

(مستخرج)

رِصْدُ الْمَعَاوِرَةِ

مجلة علمية محكمة ربع سنوية

تصدرها

مجتمع المصريات للاقتصاد والسياسي الإحصاء والنشر

أحكام المسؤولية المدنية وفقاً لفكرة الضمان العشري

د . هديل طه غلوش

مدرس القانون المدني - بكلية الحقوق - جامعة مدينة السادات



أكتوبر ٢٠٢٤

العدد ٥٥٦

السنة المائة وخمسة عشر

القاهرة

L'EGYPTE

CONTEMPORAINE

Revue Scientifique arbitrée .. Quart annuel

de la

société Egyptienne d'Economie Politique de Statistique

et de Législation

Civil liability provisions according to the idea of a ten-year guarantee

Dr. Hadeel Taha Ghalwash

Professor of civil law Elsadate University



October 2024

No. 556

CXV itème Année

Le caire

أحكام المسؤولية المدنية وفقاً لفكرة الضمان العشري

د . هديل طه غلوش

مدرس القانون المدني - بكلية الحقوق - جامعة مدينة السادات

الملخص

لقد اكتسبت صناعة البناء والتشييد أهميتها من كونها تقود قاطرة التنمية في قطاع عريض من الأنشطة الاقتصادية، ويُعتبر انتعاش هذه الصناعة مؤشراً جيداً على التحرك الإيجابي للاقتصاد الدولي والقومي.

ولكن بعد الانتهاء من المشروع وتسليمه لصاحب العمل، قد يحدث تهدم في البناء كلياً أو جزئياً أو يتم اكتشاف بعض العيوب في البناء تؤثر سلباً على سلامته ومتانته، مما يقف المجلس عاجزاً لعدم اتخاذ إجراءات لحل هذه المنازعة التي لا تُعد في الغالب الأعم من الضمانات الاتفاقية.

ولهذا وجد المُشرع المصري على الصعيد القومي أنه في حاجة إلى استحداث بعض الضمانات القانونية التي تضمن سلامة البناء، وخاصة ضمان المسؤولية اللاحقة على تسليم المشروع، وهذا ما يُعدُّ هو موضوع بحثنا.

لهذا نصَّ المُشرع صراحةً عليه في القانون المدني المصري^(١) (ECC) في المادة (٦٥١) منه، فنجد أن المُشرع وضح المستفيد من الضمان العشري وهو صاحب العمل وخلفه العام، وهناك إشكالية بمدى انتقال هذا الضمان لخلفه الخاص، ولكن انتفت علاقة المقاول الأصلي في علاقته بالمقاولين من الباطن، فلا يجوز رجوع المقاول الأصلي بدعوى الضمان العشري في مواجهة المقاول من الباطن، إذ يُعدان من الناحية الفنية متساويين مما لا يدعو الحاجة إلى اللجوء إلى مسؤولية استثنائية، وإنما يرجعان وفقاً للقواعد العامة.

ويُعتبر الضمان العشري من النظام العام، وبالتالي لا يجوز الاتفاق على إلغاءه أو تخفيفه، كما أنه يتم تطبيق هذه المسؤولية حتى ولو لم ينص عليها العقد، وذلك رغبة من المُشرع في حماية السلامة العامة وبالتالي (م. ٦٥٢) يبطل أي اتفاق على الإعفاء من الضمان أو الحد منه، لكن يجوز الاتفاق على تشديده، ولهذا نجد مسابقة أحكام التحكيم على إقرار هذا المبدأ السابق في أكثر من دعوى تحكيمية.

(1) Egyptian Civil Code

Civil liability provisions according to the idea of a ten-year guarantee

Dr. Hadeel Taha Ghalwash

Professor of civil law Elsadate University

Summary

The building and construction industry has gained its importance from being the locomotive of development in a broad sector of economic activities, and the recovery of this industry is a good indication of the positive movement of the international and national economy.

However, after completing the project and handing it over to the employer, the building may be completely or partially demolished, or some defects in the building may be discovered that negatively affect its safety and durability, which makes the council powerless not to take measures to resolve this dispute, which is not considered in the majority of the agreement guarantees.

That is why the Egyptian legislator at the national level found that he needed to develop some legal guarantees that guarantee the safety of construction, especially the guarantee of responsibility subsequent to the delivery of the project, and this is what is the subject of our research.

The original contractor may not claim the ten-year guarantee claim against the sub-contractor, as they are considered technically equal, which does not call for the need to resort to exceptional liability. Rather, they are referred in accordance with the general rules.

And the decimal guarantee is considered part of the public order, and therefore it is not permissible to agree to cancel or reduce it,

and this liability is applied even if it is not stipulated in the contract, and this is the desire of the legislator to protect public safety, and therefore (Article 653) nullifies any agreement to exempt from the guarantee or Limiting it, but it is permissible to agree to tighten it, and for this we find that the arbitration provisions agree with the approval of this previous principle in more than one arbitration case.

مقدمة:

لقد اكتسبت صناعة البناء والتشييد أهميتها من كونها تقود قاطرة التنمية في قطاع عريض من الأنشطة الاقتصادية، ويُعتبر انتعاش هذه الصناعة مؤشراً جيداً على التحرك الإيجابي للاقتصاد الدولي والقومي.

وعلى الصعيد الدولي فإن عقود الإنشاءات الدولية نظمت هذه الصناعة وفقاً لنماذج عقود الفيديك FIDIC "الكتاب الأحمر"، إذ أن هذا النوع من العقود يُرتب التزامات على طرفي التعاقد؛ مما أدى إلى إنشاء مجلس فض المنازعات "DAB"^(١) يتابع ما يحدث خلال تنفيذ المشروع، فكان هناك ضمانات اتفافية بين أطراف التعاقد تخضع لمبدأ العقد شريعة المتعاقدين (pacta sunt servanda)، فإذا حدث نزاع أثناء تنفيذ المشروع، حرص المجلس على حل هذه المنازعة وفقاً للسابق بيانه.

ولكن بعد الانتهاء من المشروع وتسليمه لصاحب العمل، قد يحدث تهدم في البناء كلياً أو جزئياً أو يتم اكتشاف بعض العيوب في البناء تؤثر سلباً على سلامته ومثابته، مما يقف المجلس عاجزاً لعدم اتخاذ إجراءات لحل هذه المنازعة التي لا تُعد في الغالب الأعم من الضمانات الاتفافية.

ولهذا وجد المشرع المصري على الصعيد القومي أنه في حاجة إلى استحداث بعض الضمانات القانونية التي تضمن سلامة البناء، وخاصة ضمان المسؤولية اللاحقة على تسليم المشروع، وهذا ما يُعد هو موضوع بحثنا.

وقد خصص المشرع المصري لأحكام هذا الضمان أربعة نصوص من تقنيته المدني، هي المواد من ٦٥١ إلى ٦٥٤، كما أفرد لها بعض القواعد القانونية الخاصة بقانون البناء الموحد رقم ١١٩ لسنة ٢٠٠٨، بينما نظم نظيره الفرنسي هذا الضمان والمسؤولية الناشئة عنه بنصي المادتين ١٧٩٢ و ٢٢٧٠ من القانون المدني الفرنسي بصفة أساسية، وأكد على أحكامه كذلك بالمادة L. ١١١ من قانون البناء والإسكان "Le code de construction et de l'habitation" الصادر في ١٠ مارس ١٩٧٧ والنافذ بمقتضى المرسوم بقانون رقم ٦٢١ في ٣١ مايو ١٩٧٨.^(٢)

(1) Dispute Adjudication Board

(٢) د.أ / محمد السيد فارس؛ النطاق الشخصي للالتزام بالضمان العشري بين المضمين التقليدي والعصري. المجلة القانونية، ١٢(٤)، ٨٢١-٩٦٦. (٢٠٢٢).

وبالتالي نصّ المُشرّع صراحة على الضمان العشري، وقد سُمّي عشرياً نسبة إلى أجله المحدّد في عشر سنوات، وترجع حكمة المُشرّع لهذا الضمان إلى ما تتصف به هذه المقاولات من خطورة تستوجب تحديد مدّة لا اختبار سلامة ومتانة البناء، حيث إن الخطر هنا لا يهدّد فقط الطرف الثاني في العقد (صاحب العمل)، وإنما يتعدّاه فيهدّد حياة أشخاص من الغير بالنسبة لأطراف العقد مثل مُستأجري العقار أو أصحاب العقارات المجاورة في حالة التهدّم، وأيضاً راعى المُشرّع صاحب العمل (وهو غالباً مالك العقار) باعتباره من الأشخاص العاديين ممن لا يتوافر فيهم خبرة الشخص المهني المحترف مثل المقاول والمهندس المعماري (المهندس الاستشاري على وجه أدق)، مما قد لا يتمكّن من اكتشاف العيوب التي تهدّد سلامة العقار بعد تسلّمه إيّاه.

لهذا نصّ المُشرّع صراحة عليه في القانون المدني المصري^(١) (ECC) في المادة (٦٥١) منه، فنجد أن المُشرّع وضّح المستفيد من الضمان العشري، وهو صاحب العمل وخلفه العام، وهناك إشكالية بمدى انتقال هذا الضمان لخلفه الخاص، ولكن انتفت علاقة المقاول الأصلي في علاقته بالمقاولين من الباطن، فلا يجوز رجوع المقاول الأصلي بدعوى الضمان العشري في مواجهة المقاول من الباطن، إذ يُعدّان من الناحية الفنية متساويين مما لا يدعو الحاجة إلى اللجوء إلى مسؤولية استثنائية، وإنما يرجعان وفقاً للقواعد العامة.

أمّا بالنسبة للملتزمين بالضمان العشري، فإنه -وفقاً لقواعد عقد المقاول- يلتزم كل من المهندس وممثله والمقاول ومدى التزام المقاول من الباطن وغيرهم، ولكن قد يكون هناك أشخاص ملتزمون بالضمان بصرف النظر عن وجود عقد مقاول، فإمّا أن يكون البائع، الوكيل، الصانع، والممّول العقاري، وهذا ما استحدثه المُشرّع الفرنسي.

ويترتّب على مسؤولية المهندس المعماري والمقاول وفقاً لأحكام الضمان العشري التزامهما بتعويض ربّ العمل عن الضرر الذي لحقه من جراء تهدّم البناء أو وجود العيب به، وقد يكون التعويض عينياً بإصلاح البناء أو يكون التعويض نقدياً، على كل الأحوال يجب أن يشمل التعويض ما لحق صاحب العمل من خسارة وما فاتته من كسب (م. ٢٢١)، ولكن إذا كانت هذه مسؤولية المهندس والمقاول الأصلي، فما المركز

(1) Egyptian Civil Code

القانوني للمقاول من الباطن في علاقته مع أطراف العقد الأصلي؟ كما نجد أنه لا يستطيع الغير ممن تأثر بتهدم البناء أو سلامته أن يرجع وفقاً لدعوى الضمان العشري، وإنما يرجع وفقاً للقواعد العامة وأحكام المسؤولية التقصيرية.

