التكييف القانوني للضمان العشري

م. د. اسعد عبيد عزيز الجميلي
قسم القانون / كلية القانون والشريعة – الفلوجة – جامعة الأنبار

الخبير اللغوي / د. عمر محمد علي

المقدمة

ليس بخاف ما لعقد مقاولة الأبنية والمنشآت الثابتة من أهمية بالغة سواء من الناحية الاقتصادية أو من الناحية القانونية، أما من الناحية الاقتصادية فان المنشآت الثابتة تمثل ثروة قومية في البلد ، فضلا عن ذلك ان النظام القانوني ورث النظرة التقليدية التي كانت سائدة في القانون الروماني والتي تقضي بأن العقار أكثر أهمية من سواه من الأموال ويمثل جزءاً من سيادة الدولة على إقليمها. وأما من الناحية القانونية فإن أحكام عقد مقاولة الأبنية والمنشآت الثابتة تضمنت بعض الأحكام التي تعد خروجا عن القواعد العامة في نظرية العقد مما يستوجب الأمر أخذها بنظر الاعتبار عند دراسة عقد المقاولة التي يكون موضوعه انجاز أعمال تتضمن تشييدا لأبنية أو منشآت ثابتة، ومن ذلك الضمان الذي رتبه المشرع في ذمة كل من المقاول والمهندس المعماري، اللذين يعدان طرفاً في تنفيذ عقد مقاولة الأبنية والمنشآت الثابتة.

فالقاعدة العامة في نظرية العقد تقضي بأن العقد إذا تم تنفيذ الالتزامات الناشئة عنه فإنه ينقضي ومن ثم لم يعد يحكم العلاقة بين المقاول ورب العمل، بيد أن المشرع ولاعتبارات تتعلق بطبيعة محل عقد مقاولة الأبنية ولأهميتها الاقتصادية فقد رأى أن يخرج عن هذا الحكم ويجعل المقاول والمهندس المعماري ضامنين لما ينشأ من عيوب تهدد متانة البناء والمنشآت الثابتة أو ما يحصل فيها من انهدام كلي أو جزئي خلال مدة عشر سنوات يبدأ حسابها من تأريخ تسليم العمل بعد انجازه حقيقة أو حكماً ولا شك أن في هذا الحكم خروجًا على القواعد العامة في نظرية العقد.

وينبغي هنا عدم الخلط بين ضمان العمل المنجز ضمانا عاما يشمل العيوب التي يمكن أن تكون في العمل، والتي لا يكون من شأنها تهديد متانة العمل وسلامته، فهذا الضمان ينقضي، ولا شك بتسليم العمل، تسلمه دون تحفظ، لكن ضمان المقاول والمهندس لا ينتهي عند هذا الحد اذ جعلهما المشرع، وبموجب نص قانوني آمر ضامنين للعيوب ليس الموجودة عند تسليم العمل فحسب، وإنما تلك التي تنشأ بعد التسليم متى ما كان من شأنها تهديد متانة العمل وسلامته.

وحيث ان العقد طبقًا للقواعد العامة يكون قد انقضى بتسليم العمل، مما يؤدي إلى التساؤل عن طبيعة هذا الضمان، فيما إذا كان يجد اساسه في عقد المقاولة الذي انقضى أو انه يؤسس على أمر آ خر، وهذا يستتبع بدوره تحديد طبيعة المسؤولية المترتبة على هذا الضمان.

إن من شأن الإجابة عن هذه التساؤلات أن نحدد وبشكل دقيق التوصيف القانوني الدقيق لهذا الضمان، ومن هنا كانت فكرة اختيار هذا الموضوع عنواناً لبحثنا هذا، خاصة في ظل الخلاف الفقهي الذي اشتجر بشأنه، ولما يزل، علَّنا نقدم ما يحسم هذا الخلاف أو على الأقل أن نعطي رأيا بشأن هذا الخلاف الفقهي، وتم تناول الموضوع على أساس

تقسيمه على مبحثين: نبحث في الأول الطبيعة القانونية للضمان، ونبحث في الثاني الأساس القانوني للضمان، ونختم البحث بخاتمة نعرض فيها أهم النتائج التي يخرج بها البحث.

المبحث الأول

الطبيعة القانونية للضمان العشري

أثارت مسألة تحديد الطبيعة القانونية للضمان العشري خلافا فقهيا، فقيلت بشأنها آراء عديدة يمكن ردها إلى ثلاثة اتجاهات رئيسة ، وهذا ما سنعرضه في هذا المبحث وعلى ثلاثة مطالب ، وكما يأتي:

المطلب الأول

الاتجاه العقدي في تكييف الضمان

يقف أنصار هذا الاتجاه عند حقيقة أن الالتزامات التي يجب على المقاول والمهندس القيام بها إنما تنشأ عن عقد المقاولة، ومن ثم فإن ضمان تنفيذ هذه الالتزامات يجد أساسه في العقد ذاته، لذا فإن طبيعة الضمان لا تعدو عن كونها طبيعة عقدية بيد أن أنصار هذا الاتجاه، وان اتفقوا عند نقطة الشروع هذه، إلا انهم اختلفوا فيما إذا كان هذا الضمان ينشأ عن أحكام عقد المقاولة بوصفها أحكاما خاصة لعقد من طبيعة معينة، أو أنها تطبيق للقواعد العامة في نظرية العقد، ونعرض هذين الرأيين كلاً في فرع مستقل لبيان مضمون الرأي وما يمكن ان يوجه اليه من نقد وصولا للرأي الراجح.

الفرع الأول

الطبيعة العقدية للضمان العشري ترتكز على عقد المقاولة ذاته

يرى أنصار هذا الرأي(١) أن المقاول والمهندس يجب عليهما انجاز أعمال بموجب عقد المقاولة الذي ابرماه مع رب العمل، واذا كان كل منهما يعد موفيا بالتزاماته بانجاز العمل وتسليمه، الا أن الأمر يختلف في حالة المنشآت الثابتة والأبنية؛ لأن المشرع لم يجعل الالتزام الناشئ عن عقود مقاولات الأبنية ينقضي بتسليم العمل، ومرد ذلك أن هذه الالتزامات تتضمن مرحلتين، أما الأولى: فهي مرحلة التنفيذ، ،أما الثانية: فهي مرحلة التحقق من جودة التنفيذ و فاعليته وفي حقيقة الأمر أن الضمان ليس الا هذه المرحلة الثانية، فلا يعد المقاول والمهندس منجزا للعمل بمجرد اكتمال التنفيذ وتسليمه إلى رب العمل، فليس للتسليم أثر مبرئ بذاته؛ لأن المشرع بنص آمر أعطى لرب العمل مدة اختبار للتثبت من هذا، وهذه هي مدة الضمان، وعليه فإن تسلم العمل لا يعني موافقة طرف معين على جودة التنفيذ بقدر ما يعني كون العمل الذي تم تسلمه معلوماً لرب العمل، وبذلك لا يسقط حق رب العمل بضمان العيوب التي يجهلها(٢).

