مجلة قەڵای زانست العلمية
مجلة علمية دورية محكمة تصدر عن الجامعة اللبنانية الفرنسية – اربيل، كوردستان، العراق
المجلد(٣) – العدد (١)، شتاء ٢٠١٨
رقم التصنيف الدولي: ISSN 2518-6566 (Online) - ISSN 2518-6558 (Print)

الطبيعة القانونية لمسؤولية المقاول ونطاق تطبيقها في القانون المدني العراقي

(دراسة تحليلية)[1]

The legal nature of contractor liability and scope of application in Iraqi civil law
(An analytical study)

المدرس الدكتور صدقي محمدأمين عيسى
قسم القانون / فاكلتي القانون والعلاقات الدولية/ جامعة سوران
محاضر في كلية القانون بجامعة نولج
sidqi_333@yahoo.com

المدرس المساعد طه حسن رسول
قسم القانون / فاكلتي القانون والعلاقات الدولية/ جامعة سوران
Taha.guany@gmail.com

معلومات البحث

تاريخ البحث:
الاستلام:٢٠١٧/١١/٢٥
القبول: ٢٠١٨/١/٥
النشر: **شتاء** ٢٠١٨

Doi:
10.25212/lfu.qzj.3.1.24

الكلمات المفتاحية:

Nature, responsibility, contractor, employer, contract, buildings, facilities.

الملخص

لا شك أن عقد المقاولة من العقود المهمة في المجتمعات المدنية، وقد تم تنظيمه في التشريع العراقي والتشريعات المقارنة ضمن طائفة العقود المسماة، مما لا يعني ذلك بالضرورة أن هذا العقد قد أصبح معروفاً ولا يحتاج إلى بحوث ودراسات في كثير من جوانبه، بالعكس فإن الكثي ر من مواضيعه بحاجة ماسة للتعديل أو التغيير أو الإضافة لأن عجلة الحياة لا تتوقف، وفي تطور مستمر مما يتطلب تطوير جميع مناحي الحياة المدنية، وهذا التطور المستمر والسريع يفرض علينا أن نطور تشريعاتنا بين فينة وأخرى لمواكبة التطورات الحاصلة في مناحي الحياة، من ه ذا المنطلق جاءت دراستنا حول الطبيعة القانونية لمسؤولية المقاول ونطاق تطبيقها في القانون المدني العراقي، حيث تم تناول الموضوع من خلال مقدمة ومبحثين اثنين، وقد تم تخصيص المبحث الأول لطبيعة مسؤولية المقاول في القانون المدني العراقي منقسماً إلى ثلاثة

(1) بحث مستل من رسالة الماجستير بعنوان (المسؤولية المدنية للمقاول عن سلامة البناء- دراسة تحليلية)، نوقشت في قسم القانون بفاكلتي القانون جامعة سوران عام 2015.

مجلة قەڵای زانست العلمية
مجلة علمية دورية محكمة تصدر عن الجامعة اللبنانية الفرنسية – اربيل، كوردستان، العراق
المجلد(٣) – العدد (١)، شتاء ٢٠١٨
رقم التصنيف الدولي: ISSN 2518-6566 (Online) - ISSN 2518-6558 (Print)

مطالب، بينما يتناول المبحث الثاني نطاق تطبيق أحكام مسؤولية المقاول ويقسم إلى ثلاثة مطالب أيضاً، ثم اختتم البحث بأهم النتائج والتوصيات التي تم التوصل إليها.

المقدمة

أولاً: موضوع البحث وأهميته:

تعددت المقاولات وصورها في عصرنا الحاضر، وكثر الإقبال عليها سواء على الصعيد الحكومي بإنشاء كثير من المرافق الحيوية العامة كالمصانع والمشافي والمدارس والفنادق وغيرها، أو على الصعيد القطاع الخاص في الإنشاء والإعمار، ويزداد حجم المقاولات كل عام في مختلف الدول، مما كان لها الأثر الواضح في اقتصاد الدولة وفي أوضاع العاملين في هذا القطاع، مما أوجب تنظيم عقد المقاولة في القوانين المدنية المعاصرة.

ومن جهة أخرى نجد أن مطالب جميع الناس عبر العصور متزايدة في جميع المشاريع، وكذلك الت ضخم السكاني المستمر في كافة دول العالم الذي أدى إلى التوسع الكبير في كافة المجالات ومناحي الحياة وخاصةً في مجال المباني والمنشآت الثابتة، وذلك بإقامة المباني والمنشآت وغيرها بأشكالها وأحجامها المختلفة، وذلك باستخدام الوسائل العلمية المتطورة والحديثة، وإن ا لتطورات التكنولوجية الحديثة التي شملت جميع مناحي الحياة، حيث أن للعقار حظ كبير من تلك التطور، ولم يعد العقار كما كان بسيطاً، ولكن أصبحت هناك ما يسمى بالمباني سابقة التجهيز[2].

عليه نظم القانون المدني العراقي أحكام عقد المقاولة باعتبارها من العقود المسماة في الفصل الأول من الباب الثالث تحت الفرع الأول الخاص بالعقود الواردة على العمل، وتناولتها المواد (864-890) أي سبعة وعشرون مادة، هذه المواد تطبق على جميع أنواع المقاولات إياً كان محلها عدا ما وضع له المشرع إسماً ونظاماً خاصاً بها، لأن الكثير من الأعمال الت ي تدخل في نطاق عقد المقاولة يتميز بأحكام خاصة بها حيث يمكن القول بأنه توجد إلى جانب الأحكام العامة التي تطبق على جميع المقاولات هنالك أحكام خاصة تنفرد بها بعض صور المقاولات على سبيل المثال : مقاولات النشر والإعلان، ومقاولات المباني الذي حرص المشرع أن يورد نصوصاً خاصة بها وذلك في سياق تنظيم عقد المقاولة بصفة عامة[3].

ومن جانب آخر فإن ازدياد حالات تهدم المباني والمنشآت الثابتة بعد تسليمها لأصحاب العمل، تزيد من أهمية مسؤولية المقاول لكونه هو المسؤول المباشر عن أعمال البناء والتشييد، مما أدى بالمشرع في كثير من الأحيان إلى العناية اللازمة بالنظم القانونية لرعاية مصالح أصحاب العمل، ولذلك فإن المشرع قد جاء بقواعد قانونية آمرة أي متعلقة بالنظام العام لا يجوز مخالفتها، وذلك لردع المقاولين والمهندسين وابعادهم عن الغش، وجعل المشرع العراقي المدني المقاول والمهندس مسؤولي ن مسؤولية تضامنية خلال عشر سنوات " أي المسؤولية العشرية" عن أي تهدم أو تصدع يظهر في المباني بعد تسليمه لصاحب العمل.

(2) د. ممدوح محمد خيري هاشم، نظرات في قوانين المباني والعقارات، دار النهضة العربية، القاهرة، 2006، ص7.
(3) د. محمد لبيب شنب، شرح أحكام عقد المقاولة، منشاة المعارف، الأسكندرية، 2008، ص 9.

مجلة قەڵای زانست العلمية
مجلة علمية دورية محكمة تصدر عن الجامعة اللبنانية الفرنسية – اربيل، كوردستان، العراق
المجلد(٣) – العدد (١)، شتاء ٢٠١٨
رقم التصنيف الدولي: ISSN 2518-6566 (Online) - ISSN 2518-6558 (Print)

وتأتي أهمية هذا الموضوع من خطورة تهدم المباني والمنشآت الثابتة والأضرار الناجمة عليها سواء ذلك بالنسبة لصاحب المشروع أو المتضرر من جراء التهدم، وكثرة وقوعه في المجتمعات المدنية، بالإضافة إلى أن عقود المباني والتشييد من أكثر العقود المعاصرة تعقيداً وذلك دليل قاطع على أهمية هذا الموضوع من بين الموضوعات القانونية.

ثانياً: أسباب اختيار الموضوع:

أهمية الموضوع هو السبب الرئيسي لاختيار هذا الموضوع، بالإضافة إلى أن هناك أسباب أخرى يستدعي إلى اختيار مثل هذا الموضوع وهذه الأسباب هي النقاط التالية:

1 - الرغبة الملحة لدى الباحث في الكتابة حول مواضيع القانون المدني بشكل عام وهذا الموضوع بشكل خاص.
2 - كثرة تشييد المباني والشقق والعمارات العالية بسبب التضخم السك اني والتطور العمراني في المجتمعات المتقدمة بشكل عام، وبدئها في البلدان النامية متأخراً من ضمنها إقليم كوردستان.
3 - عدم وجود شروط السلامة في كثير من الشقق السكنية والعمارات بل الاهمال التام من قبل المقاول، حيث أن بعض المقاولين لا يخشون من المحاسبة، وذلك لعلاقا تهم ومصالحهم مع الشخصيات البارزة والمسؤولين الحكوميين وذوي النفوذ في مجتمعاتهم بل ومشاركة هؤلاء مع المقاولين والمهندسين المشيدين لتلك المباني العامة والخاصة في التجمعات السكنية.
4 - كثرة وقوع حوادث التهدم في المباني والمنشآت الثابتة مما يستدعي الدراسة والبحث حول الموضوع.

ثالثاً: أهداف البحث:

الهدف الرئيسي في هذا البحث هو تعريف المقاولين بسلامة المباني وصلابتها لكي يبتعد المقاول عن الغش المهني والقيام بأعمال المباني حسب الشروط المتوفرة في العقد، وحسب المواصفات العالمية والهندسية المعمارية لكي يبتعد عن ا لكوارث والإصابات.

كذلك الهدف من وراء هذا البحث هو المحاولة للتعرف على مضمون عقد المقاولة من خلال الطبيعة القانونية لمسؤولية المقاول ونطاق تطبيقه في القانون المدني العراقي.

رابعاً: مشكلة البحث:

تكمن مشكلة هذا البحث في أن مسؤولية المقاول رغم تنظيمه لدى المشرع العراقي منذ زمن بعيد إلا أنه لم تحسم بعد بشكل قاطع لدى فقهاء القانون حيث انقسم الفقه إلى آراء ثلاثة، فمنهم من يعد بأن مسؤولية المقاول مسؤولية عقدية مصدرها العقد، ويرى رأي آخر بأنها مسؤولية تقصيرية مصدرها الفعل الضار، بينما يرى رأي ثالث بأنها مسؤولية قان ونية مصدرها القانون، ففي ضمن هذه الآراء المختلفة نحاول قدر المستطاع أن نثبت الطبيعة القانونية لمسؤولية المقاول، وبيان الرأي الراجح من بينهم.

خامساً: منهج البحث:

مجلة قەڵای زانست العلمية
مجلة علمية دورية محكمة تصدر عن الجامعة اللبنانية الفرنسية – اربيل، كوردستان، العراق
المجلد(٣) – العدد (١)، شتاء ٢٠١٨
رقم التصنيف الدولي: ISSN 2518-6566 (Online) - ISSN 2518-6558 (Print)

يتبع الباحث المنهج التحليلي من خلال سرد نصوص القانون المدني العراقي والقوانين المدنية لبعض الد ول ومن ثم القيام بتحليلها لكي تتضح الصورة وتكتمل الفائدة في هذا الموضوع.

سادساً: هيكل البحث:

تم تقسيم هذا البحث إلى مقدمة ومبحثين وخاتمة : فالمبحث الأول يتناول الطبيعة القانونية لهذا العقد وذلك من خلال ثلاثة مطالب، بينما المبحث الثاني فقد تم تخصيصه لنطاق تطبيق المسؤولية ويتضمن ثلاثة مطالب أيضاً، وجاءت خاتمة البحث متضمناً أهم النتائج والتوصيات والمقترحات التي تم التوصل إليها.

المبحث الاول
طبيعة مسؤولية المقاول في القانون المدني العراقي

نظم القانون المدني العراقي هذه المسؤولية في المواد (870-872)[4]، ومن أجل الوقوف على ماهية مسؤولية المقاول والتعرف على أبعادها، وتحديد مضمون هذا العقد بشكل دقيق نعرض الآراء بشأن الطبيعة القانونية لمسؤولية المقاول وفقاً للقواعد الخاصة، حيث اتجه رأي إلى اعتبارها مسؤولية عقدية، وذلك على أساس أن تسليم العمل لا يغطي كل العيوب التي تظهر بعد ذلك.

واتجه رأي آخر إلى أن هذه المسؤولية هي مسؤولية تقصيرية واستند هذا الرأي على أن تسليم العمل يغطي كل العيوب، وبعد ذلك ينتهي العقد، ولذلك فإن أساس هذه المسؤولية يقوم على الفعل الضار الذي يرتكبه المقاول نتيجة تهدم البناء، أو وجود أي عيب فيه، فالمسؤولية حسب هذا الرأي ليست عقدية وإنما تقصيرية.

بينما اتجه رأي ثالث إلى أن المسؤولية ليست ضمن دائرة المسؤولية العقدية أو التقصيرية ولكنها مسؤولية قانونية من أجل الحفاظ على مصلحة صاحب العمل الذي هو غير عالم أو غير خبير بشؤون البناء، وهذه المصلحة أوجبته القانون هذا من جهة، ومن جهة أخرى توجد مصلحة أخرى للصالح العام، ويقصد بالمسؤولية القانونية أن القانون هو الذي يرتب على المقاول تلك المسؤولية، لأن تصدع البناء أو العيب فيه ينطوي على مخاطر كبيرة جداً مما يستدعي ضمان أوضاع البناء أو المنشآت الثابتة تحت الإختبا ر وذلك خلال فترة زمنية، وكل ذلك لحماية صاحب العمل ورعاية مصالحه، لذا لابد من تناول هذه الآراء الثلاثة بشئ من التفصيل، وهذا يتطلب تقسيم المبحث إلى ثلاثة مطالب.

(4) وتقابلها المواد (651-654) من القانون المدني المصري رقم (131) لسنة 1948، والمواد (788-891) من القانون المدني الأردني رقم (43) لسنة 1976، والمادة (1792) من القانون المدني الفرنسي لسنة 1804.

مجلة قەڵای زانست العلمية
مجلة علمية دورية محكمة تصدر عن الجامعة اللبنانية الفرنسية – اربيل، كوردستان، العراق
المجلد(٣) – العدد (١)، شتاء ٢٠١٨
رقم التصنيف الدولي: ISSN 2518-6566 (Online) - ISSN 2518-6558 (Print)

المطلب الاول: مسؤولية المقاول مسؤولية عقدية

المقاول يكون مسؤولاً عن جودة العمل، وعن كل عيب في الصنعة، وهذه المسؤولية هي بالتأكيد مسؤولية عقدية، لأنها تقوم على إلتزام تعاقدي أنشأه عقد المقاولة، ويصدق هذا على المقاولات المتعلقة بالمنشآت الثابتة في الأرض، أي هي كسائر المقاولات تنشئ إلتزاماً على عاتق المقاول بأن تكون المنشآت خالية من العيب، فإذا انهدم البناء أو ظهر فيه عيب، ففي هذه الحالة تتحقق المسؤولية العقدية للمقاول[5].

ومن البديهي في مجال المسؤولية العقدية ضرورة وجود عقد صحيح، وأطراف هذا العقد هو المهندس والمقاول من جهة، وصاحب العمل من جهة أخرى، مما يعني أنه إذا أصيب صاحب العمل بضرر ناشئ عن الإخ لال بالإلتزامات التعاقدية المنصوص عليها في العقد فإن المسؤولية تقع على عاتق المهندس والمقاول[6].

وهذه المسؤولية تقوم في حالة عدم تنفيذ المدين لإلتزاماته التعاقدية، وهذه الإلتزامات هي الإلتزامات الرئيسية الناتجة عن العقد، وهو ما يعرف بالخطأ العقدي، ويستوي في ذلك أن يكون عدم قيام المدين بالإلتزام ناشئاً عن عمدٍ أو عن إهمالٍ أو عن فعله بدون عمد أو إهمال، والمدين في المسؤولية التعاقدية هو الذي يقع عليه عبء الإثبات لأنه ملتزم بتحقيق غاية حيث يتطلب دائماً تحقيق تلك الغاية، ولا ترتفع مسؤولية المدين إلا في حالة واحدة وهي حالة السبب الأجنبي[7].

وبالتالي فإن مسؤولية المقاول لجودة العمل تقوم على المسؤولية العقدية وينتهي بتسليم العمل، والتسليم يغطي كل العيوب التي تظهر فيما بعد ضامناً للعيوب التي تظهر في الأبنية لمدة عشر سنوات، إلا أن هذه المدة لا تعتبر من قبيل الإلتزام العقدي لأنه قد إنتهى بالتسليم، وإنما يعتبر إلتزاماً تقصيرياً أو إلتزاماً قانونياً والذي أوجبه القانون لرعاية أو حماية صاحب العمل، ونظراً لخطورة المنشات الثابتة ووجوب اختبار سلامتها أو صلابتها مدة من الزمن، رد السنهوري على ذلك ويرى بأن التسليم لا يغطي كل العيوب إنما يغطي العيوب الظاهرة فقط دون الخفية، حيث أن العيوب الخفية في جميع المقاولات لا تغطى، ويبقى إلى ما بعد التسليم والمقاول يكون مسؤولاً عن عيوب الصنعة حسب المدة التي يقضي بها العرف، أما فيما يتعلق بالمنشآت الثابتة فإن المشرع يرى حسب أهميتها، ولم يترك هذه المدة خاضعة للعرف[8].

