدام المنهج الوصفي التحليلي من خلال تحليل النصوص القانونية في التشريعات المقارنة محل الدراسة مستقراً آراء الفقه والقضاء و مقارناً بين التشريعات محل الدراسة.

واتبع الباحث التقسيم الثنائي في هذا البحث و ذلك من خلال تقسيم البحث الى مبحثين، وهما الآتي:

المبحث الأول مفهوم الضمان العشري و شروطه

سنبحث في هذا المبحث مفهوم الضمان العشري و شروطه، وذلك من خلال تقسيم المبحث الى مطلبين وهما التالي:

المطلب الأول: مفهوم الضمان العشري

سنتناول في هذا المطلب مفهوم الضمان العشري من خلال بيان تعريف الضمان وكذلك الضمان العشري في التشريع المدني ، من خلال تقسيم المطلب الى الفرعين التاليين:

الفرع الأول: تعريف الضمان

يقصد بالضمان عدة معاني ، منها: الكفالة^(١)، الالتزام^(٢) ثم التبريم^(٣). هو ضم ذمه الضامن الى ذمه المضمون عنه في التزام ذمته، فإذا قال رجل لرجل أنا ضامن مالم على فلان او انا به زعيم او حميل او كفيل او هو على، صار ضامنا له، ولصاحب الدين مطالبته لقوله تعالى « قَالُوا نَفَقْدُ صُوعَ الْمَلِكِ وَلَمَن جَاءَ بِهِ حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَا بِهِ زَعِيمٌ »^(٤). و لقول النبي صلي الله عليه وسلم (الزعم غارم) وقيل الزعيم هو الكفيل وقيل هو ضم ذمه الضامن الى ذمه المضمون في الحق، ولا يصح الا من مجاز التصرف فلا يصح من الصغير والسفيه والمحور عليه ، ويصح عندهم ضمان الدين الضامن أي يضمن الضامن ضماناً آخر^(٥)، وقيل هو التزام يصح بذمته وعند المالكية هو شغل ذمه اخر بحق ويصح ضمان الضامن^(٦)، والمضمون هو ما لا تصح النيابة فيه وذلك في الاموال ويجوز الضمان في المعلوم والمجهول، والمضمون عنه هو كل مطلوب بمال ويجوز الضمان عن الحي والميت، و الضامن هو كل من يجوز تصرفه في ماله فلا يجوز ضمان الصغير و المحجور عليه والفيه والعبد الا بأذن سيده^(٧).

وأيضاً الضمان و الكفالة بمعنى واحد وهو التزام الطابقيه، ولا يصح عندهم الضمان مع الشراكة كما لو ضمن احد الشريكين لآخر حصته في الثمن لانه سوف يصح ضماناً لنفسه لان الثمن شرك، والمضمون ما يكون لازماً في الذمه^(٨).

مما تقدم نجد تعرض فقهاء الفقه الإسلامي للضمان وهو بمعنى التعويض، وان اختلفت تعريفاتهم للضمان في بعض الالفاظ الا ان مرادها في جملتها واحد وهو الضمان بمعنى التعويض.

(١) ابي الحسن على بن سماعيل بن سيد المرسي ، المحكم والمحيط الاعظم، تحقيق عبد الحميد هنداوي، ج ٨ ، ط ١، دار الكتب العلمية بيروت لبنان ٢٠٠٠، ص ٢١٤.

(٢) ابراهيم مصطفى، احمد حسن الزيات واخرون ، المعجم الوسيط، مكتبة الشروق الدولية ، ط ٤، ٢٠٠٤، ص ٥٤٤

(٣) ابن منظور : لسان العرب، دار احياء التراث العربي و مؤسسة للتاريخ العربي ، بيروت لبنان، ط ٣، ١٩٩٩، الجزء ٨، ص ٩٠

(٤) سورة يوسف : اية (٧٢)

(٥) بهاء الدين المقدسي، العدة في شرح العمدة ، ج ١، دار الحديث ، القاهرة ٢٠٠٣، ص ٢٧١

(٦) الامام مالك بن انس الاصبحي ، المدونه الكبرى، ج ٣ ، دار كالتب العملية بيروت . ط ١ ، ١٩٩٤، ص ٤٤٩.

(٧) موسوعة الفقه المالكي، خالد عبد الرحمن العك ، دار الحكمة، ط ١، ج ٥ بيروت، ١٩٩٣، ص ٤٠٢.

(٨) شمس الدين السرخسي، المبسوط، ج ٢٠، دار المعرفة بيروت ١٩٩٣، ص ٧٢.

الفرع الثاني: الضمان العشري في التشريع المدني

يلقي القانون لصالح رب العمل على عاتق المهنيين الذين يحترفون عملية البناء و التشيد المعماري مسؤولية بالضمان من نوع خاص (الضمان العشري) مشترطاً بها ان يتعلق عقد المقاولة بإقامة منشأة ثابتة، لما لا يجوز التخفيف او الإعفاء من هذا الضمان الخاص وذلك لأنه متعلق بالنظام العام ولا يجوز دفع هذه المدة الا السبب الاجنبي وحدد لهذا الضمان مدة الا وهي عشر سنوات تبدأ من تاريخ قبول رب العمل للمشروع، و حدد المشرع المسؤولية عن التهدم الكلي او الجزئي او اية عيوب تهدد متانة وسلامة البناء و جعلها مسؤولية تضامنية بين المقاول و المهندس المعماري وهذا التضامن مفترض بقوة القانون .

والضمان العشري في عقود المقاولات و انشاء المباني يعتبر خروجاً عن القواعد العامة التي تقضي بأن التسليم دون تحفظ ينهي العقد، فهو ضمان مقرر لصالح رب العمل في حالة التنفيذ المعيب لاعمال البناء، فيلتزم المقاول او المهندس ببقاء البناء محل العقد سليماً مدة عشر سنوات^(٩)

وقد نص المشرع على الاحكام المتعلقة بالضمان (المسؤولية المدنية المهنية للمهندس المعماري و المقاول) في المادة ٦٥١ من القانون المدني المصري، التي تنص على «- (١) يضمن المهندس المعماري والمقاول متضامنين ما يحدث خلال عشر سنوات من تهدم كلي أو جزئي فيما شيده من مبان أو أقاموه من منشآت ثابتة أخرى ولو كان التهدم ناشئاً عن عيب في الأرض ذاتها، أو كان رب العمل قد أجاز إقامة المنشآت المعيبة، ما لم يكن المتعاقدان في هذه الحالة قد أراد أن تبقى هذه المنشآت المعيبة، ما لم يكن المتعاقدان في هذه الحالة قد أراد أن تبقى هذه المنشآت مدة أقل من عشر سنوات. (٢) ويشمل الضمان المنصوص عليه في الفقرة السابقة ما يوجد في المباني والمنشآت من عيوب يترتب عليها تهديد متانة البناء سلامته. (٣) وتبدأ مدة السنوات العشر من وقت تسلم العمل. ولا تسري هذه المادة علي ما قد يكون للمقاول من حق الرجوع علي المقاولين من الباطن . بذلك لا يسأل عن الضمان إلا المقاول والمهندس المعماري .