وما دام التزام المقاول والمهندس بإنجاز العمل وتسليمه ناشئاً عن عقد المقاولة، فليس هناك شك عند أنصار هذا الرأي بأن الضمان ذو طبيعة عقدية، فاذا ما كشف رب العمل عيبا يهدد متانة البناء وسلامته بعد التسلم تحقق سبب الضمان، وقامت مسؤولية المقاول والمهندس العقدية(٣) ويبدو ان محكمة النقض المصرية تأخذ بهذا الرأي، اذ تردد صداه في كثير من أحكامها ومن ذلك ما قررته في حكم لها بالقول: (مسؤولية المقاول والمهندس المعماري عن خلل البناء

(١) د. محمد شكري سرور، مسؤولية مهندسي ومقاولي البناء، القاهرة، ١٩٨٥، ف٢٥٠، ص٢٧٥.

(٢) د. محمد شكري سرور، المرجع السابق، ف ٢٥١، ص٢٧٦.

(٣) د. السنهوري، الوسيط، ج٧، ف١٧، ص١٣٢

عند تسلمه ... انما هي مسؤولية عقدية قررها القانون لكل عقد مقاولة على البناء سواء نص عليه في العقد ام لم ينص)(٤).

وفي تقديرنا لهذا الرأي ان أصحابه حاولوا رد طبيعة الضمان إلى عقد المقاولة رغم أن هذا العقد انقضى بتسليم العمل متناسين أن العقد لا يمكن أن ينشئ اثرا بعد انقضائه، هذا من جانب، ومن جانب ثانٍ فان القول بالطبيعة العقدية للضمان يفترض فيه أن يكون للإرادة دور في تحديد مدى هذا الضمان الحقيقة أن المشرع الذي أنشأ هذا الضمان لم يعط الإرادة مثل هذا الدور حيث استبعد كل احتمال لاتفاق يخالف ما ورد به النص، ومن ثم يجعل القول بالطبيعة العقدية للضمان طبقا لأحكام عقد المقاولة فيه كثيراً من المجاز، وبعداً عن حقيقة ما قصده المشرع، وعليه فإن هذا الرأي لا نراه جديراً بالأخذ به.

الفرع الثاني

الطبيعة العقدية للضمان ترتكز على القواعد العامة

إزاء حقيقة انقضاء العقد بتسليم العمل ذهب بعض الفقهاء إلى تلمس الطبيعة العقدية للضمان في احكام القواعد العامة، وعلى أساس أن الضمان هو التزام إضافي يرد في بعض عقود المعاوضة التي يخشى فيها من انخداع الدائن بشأن الحقوق التي تؤول اليه من غريمه، وهو التزام مكمل للالتزامات التي تنتج أصلا من العقد نفسه، وبموجبه يكفل للدائن النتائج العملية للتنفيذ العادي للعقد، ويضمن له تعويضًا مجزياً للضرر الذي يصيبه لو أن هذه النتائج لم تتحقق بشكل تام(٥).

ويؤيد بعض الفقهاء الفرنسيين هذا الرأي، حيث يرى جوبلد (Gobold) أن قواعد المسؤولية العقدية تكفي لضمان التعويض لرب العمل، وذلك دون حاجه إلى أي فكرة أخرى(٦)، ولكن بشرط ان يراعي المشرع خصوصيات الضمان في عقد المقاولة، وبيان ذلك أن المسؤولية الناشئة عن هذا الضمان تجد أساسها في فكرة الضمان أصلاً، وهذا يعني أن مجرد حدوث عيب خطير في عقار مشيد أو بناء أو منشآت ثابتة خلال مدة الضمان المحددة (قانونا) لا يكفي بذاته لقيام مسؤولية المقاول والمهندس، أنما لابد من إثبات الخطأ والعلم حسب القواعد العامة في المسؤولية، وعليه فإن الأمر هنا لا يتعلق بالضمان بالمعنى الحرفي للكلمة(٧).

بيد أن هذا الرأي لا يسلم من النقد أيضا، وبيان ذلك أن القول بأن أحكام القواعد العامة في تنفيذ الالتزام هي أساس الضمان قول لا يمكن قبوله؛ لأن هذه الأحكام في مجملها أحكام مفسرة في حين أن الضمان العشري انما يتقرر بموجب احكام آمرة لا يجوز الاتفاق على خلافها فضلاً عن ذلك أن القول بأن الضمان هو التزام مكمل لالتزامات اخرى قول فيه محل نظر، ذلك بأننا أمام ضمان تقرر بعد انقضاء العقد، فالعقد انقضى ،ومن ثم لا يمكن القول بوجود التزامات أصلية أو مكملة تنشأ عنه إلى جانب أن من شأن القول بأن الضمان يهدف الى كفالة حق الدائن بحسن التنفيذ

---

(٤) نقلاً عن الدكتور محمد شكري سرور، المصدر السابق، ف٢٥٣، ص٢٧٨، هامش ٣١٥.

(٥) د. محمد شكري سرور، المصدر السابق، ف٢٥٥، ص٢٨٠، ويشير إلى رسالة **(Groos)** فكرة الالتزام بالضمان في قانون العقود هامش ٣٢١.

(٦) **v. GABOLDE 1968 N 4; et en meme sens**

(٧) د. محمد جابر الدوري، مسؤولية المقاول والمهندس، مطبعة عشتار، بغداد، بدون سنة نشر، ص٥٠، وما بعدها.

والتعويض عما يصيبه من ضرر، فهذا لا يتعلق بطبيعة الضمان وانما بفوائده العملية، فنحن لا ننكر فوائد الضمان الجمة لكننا بصدد بيان الطبيعة القانونية له.

وعليه فإن القول بالطبيعة العقدية للضمان لا يقوى امام سهام النقد التي يمكن أن توجه له، مما حدا بالفقهاء إلى البحث في طبيعة الضمان ومحاولة تلمسها في القانون الذي أنشأ الضمان ذاته، ومن ثم قالوا بالطبيعة القانونية للضمان، وهو ما نناقشه في المطلب الثاني.

المطلب الثاني

طبيعة الضمان طبيعة قانونية

يرى جانب من الفقهاء(٨) أن الضمان في عقد المقاولة ذو طبيعة قانونية محضة ناشئة أساسا عن نص القانون، وينطلق انصار هذا الاتجاه من حقيقة أن عقد المقاولة بين رب العمل من جهة والمقاول والمهندس المعماري من جهة اخرى انقضى بتنفيذه وتسليم العمل، وحيث إن تسليم العمل دون تحفظ يسقط ضمان المقاول والمهندس لما تضمنه العمل من عيوب موجودة أو حادثة بعد ذلك، فلم يعد عقد المقاولة مصدرا للضمان الذي أنشأه المشرع في ذمة المقاول المهندس، فليس هناك التزام باق في ذمة أي منهما لكي يطالب بتنفيذه، ومن هنا فان العقد لا يصلح اساسا لهذا الضمان، إذ لولا وجود النص القانوني الآمر الذي أنشأه لما أمكن الرجوع الى المقاول والمهندس لضمان عيوب الأبنية والمنشآت الثابته التي تهدد متانه البناء وسلامته، بل لا يعدو الضمان عن كونه التزاما قانونيا فرضه المشرع لمصلحة صاحب العمل؛ وذلك لخطورة الاثار المترتبة على انهدام المباني كلياً أو جزئياً خلال مدة الضمان وهي مدة محددة بنص القانون(٩)، ويسلم انصار هذا الاتجاه بالفكرة القائلة بامكانية أن يكون القانون مصدراً مباشراً لبعض الالتزامات التي يتكفل بتعيينها وتحديد نطاقها ورسم مداها(١٠)، ومن ثم فإن الالتزامات الناشئة بعد انقضاء عقد المقاولة لا تسري عليها الا الاحكام القانونية التي سنها المشرع(١١)، ويدعم انصار هذا الاتجاه رأيهم هذا بالاعتبارات العملية التي حدت بالمشرع إلى اقرار هذا الضمان، فالمشرع ينطلق من اعتبارات لا تتعلق بتنظيم عقد المقاولة، وانما يهدف إلى دفع المقاول والمهندس إلى بذل اقصى درجات الحرص لتنفيذ العقد على نحو يضمن سلامة الأبنية لما تشكله من أهمية اقتصادية وجمالية فضلا عن تجنيب الاشخاص الاضرار التي يمكن أن يتسبب بها الانهدام خاصة ان هذه الاضرار غالبا ما تتسم بالجسامة.

