مجلة الكوفة للعلوم القانونية والسياسية

ISSN

20709838 (مطبوع)30067677 (إلكتروني)

العدد الأول / المجلد الثامن عشر

تاريخ النشر/ 2026/3/20

الضمان العشري في عقد بيع عقار المجمعات السكنية

- دراسة تحليلية نقدية في القانون المدني العراقي –

م. د. حيدر هادي عبد الخزاعي
جامعة الفرات الاوسط التقنية
hayder.hadi@atu.edu.iq
م. د. اسامة شهاب حمد الجعفري
جامعة الفرات الاوسط التقنية
ausama.shehab.inj@atu.edu.iq

المستخلص:

يفكك هذا البحث التناقض القائم بين النص القانوني والواقع العملي في نطاق تطبيق الضمان العشري، إذ ان المشرع العراقي قد حصر صراحة تطبيق هذا الضمان بعقد المقاولة ، وذلك بموجب المادة (870) من القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951، حينما اعتبره من الآثار القانونية المترتبة على هذا العقد دون غيره , غير ان التطور العمراني الذي شهده العراق افرز انماطا تعاقدية مستحدثة في مجال الانشاء ، ولا سيما في مشاريع المجمعات السكنية، حيث يكون بائع الوحدة السكنية هو ذاته الباني الفعلي لها، فيتولى انشاءها ثم بيعها الى المستهلك العقاري.

ويترتب على هذا التطور نشوء وضع قانوني يختلف عن التصور التقليدي الذي أنبنى عليه تنظيم الضمان العشري، ذلك ان المستهلك العقاري غالبا ما يفتقر الى الخبرة الفنية والقدرة التقنية اللازمة لكشف العيوب الخطيرة التي تهدد متانة البناء او سلامته , ومع ذلك، فان التكييف الشكلي للعلاقة على انها عقد بيع يؤدي الى استبعاد تطبيق الضمان العشري، بما يفضي من الناحية العملية الى افلات البائع الباني من المسؤولية الخاصة المقررة لضمان سلامة البناء لمدة عشر سنوات من تاريخ الاستلام.

ومن ثم يتجسد التناقض بين قانون يقف عند حدود التكييف التقليدي للعقود، وواقع انشائي مستحدث يفرز صورا تعاقدية مركبة تتجاوز ذلك التصنيف , وقد ادى هذا التناقض الى قطيعة بين التنظيم القانوني ومتطلبات الحماية الفعلية للمستهلك العقاري، الامر الذي يقتضي معالجة تفسيرية لا تشريعية، تقوم على اعادة قراءة النصوص القائمة في ضوء اهدافها ووظيفتها الاجتماعية.

وفي هذا السياق، يقترح البحث معالجة هذا الاشكال من خلال محورين متكاملين: الاول يتمثل في اعادة تكييف عقد بيع الوحدات السكنية في المجمعات السكنية متى كان البائع هو ذاته القائم بالبناء، بحيث ينظر الى العقد بوصفه يتضمن عنصرا انشائيا جوهريا يبرر اخضاعه لاحكام الضمان العشري , اما المحور الثاني فيقوم على تبني فهم وظيفي للضمان العشري، ينصرف الى غايته المتمثلة في حماية سلامة البناء واستقرار المعاملات ، بصرف النظر عن الوصف الشكلي للعقد.

وبذلك يمكن اخضاع بائع عقار المجمع السكني لاحكام الضمان العشري متى ثبت انه الباني الفعلي، دون حاجة الى تدخل تشريعي جديد، من خلال توظيف اليات التفسير القانوني بما يحقق الانسجام بين النص والواقع ويعيد التواصل بينهما في اطار من الاتساق والعدالة.

Abstract:

This research examines the contradiction between the legal text and practical reality in the application of the ten-year guarantee, as the Iraqi legislature has explicitly limited the application of this guarantee to construction contracts, pursuant to Article 870 of Iraqi Civil Law No. 40 of 1951, when it considered it to be one of the legal effects of this contract and no other. However, the urban development that Iraq has witnessed has given rise to new types of contracts in the field of construction, particularly in residential complex projects, where the seller of the residential unit is the actual builder, who constructs it and then sells it to the real estate consumer.

This development has given rise to a legal situation that differs from the traditional concept on which the ten-year warranty is based, as real estate consumers often lack the technical expertise and technical ability necessary to detect serious defects that threaten the durability or safety of the building. However, the formal adaptation of the relationship as a sales contract leads to the exclusion of the application of the ten-year warranty, which in practice leads to the seller-builder escaping the specific responsibility established to guarantee the safety of the building for a period of ten years from the date of delivery.

This creates a contradiction between a law that is limited to the traditional classification of contracts and a new construction reality that produces complex contractual forms that go beyond that classification. This contradiction has led to a disconnect between legal regulation and the requirements for effective protection of real estate consumers, which requires an interpretive rather than a legislative solution based on a re-reading of existing texts in light of their objectives and social function.

In this context, the research proposed addressing this issue through two complementary approaches: The first is to readjust the contract for the sale of residential units in housing complexes when the seller is also the builder, so that the contract is considered to include a fundamental constructive element that justifies its subjection to the provisions of the ten-year warranty. The second axis is based on adopting a functional understanding of the ten-year warranty, which focuses on its purpose of protecting the safety of the building and the stability of transactions, regardless of the formal description of the contract.

Thus, the seller of a residential complex can be subject to the provisions of the ten-year warranty when it is proven that he is the actual builder, without the need for new legislative intervention, by employing legal interpretation mechanisms that achieve harmony between the text and reality and restore communication between them within a framework of consistency and justice.

المقدمة: تقليدياً, وجد الضمان العشري في عقد المقاولة لضمان سلامة البناء ملتزماً به كل من المهندس والمقاول لصالح رب العمل لمدة عشر سنواتوتعد هذه هي الصورة التقليدية والمتعارف عليها في نطاق العلاقات التعاقدية، اذ ارتبط الضمان العشري تاريخياً وعملياً بوجود عقد المقاولة، باعتباره الاطار القانوني الذي ينشأ فيه التزام المقاول بضمان متانة البناء وسلامته، ومن ثم جرى النظر الى هذا الضمان بوصفه اثراً خاصاً من اثار عقد المقاولة دون غيره من العقود.