وقد نص المشرع العراقي في المادة ٨٧٠ المعدلة^(١٠)، على ان « ١ - يضمن المهندس المعماري والمقاول ما يحدث خلال عشر سنوات من تهدم كلي او جزئي فيما شيده من مبان او اقاموه من منشآت ثابتة اخرى، وذلك حتى لو كان التهدم ناشئاً من عيب في الارض ذاتها او كان رب العمل قد اجاز اقامة المنشآت المعيبة، ما لم يكن المتعاقدان قد اراد ان تبقى هذه المنشآت مدة اقل من عشر سنوات وتبدأ مدة السنوات العشر من وقت اتمام العمل وتسليمه ويكون باطلاً كل شرط يقصد به الاعفاء او الحد من هذا الضمان .

(٩) ابراهيم سيد احمد ، العقود الواردة على العمل عقد المقاولة ، الطبعة الاولى ، سنة ٢٠٠٢ ، الناشر منشأة المعارف الاسكندرية.ص١٤٣ .

(١٠) كانت المادة ٨٧٠ من القانون المدني العراقي قبل تعديلاته تجعل الضمان مدته خمس سنوات وهي قصيره ثم تدخل المشرع العراقي بموجب قانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٣ ليجعلها عشر سنوات كما ان النص يتحدث عن التهدم الجزئي او الكلي دون التحدث عن عيوب التي تهدد سلامة او متانة البناء ثم تدخل المشرع بموجب القانون ٤٢ لسنة ١٩٧٤ لمعالجة النقص في عدم الاشارة الى العيوب .

و نص المشرع الفرنسي في المادة ١٧٩٢ التي كانت تنص على « اذا تهدم البناء المشيد مقابل اجر مقدر جزافاً، تهدم كلياً او جزئياً، وكان هذا تهدم ناشئاً عن عيب في البناء لو حتى عيب في الارض ذاتها، فأن المهندسين المعماريين و المقاولين يسألون عن هذا التهدم في خلال عدة سنوات »

وتمتد قرينة المسؤولية المقررة في المادة ١٧٩٢ لتشمل ايضاً الاضرار التي تصيب متانة عناصر التجهيز في البناء ولكن فقط اذا كانت تلك العناصر تشكل جسماً، على نحو غير قابل للانفصال مع اعمال منافع العامة للمبنى او مع الاعمال المتعلقة بتقيده . ان سبب تشديد هذا الضمان الخاص واحكامه في ان تكمن اهمية هذا الضمان وقواعد الخاصة المشددة على المقاول و المهندس المعماري وذلك بسبب ما تشكله هذه الاعمال من خطورة سواء من اطراف العقد مثل صاحب العمل او من غير الاطراف فيه مثل شاغلي البناء، كما ان الطبيعة الاحترافية المفترضة في اعمال المهندس المعماري او المقاول البناء ترفع مسؤولياتهم من مصاف مسؤولية الرجل العادي الى مسؤولية الشخص المحترف المهني العالم بفنيات عمله وهو ما يستوجب قدراً اكبر من الحيطة و الاحتراز في كيفية قيامهم بأعمالهم .

ويمكننا تعريف الضمان العشري بانه الالتزام التضامني الواقع على عاتق المهندس المعماري و المقاول في عقود مقاولات البناء و التشييد في ضمان كل ما يؤدي الى تهدم البناء بصورة جزئية او كلية^(١١).

المطلب الثاني: شروط الضمان العشري

تتمثل شروط الضمان العشري بوجود عقد مقاوله ، وتهدم البناء او ظهور عيوب فيه وان يكون الضمان لمدة زمنية معينة محددة قانوناً. وسنتناول ذلك من خلال الفروع التالية:

الفرع الاول: وجود عقد المقاوله

ضمان المهندس المعماري لتهدم البناء والعيوب التي تهدد سلامته اساسه المسؤولية العقدية المنصوص عليها في المادتين ٦٥٢، ٦٥١ من القانون المدني المصري و المادة ٨٧٠ من القانون المدني العراقي، والمادة ١٧٩٢ من القانون المدني الفرنسي، فهو ينشا عن عقد مقاوله يتعهد فيه رب العمل الى المهندس المعماري بعمل لقاء اجر، فاذا تخلف عقد المقاوله فلا يلتزم المهندس المعماري قبل رب العمل بهذا الضمان وانما تخضع مسؤوليته للقواعد العامة في المسؤولية المدنية^(١٢).

لا بد أن يكون هنالك عقد مقاوله لا عقد اخر، وذلك لكي تتحقق أحكام الضمان، وبذلك لو ان رب العمل يكون هو الموجه الرئيسي للذي يقوم بالعمل فأن العقد سوف يكون بهذه الحالة عقد عمل لا مقاوله، اي يجب ان يكون عمل المهندس والمقاول مستقل عن رب العمل وغير خاضع له، وايضاً لا بد من وجود عقد مقاوله لكي يسأل المقاول

(١١) د. احمد شرف الدين ، عقود عمليات البناء وتسوية منازعاتها ، دار النهضة العربية للنشر والتوزيع، القاهرة ٢٠٠٨، ص ٢٣٤

(١٢) د. احمد حسني ، قضاء النقص التجاري، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٠م، ص ٣٦٢.

و المهندس المعماري من عيوب او تهدم في المباني التي شيدها بعد التسليم، وأيضا يجب ان يكون عمل المقاول على اساس اجر يثبت في عقد المقاولة و في حالة عدم اخذ اجر سوف يعتبر عقد تبرع وليس عقد مقاولة، ولا يهم ان يكون اجر المقاول على اساس دفعة واحدة او عدة دفعات او على اساس كل يوم او كل اسبوع^(١٣).

وايضا ان نص المادة ٨٧٠ من القانون المدني العراقي التي ذكرناها سابقا لا نستطيع ان نفسر منها ضرورة ارتباط المدين المراد الرجوع عليه بالضمان العشري، بعقد مقاولة، مع رب العمل، غير ان تبويب هذا النص تحت عنوان التزامات المقاول، وذلك في الفرع الاول تحت عنوان عقد المقاولة والاستصناع، من الباب الثالث الذي جاء بأحكام العقود الواردة على العمل،

ولكن نص المادة ١/١٧٩٢ من القانون المدني الفرنسي كان اكثر وضوحا من هذه الناحية فنص على ضرورة وجود عقد مقاولة، وبينت هذه المادة ايضا ان كان عقد المقاولة ضروريا لقيام احكام الضمان العشري فأن المقصود هنا هو عقد المقاولة المبرم بين المقاول و رب العمل والذي يكون مرد محله هو إقامة بناء أو إنشاء مباني أو منشآت ثابتة دون غيره من عقود المقاولة الاخرى^(١٤).

