



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/library/893>

تاريخ الاسترداد: 2025/05/10 04:23 +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

استخدامكم لأرشيف مكتبة الموسوعة السياسية – Encyclopedia Political يعني موافقتك على شروط وأحكام الاستخدام

<https://political-encyclopedia.org/terms-of-use>

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





إعادة تأهيل المقاولات بالضمان العشري

Rehabilitation of contracting with a ten-year guarantee

م.د.أحمد عبد الأمير كاظم حسين جبرين

كلية الأمام 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 والتسييد من الأعمال المعقدة، التي تحتاج إلى مؤهلات علمية وخبرات فنية، لذلك أوجد المشرع الضمان العشري بهدف حماية الأشخاص والزام المشيد بتحمل المسؤولية في حالة تهدم البناء، او ظهور عيب فيه، ووجوب ان يكون هناك عقد مقاولة 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 ممثلين بالمهندس المعماري والمقاول اضافه 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 ن يكون عيني، وذلك بإصلاح البناء ويمكن ان يكون التعويض نقدى في حالة رفض رب العمل ان يعيد تشييد ما التزم به. حيث أنَّ هذه الدراسة سترتكز على الدفع بعجلة تفعيل النظام العشري من خلال تقوية وتعزيز النصوص القانونية التي ينغي على المشرع العراقي الالتفات اليها ولا سيما نحن بصدده الوقوف على اغلب مخلفات اعمال المنشآت المشيدة غير المنطقية لحمياتها من خلال هذا النظام والسعى وراء تعزيز دور هذه الحماية بصورة قانونية سليمة.

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

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 الإنسان 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 والتثبيت من الناحية العلمية والتكنولوجيا الحديثة، وهو ما نتج عنه الزيادة في سرعة إنجاز المشاريع وتغير في طرق الانجاز وتعقد في بعض الأحيان، وهو ما انجز عنه في بعض الأحيان هشاشة في البناء، بالإضافة إلى وجود بعض المشيدين ممن يريدون الاستثمار مع عدم اتقان رب العمل لأصول هذه المهنة وذلك باستخدام مواد معيبة، أو غير مطابقة للمواصفات الفنية المتفق عليها، أو الاقتصاد في كمية المواد التي تستعمل في إنجاز المشاريع وهذا بغرض زيادة نسبة الربح وهو ما يكون على حساب متانة هذا البناء، كما أنه يمكن أن يقوم المشيد بإخفاء العيب الظاهر في البناء متعمداً. لذلك تعد أعمال البناء والتثبيت من الأعمال المعقّدة، التي تحتاج إلى مؤهلات علمية وخبرات فنية، لذلك أوجد المشرع الضمان العشري بهدف حماية الأشخاص والزام المشيد بتحمل المسؤولية في حالة تهدم البناء، أو ظهور عيب فيه، ووجوب أن يكون هناك عقد مقاولة 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 أشخاص مسؤولين ممثلين بالمهندس المعماري والمقاول إضافة إلى ذكر الأشخاص المستفيدين مثل رب العمل وخلفه العام والخاص وفي حالة حدوث ضرر أو تهدم في البناء، فإن المشيد ملزم بالتعويض ويتنوع الضمان حسب الحالة فممكن أن يكون عيني، وذلك بإصلاح البناء ويمكن أن يكون التعويض نقدي في حالة رفض رب العمل أن يقوم المشيد بإصلاح البناء.

ثانياً: أهمية الموضوع

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



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

ثالثاً: اسباب اختيار الموضوع

قد تتعدد الأسباب 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 تتعدي 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 تسلط الضوء على الأحكام المتعلقة بهذا الموضوع في القانون العراقي، والجزاء المترتب على مخالفة هذه الأحكام والدور الحقيقي من وراء جعل هذه الأحكام 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 (١٨٧٠) من القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥٠ قد جاء ليحدد سبيل الضمان العشري على المُهندس والمُقاول لكنه قد اخفق في بيان التنظيم القانوني الشامل لهذا الضمان وتحديداً ما نجده في فترة اقامة دعوى الضمان وحصرها في غضون سنة واحدة. لذا تكمن اشكالية دراستنا في ايجاد تنظيم قانوني للضمان العشري ووضع آلية حقيقة لتطبيقه.

كما أنَّ الخوض بمثل هذه التفاصيل قد يحتاج إلى أدوات حقيقة تسعننا نحو الأستخدام 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 سيما بالمنهج الاستنبطائي للاستعانة به والرجوع من الكليات إلى الجزئيات.



خامساً: تقسيم البحث

في ضوء ما تم عرضه يمكن تقسيم هذه الدراسة إلى مباحثين اساسيين اضافه الى المقدمة والخاتمة، نتناول بالبحث الاول مفهوم الضمان العشري في مطلبين نبين 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 جراء تحقق الضمان العشري.

I.المبحث الاول

مضمون الضمان العشري

تعتبر المباني والمنشآت الثابتة رمزاً للاستقرار في حياة الإنسان ونقطة الانطلاق لنشاطه اليومي، وبنائها وتشييدها من قبيل الأعمال المعقّدة التي تحتاج إلى مؤهلات علمية وخبرات فنية، لذا فإن ما يشوبها من خلل أو عيب يهدد بالضرورة حياته وسلامته واستقراره وذلك عدم اطمئنانه وخوفه على حياته، وذلك لعدم وجود ثقة بمن أنشأ وانجز هذه المباني، وذلك جراء تعرض اشخاص آخرين لتجارب سابقة ناتجة عن تهدم المباني عند انشائها او خلال الكوارث الطبيعية فإن حدوث مثل هذه المضار جعلت القوانين تتشدد مع القائمين على عملية التشييد والبناء. وسيقتصر حديثنا في هذا المبحث حول تعريف الضمان العشري وطبيعته القانونية وخصائصه في المطلب الاول، ثم نتطرق في المطلب الثاني من هذا المبحث إلى اشخاص الضمان العشري ومعرفة الشروط الالزامية لقيامه.



I.أ.المطلب الأول

تعريف الضمان العشري وتحديد طبيعته القانونية وخصائصه

I.I 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 نقائض ينبغي عليه استيعابها بنصوص اخرى. يجعل من ينشط في مجال البناء يعي جيدا المسؤولية الملقة على عاتقه دون غيره ما يدفعه للقيام بعمله بجد واتقان 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 الاتي:

اولاً : تعريف الضمان

يمكن تعريف الضمان في اللغة بأن مصدر الضمان هو ضمن اي ضمن الشيء بالكسر والضمان يراد به كفل به فهو ضامنٌ وضمينٌ⁽¹⁾، اما من حيث الاصطلاح فقد اخذت مجلة الأحكام العدلية بمفهوم، الضمان على انه "اعطاء مثل الشيء اذا كان من المثلثيات وقيمتها اذا كان من القيمتيات". كما عرف الضمان بأنه (التزام من البائع تجاه المشتري يتتعهد فيه بسلامة السلعة من العيوب)، وصلاحيتها للعمل خلال فتره معينه⁽²⁾.

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

(2) 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.