وبعد ذلك فمن المسلم به أن عبء إثبات استيفاء الضمان لشروط قيامه يقع على عاتق رب العمل بوصفه المستفيد منه وذلك وفقاً للقواعد العامة المدنية، لكن إذا اعتبر أن التزام المهندس والمقاول بالضمان هو التزام بتحقيق نتيجة مؤداها بقاء البناء سليماً خلال العشر سنوات التالية لتسليمه، وهذا ما يدل عليه نص المادة (٦٥١) إذ استعمل المشرع تعبير الضمان للدلالة على مسئوليتها دون حاجة إلى إثبات خطئها، ولكن يمكن دفع مسئوليتها في حالة إثبات وجود سبب أجنبي أدى إلى قطع علاقة السببية بين نشاطها وحدوث التهدم أو العيب، وذلك وفقاً للقواعد العامة للإثبات «مثل القوة القاهرة».

ويُعتبر الضمان العشري من النظام العام، وبالتالي لا يجوز الاتفاق على إلغاءه أو تخفيفه، كما أنه يتم تطبيق هذه المسؤولية حتى ولو لم ينص عليها العقد، وذلك رغبة من المشرع في حماية السلامة العامة، وبالتالي (م. ٦٥٣) يبطل أي اتفاق على الإعفاء من الضمان أو الحد منه، لكن يجوز الاتفاق على تشديده، ولهذا نجد مسaire أحكام التحكيم على إقرار هذا المبدأ السابق في أكثر من دعوى تحكيمية.

وفي ضوء ما سبق فإن الهدف من البحث هو توضيح مدى أهمية الضمان العشري باعتباره ضماناً قانونياً تضامنياً يخضع للنظام العام، بل ويؤثر على منظومة عقود البناء والتشييد من الناحية العملية، واعتبار العقارات المبنية ركيزة أساسية للاقتصاد حفاظاً على الإنشاءات الضخمة، وبالتالي يُعد الضمان العشري في عقود الإنشاءات ضماناً فعّالة للمحافظة على متانة البناء وسلامته.

وهذا ما سوف يتم عرضه طبقاً للخطة الآتية:

المبحث الأول: ماهية الضمان العشري.

المبحث الثاني: شروط الضمان العشري وأطرافه.

المبحث الثالث: الأحكام القانونية للضمان العشري.

المبحث الرابع: دور عقود الفيديك في الضمان العشري.

المبحث الأول: ماهية الضمان العشري

تقديم وتقسيم:

ولعلّ مما سبق بيانه يتضح أنه من الأعم والأكثر انتشاراً هو حالة حدوث نزاع أثناء تنفيذ البناء «المشروع»، ولقد وجد الحل في وضع القواعد، وخاصةً وفقاً لنماذج عقود الفيديك FIDIC^(١).

ولكن في بعض الأحيان وبعد الانتهاء من المشروع وتسليمه لصاحب العمل قد يحدث تهدم في البناء كلياً أو جزئياً، أو يتم اكتشاف بعض العيوب في البناء التي قد تؤثر سلباً على متانته وسلامة ساكنيه أو المارة.

فظهر عيوب خطيرة في المباني وتصدّعها، جعلت المشروع بالالتزام المهندس ومقاول البناء خاضعاً للأحكام العامة في الضمان التي تسري على كل عقود المقاولات، بل وضع أحكاماً خاصة لهذا الضمان، وشدّد فيها من مسؤولية المهندس والمقاول فجعلهما مسؤولين بالتضامن من سلامة البناء ومدة عشر سنوات من وقت التسليم لربّ العمل، وذلك من أجل الحثّ على بذل كلّ عناية ممكنة فيما يقومان بتشبيده من مبانٍ.

ويتحمّل المشيّد ضمان ١٠ سنوات من تسليم البناء من العيوب التي تظهر فيه، وهي المدة التي تكون كافية لكشف العيوب والأضرار التي توجد في البناء. كما أن المشيّد لا يكون ملزماً بتعويض ربّ العمل في حالات عدة مثل: القوة القاهرة وفعل أو خطأ الغير، أمّا في غير هذه الحالات فلا يمكن للمشيّد التملّص من المسؤولية^(٢).

كما أنّ من مبررات التشدّد أن ربّ العمل لم يعد مهندساً أو مقاولاً كما كان في الماضي، وإنما أصبح يتعاقد مع عدد من الشركات الهندسية أو شركات المقاولات التي تساهم جميعاً في أعمال البناء، خاصة مع تزايد وتنوع التخصصات التي تدخل في فنّ المعمار.

(١) وذلك وفقاً للمادة (٢٠) من الشروط العامة، وضعت طرق تسوية هذه المنازعات عن طريق مجلس تسوية المنازعات، أو قد يتمّ عن طريق التحكيم أو تسوية ودية أخرى.

(٢) كمال بو حمار - الضمان العشري - رسالة للحصول على درجة الماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة العربي بن مهيدي - أم البواقي - الجزائر ٢٠١٤.

ومن أجل تحقيق التوازن بين المصالح المتعارضة لجميع الأطراف في عقود مقاولات البناء، قام المشرع بتوفير نوع من الحماية القانونية لصاحب العمل الذي غالباً ما يكون جاهلاً بفضن البناء، وليس لديه الدراية أو الخبرة التي تمكنه من اكتشاف عيوب البناء، لا سيما الخفية منها والتي لا تظهر إلا بعد مدة من الاستعمال، وفي المقابل تضم شركات المقاولات متخصصين يفترض فيهم معرفة عيوب ما يشيدونه.^(١)

ويعد الضمان العشري حالة استثنائية قانونية خصها المشرع بنص خاص، وتتميز بمقومات ذاتية يجعلها ليست تطبيقاً محضاً للقواعد العامة. فهي ضمانة فعالة للمحافظة على متانة البناء وسلامته، لذلك فإن الأمر يتطلب دراستها وتحليل أحكامها، وهل في مثل هذه المشكلات يتم الرجوع إلى مجلس تسوية المنازعات وفقاً لعقود الفيديك أم لا؟ وذلك ما يتم بيانه في المباحث الآتية:

المطلب الأول: تعريف الضمان العشري.

المطلب الثاني: طبيعة الضمان العشري.

المطلب الأول: تعريف الضمان العشري

لقد أورد القانون أحكاماً خاصة بضمان الأعمال في مقاولات البناء والتشييد، حيث شدد في مسؤولية القائمين بها من المهندسين والمقاولين. ويرجع السبب في ذلك إلى ما تسببه هذه الأعمال من خطورة تمس سلامة وأمن الأشخاص، سواء من أطراف العقد كرتب العمل أو من غير الأطراف كشاغلي البناء، كما أن الطبيعة الاحترافية المفترضة في أعمال المهندس المعماري ومقاول البناء ترفع مسئوليتهم من مصاف مسؤولية الشخص العادي إلى مسؤولية الشخص المهني المحترف العالم بفضنات عمله، وهو ما يستوجب قدراً أكبر من الحيطة والاحتراز في كيفية قيامهم بأعمالهم.

(١) غازي أبو عرابي - الضمان العشري للمهندس ومقاول البناء ومدى خضوع المقاول من الباطن له «دراسة مقارنة» - قسم القانون الخاص - الجامعة الأردنية - ٢٠٠٧ - ص: ٢٠.

ولذلك فإنَّ المُشرِّعَ ألقى على عاتق المهندس المعماري والمقاول مسؤولية حدوث أيِّ تَهْدُمٍ فيما شَيِّدوه من مبانٍ أو أقاموه من منشآت ثابتة أخرى، سواء كان هذا الهدم كلياً أو جزئياً، كما ألقى على عاتقهما مسؤولية ما يظهر من العيوب التي تهدد سلامة البناء ومتانته، وقد حدّد المُشرِّعُ مدة التزام المقاول والمهندس المعماري بهذا الالتزام بعشر سنوات من تاريخ التسليم الفعلي للمنشأة أو المبنى لصاحب العمل^(١) وترتيباً على ما سبق، ووفقاً لنصّ المادة (٦٥١) مدني مصري يمكن تعريف الضمان العشري بأنه: «الالتزام التضامني الواقع على عاتق المهندس المعماري والمقاول في عقود مقاولات البناء والتشييد بضمانات العيب الخفي في أعمالهم والذي قد يُؤدِّي إلى تَهْدُمِ البناء بصورة كلية أو جزئية»، ويمتدُّ الضمان ليشمل العيب الذي يقتصر على تهديد سلامة البناء أو المنشأة الثابتة ذات الاستخدام الدائم، حتى ولو كان صاحب العمل قد أجاز إقامة المنشآت المعيبة أو كانت العيوب قد نتجت عن نوع التربة التي تم البناء عليها، وذلك في مدة قدرها عشر سنوات من تاريخ تسليم المنشأة.^(٢)

كما أن القانون المدني الأردني قد استقرَّ على أحكام عقد المقاوله من سلفه القانون المدني المصري، وذلك وفقاً للمادة (٧٨٨).^(٣)

(١) د. أحمد شرف الدين عقود عمليات البناء وتسوية منازلها - ٢٠٠٨ - ص: ٢٢٤.

(٢) نص م (٦٥١) من القانون المدني المصري ينص على أن:

يضمن المهندس المعماري والمقاول ما يحدث خلال ١٠ سنوات من تَهْدُمِ كلي أو جزئي فيما شَيِّدوه من مبانٍ أو أقاموه من منشآت ثابتة أخرى، وذلك ولو كان التَهْدُمُ ناشئاً عن عيب في الأرض ذاتها أو كان صاحب العمل أجاز إقامة المنشآت المعيبة ما لم يكن المتعاقدان في هذه الحالة قد أرادا أن تبقى هذه المنشآت مدة أقل من عشر سنوات. ويشمل هذا الضمان المنصوص عليه في الفقرة السابقة ما يوجد من المباني والمنشآت من عيوب يترتب عليها تهديد متانة البناء وسلامته.

