

نطاق الالتزام بضمان سلامة البناء

دراسة مقارنة

ايمان طارق الشكري

كلية القانون-جامعة بابل

المقدمة

ان القوانين المدنية تضع احكاماً خاصة لما يصيب البناء من تهدم او ما يظهر فيها من عيب يرقى الى درجة معينة من الخطورة خلال مدة معينة، وبالرغم من ان هذه الاحكام قد تقررت في حدود معينة، الا ان هناك اتجاهاً عاماً ينحى نحو التوسع في نطاق تطبيقها على اثر التطورات الكبيرة التي شهدها ميدان التشييد والبناء العمراني وتزايد عدد القائمين باعمال البناء وتباين ادوارهم لاسيما مع دخول التكنولوجيا الحديثة في صناعة البناء هذا من جهة، ومن جهة اخرى تزايد اعداد المضرورين نتيجة الاهمال والغش المهني في هذا المجال مع تفاقم مشكلة عدم الالتزام بالموصفات الفنية للبناء او التلاعب في المواد المستخدمة فيه سواء كان ذلك من حيث الجودة او المقدار هذا فضلاً عن ان عقد المقولة لم يعد هو العقد الاوحد الذي يتعلق باعمال البناء مع ظهور بعض المفاهيم القانونية في الواقع العملي واتساع نطاقها ومنها البائع الباني والممول العقاري والمصنع والمستورد والمجهز... وعلى ذلك فان بيان نطاق الالتزام بضمان سلامة البناء يستوجب معرفة المعيار الذي اعتمدته هذا التشريع او ذلك في تطبيق احكامه هل هو معيار الارتباط بعقد المقولة ومن ثم قصر نطاق احكام هذا الالتزام في ميدان عقد المقولة حصراً دون غيره من العقود ام هو معيار الارتباط باعمال البناء ذاتها بصرف النظر عن طبيعة العقد المبرم مما يتيح معه امكانية تعدي نطاق هذا الالتزام الى عقود اخرى غير عقد المقولة وخضوع كل من يقوم بعملية التشييد والبناء او من يشارك بدور فيها بصرف النظر عن صفة القائم به كونه مهندساً او مقاولاً بالمعنى الضيق لهذا المصطلح او ذاك ليشمل البائع والمستورد والصانع والممول العقاري والمجهز...، ام هو معيار الارتباط بخطورة الضرر فهل يكون هذا الالتزام قاصراً بنطاقه على الاضرار الخطرة دون غيرها ام من الممكن ان يتعداه الى مادون ذلك من الاضرار ليتسع معها نطاق هذا الالتزام.

ومن هذا يبدو ان نطاق الالتزام بضمان سلامة البناء يضيق ويتسع تبعاً لاختلاف الاجابة عن كل ماتقدم ولبيان ذلك ارتأينا ان تناول هذا الموضوع في ثلاثة مباحث سنخصص الاول منها لمدى ارتباط الالتزام بضمان سلامة البناء بعقد المقولة والثاني لمدى ارتباط الالتزام بضمان سلامة البناء باعمال البناء ذاتها، والثالث لمدى ارتباط الالتزام بضمان سلامة البناء بخطورة الضرر، واذا ما انتهينا من بحث ذلك نصل الى خاتمة نضمنها اهم النتائج التي سننوصل اليها من دراسة هذا الموضوع.

المبحث الاول: مدى ارتباط الالتزام بضمان سلامة البناء بعقد المقولة.

ان الالتزام بضمان سلامة البناء قد تقرر في القانون المدني الفرنسي^(١) ومن بعده القانون المدني المصري والقانون المدني العراقي^(٢)، كاللزام مرتبط بعقد المقولة دون غيره من العقود، اذ أُشترط لمساءلة المقاول والمهندس عن التهدم او العيوب التي تهدد سلامة البناء ومثاقته بعد الانجاز والتسليم ان يكون كل منهما مرتبطاً مع رب العمل بعقد مقولة لا غير، الا ان معيار الارتباط بين الالتزام بضمان سلامة البناء وعقد المقولة لم يبدو معياراً فاصلاً لتحديد نطاق تطبيق هذا الالتزام، اذ لم يكن من السهولة في بعض الفروض التي افرضها الواقع العملي تكييف العقد الوارد على البناء، فيما اذا كان مقولة لنطبق بشأنه القواعد الخاصة بضمان سلامة البناء او بيعاً لنطبق بشأنه القواعد العامة في ضمان العيوب الخفية او القواعد العامة في المسؤولية او فيما اذا كان عقداً آخر يتطلب تكييفاً اخر يتفق ووقائع كل حالة على حدة، ولبيان ما تقدم سنقسم هذا المبحث على مطلبين نخصص الاول منهما لتحديد: الملتمزم بضمان سلامة

(١) المادة ١٧٩٢ بصيغتها الاصلية قبل التعديل.

(٢) انظر المادة ٦٥١ مدني-مصري، المادة ٨٧٠ مدني-عراقي.

البناء تبعاً لمعيار الارتباط بعقد المقاولة في حين نكرس الثاني لتحديد: الفروض التي يشترط بها تكييف العقد الوارد على البناء.

المطلب الاول: الملتمزم بضمان سلامة البناء تبعاً لمعيار الارتباط بعقد المقاولة .

فرضت المادة ١٧٩٢ من القانون المدني الفرنسي بصيغتها الاصلية قبل التعديل والمادة ٦٥١ من القانون المدني المصري والمادة ٨٧٠ من القانون المدني العراقي، الالتزام بضمان سلامة البناء على المهندس المعماري والمقاول، الا ان المشرع الفرنسي قد مد نطاق الالتزام بضمان سلامة البناء بموجب تعديل المادة ١٧٩٢ في القانون رقم ٦٧-٣ لسنة ١٩٦٧ والقانون رقم ٧٨-١٢ لسنة ١٩٧٨ ليشمل اشخاص آخرين ممن يشاركون بدور في عملية التشييد والبناء شريطة ان يرتبط هؤلاء مع رب العمل بعقد مقاولة وان لم يكن اياً منهم مهندساً معمارياً او مقاولاً بالمعنى الضيق للكلمة، ولبيان حقيقة هذا التوسع ونطاقه في القانون المدني الفرنسي ومدى امكانية الاستفادة من انعكاساته الايجابية في معالجة بعض مشكلات الواقع العملي في ضوء احكام القانون المدني المصري والقانون المدني العراقي ارتأينا توزيع هذا المطلب على فرعين نتناول في الاول منهما: الملتمزم بضمان سلامة البناء تبعاً لمعيار الارتباط بعقد المقاولة في القانون المدني الفرنسي وفي الثاني: الملتمزم بضمان سلامة البناء تبعاً لمعيار الارتباط بعقد المقاولة في القانون المدني المصري والعراقي.

الفرع الاول: في القانون المدني الفرنسي .

رتبت المادة ١٧٩٢ من القانون المدني الفرنسي بصيغتها الاصلية قبل التعديل الالتزام بضمان سلامة البناء على عاتق المهندس المعماري^(١) او المقاول اذ تضمنت ((اذا تهدم البناء المشيد باجر مقدر جزافاً تهدماً كلياً او جزئياً وكان هذا التهدم ناشئاً عن عيب في البناء او حتى في الارض ذاتها، فان المهندسين المعماريين والمقاولين يسألون عن هذا التهدم في خلال مدة عشر سنوات على النحو المبين في المادة ٢٢٧٠...))^(٢). ومع ان هذه المادة قد نصت بصريح عبارتها على المهندسين المعماريين والمقاولين، فان الفقه والقضاء الفرنسيين قد وسعا من نطاقها لتشمل بالإضافة الى المهندسين المعماريين والمقاولين، المهندسين غير المعماريين ومكاتب الدراسات الهندسية والرسامين والقياسيين ومهندسي الديكور والجيولوجيين والطبوغرافيين...^(٣).

(١) اتحدت واجبات المهندس المعماري في القانون الفرنسي بموجب قانون الواجبات المهنية (Loi n° 77-2 du 3janvier 1977) وقد عدلت نصوصه بتعديلات أخرى:

Loi n° 2011-525 du 17 mai 2011, loi n° 2011-302 du 22 mars 2011

منها وضع التصميم والرسوم الهندسية ومقاييسات اعمال البناء والاشراف على حسن تنفيذ الاعمال والقيام بالجانب المالي والاداري كمراجعة حسابات المقاول والتصديق عليها وصرف المبالغ المستحقة واعداد طلب الترخيص الاداري بالبناء والتأكد من ان جميع القيود التي يستلزمها القانون او تستوجبها لوائح التنظيم قد روعيت، كما ويقع على عاتقه الالتزام بتقديم المعلومات الكافية لمالك البناء. انظر: نصوص القانون وتعديلاته على الموقع الالكتروني:

<http://www.architectes.org/connaitre-1-ordre/textes-regissant-loi-nbo-77-2-du-3-janvier-1977>.

وانظر في تفصيل واجبات المهندس

Julien Ropiquet-responsabilites et status de l'architecte.

<http://www.pigeon-bromans.com/responsabilites-et-status-de-1.html>.

²article 1792: "Si l'edifice construit a' prix fait perit en tout ou en partie par le vice de la, construction, meme par le vice du sol, les architecte et entrepreneur en sont responsables pendant ix ans-civ.2270"

³Mazeaud (H,L, et Jean): Traite' theorique la responsabilite' delictuelle et contractuelle. T.2ed. 1970. p.74-75, Caston(A): la responsabilite' des constructeurs. 2ed. 1979. p.187.

لان العبرة هنا تكون بالمهمة او بالدور المؤدى بصرف النظر عن اللقب او المركز المهني للشخص الذي قام به طالما انه يقوم به بمقتضى عقد مقاوله ابرم مباشرة مع رب العمل^(١).

وقد قنن المشرع الفرنسي هذا التوسع حين اضاف بموجب القانون رقم ٦٧-٣ لسنة ١٩٦٧ الى نص المادة ١٧٩٢ في صيغتها الاصلية عبارة: ((واي اشخاص اخرين مرتبطين مع رب العمل بعقد مقاوله))، ثم حذف المشرع بموجب القانون رقم ٧٨-١٢ لسنة ١٩٧٨ عبارة ((المهندسين المعماريين والمقاولين او اشخاص اخرين مرتبطين مع رب العمل بعقد مقاوله)) واستعمل بدلاً عنها عبارة كل مشيد، ثم اضاف فقرة جديدة الى هذه المادة وهي ١٧٩٢/ف١ واعد بموجبها مشيد كل: (مهندس معماري او مقاول او فني او أي شخص آخر يرتبط مع رب العمل بعقد مقاوله))^(٢) ليصل بذلك الى مدى ابعد في التوسع ويشمل باحكام الالتزام بضمان سلامة البناء كل من يقوم بدور في عملية التشييد والبناء شريطة ان يكون مرتبط مع رب العمل بعقد مقاوله ولو لم يكن مهندساً معمارياً او مقاولاً بالمعنى الضيق للكلمة^(٣).

وان اشتراط المشرع الفرنسي وجود عقد مقاوله مبرم مع رب العمل على الوجه المبين آنفاً دفع القضاء الفرنسي في العديد من احكامه الى عدم تطبيق احكام الضمان الواردة في المادة ١٧٩٢ على العلاقة القائمة بين المقاول الاصلي والمقاول من الباطن^(٤)، بالرغم من عدم وجود نص صريح في القانون المدني الفرنسي يمنع من الرجوع باحكام هذا الضمان على المقاول من الباطن في العلاقة ما بينه وبين المقاول الاصلي.

الا انه مع اتساع الدور الذي يؤديه المقاول من الباطن في تنفيذ المقاولات ولاسيما المتعلقة باعمال البناء والتشييد في هذا المجال او ذاك وتنوع الاختصاصات ودقتها والذي يعوز معه المقاول الاصلي المعرفة والامام بكل هذه التخصصات الفنية الدقيقة ، دعت الحاجة الى شمول المقاول من الباطن الى احكام هذا الضمان ولاسيما في العلاقة ما بينه وبين المقاول الاصلي^(٥).

ولعل ذلك ما حدى بالمشرع الفرنسي الى سن التعديل رقم ٢٠٠٥-٦٥٨ في ٨ يونيو ٢٠٠٥ واعقبه بالتعديل رقم ٢٠٠٨-٥٦١ في ١٧ يونيو ٢٠٠٨، وبموجبه حددت المادة ١٧٩٢/٤-٢ تقادم دعاوى المسؤولية الموجهة ضد المقاول من الباطن والمبنية على الاضرار المنصوص عليها في المادة ١٧٩٢ و ١٧٩٢/٢ لعشر سنوات ابتداء من تاريخ تسليم الاعمال ، وتقادم الدعاوى المبنية على الاضرار المنصوص عليها في المادة ١٧٩٢/٣ بسنتين ابتداء من تاريخ

^(١)Caston(A) op. cit. p.187.

^(٢)article 1792: ((Tout constructeur d'un ouvrage est responsable de plein droit, envers le maitre ou l'aequereur de l'ouvrage, des dommages, meme resultant dun vice du sol, qui compromettent la solidite de l'ouvrage ou qui, l'affectant dans l'un de ses elements constitutifs ou l'un de ses elements dequipement, le rendent impropre a' sa destination. Une telle responsabilite na point lieu sile constructeur prouve que les dommages proviennent d'une cause etrange're. article 1792-1. ((Est repute' constructeur de l'ouvrage: 1. Tout architecte, entrepreneur, technicien ou autre personne liee au maitre de l'ouvrage par un contrat de louage d'ouvrage; ...)). www.Jurisque.com.

^(٣) شمل بالضمان ايضاً بائع البناء تحت التشييد وبعد تمام من التشييد (١٧٩٢/ف١-٢) والوكيل (١٧٩٢/ف١-٣) والمنتج والمستورد والموزع (١٧٩٢-ف٤) مع حالات اخرى سنتناوله في المبحث الثاني من البحث لارتباط الضمان فيها بطبيعة الاعمال المنجزة في ذاتها.

^(٤)Cass. Civ. 8/7/1971, Bull. Civ. 1971. III, n° 450; cass. 3^{eme}. Civ. 20/6/1989, Bull. Civ. III. n° 146; cass. 1^{ere} civ. 7/5/2002, Bull. Civ. I. n° 119.

^(٥)Voir Jerome (j) responsabilites dans les relations du sous-traitant et de l'entre preneur principale- n° 57. 2004. p.45.

تسليم الاعمال^(١)، وحددت المادة ١٧٩٢/٤-٣ تقادم الدعاوى الموجهة ضد المشيدين المذكورين في المواد ١٧٩٢ و ١٧٩٢/١ والمقاولين من الباطن المتعاقدين معهم بعشر سنوات ابتداء من تسليم الاعمال^(٢).

الفرع الثاني: في القانون المدني المصري والعراقي .

درج الفقه والقضاء المصري^(١)، والفقه والقضاء العراقي^(٢)، على^٣ انه يشترط لتطبيق احكام المادة ٦٥١ من القانون المدني المصري والمادة ٨٧٠ من القانون المدني العراقي: ان يكون المقاول والمهندس المعماري مرتبطاً مع رب العمل بعقد مقاوله، فمن اجل مساءلة المقاول والمهندس المعماري عن ضمان ما يحدث من تدهم كلي او جزئي في المباني التي يشيدونها او المنشآت الثابتة التي يقيمونها، او ما يوجد من عيوب تهدد سلامة المباني والمنشآت او متانتها بعد الانجاز والتسليم، لا بد ان يكون هناك عقد مقاوله لاعداد آخر .

