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 الاسلامية 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 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 متمثلين 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 نقدي 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 بصدد الوقوف على اغلب مخلفات اعمال المنشآت المشيدة غير المنطوية لحمياتها 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

أولا: 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 والمنشئات 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 متعمدا. 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 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 متمثلين 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 نقدي في حالة رفض رب العمل ان يقوم المشيد بإصلاح البناء.

ثانياَ: أهمية الموضوع

تبرز اهمية 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 وتقادمها والتعويض الملزم على المشيد في حالة تهدم البناء او ظهور عيب فيه مع بيان انواع التعويض.

ثالثا: 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 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

إنْ 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 الضمـان العُشري على المُهندسَ 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 الية حقيقية لتطبيقه.**

كما أنَّ الخوض بمثل هذه التفاصيل قد يحتاج إلى أدوات حقيقية تسعفنا نحو الأستخدام الصحيح وهذا سيكون باتباع أحد المناهج العلمية القانونية موضوع البحث، ولأجل ذلك فسنعمد 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 اساسين اضافه الى المقدمة والخاتمة، نتناول بالمبحث 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 جزاء تحقق الضمان العشري.

I.المبحث الاول

مضمون الضمان العشري

تعتبر المباني والمنشئات الثابتة رمزا للاستقرار في حياة الانسان ونقطة الانطلاق لنشاطه اليومي، وبنائها وتشيدها من قبيل الأعمال المعقدة التي تحتاج الى مؤهلات علميه وخبرات فنيه، 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 سابقه 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 الأوَّل

تعريف الضمان العشري وتحديد طبيعته القانونية وخصائصه

I.أ.١ .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. تجعل من ينشط في مجال البناء يعي جيدا المسؤولية الملقاة 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 ضمِنَ اي ضمِنَ الشيء بالكسر والضمان يراد به كفل به فهو ضامنٌ وضمينٌ[١]، اما من حيث الاصطلاح فقد اخذت مجلة الأحكام العدلية بمفهوم، الضمان على انه "اعطاء مثل الشيء اذا كان من المثليات وقيمته اذا كان من القيميات". كما عرف الضمان بأنه (التزام من البائع تجاه المشتري يتعهد فيه بسلامة السلعة من العيوب)، وصلاحيتها للعمل خلال فتره معينه[٢].

---

(١) محمد بن أبي بكر الرازي، معجم *مختار الصحاح، ج ١*،(بيروت :مكتبة لبنان،١٩٨٦)، ص١٦١.

(٢) عبد الله سعيد الحربي، "الإشكاليات العلمية للضمان العشري في عقود المقاولات"،(أطروحة دكتوراه، كلية القانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، دولة الإمارات العربية، ٢٠٠٨)، ص٦.

ثانيا : تعريف الضمان العشري في القانون العراقي

لم يعرف المشرع العراقي الضمان العشري في ظل المادة (٨٧٠) من القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنه 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 منشئات ثابته اخرى وذلك حتى لو كان التهدم ناشئا عن عيب في الارض ذاتها او كان رب العمل قد اجاز اقامة المنشئات المعيبة ما لم يكن المتعاقدان قد ارادا ان تبقى هذه المنشئات مده 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 عل 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 والمنشئات من عيوب يترتب عليها تهديد متانة البناء وسلامته. ٤- تسقط دعوى الضمان المنصوص عليه في هذه المادة بانقضاء سنه واحده من وقت حصول التهدم وانكشاف 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 الاجتهاد الفقهي وقد عرفته اخرون على انه: "التزام 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 ١٩٥١المعدل*،(بيروت: دار السنهوري، ٢٠١٦)، ص٢٥٠-٢٥١.

خلاله هؤلاء ما يحدث من التهدم المبنى سواء كليا او جزئيا خلال مدة تدوم عشر سنوات[٤]".

I أ.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 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:

اولا: 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 الاخلال 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 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 مصطفاوي، "الضمان العشري والضمانات الخاصة"، بحث منشور في *مجلة دفاتر السياسة والقانون، العدد٦ ، جامعة سعد دحلب البليدة، الجزائر*،(٢٠١٢):، ص٢٦٦.

(٥) صدقي محمد آمين عيسى ،"الطبيعة القانونية لمسؤولية المقاول ونطاق تطبيقها في القانون المدني العراقي" ،بحث منشور في *مجلة قهلاى زانت العلمية، العدد١، الجامعة اللبنانية الفرنسية– اربيل*، كوردستان، العراق،(٢٠٠٨)، ص٦٠٢.

