

نطاق

الضمان الخاص في عقد المقاولة

د. عامر عاشور عبدالله

د. ابراهيم عنتر فتحي الحياني

كلية القانون والعلوم السياسية/جامعة كركوك

كلية القانون/جامعة تكريت

المقدمة

إن المباني والمنشآت الثابتة الأخرى هي رمز الإستقرار في الحياة ، ونقطة الإنطلاق لنشاطنا اليومي ، ويعد بنائها وتشبيدها من قبيل الأعمال المُعقدة التي تحتاج إلى مؤهلات علمية وخبرات فنية ، لذا فإن ما يشوبها من خلل أو عيب ، يُهدد بالضرورة حياتنا وسلامتنا وإستقرارنا . وقد تتعرض المباني خلال عملية تشبيدها أو بعد إكمال هذا التشييد بوقت قصير إلى الإنهيار ، فأصبح هذا الإنهيار ظاهرة تستوجب الوقوف عندها قبل وقوعها ، وكثيرا ما يأتي ذلك نتيجة للقصور والإهمال من جانب القائمين على عملية البناء من مهندسين ومقاولين وفنيين ومتخصصين ، ورجبتهم بتحقيق أكبر كسب مُمكن دون إعتبار لأرواح الناس وسلامتهم والحفاظ على ممتلكاتهم ، لذلك فإضافة إلى المسؤولية العقدية والتقصيرية للمقاول والمهندس المعماري ومن أجل التشدد في

المسؤولية أكثر ، ظهر الضمان الخاص لعقد المقاولة كإلتزام جديد يقع على عاتق المُتدخلين في عملية البناء والتشييد . ويُعتبر الضمان الخاص لعقد المقاولة مسؤولية إستثنائية ذات قواعد خاصة فُرضت بنص القانون من أجل توفير حماية أكبر للمتضررين من تهدم أو تعيب المباني حيث جاء المشرع في أغلب الأنظمة القانونية بقواعد قانونية تناولت الضمان الخاص لعقد المقاولة لردع المهندسين والمقاولين وغيرهم من المُشيديين وإبعادهم عن العش المهني .

ولغرض إشاعة نظرية الضمان الخاص لعقد المقاولة ، إرتأينا البحث في هذا الموضوع المهم ، حيث كان لنا بعض ما نوجهه من تقييم لموقف المشرع العراقي فيما يتعلق بنطاق الضمان الخاص لعقد المقاولة ، وذلك من أجل مواكبة التطورات الحاصلة في هذا المجال من جهة وحماية مجتمعنا مما يُهدده من أخطار تُحيط بعملية البناء إذا ما تُركت بدون تحديد للنطاق الذي تدور فيه من جهة أخرى .

وإزاء ما تقدم وللبحث في هذا الموضوع سيتم تقسيم البحث وفقاً لما يأتي :

المقدمة

المبحث الأول : النطاق الشخصي لقواعد الضمان الخاص في عقد المقاولة.

المبحث الثاني : النطاق الموضوعي لقواعد الضمان الخاص في عقد المقاولة.

المبحث الثالث : النطاق الزمني لقواعد الضمان الخاص في عقد المقاولة.

الخاتمة :

المصادر :

المبحث الاول

النطاق الشخصي لقواعد الضمان الخاص في عقد المقاولة

لم يترك المشرع العراقي إلتزام المهندس المعماري ومقاول البناء خاضعاً للأحكام العامة للضمان فحسب بل وضع له أحكاماً خاصة شدد فيها على الأطراف المسؤولة في عقد المقاولة . لكن السؤال الذي يُمكن إثارته هنا ، هل أن هذا التشديد هو تشديداً مُقتصراً على المهندس المعماري ومقاول البناء فقط أم أنه يمتد ليشمل أشخاصاً آخرين ؟ ولما كان من شأن قواعد الضمان الخاص في عقد المقاولة أن تُثقل كاهل بعض الأطراف إلا أنها بالمقابل تحمي البعض الآخر .

و للإحاطة بما تقدم سنقسم هذا المبحث إلى المطلبين الآتيين .

المطلب الأول:الأشخاص المسؤولين وفقاً لقواعد الضمان الخاص في عقد المقاولة .

المطلب الثاني:الأشخاص المستفيدين وفقاً لقواعد الضمان الخاص في عقد المقاولة .

المطلب الأول

الأشخاص المسؤولين وفقاً لقواعد الضمان الخاص في عقد المقاولة

لاشك أن النطاق التقليدي للأشخاص المسؤولين ينحصر في المهندس المعماري ومقاول البناء ، وهو ما نصت عليه المادة (٨٧٠ / ١) من القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ (المعدل) بقولها :
(يضمن المهندس المعماري والمقاول ما يحدث خلال)^(١).

(١) يُقابل هذا النص المادة (١٧٩٢) من القانون المدني الفرنسي لعام ١٨٠٤ ،
والمادة (٦٥١) من القانون المدني المصري رقم (١٣١) لسنة ١٩٤٨ ،
والمادة (٧٨٨) من القانون المدني الأردني رقم (٤٣) لسنة ١٩٧٦ ، والمادة
(٨٨٠) من قانون المعاملات المدنية الإماراتي رقم (٥) لسنة ١٩٨٥ .

وذهب جانب من الفقه إلى تعريف المهندس المعماري بأنه ذلك الشخص الحاصل على مؤهل هندسي في هندسة المعمار يؤهله لأن يضع التصميمات والخرائط والرسومات والنماذج ويُقدّر الأبعاد والقياسات المُختلفة للمُنشآت والأبنية المُراد إقامتها ويُسرف على تنفيذها^(١).

في حين ذهب جانب آخر من الفقه^(٢) إلى أنه لا يُشترط في المهندس المعماري أن يكون حاملاً مؤهلاً فنياً في هندسة المعمار ، فما دام الشخص يقوم بمهمة المهندس فهو مُلزَم بالضمان .

وفي العراق تولى قانون نقابة المهندسين العراقيين رقم (٥١) لسنة ١٩٧٩ في المادة (١١) منه بتحديد الخدمات الهندسية التي يُقدمها المهندس المعماري ومنها وضع التصاميم وتحضير الخارطات وإعداد المواصفات وجداول الكميات والتنفيذ والإشراف والذرعة والتشغيل والصيانة .

ولقد قام المشرع المصري بإصدار القانون رقم (١٠٦) لسنة ١٩٧٦ المعدل بالقانون رقم (٣٠) لسنة ١٩٨٣ بشأن توجيه عملية البناء وتنظيمها والذي جعل فيه لفظ المهندس لفظاً عاماً وذلك استجابةً للتطور الحديث في النشاط المعماري .

كما أن المشرع الأردني قد أخذ في القانون المدني الأردني رقم (٤٣) لسنة ١٩٧٦ بإطلاق لفظ المهندس دون تقييده بالمعماري وذلك في المواد (٧٨٨، ٧٩٠، ٧٩٧) منه.

وقد أخذ المشرع الإماراتي في المادة (٨٨٠) من قانون المعاملات المدنية الإماراتي رقم (٥) لسنة ١٩٨٥ بنفس موقف المشرع الأردني من حيث أنه قد جعل لفظ المهندس لفظاً عاماً ولم يُخصّصه بوصف المعماري .

(١) د. عبد الرزاق حسين ياسين ، المسؤولية الخاصة للمهندس المعماري ومقاول

البناء، ط١ ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، ١٩٨٧ ، ص ٤١٢ .

(٢) د. عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، العقود الواردة على

العمل ، ج٧ ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٦٤ ، ص ١٠٩ .

وبدورنا نؤيد ضرورة جعل لفظ المهندس الوارد في المادة (١/٨٧٠) من القانون المدني العراقي لفظاً مُطلقاً من حيث أحكام الضمان الخاص في عقد المقاولة ليشمل كل المُشاركين في العملية المعمارية وبالتالي توسيع النطاق الشخصي لقواعد الضمان الخاص في عقد المقاولة فيما يتعلق بالأشخاص المسؤولين بموجب أحكام الضمان الخاص في عقد المقاولة ، حيث أن التطورات التي حصلت في مجال البناء والتشييد أدت إلى تدخل أشخاص كثيرين بصفة مباشرة أو غير مباشرة في عملية البناء لا سيما من الذين يحملون لفظ المهندس .

وذهب إتجاه (١) ، إلى أن المهندس المعماري هو مُلتزم أيضاً بتقديم المشورة ، بل أن هذا الإلتزام بتقديم المشورة يكون موجوداً وثابتاً في العلاقة بين جميع المُشيدين من جهة ورب العمل من جهة أخرى في مجال البناء والإعمار .

لكننا في الحقيقة نرى خلاف الرأي السابق تماماً ، حيث أن الإلتزام الأصلي للمهندس المعماري يكون بوضعه للتصاميم والإشراف على تنفيذها وإذا كان هناك إلتزاماً بتقديم الإستشارة فهو لا يعدوا أن يكون إلا إلتزاماً تبعياً ، وهذا بخلاف إلتزامات المهندس الإستشاري الذي يكون إلتزامه بتقديم المشورة إلتزاماً أصلياً ، وتكون هذه المشورة في مجال البناء وتشييده هي محل إلتزام المهندس الإستشاري .

وإن المهندس الإستشاري يكون ذو رتبة مُتقدمة في الخبرتين العلمية والعملية على المهندس المعماري ، وكذلك في سجل النقابة (٢) وقد ظهر هناك من

ذهب إلى إطلاق لفظ المهندس المعماري بما يقصد به المهندس الإستشاري (٣).

ولابد من القول أن المهندس المعماري بإعتبار تخصصه العلمي الدقيق مُرتبط بوضع التصاميم والمُرتسمات ، أما فيما يتعلق بالأساس وقياساته وأوزان الحديد وكميات الأسمنت والمؤشرات التي يقوم عليها التصميم فهي من إختصاص المهندس المدني المختص بالتشبيد .

(١) د. سمير عبد السميع الأودن، مسؤولية المهندس الإستشاري والمقاول في مجال العقود المدنية وعقد تسليم المفتاح، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٤، ص ٢٣ .

(٢) أنظر : المادة الثامنة من النظام الداخلي لنقابة المهندسين العراقية والتي جاء فيها (المهندس الإستشاري هو أعلى مراتب التصنيف لُمُنْتَسيبِي النِقَابَةِ).

(٣) د. محمد ماجد خلوصي ، أصول التحكيم في المنازعات الهندسية والتحكيم في القوانين العربية ، دار قابس ، بيروت ، ١٩٩٦ ، ص ٩٥ وما بعدها . وانظر كذلك د. فتحة قره ، أحكام عقد المقاولة، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، ١٩٩٢ ، ص ٤٢ وما بعدها .