الا ان تطور قطاع البناء ادى الى ظهور صيغ تعاقدية مستحدثة، كبيع العقار على الخريطة او تحت الانشاء، يكون البناء فيها عنصرا جوهريا، بينما تتخذ العلاقة في صورتها النهائية شكل عقد بيع، الامر الذي يفضي الى حرمان المستهلك العقاري في العراق من الحماية التي يقررها الضمان العشري.

اهمية البحث: تتجلى اهمية هذا البحث في السعي الى تطوير الفهم القانوني للضمان العشري وتحريره من الارتباط الحصري بعقد المقاولة في صورته التقليدية، من خلال تبني بنية تحليلية جديدة تستند الى الغاية التشريعية من تقرير هذا الضمان , ويهدف ذلك الى معالجة ما كشف عنه الواقع من قصور في الحماية القانونية المقررة للمستهلك العقاري في العراق، بعد ظهور صيغ تعاقدية مستحدثة تتجاوز الاطار التقليدي لعقد المقاولة.

ومن ثم يسعى البحث الى بلورة تصور فقهي يمكن ان يشكل اساساً قانونيا يسترشد به الاجتهاد القضائي في مواجهة هذا الواقع المتغير، وبما يسهم في تحقيق قدر اكبر من التوازن والحماية في المعاملات العقارية الحديثة.

اشكالية البحث: تتمحور اشكالية البحث في السؤال الاتي:

هل يقتصر نطاق تطبيق الضمان العشري على عقد المقاولة بحكم النص الوارد في المادة (870) من القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951 ام يمكن ان تخضع

عقود بيع الوحدات السكنية لهذا الضمان متى كان البائع هو المقاول الباني او المنشأ لهذه الوحدات السكنية؟

منهجية البحث: يعتمد البحث منهجا قائما على تحليل نصوص القانون المدني العراقي رقم(40) لسنة 1951 المعدل ذات الصلة بالضمان العشري في كل من عقد المقاولة وعقد البيع، من خلال قراءة تفسيرية دقيقة تكشف عن حدود التنظيم القائم. كما يتبنى المنهج النقدي في تفكيك هذه النصوص لبيان ما يشوبها من قصور تشريعي في مواجهة الصيغ التعاقدية المستحدثة في المجال العقاري.

ويستهدف هذا المسلك المنهجي اعادة بناء الفهم القانوني للضمان العشري على اسس منطقية وقانونية جديدة، بما يتيح الاجابة عن الاشكالية محل البحث، ومحاولة تأصيل بناء قانوني معاصر داخل اطار القانون المدني العراقي رقم (40) لسنة 1951، دون الخروج على بنيته العامة او مقاصده التشريعية.

خطة البحث: يعتمد البحث خطة علمية تقوم على مبحثين رئيسين، يضم كل مبحث مطلبين، وذلك على النحو الاتي:

المبحث الاول: القصور التشريعي في عدم مد نطاق الضمان العشري الى عقد بيع عقارات المجمعات السكنية

المطلب الاول: حدود الضمان العشري

المطلب الثاني: عدم كفاية قواعد عقد البيع لضمان سلامة البناء

المبحث الثاني: الاساس القانوني لاخضاع عقد بيع عقار في المجمعات السكنية للضمان العشري

المطلب الاول: إعادة التكييف القانوني لعقد بيع عقار في المجمعات السكنية

المطلب الثاني: فهم وظيفة الضمان العشري كأساس قانوني لتوسيع نطاق تطبيقه.

المبحث الاول

القصور التشريعي في عدم مد نطاق الضمان العشري الى عقد بيع عقارات المجمعات السكنية

تواجه عقود بيع الوحدات السكنية معضلة قانونية قائمة تتمثل في القصور التشريعي عن مد الضمان العشري ليشمل بائع العقار السكني الذي يكون هو الباني الفعلي للمجمعات السكنية. ويظهر ان الاسباب التي ادت الى هذه المعضلة تنحصر في عاملين رئيسيين: الاول، محدودية نطاق الضمان العشري ذاته، والثاني، عدم كفاية قواعد عقد البيع لضمان سلامة البناء كبديل عن الضمان العشري، الامر الذي يترك المستهلك العقاري بلا حماية خاصة يقرها هذا الضمان، لذا نقسم هذا المبحث الى مطلبين, ندرس في الاول: حدود الضمان العشري, ونبحث في الثاني: عدم كفاية عقد البيع لضمان سلامة البناء.

المطلب الاول

حدود الضمان العشري

تقرر الضمان العشري في المادة (870) من القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951 [1] كمسؤولية مشددة تلزم المقاول والمهندس بضمان سلامة المنشآت والمباني لصالح رب العمل خلال عشر سنوات تبدأ من وقت أتمام العمل