كما أن هذه المسؤولية تقوم حسب القواعد العامة في حالة ما إذا لم ينفذ المدين إلتزامه العقدي، وليس في المسؤولية المذكورة إتفاق للطرفين على مدة مسؤولية المقاول إلى ما بعد إنجاز المباني وتسلمها من قبل صاحب العمل، وذلك نظراً للقول بأن إلتزام المقاول الذي يقوم بتصليح البناء يستند إلى العقد المتفق عليه بينهما مسبقاً[9].

ومن ناحية أخرى لو كانت مسؤولية المقاول مسؤولية عقدية فإنه يجوز الإتفاق على الإعفاء من المسؤولية أو الحد منها، ولا شك في أن شرط الإعفاء يهدم فكرة الإلتزام، ويخل بالمادة (1174) من القانون المدني فرنسي، فعندما يتحمل المدين إلتزاماً بموجب عقد، ويشترط في الوقت ذاته بأنه لا يكون مسؤولاً إذا لم ينفذ هذا الاتزام، فإن كل شئ هنا يشبه حالة إلتزام المدين تحت شرط إرادي محض، بينما إذا أبطلنا شروط الإعفاء من المسؤولية عن الخطأ الجسيم مع ت صحيح هذه الشروط في حالة الخطأ اليسير أو التافه نكون بذلك توصلنا إلى نتيجة هي : أن المدين يكون ملتزماً ببساطة ببذل أدنى حد من العناية، ولكن فوق هذا الحد

(5) د. عبدالرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج7، ط3، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2000، ص132.
(6) د. عبدالرزاق أحمد السنهوري، المصدر نفسه، ج1، ص821
(7) د. عادل عزت السنجقلي، عقد الاستشارات الهندسية، مركز البحوث القانونية، بغداد، 1983، ص69.
(8) د. عبدالرزاق أحمد السنهوري، المصدر السابق، ج7، ص133-134.
(9) صالح عباس صالح، مسؤولية المقاول عن الإنهدام الكلي والجزئي للبناء بعد إنجاز العمل وتسليمه، رسالة ماجستير، مقدمة إلى المعهد الق ضائي ببغداد، 1989، ص129.

مجلة قەڵای زانست العلمية
مجلة علمية دورية محكمة تصدر عن الجامعة اللبنانية الفرنسية – اربيل، كوردستان، العراق
المجلد(٣) – العدد (١)، شتاء ٢٠١٨
رقم التصنيف الدولي: ISSN 2518-6566 (Online) - ISSN 2518-6558 (Print)

لا يعود ملتزماً إلا تحت شرط إرادي محض [10]، بينما على عكس ذلك المبدأ أنه يوجد كثير من التشريعات العربية وكذ لك التشريع الفرنسي تبطل كل شرط يقصد به الإعفاء أو الحد من المسؤولية، وذلك لأن البطلان عندهم من النظام العام، لأن أحكام المسؤولية بوجه عام لا تعتبر من النظام العام، ويجوز الإتفاق على ما يخالفها، أي تخفيفها أو تشديدها، يل وحتى الاعفاء منها ولكن باتفاق خاص بينما، وبخصوص هذه المسؤلية فإن المشرع يشددها ويجعلها من النظام العام[11]، وهذا نصت عليه المادة (790) من القانون المدني الأردني، والمادة (1792) من القانون المدني الفرنسي.

أما بالنسبة للفقه العراقي فإنه لم يهتم بمسألة شروط الاعفاء من المسؤولية في هذا الصدد، أي أن هذه الشروط لم تحتل إلى يومنا هذا إلا حيزاً محدوداً في التعامل هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى أن تطبيقات هذا الشرط لا تطرح مشاكل كبيرة فيما يتعلق بشرط الاعفاء من المسؤولية العقدية لذلك فإن الفقه العراقي والمصري يعبران عن تأييدهما لصحة الشروط المذكورة التي تنص عليها الفقرة الثانية من المادة (259)[12] من القانون المدني العراقي، و الفقرة الثانية من المادة (217)[13] من القانون المدني المصري.

المطلب الثاني: مسؤولية المقاول مسؤولية تقصيرية

أهم عناصر المسؤولية التقصيرية هو الخطأ والإهمال اللّذان يؤديان إلى الفعل الضار مما يعني عدم اتخاذ المقاول العناية المطلوبة، مثال ذلك كما لو انهدم جدار على أحد الأشخاص وأصيب بأضرار، ففي هذه الحالة يحق للمتضرر أن يراجع على محدث هذا العمل الضار سواء كان محدث الضرر مقاولاً أو غير مقاول حسب المسؤولية التقصيرية، بينما إذا كان الخطأ م ن قبل المقاول فيحق للمضرور أن يرجع على المقاول بالتعويض، ولذلك ينبغي على المتضرر إثبات توافر ثلاثة عناصر، منها عدم إتخاذ العناية المطلوبة من قبل المقاول، وإخلال المقاول بهذا الواجب وبالتالي وقع الضرر نتيجة ذلك[14]، لأن درجة العناية المطلوبة نسبية تعتمد على ظروف كل قضية، مما قد يؤدي إلى خطأ في المفهوم القانوني بهذا الشأن مع الإحاطة بأن درجة العناية المطلوبة تكاد تكون هي نفسها، سواء أكانت المسؤولية تقصيرية أم عقدية، إلا أن المسؤولية تكون تقصيرية إذا كان المتضرر من الغير، وتجدر الإشارة إلى أن محكمة النقض المصرية قد رفضت بشكل قاطع وصريح قبول الرأي الذي يعتبر المسؤولية تقصيرية، حيث قضت في إحدى قراراتها بأن مسؤولية المهندس والمقاول عن خلل في البناء بعد التسليم لا يمكن اعتبارها مسؤولية تقصيرية أساسها الفعل الضار[15].

وإذا كان الفقه الفرنسي يجمع على أن مسؤولية المقاول عن التهدم الكلي أو الجزئي في البناء عن أي عيب يظهر فيه بعد إنجاز العمل وتسليمها هي مسؤولية عقدية، فإن القضاء الفرنسي يرى خلاف هذا ذلك، أي أن هذه المسؤولية تقصيرية أساسها الفعل

(10) د. سعدي البرزنجي شروط الاعفاء من المسؤولية العقدية في القانونين الفرنسي والعراقي، ط 1، مطبعة ج امعة صلاح الدين، 2003، ص114-115؛ صالح عباس صالح، المصدر السابق، ص 129.
(11) د. عبدالرزاق أحمد السنهوري، المصدر السابق، ج1، ص103.
(12) والنص كالآتي: ((2- وكذلك يجوز الاتفاق على اعفاء المدين من كل مسؤولية تترتب على عدم تنفيذ التزامه التعاقدي الا التي تنشأ عن غ شه او عن خطأه الجسيم، ومع ذلك يجوز للمدين ان يشترط عدم مسؤوليته من الغش أو الخطأ الجسيم الذي يقع من أشخاص يستخدمهم في تنفيذ التزامه)).
(13) والنص كالآتي: ((2- وكذلك يجوز الاتفاق على إعفاء المدين من أية مسؤولية تترتب على عدم تنفيذ التزامه التعاقدي إلا ما ينشأ عن غشه أو عن خطئه الجسيم، ومع ذلك يجوز للمدين أن يشترط عدم مسؤوليته عن الغش أو الخطأ الجسيم الذي يقع من أشخاص يستخدمهم في تنفيذ التزامه)).
(14) صالح عباس صالح، المصدر السابق، ص133.
(15) د. فاضل جبير لفتة، الضمان العشري في عقود الإشغال العامة، مجلة القادسية للقانون والعلوم السياسية، ج4، العدد الثاني، كانون الاول، 2011، ص224.

مجلة قەڵای زانست العلمية
مجلة علمية دورية محكمة تصدر عن الجامعة اللبنانية الفرنسية – اربيل، كوردستان، العراق
المجلد(٣) – العدد (١)، شتاء ٢٠١٨
رقم التصنيف الدولي: ISSN 2518-6566 (Online) - ISSN 2518-6558 (Print)

الضار، أما القضاء الفرنسي الحديث فقد عدل عن رأيه ويرى بأن مسؤولية المقاول عقدية وليست تقصيرية[16]، ونرى أن الأستاذ السنهوري[17] قد تبنى هذا الرأي، وهو أن ضمان المقاول لجودة العمل يقوم على المسؤولية العقدية الذي ينتهي بتسليم العمل لصاحب العمل، والتسليم يغطي كل العيوب التي تظهر فيما بعد فإذا أبقى المقاول على المسؤولية بعد تشييد المنشات ا لثابتة ملتزماً بضمان العيوب التي تظهر في البناء بعد التسليم لمدة عشر سنوات، فليس هذا الالتزام من قبيل الالتزام التعاقدي الذي انتهى بالتسليم، إنما هو التزام تقصيري، أو التزام قانوني الذي أوجبه القانون لحماية صاحب العمل.

والسبب في أن هذه المسؤولية تقصيرية وليست عقدية حيث أن مسؤولية المقاول تنتهي بتسليم العمل لصاحب العمل، ولذلك فإن هذا الإلتزام ليس إلتزام تعاقدي مما ينتهي بالتسليم، وإنما التزام تقصيري أيضاً، إلا أن هذا الرأي لا يمكن قبوله لأسباب عدة وهي:

أولاً: في المسؤولية التقصيرية يفترض أن يكون هناك خطأ صادر من جهة المقاول لأنه ممثل بتقصيرها أو إهمالها في أعمال المباني الذي أدى إلى حصول التهدم أو ظهور العيب فيه، ولذلك فإن المقاول ملزم بدفع التعويض، لأن أركان المسؤولية التقصيرية يتكون من الخطأ والضرر والعلاقة السببية بين الخطأ والضرر، بينما نرى أن رأي كل من المشرع العراقي والمصري والفرنسي قد جعل قيام المسؤولية عن التهدم الكلي أو الجزئي في البناء على خطأ مفترض غير قابل لاثبات العكس، أي أن مسؤولية المقاول تقوم حتى إذا لم يكن هناك خطأ أو إهمال من جانب المقاول، ولذلك قضت محكمة النقض المصرية : ((أن إلتزام المقاول ه و إلتزام بنتيجة وإن الإخلال بهذا الإلتزام يقوم لمجرد إثبات عدم تحقق تلك النتيجة ولا حاجة لإثبات خطأ ما...))[18].

ثانياً: لا يمكن دفع مسؤولية المقاول والمهندس إذا كان سبب التهدم أو ظهور العيب فيه مجهولاً، وذلك لأن المسؤولية مبنية على خطأ غير قابل لإثبات العكس، ولا يقع على صاحب العمل إثباته، وعلى المقاول أن يثبت السبب الأجنبي الذي أدى إلى حصول التهدم أو ظهور العيب فيه، بينما إذا كان سبب التهدم مجهولاً، ففي هذه الحالة تقوم المسؤولية على عاتق المقاول، والسبب في ذلك هو أن صاحب العمل لا يكلف بإثبات الخطأ الذي أد ى إلى التهدم أو العيب فيه، ولكن محكمة النقض المصرية يرفض هذا الرأي، لأن مسؤولية المقاول والمهندس عن الخلل في المباني بعد تسليمه لصاحب العمل طبقاً للمادة (409) من القانون المدني المصري لا يمكن اعتبارها مسؤولية تقصيرية أساسها الفعل الضار من جنحة أو شبه جنحة[19].

ثالثاً: إذا كانت شروط المسؤوليتان (العقدية والتقصيرية) في وقت واحد يتوافران في العمل الواحد معاً ففي هذه الحالة لا يجوز للدائن أن يجمع بين كل من المسؤوليتين للرجوع على المدين، لأن كل من الدعوتين لها خصائصها، والدائن لا يستطيع إلا أن يرفع إحدى الدعوتين[20].

(16) د. محمد جابر الدوري، مسؤولية المقاول والمهندس في مقاولات المنشآت الثابتة بعد إنجاز العمل، مطبعة واو فيست، بغداد، 1985، ص50.
(17) د. عبدالرزاق أحمد السنهوري، المصدر السابق، ج7، ص132-133.
(18) صالح عباس صالح، المصدر السابق، ص 133-134.
(19) د. محمد جابر الدوري، المصدر السابق ، ص51.
(20) شيماء محمد، كيفية الجمع بين المسؤوليتين العقدية والتقصيرية، متاح شبكة الانترنيت : http://www.damascusbar.org/AlMuntada/showthread.php?t=4557 تأريخ الزيارة 2018/1/23.

مجلة قەڵای زانست العلمية
مجلة علمية دورية محكمة تصدر عن الجامعة اللبنانية الفرنسية – اربيل، كوردستان، العراق
المجلد(٣) – العدد (١)، شتاء ٢٠١٨
رقم التصنيف الدولي: ISSN 2518-6566 (Online) - ISSN 2518-6558 (Print)

يتبين لنا من خلال هذه الأسباب ووفقاً للقواعد الخاصة في المسؤولية أن مسؤولية المقاول لا تقوم على الفعل الضار، وهذا ما ذهب إليه القضاء الفرنسي الحديث الذي عدل عن اعتبارها من ضمن طائفة المسؤولية التقصيرية إلى المسؤولية العقدية على أساس الإخلال بتنفيذ الإلتزام الناشئ عن عقد المقاولة بين كل من المقاول والمهندس وصاحب العمل، مما يعني باختصار استبعاد المسؤولية عن طائفة المسؤولية التقصيرية.

المطلب الثالث: مسؤولية المقاول مسؤولية قانونية

يذهب بعض الفقه في فرنسا إلى القول بأنه مادام العقد الذي يربط المقاول بصاحب العمل وقد ينتهي بالتسليم، والتسليم هنا يسقط كل العيوب التي تظهر في البناء، فإن إلتزام المقاول بضمان تلك العيوب ليس مصدره العقد الذي ينتهي بالتنفيذ، إنما هو إلتزام قانوني أوجبه القانون لرعاية صاحب العمل، وذلك لخطورة المباني والمنشآت الثابتة وأهميتها ووجوب اختبار سلامتها وصلابتها[21].

لذلك قرر القانون مبدءاً ذا أهمية بالغة لرعاية الأعمال وأصحابها، ولرعاية المصالح العامة لأن مسؤولية المقاول مسؤولية كاملة عن كل خطأ أو خلل قد يصيب البناء لمدة عشر سنوات بعد انتهاء التنفيذ والتسليم، ولكن الهدف الرئيسي للحرص هو بال تاكيد مراعاة الدقة والإلتزام بالقواعد الفنية السليمة في التنفيذ من ناحية، ومن ناحية أخرى أن المقصود بها رعاية صاحب العمل الذي يكون في كثير من الأحيان جاهلاً بأمور البناء[22].

وقد يكون القانون المصدر المباشر لبعض الإلتزامات حيث يتكفل بتعيينها ويحدد نطاقها ور سم مداها وترتيب أحكامها، ولكن دون أن يكون بالإمكان ردها بصورة مباشرة إلى أي مصدر من مصادر القانون الأخرى، وبذا يتبين لنا أنه لا تسري على الإلتزامات المذكورة غير النصوص القانونية التي أنشأتها كما في المادة (245) من القانون المدني العراقي بأن: ((الإلتزامات التي تنشأ مباشرة من القانون وحده تسري عليها النصوص القانونية التي أنشأتها))[23]، وجدير بالذكر أن القانون مدفوع بجملة إعتبارات إقتصادية وسياسية واجتماعية وأخرى فنية، الغاية منها هو الحرص على المصلحة العامة والخاصة التي تقوم على التضامن الاجتماعي التي هي جديرة بالحماية والإهتمام، ولذلك نجد أن مسؤولية المقاول وفقاً للقواعد الخاصة التي أنشأتها النصوص القانونية هي حماية أو رعاية المصلحة العامة والخاصة، ولذلك على المقاول مسؤولية كاملة بالتضامن عن الأضرار التي تصيب هذه المنشآت وتؤدي إلى تهدمها أو تصادعها لمدة عشر سنوات بعد تسليمها لصاحب العمل وهذا ما يجعلهما حريصين كل الحرص على مراعاة الدقة والإلتزام بالقواعد الفنية السليمة في التنفيذ[24].

(21) د. عبدالرزاق أحمد السنهوري، المصدر السابق، ج7، ص133.
(22) صالح عباس صالح، المصدر السابق، ص136.
(23) وتقابلها المادة (198) من القانون المدني المصري التي تنص بأن : ((الإلتزامات التي تنشأ مباشرة عن القا نون وحده تسري عليها النصوص القانونية التي انشأتها))، وكذلك المادة (213) من القانون المدني الأردني التي تنص على أن : ((الحقوق التي تنشأ مباشرة عن القانون وحده تسري عليها النصوص القانونية التي أنشأتها)).
(24) د. محمد عبدالرحيم، عقد المقاولة والتوكيلات التجارية، ط3، 1988، ص 168.

مجلة قەڵای زانست العلمية
مجلة علمية دورية محكمة تصدر عن الجامعة اللبنانية الفرنسية – اربيل، كوردستان، العراق
المجلد(٣) – العدد (١)، شتاء ٢٠١٨
رقم التصنيف الدولي: ISSN 2518-6566 (Online) - ISSN 2518-6558 (Print)

ونصت المادة (870)[25] من القانون المدني العراقي، بأن مسؤولية المقاول مبنية على خطأ مفترض غير قابل لإثبات العكس فلا يستطيع أن يثبت أ نه قد بذل ما في وسعه من العناية ليتخلص من المسؤولية، لأن إلتزامه في المسؤولية مفترض وهو إلتزام بتحقيق غاية وليس ببذل عناية، ولذلك ليس أمام المقاول إلا أن يثبت قيام السبب الأجنبي لإستبعاد هذه المسؤولية[26].