ثانياً : 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 مده اقل من عشر سنوات وتبدا مدة العشر سنوات من وقت اتمام العمل وتسليمها 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 م坦ة البناء وسلامته ٤- تسقط دعوى الضمان المنصوص عليه في هذه المادة باقضاء سنه واحده من وقت حصول التهدم وانكشف العيب" ^(٣). كما ويقابل ذلك المادة (٥٦١) من القانون المدني المصري والمادة (١٧٩٢) من القانون المدني يقم (١٣١) لسنة ١٩٤٨، وتسمية الضمان العشري تعتبر وليدة الاجتهد الفقهي وقد عرفته اخرون على انه: "الالتزام قانوني يقع على عاتق المهندس المعماري والمقاول والمهندسين الممارسين والمقاولين وكل من يربطهم برب العمل عقد مقاولة يضمن

(٣) مصدق عادل طالب، القانون المدني رقم(٤٠) لسنة ١٩٥١ المعدل، (بيروت: دار السنھوري، ٢٠١٦)، ص ٢٥٠-٢٥١.



خلاله هؤلاء ما يحدث من التهم المبني سواء كليا او جزئيا خلال مدة تدوم عشر سنوات^(٤).

I. الفرع الثاني

الطبيعة القانونية للضمان العشري

لكي يمكن مسالة 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 لابد 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 اصيب صاحب العمل بضرر ناشئ عن الاخلاص بالالتزامات التعاقدية المنصوص عليها في العقد فان المسؤولية تقع على عاتق المهندس والمقاول^(٥). وهذه المسؤولية تقوم في حالة عدم تنفيذ المدين لالتزاماته التعاقدية، وهذه الالتزامات هي الالتزامات الرئيسية الناتجة عن العقد، وهو ما يعرف بالخطأ العقدى، 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 الإثبات لأنه ملتزم بتحقيق

(٤) عايدة مصطفاوي، "الضمان العشري والضمادات الخاصة"، بحث منشور في مجلة دفاتر السياسة والقانون، العدد ٧ ، جامعة سعد دحلب البلدية، الجزائر، (٢٠١٢) ، ص ٢٦٦.

(٥) صدقى 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 واحدة وهي حالة السبب الاجنبي^(٦). ولقد لاحظنا فيما نقدم من نص المادة (٨٧٠) مدنی عراقي وتقابلاها المادة (٦٥١) مدنی مصری بأن مسؤولية المهندس والمقاول مسؤولية مبنية على خطأ مفترض غير قابل للعكس فلا يستطيع اي منها ان يثبت انه قد بذل ما في وسعه من العناية ليتخلص من المسؤولية لأن التزامه في الضمان مفترض وهو التزام بتحقيق غاية وليس بذل عناء، وبذلك ليس امام اي منها 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 انهم ظهر في البناء عيب تحقق المسؤولية العقدية على المهندس او المقاول وهذا ما يذهب اليه بعض الفقهاء، اما القضاء الفرنسي فانه يذهب الى عدم مسؤوليتهمما عن عيوب البناء مسؤولية تقصيرية.. وهذاضرر قد يكون ماديا او معنويا بحيث يتخذ شكل فوات الفرصة. واخيراً لابد 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 بثبات القوه القاهرة او فعل الغير او خطأ المضرور(صاحب العمل) كما سنرى لاحقا . وفي الواقع ان صاحب العمل لا يكفي بثبات 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 بالتهم والعيوب التي تهدد سلامه البناء بعد انجاز العمل فمن الصعب القول بانها مسؤولية عقدية لأن المسؤولية العقدية تنتهي بانتهاء المدة

(٦) عادل عزت السنجلقي، عقد الاستشارات الهندسية، (بغداد، العراق: مركز البحوث القانونية، ١٩٨٣)، ص ٨٤.



المقررة في العقد، في حين ان القانون يقرر امتداد هذه المسؤولية بعد انتهاء العقد^(٧).

ثانياً: المسؤولية التقصيرية: تكمن اهم عناصر المسؤولية التقصيرية من حيث الخطأ والاهمال اللذان يؤديان الى الفعل الضار مما يعني عدم اتخاذ المقاول العناية المطلوبة، مثل 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 مقاولاً 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 ثلاثة عناصر، منها عدم اتخاذ العناية المطلوبة من قبل المقاول، واخلال المقاول بهذا الواجب وبالتالي وقع الضرر نتيجة ذلك^(٨).

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 العقدي، 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 تتحقق اركانها من خطأ في جانب كل من المقاول والمهندس ممثل بتقصيرهما او اهمالهما في أعمال البناء وضرر ادى الى حصول التهدم او ظهور العيب فيه وان تتحقق الرابطة بين الخطأ والضرر، ولكننا نرى ان كلاما من المشرع الفرنسي والمصري والعربي يقيم المسؤولية عن التهدم الكلي او الجزئي الذي حصل في البناء على خطأ مفترض غير قابل لأن ثبات العكس، اي ان مسؤولية كل من المقاول والمهندس تقوم حتى ولو لم يكن هناك اي خطأ واهمال من جانبهما، فلأنه هو

(٧) فاضل جبير لفتة، "الضمان العقاري في عقود الأشغال العامة"، بحث منشور في مجلة القاسمية للقانون والعلوم السياسية، العدد ٢، جامعة القاسمية، 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.



ال فعل الضار الذي يأتيه المقاول او المهندس لترتب مسؤوليتهم التقصيرية عليه وفقا لما يذهب اليه القضاء في فرنسا. ٢- ان العيب الذي يسأل عنه المقاول والمهندس في مسؤوليتهم هذه لا يشترط فيه ان يكون قداماً، بمعنى انه لا يشترط ان يكون موجودا قبل انجاز العمل وتسلیمه لرب العمل. فسواء كان موجودا قبل التسلیم او وجدت جرثومته قبل التسلیم كتسوس الخشب ثم ظهر العيب ذاته بعد التسلیم او طرأ اصلاً بعد التسلیم 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 مجهولاً وسبب ذلك ان المسؤولية مبنية على خطأ مفترض غير قابل لأنبات 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 مجهولاً فان المسؤولية تقوم على عاتق المقاول لان رب العمل لا يكلف بتأثيث الخطأ المؤدي 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 مسؤولة تقصيرية بشكل واضح وصريح^(٩). ويتبين لنا من خلال هذه الاسباب ووفقا للقواعد الخاصة في مسؤولية الضمان العشري تتحصر بمسؤولية المقاول لا تقوم على الفعل الضار وهذا ما ذهب اليه القضاء الفرنسي الحديث^(١٠). ثالثاً: المسؤولية قانونية ام من النظام العام: ان القانون قد يعتبر مصدراً لبعض الالتزامات والتي ترتتب 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) صدقى محمد أمين عيسى، الطبيعة القانونية لمسؤولية المقاول ونطاق تطبيقها في القانون المدني العراقي، مصدر سبق ذكره، ص ٦٥٠.



انشئها. وعندما ينشئ القانون التزامات يكون هو مصدرها المباشر فعادة يكون مدفوعاً بعدة اعتبارات اجتماعية واقتصادية وفنية مستهدفاً من وراءها مصلحة عامة او خاصة جديرة بالرعاية او الحماية. ولذلك نجد بازدياد التقدم العمراني وانتشار الحضارة يزداد تغلغل الهندسة بالقانون ويعدو 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 قانوني اوجبه القانون لحماية صاحب العمل من لخطورة المبني 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 مصرى تنص على انه "يكون باطلًا 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^(١١).