غاية حيث يتطلب دائما تحقيق تلك الغاية، ولا ترتفع المسؤولية المدين الا في حالة واحده وهي حالة السبب الاجنبي[٦]. ولقد لاحظنا فيما تقدم من نص المادة (٨٧٠) مدني عِراقي 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 صَاحب العمل (الادارة) من جهةُ 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 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 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 وظـهـور الـعيب الذي يسبب بأضرار البناء، وبذلك فان الـمـهـندس 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 السنجلقي، *عقد الاستشارات الهندسية*، (بغداد، العراق: مركز البحوث القانونية، ١٩٨٣)، ص٨٤.

المقررة في العقد، في حين ان القانون يقرر امتداد هذه المسؤولية بعد انتهاء العقد[٧].

ثانيا: 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 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 ثلاث عناصر، منها عدم اتخاذ العناية المطلوبة من قبل المقاول، واخلال المقاول بهذا الواجب وبالتالي وقع الضرر نتيجة ذلك[٨] .

واذا 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 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 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 لفتة، "الضمان العشري في عقود الأشغال العامة"، بحث منشور في *مجلة القادسية للقانون والعلوم السياسية، العدد٢، جامعة القادسية*، العراق، (٢٠١١): ص٢٢١-٢٢٢.

(٨) صدقي محمد أمين عيسى، *الطبيعة القانونية لمسؤولية المقاول ونطاق تطبيقها في القانون المدني العراقي*، مصدر سبق ذكره، ص٦٠٣.

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 طرأ 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[٩]. 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[١٠]. **ثالثا: المسؤولية قانونية ام من النظام العام:** ان القانون قد يعتبر مصدراً لبعض الالتزامات والتي ترتب 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)، ص٥٠-٥١.

(١٠) صدقي محمد أمين عيسى، *الطبيعة القانونية لمسؤولية المقاول ونطاق تطبيقها في القانون المدني العراقي*، مصدر سبق ذكره، ص٦٠٥.

انشئها. وعندما ينشئ القانون التزامات يكون هو مصدرها المباشر فعادة يكون مدفوعا بعدة اعتبارات اجتماعية واقتصادية وفنية مستهدفا من وراءها مصلحه 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 المنشئات 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 والمنشئات 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 والمنشئات 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 ،ص٢٢٥.

I.ب.المطلب الثاني

اشخاص الضمان العشري وشروط قيامه

I.ب.١ .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 مقتصرا 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 المنشئات 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 التَصميم والمخططات لإقامة المنشئات، وقد يعهد له ادارة المشروع والاشراف على تنفيذه ومراجعة مصاريفه المالية، والتصديق عليها وصرف المبالغ المستحقة اليه[١٢]. ويشترط في المهندس المعماري ان يكون حاصلاً على شهادة علمية في الهندسة المعمارية، وان يكون عضوا 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)، ص١٠٩.

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[١٣]. اما بالنسبة الى المقاول فهو ذلك الشخص الذي يعهد اليه بتشييد المباني واقامة المنشئات الثابتة الاخرى ويستوي ان تكون المواد التي اقام بها المنشئات 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 نُميز بين **حالتين الاولى** ما ان كان رب العمل قد استعان بخبرة المهـندس الـمعـماري 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 أكلي محند اولحاج– البويرة، الجزائر، ٢٠١٣)، ص١٧–٣٢–٣٣.

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 (الانشائي) مع رب العمل بعقد مقاولة، 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 الفنيين الوحيدين المشتغلين 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 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: يتمثلونَ 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[١٥]. ويعد صاحب العمل هو المستفيد الاول من احكام المسؤولية العشرية لأنه هو الذي يصاب بالضرر، من جراء تهدم البناء او من جراء ظهور عيب في المنشئات 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 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 موافقا للنظام العام والآداب[١٧]. تقضي المادة (١/١٤٢) 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"[١٨]. وبمقتضى هذا النص هو ان الحقوق التي ينشئها العقد تنتقل الى الورثة بعد وفاة الموروث المتعاقد او صاحب 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) أياد عبد الجبار ملوكي، *مسؤولية المقاول والمهندس المعماري بعد اكمال العمل وتسليمه(الضمان العشري)*،مصدر سبق ذكره،ص١٧-١٨-٢٦.