وتسليمه بهدف حماية الممتلكات والارواح والاقتصاد الوطني, والملاحظ ان هذه المادة التي شرعت ضمان سلامة البناء لمدة عشرة سنوات (المسؤولية العشَرية) قد وردت في الباب الخاص بعقد المقاولة, واتجه غالبية الفقه[2] والقضاء العراقي[3] فيشترط لتطبيق المادة (870) من القانون المدني العراقي، التي تنظم الضمان العشري، وجود عقد مقاولة يربط بين الباني – سواء كان مقاولاً أو مهندساً – ورب العمل، بحيث يلتزم المقاول أو المهندس بتنفيذ الأبنية أو المنشآت محل العقد, ويكمن الهدف من هذا الارتباط التعاقدي في تمكين المشرع من مسائلة الباني عن أي عيوب قد تنشأ في المباني أو المنشآت وتعرض سلامة البناء ومتانته للخطر, ومن ثم، يشترط ان يكون العقد القائم هو عقد مقاولة دون غيره من العقود، لضمان تحقق الالتزام القانوني بالضمان العشري وحماية مصالح رب العمل والمستهلك على حد سواء[4]. يستند الضمان العشري في جوهره القانوني الى عقد المقاولة، ومن هنا يتحدد نطاقه بحدود هذا العقد، فلا يمتد ليشمل أي عقود أخرى. ويثير هذا التساؤل مشروعياً ما إذا كان عقد بيع العقار في المجمعات السكنية، في حقيقته، يشكل عقد مقاولة. وفي هذا السياق، يتفق الفقهاء على أن استصناع المباني – أي التعاقد على إنشاء بناء معين – يعد في جوهره عقد مقاولة، إذ يلتزم فيه الباني بتنفيذ العمل وفق المواصفات المتفق عليها، ويترتب عليه واجب الضمان العشري لضمان سلامة البناء ومتانته[5], اذا شيد المقاول البناء بمواده على ارض رب العمل حسب ما جاء في المادة (865) من القانون المدني العراقي[6] , وبناءً على هذا التكييف هناك من قال ان عقد بيع عقار في المجمعات السكنية الذي يبني فيه المقاول الوحدة السكنية بمواده سواء كانت الارض للمقاول او لرب العمل لا يغير من طبيعة هذا العقد وتبقى المقاولة هي التي تحكم العلاقة بين مشتري الوحدة السكنية والمقاول البائع[7], إلا أن اغلب الفقهاء أوضحوا أنه إذا كان بالإمكان تكييف عقد بيع الوحدات السكنية على أساس كونه عقد مقاولة في الحالة التي يشيد فيها المقاول البناء بمواده وعلى أرض رب العمل، فإن هذا التكييف لا يصح في الفرض الذي ينفذ فيه المقاول البناء بمواده الخاصة على أرضه أو على أرض غير أرض رب العمل بعد منحه سلطة البناء. ففي عقود بيع الوحدات السكنية، يقوم المقاول بإنشاء عقارات سكنية كمجمع واحد متكامل على أرضه أو على أرض غير أرض رب العمل، ثم يبيع هذه الوحدات أثناء التشييد أو بعد اكتماله للمشترين، حيث يشمل البيع كل من الأرض والبناء، فتنتقل ملكية الأرض والبناء للمشتري.

وبالتالي، فإن هذا العقد لا يختتم عند مرحلة البناء والتسليم فحسب، بل يمتد ليشمل مرحلة انتقال ملكية الأرض إلى المشتري، وهو الهدف الأساسي لعقد بيع عقارات المجمعات السكنية. وظهور انتقال ملكية الأرض كمعيار تفريقي بين عقد المقاولة وعقد البيع جعل الفقه يرفض تكييف عقد بيع الوحدات السكنية على أنه عقد مقاولة، إذ إن عقد المقاولة لا يستوعب كل الأحكام الخاصة بهذا النوع من العقود. ومن هنا، توجه الفقه إلى تكييف عقد بيع الوحدات السكنية باعتباره عقد بيع وارد على شيء مستقبلي، يعكس طبيعة العلاقة التعاقدية ومراحل انتقال الملكية[8].

وكنتيجة قانونية منطقية لاستبعاد صفة عقد المقاولة عن هذا النوع من العقود فإن التزام المقاول او المهندس بضمان سلامة البناء لمدة عشرة سنوات وفق ما تقرره المادة (870) من القانون المدني العراقي وفقاً للتفسير الحرفي لها فانها مستبعدة من التطبيق على هذا العقد, وبناءً عليه، تصبح الوحدات السكنية المباعة للأفراد خالية من أي ضمان يكفل سلامتها ومتانتها، إذ يظل الضمان العشري محدود التطبيق بحدود عقد المقاولة فقط.

المطلب الثاني

عدم كفاية قواعد عقد البيع لحماية مشتري عقار في المجمعات السكنية

ان عقد بيع العقار في المجمعات السكنية، وبسبب مروره بمرحلة نقل ملكية الأرض، ابتعد عن نطاق عقد المقاولة، ومن ثم خرج عن مجال تطبيق أحكام الضمان العشري , واتجه الفقه نتيجة لذلك إلى تكييف هذا النوع من العقود على أنه عقد بيع لأشياء مستقبلية غير موجودة وقت التعاقد، وهو التوجه الذي أجمعت عليه الدراسات الفقهية الحديثة[9], على اعتبار انه ينظر الى العقد الذي يقدم فيه المقاول الارض اضافة الى عمله ومواد البناء بانه بيع لشيء معدوم[10], أي بيع الأرض في حالتها المستقبلية كعقار سكني قائم، بحيث لا تنتقل الملكية للمشتري إلا بعد إتمام البناء وتسليمه وفق المواصفات المتفق عليها. والقول بان عقد بيع عقار في المجمعات السكنية هو عقد "بيع" , يزيد من المشكلات العملية لهذا العقد ولا يحل الاشكاليات القانونية التي يثيرها في الحياة العملية, خاصة ما يتعلق بضمان سلامة البناء لمدة عشرة سنوات فلا مجال للحديث عنه, لان حدود هذا الضمان مرتبط بعقد المقاولة, والضمان الوحيد الذي يكفل سلامة البناء ومتانته هو ضمان العيوب الخفية المرتبطة بعقد البيع الوارد في المواد (558-560) من القانون المدني العراقي[11] فهل يمكن لاحكام ضمان العيوب الخفية ان تحل محل الضمان العشري في حماية سلامة العقار المبيع في المجمعات السكنية وضمان متانته ضد الاخطار والاضرار التي قد تهدده؟ على الرغم من اهمية ضمان العيوب الخفية في اطار عقد البيع, فإنها لا تعد كافية لحماية المستهلك العقاري الذي يقبل على شراء العقار السكني وهو تحت الانشاء, وعدم كفاية هذه القواعد في سد الفراغ الذي يتركه الضمان العشري لتأمين السلامة الانشائية للعقار, ويظهر ذلك في عدة جوانب:

أولاً- من حيث الغاية: جاء ضمان العيوب الخفية تقليدياً لينطبق على المعاوضة البسيطة، حيث يفترض ان المبيع محدود التركيب يمكن للمشتري اكتشاف عيوبه ولو كانت خفية عند قيامه بالفحص. وقد صُمم هذا الضمان لحماية مصالح فردية محدودة، بينما في البناء والانشاءات يكون المبيع معقد التركيب، وتظل العيوب كامنة في الاساسات والاعمدة والسقوف وانظمة السلامة ومواد البناء، ما يجعل اكتشافها بالفحص المستقل صعباً او مستحيلاً. وبالتالي، لم يُصمم ضمان العيوب الخفية تشريعياً لضمان سلامة البناء كما هو الحال في الضمان العشري.

