

### الالتزام الثالث: التزام المقاول بالضمان

خصص المشرع العراقي احكام خاصة بالضمان فيما يخص ضمان المقاول والمهندس المعماري للمنشآت الثابتة التي يقومون بتشبيدها اسوة بباقي التشريعات المقارنة، وهو ما يعكس أهمية هذا الالتزام وأثره بالنسبة لعقد المقاول، وهذه الاحكام نبحثها تباعاً: -

#### الضمان بوجه عام

يراد بالضمان هنا الضمان المفروض في كل عقود المقاولات، وقد مر بنا إن المقاول يضمن تنفيذ العمل المعهود إليه وفقاً للمواصفات المتفق عليها في العقد وطبقاً لما تقضي به أصول الفن والمهنة والأعراف المتبعة بهما:

- ويعد المقاول مخالفاً بالتزاماته عند عدم مطابقة العمل للمواصفات أو غير متفق مع تلك المواصفات، فيعد العمل هنا معيباً فيكون المقاول ضامناً لتلك العيوب، كما يكون المهندس المعماري ضامناً عن تلك العيوب الموجودة بالتصميم في حالة عدم مراعاتها القيود وشروط التي تفرضها التشريعات بهذا الخصوص.
- إذا قدم المقاول المادة كلها أو بعضها لتتزم بضمان المادة تجاه رب العمل بخلوها من العيوب وجودتها، فوجود العيوب في المادة المقدمة أو العمل تجعل المقاول مسؤولاً ويكون لرب العمل المطالبة بالتنفيذ العيني إذا كان ممكناً والفسخ مع المطالبة في كلا الحالتين بالتعويض، كما مر بنا، وله ان يقبل العمل مع الزام المقاول بالإصلاح أو بدون الإصلاح، ويكون له هنا المطالبة بالتعويض عن الضرر الذي لحقه بسبب العيوب في المادة والعمل، ويتم ذلك بنقص الاجر المستحق للمقاول بمقدار التعويض المقدر إذا لم يكن رب العمل قد سلم الاجر، وله الرجوع عليه بدعوى التعويض في حالة دفع الأجرة للمقاول.
- يقع عبء الاثبات على رب العمل بإثبات العيوب بالعمل والمادة وبذلك يكون المقاول مسؤولاً عن ذلك، ولا يكلف رب العمل بعدم مطابقة العمل لما اتفق عليه أو لأصول المهنة، والالتزام المقاول إذا كان بنتيجة فيكفي أن يثبت عدم تحقق النتيجة فقط.

#### أثر قبول العمل على الضمان:

ما هو أثر قبول رب العمل للعمل الذي قام به المقاول واعترافه بانه مطابق لما هو متفق عليه أو وفقاً لأصول المهنة: -

- إذا كانت العيوب ظاهرة وقت القبول ويمكن لرب العمل كشفها بالفحص العادي ببذل عناية الرجل المعتاد، وقبل رب العمل هذا العمل رغم وجود العيوب فهذا القبول يسقط حق رب العمل بالرجوع بالضمان على المقاول، وهذه من القواعد العامة إذ تقدر تلك العيوب بانها لا تؤثر على العمل.

- إذا لم يكتشف رب العمل لم يكشف العيوب لعدم بذله عناية الرجل المعتاد في الفحص فيعد مهملًا ويتحمل نتيجة ذلك فلا يكون له الرجوع على المقاول المادة (١/٨٧٥) مدني.
- إذا كان العيب خفي وغير واضح وليس من السهل كشفه وقت التسليم ولم يخفه المقاول غشاً عن رب العمل فالمقاول يكون مسؤولاً عن ضمان العيب، وعلى رب العمل اخبار المقاول بالعيوب وقت كشفه المادة (٢/٨٧٥) مدني.
- إذا تعمد المقاول إخفاء العيب في العمل أو إخفاء المخالفة للشروط المتفق عليها في العقد ولم يستطع رب العمل كشفه وقت التسليم وتقبل العمل فيكون المقاول مسؤولاً عن غشه بمجرد أن يكشف رب العمل العيب ويكون له الحق في الرجوع على المقاول بالضمان، اما بإصلاح العيب مع التعويض أو الفسخ مع التعويض خلال ٣ سنوات من كشف العيب، فالمقاول يسأل مسؤولية تقصيرية وهذه الدعوى تسقط بكل الأحوال بانقضاء ١٥ سنة من يوم إخفاء العيب غشاً المادة (٢٣٢) مدني.
- كما سبق وبيننا بان هذه الاحكام هي الاحكام العامة بالضمان وهي ليست من النظام العام فيجوز تعديلها بالتخفيف أو التشديد أو الاعفاء، بشرط أن لا يكون المقاول قد تعمد الغش والخطأ الجسيم للتهرب من مسؤوليته بالضمان.
- بالنسبة لمسؤولية المهندس والمقاول فإن هذه الاحكام تعد من النظام العام وكل اتفاق بالتعديل بشأنها يعد باطلاً كما سنرى.