(٣) نص م (٧٨٨) من القانون المدني الأردني رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٦ ينص على أنه:

إذا كان عقد المقاوله قائماً على تقبُّلِ بِناء يضع المهندس تصميمه على أن يُنفذه المقاول تحت إشرافه كانا متضامنين في التعويض لصاحب العمل عمَّا يحدث في خلال عشر سنوات من تَهْدُمِ كلي أو جزئي فيما شَيِّداه من مبانٍ أو أقاماه من منشآت، وعن كلِّ عيب يُهدِّدُ متانة البناء وسلامته إذا تضمن العقد مدة أطول. يبقى الالتزام في التعويض المذكور ولو كان الخلل أو التَهْدُمُ ناشئاً عن عيب في الأرض ذاتها أو رضي صاحب العمل بإقامة المنشآت المعيبة.

تبدأ مدة السنوات العشر من وقت تسليم العمل.

المطلب الثاني: طبيعة الضمان العشري

الاتجاه الأول

مسئولية المهندس المعماري والمقاول مسئولية عقدية بحتة:

يذهب أنصار هذا الرأي إلى أن مسؤولية المهندس المعماري والمقاول مسئولية عقدية؛ لأنها تقوم على التزام عقدي أنشأه عقد المقاولة، ومفاده أن يتم العمل خالياً من العيوب، فإذا انهدم البناء أو ظهر فيه عيب فقد تحققت المسئولية العقدية للمقاول أو المهندس.

ولقد استند أنصار هذا الاتجاه بأن التزامات المقاول في عقود الإنشاء والتشييد لا تنتهي بمجرد تسليم البناء، حيث إن التسليم لا يغطي إلا العيوب الظاهرة، أما العيوب الخفية فلا تغطي بالتسليم، ولكن يبقى المقاول مسئولاً عن عيوب الصنعة المدة التي يقضي بها العرف.^(١)

وإذا كان تحديد مدة المسئولية رجوعاً للعرف تشكل القاعدة العامة في جميع المقاولات، فإنه لم يستثن منها سوى مقاولات المنشآت الثابتة، حيث رأى المشرع ألا يترك تحديد هذه المدة للعرف؛ نظراً لخطورة هذه المقاولات، وبالتالي فقد حدد مدة الضمان بعشر سنوات تبدأ من تاريخ التسليم الفعلي للبناء.

وقد قيل في تبرير الطبيعة العقدية للضمان: «أن العقود التي يكون محل الالتزام المدين فيها القيام بعمل يتضمّن مرحلتين هما: مرحلة تنفيذ الالتزام ومرحلة التحقق من جودة أو فاعلية هذا التنفيذ، وتستمر المرحلة الثانية خلال مدة الضمان الذي يتحمّله المقاول والمهندس».^(٢)

ولقد اتخذت محكمة النقض المصرية بهذا الاتجاه ورقت عليه نتيجة مفادها أن «تسليم رب العمل البناء تسليمًا نهائيًا غير مقيد بتحفظ ما من شأنه أن يغطي ما بالمبنى من عيوب ظاهرة وقت حصول هذا التسليم أو معروفة لرب العمل، أما ما

(١) د.١ / عبد الرزاق السنهوري - الوسيط في شرح القانون المدني، الطبعة الثانية، ص: ٧، المجلد الأول، بند ٧١.
(٢) د.١ / محمد شكري سرور - مسئولية مهندسي ومقاولي البناء والمنشآت الثابتة الأخرى، طبعة ١٩٨٥، دار الفكر العربي، بند ٢٥١، ص: ٢٧٦.

عدا ذلك من العيوب مما كان خافياً لم يستطع صاحب البناء كشفه عند تسلّمه للبناء، فإن التسليم لا يسقط ضمان المقاول والمهندس عنه.^(١)

ولكن يأخذ البعض على هذا الرأي عدداً من المآخذ من بينها ما يأتي:^(٢)

إن طبيعة المسؤولية العقدية تقتضي أن يُثبت الدائن خطأ المدين العقدي، وهو ما يخالف المسؤولية عن الضمان العشري، حيث تكون مسؤولية المهندس والمقاول مفترضة؛ لأن التزامهما بالضمان العشري هو التزام بتحقيق نتيجة وليس التزاماً ببذل عناية، ولكن هناك رأي يرى أن المسؤولية العقدية لا تنفي الإخلال بأيّ التزام بتحقيق نتيجة.

المسؤولية العقدية تترتب على الخطأ المتمثل في عدم تنفيذ الالتزام عيناً، وهو ما لا يتوفّر بالنسبة للضمان العشري، ويبدو أن هذا التحليل يتضمّن خلطاً بين تنفيذ العمل محل الالتزام الأصلي وبين الالتزام بضمان جودة هذا التنفيذ.

لو كانت مسؤولية المهندس المعماري والمقاول في الضمان العشري مسؤولية عقدية لجاز الاتفاق على الإعفاء منها، وهو ما لا تجيزه المادة ٦٥٣ مدني مصري - وأغلبية التشريعات العربية- وجعلت هذا الاتفاق باطلاً بطلاناً يتعلّق بالنظام العام، ويبدو لدى بعض الفقهاء أن هذا التحليل غير منتج؛^(٣) لأن القانون وإن جاز الاتفاق على الإعفاء من المسؤولية العقدية كأصل عام إلا إنه لا يوجد ما يمنعه من حظر مثل هذه الاتفاق في الحالات التي يحددها.

هذه الآراء تصف المدة التي تبقى فيها مسؤولية المقاول والمهندس بعد تسليم البناء أو المنشآت على أنها مدة تجريبية، وبالتالي فإن المسؤولية تظل سارية خلال تلك المدة حتى ولو كان المقاول أو المهندس غير كامل الأهلية، وهو ما يخالف أحكام المسؤولية العقدية، حيث لا يجوز فيها مساءلة ناقص الأهلية إلا على سبيل الاستثناء.

(١) الطعن رقم ٣٢٥ لسنة ٣٠ ق جلسة ١٠/٦/١٩٦٩، مجموعة أحكام النقض س ١٦ ص ٧٣٦، منشور في موسوعة دائرة المعارف القانونية، الجزء الأول، الإصدار المدني، إعداد: ياسر محمود نصار، ص: ٤٤٨.

(٢) د / محمد عبد الرحيم عنبر- الوجيز في عقد المقاولة والتوكيلات التجارية- طبعة ١٩٨٨- ص: ١٥٨- ١٥٩.

(٣) د.١ / أحمد شرف الدين- مرجع سابق- ص: ٢٢٤.

الاتجاه الثاني المسئولية التقصيرية أساسها الضل الضار:

يبدو أن هناك خلافاً بين الفقه والقضاء الفرنسي حول الطبيعة القانونية للضمان العشري؛ وذلك لأنَّ الفقه الفرنسي قد أجمع على أن مسؤولية المقاول والمهندس المعماري في المرحلة التالية لتسليم الأعمال لصاحب العمل هي مسؤولية عقدية مصدرها عقد المقاولة، إلا أن القضاء الفرنسي يتجه إلى اعتبار أن مسؤولية المهندس المعماري والمقاول هي مسؤولية تقصيرية تقوم على الضل الضار.

وقد استند هذا الرأي إلى أن الضمان القائم على المسؤولية العقدية ينتهي بمجرد تسليم البناء خالياً من العيوب الظاهرة، فإذا أُريد أن يكون المقاول أو المهندس مسؤولاً عن عيوب البناء التي تظهر بعد تسليمه فإن هذه المسؤولية لا تكون - وقد انتهى عمل المسؤولية العقدية - إلا مسؤولية تقصيرية.^(١)

ولكن جانباً من الفقه يذهب إلى أن اتجاه القضاء لا يمكن قبوله لعدة أسباب:

إذا كانت مسؤولية المقاول والمهندس المعماري مسؤولية تقصيرية، فإن ذلك يعني ضرورة ثبوت خطأ في جانب المهندس المعماري أو المقاول،^(٢) ولكن لا ينطبق على المسؤولية العشرية، حيث افترض المشرع الفرنسي وكذلك المشرع المصري خطأهما بمجرد حدوث التهدم أو ظهور العيب، وبالتالي لا يقع على عاتق صاحب العمل إثبات أي ضرر.

ثمة فروق جوهرية بين المسؤولية العقدية والتقصيرية لا يجوز الجمع بينهما، وعلي سبيل المثال: فإن في المسؤولية العقدية لا يعوّض المدين إلا عند الضرر المتوقع، أما المسؤولية التقصيرية يعوّض عن أي ضرر مباشر ولو غير متوقع.

لا يشترط لقيام مسؤولية المهندس المعماري أو المقاول أن يكون العيب الناجم عن التهدم قديماً، فيكفي وجود عيب دون الاعتراف بما إذا كان سابقاً أم لاحقاً

(١) المقرر في القانون المدني الفرنسي م ١٧٩٢ قبل تعديله أن المسؤولية تقوم على قرينة الخطأ - وقد رفض مجلس الدولة الفرنسي تمسك الدفع بأنه لم يرتكب خطأ - مجلس الدولة الفرنسي ١٩٧٣/٢/٢.
(٢) وفقاً لنص م ١٦٢ مدني مصري يقابلها ١٢٨٢ مدني فرنسي.

على التسليم، وهذا لا يتفق وأحكام ضمان العيب الخفي الذي يتحقق إذا وُجِدَتْ جرثومة العيب قبل التسليم.^(١)

لا يجوز التأسيس بفكرة الحراسة؛ إذ إن الحراسة تفترض أن البناء لهما بعد تسليم الأعمال، في حين أن السيطرة على المباني تُنقل بمجرد التسليم لصاحب العمل.

الاتجاه الثالث المسؤولية قانونية بحتة:

يرى أنصار هذا الاتجاه أن مسؤولية المقاول والمهندس هي مسؤولية قانونية تأسيساً على أن تسليم الأعمال ينهي عقد المقاولة في علاقتهما برّب العمل، وبالتالي فإن بقاءهما مسؤولين بعد تسليم الأعمال لا يمكن.

الاتجاه الرابع: المسؤولية الموضوعية:

يرى هذا الاتجاه أن المسؤولية في هذه الحالة شأنها شأن المسؤولية في عقد التأمين؛ أي مسؤولية المتبوع عن أعمال التابع، وهي المسؤولية الموضوعية^(٢) التي تقوم على الضرر دون الخطأ.

الاتجاه الخامس مسؤولية عقدية مصدرها القانون:

وقد ذهب هذا الاتجاه - وهو الرأي الغالب - إلى اعتبار مسؤولية المهندس والمقاول مسؤولية عقدية مصدرها نص القانون، إذ إنّها مسؤولية ذات طابع عقدي نظّمها القانون بقواعد خاصة لمراعاة مصلحة عامة.^(٣)

ويُعدُّ الضمان العشري حالة استثنائية قانونية خصّها المشرّع بنصّ خاص، وتتميّز بمقومات ذاتية تجعلها ليست تطبيقاً محضاً للقواعد العامة، فهي ضمانة فعّالة للمحافظة على متانة البناء وسلامته، لذلك فإن الأمر يتطلب دراستها وتحليل أحوالها، وهل في هذه المشكلات يتمّ الرجوع إلى مجلس تسوية المنازعات وفقاً لعقود الفيديك أم لا؟ وذلك ما سيتمّ بيانه في المباحث الآتية.