يجب ان يكون محل العقد منشآت ثابتة او المباني، والمنشآت الثابتة التي تهدمها يسبب ضررا الى المجتمع، فيعرفها بعض الشراخ انها، كل ما تتجه طاقة الانسان و تقترب بحكم طبيعتها من المباني في علاقتها بالارض، ويمكن ان يؤدي العيب في انشائها او النقص في صيانتها الى ضرر مماثل الى الضرر الذي يحدث من العيب في انشاء البناء او النقص في الصيانة كالجسور و السدود و اجهزه التكييف المركزية والمصاعد اي المحل يكون من العقارات اي لا يمكن نقلها من مكان الى اخر فالاكتشاك و الكرفانات المتحركة و المنازل القابلة للفق فكل هذه لاتعد من العقارات وبذلك لا تكون محل لاقامة احكام الضمان العشري عليها، وهناك انواع كثيرة من المنشآت الثابتة التي تحقق بصدها الضمان مثل الانفاق، و المقابر، و السكك الحديدية^(١٥).

الفرع الثاني: تهدم البناء او المنشآت و ظهور عيب فيها

لا يكفي لرفع دعوى الضمان العشري من قبل المالك او خلفائه وجود عقد مقاولة فقط، وانما يجب ان يكون محل هذا العقد متعلق ببناء او بمنشآت ثابتة، وهذا مانصت عليه المادة ٦٥١ مدني مصري و المادة ٨٧٠ مدني عراقي والمادة ١٧٩٢ مدني الفرنسي. لا شك ان التهدم الجزئي او الكلي الذي يحصل في المباني او المنشآت الثابتة هو اخطر انواع الضرر الذي يكمن ان يصيب المباني او المشآت، اي هو انحلال الرباطه التي تربط اجزائها الاساسية ببعضها البعض، ويكون هذا الضرر مبني على اساس الخطأ او الأهمال المهني من جانب المقاول او المهندس والتي يجوز ان يغطيها مسؤولية

(١٣) د. جعفر الفضلي، الوجيز في العقود المسماة، المكتبة القانونية، بغداد، ٢٠١٠م، ص ٣٩٨.

(١٤) د. طارق كاظم عجيل، الوسيط في عقد المقاولة، مكتبة السنهوري، بغداد، ٢٠١٦م، ص ٢٠٣.

(١٥) د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، مجلد ١، الجزء ٧، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٧٧ ص ١٣٥.

القواعد الخاصة، هذا في القانون العراقي او المصري ، وذهب بعض الفقهاء بالقول بأن الخلل او العيب الذي يحصل في البناء سوف يهدد سلامته و متانته، وهذا وحده يكفي ان تقوم احكام الضمان الخاص، اي انه ليس من الضروري ان يقع التهدم فعلاً لكي تقوم احكام مسؤولية الضمان الخاص، طالما ان الخطأ الذي حصل في عملية التشييد، يكون سبب في تعرض التشييد كله الى عملية التهدم او قلة في المتانة^(١٦).

نصت المادة ٨٧٠ « يضمن المهندس المعماري و المقاول ما يحدث .. من تهدم جزئي او كلي ...» والتي تقابلها نص المادة ٦٥١ من القانون المدني المصري .

اما المقصود بالتهدم الذي تترتب عليه مسؤولية الضمان العشري، وهو انهيار البناء كلياً او جزئياً، فتتفصل عنه بعض اجزائه التي كانت متصلة به ولا يشترط في التهدم المقصود بنص المادة المشار اليها اعلاه ان يكون حالاً وواقعاً فعلاً وانما يكفي ان يكون امراً مستقبلاً اذا كان وقوعه لا مناص منه^(١٧).

وذهب القانون الفرنسي في المادة ١٧٩٢ على العكس من الفكرة التي بينهاها في القانون العراقي والمصري اي ان السبب في التهدم يكون في حالة وجود عيب في عملية التشييد ولا دخل لعيب الارض بهذا الضمان^(١٨).

بالرغم من تعديل نص المادة ١٧٩٢ مدني فرنسي والتي استعمل فيها لمشروع عبارة «الاضرار التي تعرض متانة العمل للخطر» بدلاً من عبارة « التهدم الكلي او الجزئي » التي كانت واردة في الصياغة القديمة للنص، فإن دل على شيء فإنما يدل على الاتجاه التشريعي نحو الاكتفاء بمجرد تعريض متانة العمل وسلامته الى الخطر وعدم التمسك بضرورة وقوع التهدم الكلي او الجزئي بالفعل لكي يقوم احكام الضمان الخاص، وهنا استعمل لفظ الهلاك هو عام بحيث يستوعب فرض الهلاك^(١٩).

يكفي لقيام الضمان المقرر في المادة ٦٥١ ساقفة الذكر حصول تهدم بالمبنى ولو كان ناشئاً عن عيب في الأرض ذاتها وبحسب الحكم أقام قضائه بمسؤولية المقاول طبقاً لهذه المادة على حدوث هذا التهدم خلال مدة الضمان .

الفرع الثالث: المدة القانونية للضمان العشري

اذا كانت القواعد العامة تقضي بانهتاء الضمان بمجرد تسليم العمل للصنعة هذا ما لم يكن هناك غش من مقاول، وان الضمان يقتصر على العيوب الواردة قبل التسليم، فإن المشرع نظراً لخطورة المباني وصعوبة تبين عيوبها عند التسلم فإنه مد مدة الضمان وجعلها عشر سنوات لكي يتسطيع صاحب العمل كشف العيوب و الاخطاء .

إن عقد إستتجار الصانع لعمل معين، بالمقابلة على العمل كله أو بأجرة معينة على حسب الزمن الذي يعمل فيه أو العمل الذي يقوم به، يعتبر - بحسب الأصل -

(١٦) د.محمد ناجي ياقوت ، عقد المقاولة، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٨٧م ، ص١٦٩.

(١٧) د.جعفر الفضلي ، الوجيز في العقود ، مرجع سابق، ص٣٩٩

(١٨) اكرم محمود حسين، المسؤولية المدنية عن تهدم البناء، رسالة ماجستير، جامعة بغداد، ١٩٩٠م، ص٩٧ .

(١٩) د.محمد شكري سرور ، مسؤولية مهندسي ومقاولي البناء والمنشأة الثابتة، دار الفكر العربي، الإسكندرية، ١٩٨٥م

ص٢٢١ .

