النطاق الزمني للضمان العشري في القانون المدني العراقي
دراسة مقارنة

بحث مستل من أطروحة دكتوراه الطالب (سربست قادر حسين) الموسومة بـ (ضمانات تنفيذ عقود المقاولة – دراسة مقارنة) بإشراف الأستاذ الدكتور (حسين توفيق فيض الله) والتي تُقدم الى مجلس كلية القانون بجامعة صلاح الدين – أربيل.

أ. د. حسين توفيق فيض الله[1] **م. سربست قادر حسين2**

1-2 قسم القانون، كلية القانون، جامعة صلاح الدين، أربيل، العراق

المستخلص

نتيجة لخطورة أعمال البناء والتشييد والتي قد يترتب عليها اضرار خطيرة فادحة يُصيب الانسانَ في ماله وروحه ويُصيب الاقتصاد الوطني نتيجة لتهدم البناء أو عيب يهدد سلامته ومتانته، وضع المشرع أحكاماً خاصة تسمّى بالضمان العشري او المسؤولية العشرية لتنظيم مسؤولية المقاول والمهندس المعماري استثناءً من القواعد العامة، وجاءت هذه الأحكام في شكل قواعد آمرة لا يجوز الاتفاق على الاعفاء أو الحد منها، كما أنه بموجب هذه القواعد يضمن كل من مقاول البناء والمهندس المعماري بشكل تضامني ما يصيب البناء أو المنشأة من تهدم أو عيب يُهدِّدُ سلامته ومتانته لمدة عشر سنوات بعد التسليم استثناء من القواعد العامة، وهذه الأحكام عموماً إما احكام متعلقة بأشخاص الضمان، او بموضوعه او بمدته، ويتناول هذا البحث بالدراسة أحكام الضمان العشري من حيث المدة، حيث تعرضنا بالبحث للنطاق الزمني للضمان العشري والذي يتمثل في مدة العشر سنوات التي يجب أن يقوم فيها سبب الضمان من تهدم أو عيب وبيان الاشكاليات المتعلقة ببدء سريانها، ومدة تقادم دعوى الضمان.

ومن استنتاجات هذا البحث انه على الرغم من أن المشرع العراقي اكتفى بعبارة (وقت اتمام العمل وتسليمه) لبدء سريان مدة الضمان العشري، يجب أن يُفهم من ذلك بأن المقصود بتسليم العمل هو (قبول العمل) أو تقبُّل العمل من قبل رب العمل وليس واقعة التسليم فقط سواء أكان فعلياً أو حكمياً، لأنه من المفترض أن تكون العبرة بتقبل العمل، أي إقرار رب العمل لما قام به المقاول والمهندس من عمل بعد معاينته وأنه قد تم صحيحاً مطابقاً لما هو متفق عليه، ولما توجبه الأصول الفنية. ويتمثل أهم توصيات هذا البحث في اقتراح تعديل بعض نصوص القانون المدني العراقي المتعلقة بموضوع البحث.

الكلمات المفتاحية: الضمان العشري، النطاق الزمني، مدة تقادم، المقاول، رب العمل، المسؤولية العشرية.

أولاً: موضوع البحث:

نظراً لما قد يترتب على تهدم الأبنية والمنشآت من أضرار بالغة، ولحماية المصلحة الخاصة المتمثلة بمصلحة رب العمل، والمصلحة العامة المتمثلة بحماية الأرواح والاقتصاد، أخضع القانون المدني العراقي وكذلك القوانين المقارنة، مسؤولية المقاولين والمهندسين المعماريين في عقود مقاولة البناء لأحكام خاصة مشدّدة لحثّهم على الوفاء بالتزاماتهم على أكمل وجه وابعادهم عن الغش المهني، وأن يبذلوا أقصى جهودهم ليأتي البناء متيناً خالياً من العيوب التي تهدد سلامته ومتانته، حيث يضمن المهندس المعماري والمقاول بموجب هذه الأحكام الخاصة ما يحدث للبناء أو المنشأة الثابتة من تهدم او عيب خلال مدة الضمان، وتُعرَف هذه الأحكام بالضمان العشري أو المسؤولية العشرية والتي تتمثل في قواعد قانونية آمرة متعلقة بالنظام العام لا يجوز الاتفاق على خلافها، الا أنه يُشترط لترتب مسؤولية المقاول والمهندس المعماري بموجب هذه الأحكام الخاصة حدوث تهدّم البناء او العيوب التي تهدد سلامته ومتانته خلال مدة عشر سنوات من وقت تمام العمل وتسليمه والتي تعرف بمدة اختبار متانة البناء، على أن تُرفع الدعوى خلال المدة المحددة قانوناً والتي تُعرف بمدة تقادم دعوى الضمان العشري.

ثانياً: اهمية البحث وسبب اختيار الموضوع

تتجلى أهمية البحث في أهمية أحكام الضمان العشري الخاصة بمقاولة البناء، حيث أن متطلبات الإنسان المتزايدة والتضخم السكاني المستمر أدى إلى التوسع الكبير في مجال البناء والعمران، فأقيمت المباني والمنشآت بأشكالها وأحجامها المختلفة

مجلّة پۆليتكنيك للعلوم الإنسانية والإجتماعية
المجلد 5 ، العدد 1 (2024)
ورقة بحث منتظمة: نُشرت في 20 يناير 2024
حقوق الطبع والنشر © 2024. هذه مقالة الوصول اليها مفتوح موزعة تحت رخصة المشاع الإبداعي النسبية - CC BY-NC-ND 4.0

من منازل وفنادق ومصانع وأبراج وغيرها، ورافق ذلك استخدام الوسائل العلمية والتكنولوجيا الحديثة في أعمال البناء والتشييد مما كان له أكبر الأثر في سرعة إنجاز المشاريع المعمارية وتداخل تركيبها وتعقُّدها في بعض الأحيان، ولكن السرعة في إنجاز المشاريع واللجوء الى وسائل الغش في البناء والإهمال في الإشراف على التنفيذ كثيراً ما تسفر عن العديد من الحوادث الخطيرة التي تؤدي إلى خسائر كبيرة سواءً في الأرواح والأموال بسبب تهدم البناء تهدما كلياً أو جزئياً أو ظهور عيوب تهدد سلامته ومتانته بعد تسليمه لرب العمل. كما تبدو أهمية البحث أيضاً من أهمية تحديد النطاق الزمني للضمان العشري من الناحية العملية، اذ أن كثيراً ما يدفع المقاول او المهندس المعماري أو كلاهما بعدم مسؤوليتهم باعتبار أن التهدم أو العيب قد حدث خارج النطاق الزمني، إذ يعتبر العنصر الزمني في هذا الضمان من أجلى عناصره، وأبرز شروطه، بل سبب خروجه عن نطاق القواعد العامة في المسؤولية. وبناء على ما ذكرناه من الأهمية للبحث، يتجلى سبب اختيارنا لهذا الموضوع.

ثالثاً: مشكلة البحث

تكمن مشكلة البحث في الاشكاليات التي قد تُثيرها الأحكام الخاصة بالضمان العشري سواء في القانون المدني العراقي أو القوانين التي أخذناها بالمقارنة في هذه الدراسة من حيث:

زمن بداية مدة الضمان العشري .

لبدء سريان مدة الضمان العشري هل العبرة بظهور العيب خلال مدة الضمان ام بوجوده خلال هذه المدة وإن ظهر بعد إنقضائها ؟

في حالة تسلم الأعمال على عدة دفعات، هل تبدأ مدة الضمان باستلام الدفعة الأولى أو باستلام الدفعة الأخيرة من العمل؟

متى تبدأ مدة الضمان في حالة التسليم المزدوج، اي التسليم المؤقت والتسليم النهائي للعمل محل عقد المقاولة؟

ما هو أثر الغش والطرق الاحتيالية التي قد يلجأ اليها المقاول او المهندس او كلاهما لحمل رب العمل على تسلُّم البناء ما كان يتسلّمه لو كان على علم بما فيه من عيوب ؟

هل أن مدة الضمان المحددة بعشر سنوات كافية لحماية رب العمل والمصلحة العامة أم أنه من المفترض إطالة هذه المدة لتوفير حماية أقوى لرب العمل والمصلحة العامة أو تقصيرها استقراراً للمعاملات؟

ما مدى استجابة مدة تقادم دعوى الضمان في القانون العراقي والمحددة بسنة واحدة للحماية التي قررها القانون لرب العمل؟ وما هو موقف القوانين المقارنة في هذا الخصوص؟

رابعاً: نطاق البحث:

يتحدد نطاق هذا البحث بدراسة الأحكام الخاصة بالضمان العشري سواء في القانون المدني العراقي أو القوانين التي أخذناها بالمقارنة في هذه الدراسة، لذلك يركز هذا البحث على أحكام هذا الضمان من حيث مدة الضمان وزمن سريانه وكذلك مدة تقادم دعوى هذا الضمان، لذلك يُستبعد من نطاق هذه الدراسة الأحكام الأخرى ذات الصلة بالضمان العشري، هذا فضلاً عن التعرض لآراء الفقه وموقف القضاء من الموضوع.

خامساً: منهجية البحث:

من أجل الإحاطة بموضوع البحث من جوانبه المختلفة والوصول الى معالجات قانونية سليمة للإشكاليات المتصلة به اعتمدنا المنهج التحليلي وذلك من خلال تحليل النصوص القانونية المنظمة للضمان العشري من حيث بدء زمن سريانه وطبيعته القانونية وتقادم دعواه، والمنهج المقارن من خلال مقارنة نصوص القانون المدني العراقي رقم (40) لسنة 1951 المعدل الخاصة بالنطاق الزمني للضمان ومقارنتها بذات الأحكام في القانون المدني المصري رقم (131) لسنة 1948 المعدل، والقانون المدني الكويتي رقم (67) لسنة 1980 المعدل، والقانون المدني الفرنسي لسنة 1804 والتعديلات التي توالت عليه في هذا الخصوص.

سادساً: هيكلية البحث

سنقسم هذا البحث على مبحثين، سنتناول بالدراسة في المبحث الأول مدة الضمان العشري، اي المدة التي يقوم فيها سبب الضمان، وذلك من خلال ثلاثة مطالب، سنبحث في المطلب الأول بدء زمن سريان هذه المدة، وفي الثاني الإشكاليات المتعلقة بها، وفي المطلب الثالث والأخير الطبيعة القانونية لهذه المدة ومدى لزوم تمديدها، وسنخصص المبحث الثاني لدراسة مدة تقادم دعوى الضمان العشري من خلال مطلبين، سنبحث في المطلب الأول بدء زمن سريان مدة تقادم دعوى الضمان العشري، وسنتعرض في المطلب الثاني لدراسة الطبيعة القانونية لهذه المدة والأثر المترتب عليها. وسنُنهي البحث بخاتمة نذكر فيها أهم استنتاجات البحث وتوصياته.