ومن جانب آخر يبقى المقاول مسؤولاً بالضمان رغم تسل يم العمل في مواجهة صاحب العمل ويبين لنا من ذلك أن كل العقود التي يكون محل إلتزام المدين فيها القيام بعمل تتضمن مرحلتين : المرحلة الاولى مرحلة : تنفيذ الالتزام، وهذه المرحلة تحقق من فاعلية أو جودة هذا التنفيذ، والمرحلة الثانية: هي مدة الضمان[27].

ولأهمية هذه الإعتبارت اعتبر المشرع هذه المسؤولية التي قام بتحديدها ورسم مداها وترتيب أحكامها بأنها مسؤولية تقصيرية نظراً لكونها قد تترتب دون قيام خطأ أو إهمال من جهة المقاول والمهندس حسب المادة (870) من القانون المدني العراقي، والمادة (651) من القانون المدني المصري، والمادة (1792) من القانون المدني الفرنسي[28].

إلا أن هنالك بعض الفقهاء يميلون إلى هذا الرأي نظراً للآراء السابقة وذلك لاعتبارات عدة منها:

أولاً: المدة الذي يضمنها المقاول في تهدم البناء هي مدة التجربة والإختبار لسلامة البناء وهي عشر سنوات، وليس هذه المدة ه ي مدة التقادم، إنما مدة التقادم هي ثلاثة سنوات فقط من وقت انكشاف العيب في المباني، وهذه المدة معرضة للتوقف والانقطاع لو وجد مانع يتعذر معه على صاحب العمل في المطالبة بحقه، ويرى نفس الحكم في فرنسا نظراً من أن عشر سنوات هي التي جعلت المدة القانونية لرفع دعوى الضمان، ولذلك أصبحت بمثابة مدة اسقاط أو مدة التقادم، ولكن الرأي الغالب يرى أنها مدة الإسقاط لا تتوقف ولا تنقطع[29].

ثانياً: أن المدين في المسؤولية العقدية لا يسأل إلا عن الضرر المباشر المتوقع فقط، إلا في حالتين الأولى الغش، والثانية الخطأ الجسيم كما نصت عليها المادة (169/ف3) من القانون المدني العراقي صراحة بقولها: ((فإذا كان المدين لم يرتكب غشاً أو خطأً جسيماً، فلا يجاوز في التعويض ما يكون متوقعاً عادة وقت التعاقد من خسارة تحل أو كسب يفوت))، مما يفهم من عبارة هذا النص أن المدين لا يسأل إلا عن الضرر المباشر في حالة الخطأ الجسيم أو الغش فيمتد مسؤوليته، وذلك لأن حكم المسؤولية العقدية في هذه الحالة كحكم المسؤولية التقصيرية.

بينما التعويض في المسؤولية العقدية لا يكون إلا عن الضرر المباشر المتوقع، أما في حالة الضرر المباشر غير المتوقع لا يدخل في نطاق التعاقد، أي يسقط وجوب التعويض عنه[30].

لذلك كان القضاء المصري يقضي بإلقاء هذه المسؤولية على تهدم البناء بسبب مياه المطر على ذمة المقاول حتى لو كانت هذه الأمطار غزيرة، أي لدرجة غير عادية، وحتى لو كانت البناء منخفضاً عن مستوى الشارع، فإنه يجوز التعويض عن الضرر المباشر إ ذا كان حصولها غير متوقعاً[31].

(25) وتقابلها المادة (651) من القانون المدني المصري.
(26) د. فاضل جبير لفتة، المصدر السابق، ص221 ومابعدها.
(27) صالح عباس صالح، المصدر السابق، ص137.
(28) د. محمد جابر الدوري، المصدر السابق، ص53.
(29) د. عبدالرزاق أحمد السنهوري، المصدر السابق، ج7، ص123.
(30) د. محمد جابر الدوري، المصدر السابق، ص53 وما بعدها.
(31) صالح عباس صالح، المصدر السابق، ص139-140.

مجلة قەڵای زانست العلمية
مجلة علمية دورية محكمة تصدر عن الجامعة اللبنانية الفرنسية – اربيل، كوردستان، العراق
المجلد(٣) – العدد (١)، شتاء ٢٠١٨
رقم التصنيف الدولي: ISSN 2518-6566 (Online) - ISSN 2518-6558 (Print)

كما ذهبت المحاكم الإنجليزية إلى أن قواعد المسؤولية في إنجلترا تتحدد باتفاق بين كل من الطرفين بحيث أن المقاول بمقتضى شرط الصيانة ودعم الأعمال يبقى مسؤولاً عن العيوب التي تظهر فيما يقوم به من الأعمال، حتى لو كانت العيوب نتيجة فيضان فوق العادة، وتقرر هذه المحاكم أيضاً مسؤولية المقاول عن الضرر المباشر غير المتوقع، كما ذهبت محكمة النقض الفرنسية في بعض قراراتها إلى الحكم بالتعويض عن الضرر المباشر وإن كان غير متوقع[32].

ثالثاً: أن المسؤولية التي استحدثها المشرع لا تطبق على العلاقة بين كل من المقاول الأصلي والمقاول من الباطن، لأن مسؤوليتهما متساويان من الناحية الفنية، ولا حاجة لاستحداث المسؤولية الاستثنائية لأن صاحب العمل تعتبر دون مستوى المهندس والمقاول من الناحية الفنية، بناءً على ذلك إذا كانت هذه المسؤولية عقدية فهو يطبق على العلاقة بين كل من المقاول الأصلي والمقاول من الباطن مادامت هذه العلاقة عقدية، ولكنها مسؤولية قانونية يحددها النص لرعاية المصلحة المعينة بالذات، ومقررة لاعتبار معين والذي اقتصر تطبيقها على النطاق الذي يحدده المشرع[33].

رابعاً: ويلاحظ أنه لا مجال للمسؤولية العقدية إلا إذا رفض المدين تنفيذ إلتزامه مع قدرته على تنفيذه، ولا يمكن إجباره على تنفيذ إلتزامه إذا أصبح مستحيلاً بخطئه هذا من جهة، ومن جهة أخرى أن الضمان يترتب على إلتزام المدين ويتحمل تبعته، وعلى ذالك قضت محكمة التميز العراقي بقرار لها: ((حيث أن الذي تراه هذه المحكمة أن مسؤولية المقاول عن التهدم في البناء الذي أقامه لا تنتهي إلا بانقضاء المدة المنصوص عليها في المادة (870) من القانون المدني العراقي))[34].

نهاية المطاف يمكن القول بأن هذه المسؤولية تعتبر مسؤولية قانونية لأن صاحب العمل لا يعلم بأمور البناء والمنشآت ال ثابتة لذلك ينبغي للقانون أن يحميه، وفي نفس الوقت تنبني على كلتا المسؤوليتين العقدية والتقصيرية من ضمن المسؤولية المدنية تحت إطار القانون المدني.

المبحث الثاني
نطاق تطبيق أحكام مسؤولية المقاول

إن مسؤولية المقاول لا تخضع للقواعد العامة، وإنما تطبق أحكامها في نطاق خاص، اي على نطاق محدود وضمن دائرة معينة، لذا فإن أحكامها جاءت لتطبق على أشخاص معينين وعلى نوع محدد من العيوب التي تصيب المباني والمنشات الثابتة، أو من العيوب التي تهدد سلامتها وذلك من خلال فترة معينة ومحددة بعد تسليمها إلى صاحب العمل، لذلك يتطلب تنقسيم هذا المبحث إلى ثلاثة مطالب.

(32) د. محمد جابر الدوري، المصدر السابق، ص54.
(33) د. محمد جابر الدوري، المصدر نفسه، ص53.
(34) صالح عباس صالح، المصدر السابق، ص141.

مجلة قەڵای زانست العلمية
مجلة علمية دورية محكمة تصدر عن الجامعة اللبنانية الفرنسية – اربيل، كوردستان، العراق
المجلد(٣) – العدد (١)، شتاء ٢٠١٨
رقم التصنيف الدولي: ISSN 2518-6566 (Online) - ISSN 2518-6558 (Print)

المطلب الاول: نطاق مسؤولية المقاول من حيث الأشخاص

ويتم تناول هذا الموضوع من حيث الأشخاص المستفيدون من عقد المقاولة والأشخاص المسؤولون عن هذا العقد وذلك في فرعين اثنين.

الفرع الأول: الأشخاص المستفيدون: الأشخاص المستفيدون يقسمون إلى فئات مختلفة لذا لابد من تناولها في نقاط أربعة حيث نخصص لكل فئة نقطة مستقلة:

أولاً: صاحب العمل: يقصد بصاحب العمل الشخص الطبيعي أو المعنوي العام أو الخاص الذي يتم إنجاز البناء أو المنشات الثابتة لحسابه، وصاحب العمل هو الذي يصيبه عادة الضر ر جراء عيوب البناء التي تهدد سلامته، ويستوي في ذلك أن يكون صاحب العمل هو الذي قد أبرم العقد بنفسه أو بواسطة وكيل عنه، وسواء كان شخصاً طبيعياً أو شخصاً اعتبارياً خاصاً أو عاماً، مالكاً للأرض التي يقام عليها البناء أو مجرد منتفع بها، ولا يعتبر المقاول الأصلي في مركز صاحب العمل في علاقته بالمقاول من الباطن، وذلك لأن البناء أو المنشآت الثابتة الذي يقام أو يشيد لا يكون لحسابه هو بل لحساب من تعاقد معه، وبالتالي لا يستطيع الرجوع بهذا الضمان على المقاول من الباطن، وإذا فقد صاحب العمل صفته بالتسليم النهائي للبناء كأن تكون مقاولة عقارية تقوم لإبرام عقود مقاولات لإنشاء مبان لحساب أعضائها وبتوزيعها، فلا يستطيع رفع دعوى الضمان العشري، ويتولاها الأعضاء بأنفسهم أو من خلال جمعية أصحاب الأملاك باعتبارهم المستفيدون من هذا الضمان[35].

ونظراً لخصوصية هذا النوع من المسؤولية، فإنها تطبق على دائرة معينة من الأشخاص دون غيرها، وتلك الدائرة تتحدد من حيث الأشخاص بالمسؤولين عن الضمان، والأشخاص المستفيدون من أحكام هذه المسؤولية الخاصة.

في الحقيقة أن صاحب الحق هو صاحب العمل الذي يتعاقد مع الطرف المقابل هو المقاول والمهندس، بموجب عقد ا لمقاولة للقيام بتنفيذ العمل والإشراف عليه، ولوضع التصاميم اللازمة، ويعمل المقاول والمهندس لصالح صاحب العمل ولحسابه[36].

لذلك فإن المستفيد الأول من تلك المسؤولية هو صاحب العمل الذي يتضرر مباشرة من حدوث الضرر جراء التهدم الكلي أو الجزئي، أو في حالة ظهور عيب فيه يهدد سلامة البناء، وفي ذلك يستطيع صاحب العمل أن يرجع بالضمان إلى المقاول والمهندس من تلك الأضرار أو تبعاً لظروف الحال[37].

ومن ناحية أخرى يمكن أن يكون صاحب العمل شخصاً طبيعياً أو شخصاً معنوياً، مثال ذلك يقوم الشركة بالتعاقد مع مقاول لبناء مساكن لتمليكها لفئة معينة، والإلتزام بالضمان هنا وفق المادة (651) من القانون المدني المصري، يكون على المقاول، ومقرر لصالح صاحب العمل الذي يتعاقد مع هذا المقاول، ففي هذه الحالة ليس لأحد أن يتمسك بأحكامه إلا صاحب العمل، وإذا مات صاحب العمل فإن الحق في التمسك بهذا الحق ي نتقل لورثته في مواجهة المقاول كما ينص عليها المادة (651/ف4) من القانون المدني المصري، ومن جهة أخرى إذا انتقلت ملكية البناء في حياة صاحب العمل، فإن الخلف الخاص، أي المشتري والموهوب له يستطيعان أن يرجعا على المقاول بأحكام تلك الضمان، وذلك لأن الرجوع على شخص المقاول بالضمان يعتبر من ملحقات البناء التي تنتقل معه إلى من إنتقلت إليه الملكية، وذلك دون حاجة إلى نص صريح في العقد حتى لو كان السبب الذي انتقلت به الملكية

(35) د. محمد حسين منصور، المسؤولية المعمارية، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، 1999، ص 197.
(36) د. أحمد سعيد المؤمني، مسؤولية المقاول والمهندس في عقد المقاولة، ط1، مكتبة المنار، عمان، 1987، ص 216.
(37) د. عبدالناصر توفيق العطار، تشريعات في تنظيم المباني ومسؤولية المقاول والمهندس، مطبعة السعادة، ص 128.

مجلة قەڵای زانست العلمية
مجلة علمية دورية محكمة تصدر عن الجامعة اللبنانية الفرنسية – اربيل، كوردستان، العراق
المجلد(٣) – العدد (١)، شتاء ٢٠١٨
رقم التصنيف الدولي: ISSN 2518-6566 (Online) - ISSN 2518-6558 (Print)

لا يلزم الناقل بالضمان، أما غيرهما أي غير صاحب العمل وورثته لا يستطيعون الرجوع على المقاول بالضمان حسب المادة (651/ف4) من القانون المدني المصري، وبصفة خاصة إذا كان المقاول الأصلي قد تنازل عن المقاولة كلها أو بعضها للغير، أو من جهة أخرى عهد إلى مقاول من الباطن تنفيذ تلك العمل كلها أو بعضها فإنه لا يستطيع التمسك بتلك المادة في مواجهة المتنازل إليه أو المقاول من الباطن[38].

ثانياً: الخلف العام: وينتقل الحق في الضمان العشري في حالة وفاته لخلفه العام من ورثة وموصى لهم تبعاً لانتقال ملكية البناء إليهم وطبقاً لقواعد الإستخلاف العام.

والخلف العام هو : من يخلف السلف في ذمته المالية، أو في جزء شائع منها، فيحل الخلف محل السلف بالنسبة للحقوق والواجبات المكونة للذمة المالية[39].

ولذلك لا تظهر الخلافة العامة إلا بسبب الوفاة لأنها تفترض إنحلال ذمة السلف المالية وانتقالها ولا يكون ذلك إلا بعد الوفاة، وعلى ذلك نصت المادة (142/ف1) من القانون المدني العراقي بأنه: ((ينصرف أثر العقد إلى المتعاقدين والخلف العام، دون إخلال بالقواعد المتعلقة بالميراث، مالم يتبين من العقد أو من طبيعة التعامل أو من نص القانون أن هذا الأثر لا ينصرف إلى الخلف العام))[40].

ومن جهة أخرى فإن جميع الحقوق التي يرتبها عقد المقاولة لصاحب العمل تنتقل بعد م وته إلى خلفه العام، ليحلوا محل مورثهم في الرجوع على المعماري المسؤول بمقتضى أحكام المسؤولية الخاصة، وينطبق ذات الحكم على خلفه الخاص كمشتري العقار وذلك وفقاً للرأي الفقهي السائد باعتبار أن هذه الدعوى من مستلزمات البناء وبالتالي فله حق التتبع في أي يد وجد ، وعلى ذلك فإن الحقوق التي يرتبها العقد أي عقد المقاولة لصاحب العمل تنتقل بعد وفاته إلى الخلف العام، ومن أهم تلك الحقوق هو الحق في مباشرة دعوى الضمان [41]، ولا يجوز للطرفين أن يتفقا على عدم إنتقال تلك الضمان إلى الخلف العام، لأن أحكام الضمان متعلقة بالنظام العام[42].

---

(38) د. محمد لبيب شنب، المصدر السابق، ص161.

(39) أحمد سليم فريز نصرة : الشرط المعدل للمسؤولية العقدية في القانون المدني المصري، رسالة الماجستير، مقدمة إلى كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، نابلس، 2006، ص44.