ثانياً- من حيث المدة: إن مدة ضمان العيوب الخفية تكون قصيرة لا تتعدى سنة من تاريخ استلام المبيع, وهذه المدة كافية في نطاق المعاوضات التقليدية التي مدة صلاحية عمل المبيع تكون قصيرة او متوسطة لتظهر عيوب المبيع عند اول استعمال, بينما عيوب الابنية و الانشاءات لا

تظهر الا بعد مرور مدة زمنية طويلة نسبياً, لان طبيعة الابنية و الانشاءات هي اعيان معمرة يفترض ان منفعتها تمتد لسنوات طويلة. فالمصلحة التي وجدت من اجلها مصالح اجتماعية وليست فقط مصالح فردية مالية.

ثالثاً- من حيث طبيعة القواعد القانونية: فإن أحكام ضمان العيوب الخفية لا تندرج ضمن النظام العام، وبالتالي يجوز تعديلها أو التنازل عنها بالاتفاق. وهذا يضع المشتري في موقف ضعف خصوصاً في عقود بيع وحدات المجمعات السكنية التي تُبرم عن طريق عقود الإذعان، ما يتيح للبائع تخفيف مسؤوليته أو الاعفاء منها.

رابعاً-من حيث الاثبات: يتطلب ضمان العيوب الخفية من المدعي إثبات العيب ووقت ظهوره، وفي حال تعذر اثباته بسبب صعوبة الحصول على الأدلة أو عدم قدرة المشتري الشخصية، فلا يحميه الضمان. أما الضمان العشري، فعند تحقق العيب، يعفي المستفيد من عبء الاثبات ويضمن التعويض عن الضرر مهما كانت صعوبة اثبات العلاقة السببية، وتترتب على محدودية الحماية التي يوفرها ضمان العيوب الخفية نتائج عملية خطيرة، أبرزها تحميل المشتري عبء المخاطر الانشائية طويلة الامد، وما ينجم عنها من أضرار كبيرة، مما يقلب منطق العدالة العقدية ويجعل الطرف الضعيف اقتصادياً وفنياً يتحمل أضراراً لم يساهم في ايجادها، وهي أضرار يمكن تفاديها إذا التزم المقاول بمبادئ حرفة البناء منذ بداية الانشاء وهو يعلم مسؤولياته لمدة عشر سنوات, ويؤدي هذا الوضع الى ضعف سوق المطور العقاري وتقويض الثقة فيه، ويفرغ حماية المستهلك العقاري من مضمونها الحقيقي، لذلك، لا مجال امام الاجتهاد القانوني الا لمحاولة وضع اساس قانوني متين يتيح تطبيق احكام الضمان العشري على عقود بيع الوحدات السكنية في المجمعات السكنية، في ظل غياب تنظيم تشريعي مباشر يعالج هذه الثغرة.

المبحث الثاني

الاساس القانوني لإخضاع عقد بيع عقار في المجمعات السكنية للضمان العشري

تعد محاولة وضع اساس قانوني سليم يتيح تطبيق احكام الضمان العشري على عقود بيع العقارات في المجمعات السكنية، في ظل غياب تنظيم تشريعي مباشر، من الجهود القانونية الجوهرية لحماية المستهلك العقاري، لا سيما في ظل تسارع وتيرة بيع العقارات السكنية، وخصوصاً الشقق في المباني العمودي، ولذلك، يقسم هذا المبحث إلى مطلبين: يبحث الاول في اعادة تكييف عقد بيع العقارات في المجمعات السكنية، فيما يدرس الثاني التأصيل الفلسفي لفهم وظيفة الضمان العشري كأساس قانوني لتوسيع نطاق تطبيقه.

المطلب الاول

إعادة التكييف القانوني لعقد بيع عقار في المجمعات السكنية

بسبب التكييف القانوني غير المستقر لعقد بيع عقارات المجمعات السكنية، وتردد الاجتهاد بين من يراه عقد مقاولة ومن يراه عقد بيع لشيء مستقبلي، نتج عن هذا التردد آثار خطيرة على المستهلك العقاري، حيث باتت جميع المجمعات السكنية، افقية وعمودية، غير مضمونة الحماية فيما يتعلق بشمولها بالضمان العشري الذي

يكفل سلامة البناء والانشاء، ويعمل كآلية رادعة للعاملين في سوق البناء، ودافع لتشييد مجمعات سكنية متينة وآمنة على المدى الطويل.

ولذلك، برزت الحاجة إلى إعادة تكييف هذا العقد بما يتناسب مع مخاطره وأهميته، فاتجه الفقه إلى استبعاد إمكانية تكييفه على أنه عقد مقاولة مستقل، لوجود عامل "الأرض" التي يقدمها الباني ويلتزم بنقل ملكيتها بعد اكتمال البناء وتسليمه للمستهلك، واستبعاد إمكانية تكييفه على أنه عقد بيع مستقل لعدم ملائمة قواعد البيع، إذ يؤدي ذلك إلى نتائج اجتماعية خطيرة، أبرزها افلات بائع العقار من الضمان العشري، وانتشار الأبنية والمنشآت الخطرة التي تهدد أرواح السكان والمقيمين بالقرب منها، وتؤدي إلى تآكل الثروة الوطنية، ويظل هذان التكييفان عاجزين عن معالجة المشكلات العملية التي تثيرها هذه العقود.

