النطاق الشخصي للضمان العشري[1] دراسة مقارنة

The personal scope of the decimal guarantee, a comparative study

أ. د. حسين توفيق فيض الله

قسم القانون، كلية القانون، جامعة صلاح الدين، أربيل، العراق

dr.hussein.1956@gmail.com

م. سربست قادر حسين

قسم القانون، كلية القانون، جامعة صلاح الدين، أربيل، العراق.

sarbastqadir81@gmail.com

رقم الهاتف:

٠٧٥٠٤٥٢٠٨٩٢

الكلمات الافتتاحية :

الضمان العشري، النطاق الشخصي، المقاول، رب العمل، المسؤولية العشرية.

Keywords :

decimal guarantee, personal scope, contractor, employer, decimal liability

Abstract: **As a result of the great catastrophic effects that may result from the demolition of buildings and facilities as a result of defects in them that threaten their safety and durability, the laws included special provisions called the decimal guarantee or the decimal liability to regulate the responsibility of the contractor and the architect, These provisions were represented by peremptory rules related to the general system, and it is not permissible to agree on exemption or limitation, as according to these rules, the building contractor and the architect jointly guarantee whatever befalls the building or the facility in terms of destruction or defect that threatens its safety and durability for a period of ten years after delivery, with the exception of general rules. These provisions are generally either provisions related to the persons of the guarantee, or its subject matter or its duration, and the research dealt with the study of the provisions of the decimal guarantee in terms of persons. One of the most important conclusions of the research is that the Iraqi legislator has narrowed the scope of the persons covered by the guarantee and did not expressly stipulate the responsibility of the architect for the implementation explicitly, so we recommended the Iraqi legislator to expand the scope of the guarantee persons on the one hand, and to provide an explicit text for the responsibility of the architect for the implementation work if entrusted To him the employer has the task of supervising the execution.and**

الملخص

نظراً للآثار الكارثية الكبيرة التي قد تترتب على تهدم الأبنية والمنشآت نتيجة عيوب فيها تهدد سلامتها ومتانتها تضمنت القوانين أحكاماً خاصة تُسمى بالضمان العشري او المسؤولية العشرية لتنظيم مسؤولية المقاول والمهندس المعماري، وجاءت هذه الاحكام متمثلة بقواعد آمرة متعلقة بالنظام العامة لا يجوز الاتفاق على الاعفاء أو الحد منها، حيث يضمن بموجب هذه القواعد كل من مقاول البناء والمهندس المعماري بشكل تضامني ما يصيب البناء أو المنشأة من تهدم أو عيب تهدد سلامته ومتانته لمدة عشر سنوات بعد التسليم استثناء من القواعد العامة، وهذه الاحكام عموماً إما احكام متعلقة بأشخاص الضمان، او بموضوعه او بمدته، وتناول البحث بالدراسة احكام الضمان العشري من حيث الأشخاص، ومن أهم استنتاجات البحث هو أن المشرع العراقي قد ضيّق من نطاق الأشخاص المشمولين بالضمان ولم ينص على مسؤولية المهندس المعماري عن التنفيذ بشكل صريح، لذلك أوصينا المشرع العراقي بالتوسع في نطاق أشخاص الضمان من ناحية، وايراد نص صريح بمسؤولية المهندس المعماري عن أعمال التنفيذ إذا عهد اليه رب العمل مهمة الإشراف في التنفيذ من ناحية أخرى.

المقدمة

أولا: موضوع البحث :

لم يكتف القانون المدني العراقي وكذلك القوانين التي أخذناها بالمقارنة في هذه الدراسة بإخضاع مسؤولية مقاولي ومهندسي البناء الى القواعد العامة للمسؤولية التي تسري على العقود الأخرى، بل أحاط المشرع المباني والمنشآت الثابتة بحماية قانونية خاصة، فوضع لها أحكاماً خاصة متشددة لحث المقاولين والمهندسين المعماريين على بذل قصارى جهدهم في الوفاء بالتزاماتهم من ناحية، وردعهم عن الغش المهني من ناحية أخرى، نظراً لما لأعمال البناء والتشييد مكانة هامة على الصعيدين الاقتصادي والإجتماعي، وما قد يترتب على تهدم الأبنية والمنشآت من أضرار بالغة تصيب الأموال والأرواح، حيث جعلت القوانين من مسؤولية المقاول والمهندس المعماري مسؤولية تضامنية لمدة عشر سنوات عن أي تهدم سواءً أكان كلياً أو جزئياً أو عن أي عيب يحدث في البناء بعد تسليمه لرب العمل يهدد سلامته ومتانته. وتتمثل هذه الأحكام في مجموعة قواعد قانونية آمرة متعلقة بالنظام العام ولا يجوز الاتفاق على خلافها، وتُعرف هذه الأحكام بالضمان العشري أو المسؤولية العشرية، ولا شك في أن هذا الضمان له نطاق يقتصر على أشخاص معينين وهم أطرافه، ولأرتباط هذا الضمان بعقد مقاولة البناء فأن أطراف هذا العقد من حيث الأصل هم أطراف هذا الضمان. عليه، يتناول هذا البحث بالدراسة أشخاص الضمان العشري وهما الدائن والمدين، فالدائن بالضمان هو صاحب الحق فيه، والمتثل بالمستفيد الأساسي من هذا الضمان الذي هو رب العمل وكذلك كل من آلت اليه ملكية البناء من الخلف العام والخاص، وأما المدين بالضمان فهو كل من المهندس المعماري والمقاول وفق النظرة التقليدية والتي يمثلها القانون المدني العراقي والمصري

والكويتي، غير أنه نتيجة التطورات التي حصلت في مجال البناء والتي استدعت تدخل أشخاص آخرين كالفنيين وبائعي العقار ومن يقوم بمهمة شبيهة بمهمة المقاول ومنتجي العمل وغيرهم، تم توسيع نطاق الأشخاص الملتزمين به وكان التشريع الفرنسي سباقاً في هذا الخصوص.

ثانياً: اهمية البحث : يُعد الضمان العشري من الضمانات الهامة الملقاة على عاتق كل من المقاول المهندس متضامنين لمصلحة رب العمل في عقود مقاولات المباني والمنشآت الثابتة، لذلك، تتجلى أهمية موضوع البحث في أهمية هذا الضمان، خاصة في ظل التطور الكبير الذي شهده مجال البناء والتشييد في العراق ومشاركة أشخاص آخرين من غير المهندس المعماري والمقاول، فاتسع نطاق الضمان العشري في العصر الحالي ليشمل بالإضافة الى المقاول والمهندس المعماري أشخاصاً اخرين شاركوا في إنجاز الأعمال الضخمة والمعقدة التي يعجز المقاول عن اتمامها بمفرده، ويحظى تحديد أشخاص الضمان العشري بأهمية كبيرة فيما يتعلق بتحديد مسؤولية الأطراف عند حدوث عيب في البناء أو المنشآت محل عقد المقاولة. كما تظهر اهمية البحث في طرح الأفكار المستجدة في مجال المسؤولية وضرورة مواكبة القانون المدني العراقي لهذه المستجدات وعلى الأخص فيما يتعلق بتوسيع نطاق الأشخاص ليشمل أشخاصاً آخرين من غير المهندس المعماري والمقاول وإخضاعهم لأحكام الضمان العشري، [1]. مما يستوجب إخضاع كل من يشارك في عملية البناء وفي حدود عمله لأحكام الضمان العشري.

ثالثاً: مشكلة البحث :تكمن مشكلة البحث في الإشكاليات الموجودة في النصوص المنظمة للأشخاص المشمولين بالضمان العشري في القانون المدني العراقي، سواءً أكان الأشخاص المستفيدون من هذا الضمان ام الملتزمون به، حيث حصر المشرع العراقي أحكام هذا الضمان بالمقاول والمهندس المعماري، وظل محتفظاً بهذا الضمان في صورته التقليدية، كما لم يتضمن القانون أحكاماً خاصة بانتقال حق الضمان العشري الى الخلف سواء أكان عاماً أو خاصاً، وانما تركها للقواعد العامة، عليه يطرح موضوع البحث عدة أشكاليات منها:

١- من هم الأشخاص المستفيدين من أحكام الضمان العشري، وما هو موقف القانون العراقي والقوانين المقارنة من تنظيم هذا الجانب؟
٢- من هم الأشخاص المسؤولين بأحكام الضمان العشري؟
٣- من هو المقاول الذي يخضع لأحكام الضمان العشري؟ وهل تسري أحكام الضمان هذا الضمان على عماله ومعاونيه، وكذلك على المقاول من الباطن؟
٤- من هو المهندس المعماري؟ وهل يسري الضمان على معاونيه أو غيره من المهندسين؟

رابعاً: نطاق البحث: يتحدد نطاق هذا البحث في دراسة أحكام الضمان العشري من حيث الأشخاص المشمولين بهذا الضمان، لذلك تُستبعد من نطاق هذا البحث دراسة الأحكام المتعلقة بموضوع الضمان العشري أي من حيث الأضرار، وكذلك الأحكام المتعلقة بمدته،

حيث أن لدراسة النطاق الشخصي للضمان العشري أهميتها الكبيرة نتيجة الإشكاليات التي يثيرها النطاق الشخصي ابتداءً من تحديد الأشخاص المستفيدين من هذا الضمان وكذلك الأشخاص المدينين المسؤولين به فضلا عن الأساس القانوني للضمان، وينحصر نطاق المقارنة في هذا البحث في دراسة نطاق الضمان في القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ المعدل والقانون المدني المصري رقم (١٣١) لسنة ١٩٤٨ المعدل، والقانون المدني الكويتي رقم (٦٧) لسنة ١٩٨٠ المعدل والقانون المدني الفرنسي لسنة ١٨٠٤ المعدل.

خامساً: منهجية البحث: اعتمدنا في هذا البحث المنهج التحليلي والمقارن من خلال تحليل النصوص القانونية ذات الصلة بنطاق الضمان الشخصي في القانون العراقي وتأصيلها على وفق آراء الفقه وأحكام القضاء، مقارنة بما ورد من أحكام في هذا الخصوص في القوانين المقارنة وصولا الى أفضل المعالجات القانونية.

سادساً: هيكلية البحث : من أجل الإحاطة بموضوع البحث من جميع جوانبه سنقسم هذا البحث على مبحثين رئيسين، سنخصص المبحث الأول لدراسة الدائن بالضمان وذلك من خلال مطلبين، سنبحث في المطلب الأول المستفيد الأساسي من الضمان وهو رب العمل، وفي الثاني خلف رب العمل، وسنتعرض في المبحث الثاني لدراسة تفاصيل المدين بالضمان من خلال مطلبين، سنتناول بالدراسة في المطلب الأول المدين بالضمان في القانون العراقي وكمذلك المصري والكويتي، بينما سنخصص المطلب الثاني لأحكام المدين بالضمان في القانون المدني الفرنسي. وسننهي البحث بخاتمة نذكر فيها أهم أهم استنتاجات البحث وتوصياته.