### ضمان المهندس المعماري والمقاول لعيوب البناء (الضمان العشري)

- عالج المشرع ضمان المهندس المعماري والمقاول بنصوص خاصة ولم يكتفي بالضمان العام كما بيناه، وتشدد بمسؤولية المهندس والمقاول، والسبب في هذا التشدد هو: -
- أ- إن هذا الضمان يرتبط بالأبنية والمنشآت من التهدم أو كل عيب قد يصيبها.
- ب- أن من يقوم بعمل مقاولات البناء والتشييد ورسم الخرائط والتصاميم هم اشخاص تتوفر فيهم المعرفة والخبرة والاحاطة باصول المهنة.
- ت- إن ارتباط المنشآت والبناء بارواح اشخاص قد يسبب لهم ضرر نتيجة تهم أو تعيب هذا البناء وحماية الافراد تملي على المشرع التشدد في المسؤولية.
- ث- التشدد بالمسؤولية يحمل المهندس والمقاول على بذل عناية وجهد خاص والإخذ بكل الاحتياطات اللازمة والممكنة لتكون المباني والمنشآت على درجة عالية من المتانة.
- وقد نص المشرع على هذا الضمان بالمادة (٨٧٠) المعدلة والتي جعلت مدة الضمان (١٠) سنوات والتي نصت على: "١- يضمن المهندس المعماري والمقاول ما يحدث خلال عشر سنوات من تهم كلي او جزئي فيما شيده من مبان او اقاموه من منشآت ثابتة اخرى، وذلك حتى لو كان التهم ناشئاً من عيب في الارض ذاتها او كان رب العمل قد اجاز اقامة المنشآت المعيبة، ما لم يكن المتعاقدان قد ارادان ان تبقى هذه المنشآت مدة اقل

من عشر سنوات وتبدأ مدة السنوات العشر من وقت اتمام العمل وتسليمه ويكون باطلاً كل شرط يقصد به الاعفاء او الحد من هذا الضمان. ٢ - ولا تسري الفقرة المتقدمة على ما قد يكون للمقاول من حق في الرجوع على المقاول الذين تقبلوا منه العمل. ٣ - ويشمل الضمان المنصوص عليه في الفقرة ١ من هذه المادة ما يوجد في المباني والمنشآت من عيوب يترتب عليها تهديد متانة البناء وسلامته. ٤ - تسقط دعوى الضمان المنصوص عليه في هذه المادة بانقضاء سنة واحدة من وقت حصول التهدم وانكشاف العيب. (عدلت المادة بموجب القانون رقم ٤٢ لسنة ١٩٧٤).

ومن خلال هذا النص نبحث احكام هذا الضمان تباعاً على النحو الآتي: -

(١-طرفا الضمان. ٢- سبب الضمان. ٣- جزاء الضمان. ٤- انتهاء الضمان.)

### أولاً: طرفا الضمان:

هما ابتداءً طرفا عقد المقاولة، ولتحقق الضمان لابد من وجود عقد مقاولة محلة تشيد منشآت ثابتة، ومن يتحمل مسؤولية الضمان هو المهندس المعماري والمقاول، ومن له الحق بالمطالبة بالضمان هو رب العمل، وهذه الأطراف نبحثها تباعاً: -

### أ- الطرف المدين بالضمان (الأشخاص المسؤولين عن عيوب البناء)

لا يلزم بالضمان بموجب المادة (٨٧٠) إلا المهندس المعماري والمقاول: -

#### • المهندس المعماري

يقصد بالمهندس المعماري: الشخص المكلف من قبل رب العمل بإعداد الرسوم والتصاميم اللازمة لإقامة المباني أو المنشآت والاشراف على تنفيذها بواسطة المقاول.