وعليه، فإن القول **بالعقد المركب** كتكييف قانوني لعقد بيع عقارات المجمعات السكنية يمثل حلاً عملياً وقانونياً لمعالجة هذه الإشكاليات, فالعقد المركب ليس بيعاً فحسب ولا مقاولة فحسب، بل يجمع بين العقدين، فتطبق أحكام عقد المقاولة على التزامات الباني المتعلقة بالبناء وكل ما يرتبط بسلامته ومتانته، وتطبق أحكام عقد البيع على التزامات نقل الملكية وكل ما يتعلق بها، بما يحقق حماية المستهلك ويضمن سلامة واستدامة المجمعات السكنية[13], إنّ تكييف عقد بيع الوحدات السكنية في المجمعات السكنية بوصفه **عقداً مركباً** يُعدّ من أكثر التكييفات اتساقاً مع الطبيعة القانونية والاقتصادية للعقد، كما يمثّل أساساً صالحاً لمعالجة أغلب الإشكالات العملية الناشئة عن هذا النمط التعاقدي, فهو ليس بيعاً خالصاً، لأن محلّه عند التعاقد ليس شيئاً موجوداً قابلاً للتسليم الفوري، وليس مقاولة خالصة، لأن الغاية النهائية منه ليست إنجاز عمل لحساب الغير فحسب، بل نقل ملكية وحدة عقارية نهائية إلى المستهلك, ومن ثمّ، فإن حقيقته القانونية تكمن في كونه عقداً مركباً يتداخل فيه عنصر إنشاء البناء مع عنصر نقل الملكية.

تترتب على هذا التكييف المركب آثار قانونية واضحة، حيث تخضع التزامات المقاول أو صاحب المشروع للأحكام الموضوعية لكل من عقدي المقاولة والبيع وفق طبيعة كل التزام. فتُطبق أحكام عقد المقاولة على الالتزامات المتعلقة بالبناء والتنفيذ وسلامة المنشأ ومتانته، بما في ذلك ما ينشأ عنها من مسؤوليات وضمانات، على غرار الضمان العشري، بينما تُطبق أحكام عقد البيع على الالتزامات المرتبطة بنقل الملكية والتسليم وضمان التعرض والاستحقاق والعيوب التي لا تمس السلامة الإنشائية, وبذلك يتحقق انسجام أكبر بين التكييف القانوني للاتفاق والواقع الاقتصادي للعقد، وتُسد الفجوة الواقعية التي تنشأ عند إخضاع العقد، بشكل قسري، لأحكام البيع وحدها[14] .

ومن الأهمية بمكان التأكيد على أن القول بطبيعة العقد المختلطة لعقارات المجمعات السكنية لا يعني بأي حال تبني تكييف زمني أو تراتبي لمراحل العقد، بحيث يُفهم منه أن العقد يبدأ بوصفه عقد مقاولة ثم يتحول لاحقًا إلى عقد بيع بعد اكتمال البناء[15] , هذا الفهم يُفضي إلى تجزئة مصطنعة للحقيقة القانونية للعقد،

ويُخضع كل مرحلة لتكييف مستقل، بما يُضعف وحدة النظام القانوني الحاكم للعلاقة العقدية, والصحيح أن هذا العقد يولد وينقضي بطبيعة قانونية واحدة هي **العقد المركّب**، أي أنه عقد ذو بنية قانونية مزدوجة العناصر منذ لحظة انعقاده، وليس عقدين متعاقبين أو وصفين قانونيين متبدّلين عبر الزمن.

وبناءً على ذلك، فإن تطبيق أحكام عقدي المقاولة والبيع لا يكون على نحوٍ تراتبي زمني، بل على نحوٍ **وظيفي موضوعي**؛ فتُستدعى أحكام المقاولة كلما تعلق النزاع أو الالتزام بعملية البناء والتنفيذ وسلامة المنشأ، وتُستدعى أحكام البيع كلما تعلق الأمر بنقل الملكية والتسليم وضمان التعرض والاستحقاق وضمان العيوب غير المتصلة بسلامة البناء. وبهذا المعنى، تتداخل الأحكام القانونية لكلا العقدين وتتكامل دون تعارض، لأن معيار التطبيق ليس زمن المرحلة، بل طبيعة الالتزام محل النزاع. ويُفضي هذا الفهم الوظيفي للعقد المركّب إلى نتائج حمائية بالغة الأهمية، إذ يمنع التحايل على أنظمة الضمان الخاصة بالبناء عبر الاحتماء بالوصف الشكلي للعقد بوصفه "بيعًا" فحسب، كما يمنع في الوقت ذاته إهدار القواعد المستقرة لعقد البيع في المسائل التي لا تتصل جوهريًا بسلامة الإنشاء. وبذلك يتحقق قدر أعلى من الاتساق بين التكييف القانوني للعقد وواقعه الاقتصادي، وتُبنى الحماية القانونية على طبيعة الخطر والالتزام لا على الوصف الشكلي أو المرحلة الزمنية للعقد.

المطلب الثاني

فهم وظيفة الضمان العشري كأساس قانوني لتوسيع نطاق الضمان

هل صحيح أن تطبيق أحكام الضمان العشري وفق المادة 870 من القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951 يشترط وجود عقد مقاولة؟ التفسير الحرفي للنص يوحي بذلك، إلا أن هذا التوجه الفقهي يستند إلى حجة شكلية بحتة، وهي ورود المادة ضمن الفصل المخصص لأحكام عقد المقاولة، دون أي اعتبار للغرض الواقعي من الضمان العشري أو لمدى فعاليته في حماية المستهلك العقاري في العقود الحديثة مثل بيع الوحدات السكنية[16], ولكن بالرجوع الى المادة نفسها التي تنص:(1– يضمن المهندس المعماري والمقاول ما يحدث خلال عشر سنوات من تهدم كلي او جزئي فيما شيده من مبان او اقاموه من منشآت ثابتة اخرى، .....)) نجد ان النص لا يشترط ذلك, وكل ما يتطلبه النص المقرر للضمان العشري هو الالتزام بالبناء دون اشراف او توجيه او رقابة من اي احد, بصرف النظر عن طبيعة العقد الذي يجمع بينهما, فلا شك من تطبيق احكام الضمان العشري اذا كان العقد مقاولة ولا شك ايضاً من ضرورة تطبيق احكامه في عقود اخرى ترتبط باعمال البناء ذاتها, وعلى وجه التحديد في البائع الباني اذ يلتزم البائع بمقتضى عقد البيع ببناء عقار ونقل ملكيته للمشتري ولكنه في قيامه بالبناء يقوم به مستقلا دون رقابة او توجيه من المشتري[17] .