المبحث الأول: الدائن بالضمان : الدائن بالضمان هو (المالك – رب العمل) في عقد المقاولة، على اعتبار كونه المصاب بالضرر من جراء تهدم البناء، او ظهور عيب فيه من شأنه ان يهدد متانة البناء وسلامته، فيرجع بالضمان على المهندس المعماري او المقاول او عليهما متضامنين، وحال وفاة رب العمل فإنه يحل محله في المطالبة بالضمان ورثته والموصى لهم (الخلف العام)، كما يجوز لدائنيه مباشرة دعوى غير مباشرة باسم رب العمل للمطالبة بالضمان، كما يجوز ان يكون الخلف الخاص دائناً بالضمان إعمالاً لنظرية الاستخلاف في الحقوق والالتزامات[٢]، فللمشتري والموهوب له الرجوع بالضمان على المهندس او المقاول باعتبارهما خلفاً خاصاً لرب العمل، كما يجوز للمشتري الرجوع مباشرة على بائع البناء بضمان العيب الخفي، وحينئذ يكون لرب العمل – البائع- الرجوع على المهندس او المقاول بالضمان[٣]. إذاً، فالدائن بالضمان هو رب العمل، ومن يقوم مقامه من خلفه العام او الخاص، فإذا مات رب العمل انتقل الضمان الى خلفه العام، كما ينتقل هذا الضمان الى الخلف الخاص سواءً أكان مشترياً أم موهوباً له مثلاً[٤]. ومن اجل الوقوف على التفاصيل ذات الصلة بالدائن بالضمان، سنقسم هذا المبحث على مطلبين، سندرس في الأول منه الدائن بالضمان (رب العمل)، وفي الثاني خلف رب العمل وعلى النحو الآتي:

المطلب الأول : رب العمل : الضمان العشري مقرر اساساً لمصلحة رب العمل، فهو المتعاقد مع المقاول او المهندس الذي تعينت مسؤوليته، والأصل انه لا يستطيع ان يتمسك

بأحكام هذه المسؤولية الا رب العمل، باعتباره الشخص الذي يتم تشييد البناء او قيام المنشأ الثابت لحسابه، سواء أكان شخصاً طبيعياً ام معنوياً، خاصاً ام عاماً، فقد يكون رب العمل شخصاً طبيعياً كفرد معين او شخصاً معنوياً، وقد يكون شخصاً من اشخاص القانون الخاص كشركة خاصة، او شخصاً من اشخاص القانون العام كالدولة او هيئة عامة او وحدة من وحدات الإدارة المحلية[٥]. ولا يُشترط ليطلق على الشخص صفة رب العمل، ان يكون هو الذي ابرم عقد المقاولة بنفسه وانما يكفي ان يكون هذا العقد باسمه، ولحسابه الخاص عن طريق وكيله، كما لا يُشترط ان يكون رب العمل هو مالك الأرض التي يقام عليها البناء، فقد لا تكون الأرض ملكاً له، وانما مُنح لغرض ما، او بأي طريقة كانت، حق البناء عليها لحسابه الخاص[٦]. وقد أخذ المشرعون بنظر الاعتبار مصلحة رب العمل في الضمان باعتباره المستفيد الأساسي منه، لأنه هو الذي يصيبه الضرر جراء هدم المبنى أو المنشأة لكي يرجع بالضمان على المقاول او المهندس المعماري او على الإثنين معاً بشكل تضامني[٧]. واذا كان رب العمل هو المستفيد الأساسي باحكام المسؤولية العشرية، فإنه قد يفقد صفته هذه لأي سبب من الأسباب، كأن يكون قد باع العقار لغيره او تنازل عنه، او غير ذلك من انواع التصرفات الناقلة لملكية العقار منه الى الغير، فهو بذلك يكون قد فقد صفته كرب عمل، وبالتالي لا يستطيع ان يرفع دعوى الضمان[٨]. وقد يفقد رب العمل صفته أيضاً – كرب العمل- بالتسليم النهائي للأعمال وذلك حالة ان يكون العقار غير مشيّد لحسابه فعلاً، انما يتولى فقط عملية تشيده، ثم يقوم بعد ذلك بتوزيعه على اعضائه، فقد تتولى وزارة أو هيئة أو شركة التعاقد مع مقاول معين على بناء وحدات سكنية بهدف تمليكها لطبقة شعبية أو لأصحاب مهنة معينة، فقبل تسليم البناء للمستفيدين وتحديد الملاك تكون الهيئة أو الوزارة أو الشركة هي صاحبة دعوى الضمان باعتبارها رب العمل، ولكن بعد التسليم فيمكن للملاك كذلك ممارستها بأنفسهم، كما يمكن لهؤلاء الرجوع على رب العمل بدعوى ضمان العيوب الخفية الناشئة عن عقد البيع، ويستطيع رب العمل بدوره اختصام المقاول او المهندس بدعوى الضمان، ويمكن للملاك الرجوع على رب العمل المالك بدعوى الضمان العشري وليست دعوى ضمان العيوب الخفية إذا كان هو الذي تولى عملية البناء بنفسه، أي أنعقدت له سلطة الإشراف والسيطرة من خلال تشغيل العمال والفنيين والعمل تحت إمرته كتابعين له[٩]. اما في حالة المقاولة من الباطن، فإنه وعلى الرغم من ان المقاول الأصلي الذي يتعاقد من الباطن مع مقاولين متخصصين يعتبر في الحقيقة في مركز رب العمل في علاقته بهم، الا ان هذه الحقيقة من باب المجاز القانوني، ذلك ان رب العمل الحقيقي هو ذلك الذي يُقام البناء او تشييد المنشأ الثابت لحسابه فعلاً او هو المالك الحقيقي لذلك البناء او المنشأ الثابت، ولما كان المقاول الأصلي ليس على هذه الصفة، فليس له أن يباشر دعوى الضمان العشري ضد المقاول من الباطن[١٠]. حيث نص القانون المدني العراقي وكذلك المصري صراحة على عدم سريان احكام الضمان العشري على ما قد يكون للمقاول الأصلي في حق الرجوع على المقاولين الذين تقبلوا منه العمل، اي المقاولين من الباطن[١١]. إذن، فالعلاقة بين المقاول الأصلي والمقاول من الباطن غير محكومة بأحكام الضمان العشري، ولذلك ينتهي التزام

المقاول من الباطن بالضمان بمجرد ان يتسلم المقاول الأصلي الأعمال التي قام بها مع تمكنه من فحصها، والكشف عما بها من عيوب، فإذا ظهرت عيوب خفية بعد ذلك، لم يكن المقاول من الباطن مسؤولاً الا بالقدر والمدة التي يقضي بهما عرف الحرفة، وبالتالي فلا يكون ملتزماً بالضمان اذا ظهر عيب خلال عشر سنوات[١٢]. غير انه قد يستفيد من احكام الضمان العشري دائنوا رب العمل عن طريق الدعوى غير المباشرة[١٣]، ويعتبر الدائن في استعماله حقوق مدينه نائباً عنه[١٤].

المطلب الثاني : خلف رب العمل : خلف رب العمل اما ان يكون خلفاً عاماً او خلفاً خاصاً، عليه، وعلى وفق التفصيل الآتي:

اولاً: الخلف العام: الخلف العام هو من يخلف سلفه في ذمته المالية كلها او في جزء شائع فيها كالنصف او الثلث او الربع....الخ، وهذا يشمل الوارث و الموصى له بجزء شاسع كالثلث، والخلف العام يخلف سلفه بمقتضى احكام الميراث والوصية، فمن الطبيعي أن يتأثر بالعقود التي ابرمها سلفه[١٥]. فينحصر الخلف العام في ورثة الشخص والموصى لهم في حصة شائعة من تركته، من المتفق عليه، انه اذا مات رب العمل فإن ورثته يحلون محله في الاستفادة من الحقوق التي تنشأها العقود التي يكون المورث طرفا فيها، وهو ما قرره االقانون المدني العراقي وكذلك القوانين التي أخذناها بالمقارنة في هذه الدراسة. [١٦].

وبتطبيق هذه القاعدة على عقد المقاولة الذي نحن بصدده، فإن الحقوق التي يرتبها هذا العقد لرب العمل، تنتقل الى ورثته بعد وفاته، ومن بينها حقهم في الرجوع على المقاول او المهندس المعماري المسؤول بمقتضى احكام هذا الضمان، وهذا يعني حقهم في التمسك باحكام الضمان العشري، فجاز لهم رفع هذه الدعوى ضد كل من المقاول و المهندس المعماري في حال حدوث اي تهدم في البناء، او عيب يهدد متانته و سلامته[١٧]. وفي فرنسا، فمن المعلوم ان الخلف العام، يعتبر امتداداً لشخصية سلفه ايجاباً وسلباً، فيخلفه في التزاماته، كما يخلفه في حقوقه ودعاويه، لان العمومية في الاستخلاف تقتضي وحدة لا تنفصم بين الجانب السلبي والجانب الايجابي[١٨].

ثانياً: الخلف الخاص : الخلف الخاص هو من يتلقى من غيره ملكية شيء معين بالذات او حقاً عينياً على هذا الشي، فالمشتري يعتبر خلفاً خاصاً للبائع، والموهوب له يعتبر خلفاً خاصاً للواهب، والمرتهن يعتبر خلفاً خاصاً للراهن، وهكذا[١٩]. وقد أقرت القواعد العامة في القانون المدني العراقي وكذلك القوانين المدنية التي أخذناها بالمقارنة بانتقال الالتزامات والحقوق الشخصية الناشئة عن العقد الى الخلف الخاص. [٢٠]. ولم يتضمن القانون المدني العراقي ولا القانون المصري ولا الكويتي نصاً خاصاً وصريحاً يقضي بانتقال الحق في الضمان العشري الى الخلف الخاص، ولكن تطبيقاً للقاعدة العامة المشار اليها آنفاً، فحق التمسك بهذا الضمان، يعتبر من مستلزمات الشيء محل المقاولة او ملحقاته التي تنتقل معه الى من انتقلت اليه الملكية، دون حاجة للنص عليها صراحة في التصرف الناقل للملكية، ولو كان السبب الذي انتقلت به الملكية لا يلزم الناقل بالضمان (كالهبة مثلاً)[٢١] هذا على خلاف القانون المدني الفرنسي المعدل الذي نص صراحة على مسؤولية المشيِّد بالضمان العشري تجاه رب العمل أو من آلت اليه ملكيته[٢٢]. فإذا باع رب العمل –

في عقد المقاولة – المبنى او وهبه، ثم تهدم المبنى كلياً او جزئياً او ظهر فيه عيب يهدد سلامته او متانته، جاز للمشتري، او الموهوب له، أن يرجع بمقتضى الضمان العشري على المقاول والمهندس المعماري منفردين أو مجتمعين، كما يجوز للمشتري ان يرجع على بائعه بضمان العيب، وفي هذه الحالة يكون للبائع – وهو رب العمل – ان يرجع بدوره على المهندس او المقاول بالضمان، وله ان يدخلهما ضامنين في دعوى العيب التي يرفعها عليه المشتري[٢٣]. فالمشتري الذي آلت اليه ملكية البناء المعيب، له دعويان: احداهما ضد البائع طبقاً للقواعد العامة في ضمان العيوب الخفية[٢٤] في الشي المبيع وفي حدود هذا الضمان وبشروطه[٢٥]، والأخرى ضد المقاول والمهندس طبقاً للقواعد الخاصة بالضمان العشري، حيث تنتقل دعوى هذا الضمان العشري عند كل إنتقال للعقار لأنها تعتبر من ملحقات البناء أو المنشأة، فيجوز له إذن أن يرفع دعوى الضمان بدلاً من المالك السابق الذي كان له هذا الحق، حتى لو كان انتقال الملكية لا يتضمن هذا الضمان، لأن شرط عدم الضمان الغرض منه أن يجعل البائع ناقل الملكية بمنآى من كل رجوع وليس حرمان المشتري من الدعوى التي كان للبائع حق رفعها على المقاول والمهندس، والتي أصبحت لا تقيّده لعدم وجود المصلحة[٢٦]. وبالنسبة للمالكين المشتركين في البناء كما هو الحال مع مالكي الشقق، تثبت دعوى الضمان العشري لجميع المشتركين، عندما يكون الخلل الموجب لهذا الضمان قد لحق الاجزاء المشتركة، كما ان لكل شريك يصيب الخلل الجزء من العقار الذي يختص بملكيته في ان يرفع منفرداً دعوى ضمان هذا الخلل، وذلك في حدود الحقوق المتعلقة بحصته، وهي الحقوق التي تشمل ايضاً حصته في الأجزاء المشتركة[٢٧].