(١٦) كمار بو حمار، "الضمان العشري"، (رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة العربي بن مهدي- ام البواقي- ٢٠١٤، ص١٩-٢٠.

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

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

العشري ينتقل الى ورثته. كما ان من المعلوم ان الخلف العام في فرنسا يعتبرا 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[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 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، ص٢٠.

في القانون الفرنسي قبل تعديله عام ١٩٧٨ومع ذلك يسلم الفقه والقضاء الفرنسيان وكذلك كل من الفقه العراقي والمصري بهذا الانتقال حيث اجيز للخلف الخاص، كمشتري البناء ومشتريه من الباطن والمتقايض معه والموهوب له والموصي به، ان يرفع دعوى الضمان العشري مباشرة ضد المهندس او المقاول او كليهما معا ن وهذا يعني ان يكون المشتري بالذات دعويان، احداهما ضد البائع طبقا للقواعد العامة في ضمان العيوب الخفية في الشيء المبيع وفي حدود هذا الضمان وبشروطه. والاخرى 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 ضمنيا 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 ملحقاته. 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[٢٠] .

I.ب.٢.الفرع الثاني

شروط الضمان العشري

اولا: وجود عقد مقاولة متعلق بمبان او منشئات ثابتة

عرف المشرع العراقي عقد المقاولة 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 إكمال العمل وتسليمه (الضمان العشري)*، مصدر سبق ذكره، ص٢٨-٢٩.

الطرف الاخر[٢١]). واشارة 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 والمنشئات الثابتة. **اذ يقصد بالمباني** كل ما يرفع فوق سطح الارض من منشئات ثابته من صنع الانسان، بحيث يستطيع الفرد ان يتحرك بداخلها، وان يكون من شانها ان نوفر 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 أيا 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 البلاستك والمهم ان يكون المبنى مستقرا ثابتا في مكانه ومتصلا بالأرض اتصال قرار 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 اولى ان لا يشمل وصف البناء الاشياء المنقولة، كالسيارات والعربات وغيرها اما المساكن سابقة التصنيع التي يتم تصنيعها خارج موقع العمل ثم تثبت بالأرض 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 بالمنشئات الثابتة من غير المباني فتشمل الجسور والقناطر والسدود والمقابر والانفاق وغيرها وقد ثار الخلاف بالنسبة للمنشئات التي تكون بمستوى الارض والمنشئات التي تكون دون مستوى

(٢١) المادة (٨٦٤) من القانون المدني العراق 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 قله الى القول انها ليس من المنشئات الثابتة لكن الأغلبية العظمى ترى انها من قبيل المنشئات الثابتة، على اعتبار ان المنشئات الثابتة بالمفهوم الواسع لا يحتم ان تكون فوق الارض، وانما يصح ان تكون تحت الارض او في مستواها[٢٢].

ثانيا: ان يحصل تهدم في المنشئات 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 المنشئات 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 كليا وقد يكون جزئيا، كسقوط جزء من السقف او الشرفة والتهدم المقصود هو التهدم غير الارادي الراجع اي سوء الصنع او سوء المواد المستعملة وتفترض مسؤوليــة 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[٢٣]. 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 محلا لمسائلة المقاول والمهندس ان يكون حالا وواقعا فعلا وانما يكفي ان

---

(٢٢) أياد عبد الجبار ملوكي، *مسؤولية المقاول والمهندس المعماري بعد اكمال العمل وتسليمه (الضمان العشري)*، مصدر سبق ذكره، ص٣٣-٣٤-٣٥.

(٢٣) محمد حسين منصور، *المسئولية المعمارية*، مصر : دار الفكر العربي، ٢٠٠٦)،ص١٢٣.

يكون امرا مستقبلا اذا كان وقوعه امرا لابد منه وقد رأت ذلك محكمة تميز العراق في احدى قراراتها واعتبرت من قبيل التهدم الجزئي المقصود بالمسائلة حدوث حالات تؤدي الى زعزعة الجدار أو وتصدعـات 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 الي 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 والمنشئات الثابتة او بتقصير منهما ومن امثلته 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 اقيمه 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[٢٤] .

٢- المثالب التي تهدد متانة البناء وسلامته : لا تحقق مسؤولية القواعد الخاصة عند حصول التهدم فقط وانما تشمل حالة ظهور عيب في البناء من شانه 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[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 يسال المشيد عن هذه العيوب. وعلى الرغم من ضرورة ان يكون العيب خفيا من اجل وجوب قيام الضمان الا انه لابد 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،ص٤١-٤٢-٤٣.

