Journal Of the Iraqia University (73-4) February (2025)

ISSN(Print): 1813-4521 OnIine ISSN:2663-7502
Journal Of the Iraqia University
available online at: https://www.mabdaa.edu.iq

طبيعة المسؤولية في مقاولات البناء وخصائصها

حسام حسين علي الدليمي
الأستاذ الدكتور محمد دغمان
الجامعة الاسلامية في لبنان

The nature of liability in construction contracts and its characteristics

Professor Dr. Mohammed Doghman
mohamaddoghman-law@hotmail.com
Researcher: Hussam Hussein Ali Al-Dulaimi
Eng.wisam88@gmail.com
Islamic University in Lebanon

الملخص

فالمسؤولية العقدية تترتب على عدم تنفيذ الالتزام الناشئ عن العقد على الوجه المتفق عليه، وهذا يقتضي أن يكون هناك عقد صحيح في العلاقة بين الدائن والمدين، فإذا لم يوجد عقد بينهما أو كان العقد باطلاً لا تقوم أو تنشأ هذه المسؤولية، أما المسؤولية التقصيرية تتمثل جزاء على الإخلال بالالتزام القانوني العام بعدم الإضرار بالغير خارج نطاق العقود، فكل إخلال بهذا الالتزام العام ينشئ مسؤولية على المخل لتعويض ما يقع بالمضرور من أضرار الكلمات المفتاحية : مقاولات , البناء , المسؤولية

Abstract

Contractual liability results from the failure to implement the obligation arising from the contract in the agreed manner, and this requires that there be a valid contract in the relationship between the creditor and the debtor. If there is no contract between them or the contract is invalid, this liability does not arise or arise. As for tort liability, it is a penalty for breaching the general legal obligation not to harm others outside the scope of contracts. Any breach of this general obligation creates liability for the breacher to compensate for any damages incurred by the injured partyKeywords: Contracting, Construction, Liability

المقدمة

على الرغم من اتحاد المسؤولية العقدية والمسؤولية التقصيرية، من حيث الأساس الواحد الذي تقوم عليه المسؤوليتان ووحدة الأركان المتمثلة في ركن الخطأ والضرر وعلاقة السببية، إلا أنهما تختلفان فيما بينهما في كثير من الأحكام التي تميز كل واحدة عن الأخرى حتى تطبق كل منهما فيما تخصه من وقائع. فالمسؤولية العقدية تترتب على عدم تنفيذ الالتزام الناشئ عن العقد على الوجه المتفق عليه، وهذا يقتضي أن يكون هناك عقد صحيح في العلاقة بين الدائن والمدين، فإذا لم يوجد عقد بينهما أو كان العقد باطلاً لا تقوم أو تنشأ هذه المسؤولية، أما المسؤولية التقصيرية تتمثل جزاء على الإخلال بالالتزام القانوني العام بعدم الإضرار بالغير خارج نطاق العقود، فكل إخلال بهذا الالتزام العام ينشئ مسؤولية على المخل لتعويض ما يقع بالمضرور من أضرار. [1]اهمية البحث: ان اهمية البحث تكمن في تحديد طبيعة مسؤولية المقاول القانونية من حيث الالتزام بما له وما عليه من اجل تنفيذ العمل على الشكل القانوني الذي تم التعاقد عليه .

منهجية البحث :

- سوف استخدم المنهجي الوصفي التحليلي في بحثي هذا

-اشكالية البحث:انطلاقاً من ذلك تثور مسألة تحديد الطبيعة القانونية للمسؤولية في مقاولات البناء، فهل هي مسؤولية عقدية أساها العقد بين أطرافه، أم أنها مسؤولية تقصيرية أساسها الاخلال بالتزام قانوني؟ وفي حال كانت عقدية أم تقصيرية، ما هي الخصائص التي تتميز بها هذه المسؤولية؟هذا ما سنحاول الإجابة عليه في هذا البحث تقسيم البحث:المبحث الأول: الطبيعة القانونية للمسؤولية في مقاولات البناء المبحث الثاني: خصائص المسؤولية في مقاولات البناء

المبحث الأول الطبيعة القانونية للمسؤولية في مقاولات البناء

تشعبت الآراء حول طبيعة المسؤولية في مقاولات البناء، فهناك من اعتبرها مسؤولية عقدية أساسها العقد لأن المقاول هو من يقع عليه مسؤولية كل عيب يشوب ما تم إنشاؤه بناءً على عقد المقاولة، وأن تسليم ما تم من أعمال لا يمكنه أن يكون ملم بكل العيوب التي قد تتضح فيما بعد.وذهب رأي آخر للقول بأن المسؤولية تقصيرية أساسها الخطأ، فالالتزام الذي ينهي العقد ليس تعاقدي وإنما تقصيري لأنه بإتمام التسليم ينتهي العقد الذي كان قائماً ويخفي كل العيوب.وهناك من رأي آخر يعتبرها مسؤولية قانونية تهدف إلى الحفاظ على الصالح العام وعلى مصالح صاحب العمل الذي لا يملك الخبرة المطلوب معرفتها في البناء لأنه بمجرد تسليم العمل تنتهي العيوب وعليه فتنتهي كافة الالتزامات والمسؤوليات المتعلقة بهذا العقد، وتأتي المسؤولية القانونية التي يفرضها القانون للحماية العامة والخاصة وذلك لأهمية المنشآت الثابتة ومتانتها بعد مرور مدة من الزمن. [٢]وانطلاقاً من ذلك وللوقوف تفصيلاً على تلك الآراء، نتناول هذا المبحث من خلال مطلبين وفق التالي:

المطلب الأول مسؤولية تقصيرية وقانونية

أولاً: مسؤولية تقصيرية يرى القضاء الفرنسي وعلى خلاف الفقه في فرنسا الذي يكاد يجمع على أن المسؤولية بالنسبة الى المقاول أو المهندس عما يصيب البناء من تهدم كلي أو جزئي أو عن العيوب التي تظهر فيه بعد الانجاز والتسليم مسؤولية عقدية ، أن هذه المسؤولية تقصيرية اساسها الفعل الضار. [٣] والسبب الذي حدا بالقضاء الفرنسي الى تبني هذا الراي هو ان الضمان بالنسبة الى المقاول او المهندس لجودة العمل هو الضمان القائم على المسؤولية العقدية ينتهي بتسليم العمل لرب العمل ، وحيث أن التسليم على مايراه القضاء الفرنسي يغطي العيوب كلها التي تظهر فيها بعد انجاز العمل وتسليمه فان بقاء مقاول البناء والمنشآت الثابتة الأخرى دون غيره من المقاولين مسؤولاً عن التهدم الكلي أو الجزئي الذي يصيب المباني أو ظهور العيوب فيها بعد الانجاز والتسليم المدة المحددة قانوناً، يعني أن هذا الالتزام التعاقدي الذي ينتهي بالتسليم إنما هو التزام تقصيري . [٤] وقد تعرض هذا الراي لجملة من الانتقادات اهمها :أن إقامة هذه المسؤولية يكون على أساس أن يكون هناك خطا من جانب المقاول أو المهندس ممثلا بتقصيرهما ، او اهمالهما في اعمال البناء ادى الى حصول التهدم او ظهور العيب فيه ولكننا راينا ان كلا من المشرع الفرنسي والمصري والعراقي يقيم المسؤولية عن التهدم الكلي او الجزئي الذي يحصل في البناء على خطا مفترض غير قابل لإثبات العكس أي ان مسؤولية كل من المقاول والمهندس تقوم حتى ولو لم يكن هناك أي خطأ أو إهمال من جانبهما، فاين هو الفعل الضار الذي يأتيه المقاول او المهندس لترتب مسؤوليتهما التقصيرية عليه وفقاً لما ذهب إليه القضاء في فرنسا. [٥]ان ذلك العيب الذي يكون كل من المقاول او المهندس مسؤولين عنه لا يشترط فيه القدم ولكن يكفي ان يكون سببه موجودا قبل التسليم وينظر الى ابعد من ذلك بحيث حتى ان طرا اصلا بعد التسليم فان رب العمل يرجع بالضمان في هذه الاحوال جميعا على خلاف ما توجيه القواعد العامة التي تقضي بان الضمان لا يتحقق إلا إذا وجد العيب أو سببه قبل التسليم، لتترتب مسؤولية المقاول والمهندس عنه وفقاً لقواعد المسؤولية التقصيرية تأسيساً على فكرة الحراسة التي تبنى على الخطأ المفروض فرضا لا يقبل إثبات العكس على الرغم من أن فكرة الحراسة تقتضي أن يكون البناء تحت حيازة المقاول والمهندس مع أنه قد سلم لرب العمل.[٦]ان مسؤولية المقاول والمهندس لا تدفع اذا بقى سبب التهدم او سبب ظهور العيب مجهولاً، وسبب ذلك يرجع إلى أن هذه المسؤولية بنيت على خطا مفترض غير قابل لإثبات العكس ولا يقع على رب العمل عبء اثباته ، وعليه فإن المقاول إذا ما أراد أن يدفع عنه المسؤولية أن يثبت السبب الاجنبي الذي أدى إلى حصول التهدم أو ظهور العيب ، أو إذا كان سبب التهدم مجهولاً فإن المسؤولية تقوم على عاتق المقاول لأن رب العمل لا يكلف بإثبات الخطأ المؤدي إلى تهدم أو العيب من ناحية ولا يستطيع المقاول دفع المسؤولية عنه لأن السبب مجهول من ناحية أخرى. [٧]وإن محكمة النقض المصرية رفضت قبول هذا الراي الذي يعد المسؤولية مسؤولية تقصيرية بشكل قاطع وصريح حيث قالت في قرار لها جاء فيه "مسؤولية المقاول والمهندس عن خلل البناء بعد تسليمه طبقا للمادة رقم (٤٠٩) مدني قديم لا يمكن عدها مسؤولية تقصيرية اساسها الفعل الضار من جنحة او شبه جنحة .. الخ " أو الفقه الفرنسي فقد ذهب غالبيته إلى القول أن مسؤولية المقاول والمهندس من طبيعة عقدية . [٨]و القضاء الفرنسي يُعلن في أحكامه وبصورة مستقرة أن هذه المسؤولية ما هي إلا مسؤولية عقدية، لذلك لم يبق لهذا الاتجاه من أنصار، وإضافة لذلك فإن هناك عدة أسباب تدعو إلى التحفظ بشأن هذا الرأي من أهمها: [٩]

١- يشترط في المسؤولية التقصيرية أن يكون هناك خطأ في جانب كل من المقاول والمهندس.

