الرقم الدولي : 2075-7220

الرقم الدولي العالمي : 2313-0377

مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية

مجلة علمية فصلية محكمة تصدر عن كلية القانون جامعة بابل

العدد الاول 2026 السنة الثامنة عشر

رقم الايداع في دار الكتب والوثائق ببغداد 1291 لسنة 2009

Print ISSN : 2075-7220

Online ISSN : 2313-0377

Al-Mouhaqiq Al-Hilly Journal For Legal and Political Science

Quarterly Refereed and Scientific Journal Issued By College of Law in Babylon University

First issue 2026 Eighteenth year

No. Deposit in the Archives office – office 1291 for the national Baghdad in 2009

هيئة تحرير المجلة

ت	الاسماء	الصفة	مكان العمل	الاختصاص العام	الاختصاص الدقيق
1	أ.د. فراس كريم شيعان	رئيس هيئة التحرير	كلية القانون / جامعة بابل	قانون خاص	قانون دولي خاص
2	م.د. هند فائز احمد	مدير هيئة التحرير	كلية القانون / جامعة بابل	قانون خاص	قانون دولي خاص
3	أ.د. اسراء محمد علي سالم	عضواً	كلية القانون / جامعة بابل	قانون عام	قانون جنائي
4	أ.د. اسماعيل صعصاع غيدان	عضواً	كلية القانون / جامعة بابل	قانون عام	قانون اداري
5	أ.د. حسون عبيد هجيج	عضواً	كلية القانون / جامعة بابل	قانون عام	قانون جنائي
6	أ.د. ضمير حسين ناصر	عضواً	كلية القانون / جامعة بابل	قانون خاص	قانون مدني
7	أ.د. وسن قاسم غني	عضواً	كلية القانون / جامعة بابل	قانون خاص	قانون مدني
8	أ.د. ذكرى محمد حسين	عضواً	كلية القانون / جامعة بابل	قانون خاص	قانون تجاري
9	أ.د. صادق محمد علي	عضواً	كلية القانون / جامعة بابل	قانون خاص	قانون اداري
10	أ.د. اسماعيل نعمة عبود	عضواً	كلية القانون / جامعة بابل	قانون عام	قانون جنائي
11	أ.م.د محمد جعفر هادي	عضواً	كلية القانون / جامعة بابل	قانون خاص	قانون مدني
12	أ.م.د. رفاه كريم كربل	عضواً	كلية القانون / جامعة بابل	قانون خاص	قانون اداري
13	أ.م.د. قحطان عدنان عزيز	عضواً	كلية القانون / جامعة بابل	قانون عام	قانون دولي
14	أ.م.د. ماهر محسن عبود	عضواً	كلية القانون / جامعة بابل	قانون خاص	قانون مدني
15	أ.م.د. اركان عباس حمزة	عضواً	كلية القانون / جامعة بابل	قانون عام	قانون دستوري
16	أ.د. مروان محمد محروس	عضواً	كلية الحقوق/جامعة البحرين	قانون	—
17	أ.د. مزهر جعفر عبد جاسم	عضواً	اكاديمية السلطان قابوس لعلوم الشرطة / عمان	قانون عام	قانون جنائي
18	أ.د. سهيل حدادين	عضواً	الجامعة الاردنية	قانون	—
19	أ.د. فتحي توفيق عبد الرحمن	عضواً	كلية القانون/جامعة البتراء	قانون	—
20	أ.م.د. منى محمد عباس عبود	مدقق اللغة الانجليزية	كلية التربية الاساسية / جامعة بابل	اللغة الانجليزية	—
21	م.د. احمد سالم عبيد	مدقق اللغة العربية	كلية القانون / جامعة بابل	اللغة العربية	—

ت	أسم الباحث	عنوان البحث	عدد الصفحات
1	أ.د. اسماعيل صعصاع غيدان الباحث كرار محمد فاضل	مفهوم الضبط الإداري في المؤسسات الاصلاحية	1 - 25
2	أ.د. حسين جبار النائلي الباحثة خنساء خالد عوده	دور القضاء الدستوري في حماية تمثيل النساء في البرلمان (دراسة مقارنة)	26 - 55
3	أ.د. نافع تكليف مجيد الباحثة زينب هادي جبر	جريمة تقديم معلومات إحصائية كاذبة إلى هيئة الإحصاء (دراسة مقارنة)	56 - 89
4	أ.د. نافع تكليف مجيد الباحث حسين عبد علي كاظم	رفض الشكوى (دراسة مقارنة)	90 - 119
5	أ.م.د.ليلى حنتوش ناجي الخالدي الباحثة رفاه صباح حمدان	حماية القضاء الدستوري لمبدأ تكافؤ الفرص في تولي الوظائف العامة	120 - 148
6	أ.م.د. ليلى حنتوش ناجي الخالدي الباحثة فاطمة حامد رطان	الضوابط المنظمة للعلاقة بين رئيس الدولة ورئيس مجلس الوزراء في مجال سحب الثقة وخلو المنصب	149 - 181
7	أ.م.د. عمار غالي عبد الكاظم	المسؤولية الجنائية عن الجرائم الوثائقية في عصر الذكاء الاصطناعي (قراءة في التشريع العراقي)	182 - 268
8	أ.م.د. باقر موسى سعيد	الآثار القانونية لاستخدام الوسائل التفجيرية المموهة في النزاعات المسلحة (تفجير أجهزة اللاسلكي في لبنان أنموذجًا)	269 - 300
9	م.د. كاظم خضير محمد	الاعتراض الإداري على قرار تقدير مبلغ ضريبة الدخل (دراسة في ضوء احكام قانون ضريبة الدخل العراقي رقم 113 لسنة 1982)	301 - 322
10	م.د. علي عبد الستار جواد	بطلان التوقيع الالكتروني	323 - 345
11	م.د. فراس مكي عبد نصار	الذكاء الاصطناعي والحقوق السياسية (قراءة في تأثيراته والسبل القانونية لمواجهة جرائمه)	346 - 377
12	م.د. صفا مظهر عبد الستار	العقوبات الاقتصادية كأداة للنفوذ السياسي في العلاقات الدولية	378 - 402
13	م.م. أيمن خليل شوكان الجبوري م.م. منتظر فلاح مرعي حسين	الضوابط الدستورية لحظر التطرف الفكري بين حماية المجتمع ومراعاة الحريات العامة	403 - 417
14	عمار عبد الحسين خسارة أ.د. سرمد عامر عباس	التمويل باعتباره أسلوب غير مباشر للتوريد	418 - 434
15	أ.م.د. لقاء مهدي سلمان	العدالة الانتقالية والتحول الديمقراطي في العراق بعد عام 2003	435 - 459
16	م.د. كوثر عهد محمد مجيد	عيوب الصياغة وأثرها في النص الجزائي (دراسة مقارنة)	460 - 494
17	م.د. نور فاضل مجيد	الذكاء الاصطناعي وأثرُهُ في القدرة على التَّنَبُّؤِ بالجريمة	495 - 521
18	م. محمد حمزة عويد الربيعي	جريمة الامتناع عن رعاية الصغير (دراسة مقارنة)	522 - 550
19	م.م. حيدر عبد الحسين حسن الجبوري	فلسفة المشرع في اعتبار الضمان العشري من النظام العام في عقد المقاولة (دراسة مقارنة)	551 - 588

أعداد

صبا مظهر السلامي

م.م. حنين مدين الهيتي

مجلة المحقق الحلي

للعلوم القانونية والسياسية

مجلة علمية فصلية محكمة تصدر عن كلية القانون بجامعة بابل

العدد الاول

السنة الثامنة عشر

2026

البريد الالكتروني

https://iasj.rdd.edu.iq/journals/journal/view/153

رقم الايداع في دار الكتب والوثائق ببغداد 1291 لسنة 2009

فلسفة المشرع في اعتبار الضمان العشري من النظام العام في عقد المقاولة (دراسة مقارنة)

م. م. حيدر عبد الحسين حسن الجبوري
جامعة القاسم الخضراء – كلية علوم البيئة – قسم البيئة
hader-1982@uoqasim.edu.iq

تاريخ استلام البحث: 2026/1/5 **تاريخ قبول النشر:2026/2/2** **تاريخ النشر:2026/3/30**

الملخص: يهدف بحثنا إلى توضيح الأسس الفكرية والقانونية التي دفعت مشرعو الدول بقوانينهم محل المقارنة إلى جعل احكام الضمان العشري من النظام العام التي لا يمكن مخالفتها، كما وتحليل فلسفة هذا التوجه في عقود البناء والتشييد من زاوية تعكس العلاقة فيما بين العدالة الوقائية وحماية المصلحة الخاصة والعامة .البحث تناول من خلال المنهج التحليلي المقارن الأساس الفلسفي لفكرة النظام العام وما لهذا الأخير من أثر في ضبط العلاقات العقدية، مستعرضاً من خلال فقرات البحث مراحل تطوره فيما بين مذهبين لكلُ منهما فكرةُ الخاص، وهما كلاً من المذهب الفردي والمذهب الإشتراكي من خلال توظيف كلاهما في مضمار المقاولات كوسيلة لحماية الأرواح والممتلكات، فضلاً عن تحقق الضمان والأمان من جانب متانة البناء .

الكلمات المفتاحية: الضمان العشري، المقاولة، النظام العام، المصلحة العامة، الإهمال والغش، دور الإرادة.

The legislator's philosophy in considering the ten-year guarantee as a matter of public order in construction contracts (A comparative study)

Asst. Lect. Haider Abdul Hussein Hassan A l- Jabouri
Environment Department, College of Environmental Sciences, Al-Qasim Green University, Babylon 51013, Iraq .

Abstract: This study aims to clarify the intellectual and legal foundations that prompted the legislators of the examined legal systems to classify the rules of the decennial liability as provisions of public order that may not be crontravened. It further analyzes the philosophy behind this legislative approach in construction contracts, through a perspective that reflects the relationship between preventive justice and the protection of both private and public interests .Using a comparative analytical method, the research examines the philosophical basis of the concept of public order and its impact on regulating contractual relationships.

Keywords: Decennial Liability, Construction Contract, Public Order, Public Interest, Negligence and Fraud, Autonomy of Will.

المقدمة

أولاً :- جوهر فكرة البحث

يُعنى هذا البحث بدراسة الفلسفة التشريعية التي قادت مشرعو الدول إلى إضفاء صفة النظام العام على أحكام الضمان العشري في عقد المقاولة، من خلال التحليل الدقيق للأبعاد القانونية والفكرية التي تحكم هذا التوجه، هذا البحث ينطلق من فرضية فحواها، هو أن الضمان العشري لم يُقر بالأساس كإلتزام تعاقدي خالص، بل أنه قد أُقر كإلتزام قانوني ذي أبعاد اجتماعية واخلاقية يتجاوز بمعناه الحقيقي إرادة أطراف العقد مهتماً بالدرجة الاساس سلامة المباني واستقرار العمران ومايرتبط بين كلاهما من مصالح ذات طابع عام أو خاص

ثانياً :- أهمية البحث

تتأصل اهمية البحث من اهمية الموضوع الذي يتناوله كونه أحد الضمانات القانونية في عقود البناء والتشييد لما لهذا المضمار من ارتباط وثيق بسلامة ارواح الناس وممتلكاتهم، فضلاً من أنهُ موضوع مرتبط ارتباطاً وثيقاً بالأمن الاجتماعي، كما تتجلى اهميته في ابراز الدور الوقائي للقانون وذلك من خلال تسليط الضوء على ما يُعرف بفكرة العدالة الوقائية، وإلى أي مدى يمكن تقييد مبدأ سلطان الإرادة حمايةً للمصلحة العامة .