التسليم فلا يكون له اي تأثير في قيام الضمان الخاص ويقصد بالعيب الخفي هنا، هو كل خلل يصيب البناء او المنشئات 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 جسامة هذا العيب والاثار التي تترتب عليه[٢٦].

ثالثا: ان يوجد مهندس او مقاول او الاثنين معا

ويكون الشخص مقاولا متى تولى سواء بنفسه او عن طريق عمال يتبعون له اقامة مبان ثابته 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 واقراره بمطابقته لما هو متفق علية. 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 الحياني وآخرون ،نطاق الضمان الخاص في عقد المقاولة ،*مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية، العدد١٢، جامعة كركوك، العراق*،(٢٠١٥): ص٤١-٤٢.

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.[٢٧]

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، 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 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.

([٢٧])عبد الله سعيد محمد الحربي، *الإشكاليات العلمية للضمان العشري في عقود المقاولات (دراسة تحليلية)*، مصدر سبق ذكره، ص١٣-١٤.

II.أ.المطلب الاول

اثبات الضمان العشري وحالات الاعفاء منه

II.أ.١.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 موضوعة هو اقامة منشئات ثابته او ابنية وان هذه الابنية حصل فيها تهدم 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 القرنية واخيراً قوة القرينة[٢٨].

اولا: مبدا 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 الديموقراطية، ٢٠١٤)، ص٤٥.

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 أخطاء المهندس بالتصميم، فضلا عن مسؤوليته الشخصية عن عيوب التنفيذ، بينما لو لم توجد هذه القرينة فلا يسال 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 أخطائه.

لذلك جاء التشريع الفرنسي وخاصة بعد تعديل (٤) يناير١٩٧٨ ليترجم تلك الرغبة في التعويض للمتضررين وفي ضمان الحكم لهم بالتعويض عن طريق الاسراع بتحديد المسؤولية ودفع التعويض بتقرير مبدا قرينة المسؤولية المعمارية. وقد جاء النص ليؤكد مبدا القرينة بشكل واضح وليضع حدا نهائيا للخلاف الذي كان سائد قبل التعديل المذكور. وتنص المادة ١٧٩٢من القانون المدني الفرنسي على انه (كل معماري يتولى تشييد عمل يكون مسؤولا بقوة القانون نحو صاحب العمل)

اما المشرع العراقي فلم يرد نص صراحتاً على مبدا قرينة 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 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 متينا 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[٢٩] .

ثانيا: مدى القرينة: تعتبر القرينة غير كافية ان لم تتعلق وترتبط بالخطأ المتمثل بتهدم البناء او من خلال تعيبه 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 بالهدم أو الاخلال 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 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 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 الخلل المدعى بالبناء وبين نشاط كل معماري ساهم في البناء، ام عبء اثبات ذلك يقع على عاتق رب العمل؟ يبدوا الحل يسيرا هنا لان كل مقاول من هؤلاء المقاولين المتعددين يعتبر مقاولاً في

(٢٩) كمال بو حمار، الضمان العشري، مصدر سبق ذكره، ص٤٦-٤٧.

حدود الأعمال التي يقوم بها فقط ويكون ملتزماً بالضمان في حدوده، لكن هذا الحل لا نأخذ به إلا اذا امكن القطع بانعدام اي صله بين نشاط المقاول وبين الخلل، وهذا نادر الوقوع، لان ما يغلب على الواقع العملي هو تداخل انشطة المقاولين على نحو يتعذر معه القطع بنسبة الخلل الى فعل مقاول معين لذا فهل تتضمن القرينة ايضا افتراض علاقة سببيه بين الخلل وبين نشاط كل مقاول شارك بالعمل، ام ان عبء الاثبات يقع على عاتق رب العمل؟ لا شك في ان الزام رب العمل بأثبات العلاقة السببية بين الضرر وفعل المقاول وذلك كشرط ضروري للاستفادة من القرينة على الخطأ المقرر لصالحة من شانه ان يضع رب العمل في مركز يعادل بصعوبته مركز المكلف بأثبات الخطأ، وهو امر لا يمكن قبوله لأنه يؤدي الى عكس المقصود من تقرير القرينة اصلا[٣٠].