^١article 1792-4-2(ajoute par l'ordonnance n° 2005-658 du juin 2005, art. 3-ex article 2270-2 avant la loi n° 2008-561): les actions en responsabilite dirigees contre un sous-traitant en raison de dommages affectant un ouvrage ou des elements dequipement de unouvrage mentionnes aux articles 1792 et 1792-2 se prescrivent par dix ans a compter de la reception des travaux et, pour les dommages affectant ceux des elements dequipement de l'ouvrage mentionnes a l' article 1792-3 par deux ans a compter de cette meme reception.

^٢Article 1792-4-3 (a joute' pur la loi n° 2008-561 du 17 juin 2008 art 1): En dehors des actions regies par les articles. 1792-3, 1792-4-1 et 1792-4-2, les action en responsabilite dirigees contre les constructeurs designes aux articles 1792 et 1792-1 et leurs sous-traitants se prescivent par dix ans a compter de la reception des travaux.

^(١) انظر: د. عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج٧، مج ١، العقود الواردة على العمل، المقاوله والوكالة والوديعة والحراسة، تنقيح المستشار احمد مدحت المراغي، الاسكندرية، منشأة المعارف، ٢٠٠٤، ص ٩٨-٩٩؛ د. محمد لبيب شنب، شرح احكام عقد المقاوله، ط ٢، الاسكندرية، منشأة المعارف، ٢٠٠٤، ص ١٥٩؛ المحامي محمد عبد الرحيم عنبر، عقد المقاوله-دراسة مقارنة بين تشريعات الدول العربية، ١٩٧٧، ص ٩٢؛ د. محمد كامل مرسي باشا، شرح القانون المدني الجديد العقود المسماة، ج ٤، تنقيح المستشار محمد علي سكيكر والمستشار معتز كامل مرسي، الاسكندرية، منشأة المعارف، ٢٠٠٥، ص ٢٢٦.

وانظر في القضاء المصري: الطعن رقم ١٠٦٥٠ لسنة ٦٥ في جلسة ١٠/٣/١٩٩٣، جاء فيه: ((المقرر ان دعوى ضمان المهندس المعماري والمقاول لعيوب البناء المنصوص عليها بالمادة ٦٥١ وما بعدها من القانون المدني، اساسها المسؤولية العقدية، فهي تنشأ عن عقد مقاوله يعهد فيها رب العمل الى المهندس المعماري القيام بعمل لقاء اجر، فاذا تخلف عقد المقاوله، فلا يلتزم المهندس المعماري قبل رب العمل بهذا الضمان...)) د. ابراهيم سيد احمد، المسؤولية المدنية- التعويض في المسؤولية التقصيرية والعقدية، مصر، دار الكتب القانونية، ٢٠٠٦، ص ٧٥٩-٧٦٠. وبذات المعنى: نقض ٢١/٥/١٩٧٥، لسنة ٢٦ العدد الاول/ ١٠٤٨، المصدر السابق، ص ١١٤٢-١١٤٣. الطعن رقم ٢٧/١١/١٩٧٣ السنة ٢٤ العدد الثالث ص ١١٤٦، الموسوعة الماسية للقواعد القانونية التي قررتها محكمة النقض المصرية اعداد المحامي عبد المنعم حسني، الاصدار المدني، ج ١٢، ص ٦٨٨-٦٨٩.

^(٢) انظر: د. سعيد مبارك ود. صاحب عبيد الفتلاوي ود. طه الملا حويش الموجز في العقود المسماة -البيع-الايجار-المقاوله، ط ٤، القاهرة، العاتك لصناعة الكتاب، ٢٠٠٩، ص ٤٣٨؛ د. جعفر الفضلي، الوجيز في العقود المدنية- البيع الايجار المقاوله -دراسة في ضوء التطور القانوني ومعززة بالقرارات القضائية، القاهرة، العاتك لصناعة الكتاب، ٢٠٠٧، ص ٣٩٨ وايضاً: فخر الدين الحسيني، عقد المقاوله في القانون المدني العراقي، ط ١، بغداد، مكتبة النهضة العربية، ص ٤٨. في القضاء العراقي انظر: قرار رقم ٥٧٩/حقوقية ثالثة/ ١٩٧٠ في ١٨/٦/١٩٧٠، النشرة القضائية ع ٢٤- س ١٩٧١-١٩٧٠، والقرار رقم ٣٢٨/مدنية اولى/ ٧٣ في ١٣/٤/٧٤ النشرة القضائية ع ١٤-س ٥-١٦٨. والقرار رقم ١٠٩، ١٦٠/مدنية اولى/ ١٩٧٣ في ١٦/١/١٩٧٤، النشرة القضائية، المصدر السابق، ص ٦١-٦٣. والقرار ٢٦٩/استئنافية ٨٤/٨٥، القضاء، ١٩٨٦-١٤ ص ١٥١-١٥٢.

وقد دعى البعض من الفقه المصري^(١) الى ضرورة تبني القضاء لفظ المهندس المعماري الوارد في المادة ٦٥١ بمعناه الواسع ليشمل كل من المهندسين المشاركين في عملية البناء وذلك للسببين الآتيين:

الاول: ان المشرع قد اغفل لفظ المعماري واكتفى بلفظ المهندس عند اصداره قانون توجيه وتنظيم اعمال البناء رقم ١٠٦ الصادر ١٩٧٦^(٢) اذ تكلم عن مهندس نقابي متخصص في المادة ١٢ منه وبذلك يكون قد شمل كل من المهندسين المشاركين في عملية البناء.

والثاني: ان لفظ المهندس المعماري يعد ترجمة حرفية للكلمة الفرنسية (architecte) وهي تعني طبقاً لتعريف قانون الواجبات المهنية بفرنسا المهني الذي يعهد اليه بوضع التصميم والرسوم والنماذج لاقامة المنشآت وصيانتها وترتيبها والاشراف على حسن تنفيذها.

وبدورنا نؤيد الرأي اعلاه بدلالة ماذهب اليه المشرع المصري بموجب قانون البناء رقم ١١٩ لسنة ٢٠٠٨ اذ نص في المادة ٤٣: ((... ويكون المهندس او المكتب الهندسي مسؤولاً عن سلامة العقار واعمال التعلية ومطابقتها للاشتراطات التحفظية والبنائية والكودات والمواصفات الفنية)) والمادة ٤٦: ((... وتغطي وثيقة التأمين المسؤولية المدنية للمهندس والمقاول عن الاضرار التي تلحق بالغير بسبب ما يحدث بالمباني والمنشآت من تهدم كلي او جزئي وذلك بالنسبة لما يلي:

١- مسؤولية المهندس والمقاول اثناء فترة التنفيذ باستثناء اعمالهم.

٢- مسؤولية المهندس والمقاول اثناء فترة الضمان المنصوص عليه في المادة ٦٥١ من القانون المدني ((

وقد عزى البعض الاخر من الفقه المصري النص في المادة ٦٥١ من القانون المدني على المهندس المعماري والمقاول فقط كمسؤولين بمقتضى الالتزام بضمان سلامة البناء، الى انه المهندس المعماري والمقاول كانا في الوقت الذي وضع فيه هذا النص يعتبران المهنيين الوحيدين المشتغلين باعمال التشييد والبناء بمقتضى عقد مقولة يبرمه كل واحد منهما مع رب العمل. اما اليوم، فقد ادى التطور الذي طرأ في هذا المجال الى ظهور طائفة من الاشخاص الاخرين الذين على الرغم من انهم لا يعدون مهندسين معماريين او مقاولين بالمعنى الضيق للكلمة، الا انهم يمارسون في الواقع نشاطاً مهنيّاً من نفس طبيعة النشاط الذي يمارسه هؤلاء، بحيث يبدو من الضروري ان يمتد نطاق الالتزام بضمان سلامة البناء الى كل من هؤلاء ودعى اصحاب هذا الرأي القضاء المصري الى التوسع في تفسير المادة ٦٥١ على غرار التوسع الذي ادخله المشرع الفرنسي في المادة ١٧٩٢ من القانون المدني وان يتدخل المشرع لتأكيد ذلك منعاً لاي جدل يمكن ان يثار بهذا الشأن^(٣).

وبصدد المادة ٨٧٠ من القانون المدني العراقي ذهب البعض من الفقه العراقي الى ان مايقصد بوصف المعماري المشار اليه في هذه المادة هو المعنى اللغوي الذي يشمل مختلف المهندسين الذي يساهمون في عملية التشييد وليس معناه الفني.. وذلك بدلالة نص المادة ٣/١٣ من قانون نقابة المهندسين رقم ٥١ لسنة ١٩٧٩، اذ جاء فيها: ((ان يكون حاملاً لشهادة البكالوريوس او مايعادلها على الاقل في فرع من فروع الهندسة من كلية او معهد معترف به في مجلس النقابة...))^(٤).

(١) د. محمد شكري سرور، مسؤولية مقاولي البناء، دار الفكر العربي، ١٩٨٥، ص ١٩٣؛ ود. محمد حسين منصور، المسؤولية المعمارية، الاسكندرية، دار الجامعة الجديدة للنشر، ٢٠٠٣، ص ٨٨-٨٩.

(٢) الغي القانون رقم ١٠٦ لسنة ١٩٧٦ في شأن توجيه وتنظيم اعمال البناء فيما عدا المادة ١٣ مكرر، وقانون التخطيط العمراني رقم ٣٠ لسنة ١٩٨٣ بموجب قانون البناء، رقم ١١٩ لسنة ٢٠٠٨.

(٣) د. محمد ناجي ياقوت، مسؤولية المعماريين بعد اتمام الاعمال وتسليمها مقبولة من رب العمل، الاسكندرية، منشأة المعارف، ١٩٨٩، ص ٤٣.

(٤) د. جعفر الفضلي، مصدر سابق، ص ٣٣٩-٤٠٠.

وبدورنا نتفق مع الاتجاه القائل بضرورة التوسع في تفسير نص المادة ٦٥١ من القانون المدني المصري والمادة ٨٧٠ من القانون المدني العراقي ومد نطاق الالتزام بضمان سلامة البناء الى كل من يقوم بدور في عملية البناء طالما انه يرتبط مع رب العمل بعقد مقاوله وبصرف النظر عن الالقاب او الشهادات الرسمية او التخصص او الكفاية الفنية او الاحتراف بما يتحقق معه ضماناً لجودة الاعمال واحكاماً للرقابة على سلامة البناء، ومنعاً لتهرب من يشارك في عملية البناء من الخضوع لهذا الالتزام بحجة عدم انطباق وصف المهندس المعماري او المقاول عليه.

المطلب الثاني: تحديد الفروض التي يشتهب بها تكييف العقد الوارد على البناء .

يترتب على التفسير الحرفي المتقدم ذكره والذي يتفق مع الصياغة الحرفية لنص المادة ٦٥١ من القانون المدني المصري والمادة ٨٧٠ من القانون المدني العراقي، وعلى عمومية النصوص الواردة في ضمان العيوب الخفية في كل من القانون المدني المصري والقانون المدني العراقي، والتي تطبق على جميع انواع البيوع اياً كان محلها سواء كان منقولاً ام عقاراً وسواء كان المحل موجوداً وقت ابرام العقد ام مستقبلاً، عدم تطبيق الالتزام بضمان سلامة البناء على عقد بيع البناء، واقتصار حق المشتري في الرجوع على البائع طبقاً لاحكام ضمان العيوب الخفية الواردة في عقد البيع ان تحققت شروطه، الا ان تكييف العقد بيعاً او مقاوله قد لا يكون ميسوراً لاسيما في الفرض الذي يكون فيه محل العقد اقامة بناء خلال مدة معينة وان المدين بهذا الالتزام هو بائعاً، فالبائع يلتزم بعمل معين اولاً ثم يلتزم بنقل ملكية المبيع ثانياً، وما يهمنا في نتيجة التكييف هو مدى خضوع الملتزم باقامة البناء للاحكام الخاصة بضمان سلامة البناء من عدمه تبعاً لتكييف العقد مقاوله او بيعاً. واذا كان المشرع الفرنسي لم يترك الضمان في هذا الفرض لحكم القواعد العامة وانما خصه باحكام تتفق والطبيعة الذاتية له، فقد مشيداً بحكم المادة ١٧٩٢/١-٢ بائع البناء تحت التشييد وبائع البناء بعد تمام التشييد، واخضعهما لاحكام الالتزام بضمان سلامة البناء شأنهما شأن المقاول والمهندس المعماري. على عكس الحال في القانون المدني المصري والقانون المدني العراقي، اذ مع الاتجاه الغالب في الفقه والقضاء باشتراط الارتباط بين الضمان الخاص وعقد المقاوله وعدم تطبيقه فيما عداه من العقود وترك احكام الضمان في الفروض الاخرى التي تخرج عن نطاق عقد المقاوله للاحكام العامة، وفي هذا السياق هل تبدو الحاجة الى البحث عن تكييف هذا الفرض بما يقربه من عقد المقاوله بغية مد نطاق الالتزام بضمان سلامة البناء، اليه ام تبدو الحاجة الى تدخل تشريعي يحسم المشكلات التي يثيرها هذا العقد في الواقع العملي هذا من جهة؟ ومن جهة اخرى؟ نجد ان التفرقة بين البيع الوارد على بناء موجود والبيع الوارد على بناء قيد الانشاء هي الاخرى تبدو بالظاهر تفرقة واضحة لا تحتاج الى تحديد او تدقيق لانها لا تعدو ان تكون الا تفرقة بين ما هو موجود بالفعل وقت العقد فيكون بيعاً تقليدياً، وبين ما هو ممكن الوجود في المستقبل ليكون بذلك بيعاً لشيء مستقبل، الا ان تكييف ما يعد بيعاً تقليدياً وبيعاً لشيء مستقبل قد يدق ويصعب في فروض عديدة منها الاضافة الى بناء قائم وبيعه على اعتبار ما سيكون عليه بعد الاضافة او بيع بناء قديم على اعتبار ما سيكون عليه بعد التجديد. وذلك ما سنتناوله في الفروع الاتية:

الفرع الاول: العقد الوارد على بناء قيد الانشاء .

في فرض التزام شخص باقامة بناء على ارض مملوكة له لحساب شخص آخر وهو فرض يمتزج فيه الالتزام بنقل الملكية جوهر عقد البيع والالتزام باقامة بناء جوهر عقد المقاوله، نجد ان الاتجاه الغالب من الفقه القانوني يذهب الى تكييف هذا الفرض بانه عقد بيع وارد على شيء مستقبل^(١)، يطلق عليه بيع بناء قيد الانشاء^(٢)، لان الالتزام ببناء

^١Planiol et Ripert par Hamel-Troite portique de droit civil francais, T.10, 2e ed paris, 1956, n°10.

د. عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج٤، العقود التي تقع على الملكية، مج١، البيع والمقايضة، القاهرة، مطابع دار النشر للجامعات المصرية، ١٩٦٠، ص٣١، د. سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، ج٣، في العقود المسماة، مج١، عقد البيع، ط٥، مصر، دار الكتب القانونية، ١٩٩٠، ص٣٢، د. سمير عبد السيد تناغو، عقد البيع، الاسكندرية، الفنية للطباعة والنشر، ص٢٥، د. محمد المرسي،

عقار او بصنع شيء ما بصفة عامة يظهر في عقد المقاولة، كما يظهر في عقد بيع عقار تحت الانشاء، واذا كان هذا الالتزام هو جوهر بيع البناء تحت الانشاء، الا ان ذلك لا يعني ان هذا العقد يختلط بعقد مقاولة فرغم التشابه الكبير بينهما في بعض الحالات فانه يبقى بكل عقد مايميزه عن الاخر ويحفظ له ذاتيته الخاصة^(١).