٢- لا يشترط في العيب الذي يسأل عنه المقاول والمهندس وفق القواعد الخاصة أن يكون قديماً.

٣- تبقى مسؤولية المقاول والمهندس وفقا للقواعد الخاصة قائمة حتى لو بقي سبب التهدم.

ثانياً: مسؤولية قانونية

إذا كانت المسؤولية العقدية تقتضي انقضاء الالتزامات المتولدة عن العقد عند تنفيذه إلا أن المشرع تدخل وخرق المبدأ العام في دائرة مقاولات البناء والتي كان يجب عدها منتهية وفقا للقواعد العامة ولكن بهذا التدخل من المشرع الذي اعتبرها في حالة امتداد . ولمدة عشر سنوات ابتداء من تاريخ التسليم ولو لم يتدخل المشرع لمد هذه المسؤولية للمدة التي حددها القانون لعدت منتهية أما القضاء الفرنسي فيذهب هذا المذهب نفسه في بعض احكامه وفي ذلك تقول محكمة النقض الفرنسية في قرارها ان المقاول يكون مسؤولا عن اية خسارة في البناء بمقتضى نص المادة (١٧٩٢) من القانون المدني الفرنسي والذي لا يطبق الاعلى الاشخاص المرتبطين مباشرة برب العمل بعقد . [١٠]ويذهب الفقه من مصر إلى أن القانون مد ضمان المقاول والمهندس إلى ما بعد تسليم المباني ودفع قيمتها على خلاف ما يقتضيه عقد المقاولة من انقضاء الالتزام بالضمان وبتسليم البناء مقبولا بحالته الظاهرة التي هو عليها ، وليس للمالك ان يطلب في الاحوال كلها الاصلاح العيني لان الامر ليس متعلقا بتنفيذ الالتزام التعاقدي. [١١]وقد قضت المحكمة المصرية بان عقد استئجار الصانع لعمل معين بالمقاولة على العمل كله أو بأجرة معينة على حساب الزمن الذي يعمل فيه أو العمل الذي يقوم له يعد بحسب الاصل منتهيا بانقضاء المقاولة ويمكن القول أنه تعبير يضع هذه المسؤولية بانها مسؤولية قانونية ناشئة عن القانون مباشرة . وذلك لان القانون عندما يرتب بالنص التزاما على الافراد ويطلب منهم وجود تنفيذه والقيام به ، يعد المصدر المباشر لهذا الالتزام سواء تعلق الالتزام بعقد المقاول بالذات او باي عقد اخر غيره أو بأية مصلحة يرى المشرع لزاماً عليه التقدم لحمايتها بنص صريح يضعه ويذهب بعض الفقهاء في فرنسا [١٢] الى القول بانه مادام العقد الذي يربط المقاول برب العمل قد انتهى بالتسليم ، ومادام تسليم العمل يسقط العيوب جميعا التي تظهر في البناء فيما بعد ، فان التزام المقاول بضمان هذه العيوب ليس مصدره العقد الذي انتهى بانقضاء الالتزامات المتولدة عنه ، وانما هو التزام قانوني اوجبه القانون رعاية لرب العمل نظرا لخطورة المباني والمنشآت الاخرى ، ووجوب اختبار صلابتها ومتانتها مدة من الزمن.وإن القانون قد يكون مصدرا مباشرا لبعض الالتزامات التي تكفل بتعيينها وتحديد نطاقها ورسم مداها وترتيب احكامها دون ان يكون بالإمكان ردها مباشرة الى أي مصدر من مصادر القانون الاخرى .(٢٣) ولذلك لا تسري على هذه الالتزامات الا احكام النصوص القانونية التي انشاتها المادة (٢٤٥) مدني عراقي والمادة (١٩٨) مدني مصري . وعندما ينشأ القانون التزامات يكون هو مصدرها المباشر ويكون مدفوعا بجملة اعتبارات اجتماعية واقتصادية وسياسية وفنية تقوم اساسا على التضامن الاجتماعي ، مستهدفا من ورائها مصلحة عامة او خاصة جديرة بالرعاية والحماية ونظرا لتقدم العمران وانتشار الحضارة وازدياد تغلغل الهندسة في مرافق الحياة جميعا، وتعددت فروعها وتنوعت مسؤوليتها بالشكل الذي جعل اتصال الهندسة بالقانون ، واعتمادها عليه امرا بالغ الاهمية ، ولذلك أقر القانون مبدا مهما لحماية الاعمال واصحابها والصالح العام بان جعل المهندس والمقاول مسؤولين مسؤولية تامة بالتضامن عن كل خطا او خلل يصيب المنشآت والاعمال التي يقومان بها لمدة عشر سنوات بعد انتهاء التنفيذ ليجعلهما حريصين غاية الحرص في مراعاة الدقة والالتزام بالقواعد الفنية السليمة وحيث ان المسؤولية هذه قد استحدثها المشرع ابتغاء حماية المصلحة العامة المتمثلة في حفظ المباني من التهدم الكلي والجزئي الذي يصيبها، أو العيوب التي تظهر فيها وابقائها سليمة متينة حفظا لما قد يؤدي انهدامها أو تعيبها الى حصول اضرار بالغير من ناحية، والمحافظة على مالها من ذوق وجمال فني من ناحية اخرى كما انها نضرت لحماية رب العمل ايضا الذي كثيرا ما يكون جاهلا بأمور الفن في البناء خلافا للمقاول والمهندس اللذين يتمتعان بكفاءة ومقدرة فنية عالية في هذا المجال يفتقر اليها رب العمل وقد دفع هذان الاعتباران المشرع الى اقامة هذه المسؤولية الذي تكفل هو بتحديدها ورسم مداها وترتيب احكامها بحيث لو تركت دون تدخله لما امكن عدها من طبيعة قانونية نظرا لكونها قد تترتب دون قيام خطا او اهمال من جانب المقاول او المهندس ...عن عدم امكانية تأسيسها على فكرة الحراسة التي تبنى عادة على خطا مفروض غير قابل لإتيان العكس نظرا لتسليم المباني والمنشآت الثابتة الاخرى لرب العمل وانتقال حراستها اليه كما لا يمكن عدها من طبيعة عقدية للأسباب السابقة التي اوردتها عن رفض هذا الراي ومناقشة الحجج.وهنا لابد لنا من التمييز بين مسؤولية المهندس والمقال تجاه المتعاقد، عن تلك المسؤولية تجاه الغير فالمسؤولية التقصيرية للمهندس الاستشاري و المقاول تقوم في كل حالة يلحق فيها المهندس والمقاول ضرراً بالغير.وتخضع المسؤولية التقصيرية للمهندس والمقاول للقواعد العامة للمسؤولية التقصيرية من وجوب وجود خطأ من قبل المهندس الاستشاري أو المقاول وضرر يلحق بالغير وعلاقة سببية بين الخطأ والضرر فكل إضرارٍ بالغير يلزم فاعله بالتعويض فعنصري الخطأ والإهمال اللذان يؤديان إلى الفعل الضار أهم

ما تستند إليه المسؤولية التقصيرية، حيث يعنيان عدم اتخاذ درجة العناية المعقولة التي يلتزم بها اتجاه الناس بصورة عامة اذا ما أنهدم بناءٌ مثلاً وأصاب أحد المارة بضرر كان للمضرور أن يرجع بالتعويض على صاحب العمل بموجب المسؤولية التقصيرية وأن يرجع بالتعويض على المهندس أو المقاول بشرط أن يثبت في جانب المسؤول خطأ تقوم عليه المسؤولية التقصيرية . وما دامت المسؤولية قبل الغير الذي تضرر مسؤولية تقصيرية فان تعدد المسؤولين عن أي عمل غير مشروع يجعلهم متضامنين في التزامهم بتعويض الضرر والخطأ الذي يصيب الغير بضرر أثناء فترة التشييد، يثير المسؤولية التقصيرية وتختلف أحكام هذه المسؤولية عن أحكام المسؤولية العشرية التي تقوم على قرينة مفترضة،وبالتالي فإنه لا يكفي لا نعاقد المسؤولية التقصيرية بالنسبة للمتضرر من الغير، إلا أن يقيم الدليل على الخطأ التقصيري من جانب المشيد،كإثبات الخطأ المتمثل في إهمال المشيد في اتخاذ الاحتياطات اللازمة لحماية المباني المجاورة، مما يؤدي إلى تصدعها أو انهيارها. [١٣]أما بالنسبة للمسؤولية العشرية فإن المضرور هو صاحب العمل، وخطأ العامل له مفترض وتنعقد المسؤولية في حالة التهدم الكلي أو الجزئي أو ظهور عيب يهدد متانة وسلامة البناء، ولا يحتاج صاحب العمل إلى اثبات الخطأ نظراً لتيسر المشرع له إثبات الخطأ عن طريق المسؤولية العشرية.