المبحث الأول

مدة الضمان العشري

(المدة التي يقوم فيها سبب الضمان)

لا يغطي الضمان العشري الا الأضرار الخطيرة التي تصيب الأبنية والمنشآت الثابتة والمتمثلة بالتهدم سواء أكان كلياً أو جزئياً والعيب الذي يهدد سلامتها ومتانتها، وهذه الأضرار يجب أن تحدث خلال المدة القانونية للضمان، وهذه المدة بحسب الأصل، عشر سنوات من وقت اتمام البناء وتسليمه كما هو منصوص عليها في القانون المدني العراقي والقوانين الأخرى التي أخذناها بالمقارنة في هذه الدراسة (المادة (1،3/870) من القانون المدني العراقي رقم (40) لسنة 1951 المعدل، والمادة (651) من القانون المدني المصري رقم (131) لسنة 1948 المعدل، والمادة (1792-1-4) من القانون المدني الفرنسي لسنة 1804 المعدل)، ومن أجل الإلمام بالموضوع من جوانبه المختلفة سنقسم هذا المبحث على ثلاثة مطالب، سندرس في الأول بدء سريان مدة الضمان، وفي الثاني الإشكاليات ذات الصلة بمدة الضمان، وفي الثالث

والأخير الطبيعة القانونية لمدة الضمان العشري ومدى لزوم تمديدها وعلى وفق التفصيل الآتي:

المطلب الأول

بدء سريان مدة الضمان العشري

يضمن المهندس المهاري والمقاول ما يحدث خلال عشر سنوات، من تهدم كلي او جزئي فيما شيدوه من مبانٍ او أقاموه من منشآت ثابتة اخرى، او ما يوجد خلال هذه الفترة من عيوب تهدد متانة البناء وسلامته، وتبدأ هذه المدة من وقت اتمام العمل وتسليمه في القانون المدني العراقي ومن وقت تسلم العمل في كل من القانون المدني المصري والفرنسي،(المادة (870) مدني عراقي، والمادة (651) مدني مصري، والمادة (1792-4-1) مدني فرنسي). وهذا يعني أن تحديد بداية مدة الضمان العشري يتوقف على تحديد وقت تسلم العمل من قبل رب العمل (عجيل، 2016، صفحة 243)، اما بالنسبة للقانون المدني الكويتي فتبدأ المدة من وقت اتمام البناء او الإنشاء. (وهذا مانصت عليه المادة (1/692) مدني كويتي، ونرى بعدم دقة حكم القانون الكويتي فيما يتعلق ببدء سريان الضمان اعتباراً من تاريخ اتمام البناء، لأن هذا الأخير قد لا يتضمن التسليم الفعلي او الحكمي للبناء أو المنشأة، حيث من المفترض أن يبدأ سريان المدة من تاريخ التسليم الى رب العمل ووضع العمل تحت سيطرته).

ولم يعرف القانون المدني العراقي وكذلك المصري واقعة التسليم في عقد المقاولة، على خلاف القانون الفرنسي المعدل الذي وضح الاستلام بأنه التصرف الذي يعلن بموجبه صاحب العمل قبول المنشأة بتحفظ او دونه، وهو يتم بناء على طلب الفريق اكثر عجلة (او حرصاً)، اما ودياً او قضائياً، ويجب في جميع الأحوال ان يتم النطق به علناً وجاهياً، اي بحضور الطرفين. (المادة (6/1792) من القانون المدني الفرنسي المعدل).

وعلى الرغم من ان المادة (1/870) من القانون المدني العراقي والمواد المقابلة لها في القوانين المقارنة، تنص على ان مدة العشر سنوات تبدأ من وقت تسلُّم العمل، إلا أنها لم تشرْ الى قبوله من قبل رب العمل، لذلك تصدى الفقه لهذه المسألة، فذهب البعض، الى أن المقصود بكلمة (تسلُّم)العمل هنا، هو قبول العمل، او تقبّل العمل، بمعنى اقرار رب العمل لما قام به المقاول والمهندس من عمل بعد معاينته وأنه قد تم صحيحاً مطابقاً لما هو متفق عليه، ولما توجبه الأصول الفنية (شنب، 2008، صفحة 151، 166)، (السنهوري، 1964، صفحة 100)، (قرة، 1987، صفحة 155).

ويتفق هذا مع ما يذهب اليه الفقه الفرنسي في هذا الصدد باعتبار أن نقطة بداية سريان المدة القانونية للضمان العشري هي من وقت تقبّل العمل أو قبوله، اي من وقت المخالصة المقدمة من رب العمل للمعماري، وليس من وقت انجاز العمل، ولا من وقت وقوع الضرر، وان العبرة في بداية مدة الضمان تكون بقبول رب العمل للعمل، لا بمجرد تسلّمه للعمل فحسب، وأن تسلّم العمل لوحده باعتباره تسليماً منظوراً اليه من وجهة نظر الدائن به، ان كان يكفي كقرينة قد يفترض معها حصول التقبّل ضمناً في بعض الظروف، الا انه قد لا يكفي وحده كبديل عن التقبل ذاته، الا إذا دل بشكل واضح على قصد رب العمل الى التعبير عن القبول بالفعل. (ياقوت، 1997، صفحة 199،201).

وقد يتم تسلُّم العمل تسلماً صريحاً، وذلك حينما يتم تحرير التسلُّم بمحضر يدون فيه تفاصيل الاستلام بين رب العمل والمقاول، ويكون تاريخ التسلّم في هذه الحالة تاريخ هذا المحضر، وقد يكون التسليم ضمنياً وذلك باتخاذ موقف معين من قبل رب العمل لا تدع ظروف الحال معه شكاً في أنه يُعبِّر عن إرادته في تسلّم العمل وقبوله، وهي مسألة واقع تخضع للتقدير المطلق لقاضي الموضوع، ومن أمثلة الوقائع التي يمكن أن يستخلص منها التسليم الضمني، وضع اليد المادي على البناء او استعماله، لأنه يتضمن قبول العمل، وإذا تم تحرير محضر بالقبول سرت المدة من تاريخ تحريره، اما اذا لم يُحرر محضر، وأمكن استخلاص القبول ضمناً من تسلّم رب العمل للبناء، دون ابداء اي تحفظ، فإن المدة تحتسب من تاريخ هذا الاستلام، واذا حُرر محضر التسليم بعد وضع اليد الفعلي، فإن الميعاد يبدأ من وضع اليد، لا من تاريخ المحضر، ولكن اذا حصل وضع اليد الفعلي قبل الانتهاء من العمل، فإن الميعاد لا يبدأ الا وقت الانتهاء، واذا لم يُحرر محضر بالقبول ولم يثبت تاريخ شغل رب العمل للمكان، فإن المدة تبدأ من تاريخ تسوية الحساب مع المقاول، سواء قام رب العمل بعمل التسوية بنفسه، او أناب عنه المهندس المعماري، وذلك على اساس ان عمل التسوية يفيد القبول من وقتها على الاقل، ويقع عبء اثبات تسلُّم العمل أو قبوله وتاريخه – اي بدء سريان مدة الضمان العشري- كقاعدة عامة على عاتق رب العمل لأنه هو الذي يتمسك بالضمان، فيجب أن يثبت أن سببه قد قام في المدة التي قررها القانون (عجيل، 2016، صفحة 243). الا أنه مع ذلك لا يوجد ما يمنع أن يُكلف بإثبات التسلّم وتاريخه كل من له مصلحة في هذا الإثبات كالمقاول او المهندس إذا أراد أي منهما أن يقتضي باقي حقه من الأجر (مطهر، 2001، صفحة 422).

وبما أن محضر التسليم والتسلُّم ما هو الا وسيلة للإثبات، فإن مدة الضمان لا تُحسب من تاريخ تحريره، وانما من تاريخ حصول التسلُّم فعلاً، إذ أنه قد يكون له أثر كاشف لعمل قانوني قد تم حدوثه قبل تحرير هذا المحضر وتوقيعه، وعلى ذلك فإنه يمكن القول بأن التسلّم يثبت في الأصل كتابة عن طريق محضر التسليم والتسلّم، الا أنه يمكن في حالة التسلّم الضمني إثباته بكافة طرق الاثبات (شاهين، 2021، صفحة 245).

فبدء سريان مدة الضمان العشري يكون من وقت اتمام البناء وتسليمه في القانون المدني العراقي وكذلك المصري والفرنسي، (على الرغم من أن كل من القانون المدني المصري والفرنسي لم ينصّا صراحة على اتمام البناء كشرط لبدء سريان مدة الضمان العشري وانا نصّا على التسلّم فقط، الا أنه من الأمور البديهية يجب أن يكون البناء قد تم إنجازه، وذلك لأن الاستلام يُعد موافقة على الإشغال ومثبتاً من حيث المبدأ لإنتهاء العمل، وعندما لايكون العمل قد أُنجز فلا محل للاستلام، فيكون إتمام العمل شرطاً أساسياً للاستلام. للتفصيل يُنظر: (لابارت و نوبلوت، 2018، الصفحات 827-829)، ومن وقت اتمام البناء في القانون الكويتي، ولاحاجة بعد ذلك الى بيان الوقت الذي يقوم فيه السبب المؤدي الى حصول التهدم او ظهور العيب سواء أكان عيباً يرجع التى التصميم الذي يظهر عادة قبل التنفيذ والتسليم، أو عيباً يرجع الى التنفيذ ويكون موجوداً قبل التسليم ولكنه يكون خفياً لا يفطن له رب العمل الا بعد التسليم، أو يكون عيباً يطرأ بعد التسليم، فيكون العيب موجباً

للضمان العشري من وقت التسليم، وسواء رجع سبب الضمان الى البناء او الى التصميم، فإنه يجب ان يقوم في المدة المحددة قانوناً وهي عشر سنوات من وقت تسليم العمل لرب العمل او قبوله له، وهذا يعني إنتفاء الضمان إذا ظهرت العيوب بعد انتهاء المدة (الشهاوي، 2006، صفحة 168) (الدوري، 1985، صفحة 175).

وبهذا الصدد قضت محكمة التمييز العراقية بأن مسؤولية المقاول عن التهدم في البناء الذي اقامه لا تنتهي الا بانقضاء المدة المنصوص عليها في المادة (870)، اما مسؤوليته عن العيوب الخفية والمخالفات غير الظاهرة فلا تنتهي الا بقبول رب العمل لها بعد انكشافها(قرار محكمة التمييز العراقية، رقم (163/ هيئة عامة اولى/1976)، في 30-10-1976، مجموعة الأحكام العدلية، قسم الاعلام القانوني في وزارة العدل، العدد4، السنة السابعة، 1976، ص 63).

وقد يمتنع رب العمل عن قبول البناء دون سبب مشروع رغم دعوته الى ذلك بإنذار رسمي بعد اتمام العمل وكان العمل مطابقاً لشروط العقد ومواصفاته، فيعتبر في هذه الحالة ان العمل قد سُلّم اليه على وفق المادة (1/873) من القانون المدني العرقي والتي تنص على انه: " متى أتم المقاول العمل ووضعه تحت تصرف رب العمل، وجب على هذا ان يبادر الى معاينته في اقرب وقت ممكن حسب المعتاد، وان يتسلّمه اذا اقتضى الحال في مدة وجيزة، فإذا امتنع دون سبب مشروع عن المعاينة او التسلّم رغم دعوته الى ذلك بإنذار رسمي، اعتبر ان العمل قد سُلّم اليه " (وتقابلها المادة (655) مدني مصري، (672) مدني كويتي). اما في فرنسا، فبالنظر الى عدم وجود نص مماثل في القانون الفرنسي ينظم هذه المسألة فقد استقر الرأي في فرنسا على سريان مدة الضمان اعتباراً من تاريخ الإنذار الرسمي الذي يوجهه المقاول أو المهندس الى رب العمل بتسلُّم العمل بعد انجازه من قبلهما (ياسين، 1987، صفحة 353) (الدوري، 1985، صفحة 180).