فالتفرقة بين عقد المقاولة وعقد بيع البناء قيد الانشاء يعتمد معيار ملكية الارض فيكون العقد مقاولة عندما يقوم المقاول بالبناء على ارض مملوكة لرب العمل ويستوي بعد ذلك ان يقدم العمل فقط او العمل ومواد البناء معاً اما في البيع لعقار مستقبل او قيد الانشاء فان البائع يقوم بالبناء على ارض مملوكة له^(٢) او على تقدير يكون صاحب حق^٣ يمنحه سلطة البناء عليها ويلتزم ببناء عقار في مدة محددة اتفاقاً او قضاءً^(٤).

وازاء معيار الفرع يتبع الاصل وان الارض هي الاصل والمواد والعمل التي يقدمها القائم بالبناء تعد ثانوية اذا ما قورنت بالارض، اثار بعض من الفقه القانوني تساؤلاً: هل تتغير الارض ويتبدل شكلها وتختلط بالبناء المقام عليها بحيث يمكن عدها من المواد الاولية المستخدمة في الصنع والاعتداد بقيمتها لتحديد وصف العقد؟ وهل ان قيمة الارض تكون دائماً اكبر من قيمة العمل والمواد المستخدمة في البناء؟، فاذا كان مبنى مكون من ثلاثين طابقاً ومقام على قطعة ارض مساحتها خمسمائة متر مربع، فهل قيمة الارض اكبر من قيمة المواد والعمل للذان بذلا في اقامة هذا المبنى؟ فاذا كانت الاجابة بالنفي فان وصف العقد يجب ان يرتبط بعناصر ثابتة وواضحة ومحددة، ولايجوز ان يتوقف على قيمة المواد المستخدمة في العمل ومن ثم يختلف تكييف العقد باختلاف هذه القيمة اذا ما قورنت بقيمة العمل ذاته^(٥).

وبناء على الانتقاد الموجه الى معيار الفرع يتبع الاصل، هل يمكن ان يكيف العقد الوارد على بناء قيد الانشاء بانه عقد مقاولة او عقد مركب من بيع ومقاولة كما ذهب اليه البعض^(٦)، وفي غياب تنظيم تشريعي للعقد الوارد على بناء قيد الانشاء في كل من القانون المدني المصري والقانون المدني العراقي، هل يمكن القول ان هذا العقد ذو طبيعة خاصة تمتزج فيه احكام عقد البيع والمقاولة معاً؟

بتقديرنا المتواضع ان العقد الوارد على بناء قيد الانشاء وكما ذهب اليه الاتجاه الغالب في الفقه لا يخرج عن كونه بيع لشيء مستقبل لان ذلك مايتفق مع القواعد العامة في المحل^(٧) هذا من جهة ، ومن جهة اخرى لان تكييف العقد بانه عقد مقاولة او عقد مركب من بيع ومقاولة لا يحسم المشكلات الناشئة عن هذا العقد في الواقع العملي، كما ان حماية المشتري لاتتف عند حد تطبيق احكام الالتزام بضمان سلامة البناء (محور دراستنا) بل تتعداه الى مخاطر عدم

مصدر سابق، ص ٥١، د. غني حسون طه، الوجيز في العقود المسماة، ج ١، بغداد، مطبعة المعارف، ١٩٦٩ - ١٩٧٠، ص ٣٨، ود. جعفر الفضلي، مصدر سابق، ص ٣٧١، ود. سعيد مبارك وآخرون، مصدر سابق، ص ١٩.

(١) في المادة ١٦٠١ / ف ١ من القانون المدني الفرنسي: يلتزم البائع في بيع البناء قيد الانشاء باقامة عقار خلال مدة معينة يحددها العقد. Art. 1601-1(L.no67-3 janv. 1967, art 1er; L. no 67-547, 7juill. 1967, art 2). -L'aveu d'immeuble' construire est celle par laquelle le vendeur s'oblige a' s'obliger a' e'difier un immeuble dans un delai de'terminé' par le contrat...))

(٢) د. محمد المرسي، بيع المباني تحت الانشاء-دراسة مقارنة في القانون الكويتي والفرنسي، ط ١، ١٩٨٩، ص ٥١.
(٣) انظر في ذلك: د. عبد الرزاق احمد السنهوري، مصدر سابق، ص ٣١. د. سلمان مرقس، مصدر سابق، ص ٣٢. د. سمير عبد السيد تناغو، مصدر سابق، ص ٢٥، ود. غني حسون طه، مصدر سابق، ص ٣٨. ود. سعيد مبارك وآخرون، مصدر سابق، ص ١٩. د. جعفر الفضلي، مصدر سابق، ص ٣٧١.

(٤) د. محمد المرسي، مصدر سابق، ص ٥١.
(٥) انظر في ذلك: د. محمد لبيب شنب، مصدر سابق، ص ٢٦-٢٧.

(٦) Aubry et Rau: cours de droit francais, T.5, 6e ed. n° 374..

(٧) انظر المادة ١٣١ مدني - مصري، ١٢٩ مدني - عراقي .

شروع القائم بالبناء بالعمل او عدم تمام انجازه في الوقت المحدد وحق المشتري في نقل الملكية وآلية نقلها ولا سيما ان العقد الوارد على العقار في القانون المدني العراقي عقداً شكلياً، مما يتطلب الامر تدخلاً تشريعياً بعيداً عن الجدل الفقهي لحسم المشكلات التي يثيرها هذا العقد وتوفير الضمانات الكافية للمشتري وبقدر ما يتعلق الامر بموضوع بحثنا، فإن المسألة لا تثار من جهة تكييف العقد وانما من جهة تدخل المشرع في ضرورة مد نطاق الالتزام بضمان سلامة البناء الوارد في عقد المقاولة الى عقود اخرى غيرها ومنها بيع البناء قيد الانشاء وبيع البناء بعد تمام الانشاء كما هو الحال في القانون المدني الفرنسي واعتماد معيار آخر في تطبيق احكام الالتزام بضمان سلامة البناء غير الارتباط بعقد المقاولة وانما الارتباط بطبيعة الاعمال ذاتها وبغض النظر عن طبيعة العقد المبرم بين الطرفين.

الفرع الثاني: الاضافة او التجديد في بناء قائم.

انتشرت في المجتمع العراقي حالات شراء بناء قائم لم يكتمل بعد بشكله النهائي او كما يطلق عليه شراء (الهيكال العقاري)، وان تحديد طبيعة هذا العقد فيما بعد اذا كان بيعاً عادياً او بيعاً لشيء مستقبل يتوقف على تحديد القائم باعمال الاضافة الى البناء، فيما اذا كان المشتري نفسه ام البائع، ففي الحالة الاولى عندما يقصد المشتري شراء البناء بحالته وقت التعاقد يعد بيعاً عادياً اما في الحالة الثانية عندما يقصد المشتري شراء البناء باعتبار ماسيكون عليه بعد الاضافة من قبل البائع، فيعد في هذه الحالة بيعاً لشيء مستقبل او بعبارة اخرى يعد بيعاً لبناء تحت الانشاء، فكما ينقذ البيع لبناء تحت الانشاء على بناء ثم يشرع البائع بانشاءه، ويلتزم ببناؤه وتسليمه للمشتري، ينقذ ايضاً على بناء قائم ويلتزم بانشاء جزء آخر مضاف اليه^(١). كما اتسع بالمقابل بيع البناء القديم اثناء او قبل تجديده تجديداً شاملاً (مع التزام البائع بتسليمه مجدداً، ولان العقد في هذا الفرض لا يتضمن انشاء البناء وانما اضافة وتعديل لبناء قائم منذ زمن، فان البعض قد قسم هذا العقد الى قسمين: بيع تقليدي للبناء بحسب حالته وبشمن يراعى في تحديده هذه الحالة، وعقد مقاوله يبرم بالتوازي بين الاطراف نفسها ومحله قيام البائع بانجاز اعمال التجديد لقاء بدل مالي وآخر مستقل عن الثمن^(٢)).

في حين ذهب البعض الاخر الى ان اعمال التجديد في بناء قائم تعد بيعاً لبناء تحت الانشاء شرط ان يبرم العقد قبل الانتهاء من اعمال التجديد، فالبائع يلتزم في هذا الفرض باقامة اعمال التجديد حتى يكتمل وجود البناء المبيع باعتبار ماسيكون عليه بعد التجديد^(٣).

ومع اتساع الفرضين المتقدمين في الآونة الاخيرة وغياب النصوص التشريعية الخاصة بتنظيم ذلك، سعى المقاولين والقائمين باعمال البناء الى استغلال هذه الظاهرة اذ عمد هؤلاء تحقيقاً الى غاياتهم القصوى في الربح الى استكمال او تجديد المباني التي يبيعونها في زمن قياسي وعلى حساب الجودة في العمل والمادة مما لا يتحقق معه ادنى اوجه المتانة والسلامة، ومع تحديد طبيعة العقد بيعاً، نجد ان البائع لايسأل مسؤولية المقاول والمهندس المعماري، وان كان ممن يحمل هذه الصفة ويزاول هذه المهمة بحجة ارتباطه بعقد بيع لا مقاوله، فلا يكون للمشتري في هذه الفروض

^(١) Voir cass. 3eme civ. 28 mai 2002-F.F.B-Responsabilite et assurance construction-mise a jour aout 2007-19.

كما نقضت محكمة النقض الفرنسية قراراً لاحدى المحاكم استبعدت فيه الضمان الخاص على اساس ان المهمة التي قام بها المهندس المعماري قد اقتضت على اعمال تجديد البناء، دون ان تحدد طبيعة هذه الاعمال او ماهيتها.

Cass. Civ. 3e. 30, mars, 1989, J.C.P. 1989 IV. 206.

^(٢) انظر في تطبيق الضمان الخاص في نطاق بيع البناء بعد هدمه واعادة بناءه.

Cass. 3eme civ 28 fevrier, 2001, J.C.P. 2001. IV. 1740.

^(٣) انظر في تفصيل هذا الرأي ومصادره د. احمد ابراهيم الحباري، حماية المشتري في بيع بناء تحت الانشاء-دراسة مقارنة في القانونين الفرنسي والاردني، منشور في مجلة الحقوق، تصدرها مجلس النشر العلمي، جامعة الكويت، السنة الثالثة والثلاثون، ٤٤، ١٤٣١، ٢٠٠٩، ص ٢٧٧.

^(٤) انظر في تفصيل هذا الرأي ومصادره، د. محمد المرسي زهرة، مصدر سابق، ص ٢٠٤.

سوى الرجوع بمقتضى احكام الضمان العام في العيوب الخفية، ونعتقد انه من المنطقي عدم الاكتفاء بفكرة ربط الضمان الخاص بعقد المقاولة ومحاولة مد نطاقه الى عقود اخرى وفق معيار آخر تتحقق معه الغاية التشريعية من تطبيق هذا الضمان الا وهي تحقيق سلامة البناء ومتانتها، وهذا سنتناوله في المبحث الثاني.

المبحث الثاني: مدى ارتباط الالتزام بضمان سلامة البناء باعمال البناء ذاتها .

ان التطور الذي طرأ حديثاً في مجال التشييد والبناء على الصعيد العالمي، لاسيما فيما يتعلق باستخدام وسائل جديدة مبتكرة من وسائل الفن القانوني في سبيل تحقيق مشروعات البناء، الى جانب الوسائل التقليدية المستخدمة من قبل، ادى الى انه لم يعد رب العمل في عقد المقاولة هو بالضرورة ذات الشخص الذي يقام من اجله البناء. بل اصبح من الممكن عملاً في الوقت الحاضر ان يكون المنتفع الحقيقي بالبناء المشيد او المزمع تشييده شخصاً او اشخاص غير رب العمل، ومثل ذلك يحدث عملية في حالة المقاول البائع للبناء عندما يتولى المقاول عملية البناء بنفسه ولحسابه الخاص، دون الارتباط مع احد بعقد مقاولة، بقصد بيعه للغير سواء ابرم البيع بعد اتمام البناء او حتى قبل ذلك طالما كان العقار المبيع معداً للبناء فيه فيما بعد. كما يحدث ذلك ايضاً عندما يرتبط المهندس المعماري او المقاول متولي عملية البناء مع مالك العقار بعقد آخر غير عقد المقاولة وعلى وجه التحديد بعقد الوكالة او بعقد التمويل العقاري^(١).

وقد واجه المشرع الفرنسي كل ما تقدم بالتوسع في نطاق تطبيق الضمان بسلامة البناء، فشمّل باحكامه طائفة اخرى من الاشخاص اعددهم بحكم المشيد بغض النظر عن ارتباطهم بعقد مقاولة مع رب العمل من عدمه، وهم البائع والوكيل والصانع والمستورد والموزع وممول العقار، ولمعرفة مدى امكانية التوسع في دائرة الاشخاص المشمولين بضمان سلامة البناء في القانون المدني المصري والقانون المدني العراقي، لابد لنا من تحليل نص المادة ٦٥١ من القانون المدني المصري والمادة ٨٧٠ من القانون المدني العراقي بما يتفق والغاية التشريعية منها، وليبيان ذلك سنقسم هذا المبحث على مطلبين نخصص الاول منهما لشمول من هم في حكم المشيد بنطاق الالتزام بضمان سلامة البناء في القانون المدني الفرنسي والثاني لمدى امكانية التوسع في دائرة الملتزمين باحكام الالتزام بضمان سلامة البناء في القانون المدني المصري والقانون المدني العراقي.

المطلب الاول: شمول من هم في حكم المشيد بنطاق الالتزام بضمان سلامة البناء في القانون المدني

الفرنسي .

على الرغم من ان الالتزام بضمان سلامة البناء قد تقرر في حدود معينة وعلى سبيل الاستثناء من القواعد العامة، الا اننا نجد ان المشرع الفرنسي قد وسع من دائرة الاشخاص الملتزمين بهذا الضمان معتمداً معيار العمل ذاته بغض النظر عن طبيعة العقد الذي يبرمه القائم او المشترك به مع الطرف الاخر، وذلك مسايرة لمتطلبات التطور العمراني الحاصل في ميدان البناء ومحاولة لايجاد حلاً للمشاكل الرئيسية الناجمة عن انهيار المباني وتعييبها بعد اكتمال تشييدها على اثر سرعة انجاز المشروعات من قبل القائمين في عملية البناء وتعدد المشتركين فيها فعد في حكم المشيد البائع والوكيل والصانع والمستورد والموزع والممول العقاري وذلك ماستتناوله في الفروع الآتية:

الفرع الاول: البائع والوكيل والممول العقاري .

في المرحلة مابعد اول يوليو سنة ١٩٦٧ وقبل اول يناير ١٩٧٩ تاريخ نفاذ قانون ٢٨-١٢/١٩٧٨ عدل القانون رقم ٦٧-٣ لسنة ١٩٦٧ في صياغة المادة ١٦٤٦ من التقنين المدني الفرنسي على نحو يلزم بائع العقار تحت التشييد لنفس الاحكام التي وردت في شأن المهندسين المعماريين وغيرهم من الاشخاص المرتبطين مع رب العمل بعقد مقاولة،

(١) د. محمد ناجي ياقوت، مصدر سابق، ص ٧٨-٧٩ .