(١) د/ محمد عبد الرحيم عنبر- مرجع سابق - ص: ٢٧٣.

(٢) د/ زيه المهدي - محاضرات دبلوم القانون العام - جامعة القاهرة - ٢٠١٢/٢٠١٢.

(٣) ولقد أخذت محكمة النقض بذلك - د/ أحمد شرف الدين - عقود عمليات البناء وتسوية منازعتها - ٢٠٠٨.

المبحث الثاني شروط الضمان العشري وأطرافه

تقديم وتقسيم:

يتحدّد نطاق المسؤولية المدنية المرتبطة بالضمان العشري للمقاول والمهندس المعماري باجتماع عدة شروط، بحيث إذا تخلف شرط منها خرجت مسؤليتهما من هذا النطاق لتدخل في إطار المسؤولية العقدية وفقاً للقواعد العامة وذلك على النحو التالي:

المطلب الأول: شروط الضمان العشري.

المطلب الثاني: أطراف الضمان العشري.

المطلب الأول شروط الضمان العشري

هناك شروط مُفترضة من نصّ القانون، وهي: أن تكون الأعمال قد اكتملت وسلّمت إلى ربّ العمل باعتبارها هي المسؤولية اللاحقة على التسليم والبناء، وأن يظهر هذا العيب أو التهدّم خلال مدة محدّدة، وهي عشر سنوات محسوبة من يوم التسليم، ولذلك سُمّي بالضمان العشري.

وبجانب هذه الشروط يجب تحقّق الضمان العشري - كما نصّ القانون - أن يتوافر الشروط الآتية:

أولاً: أن يكون العقد المنشئ للعلاقة عقد مقاوله بناء:

عقد المقاوله وفقاً لنصّ القانون المدني (٦٤٧) « هو عقد يتعهّد بمقتضاه أحد المتعاقدين بأن يصنع شيئاً أو يؤدّي عملاً لقاء أجر يتعهّد به الطرف الآخر. »

ويعدّ من العناصر المميزة لعقد المقاوله استقلال المقاول بأعمال الإدارة والإشراف وطريقة التنفيذ عن ربّ العمل، وهو يلتزم فقط بالوصول إلى النتيجة النهائية المطلوبة منه بحسب رؤية ربّ العمل.

واشترط أن يكون البناء قد تم وفقاً لعقد المقاولة لتحقق الضمان يأتي من الطبيعة الخاصة لعقد المقاولة من حيث استقلال المفاوض، ففي مقابل هذا الاستقلال يكون للمفاوض أو المهندس المعماري مسؤولية خاصة.

لذلك فإن كان الشخص يقوم بالعمل كأجير وليس له سلطة في التعديل على رب العمل، وإنما يقتصر دوره على تنفيذ ما يأمره به رب العمل من الأعمال، فإن طبيعة العقد تتغير وتصبح هذه الأعمال محلاً لعقد آخر غير عقد مقاولة هو عقد عمل. ففي هذه الحالة لا يدخل عمل العامل في النطاق الفني للرجل المهني الخبير الذي افترضه المشرع في المهندس المعماري أو المفاوض، كما أن محمل التبعية لا يكون على عاتق العامل في عقد العمل إذا التزم بتعليمات رب العمل على عكس عقد المقاولة.

وبالرغم من أن المقاولات من الباطن عقود مقاولة إلا أن الالتزام بالضمان العشري لا محل له فيها؛ ذلك لأن الحكمة من الضمان العشري هي حفظ حقوق رب العمل الذي يفترض أنه لا تتوافر لديه المعلومات الكافية عن عمل المفاوض والذي يُعتبر غير متخصص في أعمال البناء، وذلك بإعطائه مدة معينة ليكتشف فيها مدى سلامة وجودة البناء، أما في حالة المفاوض من الباطن والمفاوض الأصلي فكل منهما يُعد في حكم القانون شخصاً محترفاً يفترض فيه أن يكون عالماً وملماً بالأخطاء التي تشوب أعمال المقاولة من الباطن.^(١)

لذلك قصر القانون الاستنادة من الضمان العشري على رب العمل فقط، ولا يجوز للمفاوض الأصلي الرجوع على المفاوضين من الباطن بالضمان، حيث نص القانون المدني في المادة (٣/٦٥١) على أن: «لا تسري هذه المادة ما قد يكون للمفاوض من حق الرجوع على المفاوضين من الباطن».

ثانياً: أن يكون محل العقد إنشاء منشآت ثابتة:

يُشترط لتحقق الضمان العشري أن يكون محل عقد المقاولة إنشاء مبان أو منشآت ثابتة، سواء كانت هذه المنشآت معدة للسكنى أو لغيرها من الأغراض.^(٢)

(١) د.١/ أحمد عبد العال قرين - أحكام العامة لعقد المقاولة - دار النهضة العربية - طبعة ٢٠٠٢ - ٢٠٠٣، ص: ١٠٣.

(٢) د.١/ أحمد شرف الدين - مرجع سابق - ص: ٢٥١.

ويقصد بكونها ثابتة: أن تكون مستقرة ثابتة في مكانها لا يمكن نقلها بدون إتلافها أو هدمها. فالأكشاك والمنازل القابلة للفك والتركيب والكرفانات المتحركة لا تُعد من قبيل المنشآت الثابتة، ولا محل للتمسك بالضمان العشري في شأنها،^(١) كذلك كافة المنقولات مثل السفن والسيارات.

أمّا العقارات بالتخصيص ومنها الأبواب والنوافذ والأجهزة الكهربائية فيذهب الفقه التقليدي إلى استبعادها من نطاق تطبيق قواعد هذه المسؤولية، ويستثني رأي راجح من الفقه من ذلك المصعد الكهربائي، فهو يُعتبر في حكم المبنى الملحق بخدمته؛ لأنه وهو يرتفع ويهبط يُعتبر في حكم الثابت في مكانه؛ لأنه لا يتعدى دائرة محدودة في تحركه.^(٢)

أيضاً اختلف الفقه حول بعض الأبنية التي تقام تحت الأرض مثل حضرة الآبار وشقّ الترع والأنفاق، إلا أن الرأي الراجح اعتبارها من قبيل المنشآت الثابتة، وأيضاً أدرج الترميمات والتنكيسات اللازمة للأجزاء الرئيسية للمباني ضمن المنشآت الثابتة.

ثالثاً: أن يكون الغرض من المنشأة الاستخدام الدائم:

أخرج المُشرع من نطاق الضمان العشري المنشآت التي يتم بناؤها، ويكون الغرض من استخدامها محدداً بأقل من عشر سنوات باتفاق أطراف العقد، لذلك يُشترط لتحقيق الضمان العشري وجوب أن يكون الغرض من المنشأة دائماً وغير مؤقت بمدة محددة. وتحديدًا ما إذا كان الغرض دائماً أو مؤقتاً فيتم الرجوع إلى العقد وتتبع هنا القواعد العامة للإثبات.^(٣)

رابعاً: أن تكون عيوب البناء جوهرية وجسيمة:

أوجب المُشرع لتحقيق الضمان العشري للمهندس المعماري والمقاول في عقود مقاولات البناء والتشييد أن يكون العيب الموجود بالبناء جوهرياً وجسيماً. وقد حدّد القانون هذه العيوب بما يحدث من تهديم للبناء سواء كان كلياً أو جزئياً أو

(١) د. أحمد عبد العال قرين - مرجع سابق - ص: ١٠٢-١٠٤.

(٢) الدناصوري والشواربي - المسؤولية المدنية في ضوء الفقه والقضاء - الطبعة الخامسة - ص: ١٢٨٦. ويراعى أن المسؤولية عن الأضرار التي تسببها المصاعد الكهربائية للغير تقع على عاتق حارسها.

(٣) د. أحمد شرف الدين - مرجع سابق - ص: ٢٥٢.

العيوب الأخرى التي تحدّد سلامة البناء ومتانته. وبهذا التحديد يكون القانون قد اشترط قدرًا معيّنًا لجسامة العيب، فلا يجوز أن يحتجّ ربُّ العمل أو الغير بالعيوب البسيطة التي لا تُؤثّر على سلامة البناء مثل عيوب التشطيب وعيوب تركيب الكهرباء، فتسقط المطالبة بالتعويض عنها من تاريخ اكتشافها وتسلم البناء إذا كانت من العيوب الظاهرة.

ولا يشترط هنا أن يكون خطر التهدّم متحقّقًا أو داهمًا أو وشيك الوقوع، بل يكفي أن يُثبت قاضي الموضوع أن الخلل أو العيب المكتشف في البناء قد بلغ حدًّا من الجسامة تجعله يُهدّد متانة البناء وسلامته بالخطر.^(١) وقد ذهب الفقه إلى وجوب أن يكون العيب الذي يُؤدّي إلى التهدّم أو الذي يُؤثّر على سلامة العقار ومتانته خفيًا عند التسليم، فإذا كان العيب ظاهرًا بحيث يمكن كشفه بالفحص المعتاد وتسلم ربُّ العمل البناء دون اعتراض، فذلك يُعدّ نزولًا منه عن الضمان بشرط أن يكون التسليم نهائيًا ما لم يكن هناك غش.

وقد قضت محكمة النقض المصرية بكون: «إقرار ربُّ العمل في عقد الصلح بتسليمه البناء مقبولًا بحالته الظاهرة التي هو عليها ليس من شأنه إعفاء المقاول والمهندس من ضمان العيوب الخفية وقت التسليم، والتي لم يكن يعلمها ربُّ العمل؛ لأنّ التسليم ولو كان نهائيًا لا يُغطّي إلا العيوب الظاهرة أو الملزمة لربُّ العمل عند التسليم.»^(٢)

ويرى البعض أنّ شرط تحقّق الضمان لا يجب أن يقتصر على أن يكون خفيًا وإنما يُضاف إلى ذلك ضابط آخر وهو مدى سهولة اكتشاف العيب ومعرفة ما يترتّب عليه من نتائج بالنسبة لصاحب العمل، ويكون تقدير ذلك متروكًا لقاضي الموضوع.

(١) الدناصوري والشواربي - مرجع سابق - ص: ١٢٨٧.

(٢) الطعن رقم ٣٠٤٥ لسنة ٣٣ جلسة ١٣/٤/١٩٦٧، س ١٨ ص: ٨٣٥، ياسر محمود نصار، دائرة المعارف القانونية، الجزء الأول، الإصدار المدني، طبعة ١٩٩٨، المجموع الدولي للمحاماة، ص: ٤٤٨.