ونظرًا لأهمية فن العمارة لتقدم المجتمعات وتطورها، فقد أصبح أمرا لاغنى عنه أن يستند هذا الفن إلى نص القانون، فاصبح القانون هو الذي ينظم شؤونه، من حيث بيان احكام التصميم الهندسي وحدوده ومواصفاته وشروط متانته مما يؤشر تزايد اعتماد هذا الفن على القانون اعتماداً كبيراً(١٢).

---

(٨) بلانيول وريبر ورواست، المسؤولية المدنية، ج١، ف٩٤٧.

(٩)بلانيول وريبر ورواست، المصدر نفسه؛ وقارن مع الدكتور السنهوري ج٧، المصدر السابق ف٧١، ص١٣٢، وما بعدها، د. محمد جابر الدوري، مسؤولية المقاول والمهندس، المصدرالسابق ص ٥١-٥٢.

(١٠) د. السنهوري، ج٧، المصدر السابق ، ف٧١ن وما بعدها ، ص١٣٢ وما بعدها وكذلك السنهوري، الوسيط، ج١، ف٩٠١، ص١٤٣٧، وكذلك استاذنا عبدالمجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني العراقي، ج١، مصادر التزام، ط٣ بغداد ١٩٦٩ ف١٠٢٣ ص٥٥٢.

(١١) قارن مع احكام المواد (٢٤٥ مدني عراقي) و (١٩٨ مدني مصري) والمادة (١٩٩ مدني سوري) والمادة (٣١٢ مدني اردني)

(١٢) فتحي غيث، قانون المهندس، ط١، القاهرة، ١٩٦٠، ص١١.

من هنا كان فرض المشرع لمبدأ الضمان في تشييد الأبنية والمنشآت الثابتة، بان جعل كلا من المقاول والمهندس المعماري متضامنين بالمسؤولية عن أي عيب يصيب البناء خلال مدة الضمان، إن كان من شأن هذا العيب تهديد متانة البناء وسلامته،ولكي يدفع كلا منهما إلى الحرص في مراعاة الدقة والتبصر والالتزام بالقواعد الفنية الصحيحة لأصول الفن المعماري في التنفيذ(١٣).

فضلا عن ان روح التضامن الاجتماعي التي يهدف المشرع إلى اشاعتها في المجتمع تحقيقًا للمصالح العامة والخاصة في الوقت نفسه، وتتجسد المصلحة العامة في حفظ المباني المشيدة والمنشآت الثابتة من خطر الانهدام الكلي اوالجزئي، وتجنباً للاضرار التي يمكن أن تلحق الاغيار يتجة نتيجة لذالك الانهدام، أما المصلحة الخاصة فتتجسد بحماية رب العمل في سلامة أملاكه وما قد يترتب على انهدام الابنية التي شيدها من أضرار تجعله مسؤولا عن التعويض، وكل هذه الاعتبارات ساهمت في اقرار الضمان في التشريعات المدنية وهو ضمان يخرج عن نطاق عقد المقاولة، ومن ثم فإن المسؤولية المترتبة على تحقق سببه إنما تكون مسؤولية تقصيرية تجد سندها في نص القانون الذي أقر الضمان.

وفي تقديرنا لهذا الرأي القائل بالطبيعة القانونية للضمان العشري فإننا نقول إنه رغم تسليمنا بأن الضمان نشأ بحكم قانوني آمر،ورغم أن الضمان يبقى ملزماً لكل من المقاول والمهندس بعد انقضاء عقد المقاولة، وأن آثار العقد تنقضي بانقضائه لكن هناك حقيقة لا يجب اغفالها وهي إن المسؤولية التقصيرية إنما تكون بين شخصين أو طرفين لم تكن نشأت بينها أية علاقة قانونيه قبل تحقق الواقعة التي سببت الضرر أو إن هذ الواقعة لا تستند الى أيٍّ تصرف قانوني يربط الطرفين فكل منها أجنبي عن الآخر وما كان لأيٍّ منها الرجوع الى الاخر الا بسبب هذه الواقعة .

وهذا بخلاف حالة الضمان العشري فكل من المقاول والمهندس ارتبط بعقد مقاولة صحيح، وإذا كان العقد بين الطرفين انقضى الا ان السبب الذي يتحقق به الضمان يرتكز على أعمال نفذت بمناسبة عقد المقاولة مما يجعل القول بأن كلا من الطرفين اجنبي عن الاخرقول يجافي الحقيقة؛ لذا لا نرى امكانية الأخذ بهذا الراي.

المطلب الثالث

الطبيعة القانونية للضمان طبيعة مزدوجة

نظرا للانتقادات الموجهة للاتجاهين السابقين فقد حاول بعض الفقهاء تلافي تلك الانتقادات عن طريق الجمع بين الاتجاهين فقالوا بالطبيعة المزدوجة للضمان العشري، لكنهم اختلفوا بين من قرب الطبيعة العقدية إلى الطبيعة القانونية، وبين من جعل الطبيعة العقدية هي الاصل وقرب الطبيعة القانونية منها، وهذا ما نعرضه في الفرعين الآتيين:

(١٣) فتحي غيث، المصدر السابق، ص٥٤.

الفرع الأول

تقريب الطبيعة العقدية من الطبيعة القانونية

ذهب فقهاء القانون العام الفرنسيون إلى أن المسؤولية الناشئة عن عقود الأشغال العامة، هي مسؤولية لاحقة على عقد المقاولة أنشأها المشرع وفرضها بين أشخاص ارتبطوا بعلاقة عقدية انقضت فيما بعد، أو بين خلف هؤلاء الأشخاص(١٤)، وذهب بعضهم إلى أن الضمان العشري في عقد المقاولة لا يصح أن نرده إلى عقد المقاولة، وانما هو نظام أصيل ومستقل ولا يرتبط بأي طائفة من الأنظمة القانونية الأخرى، وإن كان التزام المقاول والمهندس بانجاز العمل من الالتزامات الناشئة عن عقد المقاولة، لكن المشرع خصه بتنظيم قانوني مستقل ومنفصل عن تلك الالتزامات الأخرى، ضمن اطار عقد المقاولة(١٥).

