



## مجلة جامعة الانبار للعلوم القانونية والسياسية

اسم المقال: إعادة تأهيل المقاولات بالضمان العشري

اسم الكاتب: م.د. أحمد عبد الأمير كاظم حسين جبرين

رابط ثابت: <https://political-encyclopedia.org/index.php/library/893>

تاريخ الاسترداد: 2026/05/12 04:12 +03

الموسوعة السياسية هي مبادرة أكاديمية غير هادفة للربح، تساعد الباحثين والطلاب على الوصول واستخدام وبناء مجموعات أوسع من المحتوى العلمي العربي في مجال علم السياسة واستخدامها في الأرشيف الرقمي الموثوق به لإغناء المحتوى العربي على الإنترنت. لمزيد من المعلومات حول الموسوعة السياسية - Encyclopedia Political، يرجى التواصل على [info@political-encyclopedia.org](mailto:info@political-encyclopedia.org)

استخدامكم لأرشيف مكتبة الموسوعة السياسية - Encyclopedia Political يعني موافقتك على شروط وأحكام الاستخدام المتاحة على الموقع <https://political-encyclopedia.org/terms-of-use>

تم الحصول على هذا المقال من موقع مجلة جامعة الانبار للعلوم القانونية والسياسية ورفده في مكتبة الموسوعة السياسية مستوفياً شروط حقوق الملكية الفكرية ومتطلبات رخصة المشاع الإبداعي التي ينضوي المقال تحتها.





إعادة تأهيل المقاولات بالضمان العشري

## Rehabilitation of contracting with a ten-year guarantee

م.د. أحمد عبد الأمير كاظم حسين جبرين

كلية الإمام الكاظم (ع) للعلوم الإسلامية الجامعة/ اقسام النجف الاشرف

**DR. AHMED ABDEL AMIR KAZEM HUSSEIN JIBRIN**

**AL-IMAM AL-KADHIM COLLEGE OF ISLAMIC  
SCIENCES UNIVERSITY / DEPARTMENTS OF NAJAF AL-  
ASHRAF**

### الملخص

تعد أعمال البناء والتشييد من الأعمال المعقدة، التي تحتاج الى مؤهلات علمية وخبرات فنية، لذلك اوجد المشرع الضمان العشري بهدف حماية الاشخاص والزام المشيد بتحمل المسؤولية في حالة تهدم البناء، او ظهور عيب فيه، ووجوب ان يكون هناك عقد مقاوله بين المشيد ورب العمل، ويتحمل المشيد ضمان البناء بواقع عشرة سنوات من تسلم البناء وضمانه من العيوب التي تظهر فيه، كما قد يكون المشيد غير ملزم بتعويض رب العمل في حالات عده مثل: القوة القاهرة وخطأ الغير وغير هذه الحالات لا يمكن للمشيد التملص من المسؤولية. ويجدد هذا الضمان المجال

الشخصي في عدة اشخاص مسؤولين متمثلين بالمهندس المعماري والمقاول اضافة الى ذكر الاشخاص المستفيدين مثل رب العمل وخلفه العام والخاص وفي حالة حدوث ضرر او تهدم في البناء، فان المشيد ملزم بالتعويض ويتنوع الضمان حسب الحالة فممكّن ان يكون عيني، وذلك بإصلاح البناء ويمكن ان يكون التعويض نقدي في حالة رفض رب العمل ان يعيد تشييد ما التزم به. حيث أنّ هذه الدراسة سترتكز على الدفع بعجلة تفعيل النظام العشري من خلال تقوية وتعزيز النصوص القانونية التي ينبغي على المشرع العراقي الالتفات اليها ولا سيما نحن بصدد الوقوف على اغلب مخلفات اعمال المنشآت المشيدة غير المنطوية لحياتها من خلال هذا النظام والسعي وراء تعزيز دور هذه الحماية بصورة قانونية سليمة.

الكلمات المفتاحية: الضمان العشري، حماية المنشآت، تقوية المشاريع، اعادة تأهيل الابنية

#### **Abstract:**

Building and construction works are complex works that require scientific qualifications and technical expertise, so the legislature created the ten-year guarantee with the aim of protecting people and obliging the constructor to bear responsibility in the event that the building is demolished or a defect appears in it, and there must be a contracting contract between the constructor and the employer, and he bears The constructor is a construction guarantee of ten years from receiving the building and guaranteeing it from defects that appear in it, Also, the builder may not be obligated to



compensate the employer in several cases, such as: force majeure, third party error, and other such cases. The builder cannot evade responsibility. This guarantee renews the personal sphere in several responsible persons represented by the architect and the contractor, in addition to mentioning the beneficiaries, such as the employer and his public and private successors. That the compensation be monetary in the event that the employer refuses to rebuild what he has committed to. Whereas, this study will be based on advancing the acceleration of activating the decimal system through strengthening and strengthening the legal texts that the Iraqi legislature should pay attention to, especially as we are going to find out most of the remnants of the works of the constructed establishments that do not include their protections through this system and seek to legally strengthen the role of this protection Sound.

**Key words: Ten-year guarantee, facility protection, project strengthening, building rehabilitation.**

المقدمة

أولاً: مقدمة الموضوع

ان اقامة المشاريع الانشائية المتزايدة بالآونة الاخيرة والذي جاء تلبية لمتطلبات التنمية العمرانية في مجال المشاريع العامة متزايدة، اضافة الى حاجة الانسان الى وجود بناء يستتر به، لهذا اقيمت المباني والمنشآت بأشكالها واحجامها المختلفة من

منازل ومصانع وجسور وغيرها، حيث رافق ذلك تطور كبير في وسائل البناء والتشييد من الناحية العلمية والتكنولوجيا الحديثة، وهو ما نتج عنه الزيادة في سرعة انجاز المشاريع وتغير في طرق الانجاز وتعقده في بعض الاحيان، وهو ما انجز عنه في بعض الاحيان هشاشة في البناء، بالإضافة الى وجود بعض المشيدين ممن يريدون الاستثمار مع عدم اتقان رب العمل لأصول هذه المهنة وذلك باستخدام مواد معيب، او غير مطابقة للمواصفات الفنية المتفق عليها، او الاقتصاد في كمية المواد التي تستعمل في انجاز المشاريع وهذا بغرض زيادة نسبة الربح وهو ما يكون على حساب متانة هذا البناء، كما انه يمكن ان يقوم المشيد بإخفاء العيب الظاهر في البناء متعمداً. لذلك تعد أعمال البناء والتشييد من الأعمال المعقدة، التي تحتاج الى مؤهلات علمية وخبرات فنية، لذلك اوجد المشرع الضمان العشري بهدف حماية الاشخاص والزام المشيد بتحمل المسؤولية في حالة تهدم البناء، او ظهور عيب فيه، ووجوب ان يكون هناك عقد مقاوله بين المشيد ورب العمل، ويتحمل المشيد ضمان البناء بواقع عشرة سنوات من تسلم البناء وضمانه من العيوب التي تظهر فيه، كما قد يكون المشيد غير ملزم بتعويض رب العمل في حالات عده مثل: القوة القاهرة وخطأ الغير وغير هذه الحالات لا يمكن للمشيد التملص من المسؤولية. ويجدد هذا الضمان المجال الشخصي في عدة اشخاص مسؤولين متمثلين بالمهندس المعماري والمقاول اضافة الى ذكر الاشخاص المستفيدين مثل رب العمل وخلفه العام والخاص وفي حالة حدوث ضرر او تهدم في البناء، فان المشيد ملزم بالتعويض ويتنوع الضمان حسب الحالة فممكن ان يكون عيني، وذلك بإصلاح البناء ويمكن ان يكون التعويض نقدي في حالة رفض رب العمل ان يقوم المشيد بإصلاح البناء.

### ثانياً: أهمية الموضوع

تبرز أهمية هذه الدراسة في بيان ماهية الضمان العشري بصورة عامة موجزة، فضلاً عن بيان وسائل الاثبات الخاصة بالضمان العشري وما هي الحالات التي يعفى

فيها المشيد من الضمان وايضا اهمية توضيح دعوى المسؤولية وتقدمها والتعويض الملزم على المشيد في حالة تهدم البناء او ظهور عيب فيه مع بيان انواع التعويض.

### ثالثا: اسباب اختيار الموضوع

قد تتعدد الاسباب الرئيسية للخوض في موضوع حمايات المنشآت من خلال النظام العشري اذ يعود سبب اختيارنا لهذا الموضوع الى كثرة تهدم وضرر الابنية وخاصة في الآونة الأخيرة بعد ان تم انجازها بمدد قصيرة لا تتعدى العشر سنوات، وهذا ما يهدد ويمس بحياة وسلامة الاشخاص من ناحية وتغطية الفساد بعدم المتابعة من جانب اخر. وبذلك فهو يؤثر على المجتمع ككل. فضلاً عن تسليط الضوء على الأحكام المتعلقة بهذا الموضوع في القانون العراقي، والجزاء المترتب على مخالفة هذه الأحكام والدور الحقيقي من وراء جعل هذه الاحكام رادع حقيقي لتجنب العمل بشكل غير صحيح.

### رابعاً: اشكالية ومنهجية المتبعة

إن ما تعانيه الانظمة القانونية في متابعة تطبيق النصوص القانونية لحماية المنشآت ومقاولات البناء ولاسيما ان مضمون المادة (١/٨٧٠) من القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥٠ قد جاء ليحدد سبيل الضمان العشري على المهندس والمقاول لكنه قد اخفق في بيان التنظيم القانوني الشامل لهذا الضمان وتحديد ما نجده في فترة اقامة دعوى الضمان وحصرها في غضون سنة واحدة. لذا تكمن اشكالية دراستنا في ايجاد تنظيم قانوني للضمان العشري ووضع الية حقيقية لتطبيقه.

كما أن الخوض بمثل هذه التفاصيل قد يحتاج إلى أدوات حقيقية تسعفنا نحو الاستخدام الصحيح وهذا سيكون باتباع أحد المناهج العلمية القانونية موضوع البحث، ولأجل ذلك فسنعتمد على إتباع المنهج الوصفي التحليلي الذي يعتمد على وصف القواعد القانونية والعمل على تحليلها بالشكل الذي يصل إلى مستوى الجزئيات المتعلقة بالموضوع، ولا سيّما بالمنهج الاستنباطي للاستعانة به والرجوع من الكليات إلى الجزئيات.

### خامساً: تقسيم البحث

في ضوء ما تم عرضه يمكن تقسيم هذه الدراسة إلى مبحثين اساسيين اضافة الى المقدمة والخاتمة، نتناول بالمبحث الاول مفهوم الضمان العشري في مطلبين نبيين في الاول تعريف الضمان العشري وتحديد طبيعته القانونية وخصائصه ونوضح في الثاني اشخاص الضمان العشري وشروط قيامه، وكرسنا المبحث الثاني لبيان احكام الضمان العشري في مطلبين نوضح في المطلب الاول اثبات الضمان العشري وحالات الاعفاء منه ونبين في الثاني جزاء تحقق الضمان العشري.

## I. المبحث الاول

### مضمون الضمان العشري

تعتبر المباني والمنشآت الثابتة رمزا للاستقرار في حياة الانسان ونقطة الانطلاق لنشاطه اليومي، وبنائها وتشيدها من قبيل الأعمال المعقدة التي تحتاج الى مؤهلات علمية وخبرات فنية، لذا فان ما يشوبها من خلل او عيب يهدد بالضرورة حياته وسلامته واستقراره وذلك عدم اطمئنانه وخوفه على حياته، وذلك لعدم وجود ثقة بمن انشا وانجز هذه المباني، وذلك جزاء تعرض اشخاص اخرين لتجارب سابقة ناتجة عن تهدم المباني عند انشائها او خلال الكوارث الطبيعية فان حدوث مثل هذه المضار جعلت القوانين تتشدد مع القائمين على عملية التشديد والبناء. وسيقتصر حديثنا في هذا المبحث حول تعريف الضمان العشري وطبيعته القانونية وخصائصه في المطلب الاول، ثم نتطرق في المطلب الثاني من هذا المبحث الى اشخاص الضمان العشري ومعرفة الشروط اللازمة لقيامه.

## I.أ.المطلب الأوّل

تعريف الضمان العشري وتحديد طبيعته القانونية وخصائصه

### I.أ.1. الفرع الاول

#### تعريف الضمان العشري

لقد نص المشرع العراقي على الضمان العشري، وحاول تطوير القواعد الخاصة به واكثر من مره، ومع ذلك يبقى تطرقه الى هذا الموضوع وتحديد يعاني من عدة نقائص ينبغي عليه استيعابها بنصوص اخرى. تجعل من ينشط في مجال البناء يعي جيدا المسؤولية الملقاة على عاتقه دون غيره ما يدفعه للقيام بعمله بجد واثقان لذلك سوف نتطرق الى تعريف الضمان العشري في الفرع الاول من هذا المطلب ثم الى تحديد طبيعته القانونية للضمان العشري في الفرع الثاني والى معرفة خصائصه في الفرع الثالث. لذلك وجب علينا ان نتطرق في البدء الى تعريف الضمان بشكل عام، ثم تعريف الضمان العشري وذلك على النحو الآتي:

#### اولاً : تعريف الضمان

يمكن تعريف الضمان في اللغة بأن مصدر الضمان هو ضمّن اي ضمّن الشيء بالكسر والضمان يراد به كفل به فهو ضامنٌ وضمينٌ<sup>(١)</sup>، اما من حيث الاصطلاح فقد اخذت مجلة الأحكام العدلية بمفهوم، الضمان على انه "اعطاء مثل الشيء اذا كان من المثليات وقيّمته اذا كان من القيميات". كما عرف الضمان بأنه (التزام من البائع تجاه المشتري يتعهد فيه بسلامة السلعة من العيوب)، وصلاحيّتها للعمل خلال فتره معينه<sup>(٢)</sup>.

(١) محمد بن أبي بكر الرازي، معجم مختار الصحاح، ج ١، (بيروت: مكتبة لبنان، ١٩٨٦)، ص ١٦١.