ثالثا: قوة القرينة: تحدد قوة قرينة المسؤولية المعمارية في القانون الوضعي تبعاً لمدى التضييق او التوسع في اسباب هدمها، فكلما تضيقنا في نطاق هذه الاسباب كلما زادت قوتها، وكلما توسعنا فيه كلما زاد ضعفها، ان قرينة المسؤولية التي نعنيها هنا، هي قرينة المساهمة التي تعتبر قرينة بسيطة يجوز هدمها بإقامة الدليل على عكسها بكافة طرق الاثبات دون الحاجة لأثبات السبب الاجنبي، فهل يختلف الامر بالنسبة لقرينة المسؤولية . يتجه الفقه الحديث الى اعتبار ان قرينة المسؤولية العشرية هي قرينة قاطعه لا تسقط الا بأثبات السبب الاصلي، هذا ما اكده المشرع الفرنسي بصريح العبارة في المادة (١٧٩٢) بعد تعديل القانون المدني الفرنسي بموجب قانون (١٩٧٨) وكذلك بموجب تعديل (٢٠١٦) حيث نصت على "ان القرينة المنصوص عليها في المادة ١٧٩٢ فقرة ٣، ٢، ١ لا تسقط إلا بأثبات السبب الاصلي). أما المشرع العراقي فلم ينص على ذلك صراحة وانما نستشف ذلك ضمنياً في

(٣٠) سعاد بالمختار، "المسؤولية المدنية للمهندس المعماري ومقاول البناء"، (رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة أبي بكر بلقا يد– لتسممان–،الجزائر، ٢٠٠٨–٢٠٠٩)،ص١٦٢–١٦٣.

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

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 نشا بسبب لا يد للمهندس او المقاول فيه، كقوة قاهرة او خطأ الغير او خطأ المضرور (رب العمل) وهذا ما سنبينه وفقاً لما يلي:

اولا: 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 سببا 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 كانفجار 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 ناتجا 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،٢٠١٣–٢٠١٤)، ص٤٨.

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 نشا 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 تعيبا 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 مسالة 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 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)، ص٤٦٤-٤٦٥.

(٣٣) المادة (٢١١) من القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة١٩٥١.

(٣٤) حجازي محمد، "حدود المسؤولية العشرية في ضوء القانون المحدد للقواعد الناظمة لنشاط الترقية العقارية"، مقال منشور على الموقع الكتروني: http://jilrc.com، تاريخ النشر٢٠١٨/٢/٥،تاريخ الزيارة ٢٠٢٠/١٢/٢٨

ثانيا: 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، 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 التسليم او بعد التسليم[٣٥]. 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[٣٦]. 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..."[٣٧]. 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 وهذا 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 الكتروني https://almerja.com، تاريخ النشر ٢٠١٩/٨/٢٨، تاريخ الزيارة ٢٠٢٠/١٢/٢٩.

(٢) قرار محكمة التميز رقم(٨)، لسنة١٩٧٢، منشور في النشرة القضائية، العدد(٢)،في تاريخ١٩٧٢/٥/٦.

المتضرر قد اشترك بخطأة في احداث الضرر او زاد فيه او كان قد سوء مركز المدين"[٣٨].

ثالثا: 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 المعماريين عما تقضي به القواعد العامة، وهذا التشدد هدفه حماية المصلحة العامة. فقد ورد في القضاء الفرنسي بـأن المـهندس المعماري لا يستطيع ان يتخلص من المسؤولية بأثبات أخطاء المقاول، لا سيما إذا كان الـمهندس مكلفاً بالأشـراف علـى الـتنفيذ وفـحص المواد، الا اذا اثبت ان هذه الأخطاء كانت مستحـيلة الـدفع 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[٣٩]. كما ان القواعد العامة في المسؤولـية العـقدية تقتضي بأن فعل الغير لا يرفع المسؤولية عن الأعمال الشخصية او يخفف منها الا اذا اعتبر هذا الفعل خطأ في ذاته واحدث الضرر او ساهم فيه. وان خطأ الغير يقطع رابطة السببية بين فعل المسؤول والنتيجة متى استغرق خطأ المسؤول وكان كافيا 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 وتسليمه*، مصدر سبق ذكره، ص١٢٩.

(٣٩) سعاد بالمختار، *المسؤولية المدنية للمهندس المعماري ومقاول البناء*، مصدر سبق ذكره، ص١٧٥.