وذهب بعضهم إلى أن للضمان العشري في عقد المقاولة وجهين، وجه عقدي والآخر قانوني؛ لأنه يلزم أصلاً وجود عقد مقاولة حتى يتحدد المسؤولون المحتملون، وتتحدد الالتزامات التي تفضي مخالفتها إلى نهوض المسؤولية، ولكن المشرع في الوقت نفسه يحدد سير هذا الضمان ويتكفل بتحديد أحكامه وتنظيمها ويبين مداها(١٦). ويخلص هؤلاء من كل ذلك إلى أن المسؤولية الناشئة عن الضمان العشري مسؤولية قانونية في أساسها وجوهرها لكنها في الوقت نفسه لها بعض الصفات أو الميزات التي تقربها من المسؤولية العقدية.

الفرع الثاني

تقريب الطبيعة القانونية للضمان من الطبيعة العقدية

لم يغفل بعض الفقهاء عقد المقاولة رغم انقضائه؛ لذا فيرون ان العقد رغم انقضائه بانجاز العمل وتسليمه وتسلمه ووفاء رب العمل بالأجرِ المستحق للمقاول والمهندس إلاّ أن المشرع مد ضمانهما لسلامة المباني والمنشآت الثابتة إلى ما بعد هذا الانقضاء(١٧)؛ لذا فالمسؤولية هنا تستند إلى عقد المقاولة لكنها مسؤولية فرضها القانون لكل عقد مقاولة يكون موضوعه إنشاء أبنية أو منشآت ثابتة سواء نص عليه في العقد أم لم ينص(١٨) ومعنى ذلك أن الضمان في هذه الحالة ما هو الأ التزام اضافي انشأه المشرع لمصلحة رب العمل(١٩)، فالمسؤولية هنا مسؤولية عقدية لكنها مقررة بنص القانون، وتمتد إلى ما بعد انقضاء عقد المقاولة، وما دام المشرع قد انشأ هذا الضمان فإن نص القانون يعد المصدر المباشر له، سواء استند هذا الضمان إلى عقد المقاولة أو إلى أي عقد آخر غيره(٢٠).

---

(١٤) Odent, cite par, costa. P46, not, 51. نقلا عن د. محمد شكري سرور، المصدر السابق، ف ٢٥٨، ص٢٨٢.

(١٥) Gabolde, 1968, n4 نقلا عن د. محمد شكري سرور، المصدر السابق، ف ٢٥٨، ص٢٧٣.

(١٦) Nodeme, cite, par, costa, p46, نقلا عن د. محمد شكري سرور، المصدر السابق، ف ٢٥٨، ٢٨٣.

(١٧) د. محمد جابر الدوري، المصدر السابق، ص٤٨-٤٩، وقارن، د. محمد كامل مرسي شرح القانون المدني الجديد، العقود المسماة ج٤، القاهرة، ١٩٥٣.ف ٥٩٤ ص٤٦٩.

(١٨) د. محمد شكري سرور، المصدر نفسه، ف ٢٥١، ص٢٧٦، والمصادر التي أشار اليها.

(١٩) د. محمد كامل مرسي، المصدر نفسه، ف٥٩٤، ص٤٩٦.

(٢٠) د. محمد جابر الدوري، المصدر السابق، ص ٤٩ وما بعدها.

ويبدو لنا أن هذا الاتجاه الذي حاول الجمع بين سابقيه لا يتجاوز الانتقادات الموجهة إلى كل منهما، لذا فلا نعيد ما سبق ذكره من انتقادات، ومن ثم فلا يمكن أن نعول عليه.

كما تنبغي الاشارة هنا إلى أن مسألة الخلاف هذه لم تبق حبيسة آراء الفقهاء، إذ نجد القضاء أيضًا متردداً بين القول بالطبيعة القانونية للضمان العشري والقول بالطبيعة العقدية، وهو مايشير إليه موقف محكمة النقض الفرنسية، إذ كانت تذهب في احكامها إلى أن الضمان ذو طبيعة قانونية والمسؤولية الناشئة عنه هي مسؤولية تقصيرية على أساس انقضاء عقد المقاولة بين طرفيه، ومن ثم لم يعد تصرفاً قانونيا يربط بينهما، فلا يبقى إلا المسؤولية التقصيرية تصلح أساساً لهذا الضمان(٢١)، غير أن المحكمة ذاتها رجعت عن موقفها هذا نظراً للاختلاف الكبير بين أحكام المسؤولية التقصيرية، وبين احكام الضمان الذي ينشأ في ذمة المقاول والمهندس حتى وان لم يرتكب أي خطأ أو تقصير أو اهمال(٢٢).

رأينا في الموضوع

ما دامت الآراء الفقهية التي سبق بيانها لم تسلم من النقد، لذا فليس من بينها ما يمكن ترجيحه على غيره، ومن ثم فلا مناص من القول برأي جديد، يتلافى تلك الانتقادات وينسجم مع الاحكام القانونية الآمرة التي خص بها المشرع الضمان العشري فإزاء حقيقة أن عقد المقاولة ينقضي بانجاز العمل وتسليمه وتسلمه من قبل رب العمل، وانه لا يمكن مد أحكامه إلى مرحلة لاحقة على هذا الانقضاء، فضلا عن ذلك وإن كنا نقر بامكانية انشاء آثار لأي تصرف قانوني تستند إلى إرادة المشرع أو إن القضاء يلزم اطرافها بهذه الاثار وإن لم تنصرف اليها ارادة الاطراف المتعاقدة، فان ذلك انما يكون أثناء نفاذ العقد وسريان احكامه، فلم نجد نصًا قانونياً أو حكما قضائيا يذهب إلى الزام المتعاقدين بالتزام يستند إلى عقد سبق وأن ترتبت آثاره وانقضى بالتنفيذ السليم للالتزامات الناشئة عنه،كما يجب أن لا يغيب عن الذهن أن المسؤولية العقدية التي تحكم الاخلال بالالتزامات التعاقدية يمكن الاتفاق على احكام مخالفه لها ما لم يُرتكَبْ غش أو خطأ جسيم ،وهذا كله لا ينسجم وطبيعه المسؤولية المترتبة على الضمان العشري الذي لم يجوّز المشرع الاتفاق على حكم مخالف لها الاّ إن كان تشديدا لاحكام الضمان.

كما أن القول بالمسؤولية التقصيرية لتحديد طبيعة ما يترتب على الضمان العشري من احكام أيضاً لا ينسجم وطبيعة احكام الضمان ، لأن المسؤولية التقصيرية إنما تترتب على الإخلال بالتزام مصدره القانون أو الإخلال بالواجب العام القاضي بعدم الحاق الضرر بالغير، فضلا عن كونها تنشأ بين اطراف لا يربط بينهما تصرف قانوني ويكون كل منهما اجنبياً عن الآخر، ولولا تحقق واقعة الضرر لما نشأت بينهما أيّة علاقة قانونية تخول أحدهما الرجوع الى الآخر، كما أن أحكام المسؤولية التقصيرية عن الأعمال الشخصية تستلزم صدور تعد أو تقصير من المسؤول حتى يسأل عن تعويض الضرر الذي أصاب الدائن، وهذا ما لا نجده في الضمان العشري، فبمجرد وجود عيب يهدد متانة البناء وسلامته في العمل المنجز ينشأ الضمان في ذمة كل من المقاول والمهندس، كما أن المسؤولية من الأعمال الشخصية تندفع إذا اثبت المدين أن الضرر كان سببه خطأ المضرور نفسه بوصفه صورة للسبب الأجنبي طبقًا لنص المادة (٢١١) من

(٢١) د. السنهوري، المصدر السابق، ج٧، ف٧١، ص١٣٢-١٣٣.