المطلب الثاني المسؤولية العقدية

المسؤولية العقدية في حقيقتها هي جزاء الإخلال بالتزام ناشئ من عقد بين المسؤول والمضرور، ذلك يعني أن إرادة أطراف العقد، وهي التي أنشأت الالتزام العقدي . يمكن أن تتدخل في تحديد الجزاء الذي يترتب على الإخلال به، ولو كان تدخلها بما يخالف الجزاء الذي قرره المشرع، وهو ينظم المسؤولية.وإن قيام المسؤولية العقدية يفترض أن يكون هناك عقد صحيح واجب التنفيذ لم يقم المدين بتنفيذ التزامه العقدي، وهذا في الواقع ما يدعى بشروط تحقق المسؤولية العقدية، وهي: [١٤]

١. وجود عقد بين المسؤول والمضرور: يشترط القانون لقيام المسؤولية العقدية وجود عقد بين الدائن والمدين يتضمن التزامات محددة سواء كان ملزماً للجانبين أم ملزماً لجانب واحد. وإذا لم يوجد عقد أصلاً (كحالة النقل بالمجان على سبيل المجاملة، حالة الخطأ الواقع في مرحلة المفاوضات السابقة على إبرام العقد) فلا تقوم المسؤولية العقدية، وإنما يتعين إثارة قواعد المسؤولية التقصيرية. ففي حال النقل المجاني كما هي الحال عندما يجامل صديق صديقه، فيدعوه للركوب معه في السيارة، أو في حال دعوة شخص لآخر على تناول الغداء، ففي مثل هذه الأحوال وغيرها لو وقع خطأ أدى إلى ضرر تقوم المسؤولية التقصيرية، وليس المسؤولية العقدية. والفقه يعتقد أنه يجب في هذه الحالات التمييز بين العقد واتفاق الإرادتين على سبيل المجاملة حيث لا تتجه الإرادتان إلى إحداث أثر قانوني معيّن. لا يكفي في الواقع وجود عقد لقيام المسؤولية العقدية، بل يجب أن يكون هذا العقد مبرماً بين المسؤول عن الضرر (المدين) والمتضرر (الدائن). فمن يحرض آخر على عدم تنفيذ التزامه العقدي يكن مسؤولاً قبل المتضرر مسؤولية تقصيرية؛ لأنه لا يوجد رابطة عقدية بينهما، في حين أنه يكون المتعاقد الذي أخل بتنفيذ هذه الالتزامات مسؤولاً أمام المتضرر مسؤولية عقدية.وقد أثار هذا الشرط بعض الشك فيما يتعلق بجواز رجوع المنتفع على المتعهد في الاشتراط لمصلحة الغير على أساس المسؤولية العقدية. وقد اتجه القضاء الفرنسي إلى إعطاء المنتفع حق إثارة دعوى المسؤولية العقدية على الرغم من أنه ليس طرفاً في العقد لكن على اعتبار أنه يتلقى من عقد الاشتراط لمصلحة الغير حقاً مباشراً يجيز له مطالبة المتعهد بتنفيذ التزاماته. وقد ورد تطبيق عملي لهذه المسألة بالنسبة إلى عقد النقل، فإذا أخل أمين النقل بالتزاماته التعاقدية بضمان سلامة الوصول بمواجهة المسافر وزوجه وأولاده كان لهؤلاء باعتبارهم منتفعين الرجوع عليه بناءً على قواعد المسؤولية المدنية العقدية.وكذلك الأمر يعدّ الخلف العام والخلف الخاص والمنتفع بمنزلة أطراف في العقد. فلو أمن شخص على مسؤوليته من الأضرار التي تحدثها مركبته للغير، وتحققت هذه المسؤولية؛ فإنها ستكون حتماً وفق قواعد المسؤولية العقدية لوجود علاقة عقدية بين المالك وشركة التأمين إلا أن مسؤولية شركة التأمين نحو المتضرر من حوادث السير ستكون مسؤولية تقصيرية لانتفاء الرابطة التعاقدية.

٢. أن يكون العقد صحيحاً وتاماً: ويشترط أن يكون العقد صحيحاً وتاماً، وإن لم يرد بشأن هذا الشرط نص قانوني في القانون المدني السوري وغيره من التشريعات العربية الأخرى، لكنه يستنتج من طبيعة المسؤولية المدنية العقدية والتي تقوم على أساس عدم تنفيذ الالتزامات الناشئة من العقد على نحو صحيح ومشروع، فلو كان الالتزام لا يستند إلى سبب صحيح أو كان سببه غير مشروع، أو كان مخالفاً للنظام العام أو الآداب العامة؛ فلا يلزم المدين بتنفيذه، وعلى العكس جاز له أن يطلب إبطال هذا العقد القابل للإبطال.كذلك الأمر إذا كان الالتزام قد نشأ فيه غلط أو تدليس فإن العقد الذي تضمنه يكون غير صحيح ولا تامٍ. وبناءً على ذلك إذا كان العقد باطلاً أو قابلاً للإبطال، وتقرر بطلانه؛ فلا تقوم المسؤولية العقدية، بل المسؤولية التقصيرية.