المطلب الثاني أطراف الضمان العشري

نتعرّض هنا للحديث عن الأشخاص أطراف الضمان العشري من الملتزمين به والمستفيدين بأحكامه وفقاً لأحكام القانون المدني المصري، والتطور الذي طرأ على مفهوم الضمان العشري بالنسبة للأطراف الملتزمين به وفقاً للقانون الفرنسي^(١).

أولاً: الملتزمون بالضمان العشري:

حدّدت المادة ٦٥١ مدني مصري وكذلك المادة ١٧٩٢ مدني فرنسي الأشخاص الملتزمين بالضمان، فالقانون المدني المصري ذكر على سبيل الحصر: المهندس المعماري ومقاول البناء، إلا أن القانون المدني الفرنسي قد أضاف بموجب القانون رقم ١٢/٨٧ في ٤ يناير ١٩٧٨ بأبع البناء ووكيل صاحب العمل، وهذا ما يتمّ بيانه كالتالي:

الملتزمون بالضمان العشري:

المهندس المعماري:

يُقصد بالمهندس المعماري في هذا المجال: الشخص المكلف من قبل ربّ العمل بإعداد الرسومات والتصميمات اللازمة ولإقامة المباني أو المنشآت الأخرى، وقد يُعهد إليه بالإشراف على تنفيذ الأعمال ومراجعة حسابات المقاول وصرف المبالغ المستحقّة إليه^(٢).

ويذهب البعض إلى عدم اشتراط حصول المهندس على شهادة علمية في الهندسة، وخاصة هندسة المعمار، غير أن البعض يرى أن النصّ في القانون المدني على مسؤولية خاصة للمهندس المعماري، يُفترض توافر الشروط التي تتطلبها التنظيمات الخاصة بالمهندسين، خصوصاً تلك التنظيمات التي تتطلب الحصول على شهادة علمية للقيّد بنقابة المهندسين، كما أنه يرى أن النصّ على قصر

(١) بموجب القانون رقم ١٢/٨٧ في ٤ يناير ١٩٧٨م، فلا يكفي للملتزم بالضمان، لكي ينفي مسؤولية أنه لم يرتكب ذلك الخطأ.

Fabre, M., & Fleury, B. (2017). Peut-on enseigner autrement?: une expérience de formation d'enseignants.

(٢) أ.د. / لبيب شنب، شرح أحكام عقد المقاولة — دار النهضة العربية — طبعة ١٩٦٢م ص: ١٢٢.

الالتزام بالضمان على المهندس المعماري أصبح متخلفاً عن ملاحظة التطور الذي لحق صناعة البناء والتشييد التي يشترك في إنجاز متطلباتها مهندسون من تخصصات مختلفة مثل الهندسة الميكانيكية والكهربائية وغيرها.^(١)

ويجب لمسألة المهندس المعماري أن يكون مرتبطاً مع ربّ العمل بعقد مقاوله وألا لا يُعتبر مسؤولاً وفقاً للضمان العشري، فإذا كان يقوم بالعمل دون الارتباط بعقد كما لو كان عمل مجانياً فيسأل وفقاً للمسئولية التقصيرية، أيضاً لو كان يقوم بالعمل وفقاً لعقد العمل فيسأل وفقاً لأحكام قانون العمل.

ويستفاد من ذلك أنه إذا اقتصر المهندس المعماري على وضع التصميم دون أن يكلف بالرقابة على التنفيذ لم يكن مسؤولاً إلا عن عيوب التصميم، وإذا تعدد المهندسون المعماريون في البناء فإنّ كلاً منهم يُسأل في حدود نصيبه من العمل فالقائم بالتصميم يُسأل عن التصميم والقائم بالإشراف يُسأل في حدود ذلك.

وعيوب التصميم إمّا ترجع إلى خطأ في أصول الهندسة المعمارية أو مخالفة قوانين البناء ولوائحها، وغالباً ما يُسأل عنها المهندس المعماري، ولكن إذا كان العيب في التصميم من الوضوح لدرجة لا تخفى على المقاتل - في مخالفة قوانين البناء ولوائحها - وأقدم المقاتل على التنفيذ على الرغم من ذلك، فإنه يكون مسؤولاً بالتزامن مع المهندس المعماري عن عيوب التصميم.^(٢)

المقاتل:

حدّد القانون شخصاً آخر يكون مسؤولاً وفقاً لأحكام الضمان وهو مقاتل البناء، ويُقصد به كل شخص تعهّد لربّ العمل بإقامة بناء أو منشآت ثابتة أخرى في مقابل أجر دون أن يخضع في عمله لإشراف أو إدارة ربّ العمل.^(٣) وقد يتعهّد ربّ العمل بتنفيذ العمل إلى مقاولين عدة، فيُعتبر كلٌّ من هؤلاء مقاولاً في حدود

(١) يستفاد من نصوص قانون تنظيم البناء (رقم ١٠٦/١٩٧٦م) وأيضاً من نصوص مشروع قانون البناء الجديد - ٣٩م، ٤٠، ٥٢، أن المهندس واضع التصميم وأيضاً المكلف بالإشراف على تنفيذ الأعمال يجب أن يكون مهندساً نقابياً أو ينتسب إلى مكتب هندسي متعدد التخصصات.

(٢) الدناصوري والشواربي - مرجع سابق - ص: ١٢٨١-١٢٨٢،

د. أحمد شرف الدين - مرجع سابق - ص: ٣٦٠،

د/ محمد عبد الرحيم عنبر - مرجع سابق - ص: ١٨١-١٨٢.

(٣) د. لبيب شنب - مرجع سابق - ص: ١٢٢.

ما قام به من أعمال، وإذا كان المقاول قد استخدم معاونين له فيكون مسئولاً عن أعمالهم.

ويتحدّد العمل الملتزم المقاول بشأنه وهو المساهمة في إنشاء المبنى بالمعنى الضيق، فالضمان يتعلّق بالمتانة والسلامة، ولا شأن له بالأعمال التي تُعتبر من قبيل التشطيب مثل الدهان والنجارة غير المسلّحة، ولكنّه مسئول عن الأعمال الصحية بالبناء أو الإنشاء إذا ثبت أن التهدّم أو الخلل يرجع إلى هذه الأعمال.^(١)

التطور الذي شهده القانون الفرنسي:

يُخضع المُشرّع الفرنسي - وعلي خلاف نظيره المصري - المقاولين والمهندسين (وهم المشيّدون الفعليّون للمبنى أو للمنشأ الثابت) لالتزام بالضمان العشري دونما قيد أو شرط، ولكنّه أدخل بين طائفة الملتزمين بهذا الضمان أشخاصاً آخرين ليسوا بمشيّدين بالمعنى الدقيق، مثل:

بائع البناء:

تنصّ م ١/١٧٩٢ من القانون المدني الفرنسي بعد تعديلها على أنه: « يُعتبر معمارياً - مسئولاً عن الضمان - كلُّ من يبيع بناء بعد إتمام تشييده، سواء أكان هو من شيّده أو عمل على تشييده.»

ويتضح من هذا النصّ أنّ المُشرّع الفرنسي قد سوّى بين المهني الذي يحترف عمليات البناء أو التشييد لحسابه بغرض البيع والذي يُسمّى بالمقاول، وبين غير المهني والذي تضطرّه الظروف إلى بيع مسكنه، وأيضاً يلاحظ أنه لم يعد يُفرّق بين بيع البناء تحت التشييد أو بعد تمام التشييد فيما يتعلّق بالضمان.^(٢)

(١) د.أ / أحمد السعيد الزقرد - مجلة الحقوق الصادرة من كلية الحقوق جامعة الكويت - السنة ٢٢ - العدد ٢ في يونيو ١٩٨٨، بحث بعنوان: «دعوى المشتري بالضمان الخاص للمباني والإنشاءات في مواجهة المقاول والمهندس»، ص: ٥٨.
(٢) على عكس الوضع القديم الذي كان يقتصر الضمان على الإنشاءات تحت التشييد، أما ما تم تشييده فينطبق عليه الأحكام العامة للمسؤولية كوكيل صاحب العمل تخضع قبل التعديل للقواعد العامة.

وكيل صاحب العمل:

تنص م ١/١٧٩٢-٣^(١) مدني فرنسي على أنه: « يُعتبر معمارياً -تنطبق عليه أحكام الضمان العشري- كلُّ شخص يقوم بمهمة تُشبهه عمل المقاول على الرغم من تصرفه بصفته وكيلاً عن ربِّ العمل. لذلك هناك شرطان لكي يمكن اعتبار الوكيل مسؤولاً وفقاً لأحكام الضمان العشري وهما: أن يرتبط بعقد وكالة مع ربِّ العمل من ناحية، وأن يقوم بعمل من أعمال المقاول أو المهندس من ناحية أخرى.

وعلى هذا الأساس فإنه يلزم لدخول وكيل صاحب العمل في دائرة الملتزمين بالضمان أن يقوم بجانب أعماله القانونية كوكيل بأعمال مادية كمقاول.^(٢)

المُطَوَّرُون العَقَارِيُّونَ:

يُعدُّ مفهوم المُطَوَّر العَقَارِي مفهومًا حديثًا نسبيًا في ظلَّ القانون المصري مقارنةً بالقانون الفرنسي، رغم انتشار هذا النشاط في مصر في الآونة الأخيرة.

ويمكن تعريف المُطَوَّر العَقَارِي بأنه: «الشخص المعنوي الذي يُزاول نشاط التطوير العقاري بأن يأخذ على عاتقه المبادرة لإنشاء وإدارة وصيانة أو تطوير المشروعات العقارية، وتجهيز واستغلال المناطق المعدَّة للاستثمار السياحي والصناعي والزراعي، وتسويق الوحدات العقارية عن طريق بيعها أو تأجيرها، سواء بعد تشييدها أو على الخريطة، وسواء قام بإنشاء وإدارة المشروع العقاري وتسويقه بنفسه، أو بواسطة غيره من المُطَوَّرِين الفرعيين أو المقاولين.»^(٣)

صانعو ومُستوردو أجزاء وعناصر المباني سابقة التجهيز:

نظراً للتطوُّر التكنولوجي المتطوُّر في عملية التشييد، فقد ظهرت مؤخرًا مباني أو منشآت جاهزة أو معدَّة سلماً للتركيب، وقد أخضع القانون الفرنسي -دون القانون المصري- صانعي ومُستوردي أجزاء هذه المباني أو عناصرها التجهيزية

(١) معدلة بالقانون رقم ٨٧/١٢ سابق الإشارة إليه، وكانت مسؤولية وكيل صاحب العمل تخضع قبل التعديل للقواعد العامة.