(٢٢) استاذنا د كمال قاسم ثروت، ف٦٤، ص١٢٦، وقارن بالمواد (٦٥١) مدني مصري، و(٧٨٠) مدني عراقي، و(٦١٧) مدني سوري، و(٧٨٨) مدني اردني.

القانون المدني العراقي في حين أن المهندس والمقاول لا يستطيعان دفع المسؤولية حتى إذا اثبتا ان سبب العيب الذي يهدد متانة البناء وسلامته يرجع إلى خطأ رب العمل.

ازاء كل ذلك نجد أن أحكام الضمان العشري لا يمكن أن تتفق لا مع أحكام المسؤولية العقدية أولا المسؤولية التقصيرية، وعليه فليس من سبيل الا القول بالمسؤولية الخاصة التي أقرها المشرع بحكم قانوني خاص لاعتبارات عملية يكون بموجبها لرب العمل الرجوع الى المقاول والمهندس بالضمان، إن تحقق سببه خلال مدة عشر سنوات مع عدم اغفال انقضاء عقد المقاولة بانجاز العمل وتسليمه.

المبحث الثاني

أساس قيام المسؤولية العشرية [٢٣]

قدمنا فيما سبق أن المسؤولية العشرية انفردت بأحكام خاصة بها، حيث خصها المشرعون في أغلب التشريعات المدنية المقارنة ومنها التشريع العراقي بأحكام خاصة، هذا من جهة ومن جهة أخرى فإنه لما كان التزام المهندس المعماري والمقاول التزاما بنتيجة وليس التزاما بوسيلة، حسب ما يذهب اليه اغلب فقهاء القانون المدني، فإننا نكون هنا بصدد مسؤولية مدنية تقوم على أساس خطأ مفترض، وهنا نتساءل عن مدى نجاعة هذا الموقف ومقدار صحته، هل يعد موقفا صحيحاً أو أنه بحاجة إلى بعض التعديل والتغيير، وللإجابة عن هذا التساؤل فاننا نقسم هذا المبحث على مطلبين، نتناول في أولهما: أساس المسؤولية العشرية في التشريعات المدنية، ونخصص الثاني: لتقييم الموقف التشريعي من أساس المسؤولية العشرية.

المطلب الأول

أساس المسؤولية العشرية في التشريعات المدنية

إننا نبحث هنا الموقف لدى كل من التشريع المدني الفرنسي (مدونة نابليون) والموقف لدى القانون المدني المصري النافذ والقانون المدني العراقي(٢٤)، وذلك في فروع ثلاثة نتناولها تباعاً وكما يأتي:

الفرع الأول

أساس المسؤولية العشرية في التقنين المدني الفرنسي

بموجب أحكام المواد (١٧٩٢) و(٢٢٧٠) من التقنين المدني الفرنسي فإن الضمان العشري يقوم على أساس خطأ مفروض فرضا قانونيا قاطعا غير قابل لإثبات العكس، وذلك كاستثناء من القواعد العامة التي تستوجب إقامة الدليل على الخطأ امام المحكمة.

---

[٢٣] وهذا المصطلح متداول ومستخدم لدى البعض من الكتاب منهم :. استاذنا د. مصطفى رجب ، الضمان العشري لمهندسي ومقاولي البناء ، بحث مطبوع على الآلة الكاتبة بدون تاريخ ، كذلك استاذنا الدكتور حسن علي الذنون ، المبسوط في المسؤولية المدنية ،جـ ٢ ، الخطأ ،بغداد ،٢٠٠١ ،ف ٦٩ ،ص٦١٧.

(٢٤) وقد عالجت تلك التشريعات المسؤولية العشرية ووضعت احكامها في المواد ١٧٩٢و ٢٢٧٠مدني فرنسي، ٦٥١ مدني مصري ،٧٨٠ مدني عراقي.

بهذا الموقف يكون المشرع المدني الفرنسي قد رفع عبء الإثبات عن كاهل رب العمل، لأنه أعتبر مجرد حصول التهدم خطأ في ذاته، يقيم مسؤولية المهندس والمقاول ويلزمهما بالتعويض(٢٥) .

ولم يطلب المشرع من رب العمل سوى إثبات حصول التهدم أو الانهيار في البناء أو المشيدات الثابتة أو ظهور العيوب التي يترتب عليها تهديد متانة البناء أو سلامته، وقيام صلة السببية بين هذا التهدم ونشاط كل من المهندس المعماري والمقاول(٢٦).

أما إذا انقطعت هذه الرابطة فإن كلاً من المهندس والمقاول يتخلصان من المسؤولية ،وذلك إذا ما أقاما الدليل على أن التهدم أو الانهيار كان بسبب اجنبي لا يد لهما فيه ولا يستطيعان دفعه(٢٧) .

ويبدو أن السبب الذي دفع المشرع الفرنسي إلى اتخاذ هذا الموقف هو إدراكا منه لحقيقة الخطر الذي ينتج عن مثل هكذا حالات،والتي يمكن أن تعرّض الامن العام للخطر(٢٨) ، وتقديرا منه لخطورة التهدم الكلي أو الجزئي الذي يقع في البناء أو المنشآت الثابتة ويؤثر على سلامة مالك البناء أو القاطنين فيه، ومراعاة للطرف الضعيف في هذا العقد وهو رب العمل، والذي غالبا ما يتصف بقلة الخبرة والدراية الفنية والعلمية بالبناء مما يسهل على الطرف الآخر إمكانية خداعه أو مراوغته دون أن يشعر بالخطر المحدق فيه، ثم إن هناك عيوبا في البناء أو المنشئات تفضي إلى التهدم أو الانهيار توصف بأنها خفيه لا تظهر آثارها الا باستعمال البناء مدة من الزمن(٢٩).

الفرع الثاني

أساس المسؤولية العشرية في القانون المدني المصري

لا يختلف موقف التشريع المصري في هذا المجال كثيرًا عما هو موجود من أحكام في التقنين المدني الفرنسي، فبموجب أحكام المادة (٦٥١) تقوم المسؤولية على أساس الخطأ المفروض فرضا قانونيا قاطعا لا يقبل إثبات العكس.

فبالنسبة إلى التهدم الكلي أو الجزئي فيما يشيده المقاول أو المهندس من مبان لا يكلف رب العمل أو مالك البناء بإقامة الدليل على خطأ المقاول والمهندس؛ لان هذا الأمر عليه قد لا يستطيع بلوغه فيضيع حقه في التعويض، بل يكفي أن يقام الدليل على وقوع التهدم الكلي أو الجزئي في البناء فقط.