٣. أن يكون الضرر ناشئاً من عدم تنفيذ التزام تعاقدي: يشترط القانون أيضاً لقيام المسؤولية التعاقدية أن يكون الضرر الذي لحق بالمتضرر راجعاً إلى عدم تنفيذ المدين لالتزامه التعاقدي. ولا تقوم هذه المسؤولية إذا لم ينسب الضرر الواقع إلى عدم تنفيذ المدين لالتزاماته في العقد، فهذه حالة من حالات المسؤولية المدنية التقصيرية. وكذا لو ظهر من الشيء الموهوب عيب، ترتب عليه ضرر للموهوب له؛ فإن مسؤولية الواهب تكون تقصيرية لا عقدية.والأصل أن يشمل عدم التنفيذ أي التزام عقدي سواءً أكان التزاماً أصلياً أم التزاماً تبعياً كالتزام الناقل بسلامة وصول الركاب. فإذا كان أمر تحديد الالتزامات الأصلية أمراً سهلاً؛ فإنه من الصعب تحديد الالتزامات التبعية حيث يصعب أحياناً معرفة ما إذا كان العقد قد أنشأ هذا الالتزام التبعي أم لا، ولا سبيل في ذلك إلا بإدراك إدراكاً تاماً ماذا يتضمن العقد وما المقصد الذي اتجه إليه المتعاقدان. في الغالب يتجه القضاء. [١٥]وعلى الأخص القضاء الفرنسي إلى توسيع دائرة الالتزامات العقدية بقصد التخفيف عن كاهل المتضرر فيما يتعلق بالإثبات؛ لأنه في الالتزامات الناشئة من العقد والتي ترمي إلى تحقيق نتيجة يكفي هنا أن يثبت الدائن في الالتزام عدم تحقيق هذه النتيجة؛ وبالتالي قامت قرينة الخطأ المفترض في جانب المدين في الالتزام. وقد ظهر ذلك واضحاً وجلياً في قرارات قضائية متعددة ناشئة من سيل كبير من العقود فيما يتعلق بتقرير التزام الناقل بضمان سلامة الركاب في عقود النقل.يذهب الغالب من الفقه الفرنسي للقول بأن مسؤولية المقاول والمهندس مسؤولية عقدية، إذا كانت ناجمة عن عدم تنفيذهما التزاماتهما العقدية[١٦]، وهذا ما يؤكده القضاء الفرنسي معلناً بصفة مستقرة أن دعوى الضمان الخاص تقوم على المسؤولية العقدية، لأنها ناتجة عن الإخلال بالتزامات مترتبة على عقد المقاولة.[١٧]وفي ذات السياق يذهب الفقه العربي [١٨] أنه بالنظر إلى أن المقاول يكون مسؤولاً عن جودة العمل، فيكون مسؤولاً عن كل عيب في الصنعة وهذه المسؤولية هي لاشك مسؤولية عقدية ، لأنها تقوم على التزام عقدي منشأه عقد المقاولة، وهذا يصدق ايضا على المقاولات المتعلقة بالمنشآت الثابتة على الارض فهي كسائر المقاولات، تنشأ التزاماً في ذمة المقاول، أن تكون المنشآت خالية من العيب، فإذا تهدم البناء أو ظهر فيه عيب، فقد تحققت المسؤولية . وإن اعتبار مسؤولية المقاول والمهندس عن التهدم الكلي او الجزئي التي تظهر في البناء بعد الانجاز والتسليم مسؤولية عقدية تعرض إلى الانتقاد، فعلى رب العمل أن يثبت لمسالة المقاول والمهندس، وجود العقد الذي يربط الطرفين ويحدد التزاماتهما، كما أن على رب العمل أن يثبت وقوع التهدم الكلي أو الجزئي أو ظهور العيب في الابنية، أما المقاول فعليه أن يثبت بأنه قام بالعمل وفقاً لما تقضي به شروط العقد ، ولا يستطيع المقاول في أن يثبت أنه قد بذل ما في وسعه من العناية ليتخلص من المسؤولية ذلك لأن التزامه في الضمان التزام بتحقيق غاية وليس التزاماً ببذل عناية وبغير ذلك يعد مخطئا ويتحمل المسؤولية فلا يكلف رب العمل بإثبات وقوع التهدم الكلي أو الجزئي وفقاً لما تقضي به المادة (١٧٩٢) من القانون المدني الفرنسي والفقرة الاولى من المادة (٦٥١) من القانون المدني المصري والفقرة الاولى من المادة (٨٧٠) المعدلة من القانون المدني العراقي وليس امام المقاول والمهندس الا ان يثبتا تدخل السبب الاجنبي لوقوع التهدم والا عدا مسؤولين عن التهدم ، فلا يكلف رب العمل بإثبات خطأ من جانبهما ولا يستطيع أي منهما التخلص من المسؤولية الا عن طريق اثبات السبب الاجنبي أن التزام المقاول وكذلك المهندس التزام بتحقيق غاية ، ومعنى ذلك أن الخطأ الواجب توفره لغرض قيام المسؤولية العقدية. لو كانت عقدية يجب أن يكون في صورة عدم قيام المقاول بتحقيق الغاية التي تعهد بتحقيقها أي عدم تنفيذ التزامه العقدي تنفيذاً عينياً، مع انه قام بذلك وتم التسليم مقبولا من لدن رب العمل فاين الخطأ الذي تقوم عليه المسؤولية العقدية . [١٩]اما تدخل المشرع وترتيب المسؤولية بنص صريح في القانون بافتراض الخطأ من جانب المقاول والمهندس افتراضاً لا يقبل اثبات العكس، فلا يعني أن المسؤولية عقدية على نحوها ذهب اليه الشراح في كل من فرنسا ومصر، أما بالنسبة للمسؤولية عن العيوب التي تظهر في البناء والذي تطلبت المادة (٢٢٧٠) من القانون المدني الفرنسي تكليف رب العمل بإثبات خطأ المقاول والمهندس في ظهور العيب فإن التكليف بعيد عن طبيعة الخطأ العقدي ذلك أن رب العمل لا يكلف بإثبات الخطأ، وإنما عليه إن يثبت وجود العقد وظهور العيب فقط وعلى المقاول أن يثبت قيامه بالتزامه كما يجب وفقاً لما تقضي به نصوص العقد، وإن المسؤولية العقدية وفقاً للقواعد العامة يجب أن تكون ناشئة عن عدم تنفيذ المدين لالتزامه التعاقدي ذلك الالتزام الذي قبله ابتداء، وتحمل تبعة الوفاء في الوقت الذي لا يتبين في هذه المسؤولية اتفاق الطرفين ابتداءً على مد مسؤولية المقاول والمهندس إلى ما بعد انجاز المباني وتسليمها من لدن رب العمل كي يقال ان الزام المقاول او المهندس بإصلاح التهدم أو العيوب أو التعويض عنها ،يستند إلى العقد الذي ابرم بينها عليه والتزما بالوفاء بما تقضي به بنوده، إن الاصل كما تقتضي به احكام المادة (٢٥٩) من القانون المدني العراقي والمادة (٢١٧) من القانون المدني المصري جواز الاتفاق على الاعفاء من اية مسؤولية تترتب على عدم تنفيذ الالتزام العقدي مادامت المسؤولية العقدية منشؤها العقد ، والعقد وليد ارادة الطرفين والارادة الحرة اساس المسؤولية العقدية إلا ما ينشأ عن غش أو خطا جسيم . [٢٠] فمسؤولية المقاول والمهندس المعماري المقررة وفقاً للقواعد الخاصة ما هي إلا مسؤولية عقدية، "فالمقاول يكون مسؤولاً عن جودة العمل، فيكون مسؤولاً عن كل عيب في الصنعة، وهذه المسؤولية هي لا شك مسؤولية

عقدية، لأنها تقوم على التزام عقدي أنشأه عقد المقاولة، وهذا يصدق أيضاً على المقاولات المتعلقة بالمنشآت الثابتة في الأرض، فهي كسائر المقاولات تنشء التزاماً في ذمة المقاول أن تكون المنشآت خالية من العيب، فإذا انهدم البناء أو ظهر فيه عيب فقد تحققت المسؤولية العقدية للمقاول والمهندس. [٢١]يقع على عاتق المهنيين الذين يحترفون فن البناء والتشييد المعماري مسؤولية خاصة، ينظمها القانون المدني، وفيما يعرف في الفقه "بالضمان العشري أو المسؤولية العشرية" أو الضمان القانوني/ وقد نظم القانون المدني العراقي هذه المسؤولية في المادة ٨٧٠ منه، فوفقاً للمادة ٨٧٠ من القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ المسؤول هو المهندس المعماري الذي ارتبط مع رب العمل بعقد المقاولة موضوعة وضع تصميم بناء والاشراف على تنفيذه ، والمقاول المرتبط بعقد مقاولة موضوعة هو القيام بعملية البناء وفقا للتصميم المعمول .

فاطراف المسؤولية اذاً مرتبطان عقديا وان هذه المسؤولية لا تتحقق الا اذا حصل تهدم او عيب في البناء محل التعاقد اي اذا حصل اخلال بالالتزام بسلامة البناء وهذا الالتزام ينشا عن العقد المبرم بين المهندس والمقاول من جهة ورب العمل من جهة اخرى ولذلك فمن المسلم به ان مسؤولية المهندس والمقاول مسؤولية عقدية لا نها ناشئة عن الاخلال بالتزام عقدي. [٢٢]وذلك سواء نص على هذا الالتزام صراحة في العقد او لم ينص لان هذا الالتزام يترتب على كل عقد مقاولة بنص القانون ويترتب على اهمية مسؤولية المهندس والمقاول مسؤولية عقدية في انهما يلتزمان بتعويض الضرر الذي يمكن توقعه اذا تحققت مسؤولية المهندس المعماري والمقاول يلتزمان بتعويض رب العمل عن الضرر الذي لحقة من جراء التهدم في البناء او وجود عيب فيه ويشمل التعويض وفقا للقواعد العامة ما لحقه من خساره وما فاته من كسب وعلى هذا فيشمل التعويض النفقات اللازمة لإعادة البناء اذا كان قد تهدم كله او لإعادة بناء الجزء المتهدم او اصلاح العيب كان لرب العمل الحق في التعويض عن ذلك ايضا ولكن التعويض يجب ان يقتصر على الضرر الذي كان يمكن توقعه عادة وقت التعاقد فلا يشمل الضرر غير المتوقع الا اذا اثبت غش او خطاء جسيم في جانب المسؤول وللمحكمة بدلا من الحكم بتعويض نقدي ان تحكم بالتنفيذ العيني واعادة الحال الى ما كانت عليه والخيار بين الحكم بتعويض نقدي وبين الامر بإعادة الحال الى ما كانت عليه متروك للمحكمة فلا يستطيع رب العمل أو المقاول الزام باختيار احدهما فاذا اخل المقاول بالتزامه بإنجاز العمل فيكون من حق رب العمل وتطبيقاً للقواعد العامة ان يطلب التنفيذ العيني وهذا هو الاصل فاذا رفع المتضرر دعوى مطالباً بالتعويض وعرض عليه المقاول التنفيذ العيني وجب عليه قبول ما عرضه المقاول ولا تكون المحكمة متجاوزة سلطتها اذا عملت بهذا الفرض حتى إذا أصر رب العمل على طلب التعويض دون التنفيذ العيني.[٢٣]فمسؤولية المقاول والمهندس لا تنهض إلا بعد تمام التسليم فإذا تسلم رب العمل المطلوب انجازه ارتفعت مسؤولية المقاول والمهندس المعماري، وهذا ما ذهبت إليه محكمة التمييز الاتحادية العراقية بأحد أحكامها: "ارتفاع مسؤولية المقاول عن العيوب الظاهرة بعد تسليم رب العمل المتفق عليه". [٢٤]وبالتالي يتضح لنا أن مهلة الضمان التي يتحمل مسؤوليتها كل من المهندس والمقول في القانون اللبناني أقصر من القانون العراقي حيث تقتصر على مدة خمس سنوات فقط، كما أن الدعوى يجب أن تقام خلال مدة ثلاثين يوماً من يوم تحقق الأمر الذي يستلزم الضمان، وهذا ما يدعونا لأن نهيب بالمشرع اللبناني بالعمل على تعديل المادة ٦٦٨ من قانون الموجبات وجعل مدة الضمان عشر سنوات أسوة بالتشريعات المقارنة، وعلى اعتبار أن الأبنية التي تشاد تكون مخصصة لأن تبقى مئات السنوات، لذلك الأجدر إطالة مدة الضمان لا تقصيرها.وهنا لابد من الإشارة إلى القضاء اللبناني لا يمد سلطته إلى تقدير الوقائع التي تدل على بدء الأمور التي تستدعي الضمان، حيث جاء في قرار لمحكمة التمييز اللبناني أنه: [٢٥]حق محكمة الاساس في تقدير الوقائع لجهة اعتبار ان يوم التحقق بأن السطح كان يهدد بالانهيار الذي يستلزم الضمان كان ضمن المهلة' ورقابة محكمة التمييز حيث اذ اعتبر ان من حق المميز الادلاء بطلب رد الدعوى لعدم تقديمها ضمن مهلة الثلاثين يوما المنصوص عنها في المادة ٦٦٨ م.ع وذلك لأول مرة امام محكمة الاستئناف لان من شأن طلبه هذا ابادة حق المميز عليهما)المادة ٧٤ و٧٧م(فان محكمة الاستئناف وهي محكمة الاساس التي لها وحدها حق تقدير الوقائع اعتبرت ان يوم التحقق من الامر الذي يستلزم الضمان كان ضمن المهلة المنصوص عنها في المادة ٦٦٨ م.ع لان انذار المميز عليهما المؤرخ في ٢٤/١٠/١٩٥٥ وتقرير الخبير السيد جورج خوري فرا لم يثبتا ثبوت اليقين أن السطح كان يهدد بالانهيار ولم يحصل هذا التأكيد إلا لدى تقديم الخبير المعين من قبل قاضي الامور المستعجلة تقريره حيث أن لا رقابة لمحكمة التمييز على تقدير هذه الوقائع وحيث أن محكمة الاستئناف لم تخالف اذا نص المادة ٦٨٨ موجبات وعقود حق محكمة الاساس في استنتاج الحل من التقارير المختلفة للخبراء وحيث ان لمحكمة الاساس ازاء تقارير الخبراء المتباينة ان تعتمد التقرير الذي تراه منسجماً مع وقائع الدعوى وظروفها أو أن تستخلص من تباين التقارير حلاً متوسطاً أو معدلاً وسطاً وحيث إذا كانت محكمة الاستئناف قد نهجت هذا المنهاج فلا تكون قد خالفت نص المادة ٣٠١ مدنية لأنها لم تخالف التقرير بل اعتمدت ما استنتجته عن التقارير المختلفة متبنية بعض ما جاء بها للوصول إلى الحل النهائي للقضية المعروضة على بساط البحث .المسؤولية الناجمة عن تهدم البناء تشمل المسؤولية عن التداعي الواضح. وحيث اذا كانت المادة ٦٦٨ م.ع تضع على عاتق