منتهاياً الإلتزامات المتولدة عنه على الصانع و رب العمل بتسليم الشئ المصنوع مقبولاً و قيام رب العمل بدفع ثمنه . لكن القانون المصري - على غرار القانون الفرنسي - قد جعل المقاول و المهندس ضامنين متضامنين عن الخلل الذي يلحق البناء في مدة عشر سنوات و لو كان ناشئاً عن عيب في الأرض أو عن إذن المالك في إنشاء أبنية معيبة، بشرط ألا يكون البناء في هذه الحالة الأخيرة معداً في قصد المتعاقدين لأن يمكث أقل من عشر سنين « المادة ٤٠٩ من القانون المدني المقابلة للمادة ١٧٩٢ من القانون الفرنسي » . فبذلك مد القانون ضمان المقاول و المهندس إلى ما بعد تسلم المبانى و دفع قيمتها على خلاف ما يقتضيه عقد المقاولة من إنقضاء الإلتزام بالضمان بتسليم البناء مقبولاً بحالته الظاهرة التي هو عليها و يجب لقبول دعوى الضمان هذه أن يكون العيب المدعى في البناء خلافاً في متنته، و أن يكون خفياً بحيث لم يستطع صاحب البناء إكتشافه وقت التسلم . أما ما كان ظاهراً و معروفاً فلا يسأل عنه المقاول ما دام رب العمل قد تسلم البناء من غير أن يتحفظ بحق له .

يلتزم المقاول و المهندس المعماري بضمان البناء ضد التهدم الكلي او الجزئي وبضمان عدم وجود عيوب تهدد سلامة و متانة البناء من الاخطاء التي تسبب تهدمه وفقاً للمادة ٦٥١ من القانون المدني المصري و ايضاً وفقاً للمادة ٨٧٠ من القانون المدني العراقي وايضاً ان ميعاد العشر سنوات ليس ميعاد تقادم بل هو ميعاد سقوط، و من ثم هو لا يقبل الوقف ولا الانقطاع، و بأنقضائه يمنع على رب العمل، التمسك بحقه سواء عن طريق رفع الدعوى ام عن طريق الدفع^(٢٠).

(٢٠) د. عبدالرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص ١٢٣. د. محمد ناجي ياقوت مرجع سابق، ص ١٦٥.

المبحث الثاني اطراف الضمان العشري والتعويض

سنبحث في هذا المبحث اطراف الضمان العشري وكذلك التعويض في حال تحقق شروطه وهو التهدم الكلي او الجزئي للبناء او ظهور عيوب فيه وذلك من خلال المطالبين التاليين:

المطلب الأول: اطراف الضمان العشري

ان طرفا الضمان هما طرفا عقد المقاولة، والذي يكون محلة هو اقامة البناء او منشآت ثابتة، والذي يترتب في ذمة الضمان ويكون مسؤولاً عن التهدم او عن العيوب التي تؤدي الى تهدم البناء، فهو المقول و المهندس المعماري في هذا العقد، اما الذي يطالب الضمان فيه هو صاحب العمل او رب العمل الذي يكون الطرف الثاني في عقد المقاولة، او من يقوم مقامه او يحل محله بالمطالبة بالضمان

الفرع الاول: الاشخاص المسؤولون من الضمان العشري

لم يذكر التقنين المدني المصري الحالي سوى المقاول والمهني المعماري كأشخاص يمكن الرجوع عليهم بمقتضى احكام مسؤولية الضمان العشري او الضمان الخاص، المنصوص عليه في المادة ٦٥١ وما بعدها منه، وكان كذلك التقنين المدني الفرنسي بالمادة ١٨٠٤ اي قبل التعديل الذي طرأ على احكامه في هذا الموضوع (٢١).

وعند الرجوع الى نصوص المواد التالية (١٧٩٢، ٢٢٧٠) من القانون المدني الفرنسي، نجد التطور الذي طرأ على مهنة التشييد و اقامة المباني، حيث ان المشرع الفرنسي وسع نطاق قواعد المسؤولية الخاصة بالضمان العشري، ليشمل اشخاص اخرين ممن لم يتدخلوا في عملية البناء ولكنهم مشاركين بها كما سنبينهم، وسوف نبين ايضا موقف القانون المصري و القانون العراقي من هذا التعديل الذي طرأ.

اولاً: المهندس المعماري و المقاول

المهندس المعماري: يقصد به هو الشخص الذي كلف من ناحية رب العمل بوضع التصميمات و الرسوم اللازمة لأقامة البناء او المنشآت الثابتة الاخرى، والذي يشرف على تنفيذها مقاول البناء، فبذلك يمكن القول، اذا اجتمع اشخاص عدة في اقامة اي بناء فيكونون مسؤولين امام رب العمل في حدود العمل الذي قام به احدهم، وحسب نص المادة ٦٥١ من القانون المدني المصري، الشخص الذي يضع الرسوم و التصميمات اللازمة لاقامة البناء و يشرف على تنفيذها يعتبر مهندساً معمارياً، و يكون مسؤولاً في حال كان مقيد في نقابة المهندسين ام لا، وايضا سواء كان ملقب بهذا لقب ام لا، فالعبرة ليست هنا بالصفة القانونية لهذا الشخص الذي قام بالرسوم و التصميمات والاشراف على التنفيذ وانما بطبيعة هذه الاعمال التي قام بها(٢٢)، اي شخص يستطيع العمل كمهندس معماري، سواء كان معماري او كهربائي او ميكانيكي، اي ان يكون مؤهل او غير مؤهل

(٢١) محمد ناجي ياقوت، مرجع سابق، ص ٨٢

(٢٢) د.محمد لبيب شنب، شرح احكام عقد المقاولة، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٤م، ص ١٤١

للهندسة المعمارية.

وعندما نأتي على نص المادة ٦٥٢ التي تنص «إذا اقتصر المهندس المعماري على وضع التصميم دون ان يكلف الرقابة على التنفيذ، لم يكن مسؤولاً الا عن العيوب التي اتت من التصميم». فنجد احيانا يكون عمل المهندس المعماري مقصورا على وضع التصاميم دون ان يكلف بالاشراف على التنفيذ وفي هذه الحالة لا يسأل عن تدهم البناء او عما يظهر من عيوب في البناء، الا في حالة واحدة وهي ان يثبت ان الخطأ او العيب راجع الى التصميم، ويقع عبئ اثبات الخطأ في التصميم على رب العمل وان لم يستطيع اثبات ذلك انتقلت المسؤولية من المهندس المعماري^(٢٣).