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



I. بـ.المطلب الثاني

اـشخاص الضمان العـشرـي وـشـروـطـ قـيـامـه

I.B. 1 . الفرع الاول

اـشـخـاصـ الضـمانـ العـشرـي

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 مقتضاها على المهندس المعماري ومقاول البناء فقط ام انه يمتد ليشمل اشخاص اخرين؟ كما ان من اجل ان يتحمل المهندس المعماري ومقاول البناء تبعات تهمد او ما يصيب المنشآت المبنية من ضرر ومن اجل قيام الضمان العـشرـي يجب توافر عدة امور لـذلك سوف نتطرق في الفرع الاول من هذا المطلب الى الاـشـخـاصـ المـسـؤـولـينـ عنـ الضـمانـ وـفيـ الفـرعـ الثانيـ الىـ الشـروـطـ الـواـجـبـ تـحـقـقـهاـ لـقـيـامـ الضـمانـ. يتـحدـدـ نـطـاقـ الضـمانـ العـشرـيـ منـ حيثـ الاـشـخـاصـ بـمـجمـوعـتينـ منـ الاـشـخـاصـ المـسـؤـولـونـ وـالـاـشـخـاصـ المـسـتـقـيـدونـ وـهـماـ فيـ الـوـاقـعـ طـرـفـيـ الضـمانـ

اولاً: الاـشـخـاصـ المـسـؤـولـونـ:

حيث يـشـمـلـ بـذـلـكـ المـهـنـدـسـ المـعـمـارـيـ وـمـقاـولـ، فـالـمـهـنـدـسـ هوـ ذـلـكـ الشـخـصـ الذـيـ يـعـهـدـ إـلـيـهـ التـصـمـيمـ وـالـمـخـطـطـاتـ لـإـقـامـةـ المـنـشـآـتـ، وـقـدـ يـعـهـدـ لـهـ اـدـارـةـ المـشـرـوـعـ وـالـاـشـرـافـ عـلـىـ تـنـفـيـذـ وـمـرـاجـعـةـ مـصـارـيفـهـ الـمـالـيـةـ، وـالتـصـدـيقـ عـلـيـهـاـ وـصـرـفـ الـمـبـالـغـ وـالـاـشـرـافـ عـلـىـ تـنـفـيـذـ وـمـرـاجـعـةـ مـصـارـيفـهـ الـمـالـيـةـ، وـالتـصـدـيقـ عـلـيـهـاـ وـصـرـفـ الـمـبـالـغـ المستـحـقةـ اليـهـ^(١٢). ويـشـرـطـ فيـ المـهـنـدـسـ المـعـمـارـيـ انـ يـكـونـ حـاـصـلاـ عـلـىـ شـهـادـةـ عـلـمـيـةـ فـيـ الـهـنـدـسـةـ الـمـعـمـارـيـةـ، وـانـ يـكـونـ عـضـوـاـ فـيـ نقـابـةـ الـمـهـنـدـسـينـ. ويـتـضـحـ منـ ذـلـكـ اـنـ عـمـلـ المـهـنـدـسـ المـعـمـارـيـ هوـ عـمـلـ ذـهـنـيـ خـالـصـ، سـوـاءـ فـيـماـ يـتـعـلـقـ التـصـمـيمـ اوـ

(١٢) عبد الرزاق السنـهـوريـ، الوـسـيـطـ فـيـ شـرـحـ القـانـونـ الـمـدنـيـ، جـ٧ـ، المـجلـدـ الـأـوـلـ، (بيـرـوتـ لـبـنـانـ: دـارـ أـحـيـاءـ التـرـاثـ الـعـرـبـيـ، ١٩٦٤ـ)، صـ١٠٩ـ.



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 تشيد المبني 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^(١٣). اما بالنسبة الى المقاول فهو ذلك الشخص الذي يعهد اليه بتشييد المبني 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 (المضرور) وكذلك ضرورة وقوع اضرار تدعوا للضمان العشري وان يكون سبب حدوث هذه الاضرار راجعا الى اخلال المهندس المقاول بأحد التزاماته^(١٤). ولكن هل يمكن لرب العمل الرجوع بمقتضى احكام الضمان الخاص على المهندس الاستشاري او المهندس الانشائي؟ للإجابة عن ذلك لابد ان نميز بين حالتين الاولى ما ان كان رب العمل قد استعان بخبرة المهندس المعماري المتعاقد، فيكون رب العمل وحده مسؤولا عن أعماله،

(١٣) أيداد عبد الجبار ملوكي، مسؤولية المقاول والمهندس المعماري بعد اكمال البناء وتسلیمه(الضمان العشري)، ط١، (بغداد : دار السنوري، ٢٠١٢)، (ص ٦).

(١٤) عباس ريمه، "الأشخاص المسؤولين في الضمان العشري للمشيدين في القانون الجزائري"، (رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أكلي محنـد اول حاجـ - البويرة، الجزائر، ٢٠١٣)، ص ١٧-٣٢-٣٣.



في حين يكون المهندس هم في منأى عن هذه المسؤولية لأنهم غير مرتبطين بعقد مقاولة مع رب العمل. اما الحالة الثانية، فهي ما اذا تعاقد المهندس الاستشاري (الإنسائي) مع رب العمل بعقد مقاولة، فهنا يستطيع رب العمل الرجوع على اي منهم بمقتضى احكام القواعد الخاصة المنصوص عليها في المادة (٨٧٠) من القانون المدني العراقي والتي تقابلها المادة (٦٥١) من القانون المدني المصري بالرغم من ان النصين المذكورين قد اشارت حسرا الى المهندس والمقاول وهو امر يرجع الى ان في وقت الذي وضعت فيه هذه النصوص بما يعبران الفنيين الوحدين المشغلين بأعمال البناء بمقتضى عقد المقاولة 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 مقاولة وبذلك يكون قد شمل المهندس الاستشاري والمهندس الإنساني 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 فالشرع 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 هذا الية التشريع الفرنسي.

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



الشأن ان يمتاز بأنه شخص طبيعي او معنوي خاصاً او عاماً^(١٥). ويعد صاحب العمل هو المستفيد الاول من احكام المسؤولية العشرية لأنه هو الذي يصاب بالضرر، من جراء تهم البناء او من جراء ظهور عيب في المنشآت يهدد سلامتها او ممتانتها، فيرجع بالضمان على المهندس او المقاول او عليهما معاً متضامنين ووفقاً لقواعد العامة المسلم بها في عقد الوكالة، فانه اذا كان عقد المقاولة 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^(١٦). **الخلف العام:** هو من يخلف الشخص في الالتزامات والحقوق المترتبة في ذمته المالية الا اذا اتفق المتعاقدان على خلاف ذلك وكان الاتفاق المذكور موافقاً للنظام العام والآداب^(١٧). تقضي المادة (١٤٢/١) من القانون المدني العراقي بأنه: "ينصرف اثر العقد الى المتعاقدين والخلف العام دون اخلال بالقواعد المتعلقة بالميراث، ما لم يتبيّن من العقد او من طبيعة التعامل او من نص القانون ان الاثر لا ينصرف الى الخلف العام"^(١٨). وبمقتضى هذا النص هو ان الحقوق التي ينشأها العقد تنتقل الى الورثة بعد وفاته الى خلفه العام ومن اهم هذه الحقوق هو الحق في الضمان وبتطبيق هذه القاعدة على عقد المقاولة فان الحقوق التي يرتبها 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) أيد عبد الجبار ملوكي، مسؤلية المقاول والمهندس المعماري بعد اكمال العمل وتسليمها(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 البوقي - ٢٠١٤، ص ١٩-٢٠.

(١٧) نهاد علي رفيق، "الخلف العام والخلف الخاص في القانون المدني العراقي"، على الموقع الالكتروني www.dorar-aliraq.net، تاريخ النشر ١٧/١/٢٠١٤، 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 لأن العمومية في الاستخلاف تقتضي وحدة لا تنفصم بين الجانب السلبي والجانب الايجابي^(١٩). 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 تعاقده مع مقاول من الباطن، وكذلك لا يستفيد ورثته من بعده. فإذا تعاقد المقاول الاصلي مع مقاول من الباطن وتسلم الأعمال منهان 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 فارد 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 مصرى اما في فرنسا فلم يقنن القانون المدني على اي نص بهذا الشأن الا ان غالبية الفقه والقضاء ترى ضرورة الازد بهذا الحكم وذلك للسبب ذاته الذي اشرنا اليه في القانونين العراقي والمصرى.