وإزاء ما تقدم وبعد المساعدة التي قدمها لنا بعض المهندسين المختصين في مجال التشييد بآرائهم ، إتضح لنا أنه كان يُطلق على المهندس المُختص بأعمال التشييد والبناء لفظ (المعمار) دون تمييز في الإختصاص أو الرتبة في النقابة وقد يكون هذا هو الدافع وراء تقييد لفظ المهندس بالمعماري في القوانين التي تسري في فترة الأربعينات إلى الستينات من القرن الماضي ومنها القانون المدني المصري رقم (١٣١) لسنة ١٩٤٨ والقانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ في حين أننا وجدنا أن القوانين التي شرعت بعد تلك الفترة أي الحديثة نسبياً فإنها قد إكتفت بلفظ المهندس فقط دون تقييده بوصف المعماري ومنها القانون المدني الأردني رقم (٤٣) لسنة ١٩٧٦ وقانون المعاملات المدنية الإماراتي رقم (٥) لسنة ١٩٨٥ .

وعليه ولغرض إتساع دائرة الأشخاص المسؤولين وفقاً لقواعد الضمان الخاص في عقد المقولة رأينا ضرورة جعل لفظ المهندس في المادة (١/٨٧٠) من القانون المدني العراقي لفظاً مُطلقاً بحيث يشمل جميع المُشيدين والإستشاريين من المهندسين .

وبعد أن تعرفنا على الشخص الأول من الأشخاص المسؤولين وفقاً لقواعد الضمان الخاص في عقد المقولة ، نأخذ الشخص الآخر الذي ذكرته المادة (١/٨٧٠) من القانون المدني العراقي بإعتباره ضامناً وفقاً لقواعد الضمان الخاص في عقد المقولة ، وهو المقاول.

والمقاول ، لغةً : هو المفاوض ، والمفاوضة من قاوله في أمره ، وتقاولا أي تفاوضاً^(١) .

وذهب رأي في الفقه^(٢) ، إلى أنه يُمكن تعريف المقاول بأنه (الشخص الذي يُعهد إليه بتشبيد المباني بناءً على ما يُقدم له من تصميمات وذلك في مقابل

أجر ، ودون أن يخضع لإشراف أو إدارة) . لكن هذا التعريف لا يعني أن
المقاول لا يخضع بصورة مطلقة للإشراف أو الإدارة وإنما هو مُلزم بتلقي
الأوامر من رب العمل وتنفيذها إلا ما كان يتعارض مع أصول مهنته.

(١) محمد بن أبي بكر الرازي ، مختار الصحاح ، دار التنوير العربي ، بيروت ، ١٩٩٥ ، ص
٥٥٩ .

(٢) د.محمد لبيب شنب ، شرح أحكام عقد المقاولة في ضوء الفقه والقضاء ، ط٢ ، منشأة
المعارف ، الإسكندرية ، ٢٠٠٤ ، ص ١١٤ .

وذهب رأي آخر^(١) ، إلى تعريف المقاول بأنه كل شخص طبيعي أو معنوي يرتبط بعقد مقاوله مع رب العمل ، يتعهد بمقتضاه بتشديد بناء أو منشآت ثابتة أخرى ، وفقاً للتصاميم والنماذج المعدة من قبل مهندس معماري معتمد .

وتم تعريف المقاول بموجب تعليمات تسجيل وتصنيف المقاولين العراقيين رقم (٣) لسنة ٢٠٠٩ (المعدلة) بأنه الشخص الطبيعي الذي يُزاوِل أعمال المقاولات ويكون حائزاً على هوية تسجيل وتصنيف المقاولين العراقيين ، أما الشركة المقاوله فهي الشركة المؤسسة بموجب قانون الشركات العراقي رقم (٢١) لسنة ١٩٩٧ وتزاوِل أعمال المقاولات حسب نشاطها ، وتكون حائزة على هوية تسجيل وتصنيف المقاولين .

وإن دور المقاول في عقد المقاوله يكمن بتنفيذه لمضمون العقد ويتم ذلك بالرجوع إلى التصميمات والرسومات والنماذج المقدمة له ، هذا بالإضافة إلى قيامه بكل الأعمال التي تسمح بتنفيذ إلتزامه ، كقيامه بإدارة الأعمال التي يقوم بتنفيذها وحراسة أدوات ومواد البناء التي تقدم له لهذا الغرض^(٢) .

وفي حقيقة الأمر أن دور المقاول في عقد المقاولة لا يخرج عن ثلاثة أدوار ،
 أولها إلتزامه بإنجاز العمل المُتفق عليه ، وثانيها إلتزامه بتسليم العمل بعد
 إكماله، وثالثها إلتزامه بضمان العمل بعد التسليم (٣) .
 وإن ما يهمنا من هذه الإلتزامات التي يلتزم بها المقاول ، هو إلتزامه بالضمان
 الذي يشمل كل من الضمان العام والضمان الخاص (العشري) الذي نحن الآن
 بصدده علماً أن المقاول يلتزم بهذا الضمان الخاص سواءً قام بالعمل بنفسه
 أو بواسطة تابعيه أو عماله .

(١) د.أبراهيم يوسف ، المسؤولية العشرية للمهندس المعماري والمقاول ، ط١، دار النهضة

العربية ، القاهرة ، ١٩٩٥ ، ص ٦٨٦ .

(٢) محمد الفردي ، إلتزامات مقاول البناء ومسؤوليته عن تصدع البناء ، بحث منشور ،

مجلة محامون تصدر عن نقابة المحامين السوريين ، العدد(٦) ، ١٩٩٢ ، ص٣١٨ .

(٣) للتفاصيل في هذه الإلتزامات ، أنظر :أستاذنا د.جعفر محمد جواد الفضلي ، الوجيز في

العقود المسماة ، ط٢ ، دار أبين الأثير للطباعة والنشر ، الموصل ، ٢٠٠٥ ، ص ٤٦٢ وما

بعدها .

ولا بد من القول أن النطاق الشخصي لقواعد الضمان الخاص في عقد المقاولة فيما يتعلق بالأشخاص المسؤولين قد عرف توسعاً كبيراً وملحوظاً في التشريعات التي واكبت التطورات الواردة على الحقوق الناشئة عن عقد المقاولة^(١) فلم يعد هذا النطاق مُقتصرًا على الأشخاص التقليديين وهم كل من المهندس المعماري والمقاول بل تم بسط النطاق الشخصي لقواعد الضمان الخاص في عقد المقاولة بالنسبة للأشخاص المسؤولين ، على بعض المهنيين المُشغلين في مجال التشييد وذلك لمُسايرة التطور الحاصل في مجال البناء وما يستلزمه هذا المضار من تقنيات وتخصُصات مُتعددة وأساليب متنوعة . لذلك نأمل من مُشرعنا العراقي أن يُلزم جميع المهندسين والمقاولين وكل من إرتبط مع رب العمل بعقد مقاولة بالضمان الخاص في عقد المقاولة وبصرف النظر عن لقبهم أو مركزهم أو صفاتهم أو مؤهلهم طالما أنهم يتولون المشاركة بدور ما في عملية البناء والتشييد بمقتضى عقد المقاولة مع رب العمل

فالمسؤول وفقاً لقواعد الضمان الخاص في عقد المقاولة قد يكون مهندساً معمارياً أو إستشارياً أو مدنياً وقد يكون مقاولاً وقد يكون كذلك من النجارين أو الحدادين أو الفنيين طالما إرتبطوا مع رب العمل بعقد إجارة ، وعليه نقترح على المشرع العراقي إضافة العبارة الآتية إلى المادة (١/٨٧٠) من القانون المدني العراقي لتكون كالآتي : (يضمن المهندسون والمقاولون وكل من إرتبط مع رب العمل بعقد مقاولة) .

(١) ومن هذه القوانين القانون المدني الفرنسي ، حيث تجسد هذا التطور في نص المادة (١٧٩٢) منه والتي بدورها وسعت من النطاق الشخصي للأشخاص المسؤولين وفقاً لقواعد الضمان الخاص في عقد المقاولة لتشمل المهندسين والمقاول والفنيين وكل من يرتبط مع رب العمل بعقد مقاولة ، وكذلك بائع العقار تحت التشييد فهنا تمكن المشرع الفرنسي من غلق الباب أمام العقود الصورية التي قد يلجأ إليها المهندسون والمقاولون مع أرباب العمل بتسمية عقد المقاولة بعقد بيع عقار تحت التشييد للتهرب من قواعد الضمان الخاص في عقد المقاولة ولكن عن طريق هذا النص القانوني تمكن المشرع الفرنسي من بسط الحماية القانونية للمصلحة العامة وهي حماية المنشآت بصفة عامة ، وكذلك حماية المصلحة الخاصة وهي مصلحة المشتري .

المطلب الثاني

الأشخاص المستفيدين وفقاً لقواعد الضمان الخاص في عقد المقاولة

كما أسلفنا القول ، أن قواعد الضمان الخاص في عقد المقاولة وإن كانت تُنقل كاهل بعض الأطراف إلا أنها بالمقابل تحمي البعض الآخر ، ولا شك أن المستفيد الأول من قواعد الضمان الخاص في عقد المقاولة هو رب العمل المرتبط بعقد المقاولة مع المسؤولين في الضمان الخاص ، كما أن لورثة رب العمل في عقد المقاولة حق الإستفادة بعد وفاة مورثهم بإعتبارهم خلفاً عاماً . لكن السؤال الذي يُثار هنا هو هل يجوز للمُشتري بإعتباره خلفاً خاصاً أو الموهوب له مثلاً أن يرجع بالضمان على المُشيدين المسؤولين وفقاً لقواعد الضمان الخاص في عقد المقاولة ؟

وللإحاطة بما تقدم سنقسم هذا المطلب إلى الفرعين الآتيين :

الفرع الأول : رب العمل وخلفه العام كمستفيدين وفقاً لقواعد الضمان الخاص في عقد المقاولة .

الفرع الثاني : الخلف الخاص لرب العمل كمستفيد وفقاً لقواعد الضمان الخاص في عقد المقاولة .

الفرع الأول

رب العمل وخلفه العام كمستفيدين وفقاً لقواعد الضمان الخاص في عقد المقاولة

الأصل أن الضمان الخاص في عقد المقاولة قد تم إقراره لحماية رب العمل ، ولكن نظراً لأن المال هو دائماً في حالة حركة فإن ما يترتب على ذلك بطبيعة الحال إمكانية إنتقال ملكية العقار الذي تم تشييده من ذمة رب العمل الذي شُيد البناء أو أُوقيم المنشأ الثابت لحسابه إلى خلفه العام سواء كان الأخير وارثاً أو موصى له .

وإزاء ما تقدم سنتعرف على رب العمل وخلفه العام كمستفيدين وفقاً لقواعد الضمان الخاص في عقد المقاولة .