أي احكام الضمان الخاص الواردة في المادتين ١٧٩٢، ٢٢٧٠ من القانون المدني الفرنسي^(١) وذلك باضافة ١/١٦٤٦ والتي تنص: ((بائع العقار تحت التشييد يلتزم خلال عشر سنوات ابتداء من قبول الاعمال بضمان العيوب الخفية التي يلتزم بها المهندسون المعماريون والمقاولون والاشخاص الاخرون الذين يرتبطون مع رب العمل بعقد مقاوله طبقاً للمادتين ١٧٩٢، ٢٢٧٠...))^(٢).

وبهذا يكون المشرع الفرنسي قد فرق بين صورتين مختلفتين لبیع العقار في قانون ٦٧-٣ لسنة ١٩٦٧، وهما بيع العقار بعد اتمام انجازه فعلاً حيث اخضعه للقواعد العامة في ضمان العيوب الخفية في عقد البيع وبيع العقار قيد الانشاء واخضعه لاحكام الضمان الوارد في المادتين ١٧٩٢ و ٢٢٧٠، الا ان المشرع الفرنسي الغى التفرقة بين الصورتين المذكورتين وسوى في الحكم بينهما^(٣)، بموجب القانون رقم ٧٨-١٢ لسنة ١٩٧٨ اذ اخضع كل من بائع العقار تحت التشييد وبائع العقار تام التشييد لاحكام هذا الضمان حين عدل صياغة المادة ١/١٦٤٦^(٤)، ونص في المادة ١/١٧٩٢-٢ التي اضافها الى نصوص القانون المدني على انه يعد في حكم المشيد بالمعنى المقصود في هذا القانون: (كل شخص يبيع بناء بعد اتمام تشييده سواء كان قد شيده بنفسه او بواسطة آخرين...))^(٥).

وبذلك يكو هذا النص متسعاً بنطاقه لكل من:

1- المقاول الذي يدعى (البائع الباني) والذي يقدم بالاضافة الى عمله والمواد، الارض التي ستتم عليها الانشاءات فهو يعد بمثابة البائع ، لانه التزم بموضوع قابل للتفيذ وهو التزام صحيح فهو سيشيد البناء ويسلمه الى صاحبه.

2- المقاول بعد انتهائه من الاعمال يفقد صفته كمقاول اذا كان البناء الذي شيده يعود له يعد بمثابة البائع لكل الوحدات والمنشآت التي يعرضها للبيع.

3- رب العمل ايأ كانت صفته اذا استلم الانشاءات التي اعدت لصالحه فانه يعد هو البائع عندما يعرض هذه الانشاءات للبيع وان تم تشييدها بواسطة آخرين^(٦). أي ان صفة او شرط الضمان يتنقل بحسب حالة البناء وعائديته.

^(١)Malinvaud (ph): l'autonomie de la garantie des vices en matiere immobiliere-Rev. dr. imm. 1998. p.323.

^(٢)Art. (1646-1 (L. no 67-3,3 janv. 1967 art. 3; L.no 67-547, 7juill 1967, art.7). -Le vendeur d'u immeuble a construire est tenu, pendant dix. Ans a' compter de la reception des travaux, des vices caches dont les architectes, entrepreneurs et autres personnes liess au maitre de l'ourage par un contrat de louage d'ouvrage sont eux-memes tenus en application des articles 1792 et 2270 du present code...)) www.construire-ecobioclimatique.fr/bibliotheque/file/VEFALoi67.doc.

^(٣)Roussel (A): responsabilite et assurance de constructeurs paris, 1978 n°12.

^(٤)art. 1646-1 (L. n° 67-3, 3 janv. 1967, art.3; L.n° 67-547, 7juill. 1967, art.7; remplace, L. n° 78-12, 4 janv. 1878, art.4)- Le vendeur d'un immeuble a' construire est tenu, a' compter de la reception des travaux, des obligations dont les architectes, entrepreneurs et autres personnes liees au maitre de l'ovrage par un contrat de louage d'ouvrage sont eux-memes tenus en application des articles 1792, 1792-1, 1792-2-et 1792-3 du present code...)) www.construire-ecobioclimatique.Fr/bibliotheque/file/VEFALOI67.doc.

^(٥)art 1792-1 Est repute constructeur de louage:

1/---

2/Toute personne qui vend, après achevement, un ouvrage qu'elle a construit ou fait construire; ...)) (j.o du 5 janvier 1978)- mise a jour le 29/7/2008.

^(٦)د. نعيم مغيب، عقود مقاولات البناء او الاشغال الخاصة والعامة، دراسة في القانون المقارن، ط٣، ٢٠٠١، ص٢١٣.

كما عد المشرع الفرنسي بمقتضى المادة ١٧٩٢/١-٣ من القانون المدني مشيداً: ((كل شخص يؤدي مهمة مشابهة لمهمة المقاول بالرغم من انه يتصرف بصفته وكيلاً عن مالك البناء))^(١).

ويبدو من هذا النص ان المشرع الفرنسي اشترط ليعد الوكيل بحكم المشيد شرطين: الاول ان يقوم الشخص بمهمة تشبه مهمة المهندس المعماري او المقاول او غيرهما من الاشخاص الذين يشاركون بدور معين في عملية التشييد والبناء، كأن يتولى مثلاً مهمة وضع التصميم في موقع العمل او ان يقوم بتمويل عملية البناء، واما الشرط الثاني فهو ان يكون القائم بهذه المهمة مرتبطاً مع رب العمل بعقد وكالة لا غير^(٢).

وبذلك يكون المشرع الفرنسي قد حرص على تطبيق احكام الالتزام بضمان سلامة البناء على كل شخص يمكن ان يشارك في اعمال التشييد تحت أي صورة من صور التعامل مهما اختلفت صفته او تباينت القابه، ويمثل هذا النص تجديد لا نظير له في القانون الفرنسي السابق^(٣).

اما ممول العقار فهو الذي يتعهد قبل رب العمل بمقتضى عقد تمويل عقاري، في مقابل اجر معين، بان يقوم بتشيد المباني او المنشآت، اما بنفسه او بواسطة الغير، والقيام بجميع الاعمال المادية والتصرفات القانونية والاجراءات الادارية والعمليات المالية التي من شأنها ان تؤدي في نهاية الامر الى انجاز البناء^(٤).

وقد نظم المشرع الفرنسي مسؤولية الممول العقاري في المادة الخامسة من القانون رقم ١٢ لسنة ١٩٧٨ حيث نصت هذه المادة على استبدال الجملة الثالثة من الماد ١/١٨٣١ من القانون المدني على الوجه الآتي:
((يكون الممول العقاري مسؤولاً عن الالتزامات الناتجة عن المواد ١٧٩٢، ١/١٧٩٢، ٢/١٧٩٢، ٣/١٧٩٢ من القانون المدني...))^(٥).

وبهذا النص اصبح الممول العقاري ملتزماً بموجب عقد التمويل العقاري بالضمان عن التهدم او الاضرار او عدم تطابق المبنى للغرض من انشائه شأنه شأن المقاول او المهندس المعماري^(٦) وبغض النظر عن مسألة ارتباطه او عدم ارتباطه بعقد مقاولة مع رب العمل، فهو يسأل بصفته مديناً اصلياً عن عيوب البناء لابلصفته كفيلاً او ضامناً للمهندس او المقاول^(٧).

^(١) article 1792-1 (Est repue constructeur de l'ouvrage: 1-... 2.. 3-Toute personne qui, bien qu'agissant en qualite de mandataire du propriétaire de l'ouvrage, accomplit une mission assimilable a' celle d'un locateur d'ouvrage). (J.O. du 5 janvier 1978-mise a jonr le 29/7/2008).

^(٢) د. محمد ناجي ياقوت، مصدر سابق، ص ٥١-٥٢.

^(٣) عمر طه بدوي، الالتزام بالضمان في عقود البناء والتشييد -دراسة تطبيقية على عقود الانشاءات الدولية، القاهرة، دار النهضة العربية، ٢٠٠٦، ص ١٨٣-١٨٤.

^(٤) د. محمد ناجي ياقوت، مصدر سابق، ص ٧، ود. مصطفى رجب، الضمان العشري لمهندسي ومقاولي البناء والمنشآت الثابتة الاخرى (التجربة الفرنسية الجديدة والقانون المدني العراقي)، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية - اصدار كلية القانون - جامعة بغداد مج ٧-ع ١٤-٢ - ١٩٨٨ - ص ٩٨.

^(٥) Article 5: La troisieme phrase du premier alinea de l'article 1831. 1 du code civil est remplacee par les dispositions suivantes: Il est notamment tenu des obligations resultant des articles 1792, 1792-1, 1792-2 et 1792-3 du present code. (J.O. du 5 janvier 1978), mise a jour. Le 29/07/2008

^(٦) Roussel (A): op. cit-n° 54, malinvaud (ph.) et jestaz (ph.): droit de la promotion immobiliere, Dalloz, 1976-n° 57.

^(٧) Voir Cass. Civ. 3eme, 9 juin 1999-F.F.B -op. cit-20.

الفرع الثاني: الصانع والمستورد والموزع .

لم يقصر المشرع الفرنسي بموجب قانون ٤ يناير ١٩٧٨ نطاق الالتزام بضمان سلامة البناء على البائع والوكيل والممول العقاري بل مد نطاق هذا الالتزام ليشمل الصانع والمستورد والموزع ممن يشاركون بمنتجاتهم في عملية التشييد والبناء المعماري، وذلك في مواجهة المالك او رب العمل^(١)، متى ماتوافرت الشروط المنصوص عليها في الفقرة الرابعة من المادة ١٧٩٢ من القانون المدني، والتي جاء فيها يعد مشيداً ((كل صانع لعمل^(٢) او جزء من اجزاءه^(٣) او لعنصر^(٤) من عناصر التجهيز^(٥)) انتجت لكي تفي باغراض خاصة بالبناء محددة سلفاً، يعد مسؤولاً مسؤولية تضامنية عن الالتزامات المفروضة في المادة ١٧٩٢، ٢/١٧٩٢، ٣/١٧٩٢ قبل المالك الذي استعمل العمل او اجزاءه او عناصره التجهيزية طبقاً للتعليمات التي وضعها الصانع دون اجراء أي تعديلات عليها.

ويكون في حكم الصانع بالنسبة لتطبيق هذه المادة من يستورد عملاً مصنوعاً او جزءاً من عمل مصنوع او عنصراً من عناصر التجهيز تم صنعه في الخارج، وكذلك من يقدم هذا المصنوع على اساس انه من صنعه وذلك بوضع اسمه وعلامته او أي علامة مميزة عليه^(٦).

وعلى هذا نجد ان المشرع الفرنسي في الوقت الذي وسع فيه من نطاق الضمان بسلامة البناء واخضع الصانع والمستورد والموزع لاحكامه بالتضامن مع المقاول، فان هذا التوسع والاختصاص لم يأت مطلقاً من كل قيد بل جاء مقيداً بشروط معينة تطلب المشرع توافرها لتطبيق الضمان الخاص وهي:

- ١- ان تكون المواد قد استخدمت دون تغيير، أي ان المقاول قد وضعها كما هي دون ادخال أي تعديلات عليها.
- ٢- ان تكون المواد قد تم انتاجها او تصنيعها لغرض معين استجابة لمتطلبات معينة ومحددة، ويتحدد هذا التخصيص حسب ارادة الصانع او طبيعة الاشياء.

^(١) Boubli (B): La responsabilite des constructeurs duns la loi du 4 Jnvier 1978, Rev. dr. imm. 1979. n°45. p.12.

^(٢) يقوم الصانع بتصنيع العمل المطلوب اقامته بالكامل في مصنعه، ثم يتم نقله بعد ذلك الى المكان الذي سيتم تركيبه فيه بمعرفة المقاول، كالمباني سابقة التجهيز منظوراً إليها في مجموعها باعتبارها كل لا يتجزأ

Voir malinvaud (ph.) et jestaz (ph.): op. cit-n° 57.

^(٣) كالجدران سابقة التجهيز او الاسقف او الابواب او النوافذ

Carila (M):. Les responsabilites des constrcteurs, 1981, n° 8.

^(٤) عنصر تكميلي يصمم ويصنع مسبقاً ليؤدي في البناء دوراً محدداً معيناً، كالتجهيزات الكهربائية، الالكترونية، الميكانيكية، التكييف.

Voir caston (A): op. cit-n° 390-p 195 voir cass. Civ. 28/2/1996, Bull. Civ. 1996. III. n°57. p.38.

د. جعفر الفضلي، مسؤولية المهندس او المقاول والتأمين فيها-دراسة مقارنة، بحث منشور في مجلة الرافدين للحقوق، اصدرها كلية القانون، جامعة الموصل، ع٢٠١٩٩٧، ص٥٦

^(٥) article 1792-4 ((Le fabricant d'un ouvrage, d'une parti d'ouvrage ou d'un element d'equipement concu et produit pour sataisfaire, en etat de service, a'des exigences precises et determinees a l'avance, est solidairement responsable des obligations, mises par les articles 1792, 1792-2et 1792-3 a la charge du locateur d'ouvrage qui a mis en oeuvre, sans= =modification et conformement aux regles edictees far le fabricant, l'ouvrage, la partie d'ouvrage ou element d'equipement considere.

Sont assimiles a' des fabricants pour l'application du present article:

Celui qui a importe un ouvrage, une partie d'ouvrage ou un element d'equipement fabrique a' l'etranger;

Celui qui l'a presente comme son oeuvre en faisant figurer sur lui son nom, sa marque de fabrique ou tout autre singe distinctif)).

٣- ان يتم استخدامها حسب التعليمات التي حددها الصانع^(١).

ويرى البعض ان الحكم الذي استحدثه المشرع الفرنسي وعدّ فيه المستورد والموزع للعناصر المكونة للمباني سابقة الصنع، ضمن قائمة الاشخاص المسؤولين بمقتضى المادة ١٧٩٢ و ٢٢٧٠ من القانون المدني في مواجهة رب العمل، يتضمن خروجاً على القواعد العامة في قانون المسؤولية المدنية بوجه عام، لان أي من هؤلاء لا يعد مشيداً بالمعنى الضيق للكلمة من ناحية، ولا يرتبط بعقد مقالة من ناحية ثانية، ويرتبط مع المقاول غالباً بعقد بيع من ناحية ثالثة، وان هذا الحكم الاستثنائي يقدم مسؤولاً بدلاً عن عيوب البناء الى رب العمل في الحالات التي يتعذر فيها على الاخير الرجوع على الصانع رجوعاً مفيداً سواء لان شخصية الصانع المسؤول غير معروفة له او لان الصانع المسؤول مقيم في الخارج، وهو بذلك يرفع حقوق رب العمل او مالك البناء رعاية خاصة لانه يعفيه من عبء اتخاذ اجراءات المطالبة القضائية ضد الصانع في بلاد اخرى من الممكن ان يختلف نظامها القانوني اختلافاً كبيراً عن النظام القانوني الفرنسي، فتكون هذه الاجراءات كثيرة التكلفة وقليلة الجدوى، كما ان المشرع يستهدف من هذا الحكم حث المستورد او الموزع على بذل اقصى عناية ممكنة في استيراد العناصر المكونة للبناء في الخارج^(٢).

المطلب الثاني

مدى امكانية التوسع في دائرة الملزمين بضمان سلامة البناء في القانون المدني المصري والعراقي.