الخلف الخاص:

هو من يتلقى حقا عينا او حقا شخصيا او حقا عينا 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 لخلف الخاص، كمشتري البناء ومشتريه من الباطن والمتناقض معه والموهوب له والموصي به، ان يرفع دعوى الضمان العشري مباشرة ضد المهندس او المقاول او كليهما معاً وهذا يعني ان يكون المشتري بالذات دعويان، احدهما ضد البائع طبقاً لقواعد العامة في ضمان العيوب الخفية في الشيء المباع وفي حدود هذا الضمان وبشروطه. والآخر ضد المهندس والمقاول طبقاً لقواعد المسؤولية الخاصة ويدهب رأي، الى ان هذا الانتقال مجرد تطبيق لفكرة الالتزام العيني، في يرى البعض الآخر ان اساسه هو فكرة حالة الحق التي تم ضمnia 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 المباع بحسبه من ملحقاته. هذا فضلاً عن انه من الناحية العلمية فان المهلة العشرية هي فترة تجربة او اختبار للتحقق من متانة البناء وحسن تشبيده، والمالك الحالي هو وحده الذي يستطيع بالفرض، ان يجري هذا التحقيق^(٢٠).

I.B.2. الفرع الثاني

شروط الضمان العشري

اولاً: وجود عقد مقاولة متعلق بمبان او منشآت ثابتة

عرف المشرع العراقي عقد المقاولة في المادة (٨٦٤) من القانون المدني العراقي بأنه (عقد به يتتعهد احد الطرفين ان يصنع شيئاً او يؤدي عملاً لقاء اجر يتتعهد به

(٢٠) أياد عبد الجبار ملوكى، مسؤولية المقاول والمهندس المعماري بعد إكمال العمل وتسلیمه (الضمان العشري)، مصدر سبق ذكره، ص ٢٨-٢٩.



الطرف الآخر^(٢١)). وأشاره الى نص المادة (٨٧٠) من القانون المدني العراقي كما ان المادة (٦٥١) من القانون مدني مصرى، 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 ينطبق على المنازل والعمارات والمدارس والمستشفيات والمسارح ودور السينما والمصانع والمتاجر والمخازن ودور العبادة الاخرى، وذلك أيا كانت المواد المستعملة في بنائها فيشترط ان يكون المبنى قد شيد 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 بالأرض اتصال قرار بحيث لا يمكن نقله بدون هدم او تلف وبناء على ذلك فان الكرافات والاكتشاك والمنازل القابلة للفك والتركيب، لا تتوفّر فيها صفة المباني ولا تخضع لقواعد المسؤولية الخاصة وكذلك ومن باب اولى ان لا يشمل وصف البناء الاشياء المنقوله، كالسيارات والعربات وغيرها اما المساكن سابقة التصنيع التي يتم تصنيعها خارج موقع العمل ثم تثبت بالأرض على نحو يصعب فيه نقلها دون اتلاف ودهمتها فيشتملها 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 وليس 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 الانهار والقنوات وتشيد احواض السباحة ورصف الطرق ومد خطوط سكك الحديد وانشاء ساحات او ملاعب فذهب قله 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^(٢٢).

ثانياً: 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 والتهم المقصود هو التهدم غير الرادي 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 بآثبات السبب الاجنبي. كحرائق او غاره جوية او خطأ الغير، كسوء استعمال البناء، الا ان خطأ الغير او خطأ المالك قد لا ينفي مسؤولية المقاول اذ يمكن ان يكون الخطأ مشتركاً^(٢٣). وهذا ما نصت عليه الفقرة الاولى من المادة (٨٧٠) المعدلة من القانون المدني العراقي والالفقرة الاولى من المادة (٦٥١) من القانون المدني المصري كما لا يشترط في التهدم المقصود في نص المادتين سابقتي الذكر الذي يكون محل لمسألة المقاول والمهندس ان يكون حالاً وواقعاً فعلاً وانما يكفي ان

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

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



يكون امرا مستقبلا اذا كان وقوعه امرا لابد منه وقد رأت ذلك محكمة تميز العراق في احدى قراراتها واعتبرت من قبيل التهم المجزئ المقصود بالمسائلة حدوث حالات تؤدي الى زعزعة الجدار أو تصدعات في البناء وتساهم في وقوع الهدم مستقبلا امرا لا مفر منه كما قضت محكمة النقض المصرية بذلك وعليه فان التهم 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 المبني والمنشآت الثابتة او بتقصير منها ومن امثاله استعمال مواد رديئة في البناء او غير صالحة لإقامتها اصلا لأن يستعمل المقاول جصا ليس فيه قوة التماسك التي يطلبتها البناء او تكون خلطه الاسمنت ليست بالشدة المطلوبة بسبب الاكثر من الرمل وغيرها. اما النوع الثاني فيكون في العمل ذاته كان تكون الحفريات والأسس غير متينة او غير ملائمة لإقامة البناء او يوضع الحديد على الجدران ليست بالقوة الكافية لتحمل تقله. وقد يرجع سبب التهم الى عيب بالتصميم الذي يجب ان يكون معدا طبقا للمستوى المقبول من الفن، سواء كان العيب بسبب ان واسع التصميم تقصه الكفاءة او خالف قوانين البناء او عمد الى الاقتصاد بالتكليف التي آلت الى تهدم البناء قد يرجع السبب الى عيب في الارض التي اقيمه عليها البناء كان تكون هشة او ان الماء من الطبقات القريبة من السطح ولم تتخذ الأعمال الوقائية لكي ينهض البناء على اساس صلب وقويم فيقع التهم (٢٤) .

٢- المطالب التي تهدد م坦ة البناء وسلامته : لا تتحقق مسؤولية القواعد الخاصة عند حصول التهم فقط وانما تشمل حالة ظهور عيب في البناء من شأنه ان يهدد م坦ة 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، ص ١٤٦-١٥٠.



المدنى المصرى اما القانون العراقى فلم تكن المادة ٨٧٠ من القانون المدنى العراقى تشير قبل تعديلها الا الى حالة التهدم الكلى او الجزئي ولم تتطرق الى ذكر العيوب التي تهدى م坦ة وسلامة البناء وقد كان القضاء العراقى يدخل العيوب فى معنى التهدم باعتبار ان التهدم يشملها فى 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 العراقى بعد التعديل مطابق مع حكم القانون المصرى اما القانون الفرنسي فلم يحصل هذا التوسيع في الحكم لا قبل التعديل ولا بعده الا ان القضاء الفرنسي لم يقف عند حرافية نصوص التقنين المدنى فلم يستلزم لأعمال الضمان العشري حدوث هلاك المبنى وانما اكتفى بظهور عيب خطير يهدى م坦ته هذا ويتفق الفقه والقضاء سواء في القانونين المصرى والى العراقي او في القانون الفرنسي ان العيوب التي تهدى م坦ة 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 الجسامنة تهدى م坦ة البناء وسلامته^(٢٥). 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 المقاولة 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 لابد ان تتوفر فيه شروط معينة منها، ان يكون هذا الخفاء محل اعتبار وقت التسليم النهائي للعمل اما اذا اكتشف العيب واصبح ظاهرا بعد

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



التسليم فلا يكون له اي تأثير في قيام الضمان الخاص ويقصد بالعيب 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 جسامته هذا العيب والآثار التي تترتب عليه^(٢٦).