أولاً : رب العمل

كما أسلفنا أن الأصل في الضمان الخاص في عقد المقاولة هو أنه يكون مُقررراً أساساً لمصلحة رب العمل الذي يكون طرفاً في عقد المقاولة والمقصود برب العمل هنا ، هو ذلك الشخص الذي يُشَيِّد البناء أو يُقام المنشأ الثابت في الحقيقة لحسابه سواء كان شخصاً طبيعياً أو معنوياً عاماً أم خاصاً^(١) .

ويكون رب العمل بالمعنى المتقدم هو المُستفيد الأول وفقاً لقواعد الضمان الخاص في عقد المقاولة ، ذلك أن رب العمل هو الذي يُصاب عادةً بالضرر جراء تهدم البناء أو ظهور عيب في المنشآت الثابتة الأخرى يُهدد سلامتها أو

مئاتها فيرجع بالضمان الخاص على المسؤولين وفقاً لقواعد الضمان الخاص في عقد المقاولة . وغالباً ما يكون رب العمل هو مالك المبنى أو المنشآت الثابتة إلا أن الأمر يُمكن أن يختلف أحياناً ، فقد تتولى وزارة أو هيئة أو شركة مُعينة التعاقد مع مُقاول مُعين على بناء مساكن بهدف تملكها مثلاً لطبقة شعبية معينة أو حتى إلى هيئة أخرى لها شخصية منفصلة، فسؤال الذي يُمكن إثارته هنا ، من هو صاحب الحق في الإستفادة من الضمان الخاص في عقد المقاولة ؟ هل هي الهيئة أم الملاك الذين تملكوا البناء بعد إكمال تشييده ، أو قبل إكمال تشييده لكن بعد ظهور العيوب الموجبة لمسؤولية المُشيدين ؟

ذهب إتجاه فقهي^(٢) إلى أن هذا التساؤل أو النزاع لا يُمكن إثارته لأن صفة رب العمل بعد تسليم الملكية ستزول .
 إذن لا يُشترط أن يكون رب العمل هو مالك الأرض التي يُقام عليها البناء بل يكفي أن يُرخص له بالبناء عليها ، كما أنه ووفقاً للقواعد المُسلم بها في عقد الوكالة إذ كان عقد المُقاولة قد تم إبرامه عن طريق وكيل رب العمل فإن المُستفيد من الضمان الخاص في عقد المقاولة هو الموكل أي رب العمل .

(١) د. عبد الرزاق حسين ياسين ، المصدر السابق ، ص ٥٦٩ .

(٢) د. محمد شكري سرور ، مسؤولية مهندسي ومقاولي البناء والمنشآت الثابتة الأخرى ، دراسة مقارنة في القانون المدني المصري والقانون المدني الفرنسي ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، ١٩٨٥ ، ١٩٧٠ .

ثانياً : الخلف العام

تقضي المادة (١٤٢/١) من القانون المدني العراقي بأنه :
(ينصرف أثر العقد إلى المتعاقدين والخلف العام دون إخلال بالقواعد المتعلقة بالميراث ، ما لم يتبين من العقد أو من طبيعة التعامل أو من نص القانون أن هذا الأثر لا ينصرف إلى الخلف العام) (١) .

ومقتضى هذا النص هو أن الحقوق الناشئة عن العقد تنتقل إلى الوارث بعد وفاة المورث المتعاقد أو صاحب الحق في الضمان .
وبتطبيق هذه القاعدة على عقد المقاولة فإن الحقوق التي يُرتبها هذا العقد لرب العمل بإعتباره طرفاً فيه تنتقل بعد وفاته إلى خلفه العام ، ومن أهم هذه الحقوق الناشئة عن عقد المقاولة ، الحق في الضمان الخاص .

والخلف العام هو من يخلف غيره في ذمته المالية كلها أو في جزء شائع منها كالثالث والربع ، والخلف العام يخلف سلفه بمقتضى أحكام الميراث والوصية ، فمن الطبيعي أن يتأثر بالعقود التي أبرمها سلفه (٢) .

وعلى ما يبدو وفي حدود معرفتنا أن التشريعات المقارنة قد أبتعدت عن الخوض في مسألة إعطاء تعريف مُحدد للخلف العام وإكتفت بالنص فقط على مدى تأثير الخلف العام بما يبرمه سلفه من تصرفات قانونية حال حياته وتركت الفقه مُختلف بشأن تعريف الخلف العام وما يتضمنه من مراكز قانونية .

ومع هذا نؤيد الإتجاه (٣) الذي يذهب إلى ضرورة إضافة فقرة جديدة إلى نص المادة (١٤٢) من القانون المدني العراقي يتم فيها بيان المراد بالخلف العام والتي مضمونها هو : (يعد خلفاً عاماً في أمواله وحقوقه القابلة للإستخلاف العام ، كلها أو في جزء شائع منها) .

-
- (١) يقابل هذا النص المادة (١٤٥) مدني / مصري والمادة (٢٥٠) معاملات مدنية / إماراتي والمادة (١١٢٢) مدني / فرنسي
- (٢) د. عبد المجيد الحكيم والأستاذ عبد الباقي البكري والأستاذ المساعد محمد طه البشير ، الوجيز في نظرية الإلتزام في القانون المدني العراقي ، مصادر الإلتزام ، ج ١ ، ط ٢ ، المكتبة القانونية ، بغداد ، ٢٠٠٨ ، ص ١٣٠ وما بعدها
- (٣) د. بيرك فارس حسين الجبوري ، الخلف العام وحمايته المدنية ، دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية ، ٢٠١٣ ، ص ٢٧٧ - ٢٨٧ .

لذا يُمكن القول أن الحقوق الناشئة عن العقد تنتقل إلى الوارث أو بعبارة أخرى تنتقل إلى الخلف العام بموت المورث ، وعلى هذا الأساس إذا توفي رب العمل إنتقلت ملكية العقار محل العقد بما لها من حقوق ثابتة لرب العمل وتستقر في ذمة خلفه ويترتب على ذلك أيضاً أنه إذا حدث تهدم كلي أو جزئي أو ظهر بالعقار المُشيد عيب يترتب عليه تهديد متانة وسلامة العقار أو جعله غير صالح للهدف الذي أنشئ من أجله ، فإن الحق في مباشرة دعوى الضمان الخاص في عقد المقاولة من إختصاص الخلف العام لرب العمل الذي إنتقلت إليه ملكية هذا العقار محل عقد المقاولة ، وذلك على إعتبار أن هذه الدعوى هي من الحقوق التي رتبها هذا العقد لسلفه فتنقل إليه تبعاً لإنتقال ملكية العقار .

الفرع الثاني

الخلف الخاص لرب العمل كمستفيد وفقاً لقواعد الضمان الخاص في عقد

المقاولة

أدى التطور الكبير الذي طرأ في مجال التشييد والبناء إلى الدرجة التي أصبح فيها رب العمل ليس هو بالضرورة الشخص الذي يُقام من أجله البناء ، إذ أصبح عملياً وواقعياً في الوقت الحاضر أن يكون المُنتفع الحقيقي بالبناء المُزمع تشييد شخصاً آخر هو غير رب العمل الذي تعاقد بالفعل على إقامة البناء بمقتضى عقد المقاولة . ويحدث هذا عملياً في حالة المقاول البائع للبناء ، أي عندما يتولى المقاول بنفسه عملية البناء ولحسابه الخاص دون الإرتباط بأحد بعقد مقاولة بقصد بيعه للغير سواء أبرم عقد البيع بعد تمام البناء أو قبله

.وليس هناك نص في القانون المدني العراقي أو في التشريعات محل المقارنة يقضي صراحة بانتقال الحق في الضمان الخاص من السلف صاحب البناء إلى الخلف الخاص الذي آلت إليه ملكية البناء المعيب.

مع ذلك سلم جانب من الفقه ^(١) ، بأن للخلف الخاص الحق في الإستفادة من الضمان الخاص في عقد المقاولة ، فيمكن للخلف الخاص كمشتري للبناء أن يرجع بالضمان الخاص في عقد المقاولة على المسؤول من المشيدين فيما قد يظهر في البناء المُشيد

(١) د. محمد كامل مرسي ، شرح القانون المدني الجديد ، العقود المسماة ، ج ٤ ، ط ٢ ، المطبعة العالمية ، القاهرة ، ١٩٥٢ ، ص ٥٦٩ .

من عيوب خلال المدة القانونية للضمان الخاص في عقد المقاولة ويكون هذا الرجوع عن طريق رفع دعوى الضمان الخاص في عقد المقاولة مباشرة تجاه المسؤول في الضمان الخاص سواء كان مهندساً أو مقاولاً أو فنياً أو مهنيّاً أو أي شخص آخر من المُشيدِين وبصرف النظر عن الصفات . وهذا يعني أن يكون للخلف الخاص (المشتري) دعوتين ، يرفع أحدهما ضد البائع طبقاً للقواعد العامة في ضمان العيوب الخفية في الشيء المبيع ، أما الأخرى فتكون ضد المسؤول من المُشيدِين طبقاً للقواعد الخاصة بالضمان الخاص في عقد المقاولة وإن كان لم يحصل بطبيعة الحال بموجب هاتين الدعوتين على أزيد مما أصابه من ضرر جراء هذا العيب .

وقد جعل المشرع الفرنسي المشتري مُستفيداً وفقاً لقواعد الضمان الخاص في عقد المقاولة بالرغم من عدم وجود عقد مقاولة بل يكفي أن يكون الشخص مالكاً للبناء ، فيمكن أن يستفيد المالك من قواعد الضمان الخاص في عقد المقاولة وإن كان العقد هو عقد بيع أو وكالة (١) .

(١) انظر : المادة (١٧٩٢) من القانون المدني الفرنسي .

المبحث الثاني

النطاق الموضوعي لقواعد الضمان الخاص في عقد المقاولة

يتعلق النطاق الموضوعي لقواعد الضمان الخاص في عقد المقاولة بالأعمال التي تُشكل محل هذا الضمان الخاص من جهة وبالعيوب الموجبة لقيامه من جهة أخرى.

فمن حيث الأعمال محل هذا الضمان حَصَرها المشرع العراقي والتشريعات محل المقارنة بالمباني والمنشآت الثابتة الأخرى وفي هذا الإطار بقي الفقه يُناقش حدود وضوابط هذه الأعمال التي تُشكل الشق الأول للنطاق الموضوعي وناقش الفقه شروط هذه العيوب التي تُشكل الشق الثاني للنطاق الموضوعي للضمان الخاص في عقد المقاولة .

ولإحاطة بما تقدم سنقسم هذا المبحث إلى المطلبين الآتيين :

المطلب الأول : الأعمال الخاضعة للضمان الخاص في عقد المقاولة .

المطلب الثاني : العيوب الموجبة لقيام الضمان الخاص في عقد المقاولة .