المهندس او المقاول في مدة السنوات الخمس التي تلي اتمام البناء اذا تهدم المسؤولية الناجمة عن الهدم فإنها تعتبره مسؤولا ايضاً اذا تداعى البناء بشكل واضح يعرضه للسقوط من جراء نقص في اللوازم او عيب في البناء.

المبحث الثاني خصائص المسؤولية في مقاولات البناء

يقع في مقدمه الأشخاص المستفيدين – وفقاً لقواعد المسؤولية الخاصة – صاحب العمل المرتبط بعقد أشغال عامة مع المهندس والمقاول الاستشاري لوضع التصميمات اللازمة ، والقيام بتنفيذ العمل والأشراف عليه، حيث يعمل المقاول والمهندس لحساب رب العمل (المؤسسة العامة) ومصلحته ، ولذلك كان صاحب العمل هو المستفيد الأول من أحكام هذه المسؤولية الخاصة فهو يتضرر مباشرةً من جراء حدوث التهدم الكلي أو الجزئي أو ظهور عيب يهدد متانة البناء وسلامته، فيستطيع أن يرجع بضمان هذه الأضرار على المقاول أو المهندس أو تبعاً لظروف الحال، ويقع على رأس الأشخاص المسؤولين عن تهدم البناء ، أو تعيبه ، وفقاً لإحكام المسؤولية الخاصة – المقاول والمهندس اللذين يباشران عملية البناء وهؤلاء يكونان مرتبطين مع صاحب العمل (المؤسسة العامة) بعقد مقاولة (أشغال عامة) .ومن هنا يتطلب بين خصائص المسؤولية في مقاولات البناء، ومن أهمها أنها مسؤولية تتعلق بالنظام العام ونتناولها في المطلب الأول، ومسؤولية تضامنية وشاملة للعيوب نتناولها في المطلب الثاني.**المطلب الأول: مسؤولية متعلقة بالنظام العام المطلب الثاني: مسؤولية تضامنية وشاملة للعيوب**

المطلب الأول مسؤولية متعلقة بالنظام العام

كثيراً ما تثار فكرة النظام العام سواء لدى الفقه أو القضاء أثناء نظر وتداول الدعاوى القضائية ، إلا أنه نظراً لمرونة مفهوم ومدلول النظام العام يقف الكثير منا أمام بعض القواعد والإجراءات بحسبان ما إذا كانت تعد متعلقة بالنظام العام من عدمه ورغم كثرة تداول فكرة النظام العام إلا أن الفقه والقضاء لم يتفقا على تعريف حاسم لهذه الفكرة وان كان القضاء قد عرفه بشكل مرن دون حسم لهذا التعريف وهو الأمر الذى من خلاله نحاول التقريب الى هذا التعريف من خلال جمع آراء الفقهاء وقضاء المحاكم .

أولاً: مفهوم النظام العام

هو مجموعة القواعد التي يقوم عليها كيان وأساس المجتمع والتي يترتب على تخلفها انهيار المجتمع ، وان أمثلة تلك القواعد هي المتعلقة بحقوق وحريات الأفراد في المجتمع وكذا القواعد المتعلقة بالكيان السياسي للدولة كنظام الحكم في الدولة وشكله (جمهورياً – ملكياً – فيدرالياً)، والمتعلقة أيضاً بتكوين السلطات في الدولة وتحديد الاختصاص لكل سلطة كالسلطات الثلاث "التنفيذية والتشريعية والقضائية" ، كما يعد أيضاً من النظام العام النظام الاقتصادي للدولة والأسس الاجتماعية فيها "كنظام الأسرة ونظام العمل" . [٢٦] وتختلف فكرة النظام العام باختلاف المكان والزمان فمفهومه يختلف في الدول الإسلامية عن الدول العربية ، كذلك في المجتمع الواحد يختلف مفهومه في زمن معين عنه في زمن آخر كما هو الحال بشأن تغيير النظام الاقتصادي للدولة من رأسمالي إلى اشتراكي. [٢٧]وإن ارتباط فكرة النظام العام بالقواعد القانونية يرجع الى تقسيم القاعدة القانونية الى قاعدة آمرة وأخرى مكملة :فالقاعدة الآمرة : هي القاعدة التي تنعدم معها سلطان إرادة الأفراد بشأنها بمعنى أنه لا يجوز للأفراد الاتفاق على ما يخالفها والقاعدة المكملة : هي القاعدة التي يجوز للأفراد الاتفاق على ما يخالفهاوعرف النظام العام من قبل الفقه العراقي بتعاريف متعددة، منها. بأنه: "المفاهيم والعقائد التي يقوم عليها المجتمع ، سواء كانت اجتماعية او اقتصادية او سياسية السائدة في الدولة مع حركات تطور ظروف الزمان والمكان"[٢٨]وفي تعريف أخر هي: "مصالح عليا مشتركة لمجتمع ما في زمن معين يتفق الجميع على ضرورة سلامتها" [٢٩]، أو هو: "مجموع المصالح المعترف بها كحاجات اساسية لحماية المجتمع" [٣٠]ويلاحظ على تعريف النظام العام لدى الفقه العراقي انها قد وردت من قبل بعض الفقهاء دون البعض الاخر، كما ان تلك التعاريف لم تكن بارزة للجانب القانوني لهذه الفكرة، وسبب ذلك بالدرجة الاساس الى إن فكرة النظام العام هي فكرة قانونية واجتماعية، تخضع للمؤثرات السياسية السائدة في الدولة والهادفة الى حماية المبادئ والقيم الاخلاقية لأفراد المجتمع والتي توجب تدخل السلطة المختصة لغرض المحافظة عليها، وذلك قد يكون سبباً لاحجام الفقه العراقي سابقاً من تناول تعريفها بشكل مفصل، والاقتصار على ماهيتها بشكل عام فقط.