ثالثاً: ان يوجد مهندس او مقاول او الاثنين معاً

ويكون الشخص مقاولاً متى تولى سواء بنفسه او عن طريق عمال يتبعون له اقامة مبان ثابته او انسائها، فهنا يكون هذا المقاول ضاماً نا اعمالهم، 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.

رابعاً: 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 واقراره بمطابقته لما هو متفق عليه. فإذا حرر محضر بالقبول سرت المدة من تاريخ هذا المحضر، اما اذا لم يحرر محضر، وامكن استخلاص القبول ضمناً من تسلم رب العمل للبناء فان المدة تبda 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 الحياني وأخرون ، نطاق الضمان الخاص في عقد المقاولة ، مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية، العدد ١٢، جامعة كركوك، العراق، (٢٠١٥) : ص ٤١-٤٢.



التمسك بأحكامه الا رب العمل، و اذا توفي ربه فور رثته 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.^(٢٧)

II.المبحث الثاني

أحكام 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 بالمبني محل عقد المقاولة، وبتوفر 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 جراءة 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.

^(٢٧) 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.I. الفرع الاول

اثبات الضمان العشري

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

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

اولاً: مبدأ القرينة: نظراً لتنوع الفنيين الذين يشاركون في اقامة البناء الواحد من مقاولين ومهندسين وغيرهم من المهنيين فان يصعب على رب العمل اثبات الخطأ الشخصي في جانب كل واحد منهم على حدٍ، 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 من 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 مهيدى-ام البواقي-)، جمهورية الجزائر الديمقراطية، ٢٠١٤ ، ص ٤٥.



المعماريين الذين يساهمون في عملهم في اقامة المنشآت، فيسأل بمقتضاهما 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 يعوض عليه او من دون وجود مسؤول يحاسب ويتحمل مسؤوليته عن اخطائه.

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 مبدا القرينة المسؤولية المعمارية. وقد جاء النص ليؤكد مبدا القرينة بشكل واضح وليسع حدا نهائيا للخلاف الذي كان سائد قبل التعديل المذكور. وتنص المادة ١٧٩٢ من القانون المدني الفرنسي على انه (كل معماري يتولى تشبييد عمل يكون مسؤولا بقوة القانون نحو صاحب العمل)

اما المشرع العراقي فلم يرد نص صراحةً على مبدا القرينة المسؤولية المعمارية، كما هو في القانون الفرنسي، لكن برجوعنا 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 والایجار، فالشرع 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 يصل البناء الذي



يقيمانه سليمان متيينا لمنطقة عشر سنوات بعد الاستسلام، وبالتالي يحق لرب العمل الرجوع عليهما بالضمان دون حاجه الى اثبات خطأ في جانب اي منهما، لأن مجرد وجود العيب او الخل في البناء يشكل خطأ، كما هو الحال بالتزام بتحقيق غاية^(٢٩).

ثانياً: مدى القرينة: تعتبر القرينة غير كافية ان لم تتعلق وترتبط بالخطأ المتمثل بتهدم البناء او من خلال تعبيه 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 بصدق الخوض عن مدى ارتباط القرينة مع الخطأ الذي تسبب بالهدم أو الاخلاص بما يقع في اطار الضمان، فان الامر يبدوا يسيرا 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 اجزاءه ابتداء من معاينة الأرض 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 الخل المدعى به في البناء فلا يكلف رب العمل بأثباتها وانما يكلف المعماري بنفي تلك العلاقة. لكن كثيراً ما يحدث ان يعهد رب العمل الى عده معماريين بإقامة البناء يكلف كل منهما بإنجاز نوع معين من الأعمال كان يكلف احدى بوضع التصميم والاخر بمعاينة مواد البناء وهكذا، فهنا يثار السؤال عما اذا كانت القرينة تشمل ايضاً افتراض وجود علاقة سببية بين التهدم او الخل المدعى بالبناء وبين نشاط كل معماري ساهم في البناء، ام عبء اثبات ذلك يقع على عاتق رب العمل؟ يبدوا الحل يسيرا هنا لأن كل مقاول من هؤلاء المقاولين المتعددين يعتبر مقاولاً في

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



حدود الأفعال 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 الواقع، لأن ما يغلب على الواقع العملي هو تداخل انشطة المقاولين على نحو يتغدر 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 أن عبء الإثبات يقع على عاتق رب العمل؟ لا شك في أن الزام رب العمل بثبات العلاقة السببية بين الضرر وفعل المقاول وذلك كشرط ضروري للاستفادة من القرينة على الخطأ المقرر لصالحة من شأنه أن يضع رب العمل في مركز يعادل بصعوبته مركز المكلف بثبات الخطأ، وهو أمر لا يمكن قبوله لأنه يؤدي إلى عكس المقصود من تقرير القرينة أصلاً^(٣٠).

ثالثاً: قوة القرينة: تحديد قوة قرينة المسؤولية المعمارية في القانون الوضعي تبعاً لمدى التضييق أو التوسيع 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 المساعدة التي تعتبر قرينة بسيطة يجوز هدمها بإقامة الدليل على عكسها بكافة طرق الإثبات دون الحاجة لأثبات السبب الاجنبي، فهل يختلف الأمر بالنسبة لقرينة المسؤولية . يتجه الفقه الحديث إلى اعتبار أن قرينة المسؤولية العشرية هي قرينة قاطعة لا تسقط إلا بثبات السبب الأصلي، هذا ما أكدته المشرع الفرنسي بتصريح 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 بثبات السبب الأصلي". أما المشرع العراقي فلم ينص على ذلك صراحة وإنما نستشف ذلك ضمنياً في

(٣٠) سعاد بالمخтар، "المسؤولية المدنية للمهندس المعماري ومقاول البناء"، (رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة أبي بكر بلقايد- لسممان-،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 الا امام السبب الاجنبي حسب ما تنصي به القواعد العامة^(٣١).

II. ٢. الفرع الثاني

حالات الاعفاء من الضمان العشري

تقرر المسؤولية العشرية نتيجة الاخلال بالالتزام تحقيق نتيجة، ولا تنتفي الا بآثبات السبب الاجنبي وذلك من خلال آثبات ان الضرر قد نشا 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 فقهى كبير حول التفرقة بين القوة القاهرة والحادث الفجائي هل كل واحد منها يكون سبباً مختلفاً عن الآخر او هما معاً – 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 مثلاً ان فيضان او جفاف او هجوم عدوا، او أي حدث آخر غير متوقع واجنبي عن الشيء، ويستحيل دفعه عند وقوعه. أما الحدث الفجائي فهو الحدث الذي ينجم عن الشيء نفسه كانفجار اله في مصنع او انفجار محرك سيارة او احتراقها، وانصار الوحدة يرون ان كلاً 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 مهدي - أم البواقي، الجزائر، ٢٠١٤-٢٠١٣)، ص. ٤٨.