(٢) عبد الله سعيد الحربي، "الإشكاليات العلمية للضمان العشري في عقود المقاولات"، (أطروحة دكتوراه، كلية القانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، دولة الإمارات العربية، ٢٠٠٨)، ص ٦.

### ثانيا : تعريف الضمان العشري في القانون العراقي

لم يعرف المشرع العراقي الضمان العشري في ظل المادة (٨٧٠) من القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ الضمان العشري بل اكتفت بتنظيمه من خلال بيان مفهومه العام حيث ذكر الاشخاص والمدة حيث نصت على "١- يتضمن 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 ناشئا عن عيب في الارض ذاتها او كان رب العمل قد اجاز اقامة المنشآت المعيبة ما لم يكن المتعاقدان قد ارادا ان تبقى هذه المنشآت مدة اقل من عشر سنوات وتبدا مدة العشر سنوات من وقت اتمام العمل وتسليمه ويكون باطلا كل شرط يقصد به الاعفاء او الحد من هذا الضمان ٢- ولا تسري الفقرة المتقدمة على ما قد يكون للمقاول من حق في الرجوع على المقاول الذي تقبل العمل منه. ٣- ويشمل الضمان المنصوص عليه في الفقرة ١ من هذه المادة ما يوجد في المباني والمنشآت من عيوب يترتب عليها تهديد متانة البناء وسلامته. ٤- تسقط دعوى الضمان المنصوص عليه في هذه المادة بانقضاء سنة واحدة من وقت حصول التهدم وانكشاف العيب"<sup>(٣)</sup>. كما ويقابل ذلك المادة (٥٦١) من القانون المدني المصري والمادة (١٧٩٢) من القانون المدني يقيم (١٣١) لسنة ١٩٤٨، وتسمية الضمان العشري تعتبر وليدة الاجتهاد الفقهي وقد عرفته اخرون على انه: "التزام قانوني يقع على عاتق المهندس المعماري والمقاول والمهندسين الممارسين والمقاولين وكل من يربطهم برب العمل عقد مقاوله يضمن

(٣) مصدق عادل طالب، القانون المدني رقم(٤٠) لسنة ١٩٥١ المعدل، (بيروت: دار السنهوري، ٢٠١٦)،

خلاله هؤلاء ما يحدث من التهدم المبني سواء كلياً او جزئياً خلال مدة تدوم عشر سنوات<sup>(٤)</sup>."

### I.٢. الفرع الثاني

#### الطبيعة القانونية للضمان العشري

لكي يمكن مسائلة المهندس المعماري او المقاول بناء على قواعد الضمان العشري، يجب ان يكون الضرر الذي اصاب رب العمل على درجه كبيره من الخطورة، وان يظهر خلال العشر سنوات التالية لتاريخ تسلم الأعمال لذلك لا بد من بيان الطبيعة القانونية لهذه المسؤولية هل هي مسؤولية تقصيرية، ام هل هي عقدية نابعة عن العقد المبرم بين المهندس والمقاول من جهة وصاحب العمل من جهة اخرى ؟ وللإجابة عن هذه التساؤلات يمكن ان نبين:

#### اولاً: من حيث المسؤولية العقدية:

فمن الطبيعي ان يكون في مجال المسؤولية العقدية وجود عقد صحيح، واطراف هذا العقد هو المهندس والمقاول من جهة وصاحب العمل من جهة اخرى، مما يعني انه اذا اصاب صاحب العمل بضرر ناشئ عن الاخلال بالالتزامات التعاقدية المنصوص عليها في العقد فان المسؤولية تقع على عاتق المهندس والمقاول<sup>(٥)</sup>. وهذه المسؤولية تقوم في حالة عدم تنفيذ المدين لالتزاماته التعاقدية، وهذه الالتزامات هي الالتزامات الرئيسية الناتجة عن العقد، وهو ما يعرف بالخطأ العقدي، ويستوي في ذلك ان يكون عدم قيام المدين بالالتزام ناشئاً عن عمد اهمال او عن فعله بدون عمد او اهمال، والمدين في المسؤولية التعاقدية هو الذي يقع عليه عبء الاثبات لأنه ملتزم بتحقيق

(٤) عايدة مصطفى، "الضمان العشري والضمانات الخاصة"، بحث منشور في مجلة دفا تر السياسة والقانون، العدد ٦، جامعة سعد دحلب البليدة، الجزائر، (٢٠١٢): ص ٢٦٦.

(٥) صدقي محمد أمين عيسى، "الطبيعة القانونية لمسؤولية المقاول ونطاق تطبيقها في القانون المدني العراقي"، بحث منشور في مجلة قهلاى زانت العلمية، العدد ١، الجامعة اللبنانية الفرنسية- اربيل، كوردستان، العراق، (٢٠٠٨)، ص ٦٠٢.

غاية حيث يتطلب دائما تحقيق تلك الغاية، ولا ترتفع المسؤولية المدين الا في حالة واحده وهي حالة السبب الاجنبي<sup>(٦)</sup>. ولقد لاحظنا فيما تقدم من نص المادة (٨٧٠) مدني عراقي وتقابلها المادة (٦٥١) مدني مصري بأن مسؤولية المهندس والمقاول مسؤولية مبنية على خطأ مفترض غير قابل للعكس فلا يستطيع اي منهما ان يثبت انه قد بذل ما في وسعه من العناية ليتخلص من المسؤولية لان التزامه في الضمان مفترض وهو التزام بتحقيق غاية وليس بذل عناية، وبذلك ليس امام اي منهما الا ان يثبت تدخل السبب الاجنبي لاستبعاد هذه المسؤولية. يقول البعض ان دعوى الضمان تقوم على اساس المسؤولية العقدية بين صاحب العمل (الادارة) من جهة ومن جهة اخرى بين المقاول وبذلك فاذا انهدم ظهر في البناء عيب تحققت المسؤولية العقدية على المهندس او المقاول وهذا ما يذهب اليه بعض الفقهاء، اما القضاء الفرنسي فانه يذهب الى عدم مسؤوليتهما عن عيوب البناء مسؤولية تقصيرية.. وهذا الضرر قد يكون ماديا او معنويا بحيث يتخذ شكل فوات الفرصة. واخيراً لا بد من وجود علاقة سببية بين الخطأ والضرر بمعنى ان خطأ المهندس الاستشاري او المقاول هو سبب ضرر المضرور. وبوجود جميع الاركان من خطأ وضرر وعلاقة سببية تقوم المسؤولية ولا سبيل لدفعها الا بقطع هذه العلاقة اما بأثبات القوه القاهرة او فعل الغير او خطأ المضرور (صاحب العمل) كما سنرى لاحقا . وفي الواقع ان صاحب العمل لا يكلف بأثبات الخطأ الناجم عن تنفيذ العقد بل عليه ان يثبت وجود العقد وظهور العيب الذي يسبب بأضرار البناء، وبذلك فان المهندس والمقاول ستترتب عليهم التبعة القانونية اذا تعلقت بالتهدم والعيوب التي تهدد سلامة البناء بعد انجاز العمل فمن الصعب القول بانها مسؤولية عقدية لان المسؤولية العقدية تنتهي بانتهاء المدة

(٦) عادل عزت السنجلي، عقد الاستشارات الهندسية، (بغداد، العراق: مركز البحوث القانونية، ١٩٨٣)،

المقررة في العقد، في حين ان القانون يقرر امتداد هذه المسؤولية بعد انتهاء العقد<sup>(٧)</sup>.  
ثانياً: **المسؤولية التقصيرية**: تكمن اهم عناصر المسؤولية التقصيرية من حيث الخطأ والاهمال اللذان يؤديان الى الفعل الضار مما يعني عدم اتخاذ المقاول العناية المطلوبة، مثال ذلك كما لو انهدم جدار على احد الاشخاص واصيب بأضرار، ففي هذه الحالة يحق للمتضرر ان يراجع على من احدث هذا العمل الضار سواء كان محدث الضرر مقولاً او غير المقاول حسب المسؤولية التقصيرية، بينما اذا كان الخطأ من قبل المقاول فيحق للمضرور ان يرجع على المقاول بالتعويض، لذلك ينبغي على المتضرر اثبات توافر ثلاث عناصر، منها عدم اتخاذ العناية المطلوبة من قبل المقاول، واخلال المقاول بهذا الواجب وبالتالي وقع الضرر نتيجة ذلك<sup>(٨)</sup>.

وإذا كان الفقه في فرنسا يكاد يجمع على ان مسؤولية التهدم الحاصلة في البناء او عن العيوب الحادثة بعد اكماله والتسليم هي مسؤولية المقاول والمهندس العقدية، كما ان القضاء الفرنسي ذهب برأي آخر مفاده ان هذه التبعية القانوني اساسها الفعل الضار الا ان هذا الرأي لا يمكن قبوله لعدة أسباب وهي: ١- ان المفروض في المسؤولية ان تحقق اركانها من خطأ في جانب كل من المقاول والمهندس ممثلاً بتقصيرهما او اهمالهما في أعمال البناء وضرر ادى الى حصول التهدم او ظهور العيب فيه وان تتحقق الرابطة بين الخطأ والضرر، ولكننا نرى ان كلا من المشرع الفرنسي والمصري والعراقي يقيم المسؤولية عن التهدم الكلي او الجزئي الذي حصل في البناء على خطأ مفترض غير قابل لأثبات العكس، اي ان مسؤولية كل من المقاول والمهندس تقوم حتى ولو لم يكن هناك اي خطأ واهمال من جانبهما، فأين هو

(٧) فاضل جبير لفته، "الضمان العشري في عقود الأشغال العامة"، بحث منشور في مجلة القادسية للقانون والعلوم السياسية، العدد ٢، جامعة القادسية، العراق، (٢٠١١): ص ٢٢١-٢٢٢.

(٨) صدقي محمد أمين عيسى، الطبيعة القانونية لمسؤولية المقاول ونطاق تطبيقها في القانون المدني العراقي، مصدر سبق ذكره، ص ٦٠٣.

الفعل الضار الذي يأتيه المقاول او المهندس لتترتب مسؤوليتهما التقصيرية عليه وفقا لما يذهب اليه القضاء في فرنسا. ٢- ان العيب الذي يسال عنه المقاول والمهندس في مسؤوليتهما هذه لا يشترط فيه ان يكون قديما، بمعنى انه لا يشترط ان يكون موجودا قبل انجاز العمل وتسليمه لرب العمل. فسواء كان موجودا قبل التسليم او وجدت جرثومته قبل التسليم كتسوس الخشب ثم ظهر العيب ذاته بعد التسليم او طراً اصلا بعد التسليم فان رب العمل يرجع بالضمان في جميع الاحوال على خلاف ما توجه القواعد العامة. ٣- ان مسؤولية المقاول والمهندس لا تندفع اذا بقى سبب التهدم او سبب ظهور العيب مجهولا وسبب ذلك ان المسؤولية مبنية على خطأ مفترض غير قابل لأثبات العكس ولا يقع على رب العمل عبء اثباته، وعليه فان المقاول اذا ما اراد ان يدفع عنه المسؤولية ان يثبت السبب الاجنبي الذي ادى الى حصول التهدم او ظهور العيب اما اذا كان التهدم مجهولا فان المسؤولية تقوم على عاتق المقاول لان رب العمل لا يكلف بأثبات الخطأ المؤدى الى التهدم او العيب من ناحية ولا يستطيع المقاول دفع المسؤولية عنه لان السبب مجهول من ناحية اخرى. ان محكمة التمييز المصرية (النقض) رفضت قبول هذا الرأي الذي يعتبر المسؤولية مسؤولية تقصيرية بشكل واضح وصريح<sup>(٩)</sup>. ويتبين لنا من خلال هذه الاسباب ووفقا للقواعد الخاصة في مسؤولية الضمان العشري تنحصر بمسؤولية المقاول لا تقوم على الفعل الضار وهذا ما ذهب اليه القضاء الفرنسي الحديث<sup>(١٠)</sup>. **ثالثا: المسؤولية قانونية ام من النظام العام:** ان القانون قد يعتبر مصدراً لبعض الالتزامات والتي تترتب احكام قانونية، لذلك لا تسري على هذه الالتزامات الا احكام النصوص القانونية التي

(٩) محمد جابر الدوري، مسؤولية المقاول والمهندس في مقاولات المنشآت الثابتة بعد انجاز العمل، (بغداد : بدون طبعه، دون دار نشر، ١٩٨٥)، ص ٥٠-٥١.

(١٠) صدقي محمد أمين عيسى، الطبيعة القانونية لمسؤولية المقاول ونطاق تطبيقها في القانون المدني العراقي، مصدر سبق ذكره، ص ٦٠٥.

انشئها. وعندما ينشئ القانون التزامات يكون هو مصدرها المباشر فعادة يكون مدفوعا بعدة اعتبارات اجتماعية واقتصادية وفنية مستهدفا من وراءها مصلحة عامه او خاصة جديرة بالرعاية او الحماية. ولذلك نجد بازدياد التقدم العمراني وانتشار الحضارة يزداد تغلغل الهندسة بالقانون ويغدوا اعتمادها عليه امر بالغ الاهمية. لقد قرر القانون مبدأ هاماً لحماية الأعمال واصحابها والصالح العام بأن جعل المقاول والمهندس مسؤولين مسؤولية تامة بالتضامن عن كل خطأ او خلل يصيب المنشآت التي يقومون بها ولعدة سنوات بعد انتهاء التنفيذ ليجعلها حريصين كل الحرص على مراعاة الدقة والالتزام بالقواعد الفنية للعمل، حيث يذهب بعض الفقهاء في فرنسا الى ان الالتزام هنا التزام قانوني اوجبه القانون لحماية صاحب العمل من لخطورة المباني والمنشآت الثابتة الاخرى ووجوب اختبار صلاحيتها ومتانتها مدة من الزمن. اما بالنسبة للقانون العراقي والقانون المصري فنجد ان كلاً من المادة (٨٧٠) مدني عراقي (المعدلة) والمادة (٦٥١) مدني مصري تنص على انه "يكون باطلاً كل شرط يقصد به الاعفاء او الحد من الضمان" حيث يعكس هذا النص بان احكام المتعلقة بهما في كل العراق ومصر عن مقاولات البناء والمنشآت الثابتة بعد التنفيذ تعتبر من النظام العام حماية لطبقة غير ملمة بمسائل البناء، وان هذه الحماية مقررة للمصلحة العامة كي لا يؤدي تهدم الابنية الى الاضرار بالمجتمع وتبقى متينة محتفظة بخواصها للصالح العام<sup>(١١)</sup>.