II.ب.المطلب الثاني

جزاء تحقق الضمان العشري

II.ب.١.الفرع الاول

دعوى المسؤولية وتقادمها

تترتب المسؤولية العشرية على عاتق كل من المقاول والمهندس بموجب الضمان العشري عند توفر الشروط اللازمة لقيام المسؤولية، وعندئذ يلزمان 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 التقييد دائما بمدة الضمان[٤١] . 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، "ماهو 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 بنايات لفائدة اشخاص طبيعيين او معنويين، وقد قررت محكمة التنازع في فرنسا ان الاختصاص يعود للقاضي الاداري على اعتباران 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، المرقي 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 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 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 العشري والضمانات الخاصة"، بحث منشور في *مجلة دفاتر السياسة والقانون، العدد٦ ، جامعة سعد دحلب البليدة، الجزائر*،(٢٠١٢)، ص٢٧٣-٢٧٥.

(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 المقاولة، 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 والمنشئات التي اقامها المقاول او المهندس سالمة من اي تهدم او عيب يظهر فيها خلال المدة المحددة قانونا[٤٣].

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 واحده 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) أياد 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(٤٤).

في حين نص القانون المدني العراقي على انه"١-تقف المدة المقررة لعدم سماع الدعوى بالعذر 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" (٤٥). 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 ١من 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 مصلحه 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 إلية في محمد جابر الدوري، مسؤولية المقاول والمهندس في مقاولات البناء والمنشآت الثابتة، مصدر سبق ذكره، ص٢٠٧.

(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[٤٦].

واختلفت التشريعات العربية في تقادم دعوى الضمان، فهي ثلاث سنوات في القانون المصري وفي القانون المدني السوري وفي القانون المدني الليبي، وسنة واحده في القانون الاردني الجديد، وثلاثون يوما في قانون الموجبات والعقود اللبناني. ومؤدي 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 تبدا 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 بتأجيره للغير، فقد لا يظهر العيب او يحصل التهدم الا بعد مدة طويلة . اذا ظهر العيب واخطر 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 وتنقطع 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[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 الوافية في شرح القانون المدني في مصر والأقطار العربية*، القاهرة : دار العدالة، ، ٢٠١٢)، ص١٣١.

اختلف الرأي فذهب رأي الى ان مدة التقادم ٣٠سنة طبقا للقواعد العامة تأتي بعد انتهاء فترة الضمان العشري وذهب رأي آخر الى ان المادة ٢٢٧٠ق. م. ف قد حدد مدة دعوى الضمان بعشر سنوات تبدا اعتبارا من تاريخ انتهاء السنوات العشر المقررة لمدة الضمان بمقتضى احكام الماده١٧٩٢من القانون المذكور، الا ان هذين الرأيين قد هجرا، واستقر القضاء على اعتبار ان تقادم الدعوى هي نفس مدة الضمان المحددة بعشر سنوات، تبدا ببدئها وتنتهي بانتهائها وهو امر منتقد تلافاه المشرع في القانونين المصري والعراقي و جعل مدة التقادم تبدأ من تاريخ التهدم او انكشاف العيب.[٣]

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[٤٨] 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"[٤٩].

---

(٤٧) محمد جابر الدوري، *مسؤولية المقاول والمهندس في مقاولات البناء والمنشآت الثابتة*، مصدر سبق ذكره،ص٢١٠.

(٤٨) إياد عبد الجبار ملوكي، *مسؤولية المقاول والمهندس بعد إكمال البناء وتسليمه*، مصدر سبق ذكره،ص٨٠.

(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 للتميز 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 التبعي حيث ان التعويض لا يقتصر فقط على الاضرار السابقة وانما يضاف اليها تعويضا تكميليا عن الاضرار التبعية. ومن امثلة هذه الاضرار، نقص قيمة المبنى من جراء ظهور العيوب فيه وتعطل الانتفاع بالمبنى 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) إياد عبد الجبار ملوكي، *مسؤولية المقاول والمهندس بعد إكمال البناء وتسليمه*، مصدر سبق ذكره، ص٨٣-٨٤.

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 للانخفاض المستمر للعملة وطبقا 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 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 ومداها 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[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 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 الذى لحق المضرور طبقا لأحكام المادتين ٢٢١,٢٢٢ مراعيا في ذلك الظروف الملابسة، 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، ص٦٩.