المطلب الأول

الأعمال الخاضعة للضمان الخاص في عقد المقاولة

تنص المادة (١/٨٧٠) من القانون المدني العراقي على أنه : (يضمن المهندس المعماري والمقاول ما يحدث خلال عشر سنوات من تهدم كلي أو جزئي فيما شيده من مبانٍ أو أقاموه من منشآت ثابتة أخرى^(١)) فعلى ما يبدو ومن خلال هذا النص القانوني الصريح أن الأعمال الخاضعة للضمان الخاص في عقد المقاولة هي قد تكون تشييد مباني أو إقامة منشآت ثابتة أخرى .

(١) يقابل هذا النص المادة (٦٥١) مدني / مصري والمادة (٧٨٨) مدني / أردني والمادة (٨٨٠) معاملات مدنية / إماراتي والمادة (١٧٩٢) مدني / فرنسي . وجميع هذه النصوص القانونية مُتَّفَقة على أن الأعمال الخاضعة للضمان الخاص في عقد المقاولة هي تشييد المباني وإقامة المنشآت الثابتة الأخرى وهو ما أخذ به القانون المدني العراقي .

ولإحاطة بما تقدم سيتم تقسيم هذا المطلب إلى الفرعين الآتيين :

الفرع الأول : تشييد المباني .

الفرع الثاني : إقامة المنشآت الثابتة الأخرى .

الفرع الأول

تشييد المباني

تدخل المباني بجميع أنواعها في نطاق تطبيق الضمان الخاص في عقد المقالة وذلك دون جدال في الفقه^(١) والمقصود بالمباني ، المنشآت التي من صنع الإنسان والتي يستطيع الفرد أن يتحرك بداخلها وتوفر له الحماية ضد المخاطر الناتجة عن المؤثرات الطبيعية الخارجية أيًا كانت المواد التي شُيِّدت منها طالما أن المبنى مُستقرًا وثابتًا في مكانه ومُتصلاً بالأرض إتصال قرار بحيث لا يُمكن نقله دون هدم أو تلف وبالتالي فهو مبنى ويكون محل حماية^(٢)

وذهب جانب فقهي آخر^(٣) إلى تعريف المباني بأنها مجموعة من المواد أيًا كان نوعها خشبًا أو جبرًا أو جبسًا أو حديدًا وكل هذا معًا أو شيء غير هذا شُيِّدت بيد الإنسان وأتصلت بالأرض إتصال قرار.

وتم تعريف المباني أيضاً بأنها كل عمل أقامته يد الإنسان ، ثابت في حيز من الأرض ومُتصل بها إتصال قرار عن طريق الربط ربطاً غير قابل للفك دون تعيب ، بين مجموعة من المواد أياً كان نوعها وجرت العادة على إستعمالها في مثل هذا العمل طبقاً لمقتضيات الزمان والمكان (٤) .

-
- (١) انظر :د.عبد الرزاق السنهوري ، المصدر السابق ، ص ١٠٧ ، وانظر كذلك د. محمد كامل مرسي ، المصدر السابق ، ص ٢٤٩ .
- (٢) د. عزالدين الديناصوري و د.عبد الحميد الشواربي ، المسؤولية المدنية في ضوء الفقه والقضاء ، ط٧، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، ٢٠٠٢ ، ص ٣٣٨ .
- (٣) د. عبدالرزاق السنهوري ، الوسيط ، ج ١ ، المصدر السابق ، ص ٢١٣ .
- (٤) د. عبد الرزاق حسين ياسين ، المصدر السابق ، ص ٦٥٩ .

ومن أبرز أمثلة المباني التي هي كثيرة جداً ، المنازل والمدارس والمستشفيات والمسارح ودور السينما والمصانع والمساجد والمعابد ، أياً كانت المواد التي شُيدت منها ، حيث لا يُشترط أن يكون المبنى قد تم تشييده بالطابوق أو الحجارة بل يجوز أن يكون تم تشييده بالزجاج أو الخشب أو أي مادة أخرى كالمعادن أو البلاستيك، وقد تم تطبيق قواعد الضمان الخاص في عقد المقاولة حتى على المباني التي تم تشييدها من الزجاج لإيواء بعض النباتات والزهور .^(١)

فالمبنى إذن يكون دائماً مُستقراً وثابتاً في مكان وامتصل بالأرض إتصال قرار بحيث لا يُمكن نقله من مكان إلى آخر دون تلف أو هدم ، ويترتب على هذا أن الأكشاك والمنازل القابلة للفاك والتركيب والتي يُمكن نقلها من مكان لآخر دون هدم أو تلف لا تتوفر فيها صفة المبنى بالمعنى المقصود وبالتالي ستخرج عن النطاق الموضوعي لقواعد الضمان الخاص في عقد المقاولة .

كما إنه لا عبء في أن تكون هذه المباني قد شُيدت فوق سطح الأرض كما هو الأمر المُعتاد الذي جرى عليه العمل أو تكون قد أُقيمت تحت سطح الأرض وإن هذه الظاهرة الأخير قد أصبحت كثيرة الإنتشار في عصرنا هذا ومن أبرز أمثلتها المخابيء التي تُبنى تحت سطح الأرض ليختبئ الناس بداخلها أثناء الحروب ويحتمون بها من القصف وكذلك الدور السفلية التي تُستغل كمحلات تجارية أو صناعية أو أفران أو مخازن أو إلى غير ذلك من الإستغلالات

المختلفة ، علماً أنه لم يعد غريباً أن تتعدد الطوابق تحت سطح الأرض بقدر تعددها فوقه (٢) .

وعليه ، فإن المباني أياً كان طبيعتها ومكانها سواء فوق سطح الأرض أم تحته وشكلها والمادة الداخلة في تكوينها والغرض منها ، طالما كانت ثابتة في مكانها تكون ضمن نطاق الموضوعي لقواعد الضمان الخاص في عقد المقاولة .

-
- (١) انظر : د.محمد ناجي ياقوت ، مسؤولية المعمارين بعد إتمام الأعمال وتسلمها مقبولة من رب العمل ، دار وهذان للنشر ، الإسكندرية ، دون سنة طبع ، ص٨٣ .
- (٢) د.عبد الرزاق حسين ياسين ، المصدر السابق ، ص ٦٦٣ .

ولا بد أن نذكر أيضاً أن جانباً من الفقه^(١) وهو ما - نؤيده - يذهب إلى أن قواعد الضمان الخاص في عقد المقاولة ، هي قواعد لا تسري إلا على العمليات الإنشائية الجديدة بحيث يقتصر عليها وحدها تطبيق تلك الأحكام . أما ما عداها من أعمال أخرى كأعمال الصيانة والترميم والتوسع والهدم مثلاً فهي لاتخضع لقواعد الضمان الخاص في عقد المقاولة حيث أن هذه الأعمال تتم في عقارات موجودة من قبل إلا إذا كانت هذه الأعمال قد وقعت على هيكل العقار أو الأجزاء الرئيسية فيه بحيث يترتب على الأداء المعيب لها ، حدوث تهدم كلي أو جزئي في البناء أو تهديد لسلامة العقار ومثانته أو جعله غير صالح للهدف الذي أنشئ من أجله .

الفرع الثاني

إقامة المنشآت الثابتة الأخرى

لم يكتفي المشرع العراقي في المادة (١/٨٧٠) من القانون المدني العراقي وكذلك التشريعات المقارنة بجعل عمليات تشييد المباني محلاً لسريان قواعد الضمان الخاص في عقد المقاولة ، وإنما وسع من نطاق تطبيق قواعد هذه المسؤولية ليجعلها تشمل أيضاً عمليات إقامة المنشآت الثابتة الأخرى ، وما ذلك إلا تنفيذاً لسياسة تشريعية مقصودة تخلص إلى محاولة إيجاد نوع من التوازن في الحماية القانونية بين المصلحة الخاصة والذي تُشكل المباني الجانب الأكبر من نشاطها العقاري بينما لا تُشكل المنشآت الثابتة الأخرى إلا

جانباً ثانوياً بالنسبة لها ، وبين المصلحة العامة التي تُشكل المنشآت الثابتة الأخرى الجانب الهام في نشاطها العقاري في حين لا تُشكل المباني إلا جانباً ثانوياً فيها . ولإحاطة بما تقدم سنتناول مفهوم المنشآت الثابتة الأخرى من جهة وتحديد نطاق المنشآت الثابتة الأخرى الخاضعة لقواعد الضمان الخاص في عقد المقاولة من جهة أخرى .

(١) د.محمد شكري سرور المصدر السابق ، ص ٢١٥ وانظر كذلك د.عبد الرزاق حسين ياسين ، المصدر السابق ، ص ٦٦٨ .
أولاً : مفهوم المنشآت الثابتة الأخرى

لم يتطرق المشرع العراقي ، بل حتى التشريعات محل المقارنة إلى إيجاد تعريف للمنشآت الثابتة الأخرى وتم ترك هذه المهمة للفقهاء الذي ذهب بدوره إلى تعريف المنشآت الثابتة الأخرى بأنها كل عمل أقامته يد الإنسان ثابتاً في حيز من الأرض ومتصلاً بها إتصال قرار عن طريق الربط بين مجموعة من المواد أيّاً كان نوعها ، ربطاً غير قابل للفك ، بحيث يُيسر على الإنسان سُبُل إنتقاله أو سُبُل معاشه (١) .

يُمكن القول من خلال هذا التعريف ، أنه من حيث التكوين تُعتبر كل من المباني والمنشآت الثابتة الأخرى هي شيء واحد ، إذ أن كل منهما عبارة عن عمل قائم وثابت في الأرض بمجموعة من المواد .

أما من حيث الوظيفة، فإن كل منهما يختلف عن الآخر، حيث أن وظيفة المباني هي خدمة المصلحة الخاصة في الدرجة الأولى في حين تكون وظيفة المنشآت الثابتة الأخرى وبالدرجة الأولى هي خدمة المصلحة العامة ويصعب جداً حصرها بوظيفة واحدة. فوظيفة المباني هي مجرد إيواء الإنسان أو الحيوان أو الأشياء إذ لا تتعدد وظائفها لتشمل مختلف مجالات الحياة اليومية للإنسان والتي تُسهل عليه سُبُل إنتقاله كالجسور والأنفاق والسكك الحديدية وغيرها التي تُعتبر من المنشآت الثابتة الأخرى.

(١) د. عبد الرزاق حسين ياسين ، المصدر السابق ، ص ٦٨٢ .

ثانياً : تحديد نطاق المنشآت الثابتة الأخرى الخاضعة لقواعد الضمان الخاص في عقد المقاولة .