والتصميم يكون معيبا في ناحيتين، الاولى من الناحية الفنية، كأن يكون التصميم معيبا نتيجة مخالفة الاصول الهندسية المعمارية، و الناحية الثانية، تكون ناحية قانونية، كأن يكون مخالفا لنص قانوني او بما اقتضت به القوانين (قوانين البناء) والانظمة واللوائح، ومثال على ذلك، كما في عيب التصميم الذي ينشأ المهندس على بناء كامل شامل الارض كلها و لا يحسب حساب ودون ملاحظة ترك المساحة الكافية للفصل بين المرافق او الفصل بين الحائط والآخر او الشوارع او كما تجاوز على المساحة المملوكة للشارع العام او تجاوز الارتفاع المسموح به في الطوابق، فبذلك لو ثبت المقاول من انه استطاع اكتشاف عيب التصميم لوبذل عناية الشخص المعتاد، اي لم يكن ظاهر، يكون فنيا ام قانونيا، و ادى الى انهيار المبنى كان بسبب هذا التصميم، اعتبر المهندس مسؤولاً عن كامل التعويض المقتضى به الى رب العمل، وفي رجوع رب العمل على المقاول جاز للمقاول (الاخير) الرجوع بالدوى وادخال المهندس المعماري ليتحمل كافة التعويضات، ولو رجع رب العمل على المهندس المعماري وحده، فإن المهندس المعماري ليس من حقة ادخال المقاول بالدعوى لان الرجوع بينهم سوف يكون على اساس المسؤولية التقصيرية التي تقتضي لزوم توافر الخطأ من جانب المسؤول عن الضرر^(٢٤).

يتبين هنا ان دور المهندس المعماري في عملية البناء يكون دور ذهني او فكري، اي ان يقوم بالتصميم و الاشراف ووضع مشروعات تنفيذية^(٢٥).

اما المقاول فقد نصت المادة (٦٥١) من القانون المصري على المقاول، وهو شخصاً اخر يكون مسؤولاً وفقا لاحكام الضمان العشري وهو مقاول البناء وعندما يأتي على بيان المقصود به : فهو الشخص الطبيعي او معنوي الذي يعهد اليه بأقامة المنشآت الثابتة او تحويلها، سواء قدم المواد و العمل او العمل وحده، ولا يشترط ان يكون مقاول واحد بل يجوز ان يكونوا، متعددين يقوم كل واحد منهم بجزء من العمل وفي هذه الحالة يعتبر كل منهم مقاولا في حدود الاعمال التي يقوم بها، ويكون ملتزما بالضمان في هذه الحدود^(٢٦). وهو يقوم بتنفيذ التصميم و المناذج و الرسوم الموضوعه

(٢٣) د. فتحية قرة ، احكام عقد المقاولة، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٨٧م ، ص ١٥٠

(٢٤) د. محمد عبدالرحيم عنبر ، عقد المقاولة، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٧٧ ، ص ١٩٩

(٢٥) د. طارق كاظم عجيل ، مرجع سابق، ص ٢٢١

(٢٦) د. عبدالرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص ١١٠

من قبل المهندس المعماري^(٢٧).

ويكون عمل المهندس المعماري وفقا لاجر ودون ان يخضع في عمله الى اشراف او ادارة رب العمل، وقد يقوم رب العمل، بتعهد العمل الى عدة مقاولين وليس واحد فقط، اي ان يقوم احدهم بوضع الاساس والاخر بعمل اخشاب المنزل، و الاخر بأعمال الحدادة، والاخر بأعمال الصحيات، .. الخ فكل هؤلاء يكونون مسؤولين وفقا لحدود عملهم فقط^(٢٨).

الفرع الثاني: الاشخاص المستفيدون من الضمان العشري

ان المستفيد الاول من الضمان العشري الذي يقع على عاتق المهندس المعماري والمقاول وهو رب العمل او صاحب العمل او ما نفضل ان نطلق عليه مالك المشروع^(٢٩)، كذلك نجد ان من الامور المسلم بها دون جدال ان لورثة رب العمل في عقد المقاولة، بعد وفاة مورثهم، الحق في التمسك بقواعد الضمان العشري محل مورثهم، باعتبارهم خلفا عاما له، ولكن يثور التسائل حول مدى استفادة الخلف الخاص مثل المشتري او الموهوب له من احكام الضمان العشري .

ان الحكمة من تقرير قواعد احكام الضمان العشري الواردة في المادة ٦٥١ من القانون المدني المصري و التي تقابلها كما قلنا المادة ٨٧٠ من القانون المدني العراقي و المادة ١٧٩٢ من القانون المدني الفرنسي . تتمثل في حماية رب العمل الذي يمول في الغالب كما بيا غير عالم وخبير بأمور البناء واصوله فمن خلال هذا الفرع سنحاول التطرق الى المستفيد الاول من قواعد الضمان الخاص و هو رب العمل من جهة باعتباره كما بينا طرفا ضعيفا في عقد المقاولة، ومن جهة اخرى يمتد الى الخلف العام و الخلف الخاص لرب العمل، وذلك لان حق الرجوع بالضمان العشري يمكن ان يمتد اليهما من جهة اخرى^(٣٠).

يتحدد المستفيد من المسؤولية الخاصة للمعماريين برب العمل اساسا، وهو الشخص المرتبط بعقد المقاولة مع المسؤول، ولكن تثور مدى استفادة كل من الخلف العام و الخلف الخاص لرب العمل من هذه المسؤولية.

وان المستفيد الأساسي من الضمان العشري هو رب العمل، إذ خوله القانون إمكانية الرجوع بالضمان على المهندس المعماري والمقاول لجبر الضرر اللاحق به . غير أنه لما كانت الحقوق التي يربتها العقد المبرم بين رب العمل والمهندس المعماري، أو بين رب العمل والمقاول تنتقل بعد موته إلى ورثته، فإن الحق في الضمان العشري ينتقل إليهم باعتبارهم خلفا عاما. كما يمكن للحق في الضمان العشري أن ينتقل إلى الخلف الخاص لرب العمل لأنه من مستلزمات البناء .

(٢٧) د. طارق كاظم عجيل، مرجع سابق، ص ٢٢٠

(٢٨) د. احمد شرف الدين، مرجع سابق، ص ٢٦١

(٢٩) د. محسن شفيق، عقد تسلم المفتاح، دار النهضة العربية، القاهرة ١٩٩٧، ص ٢٢

(٣٠) د. عبد الرحمن حموش، بحث جامعي، اشخاص الضمان العشري في القانون المغربي، تاريخ نشر ١١/سبتمبر / ٢٠١٢، موقع العلوم القانونية، ص ١٩.

اولا: رب العمل و خلفه:

الاصل ان صاحب الحق في الضمان هو رب العمل، والمستفيد الاول من قواعد الضمان العشري الذي يكون طرفا في عقد المقاولة مع المقاول او المهندس، ذا كان رب العمل هو الذي يصاب بالضرر من جراء تهدم البناء او ظهور عيب فيه او في المنشأ الثابتة، بحيث يهدد سلامتها او متانتها، فيرجع بالضمان الخاص على المهندس المعماري او على المقاول او عليهما متضامنين^(٣١).

ويستوي ان يكون قد ابرم عقد المقاولة بنفسه او من ينوب عنه او من يمثله ومن ثم ان دعوى الضمان يمكن ان يمارسها عن طريقه او عن طريق نائبه، فالشخص هو رب العمل رغم ان ممثله هو الذي يبرم العقد، ويتولى دعوى الضمان و قد تتولى احيانا شركة او وزارة او هيئة التعاقد مع مقاول معين على بناء مساكن بهدف تملكها لبعض الاشخاص فهنا من الذي يكون له الحق في ممارسة حق رفع الدعوى.