يقصد به امر غير متوقع الحصول ولا ممکن الدفع، يقع فيكون السبب في حصول "الضرر" ^(٣٢). والسبب الاجنبي الذي يمكن ان يتربّط عليه اعفاء المدين يجب ان يتواافق فيه شرطان الاول ان يكون امراً غير ممکن 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 نشا عن سبب اجنبي لا يد له فيه كافية 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 الواقعه 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 تعيبه خطيراً اثر في سلامته 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 مضمون السلطة التقديرية لقاضي الموضوع، مستخدماً في ذلك معياراً موضوعياً، فيما اذا كان المهندس ومقاول قد استخدما 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 الكتروني: <http://jilrc.com>، تاريخ النشر ٢٠١٨/٢/٥، تاريخ الزيارة ٢٠٢٠/١٢/٢٨



ثانياً: خطأ المضرور(رب العمل):

تبذوا 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 واذا كان رب العمل غير خبيراً في امور البناء فليس من التصور ان يصدر تعليمات او اوامر الى المهندس او المقاول بخصوص البناء، بل حتى ولو اصدر هذه التعليمات والاوامر، فان من واجب المهندس ان لا يستمع اليها اذا وجدتها غير مطابقة للمواصفات الهندسية السليمة، وعليه ان يبين له خطأه ويبيّن له الوضع الهندي السليم، واذا 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 التسلیم او بعد التسلیم^(٣٥). فخطأ رب العمل ينفي الرابطة السببية بين التهدم في المبني والمنشآت الثابتة الاخرى او العيوب التي تظهر منها وبين نشاط كل من المقاول والمهندس اذا انفردا بتسبيب الضرر الناتج عن التهدم او العيوب ومثال ذلك ان يتسلّم المقاول او المهندس مواد من الاسمنت او الجص من رب العمل لغرض استعمالها في البناء، وبعد فحصها يتبيّن 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، ويعود ذلك الى حصول التهدم في البناء او ظهور العيوب 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، ج ١٠٣، العدد ٥٠، جامعة القاهرة، مصر، (٢٠١١)؛ ص ٥٥؛ كمال بو حمار، "الضمان العشري"، مصدر سبق ذكره، ص ٩٦.



العمل انتقت المسئولية عنهم^(٣٦). كما وقد قضت محكمة تمييز العراق في قرار لها جاء فيه "... ان المميز (رب العمل) قد استعمل الاحواض دون ان يتخذ الحيطه الكافية من سد المنافذ وربط الانابيب بصورة صحيحة، وان هذا الاستعمال المعيوب من قبله للمشروع هو الذي ادى الى هذا التهدم والتشققات وازيدادها بمرور الزمن حسب ما ورد بتقرير الخبراء، ولما كان استعمال ابنيه المشروع بصورة معيبة وغير صحيحة امر خارج عن اراده المميز عليه (المقاول) فانه لا يكون مسؤولاً عما ادى اليه من نتائج، اذ ان المسئولية في هذه الحالة تكون على من قام بالفعل مباشرة او تسبب في الضرر..."^(٣٧). ويشرط لتحميل رب العمل كامل المسئولية ونفيها عن المقاول والمهندس ان لا يقع خطأ من لدنهم يسهم مع خطأ رب العمل في حصول التهدم او ظهور العيب اما اذا صدر منها خطأ فان مسؤولية لكل منها لا تنتهي بسبب وجود خطأ من جانب رب العمل، وانما تتوزع المسؤولية على الطرفين كل حسب جسامه 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 وهذا خطأ من جانبه ويقوم المقاول باستعمال جص ممطرور في البناء يسمح به المهندس المشرف وهذا خطأ من جانبيهما، ويتضافر الخطأين في احداث التهدم او ظهور العيب في المبنى الذي تتوزع المسئولية 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 تتقاض مقدار التعويض او ان لا يحكم بتعويض ما اذا كان"

(٣٦) محمد عدنان باقر الجبوري، "الالتزام بالضمان في عقد المقاولة"، منشور على الموقع الكتروني <https://almerja.com>، تاريخ النشر ٢٠١٩/٨/٢٨، تاريخ الزيارة ٢٠٢٠/١٢/٢٩.

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



المتضرك قد اشتراك بخطأ في احداث الضرر او زاد فيه او كان قد سوء مركز المدين^(٣٨).

ثالثاً: خطأ الغير:

ان خطأ الغير لا يعتبر سبباً اجنبياً يمكن ان يدفع مسؤولية المقاول والمهندس، الا اذا اجتمعت فيه شروط القوة القاهرة. حيث يجب ان يكون هذا الخطأ غير قابل للتوقع ومستحيل الدفع . وهنا ايضاً يظهر القضاء تشديداً واضحاً في قبوله خطأ الغير لدفع مسؤولية المعماريين 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. قضى 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^(٣٩). كما ان القواعد العامة في المسؤولية العقدية تقضي 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^(٤٠).

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

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

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



II. بـ.المطلب الثاني

جزاء تحقق الضمان العشري

II. بـ. ١. الفرع الاول

دعوى المسؤولية وتقادمها

تترتب المسؤولية العشريّة على عاتق كل من المقاول والمهندس بموجب الضمان العشري عند توفر الشروط الازمة لقيام المسؤولية، وعندئذ يلزمان طبقاً لمسؤوليتهم القانونية بالتنفيذ العيني المتمثل بأعاده بناء ما تهدم من المباني او اصلاح ما ظهر فيها من العيوب، او بتعويض رب العمل تعويضاً بمقابل عند تعذر التنفيذ العيني ولرب العمل في هذه الحالة دعوى تحمي حقه الناشئ عن هذه المسؤولية.

ولا: دعوى المسؤولية

هي الدعوى التي يرفعها صاحب الحق في الضمان ومن آلت اليه الملكية ضد الملزمين بالضمان، او ضد احدهم تطبيقاً لقواعد الالتزام التضامني، كما تنتقل الدعوى الى الخلف العام، ويمكن ايضاً للدائن ممارستها من خلال الدعوى الغير مباشرة اذا توفرت شروطها، كما ان الضمان العشري ودعواه ينتقلان الى الخلف الخاص باعتبارهما من مستلزمات وتابع ملكية البناء فيستفيد بذلك من هذه الدعوى المشترى الاخير في حالة البيوع المتتالية، مع التقييد دائماً بمدة الضمان^(٤١). وفي مسائل الاختصاص يثبت الاختصاص للقاضي في دعوى الضمان بالنظر الى طبيعة الاعمال والعقود المبرمة من جهة و الى صفة اطراف الدعوى من جهة اخرى. ا- طبيعة الاعمال و عقود البناء: ويتحدد اختصاص القاضي عندما يتعلق الامر بعقود

(٤٠) آية الوصيف، "ما هو الضمان العشري في القانون المدني المصري"، مقال منشور على الموقع الكتروني: <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 بنيات لفائدة اشخاص طبيعيين او معنوين، وقد قررت محكمة التنازع في فرنسا ان الاختصاص يعود للقاضي الاداري على اعتبار ان الصفة عقد اداري. ٢- البناء من طرف شخص خاص لمصلحة شخص عام: ويقرر في هذه الحالة ايضا الاختصاص للقاضي الاداري. بـ- 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 حواله 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، التقنيين، المرفق العقاري وغيرهم^(٤٢). 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 اصابت رب العمل جراء التهم او ظهور عيب في البناء. وبمقتضى احكام قانون المرافعات، فان شروط قبول الدعوى المدنية ثلاثة، هي الاهلية والصفة (او الخصومة) والمصلحة.

فبالنسبة للأهلية:- يقصد بها اهلية المدعى للادعاء 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) عايدة مصطفاوي، "الضمان العسري والضمادات الخاصة"، بحث منشور في مجلة دفاتر السياسة والقانون، العدد ٧، جامعة سعد دحلب البلدية، الجزائر، ٢٠١٢)، ص ٢٧٣-٢٧٥.



(الخصومة): فالمعنى المقصود 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 المقاولة، تصح خصومه المقاول او المهندس من قبل رب العمل، لأن كلا منهما قد التزم بموجب العقد المذكور لمصلحة رب العمل.