فلا اهمية لشخصية البائع ولا اهمية للعلاقة التعاقدية التي تربطه بمشتري العقار السكني, لكن الاهمية هو لسبب وجود الضمان العشري الا وهو الالتزام بالبناء بصرف النظر عن طبيعة العقد بيعاً كان او مقاولة مما يساعد في التفسير الواسع,

لان وظيفة الضمان العشري ليست مجرد تعويض المتضررين من اضرار البناء, وانما هو منظومة حماية متعددة الابعاد تتجاوز منطق التقيد بالعلاقة العقدية, الاولى له وظيفة وقائية, فالمهندس او المقاول عندما يسبق له العلم بانه سيكون مسؤولاً عن اعمال بناءه لمدة عشرة سنوات فانه سيلتزم باصول المهنة الفنية ويحترم المواصفات مسبقاً, مما يعني ان الوظيفة الاولى للضمان العشري هو ضبط سلوك المهنيين العاملين في سوق البناء لا مجرد نظام تعويضي.

الضمان العشري له وظيفة حمائية, تتمثل بحماية الطرف الضعيف "مستهلك العقار السكني" في مواجهة الطرف المهني المتخصص باعمال البناء, مما يعني انه يعيد توازن العدالة العقدية لعقد بيع عقار المجمعات السكنية التي تتولاه شركات بناء متخصصة, والضمان العشري ينظر له بانه يملك وظيفة اجتماعية تتمثل في حماية المصلحة الاجتماعية كونه اداة من ادوات السياسة العمرانية للدولة في لضمان جودة سوق البناء وتعزيز الثقة بالسوق العقاري.

فإذا كانت الوظيفة الجوهرية للضمان العشري تتمثل في حماية السلامة الإنشائية للمنشآت وضمان متانتها على نحوٍ يحقق الوقاية المسبقة من مخاطر الانهيار والعيوب الجسيمة، فضلًا عن حماية الطرف الضعيف وتكريس بعدٍ اجتماعي مرتبط بأمن السكن والاستقرار العمراني، فإن قصر نطاق تطبيق هذا الضمان على عقد المقاولة بمعناه التقليدي يُفضي إلى فراغ حمائي خطير في أحد أكثر ميادين البناء حساسية وانتشارًا في الواقع المعاصر، وهو ميدان المجمعات السكنية وبيع الوحدات العقارية على المخطط أو تحت الإنشاء.

فبيع الوحدات السكنية في هذه المشاريع لا ينفصل في جوهره عن عملية البناء ذاتها، بل يقوم وجوده الاقتصادي والقانوني على الالتزام بإنشاء بناء صالح للسكن ومستوفٍ لمتطلبات المتانة والسلامة. ومن ثمّ، فإن إخضاع هذا النوع من العقود لمنطق ضمان البيع التقليدي وحده يُفرغ وظيفة الضمان العشري من بعدها الوقائي والاجتماعي، ويحوّلها إلى ضمان محدود الأثر لا يتناسب مع خطورة العيوب الإنشائية المحتملة ولا مع جسامة آثارها على سلامة الأفراد واستقرار البيئة السكنية. وعليه، فإن مدّ نطاق الضمان العشري إلى عقود بيع وحدات المجمعات السكنية لا يمثّل خروجًا على منطق القانون المدني، بل يُعدّ استجابة منسجمة مع الوظيفة الأصلية لهذا الضمان ومع فلسفته الحمائية والتنظيمية.

الخاتمة:

بعد استكمال هذا البحث، تأتي هذه الخاتمة لتلخص النتائج المستخلصة وتقدم التوصيات العملية التي توصلنا اليها من خلال هذه الدراسة:

اولاً: النتائج:

1- يرتبط عدم تطبيق الضمان العشري على عقود بيع وحدات المجمعات السكنية بإشكالية تكييف هذا العقد، إذ يختلف الفقه حول تصنيفه بين عقد مقاولة وعقد بيع لشيء مستقبلي.
2- تردد الفقه في تكييف عقد بيع عقار بين من كونه عقد مقاولة وعقد بيع وارد على شيء مستقبلي.
3- تكييف عقد بيع عقار المجمعات السكنية من كونه عقد مركب (مقاولة – بيع) يعد حلاً لاشكالية عدم تطبيق الضمان العشري ويكفل تطبيقه على هذا العقد.

4- يوضح التكييف المركب أن تطبيق أحكام المقاولة والبيع لا يتم بشكل زمني متتابع، بل يتم وفق الوظيفة الموضوعية لكل التزام، بما يحقق الانسجام بين التكييف القانوني والواقع الاقتصادي للعقد.

5- يثبت من تحليل نص المادة 870 من القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951 أن وجود عقد مقاولة ليس شرطاً لازماً لتطبيق الضمان العشري، ويعكس النص رغبة المشرع في توظيف الضمان العشري كأداة وقائية واجتماعية تتجاوز العلاقة التعاقدية التقليدية.

6- يؤكد الفهم الوظيفي للضمان العشري أن الغاية الأساسية منه حماية سلامة البناء واستقرار المعاملات العقارية، ما يبرر توسيع نطاق تطبيقه ليشمل عقوداً أخرى، وعلى وجه الخصوص عقود بيع عقارات المجمعات السكنية التي ينفذها البائع بنفسه.