لم يبقى الضمان الخاص في عقد المقاولة محصوراً بأعمال المباني أو الهندسة المعمارية وإنما إمتد أيضاً لأعمال الهندسة المدنية ، وإنطلاقاً من التعريف السابق الذكر للمنشآت الأخرى فإنه كلما توفرت عناصر التعريف بقيوده وأوصافه كُنّا أمام منشآت ثابتة أخرى وليس أمام مباني ، ولايهم الغرض الذي أنشئت من أجله هذه المنشآت طالما كان الغرض هو متعلقاً بالمصلحة العامة . كما أنه لا تهم المادة التي تُصنع أو تُقام منها هذه المنشآت الثابتة الأخرى ، فقد تكون المواد حديداً أو خشباً أو حجراً أو خليطاً من هذه المواد كلها أو بعضها إلى غير ذلك من المواد التي يُمكن ان تدخل في إقامة أو صنع المنشآت الثابتة الأخرى^(١) .

وقد اختلف الفقه في مسألة بعض المنشآت الثابتة الأخرى التي يتم إنشائها دون مستوى سطح الأرض مثل إقامة الممرات تحت الأرض أو قنوات الري أو إقامة شبكات الصرف الصحي الخ ، فهل يُمكن إدخالها إلى النطاق الموضوعي لقواعد الضمان الخاص في عقد المقاولة ؟ وقد ظهر في هذه المسألة رأيان :

الرأي الأول : يذهب هذا الرأي^(٢) إلى إخراج هذه الأعمال من النطاق الموضوعي وفقاً لقواعد الضمان الخاص في عقد المقاولة بحجة إنها ليست من قبيل المنشآت الثابتة الأخرى هذا من جهة ، و أنه يُشترط لقيام هذا الضمان إلحاق الضرر بالغير، وإن الأضرار لا تلحق الغير إلا إذا كانت المنشآت موجودة فوق سطح الأرض من جهة أخرى .

الرأي الثاني : يُمثل هذا الرأي غالبية الفقه (٣) وهو - مانؤيده - ويذهب هذا الرأي إلى إخضاع هذه الأعمال لقواعد الضمان الخاص في عقد المقاولة بإعتبارها من النطاق الموضوعي لهذا الضمان الخاص أي بإعتبارها منشآت ثابتة أخرى سواء كانت فوق سطح الأرض أو تحت سطح الأرض وباطنها ، كما أن المُشرع لم يشترط أن تكون هذه المنشآت الثابتة الأخرى قد أُقيمت فوق سطح الأرض . لذا نوصي بمشروعنا العراقي للتدخل لترسيخ ما تم التوصل اليه فقهاً فيما يتعلق بإخضاع الأعمال المُقامة تحت سطح الأرض لقواعد الضمان الخاص في عقد المقاولة .

(١) د.محمد شكري سرور ، المصدر السابق ،ص ٢١٩ .

(٢) د.محمد لبيب شنب ، المصدر السابق ، ص١٢٦ .

(٣) د. محمد كامل مرسي ، المصدر السابق ، ص ٤٩٩ ، وانظر كذلك : د. محمد شكري سرور ، المصدر السابق ، ص٢١٥ ، وانظر كذلك : د. محمد ناجي ياقوت ، المصدر السابق ، ص٧٩ .

المطلب الثاني

العيوب الموجبة لقيام الضمان الخاص في عقد المقاولة

من المُسَلَّم به أن الضمان الخاص في عقد المقاولة لا يُمكن أن يقوم إلا إذا وجد هناك عيوب في الأعمال محل هذا الضمان الخاص في عقد المقاولة تكون سبباً في الضرر الناشيء ، بل لابد أيضاً أن تتوفر في هذه العيوب شروطاً يتعلق بعضها بالجسامة والبعض الآخر يكون مُتعلقاً بالخفاء .

وأزاء ما تقدم سنقسم هذا المطلب إلى الفرعين الآتيين :

الفرع الأول : أنواع العيوب الموجبة لقيام الضمان الخاص في عقد المقاولة .

الفرع الثاني : شروط العيوب الموجبة لقيام الضمان الخاص في عقد المقاولة .

الفرع الأول

أنواع العيوب الموجبة لقيام الضمان الخاص في عقد المقاولة

يقصد بالعيوب ، الخلل الذي يُصيب المباني أو المنشآت الثابتة الأخرى والذي تقتضي أصول الصنعة وقواعد الفن المعماري خلوها منه ^(١) .

وتتنوع هذه العيوب وتتعدد بتتنوع أسبابها وتعدد مجالاتها ، فمنها ما يرجع إلى مانع أو أكثر قام بالأرض نفسها التي أُقيم عليها البناء أو المنشآت الثابتة

الأخرى ومنها ما يكون مصدره الخطأ في التصميم ذاته ، وقد يرجع سبب العيب إلى المواد المستعملة في البناء .

وللتعرف على هذه العيوب الموجبة لقيام الضمان الخاص في عقد المقاولة سنتناولها فيما يأتي :

أولاً : سبب العيب مانع أو أكثر قائم بالأرض ذاتها .

تقضي المادة (١/٨٧٠) من القانون المدني العراقي ، وكذلك النصوص القانونية في التشريعات المقارنة ^(٢) بقيام الضمان الخاص في عقد المقاولة حتى ولو كان التهدم

(١) د. سمير عبد السميع الأودن ، المصدر السابق ، ص ٢٠ .

(٢) يقابل هذا النص المادة (٦٥١) مدني / مصري ، والمادة (٧٨٨) مدني / أردني ، والمادة (٨٨٠) معاملات مدنية / إماراتي والمادة (١٧٩٢) مدني / فرنسي .

ناشئاً عن عيب في الأرض ذاتها ، والأرض هي ذلك المُسطح المساحي الذي يُعتبر الركيزة المادية التي يقوم عليها البناء أو المنشآت الثابتة الأخرى وتتصل بها إتصال قرار ، لذلك يجب أن يقوم العاملون في مجال الإعمار بإجراء دراسة فنية في غاية الدقة والتعمق على الأرض التي يُراد إقامة البناء عليها وذلك لأهمية النتائج التي تترتب عليها ، حيث أن متانة البناء وسلامته تتوقف على مدى صلابة الأرض التي يركز عليها .

والأصل أن فحص تربة الأرض المراد إقامة البناء عليها هي مهمة تقع على عاتق المهندس المعماري وذلك لأن الأخير هو الذي يؤكد غالباً صلاحية الأرض للتشييد عليها ، ويؤكد الإجماع ينعقد في هذه المسألة على أن دراسة تربة الأرض وفحص خصائصها تقع على عاتق المهندس المعماري بل وتُعتبر من أولى مهام وظيفته لما يتوفر لديه من خبرة فنية في هذا المجال ولما يملكه من عناصر التقدير لأهمية البناء أو المنشآت الثابتة الأخرى المُزمع إنشائها ، ومدى إستجابة خصائص التربة لها ^(١).

وقد ذهب إتجاه ^(٢) إلى أن المفاوض يكون في حقيقة الأمر أكثر معرفة بطبيعة الأرض من المهندس المعماري وأكثر تخصصاً منه فيها وذلك لما يُباشره يومياً من ممارسات عملية في هذا المجال فهو الذي يقوم بأعمال الحفر وسوف لا يكون صعباً عليه وهو يُجري هذه الأعمال أن يتبين عيوب الأرض ، فيتعرف على طبيعتها التكوينية ومدى رشحها أو مساميتها ، وبالتالي يجب أن يكون مسؤولاً عن عيوب التربة وعدم مُعالجتها قبل البدء بتنفيذ البناء ، ولا بد

من القول ، أن القانون المدني العراقي وكذلك التشريعات المقارنة لم تُفرق بهذا الصدد بين المهندس المعماري والمقاول .

ثانياً : سبب العيب الخطأ في التصميم .

يُعتبر المهندس المعماري في الأصل هو الشخص المُختص بوضع التصاميم المتعلقة بالبناء أو المنشآت الثابتة الأخرى ، وذلك بحكم تأهيله علمياً وفنياً للقيام بهذه المهام ، في حين يتولى المقاول وتحت إشراف المهندس المعماري تنفيذ هذا التصميم لفائدة رب العمل ، ويكون المهندس المعماري مسؤولاً عن عيوب التصميم

(١) د. محمد لبيب شنب ، المصدر السابق ، ص ١٣٦ .

(٢) انظر : د. محمد النفردى ، المصدر السابق ، ص ١٥١ .

الذي يضعه ويكلف بالأشراف الرقابة على تنفيذه ، ذلك لأنه يكون ملتزماً بمقتضى العقد المبرم بينه وبين رب العمل من أجل تحقيق نتيجة مُقتضاها أن يقدم لرب العمل تصاميم خالية من العيوب ومُطابقة لرغبات رب العمل وقواعد الهندسة المعمارية ، أما إذا إقتصر دور المهندس المعماري على وضع التصميم دون أن يتم تكليفه بالرقابة على التنفيذ ، فإنه سيكون مسؤولاً عن العيوب التي أتت من التصميم دون العيوب التي ترجع إلى طريقة التنفيذ (١) .

ثالثاً : سبب العيب يرجع إلى المواد المستعملة في البناء

كثيراً ما تكون المواد المستعملة في البناء سبباً في العيوب التي تكون موجبة لقيام الضمان الخاص في عقد المقاولة نتيجة الأضرار التي تلحقها هذه المواد بالمباني والمنشآت الثابتة الأخرى.

وإضافة للأسباب المتعددة التي ذكرناها ، يُمكن أن يكون سبب العيب هو الخطأ في التنفيذ ، حيث أن التضامن بين المهندس المعماري والمقاول لا يقوم إلا في علاقتهما برب العمل أما من حيث علاقة كل منهما في مواجهة الآخر فلا تضامن بينهم بل يتم تقسيم المسؤولية عليهما ، حيث يتم هنا تحديد المسؤول عن الخطأ سواء يقع على المهندس المعماري أو على المقاول أو على المسؤول إذا كان شخصاً آخر من المشيدين فتهض عندها المسؤولية التضامنية (٢) .

الفرع الثاني

شروط العيوب الموجبة لقيام الضمان الخاص في عقد المقاولة

من المُتفق عليه أن قواعد الضمان الخاص في عقد المقاولة والمقررة في المادة (٨٧٠) من القانون المدني العراقي والنصوص القانونية التي تقابلها في التشريعات محل المقارنة لا تُغطي كل عيب يترتب على أعمالها في مجال التشييد والبناء المعماري بل يجب أن تتوفر في العيب الموجب لقيام الضمان الخاص في عقد

-
- (١) انظر المواد : (١/٨٧١) مدني / عراقي ، و(٦٥٢) مدني / مصري ، و(٧٨٩) مدني / أردني ، و(٨٨١) معاملات مدنية / إماراتي .
- (٢) د. محمد لبيب شنب ، المصدر السابق ، ص ١٠٨ .