يكتسب البحث من خلال دراسته المقارنة للتشريعات العراقية واللبنانية والفرنسية بُعداً علمياً بما يسهم في إثراء الفقه القانوني في هذا الأفق .

ثالثاً :- أهداف البحث

يهدف هذا البحث إلى تحقيق جملة من الاهداف، أولها ببيان الأُسس الفلسفية والقانونية لفكرة النظام العام ومدى علاقة تلك الأُسس بموضوع الضمان العشري في عقد المقاولة، وثاني تلك الاهداف هو

كشف الستار عن رغبة المشرع من اعتبار الضمان العشري من النظام العام كقاعدة آمرة لايحق لأطراف العقد من الاتفاق على خلافها، وثالثها تحليل تطور فكرة النظام العام فيما بين مذهبين مختلفين بأفكارهما، وهما كلاً من المذهب الفردي والمذهب الاشتراكي وما لكل مذهب منهما من اثر في العقود، ورابعها السعي بإجراء دراسة مقارنة لمواقف التشريعات محل بحثنا هذا بشأن طبيعة الضمان العشري فضلاً عما يتعلق بمدته والاثار المترتبة عليه، وأخيراً تسليط الضوء على حدود تدخل الإرادة العقدية في تعديل احكام الضمان العشري بما يشمله هذا الضمان من تشديد أو تخفيف أو حتى إعفاء .

رابعاً :- مشكلة البحث

تتمحور مشكلة البحث حول التساؤل الأساسي الآتي :

ماهو الأساس الذي اعتمده المشرع في اعتبار الضمان العشري بعقد المقاولة من قواعد النظام العام ؟ ثم مامدى مشروعية تقييد مبدأ سلطان الإرادة لأجل ذلك الضمان ؟ هل كان الهدف من هذا التقييد هو لتحقيق ما يُعرف بالمصلحة العامة، أم لتحقيق ما يُعرف بالمصلحة الخاصة، أم بهدف تحقيق كلاهما ؟

ثم ماهذا الحد الذي يمكن أن تصل إليه الإرادة العقدية في تعديل احكام الضمان العشري شريطة عدم الإخلال بالطبيعة الآمرة لهذا الأخير ؟

خامساً :- منهجية البحث

اعتمد الباحث في هذه الدراسة على المنهج التحليلي بوصفه إطاراً أساسياً لفحص النصوص القانونية ذات الصلة بالضمان العشري، وذلك من خلال تحليل مضامينها التشريعية واستجلاء أبعادها الفلسفية والغايات التي توخّاها المشرّع من إقرارها، وبموازاة ذلك، جرى توظيف المنهج المقارن لمقارنة موقف القانون المدني العراقي رقم (40) لسنة 1951 المعدل، بموقف كلاً من المشرّع المدني اللبناني في قانون الموجبات والعقود لسنة 1932، والمشرّع المدني الفرنسي في قانونه المعدل بموجب المرسوم (130)

Quarterly Refereed and Scientific Journal Issued By College of Law in Babylon University
Online ISSN:2075-7220 Print ISSN:2313-0377
https://iasj.rdd.edu.iq/journals/journal/view/153

لسنة 2016 ، بهدف إبراز اوجه التشابه والاختلاف بين تلك النظم القانونية في مجال تنظيمها للضمان العشري، فضلاً عن ذلك قد استعان الباحث بالفقه القانوني وأحكام القضاء ذات الصلة، بوصفها أدوات تفسيرية وتطبيقية مكملة، لتعميق التحليل وتعزيز نتائجه، وصولاً إلى استخلاص نتائج علمية دقيقة تتسم بالرصانة والمنهجية .

سادساً :- خطة البحث

تم تقسيم موضوع البحث إلى مبحثين اساسيين، المبحث الأول تضمن التأصيل القانوني لفكرة النظام العام ودور النصوص القانونية بتوثيقها بالضمان العشري، قُسِم هذا المبحث إلى مطلبين، المطلب الأول تضمن الاساس الفلسفي لفكرة النظام العام، في حين تضمن المطلب الثاني دور النصوص القانونية في ربط الضمان العشري بفكرة النظام العام .

في حين تضمن المبحث الثاني مبررات المشرع في اعتبار الضمان العشري من النظام العام وحدود تدخل الإرادة العقدية، وأيضاً هذا المبحث بدوره قُسِم إلى مطلبين، حيث تناول المطلب الاول مبررات ربط الضمان العشري بالنظام العام، في حين تضمن المطلب الثاني مدى جواز تدخل الإرادة في تعديل أحكام الضمان العشري، ويُختتم البحث بخاتمة تتضمن جملةً من النتائج التي توصل إليها الباحث، إلى جانب جملة من التوصيات التي طمح الأخذ بها بنظر الاعتبار .

المبحث الأول

التأصيل القانوني لفكرة النظام العام ودور النصوص القانونية بتوثيقها في الضمان العشري

إنَّ فكرة النظام العام التي نسعى ببحثنا لتوضيحها لم تاتي من الفراغ، بل هي الانعكاس المتولد من إرادة الجماعة حينما تسعى لحماية نفسها من تجاوز العلاقات الفردية، وبهذا المعنى يصبح التأصيل

القانوني لتلك الفكرة في الضمان العشري ماهو ألا قراءة فلسفية تسعى لوضع معيار الحماية فوق سلطان الاتفاقات الفردية، وبالوقت نفسه تُخضع حرية التعاقد لحدود العدالة ذات الطابع الوقائي بهدف جعل النص القانوني سنداً منيعاً بوجه كل ما يُهدد المصلحة العامة، أو ما يُعرض الأفراد بتعاقداتهم لضرر لا يمكن جبره .

وعليه فأن الهدف الأساسي من صياغة النصوص القانونية قديماً وحديثاً، هو لتحقيق العدالة ورسم الأفق الواسع لها مع وضع نوع من القواعد التي تضبط سلوكه داخل المجتمع، ليس بهدف رقي الفرد فحسب، بل برقي المجتمع ككل .

وأذا كانت ميزة تحقيق الرقي للمجتمع ككل، واستهداف العدل هي أحدى الميزات التي تشترك فيها جميع القواعد القانونية، ألا أن بالمقابل هنالك اتفاق من قبل الفقه والتشريع على أن هنالك نوعاً منها يوصف بصفة القواعد فوق العادية، تلك القواعد الأخيرة تسمو على كل القواعد الأُخرى كونها تُحقق نوعاً من العدالة والتي أُطِلق عليها بقواعد النظام العام، هذه الأخيرة ترتبط أرتباطاً وثيقاً بالمجتمع لكونها مأخوذة من مجمل القواعد المعبرة عن الأسس العُليا والقيم الكامنة في ضمير الجماعة، وهذا مايجعلها الركيزة الأساسية للمجتمع وحفظ كل ما يتعلق بثوابته بسبب ما لها من دور بالغ في تفسير القيم والاصول ذات الطابع السياسي والاجتماعي والديني، فضلاً عن القيم والأصول ذات الطابع الاقتصادي في صورة قواعد قانونية تتميز بالسمو وبأعلوية بالغة على القواعد التي توصف بأنها قواعد عادية، بهدف تحقيق الحماية الفاعلة التي تضمن عدم اختراقها من أي تهديد ومهما كان المصدر لذلك الأخير .

من اجل الإحاطة بعنوان المبحث اعلاه، ارتأينا أن نُقسم هذا الأخير إلى مطلبين، حيث سنتناول في المطلب الأول الأساس الفلسفي لفكرة النظام العام، في حين سنتناول في المطلب الثاني دور النصوص القانونية بتوثيق فكرة النظام العام بالضمان العشري .

المطلب الأول

الأساس الفلسفي لفكرة النظام العام

ظهر مصطلح النظام العام لأول مرة بحلول عام (1804 م) من خلال نص المادة (6) من نصوص المجموعة المدنية الفرنسية والتي أكدت على أن " كل اتفاق خاص مخالف للقوانين المتعلقة بالنظام العام والآداب، يكون باطلاً ولا يُعمل به "، وعلى أثر ذلك ساد الأعتقاد عند جانب من الفقه الفرنسي التقليدي، بأن الأرض الخصبة لأعمال فكرة النظام العام هو القانون العام، أما القانون الخاص، فأن أحد أهم الأهداف الأساسية للدولة وفقاً للمذهب الفردي هو حماية الحرية الفردية، فضلاً عن عدم الأعتراف بأي تقييد يحد من أفقها الواسع، لذا بقيت فكرة النظام العام في مجال القانون الخاص محدودة جداً، حتى برزت مشكلة التفاوت بين فئات المجتمع بسبب تلك الحرية المطلقة التي منحها مبدأ سلطان الإرادة للأفراد، ذلك المبدأ الذي ساد في القرن التاسع عشر وبداية القرن العشرين، حتى عُدّ ذلك تحدياً لرجال الفكر القانوني، إذا كيف يتسنى لرجل القانون، سواء أكان مشرعاً او فقيهاً او قاضياً، المحافظة على مبادئ الاطلاق في الحرية التعاقدية، والحقوق الفردية المعتبرة من الركائز والدعائم القانونية، وبين مقتضيات العدالة التي تستدعي العمل على إيجاد قدر من التوازن بين تلك الحريات والحقوق الفردية المطلقة، وبين المصالح الاجتماعية العامة والمشتركة لكل أفراد المجتمع، على نحو يمنع من استغلال الأقوياء للضعفاء، فهنا وجد رجال القانون ضالتهم في فكرة النظام العام التي استطاعوا من خلالها أن يضطلعوا بمهمة الحد من الإطلاق في الحرية التعاقدية والتخفيف من غلوائها .

وبذلك أرتأينا أن نُقسم هذا المطلب إلى فرعين، حيث نتناول في الفرع الأول فكرة النظام العام في ظل المذهب الفردي، في حين سنتناول في الفرع الثاني فكرة النظام العام في ظل المذهب الإشتراكي .

Quarterly Refereed and Scientific Journal Issued By College of Law in Babylon University
Online ISSN:2075-7220 Print ISSN:2313-0377
https://iasj.rdd.edu.iq/journals/journal/view/153

الفرع الأول

فكرة النظام العام في ظل المذهب الفردي

يُعد مطلع القرن التاسع عشر البزوغ المميز لنجم البرجوازية بمذهبها الفردي الحر الذي صاغ البناء القانوني على اصل من مفهوم فردي جعل الفرد هو القيمة العُليا في المجتمع وحريتهُ هي موضع القانون، وماله من حقوق هي لبنات ذلك الأخير، فأعظم ماتم تقديسه في ظل تلك المنظومة هو إطلاق ما يُعرف بالملكية الفردية فضلاً عن فتح الآفاق أمام طموح الأفراد فيما يتعلق بحرية التصرف والتعاقد لتتستقر فكرة الحق الفردي كحجر الأساس في هذا البنيان [1: ص15]

فالفرض الذي ساد في تلك الحقبة من الزمن قد قيد القانون من التدخل في حرية العمل الفردي وخصوصاً فيما يتعلق منه بالجانب الأقتصادي مدعياً بأن التطور الذي شهده المجتمع لم يتأتى من فراغ بقدر ما أنه قد جاء نتيجة الأنتقال من الوضع التشريعي إلى ما يُعرف بالوضع التعاقدي، فرمز المجتمع المتطور هي حرية التعاقد، وبذلك فأن الحفاظ على الحرية الفردية وحمايتها فضلاً عن مساندتها مع تقويض أي محاولة تسعى لتقييد تلك الحرية الفردية وخاصةً فيما يتعلق بجانبها الأقتصادي هي أبرز أهداف الدولة [2: ص 32]