ويشترط لاستفادة رب العمل من احكام الضمان العشري ان تظل صفته قائمه لحين الانتهاء من دعوى الضمان العشري، اما في حالة ان رب العمل يفقد صفته هذه لأي سبب كان من الاسباب، كأن باع عقاره للغير او وهبه، او يتنازل عنه، الى غير ذلك من هذه التصرفات القانونية التي نص عليها القانون المدني من نقل الملكية و التصرفات في العقارات، او نقل ملكية مشروع له الى الغير، فبالتالي هنا يكون رب العمل الذي تصرف في العقار او المشروع قد فقد صفته كمالك للمشروع او العقار، و يترتب على ذلك انه لا يستطيع الرجوع بأحكام الضمان العشري بدعوى الضمان العشري، وايضا هنا توجد حالة اخرى الا وهي يفقد رب العمل او المالك صفته كمالك بالتسليم النهائي للعمل المنفذ، وهذه الحالة تكون في شرط ان يكون العقار غير مشيد لحسابه فعلا، وانما فقط يتولى عملية تشييده، ثم يقوم بعد ذلك بعملية توزيعه على اعضاءه، كل حسب نصيبه في العمل، ومثال ذلك الفرض الذي تقوم فيه جمعيات تعاونية للبناء او الجمعيات فنويه للأسكان بابرام عقود المقاولات انشاء مبان لحساب اعضاءها^(٣٢).

ثانيا: الخلف الخاص لمالك البناء

يقصد بالخلف الخاص من يخلف الشخص في عين معينه بالذات او في حق عيني عليها او حق شخصي، كالمشتري يخلف البائع في العين المباعة و الموصي له بعين في التركة و المنتفع يخلف المالك بحق الانتفاع^(٣٣) وبمعنى اوضح ان كل من الت اليه ملكية البناء بموجب تصرف قانوني لرب العمل كالهبة .

لم يرد في القانون المصري ولا العراقي ما يقضي بأنتقال الحق في الضمان العشري من السلف (صاحب البناء) الذي الت اليه ملكية البناء .

لا خلاف في كون رب العمل هو الذي يطالب بالضمان كما بينا، وذلك يكمن في ان رب العمل كونه المصاب بالضرر من جراء التهدم الذي حصل، او ظهور العيب

(٣١) د. عبد الرزاق السنهوري ، مرجع سابق، ص ١١١

(٣٢) د. محمد شكري سرور ، مرجع سابق، ص ١٩٧ ،

(٣٣) عبد الحميد عثمان الحنفي، المسؤولية المدنية للمقاول من الباطن دراسة مقارنة بين القوانين المصري والفرنسي والكويتي ، ط١ ، جامعة المنصورة، كلية الحقوق ١٩٩٩، ص ٩٥ ،

في المنشآت الثابتة، والذي شأنه ان يؤدي الى تهديد سلامة المنشأ، وكما اشرفنا يرجع رب العمل الى المهندس او المقاول بالضمان، فبحال وفاة رب العمل فإنه يحل محله في المطالبة بالضمان ورثته، كما يجوز لدائنيه مباشرة دعوى غير مباشرة بأسم رب العمل للمطالبة بالضمان، كما يجوز ان يكون دائنًا بالضمان الخلف الخاص اعمالاً بنظرية الاستخلاف في الحقوق و الالتزامات، فالمشتري و الموهوب له الرجوع على المهندس او المقاول باعتبارهما خلفاً خاصاً^(٣٤).

وان انتقال الحق في الضمان العشري الى الخلف الخاص لرب العمل تجد سندها في القانون العراقي في نص الفقرة الثانية من المادة ١٤٢ التي تنص « اذا انشأ العقد التزامات وحقوقاً شخصية تتصل بشيء انتقل بعد ذلك الى الخلف الخاص، فإن هذه الالتزامات و الحقوق تنتقل الى هذا الخلف في الوقت الذي ينتقل فيه الشيء اذا كانت من مستلزماته وكان الخلف الخاص يعلم بها في الوقت انتقال الشيء اليه » فنفهم من نص المادة ١٤٢ الفقرة الثانية من القانون المدني العراقي، فأذا باع رب العمل في عقد المقاول المبنى او وهبه ثم تهدم البناء الكلي او الجزئي او ظهور عيب فيه يهدد سلامته او متانته، جاز للمشتري او الموهوب له حسب نص المادة ١٤٢ الفقرة الثانية من القانون المدني العراقي ان يرجع بمقتضى الضمان العشري محل البحث على المقاول و المهندس المعماري منفردين او مجتمعين^(٣٥).

المطلب الثاني: التعويض في حال تهدم البناء او ظهر العيوب فيه

لا يتم الحصول على التعويض الا من خلال القضاء، فهو السلطة التي تقضي بالتعويض ويحق للأطراف ذكر تعويض اتفاقياً يدرج في العقد و المقصود بالتعويض هو « جزاء المسؤولية المدنية، وهو من اثار الالتزام بوجه عام أياً كان مصدره، اذا لم ينفذه المدين، او تأخر في تنفيذه^(٣٦)»

وعرف ايضاً « هو تصحيح التوازن الذي اختل نتيجة وقوع الضرر الى ما كان عليه وذلك بأعادة المضرور الى الحالة التي كان مفترضاً او متوقفاً ان يكون عليها او لم يقع الفعل الضار على حساب المسؤول الملتزم بالتعويض، اي ازالة او جبر الضرر الذي اصاب المضرور^(٣٧)».

لذا سنبحث في هذا المطلب التعويض النقدي و التعويض القضائي و الشرط الجزائي من خلال التالي:

الفرع الأول: التعويض النقدي

أن التعويض النقدي هو التعويض الذي يقدر بمبلغ من النقود أن التعويض النقدي هو الصورة الأكثر انشأراً وهو الأكثر شيوعاً من انواع التعويضات الاخرى، لكن هذا النوع

(٣٤) د.قديري عبد الفتاح الشهاوي ، احكام عقد المقاول، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٩م ، ص ١٥٨

(٣٥) د.طارق كاظم عجيل ، مرجع سابق، ص ٢٣٢

(٣٦) د. عصام أنور سليم ، نظرية الالتزام بوجه عام احكام الالتزام، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية ٢٠١٣ ص ٨٩

(٣٧) ابراهيم الدسوقي ابو الليل ، تعويض الضرر في المسؤولية المدنية، الناشر: مطبوعات جامعة الكويت ، طبعة ١٩٩٥

، ص ١٤٠.