ولكن ماذا لو تم تسليم الأعمال الى رب العمل على دفعات معينة؟ فقد يحدث في بعض مقاولات البناء أن لا يتم تسليم العمل الى رب العمل دفعة واحدة، وإنما على دفعات، فمتى تبدأ مدة السنوات العشر؟ فهل تبدأ المدة بالسريان من وقت تسلُّم كل دفعة وبالنسبة الى هذه الدفعة، أم من وقت تمام تسلّم الدفعة الأخيرة؟

هنا يجب التمييز بين فرْضين، الأول : اذا كانت المباني او المنشآت الثابتة لا يمكن تجزئتها لارتباط بعضها ببعض من ناحية الصلابة والمتانة، فتحتسب مدة الضمان من وقت ان تتم الدفعة الأخيرة، كأن يتعهد مقاول أو مهندس بإقامة عمارة من عدة أدوار فينجز المقاول دوراً منها فيضطر رب العمل الى شغله قبل انجاز بقية الأدوار، ثم يتسلّم الدور الآخر فالآخر الى أن يتم إنجاز وتسلم العمارة بالكامل، فتبدأ مدة الضمان بالسريان من تاريخ تسلّم آخر دفعة. اما على وفق الفرض الثاني اذا كانت المباني والمنشآت يمكن تجزئتها، بحيث لا ارتباط بين جزء وآخر، فإن مدة الضمان تبدأ في السريان من وقت تسلُّم كل جزء على حدة بالنسبة الى هذا الجزء، كأن يتعهد المقاول بإنشاء كلية تتكون من مجموعة من القاعات الدراسية والمختبرات والمرافق الإدارية على شكل بنايات منفصلة بعضها عن البعض الآخر، فينجز المقاول القاعات الدراسية قبل انجاز المختبرات والمرافق الإدارية الأخرى ويضطر رب العمل لإشغالها واستعمالها قبل غيرها، وهكذا الى أن يتم إنجاز وتسليم باقي المختبرات والمرافق الإدارية المتفق على بنائها، فإن المدة في هذا الفرض تبدأ بالسريان نسبة الى كل بناية اعتباراً من تاريخ تسليمها الى رب العمل (الدوري، 1985، صفحة 185) (ناصيف، 2020، صفحة 202). وان احتاج البناء الى اصلاح، فقام به المقاول مُقراً بمسؤوليته عنه، ولم يكن من الممكن التمييز بين الأعمال الأصلية وأعمال الإصلاح التي اجريت قبل مضي المدة، فإن مدة عشر سنوات جديدة تبدأ من تاريخ اتمام الأعمال الجديدة (قرة، 1987، صفحة 156) (الفليتية، 2020، صفحة 225).

غير انه اذا كان المقاول او المهندس او كلاهما قد استعملا غشاً اوطرقاً احتيالية لحمل رب العمل على قبول البناء أو المنشأ الثابت بما يتضمنه من عيوب لو كان رب العمل على علم بها لما أقدم على تسلُّمه، ففي هذه الحالة إذا لم يكتشف رب العمل الغش او الطرق الاحتيالية لا خلال مدة الضمان ولا خلال مدة تقادم دعواه، فإن حق رب العمل في الاستعانة بقواعد المسؤولية التقصيرية يظل دائماً، وبالتالي يستطيع أن يباشر دعوى الضمان دون التقيد بالمدة العشرية عن طريق دعوى المسؤولية التقصيرية، وهي لا تتقادم الا بخمس عشرة سنة من وقت وقوع الغش أو بثلاث سنوات من وقت العلم بالغش في كل من القانون العراقي والمصري والكويتي،(المادة (232) مدني عراقي، (1/172) مدني مصري، (1/253) مدني كويتي). وخمس سنوات من اليوم الذي علم فيه صاحب الحق أو كان ينبغي له أن يعرف الحقائق التي تمكّنه من ممارستها في القانون الفرنسي(المادة (2224) من القانون المدني الفرنسي المعدل بقانون رقم (2008/651) في (17) حزيران 2008 بشأن إصلاح أحكام التقادم في المسائل المدنية). ذلك، أن الغش يعدّل من طبيعة المسؤولية ويحولها من عقدية الى تقصيرية إعمالاً لقاعدة (الغش يُفسدُ كل شيء) حتى لا يستفيد الغشاش منه، ومعنى ذلك أن دعوى الضمان لا تسقط إلا بمرور مدة التقادم الطويل، ويتوقف حق رب العمل في ذلك على مدى قدرته على إثبات أن غشاً قد تمّ أو طرق أحتيالية قد اتخذت من جانب المهندس المعماري أو المقاول او كليهما، جعلته يستلم العمل دون أن يفطن الى ما به من عيب لولا هذا الذي اتخذ لكان اكتشفه (الدوري، 1985، صفحة 192) (ياقوت، 1997، الصفحات 354-355) (صالح، 2015، صفحة 160).

ويذهب البعض الى ان تسلُّم العمل أو تقبله واقعة مادية يجوز اثباتها باي طريقة من طرق الإثبات بما فيها البينة والقرائن (السنهوري، 1964، صفحة 123) (مرسي، 2005، صفحة 234) (مغبغب، 2009، صفحة 257)، الا ان هذا الرأي وان كان من الممكن قبوله بالنسبة الى القانون العراقي وكذلك المصري والكويتي الا أنه من الصعب التسليم به في القانون الفرنسي بعد تعديله والذي نص صراحة على أن استلام العمل أو قبوله تصرف قانوني أحادي، وليس مجرد واقعة مادية (المادة (6/1792) من القانون المدني الفرنسي. وينظر للتفصيل: (ياقوت، 1997، صفحة 206).

ونظراً لما تتضمنها المقاولات بشكل عام ومقاولات البناء والتشييد بشكل خاص من خطورة النتائج المترتبة على التسليم والقبول بالنسبة للطرفين، فإن من المصلحة المشتركة لهما ان يكون تسلُّم العمل وقبوله صريحاً وواضحاً، لذلك نرى حبذا لو أن المشرع العراقي ينص صراحة على أن يكون تسلُّم العمل وقبوله صريحاً عن طريق محضر يُحرر لهذا الغرض، منعاً لأية منازعات قد تُثار في هذا الصدد حول تاريخ بداية سريان مدة الضمان.

إن انقضاء مدة الضمان العشري يقع عادة في مصلحة المقاول و المهندس المعماري ، لأنه يترتب على هذا الانقضاء، عدم استطاعة رب العمل ملاحقتها بدعوى الضمان العشري، لذلك كان عليها عبء اثبات انقضاء هذه المدة استناداً الى هذا الاعتبار، ولا يثير قاضي الموضوع ذلك من تلقاء نفسه، كما ان دفع المقاول مسؤوليته لانقضاء فترة الضمان وتسليمه للعمل نهائياً دون تحفظات يكون قاصراً على المسؤولية المدنية، ولا يتعداه الى نظام المسؤولية الجنائية (ياسين، 1987، صفحة 337) (شاهين، 2021، صفحة 305)، و(نقض مدني مصري: 2004/6/14، طعن رقم "1776"، سنة 65ق، المشار اليه لدى الاخير).

المطلب الثاني

الاشكاليات ذات الصلة بمدة الضمان

من أهم الإشكاليات التي قد تثور حول مدة الضمان هي هل من الوجوب ان ينكشف العيب خلال العشر سنوات من تاريخ تمام العمل وتسليمه الى رب العمل ام يكفي أن يثبت وجود العيب خلال هذه المدة ولو لم يتم الكشف عنه الا بعد ذلك؟

ذهب البعض الى ان العبرة في الضمان العشري بما يحدث من تهدم كلي او جزئي، او على الأقل بما ترتب على العيوب من تهديد لمتانة البناء وسلامته، بشرط ان يظهر هذا التهدم وينكشف بالفعل خلال مدة الضمان، اما القول بغير ذلك، أي الاكتفاء بمجرد اثبات وجود العيب خلال هذه المدة ولو لم يظهر الا بعدها، هو قول يؤدي الى اطالة المدة التي قررها القانون للضمان، ممدراً بذلك الحكمة المقصودة من ذلك التحديد. فبموجب هذا الرأي يجب ان يظهر العيب في البناء خلال هذه المدة، فإذا لم يظهر طول هذه المدة، فقد انقضت مدة الضمان (ياقوت، 1997، صفحة 213) (ياسين، 1987، صفحة 385).

في حين ذهب البعض الآخر– وهو الرأي الغالب- الى انه يكفي أن يوجد العيب في المباني والمنشآت محل عقد المقاولة خلال هذه المدة، بحيث اذا اكتشفه رب العمل بعد انقضائها كان له حق الرجوع على المهندس المعماري والمقاول إذا أثبت وجود العيب خلال مدة الضمان (ثروت، 1976، صفحة 126) (عنبر، 1977، صفحة 202) (المنصور، 2006، صفحة 83).

وأما عن بيان الموقف القانوني من هذه الآراء، فبتدقيق نص المادة (3/870) من القانون المدني العراقي والمقابلة للمادة (2/651) من القانون المدني المصري، نلاحظ عبارة " ما يوجد في المباني والمنشآت من عيوب "، وهذا يعني أن القانونين العراقي والمصري في هذا الخصوص يتفقان مع اصحاب الرأي الثاني، إذ يكفي لرجوع رب العمل على المقاول والمهندس المعماري اثبات وجود العيب خلال مدة الضمان وإن اكتشفه بعد انقضائها، فوجود العيب قد يكون مخفياً الى بعد تلك المدة. وبذلك، تقوم مسؤولية المقاول والمهندس عن النتائج والمضاعفات التي تحدث خارج مدة الضمان طالما كان سببها قائماً خلال هذه المدة، وتطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض المصرية بـ" أن مفاد المادتين (651 و654) من القانون المدني هو أن المشرع ألزم المقاول في المادة (651) من القانون المدني بضمان سلامة البناء من التهدم الكلي اوالجزئي او العيوب التي يترتب عليها تهديد متانة البناء وسلامته، وحدد لذلك الضمان مدة معينة هي عشر سنوات تبدأ من وقت تسلم المبنى، ويتحقق الضمان إذا حدث سببه خلال هذه المدة على أن القانون قد حدد في المادة 654 مدة لتقادم دعوى الضمان المذكور وهي ثلاث سنوات تبدأ من وقت حصول التهدم أو ظهور العيب خلال مدة عشر سنوات من تسلم رب العمل البناء، ألا انه يلزم لسماع دعوى الضمان ألا تمضي ثلاث سنوات على انكشاف أو حصول التهدم فإذا انقضت هذه المدة سقطت دعوى الضمان بالتقادم). نقض مدني مصري 1973/11/27 طعن 149 س38ق، مشار اليه لدى: (احمد، 2003، الصفحات 99-100) وكذلك الطعن رقم (3727) لسنة (76) ق جلسة 2017/1/26 (الجمل، المكتب الفني، 2022).

ونرى بأن مثل هذا القول يصح هذا القول نسبة الى القانون المدني الفرنسي حيث جاءت في المادة (1792) منه عبارة (عندما تصيبه في أحد عناصره الاساسية..)، لذلك قضت محكمة النقض الفرنسية بمسؤولية المهندس عن العيب الذي حدث بعد انتهاء مدة الضمان، متى كان هذا العيب يرجع بسببه الى تفاقم تصدعات أخطره بها صاحب البناء خلال مدة الضمان، وكان له نفس أوصاف هذه التصدعات. (قرار civ. 10/7/1972 bul.civ.1972 p.324.No 445)، مشار اليه لدى: (سرور، 1985، صفحة 264).

وعلى خلاف القانون العراقي والكويتي والفرنسي كان القانون الكويتي أكثر وضوحاً ودقة لأنه استخدم في المادة (3/692) عبارة (ما يظهر في المباني والمنشآت من عيوب...) لأغراض شمولها بالضمان. لذلك لا يشمل الضمان في القانون الكويتي بصراحة النص ما قد يظهر من عيوب بعد انتهاء مدة الضمان وان كان العيب موجوداً ولكن لم يتم الكشف عنه، او لم يظهر خلال مدة الضمان.

لذلك نرى أنه من المستحسن أن يتم تعديل القانون بشكل يتضمن صراحة على أن يشمل الضمان ما يظهر من عيوب خلال مدة الضمان، لأن عبارة (ما يوجد) من عيوب قد يُفسّر على أنه ليس شرطاً أن يظهر العيب خلال هذه المدة بل يكفي ان يكون موجوداً، وهذا يؤدي الى تمديد مدة أحكام الضمان العشري الذي هو بالأصل احكام استثنائية.