(٢) د.١/ أحمد شرف الدين - مرجع سابق - ص: ٢٦٠.

(٣) د.١/ محمد السيد فارس: النطاق الشخصي للالتزام بالضمان العشري بين المفهومين التقليدي والعصري. المجلة القانونية، ١٢(٤)، ٨٢١-٩٦٦، (٢٠٢٢).

للالتزام بالضمان العشري بموجب المادة ١٧٩٢-٤ من التقنين المدني شأنهم شأن
المقاولين والمهندسين.

ثانياً: الدائن بالضمان العشري «الأشخاص المستفيدون من
الضمان العشري»:

صاحب العمل:

فصاحب الحق الأصيل في الاستفاداة من الضمان العشري - المنصوص عليه في
م ٦٥١- هو ربُّ العمل في عقد المقاولة على اعتبار كونه المصاب بالضرر من جراء
التهدُّم أو ظهور العيب المهدِّد لسلامة البناء.

ولكن لا يكون دائناً بالضمان إذا كان مقاولاً أصلياً، وتعاقد مع مقاول آخر من
الباطن لإنجاز جزء من البناء، وحكمة ذلك هي أن المسؤولية بالضمان العشري
تهدف أصلاً إلى حماية صاحب العمل من المهندس المعماري والمقاول باعتبارهما
أهل الفن والخبرة.

الخلف العام والخلف الخاص:

في حالة وفاة ربِّ العمل، فإنَّ الحقَّ في الضمان العشري ينتقل إلى خلفه العام،
فيحلُّ وراثته محله في المطالبة بالضمان، كما يجوز للدائنين في حالة وفاة ربِّ
العمل أن يباشروا دعوى غير مباشرة باسم ربِّ العمل للمطالبة بالضمان.

لكن لا يوجد نصٌّ في القانون المصري ولا الفرنسي يقضي صراحةً بانتقال
الحقَّ في الضمان العشري من السلف (صاحب البناء) إلى الخلف الخاص، إلا أنَّ
الفقه والقضاء استقرَّ على أنه لا يجوز للخلف الخاص (كمشترى البناء ومُشتريه
من الباطن والمتقايض عليه والموهوب له والموصى له به) الرجوع بالضمان على
المهندس المعماري والمقاول إعمالاً لنظرية الاستخلاف في الحقوق والالتزامات، ولا
يقتصر رجوعه بالضمان العشري، وإنما يكون أيضاً ملاحقة البائع طبقاً للأحكام
العامَّة في ضمان العيوب الخفية في الشيء المبَّيع.^(١)

(١) د. / لبيب شنب - مرجع سابق - ص: ١٣٨.

د. / أحمد شرف الدين - مرجع سابق - ص: ٢٦٢.

د. / محمد شكري سرور - مرجع سابق - ص: ١٩٩.

انتفاء الضمان للمقاول الأصلي في علاقته بالمقاولين من الباطن:

جاءت عبارات م (٤/٦٥١) صريحة في عدم سريان أحكام الضمان العشري على ما يكون للمقاول من حق الرجوع على المقاولين من الباطن، فقصرت بذلك نطاق الضمان من حيث المستفيدين منه على صاحب العمل في عقد المقاولة وخلفه العام والخاص، وليس من هؤلاء المقاول الأصلي.

وقد برزت المذكرة الإيضاحية للنص ذلك بأن « هذه المسؤولية هي مسؤولية استثنائية قد تقرررت لأن رب العمل لا يمكن اعتباره في مستوى المقاول والمهندس من الناحية الفنية، أمّا المقاول الأصلي والمقاول من الباطن فهما من الناحية الفنية متساويان، مما لا يدعو للحاجة إلى استحداث مسؤولية استثنائية فيما بينهما»^(١).

(١) د.١ / أحمد السعيد الزقرد - مرجع سابق - ص: ٥٢٨ - وهو نفس الوضع في القانون الفرنسي م ١/١٧٩٢ مدني.

المبحث الثالث الأحكام القانونية للضمان العشري

تقديم وتقسيم:

نتناول في هذا المطلب مجموعة الأحكام القانونية الخاصة بالضمان العشري من حيث أثر مسؤولية المهندس والمقاول ثم مسؤولية المهندس والمقاول قبل الغير وحكم الاتفاقات المعدلة لأحكام المسؤولية، وأخيراً عبء إثبات الضمان والأسباب المعفية منه.

أولاً: أثر مسؤولية المهندس المعماري والمقاول « جزاء الضمان »:

يترتب على مسؤولية المهندس المعماري والمقاول وفقاً لأحكام الضمان العشري التزامهما بتعويض رب العمل عن الضرر الذي لحقه من جراء تهديم البناء أو وجود العيب به. وقد يكون تعويض رب العمل مبنياً بإصلاح العيب، كما قد يكون تعويض رب العمل نقدياً، ولقد اتجه القضاء في فرنسا إلى ترك المسألة لسلطة قضاة الموضوع للاختيار بين نوعي التعويض تبعاً لطروف كل حالة على حدة.

وقد ذهبت محكمة النقض المصرية إلى نفس الرأي حيث قضت: « لا وجه لتضرر الطاعن -المشيّد- من تقدير التعويض على أساس من هدم المنزل، ما دامت محكمة الموضوع قد انتهت في حدود سلطتها التقديرية إلى أن إصلاح العيب الموجود في أساس المبنى، وهو ما كان يقتضيه الحكم بالتنفيذ العيني، يتكلف أضعاف ما انتهت المحكمة إلى القضاء به من تعويض». (١)

ويجب أن يشمل التعويض وفقاً للقواعد العامة في القانون المدني ما لحق رب العمل من خسارة، وما فاتته من كسب (م ٢٢١)، فلرب العمل أن يطالب في دعوى الضمان بالتعويض العيني، وله أن يطلب من المحكمة الترخيص له بإعادة البناء أو بإصلاح العيب على نفقة المدين بالضمان كما له أن يستغني عن ترخيص المحكمة في حالة الاستعجال طبقاً للقواعد العامة، كما أن لرب العمل أيضاً الحصول على

(١) نقض مدني ١٩٦٥/٦/١٠م - مجموعة أحكام النقض السنة ١٦ ص: ٧٢٧ رقم ١١٧ بند ٢ مشار إليه في د.١ / محمد شكري سرور - مرجع سابق - ص: ٣٦٦.

التعويض إذا كان التنفيذ العيني مرهقاً للمدين أو أن إعادة البناء لم تؤدَّ إلى إصلاح كل الضرر.^(١)

ويقع على عاتق ربِّ العمل الالتزام بإعلام المهندس أو المقاول بحدوث التهدُّم أو باكتشافه للعيب، وذلك بعد اكتشافه مباشرة، ويتصرَّع عن هذا الالتزام أنه إذا تراخى ربُّ العمل في الإفصاح عن اكتشاف العيب أو حصول التهدُّم الأمر الذي أدَّى إلى تفاقم العيوب وزيادة تكلفة إصلاحها؛ ذلك لأنَّ خطراً ربِّ العمل في التبليغ يقطع علاقة السببية بين الخطأ والضرر.

كما يجب عليه أن يُبلغ عن العيب أولاً، ويطلب معاينته؛ حتى يُعتدَّ بالعيب في مساءلة المهندس والمقاول، فإذا قام ربُّ العمل بإصلاح للعيب أو إجراء تعديلات قبل الإبلاغ والمعاينة، فإنه يُعدُّ متنازلاً عن الرجوع بالضمان.^(٢)

ثانياً: مسؤولية المهندس والمقاول قبل الغير:

إذا تهدَّم العقار كلياً أو جزئياً أو وقع به عيب يؤثّر على متانته وسلامته، وترتّب على ذلك إصابة شخص من الغير (أي: غير ربِّ العمل المتعاقد مع المهندس أو المقاول)، فإنَّ هذا الغير لا يستطيع أن يتمسك بأحكام م ٦٥١ مدني في المطالبة بالتعويض عن تلك الأضرار؛ وذلك لعدم ارتباطه بمحدث الضرر بعلاقة عقدية، إنما يتعيّن على المضرور في هذه الحالة هو أو ورثته إذا أرادوا المطالبة بالتعويض أن يطالبوا به وفقاً لأحكام المسؤولية التقصيرية م (١٦٣).^(٣)

وتتقادم دعوى المسؤولية التقصيرية التي يملكها الغير قبل المهندس والمقاول بانقضاء ثلاث سنوات من اليوم الذي يعلم فيه المضرور بحصول الضرر وبالشخص المسئول عنه، وتسقط في كلِّ حال بانقضاء خمس عشرة سنة من يوم وقوع العمل غير المشروع (م ١/١٧٢ مدني).

(١) د.أ/ أحمد شرف الدين - مرجع سابق - ص: ٢٧٠ وما بعدها.

د.أ/ عبد الرزاق السنهوري - الوسيط في شرح أحكام القانون المدني ج ٧ - الطبعة الثانية ١٩٨٩ ص: ١٥٧، ١٥٨. (٢) وتطبيقاً لذلك قضت محكمة الاستئناف بأنه: « يجب على ربِّ العمل أن يطالب مقدماً بمعاينة البناء؛ لاستظهار ما فيه من عيوب وطرق إصلاحها والأعمال اللازمة، لذلك فإذا لم يفعل وعمد من تلقاء نفسه إلى إجراء تعديلات قبل المعاينة، فإنه يُعتبر متنازلاً عن الرجوع بالضمان» استئناف مختلط ٢٧ يناير ١٩٠٤ - مشار إليه د.أ/ عبد الرزاق السنهوري - مرجع سابق - ص: ١٥٨، هامش ١.

(٣) د.أ/ لبيب شنب - مرجع سابق - ص: ١٤٨.

ويراعى أخيراً أن القانون^(١) ألزم المالك بالتأمين عن مسؤولية المدنية ومسئولية كل من المهندس والمقاول عن الأضرار الجسمانية والمادية التي تلحق بالغير بسبب ما يحدث للمباني والإنشاءات من تهديم كلي أو جزئي، سواء الأضرار التي تقع أثناء فترة التنفيذ المبنية في وثيقة التأمين أو تلك التي تقع خلال السنوات العشر التالية لتسليم الأعمال.

ثالثاً: حكم الاتفاقات المعدلة لمسئولية المهندس المعماري والمقاول:

لا تُعد أحكام المسؤولية العقدية بوجه عام من النظام العام، فيجوز الاتفاق على ما يخالفها؛ أي: يجوز التخفيف منها أو تشديدها أو النزول عنها باتفاق خاص. واستثناء من ذلك فقد نصت المادة (٦٥٣ مدني)^(٢) على أن: «يكون باطلاً كل شرط يقصد به إعفاء المقاول أو المهندس من الضمان أو الحد منه».