(١١) فاضل جبير لفته، الضمان العشري في عقود الأشغال العامة، مصدر سبق ذكره، ص ٢٢٥.

## I.ب.المطلب الثاني

اشخاص الضمان العشري وشروط قيامه

### I.ب.1. الفرع الاول

#### اشخاص الضمان العشري

لم يترك المشرع العراقي التزام المهندس المعماري ومقاول البناء خاضعا للأحكام العامة للضمان فحسب بل وضع له احكاما خاصة شدد فيها على الاطراف المسئولة. لكن السؤال الذي يمكن اثارته هنا هل ان التشديد هو تشديدا مقتصرنا على المهندس المعماري ومقاول البناء فقط ام انه يمتد ليشمل اشخاص اخرين؟ كما ان من اجل ان يتحمل المهندس المعماري ومقاول البناء تبعات تهدم او ما يصيب المنشآت المبنية من ضرر ومن اجل قيام الضمان العشري يجب توافر عدة امور لذلك سوف نتطرق في الفرع الاول من هذا المطلب الى الاشخاص المسؤولين عن الضمان وفي الفرع الثاني الى الشروط الواجب تحققها لقيام الضمان. يتحدد نطاق الضمان العشري من حيث الاشخاص بمجموعتين من الاشخاص هم الاشخاص المسؤولون والاشخاص المستفيدون وهما في الواقع طرفي الضمان

#### اولاً: الاشخاص المسؤولون:

حيث يُشمل بذلك المهندس المعماري والمقاول، فالمهندس هو ذلك الشخص الذي يُعهد إليه التّصميم والمخططات لإقامة المنشآت، وقد يعهد له ادارة المشروع والاشراف على تنفيذه ومراجعة مصاريفه المالية، والتصديق عليها وصرف المبالغ المستحقة اليه<sup>(١٢)</sup>. ويشترط في المهندس المعماري ان يكون حاصلاً على شهادة علمية في الهندسة المعمارية، وان يكون عضواً في نقابة المهندسين . ويتضح من ذلك ان عمل المهندس المعماري هو عمل ذهني خالص، سواء فيما يتعلق التصميم او

(١٢) عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج٧، المجلد الأول، (بيروت لبنان: دار أحياء التراث العربي، ١٩٦٤)، ص ١٠٩.

بالإدارة او الاشراف على التنفيذ. ولكن قد يقوم بمهمة المهندس المعماري شخص لا تتوفر فيه الشروط، كان يكون مهندسا ميكانيكيا او كهربائيا او لا يكون مهندسا على الاطلاق، فهل يكون ملتزما بالضمان العشري اذا قام بوضع التصميم او اشرف على التنفيذ؟ يذهب الرأي السائد في الفقه والقضاء الى ان الشخص يلزم بالضمان متى تول القيام بمهمة من مهام المهندس المعماري ونرى ان هذا الاتجاه يهدف الى تحقيق مصلحة مزدوجة، الاولى هي مصلحة رب العمل والثانية هي المصلحة العامة المتعلقة بسلامة تشييد المباني وان كان قبول رب العمل لوضع التصميم او الاشراف على التنفيذ من قبل شخص غير متخصص يعتبر خطأ يجب ان يأخذ بنظر الاعتبار عند تقدير التعويض وذلك في حالة رجوعه على الشخص<sup>(١٣)</sup>. اما بالنسبة الى المقاول فهو ذلك الشخص الذي يعهد اليه بتشبيد المباني واقامة المنشآت الثابتة الاخرى ويستوي ان تكون المواد التي اقام بها المنشآت قد احضرها من عنده او قدمها له صاحب العمل في الحالتين يلتزم بالضمان. ويشترط لقيام مسؤولية المهندس المعماري والمقاول في الضمان العشري ضرورة وجود عقد صحيح بين المهندس المعماري او المقاول (المسؤول) ورب العمل (المضروب) وكذلك ضرورة وقوع اضرار تدعوا للضمان العشري وان يكون سبب حدوث هذه الاضرار راجعا الى اخلال المهندس المقاول بأحد التزاماته<sup>(١٤)</sup>. ولكن هل يمكن لرب العمل الرجوع بمقتضى احكام الضمان الخاص على المهندس الاستشاري او المهندس الانشائي؟ للإجابة عن ذلك لابد ان نُميز بين حالتين الاولى ما ان كان رب العمل قد استعان بخبرة المهندس المعماري المتعاقد، فيكون رب العمل وحده مسؤولا عن أعماله،

(١٣) أياد عبد الجبار ملوكي، مسؤولية المقاول والمهندس المعماري بعد اكمال البناء وتسليمه (الضمان العشري)، ط١، (بغداد: دار السنهوري، ٢٠١٢)، ص١٦.

(١٤) عباس ريمه، "الأشخاص المسؤولين في الضمان العشري للمشيدين في القانون الجزائري"، (رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة ألكلي محند اولحاج- البويرة، الجزائر، ٢٠١٣)، ص١٧-٣٢-٣٣.

في حين يكون المهندس هم في منأى عن هذه المسؤولية لأنهم غير مرتبطين بعقد مقابلة مع رب العمل. اما الحالة الثانية، فهي ما اذا تعاقد المهندس الاستشاري (الانشائي) مع رب العمل بعقد مقابلة، فهنا يستطيع رب العمل الرجوع على اي منهم بمقتضى احكام القواعد الخاصة المنصوص عليها في المادة (٨٧٠) من القانون مدني عراقي والتي تقابلها المادة (٦٥١) من القانون المدني مصري بالرغم من ان النصين المذكورين قد اشارت حصرا الى المهندس والمقاول وهو امر يرجع الى ان في وقت الذي وضعت فيه هذه النصوص هما يعتبران الفنين الوحيدين المشتغلين بأعمال البناء بمقتضى عقد المقابلة الا ان التطور في صناعة البناء ادى الى ظهور طائفة من الاشخاص يمارسون نشاطا مهنيا من الطبيعة ذاتها لنشاط المهندس المعماري والمقاول بحيث اصبح من الضروري ان يمتد اليهم نطاق مسؤولية الضمان الخاص من خلال شمولهم بنصوص قانونية تحدد طبيعة شمولهم بالضمان العشري، فالقانون الفرنسي نص في المادة (١٧٩٢) المعدلة على كل من المهندس والمقاول واي شخص اخر يرتبط مع رب العمل بعقد مقابلة وبذلك يكون قد شمل المهندس الاستشاري والمهندس الانشائي وغيرهم ولم يكتفي المشرع الفرنسي بذلك وانما مد تطبيق القواعد الخاصة الى اشخاص لا يرتبطون اساسا بعقد مقاوله مع رب العمل وهو امر غير متصور في ظل القانونين العراقي والمصري فالمشرع الفرنسي وسع دائرة الاشخاص المسؤولين فأصبحت تظم كلا من والبائع والوكيل والصانع والمستورد والموزع وممول العقار لذا كان من الاولى ان يحذو مشرعنا على ما حذا الية التشريع الفرنسي.

ثانيا : الاشخاص المستفيدون: يتمثلون بـ رب العمل: هو ذلك الشخص الذي يتعاقد مع المقاول او المهندس الذي تحددت مسؤوليته بالقواعد الخاصة ويستوي في هذا

الشأن ان يمتاز بانه شخص طبيعي او معنوي خاصاً او عاماً<sup>(١٥)</sup>. ويعد صاحب العمل هو المستفيد الاول من احكام المسؤولية العشرية لأنه هو الذي يصاب بالضرر، من جراء تدهم البناء او من جراء ظهور عيب في المنشآت يهدد سلامتها او متانتها، فيرجع بالضمان على المهندس او المقاول او عليهما معا متضامنين ووفقا للقواعد العامة المسلم بها في عقد الوكالة، فانه اذا كان عقد المقاوله قد تم ابرامه عن طريق وكيل عن رب العمل، فان المستفيد هو الموكل (رب العمل) كذلك لا يشترط ان يكون رب العمل هو مالك الارض الذي يقام عليها البناء بل يكفي ان يرخص له بالبناء عليها<sup>(١٦)</sup>. **الخلف العام:** هو من يخلف الشخص في الالتزامات والحقوق المترتبة في ذمته المالية الا اذا اتفق المتعاقدان على خلاف ذلك وكان الاتفاق المذكور موافقا للنظام العام والآداب<sup>(١٧)</sup>. تقضي المادة (١٤٢/١) من القانون المدني العراقي بانه: "ينصرف اثر العقد الى المتعاقدين والخلف العام دون اخلال بالقواعد المتعلقة بالميراث، ما لم يتبين من العقد او من طبيعة التعامل او من نص القانون ان الاثر لا ينصرف الى الخلف العام"<sup>(١٨)</sup>. وبمقتضى هذا النص هو ان الحقوق التي ينشأها العقد تنتقل الى الورثة بعد وفاة الموروث المتعاقد او صاحب الحق في الضمان وتطبق هذه القاعدة على عقد المقاوله فان الحقوق التي يربتها هذا العقد لرب العمل كطرف فيه ينتقل بعد وفاته الى خلفه العام ومن اهم هذه الحقوق هو الحق في الضمان العشري، فاذا مات رب العمل فان الحق في مباشرة دعوى الضمان

(١٥) أياد عبد الجبار ملوكي، مسؤولية المقاول والمهندس المعماري بعد اكمال العمل وتسليمه(الضمان العشري)، مصدر سبق ذكره، ص ١٧-١٨-٢٦.

(١٦) كمار بو حمار، "الضمان العشري"، (رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة العربي بن مهدي- ام البواقي -، ٢٠١٤)، ص ١٩-٢٠.

(١٧٣) نهاد علي رفيق، "الخلف العام والخلف الخاص في القانون المدني العراقي"، على الموقع الالكتروني [www.dorar-aliraq.net](http://www.dorar-aliraq.net)، تاريخ النشر ١/٧/٢٠١٤، اخر زيارة ١١/٢/٢٠٢١.

(١٨) المادة (١٤٢/١) من القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١.

العشري ينتقل الى ورثته. كما ان من المعلوم ان الخلف العام في فرنسا يعتبر استمرارا لشخصيته سلفه ايجابا وسلبا فيخلفه في التزاماته كما يخلفه في حقوقه لان العمومية في الاستخلاف تقتضي وحدة لا تنفصم بين الجانب السلبي والجانب الايجابي<sup>(١٩)</sup>. لذا يمكن القول في حالة وفاة رب العمل فان ورثته يحلون محله في الاستفادة من دعوى الضمان الخاص بوصفهم خلفا خاصا له في جميع حقوقه. ولكن رب العمل لا يستفيد في الضمان الخاص اذا كان مقاولا اصليا تعاقد مع مقاول من الباطن، وكذلك لا يستفيد ورثته من بعده. فاذا تعاقد المقاول الاصلي مع مقاول من الباطن وتسلم الأعمال منهن لم يكن هذا الاخير ملتزما بالضمان نحو المقاول الاصلي او نحو رب العمل في هذه الحالة، الا بمقدار ما تقتضي به القواعد العامة. والسبب في ذلك ان الضمان الخاص هو ضمان مشدد قد افتضاه مركز كل من رب العمل والمقاول والمهندس فرب العمل يكون في العادة رجل غير فني وغير خبير فاراد القانون ان يحميه من المقاول والمهندس وهم رجال الفن والخبرة ولا يوجد مقتضى لحماية خاصة تمنح للمقاول الاصلي ضد المقاول من الباطن وهذا ما نصت عليه الفقرة (٢) من المادة (٨٧٠) مدني عراقي والفقرة (٤) من المادة (٦٥١) مدني مصري اما في فرنسا فلم يقنن القانون المدني على اي نص بهذا الشأن الا ان غالبية الفقه والقضاء ترى ضرورة الاخذ بهذا الحكم وذلك للسبب ذاته الذي اشرنا اليه في القانونين العراقي والمصري.

### الخلف الخاص:

هو من يتلقى حقا عينيا او حقا شخصيا او حقا عينيا على شيء لم يرد في القانون المدني العراقي ولا المصري ما يقضي بانتقال الحق في الضمان العشري من السلف (صاحب البناء) الى الخلف الخاص الذي آلت اليه ملكية البناء، وكذلك الحال

(١٩) كمار بو حمار، الضمان العشري، مصدر سبق ذكره، ص ٢٠.

في القانون الفرنسي قبل تعديله عام ١٩٧٨ ومع ذلك يسلم الفقه والقضاء الفرنسيان وكذلك كل من الفقه العراقي والمصري بهذا الانتقال حيث اجيز للخلف الخاص، كمشترى البناء ومشتريه من الباطن والمتقايض معه والموهوب له والموصي به، ان يرفع دعوى الضمان العشري مباشرة ضد المهندس او المقاول او كليهما معان وهذا يعني ان يكون المشتري بالذات دعويان، احدهما ضد البائع طبقا للقواعد العامة في ضمان العيوب الخفية في الشيء المبيع وفي حدود هذا الضمان وبشروطه. والآخرى ضد المهندس والمقاول طبقا لقواعد المسؤولية الخاصة ويذهب راي، الى ان هذا الانتقال مجرد تطبيق لفكرة الالتزام العيني، في يرى البعض الاخر ان اساسه هو فكرة حوالة الحق التي تتم ضمنا لحظة البيع. اما محكمة النقض الفرنسية، فقد استندت في ذلك الى اساس ان الحق في الضمان العشري هو حماية قانونية مرتبطة بالملكية وليس بشخص رب العمل، ومن ثم فانه خلال مهلة السنوات العشر ينتقل هذا الضمان مع البناء المبيع بحسابه من ملحقته. هذا فضلا عن انه من الناحية العلمية فان المهلة العشرية هي فترة تجربة او اختبار للتحقق من متانة البناء وحسن تشييده، والمالك الحالي هو وحده الذي يستطيع بالفرض، ان يجري هذا التحقيق<sup>(٢٠)</sup>.