وقد تثور إشكالية أُخرى وهي تلك المتعلقة بالتسليم، لأنه قد يحصل احياناً ان يتسلّم رب العمل الأبنية والمنشآت محل عقد المقاولة، تسلماً مؤقتاً لا نهائياً، اي يتسلّمه بصورة مؤقتة على ان يعقبه تسلُّم نهائي، على وفق اتفاق بين طرفي العقد بهدف تمكين رب العمل من تفحص المباني ومطابقتها للمواصفات المتفق عليها، بحيث إذا مضت المدة المتفق عليها على ذلك التسلُّم المؤقت ولم يُبادر رب العمل الى إشعار المقاول بوجود عيوب أو وجود تحفظات عُدّ رب العمل وكأنه قد تسلّم البناء تسلّماً نهائياً، ويحصل ذلك عادة في المقاولات الكبرى كبناء مطار أو مستشفى وذلك لبقاء العمل خلال هذه الفترة المؤقتة تحت ضمان المقاول لغرض تجربته من قبل رب العمل (السرحان، 2013، صفحة 77)، فالسؤال الذي يقوم هنا عما اذا كانت مدة العشر سنوات تبدأ من التسليم المؤقت او من التسليم النهائي؟

يذهب غالب الفقه، الى أن الاستلام المؤقت لا يفيد قبول رب العمل للبناء محل عقد المقاولة، وبالتالي فإن مدة العشر سنوات لا تبدأ من تاريخ الاستلام المؤقت، بل من تاريخ الاستلام النهائي بشرط ان يفيد القبول. ومن باب أولى اذا تسلَم رب

العمل البناء قبل انجازه تماماً، فلا بد من اتمام العمل ليبدأ سريان مدة الضمان، فإن نصوص القانون المدني العراقي والمصري وإن قضت ببدء سريان مدة العشر سنوات من وقت تسليم العمل، فهذه المدة تبدأ من تاريخ التسليم النهائي لا الوقتي. (ثروت، 1976، صفحة 124) (البكري، 2017، صفحة 127) (رسلان، 1991، صفحة 168).

وتطبيقاً لذلك قضت محكمة التمييز العراقية في قرار لها بأنه: " يتحمل المهندس المعماري والمقاول المسؤولية المدنية وضمان اي عيب او تهدم ينشأ او يظهر خلال عشر سنوات من تاريخ اقامة المنشات الثابتة والمباني واستلام رب العمل للمشروع المنجز المتعاقد عليه بين الطرفين وتحسب المدة البالغة عشر سنوات من تاريخ الاستلام النهائي وليس من تاريخ الاستلام الأولي" (التمييز، 2018).

وقضت محكمة النقض المصرية أنه " من المقرر أن الاستلام المؤقت لا يفيد قبول رب العمل البناء أو تسلُّمه وبالتالي فإن مدة العشر سنوات لا تبدأ من تاريخ الاستلام المؤقت بل من تاريخ الاستلام النهائي بشرط أن يفيد القبول " (نقض مدني مصري، في 1970/6/23 مجموعة أحكام النقض س24 ص1146، مشار اليه لدى: (العجمي، 2019، صفحة 172).

اما بالنسبة للقانون المدني الفرنسي، فقد ذهب القضاء الفرنسي مؤيداً من غالبية الفقه الفرنسي الى أن مدة الضمان العشري تبدأ من تاريخ التسلُّم النهائي للبناء أو المنشأة، لأن هذا التسلُّم هو الذي يفيد القبول التام وفقاً لإرادة المتعاقدين المشتركة، وأن التسلُّم المقترن بتحفظات لا يمكن اعتباره تسلماً كاملاً، بل يبدأ سريان مدة الضمان عند الإجابة لهذه التحفظات وحصول التهدم النهائي، بقي الأمر كذلك لحين صدور القانون رقم (12) لسنة 1978 المعدل للقانون المدني، فوضع حداً للجدل الذي كان دائراً حول نظام إزدواجية التسلُّم، اي التسلُّم المؤقت والنهائي، حيث اعتمد القانون صراحة تاريخ تسلُّم الأعمال دون التفرقة بين التسلُّم المؤقت والتسلُّم النهائي، ولا بين تسلُّم مقترن بتحفظات وتسلُّم غير مقترن بها، فيجب الإعتداد في ذلك بالتسلُّم المؤقت، ولو اقترن بتحفظات. (المادة (6/1792) من القانون المدني الفرنسي المعدلة بقانون رقم (12) لسنة 1978. وينظر للتفصيل: (رسلان، 1991، صفحة 168) و (المير، 2016، صفحة 245).

ونرى في هذا الخصوص بأن القانون الكويتي قد عالج إشكالية التسليم النهائي والمؤقت بشكل آخر من خلال النص على أن مدة الضمان العشري تسري من إتمام البناء أو المنشأة (المادة (1/692) من القانون المدني الكويتي)، والمقصود باتمام البناء او الانشاء هو اتمام البناء اتماماً فعلياً، بحيث يكون جاهزاً للاستعمال وصالحاً لما أُعدّ له، اي لا يحتاج الى اي تدخل من اي جهة كانت لإتمام ما فيه من نقص، بحيث لا توجد به نواقص وقابل للسكن المريح اذا كان سكناً وقابلاً لان يستعمل استعمالاً عادياً فيما إذا أُعدّ لغير السكن، ويجب على المهندس والمقاول ان يبلغا رب العمل بأن البناء او الانشاء اصبح مكتملاً وتاماً، وانه قابل للسكن او الاستعمال فيما اعد له، ويتم التبليغ بكل الطرق، فإذا ثبت ان البناء لم يكتمل فإن مدة العشر السنوات لا تبدأ الا من وقت اكتمال البناء او الإنشاء فعلاً (الزعبي، 2020، صفحة 326).

وبهذا الشأن قضت محكمة التمييز الكويتية بأن: " الضمان يتحقق اذا حدث سببه خلال عشر سنوات تبدأ من وقت اتمام البناء، وهذه المدة مدة اختبار لصلابة المنشآت ومتانتها.." (قرارمحكمة التمييز الكويتية: الطعنان (176،2001/143)، تجاري جلسة 2002/5/19. (الكويتية، 2008، صفحة 20).

وفي خاتمة كلامنا في هذا الموضوع نرى بأن المشرعين العراقي والمصري قد أحسنا عملاً عندما اعتبرا بداية سريان مدة الضمان (العشر سنوات) من وقت تمام العمل وتسليمه، لا من وقت اتمامه فقط، لان تسلُّم العمل لا يكون الا بتسليمه فعلاً او حكماً لرب العمل، فيكون التسليم باتفاقهما وحضورهما، بحيث لو وجد فيه نقص او عيب لما قبل صاحب العمل تسلُّم البناء، وفي هذه الحالة لا يكون اي خلاف بينهما بعد الاتفاق على التسليم، ونتجنب بذلك أي خلاف بين اطراف عقد المقاولة على بدء سريان الضمان العشري، في حين ان القول ببداية العشر سنوات من تاريخ اتمام العمل قد يترتب عليه خلافاً بين المقاول او المهندس من جهة ورب العمل من جهة اخرى، فقد يدعي المقاول او المهندس بإتمام البناء أو المنشأة، في حين يدعي رب العمل بعدم الإتمام، فيكون ذلك مدعاة والنزاع بينهما وإطالة أمده والتأثير سلباً في المصالح المحمية سواء مصلحة المهندس والمقاول أو رب العمل مما قد يضطرهما إلى الضمان لمدة أطول من حيث الواقع وهما في غنى عن ذلك (الزعبي، 2020، صفحة 326).

والخلاصة انه يشترط لإمكان رجوع رب العمل على المهندس والمقاول بالضمان على وفق القانون العراقي والقوانين التي أخذناها بالمقارنة في هذه الدراسة، هو ان يحدث التهدم او يوجد العيب خلال السنوات العشر التي تلي التسليم او قبول العمل في القانون العراقي وكذلك المصري والفرنسي، وخلال السنوات العشر من وقت اتمام العمل في القانون الكويتي، فاذا مضت هذه المدة، ولم يحصل التهدم ولم يوجد عيب، برأت ذمة المقاول والمهندس نهائياً، بحيث لا يجوز الرجوع عليهما بالمسؤولية بسبب ما يحدث بعد ذلك من تهدم او ما يوجد من عيوب، ولو اثبت خطأهم، بل ولو كان راجعاً الى مخالفة عمدية لشروط ومواصفات العقد.

المطلب الثالث

الطبيعة القانونية لمدة الضمان العشري ومدى لزوم تمديدها

المقصود ببيان الطبيعة القانونية لمدة الضمان العشري، هو تحديد ما اذا كانت هذه المدة هي مدة تقادم، فيسري عليها ما يسري على مدد التقادم من شروط واحكام، ام انها مدة سقوط فتخضع لما تخضع له مدد السقوط من أحكام (ياسين، 1987، صفحة 293).

على وفق المادة (1/870) من القانون المدني العراقي والمواد المقابلة لها في القوانين المقارنة(المادة (1/651) مدني مصري، و(1/692) مدني كويتي، و(4/1792-1) مدني فرنسي). تُعَد مدة الضمان (العشر سنوات) هي مدة اختبار لمتانة البناء وحسن تنفيذ الأعمال، فهي مدة سقوط وليست مدة تقادم، لذلك فإنها لا توقف ولا تنقطع ولو وجد مانع يتعذر معه على رب العمل ان يطالب بحقه- سواء أكان المانع مادياً كقيام حرب او ثورة، ام كان أدبياً، كعلاقة الابن بابيه - او كان رب العمل غير كامل الأهلية، او غائباً او محكوماً عليه بعقوبة جناية ولم يكن له نائب يمثله قانوناً (المبروك، 2005، صفحة 206). ومما يدل على انه مدة سقوط، هو ان القانون العراقي والقوانين الأخرى المقارنة نظمت مدة تقادم دعوى الضمان بأحكام

خاصة والتي هي سنة واحدة في القانون المدني العراقي وثلاث سنوات في كل من القانونين المصري والكويتي، من تاريخ حصول التهدم او انكشاف العيب(المادة 4/870) مدني عراقي، والمادة (654) مدني مصري، والمادة (696) من مدني كويتي. وليس من وقت تقبل الاعمال (ثروت، 1976، صفحة 120)و (ياقوت، 1997، صفحة 215). لذلك فأن هذه المدة ليست مدة تقادم بل مدة لاختبار متانة البناء وسلامته، ويجوز الاتفاق على اطالتها، الا أنه لا يجوز الإتفاق على الاعفاء منها او تقصيرها، حيث نص الشطر الأخير من المادة (1/870) من القانون المدني العراقي، على أنه: ".... ويكون باطلاً كل شرط يقصد به الإعفاء او الحد من هذا الضمان "(المادة (653) مدني مصري، و(697) مدني كويتي، و(5/1792) مدني فرنسي. وينظرللتفصيل: (الفضلي، بدون سنة النشر، صفحة 215،403)وكذلك: (السنهوري، 1964، صفحة 123)

. الا أن هذا لا يمنع من ان تكون هذه المدة أقل اذا كان المقصود هو بقاء المباني والمنشآت مدة أقل من عشر سنوات بإرادة المتعاقدين(المادة (1/870) مدني عراقي، (1/651) مدني مصري، و(2/692) مدني كويتي، ويخلو القانون المدني الفرنسي من نص مماثل).