اما بالنسبة لشرط المصلحة: فيلزم ان تتعلق الدعوى بمصلحة قانونية للمدعى، اي استناد الى حق مادي او ادبى، سواء تمثل بصورة القيام بعمل او الامتناع عن عمل لمصلحته. فالمصلحة تمثل بالمنفعة التي يحاول المدعى 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 المدعى. 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^(٤).

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 اكتشاف العيب" ومفاد النص ان مدة تقادم هذه الدعوى تكون سنة تبدا من وقت حصول التهدم او اكتشاف العيب سواء علم بها رب

(٤٢) أياد عبد الجبار ملوكي، مسؤولية المقاول والمهندس المعماري بعد إكمال العمل وتسليمه(الضمان العشري)، مصدر سبق ذكره، ص ٧١-٧٢، كمال بو حمار، "الضمان العشري"، مصدر سبق ذكره، ص ٨٣.



العمل او لم يعلم. وقت اعتبرت محكمة تميز العراق واقعة التهدم امرا قائما بذاته تبدا مدة التقاضي من حدوته لا من تاريخ وجود العيب الذي افضى الى التهدم^(٤٤). في حين نص القانون المدني العراقي على انه "١- تقضي المدة المقررة لعدم سماع الدعوى بالعذر الشرعي، كان يكون المدعي صغيرا او محجورا وليس له ولی 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"^(٤٥). كما تنقضى مدة السنة اذا اقر المدين (المقاول او المهندس) بحق رب العمل في الضمان، سواء كان اقراره صراحة او ضمنا. وتبدأ 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 البات، او اذا كانت المدة المقررة لعدم سماع الدعوى سنة واحدة وانقطعت بإقرار المدين، كانت المدة الجديدة خمس عشرة سنة". كما ونص القانون المدني بأنه تنقطع مدة السنة بالمطالبة القضائية، ولو تم رفع الدعوى امام محكمة غير مختصة عن غلط معتبر. كما ويقطع الانقطاع باي عمل يقوم به رب العمل للتمسك بحقه اثناء السير في احدى الدعاوى. وجاء في مضمون الفقرة ١ من المادة ٤٤٢ من القانون المدني العراقي لا تستطيع المحكمة ان تمنع 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 انتهاء 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 فإذا اقر المدين بحق رب العمل بالضمان امام المحكمة، يؤخذ بإقراره^(٤٦).

وأختلفت التشريعات العربية في تقادم دعوى الضمان، فهي ثلاثة 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. ومؤدي النص المصري(٤٥) مدني والنصوص العربية المقابلة على ما بينهما من خلاف في مدة تقادم الدعوى ان رب العمل يستطيع ان يرفع دعوى الضمان خلال ثلاثة سنوات تبدا من وقت اكتشاف العيب او حصول التهم في اوائل العشر سنوات بعد التسليم الفعلي لا يكون لرب العمل حينئذ الا ثلاثة سنوات لرفع الدعوى وخلال ثلاثة عشر عاماً ويكتفى ان ينكشف العيب او يحصل التهم حتى يكون ذلك قرينة على العلم به ولو لم يتم العلم به فعلا. ويثبت وقت اكتشاف العيب او حصول التهم بجميع طرق الابيات باعتباره واقعه مادية. ولكن لا يكتفى لأنباء العلم ان يسكن رب العمل المبني او يقوم بتأجيره للغير، فقد لا يظهر العيب او يحصل التهم الا بعد مدة طويلة . اذا ظهر العيب واطر 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 تنقض . ولما كانت هذه المدة مدة تقادم فأنها تقبل الانقطاع، فتنقطع مثلا برفع الدعوى الموضوعية وتنتهي ايضا بإقرار المقاول او المهندس بحق رب العمل في الضمان كما لو رهن له عقارا او منقولا في مقابل هذا الضمان . ولكنها لا تقبل الاقفال، لأن المدة تزيد عن خمس سنوات في التقنين المصري^(٤٧) .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 الوفيقية في شرح القانون المدني في مصر والأقطار العربية، القاهرة : دار العدالة ، ٢٠١٢ ، ص ١٣١.



اختلف الرأي فذهب رأي الى ان مدة التقاضي ٣٠ سنة طبقاً لقواعد العامة تأتي بعد انتهاء فترة الضمان العشري وذهب رأي آخر الى ان المادة ٢٢٧٠ ق. م. ف قد حدد مدة دعوى الضمان بعشرين سنة اعتباراً 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 تقاضي الدعوى هي نفس مدة الضمان المحددة بعشرين سنة، تبدأ ببدئها وتنتهي بانتهائهما وهو امر منتقد تلافاه المشرع في القانونين المصري والعرافي وجعل مدة التقاضي تبدأ من تاريخ التهدم او انكشاف العيب .^(٣)

II بـ ٢. الفرع الثاني

التعويض

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

١- الضرر المباشر ذهب جانب من الفقه الفرنسي (لالو والاستاذ مازروتنك) 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 دوراً راجحاً وضرورياً في تحقيق الضرر^(٤٨) وقد اخذ المشرع العراقي بهذا الرأي حيث نصت المادة ٢٠٧ من القانون المدني على انه "تقدير المحكمة التعويض في جميع الاحوال بقدر ما لحق المتضرر من ضرر وما فاته من كسب، بشرط ان يكون هذا نتيجة طبيعية للعمل غير المشروع"^(٤٩).

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

(٤٨) إياد عبد الجبار ملوكى، مسؤولية المقاول والمهندس بعد إكمال البناء وتسلیمه، 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 ثابتًا على وجه اليقين والتأكد، بحيث يكون القاضي واثقاً من ان طالب التعويض كان سيكون في وضع افضل لو ان المدعى عليه لم يرتكب الفعل الذي ترتب عليه مسؤوليته ويسمى بعد ذلك ان يكون الضرر حالاً، بان يكون قد وقع بالفعل، او سيقع حتماً بالمستقبل. فلا مجال للتمييز بين هذين النوعين مادام وجود كل منهما امراً محققاً. ومثال ذلك، ان يكون تهدم البناء في المستقبل امر مؤكداً 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 المستقبلي محتملاً الوقوع فحسب، فانه لا يصلح ان يكون ملحاً للتعويض.

٣- الضرر الشخصي للمالك: يشمل التعويض، الى جانب التعويض الحاصل في المبني، الضرر الذي يرتبط بعلاقة سببية 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 فضلاً عن التزام المشيد بضمان العيب التزاماً بسلامته. وهو التزام بنتيجة بمعنى ان المشيد يتلزم بان ينفذ بناء غير قابل لأن يتسبب ضرراً.

٤- الاضرار التبعية : يضاف الى الاضرار السابقة ضرراً اخر وهو الضرر التبعي حيث ان التعويض لا يقتصر فقط على الاضرار السابقة وانما يضاف اليها تعويضاً تكميلياً عن الاضرار التبعية. ومن امثلة هذه الاضرار، نقص قيمة المبني من جراء ظهور العيوب فيه وتعطل الانتفاع بالمبني بسبب القيام بعمليات الاصلاح^(٥٠).