➤ لا يشترط في المهندس ان يحمل صفة معينة مهندس معماري فلا يشترط فيه ان يكون حاملاً مؤهلاً فنياً في الهندسة، فالعبرة بطبيعة الاعمال التي يقوم بها.

➤ يسأل المهندس عن الخرائط والتصاميم التي وضعها والتي أشرف عليها عند تنفيذها من المقاول.

➤ إذا اشترك أكثر من شخص بالقيام بوضع التصميم فيعد جميعهم مسؤولين كلاً حسب العمل الذي قام به.

➤ إذا اقتصر عمل المهندس على وضع التصميم دون الاشراف على التنفيذ فلا يسأل ما لم يثبت أن تهدم البناء كان بسبب التصميم الذي وضعه، ويرجع اثبات ذلك على رب العمل.

➤ لمسؤولية المهندس لابد من رابطة عقدية، فلا يكون ملزم لو كان تقديم العمل بدون رابطة عقدية كما لو

قدم العمل مجاناً فمسؤوليته تحدد وفقاً لقواعد المسؤولية التقصيرية، أو بعقد اخر غير المقاولة كعقد العمل

ويقوم بعمله تحت إشراف ورقابة رب العمل فتكون مسؤوليته وفقاً لأحكام عقد العمل.

#### • المقاول

يقصد بالمقاول: كل شخص يعهد إليه رب العمل بإقامة بناء أو منشآت ثابتة مقابل أجر دون أن يخضع في

عملة لإشراف ورقابة وإدارة رب العمل، ويجب أن يكون مرتبطاً بعقد مقاولة مع رب العمل.

- إذا كان المقاول مرتبط مع رب العمل بعقد عمل فإنه يعد عاملاً فلا يكون مسؤولاً.
  - إذا كلف المقاول مقاول آخر من الباطن بإنجاز العمل كله أو بعضه فإن المقاول من الباطن لا يسأل تجاه رب العمل، لأنه لا توجد رابطة بينهما.
  - نزول المقاول عن المقاولة للغير لا يخل بحق رب العمل بالرجوع عليه، كما لو كان هو الذي قام بالعمل ما دام رب العمل لم يقبل بهذا التنازل أو لم يقصد إبراء المقاول الأصلي من التزامه.
  - يسأل المقاول أياً كانت طريقة تحديد الأجرة جزافاً كان أم على أساس الوحدة.
- ملاحظة: إذا قام أكثر من مقاول بالقيام بالعمل كما لو قام مقاول بوضع الأساس وقام الآخر بالبناء وقام الآخر وبعمل المجاري والآخر بأعمال الكهرباء فيعد جميعهم مسؤولون عند تهم البناء كلاً بحسب الاعمال التي قاموا بها، ولا تمتد المسؤولية إلى من كانت أعمالهم لا تؤثر على تهم البناء أو متانته، كمقاول الأصباغ والبياض والديكور الداخلي.

### ب- الدائنين بالضمان (الأشخاص المستفيدين من ضمان المهندس والمقاول)

الضمان المقرر في عقد المقاولة، مقرر ابتداءً لمصلحة رب العمل فلا يستطيع ان يتمسك بأحكامه إلا هو ومع ذلك يمكن: -

- لورثة رب العمل عند وفاته التمسك بالضمان تجاه المهندس والمقاول.
- لمن انتقلت إليه ملكية البناء بوصفه خلف خاص لرب العمل (كالمشترى والموهوب له) ان يتمسك به، لان الضمان هنا يعد من ملحقات المبيع وتنتقل معه إلى المالك الجديد دون حاجة للنص عليه.
- إذا تنازل المقاول الأصلي عن المقاولة كلاً أو جزءاً للغير فلا يستطيع التمسك بهذه الاحكام للرجوع على المقاول من الباطن، لان المقاول والمقاول من الباطن من الناحية الفنية متساويان فلا حاجة لتقرير مسؤولية استثنائية.

### ❖ الأضرار التي يسأل عنها المهندس والمقاول:

- يسأل المهندس والمقاول وفقاً للمادة (٨٧٠) مدني عن الاضرار التي تحدث في المباني وهي: -
- أ- يسألان عن التهم الكلي أو الجزئي في ما شيده من مباني أو ما اقاموه من منشآت ثابتة أخرى.
- ب- أو عن العيوب التي توجد في المباني وتهدد سلامة ومتانة الباء.
- ج- أن ينصب الضمان على المباني والمنشآت الثابتة والمستقرة التي لا يمكن نقلها وتحريكها دون تلف المساكن والمستشفيات والمدارس... الخ، ولا يشترط فيها ان تكون مشيدة بمواد معينة كالطابوق أو الحجارة بل يجوز ان تكون مشيدة من الخشب أو أي شيء يمكن به التشييد والبناء.
- د- يشمل الضمان كذلك تشييد واقامة الجسور والقناطر والسدود، وكذلك الترميمات اللازمة للمباني والمنشآت متى ارتبطت بعناصر جوهرية في الحفاظ على البناء وسلامته.