وثار النقاش في الفقه حول مدى ضرورة تمديد مدة الضمان العشري (العشر سنوات) للمقاول والمهندس المعماري، حيث يرى جانب من الفقه ان هذه المدة قصيرة جداً ومن المناسب إطالتها (سرور، 1985، صفحة 484) (الخوالدة، 2012، صفحة 93) (السكارنة، 2014، صفحة 34)، في حين يرى جانب آخر من الفقه بعدم وجود حاجة حقيقية الى إطالة مدة الضمان او المسؤولية الخاصة بالعشر سنوات. باعتبار ان عامل الزمن لم يعد هو الوسيلة الوحيدة لاختبار متانة البناء وصلابته، والتيقن من خلوه من العيوب والشوائب، بل ادى التطور العلمي والتقدم التكنولوجي الى اكتشاف العديد من الأجهزة والمعدات التي ادت الى اختصار الزمن اللازم للإنشاء والتشييد من ناحية، واختبار سريع لمتانة البناء وصلابته وخلوه من العيوب والشوائب من ناحية أخرى، والتي بإمكان رب العمل الاستعانة بها في هذا الخصوص، كما ان هذه المدة لم يتم إقرارها لحماية رب العمل فقط بل لحماية المصلحة العامة ايضاً وهذه الأخيرة تتحقق بإعطاء الفنيين والمتخصصين فرصة الابداع لا سيما في هذا المجال، فلا شك ان إطالة مدة الضمان سوف تجعل هؤلاء ممددين بسيف المسؤولية الناشئة عن الضمان وبالتالي سوف يؤدي هذا الشعور الى تقليل ملكة الابداع لديهم (ياسين، 1987، صفحة 292) (العياني و عبدالله، 2015) (الزهراء، 2014-2015، صفحة 297).

من خلال عمل موازنة بسيطة بين هذه الآراء نرجح رأي الجانب الأول من الفقه، اي ضرورة اطالة مدة الضمان العشري، فإذا كان العلم الحديث قد توصل الى اكتشاف الكثير من الأجهزة والمعدات التي يمكن ان تقوم بهمة اختبار متانة البناء وصلابته، فإنه في الوقت ذاته ان التطور العلمي والتقدم التكنولوجي ادي الى اكتشاف العديد من الاجهزة والمعدات التي تُساهم في اختصار الزمن اللازم للانشاء والتشييد وسهولة البناء، كما ذهب اليه الرأي الثاني نفسه، خاصة ونحن في عصر تشييد البنايات والمنشآت الحديثة التي تتطلب حجماً أكبر من الوسائل ودقة كبيرة في التنظيم لضخامة المشروعات الحديثة وما تتطلبها من أموال طائلة وتقنيات متطورة، كما أنه ليس شرطاً ان يمتلك كل أصحاب المباني والمنشآت هذه التكنولوجية المتقدمة لفحص متانة البناء والعيوب الخفية الموجودة فيه، وخاصة اصحاب الأبنية والبيوت المعدة للسكنى، هذا من جهة، ومن جهة أُخرى أن إطالة المدة تُضفي جدية أكبر على عمل المقاول والمهندس المعماري. لذلك نرى بضرورة اطالة مدة الضمان العشري شريطة أن تكون المدة معقولة كأن تكون خمس عشرة سنة مثلاً.

المبحث الثاني

بدء سريان مدة تقادم دعوى الضمان وطبيعتها القانونية

سنتعرض في هذا المبحث بالدراسة بدء سريان مدة تقادم دعوى الضمان العشري والطبيعة القانونية لهذه المدة والأثر المترتب عليها وذلك في مطلبين على التعاقب وعلى النحو الآتي:

المطلب الأول

بدء سريان مدة تقادم دعوى الضمان العشري

سبق وأن بينا بأن مدة الضمان العشري تسري من وقت تمام البناء وتسليمه لرب العمل في القانون العراقي والمصري والفرنسي، ومن وقت إتمام البناء أو الإنشاء في القانون المدني الكويتي، إلا أن هذه المدة تختلف عن مدة تقادم دعوى الضمان، حيث جاء في القانون المدني العراقي " تسقط دعوى الضمان المنصوص عليه في هذه المادة بانقضاء سنة واحدة من وقت حصول التهدم وانكشاف العيب"(المادة (4/870) مدني عراقي). عليه، فإن مدة تقادم دعوى الضمان العشري هي سنة واحدة في القانون العراقي، في حين أن هذه المدة ثلاث سنوات في القانونين المصري والكويتي(المادة (654) مدني مصري، و(696) مدني كويتي).وساوى القانون الفرنسي بين مدة الضمان العشري ومدة تقادم دعواه وهي عشر سنوات(المادة (1792/4/1-1) مدني فرنسي).كما سنرى.

إذاً، بناءً على ما سبق، يكون من الواجب على رب العمل اذا اراد الرجوع بالضمان العشري على المهندس المعماري والمقاول ان يرفع دعوى الضمان خلال سنة واحدة أو ثلاث سنوات او عشر سنوات حسب القوانين من وقت حصول التهدم سواءً أكان كلياً أو جزئياً او من وقت انكشاف العيب، دون انتظار تفاقم العيب بما يؤدي الى تهدم البناء، فإذا انقضت هذه المدة دون رفع الدعوى، لم يجز رفعها بعد ذلك.(نقض مدني مصري، في (26) مايو 1994 مجموعة المكتب الفني 45-170-895. مشار اليه لدى: (شنب، 2008، صفحة 187).

فيمكن ان يسقط الحق في رفع الدعوى ضد المقاول او المهندس ولو قبل انقضاء مدة الضمان (العشر سنوات)، كما لو حدث التهدم بعد خمس سنوات ولم يرفع رب العمل الدعوى ضدهما خلال المدة المحددة قانوناً، ولكن لو حصل التهدم في اليوم الأخير من السنة العاشرة، كان له ان يرفع الدعوى على المقاول او المهندس خلال سنة بموجب القانون العراقي وثلاث سنوات بموجب القانونين المصري والكويتي من هذا التاريخ، اي انقضاء احدى عشرة سنة من وقت التسليم بموجب القانون العراقي، وثلاث عشرة سنة بموجب القانون المصري والكويتي، وهذه اقصى مدة يمكن ان تنقضي من وقت التسلُّم الى وقت رفع دعوى الضمان، فإذا انقضت مدة التقادم ولم ترفع الدعوى، سقطت بالتقادم ولا يجوز سماعها (موسى، 1989،

صفحة 274) (السنهوري، 1964، صفحة 130،129).

وبهذا الصدد قضت محكمة التمييز العراقية في قرار لها: " ان السياج موضوع الدعوى تهدم بتاريخ 2014/4/6 وأن المدعي اقام الدعوى بتاريخ 2017/8/31 وبذلك فان دعوى الضمان قد سقطت لمضي سنة واحدة على حصول التهدم وانكشاف العيب مما تكون الدعوى خالية من السند القانوني وبالتالي واجبة الرد وهذا ما قضى به الحكم البدائي وأيدته محكمة الاستئناف بحكمها المميز، عليه قرر تصديق الحكم المميز ورد الطعن التمييزي. (قرار محكمة التمييز العراقية المرقم (644/هـ س م/2018) في 6-3-2018) (العراقية، 2018).

على خلاف القانون العراقي وكذلك المصري والكويتي الذي فرق بين مدة الضمان العشري ومدة دعوى الضمان، فإن القانون المدني الفرنسي قد وحد بين مدة الضمان العشري ومدة تقاد دعواه المنصوص عليها في المادة (2270) إذ جعل كل منهما عشر سنوات (مصطفاوي، 2012، صفحة 271). وبعد التعديل الذي أدخله المشرع على التقادم بموجب قانون رقم (2008 -561) الصادر في 17 حزيران سنة 2008 المعدل لمجمل التقادمات المتعلقة بالمواد المدنية، فإنه لم يعدل مدة تقادم دعوى الضمان المعماري المذكورة في المادة (2270) وإنما تغيير ترقيمها فقط ونقل محتواها دون تغيير فيه لتأتي مباشرة بعد المادة (1792-4) لتصبح بذلك المادة (1792-4-1)، حيث حددت هذه المادة مدة الضمان العشري ومدة التقادم بعشر سنوات، وبذلك ساوى القانون الفرنسي بين مدة التقادم ومدة الضمان، حيث تبدأ ببدئها وتنتهي بإنتهائها، فتنقضي دعوى الضمان العشري في القانون الفرنسي بمرور عشر سنوات من وقت تسلم الأعمال، فيجب رفعها في مدة عشر السنوات التي يجب أن يظهر العيب في خلالها- باعتبار مدة رفع الدعوى- ، ويترتب على ذلك أنه إذا انكشف العيب في اليوم الأخير من السنة العاشرة فإن دعوى الضمان لا يمكن رفعها في اليوم الثاني لأنه تكون قد سقطت بالتقادم (السنهوري، 1964، صفحة 128) (الدوري، 1985، صفحة 210) (الزهراء، 2014-2015، صفحة 306).

مما تقدم يتضح أنه في القانون الفرنسي يجب أن يحصل التهدم أو يظهر العيب ورفع الدعوى خلال عشر سنوات من وقت التسلُّم، وهذا يعني أنه إذا حصل التهدم أو ظهر عيب يهدد متانة أو سلامته البناء في السنة الثانية بعد التسليم، فأمام رب العمل ثمان سنوات لرفع دعوى الضمان وهكذا.

المطلب الثاني

الطبيعة القانونية لمدة تقادم دعوى الضمان والأثر المترتب عليها

ذهب غالبية الفقه الى أن مدة دعوى الضمان العشري المنصوص عليها في المادة (4/870) من القانون المدني العراقي والمواد المقابلة لها في القانوني المصري والكويتي (المادة (3/651) مدني مصري، و(696) مدني كويتي)، هي مدة تقادم، على خلاف مدة الضمان العشر سنوات فهي مدة سقوط (مبارك، الملاحويش ، و الفتلاوي، 2007، صفحة 458) (السرحان، 2013، صفحة 89) (السنهوري، 1964، صفحة 130)، وبالنسبة للقانون المدني الفرنسي وبما أنه وحَّد بين مدة الضمان العشري ومدة تقادم دعواه، الأمر الذي أدى الى إختلاف الآراء حول طبيعة هذه المدة فيما إذا كانت مدة تقادم أو مدة سقوط بحيث لا توقف ولا تنقطع، أم هي مدة مركبة ذات طابع مختلف، ويبدو أن الرأي الأخير هو الغالب حيث أن مدة الضمان الخاص هي مدة اختبار المتانة وصلابة المباني محل المقاولة وجودة موادها وصلاحيتها للغرض المخصص لها، وبالتالي تكون هذه المدة غير خاضعة للتوقف أو الانقطاع، أي أنها مدة سقوط ينبغي أن يحدث الضرر أو ينكشف العيب خلالها حتى يشمله الضمان، كما أنها مدة تقادم بحيث إذا ظهر العيب أو تحقق الضرر خلالها شمله الضمان، وإذا ظهر العيب والضرر في اليوم الأخير من السنة العاشرة فإن الضمان يغطية ولا يجوز سماع دعواه في اليوم التالي. للتفصيل في هذه الأراء ينظر: (ياقوت، 1997، صفحة 220،219).