المبحث الثاني : المدين بالضمان : على وفق النظرة التقليدية، يُعد المقاول والمهندس المعماري مسؤولان تقليديان عن عمليات البناء، فلكل منهما دور مباشر في العمليات الانشائية، غير ان هذه النظرة لا تعبّر عن الواقع، وذلك بفعل ما ادخله التطور الصناعي في عمليات البناء، وان العديد من اجزاء البناء يتم تصنيعها وتركيبها عن طريق فنيين مستقلين عن المقاول والمهندس المعماري، مما يدعو الى التساؤل عن مدى خضوع هؤلاء الفنيين لأحكام الضمان العشري، ومن أجل الوقوف على تفاصيل هذا الموضوع، سنقسم هذا المبحث على مطلبين، سنخصص المطلب الأول لدراسة المدين بالضمان في القانون المدني العراقي والقوانين المدنية العربية التي اخذناها بالمقارنة، والمطلب الثاني لدراسة الموضوع في القانون المدني الفرنسي وعلى النحو الآتي:

المطلب الأول : المدين بالضمان في القانون العراقي والمقارن : ينحصر النطاق التقليدي للأشخاص المسؤولين بالضمان في المهندس ومقاول البناء، ويبدو هذا واضحاً من نص المادة (١/٨٧٠) من القانون المدني العراقي وما تقابلها في القوانين المدنية التي أخذناها بالمقارنة[٢٨]، مع الملاحظة أنه جاء لفظ (المهندس) في القانون المدني الكويتي مطلقاً دون تقييده بالمعماري كما فعل المشرعان العراقي والمصري، إذاً، ينحصر الضمان العشري بشكل رئيسي في شخصين، المقاول والمهندس المعماري، وعلى وفق التفصيل الآتي:

اولاً: مقاول البناء : المقاول هو الشخص الذي يعهد اليه في اقامة المباني والمنشآت الثابتة الأخرى، وتتمثل مهمته الرئيسة في اقامة المنشآت وفقا للنماذج والتصميمات المُعدة لذلك الغرض فضلا عن العمليات التي تتضمن ادارة الأعمال وحراسة المواد والأدوات، وبذلك فالمقاول هو الشخص الذي ينفذ مادياً البناء الذي وضع المهندس تصميمه[٢٩]. فيكون مقاولاً بالتالي الشخص الذي يشتغل لحسابه الخاص طالما كان يتمتع بالاستقلال عن رب العمل عند قيامه بعمله، أي كل شخص تعهد لرب العمل بإقامة بناء او منشآت ثابتة اخرى في مقابل أجر، دون ان يخضع في عمله لإشراف او إدارة، ويجب ان يكون المقاول مرتبطاً مع رب العمل بعقد المقاولة، فإذا كان يقوم بانجاز العمل تحت اشراف ورقابة رب العمل بناء على عقد عمل، فإنه يعتبر عاملاً لا مقاولاً، وبالتالي لا يكون مسؤولا بالضمان العشري[٣٠]، وبهذا قضت محكمة التمييز العراقية في قرار لها " إن الشركة المميز عليها تعهدت بصنع سلالم خرسانية الى المميزة بموجب مواصفات فنية إذ تعهدت المميز عليها بتقديم المادة الإنشائية والعمل معاً فعقد مثل هذا يكون استصناعاً يخضع لأحكام القانون المدني المادة (٨٧٠) منه التي أبقت المقاول مسؤولاً بعد إنتهاء العمل وتسليمه"[٣١]. والمقاول قد يكون شخصاً طبيعياً و قد يكون شخصاً معنوياً، وقد عرفت الفقرة (ثالثاً) من المادة الاولى من تعليمات تصنيف شركات المقاولات والمقاولين والإدراج في القائمة السوداء العراقية[٣٢] المقاول بأنه: " الشخص الطبيعي الذي يزاول أعمال المقاولات ويكون حائزاً على هوية تصنيف المقاولين العراقيين أو هوية اتحاد المقاولين العراقيين ". كما عرفت الفقرة (ثانياً) من المادة نفسها شركة المقاولة بأنها: " لشركة المؤسسة بموجب قانون الشركات رقم ٢١ لسنة ١٩٩٧ وتزاول أعمال المقاولات حسب اختصاصها ". ويختلف دور المقاول عن دور المهندس اختلافاً كبيراً، فالمهندس يقوم اساساً بعمل فكري او ذهني، وهو تصميم البناء ووضع مشروعات تنفيذه، في حين ان المقاول تاجر يحترف عملاً ذا طابع مادي يتمثل اساساً في تنفيذ البناء تبعاً للتصميم الذي وضعه المهندس وطبقاً للخطة التي وضعها الأخير[٣٣]. ويستوي ان تكون المواد التي أقيمت بها هذه المباني او المنشآت قد احضرها المقاول من عنده او قدمها له رب العمل، ففي الحالتين يلتزم بالضمان الخاص بوصفه مقاولاً، وقد يتعدد المقاولون فيجوز ان يعهد رب العمل الى عدة مقاولين بالعمل، فيعهد الى مقاول وضع الأساس و أعمال البناء الأخرى من أرضيات وأسقف وحيطان وغير ذلك، و الى مقاول ثانٍ بأعمال النجارة، والى ثالث باعمال الحدادة، و هكذا.. فكل من هؤلاء يعتبر مقاولاً في حدود الأعمال التي يقوم بها، ويكون ملزماً بالضمان الخاص في هذه الحدود[٣٤]. فإذا قام شخص باعمال البناء، استناداً إلى عقد مقاولة يربطه برب العمل، فإنه يكون خاضعاً لأحكام الضمان العشري، سواء اكان قد كُلف بانجاز كل الأعمال اللازمة لاقامة البناء، ام كان مكلفاً فقط بنوع من هذه الأعمال، وعلى ذلك يشمل نطاق المسؤولية فضلاً عن المقاول العام، مقاول البناء ومقاولي الأساسات والأعمال الصحية، مع مراعاة ان مسؤوليتهم تقتصر على ما قاموا به من أعمال، كما ان المسؤولية لا تشمل من يقتصر عمله على القيام بأعمال لا تهدد سلامة المبنى او متانته اذا تمت معيبة، كمقاول البياض والدهان، كما يُسأل المقاول ايا كانت الطريقة التي اتبعت في تحديد أجره، اي سواء كان هذا

التحديد قد تم جزافاً او على اساس الوحدة[٣٥]. اما عمال المقاول ومعاونيه، فلا يلتزمون بالضمان الخاص، وكذلك عمال المهندس المعماري ومساعديه الذين يعاونونه في انجاز مهمته نظراً لتخلف شرط الارتباط مع رب العمل بعقد المقاولة، ففي مثل هذه الحالة، يكون المقاول او المهندس المعماري مسؤولا عن أعمالهم، و يلتزم بضمان هذه الأعمال كما لو كان هو الذي قام بها حتى ولو كان هؤلاء المساعدون لا يعتبرون من اتباعه بالمعنى المفهوم في مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعه، كما لو كانوا مقاولين من الباطن، فالمقاول من الباطن لا يكون ملتزماً بهذا الضمان، لأن المشرع قرر هذا الضمان لمصلحة المالك – اي رب العمل الأول – وأراد حمايته ولم يرد حماية المقاول الأصلي، وإن اعتبر هذا الأخير في علاقته مع المقاول من الباطن (المقاول الثانوي) بمثابة (رب العمل)، ذلك أن المقاول الأصلي يكون في معظم الحالات من أهل الخبرة والدراية فلا محل على الاطلاق لإسباغ هذه الحماية الخاصة عليه، ففي القواعد العامة ما يكفي لحماية حقوق المقاول الأصلي قبل المقاول الثانوي، فإذا تعاقد المقاول الأصلي مع مقاول من الباطن (او المقاول الثاني حسب تعبير المشرع العراقي)، لم يكن هذا الأخير ملتزماً باحكام الضمان العشري تجاه رب العمل الأول[٣٦].

ثانيا: المهندس المعماري : يُعد المهندس المعماري الشخص المكلف من قبل رب العمل بإعداد التصاميم والرسوم الهندسية اللازمة لإقامة المباني او المنشآت الأخرى، وقد يقوم بإدارة العمل والإشراف على تنفيذه ومراجعة حسابات المقاول والتصديق عليها، وقد يقوم بإدارة العمل والإشراف على تنفيذه ومراجعة حسابات المقاول والتصديق عليها، وغالبا ما يقوم المهندس نفسه بوضع التصميم للبناء فيقوم عندئذ بمهمتي المقاول والمهندس المعماري معاً، واذا اشترك عدة أشخاص بقيام بمهمة المهندس المعماري كانوا جميعاً مسؤولين في حدود ما قامو به من عمل[٣٧]. فالمهمة الأساسية للمهندس المعماري هو وضع التصميم، بل انه غالباً ما يقتصر دوره عليها وحدها، وتسند أعمال الإشراف على التنفيذ الى شخص آخر غيره، و اذا كان الأصل ان العقد المبرم مع المهندس المعماري هو المرجع لمعرفة ماهية ومدى المهمة التي تم تكليفه بها من قبل رب العمل، وذلك بالنسبة لكل حالة على حدة، الا انه اذا سكت العقد في هذا الصدد، فيقتصر مهمة المهندس المعماري على وضع التصميم فقط، و ذلك للأهمية الخاصة لعملية التصميم، التي جعلت القضاء الفرنسي يتجه في احكامه بوجه عام الى هذا الاتجاه[٣٨]، وأيده في ذلك المشرع الفرنسي عندما ألزم أرباب الأعمال واجب الاستعانة بمهندس معماري فيما يتعلق بإعداد المشروع الهندسي المعماري لبعض مقاولات المباني الهامة، اذ انه اقتصر في ذلك على وضع التصميم، كمهمة أساسية او رئيسية للمهندس المعماري[٣٩]. ونرى استنتاج الأمر نفسه فيما يخص القانون العراقي والقوانين التي اخذناها بالمقارنة،[٤٠]. ويفهم من نص القانون المدني العراقي وكذلك المصري، ان المهندس المعماري يُسأل دائماً عن عيوب التصميم، لكنه لا يُسأل عن عيوب التنفيذ الا اذا كُلّف صراحة بالإشراف على التنفيذ[٤١]، فيكون حينئذ مسؤولاً ايضاً عن العيوب التي تقع في التنفيذ، فيكون حينئذ ملتزماً بالضمان في العيوب التي تقع في التصميم، وعن العيوب التي تقع في التنفيذ، وقد نص

القانون المدني الكويتي صراحة على ذلك، في الفقرة الثانية من المادة (٦٩٣) منه على انه: " فإذا عهد إليه رب العمل بالإشراف على التنفيذ أو على جانب منه، كان مسئولاً أيضاً عن العيوب التي ترجع إلى طريقة التنفيذ الذي عهد إليه بالإشراف عليه ".