وهنا لا يستطيع المهندس أو المقاول دفع المسؤولية أو نفيها إلا بإقامة الدليل على حضور السبب الأجنبي كالزلزال مثلا أو الهزة الأرضية أو غيرها من الأسباب الأجنبية، وهذا يعود أصلاً إلى أن التزام المقاول والمهندس يرجع أساسا إلى أنه التزام بتحقيق غاية (نتيجة) وليس التزاما ببذل عناية (وسيلة)(٣٠).

---

(٢٥) محمد كامل مرسي، شرح القانون المدني الجديد ، العقود المسماة ، ج٤ ،ط١ ،القاهرة ١٩٥٣ ،ف٦٠٠ ،ص٥٠٢.

(٢٦) د. محمد لبيب شنب، شرح احكام عقد المقاولة، دار النهضة العربية، ط١، ١٩٦٢، ف ١٠٨ ص١٢٧.

(٢٧) د. السنهوري، الوسيط، جـ٧، ف٧٢، ص١٣٤.

(٢٨) د. محمد جابر الدوري، المرجع السابق، ص٨٤

(٢٩) د. محمد لبيب شنب، المرجع السابق ، ف١٠٤، ص١٢١

(٣٠) د.السنهوري، ج٧ ، ف٣٨ ، ص٦٧، ود.محمد لبيب شنب،المرجع السابق، ف١١٢، ص١٣٥،ود.كمال قاسم ثروت ،المرجع السابق ،ف٦٤،ص١٢٦.

لذلك فإن الإخلال أو الخطأ ينسب إلى المقاول أو المهندس المعماري بمجرد عدم حصول هذه الغاية أو عدم التمكن من تلك النتيجة، وهي القيام بالعمل وفقا للوجه المتفق عليه ومراعاة لأصول التصميم وفن العمارة وفنون البناء، لذلك فإن كلا من المهندس والمقاول يكون مسؤولاً إلا إذا أثبت أن حضور السبب الأجنبي هو الذي أدى إلى مثل هذه العيوب (٣١).

الفرع الثالث

أساس المسؤولية العشرية في القانون المدني العراقي

عالجت المادة (٨٧٠) وما بعدها المسؤولية العشرية ونفهم من نصوص تلك المواد أن المشرع العراقي أقام المسؤولية على خطأ مفروض فرضًا قانونيًا قاطعًا غير قابل لإثبات العكس (٣٢) وتشير المادة (٨٧١) من القانون المدني العراقي إلى تقسيم المسؤولية بين المقاول والمهندس إذا انفرد كل منهما بعمله بأن كان المهندس مختصا بوضع التصميم دون التنفيذ كان مسؤولاً عن أخطاء التصميم دون غيرها، أما إذا كان المقاول مسؤولاً فقط عن التنفيذ كان مسؤولاً فقط عن أخطاء التنفيذ دون غيرها، أما إذا اشترك كل منهما بالتصميم والتنفيذ فانهما يشتركان بالمسؤولية ويكونان متضامنين فيها أمام رب العمل(٣٣).

عليه فإنه إذا ما ظهر التهدم الكلي أو الجزئي في البناء أو ظهر السبب من الأسباب التي يمكن أن تؤدي إلى هذه النتيجة فإنه يكون من حق رب العمل رفع الدعوى على كل من المقاول والمهندس معا ليطالبهما بالتعويض، ولا يكلف رب العمل بإقامة الدليل على خطأ المقاول أو المهندس،لأن مسؤوليتهما مبينة أو مؤسسة على افتراض حصول الخطأ منهما افتراضا قانونيا قاطعا غير قابل لإثبات العكس، لكن لو ادعى المهندس أن التهدم أو العيب راجع إلى طريقة التنفيذ التي لم تدخل ضمن اختصاصه في العمل فعليه إقامة الدليل على ذلك، والأمر سيان بالنسبة للمقاول أيضا إذا اقتصر عمله على التنفيذ دون التصميم،حيث يعد الأمر هنا كأنه سبب أجنبي مصدره فعل الغير، لكن يجب إثبات هذا السبب وحضوره فعلا لينفي المسؤولية عمن يدعيه(٣٤) .

لكن اذا ما اشترك المقاول والمهندس بالعمل سوية وثبت التهدم والخلل ولم يستطيعا دفعه بإثبات حضور السبب الأجنبي أو خطأ المالك نفسه نتيجة لاستعمال غير صحيح فعلى القاضي الحكم بالزامهما متضامنين بتعويض رب

(٣١) د.محمد لبيب شنب، المرجع السابق ، ف١٠١،ص١١٧

(٣٢) وذلك في موقف مشابه لما موجود في التقنين المدني العراقي والقانون المدني المصري،الا ان المشرع المدني العراقي انفرد في بعض المجالات بأحكام حاصة .

(٣٣) نصت المادة (٨٧١)من القانون المدني العراقي على أن:(اذا اقتصر المهندس المعماري على وضع التصميم دون ان يكلف بالرقابة على التنفيذ يكون مسؤولاً عن العيوب التي أتت من التصميم دون العيوب التي ترجع إلى طريقة التنفيذ .....)

(٣٤) وهذا ما اتجهت اليه محكمه التمييز عندنا في العراق في قرارتها، لمزيد ينظر قرار محكمة التمييز في العراق المرقم (٨/استئنافية/١٩٧١) تاريخ القرار ١٩٧١/٥/٦. النشرة القضائية، العدد الثاني، السنة الثانية، ١٩٧٢، ص١٦٥.

العمل عما ألمَّ به من أضرار ناتجة بسبب حدوث التهدم أو ظهور العيوب، على أن يقضي أو يثبت في الحكم الحق في رجوع المهندس أو المقاول على الطرف الآخر الذي ثبت التعدي أو الخطأ في جانبه كلٌ بنسبة تعدية أو خطئه(٣٥).

المطلب الثالث

تقييم الموقف التشريعي في أساس المسؤولية العشرية

رأينا كيف أن المشرع في أغلب القوانين المدنية المعاصرة(٣٦)، يضفي على رب العمل الحماية القانونية دائما، ونرى أن العلة في ذلك هي إن رب العمل هو الذي يستحق هذه الحماية أكثر من المهندس المعماري، أو المقاول، وآية ذلك واضحة وهي إن رب العمل ليس بإمكانه الإحاطة أو الإلمام بأصول الفن الهندسي أو الأعمال الإنشائية أو فن التصميم أو العمارة عند تمام العمل وتسليمه(٣٧).

فإذا كانت العيوب خفية فليس باستطاعة رب العمل أن يكون على علم يقيني من أن المباني القائمة والمنشآت الثابتة الأخرى ستنهدم أو أن عيوباً ستظهر فيها وتفضي إلى تهدمها أو تهديد سلامتها ومتانتها.

فالمشرع المدني ينهج سياسة تشريعية محددة في هذا الإطار يمنع الأضرار التي قد تعرّض الأمن العام للأخطار، ومن ثم تقع العواقب الوخيمة والنتائج السيئة وفي النهاية تؤدي الى الأضرار الجسيمة؛ لذلك يتشدد المشرع المدني في مسؤولية المقاول والمهندس لإجبارهما على تحقيق النتيجة التي تعهد بها لرب العمل وهي اقامة وتشييد الأبنية والمنشآت الثابتة طبقًا للشروط والمواصفات المتفق عليها ومراعاة لأصول وتعاليم الفن المعماري والهندسي.