## I. ب. ٢. الفرع الثاني

### شروط الضمان العشري

اولا: وجود عقد مقاوله متعلق بمبان او منشآت ثابتة

عرف المشرع العراقي عقد المقاوله في المادة (٨٦٤) من القانون المدني العراقي بانه (عقد به يتعهد احد الطرفين ان يصنع شيئا او يؤدي عملا لقاء اجر يتعهد به

(٢٠) أياد عبد الجبار ملوكي، مسؤولية المقاول والمهندس المعماري بعد اكمال العمل وتسليمه (الضمان العشري)، مصدر سبق ذكره، ص ٢٨-٢٩.

الطرف الاخر<sup>(٢١)</sup>. واطارة الى نص المادة (٨٧٠) من القانون المدني العراقي كما ان المادة (٦٥١) من القانون مدني مصري، فان نطاق الضمان العشري من حيث الأعمال ينحصر في المباني والمنشآت الثابتة. اذ يقصد بالمباني كل ما يرفع فوق سطح الارض من منشآت ثابتة من صنع الانسان، بحيث يستطيع الفرد ان يتحرك بداخلها، وان يكون من شأنها ان توفر له حماية ولو جزئية، ضد المخاطر الناتجة عن المؤثرات الطبيعية الخارجية. ويذهب الفقه والقضاء الى ان التعريف ينطق على المنازل والعمارات والمدارس والمستشفيات والمسارح ودور السينما والمصانع والمتاجر والمخازن ودور العبادة الاخرى، وذلك ايا كانت المواد المستعملة في بنائها فيشترط ان يكون المبنى قد شيده بالطابوق او الحجارة او الاسمنت، بل يجوز ان يكون مشيدا بالخشب او الزجاج او المعادن او البلاستيك والمهم ان يكون المبنى مستقرا ثابتا في مكانه ومتصلا بالارض اتصالا قارا بحيث لا يمكن نقله بدون هدم او تلف وبناء على ذلك فان الكرافانات والاكشاك والمنازل القابلة للفك والتركيب، لا تتوفر فيها صفة المباني ولا تخضع لقواعد المسؤولية الخاصة وكذلك ومن باب اولي ان لا يشمل وصف البناء الاشياء المنقولة، كالسيارات والعربات وغيرها اما المساكن سابقة التصنيع التي يتم تصنيعها خارج موقع العمل ثم تثبت بالارض على نحو يصعب فيه نقلها دون اتلاف وهدمها فيشملها وصف البناء وتخضع لقواعد المسؤولية الخاصة اما النسبة للعقارات بالتخصيص فان الفقه التقليدي يرى استبعادها من نطاق المسؤولية الخاصة على اعتبار انها من المنقولات غير الثابتة وليست من قبيل المباني كالأبواب والنوافذ وغيرها. اما المقصود بالمنشآت الثابتة من غير المباني فتشمل الجسور والقناطر والسدود والمقابر والانفاق وغيرها وقد ثار الخلاف بالنسبة للمنشآت التي تكون بمستوى الارض والمنشآت التي تكون دون مستوى

(٢١) المادة (٨٦٤) من القانون المدني العراقي رقم(٤٠) لسنة ١٩٥١.

الارض. مثل حفر الابار على اختلاف انواعها واغراضها، شق الأنهار والقنوات وتشيد احواض السباحة ورصف الطرق ومد خطوط سكك الحديد وانشاء ساحات او ملاعب فذهب قلبه الى القول انها ليس من المنشآت الثابتة لكن الأغلبية العظمى ترى انها من قبيل المنشآت الثابتة، على اعتبار ان المنشآت الثابتة بالمفهوم الواسع لا يحتم ان تكون فوق الارض، وانما يصح ان تكون تحت الارض او في مستواها<sup>(٢٢)</sup>.

**ثانيا: ان يحصل تهدم في المنشآت الثابتة او يقع فيها عيب يهدد سلامتها**

لقيام مسؤولية المقاول او المهندس المعماري ان يحدث تهدم في البناء او ظهور العيب فيه وان يحصل التهدم او العيب في المنشآت الثابتة وهذا ما سنبحثه على التوالي:

١- تهدم البناء: هو تفككه او انفصاله عن الارض، هذا التفكك او الانفصال قيد يصيب البناء بأكمله او جزء منه، اي ان التهدم قد يكون كلياً وقد يكون جزئياً، كسقوط جزء من السقف او الشرفة والتهدم المقصود هو التهدم غير الارادي الراجع اي سوء الصنع او سوء المواد المستعملة وتفترض مسؤولية المقاول او المهندس بمجرد حدوث التهدم دون البحث في السبب الناجم عنه، الا انه يستطيع دفع المسؤولية بأثبات السبب الاجنبي. كحريق او غاره جوية او خطأ الغير، كسوء استعمال البناء، الا ان خطأ الغير او خطأ المالك قد لا ينفى مسؤولية المقاول اذ يمكن ان يكون الخطأ مشتركاً<sup>(٢٣)</sup>. وهذا ما نصت عليه الفقرة الاولى من المادة (٨٧٠) المعدلة من القانون المدني العراقي والفقرة الاولى من المادة (٦٥١) من القانون المدني المصري كما لا يشترط في التهدم المقصود في نص المادتين سابقتي الذكر الذي يكون محلاً لمسائلة المقاول والمهندس ان يكون حالاً وواقعاً فعلاً وانما يكفي ان

(٢٢) أياذ عبد الجبار ملوكي، مسؤولية المقاول والمهندس المعماري بعد اكمال العمل وتسليمه (الضمان العشري)، مصدر سبق ذكره، ص ٣٣-٣٤-٣٥.

(٢٣) محمد حسين منصور، المسؤولية المعمارية، مصر: دار الفكر العربي، ٢٠٠٦، ص ١٢٣.

يكون امرا مستقبلا اذا كان وقوعه امرا لا بد منه وقد رأت ذلك محكمة تميز العراق في احدى قراراتها واعتبرت من قبيل التهدم الجزئي المقصود بالمسائلة حدوث حالات تؤدي الى زعزعة الجدار أو وتصدعات في البناء وتساهم في وقوع الهدم مستقبلا امرا لا مفر منه كما قضت محكمة النقض المصرية بذلك وعليه فان التهدم الموجب للمسؤولية اذن هو الذي يرجع سببه الى عيب في الصنع او التصميم او في الارض . اما العيب في الصنع فعلى نوعين .:

اولهما العيب الذي تأبه اصول الصنع سواء كان بعلم المقاول والمهندس الذي يعهد اليهما بإقامة المباني والمنشآت الثابتة او بتقصير منهما ومن امثله استعمال مواد رديئة في البناء او غير صالحة لإقامته اصلا كأن يستعمل المقاول جصا ليست فيه قوة التماسك التي يطلبها البناء او تكون خلطه الاسمنت ليست بالشدة المطلوبة بسبب الاكثار من الرمل وغيرها. اما النوع الثاني فيكون في العمل ذاته كان تكون الحفريات والاسس غير متينة او غير ملائمة لإقامة البناء او يوضع الحديد على الجدران ليست بالقوة الكافية لتحمل ثقله. وقد يرجع سبب التهدم الى عيب بالتصميم الذي يجب ان يكون معدا طبقا للمستوى المقبول من الفن، سواء كان العيب بسبب ان واضع التصميم تنقصه الكفاءة او خالف قوانين البناء او عمد الى الاقتصاد بالتكاليف التي آلت الى تهدم البناء قد يرجع السبب الى عيب في الارض التي اقيم عليها البناء كان تكون هشة ا وان الماء من الطبقات القريبة من السطح ولم تتخذ الأعمال الوقائية لكي ينهض البناء على اساس صلب وقويم فيقع التهدم<sup>(٢٤)</sup> .

٢- المثالب التي تهدد متانة البناء وسلامته : لا تحقق مسؤولية القواعد الخاصة عند حصول التهدم فقط وانما تشمل حالة ظهور عيب في البناء من شأنه ان يهدد متانة البناء وسلامته وقد نصت على ذلك الفقرة الثانية من المادة ٦٥١ من القانون

(٢٤) محمد جابر الدوري، مسؤولية المقاول والمهندس في مقاولات البناء والمنشآت الثابتة بعد انجاز العمل وتسليمه، مصدر سبق ذكره، ص١٤٦-١٥٠.

المدني المصري اما القانون العراقي فلم تكن المادة ٨٧٠ من القانون المدني العراقي تشير قبل تعديلها الا الى حالة التهدم الكلي او الجزئي ولم تتطرق الى ذكر العيوب التي تهدد متانة وسلامة البناء وقد كان القضاء العراقي يدخل العيوب في معنى التهدم باعتبار ان التهدم يشملها في معناه وقد ادخلت العيوب ضمن مسؤولية القواعد الخاصة وذلك بموجب تعديل المادة ٨٧٠ بقانون التعديل الثاني رقم ٤٢ لسنة ١٩٧٤ حيث نصت على ذلك الفقرة الثالثة من المادة المعدلة فاصبح حكم القانون العراقي بعد التعديل مطابق مع حكم القانون المصري اما القانون الفرنسي فلم يحصل هذا التوسع في الحكم لا قبل التعديل ولا بعده الا ان القضاء الفرنسي لم يقف عند حرفية نصوص التقنين المدني فلم يستلزم لأعمال الضمان العشري حدوث هلاك المبنى وانما اكتفى بظهور عيب خطير يهدد متانته هذا ويتفق الفقه والقضاء سواء في القانونين المصري والعراقي او في القانون الفرنسي ان العيوب التي تهدد متانة البناء وسلامته لا يشترط ان تصل الى خطر التهدم او السقوط بل يكفي ان يثبت لقاضي الموضوع ان الخلل المكتشف في البناء قد بلغ حد من الجسامة تهدد متانة البناء وسلامته<sup>(٢٥)</sup>. اما من حيث **خفاء العيب**: يشترط في العيب الذي يثير مسؤولية القواعد الخاصة ان يكون خفيا، على الرغم من ان النصوص العامة للضمان الخاص في عقد المقولة لم تشترط خفاء العيب. الا ان الفقه، اجمع على ضرورة ان يكون العيب الى جانب خطورته، خفيا على رب العمل عند التسليم، اما ما كان ظاهرا من العيوب لرب العمل وقت التسليم له دون ان يبدي الاخير اي تحفظات بشأنها فهنا سوف لا يسأل المشيد عن هذه العيوب. وعلى الرغم من ضرورة ان يكون العيب خفيا من اجل وجوب قيام الضمان الا انه لا بد ان تتوفر فيه شروط معينه منها، ان يكون هذا الخفاء محل اعتبار وقت التسليم النهائي للعمل اما اذا انكشف العيب واصبح ظاهرا بعد

(٢٥) إياد عبد الجبار ملوكي، مسؤولية المقاول والمهندس المعماري بعد اكمال العمل وتسليمه (الضمان العشري)، مصدر سبق ذكره، ص ٤١-٤٢-٤٣.

التسليم فلا يكون له اي تأثير في قيام الضمان الخاص ويقصد بالعييب الخفي هنا، هو كل خلل يصيب البناء او المنشآت الثابتة الاخرى تقضي اصول الصنع نقاءه منه، ويكون في غير مدرك لرب العمل عند استلامه. ويجب ان يكون العيب خفيا بالنسبة لرب العمل وليس المقاول او المهندس كما ان خفاء العيب لا يكون بوجود العيب فقط بل يجب ان يخفي على رب العمل جسامه هذا العيب والاثار التي تترتب عليه<sup>(٢٦)</sup>.

### ثالثا: ان يوجد مهندس او مقاول او الاثني معا

ويكون الشخص مقاولا متى تولى سواء بنفسه او عن طريق عمال يتبعون له اقامة مبان ثابتة او انشائها، فهنا يكون هذا المقاول ضامنا أعمالهم، لأنه المسؤول عنهم، وقد جرت العادة على ان يوجد شخص آخر الى جانب المقاول وهو المهندس الذي يضع تصميم البناء والرسوم الخاصة به، واضافه الى ذلك فقد يعهد إليه إدارة العمل والاشراف على تنفيذه، ومراجعة أعمال المقاول.

### رابعا: ان يقع التهدم او العيب خلال عشر سنوات

يشترط لقيام مسؤولية المهندس والمقاول ان يحدث التهدم او العيب في العمل خلال عشر سنوات وان مدة ضمان الأعمال في القوانين الثلاثة، العراقي والمصري والفرنسي هي عشر سنوات، وذلك بموجب نص تبدا المدة من وقت قبول العمل، اي من وقت معاينة قبول رب العمل للبناء واقاراره بمطابقته لما هو متفق عليه. فاذا حرر محضر بالقبول سرت المدة من تاريخ هذا المحضر، اما اذا لم يحرر محضر، وامكن استخلاص القبول ضمنا من تسلم رب العمل للبناء فان المدة تبدا من تاريخ تسوية الحساب مع المقاول سواء قام رب العمل بتسوية الحساب بنفسه او اناب عنه المهندس، وذلك على اساس ان عمل التسوية يفيد القبول من وقتها على الاقل. وعلى المهندس والمقاول الالتزام بالضمان المقرر لصالح رب العمل، لذلك فلا يستطيع

(٢٦) إبراهيم عنتر فتحي الحياي وأخرون، نطاق الضمان الخاص في عقد المقاوله، مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية، العدد ١٢، جامعة كركوك، العراق، (٢٠١٥): ص ٤١-٤٢.