ونشيد بدورنا بموقف المشرع الكويتي في هذا الخصوص بالنص صراحة على مسؤولية المهندس المعماري عن العيوب التي ترجع الى طريقة التنفيذ متى ما تعهد اليه رب العمل مهمة الإشراف على التنفيذ. وقد اختلف الفقه في شروط المهندس المعماري، حيث ذهب اتجاه[٤٢]، الى انه يشترط في المهندس المعماري، أن يكون حائزاً على بكالوريوس الهندسة المعمارية او ما يعادلها، وعرفوا المهندس المعماري بأنه " ذلك الشخص الحاصل على مؤهل هندسي في الهندسة المعمارية يؤهله لأن يضع التصميمات والخرائط والرسومات والنماذج ويقدر الأبعاد والقياسات المختلفة للمنشآت والأبنية المراد إقامتها ويشرف على تنفيذها "[٤٣]. وبالتالي فإن المهندس في النفط او الكهرباء لا يعتبر مهندساً معمارياً وإن قام بوضع تصميم البناء، ومن باب أولى فإن هذا الحكم يصدق على من وضع التصميم وهو يحمل شهادة في فروع المعرفة الأخرى غير الهندسة المعمارية او لا يحمل اية شهادة أخرى[٤٤]. ويذهب اتجاه ثانٍ[٤٥]، الى أن المقصود بالمهندس المعماري هو المعنى اللغوي للكلمة، الذي يشمل مختلف المهندسين الذين ساهموا في عملية التشييد، فيشمل المهندسيين المدنيين الذين يساهمون في عملية التشييد سواء بوضع التصميمات الإنشائية للمبنى او بالإشراف على تنفيذه[٤٦]. لذلك، وعلى وفق هذا الاتجاه، لا ينحصر معنى المهندس المعماري لأغراض الضمان العشري عند المهندس المعماري، وإنما عند أي مهندس فني متخصص بما فيهم المهندس المدني ايضاً. وهناك اتجاه ثالث[٤٧]، وهو الاتجاه السائد، فيذهب الى ابعد من الاتجاهين السابقين، حيث يرى انصار هذا الاتجاه بأن المقصود بالمهندس المعماري هو كل شخص مكلف من قبل رب العمل بإعداد التصاميم والرسوم الهندسية لاقامة المباني او المنشآت الأخرى، وكل شخص يتولى القيام بمهمة المهندس المعماري، سواء أكان يحمل شهادة في الهندسة المعمارية او شهادة في اي فرع من فروع المعرفة الأخرى، بل وحتى ولو لم يحمل اية شهادة مهما كانت، فلا يشترط فيه ان يكون حاملا لشهادة تثبت كونه مهندساً، وحسب هذا الاتجاه يكون ملتزما بالضمان أي مهندس ولوكان ميكانيكياً او كهربائيا، اذا كان يقوم بمهمة المهندس المعماري، بل ان المقاول الذي لا يحمل اي مؤهل او اي شخص آخر غير مؤهل، إذا وضع التصميم، فإنه يكون بذلك قد قام بمهمة المهندس المعماري، ومن ثم يكون ملتزماً بالضمان طالما قام بعمل المهندس المذكور. ونرى بدورنا وجاهة مبررات أصحاب الاتجاه الأخير، لأن العبرة وكما يذهب احد الشراح الى ذلك[٤٨]، في الضمان العشري الخاص الوارد في القوانين تكون بالدور الذي يتولى الشخص تأديته في العمل محل المقاولة وليس باللقب او بالمركز المهني او بالكفاءة المهنية للشخص المسؤول. ما فيما يخص القوانين الخاصة في العراق، فقد عرف قانون نقابة المهندسين العراقيين المعدل المهندسَ بأنه كل منتسب للنقابة بموجب القانون[٤٩]، وعلى وفق القانون نفسه يشترط في المهندس بشكل عام أن يكون حاملاً لشهادة البكالوريوس أو ما يعادلها على الأقل في فرع من فروع الهندسة أو دبلوم في الهندسة من

خارج العراق يعترف بها مجلس نقابة المهندسين على أن تعادل دراستها أربع سنوات دراسية على الأقل بعد الأعدادية[٥٠]. وبذلك يلاحظ على القانون العراقي أنه حصر مفهوم المهندس بشكل عام على من يحمل شهادة البكالويوس أو ما يعادلها في إحدى الإختصاصات الهندسية، ويمثل المهندس الأستشاري أعلى مراتب التصنيف لمنتسبي النقابة وله أن يتحمل مسؤولية المشاريع الهندسية وتخطيطها وتنسيق أعمال المختصين في الحقول الهندسية المختلفة فيها دون تحديد لتخصصه[٥١]. وخلاصة القول في هذا الخصوص، اكتفى المشرع العراقي وكذلك المصري بإلقاء الضمان العشري على المهندس المعماري، في حين لم يقتصر المشرع الكويتي في إلقاء هذا الضمان على المهندس المعماري فقط وإنما على جميع فئات المهندسين[٥٢]، حيث جاء لفظ المهندس في القانون الكويتي مطلقاً دون تقييده بالمعماري -كما قلنا- فيشمل هذا الضمان المهندس المعماري وغيره من المهندسين، ونشيد بدورنا بموقف المشرع الكويتي، وذلك لأن العملية الإنشائية يتناوب عليها اكثر من مهندس، كالمهندس المدني الذي له الدور الرئيسي في عملية البناء والإشراف عليه والمهندس الميكانيكي، أو الكهربائي، وهؤلاء قد يرتبطون مع صاحب العمل سواء بعقد مقاولة أو بعلاقة تنظيمية إذا كانوا عمال وتابعين لرب العمل، فلابد من إشراكهم في المسؤولية العشرية - وان كانوا خاضعين لأحكام المسؤولية وفقا لأحكام القواعد العامة - حفاظاً على مصالح رب العمل والتضررين كافة من جهة، وحفاظاً على المصلحة العامة من جهة أخرى. لذلك كنا نفضل لو استخدم المشرع العراقي لفظ المهندس بشكل مطلق لأغراض الضمان العشري وليس حصره بالمهندس المعماري فقط. عليه، نوصي المشرع العراقي بجعل مصطلح (المهندس) مطلقاً من حيث اتصاله بالمسؤولية العشرية دون تقييده بلفظ المعماري، وذلك تحقيقاً لتوفير رقابة فعالة على سلامة الأعمال بشكل عام، لأن الضمان العشري لم يُقرر فقط لمصلحة رب العمل وإنما يدخل ضمن مبررات ذلك الضمان الحفاظ على الثروة الوطنية فضلاً عن الأرواح والممتلكات.

المطلب الثاني : المدين بالضمان في القانون المدني الفرنسي : كانت المادة (١٧٩٢) من القانون المدني الفرنسي بصيغتها الأصلية لسنة ١٨٠٤ قبل التعديل، وعلى غرار القانون المدني العراقي وكذلك المصري والكويتي، تُلزم المهندس المعماري والمقاول فقط بضمان سلامة البناء (الضمان العشري)، اذ جاء فيها انه اذا تهدم البناء المشيّد بأجر مقدر جزافاً تهدماً كلياً او جزئياً وكان الهدم ناشئاً عن عيب في البناء او حتى في الأرض ذاتها، فإن المهندسين المعماريين والمقاولين يُسألون عن هذا التهدم في خلال مدة عشر سنوات على النحو المبين في المادة (٢٢٧٠)[٥٣]. القانون المدني الفرنسي في المادة (١٧٩٢) قبل تعديله حدد صراحة المهندسين المعماريين والمقاولين لأغراض الضمان العشري، الا أن الفقه والقضاء الفرنسيين قد استقرا منذ زمن غير قصير، على أن العبرة هنا تكون بالدور او بالمهمة، بقطع النظر عن اللقب او المركز المهني للشخص الذي يقوم به، طالما انه يقوم بها بمقتضى عقد مقاولة تمّ إبرامه مباشرة مع رب العمل، كما انهما قد تجاوزا هذا التحديد بكثير ووسّعا من نطاق هذا الضمان ليشمل بالاضافة الى المهندسين المعماريين

والمقاولين، المهندسين غير المعماريين ومكاتب الدراسات الهندسية والرسامين والقياسيين ومهندسي الديكور والجيولوجيين والطبوغرافيين والمثاليين. واخيراً استجاب المشرع الفرنسي لإتجاه الفقه والقضاء الفرنسيين. وقام بتعديل القانون وذلك اولاً بقانون رقم (٦٧-٣) لسنة ١٩٦٧ ومن ثم بقانون رقم (٧٨-١٢) لسنة ١٩٧٨. وكان التعديل الأخير سبباً للتوسع في نطاق الضمان العشري الى ابعد مداه ليشمل أشخاصاً غير فنيين لا يساهمون في عملية البناء الا بشكل غير مباشر. بحيث تشمل المسؤولية بموجب التعديل المهندس المعماري او المقاول او الفني او اي شخص آخر يرتبط مع رب العمل بعقد مقاولة. وكل شخص يقوم بدورٍ في عملية البناء والتشييد شريطة أن يكون مرتبطاً مع رب العمل بعقد مقاولة ولو لم يكن مهندساً معمارياً او مقاولاً بالمعنى الضبق للكلمة. لأن العبرة هنا تكون بالدور الذي يؤديه الشخص بصرف النظر عن لقبه أو مركزه المهني طالما أنه يقوم بذلك الدور بمقتضى عقد مقاولة أبرم مباشرة مع رب العمل[٥٤]. إذن. فبموجب المادة (١٧٩٢) المعدلة من القانون المدني الفرنسي. فإن المدينين بالضمان هم كل معماري يتولّى تشييد بناء. حيث تقوم مسؤوليته بقوة القانون قبل موّل البناء أو من يكتسب ملكيته عن الأضرار حتى تلك الناجّة عن أي عيب في الأرض قد يُعرّض للخطر متانة البناء أو الذي يصيبه في أحد عناصره الإنشائية أو أحد عناصره التجهيزية. والذي قد يترتب عليه أن يصير البناء غير صالح للغرض الذي شيّد من أجله. وكل معماري هو: كل مهندس معماري أو مقاول او فني او اي شخص آخر مرتبط مع رب العمل بعقد المقاولة. وكل شخص يبيع. بعد انجازه بناء قام بتشييده أو أوكلَ غيره بتشييده. وكذلك كل شخص ينفذ مهمة شبيهة بمهمة المقاول حتى لو تصرف بصفته وكيلاً عن المالك[٥٥]. وعليه. فإن النطاق الشخصي لقواعد الضمان الخاص في عقد المقاولة فيما يتعلق بالأشخاص المسؤولين قد توسّع توسعاً كبيراً وملحوظاً في التشريع الفرنسي. فلم يعد هذا النطاق مقتصراً على الأشخاص التقليديين وهم كل من المهندس المعماري والمقاول بل تم توسيع نطاق الأشخاص المسؤولين ليشمل بعض المهنيين المشتغلين في مجال التشييد. لكي يواكب القانون التطور الحاصل في مجال البناء وما يستلزمه هذا المجال من تقنيات وتخصصات متعددة وأساليب متنوعة. كما يشمل الضمان العشري بائع العقار تحت التشييد. ففي تطور آخر في هذا المجال في القانون المدني الفرنسي. تمت اضافة المادة (١/١٦٤٦) الى القانون بموجب قانون رقم (٧٨-١٢) في (٤) كانون الثاني سنة ١٩٧٨. و بموجبها يلتزم بائع البناء تحت التشييد بأحكام الضمان العشري. حيث نصت هذه المادة على انه: " يلتزم بائع العقار للبناء. بدءاً من تسلم الأشغال بالإلتزامات التي يلتزم بها المهندسون المعماريون والمقاولون وغيرهم من الأشخاص المرتبطين بصاحب البناء قيد الإعمار بموجب عقد المقاولة وفقا للمواد (١٧٩٢. ١٧٩٢-٢. ١٧٩٢-٣) من هذا القانون... "[٥٦]. كذلك اخضع المشرع الفرنسي بتعديله لقانون ١٩٧٨. المُنتج او صانع العمل أو جزء منه. او أحد عناصر الإعداد غير القابلة للانفصال عن البناء. لأحكام الضمان العشري[٥٧]. كما انه مع إتساع الدور الذي يؤديه المقاول من الباطن في تنفيذ المقاولات ولا سيما المتعلقة باعمال البناء والتشييد في هذا المجال وتنوع الاختصاصات ودقتها التي قد لا تتوفر عند المقاول الأصلي وعدم معرفته

والمامه بكل هذه التخصصات الفنية الدقيقة، دعت الحاجة الى شمول المقاول من الباطن بأحكام هذا الضمان ولا سيما في العلاقة بينه وبين المقاول الأصلي. وهذا ما أدى بالمشرع الفرنسي الى سن التعديل رقم (٢٠٠٥ -٦٥٨) في حزيران ٢٠٠٥، وأعقبه التعديل رقم (٥٦١-٢٠٠٨) في ١٧ حزيران ٢٠٠٨، بموجبه اخضعت المادة (١٧٩٢-٤-٢) المقاول من الباطن لأحكام الضمان العشري[٥٨].