فمعلوم انه بعكس ذلك سوف تعم الفوضى في المجتمع ويحل الاضطراب وتتزعزع الثقة في الروابط والعلاقات القانونية داخل المجتمع، مما يؤدي إلى أضرار كبيرة تسيء إلى كيان الدولة وواقعها بشكل عام.

فالصلة القائمة بين المهندس والمقاول من جهة ورب العمل أو المالك من جهة أخرى تبرز عدم تكافؤ في القدرات والخبرات والمؤهلات، فرب العمل طرف ضعيف في هذه المعادلة إلى جانب المقاول والمهندس اللذين هما الأقوى في هذه الرابطة بما يتمتعان به من مهارة وكفاءة ودراية وخبرة ومؤهلات في مجال عملهما أو صنعتهما؛ لذلك حماه المشرع بأن وضع ثقل القواعد القانونية ينصب على كاهل المهندس والمقاول، لمصلحة رب العمل (الضعيف) حتى وإن كان الأخير مهتما بالعمل ومثابراً بحيث يدفعه إلى أن يكون حاضرا دائما وموجودا في العمل مع المهندس والمقاول لملاحظة سير العمل(٣٨).

ومن أهداف السياسة التشريعية في هذا المجال هو حماية الملكية العقارية، وسبب ذلك هو إن الأبنية والمنشآت الثابتة مرتبطة ارتباطاً وثيقًا بالملكية العقارية، وهذه الملكية تحظى بحماية المشرع ؛ لأنها جزء من الثروة القومية ولها

(٣٥) استاذنا د. كمال قاسم ثروت، المرجع السابق، ص١٢٧، وقارن الدكتور السنهوري، ج٧ ، المرجع السابق ص١١٧.

(٣٦) لاحظ المواد،(٨٧٠ مدني عراقي، ١٧٩٢ و ٢٢٧٠ مدني فرنسي و ٦٥١ مدني مصري و٧٨٨ مدني اردني و٨٦٧مدني سوري).

(٣٧) فتحي غيث، المرجع السابق، ص٥٤.

(٣٨) حسن عكوش، المسؤولية المدنية في القانون المدني المصري، القاهرة ، ١٩٥٧، ط١، ص٣٧١.

وظيفة اجتماعية، حيث نهج المشرع المدني نهجًا قيد من حرية الإرادة ، أي: إرادة المالك ورب العمل عندما فرض الضمان على المهندس والمقاول حتى لو أجاز الأول تشييد البناء أو اقامة المنشآت المعيبة(٣٩) ؛ لأن في ذلك ما يمثل قمة التضامن الاجتماعي الذي تهدف السياسة التشريعية المدنية الوصول اليه؛ لذلك يتشدد المشرع المدني في مسؤولية المهندس والمقاول ؛ لكي يحققا النتيجة أو الغاية التي التزما بتحقيقها(٤٠)، وفي خلاف ذلك فإن ما تتعرض له المصلحة العامة من ضرر ناتج عن حدوث التهدم أو الانهيار في المباني أوالمنشآت أو ما يظهر من عيوب يكون كبيراً جداً ، بالمقابل فإن ما للمباني من جمال وذوق فني كبير ومعماري رفيع لهو أمر لا شك في أن له نتائجه الكبيرة والمهمة على الاقتصاد الوطني.

هنا يتضح لنا أن المشرع في إقراره للأحكام الخاصة للضمان في عقد المقاولة راعى حقيقتين: الأولى: حماية رب العمل الطرف الضعيف في العلاقة، والثانية: حماية الملكية العقارية التي فيها حماية للمصلحة القومية بوصفها ثروة قومية.

والمشرع المدني هنا يضع صياغة عامة للسلوك الاجتماعي التي هي حقائق مأخوذة من حقيقة الاعتماد المتقابل بين أفراد المجتمع الواحد، وهي حقيقة لا يمكن استثمارها إلا بالتضامن الاجتماعي الذي يضمن احترام كل الأفعال التي تحقق هذا التضامن والامتناع عن كل الأفعال التي تنادي بها وتحددها غاية معاكسة ومتضادة لما يهدف إليه التضامن الاجتماعي(٤١).

ففكرة الضمان أو المسؤولية العشرية في عقد المقاولة تنبع وتتأصل أساسا من فكرة التضامن الاجتماعي هذه(٤٢)

لذا فإن المشرع المدني في إطار أحكام الضمان في عقد المقاولة خرج عن القواعد العامة الواردة في نطاق المسؤولية المدنية عندما استحدث مسؤولية استثنائية ذات احكام خاصة تسير جنبًا الى جنب مع المسؤولية المقررة في القواعد العامة، ويبدو لذلك أن خروج المشرع المدني عن القواعد العامة وتجاوزها لحكمة ارتآها لحماية الوضع الذي قرر من أجله النص، وبذلك يكون المشرع قد أضفى حماية وخصوصية لوضع أو لمركز لو ترك إلى القواعد العامة لتجرد من الحماية التي ارتأى المشرع وضعها له لكي يصل إلى التضامن الاجتماعي الذي ينشد إلى تحقيقه .

نتيجة لكل ما تقدم نستطيع أن نقول إن المشرع المدني سواء في فرنسا أو مصر أو العراق (٤٣) يؤسس الضمان العشري(المسؤولية الخاصة) في عقد المقاولة على فكرة الضمان القانوني، وهي مسؤولية قانونية استحدثها المشرع وفرضها وقررها، وقد خرج فيها عن القواعد العامة في المسؤولية المدنية، وهذا الضمان أو المسؤولية القانونية تلك حقيقة واقعة خلقها المشرع المدني وأطلقها إلى الواقع الهندسي والمعماري في مجال البناء والمنشآت الثابتة التي يقوم المهندس المعماري

(٣٩) قارن مع المادة (٨٧٠) مدني عراقي.

(٤٠) د. محمد جبار الدوري، المرجع السابق، ص١٢٠.

(٤١) د. السنهوري، الوسيط، ج٨، فـ٣٣٨، ص٥٤٥، وقارن مع الدكتور عبدالرحمن البزاز، اصول القانون، مطبعة العاني، بغداد ١٩٥٨، ط٢، ص٨٧.

(٤٢) د.محمد جابر الدوري، المرجع السابق، ص١٢١ .

(٤٣) والقوانين التي نهجت نهجها كما في القانون المدني الكويتي والليبي والسوري والفرنسي وغيرها.

والمقاول بتشييدها أو إقامتها، أو ما يظهر في هذه المباني وتلك الإنشاءات من عيوب يتأسس عليها تهديد متانة البناء وسلامته خلال المدة التي يحددها المشرع(٤٤).