ان تعقد العمليات الانشائية وتطورها واختلاف ادوار القائمين بها والمشاركين فيها، طبقاً لتنوع الاختصاصات ما بين مصمم وانشائي ومنفذ واستشاري وبائع وباني وممول عقاري ومصنع ومستورد وموزع وغير ذلك، وضماناً لجدية عمليات البناء والتشييد وقيام كل من هؤلاء بدوره على الوجه الامثل والاكمل دعى البعض من الفقه القانوني الى ضرورة التوسع في نطاق تطبيق الضمان المقرر بموجب المادة ٦٥١ من القانون المدني المصري المقابلة للمادة ٨٧٠ من القانون المدني العراقي ولبيان ذلك لابد لنا من التطرق الى مبررات التوسع في نطاق تطبيق احكام هذا الضمان من جهة وتحليل نص المادة ٦٥١ من القانون المدني المصري والمادة ٨٧٠ من القانون المدني العراقي في ضوء الغايات التشريعية ومتطلبات الواقع العملي من جهة اخرى وهذا ما سنتناوله تباعاً.

الفرع الاول: مبررات التوسع في نطاق الالتزام بضمان سلامة البناء في القانون المدني المصري والعراقي.

ان تحديد مبررات التوسع في نطاق الضمان بسلامة البناء يستلزم منا عقد المقارنة بين احكام هذا الضمان الواردة في عقد المقولة واحكام ضمان العيوب الخفية الواردة في عقد البيع وعلى الوجه الآتي:

اولاً: من حيث تغطية الضمان لنوع العيوب:

من اجل ان يضمن البائع العيب الذي يظهر في المبيع لابد ان تتوافر في العيب شروط معينة^(٣) بدونها لا يكون بمقدور المشتري الرجوع على البائع بالضمان، وهي ان يكون العيب خفياً بان لم يكن المشتري عارفاً به وقت البيع او لم يكن باستطاعته ان يتبينه لو انه فحص المبيع بعناية الرجل المعتاد، ومؤثراً بان ينقص ثمن المبيع عند التجار وارباب الخبرة او ما يفوت به غرض صحيح اذا كان الغالب في امثال المبيع عدمه، وقديماً بان يكون موجوداً في المبيع وقت العقد او حدث بعده وهو في يد البائع قبل التسليم^(٤).

في حين نجد ان المشرع في ضمان سلامة البناء يخرج على احكام القواعد العامة في العيوب الخفية، اذ لا يشترط لنشوء هذا الضمان ان يكون العيب قديماً، أي موجوداً وقت قبول رب العمل، فالمسؤولية تتناول العيوب

(١) د. محمد المرسي زهرة، مصدر سابق، ص ٢٩٧.

(٢) انظر: د. محمد ناجي باقوت، مصدر سابق، ص ٦٧-٦٨.

(٣) انظر المادتين ٤٤٧، ٤٤٨ مدني مصري، ٥٥٨-٥٥٩ مدني عراقي وانظر قرار محكمة التمييز الاتحادية رقم ٤٥٩ في ٢٠١٠/٦/٨، منشور

على موقع قاعدة التشريعات العراقية - <http://iraq-ild.org>.

(٤) انظر د. جعفر الفضلي، مصدر سابق، ص ١٣١.

القديمة والعيوب الطارئة بعد القبول، فمسؤولية المهندس والمقاول تتحقق ولو لم يثبت ان العيب كان موجوداً في المبنى وقت اقرار رب العمل له.

وبديهي اذا كان العيب طارئاً فلا معنى لاشتراط ان يكون العيب خفياً وقت القبول لانه لم يكن موجوداً في ذلك الوقت، اما اذا كان العيب قديماً أي موجوداً في المبنى وقت القبول، فان المقاول والمهندس لا يضمنانه الا اذا كان خفياً، غير معلوم لرب العمل في ذلك الوقت ومن غير الممكن كشفه ولو بذل عناية الشخص المعتاد في فحصه ومعاينته^(١). وعلى هذا فان ضمان سلامة البناء يبدو اكثر تشدداً من حيث انه يشمل العيوب القديمة والحديثة التي تطرأ بعد التسليم خلال عشر سنوات، بل حتى ولو تفاقم اثرها بعد ذلك هذا من ناحية ومن ناحية اخرى يغطي الضمان كل العيوب التي تهدد متانة البناء وسلامته باستثناء العيوب الظاهرة التي يعلمها رب العمل عند التسليم^(٢).

ثانياً- من حيث مدة الضمان

على المشتري رفع دعوى الضمان خلال مدة قصيرة من وقت تسليم المبيع، فطبقاً للمادة ٤٥٢ من القانون المدني المصري، ان مدة سقوط دعوى ضمان العيب الخفي هي سنة من تاريخ تسليم المبيع الفعلي. وطبقاً للمادة ٥٧٠ من القانون المدني العراقي لا تسمع دعوى ضمان العيب اذا انقضت ستة اشهر^(٣) من وقت تسليم المبيع حتى لو لم يكشف المشتري العيب الا بعد ذلك مالم يقبل البائع ان يلتزم بالضمان لمدة اطول^(٤).

في حين نجد ان المشرع قد شدد من مسؤولية المهندس المعماري والمقاول بان جعلهما ضامنان لما يحدث خلال عشر سنوات من تهدم كلي او جزئي فيما شيده من مباني او اقاموه من منشآت ثابتة اخرى او ما يوجد في هذه المدة من عيوب تهدد سلامة المبنى ومتانته^(٥). وذلك نظراً لما قد يترتب على تهدم المباني من اضرار جسيمة تصيب الارواح والاموال، ولا تقتصر على من كان طرفاً في التعاقد، بل تمتد الى الغير مما يتطلب بذل كل عناية وجهد، واتخاذ كل الاحتياطات اللازمة والممكنة من قبل المهندس والمقاول لتكون المباني والمنشآت التي يقيمونها متينة وسليمة، لا يخشى منها على رب العمل، ولا على الغير وخاصة ان رب العمل غالباً مايكون جاهلاً بفن البناء، وبالتالي لا يستطيع اكتشاف مابه من عيوب وقت تسلمه فضلاً عن ان كثيراً من هذه العيوب مايكون خفياً ولا يظهر اثره الا باستعمال البناء فترة من الزمن^(٦).

وامام ذلك يبدو انه من غير المنطقي تطبيق مدة دعوى ضمان العيوب الخفية في نطاق بيع المباني لاسيما وان الغاية واحدة هي حماية الارواح والاموال فهل هذه الغاية مقصورة على نطاق عقد المقاولة ولا تمتد الى نطاق عقد البيع لاسيما مع تعدد وتنوع الوسائل العمرانية وتطورها ولجوء العديد من المقاولين والمهندسين الى اقامة البناء لحسابهم ومن ثم بيعه بعد تمام تشييده او قبل تمامه تهرباً من احكام الضمان المشددة. أي ان وحدة العلة في الضمان تقتضي وحدة الحكم.

(١) د. محمد لبيب شنب، مصدر سابق، ص ١٦٤-١٦٥.

(٢) د. محمد حسين منصور، مصدر سابق، ص ١٨٣. انظر: القرار رقم ٣٠٧ و ٣٠٨ / مدنية اولى / ١٩٧٥ في ١٠/٩/١٩٧٥ مجموعة الاحكام

العدلية، السنة السادسة، العدد الثالث، ١٩٧٥، ص ٦٣.

(٣) انظر قرار محكمة التمييز الاتحادية رقم ١٢٣٤ / الهيئة المدنية منقول / ٢٠١٠ في ٢٩/١٢/٢٠١٠، منشور على موقع قاعدة التشريعات العراقية - <http://iraq-ild.org>

(٤) انظر في ذلك د. غني حسون طه؛ مصدر سابق، ص ٣٢٥.

(٥) انظر المادة ٦٥١ مدني - مصري، المادة ٨٧٠ مدني - عراقي. انظر القرار رقم ٢١٨ / مدنية اولى / ٩٢ في ٢٥/٣/١٩٩٢ منشور في المختار من

قضاء محكمة التمييز اعداد-ابراهيم المشاهدي، ج ٦، بغداد، ٢٠٠١، ص ٢١٧.

(٦) انظر د. محمد لبيب شنب، مصدر سابق، ص ١٥٦.

ثالثاً: من حيث اساس الضمان

يقوم الضمان الخاص على المسؤولية المفترضة بقوة القانون^(١) وهذه المسؤولية المفترضة تتمثل في قرينة ذات ثلاث اوجه، الاول: ان التهدم او التعيب راجع الى عيب في الصنعة، الثاني ان عيب الصنعة راجع الى خطأ المهندس والمقاول، الثالث ان العيب راجع الى كل من مهندس او مقاول شارك في العمل، والوجه الاول والثاني يمثلان قرينة المسؤولية المفترضة التي لا تقبل اثبات العكس ولا يمكن دفعها الا باثبات السبب الاجنبي، اما الوجه الثالث والذي يمثل قرينة المساهمة فيقبل اثبات العكس، أي ان القرينة تسقط اذا ما اثبت المقاول المدعى عليه عدم تعلق نشاطه بالاعمال التي ظهر فيها العيب^(٢) وذلك لان التزام المقاول والمهندس المعماري الوارد في المادة ٦٥١ من القانون المدني المصري والمادة ٨٧٠ من القانون المدني العراقي هو التزام بنتيجة^(٣) وهي بقاء البناء الذي يشيدانه سليماً ومتميناً لمدة عشر سنوات بعد تسليمه وان الاخلال بهذا الالتزام يقوم بمجرد اثبات عدم تحقق النتيجة دون حاجة لاثبات خطأ ما^(٤).
واذا ما قارنا ذلك مع ضمان العيوب الخفية، فاننا نجد قصور قواعد ضمان العيوب الخفية عن توفير الحماية المبتغاة لمن انتقلت اليه ملكية البناء، لان دعوى الضمان بما تتطلبه من اثبات وبما تمليه من قيود متعلقة بالميعاد الذي يجب ان ترفع فيه، يؤدي في كثير من الاحيان الى ضياع حقوق مشتري المباني^(٥). فيفترض في المشتري ان يكون قد اقام الدليل على وجود عيب في المبيع يستجمع شرائط الخفاء والقدم والتأثير، كما يفترض ان تكون دعوى الضمان قد رفعت خلال المدة القصيرة التي حددتها المادة ٤٤٧ من القانون المدني المصري والمادة ٥٥٨ من القانون المدني العراقي.

رابعاً- طبيعة احكام الضمان.

حرص المشرع على النص على الطبيعة الآمرة لاحكام هذا الضمان وتعلقه بالنظام العام، وذلك ببطلان كل شرط يقصد به اعفاء المهندس والمقاول من الضمان او الحد منه^(٦).
ويبرر ذلك ان رب العمل لا يكون عادة ذا خبرة فنية في اعمال البناء، والمقاول والمهندس وهما من ذوي الخبرة الفنية وهما في الوقت ذاته الجانب الاقوى في عقود المقاولة وبسبب هذه الخبرة يستطيعان ان يضيعا الحماية التي وفرها المشرع لرب العمل لو جاز لهما اشتراط عدم المسؤولية او التخفيف منها بان يدرجا في عقد المقاولة مثل هذا الشرط فيصبح من الشروط المألوفة في هذه العقود، فاراد المشرع ان يدعم الحماية التي منحها لرب العمل فجعل احكام الضمان الخاص من النظام العام لايجوز الاتفاق على محوها او التخفيف منها^(٧).
وهذا بخلاف احكام ضمان العيوب الخفية والتي تعد تطبيق لاحكام المسؤولية العقدية التي يجيز فيها المشرع للمتعاقدين باتفاق خاص الاعفاء او التخفيف من هذا الضمان^(٨).

فهل يعد ذلك متفقاً مع طبيعة بيع البناء الذي يفترض اقامته طبقاً لقواعد المهنة واصول الفن؟ وهل يكون من المقبول والسائغ السماح للقائم بالبناء لاسيما اذا كان مقاولاً او مهندساً معمارياً الاعفاء او الحد من مسؤوليته لكونه يبرم عقد آخر غير المقاولة كأن يكون بيعاً؟ فهل ان الحماية التي ابتغاها المشرع ترتبط فعلاً

(١) انظر جلسة ١٩٩٣/١١/١ الطعن رقم ١٨٤٧ لسنة ٥٩ق: الموسوعة الماسية، مصدر سابق، ص ٦٥٩.

(٢) د. محمد حسين منصور، مصدر سابق، ص ١٨٢-١٨٣.

(٣) انظر جلسة ١٩٩٨/١١/١ الطعن رقم ٤٥٠٣ لسنة ٦١ق.

(٤) د. السنهوري، الوسيط، ج ٧، مصدر سابق، ص ١٢٦.

(٥) انظر المواد ٤٤٧-٤٥٠ مدني-مصري ٥٥٨-٥٦٠ مدني-عراقي.

(٦) د. محمد حسين منصور، مصدر سابق، ص ١٨١، ود. سعيد مبارك وآخرون، مصدر سابق، ص ٤٥٦.

(٧) د. السنهوري، الوسيط، ج ٧، مصدر سابق، ص ١٣٣.

(٨) د. جعفر الفضلي، مصدر سابق، ص ١٤١.

بطبيعة العقد وكونه عقد مقاوله حصراً ام انها ترتبط باعمال البناء ذاتها وما يترتب على ذلك من غاية المشرع في الحد من الاخطار الناجمة عن التهدم والتعيب الذي يلحق البناء؟

ومن ذلك يبدو لنا بوضوح اننا بحاجة الى مد نطاق هذا الضمان الى كل حالة تتحقق معها الغاية التشريعية من نص المادة ٦٥١ من القانون المدني المصري والمادة ٨٧٠ من القانون المدني العراقي وهذا ما سنتناوله في الفرع الآتي:

الفرع الثاني: نطاق تطبيق نص المادة ٦٥١ من القانون المدني المصري والمادة ٨٧٠ من القانون المدني العراقي
ذهب بعض من الفقه القانوني الى ان التفسير الحرفي لنص المادة ٦٥١ من القانون المدني المصري والمقابلة للمادة ٨٧٠ من القانون المدني العراقي والذي يحدد نطاق تطبيق احكام الضمان بسلامة البناء بعقد المقاوله دون غيره من العقود، تفسيراً من شأنه ان يفقد النص جانباً كبيراً من اهميته ويقصر نطاق تطبيقه على فرض دون آخر^(١)، وانه تفسير لا يجد له سنداً سوى حجة شكلية مستمدة من كون المادة ٦٥١ من القانون المدني المصري المقابلة للمادة ٨٧٠ من القانون المدني العراقي، وردت ضمن احكام عقد المقاوله في حين ان نص المادة ذاته لا يتطلب مثل هذا الشرط، فكل ما يتطلبه النص ان يكون من اقام المنشآت او شيد الابنية مقاولاً وبعبارة اخرى ان يقوم القائم بالبناء بالعمل المعهود اليه مستقلاً دون ان يخضع في تنفيذه لاي اشراف او توجيه من قبل شخص آخر، فهو الذي يختار وسائل التنفيذ من ادوات ومهمات ومعاونين، وهو الذي يحدد كيفية هذا التنفيذ ودقته، فالمهم هنا هو التزام القائم بالبناء بالعمل لمصلحة شخص آخر دون رقابة او تدخل من جانب الاخير بصرف النظر عن العقد الذي يجمع بينهما، فلاجدال في تطبيق احكام هذا الضمان اذا كان العقد المبرم هو عقد مقاوله، ولاشك في ضرورة تطبيق احكامه في عقود اخرى ترتبط باعمال البناء ذاتها، وعلى وجه التحديد وضع بائع البناء تحت الانشاء او كما يطلق عليه البائع الباني، اذ يلتزم البائع بمقتضى عقد البيع ببناء عقار ونقل ملكيته للمشتري، ولكنه في قيامه بالبناء يقوم به مستقلاً دون رقابة او توجيه من المشتري^(٢).