ومن كل ما تقدم في القانون الفرنسي المعدل، فإن الملتزمين بالضمان العشري في هذا القانون هم:

١- كل مهندس معماري او مقاول او فني او اي شخص اخر يرتبط برب العمل بعقد ايجار العمل (مقاولة)[٥٩].

٢- كل شخص يبيع البناء (عملاً) – بعد اكتماله – شيّده بنفسه او عمل على تشييده[٦٠].

٣- كل شخص يقوم بمهمة مشابهة لمهمة المقاول (مؤجر العمل) ولو كان يتصرف بصفته وكيلاً عن مالك البناء (العمل)[٦١].

٤- بائع البناء تحت التشييد[٦٢].

٥- منتج او صانع العمل او جزء من العمل، او احد عناصر الاعداد غير القابلة للانفصال عن البناء[٦٣].

٦- المقاول من الباطن[٦٤].

ومن كل ما تقدم من دراستنا لموقف القانون العراقي والقوانين التي أخذناها بالمقارنة في هذه الدراسة، نرى بأن موقف القانون الفرنسي كان هو الأدق والأفضل في تحديده لمسؤولية المهندس المعماري والاكتفاء باستخدام مصطلح (المعماري) ليشمل المهندس المعماري وغيره من المهندسين المرتبطين بعقد المقاولة مع رب العمل، هذا فضلاً عن شمول المسؤولية العشرية لأشخاص آخرين لأغراض التوسع في المسؤولية بشكل يشمل جميع من شاركوا في عملية البناء لإضفاء الجدية على عمليات البناء والتشييد وعلى الأخص العمارات ذات الطوابق المتعددة والتوسّع من مسؤولية القائمين على عمليات البناء والتشييد حفاظاً على أرواح الناس من ناحية، وحماية المصلحة العامة من ناحية أخرى.

الخاتمة

وفيما يأتي أهم استنتاجات البحث وتوصياته وكالآتي:

اولاً: الاستنتاجات

١- الدائن بالضمان العشري هو رب العمل، ومن يقوم مقامه من خلفه العام او الخاص، واذا كان رب العمل هو المستفيد الأساسي باحكام الضمان العشري، فإنه قد يفقد هذه الصفة لأي سبب من الأسباب، كأن يكون قد باع العقار لغيره او تنازل عنه، فهو بذلك يكون قد فقد صفته كرب عمل، وبالتالي لا يستطيع ان يرفع دعوى الضمان، كما قد يفقد صفته – كرب عمل- بالتسليم النهائي للأعمال وذلك عندما يكون العقار غير مشيّد

لحسابه فعلاً، انما يتولى فقط عملية تشييده، كما لو تولت وزارة أو هيئة أو شركة التعاقد مع مقاول معين على بناء وحدات سكنية بهدف تمليكها لأصحاب مهنة معينة، فقبل تسليم الشخص المعنوي البناء للمستفيدين وتحديد الملاك تكون الهيئة أو الوزارة أو الشركة هي صاحبة دعوى الضمان باعتبارها رب العمل، ويكون للملاك بعد التسليم ممارستها بأنفسهم، كما يمكن لهؤلاء الرجوع على رب العمل بدعوى ضمان العيوب الخفية الناشئة عن عقد البيع، ويستطيع رب العمل بدوره أختصام المقاول او المهندس بدعوى الضمان.

٢- لا تسري أحكام الضمان العشري على العلاقة بين المقاول الأصلي والمقاول من الباطن في كل من القانون العراقي وكذلك المصري والكويتي، عليه ليس للمقاول الأصلي أن يباشر دعوى الضمان العشري ضد المقاول من الباطن، لذلك ينتهي التزام المقاول من الباطن بالضمان بمجرد ان يتسلم المقاول الأصلي الأعمال التي قام بها، هذا على خلاف القانون الفرنسي المعدل حيث تسري أحكام الضمان العشري على المقاول الأصلي وكذلك المقاول من الباطن.

٣- يستفيد من احكام الضمان العشري دائنوا رب العمل عن طريق إقامة الدعوى غير المباشرة على وفق المادة (٢٦١) من القانون المدني العراقي وما تقابلها من مواد في قوانين الدول العربية التي أخذناها بالمقارنة في هذا البحث.

٤- أقام القانون الفرنسي المعدل بنص خاص مسؤولية المشيِّد بالضمان العشري تجاه من آلت اليه ملكية البناء أو المنشأ الثابت، ولم يكتف بالقواعد العامة بهذا الشأن، على خلاف القانون المدني العراقي وكذلك المصري والكويتي.

٥- على وفق الاتجاه التقليدي، يُعد المقاول والمهندس المعماري مسؤولان تقليديان عن عمليات البناء، فلكل منهما دور مباشر في العمليات الانشائية، وبهذا الاتجاه أخذ القانون المدني العراقي وكذلك المصري والكويتي، على الرغم من أن هذا الاتجاه لا يعبّر عن الواقع، وذلك بفعل ما ادخله التطور الصناعي في عمليات البناء، وان العديد من اجزاء البناء يتم تصنيعها وتركيبها عن طريق فنيين مستقلين عن المقاول والمهندس المعماري.

٦- لا يلتزم بالضمان العشري عمال المقاول ومعاونيه، وكذلك عمال المهندس المعماري ومساعديه الذين يعاونونه في انجاز مهمته نظراً لتخلف شرط الارتباط مع رب العمل بعقد المقاولة، ويكون المقاول او المهندس المعماري مسؤولاً عن اعمالهم، و يلتزم بضمان هذه الأعمال كما لو كان هو الذي قام بها حتى ولو كان هؤلاء المساعدون لا يعتبرون من اتباعه بالمعنى المفهوم في مسؤولية المتبوع عن اعمال تابعه.

٧- لا يُسأل المهندس المعماري إلا عن عيوب التصميم، ولا يُسأل عن عيوب التنفيذ إلا اذا كُلّف صراحة بالإشراف على التنفيذ، فيكون حينئذ ملتزماً بالضمان في العيوب التي تقع في التصميم، وعن العيوب التي تقع في التنفيذ.

٨- اكتفى المشرع العراقي وكذلك المصري بإلقاء الضمان العشري على المهندس المعماري دون غيره من المهندسين، على خلاف المشرع الكويتي الذي لم يقتصر هذا الضمان عليه، بل شمل جميع فئات المهندسين، حيث استخدم القانون المدني الكويتي لفظ المهندس بشكل مطلق دون تقييده بالمعماري، وبذلك وسّع القانون الكويتي من نطاق الضمان ليشمل بالإضافة الى المهندس المعماري غيره من المهندسين.

٩- على خلاف القانون العراقي وكذلك المصري والكويتي، هجر القانون المدني الفرنسي المعدل النظرة التقليدية للأشخاص الملتزمين بأحكام الضمان العشري، وذلك بإصداره القانون رقم(٧٨-١٢) لسنة ١٩٧٨، حيث شملت أحكام الضمان العشري كل مهندس معماري او مقاول او فني او اي شخص اخر يرتبط برب العمل بعقد المقاولة، وكل شخص يبيع البناء بعد اكتماله، سواء شيده بنفسه او عمل على تشييده، وكذلك كل شخص يقوم بمهمة مشابهة لمهمة المقاول ولو كان يتصرف بصفته وكيلاً عن مالك البناء، كما شملت بائع البناء تحت التشييد ومنتجي العمل او جزء من العمل او احد عناصر الاعداد غير القابلة للانفصال عن البناء، كما أخضع القانون المدني الفرنسي المعدل بالقانون رقم (٦٥٨)لسنة ٢٠٠٥ المقاول من الباطن لأحكام الضمان العشري ولا سيما في العلاقة بينه وبين المقاول الأصلي.

ثانياً: التوصيات

١- نتيجة أهمية أعمال البناء وخطورتها وحماية المصلحة العامة المتثمثلة في حماية الأموال والارواح والاستقرار الإجتماعي، نوصي المشرع العراقي بأن يحذو حذو المشرع الفرنسي بتوسيع نطاق المستفيدين من الضمان العشري بإيراد نص خاص وصريح يقضي بإنتقال الحق في الضمان العشري الى الخلف الخاص، دون الإكتفاء بالقواعد العامة، والتشديد من مسؤولية المقاولين والمهندسين وعلى الأخص ونحن نعيش زمن كثُرت فيه أعمال بناء الوحدات والشقق السكنية، ويقوم رب العمل ببنائها بقصد بيعها والحصول على أقصى حد ممكن من الأرباح، عليه نقترح النص الآتي ليضاف الى نصوص القانون وعلى النحو الآتي: " لكل من انتقلت اليه ملكية البناء أو المنشأة أن يرفع دعوى الضمان بدلاً من المالك السابق الذي كان له هذا الحق، حتى لو كان انتقال الملكية لا يتضمن هذا الضمان ."

٢- ندعو المشرع العراقي أن يحذو حذو المشرع الكويتي في أن يجعل لفظ المهندس مطلقاً لأغراض خضوعه لأحكام الضمان العشري وليس حصره بالمهندس المعماري، واستبدال عبارة (المهندس المعماري) بـ مصطلح (المهندس)، لذلك نوصي بتعديل الفقرة الأولى من المادة (٨٧٠) من القانون المدني وعلى النحو الآتي: " يضمن المهندس والمقاول ما يحدث خلال عشر سنوات من تهدم كلي او جزئي....)، ويُساهم هذا التعديل في إخضاع جميع المهندسين لأحكام هذا الضمان، لأن العبرة هنا تكون بالدور او بالمهمة، بقطع النظر عن اللقب او المركز المهني للشخص الذي يقوم به، ليشمل التعديل بالاضافة الى المهندسين المعماريين، المهندسين غير المعماريين ومكاتب الدراسات الهندسية والرسامين والقياسيين ومهندسي الديكور والجيولوجيين والطبوغرافيين والمثاليين وغيرهم على وفق التفاصيل التي تعرضنا لها في البحث.

٣- نوصي المشرع العراقي بأن يحذو حذو المشرع الفرنسي بالتوسع في نطاق الأشخاص الملتزمين بأحكام الضمان العشري، بحيث يشمل بالإضافة الى المهندس والمقاول أشخاصاً آخرين، تماشياً مع التطور الكبير الذي شهده مجال البناء والتشييد في العراق ومشاركة أشخاص آخرين غير المهندس المعماري والمقاول، وذلك بتعديل المادة (٨٧٠) من القانون المدني العراقي بإضافة فقرة جديدة اليها على النحو الآتي " ٥- لرب العمل أو من آلت اليه ملكية البناء أو المنشأة أن يرجع بأحكام الضمان العشري على كل مما يأتي:

أولاً: كل فني او اي شخص آخر يرتبط برب العمل بعقد مقاولة وفي حدود المهمة التي كُلف بها، وكل شخص يقوم بمهمة مشابهة لمهمة المقاول، ولو كان يتصرف بصفته وكيلاً عن مالك البناء.