ولم يقف المشرعون عند هذا الحد بل جعلت أحكام الضمان العشري(المسؤولية الخاصة) من النظام العام لا يجوز الاتفاق على مخالفتها أو التخفيف منها(٤٥)، وكل اتفاق على خلاف ذلك يكون باطلا لتعلقه بالنظام العام(٤٦)، وحسنا فعلت أغلب التشريعات المدنية حيث جعلت هذه المسؤولية الخاصة من النظام العام وبنصوص صريحة(٤٧).

الخاتمة

إن الضمان العشري هنا ما هو إلا تطبيق قانوني مميز له طبيعة قانونية خاصة تقترب من المسؤولية العقدية في كثير من جوانبها، وهذا الضمان فرضه المشرع وأخضعه لتنظيم قانوني خاص، بغية اقامة نوع من التوازن العادل بين أطراف عقد المقاولة، وليكفل به قدرًا من الحماية والسلامة لأرواح الناس وممتلكاتهم ممن يستخدمون هذه المباني أو تلك المنشئات الثابتة.

ويستلزم التنظيم القانوني الخاص لضمان طبيعة قانونيه خاصة للمسؤولية الناشئة عن الإخلال به، حيث تبدأ هذه المسؤولية كما نرى عقدية وتنتهي قانونية، فهي عقدية ؛ لأنها ناشئة عن عقد المقاولة نفسه وقانونية ؛ لأنها منظمة تنظيما تشريعياً خاصاً مميزاً، فهي تؤسس على عقد وتبنى بواسطة أحكام قانونية خاصة تنشئ بمجموعها ما نصطلح على تسميته بالمسؤولية العشرية.

ويبنى الضمان العشري في التشريعات الحديثة على أساس الخطأ المفترض فرضاً قاطعاً غير قابل لإثبات العكس، وهذا يعني تبني المشرع المدني لفكرة الضمان القانوني كأساس لهذه المسؤولية، ولا شك أن لهذا الموقف ما يبرره لدى كل دولة وتختلف هذه المبررات باختلاف السياسة التشريعية للدولة، لكن الغاية التي يجمع عليها المشرعون في هذا الخصوص هي تحقيق الاستقرار والاطمئنان الاجتماعي المتأتي من إقرار التضامن الاجتماعي من خلال حماية الطرف الضعيف في العلاقة القانونية ألا وهو رب العمل.

المراجع

١- حسن عكوش : المسؤولية المدنية في القانون المدني الجديد، مطبعة القاهرة الحديثة، ط١، ١٩٥٧ ٠

(٤٤) وهي عشر سنوات في القانون العراقي والمصري والسوري والليبي والتونسي والقوانين الاخرى اصطلحنا على تسمية هذه المسؤولية بالمسؤولية العشرية.

(٤٥) استاذنا د.حسن علي الذنون، المبسوط في المسؤولية المدنية ، جـ٢،بغداد،٢٠٠١، ف ٦٩ ، ص٦١٧،.

(٤٦) استذنا لذنون ، المرجع السابق ،ص ٦١٧ .

(٤٧) رواست ،جـ ١١، ف ٩٤٧ .قارن احكام المواد (٢٤٥ مدني عراقي) و (١٩٨ مدني مصري) والمادة (١٩٩ مدني سوري) والمادة ٣١٢ مدني اردني).

٢- حسن علي الذنون: المبسوط في المسؤولية المدنية،ج٢ ،الخطأ ، بغداد ، ٢٠٠١ ٠

٣- د٠ السنهوري :

- الوسيط في شرح القانون المدني: ج٨، العقود الواردة على العمل المقاولة والوكالة والوديعة والحراسة ،المجلد الاول ، القاهرة ،١٩٦٤ ٠
- الوسيط في شرح القانون المدني : المجلد الاول، ج٤، بيروت ، بدون تاريخ ٠
- الوسيط في شرح القانون المدني : نظرية الالتزام بوجه عام ، ج١ ، القاهرة ،١٩٥٢ ٠

٤- د٠ سليمان مرقس : دروس في المسؤولية المدنية لطلبة الدكتوراه ، المسؤولية المدنية في تقنينات البلاد العربية القسم الاول ، مطبعة الجيلاوي ،١٩٧١ .

٥- عبد الباقي البكري : في شرح القانون المدني العراقي ، جـ٣ ،في تنفيذ الالتزام ، مطبعة الزهراء ، بغداد، ١٩٧١ .

٦- عبد الرحمن البزاز : اصول القانون ، مطبعة العاني، ط٢، بغداد ،١٩٥٨ ٠

٧- عبد المجيد الحكيم : الموجز في شرح القانون المدني العراقي ، جـ١، في مصادر الالتزام ، شركة الطبع والنشر الأهلية ، ط٣ ، بغداد ،١٩٦٩ ٠

٨- عبد المنعم فرج الصده: مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٧١ ٠

٩- فتحي غيث : قانون المهندس ، ط١، القاهرة ، ١٩٦٠ ٠

١٠-د٠ كمال قاسم ثروت : الوجيز في شرح احكام عقد المقاولة ، ط١ ، مطبعة اوفسيت الوسام، ١٩٧٦ ٠

١١- د٠ محمد جابر الدوري: مسؤولية المقاول والمهندس ، مطبعة عشتار ،بغداد ، ١٩٨٥ ٠

١٢محمد شكري سرور : مسؤولية مهندس ومقاولي البناء ، دار الفكر العربي ، القاهرة، ١٩٨٥ ٠

١٣- محمد كامل مرسي : شرح القانون المدني الجديد ، العقود المسماة ، ج ٤، ط١، القاهرة ،١٩٥٣ ٠

١٤- د٠ محمد لبيب شنب : شرح أحكام عقد المقاولة ، دار النهضة العربية ،ط١٩٦٢،١ ٠

القوانين /

١- القانون المدني الاردني رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٦

٢- القانون المدني السوري رقم ٨٤ لسنة ١٩٤٩

٣- القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١

٤- القانون المدني الفرنسي لسنة ١٨٠٤

٥- القانون المدني الكويتي القديم رقم ٥ لسنة ١٩٦١

٦- القانون المدني الكويتي الجديد رقم ٦٧ لسنة ١٩٨٠

٧- قانون الموجبات والعقود اللبناني صادر في ٩/اذار /٠١٩٣٢

٨- القانون المدني للجماهيرية العربية الليبية الشعبية الاشتراكية العظمى لسنة ١٩٦٣ ٠

٩- القانون المدني المصري رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨ ٠

القرارات

قرار محكمة التميز المرقم ٨، استئنافية ١٩٧١، النشرة القضائية ، العدد الثاني ، السنة الثانية ١٩٧٢، ٠

(1) LANIOL et RIPERT par : ROUAST(A
Traite pratique de driot civil francais 2 ed T.xI 1945 (contrats civils)

(2) GABOLDE (ch)
La responsabilite decennale en droit publique J.C.P 1968 -1- doct – 2191 .

(3) MODERNE (F) :
Les rapports entre responsabilite contractuelle et responsabilite decennale et responsabilite extracontractuelle . (a props des travaux publics de reconstruction) D 1971 - I – chr – P.267 a 274 .

(4) CASTON (Albetrt)
La responsabiltie des constructeurs . 2ed 1979 .

(5) COSTA (J.L.)
La responsabilite des constructeurs d`après la loi du 4 janvier 1978 D 1979 -chr- p. 35 a 48