المقاولة شروط معينة ، يتعلق بعضها بخطورة العيب ، فيما يتعلق البعض الآخر منها بخفاء هذا العيب . وعليه سنتناول فيما يأتي شروط العيوب الموجبة لقيام الضمان الخاص في عقد المقاولة .

أولاً : خطورة العيب .

يُعتبر العيب خطيراً وموجباً لقيام الضمان الخاص في عقد المقاولة وفقاً لنص المادة (١/٨٧٠) من القانون المدني العراقي إذا تهدم البناء كلياً أو جزئياً أو شابه عيب يهدد متانة البناء وسلامته وفقاً لما جاءت به المادة (٣/٨٧٠) من القانون المدني العراقي^(١) وعليه يُعتبر العيب خطيراً وموجباً لقيام الضمان الخاص في عقد المقاولة في الحالتين الآتيتين :

- ١- إذا أدى إلى تدهم كلي أو جزئي للبناء .
- ٢- إذا ترتب عليه تهديداً لمتانة البناء وسلامته .

ونوصي بالمشرع العراقي أن يُضيف سبباً آخر لهذه الأسباب المُتقدمة ، ألا وهو العيب الذي من شأنه المساس بالعرض الذي شُيد من أجله العمل سواء كان من المباني أو المنشآت الثابتة الأخرى .

ثانياً: خفاء العيب

على الرغم من أن النصوص العامة للضمان الخاص في عقد المقاولة لم تشترط خفاء العيب . إلا أن الفقه ، كان قد أجمع على ضرورة أن يكون العيب إلى جانب خطورته ، خفياً على رب العمل عند التسليم ، أما ماكان

ظاهراً من العيوب لرب العمل وقت التسليم له دون أن يُبدي الأخير أي تحفظات بشأنها فهذا سوف لا يُسأل المُشيد عن هذه العيوب .

وعلى الرغم من ضرورة أن يكون العيب خفياً من أجل وجوب قيام الضمان الخاص في عقد المقاولة إلا أنه لا بد أن تتوفر فيه ضوابط مُعينة ومنها ، أن يكون هذا الخفاء محل إعتبار وقت التسليم النهائي للعمل أما إذا إنكشف العيب وأصبح ظاهراً بعد التسليم فلا يكون له أي تأثير في قيام الضمان الخاص في عقد المقاولة

(١) يقابل هذا النص المواد (٦٥١) مدني / مصري و(٧٨٨) مدني / أردني و(٨٨٠) معاملات مدنية / إماراتي وتناولها المشرع الفرنسي في المواد (١٧٩٢) و(٢٢٧٥) .

ويُقصد بالعيب الخفي هنا ، هو كل خلل يُصيب البناء أو المنشآت الثابتة الأخرى تقضي أصول الصنعة نقاءه منه ،ويكون في غير مدرك لرب العمل عند أستلامه (١).

ويجب أن يكون العيب خفياً بالنسبة لرب العمل وليس للمهندس أو القاول ، كما أن خفاء العيب لا يكون بوجود العيب فقط بل يجب أن يختفي على رب العمل جسامة هذا العيب والآثار التي تترتب عليه .

وإن المعيار الذي يتم إعتماده في مسألة تقدير خفاء العيب بالنسبة لغالبية الفقهاء (٢) هو المعيار الموضوعي الذي يعتمد بتقديره الرجل المعتاد من عامة الناس في إكتشاف العيب والوقوف عليه ، وبناءً على هذا المعيار فإن العيب يكون خفياً على الرغم من علم رب العمل فعلياً بوجوده في العمل وقت التسلم طالما كان من الثابت أن رب العمل غير المُلم بأصول البناء وفن الهندسة المعمارية لم يكن بإستطاعته كشف مثل هذا العيب ،حتى وإن بذل من العناية ما يبذله الرجل المعتاد .

وبرأينا - المتواضع - يُمكن القول ، أن القضاء يبقى صاحب السلطة في تقدير الخفاء ، ولايُمكن الحد من هذه السلطة ، لأن القاضي وإن إعتد المعيار الموضوعي فإنه لابد وأن يسعين للمعيار الشخص الذي يجعل من شخص رب العمل محل إعتبار .

ومدى قدرته الذاتية على إكتشاف العيب وعلمه به لما له من وقائع تُقرب الوصول إلى الحقيقة وإستقرار المعاملات والحث على الحرص من أجل الحفاظ على المصلحة العامة .

(١) أنظر : د. محمد ناجي ياقوت ، المصدر السابق ، ص ٩٧ .

(٢) أنظر : د. محمد كامل مرسي ، المصدر السابق ، ص ٤٩٩ ، وأنظر كذلك : د.

محمد ناجي ياقوت ، المصدر السابق ، ص ١٠٩ - ١١٠ .

المبحث الثالث

النطاق الزمني لقواعد الضمان الخاص في عقد المقاولة

يكتسي جانب الزمن في الضمان الخاص في عقد المقاولة أهمية بالغة ، حيث أنه يعد الجانب الذي يُبرر خصوصية هذا الضمان ، ثم أن هذا الجانب قد إلتصق بهذا الضمان الخاص في عقد المقاولة ، حتى أنه أصبحت له تسمية أخرى إضافة إلى الضمان الخاص ألا وهي (الضمان العشري) حيث أن مُصطلح (العشري) إنما هو مُصطلح مُشتق من النطاق الزمني لهذا الضمان والذي يتحدد بعشر سنوات ونظراً للأهمية التي يكتسيها النطاق الزمني لأعمال الضمان الخاص في عقد المقاولة ، إستوجب الأمر أن نتعرف على هذه المدة من حيث موقف التشريعات محل المقارنة منها ، ومدى كفايتها ، وعلاقتها بالنظام العام ؟

ولإحاطة بما تقدم سيتم تقسيم هذا المبحث إلى المطلبين الآتيين :

المطلب الأول : مدة الضمان الخاص في عقد المقاولة .

المطلب الثاني : النظام العام في الضمان الخاص في عقد المقاولة .

المطلب الأول

مدة الضمان الخاص في عقد المقاوله

للتعرف على خصوصية المدة في الضمان الخاص لعقد المقاوله ، سنتناول موقف التشريعات محل المقارنة من هذه المدة ، ومدى كفاية هذه المدة التي تم إختيارها من قبل المشرع كضمان خاص في عقد المقاوله .

وإزاء ما تقدم إرتأينا تقسيم هذا المطلب إلى فرعين الآتيين :

الفرع الأول : مدة الضمان الخاص في التشريعات محل المقارنة

الفرع الثاني : مدى كفاية المدة المقررة تشريعياً كضمان خاص في عقد المقاوله .

الفرع الأول

مدة الضمان الخاص في التشريعات محل المقارنة

لقد كان القانون الروماني يجعل من مدة الضمان الخاص خمسة عشر عاماً من تاريخ إنجاز الأعمال، ثم إنتقلت منه إلى مجموعة الأعراف والتقاليد الخاصة بالأقاليم الفرنسية المختلفة، لكن هذه المدة كانت تختلف من إقليم لآخر بإختلاف الأعراف السائدة بين الأقاليم، حتى أنه كانت مدة الضمان الخاص في باريس تنزل إلى العشر سنوات بدلاً من خمسة عشر سنة، فتأثر

وأضعوا قانون نابليون (١٨٠٤) بالأعراف الباريسية في تقديرهم بمدة الضمان الخاص في عقد المقاولة بعشر سنوات حتى رأوا أنها مدة كافية فأستبعدوا ماكان سائداً في القانون الروماني ولم يرتأوا النزول بهذه المدة عن العشر سنوات (١) .

(١) أنظر : د. عبد الرزاق حسين ياسين ، المصدر السابق ، ص ٢٨٩ .

إنقل هذا التقليد بعد ذلك إلى التشريع المصري والذي بدوره جعل مدة الضمان الخاص في عقد المقاولة عشر سنوات، وهذا ما نصت عليه المادة (٦٥١) من القانون المدني المصري، كما أن المادة (٨٩٥) من القانون المدني المصري بينت أيضاً وبدقة أن إختيار المشرع مدة العشر سنوات كضمان خاص في عقد المقاولة هي مدة كافية لإختيار مدة متانة البناء وسلامته وكذلك جعل المشرع الأردني مدة الضمان الخاص في عقد المقاولة هي عشر سنوات، وهذا ما نصت عليه المادة (١/٧٨٨) من القانون المدني الأردني والتي جاء فيها: (إذا كان عقد المقاولة قائماً على تقبل بناء يضع المهندس تصميمه على أن يُنفذه المقاول تحت إشرافه كانا متضامنين في التعويض لصاحب العمل عما يحدث في خلال عشر سنوات من تهدم كلي أو جزئي فيما شيداه من مبانٍ أو أقاماه من منشآت وعن كل عيب يُهدد متانة البناء وسلامته إذا لم يتضمن العقد مدة أطول) وقد أخذ المشرع الإماراتي في المادة (٨٨٠) من قانون المعاملات المدنية الإماراتي بنفس النص المذكور في المادة (١/٧٨٨) من القانون المدني الأردني .

أما بالنسبة لموقف المشرع العراقي فإن المادة (١/٨٧٠) من القانون المدني العراقي كانت قد نصت وبصورة صريحة أيضاً على الأخذ بمدة العشر سنوات كضمان خاص في عقد المقاولة والتي جاء فيها (..... ما يحدث خلال عشر سنوات من تهدم كلي أو جزئي).

وآزاء ما تقدم يُمكننا القول ، أن إختيار مدة العشر سنوات كمدة للضمان الخاص في عقد المقاولة ، هو إختيار نابع من روح النقل والتقليد بالنسبة للمشرع العراقي ، وذلك بالرجوع إلى موقف المشرع الفرنسي والمشرع المصري والتأثر بهما ، وإن تحديد هذه المدة بعشر سنوات كما ذكرنا كان مستتباً من

الأعراف والتالي قد الباريسية قبل إعداد القانون أصلاً ، وهذا يؤكد أن هذه المدة ، هي ليست مبنية على أسس علمية ، وبالتالي يُمكن مناقشة مدى مُلائمتها وكفايتها كضمان خاص في عقد المقاولة .

كما أن النقل والتقليد فيما يتعلق بمدة الضمان الخاص في عقد المقاولة ، وجدنا قد أخذ به كل من المشرع الأردني والمشرع الإماراتي .

ولابد من الإشارة إلى أن التشريعات كانت قد اختلفت في تحديد مدة الضمان الخاص في عقد المقاولة ، فهناك من اُكتفى بمدة خمس سنوات فقط كضمان خاص في عقد المقاولة ، ومن بين هذه التشريعات ، قانون الموجبات والعقود اللبناني لسنة ١٩٣٢ وتجسد موقفه هذا في المادة (٦٦٨) منه .