ثانياً: بائع البناء بعد اكتماله، سواء شيده بنفسه او عمل على تشييده، وبائع البناء تحت التشييد.

ثالثاً: منتجي العمل او جزء من العمل او احد عناصر الإعداد غير القابلة للانفصال عن البناء.

رابعاً: المقاول من الباطن.

٤- تعديل المادة (٨٧١) وتقسيمها على أربع فقرات بشكل تُقيم صراحة مسؤولية المهندس المعماري بجانب المقاول عن العيوب التي تقع في التنفيذ ايضاً إذا عهد اليه رب العمل الإشراف على التنفيذ وذلك على النحو الآتي: " ١- اذا اقتصر المهندس المعماري على وضع التصميم دون ان يكلّف بالرقابة على التنفيذ، يكون مسؤولاً عن العيوب التي أتت من التصميم دون العيوب التي ترجع الى طريقة التنفيذ. ٢- أما إذا عهد رب العمل الى المهندس المعماري بالإشراف على التنفيذ أو على جانب منه، كان مسؤولا أيضاً عن العيوب

التي ترجع الى طريقة التنفيذ الذي عهد اليه بالإشراف عليه. ٣-واذا عمل المقاول باشراف مهندس معماري او باشراف رب العمل الذي اقام نفسه مقام المهندس المعماري، فلا يكون مسؤولاً الا عن العيوب التي تقع في التنفيذ دون العيوب التي تأتي من الغلط او عدم التبصر في وضع التصميم. ٤- وإذا كان كل من المهندس المعماري والمقاول مسؤولاً عما وقع في العمل من عيب كانا متضامنين في المسؤولية.".

قائمة المصادر

١- د. الياس ناصيف، عقد المقاولة، ط١، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت- لبنان، ٢٠٢٠.
٢- د. حسن علي الذنون، المبسوط.، ج٢، الخطأ، دار وائل للنشر، عمان- الاردن، ٢٠٠٦.
٣- د. حميد لطيف الدليمي، المسؤولية الجنائية الناجمة عن عقود التشييد (دراسة مقارنة)، ط١، دار وائل للنشر، عمان، ٢٠١٥.
٤- د. جعفر الفضلي، الوجيز في العقود المدنية، البيع – الايجار – المقاولة، العاتك لصناعة الكتب، بغداد، ١٩٩٩.
٥- د. درع عماد، النظرية العامة لالتزامات، القسم الاول (مصادر الالتزام)، دار السنهوري، بيروت، ٢٠١٦.
٦- د. سعيد مبارك ود.طه الملاحويش ود. صاحب عبيد الفتلاوي، الموجز في العقود المسماة، البيع – الإيجار- المقاولة، العاتك لصناعة الكتب، القاهرة، ٢٠٠٧.
٧- د. سميرعبدالسميع سليمان الاودن، المسؤولية القانونية للمهندس الاستشاري و التنفيذي و مقاول البناء، منشأة المعارف، الاسكندرية، ٢٠١٤.
٨- د. طارق كاظم عجيل، الوسيط في عقد المقاولة، ط١، مكتبة السنهوري، بغداد، ٢٠١٦.
٩- د. فتحية قرة، أحكام عقد المقاولة، منشأة المعارف، الاسكندرية، ١٩٨٧.
١٠- قدري عبدالفتاح الشهاوي، أحكام عقد المقاولة في التشريع المصري- العربي- الاجنبي، ط١، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٦.
١١- د. عبدالقادر الفار، احكام الالتزام، دار الثقافة، عمان، ٢٠٠١.
١٢- د. عبدالرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج٧، مجلد١، العقود الواردة على العمل – المقاولة والوكالة والوديعة والحراسة، دار إحياء التراث العربي، بيروت- لبنان، ١٩٦٤.
١٣- د. عبدالرزاق حسين ياسين، المسؤولية الخاصة بالمهندس المعماري ومقاول البناء، شروطها، نطاق تطبيقها، الضمانات المستحدثة فيها، دراسة مقارنة في القانون المدني، ط١، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٨٧.
١٤- د. عبدالمجيد الحكيم وآخرون، في نظرية الالتزام، ج١، مصادر الالتزام، وزارة التعليم العالي والبحث العلمي، بغداد، ١٩٨٠.

١٥- د. عبدالمجيد الحكيم وعبدالباقي البكري ومحمد طه البشير، القانون المدني، أحكام الالتزام، وزارة التعليم العالي و البحث العلمي- العراق، بغداد، ١٩٨٠.
١٦- د. عدنان ابراهيم السرحان، شرح القانون المدني، العقود المسماة، المقاولة – الوكالة- الكفالة، دار الثقافة، ٢٠١٣عمان.
١٧- عزالدين الدناصوري، د. عبدالحميد الشواربي، المسؤولية المدنية في ضوء الفقه والقضاء، ج٢، منشأة المعارف، الأسكندرية، ٢٠٠٥.
١٨- د. كمال قاسم ثروت، الوجيز في شرح أحكام عقد المقاول، ط١، مطبعة اوفيست الوسام، بغداد، ١٩٧٦.
١٩- د. محمد حسين المنصور، المسؤولية المعمارية، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، ٢٠٠٦.
٢٠- د. محمد شكري السرور، مسؤولية مهندسي ومقاولي البناء والمنشآت الثابتة الاخرى، دراسة مقارنة في القانون المدني المصري والقانون المدني الفرنسي، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٨٥.
٢١- د. محمد كامل مرسي باشا، شرح القانون المدني، العقود المسماة، عقد العمل وعقد المقاولة والتزام المرافق العامة، منشأة المعارف، الاسكندرية، ٢٠٠٥.
٢٢- د. محمد لبيب شنب، شرح أحكام عقد المقاولة، منشأة المعارف، الاسكندرية، ٢٠٠٨.
٢٣- د.محمد ناجي ياقوت، عقد المقاولة بوجه عام ومقاولة البناء بوجه خاص، النسر الذهبي، القاهرة، ١٩٩٧.
٢٤- د. نبيلة رسلان، عقد المقاولة، بدون دار النشر، طنطا- مصر، ١٩٩١.

ثانيا: الرسائل والاطاريح

١- رضوان عبدالجليل السكرانة، الضمان العشري للمقاول و المهندس في عقد المقاولة، رسالة ماجستير، جامعة جرش، كلية الحقوق، الأردن، ٢٠١٤.
٢- محمد عبدالله عبدارحمن العجمي، المسؤولية المدنية لمهندسي و مقاولي البناء و المنشآت الثابتة الاخرى (دراسة مقارنة) اطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين الشمس، مصر، ٢٠١٩.
٣- . مسعود مروش، نطاق تطبيق احكام الضمان العشري في ظل القانون الجزائري والقانون الفرنسي، اطروحة دكتوراه، جامعة الجزائر، كلية الحقوق، ٢٠١٣- ٢٠١٤.

ثالثا: البحوث

١- ابراهيم عنتر فتحي العياشي و د. عامر عاشور عبدالله، نطاق الضمان الخاص في عقد المقاولة، مجلة كلية القانون للعلوم القانونية و السياسية، المجلد(٤)، العدد (١٢)، ٢٠١٥.

٢- ايمان خليل، الخلف بين طرفيه والغيرية، مجلة المنار للبحوث والدراسات القانونية والسياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة يحي فارس بالمدية، الجزائر، العدد (٣)، ديسمبر ٢٠١٧.
٣- ايمان طارق الشكري، نطاق الالتزام بضمان سلامة البناء- دراسة مقارنة -، مجلة جامعة بابل / العلوم الانسانية / المجلد ٢٠/ العدد (٢)، ٢٠١٢.
٤- مروان عضيد عزت محمد، التزام البائع بضمان العيوب الخفية في القانون المدني العراقي، مجلة العولم القانونية والاجتماعية، جامعة زيان عاشور بالجفلة- الجزائر، المجلدالخامس، العدد(٤)، ٢٠٢٠.

رابعاً: القرارات القضائية
١- قرار محكمة التمييز العراقية، رقم الإضبارة (٥١٦-٢-٦١) بغداد في ١٦-٣-١٩٦٠.
٢- قرار محكمة التمييز العراقية رقم (١١٢- هيئة عامة أولى-٧٢) في ٣١-٣-١٩٧٣، النشرة القضائية، العدد١، السنة الرابعة، ١٩٧٣.

خامساً: القوانين حسب سنوات صدروها:
١- القانون المدني الفرنسي لسنة ١٨٠٤ المعدل.
٢- القانون المدني المصري رقم (١٣١) لسنة ١٩٤٨ المعدل.
٣- القانون المدني العراقي رقم(٤٠) لسنة ١٩٥١ المعدل.
٤- القانون المدني الكويتي رقم (٦٧) لسنة ١٩٨٠ المعدل.
٥- قانون التجارة العراقي رقم (٣٠) لسنة ١٩٨٤.
٦- قانون توجيه وتنظيم أعمال البناء المصري رقم (١٠٦) لسنة ١٩٧٦ المعدل.
٧- القانون الفرنسي رقم (٧٧-٢) لسنة ١٩٧٧ بشأن الهندسة المعمارية.
٨- قانون نقابة المهندسين العراقية رقم (٥١) لسنة ١٩٧٩ المعدل.
٩- النظام الداخلي لنقابة المهندسين العراقية رقم (١) لسنة ١٩٨٠ المعدل.
١٠- تعليمات تصنيف شركات المقاولات و المقاولين والإدراج في القائمة السوداء رقم (١) لسنة ٢٠١٥.

سادساً: المواقع الالكترونية:
١- قاعدة التشريعات العراقية (https://iraqld.e-sjc-services.iq/main_ld.aspx).
٢- تم الاستعانة بالموقع المذكور للحصول على آخر تعديلات القانون المدني الفرنسي: https://www.legifrance.gouv.fr
٣- دار المنظومة لتحميل البحوث : (http://www.mandumah.com/).

٤- المجلات الاكاديمية العراقية لتحميل البحوث: (https://www.iasj.net/iasj/journals).

٥- جمعية المحامين الكويتية لتحميل المذكرة الايضاحية للقانون المدني الكويتي: (https://kuwaitlawyers.com/).

الهوامش

(١)حيث أن متطلبات الإنسان المتزايدة والتضخم السكاني المستمر أدى إلى التوسع الكبير في مجال البناء والعمران، ورافق ذلك استخدام الوسائل العلمية والتكنولوجيا الحديثة في أعمال البناء والتشييد مما كان له أكبر الأثر في سرعة إنجاز المشاريع المعمارية وتداخل تركيبها وتعقدها في بعض الأحيان، ولكن السرعة في إنجاز المشاريع والإهمال في أعمال البناء والإشراف كثيراً ما تسفر عن العديد من الحوادث الخطيرة التي تؤدي إلى خسائر كبيرة في الأرواح والأموال بسبب هدم البناء هدماً كلياً أو جزئياً أو ظهور عيوب هدد سلامته ومتانته بعد تسليمه لرب العمل.
وقد يلجأ المقاول والمهندس الى وسائل الغش بغية اختصار تكاليف العمل وتحقيق اكبر قدر ممكن من الربح، ويتم ذلك عن طريق الإختصار سواءً في الوقت اوالأيدي العاملة أوكلفة مواد البناء والآلات والأجهزة المستخدمة، ولا شك أن ذلك سينعكس سلباً على سلامة البناء ومتانته، وخير مثال على ذلك ماحدث في تركيا في الآونة الآخيرة في (٦) شباط ٢٠٢٣ اثر زلزال ضرب جنوبي البلاد بشدة (٧.٨) درجات على مقياس ريختر، والذي أسفر عن مقتل ما يزيد على (٣٤) الف شخص في إحصائية غير نهائية، وانهيار آلاف المباني، مما أدى الى وضع المقاولين في قطاع البناء والتشييد في قفص الإتهام، بعدما رجح خبراء أن الدمار الواسع الذي أحدثه الزلزال ناجم بصورة كبيرة عن عدم التزام المقاولين بقوانين وضوابط البناء التي تتضمن معايير فنية تضمن صمود الأبنية الى حد كبير في وجه الزلزال الى درجات معينة، فأوقفت السلطات التركية عشرات المقاولين ومالكي المجمعات السكنية التي هدمت، في حين أشاد البعض بمقاول قام ببناء أكثر من الف شقة في ولاية هاتاي، موزعة على أكثر من (٥٠) مجمعاً سكنياً، بين عامي ١٩٨٧ و٢٠٠٢ ولم تتعرض للهدم إثر الزلزال. موقع قناة الجزيرة على الرابط اللكتروني الآتي: https://www.aljazeera.net/ebusiness/2023/2/16/ تاريخ آخر زيارة: ٢٠٢٣/٣/٥.