(40) المفهوم من النص أعلاه أن القاعدة العامة من قبل المشرع العراقي هي إنصراف أثر العقد إلى الخلف العام، ولكن تلك القاعدة ليست مطلق ة بل يوجد تحديد لها حيث يوجد في تلك النص القواعد التي تتعلق بالميراث طبيعة العقد أو التعامل، وكذلك نص القانون، أما بالنسبة للحقوق فالأصل أنها تنتقل إلى الوارث بعد وفاة مورثه، فإذا باع شخصاً عيناً بثمن مؤجل وتوفى قبل قبضه إنتقل الحق في الثمن إلى الوارث، ولكن إذا فرض أن البائع قد أخذ بالثمن رهن اً، في تلك الحالة فإن حق الرهن ينتقل مع حق الثمن إلى الوارث، ولكن بالنسبة للفقه الإسلامي يورد الإستثناءات التي ترجع إلى طبيعة الحق، ولذلك فلا تنتقل الحقوق غير المالية إلى الوارث مثل حق الحضانة، وحق الولاية على النفس، وكما لا تنتقل إلى الوارث الحقوق المالية المتعلقة بشخص المورث مثل دين النفقة، وك ذلك حق إجازة تصرف الفضولي، ونقض الإشتراط لمصلحة الغير، بينما عند أصحاب المذهب الحنفي لا تنتقل إلى الوارث الحقوق المتصلة بإرادة المدين ومشيئت ه، مثل الخيارات وحق الأخذ بالشفعة، ولكن يوجد إستثناء من ذلك كخيار العيب، وخيار التعين وخيار فوات الوصف، لأن تلك الخيارات تثبت للوار ث وليس بطريقة الوراثة ولا عن طريق الخلافة، وذهب معظم المذاهب الأخرى إلى النص بوراثة تلك الخيارات، وكذلك حق الشفعة بدليل حديث الرسول صلى الله عليه وسلم: (من ترك مالاً أو حقاً فلورثته)، وعلى كل الأحوال أن المشرع العراقي يقضي بعدم إنتقال الحق في الأجل الذي كان يملكه المورث إلى الوارث حسب نص المادة (296) من القانون المدني العراقي، وكذلك يقضي بعدم وراثة خيار الشرط، وخيار الرؤية، حسب المواد (512 و523) من القانون المدني العراقي، أما بالنسبة للديون فهناك قاعدة تقول (لاتركة الا بعد سداد الدين تمنع انتقالها الى الوا رث، ولكن تصبح التركة هي المسؤولة عن سداد تلك الدين، كالمشتري فإذا اشترى المورث داراً وتوفي قبل دفع ثمنها يبقى ديناً في التركة ولا تنتقل إلى ذمة الوارث، د .حسن علي ذنون، النظرية العامة للالتزامات- مصادر الالتزام، ص 159-161.

(41) د. عبدالرزاق حسين ياسين، المسؤولية الخاصة بالمهندس المعماري ومقاول البناء، ط1، دار المعارف، أسيوط، 1987، ص 588.

(42) توفيق زيداني، التنظيم القانوني لعقد المقاولة على ضوء أحكام القانون المدني الجزائري، رسالة الماجستير مقدمة إلى قسم العلوم القا نونية، كلية الحقوق، جامعة الحاج لخضر- باتنة، 2009- 2010، ص 97.

مجلة قەڵای زانست العلمية
مجلة علمية دورية محكمة تصدر عن الجامعة اللبنانية الفرنسية – اربيل، كوردستان، العراق
المجلد(٣) – العدد (١)، شتاء ٢٠١٨
رقم التصنيف الدولي: ISSN 2518-6566 (Online) - ISSN 2518-6558 (Print)

ثالثاً: الخلف الخاص: المقصود بالخلف الخاص هو : من يخلف الشخص في عين معينة بالذات، أو في حق عيني عليه كالمشتري والموهوب له[43]، أو هو: من تلقى من سلفه حقاً في شئ معين بالذات، سواء كان هذا الشئ مادياً أو معنوياً، وصاحب حق المنفعة هو خلف خاص بالنسبة لمن تلقى منه ذلك الحق، وهذا إستخلاف في حق عيني واقع على عين معينة، وقد نصت المادة (142/ف2) من القانون المدني العراقي بأنه: ((إذا أنشأ العقد إلتزامات وحقوقاً شخصية تتصل بشئ إنتقل بعد ذلك إلى خلف خاص، فإن هذه الإلتزامات والحقوق تنتقل إلى هذا الخلف في الوقت الذي ينتقل فيه الشئ إذا كانت من مستلزماته، وكان الخلف الخاص يعلم بها وقت إنتقال الشئ إليه))[44].

وتعتبر دعوى الضمان من آثار عقد المقاولة الواردة على البناء، وتعد أيضاً من مستلزمات البناء، وذلك لأنه من شأنها تقويته، كما أنها ترتبط أيضاً بصاحب العمل وتنتقل إلى المالك مع إنتقال ملكيته، وللخلف الخاص الرجوع على المهندس المعماري والمقاول أو كليهما بدعوى الضمان إذا تهدم البناء أو ظهر عيب فيه وذلك بعد إنتقال ملكيته إليه[45].

ولذلك قد أجمع الفقه المصري على أن الخلف الخاص لصاحب العمل له الحق في الإفادة من أحكام المسؤولية الخاصة للمقاول، كما ينص القانون الفرنسي على إمكانية إستفادة الخلف الخاص والعام من رفع دعوى الضمان كما جاء في المادة (1792) من القانون المدني الفرنسي، بأن كل معماري يتولى تشييد عمل يكون مسؤولاً بقوة القانون نحو صاحب العمل، أو من تؤول عليه ملكية العمل[46]، فإذا باع صاحب العمل المبنى ثم تهدم كلياً أو جزئياً أو ظهر فيه عيب يهدد متانته أو سلامته، فإنه يجوز للمشتري أن يرجع على المهندس والمقاول بالضمان، وأن الحق في الرجوع على هؤلاء الأشخاص ينتقل إلى الخلف الخاص أيضاً، وذلك طبقاً لنظرية الإستخلاف في الإلتزامات والحقوق[47].

رابعاً: دائن و صاحب العمل: قد يفيد من أحكام تلك المسؤولية دائنو صاحب العمل وذلك عن طريق الدعوى غير المباشرة، وبما حيث تعتبر هذه الدعوى وسيلة قضائية رخص بموجبها القانون للدائن من أجل حفظ حقه في الضمان العام بمباشرة جميع حقوق المدين المهمل لهذه الحقوق ضمن شروط معينة[48]، وعلى ذلك نصت المادة (261) من القانون المدني العراقي أنه: ((1- يجوز لكل دائن ولو لم يكن حقه مستحق الأداء أن يستعمل باسم مدينه حقوق هذا المدين إلا ما اتصل بشخصه خاصة أو ما كان منها غير قابل للحجز؛ 2- وكذلك لا يكون استعمال الدائن لحقوق مدينه مقبولة إلا إذا أثبت أن المدين لم يستعمل هذه الحقوق وإن إهماله في ذلك من شأنه أن يسبب إعساره أو أن يزيد في هذا الإعسار، ولا يشترط إعذار المدين ولكن يجب إدخاله في الدعوى)).

ولذلك يعد الضمان الخاص حقاً من حقوق صاحب العمل، وإن لدائني صاحب العمل أن يباشر و باسمه وأن يطالب المقاول والمهندس بحقه، وأن يقيم على هؤلاء الأشخاص الدعوى غير المباشرة، على أن يدخل صاحب العمل طرفاً في تلك الدعوى،

(43) د. عبدالرزاق أحمد السنهوري، المصدر السابق، ج1، ص541.
(44) د. حسن علي ذنون، النظرية العامة للالتزامات، المصدر السابق، ص 162-163.
(45) مدوري زايدي، مسؤولية المقاول والمهندس المعماري في القانون الجزائري، رسالة الماجستير مقدمة إلى قسم الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، (بدون سنة المناقشة)، ص 95-96.
(46) د. ياقوت محمد ناجي، مسؤولية المعماريين بعد اتمام العمل وتسليمها مقبولة من صاحب العمل، منشأة المعارف، الاسكندرية، ص 76.
(47) د. عبدالرزاق أحمد السنهوري، المصدر السابق، ج7، ص 110-111.
(48) د. عبدالقادر الفار، أحكام الالتزام، ط3، مكتبة دار الثقافة، عمان، 1996، ص83.

مجلة قەڵای زانست العلمية
مجلة علمية دورية محكمة تصدر عن الجامعة اللبنانية الفرنسية – اربيل، كوردستان، العراق
المجلد(٣) – العدد (١)، شتاء ٢٠١٨
رقم التصنيف الدولي: ISSN 2518-6566 (Online) - ISSN 2518-6558 (Print)

ويشترط لمطالبة الدائن عن طريق الدعوى غير المباشرة أن يكون صاحب العمل مقصراً أو مهملاً في استعمال تلك الحقوق، ومن شأن هذا الإهمال أن يؤدي إلى إعساره أو الزيادة في الإعسار[49]، ونرى نفس الحكم في المادة (366) من القانون المدني الأردني.

ومن ناحية أخرى إذا مات صاحب العمل حل محله ورثته في المطالبة بالضمان، لذا يجوز لدائنيه أن يرفعو الدعوى غير المباشرة باسمه للمطالبة بالضمان، وكذلك يجوز أن يكون دائناً بالضمان كل من الخلف العام والخاص والدائنون، والمثال على ذلك إذا قام صاحب العمل ببيع المبنى أو وهبه، ثم تهدم كلياً أو جزئياً، أو ظهر فيه عيب يهدد سلامته ومتانته، يجوز للمشتري أن يرجع على المهندس أو المقاول بالضمان، ولا يكون صاحب العمل دا ئناً بالضمان إذا كان مقاولاً أصلياً تعاقد مع مقاول من الباطن على الأعمال التجارية أو الصحية، وكذلك المقاول من الباطن ليس ملتزماً بالضمان أمام المقاول الأصلي، أو أمام صاحب العمل إلا بمقدار ما تقضي به القواعد العامة[50].

إذن فيما يبدوا لي أن المستفيد الأول هو صاحب العمل، لأن له العلاقة المباشرة أمام الأشخاص الآخرين وليس لأحد أن يطالب بحقه مادام بقي في حياته، ويلي صاحب العمل المستفيدين من تلك المسؤولية هو الخلف العام والخاص، وكذلك دائنو صاحب العمل، ولا ننسى القول بأن صاحب العمل هو الشخص الطبيعي أو الشخص المعنوي، وصاحب العمل هو الذي يصاب عادة بالضرر من جراء عيوب البناء التي تهدد سلامته أو متانته.

الفرع الثاني : الأشخاص المسؤولون : ويقع على رأس الأشخاص المسؤولين عن تهدم البناء أو تعيبه وفقاً لأحكام المسؤولية الخاصة كل من المقاول والمهندس اللذان يباشران عملية البناء وهما يكونان مرتبطين مع صاحب العمل بعقد المقاولة بشكل مباشر، وهناك أشخاص آخرون لا يرتبطون مباشرة مع صاحب العمل بعقد المقاولة، ومع ذلك قد يكونون مسؤولين وفقاً لأحكام المسؤولية الخاصة، مثل البائع والوكيل والصانع والمستورد والموزع، ولذلك سنركز على الاشخاص المرتبطون مباشرة مع صاحب العمل مما يتطلب ذلك تقسيم هذا الفرع إلى نقطتين رئيسيتين حيث نخصص النقطة الأولى للمهندس المعماري، والنقطة الثانية للمقاول نفسه.

أولاً: المهندس المعماري: ويقصد به الشخص المكلف من قبل صاحب العمل، باعداد الرسومات والتصميمات اللازمة لإقامة المباني والمنشات الأخرى والإشراف على تنفيذها بواسطة مقاول البناء [51]، ومن الملاحظ أنه إذا اشترك عدة أشخاص في القيام بهذه التصميمات والرسومات يكون كلهم مسؤولون بالتضامن في حدود ما قاموا به من العمل.

وعرف البعض بأن المهندس : هو الشخص الذي يعينه صاحب ال عمل للقيام بمهام المهندس لأغراض هذا العقد، والمسمى في ملحق عرض المناقصة بهذه الصفة، أو أي شخص آخر يقوم صاحب العمل بتعيينه، كبديل للمهندس من وقت لآخر[52].

ويعتبر المهندس المعماري الشخص المهني إذ تخضع مهنته للقاعدة القانونية في حدود إطار معمارية المهنة، فبالا ضافة إلى القواعد العامة لأهلية التعاقد يجب على المهندس المعماري أن يستوفي الشروط القانونية طبقاً لقانون مهنته[53].

(49) د. عبدالقادر الفار: المصدر نفسه، ص 85- 86.
(50) د. عبدالرزاق أحمد السنهوري، المصدر السابق، ج7، ص111.
(51) د. محمد لبيب شنب، المصدر السابق، ص157.
(52) وزارة الأشغال العامة والاسكان- دائرة عطاءات الحكومية، عقد المقاولة الموحد للمشاريع الإنشائية المعدلة، ط3، الاردن، 2013، (بدون ترقيم الصفحات).
(53) مدوري زايدي، المصدر السابق، ص 38.

مجلة قەڵای زانست العلمية
مجلة علمية دورية محكمة تصدر عن الجامعة اللبنانية الفرنسية – اربيل، كوردستان، العراق
المجلد(٣) – العدد (١)، شتاء ٢٠١٨
رقم التصنيف الدولي: ISSN 2518-6566 (Online) - ISSN 2518-6558 (Print)

وقيل أن المهندس: هو الفنان الذي يصمم أو يرسم مورد مواد البناء للأبنية ويعين لها النسب والأحجام والتقسيمات المختلفة، والزخارف المناسبة، ويشرف على تنفيذها تحت مسؤوليته، وأخيراً يستوفي مصروفاتها[54].

وتجدر الملاحظة أنه إذا كان الشخص الذي يضع التصميمات اللازمة والرسومات لإقامة البناء ويشرف على تنفيذ العمل في البناء يعتبر مهندساً معمارياً، ويكون مسؤولاً سواء كان له الحق في حمل هذا اللقب أم لم يكن له الحق، وسواء كان مقيداً بنقابة المهندسين أم لم يقيد، وذلك لأن العبرة بطبيعة الأعمال التي قام بها وليس بالصفة القانونية للمهندس المعماري[55].

ومن ناحية أخرى لا يشترط في المهندس المعماري أن يكون عاملاً مؤهلاً فنياً في الهندسة المعمارية لأنه إذا كان الشخص الذي قام بتلك المهمة ودام عليها فهو ملتزم بالضمان، وكذلك يكون المهندس ملتزماً بالضمان سواء كان مهندساً كهربائياً أم ميكانيكياً ولكن شريطة أن يقوم بمهمة المهندس المعماري، بينما إذا كان المقاول لا يحمل أية مؤهل أن الشخص الذي وضع تصميماً غير مؤهل فإنه يكون بذلك قد قام بتلك المهمة ويكون ملتزماً بالضمان، ولكن إذا تعدد المهندسون كان كل منهم ملتزمون بالضمان في حدود العمل التي يقوم به[56].

وقد يحدث أن تقتصر مهمة المهندس المعماري على وضع التصميم دون أن يكلف بالرقابة على التنفيذ، وفي تلك الحالة لا يسأل عن تهدم البناء أو عما يظهر فيه من عيوب بشكل مطلق، ولكنه يسأل عن العيوب الناجمة عن التصميم، أي العيوب الذي أثبت في التصميم الذي وضعه، وعلى ذلك فإن عبء الإثبات يقع على عاتق صاحب العمل، أي بأن يثبت بأن العيب يرجع إلى التصميم، ولكن إذا عجز صاحب العمل عن ذلك فلا يكون المهندس المع ماري مسؤولاً، ويجب لمساءلة المهندس المعماري أن يكون مرتبطاً بصاحب العمل بعقد المقاولة، أي يعتبر أنه كان ملتزماً بالقيام بوضع التصميم والإشراف على العمل ولكن مقابل أجر[57].

وعيوب التصميم إما أن ترجع إلى الخطأ في أصول الهندسة المعمارية مثل عدم توفر الكفاية الفنية اللازمة، أو عدم بذل العناية الكافية في وضع أصول التصميم، وإما أن ترجع هذه العيوب إلى قوانين البناء ولوائحها مثل وضع تصميم مبانٍ على رقعة من الأرض أكبر مما تسمح به نظم البناء، أو على أساس كون البناء مرتفعاً أكثر مما يجب قانوناً، أو يخرج البناء عن خط التنظيم[58]، وسواء رجع عيب التصميم إلى أصول الفن المعماري أو إلى مخالفة القوانين والأنظمة، وسواء أكان واضع التصميم مهندساً أم غير مهندس، فإنه يجب عليه الضمان، وسواء كان هو الذي أشرف على التنفيذ أم لم يشرف عليه، بينما إذا أشرف المهندس واضع التصميم على التنفيذ فإنه يكون مسؤولاً عن عيوب التصميم وعيوب التنفيذ معاً، إلا أن المشرع العراقي لم يجعل المهندس المعماري والمقاول متضامنين أمام صاحب العمل إلا إذا كان كل منهما مسؤولاً عن التهدم أو العيب [59]، وذلك حسب نص المادة (871/ف2/) من القانون المدني العراقي.

وقد يباشر المهندس المعماري أعمالاً مادية، مثل وضع التصميم من عمل الرسومات، أو إدارة الأعمال كالإشراف على التنفيذ المعماري والهندسي إلى آخره، كما قد يباشر بعض الأعمال القانونية مثل عقد الصفقات لحساب صاحب العمل، وإقرار حساب

(54) حسب تقنين جياديت الذي اعتبر في فرنسا بمثابة ميثاق شرف لمهنة الدراسة المعمارية، وقد أقره مؤتمر بوردو للمهندسين المعماريين الفرنسيين سنة 1895، والمعدل في سنة 1912 لدى الجمعية المركزية للمهندسين المعماريين، عبدالرزاق حسين يس، المصدر السابق، ص 412؛ عبدالقادر زهرة، نطاق الضمان العشري للمشيدين- دراسة مقارنة بين التشريعين الجزائري والفرنسي، رسالة دكتوراه قدمت إلى قسم الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة باتنة، 2008- 2009، ص124.
(55) د. محمد لبيب شنب، المصدر السابق، ص157.
(56) د. عبدالرزاق أحمد السنهوري، المصدر السابق، ج7، ص109-110.
(57) د. عبدالحميد الشواربي، التعليق الموضوعي على القانون المدني، منشأة المعارف، الاسكندرية، ص85.
(58) د. عبدالرزاق أحمد السنهوري، المصدر السابق، ج7، ص119.
(59) د. جعفر الفضلي، الوجيز في العقود المدنية، دار الكتب للطباعة والنشر، الموصل، 1989، ص 419.