وعليه فأن فكرة النظام العام قد صيغت فلسفياً في تلك الفترة على نحو يتناغم مع الأسس والقيم التي سعت إليها المنظومة الفلسفية للفكر الحر الفردي، مستندين بذلك على مبررات ترى بأن الحرية والنظام العام ماهما إلّا وجهان لعملة واحدة، ففكرة النظام العام لاتعدو أن تكون عندهم سوى تنظيم لحركة الإرادت الفردية في النطاق الجماعي، ذلك التنظيم يسعى لعدم تصادمها وتعارضها، فما هي إلّا أداة بنظرهم هدفها تنظيم الممارسة الحقوقية بما يُحقق نوعاً من التوازن الذي يسمح للتمتع بكامل الحريات على نحو المساواة في مضمار كليات الجماعة وأصولها ذات الطابع الفلسفي [3: ص 9]

Quarterly Refereed and Scientific Journal Issued By College of Law in Babylon University
Online ISSN:2075-7220 Print ISSN:2313-0377
https://iasj.rdd.edu.iq/journals/journal/view/153

وتأكيداً على المعنى أعلاه قد قيل "بأن لحماية الحرية يُقيد القانون الإرادة المتعسفة، وأن الحرية هي الهدف الأعلى للقانون، وكل نزول عن هذه الحرية يتطلب عذراً، والعذر الوحيد يكون في ضرورة حماية الحرية، والحرية المتضمنة احترام الآخرين تتضمن بالتالي النظام العام" [4: ص7]

ولما كان عمق الفلسفة الفردية لا يمنح الدولة حق التدخل إلا بكم قليل ومحدود، فأن ذلك التقييد بالمقابل قد أنعكس على فكرة النظام العام فجعل تطبيقها محدود المدى، إذ برز طابع الليبرالية في مجال العقود، بحيث أصبح للإرادة الدور البالغ بها، وهذا مايظهر جلياً من دور المشرع الذي قد يكون مغيب فيما يتعلق بالمجال الاقتصادي من خلال الحد من نشاط الأفراد، كحماية الطرف الضعيف في العقد، أو فيما يتعلق بتوزيع الثروة توزيعاً عادلاً، أو أن يتدخل فيما بين الأطراف المتعاقدة بهدف تحقيق المساواة الاقتصادية بينهم، اللهم إلا في حالات نادرة جداً كما في حالة تحديد السعر القانوني للفائدة[5: ص113]

وهكذا يتضح بأن فكرة النظام العام كان مجالها ضيق جداً في نطاق المذهب الفردي ولم تأخذ في سابق الزمن دورها البالغ الذي اخذته اليوم، لذا بات من المؤكد والضروري إعادة مفهوم الفكرة وجعلها تأخذ الدور الأمثل ليتحقق معها رغبات الواقع وهذا ما نجده قد بزغ نجمه في أفكار المذاهب الاشتراكية المشبعة بالأفكار الاجتماعية التي تهدف إلى تغليب المصلحة العامة للكل على مصلحة الأفراد لتحقيق اكبر قدر من التوازن، وعليه كانت فكرة النظام العام أمام تحدٍ آخر سنخوض في أفكاره أدناه .

الفرع الثاني

فكرة النظام العام في ظل المذهب الإشتراكي

إذا كانت الإرادة التعاقدية في ظل الفلسفة المُشبعة بروح الفردية قد بلغت قمّة الرواج والازدهار الذي يظهر جلياً من خلال تشددها الدائم على حرية الفرد في إبرام مايشاء من العقود[6: ص41]ألاّ أن التطور الأقتصادي قد أدى إلى اختلال التوازن العقدي، هذا الأختلال قد منح الأقوياء اقتصادياً، من استغلال الطرف المتعاقد الضعيف،وذلك من خلال إملاء شروطهم عليه وبالمقابل موافقته عليها تحت

ضغط حاجاتهِ المعيشية، وبذلك قد بدى العقد وكأنه تعبيراً عن إرادة واحدة وليس كما يُعرف بأنه تعبيراً عن إرادتين متطابقتين، هذا التطور بمجمله قد شكل هاجساً وتحدياً لدى رجال القانون في التوفيق بين احترام الحرية التعاقدية كونها مبدئاً قانونياً، وبين مقتضيات العدالة في التوازن العقدي وحماية الطرف الضعيف في العقد، ومن هذا المنطلق قد استعانوا بفكرة النظام العام بهدف الحد من حرية التعاقد وأستغلال ضعف الفرد الغير ملم بمجال العمل بقواعد ذات طبيعة آمرة لا يجوز مخالفتها، وأعتبار أي شرط تعسفي يُدرج في بنود العقد يُعتبر باطلاً حتى وأن قبِل بهِ الطرف الضعيف، فظهر الفكر الإشتراكي بنزعته الإجتماعية، هذا الأخير قد حدا بالسلطة إلى التدخل لضبط حركة الإرادة، خاصةً إرادة أصحاب المصالح من أبناء الطبقة البرجوازية التي تُعرف بأنها الطبقة المسيطرة على العملية الاقتصادية والسياسية، وذلك بإعادة بناء النظام الفردي بجملة من الأفكارالإجتماعية بهدف تحقيق المساواة فضلاً عن ضمان الحد الأدنى من المستوى المعيشي، مما يعني تزايد دور الدولة بالتدخل في الأنشطة الفردية والإجتماعية وتبني أفكار جديدة تمنع من استغلال الأطراف ذات النفوذ القوي للأطراف ذات النفوذ الضعيف حتى لا يتولد الإنفلات على كافة الأصعدة، مما يعني ذلك بمجله الرجوع لفكرة النظام العام[7: ص 807]

هذا وقد ساهم القضاء في تطبيق فكرة النظام العام كأداة قانونية هامة بهدف تحقيق الصالح العام وإعادة التوازن العقدي وبذلك أضحى النظام العام يتجسد شيئاً فشيئاً حتى اتسع مفهومه واصبح الدرع الحصين لحماية الجانب الضعيف في العقد، فضلاً من انه قد نظم نشاط الأفراد بهدف منع الأستغلال والأحتكار وتوزيع الثروات توزيعاً عادلاً، ومن هنا اتضح بأن الحرية الفردية لم تبقى حقاً طبيعياً كما تجسد في فكر اصحاب المذهب الفردي، بل أنها أضحت منحةً للفرد من قبل الجماعة بهدف تقييد الفرد بكل القيود التي تدرجها عليه الجماعة، كل ذلك من أجل تحقيق الصالح العام، الامر الذي أدى إلى إتساع نطاق القاعدة القانونية يتبعها تدخل الدولة المتزايد تحت غطاء فكرة النظام العام[8:ص35]

انقسم أنصار ذلك الفكر اعلاه إلى اتجاهين، اتجاه أول يدعو بكل قوة لإلغاء ما للفرد من كيان كونه لا يؤمن بما يُسمى بالملكية الفردية، في حين إن الاتجاه الآخر كان اتجاه معتدل لا يُهدد كيان الفرد مثلما ذهب إليه الاتجاه الأول، بل يحترم وجوده وملكيته لكن بشرط ان لا يتعارض جميع ماتم ذكره مع ما يُعرف بمصلحة الجماعة، وعليه فإن فكرة النظام العام اصبحت بظل الفكر الإشتراكي تضطلع بمهمة ضبط ماللإرادة من سلطان مطلق فضلاً عن خلق التوازن في أداء الحقوق، هذا وبرغم التطور الذي شهدته أوروبا، لكن بالمقابل نجد إن الإرادة الفردية وحريتها في التعاقد قد أضمحل بعدما كان له النطاق الأعظم في ظل النظام العام التقليدي، حيث ظهرت العديد من القواعد ذات الطابع الآمر والتي يُطلق عليها القواعد فوق العادية، تلك القواعد الأخيرة أوجدتها القوانين بهدف تحجيم نفوذ التصرفات الفردية وعمق غلولائها[9: ص60]

بعد الإنتهاء من تأصيل فكرة النظام العام في المطلب الأول، هُنا أصبح لزاماً علينا أن نوثّق النصوص القانونية التي تربط الضمان العشري بتلك الفكرة .

المطلب الثاني

دور النصوص القانونية بتوثيق فكرة النظام العام بالضمان العشري

النظام العام ليس كما يُعرف بأنه مبدأ قانوني يتسم بالجمود، بل هو مفهوم مرن يسبر في غور التشريع ليُحقق التوازن الخاص بالنسبة للفرد والتوازن العام بالنسبة للجماعة كل ذلك بهدف حماية واستقرار العلاقات القانونية من سطوة ما يُعرف بالإرادة المنفلتة، هذا وأن مشرعو الدول حينما تناولوا موضوع الضمان العشري في عقود البناء والتشييد، لم يتركو ذلك الضمان لنزوات المتعاقدين أو لأتفاقاتهم التي ستعود بالضرر على الواقع الذي يجب حمايته، بل أنهم قد احاطوا ذلك الضمان بجملة من النصوص ذات الطابع الآمر التي ترفض المساس بها أو التنازل عن صرامتها، لتغدو بهذا المعنى تجسيداً صارخاً لما

يُعرف بفكرة النظام العام في صورتها المُثلى، كما أن مشرعو الدول بفرضهم للضمان هو لرفع ذلك الأخير من كونه ألتزاماً تعاقدياً فيما بين طرفي العقد إلى مرتبة ما يُعرف بالإلتزام الاجتماعي الذي تتجاوز آثاره حدود العلاقة فيما بين صاحب العمل وكلاً من المهندس والمقاول، لتُطال المصلحة العامة التي تسعى لتحقيق الأمن في البناء وسلامة بني البشر، ومن هذا المنطلق جاءت النصوص القانونية ليس لتوضيح الحكم المترتب بمخالفة ذلك الضمان، بل لتوثيق ما يُعرف بفلسفة العدالة الوقائية أيضاً، معلنةً بأن فكرة النظام العام في موضوع الضمان العشري ليس شعاراً قانونياً، بل أنه عهداً تشريعياً يوازن فيما بين استقامة العمران وثقة المجتمع .

عليه أرتأينا أن نُقسم هذا المطلب إلى فرعين نتعرف من خلالهما على دور النصوص القانونية بتوثيق فكرة النظام العام بالضمان العشري، حيث سيكون الفرع الأول لموقف المشرع المدني العراقي، في حين سيكون الفرع الثاني لموقف المشرع المدني الفرنسي واللبناني .

الفرع الأول

في التشريع المدني العراقي

بالرجوع للأحكام المتعلقة بالضمان العشري، نجد بأن المشرع المدني العراقي قد أضفى المزيد من الحماية على رب العمل بوضع حداً لسلطان الإرادة في العقود التي تُنظم علاقته بالمقاولين والمهندسين، حيث نص على ضمان خاص في عقود البناء، هذا الضمان يترتب على عاتق كُلاً من المقاول والمهندس المعماري، وبمدة فرضها المشرع كأصل بعشر سنوات، حيث نصت المادة 870 / 1 من القانون المدني العراقي على أنه : " يضمن المهندس المعماري والمقاول ما يحدث خلال عشر سنوات من تهدم كلي او جزئي ....." [10]ثم يُكمل النص ذاته بعبارة : " على أن يكون باطلاً كل شرط يقصد بهِ الاعفاء أو الحد من هذا الضمان"[11]

Quarterly Refereed and Scientific Journal Issued By College of Law in Babylon University
Online ISSN:2075-7220 Print ISSN:2313-0377
https://iasj.rdd.edu.iq/journals/journal/view/153

وفقاً للنص القانوني اعلاه يتضح بأن مسؤولية المهندس والمقاول بالضمان يترتب عليها التزامًا آمرًا لا يجوز التلاعب بهِ سواء أكان ذلك التلاعب بشرط يعفي منه أو يحد من نطاقه كأصل، لكونه متعلق بالنظام العام، وهذا ما استقر عليه الفقه العراقي، حيث لا يُعتد بأي شرط يُضعف تلك الأحكام وبالتالي ينعكس هذا الشرط على الحماية المقررة للطبقة غير الملمة بأمور البناء، كما أن تلك الاحكام جاءت لحماية المصلحة العامة كي لا يؤدي تهدم البناء إلى الإضرار بالمجتمع[12: ص 146]

فالتهدم الذي يصيب البناء، سواء أكان تهدماً كلياً أم تهدماً جزئياً، فأنه سيوقع حوادث، وتلك الاخيرة ربما ستصيب العديد من أبناء المجتمع بأضرار، سواء أكان هؤلاء مستأجرين، أم مالكين، او جيران أو حتى الأشخاص المارين في الطريق العام وأصابهم ضرر بسبب التهدم، كما أن إنهيار المباني سينعكس أثره على واقع الأقتصاد الوطني ككل وهذا ما سنثبته لاحقاً في بحثنا .