الفقرة الثانية: علاقة مسؤولية مقاولة البناء بالنظام العام

شأن ارتباط المسؤوليتين بالنظام العام، ومجال الاتفاق على الإعفاء أو التخفيف من التعويض، فإن المسؤولية التقصيرية متعلقة بالنظام العام بحيث لا يمكن الاتفاق مسبقاً على مخالفة قواعدها، فلا يمكن للشخص أن يتنازل عن المطالبة بحقوقه المدنية بشكل مسبق قبل حدوث مصدر الضرر. أما المسؤولية العقدية غير متعلقة بالنظام العام بحيث يمكن الاتفاق على التخفيف من حدتها أو استبعاد الضمان المترتب عنها أصلاً، إلا أن هذا الأصل ترد عليه جملة من الاستثناءات التي تكون فيها للمسؤولية والضمان العقدي علاقة بالنظام العام.والواضح أن المشرع العراقي

واللبناني جعلا من مسؤولية المقاول والمهندس مسؤولية من النظام العام من خلال نصوص أمرة لا يمكن الاتفاق على خلافها، حيث جاء في المادة ٦٦٩ من قانون الموجبات والعقود اللبناني على أنه:"كل نص يرمي الى نفي الضمان المنصوص عليه في المواد السابقة أو إلى تخفيفه، يكون باطلا" ومع ذلك فإن المشرع اللبناني عاد وأعطى استثناء على النص السابق، جعل من العيوب التي تظهر إن كانت مستندة لتعليمات وتوجيهات صريحة من صاحب الأمر ينتفي معها الضمان، حيث نصت المادة ٦٦٧ منه على أنه: "إذا كان سبب العيوب تنفيذ تعليمات صريحة من صاحب الأمر خلافاً ينتفي الضمان المنصوص عليه في المادة ٦٦٣ وما يليها الى المادة ٦٦٥، لرأي المقاول او الصانع".كما نص القانون العراقي في المادة ٨٧٠ من القانون المدني المعدل على أنه:" يكون باطلاً كل شرط يقصد به الإعفاء أو الحد من الضمان " حيث يعكس هذا النص بأن أحكام مسؤولية المهندس عن مقاولات البناء والمنشآت الثابتة بعد التنفيذ تعتبر من النظام العام حماية لطبقة غير ملمة بمسائل البناء ، وأن هذه الحماية مقررة للمصلحة العامة كي لا يؤدي تهدم الأبنية إلى الأضرار بالمجتمع وتبقى متينة محتفظة بخواصها للصالح العام.وهنا يثور تساؤل حول الغاية من جعل المسؤولية في مقاولات البناء مسؤولية من النظام العام، وهناك اختلاف حول سبب جعل المسؤولية الواقعة على المقاول والمهندس من النظام العام ويتبين ذلك في رأيين كما يلي:

أ- **حماية المصلحة العامة**.والسبب في ذلك أنه حينما يتواجد الضرر في البناء فيكون نتيجته وآثاره ليست فقط على صاحب العمل، بل أنه قد يضر بالناس عامة سواء في الضرر في الأرواح والأموال لبعض المارة والسكان والجيران، ولتطبيق الحماية القصوى يجب أن تقع المسؤولية ويتحملها المهندس والمقاول للتقليل من وقوع تلك الأضرار يتحملهم تلك المسؤولية، ولا بد باتفاق خاص لاستبعاد تلك المسؤولية عن عاتقهم. (٣١)

ب- **حماية صاحب العمل**.هناك من يرى أن تلك المسؤولية تكون من النظام العام لحماية صاحب العمل من إهمال المهندس والمقاول والآثار المترتبة على هذا الإهمال، لأنه ليس لديه الخبرة الكافية بأعمال البناء، وليس اعتباره من النظام العام للسلامة العامة لأن السلامة العامة محمية قانوناً بشكل كبير في القانون الوضعي سواء كان في المسؤولية الجنائية أو المسؤولية التقصيرية.وفي تقديرنا نرى أن المسؤولية في مقاولات البناء هي من التزام العام لتعليقها بالمجتمع بأسره ومصالحه فضلاً عن حماية صاحب العمل الذي ليس لديه العلم والخبرة في شؤون البناء، كما يمكن القول أن هناك غاية أخرى تتعلق بذلك وهو التشدد على المهندس والمقاول لتجنب الوقوع في خطأ أو إهمال والسعي لإتقان العمل بأفضل الطرق وأعلى جودة ودقة.

المطلب الثاني مسؤولية تضامنية وشاملة للعيوب

الفقرة الأولى: مسؤولية تضامنية ومفترضة بقوة القانون.المقصود بالمسؤولية التضامنية للمقاول والمهندس المعماري هي تلك المسؤولية التي تعود على صاحب العمل، ولكن فيما يتعلق بعمل كل أحد من الآخر فلا تضامن بينهما، فيحق لصاحب العمل عند تحقق خطأ من أحد الطرفين أن يعود على أحدهما للمطالبة ب التعويض المناسب .يربط صاحب العمل مع المقاول والمهندس المعماري عقدا، بموجب هذا العقد تتحدد التزامات كل من الأطراف، ويعتبر المقاول والمهندس المعماري ملتزمين بموجب القانون تجاه صاحب العمل بمسؤولية تضامنية لا يمكن الاتفاق على غير ما تم الاتفاق عليه، وما يخالف ذلك يتعرض لمساءلة قانونية ويقصد بذلك التشديد على مسؤولية كل من المقاول والمهندس المعماري، حيث أعطى الحق لكل منهما حرية مراقبة والاستطلاع على عمل الآخر حتى لا يقع أي منهما في خطأ يستوجب التعويض لصاحب العمل، ومن هنا خفف القانون على صاحب العمل عبء الإثبات الذي يقع على عاتقه في حال ارتكاب كل من المقاول والمهندس المعماري خطأ وسهولة وسرعة حصوله على التعويض المناسب. (٣٢)فالمادة ٦٦٨ من قانون الموجبات والعقود اللبناني، نصت على أن:"المهندس او مهندس البناء أو المقاول الذين يستخدمهم صاحب الامر مباشرة يكونون مسؤولين.وعلى الرغم من هذا النص الخاص الذي يبين التضامن في مسؤولية المهندس والمقاول، فإن هناك قاعدة عامة تحكم ذلك أيضاً في قانون الموجبات اللبناني، حيث تنص المادة ١٣٧ على أنه:" إذا نشأ الضرر عن عدة أشخاص فالتضامن السلبي يكون موجوداً بينهم:إذا كان هناك اشتراك في العمل.إذا كان من المستحيل تعيين نسبة ما أحدثه كل شخص من ذلك الضرر.ونصت المادة ٨٧١ من القانون المدني العراقي رقم ٤١ لسنة ١٩٥١ المعدل في الفقرة الأولى منها على أنه: "إذا أقتصر المهندس المعماري على وضع التصميم دون أن يكلف بالرقابة على التنفيذ يكون مسؤولاً عن العيوب التي أتت من التصميم دون العيوب التي ترجح إلى طريقة التنفيذ . وإذا عمل المقاول بأشراف مهندس معماري أو بأشراف رب العمل الذي أقام نفسه مقام المهندس المعماري فلا يكون مسؤولاً إلا عن العيوب التي تقع في التنفيذ دون العيوب التي تأتي من الغلط أو عدم التبصر في وضع التصميم"وجاء في الفقرة الثانية على أن:" وإذا كان كلاً من المهندس المعماري والمقاول مسؤولاً عما وقع في العمل من عيب كانا متضامنين في المسؤولية" وتعتبر أحكام المسؤولية التضامنية الواقعة على عاتق المقاول والمهندس المعماري أحكاماً غير متعلقة بالنظام العام ، بالتالي يجوز الاتفاق على ما يخالفها سواء تشديد هذه

المسؤولية، أو حتى الإعفاء منها، وهذا الأمر على غرار الفكرة العامة المتعلقة بالقواعد العامة التي تتيح إمكانية إعفاء الدائن للمدين عند تعذر الأول عن تنفيذ التزامه. [٣٣]وتستمر تلك المسئولية التضامنية على عاتق كلا من المهندس والمقاول لمدة _عشر سنوات في القانون العراقي وخمس سنوات في القانون اللبناني_ من وقت تسليم البناء، والمقصود من ذلك ضمان عدم وجود عيوب فنية تهدد المبنى الذي شيداه قد تؤدي إلى تهدمه في أي لحظة خلال تلك المدة، الأمر الذي يجب أن يدفعهم والحال كذلك أن يبذلوا قصارى جهدهم بخصوص إتقان الصنعة ومراعاة الأصول الفنية، لتفادي المساءلة القانونية عن وقوع أية أضرار أو أخطار قد تلم بالمبنى تكون متعلقة بعيوب البناء.وهنا تثار مسألة عن مصير الالتزامات الفرعية (العقود الفرعية) التابعة للالتزامات الرئيسة ، ونصادف مثل هذه العقود بشكل واضح في ظل عقود مقاولات المباني والمنشآت الكبيرة ، فقد يلجأ المقاول وهو بصدد إنشاء مشروع سكني كبير الى إبرام العديد من العقود الفرعية مع مجموعة من الشركات ، ويهدف المقاول من جراء مثل هذه العقود الى ضمان تحقيق هدف المقاولة الاصلي في المدة المحددة للتنفيذ ، فاذا انقضى هذا العقد لم يبقى ثمة مشروع او عقد فرعي ولم يبقى بالتالي معنى لاستمرار تلك العقود الفرعية تطبيقاً لقاعدة (إذا سقط الاصل سقط الفرع) ولكن الامر ليس بهذه البساطة بالنسبة للعقود الفرعية فالحكم على هذه العقود يجب النظر اليه من خلال فرضين[٣٤]: الفرض الاول : إذا كانت العقود الفرعية غير مستقلة عن المقاولة الاصلية ويعلم جميع المتعاقدين مع المقاول الاصلي او مع رب العمل او كان في وسعهم العلم بان القصد من التعاقد هو خدمة المقاولة الاصلية ثم استحال تنفيذ عقد المقاولة الاصلية لأي سبب من الاسباب فان العقود الفرعية التي ابرمت لغرض تنفيذ عقد المقاولة الاصلية فإنها تنقضي هي الاخرى بانقضاء عقد المقاولة الاصلي الفرض الثاني : إذا كانت العقود الفرعية مستقلة عن عقد المقاولة الاصلية ولا يعلم المتعاقدون مع المقاول الاصلي أو رب العمل بان التعاقد معهم هو خدمة المقاولة الاصلية او لم يكن في وسعهم معرفة ذلك فان المقاول الاصلي او رب العمل لا يستطيع أن يتحلل من هذه العقود الفرعية ، وعلى اية حال فان هذا العقد قد ينشأ التزاماً مترتباً في ذمة مدينين متضامنين متعددين ومن ثم يستحيل تنفيذه بسبب القوة القاهرة ، فهنا ينقضي هذا الالتزام وتبرأ ذمة جميع المدينيين المتعاقدين فإذا كان هناك خطأ لأحد المدينين المتضامنين فيكون وحده هو المسؤول عن التعويض وكذلك إذا كان الالتزام مترتباً في ذمة المدين لمصلحة عدد من الدائنين المتضامنين او استحال تنفيذه لقوة قاهرة فانه ينقضي بالنسبة الى جميع الدائنين المتضامنين[٣٥].