(٢) تنص المادة (١٤٢) من القانون المدني العراقي على انه: (١- ينصرف اثر العقد الى المتعاقدين والخلف العام دون اخلال بالقواعد المتعلقة بالميراث، ما لم يتبين من العقد او من طبيعة التعامل او من نص القانون ان هذا الاثر لا ينصرف الى الخلف العام. ٢- اذا انشأ العقد التزامات وحقوقاً شخصية تتصل بشيء انتقل بعد ذلك الى خلف خاص، فان هذه الالتزامات والحقوق تنتقل الى هذا الخلف في الوقت الذي ينتقل فيه الشيء اذا كانت من مستلزماته وكان الخلف الخاص يعلم بها وقت انتقال الشيء اليه). و ينظر للتفصيل: د. درع عماد، النظرية العامة لالتزامات، القسم الاول (مصادر الالتزام)، دار السنهوري، بيروت، ٢٠١٦، ص ٢٠٣ و ما بعدها.

(٣) د. قدري عبدالفتاح الشهاوي، أحكام عقد المقاولة في التشريع المصري- العربي- الاجنبي، ط١، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٦، ص ١٥٨.

(٤) د. حسن علي الذنون، المبسوط، ج٢، الخطأ، دار وائل للنشر، عمان، الاردن، ٢٠٠٦، ص ٥٦٨.

(٥) د. نبيلة رسلان، عقد المقاولة، بدون دار النشر، طنطا- مصر، ١٩٩١، ص ١٣٥. و ينظر كذلك: د. عبدالرزاق حسين ياسين، المسؤولية الخاصة بالمهندس المعماري ومقاول البناء، شروطها، نطاق تطبيقها، الضمانات المستحدثة فيها، دراسة مقارنة في القانون المدني، ط١، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٨٧، ص٥٧٣ وما بعدها.

(٦) محمد عبدالله عبدارحمن العجمي، المسؤولية المدنية لمهندسي و مقاولي البناء و المنشآت الثابتة الاخرى (دراسة مقارنة) اطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين الشمس، مصر، ٢٠١٩، ص ٤٦.

(٧) المادتان (١/٨٧٠) و (٢/٦٧١) مدني عراقي، والمادة (١/٦٥١) مدني مصري، (٦٩٢) والمادة (٦٩٥) مدني كويتي، والمادة (١٧٩٢) مدني فرنسي.

(٨) د. نبيلة رسلان، مصدر سابق، ص ١٣٦- ١٣٧.

(٩) د. محمد حسين منصور، المسؤولية المعمارية، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، ٢٠٠٦، ص٨٢-٨٣، وينظر: د. عبدالرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج٧، مجلد١، العقود الواردة على العمل – المقاولة والوكالة والوديعة والحراسة، دار احياء التراث العربي، بيروت- لبنان، ١٩٦٤، ص ١١١.

(١٠) د. نبيلة رسلان، مصدر سابق، ص ١٣٧.

(١١) المادة (٢/٨٧٠) مدني عراقي، والمادة (٣/٦٥١) مدني مصري، ويخلو كل من القانونين المدني الكويتي والفرنسي من نص مماثل. وينظر للتفصيل: د. محمد شكري السرور، مسؤولية مهندسي ومقاولي البناء والمنشآت الثابتة الأخرى، دراسة مقارنة في القانون المدني المصري والقانون المدني الفرنسي، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٨٥، ص ١٩٩، ود. فتحية قرة، أحكام عقد المقاولة، منشأة المعارف، الاسكندرية، ١٩٨٧، ص ١٥٢، ود. محمد لبيب شنب، شرح أحكام عقد المقاولة، منشأة المعارف، الاسكندرية، ٢٠٠٨، ص١٦٢.

(١٢) د. سمير عبدالسميع سليمان الاودن، المسؤولية القانونية للمهندس الاستشاري و التنفيذي و مقاول البناء، منشأة المعارف، الاسكندرية، ٢٠١٤، ص١٣٨.

(١٣) د. عبدالقادر الفار، احكام الالتزام، دار الثقافة، عمان، ٢٠٠١، ص ٨٣، ورضوان عبدالجليل السكرانة، الضمان العشري للمقاول والمهندس في عقد المقاولة، رسالة ماجستير، جامعة جرش، كلية الحقوق، الأردن، ٢٠١٤، ص ٧٢. اذ تنص المادة (٢٦١) من القانون المدني العراقي على انه: " يجوز لكل دائن ولو لم يكن حقه مستحق الأداء ان يستعمل باسم مدينه حقوق هذا المدين الا ما اتصل منها بشخصه خاصة او ما كان منها غير قابل للحجز، ولا يكون استعمال الدائن لحقوق مدينه الا اذا ثبت ان المدين لم يستعمل هذه الحقوق وان اهماله في ذلك من شأنه ان يسبب اعساره او ان يزيد في هذا الاعسار، ولا يشترط اعذار المدين ولكن يجب ادخاله في الدعوى " وتقابلها المادة (٢٣٥) مدني مصري، والمادة (٣٠٨) مدني كويتي، والمادة (١/١٣٤١) مدني فرنسي معدل بقانون رقم (٢٠٠٦-٣١) لسنة ٢٠١٦.

(١٤) المواد (٢٦٢) مدني عراقي، و(٢٣٦) مدني مصري، و(٣٠٩) مدني كويتي. ولا مقابلة لها في القانون المدني الفرنسي. وهي نيابة قانونية لانها بفرض القانون وليست و ليدة الاتفاق، و لكنها نيابة من نوع خاص، ذلك لان الاصل في النيابة انها تقرر لمصلحة المنوب عنه، وهي في الدعوى غير المباشرة لمصلحة النائب لا لمصلحة الاصيل المدين، ولما كانت مقررة لمصلحة النائب دون الاصيل، فقد تطلب القانون ادخال الاصيل خصماً في الدعوى التي يباشرها النائب نيابة عنه، و في ذلك خروج على طبيعة النيابة واحكامها. د.عبدالمجيد الحكيم وعبدالباقي البكري ومحمد طه البشير، احكام الالتزام، وزارة التعليم العالي و البحث العلمي- العراق، بغداد، ١٩٨٠، ص ٩٢.

(١٥) د. عبدالمجيد الحكيم وآخرون، المصدر السابق، ص ١٣٠.

(١٦)حيث ينصرف اثر العقد الى المتعاقدين والخلف العام دون اخلال بالقواعد المتعلقة بالميراث، ما لم يتبين من العقد او من طبيعة التعامل او من نص القانون ان هذا الاثر لا ينصرف الى الخلف العام .المادة (١/١٤٢) مدني عراقي، و(١٤٥) مدني مصري، والمادة (٢٠١) مدني كويتي.

(١٧) د. طارق كاظم عجيل، الوسيط في عقد المقاولة، ط١، مكتبة السنهوري، بغداد، ٢٠١٦، ص ٢٣١، ود. محمد لبيب شنب، مصدر سابق، ص ١٦١.

(١٨) المادة (٧٢٤) مدني فرنسي التي تنص على انه: (إن الورثة المحددين قانوناً تنتقل اليهم حكماً كل أموال وحقوق ودعاوى مورثهم) وينظر: Mazeaud, op.cit, p. 749. نقلا عن: د. طارق كاظم عجيل، مصدر سابق، ص ٢٣١. وفيما يخص الجانب السلبي للذمة المالية أو التركة فهي تحكمها مذهبين مذهب استخلاف الأشخاص الذي يعتبر أن شخصية الخلف العام هو امتداد لشخصية سلفه وبالتالي يتحمل الإلتزامات وهذا ما أخذ به المشرع الفرنسي، وهذا استخلاف الأموال الذي يقضي بأن الدين لا ينتقل الى ذمة الخلف العام. للتفصيل ينظر: ايمان خليل، الخلف بين طرفيه والغيرية،

مجلة المنار للبحوث والدراسات القانونية والسياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة يحي فارس بالمدية، الجزائر، ع٣، ديسمبر ٢٠١٧، ص ١٢ وما بعدها. متاح على الموقع الألكتروني الآتي: https://www.asjp.cerist.dz/en/downArticle/419/1/3/69093، تاريخ آخر زيارة ١-٣-٢٠٢٣.

(١٩) د. عبدالمجيد الحكيم و اخرون، في نظرية الالتزام، ج١، مصادر الالتزام، وزارة التعليم العالي والبحث العلمي، بغداد، ١٩٨٠، ص ١٣٢.

(٢٠)حيث جاء في القانون المدني العراقي على انه اذا انشأ العقد التزامات وحقوقاً شخصية تتصل بشيء انتقل بعد ذلك الى خلف خاص، فان هذه الالتزامات والحقوق تنتقل الى هذا الخلف في الوقت الذي ينتقل فيه الشيء اذا كانت من مستلزماته وكان الخلف الخاص يعلم بما وقت انتقال الشيء اليه .المادة (٢/١٤٢) مدني عراقي، ١٤٦ مدني مصري، ٢٠٢ مدني كويتي، ١١٢٢ مدني فرنسي.

(٢١) د. عدنان ابراهيم السرحان، شرح القانون المدني، العقود المسماة، المقاولة – الوكالة- الكفالة، دار الثقافة، ٢٠١٣عمان، ص ٧٤، ود. فتحية قرة، مصدر سابق، ص ١٥٢.

(٢٢) المادة (١٧٩٢) من القانون المدني الفرنسي المعدل بقانون سنة ١٩٧٨. وللتفصيل في القانون الفرنسي ينظر: محمد شكري سرور، مصدر سابق، ص ٢٠٠-٢٠٣، و ابراهيم عنتر فتحي العياشي ود. عامر عاشور عبدالله، نطاق الضمان الخاص في عقد المقاولة، مجلة كلية القانون للعلوم القانونية و السياسية، مجلد٤، ع١٢، ٢٠١٥، ص٢٣.

(٢٣) تقرير لجنة الشؤون التشريعية بمجلس النواب المصري، في مجموعة الاعمال التحضيرية، ج٥، ص ٢٣، مشار اليه لدى: د. سعيد مبارك ود. طه الملا حويش ود. صحاب عبيد الفتلاوي، الموجز في العقود المسماة، البيع – الإيجار- المقاولة، العاتك لصناعة الكتب، القاهرة، ٢٠٠٧، ص ٤٤٠.