لكن التساؤل الذي يرد في هذا الصدد، هل أن أصطلاح المهندس المعماري الذي أورده المشرع المدني العراقي بالنص يتفق مع مفهومه العلمي ؟

يرى جانب من الفقه والذي نتفق معه بأن اصطلاح المهندس المعماري في نصوص القانون المدني العراقي مخالف لمفهومه في الأصطلاح العلمي، فمن حيث الاصطلاح العلمي يُطلق على الشخص الذي حصل على شهادة البكالوريوس في الهندسة أو فنون قسم العمارة، أما الاصطلاح القانوني فيعني مختلف تخصصات المهندسين المساهمين في عمليات التشييد، وبالرغم من ان مهندسين من تخصصات مختلفة ومقاولين متعددين يسهمون في عملية تشييد البناء لصالح رب العمل، فأن مواد الضمان المعماري المعروف بالضمان العشري لا تنطبق ألا على من ارتبط منهم بعقد مقاولة مع صاحب العمل، ويرى بعض الفقه أن مهندس التربة والمهندس الإنشائي هم بحكم المهندس المعماري، لذا فإن لفظة المهندس المعماري التي اوردها المشرع العراقي لا تعني بالقطع المهندس المعماري الذي أعد التصاميم المعمارية للبناء، وإنما هي لفظة عامة أراد بها المشرع أن يشير بها إلى شمول مسؤولية الضمان المعماري لكل

مهندس متخصص عما قدمه من خدمة هندسية متخصصة أذا كانت خدمته قد تسببت او أسهمت بتهدم جزئي أو كلي للمنشآت والمباني الثابتة أو تسبب بعيوب تُهدد متانة البناء وسلامته، وبذلك فان لفظ المهندس المعماري الوارد في نصوص القانون المدني العراقي بالمواد (870 – 872) لا يعدو أن يكون اصطلاحاً قانونياً عاماً يستلزم تحديد دقيق عند التطبيق العلمي في تحديد المسؤولية التي تواجه مالك البناء بالضمان والشخص الثاني المسؤول وفق المادة (870) من القانون المدني العراقي وهو المقاول . [13: ص 86 – 87]

من خلال ما تقدم ذكره يتضح لنا بأن نص المادة (٨٧٠) لم يقتصر على تحديد مدة الضمان، وإنما ذلك النص قد أرسى فلسفة متكاملة ذات أبعاد قانونية وأقتصادية واجتماعية، فتلك الفلسفة تعكس الجانب الوقائي والاحترازي أكثر من كونها مجرد مسؤولية تعويضية، حيث أن المسؤولية المتمثلة بالضمان العشري والمترتب على عاتق كلاً من المهندس والمقاول لعقد من الزمن تدعوهما للتقيد بأعلى درجات الدقة والحيطة عند التنفيذ، فضلاً عن ذلك فأنها تمنعهم من اتباع الأساليب الكلاسيكية التي قد لاتضمن دوام البناء وبروز حداثته واللجوء لمراعاة أحدث الأساليب الفنية، السبب في ذلك التشدد، هو أن مسؤولية المهندس والمقاول ستبقى تُلاحقهما طوال فترة الضمان ولا تبرأ عنهما بمجرد تسليم البناء، وبوجهة نظرنا، نرى بأن نص المادة (870) من القانون المدني العراقي يفرض نوعاً من الرقابة الذاتية على العاملين في مجال الهندسة والمقاولات مما سيجعل هؤلاء الموما إليهم بالنص السابق، متسلحين بأدق مراحل الإلتزام بما يتعلق بمعايير الجودة والسلامة .

الفرع الثاني

في التشريع المدني الفرنسي واللبناني

عندما حدد المشرع المدني الفرنسي النصوص القانونية الخاصة بالبناء، فقد عمد بها إلى حماية الطرف الضعيف وخاصةً صاحب العمل أو المشروع من الاخطار التي تتركها العيوب الجسيمة والتي قد

تظهر بعد مرحلة إنجاز العمل، ففرض الضمان العشري، هذا الضمان لا يُعد مجرد اتفاق بين طرفي العقد فحسب، بل أنه إلتزام مؤكد بنصوص تشريعية تسمو فوق إرادة الأطراف، فالمشرع الفرنسي بفرضه للضمان قد أراد أن يُلزم المقاول والمهندس بجملة من الواجبات التي تمتد لعشر سنوات بعد استلام العمل المتفق عليه، بحيث تتحقق مسؤولية قانونية عن العيوب التي تخل بصلابة البناء والتي تجعل ذلك الأخير غير صالح للهدف المنشود منه، هذه الأسباب بمجملها جعلت الضمان العشري من النظام العام الذي لا يحق للأطراف من الاتفاق على استبعاده أو القيام بفرض شروط بهدف تقييده، هذا الأمر يأتي من اعتبار القانون لا يترك لمشيئة الأطراف التحكم بجميع الأمور التي تمس سلامة المنشآت التي تتعلق بالسلامة العامة فضلاً عن سلامة الأشخاص وحقوق الملاك، فبعد أن أكد المشرع الفرنسي في المادة (1792) من القانون المدني الفرنسي ضمان المقاولين والمهندسين المعماريين بعبارة : " أن كل معماري يتولى تشييد عمل، يكون مسؤولاً بقوة القانون قبل رب العمل أو من يكتسب ملكية العمل ..... " عاد في نص المادة (1792 / 5) من القانون ذاته بالتأكيد على أن : " كل شرط يتضمنه العقد، يكون من شأنه أن يستبعد أو يحد من المسؤولية المنصوص عليها بالمواد 1792، 1792 / 1، 1792 / 2 أو أن يستبعد أو يحد أيضاً من الضمان المنصوص عليه بالمادة (1792 / 3) يعتبر كأن لم يكن" .

وهذا ما يؤكد بأن احكام الضمان العشري في القانون المدني الفرنسي من النظام العام التي لا يمكن الاتفاق على مخالفتها [14:ص217]. لكونها لا تتعلق بحماية رب العمل فقط، بل أنها تتعلق بحماية المصلحة العامة ككل، وبذلك فأن تقرير المشرع الفرنسي للضمان يحمل وقاية وعلاجاً في آن واحد [15: ص280] وهذا ما يتفق مع النهج الذي سار عليه المشرع المدني العراقي .

أما بالنسبة للمشرع اللبناني، فقد أرسى هذا الأخير في المادة (668) من قانون الموجبات والعقود، قاعدة أساسية تتعلق بالمسؤولية الخاصة المترتبة على كلاً من المقاول والمهندس المعماري بما يترتب عليهم تجاه صاحب العمل من جانب، والمجتمع ككل من جانب آخر، تلك المسؤولية أطلق عليها

بالضمان الخاص، فبعدما جاء النص ليُقرر " أن المهندس أو مهندس البناء أو المقاول الذين يستخدمهم صاحب الأمر مباشرةً، يكونون مسؤولين في مدة السنوات الخمس التي تلي إتمام البناء أو المنشأ الآخر الذي أداروا أعماله أو أقاموا بها أذا تهدم ذلك البناء كله أو بعضه، أو تداعى بوجه واضح للسقوط من جراء نقص في اللوازم أو عيب في البناء أو في الأرض..... " [16] عاد المشرع اللبناني وأكد في المادة (669) من القانون ذاته، على أن " كل نص يرمي إلى نفي الضمان المنصوص عليه في المواد السابقة أو إلى تخفيضه، يكون باطلاً " [17]

فوفقاً للنصوص السابق ذكرها، يتضح بأن المشرع المدني اللبناني من جانب أول قد ألزم مباشرةً كلاً من المهندس أو مهندس البناء أو المقاول المرتبطين مع صاحب العمل بالمسؤولية عن اعمالهم، فيما أذا حصل نتيجة أعمالهم تهدم أو عيوب تصيب المباني أو المنشآت الثابتة لمدة خمس سنوات تبدأ من اللحظة التي تلي إنشاء البناء لما يترتب على ذلك الأخير من مخاطر تتمثل بالتهدم والتصدع تنعكس بأثارها على صاحب العمل فضلاً من إنعكاسها بالأثر على الغير[18:ص186]ومن الجانب الآخر وهو محل بحثنا، هو أنه قد جعل مسؤولية المهندس والمقاول بالضمان وفق المادة (669) ذات التزام آمر لا يجوز التلاعب بهِ، سواء أكان ذلك التلاعب بشرط يعفي منه أو يحد من نطاقه كأصل، لكونه متعلق بالنظام العام [19: ص215]

وبذلك يكون المشرع اللبناني قد اتفق مع مشرعو الغالب من الدول في جانب وأختلف معهم في جانب آخر، فمن حيث الأتفاق، هو أنه قد جعل قواعد الضمان في عقد المقاولة هي قواعد ذات طبيعة آمرة لا يجوز التلاعب بها إعفاءً أو تخفيفاً وهذا مايتفق مع موقف المشرع المدني العراقي والقانون المدني الفرنسي محل المقارنة، وأما من حيث الأختلاف، فأن القانون المدني اللبناني قد أخذ بقاعدة الضمان الزمني الأدنى، حيث حدد مدة الضمان بخمس سنوات وهذا ما يختلف عن النهج الذي سلكهُ المشرع المدني العراقي والمشرع المدني الفرنسي، بل ومع مسلك أغلب مشرعو الدول .

Quarterly Refereed and Scientific Journal Issued By College of Law in Babylon University
Online ISSN:2075-7220 Print ISSN:2313-0377
https://iasj.rdd.edu.iq/journals/journal/view/153

لا ننكر بأن المشرع المدني اللبناني بتحديده لمدة الضمان بخمس سنوات فقط قد راعى مصلحة المقاولين والمهندسين حتى لا تبقى مسؤوليتهم مفتوحة لفترة طويلة من الزمن وبالتالي ستُثقل كاهلهم قانونياً وأقتصادياً، إلا أن تلك المدة بوجهة نظرنا هي مدة قصيرة قد لا تكفي لإكتشاف العيوب التي تُهدد سلامة البناء، وخصوصاً أن الواقع قد أثبت بأن بعض العيوب الإنشائية لا تبرز إلا بعد مرور فترة طويلة من الزمن على الأستعمال .

المبحث الثاني

مبررات المشرع من ربط الضمان العشري بالنظام العام واستثناءات الإرادة في تعديل ذلك الضمان

لايخفى بأن المباني والمنشآت الثابتة هي رمز الاستقرار في الحياة، بل وأنها نقطة الإنطلاق للنشاط اليومي، لذا يُعد بنائها وعمليات تشييدها من قبيل الأعمال المعقدة لما تحتاجه من خبرات فنية ومؤهلات علمية، فأي عيب أو خلل يشوب تلك الأبنية والمنشآت سيعود على حياة الناس بالضرر وينعكس على سلامتهم وحجم استقرارهم، وهذا ما يحصل غالباً بتعرض المباني أو المنشآت في مرحلة التشييد أو بعد إكتمال هذا الأخير بوقت قصير إلى الإنهيار نتيجة الاهمال والتقصير من جانب القائمين عليها من مقاولين ومهندسين وفنيين ومختصين، فضلاً عن رغبة هؤلاء بتحقيق أكبر قدر من المكاسب دون الأخذ بنظر الاعتبار لأرواح الناس وسلامتهم وسلامة ممتلكاتهم، فمن الواجب الوقوف عند تلك الامور البالغة الأهمية قبل حدوثها، والتشدد في المسؤولية بما يضمن عدم تكرارها .