١- **مسؤولية شاملة للعيوب الخطيرة.** مسؤولية المقاول لا تشمل العيوب البسيطة، أو تلك العيوب التي لا تهدد متانة وسلامة البناء أو المنشأ الثابت للخطر، كما سنرى لاحقا. وحتى تدخل هذه العيوب ضمن أحكام المسؤولية الخاصة فيجب أن تكون هذه العيوب خفية وقت التسليم، وغير معلومة لصاحب العمل ،ولا يمكن كشفها لو بذل عناية الشخص العادي في اختبار المبنى. ولكن إذا كان العيب ظاهراً، أو كان باستطاعة رب العمل اكتشافه لو بذل عناية الرجل العادي، فإن ذلك يعفي المقاول من الضمان، لأن قبول رب العمل بالعيب رغم اكتشافه يعني أنه نزل عن حقه في الرجوع على المقاول. [٣٦]وقد نصت المادة ٦٦٢ من قانون الموجبات والعقود اللبناني على أنه:"إذا حدث في اثناء القيام بالعمل ان في المواد التي قدمها صاحب الامر او في الارض التي يراد إقامة بنيان او غيره عليها ،عيوبا او نقائص من شأنها ان تحول دون اجراء العمل على ما يرام ،وجب على الصانع ان يخبر عنها صاحب الامر بلا إبطاء .واذا لم يفعل كان مسؤولا عن الضرر الذي ينجم عنها ما لم تكن من نوع لا يتسنى معه لعامل مثله أن يعرفها"ولا يشترط في العيب أن يكون قديماً، أي موجوداً وقت قبول صاحب العمل. وهذا خلافاً للقواعد العامة، فلو كان العيب طارئاً، وحدث بعد قبول العمل وتسلمه، يبقى المقاول والمهندس ضامنين ومسؤولين عنه، إلا إذا كان سببه أجنبياً، فعندئذ تنتفي مسؤوليتهم بإثباتهم السبب الأجنبي الذي لا يد لهم فيه إذاً فإن مسؤولية المهندس والمقاول مسؤولية قانونية أوجبها القانون حماية لمصالح صاحب العمل غير الخبير بأمور البناء ، وحماية للمصلحة العامة ، لذا فان لها إحكاماً خاصة ومشددة تختلف عن المسؤولية العقدية أو التقصيرية، كما أن أحكام المسؤولية العشرية من النظام العام ، وأن المهندس والمقاول متضامنين في الضمان ، كما أن مسؤوليتهم تمتد لعشر سنوات بعد تسليم العمل لصاحبه في القانون العراقي وخمس سنوات في القانون اللبناني، وإن التقادم المسقط لدعوى الضمان في القانون المدني العراقي هو بعد سنة من تأريخ حدوث التهدم أو اكتشاف العيب، وثلاثين يوماً في القانون اللبناني. وفي عقد المقاولة فاته يجب على المقاول أن يحرص على المواد المسلمة بموجب الاتفاق وان يراعي اصول الفن في استخدامها فاذا ما تحققت حالة الانفساخ فان المقاول يلزم ان يقدم حساباً عما استخدمه من تلك المواد وان يرد الباقي الى رب العمل وكافة المستندات التي كان قد تسلمها منه والتصاميم والخرائط وكل ما يتعلق بتنفيذ المقاولة موضوع الاتفاق فاذا ثبت اهمال المقاول في المحافظة على هذه الاشياء فيلزم برد قيمة هذه الاشياء التي اتلفت بإهماله ، والاساس القانوني في التزام البائع والمشتري برد ما تسلمه هو الكسب دون سبب ، فاذا انفسخ العقد لم يبق هنالك سبب لاحتفاظ كل من المتعاقدين بثمرات

الشيء التي كان قد تسلمها تنفيذاً للعقد هذا إذا كان المتعاقد سيء النية ، اما إذا كان حسن النية فانه يمتلك ما قبضه من الزوائد وما استوفاه من المنافع مدة حيازته. [٣٧]

الخاتمة

أن المقاول ملتزم بانجاز العمل ، واعلام المهندس المشرف على المشروع ورب العمل بكل الصعوبات التي تواجهه، كما أوضحنا أن على المقاول التزام المحافظة على الأشياء المسلمة إليه ، والتزامه بالضمان لمدة عشر سنوات عن كل تهدم أو عيب يصيب المباني أو المنشآت الثابتة ، وتكلمنا عن خصائص المسؤولية الخاصة ورأينا أنها مسؤولية تضامنية بنص القانون وشاملة للعيوب ومتعلقة بالنظام العام، وفصّلنا الشروط الواجب توافرها لتطبيق مسؤولية المقاول الخاصة ، والمتمثلة بوجود عقد مقاولة ، وتسلم البناء مقبولاً من رب العمل، وأخيراً حدوث تهدم كلي أو جزئي بالبناء أو المنشأ الثابت خلال مدة عشر سنوات.

النتائج :

- أن المقاول يمارس الأعمال باستقلالية عن رب العمل ، فعنصر التبعية منعدم في عقود المقاولة ، ولا يمكن القول أن هذه الاستقلالية تعفي المقاول من مسؤوليته . بل يبقى ملتزماً بإعلام المهندس أو رب العمل عن أي عيوب في التصميم أو بالمواد المستخدمة، وله حق الاعتراض في حال إصرار المهندس أو رب العمل على التنفيذ المعيب .
- إن مسؤولية مقاول البناء لا تشمل جميع أنواع العيوب ، بل هي مقتصرة على التهدم وعلى العيوب الخطيرة التي تهدد متانة وسلامة البناء للخطر ، كما يشترط لقيام المسؤولية الخاصة أن يكون العيب خفياً لا يمكن لرب العمل اكتشافه لو بذل عناية الرجل العادي .
- ان طبيعة عقد المقاولة التزام قانوني يقع على عاتق المقاول.

التوصيات:

-إخضاع المقاول من الباطن لأحكام المسؤولية الخاصة بالتضامن مع المقاول الأصلي في مواجهة رب العمل كونه يحقق ضمانة وطمأنينة أكثر لرب العمل.

-دعوة المشرع العراقي الى مراجعة قانون المناقصات وتأكيد شرط على المقاول بالأعمال المماثلة والمتخصصة .

المراجع

- حسن علي الذنون، العقود المسماة، عقد البيع، مطبعة الرابطة، بغداد، ١٩٥٣ .
- عادل عبد العزيز سمارة، مسؤولية المقاول والمهندس عن متانة البناء (دراسة مقارنة) جامعة النجاح.
- نقض فرنسي ١٥ يونيو سنة ١٨٦٣ – دالوز ١٨٦٣ – ١– ٤٢١ ، ٢٦ نوفمبر سنة ١٨٧٣ .
- عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط ، ج٧ ، ص ١٣٢فقرة ٧١ ..
- محمد جابر الدوري ، مسؤولية المقاول والمهندس ، مطبعة اوفسيت عشتار ، بغداد ، بلا سنة طبع .
- محمد لبيب شنب ، احكام عقد المقاولة ، ١٩٦٢، فقرة ١٠٨ .
- قض مدني مصري ٥ يناير سنة ١٩٣٩ مجموعة عمر ٢٩٠ رقم ١٤٥ .
- مدني ٩ يونيو سنة ١٩٥٥ مجموعة احكام النقض ٦٩ رقم ١٦٥ .
- محمد عبد الرحيم عنبر، عقد المقاولة والتوكيلات التجارية، ط.٣، دون نسر، ١٩٨٨.
- موريس اندري فلاك وجاك لوباف ، في عقد المقاولة– بروكسل ، ١٩٦٦ فقرة ٦٠٣ .
- بلانيول وربير ومرواست ،ج١١ ، فقرة ٩٤٥. نقلا عن محمد جابر الدوري ، مسؤولية المقاول والمهندس.
- محمد شكري سرور، مسؤولية مهندسي ومقاولي البناء والمنشآت الثابتة الأخرى، مطبعة أكتوبر الهندسية، بدون تاريخ نشر،.
- محمد وحيد الدين سوار، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، منشورات جامعة دمشق، الطبعة العاشرة، ٢٠٠٧.
- فتحي عبد الرحيم عبد الله، النظرية العامة للالتزام، المصادر غير الإرادية، منشأة المعارف، الإسكندرية ٢٠٠٧.
- بوردي وفال، القانون المدني، الجزء الثاني، فقرة ٣٩٤٢
- محمد ناجي ياقوت، مسؤولية المعماريين بعد إتمام الأعمال وتسليمها مقبولة من صاحب العمل، بدون طبعة، الاسكندرية، منشأة المعارف.
- قرار محكمة النقض رقم ١٣٩٠ لسنة ٦٩ ق. مشار إليه: إبراهيم سعيد أحمد، الاسكندرية، منشأة المعارف، ٢٠٠٣.