ويُبرر ذلك الحكم بأن الحكم بأن رب العمل لا يكون عادة ذا خبرة فنية في أعمال البناء، ولذلك حماه القانون هذه الحماية الخاصة بتحديد مدة طويلة لاختبار متانة البناء وصلابته، أمّا المقاول والمهندس فهما من رجال الأعمال ذوي الخبرة الفنية، وهما في الوقت ذاته الجانب الأقوى في عقود المقاولة؛ بسبب هذه الخبرة، ويستطيعان الاشتراط على رب العمل ما يشاءان.

وبالرغم من كون الاتفاقات المعفية من الضمان أو المخففة منه باطلة بطلاناً مطلقاً لمخالفتها النظام العام، إلا أنه وبمفهوم المخالفة لنص م ٦٥٣ فإن الاتفاقات المشددة من مسؤولية المهندس أو المقاول عن الضمان تُعد جائزة. وبالتالي يجوز الاتفاق على مدّة الضمان لأكثر من عشر سنوات من تاريخ التسليم أو الاتفاق على أن المدين بالضمان يضمن كذلك الأخطاء الناجمة عن الحوادث المفاجئ أو القوة القاهرة (م ٢١٦ مدني)^(٣).

هذا وإذا كانت مسؤولية المهندس والمقاول اللاحقة على التسليم تُعد من النظام العام وفقاً لأحكام الضمان العشري، إلا إنه لا يوجد ما يمنع من التصالح عليها

(١) م ٨ قانون رقم ١٠٦ لسنة ١٩٧٦ في شأن توجيه وتنظيم أعمال البناء، وقد ورد النص على الالتزام في مشروع قانون البناء (م ٤٥) بحيث لا يجوز إصدار ترخيص البناء أو التعليلات إلا بعد أن يقدم طالب الترخيص وثيقة تأمين.
(٢) ولقد أخذ القانون المدني الأردني مثل نظيره المصري في م ٧٩٠ التي تنص على أن «يقع باطلاً كل شرط يقصد به إعفاء المقاول أو المهندس من الضمان أو الحد منه».
(٣) د.١ / أحمد شرف الدين - مرجع سابق - ص: ٢٧٦.

بعد حصول التهديم أو وجود العيب أو تنازل رب العمل عن حقه في الضمان، وهذا التنازل قد يكون صريحاً وقد يكون ضمناً بأن يقوم رب العمل بدفع باقي أجر المهندس على الرغم من علمه بالعيب.^(١)

رابعاً: عبء إثبات الضمان:

من المسلم به أن عبء إثبات استيفاء الضمان بشروط قيامه يقع على عاتق رب العمل بوصفه المستفيد منه. وهو يلتزم في سبيل ذلك بإثبات وجود عقد المقاولة المبرم بينه وبين المهندس المعماري والمقاول، ويلتزم أيضاً بإثبات الضرر المتمثل في حصول التهديم الكلي أو الجزئي أو العيب الذي يهدد متانة البناء وسلامته، وذلك طبقاً للقواعد العامة في المسؤولية المدنية.^(٢)

ولكن السؤال يثور حول ما إذا كان رب العمل يلتزم بإثبات وجود خطأ في جانب المهندس أو المقاول الذي يرجع إليه بالضمان؟

تتوقف الإجابة عن هذا السؤال على معرفة طبيعة الالتزام الواقع على عاتق كل من المهندس والمقاول، وهل هو التزام بوسيلة -أي: بمجرد بذل عناية معينة في تشييد البناء- أم أنه التزام بنتيجة، هي بقاء البناء سليماً لمدة عشر سنوات من تاريخ التسليم.

والتزام المهندس والمقاول بالضمان التزام بتحقيق نتيجة، لذلك فيثبت الإخلال به بمجرد إثبات عدم تحقق هذه النتيجة دون حاجة لإثبات خطئهما. ولا يستطيع المهندس أو المقاول أن يتخلص من مسؤوليته من الضمان إلا بإثبات السبب الأجنبي كالقوة القاهرة أو خطأ الغير أو خطأ رب العمل نفسه. ولا يكفي لنفي مسؤولية المهندس والمقاول أن يثبت أحدهما انتفاء الخطأ من جانبه لاتخاذ الاحتياطات اللازمة مثلاً لمنع حصول التهديم أو وجود عيب أو لبذله عناية الشخص المعتاد في وضع التصميم والإشراف على العمل أو القيام بعملية البناء نفسها.

(١) مستشار/ فتحية قورة - أحكام عقد المقاولة - دار منشأة المعارف بالإسكندرية - طبعة ١٩٩٢ - ص: ١٦٧-١٦٨.

(٢) أ.د/ لبيب شنب - مرجع سابق - بند ١١١ - ص: ١٢٢.

خامساً: الأسباب المعضية من الضمان « كيفية دفع المسؤولية »:

القاعدة أن المهندس المعماري أو المقاول لا يستطيع أن ينفي مسؤوليته عن التهديم أو العيب الذي ظهر في البناء إلا بإثبات السبب الأجنبي الذي قطع علاقة السببية بين نشاطه وحدوث التهديم أو العيب. وطبقاً للقواعد العامة فيتمثل في القوة القاهرة « الحوادث المفاجئ »، أو خطأ صاحب العمل « البناء » وهو المضرور، أو خطأ من جانب الغير، وقد يكون الغير أجنبياً عن عملية البناء، وقد يكون ممن لهم صلة بعملية البناء كأخطاء المهندس السابق، أو خطأ المورد أو الصانع المنتج لمواد البناء أو خطأ الفنيين أو مكتب الاستشارات الفنية أو الهندسية.

ولهذه الأسباب يمكن أن يعفى المهندس أو المقاول من مسؤوليتهما التقصيرية أيضاً سواء تجاه صاحب العمل أو الغير.^(١)

(١) د.أ / محمد شكري سرور - مرجع سابق - ص: ٣٢٩ وما بعدها.

د.أ / لبيب شنب - مرجع سابق - ص: ١٣٤.

د.أ / عبد الرزاق السنهوري - مرجع سابق - ص: ٧٢.

المبحث الرابع

دور عقد الفيديك في الضمان العشري

وبعد أن تم تعرّف الأحكام العامة للضمان العشري، ومعرفة أن من أهم العقود النموذجية لعقود الإنشاءات وعمليات البناء هي نماذج عقود الفيديك « الكتاب الأحمر» والمتمثل في وجوب عرض النزاع على مجلس تسوية المنازعات (DAB) بعد أن استفاد من تجارب التحكيم في منازعات عقود الإنشاءات الدولية التي كانت تتضمن بنود نماذج عقد الفيديك في طبعات سابقة.^(١)

فلا بدّ من الإجابة عن التساؤل فيما إذا كان يتمّ عرض النزاع الناتج عن المسؤولية اللاحقة لتسليم البناء «الضمان العشري» على مجلس تسوية المنازعات أم يتمّ عرضه على القضاء؟ أو بمعنى آخر: هل سيتمّ عرض نزاع الضمان العشري وفقاً لنماذج عقود الفيديك أم سيتمّ عرضه وفقاً للأحكام العامة للضمان العشري المنصوص عليها في القانون المدني؟

وكما هو واضح وفقاً للواقع العملي، فإن تشكيل المجلس وعمله يتمّ مع بداية حياة المشروع وينتهي بانتهاؤه، وبالتالي فإنه يتمّ الرجوع إلى المجلس لاتخاذ قراره في مثل هذه الظروف.^(٢) بالإضافة إلى أن الغاية من اللجوء إلى مجلس تسوية المنازعات هي أن يكون المجلس على اطلاع مباشر بما يحدث أثناء التشييد وليس بعد الانتهاء منه، كما أن المجلس قد يُعدّ عاجزاً عن معرفة التجاوزات والأخطاء التي تمت أثناء تنفيذ المشروع في مرحلة سابقة.

ولقد قضت محكمة النقض المصرية في الضمان العشري «أن مقتضى ما نصّت عليه المادتان ٦٥١، ٦٥٣ من القانون المدني، أن كل شرط في عقد الصلح يقصد به إعفاء المهندس والمقاول من ضمان ما لم يكن قد انكشف وقت إبرامه من العيوب التي يشملها الضمان يكون باطلاً ولا يُعتدُّ به، إذ لا يجوز لربّ العمل مقدماً وقبل تحقّق سبب الضمان التنازل عن حقّه في الرجوع به.»^(٣)

(١) د. / أحمد شرف الدين - تسوية منازعات عقود الإنشاءات الدولية في الدول العربية، نماذج عقود الفيديك - الطبعة الثالثة ٢٠٠٥، ص: ١٠١.

(٢) مها أشقر العطار - مرجع سابق - ص: ٧٨.

(٣) الطعن رقم ٣٣/٣٤٥ ق س ١٨، ص: ٨٢٥ بتاريخ ١٣/٤/١٩٦٧ - د / ياسر نصار - موسوعة المعارف القانونية - الإصدار المدني - الكتاب التاسع ١٩٩٨، ص: ٤٥٧-٤٥٨.

كما قضت بأن «مضاد نصّ المادتين ٦٥١، ٦٥٤ من القانون المدني أن المشرع ألزم المقاول في المادة ٦٥١ من القانون المدني بضمان سلامة البناء من التهدم الكلي أو الجزئي أو العيوب التي يترتب عليها تهديد متانة البناء وسلامته، وحدد لذلك الضمان مدة معيّنة هي عشر سنوات تبدأ من وقت تسليم المبنى، ويتحقق الضمان إذا حدث سببه خلال هذه المدة على أن القانون قد حدّد في المادة ٦٥٤ مدة لتقادم دعوى الضمان المذكور وهي ثلاث سنوات، تبدأ من وقت حدوث التهدم أو ظهور العيب خلال مدة عشر سنوات من تسلّم ربّ العمل البناء، إلا أنه يلزم لسماع دعوى الضمان ألاّ تمضي ثلاث سنوات على انكشاف أو حصول التهدم، فإذا انقضت هذه المدة سقطت دعوى الضمان بالتقادم». «ضمان المهندس المعماري لتهدم البناء ولعيوب التي تهدد سلامته أساسه المسؤولية العقدية المنصوص عليها في المادتين ٦٥١، ٦٥٢ من القانون المدني، فهو ينشأ عن عقد مقاوله يعهد فيه ربّ العمل بهذا الضمان، بينما تخضع مسؤوليته للقواعد العامة في المسؤولية المدنية»^(١).