التمسك بأحكامه الا رب العمل، واذا توفيه رب العمل فورثته الحق في التمسك به في مواجهة المهندس والمقاول كذلك اذا انتقلت ملكية البناء في حياة رب العمل فان خلفه الخاص كالمشتري والموهوب يستطيع ان يرجع على المهندس والمقاول لان الحق في الرجوع بالضمان على هؤلاء الاشخاص يعتبر من ملحقات المبيع التي تنتقل مع الملكية دون الحاجة الى نص صراحة عليها بالعقد اما غير رب العمل وخلفه الخاص والعام فلا يستطيع الرجوع على المهندس والمقاول وفقاً لأحكام المادة (٨٧٠) سابقة الذكر.<sup>(٢٧)</sup>

## II.المبحث الثاني

### احكام الضمان العشري

برجوعنا الى القواعد القانونية نجد ان السيد المشرع انشأ قواعد وأحكام تنظم عمل المقاول والمهندس المعماري. ولاسيما عند حصول الضرر او التهدم الكلي او الجزئي بالمبنى محل عقد المقاولة، ويتوفر جميع شروط الضمان العشري، تنتقل الى مرحلة المنازعات القضائية وعند الوصول الى هذا المستوى تظهر عدة اشكاليات، تتعلق معظمها حول كيفية اثبات الضمان العشري وحالات الاعفاء منه . وهذا ما سنقوم بمعالجته في المطلب الاول من هذا المبحث، ومن ثم نصل الى دراسة جزاء تحقق الضمان وذلك في المطلب الثاني . لذلك نجد ان المشرع في جميع دول العالم قد وضع قواعد استثنائية من اجل اضافة حماية جديدة على مجال الضمان وذلك بالمقارنة بالقواعد العامة الواردة في المسؤولية المدنية.

<sup>(٢٧)</sup> عبد الله سعيد محمد الحربي، الإشكاليات العلمية للضمان العشري في عقود المقاولات (دراسة تحليلية)، مصدر سبق ذكره، ص ١٣-١٤.

## II.أ.المطلب الاول

اثبات الضمان العشري وحالات الاعفاء منه

### II.أ.1. الفرع الاول

#### اثبات الضمان العشري

عندما يرغب رب العمل بالرجوع وفق المسؤولية الخاصة بالعمل الكائن بنه وبين المهندس، اذ عليه ان يثبت وجود عقد المقاولة المبرم بينه وبين كل منهما، وان موضوعه هو اقامة منشآت ثابتة او ابنية وان هذه الابنية حصل فيها تدهم كلي او جزئي او ظهر فيها عيب يهدد متانة البناء وسلامته وذلك خلال مدة العشر سنوات من التسلم النهائي لها وذلك طبقا للقواعد العامة في المسؤولية .

حتى يستطيع رب العمل الزام المقاول والمهندس المعماري بالضمان العشري خلال المدة المعلومة والمذكورة سابقا، توجب عليه ان يثبت انه تربط علاقة عمل، اضافة الى اثبات وجود عيب او ضرر حصل في البناء المنجز سواء كان ضررا كلياً او جزئياً، لذلك تقضي الدراسة في هذا الفرع التطرق الى مبدأ القرينة ثم مدى هذه القرينة واخيراً قوة القرينة<sup>(٢٨)</sup>.

**اولاً: مبدأ القرينة:** نظرا لتعدد الفنيين الذين يشاركون في بعملهم في اقامة البناء الواحد من مقاولين ومهندسين وغيرهم من المهنيين فان يصعب على رب العمل اثبات الخطأ الشخصي في جانب كل واحد منهم على حدى، واثبات علاقة السببية بين الخطأ والضرر، اضافة الى القصور في مجال المعرفة بالأعمال العمرانية بين ما هو فني وما هو غير فني، وبين خطأ المهندس او المقاول وخطأ غيرهما ممن شاركوا في اتمام تلك الأخطاء المهنية. غير ان الأمر لم يعد كذلك لقيام قرينة قانونية في صالح رب العمل على مسؤوليتهم عن عيوب البناء، وهي تمتد لتطبق على جميع

(٢٨)كمال بو حمار، "الضمان العشري"، (رسالة ماجستير مقدمة الى كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة العربي بن مهيدي-ام البواقي-، جمهورية الجزائر الديمقراطية، ٢٠١٤)، ص ٤٥.

المعماريين الذين يساهمون في عملهم في اقامة المنشآت، فيسأل بمقتضاها المهندس عن اخطاء المقاول في تنفيذ العمل، فضلا عن مسؤوليته عن عيوب التصميم الذي وضعه، كما يسأل المقاول عن اخطاء المهندس بالتصميم، فضلا عن مسؤوليته الشخصية عن عيوب التنفيذ، بينما لو لم توجد هذه القرينة فلا يسأل اي منهما الا عن خطئه الشخصي فحسب، ولعل السبب الذي ادى الى قيام تلك القرينة على مسؤولية جميع المعماريين الذين ساهموا في اقامة البناء بمن فيهم المهندس المعماري والمقاول عن عيوب البناء، هو ان كوارث التهدم او التداعي للسقوط او التصدع اضحت مشكلة تتعلق بالصالح العام، اذ لم يعد مقبولا ان يتضرر انسان في مجتمع من دون ان يعرض عليه او من دون وجود مسؤول يحاسب ويتحمل مسؤوليته عن أخطائه.

لذلك جاء التشريع الفرنسي وخاصة بعد تعديل (٤) يناير ١٩٧٨ ليترجم تلك الرغبة في التعويض للمتضررين وفي ضمان الحكم لهم بالتعويض عن طريق الاسراع بتحديد المسؤولية ودفع التعويض بتقرير مبدأ قرينة المسؤولية المعمارية. وقد جاء النص ليؤكد مبدأ القرينة بشكل واضح وليضع حدا نهائيا للخلاف الذي كان سائد قبل التعديل المذكور. وتنص المادة ١٧٩٢ من القانون المدني الفرنسي على انه (كل معماري يتولى تشييد عمل يكون مسؤولا بقوة القانون نحو صاحب العمل)

اما المشرع العراقي فلم يرد نص صراحة على مبدأ قرينة المسؤولية المعمارية، كما هو في القانون الفرنسي، لكن برجعنا الى المادة (٨٧٠) من القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ نجد ان المشرع استعمل تعبير الضمان للدلالة على مسؤولية المهندس والمقاول وهو في نفس التعبير الذي استعمله فيما يتعلق بضمان التعرض، وضمان العيوب في كل من عقدي البيع والايجار، فالمشرع العراقي والفرنسي في القانون (المعدل) اعتبر ان تهدم البناء او ظهور عيوب فيه من الواجبات التي تقع على المهندس المعماري والمقاول وهم مكلفين بالتزامهما بان يضل البناء الذي

يقيمانه سليماً متيناً لمدة عشر سنوات بعد الاستلام، وبالتالي يحق لرب العمل الرجوع عليهما بالضمان دون حاجه الى اثبات خطأ في جانب اي منهما، لان مجرد وجود العيب او الخلل في البناء يشكل خطأ، كما هو الحال بالتزام بتحقيق غاية<sup>(٢٩)</sup>.

**ثانياً: مدى القرينة:** تعتبر القرينة غير كافية ان لم تتعلق وترتبط بالخطأ المتمثل بتهدم البناء او من خلال تعييبه بما يهدد سلامته ومتانته، وما قد تشمل ايضاً اعفاء صاحب العمل من عبء اثبات علاقة السببية بين الضرر المتمثل في التهدم او عيب جسيم، وبين خطأ المهندس المعماري والمقاول اثناء عملهما لذلك نحن بصدد الخوض عن مدى ارتباط القرينة مع الخطأ الذي تسبب بالتهدم أو الاخلال بما يقع في اطار الضمان، فان الامر يبدو يسيروا في حالة تكليف معماري واحد سواء كان مهندساً أو مقاولاً بإنجاز كل الأعمال المختلفة اللازمة لإقامة البناء حيث يظهر عمله في كل مرحلة من مراحل البناء، وفي كل جزء من اجزائه ابتداء من معاينة الارض وتصميم البناء من قبل صاحب العمل في هذه الحالة يكون من المؤكد ان اي خلل او عيب يصيب البناء خلال مدة العشر سنوات انما يرتد سببه الى نشاط هذا المعماري، فيكون من الواضح هناك علاقة سببية بين نشاط المعماري المدعى عليه وبين التهدم او الخلل المدعى به في البناء فلا يكلف رب العمل بأثباتها وانما يكلف المعماري بنفي تلك هذه العلاقة. لكن كثيراً ما يحدث ان يعهد رب العمل الى عدة معماريين بإقامة البناء يكلف كل منهما بإنجاز نوع معين من الأعمال كان يكلف احدي بوضع التصميم والآخر بمعاينة مواد البناء وهكذا، فهنا يثار السؤال عما اذا كانت القرينة تشمل ايضاً افتراض وجود علاقة سببية بين التهدم او الخلل المدعى بالبناء وبين نشاط كل معماري ساهم في البناء، ام عبء اثبات ذلك يقع على عاتق رب العمل؟ يبدو الحل يسيروا هنا لان كل مقاول من هؤلاء المقاولين المتعددين يعتبر مقاولاً في

(٢٩) كمال بو حمار، الضمان العشري، مصدر سبق ذكره، ص ٤٦-٤٧.

حدود الأعمال التي يقوم بها فقط ويكون ملتزماً بالضمان في حدوده، لكن هذا الحل لا نأخذ به إلا إذا أمكن القطع بانعدام أي صلة بين نشاط المقاول وبين الخلل، وهذا نادر الوقوع، لأن ما يغلب على الواقع العملي هو تداخل أنشطة المقاولين على نحو يتعذر معه القطع بنسبة الخلل إلى فعل مقاول معين لذا فهل تتضمن القرينة أيضاً افتراض علاقة سببية بين الخلل وبين نشاط كل مقاول شارك بالعمل، أم إن عبء الإثبات يقع على عاتق رب العمل؟ لا شك في أن الزام رب العمل بأثبات العلاقة السببية بين الضرر وفعل المقاول وذلك كشرط ضروري للاستفادة من القرينة على الخطأ المقرر لصالحه من شأنه أن يضع رب العمل في مركز يعادل بصعوبته مركز المكلف بأثبات الخطأ، وهو أمر لا يمكن قبوله لأنه يؤدي إلى عكس المقصود من تقرير القرينة أصلاً<sup>(٣٠)</sup>.

**ثالثاً: قوة القرينة:** تحدد قوة قرينة المسؤولية المعمارية في القانون الوضعي تبعاً لمدى التضييق أو التوسع في أسباب هدمها، فكلما تضيقنا في نطاق هذه الأسباب كلما زادت قوتها، وكلما توسعنا فيه كلما زاد ضعفها، إن قرينة المسؤولية التي نعنيها هنا، هي قرينة المساهمة التي تعتبر قرينة بسيطة يجوز هدمها بإقامة الدليل على عكسها بكافة طرق الإثبات دون الحاجة لأثبات السبب الأجنبي، فهل يختلف الأمر بالنسبة لقرينة المسؤولية. يتجه الفقه الحديث إلى اعتبار أن قرينة المسؤولية العشرية هي قرينة قاطعه لا تسقط إلا بأثبات السبب الأصلي، هذا ما أكدته المشرع الفرنسي بصريح العبارة في المادة (١٧٩٢) بعد تعديل القانون المدني الفرنسي بموجب قانون (١٩٧٨) وكذلك بموجب تعديل (٢٠١٦) حيث نصت على "إن القرينة المنصوص عليها في المادة ١٧٩٢ فقرة ٣، ٢، ١ لا تسقط إلا بأثبات السبب الأصلي". أما المشرع العراقي فلم ينص على ذلك صراحة وإنما نستشف ذلك ضمناً في

(٣٠) سعاد بالمختار، "المسؤولية المدنية للمهندس المعماري ومقاول البناء"، (رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة أبي بكر بلقايد- لتسمان- الجزائر، ٢٠٠٨-٢٠٠٩)، ص ١٦٢-١٦٣.

المادة(٨٧٠) من القانون المدني العراقي حيث استعمل المشرع عبارة (الضمان) للدلالة على مسؤولية المعماري والمقاول مع العلم ان الضمان لا يسقط إلا امام السبب الاجنبي حسب ما تقضي به القواعد العامة<sup>(٣١)</sup>.

## II.أ.٢. الفرع الثاني

### حالات الاعفاء من الضمان العشري

تقرر المسؤولية العشرية نتيجة الاخلال بالتزام تحقيق نتيجة، ولا تنتفي الا بأثبات السبب الاجنبي وذلك من خلال أثبات ان الضرر قد نشأ بسبب لا يد للمهندس او المقاول فيه، كقوة قاهرة او خطأ الغير او خطأ المضرور (رب العمل) وهذا ما سنبينه وفقاً لما يلي:

#### اولاً: القوة القاهرة والحادث الفجائي:

القوة القاهرة والحادث الفجائي هو الحادث الذي لا يمكن توقعه، واذا وقع يستحيل دفعه وقد ثار جدل فقهي كبير حول التفرقة بين القوة القاهرة والحادث الفجائي هل كل واحد منهما يكون سبباً مختلفاً عن الاخر او هما معا -القوة القاهرة والحادث الفجائي- تعبير واحد لحدث واحد فقد ذهب انصار التفرقة الى ان القوة القاهرة هي الحدث الذي ينجم عن ظروف خارجة عن الشيء نفسه، كحدوث زلزال مثلا ان فيضان او جفاف او هجوم عدوا، أو أي حدث آخر غير متوقع واجنبي عن الشيء، ويستحيل دفعه عند وقوعه. أما الحدث الفجائي فهو الحدث الذي ينجم عن الشيء نفسه كانهجار اله في مصنع او انفجار محرك سيارة او احتراقها، وانصار الوحدة يرون ان كلا من القوة القاهرة والحادث الفجائي حدث لا يمكن توقعه ولا دفعه عند حدوثه سواء كان ناتجاً عن الشيء نفسه او خارج عنه. حيث عرف الدكتور عبد المجيد الحكيم الحادث الفجائي بانهما "تعبيران مختلفان يدلان على معنى واحد،

(٣١) حسام الدين بورنان، "مسؤولية المقاول والمهندس المعماري"، (رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة العربي بن مهيدي - أم البواقي، الجزائر، ٢٠١٣-٢٠١٤)، ص ٤٨.