ويترتب على اعتبار هذه المدة مدة تقادم، إنها ترد عليها اسباب الوقف وفقاً للقواعد العامة(المادة (435) من القانون المدني العراقي وتقابلها المادة (382) مدني مصري، والمادة (446) مدني كويتي، والمواد (2234-2236) من القانون المدني الفرنسي المعدل بقانون رقم (561) لسنة 2008)، فتكون هذه المدة عرضة لأن تُوقّف بالعذر او المانع الشرعي سواء أكان شخصياً أم مادياً، ويعتبر من قبيل الموانع الشخصية حالة كون الدائن بالضمان قاصراً أو محجوراً عليه على أن لا يكون له ولي او غائباً في بلاد أجنبية نائية أو محكوماً عليه بعقوبة جنائية ولم يكن له نائب يمثله قانوناً، كما قد تتمثل في أن تكون هناك اعتبارات أدبية تمنع رب العمل من المطالبة بحقه كالعلاقة بين الزوجين، أو العلاقة بين الأصول والفروع، فهؤلاء لا يسري التقادم بحقهم، أما المانع المادي فيتمثل في حالة قيام حرب أو ثورة أو فتنة أو تنقطع المواصلات نتيجة الكوارث الطبيعية او غير ذلك مما يشبه القوة القاهرة التي تمنع رب العمل من المطالبة بحقه، وأثر وقف التقادم يقتصر على مجرد تعطيل سريان المدة أثناء قيام سبب الوقف فإذا زال المانع بدأ سريان التقادم فتحتسب المدة السابقة كما تحتسب المدة اللاحقة (الحكيم، البكري، و البشير، 1980، صفحة 319) (عماد، 2016، صفحة 306)، الا أنه بالنسبة للقانون المدني المصري، فيُلاحَظ أنه لما كانت مدة تقادم دعوى الضمان العشري لا تزيد على خمس سنوات بل أقل منها، فان هذه المدة لا توقف ولو كان رب العمل غير كامل الأهلية او غائباً او محكوم عليه بعقوبة جنائية اذا لم يكن له نائب يمثله قانوناً، اذ نصت المادة (2/382) من القانون المدني المصري على انه: " ولا يسري التقادم الذي تزيد مدته على خمس سنوات في حق من لا تتوافر فيه الأهلية أو في حق الغائب أو في حق المحكوم عليه بعقوبة جنائية إذا لم يكن له نائب يمثله قانونا ". للتفصيل ينظر: (شنب، 2008، صفحة 187)

كما تكون هذه المدة عرضة للأنقطاع (ينظر بشأن انقطاع مدة التقادم المادتين (437 و 439) من القانون المدني العراقي. والمادتان (383 و 385) مدني مصري، والمادتان (448-450) مدني كويتي، والمادتان (2240-2249) مدني فرنسي. وللتفصيل يُنظر: (السرحان، 2013، صفحة 89)، فإذا أقر المدين (مقاولاً او مهندساً) بحق رب العمل في الضمان، وسواء أكان اقراره صراحة او ضمناً فإن المدة تنقطع (المادة (438/ 1) مدني عراقي، والمادة (1/384) مدني مصري، و المادة (1/449) مدني كويتي). واذا انقطعت هذه المدة بدأت مدة تقادم جديدة، اي بدأت مدة جديدة كالمدة الأولى(المادة (1/439) مدني عراقي ، و المادة (1/385) مدني مصري، و المادة (1/450) مدني كويتي). فالمدة الجديدة هي سنة واحدة بالنسبة للقانون العراقي، وثلاث سنوات بالنسبة للقانونين المصري والكويتي، وعشر سنوات بالنسبة للقانون المدني الفرنسي(المادة (2231) من القانون المدين

الفرنسي) وينظر للتفصيل: (ياقوت، 1997، صفحة 220).

وتجدر الإشارة الى انه بالنسبة للقانون العراقي، ووفقاً للقواعد العامة، اذا كان سبب الانقطاع هو اقرار المدين (المقاول او المهندس)، تبدأ مدة جديدة هي مدة خمس عشرة لا مدة سنة واحدة وذلك طبقا للفقرة (2) من المادة (439) من هذا القانون بقولها: " على انه اذا حكم بالدين وحاز الحكم درجة البتات او اذا كانت المدة المقررة لعدم سماع الدعوى سنة واحدة وانقطعت بإقرار المدين كانت المدة الجديدة خمس عشرة سنة". ينظر للتفصيل: (ثروت، 1976، الصفحات 147-148).

كما تنقطع مدة تقادم دعوى الضمان، بالمطالبة القضائية ولو تم رفع الدعوى الى محكمة غير مختصة عن غلط مغتفر، كما ويقع الانقطاع بأي عمل يقوم به رب العمل للتمسك بحقه اثناء السير في احدى الدعاوى(المادة (437) مدني عراقي، و(383) مدني مصري، والمادة (448) مدني كويتي، و(2241) مدني فرنسي)، ولكن مالحكم إذا قام رب العمل برفع دعوى مستعجلة يطلب فيها من المحكمة ان تتولى تثبيت حالة البناء عن طريق الكشف عليه من قبل الخبراء تعيّنهم المحكمة هل يكون سبباً لانقطاع مدة التقادم؟

سكت كل من القانون المدني العراقي وكذلك المصري والكويتي عن هذا الأمر، غير أن الفقه يذهب الى أن رفع دعوى مستعجلة لا يكون سبباً للانقطاع، بل يجب ان يكون ما يرفع خلال هذه المدة هو الدعوى الموضوعية اي دعوى المطالبة بالتعويض، ولا بد من المطالبة القضائية بالحق ذاته، لأن رفع الدعوى أمام قاضي الأمور المستعجلة من قبل رب العمل يقتصر على طلب الحكم بإجراءت وقتية عاجلة (ثروت، 1976، الصفحات 147-148) (الحكيم، البكري، و البشير، 1980، صفحة 230).

وذلك على خلاف القانون المدني الفرنسي حيث نص صراحة على أنه تقطع الدعوى القضائية مهلة التقادم حتى لو قدمت أمام القضاء المستعجل(المادة (2241) مدني فرنسي).

وبما أن المقاول والمهندس المعماري متضامنان في الضمان العشري، عليه، إذا انقطعت مدة التقادم او تمّ وقف سريانه بالنسبة لأحدهم فلا يجوز لرب العمل الدائن ان يتمسك بوقف التقادم او انقطاعها تجاه الآخر، كما لو وجد مانع أدبي يمنع رب العمل الدائن من مطالبة المقاول بالضمان، فليس له أن يتمسك بوقف التقادم قبل المهندس المعماري (المادة (2/329) مدني عراقي، (2/292) مدني مصري، و(2/354) مدني كويتي، ولا مقابل لهذه المادة في االقانون الفرنسي). وللتفصيل ينظر: (الحكيم، البكري، و البشير، 1980، صفحة 319)، وكذلك الحال إذا تحقق سبب الوقف بالنسبة لأحد الدائنين بالضمان فإن التقادم يستمر بالنسبة للباقين، إذ أن سبب الوقف خاص بالدائن الذي تحقق بالنسبة اليه وحده، وعليه فإذا ترك بعض ورثة رب العمل دعوى الضمان من غير عذر المدة المقررة وكان لباقي الورثة عذر شرعي تُسمع دعوى هؤلاء بقدر حصتهم من الدين (المادة (436) مدني عراقي، وتقابلها المادة (447) مدني كويتي، ولا مقابلة لها في القانونين المصري والفرنسي).

كما انه أنه يجوز التمسك بتقادم دعوى الضمان العشري في أية حالة كانت عليها الدعوى ولو أمام محكمة الاستئناف، ولا يقع التقادم بقوة القانون بل يجب أن يتمسك به من له مصلحة فيه، وعلى هذا نصت المادة (442) من القانون المدني العراقي على أنه: "1- لا يجوز للمحكمة ان تمتنع من تلقاء نفسها من سماع الدعوى لمرور الزمان بل يجب ان يكون ذلك بناء على طلب المدين او بناء على طلب دائنيه او أي شخص آخر له مصلحة في هذا الدفع ولو لم يتمسك به المدين، 2- ويجوز التمسك بالدفع في اية حالة كانت عليها الدعوى ولو امام المحكمة الاستئنافية الا اذا تبين من الظروف ان المدعى عليه قد تنازل عن الدفع "(وتقابلها المادة (387) مدني مصري، و(452) مدني كويتي. والمادتان (2247 و 2248) مدني فرنسي). للتفصيل ينظر: (الفضل، 2006، صفحة 680) و (النداوي، 2006، الصفحات 235-236).

فمرور المدة المقررة قانوناً على التهدم أو انكشاف العيب وسقوط الدعوى بالتقادم لا يعني ان المحكمة تمتنع من تلقاء نفسها عن سماع الدعوى الذي يقيمها رب العمل وانما بناء على طلب المدين (المقاول او المهندس) او بناء على طلب احد دائنيه او اي شخص آخر له مصلحة بالتسمك بسقوط الدعوى ولو لم يتمسك المدين بذلك الدفع الموضوعي.

كما أنه وبموجب القواعد العامة لا يجوز في القانون المدني العراقي وكذلك المصري والكويتي التنازل عن الدفع بعدم سماع الدعوى لمرور الزمان قبل ثبوت الحق في هذا الدفع، كما لا يجوز الاتفاق على تعديل مدة التقادم سواء في ذلك الاتفاق على انقاصها أو الاتفاق على اطالتها، غير أنه يجوز التنازل صراحة أو ضمناً عن الدفع بعد ثبوت الحق فيه، على ان هذا التنازل لا ينفذ في حق الدائنين اذا صدر اضراراً بهم (المادة (443) مدني عراقي، و(388) مدني مصري، و(453) مدني كويتي)، على خلاف مدة الضمان العشري (العشر سنوات)، حيث يجوز الاتفاق على أطالتها كما سبق القول. أما بالنسبة للقانون المدني الفرنسي فالأمر مختلف، حيث يمكن تقصير أو تمديد مهلة التقادم باتفاق الأطراف، الا أنه لا يمكن تقصيرها لأقل من سنة أو تمديدها لأكثر من عشر سنوات(المادة (2254) مدني فرنسي)، كما ان مدة السنة في القانون العراقي، وثلاث سنوات في القانونين المصري الكويتي، وهي مدة تقادم، اذا كانت تسري من تاريخ حصول التهدم او انكشاف العيب، فإن اثبات التاريخ الأخير هو اثبات لمسألة واقع لا اثبات لمسألة قانونية ولهذا يجوز اثبات تاريخ حصول التهدم او انكشاف العيب بجميع طرق الاثبات بما في ذلك البينة والقرائن (ثروت، 1976، الصفحات 148-149).

ومن كل ما تقدم اتضح لنا بأن القانون المدني العراقي وعلى خلاف القوانين المدنية الأخرى التي أخذناها بالمقارنة في هذه الدراسة قد حددت مدة سنة واحدة فقط لتقادم دعوى الضمان العشري، وهي في رأينا مدة قصيرة قد لا تستجيب للحماية التي قررها القانون في الضمان العشري لرب العمل، لأنه كلما طالت المدة كلما تمتع رب العمل بضمانة أقوى وعلى الأخص نعيش في عهد تطور فيه تكنولوجيا البناء بحيث بات من الصعب التوازن بين خبرات ووسائل رب العمل في مقابل خبرات ووسائل المهندس المعماري والمقاول مما يستدعي حماية الطرف الضعيف وهو رب العمل، عليه نرى من الاحسن أن يحذو المشرع العراقي حذو القانون المصري والكويتي وكذلك غالبية القوانين العربية في هذا الخصوص بأن يجعل مدة تقادم دعوى الضمان ثلاث سنوات، على سبيل المثال أن هذه المدة هي ثلاث سنوات

على وفق المادة (883) من قانون المعاملات المدنية الاماراتي رقم (5) لسنة 1985 المعدل، والمادة (619) من القانون المدني البحريني رقم (19) لسنة 2001، والمادة (557) من القانون المدني الجزائري رقم (75-58) لسنة 1975 المعدل، والمادة (714) من القانون المدني القطري رقم (22) لسنة 2004، و المادة (620) من القانون المدني السوري رقم (84) لسنة 1949 المعدل.

الاستنتاجات والتوصيات

وفيما يأتي أهم استنتاجات البحث وتوصياته وكالآتي:

اولاً: الاستنتاجات :

ليست القوانين المدنية التي أخذناها بالمقارنة متفقة على بدأ سريان مدة الضمان بين وقت اتمام العمل وتسليمه في كل من القانون المدني العراقي والمصري والفرنسي، ومن وقت تمام البناء بالنسبة للقانون المدني الكويتي.

على الرغم من أن المشرع العراقي اكتفى بعبارة (وقت اتمام العمل وتسليمه) لبدء سريان مدة الضمان العشري، يجب أن يُفهم من ذلك بأن المقصود بتسليم العمل هو (قبول العمل) أو تقبّل العمل من قبل رب العمل وليس واقعة التسليم فقط سواء أكان فعلياً أو حكمياً، لأنه من المفترض أن تكون العبرة بتقبّل العمل، أي إقرار رب العمل لما قام به المقاول والمهندس من عمل بعد معاينته وأنه قد تم صحيحاً مطابقاً لما هو متفق عليه، ولما توجبه الأصول الفنية.