لذا كان فرض الضمان وجعله من النظام العام في عمليات البناء والتشييد هو الحل الأمثل، فالضمان ليس مجرد جزاء مدني يثقل كاهل المهندس والمقاول، أو يُطوقهما بإلتزامات إستثنائية، بل أنه آلية تشريعية تهدف إلى تسديد قطاع التشييد نحو غاية أسمى وهي حماية المجتمع بما يشمل ذلك من إحترام للأرواح والممتلكات العامة والخاصة، فالمباني والمنشآت الثابتة ليست سلعاً، بل أنها بيئات عمل وعيش وعلاج

وتعليم يترتب على إنهيارها أو اختلال متانتها جملة من الأعباء والخسائر التي تجاوز طرفي العقد لتمتد إلى دائرة اجتماعية اوسع .

ومن هذا المنطلق كان فرض الضمان كحالة نموذجية لإعادة توزيع المخاطر وإلزام ذوي الخبرة الفنية بعمليات التشييد بأسمى درجات العناية منعاً للأهمال والغش من جانب اول، ولتحقيق المصلحة العامة والخاصة من جانب ثانٍ بعد منع أي اتفاق يُضعف الحماية المفروضة قانوناً أو يُهمش حق المجتمع في سلامة البناء .

وفقاً لما تقدم ذكره، سوف نقوم بتقسيم هذا المبحث إلى مطلبين، حيث سنتناول في المطلب الأول مبررات المشرع من ربط االضمان العشري بالنظام العام، في حين سنتناول في المطلب الثاني ما للإرادة من إستثناء في تعديل ذلك الضمان .

المطلب الأول

مبررات المشرع من ربط الضمان العشري بالنظام العام

أن المتأمل في فلسفة الضمان العشري سيدرك بأن هذا الأخير لم يتم إدراجه من قبل مشرعي الدول عبثاً ضمن دائرة النظام العام، أو أنه لا يعدو غير تشدداً شكلياً، بل أنه انطلاقاً من وعيٍ عميق يؤكد بأن عمليات التشييد والبناء ليس ملكاً خاصاً فحسب، بل أنه الركيزة المُثلى لأستقرار العمران ، كما أنه عنصراً هاماً من عناصر الأمن الاجتماعي، فكل بناء يتعرض للإنهيار لا يسقط حجارة فقط، بل أنه سيجعل الثقة بين الإنسان ومحيطه بحالة من عدم الاستقرار، كما أنه سيُهدد الإطمئنان بمعناه العام الذي به تُشيد الحضارات وتُقام المدن، وعلى ضوء ذلك جاءت فكرة الضمان العشري التي توصف بأنها التزام ذو طابع اخلاقي قبل أن تكون فكرة ذات طابع قانوني، فمشرعو الدول يهدفون من وراءها وضع إرادة عُليا تسمو فوق إرادة جميع المتعاقدين، ألا وهي إرادة المجتمع ككُل بهدف حماية الأرواح والممتلكات .

فمجمل المبررات التي جعلت من الضمان العشري نظاماً عاماً لم تكُن إلا صرخةً لفكر التشريع مقابل وجه العبث والإهمال من قبل القائمين على اعمال البناء والتشييد، كما أنها إعلاناً يبرز مفهوماً فحواه بأن العدالة لا تكتفي بفرض الجزاء على الخطأ بعد تحققه، بل أنها تسعى إبتداءً إلى منعه قبل التحقق .

على ضوء ما تقدم ذكره، سوف نُقسم هذا المطلب إلى فرعين موضحين من خلالهما مبررات اعتبار الضمان العشري من النظام العام، حيث سيكون المبرر الأول هو لحماية المصلحة العامة والخاصة في فرع أول، في حين سيكون المبرر الثاني هو لمنع الاهمال والغش في فرعٍ ثانٍ .

الفرع الأول

حماية المصلحة العامة والخاصة

فكرة المصلحة العامة ظهرت كقرين لمبدأ المشروعية، حيث أنها ارتبطت بفكرة القانون منذ نشأته، حتى صاحبت قيام الدولة القانونية بمفهومها الحديث، لذلك كانت المنفعة العامة هي حجر الزاوية عند أنصار نظرية العقد الاجتماعي [20:ص44]

هذا وأن مشرعي الدول حينما أضفوا صفة النظام العام على أحكام الضمان العشري في عقد المقاولة، هذا الإضفاء لم يكُن إعتباطاً، بل أنه قد أستند بالأساس إلى عدة اعتبارات تتجاوز نطاق العلاقة العقدية فيما بين المهندس المعماري والمقاول من جانب، وبين كلاهما ورب العمل من جانب آخر، لتتصل اتصالاً وثيقاً بحماية المجتمع وتحقيق المصلحة العامة أكثر مما تتعلق برب العمل وحده، كل ذلك بهدف صون الأرواح والممتلكات من شبح الأخطار الناتج عن ظهور العيوب الجسيمة في ما تم تنفيذه من مباني ومنشآت، هذا الخطر قد يؤدي إلى إنهيار تلك المباني، أو أنه قد يُهدد المتانة التي رُسمت لها على نحو يُشكل خطراً بالغاً لا يقف عند شاغليها فقط، بل أنه قد يمتد على المارة الذين لاصلة لهم بالعقد [21: ص 8].

ومن هذا المنطلق يثبت الواقع بأن الضمان العشري ليس مجرد جزاء مدني يطوق المهندس المعماري بجملة من الالتزامات ذات الطابع الإستثنائي، أو أنه ارتباط يثقل كاهل المقاول، بل أنه أعمق من ذلك، فهو آلية مسلحة بالتشريع الذي يرسم لقطاع التشييد مساراً يأخذ بنظر الاعتبار حماية المجتمع بما يشمل سلامة ارواح الناس، فضلاً عن حماية المال العام من خلال استقرار العمران وسلامة البنى التحتية، فالمباني المتفق عليها والمنشآت الثابتة المخطط لها هي بيئات عيش وتعليم وعلاج وعمل، بأختلال تلك البيئات الاخيرة أو نهيارها ستترتب خسائر لا تقتصر على أطراف العقد فقط، بل تتعدى ذلك إلى أفق أجتماعي أوسع، لذلك كان فرض الضمان العشري في عقود المقاولات هو حالة نموذجية تجتمع من خلالها فلسفة النظام العام وقواعد القانون الخاص لتُعيد آلية توزيع المخاطر، كما تهدف لفرض أسمى درجات الرقابة على ذوي الخبرة الفنية، لتنتهي بالأخير لنتيجة مفادها منع أي اتفاق يُساهم بأضعاف الحماية او تهميش الحقوق المقررة قانوناً لحماية المصلحة العامة للمجتمع ككُل في سلامة البناء وتحقق متانته[22: ص 111]

هذا وأذا كانت المصلحة العامة هي الأساس الأسمى لهدف المشرع عند فرض الضمان العشري، لكن التوجه الحديث في الفقه القانوني، يؤكد على احترام المصلحة الخاصة، فلا يجب التعسف والتوجه نحو فكرة المصلحة العامة كمعيار للنظام العام وتناسي او أغفال ما للأفراد من مصالح خاصة من المفترض تحقق الحماية لها، وعليه فأن فكرة المصلحة العامة التي تستند عليها قواعد النظام العام بطابعه التقليدي لم تعد تقتصر على المسائل المرتبطة بتنظيم المصالح العامة والمشتركة للدولة والمجتمع بأسره فقط، بل أنها قد امتدت إلى المجال الاجتماعي والاقتصادي بعدما أصبحت الدولة ملتزمة بترقية الحياة الاجتماعية والاقتصادية للأفراد، فضلاً من تكفلها بحماية الفئات الضعيفة، فتطور المجتمع بميدانه الاجتماعي والاقتصادي دفع الدولة إلى ضرورة التدخل لحماية مصالح البعض من الفئات في المجتمع على الرغم من أن مصالحهم لاتهم المجتمع ككل، ألا انها قد اصبحت جديرة بالحماية نتيجة للتقدم الحاصل، وأهم صور

تلك الحماية تتمثل في تحديد مضمون العقد بقواعد قانونية ذات طابع آمر من قبل المشرع، ومن هنا نشأت فكرة الحماية الخاصة بالفئات الضعيفة في الروابط العقدية بهدف حماية مصلحة الطرف الضعيف وتحقيق التوازن بين العاقدين[23: ص 816 – 817]

وبالرغم من وجود اختلاف حول الحكمة من جعل الضمان العشري من النظام العام، فالفقه في الاراء اعلاه منهم من يرى بأن الهدف من فرضه هو لتحقيق المصلحة العامة، في حين يرى البعض الآخر منهم بأن الهدف منه هو لتحقيق المصلحة الخاصة، ألّا أننا نرى بأن الهدف يشمل كلاهما، فالمصلحة العامة لا يمكن أن تُجانب مصلحة الفرد، وكذلك مصلحة الفرد لا يمكن أن تتجاوز مصلحة المجتمع ككل .

الفرع الثاني

منع الأهمال والغش

حينما يوسم أي نص من نصوص القانون بأنه نصاً آمراً لما يتعلق فحواه بالنظام العام، فهذا دليل على أن المشرع لا يتأثر برغبة تُضعف أثره، فحماية الأرواح تتقدم على مصالح أصحاب الأعمال، فالمقاول لا يُقدم خدمة عابرة، بل يُنشئ واقعاً مادياً يختبرهُ الزمن والعوامل البيئية، والمهندس المعماري حينما يعد التصاميم فأنه لايبيع ورقة تصميم، بل أنه يضع أطاراً فنياً يؤثر على سلامة بشرٍ لسنوات طويلة أن لم يُراعى بهِ كل وسائل الدقة، لذلك فأن القانون قد حملهم ضماناً طويل الأمد لايُشترى ولا يُباع بشرطٍ معفي سداً لباب الإهمال والغش في العمل وبالتالي سينعكس هذا كله على حسن التصرف، والإرتقاء بالعمل الموكول لهم من فحص للتربة وإعداد للتصاميم الإنشائية الرصينة ومواكبة للحداثة في مجال العمران [24: ص142]

ففي ظل التطور الحاصل بمجال الهندسة العمرانية والتوجه المستمر من قبل الإنسان لتشييد مسكن مستقل يحفظ له آدميته كأحد الآمال العزيزة المنال لديه، اصبح انهيار المباني خلال عملية التشييد أو بعد اكتمال هذا الأخير بوقت قصير هو أحد الظواهر الملفتة للنظر، فضلاً من أن تلك الظواهر مدعاة لرثاء حقيقي