الفرع الثاني

مدى كفاية المدة المقررة تشريعياً كضمان خاص في عقد المقاولة

إن السؤال الذي يُمكن إن يُثار هنا هو : هل أن المشرع وبالنظر إلى القوانين التي تُنظم البناء كان قد أصاب في إختياره المدة المناسبة للضمان أم أنه بحاجة إلى تعديلها ؟

سبق وأن ذكرنا بأن إختيار مدة العشر سنوات كمدة للضمان من قبل المشرع العراقي والتشريعات محل المقارنة هو إختيار نابع من روح النقل والتقليد ، وأكدنا بأن هذه المدة هي ليست مبنية على أسس علمية ، ويُمكننا أيضاً

مناقشة مدى ملاءمة هذه المدة المقررة تشريعياً كضمان خاص في عقد
المقاولة فيما يأتي :

أولاً : إن المباني والمنشآت المشمولة بالضمان لا تظهر عيوبها عادةً إلا بعد
مدة قد تطول بحسب شكل البناية وطريقة إنجازها (١) إلا أنه مع التطور العلمي
و التكنولوجي الهائل الذي شهده ميدان البناء أصبح من الممكن تسلم البناء
خالياً من العيوب .

ثانياً : إن الضمان الخاص في عقد المقاولة لم يتم إقراره لحماية مصلحة رب
العمل فقط ، وإنما تقرر أيضاً لحماية المصلحة العامة . وهذه الغاية الأخيرة
كما تتحقق بإعطاء الفنيين والمتخصصين فرصة الإبداع لاسيما في هذا
المجال من النشاط البشري ، فلا شك أن إطالة مدة الضمان سوف تجعل
هؤلاء الفنيين والمتخصصين مهددين بسيف هذه المسؤولية الناشئة عن
الضمان الخاص وبالتالي سوف يؤدي هذا الشعور إلى تقليل ملكة الإبداع
لديهم (٢) .

ثالثاً: إن التقدير الزمني في السياسة التشريعية يأخذ بنظر الإعتبار المصلحة العامة والمصلحة الخاصة للأفراد والتي من بينها ضرورة أن يطمئن كل من المهندس والمقاول وجميع المشيدين إلى أنه وبعد مدة معقولة سوف يصبحون بمنجى من هذا الضمان^(٣) وفي إعتقادنا أن هذه المدة المقررة تشريعياً كضمان هي ليست بالمدة المعقولة من هذه الناحية .

-
- (١) د.أبراهيم سيد أحمد ،مسؤولية المهندس والمقاول عن عيوب البناء ، دار النهضة العربية ،القاهرة ،٢٠٠٨ ، ص٩٤ .
- (٢) د. عبد الرزاق حسين ياسين ، المصدر السابق ، ص ٢٩٢ .
- (٣) د. محمد شكري سرور ، المصدر السابق ، ص ٤٨٤ .

رابعاً: إن القواعد العامة تُبقي لرب العمل الحق في التعويض إذا ما ارتكب المهندس أو المقاول أو أحد المُشيدِين غشاً يحمله على تسلم البناء أو المنشآت الثابتة الأخرى وهي تتضمن العيوب التي لو كان قد علمها لما أقدم على تسلمها ، فهنا ستطول مدة العشر سنوات حيث يستطيع رب العمل اللجوء إلى دعوى المسؤولية التقصيرية وهي لا تتقادم إلا بمضي خمسة عشر سنة من وقت وقوع الفعل الضار^(١).

خامساً: وهناك تشريعات ، منها قانون الموجبات والعقود اللبناني^(٢) قد أخذت بمدة الخمس سنوات كمدة للضمان الخاص في عقد المقاولة بدلاً من العشر سنوات ولم يُؤثر ذلك على وجود أي مشاكل لديهم إلى الحد الذي يجعلنا نتخوف من اللجوء إلى هذه المدة . فطالما أن الأمر هو مسألة تقليد فقط ، ففي حقيقة الأمر لسنا بحاجة إلى الأخذ بهذه المدة الطويلة كضمان خاص في عقد المقاولة أي مدة الضمان العشري . لذلك نوصي مُشرعنا أن يقوم بجعل مدة الضمان الخاص في عقد المقاولة خمسة سنوات بدل من عشر سنوات ، مع تنظيم وتنويع آليات الرقابة وتشييدها أثناء عملية الأنجاز فهذه العملية هي أجدى وأكثر خدمة لمصلحة جميع الأطراف بدلاً من إطالة مدة الضمان .

المطلب الثاني

النظام العام في الضمان الخاص في عقد المقاولة

تعد فكرة النظام العام فكرة مرنة يصعب على الفقه تحديدها إلا أنه يُمكن القول أن هذه الفكرة تقوم على أساس حماية المصلحة العامة، فهي بذلك تعد بمثابة مبادئ وقيم تفرض نفسها على جميع العلاقات القانونية وتتجلى عادة في شكل القاعدة القانونية الآمرة وتؤدي مخالفتها إلى بطلان التصرف القانوني ، وللتعرف على فكرة النظام العام في الضمان الخاص في عقد المقاولة سنقسم هذا المطلب إلى الفرعين الآتيين :

الفرع الأول: مقتضيات النصوص القانونية في جعل الضمان الخاص من النظام العام.

الفرع الثاني: الطبيعة القانونية لمدة الضمان الخاص في عقد المقاولة .

-
- (١) أنظر المادة (٢٣٢) من القانون المدني العراقي والتي جاء فيها (...ولا تُسمع الدعوى في جميع الأحوال بعد إنقضاء خمس عشرة سنة من يوم وقوع العمل غير المشروع).
- (٢) أنظر : المادة (٦٦٨) من قانون الموجبات والعقود اللبناني لسنة ١٩٣٢ .

الفرع الأول

مقتضيات النصوص القانونية في جعل الضمان الخاص من النظام العام

إن علاقة مدة الضمان الخاص في عقد المقاولة بالنظام العام يُمكن إستخلاصها من علاقة أحكام المسؤولية الناشئة عن الضمان الخاص في عقد المقاولة بالنظام العام وذلك بإعتبار أن مدة الضمان ما هي إلا شرط من شروط تحقق هذه المسؤولية ، وسوف يتم لنا ذلك من خلال التعرف على موقف التشريعات محل المقارنة ونظرتها إلى هذه المسألة .

فا بالرجوع إلى القانون المدني الفرنسي لعام ١٨٠٤ نجده قد سكّت عن بيان ما إذا كانت مدة الضمان الخاص في عقد المقاولة تعد من النظام العام ، إلا أن المشرع الفرنسي قد تدخل لرفع هذا السكوت وذلك بإصلاحه التشريعي الشامل لأحكام المسؤولية الناشئة عن الضمان الخاص في عقد المقاولة (المسؤولية العشرية) الصادر بالقانون رقم (١٢) لسنة ١٩٧٨ والذي بموجبه أصبحت مدة الضمان الخاص في عقد المقاولة من النظام العام من خلال المادة (١٧٩٢) المستحدثة والتي أشارت إلى أنه: (يقع باطلاً كل شرط من شأنه أن يستبعد أو يحد من هذه المسؤولية).

أما المشرع المصري فإنه وبرغبة منه في تشديد المسؤولية المعمارية الناشئة عن عيوب البناء من جهة وحث المُشيدِين على بذل أقصى درجة مُمكنة من العناية في تأدية عملهم من جهة أخرى ، هذه الأسباب جعلت من المشرع المصري ينص وبصراحة في المادة (٦٥٧) من القانون المدني المصري على

أنه : (يكون باطلاً كل شرط يقصد به إعفاء المهندس المعماري والمقاول من الضمان أو الحد منه) .

وكذلك نص القانون المدني الأردني في المادة (٧٩٠) منه وقانون المعاملات المدنية الإماراتي في المادة (٨٨٢) على أنه : (يقع باطلاً كل شرط يقصد به إعفاء المقاول أو المهندس من الضمان أو الحد منه) .

أما بالنسبة لموقف المشرع العراقي فقد نصت المادة (١/٨٧٠) من القانون المدني العراقي على أنه : (.... ويكون باطلاً كل شرط يقصد به الإعفاء أو الحد من هذا الضمان) .

حيث يعكس هذا النص بأن أحكام الضمان الخاص في مقاولات البناء والمنشآت الثابتة الأخرى بعد التنفيذ تُعتبر من النظام العام ، وذلك لحماية الطبقة غير الملمة بأمور البناء ، وأن هذه الحماية هي مُقررة للمصلحة العامة كي لا يؤدي تهدم البناء إلى الإضرار بالمجتمع .

وهكذا أنهينا إلى أن مدة الضمان الخاص في عقد المقاولة قد جعلها المشرع العراقي وكذلك التشريعات محل المقارنة من النظام العام .

لذا فإن كل إتفاق يحصل بمقتضاه رب العمل على ضمانات أو شروط من شأنها زيادة مدة الضمان لأكثر من المدة المقررة تشريعياً يكون إتفاقاً صحيحاً ، ويعمد أرباب العمل إلى ذلك إذا ما شعروا بعدم كفاية هذه المدة للتأكد من سلامة البناء ومئاته ، وهذا لا يتناقض مع مُقتضيات النصوص القانونية في

التشريعات محل المقارنة التي تُبطل الشروط المعفية والمخففة فقط ، أي أنه بمفهوم المخالفة ليس هناك ما يمنع من الإتفاق على إطالة المدة في الضمان الخاص في عقد المقاولة (الضمان العشري) لأكثر من عشر سنوات ، عندها سوف نكون أمام إطالة غير مُبررة لمدة الضمان الخاص في عقد المقاولة .

الفرع الثاني

الطبيعة القانونية لمدة الضمان الخاص في عقد المقاولة

المقصود بالطبيعة القانونية لمدة الضمان الخاص في عقد المقاولة ، هي الوقوف عما إذا كانت هذه المدة ، هي مدة تقادم ، فيسري عليها ما يسري على مدة التقادم من شروط وأحكام ، أم إنها مدة سقوط فتخضع لما تخضع له مدة السقوط من أحكام .

من المتفق عليه أن مدة الضمان الخاص في عقد المقاولة هي مدة إختبار صلاحية البناء وسلامته ، يستطيع من خلالها رب العمل أن يتحقق من حسن تنفيذ الأعمال

التي قام بها المشيدين وليس مدة تقادم ⁽¹⁾ لذلك فإنها لا تتوقف ولو وجد مانع تعذر معه على رب العمل أن يُطالب بحقه أو كان رب العمل غير كامل الأهلية أو غائباً أو محكوم عليه بعقوبة جنائية ولم يكن له نائب يُمثله .

وبعبارة أخرى ، إن المُشرعين في التشريعات محل المقارنة على ما يبدو أنهم قد أدركوا الأهمية البالغة للمباني والمنشآت الثابتة الأخرى فأرادوا إجبار المُشيدِين على أن يبذلوا كل ما في وسعهم من علم وصولاً لتسليم العمل خالياً من العيوب .