ثانياً: التوصيات:

1- توجيه الاجتهاد القضائي لتطبيق أحكام الضمان العشري على عقود بيع الوحدات السكنية التي ينفذها البائع بنفسه، استناداً إلى الطبيعة الفعلية للالتزام وليس إلى التوصيف الشكلي للعقد.

2- اعتماد التكييف المركب لعقد بيع وحدات المجمعات السكنية كأساس قانوني لتطبيق أحكام الضمان العشري، بحيث تخضع الالتزامات المتعلقة بالبناء وسلامة المنشأ لأحكام المقاولة، والالتزامات المتعلقة بنقل الملكية والتسليم لأحكام البيع.

3- التدخل التشريعي لفرض الالتزام بالضمان العشري في عقود بيع عقار المجمعات السكنية وتحديد احكامه القانونية في القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951 .

الهوامش:

---

[1] نصت المادة (870) من القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951: (1– يضمن المهندس المعماري والمقاول ما يحدث خلال عشر سنوات من تهدم كلي او جزئي فيما شيده من مبان او اقاموه من منشآت ثابتة اخرى، وذلك حتى لو كان التهدم ناشئ من عيب في الارض ذاتها او كان رب العمل قد اجاز اقامة المنشآت المعيبة، ما لم يكن المتعاقدان قد اراد ان ان تبقى هذه المنشأت مدة اقل من عشر سنوات. وتبدأ مدة السنوات العشر من وقت اتمام العمل وتسليمه ويكون باطلاً كل شرط يقصد به الاعفاء او الحد من هذا الضمان. 2- ولا تسري الفقرة المتقدمة على ما قد يكون للمقاول من حق في الرجوع على المقاول الذين تقبلوا منه العمل.3- ويشمل الضمان المنصوص عليه في الفقرة (1) من هذه المادة ما يوجد في المباني والمنشآت من عيوب يترتب عليها تهديد متانة البناء وسلامته.4-تسقط دعوى الضمان المنصوص عليه في هذه المادة بانقضاء سنة واحدة من وقت حصول التهدم وانكشاف العيب)).

[2] د.جعفر الفضلي,الوجيز في العقود المدنية,العاتك لصناعة الكتاب,مصر القاهرة, 2007 ,ص398.د.سعيد مبارك,د.صاحب عبيد,د.ملا حويش,العقود المسماة –البيع-الايجار-المقاولة,الطبعة الرابعة,العاتك لصناعة الكتاب,مصر,القاهرة,2009,ص438. د.فخر الدين الحسيني,عقد المقاولة في القانون المدني العراقي,مكتبة النهضة العربية,بغداد,من دون سنة النشر,ص48.

[3] قرار رقم 238/مدنية لولى/1973 في 1974/4/13, النشرة القضائية ع1 – س5 ,ص168.,قرار رقم 579/حقوقية ثالثة/1970 في 1970/6/18, النشرة القضائية ع2 – س1 – 1971,ص159. قرار رقم 109, 160/مدنية اولى /1973 في 1974/1/16, النشرة القضائية

ع1 – س5 – 1974,ص61-63. القـــــرار 269/اســـــتئنافية/85/84,القضـــــاء,ع1-1986,ص151-152.

(4)د. ايمـان طـارق الشـكري, نطـاق الالتـزام بضـمان سـلامة البنـاء – دراسـة مقارنـة - , بحـث منشـور بمجلة جامعة بابل للعلوم الانسانية,المجلد 20,العدد 2, 2012,ص278.

(5) د. احمـد عبـد الـرزاق السنهوري,الوسـيط فـي شـرح القـانون المـدني,ج7,العقـود الـواردة علـى العمل,المجلد1,دار النهضة العربية,القاهرة,1964,ص26-27.

(6) نصـت المـادة (865) علـى انـه : (1-يجـوز ان يقتصـر المقـاول علـى التعهـد بتقـديم عملـه علـى ان يقـدم رب العمـل المـادة التـي يسـتخدمها المقـاول او يسـتعين بهـا فـي القيـام بعملـه، ويكـون المقـاول اجيراً مشتركاً.2-كما يجوز له ان يتعهد المقاول بتقديم العمل والمادة معاً ويكون استصناعاً).

(7) د.محمـد جـابر الدوري,مسـؤولية المقـاول والمهنـدس فـي مقـاولات البنـاء والانشـاءات بعـد انجـاز العمل وتسليمه,اوفسيت عشتار,بغداد,1985,ص32.

(8) د.محمـد المرسـي,بيع المبـاني تحـت الانشـاء,ط1, 1989,ص51. د.ايمـان طـارق الشكري,مصـدر سـابق,ص279.د.عـلاء حسـين علي,عقـد بيـع المبـاني تحـت الانشاء,منشـورات زيـن الحقوقية,بيروت,2011,ص50.

(9) H. L. J. Mazeaud, lecons de droit civil, Tom(3),2eme volume, Principanx contracts, (4) edition,1974,p.182. Frank Sterinmetz, Les vents d'imeuble a construire, these Montpelier, 2B Fev, 1970.p.61.

(10) د. ايمـان طـارق الشـكري, مصـدر سـابق, ص280 د. غنـي حسـون طـه, الـوجيز فـي العقـود المسـماة, ج1, عقـد البيـع, مطبعـة المعـارف, بغـداد,1970, ص38. د. سـعيد مبـارك, د. طـه مـلا حـويش, د.صـاحب عبيـد الفـتلاوي, المـوجز فـي العقـود المسـماة,دار الحكمـة للطباعـة والنشـر,بغداد, 1993, ص19. د.سـليمان مـرقس, شـرح القـانون المـدني, ج3, العقـود المسـماة, المجلـد الاول, عقـد البيـع, عـالم الكتـب للطباعـة,القاهرة, 1984,ص26. د.توفيـق حسـن فـرج, عقـد البيـع والمقايضـة, المكتب المصري الحديث للطباعة والنشر, الاسكندرية, 1970,ص44.