هـ- لا يسأل المقاول عن العيوب التي لا تهدد تهدم البناء كلياً أو جزئياً، أو التي تهدد سلامة البناء وماتنته، كتلك العيوب التي تترتب على وضع تفاصيل البناء كتوزيع الغرف والممرات والمساحات الفارغة داخل البناء بما لا يتناسب تحقق قدر من الراحة داخل البناء .

و- لا يشترط في العيب أن يكون قديماً أي موجود وقت قبول رب العمل فالمسؤولية تتناول العيوب القديمة والطارئة بعد القبول، وهذه الحكم تخرج به مسؤولية المهندس والمقاول عن الاحكام العامة في الضمان، إذ أن مسؤولية المهندس والمقاول تتحقق ولو لم يثبت ان العيب كان موجوداً في المبنى وقت إقرار رب العمل له.

ز- يضمن المهندس والمقاول العيب الخفي غير المعلوم لرب العمل في وقت القبول وغير ممكن كشفه ولو بذل عناية الشخص المعتاد في فحصه ومعاينته.

ح- إذا كان العيب معلوماً لرب العمل وقت المعاينة والقبول وكان ظاهراً وبالإمكان كشفه ببذل عناية الرجل المعتاد عند الفحص، فالقبول دون تحفظ يعفي المهندس والمقاول من الضمان، فالقبول وليس الاستلام المؤقت هو من يعفي من الضمان.

#### ❖ مدة الضمان:

- يضمن المهندس والمقاول العمل المقدم منهما خلال (١٠) سنوات وتبدأ سريان المدة من تاريخ: -
- من وقت القبول أي قبول رب العمل بعد المعاينة وإقراره بالمطابقة لما هو متفق عليه في العقد.
  - من وقت تحرير محضر بالقبول إذا ما حرر محضر بذلك.
  - إذا لم يحرر محضر فيستخلص القبول ضمناً من تسلم رب العمل للبناء دون تحفظ أو اعتراض.
  - إذا لم يحرر محضر ولم يستخلص ذلك من القبول أو التسليم فتسري مدة (١٠) سنوات من تاريخ تسوية الحساب بين المقاول ورب العمل بنفسه أو من خلال نائبه.
  - إذا كان استلام العمل على مرحلتين مرحلة الاستلام المؤقت وتستمر فترة معينة، ومرحلة الاستلام النهائي، والغرض من الاستلام المؤقت هو تمكين رب العمل من معاينة البناء بشكل دقيق للتأكد من مطابقته للاتفاق، فهناك عيوب ربما لا يمكن كشفها إلا بالاستعمال للبناء، فالاستلام المؤقت لا يفيد القبول بل يفيد الاختبار فمدة (١٠) سنوات لا تسري إلا من تاريخ الاستلام النهائي بشرط قبول البناء دون قيد أو تحفظ.
  - إذا امتنع رب العمل عن قبول العمل بدون سبب مشروع رغم دعوته لذلك بإنذار رسمي اعتبر ان العمل سلم إليه حكماً من تاريخ الإنذار وتسري المدة من هذا التاريخ.
  - إذا سلم العمل على دفعات وامكن الفصل بين قبول كل دفعة فان مدة الضمان تبدأ من وقت قبول كل دفعة، أما إذا لم يكن بالإمكان تجزئة الدفعات لارتباطها مع بعض من ناحية سلامة البناء وماتنته فمدة (١٠) سنوات تبدأ من تاريخ استلام اخر دفعة.

➤ إن مدة (١٠) سنوات هي مدة اختبار البناء ومثانته وحسن تنفيذ الاعمال وليست مدة تقادم، لذا فالمدة لا توقف ولو وجد مانع يتعذر على رب العمل ان يطالب بحقة أو كان رب العمل ناقص الاهلية او محكوم عليه ولم يكن له نائب، ويترتب على انها مدة اختبار وليست مدة تقادم أنه لا يجوز الاتفاق على اطالتها لأنها محددة بنص القانون.