إذا صدر عن المقاول او المهندس او كلاهما غشاً او استخدما طرقاً احتيالية لحمل رب العمل على قبول البناء أو المنشأ الثابت بما يتضمنه من عيوب لو كان رب العمل على علمٍ بها لما أقدم على تسلُّمه، ففي هذه الحالة إذا لم يكتشف رب العمل الغش او الطرق الاحتيالية لا خلال مدة الضمان ولا خلال مدة تقادم دعواه، فإن حق رب العمل في الاستعانة بقواعد المسؤولية التقصيرية يظل دائماً، وبالتالي يستطيع أن يباشر دعوى الضمان دون التقيّد بالمدة العشرية عن طريق دعوى المسؤولية التقصيرية.

التسلُّم او التقبّل واقعة مادية يجوز اثباتها باي طريقة من طرق الاثبات بما فيها البينة والقرائن نسبة الى القانون العراقي وكذلك المصري والكويتي الا أنه بالنسبة للقانون المدني الفرنسي تصرف قانوني أحادي، وليس مجرد واقعة مادية.

إن نصوص القانون المدني العراقي وكذلك المصري وإن قضت ببدء سريان مدة السنوات العشر من وقت تسليم العمل، إلا أنه مع ذلك وانسجاماً مع غالبية الفقه إن الاستلام المؤقت لا يفيد قبول رب العمل للبناء محل عقد المقاولة، وبالتالي فإن مدة العشر سنوات لا تبدأ من تاريخ الاستلام المؤقت، بل من تاريخ الاستلام النهائي بشرط ان يفيد القبول، ومن باب اولى اذا تسلم رب العمل البناء قبل انجازه تماماً، فلا بد من إتمام العمل ليبدأ سريان مدة الضمان.

تعتبر مدة الضمان (العشر سنوات) هي مدة اختبار لمتانة البناء وحسن تنفيذ الأعمال، لذلك فهي مدة سقوط وليست مدة تقادم، عليه، لا يرد عليها اسباب الوقف والانقطاع، ولا يمكن الاتفاق على الاعفاء او الحد منها مع جواز الاتفاق على إطالتها.

إن مدة تقادم الضمان في القانون العراقي بالمقارنة مع القوانين الأخرى والمحددة بسنة واحدة هي مدة قصيرة من شأنها أن لا توفر الحماية الكافية لرب العمل وعلى الأخص في ظل التطور التكنولوجي الكبير في مجال البناء الذي يضع رب العمل في موقع ضعيف أمام المهندس المعماري والمقاول اللذان يتمتعان بخبرة ودراية كبيرة في مجال البناء واستخدام التكنولوجيات المتطوررة لسرعة انجاز المشروع.

نظراً لعدم وجود نص قانوني، يرى الفقه بأن رفع دعوى مستعجلة لا يكون سبباً لانقطاع مدة تقادم دعوى الضمان العشري في القانون المدني العراقي كذلك المصري والكويتي، بل يجب ان يكون ما يرفع خلال هذه المدة هو الدعوى الموضوعية اي دعوى المطالبة بالتعويض، على خلاف القانون المدني الفرنسي حيث نص صراحة على أنه تقطع الدعوى القضائية مهلة التقادم حتى لو قدمت أمام القضاء المستعجل.

بموجب القواعد العامة لا يجوز في القانون المدني العراقي وكذلك المصري والكويتي التنازل عن الدفع بعدم سماع الدعوى لمرور الزمان قبل ثبوت الحق في هذا الدفع، كما لا يجوز الاتفاق على تعديل مدة التقادم سواء في ذلك الإتفاق على اقاصها أو الاتفاق على اطالتها، غير أنه يجوز التنازل صراحة أو ضمناً عن الدفع بعد ثبوت الحق فيه، على ان هذا التنازل لا ينفذ في حق الدائنين اذا صدر اضراراً بهم، على خلاف القانون المدني الفرنسي حيث يمكن تقصير أو تمديد مهلة التقادم بإتفاق الأطراف، الا أنه لا يمكن تقصيرها لأقل من سنة أو تمديدها لأكثر من عشر سنوات.

إن الدفع بتقادم دعوى الضمان العشري دفع موضوعي، يمكن إثارته من قبل المقاول والمهندس المعماري او دائنيهما او اي شخص آخر له مصلحة في التمسك به وفي أي مرحلة من مراحل الدعوى حتى امام محكمة الأستئناف، غير أنه لا يجوز للمحكمة اثارته من تلقاء نفسها.

ثانياً: التوصيات:

نوصي المشرع العراقي بإجراء بعض التعديلات اللازمة على فقرات المادة (870) من القانون المدني العراقي والفقرة الأولى من المادة (873) من القانون نفسه، لأغراض التلاؤم مع التطورات التكنولوجية التي حدثت في مجال أعمال البناء والتشييد من ناحية، وتكرار حوادث انهيار الأبنية والمنشآت الثابتة وظهور عيوبها بعد الانهيار بغض النظر عن أسبابه سواء رجعت الى كوارث الطبيعة كالزلازل والفيضانات أو أسباب أخرى كالاهمال والتقصير أو الغش واستخدام طرق احتيالية في أعمال البناء لأغراض التقليل من التكاليف والسرعة في انجاز المشاريع على حساب المصلحة العامة والمصلحة الخاصة للأفراد، وعلى النحو الآتي:

تعديل الفقرة الأولى من المادة (870) من القانون المدني العراقي، لكي يتضمن إرادة المتعاقدين على النص في العقد على مدة أطول من عشر سنوات وليس ترك الأمر للقواعد العامة، ويكون التعديل على النحو الآتي:" يضمن المهندس المعماري والمقاول ما يحدث خلال عشر سنوات من تهدم كلي أو جزئي ما لم يتضمن العقد مدة

أطول ..". هذا من جانب، ومن جانب آخر نصت الفقرة نفسها على أن " .. وتبدأ مدة السنوات العشر من وقت اتمام العمل وتسليمه " ومن أجل وضع حدٍ للجدل الفقهي حول التسليم المؤقت والنهائي، وذلك بالنص عليها صراحة ببدء مدة الضمان العشري من وقت التسليم النهائي دون الإكتفاء بوقت اتمام العمل وتسليمه، ذلك لان التسليم النهائي هو الذي يفيد القبول التام وفقاً لإرادة المتعاقدين المشتركة، وأن التسلم المؤقت لا يمكن اعتباره تسلماً كاملاً، فنوصي بتعديل الفقرة المشار اليها على النحو الآتي: ".. وتبدة مدة السنوات العشر من وقت التسليم النهائي...".

تعديل الفقرة (3) من المادة (870) من القانون المدني العراقي من خلال تغيير عبارة (ما يوجد) ليحل محلها عبارة (ما يظهر) وذلك لتجنب أي تفسير محتمل للعبارة الأصلية على أنه ليس شرطاً أن يظهر العيب خلال هذه المدة، وهذا يؤدي الى تمديد مدة احكام الضمان العشري الذي هو بالأصل احكام استثنائية. والعبرة دائماً بما تظهر من عيوب وليس بما يوجد من عيوب، وعلى النحو الآتي: " ويشمل الضمان المنصوص عليه في الفقرة (1) من هذ المادة ما يظهر في المباني والمنشآت من عيوب يترتب عليها تهديد متانة البناء وسلامته ".

أن مدة تقادم دعوى الضمان العشري هي سنة واحدة بموجب الفقرة الرابعة من المادة (870)، ونرى أنها مدة قصيرة قد لا تستجيب للحماية التي قررها القانون في الضمان العشري لرب العمل، لذلك نوصي بأن يحذو القانون العراقي حذو القوانين الأخرى في هذا الخصوص بأن يجعل المدة ثلاث سنوات، هذا من ناحية، ومن ناحية خرى نصت الفقرة نفسها على أنه " تسقط دعوى الضمان"، وقد يُفسّر النص بأن المقصود منه هو سقوط الحق في الضمان في الوقت الذي أن المقصود بالمدة هنا هو مدة تقادم وليس مدة سقوط وما يترتب عليها من اختلاف، لذلك نوصي بتعديل الفقرة المشار اليها وعلى النحو الآتي " تتقادم دعوى الضمان العشري بعد انقضاء ثلاث سنوات على حصول التهدم أو انكشاف العيب ".

تعديل الفقرة (1) من المادة (873) من القانون المدني العراقي من خلال النص صراحة على أن يكون تسلُّم العمل وقبوله صريحاً عن طريق محضر يُعد لهذا الغرض منعاً لأي نزاع قد يحدث حول تاريخ بداية سريان مدة الضمان وعلى النحو الآتي : " متى ما أتمّ المقاول العمل ووضعه تحت تصرف رب العمل، وجب على هذا الأخير أن يبادر الى معاينته في أقرب وقت ممكن حسب المعتاد، وأن يتسلّمه إذا اقتضى الحال في مدة وجيزة على أن تُدوّن واقعة التسليم في محضر يُعد لهذا الغرض، واذا امتنع من دون عذر مشروع عن المعاينة أو التسلُّم رغم دعوته الى ذلك بإنذار رسمي اعتبر وكأن العمل قد سُلّم اليه".

قائمة المصادر

اولاً: الكتب

ابراهيم سيد احمد. (2003). العقود الواردة على العمل، عقد المقاولة فقهاً وقضاءً. الاسكندرية: منشأة المعارف.

د. احمد كمال رمضان شاهين. (2021). المسؤولية المدنية للمقاول في ضوء أراء الفقه ومقارنة التشريع المصري مع الفرنسي. الاسكندرية: دار الكتب والدراسات العربية.

د. ادم وهيب النداوي. (2006). المرافعات المدني. بغداد: وزارة التعليم العالي والبحث العلمي.

د. جعفر الفضلي. (بدون سنة النشر). الوجيز في العقود المدنية، البيع – الايجار – المقاولة. بغداد: العاتك لصناعة الكتب.

د. خليفة دخيل المبروك. (2005). المسؤولية الخاصة بالمهندس المعماري ومقاول البناء- دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون المدني الليبي. غريان- ليبيا: المكتبة الجامعية.

د. درع عماد. (2016). النظرية العامة للالتزامات، احكام الإلتزام (الإصدار 2). بيروت: دار السنهوري،.

د. سعيد مبارك، د.طه الملاحويش ، و د. صاحب عبيد الفتلاوي. (2007). الموجز في العقود المسماة، البيع – الإيجار- المقاولة. لقاهرة: العاتك لصناعة الكتب.

د. عبدالرزاق احمد السنهوري. (1964). الوسيط في شرح القانون المدني (المجلد 7). بيروت- لبنان: دار احياء التراث العربي.

د. عبدالرزاق حسين ياسين. (1987). المسؤولية الخاصة بالمهندس المعماري ومقاول البناء، شروطها، نطاق تطبيقها، الضمانات المستحدثة فيها، دراسة مقارنة في القانون المدني (الإصدار 1). بدون مكان االنشر: بدون دار النشر.

د. عدنان ابراهيم السرحان. (2013). شرح القانون المدني، العقود المسماة، المقاولة – الوكالة- الكفالة. عمان- الاردن: دار الثقافة.

د. قدري عبدالفتاح الشهاوي. (2006). أحكام عقد المقاولة في التشريع المصري- العربي- الاجنبي (الإصدار 1). القاهرة: دار النهضة العربية.

د. كمال قاسم ثروت. (1976). الوجيز في شرح أحكام عقد المقاول. بغداد: مطبعة اوفيست الوسام.

د. محمد جابر الدوري. (1985). مسؤولية المقاول والمهندس في مقاولات البناء والمنشآت الثابتة بعد إنجاز العمل وتسليمه- دراسة مقارنة-. بغداد: مطبعة اوفيست عشتار.

د. محمد شكري سرور. (1985). مسؤولية مهندسي ومقاولي البناء والمنشآت الثابتة الاخرى، دراسة مقارنة في القانون المدني المصري والقانون المدني الفرنسي. القاهرة: دار الفكر العربي.