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 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 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 مقاولة المباني والمنشئات الثابتة.

٢- جعل لفظ المهندس في المادة (١/٨٧٠)من القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١لفظ مطلق من حيث احكام الضمان العشري في عقد مقاولة المباني 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 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* .مج١ .ط٤ مصر:.مكتبة الشروق الدولية.٢٠٠٨.

٢-أحمد مختار عمر. معجم *اللغة العربية المعاصر*.مج١ .ط١. القاهرة.مصر: عالم الكتب٢٠٠٨.

٣-مجد الدين الفيروز آبادي. معجم *القاموس المحيط* القاهرة .مصر:.*دار الحديث* ..٢٠٠٨.

٤-محمد بنأبي بكرالرازي.معجم مختار الصحاح.مج١.بيروت.لبنان:مكتبة لبنان ١٩٨٦

٥-محمد مرتضى الحسيني الزبيدي .معجم *تاج العروس من جواهر القاموس*.مج١٥. 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)*. ط١. بغداد.العراق : دار السنهوري.٢٠١٢.

٣-عبد المجيد الحكيم. *الموجز في شرح القانون المدني(مصادر الالتزام)*. ج١.ط٢ 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. *المسئولية 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)*. ج١.ط٢. بغداد.العراق : شركة الطبع والنشر الأهلية.١٩٦٣.

٨-عبد الرزاق السنهوري. *الوسيط في شرح القانون المدني.ج١* .المجلد الأول.بيروت.لبنان: دار أحياء التراث العربي.١٩٦٤.

ثالثا: المجلات والدوريات:-

١-إبراهيم عنتر فتحي. "نطاق الضمان الخاص في عقد المقاولة". بحث منشور في *مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية.العدد١٢ .جامعة كركوك.العراق*.٢٠١٥.

٢-حسين محمد عبد الظاهر. "خطأ المضرور وأثره على المسؤولية". بحث منشور في *مجلة مصر المعاصرة. مجلد ١٠٣ .العدد٥٠٤ .جامعة القاهرة.مصر*.٢٠١١.

٣-فاضل جبير لفتة. "الضمان العشري في عقود الأشغال العامة". بحث منشور في *مجلة القادسية للقانون والعلوم السياسية.العدد٢ .جامعة القادسية.العراق*.٢٠١١.

٤- عايدة مصطفاوي." الضمان العشري والضمانات الخاصة "بحث منشور في *مجلة دفاتر السياسة والقانون.العدد٦ .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 لاى زانت العلمية.المجلد٣.العدد١ .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.

رابعا: الرسائل والأطاريح:-

١-أشواق الدهيمي. "أحكام التعويض عن لضرر في المسؤولية العقدية". رسالة ماجستير. كلية الحقوق والعلوم السياسية. جامعة الحاج لخضر-باتنه.الجزائر٢٠١٣-٢٠١٤.

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

٣- سعاد بالمختار." المسؤولية المدنية للمهندس المعماري ومقاول البناء". رسالة ماجستير. كلية الحقوق. جامعة أبي بكر بلقليد-لتسمان.الجزائر٢٠٠٨-٢٠٠٩.

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.

خامسا: المواقع الالكترونية:-

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 الكترونيhttps://almerja.com:. تاريخ النشر ٢٠١٩/٨/٢٨. تاريخ الزيارة ٢٠٢٠/٥/٧.

٣-حجازي محمد." حدود المسؤولية العشرية في ضوء القانون١١/٠٤المحدد للقواعد الناظمة لنشاط الترقية العقارية". مقال منشور على الموقع الكتروني: http://jilrc.com. تاريخ النشر٢٠١٨/٢/٥.تاريخ الزيارة ٢٠٢٠/٥/٥.

٤-ماهر احمد السويسي." تعريف القرائن 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 الالكترونيhttp://www.afj.ma/Pdf/Jalal6.pdf .تاريخ النشر٢٠١٠/٢/٢.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.

سادسا: القوانين:-

١-القانون المدني العراقي رقم ٤٠لسنة ١٩٥١.

٢-نصت المادة (١٧٠) من القانون المدني المصري رقم (١٣١) لسنة ١٩٤٨"يقدر القاضي مدى التعويض عن الضرر الذى لحق المضرور طبقا لأحكام المادتين ٢٢١، ٢٢٢ مراعيا في ذلك الظروف الملابسة، 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.