يقصد به امر غير متوقع الحصول ولا ممكن الدفع، يقع فيكون السبب في حصول الضرر" (٣٢). والسبب الاجنبي الذي يمكن ان يترتب عليه اعفاء المدين يجب ان يتوافر فيه شرطان الاول ان يكون امراً غير ممكن التوقع كما يلزم ثانياً ان يكون مستحيل الدفع. وقد جاء نص المادة (٢١١) من القانون المدني العراقي قاطعاً في وحدة اثرهما. بما يأتي "اذا ثبت الشخص بان الضرر قد نشأ عن سبب اجنبي لا يد له فيه كافة سماوية او حادث فجائي او قوة قاهرة او فعل الغير او خطأ المتضرر كان غير ملزم بالضمان ما لم يوجد نص او اتفاق على خلاف ذلك" (٣٣). وتعد القوة القاهرة احدى الاسباب الاساسية التي تقطع رابطة السببية بين الخطأ والضرر، شرط ان تكون الواقعة التي ادت الى هذا الحادث تمثل امراً خارجياً، لا يمكن توقعه، ولا دفعه وقت ابرام العقد، وينتهي مباشرة الى حصول الضرر. ومتى نتج عن القوة القاهرة تهدم كلي او جزئي للبناء، او تعيب تعيباً خطيراً اثر في سلامة ومتانته، وكان ذلك خلال مدة الضمان العشري، تنتفي خلالها المسؤولية العشرية للمهندس ومقاول البناء. وتقدير مدى تحقق عدم امكان توقع الحادث المفاجئ وعدم التمكن من دفعه هي مسألة نسبية تختلف باختلاف الاحوال والبيئات، وكذلك اصول العمران والهندسة المستخدمة، وهو ما يجعلها ضمن مضامين السلطة التقديرية لقاضي الموضوع، مستخدماً في ذلك معياراً موضوعياً، فيما اذا كان المهندس والمقاول قد استخدموا كافة الاساليب الفنية احتياطاً لحصول الحادث او لا (٣٤).

(٣٢) عبد المجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني (مصادر الالتزام)، ج ١، (بغداد العراق: شركة الطبع والنشر الأهلية، ١٩٦٣)، ص ٤٦٤-٤٦٥.

(٣٣) المادة (٢١١) من القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١.

(٣٤) حجازي محمد، "حدود المسؤولية العشرية في ضوء القانون المحدد للقواعد الناظمة لنشاط الترقية العقارية"،

مقال منشور على الموقع الالكتروني: <http://jilrc.com>، تاريخ النشر ٢٠١٨/٢/٥، تاريخ الزيارة ٢٠٢٠/١٢/٢٨

### ثانياً: خطأ المضرور(رب العمل):

تبدوا نادرة الحالات التي يمكن ان يؤثر فيها خطأ المضرور على مسؤولية المهندس او المقاول في ان المضرور في الغالب ما يكون رجلاً جاهلاً بأصول البناء وفنونه ولا يتدخل في الغالب في عملية البناء واذ كان رب العمل غير خبيراً في امور البناء فليس من التصور ان يصدر تعليمات أو اوامر الى المهندس او المقاول بخصوص البناء، بل حتى ولو اصدر هذه التعليمات والاوامر، فان من واجب المهندس ان لا يستمع اليها اذا وجدها غير مطابقة للمواصفات الهندسية السليمة، وعلية ان يبين له خطأه ويبين له الوضع الهندسي السليم، واذ فرض واستجابة المهندس او المقاول لتعليمات رب العامل الجاهل بفنون الهندسة، وترتب على ذلك ضرر بالمبنى قامت مسؤولية المهندس والمقاول الكاملة على هذا الضرر سواء اوقع الضرر قبل التسليم او بعد التسليم<sup>(٣٥)</sup>. فخطأ رب العمل ينفي الرابطة السببية بين التهدم في المباني والمنشآت الثابتة الاخرى او العيوب التي تظهر منها وبين نشاط كل من المقاول والمهندس اذا انفردا بتسبب الضرر الناتج عن التهدم او العيوب ومثال ذلك ان يتسلم المقاول او المهندس مواد من الاسمنت او الجص من رب العمل لغرض استعمالها في البناء، وبعد فحصها يتبين انها صالحة للعمل وغير معيبة وفي غياب كل من المقاول والمهندس وبدون علمهما يقوم رب العمل بخلط كمية من الاسمنت من نوع رديء او فيه نسبة عالية من الاملاح او يخلط كمية من الجص من نوع رديء غير صالح مع الكمية المسلمة الى المقاول، ويؤدي ذلك الى حصول التهدم في البناء او ظهور العيب فيه فاذا استطاع المقاول او المهندس اثبات هذا الخطأ من جانب رب

(٣٥) حسين محمد عبد الظاهر، "خطأ المضرور واثره على المسؤولية"، بحث منشور في مجلة مصر المعاصرة، ج١٠٣، العدد٥٠٤، جامعة القاهرة، مصر، (٢٠١١): ص٥٥؛ كمال بو حمار، "الضمان العشري"، مصدر سبق ذكره، ص٩٦.

العمل انتفت المسؤولية عنهما<sup>(٣٦)</sup>. كما وقد قضت محكمة تمييز العراق في قرار لها جاء فيه " .. ان المميز (رب العمل) قد استعمل الاحواض دون ان يتخذ الحيطة الكافية من سد المنافذ وربط الانابيب بصورة صحيحة، وان هذا الاستعمال المعيب من قبله للمشروع هو الذي ادى الى هذا التهدم والتشققات وازديادها بمرور الزمن حسب ما ورد بتقرير الخبراء، ولما كان استعمال ابنية المشروع بصورة معيبة وغير صحيحة امر خارج عن ارادة المميز عليه (المقاول) فانه لا يكون مسؤولاً عما ادى اليه من نتائج، اذ ان المسؤولية في هذه الحالة تكون على من قام بالفعل مباشرة او تسبب في الضرر..."<sup>(٣٧)</sup>. ويشترط لتحميل رب العمل كامل المسؤولية ونفيها عن المقاول والمهندس ان لا يقع خطأ من لدنهما يسهم مع خطأ رب العمل في حصول التهدم او ظهور العيب اما اذا صدر منهما خطأ فان مسؤولية لكل منهما لا تنتفي بسبب وجود خطأ من جانب رب العمل، وانما تتوزع المسؤولية على الطرفين كل حسب جسامة خطئه لنشوء الضرر عن خطأ مشترك، وهذا ما يؤدي الى نقص في التعويض المطالب به من لدن رب العمل ومثال ذلك ان يقوم رب العمل بخلط نسبة كبيرة من الرمل مع الاسمنت المستعمل في البناء دون علم المقاول او المهندس خطأ من جانبه ويقوم المقاول باستعمال جص ممطور في البناء يسمح به المهندس المشرف وهذا خطأ من جانبهما، ويتضافر الخطأين في احداث التهدم او ظهور العيب في المبنى الذي تتوزع المسؤولية عنه من ناحية وبين المقاول والمهندس من ناحية اخرى وتلك الأحكام تضمنها القانون المدني العراقي ضمن الأحكام المشتركة للأعمال غير المشروعة حيث اشارت المادة (٢١٠) مدني عراقي اليها فقد نصت "يجوز للمحكمة ان تنقض مقدار التعويض او ان لا يحكم بتعويض ما اذا كان

(٣٦) محمد عدنان باقر الجبوري، "الالتزام بالضمان في عقد المقاولة"، منشور على الموقع

الالكتروني <https://almerja.com>، تاريخ النشر ٢٨/٨/٢٠١٩، تاريخ الزيارة ٢٩/١٢/٢٠٢٠.

(٢) قرار محكمة التمييز رقم (٨)، لسنة ١٩٧٢، منشور في النشرة القضائية، العدد (٢)، في تاريخ ٦/٥/١٩٧٢.

المتضرر قد اشترك بخطأه في احداث الضرر او زاد فيه او كان قد سوء مركز المدين<sup>(٣٨)</sup>.

### ثالثاً: خطأ الغير:

ان خطأ الغير لا يعتبر سبباً اجنبياً يمكن ان يدفع مسؤولية المقاول والمهندس، ألا اذا اجتمعت فيه شروط القوة القاهرة. حيث يجب ان يكون هذا الخطأ غير قابل للتوقع ومستحيل الدفع. وهنا ايضاً يظهر القضاء تشدداً واضحاً في قبوله خطأ الغير لدفع مسؤولية المعمارين عما تقضي به القواعد العامة، وهذا التشدد هدفه حماية المصلحة العامة. فقد ورد في القضاء الفرنسي بأن المهندس المعماري لا يستطيع ان يتخلص من المسؤولية بأثبات أخطاء المقاول، لا سيما إذا كان المهندس مكلفاً بالأشراف على التنفيذ وفحص المواد، الا اذا اثبت ان هذه الأخطاء كانت مستحيلة الدفع وغير قابلة للتوقع. وقضي بأن أخطاء المهندس المعماري الذي وضع التصميمات لا تقلل من مسؤولية المهندس المعماري المكلف بالأشراف على تنفيذها، طالما لم يثبت ان تلك الأخطاء مستحيلة التوقع والدفع<sup>(٣٩)</sup>. كما ان القواعد العامة في المسؤولية العقدية تقتضي بأن فعل الغير لا يرفع المسؤولية عن الأعمال الشخصية او يخفف منها الا اذا اعتبر هذا الفعل خطأ في ذاته وحدث الضرر او ساهم فيه. وان خطأ الغير يقطع رابطة السببية بين فعل المسؤول والنتيجة متى استغرق خطأ المسؤول وكان كافياً بذاته لأحداث النتيجة<sup>(٤٠)</sup>.

(٣٧) المادة (٢١٠) من القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١.

(٣٨) أياد عبد الجبار ملوكي، مسؤولية المقاول والمهندس المعماري بعد إكمال العمل وتسليمه، مصدر سبق ذكره، ص ١٢٩.

(٣٩) سعاد بالمختار، المسؤولية المدنية للمهندس المعماري ومقاول البناء، مصدر سبق ذكره، ص ١٧٥.

## II.ب.المطلب الثاني

### جزاء تحقق الضمان العشري

#### II.ب.1.الفرع الاول

##### دعوى المسؤولية وتقادها

تترتب المسؤولية العشرية على عاتق كل من المقاول والمهندس بموجب الضمان العشري عند توفر الشروط اللازمة لقيام المسؤولية، وعندئذ يلزم ان طبقا لمسؤوليتهما القانونية بالتنفيذ العيني المتمثل بأعاده بناء ما تهدم من المباني او اصلاح ما ظهر فيها من العيوب، او بتعويض رب العمل تعويضا بمقابل عند تعذر التنفيذ العيني ولرب العمل في هذه الحالة دعوى تحمي حقه الناشئ عن هذه المسؤولية.

##### اولا: دعوى المسؤولية

هي الدعوى التي يرفعها صاحب الحق في الضمان ومن آلت اليه الملكية ضد الملزمين بالضمان، او ضد احدهم تطبيقا لقواعد الالتزام التضامني، كما تنتقل الدعوى الى الخلف العام، ويمكن ايضا للدائن ممارستها من خلال الدعوى الغير مباشرة اذا توفرت شروطها، كما ان الضمان العشري ودعواه ينتقلان الى الخلف الخاص باعتبارهما من مستلزمات وتوابع ملكية البناء فيستفيد بذلك من هذه الدعوى المشتري الاخير في حالة البيوع المتتالية، مع التقيد دائما بمدة الضمان<sup>(٤١)</sup>. وفي مسائل الاختصاص يثبت الاختصاص للقاضي في دعوى الضمان بالنظر الى طبيعة الأعمال والعقود المبرمة من جهة والى صفة اطراف الدعوى من جهة اخرى. أ- طبيعة الأعمال وعقود البناء: ويتحدد اختصاص القاضي عندما يتعلق الامر بعقود

(٤٠) آية الوصيف، "ما هو الضمان العشري في القانون المدني المصري"، مقال منشور على الموقع الالكتروني: <https://www.mohamah.net>، تاريخ النشر ٢٠١٧/٢/٢٧، تاريخ الزيارة ٢٠٢١/١/٤.

وصفقات البناء العمومية والتي تعتبر عقود ادارية، وفي هذا الاطار يجب التطرق الى بعض الحالات:- ١- البناء من طرف شخص عام لمصلحة شخص خاص: فقد يحدث ان يقوم شخص عام بإنجاز بنايات لفائدة اشخاص طبيعيين او معنويين، وقد قررت محكمة التنازع في فرنسا ان الاختصاص يعود للقاضي الاداري على اعتبار ان الصفقة عقد اداري. ٢- البناء من طرف شخص خاص لمصلحة شخص عام: ويقرر في هذه الحالة ايضا الاختصاص للقاضي الاداري. ب- اطراف دعوى الضمان: وتشمل المدعى والمدعى عليه. ١- المدعى في دعوى الضمان: كأصل عام ان صاحب الحق في رفع دعوى الضمان هو رب العمل الا ان هناك حالات تتطلب الدراسة مثل حوالة الحق، الحلول، الانابة الاتفاقية، تعاقب عقود اجارة العمل. ٢- المدعى عليه في دعوى الضمان: ان المدعى عليه في دعوى الضمان هم المشيدين بشكل عام وتشمل المهندس المعماري، المقاول، التقنين، المرقى العقاري وغيرهم<sup>(٤٢)</sup>. وترفع دعوى رب العمل امام المحكمة المختصة، ووفقا لإجراءات التقاضي التي تقرها احكام قانون المرافعات. وهي دعوى شخصية عقارية موضوعها المطالبة بالتنفيذ العيني او التعويض عن الاضرار التي اصاب رب العمل جراء التهدم او ظهور عيب في البناء. وبمقتضى احكام قانون المرافعات، فان شروط قبول الدعوى المدنية ثلاث، هي الاهلية والصفة (او الخصومة) والمصلحة. **فبالنسبة للأهلية:-** يقصد بها اهلية المدعي للدعاء واهلية المدعى عليه لإقامة الدعوى عليه. واهلية التقاضي هي ذاتها اهلية العاقد. فمن كان اهلا لتصرف القانوني معين، كان اهلا لإقامة الدعوى بشأنه. ولذلك تقبل دعوى رب العمل على المقاول والمهندس اذا نقضت اهلية او انعدمت بعد التعاقد بسبب عارض من عوارض الاهلية، ففي هذه الحالة يقيم الدعوى من يمثله قانونا نيابة عنه. اما شرط الصفة

(٤١) عابدة مصطفى، "الضمان العشري والضمانات الخاصة"، بحث منشور في مجلة دفاثر السياسة والقانون،

العدد ٦، جامعة سعد دحلب البليدة، الجزائر، (٢٠١٢)، ص ٢٧٣-٢٧٥.