من التعويضات (النقدي)، قد يبذوا اقل فعالية في جبر الضرر بالنسبة الى الدائن، مقارنة بالتعويض العيني، وذلك في الاحوال التي يكون متاحاً فيها قانوناً الحصول على تعويض عيني، على ان للنقود قوة شرائية واسعة النطاق متداولة بسهولة ويسر، عند استعمالها كأداة لازمه للحصول على ما يحتاجه مالکها من خدمة عامه او اي شيء، من خلال دفعه للنقود مساوياً للشيء الذي يحتاجه، بأعتبار أن النقود تحل محل ما يتعذر تنفيذه^(٣٨).

أن انتفاء المسؤولية للمشيّد في عقود المقاولات ومقاولات البناء و المنشآت الثابتة بالأخص، يجب على هذا الاخير أن يقوم بتنفيذ التزامه المنصوص والمتفق عليه في متن العقد المبرم و طبقاً للشروط والاصول وقواعد الفن المعماري، واشترط رجوع رب العمل على المهندس المعماري و المقاول منصوص عليه ضمن احكام نص المادة ٨٧٠ من القانون المدني العراقي كما بينها سابقاً، ولكي يكون هذا الرجوع صحيح يجب ان يحدث التهدم أو يوجد العيب خلال العشر سنوات التي تعقب تسليم العمل^(٣٩).

فاذا مضت مدة العشر سنوات المحددة للضمان ولم نكتشف اي عيب او خلل او ضعف في متانة البناء، فإن المقاول و المهندس المعماري في هذه الحالة، لا يحاسبون من قبل رب العمل ولا من قبل خلفه، لان المسؤولية في هذه الحالة انتفتت، فإن مضت هذه السنوات، ولم يحصل تهدم ولا اي خلل او اي عيب طراً على المبنى، فهنا نكون امام فرض مهم للمشيّد، وهو عند البناء و التشيّد بصورة صحيحة والالتزام التام بالشروط و المواصفات أثناء التنفيذ، اي ان يقوم بتصحيح الاعمال المعيبة لطريقته الخاصة بالبناء، وفي حال عدم قيامه بذلك لا ينبغي لصاحب العمل الانتظار حتى تنتهي المدة المحدده لعملية الاصلاح بل يحق لهذا الاخير أن يستعمل الحقوق التي منحها اليها القانون ومن ضمنها التعويض النقدي (التعويض بمقابل)^(٤٠).

كما يمكن الحكم بالتعويض النقدي من قبل القاضي في الدعوى التي يرفعها رب العمل والتي يطلب فيها التنفيذ العيني ولكن يكون هنا التنفيذ العيني مستحيلًا بسبب خطأ المدين، كما لو امتنع المقاول او المهندس المعماري عن التنفيذ لالتزامهما وكان التنفيذ يقتضي تدخلهما الشخصي ولم تجد وسائل الاكراه حملها عليه وذلك لان مطالبة رب العمل بالتنفيذ العيني تشمل ضمناً المطالبة بالتعويض في حال استحالة التنفيذ العيني وذلك بسبب خطأ المقاول او المهندس، والحكم بالتعويض هنا يعد بما يطالبه الدائن. و لو استغرق بناء ما تهدم من العقار، او اصلاح اي خلل او عيب فيه يهدد متانته وقتاً طويلاً يجوز الحكم بالتعويض النقدي، اذا كان ذلك له بمقتضى، بالإضافة الى الحكم بالتنفيذ العيني، فإن بذلك لرب العمل ان يطلب بالتعويض النقدي، بالإضافة الى طبه للتنفيذ العيني، ونستطيع اعطاء سبب ذلك ونوجزه في ان رب العمل طيل مدة بقاء البناء معيباً لم ينتفع من بنائه، وهذا ما ايده القضاء المصري^(٤١).

(٣٨) د. عصام انور سليم، مرجع سابق، ص ٩٠

(٣٩) د. عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص ٧٦

(٤٠) د. محمد حسين منصور، المسؤولية المعمارية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية ١٩٩٩م، ص ٩٧

(٤١) محمد جابر الدوري، مسؤولية المقاول والمهندس في مقاولات البناء والمنشآت الثابتة بعد انجاز العمل وتسليمه، رسالة

ماجستير، جامعة بغداد، كلية القانون ١٩٧٥، ص ٢٢٨

ويحتاج الى طلب التنفيذ العيني ومضافاً له التنفيذ النقدي وذلك سبب اخلال التنفيذ و الوقت المستغرق في الاصلاح تسبب له بعدم الانتفاع من ماله او عقاره، فأن محكمة النقض المصرية طبقت هذا المبدأ تطبيقاً سليماً حتى في غير حالة مسؤولية المهندس المعماري او المقاول عن حالات تهدم البناء و المنشآت الثابتة .

الفرع الثاني: التعويض القضائي

الاصل ان يكون التعويض بحكم القاضي، اي تعويضاً قضائياً في حالة ام يكن التعويض مقدراً في العقد أو بنص القانون، والتقدير القضائي يراعي ان المسؤولية التعاقدية و المسؤولية التقصيرية تخضعان لقواعد واحدة. فعناصر التقدير في كليهما هي ما يلحق المدين من خسارة وما يفوته من كسب من ناحية، والضرر المادي والضرر الادبي من ناحية اخرى^(٤٢). وجاءت بنفس ذلك محكمة النقض المصرية ونصت على نفس حكم المادة ٢٢١ من القانون المدني المصري حيث نصت على ان تعويض الضرر المباشر الذي توقعه عادة وقت التعاقد ويشمل التعويض ما لحق الدائن من خسارة وما فاته من كسب وهذا هو الضرر الموجب للتعويض، وهو ما كان محققاً بأن يكون وقع بالفعل او ان يكون وقوعه في المستقبل حتماً^(٤٣).

ورب العمل في حال لم يتفق مع المشيد على تقدير التعويض، اي يتفقان على تقدير التعويض ببند في عقد المقاوله المبرم بينهم، ويكون التزام الطرف المخل في التزامه بدفع قيمة التعويض بسبب اخلاله في الالتزام الى الطرف الاخر، فأذن يتم تحديد التعويض في ذلك عن طريق قاضي المحكمة النطور اليه القضية و عندئذ يسمى بالتعويض القضائي^(٤٤).

ومن تفسير نص المادة ٢٠٣ من القانون المدني المصري، نجد ان الاصل في تنفيذ الالتزام هو التنفيذ العيني و الذي نص عليه المشرع صراحة في النص، ولكن توجد حاله واحده لا يستطيع فيها المدين (المقاول او المهندس) من تنفيذ التزامه عيناً و المشرع استثنى هذه الحالة وهي، اذا كان في التنفيذ العيني ارهاق للمدين جاز له ان يقتصر على دفع التعويض بصورة نقدية (التعويض النقدي) دون التنفيذ العيني الشاق عليه، وكما بين استاذنا الدكتور عصام سليم، ان هذه الحالة الوحيدة المستثناة من الاصل، فالتنفيذ العيني ان لم يكن سهلاً او بصورة طبيعية على المدين اي لا يستطيع التنفيذ الا بدفع النفقات الكثيرة التي لا تتناسب مع ما ينجم من ضرر من جراء عدم الوفاء عيناً، فقتصر حق الدائن هنا على دفع التعويض النقدي^(٤٥).