وفي هذا المجال لا ننظر الى شخصية البائع في حد ذاتها وهل هو شخص طبيعي او معنوي مثلاً، وما هو وضعه القانوني او غير ذلك من الموضوعات التي لا تأثير لها في هذا الشأن، لكن ننظر الى شخصية البائع الباني ذاته، فلم نعد نتكلم كما هو معتاد عن البائع فقط بل عن البائع الباني، ولاشك ان التعبير لم يأت مصادفة وانما هو دليل واضح على خصوصية عقد بيع البناء ان كان قيد الانشاء^(٣). فالبائع لا يلتزم بنقل ملكية البناء محل البيع وانما يلتزم وقبل كل شيء ببناء المبنى المتفق عليه، فالبائع يلتزم بنقل الملكية ولكنه لا يستطيع الوفاء بهذا الالتزام الا بعد الانتهاء من اعمال البناء أي بعد تنفيذ التزامه الاول زمنياً بالبناء فالالتزامين اذن يرتبط احدهما بالآخر ارتباط السبب بالنتيجة او الوسيلة بالغاية^(٤)، والعبرة في تطبيق احكام الالتزام بضمان سلامة البناء لا تتحقق بوجود عقد مقاوله وانما بارتباط العقد باعمال البناء اياً كانت طبيعته بيعاً او مقاوله او غيره.. ومما يساعد على الاخذ بهذا التفسير الواسع هو نص المادة ٦٥١ ذاتها، اذ جاء فيها: ((١- يضمن المهندس المعماري والمقاول متضامنين ما يحدث خلال عشر سنوات من تهدم كلي او جزئي فيما شيدوه من مبان او اقاموه من منشآت ثابتة أخرى وذلك لو كان التهدم ناشئاً عن عيب في الارض ذاتها او كان رب العمل قد اجاز اقامة المنشآت المعيبة مالم يكن المتعاقدان في هذه الحالة قد ارادا

(١) انظر د. محمد حسين منصور، مصدر سابق، ص ٩٢.

(٢) د. محمد المرسي زهرة، مصدر سابق، ص ٢٤٨-٢٤٩، وانظر ايضاً د. محمد عبد الحكم رمضان، التزام البائع بضمان العيوب الخفية، اطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية الحقوق، جامعة المنصورة، ١٩٩٤، ص ٨-٩.

(٣) د. محمد المرسي زهرة، مصدر سابق، ص ٩٠، وانظر ايضاً د. محمد حسين منصور، مصدر سابق، ص ٩١.

(٤) د. محمد المرسي زهرة، ص ٩٠. ^٤

ان تبقى هذه للمنشآت مدة اقل من عشر سنوات. ٢- ويشمل الضمان المنصوص عليه في الفقرة السابقة مايوجد في المباني والمنشآت من عيوب يترتب عليها تهديد متانة البناء وسلامته...)).

وهو مانص عليه المشرع العراقي في المادة ٨٧٠ من القانون المدني^(١) هذا من جهة ومن جهة اخرى . ان حكم ضمان المقاول والمهندس المعماري هو حكماً خاصاً يقيد الحكم العام الوارد بضمان العيوب الخفية، وذلك مايستلزم تغليب صفة المقاول على صفة البائع اذا توافرت في نفس الشخص، فاذا كان البائع هو رب العمل والقائم به في نفس الوقت فان انتقال ملكية المبيع لا يمنع من مسؤوليته عن العمل الذي قام به طبقاً لاحكام هذا الضمان^(٢).

هذا فضلاً عن ان متطلبات الواقع العملي تستوجب التوسع في نطاق تطبيق ضمان سلامة البناء على اثر التغيرات الكبيرة التي طرأت في قطاع التشييد والبناء وماترتب عليها من توسع في نطاق اعمال البناء كماً وكيفاً ودخول التكنولوجيا الحديثة في صناعة البناء، وما ادى اليه ذلك من خطورة وتعدد الاضرار التي تسببها عيوب البناء وتزايد اعداد ضحايا الاهمال والغش المهني في هذا المجال فضلاً عن ظهور طائفة جديدة من الاشخاص محترفي صناعة المباني لاسيما سابقة التجهيز بقصد بيعها للغير ، لاتهمها متانة البناء وسلامته وجودة الاعمال بقدر ماتهمها سرعة اتمام البناء والاقتصاد الشديد المبالغ فيه احياناً في تكاليف تشييده سواء كان في نوعية المواد المستخدمة او كميتها او الاثنين معاً ولو كان ذلك على حساب الجودة والمتانة لتحقيق اقصى ما يمكن من الكسب المالي السريع^(٣). اضافة الى ذلك اشارت المادة (١/١٥٥) مدني عراقي الى هذا المعنى (العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للالفاظ (المباني).

فالمشكلة الاساسية تكمن في عدم التزام القائم بالبناء بالمواصفات الفنية للبناء والتلاعب في المواد المستخدمة فيه لاسيما اذا كان العقد المبرم عقد آخر غير عقد المقاولة كأن يكون بيعاً وهو الصورة الغالبة، وما يترتب على ذلك من مخاطر تبدو ازاءها القواعد المنظمة لعقد البيع قاصرة عن حماية المشتري.

فاذا كان الهدف الاساسي من نص المادة ٦٥١ من القانون المدني المصري المقابلة للمادة ٨٧٠ من القانون المدني العراقي هو حث المهندسين والمقاولين على اقامة بناء لا يصيبه التهدم ولا يطاله العيب الخطير خلال مدة محددة، فهل ان هذا الهدف يكون قاصراً على عقد المقاولة فقط. وان غاية المشرع في الحماية تقف عند حد عقد المقاولة دون ان تتعداه الى غيره من العقود وان كانت المخاطر المرتبة على تهدم البناء او تعييه واحدة.

وبتقديرنا المتواضع ان الغاية من تشريع ضمان سلامة البناء لم تكن مرتبطة بعقد المقاولة بقدر ارتباطها بالالتزام بالبناء بحد ذاته الا ان الوضع الغالب وقت تشريع النص كان متمثلاً بعقد المقاولة فبدا ارتباط هذا الضمان مع هذا العقد منطقياً الا ان تنوع وتعدد العقود المرتبطة باعمال البناء في الوقت الحاضر، واختلاف ادوار المشتركين فيها مابين مهندس ومقاول مصمم مستورد وصانع وموزع، يحتم علينا التوسع في تطبيق هذا الضمان طالما ان الغاية التشريعية واحدة وهي حماية الارواح والممتلكات، ومن هنا ندعو القضاء والمشرع بضرورة التوسع في تطبيق احكام ضمان سلامة البناء ليشمل كل من يقوم بدور في عملية التشييد بغض النظر عن ارتباطه او عدم ارتباطه بعقد مقاولة.

(١) المادة ٨٧٠ مدني-عراقي: (١)- يضمن المهندس المعماري والمقاول ما يحدث خلال عشر سنوات من تهدم كلي او جزئي فيما شيده من مباني او اقاموه من منشآت ثابتة اخرى، وذلك حتى لو كان التهدم ناشئاً عن العيب في الارض ذاتها او كان رب العمل قد اجاز اقامة المنشآت المعيبة مالم يكن المتعاقدان قد ارادا ان تبقى هذه المنشآت مدة اقل من عشر سنوات وتبدأ مدة السنوات العشر من وقت تمام العمل وتسليمه ويكون باطلاً كل شرط يقصد به الاعفاء او الحد من هذا الضمان. ٢- ولا تسري الفقرة المتقدمة على ما قد يكون للمقاول من حق في الرجوع على المقاولين الذين قبلوا منه العمل. ٣- ويشمل الضمان المنصوص عليه في الفقرة (١) من هذه المادة مايوجد في المباني والمنشآت من عيوب يترتب عليها تهديد متانة البناء وسلامته. ٤- تسقط دعوى الضمان المنصوص عليها في هذه المادة بانقضاء سنة واحدة من وقت حصول التهدم لو انكشف العيب...)).

(٢) د. محمد حسين منصور، مصدر سابق، ص ٩٢، وانظر د. محمود عبد الحكم، مصدر سابق، ص ٥٥.

(٣) د. محمد ناجي ياقوت، مصدر سابق، ص ١٦.

المبحث الثالث: مدى ارتباط الالتزام بضمان سلامة البناء بخطورة الضرر.

نص المشرع الفرنسي بموجب قانون ٤ يناير ١٩٧٨ في المادة ١٧٩٢ بصيغتها المعدلة نصت على انه: ((كل) مشيد يتولى تشييد عمل^(١) يكون مسؤولاً بقوة القانون قبل رب العمل او من يكتسب ملكية العمل عن الاضرار حتى تلك الناتجة عن عيب في الارض التي تعرض للخطر متانة العمل او التي تصيبه في احد عناصره التأسيسية او احد عناصره التجهيزية والتي يترتب عليها ان يصير العمل غير صالح للغرض الذي شيد من اجله))^(٢).

كما نصت المادة ١٧٩٢/٢ على ان: ((قرينة المسؤولية المنصوص عليها في المادة ١٧٩٢ تشمل الاضرار التي تؤثر في متانة العناصر التجهيزية الداخلة في العمل اذا كانت هذه العناصر تشكل جسماً غير قابل للانفصال...)).

واذا كان المشرع الفرنسي وفقاً لما تقدم قد اخضع الاضرار الخطرة لقواعد الضمان الخاص بسلامة البناء فانه اخضع ايضاً الاضرار غير الخطرة لقواعد هذا الضمان في المادة ١٧٩٢-٦/٣، ليشمل بنطاقه الاضرار المتعلقة بتشغيل العناصر التجهيزية للبناء القابلة للانفصال عنه وهو ما يطلق عليه بضمان حسن اداء الوظائف ويشمل ايضاً كافة انواع الاضرار والعيوب التي يتم اكتشافها في العمل بعد تسلمه مقبلاً من رب العمل بغض النظر عن مسألة خطورة هذه الاضرار او موضعها من البناء وهو ما يطلق عليه ضمان تمام الانجاز.

اما نطاق الضمان طبقاً للمادة ٦٥١ من القانون المدني المصري والمادة ٨٧٠ من القانون المدني العراقي، فنجد انه يتحدد بالاضرار الناشئة عن العيوب التي تهدد سلامة البناء ومتانته دون غيرها من العيوب وما يفوق ذلك خطورة من تهدم كلي او جزئي للبناء، وبناءً على ما تقدم يبدو ان نطاق الالتزام بضمان سلامة البناء يتسع ويضيق تبعاً لنوع الضرر الذي يغطيه، وعلى هذا سنقسم هذا المبحث على مطلبين نتناول في الاول: ضمان الاضرار الخطرة وفي الثاني: ضمان الاضرار غير الخطرة.

المطلب الاول: نطاق الالتزام بضمان الاضرار الخطرة .

من المسلم به في القانون المدني الفرنسي والمصري والعراقي، ان الضرر يعد خطيراً، متى ما يترتب عليه المساس بسلامة البناء ومتانته، الا ان نطاق الضرر الخطير يتعدى هذا المفهوم في القانون المدني الفرنسي الى الضرر الذي يمس بعنصر تجهيزي غير قابل للانفصال عن البناء والى الضرر الذي يجعل البناء غير صالح للغرض المعد من اجله، وعلى هذا هل يكون للضرر الخطير الموجب للضمان في القانون المدني الفرنسي نطاقاً مغايراً عنه في القانون المدني المصري والعراقي وهذا ما سنتناول الاجابة عليه في الفرعين الآتيين:

الفرع الاول: في القانون المدني الفرنسي .

يتحدد مفهوم الاضرار الخطرة في ضوء احكام القانون المدني الفرنسي بالاضرار التي تهدد سلامة البناء ومتانته في مجموعه ، او في اجزائه التأسيسية او التجهيزية، اذ لم يعد هذا الضمان في القانون المدني الفرنسي قاصراً على

(١) استخدم المشرع الفرنسي مصطلح 'عمل محل مصطلح بناء، واحلال مصطلح عمل محل مصطلح بناء لم يكن مجرد تغيير لفظي او شكلي وانما قصد به اعطاء نظرة مغايرة لكل من المصطلحين، اذ يقصد بمصطلح العمل: البناء من مجموعة مع كافة عناصره المنشئة وعناصره التجهيزية. وسع بذلك نطاق الضمان ولا سيما بموجب التعديل:

n° 2005-658 du 8 uin 2005; voir F.F.B-op. cit-39.

⁽²⁾ article 1792-((Tout constructeur d'un ouvrage est responsable de plein droit, envers le maitre ou l'acquéreur de l'ouvrage, des dommages, meme resultant dun vice du sol, qui compromettent la solidite de l'ouvrage ou qui, l'affectant dans lun de ses elements constitutifs ou l'un de ses elements d' equipement, le rendent impropre a sa destination. Une telle responsabilite n'a point lieu si le constructeur prouve que les dommages proviennent dun cause etrangere)).

المساس بسلامة البناء ذاته^(١). بل انه عد طبقاً للمادة ١٧٩٢/٢ المساس بمتانة احد العناصر التجهيزية غير القابلة للانفصال عن البناء بحكم الاضرار الخطرة، فشمّل بقريئة المسؤولية المنصوص عليها في المادة ١٧٩٢ الاضرار التي تؤثر في متانة العناصر التجهيزية الداخلة في العمل^(٢)، اذا كانت هذه العناصر تشكل جسماً غير قابل للانفصال مع اعمال المنافع العامة او مع الاعمال المتعلقة بتأسيسه او بهيكله او باسواره او مظلاته، اذا كان لا يمكن تركيبه او رفعه او استبداله بدون تهدم او تلف او رفع مواد من هذا العمل^(٣).

وعلى هذا يشترط لتغطية هذه الاضرار بالضمان:

١- ان يشكل العنصر التجهيزي الذي وقع عليه الضرر جسماً على نحو لا يقبل الانفصال مع احد الاعمال الكبيرة او الانشائية المعينة في النص، وفكرة عدم قابلية الانفصال تتوافر كلما استحال تركيب العنصر او رفعه او استبداله دون تهدم او تلف او رفع مواد من العمل^(٤)، فالعنصر التجهيزي يمكن ان يوصف بأنه عنصر قابل للانفصال او غير قابل للانفصال اعتماداً على طريقة التركيب في البناء^(٥).

٢- ان يكون الضرر الذي اصاب العنصر التجهيزي على قدر من الخطورة، فيؤثر في متانته وليس من الضروري ان يكون له أي تأثير على العمل الذي يرتبط العنصر المعيب به، ولا من المطلوب ان يترتب عليه ان يصير البناء المشيد نفسه غير صالح للغرض الذي شيد من اجله^(٦).

وبذلك يكون المشرع الفرنسي قد واجه مستجدات الواقع العمراني التي اصبحت بمقتضاها عناصر البناء مصنعة اكثر مما هي مشيدة فاقصر دور القائم بالبناء على تجميع العناصر سابقة التجهيز مما استوجب شمولها بالضمان. كما اتسع نطاق الضمان في القانون المدني الفرنسي ليشمل بالاضافة الى ذلك الاضرار التي تمس الغرض الذي اقيم من اجله العمل اذ عدت المادة ١٧٩٢ بصيغتها المعدلة الضرر خطيراً ومن ثم يجوز تغطيته بهذا الضمان، اذا اصاب العمل في احد عناصره التأسيسية او التجهيزية، وترتب عليه ان يصير العمل غير صالح للغرض الذي اقيم من اجله. فالعبرة هنا بأثر الضرر على صلاحية العمل للغرض الذي اقيم من اجله منظوراً اليه في مجموعه لا بأثر الضرر على العمل ذاته ويستوي في ذلك ان يكون موضع الضرر عنصراً تجهيزياً ام عنصراً تأسيسياً^(٧).