خاصةً في بعض الدول ذات الصروح السامقة والحضارات التي تتميز بعمرانها الشامخ كالعراق ومصر وفرنسا، فالواقع الذي نراه اليوم يثبت بأن تطور أساليب الفن المعماري التي اصبحت تُمكن من انجاز المباني الضخمة في وقت قصير وبخاصة بعد الاعتماد على الآلة كأساس في عملية البناء، وظهور أسلوب المباني سابقة التجهيز، وأن كان لها الدور الفعال في عمليات التشييد، لكن بالمقابل قد تكون السبب في تحقق حالات الانهيار، فمحترفي عملية المعمار من مقاولين ومهندسين يسعوّن أحياناً على سرعة انجاز المشروعات الموكلة إليهم بهدف التعاقد على غيرها، وبالتالي سينعكس أثر تلك السرعة في بعض الأحيان على حساب قوة البناء للتحمل ومدى متانته، كل ذلك يتأتى من عدة جوانب، الجانب الأول يتأتى نتيجة عدم الدقة في جانب تنفيذ الاعمال من قبل المقاول، أما الجانب الثاني يتأتى من جانب المهندس بسبب الاهمال في الملاحظة والاشراف على تلك الاعمال، هذا بطبيعة الحال – فضلاً عن الجانب الثالث المتمثل بإمكانية اللجوء إلى الغش والتحايل من قبل المقاول من خلال الإهمال في البناء والذي يتجلى في عدة صور، من تلك الصور هو عدم إجراء الفحوصات المطلوبة لمواد البناء، او عدم الإلتزام بما أُعد له من مخططات ومواصفات فنية، أو تراخيه من جانب الرقابة على أداء العمال والمراحل التنفيذية الأُخرى، او تقليل سماكات الأساسات أو الجدران، أو بتوفير كم غير لازم من تلك المواد الأساسية في عملية البناء بهدف تحقيق المزيد من الربح، كل ذلك قد يحدث بعلم المهندس المشرف على تنفيذ البناء المتفق عليه في بعض الأحيان، أو با لأقل يحدث ذلك الغش بأهماله على الاشراف [25: ص 7 – 8]

ومن هنا جاء الضمان العشري في عقد المقاولة كوسيلة مُثلى لإعادة هندسة عادلة للمخاطر في العمران، فهو بالأساس ليس عقوبة للمقاول أو المهندس المعماري، كما أنه ليس تحيزاً لرب العمل، بل وسيلة ردع لمنع تسليع السلامة بالغش والإهمال وبيعها في عقود مختلفة القدرة على تقييم المخاطر، كما أنه يسعى لخلق بيئة من الانضباط المهني في مجال المقاولات، وما على المقاولون والمهندسون إلا الإلتزام الصارم بقواعد السلامة تجنباً للمساءلة بحقهم، وبالتالي سيُساهم ذلك كله على رفع جودة المنشآت والأبنية، فضلاً

من انه سيُعزز الثقة في مجال النشاط العمراني ككل، ومن هنا يتبين بأن مشرعو الدول لم يبتدعوا الضمان إعتباطاً، بل أنهم قد صاغوا منظومة من خلاله تحمي المجتمع عبر مسارات متكاملة، أول تلك المسارات هو تحقق الردع الصارم للإهمال والغش الحاصل بسبب تفاوت الخبرات ما بين رب العمل وكلاً من المقاول والمهندس المعماري، وثانيهما هو زرع الثقة في صرامة القانون تجاه كل من يُحاول الغش بهدم القواعد الآمرة سعياً لتحقيق أكبر قدر من الربح على حساب الطرف الضعيف [26: ص2]

نستطيع القول بأن دور الضمان العشري في منع الإهمال والغش يتجلى بكونه السد المنيع أمام أي وسيلة للتقصير او التلاعب، كما أنه يزرع في نفس المقاول والمهندس شعوراً بالمسؤولية ذات الطبيعة المستمرة، بحيث لاينظرون إلى العمل المراد تنفيذه كعمل مؤقت ينتهي بالتسليم، بل كمنشأة يفترض أن تبقى قائمة لعشر سنوات حتى تُخلى مسؤوليتهم، كما أنه يُلفت أنتباههم بأن الضمان لاينتهي بأخذ الأجر، بل ينتهي بسلامة الأرواح بعد إنتهاء المدة المحددة قانوناً، لذا فأن كل وسائل الضغط السابق ذكرها هي أدوات ضغط نفسية وقانونية في نفس الوقت، تدفع الملتزمين إلى الإلتزام بأسمى مراتب النزاهة والدقة في عمليات التشييد .

المطلب الثاني

استثناءات الإرادة في تعديل احكام الضمان العشري

لايخفى ما للإرادة من سلطان في تكوين العقود وترتيب الآثار عليها، فضلاً عما لها من هيمنة على كثير من الروابط القانونية، سواء أكانت تلك الاخيرة تتحقق عند إلتقاء الإرادة بالإرادات الأُخرى، أم أنها غير عقدية كما لو ألزمت الإرادة صاحبها بصورة منفردة، فيلتزم هذا الشخص بمقتضاها وبنفس الوقت ينزل عما له من حقوق بموجبها، وأذا كان للإرادة هذا الحق البالغ والمميز، لكن لا يعني بأنه حقاً مطلقاً تماماً، فهنالك حدود قد رسمها القانون لحرية لإرادة قد راعى من خلالها عدة إعتبارات يتقدمها خاصية الحماية والرعاية لكي تتوازن الإرادة مع العدالة والاستقرار والصالح العام، لذا نجد أن القانون يبطل كلّ اثر للإرادة

Quarterly Refereed and Scientific Journal Issued By College of Law in Babylon University
Online ISSN:2075-7220 Print ISSN:2313-0377
https://iasj.rdd.edu.iq/journals/journal/view/153

فيما أذا تجاوزت ما مرسوم لها من حدود متمثلة بعدم خرق النصوص الآمرة التي تهدف لحماية المصالح الإجتماعية والأقتصادية، فضلاً عن المصالح السياسية، وبذلك يعتبر أي اتفاق يُخالف احكامها باطلاً لا أثر له، تلك النصوص هي التي أُطلق عليها بقواعد النظام العام .

بعد تلك المقدمة، وفيما يتعلق بموضوع الضمان العشري في عقد المقاولة، يُفترض منا معرفة مدى حرية الإرادة في تعديل احكام هذا الضمان سواء من حيث التشديد، أو التخفيف، أو حتى الإعفاء ؟ إبتداءً يحصل هذا التعديل، أم أنه يحصل بعد التهدم أو ظهور العيوب، هذا ما سنوضحه من خلال الفرعيين التاليين .

الفرع الأول

مدى حرية الإرادة في الاتفاق على تشديد المسؤولية

أذا كان الهدف الأساسي من تأكيد المشرع على جعل الضمان العشري من النظام العام هو لإرساء قاعدة عدم الأضرار بالمصالح، سواء أكانت تلك المصالح تخص الصالح العام، أم أنها تخص الأفراد فقط، أم أنها تخص كلاهما معاً، فضلاً عن منع حالات الغش التي تُرافق عمليات التشييد والبناء، فإن هذا التأكيد الذي يهدف للأستقرار سوف لايتنافى مع الرغبة بتشديد المسؤولية بضمان أكثر مما يُحدده المشرع كلما رأى رب العمل بأن الضمان المحدد قانوناً قد لا يُمثل الحد الكافي لكشف عيوب البناء[27:ص66] وعليه فليس هنالك مانع من صحة الاتفاقات التي تتجه لها الإرادة إبتداءً بهدف تشديد المسؤولية في جانب كلاً من المهندس المعماري والمقاول، فمثل تلك الاتفاقات تُعد اتفاقات مسموح بها طبقاً للقواعد العامة نفسها التي تُحتم المسؤولية، كما تكون صحتها من باب اولى فيما لو تعلق الأمر بكونها ترتبط بموضوع الضمان العشري أو الضمانات الخاصة بوجه عام، كل هذا يدخل تحت مبدأ أن تشييد المباني يتصل بالحفاظ على الثروة الوطنية، لذا من المفترض أن يكون هذا التشييد سليم وهذا ما يتفق مع روح النصوص القانونية

المنظمة لمسؤولية المشيدين في كلاً من فرنسا ومصر والتي تنطبق مع ما تذهب إليه نية واضعيها [28:ص317]

فمن الجائز لرب العمل الاتفاق مع المقاول او المهندس على زيادة مدة الضمان لأكثر من مدة العشر سنوات، أو أن يتحمل المقاول أو المهندس تبعة التهدم الناتج عن الحادث المفاجئ أو القوة القاهرة، أو أن يشمل الضمان حتى العيوب الظاهرة، وتنشأ الحاجة غالباً لمثل هذا التشدد من قبل صاحب العمل خصوصاً في المشاريع الكبيرة التي يكون عمرها الأفتراضي طويل نسبياً مثل الجسور والسدود الكبيرة والمصانع والمحطات النووية وغيرها من المنشآت المهمة، كما يجيز البعض الاتفاق على أن يكون المهندس ضامناً للمقاول، كذلك قضي في فرنسا بجواز ان يتعهد المقاول في العقد المبرم بينه وبين صاحب العمل بأن يتحمل وحده العبء المحتمل للمسؤولية العشرية بصفته في آن واحد مقاول ومهندس، وبأنه لا يمنع أن ينص شرط في العقد على ان تحل مسؤولية المقاول محل مسؤولية المهندس في خصوص العيوب التي تنسب لهذا الاخير خلال مدة المسؤولية العشرية [29: ص 151-152]

وبالرجوع لموقف المشرع المدني العراقي فأن المادة (870) يُستشف منها جواز الاتفاق على ضمان سلامة البناء لمدة أطول من عشر سنوات كأن تكون خمس عشرة سنة أو عشرين سنة.[30:ص280] أو الاتفاق على أن يتحمل المقاول تبعة التهدم الحاصل نتيجة الحادث المفاجئ أو القوة القاهرة، فضلاً عن جواز الاتفاق على الالتزام بتعويض كل الأضرار الناشئة من التهدم أو العيب ولو كانت لأسباب غير متوقعة [31:ص72]

أما في قانون الموجبات والعقود اللبناني، ففي الوقت الذي تقضي به المادة (669) ببطلان الشروط التي تسعى لإعفاء مهندس البناء من المسؤولية المترتبة عليه أو الحد منها، إلا بالمقابل نجد بأن الأمر يختلف فيما لو تعلق بتشديد المسؤولية، فإذا كان الهدف من جعل المسؤولية الخاصة مرتبطة بالنظام العام بهدف تعزيز الضمان لمتانة البناء بما يتجاوز مقتضيات القواعد العامة، فبالمقابل لا يوجد ما يمنع الإرادة إبتداءً

من الاتفاق على جعل المسؤولية المترتبة على مهندس البناء أشد من المسؤولية المنصوص عليها بحكم المادة (668) من قانون الموجبات والعقود اللبناني، إذ أن تحقق مثل تلك الاتفاقيات بجعل الضمان الخاص من النظام العام هو لحث مهندس البناء على بذل قصارى جهده، والتركيز على تحقيق أسمى درجات الحماية في عمله من أجل تحقيق متانة البناء وخلوه من العيوب التي تُهدد سلامته، بهدف استمراره على النحو المحدد قانوناً والمتفق عليه مسبقاً في بنود العقد، وهذا ماقضت به محكمة التمييز المدنية في احد قراراتها، " بأن المادة (669) من قانون الموجبات والعقود اللبناني التي تجعل باطلاً كل نص يرمي إلى نفي الضمان أو تخفيفه، لا تمنع تشديد الضمان أو تمديد مدته فيما لو كانت تلك المدة معينة بنص قانوني كنص المادة (668) من قانون الموجبات والعقود اللبناني" [32: ص134-135] كذلك من الجائز أن لا يقتصر الضمان على العيوب الخفية فقط، بل من حق رب العمل أن يُشدد من هذا الضمان ليشمل حتى العيوب الظاهرة، وكذلك ما يتحقق من ضرر بسبب القوة القاهرة، كما لصاحب العمل الحق بأضافة العديد من الشروط الأُخرى التي تتفق مع نصوص القانون والتي من شأنها توفير القدر الكافي له من الحماية[33:ص218]

وبذلك يتضح بأن موقف المشرع اللبناني في قانون الموجبات والعقود قد جاء مشابهاً بالفكرة لموقف المشرع المدني العراقي من حيث الجواز للإرادة العقدية من تشديد الضمان ومنها زيادة المدة كل ذلك إبتداءً، وهذا أن دل على شيء فحتماً سيدل على إدراك مشرعو الدول بأهمية المباني ومدى خطورتها على الفرد والمجتمع، كما أن الأهمال الذي يحصل في عمليات البناء سوف لا يؤدي بالضرر على المصلحة الخاصة فحسب، بل يمتد بالضرر على المصلحة العامة والمساس بأقتصاد الدولة ككل .