وقد جاء في القانون المدني العراقي في المادة ٨٧٢ ان كلا من المقاول و المهندس المعماري يكون مسؤولاً من رب العمل عن الاضرار التي تنشأ عن اسباب كانت متوقعة

(٤٢) د.عصام انور سليم ، مرجع سابق، ص ٩١.

(٤٣) الطعن رقم ١٣٨٥ لسنة ٦٠ جلسة ٠٤/١٢/١٩٩٤ س ٤٥ ع ٢ ص ١٥٢٥ ق ٢٨٧.

(٤٤) عبدالملك عبدالكريم محمد مظهر ، التزامات المقاول والمهندس ومسؤوليتها في عقد المقاوله في القانون المدني : دراسة مقارنة ، رسالة دكتوراه ، جامعة القاهرة ، كلية الحقوق ٢٠١١، ص ١٧٩.

(٤٥) د.عصام انور سليم ، المرجع السابق، ص ٤٨

وقت ابرام العقد، لا بسبب مسؤوليتها عقدية كما بينا في السابق وانما، المشرع العراقي اراد التحرز في هذه المسؤولية باعتبارها مسؤولية قانونية فأورد قيداً بشأن ذلك وكان احترازياً على احكامها العمارة جعل المسؤولية بمقتضاه مسؤولية عن الاضرار او العيوب التي ترجع الى اسباب كانت متوقعة وقت اقامة البناء دون العيوب التي تنشأ عن اسباب غير متوقعة^(٤٦).

ويعتبر ضرراً متوقع الحصول ان يتهدم مبنى فيقع على احد المارة فيصيبه بضرر و يرجع المضرور بالتعويض على رب العمل، فيدخل هذا التعويض ضمن الاضرار التي اصابت رب العمل، والمنقولات لرب العمل الموجودة داخل البناء، فأتلها انهدام البناء او العيب، فأن هذا يعتبر ضرراً يستوجب التعويض^(٤٧).

الفرع الثالث: التعويض الاتفاقي (الشرط الجزائي)

يمكن القول ان التعويض الاتفاقي يكون ضمن اتفاق بين المتعاقدين عند ابرام للعقد بالنص عليه، او اتفاق في اتفاق لاحق، وهو ما يطلق عليه الشرط الجزائي، اي ان المتعاقدين هما اللذان يحددا جزافا التعويض الذي يكون واجباً ادائه في حالة عدم التنفيذ من المدين او اخل المدين بالالتزام المنصوص في متن العقد المبرم^(٤٨). ونص المشرع المصري على هذا الشرط في المادة ٢٢٣، لكن لم يذكر فقط تعريف الشرط الجزائي او ما المقصود بالشرط الجزائي وانما بين ان يراعي به احكام المواد من ٢١٥ إلى ٢٢٠ من القانون المدني المصري .

ونص القانون المدني العراقي على هذا الشرط ايضاً ضمن احكام المادة ١٧٠ والقانون الفرنسي نص على الشرط الجزائي في المواد ١٢٢٦ الى ١٢٣١ بالاضافة الى المادة ١١٥٢ منه والمشرع الفرنسي اطلق على الشرط الجزائي مصطلح " البند الجزائي" وذلك ضمن نص المادة ١٢٢٦ من القانون المدني الفرنسي^(٤٩).

هذا وسواء كانت المسؤولية الناشئة عن عدم الالتزام بتنفيذ هذا الالتزام او الاخلال بالالتزام هي مسؤولية عقدية، كما هو الغالب من الحالات التي يتفق فيها المتعاقدين على الشرط الجزائي، او كانت المسؤولية الناشئة عن عدم التنفيذ هي مسؤولية تقصيرية .

بما ان الشرط الجزائي في جوهره، هو تقدير اتفاق للتعويض يتمثل في المبلغ او الاداء الذي تم تحديده جزافاً من طرفي العقد كما بينا سابقاً، ويقدران به مقدماً الاضرار المتوقع حدوثها من جراء الاخلال بالالتزام الاصلي، فبذلك اذا تم تحديد او الاتفاق على التعويض بعد وقوع الضرر بالفعل، اذن هنا لا نكون اما شرط جزائي، بل اما ان يكون عقد صلح يحسم فيه الطرفان نزاعاً ما، واما ان يكون تجديد للدين، وذلك بأن ينزل كل منهما على وجه التقابل عن جزء من ادعائه^(٥٠).

(٤٦) محمد جابر الدوري ، مرجع سابق ، ص ٢٣١ .

(٤٧) محمد عزمي البكري، عقد المقاول في ضوء الفقه والقضاء، دار محمود للنشر، القاوه ٢٠١٧ ص ١٣٢.

(٤٨) د. عصام سليم ، مرجع سابق ، ص ٩٦، هـ ٢

(٤٩) نصت المادة ١٢٢٦ من القانون المدني الفرنسي « البند الجزائي هو البند الذي يلتزم شخص بموجبه ، لأجل ضمان تنفيذ اتفاقية ، بأداء شيء في حال عدم التنفيذ»

(٥٠) د. عصام انور سليم ، مرجع سابق، ص ٩٧

الخاتمة

في ختام بحثنا الموسوم « الضمان العشري في عقود الانشاءات » توصلنا الى بعض النتائج والتوصيات وهي التالي:

اولا: النتائج

١. لا يمكن تطبيق احكام الضمان العشري الا في حالة وجود عقد مقاوله بين مالك البناء والمقاول ومهندس البناء وتهدم البناء او ظهور عيب فيه خلال المدة المحددة قانونا.
٢. على الرغم من عقديّة المسؤولية العشرية الا ان المشرع قد نظمها بأحكام خاصة لخطورتها وخدمة الصالح العام.
٣. لا ينتقل الحق في الضمان العشري الى الغير ، بالرغم من انتقاله من مالك البناء الى خلفه الخاص والعام.
٤. لا يجوز الاتفاق على اعفاء المقاول او المهندس المعماري من المسؤولية العشرية او تخفيفها لتعلقها بالنظام العام، ولكن يجوز تشديدها.

ثانيا: التوصيات

١. ضرورة تعديل احكام المسؤولية العشرية بحيث يكون جائزاً فيها انتقال الحق من صاحب البناء الى الغير اضافة الى الخلف العام والخاص.
٢. تعديل احكام المسؤولية العشرية بحيث يجوز الاتفاق على التخفيف من المسؤولية او الاعفاء منها وفق قاعدة العقد شريعة المتعاقدين. على ان يتحمل المتعاقدان الاثار المترتبة عن تهدم البناء او احدهم في حالة نتج عن التهدم ضرراً أصاب الغير في حال الاتفاق على التخفيف .