وفي نفس الوقت ميز المشرع العراقي بين مدة رفع دعوة الضمان الخاص في عقد المقاولة وجعلها مستقلة عن مدة الضمان ، حيث نصت المادة (٤/٨٧٠) من القانون المدني العراقي على أنه : (تسقط دعوى الضمان المنصوص عليه في هذه المادة بأنقضاء سنة واحدة من وقت حصول التهدم أو إنكشاف العيب)^(٢) .

إذن يُمكننا القول ، وبرأينا - المتواضع - أن هذه المدة هي مدة سقوط وليس مدة تقادم ، وبالتالي لاتجري فيها أحكام وقف التقادم أو إنقطاعه ، ولكن يرد الإشكال في سكوت المشرع عن ذكر شرط حصول العلم بالتهدم وإشتراطه في العيب بالقول : (أو إنكشاف العيب) ، ولازم إنكشاف العيب بالعلم به . فهل يُقاس الأول على الثاني في إشتراط العلم أم لا ؟ .

فبرأينا يبدو أن المقصود هنا من حصول التهدم أو إكتشاف العيب هو العلم الحقيقي الذي يُحيط بوقوع الضرر والتأكد منه وليس مجرد القياس .
كما أننا نوصي بالمشروع العراقي تعديل مدة التقادم المسقط بدعوى الضمان الخاص في عقد المقاولة في القانون المدني العراقي لتصبح ثلاث سنوات لغرض ضمان الحصول على الحقوق كما هو الحال في القانون المدني المصري .

(١) د. محمد لبيب شنب ،المصدر السابق ، ص ١٩٧ .

(٢) تسقط دعوى الضمان في القانون المدني المصري بإنقضاء ثلاث سنوات من وقت حصول تهدم أو إكتشاف العيب وهذا ما نصت عليه المادة (٦٥٤) منه ، في حين تسقط دعوة الضمان في القانون المدني الأردني وقانون المعاملات المدنية الإماراتي ، بإنقضاء سنة واحدة من وقت حصول التهدم أو إكتشاف العيب ، وهذا ما نصت عليه المادة (٧٩١) من القانون المدني الأردني والمادة (٨٨٣) من قانون المعاملات المدنية الإماراتي .

الخاتمة

وأخيراً ، فإننا في بحثنا هذا قد حاولنا على قدر إستطاعتنا ، أن نتناول موضوعاً هو من المواضيع المهمة ، وذلك بإعتباره يمس أهم الحاجات التي يرمي الفرد إلى إشباعها دراسة ترمي إلى تحديد الإطار العام الذي من خلاله يتم تحديد المسؤوليات بشكل يسمح بالوصول إلى سد أي فراغ يُمكن من خلاله التخبط في إلقاء المسؤولية على عاتق الشخص المسؤول بعد تحققها موضوعاً وفي مجالها الزمني المحدد قانوناً . وعليه فإن خاتمة بحثنا هذا تتضمن اهم النتائج التي تم التوصل إليها والتوصيات التي نوصي بمشرعنا العراقي الأخذ بها .

أولاً : النتائج

- ١- إن النطاق الشخصي التقليدي لقواعد الضمان الخاص في عقد المقاولة فيما يتعلق بالأشخاص المسؤولين ، ينحصر بالمهندس المعماري ومقاول البناء فقط .
- ٢- إن النطاق الموضوعي لقواعد الضمان الخاص في عقد المقاولة يقتصر على تشييد المباني وإقامة المنشآت الثابتة الأخرى .
- ٣- إن النطاق الزمني لقواعد الضمان الخاص في عقد المقاولة هو عشر سنوات.
- ٤- إن أحكام الضمان الخاص في عقد المقاولة هي من النظام العام .
- ٥- إن إختيار مدة العشر سنوات كمدة للضمان الخاص في عقد المقاولة هو إختيار نابع من روح النقل والتقليد .

ثانياً : التوصيات

- ١- تضمين عقود مقاولات البناء نصاً صريحاً عن الضمان الخاص ، وذلك لغرض إشاعة نظرية الضمان الخاص في عقد المقاولة .
- ٢- إخضاع الأعمال المُقامة تحت سطح الأرض لقواعد الضمان الخاص في عقد المقاولة .
- ٣- جعل مدة الضمان الخاص في عقد المقاولة خمس سنوات مع تنظيم وتتويج آليات الرقابة وتشييدها أثناء عملية الإنجاز .

- ١- جعل لفظ المهندس في المادة (١/٨٧٠) من القانون المدني العراقي لفظاً مُطلقاً من حيث أحكام الضمان الخاص في عقود مقاولات البناء ليشمل كل المشاركين في العملية المعمارية .
- ٢- النص في القانون المدني العراقي على أنه يلتزم المهندسون والمقاولون وكل من إرتبط مع رب العمل بعقد مقاولة بالضمان الخاص .
- ٣- التوسع في النطاق الموضوعي للضمان الخاص ليشمل عيب عدم الصلاحية للغرض الذي أُعدت له المباني أو المنشآت الثابتة الأخرى وإضافة هذا العيب إلى العيوب المنصوص عليها في المادة (١/٨٧٠) من القانون المدني العراقي .

ونسأل الله تعالى ، أن يكون ما كتبناه إن أصبنا فيه فهو هدى من الله ، وإن أخطأنا فمن عجزنا وتقصيرنا ، وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه وسلم أجمعين .

المصادر

أولاً : المعاجم اللغوية

محمد بن أبي بكر الرازي ، مختار الصحاح ، دار التنوين العربي ، بيروت ،
١٩٨٥ .

ثانياً : الكتب القانونية

- ١- د. ابراهيم سيد أحمد ، مسؤولية المهندس والمقاول عن عيوب البناء ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٨ .
- ٢- د. أبراهيم يوسف ، المسؤولية العشرية للمهندس المعماري والمقاول ، ط١ ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٩٥ .
- ٣- د. بريك فارس حسين الجبوري ، الخلف العام وحمايته المدنية ، دار الجامعة الجديد ، الإسكندرية ، ٢٠١٣ .
- ٤- د. جعفر محمد جواد الفضلي ، الوجيز في العقود المسماة ، ط٢ ، دار ابن الأثير للطباعة والنشر ، الموصل ، ٢٠٠٥ .
- ٥- د. سمير عبد السميع الأودن ، مسؤولية المهندس الإستشاري والمقاول في مجال العقود المدنية وعقد تسليم المفتاح ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، ٢٠٠٤ .
- ٦- د. عبد المجيد الحكيم والأستاذ عبد الباقي البكري والأستاذ المساعد محمد طه البشير ، الوجيز في نظرية الإلتزام في القانون المدني العراقي ، مصادر الإلتزام ، ج١ ، ط٢ ، المكتبة القانونية ، بغداد ، ٢٠٠٨ .

- ٧-د. عبد الرزاق حسين ياسين ، المسؤولية الخاصة للمهندس المعماري والمقاول البناء ، ط١ ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، ١٩٨٧ .
- ٨-د. عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، العقود الواردة على العمل ، ج٧ ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٦٤ .
- ٩-د. عزالدين الديناصوري و د. عبد الحميد الشواربي المسؤولية المدنية في ضوء الفقه والقضاء ، ط٧ ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، ٢٠٠٢ .
- ١٠-د. فتيحة قره ، أحكام عقد المقاولة ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، ١٩٩٢ .
- ١١-د. محمد شكري سرور ، مسؤولية مهندسي ومقاولي البناء والمنشآت الثابتة الأخرى ، دراسة مقارنة في القانون المدني المصري والقانون المدني الفرنسي ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، ١٩٨٥ .
- ١٢-د. محمد كامل مرسي ، شرح القانون المدني الجديد ، العقود المسماة ، ج ٤ ، ط٢ ، المطبعة العالمية ، القاهرة ، ١٩٥٢ .
- ١٣-د. محمد لبيب شنب ، شرح أحكام عقد المقاولة في ضوء الفقه والقضاء ، ط٢ ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، ٢٠٠٤ .
- ١٤-د. محمد ماجد خلوصي ، أصول التحكيم في المنازعات الهندسية والتحكيم في القوانين العربية ، دار قابس ، بيروت ، ١٩٩٦ .
- ١٥-د. محمد ناجي ياقوت ، مسؤولية المعماريين بعد إتمام الأعمال وتسلمها مقبولة من رب العمل ، دار وهدان للنشر ، الإسكندرية ، دون سنة طبع .

ثالثاً : البحوث

محمد الفردي ، إلتزامات مقاول البناء ومسؤوليته عن تصدع البناء ، بحث منشور ، مجلة محامون تصدر عن نقابة المحامين السوريين ، العدد (٦) ، ١٩٩٢ .

رابعاً : القوانين

- ١- القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ (المعدل) .
- ٢- القانون المدني المصري رقم (١٣١) لسنة ١٩٤٨ (المعدل) .
- ٣- القانون المدني الأردني رقم (٤٣) لسنة ١٩٧٦ (المعدل) .
- ٤- قانون المعاملات المدنية الإماراتي رقم (٥) لسنة ١٩٨٥ (المعدل) .
- ٥- القانون المدني الفرنسي لعام ١٨٠٤ .
- ٦- قانون الموجبات والعقود اللبناني لسنة ١٩٣٢ .
- ٧- قانون نقابة المهندسين العراقيين رقم (٥١) لسنة ١٩٧٩ .
- ٨- تعليمات تسجيل وتصنيف المقاولين العراقيين رقم (٣) لسنة ٢٠٠٩ (المعدلة)

المخلص

نطاق الضمان الخاص في عقد المقاولة

يتناول بحثنا نطاق الضمان الخاص في عقد المقاولة والتطورات الحديثة على هذا النطاق من حيث موضوع العقد واشخاصه الذين يتحملون المسؤولية الناشئة عن الاخلال بالتزامات الناشئة عن هذا العقد ، وكذلك من حيث مدة الضمان المتمثلة بالضمان العشري التي يمكن ان تكون طويلة نسبياً ومن شأنها ان تمنع المفاوض من احداث ابنية اخرى حتى تنقضي مدة الضمان الخاص في عقد المقاولة السابق ، وازاء هذا التطورات المعاصرة على نطاق عقد المقاولة والتي عرفتها القوانين المدنية الحديثة ارتأينا البحث في هذا الموضوع المهم .

abstract

The scope of private security contractors in contract

We address our search private security scale in the contract and recent developments on this scale in terms of contract subject of the contract and people who bear the responsibility arising from the breach of obligations arising out of this contract, as well as in terms of the warranty period of the ten-year warranty, which can be relatively long and would prevent the contractor from events other buildings until after the warranty.