- تمييز مدني حكم رقم : ١٨ /١٩٦٤ جلسة ١٩٦٤/١/٣١
- محمد حسين عبد العال، الاتجاهات الحديثة لفكرة النظام العام ومدى الحماية الدستورية لمبدأ حرية التعاقد، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٨ .
- عماد طارق البشرى – فكرة النظام العام في النظرية والتطبيق– دراسة مقارنة بين القوانين الوضعية والفقه الإسلامي – المكتب الإسلامي، الطبعة الأولى.
- خالد خليل الظاهر: القانون الاداري، دراسة مقارنة، الكتاب الثاني، ط١، دار المسيرة للطباعة والنشر، ١٩٩٧.
- ماهر صالح علاوي الجبوري: مبادئ القانون الاداري، دراسة مقارنة، دار الكتب للطباعة والنشر، ١٩٩٦.
- عصام البرزنجي ، و علي محمد بدير، ومهدي السلامي: المبادئ العامة في القانون الاداري، مديرية دار الكتب للطباعة والنشر، بغداد ١٩٩٣.
- كمال قاسم ثروت، الوجيز في شرح أحكام عقد المقاولة، ج.١، ط. ١، بغداد/ مطبعة أوفيست، ١٩٧٩.
- عبد الودود يحيى، مسؤولية المهندس والمقاولين والتأمين منها، مصر المعاصرة، عدد ٣٧٦.
- محمد لبيب شنب، شرح أحكام عقد المقاولة، القاهرة، دار النهضة العربية، ١٩٦٢.
- محمد شكري، مسؤولية مهندسي ومقاولي البناء والمنشآت الثابتة الأخرى، دار الفكر العربي، القاهرة، دون تاريخ نشر.

هوامش البحث

[١]() حسن علي الذنون، العقود المسماة، عقد البيع، مطبعة الرابطة، بغداد، ١٩٥٣ ، ص ١٢٨.

[٢]() عادل عبد العزيز سمارة، مسؤولية المقاول والمهندس عن متانة البناء (دراسة مقارنة) جامعة النجاح، ص. ٢٧

[٣]() نقض فرنسي ١٥ يونيو سنة ١٨٦٣ – دالوز ١٨٦٣ – ١– ٤٢١ ، ٢٦ نوفمبر سنة ١٨٧٣ .

[٤]()عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط ، ج٧ ، ص ١٣٢فقرة ٧١ .

[٥]() محمد جابر الدوري ، مسؤولية المقاول والمهندس ، مطبعة اوفسيت عشتار ، بغداد ، بلا سنة طبع ،ص ٥٠.

[٦]() محمد لبيب شنب ، احكام عقد المقاولة ، ١٩٦٢، فقرة ١٠٨ ،ص ١٢٨ .

[٧]() محمد لبيب شنب ، مرجع سابق، ص ١٣٥

[٨]() قض مدني مصري ٥ يناير سنة ١٩٣٩ مجموعة عمر ٢٩٠ رقم ١٤٥ ص ٤٥٢ . وانظر ايضا مدني ٩ يونيو سنة ١٩٥٥ مجموعة احكام النقض ٦٩ رقم ١٦٥ ص ١٢٣٥ .

[٩]() محمد عبد الرحيم عنبر، عقد المقاولة والتوكيلات التجارية، ط.٣، دون نسر، ١٩٨٨، ص. ١٦٣

[١٠]() موريس اندري فلاك وجاك لوباف ، في عقد المقاولة– بروكسل ، ١٩٦٦ فقرة ٦٠٣ ،ص ٣٣٧ ، نقلا عن محمد جابر الدوري ، المقاول والمهندس ، ص ١٢٠ هامش رقم ٢٣٩ .

[١١]() محمد كامل مرسي ، العقود المسماة ، مصدر سابق ، فقرة ٥٩٤ ، ص ٤٩٦

[١٢]() بلانيول وربير ومرواست ،ج١١ ، فقرة ٩٤٥. نقلا عن محمد جابر الدوري ، مسؤولية المقاول والمهندس ، ص ١٢٠ هامش ٢٤٠

[١٣]() محمد شكري سرور، مسؤولية مهندسي ومقاولي البناء والمنشآت الثابتة الأخرى، مطبعة أكتوبر الهندسية، بدون تاريخ نشر، ص. ٣٨٥

[١٤]() انظر: محمد وحيد الدين سوار، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، منشورات جامعة دمشق، الطبعة العاشرة، ٢٠٠٧، ص. ٢٣٠

[١٥]() انظر: فتحي عبد الرحيم عبد الله، النظرية العامة للالتزام، المصادر غير الإرادية، منشأة المعارف، الإسكندرية ٢٠٠٧، ص. ٢٩٤

[١٦]() بوردي وفال، القانون المدني، الجزء الثاني، فقرة ٣٩٤٢

[١٧]() انظر: محمد ناجي ياقوت، مسؤولية المعماريين بعد إتمام الأعمال وتسليمها مقبولة من صاحب العمل، بدون طبعة، الاسكندرية، منشأة المعارف، ص. ٢٩٤

[١٨]() السنهوري ، الوسيط ، ج٧ ، مصدرسابق ،ص ١٣٢ ، فقرة ٧١ .

[١٩]() عبد المجيد الحكيم ، مصادر الالتزام ، فقرة ٦٤٥ ، ٦٤٦ .

[٢٠]() عبد المجيد الحكيم ، مصادر الالتزام ، فقرة ٦٤٥ ، ٦٤٦ .

[٢١]() السنهوري ، الوسيط ، ج٧ ، مصدر سابق ، فقرة ٤٢٤ ، ص٢٤٠ .

[٢٢]() قرار محكمة النقض رقم ١٣٩٠ لسنة ٦٩ ق. مشار إليه: إبراهيم سعيد أحمد، الاسكندرية، منشأة المعارف، ٢٠٠٣، ص. ٧٥

[٢٣]() انظر: المادة ٢٤٦ من القانون المدني العراقي

[٢٤]() القرار ٤٠٧ لسنة ١٩

[٢٥]() تمييز مدني حكم رقم : ١٨ /١٩٦٤ جلسة ١٩٦٤/١/٣١

[٢٦]() محمد حسين عبد العال، الاتجاهات الحديثة لفكرة النظام العام ومدى الحماية الدستورية لمبدأ حرية التعاقد، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٨ ، ص. ١١

[٢٧]() عماد طارق البشرى – فكرة النظام العام في النظرية والتطبيق– دراسة مقارنة بين القوانين الوضعية والفقه الإسلامي – المكتب الإسلامي، الطبعة الأولى، ص١٩

[٢٨]() خالد خليل الظاهر: القانون الاداري، دراسة مقارنة، الكتاب الثاني، ط١، دار المسيرة للطباعة والنشر، ١٩٩٧. ص٢٣.

[٢٩]() ماهر صالح علاوي الجبوري: مبادئ القانون الاداري، دراسة مقارنة، دار الكتب للطباعة والنشر، ١٩٩٦، ص٧٦.

[٣٠]() عصام البرزنجي ، و علي محمد بدير، ومهدي السلامي: المبادئ العامة في القانون الاداري، مديرية دار الكتب للطباعة والنشر، بغداد ١٩٩٣. ص٢١٦.

[٣١]() كمال قاسم ثروت، الوجيز في شرح أحكام عقد المقاولة، ج.١، ط. ١، بغداد/ مطبعة أوفيست، ١٩٧٩، ص. ٢٤

[٣٢]() عبد الودود يحيى، مسؤولية المهندس والمقاولين والتأمين منها، مصر المعاصرة، عدد ٣٧٦، ص. ١٢٨

[٣٣]() محمد لبيب شنب، شرح أحكام عقد المقاولة، القاهرة، دار النهضة العربية، ١٩٦٢، ص. ٤٩٣

[٣٤] . عبد الوهاب علي بن سعد الرومي ، الاستحالة ، مصدر سابق ، ص٤٩٦ وما بعدها ، محمد علي عثمان الفقي ، مصدر سابق ، ص١١٦ وما بعدها .

[٣٥]) عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط ، مصدر سابق ، ص٩٨٩.

[٣٦]() محمد شكري، مسؤولية مهندسي ومقاولي البناء والمنشآت الثابتة الأخرى، دار الفكر العربي، القاهرة، دون تاريخ نشر، ص. ١٩٣

[٣٧]() شنب، شرح أحكام عقد المقاولة ، مرجع سابق، ص. ١٢٧