أما بالنسبة لموقف المشرع المدني الفرنسي، فأن المادة (1792 / 5) التي تنص على ان " يكون باطلاً كل شرط في العقد يكون من شأنه استبعاد المسؤولية او الحد منها والمنصوص عليها في المادة 1792، 1792 / 1 ، 1792 / 2 من القانون المدني، او استبعاد الضمانات المقررة بالمادة 1792 / 3 ، 1792

/ 6 من القانون المدني او التضييق من نطاقه او استبعاد التضامن او الحد منه والمقرر بنص المادة 1792 / 4 من القانون المدني" لم تؤكد بمفهوم المخالفة على منع الإرادة من تشديد الضمان العشري في فرنسا طالما ان العمل محل التشييد يتطلب ذلك تطبيقاً لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين، حيث من الجائز أن يشمل الضمان حتى العيوب الظاهرة، أو على ان يكون المهندس المعماري ضامناً للمقاول، أو على أن يتحمل المقاول أو المهندس مايترتب من تبعات الهلاك الناتجة بسبب الحادث المفاجئ او القوة القاهرة، وهذا مايؤكده الغالب من الفقه الفرنسي [34: ص 280]

وبذلك نصل إلى نتيجة تؤكد لنا بأن للإرادة دور في تشديد المسؤولية، حيث يحق لرب العمل أن يشترط تشديد تلك الأخيرة تجاه كلاً من المهندس والمقاول وإبتداءً بصورة أكثر مما تؤكد عليها نصوص القوانين، وهذا مانود أن نتاكد من تحققه بالنسبة للتخفيف والإعفاء من المسؤولية، فهل يحق للإرادة من تخفيف الإلتزام المترتب على المقاول والمهندس أو الاعفاء منه إبتداءً، أم أن ذلك الأمر غير متحقق في بداية الإلتزام، هذا ماسنسبر في غوره في الفرع الثاني من هذا المطلب .

الفرع الثاني

مدى حرية الإرادة في التخفيف والإعفاء من المسؤولية

أذا كان الاصل بأن العقد شريعة المتعاقدين، وأن طرفيه لهم الحرية في إدراج مايشاءون من الضمانات، كما لهم الحرية في التخفيف أو الإعفاء أو التشديد منها، إلا أن ذلك المبدأ يخرج منه ما يُقرره القانون من حماية لبعض جوانب الأنشطة التي يُشكل إنتهاكها مساساً بالمصلحة العامة أو الخاصة، فجعل لها المشرع في نصوصه القانونية حماية خاصة، كما بالمقابل نجد بأنه قد قرر بطلان أي اتفاق ينطوي على المساس بها [35: ص 145]

وبالرجوع لموقف المشرع المدني العراقي، نجد بأن المادة (870) منه بفقرتها الأولى قد حسمت هذا الموضوع حينما أكدت بالنص على أن " يكون باطلاً كل شرط يقصد به الإعفاء أو الحد من هذا الضمان

" فالمشرع هنا قد جعل المسؤولية العشرية للمهندس والمقاول لا يجوز التلاعب بها خلافاً لقواعد المسؤولية العقدية التي تقضي بجواز الاتفاق على تعديلها ألا ما ينشأ عن غش أو خطأ جسيم، ولعل هذا الأمر هو أحد الاسباب التي دفعت جانب من الفقه في فرنسا للذهاب إلى أننا امام مسؤولية قانونية [36: ص 488-489]

أن منع القانون من الاتفاق على الإعفاء من تلك المسؤولية المترتبة على المقاول والمهندس لم يكن إعتباطاً، بل بهدف حماية رب العمل الذي يجهل أصول وفن البناء من جانب أول، وحماية المصلحة العامة التي تهدف لحماية المباني من حالات التهدم والعيوب وبقائها بشكل جميل وبتصميم صحيح من جانب ثاني، لذا فأن النص قد جاء صريحاً في تحريم الاتفاقات التي تسعى للحد من تلك المسؤولية، فضلاً عن تحريم الاتفاقات التي تهدف للإعفاء منها، حيث اكد المشرع ببطلان كل اتفاق يقصد به حرمان رب العمل بصورة كلية من الرجوع على المقاول والمهندس فيما لو حصل التهدم أو ظهر العيب الموجب للضمان، كما أكد ببطلان الاتفاق الذي يقضي على اقتصار ضمان المقاول والمهندس على ماقد يحدث في البناء من تهدم كلي أو جزئي دون ضمان ما قد يظهر من عيوب تؤدي إلى النيل من متانته وسلامته، أو الاتفاق على أن يكون الضمان محدداً بعيب معين، أو أن رب العمل لا يحق له من الرجوع بالضمان ألا على شخص المقاول دون المهندس، كما منع من الاتفاق على انقاص مدة الضمان كأصل وذلك بجعلها أقل من المدة التي حددها المشرع العراقي بعشر سنوات، فمثل هذا الاتفاق يُعد حداً من الضمان ويبطل بصريح النص الذي أكده المشرع العراقي ألا في حالة ما إذا قصدا المتعاقدان أن تبقى تلك المباني أو المنشآت لمدة تقل عن عشر سنوات من الوقت الذي يتم به إتمام العمل وتسليمه، هذا ولا يكفي لصحة الاتفاق أو الشرط القاضي بتقليص مدة الضمان مجرد النص عليه في بنود عقد المقاولة، بل يجب أن يتبين من الغرض الذي قصده المتعاقدان بإقامة البناء، أنهما قد أرادا أن يبقى ذلك الأخير لمدة أقل من عشر سنوات[37 : ص 75]

أما بالنسبة لموقف المشرع المدني اللبناني في قانون الموجبات والعقود، فقد أكد بالمادة (669) منه صراحةً على أن " كل نص يرمي إلى نفي الضمان المنصوص عليه في المواد السابقة أو إلى تخفيفه يكون باطلاً " ويُفهم من هذا النص بأن ضمان المهندس أو المقاول، بخلاف الضمان بوجه عام الذي من الجائز الاتفاق على الإعفاء منه أو تخفيفه، لكون أن ضمان المقاول والمهندس هو ضمان خاص لاتسمح احكامه لطرفي العقد من الاتفاق على الإعفاء منها أو تخفيفها كما لو اشترط في العقد شرط ينص على إبراء ذمة المقاول أو المهندس من الضمان عن جميع العيوب الظاهرة والخفية بمجرد تسلم صاحب العمل للبناء، أو كما لو تم الأشتراط بأن تكون مدة الضمان فقط لمدة ثلاث سنوات، أو فيما لو تم الاتفاق على اقتصار الضمان على عيوب معينة دون أن يشمل باقي العيوب الاخرى، مثل تلك الشروط التي تعفي من الضمان أو تحد منه هي شروط باطلة لمخالفتها للنظام العام، وبالنتيجة يحق لرب العمل بالرغم من وجود تلك الشروط من الرجوع بالضمان الكامل عن التهدم وجميع العيوب الخفية على المقاول والمهندس لمدة الخمس سنوات التي حددها المشرع اللبناني في صريح النص، ولكن بما أن السبب الذي يبرر حماية رب العمل بإبطال الاتفاق على الإعفاء أو التخفيف من الضمان هو لقلة الخبرة الفنية التي يمتلكها في هذا المجال، لكن هنالك البعض من الفقه قد ذهب إلى القول بأن بطلان شرط الإعفاء من الضمان أو تخفيفه المنصوص عليهما قانوناً لا يعتبر من النظام العام فيما لو كان رب العمل على معرفة فنية بالعمل الهندسي الذي يؤديه المهندس، وبالتالي من الجائز الاتفاق على خلافه [38:ص215]

هذا وأذا كان من غير الجائز في القانون اللبناني من الاتفاق على الإعفاء أو التخفيف من الضمان السابق لأوانه، أي قبل تحققه وهذا ما يتفق مع موقف المشرع المدني العراقي [39: ص148] لكن بالمقابل لا يوجد ما يمنع قانوناً من الاتفاق على الإعفاء أو التخفيف من ذلك الضمان بعد تحققه، فحينها ستكون لرب العمل مطلق الحرية في التنازل عن الحق الثابت له، سواء أكان ذلك التنازل صريحاً أم ضمنياً، كما يجوز التنازل بهذا الصدد عن الضمان جزئياً بعد تحقق سببه، كما لو تهدم جزء من البناء وكان بالمقابل ثمة

عيب في باقي الأجزاء الأُخرى منه، فرجع رب العمل بالضمان فقط فيما يتعلق بحالة التهدم دون أن يرجع بالضمان فيما يتعلق بالعيب[40: ص217-218] وهذا ماذهب إليه المشرع المدني العراقي[41:ص 152]

أما بالنسبة للقانون المدني الفرنسي فلم يختلف بالحكم عن عدم الجواز للإرادة إبتداءً من الاتفاق على الإعفاء من الضمان أو تخفيفه، والدليل على ذلك نص المادة 1792 / 5 منه التي تؤكد على أن " كل شرط في العقد، يكون من شأنه استبعاد المسؤولية او الحد منها المنصوص عليها بالمادة 1792، 1792 / 1، 1792 / 2 من القانون المدني الفرنسي، أو استبعاد الضمانات المقررة بالمادة 1792 / 3 يعتبر كأن لم يكن" وهذا ما أكده الفقه الفرنسي فضلاً عما أشار إليه القضاء في فرنسا بأحكامه التي أكدت على أن مدة العشر سنوات هي مدة ثابتة لا يجوز الإنقاص منها[42: ص 368]

وبذلك يتضح بأن المشرع المدني الفرنسي قد حسم الأمر ببطلان الاتفاقات التي تعفي او تُخفف من الضمان العشري إبتداءً بطلاناً مطلقاً بموجب النص اعلاه، وذلك حمايةً لرب العمل الذي يجهل الأمور الفنية في جانب البناء وما سيصيب بناءه من اضرار بسبب العيب الحاصل في التصميم أو في طريقة التنفيذ.

أما بالنسبة لحالة الإعفاء من الضمان أو تخفيفه بعد تحقق التهدم أو ظهور العيب، فأن القانون المدني الفرنسي لايمنع إرادة رب العمل من النزول عن الحق المترتب له في التعويض عما أصابه من ضرر، ويرى البعض من الفقه الفرنسي بأن هذا النزول قد يتخذ شكلاً صريحاً أو ضمنياً، فالنزول الصريح كما لو اعطى رب العمل ورقة او مخالصة يبرئ بموجبها المقاول والمهندس مما قد ترتب بذمتهما من تعويض له، وأما النزول الضمني فيتحقق كما لو سكت رب العمل عن الرجوع بالتعويض على المقاول والمهندس لمدة طويلة مع اكتشافه للعيب وأقترن ذلك السكوت بجملة من الملابسات القاطعة التي تدل على أن رب العمل قد قصد بسكوته هذا النزول عما له من حق بالرجوع على كلاً من المقاول والمهندس

بالتعويض، أو بدفع رب العمل لباقي الأجر المترتب للمهندس أو المقاول دون أي تحفظ مع تحقق التهدم أو ظهور العيب.[43: ص 217]

الخاتمة

ضوء ما تقدم ذكره سنتطرق لأهم النتائج التي توصلنا لها، ثم ننتقل بعدها لذكر أدق التوصيات التي نطمح ان يأخذها المشرع بعين الإعتبار .