مجلة قەڵای زانست العلمية
مجلة علمية دورية محكمة تصدر عن الجامعة اللبنانية الفرنسية – اربيل، كوردستان، العراق
المجلد(٣) – العدد (١)، شتاء ٢٠١٨
رقم التصنيف الدولي: ISSN 2518-6566 (Online) - ISSN 2518-6558 (Print)

المقاول، وعلى ذلك فإن الأعمال المادية تسري عليها أحكام المقاولة، بينما الأعمال القانونية تسري في شأنها أحكام الوكالة، لذلك فإن عمل المهندس خليط بين عقدي المقاولة والوكالة، وتسري عليها أحكام كلا العقدين إلا أن الغالب هو عنصر المقاولة [60] هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى لا تقتصر دور المهندس المعماري على وضع التصميمات والمقايسات والإشراف على تنفيذها، بل يشارك في عملية التشييد نفسها مثل توريد المواد والآلات والأدوات وتقديم العمال الفنيين اللازمين فيعتبر تاجراً أيضاً[61].

أما بالنسبة لأجر المهندس المعماري فيتم تحديده بناء على الإتفاق مع صاحب العمل، ففي هذ ه الحالة يجوز أن يستحق أجراً عن إعداد التصميمات والمقايسات، وكذلك يستحق أجراً آخر عن إدارة الأعمال، ومن زاوية أخرى ليس هناك ما يمنع أن يحدد الإتفاق على أجر واحد للعملين دون تحديد نصيب كل منهما في الأجر كما في حالة ما إذا عهد إلى المهندس المعماري العملين معاً[62].

ويستحق المهندس المعماري أجراً مستقلاً عن وضع التصميم الذي يتم البناء بموجبه، وكذلك الإشراف على تنفيذ تلك البناء، ولذلك يرجع في تحديد الأجر إلى الإتفاق بين المهندس المعماري وصاحب العمل التي حصل عليها وبذلك يلزم العمل بتلك الإتفاق، بينما إذا لم يوجد إتفاق على مقدار الأجر ولا يتطرق له الطرفان في العقد فإن المهندس يستحق أجراً واحداً فقط لأنه يمارس مهنته[63]، وهذا طبقاً لنص المادة (881/ف1) من القانون المدني العراقي، والمادة (796/ف1) من القانون المدني الأردني.

ثانياً: المقاول: المقصود بالمقاول من الناحية اللغوية: هو المفاوض، أي هو الذي يقوم بالبناء أو يتولى إقامة البناء أو المنشأت حتى لو قام بذلك أشخاص آخرين حيث يتولى دور الإشراف عليهم باستقلالية عن صاحب العمل، وقد يوجد أكثر من مقاول وكل واحد ضامن لأعماله[64].

والمقاول الذي يقوم بتنفيذ الأعمال يجب أن يسجل في سجل المقاولين بموجب تعليمات تسجيل وتصنيف المقاولين العراقيين رقم (1) لسنة 2005، والتي عرفت المقاول بأنه : ((الشخص الطبيعي الذي يزاول أعمال المقاولات، ويكون حائزاً على هوية تسجيل وتصنيف المقاولين العراقيين، أما الشركة المقاولة فهي الشركة المؤسسة بموجب قان ون الشركات رقم (21) لسنه 1997 المعدل، وتزاول أعمال المقاولات حسب نشاطها، وتكون حائزة على هوية تسجيل وتصنيف المقاولين))[65].

أما من الناحية الإصطلاحية فهو : الشخص الذي يعهد إليه تشييد المباني وإقامة المنشآت الثابتة الأخرى، وسواء كان المواد التي أقام بها المنشآت قد أحضرها من عنده أو قدمها له صاحب العمل وفي الحالتين يلتزم بالضمان[66].

---

(60) د. قدري عبد الفتاح الشهاوي، عقد المقاولة في التشريع المصري، منشأة المعارف، الاسكندرية، 2004، ص218-219.
(61) د. محمد لبيب شنب، المصدر السابق، ص67.
(62) وعلى ذلك بين كل من المشرع العراقي والمصري والسوري كيفية تقدير أجر المهندس المعماري عند إغفال الإتفاق عليه، ونصت عليه المادة (881/ف1-2) من القانون المدني العراقي بأنه : ((1- يستحق المهندس المعماري أجراً مستقلاً عن وضع التصميم وعمل المقايسة، وآخر عن إدارة الأعمال، فإذا لم يحدد العقد هذه الأجور وجب تقديرها وفقاً للعرف الجاري))، أما الفقرة الثانية في نفس المادة فقد وردت فيها ما يلي : ((2- غير أنه إذا لم يتم العمل بمقتضى التصميم الذي وضعه المهندس، وجب تقدير الأجرة بحسب الزمن الذي إستغرقه وضع التصميم مع مراعاة طبيعة هذا العمل))، وكذلك نرى نفس المبدأ في المادة (660/ف1-2) من القانون المدني المصري، والمادة (626/ف1-2-3) من القانون المدني السوري، بينما المشرع الجزائري لم يبين الحكم في الحالة التي لا يتطرق فيها صاحب العمل والمهندس المعماري إلى تحديد مقدار الأجر المستحق للمهندس المعماري، توفيق الزيداني، المصدر السابق، ص36.
(63) د. عدنان ابراهيم السرحان، العقود المسماة، ط1، الإصدار الثالث، دار الثقافة، عمان، 2007، ص84.
(64) محمد بن مكرم بن منظور الأفريقي المصري، لسان العرب، ج7، ط1، دار صادر، بيروت، ص210؛ إبراهيم مصطفى، أحمد الزيات، حامد عبدالقادر، محمد النجار، المعجم الوسيط، تحقيق مجمع اللغة العربية، ج2، مكتبة مشكاة، القاهرة، ص767.
(65) د. فاضل جبير لفتة، المصدر السابق، ص214.
(66) د. عبدالرزاق أحمد السنهوري، المصدر السابق، ج7، ص110.

مجلة قەڵای زانست العلمية
مجلة علمية دورية محكمة تصدر عن الجامعة اللبنانية الفرنسية – اربيل، كوردستان، العراق
المجلد(٣) – العدد (١)، شتاء ٢٠١٨
رقم التصنيف الدولي: ISSN 2518-6566 (Online) - ISSN 2518-6558 (Print)

والمقاول هو صاحب فكرة الإستثمار وصاحب مشروع المقاولة، وهو الشخص الذي يقوم بانشائها ومن يعمل على إدارتها وتسييرها ويبحث على تطوريها وربط العلاقة مع محيطها لدرجة تصبح المقاولة والمقاول شيئين متلازمين[67].

وفي الغالب تكون مهمة تنفيذ أشغال المباني وانجازها متعلقة بالمقاول حيث يعهد له مالك البناء بمقتضى عقد المقاولة، حيث قام المقاول بالتنفيذ العملي للرسومات والتصاميم الهندسية بما يمليه عليه العمل من الإدارة والإشراف، وحراسة المواد ا لمستخدمة في البناء، وإكتشاف الأخطار التي يمكن تصور وجودها في التصميمات والرسومات، ومراقبة مكان العمل لتفادي أية حوادث محتمل وقوعها سواء لصاحب العمل أو للمارة[68].

لذلك أجمع الفقه على أن المقاول هو : الشخص الذي يعهد إليه صاحب العمل تشييد المبنى أو إقامة المن شآت الثابتة الأخرى بناء على ما يقدم له من تصميمات وذلك في مقابل أجر، ودون أن يخضع في عمله لإشراف ورقابة صاحب العمل أو غيره[69].

ومن الجدير بالذكر أن مهمة المقاول لا يخرج على عدة مهمات وهي : إنجاز العمل وهو الإلتزام الرئيسي الذي يترتب على عاتق المقاول، وينطوي تلك الإلتزام على الواجبات في إنجاز العناية اللازمة سواء قدم المادة من عنده أم تم تقديمها من قبل صاحب العمل، بالنسبة للمقاول الذي يقدم مواد الأبنية من عنده يبرم فقط مجرد عقد المقاولة، ولكن دون أن يتضمن بيع هذه المواد، باعتبار أن تلك المواد تصبح ملكاً لصاحب الأرض، أي صاحب العمل بالإلتصاق [70]، ويجب عليه أن ينجز هذا العمل على الطريقة التي تم الاتفاق عليها في عقد المقاولة، وإذا لم يوجد إتفاق وجب إتباع العرف، وإذا احتاج في إنجاز العمل طبقاً لشروطه إلى أدوات ومهمات، ففي هذه الحالة يجب عليه أن يأتي بها على نفقته، و كذلك على المقاول في إنجاز العمل من توفير الأدوات اللازمة ومهمات إضافية أخرى على نفقته، وهذا ما لم يقض الإتفاق أو عرف الحرفة على غير ذلك، عليه فمن الواجب على المقاول أن يبذل العناية اللازمة في إنجاز العمل والمقصود ببذل العناية اللازمة في هذا الصدد تحقيق نتيجة إيجابية، ومن مهام المقاول أيضاً تسليم العمل لأن التسليم هو العمل القانوني الذي عن طريقه يقرر صاحب العمل، وقد يكون المقاول واحداً ويقيم المنشات، ولكن يجوز أن يعهد صاحب العمل العمل إلى عدة مقاولين مثل أن يعهد وضع الأساس إلى أحد المقاولين، وإلى آخر أعمال البناء من أرضيات وسقف والجدران وغير ذلك، وقد يقوم مقاول آخر بأعمال النجارة والحدادة وحتى المرحلة الأخيرة، وكل هؤلاء المقاولين يعتبر مقاولاً في العمل الذي قام به، وعلى ذلك يكون ملتزماً بالضمان في حدود العمل الذي إتفق عليه، ومعنى ذلك هو أن يبرم صاحب العمل عدة عقود وذلك على حسب التخصص[71].

وقد كان للتطور الحديث في أعمال المباني والتشييد من حيث المواد والمكونات المستعملة في المباني أو إدخال المكينة والتصنيع في تنفيذها الأثر البالغ الأهمة في تغيير وظيفة المقاول التقليدية، ولذلك أصبح دوره بالنسبة إلى أجزاء مهمة في المباني وهو مجرد التركيب ولكن البناء بأكمله قد يكون سابق التجهيز[72].

وتعتبر شخصية المقاول محل إعتبار في التعاقد، وتفترض تلك الصفة في العقود التي تبرم مع العمال وكذلك الصناع إلا إذا كان هناك دليل أو عرف يقضي بغير ذلك، وعليه فإن شخصية المقاول متطبعة بمهنة المقاولة التي قام بها، ويرتبط نجاح أو فشل

(67) د.عبد الرحمن الصديقي، كيف يمكن للمرء ان يصبح مقاولا والاكراهات الواجب تخطيها، البحث متاح على شبكة الانترنيت http://storage.canalblog.com/31/86/134455/48147969 : تأريخ الزيارة 2015/1/10.
(68) د. غنام محمد غنام، المسؤولية الجنائية لمشيدي البناء، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، العدد الثالث، القسم الأول، 1995، ص94.
(69) د. غنام محمد غنام، المصدر نفسه، العدد الرابع، القسم الثاني، 1995، ص34.
(70) د. قدري عبد الفتاح الشهاوي، المصدر السابق، ص 99.
(71) د. عبدالرزاق أحمد السنهوري، المصدر السابق، ج7، ص 66- 67، 106، 110.
(72) د. أحمد عبد العال، الاحكام العامة لعقد المقاولة، دار الجامعية، القاهرة، 2003، ص 119.

مجلة قەڵای زانست العلمية
مجلة علمية دورية محكمة تصدر عن الجامعة اللبنانية الفرنسية – اربيل، كوردستان، العراق
المجلد(٣) – العدد (١)، شتاء ٢٠١٨
رقم التصنيف الدولي: ISSN 2518-6566 (Online) - ISSN 2518-6558 (Print)

المقاولة في مهامها بمدى إهتمام **المقاول** بخبايا أو جدية مهنته، وكذلك مدى اجتهاده في إتخاذ القرارات الصائبة في الوقت والزمان المناسبين[73].

ويبدو للناظر في عقد المقاولة بأن المهندس المعماري هو الذي يقوم بإعداد التصميمات والرسومات اللازمة وكذلك النماذج لإعداد المباني والمنشات الثابتة التي تهدد سلامة البناء وصلابته، وأن الشخص المقاول هو الذي يقوم بأعمال البناء على وجه المتفق عليه من قبل صاحب العمل، وعليه أن يقوم وفق المطالب التي يتطلبها صاحب العمل، وينبغي عليه أن يبني المب اني دون عيوب، وأن يسلمها في الموعد المتفق عليه لصاحب العمل.

المطلب الثاني: نطاق مسؤولية المقاول من حيث الأضرار

تتشدد القوانين مع القائمين على عملية التشييد والبناء وذلك من خلال وضع قواعد خاصة لمسؤولياتهم عما يحدث من خلل أو تهدم فيما شيدوه من مبانٍ أو أقاموه من منشآت، لذا دعت الضرورة إلى وضع قواعد خاصة لإصلاح الأضرار وحث المهندسين والمقاولين الذين يحترفون البناء والتشييد المعماري على الدقة وحسن التنفيذ، ومن ثم تلاقي الأضرار الجسمية التي قد تنجم عن تهدم المباني التي يقيمونها، وهذا الموضوع يتطلب تقسيمه إل ى فرعين حيث يتم تخصيص الفرع الأول للأضرار التي تصيب المباني والمنشآت الثابتة، بينما يتناول الفرع الثاني خطورة الأضرار التي تصيب المباني والمنشآت الثابتة.

الفرع الاول: الأضرار التي تصيب المباني والمنشات الثابتة : تعتبر المباني والمنشآت الثابتة علامة للإستقرار في حياة الإنسان، وكذلك نقطة الإنطلاق أو البداية لنشاط الإنسان في عيشه وحياته اليومية، كما تعتبر بناءها وتشييدها من ضمن الأعمال المعقدة أو الصعبة التي تحتاج إلى مؤهلات علمية وخبرات فنية، لذا فإن ما يشوبها من خلل أو أي عيب من العيوب هو بالتاكيد يه دد بالضرورة حياة الانسان وسلامته واستقراره، وهذا يتطلب أن نبحث عن المقصود بالمباني ثم المنشآت الثابتة من خلال النقطتين التاليتين:

أولاً: المقصود بالمباني التي تصيبها الأضرار : هو كل ما يرتفع فوق سطح الأرض من منشآت ثابتة من صنع الإنسان بحيث يستطيع الفرد أن يتحرك بداخلها، وأن يكون من شأنها توفير الحماية له ولو كانت جزئية ضد المخاطر الناجمة عن المؤثرات الطبيعية الخارجية، ومن أمثلة المباني: المنازل والمدارس والأسواق والمستشفيات والمصانع[74].

وقيل هو كل عمل أقامته يد الإنسان في حيز ثابت من الأرض ومتصلاً بها إتصا ل قرار عن طريق الربط، ويجب أن تكون تلك الروابط دون تعيُّب من بين مجموعة من المواد إياً كان نوعها ولا يهم الهدف الذي أنشئت من أجله، وهذه الأعمال سواء أكانت للسكن أو للتعليم، وإياً كانت المواد التي صنعت منه [75]، ومعنى الإتصال بالأرض إتصال قرار وهو كونة متصلاً مباشرة بالأرض كالجدار في الدور العلوي متصل بالأدوار السفلي، ثم بعد ذلك متصل بالأرض إتصال قرار[76].

(73) أحد أشرف، المقاول، مقال متاح على شبكة الانترنيت: http://www.entej.com/blog/ تأريخ الزيارة 2015/1/15.
(74) د. حسن علي ذنون، المبسوط في المسؤولية المدنية- المسؤولية عن الاشياء، ج5، دار وائل للنشر، عمان، 2006، ص321.
(75) د. فاضل جبير لفتة، المصدر السابق، ص216.
(76) د. عبدالناصر توفيق العطار، المصدر السابق، ص9.

مجلة قەڵای زانست العلمية
مجلة علمية دورية محكمة تصدر عن الجامعة اللبنانية الفرنسية – اربيل، كوردستان، العراق
المجلد(٣) – العدد (١)، شتاء ٢٠١٨
رقم التصنيف الدولي: ISSN 2518-6566 (Online) - ISSN 2518-6558 (Print)

وعرفه البعض بأنه: مجموعة من المواد أياً كان نوعها، جبساً أو خشباً أو حديداً أو كل ذلك مع بعض، أو شيئاً غير هذا شيدتها يد الإنسان لتتصل بالأرض إتصال قرار[77].

بينما يعرفه رأي آخر بأنه كل عمل أقامته يد الإنسان، ثابت في حيزه من الأرض، متصلاً بها إتصال قرار عن طريق الربط بحيث يكون غير قابل للفك دون تعيب بين مجموعة من المواد أياً كان نوعها وجرت العادة في استعمالها في مثل هذا العمل طبقاً لمقتضيات الزمان والمكان[78].

ويتبين لنا من خلال التعريفات السابقة للمباني بأنه : لا وجود لأهمية المواد المستخدمة للبناء في مدى إخضاعه لأحكام المسؤولية الخاصة، حيث تخضع جميع تلك المباني لأحكام الضمان، لذا قد يكون المبنى قد شيد بالطوب، أو بالحجارة، وكذلك بالخشب أو الحصير وغيرها من المواد المستخدمة للأغراض المقصودة[79].