ولقد قضت هيئة تحكيم بأنه «من المقرر وفقاً لنصّ المادة ١/٦٥١ من القانون المدني أن سبب الضمان إنما يتحقق إذا قام سببه فيضمن المقاول أو المهندس المعماري ما يحدث من تهدم كلي أو جزئي فيما شيّدوه من مباني أو أقاموه من منشآت ثابتة أخرى، كما يشمل الضمان ما يوجد في المنشآت من عيوب يترتب عليها تهديد متانة المنشأة وسلامتها ما لم يثبت أن السبب في تهدم البناء يرجع إلى قوة قاهرة؛ أي: لأسباب خارجة عن إرادة المقاول لم يكن في الإمكان توقعها وقت البناء، ولا تقوم مسؤولية المقاول إلا إذا أخطأ في التنفيذ وخالف الشروط والمواصفات المتفق عليها أو انحرف عن أصول الفن وتقاليد الصنعة».

«ومن المقرر أن واضع التصميم مسئول عن عيوب التصميم، فإذا كان المقاول قد وضع التصميم فإنه يكون مسئولاً عن عيوب التنفيذ وعيوب التصميم، ولكن مسؤوليته عن عيوب التصميم تكون بالقدر الذي تسمح به القدرة الفنية لشخص في مستواه. أمّا إذا كان المقاول لم يقم بوضع التصميم وإنما قام به المهندس المعماري

(١) الطعن رقم ٤٠/٢٤١ ق س، ص: ١٠٤٨ بتاريخ ١٩٧٥/٥/٢١ - د/ ياسر نصار - مرجع سابق - ص: ٤٥٦.

فلا يضمن المقاول عيوب التصميم إلا إذا كان العيب فى التصميم من الوضوح بحيث لا يخفى على المقاول كما لو كان مخالفاً لقواعد البناء الملائمة»^(١).

ولقد أخذ القضاء -سواء قضاء محكمة النقض أو محكمة القضاء التحكيمية- بالأحكام العامة للضمان العشري كما هو سالف الذكر. ولذلك يجب إعادة صياغة بنود الفيديك «الكتاب الأحمر» سواء فى الشروط العامة أو الخاصة؛ من أجل النص على إحالة المنازعة إلى مجلس تسوية المنازعات فى الضمان العشري، كمرحلة سابقة لعرضها على القضاء كما هو الحال فى كيفية إحالة المنازعة إلى المجلس الذى ذكرت فيه المادة (٤/٢٠)؛ نظراً لأن المجلس كان على اطلاع مباشر على ما حدث أثناء تنفيذ المشروع، وبالتالي يكون حكمه أكثر واقعية من القضاء إن جاز التعبير.^(٢)

(١) القضية التحكيمية رقم ١١٨ لسنة ١٩٩٨ - جلسة ١٩٩٩/٤/٢٩ - مجلة التحكيم العربى - العدد الثانى - يناير ٢٠٠٠، ص: ٢٢٨، انظر ا.د/ أحمد شرف الدين - عقود عمليات البناء وتسوية منازعاتها - ٢٠٠٨ - ص: ٣٢٨.

(٢) مها أشقر العطار - مرجع سابق - ص: ١٢٠.

الخاتمة

لما كانت العقارات المبنية هي ركيزة أساسية للاقتصاد حفاظًا على الإنشاءات الضخمة، فيتمّ السعي من أجل إيجاد حلول سريعة للمنازعات العقدية التي تظهر أثناء تنفيذ المشاريع الإنشائية، خاصة عن طريق مجلس تسوية المنازعات (DAB) "Dispute Adjudication Board" للبتّ في المنازعات التي تحدث بين صاحب العمل والمقاول.

إلا أنه قد يحدث بعد انتهاء عمل المشاريع الإنشائية وتسليمها لصاحب العمل تهدم في البناء كلياً أو جزئياً أو يتمّ اكتشاف بعض العيوب في البناء التي قد تؤثر سلباً على متانته وسلامته ساكنيه، وهي ما تُسمّى بالمسئولية اللاحقة على تسليم البناء أو «الضمان العشري».

فيعدّ الضمان العشري في عقود الإنشاءات ضماناً فعّالة للمحافظة على متانة البناء وسلامته، وذلك وفقاً للقانون الذي فرض على كل من المهندس ومقاول البناء.

"The Ten Year Grantee in construction contracts is considered an effective grantee for ensuring the reliability and safety of the building posed by the law on both the constructor and supervising engineer".

وكما سبق بيانه فإنه يُلاحظ أن أحكام القانون المدني المصري عالجت كافة أحكام الضمان العشري من شروط توافره، وأطرافه، سواء الملتزمون بالضمان أو المستفيدون منه، وكذلك أثر مسئولية المهندس المعماري والمقاول ومسئوليتهما قبل الغير، وحكم الاتفاقات المعدّلة لهذه المسئولية، وعبء إثبات الضمان وكيفية دفع المسئولية.

ولكن كان المفروض أن يتدخّل المُشرّع المصري لتعديل هذه الأحكام لتلائم التطوّر الذي طرأ على أساليب البناء على غرار تدخّل المُشرّع الفرنسي، حيث تدخّل هذا الأخير في مناسبتين: الأولى: بقانون ٣ يناير ١٩٦٧م، والثانية: ٤ يناير ١٩٧٨، بما أسفر عن نتائج مهمة أهمّها - كما ذكر من قبل - توسيع نطاق المسئولين بالضمان، كذلك توسيع الدائرة من حيث الأضرار المشمولة بهذا الضمان، فلا

يقتصر على سلامة البناء وماتنته فقط، بل يمتدُّ إلى صلاحية البناء للغرض من إنشائه إضافة إلى سلامة عناصره التجهيزية وماتنتها.

كما نلاحظ فيما سبق أن نصَّ م ٢٠ من نموذج عقد الفيديك غير كافٍ لمعالجة موضوع الإنشاءات بالشكل الكامل والصحيح، فلم ينصَّ عقد الفيديك «الكتاب الأحمر» على حالة الضمان العشري بعد انتهاء المشروع.

التوصيات:

يجب أن يتدخل المشرع المصري لإعادة صياغة نصَّ المادة ٦٥١ من القانون المدني المنظمة لأحكام الضمان العشري، وذلك بتوسيع نطاق الضمان العشري كما فعل المشرع الفرنسي، سواء من حيث الأشخاص أو من حيث الأضرار، حيث إن هذه الأحكام لم تعد تواكب التوسع الهائل الذي تشهده مصر في الوقت الحاضر.

استكمال الأحكام القانونية للضمان العشري لتشمل جميع الأعمال الإنشائية، وليست المباني والمنشآت الثابتة فقط.

أن يقوم المشرع المصري بزيادة فترة الضمان، وذلك في المشاريع الكبيرة والأعمال الضخمة التي تحتاج لوقت أكبر للكشف عن عيوب قد تهدد متانة البناء وسلامته.

إعادة صياغة بنود الفيديك «الكتاب الأحمر» سواء في الشروط العامة أو الخاصة من أجل النصَّ على إحالة المنازعة إلى مجلس تسوية المنازعات (DAB) في الضمان العشري كمرحلة سابقة لعرضها على القضاء.

المراجع

المراجع العربية:

١. أحمد السعيد الزقرد - دعوى المشتري بالضمان الخاص للمباني والإنشاءات فى مواجهة المقاول والمهندس - مجلة الحقوق الصادرة من كلية الحقوق جامعة الكويت - السنة ٢٢ - العدد ٢ فى يونيو ١٩٨٨.
٢. أحمد شرف الدين - تسوية منازعات عقود الإنشاءات الدولية فى الدول العربية، نماذج عقود الفيديك - الطبعة الثالثة ٢٠٠٥.
٣. أحمد شرف الدين: عقود عمليات البناء وتسوية منازعاتها، بنك التعمير والإسكان، سنة ٢٠٠٨.
٤. أحمد عبد العال قرين - الأحكام العامة لعقد المقاولة مع دراسة تطبيقية لمقاولات المنشآت المعمارية - دار النهضة العربية - طبعة ٢٠٠٢ - ٢٠٠٣.
٥. عبد الرزاق السنهوري - الوسيط فى شرح القانون المدني، الطبعة الثانية، منشأة المعارف، الإسكندرية - ١٩٧٧م.
٦. عز الدين الديناصوري وعبد الحميد الشواربي - المسئولية المدنية فى ضوء الفقه والقضاء - الطبعة الخامسة - دار الكتب والدراسات العربية - ٢٠٢١م.
٧. غازي أبو عرابي - الضمان العشري للمهندس ومقاول البناء ومدى خضوع المقاول من الباطن له «دراسة مقارنة» - قسم القانون الخاص - الجامعة الأردنية - ٢٠٠٧م.
٨. فتحية قورة - أحكام عقد المقاولة - دار منشأة المعارف بالإسكندرية - طبعة ١٩٩٢.
٩. كمال بو حمار - الضمان العشري - رسالة للحصول على درجة الماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة العربي بن مهيدي - أم البواقي - الجزائر ٢٠١٤.

١٠. محمد السيد فارس: النطاق الشخصي للالتزام بالضمان العشري بين المفهومين التقليدي والعصري. المجلة القانونية، ١٢ (٤) ، ٨٢١-٩٦٦. ٢٠٢٢.
١١. محمد شكري سرور- مسؤولية مهندسي ومقاولي البناء والمنشآت الثابتة الأخرى، طبعة ١٩٨٥، دار الفكر العربي، بند ٢٥١، ص: ٢٧٦.
١٢. محمد عبد الرحيم عنبر- الوجيز في عقد المقاولة والتوكيلات التجارية- طبعة ١٩٨٨- ص: ١٥٨-١٥٩.
١٣. محمد لبيب شنب: شرح أحكام عقد المقاولة — دار النهضة العربية — طبعة ١٩٦٢م.
١٤. مها أشقر العطار- مدى كفاية التنظيم القانوني لمجلس فض المنازعات في عقد الفيديك الأحمر- جامعة الشرق الأوسط- الأردن ٢٠١١.
١٥. نزيه محمد الصادق المهدي، دراسة انتقادية لنطاق التأمين الإجباري من المسؤولية المدنية للمهندس المعماري والمقاول بمقتضى القانون رقم ٢ لسنة ١٩٨٢، مع المقارنة بالقانون الفرنسي رقم ٤٢ لسنة ١٩٧٨ الخاص بالمسؤولية والتأمين الإجباري في مجال أعمال البناء، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٢.
١٦. ياسر محمود نصار: مجموعة أحكام النقض، منشور في موسوعة دائرة المعارف القانونية، الجزء الأول، الإصدار المدني.

المراجع الأجنبية:

Fabre, M., & Fleury, B. (2017). Peut-on enseigner autrement?: une expérience de formation d'enseignants.