هل يجب أن ينكشف العيب خلال (١٠) سنوات من تاريخ القبول أم يكفي أن يثبت وجوده خلال هذه المدة ولو لم ينكشف إلا بعد ذلك؟

الجواب: الأصل أنه يكفي أن يوجد العيب خلال هذه المدة، بحث إذا اكتشفه رب العمل بعد انقضاء المدة ولكن اثبت وجوده خلال مدة الضمان كان له الرجوع بالضمان على المهندس والمقاول.

➤ إذا احتاج البناء لإصلاح وترميم فقام به المقاول مقرأً بمسؤوليته عنه ولم يمكن التمييز بين اعمال الإصلاح الاصلية واعمال الإصلاح التي أجريت قبل مضي مدة الضمان فان مدة (١٠) سنوات تبدأ من تاريخ إتمام الاعمال الجديدة.

**ولتحقق الضمان يشترط لذلك:**

أ- أن يحدث التهدم ويوجد العيب خلال مدة (١٠) سنوات فاذا انتهت المدة دون حدوث ذلك فلا رجوع بعد ذلك حتى لو كان المخالفة عمدية.

ب- لرب العمل الرجوع على المهندس والمقاول إذا استخدمنا طرق احتيالية والغش وأثر ذلك على قبول رب العمل للبناء فأن هذا القبول يكون باطلاً ولا يمنع من الرجوع.

❖ **عبء الاثبات:**

لابد لرجوع رب العمل بالضمان على المهندس والمقاول أن يثبت العلاقة بينه وبينه وبينهما كما يثبت تحقق التهدم أو العيب وعلى النحو الآتي:-

أ- على رب العامل ان يثبت وجود عقد مقاوله صحيح وساري بينه وبين المهندس والمقاول.

ب- أن يثبت حصول تهدم كلي أو جزئي أو وجود عيب في البناء .

**هل يلتزم رب العمل بإثبات وجود خطأ من جانب المهندس والمقاول؟**

**للجواب لابد من التمييز بين امرين: -**

❖ إذا كان التزام المهندس والمقاول هو التزام بوسيلة أو التزام بنتيجة؟

➤ الراجح أن التزام المهندس والمقاول هو التزام بنتيجة، فهما لا يلتزمان بمجرد بذل عناية أو جهد لإقامة بناء سليم ومتين، بل يلتزمان بنتيجة ان يظل البناء سليماً ومتيناً لمدة (١٠) سنوات بعد قبول العمل، وهذا ما يتفق مع القواعد العامة فالتزام المقاول يقوم على القيام بالعمل على الوجه المتفق عليه وفقاً لأصول الفن يثبت فيه الاخلال بمجرد اثبات عدم تحقق النتيجة.

➤ يتحقق هذا الضمان بمجرد إقامة الدليل على حصول التهدم الكلي أو الجزئي أو وجود عيب في البناء دون حاجة لرب العمل لإثبات الخطأ منهما للرجوع.

### ثانياً: سبب الضمان:

يتحقق الضمان إذا قام سببه، وسبب الضمان هو: -

➤ أما أن يكون لوجود عيب في التصميم، والتصميم يضعه عادة المهندس المعماري وأحياناً رب العمل.

أ- إذا كان من وضع التصميم رب العمل فلا يرجع على أحد.

ب- إذا وضع التصميم شخص آخر غيره كالمهندس والمقاول كان من وضع التصميم مسؤولاً عن عيوب التصميم ويلزم بالضمان.

ج- يسأل المهندس عن عيوب التصميم لو لم يضعه إذا كان قد تيناه وقام بالإشراف على تنفيذه.

➤ أما أن يكون لوجود عيب في البناء والبناء يتولاه المقاول.

أ- يحدث عند عدم مراعاة المقاول للأصول السليمة في إقامة البناء مما أدى لانتهيار البناء.

ب- عند مخالفة المقاول للشروط التي وضعها رب العمل.

ت- إذا كانت المواد المستخدمة في البناء رديئة وغير صالحة.

قد يشترك المهندس والمقاول بالضمان معاً في حالة إذا ما أشرف المهندس على تنفيذ المقاول للعمل فنكون

امام مسؤولية تضامنية، ويسألان معاً أيضاً إذا كان التهدم أو التعيب بسبب وجود عيوب في الأرض التي اقاما عليها البناء.