(٢٤) لا تسمع دعوى ضمان العيب الخفي في المبيع بمضي (٦) اشهر في القانون المدني العراقي وبمضي سنة واحدة في القانونين المصري والكويتي من وقت تسليم المبيع حتى لو لم يكشف المشتري العيب الا بعد ذلك، وبمضي سنتين من وقت انكشاف العيب في القانون المدني الفرنسي.تنظر المواد (٥٧٠) مدني عراقي، و(٤٥٢) مدني مصري، و(٤٩٦) مدني كويتي، و(١٦٤٨) من القانون المدني الفرنسي المعدل بقانون رقم (٢٠٠٥-١٣٦) لسنة ٢٠٠٥.

(٢٥) للتفصيل حول شروط ضمان العيب الخفي في عقد البيع ينظر: مروان عضيد عزت محمد، التزام البائع بضمان العيوب الخفية في القانون المدني العراقي، مجلة العولم القانونية والاجتماعية، جامعة زيان عاشور بالجفلة- الجزائر، المجلد٥، ع٤، ٢٠٢٠، ص ١٨٦ ومابعدها.

(٢٦) د. محمد كامل مرسي باشا، شرح القانون المدني، العقود المسماة، عقد العمل وعقد المقاولة والتزام المرافق العامة، منشأة المعارف، الاسكندرية، ٢٠٠٥، ص٢٣٦.

(٢٧) د. سمير عبدالسميع سليمان الاودن، مصدر سابق، ص ١٣٩.

(٢٨) المادة (١/٦٥١) مدني مصري، و(٦٩٢) مدني كويتي.

(٢٩) عزالدين الدناصوري، د. عبدالحميد الشواربي، المسؤولية المدنية في ضوء الفقه والقضاء، ج٢، منشأة المعارف، الأسكندرية، ٢٠٠٥، ص ٢٣٨٢، ود.محمد شكري سرور، مصدر سابق، ص ١٩.

(٣٠) د. كمال قاسم ثروت، الوجيز في شرح أحكام عقد المقاول، ط١، مطبعة اوفيست الوسام، بغداد، ١٩٧٦.، ص ١١٨، د. فتحية قرة، مصدر سابق، ص ١٥١.

(٣١) قرار محكمة التمييز العراقية، رقم الإضبارة (٥١٦-٢-٦١) بغداد في ١٦-٣-١٩٦٠. مشار اليه عند: د. حميد لطيف الدليمي، المسؤولية الجنائية الناتجة عن عقود التشييد (دراسة مقارنة)، ط١، دار وائل للنشر، عمان، ٢٠١٥، ص ٨٨. وكذلك قضت المحكمة نفسها في قرار آخر له " فالذي يميز عقد المقاولة عن عقد العمل، هو أن المقاول لا يخضع لاشراف وتوجيه صاحب العمل، بل يعمل مستقلاً طبقاً لشروط العقد المبرم بينهما، أما في العمل فالعامل يخضع لإدارة صاحب العمل وإشرافه ولا يعمل مستقلاً عنه، بل يتلقى تعليماته وعليه أن ينفذها في حدود العقد المبرم بينهما فالمعيار هو خضوع العامل لإدارة صاحب العمل وإشرافه بموجب الفقرة (٢) من المادة (٩٠٠) من القانون المدني"

(٣٢) تعليمات تصنيف شركات المقاولات و المقاولين والادراج في القائمة السوداء رقم (١) لسنة ٢٠١٥، والتي اصدرت استنادا الى احكام المادة (١٣) من قانون وزارة التخطيط رقم (١٩) لسنة ٢٠٠٩.

(٣٣) الفقرة (سادسا) من المادة الخامسة من قانون التجارة العراقي رقم (٣٠) لسنة ١٩٨٤، وللتفصيل ينظر: د. طارق كاظم عجيل، مصدر سابق، ص٢٢١.

(٣٤) د. عبدالرزاق السنهوري، مصدر سابق، بند (٦٢)، ص ١١٠.

(٣٥) د. محمد لبيب شنب، مصدر سابق، ص ١٦٠. و د. سعيد مبارك و اخرون، مصدر سابق، ص ٤٣٩.

(٣٦) المادة (٨٨٢ /٢) مدني عراقي، (٤/٦٥١) مدني مصري، (٢/٦٨١) مدني كويتي. (١٧٩٧) مدني فرنسي. للتفصيل ينظر: د. حسن علي الذنون، المبسوط، مصدر سابق، ج٢، الخطأ، ص ٥٦٨.

(٣٧) د. عبدالرزاق السنهوري، مصدر سابق، ص ١٠٩، و كذلك د. محمد لبيب شنب، مصدر سابق، ص ١٥٧.

(٣٨) نقض مدني فرنسي، (٢٤) مارس سنة ١٩٦٥، ج. ك. ب. سنة ١٩٦٥-٢-١٤٤١٧- و تعليق لبيت فو- نقض مدني فرنسي ١٩٦١/٧/١٣، بولتان مدني سنة ١٩٦١-١-ق ٤٠٣ ص ٣١٨. مشار اليه لدى: د.محمد ناجي ياقوت، عقد المقاولة بوجه عام ومقاولة البناء بوجه خاص، النسر الذهبي، القاهرة، ١٩٩٧، ص ٨٦.

(٣٩) المادة (٣) من القانون الفرنسي رقم (٧٧-٢) في ٢/٣/ ١٩٧٧ بشأن الهندسة المعمارية (Loi n° 77-2 du 3 janvier 1977 sur l'architecture)، متاح على الموقع: (legifrance) على الربط التالي:
https://www.legifrance.gouv.fr/loda/id/JORFTEXT000000522423/، تاريخ آخر زيارة (٢٠٢٢/١٢/١)، وكذلك: سانت الاري، ص ٥٥٧. نقلا عن: محمد ناجي ياقوت، مصدر سابق، ص ٨٦-٨٧.

(٤٠)حيث جاء في المادة (١/٨٧١) من القانون المدني العراقي انه اذا اقتصر المهندس المعماري على وضع التصميم دون ان يكلف بالرقابة على التنفيذ، يكون مسؤولاً عن العيوب التي اتت من التصميم دون العيوب التي ترجع الى طريقة التنفيذ . ويقابلها المادة (١/٦٥٢) مدني مصري، والمادة (٦٩٣) مدني كويتي.

(٤١) د. محمد ناجي ياقوت، مصدر سابق، ص ٨٧ وهامشها، في تعليقه على نص المادة (٦٥٢) مدني مصري.

(٤٢) د. عدنان ابراهيم السرحان، مصدر سابق، ص ٧٢. و ينظر: د. كمال قاسم ثروت، مصدر سابق، ص ١١٩. د.عبدالرزاق حسين ياسين، مصدر سابق، ص ٤١٢.

(٤٣) د. عبدالرزاق حسين ياسين، مصدر سابق، ص ٤١٢.

(٤٤) د. كمال قاسم ثروت، مصدر سابق، ص ١١٩.

(٤٥) د. محمد شكري سرور، مصدر سابق، ص ٥، ود. محمد لبيب شنب، مصدر سابق، ص ١٥٧. د. جعفر الفضلي، الوجيز في العقود المدنية، البيع – الايجار – المقاولة، العاتك لصناعة الكتب، بغداد، ١٩٩٩، هامش ص ٤٠٠، ود. نبيلة رسلان، مصدر سابق، ص ١٢٦. وكذلك د. حميد لطيف الدليمي، مصدر سابق، ص ٨٧.

(٤٦) ويستند الفقه المصري من انصار هذا الاتجاه على نص المادتين (٥ و١٢) من قانون توجيه وتنظيم أعمال البناء المصري رقم (١٠٦) لسنة ١٩٧٦ الذي استخدم مصطلح مهندس نقابي متخصص والمهندس المدني، وكذلك المادة (٨)المعدلة منه بقانون رقم (٣٠) لسنة ١٩٨٣، والتي تخص وثيقة تأمين تغطي المسؤولية المدنية للمهندسين من دون تحديد او تخصيص بالمهندس المعماري. للتفصيل ينظر: د. نبيلة رسلان، مصدر سابق، ص ١٢٦-١٢٧.

(٤٧) د. عبدالرزاق السنهوري، مصدر سابق، ج٧، ص ١٠٩. ص ١٥٧.و مجلس الدولة الفرنسي، (٥) حزيران ١٨٩١. نقلا عن: د. كمال قاسم ثروت، مصدر سابق، ص ١١٨، و د. الياس ناصيف، عقد المقاولة، ط١، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت- لبنان، ٢٠٢٠.، ص ١٨٩.

(٤٨) ينظر: د. محمد ناجي ياقوت، مصدر سابق، ص ٩١ – ٩٢ و ٢١٢-٢١٣.

(٤٩) المادة (١/ سادساً) من قانون نقابة المهندسين العراقيين رقم (٥١) لسنة ١٩٧٩ المعدل.

(٥٠) المادة (١٣) من القانون نفسه.

(٥١) المادة (٤/٨) من النظام الداخلي لنقابة المهندسين العراقية رقم (١) لسنة ١٩٨٠ المعدل.

(٥٢) وقد جاء في المذكرة الايضاحية للقانون المدني الكويتي " ولا يشترط أن يكون مهندساً معمارياً، بل أن أي مهندس إنشائي أو ميكانيكي أو كهربائي أو مدني أو غيره، يكون ملتزماً بالضمان، إذا قام بمهمة من المهمات المشار اليها، وذلك في حدود العمل الذي قام به ". جمعية المحامين الكويتية، المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الكويتي، الكويت، ٢٠١٩، ص ٥٧٠. متاح على موقع جمعية المحامين الكويتية، على الرابط التالي: (https://kuwaitlawyers.com/)، تاريخ اخر زيارة : ٦-١-٢٠٢٣.

(٥٣) المادة (١٧٩٢) مدني فرنسي، وللتفصيل ينظر: ايمان طارق الشكري، نطاق الالتزام بضمان سلامة البناء- دراسة مقارنة -، مجلة جامعة بابل / العلوم الانسانية / المجلد ٢٠/ ع ٢ ، ٢٠١٢، ص ٢٧٤.

(٥٤) للتفصيل ينظر: د. محمد شكري سرور، مصدر سابق، ص ١٩٤، و ايمان طارق الشكري، مصدر سابق، ص ٢٧٥، وكذلك: د. محمد ناجي ياقوت، مصدر سابق، ص ٩٢، و احكام محكمة النقض الفرنسية مشار لديه في هامش الصفحة نفسها.

(٥٥) المادة (١٧٩٢-١) مدني فرنسي معدل.

(٥٦)فهنا تمكّن المشرع الفرنسي من غلق الباب امام العقود الصورية التي قد يلجأ اليها 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 تمكّن المشرع الفرنسي من بسط الحماية القانونية للمصلحة العامة وهي حماية المنشآت بصفة عامة، وكذلك حماية المصلحة الخاصة وهي المشتري . د. ابراهيم عنتر فتحي الحياني، ود. عامر عاشور عبدالله، مصدر سابق، ص ١٥، د. مسعود مروش، نطاق تطبيق احكام الضمان العشري في ظل القانون الجزائري والقانون الفرنسي، اطروحة دكتوراه، جامعة الجزائر، كلية الحقوق، ٢٠١٣-٢٠١٤، ص ٣٥، وكذلك د. محمد ناجي ياقوت، مصدر سابق، هامش ص ٩٣.

(٥٧) المادة (١٧٩٢-٤) مدني فرنسي معدل.

(٥٨) للتفصيل ينظر: ايمان طارق الشكري، مصدر سابق، ص ٢٧٦.

(٥٩) المادة (١٧٩٢-١) مدني فرنسي معدل.

(٦٠) المادة نفسها.

(٦١) المادة نفسها.

(٦٢) المادة (١٦٤٦-١) من القانون نفسه.

(٦٣) المادة (١٧٩٢-٤) من القانون نفسه.

(٦٤) المادة (١٧٩٢-٤-٢ و ١٧٩٢-٤-٣) من القانون نفسه.