ومن ناحية أخرى أنه قد يكون المبانى منزلاً وقد يكون عمارةً، وقد يكون داراً للسينما أو مسرحاً أو مطعماً أو مصنعاً أو مقراً إدارياً لشركة من الشركات إلى آخره، ولكن لم يشترط أن يكون قد شيد بالطوب أو الحجارة، بيد أنه يجوز أن يكو ن قد بني بالخشب، إلا أنه يشترط أن يكون ثابتاً في مكانه لا يمكن نقله[80].

ومن المهم أن يكون البناء ثابتاً في مكانه ولا يمكن نقله دون هدمه وتلفه، ولكن إذا كان من الممكن نقله دون هدمه وتلفه، مثل الأكشاك[81]، والمنازل القابلة للفك، والتركيب التي يمكن نقلها من مكان إلى مكان آخر، فلا يعد مبنى[82].

أما بالنسبة للأعمال المتعلقة بالبناء والتي تسري عليها أحكام المسؤولية الخاصة لأعمال التشييد والبناء يوجد مفهومين، المفهوم الأول: أنه يشمل فضلاً على أعمال البناء وإقامة المنشات الجديدة أعمال أخرى كالتعلية والترميم والتجديد والتدعيم والتوسعة، وكذلك إعادة تشييد المباني، والمفهوم الثاني: أنه اقتصر على أعمال البدء بالمنشآت الجديدة، وكذلك تشييد المباني[83].

وقد أخذت غالبية الفقه المصري بالمفهوم الأول لأنه يرى أن أحكام المسؤولية الخاصة تسري على جميع الأعمال المتعلقة بالبناء والتشييد كالتعلية والترميم إلى آخره بشرط أن يكون تلك الترميمات واقعة على الأجزاء الرئيسية للبناء، أي الأجزاء التي تعتمد عليها سلامة المبانى [84]، ونجد نفس المبدأ في الفقه الفرنسي، إلا أن هناك رأي آخر في الفقه المصري يأخذ بالمفهوم الثاني في أعمال التشييد والبناء و ذلك لأن أحكام المسؤولية الخاصة لا تسري إلا على أعمال المنشات الجديدة، ولكن قواعد المسؤولية العامة تحكمها الأعمال الأخرى في المسؤولية العقدية[85].

وعلى ذلك يخرج من ضمن أعمال التشييد والبناء حسب المفهوم الأول، حفر الآبار، وشق الترع والقنوات، وكذلك لا يدخلها أعمال الزينة والزخرفة[86]، والرأي الذي نفضله نحن بدورنا هو المفهوم الأول وذلك لأن أحكام المسؤولية الخاصة تسري على جميع أعمال التشييد والبناء.

---

(77) د. عبدالرزاق أحمد السنهوري، المصدر السابق، ج1، ص1213.
(78) د. عبدالرزاق حسين ياسين، المصدر السابق، ص659.
(79) د. عبدالرزاق أحمد السنهوري، المصدر السابق، ج7، ص107.
(80) د.محمد لبيب شنب، المصدر السابق، ص162.
(81) الأكشاك: جمع كشك وهو غالباً ما يكون مبنية من حديد أو الالمنيوم أو الخشب وذلك لبيع الصحف والمجلات أو الأدوات القرطاسية، أو يستخدم لبيع المثلجات والمرطبات وبعض أنواع الحلويات...
(82) د. عبدالرزاق أحمد السنهوري، المصدر السابق، ص107.
(83) د. ياقوت محمد ناجي، المصدر السابق، ص93.
(84) د. محمد لبيب شنب، المصدر السابق، ص163.
(85) د. محمد شكري سرور، مسؤولية المهندس ومقاولي البناء والمنشآت الثابتة الأخرى، دار الفكر العربي، القاهرة، 1985، ص212.
(86) د. محمد لبيب شنب، المصدر السابق، ص163.

مجلة قەڵای زانست العلمية
مجلة علمية دورية محكمة تصدر عن الجامعة اللبنانية الفرنسية – اربيل، كوردستان، العراق
المجلد(٣) – العدد (١)، شتاء ٢٠١٨
رقم التصنيف الدولي: ISSN 2518-6566 (Online) - ISSN 2518-6558 (Print)

ثانياً: المقصود بالمنشات الثابتة التي تصيبها الأضرار: التجهيزات المرتبطة إرتباطاً وثيقاً بالمنشآت، والتي من شأنها أن تستجيب لقيود الإستعمال، وأن تكون مطابقة لاحتياجات المستعمل[87].

أو يمكن القول بأنه: كل عمل أقامته يد الإنسان ثابتاً في حيزه من الأرض متصلاً بها عن طريق الربط بين مجموعة من المواد أياً كان نوعها بحيث يكون غير قابلة للفك مما يتيسر للإنسان سبيل انتقاله أو سبيل معاشه[88].

وعلى ذلك يخضع كل من المادة (870) من القانون المدني العراقي، والمادة (651) من القانون المدني المصري، والمادة (788) من القانون المدني الأردني، لأحكام المسؤولية الخاصة بالمقاول والمهن دس مع وجود ملاحظة في القانون المدني الأردني في نقص شرط الثبات كما جاء في نص المادة (788) منه أنه: ((إذا كان عقد المقاولة قائماً على تقبل بناء يضع المهندس تصميمه على أن ينفذه المقاول تحت إشرافه كانا متضامنين في التعويض لصاحب العمل عما يحدث في خلال عشر سنوات من تهدم كلي أو جزئي فيما شيداه من مبانٍ أو اقاماه من منشآت، وعن كل عيب يهدد متانة البناء وسلامته إذا لم يتضمن العقد مدة أطول))، وذلك لأن شرط الثبات هو الركن الأساسي لخضوع البناء والمنشات لأحكام المسؤولة الخاصة على حد سواء، وعلى ذلك فإن المنشآت الثابتة التي تقام على الأرض تخضع لأحكام المسؤولية الخاصة، ولكن يوجد إختلاف حول بعض الأعمال التي لا تتوفر فيه عنصر القيام ألا وهي الإرتفاع على سطح الأرض، ولذلك يقول البعض بأن تلك الأعمال تخرج من نطاق سريان أحكام المسؤولية الخاصة بالمقاول والمهندس، بدليل أن المادة (651) من القانون المدني المصري، يتحدث عن تشييد المباني وإقامة المنشات الثابتة، وذلك باعتبار أن تلك الأعمال ليس من قبيل تشييد المباني والمنشات الثابتة[89]، كما ينص القانون المدني العراقي على نفس المبدأ، ولكن يرى غالبية الفقهاء بأنه تسري أحكام المسؤولية الخاصة على هذه الأعمال ولا يتحتم في المنشآت أن تكون فوق الأرض بل يصح أن تكون من تحتها أو في مستواها [90]، والرأي الذي نفضله هو رأي غالبية الفقهاء وذلك لأن المنشآت قد يكون فوق الأرض أو في مستواها أو تحتها، وأن النص لم يشترط أن تكون تلك المنشآت مبنية فوق سطح الأرض.

وفيما يبدوا لي أن التعريف الشامل للبناء هو تعريف الدكتور عبد الناصر العطار [91] الذي يقول بأنه: كل شئ متماسك من صنع الإنسان، وأتصل بالأرض إتصال قرار، وهذا التعريف ملائم، بينما التعريف الشامل للمنشآت الثابتة هو تعريف الدكتور عبد الرزاق يس[92] الذي يقول بأنه: لكل عمل أقامته يد الإنسان ثابتاً في حيزٍ من الأرض متصلاً بها عن طريق الربط بين مجموعة من المواد إياً كان نوعها غير قابلة للفك بحيث ييسر على الإنسان سبيل إنتقاله أو سبيل معاشه، لأن كل عمل يصنع هو بالتأكيد يكون بيد الإنسان أي الدور الرئيسي هو للإنسان، إذن يوجد إختلاف بين المباني والمنشآت الثابتة على الوظيفة التي تؤديها كل منهما، وذلك لأن المباني تقتصر وظيفته على إيواء الإنسان، أو الطيور، أو الحيوانات، أو النباتات إلى آخره، بينما وظيفة المنشات تمتد على الإنسان لتيسر سبيل إنتقاله من مكان إلى آخر، كالشوارع، ولتيسر سبيل معاشه كالخزانات، والترع، أو المصارف، أو حفر الآبار، بينما يشتركان كلاهما من حيث التكوين فتكونان من حديد، أوالخشب، أوالطوب، أو الحجر أو غير ذلك.

(87) زيداني توفيق، المصدر السابق، ص101.
(88) د. عبدالرزاق حسين ياسين، المصدر السابق، ص689.
(89) د. محمد لبيب شنب، المصدر السابق، ص162.
(90) د. عبدالرزاق أحمد السنهوري، المصدر السابق، ج7، ص 108.
(91) د.عبدالناصر توفيق العطار، المصدر السابق، ص9.
(92) د. عبدالرزاق حسين ياسين، المصدر السابق، ص659.

مجلة قەڵای زانست العلمية
مجلة علمية دورية محكمة تصدر عن الجامعة اللبنانية الفرنسية – اربيل، كوردستان، العراق
المجلد(٣) – العدد (١)، شتاء ٢٠١٨
رقم التصنيف الدولي: ISSN 2518-6566 (Online) - ISSN 2518-6558 (Print)

الفرع الثاني: خطورة الأضرار التي تصيب المباني والمنشآت الثابتة : يجب أن تكون الأضرار التي تصيب المباني والمنشآت على درجة عالية من الخطورة، وأن يؤدي ذلك إلى تهدم المباني والمنشات الثابتة كلياً أو جزئياً، أو حدوث عيب يهدد سلامته، ولذلك قرر القانون مبدأ هاماً لحماية الأعمال وأصحابها وللمصلحة العامة بأن ألزم المقاول المسؤولية الكاملة بالتضامن عن كل خطأ أو خلل يصيب المنشآت والأعمال التي يقوم بها، وعلى ذلك فقد ذهب بعض الفقهاء في فرنسا إلى أن الإلتزام هنا إلتزام قانوني أوجبه القانون لحماية صاحب العمل لخطورة المباني والمنشآت الثابتة الأخرى، ووجوب إختبار صلاحيتها ومتانتها مدة من الزمن [93]، لذلك يتطلب تقسيم هذا الفرع إلى نقطتين أيضاً، ففي النقطة الأولى نتناول تهدم البناء وظهور العيب فيه، والنقطة الثانية تكون لأسباب هذا الإنهدام أو ظهور العيب فيه.

أولاً: إنهدام البناء أو حدوث عيب فيه يهدد سلامته : تنص المادة (870/ف1) من القانون المدني العراقي، بأنه ((يضمن المهندس المعماري والمقاول ما يحدث خلال عشر سنوات من تهدم كلي أو جزئي فيما شيدوه من مبان أو ما أقاموه من منشآت ثابتة أخرى حتى ولو كان التهدم ناشئاً عن عيب في الأرض ذاتها أو كان رب العمل قد أجاز إقامة المنشآت المعيبة ما لم يكن المتعاقدان قد أرادا أن تبقى هذه المنشآت مدة أقل من عشر سنوات، وتبدأ مدة هذه السنوات العشر من وقت تمام العمل وتسليمه، ويكون باطلاً كل شرط يقصد به الإعفاء أو الحد من هذا الضمان))، ولذلك نرى بأن المقصود بالتهدم هو ليس التهدم الكلي فحسب وإنما يشمل سقوط أي قسم من البناء أو أي جزء داخل في تكوين أي ع نصر من عناصره، أو أي جزء غير ثابت في البناء وضع بشكل لا يقبل معه الإنفصال عنه، ولا يشترط في تلك التهدم المنصوص عليه في نص المادة (870) من القانون المدني العراقي، والمادة (651) من القانون المدني المصري، والذي يكون محلاً لمسائلة المقاول بأن يكون حالاً وواقعاً بالفعل، ولكن يكفي أن يكون أمراً مستقبلاً، مثل حدوث تشققات في المباني إذا كان وقوعه أمراً لا مفر منه[94].

ومن ناحية أخرى يمكن القول بأن المقصود بالتهدم هو إنحلال الرابطة التي تربط أجزائها ببعضها البعض، أو وجود عيوب يترتب عليها تهديد سلامة البناء وصلابته، مثل ضعف الأساس التي تستخدم في المباني، أو قدم الأخشاب والحديد المستخدمين في المباني[95]، وقد يكون التهدم كلياً أو جزئياً، إذا كان التهدم كلياً يصيب المباني فيسقط في هذه الحالة لا يعود البناء قائماً، بينما إذا كان التهدم جزئياً يصيب جزءً من البناء غير الأجزاء الأخرى[96].

وفي حالة مخالفة المقاول في الأنظمة الخاصة والقوانين المتعلقة بالمباني مثل تجاوز الإرتفاع المسموح به، أو عدم الإرتدادات القانونية، فيعد ذلك في حكم التهدم وهو ما يؤدي إلى إزالة الجزء المخالف للأنظمة والقانون[97].

عليه فإن مسؤولية المقاول يتحقق ولو لم يثبت أن العيب كان موجوداً في المباني وقت إقرار صاحب العمل به، مما نفهم من ذلك أنه يكفي لقيام مسؤولية المقاول ظهور عيب يهدد سلامة المباني، لذلك لم يكن من الضروري لقيام تلك المسؤولية حدوث

(93) د. عادل عزت السنجقلي، المصدر السابق، ص90.
(94) د. محمد جابر الدوري، المصدر السابق، ص146.
(95) د. محمد لبيب شنب، المصدر السابق، ص163-164.
(96) د. أحمد سعيد المؤمني، المصدر السابق، ص229.
(97) د. محمد كامل مرسي باشا، شرح القانون المدني الجديد- العقود المسماة، منشأة المعارف، الاسكندرية، 2005، ص499.

مجلة قەڵای زانست العلمية
مجلة علمية دورية محكمة تصدر عن الجامعة اللبنانية الفرنسية – اربيل، كوردستان، العراق
المجلد(٣) – العدد (١)، شتاء ٢٠١٨
رقم التصنيف الدولي: ISSN 2518-6566 (Online) - ISSN 2518-6558 (Print)

تهدم جزئي أو الكلي في المباني ل كي يترتب عليه الضمان [98]، وعلى ذلك يجب أن يتوافر شرطين في العيب الذي يهدد سلامة البناء:

1 - أن يكون العيب خطراً أو مؤثراً بما يكفي بحيث يهدد سلامة المباني وصلابته، ولكن ليس على المقاول الضمان إذا لم يكن العيب خطراً أو كان غير مؤثر مثل العيب الدهان، أو في البياض، أو في البلاط، أو في الأبواب، أو غير ذلك من الأجزاء في المباني من شأنه أن لا يهدد سلامة البناء، إلا أنه إذا كان العيب خطير كالدهان المسرطن ففي تلك الحالة يدخل من ضمن مسؤولية المقاول.

2 - أن يكون العيب خفياً فإذا كان ظاهراً أو معلوماً لصاحب العمل بحيث يمكن فحص ه أو كشفه بالفحص المعتاد في وقت المعاينة، وكان تسلم العمل دون إعتراض يعد هذا نزولاً عن الضمان مالم يكن هناك غش[99].

ثانياً: أسباب تهدم البناء وظهور العيب فيه: في الحقيقة أن التهدم أو العيب الذي يؤثر على سلامة المباني قد يعود إلى سبب في المواد المستخدمة في المباني مثل المواد غير الصالحة أو المخالفة للمواصفات أو الشروط المتفق عليها، أو قد تكون المواد من النوع الردئ الذي يجب عدم استعماله في أصول الصنعة، ويمكن أن يكون سبب التهدم أو العيب راجعاً إلى عملية التشييد نفسها، مثل العيب الذي يقع على التأسيس، وذلك بعدم إرساء القواعد على الأرضيات الصلبة، أو تكون الحيطان، أو الأرضيات، أو الأسقف، ليس من السمك الواجب، أو أنه قد يقع خلل في تشييدها [100]، أو من ناحية أخرى قد تكون المواد المستخدمة غير كافية، مثل نسبة الأسمنت من الخليط غير كافية، لأنه حسب الأصول الهندسية أن تكون نسبة الخليط ستة وثلاثون كيساً من الأسمنت، بينما قد تكون نسبة الخليط ثمانية عشر كيساً من الأسمنت، وهذا الخلل أصبح شائعاً في عصرنا الحاضر، أو أن تكون نسبة الحديد في الأسقف أو الجدران أو الجسور قليلة أو غير كافية[101].

وقد يكون العيب في الأرض التي أقيم عليها المباني كما لو كانت الأرض هشة، أو تكون فيها مستنقعات، وذلك لأسباب تكوينية[102]، وعليه فقد حسم المشرع العراقي ذلك في المادة (870) من القانون المدني العراقي، وهو قيام مسؤولية المقاول حتى لو كان التهدم ناشئاً من عيب عن الأرض ذاتها[103].