(الخصومة): فالمقصود به انه يصح اعتبار المدعى عليه خصما قانونيا. وهو يكون كذلك في حالتين: الاولى، اذا ترتب على اقراره حكم. والثانية، اذا كان ملزما او محكوما ما بشيء. وفي حالة عقد المقاول، تصح خصومه المقاول او المهندس من قبل رب العمل، لان كلا منهما قد التزم بموجب العقد المذكور لمصلحة رب العمل. اما بالنسبة لشرط المصلحة: فيلزم ان تتعلق الدعوى بمصلحة قانونية للمدعي، اي استناد الى حق مادي او ادبي، سواء تمثل بصورة القيام بعمل او الامتناع عن عمل لمصلحته. فالمصلحة تتمثل بالمنفعة التي يحاول المدعي الحصول عليها عن طريق الحكم الذي يصدره في دعواه. والمنفعة تكون اما بتقرير حق او مركز قانوني، او رد اعتداء عن حق او تعويض عن ضرر اصاب المدعي. وحيث ان شرط المصلحة في دعوى المسؤولية في الضمان العشري هو التعويض عن ضرر اصاب حق رب العمل في ان تبقى الابنية والمنشآت التي اقامها المقاول او المهندس سالمة من اي تهدم او عيب يظهر فيها خلال المدة المحددة قانونا<sup>(٤٣)</sup>.

#### ثانيا : تقادم دعوى المسؤولية

كانت المادة ٨٧٠ من القانون المدني العراقي تنص قبل تعديلها على انه". . . يجب رفع الدعوى في خلال سنة من وقت التهدم. . ." الا انها بعد التعديل نصت في فقرتها الرابعة على انه "تسقط دعوى الضمان المنصوص عليه في هذه المادة بانقضاء سنة واحدة من وقت حصول التهدم او انكشاف العيب" ومفاد النص ان مدة تقادم هذه الدعوى تكون سنة تبدا من وقت حصول التهدم او انكشاف العيب سواء علم بها رب

(٤٢) أياذ عبد الجبار ملوكشي، مسؤولية المقاول والمهندس المعماري بعد إكمال العمل وتسليمه(الضمان العشري)، مصدر سبق ذكره، ص٧١-٧٢، كمال بو حمار، " الضمان العشري"، مصدر سبق ذكره، ص٨٣.

العمل او لم يعلم. وقت اعتبرت محكمة تميز العراق واقعة التهدم امرا قائما بذاته تبدا مدة التقادم منذ حدوثه لا من تاريخ وجود العيب الذي افضى الى التهدم<sup>(٤٤)</sup>.  
في حين نص القانون المدني العراقي على انه "١-تقف المدة المقررة لعدم سماع الدعوى بالعدر الشرعي، كان يكون المدعي صغيرا او محجورا وليس له ولي او غائبا في بلاد اجنبية نائية او ان تكون الدعوى بين الزوجين او بين الاصول والفروع، او ان يكون هناك مانع اخر يستحيل معه على المدعي ان يطالب بحقه ٢- والمدة التي تمضي مع قيام العذر لا تعتبر"<sup>(٤٥)</sup>. كما تنقضي مدة السنة اذا اقر المدين (المقاول او المهندس) بحق رب العمل في الضمان، سواء كان اقراره صراحة او ضمنا. وتبدا عندئذ مدة جديدة هي مدة خمس عشر سنة وذلك وفقا لحكم الفقرة ٢ من المادة (٤٣٩) من القانون المدني التي تنص "٢- على انه اذا حكم بالدين وحاز الحكم درجة البتات، او اذا كانت المدة المقررة لعدم سماع الدعوى سنة واحدة وانقطعت بإقرار المدين، كانت المدة الجديدة خمس عشرة سنة". كما ونص القانون المدني بانه تنقطع مدة السنة بالمطالبة القضائية، ولو تم رفع الدعوى امام محكمة غير مختصة عن غلط مغتفر. كما ويقطع الانقطاع باي عمل يقوم به رب العمل للتمسك بحقه اثناء السير في احدى الدعاوي. وجاء في مضمون الفقرة ١ من المادة ٤٤٢ من القانون المدني العراقي لا تستطيع المحكمة ان تمتنع عن سماع الدعوى من تلقاء نفسها عند مرور مدة السنة، وانما يكون امتناعها بعد طلب المدين (المقاول او المهندس) بذلك، او بناء على طلب احد دائني، او اي شخص اخر له مصلحة بالتمسك بسقوط الدعوى ولو لم يتمسك المدين بذلك الدفع . كما ان انقضاء مدة السنة يعني سقوط دعوى

(٤٣) قرار محكمة تميز العراق، رقم ٢٤/هيئة عامة أولى/٩٧٣، مشار إليه في محمد جابر الدوري، مسؤولية المقاول والمهندس في مقاولات البناء والمنشآت الثابتة، مصدر سبق ذكره، ص ٢٠٧.  
(٤٤) المادة (٤٣٥) من القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١.

الضمان، دون سقوط حق رب العمل بالضمان، وبالتالي فاذا اقر المدين بحق رب العمل بالضمان امام المحكمة، يؤخذ بإقراره<sup>(٤٦)</sup>.

واختلفت التشريعات العربية في تقادم دعوى الضمان، فهي ثلاث سنوات في القانون المصري وفي القانون المدني السوري وفي القانون المدني الليبي، وسنة واحدة في القانون الاردني الجديد، وثلاثون يوما في قانون الموجبات والعقود اللبناني. ومؤدى النص المصري(٤٦٥) مدني والنصوص العربية المقابلة على ما بينهما من خلاف في مدة تقادم الدعوى ان رب العمل يستطيع ان يرفع دعوى الضمان خلال ثلاث سنوات تبدأ من وقت انكشاف العيب او حصول التهدم في اوائل العشر سنوات بعد التسليم الفعلي لا يكون لرب العمل حينئذ الا ثلاث سنوات لرفع الدعوى وخلال ثلاث عشر عاماً ويكفي ان ينكشف العيب او يحصل التهدم حتى يكون ذلك قرينة على العلم به ولو لم يتم العلم به فعلا. ويثبت وقت انكشاف العيب او حصول التهدم بجميع طرق الاثبات باعتباره واقعه مادية. ولكن لا يكفي لأثبات العلم ان يسكن رب العمل المبنى او يقوم بتأجيرها للغير، فقد لا يظهر العيب او يحصل التهدم الا بعد مدة طويلة . اذا ظهر العيب وخطر رب العمل المقاول او المهندس المعماري به، فان تراخيه في رفع دعوى الضمان بعد ذلك لا يعد نزولا منه عنها مادامت مدة تقادم الدعوى لم تنتقض . ولما كانت هذه المدة تقادم فأنها تقبل الانقطاع، فتنتقض مثلا برفع الدعوى الموضوعية وتنتقض ايضا بإقرار المقاول او المهندس بحق رب العمل في الضمان كما لو رهن له عقارا او منقولا في مقابل هذا الضمان . ولكنها لا تقبل الايقاف، لان المدة تزيد عن خمس سنوات في التقنين المصري<sup>(٤٧)</sup>. اما في فرنسا فقد

(٤٥) انظر في المواد (٤٣٧-٤٣٨-٤٣٩-٤٤٠-٤٤٢) من القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١.

(٤٦) أمجد العمروسي، الموسوعة الوافية في شرح القانون المدني في مصر والأقطار العربية، القاهرة : دار

العدالة، (٢٠١٢)، ص ١٣١.

اختلف الرأي فذهب رأي الى ان مدة التقادم ٣٠ سنة طبقا للقواعد العامة تأتي بعد انتهاء فترة الضمان العشري وذهب رأي آخر الى ان المادة ٢٢٧٠ ق.م. ف قد حدد مدة دعوى الضمان بعشر سنوات تبدأ اعتبارا من تاريخ انتهاء السنوات العشر المقررة لمدة الضمان بمقتضى احكام المادة ١٧٩٢ من القانون المذكور، الا ان هذين الرأيين قد هجرا، واستقر القضاء على اعتبار ان تقادم الدعوى هي نفس مدة الضمان المحددة بعشر سنوات، تبدأ ببديئها وتنتهي بانتهائها وهو امر منتقد تلافاه المشرع في القانونين المصري والعراقي و جعل مدة التقادم تبدأ من تاريخ التهدم او انكشاف العيب.<sup>(٣)</sup>

## II. ب. ٢. الفرع الثاني

### التعويض

يمكن تحديد نطاق الاضرار القابلة للتعويض من خلال عدة امور وهي:-

١- الاضرار المباشرة ذهب جانب من الفقه الفرنسي (لالو والاستاذ مازووتنك) الى ان الضرر المباشر هو الاثر او النتيجة الحتمية او الضرورية للخطأ وتميل اغلب المحاكم في فرنسا الى هذا الرأي، حيث ان القاضي يقضي بالتعويض في الوقت التي يشعر فيه ان الحادث قد لعب دورا راجحا وضروريا في تحقيق الضرر<sup>(٤٨)</sup> وقد اخذ المشرع العراقي بهذا الراي حيث نصت المادة ٢٠٧ من القانون المدني على انه "تقدر المحكمة التعويض في جميع الاحوال بقدر ما لحق المتضرر من ضرر وما فاته من كسب، بشرط ان يكون هذا نتيجة طبيعية للعمل غير المشروع"<sup>(٤٩)</sup>.

(٤٧) محمد جابر الدوري، مسؤولية المقاول والمهندس في مقاولات البناء والمنشآت الثابتة، مصدر سبق ذكره، ص ٢١٠.

(٤٨) إياد عبد الجبار ملوكي، مسؤولية المقاول والمهندس بعد إكمال البناء وتسليمه، مصدر سبق ذكره، ص ٨٠.

(٤٩) المادة (٢٠٧) من القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١.

٢- الضرر المحقق: ويقصد به ان يكون الضرر المدعى به ثابتا على وجه اليقين والتأكد، بحيث يكون القاضي واثقا من ان طالب التعويض كان سيكون في وضع افضل لو ان المدعى عليه لم يرتكب الفعل الذي ترتبت عليه مسؤوليته ويسوي بعد ذلك ان يكون الضرر حالا، بان يكون قد وقع بالفعل، او سيقع حتما بالمستقبل. فلا مجال للتمييز بين هذين النوعين مادام وجود كل منهما امرا محققا. ومثال ذلك، ان يكون تهدم البناء في المستقبل امر مؤكدا بعد ان ظهر فيه خلل جسيم . وعندئذ يكون لصاحب البناء الحق في الحصول على التعويض على اساس من ان هذا لتهدم دون انتظار وقوعه بالفعل اما اذا كان الضرر المستقبل محتمل الوقوع فحسب، فانه لا يصلح ان يكون محلا للتعويض.

٣- الضرر الشخصي للمالك: يشمل التعويض، الى جانب التعويض الحاصل في المبنى، الضرر الذي يرتبط بعلاقة سببيه مباشرة. ومن امثلة اصابة المالك في شخصه بعد تسلم البناء جراء تهدمه بسبب العيب الموجد فيه ويستند الالتزام بتعويض هذا الضرر لدى بعض الفقهاء الى اساس من المسؤولية العقدية، بحسبان ان عقد المقاولة يتضمن فضلا عن التزام المشيد بضمان العيب التزاما بسلامته. وهو التزام بنتيجة بمعنى ان المشيد يلتزم بان ينفذ بناء غير قابل لان يتسبب ضررا.

٤- الاضرار التبعية: يضاف الى الاضرار السابقة ضررا اخر وهو الضرر التبعية حيث ان التعويض لا يقتصر فقط على الاضرار السابقة وانما يضاف اليها تعويضا تكمليا عن الاضرار التبعية. ومن امثلة هذه الاضرار، نقص قيمة المبنى من جراء ظهور العيوب فيه وتعطل الانتفاع بالمبنى بسبب القيام بعمليات الاصلاح<sup>(٥٠)</sup>.

اما من حيث وقت تقدير التعويض، فقد يتولى مالك البناء تنفيذ عمليات الاصلاح بمعرفته، في حال عدم استجابة المسؤول في مطالبة ودياً بإصلاح ما شيده ومنه

(٥٠) إياد عبد الجبار ملوكي، مسؤولية المقاول والمهندس بعد إكمال البناء وتسليمه، مصدر سبق ذكره، ص ٨٣-٨٤.

يتوجب على القاضي تقدير مقدار التعويض، فما هو الوقت الذي يعتد به في تقديره لمقدار التعويض، وعليه فمن الأهمية معرفة التاريخ او الوقت الذي يقدر فيه القاضي مقدار التعويض، نظرا لتطور اضرار البناء وتغير اسعار المواد من جهة اخرى وهذا بالإضافة لانخفاض المستمر للعملة وطبقا لنص المادة (١٧٠) من القانون المدني المصري<sup>(٥١)</sup> فان القاضي يقدر التعويض المناسب للأضرار القائمة وقت النطق بالحكم، ومن ثم يدخل بالحسبان العيوب التي ظهرت بالبناء ليس فقط اثناء وقبل رفع الدعوى بل تلك الموجودة وتطوراتها لحظة النطق بالحكم، بل ويشمل التعويض الاضرار التي يمكن ان توجد بعد ذلك اذا كان حدوثها مؤكدا وان لم يتيسر للقاضي وقت الحكم ان يعين مدى التعويض نهائيا، فله ان يحتفظ لرب العمل بالحق في ان يطالب خلال مده معينه بأعاده النظر فيه الخبير تقريره عن الاضرار ومداهما الا انه يأخذ بعين الاعتبار تغيير الاسعار بين تاريخ ايداع التقرير وتاريخ النطق بالحكم، وعلى العكس فانه لا يعتد بالتغير الذي يطرا بين حكم اول درجه وحكم ثاني درجه بشرط ان يكون الحكم الاول قابل للتنفيذ<sup>(٥٢)</sup>.