^(١) Voir cass. Civ. 17, fevrier 1999, cass. Civ. 3eme, 22 fevrier 2007, cass. Civ. 3eme, 6 decembre, 2006. cass. Civ. 3eme, 29 janvier 2003, cass. Civ. 3eme, 25 fevrier 1998. D98. IR, 29. CA Paris 9eme ch. B, 15 avril 1999, cass. 3eme . civ. 18 decembre 1996 et 28 janvier 2003. F.F.B. op. cit. 26-27-28.

^(٢) Avant ordonnance n° 2005-658 du 8 juin 2005 (...batiment...).

^(٣) Article 1792-2: ((La presumption de responsabilite etablie par l'article 1792 s'etend egalement aux dommages qui affectent la solidite des elements d'equipement d'un ouvrage, mais seulement lorsque ceux-ci font indissociablement corps avec les ouvrages de viabilite', de foundation, d'ossature, de clos ou de couvert. Un element d'equipement est considere comme formant indissociablement corps avec l'un des ouvrages de viabilite, de foundation, d'ossature, de clos ou de couvert lorsque sa de pose, son demontage ou son remplacement ne peut s'effectuer sans deterioration ou enlevement de matiere de cet ouvrage.)) l'ordonnance n° 2005-658 du 8 juin 2005.

^(٤) Boubli (B): op. cit. 1979, n°31, p.9.

^(٥) Voir cass. Civ 3e. 18 juin 2008, reject decision. Attaquee: cour d'appel de nancy 18 dec 2006 n°: 7-12977. www.jpm.corpro.com/cass%2018-06-2008-1.htm.

^(٦) د. محمد ناجي ياقوت، مصدر سابق، ص ١٢٧.

^(٧) انظر المصدر السابق، ص ١٣٠.

وتقدير ما اذا كان من شأن الضرر ان يجعل العمل غير صالح للغرض الذي اقيم من اجله من عدمه هو مسألة وقائع يستقل بها قاضي الموضوع وفقاً لظروف كل دعوى على حدة دون رقابة عليه من قبل محكمة النقض الا فيما يتعلق بقصور التسبب، اذ تعترف محكمة النقض الفرنسية لقضاة الموضوع بسلطة تقديرية يستخدمونها دون رقابة وفقاً لظروف كل قضية على حدة^(١).

الفرع الثاني: في القانون المدني المصري والقانون المدني العراقي .

ان الاضرار الناشئة عن العيوب التي تصيب البناء تتوزع وفق القانون المدني المصري والعراقي على نوعين اولهما العيوب الخفية التي يترتب على ظهورها تهديد متانة البناء وسلامته وهي العيوب المقصودة في نص الفقرة الثانية من المادة ٦٥١ من القانون المدني العراقي، فنطاق الضمان طبقاً للمادتين اعلاه لا يقتصر على الاضرار الناشئة عن التهدم الكلي او الجزئي وانما يمتد ليشمل الاضرار الناشئة عن العيوب التي تهدد سلامة البناء ومتانته، فليس من الضروري ان يتهدم البناء كله او بعضه لتحقيق مفهوم الضرر الخطير الذي قصده المادة ٦٥١ من القانون المدني المصري والمادة ٨٧٠ من القانون المدني العراقي بل يكفي ان يظهر عيباً يهدد سلامة البناء ومتانته وان لم يقع التهدم بالفعل. ويستوي بعد ذلك ان يكون العيب راجعاً الى المواد المستخدمة في العمل او اصول الصناعة او في الارض التي اقيم عليها البناء^(٢). وتكون العبرة في متانة البناء في مجموعته وسلامة اجزائه الرئيسية او الاساسية فحسب، فلا يعتد بالاضرار الناشئة عن العيوب التي تمس العناصر الثانوية للبناء او الاعمال الصغيرة فيه وحدها بحيث لا يكون من شأنها اصلاً ان تهدد سلامة ومتانة البناء ذاته، فلا يعد معها ضرراً بالمعنى المقصود لتطبيق هذا الضمان لخروجها عن الوصف الذي حدده المشرع لتطبيق هذا الضمان وهو وصف التهديد لسلامة المبنى ومتانته^(٣).

ثانياً: العيوب الخفية التي ليس من شأنها تهديد متانة البناء وسلامته وهذه ما تسري في شأنها القواعد العامة حيث تنتفي المسؤولية عنها بتسليم العمل^(٤)، وذلك ما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة ٨٧٥ من القانون المدني العراقي: ((اما اذا كانت هذه العيوب خفية او كانت المخالفة غير ظاهرة ولم يلحظها رب العمل وقت التسليم بل كشفها بعد ذلك وجب عليه ان يخبر المكاوول بمجرد كشفها والا اعتبر قد قبل العمل)).

وان التمييز بين العيوب التي تهدد سلامة البناء ومتانته وما دون ذلك من عيوب وما سيتبع ذلك من اختلاف في القواعد القانونية الواجبة التطبيق قد اوضحه المشرع العراقي في الاسباب الموجبة لقانون التعديل الثاني للمادة ٨٧٠ رقم ٤٢ لسنة ١٩٧٤: لما كانت الفقرة الاولى من المادة ٨٧٠ من القانون المدني قد قصرت الضمان المنصوص عليه فيها على حالة التهدم الكلي او الجزئي فقد ارتؤي شمول العيوب التي تهدد متانة البناء وسلامته بهذا الضمان لان هذه

^(١) Voir cass. 3eme civ. 25 juin 1997, cass. Civ. 3eme avril 1998-jcp n° 19/20 n° 1137. cass. 3eme civ. 6 octobre 1999, n1517D, cass. Civ. 3eme, 3fevrier 1999 19 novembre 1997, RDI20 janvier 1998-97. F.F.B. op. cit, 32.

^(٢) انظر في القضاء المصري على سبيل المثال: الطعن رقم ١٤٩ لسنة ٣٨ ق جلسة ١٩٧٣/١١/٢٧ م.م. ف س ٢٤-ص ١١٤٦، الطعن رقم ٣٥٦ لسنة ٣٨ ق من جلسة ١٩٧٣/٥/٣١ م.م. ف س ٢٤-ص ٨٥٣ عبد المنعم حسين، مصدر سابق، ص ٦٨٨-٦٨٩، الطعن رقم ٢٠٣٩ لسنة ٥٠ ق جلسة ١٩٨٥/١٢/٢١، الطعن رقم ١٨٤٧ لسنة ٥٩ ق جلسة ١٩٩٣/١١/١٨؛ عبد المنعم حسين، مصدر سابق، ص ٦٩٢-٦٩٥، والطعن رقم ٣٩٠ لسنة ٦٩ ق جلسة ٢٠٠٠/٧/١؛ عبد المنعم حسين، مصدر سابق، ص ٧٠١ وفي القضاء العراقي على سبيل المثال: القرار رقم ٦٥٦/٦ حقوقية ١٩٦٩ في ١٩٦٩/١٠/٢١ قضاء محكمة التمييز، مج ٦، ص ٣٧٣. رقم الاضبارة ٢٦٩/استئنافية/٨٤-٨٥ القضاء -٤-١٩٨٦، ص ١٥١-١٥٢، وقرار رقم ٣٠٧ و ٣٠٨/مدنية اولى ١٩٧٥ في ١٩٧٥/٩/١٠، مجموعة الاحكام العدلية، ٣٤-١٩٧٥، ص ٦٣-٦٥، رقم القرار ١٧٧/هيئة عامة اولى ١٩٧٢ في ١٩٧٣/٦/٢، النشرة القضائية، ع ١/ص ١٥٢.

^(٣) د. السنهوري، مصدر سابق، ص ١٠٤-١٠٥، د. محمد لبيب شنب، مصدر سابق، ص ١٢٦-١٣٢.

^(٤) د. السنهوري، مصدر سابق، ص ١٠٤.

العيوب ترقى الى درجة التهدم وقد تؤدي اليه، مع بقاء العيوب الاخرى التي تقل مرتبة عن هذه العيوب خاضعة لنص المادة ٨٧٥ من القانون المدني ومحكومة بالقواعد العامة من المسؤولية....

ومما تقدم يبدو ان نطاق الالتزام بضمان سلامة البناء في القانون المدني الفرنسي مختلفاً عنه في القانون المدني المصري والعراقي، ففي الاول تتسع دائرة الاضرار الخطيرة المشمولة بهذا بالضمان لتشمل ما يهدد سلامة البناء ومثانيته وما يمس بمثانيته احد العناصر التجهيزية غير القابلة للانفصال عن البناء في ذاتها لا في مجموع البناء او ما يمس الغرض الذي شيد من اجله البناء ، في حين ان القانون المدني المصري والعراقي اقتصر نطاق الضمان الخاص على حالة واحدة وهي الاضرار الناشئة عن العيوب التي تهدد سلامة البناء ومثانيته ذاته دون النظر الى المساس بالغرض الذي شيد من اجله البناء او بعنصر من عناصره اي كانت طبيعته ليخضع ما ينطوي تحت هاتين الحالتين الى القواعد العامة في المسؤولية العقدية او العيب الخفي ان تحققت شروطها.

المطلب الثاني: نطاق الالتزام بضمان الاضرار الغير خطرة .

استحدث المشرع الفرنسي نوعان من الضمان لتغطية اضراراً غير خطرة بطبيعتها، وهما ضمان كفاءة الاداء او ما يطلق عليه بالضمان الثنائي وضمان تمام الانجاز او الضمان السنوي وهذا ما سنتناوله تباعاً في الفرعين الآتيين:

الفرع الاول: الالتزام بضمان كفاءة الاداء .

ان المشرع الفرنسي قد ميز فيما يتعلق باعمال التجهيزات في البناء بين ان تكون هذه الاعمال من النوع المندمج في البناء بحيث ان نزعها او فكها او استبدالها او ازلتها لا يمكن ان يتم دون تلف او نزع مادة منها فاحضعها للضمان لمدة عشر سنوات شأنها شأن اعمال التشييد المتعلقة بالعناصر التأسيسية وذلك بموجب المادة ١٧٩٢/٢ من القانون المدني وبين ان تكون هذه الاعمال أي اعمال التجهيزات من النوع غير المندمج في البناء فاحضعها للضمان الثنائي^(١). والذي استحدثه المشرع الفرنسي بموجب المادة ١٧٩٢/٣ وجاء فيها: ((...ان بقية عناصر التجهيز الاخرى بالعمل^(٢) تشكل موضوعاً لضمان كفاءة الاداء بحد ادنى سنتين اعتباراً من تاريخ النقل))^(٣).

فضمان كفاءة الاداء او كما يطلق عليه ايضاً جودة التشغيل يغطي أي ضرر يلحق العنصر الذي لا يشكل جسماً على نحو غير قابل للانفصال متى ترتب عليه تعذر او سوء اداء هذا العنصر وفق المجرى العادي للامور، فليس من الضروري هنا ان يكون من شأن الضرر تعريض متانة العنصر التجهيزي وسلامته للخطر بل الضروري هو عدم كفاية او صلاحية العنصر ذاته لاداء وظيفته او بعبارة اخرى عدم صلاحية العنصر التجهيزي للغرض الذي اعد من اجله لخدمة البناء^(٤). ومن بين العناصر التجهيزية التي عدها القضاء الفرنسي على سبيل المثال قابلة للانفصال: الاجهزة الكهربائية، اجهزة تسخين المياه، الابواب المتحركة، السقوف الكاذبة، الاغلفة الارضية، اغلفة الجدران^(٥).

وعلى الرغم من اتساع نطاق الضمان وتنوعه في القانون المدني الفرنسي على الوجه المتقدم، فان البعض من الفقه قد انتقد الفكرة القائمة على التمييز بين عناصر التجهيز المندمجة على اساس انها لا تخرج عن كونها ترديد للفكرة

^(١) Boubli (B): op. cit p9. cohel-cordey (F.) caranties des vieces caches et mauvaise foi du vendeur-actual lite juridique de droit immobilier n°10-2001, p.832.

^(٢) Avant l'ordonnance n° 2005-658 du juin 2005 ((...du batiment...)).

^(٣) Article 1792-3 : ((Les autres elements dequipement de l'ouvrage font lobjet dune garantie de bon fonctionnement d'une duree minimale de deux ans a' compter de sa reception)).

^(٤) د. محمد ناجي ياقوت، مصدر سابق، ص ١٣٧.

^(٥) Voir paris 29 mai 1986, jurisdata n 23660, colmar-qnoembre 1988, D. 1988, cass. Civ. 7 decembre 1988, bull. Civ III, n°74, p.95. Cass. Civ. 3e. 22 juin 2010. n°: 09-68892. <http://droit-finances.commentcamarche.net/jurisprudence/cour-de-casstion-1/>.

القديمة القائلة بالتمييز بين العناصر الثابتة والعناصر غير الثابتة ومن ثم فان الضمان الثنائي لايتعلق الا بالعناصر غير الثابتة شرط ان تتطوي تلك العناصر على حركة، فيوجد معها كفاءة اداء^(١).
وبتقديرنا المتواضع ان تشريع هذا الضمان يدل على رغبة المشرع في فرض ضمان خاص غايته الاساسية الارتقاء بجودة اعمال البناء بما يحقق وظيفتها على الوجه الاكمل والامثل.

الفرع الثاني:الالتزام بضمان تمام الانجاز .

استحدث المشرع الفرنسي بموجب المادة ١٧٩٢/٦ من القانون المدني ضماناً آخر هو ضمان تمام الانجاز او كما يعبر عنه بالضمان السنوي اذ جاء في هذه المادة: ((...يمتد ضمان الانجاز الذي يلتزم به المقاول اثناء سنة من وقت التقبل الى اصلاح كل خلل اشار اليه رب العمل سواء عن طريق ما ابداه من تحفظات في محضر التقبل او باخطار كتابي بالنسبة للعيوب الاخرى التي لم يتم اكتشافها الا بعد التقبل...))^(٢).

ويبدو واضحاً من هذا النص ان ضمان تمام الانجاز يتسع ليشمل اصلاح كل خلل يشير اليه رب العمل دون حاجة الى تحديد اصل هذا الضرر او الاسباب التي ادت الى ظهوره في العمل، كما يتسع مصطلح الخلل ليشمل ايضاً حالة عدم مطابقة العمل للمواصفات بقطع النظر عن اصابة العمل او احد عناصره المكونة بضرر بالمعنى الضيق^(٣). وبذلك يكون المشرع الفرنسي قد انشأ حالة جديدة من حالات الضمان التي يكون فيها المقاول بالمعنى الخاص للكلمة^(٤) مسؤولاً بموجبه مسؤولية تلقائية عن أي خلل يحدث في البناء خلال سنة من وقت الاستلام^(٥) حيث يكون لرب العمل الحق في المطالبة باصلاح هذا الخلل او التعويض عنه دون حاجة لاثبات أي امر عدا وجود هذا الخلل^(٦). وان تمام تنفيذ الاعمال التي يتطلبها ضمان تمام الانجاز يمكن ان يثبت باتفاق الطرفين والا فبواسطة القضاء^(٧).

كما وخص المشرع الفرنسي حالة الضرر المتمثل بالخلل في العزل الصوتي في المباني السكنية بالنص عليه في المادة السابعة من قانون ٤ يناير ١٩٧٨ والتي لم تدمج مع القانون المدني وقد جاء فيها: ((عقود المقاولات المتعلقة بتشييد المباني السكنية تعد متضمنة بقوة القانون الالتزام بمراعاة القواعد القانونية والتنظيمية في شأن توفير الحد الأدنى المطلوب توافره في مجال العزل الصوتي ، وان الاعمال التي من شأنها وضع مثل هذه القواعد موضع التنفيذ، تدخل في نطاق ضمان تمام الانجاز المنصوص عليه في المادة ١٧٩٢/٦ من القانون المدني، ويعد البائع او الممول العقاري

^(١) liet – veaux : le droit de la construction –paris-1984- p.p.405et406.