وقد يرجع العيب أو التهدم إلى خلل أو خطأ في التصميم الذي يضعه عادةً المهندس المعماري، ولكن لا يوجد مانع من أن يضعه شخص غير المهندس، فمن الممكن أن يضعه المقاول نفسه أو صاحب العمل [104]، وقد يرجع العيب إلى خطأ في أصول الهندسة المعمارية مثل عدم توافر الكفاية الفنية لدى واضع التصميم، أو أ نه لا يبذل العناية اللازمة في التصميم، وفي تلك الحالة يكون التصميم معيباً بسبب قلة الخبرات الفنية مما تقضي أصول الفن المعماري بأنه على المهندس الذي يعد التصميم أو المقاول الذي يأخذ على عاتقه مسؤولية وضعه بأن يقوم بإجراء أبحاث دقيقة ودراسات مفصلة عن خصائص ا لأرض الذي يشيد المباني عليها، وطبيعتها، ودرجة تحملها، ومدى عمق الأساسات التي تقام عليها البناء، وصلابة الأسس التي يمكن أن تتحمل المباني المتفق على

(98) د. محمد لبيب شنب، المصدر السابق، ص164.
(99) د. عبدالرزاق أحمد السنهوري، المصدر السابق، ج7، ص114-115.
(100) د. عبدالرزاق أحمد السنهوري، المصدر السابق ج7، ص 113.
(101) د. أحمد سعيد المؤمني، المصدر السابق، ص232.
(102) د. عبدالرزاق أحمد السنهوري، المصدر السابق، ج7، ص113-114.
(103) وجاء نفس الحكم في المادة (651/ف1) من القانون المدني المصري، والمادة (1792) من القانون المدني الفرنسي.
(104) د. محمد جابر الدوري، المصدر السابق، ص167.

مجلة قەڵای زانست العلمية
مجلة علمية دورية محكمة تصدر عن الجامعة اللبنانية الفرنسية – اربيل، كوردستان، العراق
المجلد(٣) – العدد (١)، شتاء ٢٠١٨
رقم التصنيف الدولي: ISSN 2518-6566 (Online) - ISSN 2518-6558 (Print)

إنشائه، وتقرير وفحص طبيعة المواد التي تستعمل في ممرات الأنفاق والأنابيب والقنوات، وتحديد خصائص ومميزات كل ذلك قبل إعداد التصميم وإعتماده لإقامة المباني، وعلاوة على ذلك استقر الرأي في كل من إنكلترا وأمريكا على أن التصميم يجب أن يكون معداً طبقاً للمستوى المقبول من الفن، أي غير مخالف للمستوى المقبول[105].

وقد يرجع العيب إلى مخالفة قوانين المباني ولوائحه بأن تكون ارتفا ع المباني أكثر مما يجب قانوناً، أو أن عيب التصميم يرجع إلى أصول الفن المعماري أو مخالفة القوانين واللوائح، إذ أن واضع التصميم في كثير من الأحيان هو المهندس المعماري سواء أشرف على التنفيذ أو لم يشرف عليه يجب عليه الضمان، إلا أنه في حالة الإشراف يكون مسؤولاً عن عيوب التصميم والتنفيذ معاً، ولكن إذا لم يشرف عليه لا يكون مسؤولاً إلا عن وضع التصميم دون التنفيذ[106].

كما يتحقق المسؤولية إذا قام سبب التهدم، وذلك يكون إما بالرجوع إلى الانشاء، أو التصميم، وسواء كان العيب في الأرض أو في أصول المهنة أو في المواد المستخدمة فإنه يجب أن يكون العيب من الخطورة بحيث يهدد سلامة المباني، أو كان العيب ظاهراً مما يمكن كشفه بالفحص المعتاد، فإن تسلم العمل من قبل صاحب العمل دون إعتراض يعتبر نزولاً عن الضمان[107].

المطلب الثالث: نطاق مسؤولية المقاول من حيث المدة

من البديهي أن المسؤولية الخاصة يغطي الأضرار التي يحدث خلال المدة القانونية المحددة للضمان، ولذلك فقد حدد كل من القانون المدني العراقي والمصري والأردني والفرنسي بعشر سنوات للضمان، ولأهمية الموضوع نقوم بتقسيم هذا المطلب إلى فروع ثلاثة.

الفرع الأول: مدة الضمان: إختلفت التشريعات المدنية حول المدة المحددة التي يبقى المقاول مسؤولاً عن التهدم، أو ظهور العيب في المباني أو المنشآت الثابتة بعد تسليمها لصاحب العمل، وعلى ذلك أتجهت كثير من التشريعات لتحديد تلك المدة بعشر سنوات[108].

ويجب أن يكون التهدم أو العيب قد حدث في البناء أو الم نشآت الثابتة وذلك من خلال مدة معينة وهو عشر سنوات، إلا أنه يوجد إستثناء وهو جواز الإتفاق على أن لا يبقى البناء إلا لمدة أقل عن عشر سنوات مثل الإتفاق على إقامة المباني لمدة خمس سنوات، فإن ضمان المقاول يكون لمدة بقاء البناء هي السنوات الخمس فقط، أما الإتفاق على زيادة المدة فلم يرد نص على ذلك لذا لا بد من العمل عندها بتلك الإتفاق بغض النظر عن أن المنع ورد على الإعفاء أو التخفيف من المسؤولية[109].

بينما هنالك تشريعات بعض الدول ينص على أن المدة المحددة للضمان هو خمس سنوات لا أكثر كالقانون اللبناني في المادة (668) من قانون الموجبات والعقود اللبناني، إلا أننا نرى بأن مدة عشر سنوات أفضل من خمس سنوات لأن مدة خمس سنوات غير كافية لإختبار سلامة المباني، وهذ ا ما قد دفع المشرع العراقي والتشريعات الأخرى بأن يمددوا مدة الضمان إلى عشر سنوات بدلاً

(105) د. محمد جابر الدوري، المصدر نفسه، ص173.
(106) د. عبدالرزاق أحمد السنهوري، المصدر السابق، ج7، ص 118-119.
(107) د.فاضل جبير لفتة، المصدر السابق، ص227.
(108) د. فاضل جبير لفتة، المصدر السابق، ص212.
(109) د. جعفر الفضلي، المصدر السابق، ص417-418.

مجلة قەڵای زانست العلمية
مجلة علمية دورية محكمة تصدر عن الجامعة اللبنانية الفرنسية – اربيل، كوردستان، العراق
المجلد(٣) – العدد (١)، شتاء ٢٠١٨
رقم التصنيف الدولي: ISSN 2518-6566 (Online) - ISSN 2518-6558 (Print)

من خمس سنوات وذلك لرعاية صاحب العمل، وهذا ما دفع المقاول إلى بذل أفضل الجهود وتقديم أفضل الإمكانات لكي يكون المباني قوياً ومتيناً قدر الكفاية، ويأتي كل هذه الزيادة نظراً لأهمية البناء والمنشات الثابتة.

أما بالنسبة لسبب الضمان فمن الواضح أنه راجع إلى التصميم وهو كونه قائماً قبل التسليم، وقد يستمر قائماً بعد التنفيذ والتسليم، لذلك قد يكون تلك السبب موجباً للضمان ولكن دون حاجة إلى تحديد وقت معين لكي يقوم فيه، وقد يقوم منذ ال بداية، أما بالنسبة للسبب الراجع إلى التنفيذ فهو قد يوجد قبل التسليم إلا أنه يكون خفياً فيتسلم صاحب العمل الشئ دون أن يفطن للعيب، ويكون في هذه الحالة كالسبب الراجع إلى التصميم وهو قائم قبل التسليم، ولكن نظراً لخطورة المباني ووجوب إمتداد الضمان إلى ما بعد التسليم فقد حدد المشرع عشر سنوات وتبدأ من وقت التسليم[110]، وليس وقت ظهور العيب أو انكشافه.

ومن ناحية أخرى فإن عشر سنوات هو مدة اختبار لسلامة البناء ولضمان حسن تنفيذ الأعمال وليست مدة التقادم، لذا لا توقف ولو كان بوجود مانع يتعذر معه على صاحب العمل أن يطالب بح قه، أو كان صاحب العمل غير كامل الأهلية، أو كان غائباً أو محكوماً عليه بعقوبة جنائية ولم يكن له نائباً يمثله[111].

الفرع الثاني: بدء سريان مدة الضمان : تنص المادة (780/ف1) من القانون المدني العراقي، أن بدأ سريان هذه المدة تبدء من وقت تمام العمل وتسليمه[112]، أي تبدأ مدة عشر سنوات من وقت تسلم العمل، وعلى ذلك حسب رأي المشرع الفرنسي أنه يقصد بالتسلم المتضمن في المادة هو قبول العمل، أو تقبل العمل، والمشرع العراقي كان موفقاً عندما استخدم لفظ وقت قبول العمل وتسليمه.

وجدير بالذكر أنه يشترط لأعمال المقاولة أن يحدث الضرر خلال عشر سنوات، وأن تبدأ هذه المدة من وقت المعاينة من قبل صاحب العمل للبناء، وإقرار ما هو متفق عليه من قبل على نوعية البناء، ولقبول العمل لا بد من أن يتم ذلك بتحرير محضر وتسري المدة من تاريخ هذا المحضر، بينما إذا لم يحرر محضر للقبول، وأمكن إستخلاص القبول ضمناً من تسلم صاحب العمل للمباني ولكن دون إبداء أي تحفظ، ففي تلك الحالة فإن المدة تحتسب من تاريخ هذا الإستلام، وكذلك إذا لم يثبت تاريخ شغل صاحب العمل للمكان، فإن المدة تبدأ من تاريخ تسوية الحسابات مع شخص المقاول، سواء قام صاحب العمل بعمل التسوية بنفسه ، أو أناب عنه شخص آخر، ويلتزم صاحب العمل بالتسلم من وقت تمام الإنجاز، ولكن وفقاً للمواصفات والشروط المتفق عليها من قبل، بينما إذا امتنع صاحب العمل عن ذلك بدون سبب مشروع، ففي هذه الحالة تعتبر تلك العمل في حكم المسلم بعد إعذاره رسمياً لتسلمه، وتبدأ تلك المدة من تاريخ الإعذار[113].

وغالباً ما يكون الإتفاق على أن يتم العمل على مرحلتين المرحلة الأولى: يكون الإستلام بشكلٍ مؤقت ولكن تستمر فترة معينة، وبعد ذلك تأتي المرحلة الأخرى ويصبح الإستلام بشكل نهائي، والهدف من الإستلام المؤقت هو تمكين صاحب العمل من معاينة المباني معاينة دقيقة أي معاينة المباني المسلمة من قبل المقاول بدقة ووضوح الذي تسمح له بالتأكد من مطابقته من العمل المتفق عليه، فربما توجد عيوب لا يمكن اكتشافها إلا بإستعمال البناء [114]، كما هو جدير بالذكر أن معنى الإستلام المؤقت لا يعني قبول

(110) د. عبدالرزاق أحمد السنهوري، المصدر السابق، ج7، ص121-122.
(111) د. محمد لبيب شنب، المصدر السابق، ص167.
(112) وتقابلها المادة (651/ف3) من القانون المدني المصري، والمادة (788 /ف3) من القانون المدني الأردني.
(113) د. محمد لبيب شنب: المصدر السابق، ص166- 168.
(114) د. ياقوت محمد ناجي، المصدر السابق، ص156-157.

مجلة قەڵای زانست العلمية
مجلة علمية دورية محكمة تصدر عن الجامعة اللبنانية الفرنسية – اربيل، كوردستان، العراق
المجلد(٣) – العدد (١)، شتاء ٢٠١٨
رقم التصنيف الدولي: ISSN 2518-6566 (Online) - ISSN 2518-6558 (Print)

صاحب العمل البناء، وه ذه المدة أي عشر سنوات لا تبدأ من تاريخ القبول المؤقت، ولكن تبدأ هذه المدة من وقت القبول النهائي[115].

وإذا كان قبول الأعمال على دفعات فمن المفترض في تلك الحالة أن نفرق بين المباني والمنشآت، الذي لا يمكن تجزئتها، لارتباط بعضها ببعض من ناحية السلامة، ففي هذه ا لحالة تكون من وقت إتمام الدفعة الأخيرة من المشروع، أما في الحالة التي يمكن تجزئتها لعدم إرتباط بعضها ببعض، فإن المدة تبدأ من يوم قبول كل جزء على حدة بالنسبة لهذه الأجزاء، وقد يحصل التهدم أو ظهور عيب في المباني من خلال المدة القانونية، ففي هذه الحالة يدعو ا لمقاول إلى إصلاح العيب، أو إعادة البناء المهدمة بمقتضى مسؤوليته، ولذلك تبدأ مدة عشر سنوات من تاريخ تسلم هذه الأعمال بالنسبة إلى أعمال الإصلاح الجديدة[116].

والسؤال المطروح هنا اذا تم إعادة البناء بعد التهدم أو بعدم السلامة هل تبدأ الضمان العشري مرة أخرى بعد تسليم العمل أم لا ؟ فإذا أقام بإصلاح المبنى غير المقاول يكون ضامناً في عشر سنوات لاحقة، أما اذا قام نفس المقاول بإصلاح المبنى فلا يبقى المقاول مسؤولاً بعد ذلك.

وإذا انقضت هذه المدة أي عشر السنوات ولم يحدث من خلال هذه المدة ظهور أي عيب يهدد سلامة البناء وصلابته، ففي هذه الحالة تنقضي مسؤولية كل من المقاول والمهندس مما يعني إبراء ذمة كل منهما لما يحدث من تهدم كلي أو جزئي، أو عيب في البناء ولو ثبت أنه كان بسبب خطأهما، حتى ولو كان العيب أو التهدم راجعاً إلى مخالفة عمدية للمواصفات والشروط المتفق عليها في العقد، إلا في حالة كون شخص المقاول قد استعمل طرق إحتيالية لحمل صاحب البناء على قبول البناء الغير مطابق للمواصفات والشروط المتفق عليها في العقد، ففي هذه الحالة تكون هذا القبول باطلة، وبالتالي لا يمنع صاحب العمل عن الرجوع بالضمان حتى لو لم يقع التهدم أو يظهر العيب إلا بعد مضي المدة القانونية أي عشر سنوات من تاريخ الإستلام[117].

الفرع الثالث: الطبيعة القانونية لهذه المدة : اتفق الفقه في كل من مصر وفرنسا بأن مدة العشر السنوات هي مدة إختبار لسلامة المباني والمنشات، وليس مدة التقادم، ولذلك أن هناك مدة للتقادم وهي ثلاث سنوات من وقت انكشاف العيب، ثم لا تكون مدة هذه سنوات العشر عرضة لأن توقف ولو بوجود مانع يتعذر معه على صاحب العمل المطالبة بحقه، مثل أن يكون صاحب العمل غير كامل الأهلية وليس له نائب يمثله قانوناً وكذلك لا تكون عرضة لأن تنقطع[118].

وفي العراق فقد كانت المادة (870) من القانون المدني العراقي، قبل تعديلها تميز بين مدة قيام المسؤولية التي حددتها بخمس سنوات إعتباراً من تاريخ تمام العمل وتسليمه لصاحب العمل عن التهدم الكلي والجزئي الذي يصيب المباني والمنشات الثابتة دون تعرض لذكر العيب الذي تهدد متانة وسلامة البناء، وبين مدة تقادم دعوى المسؤولية التي حددتها بسنة واحدة إعتباراً من وقت التهدم، وهذا يعني أن القانون العراقي أوجب إقامة الدعوى خلال سنة واحدة إعتباراً من وقت حصول التهدم، وتبدأ مدة التقادم بمجرد حصوله دون أن تجعل سريان هذه المدة[119].

(115) د. محمد لبيب شنب، المصدر السابق، ص 168.
(116) د. محمد لبيب شنب، المصدر نفسه، ص122.
(117) د. عدنان ابراهيم السرحان، المصدر السابق، ص62.
(118) د. عبدالرزاق أحمد السنهوري، المصدر السابق، ج7، ص123.
(119) د. محمد جابر الدوري، المصدر السابق، ص195.

مجلة قەڵای زانست العلمية
مجلة علمية دورية محكمة تصدر عن الجامعة اللبنانية الفرنسية – اربيل، كوردستان، العراق
المجلد(٣) – العدد (١)، شتاء ٢٠١٨
رقم التصنيف الدولي: ISSN 2518-6566 (Online) - ISSN 2518-6558 (Print)

أما بعد تعديل المادة المذكو رة الذي تغير الحكم في الفقرة الأولى منها، وحيث ميزت بين مدة قيام المسؤولية بعشر سنوات إعتباراً من تاريخ تمام العمل وتسليمه لصاحب العمل، وبين مدة تقادم دعوى المسؤولية التي حددتها الفقرة الرابعة من نفس المادة، وهو سنة واحدة من وقت حصول التهدم أو من وقت إنكشا ف العيب، وهذا ما تم النص عليه صراحة في عدم إشتراط علم صاحب العمل بحصول التهدم أو إنكشاف العيب[120].

ويجوز الإتفاق بين كل من صاحب العمل والمقاول على إطالة هذه المدة، وصاحب العمل له الحق في أن يشترط أن تكون هذه المدة خمسة عشر عاماً بينما الممنوع هو الإعفاء من المسؤولية، وكذلك الحد من هذه المدة لا التشديد فيها، فقد تكون المباني والمنشات بحاجة إلى مدة أطول من عشر سنوات، وذلك لجسامتها ولدقة العمل فيها[121].