أولاً :- الاستنتاجات

1. توصل الباحث إلى نتيجة مفادها أن النظام العام تحول من حارس للقيم إلى منظم للوظائف الاجتماعية، حيث تُظهر لنا فلسفة الضمان العشري بأن النظام العام لم يعد إطاراً لحماية القيم الأخلاقية والسياسية فقط، بل أنه قد أصبح أداةً لتنظيم الوظائف الاجتماعية الحيوية، وفي مقدمة ذلك هي وظيفة البناء بأعتبار أن تلك الاخيرة كنشاط يتوقف عليه سلامة العمران واستمرارية الثقة فيما بين الإنسان والحيز الذي يعيش فيه .

2. توصل الباحث لنتيجة مفادها، أن المشرع حينما فرض الضمان العشري وجعل احكامه مرتبطة بالنظام العام، لم يفرضه إعتباطاً، بل كان القصد من وراء ذلك هو لتحقيق هدفين، الهدف الأول يتجسد بتحقيق المصلحة الفردية التي أهتم المشرع بها ووضع النصوص القانونية التي تحميها، والهدف الثاني يتجسد بتحقيق المصلحة العامة المتعلقة بالأقتصاد الوطني ككل وعدم طغيان الإراة الفردية عليها .

3. توصل الباحث إلى أن الدور الممنوح للإرادة إبتداءً في تعديل الشروط العقدية يختلف بأختلاف نوع التعديل، فالبنسبة للتشديد، رأينا بأن مشرعو الدول ومنهم المشرع المدني العراقي والمشرع المدني اللبناني والمشرع المدني الفرنسي لم يمنعا من تشديد نطاق المسؤولية إبتداءً، لكن بالمقابل لم يسمحا بالتخفيف منها إبتداءً ماعدا حالة فيما لو كانت المنشآت المعدة للبناء قد قصدا المتعاقدان أن تبقى لمدة أقل من المدة

المقررة للضمان قانوناً مع تحقق مايثبت ذلك، أما حالة الإعفاء من المسؤولية فغير جائز إبتداءً، لكن لو حصل التهدم أو ظهر العيب وعلم رب العمل بذلك ومع هذا تنازل عن حقه، فلا أشكال في ذلك .

ثانياً :- المقترحات

1. نقترح على المشرع العراقي أن يكون لفظ المهندس لفظاً مطلقاً، بحيث لا يُحدد نطاقه بمصطلح المهندس المعماري فقط، ليشمل الأشخاص المسؤولين في عمليات البناء والتشييد وفق أحكام المسؤولية الخاصة من مهندس ميكانيكي ومدني وكهربائي ومصمم .
2. نقترح أن يكون هنالك إهتمام من قبل دوائر البلديات والتخطيط العمراني في كل محافظة من محافظات وطننا العراق بمراقبة عمليات البناء وذلك من خلال تنسيب مجموعة من المهندسيين بهدف الإشراف على مراحل البناء فضلاً عن مراقبة مدى التزام كلاً من المقاول والمهندس ورب العمل بالمخططات الإنشائية حتى لا يكون هُنالك خرقاً قانونياً ينعكس بأثره على الواقع الخاص والعام .
3. نقترح أن يُراعى عند تطبيق احكام الضمان العشري، حجم وخطورة الأثر الاجتماعي للمنشأة (مستشفى، جسر، مدرسة .... الخ)، بحيث يُشدد الضمان كلما زادت خطورة الوظيفة الاجتماعية للمبنى.

قائمة المصادر

1. د . مصطفى محمد الجمال، تجديد النظرية العامة للقانون، دار الفتح للطباعة والنشر، مصر، 2002.
2. د . أحمد عبد الحميد أمين ، دور فكرة النظام العام في حماية مشروعية العقد والطرف الضعيف ، ط 1، المكتب العربي للنشر، 2023 .
3. محمد عصفور، وقاية النظام الاجتماعي بأعتباره قيداً على الحريات العامة، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى مجلس كلية الحقوق – جامعة القاهرة ، 1961 .
4. محمد العيد الغريب، النظام العام في العقود المدنية ومدى الحماية التي يكفلها له القانون الجنائي في مجال الانعقاد والتنفيذ، بلا دار نشر، 2005 .

5. وديع فرج، الاتجاهات الحديثة في العقد، بحث منشور في مجلة الأقتصاد، السنة الخامسة عشر، العدد 1 .
6. د . عمار كريم الفتلاوي، واثق كاظم جفات الإبراهيمي، دور المبادئ التوجيهية للعقد في الجوهر التعاقدي، دراسة مقارنة، دروب المعرفة للنشر والتوزيع، 2024 .
7. د . عبد الكريم يوسف عبد الحق القاضي، تطور فكرة النظام العام لحماية الطرف الضعيف في العقد وتطبيقاتها في القانون المدني اليمني، دراسة مقارنة، بحث منشور في مجلة العلوم التربوية والدراسات الإنسانية، اليمن، العدد 43، 2024 .
8. د . أحمد عبد الحميد أمين، دور فكرة النظام العام في حماية مشروعية العقد والطرف الضعيف، ط 1، المكتب العربي للنشر، 2023 .
9. د . عبد المنعم فرج الصدة، مبادئ القانون، دار النهضة العربية، بيروت، 1977 .
10. يُطابق هذا النص، نصوص المواد الآتية : المادة 617 من القانون المدني السويسري، والمادة 650 من القانون المدني الليبي، والمادة 554 من القانون المدني الجزائري، ويتطابق معه الفصل 769 من قانون الإلتزامات والعقود المغربي .
11. تُقابل تلك المادة، المواد : 653 من القانون المدني المصري، ونص المادة 619 من القانون المدني السوري، ونص المادة 652 من القانون المدني الليبي، ونص المادة 790 من القانون المدني الأردني، ونص المادة 882 من قانون المعاملات المدنية الإماراتي، ونص المادة 556 من القانون المدني الجزائري .
12. د . حميد لطيف الدليمي، المسؤولية الجنائية الناتجة عن عقود التشييد، ط 1، دار وائل للنشر، 2015.
13. د . حميد لطيف الدليمي، المسؤولية الجنائية الناتجة عن عقود التشييد، ط 1، دار وائل للنشر، 2015 .
14. د . طارق كاظم عجيل، الوسيط في عقد المقاولة، ط 1، دار السنهوري للنشر، لبنان، 2016 .
15. مسعودة مروش، نطاق تطبيق احكام الضمان العشري في ظل القانون الجزائري والقانون الفرنسي، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2013 – 2014 .
16. يُطابق هذا النص، الفصل 876 من مجلة الالتزامات والعقود التونسية، حيث يجعل مدة الضمان خمس سنوات كما هو الحال في قانون الموجبات والعقود اللبناني .

17. هذا النص أيضاً جاء مطابقاً لنصوص المواد : 653 من القانون المدني المصري، ونص المادة 619 من القانون المدني السوري، ونص المادة 652 من القانون المدني الليبي، ونص المادة 790 من القانون المدني الأردني، ونص المادة 882 من قانون المعاملات المدنية الإماراتي، ونص المادة 556 من القانون المدني الجزائري .

18. د . الياس ناصيف، عقد المقاولة، ط 1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2020 .

19. د . الياس ناصيف، عقد المقاولة، ط 1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2020 .

20. عليان عدة، فكرة النظام العام وحرية التعاقد، إطروحة دكتوراه مقدمة إلى جامعة أبو بكر بلقايد – كلية الحقوق والعلوم السياسية في الجزائر، 2015 – 2016 .

21. د . محمد شكري سرور، مسؤولية مهندسي ومقاولي البناء والمنشآت الثابتة، دراسة مقارنة في القانون المدني المصري والقانون المدني الفرنسي، دار الفكر العربي، القاهرة، 1985 .

22. رمضان محمد رمضان باكورة، المسؤولية المدنية عن تهدم البناء، رسيالة ماجستير مقدمة إلى مجلس كلية الحقوق – جامعة المنصورة، 2016 .

23. د . عبد الكريم يوسف عبد الحق القاضي، تطور فكرة النظام العام لحماية الطرف الضعيف في العقد وتطبيقاتها في القانون المدني اليمني، بحث منشور في مجلة العلوم التربوية والدراسات الإنسانية، العدد (43) لسنة 2024 .

24. د . محمد حسين منصور، المسؤولية المعمارية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، بلا سنة طبع .

25. د . محمد شكري سرور، مسؤولية مهندسي ومقاولي البناء والمنشآت الثابتة، دراسة مقارنة في القانون المدني المصري والقانون المدني الفرنسي، دار الفكر العربي، القاهرة، 1985 .

26. موهوبي فتيحة، الضمان العشري للمهندس المعماري ومقاول البناء، رسالة ماجستير مقدمة إلى مجلس كلية الحقوق بن عكنون – الجزائر، 2006 – 2007 .

27. فريال خليل أبو سرحان، مدى ضمان المقاول والمهندس المعماري في مقاولات الأبنية، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية الحقوق – جامعة مؤتة، 2007 .

28. د. محمد شكري سرور، مسؤولية مقاولي ومهندسي البناء، دراسة مقارنة في القانون المدني المصري والقانون المدني الفرنسي، دار الفكر العربي، القاهرة، 1985 .

29. د . حميد لطيف الدليمي، المسؤولية الجنائية الناتجة عن عقود التشييد، ط 1، دار وائل للنشر، 2015 .

30. د . طارق كاظم عجيل، الوسيط في عقد المقاولة، ط 1، دار السنهوري للنشر، لبنان، 2016 .

31. محمد عدنان باقر الجبوري، الالتزام بالضمان في عقد المقاولة، رسالة ماجستير مقدمة إلى مجلس كلية القانون، جامعة بابل، 2007 .

32. د . حسن عبد الرحمن معمر، مسؤولية مهندس البناء وفقاً لقواعد الضمان الخاص، بحث منشور في مجلة الحقوق والعلوم السياسية، عدد 43 ، 1 – 2 ، لسنة 2025 .

33. د . الياس ناصيف، عقدُ المقاولة، ط 1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2020 .

34. كمال بوحمار، الضمان العشري، رسالة ماجستير مقدمة إلى جامعة العربي بن مهدي ، ام البواقي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، الجزائر، 2013 – 2014 .

35. د . حميد لطيف الدليمي، المسؤولية الجنائية الناتجة عن عقود التشييد، ط 1، دار وائل للنشر، 2015 .

36. د . طارق كاظم عجيل، الوسيط في عقد المقاولة، ط 1، دار السنهوري للنشر، لبنان، 2016 .

37. ربياز اردلان بكر الحويزي، أحكام الضمان العشري في القانون المدني العراقي، بحث منشور في مجلة يوليتكنيك للعلوم الإنسانية والإجتماعية، المجلد (5)، العدد (1)، 2024 .

38. د . الياس ناصيف، عقدُ المقاولة، ط 1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2020 .

39. د . حميد لطيف الدليمي، المسؤولية الجنائية الناتجة عن عقود التشييد، ط 1، دار وائل للنشر، 2015 .

40. د . الياس ناصيف، عقدُ المقاولة، ط 1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2020 .

41. حميد لطيف الدليمي، المسؤولية الجنائية الناتجة عن عقود التشييد، ط 1، دار وائل للنشر، 2015 .

42. زقان نبيل، في عدم جواز الاتفاقات المعفية من الضمان العشري، بحث منشور في المجلة الاكاديمية للبحث القانوني، مجلد (11)، العدد (1)، 2020 .

43. د . محمد جابر الدوري، مسؤولية المقاول والمهندس في مقاولات البناء والمنشآت الثابتة بعد انجاز العمل وتسليمه، بلا دار نشر، بلا سنة طبع .