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) إيهاد عبد الجبار ملوكي، مسؤولية المقاول والمهندس بعد إكمال البناء وتسلیمه، 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، نظراً لتطور اضرار البناء وتغير اسعار المواد من جهة اخرى وهذا بالإضافة للانخفاض المستمر للعملة وطبقاً لنص المادة (١٧٠) من القانون المدني المصري^(٥١) 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 مؤكداً وان لم يتيسر للقاضي وقت الحكم ان يعين مدى التعويض نهائياً، فله ان يحتفظ لرب العمل بالحق في ان يطالب خلال مدة معينة باعاده النظر فيه الخبير تقريره عن الاضرار ومداها الا انه يأخذ بعين الاعتبار تغيير الاسعار بين تاريخ ايداع التقرير وتاريخ النطق بالحكم، وعلى العكس فانه لا يعتد بالتغير الذي يطرأ بين حكم اول درجه وحكم ثانى درجه بشرط ان يكون الحكم الاول قابل للتنفيذ^(٥٢).

الخاتمة

بعد ان انتهينا من كتابة موضوع البحث (إعادة تأهيل الابنية بالضمان العشري)، لابد 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 القضاة 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 الذى لحق المضرور طبقاً لأحكام المادتين ٢٢١،٢٢٢ مراعياً في ذلك الظروف الملائبة، فان لم يتيسر له وقت الحكم أن يعين مدى التعويض تعيناً نهائياً، 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 المقترنات، وكما يلي:-

اولاً: النتائج

١- ان مسؤولية المهندس او المقاول مسؤلية 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 والأشخاص والمدة في حين ان المسؤولية العقدية تطبق على كل الاشخاص الذين يقومون بالاخلال بعقودهم، وتتطبق المسؤولية على الاضرار التي قد تقع، فان هذه المسؤولية تتطبق 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 الاعمال لا تقوم الا بالنسبة للأعمال ذات الصفة العقارية التي تتصف بالثبات بغض النظر عن طبيعة المواد المستخدمة في البناء و اذا 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، لأن دورهم في عملية البناء لا يقل اهمية عن المقاول نفسه، كالمهندس المدني، او الميكانيكي ، او الكهربائي، او مهندس البناء لكنهم يخضعون لأحكام المسؤولية وفقا لقواعد العامة المقررة في القانون المدني.



٤- هنالك اربع شروط للضمان العشري هي، وجود عقد مقاولة متعلق بمبان او منشئات ثابتة، ان يحصل تهدم في المنشئات 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 المسؤلية عن الضمان العشري لا تنتهي ولا تزول بثبات السبب الاجنبي، فقد رأينا ان القضاء لا يتשהل في قبول هذا الدفع بل تشدد تشددًا كبيرا، ويُكاد يحصر حالات الاعفاء من الضمان العشري في القوة القاهرة فقط، دون خطأ المضرور او رب العمل وخلفه العام والخاص فان التعويض عن العيب او الخل الذي يظهر خلال مدة عشر سنوات يكون عن الضرر المتوقع والمباشر فقط، التي يكون المشيد كان على علم بها.

ثانياً: المقترنات

١- تضمين عقود مقاولات البناء نص صريح عن الضمان العشري، وذلك لغرض اشاعة الضمان العشري في عقد مقاولة المبني والمنشئات 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 مقاولة المبني والمنشئات 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 وتنقيفهم قانونيا هم وشريحة المقاولين وذلك بعقد الدورات المختصة بالمسؤولية المدنية العشرية لكي يسهل عليهم القيام بأعمالهم بما يتلائم والنصوص القانونية المتوفرة.

قائمة المراجع

اولا: المراجع اللغة:-

- ١-إبراهيم أنيس وآخرون. المعجم الوسيط مج ١ ط١ مصر: مكتبة الشروق الدولية. ٢٠٠٨.
- ٢-أحمد مختار عمر. معجم اللغة العربية المعاصر. مج ١ ط١. القاهرة. مصر: عالم الكتب. ٢٠٠٨.
- ٣-مجد الدين الفيروز آبادي. معجم القاموس المحيط القاهرة. مصر: دار الحديث. ٢٠٠٨..
- ٤-محمد بن أبي بكر الرازى. 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 الواقفية 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 وتسلیمه(الضمان العسّري). ط١. بغداد. العراق : دار السنّوري. ٢٠١٢.
- ٣-عبد المجيد الحكيم. الموجز في شرح القانون المدني(مصادر الالتزام). ج ١. ط٢. بغداد. العراق: شركة الطبع والنشر الأهلية. ١٩٦٣.



- ٤- محمد جابر الدوري. مسؤولية المقاول والمهندس في مقاولات المنشآت الثابتة بعد انجاز العمل وتسليمها. بغداد.العراق : بدون دار نشر. ١٩٨٥.
- ٥- محمد حسين منصور. المسئولية المعمارية. مصر : دار الفكر العربي. ٢٠٠٦.
- ٦- عادل عزت السنجلقي. عقد الاستشارات الهندسية بغداد.العراق: مركز البحث 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 السنوري. الوسيط في شرح القانون المدني. ج ١ .المجلد الأول.بيروت.لبنان: دار أحياء التراث العربي. ١٩٦٤.
- ثالثاً: المجلات والدوريات:-**

- ١- إبراهيم عنتر فتحي. "نطاق الضمان الخاص في عقد المقاولة". بحث منشور في مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية العدد ١٢ .جامعة كركوك.العراق. ٢٠١٥.
- ٢- حسين محمد عبد الظاهر. "خطأ المضرور وأثره على المسئولية". بحث منشور في مجلة مصر المعاصرة. مجلد ٣١ العدد ٥٠ .جامعة القاهرة.مصر. ٢٠١١.
- ٣- فاضل جبير لفترة. "الضمان العشري في عقود الأشغال العامة". بحث منشور في مجلة القاسية للقانون والعلوم السياسية العدد ٢ .جامعة القاسمية.العراق. ٢٠١١.
- ٤- عايدة مصطفاوي. "الضمان العشري والضمادات الخاصة "بحث منشور في مجلة دفاتر السياسة والقانون العدد ٧ .جامعة سعد دحلب البابية.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 .جامعة اللبنانيه الفرنسيه. اربيل. كورستان .العراق . ٢٠١٨.



٦- رائد كاظم محمد الحداد. "التعويض في المسؤولية التقصيرية". بحث منشور في مجلة الكوفة للعلوم القانونية والسياسية. العدد ١. جامعة الكوفة.العراق. ٢٠١٠.

رابعاً: الرسائل والأطاريح:-

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

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

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

٤- عباس ريمه. "الأشخاص المسؤولين في الضمان العشري للمشيدين في القانون الجزائري". رسالة ماجستير. كلية الحقوق والعلوم السياسية. جامعة أكلي محد 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: الواقع الإلكتروني:-

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



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

٣-حجازي محمد." حدود المسؤولية العشرية في ضوء القانون ١١٠ المحدد لقواعد الناظمة لنشاط الترقية العقارية". مقال منشور على الموقع الكتروني: http://jilrc.com . تاريخ النشر ٢٠١٨/٥/٥ . تاريخ الزيارة ٢٠٢٠/٥/٥ .

٤-ماهر احمد السوسي." تعریف الفرائن وحكمها". بحث منشور على الموقع الكتروني http://site.iugaza.edu.ps/msousi . تاريخ النشر ٢٠١٠/١٢/٢٣ . تاريخ الزيارة ٢٠٢٠/٤/٢٨ .

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

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

سادساً: 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 طبقاً لأحكام المادتين ٢٢١، ٢٢٢ مراعياً في ذلك الظروف الملائبة، فإن لم يتيسر له وقت الحكم أن يعين مدى التعويض تعيناً نهائياً، فله أن يحتفظ للمضرور بالحق في أن يطالب خلال مدة معينة بإعادة النظر في التقدير".

سابعاً: القرارات:-

- قرارات محكمة التمييز العراقية.