(11) نصـت المـادة (558) مـن القـانون المـدني العراقـي علـى انـه : (1-اذا ظهـر بـالمبيع عيـب قـديم كـان المشـتري مخيـراً ان شـاء رده وان شـاء قبلـه بثمنهالمسـمى.2- والعيـب هـو مـا يـنقص ثمـن المبيـع عنـد التجـار وارباب الخبـرة او مـا يفـوت بـه غـرض صـحيح اذا كـان الغالـب فـي امثـال المبيـع عدمـه، ويكـون قـديماً اذا كـان موجـوداً فـي المبيـع وقـت العقـد او حـدث بعـده وهـو فـي يـد البـائع قبـل التسليم).ونصـت المـادة (559) مـن القـانون المـدني العراقـي علـى انـه : (لا يضـمن البـائع عيبـاً قـديماً كـان للمشـتري يعرفـه او كـان يسـتطيع ان يتبينـه لـو انـه فحـص المبيـع بمـا ينبغـي مـن العنايـة، الا اذا اثبـت ان البـائع قـد اكـد لـه خلـو المبيـع مـن هـذا المبيـع او اخفـى العيـب غشـاً منه.ونصـت المـادة (560) مـن القـانون المـدني العراقـي علـى انـه : (1- اذا تسـلم المشـتري المبيـع وجـب عليـه التحقـق مـن حالتـه بمجـرد تمكنـه مـن ذلـك وفقـاً للمـألوف فـي التعامـل، فـإذا كشـف عيبـاً يضـمنه البـائع وجـب عليـه ان يبـادر باخبـاره عنـه، فـان اهمـل فـي شـيء مـن ذلـك اعتبـر قـابلاً للمبيـع.2-امـا اذا كـان العيـب ممـا لا يمكـن الكشـف عنـه بـالفحص المعتـاد ثـم كشـفه المشـتري وجـب عليـه ان يخبـر بـه ا لبـائع عنـد ظهـوره والا اعتبر قابلاً للمبيع.)

(13) Aubry et Rau, Cours de droit civil francais, Tom (5), 6 eme edition, N. 374, p.400.

(14) د. محمد المرسي, مصدر سابق, ص238.

(15) د. ايمـان طـارق الشـكري, المصـدر السـابق,ص279.د. عـلاء حسـين علـي, مرجـع سابق,ص53-54.

(16) د. محمـد حسـين منصور,المسـؤولية المعماريـة,دار الجامعـة الجديـدة للنشـر, الاسـكندرية, 2003,ص92.

(17) د. محمد المرسي زهرة, مصدر سابق,ص248-249. د. محمد عبد الكريم,التزام البائع بضمان العيوب الخفية, اطروحة دكتزراه, كلية الحقوق, جامعة المنصورة, 1994,ص8-9.

المصادر:
اولاً: المراجع العربية
1- د.جعفر الفضلي,الوجيز في العقود المدنية,العاتك لصناعة الكتاب,مصر القاهرة, 2007 .
2- د.سعيد مبارك,د.صاحب عبيد,د.ملا حويش,العقود المسماة –البيع-الايجار-المقاولة,الطبعة الرابعة,العاتك لصناعة الكتاب,مصر,القاهرة,2009.
3- د.فخر الدين الحسيني,عقد المقاولة في القانون المدني العراقي,مكتبة النهضة العربية,بغداد,من دون سنة النشر.
4- د. احمد عبد الرزاق السنهوري,الوسيط في شرح القانون المدني,ج7,العقود الواردة على العمل,المجلد1,دار النهضة العربية,القاهرة,1964.
5- د. ايمان طارق الشكري, نطاق الالتزام بضمان سلامة البناء – دراسة مقارنة - , بحث منشور بمجلة جامعة بابل للعلوم الانسانية,المجلد 20,العدد 2, 2012.
6- د.محمد جابر الدوري,مسؤولية المقاول والمهندس في مقاولات البناء والانشاءات بعد انجاز العمل وتسليمه,اوفسيت عشتار,بغداد,1985.
7- د.محمد المرسي,بيع المباني تحت الانشاء,ط1, 1989,ص51. د.ايمان طارق الشكري,مصدر سابق,ص279.د.علاء حسين علي,عقد بيع المباني تحت الانشاء,منشورات زين الحقوقية,بيروت,2011.
8- د. غني حسون طه, الوجيز في العقود المسماة, ج1, عقد البيع, مطبعة المعارف, بغداد,1970,.
9- د. سعيد مبارك, د. طه ملا حويش, د.صاحب عبيد الفتلاوي, الموجز في العقود المسماة,دار الحكمة للطباعة والنشر,بغداد, 1993.
10- د.سليمان مرقس, شرح القانون المدني, ج3, العقود المسماة, المجلد الاول, عقد البيع, عالم الكتب للطباعة,القاهرة, 1984,.
11- د.توفيق حسن فرج, عقد البيع والمقايضة, المكتب المصري الحديث للطباعة والنشر, الاسكندرية, 1970..
12- د. محمد حسين منصور,المسؤولية المعمارية,دار الجامعة الجديدة للنشر, الاسكندرية, 2003.
13- د. محمد عبد الكريم,التزام البائع بضمان العيوب الخفية, اطروحة دكتزراه, كلية الحقوق, جامعة المنصورة, 1999.
ثانياً: المراجع الاجنبية
1- Aubry et Rau, Cours de droit civil francais, Tom (5), 6 eme edition, N. 374,
2- H. L. J. Mazeaud, lecons de droit civil, Tom(3),2eme volume, Principanx contracts, (4) edition,1974,p.182. Frank Sterinmetz, Les vents d'imeuble a construire, these Montpelier, 2B Fev, 1970.
ثالثاً: القرارات القضائية:
1- قرار رقم 238/مدنية لولى/1973 في 1974/4/13, النشرة القضائية ع1 – س5.
2- قرار رقم 579/حقوقية ثالثة/1970 في 1970/6/18, النشرة القضائية ع2 – س1 – 1971.
3- قرار رقم 109, 160/مدنية اولى /1973 في 1974/1/16, النشرة القضائية ع1 – س5 – 1974.
4- القرار 269/استئنافية/85/84,القضاء,ع1-1986.
رابعاً: القوانين:
-القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951