### الخاتمة

بعد ان انتهينا من كتابة موضوع البحث (إعادة تأهيل الابنية بالضمان العشري)، لا بد لنا من ان نقف على أهم ما توصلنا اليه من استنتاجات واقتراحات نسعى جاهدين ان تخدم المشرع العراقي وعسى ولعل ان تلقى طريقها للتشريع بنصوص جديدة او إعادة النظر او تعديل ما هو قائم ويدعم بذلك القضاء واسهاماً في تطوير الدراسات الفقهية والقانونية الخاصة بموضوع البحث.

(٥١) نصت المادة (١٧٠) من القانون المدني المصري رقم (١٣١) لسنة ١٩٤٨ "يقدر القاضي مدى التعويض عن الضرر الذي لحق المضرور طبقا لأحكام المادتين ٢٢٢، ٢٢١ مراعيًا في ذلك الظروف والملابسة، فان لم يتيسر له وقت الحكم أن يعين مدى التعويض تعيينا نهائيا، فله أن يحتفظ للمضرور بالحق في أن يطالب خلال مدة معينة بإعادة النظر في التقدير".

(٥٢) كمال بو حمار، "الضمان العشري"، مصدر سبق ذكره، ص ٦٩.

لذا سنقسم ذلك على قسمين، نتناول في الاول منها النتائج والثاني المقترحات، وكما يلي:-

### اولا: النتائج

١- ان مسؤولية المهندس او المقاول مسؤولية قانونية اوجبها القانون حماية لمصالح صاحب العمل الذي لا علم له بالبناء، وحماية للمصلحة العامة، لذا فان لها احكاما خاصة ومشددة تختلف عن المسؤولية العقدية او التقصيرية . فهذه المسؤولية لها نطاق خاص بها من حيث الاضرار والاشخاص والمدة ففي حين ان المسؤولية العقدية تنطبق على كل الاشخاص الذين يقومون بالأخلال بعقودهم، وتنطبق المسؤولية على الاضرار التي قد تقع، فان هذه المسؤولية تنطبق على المهندس والمقاول لصالح صاحب العمل، وتختص بالأضرار الناشئة عن عيوب التهدم الكلي، او الجزئي، وكل عيب يهدد متانة البناء وسلامته، وتستمر هذه المسؤولية عشر سنوات بعد تسليم البناء وهو ما يعرف بالضمان العشري.

٢- توصلنا الى ان اشخاص الضمان العشري هما فئتين اشخاص مسؤولين

واشخاص مستفيدين وتشمل الفئة الاولى كل من المهندس المعماري والمقاول وهما تم النص عليهما بنصوص القانون المدني، اما الفئة الثانية فتمثلت بالمستفيدين من هذا الضمان وهم كل من رب العمل والخلف العام والخلف الخاص.

٣- ان هذه الأعمال لا تقوم الا بالنسبة للأعمال ذات الصفة العقارية التي تتصف بالثبات بغض النظر عن طبيعة المواد المستخدمة في البناء واذا حصل تهدم كلي او جزئي في البناء او ظهر عيب يهدد متانة البناء وسلامته، فان هذه المسؤولية لا تقتصر على المقاول والمهندس الذي يضع مواد التصميم، بل هناك اشخاص اخرين من المفروض ان تمتد المسؤولية لتشملهم، لان دورهم في عملية البناء لا يقل اهمية عن المقاول نفسه، كالمهندس المدني، او الميكانيكي، او الكهربائي، او مهندس البناء لكنهم يخضعون لأحكام المسؤولية وفقا للقواعد العامة المقررة في القانون المدني.

٤- هنالك اربع شروط للضمان العشري هي، وجود عقد مقاوله متعلق بمبان او منشآت ثابتة، ان يحصل تهدم في المنشآت الثابتة او يقع فيها عيب يهدد سلامتها، ان يوجد مهندس او مقاول او الاثنين معا، ان يقع التهدم او العيب خلال عشر سنوات.

٥- ان لرب العمل الحق في الرجوع على المقاول او المهندس بدعوى يطالبهما فيها بتعويضه عن الاضرار التي تصيبه جراء التهدم او العيوب التي تهدد سلامة البناء وان التقادم المسقط لدعوى الضمان في القانون المدني العراقي هو بعد سنة من تاريخ حدوث التهدم او اكتشاف العيب بينما هو في القانون المدني المصري فانه يكون ثلاثة سنوات على التهدم او اكتشاف العيب.

٦- وفي الاخير نجد ان المسؤولية عن الضمان العشري لا تنتهي ولا تزول بأثبات السبب الاجنبي، فقد راينا ان القضاء لا يتساهل في قبول هذا الدفع بل تشدد تشددا كبيرا، ويكاد يحصر حالات الاعفاء من الضمان العشري في القوة القاهرة فقط، دون خطأ المضرور او رب العمل وخلفه العام والخاص فان التعويض عن العيب او الخلل الذي يظهر خلال مدة عشر سنوات يكون عن الضرر المتوقع والمباشر فقط، التي يكون المشيد كان على علم بها.

### ثانيا: المقترحات

- ١- تضمين عقود مقاولات البناء نص صريح عن الضمان العشري، وذلك لغرض اشاعة الضمان العشري في عقد مقاوله المباني والمنشآت الثابتة.
- ٢- جعل لفظ المهندس في المادة (١/٨٧٠) من القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ لفظ مطلق من حيث احكام الضمان العشري في عقد مقاوله المباني والمنشآت الثابتة.
- ٣- تعديل مدة التقادم المسقط لدعوى الضمان في القانون المدني العراقي لتصبح ثلاث سنوات كما هو الحال في القانون المدني المصري.

٤- نوصي بضرورة الاهتمام بفئة المهندسين واعادة تنظيمها واعداد المهندسين وتثقيفهم قانونيا هم وشريحة المقاولين وذلك بعقد الدورات المختصة بالمسؤولية المدنية العشرية لكي يسهل عليهم القيام بأعمالهم بما يتلاءم والنصوص القانونية المتوفرة.

### قائمة المراجع

#### اولا: المراجع اللغة:-

- ١-إبراهيم أنيس وآخرون. المعجم الوسيط .مج ١ ط٤ مصر: مكتبة الشروق الدولية. ٢٠٠٨.
- ٢-أحمد مختار عمر. معجم اللغة العربية المعاصر.مج ١ ط ١. القاهرة.مصر: عالم الكتب. ٢٠٠٨.
- ٣-مجد الدين الفيروز آبادي. معجم القاموس المحيط القاهرة .مصر: دار الحديث .. ٢٠٠٨.
- ٤-محمد بنأبي بكر الرازي.معجم مختار الصحاح.مج ١.بيروت.لبنان:مكتبة لبنان ١٩٨٦
- ٥-محمد مرتضى الحسيني الزبيدي .معجم تاج العروس من جواهر القاموس.مج ١٥. الكويت :مطبعة الكويت. ١٩٧٥.

#### ثانيا: الكتب القانونية:-

- ١-أمجد العمروسي .الموسوعة الوافية في شرح القانون المدني في مصر والأقطار العربية. القاهرة.مصر: دار العدالة. ٢٠١٢.
- ٢-إياد عبد الجبار ملوكي. مسؤولية المقاول والمهندس المعماري بعد إكمال البناء وتسليمه(الضمان العشري). ط ١. بغداد.العراق : دار السنهوري. ٢٠١٢.
- ٣-عبد المجيد الحكيم. الموجز في شرح القانون المدني(مصادر الالتزام). ج ١. ط ٢ بغداد.العراق:شركة الطبع والنشر الأهلية. ١٩٦٣.

- ٤- محمد جابر الدوري. مسؤولية المقاول والمهندس في مقاولات المنشآت الثابتة بعد انجاز العمل وتسليمه. بغداد. العراق: بدون دار نشر. ١٩٨٥.
- ٥- محمد حسين منصور. المسؤولية المعمارية. مصر: دار الفكر العربي. ٢٠٠٦.
- ٦- عادل عزت السنجلقي. عقد الاستشارات الهندسية بغداد. العراق: مركز البحوث القانونية. ١٩٨٣.
- ٧- عبد المجيد الحكيم. الموجز في شرح القانون المدني (مصادر الالتزام). ج ١. ط ٢. بغداد. العراق: شركة الطبع والنشر الأهلية. ١٩٦٣.
- ٨- عبد الرزاق السنهوري. الوسيط في شرح القانون المدني. ج ١. المجلد الأول. بيروت. لبنان: دار أحياء التراث العربي. ١٩٦٤.
- ثالثا: المجلات والدوريات:-

- ١- إبراهيم عنتر فتحي. "نطاق الضمان الخاص في عقد المقولة". بحث منشور في مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية. العدد ١٢. جامعة كركوك. العراق. ٢٠١٥.
- ٢- حسين محمد عبد الظاهر. "خطأ المضرور وأثره على المسؤولية". بحث منشور في مجلة مصر المعاصرة. مجلد ١٠٣. العدد ٥٠. جامعة القاهرة. مصر. ٢٠١١.
- ٣- فاضل جبير لفتة. "الضمان العشري في عقود الأشغال العامة". بحث منشور في مجلة القادسية للقانون والعلوم السياسية. العدد ٢. جامعة القادسية. العراق. ٢٠١١.
- ٤- عايدة مصطفىاوي. "الضمان العشري والضمانات الخاصة" بحث منشور في مجلة دفاتر السياسة والقانون. العدد ٦. جامعة سعد دحلب البليده. الجزائر. ٢٠١٢.
- ٥- صدقي محمد أمين عيسى. "الطبيعة القانونية لمسؤولية المقاول ونطاق تطبيقها في القانون المدني العراقي". بحث منشور في مجلة قه لاي زانت العلمية. المجلد ٣. العدد ١. الجامعة اللبنانية الفرنسية. اربيل. كوردستان. العراق. ٢٠١٨.

٦- رائد كاظم محمد الحداد. "التعويض في المسؤولية التقصيرية". بحث منشور في مجلة الكوفة للعلوم القانونية والسياسية. العدد ٨. جامعة الكوفة. العراق. ٢٠١٠.

#### رابعاً: الرسائل والأطاريح:-

١- أشواق الدهيمي. "أحكام التعويض عن ضرر في المسؤولية العقدية". رسالة ماجستير. كلية الحقوق والعلوم السياسية. جامعة الحاج لخضر-باتنة. الجزائر. ٢٠١٣-٢٠١٤.

٢- حسام الدين بورنان. "مسؤولية المقاول والمهندس المعماري". رسالة ماجستير. كلية الحقوق والعلوم السياسية. جامعة العربي بن مهيدي-أم البواقي. الجزائر. ٢٠١٣-٢٠١٤.

٣- سعاد بالمختار. "المسؤولية المدنية للمهندس المعماري ومقاول البناء". رسالة ماجستير. كلية الحقوق. جامعة أبي بكر بلقعيد-لتسمان. الجزائر. ٢٠٠٨-٢٠٠٩.

٤- عباس ريمه. "الأشخاص المسؤولين في الضمان العشري للمشيدين في القانون الجزائري". رسالة ماجستير. كلية الحقوق والعلوم السياسية. جامعة أكلي محند اولحاج-البويرة. الجزائر. ٢٠١٣.

٥- عبد الله سعيد الحربي. "الإشكالات العلمية للضمان العشري في عقود المقاولات (دراسة تحليلية)". أطروحة دكتوراه. كلية القانون. جامعة الإمارات العربية المتحدة. دولة الإمارات. ٢٠٠٨.

#### خامساً: المواقع الإلكترونية:-

١- آية الوصيف. "ما هو الضمان العشري في القانون المدني المصري". مقال منشور على الموقع الإلكتروني <https://www.mohamah.net>. تاريخ النشر ٢٠١٧/٢/٢٧. تاريخ الزيارة ٢٠٢٠/٥/٢٠.

٢- محمد عدنان باقر الجبوري. "الالتزام بالضمان في عقد المقاوله". منشور على الموقع الالكتروني <https://almerja.com>. تاريخ النشر ٢٨/٨/٢٠١٩. تاريخ الزيارة ٧/٥/٢٠٢٠.

٣- حجازي محمد. "حدود المسؤولية العشرية في ضوء القانون ١١/٠٤ المحدد للقواعد الناظمة لنشاط الترقية العقارية". مقال منشور على الموقع الالكتروني: <http://jilrc.com>. تاريخ النشر ٥/٢/٢٠١٨. تاريخ الزيارة ٥/٥/٢٠٢٠.

٤- ماهر احمد السويسي. "تعريف القرائن وحكمها". بحث منشور على الموقع الالكتروني <http://site.iugaza.edu.ps/msousi>. تاريخ النشر ٢٣/١٢/٢٠١٠. تاريخ الزيارة ٢٨/٤/٢٠٢٠.

٥- مكوط الجيلاني. "الضمان العشري في الصفقات العمومية". بحث منشور بصيغة pdf على الموقع الالكتروني <http://www.afj.ma/Pdf/Jalal6.pdf>. تاريخ النشر ٢/٢/٢٠١٠. تاريخ الزيارة ٤/٣/٢٠٢٠.

٦- نهاد علي رفيق. "الخلف العام والخلف الخاص في القانون المدني العراقي". على الموقع الالكتروني [www.dorar-aliraq.net](http://www.dorar-aliraq.net). تاريخ النشر ٧/١/٢٠١٤. تاريخ الزيارة ٢١/٣/٢٠٢٠.

#### سادسا: القوانين:-

- ١- القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١.
- ٢- نصت المادة (١٧٠) من القانون المدني المصري رقم (١٣١) لسنة ١٩٤٨ "يقدر القاضي مدى التعويض عن الضرر الذي لحق المضرور طبقا لأحكام المادتين ٢٢١، ٢٢٢ مراعى في ذلك الظروف الملازمة، فان لم يتيسر له وقت الحكم أن يعين مدى التعويض تعيينا نهائيا، فله أن يحتفظ للمضرور بالحق في أن يطالب خلال مدة معينة بإعادة النظر في التقدير".

#### سابعا: القرارات:-

- قرارات محكمة التمييز العراقية.