خلاصة القول نرى بأن مدة خمس سنوات غير كافية لظهور العيب في المباني أو المنشآت الثابتة بعد تسليمها لصاحب العمل ، وهذا مادفع المشرع العراقي لتغير هذه المدة بعشر سنوات بدلاً من خمس سنوات، فالمدة المعدلة قد تكون كافية حتى يظهر العيوب بدقة ووضوح، أما بالنسبة لبدء سريان هذه المدة هي في حالة انجاز العمل من قبل المقاول وتسليمه لصاحب العمل، لذلك فإن كلاً من المشرع العراقي والمصري يشترطان مدة معينة يجب أن يقام خلالها دعوى المسؤولية، وإن كان هناك إختلاف في طول هذه المدة إذ أنها في التشريع العراقي سنة واحدة، بينما في التشريع المصري فقد حددت بثلاث سنوات، إلا أنهما إتفقا على بدء سريان مدة تقادم هذه الدعوى، إذ جعلاها من وقت حدوث التهدم أو ظهور العيب في المباني.

الخاتمة

بعد اتنهاء موضوع دراستنا الموسومة بالطبيعة القانونية لمسؤولية المقاول ونطاق تطبيقها في القانون المدني العراقي، قد تم التوصل إلى جملة من النتائج والمقترحات والتوصيات ندرجها على شكل نقاط لكي يسهل الرجوع إليها ويعم نفعها وذلك كالآتي.

أولاً: أهم النتائج:

1 – مسؤولية المقاول مسؤولية قانونية أوجبتها القانون على المقاول وذلك لرعاية وحماية صاحب العمل وهو غير عالم أو ليس بخبير بأمور المباني والمنشآت الثابتة.

2 – لا يحق للمقاول أن يطالب بالبدل في حالة هلاك الشئ أو تعيبه قبل تسليمه إلى صاحب العمل بسبب حادث فجائي إلا في حالة واحدة، وهي إذا أعذر صاحب العمل أن يتسلمه ولم يقم صاحب العمل بإستلامه إلى أن هلك أو تعيب.

(120) د. محمد جابر الدوري، المصدر السابق، ص 198.
(121) د. ياقوت محمد ناجي، المصدر السابق، ص165-166.

مجلة قەڵای زانست العلمية
مجلة علمية دورية محكمة تصدر عن الجامعة اللبنانية الفرنسية – اربيل، كوردستان، العراق
المجلد(٣) – العدد (١)، شتاء ٢٠١٨
رقم التصنيف الدولي: ISSN 2518-6566 (Online) - ISSN 2518-6558 (Print)

3 - في حالة التهدم الكلي أو الجزئي أو ظهور العيب الذي يهدد سلامة البناء وصلابته لا تقتصر المسؤولية على المقاول والمهندس فقط، إنما قد يكون هنالك أشخاص أخرى لا تقل مسؤولياتهم عن مسؤولية المقاول والمهندس، والمقود بذلك السبب الأجنبي.

4 - إن المسؤولية لا تقوم إلا على الأعمال التي تكون ذات ال صفة العقارية التي تتصف بالثبات بغض النظر عن الهدف الذي شيد من أجله أو طبيعة المواد المستخدمة.

5 - بالنسبة لتسليم العمل فيكون عادة في المكان الذي اتفق عليه كل من المقاول وصاحب العمل، أما إذا لم يتم تحديد المكان فيكون عادة في المكان الذي تحدده الحرفة والصنعة.

6 - إن التقادم المسقط لدعوى الضمان في القانون المدني العراقي تكون بعد سنة من تاريخ حدوث التهدم أو انكشاف العيب، ولكن في القانون المدني المصري، يكون بثلاث سنوات على التهدم أو انكشاف العيب.

7 - مدة الضمان في التشريع العراقي ومعظم التشريعات المقارنة هي عشر سنوات تبدا سريانها من وقت تمام العمل وتسليمه، وهو مدة اختبار لسلامة المباني وصلابته.

8 - إن أحكام هذه المسؤولية تسري على الأعمال الجديدة من التعديلات أو التعلية والإصلاحات الكبيرة والتدعيم والتوسيع وما إلى ذلك، بينما الأعمال البسيطة والبياض والدهان فلا تسري عليها أحكام هذ ه المسؤولية لأنها لا تؤثر على سلامة البناء وصلابته وبالتالي لا تخضع للقواعد العامة.

9 - إذا اشترط صاحب العمل على المقاول أن يعمل بنفسه فلا يجوز أن ينفذ مع مقاول آخر، أما اذا لم يشترط عليه ذلك جاز له أن ينفذ العمل مع مقاول آخر، وهو ما يسمى بالمقاولة من الباطن.

10 - عقد المقاولة لا يقبل اشتراط نفي المسؤولية عن المقاول.

11 - يجوز في عقد المقاولة تأجيل الثمن أو تقسيطه لأجل معلوم أو حسب مراحل العمل المتفق عليها.

ثانياً: أهم التوصيات:

1 - ندعوا برلمان كوردستان - العراق القيام بوضع القيود على أعمال المقاولة وذلك بتعديل قانون الإست ثمار رقم (4) لسنة 2006، لحكومة إقليم كوردستان، لأن هذا القانون تم تشريعه ويغلب عليه سمة مصالح الطرف القوي مما أدى لفتح الباب أمام المستثمرين ببيع الأراضي الإستثمارية لمستثمرين آخرين مما أدى إلى التأخر في تنفيذ المشاريع الإستثمارية، وبالتالي سبب ضرراً كبيراً بالمصلحة العامة وذلك بعدم نموه وتطوره في العمارات والبنى التحتية من جانب، وفي جانب آخر إستفادة الكثير من المستثمرين من وراء حصولهم على تلك المشاريع دون أن يقدموا شيئاً للمجتمع في الجانب العملي أو التنفيذي.

2 - ندعوا سلطتي القضائية والتنفيذية معاقبة المقاول ب شكل فعلي في حالة وجود غش أو خيانة أو عدم وجود شروط السلامة في المباني، وذلك بالحبس والسجن والغرامة مع ابعادهم عن مهنة المقاولات في حالة تكرار تلك الأفعال.

3 - ندعوا السلطتي القضائية والتنفيذية المسائلة الفعلية للمهندسين في حالة التوقيع على المشروع مقابل مبالغ مالية رغم عدم وجود شروط السلامة.

مجلة قەڵای زانست العلمية
مجلة علمية دورية محكمة تصدر عن الجامعة اللبنانية الفرنسية – اربيل، كوردستان، العراق
المجلد(٣) – العدد (١)، شتاء ٢٠١٨
رقم التصنيف الدولي: ISSN 2518-6566 (Online) - ISSN 2518-6558 (Print)

4 – ندعوا المشرع العراقي في التعديل اللاحق للقانون المدني تعديل مدة التقادم المسقط في الدعوى من سنة واحدة إلى ثلاث سنوات كما فعل المشرع المصري، لأن هذه المدة غير كافية وهي قصيرة جداً.

5 – ندعوا المشرع العراقي في التعديل اللاحق للقانون المدني توسيع دائرة الضمان لكي تصبح أكثر من عشر سنوات لأن المدة القانونية وهو الضمان العشري أصبحت غير كافية لاختبار متانة وسلامة البناء، خصوصاً في المشاريع والمنشآت الضخمة، لأن الضمان العشري إذا كان كافياً في الماضي أصبح غير كافٍ في عصرنا الحالي.

6 – ندعوا الجهات التنفيذية في حال استلام المباني أو المشاريع للتأكيد على متانتها وسلامتها أن تشكل فريق من الخبراء والمهندسين كمهندس التخطيط والمهندس المعماري والمهندس الكهربائي وخبراء فنيين الى آخره.

قائمة المصادر

أولاً: الكتب القانونية:

1 - د. أحمد سعيد المؤمني، مسؤولية المقاول والمهندس في عقد المقاولة، ط1، مكتبة المنار، عمان، 1987.
2 - د. أحمد عبد العال، الاحكام العامة لعقد المقاولة، دار الجامعية، القاهرة، 2003، ص 119.
3 - د. جعفر الفضلي، الوجيز في العقود المدنية، دار الكتب للطباعة والنشر، الموصل، 1989.
4 - د. حسن علي ذنون، النظرية العامة للالتزامات- مصادر الالتزام، (بدون تاريخ مشر).
5 - د. حسن علي ذنون، المبسوط في المسؤولية المدنية- المسؤولية عن الاشياء، ج5، دار وائل للنشر، عمان، 2006.
6 - د. سعدي البرزنجي شروط الاعفاء من المسؤولية العقدية في القانونين الفرنسي والعراقي، ط 1، مطبعة جامعة صلاح الدين، 2003.
7 - د. عادل عزت السنجقلي، عقد الاستشارات الهندسية، مركز البحوث القانونية، بغداد، 1983.
8 - د. عبد الحميد الشواربي، التعليق الموضوعي على القانون المدني، منشأة المعارف، الاسكندرية، (بدون تاريخ نشر).
9 - د. عبدالرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ط 3، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2000.
10 - د. عبد الرزاق حسين ياسين، المسؤولية الخاصة بالمهندس المعماري ومقاول البناء، ط1، دار المعارف، أسيوط، 1987.
11 - د. عبد القادر الفار، أحكام الالتزام، ط3، مكتبة دار الثقافة، عمان، 1996.
12 - د. عبد الناصر توفيق العطار، تشريعات في تنظيم المباني ومسؤولية المقاول والمهندس، مطبعة السعادة.
13 - د. عدنان ابراهيم السرحان، العقود المسماة، ط1، الإصدار الثالث، دار الثقافة، عمان، 2007.
14 - د. قدري عبد الفتاح الشهاوي، عقد المقاولة في التشريع المصري، منشأة المعارف، الاسكندرية، 2004.
15 - د. محمد جابر الدوري، مسؤولية المقاول والمهندس في مقاولات المنشآت الثابتة بعد إنجاز العمل، مطبعة واو فيست، بغداد، 1985.

16 - د. محمد حسين منصور، المسؤولية المعمارية، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، 1999.
17 - د. محمد شكري سرور، مسؤولية المهندس ومقاولي البناء والمنشآت الثابتة الأخرى، دار الفكر العربي، القاهرة، 1985.
18 - د. محمد عبد الرحيم، عقد المقاولة والتوكيلات التجارية، ط3، 1988.
19 - د. محمد كامل مرسي باشا، شرح القانون المدني الجديد- العقود المسماة، منشأة المعارف، الاسكندرية، 2005.
20 - د. محمد لبيب شنب، شرح أحكام عقد المقاولة، منشاة المعارف، الاسكندرية، 2008.
21 - د. ممدوح محمد خيري هاشم، نظرات في قوانين المباني والعقارات، دار النهضة العربية، القاهرة، 2006.
22 - وزارة الأشغال العامة والاسكان- دائرة عطاءات الحكومية، عقد المقاولة الموحد للمشاريع الإنشائية المعدلة، ط 3، الاردن، 2013.
23 - د. ياقوت محمد ناجي، مسؤولية المعماريين بعد اتمام العمل وتسليمها مقبولة من صاحب العمل، منشأة المعارف، الاسكندرية.

ثانياً: الرسائل والأطروحات الجامعية:

1 - أحمد سليم فريز نصرة: الشرط المعدل للمسؤولية العقدية في القانون المدني المصري، رسالة الماجستير، مقدمة إلى كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، نابلس، 2006.
2 - توفيق زيداني، التنظيم القانوني لعقد المقاولة على ضوء أحكام القانون المدني الجزائري، رسالة الماجستير مقدمة إلى قسم العلوم القانونية، كلية الحقوق، جامعة الحاج لخضر- باتنة، 2009- 2010.
3 - صالح عباس صالح، مسؤولية المقاول عن الانهدام الكلي والجزئي للبناء بعد إنجاز العمل وتسليمه، رسالة ماجستير، مقدمة إلى المعهد القضائي ببغداد، 1989.
4 - عبدالقادر زهرة، نطاق الضمان العشري للمشيدين - دراسة مقارنة بين التشريعين الجزائري والفرنسي، رسالة دكتوراه قدمت إلى قسم الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة باتنة، 2008- 2009.
5 - مدوري زايدي، مسؤولية المقاول والمهندس المعماري في القانون الجزائري، رسالة الماجستير مقدمة إلى قسم الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، (بدون سنة المناقشة).

ثالثاً: المجلات والدوريات:

1 - د. غنام محمد غنام، المسؤولية الجنائية لمشيدي البناء، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، العدد الثالث، القسم الأول، 1995.
2 - د. فاضل جبير لفتة، الضمان العشري في عقود الإشغال العامة، مجلة القادسية للقانون والعلوم السياسية، العدد الثاني، كانون الاول، 2011.

رابعاً: المعاجم والقواميس اللغوية:

1 - إبراهيم مصطفى، أحمد الزيات، حامد عبدالقادر، محمد النجار، المعجم الوسيط، تحقيق مجمع اللغة العربية، مكتبة مشكاة، القاهرة، (بدون تاريخ نشر).

مجلة قەڵای زانست العلمية
مجلة علمية دورية محكمة تصدر عن الجامعة اللبنانية الفرنسية – اربيل، كوردستان، العراق
المجلد(٣) – العدد (١)، شتاء ٢٠١٨
رقم التصنيف الدولي: ISSN 2518-6566 (Online) - ISSN 2518-6558 (Print)

2 - محمد بن مكرم بن منظور الأفريقي المصري، لسان العرب، ج7، ط1، دار صادر، بيروت، (بدون تاريخ نشر).

خامساً: متون القوانين:

1 - القانون المدني الأردني رقم (43) لعام 1976.
2 - القانون المدني العراقي، رقم (40) لسنة 1951.
3 - القانون المدني السوري رقم (84) لسنة 1949.
4 - القانون المدني الفرنسي لسنة 1804.
5 - القانون المدني المصري رقم (131) لسنة 1948.

سادساً: المواقع الالكترونية:

1 - أحد أشرف، المقاول، مقال متاح على شبكة الانترنيت :http://www.entej.com/blog/ تأريخ الزيارة 2015/1/15.
2 - شيماء محمد، كيفية الجمع بين المسؤوليتين العقدية والتقصيرية، متاح شبكة الانترنيت http:// : www.damascusbar.org/AlMuntada/showthread.php?t=4557 تأريخ الزيارة 2018/1/23.
3 - د. عبدالرحمن الصديقي، كيف يمكن للمرء ان يصبح مقاولا والاكراهات الواجب تخطيها، البحث متاح على شبكة الانترنيت : http://storage.canalblog.com/31/86/134455/48147969تأريخ الزيارة 2015/1/10.

مجلة قەڵای زانست العلمية
مجلة علمية دورية محكمة تصدر عن الجامعة اللبنانية الفرنسية – اربيل، كوردستان، العراق
المجلد(٣) – العدد (١)، شتاء ٢٠١٨
رقم التصنيف الدولي: ISSN 2518-6566 (Online) - ISSN 2518-6558 (Print)

پوختە

گومان لەوەدا نییە لەوەی کە گرێبەستی بەڵێندەرایەتی لە گرێبەستە گرینگەکانە لە کۆمەڵگای شارستانی، هەروەها یاسای عیراقی و یاساکانی بەراوەردیش رێکیان خستووە لە چوارچێوەی کۆمەلە گرێبەستە نابراوان، کە ئەمەش مانای وانییە کە ئەم گرێبەستە باوەو پێویستی بە توێژینەوە نییە لە زۆر ڕووە، بە پێچەوانەوە بەڵکوو زۆرێك لە بابەتەکانی پێویستیان بە ڕاستکردنەوە و گۆڕین زیادکردن هەیە، چونکە ژیان بەبەردەوامیی لە جوواڵە و پێشکەوتنی بەردەوامدایە، کە پێویستدەکات هەموو بواری ژیانی شارستانی پێشبکەوێت، جا ئەم پێشکەوتنە بەردەوامە و خێرایە لە سەرمان فەرز دەکات کە یاساکانمان ناوە ناوە پێش بخەین بۆ ئەوەی گونجاوبێت لەگەڵ ئەو پێشکەوتنانەی ڕووەدات لە هەموو بوارێکی ژیان، لەم ڕوانگەوە ئەم توێژینەوەمان دەستنیشان کرد لەسەر سروشتی یاسایی لە بەرپرسیارەتی بەڵێندەر و چوارچێوەی جێبەجێکردنی لە یاسای شارستانی عیراقی، کە بابەتەکە لە پێشەکییەك و دوو باس پێکهاتووە، باسی یەکەم تایبەتکراوە بە سروشتی بەرپرسیارەتی بەڵێندەر لە یاسای شارستانی عیراقی، کە ئەویش دابەش دەبێتە سەر سێ داوا، هەروەها باسی دووەم باس لە چواچێوەی ج یبەجێکردنی ئەحکامی بەرپرسیارەتی بەڵێندەر و ئەویش دابەشدەبێت بۆ سەر سێ داوا، کۆتایی توێژینەوەکەش باس لە گرنگترین ئەو دەرئەنجام و پیشنیازانە دەکات کە پێی گەییشتووین.

Abstract

There is no doubt that the contracting contract is one of the most important contracts in civil societies. It has been regulated in Iraqi legislation and comparative legislations within the range of named contracts, which does not necessarily mean that this contract has become known and does not require research and studies in many aspects . On the contrary, many of his subjects are in urgent need of modification, change or addition because the wheel of life does not stop , And in a continuous development, which requires the development of all aspects of civilian life, and this continuous development and rapid forces us to develop our legislation from time to time to keep pace with developments in the walks of life ,from here our study on the legal nature of the contractor's responsibility and the extent of its application in the Iraqi Civil Code . The first topic is devoted to the nature of the responsibility of the contractor in the Iraqi civil law divided into three demands, while the second topic deals with the scope of application of the provisions of the responsibility of the contractor and divided into three demands also, The research concluded with the most important conclusions and recommendations reached.