^(٢) art 1792 -6((...La garantie du. Parafait achevement, a' laquelle l'entrepreneur est tenu pendant un delai dun an, a' cmpter de la reception, s' etend a la reparation de tous les desordres signales par le maitre de l'ouvrage, soit au moyen de reserves mentionnees au process-verbal de reception, soit par voie de notification ecrite pour ceux reveles posterieurement a' la reception...)) voir cass. Civ. 3mai 1990 ou en core 14 mars 2001. cass 3e civ 4october 1989, Bull cass III no 176; 3mai 1990 Bull civ III no 104 ou encore 3 decembre (2002) F.F.B. op. cit. 15.

^(٣) د. محمد ناجي ياقوت، مصدر سابق، ص١٤١.

^(٤) ان كلاً من المهندس المعماري او المثنتج او الصانع غير مشولين بالالتزام بهذا الضمان، الا انه بالامكان الرجوع عليهم طبقاً للقواعد العامة وليس طبقاً لاحكام هذا الضمان.

د. مصطفى رجب، مصدر سابق، ص٨٧.

^(٥) انظر د. عمرو طه، مصدر سابق، ص٤٣٧-٤٣٨.

^(٦) F.F.B.-op.cit-9,16.

ضامناً في مواجهة الشاغل الاول لكل وحدة سكنية لمطابقة هذه الوحدة لتلك القواعد وذلك خلال الستة اشهر التالية لتاريخ شغله لهذه الوحدة^(١).

ويلاحظ من النص السابق ان الضمان يقع على عاتق:

١- المشيد وذلك لمدة سنة من وقت استلام الاعمال.

٢- بائع البناء ومتعهد البناء او الممول العقاري وذلك في مواجهة اول شاغل لاي وحدة سكنية من البناء خلال ستة اشهر من تاريخ الاشغال، وبذلك تم اخراج العيوب المتعلقة بالعزل الصوتي من نطاق الضمان العشري^(٢).

الخاتمة .

بخاتمة البحث خلصنا الى النتائج الآتية:

اولاً: ان اعتماد الاتجاه القائل بأن الالتزام بضمان سلامة البناء، قد تقرر كالتزام مرتبط بعقد المقاولة دون غيره من العقود، من شأنه اهدار الغاية التشريعية التي شرع من اجلها هذا الالتزام الا وهي توفير حماية قانونية فاعلة لحفظ الارواح والممتلكات، فاذا كان هذا الاتجاه مقبولاً وقت تشريع نص المادة ٦٥١ من القانون المدني المصري والمادة ٨٧٠ من القانون المدني العراقي، فاننا وجدناه قاصراً عن معالجة مستجدات التطور الذي طرأ في مجال التشييد والبناء ولاسيما مع استخدام وسائل جديدة مبتكرة في هذا المجال (لاينكر تغير الاحكام بتغير الازمان م(٥) مدني)، وتعدد انواع العقود المتعلقة باعمال البناء ومع ظهور بعض المفاهيم القانونية الحديثة واختلاف ادوار المشتركين فيها مابين مهندس ومقاول ومصمم وصانع ومستورد وموزع وممول...، مما يستوجب ضرورة التدخل التشريعي ومد نطاق الالتزام بضمان سلامة البناء بالتعويل على معيار اعمال البناء ذاتها الى كل حالة تتحقق معها الغاية التشريعية من هذه النصوص بصرف النظر عن طبيعة العقد الذي يرتبط به القائم بالبناء مع الطرف الاخر وعلى غرار ما استحدثه المشرع الفرنسي في القانون المدني وعلى وجه الخصوص بيع البناء قبل الانشاء او بعد تمام الانشاء ومن ثم معاملة البائع الباني معاملة المهندس والمقاول من حيث الضمان، وكذلك الحال بالنسبة لمنتج العناصر التي تدخل في صناعة البناء ومن في حكمه وذلك ضماناً لجودة الاعمال واحكاماً للرقابة على سلامة البناء ومنعاً للتهرب من احكام المسؤولية المشددة بحجة عدم ارتباط القائم او المشترك باعمال البناء بعقد مقاولة مع الطرف الاخر هذا من جهة، ومن جهة اخرى لقصور دعوى ضمان العيوب الخفية عن توفير الحماية المبتغاة لمن انتقلت اليه ملكية البناء لما تتطلبه هذه الدعوى وما تمليه من قيود متعلقة بالمعيار القصير واقامة الدليل على وجود عيب يستجمع شرائط الخفاء والقدم والتأثير .

ثانياً: ان ارتباط الالتزام بضمان سلامة البناء بمعيار خطورة الضرر في القانون المدني المصري والعراقي أي بالاضرار الناشئة عن العيوب التي تهدد سلامة المبنى ومثانته لم يعد منسجماً مع الارتقاء بجودة الاعمال وتحقيقها لوظيفتها على الوجه الامثل والاكمل، مما يستوجب التوسع التشريعي في نطاق الاضرار الموجبة للالتزام بهذا الضمان لتشمل الى جانب الاضرار الناشئة عن العيوب التي تهدد سلامة البناء ومثانته، الاضرار التي تجعل البناء غير صالح للغرض الذي انشأ من اجله، فهذه الاضرار لا تقل شأناً عن الاضرار التي تهدد سلامة البناء ومثانته، في حين نجد ان

^(١) article 7: les contrats de louage d'ouvrage ayant pour. Objet la construction batiments. D'habitation sont re putes contenir les prescription legales ou reglementaires relatives aux exigences minimales requises en matiere d'isolation phonique. Les travaux de nature a' satisfaire a ces exigences relevant de la garantie de parfait achivement vise a l'article 1972-6 du code civil. Le vendeur ou le promoteur immobilier est garant, a'l'egard du premier occupant de chaque logement, de la conformit de ces exigences pendant six mois a compter de sap rise de possession.

^(٢) Liet veaux op. cit- p.345, Karila(m) : op.cit - n° 8

المشرع الفرنسي وسع من دائرة هذه الاضرار لتشمل ما يهدد سلامة البناء ومثاقه وما يمس احد العناصر التجهيزية غير القابلة للانفصال عن البناء ذاتها لا في مجموع البناء وما يمس الغرض الذي شيد من اجله البناء .

هذا من جهة ومن جهة اخرى ندعو الى ضرورة المعالجات التشريعية ضمن نصوص القانون المدني المصري والعراقي للالتزام بضمان كفاءة الاداء والمتعلق بالعناصر التجهيزية سابقة الصنع او الاعداد خارج موقع العمل ، والالتزام بضمان تمام الانجاز والذي يغطي كل خلل بالبناء اياً كان نوع وائياً كانت درجته من الخطورة متى تم تعيينه وتحديد للمقاول من قبل رب العمل وعلى غرار الالتزام بالضمانات التي استحدثها المشرع الفرنسي في القانون المدني.

المصادر.

اولاً/ المصادر باللغة العربية .

١ - الكتب القانونية .

- د. ابراهيم سيد احمد، المسؤولية المدنية- التعويض في المسؤوليتين التقصيرية والعقدية، مصر، دار الكتب القانونية، ٢٠٠٦.
- د. جعفر الفضلي، الوجيز في العقود المدنية- البيع الايجار المقاولة- دراسة في ضوء التطور القانوني ومعززة بالقرارات القضائية، القاهرة، العاتك لصناعة الكتاب، ٢٠٠٧.
- د. سعيد مبارك ود. صاحب عبيد الفتلاوي ود. طه الملاحويش الموجز في العقود المسماة -البيع-الايجار-المقاولة، ط٤، القاهرة، العاتك لصناعة الكتاب، ٢٠٠٩.
- د. سليمان مرقس، الواقي في شرح القانون المدني، ج٣، في العقود المسماة، مج١، عقد البيع، ط٥، مصر، دار الكتب القانونية، ١٩٩٠.
- د. سمير عبد السيد تناغو، عقد البيع، الاسكندرية، الفنية للطباعة والنشر.
- د. عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج٤، العقود التي تقع على الملكية، مج١، البيع والمقايضة، القاهرة، مطابع دار النشر للجامعات المصرية، ١٩٦٠.
- د. عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج٧، مج١، العقود الواردة على العمل، المقاولة والوكالة والوديعة والحراسة، تنقيح المستشار احمد مدحت المراغي، الاسكندرية، منشأة المعارف، ٢٠٠٤.
- د. عمر طه بدوي، الالتزام بالضمان في عقود البناء والتشييد -دراسة تطبيقية على عقود الانشاءات الدولية، القاهرة، دار النهضة العربية، ٢٠٠٦.
- د. فخر الدين الحسيني، عقد المقاولة في القانون المدني العراقي، ط١، بغداد، مكتبة النهضة العربية.
- د. محمد المرسي، بيع المباني تحت الانشاء-دراسة مقارنة في القانون الويتي والفرنسي، ط١، ١٩٨٩، ص٥١.
- د. محمد حسين منصور، المسؤولية المعمارية، الاسكندرية، دار الجامعة الجديدة للنشر، ٢٠٠٣.
- د. محمد شكري سرور، مسؤولية مقاولي البناء، دار الفكر العربي، ١٩٨٥.
- د. محمد عبد الرحيم عنبر، عقد المقاولة-دراسة مقارنة بين تشريعات الدول العربية، ١٩٧٧.
- د. محمد كامل مرسي باشا، شرح القانون المدني الجديد العقود المسماة، ج٤، تنقيح المستشار محمد علي سكيكر والمستشار معتز كامل مرسي، الاسكندرية، منشأة المعارف، ٢٠٠٥.
- د. محمد لبيب شنب، شرح احكام عقد المقاولة، ط٢، الاسكندرية، منشأة المعارف، ٢٠٠٤.
- د. محمد ناجي ياقوت، مسؤولية المعماريين بعد اتمام الاعمال وتسليمها مقبولة من رب العمل، الاسكندرية، منشأة المعارف، ١٩٨٩.
- د. نعيم مغنغب، عقود مقاولات البناء او الاشغال الخاصة والعامة، دراسة في القانون المقارن، ط٣، ٢٠٠١ .

٢ - الابحاث والاطاريح .

- د. احمد ابراهيم الحياوي، حماية المشتري في بيع بناء تحت الانشاء-دراسة مقارنة في القانونين الفرنسي والاردني، منشور في مجلة الحقوق، تصدرها مجلس النشر العلمي، جامعة الكويت، السنة الثالثة والثلاثون، ع٤، ٢٠٠٩، ١٤٣١.
- د. جعفر الفضلي، مسؤولية المهندس او المقاول والتأمين فيها-دراسة مقارنة، بحث منشور في مجلة الرافدين للحقوق، اصدرها كلية القانون، جامعة الموصل، ع٢، ١٩٩٧.
- د. محمد عبد الحكم رمضان،، التزام البائع بضمان العيوب الخفية، اطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية الحقوق، جامعة المنصورة، ١٩٩٤.
- د. مصطفى رجب، الضمان العشري لمهندسي ومقاولي البناء والمنشآت الثابتة الاخرى (التجربة الفرنسية الجديدة والقانون المدني العراقي) ، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية - اصدار كلية القانون - جامعة بغداد مج٧-١٤-٢ ، ١٩٨٨.

٣ - مصادر القرارات القضائية .

- أ.ابراهيم المشاهدي- المختار في قضاء محكمة التمييز-ج٦- بغداد - ٢٠٠١.
- المبادئ القانونية في قضاء محكمة التمييز- بغداد- منشورات مركز البحوث القانونية- مطبعة العاني- ١٩٨٨.
- النشرة القضائية - اصدار المكتب الفني في محكمة التمييز - س١- ع٢- ١٩٧١.
- س٤-ع٢- ١٩٧٤.
- س٥-ع١- ١٩٧٥.
- مجموعة الاحكام العدلية- يصدرها قسم الاعلام القانوني في وزارة العدل- س٦- ع٣- ١٩٧٥.
- مجلة القضاء- اصدار نقابة المحامين- ع١-٤- ١٩٨٦.
- المجموعة الماسية- اعداد المحامي عبد المنعم حسيني- الاصدار المدني- ج١٢.

٤ . القوانين .

- القانون المدني المصري- رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨.
- القانون المدني العراقي- رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١.
- قانون توجيه وتنظيم اعمال البناء المصري - رقم ١٠٦ لسنة ١٩٧٦.
- قانون نقابة المهندسين العراقي - رقم ٥١ لسنة ١٩٧٩ .
- قانون التخطيط العمراني المصري - رقم ٣٠ لسنة ١٩٨٣ .
- قانون البناء المصري - رقم ١١٩ لسنة ٢٠٠٨ .

ثانيا/ المصادر باللغة الفرنسية .

١ - الكتب والابحاث .

- Aubry et Rau: cours de droit francais, T.5, 6e' ed.
- Boubli (B): La responsabilite des constructeurs duns la loi du 4 Jnvier 1978, Rev. dr. imm. 1979.
- Caston(A): la responsabilite' des constructeurs. 2ed. 1979.
- Les responsabilites des constrcteurs, 1981.- Carila (M):
- Cohel-cordey (F.) caranties des vieces caches et mauvaise foi du vendeur-actual lite juridique de droit immobilier no10-2001
- F.F.B-Responsabilite et assurance construction-mise a jour aout 2007.
- Jerome (j) responsabilites dans les relations du sous-traitant et de l'entre preneur principale- no 57. 2004..
- Julien Ropiquet-responsabilites et status de l'architecte-http://www.pigeon-bromans.com/responsabilites-et-status-de-1.html.

مجلة جامعة بابل / العلوم الانسانية /المجلد 20 /العدد 2: 2012

- liet – veaux : le droit de la construction –paris-1984.
- Malivaud(ph): l'autonomie de la garantie des vices en matiere immobiliere-Rev. dr. imm. 1998.
- Malivaud (ph.) et jestaz (ph.): droit de la promotion immobiliere , Dalloz, 1976 .
- Mazeaud (H,L, et Jean): Traite' theorique la responsabilite' delictuelle et contractuelle. T.2e ed. 1970.
- Planiol et Ripert par Hamel-Troite portique de droit civil francais, T.10, 2e ed paris, 1956
- Roussel (A): responsabilite et assurance de constructeurs paris, 1978.

٢- القوانين والمراسيم .

- Civil code/dalloz-2010.
- Loi no67-3 janv. 1967
- Loi no 67-547, 7juill. 1967.
- Loi no 78-12 du 4 janv. 1978.
- l'ordonnance no 2005-658 du juin 2005.
- Loi no 2008-561 du 17 juin 2008 .
- Loi no 77-2 du 3 janv. 1977.
- Loi n o 2011-525 du 17 mai 2011.
- Loi no 2011-302 du 22 mars 2011.

ثالثا/ المواقع الالكترونية .

<http://www.architectes.org/connaitre-1-ordre/textes-regissant-loi-nbo-77-2-du-3-janvier-1977>.

<http://www.pigeon-bromans.com/responsabilites-et-status-de-1.html>..

www.Jurisques.com.

www.construire-ecobioclimatique.Fr/bibliotheque/file/VEFALOI67.doc.

www.jpm.corpro.com/cass%2018-06-2008-1.htm.

www.legifrance, fouv.fr.

<http://iraq-ild.arq>.