د. محمد كامل مرسي. (2005). شرح القانون المدني، العقود المسماة، عقد العمل وعقد المقاولة والتزام المرافق العامة. الاسكندرية: منشأة المعارف.

د. محمد لبيب شنب. (2008). شرح أحكام عقد المقاولة. الاسكندرية: منشأة المعارف.

د. محمد ناجي ياقوت. (1997). عقد المقاولة بوجه عام ومقاولة البناء بوجه خاص. القاهرة: النسر الذهبي.

د. منذر الفضل. (2006). الوسيط في شرح القانون المدني، دراسة مقارنة (الإصدار 1). اربيل-العراق: دار اراس.

د. نبيلة رسلان. (1991). عقد المقاولة. طنطا- مصر: بدون دار النشر.

د. نعيم مغبغب. (2009). مقاولات البناء الخاصة. بيروت- لبنان: منشورات الحلبي الحقوقية.

د.الياس ناصيف. (2020). عقد المقاولة (الإصدار 1). بيروت- لبنان: منشورات الحلبي الحقوقية.

د.طارق كاظم عجيل. (2016). الوسيط في عقد المقاولة. بغداد: مكتبة السنهوري.

د.عبدالمجيد الحكيم، عبدالباقي البكري، و محمد طه البشير. (1980). القانون المدني واحكام الالتزام (الإصدار 2). بغداد: وزارة التعليم العالي والبحث العلمي.

فتحية قرة. (1987). احكام عقد المقاولة. الاسكندرية: منشأة المعارف.

فرنسواز لابارت، و سيريل نوبلوت. (2018). عقد المقاولة. (د. عبدالامير ابراهيم شمس الدين، المترجمون) بيروت: المؤسسة الحديثة للكتاب.

محمد حسين المنصور. (2006). المسؤولية المعمارية. الاسكندرية: دار الفكر الجامعي.

محمد عبدالرحيم عنبر. (1977). عقد المقاولة دراسة مقارنة بين تشريعات الدول العربية. القاهرة: بدون دار النشر.

محمد عزمي البكري. (2017). عقد المقاولة في ضوء الفقه والقضاء،. القاهرة: دار محمود.

ثانياً: الرسائل والاطروحات:

خالصة خالد سيف الفليتية. (2020). التزام المقاول بالضمان في القانون العماني- دراسة مقارنة-، اطروحة دكتوراه. كليةالحقوق، جامعة الاسكندرية.

رضوان عبدالجليل السكارنة. (2014). الضمان العشري للمقاول والمهندس في عقد المقاولة. رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة جرش، الأردن.

سميرة المير. (2016). المسؤولية المدينة المعمارية - دراسة مقارنة-. اطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجيلالي اليابس بلعباس، الجزائر.

صنور فاطمة الزهراء. (2014-2015). المسؤولية المعمارية، دراسة مقارنة. رسالة دكتوراه، كلية الحقوق والعلون السياسية، جامعة جيلالي ليابس/سيدي بالعباس، الجزائر.

عبدالملك عبدالكريم محمد مطهر. (2001). التزامات المقاول والمهندس ومسؤوليتهما في عقد المقاولة في القانون اليمني- دراسة مقارنة-. اطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة.

فائزة عبدالكريم الخوالدة. (2012). الحماية القانونية المقررة لمشتري البناء عن العيوب الانشائية، مسؤولية البائع والمهندس والمقاول. اطروحة دكتوراه، كلية الدراسات القانونية العليا، جامعة عمان العربية، الأردن.

محمد عبدالله عبدالرحمن العجمي. (2019). المسؤولية المدنية لمهندسي ومقاولي البناء والمنشآت الثابتة الأخرى. اطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين الشمس،القاهرة.

ثالثاً: البحوث والدراسات:

د. ابراهيم عنتر العياني، و د.عامر عاشور عبدالله. (2015). نطاق الضمان العشري في عقد المقاولة. مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية،جامعة كركوك- العراق،المجلد(4) العدد(12).

بلعقون محمد صالح. (2015). نطاق الضمان الخاص بمتانة البناء والمنشآت الثابتة بعد تسلم المشروع نهائيا: الضمان العشري. مجلة القانون والمجتمع،جامعة ادرار- الجزائر، العدد(6).

د. طالب حسن موسى. (1989). عقود المقاولات الانشائية. مجلة القضاء، مجلة حقوقية فصلية، نقابة المحامين في العراق، المجلد (44) العددان (3،4).

عايدة مصطفاوي. (2012). الضمان العشري والضمانات الخاصة لمشيّدي البناء في التشريع الجزائري والمقارن. مجلة دفاتر السياسة والقانون،كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة قاصدي المرباح ورقل، الجزائر، العدد(6).

د. محمد يوسف الزعبي. (2020). ضمان المقاول و المهندس في مقاولات المباني و الانشاءات بعد تمام البناء او الانشاء في التشريع البحريني والمقارن. مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، السنة الثامن، العدد(3).

رابعا: المجلات القانونية والمجموعات القضائية:

مجموعة الأحكام العدلية. (1976). قسم الاعلام القانوني في وزارة العدل، السنة السابعة، العدد4.

المكتب الفني لوزارة العدل الكويتية. (2008). مجموعة القواعد القانونية التي قررتها محكمة التمييز عن المدة من 2002/1/1 حتى 2006/12/31 في المواد التجارية

والادارية والمدنية والاحوال الشخصية والعمالية (المجلد 5). الكويت: وزارة العدل الكويتية.

خامساً: القرارات القضائية:

قرار محكمة التمييز العراقية رقم (171/ الهيئة الاستئنافية عقار/2018) في 2018/1/22، متاح على موقع مجلس القضاء الأعلى العراقي على الرابط الألكتروني الآتي: (https://www.sjc.iq/qview.2378/)، تاريخ آخر زيارة 2023/1/4.

قرار محكمة التمييز العراقية رقم (3692/ الهيئة الإستئنافية عقار) في 2018/7/26. متاح على الرابط الآتي: (https://www.sjc.iq/qview.2412/)، تاريخ آخر الزيارة 2023/1/8.

قرارمحكمة التمييز الكويتية: الطعنان 176،2001/143، تجاري جلسة 2002/5/19. المكتب الفني لوزارة العدل الكويتية، مجموعة القواعد القانونية التي قررتها محكمة التمييز عن المدة من 2002/1/1 حتى 2006/12/31 في المواد التجارية والادارية والمدنية والاحوال الشخصية والعمالية، القسم الخامس، المجلد الاول، 2008.

قرار محكمة النقض الفرنسية: civ. 10/7/1972 bul.civ.1972 p.324.No 445.

سادساً: القوانين على وفق سنوات صدورها:

القانون المدني الفرنسي لسنة 1804 المعدل.

القانون المدني المصري رقم (131) لسنة 1948 المعدل.

القانون المدني السوري رقم (84) لسنة 1949 المعدل.

القانون المدني العراقي المعدل رقم (40) لسنة 1951 المعدل.

القانون المدني الجزائري رقم (75-58) لسنة 1975 المعدل.

القانون المدني الكويتي رقم (67) لسنة 1980 المعدل.

قانون المعاملات المدنية الاماراتي رقم (5) لسنة 1985 المعدل.

القانون المدني البحريني رقم (19) لسنة 2001.

القانون المدني القطري رقم (22) لسنة 2004.

سابعاً: المواقع الاكترونية:

دار المنظومة لتحميل البحوث : (http://www.mandumah.com/).

رواق الجمل: (ahmedazimelgamel.blogspot.com/search?q//)

قاعدة التشريعات العراقية (https://iraqld.e-sjc-services.iq/main_ld.aspx).

مجلس القضاء الاعلى العراقي:(https://www.sjc.iq/qview.2378).

التشريعات الفرنسية: (https://www.legifrance.gouv.fr).

المجلات الاكاديمية العراقية لتحميل البحوث: (https://www.iasj.net/iasj/journals).

پوختە

بەهوی ئەو مەترسیەی کە لە کارەکانی بیناسازیدا بەدی دەکرێت،کەڕەنگە ببێتە هۆی هاتنەکایەی زیانێکی گەورە و قورس بە گیانی مرۆڤ و ماڵەکەی و هەروەها بە ئابووری نەتەوەیی، لە ئەنجامی دارمانی بیناکە یان لە ئەنجامی نەنگیەك کە هەڕەشە دەکات لە سەلامەتی بیناکە و مانەوەی بەشێوەیەکی توند وتۆڵ، یاسادانەر بە دەر لە ڕێسا گشتیەکان چەند حوکمێکی تایبەتی داناوە پێ دەگوترێت گەرەنتی دە ساڵی یان بەرپرسیاریەتی دە ساڵی بۆ ڕێکخستنی بەرپرسیاریەتی بەلێندەرو ئەندازیاری تەلارساز، ئەم حوکمانەش بەشێوەی ڕێسای فەرماندەر هاتوون و هەریەك لە بەڵێندەرو ئەندازیاری تەلارساز ناچار دەکات پێوەی پابەندبن و ڕێگەنادات ڕێکەوتن بکرێت لەسەر لێخۆشبوون یان سنوردار کردنی ئەو بەرپرسیاریەتیە، هەروەها بەپێی ئەم ڕێسایەنە هەر یەکەیان بەهاوبەشی گەرەنتی دە ساڵی بیناکە دەکەن لە هەر داروخانێك یان هەر نەنگیەك کە هەڕەشە لەسەلامەتی و تونوتۆڵیەکەی بکات، ئەم گرەنتیەش لەدوای ڕادەست کردنی بیناکە بەخاوەنەکەی دەست پێدەکات. ئەم حوکمانەش بە گشتی یان تایبەتن بە لایەنەکانی ئەم گرەنتیە، یان تایبەتن بە بابەتەکەی، یان بەماوەکەی، ئەم تویژینەوەیەش باس لە حوکمەکانی گرەنتی دەسالّی دەکات لە ڕووی ماوەکەی، بۆیە ئەم تویژینەوەیە تیشك دەخاتە سەر مەودای کاتیی گرەنتی دە ساڵیی، کە خۆی دەبینێتەوە لەم

دەسالّەی کەپێویستە دارِمانی بیناکە یان نەنگیەکەی تێدا رووبدات کە ناوەرۆکی گرەنتیەکەن، هەروەها لەم کێشانەی کە پەیوەستن بەخالّی دەست پێکردنی کاتی دەستپێکردنی ئەم گرەنتیەو، لەگەلّ ماوەی بەسەرچوونی داوای یاسایی پەیوەنددار بەم گرەنتیە.

یەکێك لەدەرەنجامەکانی ئەم توێژینەوەیە ئەوەیە کە هەر چەندە یاسادانەری عێراقی (کاتی تەواوبوونی کارەکەو رِادەستکردنەکەی) کردۆتە دەستپێکی ماوەی گەرەنتی دە سالّی، بەلاّم دەبێ ئەوە بزانرێت کە مەبەست لە رِادەستکردنی کارەکە بریتیە لە قبولّکردنی کارەکە لە لایەن خاوەن کارەکەوە نەك تەنها رِوودانی رِادەستکردنەکە، جا رِادەستکردنەکە رِاستەقینەیی بێت یان حوکمی، چونکە عیبرەت لێرەدا بە قبولّکردنی کارەکەیە، واتە خاوەن کار لەدوای ئەوەی پشکنین بۆ رِاست و دروستی کارەکە دەکات، دانبنێت بەوەی کە ئەو کارەی بەلێندەرو ئەندازیار پێی هەلّساون، بەشێوەیەکی دروست و هاوتا لەگەلّ ئەوەی لەسەری رِێك کەوتوون و بەپێی بنەما تەکنیکیەکان ئەنجام دراوە. رِاسپاردەکان ئەم توێژینەوەیەش بریتین لە پێشنیاری هەموارکردنەوەی هەندێك دەقی یاسای شارستانی عێراقی پەیوەست بەبابەتی توێژینەوەکە.